

机器中的作者与创作：从摄影技术到生成式人工智能

章凯业*

摘要 人工智能生成内容的可版权性和归属,本质上是如何在机器创作中寻找作者和评估人的智力活动。规范意义上,作者的活动是一种与机器相分离的人类的智力活动,创作行为是由详细的构思与受控的执行两部分组成。在机器创作中,智力活动的评估对象是体现人类构思的内在表达,而不是机器执行所生成的外在表达,独创性的判断只能基于作品产生的方式,而不是机器产品的外观。作者是构思作品并控制其执行的人。对AI创作的分析应该首先剥离机器的部分和AI的贡献,随后判断人类的角色是否符合构思与执行的要求,即内容生成的准备阶段是否存在足够详细的创作计划,内中的选择能否满足独创性的要求,以及人类对AI的执行是否具备控制力。AI生成内容的作者身份可能是AI设计者、使用者,或是没有作者,这需要在个案中,结合AI程序的特征、设计者和使用者各自的活动类型,并根据AI作品中关键的表达性元素,进行类型化分析。

关键词 创作行为 作者 构思与执行 摄影技术 生成式人工智能

一、问题意识与研究路径

新技术与著作权法之间的张力和适应性问题,向来是著作权理论研究的核心理,也是其制度变迁的动力。过去技术变革的挑战所带来的问题是:是否需要延伸著作权的保护范围,以涵盖更多的客体和内容。目前利用人工智能生成内容的新型创作方式,则直接挑战了著作权的主体性概念——作者和创作行为。作者是著作权法的主体和核心,著作权和作品则被认为是源于作者的创作行为。在一个越来越充满AI的世界里,人工智能等新技术所生成的产品,只有

* 中国海洋大学法学院副教授。本文系山东省“泰山学者青年专家”专项基金(项目编号:tsqz20221115)的阶段性研究成果。

被认定为是作者所创作的作品，才可以被纳入著作权法的保护范围。因此，面对 AI 技术给著作权法带来的挑战，最为关键的问题是回答 AI 创作中是否存在作者？如果存在，谁从事了创作作品的行为？

是故，正确理解和界定著作权法中的作者和创作行为，是目前回应 AI 生成内容的可版权性和归属等问题的理论前提和先决条件。对法律概念进行解释的起点是文义及其意义脉络。首先，《民法典》第 123 条和《著作权法》第 11 条规定了著作权属于作者，创作作品的自然人、法人和非法人组织等民事主体是作者。法律条文的文义和意义脉络显然从主体资格的角度，排除了智能机器竞争作者身份的可能性。

然而，文义和意义脉络的解释至此，已无法在人工智能的场景下，为“创作行为”和“作者”提供进一步的界定标准。根据《著作权法实施条例》第 2、3 条的规定，创作作品的行为是指直接产生具有独创性的智力成果的智力活动，在利用 AI 生成图像的过程中，什么是“直接产生”，仅仅是按下鼠标的动作吗？用户选择关键词和参数的行为，能否被归类为产生智力成果的智力活动？更重要的是，在机器实质性参与创作过程中，如何为智力活动及其独创性的判断提供一个评价尺度，是从产品本身的外观，还是必须基于创作的过程进行分析？以上种种由人工智能所带来的新问题，现有法律条文的文义和意义脉络解释皆无法得出更加详细的规定。

萨维尼曾指出，当一个已知的法律制度中产生了一个新的具体法问题而文法要素和逻辑要素皆不敷适用时，那么就必须根据属此法律制度之法规定的内在相似性做出回答，简而言之，从既定之物出发，通过类推扩张该既定之物，以解决当前的问题。^{〔1〕} 诚然，适用上述类推解释的前提是，该既定之物在规范层面的事理结构与新的具体问题具有内在的一致性和统一性。^{〔2〕} 唯有如此，通过法律规范群的内在相似性回应新的法问题，才能符合“正义的命令”，即被相同评价的事物应相同处理。^{〔3〕} 因此，这就需要从著作权法的规范体系中发现与 AI 生成内容的事理结构具有内在一致性的法律关系原型，并分析它的实践性质。^{〔4〕}

任何创作都需要借助工具，有必要区分机器或设备参与创作的类型。有些机器或设备，如钢笔、打字机和平板电脑等，它们为创作提供了工具，但并不是产生作品的前提和组成部分，无论是用手写还是用计算机键盘，作品的内容都保持不变。^{〔5〕} 然而，著作权法还涉及另一类机器设备——相机和摄像机，一种按下快门就能产生图像的内容生产工具，其中作品是机器输出的产品，机器不仅实质性参与了创作的过程并决定内容的形成，还是作品产生的前提。对此，一如有学者指出，“摄影具有其他图像系统从未拥有的力量，因为与早期的图像系统不同，它的

〔1〕 参见(德)萨维尼：《当代罗马法体系：法律渊源·制定法解释·法律关系》，朱虎译，中国法制出版社 2010 年版，第 224—225 页。

〔2〕 参见(德)亚图·考夫曼：《类推与“事物本质”——兼论类型理论》，吴从周译，台北学林文化事业有限公司 1999 年版，第 23 页。

〔3〕 参见(德)卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，黄家镇译，商务印书馆 2020 年版，第 433 页。

〔4〕 参见萨维尼，见前注〔1〕。

〔5〕 See Jane C. Ginsburg, “The Concept of Authorship in Comparative Copyright Law,” *DePaul Law Review*, Vol. 52, No. 4, 2003, pp. 1063-1075.

外部定在的取得和形成并不依赖于图像制作者”。〔6〕类似于生成式人工智能,摄影中机器的介入同样消解了在传统绘画中的作者角色和功能,以及诉诸著作权保护所需的艰苦劳动和艺术技能等正当性基础。因此,当摄影技术首次出现时,它对作者的主体性和创作观念的冲击丝毫不亚于今天的人工智能。一个只需按下快门的摄影师,是作者吗?一开始著作权法对这个问题感到惊讶,它的第一反应是“抵抗”,法律的抵抗同样是通过否定摄影中的法律主体来实现——机器的介入使得个体的劳动成为没有灵魂的机械劳动,这使得法律主体不仅被降格为机械师的地位,而且在创造行为中完全缺失,因而无法提供保护的基础。〔7〕

可见,在著作权法的规范体系中,生成式人工智能与摄影技术这两者在规范的事理结构上具有内在的相似性和一致性。首先,从规范的实践性质上,人工智能生成内容和摄影作品都是机器实质性介入创作的产物,作为机器过程的最终产品,其物质形式的形成和固定均由机器所完成,因而内中的智力活动和独创性的判断皆无法类比于通常意义上的创作活动。其次,从规范的法问题上,社会现实是第一性的,法是第二性的,由于第一性的实践在事物本质上的类似性,导致第二性的著作权法在面对生成式AI和摄影技术的冲击时,产生的法问题也具有内在的一致性。在面对摄影技术时,“照片是机器的产品还是作者的作品,摄影是光学的转化过程还是艺术的创作过程”,“谁是照片的作者,是按下快门的摄影师、模特还是太阳本身”,“作者的个性又如何体现在照片中”,这些都是困扰著作权法的根本性问题。人工智能时代,相应的著作权法之问则成了:“AI生成内容是算法的产物还是作者的作品,其本质是计算还是创作”,〔8〕“AI生成内容归谁所有”,〔9〕“AI生成内容的独创性如何判断”。〔10〕由此可见,“技术有变,法理有常”,〔11〕虽然摄影技术和生成式人工智能的技术原理不尽相同,但是这两者为著作权法所评价的事理结构和法问题却是相同的,它们都涉及如何在机器实质性参与创作的情况下寻找作者身份和评估人的智力活动。

是故,本文将结合历史的方法和体系的方法来查明:在机器实质性介入创作的情况下,什么行为或贡献使一个人得以成为作者?或者说,使一个人成为作者的活动类型及其性质究竟是什么?首先,下文将通过历史的方法发现著作权法在面对摄影技术的冲击时是如何思考问题的,是如何克服既有的思维障碍,通过在摄影中寻找作者,最终成功容纳机器的产品作为作者的作品。在此基础上,进一步分析提炼出著作权法在处理机器创作时所涉及的一般性理论范式,即萨维尼所说的“既定之物”,随后在当前情势下,借助体系的方法将“该既定之物”扩张适用于生成式人工智能,最终从法解释学层面回应人工智能时代的著作权法之问。

〔6〕 Susan Sontag, *On Photography*, New York: RosettaBooks LLC, 2005, p. 6.

