

【知识产权法】

论著作权法对剽窃侵权的独立规制

王国柱

【摘要】剽窃是将他人作品当作自己作品进行发表、复制、传播的行为。剽窃侵权具有不同于一般著作权侵权的整体性特质。尽管剽窃的侵权对象具有多元复合性的特征,但是剽窃的核心含义能够将剽窃整合为一个整体行为。剽窃具有天然的“故意”侵权属性,剽窃行为人的“故意”具有特殊的恶性和危害性,以惩罚性赔偿责任应对剽窃“故意”具有正当性。剽窃侵权的有效治理依赖整体性的独立规制方式,该方式能够契合多样态剽窃侵权的治理需求,为网络平台的剽窃治理提供规则指引,有助于厘清“剽窃”与“演绎”的界限,有利于惩戒和预防剽窃行为。《中华人民共和国著作权法》不应仅规定“剽窃”之名,而应当设立专门的条款对“剽窃”的含义、惩罚性赔偿的适用等内容作出规定。

【关键词】剽窃;著作权法;故意侵权;惩罚性赔偿

【作者简介】王国柱,吉林大学法学院副教授、博士生导师、吉林大学财产法研究中心研究员。

【原文出处】《法商研究》(武汉),2020.3.183~196

【基金项目】《司法部国家法治与法学理论研究项目(17SFB3030)、吉林省教育厅“十三五”社科研究规划项目(JJKH20190241SK)、吉林大学廉政建设专题研究课题(2016LZY003)。

一、问题的提出:对剽窃侵权独立规制的缺失

剽窃的语义需要结合不同的语境进行判断。在“著作权侵权”的语境下,剽窃的语义主要表现为如下特质:一方面,著作权侵权意义上的剽窃仅指对作品表达的剽窃,不包括对思想的剽窃。同时,公有领域的内容由于不受著作权人专有权利的控制,因此不属于著作权侵权意义上剽窃的对象。但是,在以“学术不端”为代表的“非著作权侵权”^①语境下,剽窃既包括对表达的剽窃,也包括对思想的剽窃和对公有领域内容的剽窃。另一方面,著作权侵权意义上的剽窃以著作权人法定的、具体的权利是否受到侵害为指向,应当严格按照侵权构成要件进行判定。例如,英国学者皮特·科林编写的《法律词典》将剽窃界定为“复制他人创作的作品,并将其冒充为自己作品的行为。”^②而学术不端意义上的剽窃以学术伦理和学术规范为判断标准,主要是指“使用别人的观点、方法、结果或文字而没有给出适当的标引”,^③因此,“超出适当引用限度的剽窃和自我剽窃”^④以及

“欺诈剽窃和失范剽窃”^⑤都可以被视为学术不端意义上的剽窃。简言之,著作权侵权意义上的剽窃强调“非法性”,学术不端意义上的剽窃强调“不当性”。

在我国,自1990年制定《中华人民共和国著作权法》(以下简称《著作权法》)时将剽窃规定为侵权行为至今,剽窃进入著作权法的规制领域已有近30年的历史。^⑥“剽窃、抄袭他人作品”被明确规定为著作权侵权行为,并且位列7种侵权行为之首。考虑到“剽窃”与“抄袭”的语义重复,^⑦2001年第一次修订后的《著作权法》第46条删除了“抄袭”概念,仍然将“剽窃他人作品”的行为规定为著作权侵权行为。2010年第二次修订后的《著作权法》将“剽窃”作为第47条明确列举的11种侵权行为之一。但是,我们必须面对一种尴尬的情境:“法律、行政法规、行政规章和机构规程都有禁止剽窃的规定,却没有一种规范明确地界定‘什么是剽窃’”。^⑧《著作权法》只是规定了“剽窃”之术语,并未界定何为剽窃、通过何种规则对剽窃进行规制。鉴于立法已经将剽窃确定为著作权侵

权行为,我们有理由期待著作权法在揭示剽窃行为独立性的基础上,对剽窃的侵权认定和责任承担作出妥当的安排。但是,直至今日著作权法尚未对剽窃的含义作出明确的解释,也没有对剽窃侵权的构成要件进行阐释,而这种状况不利于对剽窃侵权进行有效规制。笔者认为,将“剽窃”入法只是我国著作权法独立规制剽窃行为的起点,若要实现著作权法对剽窃的独立、有效、合理规制,还需要对剽窃的独立性进行充分揭示,并做出相应的制度安排。

二、剽窃侵权具有不同于一般著作权侵权的整体性特质

(一)“将他人作品当作自己作品”是剽窃的核心含义

理论界和实务界围绕“何为剽窃”以及“如何认定剽窃”形成了诸多观点。1999年,国家版权局版权管理司在《关于如何认定抄袭行为给青岛市版权局的答复》中将剽窃定义为“将他人作品或者作品的片段窃为己有发表”的行为。这是我国目前仅有的、通过官方文件的形式对剽窃所下的定义。理论界的观点则更加多样化,代表性的观点有以下6种:观点一,“剽窃他人作品,是指将他人的作品当作自己创作的作品发表的行为”。^⑨观点二,剽窃“是指那种将他人创作的作品冒充为自己的作品加以使用的行为”。^⑩观点三,“剽窃即把他人作品据为己有,属于完全或实质复制他人作品,与抄袭行为基本等义”。^⑪观点四,我国著作权法上的剽窃“仅指照抄他人作品,或照抄他人作品的实质部分,而署以自己名字的侵权行为,即侵犯他人署名权与复制权的行为”。^⑫观点五,剽窃是“将他人作品的全部或者部分当作自己的作品公之于众的行为”。^⑬观点六,“剽窃是一种混淆作品或作品中部分要素出处的行为,也是一种不当署名”。^⑭上述观点通过“窃为己有”“冒充”“据为己有”“署以自己名字”“不当署名”等词语共同表达了“将他人的作品当作自己的作品”的含义。由于我国著作权法没有对剽窃的含义作出阐释,人民法院在适用《著作权法》第47条第5项审理剽窃案件时,就必须对剽窃作出必要的解释和说明,以便在案件事实与法律规定之间建立关联。有部分人民法院在阐述裁判理由时直接阐释了剽窃的含义。例如,审理

同一案件的一审和二审人民法院分别将剽窃界定为“将他人作品当作自己作品使用”和“将他人作品全部或部分作为自己的作品予以发表”。^⑮有的人民法院将剽窃界定为“未经著作权人同意,将他人的作品的全部或部分以自己的名义发表,使公众误认为其本人就是作者的行为。”^⑯人民法院通过对剽窃含义的“释法说理”,揭示出“将他人作品当作自己作品”的核心含义。可见,经过多年的积累和沉淀,理论界和实务界对于剽窃的核心含义——“将他人作品当作自己作品”——已经形成基本的共识。这也印证了美国学者克里斯托弗·瑞克斯的观点:“灰色地带可能来自做出判决的困难,而不是来自定义困难。如何构成剽窃是相当清晰的,即‘带着欺诈的意图去使用别人的作品’……”^⑰剽窃所具有的“将他人作品当作自己作品”的特质,是解析剽窃侵权行为的逻辑起点,也是整合剽窃侵权对象的内在根据。

