

原告黄能华、许文霞、许文露、许文雷、许文霆诉被告中国唱片上海公司、汝金山侵犯著作权纠纷一案

审理法院：上海市第一中级人民法院

案号：（2005）沪一中民五（知）初第 317 号

案由：著作权合同纠纷

裁判日期：2007 年 12 月 15 日

上海市第一中级人民法院 民事判决书

（2005）沪一中民五（知）初第 317 号

原告黄能华，女，1920 年 11 月 17 日出生，加拿大国籍，住加拿大多伦多市卢考园 11 号（111LUKOWTERRACE. TORONTO. ON. CANADAM6R3B7）。

委托代理人许文霞（系黄能华之女），国籍同下。

原告许文霞，女，1947 年 3 月 14 日出生，加拿大国籍，住加拿大多伦多市卢考园 11 号（111LUKOWTERRACE. TORONTO. ON. CANADAM6R3B7）。

原告许文露，女，X 族，1948 年 7 月 8 日出生，住上海市东长治路 690 弄 95 号。

原告许文雷，男，X 族，1950 年 7 月 16 日出生，住上海市祥德路谭家桥 41 号 402 室。

原告许文霞、许文露、许文雷共同的委托代理人徐强，上海市汇达丰律师事务所律师。

原告许文霞、许文露、许文雷共同的委托代理人吴滨，上海市汇达丰律师事务所律师。

原告许文霆，男，1952 年 10 月 24 日出生，加拿大国籍，住加拿大多伦多市卢考园 11 号（111LUKOWTERRACE. TORONTO. ON. CANADAM6R3B7）。

委托代理人许文霞（系许文霆之姐），国籍同上。

被告中国唱片上海公司，住所地上海市钦州北路 1066 号 74 栋。

法定代表人杨林海，总经理。

委托代理人陈建平，该公司职工。

被告汝金山，男，X 族，1947 年 4 月 26 日出生，住上海市梅陇四村 91 号 201 室。

原告黄能华、许文霞、许文露、许文雷、许文霆诉被告中国唱片上海公司（以下简称“中唱上海公司”）、被告汝金山侵犯著作权纠纷一案，本院于2005年9月27日立案受理后，依法组成合议庭，于2005年11月23日公开开庭进行了审理。原告黄能华、许文霆的委托代理人许文霞，原告许文霞、许文露、许文雷的委托代理人徐强，被告中唱上海公司的委托代理人陈建平，被告汝金山到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原告黄能华、许文霞、许文露、许文雷、许文霆诉称：许如辉（1910.7.10-1987.1.4），曾用名水辉，系著名沪剧《妓女泪》、《为奴隶的母亲》、《龙凤花烛》的作曲者，《白鹭》的编剧与作曲者，依法享有著作权。五原告系许如辉的合法继承人，依法继承其著作权中的财产权利，并有权保护其著作权中的人身权利。

2004年4月，原告在市场上发现由被告中唱上海公司出版发行、被告汝金山配器指挥的名为《沪剧名家名曲伴奏系列（3）》的录音带，包括了许如辉作曲的《妓女泪》、《为奴隶的母亲》、《龙凤花烛》、编剧并作曲的《白鹭》，但上述作品均未将作曲署名为许如辉，而是署名为被告汝金山，并且两被告均未向各原告支付报酬。原告向上海市文学艺术著作权协会（以下简称“文著协”）反映后，被告中唱上海公司承认侵权，但不同意全部回收并销毁侵权制品。原告多次交涉未果，直至2005年8月仍发现在市场上销售上述侵权制品。

原告认为，两被告使用许如辉的作品，应当征得著作权人及其继承人的同意并向其支付报酬，但两被告的行为违反了著作权法，严重侵犯了许如辉的署名权、复制权、发行权、修改权与获得报酬权。故五原告诉请：1、判令两被告停止侵犯许如辉著作权的行为；2、判令被告中唱上海公司收回并销毁侵权制品；3、判令两被告在《新民晚报》上公开致歉；4、判令两被告赔偿原告经济损失人民币10万元；5、判令两被告承担原告为制止侵权行为所支出的费用合计人民币19,574.50元。在本案诉讼过程中，五原告放弃对《白鹭》编剧主张权利。

