

人工智能生成物的独创性认定

孙德明

华东政法大学知识产权学院, 上海

收稿日期: 2023年10月20日; 录用日期: 2023年11月17日; 发布日期: 2023年11月24日

摘要

我国现有的两份有关人工智能生成物侵权纠纷的判决中对人工智能生成物是否应受著作权保护这一问题作出了完全相反的认定。对于人工智能生成物可否受保护这一问题最大的争议在于生成物是否具有独创性。既然在不考虑人工智能并非自然人这一点的情况下, 其生成物可以被认定为作品, 那么就不能因为其生成过程不属于人的创作而将其排除出著作权保护的范畴。人工智能生成的过程同样存在选择和判断, 个性则应被理解为有选择的余地。

关键词

人工智能, 独创性, 个性

Identification of Originality of AI Generated Content

Deming Sun

School of Intellectual Property, East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Oct. 20th, 2023; accepted: Nov. 17th, 2023; published: Nov. 24th, 2023

Abstract

The two existing judgments on the infringement disputes of the content generated by AI in China have made completely opposite determinations on the issue of whether the content generated by AI should be protected by copyright. The biggest controversy over the question of whether the content can be protected lies in whether the content is original. Since the content can be recognized as a work without considering the fact that AI is not a natural person, it cannot be excluded from the scope of copyright just because the process of its generation is not a human creation. The process of AI generating still includes choice and judgment, and individuality should be understood as having a margin of choice.

Keywords

Artificial Intelligence, Originality, Personality

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

ChatGPT, 由美国 OpenAI 研发的集超强文字处理和人机对话于一身的人工智能程序, 正如当年 AlphaGo 面世后给人们带来的冲击, 其一经面世便在社交媒体引发热议。其本身是一款可以根据使用者的指令, 通过自身学习分析, 并最终模仿人类进行对话的软件。但据美媒报道, ChatGPT 被不少高校学生用于完成作业, 并且由于其强大的数据分析学习能力, 这种技术很大可能被滥用在学术界和教育界。因此, 不少学术期刊明令禁止 ChatGPT 列为合作作者, 且不允许论文中使用其自动生成的文本。欧盟官员也发表评论称会将立法规定将其纳入监管¹。由此, 人工智能生成物是否能够受著作权保护, 以及如果受著作权保护, 则权利人为何人的问题又引起了法学理论和实践的关注, 尤其是在知识产权领域。

事实上, 在现在的理论中对人工智能产出的内容有多种称呼方式, 但本文旨在讨论其在著作权法上的定性, 为规避用语上的冲突, 不使用“创作”、“作品”等已经有法律上定义的词语, 而称呼其为人工智能生成物, 即计算机根据预设的程序, 通过大量的分析、学习, 以此解决问题生成的内容。

2. 国内外关于人工智能生成物著作权问题的实践

我国的人工智能著作权第一案, 即由深圳市南山区人民法院审结的腾讯诉上海盈讯科技有限公司侵害著作权一案², 被最高人民法院评为“2020 年度法院十大案例”, 由此可见我国对于人工智能生成物的著作权保护问题的高度关注。该案中, 法院认为涉案文章是否具有独创性应该判断的是该文章是否属于独立创作、是否与已有作品存在一定的差异, 以及是否具有最低限度的创造性。主审法官在判决中说理道, “涉案文章是否构成文字作品的关键在于判断涉案文章的是否具有独创性”。随后, 其又阐明, 原告对于数据的选择、人工智能触发的条件、语料的取舍上体现出来的个性的选择和安排与涉案文章中智力活动有直接的关联。其还指出, 人工智能生成涉案文章的过程并非无意识的自我运作, 而是人为选择的结果。这一论述既规避了作品是否必须来源于自然人或者自然人的集合这一问题, 同时也不致著作权这一法定的民事权利归属于人工智能这一非民事主体的结果。这个判决固然是我国人工智能生成物著作权保护问题上的第一案, 也从实用主义的角度出发很好了解决实体上争议。但是对于理论界中对非人类的创造物是否可以受著作权法保护这一问题, 并没有直接地回答。

但是, 在由北京知识产权法院二审审结的另一案件中, 一审法院作出了与上述结论完全相反的认定³。主要案情为, 百度百家号未经许可向公众提供了他人的文章, 但百家号辩称该文章是由原告向威科先行法律信息库中输入关键字后自动生成。一审法院虽自行勘验, 根据相应关键字重新生成报告, 将其与涉

