

主持人语 探索真理、传承文明本是大学和学者的追求,但是近年来,以学术抄袭、学术伪造等不良现象为内容的学术不端愈演愈烈,学术规范遭受践踏,学术不端俯仰皆拾。严重损害了正常的学术秩序与学术研究环境,浪费了宝贵的学术资源,对科学研究和学术活动的健康开展造成了极大危害。因此,如何有效地打击和遏制学术不端是我们当前必须解决的难题。如果学术不端涉及的仅仅是法律侵权问题,那么知识产权法乃至侵权责任法足以对其进行规制和调整。然而众所周知,学术不端是一个综合概念,其既涉及到违法和侵权,同时又是一个学术道德评判。因为其不仅仅是对他人智力成果的窃取,而且还违反了学术规范,违背了学术道德。在此情形下,知识产权法是否有足够的力量来审查学术争议以及学术争议背后的学术道德规范问题?或者说,除了知识产权法之外,是否还有其他的法律途径或法律之外的途径可调整学术不端行为?这是学术界和法学界应该慎重考虑和深入研究的命题。本专栏即是从这个角度出发,以3篇文章对学术不端、学术规范与知识产权之间的关系进行了不同视野和角度的探讨,寄希望于引发更多的理性思考。

主持人介绍 齐爱民,男,重庆大学法学院教授,博士生导师,知识产权与网络法知名学者,中国欧盟信息社会项目高级咨询官,中国法学会审判理论研究会知识产权审判理论专业委员会委员,中国科技法学会、中国国际私法学会理事,重庆市知识产权学会常务理事,重庆市法学学科带头人,重庆大学知识产权法学科带头人,重庆大学知识产权管理法律顾问。主要从事知识产权法学、信息法学、网络与电子商务法学研究。齐爱民教授学术成果丰硕,已发表论文70余篇,出版专著20余部,主持丛书多套,主持完成国家及省部级课题多项,曾为国务院、商务部以及美国商务部提供专家咨询意见或参与相关立法活动。

论学术抄袭的两面性:以学术规范和法律规范的区分为视角

齐爱民,周伟萌

(重庆大学 法学院,重庆 400044)

摘要:抄袭作为一种典型的学术腐败行为,不仅违反了学术道德规范,同时还违反了著作权法,并侵犯了他人的著作权。但是学术抄袭的认定标准与著作权侵权的认定标准不一致,国内学术界需要建立完善的学术道德规范与学术抄袭审查机制。学术抄袭的治理则需要司法机关、学术界与行政机构的共同参与。

关键词:学术抄袭;学术规范;著作权侵权

中图分类号:DF523

文献标志码:A

文章编号:1008-5831(2010)06-0086-07

抄袭,又称为剽窃,其英文“plagiarism”一词来自于拉丁文“plagiarius”与“plagium”,其本意为“绑架、诱拐”^[1]。西方人认为,当你在抄袭他人作品的时候,即“绑架”或者“诱拐”走了原本属于他人的智力成果。俗语称“天下文章一大抄”,足见其现象之泛滥,其程度之严重。时至今日,中国国内学术界的抄袭现象仍然屡见不鲜。尤其今年以来,学术界连续出现“汪晖事件”、“朱学

收稿日期:2010-09-10

基金项目:重庆大学中央高校基本科研业务费科研专项人文社会科学类重大项目“我国信息资源开发利用的法律战略与对策”

作者简介:齐爱民(1970-),男,河北晋州人,法学博士,重庆大学法学院教授,博士研究生导师,重庆市法学学科带头人,主要从事知识产权法与网络信息法研究。

勤事件”等重大学术抄袭风波,一部分知名学者甚至是学界领袖皆不可避免地被蒙上了“涉嫌抄袭”的阴影。然而,无论是司法界还是学术界均缺乏对学术抄袭的认定标准。笔者尝试从学术规范与法律规范这两个角度考察抄袭及其相关问题。

