

作品独创性要素探究之“创作意图”的必要与审查

邓雨涵

华东政法大学知识产权学院, 上海

收稿日期: 2023年10月27日; 录用日期: 2023年12月29日; 发布日期: 2024年1月8日

摘要

独创性标准是著作权法的核心概念, 其中是否将创作意图作为其构成要件成为当今人工智能等是否具有可版权性的重要争论点。人类是作品增量要素之唯一来源, 基于著作权法激励创作的制度宗旨, 为维护著作权法体系协调所必需, 在追求独创性标准的具体可实操的道路上不可盲目否定作者创作过程的评价, 而必须考察作者的主观创作意图。然考虑到主观问题举证难度较高, 当作者主观意图难以考察时可以通过是否具有可识别差异进行推定判断, 该推定亦当然可以被“不具有创作意图”的证据推翻。

关键词

著作权, 独创性, 创作意图, 独立创作

Research on the Elements of Originality of Works—The Necessity and Examination of “Creative Intent”

Yuhan Deng

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

Received: Oct. 27th, 2023; accepted: Dec. 29th, 2023; published: Jan. 8th, 2024

Abstract

The originality is the core concept of copyright law, in which whether or not to take the creative intent as its constituent element has become an important point of debate on whether or not artificial intelligence, etc., is copyrightable today. Human beings are the only source of the incre-

mental elements of works, based on the purpose of the copyright law to stimulate the creation of the system, in order to maintain the coordination of the copyright law system is necessary, in the pursuit of originality standard of the specific practical operation of the road can not blindly negate the author of the evaluation of the process of creation, must examine the author's subjective creative intent. Considering that subjective issues are difficult to prove, when the author's subjective intent is difficult to examine, it can be presumed by whether there is a recognizable difference, and the presumption can of course be overruled by the evidence of "no creative intent".

Keywords

Copyright, Originality, Creative Intent, Independent Creation

Copyright © 2024 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

独创性是著作权法之核心，各国法律都没有针对独创性进行明确的规定，由于各国政治、经济文化上的差异，即使在同一法系中，独创性原则也并无相对统一的标准[1]。这样的不确定导致了确定创作版权性以及判断作品侵权性的问题上存在诸多分歧。我国司法界对于何为独创性也展开了激烈讨论，实践中存在着不同法院不同案件持不同标准的混乱局面。随着科技不断发展，机器智能的出现进一步加剧学术界对于独创性标准是否应该坚守“人类”为创作主体的讨论。为此，何为独创性，独创性是否有更进一步客观可操作的标准是现今亟需解决的问题。

2. “独创性”标准之主要争议

“独创性”可拆开解读为“独立创作”以及“创造性”，而现今司法界、学术界关于两部分的主要争议点分别集中在是否需要创作意图这一构成要件以及创造性高低程度的问题。本文主要对创作意图必要性进行探讨，并最终对“独创性”标准中“独立创作”判断步骤进行构建。

对于创作意图之争，部分学者认为在“创作”的认定过程中，既要判断客体的表达是否满足独创性标准，也要衡量是否具有主体的创作意图。著作权法上创作的认定，应当从“客体的独创性”和“主体的创作意图”两个要素进行考察[2]。强调作品的创作必须是基于人的意志之下产生的美感，有无“人的意志”作用是作品独创性判断的前提条件[3]。与此同时，相反观点学者则从不同角度，包括著作权法之思想表达二分法、后现代主义理论以及文学理论发展角度、作品之产生角度、法经济学角度等出发论证创作意图之非必要性，也有学者质疑这些对创作意图的强调是否是因为“传统内容生产模式下，内容生产完全依赖浪漫主义作者，这为著作权制度提供了正当性依据”[4]。

3. 创作意图之必要性

3.1. 讨论创作意图“存在”之必要性

从争议之来源分析，之所以会产生消灭创作意图在独创性判断中的地位之争论，是因为随着科技发展社会上逐渐涌现出一系列不符合传统创作过程的但具有作品外观的创作成果，考虑到作品为社会带来的经济价值，出于利益平衡的考虑降低了独创性在部分作品上的要求，这样的过程在无形间似乎降低了