(二)剽窃的侵权对象具有多元复合性特征

1.“署名权+”:剽窃侵害对象的基本模型

署名权是表明作者身份、在作品上署名的权利。作者享有署名权的理据是作品的独创性,因为作品内在地蕴含着创作者的个性。^⑱由于署名是确定作者身份和著作权归属的基本依据,是作者与作品之间创作与归属关系的直观证明,因此,“将他人作品当作自己作品”的剽窃行为不仅割裂了作者与作品之间的联系,而且在作品与他人之间建立了“错误”的联系。对作者来说,剽窃既导致作者身份的丢失,又导致作品被他人“强占”。侵害署名权是剽窃行为区别于其他著作权侵权行为的关键所在,如果没有对署名权的侵害,那么剽窃也就失去独立判定的价值。按照这一逻辑,《著作权法》第47条第2项规定的“未经合作作者许可,将与他人合作创作的作品当作自己单独创作的作品发表的”行为,已经包含在剽窃行为之中。可见,侵害署名权是剽窃这种复合侵权行为中的基础行为,剽窃行为以侵害“署名权+”的形式存在,侵害署名权以外其他著作人身权和著作财产权的行为都将成为“+”之后的内容。

2.复制权:剽窃必然侵害的著作财产权

复制权是著作财产权中的基础性权利,也是建

构著作财产权体系的逻辑起点。复制是将作品制作一份或者多份的行为,是对作品进行利用的基础方式。复制行为体现出作品内容的再现性、作品表达形式的重复性和作品复制行为的非创造性3个主要特征。^⑩剽窃行为所包含的复制应当是非法复制,是“将他人作品当作自己作品”这一主观意志支配下的具体行为。剽窃与复制具有内在的一致性,因为“复制表现为对客观世界或者相关经验成果的仿造或者模仿,在复制者的头脑中没有思维链条。剽窃虽然存在着形象思维,但是缺少抽象思维和逻辑推理过程,其表达方式和结论并没有经过头脑检验”。^⑪剽窃以窃取他人劳动成果为目的,天然地拒斥创造性的智力活动,通过复制他人作品谋取不当利益,自然不会产生新作品。从客观方面看,单纯将他人作品署上自己名字而不采取其他行为的情形极为罕见,只要行为人对剽窃作品进行财产性使用,“复制”就是其必然采取的行为。

如果行为人没有按照原样复制作品,而是对作品进行了一定的改动,但这种改动不具有独创性,不足以产生新的作品,那么此种情形是否仍然属于复制?笔者认为,复制行为的“非独创性”是其本质特征,也决定了复制权的权利边界。如果行为人以“将他人作品据为己有”为目的,对作品进行了改动,但改动后的作品与原作品相比不具有独创性,那么该种行为仍然在实质上符合复制的特征,仍然可以被“复制权”所控制。若非如此,著作权人将无法控制他人对其作品进行“实质性相似”的再现。因此,“复制权不限于原样复制,它赋予一种广泛的权利,允许版权人禁止他人利用已知或将来发明的方法制作‘同样或极其类似’的复制品,并且直接或借助于器械装置感知、复制或以其他方式传播该作品”。^⑫在司法实践中,“原告和被告作品有非常多的相似之处,而且是实质性相似的,这种情况下,无需更多证据,就可以推断复制行为,并且证明侵占”。^⑬在“任新昌与李中元著作权侵权纠纷案”^⑭中,上述观点得到了印证,一审法院明确指出,剽窃(抄袭)包括原封不动地照抄照搬和改头换面的抄袭。所谓“改头换面的抄袭”就是通过“实质性相似”的复制进行的。

3. 发表权:剽窃可能侵害的著作人身权

剽窃行为除了侵害“署名权”和“复制权”之外,还有可能侵害包括“发表权”在内的其他权利,将他人未发表的作品“窃为己有”并公之于众的剽窃行为会造成对“发表权”的侵害。剽窃与《著作权法》第47条第1款规定的“未经著作权人许可,发表其作品的”行为不同,尽管“未经著作权人许可”也是剽窃的应有之义,但是以“将他人作品当作自己作品”的方式将他人作品公之于众,必然同时造成对署名权和发表权的双重侵害,而不是单独侵害发表权。

4. 传播类权利:剽窃可能侵害的著作财产权

随着剽窃行为使用作品方式的拓展,著作权人享有的发行权、广播权、信息网络传播权、展览权等“传播类”权利均有可能受到侵害。因为传播行为不改变作品的呈现方式,能够成为剽窃行为的组成环节。对著作权人来说,传播是提升作品影响力、实现作品经济价值的主要方式;对剽窃行为人来说,传播剽窃作品也是其获得非法收益的主要渠道。当然,由于剽窃行为人的行为目的、行为方式存在差异,因此其具体剽窃行为所包含的传播方式会有所不同,特别是在网络和自媒体时代,作品传播手段的进步不可避免地导致剽窃手段的升级,当下的网络传播领域已经成为剽窃行为的高发地。

(三)剽窃的核心含义对剽窃侵害对象的整合

1. 剽窃的侵权对象具有相对稳定的组合模式

尽管剽窃侵害的对象具有多元复合性的特征,但是被剽窃行为所侵害的权利并非松散的集合,而是由“将他人作品当作自己作品”这一核心含义所统合的整体。“将他人作品当作自己作品”所揭示的首要含义应当是行为人的侵权目的,即将他人作品“窃为己有”。实现这一侵权目的的最直接方式就是将他人作品署自己之名,署名权必然成为剽窃侵害的对象。从剽窃行为的实践表现看,剽窃行为人试图窃为己有的绝不仅仅是作品的署名,而是作品所包含的精神价值和财产价值。在绝大多数剽窃行为中,复制权和传播类权利都不会缺席,这就是复制权、传播类权利等多项著作权集合于“署名权+”框架之内的原因。可见,在剽窃核心含义的统合下,表面上侵害不同著作权的剽窃行为实则具有复合性、整

