

冲突与调适： 微信空间版权正当性的反思

朱鸿军

摘要

正当性是现代版权制度的基石和现代版权理论研究的逻辑起点。版权诞生以降，其法定及适用的正当性即屡被诘疑。微信作为一种网络表达普及之后，它的版权问题也随之受到关注，特别是其版权的正当性尤受质疑，此类质疑所涉范围之广、所触理论之深，均对现有版权理念形成了较大的冲击。论证表明，与以往历次版权危机化解的路径相似，有关微信空间版权正当性的质疑都可以通过对既有理论和制度的调适予以回应和化解。反思微信空间版权正当性，不是为了推翻，而是为了使人类社会这一数百年来渐趋成熟的法制文明成果——版权制度，更加优化，更加深入人心。

关键词

微信、版权、正当性、信息自由

作者简介

朱鸿军，中国社会科学院新闻与传播研究所副研究员，电邮：suzhoudajun@163.com。

本文系中国社会科学院青年学者资助计划项目“三网融合趋势下的版权管理体系研究”的阶段性成果，同时是国家社会科学基金项目“我国社交媒体著作权保护研究”（项目编号：14BXW017）的阶段性成果。

Conflict and Adjustment: Reflection on the Copyright Legitimacy in WeChat

ZHU Hongjun

Abstract

Legitimacy is not only the basis of copyright, but also the cornerstone of the modern copyright system. It is also the logical starting point of the study of modern copyright theory. Since copyright was born, its legitimacy has always been criticized. In WeChat, copyright legitimacy is questioned once again. Because of difference originated from the WeChat and other forms of media, the breadth and depth of the question has a greater impact on the existing

copyright. The demonstration shows that the path is similar to the previous copyright crisis, and the rise of the question can be answered by the adjustment of both theory and system. Reflection on the copyright in the WeChat is not to overthrow the legitimacy of copyright, but to optimize the copyright system, which is grown with the civilization of human society, to get deeper into mind.

Keywords

WeChat, copyright, legitimacy, freedom of information

Authors

Zhu Hongjun, associate research fellow at the Institute of Journalism and Communication, Chinese Academy of Social Science. Email: suzhoudajun@163.com.

This research is supported by the foundation for young scholars by Chinese Academy of Social Science “Copyright Management System Research Under the Trend of Integration of Three Networks” and the national social science fund project “Research on Copyright Protection of Social Media in China”(project number: 14BXW017).

2015年底,我国微信用户数量已破6亿,微信已成为国民使用人数最多、使用频率最高的社交媒体,同时也成为网络空间版权内容的最大聚合平台之一。与其它形态媒体相比,微信使用便捷、成本低廉、功能多元等诸多特性,使得人们借助其接触、生产和传播信息内容的目的、方式和效果都在发生着重大变化。为此,根植于传统媒体特性而建立的现代版权制度,作用于微信空间的版权治理时,出现了较大程度的不适应。对应,版权正当性的各种质疑也随之而起。正当性是版权的立足之基,正当性的问题不能解决,现代版权制度就没有运行的基础,就可能空转失灵。正当性同样也是整个版权理论研究的逻辑起点,如果起点不成立或受到怀疑,现代版权理论研究的价值就会失去或受损。因此,反思微信空间版权的正当性,探讨该空间版权正当性究竟遭到哪些层面及何种程度的质疑,论证这些质疑的合理性,并提出正面回应这些质疑的进路,这无论对现实的版权制度,还是对既有版权理论来说,都有相当的必要性。

一、正当性问题:版权诞生以来一直为人诟病的焦点

何谓版权的正当性?或者说,版权的合法性在哪?这是版权法哲学基础问题和核心问题,简单来说,版权正当性的发问指涉的是“版权为何要存在”。权利(right)的正当性(legitimate)或合法性(legitimacy)是法哲学中一个历久弥新的老问题。关于合法性,让-马克·夸克(Jean-Marc Coicaud)(1997)指出,合法性并

不限于法律,合法律性只是合法性的一个指数。合法性只是合法律性的一个上位概念(胡朝阳,2007:2)。法是指永恒的、普遍有效的正义原则和道德公理,法律则是指由国家机关制定和颁布的具体的法律规制。学界普遍认为合法性可分为形式合法性和实质合法性,前者是指合乎法律形式的合法性(胡朝阳,2007:3),后者则是指合乎价值正义的合法性。相应,权利的合法性也被分为权利法律形式的合法性和权利价值正义的合法性。与此同时,权利的两个合法性应该是统一的,权利作为经由国家权力而加以正当化的法律形式,如果缺乏社会大众的价值首肯,便会呈现形式合法性(正当性)与实质合法性(正当性)的分歧,从而引发认同危机而得不到大众的普遍遵循(胡朝阳,2007:4)。为此,本文因袭学界对权利正当性的一般理解,将版权正当性划分两个层面:第一,版权形式合法性,即版权法律形式的合法性;第二,版权实质合法性,即版权价值正义的合法性。从历史实践来看,自1709年人类首部版权法《安娜法》颁布以降,版权在三百多年的历史演进中,其正当性一直饱受着来自各种不同视角的质疑。