一、学术抄袭的概念

国内理论界就抄袭的概念在表述上基本大同小异,即认为“把别人的作品或语句抄来当作自己的(行为)”为抄袭^[2]。在立法上,中国《著作权法》未使用抄袭概念,其第46条使用了“剽窃”一词,但没有对此概念进行界定。1999年国家版权局版权管理司《关于如何认定抄袭行为给青岛市版权局的回复》第1条指出:“著作权法所称抄袭、剽窃,是同一概念(为简略起见,以下统称抄袭),指将他人作品或者作品的片段窃为己有。抄袭侵权与其他侵权行为一样,需具备4个要件:第一,行为具有违法性;第二,有损害的客观事实存在;第三,和损害事实有因果关系;第四,行为人有过错。由于抄袭物需发表才产生侵权后果,即有损害的客观事实,所以通常在认定抄袭时都指经发表的抄袭物。因此,更准确的说法应是,抄袭指将他人作品或者作品的片段窃为己有发表。”由此可见,国内对抄袭的认定基本上限于“作品或作品片段”。而国外在对抄袭的界定上,都涵盖了“作品与作品的思想”。英国的《牛津英语词典》将抄袭定义为“不当引用或者窃取他人的思想或思想的表达(包括文字、音乐、技术等),并当作自己的作品进行发表的行为”^①。美国的《韦氏第3版新国际英语辞本词典》将抄袭定义为“将他人的思想或表述当作自己的”^②,而波斯纳则将抄袭视为是“知识欺诈的一种类型”^[3]。

与国外的定义相比,笔者认为国内关于抄袭的概念似乎稍显模糊而略欠周延:第一,其将抄袭的客体概括成“他人作品与作品的片段(语句)”,这在著作权执法领域中是没有问题的。众所周知,无论是作品还是作品的片段,都是作者思想的外在表达,而著作权法中保护表达而不保护思想的核心原则是目前国内外知识产权学界的共识,因此,著作权法中的抄袭应该限于作品或者作品的本身而不应涉及作品所蕴含的思想。在学术领域,对他人作品窃为己有固然是抄袭,但是将他人作品中的核心思想窃为己

有是否属于抄袭的范畴?笔者认为,学术抄袭显然包括二个层次:其一是表达抄袭,即逐字逐句地剽窃他人的语言表述,此是最为明显的抄袭;其二是思想抄袭,即将他人的核心思想经过改头换面后替换成自己的语言进行表述,虽然在言语表达上与他人作品存在明显的不同,但是其本质上仍然是对他人智力成果的一种剽窃。因此,学术抄袭既包括将他人的作品窃为己有,也包括将他人作品中的思想窃为己有。需值得注意的是,表述抄袭本身就包含了思想抄袭。第二,其将抄袭的表现概括为“窃为己有”,笔者认为用窃为己有4个字来概括抄袭并不周延,抄袭中的窃为己有是指将他人的思想或表述当作自己的思想或表述进行发表或者以其他形式公之于众。倘若在自己作品中大量引用他人的作品,并且在引用的过程中严格注明了作者出处,但是引用他人作品明显不符合学术道德规范。例如一篇文章90%的内容都是引用他人的作品,此种不合理引用的行为虽然没有将他人作品窃为己有,而且还“很显赫”地注明了所引作品的出处,其行为究竟是构成学术抄袭,还是因为缺乏“窃为己有”的要件而不构成学术抄袭?答案显然是不言而喻的。

综上所述,从学术规范的角度看,学术抄袭是指在创作过程中使用他人的思想或表述但没有恰当地注明出处或者虽注明出处但不符合学术道德规范的行为。根据上述定义,一方面,学术抄袭既包括表达抄袭,也包括思想抄袭;另一方面,学术抄袭不仅包括未注明出处的使用,也包括虽注明出处但超出学术道德规范的使用。

二、学术抄袭与著作权侵权

(一)学术抄袭与著作权侵权的联系

学术抄袭与著作权侵权是二个紧密相关却又各自独立的概念。在某些情形下,学术抄袭不仅违反了学术道德规范,同时还违反了著作权法,并侵犯了他人的著作权。在此情形中,学术抄袭不仅仅是一种学术腐败行为,同时还构成了著作权侵权。换句话说,根据抄袭者是否侵犯他人著作权,学术抄袭还可以表现为侵犯他人著作权的抄袭与未侵犯他人著作权的抄袭。前者是指抄袭者在抄袭他人的过程中同时侵犯了他人的著作权。中国《著作权法》第10条规定了4项著作人身权与12项著作财产权。从

①The Oxford English Dictionary defines plagiarism as “the wrongful appropriation or purloining, and publication as one’s own, of the ideas, or the expression of the ideas (literary, musical, mechanical, etc.) of another.” James A. H. Murray, ed., Oxford English Dictionary, vol. 7, Oxford U. Press 1970, p. 932.