独创性“个性创作”上的标准。比如信息技术时代所带来的计算机、数据库等，德国这样一直秉持严格个性理论的国家都承认“小硬币理论”以适应这些个性表现不强但值得保护的作品。但发展到这还不足以动摇独创性中创作过程的地位，人类仍旧是这些作品产出的主体，人类参与创作过程是必然不可或缺的。然而，随着算法创作的出现，人类的创作过程被机器自动化取代，而其生产出的创作成果从外观上看又与人类创作的作品无异，具有其独特的价值和意义，由此，独创性内涵中“人的创作过程”被动摇，在算法创作之前就已经被忽视的创作意图的地位，此时被动摇得更为严重。

每一部法律都有法律边界和体系建构，对其核心概念的理解尤其需要慎重，如若盲目将著作权法中的相关概念进行扩大解释极有可能破坏著作权整体体系的协调性。回答创作意图是否是独创性要件这一问题，无非就是回答著作权法是否需要坚持对“人”这一主体的坚守，还是向投资者利益、经济利益倾斜。而要做出选择则需要认识著作权法该法律保护的对象以及对应目的，如著作权法不保护动物或自然力产生的美感形式，是因为著作权法是要引导人进行创新，保护动物或自然并不能促使人们从事法律鼓励的行为。同样的，若要坚守“人”这一主体，必然也需要得到著作权法立法宗旨、立法目的的支持。

3.2. 人类精神交流是鼓励创作之最终目的

创新是第一动力，人类丰富多元的思想碰撞铸就伟大文明、促进科技发展。以人类对光的探索为例，从“神说要有光于是便有了光”神造万物的宗教认识，到牛顿三棱镜实验我们认识到光由七种颜色复合而成，再到光速与电磁波传播速度的奇妙联系从而展开光与波的神奇探索，再到后来光的波粒二象性，最终普朗克、爱因斯坦众多物理学家跳脱出牛顿经典力学并最终寻找万千世界的更宏伟的物理定律，这是人类思想精神自由发挥、自由交流的结果，鼓励创作正是为此。

著作权法保护任何个性的展现、接纳多元审美，目的即是为了激励人类精神世界的创新、促进彼此精神世界的交流从而不断提升文化的繁荣昌盛，以建构长久弥新充满活力的精神家园。文学艺术创造源于人们情感交流的需要^[5]，我们不保护具有文化艺术价值的临摹作品，正是因为仿创成果缺乏意向性，背离了作品的交流功能，而无论其市场价值、社会价值如何。作品只要具备了交流功能，展现人类精神世界，其便得到著作权法保护，也无论其市场价值、社会价值如何，这显然要求独创性标准也必然包含作品创作过程体现“人类精神”的要求——创作意图。

3.3. 人类是作品增量要素之唯一来源

基于上文的讨论，作者人格要素是否必要的问题主要是来自于 AI、机器的产生，那么要解答该问题就必须回答若仅“人类”创作受到保护，其特殊性在何处？

有学者提出，从根本上讲，著作权制度的正当性在于人格说、劳动说和激励说三者的有机结合。人格说论证了增量要素的来源，劳动说论证了增量要素的产生过程，激励说论证了赋予作品著作权的社会历史背景^[6]。笔者对此十分赞同，人类是，也只能是作品增量要素的来源，原因即是人类创作之特殊性有二——思考的无限性和思考的表达化，二者是人类文化创意之源泉。

杰夫·霍金斯，掌上电脑发明者，之后又转向理论神经科学，在 IEEE Spectrum (电力电子工程师学会发行的一个杂志)关于 AI 的一次采访中提到“人类永远不会停止学习，当我们学习新东西时，我们不会忘记其他事情。如今，大多数 AI 系统都不是这样学习的”^[7]。目前，AI 系统只是对人类所特定给予的某一领域知识进行深度学习，并在这一特定领域进行看似“像人一样”的给予回应，但其显然无法自主的跨出特定领域而对其他领域进行自发学习，就好比象棋机器人只能与人下象棋但不能希望他能够自主的在未来某一时刻与你聊聊书画。这便是人类思考与这些机器人的重要区别，AI 除非能够重刻人脑这样精密神奇的系统构造否则无法实现“天马行空”的思考以保持思考的延续性。而正是基于这样的天马行空的思考，人类得以对一切自然、哲学、文学等等进行探索创造，这是特殊点之一。

