

昔日“琼花”，今日“秋菊”

——关于芭蕾舞剧《红色娘子军》产权争议的一个法理分析

苏力

摘要 在芭蕾舞剧《红色娘子军》著作权争议的背后，不仅有著作权法的问题，还有更深层的法理问题。从文学剧本《红》到电影《红》再到芭蕾舞剧《红》的两次作品演绎，其实是两次形式迥异的“跨界”创作。《著作权法》对“摄制”与“改编”的区分，夸大了剧本及其作者对电影摄制、尤其是对舞剧创作的贡献，客观上严重低估了相关团队无法替代的重大创造和贡献。电影剧本《红》的作者有权依法要求获得回报，但只能是在合乎情理的范围之内。芭蕾舞剧的特点是产权的高度碎片化，如简单套用个人产权/著作权制度，将导致财产无法被有效使用的“反公地悲剧”。借鉴影视作品的产权配置，芭蕾舞剧的著作权应被推定为芭蕾舞剧团所有，同时应考虑豁免因改编作品所需支付给原作者的报酬。本案的法理学意义是提示我们重新认识产权问题，重视产权私有化的边界，避免产权过度细化导致财产无法“物尽其用”。

关键词 芭蕾舞剧 著作权 改编 名利 反公地

作者苏力，北京大学博雅讲席教授/法学院天元讲席教授（北京 100871）。

中图分类号 D90

文献标识码 A

文章编号 0439-8041(2018)07-0099-20

“令者，言最贵者也；法者，事最适者也”。

——韩非^①

一、其中必有隐情！

根据梁信编剧、谢晋导演、天马厂出品的影片《红色娘子军》（此后各类同名作品均简称《红》），1964年中央芭蕾舞团（此后简称中芭）改编创作公演了同名芭蕾舞剧。1991年中国颁布第一部《著作权法》，中芭主动同梁信沟通，并于1993年6月与梁信签订了由后者律师准备的协议书。中芭承诺舞剧《红》节目单等材料将注明根据梁信同名电影文学剧本改编，以及中芭一次性付给梁信5000元；梁信未有任何有效和实质性承诺。^②2011年11月，梁信以协议中的“一次性支付”的费用仅涵盖1993—2003这10年，2003年之

^① 王先慎：《韩非子集解》，北京：中华书局，2013年，第390—391页。孟德斯鸠《论法的精神》一开篇的法定义与韩非的这一定义非常相似，“最广义地理解，法就是衍生自所有事物性质的必然关系。”Montesquieu, *The Spirit of the Laws*, trans. By Anne M. Cohler, Basia Carolyn Miller, and Harold Samuel Stone, Cambridge University Press, 1989, p. 3.

^② 《著作权法》第三十五条已明文规定表演者使用他人已发表的作品进行营业性演出，可以不经著作权人许可，因此协议书中梁信“不再授予其他作者或法人以舞剧形式改编原著的权利（其他艺术形式不在其列），以保护中芭演出《红色娘子军》享有专有表演权的权益”的承诺是空的。尽管依据中国现行法律的通说，这不影响合同效力，但在英美法的概念中，由于缺乏“对价”即双方的有效承诺，该协议甚至不构成合同。

后因中芭未与梁信续约，中芭演出《红》侵犯了梁信的著作权以及其他有关署名的琐细纠葛，诉至西城区法院要求中芭停止侵权（未经梁信许可不得演出舞剧），公开道歉，并赔偿经济损失及律师费共计人民币 55 万元。2012 年 4 月西城区法院判决认定，中芭的演出不侵权，但中芭 2003 年 6 月后至判决前持续演出舞剧《红》未支付表演报酬，应赔偿梁信经济损失 10 万元及诉讼合理支出 2 万元，共计人民币 12 万元，于判决生效后十日内，就中芭官网介绍芭蕾舞剧《红色娘子军》未给梁信署名的行为，中芭应向梁信书面赔礼道歉。2015 年 12 月，北京市知识产权法院终审，维持原判决。

终审判决两年后，中芭的再审理求也被驳回两个月后，2017 年 12 月 28 日北京市西城区法院，就梁信诉中央芭蕾舞团侵权案，依法强制执行了生效判决，扣划了被执行人中芭的款项，并声称将继续强制执行中芭未履行的书面道歉义务。^①中芭于 2018 年 1 月 2 日一纸强硬声明，愤怒谴责西城区法院的“劣质法官违背中央大政方针，违背国家法律，罔顾案件事实的自相矛盾的荒唐枉法判决”，并表示“坚决不向枉法裁判和司法不公屈服”，“坚决与危害我们社会的司法腐败作斗争！”这可是公开抗法！而且声明中大量诉诸流行政治话语，以及流行的法治意识形态话语，攻击法官的人格和职业操守，抨击法学教育。这种在众多法律人看来与法治时代潮流背道而驰的话语顿时激发了法律人、各路媒体乃至民众的同仇敌忾。^②中芭俨然是一个拒绝“法治文明”的愚顽。

问题是中芭为什么会以这种态度来对抗法院的生效判决？中芭并非“法盲”，至少不曾蔑视法律。中芭不仅聘请了一位著名法学院的教授担任律师，更是诉诸并穷尽了一切可能的法定程序。其实，中芭一直在努力或试图信仰法律。这件事之所以出现这个结果，很大部分是因为当年中芭主动致函梁信，力求依据 1991 年《著作权法》来确认——其实就是了结——有关舞剧《红》的潜在产权纠纷。中芭基于小说《红嫂》改编创作的舞剧《沂蒙颂》^③就没惹出这种麻烦，只因 1991 年小说作者就故去了。自然，中芭也不可能是任性或冲动。它就不是个自然人，并非刚烈如其表演的琼花。它是一个事业单位法人，本单位有领导，还有上级。也就是挂名“中央”而已，但它从未站在国家或社会的中央。尤其在市场经济的今天，干吃财政饭，死工资，与普通公务员差不多，芭蕾舞演员也就属于中等收入群体，无权无势。

若只看法院梳理并认定的那些事实，特别是判决本身，中芭似乎也没必要那么愤怒。判决对中芭真不算严苛。法院驳回了未经梁信许可，中芭不得演出芭蕾舞剧《红》的主张。梁信提出 55 万元侵权赔偿，法院也只判中芭支付梁信 12 万元。假定中芭真该赔偿梁信的话，那么，扣除 2 万元诉讼费后，鉴于先前 12 年间中芭都不曾有任何支付，中芭实际每年支付梁信的版权费还不足 1 万元。基于“谁更难缠”的考量，可以说，中芭要比梁信更可能接受一个对其不利的判决。毕竟，在如今“为[个人]权利而斗争”的法治潮流中，有谁会为捍卫公家这几个钱不折不挠呢？民事官司输了也不意味着有什么道德过错；就算有，也错在中芭前任领导，与现任领导无关。至于中芭演出舞剧《红》的信息中偶尔未给梁信署名，法院也只要求中芭向梁本人书面赔礼道歉，不登报，也不上网——根本不算事！没想到中芭这只白天鹅还真就成了“黑天鹅”！但也正因此，中芭的激烈反应才引发了我的思考！最简单的判断就是，这不是钱的问题，不是钱多少的问题，而是讲不讲道理的问题！中芭一定觉得自己委屈太大，没处讲理，即便在法庭上，甚至尤其是在法庭上！中芭因此才会在其声明中自称“被逼步入上访大军”，成了“司法冤民”。昔日的“琼花”成了今天的“秋菊”！^④

本文试图从法理层面而不是在现行的制定法文字或司法解释层面展开对问题的检讨。本案判决书和裁

① 《北京西城法院关于梁信诉中央芭蕾舞团侵害著作权纠纷案的情况说明》，http://www.chinapeace.gov.cn/zixun/2018-01/02/content_11444423.htm。

② 例如，《中芭对法院发“严正”声明，与法治背道而驰》，《人民日报》，www.xinhuanet.com/2018/01/03/2689.shtml；单仁评：《中央芭蕾舞团的“严正声明”太不得体》，《环球时报》2018 年 1 月 3 日；史洪举：《蔑视法律者，舞姿再优美也会形象扫地》，人民法院新闻传媒总社，http://www.sohu.com/a/214306775_663960；《中芭，缺的是知法守理》，<http://news.cnfol.com/guandianpinglun/20180103/25849935.shtml>；王言虎：《上来就说“劣质法官”的中央芭蕾舞团，你消消气》，<http://baijiahao.baidu.com/s?id=1588487269648071173&wfr=spider&for=pc>。

③ 刘知侠：《红嫂》，《沂蒙故事集》，北京：作家出版社，1963 年。改编创作的《沂蒙颂》1973 年首演（编导：李承祥 / 等，主演：程伯佳、张肃）。

④ 这显然是指影片《秋菊打官司》执拗较劲的“秋菊”。但梁信创作吴琼花的人物原型之一就叫刘秋菊，她是海南早期中国共产党的一位传奇式的领导干部。梁信：《从生活到创作——吴琼花形象的塑造经过》，《人民日报》1961 年 10 月 25 日。

定书中基于相关法条已有足够的技术性法律分析，代理中芭的律师也以论文形式发表了他对此案的法律分析。^①在部门法的技术话语体系中，这些分析大致言之成理，只是没说服中芭。但更重要的是这个案子并没完，法院这次强制执行的12万元只是法院认定在2003年至2015年间中芭应支付梁信的“表演改编作品的报酬”。但眼下已是2018年了，依据本案判决和《著作权法》的相关规定，以及梁信2017年辞世的法律事实，这个纠纷将持续到2067年。继续诉讼？继续强制执行？此案争点因此具有一般性，即未来它仍会以某种方式出现在法院面前。而且，诸如此类涉及红色经典的著作权案件也不是这一件，在如今这个争名争利皆于市的市场经济社会，随时可能引发诉讼。这就要求对此案隐含的法律问题有深入、透彻的分析，寻求以一种相对说来更合理、有效且一般的理路应对。法律当然得以暴力为后盾，但也不可能总靠强制。古人早就警告说“宪令著于官府，刑罚必于民心”。^②这个“必”可不是强力，但不可能是教义、通说甚至民粹；只能是通常说的天理、国法、人情的统一。

因此，我说的法理，就一定不是“奉法者强则国强”这类所谓“亘古不变的道理”；^③也不是“法律必须信仰否则形同虚设”这类号称启蒙其实很蒙昧也很萌妹的高冷法理。一如既往，我的分析非常世俗，我会更多展示那些看来没法律意义的本案事实以及与之相关的社会生活经验包括职业经验，将努力展示其法律意义；除法学知识外，本文也会吸取相关学科的知识 and 常识，努力展示并力求激活其中的法律和法学意义。

本文试图更多展示此案涉及的从文学剧本《红》到电影《红》再到芭蕾舞剧《红》的两次作品演绎，其实是两次形式迥异的“跨界”创作。《著作权法》把文学剧本到电影的创作称为“摄制”，把电影到舞剧的创作称为“改编”。这种区分以及相关规定的夸大剧本及其作者对电影摄制、尤其是对舞剧创作的贡献，客观上严重低估了相关团队无法替代的重大创造和贡献。电影剧本《红》作者有权依法要求获得名利回报，但只能是合乎情理。因此文中试图论证，无论是事后诸葛亮，还是以反事实的契约重构，都可以说，剧本作者因舞剧《红》已经获得了主要以“名”体现的收益已大大超过了当初可能的合理预期；这也许塑造了他事后主观期待的货币收益，但舞剧艺术的特点注定了他的这一期待太不切实际。芭蕾舞剧的特点不限于艺术维度，在产权上其特点则是产权的高度碎片化。若简单套用个人产权/著作权制度，即便无心，也会导致“反公地悲剧”，令财产无法充分有效地使用（underuse）。此案判决客观上不说创设了起码也是强化了舞剧《红》的反公地特性。因此有必要具体考察和分析国内外芭蕾舞剧的产权实践及其背后似乎从未有人仔细展示的情理。

二、何为原著：剧本，还是电影？

芭蕾舞剧《红》的著作权纠纷源自对同名原著的改编。但只要足够敏感和细致就会发现：这个“原著”究竟是什么？此案原被告，甚至审理此案的法官始终对舞剧的创作来源都有着重大误解。在上海天马厂摄制电影《红》之前，就有两部作品以《红色娘子军》为名发表。^④这有可能影响谢晋，导致电影文学剧本改名。除此之外，尽管作者有很容易甚或有意令人误解的断言，没有任何证据表明这两部作品与中芭案争议作品在实质内容上有关。以1993年6月中芭与梁信的协议书的第一条中芭的承诺，在今后舞剧《红》的节目单、海报等宣传资料中注明“根据梁信同名电影文学剧本改编”，^⑤法院认定舞剧改编的是梁信1961年在《上海文学》第1—3期上连载的同名电影文学剧本，这一点成为其判决的最基本的事实。