②The Webster’s Third New Intl. Dictionary defines plagiarism as “to steal and pass off as one’s own (the ideas or words of another).” Philip Babcock Gove ed., Webster’s Third New Intl. Dictionary, G. & C. Merriam Co. 1971, p. 1728.

人身权的角度上讲,抄袭主要是窃取他人智力成果,因此抄袭者主要是侵犯了著作权人的署名权。如果被抄袭的作品尚未发表,抄袭者还侵犯了著作权人的发表权;从财产权的角度讲,抄袭者主要是侵犯了著作权人的复制权。因为复制有狭义和广义之分,狭义的复制(reproduction)是指以印刷、复印、拓印、录音、录像、翻录、翻拍等方式将作品制作成一份或者多份的行为,而广义的复制(copy)还应当包括侵权认定中的抄袭和剽窃^[4]。另外,如果是抄袭国外学者的作品,还有可能侵犯著作权人的翻译权;而后者是指抄袭行为本身在著作权法上可能不构成侵权,但是由于违反学术道德和学术规范,在很大程度上影响甚至破坏了学术生态,从而学术界将其视为抄袭。例如对他人作品中所蕴含学术思想的抄袭,其在表述方式上可能与原作者截然不同,在学术信息量上并没有实质的增加,如果仅仅由于没有符合著作权侵权的要件而容忍这种思想抄袭,长此以往将会助长不劳而获的学术投机心理,扼杀科学研究的积极性,从而造成学术研究的停滞。因此,在学术领域需要对此行为给予否定性的评价。

(二) 学术抄袭与著作权侵权的区别

如前所述,学术抄袭与著作权侵权在概念的外延上存在着交集的部分,但是彼此之间并不存在互相隶属的关系。学术抄袭有可能构成著作权侵权,而著作权侵权也不仅仅局限于抄袭行为。然而,国内相当一部分学者没有认识到两者的区别而经常将两者相提并论,甚至不少学者往往一提及抄袭言必称著作权法。事实上,在美国等西方国家,学术抄袭与著作权侵权在各自领域内通常泾渭分明,其对两者的划分一直恪守学术抄袭与法律侵权的两分法(Plagiarism - Copyright Infringement dichotomy):学术抄袭涉及的一般是学术道德问题,学术抄袭问题通常由学术机构进行自查自律。由学术机构制定抄袭的认定标准并负责抄袭的审查;至于著作权侵权则是法律问题,其侵权要件与法律责任由国家立法规定,只有侵犯他人著作权的学术抄袭才由法院管辖。笔者认为,西方人之所以将学术抄袭与著作权侵权划分得如此清晰是因为两者在许多具体问题上有着明显的差异。

首先,学术抄袭的内容包括思想抄袭,即学术抄袭的内容不仅包括表达,还延及思想,而著作权侵权坚持思想表达两分法(idea-expression dichotomy),对思想的抄袭不构成著作权侵权。有学者认为“中国版权法并没有接受所谓思想和表达两分法。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”^[5]。事实上,中国虽然在《著作权法》与《著作权

实施条例》中没有明确的规定,但是在《计算机软件保护条例》第6条规定“本条例对软件著作权的保护不延及开发软件所用的思想、处理过程、操作方法或者数学概念等”。因此,可以看出中国对著作权的保护也是以保护表达而不保护思想作为原则的,事实上在司法实践中也是贯彻这一原则的^[6]。

其次,学术抄袭的内容包括公知公有领域,即对公知公有的信息进行使用同样构成学术抄袭。但是根据著作权法,对公知公有的信息进行使用并不构成著作权侵权。例如,将牛顿的三大定律当作自己的论文进行发表,从学术上构成抄袭是确信无疑的,但是其行为是否构成著作权侵权尚应分开讨论:如果是用自己的语言表述牛顿三大定律,则其行为虽然是典型的学术抄袭但是却不构成著作权侵权;如果是用牛顿的原文表述牛顿三大定律,则其行为只构成对原作者署名权的侵犯而不涉及包括经济权利在内的其他著作权。