思想的表达在这里又表现怎样的角色呢？威廉·古德温在《关于人的思考：人的本质、产物及发现》第十二章“论模仿与发明”中提到“人有一种独特的才能，能够留下一些东西证明他的存在”“这正是人的精神和心灵不断升华的原因”[8]。第6章“论人类成果与产物的恒久性”中提到“人类凭借其能力永恒地记录下自身的思想，这带来的影响异乎寻常。所有的人类科学及文学无不起源于这种能力的发展”[8]。人类是唯一做到记录思想延续创造的生物，无论是自然科学、还是宗教人文，只有人类得以对不同的事物产生延绵不断地思考，也只有人类可以将这些思考记录下来并互相传承发展，从而最终得以形成人类所特有的文化、价值观等等。以前文所举“光的认识历程”，这同样是人类得以不断思考产生一个又一个未知领域，更是人类表达这些思考并一代又一代重复思考、表达的结果。

著作权法的立法目的一目了然，著作权法第一条写到“为了促进文化创意产业的繁荣发展”，而基于上文可知，文化产生之根源在于人类对万物不加边界地思考以及人类特有的记录特征，实现了一代又一代延绵不断地创新。我们必须保护这样的求知、交流、延续，这是人类文明得以发展的前提。人类的重要性，不言而喻了。而机器、保护投资远无法企及，更甚，我们必须时刻警惕机器、资本的追求对人类本体之伟大的蒙蔽。人类是作品增量要素之唯一来源，鼓励人类的创新性则必然居于著作权法立法目的的最高地位。

3.4. 维护平等创作空间是鼓励创作之必要条件

著作权法激励创新作用之所以得以发挥，是因为社会公众无论其审美几何，其所拥有的情感交流空间和机会与其他人是一致平等的，但如果将算法制作的成果纳入著作权保护对象，这一平衡将被打破。以画家为例，人作为画家其所能够创作的被著作权法认可的成果可能会因为他个人的天资或者后天的努力而比他人占有优势，但这样的优势是他人可以通过努力提升得以追及的，因此在以“人”为画家的体系下，为了自己能够获得更多的著作权，人必将会朝着创作能力的提升发展，进而实现著作权法激励创作丰富文化的目的。但当算法这一“非人”主体进入，算法基于其快速高效的特点其先天能够在极短的时间学习并产生出百倍千倍成果，该优势是任何人类力所不能及的，因此，在“人”与“非人”同等保护体系下，同样为了获得更多著作权，人必将会朝着非人技术方向发展，更多有能力投资算法等技术的人称为著作权资源主体，社会绝大多数人类的创作空间被机器算法所挤压，越少的人致力于创作能力提升，人类情感交流渠道越发狭窄，著作权法不再具有激励创新之作用，而成为资本逐利的火药，极大违背了著作权法促进人类精神交流的初衷。

4. 对否认创作意图观点的回应

持相反观点学者所提出的种种观点，有必要进行一一回应。

4.1. 创作意图并非要扼杀潜意识的存在

部分学者从作品之产生角度论证创作意图的非必要性。他们认为对于创作过程中意图的作用，诸多心理学家和哲学家认为潜意识在创造性的过程中具有重要地位，在原创性要件中要求创作意图的存在不符合创造心理的本质和发展过程[9]，由此他们认为创作意图会扼杀这些潜意识的存在，否定天马行空的版权性。这其实是对创作意图的误解，创作意图不是对最终成果的具体内容的具体意图，而是作者认识到自己在进行创作活动，并且“意向”与读者交流自己的个性思想。尽管其最终创作出来的作品很有可能与落笔前的构思大相径庭、天马行空，但其最终的成果一定是建立在其欲向公众传达某种思想，这就满足创作意图的要求，显然，创作意图并非要扼杀作品产生过程中潜意识的存在。

