

ISSN 1673-3851

CN 33-1338/TS

中国高校编辑出版质量优秀科技期刊
人大复印报刊资料转载源刊
科学引文数据库(SCD)收录期刊
中国核心期刊(遴选)数据库收录期刊
国家哲学社会科学学术期刊数据库收录期刊
中国人文社会科学引文数据库(CHSSCD)收录期刊
中国学术期刊(光盘版)全文数据库收录期刊
中国学术期刊(网络版)(CAJ-N)网络首发期刊
万方数据数字化期刊群收录期刊
中国科技期刊数据库收录期刊



中华人民共和国成立70周年

特别专栏：时尚法

浙江理工大学学报

JOURNAL OF ZHEJIANG SCI-TECH UNIVERSITY

社会科学版

Social Sciences Edition

2019年 第42卷 第5期

Vol.42, No.5 Oct. 2019

中国·杭州 HANGZHOU, CHINA



目次

经济与管理

- 中意服装产业生态系统40年变化比较分析 夏帆(443)
- 中国消费者对奢侈品正品与仿冒品购买意愿影响因素的比较分析
..... 季晓芬,李士冬,肖增瑞,蔡丽玲(451)
- 艺术类大学生创业机会识别过程的成组案例研究 甄月桥,叶福莲,沈婷(459)
- 基于利益相关者理论的杭州市共享单车管理对策分析
..... 闫鹏飞,陆维特,朱国旺,杨云芳(467)

语言与传播

- 交互主观性视域下刻意性隐喻的认知语用机制新解 范振强,马瑞洁(475)
- 评书述祖现象平议 赵敏(483)

艺术与设计

- 展览设计中基于多媒体艺术的空间重构 孔明阳,冯荟,石晨泽(489)
- 杭州市上城区绿色屋顶现状调查及分析 刘也芬,秦静,赵露露,胡广(495)
- 中国寺庙园林植物配置规律分析 刘凤丹,江俊浩,胡广(503)

时尚法

- 时尚法:国际视野与中国发展——从美国与欧洲对时尚保护的源起、现状、立法
与司法实践谈起 Cindy Ding-Voorhees(513)
- 中国时尚、零售业跨境并购交易法律问题研究 徐劲科,陈洲,陈昱嘉,黄虞(524)
- 渠道管理与反垄断合规——时尚行业的全球视野 戴健民(535)
- 论实用艺术作品的著作权保护 高阳,陈静(542)
- 时尚设计的抄袭认定、保护困境和路径选择 朱楠(548)
- 奢侈品走私犯罪风险及预防 王永亮,吴雪晨(557)
- 自媒体KOL营销中的广告可识别问题研究 曾昭旺(563)
- 网红经济下主播跳槽的违约责任研究——以“江海涛和虎牙公司合同纠纷案”为例
..... 倪龙燕,章鉴港(569)

高教研究

- “积极课堂”教学模式改革研究与实践——以“纺织品设计学”课程为例
..... 周赳,龚素璨(578)
- LBL+TBL+PBL教学法在“分析化学”教学中的应用 江银枝,高丽萍,贾彦荣(585)

JOURNAL OF ZHEJIANG SCI-TECH UNIVERSITY
(Social Sciences)

Vol.42, No.5 2019

Contents

Economics and Management

A comparison on changes of Sino-Italian garment industry ecosystem in the past 40 years XIA Fan(443)

Comparative analysis of factors influencing Chinese consumers' purchase intention to genuine and counterfeit luxury goods
..... JI Xiaofen, LI Shidong, XIAO Zengrui, CAI Liling (451)

A case study on the entrepreneurial opportunity identification process of art college students
..... ZHEN Yueqiao, YE Fulian, SHEN Ting (459)

Research on shared bicycle management countermeasures in Hangzhou based on stakeholder theory
..... YAN Pengfei, LU Weite, ZHU Guowang, YANG Yunfang (467)

Language and Communication

An intersubjectivity-based interpretation of the explicatures and implicatures of deliberate metaphor
..... FAN Zhenqiang, MA Ruijie (475)

Study on the phenomena of telling and praising their ancestors in the storytelling ZHAO Min (483)

Art and Design

Space reconstruction based on multimedia art in exhibition design ... KONG Mingyang, FENG Hui, SHI Chenze (489)

Status survey and analysis of green roof in Shangcheng District, Hangzhou
..... LIU Yefen, QIN Jing, ZHAO Lulu, HU Guang (495)

Analysis on the rules of plant configuration in Chinese temple gardens
..... LIU Fengdan, JIANG Junhao, HU Guang (503)

Fashion Law

Fashion Law; International perspectives and China's prospects for development; Using U.S. and European systems
and their evolution as a frame of reference for China's own fashion law development Sindy Ding-Voorhees (513)

Research on legal issues about cross-border acquisition transaction of China's fashion and retail industries
..... XU Jinke, CHEN Zhou, CHEN Yujia, HUANG Yu (524)

Channel management and anti-monopoly compliance; Global perspective of fashion industry DAI Jianmin (535)

On copyright protection of practical artistic works GAO Yang, CHEN Jing (542)

Plagiarism establishment, protection difficulty and alternative option of fashion design ZHU Nan (548)

Analysis on the risk and prevention of smuggling crime of luxury goods in China
..... WANG Yongliang, WU Xuechen (557)

Research on advertising identifiable in We-Media KOL marketing ZENG Zhaorwang (563)

Research on responsibility for breach of contract for job-hopping of anchors in the economy of network celebrities; Case
study of "contract dispute case between Jiang Haitao and Huya Company" NI Longyan, ZHANG Jiangang (569)

Higher Education Research

Research and practice on "active classroom" teaching mode; Case study of "Textile Design" course
..... ZHOU Jiu, GONG Suli (578)

Application of LBL+TBL+PBL teaching method in Analytical Chemistry
..... JIANG Yinzhi, GAO Liping, JIA Yanrong (585)



中意服装产业生态系统 40 年变化比较分析

夏 帆

(浙江理工大学, a. 浙江省丝绸与时尚文化研究中心; b. 浙江省服装工程技术研究中心;
c. 浙江省服装个性化定制 2011 协同创新中心, 杭州 310018)

摘 要: 意大利服装产业经过 40 年(1947—1987 年)发展成为世界时装品牌引领者, 而中国服装产业经过 40 年(1978—2018 年)发展跃居世界第一服装制造大国; 但是, 中国服装产业从服装制造大国向时装品牌强国转型升级任重道远。文章以中意服装产业生态系统 40 年发展变化轨迹为研究对象, 借用内生增长理论对中意服装产业生态系统构成与发展进行比较研究, 从而揭示意大利服装产业由“美欧加工厂”升级为世界时装引领者的转型升级路径, 同时指出中意服装产业生态环境在时空上的差异及对策。以此研究为处于转型升级探索中的中国服装产业发展提供参考。

关键词: 中意服装产业; 内生增长理论; 产业生态系统; 转型升级

中图分类号: J502

文献标志码: A

文章编号: 1673-3851 (2019) 10-0443-08

A comparison on changes of Sino-Italian garment industry ecosystem in the past 40 years

XIA Fan

(a. Silk and Fashion Culture Center for Zhejiang Province;

b. Clothing Engineering Technology Research Center for Zhejiang Province;

c. 2011 Collaborative Innovation Center for Garment Personalized Customization of Zhejiang Province, Zhejiang Sci-Tech University, Hangzhou 310018, China)

Abstract: After 40-year development (1947—1987), Italy had become the leader of garment brands in the world, while China has leaped to the first largest garment manufacturer through 40-year development (1978—2018). However, there is still a long way to go for China's garment industry to transform and upgrade from a big garment manufacturing country to a strong fashion brand country. This paper focuses on the 40-year development and change tracks of Sino-Italian garment industry ecosystem. The theory of endogenous growth was used to analyze and compare the constitution and development of garment industrial ecosystem of the 2 countries. This paper tried to reveal the transformation and upgrading path of Italian garment industry from American & European Processing Factories to World Fashion Leader, as well as the differences and countermeasures of ecological environment of both countries' garment industry in time and space. Thus, this paper provides the reference for exploring the transformation and upgrading of China's garment industry.

Key words: Sino-Italian garment industry; endogenous growth theory; industrial ecosystem; transformation and upgrading

中国服装产业从20世纪80年代初开始走上现代产业发展之路,2008年金融风暴之前,中国服装产业在生产制造方面已进入世界一流行列,服装进出口贸易量稳居世界第一;2008年金融危机使世界经济步入低谷,以外生增长要素为主要驱动力的中国服装制造业生态系统受到严重挑战,外向型企业被迫转向国内消费市场。无论是为了适应国际形势变化或是国内消费者市场升级的需要,中国服装产业都必须加快产业自主创新生态系统建设和升级步伐。意大利服装产业发展过程中与中国有类似经历,但意大利早在20世纪80年代已跃升为世界时装引领者。笔者研究发现,两国服装产业发展中都与内、外生增长理论及相关要素发挥的作用有关。

20世纪60年代,索洛(Robert. M. Solow)和斯旺(T. W. Swan)等经济学家提出了外生增长理论^[1]。20世纪80年代,美国经济学家Lucas、Paul M. Romer等教授指出了外生增长理论的局限,同时引入人力资本等概念产生持续的内生增长率,提出了内生增长理论^[2]。

2018年10月,美国经济学家William D. Nordhaus和Paul M. Romer教授共同获得2018年度的诺贝尔经济学奖,其中Romer教授建立的“内生经济增长模型”旨在解决这个时代最基本和最紧迫的问题——如何创造长期可持续的经济增长^[3]。段宏波等^[4]对Romer提出的四要素增长理论(自然资本、劳动、人力资本和知识创新)及内生经济增长模型对经济决策和市场条件决定新技术创造过程进行了简评分析;陈思萌^[5]、严红^[6]分别针对不同的角度和研究对象,对中国开放型经济在融入全球价值链分工体系的过程中能否实现经济内生增长进行了探讨,提出依赖外力进行资源开发的外生增长之路尽管使相关产业和地区基础设施明显改善,但缺乏内生增长这个根本动力的产业或地区很难真正摆脱落后现状,只有促进产业或地区逐步走上内生增长之路,才能实现可持续发展的良性发展。

目前针对服装产业的发展尚无直接应用内、外生增长理论,但许多学术研究中都有与内、外生增长理论相关的因素出现。陈江生^[7]以及美国作家尼古拉怀特(Nicola White)^[8]等从不同角度指出,意大利二战后1951—1963年“经济奇迹”阶段与“马歇尔计划”“朝鲜战争”等外生增长要素的作用和推动密不可分;中国服装制造业在2008年以前快速发展主要得益于世界纺织服装梯度转移和人口红利带来的外生增长机遇。冯晓莉等^[9]在论述1978—1992年

中国改革开放初期制造业发展基本历程与成就时指出:此阶段轻工纺织业承接了国外的劳动密集型产业转移,企业主要从事价值链中附加值较低的劳动密集型活动。

大部分中国学者在研究意大利服装产业成功经验时,主要从意大利服装品牌形象力、品牌服装设计和品牌管理等方面着手。如刘颖^[10],卞向阳等^[11],王晔诚^[12]分别从意大利代表性时装品牌与设计师群体、产业集群与产业链专业供给、品牌核心价值等多角度进行分析论述。这些研究内容本质上都是在探讨内生增长理论要素在服装产业生态系统中如何发挥作用。

纵观中意服装产业发展,大致经历了三个阶段,分别是现代服装产业基础形成期、产业生态系统快速发展期和产业生态体系转型升级期。鉴于在产业第一发展期,外生增长要素对两国服装产业发展推动作用基本相似;故本文重点将对内生增长理论作用于两国服装产业展开论述。

一、中意服装产业生态系统发展路径比较

服装产业生态系统是一个由服装业相关的制造业企业和服务业企业组成的群落,又可分为产业环境与产业生物群落两部分。服装产业生态系统通常由产业政策与金融、品牌与市场、产品研发与设计、产业供应与生产链、设计师与技师等组成。中意服装产业生态系统发展均与内生增长中的四大要素有着密切关系。

(一)20世纪80年代及之前的中意服装概况

意大利是“文艺复兴”时期第一个引领欧洲服装潮流的国家。之后,荷、英、法、德陆续成为欧洲服装引领者,18世纪后以法、英两国胜出。而意大利服装业因国家陷入四分五裂状况而滞后于欧洲其他国家。第二次世界大战之后,在美国“马歇尔计划”^[8]等推动下,意大利走上了现代服装制造产业之路。20世纪80年代,意大利成为引领欧洲时尚佼佼者。

社会体制与生活环境决定了人们的着装文化与样式。20世纪初,欧洲主流服装样式已完成从宫廷、庄园样式到与都市化、工业化大环境相匹配的现代时装样式阶段,而中国依然在小农经济与半封建半殖民地之间徘徊,国人服装与西方服装样式处基本于割裂状态。直到孙中山先生领导的中华民国成立后,中国服装在接纳和自觉改良中进入了与世界服装第一个融合期,并在20世纪30年代出现了以中山装、旗袍为代表的中国风时装小高峰,但很快就被连年战争

和“文化大革命”所淹没。直到20世纪70年代末改革开放,中国服装才与世界服装续弦。总体而言,中国现代服装产业起步比意大利晚了30多年。

(二)中意现代服装产业生态系统发展路径比较

1.意大利时装产业生态系统发展的三个阶段及其成就

第一阶段(1947—1966年),为意大利现代服装产业基础形成期;20世纪40年代末,意大利紧紧抓住美国“马歇尔计划”为主的外生增长要素,建立起了意大利现代服装产业生态系统。佛罗伦萨在20世纪初就是意大利的传统手工艺中心,二战后很快得到了恢复,成为意大利纺织服装出口中心。此阶段意大利服装以加工出口为主;第二阶段(1967—1984年),以1967年的首次意大利米兰时装周发布会为标志,意大利服装产业生态系统进入快速发展期,时装中心从佛罗伦萨迁到米兰,从此,米兰这个北方城市开始向世界时装之都进军,服装产业从以加工出口为主导转到了自主品牌为主导阶段。第三阶段(1985—1989年),1985年意大利出口贸易额为97亿美元,成为世界上纺织品服装出口第一大国为标志,初步完成了从加工业到自主品牌产业生态体系转型升级。1986年的纺织服装出口额则达到130亿美元,仍居世界之首。1980—1986年间,意大利纺织服装工业的贸易累计顺差达320亿美元,在整个意大利工业部门中的地位仅次于机械制造业^[13]。

意大利服装产业发展目标并不仅仅是成为服装制造出口第一大国,而是要打造与时尚之都巴黎平起平坐的品牌强国。近百年来,意大利服装业一直被笼罩在法国、英国等时装光环之下。为此,意大利工匠与设计者们前赴后继,即使在战争及战后最困难期间,也没停止过他们的创意设计工作。1951年2月,佛罗伦萨的服装商人乔瓦尼·巴提斯塔·乔治尼在自己家中举行了战后第一场促销活动;1952年7月,第一场大型的集体时装表演在佛罗伦萨皮蒂宫(Palazzo Pitti)的白色大厅(Sala Bianca)举行,被国际服装界誉为“意大利服装的诞生”。意大利现有设计师服装品牌中,从1900—1999年中诞生的有57家,其中50—80年代创立的有36家,占63%^[14]。这批设计师品牌至今活跃在欧洲各大秀场、展览会以及全球高端时装市场,他们成为意大利时装产业的脊梁。

20世纪90年代,以普拉托地区为代表的意大利服装产业链集群诞生,小批量、多品种、专业性分工、多环节配合是其最大优势。这些产业链集群几

乎可以给设计师提供一切与服装有关的东西,为意大利时装设计师们的创造能力提供了保障,设计师与品牌公司、设计师与生产商之间建立了非常默契的创造性能量交换机制。

设计人才、技术人才、工匠式的生产者、专业的产业链集群、高效的企业管理与精准营销、意大利政府对时尚产业的强有力政策以及各金融财团对设计师品牌的鼎力支持,这些与内生增长理论相关的要素,构筑了意大利时装产业完整而强大的生态体系,为意大利持续成为世界时装强国打下了坚实基础。时至今日,意大利在纺织、服装和皮革产品的全球贸易中是最具竞争力的国家^[15]。

2.中国现代服装产业生态系统发展历程

中国服装产业按照产业生产能力和品牌发展规模,基本可以分为现代服装产业基础形成期、产业生产能力快速发展期和品牌生态系统建设全面转型升级期三个阶段:

(1)1978—1996年,现代服装产业基础形成期

改革开放初期,国家政策、人口红利、低价劳动力和原材料资源等优势是中国服装产业生态的主要特点,此时正值中国港澳台地区、欧美地区和日本等国家服装制造业向低成本区域转移,处于各项成本低洼区的大陆顺利承接这个世界性产业转移。“三来一补”等贸易方式快速带动了中国服装制造加工主体由小作坊式向现代化企业转变。1983年12月,国家决定停止实行了29年的棉布限量供应办法,实现敞开供应,这标志着中国服装开始告别短缺时代。以出口创汇为突破口,中国初步实现外向型现代服装产业发展的战略转移。

(2)1996—2008年,中国服装产业生产能力快速发展期和品牌初创期

1996年,在加工贸易全盛期间,国家纺织部(1998年改为国家纺织工业局,2001年改为中国纺织工业协会^[16])已意识到产业升级问题,发起了“名师工程”战略,欲以“设计师人才战略和品牌战略”来推动内生增长理论在服装产业中的作用。1997年底,第一届全国服装设计师代表大会在京召开,首届中国服装设计师博览会在京同时举行。这一举动意义非凡,但无论业界或是学术界对此认识不足,大部分企业仍沉浸于“三来一补”等加工贸易带来的快速盈利模式,服装企业中真正投身于品牌建设者屈指可数,只有杉杉、雅戈尔、七匹狼、太和、三利等几家规模企业响应。即便是这些企业,在急功近利思想驱动下,“渠道为王”“跑马圈地”“万家店”等单项经

济指标成为个别企业追逐的主要目标。

1997年亚洲经济危机爆发,由于金融体制等原因,中国与欧美市场没有受到太大影响,外贸出口企业仍牢牢占据中国服装产值排名前列,其对外贸易从早期单纯的OEM(Original equipment manufacturer)形式,变为部分ODM(Original design manufacturer)形式,这是一个较好的信号。其后又有一些大型企业开始主动涉足内贸市场,雅戈尔、杉杉、七匹狼、报喜鸟、庄吉、波司登、红豆、茉织华等企业经过几年努力,其生产规模和装备技术逐渐接近国际水平,并开始构建新的产业生态系统,探索以产业链贯穿、多品牌或虚拟经营等模式。

2002年12月,由中国纺织工业协会主办的“中国纺织产业基地市(县)、特色城(镇)产业集群发展研讨会”在北京召开,意味着中国纺织服装业生态系统中出现了新的形式——产业集群。2003年5月,温州夏梦服饰有限公司与意大利男装品牌杰尼亚合资成立夏梦·意杰服饰有限公司,标志中国服装产业制造技术与装备达到了世界一流水平。

2006年中国服装设计师谢锋携品牌吉芬第一次登上巴黎时装周舞台。此后,中国设计师及品牌频频在巴黎、米兰、伦敦、纽约等时装周亮相,中国原创品牌开始走出国门,亮相于国际时装周舞台。

1996—2008年是中国服装转型升级的最佳时机,尽管国家层面频频发出产业转型升级呼吁并出台了一系列导向性政策,也有部分企业参与了品牌建设 with 终端市场运营,但相比于中国服装产业总量来说,仍是九牛一毛。面向终端市场的自主服装品牌企业,必须要有设计人才、产品研发、市场渠道、品牌文化、商品营销、终端客服等一系列人、财、物资源的组合配置,大部分习惯于单一加工生产型的中国服装企业决策者仍处于观望或浅尝中。中国服装产业失去了主动转型升级的最佳时机。

(3)2009年迄今,中国服装产业品牌生态系统被倒逼进入全面转型升级期

正当中国服装产业开始出现爬坡式升级时,2008年一场不期而遇的全球金融危机使中国服装出口贸易降到冰点,此次危机产生的经济衰退波及区域之广,持续时间之久,远远超出人们意料之外。2015年中国服装协会发布的中国服装行业经济运行分析报告指出:“从上半年行业数据分析,外贸形势更加严峻,服装行业两极分化的趋势进一步加剧。”^[17]服装业生态环境发生重大变化,欧美经济长期在底部徘徊,大宗订单流向越南等新兴国家,期望靠

外生增长要素来改变中国服装业困境已不再可能。中国服装产业主力被挤出国际服装制造产业链,被迫全面转战国内市场,原有的企业生态系统与新市场环境不相匹配,转型升级、重构服装产业生态系统,成为中国服装产业唯一出路。

纵观中意服装产业发展路径与成果,差距明显。从产业生态要素作用与机遇上看,两国都很好地借助了外生增长要素作用,快速完成本国第一阶段的现代服装产业基础建设,但在内生增长要素的应用方面,出现了很大差异。意大利自始至终没有放弃设计师与原创品牌及相关要素建设,而中国服装企业前40年的发展基本上沿用了外生增长要素为主的驱动方式。2000年之前,中国大部分外贸服装企业没有产品研发部门、没有设计师队伍、没有终端市场份额。这些要素的长期缺失或弱小,是导致大部分中国服装企业缺乏发展后劲的主要原因。

二、内生增长要素在中意服装产业生态系统中的表现与作用

中意服装产业生态系统比较研究,主要借用内生增长理论中的四大要素:开放经济和垄断化、劳动分工和专业化、人力资本和技术外溢、产品研究与开发。笔者将这四大要素与服装产业生态系统进行关联,发现它们分别与服装产业中的国家政策及行业法规、产业集群专业性和产业链、设计师资本和品牌外溢、产品创意研究与产品设计开发、有密切的对应关系。

(一)开放经济和垄断化要素在中意服装产业中的表现与作用

开放经济和垄断化在服装产业实践中与国家政策及行业法规密切相关。如同调节江湖海河水位的闸门,目的在于保证船只顺利通航,而调节这道水闸的无形之手就是国家政策(包括金融政策)及行业法规。

1.在意大利服装产业生态系统建设中的表现与作用

1932年,意大利政府在都灵建立了“自主展览基金会”,旨在对意大利的服装产业进行组织,并且协调从设计到生产的各个环节;1935年意大利政府在都灵建立了“意大利服装基金会(Ente Nazionale della Moda)”,其中要求女性必须穿着有规定标签的服装,按照这个模式,每一件服装上必须有50%的原创,其余的部分则可以借鉴法国等国家的服装样式。同时,为了保证意大利服装行业的生存空间,以国家政令形

式,出台了“禁止进口奢侈成衣,必须大量使用本国材料”的政策规定,这为意大利本土服装业的发展提供了机会^[9]。二战以后,意大利国门被打开,政府实行全面开放经济政策,接受了美国“马歇尔计划”援助,由此建立了意大利现代服装产业生态系统。

2. 在中国服装产业生态系统建设中的表现与作用

1978年中国开始改革开放,政府制定了土地、税收、银行贷款等一系列优惠政策,全力支持外贸出口业务,此后十年间中国服装外贸加工企业得到快速发展,奠定了中国现代服装工业的基础。1980年中国纺织品服装出口额为36亿美元,占世界出口总额的3.8%,居第10位。1986年8月国务院召开的116次常务会议上,国家领导人明确提出:我国的对外贸易在一定时期内要靠纺织。根据这一指示精神,纺织工业部制定了“以扩大纺织品出口为重点”的战略转移;1990—1993年,欧美发达国家爆发经济危机,拥有大量廉价劳动力和丰富资源的中国,成为承接世界服装加工业国际转移的首选地;到1994年,中国纺织品服装出口额为355.5亿美元,占世界出口总额的13.2%,居第一位。中国政府及行业机构的政策和法规干预在中国服装产业起步阶段发挥了重要作用,外贸加工型企业为中国服装工业发展奠定了雄厚的生产规模与技术基础。但是,政府对外贸企业优惠政策也使得外贸企业长期占用了大量人、财、物等资源,而且这些资源的外溢价值远远高于加工贸易获取的“加工费”,无形中制约了中国自主品牌的发展。

中国自主服装品牌企业在过去40年中大部分都是中小微企业在唱主角,这点与意大利既相似又有区别。意大利金融财团对于服装企业在扩大规模和创新方面,更偏爱后者。只要有创意,有个性的品牌就会受到财团的关注和支持。而对于中国服装产业,没有一定生产规模或资产抵押,再有创意的自主品牌企业融资依然十分困难。2015年浙江省政府印发的《浙江省金融产业发展规划》提到“大银行的金融组织体系与中小企业需求不完全匹配,支持中小企业发展的能力不足”,因此中国应该向意大利学习,金融机构应该对中小微品牌公司加以特别关注和支持,比如浙江省政府专门出台了“推进设立中小企业专营机构或中小企业金融管理总部”^[18]等相关政策。

(二) 劳动分工和专业化要素在服装产业集群和产业链中的作用

在内生增长模型中,经济增长与劳动分工之间存在正相关关系。技术进步是劳动分工深化的结

果,从这个意义上说,劳动分工决定了经济长期增长,经济增长扩大了市场范围,又有助于加深专业化程度。劳动分工和专业化在服装产业中以专业性产业集群和产业链形式出现,它是服装产业转型升级的重要依托。

1. 在意大利服装产业中的表现

20世纪60年代中期,意大利服装产业发展遇到今天中国服装产业同样的问题:成本上升、效率下降、大量服装生产订单流向亚洲四小龙为代表的国家和地区,迫使意大利服装产业优化升级。以佛罗伦萨的普拉托地区为例,普拉托的纺织服装产业基地成形于20世纪60年代,从80年代到21世纪初经历了三次大升级,才完成了产业结构改造,纺织服装企业向与时尚产业个性化、小批量、多品种、快速反应等相适应的一体化联动体系转型,形成了高专业化分工、高品质作业的产业集群和产业供应链系统。这种新产业生态系统模式,被称为“普拉托模式”。

在“普拉托模式”的带动下,意大利各地区形成了分工明确、专业性强、系统流程完整的纺织服装产业制造供应链体系和产业集群,2008—2009年,笔者在意大利留学时,曾走访了真丝面料加工基地科莫(COMO)、羊毛织品加工基地别拉(BIELLA)和维琴察(VICENZA)、针织品生产基地卡尔比(CARPI)和特雷维索(TREVISO)、女袜生产基地卡斯特戈费雷多(CASTELGOFREDO)、皮革服装加工基地恩波利(EMPOLI)、牛仔面料服装加工基地贝萨诺(PESARO)和纽扣生产基地格鲁梅罗等地区,发现几乎所有产业集群或基地都具备完整和高效的产业链生态体系,其共同特点是供应链的各项能力与设计开发要求高度匹配,体现当代最先进的纺织服装制造科技水平和管理水平,每个地区几乎达到了垄断其中一类或几类产品。它们为意大利时装腾飞提供了可持续发展的强大保障。

意大利产业集群与产业链升级不仅仅着眼于本产业科技水平和专业管理水平,还体现在升级过程中极其重视产业集群与产业链各生态系统建设与绿色保护同构意识。2016年,来自意大利普拉托地区约20家时装供应链加盟Detox排毒承诺,承诺在2020年以前其供应链中消除所有有毒化学品,这是同业中公开发表的重大承诺群体。托斯卡那北部工业联合会深化无毒时尚的承诺,包括制定和提供工具以支持其实现排毒承诺,创造了审核方案、跟踪进度、发布案例研究,并通过公布测试结果以增加

透明度^[19]。

2. 在中国服装产业生态系统建设中的表现与作用

20世纪80年代到21世纪初,中国服装产业规模以上企业90%集中在外贸企业中,在规模效应和“巨无霸”企业规模驱使下,不少大型企业先后构建全产业链系统,“雅戈尔”便是其中典型一例。他们在企业内部建立了从纺纱织布、印染、整理、成衣、销售、售后服务等完整的产业链,成为服装行业的标杆。另一方面,不少地区自发出现由占街摆摊逐渐发展为有一定规模的服装批发市场,参与者都是小微企业及自产的低价低质产品。这是中国最早出现的“产业集群”雏形。截止到2009年,各地已经逐步形成富有地方特色的区域产业集群164个^[15],随着产业集群的发展,在其周边逐渐形成一个个相对完整的产业供应链生产链系统。这些产业集群和产业链的形成,为推动中国服装产业升级奠定了基础,标志着中国服装产业进入了一个新的发展阶段。

目前,从中国产业集群总量来看,已初具规模,但产业集群关联的各个产业链之间协同水平发展良莠不齐,产品同质化较严重,产业链之间配套性不够顺畅,个性化服务成本居高不下,生产成本、生产效能与绿色环保安全等问题都急需改善提升。而导致这些问题一个重要原因与人力资本和技术外溢要素的作用与效能有关。

(三) 人力资本和技术外溢在服装产业生态系统建设中的表现与作用

在服装产业生态系统中,人力资本和技术外溢除了指一般概念的人力资本和技术力量之外,主要表现为设计师群体的创造力和品牌价值影响力。

1. 在意大利服装产业生态系统中的表现与作用

意大利服装产业集群与产业链的升级,为意大利设计师提供了强有力的支持,而设计师们的创意与技术完美结合,则是意大利服装品牌能持久雄踞全球顶层的主要原因。

早在20世纪40年代,作为罗马高级时装的主要客户群,意大利本土和国外的电影明星为意大利时装业发挥了很大推动作用,尤其对意大利的设计水平和设计师队伍的崛起打下为基础,成就了诸如芳塔娜姐妹(Fontana Sisters),罗贝托·卡普奇(Roberto Capucci)、西蒙内塔·维斯康蒂(Simonetta Visconti)和阿尔伯特·法比亚尼(Alberto Fabiani)等一批优秀意大利本土设计师。

在意大利众多设计师中,有两位功不可没的设计师:沃尔特·阿尔比尼(Walter Albini)与乔治·阿

玛尼(Giorgio Armani)。前者是意大利真正意义上的首位成衣设计师,1964年阿尔比尼以自由设计师为业,同时为5个品牌设计成衣,并于1968年在佛罗伦萨展示了这5个品牌的作品。此后,阿尔比尼创立了以自己名字命名的服装系列,影响着意大利20世纪六七十年代的成衣业,成为当时国际服装界的一大创举^[20]。另一位是至今仍掌控着与其同名的世界十大品牌之一、开创了意大利70年代时装奇迹的乔治·阿玛尼,是他改变了男装近百年来被程式化的样式,倡导了一种华丽与舒适并存的风格,他是宽肩外观男装设计的前驱,创造了除去填充物和刻板线条的柔软西装。同时,阿玛尼也是最早将男装剪裁运用于女装设计的设计师之一。1982年阿玛尼先生登上了Time封面,成为时尚界继Christian Dior之后的第二人。

当然,意大利时装业的成功,不仅仅是几个设计师的功劳。后浪推前浪,层出不穷才是意大利设计师群体力量所在。20世纪70年代中期,继乔治·阿玛尼之后,老字号品牌Gucci焕发青春,Gianfranco Ferre、Gianni Versace、Valentino、Roberto Cavalli、Dolce & Gabbana、Krizia、Moschino等等具有鲜明个性的设计师及其品牌像雨后春笋一般出现在意大利米兰,同时他们也成为巴黎、伦敦、纽约等时装周上的常客。

意大利设计师不管是作为品牌公司的所有者还是股东,基本不参与公司经营管理(并非不关注市场消费动态),专心致志做好设计工作。设计师不一定是企业“高管”,但备受尊重,并对产品设计方向具有很大的决定权。设计师的人品与产品、性格与风格合二为一,这是品牌个性化风格形成的重要条件。

意大利服装产业的影响力主要来源于意大利设计师品牌外溢效应。他们所在的公司不仅是本国服装行业产能效益最好的公司,而且在全球一流品牌中占有多席之地。Versace、Prada、Gucci、Valentino进入全球奢侈品牌TOP10,意大利品牌在男装品牌世界TOP10中有Giorgio Armani等6个,在女装品牌世界TOP10中占有4席。中国服装品牌在世界TOP10中至今还是零席。

2. 在中国服装产业生态系统建设中的表现与作用

中国首批十佳设计师诞生于1995年。至2013年中国服装设计师协会共评选出145名“中国十佳时装设计师”,其中有15位全国十佳时装设计师荣获中国时装设计“金顶奖”。他们在中国服装产业的发展过程中,特别是在自主品牌的建设中,发挥着举

足轻重的作用^[21]。

尽管中国设计师在过去20多年中有了长足的进步,但中意设计师群体对品牌贡献度和业界影响力差距悬殊,主要表现为:中国设计师在产品设计开发中的决定权不如营销人员;品牌所有者与品牌设计师之间经常出现错位现象。诸如此类,导致中国服装设计师的专注力、创造力和创新度大打折扣,而经营者一味强调以销售数据作为未来产品开发依据,漠视或制约了设计师的创造力,这也是目前中国服装市场产品同质化严重的主要原因之一。

2016年至今,中国国内十大男装品牌中只有“卡宾”一家为设计师品牌,其余九家皆为企业品牌。中国产值排名前十的女装品牌中,没有一家是设计师品牌。设计人才资源和品牌外溢是内生增长理论在服装产业实践效能中最重要的要素。两国服装设计师人力资本和品牌(技术)外溢效能比较,差距显而易见,而这正是内生增长诸要素中最核心的内容,也是中国服装产业转型升级中需要突破的最大瓶颈。

(四)产品研究与开发要素是区分产业大国与产业强国的分水岭

产品研究与开发的主体是设计师群体和具有工匠精神的技师(版师与工艺师),产品研究与开发这一要素作用的大小,则是衡量设计师人力资本与品牌(技术)外溢功效好坏的试金石,也是区分服装产业“大国”与“强国”的重要指标。在国际贸易中有三种典型的制造业模式:OEM、ODM与OBM(Original brand manufacture)。从OEM代工生产到企业自觉投资参与产品研发的ODM代工设计,进而升级为OBM创立自主品牌,三者最大的不同是产品开发设计能力的差异。

1.在意大利服装产业生态系统建设中的表现与作用

1953年《罗马假日》上映,奥利黛·赫本与格里高利·派克的精彩表演和罗马迷人的街景,引来许多好莱坞电影在罗马拍摄和制作,时装与电影的联姻刺激了罗马高级时装的开发与研究,也成为设计师与品牌扬名的最佳捷径。在意大利,Valentino Garavani、Giorgio Armani、Dolce&Gabbana等许多设计师都有一批属于自己的明星顾客。明星效应为意大利设计师品牌打开了巨大的价值空间。

20世纪60年代中期,随着意大利经济快速发展,国民收入增长和消费水平提高使得人们对服装的个性化、多元化需求不断高涨,服装的审美功能和

社会意义彰显远远超过其着装功能性。尤其是60年代末,席卷欧美的“黑色风暴”,使年轻一代消费者开始拒绝缺少特色的传统定制服装,而是追求个性化、刺激且有品质的服装。这种现象直接导致70年代“高级定制时装”出现濒临“崩溃”的危机,但对已颇有产业基础和资金实力的意大利服装商来说,无疑是绝好的机会。他们明智选择了以成衣产品研发为主攻方向,用现代先进设备与精致工艺生产“高级成衣”,此举使意大利时装迅速登上与法国时装同台比肩的地位。

米兰的高级成衣产品得益于设计师与生产商之间具有良好的创造性能量交换,富有创意设计感的产品使得生产的附加值显著提高,从而使成衣生产力大大增强。这种服装极大满足了新一代消费者与广大中产阶级的需求,这与当下中国服装产业消费市场需求极其相似。

2.在中国服装产业生态系统建设中的表现与作用

一方面,中国服装企业大多主要按照市场热销度来决定产品开发方向,一味跟风“业绩款”,追逐“爆款”,在追逐短期利益的同时,逐渐丧失了本该需要长期坚持才能形成的品牌风格与品牌文化特征,导致市场上仿版成风,同质化严重,最终只能在价位上互相残杀,形成恶性循环。表面上看是短期利益作祟,而本质上是这些公司对产品创意设计价值的短视和企业品牌文化自律、自信的缺失。

另一方面,消费人群结构变化已成为不可逆转的趋势。当前“90后”乃至“00后”正成长为主力消费者,物质条件的优裕,个性文化意识增强,他们对服装个性化追求远超于父辈,如同20世纪60年代后期意大利年轻人消费行为的复演。“爆款”年代已经过去,“快时尚”出现“乏症”,市场急需开发具有个性化、小众化、富有创意的时装产品。

产品研究与开发要素的作用与表现,直接反映出终端市场走向和消费者品味。产品研究旨在引领市场,产品开发旨在贴近消费。如此,才能使产品研究与开发主体——设计师人力资本和品牌外溢的价值得以实现。

近年来,中国部分服装企业家已有所觉醒,开始重视产品设计研发,加大企业品牌文化在产品的孵化、培育与根植。已有一些品牌公司开始出现细分设计师队伍,让一部分设计师专注产品原创素材研发,另一部分设计师专注贴近消费者需求的产品应用开发。

好产品永远是引领并贴近消费者,这在欧美服

装界已是常态,意大利称他们为“风格设计师”和“创意设计师”。

三、结 语

通过对中意服装产业 40 年发展路径的比较研究,运用内生增长理论四大要素对中意两国服装产业生态系统建设过程进行剖析,主要结论如下:

a)中国服装生产型企业目前大致处于意大利 20 世纪 70 年代产业生态系统环境:受成本上升、订单转移等条件影响,外生增长要素作用锐减,内生增长要素成为主力。在实践中,通过发挥以国家政策及行业法规、产业集群与产业供应链、人力资本和技术外溢、产品创意与研发等要素的作用,完善新一轮服装产业生态系统建设,将对服装产业转型升级产生重大作用。

b)随着中国服装消费者的消费观日趋成熟,从“爆款”拉动消费市场正在向个性化、多元化创新产品引领市场转变,以满足“人民日益增长的美好生活需要”为目标的设计师群体及产品创意研发在服装产业转型升级及新产业生态系统构建中必须占据核心地位。

c)意大利在服装产业发展过程中,内、外生增长要素连续发生作用,中国服装产业前 30 年主要依赖外贸订单这个外生增长要素单项拉动发展,全球金融危机使中国服装出口贸易降到冰点,大批外贸服装企业被迫转型,仓促启动内生增长要素,难度可想而知。所幸近年来中国互联网科技飞速发展,使中国服装产业在升级战中得到比意大利当年更为优越的生态环境,充分利用好互联网、物联网、智能化等新资源优势,是中国服装转型升级的新法宝。

综上所述,目前中国服装产业在借鉴意大利大服装转型升级经验和方法时,必须充分发挥内生增长要素各自特点和作用,牢牢把握两国服装产业发展中人、财、物及时空背景、产业生态环境等变化因素,扬长避短,走出一条具有中国特色的服装产业生态系统转型升级之路。

参考文献:

[1] 朱勇.新增长理论[D].北京:中国人民大学,1998:32.

[2] Lucas R E. On the mechanics of economic development [J]. Journal of Monetary Economics, 1988, 22(1):3-42.

[3] 方辰.2018 年诺贝尔经济学奖揭晓:聚焦气候变化与技术创新[N/OL](2018-10-08)[2019-05-11].新京报 <https://baijiahao.baidu.com/s?id=1613758915766879384&wfr=>

[spider&-for=pc.](#)

[4] 段宏波,蔡宗武.创新、内生增长与气候变化:2018 年度诺贝尔经济学奖得主贡献简评[J].管理评论,2018, 30(10):3-13.

[5] 陈思萌.中国开放型经济的内生优势研究:以江苏省为例[J].世界经济与政治论坛,2018(6):160-170.

[6] 严红.中国西部民族地区经济发展路径转型研究:基于改革开放以来的考察与分析[J].云南社会科学,2017 (4):40-46.

[7] 陈江生.老欧洲的困境:战后意大利经济发展分析和前瞻[J].中共石家庄市委党校学报,2009,11 (3):45-47.

[8] Breward C. Reconstructing Italian fashion: America and the development of the Italian fashion industry [J]. American Historical Review, 2002,107(3):852.

[9] 冯晓莉,耿思莹,李刚.改革开放以来制造业转型升级路径研究:基于微笑曲线理论视角[J].企业经济,2018 (12):48-55.

[10] 刘颖.意大利时装:伟大的复兴[J].国际服装动态,2006 (6):97-105.

[11] 卞向阳,张旻.20 世纪意大利服装业的演进[J].东华大学学报,2008,34(4):416-421.

[12] 王晔诚.中意服装品牌发展沿革比较研究[D].上海:东华大学,2009:12.

[13] 《意大利纺织服装工业》编写组.意大利纺织服装工业 [M].北京:纺织工业出版社,1989:20-25.

[14] 常静,周雪.意大利服装产业及其背景下品牌生命周期规律研究[J].商业现代化,2013(28):67-68.

[15] 德勤调查:意大利人自认是全球时尚创新第一名[Z/OL](2017-07-12)[2019-02-14].华杂志.https://www.sohu.com/a/155776494_487885.

[16] 陈树津.改革开放大潮下,中国纺织工业联合会的探索之路(上)[J].中国纺织,2016(11):12-15.

[17] 冯德虎.中国服装协会发布 2015 上半年中国服装行业经济运行分析报告[R/OL](2015-08-20)[2019-05-14].<http://www.sjfzxm.com/shichang/201508-20-461587.html>.

[18] 浙江省人民政府办公厅关于印发浙江省金融产业发展规划的通知,浙江省人民政府网[R/OL](2015-07-01)[2017-08-01].http://www.zj.gov.cn/art/2015/7/1/art_12461_240441.html.

[19] 杨萍.意大利最大的时装供应链加盟 Detox 排毒承诺 [Z/OL](2016-02-25)[2018-11-12].<http://news.efu.com.cn/newsview-1151380-1.html>.

[20] Steel V. Fashion, Italian Style[M]. London: Yale University Press,2003:54-57.

[21] 中国服装设计师协会.时尚的力量:中国十佳时装设计师作品选[M].北京:中国纺织出版社,2013:序.

(责任编辑:钱一鹤)



中国消费者对奢侈品正品与仿冒品 购买意愿影响因素的比较分析

季晓芬^a, 李士冬^b, 肖增瑞^a, 蔡丽玲^a

(浙江理工大学, a. 国际教育学院; b. 服装学院, 杭州 310018)

摘要: 为探究中国消费者对奢侈品正品与仿冒品购买意愿的影响因素的差异, 基于购买意愿复合模型, 使用 SPSS 24.0 和 AMOS 24.0 软件分析问卷调查数据, 应用结构方程模型多群组分析方法, 研究了态度、主观规范、感知控制、面子意识和群体一致这五种因素对奢侈品正品和仿冒品购买意愿的不同影响。实证分析结果显示: 相比于奢侈品正品, 感知控制和群体一致对仿冒品购买意愿的影响更大; 态度、主观规范和面子意识对奢侈品正品和仿冒品的购买意愿的影响均无显著差异。根据研究结果提出奢侈品营销和管理建议, 以期促进奢侈品行业的健康发展。

关键词: 消费者; 奢侈品; 正品; 仿冒; 购买意愿; 影响因素; 复合模型; 多群组分析

中图分类号: TS941

文献标志码: A

文章编号: 1673-3851 (2019) 10-0451-08

Comparative analysis of factors influencing Chinese consumers' purchase intention to genuine and counterfeit luxury goods

Ji Xiaofen^a, Li Shidong^b, Xiao Zengrui^a, Cai Liling^a

(a. School of International Education;

b. School of Fashion Design & Engineering, Zhejiang Sci-Tech University, Hangzhou 310018, China)

Abstract: To investigate the differences in the factors affecting Chinese consumers' purchase intention to genuine and counterfeit luxury goods, comparative analysis was conducted in this study based on the purchase intention composite model, and questionnaire survey data were analyzed by SPSS 24.0 and AMOS 24.0 software. In addition, multi-group analysis method of structural equation model was applied to study the effects of attitude, subjective norms, perceived control, face awareness and group conformance on consumers' purchase intention to genuine and counterfeit luxury goods. The empirical results show that perceived control and group conformance have greater influences on the purchase intention of counterfeit goods than on genuine goods, while the differences in the influences of attitude, subjective norms and face awareness on the purchase intention of counterfeit goods and genuine goods are not significant. Based on the research results, this study proposes luxury goods marketing and management suggestions, in the hope of promoting healthy development of luxury industry.

Key words: consumer; luxury goods; genuine goods; counterfeit; purchase intention; influencing factors; composite model; multi-group analysis

收稿日期: 2019-03-07 网络出版日期: 2019-05-15

基金项目: 浙江省哲学社会科学重点研究基地浙江理工大学浙江省丝绸与时尚文化研究中心课题(ZSFCRC201805ZL); 浙江省自然科学基金项目(LQ18G020008)

基金项目(LQ18G020008)

作者简介: 季晓芬(1971—), 女, 浙江仙居人, 教授, 博士, 主要从事服装企业管理与营销、服装供应链管理、团队创新方面的研究。

通信作者: 肖增瑞, E-mail: xiaozengrui@zstu.edu.cn

奢侈品因其独特性及较高的附属价值,不仅是权利物品(社会声望等)的象征,更成为了消费者自我精神存在的一种表达,受到全世界范围内的追捧^[1]。随着新兴国家经济的崛起,人们消费水平不断提高,对奢侈品的消费需求也日益增长,其中中国的奢侈品市场已成为世界奢侈品市场不可或缺的一部分。贝恩咨询公司发布的《2018 年全球奢侈品行业研究报告》显示:全球奢侈品市场销售额年增长率达到 5%,其中中国消费者在全球的奢侈品消费中贡献了近 33% 的市场份额,无疑是推动全球经济增长的重要力量。同时也有报告指出,中国本土奢侈品市场份额的增长是海外的两倍,Y 代和 Z 代^①对奢侈品市场的总增长贡献率超过 95%^[2],这说明中国奢侈品消费主体越来越年轻化。

在人们对奢侈品的消费需求增加的同时,仿冒奢侈品亦随之兴起,甚至发展为全球性问题。仿冒奢侈品在外观上与正品奢侈品极相似,并欺骗性地展示被仿冒品牌的名字,以低于正品的价格进行销售^[3]。根据 2016 年经济合作发展组织的报道,2010—2013 年全球海关查扣商品中 63.2% 的假货来自中国,中国是全球第一大仿冒商品流出国^[4];2018 年 8 月价值超过 4.5 亿元来自中国的仿冒奢侈品在纽约被查获,震惊了奢侈品行业;就连国际反假联盟(IACC)中的首个电商成员阿里巴巴也因其平台仿冒品过多而被多家奢侈品品牌“逼退”。中国“繁荣”的仿冒品市场不仅对世界经济的健康发展造成影响,而且妨碍中国企业被国际社会接纳的进程。因此,深刻分析消费者购买仿冒奢侈品的行为机理显得尤为紧迫。

现有研究从个人特性、产品特征、社会文化背景、情境与情绪等方面针对消费者对正品和仿冒奢侈品购买意愿的影响因素展开了广泛的分析^[5-7],但对奢侈品正品与仿冒奢侈品之间的差异和对比分析较少。为了弥补这一不足,本文将基于购买意愿复合模型,对比分析态度、主观规范、感知控制、面子意识和群体一致五个因素对奢侈品和仿冒奢侈品购买意愿的影响差异,以更好地洞悉消费者购买仿冒奢侈品的心理和行为,进而为促进奢侈品行业的健康发展提供建设性意见。

一、理论背景与研究假设

(一)理论背景

1. 奢侈品购买意愿的相关研究

现有文献对奢侈品消费行为主要从社会和个人导向动机两个层面研究,并结合不同文化环境得出研

究结论。炫耀性消费理论指出,消费者为满足自身的炫耀心理,向外界展示自身的地位、财富和身份而购买奢侈品^[8]。由于奢侈品价高物稀,并不是所有人都可以拥有的,购买奢侈品能够向他人传达自身资源的优势,展示自身独特性;此外,为了融入一定的社会团体,被社会成员广泛接受,人们可能会产生从众购买行为^[9]。朱晓辉^[10]从儒家文化角度分析中国消费者的奢侈品消费动机,发现中国消费者在进行奢侈品消费时十分重视“身份象征”这一动机。王慧^[11]基于消费行为理论,分析了中国消费者典型的关系消费和面子消费,构建了奢侈品消费的动机模型。上述研究主要是将文化、消费动机和消费行为相结合。

除了社会导向动机外,奢侈品消费也存在着个人导向动机。奢侈品专柜店为客户提供专门化和定制化的个性服务,能够使消费者在购物过程中获得身心愉悦感,追求自我愉悦的消费者对奢侈品有强烈的购买意愿;不同于自我愉悦,自我赠礼动机强调人们通过奢侈品消费完成对自身的激励作用。另外,奢侈品高品质的特性也会促使消费者产生购买行为,这类消费者通常以追求高超品质来实现自我完美的使用体验^[11];奢侈品常被视为时尚的标杆,不少的消费者通过购买奢侈品来展现自身个性、风格^[9]。

2. 仿冒奢侈品购买意愿的相关研究

仿冒奢侈品交易可以分为欺骗性和非欺骗性交易两类,大多数消费者是在能够分辨出产品真假的基础上进行购买的,也就是所谓的“知假购假”,正是这种行为导致仿冒奢侈品的迅猛扩散^[12]。同时现代技术水平的进步以及网络购物的不断发展,使得仿冒奢侈品被更多的人接受,不仅是中低收入人群,甚至在高收入人群中也开始盛行^[6]。关于仿冒奢侈品消费行为的研究大多以非欺骗性交易为前提,从经济动机和非经济动机两方面探究仿冒奢侈品消费对正品品牌的影响。

消费者购买仿冒奢侈品考虑的首要因素是价格。仿冒奢侈品与正品在外观上极其相似,价格却远低于正品,对消费者来说,仿冒奢侈品代表的是一种成本利益优势^[7]。当仿冒品的质量、外观等能够达到消费者的最低要求,许多消费者更愿意购买价格低廉的仿冒奢侈品。也有研究发现,曾购买奢侈品正品的消费者也可能尝试购买仿冒奢侈品,或是为了追求新奇,或是为了穿戴轻松^[13],可见价格不

① Y 代是指 1983—1995 年出生的人群,Z 代是指 1996—2010 年出生的人群。

是影响仿冒奢侈品购买意愿的唯一重要因素。

除了经济动机外,还有个人和社会动机影响消费者对仿冒奢侈品的消费行为。消费者对仿冒奢侈品的态度影响其购买意愿。随着生产技术的提高,仿冒品的质量也大大提高,消费者对仿冒品渐渐形成积极的态度倾向^[14]。奢侈品极大的身份象征价值是消费者趋之若鹜的原因之一,当仿冒奢侈品与正品几近相似时,它便可以代替正品向他人展示自身地位和社会形象,这时候消费者便能在低成本下获得形象利益。另外,消费者为了融入某一社会群体或得到社会群体的认可时,并不一味地追求产品品质,仿冒奢侈品便是其最好的选择之一^[7]。

仿冒奢侈品的出现必定会对正品品牌产生影响。有学者认为,仿冒奢侈品的迅速扩散会造成正品产品独特性价值的丧失,为正品品牌带来不可逆转的伤害^[15];且仿冒产生的利润是以正品厂家的经济损失为代价获得的。除此之外,正品品牌在被仿冒时还面临着无形的负面反响,如品牌淡化、无效投资成本等^[16]。但也有学者认为,仿冒品的出现具有正向作用:一方面它间接拓展了正品品牌的知名度,为正品品牌培养了潜在消费者,另一方面它促进了品牌的创新能力提升^[17]。

3. 理论视角与分析框架

不少学者运用理性行为理论和计划行为理论来预测消费者购买仿冒奢侈品的行为。理性行为理论认为消费者对仿冒品的态度和其自身的主观规范是预测其行为意向和行为的基础,但在实际的消费情景下,消费者对行为意向的控制受到其它因素的影响,极大地降低了行为预测的准确性。作为理性行为理论的延伸,计划行为理论加入了感知行为控制来解释付诸行动所需要的资源和控制^[18],并且感知行为控制对仿冒品购买意愿影响最大^[7]。另外认知失调理论也是解释仿冒奢侈品消费的主要理论之一。该理论认为,消费者在购买仿冒奢侈品过程中会出现认知和行为的冲突,通常会通过改变认知、改变行为或增添调节因素来达到内心的平衡^[7]。

本文将基于 Jin 等^[19]提出的购买意愿复合模型进行研究。该模型整合了计划行为理论模型和 Lee 模型,其中, Lee 模型是在理性行为理论基础上纳入面子意识和群体一致来共同解释儒家文化影响下消费者的行为意愿,可与计划行为理论共同对理性行为理论进行补充。整合后的购买意愿复合模型比计划行为理论和 Lee 模型更全面地涵盖了影响消费者购买意愿的因素 对当今中国消费者的消费行为有

更进一步的解释,更适合应用于对中国消费者的测量^[19]。购买意愿复合模型如图 1 所示,该复合模型认为态度、主观规范、感知控制、面子意识和群体一致均对购买意愿有正向影响,态度在面子意识和群体一致对购买意愿的影响路径中起到一定的中介作用。基于该模型,本研究对比分析了态度、主观规范、感知控制、面子意识和群体一致这五种因素对正品和仿冒奢侈品购买意愿的影响差异。

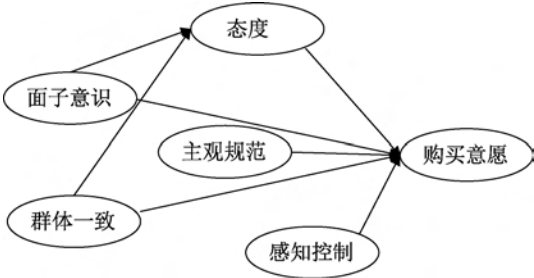


图 1 购买意愿复合模型

(二) 研究假设

1. 态度对购买意愿的影响

根据 Fishbein 的理性行为理论,个体对特定行为的态度对其实际行为有很好的解释力和预测力。对特定行为的态度可以理解为个体对相关行为的积极或消极的评价。消费者对正品和仿冒奢侈品的态度主要由社会性和情感性两部分组成^[6]。一方面,奢侈品制作精良且稀缺难求,具有极大的象征意义,能够为消费者树立良好的社会形象,而仿冒奢侈品在外观上与正品极其相似,也能满足消费者树立形象的需要;另一方面,对品牌的喜爱是消费者对奢侈品正品持积极态度的因素之一,消费者购买奢侈品也是一种自我情感的表达,而对正品的喜爱刺激着消费者对仿冒奢侈品的购买意愿^[20]。随着奢侈品购买群体的年轻化,越来越多的消费者把仿冒品消费当作展示其独特性的手段。但不管消费者对两类奢侈品所持态度是社会性亦或是情感性,产品品质的好坏依然是消费者最关心的因素之一,因此消费者普遍对品质精良的正品持积极态度,对正品的购买意愿也较强烈。相反地,由于仿冒奢侈品品质无法得到保证,因而消费者对其所持态度并不稳定,购买意愿也比较不稳定。因此本文假设:

H1: 相比于奢侈品正品,态度对仿冒奢侈品购买意愿的影响更大。

2. 主观规范对购买意愿的影响

主观规范反映的是个体从对其重要的人或群体中所感知的压力,体现了个体在采取特定行为时对他人的意见的重视程度。^[21]换言之,主观规范是个体对重

要参照者是否赞成某一行为的感知。奢侈品具有极高的象征价值,拥有奢侈品也意味着个人生活品质的提升。有研究指出大多数消费者特别是 Y 时代的消费者,其第一件奢侈品通常是父母或者重要朋友赠送的^[9],身边重要的人对购买奢侈品这一决策的支持无疑会增强消费者重复购买的信心;王慧^[11]也指出,中国消费者购买奢侈品容易受到他人意见的影响,而购买仿冒奢侈品是有风险的,如果被重要的人发现是仿冒品且受到他们的不支持甚至嘲笑、疏远时,消费者购买仿冒奢侈品的意愿便会下降;而如果重要参照群体对仿冒奢侈品比较宽容,则这种顾虑会大大减小^[7],这就使得重要参照群体的意见对仿冒奢侈品购买意愿的影响更为显著。因此本文假设:

H2: 相比于奢侈品正品,主观规范对仿冒奢侈品购买意愿的影响更大。

3. 感知控制对购买意愿的影响

Ajzen 的计划行为理论将感知控制定义为:消费者对做出某一行为的难易程度的感知^[18]。在此基础上,感知控制可以进一步划分为内控和外控两个维度:内控是指个体对自身能力的内部支撑或者自信心(比如对奢侈品相关知识的掌握情况);外控是指个人决策时对外部障碍能否控制的判断(比如资源可用性、购买力大小)^[19]。消费者经常形容购买奢侈品是“闭眼入坑”,意思是任意购买一款奢侈品都不会失望,这主要源于消费者对奢侈品正品高品质、稀缺珍贵等特性的肯定和信任,这一心理信任是不会轻易被外界因素影响的,且在社会“负翁”消费意识的影响下,不少消费者甚至通过贷款以支撑其高品质消费^[9],可见感知控制对奢侈品正品的购买意愿影响较小。与之相对应的是,消费者购买仿冒奢侈品往往是出于个人经济能力的限制,且为了避免被他人轻易发现,消费者一般需要具有相当的奢侈品知识以支撑自己挑选出与正品最接近的“替代品”,消费者面临的购买仿冒品的障碍越少,其购买意愿就越强烈^[7]。因此本文假设:

H3: 相比于奢侈品正品,感知控制对仿冒奢侈品购买意愿的影响更大。

4. 面子意识对购买意愿的影响

面子被认为是个人在社交网络中的地位,它是儒家文化中衡量一个人社会价值和声誉的最重要尺度^[19]。中国消费者一般从面子角度衡量人际交往,任何一种人际交往活动都有“长面子”、“挽回面子”或者“丢面子”的可能。本文的面子意识反映的是个体对面子的重视程度。在奢侈品消费中,消费者往

往希望通过购买和使用该产品建立良好的自我形象,获得更多的社会认可。前人的研究结果表明,面子意识强的消费者更看重产品的社会属性和象征意义(如品牌),而较少关注产品的内在价值(如使用价值)^[22],而购买仿冒奢侈品一旦被发现,他们将会面临丢面子的可能。因此本文假设:

H4: 相比于仿冒奢侈品,面子意识对奢侈品正品购买意愿的影响更大。

5. 群体一致对购买意愿的影响

群体一致普遍被认为是集体主义文化下的特性之一,是一种迫于遵守群体规范而忽视个人观点的意识倾向。目前人们对奢侈品的消费呈现团体性发展趋势,消费者比较在意与周围人群的融入度,团体内部成员间消费观念的相互影响以及维系该团体的需要也会驱使他们重复消费奢侈品^[9]。相对来说,消费者购买仿冒奢侈品所面临的风险更大,更需要得到群体成员的认可,以此保证其能成功的融入社会群体。当消费者感知到身边的群体成员都在购买仿冒奢侈品时,他们也更倾向于购买仿冒奢侈品,甚至放弃购买奢侈品正品以与群体保持一致。因此本文假设:

H5: 相比于奢侈品正品,群体一致对仿冒奢侈品购买意愿的影响更大。

二、问卷设计及数据收集

(一) 问卷设计

本文对变量的测量条款均来自自主流量表:a)态度:结合奢侈品产品特性提取 8 个指标(品牌知名度、价格、时尚度、搭配性、舒适性、合体性、耐用性和质量),量表来自文献^[19];b)主观规范:采用文献^[23]的 5 项条款来测量;c)感知控制:包含内控和外控两个维度,借鉴文献^[24]和^[25]的量表,分别设置 2 项条款进行测量;d)面子意识和群体一致均采用文献^[26]的量表,其中面子意识含有 2 项反向计分条款和 1 项正向计分条款,群体一致含有 3 项条款;e)购买意愿:分别从“倾向买”“考虑买”“希望买和计划买”四种程度进行测量。测量条款共计 27 项,采用 Likert7 级量表,邀请被试者根据自身最近一次的购买经历对各条款进行评分,分数越高表示被试者对问题描述的认同程度越高(1 代表完全不同意,7 代表完全同意)。

(二) 数据收集

本文选取 LV(Louis Vuitton)品牌的包为研究对象,因为 LV 作为奢侈品品牌巨头之一,其产品一直广受欢迎,市面上也出现了大量 LV 包的仿冒品,选

取 LV 能够较为典型地对消费者购买奢侈品正品和仿冒品行为加以剖析,得出的结论也能被广泛应用于奢侈品行业。问卷调查主要通过在线问卷进行,要求被调查者至少曾购买过 LV 正品或仿冒品之一,并根据最近一次购买经历填写相应问卷,未购买的被试者直接结束问卷调查。最终回收问卷共 455 份,剔除答题时间过短(大多数问卷答题时间在 3~5 分钟,剔除 1 分钟内完成的答卷)或答案呈现明显规律性的问卷(连续大量题项得分相同或呈之字形排列等)13 份,得有效问卷 442 份,有效率达到 97.1%。

三、数据分析

(一)信效度检验

对问卷的信效度进行分析时,发现品牌知名度、

价格和时尚度的相关系数 *CITC* 值小于 0.4,删除后态度各项条款 *CITC* 值都大于 0.5,态度变量整体信度系数 α 达到 0.816,因此删除态度前三项条款,总量表有 24 个条款。进行验证性因子分析,模型的 χ^2/df 为 2.459,小于 3; $IFI=0.932$, $TLI=0.920$, $CFI=0.932$,均大于 0.9,说明模型整体拟合度良好; $RMSEA=0.058$,尚可接受。信效度分析结果汇总如表 1 所示。信度检验结果显示各题项 *CITC* 值均大于 0.5,各变量的 *Cronbach α* 值均大于 0.7,表明量表内部信度较高,题项间的一致性较好。各条款的因子荷载基本都高于 0.7,各变量的组合信度 *CR* 均大于 0.7,平均抽取变异量 *AVE* 基本都大于 0.5,表明量表的建构效度和收敛效度均达到了要求。

表 1 量表的信度和效度

变量	题项	<i>CITC</i>	α	因子荷载	<i>CR</i>	<i>AVE</i>
态度	搭配性	0.590	0.816	0.672	0.817	0.472
	舒适性	0.619		0.705		
	合体性	0.589		0.665		
	耐用性	0.642		0.721		
	质量	0.590		0.669		
主观规范	对我重要的人觉得我购买正品/仿冒 LV 的包是好的	0.713	0.855	0.791	0.856	0.544
	对我重要的人觉得我购买正品/仿冒 LV 的包是明智的	0.639		0.719		
	对我重要的人觉得我购买正品/仿冒 LV 的包是令人兴奋的	0.704		0.791		
	对我重要的人觉得我购买正品/仿冒 LV 的包是有必要的	0.644		0.681		
	对我重要的人觉得我购买正品/仿冒 LV 的包是物有所值的	0.648		0.699		
	对我来说,在众多奢侈品牌中选择某一品牌的包包是很容易的	0.550		0.790		
感知控制	找到一款我想买的包花费不了太多时间	0.582	0.733	0.814	0.718	0.411
	是否要买包取决于我自己	0.513		0.445		
	我对购买一款包有很大的控制权	0.467		0.398		
面子意识	拥有正品/仿冒 LV 的包会损害我在对我重要的人中的声誉	0.753	0.825	0.868	0.835	0.629
	当对我重要的人看到我拥有正品/仿冒 LV 的包时,我会感到羞愧	0.700		0.804		
	拥有正品/仿冒 LV 的包会提高我在对我重要的人中的声誉	0.599		0.698		
群体一致	我身边大多数人都希望我像他们那样选择购买正品/仿冒 LV 的包	0.723	0.847	0.835	0.847	0.649
	我购买正品/仿冒 LV 包的决定会受到其他人也购买正品/仿冒 LV 包这件事的影响	0.719		0.801		
	我购买正品/仿冒 LV 包会考虑拥有 LV 包是否能让我融入群体	0.703		0.780		
购买意愿	我会去买正品/仿冒 LV 的包	0.763	0.880	0.821	0.881	0.649
	我会考虑买正品/仿冒 LV 的包	0.757		0.829		
	我希望买正品/仿冒 LV 的包	0.704		0.759		
	我计划买正品/仿冒 LV 的包			0.812		

(二)描述性统计分析

通过对问卷的描述性分析可得,215 人有最近一次购买正品的经历,占比 48.6%,227 人购买过仿冒品,占比 51.4%,两组被试人数比较接近。在购买正品的被试者中,多为女性消费者,占比 81.9%;年龄范围集中于 18~24 岁,占比 51.2%;多为本/专科学历,占比 60.5%;家庭年收入主要集中于

10~20 万元,占比 28.8%。而在购买仿冒品的被试者中,女性消费者依然占比最高为 74.9%;其年龄范围集中于 18~24 岁,占比 55.1%;多为本/专科学历,占比 55.5%;家庭年收入多为 5~10 万元,占比 36.6%。

(三)相关性分析

各变量间的相关性关系如表 2 所示。由表 2 可

知,除了面子意识与态度之间无相关($r=0.07,P>0.01$)-之外,其余变量皆在 0.01 水平上呈现显著的相-关关系,且在 0.01 的显著性水平上,各自变量均对因变量呈现显著的正相关关系。

表 2 相关性分析

变量	均值	标准差	态度	主观规范	感知控制	面子意识	群体一致	购买意愿
态度	4.289	1.097						
主观规范	3.745	1.351	0.321**					
感知控制	4.433	1.220	0.149**	0.400**				
面子意识	4.250	1.495	0.070	0.339**	0.263**			
群体一致	3.703	1.358	0.297**	0.601**	0.346**	0.271**		
购买意愿	4.084	1.602	0.262**	0.706**	0.449**	0.508**	0.535**	

注:*代表在 0.05 水平上(双尾)显著相关,**代表在 0.01 水平上(双尾)显著相关

(四)结构方程模型评价

本研究使用结构方程模型多群组分析方法,对正-品和仿冒品购买意愿影响因素之间的差异进行分析。按照被试者购买的是正品还是仿冒奢侈品,可将样本分为两组($n_1=215,n_2=227$)。使用 AMOS24.0 构建如图 1 所示的结构方程模型,分别进行无限制模型、测量加权模型和结构协方差模型的分析,模型拟合指标如表 3 所示。由表 3 可以看到,无限制模型的各项指标均优于其它两个模型,因此,本研究选择无限制模型进行后续的分析。无限制模型的 χ^2/df 为 1.894,小于 2; $IFI=0.906,TLI=0.888,CFI=0.904,TLI$ 的值略小于 0.9,可能是拆分群组后每组样本量较小导致的,但也达到了可接受的水平; $RMSEA=0.045$,达到了理想水平。

表 3 模型的拟合度检验

模型	χ^2/df	IFI	TLI	CFI	RMSEA
无限制模型	1.894	0.906	0.888	0.904	0.045
测量加权模型	1.900	0.901	0.887	0.900	0.045
结构协方差模型	1.936	0.895	0.883	0.893	0.046

表 4 正品与仿冒品结构方程模型估计结果汇总

假设回归路径	正品			仿冒品			组间差异	
	标准化路径系数	p 值	检验结果	标准化路径系数	p 值	检验结果	z 值	检验结果
购买意愿 $\leftarrow$ 态度	0.017	0.831	正向不显著	0.082	0.124	正向不显著	0.724	不显著
购买意愿 $\leftarrow$ 主观规范	0.647	***	正向显著	0.521	***	正向显著	-0.930	不显著
购买意愿 $\leftarrow$ 感知控制	0.060	0.501	正向不显著	0.267	0.004	正向显著	2.314	显著
购买意愿 $\leftarrow$ 面子意识	0.117	0.123	正向不显著	0.085	0.108	正向不显著	-0.428	不显著
购买意愿 $\leftarrow$ 群体一致	0.016	0.888	正向不显著	0.191	0.022	正向显著	1.154	不显著

注:***代表在 0.001 水平上(双尾)显著相关。

(即 $P<0.05$);另外,如果临界比值不大于 1.96,但不同群组回归路径呈现出显著和不显著的差别,仍可断定此路径为差异显著。

从表 4 中可以看出,“购买意愿 $\leftarrow$ 感知控制”参数间差异的临界比值为 2.314,绝对值大于 1.96,

(五)多群组结构方程模型分析

正品和仿冒奢侈品购买意愿影响因素的分析结果如表 4 所示。从表 4 可知,态度对奢侈品正品购买意愿的影响不显著($\beta=0.017,P>0.05$),对仿冒品购买意愿的影响也不显著($\beta=0.082,P>0.05$);主观规范对正品购买意愿有显著的正向影响($\beta=0.647,P<0.001$),对仿冒品购买意愿也有显著的正向影响($\beta=0.521,P<0.001$);感知控制对正品购买意愿的影响不显著($\beta=0.060,P>0.05$),但对仿冒品购买意愿有显著的正向影响($\beta=0.267,P<0.05$);面子意识对正品购买意愿的影响不显著($\beta=0.117,P>0.05$),对仿冒品购买意愿的影响也不显著($\beta=0.085,P>0.05$);群体一致对正品购买意愿的影响不显著($\beta=0.016,P>0.05$),但对仿冒品购买意愿有显著的正向影响($\beta=0.191,P<0.05$)。

为比较正品和仿冒品购买意愿影响因素之间的差异,进一步采用多群组结构方程分析对路径统计上的显著性差异进行检验,结果如表 4 所示。本文选择 z 值的绝对值大于 1.96 作为差异显著的标准

表明“感知控制对正品购买意愿的影响不显著,但对仿冒品购买意愿有显著的正向影响($P<0.05$)”的结果是显著差异的,假设 H3 得到支持,这与先前的研究^[7,9]结论一致,表明年轻一代的消费者在购买奢侈品正品时不容易受到外部或内部因素影响,消

费过程中更注重自身价值、心声和个性的表达^[13]；而选择仿冒奢侈品的消费者则更加务实，会更充分地考虑到他们的经济能力和对产品知识掌握情况。

“购买意愿<—群体一致”这一路径在不同群组之间的临界比值绝对值虽然只有1.154，但是在不同群组间存在显著与不显著之分，亦可判断为有显著差异，即“群体一致对正品购买意愿的影响不显著，但对仿冒品购买意愿有显著的正向影响($P < 0.05$)”的结果是显著差异的，假设H5得到支持。从众心理对消费者进行奢侈品正品消费的影响并不显著，这一发现不同于以往研究结论^[9]，这可能与消费者态度转变有关。已有研究指出，消费者在消费前会通过身边的人群进行产品信息的搜集和评估^[27]，力求与他人保持一致以融入群体，但随着个人消费能力的提高，消费者对待奢侈品的态度发生了转变，开始由以炫耀为目的转变为以满足自身需求为目的^[1]，在消费过程中更希望展示自身的独特性；而对于购买仿冒奢侈品的消费者，他们需要避免旁人异样的眼光，因而群体一致可以降低购买仿冒奢侈品的风险。

其余路径差异的临界比值的绝对值均小于1.96，路径系数未能通过差异性检验，因此假设H1、H2、H4没有得到支持。态度对奢侈品正品和仿冒品购买意愿的影响都不显著，从侧面说明仿冒品逐渐被人们广泛接受，这可能因为随着工艺技术不断提高，仿冒奢侈品已经在外观和质量等方面达到了“以假乱真”的程度，使得仿冒奢侈品被许多人视为正品的低价代替品。主观规范对奢侈品正品和仿冒品购买意愿都有显著的正向影响，这与之前的研究结论一致^[6,9]。奢侈品消费被视为是提高社会地位的途径之一，当身边重要的人支持这一购物决策时，消费者无论是购买正品还是仿冒品的信心都会增强，从而进行重复消费。此外，面子意识对奢侈品正品和仿冒品购买意愿的影响都不显著。以往有研究表明，中国是居民“面子意识”强烈的国家，消费者购买奢侈品(正品或仿冒品)多半是为了获得和维持面子，面子意识是影响中国消费者奢侈品购买意愿最重要的因素^[20]。而如今奢侈品消费群体不断年轻化，他们喜欢追求新鲜刺激的事物，把购买奢侈品(无论是正品还是仿冒品)当作是享乐的体验或刺激的冒险，并且在网络消费时代他们更容易购买到奢侈品。

四、结论与建议

本文基于购买意愿复合模型，研究中国消费者

对奢侈品正品和仿冒品购买意愿的差异。研究发现：a)相比于奢侈品正品，感知控制对仿冒奢侈品购买意愿的影响更大；b)相比于奢侈品正品，群体一致对仿冒奢侈品购买意愿的影响更大；c)态度、主观规范和面子意识对正品和仿冒奢侈品购买意愿的影响并无显著差异。

根据本文得出的结论，提出以下建议：第一，奢侈品正品品牌应加强对其产品知识的宣传。以往奢侈品品牌为维持产品的神秘感，通常只在杂志上展示产品，受众极少。随着电子信息技术的发展，奢侈品品牌开始尝试电视广告、户外广告等宣传媒介，使得受众人群扩大，但消费者对其产品的相关知识依然匮乏，不免会受到仿冒产品的“诱惑”。因此奢侈品正品品牌加强对其产品知识的宣传，不仅能提升消费者辨别正伪的能力，也有利于消除他们“仿冒奢侈品是正品的低价替代品”的错误观念，增强他们购买正品的意愿。同时，奢侈品品牌在具体的广告宣传中，可以适当利用群体一致的压力，通过情景短片等手段抑制消费者对仿冒奢侈品的购买意愿。第二，消费者应树立正确的消费观念。消费者应摒弃“爱攀比”“爱虚荣”和“占便宜”的消费心理，端正消费态度，严肃对待仿冒奢侈品，而不是任之由之，更不应反以为荣，以此在社会中形成良好的消费环境。第三，相关部门和网络平台应重视对仿冒奢侈品的监管。国家有关部门一方面要加强立法执法，惩治仿冒奢侈品生产销售商家，另一方面要广泛宣传识假辨假知识，提高消费者购买仿冒奢侈品的社会风险。防范仿冒奢侈品的泛滥，不仅是国家有关部门的责任，也是各种网络平台义不容辞的责任。各种网络平台需加强对上线产品的审核，加强对店铺商家的管理，支持政府工作。第四，仿冒奢侈品商家应树立产品自信，敢于创新自立。仿冒奢侈品能够获得众多追捧者，说明商家具有较先进的生产能力和管理能力，也有了一定数量的消费受众，那么这些商家应该在借鉴大牌设计的同时敢于加入自己的元素，创建自主品牌，不断创新与超越。

参考文献：

- [1] 吴建秋,季晓芬. 转型期的中国奢侈品市场[J]. 经营与管理, 2014(11): 28-30.
- [2] Claudia D A, Federica L. Luxury goods worldwide market study[R/OL]. (2018-12-03)[2019-04-13]. <https://max.book118.com/html/2018/1203/5001302301001333.shtm>.
- [3] Geiger-Oneto S, Gelb B D, Walker D, et al. “Buying

- status” by choosing or rejecting luxury brands and their counterfeits[J]. *Journal of the Academy Marketing Science*, 2013, 41(3): 357-372.
- [4] 新浪财经. OECD:全球假货六成出自中国,耐克最重灾区[EB/OL]. (2016-04-19)[2019-04-13]. <http://finance.sina.com.cn/stock/usstock/c/2016-04-19/doc-ixriqxx3011194.shtml>.
- [5] 刘思薇. 年轻群体奢侈品消费动机及购买意愿研究[D]. 徐州: 江苏师范大学, 2017.
- [6] 李珍,鲁成. 服装消费者假冒奢侈品购买行为机理研究[J]. *丝绸*, 2018, 55(5): 51-58.
- [7] 周丽永,周庭锐. 消费者购买仿冒品行为的理论探析[J]. *商业研究*, 2012, 421(5): 165-169.
- [8] 逯建,李灵杰. 什么影响着中国奢侈品的消费:来自家庭金融调查的证据[J]. *产业经济评论*, 2016(5): 93-104.
- [9] 王珏. 大学生奢侈品消费心理透析及其干预[J]. *兰州学刊*, 2016(4): 152-156.
- [10] 朱晓辉. 中国消费者奢侈品消费动机的实证研究[J]. *商业经济与管理*, 2007(7): 42-48.
- [11] 王慧. 基于消费者行为分析的中国奢侈品消费相关问题探讨[J]. *企业经济*, 2009(5): 84-87.
- [12] Chaudhry P E, Stumpf S A. Consumer complicity with counterfeit products [J]. *Journal of Consumer Marketing*, 2011, 28(2): 139-151.
- [13] Stravinskiene J, Dovaliene A, Ambrazeviciute R. Factors influencing intent to buy counterfeits of luxury goods[J]. *Economics & Management*, 2014, 18(4): 761-768.
- [14] Francis J E, Burgess L, Lu M. Hip to be cool: A Gen Y view of counterfeit luxury products[J]. *Journal of Brand Management*, 2015, 22(7): 588-602.
- [15] Natee S, Nuttapol A. The impact of perceived counterfeit luxury brand proliferation on luxury brand values and patronage intention [J]. *Market-Trziste*, 2018, 30(1): 41-60.
- [16] Kian Y K. Understanding consumers' purchase intention towards counterfeit luxury goods: An integrated model of neutralisation techniques and perceived risk theory [J]. *Asia Pacific Journal of Marketing and Logistics*, 2018, 30(2): 495-516.
- [17] 郭俊辉,袁云峰,徐小青. 仿冒品重复消费的动力机制[J]. *财贸经济*, 2012(1): 123-131.
- [18] Ajzen I. The theory of planned behavior [J]. *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, 1991(50): 179-211.
- [19] Jin B, Ji H K. Purchase intention of Chinese consumers toward a US apparel brand: A test of a composite behavior intention model [J]. *Journal of Consumer Marketing*, 2011, 28(3): 187-199.
- [20] Kapil K, Manoj M. Fake-love: Brand love for counterfeits[J]. *Marketing Intelligence & Planning*, 2018, 36(6): 661-677.
- [21] 高键,魏胜. 基于计划行为理论的生活方式绿色化形成的双重交互效应研究[J]. *经济与管理评论*, 2018(2): 51-61.
- [22] Ling J, Veronique C. Love for luxury, preference for counterfeits: A qualitative study in counterfeit luxury consumption in China [J]. *International Journal of Marketing Studies*, 2012, 4(6): 103-115.
- [23] Shimp T A, Kavas A. The theory of reasoned action applied to coupon usage [J]. *Journal of Consumer Research*, 1984, 11(3): 795-810.
- [24] Kang H, Hahn M, Fortin D R, et al. Effects of perceived behavioral control on the consumer usage intention of e-coupons[J]. *Psychology and Marketing*, 2006, 23(10): 841-864.
- [25] Kidwell B, Jewell R D. An examination of perceived behavioral control: Internal and external influences on intention[J]. *Psychology and Marketing*, 2003, 20(7): 25-42.
- [26] Lee C. Modifying all American consumer behavior model for consumers in Confucian culture: The case of Fishbein behavioral intention model [J]. *Journal of International Consumer Marketing*, 1990, 3(1): 27-50.
- [27] 张剑渝,杜青龙. 参考群体、认知风格与消费者购买决策:一个行为经济学视角的综述[J]. *经济学动态*, 2009(11): 83-86.

