

坏声明与好法治

—— 社会主义中国文艺法律政策中的权利书写

李斯特

摘要 中央芭蕾舞团的“法盲”声明，是现代法治回溯历史，建立起对文艺的治理者身份的产物。认识这个历史过程，关键在于梳理改革开放前和改革开放后的文艺法律政策的关系。《红色娘子军》著作权纠纷案反映了，通过确立个人产权来解决分配不公的逻辑和不断完善的《著作权法》，从而悄然完成了从集体权利到个体权利的置换。但这一产权逻辑与劳动者享有果实的逻辑与改革开放前的社会主义文化生产机制均发生激烈碰撞。为了获取伦理正当性，该逻辑借力现代言论自由来消解红色经典，但由此造成改革开放前、后的历史的紧张关系，政治伦理无法重建，这一后果的严重性随着新形势的到来更加突出。

关键词 著作权 分配 劳动 社会主义文化生产 现代言论自由

作者李斯特，华南师范大学法学院副教授（广东广州 510631）。

中图分类号 D90

文献标识码 A

文章编号 0439-8041(2018)07-0119-14

一、事实与问题

2017年12月28日，西城区法院依法开始对被执行人中央芭蕾舞团（下称中芭）强制执行，扣划其款项138763元。^①仿佛早早在等着这一刻，猛然间，就如在他们的舞剧中一样，中芭掷下了愤怒的声明，猝不及防地把这起《红色娘子军》（下称《红》）著作权纠纷案^②引向高潮。2018年1月2日下午，中芭在微博发布声明，直指“渎职法官”“枉法判决”，判决书“是在掌掴中国法律和中国司法”，中芭“已沦为司法冤民，将被逼步入上访大军”！^③

当晚，西城区法院发布声明，对案件的审理和执行情况进行说明，并表示：“鉴于中央芭蕾舞团尚未履行向梁信书面道歉的义务，我院将依法继续强制执行。”^④几乎同时，最高人民法院在官方微信公众号上推送了特约评论文章，严肃地批评中芭的声明“对法院生效裁判及法官进行污蔑和语言攻击，并充斥着激烈的

①④ 赵鹏：《中芭未履行义务将继续强制执行》，《羊城晚报》2018年1月3日。

② 2011年底，北京市西城区人民法院受理原告梁信诉被告中芭著作权侵权纠纷一案。2015年5月18日，西城区法院对本案作出判决：被告中芭就其2003年6月后至本判决作出之日前，持续演出芭蕾舞剧《红色娘子军》未向原告支付表演改编作品报酬，赔偿原告梁信经济损失人民币十万元及诉讼合理支出两万元，共计人民币十二万元；被告须为在若干演出中未给原告署名的行为向原告梁信书面赔礼道歉；驳回原告包括未经另行许可中芭不得继续演出《红》芭蕾舞剧在内的其他诉讼请求。双方当事人均向北京知识产权法院提起上诉。北京知识产权法院驳回上诉，维持原判决。中芭不服，向最高人民法院申请再审。最高院裁定驳回中芭的再审申请。见一、二审判决书和再审裁定书：（2012）西民初字第1240号、（2015）京知民终字第1147号、（2016）京民申1722号。

③ 该声明的截图见 <http://wemedia.ifeng.com/43421451/wemedia.shtml>。

道德指控”，“折射出其法治意识和规则意识的欠缺”，“这种拒不执行生效裁判确定的义务，又用‘泼妇骂街’方式攻击生效裁判的行为，已经违反了法律”。^①翌日，《人民日报》发表评论，指出中芭的“严正”声明与法治背道而驰，“让人不寒而栗，有一种穿越感，仿佛在读40多年前随处可见的大字报一般”。^②《环球时报》亦指斥中芭的“严正声明”太不得体。^③于其时，就我所见，主流媒体对中芭的声明是否定的，极不以为然的。俗语云，弱者示强，强者示弱。仅就1月2日的声明来看，中芭似乎毫无法律意识可言，然而事物是动态发展的。本案于2011年底被立案受理后，中芭称一直不愿对媒体发表意见干扰司法。^④反观原告梁信的女儿、女婿一开始就积极借力媒体和自媒体，一审期间不止一次召开了案情说明会。^⑤试想，如果不是中芭“泼妇骂街”的反应，本案只是一个著作权经典案例。因此，从深层说，中芭的法盲声明是逼出来的。^⑥究竟是什么令一个全国顶尖的艺术团体，不顾翩翩起舞的高雅形象，采取了极端的行动？而另一方的回应则处处流露着一股理直气壮、从容不迫的优越感。如果说优越感来自专业性，芭蕾的门槛并不低于法律。是的，著作权是法律问题，然而是什么使其成为法律问题，从而令法律可以成竹在胸、居高临下地在文艺王国里宣示主权？以致于被逼到墙角的文艺工作者成为拙劣、可笑的法盲？重要的不是知识，而是我们如何归纳、分类知识；知识的分类就是权力本身。

但放眼社会，中芭并非孤立无援。声明发布的极短时间内，支持和反对的评论都在快速增长。本案在有关部门的眼里已超出普通的民事纠纷。2018年5月12日，最高院对同样由西城区法院一审，北京知识产权法院二审的首例党和国家领导人照片著作权归属案作出再审裁定，撤销原判决，认定该类摄影作品为特殊职务作品。^⑦14日，最高院公布通知，要求各级法院“必须旗帜鲜明毫不动摇地依法保护红色经典传承和英雄烈士合法权益”。^⑧该通知的立场迥然有别于前，令人不能不对最高院的急遽变化产生遐想。中芭的法盲声明似乎扳回了一局，因为法院及其支持方在争论中坚持本案“不过是当事人之间关于著作权的民事纠纷”；中芭则决然激化本案的政治矛盾，他们及其支持者不断强调《红》的革命意义、国有文化资产的私有化、改革开放前后的历史时期的关系等重大政治问题。就此而论，前者的愿望落空，而后的反击获胜。

随着本案及后续事件的发展，学术问题渐渐浮现。双方的立场，由此导致的话语对位是如何历史地形成的？社会主义文艺政策和著作权法律是否存在矛盾？应当如何妥善处理红色经典和著作权的关系？本文将从《红》的著作权纠纷出发，梳理改革开放前的社会主义文艺生产和改革开放后的著作权法的推进，细致观察历史遗留问题与著作权的纠缠及其在新形势下的发展。本文的研究亦可归入法律与文学运动中的研究著作权、出版、言论自由等法律治理的“有关法律的文学”一支，^⑨但社会主义中国的文艺和法治历史是西方的法律与文学运动所不能涵盖的。

二、法人作品和职务作品

中芭是否可能以电影文学剧本《红》属于其所在单位的法人作品或特殊职务作品，而梁信无权主张权利为由进行抗辩呢？这是对中芭最有利的诉讼策略。

法人作品的构成要件有三：有法人或者其他组织主持；代表法人或者其他组织的意志创作；由法人或

① 史洪举：《蔑视法律者，舞姿再优美也会形象扫地》，最高院公众号已撤下本文，<http://news.sina.com.cn/swh/2018-01-02/doc-ifyqinzs7905804.shtml>。

② 《中央芭蕾舞团对法院发“严正”声明与法治背道而驰》，<http://www.xinhuauebao.com/2018/01/03/2689.shtml>。

③ 单仁平：《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。

④ 《历史不容扭曲 法律不容颠倒》中芭2015年声明函，<http://ent.sina.com.cn/j/wudao/2015-06-01/doc-iavxeafs8442430.shtml>。

⑤ 俞亮鑫：《〈红色娘子军〉作者起诉“中芭”侵权》，《新民晚报》2012年4月17日；吴学安：《冷看〈红色娘子军〉版权纷争案》，《中国新闻出版报》2015年4月29日。

⑥ 冯象：《法盲与版权》，北京：北京大学出版社，2012年，第47—57页。

⑦ (2017)京再民31号。

⑧ 《最高人民法院下发通知要求 加强红色经典和英雄烈士合法权益司法保护 弘扬社会主义核心价值观》，<http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-95842.html>。

⑨ 苏力：《法律与文学》，北京：生活·读书·新知三联书店，2006年，第9页。

者其他组织承担责任。职务作品的构成要件也有三：自然人与作为单位的法人或者其他组织之间存在劳动关系，作品是为完成单位工作任务而创作；作品的创作主要利用了单位的物质技术条件；作品由法人或者其他组织承担责任。^①法人或其他组织视为法人作品的作者，特殊职务作品的署名权归自然人，其他权利由单位享有。本案是否存在认定这两类作品的事实？