¹ 参见《“ChatGPT”会不正常吗? 欧盟欲设制度规范其使用》, 载看看新闻网 2023 年 2 月 6 日,

<https://www.kankanews.com/detail/Z5wgj73b8QD>。

² 深圳市腾讯计算机系统有限公司诉上海盈讯科技有限公司侵害著作权及不正当竞争纠纷案, 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。

³ 北京菲尔律师事务所与北京百度网讯科技有限公司著作权权属、侵权纠纷上诉案, 北京知识产权法院(2019)京 73 民终 2030 号民事判决书。

案文章做比对应后，得出文章并非威科先行自动生成，但判决中还是对人工智能生成内容是否可以受著作权法保护进行了说理。一审法院认为，威科先行自动生成的报告虽然具有独创性，但是因其并非自然人创作，而不能成为著作权法意义上的作品。虽然如此，但是法院进一步认为，人工智能自动生成内容并不可以被公众随意使用，并且应由软件的使用者享有相关的合法权益。随后，原告不服上诉，二审法院维持原判。

简单地说，法院认为人工智能生成物因非由自然人创作而不能受著作权法保护，但人工智能软件使用者仍应享有相关权益，判决书并未具体指明相关权益为何。

这两起案件的判决中对类似问题南辕北辙的回答可以看出我国在人工智能生成物著作权保护问题上的认知存在很大的分歧。但值得指出的是，两份判决都认可了在不考虑是否是“由人创作”这一点的情况下人工智能生成物是可以具有独创性的。只不过一份判决认为人工智能生成物必定有人的参与，所以属于人的创作。而一份判决因为人工智能生成物缺少作品所必需的“自然人创作完成”这一必要条件而直接否定其受著作权法保护的可能。

事实上，对于上文提到的问题，美国版权局早已经给出过明确的答案。美国版权局指出想要登记作品版权，该作品必须由人类(humanbeing)创作完成⁴。其认为版权法保护的是“作者的原始智力想法”，即明确否定了非人类创造物的可版权性。在1956年，美国版权局拒绝了一首由计算机合成的音乐的版权登记⁵。在对著名的黑猕猴自拍一案中，法院也认为从现有的美国《版权法》出发，难以得出非人类的动物能够创作出作品，因此否定了摄影师对改组照片所主张的版权⁶。但是，英国1998年《版权设计专利法案》中，明确规定由计算机生成的作品属于版权保护的主体，并且版权归属于对该作品之创作作出必要安排的人⁷。同样的，新西兰的版权法也作出了类似的规定。

3. 人工智能生成物可否受保护的主要争议：独创性是否需要人的参与

在这一问题上理论界的争论从未停歇。尤其是ChatGPT面世以后，其强大的学习能力，及其产出的学术文章让人很难分辨其来源，似乎明确这一问题的法律定性变得更加迫切。事实上，从本世纪初，我国学者就不断在这一问题上提出自己的见解，希望我国的人工智能产业能在世界上占据一席之地。观点具体可以分为三类：第一类观点完全否认人工智能生成物受著作权法保护的可能性。这一类观点还存在不同的证成逻辑，普遍的观点是从著作权体系自身逻辑出发，即著作权所保护的必定是人类的智力创造，作品必须体现出作者的个性判断和智力选择，而还有观点则是认为目前的人工智能只能按照人类既定的规则、程序来运行，其生成的内容无论多复杂，都只是固定的不变的算法结果，不应受到保护[1]。第二类观点则是从根本驳斥大陆法系著作权体系，即认为著作权法应该保护的优秀作品的创作和传播，而并不应该固化为人的智力创造，并以此批判“以作者为中心的”独创性判断标准[2]。第三种观点则是重新理解创作行为，即如上文所提的深圳市南山区人民法院所做的判决，其认为人工智能是不可能凭空独立创作的，其创作行为都是经过人的预设才能完成，也就是人仍然是生成物的原始作者，此种观点没有动摇大陆法系著作权体系的根基。

正如上文提到的两份冲突的判决，人工智能生成物是否能够成为著作权保护的客体，最大的争议焦点就在于著作权法保护的客体到底是否应该是人类的创造成果，以及人工智能生成的过程是否属于著作权法意义上的创造。而在对这个问题作出任何判断之前，不考虑该“人工智能生成物并非自然人的创作”

⁴《美国版权局实践纲要》第306条。

⁵Jessica Rizzo, Generative Art Is Challenging What It Means to Be Human, Wired (Jun. 23, 2022), <https://www.wired.com/story/generative-art-intellectual-property-law/#:~:text=Jun%2023%2C%202022%209%3A00%20AM%20Generative%20Art%20Is,intellectual%20property%2C%20process%2C%20and%20the%20value%20of%20art>.

⁶Naruto v. Slater, 2016 (N.D.Cal. Jan. 28, 2016).

