

娱乐法:法学研究的新分支领域

余 锋

(华东师范大学 立法与法治战略研究中心,上海 200241)

摘 要:娱乐法新近几年在中国备受关注。作为法学研究新分支领域,尽管其属性、范围与价值尚未得到充分认识,学界也未形成一致的观点,但是以“领域+问题”而搭建起来的行业性法律新领域的娱乐法,在实践参与和学术研究意义上是不可忽视的客观存在,它由核心内容与边缘地带构成,范围具有确定性与漂移性。体系化娱乐行业法律问题,构建以解决现实法律问题为中心的应用型娱乐法,不但有助于拓补部门法的功能性不足,而且还可以为部门法内容扩充筑基,同时还具有诸如便利娱乐行业交易、提升娱乐行业纠纷解决效率、弥补中国法学教育的经验性欠缺等价值。

关键词:娱乐法;行业法;领域法;部门法

中图分类号:D920.0

文献标识码:A

文章编号:1008-7699(2021)03-0021-09

《加利福尼亚法律评论》早在 1954 年春季号刊载了一组旨在为深入研究娱乐法提供帮助和注入活力的“娱乐产业与法”系列文章,涉及的主题有娱乐产业中的个人服务合同之谈判与履行、默示合同与文学财产、法官与陪审团在文学财产诉讼中的作用、构思与标题的不正当竞争、世界版权公约、电影审查与最高法院等。随着好莱坞影视业的发展及其在世界范围内影响的扩大,美国法院认识到,由于娱乐行业运行过程中呈现出来的问题具有明显特殊性,有必要把不同法律部门的规范集成为一个更为紧凑的法律体,以引导业务实践及解决娱乐行业法律问题;在英国,娱乐法也被公认为是一个独特的法律和诉讼领域。^[1]然而,娱乐法在中国属近几年才兴起的新生事物,^[2]学界在娱乐法基本理论问题上尚未形成一致认识。本文尝试采用“以问题为中心”的法律科学构建思路,从属性与范围两个角度分析作为法学研究新分支领域的娱乐法,讨论娱乐法体系化的价值,为深化娱乐法研究与实践之展开提供可资借鉴的参考。

一、探寻娱乐法定义

娱乐是以愉悦心身为主要或唯一目的的生命活动,^[3]是人类生活要求的反映,是生活的重要组成部分;^[4]它随着人类物质生活的提升与精神生活的不断超越而不断演化,表现为娱乐形式的多样化、内容的丰富化、程度的深入化。^[5]娱乐不但是一种生活方式,也是一种生产方式。自产业革命以来,娱乐业逐渐成长为一项独立的国民经济行业,正大规模飞速发展,受到各国的普遍重视。娱乐与法律通常以四种方式表现彼此间的关系与互动。

第一,作为娱乐的法律(Law as entertainment)。把法律及其实践当做娱乐素材,用娱乐叙事理论对之进行诠释、重述或解读,法律及其实践被当做是予以解释和理解的对象。2008 年《美国律师协会杂志》(*Journal of the American Bar Association*)邀请杰出法律专家评选出 25 部有关律师和法律的最好电影;同年,美国电影学会(American Film Institute)也推出“十佳法庭戏”。^[6]它们或以诉讼程序为叙事路线,或以国际法中的战犯及其惩罚为故事情节,或以刑事犯罪嫌疑人的权利保护为主旨,或以私力救济的正

收稿日期:2020-12-14

基金项目:国家留学基金委项目(201906145015)

作者简介:余 锋(1977—),男,江西景德镇人,华东师范大学立法与法治战略研究中心研究员,法学博士。

当性为立意,将法律及其实践作为素材,用影视娱乐传媒蕴含的理论视角阐述法律及其运行过程中的特点与问题,并启发和引导大众思考。

第二,娱乐中的法律(Law in entertainment)。娱乐产品不仅仅是一种商业消费品,还可能是一种对社会制度表达意见的载体,甚或是一种思潮;以娱乐产品反映和隐含的社会现象为中心,对之进行法学理论与法治实践层面的思考,推动法律观念的转变和促进法律制度的完善。比如苏力教授对电影《秋菊打官司》、芭蕾舞《红色娘子军》、搞笑视频《一个馒头引发的血案》等文娱作品中的法理,甚至是中国法律制度及传统等宏大法律命题进行的讨论。

第三,通过娱乐的法律(Law through entertainment)。用娱乐的手段来讲述法律、讨论法律问题、表达法律思想和普及法律知识,以娱乐方式实现法的指引、预测、评价和教育作用,比如《今日说法》《金牌调解》和《包公来了》等全国及地方电视台播出的各类法制栏目和节目。

第四,有关娱乐的法律(Law of entertainment)。娱乐产品在生产、制作、传播、发行和消费过程中的横向法律关系与纵向法律关系,其以碎片化法律问题的方式出现在法学研究与实践视阈。系统化梳理这些法律问题并对之进行学术性整合,一个听起来具有吸引力的词语——娱乐法——得以生成。^[7]

