

方流芳:学术剽窃和法律内外的对策 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E6_96_B9_E6_B5_81_E8_8A_B3__c122_485982.htm 与伪劣商品、垃圾股票、浮夸政绩和银行不良资产一样，剽窃已经成为困扰我们这个社会的顽症之一。剽窃的飙升可以从个人和制度之间的互动得到解释：首先，从教师个人的升等晋级、遴选博士生、硕士生导师、年度评估考核、申请研究经费，到学术机构申报博士点、硕士点、“重点学科基地”、“211工程”和名目繁多的“评优”，无一不与学术著述的出版数量挂钩，于是，剽窃就被用来拉平官方规定的学术成果“指标”和个人及机构真实的学术生产能力之间的距离。第二，大学的扩大招生使学生人数在已往5、6年里增加了数倍到数十倍，论文的“指令性计划”的总量也随之增加--每个本科生都要写毕业论文，每个硕士生、博士生都要写学年论文和学位论文--尤其当硕士、博士学位成为官员、商人和社会名流的时尚消费之后，论文枪手和提供论文剪贴和拼接业务的非法网站的生意也就格外兴隆了，教育产业化、学位商品化是剽窃水涨船高的大背景。第三，剽窃是一种要么全赢，要么全输的冒险，一切没有“穿绷”的剽窃者暂时都是赢家。如果人们只是一般性地批评剽窃，而不去揭露一桩桩具体的剽窃行为，剽窃者是不会受到触动的。剽窃是全球化的通病，传递着复杂的政治、文化、道德和心理信息。在西方学术界，人们对什么是剽窃，有大致相同的认识：剽窃(plagiarism)就是使用他人的作品而‘不认来源’”(without attribution)--把他人的观点或者表达当成自己的，这是剽窃最主要的属性。“英文

‘ plagiarist ’ 一词来自拉丁文 ‘ plagiarios ’ (掠夺或者绑架奴隶、儿童的人)，而拉丁文 ‘ plagium (绑架) ’ 又是来自希腊文 ‘ plagios ’ (奸诈的，背信弃义的)。” “当你剽窃的时候，你是在拐走另一个人的脑产儿 (brain child)。不仅如此，你还在对其他人声称：这是你自己的脑产儿，你利用它给你自己并没有真正去做的工作赢得声誉，所以，你又是在说谎和诈骗：你从原作者那里不公平地窃取了本应属于他的认可和荣誉...” “在学术和文化领域，剽窃等同抢劫，(两者)都是拿走别人的财产。如果你拷贝别人的考试答卷，或者你从某杂志里找出一篇论文，把它冒充为己有，或者你(从他人的作品里)摘出一、两个措辞得到的短语，把它们放进你自己的作品，既不归功于作者，也不使用引号，或者，你居然用别人的出色的观点去证明自己是天才，你犯下了知识偷盗罪。如果你被抓住，你将受惩罚或受羞辱，或两者兼得。”在西方，剽窃的定义来自学术或职业共同体的诚信规范，而不是来自成文法或者判例法。如何规制“剽窃”，这是西方社会给学术或者职业共同体保留的自治领域。在涉及剽窃的诉讼中，美国法院的审查的重点是正当程序，从来不会率先去审查剽窃是否存在，因为，学术或职业共同体对它们自己的行规比法官更有发言权。总之，剽窃的定义在西方“无法可依”却又无比清晰，以至无须立法进行一般界定，无须司法进行个案认定。在中国，法律、行政法规、行政规章和机构规程都有禁止剽窃的规定，然而，却没有一种规范明确地界定了“什么是剽窃”；每个大学都要学生远离剽窃，却又从来没有清楚地告诉学生“什么是剽窃”。至于法院认定的“剽窃”，那都是整章、整编、整书复制原文而又不显

示来源的、肆无忌惮的剽窃--它们显然不是剽窃的全部，只是一些走到极端的个案。认识“什么是剽窃”，这是预防和惩戒剽窃的起点，跳过起点意味着过程尚未有开端。我必须承认：本文不是追求原创，只是针对一个真实的国内问题而介绍外来事物，给反剽窃的呼声日益高涨的中国学术界提供一些有用的信息，这与在我9年前撰文推介“哈佛法律评论”是出于同一考虑。想要把一个专业讨论转变为一般性的政策选择争论，就是它引向一个千篇一律的问题：“在这方面，我们究竟是要有建立中国特色的制度，还是照抄西方？”本文无意进入这样的宏大叙事，因为，中国是否有必要建立有别于西方的反剽窃制度，这是一个道德标准问题，只有当提问者能够雄辩地向世人证明：中国和西方在剽窃问题上的道德标准有所不同的时候，才有必要去思考这一问题。通过这篇文章，我希望能够增进三方面的认识：第一，剽窃有哪些危害？第二，什么是引用和释义的基本规则？第三，有哪些基本的剽窃类型？第四，学术诚信、版权法、民事诉讼和学界自律的关系如何？

1. 剽窃有哪些危害？

1.1. 剽窃者阻碍作者的学术得分。作者发表自己的作品是为了让别人分享，分享者通过引用、诠释而承认作者的贡献，后者因此获得“名声得分（reputational credit）”，这是学术界公平竞争的基础，因此，一个人使用他人的表达和观点，有义务归认来源（give attribution to the source），这是反剽窃的正当性基础--如果没有归认来源的义务，反剽窃也就丧失了正当性。剽窃者违背了归认来源的义务，抹去了他人应有的学术得分，这是他给作者造成的危害。有些学者认为：剽窃行为侵害的对象不是原作者的表达或者思想，而是原作者本来应有的