先从梁信说起。1957年，时任广州军区战士话剧团创作员的梁信受“反右”浪潮波及，被部队安排转业去黑龙江漠河。^②据其本人回忆，接到命令后，心情郁闷的他再到自己原来战斗过的地方——海南的琼崖去看看老战友。机缘巧合的是，他见到了老战友娘子军连连长冯增敏，冯增敏帮梁信找来了十几个尚健在的娘子军战士，但由于语言隔阂，交流很困难。“为了收集第一手材料，我在深山老林中一呆就是3个多月，带着翻译和每一个老战士聊天。”梁信回忆说。多年来在他的心里萦绕的红色娘子军的故事一下子有了主线，“四天四夜，梁信闷在招待所里写出了电影文学剧本《琼岛英雄花》。”^③

据此，剧本《琼岛英雄花》完全是梁信的个人作品。但上述回忆存在疑点：第一，有人质疑梁信不太可能与冯增敏是战友。^④那么他为什么联系、又如何联系上冯增敏？第二，当时身为战士的梁信，是否可以“放下一摊子事，打个背包”就擅离部队？又能否在深山老林里一呆三个多月？考虑到事情发生久远，回忆人年事已高，尤其是上述采访发生在梁信与中芭产生矛盾之后，^⑤我认为需要谨慎地对待。

在梁信更早的两处回忆里，1958年，他为了写纪录片脚本出差到海南。他在海南军区文化处翻看《琼崖纵队军史》时无意中发现了娘子军连，感到这是一个值得深入挖掘的重大题材，但“鉴于《琼崖纵队军史》太简略，他亲自到万宁、乐会一带，找到了冯增敏等人，并在当地进行了大量的实地考察”。^⑥这就不是更晚的回忆那样，创作纯是个人的意志和行为了。结合《红》创作的其他史料来看，我认为早期的回忆更为真实。请看——

1956年，中央军委决定发起“中国人民解放军三十年征文”，征文编辑部征集到海南老红军红色娘子军连连长冯增敏的回忆录《红色娘子军》。负责征文工作的解放军总政治部主任肖华、副主任刘志坚与中宣部部长陆定一共同商定要求把这些好的题材的回忆录交由作家、艺术家进行深入的采访，然后改编为小说、电影和舞台剧，以发挥更大的宣传作用。“可以说，目前国内所有有关红色娘子军的纪实作品、文学作品、艺术作品的原创素材都源起于三十年征文编辑部征集到的冯增敏的回忆录。”^⑦据报告文学《红》的作者刘文韶回忆，同样是《琼崖纵队发展史》提到的女兵连引起了他的兴趣。他把这个想法向军区政治部和宣传处领导作了汇报，得到批准和支持。其后，海南区党委和军区政治部为他的采访安排了摄影记者兼编辑王学梅同行。不久，广州军区把娘子军连的题目列为建军三十周年的重点征文题目上报总政。随后，根据领导的安排他开始了第二轮的采访。组织又安排军区文工团演员林秀琼当翻译。刘文韶的《红色娘子军》报告文学发表在1957年8月的《解放军文艺》上。^⑧

另一条线索是，1954年，海南已出现由民间故事改编的琼剧《琼花》，由集新剧团团长王黄文指派李秉义编写，1955年底在海南各地演出。1957年初，王平和李秉义合作将《琼花》改名为《红》后公演。1958年上级领导组织搞建国十周年献礼，吴之等人根据吴之在1954年写过的《琼崖纵队发展史》创作琼剧《红》。1959年5月开始，《海南日报》副刊连载《红》琼剧本，由吴之等三人执笔完成。^⑨

① 王迁：《著作权法》，北京：中国人民大学出版社，2015年，第220页。

② 天蓝：《〈红色娘子军〉十年版权纠葛》，《新京报》2012年5月4日。

③ 易哲：《梁信：〈红色娘子军〉改变了我的人生轨迹》，《新快报》2011年5月17日。

④ “梁信1926年生于吉林，1945年参军，随解放军第49军146师一路南下，但146师最后只打到广西，并未在海南作战，1952年才进入海南驻守。而冯增敏则一直战斗在海南，解放后任朝阳、博鳌人民公社副社长、琼海县妇联主任等职，已不是军人。”参见《还原历史的真实面目——中芭〈红色娘子军〉维权》，http://www.360doc.com/content/18/01/03/13/16436572_718669983.shtml。

⑤ 见中芭2015年声明。

⑥ 陈一鸣：《〈红色娘子军〉的身世罗生门》，《南方周末》2004年5月6日；孟兰英：《作家梁信与电影〈红色娘子军〉》，《老年人》2014年第6期。

⑦ 弓晨：《朱东生：〈红色娘子军〉的版权应属于老红军冯增敏》，《亚太日报》2018年1月3日。

⑧ 刘文韶：《我创作〈红色娘子军〉的历史过程》，《军事历史》2007年第3期。

⑨ 孔庆东：《红色娘子军——中国戏剧发展纵论》，北京：中华书局，2014年，第45、49、51页。

梁信的《琼岛英雄花》由上海天马电影制片厂列为重点片拍板投拍，并将片名定为《红》。^①电影于 1961 年公开上映。据刘文韶回忆，天马电影厂曾约其改写电影剧本，因工作繁忙无暇兼顾，但仍在业余时间完成了剧本修改稿。后来他听闻梁信也创作了剧本且被八一电影制片厂选中，就没有把自己的稿子拿出来。^②吴之的回忆是：电影《红》的材料是从琼剧来的；他也参加了电影剧本的写作，在天马厂住了半个月；他曾邀梁信合作创作剧本，所有文字材料都是他提供的，多数情节都是按照琼剧的情节编排的，只有少量改动。^③梁信和谢晋都矢口否认了吴之的陈述，^④我也没有发现别的支持材料，但梁的剧本是建立在前期原有材料的基础上是没有问题的。梁信在总结剧本创作时提到剧本修改中其他人提出的许多意见，^⑤因为《红》被列为重点片，后期的剧本由单位组建优秀队伍集体修改完成也是没有问题的。

从上述事实可以总结出：当时的创作都是由单位立项，布置个人任务，由单位提供人财物的支持，最后由单位验收。^⑥梁信本人是军队的创作人员，他的剧本不可能例外。但是不是就可以据此认定该剧本是法人作品或特殊职务作品呢？我想有必要先回顾相关案件。在抗美援朝战争照片著作权纠纷一案中，一审法院认定涉讼的九幅摄影作品属一般职务作品，被告人民出版社、军事博物馆未经许可，将上述作品收入使用在由军事博物馆编辑的《抗美援朝战争》一书中，侵犯了原告的著作权。^⑦二审法院考虑到“孟某拍摄涉案照片时的身份是解放军画报社军事记者，拍摄照片的过程比较特殊，主要体现在拍摄涉案照片是部队的重要任务，涉案照片是在孟某接受军队的最高指挥机关赴朝的命令、在严密的保护措施下、由部队决定拍摄内容并提供特殊的保障条件下创作完成的”，作品的财产权利应由双方共享。^⑧事实上，如冯象教授指出，自 1990 年代的《我的前半生》著作权纠纷案始，司法已开革命题材作品的著作权归个体所有之先河。^⑨虽然经查明“《我的前半生》一书从修改到出版的整个过程都是在有关部门的组织下进行的”，但法院仍认为该书“既是由溥仪署名，又是溥仪以第一人称叙述亲身经历为内容的自传体文学作品”，体现其个人意志，该书的舆论评价和社会责任也由其个人承担，故溥仪是该书的唯一作者。^⑩

非红色经典但同样涉及历史遗留问题的上海美术电影制片厂（下称“美影厂”）的一系列著作权纠纷亦可作为参考。在“葫芦娃”造型设计美术作品著作权纠纷案中，法院对被告的系争作品是法人作品的主张不予支持。法院指出：“虽然两原告系单位职工，造型设计属于其职责范围，系争作品是在单位主持下，为了完成单位的工作任务而进行的创作，责任亦由单位承担，但是，我们不能将法人意志简单地等同于单位指派工作任务、就创作提出原则性要求或提出修改完善意见等，否则，所有的职务作品均可被视为法人作品，作为自然人的创作者将丧失作者地位。”“系争美术作品的创作无须高度借助单位的物质技术条件，创作的过程也并不反映单位的意志，而是体现了作者独特的思想、感情、意志和人格。”^⑪但同时法院认定系争作品是特殊职务作品，事实和理由是：要考虑到在涉案影片创作的时候是计划经济时期，影片的创作和发行放映需严格遵循国家的计划安排，均无法离开作为全民所有制单位的被告进行；两原告作为被告方的造型设计人员“完成法人交付的工作指标任务，取得工资、奖金及相关的医疗、分房等福利待遇，创作成果则归