(一) 版权实践效果部分有违制度设计的初衷

鼓励创作和促进传播是版权制度设计的两大核心初衷,但版权在实践推行中有时不仅未能推动它们的实现,甚至成为一种障碍。

第一,从鼓励创作的初衷来看。首先,作为创作主体的绝大多数作者并非是版权制度的最大受益者,以我国《出版文字作品报酬规定》为例,该规定1999年颁布,时隔15年才修订,这15年期间物价总水平、居民收入水平和消费价格指数等都上涨很快,但作者的基本稿酬却长期不变,现实也可发现专职依托创作为生的职业作者长时间属于很小众的群体,绝大部分作者知识生产的目的并非为了获取作品版权的经济收益,版权的财产收益对他们的鼓励效果并不明显。此外,版权还时常会恶化次级创作者的创作处境,由于“文化创作以及言论表达必然要建立在利用现有文化与言论资源的基础上,那么无法获取(阅读、收听、收看)或使用(对原作片段或元素的挪用)初级创作者具有巨大社会与文化影响力的作品就等于剥夺了次级创作者参与文化环境之塑造、解读与建构现有文化符号之意义、参与公共话语空间之博弈乃至借由表达及传播来推动自我实现的能力,即便他们仍然可以使用除这部作品之外的原有的文化与言论共享资源”(Gordon,1992-1993;转引自尤杰,2014:75)。次级创作者因版权而出现的这种处境在一定程度上会挫伤他们创作的积极性,此时版权成为一种不是鼓励而是抑制创作的因素而存在。

第二,从促进传播的初衷来看。版权有时成为作品传播的制度障碍。首先,随

着传媒商业化程度的不断提高,作为版权保护的最大受益者传媒商业公司不断想法设法通过各种途径如游说政府部门或立法机构推动版权权利的扩张,由此所带来的后果是,版权使用壁垒的不断增多和提高,这自然会抑制作品的传播。其次,传媒产业市场化,使得大量的版权产品越来越集中于少数的传媒公司手中,这些公司不但具备了控制言论市场的能力,而且还能够以拒绝版权许可的方式打压依托新兴传播技术的市场进入者,从而维持其原有的市场垄断地位以及现有的传播方式(Natanel,2008:171;转引自尤杰,2014:28)。

(二) 版权的存在带来现实利益不平等的加剧

作者和媒体企业是版权的两大权利主体,也是版权的两大主要受益方。然而,在传播渠道资源相对稀缺的现实情境下,媒体企业把控着传播渠道,在与作者进行版权利益的分成时较多处于绝对主导地位,他们更多地关心“如何以版权来限制他人取用其产品”,而“很少关注在灯泡光线下写断铅笔的孤独创作者”。版权事实已成为媒体企业谋取暴利的手段,出版社、唱片公司、电影电视公司等商业性版权所有者作为版权保护范围,实现自身利益的最大化,而不是为了作者的福祉,是其力推版权扩张的最主要动机。从国际版权分布格局来看,发达国家是世界版权作品的最大拥有,实现自身利益的最大化,而不是为了作者的福祉,是其力推版权扩张的最主要动机者,发展中国家是世界版权作品的急切需求者,两类国家在版权贸易中,前者长期处于顺差地位,面对这种情形,前者依然倚靠各种优势,操控国际版权贸易规则,使得这种版权贸易不平等状况进一步加重。

(三) 版权的存在以损害其它基本人权为代价

版权的存在以让渡公民的学习自由权、教育权、信息自由权等基本人权为成本(胡朝阳,2007:6),“这个成本发生在发达国家与发展中国家之间时,需要以发展中国家牺牲本国人民基本人权为代价;即使在发达国家内部,该成本发生在少数垄断集团和大部分社会公众之间时,它也需要以社会公众牺牲自己宪法上的自由权为代价”(徐瑄,2003)。

除此之外,还有从其他角度质疑版权正当性的观点。尼葛洛庞帝(1996:8)在《数字化生存》一书中指出:“著作权法(copyright law)是古登堡时代的产物,已经完全过时。由于目前著作权保护完全是个被动的过程,因此或许我们在修改著作权法之前,得先把它完全颠覆。”以美国安娜特尔·沃利尼特(Anatol Volynets)为代表的“知识产权怀疑论”者认为,知识保护(包括版权)不是对社会、经济、文化、教育等产生了促进作用,而是相反地产生了阻碍效应。格林

S·伦尼 (Glynn S.Lunney, 2001) 则认为“分组交换无中心”是互联网最根本的技术特性,这意味着从理论上只要使用者的技术足够高,权利人根本无法通过技术手段来限制他人使用其网上的版权作品,版权法也无法对侵权行为施行惩罚,既然权利人和版权法都无力维权,那版权还有什么存在的必要;而在胡朝阳(2007:5)看来,“知识产权领域中频繁发生的盗版现象,证明知识产权的正当性没有得到社会公众的普遍认可”,等等,不一而足。然而,虽然各种版权正当性的质疑一直伴随在版权发展历程中,但从总体看,这些质疑始终都只是作为一种边缘说法而存在,版权制度仍旧依循自有的逻辑有条不紊地朝前发展。

二、理论依据的动摇:微信空间支撑版权正当性的理论学说遭到质疑

版权整体上作为一种私权的合理性问题十分复杂,涉及到每一个具体国家的政治、经济、文化以及社会本身的具体情况(李扬,2003:1)。围绕版权的正当性,历史上出现过各种理论论证,但最有代表性的还是威廉·兰德里 (Willian Landes) 和理查德·波斯纳 (Richard Posner) 为代表人物的激励理论说、洛克的财产权劳动理论说和以马格尼特·拉丁 (Margaret Radin) 为代表人物的人格理论说。但是,在当下的微信空间中,上述理论的适用性和解释力则面临着“失能”和“失势”的危险。

(一) 激励理论说的动摇

该理论说的代表人物是美国学者威廉·兰德思和理查德·波斯纳等法学家和经济学家(Fisher,2002:2-3)。激励论的主要观点为,人们不能对自己的智力成果享有独占权,或者这种权利不被法律保护,那么就不会花大量的时间、精力、金钱等投入到最初的创作、创造中去;人们从事创新、创作的激励就会不足,新的智力成果就不会被大量生产出来。一旦智力成果不足,社会总体效用和社会进步也将受到损害(何贵忠,2011:73)。微信环境中,这种“有智力成果独占权才有创作动力”的说法开始失灵。除少数商业的微信用户,大量普通的微信使用者即使没有产制内容的版权,或说即使作品的版权被侵权了,依然会自觉或不自觉地进行创作。或是为了简单的表达需要,或是为了体现个体的存在感,或是为了和朋友进行知识分享,经常成为他们生产信息内容的主要目的。