认可得分；剽窃者从原作者那里偷走了认可得分，这和盗窃行为是没有什么区别的。1.2. 剽窃者连累他所在的学术机构。例如：大学把博士学位授予论文抄袭者，把“学术带头人”的称号授予让学生执笔写作、自己署名的教授，把“211工程”的研究专款拨付给那些在“统编教材”中任意窃取他人思想和表达的“主编”，这都会损害该大学的声誉。如果一个学术机构容忍剽窃，剽窃取胜的成功先例会带动更多的剽窃，不仅如此，还会有更多的剽窃者慕名前来求职。因此，机构为了维护自己的合法性，必须惩戒成员的剽窃行为。

1.3. 剽窃者愚弄和误导读者。例如，甲把乙公开发表的论文复制一份，装订成册，署上自己的名字，然后，对丙炫耀一番，而丙并不识字，甲并没有剽窃--虽然，甲对丙说谎是不道德的，但是，甲显然没有招揽丙为读者的意思。相反，如果甲以自己的名义再次发表乙的论文，他无疑实施了剽窃--他这次是在招揽读者。读者会对甲假冒的知识生产能力产生敬意，甚至会引用和诠释他从乙那里偷来的文字，读者从而受到了甲的愚弄。

1.4. 剽窃者又常常是谬误的制造者：剽窃总是伴随着对原著的一知半解、断章取义和曲解篡改，因此，剽窃作品常常贻误读者。剽窃又导致重复出版，增加读者发现和寻找原创文献的困难，造成误解和源于误解的纷争……，因此，剽窃者常常无端消耗他人的时间。如果剽窃者又善于利用制度的弊端，例如，把他的作品列为“指定教材”、“考试读物”，那么，社会资源的浪费就更为严重了。

1.5. 剽窃是一种反智和反效益的自损行为。学术活动本来在于开启智慧、增进知识，然而，剽窃是一种无谓的心智损耗--每个人的时间是一个定数，用于剽窃的时间多了，

阅读、思考和写作时间就少了，因此，剽窃者本人总是自废功力。1.6. 剽窃和假冒商标都是说谎，但是谎言的导向截然不同：剽窃者把别人的东西说成是自己的，假冒商标者把自己的东西说成是别人的；剽窃者的目的是沽名钓誉--他通过占有别人的精神产品而骗取他本来不配拥有的社会评价；假冒商标者的目的是利润--他本来没有能力生产更好的产品，于是，就把自己的产品伪装成竞争对手的产品，从而占有本属竞争对手的市场--他是一个隐名的获利者，寄生在他人商誉的躯壳之内。1.7. 为了使叙述贴近主题，我们有必要区分商业剽窃和学术剽窃。商业剽窃以营利为目的，学术剽窃以追逐名声为目的；商业剽窃和学术剽窃都是使用他人的作品而没有归认来源，商业剽窃通常还有未经许可的复制，学术剽窃通常是把别人和自己的作品混合在一起；商业剽窃的侵权行为人多为商人，学术剽窃的侵权行为人多为同行；商业剽窃的救济是损害赔偿，学术剽窃的整治是行业自律。

2. 引用和释义 2.1. 履行归认来源的义务，就是要按照本专业（本行业）认可的学术规范去引用和诠释那些将要融入本人作品之内的他人的思想和表达。每个人都通过接触他人的思想和表达而增长知识，每个人的发现、心得及其表达又会对知识总量的增长作出贡献，这就是知识创造和积累的过程。我们都是通过读、听、讨论等交流渠道而获得信息，又会把获得的信息融进自己的思考、演讲和写作，此时，我们承认别人的贡献，通常采用“引用”（quotation）和“释义”（paraphrase）两种方法。2.2. 我们并不是在任何时候都能够或者都有必要形成超越他人的表述，因此，沿用他人的表述常常是合理和必要的。在这种情况下，我们需要：（1）用

引号把他人的观点、作品和自己的文章、著作区分开来；（2）通过脚注或者尾注彰显引号范围内的信息来源，诸如：作者姓名、文章或者著作的标题、出版商、出版年月和页码；（3）引用量应保持在合理限度。2.3. 在许多情况下，我们不是直接引用他人的原文或者原话，而是用自己的表达去阐述他人的观点、意见和理论，这就是释义。释义往往注入言说者自身对原文的理解而成为一种独特的表述，因此，它也是一种知识创造活动。“释义并不是把别人的句子改动一两个单词，或者，变动句子的结构次序而让原文的词汇原封不动，也不是选择一些同义词去替代原文的词汇。如果你打算按照这些方法去重组别人的文句，你就太接近原文了。这就是剽窃，而不是释义。”总之，释义的言辞、结构与原文有实质差别，剽窃则否；释义总是标明来源，剽窃则否。2.4. 区分和比较引用、释义、剽窃的示例 示例1 原文1：“他（萨义德）难以容忍学术行话，他要求学生抛弃学术行话。在一次关于知识分子和权力的研究生讨论课上，一个学生在发言中用了‘话语’（discourse）一词，萨义德勃然大怒。接着，学生紧张地喃喃而语：‘福柯……。’‘不错，’萨义德嘲讽地说：‘那是福柯的话，然而，什么是你自己的话呢？’萨义德告诫我们：行话腐蚀我们的语言和思维；应当发现你自己的语言，发展你自己的权威。萨义德说，我们的时代呼吁‘世俗的批判’--我们应当有质疑一切正统说教的能力，不是追问它们的抽象存在，而是追问它们在现实世界的作为。” 释义1：萨义德提倡拒绝行话，鼓励学生用自己的语言表达。他鼓励学生发现自己的语言，发展自己的权威，形成质疑一切正统说教的能力。在有一次讨论会上，一位学生