可见,娱乐与法律在互动过程中以多种方式相互作用、相互渗透、相互塑造。然而,到目前为止,娱乐法还没有一个公认的定义,“定义娱乐法远比想象的更为复杂”。^[8]《布莱克法律词典》认为:“娱乐法,是围绕艺人和制片人代理、合同谈判以及知识产权保护并处理娱乐行业中法律和商业问题的法律领域。”^[9]莱昂内尔·索贝尔教授提出:“娱乐法是由版权、商标、隐私、形象、合同以及部分税法、行政法与反托拉斯法组合而成的混合物。”^[10]在亚当·爱泼斯坦教授看来,“娱乐法是一个与音乐、广播、电视、现场演出、电影、视频、出版以及其他类似行业及行业参与者相关的术语。”^[11]宋海燕教授主张,“娱乐法是融合了合同法、著作权法、商标法、侵权责任法、劳动法,甚至破产法的跨部门的调整娱乐行业商业行为的法律规范的总和。”^[12]刘承魁教授认为:“娱乐法是适用于娱乐行业法律规则系统的总称。”^[13]这些不尽相同的娱乐法定义,究其根本,概因观察视角或切入点的不同所致。譬如,从渊源出发,着重强调娱乐法规范的内容体系;从行业出发,着重阐述娱乐法的行业规则构成;从商业出发,着重娱乐产品生产和交易过程中的实务问题。这些定义在表述上虽有不同,但都从不同侧面或在不同程度上对娱乐法作了概括。

“法律概念不是凝固不变的,也不是毫无疑问和完全清晰的”^[14],“任何概念和定义都只能是简单的、粗糙的、近似的,不可能穷尽事物的全部真相”^[15],科学技术高速发展与行业商业模式急速变动,为寻找一个可以穷尽全部真相的娱乐法定义带来了困难。“即便是娱乐法律师,对什么是娱乐法也有许多不同的看法”^[16]。娱乐法的定义不胜枚举,每一个观察者都有自己的视角,由此持有关于娱乐法定义的不同见解。但是这些不同见解未能掩盖娱乐法的共同要素,没有给娱乐法理论研究及具体实践的展开带来不可克服的障碍。就像“家”是什么含义一样,其概念的大体轮廓不言自明,无需特别加以说明,尽管在人们心中具体地显现出来的“家”的意象由于时代等其他原因而各有不同。^[17]再比如,无论是理论界,还是实务界,对于如何定义知识产权,在世界范围内并没有形成一个统一的、普遍接受的概念,也未能给知识产权下一个定义准确地表述出确切的内涵和外延,^[18]但这并没有在实质上影响知识产权及其法学理论与实务研究的开展、发展与丰富。

为引导和便利娱乐法研究,在保持可塑性和开放性的前提下,使娱乐法能够适应和接纳新情况、新问题,不因事先确定的概念而作茧自缚,甚至把大门关上,^[19]可以给娱乐法作如下界定(或许是“什么是娱乐法”这一复杂问题最为简单的处理方法):娱乐法,是适用于娱乐行业、据以调整所涉主体间权利和义务的原则、规则与制度的总体,是娱乐与法律相结合的产物,是法律与娱乐的“混血儿”。

需要说明的是,“一个法律定义并未真正确定某一术语的意义,它只是提供了一个起点。”^[20]关于娱乐法是什么的回答,只不过是研究娱乐法设定一个大致可以接受的逻辑起点。作为一种社会实践,娱乐法是客观的;但娱乐法是什么,却是主观的,它取决于人们的视角、立场甚至话语,娱乐法并不是存在于智

力的真空之中,相反,它是智力建构与塑造的产物。

二、辨识娱乐法属性

娱乐法的属性问题大多围绕它是不是部门法而展开讨论。例如有观点认为,作为部门法的娱乐法是一个正在形成中的法律部门;^[21]娱乐法调整机制的独特性、娱乐法律关系参与者的广泛性以及娱乐产业规范性文件存在的大量性,足以说明娱乐法是一个法律部门。^[22]法律部门,亦称部门法,是法律体系的基本组成要素,它是指根据一定的标准和原则,按照法律规范自身的不同性质、调整社会关系的不同领域和不同方法等所划分的同类法律规范。^[23]法律部门的形成与存在不以单一法典是否制定为判断标准。通说认为,法律规范所调整的社会关系和法律规范的调整方法,是划分法律部门的两大主要标准。^[24]