① 信芳：《电影〈红色娘子军〉鲜为人知的幕后故事》，《上海采风》2012年第4期。

② 刘文韶：《我创作〈红色娘子军〉的历史过程》，《军事历史》2007年第3期。

③ 吴真、贺敏洁：《〈红色娘子军〉最早上演》，《南方日报》2003年3月17日，转引自陈吉德：《电影〈红色娘子军〉创作人员考》，《南京师范大学文学院学报》2011年第2期；蔡葩、吴名辉：《红色风烟今又起——追忆〈红色娘子军〉经历的几个创作阶段》，《海南日报》2004年2月8日，转引自罗长青：《“红色娘子军”创作争论及其反思》，《长江师范学院学报》2009年第1期。

④ 《梁信、谢晋否认故事片〈红色娘子军〉根据琼剧改编》，<http://hnszw.org.cn/data/news/2014/10/73499/>。

⑤ 梁信：《从生活到创作》，中国电影出版社编：《红色娘子军从剧本到电影》，北京：中国电影出版社，1962年，第212—227页。

⑥ 罗长青：《“红色娘子军”创作争论及其反思》，《长江师范学院学报》2009年第1期。

⑦ （2004）年二中民初字第00010号。

⑧ （2004）高民终字第900号。在另一起同一人拍摄的摄影作品著作权纠纷案中，一审法院同样认定涉案的十二幅摄影作品是一般职务作品，但著作财产权由原告和被告共享，见（2006）一中民终字第9153号。

⑨ 冯象教授为《经略网刊》转载《法盲与版权》一文所加的按语。

⑩ （1995）高知终字第18号。

⑪ 《胡进庆、吴云初诉上海美术电影制片厂著作权权属纠纷案》，《最高人民法院公报》2013年第4期。

属于法人，符合当时社会人们的普遍认知，也是社会公众普遍认同的行为准则”^①；两原告就创作成果已取得远高于工资性奖金的酬金和奖励；两原告在系争作品创作完成的二十四年间从未就系争造型的著作权向被告提出异议。因此，可以认定“葫芦娃”角色造型美术作品的著作权由被告享有，两原告仅享有表明其作者身份的权利。^②在阿凡提木偶片著作权纠纷案^③和动画影片《大闹天宫》孙悟空人物形象美术作品的著作权纠纷案^④中，法院均努力在不扩大法人作品与特殊职务作品范围的前提下通过认定涉案作品的著作财产权由双方共享来达到平衡利益的目的。

可见，法院对法人作品的认定历来作严格的限定，^⑤对于特殊职务作品的态度亦十分谨慎。至于电影文学剧本一类的文字作品，法院历来视为个人创作空间较大，对单位的物质技术条件依赖较小而倾向于否定法人作品或特殊职务作品的主张。虽然我认为参照葫芦娃一案审理本案是更妥当的思路，但本案的判决并未偏离司法的一贯精神。何况，与上述各案不同，本案并未涉及梁信的单位——广州军区，中芭亦未提出原告是否权利人的抗辩理由，主审法院不可能去节外生枝。

三、著作权法的逻辑

假如用外国著作权法（如美国）来审理本案的话，我们倒是意外地发现，电影文学剧本《红色娘子军》极有可能成为职务作品（或雇佣作品）。^⑥

我国《著作权法》关于法人作品和职务作品的规定一直造成司法实务中的许多问题。^⑦有学者指出，中国著作权法关于法人作品和特殊职务作品的规定在逻辑上无法令人信服，原因在于“《著作权法》在借鉴国（境）外不同立法例时，没有弄清各国的立法之间的差别”。与我国《著作权法》相同，英美版权法视法人为作者。但以美国为例，版权法同时明确地规定了雇佣作品，如无相反约定，由雇主享有所有版权；即使有约定，雇主依然是作品的作者。大陆法系著作权法不承认法人作者，著作权归创作的自然人所有，亦不会出现中国特色的难题。^⑧

我国《著作权法》的法人作品和职务作品规定中的问题是不是可以简单地归结为对外国相关制度理解不透呢？亲身参与早期立法的郑成思教授撰有一篇立法总结^⑨，该文极生动地展现了法人作品和职务作品的问题并非立法失误。笔者认为郑文是中国《著作权法》立法史上最重要的文献之一。

郑文指出：

尽快建立起保护“一切信息固定形式”的版权制度是当务之急；

“工资作者”及“职务作品”是社会主义制度下的特有概念和建立社会主义版权制度的难点；

从目前的劳动制度和分配制度改革所处的阶段来看，不宜照搬任何外国模式。因为——

我国的作者中绝大多数是领国家工资的干部。但如果把他们都视为“工资作者”，把他们创作出的作品都视为“职务作品”，建筑在这种认识上的版权法，则只会阻碍文化与科技作品的创作，绝不会起到鼓舞创作的作用。原因很明白：我国的工资并不反映领取工资者的创作成果。

如果借鉴传统英美法系的方式制定我国的版权法，我们就必须有全新的工资制度，使有创作能力并认真从事创作的人，成果与工资相应，在这种情况下，可以把他的绝大部分作品视为职务作品。但这样的工资制度只可能出现在改革之末，而不是改革刚刚开始的今天。

如果借鉴传统大陆法系的方式，我们就必须有健全的劳动合同制，在任何创作开始之前，创作成果（作品）日后的版权如何被作者及单位使用，就已有明确的规定。在这种情况下，职务作品的范围可以很小

①② 《胡进庆、吴云初诉上海美术电影制片厂著作权权属纠纷案》，《最高人民法院公报》2013年第4期。

③ （2015）沪知民终字第200号。

④ （2012）沪高民三（知）终字第67号。

⑤⑦ 陈锦川：《著作权审判——原理解读与实务指导》，北京：法律出版社，2014年，第84、74页。

⑥ William M. Landes, Richard A. Posner, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, the Belknap Press of Harvard University Press, 2003, p. 271.

⑧ 王迁：《著作权法》，第221页。

⑨ 郑成思：《信息产权与版权法》，中国版权研究会编：《版权研究文选》，北京：商务印书馆，1995年，第86—108页。

(甚至不存在)。然而劳动合同制在我国企业中刚刚开始试行,在智力产品的生产单位(科研机关、大专院校、文化、文艺团体等)更是正试着迈步。^①

现阶段要把劳动合同制度马上搬进《著作权法》,以解决职务作品的问题,只会欲速则不达。应分两步走——

在不久的将来产生的第一部版权法中,虽然绝大多数作者是工资作者的事实仍旧未变,但职务作品(即版权归单位或单位可自由使用的那部分作品)的范围应划得尽量地小,使大多数从事创作的人在工资保证其基本生活水平之外,还能通过行使版权取得对创作成果的报酬。

我国的工资改革基本完成(也许永远不会最后完成,它可能始终是一个“过程”),劳动合同制度在大多数单位已经建立之后,则应及时修改我国的版权法。在这个时候,“工资作者”可能已不存在,任何在单位从事的科技、文艺“创作”活动(而不是其他工作),都是通过委托合同、承包合同或其他合同来规定版权中经济利益的归属的。^②

可见,法人作品和职务作品制度的逻辑不清,不但不是立法稚嫩造成的失误,恰恰相反,它是高度成熟的立法果实。发达国家的雇佣作品制度要解决的问题是如何更大限度地促使个体的创作成果让渡到私有制企业的手上,从而加速智力成果的资本化。但是,中国的《著作权法》要完成的阶段性任务是通过职务作品的限制,增加自然人对作品的支配权,加速个体和全民所有制或集体所有制单位分离,从而加快新的劳动合同制和市场体制的建立。社会发展至今,这一阶段的任务基本完成,新的法人组织和分配制度皆已形成,专家学者们在新一轮的《著作权法》立法中希望修改法人作品和职务作品的规定成为水到渠成之举。历史发展之快,足以使今人只看到著作权立法滞后于已经成熟的经济体制,往往忽略了“前人种树,后人乘凉”的过程。