再次,学术抄袭中对他人作品的抄袭不适用于著作权合理使用的限制,即只要不符合学术道德或者学术规范,行为人即使注明出处也构成学术抄袭,同时,学术抄袭的认定与抄袭的数量无关,通篇抄袭固然是抄,抄一句话同样也是抄,不会因为抄袭数量的多寡而影响对学术抄袭的认定;反观著作权侵权领域,未经许可而使用他人的作品,只要符合《著作权法》第22条的规定,其行为即可通过著作权合理使用制度这一侵权阻却性事由而得以豁免。

(三) 著作权侵权中的高级抄袭与低级抄袭

值得一提的是,国家版权局《关于如何认定抄袭行为给青岛市版权局的回复》在第2条对抄袭的形式作了划分:“从抄袭的形式看,有原封不动或者基本原封不动地复制他人作品的行为,也有经改头换面后将他人受著作权保护的独创成份窃为己有的行为,前者在著作权执法领域被称为低级抄袭,后者被称为高级抄袭。低级抄袭的认定比较容易。高级抄袭需经过认真辨别,甚至需经过专家鉴定后方能认定。在著作权执法方面常遇到的高级抄袭有:改变作品的类型将他人创作的作品当作自己独立创作的作品,例如将小说改成电影;不改变作品的类型,但是利用作品中受著作权保护的成分并改变作品的具体表现形式,将他人创作的作品当作自己独立创作的作品,例如利用他人创作的电视剧本原创的情节、内容,经过改头换面后当作自己独立创作的电视剧本。”据此可知,国家版权局不但对抄袭进行了定义,并根据抄袭者的技术处理将抄袭分为低级抄袭与高级抄袭两种形式,前者是“原封不动或者基本原封不动地复制他人作品”,后者是“经改头换面后将他人受著作权保护的独创成份窃为己有”。笔者认为,国家版权局对抄袭两种形式的区分并无不妥之处,但

是无论是高级抄袭还是低级抄袭,其都不包括思想抄袭。因为高级抄袭与低级抄袭是在著作权执法领域中的区分,因此其两者均为侵犯他人著作权的抄袭。高级抄袭仍然是对他人作品表述的抄袭,只不过和低级抄袭相比,高级抄袭的技巧性更强,其往往不是对他人作品原封不动、一层不变的抄袭,而是通过改变他人作品中的断句方式,颠倒词组顺序以及变换文字段落的排列组合等方式进行抄袭。也就是说,高级抄袭的过程中发生了对他人表述的篡改,但是其本质上仍然是通过“复制”他人的表述而侵犯他人的著作权。因此,笔者认为版权局举例中将“利用他人创作的电视剧本原创的情节、内容,经过改头换面后当作自己独立创作的电视剧本”这一行为视为著作权执法领域的高级抄袭似有不妥。

众所周知,著作权法保护的是独创性,而非“首创性”。电视剧本中所表现的情节、内容应该不是著作权法保护的范畴。因为情节、内容从本质上说是一种思想,而非著作权法所保护的表达。对于同样的情节和内容,不同的编剧完全可以创作出截然不同的表达:剧情的叙述细节,台词的铺成技巧,人物的出场安排,冲突的缓急轻重等,以上各种剧本元素在不同的编剧手中完全有可能大相径庭。因此,将情节和内容作为著作权法保护的独创成分是不符合著作权法的精神与保护原则的。在美国曾经发生过这样一个案例:原告创作了一部名为《Abie's Irish Rose》的话剧,其情节是一个爱情故事,男主角是信仰犹太教的犹太人,女主角是信仰天主教的爱尔兰人。来自不同家庭的男女主角相爱并秘密结婚,后因宗教问题遭双方家长强烈反对,历经磨难后最终双方家庭和好。而被告创作了一部名为《The Cohens and The Kelly》的电影,其剧情也是一个爱情故事:男主角是爱尔兰人,女主角是犹太人,他们两个来自不同的家庭却彼此相邻,爱尔兰男孩和犹太女孩相爱并秘密结婚。后因财产继承问题双方家庭发生冲突,历经磨难之后最终双方家庭和好。审理此案的Hand法官认为:“虽然被告的电影与原告的话剧在剧情上有部分雷同,但是由于剧情本身是原告的思想(a part of plaintiff's ideas),而版权是不保护作者思想的,因此原告的剧情不具有版权(was not copyrightable)。”^③因此,笔者认为,剧情雷同但是表述不一致有可能构成学术抄袭,但是其属于学术抄袭中的思想抄袭,不属于著作权执法领域的高级抄袭。

