

微博平台上的著作权

刘文杰^{*}

内容提要：微博就其功能属性而言要求最小限制的信息传播，这与作品的著作权保护构成一对矛盾。以篇幅短小或品质平庸为由否定微博文的作品地位，从而为微博平台上的无障碍传播铺平道路，无法得到著作权法的支持。作为认定作品与否的法律标准，独创性既不可能就表达的艺术品质加以规定，也不能以是否反映作者的个性为判定标准，就表达的量乃至作者的智力投入多少亦难给出明确要求。在著作权法上，独创性只能是指外在表达与众不同，并且这一与众不同不是常人轻易可得。在其上限之内，诸多微博文在长度及创造性上足以达致独创性标准。另一方面，由于微博平台在性质上属于新型公众日常社交空间，微博平台上的作品利用原则上应被归为合理使用。这不仅是由于“社会交往例外”作为一种合理使用类型在事实上的存在，而且现行著作权法就其趣旨也存在着容纳此一合理使用类型的空间。一般而言，“社会交往例外”要求以下条件：作品利用行为发生在明显的日常交往式对话语境；对他人作品的利用具有服务于社会交往的工具性；他人作品不是用以营利、营业的客体。

关键词：微博 著作权合理使用 社会交往例外

一、问题的提出

作为一种新生事物，微博在全世界范围的普及可以用迅雷不及掩耳来形容。^{〔1〕}我国也不例外。微博在社会生活中的作用与日俱增，^{〔2〕}表达激烈个人观点的微博文得到广泛转发、转载，^{〔3〕}通

* 中国传媒大学副教授。

〔1〕 依据中国互联网信息中心（CNNIC）发布的《第29次中国互联网络发展状况统计报告》，截至2011年12月底，中国网民规模达到5.13亿，手机网民规模达到3.56亿，微博用户数达到2.5亿，较上一年底增长了296.0%，网民使用率为48.7%。报告原文参见 <http://wenku.baidu.com/view/4bf1d267caedd3383c4d378.html>（最后访问日期：2012年3月15日）。

〔2〕 根据上海交通大学舆情研究实验室的数据，2010年我国72起影响力较大的舆情热点事件中，由微博首先曝光的就有8起（谢耘耕、徐颖：《微博的历史、现状与发展趋势》，《现代传播》2011年第4期）；5·12汶川大地震发生后，Twitter上第一条关于地震的消息比彭博通讯社快了22秒（喻国明、欧亚、张佰明、王斌：《微博：从嵌套性机制到盈利模式——兼谈Twitter最受欢迎的十大应用》，《青年记者》2010年7月号）。

〔3〕 在温州动车事件的网络围观中，童大焕于2011年7月24日在新浪微博发表著名的“中国，请停下你飞奔的脚步，等一等你的人民，等一等你的灵魂，等一等你的道德，等一等你的良知！不要让列车脱轨，不要让桥梁坍塌，不要让道路成为陷阱，不要让房屋成为废墟。慢点走，让每一个生命都享有自由和尊严。每一个个体，都不应该被这个时代抛弃。”104字的短评在短短时间内被转发25万多次，跟进评论近4万条。

过微博发出自己的呼声,成为公民履行自身社会责任的新途径。夹叙夹议式、风格辛辣、立场鲜明的博文容易得到“粉丝”的认同,名人微博尤其是娱乐界明星的“粉丝”则更是动辄以十万、百万计。对于微博用户而言,微博是什么既简单又明了;对于学者而言,则需要依研究的视角作出不同的定义,例如,它是服务提供商推出的一种“网络产品”,或者一种“迷你博客”,或者一个“基于用户关系的信息传播获取以及分享平台”。〔4〕从法律角度看,则微博既是传播媒介,也是新兴社会交往空间。

随着微博在社会生活中占有重要地位,在法律上不可避免要提出的一个问题是,在这个平台上,著作权占有怎样的位置?微博平台上的交流是通过发布、分享、转发和评论微博信息进行的,而微博信息属于文字表达,讨论微博平台上的著作权问题,也就是讨论此类短小文字表达在微博平台上享有怎样的著作权保护或受到怎样的权利限制。在这个问题上,现实中出现了不同的主张。赞成著作权保护的声音已然存在,〔5〕甚至有“作者”开始了身体力行的维权。〔6〕另一方面,质疑之声也并非没有。〔7〕微博运营商方面则既有微博文享有著作权的做法,〔8〕亦不乏信息自由传播的规定,例如腾讯网开通的微博平台有《腾讯微博使用条款和隐私权政策》,其“使用规则”第2条规定:“用户充分了解并同意,腾讯微博是一个信息分享、传播及获取的平台,用户通过腾讯微博发表的信息为公开的信息,其他第三方均可以通过腾讯微博的平台获取用户发表的信息,用户对任何信息的发表即认可该信息为公开的信息,并单独对此行为承担法律责任;任何用户不愿被其他第三人获知的信息都不应在该平台上进行发表。”〔9〕

本文即聚焦于微博平台上的著作权问题。具体而言,本文仅仅关注满足如下限制条件的著作权问题:(1)语境为微博平台,其既是新兴媒介,同时也是公众社交场所。(2)对象为发布于该平台、上限为140字的微博信息。此类信息可能以微博平台为首次固定载体,也可能首次固定于其他载体,而后又被他人作为微博信息发到平台上。换言之,首次固定于他处的文字表达又被人发布于微博平台是否构成著作权侵权,属于本文的讨论范围,因其涉及微博语境中的短文字传播。首次固定于微博平台又被他人在此平台内转发、分享亦属于本文讨论范围。相反,将首次固定于微博平台的短文字表达发布于其他媒介如广播、电视、报刊,则不属于本文的讨论范围,因其已离开微博语境。设置这样的限制条件,可以使讨论更为集中,且未消减讨论的意义。

在微博空间内,微博平台是媒介、载体,微博信息是其内容。微博平台上的著作权问题换一个角度讲就是微博平台上内容传播的限制问题。这一问题包含逻辑顺序上递进的两个方面:一是微博文也就是每条上限为140字的微博信息是否构成受著作权保护的作品问题;二是微博平台作为信息传递媒介在著作权法上得否特别对待的问题。如果上述短文字并不构成作品,也就不存在