(二) 劳动理论说的主要动摇

此理论来源于洛克的财产权劳动学说。洛克的劳动学说最初是用来解释有形之物的财产权,后来被逐渐引申到知识产权领域,用来解释智力劳动者对智力产品的所有权问题,成为知识产权正当性基础之一(Fisher,2002:4-5)。该理论的核心

观点是,既然人们通过劳动可以确立对劳动成果的所有权,那么作者、发明家理所当然地对自己的智力劳动的成果——作品和发明——享有所有权。美国版权学者梅维利·B·尼美尔(Melville B Nimmer)指出,作者的劳动果实所包含的努力不比其他劳动者创造有形物所包含的少,因此更应给予财产的地位和专有权(冯小青,2003:128)。劳动理论说的核心初衷是通过赋予劳动者对劳动成果的天赋财产专有权从而对劳动这一人类生存和发展的最基础、最重要的文明行为给予充分肯定。然而,在微信空间,广大普通微信用户产制信息内容时并不觉得付出多少努力,所利用的时间大多是碎片化时间或闲暇时间,不需要耗费多少脑力或体力,他们在大多数情况下并不在乎赋予其生产信息内容以版权身份是表示对其劳动的肯定。

(三)人格理论说的动摇

代表人物马格尼特·拉丁认为,基于财产权的“个性的视角”,人格理论说的核心理念是,“为了获得适当的发展——为了成为一个人——个体需要对外界环境中的资源施加某种控制”(Hughes,2006:60),这种控制,可以通过我们称为财产权的一系列权利得到最佳实现。在这里,财产是手段,人格是目的。之所以要赋予个体财产权,是为了创造物质前提以促进个体人格发展(何贵忠,2011:79)。微信环境中,大部分版权作品对于作者而言所带来的财产收益都是微乎其微,很多情况下完全可以忽略不计,因此,指望借助作品版权的财产收益来促进作者人格发展的说法似乎很难成立。

三、信息自由优先:抗辩微信空间版权正当性的一种理由

所谓的信息自由,通常是指接近、生产和传播信息的自由。基本信息需求的满足,对人类的生存和发展非常重要,被认为与自由、机会、收入、财富和自尊一样,是公民任何合理生活计划都重要的、必需的“基本的善”(Rawls,2000:326-327)¹。德霍斯(Dharos,1996:174)认为,原初状态的人都是理性的生活规划者²。要做出更具个性的生活规划,相关信息必不可少,而且多多益善。信息匮乏到一定程度,可能无法形成合理的规划。错误的信息,则可能导致歧视和偏见。信息自由属于人类基本自然权利的一种,属于基本人权的范畴,被视为“第一代人权”表达自由实现的前提,甚至被认为是高于表达自由的更“基本”的人权,“信息自由权是积极权利,由表达自由推导而来,但是也高于表达自由,因为它不仅仅高于‘不受干涉的’表达自由,而且是‘要获得’信息的自由”(郑万青,2005:194;转引自何贵忠,2011:195)。世界各国宪法中均有明确条款保障信息自由。联合国教科文组织

的报告也认为,信息流通自由是知识社会崛起的一个必不可少的条件。根据联合国1946年第46号决议,信息自由被定义为“一项基本权”。我国宪法第35条规定:

“中华人民共和国公民有言论、出版、集会、结社、游行、示威的自由。”

过去几百年,相当长的时间里,信息自由与版权分别处在不同的法律领域,两者互不相干。然而,从20世纪六七十年代起,在美国,由于当事人在诉讼中援引表达自由和第一修正案对抗版权主张,学术界才开始逐步关注到两者之间的潜在冲突(何贵忠,2011:1)。虽然该案中直接牵连出的是表达自由和版权的冲突,但其中争论的实质焦点是信息自由与版权之间的争议。20世纪90年代以来,随着互联网技术的逐步普及,该争议开始大面积凸显。互联网时代,“人们可以更加便宜、便捷地复制作品;同时用信息技术封锁、控制作品也变得简单,技术手段前所未有地控制了创新作品”(何贵忠,2011:5)。在此情形下,各国纷纷大幅度修改版权法,版权保护领域被大大扩张,权利对象和内容不断扩大。新修改的版权法引起社会广泛的争议,被认为有违宪法和人权法的嫌疑,侵害了宪法基本权利(Birkhack,2003)。

在讨论有关如何处理两者冲突时,始终有一种“信息自由优先论”的主张。该主张的依据主要有三:一是信息自由属于人的基本自然权利。版权的出现是为了鼓励发明、创作,追求社会更大进步,它不属于关涉人类基本生存需求的自然权利。因此当版权严重影响到人类获取信息的自由,必须重新考虑它的存在意义(李杨,2003:164)。二是信息与物质不同,它不具有物质财富稀缺性特点。物质通常会因为对其使用而使其价值消耗,信息可以无限度地供给每个公民,同一信息可以为许多人同时共享,并不会因为对其使用、交流而造成什么损失,甚至会增值。因此,像保护物权一样保护版权并不明智,相反,对获取信息自由的保护或许更当重要。三是信息自由与版权冲突时常处于弱势地位。版权更多旨在保护私有领域的利益,版权背后时常有强大的实体力量做支撑,如美国,版权业的力量非常强大,版权业财团有雄厚的人力、物力和娴熟的法律技巧,有非常强的游说立法、司法的能力,比较容易组织起来表达和争取自己的利益(何贵忠,2011:168)。与之对比,信息自由,既可以是公众个人的利益,也可以是公共利益。公众利益经常由于对象的不特定性,人数众多,而难于组织起来形成一股力量,因此其利益更难于得到表达、保障和实现(何贵忠,2011:268)。因此,当两者发生冲突时,惯常来看,应该较多偏向信息自由。