在发言中使用了福柯发明的术语“话语”，这激怒了萨义德，萨义德追问学生：为什么沿用别人的词汇“话语”，为什么不能用自己话去表达自己的意思？显然，原文1是由引用和释义两部分组成的：‘那是福柯的话，然而，什么是你自己的话呢？’、‘世俗的批判’--这些在引号内的文辞都是直接引用萨义德在课堂上的原话（作者是萨义德的学生，作者根据记忆重构了萨义德的“原话”），其余部分则是作者自己对萨义德的释义。作者的引用和释义都远离了剽窃：在引用部分，萨义德的原话在引号之内；在释义部分，作者是用自己的话重述萨义德的观点--读者可以获得清晰印象：这是萨义德的观点，但不是萨义德的原话。释义1没有标明出处，这是难以辩白的剽窃。即使释义1标明了出处，它仍然是剽窃：首先，它使用了原文1的原话（斜体部分），却没有使用引号；其次，它只是改变了句子的前后顺序、更换了若干人称代词，省略了一些短语，这些活动不足以支持释义的合理存在。示例2 原文2：“既恐惧又不信任，既赞叹不已又满怀嫉妒，这便是满人对于江南的看法，而叫魂危机正是由江南引起的。在这个“鱼米之乡”，繁荣兴旺的农业和勃勃发展的商业造就了优雅的气质和学术成就。北京大部分的粮食供应，是经由大运河从江南运来的。因此，几百年来，帝国的统治者便发现，他们需要不断地同江南的上层人士争夺那里的粮食。同样令北京统治者感到头痛的，是如何才能建立对于江南桀骜不逊的上层学界的政治控制。” 释义2：叫魂始于江南，这让满清当局格外警觉。江南为漕运之枢纽，税赋钱粮之来源，在经济上举足轻重；江南民众多次发动抗清起义，江南文人的诗文里充满着对于前朝的哀挽咏叹，常

常成为反抗力量的精神寄托。在满清统治者看来，江南是一个在政治上具有离心倾向的地区。弘历严厉镇压叫魂，这和他防范江南的政治战略是分不开的。（来源：同注13）释义2是合规矩的释义。首先，它通过注解承认了原文的贡献；其次，它结合前后文，试图诠释原文，寻求更为精准的表达。虽然，释义2几乎脱离了原文的结构和用词，但是，如果释义2没有标明出处，仍然构成剽窃。因为，透过江南在明末清初的地位，去解释弘历为何出手“严打”叫魂，这是孔飞力教授独到的观察。释义2虽然没有原创性观点和观察，但是，它对原文进行了提炼，使之更为精准、更为直白，这也是应当认可的学术贡献。

3. 剽窃类型和示例

本节以下谈论的四种剽窃类型，前三种系参照美国Princeton University的学术诚信守则，后一种来自哈佛大学Andreas Teuber教授的讲义。我在此按照自己的理解，诠释每一类剽窃的缘由和性质。

3.1. “逐字剽窃或引用原文而无引证”

逐字剽窃是公然的、毫无遮掩的剽窃。一般说来，逐字剽窃极易败露，败露之后几无招架之功；靠逐字剽窃去沽名钓誉，常常是事与愿违，因为，逐字剽窃注定会被读者识破，遭到读者蔑视只是早晚的事。总的来说，逐字剽窃在剽窃行当内也属于极端行为。但是，如果剽窃者有恃无恐（断定原作者不会计较或不会追究），或者，剽窃者急于求成而不顾后果（拿了项目经费，必须要交“成果”；要评教授，必须要“发表”论文），或者，学界对剽窃普遍地采取冷漠态度，逐字剽窃也会非同寻常地兴盛起来。

示例3 2005年11月，王天成发现：一本列入“法学名家经典系列丛书”的著作，共有三十六处是逐字剽窃他在1999年发表的两篇论文“论共和国”、“再论共和

国”。他列举了三十六对原文和剽窃文句，以下就是其中的一对比照：原文3：整个社会道德心灵的觉醒与彰显程度，以及统治者是否有足够的公民美德和风范，会极大地影响到宪法文本中的政府体制是否能化为现实，是否能超越个人野心、派系纷争而良好运营生存下去。比照3（斜体部分与原文完全一致）：整个社会公民美德的觉醒与彰显程度，以及统治者是否有足够的宪法美德和风范，会极大地影响到宪法文本中的政府体制是否能化为现实，是否能超越个人野心、派系纷争而良好运营生存下去。在正文中，将一切直接引用的段落、句子或者短语纳入双引号，通过注解或者其他方式显示作者的姓名和作品来源，这是直接引用的基本规则。比较上面的一对文字，可以发现：周、戴除了将“社会道德心灵”改为“公民美德”之外，完全是一字不漏地复制原文3。在复制的时候，他们知道自己在做什么，知道复制部分是用来冒充自己的学术著作，知道至少会有一些天真的学生真的会把这些复制文字当作“法学名家经典”，甚至知道原作者王天成早晚会发现，这样做是需要克服许多道德和心理障碍的。3.2.“从他人作品中摘取段落和单句或短语而不显示出出处”示例4原文4：“不搞争论，是我的一个发明。不争论，是为了争取时间干。一争论就复杂了，把时间都争掉了，什么也干不成。不争论，大胆地试，大胆地闯，农村改革是如此，城市改革也应如此。”释义4：邓小平的一个发明，就是停止意识形态争论：他鼓励人们大胆地开展各种试验，不争论，大胆地试，大胆地闯。（来源：同注）尽管前项释义显示了解释对象的来源，但仍然属于剽窃。首先，“不争论，大胆地试，大胆地闯”，这是邓小平的原话。邓小平常