被告中唱上海公司辩称：一、许如辉不是录音带中五个唱段的曲作者。传统曲牌曲调是历代艺人共同劳动的成果，在“文革”前作曲的主要职责是记谱、合唱等，重点人物的重点唱段沿袭演员设计唱腔、琴师辅助的方式形成。许如辉在《为奴隶的母亲》中担任合唱、统筹、场景音乐的工作，所以当时的演出公告、宣传单上均署名作曲水辉，对此被告并无异议。但这不表明该剧中所有的音乐都是由许如辉创作的，原告提供的曲谱中没有主要唱段的曲谱，这也说明了唱段并非许如辉的作品。二、录音带中收录的沪剧唱段，基本旋律为沪剧传统曲调如反阴

阳等。被告中唱上海公司向文著协的回函，并不表示文著协已确认作品的著作权属于许如辉。即使许如辉享有权利，被告中唱上海公司在制作录音带时主观上也无侵权故意。尤其是原告向被告中唱上海公司主张权利后，被告以积极态度协商，但原告方突然终止致双方无法沟通。三、原告要求被告赔偿人民币 10 万元缺乏依据，同时律师费、机票费等均不合理，不应由被告方承担。故被告中唱上海公司请求驳回原告的全部诉讼请求。

被告汝金山辩称：一、原告未出示系争五个唱段的具体旋律原稿以及正规出版物上有水辉署名的证据。原告提供的《为奴隶的母亲》曲谱上“思家”一段仅有文字提示“接唱四季相思正调”而无曲谱，《妓女泪》中“杨八曲”的形成早于许如辉加入勤艺沪剧团之前，许如辉只是在该剧中加入了场景音乐，《龙凤花烛》与《白鹭》中的系争唱段都是由杨飞飞唱、陈锦坤记谱的，与许如辉无关。同时，因许如辉不熟悉沪语的四声归韵与演员的润腔特点，其不具备创作杨派唱段的技能，所以许如辉不是唱段的作曲与设计者。二、许如辉在原勤艺沪剧团专职作曲，其所创作的剧目中的场景音乐与合唱应当属于职务作品，其著作权归剧团所有。三、中唱上海公司致文著协的函中承认署名有误，此时中唱上海公司不了解实情，不知道著作权不属于许如辉。此外，被告汝金山系受中唱上海公司的邀请与委托，为其早期录制的部分杨飞飞唱段进行重新配器，所以中唱上海公司在封面署名汝金山配器指挥，而非作曲。

原告为证明其诉称理由，提供了以下证据材料：

第一组，证明许如辉为本案系争的沪剧《妓女泪》等作品作曲的著作权人：

1、1954 年—1963 年期间，沪剧《妓女泪》、《为奴隶的母亲》、《龙凤花烛》、《白鹭》剧目的演出公告、节目单、宣传单，证明许如辉系沪剧《妓女泪》等剧目的作曲者。

2、“作曲家许如辉诞辰 95 周年纪念座谈会”宣传单，证明许如辉对戏曲音乐的贡献。

3、《上海沪剧志》中关于沪剧评奖委员名单、勤艺沪剧团的介绍，证明许如辉为沪剧《为奴隶的母亲》、《妓女泪》的作曲，系作曲者、沪剧专家。

4、《杨飞飞赵春芳艺术集锦》VCD、《为奴隶的母亲》录音带的照片，证明许如辉系沪剧《妓女泪》、《卖红菱》、《为奴隶的母亲》的作曲者。

5、陆才根的证词、杨飞飞的采访录音记录、杨飞飞、赵春芳与陆才根共同出具的书面说

明，证明许如辉为沪剧《妓女泪》、《为奴隶的母亲》等作品的作曲者。

第二组，证明两被告的侵权行为：

1、被告中唱上海公司两次致文著协的函，证明被告中唱上海公司承认侵权的事实。

2、《公证书》及封存的录音带 1 盒。

3、《马莉莉唱腔精选》录音带、《马莉莉——舞台艺术精品选》VCD 的照片，证明被告对作曲者署名情况所述不实，上述 VCD 的唱段均注明了作曲者。

第三组，证明原告遭受经济损失的证据：包括原告聘请律师的合同与律师费发票、公证费、查档费、复印费、翻译费、差旅费等费用。

经庭审质证，两被告对上述三组证据的真实性均无异议，但两被告认为原告提供的第一组证据不足以证明许如辉创作了系争的沪剧唱段音乐，被告中唱上海公司还认为：1、其中第一组证据中证据 4 的 VCD 上“水辉”的署名，系在诉讼前根据原告的要求于重版时添加的。2、第二组证据中的《公证书》未标明唱片的出版单位，故无法证明原告购买的唱片是被告中唱上海公司出版发行的。3、第二组证据中的证据 3 与本案缺乏关联性，不能证明原告的观点。4、原告主张的律师费违反了相关规定，翻译费的用途不明等，故对原告主张的实际支出费用不能接受。被告汝金山对《公证书》的证明事实无异议，并同意被告中唱上海公司的其余质证意见。