因此,从一开始就支配《著作权法》立法的是产权激励的逻辑,即郑文中的改革旧的工资制度(大锅饭),建立版权秩序和劳动合同制。^③在这一逻辑的宰制下,法人作品和特殊职务作品需要被严格限制,自然人作者的权利需要被扩大。在1991年实施的《著作权法》立法过程中,关于法人作品和职务作品的规定成为十分棘手的问题,最终是各方妥协的产物。^④当时立法中经历了不同意见的反复讨论,其中,草案有一稿曾经设想法人和非法人单位是作者,但遭到起草小组的多数反对。最终,1991年实施的《著作权法》通过划分一般与特殊职务作品使前者的著作权由作者享有,比起1987年4月的草稿中的规定——职务作品的版权归单位所有——迈进了一大步。^⑤

在这一逻辑下,剧本《红》要被认定为法人作品或特殊职务作品自然不易。虽然那个年代的作品创作无一不是为了完成单位的任务,在单位的主持下进行,利用了单位的物质技术条件,自然是单位职工,由单位承担责任,但所有这些情形,在国外绝对构成被雇佣作品或著作权归法人的要件,在国内仍然无法符合认定标准。

四、中芭的逻辑

前面所述的产权逻辑,建立在对旧的分配制度缺乏效率,无法给予创作主体充分激励,亟需改革的认识之上。然而本案中,中芭的愤怒恰恰因其认为劳动成果被掠夺而起。

本文归纳了中芭在2015年的声明中的若干要点。第一,比梁信电影剧本更早,并有文字记载可查的作品有冯增敏的回忆录《红》、刘文韶的报告文学《红》和琼剧剧本《红》,洪常青、南霸天等人物和姓名在琼剧中已出现。第二,芭蕾舞剧的创作是由周恩来总理提议,由中宣部和文化部决定的。第三,芭蕾舞剧《红》是中芭的创作人员和演员共同艰苦创作以及其他力量如部队资源共同支持的成果,“是体现国家意志

①② 郑成思:《信息产权与版权法》,《版权研究文选》,第100、101页。

③ 明乎此,法院在处理历史遗留问题的案件中时常提到组织和工资制度的改革就毫不奇怪了。参见《胡进庆、吴云初诉上海美术电影制片厂著作权权属纠纷案》,《最高人民法院公报》2013年第4期。

④ 沈仁干:《著作权立法情况介绍》,江平等:《中华人民共和国著作权法讲析》,北京:中国国际广播出版社,1991年,第52页。

⑤ 刘春田:《著作权保护的原则》,江平等:《中华人民共和国著作权法讲析》,第103—105页。

的集体创作行为”。第四，“舞剧从电影剧本借鉴的主要是大革命年代的背景、主要人物的斗争故事。但表现方式却完全不同于电影，是一项艺术上的全新创作。”^①

以上要点实际上都在述说一点：本案判决给予梁信方的权利超出了梁信对芭蕾舞剧《红》的贡献。如果上述要点属实，中芭的愤怒就不是无理取闹，而是任何人面对劳动果实被掠夺的正常反应。下面我们来逐一审查中芭在声明中的主张。

关于第一点，不管具体源自谁，可以确定的是，梁信的创作是在前人材料上完成的。关于第二点和第三点，可以有多方面的材料一致证实。重点在第四点。凡对芭蕾舞剧有所了解的人均明白，不同于文字作品和电影作品，舞剧的舞台背景相对单一，人物也不能过多，不擅长叙事，芭蕾舞剧《红》只是从剧本中借用最基本的人物和情节。^②同时，芭蕾舞剧没有对白，其主题思想、人物性格和情感的唯一表现手段就是舞蹈动作。从文字到舞蹈，是完全不同的两种艺术形式之间的巨大跳跃。^③在对芭蕾舞剧的贡献上，许多人如编导、舞美、音乐创作人、演员甚至交响乐团的贡献都绝不亚于文字剧本作家。^④而且，舞剧的最终完成是在舞台上，一出优秀的舞剧必须依靠一代代演员的培养、演出和传承才能永葆活力。

在其他案例中，法院常把各方对作品知名度、市场价值的开拓作为考量因素。在《红》成就经典的路上，电影成功在前，芭蕾舞剧登顶在后。这绝不是贬低梁信先生等文字作者的功劳，因为电影的成功有赖于出色的文学剧本，但梁信先生对芭蕾舞剧有贡献，反过来，芭蕾舞剧使《红》成为不朽，同样是梁信先生获得的巨大回报。更何况，无论电影还是芭蕾舞剧的成功，都是由组织调集资源，集中了全国的第一流艺术人才合作创作，是汇聚了无数文艺工作者的心血的结晶。在回报的衡量上，虽然当时没有著作权法，但梁信作为一名军人，长期领取固定的工资（据梁信说当时是普通人的两倍多，八十九元），当年还领到了五千元稿酬^⑤，享受医疗和养老福利，拥有广州军区干休所的住房，又因剧本获得各种殊荣，其劳动成果已经得到对等的回报了。

20世纪末，中国的著作权法律意识开始苏醒，中芭并没有表现得像一名法盲。他们主动、及时地联系梁信，签订了一次性给付著作权使用费的协议。他们对新的《著作权法》，对梁信的劳动是尊重的，即使在审判中，他们也从未想过否认舞剧改编自梁信的剧本和质疑梁信对剧本的权利主体资格。^⑥中芭也有他们的逻辑，这个逻辑就是劳动创造权利，尊重他人劳动。

但是，根据法院的裁判，剧本是梁信的个人作品，《著作权法》规定著作财产权由其亲属继承。这恰恰违背了著作权立法的初衷即实现更有效率的分配。本案中，原告的最核心诉讼请求是停止侵权，未经原告另行许可的情况下，不得演出根据原告作品改编的芭蕾舞剧《红》。而据中芭2015年声明，2010年1月，梁信女儿要求中芭重新签约，随后梁信方向北京市版权局申请版权纠纷调解，提出“中芭应补偿梁信1993年6月至2001年10月期间的稿酬50万元（1993年双方签约至2001年新著作权法出台），以及2001年10月至2010年的稿酬100万元。自2011年1月起，中芭每年支付稿酬30万元（不计演出场次，即不论演出多少场，即使不演出也要支付）。同时，中芭必须与其签署新的使用合同，新合同未签署前，中芭应停止芭

① 中芭2015年声明函。

② 参见孔庆东：《红色娘子军——中国戏剧发展纵论》，第185页。

③ “我们的剧本曾受到梁信同志编剧的同名电影启发和影响，但芭蕾舞与电影终究是两种不同的艺术形式，有着截然不同的艺术规律。”李承祥：《一部中国芭蕾的历史记忆》，欧建平：《纪念〈红色娘子军〉首演五十周年文集》，上海：上海音乐出版社，2014年，第234页。

④ 请看《纪念〈红色娘子军〉首演五十周年文集》中李承祥、蒋祖慧、王希贤等诸位的文章。如第27页，“按照电影剧作家梁信的看法，琼花是绝对的主角。”“但芭蕾舞剧不能像电影一样，每场都让主角跳。”第36页，“为了表现琼花的反抗，突出她倔强不屈的个性，我设计了一个原地的‘猫跳’，接‘阿拉贝斯克’（Arabesque），但上身的动作是‘斜身探海’的造型，有一种要翻身的感觉。这样，既运用了芭蕾舞的语汇，使用了脚尖的技术，又具有民族的风格和韵味，更增加了力度，表现出了琼花鲜明的个性。”第37页，“在第一场里琼花与老四的双人舞中，也运用了京剧‘四击头’的表现方式，同时还加入了大量中国古典舞的动作，如‘乌龙绞柱’‘吊腰’‘扫堂腿’‘串翻身’等。在这个舞段里，我试图突破古典芭蕾舞男女双人舞多表现爱情题材，以及‘A-B-A’的固定模式，不仅仅是炫技，而且借用京剧‘对打’的表现形式和民族舞蹈的元素，表现出了琼花与老四格斗的记录场面，凸显了琼花的誓死反抗和不屈个性。”