常用一个短语（如：“两手抓，两手都要硬”）、一个比喻（如：“摸着石头过河”）去说明一个深奥的道理，并且给人留下深刻印象，这是带有鲜明个人印记的一种表达艺术，引用时必须纳入引号之中，否则，读者会误认为是诠释者用自己的话在解读邓小平。其次，前项释义基本上没有作者自己的语言，作者本应引用原文，释义在此乃是多此一举。释义旨在浓缩、提炼、强调和发挥别人的观点，或者用更为精准、更有特色的语言去重述别人的观点。如果做不到这一点或者不存在这样的必要，引用原文更为妥当。3.3.“改写原文而保持原文段落或文句的结构”此类剽窃可归入不当释义之一种，其目的是通过改写而窃取别人的观点、思路和表达结构。示例6 原文6：德国法学家耶林在他的一篇论文中指出：“从事契约缔结的人，是从契约交易外的消极义务范畴，进入契约上的积极义务范畴，其因此而承担的首要义务，系于缔约时须善尽必要的注意。……否则，契约交易将暴露于外，不受保护，缔约一方当事人不免成为他方疏忽或不注意的牺牲品！……简言之，当事人因自己过失致使契约不成立者，对信其契约为有效成立的相对人，应赔偿基于此项信赖而生的损害。”释义6：我们认为：当人们开始缔约洽谈的时候，他们彼此就承担了一种先契约义务，即：在缔约过程中竭尽注意，避免因为自己的过失导致契约不成立或者无效，从而给对方造成损害。如果完全把缔约过程置于法律保护之外，一方当事人就可能因为对方的疏忽或缺乏注意而蒙受损失，却不能得到任何救济。总之，当事人因自己的过失导致契约不成立或无效的时候，相信契约为有效成立的另一方，得主张基于信赖利益的损害赔偿。在释义6，没有一句话、没有一个

词组来自王泽鉴的译文，但是，主要观点、文句和段落的结构都是王泽鉴的译文的改写。作者没有引用原文的词句，故没有必要使用引号，但是，作者绝对有必要通过注解告诉读者：这一段话是改写王泽鉴的译文。释义6的作者剽窃了耶林，它把耶林的原创观点说成是自己的；释义6也剽窃了王泽鉴，它本来是王泽鉴的译文的改写，但却抹杀了王泽鉴的贡献。在释义6，假如作者用“耶林认为：……”代替“我们认为：……”，并且从王泽鉴的前述论文的注解中找到耶林的德文原作的出处，如法炮制一个脚注，这是否构成剽窃？回答是肯定的。因为，这样做，释义6的作者实施了两项欺诈：第一，他没有阅读德文原作，却误导读者相信：这一段文字是他对耶林原作的理解；第二，这一段文字本于王泽鉴的译文，没有王泽鉴译文的存在就不可能出现释义6，而作者隐瞒这一事实，正是为了让他的第一项欺诈奏效。3.4.“用他人的观点而隐去出处。”观点是思想的产物或结晶，把别人的观点说成自己的，这就是据他人之功为己有。只要你知晓并吸纳了别人的观点，就应当承认，不管这种观点是文字、口头表述、数据，还是图形。“用他人观点而隐去出处”可能是不合规矩的释义形式，也可能是逐字剽窃或者原话剽窃。示例7：2004年，W女士发表了以下文字：“最近，有关部门居然要管制公民取名使用的汉字。据说，事情起因是，近年一些人的名字是电脑字库里都找不到的生僻字，给许多部门造成麻烦。于是，专家倡言制定‘人名规范用字表’。对此，本人实不能苟同，理由如下：第一，取名用字不受限制，这一权利来自比成文法更为古老的惯例，只有当存在公共利益的压倒性需求时，法律才有必要去改变来自惯例的权

利，然而，个人使用文字如同饮食服饰，并不牵动公共利益，法律实无强行规制之必要；第二，机关的电脑字库里找不到人名汉字，应让机关去选择合适的字库，而不是限制老百姓取名用字；第三，即使法律不去管制取名用字，人们面临取名用生僻字造成的种种不便，也会知难而退。”上段文字所表述的全部观点，都是来自冯象先生早先发表的论文“取名用生僻字该不该管”。尽管上段文字没有一句话、一个短语与冯文相同，段落和文句结构也与冯文有别，但是，这丝毫不能改变剽窃的事实。只要将两个文本对比一下，就不难看出：W肯定阅读过冯文，并用了一番心思去改写冯文、提炼冯文的观点，并把冯象的观点冒充为自己的观点。但是，如果W通过引注标明原作者和观点来源，这就不是剽窃，而是释义--W的主要错误是隐去来源。

3.4 . 如何远离剽窃？

3 . 4 . 1 . “ 归功来源 ” 和 “ 认帐 ” 。

我们可以简单而不失准确地概括一条避免剽窃的基本准则：但有得益他人之处，毋忘“归功来源”（to give credit to the source）--除非使用公知信息，当你使用另一个人的想法和表达的时候，当你使用已有事实、统计数字、图表、信息的时候，都应归功来源。“归功来源”的途径，就是通过引用、释义和承认去显示信息来源--这和“饮水思源”是同一道理。一位学者指出，避免剽窃就是在以下场合务必“认帐”（acknowledge indebtedness）：“（1）无论何时，你引用他人的原话；（2）无论何时，你吸纳他人的观点、意见或者理论，即使完全用自己的话重新释义；（3）无论何时，你借用事实、统计数据或者其他演示资料，除非公知信息。”总之，勿贪他人之功和受惠必谢，这是远离剽窃必备的心境。一个人在撰写著作、论文

和准备演讲的时候，都应当经常自问：“这是别人的，还是我的？如果是别人的，我是否按照行规披露了来源？如果是我的，在观点形成过程中，我从他人的成果中得到了哪些启发？”