〔7〕 See Bernard Edelman, *Ownership of the Image: Elements for a Marxist Theory of Law*, London: Routledge & Kegan Paul, 1979, p. 44.

〔8〕 王迁:“论人工智能生成的内容在著作权法中的定性”,《法律科学》2017年第5期,第150页。

〔9〕 吴汉东:“人工智能生成作品的著作权法之问”,《中外法学》2020年第3期,第669页。

〔10〕 卢海君:“著作权法意义上的‘作品’——以人工智能生成物为切入点”,《求索》2019年第6期,第77页。

〔11〕 李琛:“论人工智能的法学分析方法——以著作权为例”,《知识产权》2019年第7期,第22页。

二、机器介入创作与作者观念的法律思维演变

(一) 早期摄影的法律话语：一种“无灵魂”的机械产品

摄影是艺术家的创作还是机器的产物，这是著作权法历史上曾经面对的一个重大问题。当摄影技术在十九世纪初发明时，它被明确宣称为一种机械科学，早期描述摄影的语言都强调它的自动化、客观性和非中介性，摄影被称为“自然之笔”和“太阳写作”，即通过自然光的化学作用自动固定在暗箱中以形成图像的一种手段。^{〔12〕} 当摄影的著作权属性被提上议程时，第一个尝试解决这个问题美国法院毫不含糊地认为，照片不属于版权法的主题，因为照片是光和机器的产物，没有体现出艺术家自己的构思。^{〔13〕}

在法国，根据 1793 年的法律，著作权法只承认“手工的艺术”例如绘画和雕塑，或者“抽象的艺术”如写作和音乐的作品地位，因此摄影和绘画的隐喻和类比关系成为早期法律话语争锋的焦点。1862 年塞纳河法院受理了最早的两个摄影案件，在第一个案件的法官看来，摄影只是简单地复制现实，不能被归类为画家或素描者的艺术，后者运用想象力这个唯一的资源创造构图和主题，或是根据自己的感觉诠释自然给他提供的观念。另一起案件，法官虽承认摄影师在选择和安排主题方面的品味，但指出这只是机械师品味，这种产品仍然只是机械过程和化学组合奴性地复制物质对象的结果，即使摄影师具有审美的艺术天赋，这种天赋最终也无法体现在机械形式的产品中。^{〔14〕}

进而言之，对于法国法律来说，理解摄影的关键问题是机器所输出的产品能否被认为具有“人”的特质。根据当时的作者权学说，一个作者的作品必然充满了人类灵魂的某些东西例如个性、想象力和审美等，因此当画家指挥他手中的画笔以对抗物质困难时，这个个体灵魂的某些东西就可以被看作有机地流过身体，并引导物质对象或表达方式的构成，以符合他的构思。相反，机器产品，即摄影底片则完全是“没有灵魂”的，因为只有机器在工作，摄影师只是学会让它正常工作。^{〔15〕} 概言之，在当时的法律看来，作为主体的人的活动必须始终存在于创作过程中，一旦消失，那么，瞬间的缺席将表明产品是机械的。然而，这种人的活动更多指涉的是将抽象的思维和概念具体化的物质劳动，亦即，受保护的是那些通过线条、色彩和图案将某种表达形式固定下来的执行过程。由于摄影师的工作和判断都是在物质执行之前完成的，他的个性和天赋与此执行的过程无关，所以摄影被认为是一种没有人的灵魂参与其中的机械产品。

可见，作为机器参与创作的首次登场，囿于缺乏相应的法律关系原型为指引，故而早期的

〔12〕 See Amanda Fischer Adian, “Merging Photography’s Copyright,” *New York University Law Review*, Vol. 97, No. 1, 2022, pp. 210-212.

〔13〕 See *Wood v. Abbot*, 30 F. Cas. 424,425 (C. C. S. D. N. Y. 1866) (No. 17, 938).

〔14〕 See Frédéric Rideau, “Commentary on the Court of Cassation on Photography (1862)” in *Primary Sources on Copyright (1450-1900)*, available at: https://www.copyrighthistory.org/cam/tools/request/showRecord.php?id=commentary_f_1862, last visited on 12 October 2024.

〔15〕 See Edelman, *supra* note 7, p. 45.

法律话语只能通过类比画家和绘画之间的创作关系(一种不恰当的类比)来思考摄影的著作权问题。首先,根据当时的思想/表达二分法,受保护的是经由画家的画笔和笔触固定下来的表达——图像,由于摄影师并没有参与表达的形成过程,图像是由光和机器所生成的,因此摄影师的艺术构思最多只属于思想的范畴,不能受到保护。其次,从摄影和绘画的类比关系可以看出,当时的法律倾向于认为执行比构思更有资格竞争作者身份,因此,使一个人成为作者的因素,用今天的话说,乃是固定性而非独创性。^[16]对固定性的关注反映出早期的法律话语在定义作者和创作时,更加看重劳动、技能和技巧在构思的具体化过程中的贡献。最后,将作者和创作概念等同于执行,还导致早期的法院在面对摄影这种新技术时,法律思维的重点被吸引到照片成像的光学原理,即内容生成的技术过程中。从著作权法的规范评价上看,无疑是一种问题意识的偏差,这在当前人工智能的著作权法研究中依然存在。

(二)摄影中的作者与创作:从快门前的人类活动中寻找作者身份

十九世纪六十年代伊始,人们对摄影的认识逐渐从无灵魂的机械产品,变成与绘画并行的艺术类别,这首先得益于肖像摄影产业的蓬勃发展。从法律观念的角度,摄影师如何从机械师的身份变成艺术家和创造者,如何将机械的动作——快门的点击解释并提升到笔触和画笔的地位,以及摄影究竟属于科学还是艺术创作,对这些问题的思考都不得不追溯到一个更为根本的问题,如何在摄影中找到作者,从而确定是他而不是机器创造了照片?

法律思维的转变始于理论范式的突破。首先,受黑格尔人格理论的影响,在1860年左右,法国法院开始将创造性灵魂的说法表达成更实用性的个性印记的概念,据此,任何通过其形式表现出作者个性特征的东西,在作者权语境下都是人类精神的产物,都能被归类为1793年法国法律中的艺术作品,摄影问题的重点就在于其形式能否体现个性特征。其次,“小硬币理论”的提出认为某些作品类型,受保护的形式主要体现在选择和构思中,而不是内容。例如文集,虽然其整体的文字内容并不是原创的,但是关于文集内容的选择和编排等构思活动仍然可以体现作者的个性化努力和独特品味,进而使其成为受保护的作品形式。^[17]如上所述,虽然摄影师的个性无法在机器生成的产品本身被检测到,但是通过分析摄影师在“预摄影”阶段的主题、视角、姿势、光影和场景布置等选择行为,法国法院发现了作者的个性印记。在1863年卡沃尔伯爵肖像案中,巴黎帝国法院率先指出:“艺术在于意志的行使,摄影的本质是选择主题和时间以获得某些光影效果……如果摄影是通过光线在感光板上固定图像,那么摄影师的一系列选择就决定了这个图像应该以什么样的方式呈现给光线,这些都可以证明作者的主观性,因此摄影的形式足以承载他的个性印记。”^[18]

鉴于人类活动在摄影的物质形式的形成过程中的缺位,为了在摄影中引入创造性的主体,从而发现作者的个人痕迹,法院的焦点不得不从过去的产品本身转移到摄影的过程,即从“内容论”转向“过程论”。同时,由于作品中的个性特征乃是源于作者个人的独特性并且由后者来

[16] See Ginsburg, *supra* note 5, pp. 1073-1074.

[17] 参见(德)M. 雷炳德:《著作权法》,张恩民译,法律出版社2004年版,第50—51页。

[18] Rideau, *supra* note 14.

保障,既然每个人都是独一无二的,那么就没有两个人创作的作品是相同的。^[19]相反,在摄影的生产过程中,一旦确定好摄影的主题和机位,两个不同的人却可以拍出完全相同的照片,而且同一张底片无论是由不同的人还是同一个人,都可以清洗出许多完全相同的照片,这意味着按下快门之后的过程,缺乏个性发挥的空间。为了发现作者的个性印记,对摄影过程的分析必须回避这些机械和化学的部分,仅仅针对按下快门前的选择活动。

强调从预摄影阶段的构思中发现作者的痕迹——这种全新的法律思维路径,在1884年美国联邦最高法院的萨鲁尼案中,得到更加系统性的阐述和发展。案件涉及一个根本问题,即摄影的法律属性究竟是科学还是艺术,是光化学反应抑或是作者创作的产物。于是乎美国联邦最高法院历史上第一次不得不认真回答,什么是作者与创作?