⑤ 易哲：《梁信：〈红色娘子军〉改变了我的人生轨迹》，《新快报》2011年5月17日。

⑥ 本案一审判决书（2012）西民初字第1240号。

蕾舞剧《红》剧演出。”^①如果上述情形属实，结合舞剧《红》的创作事实来看，哪里还有半分公平分配的逻辑？这既非按劳分配，更加不可能是当初立法者畅想的鼓励创作，因为“天上掉馅饼不会产生激励”。^②

可能因为涉及分配制度的原因，或者是因为《红》的红色经典地位，主审法院在认定剧本的作者是梁信之后，显然采取了调和的手段：驳回梁信方认为中芭未经许可可继续演出，要求停止侵权、赔礼道歉的诉求；认定中芭侵犯梁信的署名权，但只须向梁信个人书面赔礼道歉，不必公开；判令中芭向梁信方支付继续演出的费用，但在费用数额上，一审法院考虑到“芭蕾舞剧的表现形式，文学剧本在舞剧中的作用，以及被告芭蕾舞剧《红色娘子军》演出和获益情况”，判令中芭为 2003 年 6 月以来的持续演出向梁信方赔偿经济损失十万元。^③二审进一步指出：“其所具有的红色艺术经典地位，使得其演出场次中有相当比例并非纯粹意义上的商业演出，因此不能仅因其演出场次而当然认定其具有较高获利。”“亦需考虑芭蕾舞剧与电影剧本两种不同作品类型的差别对于使用比例的限制，该作品产生的时代背景及作品特点等因素。”一、二审案件受理费大部分均由梁信方负担。^④

然而在产权逻辑的支配下，司法处处受到掣肘。第一，1993 年的协议属于不确定的事实因素，反言之，如无此类事实法院将无法从本案的裁判思路中获得否定同类诉求的事实抓手。第二，司法只能支持毫无效率的支付使用费请求。第三，如果中芭此后对舞剧进行新的改编则可能再次引发争讼。第四，此后任何第三方的改编都必须得到梁信家人的许可和支付使用费。第五，本案判决不能在“追名”方面削弱诉讼激励。通过打官司的行为获取关注度在今日的经济社会无疑是争夺稀缺资源的理性行为。《红》等红色经典就是一座巨大的注意力宝矿。本案的判决丝毫未能削弱此种动机。更重要的是，法院未能充分认识到本案特有的政治伦理问题。

五、社会主义文化生产机制

十分尴尬的是，《著作权法》实施至今中国文艺界没有孕育出足够的红色经典及其他经典（如美影厂的动画），可以与之之前机制下的文艺作品相颉颃，这总被归因于著作权保护不力。那又该如何解释实施前的众多经典呢？

我想从一篇非常详尽、生动的文章谈起。^⑤文章提到：“中国第一代芭蕾舞演员有一个非常有趣的现象：女孩子大多来自富裕家庭，而男孩子多出身贫苦，看中的是舞蹈学校管吃管住的优越条件。”据白秀峰回忆：“管吃管住，甚至连衣服都发。每月十五块钱伙食费，还有四块钱营养费，这在五十年代不得了。”“当年，国家在负担学术所有费用的同时，还提供优厚的物质保障。相对于当时的普通百姓，舞蹈学校的孩子们过的是标准的贵族生活。”^⑥

在创造了中国芭蕾辉煌的第一批专业芭蕾演员的培养上，有三点非常值得注意：一、人才培养机构是由国家建立和负担的；二、人才选拔上是严格和公平的，富裕和贫穷家庭的子弟机会均等；三、基本的物质生活条件是有保障的。

可惜的是，无法查找到当年《红》创作和表演人员的工资收入。但可以推想，作为由周总理指示、文化部亲自抓的文化项目，物质保障是不成问题的，更不必说被树立为革命样板戏之后。“那时候，样板团的演员穿军装，国家每月补助十二块钱伙食费，俗称‘穿板儿服，吃板儿饭’。”^⑦由于当时全社会普遍实行工资制，各个版本的《红》的创作人员都隶属于舞团、部队或其他单位，都有稳定的收入来源。

总结起来，这两点对于创作活动极为重要：公平和稳定。这也是 1949 年后开展的社会主义改造运动要实现的目标。以上海的沪剧团改造为例，剧团内实行等级制工资，并非无视工种、工龄和人才紧缺程度的

① 中芭 2015 年声明。

② William M. Landes, Richard A. Posner, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, p. 275.

③ 本案一审判决书。

④ (2015)京知民终字第 1147 号。

⑤⑦ 《中芭往事》，李红采编、朱秀亮执笔，《读库》2010 年第 4 期。

⑥ 《中芭往事》，《读库》2010 年第 4 期。即便如此，生活依然非常艰苦，白秀峰回忆，最困难的 1961 年毕业的学生中，早逝的有六个。

大锅饭。在改造中，政府尽力缩小甚至想消除收入和地位上的差距，在照顾艺人生活健康方面做了较多的工作，在收入上经过评级调薪，普遍提高了中下层艺人的工资，还执行了家属补助和公费医疗制度等等。^①没有著作权法，不等于文艺工作者的地位和收入就没有保障。

梁信之所以在诉讼中占据优势，是因为电影文学剧本的署名一直是其本人。可见，即使在《著作权法》实施之前，个人的署名权也没有完全被剥夺，社会上比如中芭对梁信的作家身份始终是认同的。又如，谢晋在回忆电影拍摄的过程中谈到，原来的文学剧本中曾经写过一场戏：娘子军撤退到深山后的艰苦时刻，红莲生下一女后死去，给人总的感觉过于压抑，“商得作者的同意，在影片中作了修改”。^②梁信的修改权和保护作品完整权同样是受到尊重的。作家的权利和社会地位与著作权的产权逻辑没有关系。

无法想象，《红》等经典作品能够在完全缺乏效率的环境里被创作出来。单位负责文艺工作者的生活保障和创作保障免除了个人的生活压力，又提供了创作的种种便利，同时个人从属于组织，实现智力成果共享，大家各抒己见，毫无保留，大大突破了此前的文艺创作规模，形成了独特的文化生产模式。^③可见，没有组织的支持和保障，刘文韶和梁信们怎么可能无后顾之忧地长期从事采访和写作？他们又怎么可能无需任何合同洽谈就免费地使用别人的材料？背后发挥作用的正是社会主义所有制和分配制度，使交易费用大大降低，这就是独特的社会主义文化生产机制。

当时，芭蕾舞剧《红》是在“三化”（即革命化、民族化、群众化）的指导思想下进行创作的。革命化、民族化、群众化是延安文艺路线的延续。“在现在世界上，一切文化或文学艺术都是属于一定的阶级，属于一定的政治路线的。为艺术的艺术，超阶级的艺术，和政治并行或互相独立的艺术，实际上是不存在的。”^④所以，文艺要革命化。革命的文艺当然应为工农兵等人民大众服务即群众化。如何做到群众化呢？自然要了解他们熟悉他们，内容上源自群众生活，艺术上采取人民群众喜闻乐见的形式即民族化。

因此社会主义文艺必然高度重视现实主义。因为革命化，所以文艺作品是正剧，不容戏说，创作必须建立在尊重真实历史的基础上。电影《红色娘子军》的导演谢晋在总结拍摄经验时准确地概括出这一特点：“传奇不等于故弄玄虚、耍情节，不能单纯地为奇而奇，追求廉价的剧场效果；否则就会削弱人物，削弱戏的真实性，也影响了证据的严肃性。”^⑤《红》《红岩》等作品的创作线索都是起自回忆录，继而是报告文学，然后才有小说或剧本等具有更多虚构成分的体裁。^⑥后面的虚构作品自然要受到在先作品的真实性的限制。这种真实性要求，一方面抑制了虚构，另一方面又增强了现实主义的“生活化叙事”。^⑦

“那个时代的文艺创作遵从一个十分有意义的原则——深入生活。1964年2月5日，芭蕾舞剧《红色娘子军》创作班底的主要人员赴海南深入生活。”^⑧许多编导思路、舞台设计的灵感都来自于此。^⑨同年上半年，《红色娘子军》进行第一次联排时，部队首长提出意见：你们更像娘子，不像军。8月，演员们又奔赴山西，与大同的战士同吃同住同生活同训练，接受实打实的军事训练，把军队的操练动作融入舞蹈动作设计，突破了西方古典芭蕾的定式。^⑩在另一出芭蕾舞剧《白毛女》的创作中，创作人员多次采风，听取了当地干部和群众许多亲身斗争经历，丰富了创作组的生活积累。为了创作《白毛女》，主创人员带领学生深入农村访贫问苦，师生分散住在贫下中农家，同农民一起生活、劳动，听他们讲旧社会的苦难遭遇，再写出调查报告和体会。^⑪谢晋强调：“演员在接受扮演一个角色的任务后，就应该在日常生活中接近角色，培养角色应有的素质。”在电影《红》的拍摄中，演员要“经常上操、跑步、唱连歌、练军事动作，培养红军战士的