三、学术抄袭之认定

(一) 学术抄袭认定与著作权侵权认定之比较

如前所述,学术抄袭与著作权侵权是两个相互独立的概念,因此,学术抄袭的认定标准与著作权侵

权的认定标准是不一致的。前者的认定标准要远远严苛于后者的认定标准。我们首先来看著作权侵权的认定标准,需要注意的是,著作权坚持只保护表达而不保护思想的原则,一方面固然由于著作权法认为表达本身也构成创新,而这种基于表达本身的创新也值得保护;另一方面的原因则是由于法律本身无法解决思想抄袭的认定问题。因为思想抄袭所涉及内容是高度抽象的思维观念,其不像表达那样可以被明显地量化和具体地分析,因而需要更为专业的学术认定。因此,学界论及著作权侵权的认定标准,通常是指表达抄袭的认定标准。目前,国内实务界对著作权侵权的认定基本遵循“许可+付费+注明出处”原则。即对于判断一项使用他人作品的行为是否构成著作权侵权,首先看其是否符合著作权的合理使用,如果符合著作权的合理使用,注明出处后即不侵权;其次看其是否符合著作权的法定许可,如果符合著作权的法定许可,向其支付报酬并注明出处后即不侵权;如果既不符合著作权的合理使用也不符合著作权的法定许可,看其是否征得著作权人或其代理人的许可,如果未经得权利人许可即使事后向其支付报酬并注明出处也构成著作权侵权。另外,对于判断一项使用他人作品的行为是否属于著作权合理使用的“适当引用”,实务界采用的标准主要参考于1985年《文化部关于颁发〈图书、若干版权保护试行条例实施细则〉和〈图书约稿合同〉、〈图书出版合同〉的通知》。其第15条第(一)项规定:“‘适当引用’指作者在一部作品中引用他人作品的片断。引用非诗词类作品不得超过两千五百字或被引用作品的十分之一,如果多次引用同一部长篇非诗词类作品,总字数不得超过一万字;引用诗词类作品不得超过四十行或全诗的四分之一,但古体诗词除外。凡引用一人或多人的作品,所引用的总量不得超过本人创作作品总量的十分之一,但专题评论文章和古体诗词除外。”综上所述,著作权侵权的认定在具体标准上基本采用量化分析。而反观学术抄袭,其认定标准与著作权侵权大相径庭:首先,学术抄袭的认定与是否获得原作者许可无关,擅自使用他人作品属于抄袭,征得原作者许可使用他人作品同样也是抄袭;其次,学术抄袭的认定与是否支付报酬无关,是否向原作者支付报酬不影响是否构成抄袭的认定;再次,学术抄袭的认定与是否注明出处也无关,在很多注明出处的情形下同样构成学术抄袭;另外,相对于著作权侵权中“适当引用”的量化标准,学术抄袭的认定与抄袭数量的多少也没有关系。

^③NICHOLS v. UNIVERSALPICTURES CORPORATION et al, 45 F.2d 119; 1930 U. S. App. LEXIS 3587.

(二) 学术抄袭的认定标准——学术道德规范

从学术抄袭的性质上讲,学术抄袭是一种违反学术道德规范的行为。因此,总的来说,学术抄袭的认定与著作权法没有直接的关系。凡是在使用他人作品的过程中出现违反现有学术道德规范中的行为即为学术抄袭,而不论其行为人的主观是否存在过错,也不论其行为是否侵犯他人著作权。众所周知,从事学术创作不可能从零开始,任何学术创新都需要借鉴前人的智慧和既有成果。片面地要求每个学者在进行学术研究时必须坚持“白手起家”的原创性是不切实际的,同时也是没有必要的。但是,正因为如此,使用他人的作品就需要有严格的学术道德规范加以约束和规制,否则将会导致学术界的“产权不清、责任不明”,从而严重干扰学术研究的正常秩序,破坏原有的学术生态系统。其中的学术道德即学者在从事学术创作过程中使用他人作品时应具备的职业道德,具体而言,创造者在学术创作中应该有起码的学术责任感,既需要在使用他人作品时对原作者创作知识保持学术尊重,也需要对将来的读者保持学术尊重。其中的学术规范主要是指使用他人作品时采用的引证与注解的规范。目前,国内对于学术规范标准化的工作正在进行,但是迄今为止尚没有一套较为权威和统一的规范。例如,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^[5]。这种现象就直接导致了目前中国学术抄袭认定标准的混乱。与国内不同,美国学界对学术规范及其学术抄袭的认定标准基本上有着比较一致的认识。这是由于美国学术自治本身较为完善,不像国内基本由司法机构负责学术抄袭的认定,美国的学术机构通常都有较为完善的自查自律体系。以美国 Washington & Lee University 大学对抄袭的认定即可“窥一斑而知全貌”。Washington & Lee University 大学是美国一所极为普通的大学,但是其对学术抄袭的认定基本上属于美国学界的统一认识。