〔4〕 荀瑶:《微博的网络意见整合能力分析》,《学术交流》2011年第4期。

〔5〕 《法制晚报》2011年3月1日《抄袭微博,涉嫌侵犯著作权》。报道载,就“140字的限制将平民和莎士比亚拉到了同一水平线上”的微博,北京市海淀区人民法院法官认为“微博是否能够受到著作权法的保护,就得看其是否具有独创性”。

〔6〕 《读者》杂志2011年第10期使用了作家六六的博文(“女人从求新、求变、求美到求舒服的时候,就是老了”),既未告知也未支付稿酬。六六称已委托律师发函维权。参见《微博版权,值得较真吗?》,http://www.sznews.com/culture/content/2011-07/21/content_5862876.htm(最后访问时间:2011年11月6日)。

〔7〕 参见《140个字算不算作品?微博版权“小题也该大作”》,《人民日报》2011年8月24日;《140个字微博难以维护的“小”版权》,《中华文化报》2011年10月22日。

〔8〕 新浪网从2010年开始举办年度“微小说”写作大赛。从获奖“作品”来看,其情节确属简单,不过终归属于文字表达。2010年度首届新浪微小说获奖“作品”见http://www.fawan.com.cn/html/2011-03/01/content_293354.htm(最后访问:2012年1月3日)。2011年度第二届新浪“微小说”(本次征集以“穿越”为主题)获奖作品见http://www.xixingcun.com/Article/ShowArticle.asp?ArticleID=10489(最后访问:2011年12月24日)。

〔9〕 http://t.qq.com(最后访问时间:2011年12月10日)。

来自著作权的传播限制；如果它们构成作品，则还要探究是否存在对传播限制的限制。

二、独创性标准与微博短文字之作品地位

微博平台上的文字既有自始产生于该平台者，也有移植于他处者。因微博功能的要求，二者的共同点是篇幅短小，原创微博文往往还有口语化、随意性强的特点。对此类文字之构成作品与否，肯定论与否定论并存，而其争议的焦点则在于其满足独创性标准与否。能否通过科学地确立独创性标准，既达到保护优秀作品的目的，又将那些短篇幅、口语化、平庸的表达排除于作品之外，尤其是达到否定微博文作品地位的目的呢？

（一）独创性标准的模糊性

就原产于微博平台以及移自于他处的微博文得否享受著作权保护问题，赞成论者从著作权法关于作品的认定标准出发，以是否具备“独创性”作为受保护与否的依据。微博文属于文字表达，依据现行著作权法，一件文字表达若要取得著作权法上的客体地位，须首先构成作品，即属于人的智力创作成果、外在表达并具有独创性。我国当前的著作权法实务均认可较低的独创性标准。在德国不承认为作品的抓拍照片，^[10]在我国亦可取得作品待遇。实务界甚至确认“世界风采东方情”、^[11]“横跨春夏，直抵春秋”、^[12]“到处逢人说汉斯”^[13]（改编自唐诗“到处逢人说项斯”）这样的广告语具有独创性，是著作权法意义上的作品。同样的标准当然也应适用于微博文的独创性认定。这样一来，虽然大量的微博文在内容上被指为无意义的堆砌或者记录琐碎生活的流水账，却不妨碍法律上认其为作品。

质疑论者则认为，微博文篇幅太短，只能算是日常生活中的“俏皮话”，^[14]甚至为无意义的拟声词，如韩寒微博的一个“喂”，或者纯属生活琐事的记录。国家版权局早在1999年的一个复函里就指出：“以小说和诗歌的对比为例，一般来说，小说中的某个句子可能仅仅是一句普通的日常对话，虽然这一句普通对话式的句子也表现了作者的思想，但是得不到著作权保护，因为这种日常式的对话虽然也反映了作者的思想，但是不具备作者独立创作的特点，也不是作者创作整部小说的实质部分。只有当句子与句子之间的关联能够反映出作者所要表达的全部思想或者思想的实质部分，并且能够反映作者独创的特点时，才能够得到著作权保护。诗歌则是另一种情况。由于诗歌的构成通常比较简练，特别是古体诗词，常常只有几十字，几个句子。如果每个句子都有独到之处，那么这些句子都可以单独受著作权保护。当然，并不是说，只要是诗歌，著作权就保护到每个句子。单独的诗歌句子能否得到著作权保护，仍取决于其是否以独特的方式反映了作者的思想或者思想的实质部分。但是，总地来看，诗歌的句子受保护的机会远大于小说的句子。”^[15]一言以蔽之，微博文作为口头表达的文字记录表现出来的独创性不强，“这样的话我也会说”，认定这样的表达是作品，对著作权法的独创性标准是个讽刺。

而就独创性标准，学者的一般性归纳是，独创性中的“创”对智力创造性的要求并不高，劳

[10] 德国著作权法区分照片作品（第2条第1款第5项）和照片（第72条），只有体现艺术视角和创造力（künstlerische Auffassung und Gestaltungskraft）的照片才能构成作品，siehe Manfred Rehlinger, Urheberrecht, 16. Aufl., München 2010, S. 87.

[11] 刘春田主编：《新版以案说法：知识产权法》，中国人民大学出版社2006年版，第9页所载案例。

[12] 北京市律师协会知识产权委员会编：《知识产权名案代理》，法律出版社2000年版，第132页以下。

[13] 参见高思：《关于“作品”的几点思考》，《著作权》1991年第1期。

[14] 例如崔永元：“天冷了，少说话，以免冻了嘴。”引自《京华时报》2011年10月27日“微观”栏目，栏目下注明：“以上均摘自腾讯微博”。

[15] 1999年7月6日国家版权局《关于某儿童歌曲标题的著作权纠纷的函》，权司[1999]39号。

动成果中体现的智力创造性不能“过于微不足道”。那么,什么样的创造性才算是“并非微不足道”呢?郑成思先生认为,如果体现了本人的“判断”及“选择”,或者说有“个人的特征”存在,即满足独创性标准,他还引用唐诗“先帝天马玉花聪,画工如山貌不同”进一步说明独创性其实容易满足。^[16]刘春田教授指出,独创性是指“形式(与思想、观点相对,笔者注)上的独创”,“就是说,一件作品的完成应当是作者自己的选择、取舍、安排、设计、综合、描述的结果,既不是依已有的形式复制出来,也不是依既定的程式或程序(又称手法)推演而来。”基于此,“技艺性智力成果”如临摹或演算数学题和“机械性智力成果”如电视节目表应被排除在外。^[17]李明德教授认为,作品应“具有最低程度的创造性”,同时,不同种类的作品“对于独创性的要求程度可能又是不同的”。^[18]