发表于2011年10月的《中国特色社会主义法律体系》白皮书指出,中国特色社会主义法律体系已经形成,它是由宪法相关法、民法商法、行政法、经济法、社会法、刑法、诉讼与非诉讼程序法等多个法律部门组成的有机统一整体。白皮书提出的七个法律部门的分类只是提供了法律体系建构的大体框架和规范性文件的大致归属,并没有代替、更不可能穷尽法的内在结构和法律规范性质的研究。法律体系要不断回应社会发展和法治进程的需要,不可能毕其功于一役,不可能一旦“形成”就不再发展,不需要完善。^[25]“由于社会关系错综复杂,并不断发生变化,因此调整社会关系的法律规范也会随之发生变化。有的法律中会同时包含其他法律的一些规范,这就需要按这个法律的主体内容而决定其归类。法律部门的划分也不是一成不变的,随着社会的发展,会产生新的社会关系,新的法律部门将可能出现,原有的法律部门也会有所调整。”^[26]另外,从学理上看,虽然以调整对象及调整方法作为部门法划分标准可以算是共识性认识,在传统部门法划分中具有可适应性,但对于环境法等新兴部门法而言,其不但在理论上难以自圆其说,而且显示出明显的不适应性,^[27]²³⁻²⁴并且源于苏联的部门法理论在世界范围内并不具有普适性。^[28]在调整对象及调整方法之外,为部门法划分设定一些原则,使部门法划分在传统与创新之间找到平衡,可以避免部门法划分标准陷入僵化,以矫正部门法划分标准在新时代的不适应性。有学者主张,主题定类原则应是部门法划分的重要考虑因素。主题定类,是指那些兼及不同领域的法律规范,虽可以从不同角度归类为不同的法律部门,诸如商标法既可被视为保护私权的民事法律,也可因商标授权与确权等行政管理类规范及其引发的纠纷,而被纳入行政案件和行政法的范畴;在这种情况下,需要考虑这些规范的主题或主导精神来确定其部类归属。^[29]事实上,同一个对象分别由不同的法律部门予以调整,在现有法律体系及法律部门中也属常态。例如《宪法》第13条第1款规定:“公民的合法私有财产不受侵犯”。从这个条文抽取出的“不得侵犯公民合法财产”规范,在《刑法》《民法典》《国家赔偿法》等法律部门中均有体现或规定,区别在于侧重点有所不同,或调整方法不同,或调整内容不同,或调整功能不同,或政策目的不同。

然而,新部门法的诞生往往并非一帆风顺,因为它的出现不仅可能改变原有部门法所享有的学术资源分配格局,而且也会打破原有部门法学在法学理论研究中对话语权的垄断。^[27]²⁴诸如商法、经济法、社会法、国际经济法、环境资源保护法等部门法,在形成过程中莫不经历了旷日持久的论战。其实,纯粹概念主义的部门法研究进路,容易使法学研究陷入形式化的泥潭,迷失在逻辑的草原,不仅不能深入到现实社会生活中去,无法从社会生活的客观需要中发现和确认合理的行为规则,而且还不能为法官在面对当事人的现实状况去作出符合实际的司法裁判提供助益,给个案正义的具体实现带来阻碍。^[30]

缘此,以问题为中心的法律思考模式、认识方法和解决方案正在被法学家和实务工作者所接受。^[31]它不再以部门法为中心去思考法律规范分类、法律规范适用,而是以具体的法律问题为出发点与依归点,统合可能涉及的部门法法律规范,以及自律规则、自治规范和惯常实践,围绕法律问题的解决,对之进行实务性归纳和学术性组合,从而形成的一种学术研究和法律实践新范式。该范式围绕解决问题这一主旨,不但不固守部门法藩篱,而且以跨部门法的方式,寻找各类可以解决现实问题的规范,据而形成与之相对

应的领域法学,它以特定经济社会领域全部与法律有关的现象开展研究,新兴、交叉领域“诸法合一”的有机结合,^[32]在认识和方法上,领域法拓补和超越了传统法律部门,填补了单一传统法律部门在解决现实问题时的功能性缺漏,与传统部门法共存于法治实践。^[33]例如,国际经济法的形成,是法学分科从“以传统法律类别为中心”到“以现实法律问题为中心”的重要转变;它不拘泥于法律的传统分类或法学的传统分科,突破国际法与国内法、公法与私法等分类界限或分科范围,采取以法律问题为中心的研讨途径或剖析方法,更全面地认识问题,更综合有效地解决问题,^[34]以解决教育法律问题为中心的教育法亦如是。^[35]

现实法律问题在当代通常以鲜明的行业特征表现出来,由此聚合而成各种专门性行业法,如“房地产法”“建筑法”“医事法”等。民法、刑法、商法、行政法和诉讼法等传统法学学科之于这些新法律领域和新法学研究分支的基础性意义不言而喻,同时,仅有基础法学学科知识尚不足以支撑研究工作的有效开展,还需要掌握相关领域的专业性行业知识。比如,倘若对医事领域的专业术语、治疗标准、救治流程、护理手段、用药措施、风险特性等知识知之甚少,无疑难以从事医事法研究和实务。以行业专门性问题为导向进行科学整合,有助于法功能的更好发挥与实现。事实上,证券法、期货法、银行法、信托法、食品法、卫生法、航空运输法等专业性较强的领域,其行业法属性特别显著。可见,行业法早已广泛存在于中国现行法律体系与法学学科之中,是一个以行业系统划分为基础的概念;它可以有效缝合部门法与部门法之间存在着很多间隙、裂缝甚至断层。^[36]行业法是跨部门法,它具有部门法所没有的优势和作用。行业法以特定的行业为空间,以行业所体现的特殊问题为载体,着重探讨传统部门法在特定行业中的适用,并拓展至相关的专门性行业立法、行业自治规范、行业标准和行业习惯等。^[37]⁶¹我国农业、金融、文化、教育、体育、卫生等各个行业都构成相对独立的行业法治领域,由于国家的经济社会体系是由各个行业所构成的,当各个行业都有健全的规范体系时,整个经济社会法治体系就有坚实的社会基础。^[38]