被告中唱上海公司为证明其答辩意见，提供以下证据材料：

1、《上海沪剧志》、《沪剧小戏考》的摘录，证明关于《妓女泪》的作曲记载并无许如辉的署名。

2、文著协向被告中唱上海公司的两次发函，证明文著协受原告许文霞委托向中唱上海公司发函，中唱上海公司已就此向原告许文霞回函。

经庭审质证，原告对上述证据的真实性均无异议，但认为证据 1 缺乏作曲记载只能说明当时对知识产权的保护不完善，并不能证明被告的观点。被告汝金山对被告中唱上海公司提供的上述证据均无异议。

被告汝金山为证明其答辩意见，提供以下证据材料：

1、证人杨飞飞（出庭作证）、赵春芳（已故）、毛羽、江建平、杨吉民的证词，《上海沪剧志》中《妓女泪》、《龙凤花烛》部分唱段的记载、原告提供的《为奴隶的母亲》的曲谱，证明系争唱段并非由许如辉作曲，许如辉是场景音乐与大合唱部分的作曲。

2、万智卿的陈述，《罗汉钱》、《星星之火》的部分唱段记载，证明一部戏的作曲署名不等于也是具体唱段的作曲者，许如辉不可能是杨飞飞沪剧流派的作曲者。

3、中唱上海公司及其戏曲编辑郑奋出具的书面证明、录音带上的署名，证明被告汝金山只是上述录音带录制过程中的一名工作人员，磁带上的署名证实了工作范围，不应承担任何法律责任。

经庭审质证，原告对上述证据中未出庭证人出具的证言的真实性不予认可，对其余证据的真实性无异议，但认为：1、《上海沪剧志》中未就具体曲目注明作曲者，并不能否认许如辉作曲的功劳；2、《罗汉钱》等唱段与本案缺乏关联性；3、证据3不能证明被告汝金山的观点。被告中唱上海公司对被告汝金山提供的上述证据无异议，并称：1、上述证人均从事沪剧表演与创作数十年，其证词具有一定的权威性，真实可信。2、被告汝金山的工作为配器指挥，使演奏旋律更丰富，但不对作品作改编。

依据上述证据以及各方当事人的质证意见，本院认证如下：一、原告提供的第一组证据之证据2、证据3中的“沪剧评奖委员名单”、第二组证据之证据3，被告汝金山提供的证据2中《星星之火》等唱段记载，与本案系争唱段的著作权归属以及是否构成侵权均无直接关联性，故本院不予认定。二、在双方当事人提供的证人证言中，除证人杨飞飞之外，其余证人均未到庭作证。依据最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第五十五条第一款之规定“证人应当出庭作证，接受当事人的质询”，因证人陆才根与江建平就同一事实在（2005）沪一中民五（知）初字第355号一案中已出庭作证，故本院对证人杨飞飞、陆才根、江建平的证词予以认定。另一位证人赵春芳因在本案庭审时已去世，且其证词与其他书证、其他证人证言可以印证，故本院对该份书面证词作认定。其余未到庭证人所作证词，原告对证言的真实性提出异议，故本院不作认定。三、各方当事人提供的其余证据，符合真实性、合法性与关联性要素，本院均予以认定。至于各方当事人对证据待证事实提出的异议，属于当事人争议的观点问题，本院

将在事实认定后再作评判。

根据上述认定的证据，本院查明如下事实：

1954年11月4日《上海新民报晚刊》、1963年1月18日《新民晚报》刊登的沪剧《为奴隶的母亲》的演出公告上，作曲署名“水辉”，演出单位：勤艺沪剧团。在勤艺沪剧团印制的《为奴隶的母亲》与《龙凤花烛》的演出节目单上，以及《妓女泪》与《白鹭》的演出宣传单上，作曲署名“水辉”。许如辉又名水辉，于1987年1月4日去世，原告黄能华、许文霞、许文露、许文雷、许文霆系许如辉的妻子与儿女。