应当指出,独创性作为区分作品与非作品的法律标准,本身没有程度的不同。对于著作权法而言,重要的是有无独创性,而不是“很高”或“很低”的独创性。当学者们谈论独创性的高低时,似乎是在谈相关表达与习语、常用表达的差异程度。^[19]概言之,从著作权法学界的论述来看,一个清晰的、分门别类的、量化的独创性认定指引是不存在的。

(二) 独创性标准的特征

1. 独创性不可能就表达的艺术品质加以规定

抛开带有功用性的表达(图纸作品、模型作品、说明书等)不谈,对作品的喜好是极为主观化的。在一人眼里为美的表达,在另一人眼里完全可能丑陋至极。即使是已戴上大师头衔者的得意之作,也从来是毁誉参半。不但普通人与专家各有所好,专家与专家间同样分歧极大。归根到底,人们如何评价一件表达,总是和其个体的出身、阅历、知识、性情、价值观乃至一时的情绪连在一起。从公众的态度中析出判断作品品质的一般标准是不可能的。不唯如此,文学艺术史上从不缺乏这样的事例:当时为社会所漠视甚至敌视的作品,在后世却登上了经典的殿堂。换言之,公众的口味随时代而变迁,对作品的评价并非一成不变。

为独创性规定一项“是指表达具有较高的艺术品质”特征,就意味着法律介入了审美判断甚至道德判断。因为美与善往往连在一起,意味着法官摇身一变成为文艺检查官,法官的难以摒除的个人偏好成为普遍标准。其中的危险显而易见:通过“法官审美”确立了“主流艺术”与“三流低俗艺术”之分,取消了对不为法官所好的表现方式及表现内容的法律保护,从而为艺术创作挥起了一根无形的指挥棒。这种做法不仅仅在实际上取消了现代宪政秉持的创作自由原则,而且干涉了公众的思想自由、审美自由和表达自由。美国著名法官霍姆斯即指出,由只受过法律训练的人来判断作品的价值是危险的,不能以民众的口味低为由否定一幅画的版权保护。^[20]由此类推,将作品品质的判断交给一个专业机构来鉴定的想法也是错误的,^[21]任何一个专业委员会在审美问题上的判断都是片面的,而那个全面判断则是不存在的。让专业委员会判定作品品质,同样是复活了文艺审查制度。

[16] 郑成思:《知识产权法》,法律出版社2003年版,第373页。

[17] 刘春田主编:《知识产权法》,高等教育出版社2007年版,第46页。

[18] 李明德:《知识产权法》,法律出版社2008年版,第31页。

[19] “通常而言,作品所使用的文字越少,容易与公众惯常使用的语言表达重合,越难满足独创性的标准,因此,笔者认为在评价短语或短句的独创性时,宜采用法国‘反映作者个性’的严格标准,作者投入的智力劳动应使作品具有个性,与公众熟知或常用的词汇、短语和句子,以及容易想到的表达相区别。”姜颖:《作品独创性判定标准的比较研究》,《知识产权》2004年第3期。

[20] *Bleistein v. Donaldson Lithographing Co.*, 188 US 239 (1903).

[21] 赵锐:《作品独创性标准的反思与认知》,《知识产权》2011年第9期。

2. 独创性原则上也不能以“是否反映作者的个性”为判定标准

“作者的个性”语义含糊。一般来说，它特别是指作品中表现出来的创作风格，而创作风格又可以具体化为遣词造句、段落安排、标点符号、颜色、线条、布局、光线取舍等方面的习惯，对创作对象的偏好以及鲜明的价值取向等等。模仿他人的创作风格并不为法所禁止。李白的个性是张扬不羁，喜欢在诗句中大量运用数词来进行夸张，使用描写亮色的词汇来歌咏生命，即使诗人活在今天，他人刻意模仿这种写作手法，从而在表达中凸显了“李白的个性”，法律上也不会认为侵犯了李白的著作权，更不会认为那是李白的作品。相反，那个让“李白的个性”掩盖了自己个性的作者仍然生产了作品。不但如此，同一作者的“个性”在作品中也不总是恒定的，杜甫的风格被称为“沉郁顿挫”，但其笔下同样有天真烂漫之作。假如以“是否反映作者本人的个性”为判断独创性之圭臬，那么杜甫笔下的清新之作反倒不成其为作品了。

以是否反映“作者的个性”为独创性判定标准，还可能陷入评判作品艺术品质的泥潭。只要是人所作，则表达难免要反映作者的个性。这样一来，反映作者个性作为一个标准就没有意义了。人们在谈论“是否反映作者的个性”时，实际上是指“是否反映作者的鲜明个性”。而与“有个性”相对的词是“平庸”、“流俗”、“跟风”等等，均是关于表达之艺术品质的主观判断。这种判断如前文所指出的那样是仁者见仁，智者见智的。以“个性不够鲜明”否定独创性的存在，和以“艺术品质低下”为由否定独创性有着同样的不合理性。传统的法国法观点认为，独创性是指作者个性的反映。法国法院将独创性解释为“表现在作者所创作作品上的反映作者个性的标记”，或者“作者个性的烙印”、“作者个性的反映”等。^{〔22〕}然而，细究其法律适用，所谓作者个性其实是指作品中的创造性，即不同于既有作品、模式的新表现，这里的“作者个性”可以替换为“存在着作者的智力投入且其表现有与众不同性”。^{〔23〕}

不但如此，适用作者个性标准还可能过分提高独创性的门槛。一想到“个性”，人们就会想到“特异”、“鲜明”、“不同寻常”。将这一认识搬到独创性认定时，就可能发生一件表达在主题、表达方式、内容等方面不够鲜明、不够特异而被否定独创性的存在，而这并不是著作权法的本意。在著作权法，即使是陈词滥调，若其在外在的表达上与其他表达有足够的区分，仍可成为作品。