以电影为例,它首先并且首要的就是一个商业性的行业,尽管就电影作为一种艺术形式的身份曾在理论家和哲学家之中引起了很大的争论。^[39]¹先有娱乐行业的蓬勃开展,而后才有发达的娱乐法,无论是美国还是欧洲都证实了这一点。随着中国经济、娱乐行业及科学技术的快速发展,娱乐行业的主体与范围也相应发生了变化。主体方面,政府主管机构、电视台、行业协会、影视公司、投资者、经纪公司、广告主、新媒体、导演、编剧、艺人、投资者、场馆经营者、游戏公司、玩家、主播、直播平台、演唱会和真人秀节目组织者之间的关系错综复杂,混合着各类行政法律关系和民商事法律关系。在范围层面,从以往较为单一的电影和电视剧法律问题延伸至新兴的网络直播、电子游戏、新媒体、短视频等领域。如何在扩大化的娱乐业范围规范各主体间的关系,用什么样的措施与手段对之进行调整,各主体的权利与义务如何得到保护和落实,侵权行为的归责方式有什么特殊性,侵权者该承担什么样的责任,应当赋予受害者怎样的权利救济渠道,如何“本土化”娱乐业的好莱坞惯例,如何使更多的中国娱乐产品“走出去”等,都是娱乐法需要回应的问题。娱乐法真正的发展动力来自于社会生活中日益增多的娱乐行业主体间复杂利益关系,以及纠纷增多而生发的需求。

如果说娱乐法是否是法律部门仍然存在不同看法,那么,以“领域+问题”而搭建起来的新兴行业法律领域——娱乐法,在实践参与和学术研究意义上已经诞生,它是法学研究分支意义上不可忽视的客观存在。例如,在美国,作为一个实践领域,娱乐法不但获得美国律师协会(American Bar Association)的认可,而且资助出版了一系列娱乐法实务专著;在法学院及课程体系之中,娱乐法不但榜上有名,而且有专门针对娱乐法的法学院排名评价;在教材层面, Sherri L. Burr 撰写的《娱乐法精要》(*Entertainment Law in a Nutshell*)于2017年推出第四版, Jon M. Garon 撰写《娱乐法及其实践》(*Entertainment Law and Practice*)第三版业已修订完毕;在学术期刊方面,《洛杉矶洛约拉娱乐法评论》(*Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review*)和《加州大学洛杉矶分校娱乐法评论》(*UCLA Entertainment Law Review*)等在世界范围内广受关注。

娱乐法并不要求封闭式地独占其研究对象,而排斥其他法律部门的“染指”;相反,它是开放的、包容的,融合了部门法的研究成果,体现的是以问题为导向的法律思维。相比高度抽象的部门视角,娱乐法更具个性化,更接近实践,是一种与部门法相辅相成、交织融合、同构互补的门类。^[40]娱乐法与传统部门法不同之处,不在于基本法律原则与规则;相反,传统部门法是娱乐法必须借助的工具。比如,合同法、侵权法和财产法等,它们在适用于娱乐行业时,要约与承诺、故意与过失、登记对抗与登记生效等这些概念元素都没有发生质的改变,^[41]仍是解决娱乐行业现实法律问题必需的工具。然而,在使用传统法律部门中的原则与规则处理印烙着鲜明特点的娱乐法律问题的过程中,穿行其间的行业惯例和商业实践是不可或缺的影响因素。如选择权(option)、周转权(turnaround)、归还权(reversion)、优先谈判权(right of first negotiation)、最终否决权(right of last refusal)等好莱坞概念,它们与传统部门法之间发生着的影响与反影响、塑造与反塑造,使得娱乐法充满特色。^[42]

另外,在调整方式上,世界知识产权组织(WIPO)推出的电影与媒体调解与加速仲裁机制,也使得娱乐法显现出鲜明特色。WIPO的《电影和媒体调解与快速仲裁规则》(WIPO Mediation and Expedited Arbitration for Film and Media)是专门为解决关于电影和媒体之争议而设计,它由电影媒体业界专家和WIPO仲裁与调解中心联合制定,适合国际电影和媒体交易,尤其是电影发行争议。《电影和媒体调解与快速仲裁规则》规定了调解和快速仲裁程序,可由当事方自行选择合并或单独使用;因电影和媒体行业具有自身较为独特的性质,该规则缩短了调解和仲裁阶段的时限,以加快争议解决进程。考虑到电影和媒体纠纷需要特殊的法律专业知识以及行业和市场知识,WIPO调解与仲裁中心专门为之配备了调解员和仲裁员名册,该名册中的人员来自不同司法管辖区域,且被公认是高度合格的娱乐法调解员和仲裁员。电影制作者、导演、演员、行业协会、制片人、作者、编剧、创作者、投资者、金融家、基金、保险公司、会计师、娱乐知识产权律师、广播公司、分销商、参展商、代理商等等,都可以是该仲裁规则的选用方。