但仔细阅读会发现，该协议一开始的陈述是舞剧《红》是中芭“组织有关创作人员根据梁信同志电影文学

① 陈界融：《〈红色娘子军〉著作权纠纷案法理分析》，《贵州民族大学学报》2015年第5期。

② 王先慎：《韩非子集解》，第394页。

③ 史洪举：《蔑视法律者，舞姿再优美也会形象扫地》，人民法院新闻传媒总社，http://www.sohu.com/a/214306775_663960。

④ 名为《红色娘子军》的文字作品首先是冯增敏口述、刘文韶记录的报告文学，最早发表于《解放军文艺》1957年8月，1958年12月上海文艺出版社发行了单行本。1958年，广东省为庆祝建国10周年组织创作了同名琼剧，据称从1959年4月起在广东各地演出。吴之等：《红色娘子军》，陈雄：《南国琼花——海南省琼剧院优秀剧目选》，北京：中国戏剧出版社，2002年，第35—84页。更详细的梳理，可参见孔庆东：《〈红色娘子军〉的版本》，《学术界》2014年第5期。

⑤ 中芭与梁信的《协议书》。

剧本《红色娘子军》的故事情节改编创作而成”。即便这一点还是追认的。因为有大量可相互印证的材料表明，用作改编创作舞剧《红》的基本情节甚至大量细节更应追溯到谢晋导演的同名电影，而不是电影文学剧本，至少不直接来自后者。这也是本案法官、律师都未关注的内容。

舞剧《红》中有两位编导以及该剧女主角琼花的首演者都曾回忆过舞剧《红》的改编创作。毫无例外，他们都称舞剧改编自电影。这一点是可信的。不仅这些回忆都是在本案法律纠纷发生之前，更重要的是他们枚举的一些最重要的改编理由，仅与电影相关，而与剧本无关：电影上映后观众反映强烈，随即在国内（1962）国际（1964）获奖等，^①还提及了电影主题歌在社会上很流行。^②关注主题歌主要也不因为歌词，而是作曲。舞剧《红》完整保留了这首歌的曲，将之演绎成贯穿全剧的音乐主题；对梁信创作的原歌词则作了适度但——至少在我看来——合理的修改。

改编时间合适。三位编导1963年底开始改编舞剧《红》，当时他们都在30岁上下，其中最年长的是李承祥（32岁），也是该剧的核心演员之一（扮演南霸天）。他们更可能是观看了这部1960年7月1日公映随即轰动了全国的电影，随着1962年影片《红》获得了首届百花奖多项大奖，他们产生了改编的念头。文学剧本《红》是1961年发表，最多也只是加入了当时人们对热映影片《红》的关注，只能算是锦上添花。还有个有点相关的例证是，影片《红》获得了首届百花奖最佳影片、最佳导演、最佳女主角以及最佳男配角四项大奖，但不包括最佳编剧奖。在这种社会氛围中，很难想象编导们是因为阅读了剧本后才有了改编的念头。不错，编导之一李承祥当年曾致函梁信说：“舞剧的诞生，基础是电影文学剧本”。但这个“基础”究竟什么意思？并不清楚；而且中国人应当知道，世界上有些话是“恭维”。我甚至怀疑编导们当年是否认真读过文学剧本。

根据热映电影改编芭蕾舞剧是当时中国的常规和惯例。1963年底讨论芭蕾舞剧创作会议上，当时文化部副部长林默涵曾提出改编1961年上演、同样引发社会轰动的另一部电影《达吉和她的父亲》，理由是该片反映了彝族社会的变迁和民族团结，主角达吉同样是女性。^③可为佐证的还有中国芭蕾舞剧的另一经典《白毛女》同样改编自同名电影（以及之前的同名歌剧）。

这些芭蕾舞剧改编自剧本还是改编自电影？按照广义的分类，剧本是文学，是文字叙事作品，更多诉诸阅读；电影和舞剧则属于综合艺术，虽仍有叙事——尤其是电影，但欣赏更多诉诸观众的视觉图像，舞剧则更侧重抒情。^④影片更便于舞剧的改编创作，也有利于舞剧借鉴和利用影片创造的众多视觉因素。事实上，由于芭蕾舞的艺术特点，至今为止中国绝大多数观众都是通过1971年的舞剧电影版，而不是在戏剧舞台上，欣赏舞剧《红》的。^⑤

这不排除舞剧编导在改编《红》的过程中，特别是在撰写《红》的舞剧台本^⑥时，参考过梁信的同名剧本。但舞剧的艺术特点注定了舞剧需要个台本，但台本对舞剧创作成功意义不大，编导才是关键。^⑦梁信本人以及

① 电影《红》1964年4月在第三届亚非电影节获“万隆奖”，该片南霸天扮演者陈强获得电影节的最佳男演员奖。必须指出，回忆者有记忆错误，因为编导在1963年底即启动了舞剧改编，而影片万隆获奖则是在1964年4月。然而，这一记忆错误还是间接表明了回忆者真的只在意电影，不在意剧本。

② 陈一鸣、黄婷婷：《〈红色娘子军〉改编40年》，《南方周末》2004年5月6日。又请看李承祥：《舞蹈编导基础教程》，北京：中央民族大学出版社，2015年，第193页；钟兆云：《〈红色娘子军〉的舞台上下》，《福建党史月刊》1996年第3期；袁成亮：《现代芭蕾舞剧〈红色娘子军〉诞生记》，《文史春秋》2004年第9期；以及郭超：《白淑湘：旋转的舞鞋》，《光明日报》2016年1月7日。

③ 《达吉和她的父亲》（1961），导演：王家乙；编剧：高缨；主演：刘莲/朱丹南/陈学洁/等。电影改编自作者自称“一点反响也没有”的同名短篇小说《达吉和她的父亲》（《红岩》1958年第3期）。

④ 对这两类艺术的区分，最经典的分析，请参见莱辛：《拉奥孔》，朱光潜译，北京：人民文学出版社，2009年。在电影尚未出现的18世纪，莱辛认为，诉诸视觉的绘画、雕刻以色彩、线条为媒介，擅长表现并列于空间的全部或部分物体及其属性；叙事作品（莱辛称之为“诗”）则以语言、声音为媒介，擅长表现持续于时间中的全部或部分事物的运动，展示性格的变化与矛盾以及动作的过程。

⑤ 《红色娘子军》（北京电影制片厂，1971年），导演：潘文展、傅杰；主演：刘庆棠、薛菁华、宋琛、李新盈、李承祥。

⑥ 中国舞剧团（集体改编）：《红色娘子军》（1970年5月演出本），《红旗》1970年第7期。我比较了《红》的电影文学剧本和舞剧台本，两者不仅语言表达尤其是艺术关注点都有很大区别。

⑦ 最突出的例证是柴可夫斯基1876年创作的芭蕾舞剧《天鹅湖》。但此后1877年捷克人编演出失败；1880年比利时人重新编导后，1880年和1882年两度上演，也均不成功。直到柴可夫斯基去世一年后，1894年彼季帕和伊万诺夫重新编导后，重演才获得了巨大成功。这个演出本设计的一些场面，一直被沿用，成为后世各国演出的基础，并在各国演绎除了各自的版本。请看巴兰钦、梅森：《天鹅湖》，《芭蕾圣经》，管可稼译，上海：上海三联书店，2015年，第621—623、642—650页。又请看本书编写组：《芭蕾舞：入门与鉴赏》，北京：中国出版集团，2016年，第74—76页。

他人也都曾回忆当年梁信曾主动为舞剧改编撰写过一个文字稿本，因不合用，被完全放弃。法院以此来证明当年梁信许可中芭改编《红》，^①但这一细节的最大意义是文字剧本对舞剧改编创作不重要！这对梁信的著作权主张实在有点残酷！

不仅对舞剧改编不重要，事实上对影片摄制的意义也很有限。这其中最基本的道理是，从古到今，大量证据一再表明，人天生或本能就是视觉的动物，^②而不是文字的动物。当两类作品均可获得高质量且水平相当之际，人们天然趋于接受图像。这就是“闻名不如见面”“百闻不如一见”“一幅图画胜过万千文字”的道理；这也是当今电视和手机阅读相对于纸媒的全面胜利。因此，如果上述逻辑成立，那么舞剧根据同名文学剧本改编就不大可能是个很靠谱的事实，更可能仅仅是个说法。基于这个说法的法院判决，客观上扩张了梁信的权益，令他收获了本该由天马厂或谢晋收获的权益。

下面对同名剧本和影片更具体更经验的对比会表明这个结论很强硬，更无情。从剧本到影片并非直通车，电影导演必须有重大且无可替代的创作和设计，甚至不只是指导演员准确表演，他得全面调度各种场景，选择适当的摄影镜头语言，甚至一个镜头都不得不拍摄多次，最后从拍摄的大量胶片中仔细挑选剪辑，才能将剧本变成影片呈现给观众。这一过程的复杂、细致和艰难程度远不是编剧可以想象的，也不是普通文学或电影爱好者可以想象的。只要看看公开出版的任何有关某电影从剧本到影片的资料汇编，就可以理解电影摄制真不是简单地以图像来演绎文字，而是全新的创造。

具体例证很多。1959年9月，上海市电影局和天马电影制片厂油印出版的该片剧本名称仍是《琼岛英雄花》，署名梁信，篇幅87页；封面下方括号内有“作者附记：此稿只供导、演、职员用，不做文学本外传”。两个月后，即1959年11月，仍由上海市电影局、天马厂油印出版的剧本更名为《红色娘子军》，署名是“编剧：梁信，导演：谢晋”，篇幅压缩到79页。剧本更名是谢晋提议或要求的，他觉得《琼岛英雄花》过于文气。^③我对这两稿剧本作了有限比较，有颇多修改。其中最重要的区别是后一剧本的电影镜头感或视觉感显著增强了。也难怪，梁信此前只写过舞台剧本，初次接触电影，“认为可以海阔天空任笔挥”，直到同谢晋和剧组直接交往才有了变化。梁信在一篇文章中也谈及剧本的许多重要修改都来自他与导演以及摄制组其他同志的频繁互动，并坦承：“文学剧本[……]其中不少地方，是我和导演共同创作的。”^④更值得一提的是，据梁信本人，电影《红》1959年秋就已完成，放映则被文化部有意推迟到1960年3月（而不是通常所说的7月1日）；^⑤但直到1960年初梁信还在最后修改一年后才公开发表的电影文学剧本。^⑥这意味着，公开发表的剧本至少有些部分是依据了谢晋的分镜头剧本，而不是相反！而分镜头剧本会充分展现谢晋对影片《红》摄制的决定性贡献，^⑦他对电影摄制的全盘构想和细部斟酌。该剧本完整展示和记录了谢晋对构成这部电影的每一个镜头的先后顺序和编号、镜位（即特写、全景、中景还是近景）、摄法（即拉、推、摇、移、跟、俯等）以及切换方式等，还标注了与这些镜头相伴的导演对自然音响如流水声、风声以及音乐或歌声的考量、设计和安排。^⑧

因此，影片不可能简单地把剧本的文字演绎成镜头里的视觉形象；它必须补足文字不可能一一提及和

① “[梁信]又为我们改写了一个舞台剧本……但由于对舞剧缺乏了解，有些不易表现。”北京舞蹈学校：《〈红色娘子军〉创作小组，赴海南岛工作小结》，1964年4月。转引自北京市西城区人民法院民事判决书，（2012）西民初字第1240号。

② 亚里士多德：《形而上学》，吴寿彭译，北京：商务印书馆，1983年，第1页。

③ 袁成亮：《电影〈红色娘子军〉诞生记》，《党史博采》2007年第3期。

④ 梁信：《人物、情节、爱情及其他——〈红色娘子军〉文学剧本后记》，中国电影出版社编：《红色娘子军：从剧本到影片》，北京：中国电影出版社，1962年，第228、236页。梁信后来也说过，如果没有导演谢晋，没有当时的上影厂厂长陈鲤庭，没有演员祝希娟，就不会有这样一部电影。因此，“《红色娘子军》不是属于我一个人的”。请参见孟兰英：《梁信与〈红色娘子军〉》，《文史春秋》2014年第9期。

⑤ 关于影片完成和放映的时间，请看，“梁信：《红色娘子军》改变了我的人生轨迹”，<http://ent.sina.com.cn/v/m/2011-05-17/22143310570.shtml>。

⑥ 梁信：《从生活到创作——吴琼花形象的塑造经过》，中国电影出版社编：《红色娘子军：从剧本到影片》，第224页。

⑦ 谢晋：《红色娘子军》（分镜头剧本），中国电影出版社编：《红色娘子军：从剧本到影片》，第85—211页。

⑧ 《红色娘子军：从剧本到影片》这本资料也只保留了当时便于以文字出版的一些重要材料。后来的类似资料汇编表明，至少有时，电影导演对每个镜头的具体构图都一一勾勒了草图，并附有相应的文字说明。请参见姜文等：《一部电影的诞生》，北京：华艺出版社，1997年（有关王朔小说《动物凶猛》改编并摄制成姜文的电影《阳光灿烂的日子》）。