① 彭超：《建国十七年沪剧研究——以国家文艺政策为重点的考察》，硕士论文，上海师范大学，2017年，第37—41页。

②⑤ 谢晋：《〈红色娘子军〉导演创作札记》，中国电影出版社编：《红色娘子军：从剧本到影片》，第274、257页。

③ 罗长青：《“红色娘子军”创作争论及其反思》，《长江师范学院学报》2009年第1期。

④ 毛泽东：《在延安文艺座谈会上的讲话》，《毛泽东选集》第三卷，北京：人民出版社，1991年，第865页。

⑥ 钱振文：《〈红岩〉是怎样炼成的》，北京：北京大学出版社，2011年，第17—163页。

⑦ 蔡翔：《革命/叙述：中国社会主义文学—文化想象（1949—1966）》，北京：北京大学出版社，2018年，第181页。

⑧⑨ 《中芭往事》，《读库》2010年第4期。另参见李承祥、蒋祖慧诸人的文章：《纪念〈红色娘子军〉首演五十周年文集》，第23—56、233—243页。

⑩ 《中芭往事》，《读库》2010年第4期；王希贤：《情系舞剧〈红色娘子军〉》，欧建平编：《纪念〈红色娘子军〉首演五十周年文集》，第45页。

⑪ 杨洁：《芭蕾舞剧〈白毛女〉创作史话》，上海：上海音乐出版社，2010年，第70—73页。

素质,并且使这些不熟悉的军事动作成为自己生活中的习惯,使内心要求与形体动作密切结合起来。不然,拍摄时连枪都拿不动,成了负担,那还谈什么创造形象。”演员还大量阅读革命历史小说,拍摄组还在工作室里布置红军时代的图片,“尽量使演员沉浸在当年红军时代的生活气氛里,也就是尽快地使角色生根在自己的生活里,来缩短演员与角色之间的距离”。^①

这种文化生产机制的有效性已经得到红色经典和其他经典的背书。“海南体验生活不但为《红色娘子军》的成功奠定了真实可信的生活基础,同时加快了创作进程。”^②重要的是,这种文化生产机制对于创作人员而言又是一个改造三观的过程,通过改变他们的生活环境,丰富他们的生活经历,缩短创作主体和创作对象的距离去巩固或改造创作主体的价值观。所以谢晋说:“拍摄革命历史题材的戏,对创作人员来说,是一次很好的学习。我们对革命烈士的崇高品质,对母亲一辈的英勇斗争,一定要有最大的激情,只有这样,我们才能出色地完成这部影片的创作任务。”^③

社会主义文化生产机制还包括独特的文化传播模式。1970年,《关于贯彻毛主席关于普及革命样板戏指示的通知》下发后,“全国范围内的专业剧团、业余剧团都纷纷办起了‘样板戏学习班’,推广革命样板戏,进入全民大唱‘样板戏’的文艺时代。”“‘学演’,是在样板戏普及过程中出现的一个新词汇和新现象。《红色娘子军》被定为样板戏后,一时间,中芭成为各地舞蹈团学习的基地”,中芭的院子里经常可以见到十个吴琼花、十个洪常青、十个南霸天在一起跳舞。“在样板戏的年代里,强调最多的就是《在延安文艺座谈会上的讲话》,其中的主要精神就是‘文艺为政治服务,文艺为工农兵服务’。为此,当时明确规定:凡是演样板戏的剧团演员必须到农村、工厂或军队去体验生活。全国的各个文艺剧团立刻响应,成立流动演出队,下乡、下工厂,为工农兵演出。”^④

据当年洪常青的扮演者之一王国华回忆,自1970年起的一年多时间里,全国上百个专业舞团、数千人被动员前来学跳《红色娘子军》。当他们回到各地后,再传授给了当地城乡的其他专业舞团,以及学校、工厂不计其数的业余舞团,这一切在中国乃至全世界的舞蹈史上都是绝无仅有的。^⑤

作家高默波写到:“样板戏普及的过程中,广大的老百姓变客体为主体,三百多种地方戏曲剧种对样板戏进行了移植。”“事实上,我和高家村的人就加入了这一前所未有的戏剧移植工程,我们用本地的方言、本地的传统戏曲曲调来改演京剧。”“这些活动不但大大地丰富了当地的文化生活,而且加强了社团和公共活动意识。农民第一次用自己的语言、自己熟悉的曲调上台演戏,都兴奋得很。而且,他们全都认真地读剧本,也提高了识字和阅读能力。”^⑥

在这种文化生产和传播机制下,至少上述方面的创作自由实际上扩大了。但这一机制与私权逻辑无法兼容。只有取消私有产权,实现劳动成果为劳动者集体所有,促进团结合作,又通过国家和各级组织的人财物统筹,这种文化生产机制才可能存在。当然并非说,这种机制不会出现问题,但病因在于民主生活作风和公平的分配制度遭到破坏,不在于是否确立私权。因此,改革开放前、后的历史是可以且必须统一起来,即长期坚持同分配不公,不劳而获作斗争。改革开放前的社会主义改造应如此,改革开放后的改革和法治也应如此。然而,著作权的产权逻辑混淆了所有制和分配制度这两个不同的领域,试图通过确立保护个体产权的中心原则来解决分配不公的问题,在客观效果上等于调包计,一不小心就容易从改革分配制度滑落到私权神圣的教条上去。

六、著作权和言论自由

中芭的行为跟《红》颇有相似之处,都因劳动成果被剥夺而起,最终选择法律之外的手段来解决。中芭被视为法盲,那么新法治应如何面对、言说《红》的革命问题?即是说,如果法治作为人设立的制度依

①③ 谢晋:《〈红色娘子军〉导演创作札记》,中国电影出版社编:《红色娘子军从剧本到影片》,第285、263页。

②④ 《中芭往事》,《读库》2010年第4期。

⑤ 王国华:《普及样板戏》,欧建平编:《纪念〈红色娘子军〉首演五十周年文集》,第246—248页。

⑥ 高默波:《起程——一个农村孩子关于七十年代的记忆》,北岛、李陀主编:《七十年代》,北京:生活·读书·新知三联书店,2009年,第98页。

然潜在着蜕变为恶法之治的可能，届时劳动创造权利，劳动者享有劳动成果的逻辑被违反，琼花能不能再次抗争？这构成了《著作权法》处理历史遗留问题的深层困难。一个可行的方案是，在红色经典叙述的年代与当下划出界线。红色经典的叙事属于革命年代，革命具有合法性，但革命年代结束后即进入法治时代，革命的目标——建立法治社会——已经实现，红色经典的革命逻辑应当为法治逻辑所替代。在这个方案里，红色经典必须成为历史遗留问题。这一步又可通过两条腿走路来实现，一是使红色经典的叙事成为过去且呈现虚构性，一是使红色经典的创作历史成为过去却呈现虚构性。

如上所述，《著作权法》悄然完成了权利概念从人民权利转变为个人权利的置换。当争取个人权利被确立为法律上的理性，革命时代的英雄行为和牺牲精神就必须放置在激情的位置上，而激情是难以持久的。但是，在革命逻辑中，琼花向南霸天开枪报仇的激情不是必须服从于无产阶级革命战士的理性吗？实际上，产权逻辑也不可能排除激情，比如对私人利益的追逐、个人的情感等。两者真正的区别在于，红色经典中的战士是抑制对私的激情来达到革命理性，《著作权法》的作者是抑制对公的激情来达到权利理性。