(责任编辑:陈丽琼)



艺术类大学生创业机会识别过程的成组案例研究

甄月桥^a, 叶福莲^b, 沈 婷^a

(浙江理工大学, a.机关党委; b.马克思主义学院, 杭州 310018)

摘 要: 创业机会识别是创业需要解决的关键问题, 如何有效识别创业机会已成为创业者及高校创业教育关注的重点。选取六家在杭创业企业, 运用半结构访谈和多案例对比研究方法对艺术类大学生创业机会识别过程进行实证研究。研究发现: 艺术类大学生创业机会识别与专业学习领域密切相关, 创业项目与自身专业的匹配度较高; 创业者主要从资源的匹配性和成本的可接受性两个层面进行机会可行性评估, 但缺乏对创业机会的盈利性评估; 轻资产商业模式和异质性团队成员合作有助于机会开发。依据创业机会识别过程中机会获取、评估和开发三阶段, 提出增强艺术类大学生创业机会识别能力的对策建议。

关键词: 艺术类大学生; 创业机会识别; 创业机会评估; 创业机会开发

中图分类号: G642

文献标志码: A

文章编号: 1673-3851 (2019) 10-0459-08

A case study on the entrepreneurial opportunity identification process of art college students

ZHEN Yueqiao^a, YE Fulian^b, SHEN Ting^a

(a. Party Committee of Institution; b. School of Marxism,
Zhejiang Sci-Tech University, Hangzhou 310018, China)

Abstract: The recognition of entrepreneurial opportunities is a key problem that needs to be solved in the entrepreneurial process. How to effectively identify entrepreneurial opportunities has become the focus of entrepreneurs and entrepreneurship education in colleges and universities. Six start-ups in Hangzhou were selected to conduct an empirical study on the entrepreneurial opportunity identification process of art college students by using semi-structured interview and multi-case comparison. The results are as follows: the entrepreneurial opportunity recognition of art college students is closely related to the professional learning field, and the matching degree between entrepreneurial projects and their own majors is relatively high. Entrepreneurs mainly evaluate the opportunity feasibility from two aspects: resource matching and cost acceptability, but lack of profitability evaluation of entrepreneurial opportunities. Asset-light business models and heterogeneous team members contribute to developing opportunities. According to the three stages in the process of entrepreneurial opportunity recognition (opportunity acquisition, evaluation and development), countermeasures and suggestions are put forward to enhance the entrepreneurial opportunity recognition ability of art college students

Key words: art college students; entrepreneurial opportunity recognition; entrepreneurial opportunity assessment; entrepreneurial opportunity development

收稿日期: 2018-12-27 网络出版日期: 2019-03-14

基金项目: 浙江省高等教育教学改革项目(jg20160055); 浙江理工大学高等教育科学研究课题(Xgz1809); 浙江省哲学社会科学重点研究基地浙江省生态文明研究中心课题(17STYB03); 浙江理工大学 2019 年党建与思政课题(DS201913Y)

作者简介: 甄月桥(1962—), 女, 江苏金坛人, 研究员, 主要从事高教管理、心理学方面的研究。

创新创业是中国经济发展的新动力,国家“十三五”规划明确提出“要推动大众创业、万众创新,落实高校毕业生就业促进和创业引领计划,带动青年就业创业”。近年来,为促进经济增长和解决大学毕业生就业问题,政府和高校积极作为,为大学生创业提供了诸多有关人力、物力及政策方面的保障。虽然中国大学生创业意愿呈现出逐年递增趋势,但实际创业率却较低,近三年大学毕业生创业率维持在3%左右^[1]。因此,如何促使大学生将创业意愿转化为实际创业行为成为学术界普遍关注的焦点。

随着大众创业由生存驱使转为机会驱动,创业机会识别能力成为创业者的核心要素,如何识别创业机会成为国内外创业研究领域关注的关键问题。然而,国内关于创业机会识别研究起步较晚,大多停留在理论层面,张秀娥等^[2]、吴兰花^[3]等探讨了创业机会识别的机制,并就此问题展开研究综述;实践层面主要是以企业家为主要研究对象的定量分析,如刘宇娜等^[4]、王竞一等^[5]实证探究了创业机会识别与创业意愿、创业警觉等因素的关系。总体上看,学界关于大学生创业机会识别的实证研究不多,针对艺术类大学生创业机会识别更是少之又少。笔者认为,作为创业意愿和创业行为的中间环节,创业机会识别在不同特征群体中所呈现的差异是显著的,需开展有针对性的案例研究并总结其特征和规律。由于艺术类大学生具有较强的创业意愿和独特的创业优势,本文选取其作为研究对象,采用半结构访谈和多案例分析方法,对六家艺术类大学生创办的企业进行重点解读,旨在把握艺术类大学生成功识别创业机会的动态过程和共性特征,为提升该群体创业机会识别能力和创业成功率提供实证依据与借鉴。

一、文献综述

“创业机会识别”最早源于国外学者 Shane 和 Venkatarmana 在 21 世纪初开始的研究。笔者以“创业机会识别”为关键词在中国知网进行文献检索,从 2004 年 1 月至 2018 年 10 月共计 281 篇。通过阅读和梳理相关文献得知,国内外学者对创业机会识别的内涵、识别途径、影响因素及过程等开展了研究,但关于创业机会识别的本质仍存在争议,争论主要围绕“创业机会本质上是客观存在的还是被创造的”,形成了本体论和认识论两种观点。本体论学派认为,创业机会识别是个体依赖自身知识经验去

发现并开发机会的过程^[6-7]。如 Deniz 等^[6]认为,创业机会识别是创业者基于自身知识和经验,在纯粹的偶然机会中发现新信息,并针对信息作出是否有利于自身价值的判断的过程;或因某种目的采取全面搜查,以发现隐藏在市场背后的信息,进而发现创业机会的过程。刘万利等^[7]认为,创业者的机会识别是对创业信息的一种发现和处理能力。而认识论学派提出,创业机会识别仍是创业者建构或创造机会的过程^[8-9]。Dimov^[8]认为,机会识别是一个始于创业者运用创造性过程产生商业创意并随后付诸行动,将其发展成一个可行的商业机会的多阶段过程。龚光军^[9]认为,创业机会识别是依赖于创业者的专业知识、人生经验、个性特征、社会网络等多因素作用下创造机会的过程。

随着研究的推进,学者们就创业机会识别的研究逐渐达成共识,即创业机会识别并非是一蹴而就的结果,而是一个多维的动态过程^[10-14]。Shane 等^[10]将创业机会识别分为来源、获取、评估和开发四个阶段。Ardichvilli 等^[11]基于市场需求和资源关系将其分为获取、评估和开发三阶段。而 Limpkin^[12]又提出五阶段创业机会识别模型,即准备、孵化、顿悟、评估和阐述。张秀娥等^[13]认为创业机会识别涵盖机会搜索与机会评价。王竞一^[14]运用扎根理论对大学生在校期间创业机会识别进行了定性分析,将机会识别过程分为机会获取、机会评估、机会开发和机会检验四个阶段。本文借鉴 Ardichvilli 等^[11]对创业机会识别过程的划分,即机会获取、评估和开发三个阶段,对研究创业机会识别过程机理进行分析。

在创业机会获取阶段,创业者主要关注创业机会来源及获取的方式。创业机会来源不是固定不变的,机会的产生与创业者个人和现实社会等因素息息相关。雷家骕^[15]认为:创业机会主要来源于市场需求、技术创新和政策支持;同时,创业机会获取方式也非单一的,而是具有多样化特性。张红^[16]提出了机会获取有主动搜索、被动搜索、偶然发现和机会创造四种方式。

在创业机会评估阶段,创业者主要依赖于可行性和盈利性两个维度进行创业机会评估。Timmons^[17]提出,机会评估要从创业者个体要素、行业市场、团队优势、致命缺陷、收获条件等 8 类指标进行评价。苗青^[18]进一步指出,创业机会可以从可行性和盈利性两个维度评价,其中:可行性包括实践性、独立性、可取性;盈利性则涵盖了新颖性、潜在性、持续性。王竞一^[14]运用扎根理论研究发现,在

校大学生在对创业机会评估时,主要考虑资源的可获取性和成本的可接受性两个因素。

在创业机会开发阶段,创业者要对已通过评估的创业机会进行开发,而创业机会开发主要涉及团队建设和商业模式选择。创业者在团队建设中应注重异质性,夏晗^[19]、程江^[20]等学者研究认为:创业团队异质性对其创业绩效有显著影响。商业模式的选取主要是由客户价值、企业资源和盈利方式构成

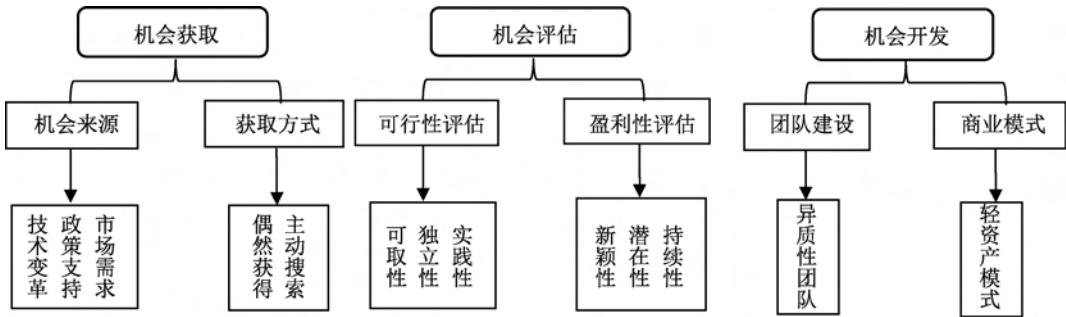


图 1 大学生创业机会识别过程模型

二、艺术类大学生创业机会识别的实证分析

(一)研究设计

1.案例选择

案例研究是一种定性研究法,适用于阐释“为什么”和“怎么样”的问题。^[22] 本文采用该方法探索艺术类大学生创业机会识别过程中的共性特征。参照 Eisenhardt^[23] 的观点,运用原始案例进行归纳分析的最佳数是 4~10 个案例,本文依据创业者专业、行

业的三维立体模式,其核心为实现盈利。蔡余杰^[21] 提出,轻资产商业模式成为当下大学生创业最佳的商业模式选择。

综上可知,大学生创业者的创业机会识别过程由机会获取、机会评估和机会开发三阶段组成。基于此,本文初步构建了大学生创业机会识别的过程模型(如图 1 所示),并重点从这三个阶段分析艺术类大学生对创业机会识别的过程。

业类型、区域、创业绩效等因素选取了六家在杭创业的企业作为样本。案例按以下标准选取:一是企业主要创业者必须是艺术类专业大学生,且为在校期间就开始创业;二是该企业处于创业阶段,已成功进行机会开发并实现盈利;三是创业项目与艺术类专业相关。样本企业主要涉及服装设计和营销、旅游景区地图设计、舞蹈培训、女包定制、文案策划和 VR 视频制作等业务,并将六家企业依次标记序号为 M1-M6,案例具体情况如表 1 所示。

表 1 艺术类大学生创业案例概述

序号	企业名称	主营业务	创业者专业	参加创业大赛获奖情况	创业起始时间
M1	XX 服装设计有限公司	服装设计和销售	服装设计与营销	伯乐杯杭州市大学生创业大赛一等奖	大二下学期
M2	XX 文化创意有限公司	旅游地图动漫创作	广告设计学	浙江省挑战杯大学生创业竞赛二等奖	大三上学期
M3	XX 舞蹈培训机构	舞蹈培训	舞蹈教育	无获奖	大四下学期
M4	XX 女包定制小铺	线上女包定制	产品设计	无获奖	大三下学期
M5	XX 策划咨询有限公司	活动方案策划	广告学	浙江省挑战杯大学生创业竞赛三等奖	大二下学期
M6	XX 视频创意有限公司	VR 全景视频制作	影视制作	新媒体创新创业大赛校一等奖	大三上学期

2.数据收集

本研究于 2018 年 9 月—10 月对六家企业创始人进行半结构化访谈,从创业者个人信息、创业缘由、创业机会识别和创业团队等方面收集一手资料,并通过查看各企业相关的主页网站、手机 APP、策划方法、宣传报道等资料获取二手补充材料。案例材料收集过程中运用不同信息源对数据进行“三角验证”,通过微信、电话等方式与相关人员进行线上交流补充数据,并将所获资料进行汇总整理。

3.数据编码与分析

本文借鉴 Ardichvilli 等^[11] 的研究,从机会获取、评估和开发三个阶段对创业机会识别进行动态过程分析。数据编码分析主要分为三个步骤:首先,运用归纳式数据编码方法对收集的原始材料进行一级编码归档;其次,根据文献对创业者的创业机会获取、评估和开发等关键因素进行提炼,形成机会来源、获取方式、可行性评估、盈利性评估、团队建设和商业模式选择等六个二级条目;最后,采取成组案例分析法,

研究创业机会识别过程各阶段的关系和特征。

(二)创业机会识别过程的案例解读

基于案例数据收集和编码,本文从创业机会获取、机会评估和机会开发三个阶段讨论和分析艺术类大学生创业机会识别过程,提炼艺术类大学生创业机会识别过程中存在的共性特征,结合相关文献讨论该群体的创业优势与不足。

1.创业机会获取

机会获取是创业机会识别的第一阶段,指创业者通过主动搜寻、创造或意外发现而获得看似可行的创业机会,该阶段主要关注创业机会的来源和识别方式。创业机会产生往往与环境变动、市场升级、技术革新和政策改革等因素相关,创业者可通过主

动搜索、偶然发现和机会创造等多种方式获取创业机会。本文案例分析发现:艺术类大学生创业机会获取方式主要有两种:一是创业者主观上并没有创业意愿,却偶然发现或创造了创业机会;二是在创业意愿驱动下,创业者个人主动搜索创业机会。表2呈现了6位受访者获取创业机会的情况。由表2可知,案例中的创业者M1、M2、M4和M6均通过偶然获得创业机会的方式产生了创业意愿,而M3和M5属于在创业意愿驱动下主动搜索获取的创业机会。案例分析结果表明:获取创业机会对大学生来说至关重要。无论创业者个人前期是否有创业意愿,创业机会的获取都会直接促使大学生产生创业意愿并采取相关行为。

表2 艺术类大学生创业机会获取情况

机会获取方式	访谈摘录
偶然获得	创业者 M1:最初并没有创业想法,大二时在辅导员指导下,通过报名参加大学生创业竞赛并在获一等奖后,得到了评委(服装企业家)的资金支持,进而萌发了该创业者的创业意愿。
	创业者 M2:大学加入了摄影协会,认识了一群志趣相投的朋友。一次景区游玩中偶然发现地图不方便游客快速识别旅游景点,利用专业知识开始彩绘景区地图,在学校支持下成立了工作室。
	创业者 M4:逛淘宝店时发现了有专门定制衣服的店铺,顾客可与设计师直接沟通,及时了解到 D2C 商业模式,加之自己是产品设计专业,因此萌发了创业想法。
	创业者 M6:从未想过创业,大二时和室友 4 人一起参加学校举办的新媒体创新大赛并获大赛第一名,在创业老师指导下,所在团队将项目落地孵化成立工作室。
主动搜索	创业者 M3:自己是学舞蹈教育专业的,临近毕业一直没有找到合适工作,为了就业开始主动寻找创业机会,最终在家人帮助下创办培训机构。
	创业者 M5:从高中开始就有创业想法,创业意愿的驱动下,广交有创业意向的朋友,并利用假期在传媒行业实习积攒经验和人脉关系,最终凭借自己专业知识和社会网络主动搜索创业机会。

本文运用案例比较发现:六位创业者选择的创业项目与自身专业呈高匹配度,例如 M1 创业者是服装设计专业,其选择的创业项目就与服饰设计相关。研究表明,创业者在实施创业时,对自身专业的认同感越强,他们主观上越倾向于将所学专业用于实际生活中。因而,在创业机会获取阶段,对技术性和实用性较强的艺术类专业大学生来说,依托自身专业知识、技能和资源有助于成功发现、创造或搜索创业机会。

不可否认,艺术学科教学大多是采用体验式、启发式、浸润式的教育方法,平时专业课程作业更多关注独创性,且具有较强的可操作性,这就为其创业机会获取奠定了一定的基础。艺术类专业大学生创业者主要依托专业技能进行创业,其创业机会的产生与专业学习息息相关。大学生专业知识和技能是其创业的基础和原动力,同时参加创业大赛也有助于创业者成功获取创业机会。案例中 M1、M2、M5 和 M6 等四位创业者都是先参加创业竞赛获取创业知识、资源或创业机会,而后走上创业之路。

2.创业机会评估

机会评估为创业机会识别的第二阶段。创业机会获取并不意味着创业行为的开始,创业者获取机会后必须对其进行评估才可以开展创业活动,而靠“拍脑门”缺乏评估调研的创业者大多以失败告终。西方机会识别的经典理论认为:创业机会评估包括外部市场评估(包括市场需求、进入壁垒、市场规模等)和创业团队的个体化评估。曾繁旭等^[24]也指出:创业机会应该从市场需求、竞争环境、团队优势和商业价值四个维度进行评估。本研究表明:只有具有盈利性和可行性的机会才是有效的创业机会。

案例分析发现:艺术类大学生创业者主要从两个层面对创业机会进行可行性评估:一是创业所需资源与自身情况是否匹配;二是创业所需成本自身是否能接受。艺术类大学生创业者能依托专业技能对创业机会进行可行性评估,但缺乏对市场需求及规模、发展前景和未来收益回报等盈利性评估。半结构访谈中,当六位创业者被问及如何进行机会评

估时,M1提及“第一次创业因获得企业家的资金支持,加之自己是服装设计专业,利用学缘资源很快组建团队,成立了工作室,但因缺乏对目标消费群体的调研导致工作室设计的服装无人问津”。M2谈到“自己偶然发现的创意点子,与自己的兴趣和专业高度吻合,加上学校的支持就成立了工作室;但创业后发现:产品制作出来市场推广非常艰难,前期缺乏市场调研评估,导致价格定位有误”。M3说“开舞蹈培训班虽算不上创新型创业,然而凭借自身专业特长,在家人资金和情感全力支持下开始创业”。可见,创业者对创业机会缺乏盈利性评估并不会影响其对创业前期机会的开发,但却会在后期项目运营中出现弊端,如业绩表现较差、企业管理难等。所以,创业者在进行创业时,需要慎重地对创业项目的盈利性进行可行性评估。只有如此,才能有效确保创业机会识别中机会评估的有效性。

虽然艺术类学科大多采用体验式、启发式的教育方法,注重专业课程的实践环节,但艺术类大学生往往更重视专业性而较少考虑创业机会的盈利性评估,故其对创业机会评估主要从资源的可获取性和成本的可接受性两个层面进行,较易忽视学科交叉的功效,尤其是对市场开发管理、成本进行控制等知识积累较少,这极易导致其在创业初期对创业机会的盈利性评估不够客观科学,影响创业绩效。王晓飞^[25]的实证研究发现,艺术类大学生创新创业能力由学习能力、实践能力和管理能力组成,其管理能力中的风险评估要素欠缺。艺术类大学生有关市场定位、项目前景评估、营销管理等知识相对薄弱,进而导致其对创业机会盈利性评估存在短板。

3. 创业机会开发

创业机会开发是指创业者通过配置资源、行动和投资使感知到的机会得以实现的过程,对大学生创业者而言重点涉及商业模式的选择和团队的建设。创业团队能力决定了企业能否成功识别具有潜力的市场机会并加以开发。除企业创始人的能力外,机会开发更多依赖于创业团队的综合能力。本次访谈中笔者也发现:六位创业者最初凭借自身的专业优势进行创业尝试,但到后期涉及企业的实际营业都寻求其他专业学生加入团队。艺术类学生具有较强的创造性思维和专业技能,易于获取创意点子,但因缺乏对市场的精准评估、以及财务管理、法律政策等综合知识的不足造成个体难以独立应对复杂的创业过程。为此,艺术类大学生创业者在团队建设中应注重专业交叉,实现团队成员的异质

性互补。

创业资金的缺乏是大学生开展创业行为的主要“拦路虎”,因而正确选择商业模式至关重要。案例比较分析发现:艺术类大学生创业者多数采取“轻资产”商业模式,降低创业机会开发的成本。案例中M2、M3和M6创业者依托专业技能,运用互联网技术实现资源的整合和客户群的规模化,实现创业资本低投入。对于服装、箱包等高资本投入产品,创业者可将占用大量资金投入和固定资产的非核心业务外包用以实现“轻资产”商业模式。例如:案例M1中创业者只负责服装的设计,定版后服饰生产外包给其他公司;M4创业者采用D2C商业模式,创业团队把设计好的图纸运用互联网3D打印技术就可直观呈现给顾客,并利用网络进行线上预售,汇聚一定消费者后,再向外包企业下单生产,有效避免商品积压的风险,降低创业成本。

综上可知,艺术类大学生创业者的创业机会获取方式主要有偶然获得和主动搜索两种;创业者选取的创业项目与自身专业呈高匹配度;创业机会评估主要以资源的可获取性和成本的可接受程度为评估依据,但缺乏对创业机会的盈利性评估。此外,创业机会开发大都选取轻资产模式,尤其倾向采用D2C模式;创业者在团队建设过程中存在同质性倾向。

三、提升艺术类大学生创业机会识别能力的对策建议

创业机会识别是创业意愿和创业行为之间的“催化剂”,刘宇娜等^[4]研究发现:创业机会识别在创业意愿与创业行为之间起中介作用。创业机会识别是创业者感知、发现、评估和开发商业机会的过程,贯穿创业活动的始终^[26]。不可否认,提升艺术类大学生创业机会识别能力是实现将其创业意愿转化为创业行为的重要途径。本文运用案例分析方法,审视和考察了艺术类大学生创业机会获取、评估和开发三阶段,提炼了创业者成功识别机会的共性特征,实证结果可为艺术类大学生创业者及高校创业教育提供借鉴。

(一) 创业机会获取阶段

创业机会识别之所以成为创业需要解决的关键问题,是因为创业机会主要源于市场结构升级、环境变化、技术变革等客观需要,而文化创意产业的蓬勃发展为艺术类大学生创业带来大好机遇。因此,艺术类大学生创业者要瞄准文化创意产业,依托专业

学习和创业大赛提升机会识别能力和水平。

1. 瞄准文化创意产业

近年来,文化创意产业逐渐成为城市产业“新支柱”和经济发展“新引擎”。文化创意产业崛起,不仅为诸多城市抢占产业新高地开辟了天地,也为艺术类大学生创业提供了更多可能性。文化创意产业主要涉及信息服务业、动漫游戏业、设计服务业、现代传媒业、艺术品业、教育培训业等行业,而这些行业与艺术类专业均息息相关。同时,中国正在大力发展文化创意产业,各地政府出台系列“文创”保障政策,这对艺术类专业学生来说是大好的创业机遇。以杭州为例,杭州市政府从2005年发布《杭州大文化产业发展规划(2005—2010)》明确提出:要使“创意产业”成为“杭州文化的支柱产业”,到如今“杭州模式”已发展成为全国文化创意产业发展具有代表性的实践案例。多年来,杭州市政府对文化创意产业发展的政策支持不断,各项利好政策为杭州文创发展明确了方向。因此,艺术类大学生要把握时代脉搏,借力“文创”惠民政策,提升创业机会识别能力。

2. 提升创业竞赛水平

创新创业大赛具有宣传、教育、融资和服务等多项功能,大学生积极参与创业竞赛是提升其创业机会识别能力的有效途径。创业竞赛是培养创新型人才的重要载体,也是连接理论教学和社会实践的平台,它可极大地激发大学生的创业意愿并丰富其创业经验。大学生创业竞赛是国家创新战略实施的渠道之一,聚集了大批有创业意愿的青年学子,汇聚了优秀师资和公共资源,加强了校企间双向联系。大学生通过参加大赛,拓宽了社会网络,锻炼了领导能力,结识了志同道合的创业者,甚至还可解决部分创业资金的难题。总之,参赛对大学生创业有积极引导与助推作用。

案例分析发现,M1、M2和M6三位创业者均是通过参加创业竞赛萌生创业想法并开展创业实践的。艺术类专业学生参与创业竞赛不仅可提高自身团队协作、专业知识、文案策划、市场调研和产品运营等能力,更能让参赛者了解自身创业知识的欠缺及能力结构的不足。另外,创业竞赛有效地拓宽了大学生的社会网络和社会资本。但事实上,艺术类学生主动参与创业大赛的人数较少,仅占比5.71%^[27]。为此,应发挥创业竞赛实际作用需要学生个体和高校共同努力。高校要举办多元化的创新创业比赛,更要做好宣传和激励工作,引导艺术类

学生积极参与创业大赛。同时,艺术类学生要真正把握创业竞赛对自身创业的重要机遇,从思想重视转变为行为参与,通过参与创业大赛丰富自身知识、人脉、资源等,为创业机会识别赢得更多可能。

(二) 创业机会评估阶段

对创业机会评估的可行性评估和盈利性评估而言,艺术类大学生主要依托专业学习进行可行性评估,对创业机会开发所需的人力、技术和资本等资源方面则呈现出与自身专业的匹配度较高的情况。但艺术类大学生创业者对创业机会商业价值和外部竞争市场的评估的能力较弱,一定程度上阻碍了其创业后期的成效。可见,艺术类大学生要关注专业学习,助力创业机会可行性评估,同时也要加强创业知识储备,弥补创业机会评估短板。

1. 注重专业技能训练

《2017年中国大学生创业报告》显示,艺术类大学生选择创业项目和专业匹配度为56.4%,呈高匹配状态。郑瑞伦等^[28]运用非平衡统计理论研究得出,与工科类专业相比,艺术类专业对创业机会识别的影响更大,掌握运用专业知识能力强的个体,较易发现创业机会,助力创业机会开发,最终获得创办企业的核心竞争力。事实也如此,全球500强企业美国高通公司CEO艾文·雅各布、腾讯集团创办人马化腾、新东方教育创始人俞敏洪等知名创业者都是在自己擅长的专业领域获得创业机会并成功走上创业之路。本研究选取的案例中六位创业者高度重视自身专业能力的培养,明确专业学习有助于大学生对创业机会进行可行性评估。因此,高校也要着力为艺术类大学生提供专业实训的机会。只有这样,大学生才能作出合理的预判,实现捕捉、评估和开发创业机会。

2. 加强创业知识储备

高校应当顺应社会对创业人才的需要,转变创业教育模式,加强艺术类大学生综合知识储备。针对艺术类大学生具有开放性人格特质,在思维方式上重视形象和创造性思维的特点,创新课堂教学方法,以团队合作、项目研究等提高学生的参与度。事实上,作为创业主体的大学生只有对创业机会的可行性和盈利性做出正确判断与评估,才能避免创业的盲目性和无序性。艺术类大学生存在综合知识掌握不够全面,尤其是对市场定位、前景评估、营销管理等知识较为欠缺,直接限制了其对创业机会的盈利性评估能力,导致创业成功率不高。笔者认为,高校要进一步优化和完善艺术类大学生知识结构,以

市场为导向,加强专业知识与创业实践的融合,切实提升创业机会识别能力。

(三)创业机会开发阶段

创业机会开发是创业者创办企业的实施行为,需要兼顾艺术类大学生个性特点和专业特殊性,可考虑跨专业的异质性团队建设,选择轻资产模式降低创业资本。

1.强化跨专业的异质性创业团队建设

创业机会的开发受到创业资源、社会网络等因素影响,而且需要创业团队成员的共同合作。张玉玲^[29]指出,艺术类学生创业者以“单打独斗”形式居多,缺乏团队协作和市场调研等,有的创业者不顾创业项目的同质化而盲目实施创业,最终导致创业失败。为此,艺术类大学生创业机会开发须强化创业团队建设。只有采用互相补台、有效应变,才能面对复杂的创业环境、多变的市场竞争。知识异质性和能力异质性要求创业团队也必须跨学科、跨专业发展。夏晗^[19]研究指出:创业团队知识异质性与创业绩效存在倒U型关系,创业团队社会网络异质性对创业绩效具有正向显著影响。笔者有理由相信,艺术类大学生创业者吸纳其他专业成员,打造跨专业的异质性创业团队,实现成员间的知识、能力和社会网络等交叉互补,才能实现创业机会的开发,达到适应性平衡。

2.利用轻资产商业模式

轻资产商业模式是一种少资金投入、轻资产形态、重知识运用、高投资效益的商业模式,通常运用在服装、连锁、互联网、文化传媒等领域。对缺乏创业资本的大学生而言,轻资产创业模式是其创业的助推器。麦可思研究院《就业蓝皮书:2018年中国大学生就业报告》指出,缺少创业资金问题是多数大学生创业者所面临的困境。笔者认为,艺术类专业大学生创业可选择轻资产商业模式,这既符合艺术类大学生创业特征,又能降低创业成本,有力推动创业机会开发。

大学生创业团队应聚焦自身产品研发等核心业务,其他占用大量资金投入和固定资产的非核心业务可选择外包等形式。正如本研究案例中艺术类学生创业采用基于互联网技术建立设计与消费终端联系所建立的D2C商业模式,不仅可减少设计师的运营成本和库存压力,还可实现个性化订制生产,满足消费者多元化差异需求,形成不可替代的竞争优势。

四、结 语

艺术类专业大学生独特的艺术创造能力和专业

背景经验为其创业奠定了良好的基础。关注艺术类专业学生创业机会识别问题,提升其创业成功率,不仅缓解了这类群体的就业压力,而且对高校艺术类人才培养模式改革和地方文化创意产业发展提供了新的思考方向。本文通过对艺术类大学生的创业案例剖析,探讨艺术类大学生创业机会识别的特殊性和差异性,提出艺术类大学生创业机会识别的重要因素,并从瞄准文化创意产业、提升创业竞赛水平、注重专业技能训练、加强创业知识储备、强化跨专业的异质性创业团队建设及利用轻资产商业模式等方面实现提升创业机会识别能力的建议,具有很强的针对性和指导性。未来研究还可通过比较不同专业、不同群体间的创业机会识别差异性,提炼影响个体创业机会识别的前置因素,进一步深化相关研究。

参考文献:

- [1] 麦可思研究院.2018年中国本科生就业报告:就业蓝皮书[M].北京:社会科学文献出版社,2018(6):27.
- [2] 张秀娥,孙中博.创业机会识别机制解析[J].云南社会科学,2012(4):94-97.
- [3] 吴兰花.大学生创业机会识别研究综述[J].职教通讯,2016(10):74-76.
- [4] 刘宇娜,张秀娥.创业意愿、创业机会识别与创业行为关系的实证研究[J].税务与经济,2018(2):48-55.
- [5] 王竞一,张东生.先验知识转化为创业机会识别能力的路径探析:基于扎根理论的研究[J].研究与发展管理,2017,29(3):21-30.
- [6] Deniz U, Paul W. The extent and nature of opportunity identification by experienced entrepreneurs[J]. Journal of Business Venturing,2008,24(2):27-38.
- [7] 刘万利,张天华.主动性人格、感知风险与创业机会识别关系研究[J].科技进步与对策,2014,31(3):14-19.
- [8] Dimov D. From opportunity insight to intention: The importance of person-situation learning match [J]. Entrepreneurship Theory and Practice, 2007, 31(4): 561-583.
- [9] 龚光军.创业机会识别能力与大学生创新创业教育[J].常州信息职业技术学院学报,2016,15(6):63-65.
- [10] Shane S, Venkataraman S. The promise of entrepreneurship as a field of research[J].Academy of Management Review, 2000,25(1):217-226.
- [11] Ardichvili A, Cardozo R. A theory of entrepreneurial opportunity identification and development[J].Journal of Business Venturing,2003(18):105-123.
- [12] Limpin G T. The role of organizational learning in the opportunity recognition process [J]. Entrepreneurship Theory & Practice,2005(7):458.

[13] 张秀娥,孙中博.创业机会识别机制解析[J].云南社会科学,2012(4):94-97

[14] 王竞一.中国大学生在校期间创业机会识别过程:基于扎根理论的研究[J].中国人力资源开发,2015(18):86-93.

[15] 雷家骕.高技术创业管理[M].北京:清华大学出版社,2008(9):27.

[16] 张红.大学生创业机会识别演化的多案例研究[J].成都师范学院学报,2015,31(12):17-21.

[17] Timmons J. A New Venture Creation[M]. 5th eds. Irwin Mcgraw-Hill,1999:134.

[18] 苗青.基于规则聚焦的公司创业机会识别与决策机制研究[D].杭州:浙江大学,2006:28.

[19] 夏哈.创业团队异质性和对科技型新创企业绩效的影响:一个双调节模型[J].科技进步与对策 2018,35(13):145-152.

[20] 程江.创业团队异质性和对创业绩效的影响研究综述[J].外国经济与管理,2017,39(10):3-17.

[21] 蔡余杰.轻资产创业[M].广州:广东人民出版社,2017:127.

[22] Yin R K. Case study research: Design and methods [J]. Journal of Advanced Nursing, 2010, 44(1):108.

[23] Eisenhardt K M. Building theories from case study research[J]. The Academy of Management Review, 1989, 14(4):532-550.

[24] 曾繁旭,王宇琦.传媒创业过程中的机会识别[J].现代传播(中国传媒大学学报),2017,39(10):50-56.

[25] 王晓飞.艺术类大学生创新创业能力构成要素辨析[J].佳木斯职业学院学报,2018(2):264.

[26] 甄月桥,沈婷,钱昆.基于创业机会识别的高校创业人才培养体系构建研究:以浙江理工大学为例[J].重庆高教研究,2019(1):1-8.

[27] 于晓威,付巍.艺术类大学生创新创业教育研究:基于对创青春全国大学生创业大赛的分析[J].当代教研论丛,2017(4):109.

[28] 郑瑞伦,邓旭升,肖前国,等.专业对大学生主观创业机会随时间变化规律的影响[J].西南师范大学学报:自然科学版,2015,40(11):178-183.

[29] 张玉玲.文化产业双创工作助力文创企业渡过三年生死关[N].光明日报,2017-09-20(08).

(责任编辑:陈丽琼)



基于利益相关者理论的杭州市共享单车管理对策分析

闫鹏飞¹, 陆维特¹, 朱国旺¹, 杨云芳²

(1.浙江理工大学建筑工程学院, 杭州 310018; 2.浙江广厦建筑职业技术学院建筑工程学院, 浙江金华 322100)

摘要: 利益相关者理论在确定公共资源配置方面具有一定的优势。文章基于利益相关者理论, 采用走访相关单位与咨询专家意见的方式, 确定杭州市共享单车的九个利益相关者。在此基础上, 采用米切尔评分法, 邀请从事公共交通管理工作的专家, 对九个利益相关者进行打分; 由此确定每个利益相关者的类型, 并建立权力/利益矩阵, 分析各利益相关者的诉求; 最后结合研究结果, 分别从九个利益相关者的角度对杭州市共享单车的管理提出对策建议。文章确定了杭州市共享单车的利益相关者, 能够为政府及企业制定管理方案提供一些参考。

关键词: 共享单车; 利益相关者; 米切尔评分法; 权力/利益矩阵; 管理对策

中图分类号: U491

文献标志码: A

文章编号: 1673-3851 (2019) 10-0467-08

Research on shared bicycle management countermeasures in Hangzhou based on stakeholder theory

YAN Pengfei¹, LU Weite¹, ZHU Guowang¹, YANG Yunfang²

(1.College of Civil Engineering and Architecture, Zhejiang Sci-Tech University, Hangzhou 310018, China;

2.College of Architectural Engineering, Zhejiang Guangsha Institute of Architectural Technology, Jinhua 322100, China)

Abstract: Stakeholder theory has certain advantages in determining the allocation of public resources. Based on the stakeholder theory, nine stakeholders of sharing bicycles in Hangzhou were confirmed by visiting relevant units and consulting experts. On this basis, Mitchell scoring method was used to invite experts engaged in public transport management to grade the nine stakeholders, so as to determine the type of each stakeholder, establish a power/benefit matrix, and analyze the demands of each stakeholder. Finally, combined with the research results, countermeasures were proposed to manage shared bicycles in Hangzhou from the perspective of nine stakeholders. This paper determines stakeholders of shared bicycles in Hangzhou and provides certain reference for enterprises and governments to formulate management plans.

Key words: shared bicycle; stakeholders; Mitchell scoring method; power/benefit matrix; management countermeasures

共享单车是中国互联网技术快速发展的产物。因为它具有新颖、便利的特点, 受到大众尤其是年轻人的喜爱; 同时, 它在解决城市交通“最后一公里”问题上颇有成效, 促使各大城市向其开放市场。

随着共享单车的迅猛发展, 违章占用人行道、车

辆无序停放、单车分布不合理等问题逐渐显露, 引起了国内外学者的关注与研究。国外无桩式共享单车起步较晚, 研究相对较少。Shen 等^[1]通过分析从新加坡最大的无桩式共享单车运营公司获取的数据, 认为详尽的 GPS 数据能够帮助运维人员调动车辆、

帮助用户寻找车辆、帮助交通规划者汇总自行车出行情况,了解自行车需求与基础供给是否匹配;Chou等^[2]认为,对于无锁共享单车,管理重新分配活动以提高系统可用性仍然至关重要,因为单车无锁系统可能仍然面临自行车利用率低的问题。国内学者主要从单车管理主体、法律、技术三个方面提出管理建议。从单车管理主体方面,李思奕^[3]提出除了企业自身的规范之外,政府在共享单车的发展中承担着引导者、监管者、协调者的角色;王兴伦^[4]认为,政府应该明确企业和市民三者的权利和义务,在发展中找平衡点,引导共享单车行业规范发展;吕新杰^[5]指出,政府要大力普及社会信用体系和契约精神以及采取必要的措施来有效降低单车丢失、破损以及被私用等成本,要将共享单车作为市政自行车的重要补充,建立友好的城市骑行环境,鼓励公众骑行;董中等^[6]提出,如果公民的个人行为能够得到有效规范,企业和政府之间能够相互协调,政府制定出相应的法律法规对企业和个人进行正确引导,那么整个市场将会健康有序的发展,共享单车必将增进人类的福祉;朱增福等^[7]围绕单车生产企业、平台企业、用户和政府等利益相关方,分析其标准化诉求,并针对不同的利益相关方提出推动共享单车服务与管理标准化的途径,提出推进共享单车标准化发展的对策建议;金晶等^[8]运用利益相关者理论,结合南京市城市共享单车的发展状况开展利益相关者分析,通过城市政府的引导、推广、建制,企业的运营、保障、创新,用户群体的参与、配合、反馈,相关社会组织和舆论媒体的协调、宣传、监督,为构建城市共享单车的协同治理框架提供理论参考和实践路径。从技术角度,张佑林等^[9]认为,技术是解决单车乱停放问题的根本之策,企业应该提高技术水平,保障单车质量,引导用户停放单车,告知用户禁停区域,解决乱停放问题;刘辉军^[10]认为,政府不仅应该准确定位共享单车产品属性,明确监管权责关系,建立完善的监管体制,而且应该利用互联网、GPS定位系统、云计算技术等收集、处理大数据并利用大数据建立健全的监管机制,从而达到有效治理。从法律角度,龙彦如^[11]认为,地方人大或政府可针对违规停车、损坏单车、私占单车等不规范使用行为制定出具体的地方性法规或管理细则,完善现有立法体系。

上述国内外学者从不同角度研究共享单车,有助于共享单车更好地发展。但是,国外共享单车起步较晚,研究数量较少,缺乏单车管理方面的研究;

国内学者集中研究政府、企业、用户在共享单车管理中的作用,较少研究投资者、媒体等主体在共享单车管理中的作用。本文针对上述文献不足,拟通过利益相关者理论,全面研究杭州市单车管理问题。利益相关者理论是由弗里曼在其著作《战略管理:利益相关者方法》中提出。利益相关者指的是任何能够影响公司目标的实现,或者受公司目标实现影响的团体或个人^[12]。Mitchell等^[13]认为,个人、团体、社区、组织、机构、社会甚至自然环境都是实际的或潜在的利益相关者。本文基于利益相关者理论,首先通过实地走访管理部门、咨询专家意见确定了杭州市共享单车的利益相关者;然后邀请五位长期从事公共交通管理的专家,基于米切尔评分法对确定的利益相关者进行分类;接着分析不同类型利益相关者的权力与利益,绘制权力/利益矩阵,并梳理各利益相关者诉求;最后从不同利益相关者角度出发,为杭州市共享单车管理提出可行性的对策建议。

一、利益相关者分析方法简介

(一)米切尔评分法

米切尔评分法是一种常用的利益相关者分类方法,该方法从合法性(legitimacy)、权力性(power)、和紧急性(urgency)三个维度判断各利益相关者的类型。合法性指某利益相关者在社会构建的规范、价值观、信仰和定义系统中,对主体正当索取;权力性指某利益相关者具有或可以获得强制性、功利性或规范性手段,将其意愿强加到主体;紧急性指利益相关者的言论或意见是否立即引起管理层关注。根据上述三个特性,对组织中的利益相关者进行评分。根据评分结果,将利益相关者划分为三种类型。确定型利益相关者同时拥有合法性、权力性和紧急性三种特性,主体优先考虑这类群体的要求;预期性利益相关者与企业保持密切的联系,是拥有合法性、权力性、紧急性三个特性中两项的群体;潜在型利益相关者是只拥有合法性、权力性、紧急性三个特性中一项的群体^[13]。

(二)利益相关者分析工具——权力/利益矩阵

权力/利益矩阵^[14]用以分析利益相关者与组织事务之间关系常用的分析方法(如图1),通过评估每个利益相关者对组织事务的个人权力和利益来确定利益相关者的影响力。权力/利益矩阵中,根据两个因素决定利益相关者的管理方式:一是各利益相关者对组织发展决策、战略或利益诉求程度;二是利益相关者是否有途径争取其利益,也就是其对组织

而言拥有权力的大小。通过对利益相关者拥有权利大小和利益水平的识别,绘制利益相关者权力/利益矩阵,确定其所在位置,分析其对组织发展、战略制定或管理的影响,进而建立对应的关系和采取相应的措施^[15]。



图 1 权力/利益矩阵

该矩阵清晰地阐述了管理者与利益相关者的关系：

区域 A:该区域的利益相关者需求低、权力低,容易被管理者忽视。管理者分配最少的精力和时间关注这类群体。

区域 B:该区域的利益相关者需求高、权力低,通过与其他利益相关者结成联盟来增强自身整体影响力,给管理者施加更大的压力,维护自身利益。管理者必须保持沟通,确保不会出现大问题。

区域 C:该区域的利益相关者需求低、权力高,其利益无法得到满足将会严重影响管理者的利益水平。管理者必须时刻保持该区域利益相关者满意。

区域 D:该区域的利益相关者利益需求高、权力高,严重影响管理者的决策。管理者必须分配大量的时间和精力,满足该区域利益相关者的利益。

二、利益相关者确定与分类

(一)利益相关者确定

基于利益相关者理论和利益相关者分析方法,课题组实地走访杭州市交通运输局、杭州市城市管理委员会、ofo 杭州分公司浙江区域政府事务负责人、摩拜杭州分公司浙江区域政府事务负责人、哈罗杭州分公司浙江区域单车运营总监。同时,在反复咨询和征求交通运输部公路科学研究院某主任、上海交通大学交通运输学教授、杭州市运输管理局共享单车管理小组组长、哈罗单车运营总监、ofo 单车政府事务负责人五位长期从事公共交通管理的专家意见后,最终确定了杭州市共享单车的九个利益相关者:政府部门、企业、用户、竞争者、供应商、投资者、媒体、物业、高校。

(二)利益相关者分类

课题组基于米切尔评分法,对上述利益相关者

进行分类。课题组邀请了五位长期参与公共交通管理的专家,首先向专家解释了米切尔评分法细则;然后专家根据米切尔评分法,对杭州市共享单车利益相关者的合法性、权力性、紧急性三个特征进行打分,分数设置在 0~10 分之间(0:特征性为最弱,10:特征性为最强)。专家打分结果如表 1。

表 1 米切尔评分法结果统计

利益相关者	平均值		
	合法性	权力性	紧急性
企业	9.8	8.4	8.4
用户	9.0	8.2	8.0
政府部门	8.6	8.8	9.2
投资者	9.0	9.0	8.4
竞争者	5.6	7.6	8.2
供应商	7.8	6.0	8.0
媒体	6.6	7.4	8.6
物业	5.6	5.2	6.4
高校	4.8	4.4	4.4

评分标准依照:[0,6)特征性低,[6,8)特征性一般,[8,10]特征性高。利益相关者的类型依据其在合法性、权力性、紧急性三个维度的分值确定。三个维度的分值都在 8 分以上的为确定型利益相关者;三个维度中至少两个在[6,8)分的为预期型利益相关者;三个维度中至少两个在[0,6)分之间的为潜在型利益相关者^[16]。依据此评分标准,课题组确定了杭州市共享单车所有利益相关者的类型,如表 2 所示。

表 2 利益相关者分类

利益相关者类型	利益相关者	合法性	权力性	紧急性
确定型利益相关者	政府部门	高	高	高
	企业	高	高	高
	用户	高	高	高
预期型利益相关者	投资者	高	高	高
	竞争者	低	中	高
	供应商	中	中	高
潜在型利益相关者	媒体	中	中	高
	物业	低	低	中
	高校	低	低	低

(三)权力/利益矩阵

以利益相关者分类过为基础,课题组对上述九大利益相关者的权力与利益分别进行探讨和分析,结果如表 3 所示。

以权力/利益矩阵中各区域利益相关者的权力和利益分析结果为基础,建立杭州市利益相关者的权力/利益矩阵,如图 2 所示。

根据权力/利益矩阵可知,政府部门、企业运营

表 3 权力/利益矩阵中各区域利益相关者的权力和利益

区域	利益相关者	权力	利益
A 区域	高校	理论与技术研究,促进共享单车发展,管理学 校区域内单车	获取科研资料和资金,校企结合,推动科研发展, 单车方便师生出行
	竞争者	技术开发,管理模式改变,运营方式革新	获取先进的技术和运营模式
B 区域	物业	规划小区停车位,管理小区内停放单车	提高居民出行效率,获得居民认可;减少小区门 口拥堵
	供应商	原材料供应	维持与企业长期合作的关系,获取利润
	投资者	提供企业资金,支持其发展	获取投资回报
C 区域	媒体	监督政府管理、企业运营、用户使用行为;宣传 报道单车存在社会问题、民众反馈	获取社会关注和讨论,制造良好的舆论氛围
D 区域	企业	制定单车运营方案,管理城市共享单车	获取利润,维持企业发展,同时建立良好的企业 形象
	用户	使用单车,监督企业运营,反馈单车存在问题	提高出行效率,方便日常生活
	政府部门	制定规章制度,建立基础设施,监督企业运营, 管理城市单车	完善城市交通系统,提高城市交通通行效率

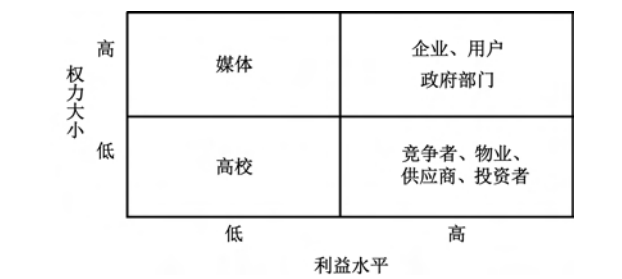


图 2 杭州市共享单车利益相关者权力/利益矩阵

者及用户三个团体对共享单车的管理影响最大,是解决共享单车管理问题的关键。

三、利益相关者的诉求分析

在确定了利益相关者类别后,了解上述利益相关者的诉求。课题组通过走访相关部门、问卷调查、文献整理和舆论报道收集的方式,总结其诉求。

(一)问卷调查

课题组通过发放问卷调查的形式,分析杭州市共享单车的使用情况以及用户诉求。在问卷正式投放之前,课题组向 30 名共享单车用户发放问卷进行预调查,并搜集用户反馈、修改问卷不足,形成最终问卷。问卷一共设置 22 个题项,设置了性别、年龄、教育水平、就业情况、收入情况 5 个题项用于了解用户的基本信息,同时设置了用户选择单车的品牌及选择的原因、单车乱停放问题的原因、单车存在的不足等 17 个题项,用于课题组研究共享单车特性。本文主要从用户选择单车品牌原因、共享单车乱停放的原因、共享单车自身不足三个变量分析,总结用户诉求。2018 年 8 月至 10 月期间,课题组通过问卷星、微信、QQ 平台随机地向杭州市各个城区不同背

景的用户发放,共投放问卷 300 份,回收有效问卷 243 份,问卷有效率 81%。

根据问卷调查结果显示,杭州市共享单车用户年龄集中在 18~29 周岁,占调查人数的 72.84%;同时,学生用户 91 人,占调查人数的 37.45%;企业白领用户 65 人,占调查人数的 26.75%。综上,杭州市共享单车用户呈年轻化特征。通过交叉表分析,用户选择共享单车的主要原因有两方面。一方面,76.67%的用户认为共享单车比公共自行车还车更方便,但是不同性别用户在此问题的选择上存在显著差异,显著性为 0.035(<0.05),女性用户更看重还车是否方便;另一方面,81.43%的用户认为共享单车比公共自行车租借更方便。

通过问卷调查的方式,课题组搜集了用户诉求;同时,结合走访情况、文献及报刊资料的整理分析,课题组梳理了九大利益相关者诉求。

(二)政府部门的诉求

1. 国家健全相关法律

法律具有时效性,社会发展先于法律。共享单车缺乏完善的法律约束,降低了政府部门处理问题的效率。但是,法律的制定超出地方政府的能力范畴。只有国家加快出台相应法律,地方政府的工作才能有法可依。

2. 政府工作获得企业支持

在共享单车管理上,企业缺乏执行力。一方面,企业执行政府制定的单车投放计划不彻底,实际投放数量高于政府要求;另一方面企业运营不及时,未及时清理过剩区域单车,大量单车占用公共资源,形成拥堵。政府管理政策必须依赖企业配合才能高

效、快速的发挥作用。

(三)企业诉求

1. 健全相应的地方法规

政府规定不健全,单车清运车辆不能进入景区的政策,增大了企业清运单车的难度,降低了企业清运效率。上述问题反映了政府制定规定不完善与企业执行规定不及时之间的矛盾,类似的问题还包括运维人员的配比、单车投放区域等方面。因此,企业希望政府部门健全地方法规。

2. 完善基础设施,健全问责体系

杭州市共享单车体量大、停放乱,增加停车位数量能有效解决单车乱停放问题。根据《杭州市互联网自行车规范管理工作情况》,现有杭州市非机动车停车位仅为 7000 余处,无法满足城市共享单车停放需求。用户无法找到非机动车停车位,随意停放单车,导致政府问责企业。因此,企业希望政府能够完善基础设施,增加停车位设置;同时健全问责体系,合理对企业进行惩罚。

3. 加强监督,营造公平竞争的环境

政府规定企业投放车辆数量与企业实际投放车辆数量不符。由于政府部门监督力度不够,部分企业投放单车数量超过规定数量,扰乱了公平竞争的市场环境。因此,企业希望政府加强监管,确保所有企业严格遵守规定,营造公平竞争的环境。

4. 其他利益相关者加强配合

一方面,用户停放单车随意、无序,导致政府问责企业;另一方面,用户单车使用不当或不文明行为,造成单车严重损坏或被侵占;最后,媒体报道夸大,企业形象受损。因此,企业希望其他利益相关者的配合,帮助企业良好运营共享单车。

(四)用户诉求

1. 用户对企业诉求

利用 SPSS 软件,本文深入分析了用户选择不同品牌单车的原因,相关性分析结果如表 4,押金少或无押金与用户选择该品牌单车的相关性为 0.004 (<0.01),说明押金对用户的选择具有很强的影响;质量更好、骑行体验的相关性小于 0.05 且大于 0.01,说明这两个因素对用户的选择具有较强的影响。通过交叉表分析用户选择单车品牌原因的频率,结果见表 5。单车用户选择原因集中在车辆质量好、骑行体验好、押金少或无押金。综上,单车的骑行体验、质量、押金是影响用户选择单车品牌的主要原因。

2. 用户对政府诉求

利用 SPSS 软件结果,笔者探讨用户乱停放单车

表 4 用户选择不同品牌单车原因的相关性分析

原因	车辆美观	车辆质量好	车辆骑行 体验更好	押金少	单次使用 费用低
相关性	0.606	0.034*	0.047*	0.004**	0.599

注:**表示相关性在 0.05 上显著;*表示相关性在 0.01 上显著。

表 5 用户选择不同单车品牌及原因分析

单车品牌	用户选择不同品牌单车的原因占比/%					
	车辆美观	车辆质量好	骑行体验好	押金少或无押金	单次使用费用低	其它
ofo	6.58	8.23	12.35	13.17	10.29	3.70
摩拜	9.88	20.99	19.75	10.67	5.76	1.23
哈罗	8.23	18.11	24.69	27.98	11.52	0.82
总计	24.69	47.33	56.79	51.82	27.57	5.75

的原因。通过交叉表分析(见表 6),用户性别、年龄、教育水平、收入水平等基本信息与单车乱停放原因无显著性关系,说明单车乱停放原因具有普遍性。问卷调查结果很好的反映了单车乱停放的原因。结合用户选择单车乱停放原因的频率分析,选择个人素质原因的人数最多,占比 38.5%;选择没有明确的停车指示原因的人数占比 29.6%;选择停车位距离太远原因的人数占比 22.6%;选择停车位太少的人数占比 11.9%。综上,用户希望政府清晰停车指示标志、设置合理的停车位之间的距离、适当增加停车位数量。

表 6 用户基本信息与单车乱停放的显著性分析

用户基本信息	性别	年龄	教育水平	收入水平
显著性	0.78	0.902	0.487	0.457

(五)其他利益相关者诉求分析

媒体、物业、高校、投资者、供应商、竞争者通过不同形式参与共享单车的管理。

公信力是媒体竞争的资本。媒体报道的内容贴近生活,获取的资料真实、权威,才能提高公信力。共享单车作为社会热点话题,媒体对其报道真实、权威,将提高媒体的公信力。因此,媒体希望加强与政府、企业合作,确保获取的资料真实可信。

在住宅区、商业区等区域,单车运营企业如未及

时清理过剩的共享单车,将导致大量单车侵占人行道或出入口,不仅影响了业主正常出行,还将大大增加物业管理难度。因此,物业希望单车运营企业能及时清理管辖区域内的共享单车,减轻物业管理压力,方便业主出行。

杭州市高校的学区与生活区共享单车投放过量,导致校园道路上停放着大量单车,特别是在上、下课等人流密集时段,单车侵占通道现象明显,严重影响了高校师生的正常通行,存在安全隐患。

投资者作为出资方,希望各家共享单车公司迅速铺量,增加网点,扩大平台优势,快速盈利^[17]。投资方最大的诉求在于盈利,希望企业不断地向市场投放车辆,抢占市场;政府提供更多的公共资源,满足企业投放需求,以达到快速盈利的目的。

根据《杭州市互联网租赁自行车发展研究报告》和《杭州市互联网自行车规范管理工作情况》,截至2018年10月底杭州市共享单车的总量为53.4万辆,公共自行车总量为8.75万辆,共享单车的总数约为公共自行车的6倍。同时,2018年约有23%~30%的公共自行车用户转变成了共享单车用户。由此可见,共享单车的出现,不仅抢占了公共自行车的资源,同时也制约了公共自行车的发展。如何发挥自身优势来抗衡共享单车,增加用户数量,是公共自行车目前最大的诉求。

一方面,共享单车快速增长期间,供应商的主要精力和资源都集中在共享单车公司,无暇顾及零售商的生产需求。这导致了大量零售商的流失;另一方面,随着单车市场管控,单车需求下降,因从共享单车公司获取的订车资金被大量拖欠,导致了供应商资金链断裂,面临倒闭。因此,从共享单车企业合法获取报酬,同时继续签订零售商的订单,维持企业生存,是供应商目前的诉求。

四、共享单车管理的对策建议

课题组基于利益相关者理论分析杭州市共享单车的利益相关者,并对其分类。结合走访和问卷调查分析了不同利益相关者的诉求,从九种利益相关者的角度提出杭州市共享单车治理的对策建议。

(一)政府职能部门完善职责

1. 建立完善的法律法规,促进共享单车的健康和有序发展

国家层面建立完善的法律法规,使地方政府处理问题有法可依,促进共享单车健康、有序发展。第一,完善非机动车骑行规范,防止机动车与

非机动车混行,保障交通秩序畅通;第二,完善企业清运车辆规范,避免清运车辆影响城市交通,同时保障清运工作顺利完成;第三,完善用户停车规范。政府部门需建立完善的停车规范,约束用户在骑行结束后随意停放单车的行为,解决共享单车带来的拥堵问题。

2. 完善基础设施,保障共享单车的运营

职能部门需加快基础设施的建设,保障共享单车的运营。第一,改善非机动车道。非机动车道通过特殊颜色与人行道、机动车区分,避免混行,保障大众安全;第二,完善停车设施。首先,空间上合理布置停车区域,既要方便用户停车,又不得影响公众出行;其次,合理设置停车设施的尺寸,既满足用户停车需求,又充分利用公共资源;最后,设置清晰的停车标志,方便用户寻找。

3. 建立个人信用系统,促进用户文明用车

政府部门建立个人信用系统,细化评分标准,对用户使用共享单车过程中不文明或违法行为进行打分,记录在个人信用系统中,并建立用户信用分与用户权益之间的联系。建议将用户骑行共享单车、乘坐公共交通的费用高低与用户信用分所处的积分阶段挂钩;当信用分低于一定分数时,用户将失去参加各种优惠活动以及使用共享单车的权利。

4. 加强与企业合作,高效管理共享单车

政府加强与企业的合作,建立完善的问责系统,提高共享单车管理的效率。首先,政府加快将数据库接入企业数据库,便于实时、高效地监督企业行为;其次,政府及时与企业沟通管理中出现的问题,对企业的问责准确、合理、高效。

(二)企业提高责任感

1. 遵循法规,履行相应的责任

企业加强与政府合作,依据政府规定制定单车在投放量、投放区域、运维人员的配比、清运等工作计划,履行相应的责任,加强运营,及时解决管理中存在的问题。

2. 努力创新,不断提高单车质量

首先,企业提高单车质量,对单车的原材料、生产过程等环节严格把关,保障用户在使用过程中的人身安全;其次,企业增加已投放市场车辆检修频率,积极回收损坏严重的车辆,及时补充完好车辆。

3. 完善服务,提高公众对企业的认可度

首先,企业通过大数据分析,在用车高峰时段与用车密集区域提高调度频率,满足用户用车需求;其

次,企业完善服务体系,解决用户押金退还困难问题;最后,加强 App 功能,合理、清晰指引用户寻找停车区域。企业完善服务,一方面帮助用户解决困难,优化其骑行体验;另一方面加大用户对企业的认可度,增加企业的用户量,有利于企业未来的发展。

(三) 用户提升自我

1. 遵守相关的法律法规

用户应具备一定的法律知识,自觉地遵守相关的法律法规,降低城市管理压力。用户在骑行中要遵守交通规则,自觉在非机动车道行驶,自觉遵守交通指示灯;用户在骑行结束后,自觉遵守停车规范,不随意停车。

2. 增强个人素质,文明用车

用户增强文明使用单车的意识,拒绝不文明行为。共享单车是公共交通工具,不是私人物品,用户在使用过程中注重个人素质,文明使用单车,不故意损坏单车,不私自上锁,不侵占单车。

3. 积极参与管理,反馈问题

用户既是单车的使用者,也是单车的管理者,积极参与到共享单车的管理中,反馈使用过程中遇到的问题,帮助管理者快速的发现问题、解决问题,促进共享单车不断地完善。

(四) 媒体肩负社会职责

1. 加大法规宣传,引导用户文明用车

媒体发挥其社会影响力,向大众传播法律知识,引导用户遵守相应法规;同时,加强正面报道,批判不文明现象,提升公众素质,引导用户文明用车。

2. 加强与政府、企业合作

媒体是社会活动的传播者,应当承担社会责任,关注社会热点话题,加强与政府、企业的合作,确保传播真实、准确的新闻内容。

(五) 物业参与管理

物业加强与政府、企业合作,吸纳部分城市共享单车。物业在小区内划定一部分区域用于单车停放,引导用户将单车停放在指定区域,并与政府配合,监督企业运营;同时,企业作为共享单车的管理者,负责清运小区内部车辆。

(六) 高校参与校区内单车管理

第一,高校与企业协同管理共享单车,高校划定单车停放专属区域,企业负责及时调度校内单车;第二,大学生是使用共享单车的重要群体,高校应加强学生素质教育,引导学生合法、文明使用共享单车;第三,高校发挥自身科研能力,分析单车管理中存在的问题,助力管理者寻找解决问题的途径。

(七) 投资者促进企业改变盈利方式

投资者减少对企业施压,鼓励企业探寻新的盈利模式,改变企业通过大量投放单车,增加覆盖面积,抢占市场份额的盈利方式。

(八) 公共自行车管理提升

作为共享单车竞争者,公共自行车的发展能够有效抑制共享单车的增长速度,改善共享单车过量状况。一方面需加大公共自行车站点建设,增加站点数量,方便用户取车、还车;另一方面,需提高公共自行车自身服务质量,增加优惠政策,赢得传统用户信赖并增加新用户。

(九) 供应商提高自身企业规范

第一,供应商正确评估自身实力,不盲目与共享单车公司签署条约。第二,供应商继续维持与零售商的合作。一方面能保证自己资金流动正常,另一方面能够在一定程度上放缓共享单车的生产,达到控制城市共享单车总量的要求。

五、结 论

基于利益相关者理论,课题组首先总结了杭州市共享单车九大利益相关者,其中政府、企业、用户是共享单车管理的主体,供应商、竞争者、投资者、物业、媒体、高校在共享单车管理中影响低于前三类;其次,分析其权力与利益,梳理其诉求;最终,提出了杭州市共享单车管理对策建议。

一方面,本文从不同角度给出了管理建议,对共享单车管理具有一定的帮助。另一方面,本文研究结果存在一些不足。首先,问卷调查男女比例并不均等、调查问题设置不够完善,调查结果存在一定的偏差;其次,专家数量偏少,利益相关者分类结果可能存在一些偏差;最后,对投资者、竞争者、供应商调查较少,诉求分析不够全面。因此,未来课题组将丰富调查问卷的题目,加大女性用户填写问卷的数量,保证问卷数据更加有效;其次,诚邀更多权威专家,更加准确地对利益相关者分类;最后,完善调查方案,增大投资者、竞争者、供应商调查力度,完善其诉求。通过不断改善研究方案,课题组期望能够提出更加详尽的共享单车管理方案。

参考文献:

[1] Shen Y, Zhang X, Zhao J. Understanding the usage of dockless bike sharing in Singapore [J]. International Journal of Sustainable Transportation, 2018, 12 (9): 694-695.

[2] Chou M C, Liu Q, Teo C P, et al. Models for Effective Deployment and Redistribution of Shared Bicycles with Location Choices: Making Supply Meet Demand[M]// Sharing Economy. Heidelberg: Springer International Publishing, 2019: 410-411.

[3] 李思奕. 共享单车发展中的政府责任研究[J]. 人力资源管理, 2017(10): 11-12.

[4] 王兴伦. 多中心治理: 一种新的公共管理理论[J]. 江苏行政学院学报, 2005(1): 96-100.

[5] 吕新杰. 共享单车不是共享经济[N]. 中国经济时报, 2016-11-17(05).

[6] 童中平, 赵艳. 我国城市共享单车发展存在的问题与对策分析: 以贵阳市为例[J]. 中小企业管理与科技, 2018(8): 35-36.

[7] 朱增福, 孙梁钿, 卢涵, 朱培武. 共享单车管理服务现状及其标准化诉求对策分析: 以杭州市为例[J]. 中国标准化, 2018(14): 47-48.

[8] 金晶, 卞思佳. 基于利益相关者视角的城市共享单车协同治理路径选择: 以江苏省南京市为例[J]. 城市发展研究, 2018, 25(2): 92-99.

[9] 张佑林, 邹月. 共享经济模式下共享单车管理策略探讨[J]. 北方经贸, 2018(12): 113-117.

[10] 刘辉军. 大数据时代共享单车的治理[J]. 广东开放大学学报, 2017, 26(6): 104-110.

[11] 龙彦如. 共享单车使用不规范行为的法律分析及对策[J]. 开封教育学院学报, 2017, 37(12): 240-242.

[12] R·爱德华·弗里曼. 战略管理: 利益相关者方法[M]. 王彦华, 梁豪, 译. 上海: 上海译文出版社, 2006: 29-30.

[13] Mitchell A, Wood D. Toward a theory of stakeholder identification and salience: Defining the principle of whom and what really counts [J]. Academy of Management Review, 1997, 22(4): 853-886.

[14] 郭贞. 旅游景区利益相关者利益分配研究[D]. 成都: 四川大学, 2007: 17-19.

[15] 陈小玲. 利益相关者理论视角下广州市公共自行车管理模式研究[D]. 广州: 华南理工大学, 2014: 19-20.

[16] 张玉静, 陈建成. 绿色行政利益相关者识别与分类的实证研究 [C]. // Proceedings of 2010 International Conference on Future Information Technology and Management Engineering (FITME2010) Volume 3 [C]. Changzhou: IEEE, 2010: 100-103.

[17] 银昕. 共享单车“风口”: 商业与公益如何选择? [J]. 中国经济周刊, 2016(44): 76-77.

(责任编辑: 钱一鹤)



交互主观性视域下刻意性隐喻的认知语用机制新解

范振强, 马瑞洁

(浙江工商大学外国语学院, 杭州 310018)

摘要: 隐喻的刻意性正日益成为隐喻界的争鸣焦点; 概念隐喻理论(CMT)认为对刻意性隐喻的理解离不开规约化概念隐喻系统的激活, 刻意性隐喻理论(DMT)则认为它是一种临时相似点的构建过程。通过引入交互主观性理析, 对典型的刻意性隐喻(即新奇隐喻)进行分析, 研究发现: 第一, CMT 和 DMT 以交互主观性为统一框架可以更全面解释隐喻的全貌: 有些刻意性隐喻直接激活 CMT 的概念隐喻表征系统即可理解; 而另外一部分则依靠图式知识的转喻式激活和临时隐喻构建; 第二, 基于 CMT 隐喻系统激活的隐喻传递的是显义; 基于转喻式临时构建的隐喻(DMT)传递隐义; 第三, 无论是显义和隐义, 刻意性隐喻都呈现“言不尽意”的认知效果, 为特定的交际目的服务。

关键词: 隐喻刻意性; 概念隐喻理论; 刻意性隐喻理论; 显义; 隐义; 言不尽意

中图分类号: H195.4

文献标志码: A

文章编号: 1673-3851 (2019) 10-0475-08

An intersubjectivity-based interpretation of the explicatures and implicatures of deliberate metaphor

FAN Zhenqiang, MA Ruijie

(School of Foreign Languages, Zhejiang Gongshang University, Hangzhou 310018, China)

Abstract: The deliberateness of metaphor is becoming the contending focus of metaphor research. Conceptual Metaphor Theory (CMT) holds that the understanding of Deliberate Metaphor Theory (DMT) cannot be separated from activation of conventional conceptual metaphor system. Deliberate Metaphor Theory (DMT) considers it as a construction process of temporary resemblances. Intersubjectivity was introduced to analyze typical deliberate metaphor, i.e. novel metaphor. It was found that, firstly, CMT and DMT can give a more comprehensive explanation of metaphor based on the uniform framework of intersubjectivity: some deliberate metaphors can be understood by directly activating conceptual metaphor representation system of CMT, while others are constructed by metonymic activation of schema knowledge and the construction of temporary metaphor. Secondly, the metaphor activated by CMT metaphor system conveys explicature; the metaphor constructed temporally on the basis of metonymy conveys implicature. Thirdly, regardless of explicature and implicature, deliberate metaphors convey the cognitive effect of “meaning beyond words” and serve for specific communication goal.

Key words: deliberate metaphor; Conceptual Metaphor Theory; Deliberate Metaphor Theory; explicature; implicature; meaning beyond words

20 世纪 70 年代以前, 隐喻一直被视为语言层面的一种装饰品。《隐喻与思维》^[1] 一书的出版标志

着学界对隐喻的认识从语言层面提升到思维层面, 开启了隐喻研究的认知转向。《我们赖以生存的隐

喻》(1980)一书提出了概念隐喻理论(Conceptual Metaphor Theory, CMT),掀起一股“隐喻狂热”,触发了一场隐喻革命。随着隐喻研究的深入,隐喻被再次提升到了交际层面,有学者提出了“刻意性隐喻理论”(Deliberate Metaphor Theory, DMT)^[2-7],被称为“新当代隐喻理论”^[5-7],并且在国际隐喻学界掀起了隐喻刻意性的大论辩^[8-12]。“DMT被认为是当前有关隐喻在线激活机制大论辩中最具有挑战性的理论。”^[13]¹⁹该理论是隐喻学的前沿理论,国内近年来也开始有介绍性的文章出现^[14-15],但参与论辩的专门研究在国内尚不多见。

一、CMT 和 DMT 的隐喻认知和语用机制之争

CMT 和 DMT 的焦点分歧是:语言中隐喻的理解到底是依靠已有概念系统知识直接激活,还是需要两个事物之间临时构建相似性。

CMT 的哲学基础是具身认知^[16],认为两个事物在人们身体经验中的共现(如 MORE IS UP),使得人们在集体认知表征中形成了大量现成的概念隐喻系统,这些概念系统也是新奇隐喻生成的基础^[17-18]。“它们的喻体是人们共通的基本经验,关涉物品、空间、活动、方位等,它们不可能消失。”^[19]“基于共现的认知隐喻和基于相似性的复杂隐喻不同,它们永远处于‘活跃’状态。”^[13]¹⁰

DMT 则认为隐喻的理解取决于临场在线构建两种事物的相似性。它认为 CMT 存在“隐喻悖论”:很多隐喻不需要启用隐喻思维也能理解,即 CMT 所讨论的很多隐喻并不是真正的隐喻,在理解时,只需在词汇层面上进行解歧即可。例如理解“I see what you mean”时,无需刻意激活 SEEING IS UNDERSTANDING。

所谓刻意性隐喻,指的是“当使用隐喻的目的是让受话者以全新的视角,即从其它概念域或概念空间(源域)来审视某物或某话题(靶域)时,这就是隐喻的刻意性用法”^[4]²²²。例如“Juliet is the sun”的字面义是虚假命题,发话者刻意向受话者发出邀请,让受话者从“太阳”的异域视角感受“朱丽叶”的魅力,受话者通过运用类比思维加以理解。因此,发话者有意让受话者换个视角(源域视角)看问题(靶域)就构成了隐喻刻意性用法的关键^[20]。

但实际上,一方面,CMT 的结论得到了大量实证研究的支持^[11],而且概念隐喻也可以传递刻意性,比如,人们完全可以刻意地让常规隐喻或死隐喻复活,并再现其隐喻性。如“请你不要火上浇油,要

火上浇水”中,发话者使用该话语的目的就是为了通过突显死隐喻内部张力的方法让其复活^[21]。另一方面,即便刻意性隐喻是基于相似性,根据隐喻创造相似性的观点,可以认为,至少部分刻意性隐喻是依靠事物在人们的经验中共现所沉淀的具身概念隐喻系统(Embodied conceptual metaphr)。

针对 CMT 和 DMT 的争论焦点,本文选取典型的刻意性隐喻为语例,以交互主观性理论为平台,尝试消解二者的分歧,探讨它们之间的优势互补关系。鉴于隐喻研究“重认知轻交际”的不足,本文着重分析隐喻的交际目的和认知效果。

二、交际的交互主观性

(一)交互主观性的定义

根据交互主观性理论^[22-23],成功的交际不仅仅是交际主体和客体之间的指称关系,而是取决于“人类相互之间进行深度认知协调的能力”^[22]⁴,为了交际能够成功,发话者会在不同的认知内容之间进行区分、权衡和取舍,为受话者量身定做交际话语。“话语交际的真谛在于,第一个认知主体邀请第二个认知主体共同以某种方式认知客观事物,并且在此基础上更新共同知识。”^[22]⁷也就是说,发话者不会讲受话者完全听不懂的新奇话语,她总是会依据交际双方的共享知识,在新、旧知识之间做出合理平衡,并且在共享知识的基础上,增加新知识,更新旧知识,此过程如图 1 所示。

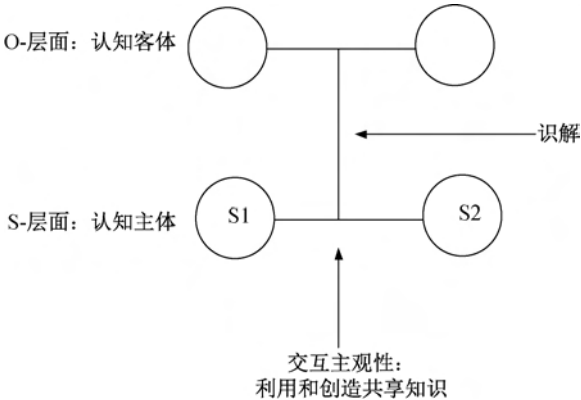


图 1 认知主体的交互主观性^[23]⁷⁴

(二)主观交互的基础

交际主体的主观交互依靠的基础是共享知识。共享知识有三种来源:首先,交际双方共处同一现场物理语境,且具有相类似的感知认知能力;其次,由于交际双方是同一语言社区成员,后天习得的百科知识也趋同;最后,处于同一语言社区的成员具备基本的从词汇到语篇结构的语言知识,构成言语理解

的上下文语境。这些共享知识的激活机制有两种:隐喻认知机制和转喻认知机制。

首先,共享知识包括人们集体共享的概念隐喻系统。根据认知语言学的体验哲学观,由于人们拥有相似的感知运动系统和大致相同的外部经验,因此人类的概念隐喻系统具有主体间的相通性。人们的大部分知识是以隐喻的方式表征的,也就是说,抽象事物通常以人们更易理解的、具体的和可感知事物的知识加以表征。Lakoff 带领的研究团队已经总结出了几百个概念隐喻系统^①。概念隐喻系统表征如图2所示,图中黑粗线表示这些知识已经常规化和自动化,成为人们的集体无意识思维,在理解隐喻话语时可以直接激活。

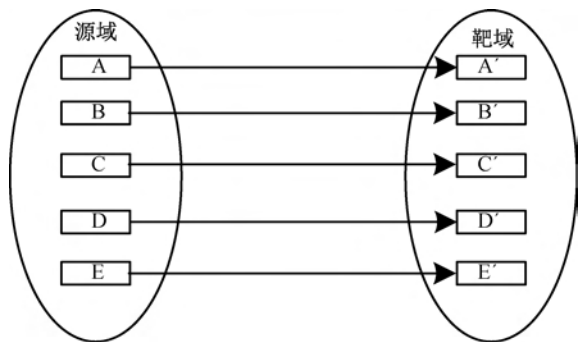


图2 概念隐喻系统表征示意图

其次,单一领域固化知识的激活依靠的是转喻机制^[24]。认知语言学、功能语言学和语用学等都非常重视百科知识在交际中的重要作用,用图式、脚本、框架、认知模型、理想化认知模型、认知语境等理论术语对人们常规化的知识进行了解释。这些知识可以由语篇中的某个提示词或短语等得以激活,激活后的知识与话语信息结合产生隐义(implicature),这是一种部分激活整体的转喻认知机制。此过程如图3所示。

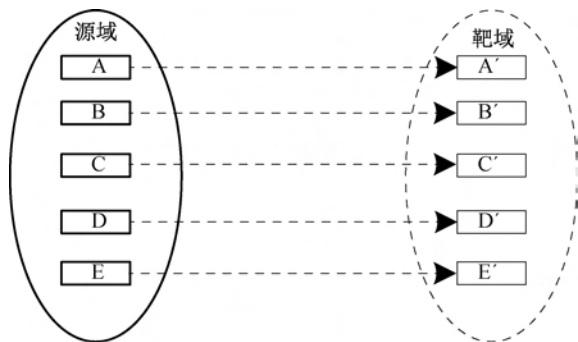


图3 图式知识激活的转喻表征

图3呈现了图式化的知识组块,长方形和椭圆之间是部分与整体的转喻关系。这种激活的知识可以临时映射到其他认知域,临时搭建新奇隐喻,虚线表示一种潜势。

(三)基于交互主观性的交际目标:言不尽意

交互主观性理论对交际的目标未能给出详细的解释框架,这可以从关联理论中得到弥补。交互主观性理论和关联理论侧重点虽然略有不同,但两者都关注个体在具体语境下交际的认知语用机制,这构成了两种理论有机结合的契合点。

根据关联理论,人们在实际交际中传递的意义呈现一个连续统:一端是清晰具体的单命题交际义;另一端是相对模糊的多命题交际义^{[25]54-60}。例如,

例1 Passenger: When does the train arrive at Oxford?

Ticket-collector: At 5:25.^{[25]58}

例1是一个清晰交际的例子,售票员话语传递的主要信息就是列车在5:25分到达牛津这个单一命题。

Sperber 等^{[25]55}列举了一个模糊交际的例子: Mary 和 Peter 来到曾经呆过的海景酒店,一进门, Mary 推开窗户,故作享受状深深地吸了一口气(该动作是有意让丈夫看到,从而传递交际意义)。此时 Mary 传递的信息只可意会不可言传,因为她传递的不是某个具体的命题信息,而是意欲与丈夫分享某种印象^{[25]59},包括清新的空气、舒适的阳光、美丽的海浪、曾经的回忆等等。所谓印象,指的是“个体认知环境的显著改变,这种改变源自多个或强或弱的表征信息显现出来,而不是源自一条信息突然间变得高度显现”,“印象可以通过交际加以传递,其模糊性也可以被描述出来”^{[25]59}。可见,交际信息有时候具有模糊性,而模糊性具体体现在话语传递多条强弱不等的命题信息。

单一命题和多命题是交际意义的两个极端,即是说,交际的模糊性是一个连续统,例如在应答是非疑问句时用一个干脆的“Yes!”或“No!”,就是精确交际;而非言语交际是一种相对模糊的交际。“在人类交际中,模糊交际本身就是成功的交际,有时候甚至比精确交际更符合交际需要。”^{[25]60}但“在很多或者大多数的人类交际中,交际者意欲传递的信息部分是清晰的,部分是模糊的”^{[25]59}。

下文将论证:刻意性隐喻之所以是“我们赖以生存的认知方式”^{[17]1},就是因为它们传递了一系列强弱不等的交际意义。传统修辞学认为隐喻是一种可有可无的装饰品,隐喻只不过把字面义用华丽的辞

① 详见 <http://araw.mede.uic.edu/~alansz/metaphor/METAPHORLIST.pdf>

藻表达出来而已。然而,如以下例子所示,事实并非如此简单。

- 例2 a. My neighbour is a dragon.
b. My neighbour is very fierce. [26]

在例2中,a显然比b更生动,承载着更多的意义和意象,两者不可以等量互换。因为a传递的是一系列含义,具有“言不尽意”的语用效果,而b只是系列含义中的一种;如果将a换为b,那么a表达的言不尽意的效果就丧失殆尽了。

三、刻意性隐喻的交互主观性

根据不同的共享知识的表征和激活方式,刻意性隐喻的言不尽意在显义和隐义层面都有体现:直接激活概念隐喻系统的隐喻性话语在显义层面表现出言不尽意;基于转喻临时构建的隐喻性话语在隐义上呈现言不尽意。

(一)刻意性隐喻在显义层面的言不尽意

1. 显义层面交互主观的基础:概念隐喻系统
根据在概念层面的映射数目,隐喻可以分为单次映射和多重映射两类[27]。如,

- 例3 John is a lion.
例4 You're going nowhere that way.