3.4.2. 认识引证的功能，掌握引证的规范

在North Carolina University的学术诚信手册中，学生得到的规劝是：避免剽窃的第一步，就是“转变你对引证的态度”。学生常常担心：“引证太多”会被认为是缺乏思考，依赖资料。“恰恰相反，使用引证能使你清楚地证明，你能很好地理解教材，而且，你还能清楚地区分作者的观点和你的分析。”在知识追求的过程中，如果一切都要“从头做起、从我做起”，每个人都是“天马行空，独往独来”，人类作为一个整体，永远不会摆脱蒙昧状态；正是前后相续的继承--批判--创新，才有知识的增加。引证既记载着作者理解和思考前人观点的心路历程，也展现作者在认可、解释、分析、批判前人观点的基础上，自己开拓创造的轨迹。

3.4.3. 认错改过 剽窃之得失

隐含着一个有关身名之累的悖论：剽窃者暂时得到虚名而丢失诚信，然而，丢失诚信的行为一旦败露，虚名又得而复失。剽窃是欺世之举，然而，欺世谈何容易，盗名亦未必奏效??寻章摘句，文饰附会，只能蒙蔽出道不久的年轻人和外行，剽窃所得是游移不定的。但是，剽窃的风险则是确定的：剽窃者公开暴露了自己的弱点，给别人提供了一个可以随时发动打击的机会。当一个人面临剽窃指控之后，他的反应不外以下四种：（1）反制。例如，提起名誉权诉讼，声称自己受到诽谤。（2）辩解。例如，将责任推给第三人，声称助手寻找资料的时有疏忽，出版社催要稿件太急，多次查找出处未有结果，诸如此类。（3）沉默。不发表任

何意见，静待负面影响消失。（4）认错。如果真的存在剽窃，认错是最好的选择，一个人可以通过认错去证明了他的勇气和诚实，从而最大限度地减少负面影响。示例8：认错

哈佛法学院的Tribe教授在1985年出版了一本书“上帝拯救这个荣耀的法院（God Save This Honorable Court）”（以下简称：“法院”）。该书以非法律专业人士为读者，带有“普法读物”的性质，因此，作者刻意避免沿用学术专著的写作套路--全书没有一个注解，仅仅列出了15本参考书的书名，其中：University of Virginia的Henry J. Abraham教授在1974年发表的学术著作“司法和总统”（Justices and Presidents）也包括在内。2004年9月24日，保守派杂志Weekly Standard的网站登出一篇报道，称：Tribe的“法院”一书多处剽窃Abraham的“司法和总统”。该报道列举的“剽窃”，无一涉及观点、意见和观察等关键内容，全部是有关历史事实的叙述--在叙述同一历史事件的时候，Tribe沿用了Abraham先前用过的词汇和短语，出现了十多处叙事相似；此外，在该书还有一处逐字剽窃--一段由19个单词组成整句在两本著作中完全相同。Abraham教授对该杂志的记者说，他从开始读Tribe著作的时候就知道了真相，自己本应站出来说话，但一直隐忍不发；他认为：Tribe教授犯这样的错误，大概是因为“偷懒和想赚一点钱”，但是，“他是一位泰斗（Big Mahatma），我原以为他不会干这种事。”Tribe教授是美国最优秀的宪法学者，是自由派知识分子的一面旗帜，他信奉知行合一，身体力行地参与很多政治活动，故深为保守派嫉恨，成为保守派“精确打击”的对象。事发之后，Tribe教授没有一句话的自我辩护，他深知：剽窃就是剽窃，不会因为政治对手揭露

了剽窃，剽窃就成为正当行为，辩护是无益之举。9月24日当天，Tribe就给Abraham写信表示歉意。第二天，Tribe对媒体公开承认：“法院”一书确实是引用他人著作而未能归功于人，个人对此“负有全部责任”；“与其他同行一样，我一直对Henry J. Abraham教授怀有最崇高的敬意。”尽管这一事件给Tribe教授形象蒙上了一些阴影，但是，他对指控的回应却为自己赢回了尊重，包括对手的尊重！

4. 学术诚信、版权法、民事诉讼和反剽窃

本文无意成为一篇讨论版权法的专论，但是，分析剽窃的性质、探讨阻遏剽窃的对策，又无法避开版权法。本节围绕两个相关问题去谈论版权法：第一，我们能在多大程度上依赖版权法去阻遏剽窃？第二，剽窃的受害人能在多大程度上求助于版权法？前一问题事关公共政策，后一个问题是在实在法的解析。思考这两个问题，立足点是中国本身的法律，但是，比较法学的分析能给我们带来很多有益的启发。

4.1. 从法律的文字表达来看，中国著作权法对剽窃的规制较为周延

按照中国的“著作权法”，“剽窃他人作品”是该法列举的、可据此提起损害赔偿之诉的十一种侵犯著作权的行为之一。“著作权法”甚至把“归认来源”作为一项法定义务--在法定的、可以不经著作权人许可而使用其作品的情况下，“应当指明作者姓名、作品名称”。在“著作权法”，剽窃单列为一类侵权行为，归认来源明定为使用他人作品的法定义务，两者的内在联系是显而易见的。在中国法律，“剽窃”一词是指对智慧财产的偷掠，不限于侵犯著作权，“科技成果”、“发明创造”也可以成为剽窃对象；“剽窃”与普通法上的“窃占”（misappropriation）极为相似，只是“剽窃”仅限于智慧财产的窃占。在中国