首先,Washington & Lee University 大学列举了3个关于抄袭的概念,其中第二个概念规定了学术抄袭的范围。其认为抄袭是将他人作品窃为己有,无论抄袭的内容和形式,下列行为都构成抄袭:(1)抄袭整篇文章;(2)抄袭一个段落;(3)抄袭一句话;(4)抄袭一个特定的短语;(5)抄袭一个专业术语;(6)抄袭一个特定数据;(7)抄袭任何一种图表元素。另外,将他人思想当成自己(思想)的行为也构成抄袭^[7]。

由此可见,美国学界对于学术抄袭在认定范围上的规定是相当严苛和严谨的,只要不符合学术规

范使用他人的表述,大到一篇文章,小到一个特定短语,一个专业术语,一个特定数据,甚至是一个图表元素都有可能构成抄袭。在此情形中,抄袭的内容与程度和抄袭的认定没有任何关系,哪怕是鸿篇巨著,不符合学术规范使用了他人的一句表述,同样可以认定构成抄袭。

其次,Washington & Lee University 大学列举了5种学术抄袭的认定情形^[7]:第一,当你使用他人作品(包括表达和思想)时,既没有使用引号,也没有注明出处。第二,当你使用他人作品(包括表达和思想)时,虽然注明了出处,但是却没有使用引号而(向读者)暗示这是你自己的表达或思想。第三,当你使用他人作品(包括表达和思想)时,对原文稍加改动,没有注明出处,也没有使用引号并(向读者)暗示这是你自己的表达或思想。第四,当你使用他人作品(包括表达和思想)时,对原文稍加改动,虽然注明了出处,但是却没有使用引号并(向读者)暗示这是你自己的表达或思想。第五,抄袭别人的思想而故意省略出处。

由此可见,美国学界对于学术抄袭在认定情形上的规定也是相当严苛和具体的。其5种情形在逻辑体系上滴水不漏,既包含思想抄袭,也包含表达抄袭,既包括改动原文的高级抄袭,也包括原文复制的低级抄袭,其以是否使用引号(quotation marks)、是否注明出处(citing a source)作为判定学术抄袭的依据和标准。规定条理清晰,层次明确,值得国内学界学习与借鉴。若以此认定标准来衡量和判断目前国内学界争议较大的学术抄袭事件,即可得到立竿见影的效果。我们来看下面的例子。

例1:(a)“梁启超的著作是将一种文化中所包含的技术、结构、价值和精神状态完全或部分地引入另一种文化的文献记载。这种文化引入包括4部分内容:变更需要、变更榜样、变更思想、变更理由。”^[9]

(b)“鲁迅的著作是将一种文化中所包含的技术、结构、价值和精神状态完全或部分地引入另一种文化的文献记载。这种文化引入包括4部分内容:变更需要、变更榜样、变更思想、变更理由。”^{[9]68}

比照上面两段文字,B段文字只把A段文字中的“梁启超”换成了“鲁迅”,其他便几乎是原文照抄。需要指出的是,B段文字在最后注明了出处来源,但是全文并没有使用引号。如果我们从著作权法上进行考察,B段文字明显使用了A段文字的表述,但其由于标注了出处并且符合“为介绍、评论某一作品或者说明某一问题,在作品中适当引用他人已经发表的作品”这一条件从而可以构成著作权法意义上的合理使用。因此从著作权的角度看,B段文字的作者不侵犯A段文字作者的著作权。退一步说,即使B段文字并没有注明出处,对于一部30余