为了反对将照片作为“作者”的“作品”,原告Burrow-Giles公司借鉴了先前盛行一时的观点,指出:“真正的作者是太阳,而不是摄影师”,因为“摄影只是按照不可改变的自然法则,呈现出事物的真实面貌,既没有添加任何东西,也没有省略任何东西”。相反,摄影师萨鲁尼则认为,在他把整个场景排列好之前,现实中根本不存在这样的画面或场景,故而他也类比了画家和雕刻家的创作活动,指出一旦他把整个场景排列好了之后,他就可以像油画或木炭画一样把他的构思记录下来,在此之前,他也可以对画面进行雕刻或蚀刻,随时添加或去掉任何他想要或不想要的元素,换言之, he 可以把摄影做成雕塑。^[20]

对此,美国联邦最高法院首先是将作者定义为“任何东西的起源,创造者,完成文学和艺术作品的人”,而作者的作品涵盖“任何形式的写作、印刷、绘画和雕刻等,只要通过这些形式,作者的思想得到可见的表达”。其次,关于摄影的可版权性,美国联邦最高法院的思路是将摄影分为两个阶段,其中,按下快门之后的过程是机器对自然的精确转录,无疑是一种光和化学的科学过程。除此之外,法院指出,摄影师萨鲁尼还通过“选择和安排服装、窗帘和配件、调整光影并建议和唤起所需的表情”,“使摄影的主题奥斯卡·王尔德呈现出优美的轮廓”,通过上述活动,“摄影师从他自己的原始构思中创造了一幅有用的、新颖的、和谐的、特色鲜明和优美的画面”。因此,萨鲁尼设计的形象充满了艺术,完全符合宪法对“作者”的“作品”的标准,因为,内中涉及到一种形式,即通过对视觉组合元素的选择和安排,摄影师头脑中的想法得到了可见的表达。^[21]

总而言之,美国联邦最高法院给作者下了一个浪漫主义的定义——起源者和创造者,在这种语境下,艺术创作就是对摄影主题的创新,即相机拍摄场景的人为建构。故而,摄影的法律属性被划分为按下快门之前的艺术创作和按下快门之后的科学实现。从规范评价的角度,摄影的科学部分与摄影的作者问题无关,真正能引发版权法上的法律后果的法律事实,唯有摄影的艺术部分,这体现为摄影师在“预摄影”阶段的选择和安排等活动。^[22]可以说,通过科学与艺术的归类,美国普通法同样在作者的活动与机器之间建立了距离,自此,长期以来诉诸光和机

[19] 参见(美)马克·罗斯:《版权的起源》,杨明译,商务印书馆2018年版,第143页。

[20] See Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony, 111 U.S. 53, 59 (1884).

[21] Ibid.

[22] See Adian, supra note 12, p. 202.

械是如何生成照片内容——这种技术过程论的思维,彻底退出历史的舞台。同时,将摄影中的创作来源与机器的功能相剥离,还反映出版权观念上的重要变迁,即在定义什么是作者时,执行的因素不再是关键,关键是构思,固定作品的贡献在构思面前逐渐失去了竞争作者身份的资格。正如后来的法院不断强调,场景被建构和安排好之后,艺术家是用画笔还是相机来固定它并不重要。^[23]

综上,肖像版权市场的出现,要求法律重新思考摄影的创作过程以容纳摄影师作为作者。借助个性印记和艺术构思的概念,“预摄影”阶段的选择和安排等人类活动都被归入艺术创作的范畴,而“自然光”和“机器”这些非人为因素的贡献从此被排除出这个过程之外。

(三)谁是作者:摄影技术之后的机器创作与作者身份归属

摄影作品解决了著作权法上的一个重要问题,即机器的产品能否以及如何被接纳为作者的作品。通过在摄影的人为方面和机器方面划清界限,著作权法从此确立起作者身份仅仅涉及创作过程的人为方面——这个寻找作者的基本思路,其在随后的计算机辅助生成中得到了进一步的确认和完善。

二十世纪八十年代之后,随着计算机被进一步运用到电子游戏等图形界面的生成,英国在 1988 年的《版权、外观设计和专利法》(Copyright, Designs and Patents Act 1988, CDPA)第 178 条首次将“计算机生成的作品”定义为“在没有人类作者的情况下由计算机生成的作品”,同时,还在第 9(3)条中明确规定了,“在文学、戏剧、计算机生成的音乐或艺术作品,作者应被视为创作该作品做出必要安排的人”。紧随其后,澳大利亚和新西兰等国家的版权法,也都做出类似的规定。很显然,计算机生成作品并非没有人类参与的作品,相反,它仅仅指内容的生成阶段即作品物质形式的形成过程中没有人类介入,由计算机代为执行人类创造力的固定。^[24]

由此可见,CDPA 并没有另辟蹊径来回答计算机生成作品是否应该获得保护的问题,只是在既有的思维框架里回答谁是作者的问题,同时为计算机辅助生成——这种新技术中寻找作者提供了一个新的方向,即谁做出了必要安排。在英国迄今唯一的计算机生成作品的判例——Nova v. Mazooma 案中,法院分析了游戏画面的组成元素和计算机程序的设计过程,指出由于程序员负责编写这些程序,才使计算机能够在框架中创建各种外观,故而程序设计者属于为计算机生成游戏画面的创作做出必要安排的人,从而确认了游戏画面作为计算机生成作品的版权资格。^[25] 相比之下,在另一起案件 Acohs v. Ucorp 中,机器生成的 HTML 代码则不受保护。因为程序员虽然编写了生成 HTML 源代码的计算机程序,但这并不意味着程序员也是 HTML 代码的作者,该源代码是由 Infosafe 程序对进入其中的其他元素的操作所创建的,并非出自任何作者之手,该源代码的创建过程中没有任何人为此花费必要的智力努力。^[26] 可见,计算机辅助生成的作者身份难以确定,往往不是因为非人类的贡献数量过多,

[23] See Gross v. Selignan, 212 F. 930 (2d Cir. 1914).

[24] See Kanchana Kariyawasam, “Artificial Intelligence and Challenges for Copyright Law,” *International Journal of Law and Information Technology*, Vol. 28, No. 4, 2020, p. 288.

[25] See Nova Productions Ltd v Mazooma Games Ltd & Ors [2007] EWCA Civ 219.

[26] See Acohs Pty Ltd v Ucorp (2012) 287 ALR 403, 413.

而是没有任何参与计算机输出的人类足以构成作者身份。

综上,无论是摄影技术还是计算机辅助生成,著作权法的基本思路都是在机器创作中定位人类活动,从而寻找相应的作者。那么,接下来的问题,谁是作者,即如何评价不同的人类主体及其活动类型各自的贡献,从而决定作者身份的归属?正如有学者评价道,在计算机的程序员和用户之间分配作者身份,这和早期的法院尝试在摄影师、演员和导演之间分配版权,本质上是一样的,因为作者身份的归属取决于对创作行为的理解和认定,即什么样的行为或贡献,使一个人得以成为作者。^{〔27〕}

首先,摄影的过程存在一定的双向互动性,这就涉及如何处理摄影师和模特关于拍摄过程中艺术贡献的竞争性主张。然而从著作权法的角度,模特的角色和贡献与电子游戏的玩家类似。在电子游戏中,玩家也时常感觉自己有权力控制屏幕前的所有事情,事实上他们对创作过程没有任何的控制权。在大话西游案中法院指出,不同的游戏画面只是不同用户在预设系统中的不同操作产生的不同选择之呈现结果,因此,用户在游戏画面的形成过程中并无著作权法意义上的创作劳动。^{〔28〕}由此可见,著作权法上的创作行为,必须是能够决定作品的内容和呈现的智力选择。无论是模特还是玩家,皆是在他人为其设定的选择象限和范围内做看似主动的选择,真正决定作品最终如何呈现的选择权,例如构图和取景、框架图像的设计和安排,都掌握在摄影师和游戏开发者手中。因此,关于创作行为的第一重规定性,是做出选择和决策的权力,这使得操作相机的摄影师和计算机程序设计者才能成为作者。