法律，剽窃成为可诉的侵权行为，其历史甚至比“著作权法”更为久远--在“著作权法”颁布前4年，“民法通则”就已经把“剽窃”列为一项可诉的侵权行为，“民法通则”所说的“剽窃”，其外延非常广泛，著作、商标、专利、发现和发明等都可以作为“剽窃”的对象。美国版权法关注的重点是未经许可而复制他人作品--它没有提到剽窃。总的来说，美国版权法是确保作者能够在联邦法院对未经授权而复制作品的侵权行为提起诉讼，它与“归认来源”的义务实不相干。“一个学生把《哈里·波特》上传到互联网，他是侵犯了版权--不管他声称小说是自己写的，还是恰当地归认作者J. K. Rowling。同样的道理，如果他复制某些没有被版权覆盖的东西，诸如：思想、事实和版权过期的著作，他也没有侵犯版权，即使他没有归认来源。”“当然，侵犯版权和剽窃有时候也是重合的。如果一个研究生从别人的作品摘取太多的篇幅，放进自己的论文而没有归认来源，他同时构成了剽窃和侵犯版权--他会在学校里受到纪律处分，会在法庭上面对作者起诉。”我们不妨用一些事例进一步说明两国法律在这方面的差别：如果一个人复制鲁迅的《阿Q正传》并冒充该书作者，这在中国版权法会被认为是侵犯了鲁迅的“署名权”--这是专属作者自身的权利，既不可转让，也不会过期，属于“人身权”范畴的一种著作权；鲁迅的继承人可以起诉，如果鲁迅没有继承人，主管版权事务的行政机关也可以起诉。但是，如果一个人在美国剽窃版权过期的作品，他不会被认为是侵犯版权。以下是美国联邦最高法院2003年对一个类似问题的回答：1949年，原告FOX公司就艾森豪威尔将军的《十字军在欧洲》（Crusade in Europe）一书取得制作同名电视

系列片的排他许可，该许可在1978年到期之后，原告没有重续许可。1995年，被告Daster公司翻录了原告制作的电视系列片，经过剪辑和编排，制成系列录象带，命名为“第二次世界大战的欧洲之役（World War II Campaigns in Europe）”，作为自己的产品发行和销售。原告意识到自己难以依据版权法而得到救济，于是，转而依据Lanham法（反假冒法）提起民事诉讼。原告主张：被告使用原告的作品而不归认来源属侵犯版权，被告把他人的商品当作自己的商品属“反向假冒”（reverse passing off）。依据Lanham法，反向假冒的赔偿金额可相当于假冒商品售价的两倍。联邦第九巡回法院的上诉法院拒斥了原告的版权主张，但是，支持了原告的假冒指控，法院认定被告“整体窃占初始的电视系列而构成反向假冒。”（“.....bodily appropriation of original series is reverse passing off.....”）被告上诉，官司一直打到美国联邦最高法院，最高法院推翻了第九巡回法院的判决，Scalia大法官代表全体法官发表一致意见，他指出：智慧财产不属于Lanham法所说的“商品原态”，“‘商品原态’（origin of goods）系指用于销售的有形产品，而不是指作者的思想、概念或者其他与有形产品融为一体的心智交流。”“针对使用现已不受保护的作品和发明而又不归认来源的剽窃行为，运用Lanham法去制造一个诉因，这和本院的先例实难兼容。”Scalia在这里表达的意思是：剽窃版权到期的作品没有违反版权法，也不构成“反向假冒”；至于剽窃是否应当纳入其他法律的管制，至于被告是否有不当所得，原告是否受损而无救济，那都是应该由立法者去考虑的问题。就法律文意而言，中国版权法更贴近作者权利的保护：把“剽窃”列为侵犯版权的不法

行为，规定使用他人作品而归认来源的义务，区分著作权的财产权利和人身权利，从理论上讲，中国版权法将“剽窃”更多地暴露于诉讼打击之下。

4.2. 著作权之外的反剽窃法

反对剽窃的立场在不同层次的中国法律都有始终一致的体现。除了“民法通则”、“著作权法”之外，明文禁止“剽窃”的行政法规、行政规章超过一百个。与上述中国行政法规、行政规章相似，美国联邦政府的法规也管制发生在一个特定群体内的剽窃，即：接受联邦政府资助的个人和机构所实施的剽窃，在这一范围内，剽窃是指“挪用他人之思想、规程、结果或者言辞而不予恰当归功”。（.....the appropriation of another person's idea, processes, results, or words without giving appropriate credit.....）当然，如此严格地反剽窃，不是为了保护版权，而是为了防止联邦经费的滥用。

4.3. 思想和表达两分法的表述

中国版权法并没有接受所谓“思想和表达两分法”（idea-expression dichotomy，以下简称：“两分法”）。无论从法律文意，还是从立法背景去理解中国版权法，都不能发现“两分法”的存在。因此，个别法院直接依据“两分法”的理论去断案，实在是非同寻常的做法。美国版权法将版权的保护范围明确限定为“固定于任何（功用在于）有形的表达载体的原创作品”（.....original works of authorship fixed in any tangible medium of expression.....），并且明文宣布：版权保护不延及“任何思想、程序、规程、系统、操作方法、概念、原理或发现”。（.....any idea, procedure, process, system, method of operation, concept, principle, or discovery.....）。美国版权法的这一表述被认为是“两分法”的经典表述，即：版权保护仅限于表达而不延及思想。

“两分法”的演进过程大致如下：“两分法”首先是对判例的解释，解释逐渐脱离判例的原意而形成自成一体的理论，理论融入了版权法，版权法的解释又强化了理论；在判例--判例解释--版权法--版权法解释的过程中，“两分法”变得越来越僵化。尽管如此，在原告指控被告剽窃而侵犯版权的案件中，把“两分法”作为一般性的辩护理由，仍然是站不住脚的，因为，“两分法”的缘起和剽窃无关，“两分法”又是在法院把学术剽窃的事实认定完全排除在司法审查之外的背景下发展起来的。