体性侵权的特征。

2. 剽窃行为具有内在的统一性,并非具体侵权行为的简单叠加

剽窃行为侵害的对象不仅具有外观上的整体性,而且具有内在的统一性。剽窃行为人“将他人作品当作自己作品”的主观意图不仅导致作品的署名权受到侵害,而且作用于剽窃行为人实施的复制、传播等系列行为。“将他人作品当作自己作品”是剽窃行为的底色,无论是对他人作品进行发表、复制还是传播,剽窃行为人将他人作品“窃为己有”的意图一直贯穿其中。“将他人作品当作自己作品”的意图不仅会使各项具体侵权行为产生“量”的累积,而且会产生相互呼应、彼此强化的“质”变。例如,剽窃行为人在“将他人作品当作自己作品”的意志支配下使用他人作品,同时侵害了权利人的著作财产权和著作人身权,剽窃行为人也因此获得了不当的财产利益和精神利益。相对于直观的财产利益,剽窃行为人获得的不当精神利益更具隐蔽性,因为剽窃行为人虚构了自己是作者/著作权人的假象,被剽窃作品在传播过程中获得的肯定性评价也将指向剽窃行为人,并且该不当精神利益会被作品的复制和传播强化。相较于盗版等非剽窃类侵权,剽窃不仅剥夺了著作权人的财产收益,而且剥夺了著作权人本应获得的精神利益。事实上,剽窃行为人将他人的作品“窃为己有”的意图将侵害各项著作权的行为串联成一个整体。如果忽视剽窃行为的整体性,仅针对侵权行为所侵害的具体权项进行分别认定和简单叠加,那么就无法发现隐藏在“侵害具体权项”外观之下的整体逻辑和剽窃行为人攫取的不当精神利益。

(四)对“分别规制”裁判方法的检讨

在没有特别规定的情况下,著作权侵权的对象只能是《著作权法》第10条规定的各项著作人身权和著作财产权。由于现行立法尚未对剽窃侵权作出单独、特别的规定,因此裁判者仍然需要确定剽窃究竟侵害了《著作权法》第10条规定的哪些具体权利,并采用分别规制的方式对剽窃行为侵害的具体权利进行认定。也正因如此,很多审判机关不再对剽窃的含义进行阐释,而是结合具体案件事实直接认定剽窃行为侵害的具体著作权。例如,在“黄更生与中国

学术期刊(光盘版)电子杂志社等著作权权属、侵权纠纷案”^②中,人民法院认定,被告人的行为系对原告文章内容的剽窃,侵犯了原告对其文字作品的署名权、复制权和发行权。在“康凯鹏与武汉大学出版社有限责任公司、项亚娟著作权侵权纠纷案”^③中,人民法院在引用《著作权法》第47条关于剽窃的规定后,认为项亚娟作为《诗囚·贾岛》的编著者,其编著的作品多处抄袭《贾岛传》,其行为侵犯了原告对《贾岛传》作品享有的署名权和复制权,应当承担停止侵权、赔礼道歉并赔偿损失的民事责任。在“刘婧怡与江苏凤凰美术出版社有限公司、湖北新华书业文化股份有限公司等著作权权属、侵权纠纷案”^④中,人民法院认定,被告的行为构成剽窃和抄袭,侵犯了原告对涉案166幅美术作品依法享有的包括复制权、发行权、署名权在内的著作权。在上述案件中,人民法院根据《著作权法》第10条和第47条第5项的规定,将剽窃行为与法定的著作人身权和著作财产权相匹配,分别认定相应的侵权行为。虽然这种分别规制的裁判方式可以在一定程度上解决剽窃的侵权认定和责任承担问题,但是就规制的效果而言,分别规制方式存在以下不足之处:第一,“分别规制”将剽窃的核心含义简单化、片面化。虽然“将他人作品当作自己作品”这种“窃为己有”的行为会侵害著作权人的署名权,但是剽窃行为人的过错形态和行为方式无法在“侵害署名权”的框架内获得全面评价。第二,“分别规制”忽略了剽窃行为的整体性。如果忽视剽窃核心含义的统摄作用,仅仅以现有的、法定的权利分类为认定标准,那么将无法发掘不同行为之间的内在联系和相互影响,将会剪裁、抹平剽窃的整体特质。第三,“分别规制”淡化了剽窃行为的特殊性。从侵权责任法的角度看,剽窃侵权责任的成立需要具备行为违法性、损害事实、行为与损害之间存在因果关系、行为人主观上有过错4项要件,但是在责任构成和责任承担的一般性框架内,剽窃行为在整体上所具有的特殊性不应被忽视,需要在责任的认定和承担环节予以把握,然而采用“分别规制”的处理方式显然不会做这种特殊的考量。

综上所述,通过对剽窃核心含义的揭示以及对剽窃侵害对象的分析和整合,我们可以在剽窃核心

含义的基础上,对剽窃的含义进行全面的界定。笔者认为,宜将剽窃进一步界定为“将他人作品当作自己作品进行发表、复制、传播的行为”。这样界定就明确了剽窃的基本行为目的和方式。“将他人作品当作自己作品”不仅表明了剽窃的目的,而且也将侵害署名权的行为包含其中。通过“复制、发表、传播”的列举方式明确了剽窃行为的非独创性,将演绎行为排除在剽窃行为之外。其中,“传播”包含发行、展览、信息网络传播等行为,不仅如此,“传播”概念还具有开放性,能够接纳技术进步催生的新型传播行为。总之,“剽窃”的概念可以在法律上获得清晰的界定,将“剽窃”引入著作权法并进行独立规制不仅不会引发体系上的矛盾,而且会增强著作权法的侵权救济功能。

三、剽窃的主观故意具有特殊的恶性和危害性

从过错程度看,剽窃行为人“将他人作品当作自己作品”的主观心态已经达到“故意”的程度。在此基础上,如果对剽窃行为人的故意做进一步的剖析,并与其他著作权侵权行为中的故意进行比较,那么我们会发现剽窃行为人不仅希望侵权结果发生,而且积极追求侵权程度的加深和侵权范围的扩大。如果我们将“严重的故意”称为“恶意”,那么剽窃行为人无疑是具有“恶意”的,并且其“恶意”还有特殊之处。本文对剽窃行为人主观故意的探讨不止于揭示其特征,而是要阐明剽窃行为人的主观故意对剽窃行为及其损害结果的影响,在揭示剽窃行为人主观恶性及其危害性的基础上寻求适当的规制方式。

(一)剽窃具有天然的“故意”侵权属性

侵权行为人的过错形态可以分为故意和过失。故意是加害人预见到损害后果的发生并希望或放任该结果发生的心理状态。过失是加害人因为疏忽或轻信而未达到应有注意程度的心理状态。^②不可否认,故意侵权具有不同于过失侵权的特征和单独认定的价值:第一,故意与过失相比,主观过错程度更高,可归责性更强;第二,在认定故意时,加害人的某些行为也足以证明其具有主观故意,从而免除了权利人对行为人过错的举证责任;第三,加害人的过错程度也影响到侵权责任承担,如对故意侵权的赔偿可以具有惩罚性;第四,故意侵权责任需要实质承

担,不能预先免除。可见,故意侵权责任是现代侵权责任体系中独立而重要之一极。^③笔者认为,从故意侵权的视角考察剽窃行为,进而揭示剽窃的故意侵权属性,有利于建构更为合理的剽窃侵权责任认定和责任承担制度。

1. 剽窃的过错形态限于“故意”