传统媒体环境中,虽然“信息自由优先论”的主张在学术界有一定市场,但也总是有一些相反的观点与之竞争和对冲。进入社交媒体时代,我国有关微信空间的

理论研究中,至今还没有学者将版权与信息自由关系列为研究范围之内,也没有直接研究成果支持“信息自由优先论”主张。但从实践来看,该主张已有相当多的支持者。2014年4月至6月,笔者曾展开了“中国媒体人版权素养状况的调研”,当问及“微信空间,版权和信息自由谁更重要时”,有85%的媒体人选择了后者。调查对象是媒体人,但从常识判断来看,媒体人版权素养应该高于一般普通民众,由此可见,赞同“信息自由优先”的普通民众应该更多。

“信息自由优先”论之所以在我国有一定市场,可理解的原因为:首先,历史维度看,应该承认,受限于大众媒体资源的稀缺性,民众在利用大众媒体接触信息、生产信息和传播信息方面受限较大,也就是说,民众通过大众媒体实现信息自由方面的有效供给是不足的,而社会的转型、各种矛盾的突发、阶层的分化等诸多因素又使得广大民众对这样不足的解决充满了急切地期待,并且这种期待长期累增。其次,与其它大众媒体所不同的是,微信接收最主要终端手机的普及、微信操作的智能化、微信使用的低成本、微信媒体功能的全媒体化、微信规避信息传播障碍的灵活性等等,都使得微信成为民众所广泛青睐的“自由媒体”,它不仅能使民众满足通过大众媒体实现信息自由的需求,而且还能让民众体会到其他大众媒体所不具备的自由传播的酣畅。长期通过大众媒体实现信息自由的期待,以及微信空间自由传播所带来的现实红利,自然会让民众对“自由传播”产生天然亲近,自然会对那些阻碍信息自由的因素产生条件反射地抵触,而在众多民众看来,版权正是作为这样的因素而存在。为此,微信空间,当版权与信息自由发生冲突时,后者更容易得到支持便不足为怪。

四、现实尴尬:微信空间版权推行面临的障碍

现有版权制度主要基于传统媒体的传播特性而设计,与传统媒体相比,微信这一社交媒体在传播特性上有着诸多本质上的区别。因此,现有版权制度在规制微信空间中的版权问题,时常会捉襟见肘,遇到诸多现实尴尬。

(一) 基础问题有待界定

版权的客体是什么,即哪些作品有版权,版权的主体是谁,即版权的权利归谁所有,这是搭建整个版权制度时需要回答的两大基础问题(朱鸿军,2016),微信空间,这两大基础问题都有待重新回答。

1. 版权客体——作品可版权的界定

版权作品的两大构成要件,一是独创性,一是思想内容以固定载体存在。以此

标准,微信空间信息作品基本都符合后一要件规定,至于是否符合独创性(包括作者本人创作和创作的内容有创造性两层意思)中的创造性要求,则很难衡量。版权作品创造性的标准在哪?我国《著作权法》和《著作权法实施条例》都没有明确交待,只是在司法实践中将标准默认为“最低限度”,即只有达到“最低限度创造性”的作品才有版权。但究竟什么是“最低限度”,是否有具体可量化的标准?若不可量化,应有谁来评判?评判的依据又是什么?等等,对此,没有统一答复。司法判决或行政管理中更多凭经验来判定。“创造性”标准的模糊性,给微信空间作品可版权的界定加大了难度,也带来了争议。一些微信用户记录的日常生活流水账,说其没创造性,很可能会得到相反的回答。但如果这类内容也能有版权,那一方面有违版权鼓励创新的制度设计初衷,另一方面也将大幅度增加社会管理的成本,试想若某知识产权法院或版权行政机构只是为涉及某一生活琐事信息的版权纠纷进行判定或裁决,这会是对社会资源的多大浪费。同样,也因为创造性的标准模糊,微信中大量被改编的文字作品或音视频作品,我们也很难判定它们是属于改编者的原创作品,还是侵犯原作品的侵权作品。

2. 版权主体——权利人身份的确定

微信空间,一篇热点文章或一条有特色的段子有可能会被海量用户转发、转载或其他使用,在使用的过程中,经常会出现最终不知道作者是谁的情况。这对于一个试图将该文章或段子商用的使用者来说,就会很为难,想合法使用,无法找到作者;不经过作者许可,使用者又面临着侵权被诉的风险。此外,对于一些正在走媒体融合道路的传统媒体而言,“两微一端(微博、微信和APP客户端)”成为其开拓新兴媒体业务中的标配产品。然而,这些传统媒体开设微信公号时面临的一大问题便是如何解决存量作品的网络版权问题。因为,许多存量作品尤其是互联网还未兴起时的存量作品,传统媒体是没有这些作品的网络版权授权的。要获得的这样授权,就必须找到作者或其他权利人,然而,如何将其一一找到,这对于传统媒体来说实在是很难完成的艰巨任务。

(二) 基本制度面临调整

“先授权后使用”、“合理使用”和“法定许可”是我国版权的三大基本制度,微信空间也面临着重新调整。

1. “先授权后使用”的缺陷

先取得权利人的授权,使用人后可以使用作品,这是版权使用的一般通行规则。然而,微信空间,该通行规则具体使用时所存在的一大缺陷是,它与微信用户

惯常的信息使用行为严重冲突。事实上,很少有使用者是在征得权利人许可后才转发微信,权利人通常也默许这样的使用行为,并不认为它侵犯了自身的版权,而且时常会希望它出现。若该原则在其缺陷没有其他制度加以弥补的情况下被严格执行,那将会严重阻碍微信信息的自由传播,也会违背权利人的事实意愿。