配合权利概念的置换，新的治理体系必定要导入现代言论自由制度及话语，因为如果承认红色经典的特殊性，等于承认红色经典叙事的政治意义即其历史真实性，从而会削弱作为新的根基的个体权利理性。这是在本案中呈现的深层话语矛盾，亦即改革开放前、后的历史的紧张关系。现代言论自由的思路是，文艺当然可以书写政治，但是在法律的眼里，文艺和政治是可以而且应当绝对分开的。因此著作权法律制度不涉及政治的方向在1991年实施的《著作权法》立法之初就非常明确。当时有人认为舆论工具非常重要，必须牢牢控制。国家版权局和国务院法制局的一些同志坚持：“著作权法只解决一个问题，即因作品的创作与传播而产生的各种利益关系。”有专家很形象地比喻成“铁路警察，各管一段”。^①在新的分工下，文艺作品的政治审查当然不是著作权法的任务。不仅如此，《著作权法》还要积极地拥抱现代言论自由制度。

因此，红色经典、英雄烈士被戏说和红色经典的著作权争议是一体两面。阿庆嫂、杨子荣、江姐们成为风流人物，狼牙山五壮士、邱少云、雷锋们成为普通甚至负面的小人物，是著作权背后的产权逻辑充分获得伦理正当性的必要条件。当红色经典叙事失去了真实性，或只能附丽于反人性的一时的激情时，社会主义文化生产的现实主义特质自然也随之被否定。相反，从中产生的假大空的人物形象和故事情节还要成为政治吞噬文艺，禁锢创作自由的证据。“对于国家单位中的成员，新政府是通过供给制或薪给制的方式把他们‘包下来’的，这种方式为新政权实现对其成员形成从物质到精神上的系列控制预设了根基。文学领域的单位实行的也是这种制度。”^②作协和作家全由国家包下来，作家的身份就不再是自我的存在个体，而是国家机器上的齿轮和螺丝钉。^③如此，要使自身与政治分开、赢得自由、健康成长，文艺必须依靠产权规则的保护、指引，只有这时，欣赏《红》才是安全的。于是，中芭除了“撒泼”外无计可施，而法律如同父亲对待儿女一般指导、监督其成长。法律成了文艺的监护人。

历史往往是“譬如积薪，后来居上”。当产权逻辑在制度实践中逐步展开，它就得以方便地以“存在即合理”来证实红色经典和社会主义文化生产机制的时间性，宣布自身进入的无时间性。这是“现代”的迷思，它把此前所有的年代宣布为前现代，而此后所有的年代只是历史的终结。

所以，红色经典的创作主体必须同他们创作的革命人物一起走进现代接受新的考验。本案就是一次回溯，一次考验。《著作权法》实施后，《红色娘子军》的编导之一、时任中芭团长的李承祥致函梁信，肯定了舞剧的诞生基础是同名电影文学剧本，并表示：“我们过去没有著作权的观念，国家也没有相应的法，所以创作人员（包括原作者、编导、作曲）从没拿到一分钱，现在国家颁布了《著作权法》，创作人员的正当权益应该得到保护。”^④以霍姆斯大法官所说的“坏人”作标准，李先生是不及格的。正是由于当初对法律信任，才有了后来的失望和愤怒，才有了一步步变成法盲的中芭。梁信先生同样有过于老实的毛病。如果

① 沈仁干：《著作权立法情况介绍》，江平等：《中华人民共和国著作权法讲析》，第42—45页。

②③ 斯炎伟：《全国第一次文代会与新中国文学体制的建构》，程光炜：《当代文学的“历史化”》，北京：北京大学出版社，2011年，第22页。

④ 见本案一审判决书。

他听取家人的意见,不与中芭签订1993年协议,^①更不要2004年“傻傻”地向中芭致函祝贺,则法院可能失去认定永久许可的事实抓手,因《著作权法》实施前的行为不可能产生著作权法上的许可效力,他也许会赢得最核心的诉求,要求中芭重新取得授权。据梁先生的家人陈述,其本意也不愿起诉,因为跟中芭许多人都是老朋友。^②在2004年的书信中,梁信还说:“对超期使用的,如天马电影制片厂、芭蕾舞及一切我所知、有地点有单位有人名的改编者,我从不伸手张口要名利。远的不论,近期如郭晓东、晓剑改编长篇小说(好像还有电视剧本)。我已授权给郭,并用书面通知郭晓东:‘我不署名,不要稿酬。’”“我认为:对红军与烈士们的事迹,提笔宣传的人越多越好。这是一个公民的良知与天职。”^③

梁信先生的内心迟疑和由此导致的行动迟缓,正是权利理性要改造的对象,因为“谈论权利的问题,是‘很不光彩的事情’”^④已经成为历史。所以,当梁信先生懂得留个心眼,在协议书里写上将来如文化部另有规定,应修订协议的内容,^⑤法律马上给予奖励——法院据此(及其他)认定协议书并非著作权转让合同。在这样的维权行动中,人们重新学习和适应,历史也不断被重新生产,红色经典叙事连同其创作过程的历史真实性和伦理立场一起被消解。在作者失却自由意志和理性的文化生产机制里,当然是没有理想和真实可言的。

然而创作自由从此实现了吗?1986年访美回国后,“中芭人才开始迅速流失。赵汝蘅记得当时团里有十三位主演,最后走得就剩下三个,乐队演奏人员也所剩无几,整个芭蕾舞团前后走了一百多人”。1994年,《南华早报》报道,中芭平均年龄三十九岁,堪称“世界上最年迈的芭蕾舞团”。^⑥“人才严重流失的同时,中芭面临体制改革后的生存窘境。”“在国家意识形态隐退后,芭蕾与政治疏离,全年二百零七万元的国家财政拨款不够发工资,必须依靠演出,而中国独立的演出市场尚未成熟。”^⑦“由于资金匮乏,入不敷出,债台高筑;舞团的工作、生活环境低劣,知识分子的待遇、住房不能完全落实,人心浮动,全团已很难维持正常运转。”^⑧中芭团长冯英,“琼花”的第三代扮演者,对比今昔时说:“过去国家对芭蕾舞演员‘养到老’,在那种体制下,我一门心思跳舞就行,现实的问题不用想;但现在,年轻的舞蹈演员会有后顾之忧。”“为了解决团内员工“吃饭”的问题,中芭也在承接商业演出。目前全年演出在150场左右,其中商业演出约为100场。‘不仅创作时间不够,对演员的艺术寿命也是过度损耗。’”^⑨当然,这一切可以用人才的自由流动,体制改革的阵痛来解释,但无可否认,再也不会再有那样的创作了:“十人的创作组去海南岛采风,一去就是两个月;一百三十多人的全体演职员下部队体验生活,一去就是许多天;他们全力以赴、编出初稿、进入彩排又是两个多月,随后则是根据各方面意见进行不计其数次的修改……那种集体攻关、潜心创作的专注心态与完全没有市场压力的创作环境令人羡慕不已;最后是五位作曲家联袂、三位编导家携手,那种不分你我、无私奉献的精神更是令人羞愧难当。”^⑩

问题不限于红色经典。“在计划经济年代,美影厂实行统购统销的计划经济政策,每年只要完成中国电影放映公司的收购任务即可。一年营收基本维持在100万元左右,足以支撑全厂职工的正常开支。由于不计成本的投入,有保障的利润,统一发行的市场和渠道,还有国家政策的支持,美影厂的艺术家们不缺时间,不缺档期,不缺播出平台,他们是全世界最幸福的动画制作人,只需要考虑如何拍出好的动画就好了。这也是吉卜力工作室艳羡的:社会主义的他们,实现了艺术至上的动画。”^⑪

① 孙莹:《〈红色娘子军〉之父状告中芭打官司不为图钱》,《北京晚报》2011年10月12日。

② 吕莉红、许青红:《“红色娘子军之父”梁信起诉中芭侵权》,《京华时报》2012年4月17日。

③ 《梁信书简》, <http://hnszw.org.cn/data/news/2014/10/73498/>。

④ 《胡进庆、吴云初诉上海美术电影制片厂著作权权属纠纷案》,《最高人民法院公报》2013年第4期。

⑤ 《为岳父维权九年未果 冯远征泪眼婆娑》, <http://yule.sohu.com/20150331/n410567349.shtml>。

⑥ 万佳欢:《赵汝蘅见证中国芭蕾舞发展:我这一辈子就干芭蕾》,《中国新闻周刊》2011年第48期。

⑦ 《中芭往事》,《读库》2010年第4期。

⑧ 张和清:《生存,还是死亡?——中央芭蕾舞团改革面面观》, <http://www.artsbj.com/html/dance/wdrs/wdjzj/90600.html>。