其次,虽然操作相机的人在拍摄时总是会做出选择,例如点击快门的时间、角度、构图、焦点、距离等通常都带有摄影师的主观性,然而,他人也可能会向摄影师就这些选择进行或多或少的指示,这就涉及在策划者和执行者之间,谁才是作品产生的原因。对此,早期的英国上议院认为,最值得称道的候选人是“监督安排的人,即实际上通过将人放在特定的位置上并安排人们所在的地方来形成图片的人——是那个最有效的原因——照片的作者”。^{〔29〕}同理,萨鲁尼案中,照片作者的摄影师萨鲁尼,实际上并没有操作相机,他为他的主题穿衣、照明和摆弄姿势,在完成这一系列摄影前的安排之后,再由他的助手按下快门和曝光底片。

由此可知,作为创作来源的人类活动,并不包括按下快门等实际操作相机的动作,后者在著作权法上依然只是机械式的活动。著作权法上的创作行为,毋宁是操作相机的活动背后所反映的对拍摄对象、视角和时间等的选择,即决定捕捉某种场景和情感时刻的判断力。同理,对传统的手工艺术如绘画,创作行为也并不等同于笔触和操纵画笔的动作,而是通过这两者所实现的对色彩和线条的选择运用。是故,作为一种与体力活动(机械动作)相对应的智力活动,创作行为的本质是一种主观的选择和判断力——这集中体现在作者对作品内容如何呈现的构思上。^{〔30〕}

〔27〕 See James Grimmelman, “There’s No Such Thing as a Computer-Authored Work-And It’s a Good Thing, Too,” *The Columbia Journal of Law & the Arts*, Vol. 39, No. 3, 2016, p. 410.

〔28〕 参见广东省高级人民法院(2018)粤民终137号民事判决书。

〔29〕 *Nottage v. Jackson*, 11 Q. B. Div. 627.

〔30〕 See Ginsburg, *supra* note 5, pp. 1078-1079.

CDPA 将计算机生成作品的作者身份分配给做出必要安排的人,道理相同。在新星公司案中,法院指出用户不能通过按下按钮生成画面,或移动鼠标,就成为作者,因为这些机械动作不涉及运用艺术类的技能和判断,为创设框架图像做出安排。^[31]要了解谁做出必要的安排,就要寻找在这种安排中运用了自己的技能、劳动和判断力的人,从逻辑上讲,必要安排指的是创造和发展计划的原始任务,也就是构思作品的贡献。^[32]

最后,从游戏画面和摄影作品的作者身份归属中,可以得出除构思作品的贡献外,一个人被认定为作者的另一个标志就是,能够对作品的创作过程实施创造性控制,以决定作品所要包含的内容。^[33]易言之,作者是能够以监督或其它实施控制力的方式指导作品发展的人。

总之,创作作品的人是作者,作者身份的归属取决于对创作行为的定性。创作行为本质上是关于作品内容和呈现的选择、判断和控制力。故而,使一个人成为作者的原因就是构思作品的贡献,以及控制创作过程的自主性和决策力。

三、机器创作中的著作权法基本范畴

由上可知,作者和机器之间的第一次对抗和转向始于摄影技术,为了适应机器实质性介入创作的过程,作者和创作的概念不得被重新思考。下文将从法教义学的角度分析并澄清著作权法在处理机器创作时涉及的一般性理论范式,即作者、创作行为、表达形式和独创性这四个基本范畴的规范性内涵,为后续进一步分析生成式人工智能的著作权问题提供方法论和前提。

(一)作者的规范内涵:与机器相分离的人类的智力活动

作者的活动与机器的活动相区别,在机器中寻找作者首先应远离机器,任何引起著作权法上的法律后果的法律事实,都必须至少能够追溯到一个人类行为者。同时,只有具备充分的、可证明的人类的创造性选择和决策,才能决定作者的存在。澳洲电信公司案中,法院认为计算机程序编制的电话簿不存在版权,不是产品不在版权的主题范围,而是产品的制作过程不存在“适格的作者”。原告无法证明操作计算机程序的人正在指导或塑造作品的物质形式,而仅仅创作计算机程序本身又不足以使他成为作者,这意味着电话簿物质形式的创建过程中没有实质性的人工输入。^[34]同样,在“通往天堂之路”的 AI 绘画案中,美国版权局也指出,作品是否有版权保护的资格,并不取决于使用的设备类型,而是创作过程是否存在最低限度的人类的创造性活动,原告没有提供足够的证据证明该过程存在任何人类的创造性投入和干预。^[35]相

[31] Supra note 25.

[32] 参见何怀文:“我国著作权法下的‘计算机生成之作品’”,《浙江大学学报(人文社会科学版)》2020年第3期,第49页。

[33] See Daniel J. Gervais, “The Machine as Author,” *Iowa Law Review*, Vol. 105, No. 5, 2020, p. 2105.

[34] See *Telstra Corporation Ltd v Phone Directories Company Pty Ltd*, (2010) 194 FCR 149.

[35] See Copyright Review Board, “Re: Second Request for Reconsideration for Refusal to Register A Recent Entrance to Paradise (Correspondence ID 1-3ZPC6C3; SR # 1-7100387071),” 2022, pp. 2-3, 5, <https://www.copyright.gov/rulings-filings/review-board/docs/a-recent-entrance-to-paradise.pdf>, last visited on 12 October 2024.

比之下,我国“AI 绘画第一案”中,原告向法院提交了一份三分钟的视频,以证明他如何通过选择和设计提示/反向词、安排提示词的顺序以及调整相关参数,来生成图片,法院由此认定人工智能生成的图片体现了原告(人类)的独创性智力投入,应当被认定为作品,受到著作权法保护。^{〔36〕}

由此可知,从著作权法的角度,作者所具有的规范性内涵,是一种与机器的工作相分离的人类智力活动。然则,对于人类活动的判断应该贯穿从构思到执行的全过程,而不仅仅是作品被物化的最后一点。^{〔37〕}正如当机器进行内容输出的最后关头,虽然没有人拿着“众所周知的笔”去实际写作,但是在内容生成的早期阶段,可以确定有人类的存在才能训练人工智能做出决定和使用人工智能程序。可见,机器的实质性介入并不意味着消除创作行为的人类特征,也没有因此篡夺人类的作者身份,在笔者看来,机器的存在反而从对立面的角度强化了人类作者的地位。总之,机器的存在看似增加了作品与作者之间的距离,但实际上它只是将作者从作品创作过程中的一个位置转移到另一个位置,即从执行转向构思。

(二) 创作行为的要素:详细的构思+受控的执行

人类的活动要符合著作权法上的创作行为,必须具备构思与执行这两个基本要素。在规范意义上,构思区别于提供一般性的想法,也超越了设想一部作品的总体思路,而是指为作品的创作制定详细的创作计划或设计方案。^{〔38〕}构思指导后续执行,执行涉及将作者的计划或设计方案转化为视觉、听觉等物质形式的过程,例如作家将小说的情节转化为文字,作曲家把音律翻译成音符。

作者只有同时参与上述两个过程,即在思想上和行动上分别为作品的构思与执行做出贡献,才能被认为从事了创作活动。然而,构思与执行这两个要素对于作者和创作行为的重要性并不是相同的。在手工创作中,构思经常被包含在同期的执行里,两者在时间上是往往同步的、不能分开。对此,执行阶段的作用更加突出,因而早期的著作权观念认为头脑的角色必须“溶解”在双手的角色中才能获得保护。^{〔39〕}随着摄像机等机器被直接用于创作作品,不仅作者本人可以从物理的执行过程中解放出来,构思与执行在时间和观念上的区分也成为可能。作者可以将他的构思的物理体现,即执行的过程“外包”给机器或人类助手,自己仅仅保留设计、策划和监督安排的权力,而不失去作者身份。因此,目前在创作过程中起主导作用的是构思,单纯的执行或固定作品的工作,并不会使一个人成为作者。例如合作作品要求必须在构思上进行合作,如果仅有一人从事构思,而另一人从事执行工作,此时并不会产生合作作者,构思作品的人将成为单独作者,具体的执行人将被视为记录者。

可见,著作权法仅要求作者必须提供自己的创作计划,但不要求作者必须亲自为作品的每

〔36〕 参见北京互联网法院(2023)京0491民初11279号民事判决书。

〔37〕 See Gyandeep Chaudhary, “Artificial Intelligence: Copyright and Authorship/Ownership Dilemma,” *Indian Journal of Law & Justice*, Vol. 13, No. 2, 2022, p. 228.