上海音像出版社于1990年1月出版的录音带沪剧《为奴隶的母亲》，内附说明书记载：勤艺沪剧团乐队伴奏，1962年9月演出实况录音，作曲水辉。上海音像出版社出版发行的VCD《杨飞飞沪剧专辑》中《为奴隶的母亲》片断的作曲署名为水辉。中唱上海公司出版发行的《杨飞飞赵春芳艺术集锦》VCD封面上有两处作曲记载，一处为杨飞飞，另一处为水辉，该VCD中有沪剧《卖红菱》、《妓女泪》。1986年8月4日，杨飞飞、赵春芳、陆才根以原勤艺沪剧团团长、副团长的名义出具一份书面证明称，许如辉于1952年11月中旬到原勤艺沪剧团担任作曲工作，……当宝山沪剧团重建时，聘请许如辉担任《为奴隶的母亲》作曲整理工作。

2004年4月16日，文著协致函中唱上海公司称，其受许文霞女士的委托，就中唱上海公司发行的《杨飞飞沪剧名家名曲伴奏系列3》录音带侵害作者著作权一事，要求中唱上海公司立即停止侵权行为并予必要的经济补偿。同月19日，中唱上海公司回函文著协称，“我公司于1995年出版了录音带《沪剧名家名曲伴奏系列（3）》。其中收录的唱段由杨飞飞演唱，这些唱段都不是首次录音，……出版物上未署名，是我们工作的失误，去年许文霞女士到我公司找寻其父作品时，指出多个出版物存在同类问题，我们已当面解释和致歉。该音带自2000年已停版，不再生产，市场上销售的可能是商店中未销完的成品。据统计，2000年至2002年，该音带的年销量均在百盒左右，而2003年及今年1至3月的累计销量均为负值，即市场上未卖出的成品在退回等。”同年9月，文著协与中唱上海公司之间再次就许如辉作品的署名权、稿酬与市场销售等问题相互致函。

2005年8月25日，原告许文霞在上海书城南京东路新华书店购买了《杨飞飞沪剧名家名曲伴奏系列（3）》录音带1盒，售价人民币6元，上海市公证处对上述购买行为进行了公证，

并出具了（2005）沪证字第 15491 号《公证书》。在该录音带的封套正面记载：中国唱片上海公司出版发行，汝金山配器指挥，上海沪剧院民乐队、上海交响乐团弦乐队伴奏。录音带的 A 面有六个唱段，原告在本案中主张权利的有五个唱段：《妓女泪》（1957 年录音）——“杨八曲”片断（一）、“杨八曲”片断（二）、《为奴隶的母亲》——思家（1960 年录音）、《龙凤花烛》——今日方知春常在（1960 年录音）、《白鹭》——碧绿之叶（1959 年录音），B 面为 A 面唱段的伴奏音乐。该录音带的封套反面印有六个唱段的唱词以及有关杨飞飞的简介，简介部分称：“杨飞飞是著名的沪剧表演艺术家，……她不断革新表演技巧，丰富唱腔旋律，创造了一整套以‘柔和’为主要特色的唱腔，被誉为‘杨派’。……其著名唱段有《妓女泪》中的‘杨八曲’，《雷雨》中的‘四凤独叹’，《为奴隶的母亲》中的‘思家’，《龙凤花烛》的‘今日方知春常在’，《白鹭》中的‘碧绿之叶’等，均深切哀怨，声情并茂，脍炙人口。现将以上精彩唱段重新配器、录音，……”。在所附唱词部分，本案系争五个唱段的唱词间均标注了其中所含的曲调，如“杨八曲”片断（一）“妓女泪”的唱词中标注“【凤凰头】四面一片是荒凉，【迂回调】回想往事太凄凉。【长三送】当初我与林同生，【中板】新婚之夜真闹猛，……【快板慢唱】抗日战争开始后，……”，又如“杨八曲”片断（二）有【道情调】，“思家”唱段有【四季相思调】、“今日方知春常在”唱段有【反阴阳血】、“碧绿之叶”唱段有【快板慢唱】、【反阴阳血】。

原告为本案诉讼支付律师费人民币 10,000 元、复印费人民币 27.50 元、公证费人民币 2,000 元、资料查证费人民币 30 元、翻译费人民币 120 元、档案资料查询费人民币 40 元、购买录音带费用人民币 12 元，原告许文霞为购买往返于中国与加拿大的机票花费加拿大币 1,130 元。