2. “合理使用”的情形适用性

合理使用制度是指在法律所规定的某些情形下使用人可以不经权利人许可,也不用向其付费的版权使用制度。我国著作权法规定了合理使用的12种情形。这些情形有的在微信环境中是否能适用会有争议。如《著作权法》第22条称“为个人学习、研究或者欣赏,使用他人已经发表的作品”时,使用者“可以不经著作权人许可,不向其支付报酬”。那个人在微信圈中上传他人版权作品是否属于合理使用呢?若不符合,上传者会提出自己是“学习、研究或欣赏”的目的在朋友圈内交流,若说符合,那由于微信其实是一种一传十、十传百,具有裂变传播效应的媒介,一些高质量的内容被上传,很容易被广为传播,若不加以限制,无疑会给权利人带来较大经济损失。

3. “法定许可”的落地困难

法定许可制度是指法律所规定的某些情形下使用人可以不经权利人许可,但须向其付费版权使用制度。我国著作权法规定了法定许可的五种情形。然而,法定许可制度在微信空间落地会遇到两大难题:一是我国著作权法所规定的五种情形没有提及适用于网络空间,二是即使网络法定许可取得了法律身份,但还面临着如何落实的难题,如何让使用人找到权利人,如何在费用的支付方面达成共识,尤其是大量碎片化微信作品价值如何核算,这些问题的解决现有成文法很难直接找到答案,实践中又鲜有成功经验。

(三) 版权实践遇到障碍

版权制度在实践中是否经得起检验关键要看两大指标,一是版权能否得到合理保护,一是版权能否被顺畅利用。以此衡量,现有版权制度作用于微信版权,版权合理保护和版权顺畅利用都遇到了诸多障碍。

1. 版权合理保护遇到障碍

版权理论和经验表明,一套版权制度怎样才能使版权得以合理保护,主要需控制两类人的行为成本:第一,侵权人的侵权成本,形成对侵权人有威慑力的侵权成本;第二,权利人的维权成本,形成不打击权利人积极性的维权成本。然而,微信空间,现有版权制度并不能很好地控制这两类成本。

一方面侵权成本低。网络空间中,侵权人使用他人版权作品简单易行,时常是动动鼠标复制粘贴便可以盗用他人作品。微信使用的便携性、智能化、多功能等特性,使得侵权人的侵权更方便,几乎可以随时随地简便操作,便可侵犯他人作品。而微信用户的普及,更多的UGC用户产生的海量信息,更高频次的多次转发等又使得侵权人的侵权行为较难发现。此外,即使被发现,并且败诉,侵权人所受到的惩罚也时常很轻。

另一方面维权成本高。与其他网络空间的版权维权一样,微信空间也面临着维权成本高的问题。而且微信空间众多被侵权人,经常面对的是一篇几十字、上百字文章或一张照片、一段微音视频被侵权,本身的市场价值并不高,然而按照《民事诉讼法》第107条规定,知识产权民事案件仅诉讼受理费就达每件500到1000元,是否值得为如此小的标的物打官司,当然是值得考虑的问题。此外,复制或转发一条微信应该承担什么样的法律后果。司法实践中,著作权人往往无法证明或量化自己的实际损失,同样也无法证明或量化侵权方的违法所得,所以,即便侵权责任方是明确的,也很难权衡他应该做出什么样或什么程度的赔偿(魏超,陈璐颖,2015)。

2. 版权顺畅利用遇到障碍

版权要得以顺畅利用,两个基础条件必须具备,第一,权利人和使用人能顺利取得联系;第二,权利人和使用人互相之间能达成相对公平一致的版权价格(朱鸿军,2016)。微信空间,海量权利人和使用人要联系上,需要有发达的版权中介组织,从当前来看,我国五大著作权集体管理组织发展得很不成熟,成长历史短、社会知名度不高、行政色彩过重、垄断性过高、权利人的参与度不高(朱鸿军,2015),尚不能在微信版权利用中起到较好的中介桥梁作用。

微信空间存在着大量微作品。一篇短文、一条段子甚至一句话,一张照片、一段很短音视频等这些微作品,如何评估它们的价格,这对于整个版权行业来说都是新课题。微信空间还存有大量来自其他不同类型媒体如报刊、广电等传统媒体的版权作品。同一版权作品在不同类型的媒体中传播时价格不一样,如何让不同类型媒体环境中的权利人和使用人,如图书出版社和微信媒体使用商,在图书网络传播版权转让价格上达成一致意见,至今也是行业难题。

惯常经验,较为成熟稳定的版权价格一般依托两个途径来实现,一是通过较为充分的市场竞争自然形成,一是借助第三方机构来评估。当下,微信空间的版权交易市场还处于起步阶段,权利人、使用人及相关利益方甚至对版权作品的范围、归属等基础问题都达不成共识,对版权保护、质押、交易等一些新的游戏规则也是处

于摸索阶段,市场竞争整体处于无序状态,因此,很难指望短期之内借助市场竞争形成各方都认可的合理版权价格。此外,我国一直缺乏权威的第三方版权价格评估机构,其中最重要原因在于,严重缺乏真实、可靠的受众数据,如点击率、转发率、发行量、收视率等。微信空间,制造虚假受众数据已变得易如反掌,这更让既有受众数据的可信度大打折扣。没有权威数据,第三方机构自然难以做出合理的版权价格评估。