例3是一个单次映射隐喻,其理解需要激活概念隐喻 PEOPLE ARE ANIMALS 中动物的行为特征和人的举止特征之间的映射,即:John 和狮子一样的“勇猛”。假设例4是一个生气的父亲对淘气的儿子说的,就有如下强弱不等的显义:

- a. The addressee is not going to achieve his expected goals (if he persists in his behavior).
b. The addressee is not making any progress in life.
c. The addressee may make progress if he changes his way of doing things.
d. The addressee is acting in an erroneous way.
e. The addressee may not have clear goals.
f. The addressee has erroneous goals.

a—f 都属于隐喻显义。Lakoff 等[28]认为,LIFE IS A JOURNEY 隐喻有多重映射(见图4),但核心映射是 GOALS ARE DESTINATIONS,所以,a是强显义,其它显义是根据非核心映射衍生出来的弱隐义;b凸显的是“进度”;c和d凸显“前进中的动作”;e和f强调“目标的具体性质”。可见,发话人“一石激起千层浪”,用一条话语同时传递了一系列意义,体现了隐喻在显义层面的“言不尽意”。

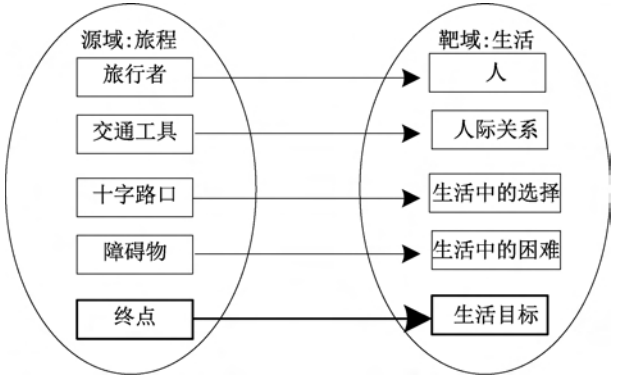


图4 概念隐喻系统

这种解释思路与关联理论不同。关联理论认为例4中的c—f是隐义[27]33。将这些意义归于显义的理由有二:首先,它们以话语所言(What is said)为依托;其次,它们的推理完全在规约化的概念隐喻系统内发生,不需要额外的语境信息。为了和隐义区别开来,可作如下具有隐义的假设语境。假如,话语的语境是父亲因为儿子在生活中的碌碌无为、一无是处而生气,那么基于该语境和a,受话人推知话语的隐义是“父亲希望自己改变当前行为,奋发图强”,故而是一种警告。再比如,父亲并不关心儿子状况,而是特别在乎母亲的情绪,那么基于该语境以及c和d,推知隐喻的隐义可能是“再如此下去母亲会更加失望”。

关联理论认为显义是解码和推理的结合,忽略了概念隐喻系统对隐喻话语推理的重要作用,“隐喻隐射的性质和认知域的类型会限制显义的数目多少”,“显而易见,概念隐喻系统为我们提供了语用推理的自然通道,语言表达式的作用是提示激活相关现成的映射”[27]32-33。

2. 显义层面交互主观的目标:以理服人

在使用刻意性隐喻表达显义时,施喻者会激活和运用约定俗成的概念隐喻系统。“概念隐喻存在于超个体层面”[29],属于集体层面的常规概念表征。它存在于特定文化社团所有成员的长时记忆中,为全体成员所共有。CMT关注的隐喻基本都属于超个体层面的概念隐喻。根据认知语言学所倡导的体验哲学,位于集体层面的隐喻具有深刻的体验哲学基础,是两种事物(即隐喻的源域和靶域)在人们的身体经验中反复共现所形成的定势思维。在神经层面上,当人们理解隐喻时,大脑中表征源域和靶域的神经簇会同时激活,以实现隐喻理解。“人们在很多场合下能自动和无意识地获得这些思维隐喻模式,而且一定要利用隐喻进行思维,它是不可避免的,是我们最有用的认知方式之一,通过隐喻理解经验是

人类想象力的伟大胜利。”^{[16]61}概念隐喻的激活是无意识的认知方式,容易被当成共同接受的普遍共识,因此基于概念隐喻系统的隐喻,其显义具有较高的说服力,更容易被接受。

以英国诗人吉普林著名的作品《如果》为例,它基于概念隐喻 LIFE IS A JOURNEY,诗中使用的13个if平行结构让读者直接激活源域(人、生活困难和人生目标)和靶域(旅行者、旅程艰辛和目的地)之间的现成映射。例如该诗的第三节:

例5 If you can make one heap of all
your winnings

And risk it on one turn of pitch-and-loss,
And lose, and start again at your beginnings
And never breathe a word about your loss;
If you can force your heart and nerve and sinew
To serve your turn long after they are gone,
And so hold on when there is nothing in you
Except the Will which says to them:
“Hold on!”^[30];

在这里,由于 LIFE 和 JOURNEY 之间存在多条现成的、常规的概念映射,读者可以直接激活并理解隐喻的多条显义,如“a)人生目标是旅程的终点;b)人生的困难是路障;c)人的一生包含‘得’(winnings)、“失”(loss),甚至‘一无所获’(nothing);d)生活中的再次努力就是重新回到起点(start again at your beginnings);e)生活中不因得失而怨天尤人;f)要坚持住(hold on);g).……”等等^[30],体现出言不尽意。运用人们熟知的概念隐喻系统,更容易产生共鸣和潜移默化的说服力。

(二)刻意性隐喻在隐义层面的言不尽意

1. 隐义层面交互主观的基础:图式的转喻式激活和隐喻的临时搭建

认知语言学认为,概念隐喻系统是两个不同认知域之间的常规映射,转喻是同一个认知域内部的部分和整体之间的激活关系,并且转喻激活的成分也可以临时投射到新的靶域,临时搭建新奇隐喻。

转喻是在图式中发生的。图式指的是人们的常规知识结构,比如“餐馆”图式包括的常规知识有餐桌、服务生、菜谱等事物,也包括就坐、点餐、用餐、结账等动态知识。根据认知的经济性原则,发话者在交际过程中,不会将所有知识都同时激活,而只需用话语“以点及面”、蜻蜓点水似的提及一部分知识,受话者可以依据部分知识迅速激活整体图式,迅速实现话语的理解,这种“部分代整体”的认知方式就是

转喻认知。“语词所在情景中所突显的图式和知识是部分的,对于同一概念领域的其他图式和知识来说是一种邻近的关系,因而是一种转喻式的思维模式。”^[31]

转喻是隐喻的基础。某个话语从整体而言是隐喻,但其源域和靶域之间的投射不是在概念隐喻系统内的直接激活,而是转喻地激活图式并临时投射到靶域。这种基于转喻的源域成分激活和映射具有临时性和较强语境依赖性,其映射是在两个认知域之间临时建立的关联,涉及语用推理,因此属于隐义^[32]。

随着研究的深入,人们发现,转喻是比隐喻更根本的思维机制,是隐喻的基础,这逐步成为认知语言学界的共识^[33]。人们为了交际需要,首先激活转喻知识,然后在概念隐喻系统之外,在两个事物之间建立临时的投射关系,将激活的转喻知识动态投射到目标事物。因此,转喻知识是隐喻的潜势范围,二者的关系如图5所示。

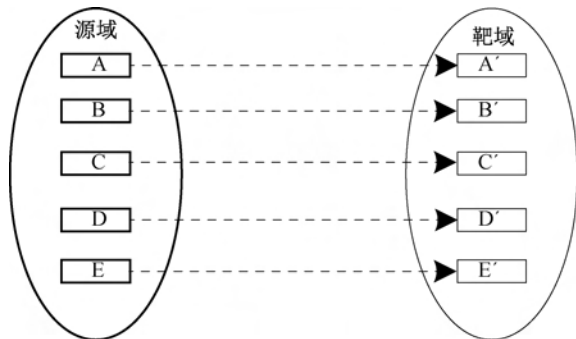


图5 转喻表征和隐喻潜势

图5中粗线表示常规化的知识,虚线表示转喻可以成为潜在的隐喻,即这种潜在性和临时性用虚线表示。

接下来将论证:基于图式的转喻激活和隐喻的临时搭建以及语用推理的参与,是隐喻隐义产生的机理。

2. 隐义层面交互主观的目标:言不尽意的“意象”、“情感”和“亲和”

关联理论认为,在听到隐喻话语后,受喻者会在显义的基础上,结合认知语境假设进行语用推理,获得隐义^{[25]54-64}。根据隐义的不确定性程度,可分为强隐义和弱隐义。前者指的是交际者意欲传递一个相对明确的隐含义,受话人由该意义推导出的说话人意图强烈显现。这种交际被称为“强交际”(Strong communication)^{[25]60},传达强隐义。与此相反,交际者心中有一系列模糊的隐含义,构成了交际者的交际意图。听话人从该范围中的任何具体含义

推导出的说话人意图都相对较弱。这种交际被称为“弱交际”(Weaker forms of communication)^{[25]60},传递一系列弱隐义。隐喻在隐义层面交互主观性的目标有:“以形喻理”、“以奇悟人”和“以情动人”,下文将依次分析这三个目标。

(1)刻意性隐喻隐义的言不尽意与意象

论辩说理能够充分体现隐喻的言不尽意。论辩的成败不在于气势上压倒别人,而在于把道理说清楚,深入浅出、以理服人。隐喻能在说理时,用具体的意象比喻抽象的道理,以通俗易懂的方式,让语言充满令人折服的理性和智慧。例如,

例6 “怀疑在思想之间犹如蝙蝠在众鸟中间,总是在半阴半暗之中飞舞。”(《论文集》——培根)

在这里“怀疑”是一种抽象态度,而“蝙蝠”是一种动物。我们的概念系统没有现成的“怀疑是蝙蝠”这样的概念隐喻。该刻意性隐喻是在两个概念之间临时建立的关联,其理解需要依靠蝙蝠的图式知识和语用推理,以“整体激活部分”的概念转喻机制提取蝙蝠的意象和特征并投射到靶域“怀疑”上。

根据认知语境中的百科知识,蝙蝠是哺乳动物,不属于鸟类,又在黑暗中飞行,由此可以推断这句话的隐义有:

- a. 怀疑是蝙蝠,经常出现在黑暗中;
- b. 怀疑在各类思想之中格格不入;
- c. 怀疑在各类思想中所占的比例很小;
- d. 人们总是不敢大胆怀疑某种思想;
- e. 人们应该具有怀疑精神。

根据现场语境,听话人会排除 a;根据蝙蝠不是鸟类这一特征,可能会推断出 b 和 c;再由蝙蝠在夜间飞行,可以推断出 d 和 e。可见,语境不同,转喻动态激活的图式也不同,受喻者可以推理出不同的隐义,施喻者将深奥的哲理浓缩在一个形象生动的隐喻之中,引发人们对于是否应该具有怀疑精神的深刻思考。

再如,莎士比亚在《麦克白》的一段独白中把生命喻为蜡烛。生命之所以像蜡烛,在于生命存在时,便发光产生能量;在于生命会越来越短,一去不复返;在于就算熄灭了,还可以用希望的光重新点燃,读者的想象还可以扩及其他情景,如奉献自己、温暖别人等等。无论如何,麦克白把人生简练地比喻为一只短小的蜡烛,暗示了某些真理,如果用直陈的语言,就得几十个字。这一隐喻基于图式和转喻,化抽象为具体意象,给读者提供了想象的空间,加强了感情的深度,体现了作者和读者之间基于共享知识传

递新知识的交互主观性原理。

(2)刻意性隐喻隐义的言不尽意与情感

之所以隐喻是情感的需要,首先是因为它本质倾向于在不同感觉、经验和认识领域中发现相似之处,隐喻者由此会产生“似曾相识”的心态,而心灵在观察熟悉的对象时往往会因“轻车熟路”而感到松弛自在^[34]。换言之,隐喻是激活情感的一种工具。例如,

例7 “童年的一天一天,温暖而迟慢,正象老棉鞋里面,粉红绒里子上晒着的阳光。(《童言无忌》——张爱玲)

乍一看,似乎童年时光的温暖与迟快与否和晒着阳光的老棉鞋并没有多大的联系,读者要寻找作者想要表达的隐含意义,就必须进一步进行分析。首先,根据转喻图式,读者看到“老棉鞋”可能会想到冬天,冬日里的阳光是温暖的,而且“粉红绒里子”的暖色调也可以让读者感受到这一点;其次,如果“老棉鞋”承载的传统文化知识能够得到激活,读者就能深层次地理解这句话。在那个年代,这种老棉鞋通常是妈妈一针一线纯手工制作的,体现了妈妈对孩子的爱;因为是手工的,没有机械化生产快,所以是缓慢的。因此这句话可以包含以下这些隐义:

- a. 童年时光像冬日里慵懒的阳光一样,很温暖;
- b. 童年时穿着妈妈做的老棉鞋很温暖;
- c. 童年时的生活节奏很慢,但是很温暖。

读者就这样在作者新构建的隐喻中推测并体会着作者想要表达的情感,与其产生共鸣。

可见,即便是新奇的诗歌隐喻,其源域事物依然是人们熟知的。诗歌隐喻的新奇主要体现在两个认知域之间的关联具有创新性。正是因为临时建立的关联突破了常规,再加上多数诗歌发生的语境较不明显,因此诗歌的意义具有高度不确定性,诗歌的这种言不尽意恰恰是作者要传递的交际意图。这些不确定意义的推导依然依赖源域图式和转喻激活,体现新旧知识的交互主观性。

(3)刻意性隐喻隐义的言不尽意与亲和

隐喻具有化异为同的亲和功能。衡量一个隐喻是否恰当,取决于它是否能够将听众读者引入相似的语境而引发共鸣^[35]。正是因为如此,隐喻也可以通过隐义层面的言不尽意实施劝说功能,这在广告层面体现得尤为明显。广告创意者要用新奇的隐喻来吸引受众的注意力,同时要让受众产生共鸣,从而产生购买的意愿。广告隐喻的新奇性体现在选择新颖的源域来描述商品或服务,产生能引起共鸣的隐喻,

因此其选择的源域往往是受众所熟知和具有亲和感的事物。例如,

例8 “在美国也有一座看不见的万里长城。”
(美国大都会人寿保险公司)

人们的常规隐喻系统没有“保险公司是长城”这样的概念隐喻,因此该广告是临时构建的新奇隐喻,对其理解需要受众激活有关长城的图式:中国的万里长城享誉世界,在中华民族抵御侵略战争中发挥了保护关内人民的重要作用,具有“牢不可摧”的意象。如果受众运用转喻思维,不单单将保险公司看作是长城,还能做出“保险公司的能力坚不可摧”“保险公司能够保障人们的利益和安全”等推断,那么该广告话语就可达到宣传效果,即让受众相信保险公司能够保障自己的切身利益。再如,

例9 “如果睡眠是8小时旅程,为何不坐头等舱?”(Aristocrat 床垫)

此广告首先将睡眠比喻成旅程,构建了一个新奇隐喻;其次将床垫比喻为头等舱,头等舱环境舒适,也就意味着床垫的质量好,能给人带来很好的睡眠。受众通过对睡眠、旅程和头等舱的图式知识(即认知语境)的激活,可以得到以下一系列隐义:

- a. 如果旅程有8小时,可以选择坐头等舱;
- b. 想要在8小时的旅程中休息好,就要坐头等舱;
- c. 要想睡眠充足,就需要选择高质量的床垫;
- d. Aristocrat 床垫很舒适,可以提高人们的睡眠质量。

这一系列强弱不同的隐义的传达,是加工新奇隐喻启用转喻思维,付出额外认知努力而换来的认知效果。因为源域事物具有亲和力,受众可能会付出足够认知努力推导出这些隐义,该广告的认知效果得到最大化,让受众感知到产品的功效和亲切。

综上所述,在交互主观性这个统一平台上,CMT 和 DMT 分工不同:分别传递显义和隐义。以 Sperber 等^[25]为代表的经典关联理论认为隐喻属于隐义,而以 Carston 为代表的新关联理论^[36-38]认为隐喻属于显义。具体而言,从语言层面刻意性隐喻的认知机制来看,在概念隐喻系统内激活的双域投射是自动的无意识激活,因此是显义;在概念系统以外,源域的转喻激活和向靶域的投射是临时的,需要转喻思维和语用推理,因此产生的隐喻义是一种隐义。为了更加清楚地加以区分,笔者将图1和图3分别简化为图6和图7。

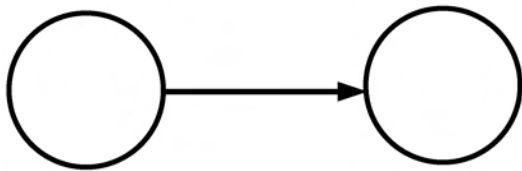


图6 概念隐喻系统双域投射的常规化表征



图7 图式知识的转喻激活与临时隐喻投射

四、结 论

DMT 和 CMT 都是当代隐喻理论,将两者联合才能更全面地解释隐喻的全貌。CMT 和 DMT 都以交互主观性这条根本认知交际规律为基础。以典型的刻意性隐喻为例进行分析发现,它们的理解基础离不开人们之间的共享知识,包括 CMT 的概念隐喻表征系统以及 DMT 的转喻激活和动态投射。交互主观性的引入为消解 DMT 和 CMT 的分歧提供了可能性:一部分刻意性隐喻离不开 CMT 所提出的共知概念系统,还有一部分纯 DMT 隐喻不受人们的常规隐喻系统管辖。但即便如此,这些隐喻的源域是共知的,需要启用转喻思维激活和根据相似性投射^[38]。后一部分可能转瞬即逝,淡出人们的视野,也可能因为某种原因沉淀下来,演变成常规概念隐喻系统,供此后直接激活启用。

在具体的语用交际层面,概念隐喻系统内的隐喻传递显义,概念系统外的隐喻传递隐义;从交际效果来看,无论是显义还是隐义层面,刻意性隐喻都展现出“言不尽意”的语用效果。正是这种效果解释了我们感觉优美的隐喻往往对言者“言有余”,而对听者则“意无穷”^[39]。基于 CMT 概念隐喻系统的刻意性隐喻重在说理,基于转喻临时构建的刻意性隐喻侧重追求某种语用效果,但是两者基于人们的共享知识,体现了交际层面的交互主观性。

参考文献:

- [1] Ortony A. Metaphor and Thought [M]. Cambridge: Cambridge University Press, 1979.
- [2] Cameron L. Confrontation or complementarity? Metaphor in language and cognitive metaphor theory[J]. Annual Review of Cognitive Linguistics, 2007, 5(1): 107-135.

- [3] Charteris-Black J. Forensic deliberations on 'purposeful metaphor'[J]. *Metaphor and the Social World*, 2012, 2(1):1-21.
- [4] Steen G. The paradox of metaphor: Why we need a three-dimensional model for metaphor[J]. *Metaphor and Symbol*, 2008, 23(4): 213-241.
- [5] Steen G J. The contemporary theory of metaphor: now new and improved! [J]. *Review of Cognitive Linguistics*, 2011, 9(1):26-64
- [6] Steen G. Deliberate metaphor affords conscious metaphorical cognition[J]. *Cognitive Semiotics*, 2009, 5(1-2): 179-197.
- [7] Steen G. Deliberate metaphor theory: Basic assumptions, main tenets, urgent issues[J]. *Intercultural Pragmatics*, 2017, 14(1):1-24.
- [8] Steen G. Developing, testing and interpreting deliberate metaphor theory[J]. *Journal of Pragmatics*, 2015(90): 67-72.
- [9] Gibbs R W. Are 'deliberate' metaphors really deliberate? A question of human consciousness and action[J]. *Metaphor and the Social World*, 2011, 1(1): 26-52.
- [10] Gibbs R W. Does deliberate metaphor theory have a future? [J]. *Journal of Pragmatics*, 2015(90): 73-76.
- [11] Gibbs R W. *Metaphor Wars: Conceptual Metaphors in Human Life*[M]. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.
- [12] Xu C, Zhang C, Wu Y. Enlarging the scope of metaphor studies[J]. *Intercultural Pragmatics*, 2016, 13(3): 439-447.
- [13] Hampe B. *Metaphor: Embodied Cognition and Discourse* [M]. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.
- [14] 孙毅,陈朗.蓄意隐喻理论的学术进路[J]. *现代外语*, 2017, 40(5): 715-724.
- [15] 孙亚,钱玉彬,马婷.国外隐喻研究现状及发展趋势[J]. *现代外语*, 2017, 40(5): 695-704.
- [16] 王寅. *认知语言学*[M]. 上海:上海外语教育出版社, 2007.
- [17] Lakoff G, Johnson M. *Metaphors We Live By*[M]. Chicago: University of Chicago Press, 1980.
- [18] Lakoff G, Turner M. *More than Cool Reason: A Field Guide to Poetic Metaphor*[M]. Chicago: University of Chicago Press, 1989: 67-72.
- [19] Goatly A. *The Language of Metaphors*[M]. London: Routledge, 1997:45.
- [20] 范振强.论隐喻理论构建的参照维度及连续统:以“A is B”型隐喻为例[J].*西南交通大学学报(社会科学版)*, 2018, 19(3):78-89.
- [21] 莫嘉琳.向死而生的隐喻:隐喻性终结后的叙事[M].北京:清华大学出版社, 2014:82.
- [22] Verhagen A. *Constructions of Intersubjectivity: Discourse, Syntax, and Cognition*[M]. Oxford: Oxford University Press, 1995.
- [23] Handl S. Selling and buying, killing and wounding: (Un) conventional metaphors from two different semantic fields[C]//Gola E, Ervas F. *Metaphor and Communication*. Amsterdam: John Benjamins Publishing Company, 2017.
- [24] 范振强.具身认知视域下转喻的动态构建机制[M].北京:中国书籍出版社, 2014:52.
- [25] Sperber D, Wilson D. *Relevance: Communication & Cognition*[M]. Oxford: Blackwell, 1995.
- [26] Blakemore D. *Understanding Utterance* [M]. Cambridge: Blackwell Publishers Ltd, 1992:157-158.
- [27] Ibáñez R D M, Hernández L P. Cognitive operations and pragmatic implication [C]// Panther K U, Thornburg L L. *Metonymy and Pragmatic Inferencing*. Amsterdam: John Benjamins Publishing Company, 2003: 23-49.
- [28] Lakoff G, Johnson M. *Philosophy in the Flesh*[M]. New York: Basic Books, 1999:61-65.
- [29] Kövecses Z. *Where Metaphors Come From* [M]. Oxford: Oxford University Press, 2015:10.
- [30] 游晓玲.谈关联理论对隐喻的阐释力:诗歌《如果》中隐喻的认知语用分析[J].*湖南科技学院学报*, 2010, 31(10):172-174.
- [31] 周红辉,周昌乐.论认知语境动态建构中的隐喻和转喻思维模式[J].*重庆大学学报(社会科学版)*, 2009, 15(6): 152-153.
- [32] 范振强.关联理论视域下的显义和隐义研究:问题与展望[J].*外语教学*, 2015(1): 33-37.
- [33] 魏在江.转喻模因的体验性认知基础[J].*外语学刊*, 2015(6): 39-44.
- [34] 休谟. *人性论*[M]. 北京:商务印书馆, 1980:392.
- [35] 李春艳,徐海英.文学视野下的隐喻研究[M].长春:吉林大学出版社, 2011:41.
- [36] Carston R. Lexical pragmatics, ad hoc concepts and metaphor: A Relevance Theory perspective[J]. *Italian Journal of Linguistics*, 2010, 22(1): 173-182.
- [37] Tendahl M. *A Hybrid Theory of Metaphor: Relevance Theory and Cognitive Linguistics* [M]. New York: Palgrave Macmillan, 2009.
- [38] 范振强,郭雅欣.概念隐喻新类型中的认知机制探讨:共现性还是相似性[J].*江苏理工学院学报*, 2018(5): 32-42.
- [39] 范振强.关联理论视域下隐喻的感受意:兼论心智哲学与关联理论的互补性[J].*天津外国语学院学报*, 2015(5):8-13.



评书述祖现象平议

赵 敏

(浙江理工大学科技与艺术学院, 浙江上虞 312369)

摘 要: 评书的述祖现象包括“评书起源说”“醒木起源说”以及“扇子、手帕、茶”起源说。这些起源说均以劝谏为主题,故事中的说书人占据主位,同时故事外的讲述者刻意扮演一个客观的角色,以使“起源”获得可信性,使说书获得合法性。述祖行为通过神化自身和打压相关群体来获取自尊和自我认同。述祖是一种沟通行为,它与普通受众的沟通是有效的,但与权力阶层的沟通则是无效的;述祖行为也是说书人“主我-你-客我”之间的自我沟通。

关键词: 评书;述祖;群体;认同;沟通

中图分类号: J826

文献标志码: A

文章编号: 1673-3851 (2019) 10-0483-06

Study on the phenomena of telling and praising their ancestors in the storytelling

ZHAO Min

(Keyi College of Zhejiang Sci-Tech University, Shangyu 312369, China)

Abstract: The phenomena of telling and praising their ancestors in the storytelling include the following: the legend of origin of storytelling and the legend of origin of small rectangular block, as well as the origin of fan, the handkerchief and the tea. The theme of all these legends is admonishment. The storytellers play the leading role. Meanwhile, the narrators deliberately play an objective role so that the origins may get credibility, and that the storytelling profession can gain legitimacy. Through the sanctification of itself and the suppression of related groups, storytellers can acquire self-esteem and self-identity. The act of praising their ancestors is a kind of communication behavior, which is effective with general audience but ineffective with power class. It is also a kind of communication between I-You-Me.

Key words: storytelling; telling and praising their ancestors; group; self-identity; communication

评书艺人在进行表演或向其弟子传艺时,会有意无意地讲述评书及其器物的起源,这种讲述通常都是创造性的,想象多于现实,迷思多于客观,该现象被称为评书的述祖现象。述祖现象在评书行业中普遍存在,然而学术界对其研究甚少。对于事物起源进行追问大概出于人类固有的理性和经验,凡事都追问一下它“从何而来”“为何而来”“如何使用”,因此追问虽源于人类的求知欲和好奇心,但落脚点却在于人类对社会现实的考量和心理诉求,即如何认知、处理和利用

事物。追问大致包含三个向度——过去、现在、未来:对事物的起源进行探究和认知,这是过去;对现状进行处理和对现有秩序的合理性进行解释,此为现在;对事物的进一步利用及对其日后发展的展望和期盼,则是未来。故此,若要探讨评书中的述祖现象,也当关照这三个向度的逻辑路径,在此基础上由表及里、从浅至深地依次对其进行话语梳理、语义分析、心理探究和效果评判。庶几可探赜发微,管中窥豹;同时也望能抛砖引玉,引起方家注意。

一、话语呈现

评书系口语艺术,由来已久。在现代录音技术发明之前,声音无法保存,只能将其转化为文字进行记录,因而如今也只能从现存书写文献中寻找评书的起源信息。不幸的是,这种早期的痕迹很难寻找,基本上无迹可寻。但了无踪迹并非全是坏事,因为这同时也为后人提供了推理和想象的空间。学界达成的共识是:评书“可溯之源长,可证之史短”,即虽然评书可确证的历史很短,但其产生的历史却不可能很短。“评书”是个相对晚近的概念,其成型时期的名称是“说话”,而“说话”的传统一般被认为可追溯到上古时期的神话时代。按照情理,评书不可能是某人某时的惊夭之作,而应是历经了一个长期演变融合过程之后才可能逐渐形成的后来为受众熟悉、认可并接受的相对固定的呈现形式。当然,这是人们今天的逻辑,这种逻辑的认知基础是“上帝死了”和“人死了”——没有横空出世的造物主和超级英雄。在形成这一现代哲学认知基础之前,无论中外,人们普遍相信有一个“上帝”或者大写的“人”,来完成自己的祖先崇拜,来对接自己的集体无意识。兼之“中国民间信仰中人物神化的标准是情感逻辑,而没有足够的理性逻辑依据。”^[1]于是,评书艺人就“创造”了评书及其道具的起源。

(一)评书起源说

评书业界流传最广的评书起源说是“庄王说”,但此庄王到底是东周的第三代君主周庄王姬佗还是春秋五霸之一的楚庄王熊侣,则通常不作区分。因此,“庄王说”又被分化为“治病说”和“访贤说”。“治病说”^①一般是指向周庄王姬佗,大略是说庄王的母亲患病,姬佗请来他的四大丞相为其母(太后)说古道今,姬母听了这些故事后即刻病愈。因为治病(心理疏导)功能突出,说古道今的形式得以延续,于是就有了说书。“访贤说”^②则是指向楚庄王熊侣,它其实就是“优孟衣冠”故事,是说孙叔敖死后,优孟穿着孙的衣冠冒充孙对楚庄王劝谏,庄王幡然悔悟。因有突出的劝谏佐政效果,这种形式得以流传,于是有了说书,评书界因此还有句行话:“只因庄王访贤,其后留下说书。”

此外,四川评书界还有一种说法^[2],说是满清入关时,官府找人去“宣讲圣谕”,为防听众厌烦,宣讲者遂加入故事以增强趣味性,由此产生了评书。

(二)醒木起源说

作为评书艺人最重要的道具,醒木也有自己的

起源说,其中一种是“魏征说”^③,它遵循的是劝谏说的思路,说是魏征借讲故事对唐太宗进行劝谏,结果太宗听得睡着了,魏征使用龙书案上的镇纸猛击桌面,巨大的声音将皇帝惊醒,太宗醒后不但不责备魏征,反而大加赞赏,并将此镇纸赐予魏征作为“醒目”。时世移易,后来“醒目”渐渐由最初的镇纸变成了一方专用的小木头“醒木”。

另一种醒木起源说^[3]遵循的是疏导说思路,但已经有些以评书娱乐的意味了。有趣的是,周庄王在其中竟然成了臣子,是第一个说书人,常常为他的“万岁”说书。有次这位“万岁”困倦并开始瞌睡,庄王忍无可忍,遂随手拾一小木块敲击龙书案把“万岁”惊醒。所幸那位“万岁”宽宏大量,问明缘由后非但不生气,反夸庄王聪明,并将那幸运小木块赐名“醒木”,从此醒木成了评书艺人的必备法宝。

还有一种出于实用的商业化目的的醒木说^[4],说是朱元璋得天下之后,念及昔日之艰难,便将醒木赐予他说书的穷朋友,以便必要时惊醒那些听书听得瞌睡之人。

(三)扇子、手帕、茶

除醒木之外,扇子、手帕、茶也是评书艺人常用器物,因此也存在一并被神化的情况^[5]。大致是说唐太宗看魏征为他说书说热了,便递一柄御扇让魏征凉快,又看魏征说出汗了,便递一绸手帕过去让他擦汗,看魏征又说渴了,就沏了茶去让魏征解渴,于是这几样东西便成了说书人的必备之需。

也有传说将这些道具起源的背景放至明代,说是正德皇帝微服私访途中遇一说书奇人,相处甚为莫逆,后来说书人要云游四海,皇帝便题词赐扇相赠以为信物,亲笔御书“逢官官要接,遇县县得留。违背朕之旨,割去项上头。”^[6]以示如朕亲临,所有相接之人不得轻慢,故此说书人所到之处都备受礼遇,荣誉有加。

二、语义分析

上述起源说虽看起来纷杂,但其旨归却是相对

① 参见汪小祥《中国百神图志》、中国曲艺志全国编委会《中国曲艺志》、李剑平《中国神话人物辞典》等文献,各说内容相仿,但文字表述稍有出入。

② 参见中国曲艺志全国编委会《中国曲艺志》、汪小祥主编《中国百神图志》、滕利宁《评书源流初探》等文献,各说内容相仿,但文字表述稍有出入。

③ 参见任骋《七十二行祖师爷的传说》、雪梨《中国民俗源流集成》、汪青玉《四川风俗传说选》等文献,各说内容相仿,但文字表述稍有出入。

统一的,本文借用英国功能语言学家韩礼德的语义分析方法对其剖析,以望提纲挈领、纲举目张。

(一)语场(概念功能、逻辑功能)

从文体方面来说,上述故事传说均以叙述为主。这些叙事话语均赋予了时间的久远性:评书起源说分别被放在周代、清代,醒木起源说被放在周代、唐代,扇子起源说被放到了唐代、明代,都是属于“从前”的范畴。“从前”隶属于传统,传统具有神秘性、权威性和传承性,在古代社会,传统通常是不容置疑和抗拒的。这样的处理方式无疑既保证了叙事的可信度,又可以确保那些建立在叙事可信度基础上的后续行为的合法性。

主述位方面,说书人优先的原则被确立,各种祖述化故事中的说书人均被前置到了主位。这样做一方面是呼应了故事叙述的主旨,有效提升了被神化的说书人和相关物什的地位;另一方面也展示了故事外的叙述者的主体心态,这种主人翁的心态展示了言说者对于说书群体的自我认同。

主题方面,所有传说都包含社会正功能主题,或是治病、或是劝谏、或是宣讲,总之都背负了积极的社会道德功能属性,这种正向属性正是评书这一艺术形式为主流意识形态所认可、所接纳的立身之本和立命之基。因此,评书艺人对评书社会道德功能的神化其实是他们对于自身所从事职业的自我赋义,是对职业进行自我崇高化、神圣化,通过自我的拔高以获得文化认同和生存空间,从而完成自我救赎。

(二)语旨(人际功能)

在作者与读者层面,“作者”(故事外的讲述者)刻意扮演了一个“客观叙述者”的角色。各种叙事中的小句都采用陈述句,都是第三人称,仿佛只是客观的记录,而尽量不让读者(听众)窥见其叙述立场。颇为巧妙的是,其说教性话语或者目的性话语往往留至故事的最后才水到渠成地道出“从此……”或“因此……”,这样的结尾方式能够最大限度地隐藏其言说目的,从而让其言说效果达到最大化。

在对话的参与者选择方面,第一位的角色选择基本都是采用相差悬殊的君臣模式(庄王与母后是君臣模式的变体),这也是一种神化,其旨归亦在于提高评书的职业价值和说书人的社会地位。而在第二位的角色选择之中,君臣之间也往往能坚守其社会角色定位,双方都具有理想的角色道德,臣子一端能尽力疏导或坚持劝谏,君王一端能霍然痊愈或从善如流,最终君臣双方达到了对治愈行为或劝谏行

为的同一性认知,从而维护了互动的有效性。

(三)语式(语篇功能)

上述述祖行为从语类上来说均属“传说”一类。受制于技术原因,今天能够看见的记录都是来自于《传说选》《风俗选》和《民间文学》等书面文本(早期没有录音录像,只能通过书面中介呈现)。这类书面文本基本都是口语叙事的简单记录,民间色彩浓郁,语言非常口语化,情节极其简单,修辞手法也较为单调,文学价值也相对有限。

在社会情景的呈现方面,这些祖述化故事大多采用叙事和对话相结合的模式,叙事的功能是用来推进故事情节向前发展,对话的功能则是试图通过引语结构来显示故事主旨。其中最为典型的是上文提及的正德皇帝“题词赐扇”模式,皇帝的“金口玉言”通过“立字为证”的形式得到了保留,从而可以以物证的形式对评书的职业合法性和从业权威性进行确证和辩护。

三、心理探究

通过上述语义分析可知,这些述祖行为实则具有非常强烈的社会功能指向,在概念和逻辑功能、人际功能、语篇功能的背后,不难窥见评书艺人深层次的心理诉求。“祖师的尊贵,隐含伶人托贵炫己的心理”^[7],评书艺人意图通过述祖获得生存合法性和群体自尊,并在群体自尊中获得个人归属感和自我价值感。因此即便从学理上来说这些“创造”大多荒诞不经、毫不足信,但其社会学意义却不减损。这种对职业的主观赋义行为其实是“项庄舞剑,意在沛公”:述祖行为的着眼点不在过去,而在当下和未来;不是着眼于美化先贤,而是着眼于现实层面的生存利益和心理优势。正如利奥塔所说:“凭借简化的虚构故事,我们可以出乎意料地假设,有一个‘团体’是以叙事知识为主要的功能形式,对他们而言,缅怀过去是毫无必要的。不仅在他们所详细复述的叙事知识的意义里,而且也是复述行为本身中,发现社会契约规范的基本材料。叙事性说法所论及的,似乎是属于过去,而事实上,通过复述行动,这些说法便与时代同步了。”^[8]

通过述祖行为,与评书相关的三个层面得到了神化。首先,说书主体得到了神化。庄王、魏征、宣讲者在故事中都是直接与最高权力打交道,故其世俗权威简直是毋庸置疑。有意思的是,后世说书者祭拜行业祖师时常常是对文昌帝君、孔子、周庄王同时祭拜^[9](文昌帝君和孔子这一神一圣是说书人的

祭拜对象),这种扩大祖师范围的做法可以作双向解读:或者说明了说书者的自我期许,觉得自己与社会上层的读书人同源同流,不落下风;或者折射了说书人内心隐隐的不自信,需要拉虎皮做大旗。其次,说书的意义和效用得到了神化。它们或用来治病、或用来劝谏、或用来宣谕,都具治病救人之功效,其存在不可或缺。需要指出的是,评书存在价值的这种自我神化由此也奠定了传统评书的基本道德基调,虽然远在宋代的时候说书就分成了内容和风格各有偏好的“小说、说经、讲史、合生”四种基本形态,但其劝世的基调却一直是同一的,都有着维护社会伦常、劝谏社会人心的效用。现代学者胡士莹先生曾批评说书越来越缺乏“斗争精神”,认为宋代说书尚能反映民族和阶级斗争的内容,但后来却逐渐沦落,渐为统治阶段所控:“到清代则完成了这种控制和占有,统治阶级思想意识对说书的影响更加深刻,说书的性质起了根本的变化,反映农民以及下层市民的心理的内容逐渐减少了,反动腐朽的内容越来越充斥在话本中了。”^[10]这样看来,其实倒并不能一味责怪是“统治阶级”对说书行为进行了控制并对说书阵地进行了争夺,实际情况很可能是评书艺人自甘“堕落”,主动去“积极争取官方元素的加入,寻找庇佑”^[11]。毕竟,符合并得到主流意识形态的承认,本来就是评书的逻辑、道德和生存起点。此外,胡士莹先生似乎也高估了统治阶级的控制能力和人民群众的反抗需求,如果参考一下福柯的微权力学说,便不难理解这种变迁有着其自身的逻辑,并非仅仅是统治阶层这一外力所能够单独推动。第三,评书表演的相关道具也得到了神化。扇子、手帕、茶在卖艺行业中是少见的奢侈品,属于“高端享受”范畴,是社会高层级的表征。以醒木为例,据说有十三种人用醒木,醒木的名称和功用随着其使用人的身份而变化,它们分别是皇帝用的“龙胆”、皇后用的“凤霞”、宰相大臣用的“运筹”、元帅将军用的“虎威”、知县知府用的“惊堂”、塾师用的“醒误”、评书、大鼓用的“醒目”、当铺用的“唤出”、药铺用的“审慎”、糕点铺用的“伏苓”、医家用的“慎沉”、戏曲艺人用的“如意”和客栈用的“镇静”^[12]。这十三个种类其实对应了十三个社会层级,说书人的“醒木”排在了其中的第七位,前六位是帝、后、相、将、官、师,参照“天地君亲师”的排位,前六位应该是不可撼动的社会层级,说书人将自己放在紧随其后的位置,可见他们自我期许着实不低。

在上述十三个社会层级中,戏曲被排在第十二

位,比评书差了五级。事实上,在宋代勾栏瓦肆中,戏曲和评书基本上是平级的。而今天人们甚至认为戏曲的艺术性要高于评书;戏曲从业者的社会地位要高于说书人,至少不会比说书人差。从群体研究的视角来看,这是一种对戏曲的处置和打压行为,是典型的他群化现象。“他群化现象(othering)是一种集体认同的行为形式,该行为让处于社会地位较高的群体创造出有利于他们的优越感的定义,并在此过程中使处于地位较低的群体的道德优势感模糊化。”^[13]正因为评书及其艺人在政治、经济、社会地位上与戏曲及其艺人相比毫无优势,甚至可能是处于劣势,评书艺人便试图通过他群化的做法来模糊、淡化、降低戏曲的优势,通过消解他者的方式来获得优越感,以便获得群体自尊、集体认同和心理优势。

从主体、内容、道具三个层面的神化有利于评书及其艺人自身优越感的建立,同时也使其它与自己进行市场竞争的行业如戏曲他者化、卑微化,使其地位界定动摇,从而在此消彼长中提升了自己在社会群体中所占据的地位。正因为现实是严峻的,秩序是明显的,等级是整个社会共同维护认可的,评书群体的自我拔高做法对他们而言才有着更为积极的意义,因为只有通过打压其市场威胁者戏曲群体,评书群体才有可能获得内心虚妄的片刻轻松。

残酷的是,生活并非仅靠“神化”就能够应付过去,所以一旦落实到现实生存层面,另一个版本的“醒木谣”便大行其道:“一块醒木七下分,上至君王下至民。君王一块辖文武,文武一块管黎民。圣人一块警儒教,天师一块警鬼神。僧家一块劝佛法,道家一块劝玄门。一块落到江湖手,流落八方劝世人。江海朋友讲今古,说出卖艺论家门。”^[14]这段歌谣没有了以往的那种自信乐观,也颠覆了述祖行为的那种昂扬意气,消弭了自我神化的优势褒奖。但它本质上仍是一种他群化做法,只不过此时的他群化与排斥戏曲时的他群化有着天壤之别,此时的他群化是生存理性支配下的放低身段妥协和请求,是“江海之内皆是朋友”、“同为天涯沦落人”的草根阶层之间互帮互助以共度难关的强烈呼吁。它将自身所属群体尽其所能地扩大化,群体规模越大,生存空间和可能性越大。虽然歌谣中依旧申明评书人肩负着劝世度人的道德功能和职业使命,但这种崇高责任感与排行居末的挫败感同置在一起时,却能够映衬出十足的反讽意味,连自身都失去了榜样示范作用而流落八方,还有什么资格去劝诫世人,又如何可能去说服世人。倒是最后两句道出了歌谣的真实指向:都

在卖艺谋生,便都是一家之人,便都要遵守群体内规则,服从群体亚文化。而据说无论走到哪里,只要将此谣一念,说书人便能得到同行相帮;无论境况多糟,只要一论家门,即可得到同行相供,即使再不济的年成,也不会被同行阻挠抛弃。

四、效果评判

评书艺人的述祖行为,是对评书及其从业者身份名誉的重新评估,是对现存秩序的质疑和挑战,其本质是一种社会互动行为。这种互动包括两个层面:与他人的互动,与自我的互动。与他人的互动是面向社会,实际上就是哈贝马斯的所说的沟通行为,其沟通对象分别是普通评书听众和社会权力阶层;与自我的互动是内向的,即诺伯特·威利所说的符号自我的沟通行为,其沟通是在“主我-你-客我”三极之间进行的对话。

哈贝马斯认为,“任何处于交往活动中的人,在施行任何言语行为时,必须满足若干普遍的有效性要求并假定它们可以被验证。”^[15]也就是说一段沟通是否有效,取决于四个方面:就客观世界而言,表达是否具有真实性,是否能够呈现事实;就社会世界而言,表达是否具有正确性,能否建立合法的人际关系;就主观世界而言,表达是否具有真诚性,能否体现言说者的真实意图;就语言本身而言,是否具有可领会性,能否确保进行顺利交流。

当面对普通评书听众时,“普遍的有效性”的四点是有可能得到完全满足的。总体而言,评书的受众文化程度偏低,评书艺人的文化程度也偏低,述祖表达的语言通常也是通俗易懂的,这样就保证了评书艺人和受众之间可以相互理解;低文化水平的评书艺人和受众都更多地受制于固有的集体文化和集体无意识,受众也往往真诚地认同评书艺人的说法,认同述祖故事的真实性,甚至接受有关行业分层的说法。简言之,评书艺人与普通听众进行的沟通行为是有效的,这种有效性也正是人们至今还能够看到这些述祖表述的必要条件。

在面对社会权力阶层时,“普遍的有效性”四点则不能得到完全满足。语言的可领会性基本上有效,虽然它常常为知识阶层所鄙视;表达性态度的真诚性也是有效的,因为它是单向度的,只有评书艺人这一个向度。但糟糕的是,在表达的正确性和真实性这两个方面则是基本失效了。社会权力阶层对评书述祖叙事的真实性并不认可,主流知识谱系对它是拒斥的,它基本上没有得到任何主流文献的记载

和承认。“真实性”既然被否定了,那么“正确性”也就无从谈起,合法的人际关系自然也就无从建立。评书史上有一则流行的故事:“太祖命乐人张良才说平话。良才因做场擅写‘省委教坊司’招子贴市门柱上,有近侍入言。太祖曰:‘贱人小辈,不宜宠用。’令小先锋张焕缚投于水,尽发乐人为穿甲匠。”^[16]其中明太祖所说的“贱人小辈”四字最为关键,它是对“醒木谣”的直接否定,在一定程度上也是对评书述祖行为的总体否定。

诺伯特·威利认为,自我沟通遵循的是“主我-你-客我”对话模式,自我沟通“就将自我之结构分为三个部分。具体是:过去-客我-客体;当下-主我-符号;未来-你-解释项。”^[17]以此来参照评书艺人的述祖现象,则述祖行为本身是一种“主我”的表述,当下的主我不断试图通过述祖行为进行自我符号化。之所以要进行自我符号化,是因为现实生活中的“客我”一直以一种逼迫的姿态在与其进行对话,时刻诉说着评书艺人自身的窘境;“你”则是述祖行为的旨归,是主我希冀自我符号化之后能够抛弃过去自我和现在“客我”而构建一种新的自我身份,体现了对于未来的期盼。“主我-你-客我”在意识层和无意识层均展开着沟通、对话,这构成了一种强大的内在驱力,也就解释了为何即使在整体沟通不畅的情况下,评书艺人还依然要不停地自我言说,依然乐此不疲地进行着述祖行为。

“一流高台二流吹,三流马戏四流推,五流池子六搓背,七修八配九娼妓。”^[18]这个民间“下九流”的说法宣告的是评书述祖行为的总体失败,揭示的是评书(及其艺人)真正的社会声望和地位,评书只是“下九流”之一而已。社会地位和声望并非仅仅依靠对语言叙事策略进行调整的自我言说就能有所改变,那是幼稚荒诞的。要想改变一个行业的社会声望和社会地位,“技术、权威和经济控制”^[19]三要素缺一不可,而这三要素评书却一点也不具备并且也不可能具备。

事实上,从北魏时起,(评书)艺人开始入籍乐户,自此成为贱民。宋代虽稍宽松,但总体情况不变。元明时规定最为严苛,对贱民的服饰、行路等细节都有严格规定,遑论通婚、科考等对社会权利要求更高的行为。清雍正虽然废除了贱民制度,但社会阶层的固化早已形成,评书艺人的生存状况并没有得到改善,依然隶属于经济上和文化上的“贱民”阶层。到了中华人民共和国成立后的二十世纪五十年代设立国家事业单位时,才有小部分评书艺人进入

了“体制内”,评书与权力阶层的“合法性人际关系”才得以部分建立。但这与社会权力阶层是否承认评书祖述行为的真实性无关,而只是社会制度结构的转换,并且,大部分评书艺人依然还是在“江湖”。

五、结 语

通过自我言说,评书艺人试图建构一个完整的起源神话系统,这个系统由“评书起源说”、“醒木起源说”和“扇子、手帕、茶起源说”三大部分组成。“评书起源说”包括“庄王说”和“宣讲说”两种,前者又再分为“治病说”和“仿贤说”;“醒木起源说”有“魏征说”、“庄王说”和“朱元璋赐与说”等几种;“扇子、手帕、茶起源说”则有“唐太宗赐与说”和“正德皇帝赐予说”两种。用语义分析方法来审视,就会发现这些“创造”很有特点:从语场角度来看,时间久远性、说书主体优先性、社会正功能性三个原则得到了确立;从语旨方面来看,“作者”刻意选择“隐退”,以免引起“读者”警觉,对话参与者都采用君臣模式,君臣双方都能恪守其角色道德立场;句式方面,均是采用叙述和对话结合的方式,非常口语化。这些特点并非偶然,而是说书人刻意为之以服务于其神化旨归的。述祖行为使得说书主体、说书主题、说书道具均得到了神化,评书艺人便藉此获得了自我认同;神化是一种自我拔高,免不了要打压竞争对手,因此与述祖行为如影随形的是“他群化现象”,即通过排斥异己来增进群体凝聚力和竞争力。究其本质,评书的述祖行为其实是一种沟通,既是评书艺人与自我进行的沟通,也是与普通听众沟通,还是与社会权力阶层沟通。从“普遍的有效性”角度来看,评书艺人与自我和普通听众的沟通是有效的,与社会权力阶层的沟通则因为缺失真实性和正确性而失效了。

真正决定一个行业的社会声望的,是对技术、权威和经济的把控,没有这三个要素作为基础,再巧言善辩也无济于事。如果说早期的述祖行为至少还在普通听众之中产生了一定效果的话,那么今天,随着教育的普及,普通听众和评书艺人这两极均已不再对评书述祖行为进行认同,评书述祖行为便越来越难觅其踪迹了。更糟糕的是,随着现代技术的发展,文化市场已被影视游戏等姿态万千的多维艺术所占据,评书这样的主要诉诸于语言的传统叙事艺术正

在变得不合时宜,被迫走向式微,而评书述祖现象也就越发地成了历史,只待尘封虫蠹。

参考文献:

- [1] 董洪杰,李朝旭.叙事文本中民间神化人物的价值定向与人格特征[J].西北民族大学学报:哲学社会科学版,2018,228(6):115-123.
- [2] 汪青玉.四川风俗传说选[M].成都:四川民族出版社,1992:304.
- [3] 中国曲艺志全国编辑委员会.中国曲艺志·安徽卷[M].北京:中国 ISBN 中心,2001:488-489.
- [4] 白庚胜.中国民间故事全书:河南·镇平卷[M].北京:知识产权出版社,2011:24.
- [5] 任骋.七十二行祖师爷的传说[M].郑州:海燕出版社,1986:227.
- [6] 中国曲艺志全国编辑委员会.中国曲艺志·辽宁卷[M].北京:中国 ISBN 中心,2000:461.
- [7] 陈志勇.中国戏神来源及其信仰的群体特征[J].民族艺术,2013(4):121-126.
- [8] 利奥塔.后现代状况:关于知识的报告[M].岛子,译.长沙:湖南美术出版社,1996:181.
- [9] 乌丙安,江帆.中国民间神谱[M].沈阳:辽宁人民出版社,2007:234.
- [10] 胡士莹.话本小说概论[M].北京:中华书局,1980:108.
- [11] 刘扬.信仰、群体与日常生活:清代以来东北民间信仰组织述评[J].辽宁大学学报:哲学社会科学版,2018,46(6):178-184.
- [12] 暮鼓.老北京人的陈年往事[M].北京:文化艺术出版社,2012:265.
- [13] 罗哈尔,米尔凯,卢卡斯.社会心理学[M].郑全全,张锦,王晓梅,等译.北京:机械工业出版社,2015:87.
- [14] 中国民间文学集成全国编辑委员会.中国歌谣集成·吉林卷[M].北京:中国 ISBN 中心,2005:406.
- [15] 哈贝马斯.交往与社会进化[M].张博树,译.重庆:重庆出版社,1989:1.
- [16] 刘辰.国初事迹[M].扬州:江苏广陵古籍刻印社,1983:97.
- [17] 威利.符号自我[M].文一茗,译.成都:四川教育出版,2011:29.
- [18] 王和平,于国瑞,杨少敏,等.禹州民间歌谣、谚语集[M].郑州:中州古籍出版社,2003:119.
- [19] 格伦斯基.社会分层[M].王俊,译.2版.北京:华夏出版社,2005:230.

(责任编辑:陈丽琼)



展览设计中基于多媒体艺术的空间重构

孔明阳^a, 冯 荟^{a,b}, 石晨泽^a

(浙江理工大学, a.服装学院; b.浙江省丝绸与时尚文化研究中心, 杭州 310018)

摘要: 现代多媒体技术的快速发展为视觉传播及设计创意提供了新的途径。展览设计中多媒体技术的创新运用,在一定程度上能通过影像技术拓展设计维度,在空间设计中可以突破物理空间局限,为公众创建不同属性的场景体验。论文从主客体参与及交流角度,结合现代展览设计中的视觉传播、空间建构多维度设计理念,分析多媒体艺术在展览空间重构中的表现形式,以及重构空间中主客体的情感交互方式,从而为空间造境的体验性设计拓展多元化路径,优化传统空间改造方式带来的资源消耗,丰富展览的传播手段。

关键词: 展览艺术; 多媒体设计; 空间重构; 体验设计; 空间意象

中图分类号: J525.2

文献标志码: A

文章编号: 1673-3851 (2019) 10-0489-06

Space reconstruction based on multimedia art in exhibition design

KONG Mingyang^a, FENG Hui^{a,b}, SHI Chenze^a

(a.School of Fashion Design & Engineering; b.Silk and Fashion Culture Center of Zhejiang Province, Zhejiang Sci-Tech University, Hangzhou 310018, China)

Abstract: The rapid development of modern multimedia technology provides a new way for visual communication and design creativity. The innovative application of multimedia technology in exhibition design can, to a certain extent, expand the design dimension through image technology, and break through the limitation of physical space in space design so as to create scene experience with different attributes for the public. This paper is written from the perspective of subject and object participation and interaction and combined with multi-dimensional design concept of visual communication in modern exhibition design and space construction to analyze the manifestation pattern of multimedia art in exhibition space reconstruction and emotional interaction mode of subject and object in reconstitution space. Based on this, we can expand diversified paths for the experience design of space creation, optimize the resource consumption brought by the traditional space transformation way and enrich the means of exhibition communication.

Key words: exhibition art; multimedia design; space reconstruction; experience design; space image

在公共文化需求日益增长的时代背景下,人们对于文化消费及审美的多样化要求超越了以往任何时期。数字化时代的到来,使得科技包围、席卷了人类生活的诸多层面,由此催生了众多新兴多媒体技术如体感设备、交互技术、全息影像等创新设计手段

运用于设计领域。在展览设计中,将多媒体技术作为设计手段之一契合了社会发展的整体趋势,不仅使得设计从主体的单向输出到客体(公众)的消费反馈变得可能,更让多媒体设备的多样性与可循环性的使用特征可以满足诸多展览设计中的不同需求,

从而在具体设计环节中可以优化资源的消耗,和提供更加多样化的传播方式。目前国内对于多媒体艺术的展览设计研究大都集中于使用技术研究层面,在多媒体技术综合艺术效果的研究上缺乏层次性探讨。如张哲婧^[1]对新媒体在展览中的交互手法做出了研究;郑奕^[2]则是归纳了现有多媒技术在展览中针对单一展品阐释使用的方法。国外学者则更加侧重多媒体技术的创新研究,如 Roccetti 等^[3]就多媒体设备对于展览信息的整理规划和对公众行动识别与分类上提出了技术优化与升级。不同于以往的研究,本文将结合国内外学者的研究成果,以公众观展体验为切入点,探讨设计中多媒体艺术在展览空间中的表达方式,将想象智识与现代科技结合,突破物理空间的约束,为公众塑造全新的多维度感知场景,以此更好地提升展览信息的传播及互动体验感。

一、展览设计中空间重构的维度

在地理学中,空间通常指事物之间的一种空隙。在自然科学与自然哲学中,空间的阐释更加抽象化,是指不依赖物体而存在、无法定型的一个量值^[4]。18世纪时康德指出,空间是感官所感知的形式,是人类思想规划的空间^[5]。一旦人类的思想超越了自身局限,空间的限制将不止于人类的视野,这一理论对于设计创意思维的拓展有一定的启发意义。本文关于空间讨论也基于此认知之上,一个由长、宽、高所构成的客观空间维度在想象思维及现代科技的合力下,重构成突破常规逻辑及认知局限的虚实相生的空间意象。

设计学对于空间重构的设计手法,一般遵循以物理改造手段重构空间样式。在当代展览空间的设计中,最为常见的空间构造是“游牧空间”,其特性是平滑式、开放式的无柱空间^[6]。这种空间设计方式使得展览是敞开的、流通的,不刻意强调空间秩序,其最大的优势在于可以重新隔断构造不同的展览场域,在很大程度上已经优化了资源的消耗问题,但这种从物理方法上的构建方式仍具有局限性。面对现今展览频次激增的趋势,在物理空间、展品更替、展览多样化的条件下,基于物理层面的空间构建无法满足公众对展览体验需求的提升,也无法从根本上解决反复构建带来的资源损耗。多媒体技术具有光、影、音优化组合的特点,技术的体验感也相对比较成熟,在展览设计中运用多媒艺术重构空间,为空间设计创意拓展了新的设计路径,通过对设计师、被设计物象和公众认知过程及心理指向的分解与聚

焦,将展览信息与多媒体技术组合,以设计手段为载体,最终完成具有共识性的意象感知空间,从而刷新公众对固有空间的认知,并从质的层面提升展览的体验感。

二、展览设计中空间意象构成的主体与客体

意象这个词被人们所普遍认知的意义大多都来源于中国传统美学和诗歌,还有西方近代心理学和哲学概念中“image”的转译,在心理学和审美学中也有不同的涵义。心理学认为意象是人们在面对一种表象时通过心理活动得出具有指向性的一个内心认知与体验,而在审美学中,康德认为意象的产生得益于人们的想象力^[7]。本文中的意象更加偏向于心理学中的意义,即当一个空间经由设计师含有指向性目的重构后,须在内填充公众的情感反馈,才可以保证设计对象的完整度。公众并不是被动地接收信息,而是与信息之间起着情感交互的作用。

在共同构成空间意象的设计师、设计对象和公众这三者的关系中,空间这个被设计的表象是一个恒定不动的载体,真正进行活动沟通的主客关系是设计师与公众,但是设计师与公众主体或者客体的角色是不确定的。在展览的空间设计中,如果设计师对公众的引导产生了主要效果,设计师便是主体,公众成为客体;反之,弱化设计师的指引程度,需要侧重由公众通过心理的自我构建来实现设计的完整性时,公众变成了主体,设计师成为客体。主体与客体的存在缺一不可,空间载体内容的完整性需要由两者共同完成。在多媒体艺术构成的展览空间中,高新技术的发展提供了更多类型的构建方式,主、客体职能的转换会更加灵活,交流信息的总结反馈较于传统展览来讲也更加清晰且易于收集。

三、展览设计中多媒体对空间重构的设计方法

(一)以加减法为导向的多媒体艺术构建的混沌空间

哲学中的混沌是一种宇宙观,原意为某种深不可测的,破裂的东西——空间的虚空,早在古老的《圣经》创世故事里就提到过:“这空白和虚无是所有生成之物的基础,是宇宙的根本起源”^[8]。从中可以看出,混沌空间具有浑然一体、模糊、非线性、破碎和随机等的特性。一个普通的,由长、宽、高所构成的三维空间中,如果混入这些特性,那么便可以营造出与传统认知空间完全不同的空间意象,公众根据自身经验与判断可以得到不同的情感体验。从设计方

式上来讲,混沌空间主要有两种形式,一种为浑然一体、虚无、空白的空间,通过刻意模糊空间的构成形式,使得整个空间变成一个有限但无界的混沌空间,公众进入后,视觉维度会被无限的扩大,无法快速捕捉到空间的边界。另一种则是在原本的空间中加入破碎的、复杂的元素,将结构复杂化,使得空间的边界与这些元素融为一体,公众在短时间内无法准确的辨别空间真正的边界所在。通过这种加减法的多媒体艺术,可以将公众放置于不曾相识,不安全的空间内,激发公众的主体意识,增强其对展览信息的敏锐度。

1. 减至极致的有限无界空间

有限无界的混沌空间中,“混沌”的意义更加接近哲学中所表述的虚无空白的意象。直观来讲就是在客观三维空间中利用设计元素和多媒体艺术形式将其与外部视觉完全或部分隔离,再消融可见边界,使空间自身产生无尽头的无限感,没有清晰的视觉落点,在这个剔除了所有物品存在的空间里,空间本身就成为了一件展品。极度减法下的混沌空间是对大脑里潜意识进行刺激,使其从一种精神状态进入到另一种精神状态的变化过程^[9]。可以在更大程度上激起人脑中的潜意识,使之进入一个与往常不一样的精神领域,时间轴、世界规则被剥离,空间中的空虚混沌感与公众交织、缠绕、共生、融合^[10]。在相同的潜意识领域中,公众由于不同的潜意识反应会产生不同的情感调动。例如,丹麦艺术家 Olafur Eliasson 使用烟雾与灯光媒体设备完成了一系列对于空间改造的艺术作品,烟雾隐藏了空间的边界,而灯光媒体用于营造氛围(见图1)。在这样的空间中,空间的意象是由公众作为主体而存在的,设计师对于载体的提供没有过多指引性。当公众面对这样的空间时,有些会感到迷茫恐惧,而另一些则会感到平静。这些情感反馈的收集便无形中起到了主客双方交流沟通的效果。



图1 Olafur Eliasson 的作品《Your blind movement》中由烟雾与灯光媒体构建的有限无界空间

极致的减法除了能带来“空白虚无”的空间意象,也能构建一个视觉中心。设计师根据需要,可以在空间中刻意设计视觉落点,在混沌无序的空间中构建视觉秩序,阻断公众漫无目的的视觉游移状态。公众的关注点就会跟随设计师的指引,指向一个特定的朝向,以更好地获取设计师所想呈现的展览信息。相较于前者,这样的设计手法更加适合在展览中要向公众传达某种明确的信息或者内容时使用。

2. 重复叠加下的错构空间

错构空间中的“混沌”较于没有视觉重点的空白虚无,构成方式在于增加重点。简单来说就是使用大量的多媒体设备进行组合构成,在空间中形成一个媒介复合体,丰富空间的线条构架。日本新媒体设计团队 teamLab 的展览中就多次使用到了这种手法。如图2所示的作品《花舞森林与未来游乐园》,将展览空间的四周安装镜子,内部布满灯光媒体,利用镜面将反射的空间效果进行视觉落点集合后再落入人眼,让空间变得如同迷宫一般,人眼自然无法辨别真正的边界所在,很好地产生了视觉上的错乱效果。Atelier Brückner 为上海世博会国家电网馆创作的《Magic Box》(见图3),则是在铺满平面媒体的空间中流通复杂电路线条的二维影像,使公众仿佛置身于电网中,别出心裁地传达了所设计的内容。两者对多媒体艺术的创构手法是不同的,但无论是内部填充还是外围扩散,从情感的层面讲,都是通过视觉欺骗让公众所看到的内容反馈在大脑中,使其产生混沌的情感,公众可以得到不同于常见场景的奇幻情感体验。这样采用多媒体艺术创构的空间错构场景相较于物理属性的展览空间构设,更能传递一种身临其境之感。



图2 teamLab 的作品《花舞森林与未来游乐园》中由灯光媒体与镜面构成的错构空间

(二) 多媒体设计下的虚实相生空间

虚实相生是中国传统美学独有的意境论,且在后来不断影响着艺术领域的创作。在书画艺术中,实指笔墨实景,虚为留白飞白,虚依赖于实,实为虚的载体^[11]。诗歌中的虚指建立于文字形式上无法



图3 由平面媒体与二维影片构成的错构空间:《Magic box》

用实际感触、只能品味的意境之美,其可以从实景中诱发想象,还将层次延伸至更高远的空间想象中^[12]。在空间设计中引入虚实相生的结构概念较为灵活,一般由空间内实体的介质与多媒体的虚拟数据构成。其中一些类似书画艺术中的定义,即实为可以切身感触的介质,虚指肉眼可见但不能触碰的多媒体数据,这样的结合手法是在实体的场景中构建虚拟场景或是展品,用以还原、复制、再现展品或场景的本貌,在面对无法修复的文物或建筑场景时起着重要的作用。另一种则类似诗歌中的虚,客观存在但不可见,这样的虚实结合可以激发公众的想象,调动公众的参与度。

1. 以“破”秩序思维为导向的虚实转换空间

在神学中,秩序是指混沌宇宙大爆炸后形成的人类世界秩序,包含自然秩序和社会秩序两种,且都是遵从人类的思维逻辑存在的。本文在探讨空间的重构设计时,秩序偏向自然秩序。“破”秩序中“破”的定义并不是真正意义上破坏了自然规则,而是指对公众惯性的思维逻辑进行破坏,这是一种具有超现实感的设计方法。2016年上映的电影《奇异博士》的空间设计中就巧妙地运用了这样的手法。如图4所示,场景空间由主角的控制会进行折叠和扭转,远处的高楼折叠进视觉内空间的上空与周边,将整个场景进行闭合,又分解成层式化的多重维度样式。在人类的普遍逻辑思维中,天空铺展于头顶,高楼林立于地面,如果在设计中把这些惯有的逻辑打破,就会达到“破”秩序的效果。

从设计手法上来讲,“破”秩序可以通过对空间内现有元素的构成方式改变秩序,如折叠、错位、叠加等方式,把空间进行围合、半围合或是分割延伸。而多媒体艺术无疑是为“破”秩序的手法提供了便利。首先,多媒体设备的虚拟内容搭建方式可以减少实体材料在构成围合、分割、延伸等艺术效果时带来的资源消耗与浪费。其次,将空间内实体的设计



图4 电影《奇异博士》中的“破”秩序空间场景

元素虚拟化后与其自身相结合进行设计,可以让空间维度分层破碎,每一块面的实体与每一块面的虚拟都可以组成一个新的空间^[13],最终得到一个复杂的空间结构,整个空间的虚与实之间相互连接,又相互分离,既紧密,又松弛。实与虚的相互承载让公众产生失重感,传递一种超现实的情感,丰富了公众的视觉体验。

2. 具身化设计与场景载体相结合的虚实相生空间

公众对于审美需求的更深层次需求,使得展览中的展示手法已不仅存于纯粹的视觉设计上,身体其余器官的参与度也开始得到重视。法国哲学家梅洛·庞蒂在其著作中探讨了“具身化”的认知方式,强调身体是知觉感知的主体,同时身体是存在于环境中的身体,即感知、身体、环境是一个统一^[14]。也就是说,在“具身化”的感知方法中,是将身体作为感知的主角,来扩大人们对感知的认识。在使用多媒体为主导的展览空间设计中,对于具身化的感知反而是欠缺的,人可以切身地感受雨水,感受火焰的温度,但不能去触摸虚拟的数据构成。那么,将多媒体艺术设计的虚拟与真实的设计元素相结合,便成了多媒体艺术想要公众以身体来感受展览内容的方法之一,也是与展览空间中虚实相生设计结构同符合契的一种设计手段。

在状态上,展览空间是场景重新再现的承载,将场景搬入展览空间中,用多媒体虚拟元素加以设计。其中,场景一般指代生态环境场景或是自然现象的发生,公众进入展览空间后,对意象的感受不单单是其先前感受过的生态环境,还有实体与虚拟相结合所带来的相辅相生之感。例如:在 teamLab 的展览中,将一个封闭的空间中注水至成人膝盖处,打造池塘的状态,后利用投影媒体与体感系统制作波澜的水面光晕与鱼群,当体感系统感知到人体的进入,鱼群便会向人的身子周围聚合,水面光晕也会产生漩涡(见图5)。在这个空间中,实体的环境带给公众具身化的感知,虚拟的设计延伸了意象的层次。



图5 teamLab 的作品《花舞森林与未来游乐园》中由水面与投影媒体构成的虚实相生空间

在另一层面上,多媒体的设计则并不局限于肉眼可见的具象化表达,更多的是依靠数据传输至后台,通过后台处理达到虚拟效果的产生。体感设备的成熟在很大程度上满足了这一设计手法,公众在产生动作的时候,会被动地被摄像头所捕捉并通过后台进行信息处理后构成对公众产生影响的效果手段。这是一种采用虚拟手段对实体场景产生影响的虚实相生设计手法。在展览“雨屋”的设计中就是采用了这样的手段,设计师在室内模拟雨天场景,公众不撑伞行走其中时,雨水会巧妙地避开公众身躯(图6)。体感系统通过红外感应和信息处理,让公众在全生态模拟的环境中如同有了保护伞。这种方式使得公众体验的方式更加丰富,不再拘泥于视觉的感知。多种体验方式所收集到的信息经过融合提炼反馈给大脑,可以使人身上所有的感知器官被打通,多器官相互影响,相互交流,人们的体验感便会更加丰富与强烈。



图6 《雨屋》由雨水与体感设备构成的虚实相生空间

(三) 跨越实体“介质”的多媒体设计虚构空间

大部分多媒体影音的艺术效果均是以可触摸的

实体“介质”作为依托的平面内容,比如多媒体器材里内容播放或是投影于地面的影像等。此处所探讨的艺术效果则是一种立体的影像,俗称3D效果,这样的影像构成可以存在于地面这一“介质”之上,也可以浮于空中,成为无重力、跨越实体“介质”的存在。同时虚构是对虚拟多媒体技术更彻底、更纯粹的运用,虚构的空间构成不需要借助展览空间本身的物理构建样式,可以在场景范围内进行新的空间创构。空间本身和一切所需展示的内容均借助虚拟多媒体技术来进行构造,几乎完全隔断对真实环境的感受,封闭整个空间的真实性,建立一个真正意义上由虚拟科技所领导的,微生物、菌类、植物及动物等之外的“第七王国”^[15]。在一个虚构的空间中,设计师可以抹去原有的时空观与时间轴,打造一个由自己设定设计的平行维度空间。

不依靠介质构成的虚拟技术在目前的研究中依旧指向全息技术。时至今日,全息影像技术既昂贵又不够完善,对于展览空间来讲,大面积利用现有的全息影像技术并不太现实。所以,本文涉及的全息并不是指技术上的全息,而是侧重于一种形式上的“全息”,即无论是通过怎样的手法使得空间中所有物品信息均由虚拟手段构建,可以以立体影像的形式而不依赖于介质存在于空间中。对于设计师来说,这并不是着重于将高科技升级,而是利用现有成本来做设计。法国新媒体艺术家 Joanie Lemerrier 找到了多种解决这类问题的方法,高压定制喷嘴制造超细颗粒水,光影与水雾的结合等方法都很好表现了全息效果,公众行走在其设计的空间中,会被这种技术构成的“全息影像”包围(见图7),体验到一种纯粹的高科技视觉享受。这样脱离介质的空间层次不同于常识中的世界,大象行走于空中,大雁环绕在周围,这样的景象是具有异样感的、不舒服的、无法与人类常识相共融的意象,而这种不舒服的异样感正是吸引视线、调动公众情绪的一个重点。

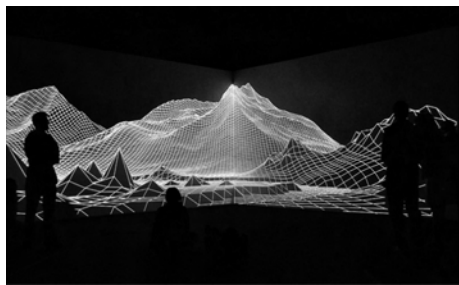


图7 Joanie Lemerrier 的作品《light projection and 3D mapping》中的无“介质”全息技术

多媒体对空间进行重构,使其成为虚构空间时,不能只是单纯手法上的构建,其完成度是需要多方糅合簇成的。简单来说,就是虚构的空间要成为一个独立于原有世界基础外的异世界,那么就需要在其中加入一个虚拟的数量参数,这一参数可以是时间、规则制度、甚至文明。虚构空间内所有虚构出的事或物都有其自身的规则或是时间轴,意义更加接近一部原创的“架空”作品或是网络游戏。在其中,技术元素重组了虚构空间的结构,为其注入了感知力,自然生物躯体拥有虚拟的公众身份,虚拟科技与人类已经交织缠绕,共生融化,在这样的意象空间中,公众是设计师笔下的奥德赛,是新世界的旅行者、冒险家^[16]。设计师与公众完美的构成了主客关系,主体使得客体真正的浸入其中,感受虚拟科技带来的活力与创造力,赋予公众更多、更复杂的情感体验,公众带着自己的性格特征、组织结构、思想偏见进入这个展览空间到走出的过程,比起观展,更像是一场旅程,在游览的每一个环节中都需要自身的参与,不仅是接收设计师传达出的内容,更是一种将自身携带的信息进行交互与传递。整个虚构空间化为信息的本体,在空间与公众中循环往复,达到多媒体艺术在展览设计中沟通与交流的目的。

四、结 语

展览是当代文化社交呈现的一种艺术形式,随着文化消费、交流及现代科学技术的发展,在视觉传播与场景体验等环节展现出前所未有的活力与生机。文化需求的增长必将促进展览艺术的继续发展,而新技术的革新也将持续丰富设计思维的创新,设计与技术在这一发展态势下走向融合与共生,并在其中发展出新的创意。运用多媒体技术手段对于展览空间重构设计是在这一发展趋势下的研究热点,新兴技术使得展览空间自身冲破物理改造的限制,将空间的可利用性发挥至最大,构建出完全模拟或是超脱自然环境的高科技空间,使其具有低能低耗、内容丰富、传播广泛、沉浸感强等特点。随着多媒体技术的发展及创意智识维度的突破,创意设计

与科学技术的合作将会越来越紧密,也将产生更多新的设计物象。

参考文献:

- [1] 张哲婧.当代展示空间设计交互演绎趋势研究[D].北京:中央美术学院,2013:24-61.
- [2] 郑奕.多媒体技术在博物馆展示中的应用及规划要求[J].文物世界,2008(4):65-67.
- [3] Rocchetti M, Marfia G, Bertuccioli C. Day and night at the museum: intangible computer interfaces for public exhibitions [J]. Multimedia Tools and Applications, 2014, 69(3):1131-1157.
- [4] 约翰·德·穆尔.赛博空间的奥德赛[M].麦永熊,译.桂林:广西师范大学出版社,2007:8-10.
- [5] 伊曼努尔·康德.纯粹理性批判[M].邓晓芒,译.北京:人民出版社,2014:27-34.
- [6] 呼和满达.游牧空间观对现代建筑的启示[J].建筑与文化,2016(10):129-131.
- [7] 伊曼努尔·康德.判断力批判[M].邓晓芒,译.北京:人民出版社,2002:51-55.
- [8] 弗里德里希·克拉默.混沌与秩序[M].柯志阳,吴彤,译.上海:上海世纪出版社,2010:146-147.
- [9] 奥利弗·格劳.虚拟艺术[M].北京:清华大学出版社,2007:9-10.
- [10] 耿娟娟,莫嘉琳.《盗梦空间》的精神哲学思辨[J].电影评介,2016(12):91-93.
- [11] 唐孝祥,魏峰.中国传统建筑与书法艺术的审美共通性初探[J].华南理工大学学报(社会科学版),2017,19(1):112-118.
- [12] 司婉玉.探寻诗歌情景交融的艺术魅力[J].语文教学通讯,2017(1):57-58.
- [13] 张云奇.创造性思维在平面设计中的运用[J].美术大观,2018(11):106-107.
- [14] 梅洛·庞蒂.知觉现象学[M].姜志辉,译.北京:商务印书馆,2001:106-196.
- [15] 凯文·凯利.科技想要什么[M].熊祥,译.北京:中信出版集团股份有限公司,2011:Ⅶ.
- [16] 周旭.理解赛博空间:从媒介进化论到虚拟生存[J].学习与实践,2018(9):119-125.

(责任编辑:陈丽琼)



杭州市上城区绿色屋顶现状调查及分析

刘也芬, 秦 静, 赵露露, 胡 广

(浙江理工大学建筑工程学院, 杭州 310018)

摘 要: 绿色屋顶作为城市有效的上层绿色空间, 对增加城市绿化面积、丰富城市景观、改善城市生态环境起着重要的作用。通过对杭州市上城区绿色屋顶分布开展实地调查, 使用广义线性模型分析人口密度、大型公共设施数量、商务楼数量和地方财政收入对绿色屋顶的影响, 并结合具体案例, 阐述上城区绿色屋顶的发展现状与存在问题。结果发现: 杭州上城区的绿色屋顶占该地区土地面积的 0.51%, 其中以商业建筑顶部的花园式绿色屋顶为主; 商业楼数量是影响绿色屋顶规模的最主要因素; 目前绿色屋顶存在使用率低、政府部门管控力度不足、植物配置随意、后期养护不到位等问题, 建议在宣传、设计、人才培养和政策制定方面进行针对性的改善。相关结论可以为城市区域的绿色屋顶研究、设计和推广提供一定参考。

关键词: 城市绿地; 屋顶花园; 屋顶绿化; 杭州

中图分类号: TU985.12

文献标志码: A

文章编号: 1673-3851 (2019) 10-0495-08

Status survey and analysis of green roof in Shangcheng District, Hangzhou

LIU Yefen, QIN Jing, ZHAO Lulu, HU Guang

(School of Civil Engineering and Architecture, Zhejiang Sci-Tech University, Hangzhou 310018, China)

Abstract: As an effective upper green space in the city, green roof plays an extremely important role in increasing urban green area, enriching urban landscape and improving urban ecological environment. Based on the field investigation of green roofs in Shangcheng District, Hanzghou, the generalized linear model was used to analyze the effects of population density, quantity of large-scale public facilities, quantity of commercial buildings and local financial revenue on green roofs. Besides, the concrete cases were combined to expound development status and problems of green roofs in Shangcheng District. The results show that the green roofs in Shangcheng District of Hangzhou account for 0.51% of the total land area. And there are mainly garden-style green roofs on the top of commercial buildings. The number of commercial buildings is the dominant factor influencing the scale of green roofs. However, the application of green roofs in Shangcheng District has been suffering some problems, such as the low utilization rate, lack of government regulation, unbefitting plant allocation and lack of maintenance, which should be improved at different respects including public education, design, personnel training and policy making. This study can provide certain reference for the research, design and popularization of green roofs in urban areas.

Key words: urban green space; roof garden; roof greening; Hangzhou

现代城市的快速发展带来了各种各样的环境问题。随着对生活品质要求的提高,人们开始关注生态环境的修复与改善,其中,如何在寸土寸金的城市中增加绿化面积开始成为城市设计者的关注点。近年来,人们逐渐把目光投向了城市屋顶,即城市建筑的“第五立面”。绿色屋顶作为立体绿化的主要模式,已成为国内外城市生态环境治理和城市园林绿化的新亮点^[1]。合理有效地利用屋顶进行绿化,可以丰富城市景观^[2],提高城市园林的美化度,降低空气污染,改善城市生态环境,因此绿色屋顶将成为城市未来绿化系统中的关键部分之一^[3]。

绿色屋顶在广义上是指在各类建筑物、构筑物、桥梁等的顶层、露台、天台、阳台或大型人工假山体上进行园林绿化的总称,狭义上仅指在屋顶平面种植植物。绿色屋顶类型根据结构和管理方式分为简式和花园式绿色屋顶;根据植物材料的不同可划分为草坪地毯型、花园型、棚架型等;依据空间组织状况可划分为开敞型、半开敞型以及封闭型绿色屋顶^[4]。

绿色屋顶距今已有 2000 年以上的历史,古巴比伦的“空中花园”被公认为世界上最早的绿色屋顶,而中国最早意义上的绿色屋顶是古代春秋时期的姑苏台。随着社会的演进,绿色屋顶一度被人淡忘,直到 20 世纪 60 年代后,现代意义上的绿色屋顶开始发展,并逐渐流行。

在当代,绿色屋顶的建设已经成为众多国家城市规划中的重要部分。许多发达国家在新建建筑群时,在图纸设计阶段就充分考虑屋顶绿化项目,包括增加待绿化屋面的荷载量等,而且在建筑物外部结构的设计上,也趋于适应绿化美化。德国 2003 年绿色屋顶建成面积就已占屋顶总面积的 14%^[5],德国许多城市中的建筑也被设计成金字塔式或阶梯式,以便与绿色屋顶结合,形成良好的城市景观。在日本,公共建筑、学校车站等的屋顶上几乎都有绿化,并有法规规定占地面积超过 1000 m² 的新建建筑物屋顶必须有 20 m² 的绿化覆盖,否则将处以罚款。就中国而言,随着与世界各国的交往逐渐密切,国外的先进屋顶绿化技术被不断引进,中国绿色屋顶的建设也正在兴起,但目前还处于起步阶段,并且没有配套的相关法律与政策支持,绿色屋顶的普及度较低,已建成的绿色屋顶多见于南方地区如上海、广州、杭州等城市。

杭州作为浙江省省会城市,享有国家园林城市、国际花园城市等美誉,近年来城区绿化面积、绿地率

均不断增加。杭州大力推广绿色屋顶,有助于加快杭州建设国际花园城市的进程,也是杭州市打造低碳城市、生态文明城市以及生活品质之城的重要途径之一^[6]。本研究旨在通过对杭州上城区绿色屋顶现状进行调查,从绿色屋顶的数量及面积、植物景观配置和功能布局等方面,深入了解该区域内绿色屋顶的推广发展情况,总结其中的特点与不足,为未来其他地区绿色屋顶的研究、设计和推广提供参考。

一、研究方法

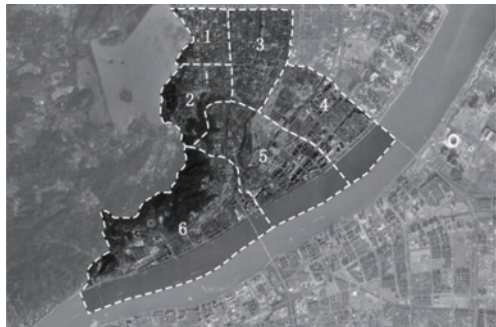
(一)研究区概况

上城区位于杭州市中偏南部,西面西湖,南枕玉皇山。总面积 26.06 km²,辖 6 个街道,总人口约 35.13 万人^[7]。上城区是杭州中心城区之一,是杭州商贸旅游中心、文创中心,也是浙江省面积最小、单位 GDP 最高的城区。

上城区毗邻西湖,包含了部分西湖景区和中心商业区。除此之外,上城区老式居民区的面积占比较高,西南角则是开发痕迹较少的郊区和自然遗留地。丰富的景观结构使得上城区建筑类型多样,因此选择上城区作为研究区域具有一定代表性,调查结果的普适性相对较高。

(二)具体研究方法

按照行政街道可划分为 6 个区块(图 1),结合分辨率为 8 m 的 Google earth 高精度卫星地图辨认各区块中上城区的绿地和建筑分布,将绿地与建筑重叠部分定义为绿色屋顶分布区域,提取其中绿色屋顶的信息。简要统计绿色屋顶的数量、面积以及所处建筑的功能类型,并通过实地考察,选取该区域一处较为典型、园林景观要素齐备的绿色屋顶作为具体调研对象,分析其景观布局结构、植物配置和生态效益等。



1-湖滨街道;2-清波街道;3-小营街道;
4-望江街道;5-紫阳街道;6-南星街道

图 1 上城区分区示意图

实地调查发现:绿色屋顶一般分布在公共设施和商业设施建筑上,也可能和当地的经济与社会条件有关。通过查阅 2017 年上城区统计年鉴^[8],收集了该区域各街道的街道面积、人口数量、医院数量、教育设施数量、商业设施数量和政府财政年收入等数据。利用广义线性模型分析该区域经济与社会数据与绿色屋顶数量、面积、相对面积之间的关系。

二、绿色屋顶建设的影响因素分析

(一)上城区绿色屋顶分布概况

杭州上城区面积较大,包括部分中心商业区、住宅区以及郊区,建筑繁多。统计各区块的数据可得,上城区绿色屋顶共计 114 处,总面积为 12.59 hm²,约占该区域总面积的 0.51%(表 1)。

表 1 上城区各区块绿色屋顶数量及面积

区块	绿色屋顶数量/个	面积/m ²
1-湖滨街道	38	54312.30
2-清波街道	7	6779.10
3-小营街道	9	8631.86
4-望江街道	21	29069.38
5-紫阳街道	38	26939.76
6-南星街道	1	160.74
总计	114	125893.14

根据 2018 年 5 月的 Google earth 卫星地图获取的建筑名称及相关信息可知,在上城区设有绿色屋顶的建筑中,建筑类型主要有商业建筑、住宅建筑、公共建筑三大类。其中,商业建筑占比最大,达到了 60%;公共建筑和住宅建筑分别占 19%和 21%。商业建筑是城市建筑的重要组成部分,其绿色屋顶的普及度反映了地产开发商、设计者以及普通民众对于绿色屋顶的关注和青睐,也体现出人们环保意识的加强和对绿色健康生活追求的提高。

据 2017 年上城区统计年鉴,杭州市上城区是经济发展迅速、浙江省单位 GDP 最高的城区^[8],商业活动发达。商业建筑的外形风格、功能优化也走在其他区域同类型建筑的前列。大型商场的咖啡馆和饭店选择在有绿化的顶楼设置卡座,比起封闭的室内空间,开放的绿色环境和良好的视野对消费者更具有吸引力。

而在上城区内,部分老旧建筑在设计施工时,屋顶的坡度、防水排水、荷载等条件均没有达到建设屋顶绿化所需的相关要求^[9]。因此,上城区设有绿色屋顶的建筑中,现代商业建筑最多,住宅等建筑较少。

上城区内比较常见的绿色屋顶类型为花园式绿色屋顶,占比为 58%;而简式绿色屋顶数量较少,占 42%。简式绿色屋顶植物种类较少,部分直接选择种植草坪。景观结构单一,一般不对外开放,具有较低的欣赏和应用价值,但仍具备基本的生态功能及效益。花园式绿色屋顶植物种类更多,生态结构更丰富,选用乔木、灌木、藤本、草本等多种植物类型,配合设置适当的园林小品,形成层次多样、季相丰富的植物群落景观^[10]。此类花园式绿色屋顶一般对外开放,观赏性和功能性更高。但由于复杂的植物配置和使用功能,其后期的维护和管理工作也更加复杂,需要投入更多的人力物力。在一些商场的顶楼,咖啡馆或者饭店会将卡座设置在室外,与绿色屋顶结合。有效利用了高楼层视野良好的优点,提升了绿色屋顶的使用价值。

除此之外,在部分住宅区也有居民会在屋顶利用容器种植瓜果蔬菜。虽然设施较为简陋,但仍提高了屋顶的利用率和美观性,填补了屋顶空间绿化的空白。

(二)分区分析

通过观察与调研,笔者得出了上城区各街道区划内的绿色屋顶大致分布情况(图 2),并针对各街道的实际现状进行简要对比分析。

a)湖滨街道。湖滨街道内以中心商业区的绿色屋顶占据该辖区绿色屋顶的主要面积,且有较多新建的现代风格高层建筑。随着人们环保意识的增强,近年修建的高层建筑越来越多的采用了各种形式的绿色屋顶。该区域内绿色屋顶的面积相较于其他区块最大(图 2(a)),形式也比较多样,有小花园、草坪等。但调查发现此区域绿色屋顶整体上维护程度较低,疏于后期管理。

b)清波街道。该区块内也涵盖了部分中心商业区,并靠近西湖风景区。绿色屋顶只分布于靠近湖滨街道的商业建筑(图 2(b)),数量稀少,但单个建筑的绿色屋顶的面积较大。

c)小营、望江、紫阳街道。绿色屋顶面积较大,数量繁多。住宅小区遍布,人口密集,建筑形式比较单一。在一些修建年限比较近的建筑楼顶,常常用到绿色屋顶的处理手法。部分过于老旧小区楼顶,由于建造之初还未有绿色屋顶的理念,基本没有进行屋顶绿化。但有居民会自发的利用容器置土灌溉,种植蔬菜瓜果,形成特殊的“绿色屋顶”(图 2(c)一(e))。这些街道内同时分布有很多学校、医院等社会保障场所。相比于绿色屋顶采用较多的医

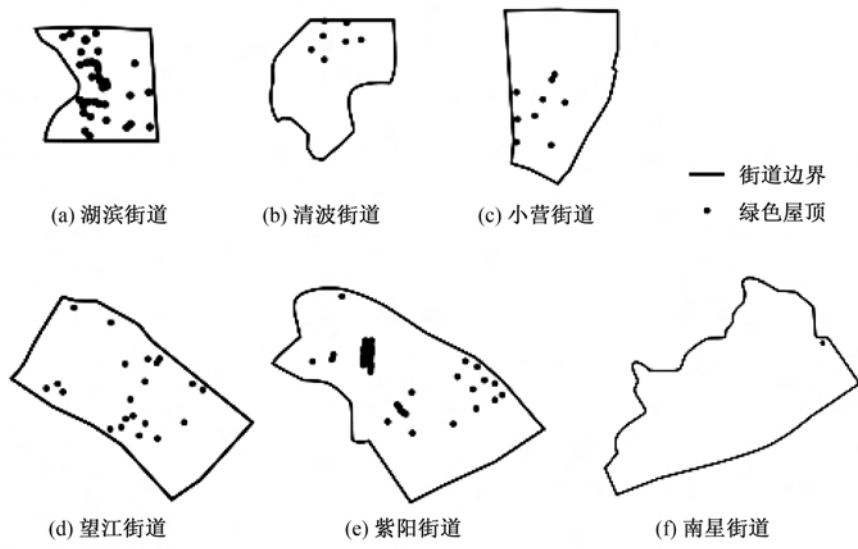


图2 各街道绿色屋顶分布

注:为便于比较街道绿色屋顶的分布,将各街道面积缩放至同一水平绘制,实际各街道面积比例参考图1。

院,学校更侧重于幼儿和青少年的安全防护,所以楼顶的利用率较低,基本不涉及绿色屋顶的运用。

d)南星街道。邻近西湖风景区,背靠山体。大多是楼层较低的私人建筑,区域格局与郊区相似,建筑多符合西湖景区的古典园林风格,因此绿色屋顶设置极少(图2(f))。

(三)影响因素分析

本研究选择了绿色屋顶的数量、面积、相对面积(绿色屋顶面积/绿化面积)三个参数作为描述上城区绿色屋顶建设情况的指标。考虑到数据的完整性及各因素之间的统计独立性,本研究选择了人口密度、大型公共设施数量(医疗和教育设施)、商务楼数量、地方财政收入四个影响因素,通过广义线性模型来分析绿色屋顶和经济社会因素之间的关系。各因素在模型分析前进行标准化处理,以避免不同数量级和单位带来的误差。