准确描绘但对电影却不可缺少的丰富且重要的各种细节。一个常被说起的该片典型例证是剧本一开始提及琼花“火辣辣的大眼睛”，但在视觉中怎样才算火辣辣的大眼睛呢？这只能意会，不可言传。这必须由导演来寻找和判断，还需要他指导演员来表演。^①又如，剧本并未描述娘子军战士的服装。有资料称当时娘子军连官兵均身着蓝粗布中式大襟衣、戴八角帽，连长、指导员长裤扎腰带，其他人均短裤无腰带，每人背一椰壳做水壶，一顶“女子军”字样的斗笠，佩“女子军”字样的白袖章。^②考虑到20世纪30年代初的海南，即便对这种简陋的统一着装，我其实都有疑虑。但谢晋和电影剧组，显然是以20世纪30年代中央苏区的红军服装为范本，让影片中全体女兵身着领章帽徽齐全的类型中山装的制服、短裤、打绑腿、扎皮腰带、佩红袖章，确实飒爽英姿。为凸显并创造海南热带多雨的地方特色，影片中谢晋把剧本中从未提及的斗笠变成了男女战士行军打仗执行任务时的标配，摈弃了更有海南特色但显然不太利落因此不利于女战士英姿的椰壳水壶。必须说，是谢晋的电影真正追溯性地重构了，其实是创造了后世人们心目中的红色娘子军战士形象。舞剧《红》几乎全盘接受了谢晋的这类创造。事实上，此后有关娘子军女战士的其他各种艺术形象的创新，无论戏剧、影视、雕塑或绘画，基本沿用了电影版和/或舞剧版的形象。尤其斗笠几乎成了娘子军女战士的标志或象征。^③

由此才能理解，粉丝们最关心明星演员，但在电影行当内，人们总是更尊重导演。影片《红》一直被认为是谢晋的作品，而不是梁信的也不是祝希娟或王心刚作品。中外皆然。如科波拉的电影《教父》，如斯皮尔伯格的《辛德勒的名单》，都改编自小说，却极少有人关注这些小说的作者，也很少关心谁改编或编剧了这些电影。即便今天出于保护电影投资者的利益，除非另有约定，《著作权法》推定影片著作权属于制片厂或制片人（仍不是编剧！），^④那也只是出于资本的考量，却未能真的完全改变电影业内的这一艺术规矩。著名导演的名字，如冯小刚作品，姜文作品或张艺谋作品，常常取代制片厂或制片人，成为电影产品的商标，成为产品艺术质量的某种担保，可以说侵蚀了原先由著作权人（作者）承担的那些社会功能。

一些敏感、诚实的作家和编剧也早就承认这一点。著名小说作家和影视编剧王朔，在阅读了导演姜文依据王的《动物凶猛》改编成的电影剧本后，曾有过下面这段叙述和感叹：

[我]尤其痛恨给有追求的导演做编剧。惨痛经历不堪回首。我无法帮助姜文把小说变为一个电影的思路，那些东西只能产生于他的头脑。/到今天我都认为电影导演应该自己写剧本。你要拍什么，怎么拍，自己先搞清楚……/1993年[姜文]从美国回来，开始写剧本，名字改为《阳光灿烂的日子》……/剧本写了几个月，拿出来时比小说还长，大概7万多字。我学习了一下，知道电影剧本怎么写了。可叹我混了这么些年，确实有些时候是欺世盗名。^⑤

这未必是普遍现象。时代不一样了，今天的众多编剧完全可能与与时俱进，有了更多更强的电影感。但这不重要，重要的是我在这里剥离出来的文字作品与综合性视觉作品之间的区别。这一点应当令任何想有效介入这一领域的，无论立法还是司法的，法律人警惕和自觉。不错，确实有些优秀影视作品源自出色的文字作品；但更要注意，无论国内国际，都有更多伟大的文字叙事作品改编成影视作品后完全无法与原作媲美，就不说糟蹋了——想想同名电影《阿Q正传》或是依据《伊利亚特》改编创作的电影《特洛伊》；与此同时，却有更多出色的影视作品的文学原作并不出色——想想电影《美国往事》，想想电影《集结号》或电视剧《潜伏》的那些文学原作。^⑥

① 袁成亮：《电影〈红色娘子军〉诞生记》，《党史博采》2007年第3期。

② 中共海南省委党史研究室：《冯白驹将军传》，北京：中共党史出版社，1998年，第85—86页。

③ 如海南省琼海市市中心的红色娘子军雕像，嘉积镇万石坡的红色娘子军纪念园的雕塑，以及各种以红色娘子军为主题的绘画（依据舞剧《红》改编的连环画除外），都凸显了斗笠。有雕塑甚至完全放弃了女战士的人物形象，仅保留了斗笠和军号等。

④ 《著作权法》（2010年）第15条：“电影作品……的著作权由制片人享有，但编剧、导演、摄影、作词、作曲等作者享有署名权，并有权按照与制片人签订的合同获得报酬。”1990年《著作权法》的相关规定大同小异。

⑤ 王朔：《阳光灿烂的日子追忆》，《王朔文集·随笔集》，昆明：云南人民出版社，2003年，第25页。王朔说这话时（估计在1996年），他编剧改编的影视作品至少已有10部，其中有许多获得过广泛好评并获奖，如《顽主》（1989）和《编辑部的故事》（1991）。

⑥ 电影《美国往事》改编自狱中罪犯的自传体小说（Harry Grey, *The Hoods*, Crown Publishers, 1952）。电影《集结号》和电视连续剧《潜伏》均改编自万字上下的短篇小说（杨金远：《官司》，长沙：湖南文艺出版社，2007年；龙一：《潜伏》，南昌：百花洲文艺出版社，2009年）。

三、舞剧改编？那可真是创作！

电影和芭蕾舞剧都是综合艺术，诉诸视觉，就此而言便利了从电影改编舞剧，至少电影的许多细节可以移植。舞剧《红》也确实移植了同名电影的不少细节。但这丝毫不能低估舞剧改编的难度及其必需的创造性。甚至由于芭蕾和舞剧的特点，都很难用改编这个词来概括舞剧《红》的诞生。这或许就是为什么1993年中芭与梁信协议书的第一句话称芭蕾舞剧《红》是“改编创作”，尽管《著作权法》中从来没有这个不明不白的概念。确实，协议书约定此后中芭节目单海报等要“注明‘根据梁信同名电影文学剧本改编’字样”，但这究竟意味什么并不清楚。是确认梁信对舞剧《红》有著作权意义上的重大贡献，或只是双方对署名方式的一种约定？不能据此就像《著作权法》把改编同翻译、注释、整理等并列所暗示的，舞剧《红》只是使用他人作品创造出来的演绎作品，改编更多是依附于他人已有作品的活动。^①仅在文艺领域，改编这个词就覆盖了广阔的艺术地带，涉及非常不同的艺术形式和艺术维度，因此具体的改编究竟有多大创造性，却不是这些词本身确定的。还是老话，我们应当想事而不是想词；至少我们也得尝试着透过词来看这个词所表示的那些事。^②

“芭蕾”的原意是“跳舞”，后来才特指有特定严格规范和结构形式的一种高技术性舞蹈，其最显著特点就是女演员穿特制足尖鞋用趾尖在舞台上跳舞。它追求在舞台空间范围内，以一个或众多演员的身体造型构成不断变动的几何图形和图形组合，并以演员不断移动的运动线条，不是向一个视角（如在影片中通过镜头）而是向不同视角下的观众展示高度抽象的美感。其最基本的元素是经过提炼、组织和美化了的人体动作，经协调有序组合，会同舞蹈构图、舞台场面、舞蹈的生活场景等，形成传情达意或象征或比兴寄托的舞蹈。^③

但舞剧不只是舞，还有剧，有情节变化和发展，共同构成一个故事。这意味着舞剧必须创作一系列编排有序的独舞、双人舞、三人舞、群舞和组舞，将之组合起来，力求表现相对简化的特定戏剧内容。不仅要表现人物形象、情绪、心理状态和行为，而且要能演绎故事的发展变化。不仅如此，典型的芭蕾舞剧还得是哑剧，不仅拒绝语言，通常也拒绝歌曲，这些铁镣压着演员只能借助舞蹈和音乐来高度抽象地表达简单的剧情。这导致尤其是古典芭蕾舞剧始终贯穿着舞蹈、音乐与戏剧情节之间持久且强大的内生紧张，尽管也因此成就了舞剧的独特魅力。^④

已提到了音乐，必须多说几句。就芭蕾舞剧的艺术表达而言，音乐几乎同样重要。舞蹈往往靠音乐的节奏来协调，不仅对舞蹈演员如此，对观众来说有了音乐才更能感到舞蹈的优美。有时音乐甚至对芭蕾舞剧更重要。世界上有许多著名芭蕾舞剧往往以作曲家的名字来定义，如柴可夫斯基的《天鹅湖》或比才的《卡门》等。此外，在相对次要但仍不可或缺的艺术维度上，芭蕾舞剧还高度关注服装、舞美、灯光等相关艺术。^⑤芭蕾舞同样是一种综合艺术，且大大有别于电影。

音乐和舞美等艺术表现维度的增加，只是丰富了舞剧的表达层次和方式，却不自然令舞剧的人物和故事更容易表现，相反增加了舞剧创作和表演的难度。编者不仅必须设计和创作舞蹈动作，还必须按规范创作全套的富有表现力的音乐，不仅要与舞剧整体熨帖，而且要与舞剧各主要人物或具体场景熨帖。每个

① 因此才能理解《著作权法》有关许可改编以及不得侵犯原作品著作权的规定。请看，《著作权法》（1990）第10条第5款，第12条，第45条第5款；《著作权法》（2010）第12条，第47条第6款。

② Oliver Wendell Holmes, Jr., “Law and the Court,” in *The Mind and Faith of Justice Holmes: His Speeches, Essays, Letters and Judicial Opinions*, The Modern Library, 1943, p. 389.

③ 参见英、美、法、日和苏联等国百科全书对舞蹈的解释，蔭荫培、徐尔充：《舞蹈艺术概论》（修订版），上海：上海音乐出版社，2009年；朱立人：《西方芭蕾史纲》，上海：上海音乐出版社，2001年。

④ 为便于中国观众欣赏，中芭在坚持哑剧传统的同时，在芭蕾舞剧《红》和《沂蒙颂》中都插入了少量歌曲。《红》剧两首，一首是该剧的音乐主题《娘子军连歌》；一首是烘托军民联欢气氛的《万泉河水清又清》。《沂蒙颂》有一首，表现舞剧主人翁内心情感。从芭蕾舞剧来看，省略这三首歌，可能会弱化场景气氛，但不会影响该剧的情节推进和故事完整。完全突破哑剧传统的是上海芭蕾舞团，它根据歌剧和电影《白毛女》改编、创作并演出了芭蕾舞剧《白毛女》。

⑤ 关于芭蕾舞剧《红》的服装，可参见魏世兴：《中央芭蕾舞团芭蕾舞服装设计实践》，《演艺科技》2014年第11期。

主要人物都要有一小段标志性音乐，称为音乐主题，其功能几乎相当于文学作品中的人物名称，然后围绕这每一个主题在相关舞蹈场景中演绎发展出相应的音乐。所有这些音乐还都必须与舞蹈和谐，与整个故事发展变化和人物情绪吻合。舞台艺术也不例外，尽管复杂程度和难度可能比舞蹈和音乐低些。

即便如此，这也只是舞剧创作的一半。芭蕾舞是表演艺术，不仅是舞蹈表演，音乐演奏也是表演，而且是集体协作的表演。除了舞蹈编导、音乐创作和舞美设计外，舞蹈演员的演出，乐手和指挥的演出都是舞剧重要组成部分。所有这些演出都需要高超的技能，即便跑龙套也不是跑龙套就能完成的，也必须有足够的能力和排练，更不说主要演员了。那需要天赋，但仅有天赋仍不够，还需要年复一年的长期训练，才有可能出色完成规定的舞蹈动作，才能保证舞蹈演员之间以及舞蹈演员与乐队之间的默契表演。所有这些都无法通过阅读、体会或反思剧本或台本就能获得的。文字剧本对于舞剧创作和表演来说意义实在不大。老派的人时常说，表演者是在努力表现原作者的或作品本身的意图，但更务实地看，今天的人已更多承认，在更大程度上，特别是那些最优秀的表演者不过是借助舞蹈或音乐来表现他或她自己。^①

同属综合性表演艺术，舞剧与电影还非常不同。电影是可以通过摄影用胶片定格的表演艺术。电影演员的表演可以一次过，但也可以反复多次，甚至后期补拍，直到导演满意为止，还可以后期配音以及其他后期制作。影片完成后，无数次重复播放，即便不同观众感受仍有不同，但他们获得的是统一的标准化的视觉形象和听觉音频。仅就此而言，虽都是表演艺术，电影与雕塑、绘画等定格的艺术更相近，与芭蕾却根本不同——《著作权法》面对的还不只是这群不肯伏法的文艺大咖或小厮！即便多年刻苦训练，芭蕾演员浸淫于舞蹈和音乐并有所感悟，能稳定达到很高的艺术水准，却永远无法将舞剧凝固定型。舞剧的创作是一个无终结的过程，以舞台上的一次次成功表演继续着。^②但芭蕾舞剧的每次演出，甚至舞剧中每位演员的表演，是否成功又都是各自独立。芭蕾舞剧的表演并不必定趋于成功，成功始终是概率的。与芭蕾相近的其实是各类戏剧或音乐演奏。但由于芭蕾的技术规范更高更严苛，需要更多演员的现场协作和配合，即便过去每次都表演成功，也更难确保下一次成功。所以，令芭蕾舞剧是否改编作品，改编自什么作品，名著、电影或传说，意义真的不很大，不像对于电影那么重要。