⑨ 蔡梦吟、蒋肖斌:《中芭舞者之惑》,《中国青年报》2014年8月12日。

⑩ 欧建平:《通天接地的红色经典》,《纪念〈红色娘子军〉首演五十周年文集》,第316页。

⑪ 乌潘潘:《宫崎骏曾赞叹不已的上海美术电影制片厂,如今却没落了?》, <http://www.g.com.cn/comic/42797976/>。

但1984年，怀着朝圣的心造访美影厂的日本动画艺术家高畑勋和宫崎骏十分失望。高畑勋说，美影厂的高层当时只关心分配的问题，他们认为统一工资不合理，希望引进日本的计件薪酬制度。但“一旦计件付酬，就再也拍不出中国学派的影片了。计件付酬不鼓励创新——不断投入新的短片很费钱，而系列片只要搞好开头的部分，角色和背景定下来以后就不会花太多功夫。之前中国同行那种每一部短片都尝试新手段的创作方式，在日本就是完全行不通的”。^①

由此观之，文艺创作自由是同所有制和分配制度紧紧捆绑在一起的。私有知识产权通过实质性地消除了特定的创作模式的可能性，从而暗中限制了特定的创作自由，所以现代言论自由也不过是相对的自由。它虽然自我宣布为永恒，它的历史却十分短暂。言论自由的价值自古以来就被人们所珍视，尧设“诽谤之木”，子产不毁乡校，“防民之口，甚于防川”的道理古已有之。但此前的任何社会都存在言论的雷池。传统基督教和伊斯兰教社会的言论自由决不容忍渎神，儒家礼法社会也决不允许挑战礼教的基本。在人人称颂的雅典民主城邦里，苏格拉底便因言获罪被处死刑。可就是苏格拉底本人最积极反对无节制的言论自由：“我们只要一种诗人和故事作者”，“他们的作品须对于我们有益；须只摹仿好人的言语，并且遵守我们原来替保卫者设计教育时所定的那些规范”。^②

现代已降，再不能像苏格拉底那样堂而皇之地鼓吹言论管制了，因为在现代言论自由下，“在构建公共规范时，没有人会把信仰置于理性之上”^③，而信仰正是前现代社会的言论雷池。“这恰恰是问题之所在。从根本上说，自由主义的意志是没有内容的。”红色经典的信仰世界，在现代自由主义那里成为“对理性秩序的威胁”，“自由主义理论要将信仰紧闭在私人的领域中”。^④因此，红色经典理应下降到一般作品的法律地位上来，允许戏说。如此一来，虽然满足了著作权的产权逻辑的正当性要求，但长此以往，政治信仰和伦理的危机会逐渐加深。这是红色经典著作权纠纷独有的问题。

七、结语：新的形势

“现在世界各国，整个社会都在全球化，那种东西就拍不出来了。从前有冷战，为了进行对抗，资本主义国家也需要有一定的社会主义政策，有些福利政策做得比社会主义国家还好。”^⑤高畑勋以高度的艺术和政治敏感性谈到冷战和冷战后的政治形势对艺术的影响。中国《著作权法》的全部进程，实际上都离不开高先生所言的“全球化”。红色经典与著作权法的狭路相逢，在某种意义上，正是两大阵营的旧格局过渡到冷战后全球化裹挟世界的新形势的产物。那么，本案只是因一个小小舞团的声明引起的偶然性事件吗？

然而历史总是偶然性和必然性交织的产物。2018年4月27日通过的《中华人民共和国英雄烈士保护法》（下称《英烈法》）宣布对英雄烈士进行特别保护。事实上，2017年施行的《民法总则》中已增添相应内容：“侵害英雄烈士等的姓名、肖像、名誉、荣誉，损害社会公共利益的，应当承担民事责任。”（第一百八十五条）

稍早的2018年4月20日，最高人民法院对首例领导人照片的摄影作品权属案再审改判，认为涉案摄影作品拍摄于在《著作权法》施行前，以党和国家领导人为拍摄对象，不能简单依据署名来认定作者。“根据当时的时代背景、该类作品特殊的拍摄过程、当事人的具体行为以及意思表示，可以认定吕厚民拍摄涉案摄影作品系为单位委派的特殊任务，其拍摄器材由单位提供，拍摄过程以及后期的编辑、对外发布有单位决定并由单位承担责任，因此，该类摄影作品应属于特殊的职务作品，由单位享有除署名权之外的著作权。”^⑥

2018年5月14日，最高院公布通知，要求各级人民法院充分认识保护红色经典和英雄烈士合法权益的重大意义，正确审理涉及保护红色经典传承和英雄烈士合法权益纠纷案件，依法保护红色经典传承和英雄

①⑤ 《社会主义的他们，实现了艺术至上的动画——吉卜力创始人高畑勋谈动画电影》，《南方周末》2014年9月12日。

② 柏拉图：《柏拉图文艺对话集》，朱光潜译，北京：人民文学出版社，2008年，第45页。

③④ 保罗·卡恩：《摆正自由主义的位置》，田力译，北京：中国政法大学出版社，2015年，第13、16页。

⑥（2017）京再民字31号。

烈士合法权益。通知指出,英雄烈士“是我们党和国家的宝贵精神财富,是中华儿女的杰出代表,其所承载的精神价值,是中华民族共同的历史记忆,是全体中国人民共同的价值追求,是社会主义核心价值观的重要源泉”。“必须旗帜鲜明毫不动摇地依法保护红色经典传承和英雄烈士合法权益。”“为维护党和国家利益、社会公共利益,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。”^①

《英烈法》的内容大大突破了一般人格权保护的私法自治传统。同样地,对红色经典进行特别保护,强调爱国主义、共同历史记忆和核心价值观的做法,很难视为强调个体作者权利、突出作品商品性、淡化政治性的法律传统的自然延续。毋宁说,它是政法策略的一次重大调整。不过,从最高院的通知的具体要求来看,司法似乎依然坚持不触动著作权的产权逻辑的旧思路,但强调要更重视红色经典纠纷中的公共利益。^②未来如何进一步发展,值得继续关注。

本文已不可能对新形势进行更多分析。但显而易见的是:中国正在迅速崛起,以美国为首的西方阵营不断调整其对中战略,中国迫切需要新的软实力建设;西方的形式法治在新技术发展和难民等世界难题的冲击下逐步动摇,蒙受其全球化输出影响的中国法治理应自我解放;中国社会的主要矛盾转化为人民日益增长的美好生活需要和不平衡不充分的发展之间的矛盾。在这样的形势下,学术必须重估《红》的历史价值。不要忘记,社会主义中国从来不是外来理论的倾销地,不是作为规律的例外而存在,她在经济、政治、军事和艺术上一直对其他国家尤其是第三世界保持着强有力的影响。现在,新形势又一次到来了。

(责任编辑:天竞 见习编辑:王鑫)

① “最高人民法院下发通知要求 加强红色经典和英雄烈士合法权益司法保护 弘扬社会主义核心价值观”。

② 如通知强调的“在确定红色经典作品报酬时,要与其他商品化作品主要由市场决定交易价格和报酬的计算方法相区别,要综合考量红色经典作品的类型、实际表演或者演出情形以及演绎作品对红色经典作品使用比例等因素,同时充分考量创作红色经典时的特殊时代背景,从有利于传承红色经典和宣传英雄烈士光辉事迹的导向作用,酌情确定合理的报酬数额,防止简单化计算金钱给付”,本案的审理事实上也考虑到了。

The Bad Announcement and the Rule of Good Law

—— Visiting the History of the Writing of Rights in the Socialist China's Legal Regulations of Literature and Art
LI Site

Abstract: The National Ballet of China's layman critics on the courts' decision in the case involving the copyright of the *Red Detachment of Women* is the outcome of both the retrospection by the modern rule of law and the founded new relationship in which literature and art shall be governed by law. To understand this historical process, it is essential to review the relation between the socialist legal regulations of literature and art before and after the Reform and Opening up. The logic, which believes in changing the unequal distribution by legalizing individual property rights, dominates the copyright law from the beginning, silently transferred copyright from community to individual. This logic in practice, however, conflicts intensely with both the logic, laborers keep their fruits and the socialistic cultural production mechanism. To acquire its ethical justice., the copyright law under this logic embraces the modern freedom of speech to dilute the red classics. The aftermath is that the relation between the former and the latter thirty years' histories is intensified and that the political ethnic cannot be reconstructed. These problems are becoming more severe with the coming new situation.

Key words: copyright, distribution, labor, the socialist cultural production, the modern freedom of speech