广义线性模型结果表明:人口密度、公共设施数量、商务楼数量、地方财政收入四个影响因素均对绿色屋顶的分布格局具有显著的影响(表2)。其中,公共设施数量、商务楼数量、地方财政收入具有正作用(斜率为正值),设施数量越多,政府收入越高,绿色屋顶的数量和面积越多;人口密度具有负作用(斜率为负值),人口密度越低,绿色屋顶的数量和面积反而越多,可见居住区集中的街道,绿色屋顶较少。通过比较模型解释度,商务楼数量是决定绿色屋顶规模的最关键因素,说明上城区的绿色屋顶主要还是通过自发的商业行为来进行建设和发展,而政府的基础设施建设和政策导向的作用相对较低。

表2 基于广义线性模型的上城区绿色屋顶与经济社会因素之间的关系

参数	影响因素	斜率	显著度 检验 P	模型解 释度/%
绿色屋顶数量	公共设施数量	1.80	<0.001	4.09
	商务楼数量	1.57	<0.001	57.66
	地方财政收入	0.94	<0.001	9.68
	人口密度	-0.46	0.018	7.57
绿色屋顶面积	公共设施数量	1.58	<0.001	2.71
	商务楼数量	1.72	<0.001	70.31
	地方财政收入	0.81	<0.001	5.39
	人口密度	-0.43	<0.001	5.97
绿色屋顶 相对面积	公共设施数量	1.18	<0.001	33.48
	商务楼数量	1.74	<0.001	43.18
	地方财政收入	1.14	<0.001	1.56
	人口密度	-0.90	<0.001	12.14

三、上城区绿色屋顶建设存在的问题

(一)绿色屋顶利用率低

上城区内大部分绿色屋顶并未对外开放,公众无法进入。商业建筑顶层的绿化附属于顶层会所或商场本身,进入需征得管理人员同意。住宅建筑的绿色屋顶大部分归公寓所有,只提供给特定人群活动。部分公共建筑的绿色屋顶亦呈关闭状态。由此可见,公众对绿色屋顶的使用受到较大限制。根据实际调研情况,即便是可进入的花园式绿色屋顶,也没有人长时间驻足停留、进行休闲活动等,设置的休憩座椅等大都处于闲置状态。

(二)以商业开发为主,政府导向的公共屋顶发展迟缓

上城区商业氛围浓厚,沿西湖的湖滨街道和沿

钱塘江的望江街道、紫阳街道分布有数量众多的大型商业中心,该区域的绿色屋顶主要分布在此类商业建筑顶部。而以住宅区为主的南星街道则没有绿色屋顶(图2)。缺乏政府的宏观调控和政策导向,导致上城区的绿色屋顶分布不均衡。此外,上城区绿色屋顶的功能也略显单一,主要体现在商业景观作用,而对社区关系、人居环境的调节和改善作用无法体现。

(三)设计感和美观度不高,园林要素单一

绿色屋顶的设计应符合安全性、美观性、人性化及经济性原则^[11]。调查发现,上城区许多绿色屋顶只是简略地种植植物,设置少量坐凳和构筑物,并不能构成让公众愿意停留的空间。功能设计上过于单调,缺乏园林意境,不能达到以人为本的要求。

(四)植物选择有限,配置较为随意

在调查中可以发现,上城区许多绿色屋顶的植物选择与配置都没有达到较好的生态和景观效果。由于绿色屋顶的屋面与地表土壤的理化性质存在极大差别,从而导致屋顶土壤温度不均、厚度薄、水分流失速度快^[12],因此在植物材料的选择上存在极大的局限性。而部分绿色屋顶中虽然种植树木,但由于未考虑屋顶生境条件的特殊性,所选择的植物生长状态堪忧,无法充分发挥绿色屋顶的生态作用。除此之外,现有的绿色屋顶大多以草坪为主,简略地搭配灌木、乔木等,形式单一,不能形成良好的景观效果;植物颜色上缺少色相变化,在不同季节里也未能呈现丰富的季相景观。

(五)后期管理与维护缺失

园林景观施工完成后的养护管理工作是园林工程中的一项重大任务。在调查中发现,上城区许多建筑绿色屋顶由于缺少后期的管理与维护已开始荒地化,原有植物生长较差甚至死亡,出现各种杂草,设施也处于虚置状态。养护管理的缺失既影响绿色屋顶的整体美观度,也导致了生态效益降低,造成了空间资源浪费。

四、案例分析

除在上城区绿色屋顶的数量、分布等方面的数据分析以外,笔者还对行政区内已建绿色屋顶进行了实地调研,分析绿色屋顶建设的现状以及存在的问题。选取中国广厦西湖时代广场三楼的绿色屋顶进行分析。该处属于集约型(花园式)绿色屋顶,是一个附属于公寓、仅对公寓住户开放的绿色屋顶。

(一)绿色屋顶布局

绿色屋顶面积约 1792.26 m²,包括铺装场地、水池、绿化等区域。由于它位于楼层中部,四周与建筑相通,无特设出入口,屋顶总平面图见图3。绿色屋顶南北两侧为主要绿化区,绿化面积约为 871.33 m²,占总面积的 48.62%。

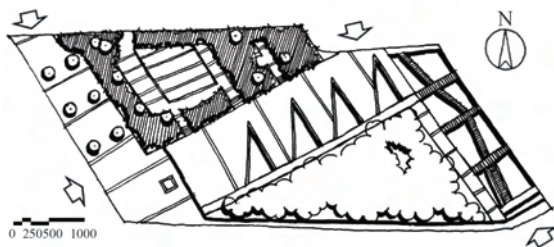


图3 绿色屋顶总平面图

注:箭头表示出入口。

绿色屋顶的中部和西侧为铺装场地,分别结合了水池和简单的树阵,提供了休憩场所。南侧为一片竹林,面积相对较大。花园北侧采用了规则式的各类灌木,与铺装、小品结合,形成开敞空间,与南北侧形成疏密对比。

该绿色屋顶的现场实景图如图4所示。从图4中可见,东南部有建筑外部进入的主要通道,入口处为一小型假山,以竹林作为背景(图4(a))。竹林内部穿插有小路,布置坐凳,意图营造安静隐秘的氛围。但在调查中发现,竹林中的坐凳设置不合理,且后期管理清扫不到位(图4(b))。竹林东侧一路之隔为景观水池,配以小桥及汀步,生动有趣(图4(c))。中部为主要的休闲场地,景观构筑物营造了空间感,使场地不至于空旷。三角形水池的布置面积较大,虽想法别出心裁但有碍交通(图4(d))。主要植物种植区内设置了较大面积的铺装场地(图4(e)—(g)),西侧为树阵铺装,并有宣传公告牌(图4(h))。

(二)植物配置

该绿色屋顶中植物种类丰富,包含竹子、苏铁、金边大叶黄杨、栀子、月季、红叶石楠、南天竺等十一种植物,乔灌木均有种植。

南侧入口处有较大面积的竹林。竹子生长速度快,适应性强,根系短,而且种植后绿量大,遮阴效果较好。然而竹子根系发达,对屋顶顶板具有一定破坏作用,并不适合在绿色屋顶中大面积使用。

植物观赏区主要集中于绿色屋顶北侧,主要有金边大叶黄杨、沿阶草、南天竺、红叶石楠、贵州石楠、月季、雀舌黄杨、栀子花等(图5)。通过乔灌木的搭配丰富屋顶绿化,种植的灌木均喜阳,根系浅,

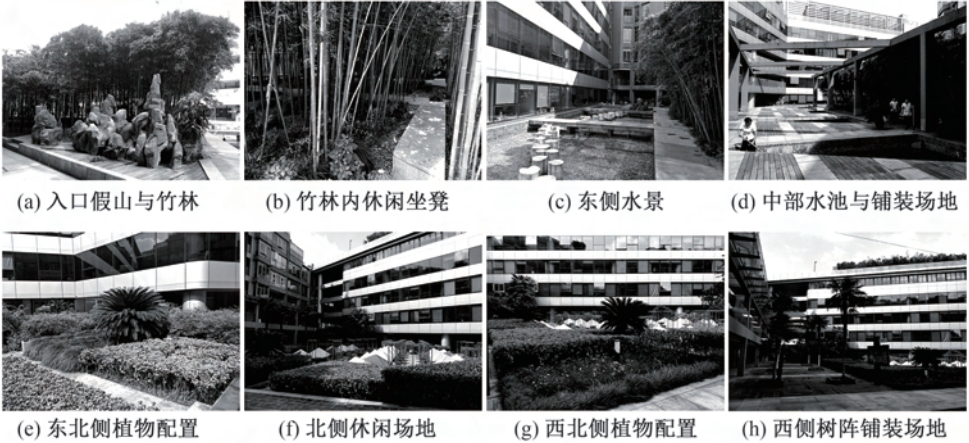


图4 绿色屋顶现场实景照片(2018年10月拍摄)

适合在屋顶种植。从灌木的整齐度可以看出,对该处灌木进行了定期修剪与维护。

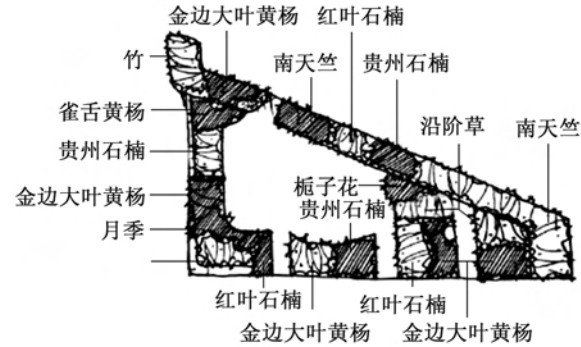


图5 绿色屋顶北侧植物配置举例

该绿色屋顶植物布置上有营造层次感的设计意图,但效果不明显。花卉、彩色叶植物增加了色彩丰富度,提升了观赏价值。但是整体种植忽略了屋顶强风的影响,植株普遍呈现矮化现象,垂直层次不够分明,水平层次上则过于密集,观赏率较低。灌木上层配有铁树作为点缀,但位置布局过于散漫。灌木西侧有棕榈作为树池树阵。棕榈树树势挺拔,叶色葱茏,可供四季观赏,并且抗大气污染能力强,但用于屋顶绿化略显高大,在屋顶强风作用下存在一定的安全隐患。同时热带棕榈和周边亚热带灌木草本在景观搭配上略显冲突。整体植物季相景观相对单调,秋冬季观赏性较低。

(三)设计分析

该处绿色屋顶处于建筑中部,四周与建筑相通。由于外层建筑楼层不低,该花园的日照条件一般,同时高楼风速较强。对于该处绿色屋顶的设计方案分析如下:

a)采取花园式设计类型,使之在提供生态效益的同时可供周围居民休闲娱乐,提高了场地利用率。

但是由于缺少公开宣传,公众对其使用率较低。

b)大面积水池的设置,可用于储存雨水,但事实上并没有达到良好的效果。场地和水池交接处设计不合理以及后期的维护和清理不到位,导致其调节功能弱化,同时存在安全隐患。

c)场地内绿化率较低,不到总面积的一半。

d)植物类型选择上,选取较为低矮的灌木、宿根花卉、地被植物等根系不深、喜阳且易生长的物种,不易破坏下层建筑屋顶,且具有一定的景观效果。但是竹子和大型乔木的选择没有考虑屋顶的特殊情况,存在一定的安全隐患。

e)坐凳设置不合理,导致使用率低下。园桥、汀步等维护不到位,存在安全隐患。

可见,该处绿色屋顶仍以传统的园林景观设计为主,虽然部分设计考虑了屋顶的特殊环境,但总体而言,美观与实用性未达到其理想效果,且存在一定的安全风险。

五、改进建议

上城区是杭州历史最为悠久、城市化程度最高的区域之一。但是高度城市化也给该区域带来了绿化面积减少的问题。绿色屋顶作为城市绿地的补充,在上城区已有一定的建设和发展历史。然而通过本研究发现,上城区的绿色屋顶仍存在不少问题,为此笔者对未来上城区的绿色屋顶建设提出一些针对性的改进建议:

(一)加大宣传和扶持力度

绿色屋顶的发展不仅仅依靠直接投资方、建设者和学界的推动,更需要公众的普遍支持与参与。为使市民充分了解绿色屋顶的功能和效益,政府和社区可制定相关鼓励和宣传政策,特别在人口密度

较高的区域推广绿色屋顶,使更多的人注意到绿色屋顶的功用。通过进一步增加开放式绿色屋顶的数量和比例,提高绿色屋顶的公共利用率。

(二)加大资金投入,培养专业人才

绿色屋顶的建设需重视美观性与实用性结合,经济效益与生态效益共同作用。为使绿色屋顶的美观度及作用最大化,政府应加大科研资金投入、提供补助政策和技术支持^[13],加大对专业人才的培养,鼓励业主在建设过程中引入专业设计团队,增加小品、水景等多元化景观元素,使其功能分区更加明确和丰富,提高绿色屋顶造园的艺术性、生态性和可持续性。管理部门和企业应引进规划、设计、施工方面的相关人才,不仅可以使绿色屋顶的建设、后期养护等方面专业化,还可以及时了解国外绿色屋顶建设相关的最新进展,并探索出真正符合杭州城市发展需求的绿色屋顶建设道路。

(三)选择适宜的植物材料

绿色屋顶由于荷载原因,种植用土质轻且薄,且屋顶的风力较强^[14],受阳光照射时间长,因此在植物的类型上,应选择根系不深、喜阳抗风耐干旱、不易倒伏的植物^[15]。同时尽量选择乡土树种,保证其生长质量。此外,绿化植物应搭配形成良好的季节景观,选择栽种花期、果期、绿期不尽相同的植物,延长花园观赏期。色彩丰富的植物景观可以唤醒和刺激人体神经中枢,芳香类植物还有利于调节和改善人体的身心健康^[16]。因此在绿色屋顶的设计中,需加强对植物景观营造的重视,在遵循生态原则的同时讲究美观,给予人舒适的景观感受体验。

(四)制定健全的管理法规

绿色屋顶的建设与发展需要许多部门的系统性通力合作,政府应合理制定相关管理条例,进行统筹安排与总体设计,并将绿色屋顶的管理及维护责任准确落实到相关部门或单位,不定期进行监督检查,以保证绿色屋顶真正发挥其相应的生态和景观作用。在未来绿色屋顶的规划中,政府和社区应该将更多的目光聚焦到符合生态规律、具有可持续性的绿色屋顶的调控、发展以及管理和扶持政策上,同时也应该继续保持绿色屋顶规模的稳步增长,将环保意识深入落实到“第五立面”^[17]。绿色屋顶的维护工作不仅包括绿化植物,而且其中的景观设施也是一大重点。对植物应适当灌溉施肥,勤除草修剪,注意病虫害的防治及防风防寒等^[18],对假山、水池、坐凳等景观设施需完善检查、清扫工作,以防破损毁坏。

六、结 语

上城区作为杭州的老城区和商业中心,其绿色屋顶建设在一定程度上反映了杭州市的绿色屋顶现状。通过分析上城区内的人口密度、各类别建筑的数量、地方财政情况与绿色屋顶规模的关系发现:上城区商业楼的数量是影响绿色屋顶规模的主要因素;目前上城区绿色屋顶空间分布不均衡,常驻人口密度低、经济发达的商业地段存在大量空置的绿色屋顶,而更需要改善人居环境的居民区等区域则在绿色屋顶数量上存在很大缺口。同时,上城区内绿色屋顶在公众使用率、宏观调控、植物配置、后期养护等方面仍存在一些不足。针对这些问题,本文提出一些改进建议:政府对绿色屋顶加大宣传和扶持力度;加大资金投入,培养专业人才;选择适宜的植物材料;制定健全的管理法规。此外,政府应当在考虑绿色屋顶为城市提供景观、生态服务的基础上,同时兼顾社会公平性,综合考虑业主、管理者和使用者多方意见。今后的研究需要进一步关注绿色屋顶的政策调控和具体设计方法,同时对绿色屋顶的生态服务功能也需要进行大量的基础研究工作。

杭州是国际著名的旅游城市,也是享有盛誉的园林城市,但在绿色屋顶建设方面与国内外绿化优秀典型城市尚有差距。随着生态环境保护越来越受到国家重视,杭州绿色屋顶应紧随时代的步伐,加强绿色屋顶的推广,完善绿色屋顶技术,向国际花园城市的目标奋进,使绿色屋顶成为杭州的另一道独特风景线。

参考文献:

- [1] 卓书斌,黄小凤. 屋顶绿化研究概况[J]. 绿色科技,2017(9):54-55.
- [2] 申丽娟,郑友俊. 杭州市屋顶绿化现状调研与分析[J]. 艺术与设计(理论),2013(11):71-73.
- [3] 巫浩,杜国坚. 关于屋顶绿化微环境的调查研究[J]. 现代园艺,2018(9):9-10.
- [4] 朗静. 长三角地区屋顶花园发展研究[D]. 杭州:浙江大学,2011:15-19.
- [5] 孔强,赵娜娜. 浅析国外现代屋顶绿化设计[J]. 北方园艺,2009(11):196-198.
- [6] 陈丽华. 杭州市屋顶绿化现状和推广对策探讨[J]. 绿色科技,2012(5):134-135.
- [7] 杭州市规划局. 杭州市第一次地理国情普查公报[EB/OL]. (2018-03-14) [2018-11-06]. <http://www.hzplanning.gov.cn/Data/ResourceFileData/file/>

20180314/6365662283857022435426970.pdf.

[8] 杭州市上城区地方志编纂委员会办公室.上城年鉴: 2017[M/OL]. 北京: 方志出版社.(2018-09-06)[2018-11-06]. [http://www.shangcheng.gov.cn/col/col1535193/index.html? c=1535079](http://www.shangcheng.gov.cn/col/col1535193/index.html?c=1535079).

[9] 杨波,钱小平. 浅析杭州既有建筑屋顶绿化实施情况和存在问题[J]. 现代园艺,2017(2):171.

[10] 尹娟,朱庆松,刘秀青. 花园式屋顶绿化的植物选择与造景[J]. 湖北林业科技,2015,44(3):65-68.

[11] 刘玉燕. 绿色建筑屋顶花园功能及设计研究[J]. 居舍, 2018(11):97.

[12] 胡明. 我国屋顶花园的研究进展[J]. 安徽建筑,2016, 23(6):39-42.

[13] 管光尧,张敏. 杭州既有建筑屋顶绿化的实践和探索 [J]. 城市建设,2011(12):33-34.

[14] 任胜普. 海绵城市技术下谈屋顶绿化植物配置[J]. 现代园艺,2016(12):157-158.

[15] 黄丽霞. 海绵城市技术影响下的屋顶绿化植物配置研究[J]. 南方农业,2015,9(28):13-16.

[16] 孙力,王敏. 基于生理心理影响的园林植物配置优化探析[J]. 中国城市林业,2018,16(1):44-48.

[17] 肖姣娣. 城市建筑屋顶绿化探讨[J]. 北京农业职业学院学报,2018,32(4):27-31.

[18] 章蓁. 长三角地区屋顶花园植物的应用与养护[J]. 园林,2015(5):58-60.

(责任编辑:陈丽琼)



中国寺庙园林植物配置规律分析

刘凤丹, 江俊浩, 胡 广

(浙江理工大学建筑工程学院, 杭州 310018)

摘 要: 选取有关中国寺庙园林文献包含完整植物数据的 59 座寺庙园林作为研究对象, 分析寺庙内园林植物的应用现状, 采用 R 语言等统计软件, 对植物群落配置与寺庙属性的关系进行 Pearson 相关性分析和一元线性回归分析, 探讨寺庙园林植物配置的规律。研究结果表明: 中国寺庙园林植物物种的选择以木本常绿植物居多, 其中银杏、麦冬、南天竹三个物种是最常使用的景观植物; 寺庙的规模、历史以及当地的气候条件对寺庙园林植物的配置具有显著的影响。

关键词: 寺庙园林; 植物选择; 植物配置; 物种数; 量化分析

中图分类号: TP319

文献标志码: A

文章编号: 1673-3851 (2019) 10-0503-09

Analysis on the rules of plant configuration in Chinese temple gardens

LIU Fengdan, JIANG Junhao, HU Guang

(School of Civil Engineering and Architecture, Zhejiang Sci-Tech University, Hangzhou 310018, China)

Abstract: From the existing gardens in China, 59 temple gardens with complete plant data were selected as research objects the current patterns of garden plant in Chinese temples were investigated. By using the R language, Pearson correlation analysis and linear regression analysis were conducted to determine the relationship between temple attributes and plant configuration in temple gardens. The results showed that woody evergreen plant was commonly used in the temples garden. Ginkgo, Ophiopogon japonicas and Nandina were the most popular species founded in Chinese temple. Temple size, history and the local climate of temples have a significant impact on the selection and configuration of temple garden plants.

Key words: temple garden; plant selection; plant configuration; species richness; quantitive analysis

中国是一个拥有众多寺庙的大国, 现有佛教寺庙九千五百余处, 道教宫观六千余座, 清真寺更是达到了两万六千余座^[1]。中国寺庙见证了朝代的演替, 记载了宗教文化的兴衰, 有着悠久的历史 and 深厚的文化底蕴, 是中国的艺术瑰宝库^[2]。寺庙园林在寺庙的发展过程中逐渐兴起, 与皇家园林、私家园林共同构成了中国园林的三大基本类型^[3]。寺庙园林在不断发展的历程中, 经历了宗教的洗礼, 沉淀了文人雅事, 在历史文化和景观营造方面都有独特之处。

与皇家园林、私家园林相比, 中国寺庙园林数量是它们的几百倍, 选址亦突破了皇家园林与私家园林的局限性, 广布在景色优美的名山胜地中。寺庙园林将自然景观与人工景观紧密结合的同时, 还拥有独特的宗教与历史文化底蕴, 其游赏价值的多元性是皇家园林与私家园林不可企及的^[4-5]。国内许多园林学者从植物选择与配置、空间艺术营造等方面对寺庙园林进行了分析。例如, 王小玲^[6]从植物景观营造层面概括了中国寺庙园林的类型、植物组成及

植物选择的特点,总结了华北、华东、西南等地区寺庙园林中常见的植物,并以7座寺庙园林为例探讨北京地区寺庙园林植物景观营造特点、存在的问题及优化建议,阐述寺庙园林植物景观对现代城市园林植物景观规划的启示。袁洁^[7]以佛教植物为研究对象,对其基本文化内涵以及应用价值进行了说明,并实地调查了杭州灵隐、净慈、法喜、法镜、永福五大寺庙与镇江金山寺,分析了寺庙古树的佛教意义。王蕾^[8]总结了寺庙园林的特点和类型,探讨了寺庙园林的景观营造与植物选择,认为寺庙园林在选择植物时更多运用僧众尊崇和喜爱的植物,同时提出要结合“多样统一”的规律进行具体的植物配置,并且要注意“适地适树”,符合植物的生长发育规律。赵光辉^[9]从中国寺庙园林环境的构景角度,结合高差、远近、虚实等佛寺园林空间塑造手法,深入分析了传统佛寺园林与自然山林的关系。

中国寺庙园林的植物配置融合了具有独特魅力的华夏民族文化、具有神秘色彩的宗教文和古典园林的造园特色等,这些都是园林学领域中值得不断发掘的文化财富。大量研究表明,寺庙园林植物配置的多样性极大地影响了寺庙整体的景观效果。了解目前中国寺庙园林植物应用现状并分析寺庙园林植物配置规律,既可以提供一个多样化的植物基础数据库,又能为寺庙的景观营造、景观修复、空间格局等的研究等提供理论支撑,以指导寺庙园林植物的科学化配置。因此,研究寺庙园林植物多样性格局及其配置规律具有理论和现实意义。但是,目前大部分关于寺庙植物景观的研究针对单体寺庙或地区范围,较少有大范围、多区域的比较研究与综合分析。本文以中国不同地区的寺庙园林作为研究对象,调查寺庙园林空间内的植物组成;通过文献收集和数据整理形成寺庙园林及其植物属性的基础数据库;量化分析中国寺庙园林植物的木本植物与草本植物比值、落叶植物与常绿植物比值、彩叶植物与绿叶植物比值等植物群落配置,及其与寺庙的历史、规模和所在地的地形、温度等寺庙属性之间的内在联系,并论述中国寺庙园林中植物的多样性及配置规律。

一、寺庙园林与植物的关系

(一)中国寺庙园林发展简史

寺庙最早兴起于东汉的修庙造神运动,史料记载中最早的寺庙是白马寺,建于公元68年。寺庙园林在东晋时期逐渐兴起,当时社会时局极不稳定,人

们长期生活在动荡不安的状况之下,寺庙开始普及心经,百姓便以宗教作为精神寄托,寺庙园林在这一时期也逐渐发展成型,形成了一定的特色。从僧人慧皎描述当时寺庙园林的“森树烟凝,石径苔生”和《洛阳伽蓝记》描述的“堂于宏美,林木萧森”可见,东晋时人们已经开始在自然景观环境中建立人工的禅林,并且开始重视植物与建筑的景观搭配。

寺庙园林的全盛时期在隋唐时期,该时期的寺庙建筑制度已相对健全,大部分寺庙建有一定数量的植物景观。宋代以后,寺庙园林逐渐走向成熟,据《洛阳名园记》与《东京梦华录》描述,当时的游园活动已成为除宗教法会和定期的庙会之外的主要内容。于是,城市公共园林的功能在寺庙园林中逐渐开始体现。明清时期迎来了寺庙园林的鼎盛时期,目前保留下来的许多古典园林都是这些朝代的精品。近现代至新中国成立以前,由于西方列强的入侵,国势渐衰,民不聊生,寺庙园林亦日渐萧条,很多文物古迹、历史名园在抗日战争期间遭到掠夺与侵占,一些幸存的古迹也在“文革”期间惨遭毁坏,寺庙园林的建设受阻,出现停滞或者倒退现象。

中华人民共和国成立后,国家出台了宗教保护政策,各地政府开始介入寺庙园林保护及修缮工作,寺庙园林得以再次发展。近年来,中国旅游业的发展对寺庙园林的兴盛产生了一定影响,越来越多的游客被寺庙丰富的文化内涵和独特的神秘性所吸引,前去朝圣、观光、修学和游憩,将寺庙园林的发展又推上一个新的高潮。现在,寺庙不仅是人们从事宗教活动的场所,而且部分寺庙成为人们参观游览的名胜景区^[8]。

(二)植物在寺庙园林中的作用

植物在寺庙园林中通常起烘托、思想寄托、观赏和生产等作用。园林植物与建筑的配置是自然美与人工美的融合,植物丰富的色彩、柔和多变的线条与庄严肃穆的建筑相搭配,增添了建筑的美感,更好地烘托了宗教的氛围^[10]。寺庙中香道以及正殿庭院常栽培树形高大、树冠浓荫的植物,通常是一些古树名木或是富有宗教思想的树木来体现寺庙的古朴与宗教含义^[11]。寺庙建筑与植物的关系,不单是相互因借,相互补充,更是生命与神灵的融合,是天人合一思想的具体表现^[12]。在宗教的形成过程中,很多教义和神话传说都与植物有关^[11]。佛教的“五树六花”、“四大圣树”和“四大吉花”在大多数寺庙中较为常见,这些通常是与佛祖有关的植物。

宋代以来,寺庙宗教活动逐渐丰富,从单一的参

拜活动转向游赏活动及文化传播等活动,吸引了大量来寺庙游赏的文人墨客和百姓,宗教活动的性质也发生了很大的改变。寺庙开始栽植大量的名贵花木,供人观赏游玩、吟诗作画、寄托情怀,寺庙园林的发展也前进了一大步。同时寺庙开始关注园林植物的选择与配置手法,建造优美的园林景观,来满足善男信女的参拜活动以及踏青活动。佛教传入中国后,教规禁止僧人饮酒吃肉,所以僧人基本靠自给自足来生活^[13]。因此,寺庙中常种植一些可以用作饮食的植物,如竹子、茶树、二月蓝等,逐渐形成兼具花圃、果圃、药圃和菜园等功能的寺庙园林。

二、研究方法

(一)数据收集和分类

本研究从知网检索了 1985 年 1 月 1 日至 2018 年 11 月 20 日期间所有和寺庙园林植物相关的文献,剔除重复和缺失数据的文献后,发现文献中涉及完整园林植物数据的中国寺庙共 59 座。本研究将这 59 座寺庙分为 6 个区域(华北、华东、华中、华南、西北、西南)进行比较分析。

寺庙属性包括寺庙面积、寺庙历史、所在地海拔和温度等要素。寺庙面积作为寺庙的固有属性,与植物景观空间限定要素中的“水平要素”具有一定的关联,而“水平要素”一定程度上影响低矮植物的布局^[14],因此将寺庙面积选作分析要素之一。不同历史时期的经济、文化、社会因素相差很大,而这些因素则会影响寺庙的建造理念、建筑设计、空间布局、景观配置等,将始建年代作为寺庙属性的要素之一,可以更好地分析和推测历史文化背景对寺庙植物配置和多样性的影响。温度为中国气象数据网站上 1981—2010 年的年均温度。本研究将寺庙的始建年代按照中国历史简表进行划分,分别为汉(25—265 年)、东西晋(265—420 年)、南北朝(420—581

年)、隋唐(581—960 年)、宋(960—1271 年)、元明清(1271—1911 年)、现代(1911—1949 年)这 7 个时间段。此外,寺庙的海拔和温度对植物的生长和自然分布具有直接影响。

根据文献记载统计各寺庙园林植物的物种组成和丰富度,并按照其自然属性划分为木本和草本植物、常绿和落叶植物、彩叶植物和绿叶植物。其中彩叶植物指叶子颜色具有季相变化的植物,绿叶植物指常年保持绿色的植物。为了量化不同类型植物的组合配置规律,本研究将各类型植物的物种数比值作为量化指标,如木本植物种数与草本植物种数的比值。在计算木本与草本植物种数比值时,由于部分寺庙园林中没有草本植物,为了保持数据的统一性,木本与草本植物比值的计算采用木本植物种数/(草本植物种数+1)的公式来计算。

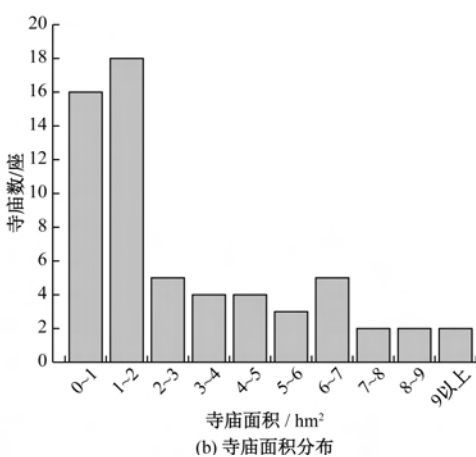
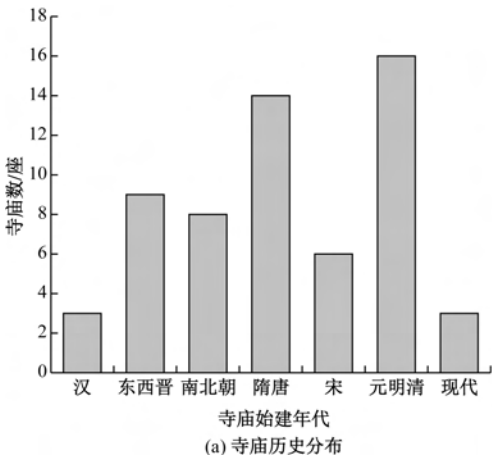
(二)分析方法

本研究对已收集和分类的寺庙、植物数据应用 Pearson 相关性分析和一元线性回归分析,探讨历史、海拔、温度等因素对寺庙园林植物配置的影响,总结国内不同地区寺庙的园林植物多样性和配置规律差异。所有统计过程通过 R 语言实现。

三、结果与分析

(一)寺庙属性分布格局

尽管本研究收集了近年来所有和寺庙园林植物相关的文献,但是由于不同地区的宗教组成、气候条件、地理条件等差异,具有园林景观的寺庙空间分布仍存在一定的不均衡性,然而这种不均衡性真实体现了中国寺庙园林的空间分布特点。寺庙属性包括建造历史、寺庙面积、海拔高度、气候条件等,这些因素影响着寺庙的规模、建筑风格以及植物配置。图 1 和表 1 分别呈现了本研究涉及的 59 座寺庙的时空分布等基本属性。



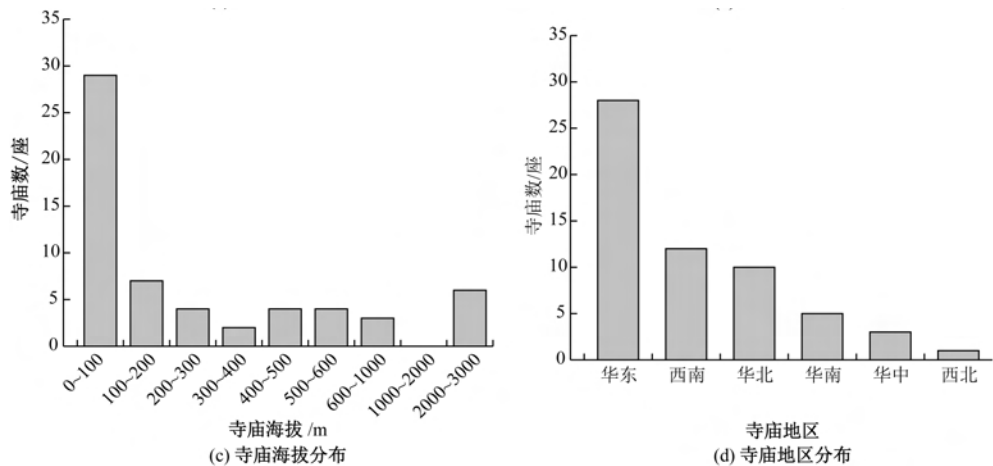


图1 59座寺庙的时空分布格局

表1 不同地区的寺庙属性

地区	建造历史/年	面积/hm ²	海拔/m	年均温度/℃
华南	936~1613	0.4~5.0	5~487	22.1~24.8
西北	1950	3.0	619	13.5
华中	426~1450	2.0~12.0	145~1037	14.5~17.9
西南	61~1798	0.2~8.7	493~2825	12.9~17.4
华东	33~1824	0.3~7.1	0~428	15.7~17.0
华北	285~1711	0.2~6.6	52~306	14.0~16.0

注:西北地区仅有1座寺庙数据。

图1(a)呈现了各个时间段寺庙的建造数量,59座寺庙主要兴建于隋唐(581—960年)和元明清(1271—1911年)两个中国相对强盛和大一统时期。汉代与现代寺庙数量较少,比较符合佛教寺庙在中国的发展历史。

从表1可见,59座寺庙的面积范围在0.2~12.0 hm²,不同寺庙的面积差异较大。其中最小的是北京地区的大觉寺,最大的为河南洛阳的关林庙。图1(b)列举了寺庙的面积分布情况,其中大部分寺庙以中小规模为主,2 hm²以下的寺庙有34座,占总数的58%。

图1(c)展示了寺庙的海拔分布情况,大部分具有园林景观的寺庙均位于低海拔地区,100 m海拔以下的寺庙有29座,2000 m以上的寺庙仅有6座,说明低海拔地区更适合植物的生长,利于寺庙园林植物景观的营造。

图1(d)列举了这59座具有园林景观的寺庙的地理分布。华东地区数量最多,为28座,这与华东地区平均海拔最低有关。西南与华北地区的寺庙数量次之,分别为12和10座,且由表1可知,这两个地区寺庙的建造年代基本为唐朝到元明清年间,是

历史上建造寺庙最活跃的时期。在这59座具有园林景观的寺庙中,西北地区仅为1座,说明西北地区寺较少配置园林景观,可能是因为西北地区自然环境较为恶劣,不利于植物生长,以及当地宗教更注重寺庙的实用性而非观赏性。此外,从表1的数据可看出,西北地区寺庙历史为最悠久,这和佛教最先传入中国的传播地域一致^[15-16]。从59座寺庙的地理分布来看,寺庙园林的数量在空间上自东向西、自南向北逐步递减。

(二)寺庙园林植物多样性分布格局

在59座寺庙园林中,文献共记录了406种园林植物,隶属111科255属。园林植物主要分布在蔷薇科、禾本科、木犀科、木兰科、壳斗科、樟科和柏科,占总数的31%。其中蔷薇科种数最多,有19属38种。出现频度最高的乔木依次为银杏、桂花、紫薇、圆柏、罗汉松、鸡爪槭、香樟、侧柏;频度最高的灌木依次为南天竹、蜡梅、杜鹃、红花檵木、阔叶十大功劳、小叶女贞、石榴、火棘;频度最高的草本依次为麦冬、鱼腥草、吊兰、美人蕉、一串红、芭蕉、吉祥草、鸢尾。

在所有园林植物中,木本与草本植物种数的比值为4.74,常绿与落叶植物种数的比值为0.94,彩叶与绿叶植物种数的比值为0.09。其中秋色叶变红树种占比较大,占彩叶树种的59%,这说明中国寺庙植物景观以木本植物为基调,常绿与落叶配置比例相当,以绿色为园林主色调,但仍保持着丰富的季相变化,注重不同季节的景观色彩营造。观花植物在寺庙园林中共记录有186种,占物种比的46%。运用最多的观花植物为桂花,在32座寺庙都有应用,其次为紫薇,在21座寺庙中有应用,腊梅、海桐、杜鹃也是运用较多的观花植物。图2展示了

观花植物花色和花期在各个季节的分布,可以发现寺庙更多地选择春天和夏天开花的植物,春夏秋冬的观花植物比约为 10:7:1:1。植物花色主要为白色、黄色和粉色,春天寺庙主要应用白色与粉色的花,来营造万物刚刚复苏的气氛;夏天寺庙主要配置白色与黄色的观花植物,以烘托宗教场所的神圣和庄严感;秋天黄色花运用的比例达到最高,与秋叶变红的植物一起增添秋季的色彩,冬天白色花运用的较少,主要为黄色、红色和紫色的花,让沉闷的冬天稍微活跃起来。

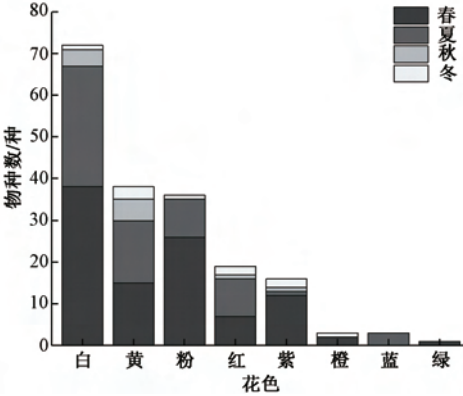


图 2 寺庙植物花色与花期分布

图 3 列举了各个地区寺庙中所有植物以及乔木、灌木、草本物种数量。不同地区寺庙园林选择的植物物种数在 10~40 之间,其中华中、西北、西南、华东地区的植物应用种数较多,有 25~40 种;华南、华北等地区偏少,只有 10~15 种。各地寺庙园林植物以常绿乔木为主,除了华中地区外,其余地区的草本种类均较为单一。

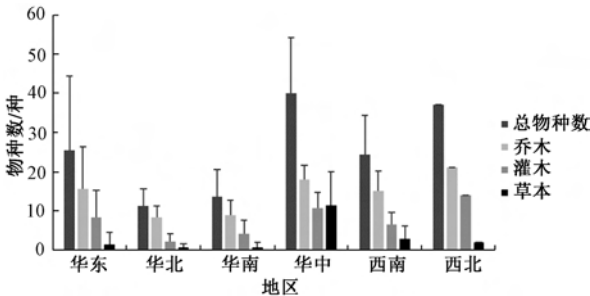


图 3 各地区寺庙植物物种数量分布格局
注：柱状图上误差线表示样本标准差，下同。

图 4 展示了寺庙园林不同属性植物的地区性分布差异。由图 4(a)可以看出,各地区寺庙的乔木种数均高于灌木和草本数,木本的种类往往是草本的 15 倍左右,除华中地区外,其他各地草本种类极少,较为单调,说明寺庙在园林植物配置上倾向于通过不同乔木的搭配来营造宗教景观,而华中地区对中层下层的植物景观丰富度的重视是其区别于其他地区寺庙园林的特色。图 4(b)可以看出,各地区寺庙园林都混合种植常绿与落叶树种,以展现不同季节的寺庙景观。其中华北与华中地区的落叶/常绿比值大于 1.0,即其运用的落叶树种远远超过常绿树种,而华南地区落叶/常绿比值小于 0.5,说明落叶树种极少,多为常绿树种,这也可以看出纬度和海拔造成的气候差异对寺庙园林植物的季相变化和色彩配置具有主导作用。图 4(c)可以看出,同时各地区都运用了部分彩叶树种来营造寺庙色彩景观。其中华东地区彩叶树种的运用较少,西南地区彩叶树种的运用较多,这可能是受西南地区植物丰富度高、多民族文化上对复杂色彩较为偏好所影响^[17-18]。

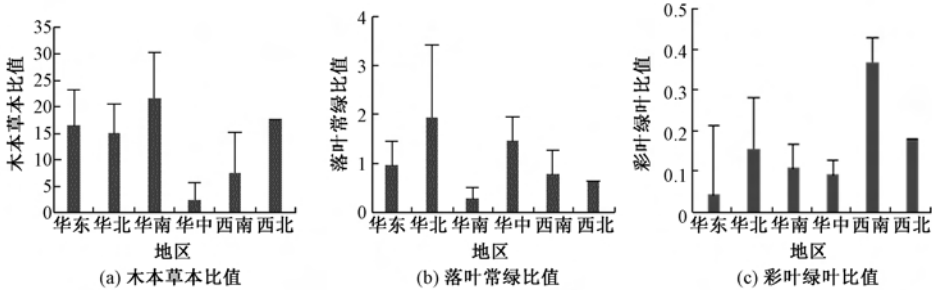


图 4 寺庙园林不同属性植物组成的地区性差异

(二)寺庙植物物种数量与寺庙面积的关系

图 5 展示了寺庙植物物种数、密度与寺庙面积的关系。图 5(a)中的线性回归结果表明,寺庙园林植物的物种数随寺庙面积增大而增加,呈正相关关系($P=0.02$);图 5(b)则说明物种密度随寺庙面积的增大而减小,呈显著负相关关系($P<0.001$)。寺

庙园林植物物种数受寺庙面积大小影响,与自然生境中普遍存在的物种数随面积增大而增加的关系一致,大寺庙往往配置更大的绿地空间,构建近自然状态的植被景观,因此往往选择更多的植物物种,小寺庙的绿化面积小,植物群落结构比较简单,植物种类也相对单调^[19-20]。

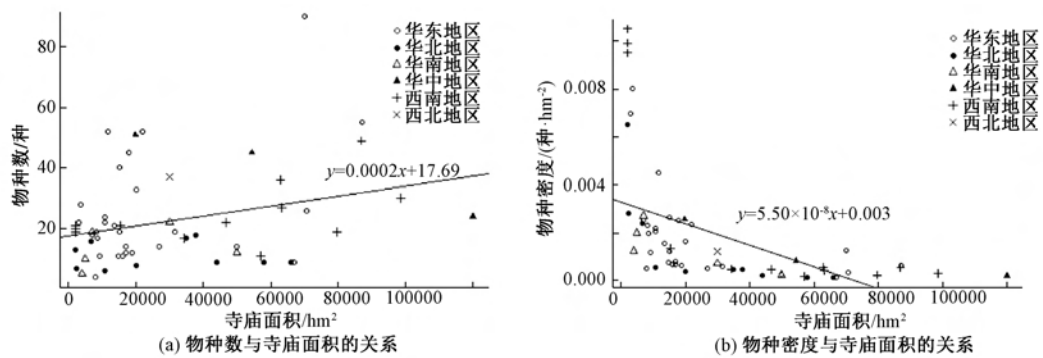


图5 物种数及密度与寺庙面积的关系

注:直线说明存在显著相关性。

(三)寺庙园林植物群落配置的影响因素

木本植物在各个地区寺庙园林中皆多于草本植物,华中地区木本种数/草本种数数值最低,为1.6倍,华东地区最高,达到28倍,地区差异极为差异。图6(a)一(c)的相关性分析发现,寺庙木本与草本物种比值与寺庙面积大小($P=0.32$)、历史($P=0.60$)、海拔($P=0.17$)及年均温度($P=0.46$)均无显著关系。

图6展示了落叶/常绿比例与寺庙属性的关系。寺庙园林植物的落叶/常绿比值集中在1左右,说明寺庙在植物配置时注重常绿与落叶植物的搭配,来

营造不同季节的植物景观。寺庙在选择落叶、常绿植物时与寺庙的面积($P=0.76$)、历史($P=0.68$)及海拔($P=0.89$)没有明显相关性,与寺庙的温度呈负相关关系($P<0.001$)。落叶与常绿植物的比值随寺庙温度的增加而减小,其中华南地区平均温度最高,为22.6℃,落叶与常绿植物比值为0.26,最低的寺庙比值趋近于0;华北地区平均温度最低,为12.7℃,落叶与常绿树种平均比值为1.95,最高的寺庙比值达到5。这一现象与自然植被中常绿落叶植物种植比例随温度变化的规律一致^[21-22]。

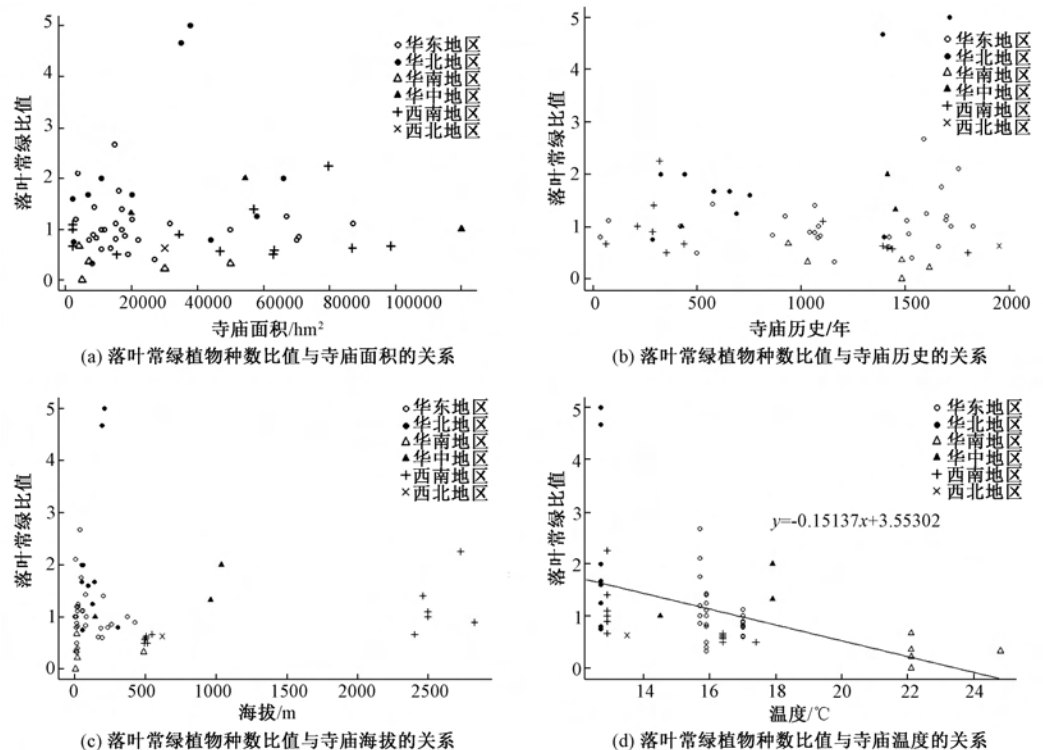


图6 落叶常绿植物种数比值与寺庙属性的关系

注:直线说明存在显著线性相关性,没有直线则说明无显著相关性。下同。

图7展示了寺庙植物彩叶与绿叶植物的比值与寺庙属性的关系。由图7(a)和图7(d)可知,寺庙在彩叶和绿叶植物的选择上与寺庙面积($P=$

0.23)及温度($P=0.72$)无明显关系,与寺庙历史及海拔有一定关系。由图7(b)可知,寺庙的彩叶与绿叶植物的比值随寺庙历史增加而增加,呈正

相关关系($P=0.03$)。其中华东地区彩叶与绿叶植物的比值最高,平均比值为 0.37,最高的寺庙达到 0.83。由图 7(c)可知,寺庙彩叶与绿叶植物的比值与寺庙海拔呈负相关关系($P=0.001$),说明海拔低的寺庙反而会运用更多的彩叶植物来营造寺庙的色彩景观。彩叶植物中,包含常年彩叶的植物,比如紫叶李、红花继木等;还包含春季及秋季变色的植物,彩叶植物的应用丰富了寺庙的色彩景观以及季相景观。各寺庙秋季彩叶植物的应用比例最大,说明寺庙在彩叶植物的配置选择中,

更倾向于选择秋季观赏性植物,运用最多的依次为银杏、桂花和南天竹。

寺庙中的植物选择虽以常绿植物为主基调,但也配置种类丰富的彩叶树种,使寺庙在万古长青的基调上仍有不同的四季景观。其中秋季变黄的树种在寺庙园林中应用较多,古人以黄色为尊崇,运用秋叶变黄树种符合寺庙的文化内涵,符合寺庙庄严的气氛。常绿与落叶植物搭配种植也体现了佛教中顺应自然、周而复始的禅道思想,植物的一生一灭体现了佛教中因果循环的思想^[23]。

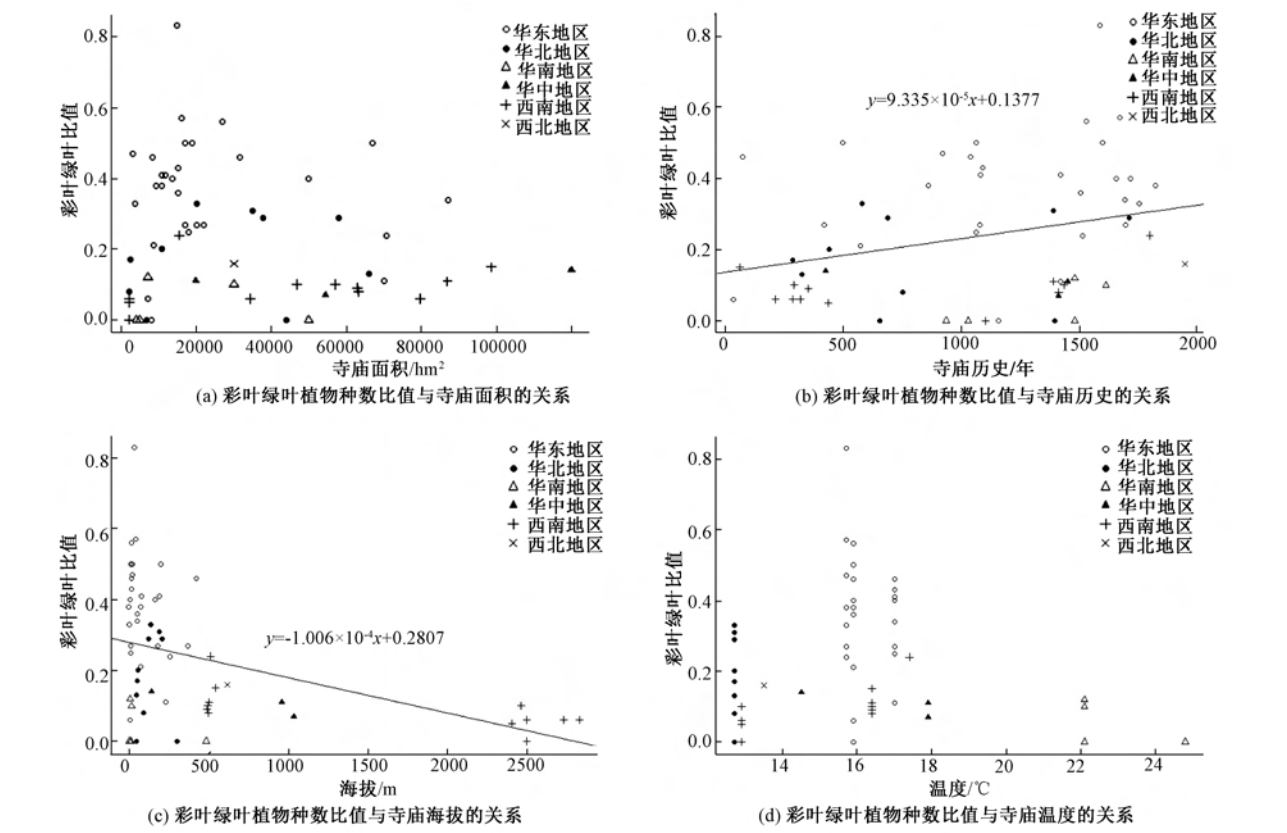


图 7 彩叶绿叶植物种数比值与寺庙属性的关系

四、结论与启示

(一)结论

本文通过对中国 59 座寺庙园林的植物多样性格局及其影响因素的分析,发现中国寺庙园林植物配置具有以下特点:

a)寺庙园林的数量在空间上自东向西、自南向北逐步递减。

b)寺庙园林常见应用植物种类为 406 种,隶属 111 科 255 属。其中,应用频度最高的乔木、灌木和草本分别为银杏、南天竹和麦冬。

c)寺庙园林植物选择和配置的地区差异化明显。华中、西北、西南和华东地区植物物种数相对较高,华北地区最少;各地寺庙园林植物以常绿乔木为主,除了华中地区外,草本种类相对都比较单一;仅华北和华中地区的落叶植物应用比常绿植物多;西南地区植物色彩最为丰富。

d)寺庙的规模、历史以及当地的气候条件对寺庙园林植物的选择配置具有显著的影响,寺庙园林植物的物种数与寺庙面积呈正相关关系;物种密度与寺庙面积呈负相关关系;落叶与常绿植物的比值与寺庙所在地区的年均气温呈负相关;彩叶与绿叶

植物的比值随寺庙历史呈正相关关系,与寺庙的海拔呈负相关关系。

(二)对寺庙景观中植物配置与设计的启示

基于本研究得到的寺庙园林植物在大尺度上的分布格局和配置规律,对寺庙园林植物的配置和设计提出下列建议:

a)在大空间中配置多样性高的植物景观。寺庙面积对植物物种数有一定影响,与自然生境中普遍存在的物种与面积关系相同,说明随寺庙整体规模增加,对寺庙绿色空间的规划设计以及景观观赏尺度也随之增大。大寺庙往往具备规划更大的绿地空间的条件,可以通过选择更多的植物物种构建近自然状态的植被景观,更好地营造不同的寺庙空间景观。寺庙园林整体空间的植物配置应该保持一致性,烘托寺庙的庄严气氛;而在局部功能空间可以进行多元化的植物配置,体现寺庙的独特色彩。

b)丰富中下层植物景观。根据寺庙木本与草本植物比值,大部分寺庙的草本种类过于单一。应该重视草本植物物种多样性,丰富植物群落的下层空间结构。但是为了不破坏寺庙肃穆宁静的氛围,在主要庭院可以用简洁整齐的方式进行植物配置,例如营造简单均质的花坛或草坪;而在次要院落可以适当增加草本的种类,营造层次丰富、生态良好的景观。

c)增加有宗教文化色彩的植物应用比例。在对中国寺庙园林植物配置的分析中发现,佛教中的“五树六花”在中国寺庙中运用比例较少,更多寺庙选择松、柏、银杏、香樟、桂花等汉化后的植物。这或许与寺庙园林更加注重观赏性以及不同地区气候差异的原因相关。宗教经典著作中记载了很多与宗教文化有关的植物,它们都蕴含着深刻的教义。寺庙园林在植物配置时,不仅需要考虑到观赏性,更重要的是蕴含寺庙的宗教含义。由于气候原因,一些宗教典故里记载的植物可能不适合在北方栽植,但可以考虑运用盆栽的形式来增加寺庙园林植物的文化内涵。种植与宗教文化相关的植物,也有助于游人在游览的过程中更好地了解寺庙的历史和宗教文化。

d)寺庙植物景观的地域性风格营造。对寺庙植物景观分区域分析的结果表明,自然因素是影响当地寺庙园林植物配置的主要因素,因此在进行景观植物选择时,要考虑当地的降水量、气候以及地理因素,考虑对敏感植物的影响,种植适合在综合环境下生长且具有观赏性、文化性的植物,使植物多样性能达到最大化,进而提升寺庙的景观、生态和文化环

境。分区域分析也说明具有更多自然生境类型、良好的水热条件、多元的文化、民族和宗教背景的地区,其寺庙园林植物景观也更加丰富,同区域内各寺庙间的差异性也越大。而在文化单一但经济发达的地区,虽然各寺庙的植物多样性很高,但是区域范围内寺庙间的植物配置差异较小,风格较为统一。因此在进行寺庙植物景观营造,特别是具有强烈风格的植物景观营造时,需要同时考虑当地的自然因素和社会人文因素。

参考文献:

- [1] 方敏. 宗教归信与社会资本[D]. 天津:南开大学, 2010: 6.
- [2] 吴闯. 中国传统文化概论[M]. 北京:首都经济贸易大学出版社. 2009: 84.
- [3] 张驭寰. 中国佛教寺庙建筑讲座[M]. 北京:当代中国出版社. 2008: 13.
- [4] 陈祖辉. 论佛教寺庙式园林设计艺术[J]. 现代装饰(理论), 2011(6): 52.
- [5] 卿希泰. 道教文化在中华传统文化中的地位及其现代价值[J]. 社会科学研究, 2001(2): 67-74.
- [6] 王小玲. 中国宗教园林植物景观营造初探[D]. 北京:北京林业大学. 2010: 31-77.
- [7] 袁洁. 佛教植物文化研究[D]. 杭州:浙江农林大学. 2013: 57-80.
- [8] 王蕾. 中国寺庙园林植物景观营造初探[J]. 林业科学, 2007, 43(1): 62-67.
- [9] 赵光辉. 中国寺庙的园林环境[M]. 北京:北京旅游出版社. 1987: 11.
- [10] 江聂, 邓春艳. 寺庙园林植物景观营造探讨:以淮安慈缘禅寺为例[J]. 现代农业科技, 2016(8): 172-173.
- [11] 李运远. 中国寺庙园林植物景观初探[J]. 山东林业科技, 2009, 39(2): 118-119.
- [12] 许乐. 园林植物在城市绿化中的应用[J]. 安徽农业科学, 2007, 35(23): 7166-7167.
- [13] 熊远涛. 佛教僧尼断肉浅谈[J]. 国际商务(对外经济贸易大学学报), 1991(3): 61-62.
- [14] 李云巧. 丽江市寺庙园林植物景观研究[D]. 雅安:四川农业大学, 2009: 60-61.
- [15] 王伟, 唐贤玟, 许琼, 等. 寺庙园林植物景观的研究与应用[J]. 中外建筑, 2014(2): 67-69.
- [16] 龚杰. 当代佛教寺庙园林景观营建对策研究:以东林寺净土苑为例[J]. 中外建筑, 2015(6): 156-157.
- [17] 刘杉, 张凯莉, 周政旭, 等. 中国西南地区民族聚落景观研究动态及其进展[J]. 中国城市林业, 2018, 16(5): 7-10.
- [18] 李和平, 杨宁. 基于城市历史景观的西南山地历史城镇整体性保护框架探究[J]. 城市发展研究, 2018, 25(8):

66-73.

[19] 李祥妹. 中国人理想景观模式与寺庙园林环境[J]. 人文地理, 2001, 16(1): 35-39.

[20] 赵光辉. 寺庙园林环境的构景[J]. 城市规划, 1985, 9(5): 30-40.

[21] 江源, Meurer M. 效应温度及其在山地植被景观研究中的应用展望[J]. 地球科学进展, 2000, 15(6): 644-648.

[22] 王雪, 于德永, 曹茜, 等. 城市景观格局与地表温度的定量关系分析[J]. 北京师范大学学报(自然科学版), 2017, 53(3): 329-336.

[23] 杨怡雯, 胡绍庆, 郭亚晶, 等. 杭州佛寺园林植物配置规律分析[J]. 浙江农业科学, 2018, 59(7): 1228-1231.

(责任编辑:陈丽琼)

“时尚法”专栏导言

近年来,“中国创意”之崛起和中国时尚消费市场对外品牌持续不断的吸引力,使中国的时尚产业展现出前所未有的活力与自信。随着中国本土零售企业跨境收购、自媒体等营销模式的快速发展,时尚产业已从传统意义上的服装产业逐渐演变成包括美妆、家居、电子、智能生活、甚至与其他创意产业跨界的多生态产业。

时尚产业的持续蓬勃和不断开放、自由的商业环境需要法律为该行业的发展进行适时的梳理、规范,并为其保驾护航,于是专门围绕时尚产业构建而成的行业法律法规——时尚法——应运而生。它与体育法、娱乐法、媒体法、广告法等一样,是以集中解决某一行业的法律问题为导向的行业法。

具体而言,时尚法依托于时尚产业,以其产品的生命周期为主线,处理从设计、制作、分发、授权到销售等所有产业链条中的法律问题。它的核心涉及知识产权法、商业与金融法、劳动法、经济法、国际贸易与政府规范、生产安全监管、可持续发展与环境法等法律问题,以及消费文化、人身权利与社会规范等问题。时尚法所涵盖的行业除了服装、饰品、奢侈品,也包括新型材料、美妆、香氛、自媒体、电商、模特等多个行业。欧洲和美国分别自2000年和2006年开始就时尚法某个角度进行关注和讨论,发展至今已形成了较为完整的体系。关于时尚法的实践指南、案例汇编等学术成果已在美国和欧洲相继出版、再版;美国律师协会、美国服装设计师协会、美国服装和鞋类协会等相关行业协会对该领域的研讨也十分频繁。“时尚法”一词,尤其在近几年来,俨然已进入大众的视线,其作用和影响正逐渐深入品牌和行业内部。至2018年,美国纽约已开始专门招聘时尚法律人才,“掌握并运用‘时尚法’”的描述已明确出现在某些职位的工作职责说明当中。因时尚产业涉及法律问题的特殊性和该产业对法律人才的需要,美国东西岸几家知名法学院也专门开设了时尚法的课程。

“时尚法”专栏是在中国首次以学术出版的形式提出并讨论“时尚法”,具有开创性的意义。专栏文章将展示和探讨时尚法涉及的几个主要领域的法律问题,如:时尚设计的知识产权保护,时尚零售跨境并购中的风险考量,自媒体营销在广告法下的合规管理以及奢侈品进出口过程中的海关税收监管,等等。同时,专栏文章也将诠释时尚产业涉及法律问题的多元性、复杂性,以及结合产业实践继续探讨和解决实际问题的必要性。

依托国内首个研究时尚法的学术中心——浙江理工大学时尚艺术法研究所,本期“时尚法”专栏率先在国内法学界和时尚界发起对时尚行业法律问题的集中关注和讨论,更希望与社会各界合力,借力国家发展时尚产业的决策部署,进一步发挥法律在促进时尚产业发展、创造品牌价值方面的作用。

浙江理工大学时尚艺术法研究所 中方所长 王 健教授
外方所长 丁文锦律师



时尚法：国际视野与中国发展

——从美国与欧洲对时尚保护的源起、现状、立法与司法实践谈起

Sindy Ding-Voorhees

(凯拓国际律师事务所, 美国纽约 10036)

摘要：法律与时尚行业的交叉自从时装品牌的建立,或者说从人类开始制作服装开始便一直存在。这种关系随着时尚行业的发展以及行业中法律问题的探究,逐渐演变并被总结成欧洲和美国先后提出的时尚法。时尚法在欧洲与美国的讨论始于时尚设计保护的抗争,通过立法与司法上的努力形成了今天对时尚保护的法律格局。在这个过程中,时尚行业中的法律问题被不断细化,从知识产权到商业、行业中的参与者等,方方面面催生出时尚法这一套行业法资源。从法律和社会层面系统地认知、关注、解释和指导时尚行业在新的国际格局下的发展。中国的时尚产业已成为世界时尚格局中强劲而不可或缺的一部分,时尚市场的持续蓬勃和不断开放、自由的商业环境需要法律为行业的发展进行适时的梳理、规范,并为其保驾护航,这都成为了在中国时尚语境下提出和开展时尚法的重要意义。

关键词：时尚法;时尚设计保护;知识产权保护;美国司法;欧盟设计法

中图分类号：DF414

文献标志码：A

文章编号：1673-3851(2019)10-0513-11

Fashion Law: International perspectives and China's prospects for development: Using U.S. and European systems and their evolution as a frame of reference for China's own fashion law development

Sindy Ding-Voorhees

(Kilpatrick Townsend & Stockton LLP, New York, U.S. 10036)

Abstract: Fashion law is a young and emerging legal field that was developed to respond to the needs of the fashion industry. The initial, and probably the most core issues it discusses-intellectual property issues-were evolved alongside with the development of fabric production technology in the West and formed based on the needs of protecting fashion designs. Through judicial debates and legislative efforts under the legal frames of the United States and Europe, the landscape of fashion design protection has been gradually formed. As social and economic importance of the fashion sector grows, more legal issues related to the fashion business have been called for, which enriches fashion law and broadens it into a set of legal principles explaining and guiding the fashion industry from both legal and social perspectives. China's fashion industry has become a strong and indispensable part of the world's fashion pattern. It has a unique set of issues and challenges to be addressed, and there are needs and significance to developing its own fashion law system in China. This paper aims to reflect that significance by introducing the origin, development, and current landscape of fashion law in the U.S. and Europe, and concludes that China should use the U.S. and European systems and their evolution as a frame of reference for its own fashion law development.

收稿日期:2019-08-16 网络出版日期:2019-09-16

作者简介:Sindy Ding-Voorhees(丁文锦,1987—),女,美国纽约人(原籍吉林长春),硕士,美国纽约州执业律师,主要从事知识产权与时尚法方面的研究。

Key words: Fashion Law; fashion design protection; intellectual property protection; U.S. judicial system; European Union Design Law

近年来,国内外法学研究与法律实务领域纷纷推出以集中解决某一行业的法律问题为导向的行业法,如体育法、娱乐法、媒体法、广告法等。时尚法是其中较新的行业法,包括专门围绕时尚产业构建而成的行业法律法规。欧洲和美国分别自2000年和2006年开始就时尚法的某个角度对时尚行业进行关注和讨论,逐步发展并形成了较为完整的体系。至2018年,美国纽约已开始专门招聘时尚法律人才,“掌握并运用‘时尚法’”的描述已明确出现在某些职位的工作职责说明当中。

在中国,时尚法的提法和相关讨论还尚未展开,法律法规对时尚产业的规范和促进作用还未得以全面地发挥。本文以时尚法为主线,首先从时尚法在西方社会的发源谈起,然后梳理美国对时尚设计保护的立法与司法争论、美国与欧洲对时尚设计保护的格局,归纳出法律对时尚行业从知识产权角度的解释和指导意义,进而介绍时尚法概念、范围以及在美国的先进做法,最后结合中国时尚产业的特点和现状,讨论在中国构建和发展时尚法的意义。

一、时尚法在西方社会的发源—— 从对时尚保护的角度

穿衣着装以及服饰本身是一种普遍的人类社会活动和现象。人类学家通过十万年前存在的贝壳项链发现了该种社会活动与现象的最初佐证。最早形成的用于规制人类着装现象以及消费习惯的法律可追溯到古希腊时期的“禁奢法律”(Sumptuary laws)^[1]。禁奢法用于限制人们过分奢侈的消费,尤其反对非正常需求的物件的花费,比如服饰、丝绸、皮草、宝石、家具等。它的建立是规制社会阶级与强化社会道德规范的产物。比如,英国的法律规定了各种等级和收入的人可以使用的服装、毛皮、面料甚至服装边缘的装饰的颜色和类型。其他类似的法律也细致地规定了不同职业和性别的人应使用特定服装,旨在使该种服装用于判断人们职业与性别的特征^[2]。

欧洲中世纪晚期与现代早期,禁奢法继续发展并被进一步推广。尤其是随着当时社会财富分配的变化以及新技术的发展,人们对服装尤其是奢侈服装的接触越来越容易。伴随着科技的发展,在时尚领域最显著的变化是时尚杂志的印刷和出版,这使得精英阶层以外的群体也可以轻易获得新款服饰的

图样,并再次利用先进的印刷技术生产出带有该印花图样的面料^[3]。这种面料的产生,加上更有效率且更加廉价的生产方式,使复制时装第一次变成了可能,随之而来的还有对面料设计的复制^[4]。

面料生产技术的蓬勃发展将当时社会的重心从对人们社会等级与消费观的禁锢转移到了鼓励创造与促进生产,由此也逐步建立了现今时尚法中最重要的议题之一,即知识产权法在时尚领域的最初作用。早在18世纪,法国里昂的丝绸纺织工人成为第一批要求保护其原创设计的知识产权的群体。法国政府于1737年通过了关于保护里昂丝绸制造业的设计的法案,于1787年颁布皇室法令,进一步将该法案从里昂市拓展到保护全国的丝织产业和制造工人。法案前所未有地提出了“法国丝绸制造业的优势归功于对布料独特的设计、精准的织法以及制造工人良好的品味。根据财产权利,这些劳动成果需要得到保障”^[5]。1793年,法国立法机构又将1787年法令的规定扩展到对所有不同的工业艺术作品著作权的保护。

到了19世纪,随着面料生产技术的工业化,巴黎高级定制时装(haute couture)与成衣(ready-to-wear)开始兴起并得到初步的发展,这两个领域的服饰生产也带动了法律与时尚行业的实践,使时尚与法律产生了更深层和复杂的关系。英国时装设计师查尔斯·弗莱德里克·沃斯(Charles Frederick Worth)于1858年建立自己的时装工作室并开创了为客户量身定制时装以及通过时装秀展示该季新设计的商业模式。这一模式建立并延续了高级定制的影响力,且一直被专业时装设计师沿用至今^[6]。与此同时,这一模式在巴黎当时的广泛应用也使得抄袭新设计并低价销售“高定同款”的行为变得普遍起来。

为应对时装设计的抄袭行为,知名法国高级定制时装设计师及由他们组成的行业协会,一边开始呼吁依据1793年的著作权法律对原创时装设计进行保护,另一边则开始推行授权模式——将时装设计授权给国内外的时装生产商进行生产,再将授权生产商生产出来的服装授权给当地的百货公司或精品店进行销售^[7]。与此同时,也有逐渐发展起来的成衣品牌借鉴高级定制的时装设计而推出更适合于大众消费能力的服装,以满足那些既无法享受量身定制服务,也无力购买授权销售的服装的顾客^[8]。这样的三重结构一直存在于高级定制和成衣品牌并

存的时装行业,直至20世纪60年代。而成衣的泛市场化和对高级定制设计的“借鉴”一直延续了下来,并催生了今天的“快时尚”现象。

当法国已形成对时尚保护的完整立法并在司法中予以适用时,美国对时尚领域的法律,尤其是对时尚设计保护的法律,不仅是一片空白,并且抗拒通过法律保护时尚产业。那些通过授权进口到美国进行制作和销售的高级定制服装,因缺乏对复制抄袭行为的严控和执法,逐渐失去了高级定制设计的价值,而变成了低廉“高定同款”的复制样板。

与欧洲路径不同,美国正是随着大量资本、人才、生产工具和专业技术的积聚,生发出了一个依靠制造“复制品”的全新行业,其中最典型的代表是18世纪末19世纪初美国新英格兰地区出现的大量的纺织品制造商。这些纺织品制造商开始逐渐发展形成自己独特的产品门类,并反过来通过推动对这些产品的保护进而维持他们在该产品门类制造的领先地位^[9]。由于美国与欧洲立法程序与司法系统的不同,美国逐步建立对时尚的保护体系与标准经历了一系列司法上的努力。

二、美国对时尚设计保护的立法与司法争论

(一)对纺织品的原创设计的争论

美国从1842年开始对设计专利的法律保护起,就将纺织品设计排除在保护范围之外。1882年,一些美国丝纺公司开始尝试对纺织品的设计进行专利保护,然而屡屡遭到专利局的驳回,之后一系列司法与立法的尝试也未能成功。而后,尽管美国于1913年修改著作权法案时明确提出过将纺织品设计甚至服装设计纳入著作权保护的“美术”作品类别之下,这一立法尝试仍未最终实现。有趣的是,20世纪早期在立法上唯一得以确认和确立的是于1913年通过的临时法案——Kahn Act^①。通过这一法案的目的是为了保护在美国的欧洲设计师的衣料设计,鼓励欧洲设计师参展当时在美国旧金山举办的巴拿马大西洋国际展览会(Panama-Pacific International Exposition),而不必担心他们的设计在美国被抄袭。这一偏重保护外国设计师而忽视美国本土设计师设计权的临时法案遭到了行业内的强烈反对,后来也因执行不善,而未达到设立目的^[10]。

在接下来的20年里,立法层面上,美国国会仍陆续有一系列的法案尝试,将纺织品设计以及其他类似的行业纳入设计专利或著作权保护的范畴,但均未得以推进;司法层面上,1929年美国第二巡回

上诉法院在切尼兄弟诉多丽丝丝绸公司(Cheney Bros. v. Doris Silk Corp.)^②一案中做出裁定,并对立法上关于原创设计所有人在对某一设计未获得设计专利或著作权保护时能否制止第三方仿制行为的权利问题做出回应和解释,也未能推动对纺织品设计这一客体从立法层面进行保护。原告切尼兄弟(Cheney Brothers)生产的带有各种图案的季节性丝绸,因推出新设计的寿命基本为一季,因此原告基本无法获得该图案的设计专利或著作权。被告多丽丝丝绸公司(Doris Silk Corp.)仿照原告其中最受欢迎的一款丝绸图案,开始制造带有同一图案的丝绸衣料并且定价更低。在初审法院驳回原告的侵权损害赔偿诉求后,原告诉至上诉法院,认为尽管没有对丝织品图案这一类型的知识产权归属有明确的法定条文,其仍有权制止被告对有形的图案的仿造行为。第二上诉法院维持了初审法院的判决,汉德法官在判决中解释说,原告的财产仅体现于其发明的有形物品,虽然法庭承认被告确实抄袭了原告的图案设计,但该模仿并不能使法院从司法层面去创造一个新的知识产权类型对原告的设计予以保护。美国宪法只赋予国会创设某一权利的权力,而不是法院^③。

直到20世纪50年代,在司法上的一系列发展确立了“观念上的可分离性”原则(doctrine of conceptual separability)(笔者在以下第二部分予以详述),即将艺术作品的美学要素与功能要素相分离。这些进步与发展推动了包括对纺织品图案设计在内的几个重要时尚设计类别和元素的法律保护。这一时期,法院相继下达判决——判定纺织品面料的设计有别于用那些面料制作的服装,织物设计可以被认为是服装上的“文字作品”,因此可以得以著作权范畴内的保护。比如在Peter Pan Fabrics, Inc. v. Martin Weiner Corp.^④一案中,第二上诉法院明确指出了某些制成服装的面料图案展示出了受到著作权保护所必需的原创性。与之相类似,在后续的司法实践中,法院判决陆续支持了用于制衣的蕾丝面料的图纹设计,使得这些设计也可以受到著作权的保护^⑤。

① Stat. 63rd Congress, 1st Sess. c. 14.

② Cheney Bros. v. Doris Silk Corp., 35 F. 2d (2d Cir. 1929).

③ Cheney Bros. v. Doris Silk Corp., 35 F. 2d 279 (2d Cir. 1929).

④ Peter Pan Fabrics, Inc. v. Martin Weiner Corp., 274 F. 2d (2d Cir. 1960).

⑤ Eve of Milady v. Impression Bridal, 957 F. Supp. 484, 489 (S. D.N.Y., 1997); Express, LLC v. Fetish Grp. Inc., 424 F. Supp. 2d 1211, 1224-25 (C.D. Cal. 2006); Imperial Laces v. Westchester Lace, No. 95 Civ. 5353, 1998 WL 830630 (S.D.N.Y. Nov. 30, 1998).

(二)可分离装饰性设计与服饰功能性本质之争

尽管时尚设计通过了原创性测试,仍会在著作权保护的问题上遇到其他不同要求,功能性便是其中最重要也是最大的一个障碍。限制实用艺术品的著作权保护在美国立法历史上由来已久,国会最早将立体作品纳入进 1870 年著作权法案,实则只保护那些可作为“美术”作品的立体作品^①[15]。尽管 1909 年著作权法案废除了立体作品必须为“美术作品”的要求,但美国著作权局仍规定:凡具有功能性目的或特征的工业艺术品,哪怕再具有装饰性或美感,均不可申请著作权法的保护^②。1948 年美国著作权局进一步拓宽了对立体艺术品的保护范围,明确了具有美感的手工艺部分可以得到保护,这就将具有手工艺及造型设计的饰品纳入了保护的客体。

20 世纪四五十年代的立法发展为 1954 年最高法院在著名的 Mazer v. Stein^③一案中确立“可分离性检验原则”奠定了基础。该案因其首次在司法系统中探究如何保护具有功能性/实用性的作品上的艺术设计部分而在美国著作权保护历史上具有非凡的意义。该案中,原告的雕像被他人作为台灯底座进行工业生产(如图 1 所示)。原告诉被告构成侵权。最高法院认为,尽管雕像是具有功能性的台灯底座的一部分,该雕像作为艺术作品仍可以受到著作权法的保护。因为该雕塑的艺术性与台灯的功能性是可以是在观念上相分离的,是可以独立存在于具有功能性的物件本身的。



图 1 Mazer v. Stein 案涉及的设计图^④

“观念上可分离性”的检验原则在美国第二巡回上诉法院 1980 年 Kieselstein-Cord 诉 Accessories by Pearl 公司^⑤一案的判决中再次得以适用——该判决也为具有艺术性和装饰性的时尚饰品创造了获得著作权保护的司法先例。除以之外,法院还在判决中肯定了原告——手工腰带扣饰品设计师 Kieselstein-Cord 的名为 Winchester 的腰带的艺术独创性的高度,并明确指出原告的腰带扣饰主要发挥装饰性的作用,而次要发挥功能性的作用。该“主要”(primary)作用是从观念上可以与“次要”(subsidiary)作用相分离的,因此原告的腰带扣饰是

著作权保护的客体,被告的设计因此构成著作权侵权。

对时尚饰品设计的保护却没能延展到对整个服装的著作权保护,因服装的功能性仍是起主要作用(在某些法院的司法认知下甚至是全部作用),因此也无法将服装上的设计元素从物理上或观念上与具有功能性的服装本身独立区分出来。2011 年纽约南区法院驳回了一家专门制造舞会礼服的公司基于著作权侵权对多家同行业竞争者制造同款礼服的起诉(如图 2 所示),理由是礼服裙子的设计元素是作为一条裙子所具备的基本的、可重复使用的元素^⑥。



图 2 被告与原告诉争的礼服设计款式^[11]

虽然服装本身的剪裁、廓形和设计依然被归为具有功能性,但设计师和知识产权律师一直对寻求服装设计元素的保护。法院也在如何界定抽象的“可分离性”概念上总结出了多种不同的检验原则,有的要求服装设计元素必须从物理上可以实际与服装分开、独立存在,有的则是更多地考虑该设计元素对服装的销售性的价值^[12]。

2017 年 3 月,美国最高法院在 Star Athletica, LLC v. Varsity Brands, Inc.^⑦一案中进一步明确了“可分离性”的检验标准。该判决不仅解决了几个巡回上诉法院对可分离性分析上的争议,更重要的是肯定了依附在实用物品(比如服装)上具有艺术感

① Carol Barnhart Inc. v. Economy Cover Corp., 773 F. 2d 411, 415 (2d Cir. 1985).

② Copyright Office, Rules and Regulations for the Registration of Claims to Copyright, Bulletin No. 15 1990; reprinted in Mazer v. Stein, 347 U.S. at 212-13.

③ Mazer v. Stein, 347 U.S. 201 (1954).

④ 参见 <http://www.zvirosen.com/2017/03/23/mazer-and-the-balineese-dancer/>.

⑤ Kieselstein-Cord v. Accessories By Pearl, 632 F.2d (2d Cir. 1980).

⑥ Jovani Fashion Ltd. v. Cinderella Divine, Inc., 808 F. Supp. 2d 542, 550 (S.D.N.Y. 2011).

⑦ Star Athletica, LLC v. Varsity Brands, Inc., 137 S. Ct. 1002 (2017).

的图案等二维设计元素(在此案中为线条、臂章和颜色组合)。只要可以“被想象为独立存在于服装本身”的设计特征,即可以受到著作权的保护。

(三)颜色商标的显著性与美感设计特征之争

在保护时尚设计的语境下,实践中最广泛适用的法律渠道和机制当属商标法。符合美国联邦商标法《兰哈姆法案》而受商标权保护的客体既可以是服饰品牌的名称、标识、图形及组合图形等直接指向商品来源的元素,也可以是具有同样指向商品来源意义的单一颜色、颜色组合、商品外观包装、商品的独特设计与特征等。对这些客体的保护,尤其是对后一类别下的客体在商标法意义下的保护是通过美国司法实践而逐步确立标准而实现的,并对美国今天时尚设计保护提供了重要的理论依据。

在探寻时尚设计元素,包括颜色、特征、外观等元素本身是否具有商标权保护的可行性的评判中,“美感功能性”理论(doctrine of “aesthetic functionality”)是其中最重要的概念和考量之一。美国法院对该理论的考量是出于保护新设计与保护品牌之间正常市场竞争关系二者的权衡^[13]。美国最高法院曾阐述讨论该理论的目的,即“美感功能性”理论是防止本意为帮助品牌提高商誉和知名度的《商标法》反过来压制合法的竞争^①。

“美感功能性”一词最早于1938年提出^②,但第一个采用该理论作为否认某一设计特征商标保护性的是美国联邦第九巡回上诉法院于1952年做出的判决^③。该案中,原告华莱士瓷器公司诉被告帕列罗公司模仿其生产的酒店餐具上的花朵设计和图样名称而构成的不正当竞争和商标侵权行为,在一审法院支持原告并准予原告临时禁令的诉讼请求之后,被告诉至第九巡回上诉法院。巡回法院则认定,尽管被上诉方(原审被告)证明其通过对该带有花朵设计的餐具的广泛宣传已收获了相当大的市场认可与识别度,但被上诉方对餐具上的花朵设计并不具有商标法意义下的独占性的使用权^④。正是因为该图样设计是该餐具取得巨大销售成功的重要因素,该设计既符合了人们对产品美感的要求,也成就了该产品的功能性。因此,在该图样没有在先的外观专利或著作权注册的前提下,自由竞争应允许其他人对同样图样的模仿和使用^⑤。至此,对某一产品上具有美感的特征的保护仍没有脱离该特征其对增强产品价值和吸引力的功能性的讨论。

直到1995年Qualitex诉Jacobson Products Co., Ltd.^⑥一案,美国最高法院在对“美感功能性”

理论予以肯定的同时,又在司法实践中进一步地明确了颜色——作为美感设计特征的重要组成部分——对产品价值和市场竞争的影响,以及依据该影响是否能够作为商标进行保护。在Qualitex一案中,原告Qualitex公司,作为一个生产绿金色干洗烫衣板衬垫的制造商,以商标侵权和不正当竞争为由起诉同在干洗行业的竞争对手——被告Jacobson公司^⑦。美国最高法院肯定了Qualitex公司衬垫的绿金色可以作为商标注册使用(如图3所示),因为其并不是该衬垫具有功能性的组成部分。法院进一步解释称,通常情况下,一个产品的外观特征如果对该产品的功用起核心作用或是关乎该产品的成本或质量,则该特征一般会被认为具有一定的功能性,因而不符合注册成商标的条件。适用该理论时还应当讨论是否“对该特征进行独占性使用会给其他竞争者带来非由商业信誉本身产生的严重不利”,如果是,则该特征即具有功能性^⑧。六年后,美国最高法院在TrafFix一案中重申——当美感功能性成为一案的核心问题时,法院需探究是否承认该设计特征的商标可注册性会置于竞争者于非由其商誉本身产生的严重不利地位^⑨。

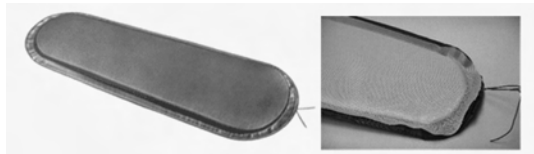


图3 Qualitex公司主张衬垫的绿金色商标^⑩

除了独占使用颜色对竞争的影响,另一个对单一颜色商标可注册性的重要争议点是颜色作为商标的

① Qualitex Company v. Jacobson Prods Co., Inc., 514 U.S. 159, 164 (1995).