这是芭蕾舞的常识，在此重复是因为这并不是包括法律人在内的公众以包括欣赏等各种方式接触应对芭蕾舞时总能自觉涌起的常识。而只要不是足够自觉，就是缺乏恰当的语境，来务实理解舞剧的改编真的就是创作；就无法察知并理解，若仅就人们通常关注文艺作品的故事或思想或主题而言，舞剧《红》与同名剧本或电影确实是“实质相似”，都反映了现代中国革命中的妇女解放和成长，但如果意识到舞剧《红》是人类历史上第一次以芭蕾来表达这一故事或主题，那么就必然认定两者其实“实质不相似”。舞剧《红》的所谓改编其实是全新的创作。

本文用舞剧《红》的种种“改编”来印证了这一点。为什么题材和故事乍看起来也很适于改编的《达吉与她的父亲》被放弃了？决定性因素居然是彝族的长裙不便芭蕾舞表演，^③相比之下，身着短裤的娘子军战士更能有效表现芭蕾更强调的“足蹈”。为什么影片《红》中有名有姓的主要人物13位，舞剧只保留了6位？因为长于抒情拙于叙事的舞剧，不得不简化电影《红》的故事、人物和人物关系；但在便于抒发人物情感的地方，如舞剧《红》的第二场琼花诉苦和第六场常青就义，编导则着意浓墨重彩，充分发挥了舞蹈和音乐的优势。^④由于与古典芭蕾舞表现的欧洲女性形象截然不同，《红》表现的是来自社会底层、加入革命战争、不畏强暴、吃苦耐劳的中国女性，在舞剧的编排中不仅必须而且只能设计全新的艺术形象，甚至必

① 可参见 Richard A. Posner, *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, 1990, p. 271. 波斯纳说的是音乐演奏，但这适用于所有抽象的艺术表演。

② 针对这一点，芭蕾舞剧《红》编导之一李承祥曾指出，“舞蹈‘台词’的创作者虽是编导，但演员实际上也参加了‘台词’的创造过程。再有经验的编导，‘台词’的创作也很难以此完成的……舞剧中的‘台词’并不像文字那样，可以摆在桌面上一个[个]去推敲，它是人体的造型动作”。参见李承祥：《舞蹈编导基础教程》，第208页。

③ 据白淑湘，林默涵认为《达吉和她的父亲》故事很感人，反映了民族团结，少数民族舞蹈丰富，服装也好看，建议改编《达吉》。但中芭编导李承祥认为这个题材固然不错，但服装上或长裙或短袖，芭蕾舞不好表演。郭超：《白淑湘：旋转的舞鞋》，《光明日报》2016年1月7日。

④ 编导李承祥认为这两场戏都收到了比较理想的舞台效果。李承祥：《舞蹈编导基础教程》，第196页。

须有相应的舞蹈表演。首位吴琼花扮演者白淑湘曾概括说：跳《天鹅湖》身体要软，跳《红色娘子军》则截然相反。^①甚至，现场观众才更可能察觉，尽管都是女战士，不仅琼花与连长之间，而且她俩与其他女战士之间，统一的军装色彩有显著的浓淡之别，因为在舞蹈中必须区分并凸显女主角。

同样的场景和情节，文学可以用上帝的视角来细致描写，电影可以用不同的镜头和灵活的视角，以细微的眼神特写甚至旁白来表现复杂的人物情绪变化，而芭蕾舞剧只能主要靠舞蹈动作来塑造人物，为适合舞台表演的观赏，还总是必须是大幅度的因此必定高度夸张的舞蹈动作。

可以比较一下这三种艺术形式对洪常青英勇就义的表现，但由于电影分镜头剧本的相关文字篇幅太大，结构很复杂，本文只将出处写在注释中，有心读者可以自行查看，这里仅比较舞蹈和电影剧本的相关文字。

“英雄洪常青始终昂首挺胸，并以‘燕式跳’‘剪式变身跳’‘凌空越’‘空转’‘平转’等各种舞蹈动作，像矫健的雄鹰展翅翱翔，在舞台上纵横自如，痛斥众匪……酣畅淋漓地表现了共产党人的……大无畏的英雄气概”（舞蹈）。

“[洪常青]的脸上包含着自豪、幸福、快乐……/他的手高高提起笔，先把‘自白书’三字抹掉。笔走游龙，浓墨大字写道：/砍头不要紧，/为了主义真，/杀死洪常青，/还有后来人！/投笔！/他站起身自己向[刑场]走去。”（电影剧本）^②

舞蹈艺术的表达与剧本的表达差别何等显著，且不说编剧梁信在这里还袭用并改动了烈士夏明翰的就义诗。

影片中已成女兵标志的斗笠给舞蹈带来了难题。若像影片那样每个战士都背着斗笠，仅“兜风”就会让这芭蕾别跳了！斗笠不再是红军战士的标配。但为凸显南国特色，更为借助影片成功塑造的广泛深入人心的娘子军形象，编导努力给斗笠留下了一定的表演空间。其中最重要的是，借鉴了中国传统的团扇/折扇舞，编导创作了“我编斗笠送红军”的群舞，来表现军民团结一家亲。而斗笠对这一舞剧的最大好处是，相较于生活（或更写实的电影）中老百姓常用来慰问红军的鸡蛋、花生或荔枝，斗笠为舞剧观众创造了更饱满、对称和协调的视觉感受。

这一点也例证了舞剧《红》的另一追求和创造，即注意吸纳中国京剧艺术、民族舞蹈、武术中的某些技巧，来表达芭蕾舞剧内容，既便于中国观众的艺术欣赏，同时也丰富了中国芭蕾舞语汇和技巧。洪常青化装侦察出场时的系列造型就大量吸收了京剧中的亮相。编导蒋祖慧想借用双人舞来表现狗腿子老四追打琼花。然而，传统芭蕾多用双人舞表现爱情并一定是从容展开，但让两位演员舞台上扶来扶去，这根本无法反映压迫者与反抗者的关系。因此，借鉴中国戏剧和武术的程式，蒋祖慧设计这段舞上来就是狗腿子老四一个激烈的“抄旋子”登场，不仅生动有效表现了这个爪牙的凶狠和身手，更是立刻展开了这场更具对抗性的双人舞。^③

诸如此类的细致创作不胜枚举。剧本从未提及，影片中也只偶尔出现在个别战士背上的砍刀，却浓墨重彩地出现在舞剧中，令观众记忆更深的既有洪常青雄健的大刀独舞，也有娘子军连女战士每人一柄的集体大刀舞。在战争年代，这既不可能，也没必要。但从舞蹈艺术上看，相比起双手端枪于胸前的娘子军连集体长枪舞，一手挥刀一手挥舞的集体大刀舞舞姿更舒展、大气和壮美。也因此更能理解剧中甚至出现“手榴弹舞”——那就是独舞。为弥补哑剧的不足，舞剧第二场出现了电影中不曾出现的“打土豪分田地”和“活捉南霸天”的大幅标语；第四场则借助黑板上的文字来传递剧本和影片中洪常青对吴琼花的教诲。^④借

① 郭超：《白淑湘：旋转的舞鞋》，《光明日报》2016年1月7日。

② 中国舞剧团：《毛泽东思想照耀着舞剧革命的胜利前程：排演革命现代舞剧〈红色娘子军〉的一些体会》，《红旗》1970年第7期。对洪常青就义这一场舞蹈更细致更渲染情感的文字描述，则请看中国芭蕾舞团（集体改编）：《红色娘子军》（1970年演出本），《红旗》1970年第7期。梁信：《红色娘子军（续完）》，《上海文学》1961年第3期。以及谢晋：《红色娘子军（分镜头剧本）》，《红色娘子军：从剧本到影片》，第188—190页。

③ 袁成亮：《现代芭蕾舞剧〈红色娘子军〉诞生记》；郭超：《白淑湘：旋转的舞鞋》，《光明日报》2016年1月7日。

④ 黑板上的字一直是变化的。在“文革”期间，黑板上的是“只有解放全人类才能最后解放无产阶级自己”（《红色娘子军》（1970年演出本），参见袁成亮：《现代芭蕾舞剧〈红色娘子军〉诞生记》），不仅理念复杂抽象，而且字太多，后排观众很难看清；重排舞剧中黑板上的字只有四个“组织纪律”，更为直观；但我2018年4月看该剧时，黑板上只有两个字“革命”，尽管更抽象了，反到可能令中国观众更容易理解了。

助汉字来传达思想推动故事，这个舞剧设计在艺术层面上是失败的。^①但不正是这种失败才表明舞蹈与文学或电影在表现形式和手段上的差别，并由此凸显了舞蹈和舞剧创作的艰难和独特！

其实早在 1970 年，中芭的前身中国舞剧团在《红旗》上发表的一篇文章，尽管夹杂了当时的许多政治话语，却仍然系统介绍了舞剧改编创作中，改编者在舞剧编导，音乐创造和舞台美术三方面的诸多创新。^②

就此而言，舞剧《红》完全遵循了太多古典芭蕾舞剧的传统，只是以同名影片或剧本的故事甚至故事梗概为题来表演一系列舞蹈，或者说，以一系列舞蹈来演绎了一个众人熟知的故事或故事梗概。而这一点对于思考和分析舞剧《红》的产权，与舞剧著作权直接相关的各种权益的分配，都有基础性的意义。这就是法律人常说的“以事实为根据”。

四、得名于市，得利则未必于市！

但这不能替代对著作权法相关规定的更经验、更细致也更理性（即成本收益）的分析。只是我不打算依照现行《著作权法》，把著作权人为地分为人身权利和财产权利两个范畴，因为这两者在法律教义上是不能通约的。我更想借助古已有之也更近似英美法财产/产权（property）概念的“名利”。但要害不是它近似英美法，而是实用主义地看，除了部分法学人顽固坚持这种分类外，中外社会实践中，无论古今，但尤其是在今天的市场经济社会中，所谓著作的人身权利不可转让的说法已经与财产权利无根本区别。当代西方政治家的回忆录几乎都是雇人撰写的，通过合约，写作者以署名权交换了财产权，政治家则相反。无论著作人如何主张，其核心关注都是名和利，名利的不同组合以及如何互换。结合起来讨论，不仅便于我们分析理解前著作权法时代中国的一些著作权的法治（政法）实践和规范，也能更有效理解、分析和应对梁信借助当代政法（法治）话语表述的名利诉求。甚或，也有助于理解芭蕾舞剧行内的特殊产权安排。

梁信此案的重要诉求之一是，中芭 1963 年底改编、1964 年首演的芭蕾舞剧《红》，未获其许可，因此侵犯了梁信的改编权。他依据的是 1991 年颁行的《著作权法》。这就有一个法律能否和是否应当溯及既往，当年的改编者是否必须预先获得明确的改编许可问题。梁信的主张虽然被法院否决了。但作为一个法理问题这个争点并没解决，以某种方式这类争点仍可能出现于法庭。而这也恰恰也是中芭声明中的第一点，用的是时下流行的政治表达：“不能用前三十年否定后三十年，同样，不能用后三十年否定前三十年！”

因此，无论法律人是否听得顺耳，这个争议还真就是这么个问题！同名电影文学剧本、影片和芭蕾舞剧都产生于新中国成立初期（新中国成立头 10—15 年间），当时全面实践的是社会主义公有制，包括集体所有制。乍看起来，似乎是与这一政治经济体制和政法意识形态相适应，因此当时中国拒绝了精细的著作权法律制度。但在我看来，其实更多应归因于当时中国整体而言是一个正努力追求实现现代化的社会，还不存在现代工商社会的条件和基础，因此很难生长发育一套精细的知识产权法律制度，也未必需要一套如现代工商社会那般精细界定的知识产权。还要考虑到，为迅速改变旧中国经济社会文化发展贫穷落后的局面，中国政府大力鼓励文化作品的集体创作，并以各种方式鼓励知识作品的公共传播和分享。在《著作权法》视角下，这似乎是不注重著作权人的权益保护；但换一个视角，社会功能的视角，这种“保护不足”与今天中国正考虑立法推行的“药品专利强制许可”制非常相似。^③这是中国社会历史大变革的必需，正因此才催生了中国近现代的革命和建设。在这一体制下，大量文艺产品的生产不仅属于今天的职务行为，事实

① 该剧编导李承祥认为“‘政治课’一段……是一个明显的败笔，让常青通过政治课教育琼花的情节本身就是从概念出发的，是背离舞剧艺术的创作规律的……我每次坐在剧场看到这段舞蹈时，都产生一种无地自容的感受，一块黑板写着几句口号，大家举几次拳头，这简直不是艺术，更谈不上是舞剧艺术。”李承祥：《舞蹈编导基础教程》，第 225 页。