综上,对于学术研究与法律实践而言,娱乐法是否是独立的法律部门,都只是“名”,而真正应关注的是其中的“实”;也就是说,在娱乐行业这一领域,有哪些值得研究的法律问题,这些娱乐法律问题可以利用什么样的智识资源以及如何予以解决,才是娱乐法应当着重关注的。^{[37]64}目前,娱乐法虽然不如民法、刑法、行政法和诉讼法等学科那么紧密周延,但它得到了充分发展,至少可以被视作是一个以解决娱乐行业法律问题为中心的新法律领域和新法学研究分支,尽管在外观形态上暂时的松散性还没有彻底完善。同时,娱乐行业是一股无可否认的社会力量,如果它不能算作是国家的硬实力,那么也应该被纳入国家软实力的范畴,娱乐对政治的影响以及政治对娱乐的介入已得到有力论证与广泛接受,^[43]娱乐法一直在深度塑造着政治、法律和经济。^[44]应当承认,娱乐法还处在发展的初期,其体系的完整性还有待进一步挖掘,但不能因此而选择性忽视娱乐法的既有实践与理论研究。在一个规则日趋复杂的社会中,在“隔行如隔山”的专业化背景下,因数量巨大的具体规则和重叠的信息而呈现出高度碎片化的行业性法律问题,对之进行聚焦于娱乐领域的梳理、提炼和总结,并按照行业生产、制作、发行与消费逻辑而设计出来的结构安排,结合海量司法案例及蕴含其中的裁判要旨与精神,讲述和分享处于孩童时期的娱乐法,在实践参与和学术研究意义上,一个新兴法律领域与法学研究新分支——娱乐法——已经诞生。

三、框定娱乐法范围

娱乐商业交易活动中的法律原则、规则、惯例和实践,是娱乐法的基础组成部分;^[45]但是,娱乐法范围不应泛化,倘若将整个娱乐产业链牵涉的所有法律问题全都装入,其内容大致与中国法律体系相差无几,因为娱乐产业自身及其上下游产业链,完整覆盖了第一产业、第二产业和第三产业,以至出现“一切行业都是娱乐业”的误解。^[46]若不适当进行范围控制,娱乐法的研究内容会失去特色,会因“大而无外”导致“大象无形”,无法让人抓住重点,无法为娱乐行业的规范性内容开展有针对性的研究,更无法有效指导实践。与此同时,尽管著作权是娱乐行业的核心资产,但也不能将娱乐法仅仅缩限在著作权一隅;若将娱乐

法与著作权划等号,那些具有鲜明特征的其他内容将被人为排除在外,而且也无法为娱乐行业中的法律问题提供系统性整体解决方案。质言之,娱乐法的内容也不能“小而无内”。一个法律领域通常由核心范围与边缘地带构成,核心范围具有确定性和清晰性,边缘地带具有开放性和漂移性。

娱乐法范围的确定性可以从多个角度予以理解,如从传播角度看,娱乐法涉及电影、电视、现场演出、音乐、网络游戏、动漫和出版等媒介。其中,电影、电视和音乐是娱乐法的传统稳定内核,^[47]娱乐法解决的现实法律问题之范围亦因此而被大致框定。从功能角度分析,娱乐法涉及娱乐产品之生产、制作、传播、发行和销售等环节,这些环节发生过程中形成纵向法律关系和横向法律关系,是娱乐法研究与实践的主要场域。从规范构成看,《电影产业促进法》《电影管理条例》《中外合作摄制电影片管理规定》《进口影片管理办法》《广播电视管理条例》《广播电视节目制作经营管理规定》《中外合作制作电视剧管理规定》《网络文化管理暂行规定》《网络表演经营活动管理办法》《营业性演出管理条例》《演出经纪人员管理办法》《音像制品管理条例》《音像制品出版管理规定》等法律法规,以及《中国电影制片人协会行业自律公约》《中国电视剧制作行业自律公约》《中国游戏行业自律公约》《中国音乐工作者自律公约》等行业自治规范,是其特色性构成。从部门法视角出发,知识产权法、合同法、反不正当竞争法、广告法、侵权责任法、劳动法、反垄断法、税法等是解决娱乐行业现实法律问题的常用内容。从行业细分角度观察,娱乐法含括电影法、电视法、网络游戏法、音乐法、现场演出法等法律领域。

融合如此众多法律部门与自治文件之规范的娱乐法是不是网络法之后的又一部“马法”?“马法之争”是发生在1996年美国芝加哥大学关于网络法地位的学术论战。参与此次论战的弗兰克·伊斯特布鲁克法官认为,网络法与“马法”(关于马的法律)一样,它不是一个必要的法律部门,因为马的所有权、交易、踢伤人、品种、估价、治疗等有传统的财产法、交易法、侵权法等相应的法律部门处理;为了网络而人为地对现行法律进行裁剪以创制网络法,不过是别出心裁,没有积极意义。^[48]哈佛大学法学教授劳文斯·莱思格在《哈佛法律评论》撰文指出,“网络法不是马法”,网络空间的问题无法通过单一的传统法律予以调整,网络法具有独特的性质和特征,需要一套区别于现实空间的法律进行规制。^[49]网络法作为一个新生事物,在新生之初,受到各种质疑理属正常。现在看来,网络法的特殊性在国内法和国际法两个层面都得到了确认。^[50]