“认识因素”和“意志因素”是区分行为人主观过错形态的标准。故意侵权的行为人在“认识因素”方面表现为“明知”,即行为人事先完全知晓行为的性质和危害性,对损害后果的发生达到了确信的程度;故意侵权的行为人在“意志因素”方面表现为“意欲”,即行为人希望侵权结果发生。剽窃行为人在主观上“将他人作品当作自己作品”,表明其对作品著作权归属于他人的事实是明知的,对“窃为己有”的使用行为给权利人带来的损害后果也是明知的。因为行为人希望通过剽窃获取名利,而对这种名利的获取必然以损害后果的发生为前提,所以,剽窃行为人对损害后果也是积极追求的。

剽窃行为人的过错形态限于“故意”是由剽窃的天然属性决定的,非故意不构成剽窃。第一,剽窃行为的主观意图排除了过失侵权的可能。因为“过失”是指行为人由于疏忽或者懈怠没有尽到合理的注意义务,在“意志因素”方面表现为“应知”,过失侵权的行为人不希望侵权结果发生,在“认识因素”方面表现为“不欲”。尽管侵权责任的承担通常遵循“重大过失等同于故意”的规则,但是具有“重大过失”的行为人并不希望侵权结果发生,剽窃行为并不属于重大过失侵权。第二,剽窃的“故意”不同于侵权责任法为某些侵权行为设定的“故意”要件,该要件是为了提高侵权构成标准而进行的立法设计。例如,《德国民法典》第826条规定的“违反善良风俗的故意侵害”条款具有保护纯粹经济损失的功能,之所以强调“故意”,是因为“在缺乏社会典型公开性的纯粹财产利益领域,依靠加强主观要件来维持行为人的预期”。^④第三,只有数个行为人具备共同的故意才可能构成共同剽窃。由于剽窃天然具有的故意属性排除了过失导致剽窃的可能性,因此共同剽窃行为也要求数个行为人具有共同的故意。例如,投标人甲在投标期限内通过隐藏、加密的方式向招标人丙上

交了标书,投标期限截止后,投标人乙也向丙上交了标书,在评标过程中,丙对两份几乎一致的作品既没有提出任何质疑,也没有要求甲和乙说明作品来源,并且放弃了甲的作品,将乙的作品作为中标作品,人民法院认定乙剽窃甲的作品是得到丙的帮助或默许,甚或双方存在恶意串通的可能,乙和丙构成共同侵权。^③在本案中,乙和丙之间存在共同剽窃的故意是认定共同侵权的基础。同样,对于出版社而言,如果没有证据证明出版社具有明知被控侵权图书存在侵权事实仍然出版被控侵权图书的故意,那么其行为不构成共同侵权。^④但是,由于出版者对其出版行为的授权、稿件来源和署名、所编辑出版物的内容等未尽到合理注意义务,因此根据《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20条第2款的规定,出版者依法应承担赔偿责任。

2. 剽窃的“故意”不受作品“质”与“量”的影响

在对剽窃的主观故意进行判断时是否需要考虑以下两个问题尚未达成共识:一是作品的“质”,即行为人使用的对象是否他人作品的核心部分、重点部分;二是作品的“量”,即行为人使用对象的数量以及在他人作品和自己作品中所占的比例。换言之,行为人如果没有使用他人作品的核心部分、重点部分或者行为人使用他人作品的数量很小、占比很低,那么其是否具有剽窃的故意尚存争议。笔者认为,剽窃行为人具有主观故意的最重要体现是“将他人作品当作自己的作品”,最终造成对权利人署名权的侵害。在著作人身权中,署名权的专属性最强,法律对作品署名权专属性的保护也近乎绝对。这既是对作者人格的尊重,也是对人类创作活动基本秩序的维护。只要行为人在使用他人作品时明知权利人存在,而没有保留权利人的署名,或者隐去其署名并署以自己之名,就已经能够证明行为人存在侵权的故意。严格来讲,行为人使用他人作品的“质”与“量”与剽窃故意的认定并无关系。从“质”方面看,具有独创性的表达是著作权法保护的作品,核心与否、重要与否可能与独创性中的“创造性程度”有关或者仅仅与思想有关,但在可版权性上,表达没有是否核心、是否重要之别,只要是具有独创性的表达,就属

于禁止剽窃的对象。从“量”方面看,使用他人独创性表达的数量只关乎剽窃侵权情节的严重程度,不影响剽窃的构成。未经著作权人许可,少量地、适当地使用他人作品,如果符合合理使用或者法定许可的条件,那么就不属于侵权行为,但不能忽略合理使用和法定许可的前提,即《著作权法》第22条、第23条规定的“指明作者姓名、作品名称,并且不得侵犯著作权人依照本法享有的其他权利”。如果行为人没有指明作者姓名等信息,又不属于《中华人民共和国著作权法实施条例》第19条规定的“当事人另有约定或者由于作品使用方式的特性无法指明的”情形,那么无论使用他人作品的“量”有多么微小,都不属于合理使用或者法定许可。因此,不指明作者姓名的行为如果不属于合理使用或法定许可,那么就必然侵害作者的署名权,不存在既不属于“侵权”又不属于“侵权例外”的“真空地带”,“使用他人作品不属于合理使用情形,也未注明出处,应属剽窃行为”。^⑤有的审判机关在判决中认定,被控侵权作品存在与权利人作品的表述基本一致之处,本应注明来源,考虑到表述基本一致之处的字数较少,并且散见于被控侵权作品之中,不宜认定为侵权。^⑥笔者认为,这种认定是不正确的。将符合剽窃侵权构成要件但使用他人作品数量较少的行为认定为剽窃,符合著作权的规定,有利于引导行为人合法、规范地使用他人作品。同时,应当将使用他人作品的数量作为侵权的情节加以考量,“剽窃他人作品的数量较少”应当是行为人承担较低数额损害赔偿的考量因素,以避免不适当地增加行为人的负担。

(二)剽窃的主观故意强化和扩大了侵权结果

关于剽窃与一般著作权侵权行为的区别,有学者认为:“一般的侵权行为大都是承认别人是作品的作者。抄袭的前提则是根本否认被抄作品的作者为作者。所以,对原作者来说,抄袭者除了侵犯他的经济利益之外,还侵犯了他的精神利益”。^⑦从剽窃行为人的主观故意看,行为人在具备“明知”侵权与“追求”侵权后果等一般主观要件的基础上,试图将他人作品“窃为己有”,其恶性程度高于仅仅隐去他人姓名或者在他人作品上署名的故意,也高于未经许可复制和传播他人作品但保留他人署名的侵权故意。