② 这包括创造和运用精美的典型化的舞蹈语汇来塑造剧中主要人物；强调舞剧音乐服从舞蹈，舞剧主要人物的主调音乐明确、简单、易懂，易记，适宜舞蹈；以及在舞台艺术上，在塑造英雄和正面人物时，特别地强调一个干净明晰。中国舞剧团：《毛泽东思想照耀着舞剧革命的胜利前程：排演革命现代舞剧〈红色娘子军〉的一些体会》，《红旗》1970 年第 7 期。

③ 2018 年 4 月 3 日国务院办公厅印发的《关于改革完善仿制药供应保障及使用政策的意见》中指出要“明确药品专利实施强制许可路径，依法分类实施药品专利强制许可，鼓励专利权人自愿许可，必要时国家实施强制许可”。

上当时有不少著名作品也真的动用了许多公共资源。^①梁信对电影剧本《红》创作的几次回忆就一再印证了这一点。^②

《红色娘子军》的文学剧本（即便剧本改为此名还是谢晋提出的）、电影、芭蕾舞剧（以及其他文艺表现形式）的不同署名也表明，当时中国文艺界内普遍遵循国家认可的有关作品署名的通行社会规范。是的，有许多作品的产权安排今天看来不符合所谓的理想产权制度安排，但完全可以断定，今天的产权安排也终将不符合未来的产权制度安排。并不是只有成文法才创造秩序，世界上有许多时候在许多地方都有“无需法律的秩序”。^③

改革开放的政策变革，科学技术文化的进步以及资本进入文艺界带来了知识产权制度的诸多变革。而且，今天的政法意识形态还告知人们，法治主要还不是守法、守规矩和讲信用，而是每个人要拿起法律当武器，“为权利而斗争”，换言之，一定得把“争名于朝，争利于市”全面落实为当代社会的体面和正派，说是这样才能或更能促进经济、社会、科学以及文化的繁荣发展，不仅对个人，而且对全社会都有好处。因此有了以产权明晰为名的各种文化艺术作品的私有化。1987年，溥仪夫人李淑贤起诉李文达侵权溥仪《我的前半生》的著作权，1996年岁末围绕京剧《沙家浜》的署名权诉讼，以及这里的梁信诉中芭案，都是这个时代变迁中的浪花。正如冯象多年前讨论京剧《沙家浜》署名权案时指出的，这类难题均反映了当代中国社会转型以及法制改革的一个核心问题，即如何用后订的法律来处理“前产权”时代的所谓“历史遗留问题”，通过法律溯及既往的方式把先前时代的集体财产转换为由法律界定给个人的新财产。要给作品找作者、替版权找业主，就必须依据私有产权来重新想象其实是改编集体/个人、创作/执笔和革命文艺/作品间的全部政治伦理关系，相关者必须忘掉自己的亲身经历，才能改变这些历史遗留问题。^④

梁信诉中芭案的法官称，尽管当年没有文字许可，“但基于当时特定的政治、法律和社会背景，对于这种历史形成的作品特定许可使用形式是应当予以充分尊重的”。这个决定是审慎的。但这一表述听起来似乎是令梁信受了委屈。因此，有必要讨论一下，在那个没有著作权法的时代，以及有了1991年的《著作权法》之后，别人就不说了，仅相对于电影和舞剧《红》的其他主要创作人员，梁信是否真的名利受损了？

首先讨论改编许可。《著作权法》（1991）的有关改编许可的规定字面上非常严格。^⑤但正如俗语所言，“规则总有例外”，或“例外才证明了规则”，因此，只要不是死磕法条不讲道理不看真实的法律人，只要看看之前之后的中外司法实践，司法上都允许或隐含了一个重要的例外：未获许可创作的演绎作品若有独创性表达，且这种独创性与原作品可明显分开，不会造成同原作混淆，且无损原作者另行使用（即以其他形式改编演绎）其作品的计划，创作性改编者未获许可本身非但不侵权，而且对其改编作品有完整的著作权。^⑥因此，只要满足这一例外的要求，中芭就不是使用梁信的已发表作品进行营业性演出，中芭的演出就只是使用它自己改编的有完整著作权的作品。

以上内容充分表明，尽管分享了名字，故事情节基本相似，但芭蕾舞剧、电影和剧本三者的区别极

① 最典型的如溥仪的回忆录《我的前半生》（群众出版社，1964年）。此书最早是清朝最后一位皇帝溥仪在溥杰帮助下于抚顺战犯管理所完成的一部检讨交代材料，以《我的前半生》为名油印初版。后群众出版社派本社编辑室主任李文达帮助溥仪“修订”完成的。这个版本曾经各方面领导和专家审看，著名历史学家翦伯赞、何干之提出过重要修订意见，作家老舍也曾替他们把文字关。

② 综合梁信的几次回忆，大致情况如下：1958年梁信应约为中央纪录片厂写反映海南大跃进的纪录片脚本出差到海南，在海南军区文化处翻看《琼崖纵队军史》时无意间发现了娘子军连。他随即特意出差到300多里以外的万宁、乐会一带，找到了当年的娘子军连长，又在当地进行了大约3个月的访问考察。住在海口部队招待所里，梁信四天四夜一口气完成了名为《琼岛英雄花》电影剧本初稿。回广州后梁向军区领导作了汇报，并在上级党委大力支持下，打印了40本剧本，分别寄给全国各电影厂和剧团。可参见陈一鸣、黄婷婷：《〈红色娘子军〉的身世罗生门》，《南方周末》2004年5月6日；孟兰英：《梁信与〈红色娘子军〉》，《文史春秋》2014年第9期。

③ 埃里克森：《无需法律的秩序》，苏力译，北京：中国政法大学出版社，2003年。

④ 冯象：《法盲与版权》，《政法笔记》，南京：江苏人民出版社，2004年，第65页。

⑤ 《著作权法》（1991年）第45条第5款规定：“本法另有规定的除外”“未经著作权人许可……以改编、翻译、注释、编辑等方式使用作品的”“应当根据情况，承担停止侵害、消除影响、赔礼道歉、赔偿损失等民事责任”。这一规定可谓非常严格，因为这等于赋予了原作品著作权人垄断了全部演绎作品的各种演绎，因为任何未经许可对该作品的演绎——即便有原创性——也不可能有着作权。

⑥ William M. Landes and Richard A. Posner, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, Harvard University Press, 2003, p. 109 n. 38, 及其引用的判例。

为显著。由于艺术表达形式如此不同，也不会有任何人会将三者混为一谈。从时间上看，改编的芭蕾舞剧《红》1964年9月首演，当时电影已公映4年半、剧本也已发表3年半。可以相信，对娘子军的故事感兴趣的电影观众或剧本读者大致应当已看过他们感兴趣的作品。由于剧本是文字叙事作品，电影是视觉叙事作品，芭蕾舞剧更多是视觉的抒情作品，这三种作品相互间无法替代，针对和创造的是三个分别的市场，有三类相当不同的受众。剧本受众还可能与电影受众有所重叠。但芭蕾舞剧由于表演的苛刻技术要求，加之不可能在全国巡演，不曾为甚至至今也很难为各地芭蕾舞团有效模仿，芭蕾舞剧《红》的供给永远不足，这就使它根本不可能实际减少同名电影或剧本的受众数量，不可能侵蚀相应的市场。事实上，除部分北京观众外，对近乎100%的其他中国人来说，芭蕾舞剧《红》只是他们生活中的一个词而已。相反，人们会有理由相信，至少有极少部分观众观看了舞剧《红》后，可能再次观看电影或翻阅剧本《红》，因为观看电影和阅读剧本支付的货币费用更低，也更易获得。这就表明，未获梁信的许可，芭蕾舞剧的改编设在任何方面可能令梁信的利益受损，相反他只有获益。

有法律人会说，中芭当年未就舞剧改编向梁信支付任何报酬，这就是梁的利益受损。这个说法不成立。改编者要向被改编作品的原作者支付报酬并非自然法，而是后来，特别是在现代市场经济社会，才逐步衍生出来的社会规范。而一种社会规范或惯例，即便为后来的规范或立法取代或改变了，也并不意味着先前的规范或惯例必定是错了，完全可能仅因斗转星移，与时消息。^①在改编芭蕾舞剧《红》的时代，改编不支付原作者报酬正是当时中国文艺界普遍遵守的业内规范和惯例。证据之一就是梁信30年后在其他地方抱怨当年全国各地不少文艺团体曾以各种方式改编创作并演出《红》，均不曾支付他所谓的报酬，最好的只是请他看了一场演出。^②这足以表明这是当时的社会常规，并非歧视了梁信。相反，若当时有谁就改编支付了梁信报酬，那反倒真违反了当时通行的有关著作权的社会规范。梁信今天可以抱怨，但置于其所在的具体历史语境中，他既没有什么坚实的法律的或法律实践的理由，也没有更一般的基于社会公平的理由。相反，如允许法律溯及既往，即便仅限于芭蕾舞剧，客观上也会造成更大的不公，可能引发一系列基于法律同等对待的主张：为什么只溯及对改编有些许贡献的梁信，却不溯及对于舞剧改编更重要的其他主创人员甚至演职人员？^③难道仅因后者的贡献是“职务行为”？

会有法律人辩称，舞剧之所以迅速被观众广泛接受，是沾了剧本和电影的光，因此就是沾了梁信的光。沾光是肯定的，但我会限定为电影，而不是剧本，因此更多是谢晋而不是梁信。但重要的是，这个说法还说明不了什么问题。观众长期来看总是理性的，他们不大可能仅仅因为故事情节源自他们热爱的一部电影或剧本，就自动接受并喜欢上了舞剧《红》。相对于剧本和影片，舞剧《红》后出，却无人吐槽！这最起码也证明了舞剧的不可替代。受众判断力当然会有偏颇，但有偏颇的仍是观众的判断力。观众接受喜欢舞剧《红》更多因为舞剧的艺术特点和该剧高超的舞蹈音乐艺术水准。事实上，至少在中国，观众并不接受一般的芭蕾舞剧《红》，他们接受的只是中芭的芭蕾舞剧《红》！

鉴于当下中国的司法环境，本文要回答这类其实不可能有准确历史答案的疑难麻烦，法律人不能总是以一种非历史主义性来处理历史事实，即对历史事实作机会主义的剪裁，那注定是非规则的，因此也是非法治的。这里提出的是一种替代分析思路，合同的想象性重构，诉诸的是抽象的常人，其实更像一种规则的做法。

以上分析集中于“名”，好像只是人身权利，间接地回应了梁信提出的财产权利诉求。因为名就是一种

① 与此相关的一个典型例证是，古人常常把前人的诗句一字不差地堂而皇之写进自己的诗词中，按照古代的社会规范，不认为那是剽窃。但按今天的著作权法，则肯定是剽窃。这种情况不仅出现在中国，其实是放之四海而皆准的。莎士比亚可谓一个典型例子，他的大多数戏剧都源自历史故事或众所周知的寓言。不仅曾有同代作者指控莎翁抄袭，而且莎翁有时还抄得一字不落，若按现代标准，他完全就是位剽窃者。但今人之所以容忍他，并不因为他是莎翁，而是因为我们没法对莎翁适用现代标准。有关莎翁的抄袭，可参见波斯纳：《法律与文学》，李国庆译，北京：中国政法大学出版社，2003年，第508页。

② 韦嵩：《梁信谈〈红色娘子军〉》，《语文学》1994年第1期。

③ 1993年3月20日，时任中芭团长李承祥致梁信的信中称，舞剧《红》的创作，“创作人员（包括原作者、编导、作曲）从没拿到一分钱”。转引自北京市西城区人民法院民事判决书（2012）西民初字第1240号。

非货币的利，许多场合下，“名”也常常转换成以货币或实物或“待遇”表现的经济和物质收益。我并没指望这么说，就能说服有些人放弃其主张：即便不存在许可问题，仍有按规定向被改编作品的原著作权人支付报酬的问题。^①我想说的其实是，因此“名”与以通常货币测度的“利”不携手同行齐头并进。想想市场上“花钱赚吆喝”的说法，想想文艺作品“叫好不叫座”的现象。梁信当然对自己剧本的市场价值会有其主观评价，也有权要任何价，但最终决定其货币化收益的却不是作者的主观估价或要价——想想“文章是自己的好”的说法，也不是谁谁的承诺甚或双方已签字画押的合约，甚至法律规定也靠不住。真正决定一件作品（包括改编及其他演绎的作品）的货币收益的是在市场上扣除一切相关成本后还能剩多少钱。在计划经济条件下，具体表现会有不同，但这个原则不会变。