② 1938年《美国侵权责任法注释》第742条阐明“某一商品的特征具有功能性……说明该特征影响了商品的用途,操作方法或者表现方式,或处理、使用该商品提供了便利或经济效益的影响;如果该特征不产生此类影响,则不具有功能性”。对于“主要出于该特征为商品带来的美感和美学价值而导致该商品被消费者购买”的商品,《美国侵权责任法注释》则表明“该特征也可能具有功能性的,因为他们对商品的价值有益,且帮助该商品达到其商业目的。”

③ Pagliero v. Wallace China Co., 198 F. 2d (9th Cir. 1952).

④ Pagliero v. Wallace China Co., 198 F. 2d 340 (9th Cir. 1952).

⑤ Pagliero v. Wallace China Co., 198 F. 2d 343-344 (9th Cir. 1952).

⑥ Qualitex Co. v. Jacobson Prods. Co., Inc., 514 U.S. (1995).

⑦ Qualitex Co. v. Jacobson Prods. Co., Inc., 514 U.S. 165 (1995).

⑧ Qualitex Co. v. Jacobson Prods. Co., Inc., 514 U.S. 165 (1995).

⑨ TrafFix Devices, Inc. v. Mktg. Displays, Inc., 532 U.S. 23, 32-33 (2001).

⑩ 图片来源: http://www.museumofintellectualproperty.org/exhibits/expansion_of_trademark_law.html.

显著性问题,以及该显著性是否有绝对的标准,或者说可能的限制条件。这一讨论由美国第二巡回上诉法院在克里斯蒂·卢布廷(Christian Louboutin)诉伊夫·圣罗兰(Yves Saint Laurent, YSL)^①一案中做出了开创性的判决。该案对时尚设计中的颜色商标的可注册性也做出了十分具有实践意义的指引。

克里斯蒂·卢布廷(Christian Louboutin)是位于法国巴黎的著名奢侈鞋履品牌,于20世纪90年代初以红漆底的高跟鞋为招牌鞋款进入高端鞋履市场,并于2007年向美国专利商标局申请注册“红鞋底”商标(指定红色为商标的特征之一)(如图4所示)。商标局以Louboutin的鞋款已广泛大量使用红色于鞋底,因而符合颜色商标所需的“第二层意义”为由,授予Louboutin注册第3361597号“红鞋底”商标^②。2011年,伊夫·圣罗兰(YSL)推出了一系列单色鞋款,包括红色(红色鞋面及红色鞋底)(如图5所示,其与Louboutin的红鞋底设计形成对比)。Louboutin随即对YSL以侵害商标权、不正当竞争及淡化其商标显著性为由,向纽约南区法院提起诉讼且请求初期禁令(preliminary injunction),禁止YSL销售其单色红底鞋,并提出相应的损害赔偿。YSL则回应要求法院以缺乏显著性为由撤销Louboutin的“红鞋底”商标。



图4 Louboutin“红鞋底”注册商标图样^③



图5 YSL单色鞋款与Louboutin的红鞋底设计形成对比^④

南区法院援引Louis Vuitton(路易威登)著名的多色交织字母(monogram)商标和Burberry(巴宝莉)经典格纹商标,基于《兰哈姆法案》“只准予存在于具有显著性的图案或组合中的颜色作为商标注册”的规定,支持了YSL^⑤。法院解释说,“颜色是在时尚行业中起到装饰及美感作用的重要特征,也是使这个行业充满竞争的活力所在,确认对该颜色的

商标保护会造成其他品牌创作与设计的局限”。因此,“即便Louboutin的红底品牌已经通过市场的认可而获得‘第二层意义’,但Louboutin仍不能证明其“红鞋底”的外观特征符合注册成商标的条件。”

第二巡回上诉法院推翻了南区法院的结论,肯定了Louboutin“红鞋底”的外观设计特征已通过大量的市场宣传和投入达到了“第二层含义”,即消费者看到红底高跟鞋会自然联想到Louboutin的产品,但指出这种显著性仅限于当红底配上其他颜色鞋身的时候,而不包括鞋底和鞋面都呈红色的情形。因此,上诉法院要求美国专利商标局将Louboutin注册的“红鞋底”商标的保护范围限制为红鞋底与鞋身呈现反差色的情形^⑥。该上诉法院判决不仅强调了颜色作为可注册为商标的显著性问题,且对该显著性的建立提出了多种的可能性。此外,相比Qualitex一案中的竞争理论,此判决中更进一步地讨论了颜色的丰富性,颜色商标的精确性(精确到Pantone(潘通)色号)以及对该颜色的独占性使用不会剥夺设计师在其他范围中使用该颜色或同色系其他颜色的自由。

三、美国与欧洲对时尚设计保护的法律格局

(一)美国

经过时尚行业在法律方面的不懈努力,今天的美国时装设计师得以拥有一系列在知识产权法框架内的选择和权利,以保护其在服装、饰品及其他产品上的独创性和新颖性相对较高的设计。然而如上文所述,美国现有的对时尚设计的法律保护仍不健全,尤其相比于欧洲,并且对阻止第三方模仿行为的执法和司法救济尚存挑战。

一般来讲,商标法对保护时尚设计是最通用可行的机制。它提供对一个时尚品牌或一件时尚单品从名称、标识到某些设计元素特征的保护,只要他们能够明确指向该商品或品牌的来源^⑦。如果一件商

① Christian Louboutin, S. A. v. Yves Saint Laurent Am. Holding, Inc., 778 F. Supp. 2d (S.D.N.Y. 2011).

② 参见 <http://tess2.uspto.gov/bin/showfield?f=doc&state=4010:677edd.2.1>。

③ 图片来源:美国专利商标局网站商标检索信息。

④ 图片来源:<http://madamemoire.com/>。

⑤ Christian Louboutin, S. A. v. Yves Saint Laurent Am. Holding, Inc., 778 F. Supp. 2d 451 (S.D.N.Y. 2011).

⑥ Christian Louboutin, S. A. v. Yves Saint Laurent Am. Holding, Inc., 778 F. Supp. 2d 225-227 (S.D.N.Y. 2011).

⑦ U. S. C. 53 1051-1052, 1125 (2004); U. S. Patent & Trademark Office, Basic Facts About Trademarks, [EB/OL]. [2019-07-15]. <http://www.uspto.gov/go/tac/dochasic/>.

品的外观或包装使消费者可以辨别该商品的来源,设计师和时尚品牌也可以通过申请商品外观商标对它进行商标法意义下的保护^[14]。商品外观商标是对一件时尚单品的不具有功能性而显著性较高的设计部分进行的保护,比如尺寸、形状、颜色、质地以及整体外观和感觉^[15]。然而认定一件产品外观是否具有足够的显著性是对美国法院提出的保护这类商标的挑战。美国最高法院在著名的沃尔玛诉萨马拉兄弟(Wal-Mart Stores v. Samara Brothers)^①一案中做出一致裁决,认为涉案的儿童服装的产品设计“永远不会具有识别商品来源的固有的显著性”。因为该产品设计是结合了美感和功能性等综合因素而得出的结果,唯一能够指向商品来源的情形是该设计已经在消费者心中获得了“第二层意义”(secondary meaning)^②。因此,要获得对某件时尚产品外观或包装设计的商标保护,单单靠奇特的设计不足以满足显著性的要求,还要通过商标使用在市场上获得消费者的认可,并且能够使消费者准确识别出该设计指向哪个品牌。

尽管专利法没有商标法对时尚设计的保护范围大,但其仍是保护服装设计的重要法律之一。正如上文对服装功能性的讨论,如果服饰上的某种设计元素足够新颖并满足专利权保护的各种要求,那么自然可以作为一项发明受到专利法的保护。比如在服装上常见的起到收紧作用的粘扣或拉锁;高性能面料,比如弹性舒适的莱卡(Lycra)和强韧耐高温的克维拉纤维(Kevlar);功能性服装,比如处理危险品或有毒物品时穿的防护服等。但对于大多数时尚产品来说,考虑到申请专利的成本和获取专利的时间以及符合专利申请的要件(新颖性、实用性和非显而易见性^③)等因素,专利保护并不是最实用的保护形式。

设计师还可以对任何一种产品新颖、独创且具有装饰性的设计部分申请外观设计专利的保护^④。这种保护手段理论上适用时尚设计,但具有与发明专利类似的局限性,尤其鉴于时尚的时效性与美国专利申请流程的复杂性。当一项设计真正获得专利保护时,它保护的征象对象往往可能已经过季不再流行,或错过了对仿冒设计执法的最佳时机。

如上文所述,由于服装的功能性本质,时尚设计不是美国著作权法框架下受保护的类别。具体而言,从一件服装的剪裁、缝线到整体的样式,都不能受到著作权的保护。根据美国著作权法以及司法判例,服装的设计只有当它可以与服装具有功能性的部分相分离(物理上可实际相分离或观念上可概念

性相分离)且可以独立存在时,分离出来的部分的设计才可能受到著作权的保护^⑤。比如,一件裙子的衣料上的花朵图案可以与衣服本身相分离且独立存在,这个花朵图案即可受到著作权法的保护。但同样一件裙子的廓形和剪裁等元素,离开了裙子本身,却无法独立存在。该“分离且独立存在”的检验标准,在上文提到的 Star Athletica, LLC. v. Varsity Brands, Inc.^⑥一案中被赋予了新的意义。该案中美国最高法院支持了拉拉队队服的服装设计的著作权可保护性,且设定了可分离性的最新的检验标准——“想象”检验法(“imagination” test)^[16]。这种检验方法不再考虑创造者的意图、设计本身对服装的可销售性的影响以及设计元素本身能否物理上与服装相分离。最高法院进一步明确了著作权对时尚设计的保护不包括时尚产品的尺寸、廓形和剪裁。除了对服装上具有装饰性的时尚设计元素的部分保护外,著作权法还对时尚设计的二维呈现方式,比如服装图片、图册、制图、设计手稿等,以及如上文提到的面料设计提供法律保护。

(二)欧洲

对时尚设计的保护一直以来是欧洲时尚品牌商业模式中的重心。整个时尚产品是“通过创作每一季新的时装设计且融入不断的创新所主导的”^[17]。欧洲仍然是全球高级定制时装的中心,保护时装设计、设计师的创作和设计权由来已久,这也是其文化和法律格局中的重要特征。与美国不同的是,在欧洲,时尚产品,包括饰品和鞋履都可能在欧洲国家本国或欧盟的设计法和著作权法的框架内受到保护。

欧盟成员国已采用了一套统一的保护设计权的体系,即欧洲议会与欧盟理事会关于外观设计的法律保护指令(98/71/EC)(以下简称“欧盟设计保护指令”)。欧盟设计保护指令要求签署指令的成员国对已注册的外观设计一律给予保护,并且将“外观设计”定义为“一件由线条、轮廓、颜色、形状、质地及产品本身的材料或装饰物等元素构成的产品的全部或一部分”^⑦。该外观设计需同时符合“新颖性”

① Wal-Mart Stores, Inc. v. Samara Bros. 529 U.S. 205 (2000).

② Wal-Mart Stores, Inc. v. Samara Bros. 529 U.S. 205, 209-215 (2000).

③ 35 U.S.C. § 33 101, 103 (2004).

④ 35 U.S.C. § 171 (2012).

⑤ 17 U.S.C. § 101 (2012).

⑥ Star Athletica, LLC v. Varsity Brands, Inc., 580 U.S. (2017).

⑦ Council Directive 98/71, art. 3, 1998 O.J. (L 289) (EC).

(novelty)和“拥有个性特色”(individual character)的要求。“新颖性”指没有完全相同的设计已经在市面上存在;“拥有个人特色”的设计指的是从一个了解情况的消费者看来,该种外观设计的整体表达区别于市面上既存的其他设计^[18]。

除了保护注册设计的欧盟设计保护指令,而后欧盟理事会通过并实施了《欧盟理事会共同体外观设计保护条例》(以下简称“保护条例”),旨在保护未经在欧盟各国注册的外观设计。该条例提供两类外观设计保护形式:一是注册式共同体外观设计(Registered Community Design, RCD),另一种是非注册式共同体外观设计(Unregistered Community Design, UCD)^[19]。注册式共同体外观设计的首次保护期为自申请日起5年,期满后可续展4次,每次5年,最长可达25年保护期。而非注册式共同体外观设计自该外观设计在欧共体内首次为公众可获得之日起,即享有3年保护期,不可续展。非注册式共同体外观设计因为保护期短,且无需注册过程产生的高成本,对保护拥有季节性特征的流行性较强的时尚产品尤其适合^①。

2007年1月,深受欢迎的英国品牌 Karen Miller 以 Dunnes Stores 侵犯其一款服装上的未注册的设计将其诉至爱尔兰高等法院,并要求停止侵权禁令及损害赔偿。法院支持了原告诉求。被告 Dunnes Stores 上诉至爱尔兰最高法院,该法院决定暂停审理并将案件的两个核心争议点提交至欧盟法院——如何判断一个设计具有个人特色以及权利人是否具有证明义务。欧盟法院最终认为权利人在侵权案件中无需举证其未注册的外观设计具备了“个人特色”,只需说明产品的哪些特征构成了“个人特色”^[20]。该先例给设计师对其未经注册的拥有独特个性的服装外观设计创造了极大的保护空间,同时也限制了第三方侵权人以该“个人特色”元素在先存在为抗辩理由挑战该设计的有效性^[21]。

除了欧盟范围内对外观设计的统一保护体系以外,每个欧盟成员国还可根据本国的著作权相关法律设计保护条件,这些条件由各成员国自己的法律决定。比如,在法国,法国知识产权法典(French Intellectual Property Code)(the “IPC”)明确保护原创作品,其中包括对服装等时尚产品以及其他季节性单品的创造^②。法国著作权法从作品创造之日起即对该作品予以保护,无论作品是否已取得著作权登记注册。在意大利,意大利著作权法(Italian Copyright Law)(the “LDA”)明确保护“具有创造

性特征或固有艺术特色的工业设计作品”^[22]。意大利时装设计师可根据意大利著作权法单向法院申请临时禁令,禁止第三方侵权人仿造其未经注册的、具有“创造性特征或固有艺术特色”的服装设计,而后还可要求法院发布永久禁令对第三人的仿造行为进行执法。英国保护时尚设计的法律是1988年的版权、设计及专利法案(Copyright, Designs, and Patents Act of 1988)(the “CDPA”)。法案中定义“艺术作品”包括平面作品、照片、建筑或拼贴画,建筑作品,或具有美感的手工技艺的作品^③。时尚设计被归类为“具有美感的手工技艺的作品”。司法实践证明,设计师需举证“具有美感的手工技艺”,这一较高的举证标准往往使得依据著作权法对侵权行为进行执法具有一定的难度。

四、定义时尚法——从知识产权法到更多

(一)法律与时尚:(跨)行业法的讨论

时尚法作为研究和解决时尚行业法律问题的一系列法律,成为与娱乐法、体育法等与某一行业息息相关的行业法,经历了一番法理上的博弈。1990年,当网络法这一全新的法律领域在美国最早被提出时,美国联邦第七巡回上诉法院法官 Frank Easterbrook 曾公开发表意见,反对这一领域法的建立,提出律师在跨学科研究上的“多事主义”会轻易地对一个不擅长的领域做出理所当然的假想。他因此认为“盲目的人并不是好的开拓者”^[23],只在一个特定的领域研究法律规则而不研究基本的、普世性规则注定是浅显且缺失统一原则的^{[23]207}。相反地,他与时任芝加哥大学法学院院长的 Gerhard Casper 都认为研究、学习一个特定领域或行业的法律,最好的方案是学习通用的规则。在而后的几年中,时任哈佛大学法学院教授 Larry Lessig 和其他几位该领域内的法学教授,反复论证并尝试将网络法作为独立的行业法^④。正如我们如今所见,网络法不仅成为了美国法学院里常规的固定课程之一,也早已被认为是一个独立的研究领域。

时尚相比网络空间,也许并不如 Easterbrook

① European Union Intellectual Property Office, Designs in the European Union, <https://euipo.europa.eu/ohimportal/en/designs-in-the-european-union>.

② Intellectual Property Code, Article L-112-2 (14) (Fr.).

③ Copyright, Designs and Patents Act, 1988, c. 48, § 4 (UK).

④ Larry Lessig 教授在斯坦福法学院创立了网络与社会研究中心。

法官所说的,法律研究者会因为对这个领域知之甚少而做出“盲目”假设,相反,它正是一个与我们每个人的生活息息相关,甚至每个人都为之贡献的了“研究素材”的领域。也许不是每个人都了解时装周的幕后筹备或服装的制造和销售流程,但却每天感知着身上衣着的搭配、材质以及种种因为与服饰亲密接触而带来的生活感受。这也是为什么服饰和围绕服饰的一系列社会活动,自很久以来便与一系列的法律和社会问题相伴。从某种程度上说,时尚作为一种普遍的社会活动和现象,需要得到从法律和社会层面上系统的认知、关注、解释和指导^[24]。

(二)时尚法的概念和范围

那么到底什么是时尚法呢?时尚法依托于服装饰品行业,以其产品的生命周期为主线,处理从设计、制作、分发、授权到销售等所有产业链条中的法律问题。它由一系列的法律、法规及法律原则构成,规制时尚行业中参与者之间的关系、参与者与消费者的关系、参与者与不同的政府部门在进行各项生产环节中的关系。

时尚法从西方社会的禁奢理论萌生出来,在科技不断发展、制造业不断蓬勃以及手工、设计人才不断涌现的社会背景下,经历了保护原创设计知识产权的抗争、跨国交易中的授权和商业问题、对不正当竞争行为的立法与司法的尝试,直至时尚已成为了全球认可的文化表现形式之一。它与法律的交叉和相互影响逐渐深入到整个行业中的各个领域。

时尚法的核心涉及知识产权法,除此以外,还涉及商业与金融,例如房地产相关法律、劳动法、经济法等领域;国际贸易与政府规范,例如生产安全、质量、可持续发展与环境等问题;消费文化、人身权利与社会礼仪、规范等问题。时尚法所涵盖的行业除了服装和饰品,也包括面料、新型材料的研发和生产,还涉及到模特、媒体、美容美妆及香氛等行业。随着近几年创意行业的发展,时尚法也与服务于娱乐行业的娱乐法、服务于体育文艺行业的体育法、媒体法及围绕艺术品和艺术行业的艺术法共同成长,助力时尚产业的发展。

具体而言,时尚法解答了行业中诸如以下一些问题:时尚品牌的知识产权战略布局——从跨国品牌到初创企业、独立设计师品牌如何以最有效率且最节省成本的方式保护品牌价值;面对商标或著作权侵权、不正当竞争行为的救济手段和途径;通过授

权模式布局产品线,签订授权合同扩展分销途径,进而达到品牌增值。如何寻求合适的加工厂,通过签订生产协议监督加工流程,保障产品质量以及工厂的工作环境与安全;如何帮助时尚、零售品牌分布资产和价值,处理并购交易中的法律问题。如何定位时尚企业类型和与社会责任的关系,帮助其从产品开发到销售的过程中做出更有利于树立公司和品牌形象和企业社会责任的商业决定,促进整个时尚产业链的可持续发展。时尚品牌如何在市场推广活动中,比如广告、社交媒体等管理合规,降低风险;如何帮助模特和模特经纪公司之间签署雇佣合同,并处理拍摄、时装秀、办理模特签证、支付佣金及工作中模特合法权利等方方面面可能出现的法律问题。关于社会性别平等、服装与个人表达自由,规定固定着装要求的社会规范的合理性的讨论,等。

通过法律的角度对以上方面进行完善和讨论,也许时尚法更重要的使命是通过推动立法,进而保障整个时尚产业的可持续、健康、有序地发展。在美国,时尚法已做出了这方面的努力——自2006年起,由美国服装设计师协会(Council of Fashion Designers of America,CFDA)带领业界向美国国会提交法案(H. R. 5055 Design Piracy Prohibition Act),拟通过该法案给予时尚设计三年的著作权保护,以最大限度防止抄袭、鼓励设计师创新、维护一定时间内设计师和时尚品牌的经济利益。该法案及后续类似法案被反复讨论。虽因时尚行业的特殊性至今未得到通过,但其提供的思路仍在美国时尚界、法学界和司法实践中被不断研讨。2017年,在全球范围内掀起的反对性骚扰的“Me Too”运动中,包括美国时尚法研究中心在内的众多非盈利组织纷纷代表曾受到过性骚扰的时尚行业内的模特、设计师等发声,并向纽约市人权委员会(New York City Commission on Human Rights)提交证言,要求纽约市人权法的保护和适用范围扩展到独立合同工(independent contractors),不论规模大或小的任何机构的任何受雇人^①(此两种雇佣关系是时尚行业对模特、造型师、设计师、实习生等专业人士的典型的雇佣方式)。

① Trexler J. Sexual Harassment: An Agenda for Reform, Testimony presented to the New York City Commission on Human Rights by Fashion Law Institute (Hearing Transcript at 90-96) [EB/OL]. (2017-12-06) [2019-08-11]. <https://fashionlawinstitute.com/tag/sexual-harassment>.

在学界,最初对时尚法以公开出版物形式的讨论始于 Jeanne Belhumeur 在 2000 年用法语出版的名为《Droit International de la Mode》一书^①(英文翻译为《The International Law of Fashion》)。该书只是从一个角度介绍了法律与时尚的关系。真正较为全面地把时尚纳入法律的话语体系和专业群体之间的讨论是美国福德汉姆大学法学院(Fordham University School of Law)的苏珊·斯卡费蒂(Susan Scafidi)教授^②的博客 Counterfeit Chic^③。随着越来越多的法律学者与时尚博主对 Counterfeit Chic 的关注和讨论,斯卡费蒂教授在博客的基础上对时尚法的内容进行了总结和系统化。她在 2006 年福德汉姆大学法学院正式开设了这一名为“时尚法”的课程,该课程也是全美第一门时尚法课程。2010 年,她建立了全美首个时尚法研究中心(Fashion Law Institute)^④。2015 年时尚法作为一个正式的研究方向开始招收法学硕士学生,核心课程由时尚法拓展为现在的七门专业课^⑤。纽约时尚法研究中心定期研讨时尚产业中的热点法律问题,为时尚企业和品牌搭建平台研究实务经验,并集结了一批具有时尚法实务经验的律师为初创品牌、设计师、时装模特等定期提供无偿法律咨询。目前,纽约大学法学院、卡多佐法学院(Cardozo School of Law)以及西岸的洛约拉法学院(Loyola Law School)纷纷开设了时尚法相关课程。纽约州律师协会也建立了时尚法委员会,每月就时尚行业的热点法律问题展开讨论。

五、讨论——发展时尚法在中国的意义

中国受益于经济高速增长和经济结构转型,已成为全球最大的奢侈品消费市场,加上不断崛起的本土设计品牌,千禧一代对个性的追求与批判以及前所未有的时尚互联网环境的助推,中国时尚产业已远超出“中国制造”的名片,正在从设计技艺、面料科技、制造和零售模式等全方位地拉近与全球时尚中心的距离,甚至在某些方面已经变成行业的引领者。同时,中国正在逐步完善法律制度、加强监管,构建更加统一开放、竞争有序的市场体系和竞争环境^[25]。2019 年 4 月 23 日,第十三届全国人民代表大会常务委员会第十次会议通过了关于修改《中华人民共和国商标法》和《反不正当竞争法》等八部法律的决定。2019 年 6 月,中国首部《文化产业促进法》正式面向社会征求意见^[26]。如此种种在立法上的创新和变革,都体现出中国对文化创意行业的愈

发重视以及对产权保护意识的逐步增强。

在先进的科技与开放的政策为时尚产业的发展创造条件的同时,中国时尚产业也存在很多不同于欧美国家的挑战和难题,这些已成为在中国研究时尚法的对象和目标。比如,时尚产业需要进一步行业结构调整和升级,如何从传统的制造、加工、出口为主的制造业发展成为包括时尚零售和时尚服务等高附加值的多维模式;本土服装企业如何树立品牌意识,如何保护自身品牌价值以及如何尊重同行业其他品牌的知识产权;时尚市场营销如何更加规范以适应日益蓬勃和多样化的电商营销渠道,等等。

时尚法本身更是充满乐趣的研究课题,尤其是它也涉及对时尚、流行的观察和对自身品味的提升,这便吸引了很多本身对时尚有持续的关注和热情,并从事法律实务工作的律师和专业人士。实际上,随着国内法律实务领域的越来越细化,已经有一些律师和专家在实务中专门为时尚行业的客户提供包括知识产权、商业等多领域的法律服务,也有一批年轻律师在海外学习了时尚法的相关课程再回到国内执业,这些具有行业知识储备的法律人士为时尚法在中国的发展提供了绝佳的人才基础,也将会起到越来越重要的作用。

六、结 语

时尚与法律的关系虽最初发源于西方阶级社会的禁奢理论,但时尚法作为单独的研究领域被提出,在美国和欧洲尚属年轻。除了保护时尚设计这一核心议题之外,还有时尚行业内的很多其他相关议题值得探讨,并有待通过立法和司法的途径进行关注、解释和指导。美国 and 欧洲对这一新兴行业法的建立和发展为在中国发展时尚法提供了很多有益的经验与启发。同时,在中国讨论和发展时尚法也将更好、更有效地统筹行业与法律资源,从立法、司法、行政,以及社会认知与规范层面促进和保障时尚产业可持续、健康、有序地发展。

① Belhumeur J, Droit International de la Mode [M]. Treviso: Canova, 2000.

② 参见 https://www.fordham.edu/info/23380/susan_scafidi。

③ 参见 <http://www.counterfeitchic.com/>。

④ 参见 <https://fashionlawinstitute.com/>。

⑤ 时尚法、时尚伦理和可持续发展、时尚法与金融、时尚法与国际贸易、时尚授权、时尚模特法、时尚零售法。

参考文献:

- [1] Hunt A. Governance of the Consuming Passions: A History of Sumptuary Law [M]. UK: Palgrave Macmillan, 1996: 18-19, 140.
- [2] Garber M. Vested Interests: Cross Dressing and Cultural Anxiety[M]. New York: Routledge, 1992: 21-37.
- [3] Jenkins D. The Cambridge History of Western Textile [M]. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
- [4] Scafidi S. Intellectual property and fashion design [J]. Intellectual Property and Information Wealth 2006 (1):115.
- [5] Tennent J M. A Treatise on the Copyright of Designs for Printed Fabrics [M]. London: Rarebooksclub.com, 2012: 11.
- [6] Perrot P. Fashioning the Bourgeoisie: A History of Clothing in the Nineteenth Century [M]. Princeton: Princeton University Press, 1994: 184-188.
- [7] Stewart M L. Copying and copyrighting haute couture: Democratizing fashion, 1900-1930s [J]. French Hist. Stud. 2005 (28): 103, 118-30.
- [8] Agins T. The End of Fashion: How Marketing Changed the Clothing Business Forever[M]. New York: William Morrow and Company, Inc., 2000: 23-25.
- [9] Leonard H B. Enterprising Elite: The Boston Associates and the world they made (review) [J]. Civil War History, 1988, 34(3):283-284.
- [10] Drexel J, Hilty R M, Boy L, et al. Technologie et Concurrence; Mélanges en l'honneur de Hanns Ulrich [M]. Brussels: Larcier, 2009: 218.
- [11] Trigg J A, Henderson H W. Something for designers to (maybe) cheer about: Star Athletica v. Varsity Brands [EB/OL]. (2017-05-02) [2019-07-02]. <https://www.jdsupra.com/legalnews/something-for-designers-to-maybe-cheer-13418/>.
- [12] Leonard N L. Applying Copyright Law to Useful Articles - A Dispute Over Cheerleading Uniforms May Result in a New, Unified Test[EB/OL]. (2016-10-04) [2019-07-02]. <https://www.wardandsmith.com/articles/applying-copyright-law-to-useful-articles>.
- [13] Herzaca L, Hogan H. Fashion Law and Business: Brands and Retailers[M]. New York: Practicing Law Institute, 2013: 157.
- [14] Trade Dress, International Trademark Association, Fact Sheets: Types of Protection [EB/OL]. (2015-11-27) [2019-07-09]. <http://www.inta.org/TrademarkBasics/FactSheets/Pages/Trade-Dress.aspx>.
- [15] Marsh M M, Sardesai-Grant N. Safe protection/safe inspiration: An introduction to Intellectual Property Law for Fashion Designs[J]. Emerging Issues 2012: 6821.
- [16] Star Athletica, LLC v. Varsity Brands, Inc., et al. 17 U.S.C., § 101. "Star Athletica v. Varsity Brands"[J]. IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law, 2017:1-3.
- [17] Van Keymeulen E, Nash L. Fashionably late [J]. Intellectual Property Magazine, 2012(1): 53.
- [18] Xiao E Y. The new trend: Protecting American fashion designs through national copyright measures [J]. Cardozo Arts & Ent. L.J., 2010 (23): 405-412.
- [19] Bretonniere J F, Fontaine F. Europe: Using Community design rights to protect creativity[J]. Building and enforcing intellectual property, 2010 (32): 17.
- [20] Hing R, Cassidy L, Karen Millen Fashions Ltd v. Dunnes Stores, Dunnes Stores (Limerick) Ltd: Clarifying the assessment of individual character in EU designs[J]. The Trademark Reporter 2015, 105 (6): 1446.
- [21] Ladas, Parry. The Court of Justice of The European Union Strengthens Unregistered Community Design Rights[EB/OL]. (2014-06-19) [2019-07-05]. <https://ladas.com/education-center/court-justice-europeanunion-strengthens-unregistered-community-design-rights/>.
- [22] Gauss H, Guimberteau B, Bennett L. Red soles aren't made for walking: A comparative study of European Fashion Laws[J]. Landslide, 2013, 7(1): 5-6.
- [23] Easterbrook F H. Cyberspace and the law of the horse[J]. University of Chicago Legal Forum, 2015, 1(7): 210.
- [24] Scafidi S. Fiat Fashion Law! The Launch of A Label and a New Branch of Law, in Navigating Fashion Law [M]. U.S.: Thomson Reuters, 2012: 7.
- [25] 陆娅楠, 吴秋余, 刘志强, 等. 法治是最好的营商环境 [N]. 人民日报, 2019-05-05 (01).
- [26] 张玉玲. 为文化产业发展保驾护航:《文化产业促进法(草案征求意见稿)》面向社会征求意见 [N]. 光明日报, 2019-07-28 (05).

(责任编辑:秦红嫒)



中国时尚、零售业跨境并购交易法律问题研究

徐劲科, 陈 洲, 陈昱嘉, 黄 虞

(北京大成(上海)律师事务所, 上海 200120)

摘 要: 自 2010 年以来, 由中国资本发起的时尚、零售业跨境收购迅猛增长。集中在欧美、日本等国家和香港地区的时装、美妆、珠宝、百货等细分行业, 主要以取得海外品牌知识产权、同行业上下游产业链和运营权等为收购目标。从交易的灵活性考虑, 收购方一般在此类股权收购和资产收购的交易结构中会设置境外 SPV。境外品牌的核心资产和价值主要体现在商标、专利、配方、核心人员、分销渠道等。因此, 交易文件会重点关注知识产权和商业合同的转让、核心人员的不招揽和竞业限制条款, 并据此设置交割先决条件、陈述与保证和交割后承诺。此外, 时尚、零售业跨境收购还应关注反垄断申报, 并通过法律和财务尽职调查核查目标公司的经营风险。

关键词: 股权收购; 资产收购; 交易结构; 核心资产; 核心交易条款; 反垄断

中图分类号: D922.2

文献标志码: A

文章编号: 1673-3851 (2019) 10-0524-11

Research on legal issues about cross-border acquisition transaction of China's fashion and retail industries

XU Jinke, CHEN Zhou, CHEN Yujia, HUANG Yu

(Beijing Dacheng Law Offices, LLP(Shanghai), Shanghai 200120, China)

Abstract: Since 2010, the cross-border merger & acquisition of fashion and retail industries initiated by Chinese capital have been surged rapidly, focusing on fashion, makeup, jewelry, department stores and other segments in Europe, America, Japan, other countries and Hong Kong, and mainly aiming at acquiring overseas brands' intellectual property rights, upstream and downstream industrial chain and operation rights of the same industries. Considering the flexibility of the transaction, the purchaser generally sets up overseas SPV(s) in the transaction structure of share acquisition or asset acquisition. The key assets and value of overseas brands are mainly reflected in trademarks, patents, formulas, core personnel, distribution channels and so on. Therefore, transaction documents focus on the transfer of intellectual property rights and business contracts, non-solicitation of core personnel and non-competition clauses, and accordingly set the closing preconditions, representations and warranties, and post-closing commitments. In addition, cross-border acquisition of fashion and retail industries should also focus on anti-monopoly declaration and verify the operational risks of the target company through legal and financial due diligence.

Key words: share acquisition; asset acquisition; transaction structure; key assets; key transaction clauses; anti-monopoly

自 2010 年以来, 由中国资本发起的时尚、零售业跨境收购迅猛增长。据笔者的不完全统计, 2010 年至今, 中国资本主导的时尚、零售业跨境并购共

73 起。从 2011 年开始, 跨境并购数量快速增加, 2015 年进入井喷期, 2017 年到达顶峰。仅 2017 年一年的跨境并购案件至少有 19 起, 接近 2014 年时

尚、零售业跨境并购案件数量的 4 倍。据报道,2018 年全球时尚产业共发生至少 100 起投资和收购交易,是上一年的 3 倍,平均每月 8 起收购,而在这其中,与中国相关的就占了十分之一^[1]。从这些数据可以看出,中国投资者正瞄准国际时尚、零售市场,积极参加竞争。跨境收购是我国时尚、零售业迈向国际化的重要标志,也是企业登上经营发展更高阶段的重要一步。

本文将介绍近几年中国企业在时尚、零售行业跨境并购交易案例,并就其中涉及的重点行业和法律问题进行总结和分析,主要关注交易结构、收购对象与核心资产、交易文件的核心条款、反垄断等政府审批要求等。

一、中国资本主导的时尚、零售行业跨境并购交易特点

笔者针对中国资本主导的跨境并购的目标公司所在国(地区)、交易金额、细分行业、是否涉及上市公司的跨境并购、商业目的这五个方面进行统计,汇总了我国时尚、零售业跨境并购交易的几个特点。

(一)目标公司所在国(地区)

十年来,中国主导的时尚、零售业跨境并购目标品牌地区分布统计如图 1 所示。从图 1 中可见,跨境并购的目标国家和地区主要分布在欧洲,尤其以法国居多(据笔者不完全统计,目标国家或地区为法国的交易数量占欧洲交易数量的三分之一以上),其他的目标为美国、日本等国家和香港地区。

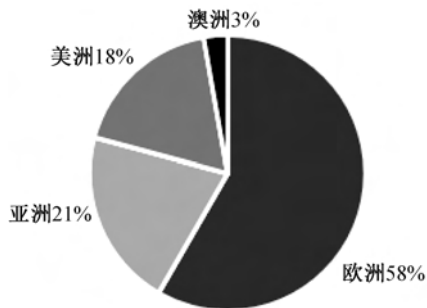


图 1 2010 年以来中国时尚、零售业跨境并购目标品牌地区分布统计

(二)交易金额

时尚、零售业跨境并购交易金额相对于房地产、汽车等行业来说并购交易额较小。2010 年以来中国时尚、零售业跨境并购交易额分布如图 2 所示,交易金额主要为 4 亿元人民币以上占比为 46%,但一般不超过 25 亿元人民币,其中 1 亿元人民币以下的交易占全部并购交易总数的近五分之一。安踏体育

以 47 亿欧元收购芬兰 Amer Sports、山东如意以 20 亿美元收购英威达是为数不多的交易金额较大的案例。

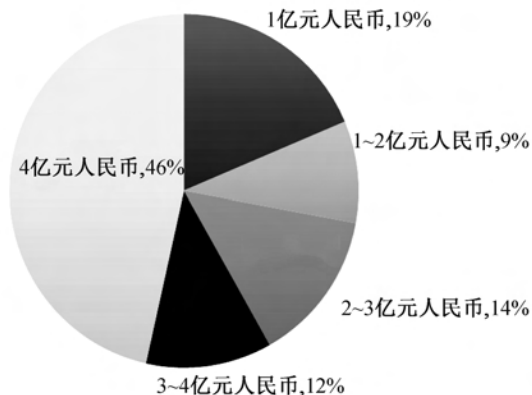


图 2 2010 年以来中国时尚、零售业跨境并购交易额分布

(三)细分行业

2010 年以来中国时尚、零售业跨境并购行业细分如图 3 所示,主要集中在时装行业,占有并购交易的近七成,相对来说美妆、珠宝、百货等行业的跨境并购交易较少。其原因除中国从“三来一补”时代以来纺织轻工业基础较好、市场模式成熟之外,还包括时装品牌并购后更容易进行整合等。而百货、珠宝行业并购交易金额较大,本地市场饱和,给中国企业并购和整合带来难度。美妆、医美行业在中国尚属于发展阶段,跨境并购经营风险较大。未来随着全球消费的继续升级,中国本土的美妆、医美行业进一步发展,可以预见在美妆、医美行业中的跨境并购会不断增加,甚至成为下一轮跨境并购热潮的主流行业之一。

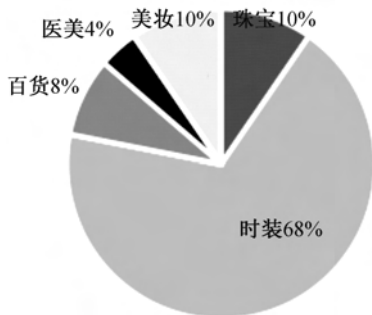


图 3 2010 年以来中国时尚、零售业跨境并购行业细分

(四)是否涉及上市公司跨境并购

目前,有实力开展境外并购的时尚、零售业中资企业主要分为上市公司和非上市民营公司,据笔者不完全统计,分别占 2010 年至今的收购交易的总数的 83%和 17%,上市公司占绝大多数。2018 年前后中国总体经济增长速度放缓,国内外因素导致非

上市民营企业的经营受到较大冲击,抗风险能力相对上市公司来说较弱,没有足够资金进行跨境并购和品牌整合,所以近两年来进行时尚、零售业跨境并购的非上市公司减少,仅有4起交易。开展跨境并购的主体还是以上市公司为主。上市公司进行海外并购,除了需要符合发改委、商务部、外管局、国资委(时尚、零售业一般不涉及国资委审批)等多个部门的监管要求之外,还要符合中国证监会和证交所的信息披露要求。

(五)商业目的

中国资本发起的时尚、零售业跨境收购通常出于以下三种目的。

1. 收购海外品牌等知识产权

收购海外品牌等知识产权的情况主要分为以下三种。

其一,收购同一品类、不同定位的海外品牌,实现品牌组合的多元化和升级。例如,特步国际(1368.HK)于2019年5月收购韩国衣恋子品牌是由于后者经营面向高端市场的运动服饰及休闲品牌K-Swiss、Palladium等。收购有利于特步由单一品牌公司拓展为多个品牌(含高端品牌)组合的体育用品集团。

其二,收购同一品类、相似定位的海外品牌,帮助海外品牌落地中国市场或借助海外品牌渠道开拓国际市场。例如好孩子(1086.HK)于2014年6月收购美国WP Administration, LLC持有的子公司。原因在于目标公司主营的Evenflo、ExerSaucer、Snugli等婴童用品在北美占据着较高市场份额,与好孩子的SKU非常接近,收购将为好孩子集团提供在北美营销及分销能力,进一步发展好孩子品牌在全球的据点。

其三,收购不同类商品、服务品牌,丰富SKU。例如以服装起家的朗姿股份(002612.SZ)于2016年4月收购韩国主营医疗美容服务的Dream Medical Group Co. Ltd. (DMG),以切入医美市场,布局时尚产业。

2. 收购同行业上下游产业链公司

收购产业链企业主要是为了更好地布局产业链。例如,豫园股份(600655.SH)收购比利时国际宝石学院80%股权,后者是全球知名的宝石学培训及钻石鉴定组织。被收购方在镶嵌钻石领域具有较好的协同潜力,豫园股份计划通过此次投资实现战略布局全球钻石产业链,更好地获得钻石领域专业知识及行业资源^①。

3. 收购品牌运营权

收购品牌运营权主要指企业收购商贸公司等代理商或某品牌集团某地区的运营公司(例如大中华区公司)的股权,以获得该品牌在该地区的代理权或商标使用权,取得目标品牌在该地区的实际运营权。例如,七匹狼收购Karl Lagerfeld Greater China Holdings Limited 80.1%的股权,标的核心资产主要为KARL LAGERFELD在大中华地区(包括中国大陆、香港、台湾、澳门和新加坡地区)商标的永久的、不可撤销的、排他性、可再分发的商标使用权,七匹狼因此获得了与品牌有关的一系列核心权利,包括设计、生产、分销等。

在计划收购时,中国资本首先要考虑清楚其跨境收购的目的。这直接关系到中国企业海外收购的核心资产的范围(知识产权、商业合同、核心人员等)、交易方式选择股权收购还是资产收购以及交易结构等方面,笔者将在下文中详述。

二、跨境并购交易案例背后的交易结构考量

时尚、零售业海外并购实务中与其他行业基本一致,主要有两大类交易结构:一是股权收购,二是资产收购,在2010年以来的交易案例中分别占97%和3%。笔者将结合典型交易案例和相关法律法规,详细介绍交易结构和交易结构的考量。

(一)交易结构

1. 股权收购

股权收购是最常见的并购方式。收购方协议购买目标公司的股权或对目标公司增资(或同时收购股权并增资)的方式成为目标公司的股东,进而达到参与目标公司经营甚至控制目标公司的目的。收购方通常为中国企业或中国企业在目标公司所在国设立的境外子公司、孙公司,或与目标公司所在国具有税收安排的第三国设立的子公司、孙公司(即境外SPV)。转让方为持有品牌所有权和知识产权的目标公司的股东,在家族品牌的情形下,转让方可能为创始家族成员及其设立的控股公司。

股权收购的特点是目标公司只在股东层面进行变动,一般不影响目标企业资产运营。目标企业拥有的知识产权、牌照等得以保留,可以较快帮助企业打入目标公司所在当地市场。异国企业要进入他国经营,往往面临着关税或营业资质等重重壁垒,虽然该问题在时尚、零售业并不太突出,但在实务中,中

① 有关交易的介绍详见本文第二部分中的案例。

国企业直接到国外进行跨境经营,还是存在一定难度,而股权收购能够帮助企业跨越一些当地法律限制。目标国家时尚、零售业市场往往已经形成一定的市场格局,直接到当地经营,很难“分一杯羹”。因此,采用股权收购的方式并购目标公司,其在并购后依旧存在,在目标国家继续经营,目标公司的品牌、研发力量、销售网络依旧可以发挥作用,帮助中国企业迅速进入当地市场。同时目标公司还可以与中国企业在中国成立合资企业进行中国业务的拓展,一举两得。但是收购方需要在所持股份比例范围内对目标公司的债务承担责任,因此需要对目标公司进行全面的尽职调查。

2. 资产收购

资产收购指的是收购方协议购买目标公司资产,包括品牌、设计、专利等知识产权、商业秘密、门店、存货、商业合同(销售合同、特许经营合同、分销合同、许可合同、原材料供应合同等)等核心资产,并自行运营。这并不影响目标公司的股权结构,而是强调对标的资产的控制。转让方为持有标的资产的目标公司及其关联公司。涉及政府许可文件的需要取得当地政府的同意。商业合同下的权益(包括不动产租赁合同、贷款合同、供应合同、特许经营合同、分销合同等)的转让往往需要合同相对方(非关联公司的情况下)的同意。

资产收购中还有一种方式是业务部门收购,转让方剥离、出售特定业务部门。相关业务可能有多个公司经营。该交易中,收购方通常需要从若干个转让方收购与业务相关的资产以及收购与业务相关公司的股权。如果转让方将业务部门剥离、重组注入一家或若干家转让方的子公司,再出售该子公司的股权,那么该交易为以股权收购的方式收购资产。

资产收购的特点是收购方可以不必承担目标公司的债务,并且可以通过计提折旧获得税后利益。但缺点是需要承担较高的税负,资产过户手续相对较为复杂,对资产的尽职调查必不可少。此外,获得各类同意和许可的难度与进程直接影响资产收购的完成不过时尚、零售业的并购不同于建设工程、能源行业的并购,不涉及复杂的政府许可。

(二)交易结构考量和交易案例

1. 股权收购交易结构考量和交易案例

不同于房地产、能源等行业的对外投资,中国时尚、零售业跨境并购交易一般采用跨境并购的最普通的交易结构,仅设立一层或两层境外 SPV(香港或国外的子公司或孙公司)。并购交易的标的金额

较小,一般收购方较多采用自有资金对外投资,也有涉及金额较大的交易中会通过交易所发行债券募集部分资金,或联合私募基金共同收购目标公司。具体来说,该交易结构的优势如下:

便于联合境外投资人进行并购、获得公司贷款或提供股权质押担保、将部分业务或子公司在不同交易所上市、方便公开发行债券等。企业对外再投资备案或审批流程也得以简化,便于收购方待整合运行良好后,通过现金或发行股票公开募集资金购买境外 SPV 的方式,将标的资产或目标公司注入境内公司,充实和优化财务报表。也便于投资人隔离交易风险,直接由境外 SPV 将标的资产或目标企业剥离或寻求转让出售;便于税收筹划以节省税赋。在部分国家和地区有不同程度的所得税政策,良好的交易结构可以避免双重征税。可开设海外离岸账户。离岸账户不受本国外汇管制,资金调拨自由,从发展来看,境外 SPV 成本逐年增加。

当然,笔者也看到有案例中,中国企业作为投资主体直接进行跨境并购,该模式相比设立境外 SPV 来说更简单直接。最大的便利是可以直接以境内资产或权益向银行担保,在中国境内完成融资。

中国时尚、零售业跨境并购交易较少使用成立并购基金作为投资主体展开投资并购的线路。以下为一些典型交易案例的介绍:

其一,通过境外 SPV 收购境外标的公司的一般交易案例。例如,七匹狼(002029)通过香港全资子公司收购注册在香港的 Karl Lagerfeld Greater China Holdings Limited 80.1%的股权及对应的股东贷款^①。又例如,2019年5月,特步国际(1368.HK)通过其在中国香港注册成立的全资子公司 Xtep Global Limited 收购韩国衣恋集团(E.Land World Ltd.)在美国特拉华州注册的子公司的全部股份从而获得 K-Swiss(盖世威)、Palladium(帕拉丁)及 Supra 三大品牌以及两个子品牌 PLDM 和 KR3W 的所有权。

其二,境外 SPV 设立时的税务筹划。例如,拉夏贝尔(603157.SH)收购法国时尚品牌 NafNaf 的交易中,拉夏贝尔在卢森堡设立 SPV 的理由很直白,因为比利时和法国之间有税务合作和税收情报交换协定,避免双重征税。该交易结构如图4所示。

^① 在股权转让完成交割后与目标公司其他股东共同按持股比例对目标公司的境内运营主体加拉格(上海)商贸有限公司提供 10,000 万元人民币或等值美元的增资,对应公司的增资金额为 8,010 万元人民币或等值美元两项合计投资 32,040 万元人民币或等值美元。

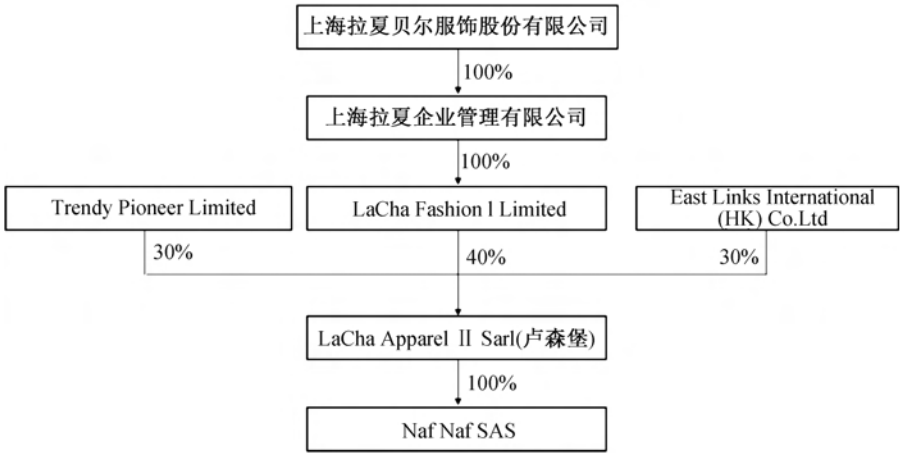


图4 拉夏贝尔股权结构

其三,设立两层境外 SPV 使收购方更灵活地应对内外部突发问题。例如,刚泰控股(600687)收购意大利珠宝品牌 Buccellati 的交易中,刚泰控股就利用境外 SPV 很好地应对了突发情况。甘肃刚泰控股(集团)股份有限公司于 2016 年 12 月 23 日发布公告称,拟间接收购意大利珠宝品牌 Buccellati (布契拉提)85%股份,整体交易金额暂定为 14.64 亿元人民币。原定交易结构如下:由刚泰控股的第二大股东刚泰集团在香港设立子公司悦隆实业有限公司,悦隆实业在意大利设立用于跨境并购的 Gangtai Italia S.r.L(该交易中的境外 SPV),由该 SPV 收购目标公司 Buccellati Holding Italia S.p.A.(简称“BHI”)85%的股份。之后,刚泰控股将以发行股份的方式购买刚泰集团持有的悦隆实业 100% 股权,并通过悦隆实业持有 BHI 85%股份。但是由于刚泰控股资金流问题,2018 年 8 月 14 日公告称终止发行股份购买资产并募集配套资金购买悦隆实业股权。转而由刚泰集团将其持有的悦隆实业 100% 股权、悦隆实业持有的该 SPV 的 100% 股权以及刚泰意大利持有的 BHI 的 85% 股权(简称“目标股权”)对应的日常股东权利委托刚泰控股管理,即委托刚泰控股行使与目标股权对应的处分权和收益权之外的其他全部股东权利,委托期限为 3 年。根据该公告,刚泰控股不排除在未来另行处置悦隆实业的股权。

其四,由境外 SPV 向境外自然人收购股权的交易。例如,豫园股份(600655.SH)拟通过荷兰全资子公司 Global Diamond B.V.以 1.088 亿美元的对价向两位自然人股东分别收购比利时国际宝石学院(International Gemological Institute)40%的股权,合计 80% 股权。截止发稿之日,该交易尚未完成交割。

其五,先取得目标公司控股权再逐步收购剩余股权的交易。例如,歌力思(603808.SH)通过全资子公司东明国际投资(香港)有限公司分三步完成了收购华悦国际控股有限公司与 ICL-Ed Hardy Limited 持有的香港的唐利国际控股有限公司(该交易中的目标公司)65%、15%和 10%的股权,合计 90%,目标公司其余 10% 股权继续由华悦国际持有。目标公司拥有美国轻奢潮流品牌 Ed Hardy 在中国大陆及港澳台地区的品牌所有权,以及 Ed Hardy Skinwear 和 Baby Hardy 等品牌^[2]。

其六,联合境外投资基金建立离岸结构进行收购的交易。为了更好地融资和搭建股权结构,部分中国企业采取了和境外投资基金联合的方式进行海外并购。例如,2019 年 3 月,安踏体育(2020.HK)联合方源资本、腾讯旗下投资公司共同收购芬兰运动服饰集团 Amer Sports (Nasdaq Helsinki, AMEAS)的全部已发行及发行在外股份(但不包括 Amer Sports 或其附属公司持有的 Amer Sports 股份)的收购。安踏体育间接持有 Amer Sports 不到 60% 的股份。

其七,采用少数股权收购与设立中国合资公司相结合进行收购的交易。由于管理品牌、整合市场的能力不足,所收购的品牌很多时候并没有给其带来良好效益,反而把企业拖入泥潭。个别交易采用收购少数股权与设立中国合资公司相结合的模式。由中方在合资公司中占据控股地位,外方将品牌长期地授予合资公司使用,中国行业买家利用自身在中国市场积累的市场经验和渠道优势拓展市场,在获取中国市场收益的同时迅速地改善海外母公司的 EBITDA 表现,实现投资价值增长。这种交易结构在我国不乏成功的例子。例如,2018 年 9 月,森马

服饰(002563.SZ)收购美国JWU,LLC. 11%的股权之后,与其签订《合资经营合同》,由合资公司在中国、香港特别行政区及澳门特别行政区(简称“授权区域”)内开发并经营相关业务。又例如,如意集团(002193.SZ)于2010年5月收购日本RENOWN集团(3606.T)41%的股权后^①,与RENOWN合资成立北京瑞纳如意商贸有限公司,并引入了RENOWN旗下品牌^[3]。

其八,以中国境内公司直接收购境外标的公司。如前所述,我国时尚、零售业企业大多采用境外实体进行并购的交易结构,但是也有部分企业选择由自己作为投资主体,对目标公司进行跨境收购。如意集团(002193.SZ)与2017年11月和2018年1月分别通过子公司济宁如意投资有限公司、山东如意国际时尚产业投资控股有限公司收购英国风衣品牌Aquascutum全部股份和香港利邦(Trinity)男装51.38%的股份。

2. 资产收购交易结构考量和交易案例

由于是直接购买具体的资产,如品牌、设计、专利等知识产权、商业秘密、门店、存货、商业合同等,所以必须考虑所收购的资产的权属瑕疵问题,如在目标资产上是否存在抵押或质押等他物权。目标资产的真实价值和未来增值空间、运营难度,也是在时尚、零售行业进行资产收购时必须考量的因素。部分企业拟并购的品牌与其自有品牌属同一类别,且销售模式和销售渠道类似,此时直接购买目标品牌相关资产,有助于企业利用自有渠道和模式快速对收购的品牌资产进行市场运营,发挥品牌价值。

我国时尚、零售业企业跨境并购采用资产收购的方式的交易案例主要有如下几类:

其一,典型的资产收购案例。例如,2017年10月,山东如意集团与美国聚合物及纤维供应商英威达(Invista)签署协议,收购英威达(Invista)的服饰和高级纺织品业务^[4]。本次交易的标的包括英威达服饰和高级面料业务下的纤维和品牌组合,包括莱卡纤维、莱卡HyFit纤维、COOLMAX纤维、THERMOLIT纤维/隔热、伊莱斯邦纤维、SUPPLEX纤维及TACTEL纤维;相关的生产资产、研发中心、全球的销售办事处;以及所有相关的技术、商业、运营和行政人员——总计约3000名遍布全球的员工。又例如,2017年9月,贵人鸟(603555.SH)向注册在美国纽约的PRINCE Sports,LLC收购其在中国(含香港、澳门和台湾)及韩国拥有的PRINCE品牌资产所有权。包括PRINCE品牌的全部商标(由PRINCE Sports,LLC负责完成PRINCE商

标在当地的转让)及品牌资料,PRINCE品牌的网址、域名、社交媒体,享有独占权利,开发、生产及在指定区域内推广及销售PRINCE品牌商品^[5]。为保证收购品牌的运营,贵人鸟与转让方达成了一份永久、独占、免费的任何PRINCE核心专利和技术的授权协议,且将来转让方转让相关专利和技术须受制于该授权。

其二,以股权收购的方式收购资产的案例。例如,2017年初,维格娜丝(603518.SH)收购衣念子品牌Teenie Weenie。维格娜丝时装股份有限公司斥资约50亿元人民币收购衣念时装香港有限公司(E-Land Fashion Hong Kong Limited,该交易中的转让方)及其关联方持有的Teenie Weenie品牌及该品牌相关资产和业务^②。转让方及其关联方分别将所持有的Teenie Weenie品牌及该品牌相关的资产和业务转让至转让方新设的全资子公司甜维你(上海)商贸有限公司(该交易中的目标公司)。维格娜丝通过认缴甜维你新增注册资本的方式获得甜维你90%的股权。待甜维你运行三个完整的会计年度之后,维格娜丝按相同的估值倍数向转让方收购甜维你剩余10%股权^[6]。

三、中国时尚、零售行业企业进行跨境并购的重点法律问题

中国企业在跨境并购方面尚存在经验不足、风险了解不充分等问题,且信息不对称,也给跨境并购带来风险。以下是时尚、零售行业跨境并购应重点关注的法律问题。

① 2010年5月,RENOWN向山东如意定向增发约40亿日元股份,即3333万股,每股增发价格120日元。增发后,山东如意持股41.18%,成为RENOWN最大股东,在股东大会上对RENOWN公司拥有绝对话语权和决策否决权。同时,RENOWN接受山东如意派出三位中国籍董事进入董事会。在由7人组成的RENOWN新董事会中,如意占有三席(RENOWN7月29日召开临时股东大会,正式通过了该方案)。该交易号称中国民企收购日本东京交易所主板上市公司第一案。2015年,RENOWN在连续亏损13年之后首次实现盈利。

② 相关资产包括:a)转让方及其关联公司位于中国的有形资产,即Teenie Weenie位于中国的品牌仓库及百货店、购物中心店、奥特莱斯店等卖场、网上店铺的存货和设备;b)无形资产,即Teenie Weenie品牌及其卡通人物形象在全球范围内的商标权、专利权、著作权、域名、经营权、相关的商业权利、权益、商誉、微博、微信等公众号及相关注册权利、网上销售权利等;c)商业机构,即在中国运行Teenie Weenie品牌的组织及该等组织对品牌卖场享有的权利及其他支持Teenie Weenie品牌运营的或与Teenie Weenie品牌相关的资产或业务;d)相关员工,即Teenie Weenie品牌的设计师及制版等技术、高级管理人员、销售人员、职能人员(如供应链、人力、财务、法务等部门的人员)等。

(一)核心资产考量

在时尚、零售行业企业跨境并购项目中,在收购方展开尽职调查、文件起草、谈判等主要工作前,首先应该厘清收购方推进本次收购的商业目的及看中的核心资产。这里的核心资产是指收购方看中的被收购方的最核心的竞争优势或最有价值的资源。

如果收购方想要达到的商业目的不同,则对目标公司的核心资产考量也会相应变化。例如,当一家主营大众服饰的服装公司计划通过收购,拥有并运营一个潮牌以丰富其服装类别时,这个潮牌深受认可的理念、广受欢迎的设计或深入人心的形象都将成为“核心资产”。那么直接收购一家小众设计师品牌的全部股权,并保留原管理层和设计师以确保潮牌可持续的生命力,便成为可维护该“潮牌”全部核心资产的收购方式之一。又比如,当收购方仅仅希望获得某个国际知名品牌在中国的运营权时,向商贸公司收购该品牌在中国的代理权则成为性价比最高的收购方式。

总之,商标、著作权和专利等知识产权,技术诀窍、工艺、配方等商业秘密,设计师与创始人等核心员工及分销渠道等品牌价值等往往是时尚与奢侈品行业公司的核心资产。下文将逐一剖析这些核心资产,并分析在收购中通过哪些法律手段实现对核心资产的控制。

1. 知识产权

在时尚与奢侈品行业中,一个高价值品牌的商标、一件衣服的纺织工艺或编织手法、一种化妆品的生产技术、一双鞋子的独特设计等都可以成为一家公司的核心竞争力。无论是股权收购还是资产收购,收购方一定希望可以全部“掌控”目标公司所持有或被许可的知识产权(发明、实用新型和外观设计、商标、服务标识、商号、专有技术、标志、域名、著作权等)。所谓的“掌控”主要包括:a)自身拥有或保证目标公司继续持有该等知识产权;b)自身获得或保证目标公司继续获得第三方所有的知识产权的被许可;c)终止目标公司被收购前已存在的不必要的授予其他第三方的知识产权许可;d)防止承担由现存或潜在的有关知识产权的争议或纠纷产生的损失。尤其对于收购品牌运营权的收购类型来说,商标使用权更是交易的关键。

为实现这样的“掌控”目的,买卖双方会视项目需要,签署知识产权许可或转让协议、原知识产权许可终止协议及技术合作与服务协议;买方还会在股权或资产转让协议等主要交易文件中,要求卖方与

目标公司就知识产权权利的真实、完整、有效作出陈述与保证,将有关权利的终止、许可或转让作为交割的先决条件,并约定相关连带赔偿责任等条款。相关文件的起草建立在买方对知识产权的权属是否存在瑕疵、地域性、时间性、法律和诉讼等进行审慎调查的基础上,尤其需要对传统零售行业的专利技术水平进行评估,是否达到世界领先水平。

2. 商业合同

股权收购模式下,收购方以不同程度控制了目标公司,往往希望维持原供应、销售、物流渠道,已订立的商业合同是法律尽职调查时的重点之一(特别需要调查该等商业合同是否有一方控制权变更时,另一方有权终止合约等类似条款)。资产收购模式下,则需要卖方将业务相关的商业合同转让给买方,这个时候需要签署一系列业务转让和服务协议。而收购代理权或商标使用权时,买方会要求卖方终止原分销及商标使用权许可协议,并就其获得全部目标品牌在某地区的独立设计、定价和生产等权利另行签署协议。

3. 核心人员

核心人员包括主要股东(主要为创始人)、高管(如创意总监)、核心技术人员或其他对公司有重大影响的员工。对于一贯强调态度、创意与个性的时尚与奢侈品行业来说,核心人员往往是核心价值所在:服装的设计师、香水的调香师、化妆品的研发人员、甚至是一个高知名度的创始人,都深刻地影响着公司的品牌及产品。那么,在以股权收购形式收购品牌公司或同产业链企业时,特别是那些高度依赖设计师等核心人员的公司(例如设计师品牌),核心人员与目标公司的劳动关系维持,收购前后如何保留、激励及限制该等核心人员以及原核心人员可能留下的风险隐患等均是需要关注的主要内容。

常见的法律手段包括:签署令买方满意的不招揽协议、保密协议及竞业限制协议、劳动合同,购买董事及高级职员保险;并将上述内容放入交易文件的先决条件或交割后义务中。

(1) 不招揽协议或不招揽条款

在并购交易中,通常会要求买卖双方及相关方在在职(持股)期间及离职(不持股)后一定期限内不得引诱或招揽标的公司管理层或/及雇员,防止目标公司人员尤其是核心人员被挖走。

买方可以结合自身及项目情况确定不招揽义务的期限。除法律角度外,商业团队还应从商业考虑,例如:该等条款是否对买方适用;是否会构成对商业

运营或该次并购的不正当限制等^[7]。

（2）竞业限制协议

为了保护目标公司的各种资源与竞争优势，收购方通常会要求被收购方核心人员履行竞业禁止或限制义务；而后者又将因其身份和地位的不同需要履行不同程度的义务^[8]。为此买方会要求核心人员与目标公司签署竞业限制协议，或直接将竞业限制义务写入交易文件条款中，以约束特定人员在职期间及离职后一定期限内不得从事与目标公司主营业务同类或相竞争的业务，自营同类产品或到与目标公司有竞争关系的其他用人单位工作。

由于此类协议/条款约束了员工或其他核心人员的劳动权，法律一般都会对此类限制性约定的公平性和合理性提出要求。又因为跨境并购涉及不同法域，其对于竞业限制的合法性和可行性存在不同的规定和判定，首先需要保证双方签订的竞业限制条款在适用法下是合法有效的，并能够约束到核心人员。

在中国，根据《劳动合同法》规定，竞业限制的员工限于用人单位的高级管理人员、高级技术人员和其他负有保密义务的人员；竞业限制期限最多为劳动合同有效期内以及劳动合同到期或终止后的两年；并要求用人单位必须给予合理的补偿。但在中国企业收购其他国家的目标公司时，由于签署协议的目标公司和核心人员往往都是国外主体，应根据所适用法律设置限制性协议的条款，以最大程度降低竞业风险。

（3）保密协议

收购方可要求核心人员与目标公司签署保密协议，以详细约定该等人员的保密义务。从收购方的角度看，保密信息的定义越宽泛越好，并尽量限制保密信息的使用范围。值得注意的是，在接触过保密信息后，专业人员往往在大脑中会留下印象，从而不由自主地在以后工作中使用，该等头脑印象往往被排除于保密协议保护范围之外^[9]。

（4）令买方满意的劳动合同

确认作出管理层或其他核心人员留任的商业安排后，一般会在签署主要交易文件时把劳动合同的内容，包括薪酬、岗位、工作年限及其他权利义务等也确认下来。

总而言之，基于上文对核心资产及保护手段的分析，为成功交割后维护目标公司的资源、竞争优势，收购方常要求签订《劳动合同》、《服务协议》、《保密协议》、《不竞争不招揽协议》、《知识产权许可协

议》或《知识产权转让协议》、《技术许可协议》、《原知识产权授权终止协议》等附属协议。附属协议的条款通常在股权转让/资产转让协议（“主协议”）签署时定稿，收购方通常会将其作为主协议的附件签署，或将该等协议的妥善签署作为交割的先决条件。

（二）重点交易条款设计

在时尚与零售行业跨境并购中，重点交易条款也会围绕上文阐述的核心资产来相应约定。由于交易协议涉及未公开信息比较敏感，笔者从各上市公司公告中选取了相关条款作为范例。

1. 交割先决条件

交割先决条件约定了交割要满足什么条件，要点是要求卖方、现有股东或者公司在买方付钱以前完成某些事项以保证买方利益，如案例^[10]：目标公司已收到六年保险保单的证据，其形式及内容及金额乃本公司合理信纳可作为目标公司现任或前董事及高级职员就生效时间或之前发生的任何事件的补偿保证、预付开支及免责赔偿；目标公司各董事已向本公司交付确认书，确认截至完成日期概不会向本公司或其附属公司弥偿申索；买方已收到目标公司的主要股东的不招揽协议；目标公司已与核心人员签订令买方满意的劳动合同、竞业禁止协议和保密协议；以买方及卖方合理满意的条款及条件终止目标集团与卖方附属公司的若干分销及许可协议；及以买方及买方合理满意的条款及条件注册成立合资公司于中国以独家许可行使分销目标品牌，并签署正式交易文件；以及确认陈述与保证条款。

2. 陈述与保证

主要指买方对拟出让资产或者股权的现状的描述与保证，也成为交割后索赔的基础，例如：目标公司的知识产权的详细情况已全部提供给甲方，不存在任何知识产权侵权或争议有关的已有的、正在进行的、未决的或可能发生的诉讼。

3. 交割后义务/交割后承诺

指买方付钱后要求卖方、目标公司及相关方进一步履行的义务和承诺：

其一，将确保附件留任人员名单中所列人员在交割日后继续留任公司，不因本次股权转让而离职。

其二，售股股东将促使标的公司与朗姿股份在中国境内合作拓展化妆品业务，包括新品研发、渠道拓展等^[11]。

其三，为确保买方取得目标集团及业务商誉及关系之全数利益及价值，卖方向各买方承诺，除获买方事先书面同意外，将不会并促使其联属人士将不

会自行、透过其雇员或代理或以其他方式及本身独立或联同其他人士直接或间接:于完成日期起计12个月期间,在财务或其他方面牵涉、从事或于当中拥有权益或涉及任何业务。而有关业务于完成日期或完成日期前任何时间,在目标集团任何成员公司于完成日期所从事业务或当中任何部分所在任何地区,与目标集团任何成员公司或目标集团所从事任何部分业务构成竞争。于完成日期起计12个月期间,招揽、诱使、雇佣、寻求雇用任何由买卖协议日期起至完成日期止任何时间身为目标集团任何成员公司高级职员或受雇担任重要技术/技能或管理或以上职位之人士或与彼等缔结任何服务合约、提出要约或促使或方便任何其他人士提出有关要约(任何响应招聘广告或与目标集团之雇佣关系已终止之人士除外,前提为该等响应或终止并非由卖方或其联属人士直接或间接提出或引致);向任何第三方披露任何业务资料;或使用任何商标、商号或域名、设计或标志,或任何电邮地址,或买方合理认为旨在或可能混淆有关商号或域名或电邮地址之任何其他名称^[12]。

其四,保障所收购的业务正常运营。在交割后一定期限内,目标集团自身及其指定的服务商将持续为业务的日常运营提供IT系统服务器和后台管理服务(含门店管理等系统)、雇员日常管理服务、咨询服务等,协助受让方顺利承接业务^[13]。

(三)支付方式的选择

在时尚、零售业跨境并购中,从现有交易案例来看,非上市公司和上市公司都不约而同地采用现金支付作为首选方式,而较少采用资产置换和股份支付的方式。现金支付具有简单、直接、快速的优点,且跨境现金投资境内审批手续已较为完善,流程清晰,不需要花很大的时间成本。但是,在标的金额较大的跨境并购中会给收购方带来现金流、融资压力^[14]。目前大多数时尚、零售业并购交易金额较小,企业有能力直接以现金进行支付。我国对跨境投资并购其他支付方式监管较为严格,流程较为复杂,加之资本市场不稳定因素较多,造成了我国上市公司海外并购支付方式的单一化特点。

(四)反垄断相关的问题

反垄断审批主要是指跨境并购相关司法区域监管部门针对交易对其市场竞争的影响程度进行考量;重点往往集中于评估一项并购交易是否触发相关反垄断申报/经营者集中申报义务以及触发申报义务后的反垄断申报组织工作^[15]。跨境并购中,当

并购体量达到一定程度时,就会涉及收购方、被收购方所在国家甚至其他司法区域的反垄断审查。根据中国《反垄断法》第二十条的规定:“经营者集中是指下列情形:(一)经营者合并;(二)经营者通过取得股权或者资产的方式取得对其他经营者的控制权;(三)经营者通过合同等方式取得对其他经营者的控制权或者能够对其他经营者施加决定性影响。”其他国家也都有类似的反垄断申请规定。^[16]

对于跨境并购业务中涉及经营者集中的情形需要采取前置申报审批程序。根据中国国务院《关于经营者集中申报标准的规定》^[17],经营者集中达到下列标准之一的,经营者应当事先向国务院主管部门申报,未申报的不得实施集中:参与集中的所有经营者上一会计年度在全球范围内的营业额合计超过100亿元人民币或者参与集中的所有经营者上一会计年度在中国境内的营业额合计超过20亿元人民币,并且其中至少两个经营者上一会计年度在中国境内的营业额均超过4亿元人民币。例如,2016年,中国女装公司维格娜丝(603518)以51.3亿元的价格收购韩国服装巨头衣恋集团旗下服装品牌Teenie Weenie。同年12月,维格娜丝收到商务部反垄断局《不实施进一步审查通知》,该收购通过商务部经营者集中反垄断审查。

在跨境收购中,也要考虑其他法域是否需要同时申报的问题。绝大多数国家/地区均基于交易各方在该国/地区的资产额或销售额或市场份额来判断是否达到申报标准,而不论交易的发生地。因此,虽然交易标的在被收购方国家,但如果交易方在其他以外的其他国家/地区也有销售或资产,仍需考察交易是否应在其他国家/地区进行申报。即使中国企业本身在境外没有任何资产或销售,仍然可能由于目标公司/标的资产的规模单方面满足某些国家/地区的申报标准,从而触发申报义务^[18]。例如,山东如意集团收购美国英威达时取得了获美国外国投资委员会(CFIUS)批准。2018年12月7日,由安踏体育与其他投资者通过新成立的公司,自愿性建议公开现金要约收购亚玛芬体育公司(Amer Sports)所有已发行及发行在外的股份^[19]。2019年2月21日晚,安踏发布公告称:完成要约收购须待(其中包括)收到相关监管机构的所有必要批准后,方可坐实。除要约人已获得该通函所载的主管机构的批准外,要约人已进一步收到澳洲外国投资审查委员会、欧盟的欧洲委员会及土耳其的土耳其竞争委员会有关完成要约收购的主管机构批准。墨西哥

联邦经济竞争委员会的批准程序正在进行中,收购进程因此延期^[20]。

(五)目标公司经营风险

海外收购风险重重,我国资本走出去有成有败。即使收购战略本身正确,但目标公司出现财务造假等欺诈情形也不少见。例如,入股希腊珠宝品牌 FolliFollie 是复星国际最早的几个国际化项目之一。该项目几乎是复兴国际首次涉足时尚产业,其商业目的主要是布局奢侈品产业、将海外项目通过复星集团的资源嫁接到中国消费市场上,并进军国际奢侈品市场。然而,由于运营等原因,FolliFollie 在收购后的七年间亏了五亿人民币。2018年,FolliFollie 出现假账风波:公司被指控涉嫌财务作假,夸大销售,特别是在亚洲市场,其存在实际运营情况和业务不匹配的情形^[21]。同年8月,希腊证监局宣布 FolliFollie 确实存在财务造假和操纵市场的行为,要求 FolliFollie 立即整改并缴纳 500 万美元的罚款。复星国际随后对该项收购计提亏损^[22];祸不单行,至 2018 年 12 月,希腊金融检察官正式对 FolliFollie 的三名创始家族成员及七个高管提出欺诈和洗钱的指控。该项收购也成为覆舟之戒。

而收购成败也与行业大背景息息相关。例如,2014 年 4 月 4 日,三胞集团旗下南京新百(600682.SH)收购英国最老牌百货公司 House of Fraser。后者是一家知名百货公司,而南京新百也同样是一家老字号的百货公司。收购目的在于使中英两家老牌优秀百货企业,产生协同效应,布局两国零售行业,让双方互惠互利,共赢发展。根据公告,2016 年,House of Fraser 在被收购出现了盈利,但至 2018 年,House of Fraser 仍出现亏损。2018 年 6 月,House of Fraser 通告称,将出售公司的 51% 股权,出售的基础条件是公司实施重组计划,关闭半数以上门店。该收购目的是在于布局实体零售,而在消费主力军逐渐倾向于线上购物的背景下,实体零售整体业绩下滑;加之百货本身市场饱和度高,经营模式缺少特色,导致出现持续亏损。千篇一律的业态和品牌也让消费者逐渐出现“消费疲惫”的感受。中国企业应重点关注并购后的战略整合。^[23]

当然时尚与奢侈品行业跨境并购中亦有很多成功的案例。比如,山东如意(002193.SZ)于 2017 年 4 月收购了法国时尚集团 SMCP。据报道,收购后,SMCP 旗下品牌亚洲销售额同比增长 45%,法国以外的欧洲同比增长 20%,美洲同比增长 13%,法国国内市场同比增长 9%。2017 年 10 月,在完成收

购数月后,SMCP 便于在巴黎泛欧交易所成功挂牌上市。这有赖于山东如意的资本运作、商业运营及准确的投资判断,特别是与 Sandro、Maje 和 Claudie 三个品牌天猫旗舰店的成功运营密不可分。

四、结 语

根据笔者对公开资料的不完全统计,2010 年至今中国企业包括在香港、海外上市的红筹公司赴境外收购时尚、零售品牌的交易的目标主要为欧洲、美国、日本、韩国和香港地区等主要时尚品牌发源地,并且以服装、珠宝品牌为主。为实现不同的商业目的,交易可通过股权收购和资产收购两种方式进行。在交易结构方面,中国企业通常设立一层或两层境外 SPV,即中国企业在目标公司所在国设立的境外子公司、孙公司或与目标公司所在国具有税收安排的第三国设立的子公司、孙公司作为收购方去收购当地的目标公司股权或目标资产,以实现交易的灵活性和税务筹划等目的。

在跨境交易中,中国企业应重点关注境外知识产权、核心人员和商业合同等重要标的资产,并合理设置交割先决条件、陈述与保证、交割后义务等重要条款。海外并购的风险较大,中国企业应特别关注海外品牌的财务风险、资产风险,进行详尽的尽职调查,选择适合自身战略发展的资产和品牌,是将来成功运营被收购的品牌的关键。中国企业跨境收购时尚、零售品牌可能还会涉及中国商务部经营者集中申报以及境外国家和地区(特别是欧盟和美国)监督投资和公平竞争的政府机构的审查,获得该批准是交割的前提条件。

受中美贸易战和中国整体经济放缓影响,时尚、零售行业 2018 年至今的跨境交易大幅减少。笔者认为,在中国经济前景明朗后,随着消费升级的需求进一步释放,时尚、零售行业还会出现更多的跨境收购案例。

参考文献:

- [1] lynn. 平均每月 8 起! 2018 年全球奢侈时尚行业并购 [EB/OL]. (2018-12-26) [2019-07-30]. <http://news.ladymax.cn/201812/26-34155.html>.
- [2] 苏珍珍. 当他们成功国际化了之后[J]. 中国纺织, 2016 (3):138-139.
- [3] 齐鲁壹点. 山东如意集团年报业绩大增,国际化并购效益显著 [EB/OL]. (2017-04-30) [2019-07-30]. <http://ql1d.com/news/show/id/4082874.html>.
- [4] 郝杰. 2017 中国纺织服装行业年度精锐榜:10 大新闻事

- 件[J]. 纺织服装周刊. 2017(48):17-19.
- [5] 贵人鸟((603555).关于购买 PRINCE 商标资产所有权的公告[EB/OL]. (2017-09-30) [2019-08-01]. http://www.sse.com.cn/disclosure/listedinfo/announcement/c/2017-09-30/603555_20170930_1.pdf.
- [6] 并购优塾. 先借钱买买买,再定增还还还:高手的全现金玩壳![EB/OL]. (2017-02-11) [2019-07-30]. http://toutiao.manqian.cn/wz_16vWUWXUK4b.html.
- [7] 单颖之. 以“不招揽”条款为例探微海外并购保密协议[EB/OL]. (2018-06-28) [2019-07-30]. <https://mp.weixin.qq.com/s/UdCca3FTTm3nUFXAcPIYgQ>.
- [8] 程家茂,毛胜弟. 刍议并购交易中的竞业禁止条款[EB/OL]. (2019-03-29) [2019-07-30]. <https://mp.weixin.qq.com/s/bNhc-Vtl44NsLo0zHb4mRQ>.
- [9] 张伟华. 跨境并购交易保密协议审查实务[EB/OL]. (2016-05-13) [2019-07-30]. <https://mp.weixin.qq.com/s/h5zRvUdamM9pKx8NXY-YEA>.
- [10] 好孩子国际控股有限公司(01086.HK). 主要交易[EB/OL]. (2014-06-06) [2019-07-30]. http://pdf.dfcfw.com/pdf/H2_AN201406060006011060_1.pdf.
- [11] 朗姿股份有限公司(002612.SZ). 关于终止筹划重大资产重组暨筹划非公开发行股票继续停牌的公告[EB/OL]. (2016-06-03) [2019-08-01]. <http://disc.static.szse.cn/download/disc/disk01/finalpage/2016-06-03/6c455d21-3fe1-413f-a12d-f55f2efebb99.PDF>.
- [12] 南海控股有限公司(0680.HK). 有關收購(1)銷售股份及(2)銷售優先股之主要及關連交易[EB/OL]. (2015-12-15) [2019-07-30]. https://www1.hkexnews.hk/listedco/listconews/sehk/2015/1215/ltn20151215777_c.pdf.
- [13] 摩登大道时尚集团股份有限公司(002656.SZ). 关于全资子公司收购 EXCELSIOR MILANO 业务相关资产的公告 2016 年 6 月 22 日公告[EB/OL]. (2016-06-22) [2019-07-30]. <http://disc.static.szse.cn/download/disc/disk01/finalpage/2016-06-22/2c1dde6e-8cb8-469b-8b8c-9137c1fba7a7.PDF>.
- [14] 王宛秋,赵子君. 我国企业海外并购支付方式问题研究[J]. 经济纵横, 2008(8):116-118.
- [15] 美国翰宇国际律师事务所. 跨境并购实务|国际并购反垄断申报攻略[EB/OL]. (2018-11-14) [2019-07-30]. https://mp.weixin.qq.com/s/VrZf_LVtePmc3vL8i0J6Q.
- [16] 赵爱玲. 哪些中外因素将影响 2018 年中企跨境并购, [J]. 中国对外贸易杂志, 2018(2):8-13.
- [17] 中华人民共和国中央人民政府. 中华人民共和国国务院令 第 529 号[A/OL]. (2008-08-03) [2019-07-30]. http://www.gov.cn/flfg/2008-08/04/content_1063820.htm.
- [18] 刘成,刘胜蓝. 反垄断审查:境外投资不得不说的那些事儿[EB/OL]. (2018-02-09) [2019-07-30] <https://www.chinalawinsight.com/2018/02/articles/compliance/反垄断审查-境外投资不得不说的那些事儿/>.
- [19] 财经日日评. 微信支付宝提现涨价,企业境外上市超内地[EB/OL]. (2018-12-08) [2019-07-30]. http://www.sohu.com/a/280415483_137204.
- [20] 方彬楠,白杨. 安踏收购 Amer Sports 延期[N]. 北京商报. 2019-02-22 (003).
- [21] 国际金融报. FolliFollie 财务造假罪名成立复星海外投资踩雷[EB/OL]. (2018-08-08) [2019-07-30]. <http://finance.sina.com.cn/chanjing/gsnews/2018-08-08/doc-ihhkusku0783358.shtml>.
- [22] 李碧雯. 复星国际海外收购踩雷? 最新进展来了[EB/OL]. (2018-08-12) [2019-07-30]. <https://mp.weixin.qq.com/s/nuJUtgRdKw3vmlzvo8rx3Q>.
- [23] 夏光华. 中国企业跨境并购中的战略整合策略[J]. 产业经济评论, 2016(6):87-104.