万字的专著中出现这样一段涉嫌抄袭的文字,估计在实践中很少会有法官直接据此判定构成著作权侵权。但是,如果我们以美国学界的学术道德规范的要求来考察的话,B段文字构成抄袭是没有疑问的。首先,抄袭的数量不影响抄袭的认定,因此即使抄一段文字也属于抄袭;其次,从学术规范来讲,B段文字虽然注明了出处,但是其存在学术抄袭认定标准中的“暗示(implies)”,即构成了认定情形中的第二条:“当你使用他人作品(包括表达和思想)时,虽然注明了出处,但是却没有使用引号而(向读者)暗示这是你自己的表达或思想。”再次,从学术道德上讲,对于一位以研究鲁迅思想为核心成果的学者,其对鲁迅著作的理解居然建立在外国学者对梁启超著作的理解之上,难免有学术态度不严谨之嫌。综上所述,例1所举的两段文字不构成著作权侵权,但是却构成美国学界的学术抄袭。

例2:(a)“这在中国数千年的文化史上是划时代的。如此激烈否定传统,追求全盘西化,在近现代世界史上也是极为罕见的现象。但值得注意的是,这个运动就其实质说,至少在其发展初期,却又只是上一阶段谭嗣同、严复、梁启超的历史工作的继续。谭嗣同对封建纲常的沉痛攻击,严复于中西文化的尖锐对比,梁启超所大力提倡的‘新民’,就都是用‘西学’(西方资本主义文化)反‘中学’(中国封建传统文化)的启蒙运动。”^[10]

(b)“其次,五四反传统主义以‘西学’(西方资本主义文化)反‘中学’(中国封建传统文化),在思维内容上直接承续了谭嗣同对封建纲常的沉痛攻击,严复关于中西文化尖锐对比的精辟分析,以及梁启超所大力提倡的‘新民’学说,但形成对中国传统文化的整体性理解的更为重要的原因,还是中国近代社会变革的历史过程对于中国先进知识分子的启示。”^{[9]58-59}

比照上面两段文字,可以发现两段文字在基本观点上基本一致,但是在表述上略有出入,属于对原文的稍加改动。需要指出的是,B段文字在文中同样注明了出处来源,写明了参见A段文字的作者与书名,但是全文并没有使用引号。首先,从著作权法来看,基于同样的理由所以很难构成著作权侵权;其次,从目前国内学界的学术习惯来看,对他人的表述进行改写后使用一般是不加引号的,而通常会在注释前加上参见两个字,表示自己的表述是参考了他人的观点,因此,就国内学术界的习惯而言,B段文字是不构成学术抄袭的。但是,如果我们以美国学界更为严苛的抄袭认定标准来衡量的话,B段文字会在很大程度上被认定为学术抄袭,因为其符合认

定情形中的第四条:“当你使用他人作品(包括表达和思想)时,对原文稍加改动,虽然注明了出处,但是却没有使用引号并(向读者)暗示这是你自己的表达或思想。”

四、学术抄袭的审查与治理

如前所述,美国学界对学术抄袭的认定已经形成固有的一套标准体系。与国内学术界对抄袭行为的认定通常都由司法机关依据著作权法进行审查不同,美国对学术抄袭的认定和审查基本由学术机构自己负责,即使“在涉及抄袭的诉讼中,美国法院的审查的重点通常是程序问题,而不会去审查是否存在抄袭”^④。因此,笔者认为,国内对于学术抄袭的审查与治理的任务不适合全部由司法机关来承担和处理。司法机关可以负责审查一部分涉及著作权侵权的抄袭,但是大部分的学术抄袭应留给学术机构进行自查自律。这就要求国内学术界建立一套完善和统一的学术道德规范以及学术抄袭的审查和处理程序。

首先,在认定学术抄袭的学术道德规范上可以借鉴美国学界的现有规则,这种对他国学术规范的借鉴即便没有注明出处也不会构成抄袭。当然,很多学者或许认为将美国学界关于学术抄袭的认定标准直接适用于国内学术可能操之过急,甚至可能过于严苛。但是学术道德规范的建立本非一朝一夕,本身就需要一个逐渐适应的过程。而且,不管采用何种标准,都需要学术界的共同遵守。只有学术界自身学术道德规范的建立,中国学术界的学术抄袭在认定上才能够“有法可依”,只有通过明确的学术道德规范来抑制学术抄袭现象,才能促进国内学术的健康发展。