按照市场原则是不会支持梁信的主张的。因为一旦要计算舞剧《红》的货币收益时，就会发现，尽管这是20世纪中国音乐舞蹈的经典，蜚声海内外，每场演出仅就票房而言相当可观，但由于演出成本高昂，芭蕾舞剧的演出并无可货币测度的实在收益。据称，仅2010年和2011年两年间，中芭演出《红》67场，亏损人民币近2000万元。^②即便在计划经济体制下，市场也以特定形式起着作用。在改革开放之前，除了电影剧本、电影、芭蕾舞剧《红》外，还有舞剧电影（1970）；依据舞剧音乐，舞剧作曲之一杜鸣心曾改编了钢琴组曲《红》，随即灌制并发行了由当时最著名的钢琴家殷承宗演奏的唱片（1975）；^③中国京剧团根据芭蕾舞剧集体移植创作了京剧《红》，八一电影制片厂也将之拍成了电影（1972）；此外还有各种版本的连环画《红》。这些都是计划经济体制的产物，却仍以特定形式回应了那个年代的市场需求。但当市场经济到来时，所有这些演绎作品，无论改编还是移植，基本全都逐步退出了市场，仍有市场甚至供不应求的只有舞剧《红》。这一方面表明作为故事的《红》并无持久的市场召唤力，也表明这个故事的其他表达形式也缺乏足够的市场召唤力，芭蕾除外。但令芭蕾例外的最重要变量之一是芭蕾的自身特点，即相对于潜在的市场需求，低质量的芭蕾没有市场，而高质量芭蕾舞剧的供给永远受限，永远不足。这是一种很吊诡的艺术宿命，中芭的质量保证成就了舞剧《红》长盛不衰的市场召唤力，但也注定了中芭永远不可能凭此收获足以维系自身的经济回报。事实是中芭甚至无力补偿其演出成本。梁信也就很难从中分得一杯甚或一点羹。

这一点在计划经济条件下只是被遮蔽了，因此消失在梁信和我们眼前，却并不意味着就此消失了。一旦置于市场经济条件下，那种幻觉可能延续一段时间，甚至创造了人们一些令人兴奋的更不切实际的期待，^④但终究或破碎。即便梁信亲自披挂上阵，或是他特别许可的其他人的各种努力，全都无力扭转这一衰败。1996—1998年梁信亲自把电影剧本《红》改编成电视连续剧本。^⑤2005年，由外商投资、袁军导演、诸多一流男女影星参演的电视连续剧首播。^⑥2004年花城社又推出了郭小青与晓剑根据梁信剧本改编创作的长篇小说《红》。更晚近的还有号称“精心打造的原创民族歌剧”《红》（中央歌剧院，2017）。^⑦各地还有些从外观看来显然以电影或舞剧《红》女战士为模特的各种雕塑《红》。但从市场来看，除了当年谢晋导演的影片《红》曾令万人空巷外，至今仍能座无虚席甚至一票难求的只有芭蕾舞剧《红》。^⑧尽管不精确，市场仍以各种方式提供了与《红》相关的其他作品的有价值的需求或价格信息。电视剧《红》在电视剧市场上

① 《著作权法》（1991年）第35条第3款。

② 陈界融：《〈红色娘子军〉著作权纠纷案法理分析》，《贵州民族大学学报》2015年第5期。

③ 杜鸣心：《钢琴组曲〈红色娘子军〉》，北京：人民音乐出版社，1975年。

④ 因此才能理解，在市场经济初起时，中芭为何会在致梁信的信函中说出的那些——后来看——完全不切实际的话：“以后按演出收入陆续付给您演出场次报酬”。

⑤ 梁信：《红色娘子军》（电视连续剧本），《梁信文选》（6），广州：花城出版社，2006年。

⑥ 《红色娘子军》（电视连续剧，2005），导演：袁军，编剧：梁信，主演：王志刚、王伟、刘佩琦、殷桃等。

⑦ 《原创民族歌剧〈红色娘子军〉上演》，《中国文化报》，http://www.xinhuanet.com/shuhua/2017-06/22/c_1121189850.htm。据报道，该剧2011年起就开始创作并以音乐会形式在海南各地演出了。

⑧ 然而，虽然我个人趋于认为舞剧《红》的艺术水准和生命力远远超过梁信的电影剧本《红》，却没打算简单认为舞剧《红》在艺术上一定超过了谢晋导演的电影《红》。我深知市场的反映是有误差的。舞剧《红》之所以总是一票难求反映的其实是芭蕾舞剧的艺术特点，导致社会需求永远稀缺，客观看来，这是种自然垄断，一种自生自发的“饥饿销售”，却因此提高了舞剧《红》的艺术声誉。而且，时下的供给侧改革也无法改变这一格局。但也因此，才表明前两节的分析重要，需要立法和司法对舞剧改编创作的精细思考，对这种艺术产权给予特别的保护。

几乎毫无声息。^①但也别轻易断言这是红色经典改编的宿命——同样是红色经典改编的电视剧《沙家浜》就曾创造了同期收视第一的佳绩。

五、理解芭蕾舞剧产权的特殊

以上有关舞剧《红》的著作权收益的分析不完整，因为我一直更多是从梁信的视角和立场上展开的。但世界各国的此类法律从来也不只为保护或更多保护著作权人。^②从理论上讲，所有立法都追求公平和平衡地保护所有相关方的利益，只是一国内，不同的社会利益群体、利益相关人或立法者对何为公平或平衡很少能形成共识，各自对立法、行政或司法选择的影响力也不同，因此必定导致不同国家的相关法律或法律实践有别。但无论怎么说，著作权法若不能令社会公众不同程度受益，进而令全社会整体受益，国家就没理由花钱花人力来保护著作权人的利益。然而，在省略或弱化了这些考量后，上述分析仍没法表明梁信因舞剧改编而名利受损，更复杂分析就没必要了吧——这是一篇法理论文！

但此案仍隐含了一个非常重要的产权配置问题，两审法院似乎都没意识到，至少从其判决中看不出其有这种意识。这是个在芭蕾舞剧改编创作表演中更凸显却具一般性的问题，或迟或早它一定会以某种方式再现在法庭前，因此才值得专门的讨论和对待。这就是，如何基于社会视角尽可能更有效配置如今日益增多的必定由众多作者共同创作之作品的产权。

有许多作品是由确定的单一作者在某一时间内独立创作的，有些甚至是任何他人无法替代的。这种创作可谓创世纪的。对于这种作品的著作权界定容易，保护也相对容易。但有很多作品，无论古今，是由特定或不同时空的许多人以不同方式共同创作或承继创作，尤其在今天，有许多作品甚至只能由许多人持续创作，甚至正在继续创作，如 windows 或 word 软件。舞剧《红》是许多人分别和 / 或共同的努力的结果，有些人甚至偶然介入，或并非典型的文艺创作原因而介入，也有所贡献。^③

对于这类作品，若神化作品生产中的某位 / 些参与者，借此把该作品相关的名利以著作权的名义赋予其中某个人或某些人，显然是不公道的。但一味相信并坚持个人权利，也不是个好出路。相反，一定会导致“反公地悲剧”，即众多权利人对某特定资源各自有权并能够阻止他人使用，或能相互设障，因此谁都没有有效的使用权时，这一定导致这一资源得不到从社会角度来看最充分的利用 (underuse)。^④

从这个视角看，芭蕾舞剧《红》的纠纷就可能引发一个“反公地悲剧”。梁信诉求之一就是，未经其另行许可，中芭不得演出根据梁同名剧本改编的舞剧。两审法院都明确拒绝了这一诉求，最高人民法院新近也明确要求“对因使用红色经典作品产生的报酬纠纷案件，不得判令红色经典作品停止表演或者演出”。^⑤但梁信案判决（以及最高人民法院的通知）都没注意到，自然也就未着力解决其中隐含的这个“反公地难题”；此案的生效判决事实上还可能在一定程度上支持或强化了这一难题。因为法院判中芭支付梁信的赔偿仅涵盖 2003—2015 年间。梁信非但随时可以再次起诉，还能够以此案判决确认的梁信的报酬权为“先例”和筹码，在新讼中争取对他最有利的交易。^⑥这个乍看对中芭很温和的判决无意中为舞剧《红》今后的演出创造了一个“钉子户”。不仅如此，舞剧永远是集体创作演出，很难界定各自的个人权利，此案判决因

① 《电视剧〈红色娘子军〉为何遭冷遇》，<http://news.sohu.com/20060705/n244104670.shtml>。因评论者太少，该剧在豆瓣上的评分为“暂无评分”；而许多年前谢晋导演的同名电影以及根据芭蕾舞剧拍摄的电影的评分分别为 7.2 和 7.6。

② “为保护文学、艺术和科学作品作者的著作权，以及与著作权有关的权益，鼓励有益于社会主义精神文明、物质文明建设的作品的创作和传播，促进社会主义文化和科学事业的发展与繁荣，根据《宪法》制定本法。”《中华人民共和国著作权法》第一条。又请看《美国宪法》第一条第 8 款，“国会拥有为促进科学和实用技艺的进步，而保证作者和发明者对其著作和发明在限定期内的专有权”。

③ 例如林默涵对舞剧细节的成功建议，请看袁成亮：《现代芭蕾舞剧〈红色娘子军〉诞生记》，《文史春秋》2004 年第 9 期。“江青的干预，尽管常常上纲上线，过于政治化了，但有许多是舞蹈艺术层面的……”李承祥：《舞蹈编导基础教程》，北京：中央民族大学出版社，2015 年，第 200 页。又请看惠雁冰：《也谈江青对“样板戏”的修改》，《粤海风》2010 年第 1 期。

④ Michael A. Heller, “The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets,” 111 *Harvard Law Review*, 1998, pp. 621–688.

⑤ “最高法：因红色经典产生报酬纠纷案，不得判令停演”，http://www.guancha.cn/culture/2018_05_15_456857.shtml?s=zwyxgtjbt。

⑥ 据中芭《声明》中的陈述，此案法官之所以如此判决，是因为梁信方提出了过高的调解要求“150 万元补偿及今后（50 年）每年要 30 万元”，中芭拒绝接受这一调解要求。

此有可能被后来的争议人——以各种形式参与过舞剧《红》改编创作表演的人，特别是但不止是此剧说明书标明的那些主创人员——用作案例，主张自己在舞剧中有限但很难排除的权利。这种“不让我好过，那谁都别想好好过”的情况从来不曾远离我们。因此《反公地悲剧》的作者当年曾警告过：反公地悲剧很难克服；相关的决策者——此案中也即法官——一定不能只关注明晰产权/权利，一不小心创造了“反公地”，而应更多关注哪些权利可以并应作为一束权利，从而令本可能碎片化的“反公地”成为一项能用的财产（usable property）。^①

法律人更需要的是务实有效的制度措施，而这类措施不大可能来自纯概念分析或逻辑演绎。因此，一种务实可靠的做法或许是，既然芭蕾舞剧是多人共同创作的，也许我们可以先考察一下此前相关业内是如何处理这类问题的，以及其中有哪些道理。

首先，在芭蕾舞业内，确实几乎所有作品都是改编作品，但对原作和原作者一直不重视，无人关注，偶有提及，也只是提及而已，从没像舞剧《红》那样，在主创和主要演职人员的名字不出现的地方，如舞剧票上也出现梁信的名字。我们通常只知道柴可夫斯基的《天鹅湖》《胡桃夹子》和《睡美人》，几乎从没人想过或在意过这些芭蕾舞剧是根据谁的故事或剧本改编的；我们说比才的《卡门》，也很少有人知道或在意这改编自法国作家梅里美的同名小说（小说中译名为《卡尔曼》^②）；芭蕾舞剧《灰姑娘》显然改编自格林童话，但人们仅提及该剧的作曲（普罗科菲耶夫）和编舞（扎哈罗夫）。芭蕾舞剧《奥涅金》从来被认为是编导克兰科的代表作品，但也许因为众所周知，居然省略了舞剧根据普希金的叙事诗改编。更奇怪的是，尽管该舞剧是柴可夫斯基作曲，用的却不是柴可夫斯基为歌剧《奥涅金》创作的音乐，编导乱点鸳鸯谱，硬是用了德国作曲家施托尔策研究、整理、编排和配器的柴可夫斯基的一些名气稍弱的杂七杂八的作品。诸如此类的例子在芭蕾舞剧界太多了，可以说比比皆是。^③

其次，芭蕾舞剧的创作和表演一直更强调和倚重舞剧编导，最后才是必须与舞蹈协调一致的音乐创作或编排。但被公众用作评判舞剧质量的却趋于是舞剧的作曲家，或是具体演出某剧的那个芭蕾舞团。因此，这才有了前面提及的比方说，柴可夫斯基的《天鹅湖》或《奥涅金》，比才的《卡门》，或是某某芭蕾舞团的《天鹅湖》或《葛蓥莉亚》；而根据普罗科菲耶夫（作曲）的芭蕾舞剧《罗密欧与朱丽叶》则被各国或各地芭蕾舞团演绎出了各种版本。^④

本文仅试图从芭蕾舞自身的特点以及编导和作曲对于芭蕾舞剧的不同功能给出解释。

首先，观众欣赏舞剧，故事情节对他不重要。因此才可以理解为什么现代芭蕾的欣赏思路是：“剧情到底是怎么‘写’的无足轻重，成功与否只能看……上怎么‘舞’的。”^⑤事实上，这一特点在古典芭蕾舞剧就已初露端倪；芭蕾的故事全都改编自对历史、神话、传奇、民间故事或文学名著，有的甚至来自一幅反映民间风情的风俗画，^⑥却没有一个故事是原创的。拙于叙事的芭蕾就是想借助于公众的熟知。中国人知道的芭蕾舞剧，如《天鹅湖》（民间传说）、《胡桃夹子》（德国童话）、《睡美人》（法国童话）、《卡门》（小说）、《灰姑娘》（童话）、《奥涅金》（普希金诗歌）、《罗密欧与朱丽叶》《吉赛尔》（海涅随笔加雨果诗歌）、《艾斯米拉达》（雨果小说《巴黎圣母院》）、《斯巴达克》（历史故事）等，都如此。中国的著名芭蕾舞剧如《红》《白毛女》和《沂蒙颂》也如此。否则的话，就会死水微澜，乃至毫无声息。^⑦即便如此，在改编为芭蕾舞剧时编剧仍会尽可能集中简化情节，因为他们知道，没有哪位芭蕾观众是专为剧而来，他们都

① Heller, “The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets,” *Harvard Law Review*, 1998, p. 688.