另查明，上海文艺出版社出版的《沪剧小戏考》（修订本）（1963 年 7 月第 2 版）摘录了《妓女泪》【三段】、【四段】，署名“杨飞飞唱、井光记谱”。上海文化出版社出版的《上海沪剧志》（1999 年 12 月第 1 版）摘录了杨飞飞演唱的《妓女泪·金媛自叹》（俗称“杨八曲”）唱段的词曲，署名为“杨飞飞演唱、黄海滨记谱”，《龙凤花烛》中的“娘望你平平安安快成长”唱段，记载：杨飞飞演唱、陈锦坤记谱。

2005 年 10 月 14 日，被告中唱上海公司出具证明称，《杨飞飞沪剧名家名曲伴奏系列（3）》录音带是由其于 1995 年 12 月出版发行，该节目的 A 面为名家演唱的著名唱段，B 面为 A 面唱

段的伴奏，需组织乐队重新录音，故聘请上海沪剧院的汝金山对唱段音乐进行配器，并指挥乐队演奏。

证人杨飞飞到庭作证称，《妓女泪》等戏的唱腔基本上是杨飞飞自己设计的，也常与赵春芳、毛羽一起研究，一段唱腔不知要投入多少精力，然后唱给拉主胡的琴师听，由他们记谱再加入过门，初步形成一段唱腔，以后在实践中不断改进完善，才成为一段完整的唱段。按照一般惯例，谁拉主胡谁记谱，《为奴隶的母亲》是黄海滨拉主胡记谱，《龙凤花烛》与《白鹭》是陈锦坤拉主胡记谱。许如辉主要负责写幕间曲、气氛音乐或大合唱，因为他是当时的新文艺工作者，过去接触歌曲与电影音乐较多，对沪剧不熟悉，特别对沪语的四声不熟悉。杨派唱腔是杨飞飞本人根据剧情需要结合嗓音特长，运用沪剧传统曲调进行改编再创造，久而久之形成了杨派，杨派是杨飞飞唱出来的，绝不是作曲作出来的。1995年，中国唱片厂的编辑郑奋与杨飞飞商量，想把早期的作品用现代大乐队进行伴奏，因为早期演唱的嗓音好，但乐队大齐奏已不符合时代潮流。杨飞飞表示同意，并推荐了汝金山进行配器。

证人陆才根（又名陆才耕）作证称：许如辉主要使用了“水辉”为笔名，当时许如辉是勤艺沪剧团的专业作曲，创作戏的前奏、确定演员的最终唱腔、戏间的过场、气氛音乐、伴奏等。曲调是由表演角色的演员根据唱词确定的，整部戏最后由许如辉完善、定曲。

证人江建平作证称，其为原勤艺沪剧团的导演，创作模式与当时戏曲界创作情况一样，都是由演员在拿到剧本后自己进行唱腔设计，根据剧本需要定腔定调，再由主胡记谱练唱、彩排、演出。许如辉等新文艺工作者搞一些音乐设计工作，作为作曲负责写开、闭幕音乐、大合唱、配器等工作。

证人赵春芳（已故）于2005年10月7日、10月18日两次出具书面证词称，许如辉当时是新文艺工作者，从1952年进团后，在勤艺沪剧团负责幕间曲与大合唱的作曲。沪剧的唱腔主要由杨飞飞等主要演员根据自己的音色特征、剧中情绪的需要，自行创作设计唱腔，再由乐师记谱，边唱边修改，不断完善形成自己的流派。

本院认为，五原告诉称许如辉系《杨飞飞沪剧名家名曲伴奏系列(3)》录音带中“杨八曲”片断（一）、“杨八曲”片断（二）、“思家”、“今日方知春常在”、“碧绿之叶”等五个唱段的作曲者，两被告侵犯了五原告依法享有的著作权。两被告辩称，许如辉不是上述五个唱段

的曲作者，被告汝金山只是配器指挥不是作曲，故两被告不构成侵权。依据双方当事人的上述观点，本案的主要争议焦点在于，许如辉对本案系争的五个唱段中的音乐是否享有著作权。