3. 独创性很难就表达给出量上的要求

内容的创造性、艺术高度不必然取决于长度。篇幅长的表达并非就比篇幅短的更丰富、更逼真或更深刻。篇幅短小的作品可能别出心裁，令人回味，篇幅冗长的则可能是无病呻吟。文学史上人们在比较秦汉古文与两汉大赋时，即作如是观。至于南北朝时期所流行的骈文，多数被后人诟为辞藻堆砌，乏善可陈。而放在今天，这些骈文会被认定为作品。短小的文字如吴均的《与朱元思书》虽只有177个字，但因其对富春江两岸景色的传神描写，也会被认定为作品。

当然，使用的表达在量上过低，例如只有寥寥几个字，确实难以被一般人视为作品。它们要么在内容上过于贫乏，要么为生活所习见，因而有悖于一般人对作品的想像。表达的篇幅越短，越要具备足够的意蕴或者说信息量，也就是所谓的“字字珠玑”，才容易被一般人认可为作品。可是，表达在量上的下限应该定在哪里，从而以之作为认定作品的起码条件，却是一个难以回答的问题。例如，诗人顾城的《一代人》总共只有两句话，加上标题也只有21个字，却被广泛地认为是一首好诗。上文已经指出，人们可以在审美过程中做出自己的评价，但就表达的品质高下加以判断，一般而言却不是法律能够承担的工作。硬性规定受到著作权法保护的作品在表达上应有一个最低限度的量，可能造成吃力不讨好的结果，即要么被批评为标准过高而使优秀的短作品

〔22〕 参见前引〔19〕，姜颖文。

〔23〕 同上文。

失去了应有的保护，要么被讥为标准过低而无实际意义。

同理，独创性也不可能就作者的智力投入多少作出规定。^[24]著作权法保护作品，是为了表彰作者的智力劳动。不过，脑力劳动投入的多寡并不必然与作品的创造性成正比。大量脑力付出的成果可能连一定的智力水准都不具备，另一方面，轻微的脑力劳动却可能产出高品质的表达，这也就是陆游所说的“文章本天成，妙手偶得之”。^[25]换句话说，著作权法虽然表彰作者的智力劳动，却仅限于那些产生出足够创造性的智力劳动，从而判断受保护与否的标准不可能是作者的主观付出，而是其智力付出在客观上是否具有价值，作者的智力投入多少至多只能影响作品认定的证据效力。

4. 独创性在著作权法上只能是指“外在表达与众不同”，并且这一与众不同不是常人轻易可得，但绝非指“表达之超凡脱俗”

既然独创性不能在表达的品质、量及智力投入上做文章，就只能关注表达的纯粹客观方面，即依一般人之感官判断，此表达与彼表达是否存在足够的不同。在美国法上提出了“可区别的变化”标准，^[26]也是这一思路的体现。作为法律标准，独创性还要照顾一般人的感觉。如果“与众不同”是普通人很容易做到的，认可独创性无异于妨碍起码的表达自由，此时必须否定独创性的存在。无论如何，在人们心里，作品终究应当是某种有别于家长里短之类的呈现，这也就是“一定的智力水准”的含义。它貌似主观，实则还是看外在表达的差异性有多明显，并不是追究作者的创作水准。一言以蔽之，在著作权法上，拙劣的作品也是作品，只要其表现出足够的差异性。当然，差异是否足够，总还是有判断的空间，这是难以避免的。德国著作权法理论与实务在判断差异的明显性上从严把握，^[27]美国法则倾向于从宽把握。^[28]由此可知，当法院以品质如何断定一件表达的独创性时，其实是在说该表达的与众不同。否则就是犯了适用法律错误。

文字作品总要符合语法规则并有一定内容（意义），而这一要求是非常容易满足的。至于一些艺术作品如绘画，甚至连意义都不需要。在表达极为短小、简单的情况下，则不但外在的差异要明显，还要包含最低限度的信息量。缺乏最低限度的信息量有时会被表述为缺乏应有的品质。例如，英国法院拒绝给予名称、标题或标语等短语或短句以著作权保护，并非出于标题、名称等负载的智力劳动量，而是由于它们在内容上太过贫乏，或者太过寻常而难以获得著作权保护。法院认为，一个单词或几个单词的组合很难构成一件作品，尽管 EXXON 公司投入了大量的研究和选择才“发明”出这个词，但单独的一个词不能提供信息、教育或文学上的享受（information, instruction or literary pleasure）。^[29]美国法的情况与此相似，在 Takeall 案中，法院认为原告主张的电视节目中的口号“你挑对了，嗯一哼”不具有独创性，不受著作权法保护。电影《星球大战》的著作权人诉里根政府的“星球大战”计划侵犯其作品标题亦未获得法院的支持。^[30]我国法院同样以缺乏思想内容而否定了标题“中华老字号”、“五朵金花”、“娃哈哈”等的著作权。

[24] 有观点认为，“针对不同作品的特殊性，独创性的标准的高或低则体现在智力投入的量的标准上。”参见上引姜颖文。

[25] 普希金在其诗剧《莫扎特》中非常形象地描述了勤勉之人在天才面前的无奈：“唉，苍天！你的正义何在？神圣的才华，不朽的天赋，不是用来奖赏爱心、牺牲、勤劳、奋斗和祈祷，却去照亮一个游手好闲的浪子，一个疯狂的头脑。”童道明：《阅读俄罗斯》，上海三联书店 2008 年版，第 88 页。

[26] *Alfred Bell & Co. v. Catalda Fine Arts, Inc.*, 191 F.2d 99 (2d Cir. 1951).

[27] “作品必须把带有独一无二天资与能力的个人智慧体现在创作活动中并把它的光辉展现出来。”[德] M·雷柄德：《著作权法》，张恩民译，法律出版社 2004 年版，第 114 页。

[28] *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., Inc.*, 499 U.S. 340, 111.

[29] *Exxon v. Exxon Insurance Consultants* [1982] R.P.C. 69.