② 《梅里美中短篇小说集》，张冠尧译，北京：人民文学出版社，1997年，第413—463页。

③ 巴兰钦、梅森：《芭蕾圣经》，管可稼译，上海：上海三联书店，2015年。

④ 巴兰钦、梅森：《芭蕾圣经》，第114—140、621—655、516—543页。

⑤ 隆荫培、徐尔充、欧建平编著：《舞蹈知识手册》，上海：上海音乐出版社，1999年，第362页。

⑥ 芭蕾舞剧《女大不中留》（也译作《关不住的女儿》）。关于此剧的创作，请参见袁亚妹：《从舞蹈的仆人到舞剧的灵魂》，太原：山西人民出版社，2014年，第18页。

⑦ 例如，改革开放以来创作的芭蕾舞剧《雷雨》（原著曹禺）、《家》（原著巴金）、《阿Q》《伤逝》《祝福》（原著鲁迅）、《林黛玉》《二泉映月》《嘎达梅林》《大红灯笼高高挂》等，尽管借助了名家作品，或借助了人们知晓但难说熟悉的故事，在芭蕾舞剧市场上影响力并不大。中央芭蕾舞团根据20年前的英模徐秀娟沼泽地救助丹顶鹤献出年轻生命的真实事迹创作演出的芭蕾舞剧《鹤魂》（2015年）则很少演出。

是为甚至只为舞而来。

设身处地从舞剧的剧场观众视角看，这太有道理了。舞剧观众一定首先关心舞蹈的视觉形象，但也必须感觉到舞蹈与音乐的协调一致。由此也就能理解前面提到过的那件怪事，舞剧《奥涅金》的编导没用柴可夫斯基为同名歌剧创作的音乐，而是“借用”了柴可夫斯基创作的那些与《奥涅金》全然无关的音乐。但这也只是少见多怪。类似的著名轶事还有斯特拉文斯基为芭蕾舞剧《俄狄浦斯》创作的音乐，舞剧编导认为与自己设想中的《俄狄浦斯》太不协调，便擅自以这部音乐为准，甚至不是图解音乐，而是努力编导出与音乐相辅相成的视觉等价物（visual equivalent），创作了一部后来蜚声全球的芭蕾舞剧《阿贡》，^①事实上，这部剧成了该团——纽约芭蕾舞团——的头牌。这只能令我们这些长期同文字、概念和教义打交道因此趋于过度迷信文字的循规蹈矩的法律人不可思议吗？想想，这不也挑战了著作权中的一项似乎最人身的权利——保护著作完整权！

但由此才能理解编导在舞剧创作环节中的制度功能。与各行业一样，舞剧界形成的规范就是让可能对作品影响最大的那个人“背锅”——无论好坏。从艺术创作上看，舞剧创作中编导的功能几乎相当于影视作品摄制中的导演。编导更可能从多方面决定一部舞剧的艺术品质，导演则更可能决定一部影视作品的品质。这也就解说了，为什么在所有影视摄制中，至少从艺术上看，导演从来是创作的中心，编剧、摄影、作曲乃至哪怕有亿万粉丝或流量的主演都只是在作品中署名。那部影视可以是他或她出演的作品，但不是他或她的作品。

然而，尽管编导对舞剧创作演出成功最为关键，永远是芭蕾舞剧演出说明书或海报上第一署名者，舞剧却是无法凝固下来的表演艺术，任何编导都会老去，而新生代编导都会有自己的艺术追求，对舞剧重新调整编排，甚至会针对演员的能力改编舞蹈，这就使芭蕾舞剧的表演不可能一成不变。注意，这并不意味着每位编导在持续完善舞剧，我拒绝这背后的假定，即艺术最终指向或走向一个最佳。每位编导都会有他对舞剧的理解和艺术追求，而艺术——不仅仅是舞蹈艺术——允许也鼓励这类努力。但这样一来，就不可能以舞剧编导，即便他对某舞剧有过决定性影响，永久署名该舞剧。舞剧的节目单或海报总是署名时下的编导。

但由此，就可以看出，至少有时用芭蕾舞剧的作曲家，特别当他的声名特别显赫时，来冠名/署名芭蕾舞剧的好处了。这避免了因编导更换可能造成的文化资产流失，等于为舞剧找到一个标志性“作者”，起到了品牌或商标的作用。是的，音乐其实也不稳定，因为指挥和演奏也是表演，有即兴因素，音乐也会重新配器，因此是某种程度的改编创作，但总体而言，音乐乐谱是不变的，作曲家的名字是不变的。因此，至少在古典芭蕾舞中，诸如柴可夫斯基、门德尔松、比才、斯特拉文斯基、普罗科菲耶夫、哈恰图良，即便他们的人名与舞蹈其实无关，但与他们的名字相联系的音乐仍可能对舞剧有重要甚或巨大的广告效应。

有别于用作曲家署名芭蕾舞的更重要且已成主导的署名方式是某某芭蕾舞团。与芭蕾舞剧类似，古典音乐演奏会也普遍使用了这种模式。这既避免了编导的流变，也避免了名不符实李代桃僵的作曲家代言，其最大好处或许是以一个持久存在的著名艺术厂商替代了一件件著名的芭蕾作品，以品牌效应替代了对单件产品的推介。这就便于理解在芭蕾舞世界里，如今人们已不太在意什么故事或哪出舞剧，更在意的是哪个芭蕾舞团的演出。若非中芭，其他团演出的舞剧《红》很可能观众寥落；但中芭演出，即便无名如《鹤魂》，也会吸引不少观众。^②

如果上述理解/解释有道理，这就触及了几乎已成时下流行的法学，包括著作权法定论的一个问题，是否最佳的产权/权利配置永远是基于个人的，集体产权或公共产权即便说公正也并不有效？这是个事实问题，却隐含了一个规范问题，只要可能，产权就应无限私有化？被经济学家和法学家遗忘的芭蕾舞剧市场对此提出了一个反例。

并非拿反例当通例。反例有可能是，却不等于就是极小概率的偶然事件，因此规则治理确实通常不得不忽视。因为在芭蕾舞剧市场上，这个所谓反例其实是通例，因此它有权要求一种理论分析和解释，究竟是在何种或哪些特定条件下，它成了芭蕾市场的通例。其实任何通例都只是限定条件下的通例。

想来想去，唯一可能的解释就是这种产权配置从功能上看有效避免了由众人共同或承继创作的芭蕾舞

① 巴兰钦、梅森：《芭蕾圣经》，第4—6页。

② 《鹤舞翩跹迎春送福，芭蕾舞〈鹤魂〉天桥剧场演出》，<http://yule.sohu.com/20160121/n435360017.shtml>。

剧，因太多人主张自己的权利，使这个众多权利交织的完整作品变成了反公地，出现作品不大可能有效使用甚至完全无法使用的僵局/悲剧。

《著作权法》第15条对影视作品的著作权的特别规定。这一条区分了署名权和著作权，并设定一个缺省规则，即若无相反的书面协定，视听作品的著作权由制片者享有；编剧、导演、摄影、作词、作曲等作者享有署名权，但财产权利的获得依据其与制片者签订的合同。这种制度是经济资本时代的产物，显然是要投资者（制片人）承担全部的投资风险和利益，因此也就可能吸引投资者投资影视生产。但在理解这一点的同时，这一规定的一个很容易被忽视的甚至更有一般产权意义的重要功能就是防止影视作品因产权过分细碎，以及市场经济激发的“争名于朝，争利于市”的死磕和战略谈判，最终导致影视作品不再是可有效使用的财产。投资失败时这没问题，树倒猢狲散，各人顾各人。但如果投资盈利的产品也因相关人权利主张而无法有效使用，那么还如何期望投资者投资影视产业呢？我认为，与芭蕾舞剧的情况一样，这一条规定的要害在于通过防止有效产权破碎化来吸引资本，就是要通过资本的力量及其代理人——制片人——来整合那些有可能碎片化的产权。因此，有理由参考这一思路来处理梁信诉中芭案的著作权纠纷。

这里讲的参考，不是挪用甚至不是借鉴。不是我不想，而是由芭蕾舞剧的特点注定的。如果芭蕾舞团都不能靠演出市场来维持之际，投资还可能有货币回报吗？芭蕾舞剧注定不大可能吸引追逐利润的资本，不大可能有典型的投资者，除非立法修改定义将赞助者或捐助者也定义为投资者。还不像影视制作，芭蕾舞剧甚至没有空间，可以让某些资本家偶尔烧烧钱来捧红他心仪的某个电影“演员”。当这几个方向都封死了资本投资获利的可能时，芭蕾舞也就不大可能催生出功能与制片人类似的制剧人了。

即便可能，也需警惕，因为这或许更不利于芭蕾舞的发展。因为，制片人制度固然有利于吸引经济资本投资影视创作，但这也已导致经济资本大大影响了，有时甚至就是控制了影视作品的制作。由此就能理解，为什么“影片的真正主人是制片人……那些被华尔街的银行家所赏识与选定的企业家”，以及“导演的风格往往消融于制片厂的风格中”。^①昔日对影片摄制几乎有决定意义的导演，如今除非他本人已经积聚了巨大的社会资本和符号资本，可以转化为经济资本，或干脆他本人或家人有足够的经济资本可以兼任或担任制片人，许多导演都已卸下了先前他客观上兼任的制片人角色，有些人几乎成了投资者的跟班。如果芭蕾舞剧引入资本投资运作，有理由相信不导致伤害，而是致命。

只能借鉴影视作品产权配置的经验，针对芭蕾特点，走芭蕾的产权之路。在我看来最好也最简单的做法就是，如同在影视作品的相关实践那样，把一部芭蕾舞剧的著作权视为涵盖舞剧方方面面的一个权利束，除非另有需要并明确规定，推定归演出该芭蕾舞的剧团所有，视芭蕾舞团为该剧“作者”。你可以说这是一种特殊的集体/法人所有制，但鉴于中芭是国有事业法人，也完全可以说是国有。舞剧的编导、音乐创作，舞美和主要演员因此对舞剧都仅有署名权，但他们每个人的其他可以以货币计量的权利都来自他们各自与作为法人/作者的中芭签订的合同规定。对芭蕾舞团来说，从此需要明确的只是其创作演出的作品的产权，几乎不再需要其他折腾。

国家甚至应考虑立法，鉴于芭蕾舞以及其他类似的强调现场表演的高雅艺术基本都很难自负盈亏，直接豁免这类艺术团体因改编表演他人已发表作品，依据《著作权法》必须支付原作者的以货币形式表现的报酬。可以视这一豁免为国家对高雅艺术行业的法律政策支持，但其最主要的社会功能却是降低改编演出高雅艺术品的交易费用，因此可能激励更多更好的演绎作品。通过让一些潜在的作者彻底断了靠高雅艺术名利双收的念想，或许会分流创造各自的市场，接受各自的清静或不清静。

还有个理由支持国家立法把芭蕾舞剧的著作权完整赋予舞剧的表演团体，这就是，就芭蕾舞剧而言，很难说能有什么行为侵犯了舞剧的著作权。芭蕾舞公开表演，只要不许无偿影视直播，其著作权几乎无需实在的执法和司法保护，芭蕾舞的技术难度和艺术品质注定了舞蹈的著作权一般无法抄袭，更难剽窃。即便有人在观

^① “影片的真正主人是制片人，也就是那些被华尔街的银行家所赏识与选定的企业家。电影导演和照明技师、摄影师、布景设计师一样，只不过是每周领取一定报酬的受雇者而已。制片人利用解除合同这种暗中威胁……把导演过去所掌握的大部分实权……全部夺取过去。……制片人便成了决定艺术成败的一切因素的主人。他最关切的乃是怎样多赚钱，他的董事会也只根据影片的利润率来估量他的价值。因此摄制影片完全以票房收入为指导原则。”“好莱坞的制片厂制度，” <http://i.mtime.com/1010853/blog/5831962/>。

众席上用摄像机直播,也不可能构成消费的有效替代。芭蕾舞剧的音乐舞美保护也不是太需要执法或司法的保护,因为一旦离开了舞蹈,这些都很难独立存活。高难度的表演艺术本身就有效实践了芭蕾舞剧著作权的自行保护。既然它为国家节省了产权保护的成本,国家自然有理由从法律上给予些许优待。