其实,无论是“马法”还是“牛法”,如果是生手,不但无法骑马御牛,反而会因为不熟悉“牛法”和“马法”的特点而“人仰牛马翻”。以解决现实法律问题为中心的娱乐法,聚合知识产权法、合同法、反不正当竞争法、广告法、侵权责任法、劳动法、反垄断法、税法等多个法律部门及特色性自治文件中的相关规范之意义也正在于此。这些综合性规范既是娱乐法的研究对象,也是其他相关法学学科的研究对象,但前者着重并聚焦于娱乐行业的特殊性,后者是行业无涉的普遍性,两者是特殊与一般的关系。

以解决现实法律问题为中心的娱乐法,范围具有确定性的同时,也具有“漂移性”。^[51]比如,曾经被认为是娱乐法组成部分的体育法,^[52]如今在娱乐法教科书中不易找到它的身影;在网络游戏产业化发展尚处于初级阶段时,游戏法并非娱乐法必含内容;然而,游戏法现在成为娱乐法必不可少的组成部分。行业具体问题的除旧布新、娱乐产业范围的迭代更新、科学技术的推陈出新,均是影响娱乐法内容“漂移”的因素。

“漂移性”不但体现在范围上的变化,而且体现在相关内容重要性上的“位移”。比如,舞台表演是一种非常古老的娱乐方式,在影视工业没有得到充分发展之前,规范舞台表演的法律制度是娱乐法应予关注的重要内容。虽然在受到影视工业冲击下,舞台表演在文化和艺术媒介中仍扮演着重要角色,^[53]但不容否定的是,与舞台表演息息相关的现场演出法律制度,在理论研究与实践总结层面,或处于缺位状态,或处于边缘化状态,难说受到了重视。^[54]事实上,所有法律部门及法律领域在不同的时空都具有“漂移性”,差别只是程度上的不同而已,“漂移性”并不是“确定性”对立面,反而是开放与包容的娱乐法所具有的品格。

娱乐法发展过程的初级阶段性质,既为其范围的“漂移”拓展提供了成长空间,也制约了范围的四处“漂移”。具有“漂移性”的娱乐法并非天马行空,它紧紧围绕娱乐产业五大分支——电影、电视、音乐、网络游戏和现场演出——生产和销售过程中形成的纵向法律关系与横向法律关系,融合知识产权法、合同法、反不正当竞争法、广告法、侵权责任法、劳动法、反垄断法、税法等多个法律部门及特色性自治文件中的相关规范,阐述与研究娱乐行业所涉主体之活动和行为在管制与流转两大层面的理论与实践法律问题。

四、认识娱乐法价值

作为法学研究之新分支领域的娱乐法,行业性是它的基本特征,通过体系化娱乐行业法律问题,构建以解决行业现实法律问题为中心的娱乐法,其价值至少体现在如下五个方面。

第一,对于研习与解决娱乐行业领域内的法律问题可有事半功倍的效果。“找法”并予以援引和适用,是处理具体法律问题的重要环节,然而,通过法律部门这个概念以实现“找法”目的,其指引作用较为有限;因为在具体案件中的法官和律师,其思维中心是与案件有密切关系的法律规范,只要有助于解决特定法律问题,这些法律规范究竟是否属于同一法律部门,通常并不是他们主要要考虑的问题。^[55]体系化的娱乐法,在总结和归纳的基础上提炼出行业性的惯常法律问题及解决方案,犹如航海中的指定航道通行制,即便对该水域未必有丰富的实航经验,只要各行其道、按图索骥,皆可避免搁浅、触礁与碰撞。^[56]娱乐法与民法、刑法、行政法等基础法学学科之间的关系,犹如工科与理科之间的关系一样,不能因为数理化具有无可忽视的基础价值,而认定应用型和实践型工科的存在缺乏必要性。^[57]

第二,便于理解部门法在娱乐行业领域的具体运用,为部门法研究开拓行业视野。部门法在不同行业背景下的理解与适用,往往因连接的对象不同而有不同的偏向,娱乐法律问题需要将传统法律知识置入娱乐行业背景中加以理解。^{[11]3}虽然娱乐行业与其他行业一样共享许多法律概念,但是这些法律概念在娱乐行业中有它们自己的惯例与实践,^[58]娱乐行业的商业现实为法律原则与规则注入了新鲜元素。^[59]比如货物买卖,因其有形性,在交易上注重物权法与合同法的连接;而影视剧的生产与交易,因其无形财产属性明显,所以更多地注重知识产权法——尤其是著作权法——与合同法的结合。再比如好莱坞影视行业实践中的“pay or play”条款,其广泛存在于艺人与制片方之间的协议中,指的是即便影视剧未能如期拍摄,艺人应获得的预期报酬或定额报酬不受影响;^[60]其效力及法律后果在中国法上会是一种什么样的可能结果,既是部门法在娱乐行业具体运用的体现,也为部门法研究的深化展开了行业画卷。

第三,有助于娱乐行业风险的防范、排查与管控、处理。以部门法分立的方式构筑起来的法律体系,在风险无处不在的社会中,其应对效果颇有捉襟见肘之势;若无法提供“从出生到死亡”的一揽子整体解决方案,而是零散化地呈现各部门法的效用,风险的防范、排查、管控与处理就会因为各个阶段的连接点可能的脆弱或上下衔接程度不够,而经受“打折”之痛,甚或因此而衍生出更多需要解决的新问题。虽然大多数社会关系可以统摄在部门法之下,但社会关系的粗线条分类是部门法发挥其普遍性功能的必需,无法以精细化的方式进行调整。娱乐法作为以针对性姿态呈现的行业专门法恰恰可以起到填漏补缺和精准调整功能,在风险防范、排查与风险管控、处理等阶段,根据特定行业内部的风险状况和行业内在规律发挥作用,^[61]同时还可据以将风险关口前移,减少或降低“消防员”和“救火队”的出动频次。