〔38〕 See Jane C. Ginsburg and Luke Ali Budiardjo, “Authors and Machines,” *Berkeley Technology Law Journal*, Vol. 34, No. 2, 2019, p. 346.

〔39〕 See Jane M. Gaines, *Contested Culture: The Image, the Voice, and the Law*, Chapel Hill: University of North Carolina Press, 1991, p. 46.

一个元素赋予物质形式。笔者认为,对构思的要求体现在创作计划必须足够的充分和详细,让人能够遵照执行,以至于后续具体化的工作不需过多行使创造性的自主权,也能实现。对于执行的要求则体现在对执行过程的控制力,即作者能够使形成作品的物质化手段——自然力、机器或他人的行动——这些力量屈从于他的意志。对此,法院通常采用代笔人理论(*amanuensis doctrine*)来判断作者是否对执行实施了高度控制,具体而言:

首先,作者的控制不能只是笼统地要求他人行动,更是要深入到具体的细节和基本的执行步骤以为他人定义执行任务——这两者最终将导致关键的表达性要素的形成。在“泰坦尼克号”沉船案中,法院将海底镜头的作者身份分配给海平面上方的导演,而不是具体拍摄的人,因为他对拍摄操作实施了如此高度的控制,包括使用的灯光类型和数量、要使用的特定摄像机角度以及其他细节密集的艺术元素——以至于最终产品复制了他对画面应该是什么样子的构思与愿景。^[40] 同理,即使将导演列为电影作品推定作者的法国,一旦制片人能证明导演遵循了一份精确且详细的指示列表,那么推定将被驳回,法院会认为,此时导演只是处于高度控制下的制片人意愿的简单执行者。^[41]

其次,充分控制要求作者必须限制执行者创造性自主权的发挥,使其无法对作品的构思做出主观贡献。执行者所能做的创造性选择越少,例如只进行死记硬背或机械般的转录,或是这些选择都在作者的授权和预料之内,从而不需要执行者投入过多的智力修改或高度技术性增强,那么执行者的角色越趋近于忠实的代理人。^[42] 此时,执行者在他人创造性控制和指导下的行为隶属于后者的创作行为。

此外,对他人执行的内容进行否定、更改、删减等对作品所要包含内容的决策权和事实上的影响力,也是判断是否实施有效控制的标准。如果作者未能完全约束他人的行动,那么后者将凭借自己的行为成为作者,因为他在体现前者的想法时行使了创作自主权。在日本动画公司案中,原告试图影响莱希的执行工作,希望就改变细节等方面提出建议,但法院认为,原告无法影响莱希意味着他不能声称莱希是他的创作代理人,因为他对作品的制作过程没有实施足够的创造性控制。^[43]

最后,机器和自然力的介入,可能会给创作过程带来随机性和不可预见性,对此,如何在受控的随机性和不受保护的控制力消退之间划定界限? 笔者认为,可以从以下三个方面进行判断:其一,结合构思判断随机性的产生是否是作者有意为之,如果是作者在他的创作计划中故意引入随机的力量,那么由此产生的结果都在他的控制与意料之中;其二,作者是否受非人类的影响而无法控制关键表达的产生,例如猴子突然出现抢走相机并按下快门,此时照片关键的表达,构图和取景的执行是由超出作者控制的力量所实施的;其三,任何创作都存在一定的不确定性,因此判断不可预见性对执行控制力的影响不能诉诸内容,必须聚焦创作方式。在肯尼

[40] See *Lindsay v. R. M. S. Titanic*, 1999 U.S. Dist. LEXIS 15837 (S.D. N.Y. 1999).

[41] See *Ginsburg*, *supra* note 5, p. 1072.

[42] See *Andrien v. S. Ocean Cty. Chamber of Commerce*, 927 F.2d 132, 135 (3d Cir. 1991).

[43] See *Geshwind v. Garrick*, 734 F. Supp. 644 (S.D. N.Y. 1990).

迪遇刺案中,尽管最终呈现的内容具有不可预见性,但是作品产生的方式乃至整个作品的创作过程仍在作者的控制之中;而突然闯出的野生动物捡起相机自拍,内中的不可预见性则涉及作品创作的方式,这种始料未及的事件打破了摄影师对创作过程的原有控制力。

总之,当我们在问“作者是否从事了创作行为”时,我们其实是在问“是否存在详细的构思和受控的执行”。对执行失去控制力,意味着创作计划与最终结果之间缺乏因果关系,详细的构思,而不是一般性的想法(思想),则构成机器创作中受保护的表达形式。

(三) 机器创作中的表达形式:内在表达与外在表达的规范区分

诚然,创作行为的实施,必须以某种方式在后续的表达中得以体现,才能获得著作权法的保护。在机器创作中,由于作品的物质形式的执行是由机器所完成,此种情况下,创作行为的评估对象(表达形式)与评价标准(独创性),都不同于传统意义上手工所创作的作品。例如,同样是以视觉形式表现的作品,对于美术作品,受保护的表达是画面本身所呈现给人们整体视觉形象,即由构图、线条、色彩、形体等美学因素的有机融合所客观呈现的艺术造型。^[44]相比之下,在机器所生成的摄影作品中,受保护的表达并不是最直观的照片本身及其呈现出的视觉形象,而是接近于和思想一样抽象的东西——摄影场景建构过程中的原始构思,即体现在选题、位置、光影、角度和拍摄时间等方面的艺术选择。在另一种机器生成的产品——电影作品中,与思想相对应的表达也不是通常所看到的活动的画面本身,而是体现在画面衔接和声音衔接之间的构思。^[45]

进言之,表达作为思想对象化的途径,根据对象化的具体程度,可以进一步划分为内在表达和外在表达。^[46]外在表达是按照作品物质化的手段所采取的造型结构,是最直观的表达形式,例如遣词造句、音符旋律以及线条和色彩等;相比之下,内在表达也是作者头脑中形成的,用以展示其独特的思维、理解和想象方式,但是一般只存在于计划、思想的连贯性、场景与构图的发展过程、句子与节奏的衔接,以及对情节和人物形象等的勾勒之中。^[47]质言之,内在表达就是足够详细的构思。只要构思足够具体,处于“思想/表达”金字塔的临界点之下,就能够作为表达受到保护。^[48]可以看出,内在表达和外在表达分别是构思与执行在逻辑上的延伸和结果上的体现,构思形成内在表达,执行则将内在表达进一步具体化,进而形成外在表达。在机器创作中,执行活动是机器完成的,这意味着作者的智力活动只存在于内在表达;在人工创作中,执行本身就蕴含着构思,无论是构思抑或执行都是作者智力活动的体现,故而智力活动的评估对象包括内在表达和外在表达。

综上,将内在表达和外在表达从逻辑上进行区分的原则,不仅具有学理上的价值,更是一种规范上的要求,因为这将允许著作权法将仅提供内在表达的人,确定为整部作品的作者。正

[44] 参见北京知识产权法院(2019)京73民初1376号民事判决书。

[45] 参见雷炳德,见前注[17],第153页。

[46] 参见郑成思:《版权法(上)》,中国人民大学出版社2009年版,第50—51页。

[47] 参见雷炳德,见前注[17],第42—43页。

[48] 参见王迁:《著作权法》,中国人民大学出版社2015年版,第47—50页。

如著作权法只规定作者必须亲自构思作品,但并不要求亲自执行一样,只提供内在表达而不提供外在表达,并不影响作者最终取得包括内在表达和外在表达在内的整部作品的著作权和作者身份。在《我的前半生》案中,溥仪仅仅通过口述的方式提供了他的内在表达——人生经历和相关情节,最终却成为包括具体执笔人李文达所贡献的外在表达在内的整部作品《我的前半生》的唯一作者。^[49]同理,一个拍摄混沌海浪的摄影师通过选择相机的指向和何时按下快门来贡献他对场景捕捉的构思(内在表达),但是他最终却获得了任何意义上都不是她的表达——波浪和水花的视觉形象(外在表达)——的版权。^[50]

总之,关于可版权性的调查应该从分析作品的表达元素是什么开始,然后才能确定谁应该对导致这些要素的独创性负责。在机器创作中,真正应该受到评价的是内在表达,只要内在表达具有独创性,同时对执行过程具有控制力,那么作者就可以通过提供内在表达而占有相应的外在表达,无论是这种外在表达是他人的杰作,还是机器的产物。