剽窃行为人具有不劳而获、窃取强占和完全漠视他人权益的主观故意,该主观故意对公平正义的背离程度高于一般的著作权侵权行为。更为重要的是,过错程度是意志与行为偏离法律要求的标准的程度,代表一种对损害的态度——对避免损害的关切程度,正是这一态度的不同决定了损害产生的风险的不同。^⑤剽窃行为人在其“故意”支配下实施的侵权行为会造成更严重的损害结果。从剽窃行为人的侵权方式看,行为人在剽窃故意的引导下会实施一系列侵权行为,侵害多项著作权。对于著作权人来说,行为人基于“窃为己有”的故意实施的若干侵权行为所造成的损害,要比在非“窃为己有”条件下实施的侵权行为所造成的损害更大。究其原因,一是因为作品在剽窃者的名义下进行传播,割裂了著作权人与作品的联系,剥夺了作品受众对著作权人的应有认知与肯定,造成权利人现实和潜在的经济损失。剽窃行为人通过“窃为己有”的方式对著作权人的人身利益和财产利益的“剥夺”比一般的侵权行为更为严重、更为彻底。二是因为剽窃行为人在将他人作品“窃为己有”后,扮演了作者和著作权人的角色,进而“行使”关于作品的全部著作人身权和著作财产权,行为人窃取作者和著作权人身份进行的侵权行为具有更强的主动性和破坏性。

(三)剽窃的主观故意引发了“欺诈”作品受众的衍生后果

剽窃行为人“将他人作品窃为己有”的主观故意不仅强化和扩大了侵权结果,而且在“剽窃行为人——著作权人”这一侵权关系之外对作品受众造成欺诈,使作品受众对作品的来源产生误认。必须指出的是,剽窃行为人对作品受众的侵害已经超出著作权侵权的范畴,不属于本文研究的主题。但是,该问题又是探讨剽窃侵权时无法回避的“相关问题”。第一,剽窃行为人在“将他人作品当作自己作品”的意识支配下所进行的侵权行为必然会对作品受众造成欺诈。尽管“侵权行为”与“欺诈行为”在法律上可以分别探讨,但是“两个行为”具有事实上的同一性。第二,作品受众被欺诈的根源在于剽窃行为人“将他人作品窃为己有”的主观恶性。换言之,正是这种主观恶性在侵权行为之外的溢出效应导致作品

受众受到欺诈。作品受众被欺诈的后果印证了剽窃侵权的特殊危害性和独立规制剽窃侵权的正当性。

剽窃行为的“欺诈性”特征一直受到关注。例如,有学者指出了剽窃的3个特征,即“剽窃人主观上的故意性、剽窃作品的非独创性、剽窃作品具有欺骗性”。^⑥还有学者认为:“剽窃行为的本质都是混淆了作品或作品要素的出处,改变了作者与作品、作品要素之间的关系。说到底,就是一个作者身份上是否存在欺诈的问题。”^⑦美国学者理查德·波斯纳则明确将剽窃界定为智识欺诈的一种类型。^⑧上述观点充分揭示了剽窃的“欺诈性”,在此基础上,笔者拟进一步揭示剽窃行为人的侵权“故意”与“欺诈”作品受众的关系:一方面,“欺诈”并非剽窃侵权责任的构成要件。作为侵权行为的剽窃是以他人的著作权为侵害对象,剽窃侵权责任的构成需要符合行为违法性、损害结果、行为与损害结果之间具有因果关系、主观故意4个构成要件。所谓剽窃的“欺诈性”,是指剽窃会使作品的受众误认为该作品是剽窃者本人创作的。因为剽窃行为人将他人作品窃为己有,必定追求受众对其剽窃作品的认可,只有受众认可其剽窃作品的“价值”,剽窃行为人所期望的经济或名誉利益才能实现。从这种意义上说,剽窃行为人的确存在欺诈受众的故意。但是,由于剽窃行为人欺诈的对象是作品的受众而非著作权人,因此该欺诈独立于侵权责任的构成要件之外,与著作权侵权的认定无关。另一方面,剽窃的“欺诈性”源于剽窃行为人的侵权故意。剽窃之所以能够对作品受众产生欺诈,是因为剽窃行为人在将他人作品“窃为己有”的同时,必然清楚地认识到自己的行为将导致作品受众对作品来源产生混淆,并且也乐见此种结果并积极追求之。其原因在于只有作品受众产生误认并基于误认接触作品、消费作品,剽窃的目的才能实现。

被欺诈的作品受众在著作权法上能否得到救济?应当承认,著作权法在保护著作权人利益的同时,也保护作品受众的利益。例如,著作权法通过设置法定许可和合理使用制度保障作品受众的基本需求,著作权法不允许权利人妨碍作品受众通过法定许可和合理使用等方式使用其作品。由此推之,剽

窃的“欺诈性”使得受众接触了不具有独创性的“剽窃作品”，造成受众的认知错误以及时间成本、经济成本的浪费。这种损害受众利益的行为比妨碍受众需求实现的行为的危害性更大，更应当受到著作权法的否定性评价。但是，著作权法律制度的主轴仍然是“著作权人/邻接权人的权利”，侵权救济制度保护的重点也是著作权人的权利。在著作权法的框架内，作品受众的利益属于利益平衡之下被兼顾的对象，往往被解读为公共利益，无法被还原为具体的、可诉的权利。在著作权法上，剽窃行为只能基于侵害著作权而受到否定评价，受欺诈的作品受众无法在著作权法上提出诉求。但不可否认，“知识产权侵权案件的审判结果涉及三方主体：第一方是知识产权所有人，第二方是侵权行为人，第三方是相关消费者群体”。^⑨笔者认为，消费者权益保护制度能够为作品受众的利益提供保护途径。因为“文化产品交易中也有质量问题。作品是否物有所值，关键就在于其所标注的信息给消费者带来的合理期待是否得到满足”。^⑩如果将“作品”界定为“商品”，将作品受众视为“消费者”，将作品的创作者和传播者视为“经营者”，那么剽窃行为就顺理成章地属于经营者通过“所标注的信息”欺骗和误导消费者的欺诈行为，作为消费者的受众可以要求剽窃行为人赔偿其受到的损失。

(四)以惩罚性赔偿责任规制剽窃侵权的正当性

剽窃行为人的主观故意程度较高，导致其行为的危害性高于一般侵权行为的危害性，对剽窃行为的规制既应当弥补著作权人遭受的损失，又应当通过适当的手段对剽窃行为人进行制裁，并预防剽窃行为的发生。惩罚性赔偿责任作为一种赔偿数额高于实际损害的责任承担方式，具有惩戒和预防侵权的功能，主要适用于行为人主观过错程度较高的情形。将惩罚性赔偿责任作为规制剽窃的手段，其正当性体现在以下3个方面：第一，剽窃侵权的“故意”程度较高，符合惩罚性赔偿责任的适用条件。惩罚性赔偿责任发端于英美法系国家。在英国，惩罚性赔偿责任主要适用于严重侵害他人权利的行为。^⑪在美国，“在涉及故意伤害或莽撞侵权的案件中，以及在适用严格责任的案件中，有证据表明被告以应