[30] 参见孙玉锋、胡海燕：《作品标题应适用著作权法保护》，《人民法院报》2003 年 4 月 10 日，第 3 版；张广良：《作品的原创性在司法实践中的认定》，《人民司法》1996 年第 2 期。

当篇幅趋向于短小时，对外在表达的“新奇性”要求更高了。这是因为篇幅越短小，越容易构成日常表达。微博文确实不长，但其上限可以达到140个字，在长度上足以创造出认定作品所需要的“新奇性”。日本学者即认为，单纯复制川端康成名作《雪国》的开头一句“穿过国境狭长的隧道就是雪国了”尚不构成对作品的复制。但在此基础上，又复制三、四句以上的文字，就是在复制作品了。^[31] 依此可知，即便微博平台上的某些文字是从既有的大部头作品中摘出来的，其自身仍然可能满足独创性标准。

那么，能否以“太过寻常”、“缺乏思想内涵”而否定那些原创微博文的独创性呢？无疑，字数越少，越难以包容思想，满足独创性的要求。可是，那些在字数足以包含一定思想和信息的微博文也已经是海量了。法院对本文中引的那些微博文就很难像否定“中华老字号”那样以“缺乏思想内容”来否定其作品地位。退一步讲，即使要求短文字须有突出的品质，这样的微博文肯定也不在少数。按照前文所引国家版权局“如果每个句子都有独到之处，那么这些句子都可以单独受著作权保护”的观点，还是有大量的微博文应当获得著作权的保护。“日常对话式”的表达可能在很多情况下不具有独创性，但却不能说，一切日常对话式的表达不具独创性。假如说表达的口语化可以否定独创性，那么不但像白居易《问刘十九》这样的佳作放在今天会被不当地排除于作品之外，大量的现代体诗歌也难幸免。而若依我国学者提出的体现“作者的选择、判断和组合”标准，则认定微博文的作品属性就更加容易了。

三、“社会交往例外”原则及其对微博平台的适用

微博短文字的构成作品与否和微博平台上人们享有怎样的利用自由并不是同一个问题。完全可能出现这样的情况：微博文字构成了作品，但在特定场合下人们可以自由利用它们。

（一）微博传播自由与合理使用、合同自治

就微博平台作为传播媒介在著作权中的地位问题，有观点认为，微博的意义在于“人人拥有麦克风”，让每个人拥有与社会直接对话的可能，也就是说，微博的存在价值就是为了传播，如果赋予其著作权，传播就会大打折扣，尤其是限制了“转发”、“关注”一类最重要微博功能的发挥。^[32] 不过，一切传播媒介的价值都在于传播，取消著作权保护自然有利于一切媒介的更好传播，然而世界各国的立法者却没有这样做。相反，随着新媒介的出现，著作权却实现了向这些媒介的扩张，信息网络传播权的产生即为适例。因此，仅仅以保护传播自由而否定微博平台上的著作权保护，理由不够充分。

如上文所指出，根据独创性标准，对微博平台上的大量短文字不能否定其作品地位。由这一前提出发，最可能支持自由传播的一项法律制度是“合理使用”。对此，各国著作权法均施加严格的限制。我国著作权法在第22条规定了合理使用制度，为12种情况提供了合理使用许可。《信息网络传播权保护条例》又规定了9种网络环境中的合理使用类型。但是，与著作权法第10条设有“应当由著作权人享有的其他权利”之开放式列举立法相反，有关合理使用的规定是封闭式的，即不得以法律、行政法规列举事由之外的事由主张合理使用。不但如此，是否构成法定合理使用事由，还要经受《著作权法实施条例》第21条所规定的“三步检验法”的检验，即

[31] [日] 田村善之：《日本知识产权法》，周超、李雨峰、李希同译，知识产权出版社2011年版，第413页。

[32] 因此，互联网上流传的一段话是：“当你的粉丝超过100，你就好像是一本内刊；超过1000，你就是个布告栏；超过1万，你就像一本杂志；超过10万，你就是一份都市报；超过100万，你就是一份全国性报纸；超过1000万，你就是电视台。”

“不得影响该作品的正常使用，也不得不合理地损害著作权人的合法利益”。^[33]将微博传播与上述9种网络环境中的免费使用类型相对照，会发现其不能被纳入任何一种类型。微博运营商设置的转发、关注等功能似乎需要另行寻找法律支撑。

通过在与网络用户订立微博服务合同时加入“合同一经订立，则允许他人自由传播”的格式，不失为一种务实的选择。然而此类条款又会受到合同法第40条以下关于格式条款规定的限制。就微博运营商与用户之间的合同关系，仅仅以缔约自由主张此类条款的合法性是不充分的。运营商还应当说明，剥夺了“作者”在微博平台上的信息网络传播权的正当性何在，因为“排除了相对方主要权利”的格式条款是无效的。不但如此，若以合同自由或当事人意思表示为唯一依据，一家运营商就可以主张微博传播自由仅适用于自家平台，而禁止信息向其他微博平台上的传播。如此一来，所谓的微博传播自由将退化成为局域自由。

（二）“社会交往例外”原则的存在

无论著作权法抑或国际公约怎样规定，有一类利用作品的情况实际上处在著作权的管制之外，这就是发生在公众日常社交生活中的利用行为。假如某人爱好古典音乐，请几个同此爱好的朋友到家里，欣赏他刚买到的一张交响乐光碟，不但在一般人看来实属正常，就是作者也不会表示异议。“奇文共欣赏，疑义相与析”，社交聚会中的作品引用与欣赏行为随时随地都在发生，从无著作权法的时代直至今日从未中断。没有人担心这种行为会受到著作权的阻止，或者更准确地说，人们在进行此类作品利用行为时根本不会想到著作权问题。

这里的“社会交往”在范围上远远超出著作权法第22条所谓的“个人学习、研究或者欣赏”，前者重在“人与人的沟通”，后者则着眼于“人对作品之汲取”。日常社会交往可以是熟人之间的，例如家庭成员内部、同窗、好友之间的交往，也可以发生在陌生人之间，例如初到一所学校、单位、城市乃至一个国家；它可以是私密性的，如通过信件、电话、电子邮件、在线即时通讯手段等进行，也可以是公开的，例如在会议上、商场里、大街上或者交通工具上；交往的场合可以是政治议事、公司会议、商务谈判、接受媒体采访等等。虽然著作权法规定了作为人身权的修改权、保护作品完整权以及作为财产权的改编权，生活中将既有作品加以缩写、改写、续写甚至加以“恶搞”并在好友之间私下传阅、评点的事例比比皆是。所有这些场合中当事人的利用作品行为也没有在著作权法的历史上成为打击对象。