芭蕾舞剧一般无法抄袭,因为优秀的芭蕾舞剧表演总是依赖杰出的演员,有天赋的演员。杰出意味着稀少,天赋意味着在这个行当汗水的意义不那么重大,因此芭蕾舞剧注定不大可能有多少高水平的抄袭或盗版。然而,即便高水平甚至超水平的抄袭可能,对社会、消费者甚至被抄袭的芭蕾舞团也不是个问题。假定上海芭蕾舞团“抄袭”中芭的《红》,或是某外国著名芭蕾舞团“抄袭”中芭的《红》。从两方面看,法律也没必要法律干预。从艺术上看,这种抄袭必定有所创作。因为芭蕾舞剧的每次表演在某种程度上都是创作,这类抄袭最多只能节省某些编导舞美的部分劳动。这就证明了芭蕾舞剧其实也是“天下文章一大抄,看你会抄不会抄”,或如艾略特所言:“不成熟的诗人模仿,成熟的诗人剽窃”,而“优秀的[抄袭者]会让它更好,至少看起来不同”。^①在芭蕾舞剧上若真能有这种抄袭甚或剽窃,甚至值得艺术家、消费者和国家的期待。还不仅因为,只要有点能力的艺术家,没有谁甘心仅仅模仿或抄袭,尤其是在芭蕾表演中,模仿可以说比创作更难,逼真的模仿最多也只是逼真。也正因此,从艺术层面看,这类模仿甚或抄袭,逐渐地,最终趋于创造同名不同版的芭蕾舞剧。事实上,芭蕾舞剧《天鹅湖》就有悲剧版和喜剧版;各国芭蕾舞团对同名舞剧往往有不同的演绎,甚至一直力求标新立异的演绎。从市场层面看,无论模仿者、抄袭者、剽窃者何种打算,他也很难改变芭蕾舞剧主要对本地消费者市场的限量供应,供给侧改革也改变不了芭蕾舞剧的宿命。

六、结语

本文仅从法理层面分析了梁信诉中芭案中涉及的一些具有一般意义的问题,回避了直接讨论此案判决的具体司法争点。一方面,笔者尊重本案法官的判决,也知道他们必须面对的更具体更实在的但并不一定上得了司法台面的难处,^②但更重要的是,那些具体问题对于本文的潜在读者来说缺乏一般的智识意义。

但就基于本文展示的事实和重构的社会历史语境,我们仍可以不赞同,却多少能理解,较真的中芭为何无法接受法院的判决。我们也能理解,当一次次求告法律失败后,与托克维尔笔下的美国法官总把重大政治问题法律化的做法相反,中芭决意把这个进入司法并终审判决的问题政治化,用法律人听得刺耳的语言来表达它对此案判决的愤怒和不满。有些声音只有刺耳才可能被人听到——即便不是听到了,就能听进去。就此而言,许多急于表态谴责中芭的人从来就没听明白,他们一再要求人们信仰法律,而不是理解法律。而这里的所谓信仰,说穿了,就是他把你卖了,还要你帮他数钱!

这其实不是法律。即便常被批评为最专断的法家韩非的法定义,除了“宪令著于官府”外,他还强调“刑罚必于民心”;又一种说法是“令者,言最贵者也;法者,事最适者也”。“必于民心”和“最适”,这太难了,尤其是在利益分殊价值多元的现代社会。但做不到天理、国法和人情的统一,但也不能差太多。不能只急急忙忙先查看法律的语词/条文/教义,回过头来再挑些靠近的事实剪裁一下,塞进去,最重要出路其实基于对“事”也即案情事实的细致分析。

因此,至少笔者是感谢中芭的,如果没有它的执拗,认死理,这个因《著作权法》中“改编”一词引发同时也遮蔽的一系列有实践和学理意义的问题,如什么是改编,改编许可之例外,芭蕾舞或——更一般地——跨界改编的特殊性,著作权的人身权利与财产权利的分类问题,芭蕾舞的产权制度实践及其背后的道理等超越本案是非的、有一般意义的问题,至少不大可能引起我的关注,而这类问题一定会以各种方式进入我们的法庭。甚至,尽管只是个案,法律人也仍需警醒的是,从1993年初主动联系梁信自觉皈依新颁《著作权法》到2018年初的种种激愤言辞,究竟是什么或哪些因素令如今的中芭至少都说是不那么信仰法治了?难道都是或仅仅是钱惹的祸?

^① T. S. Eliot, “Philip Massinger,” Selected Prose of T. S. Eliot, ed. by Frank Kermode, Harcourt Brace 1975, p. 153. 又请看弗莱(Northrop Frye)的警句:“诗只能用其他诗制造:小说只能用其他小说写成”。转引自波斯纳:《法律与文学》,第538页。

^② 例如,在我看来,至少一个无法明说的重要忌惮也可能趋于促使法官作出有利于梁信而不是相反的判决:此案初审判决时,梁信已年过89周岁,一位老同志,社会知名作家。相反的判决非但会令梁信失望愤懑,还可能引发其他难以预期的后果。

就法理而言，细致分析此案的最重要启示有关产权制度。在市场导向的中国经济改革中，眼下几乎所有中国法律人和经济学人都已接受了科斯的告诫：产权是重要的（property matters），但太多人趋于把这句话仅仅理解为私有产权很重要，权利明确（细化）往往成为司法思考中的缺省选项。中芭案的最大意义是，以及受其启发展开的对芭蕾舞业内产权制度的初步分析，例证了产权私有化的边界，要避免产权过度细化导致财产的无法“物尽其用”。由于现代社会的产品往往有越来越多的人参与或共同创作，世代承继持续创作，这个问题在我看来就一定是一个与产权私有同等重要的问题，具有同样普遍的实践意义。试想一下，如果1978年中国农村改革真的如同当初有人建议的，废除土地集体所有，实行土地私有，今天中国修高铁会遇到什么？这里当然不是回答这个问题的地方。却是值得从这个角度去思考的问题。

这个“反公地悲剧”的思考自然应当进入立法者、司法者乃至部门法学者和法律从业者的视野。由此可以判定在《著作权法》中将相关权利分类为不可转移的人身权利和可以转移的财产权利，如强行实践更可能引发产权主张的对立和冲突，甚至持续。梁信诉中芭案的发生在相当程度上因为梁信拒绝承认这两种权利在现实世界中已被统一转移了，中芭的愤怒至少部分在于此案判决客观上继续了也强化了芭蕾舞剧《红》的这种产权分离。司法者有责任注意避免出于好心和过分的权利意识而在无意间创造“反公地悲剧”。

笔者承认这些具有著作权法律寓意的分析、讨论和建议，在一定程度上会与现行著作权法的一些理论或规定冲突。但这并不意味着，在学理层面的这些分析、讨论和建议就必然错了。相反，尽管不应轻率和频繁修改，过去20多年里《著作权法》已修改过两次了。《著作权法》的规定不因为它天然应当如此，而是因为它必须满足的社会功能需求。福柯关于“何为作者”的分析可能有助于我们从社会功能的角度来理解著作权以及相关法律规定的变化/修改。在福柯看来，称一个人是作者并不是因为他做了某件天然确定的事情，撰写或创造了最早的故事或剧本。那只是近代浪漫主义创造的一种很不现实的观念，即认为作者是独一无二的天才，有灵感令其顿悟，便如上帝创世那样，无中生有，创造了这一切。在现实生活中，既然作者常常与写者不等同，那么作者的出现就不大可能因为他是写者，而更可能因为特定社会文化传统中需要一个作者来履行某种现实的社会功能。^① 著作权也是如此。上文分析过，为什么如今的《著作权法》会把影视作品的著作权缺省归在名为制片人其实是投资人的名下，即便投资人不懂影视，只关心某种他自己更关心的收益。因此，只要社会功能良好，也就没有什么理由拒绝把芭蕾舞剧的著作权完整赋予演出该剧的芭蕾舞团。最重要的意味其实是，著作权保护，即便如今通说中对著作权人身权利的保护，其实从来也不是基于个人权利的视角，而是基于社会的视角。

此案的分析也表明，一定要认真慎重精细对待改革开放前无著作权法的历史条件下形成的有关知识产权的实践和当时的社会规范，不能简单从概念层面，其实是政治意识形态层面，认定那就是个没有法治的时代。这不是在强调“两个互不否定”。本文的分析已表明，仅就当年有关剧本、电影、舞剧以及其他改编作品《红》的著作权规范、实践和最终格局而言，历史的当事人事后可以有不同的看法和主张，也有权挑剔，但只要不是过度强调某些被一再剪裁或有意凸显的“事实”，而是真正置身于相对完整的历史语境，至少就此案而言，一个合乎情理的人很难从中挑出什么实在令人耿耿于怀的刺来。因此，当法律不得不溯及既往时，重要的是努力重现，包括想象性重构，在历史语境中考察，而不是非历史地用今天的规则来简单评判剪裁历史事实。

这个建议看似会，但不必然增加法官的工作量，其实只是要求法官充分利用现有的抗辩制，要求并督促双方当事人及其律师提供法官想知道、与案件审理裁判有关的证据。这是律师的义务，拿了当事人的钱，就该把这些事一一干利落了。除了有律师助理外，律所往往还有实习生，律师也应当能做到。但坦白地说，从两审判判决书，从中芭律师发表的与此案直接相关的论文中，我看不出双方律师在这方面做了多少功课。许多相关资料都没查，至少没查清楚，乃至连芭蕾舞剧《红》究竟从剧本还是从影片改编都不清楚。当事人不清楚，想不清楚，表达不精确，可以理解。但律师就这么稀里糊涂上法庭了，对本案中许多明显的事实问题及其复杂的法律意味，除了死磕法条，不太能讲道理，至少没讲出什么听起来有道理的道理，提不出合理可行的法律处置，这能原谅吗？我甚至怀疑双方律师是否完整看过梁信的同名剧本、谢晋的同名电影和北影摄制的同名芭蕾舞剧电影，甚或其中之一。难道打官司真的就只是死磕语词/条文/教义？

^① Michel Foucault, "What is an Author," *The Foucault Reader*, ed. by Paul Rabinow, Pantheon, 1984.

当法官遇到这种从第一眼就应直觉到疑难事实问题和复杂法律问题的案件时，他/她就可以也必须以国家赋予他/她的权威、依据法律的要求来追问律师，其实也就是启发律师，迫使律师“上穷碧落下黄泉”，即便最终结果是“两处茫茫皆不见”，让律师就法官的疑问提供相关和足够的证据，并以此为基础展开各种合情合理的理由。法官的权威在很大程度上来自对自身这一权力的明智运用，然后才是有洞察力的判决，而不是被某些任教高校的兼职律师恭维成“学者型法官”！法官有权也必须用其可能的裁决结果来调动和敦促律师竭尽全力不仅为各自的当事人服务，其实也是为法院的公正且常常有先例意味的判决贡献智力。如果法官未能运用其司法权促使律师提供足够甚或充分的材料，使自己就一个难办案件撰写一篇讲出点道理的判决，法官就还未充分地利用其司法的权威。不要求讲太多道理，也不必引用什么教义，大致符合天理国法人情即可。尽管有这点道理，甚至更雄辩的道理也未必能让当事人信服或接受，特别是当涉及重大利益时。但在这类案件中，法官讲道理主要是给当事人的律师、其他法律人以及有时还是潜在的社会公众听的，并经此来逐步提升法院和法官的制度权威和智识权威。

此外，此案或许还表明专家证人制度在此类人们很难凭常识感知理解的高度专业的领域内很是必要，尤其是考虑到有可能这类领域日益增加。法官可以甚至应当要求双方协议认可一份非法律的专家证人名单，然后指定其中一位或两位，或由法官自行指定一位或两位，出庭作证，专家证人的费用则由败诉方支付。

最后，尽管本文的分析结论，无论明示的还是隐含的都一边倒地支持了中芭的诉求。本文只是出于对案情了解和笔者判断的是非，既不是出于诸如“保护弱者”这类高尚的道德情操，也没其他瓜葛。但我们真的会吃一堑长一智吗？或者，仅如歌德所言：人只能学到他能学到的东西。^①

（责任编辑：天竞 见习编辑：王鑫）

① 歌德：《浮士德》，钱春绮译，上海：上海译文出版社，1989年，第117页。

A Legal Principle Analysis of Dispute on Property Right of Ballet Drama *Red Detachment of Women*

SU Li

Abstract: There is an issue of not only copyrights law but also legal principle in deep-root behind the copyrights property of the ballet drama *Red Detachment of Women*. Twice transform from its literary script to film, and to ballet drama, is actually twice “trans-boundary” creation with different forms. The distinction between “produce” and “adapt” in *Copyright Law* exaggerates the contribution of script and its author for film production, especially for ballet drama creation, which, objectively, severely underestimates the un-substituted and important creation and contribution by the related teams. The author of the scenario has the right to claim remuneration according to the law, but can only be in a reasonable scope. The features of ballet drama are highly fragmentary for property rights. A simple application of individual property right/copyright system will result in a “tragedy of anti-public domain”, which means that the property could not be used effectively. Drawing on the distribution of the property rights of film and television works, the copyrights of ballet drama are constructive to be owned by the ballet group, while it should be considered a immunity of the remuneration for the original author. The significance of legal principle in this case reveals that we should reconsider the issue of property right, and attach importance to the boundary of property right privatization, and avoid an over-splitting of property right which would make us fail to best use the properties.

Key words: ballet drama, copyright, adapt, fame and reward, anti-public domain