受强烈谴责的方式行为时，惩罚性赔偿有时能够得以适用”。^⑫《中华人民共和国侵权责任法》第47条、《中华人民共和国消费者权益保护法》第55条、《中华人民共和国食品安全法》第148条都规定了惩罚性赔偿责任，并且都以行为人的主观故意为条件。在知识产权法领域，《中华人民共和国商标法》第63条第1款将“恶意侵犯商标专用权”和“情节严重”作为适用惩罚性赔偿的条件。《中华人民共和国专利法修订草案(送审稿)》第65条第3款将惩罚性赔偿责任的适用条件限定为“故意侵犯专利权”，人民法院考量“侵权行为的情节、规模、损害后果等因素”。《中华人民共和国著作权法修订草案(送审稿)》第76条第2款将惩罚性赔偿责任的适用条件限定为“两次以上故意侵犯著作权或者相关权”。从上述关于惩罚性赔偿责任的立法实践不难看出，行为人具有主观故意是适用惩罚性赔偿的必要条件，并且行为人的故意程度越高，适用惩罚性赔偿责任的正当性越充分。剽窃行为人将他人作品“窃为己有”的故意程度足以达到惩罚性赔偿的适用标准。第二，在多数情况下剽窃行为人的“故意”较易证明，只要观察其对作品使用的客观状态即可作出判断，降低了惩罚性赔偿制度的运行成本。第三，剽窃具有“将他人作品当作自己作品”的核心含义。由于该核心含义所表达的故意形态较为明确，剽窃也具有相对确定的行为模式，能够与其他侵权行为相区别，因此以惩罚性赔偿责任规制剽窃不会造成惩罚性赔偿责任适用范围过宽的后果。

四、剽窃侵权的有效治理依赖整体性的独立规制方式

数字和网络技术促进了网络版权产业的快速发展，与此同时，侵犯著作权的行为也更加多发，侵权范围遍及网络文学、音乐、影视、游戏、新闻客户端、微信公众平台等领域，侵权手段也呈现出多样化的特点。剽窃(抄袭)作为一种传统的侵权手段，借助数字和网络的力量，已经成为互联网领域著作权侵权的主要形式之一。规制剽窃(抄袭)是规范网络版权秩序、有效保护著作权的当务之急。笔者认为，剽窃“独立规制”的缺失是导致剽窃侵权易发多发、规制效果不理想的重要原因，对剽窃侵权进行独立规制

具有重要的现实意义。将剽窃行为作为一个整体行为进行独立规制,相对于将剽窃分别认定为侵害若干著作人身权和著作权财产权的规制方式,能够更加有效地实现侵权救济。

(一)独立规制方式能够契合多样态剽窃侵权的治理需求

在互联网时代,作品的创作、传播和使用方式都发生了巨大的变化,产业化的运作方式驱使作品的创作者尤其是自媒体的经营者在尽可能短的时间内创作出尽可能多的作品,以“量”的优势博得更多的关注、获得更多的商机。因为创作数量和创作质量往往不可兼得,不少创作者舍质量求数量,将他人作品“窃为己有”,并通过自媒体等渠道进行推送,这种侵害著作权的行为符合行为人“以自己之名,谋他人作品之利”的目的,属于典型的剽窃行为。如果认识到剽窃行为的整体性,将剽窃行为予以独立规制,那么行为人的主观故意和客观行为都将被完整纳入剽窃侵权的制度框架之中,将他人作品“窃为己有”的行为将受到更为合理、恰当的评价。

无论是在传统环境下还是在网络环境下,剽窃都能够涵摄“将他人作品当作自己作品”(或将他人作品“窃为己有”)的侵权行为。近年来,一种被称为“洗稿”的创作手法在互联网上兴起。所谓洗稿,就是“对别人的原创内容进行篡改、删减,使其好像面目全非,但其实最有价值的部分还是抄袭的”。^④洗稿的目的是使被“洗”过的文章与原文“看起来不同”,以躲避抄袭检测系统的检测或者以“伪原创”的面貌在微信公众平台等自媒体上发布。利益的诱惑还催生出专业从事洗稿的洗稿团队、洗稿网站和洗稿软件,侵权人在极短的时间内就可以完成“改头换面”的文章,洗稿俨然已经形成产业链。^⑤尽管洗稿行为改变了原作品的结构、词语、语序等表达形式,但是与原作品相比仍构成“实质性相似”,并没有产生新的独创性表达,根据前文所界定的“剽窃”含义,“改头换面”的做法仍可视作对原作品的“复制”,洗稿仍然属于剽窃行为。由于“剽窃”的核心含义较为明确,并且具有较宽的外延,因此“剽窃”能够涵盖洗稿、游戏换皮等侵权方式。

(二)独立规制方式能够为网络平台的剽窃治理提供规则指引

剽窃侵权的救济途径可以分为诉讼途径与非诉讼途径。通过立法确认剽窃的含义、故意侵权属性以及适用惩罚性赔偿等内容,将剽窃作为独立的侵权形态进行整体性把握,能够便于权利人识别剽窃侵权和提起剽窃侵权之诉,也能够为司法裁判提供规则指引,针对剽窃侵权的行为特征进行有效规制。受诉讼救济成本高、耗时长等弊端的制约,能够通过诉讼进行规制的剽窃是相对较少的,在实践中普遍、大量发生的剽窃行为需要更为迅速、便捷、高效的规制途径。微信针对公众平台发生的剽窃等侵权行为,发布了处罚规则:第1次抄袭——删除和警告、第2次抄袭——7天封号、第3次抄袭——14天封号、第4次抄袭——30天封号、第5次抄袭——永久封号。^⑥虽然微信公众平台对剽窃行为的处罚属于平台的自我监管措施,且能够在侵权治理方面发挥作用,但是微信平台对于剽窃(抄袭)行为的认识还存在误区。在《微信公众平台关于保护原创打击抄袭工作的说明》中,微信公众平台认为未经著作权人许可发表或剽窃其作品的均构成抄袭。^⑦这种解释实际上并没有说明何为剽窃,并且将原本与“剽窃”同义的“抄袭”解释为“剽窃”的上位概念,也无法将“剽窃”与“未经许可的转载”区分开来。总之,微信公众平台对剽窃的解读是混乱的,没有揭示剽窃的应有含义和行为特征。公众号的经营者无法从微信平台的解读中了解何为剽窃、如何避免剽窃风险,同时,微信平台的这种认知状况必然导致处罚规则的“一刀切”,无法实现精细化规制。因此,独立规制剽窃侵权行为有利于自媒体平台等网络服务提供商进行有效的侵权治理。

(三)独立规制方式有助于厘清“剽窃”与“演绎”的界限

在版权产业链中,作品的“二次开发”或“多次开发”是实现版权增值的重要方式。当然,这其中也存在侵权风险,有必要对“剽窃”与作品“演绎”之间的区别加以明确。著作权法意义上的演绎,是指利用已有作品创作出具有独创性的新作品,即演绎作品。“演绎作品是指在保持原有作品基本表达的基础