五、调适:微信空间版权正当性的存续

1709年《安娜法》的颁布标志着现代版权制度诞生,在随后300多年的发展历史中,人类每一次媒体形态的重大革新都会对该制度带来剧烈地冲击,并随之伴随对其正当性加以质疑。然而,实践表明,现代版权制度有着很强的韧性,面对冲击,它每次都能通过自我的完善更好地证明自身的合法性。微信,一种与传统媒体有质的差别的媒体,甚至与其它新媒体都有着很大不同的媒体,它再次给现有版权制度带来了幅度和深度都较大的冲击,并使版权正当性的地位又一次遭到了挑战。但陈列对其正当性的各种怀疑,只要依循现代版权应对历次冲击时不断适时调适的惯常路径,无论从理论层面,还是实践层面,我们都能找到微信空间版权正当性存续的依据。

(一) 微信空间版权正当性存续的理论依据

1. 激励理论说存续的依据

虽然微信空间大量UGC用户并非因为版权的激励而产制信息内容,“有智力成果独占权才有创作动力”的激励说对他们并不适用。但是我们还应该考虑到一基本事实,即微信空间仍然有相当部分以知名作者和商业媒体为代表的版权所有人依旧视版权的收益激励为其创作和生产版权作品的最大动力,而且在版权内容创作和生产越趋产业化、商业化的当下,这部分权利人是高品质版权作品产制的主体。实践表明,现代高质量版权作品,如一部精彩影片,若没有商业投资或基金支持,将越来越难以完成。而对于商业公司或基金组织而言,若没有现代版权的支撑,他们通常不可能投资支持作品的产制。

2. 劳动理论说存续的依据

微信空间虽然有相当多的UGC用户并不在乎版权,并不在乎版权带来财产收益,不在乎以版权方式对其信息产制劳动的肯定。但这并不妨碍法律继续给这些用户所产制的信息内容以版权身份,因为保护包括无形资产物劳动者的所得,以财产

权赋予来肯定劳动者的劳动所得,这是对劳动者的起码尊重,同时也是对劳动这一人类区别于动物最大不同,同时也是关涉人类生存和发展最基础行为的保护。此外,赋予用户所产制的信息内容以版权身份,也是为主动放弃版权的内容产制者提供日后追溯版权的机会。最后,劳动理论说续存的另一依据在于,毕竟微信空间依然有相当多的信息内容产制者在乎版权,在乎版权的赋予给其劳动付出所带来的肯定,比如上文所提及的知名作者和商业媒体机构。

3.人格理论说存续的依据

微信空间,该理论学说与上两理论学说存续都有相类似的理由,即除了考虑大量UGC用户群体之外,还应该关注作为优质版权作品最主要提供者的职业作者和商业媒体机构的诉求。具体在人格理论说中,我们应该关注职业作者和商业媒体机构版权所有人他们是否在意版权财产收益对其人格发展的作用,一般经验认为,版权财产收益对他们来说相对较多,因此对其人格的促进作用相对会较大。此外,我们也不能因为版权财产收益小就一定得出其对普通UGC用户人格的促进作用就小的结论。为此,我们不能因为大量GUC的版权财产收益小就此否认人格理论说的合理性。

(二) 微信空间合理的版权制度并不妨碍信息自由

前文述及的“信息自由优先论”存在三方面偏颇:第一,过多强调信息自由的地位,将信息自由和版权摆在了不平等的位置;第二,只看到版权与信息自由对立冲突的负面意义;第三,过于强调版权对信息自由的阻碍作用。驳斥这三方面偏颇的理据分别如下:

第一,信息自由是一种人类的基本自然权利,版权虽然是后来权利,但同样也应归为人类基本自然权利的范畴。众所周知,劳动者对劳动成果所拥有的财产权,是人类基本的自然权利。版权主要是财产权,是智力劳动者对劳动成果作品所拥有的财产权,因此,同样也应该和其它财产权一样属于人类的基本自然权利。

第二,版权有与信息自由相冲突对立的一面,但这种冲突对立从另一角度看也可以看做是版权对信息自由的一种制约。信息自由,和任何一种权利或自由一样,都不是绝对的,都不应该侵犯公民的其他合法权利和自由。版权是公民的合法权利,信息自由同样不能对其加以侵犯。

第三,为防止版权对信息自由会产生威胁,现代版权制度已经通过作品“独创性”要求、版权保护期、合理使用等方面来限制版权。版权并不必然妨碍信息自由,现有的版权法内设置了容纳和保护信息自由的机制。

微信空间三种偏颇观点之所以兴起,两方面现实因素值得考虑:一是现有版权制度确有诸多规定与微信空间惯常的信息接受、生产和传播行为相冲突,如若严格遵守“先授权后使用”原则,那微信朋友圈的信息就很难实现自由转发。二是如上文所述,微信的使用一时满足了当下国民长期以来对于信息自由的急切需求,版权在某种程度上成为与之对立的制度而存在,为此,容易遭到诟病。

从上述分析来看,微信空间的“信息自由优先论”学理上站不住脚,现实社会的被迎合也只是暂时和非理性的。随着版权制度适时调整优化和国民信息自由需求得以正常的满足,合理的版权制度将更多以积极的一面与信息自由互相促进、相辅相成。

(三) 微信空间版权实践障碍排除的制度优化思路

虽然微信空间的版权在其推行的过程会遇到各种障碍,但这些障碍并不能构成对版权正当性的足够威胁,因为从制度层面来看,它们大多可通过制度优化的方式被排除或部分排除。

1. 以版权登记制应对“独创性”难以界定的难题

版权客体“独创性”中“独创性”如何衡量?这是个全球性的难题。世界范围看,除德国³,两大法系主要国家的著作权法对“独创性”的要求都很低,如英国只要求作品独立完成并有“额头出汗”足够的投入,美国略高于英国,认为还必须具备最低限度的创造性(李薇,2010)。但无论是大陆法系,还是海洋法系的著作权法,都没有一个具体可量化的评价标准。“独创性”的低要求,评判标准的模糊性,给实践带来的最大弊端是,大量无创新的低质量作品就可能涌入版权规制的领域,这会给社会带来巨大的规制成本。为解决这样的问题,美国成熟的版权登记制从当前来看是对冲这种弊端影响的一项较优措施。在美国,那些经过专业版权机构审核登记过的版权作品,在面临侵权纠纷时会获得优先的受理权,这便在很大程度上将大量的低质量作品挡在了版权规制的大门之外。我国微信空间,几乎是“全民”皆在产制信息,若最低限度创新的标准不明了,那就会让海量低质量作品进入可版权范围内,这对于现有版权制度来说无疑会是巨大的负担。为此,学习美国经验,将我国现有版权登记制刚性化起来,使得登记了的版权作品在版权确权、维权、用权方面享有实在的益处,是一项值得借鉴的措施。