⁷Copyright, Designs and Patents Act 1988, § 9 (3).

这一点，对生成物是否具有常规认识中“作品”所应该具有的“独创性”应该需要有正确的判断。笔者阅读了上文菲林律师事务所诉百度公司一案中的涉案文章⁸。文章主要是在分析影视娱乐行业的民事纠纷，每一节为一段简短的语句以介绍其检索到的数据，非常类似各种数据库根据使用者键入的关键词而自动生成的分析报告。根据思想与表达的二分法，每一段落都不具有很高的独创性。但因为作品独创性高低的判断是法院的说理责任，因此很难普遍地否定所有人工智能生成物所具有的独创性水准。其实，只要观察近年来人工智能的发展，极具独创性的生成物早就进入了大众视野，比如说由微软公司的人工智能小冰创作的诗集，《阳光失了玻璃窗》。这本诗集的内容并不像上述的分析报告，如果不告知读者其是由人工智能通过自主分析、学习后生成，其必然难以发现这一事实。由巴黎索尼计算机实验室利用 AI 模拟学习巴赫的音乐，并将起转换成不同的音符，使得超过一半的听众确信这些乐曲是由巴赫本人创作⁹。因此，人工智能生成物，在不考虑其非由自然人创作产生，已经有能力具有一般作品所需的独创性。

4. 人工智能算法的运用与人的创作行为之异同

4.1. 算法运用得出的结果并非不能体现出个性的选择和判断

在上文提到的否定生成物可受著作权法保护可能性的观点中，王迁教授并没有采用常规的作品必须由人创作完成这一基本的著作权体系逻辑来论证，而是以“人工智能生成的内容是应用算法、规则和模板的结果”来说明人工智能对同一对象所生成的结果是相同的或者是有限的，即结果具有唯一性排除了实施者聪明才智发挥的可能，因此生成物不具有独创性，或者说是丧失了独创性^[1]。

首先，以人工智能生成的过程具有高度程式化，其结果是计算得出的结果，因而不同于个性化的人的创作。这一结论可能又陷入了“只有人才能创作作品，不是由人生成的内容非作品”的论证循环。要表明的是本文尝试先抛开生成物是否由自然人创作这一问题，而只是单独审视生成物是否像其他作品一样能被认定为具有独创性，或者说是否达到了受著作权法保护的独创性水平，就是遵循了王迁教授论文中提到的“单独考察相关内容”的研究方法。那么如果排除了自然人创作这一因素，什么样的生成物才能符合“个性”的创作这一独创性的标准呢？

理论界确实也有许多学者认为“个性”在独创性判断中占据非常重要的地方¹⁰。冯晓青教授就认为作品体现作者的个性特征是独创性的要件之一^[3]。其中在论述个性这一要件时，表明因为作品是作者的智力劳动，所以作品体现的个性就是该作品所独有的区别于他人作品的特征。因此，“个性”这一特征是难以与“作者为自然人”这一要件分离的，除非将其理解为该份人工智能生成物与经过相同人工智能程序而产生的生成物内容上存在着差异。只有这样理解“个性”才能将其与“自然人创作”这一要件所分离。

其次，如上文所述，如果该人工智能生成物在外观上不能具有独创性，就无须继续讨论。但如果生成物已然在外观上具有了独创性，自然不应该因为其是由算法、规则和模版生成的结果就倒推否认其所具有的独创性水平。因为，是否是由算法、规则和模版得出是判断是否为独创性表达的辅助因素。“内容不是算法、规则和模版的运算结果”在任何独创性理论中都未被当作独创性判断的必要条件。因此，对于已在外观上达到独创性标准的内容，以算法自动生成为由排除出著作权保护范围并不合理。

最后，对于确实因为算法生成结果而不具有独创性的内容，其本身独立观察也难谓是作品。因为，以算法、规则和模版生成内容为由排除保护的本质原因在于由算法生成的内容往往没有留有创作的空间。美国联邦最高法院判决的 Feist 案，使美国版权保护的判断标准从英国普通法的“额头流汗”原则发展成“独立创作 + 最低创造性”原则。笔者认为该案可以用于理解为何“算法、规则和模版生成的结果”不

⁸ 参见《菲林|影视娱乐行业司法大数据分析报告——电影卷·北京篇》，<https://piaofang.maoyan.com/feed/news/32769>。

⁹ 参见《AI 创造性思考是风潮还是噱头？》，2017 年 4 月 3 日，<http://mt.sohu.com/20170403/n486288443.shtml>。

¹⁰ 参见《试论著作权法中作品独创性的界定》，载搜房网 2017 年 4 月 3 日，https://www.sohu.com/a/131807722_115035。