从原告提供的演出公告与演出节目单等证据的记载可以看出，由勤艺沪剧团于二十世纪五、六十年代演出的《为奴隶的母亲》、《龙凤花烛》、《妓女泪》、《白鹭》等沪剧的作曲署名水辉，即许如辉。依据我国著作权法的相关规定，如无相反证据，在作品上署名的公民即为作者。因此，依据上述法律规定以及原告提供的演出公告等证据，如果两被告不能提供相反证据，就可以依据作品上的署名认定《妓女泪》等沪剧的作曲为水辉即许如辉。但是，本案两被告对许如辉创作完成系争唱段乐曲均提出异议并提供了相反证据，因此本院需要结合各方当事人提供的证据对许如辉是否为本案系争曲目的作曲者进行全面审查。

《妓女泪》等四部沪剧的音乐由唱腔音乐与伴奏音乐两部分组成，本案原、被告双方均出具了证人证言以证明许如辉在原勤艺沪剧团担任作曲时的职责范围以及系争唱段的作曲情况。被告方的证人杨飞飞等人作证称，许如辉作为勤艺沪剧团的专职作曲，主要负责写幕间曲等场景音乐，但因其作为当时的新文艺工作者对沪语并不熟悉，《妓女泪》等沪剧的唱腔是由杨飞飞在传统曲调的基础上设计的。同时，原告方证人陆才根出具的证词中称，许如辉主要创作了戏的前奏、过场、气氛音乐等，曲调是由表演角色的演员根据唱词确定的，除此之外，陆才根还称许如辉进行定曲与完善。双方当事人提供的证人证言中，对许如辉在原勤艺沪剧团作曲范围所出具的证词基本相同，而且证人均均为原勤艺沪剧团的成员，因此上述证人证言所述内容可予以采信。即使证人陆才根还称，“曲调是由表演角色的演员根据唱词确定的，整部戏最后由许如辉完善、定曲等”，其在肯定许如辉对整台戏进行完善与定曲的同时，也明确了唱词的曲调是由演员确定的并非由许如辉创作作曲的，因此上述证词中所称的“完善与定曲”即便能成立也不能证明许如辉就是系争唱段的作曲者，况且其所称的“完善与定曲”并无其他具体证据佐证。又因上述证人证言同时肯定了许如辉当时创作了《妓女泪》等四部沪剧中的幕间曲等场景音乐，两被告对此也认可，因此本院认为，许如辉在《妓女泪》等沪剧演出公告上署名作曲，代表许如辉创作了幕间曲等场景音乐，但其作曲并不包括唱段的唱腔音乐。

本院采纳两被告的上述主张不仅在于采信了证人证言，同时也基于其符合我国传统戏曲尤其是沪剧的发展状况。沪剧是上海的地方戏曲剧种，其源自上海及江、浙一带的民歌俚曲，后受其他民间说唱及戏曲影响，逐渐形成了其丰富多彩的曲调与独特的风格。沪剧曲调主要分为

板腔体和曲牌体两大类，板腔体唱腔包括以长腔长板为主的一些板式变化体唱腔，辅以【迂回】、【三送】等短曲和【夜夜游】等江南民间小调，曲牌体唱腔多数是明清俗曲、民间说唱的曲牌和江浙俚曲，以及从其他剧种吸收的曲牌，如【夜夜游】、【四季相思】等。本案系争的《杨飞飞沪剧名家名曲伴奏系列（3）》录音带的内封上，在五个唱段的唱词间均明确标注了唱腔音乐所使用的【凤凰头】、【迂回调】、【长三送】、【中板】、【快板慢唱】、【四季相思调】等多种传统曲调，这些传统曲调在上述唱段中的大量运用亦可以印证证人杨飞飞等人的证言。

另一方面，本案系争唱段均表现了“杨（飞飞）派”唱腔，杨飞飞称杨派唱腔是其根据剧情需要结合嗓音特长，在沪剧传统曲调的基础上演变而成的，并非作曲的成果。杨飞飞的上述意见也是符合戏曲流派形成与发展的一般规律，因为从戏曲流派形成的通常情况而言，一般也都是由演员基于对艺术与剧本的感受，通过对戏中人物的理解与刻画，依赖演员自身的嗓音条件，在唱腔和演唱方法上作不同处理。演员在表演过程中通过扮演的角色使其独特的表演风格逐步被观众所认同，在其独创性的表演风格具有一定知名度后即被称为一种流派。由于本案系争的“杨八曲”等五个唱段都是代表杨派唱腔的经典唱段，因此，杨飞飞称“杨八曲”等唱段中的唱腔音乐是由其在沪剧传统曲调的基础上改编创作完成的，本院可予采信。同时，戏曲音乐中唱段的伴奏音乐都是为了跟随唱腔并烘托唱腔，伴奏人员一般都要熟悉唱段内容以及演唱者的演唱技巧与方法，从而在演奏时可以起到在演员唱腔句逗之间填补空隙、强化演员演唱力度并烘托剧情气氛等作用。就本案而言，杨飞飞在作证时称，其在二十世纪五、六十年代演出的沪剧都由主胡作伴奏并记谱，如《为奴隶的母亲》的主胡是黄海滨、《龙凤花烛》与《白鹭》的主胡是陈锦坤，他们记谱后再加入过门等以形成一段唱腔。因此，就本案系争的五个唱段中唱腔的伴奏音乐而言，应为黄海滨等主胡伴奏人员共同配合演员杨飞飞创作的成果。