4.4. 民事诉讼

4.4.1. 在美国，进入法院的剽窃案件大致有以下几类。（1）剽窃本身不能单独构成侵犯版权，但是，未经许可而复制他人作品而又没有归认来源的剽窃行为与侵犯版权是相互重合的。不过，一旦未经许可而复制他人作品的事实被认定之后，是否归认来源就成为与案件无关的问题：不管是否归认来源，都构成侵犯版权。在 *Arnstein v. Porter* 案，原告指控被告剽窃他创作的乐曲，法院强调：在一般情形下，侵犯版权包含了复制和不当占用两个要素，复制的事实又由被告得以接近原作、原、被告作品的相似性得到证明。但是，“在有些案件，原、被告的作品的相似性是如此广泛、如此醒目，无须更多的证据就可以推断复制和不当占用的成立。同理，如果复制本身得到证明，不当占用就无需再去证明相似性，而相似性本身又能单独证明复制。”（2）剽窃不受版权保护的作品，可能构成普通法上的“窃占”（misappropriation）。在 *International News Service v. Associated Press*，AP和INS是两家相互竞争的新闻社。INS以各种方法收集AP早先在美国东海岸发布的新闻，转而发售给西海岸的报纸。AP对INS提起窃占之诉。AP主

张：尽管新闻不在版权法保护范围之内，但是，INS把AP发布的新闻销售给它自己的客户，构成了窃占AP的财产。被告争辩说，新闻在公开之前是原告的财产，但是，在公开之后就不再是任何人的私有财产。法院的多数意见认为：被告的行为属于不正当竞争，属于普通法上的窃占。虽然，该判决不是直接针对剽窃本身，但是，法院判决隐含着这样的推理：在两个相互竞争的对手之间，一方使用另一方的作品而不披露来源，可能构成普通法的窃占。（3）所有与学术剽窃有关的案件，都不是受害人提起诉讼，而是剽窃者作为原告起诉他所在的学术机构。Billing教授的论文对美国的此类案件进行了全面的分析，将它们分为以下四类：a. 违反正当程序之诉。原告或者指控学术机构未能履行告知义务，或者指控学术机构在作出不利于原告的决定之前没有聆听他的申辩，等等。但是，如今学术机构处理此类问题的程序已日渐周全，据此起诉，胜诉实在不易。b. 民事诽谤之诉。原告被学术机构认定剽窃之后，如果直接指控学术机构的决定对他构成诽谤，原告几乎没有希望胜诉，因为，学术机构是标准的制定者，原告自愿接受了学术机构制定的标准，法院通常都会遵从学术机构对事实问题的认定。此类诉讼的原告常常是在剽窃被否定之后，反过来对曾经指控自己剽窃的人或者学术机构提出民事诽谤之诉，或者，指控学术机构在审查过程中不必要地向第三人披露事实，扩散了影响，损害了他的名誉。c. 违反雇佣合同之诉。一般教授和终身教授都可能因为剽窃而被解雇，声称解雇不合规程，违反聘用合同，或者剥夺了原告的某些合同权利，这是原告在此类诉讼中主张的主要理由。d. 雇佣歧视之诉。原告会把学术机构认定自己剽

窃一事和种族、性别和宗教方面的歧视联系在一起，依据美国民权法案而提起此类诉讼。不过，证明认定剽窃和歧视之间的联系也不是一件容易的事。4.4.2. 中国法院审理的剽窃案件呈现出以下特点：（1）剽窃纳入“著作权纠纷”案，而不单独构成一个“案由”。涉及剽窃的著作权纠纷案，当事人双方多为个人，原告通常是声称被剽窃的那一方；涉嫌剽窃者作为原告，对所在单位提起诉讼的情形，尚未出现，这大概是因为剽窃很少受到惩戒的缘故。法官总是通过自行比对，认定是否存在剽窃，并不参考行业惯例，也不依赖专家证言。（2）法院认定的剽窃多为露骨的、大量的、逐字逐句的剽窃。但是，有些法院也试图对剽窃作较为扩张的解释，例如：广西壮族自治区高级人民法院在一桩著作权案的判决中指出：“最常见的抄袭行为有两种：一种是赤裸裸地偷盗，将他人作品整句整段，甚至整篇整部，原封不动地或者换几个词语，搬过来作为自己的作品发表；另一种是改头换面地偷盗，将他人的作品进行删节或补充，乔装打扮一番，冒称自己的原作去发表。”（3）除了出于商业利益的剽窃之外，胜诉原告获得的赔偿通常只是象征性的，赔偿本身并不足以对侵权行为产生任何阻吓作用。（4）对于改写原文而没有“归认来源”作者的剽窃行为，法院常常把它排除在著作权法保护的范围之内，“思想和表达两分法”的理论常常作为开脱被告的判决理由。2006年7月，北京市第二中级人民法院对“王天成诉周叶中著作权纠纷案”作出一审判决，法院认为：即使是逐字逐句照抄，如果所涉内容是“客观事实的介绍”，那么，“鉴于相关内容的客观性和其有限的表达形式，……虽有雷同之处，但并未构成侵犯原告的