这种不受限制的作品利用行为具有如下特点：（1）行为发生在明显的对话语境。（2）对他人作品的利用具有服务于自身日常交往的工具性。（3）他人作品不是用以营利、营业的客体。例如，在私人书信中援引甚至单纯抄录他人作品供好友欣赏。此时，使用作品服务于私人交流这一目的，在于使好友明了自己对特定作品的态度，从而加深彼此间的了解。而将他人作品加以公开出版，则恰与此相反。将他人作品上传至网络以供网络用户自由浏览或下载，甚至赢取网站积分，同样不具备上述特征。因为上传行为没有明显的生活对话性特征，不是服务于双向的沟通，而是具有突出的单向传播色彩，而积分制度则使得上传行为更多地具备了交易属性。

一边是著作权法的明文规定，一边是全社会就生活对话中的作品自由使用达成的默契，这一“法外空间”何以会形成？究其原因，恐怕在于一般人进行正常社交活动的自由高于著作权的社会价值。如果一个人正在向其倾慕的人表达敬意或爱意时，必须还要考虑自己说的话是否有著作权问题，还要考虑说明出处，那么人与人之间的基本沟通将难以为继。在彼此交换的生活信息中包

[33] “三步检验法”来自于伯尔尼公约，且被世界贸易组织 TRIPS 协议所采纳。WTO 专家组认可如下观点：在解释三步检验法时，应当认为，作品的所有利用形式——不论是已经具有还是可能将获得相当经济或实际重要性的利用形式——都必须由作者保留。引自朱理：《后 TRIPS 时代版权限制和例外的国际标准——WTO 专家组首例版权争端裁决之下的三步测试法及其未来》，《知识产权》2006 年第 1 期。

含他人作品，用以介绍自我、说明或评价事物、拉近彼此间的联系等等，从来就是普通人生活的基本组成部分，是维系最低限度的表达所必需，因而，社会在一般观念上也认可这一领域中对作品的自由利用。^{〔34〕}

还要指出的是，与时代技术、观念水准相适应的公众间社会交往，不仅对单个人的人格塑造与发展不可或缺，其在整体上的自由发展对于民主社会的建构亦至关重要。哈贝马斯在谈到近代民主社会的公共生活领域时说：“其最突出的特征，是在阅读日报或周刊、月刊评论的私人当中，形成一个松散但开放和弹性的交往网络。通过私人社团和常常是学术协会、新闻记者小组、共济会、宗教社团这种机构的核心，他们自发地聚集在一起。剧院、博物馆、音乐厅，以及咖啡馆、茶室、沙龙等对娱乐和对话提供了一种公共空间。这些早期的公共领域逐渐沿着社会的维度延伸，并且在话题方面也越来越无所不包：聚焦点由艺术和文学转到了政治。”^{〔35〕}由咖啡馆、茶室、沙龙等形成的所谓“文学公共领域”是“公开批判的练习场所，这种公共批判基本上还集中在自己内部——这是一个私人对新的私人性的天生经验的自我启蒙过程。”“虽说不是有了咖啡馆、沙龙和社交聚会，公共观念就一定会产生；但有了它们，公众观念才能称其为观念，进而成为客观要求，虽然尚未真正出现，但已在酝酿之中。”^{〔36〕}这样的建立在对话基础上的公共生活领域只有在思想与发言自由的前提下才能发挥其在政治上的重大作用，因而内在要求人们在对话中不去顾及著作权问题。

（三）现行著作权法具有依表达的社会功能而区别对待的内在价值取向

在我国著作权法中找不到关于“社会交往例外”的规定，但这并不等于法律忽视了表达的社会功能差异。正好相反，是否对著作权加以限制，表达的社会功能看来是立法者的主要考量因素之一。分别规定在著作权法第5条和第22条中的看似风马牛不相及的两项制度恰恰在“依表达的社会功能而定著作权之限制”的总原则下实现了统一。

著作权法第5条规定，三类客体不享有著作权法的保护，它们是具有立法、司法、行政性质的文件及其官方译文、时事新闻以及历法、通用数表、表格和公式。这些表达属于公众所需的基本生活信息，具有相同的社会使命，就是最快地到达最多的人。

对在著作权法上面目稍显模糊的时事新闻不适用著作权保护的理理由同样在于，公众对社会生活中新近发生事件的知情利益显著超过了传播者的垄断利益。最高人民法院《关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第16条就时事新闻给出的定义是“通过大众传播媒介传播的单纯事实消息”。有学者结合这一规定认为，时事新闻不受保护的原因在于“简单的语言表达很容易与被描述的事实发生‘混合’”。^{〔37〕}这一观点有其道理。^{〔38〕}然而，现代的时事传播早已超出单纯文字传递或主持人播报，而是大量地以现场原声、画面及其组合为表达手段的多媒体呈现，对时事的报道也不必然就是极为简短的。例如，对一次灾难求援的现场直播或连续报道完全

〔34〕 任何人在表达时都难免模仿他人的在先表达。将他人的短句子稍稍改动用于表达不同的主题，是极为普遍的现象，在网络上尤其盛行。例如，《南方周末》2011年10月13日E32版“微观中国”栏目登出“庞庆涛：我有一个梦想，永远生活在新闻联播里。那里百姓住每月77元的廉租房，一个鸡蛋五毛钱，工资增长11%，农民年收入二三十万是一般水平，大学生就业率达到99%。如果有一天，我老无所依，请把我埋在新闻联播里。”在这条微博文里，发布者将歌词“如果有一天，我老无所依，请把我埋在春天里”中的“春天”换成了“新闻联播”，构成了对作品的“改编”。