第四,有助于娱乐行业规范的定型与发展,为部门法内容扩充筑基。以惯例而存在的行业性做法,未必与法律规范的要求相一致,发生纠纷时,当事方各执一词,各据其理;而通过娱乐法律问题的体系化处理,可以为行业既有惯例与法律规范提供可供通约的参考性导引,化解既有惯例与法律规范之间可能存在的冲突与不一致,形塑行业规范,助力行业发展。美国的商业电影制作者很早就意识到标准化的重要意义,^{[39]33}例如在好莱坞常常被配套使用的优先谈判权(right of first negotiation)和最终否决权(right of last refusal)等惯行权利条款,通过娱乐法实践对其内涵与外延以及适用层面的定型;定型之后,可像

FOB、CIF等国际贸易术语一样,对于行业纠纷的避免与化解,以及对行业效率的提升,都具有不容忽视的意义。

第五,可以弥补中国目前法学教育的某些欠缺。中国的法学教育缺少行业经验的贯融,缺乏对行业法律经验之理论概括和总结,具有行业实践理性的知识还没有能够充分地进入法学教育。^[62]打通横亘在法律与娱乐行业之间的壁垒,把娱乐行业的法律问题凝练出来、体系化呈现出来,对于解决中国法学教育中的盲点填补,以及解决新兴学科与交叉学科发展不足、课程体系不够完善等问题,^[63]均有积极作用。另外,行业法律经验研究可以弥补规范研究对经验把握不足的缺陷,从经验中推出理论,通过新实践的检验,使理论获得更大范围的解释力、规范性和正当性。^[64]

五、结论

作为法学研究新分支领域的娱乐法,尽管学界对其属性、范围与价值尚未形成一致的共识点,但是,以“领域+问题”而搭建起来的行业性法律新领域,娱乐法在实践参与和学术研究意义上是不可忽视的客观存在,它由核心内容与边缘地带构成,范围具有确定性与漂移性。体系化娱乐行业法律问题,构建以解决现实法律问题为中心的应用型娱乐法,不但有助于弥补部门法的功能性不足,而且可以为部门法内容扩充筑基,同时还具有诸如便利娱乐行业交易、提升娱乐行业纠纷解决效率、弥补中国法学教育的经验性欠缺等价值。

参考文献:

- [1] 安尼·雅克.英美两国娱乐法概况——有关演员声望和名次的法律的产生[J].莱夫,译.环球法律评论,1990(1):50.
- [2] 高全喜.娱乐法、虚拟世界与未来生活[J].东方法学,2018(2):99.
- [3] 吕浩,肖群忠.论娱乐的价值意蕴和伦理内涵[J].伦理学研究,2016(6):111.
- [4] 钟敬文.论娱乐[J].浙江学刊,1999(5):92-93.
- [5] 朱礼庆.娱乐的本性:电视娱乐节目的娱乐性研究[M].北京:光明日报出版社,2013:1-2.
- [6] HARDER C J. Entertainment law & litigation[M]. New York: Matthew Bender & Company, Inc., 2016: 3.
- [7] BIEDERMAN D E. Law and business of the entertainment industries(fifth edition)[M]. Westport: Praeger Publishers, 2007: 2.
- [8] GREENBERG G. How to build and manage an entertainment law practice[M]. Chicago: American Bar Association, 2001: 13.
- [9] GARNER B A. Black's law dictionary(eighth edition)[M]. St. Paul: Thomson West, 2004: 573.
- [10] LIONEL S S, BIEDERMAN D E. International entertainment law[M]. Westport: Praeger Publishers, 2003: 3.
- [11] EPSTEIN A. Entertainment law[M]. New York: Pearson Education, Inc., 2006.
- [12] 宋海燕.娱乐法[M].北京:商务印书馆,2014:1.
- [13] 刘承魁.影视娱乐法论纲[J].法学杂志,2016(12):7.
- [14] 孔祥俊.司法哲学[M].北京:中国法制出版社,2017:350.
- [15] 郭道晖.法理学精义[M].长沙:湖南人民出版社,2005:1.
- [16] BIEDERMAN D E. Law and business of the entertainment industries(fifth edition)[M]. Westport: Praeger Publishers, 2007: 2.
- [17] 滋贺秀三.中国家族法原理[M].张建国,李力,译.北京:商务印书馆,2013:57.
- [18] 沈德咏.《中华人民共和国民法总则》条文理解与适用(下)[M].北京:人民法院出版社,2017:834.
- [19] 孔祥俊.网络著作权保护法律理念与裁判方法[M].北京:中国法制出版社,2015:64.
- [20] 马克·范·胡克.法律的沟通之维[M].孙国东,译.北京:法律出版社,2008:181.
- [21] 刘承魁.娱乐法的规范意蕴与体系构建[J].政法论坛,2019(4):163-164.
- [22] 李清伟.娱乐法四题:诞生、概念、属性与原则[J].上海大学学报(社会科学版),2019(1):94.
- [23] 张文显.法理学(第三版)[M].北京:法律出版社,2007:151-152.
- [24] 张仲伯.国际私法学(第四版)[M].北京:中国政法大学出版社,2007:7-8.
- [25] 张志铭.转型中国的法律体系建构[J].中国法学,2009(2):140.
- [26] 王维澄.关于有中国特色社会主义法律体系的几个问题[J].求是,1999(14):9.