其次,在学术抄袭的审查上,国内学术界应该建立自身的学术抄袭的审查机制,特别是需要建立适合中国国情的学术仲裁机构。在美国,“通常情况下,一旦爆出学术剽窃事件,美国大学校方迅速遴选中立第三方,组织调查委员会,启动调查程序。在此过程中,给予涉嫌剽窃者陈述、举证和申辩机会。美国校方尊重涉嫌教授的正常程序与隐私权,调查与报告内容不公开,但处理决定必须公开。教授不服可以对簿公堂”^[11]。反观国内,当出现抄袭事件时,往往是新闻媒体铺天盖地地报道,学术机构却置身不理,很少出现学术机构主动进行调查和认定学术抄袭事件的情形,这是由于中国学术自律能力的缺乏而导致的。对此,中国可以借鉴美国的学术调查机制和学术仲裁机制,通过完善学术抄袭的审查机制,一方面减轻司法机关的审查压力,另一方面可以使当事人得到更有效更专业的裁决。

^④Roger Billings, Plagiarism in Academic and Beyond: What is the Role of the Court? 38 U. S. F. L. Rev. 394. (Spring, 2004)

再次,在学术抄袭的治理上,学术界、司法机关以及行政机构可以多管齐下,在职能上互相补充,各取所长。“美国公共卫生服务部于1992年成立了‘研究诚实办公室’,专门调查和处置那些由美国政府资助的研究项目中的不诚实行为,并随时公布违规者的姓名、单位、违规情节和处置决定”^[13]。其中的学术不诚实行为即包含学术抄袭。由此可见,对于学术抄袭的治理,除了学术界自律,司法机关进行侵权责任约束之外,行政机构也可以参与进来。事实上,行政立法和行政机构是约束包括学术抄袭在内的学术腐败的最佳途径。学术机构虽然专业,但是由于学术机构的自律性质,其并没有类似于行政执法中的强制性;而司法机关的处理,其侵权责任的承担通常只限于民事赔偿,因而对当事人缺乏有效的惩治力度。因此,在国内学术抄袭的治理上,可以借鉴美国成立一个专门的学术治理机构,同时在立法上确立相应的行政职权和行政程序,最终通过行政执法来遏制学术抄袭等学术腐败行为。

参考文献:

- [1] DAVID A THOMAS. How educators can more effectively understand and combat the plagiarism epidemic [M]. *BYU Educ & L J*, 2004; 421.
- [2] 中国社科院语言研究所. 现代汉语词典 [K]. 北京: 商务印书馆, 2008: 158.
- [3] 理查德·波斯纳. 论剽窃 [M]. 北京: 北京大学出版社, 2010: 125.
- [4] 李明德, 许超. 著作权法 [M]. 北京: 法律出版社, 2003: 88.
- [5] 方流芳. 学术剽窃和法律内外的对策 [J]. *中国法学*, 2006(5): 165 - 169.
- [6] 齐爱民, 周伟萌. 著作权法体系化判解研究 [M]. 湖北: 武汉大学出版社, 2008: 37.
- [7] Policies on Quotation, Citation, and Plagiarism [EB/OL]. <http://www.philosophy.wlu.edu/gregoryp/class/QCP.html>.
- [8] 约瑟夫·阿·勒文森. 梁启超与中国近代思想 [M]. 四川: 四川人民出版社, 1986: 46.
- [9] 汪晖. 反抗绝望——鲁迅及其文学世界 [M]. 河北: 河北教育出版社, 2000: 68.
- [10] 李泽厚. 中国现代思想史论 [M]. 北京: 东方出版社, 1987: 8.
- [11] 俞飞. 美国查处学术造假处罚严厉: 只问黑白不问立场 [EB/OL]. <http://www.learning.sohu.com/20100724/n273729776.shtml>.
- [12] 方舟子. 美国反学术腐败的启示 [J]. *当代法学*, 2002(1): 77.

Discussion of the Dual Character of Plagiarism:

From the Angle of Distinction of Academic Norms and Legal Norm

QI Ai-min, ZHOU Wei-meng

(College of Law, Chongqing University, Chongqing 400044, P. R. China)

Abstract: Plagiarism is a kind of typical academic corruption. It is not only a violation of academic ethics and academic norms but also a violation of the copyright. The identification standard of academic plagiarism is different from the identification standard of copyright infringement. The Chinese academic community needs to establish and perfect the academic norms and review mechanism of academic plagiarism. The management of academic plagiarism requires the mutual efforts of judicial organizations, academic institutions and administrative agencies.

Key words: academic plagiarism; academic norm; copyright infringement

(责任编辑 胡志平)