〔35〕 1998年哈贝马斯给中国社会科学院社会学研究所景天魁研究员的回信，见尤尔根·哈贝马斯：《关于公共领域问题的答问》，《社会学研究》1999年第3期。

〔36〕 [德] 尤尔根·哈贝马斯：《公共领域的结构转型》，曹卫东等译，学林出版社1999年版，第34、41页。

〔37〕 王迁：《知识产权法教程》，中国人民大学出版社2009年版，第68页。

〔38〕 郑成思先生认为，不保护具有纯粹消息报道性质的日常新闻，基本原因出自“形式与内容”上的“惟一表达”标准。参见前引〔16〕，郑成思书，第311页。

可能达到相当的长度。即便在简短的报道中,角度、距离乃至画面拼接同样包含着报道者的“判断”、“选择”,甚至可以体现出不同报道者的报道风格。如果说抓拍照片都是创作,这样的“连续抓拍”自然也是。尽管如此,就最近发生的事件,公众的知情利益不但涵盖间接的文字描述,当然更延及直观的动态画面和现场声响,后者已经成为当代人所获信息的常规形态。^[39]

基于同样的理由,为了使公众尽快了解时事,著作权法第22条允许媒体在三种情形下合理使用有著作权的作品,分别是报道时事新闻中不可避免的再现或引用、转载时事性文章和刊登或者播放在公众集会上的讲话。的确,法律要求在报道中呈现他人作品要把握分寸,但免费利用的原则才是首要的。在这里,诸如“潜在市场损害”等因素被弃之一隅,或仅在判定利用是否过分地超越了合理限度才予以考虑。为了实现大众传媒的首要社会功能即“传递时事信息”,法律要求著作权人作出牺牲。

规定于著作权法第22条及《信息网络传播权保护条例》第6条的“为介绍、评论某一作品或者说明某一问题,在向公众提供的作品中适当引用已经发表的作品”,虽然以本人创作为前提,^[40]但却体现了这样的精神:在合理限度内,介绍、评论者的表达自由优先于被介绍、被评论者的著作权。假如说介绍、评论的表达自由还受到“必须围绕作品”的束缚,那么“为说明某一问题而适当引用”已经将利用作品视作表达的免费工具。表达越是为了集中传递本人在对社会生活的意见和理解,其受到的著作权限制就越少。

假如上述规定只是包含了“个人在以表达参与社会生活之必要限度内得自由利用他人作品”的精神,那么从著作权法第22条第1款第9项关于“免费表演”之规定则直接可以推出“社会交往例外”。该项规定的内容是,公开的表演(著作权法上包括机械表演)如未向公众收取费用,表演者亦未取酬,即可免费使用。依举重明轻之理,公开的免费表演尚且属于合理使用之列,则私下的免费表演自然更无需向权利人付费。同理,对表演这种创造性的作品利用尚予以免费,那么传播效果不如的其他非营利性使用亦应享受免费待遇。

概括而言,虽然现行法并未将“日常社会交往中的必要信息交流”规定为一项合理使用事由,但就其趣旨而言却存在着容纳这一事由的空间,并不需要通过推翻现有的著作权法理论为“社会交往例外”的引入铺平道路。

(四) 微博平台属于新型日常社交媒介,对其中的信息传播应当适用“社会交往例外”

微博虽被称为“自媒体”,但其与传统媒体之间的差异是本质上的,表现在:(1)传统媒体基本上是以组织形式(出版社、报社、电台、电视台、唱片公司、互联网公司、广告公司等等)存在的。^[41]而微博固然可以为传统媒体所用,但更突出的是为原子化的公众提供了直接的信息发布及共享平台。(2)传统媒体是一种营业,其工作人员以信息的处理与发布为谋生方式。^[42]微博则不然。它旨在为普通人提供一种新的休闲社交方式。它是个体化、生活化、随意性较强

[39] 著作权法第22条规定了大众传播媒体的三项合理使用特权,其第1款第3项特许时事报道于必要时得无偿“再现或者引用已经发表的作品”。这充分说明,时事新闻的表现形式不限于文字或记者、主持人的播报。

[40] 日本著作权法理论认为,合理引用应具备明显区别性及附属性两项要件。参见前引[31],田村善之书,第466页。并参见同页日本最高裁判所判词。

[41] 作为内容提供者,传统媒体对其发布的信息无论是自行采集部分还是第三人提供部分都负有谨慎核查义务。关于传统媒体的谨慎义务,参见[美]唐·R.彭伯:《大众传媒法》,张金玺、赵刚译,中国人民大学出版社2005年版,第185页。

[42] 社会对传统媒体始终有真实、及时和客观报道的行为期待。就此可参见美国新闻自由委员会:《一个自由而负责的新闻界》,展江等译,中国人民大学出版社2004年版,第11页以下。

的。微博文的独创性是顺带的副产品，它的主旨是“攀谈”。〔43〕发布微博文与传统著作权法上的“发表”其实有很大不同。虽然著作权法上“发表”的定义为“公之于众”，但在互联网以前的时代主要是指“公布在传统媒体上”，带有相当的庄重色彩。〔44〕作者并藉此从媒介组织获得报酬。微博文的公之于众就是把本人的兴之所至写在自己的微博主页上，他人是否前来浏览，由其自行决定。（3）传统媒体的信息传播是单向、线性的，微博上的信息传播是互动、网络式的。因此说，微博是新型社交网络。〔45〕（4）传统媒体当然也发布短消息，但短消息并不构成其主要部分，更确切地说，媒体发布的不是简单的短消息，而是第一时间的短消息。而“短小”却是一切微博文的特征，它的确就是以文字形式呈现的“自言自语”和“你一言我一语”。微博的核心价值在于，它将前网络时代的日常社交语境搬到了网络空间，空前增加了普通人的交往机会。激励微博用户不断发布微博文的是自我表达和与人沟通的欲望。可以说，微博就是数字时代的“沙龙”、“咖啡馆”和“社交聚会”。〔46〕