- [27]张璐.部门法研究范式对环境法的误读[J].甘肃政法学院学报,2009(3).
- [28]刘诚.部门法理论批判[J].河北法学,2003(3):10.
- [29]高其才.法理学[M].北京:清华大学出版社,2007:62-63.
- [30]李爱君,刘少军.论法的目标与法部门的划分[J].社会科学论坛,2006(11):13-14.
- [31]朱景文.中国特色社会主义法律体系:结构、特色和趋势[J].中国社会科学,2011(3):22-33.
- [32]刘剑文.论领域法学:一种立足新兴交叉领域的法学研究范式[J].政法论丛,2016(5):3.
- [33]耿颖.现代社会转型与领域法话语的展开[J].武汉大学学报(哲学社会科学版),2018(6):32.
- [34]陈安.国际经济法学(第五版)[M].北京:北京大学出版社,2011:41.
- [35]覃红霞.教育法地位问题新论——传统法律部门理论的超越与反思[J].教育研究,2016(7):50.
- [36]孙笑侠.论行业法[J].中国法学,2013(1):53.
- [37]周青山.论体育法的行业法属性[J].武汉体育学院学报,2017(11).
- [38]张文显.建设中国特色社会主义法治体系[J].法学研究,2014(6):19.
- [39]托马斯·沙兹.旧好莱坞、新好莱坞:仪式、艺术与工业[M].周传基,周欢,译.北京:北京大学出版社,2013.
- [40]熊伟.问题导向、规范集成与领域法学之精神[J].政法论丛,2016(6):54.
- [41]SIMENSKY M, SELZ T D, BURNETT B A, et al. Entertainment law(second edition)[M]. New York: Matthew Bender & Company Incorporated, 1997:3.
- [42]WEILER P C. Entertainment, media, and the law: text, cases, problems[M]. Eagan: West Publishing Company, 1997:1.
- [43]贝尔纳·古耐.反思文化例外论[M].李颖,译.北京:社会科学文献出版社,2010:14-18.
- [44]GARON J M. Entertainment law[J]. Tulane law review, 2002(76):672.
- [45]FRASCOGNA X M, HOWELL S B, HETHERINGTON H L. Entertainment law for the general practitioner[M]. New York: American Bar Association, 2011:3-4.
- [46]斯科特·麦克凯恩.一切行业都是娱乐业[M].张媚,译.北京:中信出版社,2019:1.
- [47]BURR S L, HENSLEE W D. Entertainment law: cases and materials on film, television, and music[M]. New York: Thomson West, 2004:868-940.
- [48]EASTERBROOK F H. Cyberspace and the law of the horse[J]. University of Chicago legal forum, 1996(1):207-216.
- [49]LESSIG L. The law of the horse: what cyberlaw might teach[J]. Harvard law review, 1999(2):501-549.
- [50]EICHENSEHR K E. The cyber-law of nations[J]. Georgetown law journal, 2015(2):317-380.
- [51]米尔建·R·达马斯卡. 漂移的证据法[M]. 李学军, 刘晓丹, 姚永吉, 等译. 北京: 中国政法大学出版社, 2003:1.
- [52]HELEWITZ J, EDWARDS L. Entertainment law[M]. Stamford: Delmar learning, 2004:309-340.
- [53]GARON J M. Entertainment law and practice[M]. Durham: Carolina Academic Press, 2014:381.
- [54]JARVIS R M. Theater law: cases and materials[M]. Durham: Carolina Academic Press, 2004:1.
- [55]吴玉章.论法律体系[J].中外法学,2017(5):1132-1133.
- [56]陈金钊.法理学(第二版)[M].北京:北京大学出版社,2010:135.
- [57]申卫星.时代发展呼唤“临床法学”——兼谈中国法学教育的三大转变[J].比较法研究,2008(3):121.
- [58]GREENBERG G. How to build and manage an entertainment law practice[M]. Chicago: American Bar Association, 2001:14.
- [59]SELZ T D, SIMENSKY W, ACTON P N, et al. Entertainment law: legal concepts and business practices(second edition)[M]. Eagan: West Group, 1998:3.
- [60]MULLER P. Show business law: motion pictures, television, video[M]. London: Quorum Books, 1991:24-25.
- [61]宋亚辉.风险控制的部门法思路及其超越[J].中国社会科学,2017(10):155.
- [62]苏力.法律与文学:以中国传统戏剧为材料[M].上海:生活·读书·新知三联书店,2017:17.
- [63]张文显.关于构建中国特色法学体系的几个问题[J].中国大学教学,2017(5):7.
- [64]杨子潇.经验研究可能提炼法理吗? [J].法制与社会发展,2020(3):207.