上,对原表达加以发展,并使新表达与原表达融为一体而形成的新作品。”^⑥我国立法并无“演绎”和“演绎权”的明文规定,《著作权法》第10条规定的摄制权、改编权、翻译权通常被认为属于“演绎权”,《著作权法》第12条规定的“改编、翻译、注释、整理已有作品而产生的作品”通常被认为属于“演绎作品”。演绎行为具有两个显著特征:一是使用已有作品,二是创作出具有独创性的新作品。与演绎行为能够产生独创性的作品不同,剽窃是将他人作品当作自己作品,并对该作品进行相同或者实质性相似的再现,并不会产生新作品。“在著作权司法实践中,衡量被告作品是否构成对原告作品的剽窃、抄袭,往往需要判断被告是如何再现原告作品的。如果是非独创性的方式再现,会被认为构成剽窃。”^⑦剽窃者拒斥智力劳动的投入而又试图通过作品获得利益,本身就反映出其思想上的懒惰,“复制”行为最能够体现其不劳而获的动机,而“创作出具有独创性的新作品”已经超出“将他人作品当作自己作品”的范畴。笔者认为,在构成演绎的情形下,不宜再对剽窃进行单独认定。因为演绎作品作为“二次创作”作品,与原作品之间存在创作来源关系,这种创作来源关系可以理解为新作品保持了原作品的基本表达,也可以进一步理解为演绎作品利用了原作的独创性构成元素。^⑧剽窃行为与演绎行为的关联就体现在“创作来源关系”上,“实质性相似”规则也可以应用于此。抛开演绎作品自身独立于原作的独创性表达,单纯就原作的独创性元素而论,演绎行为构成对原告作品独创性元素的“复制”。如果行为人将原作的独创性元素“当作自己的作品”进行利用,那么可以认为行为人剽窃了原作的独创性元素。但是,是否有必要将剽窃中的“复制”行为从演绎行为中独立出来?以改编权为例,改编权控制的行为包括“利用他人作品”和“改编成具有独创性的新作品”两种相互关联的行为,缺少其中任何一种行为,改编权都将不复存在。对改编权侵权的认定本身就包含对“复制”行为的认定,改编行为吸收了剽窃中的“复制”行为,从保持改编行为完整性的方面考虑,在认定被告构成改编权侵权的情形下,不宜再认定构成剽窃侵权。当然,如果行为人将原作中的独创性元素“当作自己的作品”

进行使用,那么还需要同时认定该行为侵害了原作者权人的署名权。

(四)独立规制方式有利于惩戒和预防剽窃行为

在互联网时代,侵权成本低,维权成本高是剽窃行为易发、多发的重要原因。数字化传播将复制作品的成本降到几乎为零,海量作品的供给又为剽窃者提供了极大的选择空间,写作软件等“抄袭神器”的出现更助长了剽窃者的气焰,“输入关键词,软件会自动出现带有关键词的诗句和网络小说句子,从其他文学作品中摘抄、整理,重组成为需要的内容”。^⑨剽窃的轻而易举与创作的劳神费力形成鲜明的对比,剽窃行为人铤而走险也就不足为奇。

权利人的“难”既体现在创作方面,也体现在侵权救济方面,诉讼成本高自不必说,即使权利人胜诉,其所能获得的侵权损害赔偿也普遍偏低,甚至不足以弥补其为诉讼所投入的成本。这种状况让权利人感到无奈,而让剽窃者感到可以有恃无恐。理想的诉讼应当使权利人得到充分救济,使剽窃者在承担法律责任之后不再产生继续实施剽窃行为的动机。适用惩罚性赔偿可以加重剽窃者的赔偿责任,有助于预防剽窃行为的再次发生,对潜在的剽窃者也能起到警示作用。诚然,公法责任天然具有抑制和预防侵权行为发生的功能,外国也有通过刑法来规制剽窃行为的立法例,^⑩但是考虑到刑法的谦抑性,“在刑法与其他部门法衔接时一定要慎之又慎,只有当一个行为用尽其他手段依然无法控制时,才采用刑法手段”。^⑪因此,通过惩罚性赔偿制度对剽窃进行规制更为适当。实际上,现代社会的私法也兼具一定的公共属性和公共职能。^⑫通过惩罚性赔偿制度对剽窃进行惩戒和预防,也是著作权法公共属性和公共职能的体现。在认定剽窃的基础上,对剽窃行为人施加惩罚性赔偿责任,能够有效提高侵权成本,有利于惩戒和预防侵权行为。

五、结论:独立规制剽窃侵权的规范设计

综上所述,可以将剽窃界定为“将他人作品当作自己作品进行发表、复制、传播的行为”。其中,“将他人作品当作自己作品”这一核心含义使剽窃不再是多种侵权行为的简单相加,而是具有独立规制需求的整体行为。由于剽窃不仅天然具有故意侵权属

性,而且行为人主观恶性程度较高,因此适用惩罚性赔偿制度对剽窃进行规制具有合理性。《著作权法》关于剽窃侵权的规定,只是将“剽窃”的概念引入法律之中,欠缺独立规制剽窃侵权的制度设计。《著作权法》应当设立专门的条款对剽窃作出明确的规定。首先,应当完整地规定剽窃的含义,即“剽窃是将他人作品当作自己作品进行发表、复制、传播的行为”。其次,应当对惩罚性赔偿的适用作出规定,如“剽窃他人作品的,按照……方法确定数额的1倍以上3倍以下确定赔偿数额”。最后,可以对确定损害赔偿数额的考量因素进行规定,如“确定损害赔偿数额时,应当综合考虑剽窃他人作品的方式、数量、危害程度等因素”。当然,“停止侵害、消除影响、赔礼道歉”等民事责任承担方式也同样适用于剽窃侵权,从立法技术方面考虑,宜将这3种普遍适用的责任承担方式置于可以统摄所有侵权行为的位置,而不必规定在独立规制剽窃的条款中。

注释:

①在“非著作权侵权”的语境下,剽窃的语义至少包括以下几种:第一,指学术不端行为。例如,《高等学校预防与处理学术不端行为办法》(教育部令2016第40号)、《高校人文社会科学学术规范指南》都将“剽窃他人学术成果”规定为学术不端行为。尽管教育部的上述规定将剽窃与抄袭并称,但是一般认为,剽窃与抄袭并无实质差别。第二,指非法使用他人的专利、商标以及非法获取商业秘密等侵犯知识产权的行为,如《中华人民共和国民法通则》第118条将侵犯知识产权的行为概括为“剽窃、篡改、假冒”。第三,指将他人的创意、构思窃为己有的行为。

② P.H. Collin, Dictionary of Law, Bloomsbury Publishing Plc, 2004, p.224.