权利”；至于改写他人的作品而不显示来源，法院认为这是“学术观点的描述”，无论怎样都不违法，因为，“著作权法保护的是思想的表达形式，而非思想本身。”“客观事实的介绍”存在于一切形式的作品，存在于一切领域的作品，如果逐字抄袭他人有关“客观事实的介绍”可以得到普遍的豁免，维系知识生产的学术诚信也就全盘崩溃了。然而，法官的个人意见显然直接与法律相冲突：版权法保护表达，而不问表达的内容是主观判断，还是“客观事实的介绍”；把有关“客观事实介绍”的文字表达排除出版权法的保护范围，这不是司法，而是几个法官在行使立法权。把事实的“有限的表达形式”作为开脱剽窃的理由，这就更离谱了：事实的表达形式是否有限？这是有待经验和推理去证实的哲学问题，法官就此作出一般性定论，显然是不自量力。即使相关事实只有一种表达形式，也不能成为抄袭的理由--被告至少可以引用，学会使用双引号！“学术观点的描述”同样是在版权法保护范围之内的一种表达。如果被告的“学术观点描述”与原告实质相似，而又没有归认来源，被告显然违反了版权法，因为，中国版权法明文规定：“归认来源”是使用他人作品的一项法定义务。按照北京市二中院的判决，剽窃得到了一份通行无阻的司法许可：如果剽窃他人有关事实的描述，这种剽窃因为事实的“有限的表达形式”而得到豁免；如果改写他人观点而隐去出处，这种剽窃又因为“思想”不受版权保护而得到豁免--版权不保护思想，连带思想的表达也不受版权保护，这是法官对“两分法”的极至发挥。在这里，“二分法”的教条不仅严重影响了是非观念，而且阻断了常理思维。

5. 结论 5.1. 学术剽窃是造假、欺诈和不

正当竞争行为。剽窃方法是复制或者改写他人作品而不归认来源。借此，剽窃者抹煞了原创者的贡献，揽走了原创者的受众，用原创者的思想和表达去与原创者竞争。学术剽窃的动机是把他人的思想或者表达据为己有；学术剽窃的外在表征是冒充--剽窃者把自己冒充为他人作品或者思想的创造者，如同小偷冒充为他人财产的所有者一样；学术剽窃的目的是利用他人的成就使自己出名。如果把剽窃的定义缩小到逐字抄袭他人作品而不显示来源，那实际上是给所有具备改写能力和那些自己虽然没有改写能力，却能聘用他人為自己改写的人发放剽窃许可证；如果再把有关“客观事实的介绍”和“学术观点的描述”的逐字剽窃排除在剽窃的定义之外，那就不仅是宣布剽窃的全面合法化，而且是公然推出一种容纳剽窃的全新的道德观念--这和诚信基础上的人类精神文明是背道而驰的。

5.2. 以归认来源为主导的引证规范（指引）是区分正当学术行为和剽窃的一杆标尺。制定中文文献的引证规范，是中国学界应当尽早完成的一项工作。凭借公权力去创制和推行统一的引证规范，这是公权力膨胀和自负的一个极端事例。已往的经验表明：公权力介入引证规范，只会造成纠正不了的错误，甚至是迫使人们按照相同的模式去重复错误。因此，推行引证规范，当由一个学校、一个出版社率先推出某种试验性的标准，然后，在竞争中形成优势，在实践中形成共识。便利需求会驱使人们寻找普遍适用的引证规范--个人随机斟酌引证格式既费时、费力，又容易出错，而“照章办事，按部就班”能省却许多麻烦；引证规范的多元化也不是一个问题，人们会选择最简单、最清晰、最易学的引证规范。相反，如果排除竞争，不许试验，只会

把本来可以做好的事情做坏。 5.3. 诉讼对于整治学术剽窃，当然会有一些作用，但作用相当有限。在美国，版权法和普通法都不支持单独成立的剽窃之诉。在中国，依据版权法，剽窃是一个的法定侵权行为，但是，法院从来没有把剽窃单独作为案由，法律的这一规定也就形同虚设。与美国版权法相比，中国版权法较多地关注作者的“人身权”、强调“归认来源”，为反剽窃诉讼预留了较大的理论空间。但是，文字法律和现实法律并不是一回事，从文字法律去推断它的实际效用是没有什么意义的。法律的实际效用来自法律的实施，后者取决于复杂的、参与者自身单独和共同行动都难以把控的传统和制度因素。“王天成诉周叶中著作权纠纷案”提醒人们：无论是当事人把法官看成认定剽窃的权威，还是法官自认为能给学术界制定标准，这都是认识的误区。 5.4 . 学术界是一个专业共同体，专业共同体与业内人士的声誉相互影响、相得益彰。在一个缺乏诚信的群体里，不良行为的负面影响注定要“外部化”（externalized）：诚实的人也会为同行的不良行为而蒙受屈辱--当一个社会都在谈论“教育腐败”、“学术腐败”和“医疗腐败”的时候，每个业内人士都已经分摊了不良行为的负面影响。相反，如果一个专业的多数人在乎声誉，他们一定会形成一项共识：与不守规矩的人划清界限，把同行的不良行为的负面影响内部化，让不守规矩的人自己为自己的行为承担坏名声。如何做到这一点？那就是建立标准化的行规和实施行规的权威。没有行规或者不能实施实施行规，也就不会形成以诚信为基础的秩序，学术竞争的规则就会重新改写。例如，教育应当确保学生之间公平竞争，让优者胜出，但是，如果抄袭的学生每次考

试都得“优”，多数学生都会去抄袭，但是，一个容忍抄袭的学校是难以吸引好学生的。同样的道理，如果一个学术共同体不能阻止剽窃，学者之间的竞争最终也会变成剽窃技能的竞争，结果一定是以下三种情况：（1）剽窃者胜出并掌控学术机构，优秀学者按照“人以群分”的原理，或者避开，或者离开，或者在机构内而与它的“主流”保持距离；（2）学术共同体成员的作品价值普遍降低，学术作品的消费者甚至缩小到那些被锁定的读者（如：本校学生被指定读本校教授写的书、报考本校研究生的人被指定读导师的书……）；（3）在知识生产的大范围内，该机构或者该学术共同体被固定在边缘化状态。（《中国法学》2006年第5期。原文注释省略。）

100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。
详细请访问 www.100test.com