应受到著作权法保护。在此案之前,美国承继普通法的做法,即只要其中含有劳动成果,无论这一成果是体力劳动或是脑力劳动,都可以获得法律保护。在本案中,原告主张权利的是收集和汇编的电话号码目录,其认为选择和汇编都有“原创性”。但法院指出,按照字母排序是一种古已有之的传统,在整理电话号码时以首字母进行排序甚至被当作理所当然的事,这种做法甚至是实践上不可避免的,此种历史悠久的实践传统很难说具有最低限度的创造性¹¹。虽然本案被认为是美国法院改变版权客体标准,以及对数据库保护问题表态的重要案件,但其中以首字母排序作为汇编手段不具有可版权性的说理可以用以解释为什么“算法、规则和模版生成的结果”要被排除在保护之外。本案中根据首字母进行汇编的电话号码簿,以最普通公众的认知都会认为其不应该受著作权保护。同样的,将五线谱转变为简谱亦不能被认为有独创性,因为五线谱和简谱之间的转换规则是古已有之,任何人根据这一规则进行转变得出的结果都不会发生变化,其中必然不存在任何独创性的体现。深究电话号码簿及转化后的简谱不能受到保护的原因,正如美国最高法院所言,其在于转换的方法,即所谓的算法、规则和模版,是古已有之的,这一转换只是在“额头流汗”。某短视频平台官方推出的卡通脸特效滤镜已经成为社交媒体时下最流行趋势,这种根据真人人脸自动转换为动画风模型的特效算法自然也是一种不受保护的思想,对其产生的结果是否可以受到著作权法保护的判断也不会出现分歧。其原因就在于这种机器处理只是根据人设置的某种方法,即某种思想,进行非常机械的转换。同样的,王迁教授在其论文中提到的“自图修图”例和“机器人作画”例也都是如此。这种转换即使是由人来处理,其得到的内容也不会受到著作权法保护,即弱人工智能,也是人工智能非常初级的阶段,只能解决特定的问题,而不能自主学习[4]。如果对这一内容进行保护,实际上是通过著作权法保护一种规则、模版,或者说是一种思想。

但是,相比于此种机械的转换来说,当下人类社会所面临的人工智能,不再是简单地执行某种简单的规则,人工智能可以通过分析海量数据、模型,从而模拟人类进行学习达到更为强大的算力[5]。人工智能通过对既有海量数据的分析,随后根据使用者提出的一定的要件进行输出,其本质跟人类“学习—产出”的过程,即认识世界、改造世界的过程,之间的差距已经随着技术升级而逐渐缩小。小冰通过对现有的数据,进行整合、统计、筛选、组合后形成的诗集,自然有诗人会认为这只是缺乏情感的随机组合。确实,诗人的创作多来自自己的人生体验、情感思想等,这也是为什么会说“诗人不幸诗家幸”。正是诗人独特的经历使其能够创作作品。但除去自然人创作这一点,人工智能通过模拟学习后的创作过程和“熟读唐诗三百首,不会作诗也会吟”的人类创作过程似乎很难说有很大的差别了。在弱人工智能时代,否认人工智能生成物的受著作权保护可能性是有其合理性的,在于当时的计算机并不掌握“学习”的能力,其只是将已有的数据通过一定的规则进行转换,诚如上文提到的,这一转换即使由人完成,其结果也不能受到著作权法保护。而具有“学习”能力的人工智能通过习得随后的创作,并不是单纯地用一种“古已有之”的方法进行简单地转换。事实上,人类之所以能够创作也是得益于教育和学习。因此,是否是由算法、规则和模版生成的结果只是判断独创性的辅助性要素,其原因在于根据已经存在的方法进行结果生成的这一过程不留有任何创作空间,但人工智能生成物如果独立观察其表现形式已经能够被认为具有足够的独创性的情况下,却仅仅因为其是由人工智能生成而拒绝将其可作为著作权法的客体受到保护,是逐末弃本的。

综上,人工智能生成物其外在表现已经和自然人创作的作品没有区别,即都可以被认为具有独创性,那么不应该再以其属于运行某种程序得出的结果而否认其独创性。

4.2. 个性表达的理解: 存有选择的余地

上文一直在强调对于生成物的独创性判断应该排除人的因素,并非主张对于作品独创性的判断应该

¹¹See *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., Inc.*

坚持纯粹的客观主义。作品独创性判断的客观主义，是指判断独创性只考虑作品的存在形式，而忽略创作主体和创作过程[6]。事实上，多数支持人工智能生成物可受著作权法保护的学者就是以客观主义作为证成的逻辑起点的。但是，纯粹的客观主义会使作品的范围无限扩大，以致公有领域被挤压到后来者无法自由创作。比如森林中奇形怪状的树枝，如果坚持纯粹的客观主义，其就有可能被认定为是美术作品。因此，上文一直规避对于人的因素的考量只是为了证明不考虑创作过程，人工智能生成物仍可被视为作品。