(四)机器创作中的独创性认定方式

作者是作品创作过程中行使主观选择并控制其执行的人,著作权法关于这种主观选择的表现形式的探索,就概括在独创性的认定中。如何判断机器创作的独创性,以及这种独创性源于谁的创造性选择,是机器产品的可版权性及其作者身份的归属的核心所在。

首先,独创性的判断应该关注创作的过程,还是创作的结果,存在不同的观点。有的主张独创性的判断只能基于已经生成的内容本身,^[51]也有学者认为应该从内容的产生过程进行判断。^[52]笔者认为,作者作为作品的起源者,独创性是作者和作品的连接点,以表明该作品具备源于作者的个人特征,因此从法律上应当归功于他。从这个意义上,独创性既可以体现在内容上,也可以体现在创作方式中,或是两者兼备。^[53]然而机器创作中,独创性的判断却只能基于作品产生的方式,若非如此,实践中便无法区分人工作品、机器参与创作的作品和纯机器产品。更为重要的是,在机器创作中作者的智力活动主要体现在构思作品的内在表达,而不是作品最终被物化的外在表达,故而,相应的独创性判断也应该关注作品是如何被设计和创作出来的,而不是停留在机器产品最直观的造型结构。就像在摄影作品中,法院通常无法直接基于照片本身的内容得出一张照片是独创的,而另一张不具有独创性的结论,而是必须根据作者对摄影的准备过程的描述来进行这种判断。

值得注意的是,虽然机器对创作的介入并不影响独创性的判断,但是机器在作品创作中所发挥的作用越大,作者就越需要展示他的角色是如何决定作品的形式和内容。^[54]换言之,机器介入的程度越高(例如自动化、智能程度),对作品源于作者的智力贡献的证明标准也就越

[49] 参见北京市高级人民法院(1995)高知中字第18号民事判决书。

[50] See Grimmelman, *supra* note 27, p. 143

[51] 参见熊琦:“人工智能生成内容的著作权认定”,《知识产权》2017年第3期,第3—8页。

[52] 参见王迁,见前注[8],第150—154页。

[53] 参见(澳)山姆·里斯基、(美)简·金斯伯格:《国际版权与邻接权——伯尔尼公约及公约以外的新发展(上卷)》,郭寿康、刘波林、万勇、高凌瀚、余俊译,中国人民大学出版社2016年版,第348—349页。

[54] See Ginsburg, *supra* note 5, p. 1074.

高,然而后者并不等同于独创性标准的提高,而仅仅意味着对独创性的举证责任和证据要求越高。正如早期的法院在论及机器产品和手工艺术时说到,“与制作地图、书籍和雕塑的作者不同,摄影师可以在没有涉及任何原创性的智力努力的情况下成为照片的制作者(producer),因此,与书籍的作者相比,摄影师必须向法庭展示更多的东西”。^[55]

四、生成式人工智能中的作者身份

由上可知,著作权法长期以来对机器和机器参与创作的接受,给目前处理生成式人工智能的著作权问题提供了最合适的历史镜头和参照体系。对此,下文首先将回应当前 AI 创作中存在的问题意识偏差,指出正确的思路是在生成式人工智能中通过认定创作行为,从而找到相应的作者。随后基于 AI 创作的实践特征和人类在 AI 中所承担的角色,提出生成式人工智能的创作行为分析框架,以及在个案中确定作者身份以及归属的方式。

(一)生成式人工智能中的问题意识纠偏

以往的机器,它们的处理程序是被事先确定好的,目的是让机器忠实和准确执行人类的构思,故而机器在创作过程中没有任何的自主性(但可能存在一定的随机性)。相比之下,人工智能的研究是为了创造一种能够“自我学习”的机器,人们对机器进行编程是让机器自己去发展自己的处理过程和算法,具备深度学习能力的 AI 机器本质上是自己编程自己,由此产生了所谓“算法黑箱”的问题。相比过去,AI 中的机器学习和算法黑箱,给人们利用机器从事创作活动带来了结果上的不可预见性。无论是负责设计算法的程序员还是输入参数的用户,人类在构思阶段都无法准确预测和解释 AI 机器在执行阶段所输出的结果,这就造成一种 AI 机器是自主生成内容的认识。

结果的不可预见性挑战了将 AI 作为人类创作工具的传统认知,我国法学界主要是从以下两个方面进行回应。第一种思路致力于解释 AI 生成内容的过程,即 AI 是如何通过机器学习,以及应用算法、规则和模块来生成内容,^[56]关注点在于 AI 的处理过程是否具有人类创造力的特质,这个过程本质上是计算还是创作?^[57]第二种思路是所谓的“内容决定主义”,否定人工智能生成内容和一般意义的作品在法律评价上的区别,^[58]认为既然两者外观上并无区别,那么就不应该考察内容的生成主体和生成过程,而应该仅从内容本身判断人工智能生成的内容是否构成著作权法上的作品。

笔者认为,第一种研究视角属于错误的技术过程论思维,因为追问 AI 和算法如何生成内容,这跟追问光和机械如何生成照片,本质上并没有区别。同理,探讨机器学习和算法是否具备人类的创造力,这跟早期的法院将注意力放在机器的底片是否具有人类的灵魂一样。过去

[55] *Falk v. City Item Printing Co.*, 79 F. 321 (C. C. E. D. La. 1897).

[56] 参见王迁,见前注[8],第 150 页。

[57] 参见曹博:“人工智能生成物的智力财产属性辨析”,《比较法研究》2019 年第 4 期,第 147 页。

[58] 参见卢海君,见前注[10],第 77 页。

我们也曾执着于摄影的本质是科学还是艺术,无独有偶,如今的学者则试图厘清生成式人工智能的本质是计算还是创作。然而,这些问题的回答跟著作权法无关。著作权法历来忽视机器在作品生成过程中的作用和贡献,说到底,著作权法并不想知道机器的角色是什么,也不在乎机器到底是怎么运作的,只想知道人类在其中所扮演的角色是什么。是故,在 AI 的算法黑箱中讨论作品的独创性,或是认为机器学习是应用算法、规则和模块的结果,过程太过机械化不能体现作者的个性,就好比在相机的光学成像原理中寻找作者的人格印记,都属于在错误的地方寻找(著作权的)答案。^[59]

第二种路径,更多运用法律经济学的成本收益分析,然而如上文所述,著作权法在对待机器创作和人工创作时,关于智力活动的评估对象和评价标准不同。生成式 AI 作为智能机器,内中智力活动的评价对象只能是体现人类构思的内在表达,而不是最终输出的外在表达,独创性判断也只能基于作品产生的方式,而不是内容本身,此处不再赘述。

总之,在著作权法的语境下,机器设备是讨论作者问题的黑洞。因此,关于 AI 创作的分析应该先把机器的部分和 AI 的贡献都过滤掉,剩下人类的相关部分,以此作为分析著作权问题的逻辑起点,就像著作权法在判断可版权性和实质性相似时先将公共领域的材料剥离出去一样。^[60]创作行为是由构思和执行组成,AI 处理和输出内容的过程仅仅是作品执行和固定的环节,相比之下,人类在构思阶段的安排和选择才是分析 AI 创作的关键。

因此,正确的问题是如何评估参与准备或使用 AI 机器的人类的作者主张,亦即,如何在生成式人工智能中通过认定创作行为,从而找到相应的作者。是故,分析人工智能著作权问题的关键不在人工智能本身,而在于人类在 AI 创作过程中所担当的角色,以及这种角色是否足以使下面这两个过程的结果,达到著作权法所要求的程度。具体而言:其一、内容生成的准备阶段是否存在足够详细的创作计划,以及内中的选择和判断是否满足独创性的要求;其二、是否(以及是谁)对 AI 的执行过程具备相应的控制能力,以及这种控制力是否足以在 AI 输出的最终结果和最初的创作计划之间建立因果关系。

(二)生成式人工智能中的创作行为分析框架

综上,一个完整的创作行为包含了从构思到执行以及某些情况下还包括修改的全过程,结合 AI 创作的实践特征,笔者将人类和机器在上述各个阶段中各自的活动类型,以及著作权法真正应该评价的对象,总结如下(如下图 1 所示):

1. 构思阶段的人类活动主要涉及创建并且详细规划如何通过 AI 来生成作品的设计方案。这个先期的准备阶段所体现出的人类的创造性选择,是判断机器最终输出的产品是否具有独创性最重要的因素。首先,构思的内容可以是嵌入在代码中的 AI 设计者的选择,例如“腾讯 AI 案”中,法院认为关于框架模板和语料风格的取舍等方面的安排与选择,属于与涉案

[59] See Grimmelmann, *supra* note 27, p. 408.