(责任编辑:秦红嫒)



渠道管理与反垄断合规

——时尚行业的全球视野

戴健民

(北京大成(上海)律师事务所, 上海 200120)

摘要: 渠道管理向来存在着反垄断法律项下纵向限制的风险。时尚行业作为一个重视渠道的行业,更需要完善的反垄断合规。作为纵向价格限制的转售价格维持行为,以及纵向非价格限制中的地域或客户限制行为和选择性分销体系,是时尚行业渠道管理中常见的做法,对其在中国和欧盟的规制现状进行了分析,以供时尚企业构建反垄断合规时加以参考。转售价格限制在中国和欧盟的执法机构眼中均接近于本身违法,但中国却在民事诉讼体系中发展出了不同的分析框架,由此造成了转售价格限制在中国的二分法状况。地域限制一直以来是欧盟为推动市场一体化所致力执法重点,但在中国却尚未产生案例。选择性分销体系在中国也仍然是空白,而在欧盟已经有了成熟的分析框架,以至于在近期发展出了专门针对线上渠道限制分析的 Coty 案。

关键词: 反垄断;转售价格限制;地域限制;选择性分销;企业合规

中图分类号: D922.294

文献标志码: A

文章编号: 1673-3851(2019)10-0535-07

Channel management and anti-monopoly compliance: Global perspective of fashion industry

DAI Jianmin

(Beijing Dacheng Law Offices, LLP (Shanghai), Shanghai 200120, China)

Abstract: The risk of vertical restrictions under the Anti-monopoly Law always exists in channel management. The fashion industry requires more comprehensive anti-monopoly compliance strategy as an industry that values channels. This article analyzes regulations of China and EU on the resale price maintenance as a vertical price restriction as well as the geographic or customer restriction as well as selective distribution systems as vertical non-price restrictions which are common practices in the fashion industry's channel management, in the hope of providing the reference for fashion enterprises to construct anti-monopoly compliance. Resale price restriction is almost illegal per se in the eyes of law enforcement agencies in China and EU, while different analytical frameworks have been developed in the civil litigation system in China, which results in a dichotomy of resale price restriction in China. Geographical restrictions have always been the focus of law enforcement in EU to promote market integration, but there is no such case in China. Selective distribution system is still a blank in China, while there has been a mature analytical framework in the EU so that the Coty case has also been developed recently to analyze online channel restrictions especially.

Key words: anti-monopoly; resale price restrictions; geographical restrictions; selective distribution; corporate compliance

随着互联网的蓬勃发展,时尚品牌的销售渠道愈发多元化,除传统的电商平台如淘宝、天猫、京东之外,还滋生出垂直电商、独立电商、智慧门店、移动微分销等概念,甚至还有风靡一时的网络直播带货。多元化的渠道必然需要更为复杂的渠道管理,尤其是对于中高端的时尚品牌而言,需要在打造渠道的同时维持其品牌形象和定位,这就对价格和服务体验方面的管控能力提出了极高的要求。但严格的管控可能会招致法律上的合规风险,如反垄断法律就是其中之一。

当时尚行业这一前卫领域遭遇法律这一保守的卫道士,两者似乎格格不入。但反过来考虑,层出不穷的竞争原本就是时尚行业色彩纷呈的原因之一,而作为“经济宪法”的反垄断法律恰恰是为了保护竞争。纵观全球的反垄断法律,无不全面涉足竞争对手之间、上游与下游之间等企业运营的多个方面,由此导致的巨额罚款、诉讼缠身甚至高管个人为此承担刑事责任而锒铛入狱的恶果从不缺乏案例。如此看来,时尚行业的反垄断合规虽然可能乏味,但不可或缺。

近年来中国的反垄断领域一直是执法热点。2018年3月17日,根据《国务院机构改革方案》,原分属国家发展和改革委员会(“国家发改委”)、国家工商行政管理总局(“国家工商总局”)与商务部的反垄断监管职能整合至新成立的国家市场监督管理总局,突如其来的“三合一”引得全球竞争法界震动。在机构改革完成至今,国家市场监管总局已立案调查涉嫌垄断协议和滥用市场支配地位的案件有32件,其中15件结案^[1],其执法力度从中可见一斑。

本文将重点围绕时尚行业的渠道管理,即纵向限制,包括纵向的价格和非价格的限制,并主要结合中国和欧盟的规制现状加以讨论。对纵向价格限制而言,其在中国和欧盟的执法机构均视为接近于本身违法,但中国却在民事诉讼体系中发展出了不同的分析框架,由此造成了纵向价格限制规则目前在中国的二分法状况。对纵向非价格限制而言,本文主要选择了时尚行业常见的地域限制和选择性分销体系两种行为,由于中国原本分立的反垄断行政执法体系,所以其在中国尚未产生案例可供研究,因此本文侧重于欧盟的规制框架和案例。虽然中国尚未对纵向非价格限制有过执法案例或存在完整的分析框架,但在执法机构改革的背景之下,加之时尚零售行业在中国发展日益活跃,希望本文可以对将来这方面的理论及实践发展有所帮助。

一、转售价格维持规制的波折与原委

转售价格维持(Resale price maintenance, RPM)是时尚零售行业常见的一种做法。传统价签上的“统一零售价”意味着消费者无论在哪一个店铺,都会以一样的价格购买同一件商品。而对经销商来说,这意味着无论是否有商场或其他第三方抽成,成本都必须由其自行吸收,而且经销商也不得自行实施折扣价来进行促销。在电子商务刚刚兴起之时,时尚零售行业的线下渠道受到了一定的冲击,但目前电子商务平台也逐渐被厂商纳入了统一的价格管控体系,线上、线下的零售价格一致或促销力度一致的情形并不少见。

一般认为,转售价格限制的促进竞争效果在于可以维护品牌形象、提升售前和售后服务、促进新产品的推出以及防止其他经销商搭便车,这些原因往往同样可以解释重视品牌效应和购物体验的时尚行业。但其对竞争的损害表现在价格透明度的增加,这使得无论是在供应商层面还是经销商层面,竞争对手相互之间的共谋更为可能。如果其中一方有较强的市场力量,那么反竞争效果将更为严重。

转售价格维持在国外历经了从本身违法到合理原则的转变。以美国为例,1911年美国最高法院在Dr. Miles案中确立了纵向价格限制本身违法原则^[2]。之后在1984年的Monsanto案中表现出放松迹象^[3]。最终,在2007年最高法院在Leegin案中正式确认,纵向价格限制不适用本身违法原则,而应使用合理原则进行个案分析^[4]。这种一波三折的变化,在近些年中国对于转售价格维持的规则确立过程中也屡屡上演。对于时尚零售行业来说,如何在演变的规则之内把握价格管控的分寸,确实是应对国内转售价格维持规制现状的难点。

(一)中国:二分法的起源和现状

1. 法律规定

转售价格维持在中国也被称为纵向价格限制,属于纵向垄断协议的一种。与国外的纵向价格限制同时涉及最高转售价格不同,中国的《反垄断法》第十四条仅明文禁止经营者与交易相对人达成关于固定转售价格和限定最低转售价格的协议。

国家市场监管总局于2019年制定的《禁止垄断协议暂行规定》,于2019年9月1日正式施行。其中第十二条细化了固定转售价格与限定最低转售价格的具体行为模式,包括:固定向第三人转售商品的价格水平、价格变动幅度、利润水平或者折扣、手续

费等其他费用；限定向第三人转售商品的最低价格，或者通过限定价格变动幅度、利润水平或者折扣、手续费等其他费用限定向第三人转售商品的最低价格；通过其他方式固定转售商品价格或者限定转售商品最低价格。

除以上的原则性禁止规定，中国《反垄断法》第十五条第一款列举了得以申请豁免的若干情形，并规定经营者若需申请豁免，应当证明所签订的协议不会严重限制相关市场的竞争，并且产生的利益能够由消费者分享^[5]。在国家发改委于2016年公布的《关于汽车业的反垄断指南（征求意见稿）》中，曾有过对汽车业经营者的转售价格维持行为予以个案豁免的具体情形规定，包括：新能源汽车推广期的固定转售价和限定最低转售价；仅承担中间商角色的经销商销售中的转售价格限制；政府采购中的转售价格限制；汽车供应商电商销售中的转售价格限制。

新颁布的《禁止垄断协议暂行规定》第二十七条则进一步细化了豁免条件的若干考量因素，包括：协议实现该情形的具体形式和效果；协议与实现该情形之间的因果关系；协议是否是实现该情形的必要条件；其他可以证明协议属于相关情形的因素。反垄断执法机构认定消费者能否分享协议产生的利益，应当考虑消费者是否因协议的达成、实施在商品价格、质量、种类等方面获得利益。但令人遗憾的是，目前并无案例验证经营者可依据第十五条抗辩成功。

2. 行政执法

转售价格维持自2013年的白酒案开始成为了反垄断行政执法重点之一。根据笔者的初步统计，当前已公布的纵向价格限制类行政处罚共计20起，涉及白酒、乳制品、汽修、家电、医疗、农业、电子设备及石油行业，最高处罚幅度为6%。

总体上，执法机构普遍遵循了“一般禁止，例外豁免”的法律框架，也就是将《反垄断法》第十四条的禁止性规定作为认定固定转售价格和限定最低转售价格本身违法的原则性规定，不考虑是否产生排除、限制竞争的效果，同时综合考量豁免条款的适用。

例如，2016年12月上海市物价局公布的上汽通用案处罚决定书，认定上汽通用汽车销售有限公司与交易相对人达成并实施了限定向第三人转售商品最低价格的垄断协议，但并未就相关行为排除、限制竞争的效果进行论证^[6]。2017年12月，上海市物价局认定伊士曼（中国）投资管理有限公司和首诺国际贸易（上海）有限公司与交易相对人达成并实施

了“固定向第三人转售商品的价格”垄断协议^[7]，以及同月公布的另一处罚决定书，认定大北欧通讯设备贸易（上海）有限公司与交易相对人达成并实施了“固定向第三人转售商品价格”、“限定向第三人转售商品最低价格”的垄断协议，其中对于相关行为如何排除、限制了市场竞争依然未作详细论证^[8]。此外，经由非公开渠道所得信息，国家发改委在2013年轰动一时的“奶粉案”中共计处罚了6家乳企，但并非每家乳企均具有足以影响市场竞争格局的市场份额。

3. 民事诉讼

在民事诉讼中，法院采用了与执法机构不同的认定标准，即以具有排除、限制竞争效果作为纵向价格限制违法构成要件，综合考量市场份额、定价能力、行为动机或目的等要素，该方法一般被称为“合理原则”。例如上海高院在锐邦涌和诉强生一案中分析认为，《反垄断法》第十四条规定的垄断协议应当以具有排除、限制竞争效果为构成要件，随后从相关市场竞争是否充分、被告市场地位、被告行为动机以及反竞争与促进竞争效果四个方面的分析得出结论，认为涉案协议构成垄断协议^[9]。

一以贯之，广东高院在格力电器案中认为，在对限制最低转售价格行为性质的分析判断中，应当从相关市场竞争是否充分、被告市场地位是否强大、被告实施限制最低转售价格的目的及后果等因素予以考量^[10]。值得注意的是，该两份判决书均通过“举重以明轻”的方法，类推适用最高人民法院《关于审理因垄断行为引发的民事纠纷案件应用法律若干问题的规定》第七条关于排除、限制竞争效果的证明规定，明确了原告有举证责任来主张转售价格维持行为产生了排除、限制竞争的效果。

4. 二分法的调和及现状

中国行政执法和民事诉讼中对转售价格维持采取的不同方法，在近期的海南裕泰案中获得了最高院的认可。该案中关于转售价格的垄断协议已达成但尚未实施，然而当事人仍然受到了处罚。在随后的行政诉讼中，海口市中级人民法院以“合理原则”为由撤销了处罚决定，但海南省高级人民法院转而支持作出决定的执法机构，撤销了一审判决。

最高院在不久前对该案作出了行政裁定，支持了海南高院也就是执法机构的立场，但同时也对行政执法与民事诉讼的两分法从《反垄断法》的理论上予以证成。最高院认为，固定向第三人转售商品的价格及限定向第三人转售商品的最低价格这两种协议。一般情况下本身就属于垄断协议，符合排除、限

制竞争的标准,故反垄断执法机构经过调查证实存在这两种情况即可认定为垄断协议,无须对该协议是否符合“排除、限制竞争”这一构成要件承担举证责任^[11]。但在民事诉讼中,对原告造成损失是承担民事责任的前提,故原告有举证责任证明存在排除、限制竞争效果。由此,最高院对行政诉讼中对反垄断机构执法的判断标准,与民事诉讼中对纵向垄断协议的司法审查标准所存在的明显差别予以认可和接纳。二分法在近期内仍然会是国内规制转售价格维持的现状。

(二) 欧盟:休眠十五年的核心限制

一直以来,欧盟对纵向价格限制的规制采用本身违法的原则。在《欧委会纵向限制指南》中,“转售价格维持”(即纵向价格限制)特指“以向购买商设立固定或最低转售价格,或以固定或最低价格水平为直接或间接目的的协议或协同行为”,凡含有转售价格维持的协议根据《欧委会纵向限制指南》被推定以限制竞争为目的而违反《欧盟运行条约》第101条第(1)款。又由于转售价格维持属于《2010年纵向协议集体豁免条例》^[12]明确禁止的核心限制之一,继而将被推定不满足适用集体豁免的条件,但不排除根据《欧盟运行条约》第101条第三款主张个案效率抗辩的可能。例如在AMP案中,欧洲法院指出固定转售价格本身尽管构成《欧共体条约》第81条(即《欧盟运行条约》第101条)所禁止的竞争限制,但可以根据该条第三款寻求豁免。

虽然属于核心限制,但近年来欧盟对此的执法并不活跃。2018年7月24日,欧盟委员会对消费类电子产品厂商华硕、飞利浦、天龙马兰士和先锋公司作出共超过1.1亿欧元的处罚决定,因该四家公司对其在线零售商实施固定或限制最低转售价格的行为^[13]。该案始于2017年2月欧盟委员会对电子商务部门反竞争行为的调查,调查报告中特别指出了电商日渐利用自动化软件监视和设置价格的行为。调查对象除这四家电子产品厂商外还有若干家视频游戏厂商和酒店服务供应商。而该案距离欧盟委员会上一次处罚RPM行为已过去了十五年。在这期间,针对纵向价格限制的执法几乎完全在成员国层面展开,典型案例如TTS Tooltechnic案、Lactogal案等。

二、不同语境下的地域限制行为

地域限制和客户限制在欧盟也被称为排他分销(Exclusive distribution)和排他客户划分(Exclusive

customer allocation),前者是指按地域划分市场,后者指按客户群划分市场^[14]。客户限制产生的竞争效果与地域限制相似,且两者无论是在外国还是在中国受规制的现状相似,故在此一并加以分析。

对于欧盟来说,其竞争法的基本目标之一是创造一个欧洲的“共同市场”,因此,地域限制行为一直以来是欧盟委员会的执法重点之一。时尚零售行业也未能幸免。然而就中国目前的情况来看,地域划分迟迟未进入反垄断执法机构的视线。一方面,虽然中国的时尚零售也存在“海淘”等平行进口的现实状况,但中国作为单个国家并不像欧盟那样对消除跨境障碍有着积极性。另一方面,就中国国内市场而言,虽然品牌商可能根据其实际情况存在对个别省市或销售大区的转售地域加以限制的做法,但却因中国反垄断行政执法的特殊发展路径导致了空白的现状,下文会将此作为重点加以阐述。

(一) 中国:非价格纵向限制执法的尴尬处境

与转售价格维持的积极执法相比,中国在纯粹的地域限制或客户限制方面至今尚未发生过一起案例。这在近年来国内反垄断法律积极的执法态势背景之下令人难以置信。事实上,中国反垄断执法机构之所以在纵向非价格限制上迟迟不愿“出手”,很大程度上与反垄断执法机构的分头执法有关。在2018年的机构改革之前,中国反垄断法律的具体执法工作分别由国家发改委、国家工商总局、商务部分头负责监管。除商务部负责监管经营者集中行为之外,国家发改委和国家工商总局分别负责查处价格垄断行为和非价格垄断行为。

执法实践已经证明,因人为因素而导致纵向价格限制与纵向非价格限制割裂开来的做法难以适应现实需要。最突出的问题在于涉案经营者往往同时采取纵向价格与非价格限制,从而导致:一方面,国家发改委就纵向价格垄断协议的处罚决定书中仅对涉案经营者同时实施的纵向非价格限制蜻蜓点水,在处罚决定中将其作为加强纵向价格限制影响的手段考量;另一方面,国家工商总局出于各种考虑,尚未开启仅就纵向非价格限制进行处罚的先河。

例如,2016年8月上海市物价局查处的海尔家电案中,将“限定最低转售价格”和“纵向地域限制”共同作为判定依据,并未单独就重庆新日日顺家电销售有限公司上海分公司、重庆海尔家电销售有限公司上海分公司、重庆海尔电器销售有限公司上海分公司三家公司限制销售区域的行为作为处罚依据^[15]。无独有偶,尽管美敦力案中同样涉及纵向限

制销售对象和销售区域等纵向非价格限制行为，国家发改委公布的处罚决定书仅将其认定为强化纵向价格限制的一种措施，并未将非价格限制作为单独的处罚依据^[16]。

虽然从现状来看，纵向非价格限制领域风平浪静，然而从各方面来关注执法机构，其中不乏暗流涌动的迹象。例如，国家发改委于2016年公布的《关于汽车业的反垄断指南（征求意见稿）》，就已触及了地域限制和客户限制的问题以及其他类型的纵向非价格限制。具体就地域限制和客户限制而言，该指南首先划定了25%~30%市场份额的安全港，即经营者“不具有显著市场力量”，此种情况下的限制一般视为具有效率效果和正当化理由；但个别核心的限制除外，如对经销商被动销售和交叉供货的限制，此类限制不能依照《反垄断法》第十五条主张一般豁免，而只能主张个案豁免。

据悉，国家市场监管总局在成立之后，正在审议若干个与反垄断执法相关的指南，其中便包括与汽车业相关的这一指南。国家市场监管总局的成立改变了过去价格、非价格执法权限的分立问题，因此可以期待不久后将出现对纵向非价格限制的规制案例。

（二）欧盟：地域限制与市场一体化

欧盟竞争法的主要目的之一在于创造一个欧洲的“共同市场”，故对成员国之间的地域划分、人为创造市场壁垒的行为无疑是其执法的重点。《欧盟运行条约》第101条第一款明确禁止的行为即包括“分割市场或货源”。根据欧盟2010年颁布的《纵向协议集体豁免条例》，当买卖双方满足：在各自经营商品或服务的相关市场的份额均不超过30%，且协议不包含任何纵向核心限制，则可以豁免适用《欧盟运行条约》第101条第一款的规定，即获得集体豁免。而地域和客户限制即属于核心限制之一。从理论上说，地域和客户限制有可能根据《欧盟运行条约》第101条第三款取得个案豁免，但考虑到欧洲市场一体化这一目标，实践中此类行为很难获得豁免。

实践中最为典型的排他分销形式表现为对平行进口的限制，而限制平行进口与欧洲统一市场显然背道而驰，故该限制性行为常受到较严厉的处置。最早处罚平行进口限制的案例为1966年的Consten & Grundig案，在该案中，欧洲法院认为，生产商和分销商之间的该类协议可能会使得成员国之间恢复分裂，从而使得消除国家间的障碍这一欧洲共同体基本目标受挫^[17]。在此之后，关于地域限

制的案件层出不穷。就时尚零售行业而言，2019年3月25日，Nike因纵向限制被欧盟委员会罚款1250万欧元，其中就包括地域限制行为^[18]。而就在2018年12月17日，服装品牌Guess也因其经销协议被罚近四千万欧元，所涉行为之一即为对跨境销售的限制^[19]。

三、选择性分销体系与电子商务平台

选择性分销体系（Selective distribution network）是指上游通过制定一系列选拔标准，最终决定在某一地域内仅向有限数量的、符合条件的下游供货的一种交易安排。对于时尚零售行业，尤其是奢侈品零售行业而言，这一分销形式最为常见。比如在传统的奢侈品线下销售中，品牌商既有自营的商店，也有在购物中心里开设的专柜，还可能有一定的折扣店。品牌商可以针对不同的店面设置不同的产品款式和价格，比如仅在其自己的精品店中出售个别极其紧俏的款式。对于奢侈品牌而言，选择性分销使其在以严苛的标准挑选中间商的同时，还可以拥有广泛的客户群，从而保证了经销体系的灵活性。

电子商务平台的兴起给选择性分销体系带来了新的可能。以国内的天猫、京东等平台为例，近些年纷纷迎来了奢侈品牌的入驻。而在若干年之前，许多奢侈品集团还对线上的销售渠道嗤之以鼻，可谓此一时彼一时。除了线上渠道在国内呈大势所趋这一理由，电商平台所提供的大数据可以提供“用户画像”，帮助品牌提升精准营销、降低营销成本。但在另一方面，奢侈品牌还需要克服如何在线上维持品牌形象和购物体验等新的冲击。

为应对这些冲击，时尚行业的品牌商们或多或少会对其线上渠道加以限制，而这种线上线下并行的选择性分销体系，给反垄断法律之下的竞争效果分析带来了新的挑战。如前所述，中国目前对纵向的非价格限制尚没有具体的规则，也未产生可供研究的执法或司法案例。而欧盟一直以来对选择性分销体系有着较为成熟的分析框架，近年来也产生了不少富有启示性的案例，故下文将着重对欧盟在这方面的规制加以介绍。

（一）欧盟的三大原则

欧盟是唯一在竞争法中明确界定和规制选择性分销的司法辖区。《欧委会纵向限制指南》首先将选择性分销体系区分为质量型选择分销和数量型选择分销。质量型的选择分销对经销商的选择标准是基于产品性质，例如销售人员的培训、销售点提供的服

务、产品范围等,一般视为不会产生反竞争效果。而数量型选择分销则是直接通过限制最高或最低采购量、固定经销商数量等方式。

欧委会和欧洲法院在对选择性分销体系的进行合法性分析时发展出三大原则^[20],即必要性原则、适当性原则和无歧视原则。必要性原则是指根据产品特性有必要采用选择性分销,即考虑到所涉产品的性质,采用选择性分销体系是确保产品质量以及产品被适当适用的合理需要。适当性原则是指选择的标准应当适当而不超过必要限度。无歧视原则是指分销商的选择必须依据对所有潜在分销商一体且非歧视适用的质量型客观标准。

在奢侈品零售行业,Parfums Givenchy 案是体现无歧视原则的典型案列^[21]。1996年,欧洲初审法院撤销了欧委会对 Givenchy 下达的选择性分销豁免决定。Givenchy 的选择性分销体系既包括销售人员资格、店铺位置、店铺设计等质量型标准,也包括存货量、最低购买量等数量型标准,欧委会认为其总体上满足豁免的要求。但在欧洲法院看来,奢侈品的选择性分销不应当过度,Givenchy 的分销商申请评分系统中有一项给予了专业零售商高于综合类零售商的分数,仅因后者的香水业务所占业务份额或货架空间较小,但其他方面完全符合 Givenchy 的标准。这一条标准被视为实质性地歧视了综合类零售商。

2011年的 Pierre Fabre 案则是适当性原则的体现。作为法国第一大药妆集团的 Pierre Fabre 规定其产品仅能在配备合格药剂师的实体店销售,因而间接禁止了一切网上销售,最终其行为超越了适当性原则而违反《欧盟运行条约》第 101 条第(1)款;该行为还构成《2010 年纵向协议集体豁免条例》所禁止的核心限制,因而亦无法得到豁免。

(二)Coty 案:线上销售限制的界限所在

关于对线上销售的限制,Pierre Fabre 案似乎已为此划出了警戒线。但值得注意的是,2017 年 12 月的 Coty 案^[22]具有里程碑式的意义。欧洲法院通过该案进一步明确了奢侈品厂商可以在多大程度上运用选择性分销网络对经销商的线上销售进行限制。该案不仅再次重申了此前 Pierre Fabre 案中明确的原则,即选择性分销并不必然为《欧盟运行条约》第 101 条第(1)款所禁止,但又与 Pierre Fabre 案作了明显区分。

在该案中,Coty 在与经销商的合同中增加了条款,要求经销商如提供线上销售渠道,则必须通

过授权商店的“电商窗口”并且维持产品的奢侈品形象。因该经销商拒绝修改合同,Coty 向法院要求其不得通过亚马逊销售 Coty 的产品。在历经上诉及向欧洲法院的提请裁决程序后,欧洲法院认为通过限制在可辨识的第三方平台销售产品的选择性分销行为应当与完全禁止线上销售的行为进行区分,前者并不违反《欧盟运行条约》第 101 条第(1)款的规定。只要分销标准的条款是客观的,且对所有授权经销商一视同仁,那么为了维持奢侈品形象所需,此类标准也不会违反《欧盟运行条约》第 101 条第(1)款。

本案也给此后奢侈品牌至少在欧盟范围内的经销体系安排带来了一定的启示。首先,上游厂家必须清楚地声明其作为“奢侈品”形象的性质。其次,其选择性标准必须要有合理性、连贯性,且不得歧视某一特定类型的经销商。此外,对于电子商务这类销售渠道的限制,须清楚地界定限制的范围和方式,并仔细斟酌此类安排所对应的理由。

四、结 语

本文系统性地总结了反垄断如何规制渠道管理,以中国和欧盟的法律框架为主线,并紧密结合时尚产业的渠道特点。由上文可见,反垄断合规与所在行业特点及所处地域紧密相关。以欧盟为例,“共同市场”目标使其对地域限制处罚严厉。对比中国的情况,涉足纵向非价格限制却是寥寥无几,而针对价格限制的异常踊跃。此外,中国反垄断执法机构体系的演变对当前对纵向价格限制和非价格限制行为的规制体系也有着莫大的影响。法律演进和行业发展之间相辅相成,由此可见一斑。对于时尚行业而言,目前正接受线上多元销售渠道的考验,这一考验在中国相较于全球其他地区更为严峻。与此相对应,这也意味着渠道管理合规的法律发展在中国有着更为丰沃的土壤。然而,正如霍姆斯大法官所说,“法律的生命不在逻辑,而在于经验”。本文对纵向限制的探索仅仅限于理论,如何将时尚企业的合规与中国反垄断法律紧密结合,仍然有待将来的执法案件探索。

参考文献:

- [1] 中国市场监管报. 张茅在全国市场监管工作会议上的讲话摘编[EB/OL]. (2018-12-28)[2019-08-16]. <http://www.cicn.com.cn/zggsb/2018-12/28/cms113995article.shtml>.
- [2] United States Supreme Court. Dr. Miles Medical Co. v.

- John D. Park & Sons Co.: 220 U.S. 373 (1911)[A].
- [3] United States Supreme Court. Supreme Court. Monsanto Co. v. Spray-Rite Svc. Corp.: 465 U.S. 752 (1984)[A].
- [4] United States Supreme Court. Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.: 551 U.S. 877 (2007)[A].
- [5] 王健. 垄断协议认定与排除、限制竞争的关系研究[J]. 法学, 2014(3):35-49.
- [6] 上海市物价局. 行政处罚决定书: 第 2520160027 号[A].
- [7] 上海市物价局. 行政处罚决定书: 第 2520170031 号[A].
- [8] 上海市物价局. 行政处罚决定书: 第 2520170032 号[A].
- [9] 上海市高级人民法院. 北京锐邦涌和科贸有限公司与强生(上海)医疗器材有限公司、强生(中国)医疗器材有限公司纵向垄断协议纠纷案: (2012)沪高民三(知)终字第 63 号[A].
- [10] 中国知识产权律师网. 徐新明. 广东省首例纵向垄断纠纷案件二审宣判[EB/OL]. (2018-08-03)[2019-08-16]. <http://www.ciplawyer.cn/html/fldcpws/20180803/139777.html>.
- [11] 仲春. 转售价格维持行为合法性的行政与司法判定标准: 解读最高人民法院驳回海南裕泰公司再审裁定[N]. 中国市场监管报, 2019-07-16(007).
- [12] 欧盟委员会. 纵向协议集体豁免条例: 第 1217/2010/EU 号[A].
- [13] European Commission. Antitrust: Commission fines four consumer electronics manufacturers for fixing online resale prices [EB/OL]. (2018-07-24) [2019-08-16]. https://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-4601_en.htm
- [14] 苏华. 分销行为的反垄断规制[M]. 法律出版社: 北京, 2012: 139-161.
- [15] 上海市物价局. 行政处罚决定书: 第 2520160009 号[A].
- [16] 国家发展和改革委员会. 行政处罚决定书: [2016]8 号[A].
- [17] Court of Justice of the European Union. Établissements Consten S. à R. L. and Grundig-Verkaufs-GmbH v Commission of the European Economic Community: Joined cases 56 and 58/64[A].
- [18] European Commission. Antitrust: Commission fines Nike 12.5 million for restricting cross-border sales of merchandising products[EB/OL]. (2019-03-25) [2019-08-16]. https://europa.eu/rapid/press-release_IP-19-1828_en.htm.
- [19] European Commission. Antitrust: Commission fines Guess 40 million for anticompetitive agreements to block cross-border sales[EB/OL]. (2018-12-17) [2019-08-16]. https://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-6844_en.htm.
- [20] 曹红英. 欧盟关于禁止垄断协议与滥用市场支配地位行为的规定及实务[J]. 中国工商管理研究, 2014(11): 24-28.
- [21] Court of Justice of the European Union. Groupement d'achat Edouard Leclerc v Commission, Case T-88/92 [A].
- [22] Court of Justice of the European Union. Coty Germany GmbH v. Parfümerie Akzente GmbH, Case C-230/16[A].

(责任编辑: 秦红嫚)



论实用艺术作品的著作权保护

高 阳,陈 静

(上海对外经贸大学法学院,上海 201620)

摘 要: 实用艺术作品与只具有艺术性的美术作品不同,其兼具实用性与艺术性。但著作权保护的仅是其艺术性,不包括工业品实用功能性,后者则是专利法的范畴。正是因为实用艺术作品的属性较为复杂,所以从实用艺术作品的本质出发,探究实用艺术作品艺术性的认定与分离。通过对国外实用艺术作品授权条件的学习与借鉴,指出实用艺术作品具有的艺术性需达到一定的创作高度,并且可以与工业品的实用功能性相分离独立作为作品存在时可受到著作权法的保护。此外,以工业设计发展为线索,探讨实用艺术作品制度的完善与著作权法相关规定的发展趋势。

关键词: 实用艺术作品;著作权;美术作品;工艺美术品

中图分类号: D923.41

文献标志码: A

文章编号: 1673-3851 (2019) 10-0542-06

On copyright protection of practical artistic works

GAO Yang, CHEN Jing

(School of Law, Shanghai University of International Business and Economics, Shanghai 201620, China)

Abstract: Practical art works are different from art works only with artistry, which have both practicability and artistry. However, the copyright only protects artistry, excluding practical function of industrial products which is within the scope of patent law. It is because the use attribute is relatively complex that this paper starts from the essence of practical works of art to explore determination and separation of artistry of practical works of art. Through learning and referring to the authority conditions of foreign practical works of art, this paper points out that artistry of the practical work of art needs to reach a certain height, and can be separated from practical function of industrial products as an independent work so that it can be protected by copyright law. Meanwhile, taking the development of industrial design as the clue, this paper discusses the perfection of the system of practical art works and the development trend of the relevant provisions of copyright law.

Key words: practical artistic works; copyright; works of art; arts and crafts

在我国著作权法立法发展史上,对实用艺术作品的保护呈现一种缓慢却又逐步完善的趋势。1990年制定的《著作权法》并未涉及对其的保护。国务院于1992年颁布的《实施国际著作权条约的规定》则出现了区别化的保护,但仅仅规定了对外国实用艺术作品提供保护。2001年修订后的《著作权法》对此问题仍旧没有做出明确规定。国内实用艺术作品的立法空白持续了较长时间。直到2011年著作权

法第三次修改,国家版权局颁布的《〈中华人民共和国著作权法〉(修改草案)》才将实用艺术作品列为著作权的保护作品。立法的不明确导致了司法实践中对相关问题的解决并未形成一致的合理标准。

近些年来,与实用艺术作品相关的案件大量增加,因此引起各界对实用艺术作品保护问题的高度关注^[1]。实用艺术作品是既具有实用性又包含艺术性的特殊作品,实用艺术作品的著作权保护问题在

我国学术界也一直存在较大的争议。对于实用艺术作品能否落入著作权法的保护范围以及其获得保护的条件与保护期限等问题始终未有明确的答案。有的学者认为,肯定实用艺术作品能得到著作权法的保护有利于消除中外实用艺术作品的双重待遇,同时还可以指导司法实践。有的学者则认为,若肯定实用艺术作品可以得到著作权法的保护会冲击原有的外观设计专利制度^[2]。

本文以工业设计发展为出发点,分析实用性艺术品与美术作品、工艺美术品的不同。我国将实用艺术作品作为美术作品进行保护的 mode,难免会使实用艺术品“水土不服”,出现不能完全适用的状况。为了避免上述现象,在著作权立法中,应当将实用性艺术品的应获得独立保护。目前,我国著作权法对实用艺术作品的保护仅针对其艺术性设计,而非全面、全方位的保护。故本文在对域外的分离标准进行深入研究的基础上,结合我国立法和实践的实际,提出符合我国国情的分离标准,并将分离标准融入我国对实用艺术作品的保护体系中,为完善实用艺术作品著作权保护制度提供参考。

一、实用艺术作品的本质

实用艺术作品在《尼泊尔公约》中被定义为“Works of Applied Art”,在字面意思上将其解释为应用于实用性产品之上的艺术性设计。WIPO出版的《伯尔尼公约指南》中所称的实用艺术作品包括玩具、珠宝首饰、小饰品、金银器具、家具、墙纸、装饰物、服装等制作者的艺术贡献^[3]。从实用艺术作品的定义中不难得出,实用艺术作品兼具实用性与艺术性。

最开始,《伯尔尼公约》的保护客体并不包括实用艺术作品,其在1908年第一次修订时才开始包含实用艺术作品。直到1948年公约的第三次修订,实用艺术作品被列为“必保护”客体。《伯尔尼公约》(1971)修订本(即现行文本),明确了实用艺术作品的保护地位,但是公约并未明确具体的保护方式,只是规定各国可以自由选择适用艺术作品的保护方式^[4]。由于实用性艺术品的特殊性,美国、意大利等国家在采用著作权法保护实用艺术作品时,一般通过分离标准判断,以便确定应用于实用性艺术品之上的设计是否获得著作权法的保护^{[5]118}。

工业革命的浪潮使得工业品设计对创新提出了新的要求,早先的设计理念讲究“功能决定形式”,注重工业品实用性功能的实现,而不需着重考虑工业

品外观设计是否具有艺术感、美感。20世纪初,美国成为同时期工业品设计强国,这得益于其坚持功能第一、形式第二的设计理念^{[5]35}。随着工业品设计日益兴起,千篇一律的设计外形很难满足消费者对美的追求,也很难使设计师的作品从众多工业品中脱颖而出。设计师开始寻求独特、新奇、艺术性的造型来掩饰工业品机械设计的粗陋,以此与同类产品形成区分来吸引消费者,至此,工业品设计开始发展成为一门独立的学科^{[5]73-80}。实用艺术作品正是在美学思潮的影响下,使工业品设计开始追求艺术性外形。在不影响工业品实用功能实现的前提下,设计师可以发挥其设计技巧得出不平庸的作品。

从工业设计发展历程来看,实用艺术作品在创作时不仅要考虑消费者实际生活或工作需要,还需要满足消费者追求美观、时尚、大方的外形的审美要求。若一个产品仅具有实用功能性无艺术性,则其属于纯功能性工业品;若一个产品仅具有艺术性而无实用价值,则其属于纯粹艺术品。实用艺术作品虽兼具两个特性,但受到著作权保护的仅是实用艺术作品中的“艺术性”成分,而无工业品的“实用性”。因此,在侵权诉讼中,侵权行为的构成以实用艺术作品可构成艺术作品部分被复制为前提,若复制的仅是实现产品实用性功能或批量生产必需之设计,囿于此种设计不能获得著作权法的保护,而不构成侵权行为。

(一)实用艺术作品与美术作品

美术作品作为著作权的保护对象,是表达作者基于特定环境下产生的情感、体会,其保护的依据在于作者对美的理解与认识的个性化表达。美术作品是一种通过视觉给人以美感的作品,以线条、颜色、明暗等方式表达思想感情的富有审美意义的造型艺术作品,在创作过程中不需要追求实用性,仅具有欣赏和美学价值即可^[6]。

然而,实用艺术作品是具有实用性的,其原因在于实用艺术作品是对工业品进行设计加工,工业品本身具有实用性。因此,实用艺术作品可以大量应用于工业生产中。WIPO编写的《版权法与邻接权法词汇》认为实用艺术作品不属于美术作品,且二者有明显的区别^{[5]119}。美术作品本身不具有实用性,其仅是一种艺术品,而实用艺术作品不能仅有观赏目的而不具有任何实用功能,即必须是可投入工业生产中的。

毋庸置疑,众多艺术作品作者在创作时,并未想到将来会被应用于实用工业品之上(如灯具、餐具、

日用品、家用电器等)。在英国,若出现纯粹美术作品于实用性工业品之上并取得极大的市场效益时,英国著作权法排除对这些作品的保护,转由设计法进行保护,但是保护期限会缩短至25年^{[5][119]}。出于对工业化大生产维护与经济发展的需要,英国对实用艺术作品与美术作品进行区分,应用于实用性工业品之上的美术作品,不再是美术作品,而转变为工业化大生产中可获得经济效益的作品。

实用艺术作品不同于纯粹美术作品体现为以下几个方面:第一,立法目的不同。对于美术作品著作权保护的目的在于鼓励艺术创作,激励创作者不受限制的想象力创作出更多的艺术作品。而实用艺术作品著作权保护之目的在于促进工业化大生产的发展,通过鼓励工业设计师将自己独特的风格融入工业设计中以满足消费者的审美需求,促进经济的发展。第二,创作空间自由度不同。美术作品的创作者可以不受束缚的发挥其想象力,尽量将其作品创作得与众不同。而实用艺术作品则需要设计师在保证实现工业品实用功能性前提下,发挥其特长设计出不同于市场同类产品。第三,保护期限不同。美术作品的保护期限是作者生前加死后50年,这是由美术作品本身的性质所决定的。因为美术作品是为了保护创作者的独创性的表达,更多依赖于创作者的个性,美术作品的独创性要求体现作者在美学领域的独特创造力和观念。而作为工业化大生产下的产物——实用艺术作品,更多是为了促进经济的发展,如果赋予过长的垄断期限,一方面与社会化大生产发展速度不符,另一方面也不利于经济的发展。

(二)实用艺术作品与工艺美术品

工艺美术品需要运用特殊的工艺或技法,这是其特殊性所在。这就说明了工艺美术品与实用艺术作品的区别,工艺美术品是手工制作或主要通过手工制作的具有欣赏价值的物品。在一些国家手工艺制品发达的国家,工艺美术品作为独立的客体受到著作权的保护,例如赞比亚、肯尼亚、突尼斯等等,一些文化历史较悠久的国家,例如英国,同样为工艺美术品提供保护^[7]。

我国作为有着悠久历史的文化大国,特别是多样化的民族发展过程中,劳动人民用智慧创造出各种文明成果,涵盖于生产生活的方方面面。工艺美术品不仅仅包括陈列艺术,即专供陈列欣赏用的工艺美术品,如象牙、塑像、雕刻等。此类工艺美术品通常属于纯工艺美术品,作为被收藏或陈列的艺术品而存在。工艺美术品还包括日用工艺品,即经过

种种工序加工或装饰而成的可供人们日常生活用的实用艺术作品,如陶瓷工艺中的实用陶瓷、家具工艺等。此类工艺美术品与实用艺术作品是重叠关系,既需要考虑工艺品的实用性,亦需要在实现实用性基础上展现艺术性。但是,在我国的著作权法体系中,对纯工艺美术品和实用工艺美术品,均只保护其具有创造性的造型或者设计图案,对其生产过程中的工艺与技术缺乏法律保护。同样的,对实用工艺品,目前的法律体系只考虑到保护其艺术造型,而忽略了其实际使用中的实用功能。工艺美术品中的纯工艺美术品可以被视为美术作品,但实用性工艺美术品由于不可忽视其实用性,应适用实用艺术作品保护。

由此可知,实用艺术作品与实用性工艺美术品的保护路径并不相同,也就可以推出实用艺术作品与美术作品的保护路径亦不相同。由于我国未明确规定实用艺术作品的客体地位,无论是理论界还是司法界通说都认为,实用艺术作品若想获得著作权法的保护,就需先满足美术作品的授权要件。然而,《实施国际著作权条约的规定》在实际运用中国内外对其保护方式不一,究其原因在于该规定指出国外实用艺术作品不适用美术作品的授权要件。同时,该规定也与美术作品有本质的区别,由此得出实用艺术作品的保护并不适用美术作品的保护模式。综上,我国在完善著作权法体系过程中,可以借鉴此经验,设计立法对实用艺术作品进行保护。

二、实用艺术作品获得保护的要件分析

(一)独创性

在判断一个实用艺术作品能否成为著作权意义上的作品,从而得到相应的保护,具有独创性是最为基础的条件。在著作权保护水平较高的国家中,例如在以版权法体系为代表的美国和以作者权体系为代表的德国,独创性均可作为判断某项作品是否可以获得著作权法的保护的重要标准。独创性的内涵主要是需要作者独立完成并且作品具有一定的创作高度^[8]。其中,独立完成是指作品是作者运用自己的才智与风格创作而成,不涉及复制、抄袭以及剽窃。

作品创作是用具体的表达表现抽象思维的过程,通常作者在作品的创作中可以自由地发挥想象力,或夸张或写实或虚拟,可以任意使用不同的方法表达其构思或创意。美术作品中,作者在不违背法律禁止性规定的前提下,其创作空间的自由度是不

受任何限制的,不需要考虑作品的实用性,仅追求个性化表达。而实用艺术作品的设计首先要遵循实现工业品实用功能性这一基本原则,在满足产品实用性功能要求及生产制造的技术的基础上进行设计与发挥。因此,在此情况下作者的创作自由空间受限,自由度相对较低^[9]。实用艺术作品的创作者仅能在有限的艺术创作机会和个性化表达方式中,找寻其满意的可以体现其思想的表达方式。

独创性标准要结合客观上存在创作机会为考量依据,实用艺术作品的艺术性代表了工业品设计中存在个性化表达的空间,而实用性却限制和影响了艺术创作的发挥,实用艺术作品的艺术性表达客观上需不影响亦不促进实用功能的实现。那么,认定一件实用艺术作品是否具有独创性存在问题。实用艺术作品受工业品实用功能影响和限制,在独创性的适用上应该低于美术作品的认定标准。实用艺术作品应具有一定的创作高度,即在一般公众眼中可以被视为是具有美学成分的艺术品。

著作权法的立法目的源于作品带来的价值及利益,维护著作权人利益与作品使用者之间的利益平衡,从而鼓励更多艺术作品的产生,增加社会福利。实用艺术作品也在人们日常生活中受到欢迎。为了满足当前市场经济条件下对规范实用艺术作品市场的需要,在对实用艺术作品适用著作权法保护时,其独创性标准的要求应当低于美术作品,这样才能保护更多的实用艺术作品。正是这种市场需求激发了设计师的创作激情,同时也可能面临被剽窃、模仿的风险。因此,需要加强对实用艺术作品的保护,一方面使设计师的利益得到保障,另一方面可以促进经济的发展。

(二)分离标准

广义上讲,系统、操作方法、技术方案、工艺和任何实用功能性都属于“思想”的范畴。根据我国著作权法的规定,上述类型不在著作权保护范围内。不可忽视的一点是,在实用艺术作品同时具有的实用功能性与艺术性中,仅有其艺术性造型才能获得著作权法的保护。如何判断实用艺术作品中艺术性造型是否可以获得著作权法的保护值得我们关注与探究。在美国,其《版权法》规定,实用艺术作品中艺术性表达,只有与产品的实用功能性相分离且可独立作为作品存在时,其艺术性设计才能获得著作权法的保护^[10]。这一理论在美国被称为“分离标准”,用来判断实用艺术作品是否以其艺术性成分成为独创性的作品。

一般情况下,分离标准是指将实用艺术作品的“艺术性”成分是否可以被抽象出来,脱离工业品实用功能性独立存在^[11]。在美国司法实践中,分离标准分为两种,一种为物理性分离,另一种为观念上的分离。1954年,美国最高法院在 Mazer V. Stein^①案中,授权使用于工业灯底座的舞蹈人物于著作权保护^{[5][65]}。经审理后,法院认为该案的核心是应用于大规模工业生产中舞蹈着的人物形象是否可受著作权法的保护。

随后,1959年版权法规章采用“分离标准”判断相关设计能否获得著作权法的保护。此时的分离标准仅强调“艺术品”与工业品的物理分离,纽约南区法院在 In Ted arnold v. silvercraft 案中认为卷笔刀和它的外壳可以物理性分离,因此复古式样的电话机作为卷笔刀外观造型时可以获得著作权法的保护^②。对于三维产品,物理分离标准可将美学性物品和实用性产品明确分离,但二维产品与三维产品不同,无法将两者明确区分,因此该标准不能适用^③。再者,物理分离的结果不具有必然性。如将小雕像放置于灯座的底部或者顶部,则可实现与灯座的物理性分离,从而可以获得著作权法的保护,但是如果将小雕像环绕于灯座周身,此时,小雕像则不能与底座物理性分离,从而不能获得著作权法保护^[12]。

物理标准无法适用于功能性与艺术性成分以不可分离方式的结合,然而,日常生活中大多数设计中的功能性与实用性是以不可分离的方式结合。鉴于该标准的难以适用,美国版权法规章(1959)中引入了新原则——观念上分离^④。

美国第二巡回法院在审理 Kieselstein-cord v. pearl^⑤案中,发现原告设计的皮带扣花纹与皮带扣不能物理性分离,依旧支持了原告生产的皮带扣设计可获得著作权保护。法院认为在观念上,皮带扣的装饰性图案可以与其实用功能性相分离。在 Esquire v. Ringer 案中,法院认为 Esquire 公司生产

① 347 U.S. 201 (1954).

② Ted Arnold, Ltd. v. Silvercraft, 259 F. Supp. 733, 735 (S. D.N.Y. 1966).

③ Home Legend, LLC v. Mannington Mills, Inc., 784 F.3d 1404, 1413 (11th Cir.2015).

④ Library of congress, compendium of copyright office practices(2d ed.1984). 实用物品的美学特征和实用物品可以作为完全分离的两个作品肩并肩同时存在,一个为艺术作品,另一个为实用物品。

⑤ Kieselstein-cord v. pearl, 632 F.2d 989.

的照明装置的整体设计不能获得著作权的保护^①。其原因在于无论照明装置整体设计是否具有美学吸引力,其设计目的是为了功能性的实现,但此时实用功能性与美学艺术性在观念上无法分离,因此不能获得保护。

上述的“分离”并非仅指文字或语义上的分离,如果一味地追求物理性或观念上的分离便会落入通过各种方法机械地实现两个对象的分离,从而可能产生方法不同结论亦不相同。重新审视分离标准可以发现,分离标准的实质在于衡量授予某项设计于著作权保护对市场竞争的影响,是否会产生不利于实用性工业品大规模生产之后果。经济学家张伯伦曾指出,著作权不仅仅是一种垄断因素,而是一种经济意义上的垄断。所以在赋予某项客体于著作权专有权保护时,应考虑其对市场竞争的影响,专有权的保护是否会对社会化大生产产生不利的影响。

三、实用艺术作品著作权保护制度的完善

实用艺术作品的著作权保护立法之路布满荆棘,长久以来,国内相关立法发展较为缓慢。国家版权局公布的《〈中华人民共和国著作权法〉(修改草案送审稿)》中对实用艺术作品下了定义^②,并解释了增加这一定义的原因。增加这一定义是由于我国现行著作权法中未明确规定对实用艺术作品的保护,但在《实施国际著作权条约的规定》中对外国实用艺术作品提供25年的保护,这种超国民待遇长期以来受到各界的质疑。因此,草案将实用艺术作品纳入著作权保护客体,并将保护期规定为25年^③。

虽然,草案中明确了实用艺术作品著作权的可保护性,但是未明确规定实用艺术作品的获权要件。仅笼统的规定实用艺术作品是具有实用功能产品审美意义的平面或立体造型,并不能排除审美意义设计是为实现实用功能性之设计。实用艺术作品著作权保护的基础是授予某项设计于著作权保护不影响未使用该设计产品的生产效率。再者而言,当实用艺术作品的艺术性与实用性混合时,依据思想与表达混合原则,产品实用功能性广义上讲属于思想的范畴而不能获得著作权法的保护。

探究分离标准的本质可以发现,分离标准实质上是判断产品设计是否落入思想的范畴。为防止著作权法对实用功能的垄断,以提供实用功能为目的的表达不能获得著作权法的保护。在实用功能性仅有一种或少有的几种表达方式时,实用功能性与表达混合,此时著作权法排除对该表达的保护。

总结上述分析可以得出,实用艺术作品获得著作权保护需考虑以下几点。

第一,在美学设计独创性的认定上,实用艺术作品需达到一定的美学高度才能获得著作权法的保护。可用是否与该工业品惯常设计相一致来判断其美学高度,非工业品惯常设计可认为实用艺术作品符合独创性的要求。由上文可知,实用艺术作品与美术作品有异,实用艺术作品中美学性设计受限于工业品实用功能的实现,设计师创作时不能任意发挥其艺术思想自由创作,仅能在实现工业品实用功能性的基础上进行创作,而美术作品的创作过程不受此限制。再者,实用艺术作品之设计应是可以满足批量生产之设计。然而,美术作品通常具有稀缺性,并不是所有的美术作品都可应用于批量生产,一幅用色讲究的画作,将其适用于家具或日常电器之上,由于画作颜料的特殊性并不适宜用作批量生产。由此更是说明,实用艺术作品与美术作品的不同。实用艺术作品的特殊性就决定了其独创性高度应低于美术作品,不同于该工业品惯常设计的创作应认定具有独创性。

第二,实用性产品的设计可独立于产品的实用功能性,不管是物理性分离或观念上分离,分离标准的目的是为了排除对决定实现产品实用功能或批量生产之设计的保护^[13]。对工业品功能实现之设计的保护属于专利法的范畴,著作权法仅保护美学性表达,也就是在工业品不使用某项设计时,将阻碍工业品的生产效率或功能的实现,此时,著作权拒绝为该设计提供保护。著作权法所保护的是设计师在不追求产品功能优化或提高生产效率但仍保证产品功能的任意性选择的设计。

第三,实用艺术作品的保护期限应低于著作权的其他作品。应用于工业品之上的实用艺术作品,设计师设计的初衷在于进行创作与其他产品有所区分且又不影响工业品的批量生产及实用功能。一方面,在工业生产之中,过长的垄断权期间不利于工业技术的发展。另一方面,国外实用艺术作品保护期限也为25年,实用艺术作品国内的保护期限应与国

① Esquire, Inc. v. Ringer, 591 F. 2d 796, 798 (D.C. Cir 1978), cert. denied, 440 U.S. 908 (1979).

② 《〈中华人民共和国著作权法〉(修改草案送审稿)》第5条:实用艺术作品,是指玩具、家具、饰品等具有实用功能并有审美意义的平面或者立体的造型艺术作品。

③ 国家版权局:《关于〈中华人民共和国著作权法(修改草案)〉的简要说明》,2012年3月。

外的保护期限一致。

关于实用艺术作品这一特定称谓在著作权法第三次修改草案送审稿中得到了肯定,但对于实用艺术作品的定义仍略有不足。因此,笔者建议将实用艺术作品定义做出适当的调整。实用艺术作品独创性高度低于美术作品,不同于工业品惯常设计即可。但是,应用于工业品之上的艺术性设计需与工业品实用功能性实现或工业品批量生产无关,即艺术性设计对工业品实用功能性的实现或工业品的批量生产既不促进亦不起阻碍作用。

四、结 语

纵观工业设计发展历程,实用艺术作品不断的被应用到现实生活中,由此而产生的法律问题该如何合理地进行规制是我们想要讨论的问题。其中,作品是实用艺术作品的本质,实用艺术作品应落入到著作权的保护范围内有其内在合理性^[14]。同时,实用艺术作品纳入到著作权法保护体系有利于鼓励创新创作以及促进经济的发展。经过对实用艺术作品本质的探讨与对实用艺术作品获得保护的要件的分析,并结合分离标准的本质,不难得出保护实用艺术作品仍需考虑以下几点:一是实用艺术作品需要在美学设计独创性的认定上达到一定的美学高度;二是实用性产品的设计可独立于产品的实用功能性;三是实用艺术作品的保护期限应低于著作权的其他作品。随着经济的不断发展,实用艺术作品在日常生活中的地位也越来越高,在这种情况下,不断地完善著作权立法才是有效之举。

参考文献:

- [1] 王天琪.适用艺术作品的著作权保护[D].哈尔滨:黑龙江大学,2017:37.
- [2] 冯晓青,付继存.实用艺术作品在著作权法上之独立性[J].法学研究,2018,40(2):136-154.
- [3] 罗马公约和录音制品公约指南[M].刘波林,译.北京:中国人民大学出版社,2002:24.
- [4] 郑成思.版权法[M].北京:中国人民大学出版社,2009:120.
- [5] 高阳.工业设计知识产权保护中功能性排除研究[D].上海:华东政法大学,2006.
- [6] 冯晓青.著作权法[M].北京:法律出版社,2010:59.
- [7] 郑成思.版权法[M].北京:中国人民大学出版社,2009:116.
- [8] 陈刚.计算机软件的法律保护研究[D].苏州:苏州大学,2005:7.
- [9] 丁丽瑛.略论实用艺术品独创性的认定[J].法学评论,2005,23(3):16-19.
- [10] 宋智慧.实用艺术作品版权保护探析[J].社会科学辑刊,2015(6):84-88.
- [11] 管育鹰.实用艺术品法律保护路径探析:兼论《著作权法》的修改[J].知识产权,2012(7):55-63.
- [12] 刘晓春,李梦雪.保护使用艺术品的双保险:版权和外观保护缺一不可[J].中国对外贸易,2019(6):54-55.
- [13] 李燕,韩赤凤.实用艺术作品的著作权白虎研究:兼评我国《著作权法》的第三次修改[J].长春理工大学学报(社会科学版),2014,27(8):19-24.
- [14] 杨咏梅,王晓.实用艺术品与外观设计专利在保护对象上的内涵比较与范围划分:兼论实用艺术品侵权诉讼审理思路[J].法律适用,2018(13):76-85.

(责任编辑:秦红嫒)



时尚设计的抄袭认定、保护困境和路径选择

朱楠

(上海政法学院经济法学院, 上海 201701)

摘要: 版权法排斥对实用功能的保护, 根据“分离测试”的规则, 时尚设计能获得的版权保护仅限于产品外表的图案、花纹、色彩组合、设计图纸和样板。时尚成品因为具有实用功能往往处于保护范围之外, 这是版权法的坚守, 同时也符合时尚产业自身求快、求变的客观实际, 符合时尚产业长期竞争的需要。规制时尚抄袭, 固然可以借助知识产权等专有权, 但同时也可以探讨建立专有权体系之外的制度: 一是通过市场先发优势构建品牌价值; 二是通过行业自治, 探索集体管理、集体谈判模式。

关键词: 时尚设计; 保护范围; 抄袭

中图分类号: D913

文献标志码: A

文章编号: 1673-3851 (2019) 10-0548-09

Plagiarism establishment, protection difficulty and alternative option of fashion design

ZHU Nan

(School of Economic Law, Shanghai University of Political Science and Law, Shanghai 201701, China)

Abstract: Practical function is not protected under copyright law. According to the rules of "separability test", copyright protection which can be gained by fashion design is only limited to the pattern, combination of colors, design drawing and clothing template. Fashion finished products are often beyond the scope of protection due to the practical function, which is the principle of Copyright Law, conforms to the objective reality of pursuing speed and changes in the fashion industry, and also complies with the long-term competition needs of fashion industry. Intellectual property is significant to regulate fashion design plagiarism, but the systems beyond exclusive right system can be established: to establish core value of brand through the first mover advantage; to explore collective management and collective negotiation mode through industry autonomy.

Key words: fashion design; scope of protection; plagiarism

抄袭是对创造的致命伤害, 对追求不断创新的时尚设计来说, 抄袭成风会成为时尚产业持续发展的障碍。版权法是规制抄袭的重要法律规范, 但遗憾的是其仅能对有限部分提供保护。现有研究主要是从服装或时尚设计所能获得的知识产权保护入手, 综合分析著作权法、外观设计专利和商标法能提供的保护手段, 或聚焦服装样板或成衣是否受保护的问题。本文采用以案例研究为主的研究方法, 以服装设计抄袭认定为核​​心, 分析对比了自 2001 年以

来的 14 个相关案例, 分类研究其中的保护思路和抄袭认定思路, 探析时尚设计在版权法律下所获得的保护力度。另外, 不同于既往研究, 本文进一步分析了导致这一结果的时尚生态成因和竞争法原因, 并提出适应于时尚产业客观状态的解决方案。

一、时尚设计的保护范围和抄袭认定

(一) 时尚设计

时尚设计是对时尚产品的设计。时尚这一概念

盛行于大众消费的商品经济社会,时尚产品一方面以满足人的穿戴行为实用目的,另一方面则在视觉上传达物质享受、精神愉悦、意象体验、价值实现和地位象征^[1],如服装、皮具箱包、珠宝和手表等都属于承载时尚设计的时尚产品。时尚设计可以是时尚产品的外观设计,可以是其结构设计,也可以是其局部的设计。

时尚设计不是纯粹的艺术,而是实用物品和艺术的结合,在产业层面上体现为艺术家和制造商的结合,在消费层面上体现的是人类对日常实物的审美追求。

(二)分离测试实践下的保护范围

1. 排斥实用性

版权法保护的客体是作品。所谓作品必须属于有独创性的文学、艺术或科学表达。版权法排斥实用性,不保护实用功能,这是知识产权法律体系不断演化的结果。知识产权权利自身体系化和类型化的尝试之一就是将其划分为文学产权和工业产权,这种划分有着深刻的历史原因。早在1791年,法国专利法的起草人德布孚拉曾经提出“工业产权”的概念,随后各国相继接受,逐渐形成以专利、商标、商号、产地标记以及反不正当竞争为内容的工业产权,并在此基础上形成了《保护工业产权的巴黎公约》。工业产权之外的和工业产权客体有着共同的非物质性特征的著作权成为了知识产权中的另一类型。《保护文学艺术作品的伯尔尼公约》在模仿《巴黎公约》基本原则和构造的基础上也缔结形成,至此知识产权内部的两个类型基本形成。这一体系化尝试的合理性在于对知识产权的客体以能否工业化以满足生产需求为标准进行的划分,文学产权的成果满足的是主体的精神审美需求,工业产权的成果则主要用于生产制造,由此形成实用/非实用二分法。

有学者从两者权利边界界定成本差异方面对其分类进行了理论剖析,认为发明的技术效果可验证、可重复、比较稳定,能够用文字等加以描述,因此,授权的成本可以预见和控制。作品则带有个体的主观性和任意性,创作行为相对发明行为为较容易和常见,因此,难以对社会个体的创作进行系统和完整的审查,授权的成本会因审查而无法预见和控制。这就形成了两者在权利产生方式上的分野,也因此属于不同的权利类别^[2]。

总之,版权法不能涉足实用性、功能性成果,这成为了现代知识产权制度中的一个基本规则。

2. 分离测试在时尚设计保护中的应用

在实用/非实用二分法的规则下,能受到版权法保护的时尚设计可以被笼统地归纳为其中具有单纯艺术

性或审美性的部分。因此,分离测试的规则被发展出来用以判定某一设计是否可以受到版权法的保护。设计中的美学元素部分如果能物理性地或观念性地独立于实用功能的部分,则该设计可以获得版权保护,反之,版权法不能涉足^①。这一规则诞生于美国的司法实践,近年来在中国的司法实践中也多有应用。

笔者以时尚设计的核心——服装设计为对象,归纳了从2001年至今的服装设计侵权案件,从中均可以看到分离测试应用的实践。总的来说,在分离测试下,服装上的图案或印花是可以独立于服装的穿戴功能而被“分离”出来的,因此被认定为属于美术作品,抄袭图案或印花则构成著作权侵权^②。

其次,服装设计的另一大变化在款式上,如裙装及长短裙,衬衫及长短袖以及服装局部的款式变化,如领口、袖口、口袋。人类的服饰发展至今,可能的变化几乎均能在历史中找到,款式变化实际上只是各种类型的重组和叠加,从这个意义上来说,想要达到独创性的标准是比较难的。如在上海山高水长服饰有限公司诉颜大伦、冯大伟著作权纠纷案中,原告主张其波浪花边延长、变清代短褂为细长旗袍、大襟粗线条变圆滑线条、衣领变为细纹均属于有独创性的设计。法院则认为,这些改变恰恰证明了相应元素已经在清代短褂中出现,且各元素的排列位置也与清代短褂上的位置基本一致。波浪花边的延伸处理尚未达到独创性的要求。这些所谓的创作点是基于服装款式的变化,均不属于美术作品范畴的独创性^③。可见款式的具体变化很难突破公有领域中现存的基本元素,即使基本元素重新叠加组合,也会因为服装的穿戴功能限制了个性化的发挥,很难达到独创程度。

再次,成衣抄袭是服装侵权案件中又一常见的诉争焦点。成衣是否能够获得著作权法的保护,条件是成衣的艺术性能够在物理或观念上独立于其实用性而存在^④。其中实用性是指该物品或产品有无

① Mazer v. Stein, 347 U.S. 201 (1954)。

② 上海山高水长服饰有限公司诉颜大伦、冯大伟著作权财产权纠纷案,上海市高级人民法院(2009)沪高民三(知)终字第94号;广州市杰晖服装有限公司等与李春著作权侵权纠纷案,广州市中级人民法院(2010)穗中法民三终字第32号;广州赫斯汀服饰有限公司与武汉市凯莉欧服饰有限公司著作权权属、侵权纠纷案,湖北省高级人民法院(2018)鄂01民终10841号判决书。

③ 上海山高水长服饰有限公司诉颜大伦、冯大伟著作权财产权纠纷案,上海市高级人民法院(2009)沪高民三(知)终字第94号判决书。

④ 上海陆坤服饰有限公司与上海戎美品牌管理有限公司、苏州日禾戎美商贸有限公司著作权权属、侵权纠纷案,上海市黄浦区人民法院(2016)沪0101民初27687、27688、27689号判决书。

实用功能,如成衣的基本功能是可穿戴,起到保温遮挡的效果;艺术性则要求该物品达到一定的艺术创作程度,能够产生审美体验,从审美上来说,成衣至少不应被一般公众仅仅看做是一件衣服,而应当是一件艺术品^①。据此,司法实践中,多数涉案成衣因为主要体现的是穿戴功能,所谓设计往往和穿戴功能交织在一起无法被“分离”,因此大都不被认为构成作品^[3]。

最后,服装设计制作过程中的必经步骤是图纸设计和打版,打版形成的是服装样板,那么服装设计和服装样板能否获得著作权法的保护呢?服装设计图是点、线、面等元素根据数值大小和长短、位置关系、角度等形成的精确图形,可以构成著作权法中的图形作品^②。

服装样板在实践中存有争议。在上海发勋帝贺商贸公司与广州万想贸易公司侵权案中,针对诉争的“平步青云”系列休闲服装的样板(下称“平步青云”案),法院认为:样板汇聚了设计人员和专业制版师具有独创性的智力劳动,构成图形作品,应当受到著作权法的保护^[4]。上海陆坤服饰有限公司与上海戎美品牌管理有限公司、苏州日禾戎美商贸有限公司著作权权属、侵权纠纷案^③中(下称“戎美”案),一审法院认为服装样板只是生产服装的必要工具,不能受到著作权法保护,但二审法院认为样板是对设计平面图的进一步表达和演绎,将服装的结构说明演进了与成衣更接近的平面图块,因其汇聚了相关人员的智力劳动,构成图形作品,应受到著作权法的保护。

在另一起有关连体工作服的著作权纠纷中(下称“连体工作服”案),法院在判决中首先肯定了服装设计和样板之间的关系:设计图是基础,样板是从图到成衣的中间环节和必经途径,是对设计图的表达和演绎。其次,法院进一步指出,样板又不同于设计图。设计图体现的是设计人员对服装整体的理解,而样板是专业制版师基于设计图对服装各个组成部分的理解,制版师的创造体现在制版过程中往往要通过初级纸样制作、试坯布、修改纸样等多个步骤才能形成最终定型的样板^[4],这里制版师同样投入了包含尺寸处理、位置变化等方面的智力劳动。因此服装样板也构成图形作品,理应受到著作权法的保护。但涉及孕妇服的一起著作权侵权案^④中,针对诉争的防辐射马甲裙、吊带和肚兜服装样板,法院则认为:服装样板是设计图到成衣的中间环节,根据著作权法原理服装样板同服装都属于实用品,具

有功能性,只有符合艺术性的要件,才能受到著作权法的保护。

实际上,从有设计思路到形成设计图,再到制成服装样板,最终根据样板加以剪裁加工,这是服装从设计到成型的一个整体过程。期间,设计的表达在逐渐具体化和数值化,因此服装样板相对于服装设计图来说更能体现数值大小或长短的精确性。如果服装设计图是点线面的组合的话,则服装样板同样属于点线面的组合,只不过更为精确,更能满足剪裁和加工的需要。从著作权法的角度来说,样板对设计图要么是复制,要么是进一步的演绎,取决于设计图的精确程度,两者实质上都是以线条及其位置关系作为表达的图形作品。如果认为服装样板是生产制作服装的工具的话,服装设计图同样也是生产制作服装的工具。某一对象可以作为工具来使用并不意味着对象本身不构成作品,比如,人体模型教具可在医学教学中使用,但并不排斥其可以作为模型作品获得版权保护;制造玩具的模子既是压模的工具也可以满足模型作品的要求。可见,功能的存在不必然抹杀可版权性,仅当美学元素无法独立于功能时该产品才属于非版权对象。

在承认服装设计图、服装样板属于作品的前提下,依照设计图和样板制作服装的行为并非是受著作权法规制的侵权行为,即这种行为不属于版权法上的复制。虽然著作权中的复制权包含平面到立体的复制行为,但是复制的仍然是作品上的美学元素,图形作品因为呈现的是“科学之美”,关注的是数据的精确性形成的图形表达,体现的是线条之间的位置关系。这种“美”是无法通过生产成衣而复制再现的,成衣仅仅使用了图形作品上的数据,并未复制图形表达本身,即成衣已经脱离了图形作品的范畴,既呈现出具体的图案、印花、造型和款式,又具备了穿戴功能。

① 上海发勋帝贺商贸有限公司与广州万想贸易有限公司著作权纠纷案,广州市南沙区人民法院(2013)穗南沙法知民初字第423号判决书。

② 上海发勋帝贺商贸有限公司与广州万想贸易有限公司著作权纠纷案,广州市南沙区人民法院(2013)穗南沙法知民初字第423号判决书。

③ 上海陆坤服饰有限公司与上海戎美品牌管理有限公司、苏州日禾戎美商贸有限公司著作权权属、侵权纠纷案,上海市知识产权法院(2017)沪73民终280号。

④ 某公司诉被告某某公司侵犯著作财产权纠纷案,上海市卢湾区人民法院(2010)卢民三(知)初字第118号判决书。

因此在服装设计上,能确定获得著作权法保护的有图案、印花、设计图和服装样板,但成衣或成品基本处在保护范围之外。在其他类型时尚产品的设计保护上,这一结论基本适用。

(三)分离测试突破的可能性

1. 中国司法实践的尝试

“分离测试”是判定实用物品能否受到著作权法保护的一个实践原则,但因其具有一定的主观性总显得不够完美。在“戎美”案中,法院在实用/非实用二分法的基础上试图突破分离测试。该案二审法院认为:在判断成衣是否属于版权作品时,需要判断成衣的造型、结构和色彩组合而成的整体外型是否体现了作者具有个性化的安排和选择,即艺术部分是否超越实用部分,如果服装仍属日常穿衣范畴,则不具有独创性^①。在“平步青云”案中,法院提出:成衣的创作程度至少应使一般公众足以将其看作艺术品^②。在广州翼凡服饰发展有限公司与东莞市集酷实业有限公司著作权权属纠纷案中,法院同样提出原告涉案夹克及休闲裤设计图中所称的具有独创性的部分仍是服装设计的通用元素,不足以使一般公众将该夹克或者休闲裤看作艺术品。在上述三案中,法院并没有具体分析涉案服装实用性和艺术性是否可以分离,而是侧重于比较诉争对象的实用性和艺术性的大小。艺术性超越了实用性,以致服装已经不再是遮体、保温甚至起一般装饰作用的实用产品,而必须呈现出足够个性化的美学元素,才能获得著作权法的保护。这一尝试被学界称为程度标准^[5],这实际上是对服装设计创新提出了更高的要求,或者说,服装的独创性相较其他类型的作品而言,门槛较高,这对中国追求“中国创造”这一目标当然是有裨益的。

但程度标准至少还面临着下述问题:其一,实用性和艺术性两者的比重如何确定?要回答这一问题,则必然要对两者分别加以判定和比较,其中实用功能可以获得比较客观的评价,但艺术性或美学元素的部分则会带有不可避免的主观化倾向。其二,艺术性评判及其比重判断的标准是什么?如前述“平步青云”案中,法院提出“一般公众标准”,即对公众来说诉争对象究竟是艺术品还是仅供穿戴的牛仔褲。在胡三三诉裘海索案^③中,法院则认为服装艺术作品的艺术性时,本领域的专家通常情况下比普通欣赏者或消费者更加专业。可见,案件的尺度不一致,艺术性能否超越实用性的评判标准是不明确

的。其三,实用性和艺术性之间的关联关系是否还需要考量?在上述案件中,法院均只就实用性和艺术性的程度加以对比,并没有考虑实用功能和美学表达之间的关系。但是,若美学元素和实用功能交织在一起,则此时保护艺术性部分,即使艺术性的比重超越实用性,也有用版权法保护实用功能之嫌。如在“连体工作服”案中,法院认可连体工作服设计特征的美感,但同时指出,“服装整体的‘t’型、中腰收紧的‘x’型以及迭式立领、暗门式拉链、贴袋、插袋、袖袋、拉祥和子母扣的设计在体现原告所述美感的同时,不可避免地体现了实用功能。”^[4]因此其功能性的部分只能受到工业产权法的保护,而非著作权法。而基于实用/非实用二分法,至少“程度标准”是应当以承认分离测试为前提的。可见“程度标准”虽然试图突破“分离测试”的不确定性,但仍有其无法圆满的缺陷。

2. 美国司法实践的尝试

分离测试虽在司法实践中被普遍接受,但其自身也面临着诸多不确定性。其中“观念可分离”在美国司法实践中就存在版权局标准、主要-辅助标准、客观需要标准、普通观察者标准、设计流程标准、完整存在标准、适销可能性标准、Patry 标准和主客观标准^④。

美国法院在 Star Athletica v. Varsity Brands 案中,就对分离测试的适用进行了新的尝试。第六巡回上诉法院在分离测试的基础上提出:先确定固有的实用性部分,该实用性部分是否是“不仅呈现物品外观”及“不仅仅传递信息”。再进一步由观察者确认上述实用功能能否被分离出来,如果在观察者的假想中,实用部分和美学部分可以彼此分别独立并存,则版权法提供保护^⑤。美国最高法院多数认可了第六巡回上诉法院的判决结果,但对其裁判理由仅做了有限的关注,最高法院主要根据美国版权法

① 上海陆坤服饰有限公司与上海戎美品牌管理有限公司、苏州日禾戎美商贸有限公司著作权权属、侵权纠纷案,上海市知识产权法院(2017)沪73民终280号。

② 广州翼凡服饰发展有限公司与东莞市集酷实业有限公司著作权权属纠纷案,东莞市第一人民法院(2015)东一法知民初字第143号判决书。

③ 胡三三诉裘海索、中国美术馆著作权侵权纠纷案,一审北京市第二中级人民法院(1999)二中知初字第145号判决书,二审北京市高级人民法院(2001)高知终字第18号判决书。

④ Star Athletica, LLC v. Varsity Brands, Inc., 799 F.3d 468 (2015)。

⑤ Star Athletica, LLC v. Varsity Brands, Inc., 799 F.3d 468 (2015)。

110条给出了裁判理由:首先诉争对象可被视为能和实用物品分离的二维或三维艺术品;其次如果其能和实用物品分开想象,其自身符合美术、图形或雕塑作品的,但并不延及服装的剪裁、形状和物理尺寸^①。

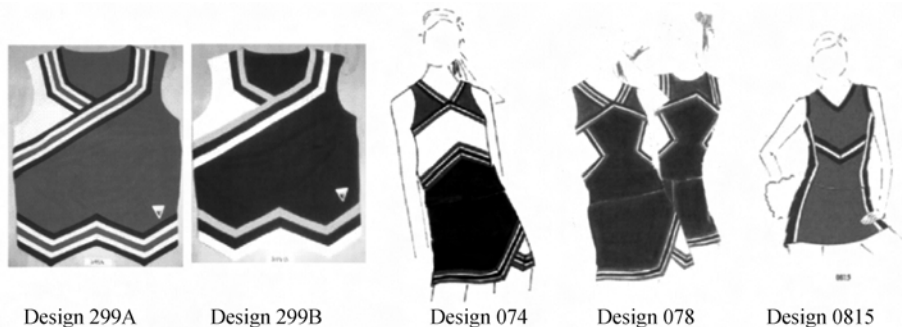


图1 拉拉队服设计

即使巡回上诉法院和最高院在该案中努力突破或细化分离测试,其尝试还是遭到了批评,即这种“假想”分离并没有解决分离测试的不确定性,反而增加了诸多未知因素^[6]。判决理由忽略了指引下级法院具体实施的方式^[7]。也有评论指出,最高院的对于实用物品分离测试的判决实际上就是个死结,仅能解决实用物品上的美学元素的版权保护,无法延伸至整个实用品提供版权保护^[8]。

由上可知,对于服装设计而言,能够确定获得著作权法保护的只有图案、服装设计图和服装样板。而成衣上的领口形状、衣袖长短、裙子造型、剪裁方式、口袋贴缝等因为属于实用功能的一部分而无法获得版权法保护。成衣整体除非具有高度的艺术品位和个性化的美学元素是无法获得著作权法保护的。

(四)实质相似的认定

在美学元素能获得版权法保护的前提下,时尚设计的抄袭认定采取“接触+实质相似”的规则加以判定,原告如能举证证明被告具有接触自己作品的可能性,而被告不能证明自己属于独立完成设计的,则会构成“接触”。通常原被告之间如果存在过基于诉争设计的合作关系、委托关系、加工关系的,被认定为“接触”的可能性比较大。

实质相似则需要将原被告的设计作品进行对比,达到实质相似程度的则被认定为著作权侵权。其中是否实质相似涉及到主客观标准问题。从客观标准来说,基于思想和表达两分法:首先,应剔除时尚设计中属于思想范畴的内容,如简约、淑女、中性等风格,如城市生活、未来感、环保等理念。其次,应当剔除公有领域已有表达和完全反映客观事物样貌

在本案中,金斯伯格大法官则主张摒弃分离测试,认为本案的拉拉队服设计(见图1)实际上就是在服装上复制再现的艺术作品,服装是设计的物质载体。

的表达,比如:豹纹属于自然存在的动物条纹;祥云、仙鹤等早已存在于中国传统服装的装饰中;波点是通用元素。再次,评判的是作品表达上的整体相似程度,而非差异程度^②。对于服装的图案来说,比较的是线条、形状、颜色之间的相似程度;对于服装设计图、服装样板而言,应比较两者线条关系和位置关系的相似程度。

实质相似的主观标准是指从主体的感受来看是否构成实质相似。无论在客观角度怎样评判作品间的相似,均是通过人进行判断,离不开人的主观感受。其中的“人”一般认为应当是普通公众,而非专业人士或某一领域的专家。如美国司法实践中遵循“普通观察者”测试法。中国的理论和实践也基本遵循这一标准^[9-10]。原因是作品的受众是一般公众,而非特定群体,更不像专利一样还承担着公示技术情报信息的职责。时尚设计虽然存在高端、中端和低端市场,但是市场中的消费者也仍然属于一般公众,不是“专家”。如在胡三三诉裘海索案中,一审法院提出了普通欣赏者标准,二审法院虽然认可上诉人(原告)提出的对服装艺术作品艺术性的判断,也同意本领域专家判断艺术性时当然比普通欣赏者或消费者更为专业,但法院同时指出,对服装艺术作品艺术性的判断标准和法律上判断服装艺术作品是否侵权的标准绝不等同,不能混为一谈^③。

① Star Athletica, LLC v. Varsity Brands, Inc., 137 S. Ct. 1002, 1007 (2017)。

② 差异的大小可以用来评价独创性,但不能用来评价作品抄袭。

③ 胡三三诉裘海索、中国美术馆著作权侵权纠纷案,一审北京市第二中级人民法院(1999)二中民初字第145号判决书,二审北京市高级人民法院(2001)高知终字第18号判决书。

二、时尚设计保护困境的成因分析

实用功能和艺术价值的统一本是时尚设计业的追求,然而其结果却往往被版权法拒之门外,看似极不合理,但其实自有原因。

(一)时尚设计综合性和版权法保护特定指向性的错位

工业文明的发展促进了大众消费,时尚已经不再是少数群体或有限领域的小众追求,最早的时尚仅仅指的是棉布和亚麻布的印花,最早的时尚仅传播于贵族和上层社会。但今天,时尚已渗透于各类产品,服装、包袋、首饰钟表、家具家居甚至汽车和电子产品。这就决定了时尚设计可以是这些产品整体造型的设计,可以是图案或颜色的设计,可以是局部结构的设计,也可以是上述诸种设计之结合。今日的时尚已经是大众普遍追求的时尚,这就决定了时尚设计必须考虑到大众喜好和日常使用上的适应性,这就是时尚设计的综合性。应该指出的是,法律作为上层建筑是为经济基础服务的,因此时尚产业作为社会客观的经济活动,其无法主动适应法律规范的,而应当是法律主动依照经济实践进行确立和调整。因此时尚的原创者无法做到严格按照著作权法的规则进行设计,只能按照客观的设计规律和经济需求进行设计。著作权法仅能就智力创造成果中的一部分,即属于文学、美学和科学表达的部分提供保护,如前所述,这并不是著作权法的缺陷,而是著作权法的坚守。综合性的时尚设计需要的是全方位的法律保护,其和著作权法发生部分错位就是应有之义了。从另一个角度来说,想用著作权法解决时尚设计的全部保护问题是行不通的。

(二)时尚设计的嬗变性和版权保护稳定性不相匹配

时尚唯一不变的是变化。英国诗人王尔德曾说过:“时尚是一种让人难以忍受的丑陋,以至于我们不得不每六个月就更改一次”^①。时尚如何变化则受到人的欲望、生活方式和时代需求等因素的影响。这些因素决定了时尚设计的创新活跃度较高而流行周期短。高端市场上的四大时装周每年两季,每季众多高端品牌都要推出新品,中低端市场基本跟风高端品牌的设计,而就如淘宝的服装店铺也要周周持续性地更新新品,即所谓“快时尚”。新设计的推出意味着旧设计的出局,即旧设计已经不能满足持续盈利需求了。在市场已经自行淘汰某一创造成果的情况下,法律上给予长期的排他性保护意义并不

大。或者说版权法提供的长达50年(或作者终生及后50年)的排他保护,对于文学艺术类作品而言具有维持其长期获利、传播其知识成果的正面效应,但在高度产业化、市场化的时尚设计类作品上,这个效应并不明显。

实际上,中低端品牌跟风抄袭大牌的现象很常见(见图2)。但被抄袭者并不都会诉诸法律手段解决,因为来年的新设计很快就会抛弃今年的跟风之作。因此高端设计师往往凭借强有力的设计创造力和潮流引领力更快地获得市场和声誉,而跟风抄袭者只能拾人牙慧。同时正是因为跟风抄袭的存在,才能较快速地形成某种潮流,从高端市场传递至大众市场,这在时尚设计届形成了一种别样的“自恰”^[11],抄袭虽然使得原创者的经济利益受到一定损害^[12],但并没有严重损害创新,欧美的时尚设计业一直在繁荣发展。可见,版权法的保护在促进时尚设计创新方面并非唯一手段。



图2 品牌抄袭案例^②

(三)保护困境的竞争法意义

竞争法旨在保证市场资源供应充足,降低交易成本,从而促进竞争。那么,时尚设计会否因为仅得到有限保护而发生资源不足或者交易成本过高而竞争不充分的现象呢?

应当承认,时尚设计仅能获得有限的专有权保护。这是因为,一方面版权法保护存在困境,另一方面即使时尚设计师们寻求其他专有权体系,如专利法或商标法。但是专利申请周期较长,即使外观设计或实用新型专利在中国的申请周期已经提快至6~8个月,但因这两类专利仅作形式审查,这会给相应的专利权带来极大的不稳定性;而通过商标保护

① 原文:“A fashion is merely a form of ugliness so absolutely unbearable that we have to alter it every six months!” Oscar Wilde in his spoken lecture on *Personal Impressions of America* at least as early as September 1883.

② 图片来源 <http://www.thefashionlaw.com/home/fashions-piracy-paradox-are-there-benefits-to-the-practice-of-knockoffs>; <http://www.vox.com/2018/4/27/17281022/fashion-brands-knockoffs-copyright-stolen-designs-old-navy-zara-h-and-m>.

的时尚设计通常适用于能够长期使用的标识或元素,但这依然和时尚产业快速变化的客观实际不相符。可见时尚设计领域的创造性成果依然会大都处于专有权体系之外,那么缺少保护是否会导致时尚设计领域“公地”的出现,资源荒废,从而发生所谓的“公地悲剧”^[13]呢?事实上,创造性成果是无体物,不会发生有形损耗甚至灭失,其正外部性——知识福利——会使更多的人获益。创造性成果的“公地悲剧”主要体现在对创新动力的损害上,而“悲剧”发生与否只与交易成本有关。成本过高的公共产品会发生利用不足,如古代皇室对某些知识技术的垄断使得民间完全无法利用;成本过低的私有产权也会发生利用过度,如网络盗版,其直接传播的成本远远低于获得授权的成本。可见,作为专有权的知识产权体系确属一种降低和平衡交易成本的制度安排,但绝不是唯一的一种。反而如果存在过多的专有权,可能会导致“反公地悲剧”^[14]的出现,即每一专有权人都有权阻止他人未经许可的利用,使得使用人面临过高的谈判成本和授权成本,那么设计资源只能被闲置或发生利用不足。如美国的音乐使用就面临着过多的上游分散权利以致侵权风险增高而难以利用传播^[15]。

对时尚设计来说,专有权保护的不足并不是个必被谴责的缺陷。时尚产业事实上的繁荣说明其并没有发生“公地悲剧”,虽然存在版权法无法制止的一些所谓“抄袭”,但原创设计成果并不会被消耗掉,原创的动力依然比较充沛。反之过多地建立保护可能会消解时尚设计的快、变和流行,使其不符其名。正如法院在相关判决中所述:从服装的发展历史来看,随着时代的发展,其在款式、色彩等方面都会有不同程度的变化与创新。如果允许设计者个人垄断所有的服装变化与创新,则个人利益与社会公共利益可能会发生失衡^①。

综上,如果承认制度是派生出来的话,那么派生出制度的基础就是经济的客观内在机制。时尚设计的综合性和嬗变性就是时尚产业的客观内在机制,这一客观性决定了时尚设计的保护制度必然不能仅诉诸于版权法或专有权体系。那么,在专有权体系之外,还可以寻求或建立哪些制度手段呢?