在明确了人工智能生成物可以被视为作品的前提下，我们才能回归到“生成这一内容的人工智能是否被视为创作主体”这一问题上来。本文一直避免使用“作者”一词是因为“作者”一词有着规范上的含义¹²。《著作权法》已经明确规定作者必须是自然人，除去职务作品、法人作品等特殊权利归属模式。

对于独创性的判断，英美法系和大陆法系存在天然的差异。英美法系往往只需要存在一点点创造性即可¹³，而大陆法系则坚持以“个性”作为判断标准。这可能也是为什么在法律层面承认人工智能可以作为版权客体的国家多为英联邦国家¹⁴。那么该如何理解作者的“个性”就是人工智能生成物可受著作权法保护支持者需要解释的一个问题。

正如冯晓青教授提出其自己对于独创性见解时提到的，“作品的个性使不同的智力创造成果存在或多或少的差异性，这种差异性作为智力创作成果的作品在作品创造性的量的规定上必然呈现出的特征”[3]。上文其实已经有谈及“个性”在忽略自然人这一要素以外，最直接的体现就是不同的成果之间存在着差异性。那么人工智能根据一定的要求，比如要求完成一幅抽象派的画作，其根据分析、模拟已有的符合条件的画作，随后输出的内容，和任何其他根据同一要求完成的画作必然是不一样的。即使要求其根据相同的条件多次输出内容，以现在人工智能所能达到的水平，其结果也可以是完全不一样的。那为什么要否定人工智能生成物已经可以达到的个性要求，并继而在规范上否定人工智能可以成为创作主体的可能性呢？

5. 结语

在人工智能科技高速发展的当下，人工智能生成物在文学艺术性方面还不可能和人的创作相提并论，但是已经是完全可以达到著作权法保护所需要的独创性水平。其在表现形式上难以与自然人的作品相区分。智力是人们运用以往的知识，认识、观察世界、解决问题的能力。人工智能通过自我学习，认识、分析、解决问题的本质和人的智力活动也难说有什么本质区别。并且其结果的生成也不是固定的、唯一的，因此不应该否认人工智能生成物中个性的存在。当下的人工智能生成物已经可以“以假乱真”，作为人，自然希望人之所以为人的独特性永不被人工智能所取代，但是人工智能生成物能生成和人一样的作品确实是在不久的将来能看到的事。不然，霍金也不会如此担忧人工智能不受控制的发展。正如李琛教授所说，“创造”在哲学层面是自由意志的表达。法律固有其本身的价值，但是对于极具人文色彩的概念，法律不应随意修正。然而，“人是否放弃作为创造者的唯一性，同样不是事实判断，而是我们又一次面临的价值选择”[7]。因此，法律上对于人工智能生成物是否需要保护问题所要逾越的偏见并不是人工智能生成物能不能创作，而是如何正确合理地分配人工智能所带来的利益。

参考文献

[1] 王迁. 论人工智能生成的内容在著作权法中的定性[J]. 法律科学, 2017, 35(5): 148-155.

¹² 《著作权法》第11条。

¹³ 参见 Feist 案和加拿大的 cch 案 CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada, 2004 scc 13, 236 D.L.R. (4th) 395, 317 N.R. 107, 30 C.P.R. (4th)。

¹⁴ 以英国、南非、新西兰为代表的部分英联邦国家认可了人工智能创作物的可版权性，并将这一类型作品的作者视为人工智能的操作者；澳大利亚虽然在法律中没有明确规定，但在政策上一定程度地认可了部分人工智能创作物的可版权性。

- [2] 卢炳宏. 论人工智能创作物独创性判断标准之选择[J]. 内蒙古社会科学, 2020, 41(4): 102-108.
- [3] 冯晓青. 试论著作权法中作品独创性的界定[J]. 华东政法学院学报, 1999(5): 35-39.
- [4] 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[J]. 求索, 2019(6): 74-81.
- [5] 吴汉东. 人工智能生成作品的著作权法之问[J]. 中外法学, 2020, 32(3): 653-673.
- [6] 杨述兴. 作品独创性判断之客观主义标准[J]. 电子知识产权, 2007(8): 63-64.
- [7] 李琛. 版权闲话之二: 创造观的历史性与人文意义[J]. 中国版权, 2018(2): 23.