微博虽然是“微型博客”（microblogging）的缩略语，但与网络博客有别。博客作为一种信息平台，本质上为较长篇幅的写作而准备，具有极强的单向传播色彩，与微博平台上的“你一言，我一语”不同。博客从根本上讲不过是把写作的载体从纸张变成了数码介质。它虽然可以是开放的，但却不适宜在上下班路上、旅行途中、工余茶歇乃至冗长的会议上随时发布和欣赏。微博文虽表现为文字，实为数字时代的“口语”，与普通人在旅行、购物、参加聚会乃至参与一场街头讨论时的即兴发言没有任何不同。在这里，表达者与倾听者的角色处在不断互换之中，交往特征明显。从使用目的上讲，微博本就处于公民的营业或职业生活之外，属于公民生活中与经济利益期待无关的那一部分，受到关注、评论、转发就是它所期待的“酬劳”。给微博平台加上著作权的限制，就超出了人们的期待。这种保护（或者限制）不但起不到鼓励发言的作用，反而可能驱动“作者”们出尔反尔。

讨论至此，可以得出的结论是，由于微博平台是新型的社会交往空间，尤其是具有鲜明的日常对话性、即兴以及非营业性特征，该平台的言论原则上不应受到著作权的限制。这既包括用户发微博时可以自由使用他人网上或网下的作品，也包括不得禁止他人平台上使用自己的“独创性”微博文。只要具备“社会交往例外”的要求，那么传播自由不仅仅在一家微博运营商的平台上内部适用，而是适用于所有的微博平台。

结 语

与规定于我国著作权法第 22 条的“个人学习、研究或者欣赏”的合理使用类型不同，使用微博的目的不是向内，而是向外，是“嚶其鸣矣，求其友声”。尽管如此，本文认为，微博平台

〔43〕 微博从其诞生之初就是“短信”平台，其字数普遍限制在 140 个字以下，正是基于初期手机短信录入的上限是 140 个字。运营商希望藉此实现网络与手机通信的紧密联合，而“短”正是为了信息传递的快捷。参见前引〔4〕，荀瑶文。

〔44〕 著名传播学者波兹曼指出，印刷术时代的美国话语，“由于深深扎根于铅字的传统，因而是严肃的，其论点和表现形式是倾向理性的，具有意味深长的实质内容。”〔美〕尼尔·波兹曼：《娱乐至死》，章艳，吴燕荃译，广西师范大学出版社 2009 年版，第 49 页。

〔45〕 殷俊、何芳：《微博在我国的传播现状及传播特征分析》，《河南大学学报（社会科学版）》2011 年第 3 期。

〔46〕 著作权法坚持观点、思想、事实不受保护，只有关于它们的表达才能构成作品受到保护，只有在表达的可能性十分有限时，表达才被排除于保护之外。其实，同一观点即便有多种表达形式，这些表达形式还是各有其效果乃至高下之分。有的表达能够很好地传递观点，有的表达虽然也包含了特定观点，却令人费解。在这个意义上，观点与表达在一定程度上是不可分的。仅仅因为还有他种表达可能就赋予此种表达以独占权，尤其在短小表达领域容易造成借助垄断表达而垄断观点的后果。

上的作品利用行为仍构成著作权法意义上的“合理使用”，因此无需经过权利人许可，亦无需就此支付报酬。对微博平台在法律上作如是对待，理由在于它已然成为普通人的日常社会交往空间，在这一空间中的发言与沟通是当代条件下个体的人格发展所必需，因而要求充分的自由。虽然以短文字的形式出现，微博平台上的“发言”仍然保留了日常对话式语境、作品利用的工具性以及非营业性三项特征，从而符合本文所指的“社会交往例外”要求。

如果照搬现行著作权法及《信息网络传播权保护条例》的规定，那么微博平台上的传播将很难享受“合理使用”待遇。然而，从著作权法关于著作权限制的诸项制度中可以得出“表达的传播价值越高，非营利性越强，则来自著作权的限制越低”的结论。著作权法第5条除外客体之规定，第22条关于个人利用、媒体报道、免费表演等规定支持这一结论。一言以蔽之，对微博平台上的言论适用“合理使用”规定与现行著作权法之趣旨无违。

当然，不能排除如下可能：有人使用微博不是为了与他人进行对话，而是为了不经许可地传播他人作品，例如化整为零地将长篇作品以微博信息形式发到自己或他人主页上，这种行为在性质上更接近于侵权而非合理使用。不过，这种情况不会常见。因为如此传播费时费力，阅读起来同样费时费力，故传播效果不会太好。

个人微博兴起之后，各类企事业单位、社会组织乃至政府机构也纷纷开设微博。对于此类微博需要区别对待。本文认为，原则上应推定此类微博具有营业或履行职责的性质，因此不能适用“社会交往例外”，而只能援引著作权法关于合理使用的闭合性规定。例如，蒙牛乳业公司的官方微博应推定为营业性质，而网民自发建立的“蒙牛”微博群则具有社会交往的讨论特征。

还需指出的是，本文主张微博平台上的合理使用，但不反对微博运营商、用户依据反不正当竞争法或侵权责任法抵御竞争者、网络用户的不正当竞争或侵权行为。例如，微博在我国出现了从用户名到内容的整体性复制现象，其中存在着构成人格权侵权或不正当竞争的可能性。^{〔47〕}此外，发布者、微博运营商不能阻止微博平台上的传播，并不等于其不能借助其微博文获得经济利益。他可以将微博文汇集交由他人出版，或者在网上设置收费阅读服务，或者转入线下写作。即使是那些声称在微博上“打草稿”的作家，也握有出版“本人认证版”、“最终版”、“修订版”或“增补版”的机会，并没有丧失太多经济利益。此外，那些微博获得广泛影响力的人可以利用自己的名望赚取收入。此时，微博文就是作者的网络广告。

Abstract: The denial of micro-blogging messages' copyrightability based on their short length or mediocre quality finds no support in copyright law. However, due to the nature of the micro-blogging platform as a new daily communication space of the public, the use of works on this platform should in principle be deemed as fair use. This conclusion is justified not only by the actual existence of "social communication exception" as a category of fair use, but also by the spirit and purpose of copyright law.

Key Words: micro-blogging, fair use of copyrighted works, social communication exception

〔47〕 2010年爆发过数十位新浪微博名人集体维权事件，声讨其他门户网站的微博复制。9月27日，作家罗志渊发表微博声明称，搜狐等微博运营商复制了其新浪微博，包括名字、头像、微博内容及图片。而腾讯微博用户也指责新浪微博抄袭其内容和图片。值得注意的是，拷贝该微博的，多为一些不活跃的用户。参见前引〔7〕，《人民日报》载文。