三、有别于知识产权体系的路径选择

(一)通过市场先发优势构建品牌价值

通过市场先发优势构建品牌价值是对时尚设计自我利益的一种保护方式。市场具有自我调节的能

力。市场中的自由竞争遵循优胜劣汰的法则,因此优势资源通常会流向竞争力强的市场主体,在时尚产业而言,也就是创新能力强、销售渠道广的原创设计者会成为竞争主力。新设计出现必然会带来跟风、模仿或抄袭,抄袭虽然会导致损失,但市场先发的提前量可以给原创者带来大部分的优势和声誉^[16],只要保持强劲的创新力,就可以不断获得新设计带来的先发优势和市场先占利益,抄袭导致的损失可控。因此,时尚设计追求的变和快使得强势创新成为其核心价值。从正向来看,强势创新不断创造出先占利益;从反向来看,强势创新具有恢复市场自律、抵消利益损失的作用。比照知识产权体系来看,通过强势创新来恢复市场秩序的成本要低得多。

当下,随着信息传播的迅速和数字化技术的发展,新设计先发优势的持续时间可能越来越短,抄袭者可能在其之后的一周左右就能开展仿制品的生产甚至销售了,因此,仅瞄准先发优势显然不够。重要的是,通过先发优势或者设计上的“首创”建立品牌价值,这实际上就是将设计创新上的利益移转化为品牌价值。品牌价值的核心包括原创设计师的个人声誉,其设计作品的创新程度和竞争力以及商标的构建和保护。其中设计的创新程度和竞争力是品牌利益的实质,设计师的声誉是其延伸,商标保护是具体手段。创新利益转化为品牌价值后能建立良好的市场形象,形成良好的竞争效应。在这样的产业环境中,如果继续依靠抄袭获利既不会见容于行业,也会在消费端自掘坟墓。

(二)行业自治

通过行业自治是反对和抵制时尚设计抄袭的另一种保护方式。比较著名的抵制抄袭的行业自治实践是1932—1942年期间的美国时尚原创者协会(Fashion Originators' Guild of America,简称“协会”)。协会成立于1932年,其会员包含了当时纽约最重要的12家设计公司。协会的宗旨是保护原创设计不被抄袭和剽窃。为此目的,协会会员缔结了联盟协议,承诺不向出售仿冒品的销售商销售自己的设计商品,同时为激励原创,协会严禁抄袭欧洲设计。为了获得协会的保护,会员需要向协会提交设

① 见原告某公司诉被告某某公司侵犯著作财产权纠纷案,上海市卢湾区人民法院(2010)卢民三(知)初字第118号判决书;上海发勋帝贺商贸有限公司与广州万想贸易有限公司著作权纠纷案,广州市南沙区人民法院(2013)穗南法知民初字第423号判决书。

计图和描述,并作出原创承诺,相应的设计就会在协会注册。在审查上,普通和惯常的设计会被拒绝注册。而会员之间相互承认彼此的原创注册设计。在协会注册的设计会在相应产品上加以标注,注册人则对注册设计享有六个月的独占权^[17]。

协会首先通过“拒绝仿货”的声明来约束与其合作的服装零售商,凡是销售协会设计师商品的百货公司或店铺均需要签署这样一份声明。其次,为加强对零售商的管理,协会通过“白牌”和“红牌”的方式区分和公布合作零售商和不合作零售商。对于被举“红牌”的不合作零售商,协会会员均不得向其销售自己的设计商品,各会员的供应商如纺织品公司等也会拒绝与之交易。这种管理方式基本切断了零售商可能销售仿冒品的供应链条。再次,协会还发展出一套独有的“保证机制”,即在销售订单中有专门条款规定:设计制造商保证设计商品不是仿冒品,否则零售商有权退货,这就在供应链条的最上游保证了原创。最后,协会还对会员及零售商进行财务审计和商品抽查,一经发现会员抄袭或零售商销售仿品,都将受到处罚^[17]。随着协会会员的增加和每年在协会注册设计的增加,全美零售商很难选择在其规则之外另售其他商品,因此百货商店中的仿品渐少,到1936年,协会反抄袭的宗旨基本达成^[18]。

总的来说,协会实际上在既有的版权法和专利法之外,自创了一个带有审查、调查、裁判和处罚性质的行业组织,这迅速引发了疑问:行业自治的权限应如何界定?

协会先后遭遇了两起诉讼:一是Filene's百货公司在1936年对协会提起的反垄断诉讼,二是1939年美国联邦公平贸易委员会(FTC)对其提起的反垄断诉讼。前者胜诉,但后者败诉并终结了协会的自治实践,后一诉讼最终由美国最高法院进行判决。最高法院认定协会构成《谢尔曼法》之下的意图垄断,这会剥夺公众从自由竞争中的获利。协会准司法性质的审查并未改善抄袭,反而加深了矛盾^[18]。

协会失败的原因主要在于法外设权,版权和专利权都是法律允许的垄断,因此行业自治只能在立法允许的范围之内建立相应规则,知识产权是法定权利,因此法律上尚未被承认的“权利”不允许私人约定确立,当然也不会允许法外的私人垄断。但协会在10年期间的自治实践至少能够说明,设计师的联合治理和集中谈判模式是有效的,只是需要严格遵守一国的反垄断法。事实上,这种联合治理、集中谈判的模式在版权法的体制下早已得到了法律的认

可,即著作权的集体管理制度。在时尚设计领域,对于原创的图案、花纹、设计图纸和样板等版权对象完全可以借鉴同样的集中管理制度,通过集体谈判防止在销售端出现模仿和抄袭现象。

四、结 语

时尚设计覆盖广泛、综合,追求多变、快速,这是其基本生态。时尚设计业需要持续创新,这是其核心价值。上述客观状况决定了:其一,抄袭对时尚设计的损害是可以控制的;其二,能够完全适用于时尚设计产业的制度不可能以某种单一形式出现。在规制抄袭上,版权法及其他知识产权法都仅能针对其中的部分提供保护,时尚产业需要从各类知识产权中获得综合保护手段。更为关键的是,坚守住其强势创新的核心,探索设计行业的集体治理是完全符合其内在发展需求的,而集体治理的范围和程度应以法律认可的专有权为限。

参考文献:

- [1] 顾庆良.时尚产业导论[M].上海:上海人民出版社,2010:20-21.
- [2] Long C. Information costs in patent and copyright[J]. Virginia Law Review, 2004,90(2): 465-548.
- [3] 刘继祥.英特莱格公司实用艺术著作权纠纷案[J].电子知识产权,2003(5):23-26.
- [4] 徐俊.服装样板可以作为图形作品受到著作权法保护[N].人民法院报,2007-06-11(5).
- [5] 冯晓青,付继存.实用艺术作品在著作权法上之独立性[J].法学研究,2018,40(2):136-154.
- [6] Davis T. A missed opportunity: The supreme court's new separability test in star atletica[J]. Berkeley Tech L J, 2019,33(4): 1091-1114.
- [7] Anonymous. Star Athletica, L.L.C. v. Varsity Brands, Inc.[J/OL]. Harvard Law Review, 2017,131(1):363-372[2019-08-16]. <https://harvardlawreview.org/2017/11/star-athletica-l-l-c-v-varsity-brands-inc/>.
- [8] Ginsburg J C. Courts have twisted themselves into knots: U. S. copyright protection for applied art[J]. Colum J L & Arts, 2016,40(1):1-52.
- [9] 梁志文.版权法上实质性相似的判断[J].法学家,2015(6):37-50.
- [10] 杨雄文,王沁荷.美术作品的表达及其实质相似的认定[J].知识产权,2016,26(1):44-50.
- [11] Raustiala K, Sprigman C J. The piracy paradox: innovation and intellectual property in fashion design[J]. Virginia Law Review, 2006,92(8):1687-1775.

[12] Appel G, Libai B, Muller E. On the monetary impact of fashion design piracy[J]. International Journal of Research in Marketing, 2018,35(4): 591-610.

[13] Hardin G. The tragedy of the commons[J]. Science, 1968, 162(3859): 1243-1248.

[14] Heller M A. The tragedy of the anticommons; Property in the transition from Marx to markets[J]. Harvard Law Review, 1998,111(3): 621-88.

[15] Jyh-An L. Copyright divisibility and the anticommons American university [J/OL]. International Law Review, 2016,32(1): 117-163[2019-08-16]. <https://ssrn.com/abstract=2850922>.

[16] 田村善之.日本知识产权法[M].周超.李雨峰.李希同,译.4 版.北京:知识产权出版社,2011:9-23.

[17] Dreyfuss R C, Ginsburg J C. Intellectual Property at the Edge: The Contested Contours of IP [M]. Cambridge: Cambridge University Press, 2014: 160-168.

[18] 朱楠.工业品外观设计美国保护模式之演进和批判[J].科技与法律,2016(5):958-975.

(责任编辑:秦红嫚)



奢侈品走私犯罪风险及预防

王永亮, 吴雪晨

(上海海关学院法律系, 上海 201204)

摘要: 随着中国经济的快速发展, 奢侈品开始越来越多地进入人们的视野。人们对于奢侈品的追求与国内奢侈品大多价格高昂的现实矛盾, 催生并促使奢侈品走私案件的多发。奢侈品走私多适用于走私普通货物、物品罪的相关规定, 涉案主体可以是个人也可以是企业, 表现形式多为通过低报、瞒报来达到偷漏税款的目的。预防奢侈品走私犯罪, 不仅仅要着眼于海关的监管, 还应借力社会各方, 采取多种方法和措施, 以达到预防奢侈品走私犯罪的目的。

关键词: 奢侈品; 走私犯罪; 风险预防

中图分类号: D924

文献标志码: A

文章编号: 1673-3851 (2019) 10-0557-06

Analysis on the risk and prevention of smuggling crime of luxury goods in China

WANG Yongliang, WU Xuechen

(Department of Law, Shanghai Customs College, Shanghai 201204, China)

Abstract: With the rapid development of China's economy, more and more luxury goods are beginning to enter people's field of vision. The contradiction between the pursuit of luxury goods and the high price of domestic luxury goods has spawned and promoted the smuggling cases of luxury goods. Luxury smuggling is more applicable to the regulations on the smuggling of ordinary goods and articles. The subject involved can be an individual or a business. Underreporting and concealing are often adopted to achieve the purpose of tax evasion. Therefore, to prevent the crime of smuggling of luxury goods, it is necessary to increase the supervision of the customs, contact the various parties in the society and adopt various methods to achieve the purpose of preventing the crime of smuggling of luxury goods.

Key words: luxury; smuggling crime; risk prevention

奢侈品走私的认定与处理一直是一个有争议的话题。从海关法的角度来看, 奢侈品走私的渠道多种多样, 不同的渠道走私相同的物品, 税额的计算会存在较大的差异。张弛^[1]认为, 通过保税店违规进口奢侈品应当认定为走私; 薛培等^[2]认为“蚂蚁搬家”式奢侈品海外代购应当列入走私罪的打击范围; 吴菊萍等^[3]认为, 奢侈品具有独特的商品属性, 在确定涉案价值时应当审慎。总体来说, 目前对于奢侈品走私还缺乏系统的理解和认识, 对于与其相关的海关技术也缺乏基础性的研究。本文在奢侈品走私

渠道分析比较的基础上, 对奢侈品的走私罪认定进行了探讨, 通过分析奢侈品走私现状, 提出了奢侈品走私案件预防措施。

一、奢侈品通关概况

一般而言, 奢侈品想要进入中国国境, 有两种方式: 一种是作为货物进口, 一种是作为物品进口。前者指进出境活动中用于商业经营的商品, 采用贸易渠道监管方式, 后者则是非商业经营的自用商品, 采用非贸渠道监管方式^[4]。跨境电商作为近年兴起的

一种新的贸易模式,涉及商品的通关模式随着单次金额或累积金额的变化而有所改变,因此本文单独提出来进行分析。

(一)作为一般货物进口

奢侈品作为一般货物进口时,在通关过程中,其涉及到的有关税、消费税、增值税、反倾销税、反补贴税等的征收。

1. 关税

关税,是一国海关根据相关法律规定,对通过关境的进出口货物课征的税收。在计算应缴纳关税税额时,有三个因素对其影响巨大:海关估价、归类和原产地。前者决定完税价格,而后两者决定适用税率。

海关估价决定货物的完税价格。一般采用成交价格法,即以货物的成交价格为基础,计入调增项,扣除扣减项,以此得到最终的完税价格。此外,我国海关采用的估价方法还包括相同货物成交价格法、类似货物成交价格法、倒扣法、计算法、合理价格,这些估价办法用于成交价格法不适用的情况。

商品归类是指以《商品名称及编码协调制度》(简称《协调制度》或 HS)商品分类目录为依据,以税则为基础,按照税则注释、本国子目注释及海关总署发布的有关商品归类的行政裁定、商品归类决定的要求确定进出口货物商品编码的活动^[5]。因海关未对奢侈品做出明确的定义,在作为货物进口的情况下,奢侈品适用税率是由该奢侈品所属税目来确定的。而所属的税目是由归类来确定的。如进口化妆品,无论其是属于一瓶上千元的高档品牌还是一瓶不到 100 元的平价品牌,都应作为化妆品归至 3304,适用该品目下的税率。

货物的原产地指的是作为商品而进入国际贸易流通的货物的来源。货物的原产地对关税的影响在于是否可以适用优惠税率。根据《关税条例》第九条第一款规定:“我国进口货物关税设置最惠国税率、协定税率、特惠税率、普通税率、关税配额税率等税率。当货物的原产地是与我国签订了相关自由贸易协定的地区或国家,其关税税率基本为零或远低于他国适用税率。”^[6]同时,货物的反倾销税和反补贴税的征收也是与货物的原产地息息相关的。反倾销税是对实行商品倾销的进口商品所征收的一种进口附加税反补贴税是进口国家对于直接或间接接受奖金或贴补的外国商品进口所征收的一种进口附加税^[7]。一般而言,二者都意味着高额的税率,从而导致应缴关税税额总体提高。

2. 增值税

增值税是指以商品在流转过程中所产生的增值额作为计税依据而征收的一种流转税。海关负责征收的是进口环节的增值税^[8]。进口环节增值税的征收是以计征完关税后的完税货值来计算收取的。

目前,我国增值税的税率一共有 4 档:13%、9%、6%、0%。当奢侈品是作为货物进口时,其适用第一档税率 13%。这也就意味着,奢侈品基本适用同一增值税税率,对增值税缴纳总额影响最大的仍是关税。

3. 消费税

消费税是以特定消费品(或者消费行为)的销售或使用所发生的流转额作为课税对象而征收的一种间接税,实际上是限制、引导和干预消费行为的一种税收^[9]。消费税的征收包括五种类型的产品,奢侈品属于第二类,同时也有部分属于高能耗及高档消费品的归于第三类。由于消费税的税率每档是固定的,在进口环节应缴纳的消费税额仍是受完税价格及所适用关税税率影响较大。

(二)作为行邮物品进口

奢侈品作为行邮物品进口时,可以分为两种情况:一是作为旅客个人的行李物品被携带进境,二是作为个人邮递物品被寄送进境。在这两种情况下,当奢侈品金额超出一定限制范围时,海关就会对其征收进境物品进口税。进境物品进口税,全称为进境旅客行李物品和个人邮递物品进口税在实践中又称行邮税、物品税,是由海关向旅客和收件人征收的一种税^[10]。该种税收包含了关税、增值税、消费税,故只需征收一次。

当奢侈品作为个人物品邮递进境时,如果应征进口税税额在 50 元以下的,则予以免征。当旅客将奢侈品作为个人自用物品进境时,若携带物品总值在 5000 元人民币以内的予以免征。海关征税的对象则为超出的部分,若为不可分割的单件物品则全额征税^①。然而,奢侈品作为非生活必需品,一般来说价格十分高昂,很有可能超出行邮税的免征额度。

我国现行的进口税税率共有 3 档,分别为:13%、20%、50%。奢侈品所涵盖的烟、酒、贵重首饰、珠宝玉石、高档化妆品等都归属于 50%这一档。在进口税税率保持为 50%不变的情况下,对于进口

① 来源:海关总署公告〔2010〕54号:关于进境旅客所携行李物品验放标准有关事宜、海关总署公告〔2010〕43号:关于调整进出境个人邮递物品管理措施有关事宜。

税应缴纳税额影响最大的也是奢侈品的完税价格。

(三)作为跨境电商零售商品进口

在跨境电子商务蓬勃发展的当下,奢侈品作为跨境电子商务零售商品进境也变得较为常见。跨境电子商务零售物品单次交易限值为5000元。年度交易限额为26000元,限值以内的关税税率暂定为0%,进口环节增值税、消费税暂按法定应纳税额的70%征收。完税价格超过5000元单次交易限值但低于26000元年度交易限值,且订单下仅一件商品时,可以自跨境电商零售渠道进口,按照货物税率全额征收关税和进口环节增值税、消费税,交易额计入年度交易总额,但年度交易总额超过年度交易限值的,应按一般贸易管理^①。

奢侈品应缴纳税额,应在考虑免征限值的情况下,根据财关税〔2018〕157号公告所提供的《跨境电子商务零售进口商品清单(2018年版)》,根据奢侈品所述税目,计算应缴纳的税额。

二、奢侈品走私犯罪概况

奢侈品一般不属于国家禁止或限制出口的货物、物品,因此,奢侈品的走私犯罪多以走私普通货物、物品罪论处。

(一)走私普通货物、物品罪构成要件

走私普通货物、物品罪要求行为人主观上有故意,客观上实施了逃避海关监管,偷逃应缴税款达到一定数额的行为。由于刑法对于此罪采取空白立法模式,未对走私犯罪行为方式、构成要件作出明文规定。走私行为方式、货物、物品概念、逃避缴纳税款计算方式等,均应当依据《海关法》及其相关的法律法规进行认定。

实践中,走私有以下四种表现:绕关走私、瞒关走私、变相走私、间接走私。绕关走私通常指不经过设立海关的地点,非法运输携带走私品进入国境、边境的行为;瞒关走私则是指虽通过设立的地点进出国境、边境,但采取相应手段,逃避海关监管、检查,非法偷带、盗运、邮寄走私品的行为;变相走私指的是未经海关许可且未补缴税款,将保税或减免税进口货物在境内销售牟利的行为;间接走私指的是直接向走私人收购非法进口货物、物品且数额较大的行为。

在奢侈品走私案件中,采取的走私行为大多为绕关及瞒关行为,剩余两种极为少见。进行奢侈品走私犯罪的主体可以是自然人,也可以是单位。单位走私占总走私奢侈品案件占比为4.69%~6.25%^②。

(二)作为一般货物进口构成走私罪

作为一般货物进口时,实施进口行为的主体大多为企业,特别是专门从事该行业的报关公司。当然也有部分个人选择将自己在海外购买的货品,进行申报后带入境内。个人选择将自己购买的物品作为一般货物进口时,可能会出现以下两种情况:一是虽然将大部分货物进行了申报、清关,但这些货物大多十分价廉,需缴税款不多。真正想要进口入境的奢侈品,就会被夹带进这些已经报关过的货物中,企图瞒报进境,节省大笔税款。二是在国外选择一家报价明显低于实际应缴纳税额的公司,进行包税清关,即将包括运费、关税、增值税、消费税等在内的钱款一次付清,回到国内坐等货物快递上门。企业在从事奢侈品进口这种业务时,报价明显低于实际应缴纳税额的现象显得尤为突出。该类企业之所以能够提供低廉的价格,是因为其在报关过程中,刻意低报价格和改变品目带来的税款节省。而这种案件,一旦涉及数额较大被查处,委托其进行包税清关的委托人也可能会被一并追责问罪。

除此之外,还有从事进出口贸易的企业构成走私普通货物、物品罪。在奢侈品走私问题中,这种企业大部分为高档汽车进口企业,通过低报价格的方式,来达到偷漏应缴税款的目的。

从事化妆品等体积较小的奢侈品进出口业务的企业,一般不采取货物的方式进口,他们会用其他方式来达到偷逃税款的目的,此部分会在跨境电商零售部分进行分析。

(三)作为行邮物品进口构成走私罪

作为行邮物品进口可以分为两种情况:一是旅客随身携带,二是通过邮递进境。

首先,有关携带进境的处理。旅客随身携带物品又可分为三种情况:一是携带自用,但因为不清楚相关规定超出限额。这种情况下,基本不会达到走私普通货物、物品罪的10万元额度,除非出现在国外购买了两支名表这种极少数的状况。二是代购回国。这种情况下,随身携带的物品是用于回国后进行销售用的,这些物品应该归于货物的范畴内。我国代购大多因为国外低廉的价格而青睐于高档化妆品、名牌包包、珠宝等奢侈品,基本每次偷漏税款都

① 来源:财关税〔2016〕18号:关于跨境电子商务零售进口税收政策的通知,财关税〔2018〕49号:关于完善跨境电子商务零售进口税收政策的通知,财关税〔2018〕157号:关于调整跨境电商零售进口商品清单的公告。
② 数据来源:根据无讼历年案例手动统计,可能存在部分偏差。

能达到10万元以上。三是旅客作为水客被雇佣。这种旅客多半是帮忙带一件物品进境,为了赚得水头给的辛苦费。在水客群体中,除了偶尔因小利而被引诱的普通人,大多是职业水客。后两者,有时因达不到偷漏税10万元的最低额度而免于刑事处罚,仅受到行政处罚,而在《刑法修正案八》正式实行后,对于这部分人群,可以以“一年内曾因走私被给予二次行政处罚后又走私的”为由对其定罪量刑。

其次,有关邮递进境的处理。邮递进境,一般是在国外与国内联手合作。国外进行购买,然后邮递回国内销售,国外邮递方将购买奢侈品作为个人自用物品快递回国,被扣就不要或者补税。由于将代购物品拆分为数个包裹,就算被抽查到也仅会受到行政处罚或只需补税即可。

(四)作为跨境电商零售进口商品进口构成走私罪

跨境电子商务是一种新兴的商业模式,由于其飞速的发展,国家对其监管并不是十分的到位,《电子商务法》于2019年1月1日才正式实施。根据《电子商务法》的有关规定,于网络平台进行的代购交易也被纳入电子商务范围。代购在跨境电子商务零售中,一般不会去主动注册,申请从事该行业的资格证。因此,代购作为主体,构成奢侈品走私的,基本还是以邮递或人肉带回为主。

跨境电子商务零售进口构成走私普通货物、物品罪的,一般也可分为两种情况:一是,在跨境电子商务平台上B2C或C2C模式下,将对方购买的奢侈品改变品目或低报价格寄出。二是,进出口企业为了享受跨境电子商务零售的优惠,将一般贸易进口的货物,包装成跨境电商零售物品进口。更有甚者,直接申请成立从事跨境电商零售业务的企业,以此为掩护,专门从事将一般贸易货物伪装成能够享受优惠政策的跨境电商零售物品。

三、奢侈品走私现状分析及预防措施

(一)奢侈品走私案件现状分析

笔者通过北大法宝数据库检索,2019年1月1日至2019年7月12日期间,构成走私普通货物、物品罪的可供参考案件共199例,其中与奢侈品^①相关的有22例,占比为11.1%,较于往期的16.0%~31.6%有所减少,但考虑到这主要为半年数据,以及每年数据波动情况,仍是正常情况。这22起案件中,公司走私为4起,占比18.2%,往年数据区间为7.8%~20.6%,总体而言是呈现较大的波动幅度。在这些案件中,企业更愿意采取的手段是低报价格,

虽然2019年只有1例,但往年有占比61.9%甚至100%的。相较于往年,2019年案件中企业走私奢侈品的的手段,除了低报价格、瞒报、雇用水客外,还多出了伪报为跨境电商零售商品这一行为。旅客个人物品被携带入境,走无申报通道,偷逃税款,是奢侈品走私最重要的方式。

归类、估价、原产地,并称为海关税收监管的三大技术门类,无一不直接影响着进出口环节应缴纳税款的认定。具体来说,归类与原产地主要影响税率,估价则主要影响货物的完税价格。准确估价是目前艺术品走私的最大难点。油画、雕塑等艺术品个性鲜明,不同的创作者创作的相同题材作品价格可能天壤之别,甚至同一位作者不同时期创作的作品价格也会完全不同。正是利用这种价格上的不透明,一些买家低报境(域)外拍卖价格逃避进口环节的税收。与其他走私货物相比,油画、雕塑等艺术品在走私货物价值认定上存在更多的技术性。比如,在孙婷走私普通货物、物品案^②中,北京市人民检察院第四分院指控:2011年7月,泰康人寿保险股份有限公司(后更名为泰康保险集团股份有限公司,简称泰康保险公司)委托艺创嘉诚公司进口余友涵的油画《1985—4》、隋建国的雕塑2件。在进口过程中,被告人孙婷、汪淑惠采取低报成交价格的方法向海关申报进口,逃避海关监管。经北京海关关税处计核,共偷逃应缴税额人民币4327961.21元。被告人孙婷的辩护人的主要辩护意见包括:将拍卖价格作为计税价格核定税款,既不合法也不合理,理由为:根据中国《海关计核涉嫌走私的货物、物品偷逃税款暂行办法》第十九条之规定,涉案艺术品作为有价值的收藏品,应当以国家鉴定部门确定的价值核定其计税价格。

辩护律师对于油画和雕塑海关归类的质疑是非常关键的。如果辩护律师的意见是对的,即油画和雕塑属于收藏品而不属于艺术品,那么海关依据拍卖价格计核货物价值和应缴纳税款的方法就错误了,从而导致整个走私罪的指控丧失证据支持。但辩护律师的上述意见并未被法院采纳。北京市第四中级人民法院判决认为,关于涉案货物的计税价格应当如何确定的问题主要依据包括:中国《海关计核

① 此处与奢侈品相关的走私案件,指的是案件走私物品符合本文对奢侈品界定范围的案件。

② 参见北京市第四中级人民法院(2017)京04刑初13号刑事判决书。

涉嫌走私的货物、物品偷逃税款暂行办法》第十六条规定：“涉嫌走私的货物能够确定成交价格的，其计税价格应当以该货物的成交价格为基础审核确定。”该办法第十九条规定：“涉嫌走私进口的黄金、白银和其他贵重金属及其制品、珠宝制品以及其他有价值的收藏品，应当按国家定价或者国家有关鉴定部门确定的价值核定其计税价格。”对上述规定应当理解为，在能够确定成交价格的前提下，除了该办法规定的几种特殊货物以外，均应以该货物的成交价格为基础审核确定计税价格。而上述规定中的“收藏品”的含义和范围，应当结合《中华人民共和国进出口税则》所规定的税则号列、商品名称及相关注释加以理解，该税则将“收藏品”界定为“具有动物学、植物学、矿物学、解剖学、历史学、考古学、古生物学、人种学或钱币学意义的收集品和珍藏品”。而油画和雕塑则包括在“艺术品”的范围内，且“收藏品”和“艺术品”分属不同的税则号列。由此可见，在进出口税收领域，涉案油画和雕塑均属于“艺术品”范畴，而不属于“收藏品”，以其成交价格作为计税价格的核定基础符合上述办法的规定。辩护方仅以作品价值较高为由，即认为涉案货物属于“收藏品”，并据此要求对偷逃税款数额进行重新核定的辩护意见，与我国进出口商品的归类标准和计税价格的核定原则不符，法院不予采纳。

笔者认为，从字面来理解，油画、雕塑似乎既是艺术品，又是收藏品。如果拿这个问题去问古董玩家长，估计对方很可能一头雾水。“徐悲鸿的马、齐白石的虾，当然是艺术品，我买下来收藏了，当然就是收藏品了”。正是这种相似性，进出口税则将油画、雕塑均放在了第二十一类第九十七章。问题的关键是，同为第九十七章商品，如何进一步确定油画、雕塑的品目，从而确定相应的税率。艺术品是要征收进口关税的，收藏品的关税税率则为零，正确归类，对案件的最终处理有着直接影响。

从归类总规则来看，生活中人们通常是怎么称呼或者理解油画、雕塑，对于海关归类并不具有决定性的影响，一切都要到进出口税则中寻找答案。归类总规则一规定，“类、章及分章的标题，仅为查找方便而设；具有法律效力的归类，应按税目条文和有关类注或章注确定，如税目、类注或章注无其他规定，按以下规则确定。”因此，油画、雕塑分别属于97.01、97.03项下的列名商品，应当归入艺术品，而不是收藏品。最后特别需要提示的是，海关的归类规则并非一成不变的。随着时间的推移，相同的货

物或者物品的税则号列是会发生改变的。比如油画、雕塑，案件当中是归入艺术品核定征收关税，但是，如果随着时间的推移，油画、雕塑问世时间超过了100年，则税则号列就变为97.06“超过100年的古物”，关税的税率也相应地变为零。

（二）奢侈品走私案件预防措施

根据上述分析，要预防奢侈品走私案件的高发，重点在于旅客随身携带的物品，特别是此类人群中的职业代购与职业水客，其次要关注企业低报价格、瞒报品目等问题，最后就是与跨境电商相关的奢侈品邮递进境的问题。

1. 宣传走私行为危害性，引导人们树立防走私意识

在2013年的空姐代购案一审宣判中，法院判处李某十一年有期徒刑，引起社会轰动。这背后隐藏着的，就是民众对我国走私相关的法律法规、规章制度不了解的客观事实。加大走私物品偷逃税款对国家危害的宣传，辅以走私罪相关的普法教育，加之国内减税降费的趋势，让民众在购买商品时，减少对走私奢侈品的选购，没有相应的市场，就没有对应的买手，那些有职业代购和职业水客造成的奢侈品走私案件数量便必然会减少。

2. 加大对高风险企业报关单证的审查

报关单证往往能体现进口货物一定的经济关系，海关审单应通过有形的物来分析其无形的经济关系，辨别真伪，抓住要害^[1]。同时区分审查单证的来源，信誉良好的企业，如有AEO认证的企业，其走私风险应该小于没有认证的企业。

对于小部分有过走私、瞒报前科的高危企业，对其单证审查一定要更为细致和严格，重点应关注该企业是否低报了货物价格，按照行业一般价格水平进行初步的判断，同时对于企业所申报的品目也要加以关注。

3. 对跨境电商零售商品加大三单的审查

所谓的三单指的是订单、报关单、运输单证。这三单是确认跨境电商零售是否真实发生的最为重要的一环。如若哪个单证出现问题，那么这批货物就有极大的风险属于其他贸易的货物伪装为跨境电商零售货物进口，从而偷逃税款。

对于此类商品，还存在盗用他人限额的问题，如若发生，就有极大可能进行的是走私活动。对于这种问题，我国已经建立跨境电商剩余限额的查询平台，可以对每个身份证号所对应的限额进行查询。若发现异常可直接报警处理，多方合作，以此来顺藤摸瓜，办理相应的走私案件。

4.加强一线关员奢侈品鉴别能力的培训

古玩、字画、名表以及青铜器等奢侈品在普通人的生活当中并不多见,许多海关一线岗位的关员也是在长期日积月累的工作中学习和摸索的。要提高奢侈品反走私的成效,就必须提高一线关员的鉴别能力,能够对奢侈品的估值做出快速的初步判断。以字画为例,如果一线关员不能识别真画与赝品,对国内外的书画大家没有基本的了解,就只能按照平方尺对字画进行简单的估值,这样就会导致大量的高值奢侈品出现偷逃国家税款的情况,同时也会产生执法失当的情形。笔者以一则珍珠项链走私案对此予以说明。

在(2016)浙01刑初171号杨建伟、陈鹏宇走私普通货物、物品一审刑事判决书中,杭州市中级人民法院认定如下事实:两被告人从萧山机场,通过携带入境的方式,走私从香港博览会购进的珠宝。案件争议焦点包括:暂时串成串的散装珍珠是否作为珍珠项链计核偷漏税款。杭州市中级人民法院判决认为,关于税号归类及货物折扣,根据《进出口税则商品及品目注释》的规定,“天然或养殖珍珠,不论是否加工或分级,但未成串或镶嵌”与“天然或养殖珍珠,为便于运输而暂穿成串”在同一项下,税率等应给予同等对待。在案被告人杨建伟的供述、浙江省珍珠行业协会出具的证明、扣押清单及照片等证据能够证实,在珍珠行业,存在大量为方便运输将珍珠暂穿成串的情况,这类串珠需要再加工才能成为可供佩戴的珍珠项链。该案查获的走私珍珠制品中存在较多仅一根丝线穿制的珍珠串珠,与成品项链之间有明显差异。从有利于被告人的角度,这类串珠以及之前实物已灭失的珍珠串珠均应按珍珠散珠而非珍珠项链的关税计核。另海关稽核时,对个别折扣数额的计算有误。被告人杨建伟及辩护人所提相关辩解及辩护意见,法院予以采纳,并据此对公诉机关指控三被告人偷逃税款的数额予以调整。仅用一根丝线串制的珍珠,税则号列为71011011—71012290,商品名称为天然或养殖珍珠,最惠国税率为21%。从而,两被告人的逃税金额得以从低认定。

四、结 语

奢侈品贴近人们的日常生活,每个人都有可能碰到国外购物或者代购的情况,但其中的罪与非罪问题因为牵扯到大量的海关技术规则,目前并没有形成非常完整统一的认识。归类与估价、原产地等技术规则,对于核定进出口货物、物品的税负具有决定性的影响。但这些专业的技能又带有鲜明的海关特色,需要经过长时间的积累和学习才能熟练运用。本文在对海关法规与通关渠道梳理的基础上,对奢侈品走私问题进行了较为全面的探讨,希望对相关的司法实践能够有所裨益。

参考文献:

- [1] 张弛.自贸区内走私罪的认定与处理[J].政治与法律,2015(4):56-65.
- [2] 薛培,曹坚.“化整为零”式海外代购走私犯罪的认定及法律适用[J].海关与经贸研究,2015,36(6):85-94.
- [3] 吴菊萍,朱奇佳.财产类犯罪中奢侈品赃物的价值认定[J].中国检察官,2013(6):44-46.
- [4] 余建明.论行邮监管中海关对货物和物品两种不同的法律适用方式:关于海关行邮法规的修改建议[J].海关法评论,2015,5(1):241-252.
- [5] 刘才源,熊晶.海关商品归类的几个法律问题[J].海关法评论,2017,7(1):165-176.
- [6] 中华人民共和国国务院.中华人民共和国进出口关税条例[EB/OL].(2003-11-23)[2019-08-30].http://fgk.mof.gov.cn/law/getOneLawInfoAction.do?law_id=83921.
- [7] 胡春健.涉“两反税”走私案件的疑难问题[J].海关法评论,2015,5(1):128-140.
- [8] 李智平,苏霖,林容,等.营改增下建筑企业经营模式应对对策研究[J].价值工程,2017(10):64-65.
- [9] 苏铁.论结构性减税视阈下消费税税目与税率的设置:基于消费税历史及国际比较研究的分析[J].海关法评论,2017,7(1):121-149.
- [10] 林典立.进境物品进口税征管制度的反思和完善[J].海关法评论,2014,4(1):303-326.
- [11] 王继军,董延宁.从走私案件所涉报关单证看如何审单[J].中国海关,1999(2):2-3.

(责任编辑:秦红嫒)



自媒体 KOL 营销中的广告可识别问题研究

曾昭旺

(上海邦信阳中建中汇律师事务所, 上海 200010)

摘要: 随着社交网络、直播平台、小视频等自媒体的快速发展,自媒体 Key opinion leader(KOL)营销已成为了时尚领域品牌青睐的新型推广模式。自媒体 KOL 营销在本质上属于商业广告行为,但在实践中并未严格落实《广告法》明确规定的广告可识别制度,这不仅难以保障消费者的知情权,且容易滋生行业乱象,提高政府监管难度,不利于行业的持续健康发展。文章结合广告可识别制度的具体规定和自媒体 KOL 营销的特点,分析了自媒体 KOL 营销模式下广告可识别制度面临的困境和原因,阐明了在自媒体 KOL 营销活动中落实广告可识别制度的重要意义,并就如何引导自媒体 KOL 营销落实广告可识别制度提出了建议。

关键词: KOL; 营销; 广告; 可识别制度

中图分类号: D922.294

文献标志码: A

文章编号: 1673-3851 (2019) 10-0563-06

Research on advertising identifiable in We-Media KOL marketing

ZENG Zhaowang

(Boss & Young Attorneys at Law, Shanghai 200010, China)

Abstract: With the rapid development of social media, live broadcast platforms, web clips and other We-Media, the Key opinion leader (KOL) marketing approach has become a new promotion model favored by fashion brands. The We-Media KOL marketing is essentially a commercial advertising act. However, in practice, it fails to implement the advertising identifiable system which is clearly stipulated in the Advertising Law of PRC. Under this circumstance, the right to know of consumers could not be guaranteed and industry chaos would be generated accordingly, which would improve the difficulty of government supervision and be adverse to the sustainable development of this industry. Based on the specific regulations of advertising identifiable system and the characteristics of the We-Media KOL marketing approach, this essay analyzes the dilemma of the advertising identifiable system under the We-Media KOL marketing model and the reasons for the dilemma. Moreover, it clarifies the importance of the implementation of advertising identifiable system in the We-Media KOL marketing activities and gives suggestions on how to help the We-Media KOL marketing model implement the advertising identifiable system.

Key words: KOL; marketing; advertising; the identifiable system

广告可识别制度是我国《广告法》《互联网广告管理暂行办法》和《电子商务法》等法律法规明确规定的一项广告基本制度。该制度要求在大众传播媒介发布的广告应当显著标明“广告”,与其他非广告信息相区别,不得使消费者产生误解。目前在电视、

广播、报纸、户外广告、付费搜索、程序化购买的互联网广告等“硬广告”活动中,广告的可识别制度得到了较好的落实。但是在微博、微信、直播平台、小视频等自媒体网络平台上,以产品测评推荐、种草笔记为代表的 KOL 付费营销“软广告”并没有严格落实

广告可识别制度,加上此类“软广告”与个人网络言论在外在表现形式上通常难以区别,使得行业监管面临巨大挑战。关于广告可识别制度的研究,此前常见于围绕影视作品和电视节目“植入广告”进行讨论,对于自媒体 KOL 营销的广告可识别问题的相关研究还较为少见。本文旨在通过对《广告法》广告可识别制度的具体规定和自媒体 KOL 营销的相关主体法律地位的分析,确认自媒体 KOL 是落实广告可识别制度的责任主体,并对自媒体 KOL 如何更好地落实广告可识别制度提出了建议。

一、KOL 营销的概念及常见模式

(一) KOL 营销的概念

KOL 是英文 Key Opinion Leader 的简称,中文意思为“关键意见领袖”,指在特定群体中具有较大影响力和话语权的人,该群体范畴没有绝对限定,可以大到一个行业,一个亚文化圈,也可以小到一个兴趣小组^[1]。与 KOL 含义相近的网络俗称还有“网络红人”、“网络大 V”^①。KOL 营销是指某商品的品牌方向 KOL 支付费用,通过 KOL 以特定的方式对付费品牌方的商品以 KOL 自身的粉丝为目标群体进行推广,从而将对粉丝的影响力转化为购买力的一个过程。近年来社交网络、直播平台、小视频和电商平台等网络媒介的快速发展推动了 KOL 营销产业的快速成长,尤其是 MCN (Multi-Channel Networks)机构的出现极大地加快了网红经济的产业化,不仅快速地培养了一大批职业网红,同时还迅速地构建起了 KOL 与品牌方之间合作渠道。据研究数据显示,我国 2018 年与广告主签约的网红人数占比达到 57.53%,广告收入已成为网红收入的重要类型^[2]。

(二) KOL 营销的常见模式、优势及行业现状

目前 KOL 营销的常见方式有以下三种类型:其一,产品测评推荐。KOL 在亲自试验产品后,对产品的使用方法、适用人群、效果、特点、注意事项等进行梳理,形成视频或图文介绍并进行发布,从而达到对合作产品的推荐和介绍。其二,发布种草笔记。以文字形式,通过介绍自身使用某一商品的经历,分享使用心得和技巧,从而达到介绍并推荐产品的目的。其三,品牌植入。KOL 在自媒体中分享日常生活的视频、图片中,同时有意识地将合作产品进行曝光,提升合作产品的出镜率,常见的网红活动现场直播可以归入这一类型。

与传统的商业广告相比较,自媒体 KOL 营销

具有多方面的优势:首先,在形式上,KOL 营销的商业广告表面特征不明显,具有较强的隐蔽性,能较好地降低受众的防御和抵触心理;其次,在内容上,KOL 个人经验、知识、技巧的分享与产品的介绍和推荐内容相互交织,使得这类广告更加有温度,能够很好地感染并留住受众^[3];再次,在营销对象上,KOL 的粉丝根据 KOL 的人设往往具有某一共同的特性和消费喜好,容易实现对特定目标群体的营销;再者,在效果上,基于粉丝对 KOL 自身个人的信赖和崇拜,容易转化为对合作产品的信赖,从而顺利和快速地将 KOL 对粉丝的影响力转化为对合作商品的购买力,在短期内实现收益;最后,在经济投入上,相较于明星代言、电视广告,品牌方与 KOL 合作更加灵活,且通常可以节约广告制作、广告发布环节费用,减少投入。

品牌方与自媒体 KOL 合作推广的产品,目前主要集中在美妆、服饰、数码、餐饮、汽车、日用品、母婴育儿、健身等领域,其中美妆行业最具有代表性。例如年销量总额达到 260 亿欧元的全球最大化妆品公司——欧莱雅集团,每年会将一半的市场预算用于社交媒体平台推广^[4]。在国内,有关研究监测数据显示,2016 年中国网红产业规模近 528 亿元人民币,2018 年超过 1000 亿元人民币。2018 年 11 月 6 日,首届快手电商节上,快手网红“散打哥”更是创造了日营业额 1.6 亿元的销售记录。

二、自媒体 KOL 营销的商业广告属性

(一) 自媒体 KOL 营销具有商业广告的法律属性

根据《广告法》第二条第一款的规定:“在中华人民共和国境内,商品经营者或者服务提供者通过一定媒介和形式直接或者间接地介绍自己所推销的商品或者服务的商业行为属于商业广告”。按照该定义,商业广告的认定需具备营销性、媒介性和自愿性三个必备要件^[5]。广告费用不再属于必备要件,但是广告费用的存在对商业广告的认定仍然具有重要的、甚至决定性的作用。有观点将广告费用理解为商业广告认定的“非必要条件,基本充分条件”^[6]。从 KOL 营销的整体运作模式上看,KOL 营销通常是品牌方向 KOL 支付费用,由品牌方和 KOL 主动发起的,在互联网自媒体上以特定的方式对付费品牌方的商品或服务进行介绍或推荐的商业活动,具备营销性、自愿性、媒介性三个必备要件,同时也具

① 为了论述方便,本文将网络红人、网络大 V 统称为 KOL。

备广告费用这一基本充分要件,在性质上属于互联网广告。

2016年7月8日,原国家工商总局发布《互联网广告管理暂行办法》期间,广告司官员在回答记者提问时也曾明确,一些网络大V在自己的社交媒体上发布广告的过程中,网络大V属于广告发布者。广告监管执法实践中,也有一些网络直播活动因违反《广告法》相关规定而被处罚的案例,例如上海某药房有限公司委托天津某科技发展有限公司创建网络直播链接,并于2018年6月15日晚拍摄、直播了名为“有球必硬 夜夜激情”的网络直播活动,执法机关认定该直播属于商业广告,且严重违反《广告法》的规定,对上海某药房有限公司和天津某科技发展有限公司分别处罚70万元^[7]。

(二)自媒体 KOL 营销过程中相关主体的法律地位

《广告法》规定的商业广告活动主体包括广告主、广告经营者、广告发布者、广告代言人四类。在互联网广告领域的程序化购买广告中,从技术角度还存在广告需求方平台、媒介方平台和广告信息交换平台三类主体。广告需求方平台的经营者是互联网广告发布者、广告经营者,媒介方平台以及广告信息交换平台属于为互联网广告提供信息服务的互联网信息服务提供者,不属于《广告法》调整的广告活动主体范畴。由于广告活动主体的类型是依据主体的职能进行的一种法律拟制,因此若同一个自然人或法人同时肩负了多种广告职能,则该主体会同时具备多重广告活动主体身份。

在KOL营销广告中,涉及的相关主体通常有付费品牌方、KOL、自媒体平台以及MCN机构。其中付费品牌方在主体性质上一般是广告主,而自媒体平台通常仅为KOL提供传播媒介,并不直接参与具体的产品推广活动,在性质上类似于程序化购买广告中的媒介方平台。笔者认为其法律地位应属于为互联网广告提供信息服务的互联网信息服务提供者。MCN机构通常负责搭建品牌方与KOL之间的合作渠道,但有些与KOL深度合作MCN机构可能还会根据与KOL的合作协议及品牌方的要求,负责广告内容策划、场景设定、话术编排、视频拍摄等工作,从而具备了广告经营者的身份。

KOL的广告活动主体性质则相对较为复杂,需结合其负责的具体工作内容进行判别,通常可能会具有以下多种身份:其一,广告发布者。根据《互联网广告管理暂行办法》第十一条的规定:“为广告主

或者广告经营者推送或者展示互联网广告,并能够核对广告内容、决定广告发布的自然人、法人或者其他组织,是互联网广告的发布者”。目前KOL营销的主要广告媒介是KOL自己拥有的自媒体账号,而对自己自媒体账号发布的内容,KOL都能够起到核对并决定是否发布的作用,因此KOL一般都具有广告发布者身份。其二,广告经营者。在KOL营销模式下,KOL通常需要亲自或通过背后的团队进行广告创作,包括完成品牌方的产品测评推荐方案、书写种草笔记文案,这些职责属于广告经营者的职责范畴。其三,广告代言人。有观点认为只有明星或具有一定知名度的公众人物才能成为广告代言人,但从广告代言人的定义来看,知名度并非广告代言人的法定要素,普通人也可以成为广告代言人,只是知名度在特定的情形下是认定广告代言的重要参考因素,知名度越高被认定为代言人的可能性会更高。如果KOL对品牌方的商品或服务向粉丝以自己的名义进行了证明、推荐,则具有广告代言人的性质。通常KOL营销的广告发布和广告代言往往是同时进行的,此时KOL具有广告发布者和广告代言人双重身份。其四,广告主。现实中一些KOL自己也可能是某品牌商品的权利人、某网店的店主或某商品经营者,此时KOL在社交网络上发布一些介绍、推荐自己销售的商品的广告,在该广告活动中KOL属于广告主。

三、广告可识别制度在 KOL 营销广告中面临的困境及原因

(一)广告可识别制度内容及责任主体

1.广告可识别制度的具体内容

我国《广告法》第十四条规定:“广告应当具有可识别性,能够使消费者辨明其为广告”、“通过大众传播媒介发布的广告应当显著标明‘广告’,与其他非广告信息相区别,不得使消费者产生误解”。《互联网广告管理暂行办法》第七条规定:“互联网领域的付费搜索广告应当与自然搜索结果明显区分。对于竞价排名的商品或者服务,应当显著标明‘广告’”。《电子商务法》第四十条规定“对于竞价排名的商品或者服务,应当显著标明‘广告’”。之所以广告要具有可识别性,主要是信息的受众对信息的接受度和信任度会依据信息来源的不同而有所区别。商业广告的目的是推销商品或服务,具有劝诱性。如果消费者能够容易地识别商业广告,则会更加谨慎地对待商业广告。如果商业广告不容易识别,则容易

导致消费者将商业广告与新闻报道、个人言论等非广告信息相混淆,从而误导消费者,损害其正当利益^[8]。

2.广告可识别制度的责任主体

《广告法》第十四条、《互联网广告管理暂行办法》第七条虽然规定了广告要具有可识别性,但没有明确规定落实广告可识别制度的义务主体。《广告法》第五十九条第三款规定了违反广告可识别制度的法律后果,由广告监管部门责令改正,对广告发布者处十万元以下的罚款。从法律责任的设置分析,落实广告可识别制度的义务主体是“广告发布者”。如前文分析,在自媒体 KOL 营销广告中,KOL 具有广告发布者身份,因此 KOL 是落实广告可识别制度的义务主体。

表 1 KOL 营销广告与传统商业广告、个人网络言论内容比较

项目	传统商业广告	KOL 营销广告	个人网络言论
目的	推销商品或服务	推销商品或服务	发表个人观点
传播媒介	电视、报纸、广播、户外广告、互联网等公共传播媒介	微博、微信、博客、直播室、小视频等自媒体	微博、微信、博客、直播室、小视频、论坛等自媒体
表现形式	商业广告宣传特征明显的文字、图片、视频或音频	通过分享个人体验、产品测评、介绍专业知识和技巧、表演道具等	发布使用心得、介绍专业知识和技巧、测评推荐等
信息内容	介绍、推荐、美化商品	展示日常生活、个人评论与介绍、推荐、展示商品内容夹杂	展示日常生活、评论特定事物,或赞美或批评或叙述
营销性	明显	不明显	不明显
付费性	一般需付费,付费具有公开性	一般需付费,但付费具有隐秘性,粉丝和公众难以知晓	无需付费
受众心理	警惕性较高	警惕性较低,容易接受	—
行为性质	商业行为	商业行为	个人行为

通过表 1 中的比较可以看出,虽然在理论上 KOL 营销属于商业广告,但是由于 KOL 营销广告在与个人网络言论之间在发布媒介、表现形式、信息内容上相似度很高,而对于“付费性”这一认定商业广告的重要参考因素,粉丝和公众难以知晓,因此仅从外在表象上要准确对 KOL 营销广告在与个人网络言论进行区分难度较大。

2.自媒体 KOL 营销广告与广告可识别性在表面上存在天然矛盾

自媒体 KOL 营销广告与个人网络言论之间界线的模糊性恰恰是 KOL 营销广告相较于传统硬广告的重要优势之一,但该优势与商业广告的可识别性在表面上具有天然的矛盾,与《广告法》要求的可识别性相背离^[9]。付费性的种草笔记、产品测评、体验演示虽然在本质上属于商业广告,但是内容不像传统商业硬广告那么直白,具有很强的隐蔽性,使得粉丝们很容易认为 KOL 们是在以娓娓道来的方式传播知识、分享心得或介绍经验,而非在从事商业推

(二)广告可识别制度在自媒体 KOL 营销广告中面临的困境

1.自媒体 KOL 营销广告从外部识别难度较大
互联网领域的广告信息与非广告信息区分是广告法面临的一个疑难问题,在互联网自媒体中这一问题更加突出和棘手。通过发达的自媒体,人人都可以成为信息的发布者,信息发布的时间、地点、内容(不明显违法的情形下)不受限制,信息的内容可能是个人言论观点、自身经历、科学知识、经验技巧,也可能是商业广告,或者是不同内容相互交织。因此,要从海量的自媒体信息中区分商业广告的难度可想而知。为了更好地理解 KOL 营销广告的外部识别难度,笔者将 KOL 营销广告与传统商业广告、个人网络言论进行比较,具体参见表 1。

广行为,并基于对 KOL 的信任从而转化为对产品的信任,从而在“润物细无声”中达到广告宣传效果。若 KOL 明确告诉粉丝们自己是在打广告,粉丝对 KOL 发布的广告信息的信任度很可能会明显下降,从而削弱对商品的推广效果,这是付费品牌方不愿意看到的。因此,大部分的 KOL 营销方案都会努力地隐藏和弱化自己的商业广告表现特征。

(三)自媒体 KOL 营销未严格落实广告可识别制度的原因

2019 年社交网络知名企业小红书通过推出“品牌合作人平台”,率先尝试将 KOL 营销的商业广告属性公开化,然而在众多的自媒体平台中,自媒体 KOL 发布广告未落实广告可识别制度的情形十分普遍。造成这一现状的原因主要有以下几个方面:

首先,从广告主和广告发布者的心理上,因广告的可识别性会削弱自媒体 KOL 营销的优势,降低粉丝的信任度,作为广告主的付费品牌方和作为广告发布者的 KOL 为了避免削弱对粉丝的产品推广

效果,在心理上缺乏主动披露付费合作信息的意愿。

其次,从对广告可识别制度的法律认知层面,作为自媒体 KOL 营销广告发布者和落实广告可识别制度义务主体的 KOL 大都是自然人,而自媒体 KOL 群体因个人的职业、行业、受教育情况和法律意识不同,本身可能并未认识到自己负有这一法律义务。

再次,缺乏自媒体平台的协助、参与和引导。如前文分析,在自媒体 KOL 营销广告活动中,自媒体平台通常是以互联网信息服务提供者的身份出现,平台自身对 KOL 个人发布的付费合作广告不负有法定披露义务,这使得自媒体平台没有积极地参与到广告可识别制度的落实中,对平台内 KOL 发布广告的管理也缺乏重视。

最后,政府执法部门对自媒体 KOL 营销广告监管力度不够^[10]。目前尚未见到自媒体 KOL 因未落实广告可识别制度而被处罚的案例,自媒体 KOL 营销广告的其他行政处罚案例也很少见。执法部门对 KOL 发布广告监管力度不足的原因可能有以下几个方面:一是 KOL 营销广告与个人网络言论区别难度较大,并且随着网络科技的进步,媒体门槛不断降低、传播载体不断增多,使得互联网信息爆炸式增长,加之互联网中流水式的广告内容留痕取证难度大,使得互联网领域的广告监管容易陷入对象海量、无从辨别、无从下手的困境^[11];二是违反广告可识别制度通常不会直接导致社会危害后果,执法监管的紧迫性较弱;三是 KOL 营销广告可识别法律义务主体通常是作为自然人的 KOL 个人,市场监管部门对 KOL 个人的身份信息目前没有通畅的渠道及时掌握;四是存在管辖障碍,根据《互联网广告管理暂行办法》的规定,对互联网广告违法行为实施行政处罚,由广告发布者所在地工商行政管理部门管辖。

自媒体 KOL 营销广告的广告发布者是自然人,自然人可以随时随地进行信息发布,而不像公司、个体工商户一样要在确定的注册登记地开展经营,因此自媒体 KOL 营销的广告发布者所在地难以明确,导致具体的执法主体难以确定。

四、自媒体 KOL 营销落实广告可识别制度的意义及路径建议

(一)自媒体 KOL 营销落实广告可识别制度的意义

首先,广告可识别制度是规范整个 KOL 营销产业链的基础性工作。虽然在理论上很容易得出可

以适用《广告法》对自媒体 KOL 营销广告进行规制的结论,但是如果无法准确区分自媒体 KOL 发布的信息哪些是商业广告,哪些是非广告信息,《广告法》的适用就缺乏现实基础。只有明确了哪些是商业广告,才能进一步明确在该例广告中 KOL 的广告发布者身份和背后的广告主,从而为广告法、消费者权益保护法等法律的适用和监管部门开展行业监管扫除障碍,解决行业监管难的问题。

其次,有利于打破自媒体 KOL 营销广告的“病态局面”。明明是在发布广告,却要极力地伪装成非广告信息,这是目前 KOL 营销产业的一个通病。这种通病本身就是对粉丝和消费者的一种不诚信行为,不仅不符合法律的规定,而且具有道德上的可谴责性,从长远发展看也不利于整个行业的持续健康发展。而落实广告可识别制度就是要打破自媒体 KOL 营销广告目前的这种“病态局面”,营造良好的行业氛围,让广告回归到其原本的真实状态。

再次,有利于保障消费者的知情权。知情权是消费者在选择商品,购买、使用商品或接受服务时消费者的一项基本权利。消费者的知情权不限于商品购买环节,而是贯穿于消费者前期了解产品、产生购买意向、实际购买和后续使用的整个过程。广告是消费信息的主要渠道,对消费者的选择行为具有基础性的作用,理性消费的前提是建立在对消费信息的充分了解的基础上^[12]。自媒体 KOL 营销广告对于粉丝准确了解产品、是否决定购买产品具有影响,如果粉丝们可以准确地知道 KOL 发布的一则帖子是品牌方付费的商业广告,会有助于粉丝更加准确和理性地判断是否需要实际购买。

最后,有助于增强各方主体的法律责任意识,制止行业乱象。随着网红经济的快速发展,认为制造“网红”商品已形成一条利益链,目前市场上出现了一些专业的 KOL 营销经纪公司 and 一大批职业推广文案写手,在商业经济效益的刺激下,对于 KOL 推广的网红商品,出现了一些“写手”们实际并不曾用过或者“虚假代言”的现象。KOL 营销广告的法律属性明确之后,广告主、广告发布者、广告代言人的身份也就随之更为明确。广告主、KOL 在发布自媒体广告时不仅要接受道德的约束,同时也要接受法律的约束,从而更好地保证广告内容的真实性和合法性。

(二)对自媒体 KOL 营销落实广告可识别制度的路径建议

首先,监管部门要加强对社交网络平台和自媒体平台商业广告监管和指导。建议国家市场监管总

局将自媒体商业广告纳入互联网广告专项整治工作,地方各级市场监管部门在继续加强对传统商业广告监管的。同时,重点监管自媒体 KOL 营销广告是否落实广告可识别制度,通过查处典型案例警示整个行业,充分发挥广告监测机构的作用,加强自媒体广告监测,发现违法嫌疑线索及时移送有管辖权的执法机构。加强行业指导,通过制定指导意见的形式明确自媒体 KOL 营销的商业广告性质,督促网络 KOL 遵守广告法的相关规则。在英国,为督促网络 KOL 遵守规则,英国广告标准管理局(Advertising Standards Authority, ASA)就出台了专门的指导方针,英国竞争与市场管理局也在关注社交媒体名人是否承认推广某产品是收取了品牌方的费用。

其次,自媒体平台应积极参与广告可识别制度的落实,引导平台内的 KOL 遵守广告法,并在操作层面提供技术支持。完善平台规则,要求平台用户必须对付费合作推广信息进行如实披露。当前 KOL 营销广告的发布通常都需要借助某一自媒体平台,若平台明确规定用户在发布商业广告时要以适当的方式进行披露,则可以对包括 KOL 在内的平台用户起到良好的引导作用。在平台引导 KOL 落实广告可识别制度的具体案例中,著名的图片社交网站 Instagram 值得学习和借鉴,在 2017 年开始 Instagram 就明确要求:明星和网络红人在 Instagram 上发布照片如果是拿了品牌方和广告主报酬,就必须标注清楚付费合作的事实及付费方的名字。自媒体平台结合自身的特点,为平台用户以适当的方式披露商业广告信息提供相应的技术支持或便利。如在信息发布后台,设置“广告”提示选项,供平台用户在信息发布时自行选择,用户一旦选择该选项,则在前端页面的显著位置提示受众该则信息属于商业广告。平台加强广告合规自查,对违反广告法相关规定的付费推广信息及时下架、删除,对反复或严重违反法律规定的用户注销账号。

最后,自媒体 KOL 及其背后的 MCN 机构要提升广告合规意识。自媒体 KOL 准确认知自身的广告发布者身份,主动披露付费合作信息。如前文分析,KOL 在社交网络开展商品推广活动中通常具有广告发布者身份,而根据《广告法》的规定,广告发布者是落实广告可识别制度的义务主体。对于以商业推广为主业的 KOL,在实质上属于广告行业从业者,有必要学习和了解广告法相关法律规定,并努力遵守包括广告可识别制度在内的相关法律规定,以降低自身职业法律风险。MCN 机构在与网红开展

合作、提供培训、活动策划等过程中,注意将广告合规问题列入考量要素,在帮助网红成长和流量变现的同时做好法律风险预防。

五、结 语

准确区分自媒体 KOL 营销广告和个人网络言论等非广告信息是实现《广告法》对自媒体广告行业进行规制的前提。在自媒体 KOL 营销广告从外部识别难度大的情形下,明确自媒体 KOL 营销广告可识别制度的责任主体和认清落实广告可识别制度的重要意义,发挥监管部门、自媒体平台、MCN 机构多方作用,引导具有广告发布者身份的自媒体 KOL 主动落实广告可识别制度,是化解当前广告可识别制度在自媒体 KOL 营销广告落实难以及广告合法性监管难的有效途径。

参考文献:

- [1] 艾瑞咨询.2019 年中国 KOL 营销策略白皮书[EB/OL]. (2019-03-18) [2019-07-05]. <http://report.iresearch.cn/report/201903/3346.shtml>.
- [2] 艾瑞咨询.2018 年中国网红经济发展洞察报告[EB/OL]. (2018-06-19) [2019-07-05]. http://report.iresearch.cn/report_pdf.aspx?id=3231.
- [3] 毕晨曦.自媒体时代微博网红广告传播研究[J].传播与版权,2019(5):120-122.
- [4] 鲸译海外.英国拟监管社交平台 KOL 的广告营销网红广告也要遵守广告法[EB/OL]. (2019-07-17) [2019-08-09]. <http://www.baijingapp.com/article/20817>.
- [5] 刘双舟,杨乐.互联网广告法律问题研究[M].北京:中国政法大学出版社,2019:4-9.
- [6] 水志东.互联网广告法律实务[M].北京:法律出版社,2017:14-16.
- [7] 佚名.上海查处 12 件典型虚假违法广告案件[J].食品与生活,2019(2):24-25.
- [8] 国家工商总局广告监督管理司.中华人民共和国广告法释义[M].北京:中国法制出版社,2016:50-51.
- [9] 周一.自媒体短视频广告的监管与治理[J].新媒体研究,2019(8):57-59.
- [10] 傅语涵.网红 3.0 时代网红微博广告的法律边界探讨与制度构建[J].视听,2019(6):238-240.
- [11] 舒咏平,陶薇.新媒体广告的“原生之困”与管理创新[J].现代传播,2016(3):109-112.
- [12] 李新颖.我国植入式广告法律规制研究概述[J].中国广播,2012(9):65-68.



网红经济下主播跳槽的违约责任研究

——以“江海涛和虎牙公司合同纠纷案”为例

倪龙燕, 章鉴港

(浙江理工大学法政学院, 杭州 310018)

摘要: 网红经济和直播行业是互联网和通讯技术不断发展下的产物,但是其中也伴随许多乱象,主播随意跳槽、平台相互挖角便是其中的主要现象。以江海涛与虎牙公司的合同纠纷为例,分析主播跳槽产生的损害赔偿问题。该类案件涉及两个问题:一是主播违约的认定,二是违约金的计算。主播违约的认定,前提是网络主播与平台存在合法有效的合同。网络主播与平台之间为劳务合同关系,且并不是格式合同,但其中某些条款可以“显失公平”为由主张撤销。违约金的计算,涉及违约金和实际损失两个要素,然而网络主播跳槽中平台损失难以计算。国内理论与实务界均肯定了“惩罚性违约金”的效力,在直播平台实际损失难以认定的情况下,法院在进行司法酌减时,可以以当事人的合同收入作为酌减的基准,同时综合考虑合同履行情况、当事人过错、预期利益等因素。

关键词: 违约金;违约合同纠纷;主播跳槽

中图分类号: D923.6

文献标志码: A

文章编号: 1673-3851(2019)10-0569-09

Research on responsibility for breach of contract for job-hopping of anchors in the economy of network celebrities: Case study of "contract dispute case between Jiang Haitao and Huya Company"

NI Longyan, ZHANG Jiangang

(School of Law and Politics, Zhejiang University of Technology, Hangzhou 310018, China)

Abstract: Internet celebrity economy and live broadcast industry are the products of the continuous development of Internet and communication technology, but it is also accompanied by a lot of chaos, one of which is anchors' job-hopping at will and platforms' talent competition. This paper takes the contract dispute between Jiang Haitao and Huya Company as an example to investigate the damage compensation in the job-hopping of anchors. This kind of case involves two problems: one is to determine the anchor's breach of contract, and the other one is the calculation of liquidated damages. To determine the anchor's breach of contract, the premise is that there is a legitimate and valid contract between the anchor and the platform. The relationship between the network anchor and the platform is the labor contract relationship, and it is not a format contract, but some of the provisions can be revoked on the grounds that it is "obviously unfair". For the calculation of liquidated damages, there are two elements: liquidated damages and actual losses. The platform loss in job-hopping of network anchors is difficult to calculate. Both the theoretical and practical circles in our country have affirmed the effect of "punitive liquidated damages". Under the circumstances that the actual loss of the live broadcast platform is difficult to determine, the court can use the contract income of the parties as the basis of discretion when making judicial discretion. At the same time, contract performance, party fault, expected interests and other factors are

收稿日期: 2019-08-16 网络出版日期: 2019-09-16

基金项目: 浙江省哲学社会科学重点研究基地“浙江理工大学浙江省丝绸与时尚文化研究中心”项目; 中国法学会 2018 年度部级法学研究课题(CLS(2018)D66)

作者简介: 倪龙燕(1989—), 女, 安徽安庆人, 讲师, 博士, 主要从事民商法、时尚法方面的研究。

comprehensively considered.

Key words: liquidated damages; breach of contract disputes; anchor's job-hopping

近年来,网络直播行业发展迅速。《2017年中国网络表演(直播)发展报告》显示:“2017年网络直播行业受偿营收达到304.5亿元,相比2016年的218.5亿元增长39%,网络表演(直播)已经成为网络文化内容供应、技术创新、商业模式创新的代表,成为网络文化市场重要组成部分”^[1]。在网络直播行业迅猛发展、带来巨大流量经济利益的同时,网络直播行业也存在许多乱象,如以斗鱼、虎牙为首的网络直播平台相互挖角,进行不正当竞争。此外,网络主播为了新平台开出的“转会费”等优厚条件而纷纷选择跳槽转会,从而引发原平台与主播之间“天价违约金”问题。这类案件的出现近几年已成为一种频繁的现象。在虎牙公司与主播蛇哥(曹海)违约金案中,法院一审判决蛇哥赔偿华源信息科技有限公司的违约金高达2400余万元^[2]。此类主播跳槽案件主要涉及两个问题:一是游戏平台的相互挖角的不正当竞争行为问题,已有学者对此进行研究^①。二是游戏主播跳槽而引发的巨额违约金问题,此类研究较少,而针对一般违约金下的诸如违约金的功能定位、违约金的司法酌减问题,学者的研究成果较多^②。有鉴于此,本文针对网红经济下的网络直播行业,以江波涛(“嗨氏”)和虎牙公司的网络服务合同纠纷为切入点,探讨主播跳槽而产生的损害赔偿问题。

一、网红经济下的网络直播行业

(一)网红发展与网红经济

在互联网与信息通信技术不断发展的当下,催生了许多依托于互联网而生长的群体和文化,“网红”就是汇集多元众生相的互联网生态中极具特色的一类群体。网红可以简单理解为依靠网络平台积聚个人影响力,并且在各自领域内受到粉丝追捧的一类群体。敖鹏^[3]依据互联网媒介技术的更新迭代,将网红的发展相应地划为三个阶段,分别是:始于网络文学的“红人”雏形时代、图文并茂的草根红人时代、网红泛化的富媒体时代。

网红得以发展,不光是因为网红主播们在网络时代下想要展示自己、获得关注的内心驱动与受众客体为了填补碎片化时间、寻求内心认同感的精神需求,更主要的是注意力经济下网红的利益驱动。奚路阳等^[4]认为:“网红经济是受众注意力资源的货币化。在我们当前所处的信息社会,与极大丰富的

信息相比,相对稀缺的是人们的注意力。因此,如果说农业社会的核心资源是‘土地’、工业社会的核心是‘能源’,那么信息社会的核心资源便是‘注意力’。从产业链的角度看,现代意义上的媒体扮演着唯一规模化导入消费者入口的角色,各类产品和服务需要通过媒体快速、大规模地吸引消费者的注意,而网红群体通过聚集粉丝所获得的有效流量,即粉丝的有效注意力,正是商家梦寐以求的资源。”此外,网红团队也在使用专业化的传播策略进行注意力资源的争夺,“在资本和注意力经济的驱动下,网红及其团队为了增强所谓的‘吸粉能力’,所采用的传播策略更是日益专业,这些系统而丰富的传播策略也在无形中成为网红现象日趋红火的中间推手。”^[3]

(二)网红直播与主播跳槽

在网红经济和注意力经济的发展之下,网络直播行业相伴而生。依据网红直播的内容可以将网红直播大致分为以下三类:一是电竞直播。此类主播主要是网红主播对游戏内容进行讲解,游戏主播既可以通过解说主要赛事比赛来进行直播又可以通过直播自己打游戏的画面来展示自己高超的游戏操作技术。此类直播主要面向电子竞技类游戏的玩家和

① 学者普遍支持将游戏平台挖角归入反不正当竞争行为,如李杨等研究了行业规范缺失、合同的相对性、侵权责任司法适用难题,认为对竞争者之家的引诱违约行为进行反不正当竞争法评价具有必要性。参见:李杨,蓝小燕.引诱违约行为的反不正当竞争法评价[J].知识产权,2018(7):8-16.余杰则认为:“在网络主播跳槽案件中,合同法可用于约束跳槽主播,但不应约束挖角平台;反之,反不正当竞争法在约束和规制挖角平台上有适用之余地,但不应直接约束跳槽主播。”参见:余杰.反不正当竞争法视野下网络主播跳槽问题研究[J].人民司法,2018(10):28-33.

② 姚明斌认为《合同法》第114条中的违约金属于约定的违约责任,可表现为确定金额或计算方法,兼具补偿功能和担保功能。违约金发生效力的前提是有效的违约金约定与相应的约定情事。迟延履行以外的违约金原则上对应违约行为所引发的全部损害赔偿额的预定。此外,违约金可与合同解除并用,违约金司法酌减中的“实际损失”包括所受损失与所失利益。参见:姚明斌.《合同法》第114条(约定违约金)评注[J].法学家,2017(5):154-174.王洪亮针对违约金的司法酌减问题,认为在判断违约金数额是否过高时,应当抛弃以实际损失为基础的模式,而应考虑债权人基于合同可以享有的所有利益,具体根据违约情况、违约结果、债务人利益以及合同损害继续发展的状况综合衡量违约金数额是否过高。参见:王洪亮.违约金酌减规则论[J].法学家,2015(3):138-151.韩强认为“依违约金的设立目的和功能定位,违约金应分为作为担保工具的违约金(固有意义的违约金和惩罚性违约金)与作为损害赔偿总额预定的违约金”。参见:韩强.违约金担保功能的异化与回归——以对违约金类型的考察为中心[J].法学研究,2015(3):47-61.

爱好者。二是电商直播。此类主播在直播中向粉丝多角度地展示商品性能,并积极回答粉丝的问题;亦或是通过发放打折券,从而引导粉丝购买商品。此类网红直播作为一种营销手段,与电商平台进行结合从而创造出更多的经济效益。三是秀场直播。此类主播在生活中比较常见,直播的方式也显得丰富多样,比如通过唱歌、跳舞的方式展示自身才艺,又比如通过与粉丝互动聊天、回答问题的方式进行直播,还有的则是通过直播吃饭、化妆,将自己的生活状态展示给粉丝^[5]。本文接下来要讨论的“江海涛、广州虎牙信息科技有限公司网络服务合同纠纷案”^[6]中的网红主播“嗨氏”江海涛就属于第一类的电竞主播,其直播的游戏是当前最热的手游之一“王者荣耀”。

二、案例引入

(一)基本案情

2017年1月19日,虎牙公司(甲方)、江海涛(乙方)与关谷公司(丙方)签订了《虎牙主播服务合作协议》(简称《协议》)。该《协议》在合同第1.2条排他条款约定:乙方承诺在合作期间内,不得在与甲方存在或可能存在竞争关系的现有及未来的网络直播平台及移动端应用程序(包括但不限于斗鱼直播等平台)以任何形式进行或参与直播,包括任职、兼职、挂职或免费直播;不得承接竞争平台的商业活动。合同违约责任第7.3条约定:若乙方未经甲方同意擅自终止本协议或乙方违反1.2款排他条款的约定,甲方有权收回乙方在甲方平台已经获得的所有收益,并要求乙方赔偿2400万元人民币或乙方在甲方平台已经获取的所有收益的5倍(以较高者为准)作为违约金,并赔偿由此给甲方造成的全部损失。合同约定的合作期限为12个月,即从2017年2月1日至2018年1月31日。

2017年6月8日,虎牙公司、江海涛签订了《高能少年团》合作之补充协议书,双方确认将投入600万为江海涛依据原协议合作取得的收益。自2017年8月27日,江海涛未经虎牙公司同意,开始在与虎牙公司具有直接竞争关系的斗鱼直播平台进行直播,首播开播前人气值就已经超过190万。2017年8月28日,虎牙公司申请和江海涛、斗鱼公司的行为保全,请求停止其直播行为,并在随后起诉。

(二)裁判要点

一审法院肯定了《虎牙主播服务合作协议》和《高能少年团》补充协议的效力,同时肯定了虎牙公司出具的用于证明其损失的评估报告,并以江海涛

违约恶意明显为由拒绝其违约金司法酌减的请求,全额支持虎牙公司4900万的违约金请求。

二审法院在审理中认为,虎牙公司提供的评估报告不具有关联性而不予采纳,同时对一审法院认定的有关评估报告的事实不予确认。二审法院的争议焦点是:涉案服务协议网络直播跳槽是否构成违约?涉案违约责任应如何认定及处理?

关于违约方的认定问题。江海涛提出虎牙公司违约在先,且属根本违约,江海涛有权解除合同,且为单方合同解除权。因此江海涛需承担举证责任,证明虎牙公司成立根本违约。在二审上诉中,江海涛提出其在网络上遭受虎牙公司平台其他主播有组织的弹幕刷屏谩骂,导致其无法正常直播。二审法院认为,网络主播尤其是长期从事网络直播的主体应当有能力正确面对和处理来自网络褒贬不一的评价乃至谩骂,江海涛作为长期从事网络直播的主播应当有能力应对网络言论攻击。其次,江海涛和其他主播之间就直播事项发生的争议属于个人纠纷,从涉案服务协议中无法认定虎牙公司在出现该类主播与观众之间、主播与其他主播之间发生线上言语纠纷时要进行何种程度的干预和处理。因此,江海涛无法举证虎牙公司存在根本违约行为,其自然也不享有单方的合同解除权。同时根据服务协议第1.2条排他条款(竞业禁止条款)和合同违约责任7.3条(违约条款)有关违约金约定,江海涛在合同期内违约离开虎牙平台,在斗鱼平台进行直播,构成重大违约。

关于违约责任的认定和处理问题。江海涛在庭审中自认实际收到的收益金额为518万元。关于双方争议的600万元,虎牙公司、江海涛在2017年6月8日签订的《高能少年团》合作之补充协议书中,明确约定了双方确认将该等600万元投入确认为江海涛依据原协议合作取得的收益。江海涛作为完全民事行为能力人,应受合同效力的拘束。因此二审法院对以1118万元(518万元+600万元)为基数计算出五倍金额为5593万元,同时基于虎牙公司主张的违约金4900万元低于收益的五倍从而支持了虎牙公司的诉讼请求与合同约定相符。关于该违约金金额的合理性问题。二审法院认为江海涛签约时明知订立了违约金计算方式,且知晓斗鱼直播罗列在合同约定的第1.2条排他条款的首位仍要违约去斗鱼平台直播,其违约的故意非常明显。综合合同约定、江海涛“王者荣耀第一人”的地位和价值、虎牙公司的投入、虎牙公司因江海涛违约所遭受的损失、继续履行合同虎牙公司的可期待利益等因素,一审法院判决

支持虎牙公司有关 4900 万元违约金的主张合理,二审予以支持。二审法院最终驳回起诉,维持原判。

(三)问题解构

1.主播违约认定

对于合同项下的违约行为,其前提是存在合法有效的合同。因此,合同的性质将影响到违约行为的认定。若定性为劳动合同,由于劳动合同的“从属性”,劳动者隶属于用人单位,

根据《劳动合同法》第 18 条,劳动者提前 30 天以书面形式告知用人单位,可以解除合同。因此不存在劳动者因为离职而需要支付“违约金”的问题。若认定合同为格式合同,根据《合同法》第 40 条,直播平台与主播所签合同中的“违约金”条款将因加重对方责任、排除对方主要权利而无效。其次是合同成立的情况下,某些条款是否因为“显失公平”而可以主张撤销,尤其是“相关投入作为受益”这一条款。

关于江海涛的“违约行为”,根据双方合同第 1.2 条排他条款(竞业禁止条款)和合同违约责任 7.3 条(该条款将竞业行为规定为重大违约),江海涛在合作期间内,擅自离开虎牙公司平台,在斗鱼直播平台直播,显然属于重大违约行为。此处没有异议。

2.对于违约金的计算

此处涉及两个问题:其一是违约金的约定过高问题,其二是违约金过高情况下的司法酌减问题。

对于违约金过高的问题。根据双方合同第 7.3 条,违约金的计算方式为:乙方直接赔偿 2400 万元人民币或乙方在甲方平台已经获取的所有收益的 5 倍(以较高者为准)作为违约金定。江海涛在庭审中自认的收入为 518 万,加上 600 万投入,总和收入之 5 倍即达到 5593 万之巨。此处需要考虑平台因为主播跳槽而遭受的损失,两者对比方能明确违约金是否过高。

在违约金过高的情况下,司法酌减应当如何适用,尤其是在主播平台损失难以计算的情况下,如何理解《合同法司法解释(二)》第 29 条中“以实际损失为基础,兼顾合同履行情况、当事人过错程度以及预期利益等综合因素,根据公平原则和诚实信用原则予以衡量,并作出裁决”这一条款,是本文接下来着重探讨的问题。

三、主播与平台所签合同合法效力

(一)主播与平台所签合同性质

1.网络主播与网络平台间为劳务合同关系

对于网络主播与网络平台之间的法律关系,将两者的合同性质界定为劳动合同还是劳务合同的意思

义在于:若定性为劳动合同,尽管江海涛和虎牙的合同中未设有关于主播在受到同平台其他主播的言词攻击中该如何处置的条款,但是根据《劳动法》第 54 条,用人单位应当为劳动者提供符合国家规定的劳动安全卫生条件,则虎牙公司有作为的义务,其不作为构成违约。若定性为劳务合同,则因合同中未约定相关作为条款,双方为平等主体,则虎牙公司的不作为不构成违约。此外,根据《劳动合同法》第 18 条,劳动者提前 30 日以书面形式通知用人单位,可以解除劳动合同。此为劳动的“预告解除”权利,不需要用人单位同意。再认定劳务合同的场合,主播即可单方宣告解除劳动关系,自然也不能认定存在违约行为。

对于劳动合同与劳务合同的区别,郑尚元^[7]指出两者在契约属性、雇主特点、受雇人特点、给付内容、报酬形式、是否存在劳动基准、解雇是否受限制、解雇后有无补偿、能否组建工会、公法规制村否、雇主是否为受雇人缴纳社保、劳工主管部门是否主管该类业务这些方面存在差异。李海明^[8]在比较总结了从属性理论和依附性理论的一般表征后,认为劳动者的认定需要具备以下几个特征:一是人格上的拘束,二是身份上的依附,三是经济收入上的依靠,四是经济风险上的依靠。“从属性”标准是界定劳动者身份与其他法律关系主体(特别是民事主体)身份的最重要标准,其内容主要包括人格从属性和经济从属性^①。在具体运用从属性标准界定劳动者身份时,应以人格从属性作为主要判断标准,以经济从属性作为辅助判断标准。

若以具体不同点对本案进行分析:1)江海涛与虎牙间的合同由双方自由拟定,为私约;2)虎牙公司为依法登记注册的法人;3)江海涛为电竞主播,并非传统职业,不应认定具备职业性,技能源自自我养成,技能不划分登记;4)江海涛的直播劳动为继续性劳动,

① 所谓人格从属性,是指劳动者必须被纳入用人单位的组织体系当中,成为用人单位的一名成员,在用人单位的指挥、命令、管理下提供劳动,用人单位对劳动者拥有广泛的指挥权,例如:用人单位有权对劳动者布置生产任务或者下达劳动定额;有权确定劳动者的工作地点、工作时间和岗位职业;有权作出指示;有权依法制定和实施内部劳动规则;对违反单位规章制度和劳动纪律的劳动者作出惩戒决定。所谓经济从属性,是指劳动者必须为他人提供劳动,以及劳动者与用人单位之间存在着经济上的依赖关系,例如:劳动者并非为自己提供劳动,而是为他人提供劳动,并以他人所给付之劳动报酬和其他待遇作为其主要生活来源;用人单位应向劳动者提供劳动所需的生产资料和劳动条件,支付劳动力的“对价”(工资和福利)。参见:林嘉,杨飞. 劳动法和社会保障法[M].北京:中国人民大学出版社,2016: 59-60.