2. 以“默示许可制度”弥补“先授权后使用”的缺陷

所谓默示许可,也可称推定许可,是指即便版权人没有明说许可某人使用其作品,但是从版权人的行为以推定版权人对某人使用其作品不会表示反对。在我国,

该制度并没有获得正式的法律地位。微信空间,众多版权人应该是默示版权作品可以免费转载传播,而且从当前来看,这种默示免费使用的行为在提倡知识分享的网络空间中越来越普遍。但若依照“先授权后使用”的版权常用使用原则,即使在版权人默示许可的情况下,除符合“合理使用”和“法定许可”的情形,否则使用人不能使用权利人的版权作品。默示许可制度便可以为这样的版权作品使用提供合法的依据。

3.以增设质性规定弥补罗列式“合理使用”的不足

我国采用罗列式方法来确定合理使用的情形,这种立法技术的益处在于具体明确,参照性强,不足在于难以一一穷尽,时常难以适用一些新情况。美国采用质性规定划定合理使用范围的方式对这样的不足可加以弥补。美国评判合理使用有四大标准:(1)这种使用是否具有商业目的或是为了非营利的教育目的;(2)受版权保护的作品的性质;(3)同整个有版权作品相比所使用的部分的数量和内容的实质性;(4)这种使用对有版权作品的潜在市场或价值所产生的影响。如果我国合理使用制度加入了这些标准,那就不会出现微信圈以“学习、研究或欣赏”为目的的作品使用给权利人带来较大经济损失的现象,因为依据第四条标准,这样的作品使用就不应该属于合理使用的范畴。

4.以集体管理组织的完善更好地保护和利用版权

前文所提及的微信空间版权人和使用人难以联系,碎片化微信作品价值难以评估,微作品侵权成本低、维权成本高,权威的第三方评估机构缺乏等版权实践的障碍,其实可以通过著作权集体管理组织的完善而将其给予一定程度地排除。著作权集体管理组织在传统环境中是联系权利人和使用人,对版权进行确权、维权和用权的较优中介机构。微信环境中,海量权利人和使用人,海量的作品,不成熟的版权市场等等都会更加凸显该中介结构的重要。当下于我国而言,在将五大著作权集体管理组织发达壮大的同时,学习诸如法国SESAM经验,因应网络版权新问题利用数字网络技术建立“一站式”服务的综合性版权集体管理组织(谢平,2013)⁴,未尝不是一条更好地保护和利用版权的途径。

除上文提及的四点外,现实中排除微信空间版权实践障碍的途径还有很多,如建立“国家版权作品数据库”,将全国存量、增量版权作品数据化并对版权权利信息进行整理,这将既有助于国家对版权的全盘管理,又有利于包括微信空间版权的保护和利用;给传统媒体未获网络版权授权的存量作品的网络使用提供制度层面的合法性;为已经将网络版权转让给媒体服务商的作者在进行网络使用时予以一定的

豁免权，等等。总之，当下微信空间版权实践遇到的诸多障碍大多都可以找到将其排除或部分排除的制度出口，为此，这些障碍形不成版权正当性的大多威胁。

六、结语

正当性是版权存在和发展的根基。媒体传播技术作为影响版权一大权重很高的变量因素，其每一次重大变革而带来的最新媒体形态的普及运用，都会引发版权正当性危机的出现。与以往所不同的是，微信，作为以计算机技术、互联网技术、通信技术为核心的新媒体技术在中国应用而生的最新大众新媒体形态，其对版权正当性的冲击是全方位的，既有对传统版权法哲学理论依据的深层次拷问，也有来自在广大民众中有相当市场的信息自由优先论的挑战，也有对现存具体版权制度的质疑。然而，通过论证可发现，与历次版权危机的化解相类似，此次版权正当性危机，同样可以通过对理论和具体制度的调适给予积极回应。历史再次证明，反思版权的认同危机，对版权的正当性追问，并非为了消除这一人类社会数百年来渐趋成熟的法制文明成果。相反，正是通过这种反思与追问，不仅要使得版权规制更加公正合理，也要使有关版权的法治文明精神能够真正深入人心，从而最终能够确保版权制度运行合乎“良治之法”的社会理想，既推进人类社群焕发知识创新之活力，又引领人类社会得享知识创造之福祉(胡朝阳，2007:8)。

(责任编辑：方惠)

注释 [Notes]

1. 约翰·罗尔斯列举了五种首要的善，包括“基本自由(思想自由和良心自由)、移居的自由和多种机会背景下选择职业的自由、各种职业的权力和特权与各种职责、收入和财富，我们大致可以将其理解为可用于所有目的的手段(具有一种交换价值)、自尊的社会基础”。
2. 原初状态是罗尔斯为论证其“正义原则”而假设的初始状态。处于该状态下的人们会按照“最大最小值”规则选择正义原则。
3. 德国的独创性判断标准最为严格，其著作权法不仅要求作品包含反映作者个性和创造性的内容，还要求作品必须是作者思想感情的体现并达到一定的创作高度，故将一般的智力活动成果排斥在了独创性的认定范围以外。
4. SESAM是由法国五大主要集体管理组织或协会成立的联合管理机构，它帮助管理各个集体管理组织涉及跨媒体作品的权利，为版权利益方提供“一站式”服务，各个集体管理组织通过SESAM平台，利用数字网络技术把各自数据库集中到一起，为版权作品制作者以及在线内容提供者创建一个单一的集中化许可资源。SESAM应用了一个统一的费率系统，可以低成本快速授权和分配使用费，也有控制利用作品及与盗版斗争的经验。