[60] 参见蒋舸:“论人工智能生成内容的可版权性:以用户的独创性表达为视角”,《知识产权》2024 年第 1 期,第 39—40 页。

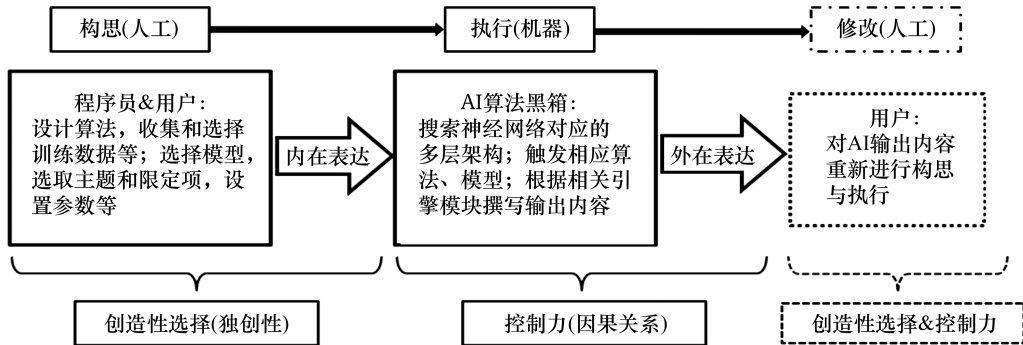


图1 AI创作的著作权分析框架

文章的特定表现形式具有直接联系的智力活动,该设计过程体现了主创团队的独创性。^{〔61〕}其次,构思的内容也可能主要是用户的选择。在“AI绘画第一案”中,北京互联网法院指出,用户在涉案图片的生成过程中的提示词和反向词选择、顺序安排、参数设置与调整等活动直接影响了AI输出的画面和构图布局,内中体现了用户的审美选择和个性判断,这使得涉案图片具有独创性。^{〔62〕}

申言之,从著作权法的角度分析构思阶段的人类活动,可以分为三步:其一,构思是否详尽,创作者仅仅是提供一般性的想法,还是存在一个关于如何利用AI来创作作品的完整计划,后者取决于个案中呈现给法院的关于准备过程的描述及相应的证据;其二,构思是否具有独创性,对此,可以从AI创作过程是否给创作者预留足够的选择空间,以及人类的创造性选择能否满足“实践必然性测试”的要求,进行检验;其三,独创性的因果关系,由于构思的过程可能存在不同人类的创造性选择,因此,需要结合机器最终输出的产品即外在表达,来判断其中关键的表达性要素,比如内容、形式或构图结构,到底归因于谁的创作计划或构思。这种独创性的因果关系一定程度上还取决于谁对执行的过程具备控制力。

最后,虽然AI创作存在一定的不可预测性问题,创作者在构思阶段并不能准确预见到最终输出的结果,然而结果的准确性和预见性并不影响创作行为的判断。著作权法对构思的规定并不要求作者在设计阶段,就对作品最终的外观预先形成一个固定好的精确形象。正如摄影师意外捕捉到始料未及的事件,尽管最初的预期和最终的结果之间存在脱节,但这并不影响他们的作者身份。同时,著作权法也认可作者可以采用一种不确定的方式来从事创作。在“高空气球自动拍摄案”中,创作者事先并不知道会拍摄出什么样的画面,法院认为只要创作过程有人为因素参与,并允许人以独创性的方式发挥作用,结果的不可预测性并不影响创作行为的判断。^{〔63〕}总之,构思的概念并不包含一个预设的作品应该是什么样子的规定,而是作品可能

〔61〕 参见广东省深圳市南山区人民法院(2019)粤0305民初14010号民事判决书。

〔62〕 见前注〔36〕。

〔63〕 参见北京知识产权法院(2017)京73民终797号民事判决书。

会变成什么样子的愿景,以及如何通过制定一套深思熟虑的执行步骤和计划,从而将它变成现实。^[64]因此,当作者选择利用生成式 AI 进行创作时,其实相当于在构思的环节中选择了一种非确定的创作方式,后者也将构成他创作计划的一部分。

2. 构思只构成 AI 创作方程式的一半,人类只有同时参与到构思和执行的全过程,才能主张作者身份。作者可以将执行过程外包给机器或其他人类,只要他能保持对执行过程的控制力,使执行的结果不偏离他的创作计划,那么就可以满足执行的要求,因果关系也就会被宣布存在。因此,人类的活动在 AI 创作的执行阶段是否符合著作权法的要求,就是判断人类对 AI 是否具备相应的控制力。

对此,有观点认为,鉴于深度学习机器的自动决策特征,AI 的不可预测性将阻碍人类像对待过去的机器一样,对 AI 机器实施有效的控制力。^[65]然而,从著作权法的角度,执行过程的可解释性,并不是作者控制机器的前提条件,就像摄影师并不需要理解相机的成像原理才能控制他的相机一样。同理,执行过程的自主性也和控制力没有必然联系。作者可以将执行外包给具有完全自由意志的人类,仍然保留相应的控制力和作者身份。最后,所谓 AI 创作的不可预见性,仅仅针对的是首次输出的结果。诚然,对执行控制力的判断必须针对创作过程,更何况,创作是一个需要不断调整和修正的过程,随着输入和调试次数的增加,AI 输出结果的不可预测性最终将变得可预测。

相比之下,笔者认为应该结合本文第三部分中著作权法关于执行控制力的基本规定,藉此判断对于 AI 的执行是否具备相应的控制力。

首先,当构思的具体化是由 AI 执行时,为防止执行过程中 AI 发挥其自主性,“越俎代庖”或“另起炉灶”形成自己的创作计划,必须就具体的细节和基本的执行步骤,为 AI 定义执行任务,后者还必须能够直接导致关键的表达性要素的形成。对此,可以类比导演和制片人的角色,后者分配并让他人遵循一份精确且详细的指示列表,从而将每位人员的每一步行动都统合到他意志之下。^[66]这意味着,作者给 AI 分配的任务越是具体,AI 的自主性就越弱,作者对执行过程的控制力就越强,反之亦然。相比之下,如果只提供一个单词,无论是命令他人或 AI 创作一首诗,此时并没有就关键的表达要素和具体细节告诉他人或 AI 该做什么和怎么做,也就无法约束执行者发挥自身的创造者角色。^[67]相反,如果用户是通过提示词和反向词的详细设置,给 AI 就作品的关键性表达要素从具体细节层面进行定义,并且通过关键词的顺序指导和约束了 AI 执行的具体步骤,那么此时在代码层面执行用户指令的 AI 的角色,本质上类似于一个处在用户高度控制下的忠实代理人。

其次,关于 AI 控制力的另一个重要方面是作者必须密切监督 AI 的执行,进而直接影响并最终决定 AI 输出的内容,使后者包含的自己所欲的内容。如果作者对 AI 执行阶段的某个结果不

[64] See Ginsburg and Budiardjo, *supra* note 38, pp. 372-373.

[65] See Gervais, *supra* note 33, p. 2070.

[66] See Ginsburg, *supra* note 5, p. 1072.

[67] See Kariyawasam, *supra* note 24, p. 286.

甚满意,可以随时介入,中断执行程序进行修改,随后要求重新进行输出,直到获得他想要的效果为止。正如在《我的前半生》案中,法院就案涉作品的撰写过程说到,溥仪会定期审阅李文达的草稿,中间曾多次修改和审定稿件,最后还亲自删减和精选内容。^{〔68〕}正是对作品所要包含的内容的决策权等事实上的控制力,使溥仪成为唯一的作者。同理,如果 AI 的程序允许人类通过改变训练模型、数据输入和语料模块,或是调整关键词和参数的设置,持续优化 AI 的输出,不断调试修正直到获得他想要的内容和效果,那么此时作者对 AI 的控制力并不亚于溥仪对李文达的控制。

概言之,对执行过程的控制力是一种事实状态,它体现为人类是否在事实上扮演指导和约束 AI 的角色,从而让 AI 的自主性屈从于他的意志,以及能否根据自己的意愿随时修改 AI 输出的内容,直到获得他想要的结果为止。

(三) AI 创作中作者身份的确定和归属

关于谁是创作 AI 作品的作者,涉及到多人创作的问题,假设 A 和 B 都在一段时间内参与到创作的过程,但又不属于合作作者,此时如何分配作者身份?