据此，本院认为，由原勤艺沪剧团于二十世纪五、六十年代演出的《妓女泪》、《为奴隶的母亲》、《龙凤花烛》与《白鹭》等4部沪剧中的音乐，并不是某一个人单独创作完成的，更不可能如原告所诉由许如辉一人享有著作权，它是由包括杨飞飞、许如辉、黄海滨等人在内的演职人员在传统戏曲音乐的基础上共同创作完成的。其中，唱腔音乐主要由杨飞飞等演员基于传统曲调创作完成的，伴奏音乐包括场景音乐以及唱腔的伴奏音乐则由许如辉等专业作曲与主胡等伴奏人员依据各自分工不同完成的。由于许如辉主要创作了全剧中的前奏曲、幕间曲、闭幕曲、主题音乐、合唱音乐等场景音乐，这些音乐在整场戏中起到了渲染气氛、调节表演节奏、

统一每一出戏的结构等作用，因此许如辉作曲的音乐与全剧密不可分。而本案系争的《杨飞飞沪剧名家名曲伴奏系列（3）》录音带系节选了沪剧《妓女泪》等剧中的经典唱段，其中的音乐主要为唱腔音乐，以及衬托唱腔的过门等伴奏音乐。因此，五原告针对本案系争“杨八曲”等五个经典唱段的音乐，要求保护许如辉的署名权等人身权以及五原告继承的复制权等著作财产权的法律依据不足，本院难以支持。

此外，从《杨飞飞沪剧名家名曲伴奏系列（3）》录音带的内封介绍以及两被告与证人杨飞飞的陈述中可以看出，该录音带A面采用了由杨飞飞于1960年期间的唱段录音，再配以1995年由汝金山配器指挥、上海沪剧院民乐队与上海交响乐团弦乐队的奏乐。因此，被告汝金山在制作录音带的过程中系担任“配器指挥”而非作曲。配器与指挥，均不同于作曲。配器是在已有曲谱的基础上组合不同乐器进行演奏的方法，由于不同乐器的音色、力度与表现力不同，配器者需要运用多种乐器单独或共同演奏以表现乐曲的旋律，同一曲谱用不同的配器方法其音乐效果也不同。如早期沪剧的配器采用纯民乐乐器，而1995年录音带的音乐伴奏同时采用了民乐队与弦乐队进行配器演奏。另一方面，指挥负责控制、掌握乐队演奏的节奏，在乐队演奏过程中起组织与协调的作用，通过演奏直接表现作曲者的音乐构思与乐曲效果。这两者与创作曲谱进行作曲的性质完全不同，况且被告汝金山系接受被告中唱上海公司的委托从事相关工作，因此原告在本案中基于被告汝金山在录音带上署名“配器指挥”而指控其侵犯作曲者的权利缺乏依据，本院不予支持。

综上所述，本案五原告起诉两被告侵犯其著作权的诉讼请求，缺乏事实和法律依据，本院不予支持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款、《中华人民共和国著作权法》第三条第（三）项之规定，判决如下：

原告黄能华、许文霞、许文露、许文雷、许文霆的诉讼请求不予支持。

本案案件受理费人民币3,901元，由原告黄能华、许文霞、许文露、许文雷、许文霆负担。

如不服本判决，原告黄能华、许文霞、许文霆可在判决书送达之日起三十日内，原告许文露、许文雷、被告中国唱片上海公司、汝金山可在判决书送达之日起十五日内向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于上海市高级人民法院。

审判长 刘 洪

代理审判员 章立萍

代理审判员 徐燕华

二〇〇七年十二月十五日

书记员 刘晓静