③ Juyal D, Thawani V, Thaledi S, Plagiarism: An Egregious form of Misconduct, 7(2) North American Journal of Medical Sciences, 77~80(2015). 转引自孟月:《国内外关于自我剽窃的研究现状综述》,《中国科技期刊研究》2016年第5期。

④ 万志前:《剽窃界定的“两分法”及其多维治理》,《出版发行研究》2013年第1期。

⑤ 王力:《非侵权剽窃及其欺诈剽窃刍议——兼议论文检测软件对剽窃的防治作用》,《当代经济》2017年第2期。

⑥ 1990年《中华人民共和国著作权法》第46条规定:“有下列侵权行为的,应当根据情况,承担停止侵害、消除影响、公开赔礼道歉、赔偿损失等民事责任,并可以由著作权行政管理部门给予没收非法所得、罚款等行政处罚:(一)剽窃、抄袭他人作品的……”。

⑦ 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答复》也指出:“著作权法所称抄袭、剽窃,是同一概念。”

⑧ 方流芳:《学术剽窃和法律内外的对策》,《中国法学》2006年第5期。

⑨ 吴汉东主编:《知识产权法》,法律出版社2014年第5版,第122页。

⑩ 刘春田:《知识产权法》,高等教育出版社2015年第5版,第135页。

⑪ 刘银良:《知识产权法》,高等教育出版社2014年第2版,第352页。

⑫ 郑成思:《版权法》(上),中国人民大学出版社2009年版,第269页。

⑬ 史可荣:《谈剽窃的认定》,《法学评论》1991年第5期。

⑭ 王坤:《剽窃概念的界定及其私法责任研究》,《知识产权》2012年第8期。

⑮ 青海省高级人民法院(2013)青民三终字第2号民事判决书。

⑯ 河南省高级人民法院(2007)豫法民三终字第02号民事判决书。

⑰ Bryan A.Garner, Black's Law Dictionary(8th ed), Thomson West Publishing Co, 2004, p.3650.

⑱ 参见徐小奔:《人工智能“创作”的人格要素》,《求索》2019年第6期。

⑲ 参见吴汉东:《著作权合理使用制度研究》,中国政法大学出版社1996年版,第168~169页。

⑳ 冯晓青、付继存:《著作权法中的复制权研究》,《法学研究》2011年第3期。

㉑ [美]罗伯特·P.墨杰斯、[美]彼特·S.迈乃尔、[美]马克·A.莱姆利等:《新技术时代的知识产权法》,齐筠、张清、彭霞等译,中国政法大学出版社2003年版,第342页。

㉒ [美]罗伯特·P.墨杰斯、[美]彼特·S.迈乃尔、[美]马克·A.莱姆利等:《新技术时代的知识产权法》,齐筠、张清、彭霞等译,中国政法大学出版社2003年版,第344页。

㉓ 参见陕西省西安市中级人民法院(2007)西民初字第213号民事判决书。

②④参见北京市海淀区人民法院(2014)海民初字第5533号民事判决书。

②⑤参见湖北省武汉市中级人民法院(2016)鄂01民初5637号民事判决书。

②⑥参见湖北省武汉市中级人民法院(2015)鄂武汉中知初字第00598号民事判决书。

②⑦参见张新宝:《侵权责任法原理》,中国人民大学出版社2005年版,第70页。

②⑧参见马栩生:《比较法视野下故意侵权理论体系之构建》,《法学评论》2010年第4期。

②⑨于飞:《违背善良风俗故意致人损害与纯粹经济损失保护》,《法学研究》2012年第4期。

②⑩参见吉林省高级人民法院(2016)吉民终481号民事判决书。

②⑪参见上海市高级人民法院(2014)沪高民三(知)终字第42号民事判决书。

②⑫江苏省徐州市中级人民法院(2010)徐知民初字第39号民事判决书。

②⑬参见北京市高级人民法院(2006)高民终字第1254号民事判决书。

②⑭郑成思:《郑成思文选》,法律出版社2003年版,第238页。

②⑮参见刘海安:《过错对侵权法上填补性责任之赔偿范围的影响》,《政治与法律》2009年第11期。

②⑯史可荣:《论剽窃的认定》,《法学评论》1991年第5期。

②⑰王坤:《剽窃概念的界定及其私法责任研究》,《知识产权》2012年第8期。

②⑱美国学者理查德·波斯纳同时认为,剽窃的构成要素包括未经权利人许可的复制,且复制者宣称复制的内容属自己的原创,而这一宣称又使复制者作品的受众采取了一些如果知道真相那么就不会采取的行为。参见[美]理查德·波斯纳:《论剽窃》,沈明译,北京大学出版社2010年版,第125页。

②⑲曹新明:《知识产权侵权惩罚性赔偿责任探析》,《知识产权》2013年第4期。

②⑳梅术文:《“枪手代笔”的著作权问题与消费者利益保

护》,《知识产权》2012年第7期。

④①见朱丹:《知识产权惩罚性赔偿制度研究》,法律出版社2016年版,第30~33页。

④②[美]文森特·R.约翰逊:《惩罚性赔偿、中国侵权责任法与美国经验》,邓辉译,《法治研究》2018年第4期。

④③志峰:《向“洗稿式原创”说不》,《人民日报》2017年6月16日。

④④参见高磊、韩文旸:《网络“洗稿”成产业链:几秒炮制爆款文章,月入上万》,http://news.cctv.com/2018/08/29/ARTIRQ14jX3LlctfbbzPuYJl180829.shtml,2018-08-29。

④⑤参见周游:《微信公众号抄袭五次将被封号》,《长沙晚报》2015年2月5日。

④⑥参见千帆:《微信公众平台严打:抄袭者的末日到了》,https://tech.huanqiu.com/article/9CaKrnJKr3e,2019-11-20。

④⑦王迁:《著作权法》,中国人民大学出版社2015年版,第202页。

④⑧冯晓青、付继存:《著作权法中的复制权研究》,《法学研究》2011年第3期。

④⑨参见梁志文:《论演绎权的保护范围》,《中国法学》2015年第5期。梁志文教授在该文中指出:“作品最终呈现形式之利用,属于复制权的范围;而作品中受保护的独创性构成元素之利用,则为演绎权所控制。”

④⑩丁佳文:《网络文学作品抄袭乱象透视》,《天津日报》2017年3月15日。

④⑪《俄罗斯联邦刑法典》第146条第1项规定:“侵犯著作权(剽窃他人作品),如果这种行为给作者或其他权利持有人造成重大损失的。处数额为20万卢布以下或被判刑人18个月以下的工资或其他收入的罚金;或处180小时以上240小时以下的强制性公益劳动;或处3个月以上6个月以下的拘役。”《俄罗斯联邦刑法典》,黄道秀译,北京大学出版社2008年版,第70页。

④⑫张淑芬:《近年来我国犯罪化的走向——基于对刑法修正案之考察》,《警学研究》2019年第4期。

④⑬参见王琳琳:《从中国民法典时代特色角度谈知识产权入典立法建议》,《当代法学》2018年第2期。