时间较长;5)虎牙给予江海涛的报酬按年来进行支付,且有礼物等提成;6)江海涛的劳动相对自由,劳动时间由其自由决定,不存在劳动基准;7)虎牙公司对于游戏主播的解雇应当依据两者间的合同,解雇相对受限;8)江海涛与虎牙间约定了双方各自违约的违约金,并未约定虎牙解雇的补偿金;9)江海涛并未加入工会;10)两者的合同并未受到相关劳动监察部门的规制;11)虎牙公司并未替江海涛缴纳过社保;12)劳动主管部门并未对游戏直播类业务进行管理。

若以从属性的角度进行分析,江海涛将与虎牙公司间的劳动报酬收入作为主要生活来源,两者存在经济上的依赖关系,即存在经济从属性。但是,江海涛与虎牙公司签合同后,其工作地点并非在公司,而是在自己家中,且工作时间不固定,且并没有存在受拘束的劳动规章制度,从而江海涛与虎牙之间不存在人格上的从属性。综上所述,应认定为江海涛与虎牙公司所签合同为劳务合同或者说服务合同,虎牙公司对江海涛面对同平台主播的弹幕辱骂行为的不作为不受《劳动法》调整,且不够成违约行为。实务中的法院对于主播与平台所签合同的性质也多采取否认劳动合同的态度^①。

2. 主播与平台所签并非格式合同

在主播与平台因跳槽引发的纠纷当中,主播往往以格式合同并以《合同法》第40条为由主张合同无效^②。我国《合同法》在第39条至第41条^③对格式条款,进行了规定。“格式条款”是当事人为了重复使用而预先拟定^[9],并在订立合同时未与对方协商的条款。格式条款需要与个别协议相区别,所谓个别协议,是指双方当事人经过协商谈判达成的协议,即人们常说的合同。虽然格式合同(格式条款)与个别协议互为对立物,但是,如果双方就格式合同(格式条款)的具体内容进行了实际的磋商,且达成了一致意见,格式合同(格式条款)就成了个别协议,从而不再是格式合同(格式条款)。如果格式合同(格式条款)中的有关条款通过双方的实际磋商得以修改,或条款利用人为了原封不动地将格式条款订入合同,而在其他方面给相对人照顾以达成妥协,即在一定程度上为此付出了代价,就属于这种情形^[10]。

在本案当中,当事人双方江海涛与虎牙公司为平等的缔约主体,具有相应民事行为能力和风险识别能力,双方对网络服务合同的订立进行了磋商,且虎牙与每个缔约主体订立合同的违约金条款设置都是不一样的。虽然虎牙公司基于其经济能力在磋商环节是具有相应的强势地位,但不能就此肯定双方

所签订的为格式合同。在“广州斗鱼网络科技有限公司、胡凯利合同纠纷案”中,二审法院亦认为合同是双方真实意思表示,因而合法有效。

(二)相关投入不能构成收益

在本案当中,虎牙公司将《高能少年团》的投入作为江海涛的工资收入,虽然不能认定为格式条款,但是能否以显失公平(乘人之危)而请求撤销该合同条款。我国《合同法》第54条和《民法总则》第151条^④规定了当事人在合同条款“显失公平”的情况下享有撤销权。而所谓显失公平,是指双方当事人的权利义务明显不平等,使一方遭受重大不利。其构成要件为:双方当事人的权利义务明显不对等;这种

① 在“吴凡诉上海幻电信息科技有限公司合同纠纷一案”中,二审法院上海市中院认为:“从合同目的而言,双方系具有合作共赢的目的,而非仅仅吴凡为了幻电公司利益而付出劳动或劳务,且涉案协议第13条第2项亦明确约定‘本协议任何内容均不得解释为在双方之间产生或构成雇主/雇员关系、特许经营授予人/特许经营被授予人或合伙关系、劳动关系’。”本案中,幻电公司提供直播的平台,吴凡提供直播服务,系共同合作、互利共赢的关系,幻电公司未就直播内容下达指令,吴凡系自行安排直播的时间、频率及直播内容,从而否认了主播吴凡请求认定双方协议为劳动合同的主张。参见:上海市中级人民法院判决书(2018)沪01民终9934号。在“苟彩瑶诉上海幻电信息科技有限公司合同纠纷案”中,法院也采用了类似的观点,参见:上海市中级人民法院判决书(2018)沪01民终9933号。

② 在“广州斗鱼网络科技有限公司、胡凯利合同纠纷案”中,胡凯利认为其为格式合同:“对于广州斗鱼公司陈述的案件基本事实没有异议。但是广州斗鱼公司和胡凯利签订的合作协议是广州斗鱼公司提供的格式合同,该合同严重违背了合同双方基本平等的权利义务原则。广州斗鱼公司利用其在合同谈判中的强势地位,严重限制了胡凯利的解约权利,该约定应视为无效”。参见:武汉市中级人民法院判决书(2017)鄂01民终2453号。在“袁大海、武汉斗鱼网络科技有限公司合同纠纷案”中,袁大海亦上诉称:“合同条款为斗鱼公司格式条款,该公司利用强势地位签订的不平等条款不应作为判决依据。”参见:武汉市中级人民法院判决书(2017)鄂01民终5281号。

③ 《合同法》第39条:“采用格式条款订立合同的,提供格式条款的一方应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务,并采取合理的方式提请对方注意免除或者限制其责任的条款,按照对方的要求,对该条款予以说明。格式条款是当事人为了重复使用而预先拟定,并在订立合同时未与对方协商的条款。”第40条:“格式条款具有本法第52条和第53条规定的情形的,或者提供格式条款的一方免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利的,该条款无效。”第41条:“对格式条款的理解发生争议的,应当按照通常理解予以解释。对格式条款有两种以上解释的,应当作出不利于提供格式条款一方的解释。格式条款和非格式条款不一致的,应当采用非格式条款。”

④ 《合同法》第54条:“下列合同,当事人一方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销:(一)因重大误解订立的;(二)在订立合同时显失公平的。一方以欺诈、胁迫手段或者乘人之危,使对方在违背真实意思的情况下订立的合同,受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销。当事人请求变更的,人民法院或者仲裁机构不得撤销。”《民法总则》第151条:“一方利用对方处于危困状态、缺乏判断能力等情形,致使民事法律行为成立时显失公平的,受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。”

不对等违反公平原则,超过了法律允许的限制;这不属于因欺诈、胁迫、恶意串通损害他人利益等原因造成的显失公平^{[10]100}。通说认为,我国《民法总则》第151条对“显失公平”的规定为客观与主观双重要件说,客观要件是指双方在对待给付上的明显不平等,主观要件是指一方故意利用对方的困境、无经验、缺乏判断能力或者意志力明显薄弱^[11-12]。

在本案当中,客观上虎牙公司在补充协议中将《高能少年团》的投入作为江海涛的资金收入,虎牙公司的权利是通过江海涛的薪资而取得提成,以及增加了其违约金计算的基数,虎牙公司的义务却是不存在的。主观上虎牙公司利用其优势地位以及江海涛正处于直播服务合同当中的困境,签订补充协议。双方权利义务明显不对等,符合“显失公平”的构成要件,因此江海涛可以“显失公平”为由主张撤销将《高能少年团》的投入作为江海涛的工资收入的补充协议。关于“显失公平”在“违约金司法酌减”当中的考虑,本文将在下文详述。

四、违约金计算问题

判定违约金过高涉及两个要素:一是平台的实际损失,二是赔偿的违约金,两者加以对比方能确定违约金是否过高的问题。接下来本文首先讨论直播平台的损害赔偿计算,再次分析惩罚性违约金的含义及意义,最后通过司法酌减规则讨论对过高的违约金进行酌减的问题。

(一)网络主播跳槽中平台损失难以计算

依“差额说”^①,所谓损害是指损害事实发生之前与损害事实发生之后,两者状态相比得出的差额。在本案当中,虎牙直播平台在主播违约前的状态与主播违约后的状态即为虎牙公司的损失,且虎牙公司的因主播违约所遭受的经济损失属于所失利益(因主播的违约而消极妨碍了虎牙公司取得预期的经济收入)、间接损害(主播违约导致虎牙公司无法像之前一样提供某些明星主播的直播观看服务,即虎牙公司无法正常营业)、履行利益(主播若正常履行合同,将给虎牙公司带来较大的经济收入)。

在本案当中,虎牙公司一审提供了深圳市银通联公司的评估报告书(深银专评报字 2017 第 156 号),用以证明江海涛违约给虎牙直播平台造成的用户流失的商业价值损失,该评估报告对数据进行分析,欢聚时代公司(虎牙公司为欢聚时代旗下公司)平均单活跃用户价值为 201.23 元/户,而江海涛在斗鱼平台首次开播人气达 190 万人,两者相乘达

3.8 亿即为虎牙公司因主播跳槽违约所遭受的损失。一审法院的分析说理存在不少问题:第一,虎牙公司为欢聚时代旗下子公司,且“欢聚时代”已经在美国纳斯达克上市,而虎牙公司虽在国内直播平台网站占有重要地位但远未达到“欢聚时代”的经济水平,用“欢聚时代”的市值来估算虎牙公司的损失,将扩大虎牙公司的损失。第二,根据《资产评估执业准则——企业价值》的规定,对企业价值的判断应结合企业资产状况、收益预测、市场价格、宏观经济因素、所在行业市场前景等因素来考虑。评估报告对用户的价值赋予方式却是将“欢聚时代”的市值平均分摊到单位活跃用户上,即将虎牙直播平台的活跃用户价值等同于“欢聚时代”的市值,违背了资产评估执业准则的规定。第三,“欢聚时代”为在美国纳斯达克上市的公司,其公司市值受股市波动影响较大,何况其在美国上市,将受到全球股市的影响,通过对“欢聚时代”市值分析得出的平均活跃用户价值为 201.23 元,其结果受到股市股价影响,则其真实性因此遭受质疑。第四,江海涛在斗鱼平台首次开播人气达 190 万,如此之高的观看人数一方面与江海涛本身人气有关,一方面也与斗鱼平台本身经营有关,质言之,观看江海涛直播平台用户并不直接等于虎牙直播平台流失的用户。法院应当以江海涛主播在虎牙直播时的日常在线人数进行计算,而不能将江海涛在斗鱼平台首次开播人数作为虎牙公司损害的计算依据。第五,银通联(评估报告出具机构)登记核准的经营范围是“企业整体资产评估、单项资产评估(包括房地产、机械设备、流动资产、无形资产等)”。直播平台用户不属于公司拥有或控制的资产,更不属于无形资产。因此,损失评估报告系银通联超越其核准登记的评估资质范围违规出具的报告,不应被采信。

二审法院认为虎牙公司提供的评估报告为其单方出具,数据未经验证,且评估并非直接针对江海涛违约给虎牙公司造成的损失,因此不予采纳。综上,虎牙公司因主播跳槽离职而遭受的损失难以计算。

① 关于“差额说”,王泽鉴先生曾在其书中进行了具体陈述:“差额说系以侵害事故所造成‘财产差额’作为被害人所受之损害,其基本内容有三:1.以总财产计算差额(其据以比较差额而算定损害的,系侵害事故发生后的财产状况及若无该侵害事故时所应有的财产状态。前者为现实财产状态;后者为假设财产状态。)。2.损害的主观性(损害的有无及其大小,应就被害人的情况,斟酌有利及不利因素而为认定)。3.全部损害赔偿原则(以总财产的差额算定损害,并斟酌及于被害人的情事,旨在实现全部赔偿原则)。”参见:王泽鉴.损害赔偿[M].北京:北京大学出版社,2016:65。

在此类案件中,考虑到直播平台并非传统企业,而为新型互联网企业,法院在审理中均作平台损失难以计算的认定^①。

(二)惩罚性违约金的含义

所谓违约金,是由当事人约定的或由法律直接规定的,一方当事人向另一方当事人支付一定数额的金钱或其他给付。违约金分为惩罚性违约金和赔偿性违约金。惩罚性违约金,是对债务人过错违约的一种私的制裁,以确保债权效力的违约金。惩罚性违约金的意义在于,债权人不仅可以请求债务人支付违约金,还可以请求损害赔偿。而赔偿性违约金则是当事人预先估计的损害赔偿总额。赔偿性违约金的效果在于,债权人仅得请求债务人支付违约金,而不得同时请求支付违约金和损害赔偿^{[9]272-273}。姚明斌^[13]认为惩罚性违约金的意义,源自其本身的“压力功能”,具体表现为损害举证简化功能、不可损害赔偿的填补功能、最低损害赔偿额预定功能、独立罚金允诺功能这四个功能。

惩罚性违约金来源于履约担保这一功能^②。当前主流学说肯定了“惩罚性违约金”的效力,是以违约金是否排斥强制履行或损害赔偿等法定责任作为区分基础,即按照德国法系关于违约金与实际履行能够并存为惩罚性违约金的衡量标准,并行于法定责任的属于惩罚性违约金,反之则为赔偿性违约金。具体何种类型取决于当事人约定,约定不明时就推定为赔偿性违约金^[14]。姚明斌^{[13]111}对违约金的“惩罚”功能持不同意见,认为主流学说对“惩罚性违约金”的界定是在超额赔偿的结果意义上使用“赔偿”的,但是鉴于域外考察中违约金的双重功能(压力功能和补偿功能),超额赔偿功能包含在双重功能之中,独立的惩罚功能不存在了。

但是司法实践对我国违约金的惩罚性与赔偿性已形成较为普遍的认识,即《合同法》第114条所确立的违约金制度,以补偿性(或赔偿性)为主,以惩罚性为辅。最高人民法院认为“违约金具有补偿性和惩罚性双重性质,合同当事人可以约定高于实际损失的违约金”^[15]。可见实务中倾向采用“损失比较”的方法来界定惩罚性赔偿金,约定金额高于实际损害表现为惩罚性,约定金额低于实际损害凸显补偿性。

(三)违约金司法酌减规则

1. 违约金酌减的综合考虑

对于违约金司法酌减的正当性理由,王洪亮^[16]将其概括为三个方面:一是允许自由约定无限制违约金则每个交易人都可能承担无限制的责任;二是

缔约时债务人的预见义务与其违约时承担的超出预见的责任相比显得不公平;三是缔约时双方的谈判力量不对等。

我国《合同法》第114条规定了“酌减规则”,即在约定的违约金过分高于造成的损失的情况下,当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以适当减少。《合同法司法解释二》第29条对“酌减规则”进行具体阐述:“人民法院应当以实际损失为基础,兼顾合同履行情况、当事人过错以及预期利益等综合因素,根据公平原则和诚实信用原则予以衡量,并作出裁决。当事人约定的违约金超过损失的百分之三十的,一般可以认定为合同法第114条第2款规定的‘过分高于造成的损失’。”我国学界通说对29条第1款的理解是以实际损失为基础,之后综合其他情况进行酌减^{[13]315}。王洪亮^[16]在考虑到违约金的功能在于实际履行担保,因此应对《合同法司法解释二》第29条第1款以实际损失作为基础的规则进行修正,应抛弃以实际损失为基础的模式,考虑债权人给予合同可以享有的所有利益,具体根据违约情况(具体是指债务人的义务违反的程度、过错程度以及对于债权人的危险性)、违约结果、债务人利益以及合同损害继续发展的状况综合衡量违约金数额是否过高。

姚明斌^{[13]334-335}主张在《合同法》第114条第2款的违约金酌减的场合可以考虑“显失公平”问题。由于《民法总则》第151条采取了“乘人之危”和“显失公平”合一规制的思路,且只保留撤销的法律效果,而不允许变更。因此,无须将我国法之“显示公平”完全系于给付和对待给付关系层面,应认为乘人之危导致显失公平规则与司法酌减之间存在竞合关系,允许当事人在诉讼中选择适用。质言之,即便当事人不能以“显失公平”为由主张违约金条款无效,但可以“显失公平”为由(考虑到双方缔约时的经济

① 在“广州斗鱼网络科技有限公司、胡凯利合同纠纷案”中,二审法院认为“广州斗鱼公司作为新型网络直播公司,其盈利模式不同于传统公司,主播流失导致的经济损失难以举证证明”,参见:武汉市中级人民法院判决书(2017)鄂01民终2453号。在“董超、武汉斗鱼网络科技有限公司合同纠纷案”中,二审法院认为“斗鱼公司并非如传统企业通过生产、贸易、服务等方式直接获取利润,故董超的违约行为导致该公司的损失难有直接证据进行计算”。参见:武汉市中级人民法院判决书(2017)鄂01民终4576号。

② 基于违约金具有履约担保这一规范目的,债务人的违约行为是否产生了实际损害以及损害大小,并非违约金请求权的构成要件。即使债务人能证明损害并未发生或者小于约定的金额,违约金责任亦不受影响。因为债务人不履行合同即足以启动担保性违约金。当然,固有意义上的违约金,也有减轻债权人损害证明的功能。参见:王洪亮.违约金酌减规则论[J].法学家,2015(3):138-151.

地位),请求违约金酌减。将“显失公平”纳入违约金司法酌减的范畴,需要考虑一个不可回避的问题,即违约金司法酌减与“显失公平”的判断时点。通说认为,违约金司法酌减的判断时点为违约金请求权产生之时,甚至可以延伸到法庭辩论终结之时。而“显失公平”的判断时点为违约金条款的订立之时,两者判断时点不同^[12],如何调和两者的时点此时成为关键。姚明斌^{[13]343}进而提出,以当事人缔约时、当事人违约时、当事人请求时(债权人主张违约金)均无法包括司法酌减时需要考虑的各项因素,应将法庭辩论终结前的所有情事均考虑在内,即将“判断时间”由原先的时点扩展为一个时间段,将当事人缔约时至事实审最后言词辩论终结时此时间段内发生的情事均应考虑在内。笔者赞同该看法。

笔者结合实务中对于法院的认定,认为违约金的“酌减规则”应当按照29条第1款的规定来进行酌减。第一,首先需要考虑的是当事人的“实际损失”,在实际损失难以认定的场合可以当事人的合同收入来作为酌减的基准。实务中有以直播平台无法举证其损失为由而对其请求的违约金予以酌减的判决^①。第二,综合考虑其他因素,即合同履行情况、当事人过错、预期利益等。“合同履行情况”包括约定履行合同的总的时间、已经履行合同的的时间、剩下履行合同的的时间。实务中有法院因为主播在签订合同较短时间内即违约(合同履行情况较差),从而在依法酌减时作出对其不利的判决。在考虑“当事人的过错”^②时,法院往往对恶意违约的当事人直接否认其违约金酌减请求,如在本案“江海涛、广州虎牙信息科技有限公司网络服务合同案”中,两审法院均认为江海涛系故意违约,主观恶性较大,从而否认其违约金“酌减权”。然而笔者对此表示怀疑,并在后文中详述。第三,在考虑“预期利益”时,相应的法条是《合同法》第113条,当事人的赔偿损失不得超过一方订立合同时预见或应当预见的因违反合同可能造成的损失。该条款暗含需要考虑当事人在缔约时的双方的经济地位问题,即缔约时是否有显失公平,即便违约金条款因其“惩罚性违约金”的性质不能被认为是“显失公平”,但是在违约金酌减的环节,需要考虑在缔约时双方的经济地位,并以此为由对违约金进行酌减,并且酌减的判断时间是当事人缔约时至事实审最后言词辩论终结时这一时间段。

2. 主播的违约金酌减主张应得到支持

综合两审裁判,在违约金酌减问题上,两审法院均考虑到当事人违约的主观恶意、虎牙公司的履约

情况、虎牙公司的损失情况,并且将违约的主观恶意均予以重点考察^③。笔者认为这是当今社会游戏直播平台相互挖人的不正当竞争相当普遍,游戏主播为了其他平台高额的“跳槽费”而纷纷选择主动违约跳槽,而给原平台带来巨大损失,法院为了遏制这种不正之风,而采用支持高额的违约金来进行管制。

但是,笔者对二审法院否定违约金酌减的做法有不同看法。第一,实际损失。虽然法院通过支持高额违约金来间接遏制游戏平台相互挖人的不正当竞争行为,但是,不可忽视的问题是,《合同法解释二》第29条第一款规定的是首先考虑“实际损失”,在实际损失难以认定的场合可以当事人的合同收入进行计算。而本案中虎牙公司是以一审中提交的深圳市银通联资产评估有限公司评估报告书(深银专评报字2017第156号)来证明其财产损失。但在二审法院中,二审法院认为评估报告并非直接针对虎牙公司的损失,因此不予采纳。综上,虎牙公司因江海涛跳槽而遭受的实际损失在本案中为无法证明的状态。在这种情况下,应当以当事人的合同收入来作为违约金酌减的基准。实务中的此类案例在实际

① 在“广州斗鱼网络科技有限公司、胡凯利合同纠纷案”中,二审法院认为:“广州斗鱼公司作为新型网络直播公司,其盈利模式不同于传统公司,主播流失导致的经济损失难以举证证明。30000000元的违约金与胡凯利的收入相比明显过高……在广州斗鱼公司无法举证证明其实际损失的情形下,可以胡凯利可能获得的最低收益,即双方约定的年酬金作为违约金计算基准。”参见:武汉市中级人民法院判决书(2017)鄂01民终2453号。

② 王洪亮在其文中认为:“所谓过错程度,针对的是债务人的主观状态,是故意还是过失。在故意甚或恶意的情况下,通常即不再酌减违约金,因为恶意或故意行为的侵害人不值得免受严格惩罚的保护。在债务人与有过失的情况下,过错程度应有所减轻。如果债权人通过自己的义务违反行为导致债务人违反义务,则债务人的过错承担也应有所减轻。”参见:王洪亮.违约金酌减规则论[J].法学家,2015(3):138-151。

③ 在“江海涛、广州虎牙信息科技有限公司网络服务合同纠纷案”中,一审法院认为:“江海涛违约,恶意明显,拒不执行人民法院生效裁定,拒不到庭接受询问,虎牙公司投入巨大,因江海涛违约造成的用户流失损失巨大,江海涛也因违约获得巨额收益,应由江海涛承担不利后果,若调低违约金,于理不合,于法不容。”二审法院则认为:“江海涛签约时明知订立了违约金计算方式,且知晓斗鱼直播罗列在合同约定的第1.2条排他条款的首位仍要违约去斗鱼平台直播,其违约的故意可见一斑……一审法院根据合同约定、江海涛‘王者荣耀第一人’的地位和价值、虎牙公司的投入、虎牙公司因江海涛违约所遭受的损失、继续履行合同虎牙公司的可期待利益等角度分析支持了虎牙公司有关4900万元违约金的主张合理,本院予以支持。”参见:广州市中级人民法院判决书(2018)粤01民终13951号。

损失无法证明的情况下,也大都以当事人收入作为酌减基准^①。

第二,缔约时双方当事人的经济地位。虎牙公司在缔约时利用其优势地位订立了高额的违约金,虽然违约金因其“惩罚性违约金”的性质而不得以“显失公平”进行撤销,但是在违约金酌减的场合,应将当事人缔约时至事实审最后言词辩论终结前的所有因素均考虑在内,考虑到缔约时双方当事人的经济地位,江海涛可以“显失公平”为由请求对违约金进行相应酌减。综述所述,笔者反对两审法院对全额支持斗鱼违约金的做法,应当对违约金进行司法酌减。

五、结 语

网红经济和直播行业是当前互联网技术和信息通讯技术蓬勃发展之下的产物,但是因为缺乏相应的规制,直播行业存在不少乱象,主播擅自跳槽和平台相互挖角便是其中的主要现象。本文以江海涛(嗨氏)与虎牙公司的合同纠纷为例,来讨论当前网红经济下主播跳槽的损害赔偿问题,特别是其中的“天价违约金”问题。归结这些案件的共性,主要存在以下问题:一是主播违约的认定,二是违约金的计算。通过分析逐步得出,该协议为劳务合同,且合同并非格式合同,但在本案中,江海涛可以“显失公平”为由主张撤销将《高能少年团》的投入作为江海涛的工资收入的补充协议。针对违约金的计算,需要比较平台的实际损失与赔偿的违约金,但是网络主播跳槽中平台损失往往难以计算。对至于违约金酌减问题,笔者肯定实务中对违约金性质的认定,即以“赔偿性违约金为主,惩罚性违约金为辅”。在具体考虑违约金酌减时,应按照《合同法司法解释二》第29条第1款的规定来进行操作,首先应当考虑的是当事人的“实际损失”,然后综合考虑其他因素,即合同履行情况、当事人过错、预期利益、缔约时双方地位等;在考虑“实际损失”时,由于直播平台并非传统公司,其损失往往难以计算,可以按照主播的合同收入来进行计算;或按照合同履行情况即已经实际履行的时间在约定总履行时间中所占的比重;在主播恶意违约的场合,不能否定主播的违约金酌减权,而应考虑平台在主观上是否存在“与有过失”;考虑缔约时双方经济地位,在违约金酌减场合需要考虑缔约时“显失公平”的问题。

参考文献:

- [1] 中国演出娱乐行业协会网络表演(直播)分会,中娱智库. 2017 中国网络表演(直播)发展报告[R/OL]. (2018-02-01)[2019-05-08]. <https://www.useit.com.cn/thread-17929-1-1.html>.
- [2] 广东省广州市番禺区人民法院. 执行裁定书(2018)粤0113 执 1815 号[A].
- [3] 敖鹏. 网红为什么这样红?: 基于网红现象的解读和思考[J]. 当代传播, 2016(4): 40-44.
- [4] 奚路阳, 程明. 试论网红经济及其发展路径: 基于传播逻辑与商业逻辑的双重视角[J]. 企业经济, 2017, 36(12): 102-108.
- [5] 管雅月. 网红直播的兴起、演变路径及盈利方式[J]. 新闻论坛, 2018(5): 49-52.
- [6] 广东省高院. 判决书(2018)粤 01 民终 13951 号[A].
- [7] 郑尚元. 民法典制定中民事雇佣合同与劳动合同之功能与定位[J]. 法学家, 2016(6): 57-69.
- [8] 李海明. 论劳动法上的劳动者[J]. 清华法学, 2011, 5(2): 115-129.
- [9] 杨祥瑞. 网络用户协议中个人信息保护的合同法研究: 以《淘宝平台服务协议》为例[J]. 吉林工商学院学报, 35(3): 99-103.
- [10] 崔建远. 合同法[M]. 北京: 法律出版社, 2016.
- [11] 武腾. 显失公平规定的解释论构造: 基于相关裁判经验的实证考察[J]. 法学, 2018(1): 124-140.
- [12] 朱庆育. 民法总论[M]. 北京: 北京大学出版社, 2016: 289.
- [13] 姚明斌. 违约金论[M]. 北京: 中国法制出版社, 2018.
- [14] 姚明斌. 《合同法》第 114 条(约定违约金)评注[J]. 法学家, 2017(5): 154-174.
- [15] 最高人民法院. 民事裁定书(2011)民再字第 84 号[A].
- [16] 王洪亮. 违约金酌减规则论[J]. 法学家, 2015(3): 138-151.

(责任编辑:秦红嫚)

① 在“广州斗鱼网络科技有限公司、胡凯利合同纠纷案”中,二审法院将主播合同收入作为违约金酌减的基准,参见:武汉市中级人民法院判决书(2017)鄂 01 民终 2453 号。而在“董超、武汉斗鱼网络科技有限公司合同纠纷案”中,二审法院亦以类似理由支持了违约金的酌减:“斗鱼公司并非如传统企业通过生产、贸易、服务等方式直接获取利润,故董超的违约行为导致该公司的损失难有直接证据进行计算,但解说合作协议中约定的合作费用可以体现主播的商业价值及协议履行后商业回报的大小。因此合作费用以及协议的履行程度可以作为考量因违约而造成的损失参考依据。原审法院依据董超的服务期限及薪酬标准,酌情确定董超应当支付的违约金,符合协议约定及法律规定,并无不当。”参见:武汉市中级人民法院判决书(2017)鄂 01 民终 4576 号。



“积极课堂”教学模式改革研究与实践

——以“纺织品设计学”课程为例

周 起, 龚素璩

(浙江理工大学浙江丝绸与时尚文化研究中心, 杭州 310018)

摘 要:“积极课堂”教学模式主张课堂教学模式从“以教师为中心”的主观教学向“以学生为中心”的主动学习转移,是创新当前高校“消极课堂”教学模式的有效途径,对提高课堂教学质量、培养创新型人才具有积极的促进作用。借鉴境外高校课堂教学改革经验,基于“积极课堂”教学模式与传统教学模式的对比分析结果,在教学实践的基础上阐述了“积极课堂”教学模式的核心理念、应用基本特点及相应的课堂教学方法和手段。以“纺织品设计学”为例,结合“纺织品设计学”课程的特点,将“积极课堂”教学模式应用于“纺织品设计学”的课程教学实践,验证其教学效果和质量。实践结果表明“积极课堂”教学模式在高校课堂教学中具有推广应用价值。

关键词:积极课堂;教学模式;实践;纺织品设计;课程

中图分类号: G648.4

文献标志码: A

文章编号: 1673-3851 (2019) 10-0578-07

Research and practice on "active classroom" teaching mode: Case study of "Textile Design" course

ZHOU Jiu, GONG Suli

(Silk and Fashion Culture Research Center of Zhejiang Province,
Zhejiang Sci-Tech University, Hangzhou 310018, China)

Abstract: "Active classroom" teaching mode proposed in this paper suggests that classroom teaching mode should be transferred from teacher-centered subjective teaching to student-centered active learning nowadays. "Active classroom" teaching mode is one of the effective ways for innovating traditional "negative classroom" teaching mode in universities. It plays a promotion role in improving the quality of classroom instruction and training applied innovative talents. This paper referred to class teaching reform experience of overseas colleges, expounded the core idea, application features, corresponding classroom teaching methods and means of "active classroom" teaching mode based on the teaching practice according to contrastive analysis results of "active classroom" teaching mode and traditional teaching mode. This paper took "Textile Design" course for example and combined the features of "Textile Design" course to apply "active classroom" teaching mode in the course teaching so as to verify its teaching effect and quality. The result shows that "active classroom" teaching mode has great application and promotion value for classroom teaching in universities.

Key words: active classroom; teaching mode; practice; Textile Design; course

当前中国内地高等院校教育教学改革重点多在于完善人才培养模式、加强师资建设、改善教学条件、建立良好教风和学风,以及通过外部专业认证和创新内部管理机制来提高人才培养质量。作为教育教学改革实施的重要环节之一的课堂教学模式改革仍处于探索阶段,尚未形成值得推广的理想模式,从而直接影响到高等院校课堂教学质量,间接影响人才培养质量的提高。

当前中国内地纺织高等教育面临的挑战主要有:一是纺织科学技术的迅速发展和社会环境的高度信息化,教“一切”既不可取,也不可行,更不可能;二是纺织经济结构和产业结构不断变化,“老”的专业迅速分化,“新”的专业不断涌现,纺织专业知识的综合运用和专业技能的快速更新,要求专业技术人员具备终身学习的能力;三是宽口径的高等教育招生和培养,需要高校为学生制定以人才产出为导向的个性化培养方案,纺织类专业知识学习和专业技能培养不能搞一刀切,必须发挥学生的个性特长;四是接轨国际教育标准的各类专业认证的兴起,以 OBE(Outcome based education)成果导向的人才培养理念^[1]成为主流。因此,转变课堂教学模式已经刻不容缓。

面对这些挑战,内地纺织高校在专业建设和人才培养模式上进行了一些改革和创新,并取得了可观的教学改革成果。但是,内地纺织高校对课堂教学模式的研究仍处于滞后状态,主要原因是高校扩招后带来的繁重教学任务和教学管理压力集中在近几年出现,延缓了高校对课堂教学模式的改革和创新。虽然近些年内地高校积极开展内涵式建设、强化国际化教育认证、创新课堂教学模式等教学改革措施,也提出了一些值得借鉴的教学方法,如:在产学研合作教育中提出的案例教学法^[2],在翻转课堂中提出的“任务驱动”教学法^[3],以及面向 OBE 人才理念的 PBL(Problem based learning)问题驱动教学法^[4],以及激励教学法、WIL(Work integrated learning)工学结合教学法、探究教学法、差异教学法等,这些都是在不同的人才培养实践过程中提出的提高课堂教学质量的改革措施^[5-6]。但是传统课堂教学“以教为中心”的理念没有根本改变,高等院校与中学的课堂教学模式未有效衔接^[7],对此尚需进一步研究和完善,因此需进一步改善教学模式研究滞后对高等院校课堂教学质量提高的影响^[8]。

课堂教学是教学的基本组织形式^[9]。传统意义的课堂教学可界定为:教师在计划规定的学时内,根据课程大纲制定教学计划,以教师为主导进行的课

程内容讲授、课内实验或实践演示、课堂环节讨论、课内练习测试等教学活动。这种学生消极、被动接受知识的课堂教学模式笔者称为“消极课堂”教学模式。在该模式下,高校传统的课堂教学一直都以教师的课堂讲授为主,其最典型的特征是:在课堂上提问的总是教师,回答问题的一直是学生;学生的学习主动性被压抑,被动地围绕教师的主观意愿在消极地思考和学习,导致学生普遍缺乏对专业知识的独立思辨能力。所以,在传统“消极课堂”教学模式的影响下,任何一门课程的教学环节中,课程教学目标、教学内容和教学计划均缺少对学生主动性学习的要求;学校的教学检查也是一种消极的形式检查,教学评价中也不需要考虑学生给教师提出了多少专业问题;在课堂上教师不会有来自学生的压力,学生也没有主动创新的动力。针对目前这种“消极课堂”教学现状,笔者借鉴境外高校课堂教学改革经验,对“积极课堂”教学模式进行分析,并根据当前纺织类专业特点探索“积极课堂”教学模式,通过在“纺织品设计学”课程教学环节中的实际应用,验证“积极课堂”教学理念和教学模式在提高学生课堂学习质量方面的有效性。

一、“积极课堂”教学模式基本理念和应用特征

针对 21 世纪纺织产业新经济业态的出现和专业知识多维化的趋势,笔者在吸收境外高校各种有效的课堂教学方法的基础上,适时提出针对纺织类创新型应用人才培养的“积极课堂”教学模式,该模式的有效推行是提高人才培养质量的重要途径。

(一)“积极课堂”教学模式基本理念

“积极课堂”教学模式的提出综合了当前美国^[10]和香港^[11-12]高等教育在课堂教学模式上的特点。“积极课堂”教学模式与传统“消极课堂”教学模式的区别显著,它们的理念如图 1 所示。传统“消极课堂”教学是一种以知识为本位的教师主导式教学,这种教学方式在强化知识传授的同时,缺乏对学生的整体关怀,在课堂上学生就像是盛装知识的容器,不需要独立思考、不需要个性思辨。在传统“消极课堂”的“填鸭”式教学模式下,课堂教学强调“教-学-用”三者关系是一种单向递进关系,“教”为主,“学”其次,而“用”几乎不被教师所关注。“积极课堂”教学模式的提出,通过激活“教-学-用”三者关系中的“学”来理顺课堂教学中“教-学-用”的关系;学生的学法、学生的学习积极性和学生的课堂学习质量是

教师关注的重点;学生“学”是核心,教师“教”和实际“用”是保障学生能“学”好的重要因素;“学”得好是“教”得好的评价标准,“学”的好是“用”的好的基础。所以“积极课堂”教学模式的提出将有效解决当前“消极课堂”教学环节中的课堂教学质量问题。

教 → 学 → 用 教 ↔ 学 ↔ 用

(a) “消极课堂”教学模式

(b) “积极课堂”教学模式

图1 “积极课堂”和“消极课堂”教学模式的理念

“积极课堂”教学模式是一种以激发“学生主动学”为核心理念的课堂教学模式。首先,“学生主动学”要求课堂教学内容与社会对人才素质的需求完全吻合,对教师提出新的专业素质要求,与产业发展脱节的课程内容将被淘汰,“填鸭”式的灌输教学模式将被学生抛弃;其次,“学生主动学”将鼓励学生课内课外能够主动去思考所学的专业知识,通过专业知识创新和实践来提高自己的竞争力,这样不仅能激发教师和学生在课堂教学中的积极互动,有限的教学资源 and 课外的学习时间也将被学生充分利用;最后,“学生主动学”将“教与用”的关系通过“主动学”得到统一,师生关系与学生间的关系更加密切,为了解决现实中的专业问题,必然会强化专业学习中的团队合作精神,以小组成员合作的方式来解决专业学习中的关键点、难点和重点问题。所以在“积极课堂”教学模式下,课堂教学的质量与效率能够得以最大化,这也是目前美国和香港等境外高校工程应用型人才培养质量得以保证的重要基础之一。

综上所述,“积极课堂”课堂教学模式的核心理念是由目前以“教师教”为中心的课堂教学模式向以“学生主动学”为中心的课堂教学模式转变。其基本理念可归纳成以下四点:a)在理论教学环节,以现实专业问题驱动来激发学生课堂思考,改变学生在课堂上被动学习的氛围;b)在实践教学环节,以现实专业任务驱动的教学方式来改变条框教学方式下沉闷的教与学氛围,培养学生的动手能力;c)在专业创新环节,强调学生团队解决问题的能力,以适应竞争社会对人才的基本要求;d)在专业知识学习过程中,提倡超越教室的空间限制,引导学生在课内课外充分利用有效的教学资源。

(二)“积极课堂”教学模式的应用特征

将“积极课堂”教学模式应用于专业课程的教学改革,可以建立一个多维一体的框架图,如图2所示。“积极课堂”教学模式的构建基于OBE成果导向的人才培养理念,其中包括以下内容:首先根据毕

业要求来制定课程教学目标,并根据课程目标来确定课程教学内容;再根据课程内容来研究教师课堂教学方法和学生学习方法,并制定与教法和学法一致的课程教学计划;然后根据课程内容和教学计划构建起实现课程教学目标所需要的课程教学资源,包括教材资料、教学案例、教案课件、专业资讯和网络教学平台资源等,并需要不断改进课程资源的专业内容;最后以提高课堂教学质量和学生学习质量为目的,建立相应的课程教学评价方法,并做好课堂教学管理。“积极课堂”教学模式可以用于指导一个专业的系列课程教学改革,也可以用于一门专业核心课程的教学改革。

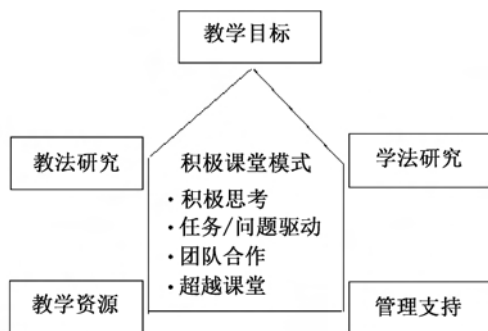


图2 “积极课堂”教学模式的框架图

根据“积极课堂”教学模式的核心理念和模式框架,与传统“消极课堂”填鸭式的课堂教学模式相比,“积极课堂”教学模式应用的创新特征主要表现在教法和学法的创新上,包括以下四个方面:

a)“积极思考”要求学生“学”是课堂核心,课堂是教与学互动的教室。“积极课堂”教学模式从课堂灌输的教学方式向师生互动的课堂教学和学习方式转变,学生在教室内外都要求积极思考专业问题,积极参加课内和课外的专业互动。

b)“任务/问题驱动”要求教师从灌输的讲解模式向基于询问的教学和基于实践的教学方法转变。基于询问的教学方法要求学生在教师的指导下,通过系统的专业调研,探索他们自己的案例、问题和答案,提出自己的专业问题寻求教师的解答;基于实践的教学方法解决以往课堂上理论教学与实践脱节的问题,鼓励学生去课堂以外真实的专业体验中学习,学习处理专业工作中遇到的真实问题。

c)“团队合作”要求学生在完成专业任务时鼓励寻求与他人合作,组建任务小组/团队,协同完成专业任务。并通过专业交流,分享彼此的经验,以提升学生发现和处理综合专业问题的能力。

d)“超越课堂”是基于网络教学平台的教师教学和

学生学习。网络教学平台的辅助教学作用是推进“积极课堂”教学模式的必需。网络教学平台既是专业知识(教学大纲、教学计划、教案)的传播平台,也是一种促进学生和教师、学生之间教学互动和专业交流的有效渠道,通过网络教学平台,教学和学习的时空得到拓展。

另外,创新课堂教学效果评价方式也是“积极课堂”教学模式应用的主要特征之一,从专注课本知识的课堂闭卷书面考核向注重学生平时专业参与、知识积累和动手能力的综合考核方式转变,才能准确评估出学生的专业思考能力和解决专业问题/任务的能力。

从“积极课堂”教学模式的核心理念和创新特征可以看出,“积极课堂”教学模式的提出综合了问题驱动案例教学方法、任务驱动团队合作教学方法和超越课堂的教学和考核方法的基本特征,是实现 OBE 成果导向的人才培养目标的必需,是在教学环节中提高学生学习专业知识积极性的有效方法,也是通过课堂教学达成课程学习目标的客观要求。

二、“积极课堂”教学模式在“纺织品设计学”课程教学中的实践

(一)“纺织品设计学”课程特点和教学设计

纺织科学与工程一直是浙江理工大学(原浙江丝绸工学院)的优势学科,纺织工程是该校国家特色专业,纺织工程(纺织品设计)专业自 1979 年创立以来,采用艺、工结合或称工、艺结合的“浙丝模式”进行人才培养,办学特色显著。“纺织品设计学”是纺织工程(纺织品设计)专业学生的专业必修课(48 学时),也是非纺织工程(纺织品设计)专业学生的通识选修课(32 学时),主要讲授纺织品设计的基本原理和方法,通过理论与实践相结合的方法使学生掌握有关纺织品设计理论和方法论的基本知识,为学生进行纺织品设计与设计研究提供必要的理论知识与实践技能,引入“积极课堂”教学模式是“纺织品设计学”课程教学改革和提高课堂教学质量的重要环节。

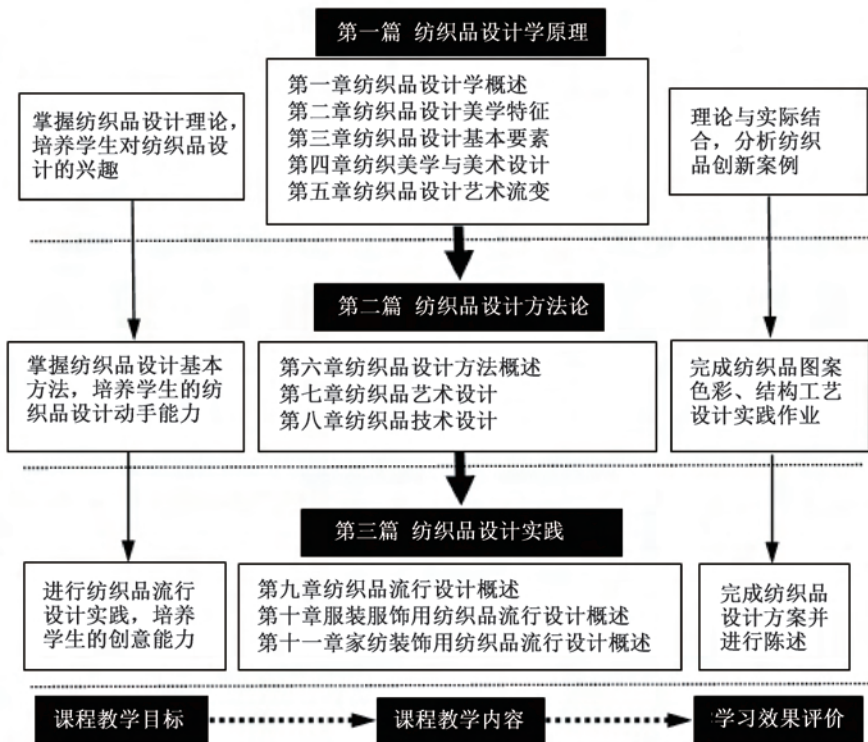


图 3 “纺织品设计学”课程教学目标、内容和评价的相互关系

(二)问题驱动案例教学方法

“积极课堂”教学模式要求任课教师对理论教学提出明确的问题来驱动和掌控教学过程与教学效果,引发学生在课前、课中、课后的积极思考。“纺织品设计学”第一篇是纺织品设计学原理,主要以理论教学为主,分为五章。第一章纺织品设计学概述,需要学生熟练掌握纺织品设计学的基本概念:纺织品、

纺织品设计、纺织品设计学研究的内容,关键问题是从设计史、设计理论、设计批评的角度,如何做好纺织品的设计创新?第二章纺织品设计的美学特征,需要学生理解纺织品设计艺术美、技术美和商务美的基本特征,并用于分析历史或当代纺织品创新成功的秘诀。第三章纺织品设计学的基本要素,需要学生掌握纺织品设计学的学科定位以及影响纺织品

创新设计的主客观因素,回答如何成为一名合格的纺织品设计师。第四章纺织美学与美术设计,需要学生掌握纺织美学的特殊性,从理论上回答纺织品设计区别其它艺术形式的根本所在,并用于指导纺织品美术设计。第五章纺织品设计艺术流变,需要学生了解纺织品设计的源流和灵感来源,学会设计分析和发掘创新设计主题。

“积极课堂”教学模式下的“纺织品设计学”第一篇课堂理论教学,已不需要将教师的思想满堂灌输给学生,取而代之的是教师对学生关于专业问题的学习引导。围绕“纺织品设计学”第一篇各章节预设的专业问题,教师只需要提供丰富的专业素材和实例,来启发学生的独立思考,鼓励学生去寻找答案,并通过课堂的问题回答环节让学生相互分享自己的专业思考。只要教师引导得当,充分发挥学生的学习主体性,学生对专业信息的综合和思考能力将大大激发。该部分教学考核采用理论联系实际的案例分析笔试,通过分析已经发生或正在发生的行业案例,来提高学生利用专业知识解决现实问题的能力。考核分两个部分:第一部分为必做题:纺织品、纺织品设计、纺织品设计学和纺织品设计美学特征的基本概念;第二部分为结合实际案例进行专业分析。近五年的案例分析题目分别是:

a)案例一:收集资料,分析当前家纺企业产能过剩的境况,为家纺企业提供产品创新方案。以企业设计师的角色,结合家纺产品创新的特点,谈谈在当前形势下如何做好家纺产品的创新设计;或以未来设计师的角色,结合家纺设计师的素质要求,谈谈在当前形势下自己如何做才能更好地适应就业环境;或结合自己的实际情况,谈谈学好纺织品设计的方法。

b)案例二:收集资料,分析当前服装奢侈品牌进军中国的现状和特点,为中国纺织服装企业提供可行的竞争方案。以企业设计师的角色,结合纺织产品创新的特点,谈谈在当前形势下如何做好纺织产品的创新;或以未来设计师的角色,结合纺织品设计师的素质要求,谈谈在当前形势下自己如何把握机会,参与竞争;或结合自己的实际情况,谈谈学好纺织品设计的方法。

c)案例三:选择当季世界四大时尚周的一个品牌,分析品牌的背景定位和风格特征?列出该品牌近5季秀场的流行主题,预期下一季主题?并简单分析;列出纺织品设计的美学特征,用美学特征分析该品牌产品的附加值。

d)案例四:江苏南京市紫峰大厦御品祥家居品

牌店推出一套售价达100万元的云锦床上用品。这组床上用品包括床单、床盖、被套、枕头、靠垫等共10件,由南京云锦研究所10名工作人员参考清代皇宫御用品,结合现代人的审美元素,历时数月纯手工制作而成。从纺织品设计基本概念和纺织品的美学特征出发,对该设计案例进行设计批评。

e)案例五:收集资料,分析智能制造和“互联网+”将对纺织产业带来的影响。从纺织品设计基本概念和纺织品的美学特征出发,分析智能制造和“互联网+”将对纺织品设计的影响;作为纺织品设计师,如何把握智能制造和“互联网+”带来的机会。

实践表明,学生对联系实际(行业和自身)的分析和解决专业问题的积极性很高,学习的主动性被激发,为进一步学好专业知识奠定了良好的基础。同时也鞭策教师不断提高自身的专业素养,需要教师不断分析纺织产业当下的热点,以补充联系实际的案例,来适应学生对专业知识的不断诉求。

(三)任务驱动团队合作教学方法

“纺织品设计学”的第二篇纺织品设计的方法论和第三篇纺织品流行设计实践采用的是理论加实践的教学方法,与“积极课堂”教学模式一致,采用任务驱动的方法来设置需要完成的实验和实践任务。第二篇纺织品设计的方法论分为四章,分别是第六章纺织品设计方法概述,第七章纺织品艺术设计,第八章纺织品技术设计。对应的实践任务有纺织品图案与色彩设计、纺织原料与线型分析实验、织物组织和配色模纹CAD辅助设计、织物上机工艺规格分析。

“纺织品设计学”第三篇是纺织品设计实践,分为三章,分别是第九章纺织品流行设计概述,第十章服用纺织品流行设计,第十一章装饰用纺织品流行设计。对应的教学实践任务是纺织品流行设计与陈述,该作业要求学生组成2—3人的团队,合作完成设计任务,并进行设计陈述和接受其他各组同学提问。

课程第二篇、第三篇采用理论结合实践的教学方法,围绕纺织品设计中的重点问题来确定各环节的实践任务,通过课堂实践教学加深学生对纺织品设计方法的理解、培养实际动手能力。纺织原料与线型分析实验考核学生对纺织原料的鉴别能力以及对纺织品设计过程中纺织原料设计的初步认识;织物组织和配色模纹CAD辅助设计考核学生对织物结构设计原理与方法的掌握程度以及正确理解织物结构与色彩的关系;织物上机工艺规格分析考核学生分析织物技术参数并推导出织物上机工艺的能

力,为进行纺织品创新设计打好基础。纺织品流
设计与陈述考核学生通过团队合作完成设计任务和
设计发布的基本能力,包括纺织品流行信息收集,纺
织品色彩与图案流行设计、纺织品流行风格设计及
产品市场策略。这种具有学生主体意识和带挑战性
的实践任务安排充分激发出学生潜在的创新意识,
不仅活跃了课堂气氛,学生的参与度和学习主动性
大大提高,在实践中培养了学生的专业动手能力和
团队协作精神,是“积极课堂”教学模式下以学生为
中心的教學理念的具体体现。

(四)超越课堂的教学和考核方法

“积极课堂”教学模式要求课堂教学超越课堂和
课时的限制,在“纺织品设计学”教学实践中,通过
在线开放的网络教学平台建设来实现。根据“纺织
品设计学”理论与实践结合的教学特点,课程建立
起在线开放的网络教学平台,实现线上线下、课
内课外的教学互动。首先,将课程教学大纲、教
学计划、课堂教学任务和课程视频上网,打破课
内上课时数的限制,方便学生在课外进行课程预
习和复习,将学生的课外教学纳入可循可控的状
态;其次,与线下课堂教学内容同步,开辟线上课
程讨论区,列出每一教学章节的关键问题,鼓励
学生在课外进行问题探讨,加深学生对专业理论
知识的理解以及提高对纺织品设计动手能力的
掌握程度;同时,通过网络资源,鼓励学

生充分利用纺织行业资讯网站、学术检索系统、
学校数字化图书馆,收集专业信息,用于完成课
程作业,并将所学专业知识进行必要的延伸,以
拓展专业知识面,实现专业知识学习超越传统课
堂的教学目标。另外,通过课程网络教学平台,
可以方便掌握学生平时利用课程网络教学平台
进行专业学习的时间和主要活动内容,作为学生
课程参与度指标用于学生平时成绩的考核。

“积极课堂”教学模式下的“纺织品设计学”
课程教学效果评价不再采用闭卷应试的消极考
核和评价方式,而是采用线上线下、课内课外
结合的过程考核方式。将学生课程学习效果的
考核分成平时成绩考核(20%)和分段的专业学
习考核(80%),如表 1 所示。其中平时成绩包
括课堂考勤和课程参与度(线上线下、课内课
外)的量化考核,专业学习考核按授课进度分
三部分:第一篇纺织品设计学理论的理论应用
能力考核(30%)、第二篇纺织品设计方法论
的专业动手能力考核(20%)、第三篇纺织品
设计实践的专业创意能力考核(30%)。“纺织
品设计学”课程学习的平时考核贯穿整个教
学过程,专业考核体现理论与实践的结合,不
仅可以全面考核学生掌握和应用专业知识的能力,
同时通过课程考核评价方式的改革将课堂教
学有效激活,使学生的课程学习真正突破教室
的限制,让课堂“积极”起来。

表 1 “纺织品设计学”课程学习效果考评方式

考核性质	考核内容	考核方式与要求	考核权重/%	对应课程内容
平时考核	课堂考勤和课程参与度量化考核	线上和线下、课内课外结合	20	量化的学习参与度,贯穿课程教学过程
	纺织品创新设计实际案例分析	理论与实际结合的基本概念和理论应用能力	30	第一篇纺织品设计学理论
专业考核	纺织品图案色彩、结构工艺设计实践	限时完成作业,体现专业动手能力	20	第二篇纺织品设计方法论
	纺织品流行设计小组作业	设计方案与陈述,体现专业创意能力(小组互评占 50%,教师评价占 50%)	30	第三篇纺织品设计实践

三、结 语

针对目前内地高等院校部分教师教学理念仍然
落后,部分学生的学习积极性、自觉性不高,学生
团队合作精神欠缺的现状,笔者基于文献查阅和
教学经验总结,在对比分析了“积极课堂”教学
模式和传统教学模式基础上,遵循了 OBE 的人
才培养理念,提出了“积极课堂”教学模式。该
模式是一种以学生为中心、学生主动参与、以
学生学习质量为评价标准的课堂教学模式,具有
:互动的教室——互动的课堂教学和学习方式,
基于询问的学习——通过系统的专业调研发现
问题,基于实践的学习和合作的学

习——强调在专业任务中与他人合作,可信的
和有挑战性的评估——注重学生平时专业参与
、知识积累和动手能力的综合考核方式,基于
网络教学平台的学习——拓展教学和学习的时
空等六个方面的特征。通过在“纺织品设计学”
教学中的实践,表明“积极课堂”教学模式对
于提高课堂教学质量、激发学生的专业学习积
极性和提高学生的专业创新能力具有积极的促
进作用。近两年来纺织品设计专业学生在 2017
年度“红绿蓝杯”第九届中国高校纺织品设计
大赛中获特等奖 1 项,一等奖 6 项、二等奖 5
项、三等奖 2 项;在 2018 年度“红绿蓝杯”第
十届中国高校纺织品设计大赛中获一等奖 4 项
、二等奖 4 项、三等

奖 4 项。因此“积极课堂”教学模式具有良好的推广应用价值,当然,不同的专业、不同的课程、不同的学生具有丰富的个性特点,不能为所有的课程、各类学生指定一个模型的积极课堂教学方法,必须通过对不同的课程进行深入分析和与学生充分交流、对话,通过研究学生学法来确定与该课程特点相适应的“积极课堂”教法,才能有效提升“积极课堂”教学模式在不同类型课程课堂教学的示范作用。

参考文献:

[1] 周洪波,周平,黄贤立. OBE 理念下应用型本科人才培养方案的构建[J]. 高教学刊,2018 (10):75-78.

[2] 吴平.我国高校产学研合作教育模式探析[J]. 高校教育管理,2008,2(3):64-67.

[3] 吴军其,刘萌.“任务驱动”法在高校翻转课堂中的应用研究:以“网络教育资源设计与开发”课程为例[J]. 现代教育技术, 2015,25(9):64-67.

[4] 郭彦青,冯建新,张利明. PBL 教学法在高校翻转课堂中

的创新与实践:以“高级统计与实验设计”课程为例[J]. 教学研究,2018, 41(2):51-56.

[5] 张安富.高教强国视阈下我国高等教育质量与水平前瞻[J].清华大学教育研究,2011,32(1):33-39.

[6] 赵丽.论后现代课程观下高校“生态圈”课堂教学模式构建[J]. 黑龙江高教研究,2016,34(7):163-167.

[7] 刘会.高校课堂教学改革研究[J].兰州教育学院学报, 2016,32(3):100-101.

[8] 李金云.课堂教学改革研究 30 年:回顾与反思[J].当代教育与文化,2009, 1(4):46-60.

[9] 顾豪爽. 提高人才培养质量必须牢牢把握课堂教学这个关键[J].中国大学教学,2007(7):16-18.

[10] 阚阅,王蓉. 奥巴马政府高等教育改革方案解析[J]. 中国高教研究,2014 (8):50-54.

[11] 余江滔,谢星星,李凌志.香港高等教育与高等工程教育概况[J]. 教育教学论坛, 2017 (48):50-54.

[12] 吴海燕,王中奎.质素核证:香港高校教与学质量保证机制及其特色[J]. 高校教育管理,2017,11(2):68-72.

(责任编辑:唐志荣)



LBL + TBL + PBL 教学法在“分析化学”教学中的应用

江银枝, 高丽萍, 贾彦荣

(浙江理工大学理学院, 杭州 310018)

摘要: 为了提高教学效果, 增强学生实践能力, 在“分析化学”课程教学中推行基于授课(LBL)+基于团队(TBL)+基于解决问题(PBL)的复合教学法。对该课程基本概念和数据处理等内容采用 LBL 教学, 对于滴定分析法和吸光法等内容进行 TBL+PBL 教学。将学生分成学习小组, 课前给出相关科学问题和学习大纲, 各小组进行自主学习, 课上教师引导学生进行知识讨论、学习、总结并进行章节考核。由教师、助教和学生组成考核队伍, 从过程和结果两方面考核学生学习效果。通过两轮教学实践, 发现采用 LBL+TBL+PBL 复合教学法明显提高了学生的平均成绩、高分率和及格率, 同时学生的学习积极性得到了提高。这种混合教学法不仅能促进学生有效学习知识, 还能提高学生的综合能力。

关键词: 基于问题的教学法; 基于团队的教学法; 基于授课的教学法; 分析化学; 学习效率

中图分类号: G642

文献标志码: A

文章编号: 1673-3851 (2019) 10-0585-06

Application of LBL+TBL+PBL teaching method in Analytical Chemistry

JIANG Yinzhi, GAO Liping, JIA Yanrong

(School of Sciences, Zhejiang Sci-Tech University, Hangzhou 310018, China)

Abstract: In order to improve teaching effect and enhance students' practical ability, the composite teaching method of the lecture based learning (LBL), the team based learning (TBL) and the problem based learning (PBL) was put forward in Analytical Chemistry teaching. LBL teaching was adopted for basic concepts and data processing of the course, and TBL+PBL teaching was used for titrimetric analysis method and light absorption method. The students were grouped. Before class, relevant problems and learning program were given to students. Each group learned independently. In class, the teacher guided students to discuss, learn and summarize knowledge, and carried out chapter examination. The teacher, teaching assistant and students formed the examination team to assess students' learning effect of process and result. Through the two rounds of teaching practice, it was found that, the composite teaching method obviously improved students' average scores, high score rate and pass rate. Meanwhile, students' learning initiative also improved. Such mixed teaching method can not only promote students to effectively learn knowledge, but also enhance their comprehensive ability.

Key words: problem based learning (PBL); team based learning (TBL); lecture based learning (LBL); Analytical Chemistry; learning efficiency

“分析化学”课程是化学、医药学、材料学专、环境、食品、生物等专业的基础课程,对于各相关专业的人才培养具有重要意义,因此有关该课程的教学改革也是各专业教师的关注热点^[1-3]。以往的分析化学课程的教学改革主要采用 LBL 教学法((Lecture based learning,基于授课的教学法),以教师为中心,强化教师的“授业”功能,注重完成既定的教学目标,由教师主导整个教学过程,学生只是被动学习。根据“金字塔”学习理论^[4],LBL 教学法导致学生学习效率低下,学习主动性缺乏,不利于高素质人才的培养^[5]。在学生规模扩大的情况下,为了保证课程教学质量,新的教学法得到关注。20 世纪 60 年代美国神经病学教授 Barrows 提出了 PBL (Problem based learning,基于解决问题的教学法)。该教学法率先在加拿大麦克马斯特大学推行^[5-9]。目前,包括荷兰的马斯特里赫特大学等世界顶级院校和国内的上海第二军医大学等医学院引入了 PBL 教学法,均取得了良好的教学效果。PBL 教学法改变了传统的 LBL 教学法以老师为主导的教学模式,其明显优势在于调动了学生的学习积极性和团队协作精神。此外,20 世纪 70 年代美国俄克拉荷马州立大学的 Michaelsen 教授提出了 TBL(Team based learning,基于团队的教学法)^[5,8-14]。该方法迅速在美国、加拿大、韩国、澳大利亚、中国等国家地区医学院的医学教学中被推广应用。

随着中国高等教育的大众化发展,教学资源存在一定程度的稀缺,LBL 教学法有利于缓解这一矛盾,而且培养的学生一般理论基础扎实,但是易导致学生高分低能,所以 LBL 教学法逐渐成为高素质人才培养的桎梏。而 PBL 和 TBL 教学法在医学人才培养方面效果良好,对实验型和应用型学科如化学和生物学等学科的人才培养具有较强的借鉴意义^[15-17]。培养复合型人才是教育发展的趋势,因而有必要依据实际情况,改变教学法,利用有限的教学资源,探索培养新型人才的有效教学方法。鉴于以上分析,本文依据“分析化学”理论和实践应用并重的课程特点,在课程教学过程中针对不同章节分别采用 LBL、PBL 或 TBL 组合的教学法,目的是使学生既能系统掌握基本知识体系,又能提高学习效率,增强学习兴趣和信心,最终提升综合素质。通过这种教学改革探索,希望为相关的课程教学改革提供实践依据。

一、“分析化学”教学困境

“分析化学”课程包含绪论、定量分析概论、滴定

分析概论、数据处理、酸碱滴定、络合滴定、沉淀滴定、氧化还原滴定、沉淀重量法和吸光法 10 个知识单元。目前该课程在教学过程中存在以下困境。

1. 教学内容多,学时少

20 世纪末,一些高校对“分析化学”课程开始教学改革,由于对这门课程的重要性认识不够,将其学时进行压缩,以至于目前该课程在大部分院校工科专业是 32 学时,理科专业采用 48 学时,还有部分院校的化学专业将“分析化学”与“无机化学”合并成一门课,即“无机及分析化学”。这门课不仅包含有许多概念和理论,还涉及到大量的数学推导;既有记忆型知识,还有推理型知识。所以在教学过程中,该课程存在内容多但学时少的矛盾。

2. 传统的授课式的课堂教学效果不理想

由于“分析化学”教学内容多而广,学时少,而且有一半的数学推导,为了完成教学内容,按传统的教学法教师往往“满堂灌”。因为教师注重完成课堂教学的既定目标,习惯按着自己的教学设计和思路讲解,而忽略了学生的接受过程。尤其是涉及到数学推导,学生如果有疏忽,就很难跟上课堂教学进度。这种教学过程不利于师生互动,教师容易忽视学生的课堂反应和接受程度,导致学生的学习效率低下,未能全面理解和掌握知识,难以达到预期教学效果。

3. 难以达成教学目标,不利于新工科人才培养

当前,中国高等教育正在加快推进工程教育改革,推动新工科教育发展,对工程科技人才提出了更高的要求^[18-19]。新工科建设目标就是要培养可持续发展的全方位素质人才,所以教学的核心任务是教会学生学的能力,从知识、能力和品格(人文情怀)三个方面塑造全方位的素质人才^[20-22]。2017 年 4 月关于新工科建设的“天大行动”^[20]主张在教学方法和形式上“问学生志趣变方法”,推行“以学生为中心”的教育理念,形成“以学习者为中心”的工程教育模式;在专业设计建设方面提出“为满足产业需求建立专业”,其中海洋、生物医药、新材料、基因工程、核技术等将是新工科专业群的方向之一^[20-22]。而“分析化学”作为这些学科的专业基础课程,如果不进行教学改革,难以培养具有家国情怀、富有创新性、复合型的新工科人才。所以要在教学学时少、内容多的情况下,培养具有自主学习能力的工科专业型人才,必须改变“分析化学”教学方法,调动学生的学习兴趣和学习的积极性。

“分析化学”课程内容包括三个部分:第一部分是基本概念,第二部分是分析数据的代数计算

与统计处理,第三部分是分析方法理论与应用。这三个部分覆盖的教学内容多,但是课时分配较少。该课程教学目标包括三方面:知识层面是学生掌握分析理论、分析方法和分析数据的统计处理;能力层面是学生将知识转化为内需,解决实际的分析问题,以及解决问题过程中自主阅读和总结文献的能力,与人合作共同解决学科问题的能力;品格层面就是培养学生的人文情怀,需要形成科学伦理观,具有团队合作精神 and 面对困难的信心和勇气。“分析化学”课程学习任务重,而且需要融合数学、物理等相关学科知识。在学习过程中,部分学生对于数学推理出现畏难情绪,他们只愿背公式,不愿意费心力去弄明白公式的推理,知其然而不知其所以然,导致实际解决问题的能力不足。如果仅仅采用传统的教师授课为主的教学方法,难以激发学生对知识的探究精神,不利于提升学生的知识、能力和品格,难以达成课程教学目标。因此,为了达成课程教学目标,适应新工科人才培养的需要,一定要采取新的教学方法,让学生主导学习过程,让教师辅导教学过程,引导学生自主学习和互助学习。

二、LBL+TBL+PBL 教学法及其实施

(一)LBL+TBL+PBL 教学法

LBL 教学法即基于授课的教学法,其教学主体是教师,中心是教师公开授课和学生听老师讲课。LBL 教学法有利于进行精确、系统、连贯的知识传授,对于普及大班教学发挥了重要作用。但是 LBL 教学法仅仅注重课程本身,所以难以发挥学生的主动性,学生学习效率低下,不利于现代高素质人才的培养^[1]。

TBL 教学法即基于团队的教学法^[1,4-10],是以学生为中心、以团队为基础的教学法。TBL 教学法将学生分成小团队,学生以团队形式围绕教学单元中的核心概念及其应用展开主动学习。TBL 教学法旨在通过学生的自我学习和团队的互助学习,使学生主动获取知识并应用知识,有利于学生的自我学习能力、终身学习的能力和团队协作能力的培养。

PBL 教学法即基于解决问题的教学法^[1-5],其主体是学生,中心是教师引导学生自我学习、以问题为导向,该方法改变了传统的 LBL 教学中老师为主导的教学模式,明显的优势在于调动了学生的学习积极性和团队协作精神^[1-5]。PBL 教学法围绕某个现实问题,学生需要主动地探索和构建知识新体系,不仅通过查阅文献和总结文献学习知识,而且有助

于提高解决问题的能力和语言表达能力。

根据“金字塔”学习理论,学生分组讨论学习、实践练习、互助学习是比听老师讲课更为有效的学习方法,实施这些方法的主体是学生。PBL 和 TBL 教学法就是以学生为主体,以解决问题为导向,教师指导学生团队进行互助学习和讨论学习的过程。因此,将 LBL、TBL 与 PBL 教学法相结合既保证了学生对课程基础理论的学习,又推动了他们对知识的扩展应用。然而,TBL 和 PBL 教学法需要学生花费大量的课后时间主动学习,需要小班化教学和强大的师资力量支撑;但强调以解决问题为目标的学生自我学习,不利于学生对知识的系统学习和掌握。LBL 教学法则对学生的能力要求不高,教师比较容易控制教学进度,可以大班授课和节约教学资源。可见,三种教学法各有利弊。为了适应当前高等教育的发展趋势,在有限的教育资源条件下,培养基础扎实的高素质专业人才,不能采用单一的教学方法,需要探索复合型教学方法。

(二)LBL+TBL+PBL 教学法在“分析化学”课程的实施

结合“分析化学”课程教学存在的问题,为了在有限的时间内、在不增加或少增加学生的课后学习负担前提下,有效地完成课程教学目标、提高学生的学习效果、促进复合型人才的培养,在实际教学过程中采用了 LBL+TBL+PBL 教学法。

1.教学前期准备

(1)分解知识点,确定教学方法,制定教学计划

首先,将“分析化学”整个课程的 10 个知识单元进行分解,根据各知识点确定不同的教学方法。比如,对于以概念为主的知识单元(包含绪论、定量分析概论、滴定分析概论、数据处理)采用 LBL 教学法;对于应用性很强的知识单元定量方法学(包含酸碱滴定法、络合滴定法、氧化还原滴定法)采用 TBL+PBL 混合教学法。整个教学周期,对该课程教学按照教学计划表(表 1)执行。

表 1 教学计划表		
教学周	知识单元	教学法
1—4	绪论、定量分析概论、滴定分析概论、数据处理	LBL
5—7	酸碱滴定法	TBL+PBL
8—10	络合滴定法	TBL+PBL
11—12	沉淀滴定与沉淀重量法	TBL
13—14	氧化还原法	TBL+PBL
15—16	吸光法	TBL

(2) 分组

第一次课堂教学时,教师对学生进行分组。PBL 和 TBL 教学法对学生采用随机分组的方式,每组 4~6 位组员确定后,从中推荐一名组长,负责协调组内人员的任务分配,督促组员按时完成任务。

(3) 制定评价体系

合理的评价体系可以对学生们的学习能力、积极性、效果等多方面进行评价,达到以评促教的目的。本课程从以下两个方面制定评价方案。

一是评价人员。改变以往由主讲教师担任唯一的评价员,由主讲教师、助教教师、学生组员多个主体评价,各主体的评价成绩比例分配为:教师评价(70%)、助教评价(10%)、组内评价(10%)、组间评价(10%)。其中,教师评价结果包括小测试、课堂考勤、课堂表现和期末考试的成绩。单元小测试的内容以概念为主,题型为客观题;期末考试注重考察基于概念的知识应用,题型有客观题和主观题;助教评价主要针对课后作业以及随堂练习;组内评价侧重小组完成任务过程中同组内各组员的贡献;组间评价是指由其他组来评价本小组完成任务的情况。

二是评价方式。评价得分包括个人分值和团队

分值。其中:个人分值占 80%,包括作业(10%)、考勤(5%)、小测试(10%)、回答问题(5%)、期末考试(50%);团队分值占 20%,包括小组 PPT(5%)、小组 word 文档(5%)、小组讲解(5%)、组员整体参与度(5%)。这种方式评价既考虑学生个人能力,也考虑学生的团队合作与协调能力,可以让学生参与整个教学过程,提高他们的自我管理意识和竞争意识。

2. 教学实施过程

(1) LBL 教学法

1—4 周,教师按章节教学目标集中讲解、跟学生讨论理论知识点,并对学生进行测试。这个教学环节虽然采用 LBL 教学法,但是会事先在在线教学平台为学生提供教学视频、测试卷和阅读材料等,以便于学生课前预习和课后复习,提高学生的学习兴趣和积极性。

(2) TBL+PBL 教学法

第一步,教师提出问题 and 知识框架。教师提前两周按组别布置 TBL+PBL 教学内容,包括提出科学问题、给出关联的知识单元与知识点框架图。以酸碱滴定章节为例,图 1 是教师事先提供给学生的关于酸碱滴定的一个科学问题以及与之关联的知识框架图。

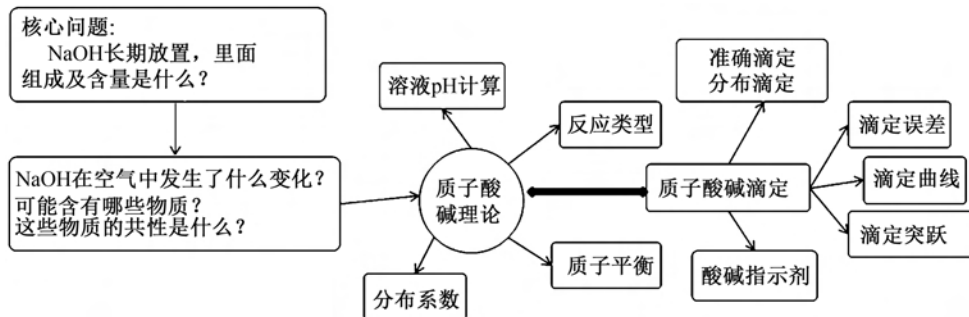


图 1 酸碱滴定问题及知识框架

教师结合图 1,从一个实际生产和实验室管理中出现的酸碱问题“氢氧化钠放置变质问题”出发,引导学生思考三个科学问题:a)氢氧化钠在空气中发生了哪些变化? b)可能含有哪些物质? c)这些物质的共性是什么? 学生依据以往学过的无机化学知识,结合逻辑判断,可以给出以下答案:a)氢氧化钠在空气中会和水、二氧化碳反应,生成碳酸钠或碳酸氢钠;b)这个体系可能含有氢氧化钠、碳酸钠、碳酸氢钠三种物质中的一种或两种:氢氧化钠、氢氧化钠和碳酸钠、碳酸钠、碳酸钠和碳酸氢钠、碳酸氢钠;c)这三种物质的共性就是在水溶液中呈碱性。在此基础上,教师继续引导学生去探求酸碱理论的知识:酸碱物质的分类、质子酸碱溶液的反应与反应实质、质子酸碱溶液中的组分分布、质子酸碱溶液的 pH 值

计算等。接着,教师继续引导学生探求用盐酸去识别上面科学问题中涉及的三种物质:氢氧化钠、碳酸钠、碳酸氢钠,以及这个识别过程的特点。于是涉及以下知识点:酸碱滴定曲线、滴定突跃、滴定终点的判断、准确滴定与分步滴定、酸碱指示剂等。在对这些知识都学习完成之后,学生会发现科学问题“氢氧化钠放置变质问题”得到了解决。这种以问题为导向、以解决问题为目标、围绕问题的知识学习框架图拓展教学可以引导学生思考,激发学生自主学习和探求解决问题方法的欲望。

第二步,学生自主学习。学生依据知识框架图(图 1),结合老师对知识框架图的解读,以小组为单位,在指定的时间内分组学习教材、查找资料、文献,观看学习视频,完成知识框架的自我构建,形成问题

解决方案(书面 word 文档和 PPT 文档)。学生除了完成自我学习以外,还要根据被分配的任务扮演不同的角色:资料查阅员、讨论记录员、文档制作员、PPT 制作员、PPT 讲解员、组长(组织协调)。在这一过程中,即掌握了概念和原理,又了解到实验实施过程的设计,不仅可以培养自主学习和构建知识的能力,而且提升解决科学问题的系统思维能力。

为了督促学生的自我学习,任课教师利用浙江省高等学校在线开放课程共享平台,进行“分析化学”在线课程建设。教师首先依据教学计划,定期发布相关知识的网络教学微视频;其次准备相关章节的过关测试卷、章节考试卷。学生的视频观看时间、测试和考试成绩都将计入该课程平时成绩。小组视频的平均观看时间、测试和考试的平均成绩、视频观看和测试的人员参与率将影响小组得分。这样学生不仅要自己积极参与,还要组织同组学生参与,有利于培养团队合作精神,提高个人的组织协调能力。

第三步,课内讲解、讨论、总结、测试。学生以小组为单位,对指定的知识点和问题讲解本组形成的问题解决方案,教师和其他组成员对该方案进行点评和补充。在这一过程中,教师依据学生的表现,给出不同组的团队积分和个人积分;学生小组之间和小组内部也有互评,并给出积分。教师以单元测试的形式对学生进行章节知识考核,教师准备若干问题,以提问的方式帮助学生梳理知识点,巩固知识体系;让不同的学生来回答同一个问题,得出最理想的答案。提问环节尽量保证每个学生都有表达的机会,其目的之一是保证每个学生的学习效果得到检验,二是督促每个学生平时在小组学习中不滥竽充数,三是有利于教师控制教学进度。课程结束以后,教师安排集中闭卷考试,检验学生对理论知识学习与应用的效果。最后,教师收集各评价人员的评价和测试、考试成绩,按照评价体系给出每个学生的总体评价。此外,课程教学组结合学生期末对该课程的调查问卷,总结学生整体学习效果与教学目标达成度,并分析原因,提出新一轮的教学计划、目标与举措。

三、LBL+TBL+PBL 教学法的实施效果

(一)培养了学生的综合能力和人文情怀

(1)培养了学生的自学能力,提高学习的主动性和积极性

其一,在线学习过程和测试有利于督促学生养

成自我管理的习惯。其二,学生课外要按老师在课前给出的学习大纲自我学习,提出解决相关科学问题的方案,培养了学生自我学习的能力。其三,课堂上老师要随机提问,学生要回答和讲解对知识点的学习理解。学生为了在课堂上正确回答问题,必须提前主动学习,课上能表达自如,由此增强了学生学习的主动性和积极性。

(2)培养了学生的团队合作协调能力,加强了学生的交流沟通能力

各个团队为了解决老师提出的科学问题,需要完成文献调研、文档整理、小组讨论记录、成果汇报、人员组织协调等诸多任务,这需要各团队的学生一起讨论、交流和分享,通过良好的组织协调能力和团队合作能力,最终形成一个合理的方案。多数学生坦言,交流沟通能力、语言组织表达能力在这一过程中得到提高。

(3)培养了学生的人文情怀

其一,学生个人观看在线视频的时长、线上测试的参与率和成绩直接影响团队的整体评价,所以学生逐渐形成了个人利益服从集体利益的荣誉感,进而积极主动地在团队中发挥自己的作用。其二,学生在整个学习过程中既有相互合作,又要有自己的观点,在讨论中达成统一意见。在这个过程中,他们体会到了分享的快乐、交往表达的快乐,既丰富了他们的情感体验,又培养了学生的团队精神。

在整个学习过程中,学生经历了由课程开始的畏难到最后的成就感、由起初的抱怨到最后的欣喜、由起初的羞于表达到最后积极参与讨论、由起初不愿起来回答问题到最后主动回答问题,他们实现了自我能力的认知与拓展。这些经历增加了他们的自信心,也增强了他们面对困难的勇气和克服困难的毅力。

总之,在这种混合教学法的推进过程中,学生不仅学到了课程知识,而且也有很多意外的收获,他们的表达能力、思维能力、交往能力都有了一定的提高。笔者开展的调查结果显示,90%的学生表示接受并喜欢这种教学法。

(二)考试成绩比较

表 2 给出了 2017 年春学期和 2017 年秋学期笔者在两个专业的平行教学班分别采用单一的 LBL 教学法和 LBL+TBL+PBL 复合教学法的期末试卷成绩,两个班期末考试卷的试题和评分规则均一样。从表 2 中可以发现,采用 LBL+TBL+PBL 复合教学法,学生的卷面成绩有所提高,高分率、及格率、平均分均有所升高,低分率有所下降。

表 2 采用 LBL 教学法和 LBL+TBL+PBL 教学法的期末考试成绩对比

实施时间	教学方法	高分率/%	平均分	及格率/%	低分率/%
2017 年春学期	LBL	2.4	62.0	52.4	20.8
	LBL+TBL+PBL	9.3	65.2	63.0	16.7
2017 年秋学期	LBL	3.1	62.0	54.1	20.4
	LBL+TBL+PBL	9.1	67.6	72.7	11.4

注:及格(卷面分≥60),低分(卷面分≤50),高分(卷面分≥90)。

四、结 语

为了改变课堂教学气氛,提高学生的学习参与度和学习效果,培养学生的综合素质能力,在“分析化学”课程教学中引入 LBL+TBL+PBL 复合教学法,同时制定了适合复合教学法的学习效果考核方法,实现对学生学习过程和结果的双重考核。通过实施 LBL+TBL+PBL 复合教学法,学生的学习主动性与积极性增强,自学能力、语言表达能力、团队合作能力得以提高,人文情怀得以提升,“分析化学”课程期末试卷考试成绩较以往成绩明显提高。但是这一方法的顺利实施一方面需要学生配合,投入更多的学习时间,另一方面要求教师根据课程要求,熟练地控制课堂进度和引导学生学习。“分析化学”采用 LBL+TBL+PBL 教学法有待继续完善,主要是教师在科学问题设置、课堂教学进度把控等方面需要进一步提高,同时在线视频、作业、测试、考试等发布的时间节点有待优化,以更好地提高学生的学习主观能动性和教学效果。

参考文献:

[1] 陈怀侠,王升富,张修华,等.现代分析化学课程教学改革与实践[J].大学化学,2018,33(12):8-11.

[2] 魏丹毅,谢洪珍,胡宇芳.基于能力培养的分析化学过程考核模式[J].宁波大学学报(教育科学版),2018,40(6):104-108.

[3] 李敏晶,于晓彩,何洁,等.英才班《分析化学》课程考核方式改革的探索与实践[J].当代教育实践与教学研究,2018(6):70-71.

[4] Witt P W F. Audio-visual methods in teaching [J]. Audiovisual communication review, 1954, 2 (4): 291-298.

[5] 于述伟,王玉孝. LBL、PBL、TBL 教学法在医学教学中的综合应用[J]. 中国高等医学教育,2011(5): 100-102.

[6] 李晓丹,张少林. PBL:一种新型的医学教育模式[J]. 第一军医大学分校学报,2004, 27(1): 88-90.

[7] 吴刚. 基于问题式学习模式(PBL)的述评[J]. 陕西教

育:高教版,2012(4): 3-7.

[8] 曹净植. PBL 与 TBL 两种教学模式之比较[J]. 教育教学论坛,2014, 20(5): 88-89.

[9] 马少华,应志国. PBL、TBL、CBE 三种教学法的比较研究[J]. 中国高等医学教育,2012 (10): 109-110.

[10] 朱肖菊,王晓杰,朱朝辉. PBL 与 TBL 教学法的比较及其利弊分析[J].课程教育研究:新教师教学,2014 (7): 191-191.

[11] 张楚延.大学里,什么是一堂好课[J].高等教育研究,2007,28(3): 72-75.

[12] 师亚莉. 基于小组的学习(TBL)教育方法研究[J]. 西安邮电大学学报,2013(z1): 24-26.

[13] 胡兆华,艾文兵,简道林.TBL 教学模式的实施过程及其在我国医学教育中的应用现状和前景[J]. 中国高等医学教育,2011(8):105-106.

[14] Michaelsen L K, Bauman K A, Fink L D. Team-based learning: A transformative use of small groups in college teaching [M]// Team-Based Learning: A Transformative Use of Small Groups. Praeger, 2002: 287-289.

[15] 张小凡,周伟丽. PBL 教学模式的实践效果研究[J]. 教育教学论坛,2018(2): 174-176.

[16] 闫飞. 小议大学化学循环式 PBL 教学模式的研究和构建[J]. 化学工程与装备,2017(10): 311-313.

[17] 蔡少君,彭湘红,赵东. PBL+TBL 教学模式在高分子材料与工程专业综合实验中的应用[J]. 江汉大学学报:自然科学版,2018, 46(1): 55-57.

[18] 冯亚青,杨光.理工融合:新工科教育改革的新探索[J]. 中国大学教学,2017(9):16-20.

[19] 胡波,冯辉,韩伟力,等.加快新工科建设,推进工程教育改革创新:“综合性高校工程教育发展战略研讨会”综述[J].复旦教育论坛,2017,15(2):20-27.

[20] 张凤宝.新工科建设的路径与方法刍论:天津大学的探索与实践[J].中国大学教学,2017(7):8-12.

[21] 周开发,曾玉珍.新工科的核心能力与教学模式探索[J].重庆高教研究,2017,5(3):22-35.

[22] 李华,胡娜,游振声.新工科:形态、内涵与方向[J].高等工程教育研究,2017(4):16-19.

(责任编辑:陈丽琼)



《浙江理工大学学报》第十届编委会

主 任 陈文兴 常务副主任 陈文华

委 员 (按姓氏笔画为序)

丁佐华 王 健 李加林 李良玉 杨 杨 何庆机
邹奉元 汪亚明 张瑞林 陈本永 陈改玲 陈爱喜
武传宇 季晓芬 周 超 郑今欢 郑旭明 胡旭东
胡觉亮 胡剑锋 姚菊明 唐志荣 盛 清 渠长根
梁宗锁 程 华 傅雅琴 熊 杰

主 编 陈文兴

执行主编 郑今欢

副 主 编 唐志荣

浙江理工大学学报
ZHEJIANG LIGONG DAXUE XUEBAO

月刊 (Monthly)

逢双月 社会科学版

第42卷 第5期 2019年10月

Oct. 2019, Vol. 42 No. 5

(1979年9月创刊)

(Started Publication in Sept. 1979)

主管单位: 浙江省教育厅

主办单位: 浙江理工大学

出 版: 浙江理工大学杂志社

社 长: 郑今欢

编 辑: 《浙江理工大学学报》编辑部

电话: (0571)86843739 (兼传真)86843152

电子信箱: Journal@zstu.edu.cn

网址: <http://xuebao.zstu.edu.cn/>

地址: 杭州下沙高教园区

浙江理工大学(310018)

主 编: 陈文兴

印 刷: 山西同方知网印刷有限公司

订购发行: 《浙江理工大学学报》编辑部

发行范围: 公开发行人

出版日期: 2019年10月10日

Authority in Charge: Department of Education of Zhejiang Province

Sponsor: Zhejiang Sci-Tech University

Published by: Periodicals Agency of Zhejiang Sci-Tech University

Edited by: J. of Zhejiang Sci-Tech University Editorial Dept.

Address: Xiasha Higher Education Zone, Hangzhou 310018, China

Tel: (0571) 86843739 86843152

E-mail: Journal@zstu.edu.cn

Website: <http://xuebao.zstu.edu.cn/>

Editor in Chief: Chen Wenxing

Printed by: Shanxi Tongfang Knowledge Network Printing Co., Ltd.

Issue Date: Oct. 10, 2019

中国标准连续出版物号: ISSN 1673-3851
CN 33-1338/TS

定价: 20.00元

ISSN 1673-3851