引用文献 [Reference]

- 冯晓青(2003).《知识产权法哲学》.北京:中国人民公安大学出版社.
[Feng, Xiaoqin(2003). *The Philosophy of Intellectual Property Law*. Beijing: People's Public Security University of China Press.]
- 何贵忠(2011).《版权与表达自由:法理、制度与司法》.北京:人民出版社.
[He, Guizhong(2011). *Copyright and Freedom of Expression: Theory, Legislation and Cases*. Beijing: People's Press.]
- 胡朝阳(2007).《知识产权的正当性分析:法理和人权法的视角》.北京:人民出版社.
[Hu, Zhaoyang(2007). *The Justification of Intellectual Property: From the Perspective of Law and Human Rights Law*. Beijing: People's Press.]
- 贾斯汀·休斯(2006).知识产权哲学(杨才然,张萍译).载刘春田(主编),《中国知识产权评论(第二卷)》.北京:商务印书馆(原著出版于1988年).
[Hughes, J. (2006). *The Philosophy of Intellectual Property* (Trans). In Liu Chuntian (ed.), *Chinese Intellectual Property Review (Volume II)*. Beijing: Commercial Press (Original work published 1988).]
- 李薇(2010年1月29日).独创性标准破解网络版权难题.《中国知识产权报》,10.
[Li, Wei (Jan.29, 2010). Unique Standards Crack Network Copyright Issues. *China Intellectual Property News*, 10.]
- 李扬(主编)(2003).《产权的合理性、危机及其未来模式》.北京:法律出版社.
[Li, Yang (ed.)(2003). *The Rationality, Crisis and Future Model of Property Right*. Beijing: Law Press.]
- 尼古拉斯·尼葛洛庞帝(1996).《数字化生存》(胡泳译).海口:海南出版社(原著出版于1995).
[Negroponte, N. (1996). *Being Digital* (Trans). Haikou: Hainan Press (Original work published 1995).]
- 让-马克·夸克(2002).《合法性与政治》(佟心平,王远飞译).北京:中央编译出版社(原著出版于1997).
[Coicaud, J. (2002). *Legitimacy and Politics* (Trans). Beijing: Central Compilation and Translation Press (Original work published 1997).]
- 威廉·费歇尔(2002).知识产权的理论(黄海峰译).载刘春田(主编),《中国知识产权评论(第一卷)》.北京:商务印书馆.
[Fisher, W. (2002). *Theories of Intellectual Property* (Trans). In Liu Chuntian (ed.), *Chinese Intellectual Property Review (Volume I)*. Beijing: Commercial Press.]
- 魏超,陈璐颖(2015).微博与微信的著作权问题思考.《中国出版》,(8),70-74.
[Wei, Chao & Chen, Luying (2015). Thinking on Copyright Issues of Micro-blog and WeChat. *China Publishing Journal*, (8), 70-74.)
- 谢平(2013).《三网融合下影视作品著作权集体管理制度研究》.浙江工商大学2013年硕士毕业论文

文. 杭州.

[Xie, Ping (2013). *Study on the Copyright Collective Management System of Audiovisual Works Under Tri-Network Convergence*. School of Law, Zhejiang Gongshang University, Hangzhou.]

徐璿(2003).知识产权的正当性——论知识产权法中的对价与衡平.《中国社会科学》,(2),144-154.

[Xu, Xuan (2003). Justification of Intellectual Property: Also on Consideration and Equity in the Law of Intellectual Property. *Social Sciences in China*, (2), 144-154.]

尤杰(2014).《在私有与共享之间: 对版权与表达权之争的哲学反思》.北京:上海交通大学出版社.

[You, Jie (2014). *Between Private Ownership and Public Sharing: A Philosophical Reflection on the Conflict between Copyright and the Right to Free Expression*. Shanghai: Profile of Shanghai Jiao Tong University Press.]

约翰·罗尔斯(2000).《正义论》(万俊人译).南京:译林出版社(原著出版于1971).

[Rawls, J. (2000). *A Theory of Justice (Trans)*. Nanjing: Yilin Press (Original work published 1971).]

朱鸿军(2015).三网融合中版权授权的流程机制及困境.《南京社会科学》,(10),104-111.

[Zhu Hongjun (2015). The Process Mechanism and Dilemma of Copyright Authorization in Three Networks Integration. *Nanjing Journal of Social Sciences*, (10), 104-111.]

朱鸿军(2016).版权问题: 制约媒介融合发展的瓶颈.《出版发行研究》,(10),80-82.

[Zhu, Hongjun (2016). Copyright Issues: the Bottleneck Restricting the Development of Media Convergence. *Publishing Research*, (10), 80-82.]

Birnhack, M. D. (2003). Acknowledging the Conflict Between Copyright and Freedom of Expression Under the Human Right Act. *Entertainment Law Review*, 24..

Dharos, P. (1996). *A Philosophy of Intellectual Property*. London: Dartmouth Publishing Company Limited.

Lunney, G. S. (2001). The Death of Copyright: Digital Technology, Private Copying, and the Digital Millennium Copyright Act. *Virginia Law Review*, 87(5), 813-920.

Netanel, N. W. (2008). *Copyright's Paradox*. New York: Oxford University Press.