在生成式人工智能中,由于 AI 设计者和使用者都参与到利用 AI 从事创作的过程,此时,必须结合 AI 作品中的关键性表达元素,才能确定谁是主要的构思者,以及构思者是否控制了执行的过程。例如萨鲁尼案,虽然摄影师在照片形成的过程中就构图、拍摄时机和参数设置等做出自己的贡献,但是涉案照片的关键表达元素是肖像人物王尔德本身以及他的姿势、服装、表情、背景和照明等,这些元素都源于萨鲁尼对主题的选择和场景的排列,故而萨鲁尼才是肖像照的主要构思者;摄影师只是通过按下快门的时机和角度执行了萨鲁尼的构思并将其以照片的形式固定下来。相反,如果动物园在野生动物保护区,固定好相机的角度、位置和参数,然后任由游客对经过的动物点击快门进行拍摄,那么事先选择的场景、设置的构图和焦距等都不是最终成像的照片的关键表达元素,只有按下快门的时机所捕捉到的动物形象才是。对此,游客是主要构思者,他们贡献了时间上的独创性。^{〔69〕}

因此, AI 设计者和使用者在 AI 创作中的角色,既可能类似于萨鲁尼和他的摄影师,也可能更接近于动物园和游客的关系。应当在个案中,首先判断 AI 作品中关键的表达性元素是什么,然后结合 AI 程序的特征、设计和训练机器的程序员编写的代码,以及操作 AI 机器的用户所提供的指令,进行类型化分析,才能确定这些关键的表达元素到底追溯到谁的构思和创作计划,归因于谁提供的独创性。具体而言:

1. 设计者是作者。当 AI 输出中关键的表达元素源自开发智能软件、收集和选择训练数据的创造性选择时, AI 设计者的角色类似于排列组合各种元素进而搭建摄影场景的萨鲁尼。在“腾讯案”中,由 AI 生成的股评文章中的关键性表达元素是其文字结构,经过分析法院认为,这些元素源于主创团队对股市财经样例文章的大量采集分析所形成的文章模板和触发条件,故而认定涉案文章体现的是主创团队的选择和安排。^{〔70〕}对此,即使萨鲁尼和腾讯的主创

〔68〕 参见北京市高级人民法院(1995)高知中字第 18 号民事判决书。

〔69〕 See Ginsburg and Budiardjo, *supra* note 38, p. 419.

〔70〕 见前注〔61〕。

团队都没能直接决定最终作品的形式,但是他们定义了关键的表达性元素,藉此向他人展示一系列可能性,以便让他人在其决策树的分支中进行选择,并最终通过约束他人如何将作品的最终形式变为现实的选择来有效地执行其创作计划。如果 AI 使用者只能在一组事先被确定好的选项如时长、篇幅和风格中做出选择,那么他们便无法行使创造性自主权为 AI 创作的过程赋予新的东西,这也意味着输出的内容都源于 AI 的深度学习系统对既有要素的重新排列组合。因此,当 AI 设计者是作者时,他的角色是定义输出中关键的表达性元素的可能象限和实现路径,从而将他人可预见的行动纳入自己的创作计划,并通过约束他人只能做出有限的选择,来执行并完成他的创作计划。

2. 使用者是作者。如果 AI 系统中的代码并不从规则或用途等方面约束 AI 使用者的创造性自主权,而是旨在尽可能地为用户提供普遍的 AI 能力,让用户能够更快更好的实现他们的创作目标,那么 AI 设计者的角色更接近于为游客提供摄影平台的动物园。目前在大模型的通用人工智能领域如 AI 绘画第一案中,案涉图片的关键表达要素——作品的类型、主题、风格、结构和色彩细节等元素的形成,完全依赖于用户所提供的指令。该模型还允许用户对生成模型进行选择和修改,用户则通过高达上百个的正向/反向提示词和生成参数的设置和修改,经历多次的调试才最终形成案涉图片。^[71] 对此,用户对最终作品的形成背后的创作计划负全部责任,而且纵观整个生成过程,对 AI 进行指导、约束、修改和调试的实际控制力均掌握在用户手中。反观 AI 设计者,既没有定义和约束使用者的创造性角色,也无法预料到用户将如何使用他们的 AI 系统来创作作品。因此,当设计者对使用者输入的数据和 AI 将要产生的作品类型都没有远见时,可以认为,输出的结果与开发人员最初的必要安排相差甚远。^[72] 此时,设计者对于 AI 生成内容的作者主张,不会比一个相机的生产商来得多。综上所述,AI 的功能越通用,预留给使用者的先验创作空间越大,使用者就越有可能藉此形成自己的创作计划,并控制 AI 来执行他的创作计划。

3. 没有作者。除了上述两种情形,理论上 AI 的设计者和使用者还存在成为合作作者的可能性。然而,合作作者需要双方主观上有明确的意思表示合意,客观上还需就作品的构思进行合作,最终形成一个不可分割的共同计划。目前,AI 系统的开发者与其用户普遍缺乏主观和客观上的联系,因此实践中很难认定他们在生成特定输出上存在实质性的合作关系。这意味着,如果 AI 设计者和使用者各自的活动类型,都没能为 AI 单次生成的结果提供一个完整的创作计划,那么最终的结果就是没有作者,最常见的就是通用人工智能的用户在输入非常有限的情况下所产生的内容。例如,在 Chat-GPT 中输入一个单词然后点击按钮生成一幅画,或是简单的定义音乐的节奏或流派,这些并没能提供任何接近于著作权法所保护的东西——表达。对此,笔者认为,用户的指令至少应该涵盖对大多数关键的表达性要素的特征描述,才能达到“思想/内在表达”的临界点,进而认定用户的创作计划足够详尽,能够在事实上指导和约束 AI 的后续执行。当 AI 设计者和使用者的活动都无法满足构思与执行的要求时,AI 生成

[71] 见前注[36]。

[72] See Chaudhary, *supra* note 37, p. 228.

的内容就不属于作者创作的产物，其本质上类似于大自然的鬼斧神工和电话号码等数据集，虽然具有美感和商业价值，但不属于著作权法上的作品。

五、结 语

笔者并没有将人工智能的著作权法之问，当作一个孤立的问题，而是将其放在整个机器创作的发展脉络中去寻找答案。历史上，每当著作权法在面对机器创作时，首要的任务是解析和排除机器的贡献，以更好的判断人类在其中所扮演的角色，是否足以支撑他的作者主张。在机器创作中，使一个人成为作者的活动类型就是构思作品并且控制机器执行他的构思。因此，在AI创作中，著作权法首先应该评价内容生成的准备阶段是否存在足够详细的创作计划，内中的选择能否满足独创性的要求，以及人类对AI的执行是否具备控制力。此外，还应该根据AI设计者和使用者各自的活动类型，以此判断AI作品中关键的表达性元素归因于谁的独创性贡献。

由此可见，AI创作对著作权法的挑战，更多体现在现象上而非实质上。关于人工智能时代的著作权法之问，真正的解决路径蕴含在著作权法的规范体系和机器创作的历史逻辑中。对此，本文提供了一种基于历史和体系的规范解释学路径，希冀能够为今后的研究提供更具有共识性的论证前提和方法论借鉴。

Abstract: The copyrightability and ownership of AI-generated content fundamentally revolve around identifying the author in machine-generated creations and evaluating human intellectual activity. In a normative sense, the author's activity is a kind of human intellectual activity separated from the machine. The normative concept of an author refers to human intellectual activity that is distinct from machines. The act of creation consists of two parts: detailed conception and controlled execution. In machine-generated works, the focus of intellectual activity assessment is the internal expression of human conception, not the external expression generated by the machine's execution. Originality is judged based on the method of creation, rather than the appearance of the machine's product. The author is the person who conceives the work and controls its execution. In analyzing AI-generated works, we should first separate the machine's role and AI's contribution, and then determine whether the human role meets the requirements of conception and execution. This involves evaluating whether there was a sufficiently detailed creative plan during the preparatory stage of content generation, whether the choices made satisfy the originality requirement, and whether the human had control over the AI's execution. The author of AI-generated content could be the AI designer, the user, or there could be no author at all. This determination requires a case-by-case analysis, taking into account the characteristics of the AI program, the respective activities of the designer and user, and conducting a typological analysis of the key expressive elements in the AI-generated work.

Key Words: Acts of Creation; Author; Conception and Execution; Photography; AIGC

(责任编辑:杨 明)