4.2. 鼓励投资不可撼动鼓励创作的地位

部分学者基于目前“算法创作”的广泛应用提出如果不对算法所创作的成果加以著作权法保护，将

会极大削弱该类算法的投资积极性，不利于这类新兴技术产业发展。实际上这只是人们为了将超出知识产权范围的新客体进行辩护最常用的借口罢了。Feist 案前夕数据库公司就以这样的理由为自己辩护，但事实却是 Feist 拒绝提供保护后数据库上市量不降反增[10]。

也有部分学者从法经济学角度出发，提出独创性作为作品内在品质应当是对社会有用或者说是能够增加人类文化艺术成果的总量，主张应当弱化对作者个性的强调[11]，淡化独创性标准中的“创造性”因素，关注作品的经济、社会价值，就如同著作权客体扩张至计算机软件和数据库那样。但需要注意的是，计算机软件程序、数据库这类不体现人格特征、思想的特殊著作权客体纳入著作权保护曾经历了创作性问题的激烈讨论，数据库被作为汇编作品得以保护仍旧需要通过独创性的考察，那些无创作性的具有经济意义和社会意义的数据库仍被排除在著作权法之外，欧盟、日本等正是基于该种原因试图谋求“额外”的“独自权利”进行保护[12]。而计算机软件程序最终由于美国的施压而纳入著作权法体系之中，但这并不代表投资激励、开发成本已超越作者地位，资金永远都只是影响创作的众多因素中的一个因素而已[13]。况且如果要鼓励创作，为何不直接鼓励创作者，而是要先鼓励投资者，再让投资者去间接鼓励创作者呢？这很难讲得过去。

激励某一产业的发展决不是非著作权法不可，著作权法仍旧需要保持其本来的体系构建，而盲目淡化“创造性”只会导致类似“额外流汗”原则的重新出现。

4.3. 后现代主义侧重感知作品而非创作作品

针对后现代带来的“读者标准”、“作者已死”风潮。持该种观点的学者认为在独创性判断时更加侧重于“读者”对于作品文本的感知，而非试图在作品中寻找那些源于“作者”的抽象、模糊和不确定性的“个性部分”[14]。必须承认的是这种以读者为评价主体在很大程度上可以减轻“作者个性”概念的不确定性，然而，标准是否符合著作权法体系仍需仔细从著作权法立法宗旨去评价。

后现代主义最早诞生于文学领域，文学理论在后现代主义时期开始强调读者在作品意义实现中的作用，核心观念就是解构与颠覆，去权威化、去中心化，抛弃对作者在作品文本中体现的思想的探求，而倡导由读者解读作品文本[4]。从而诞生美学接受理论，即作品意义的实现靠读者阅读以填补空白，由此，部分学者认为对“浪漫主义创作理论”以及建构在其基础之上的“作者中心”独创性也应当加以转变。

然而，所谓“读者”只是欣赏作品的一个途径，是解读作品的重要方面，正所谓一千个读者有一千个哈姆雷特，但是这并不能否认作者在创作作品是其意图通过作品所展示的自己的思想和情感，也不能由此掩盖作者是提供文学艺术空白的源头，著作权法鼓励的是人的创作、人的思想的表达，对于读者如何诠释文学艺术如何完满，那是读者以及文学理论的事了。文学理论发展是为了鉴赏文学实现文学，而著作权法的重点却不是鉴赏文学艺术，而是鼓励文学艺术的产生，这完全是两个独立的理论，不能单纯依据文学理论的发展就要求著作权法核心概念顺应之变化。

对此，在追求独创性标准的具体可实操的道路上不能盲目否定作者创作过程的评价，保障创作者地位对于著作权法来说至关重要。独创性作为著作权法的核心，其必然需要为了著作权法的目的服务。作为著作权法体系核心，独创性仍旧不能为了所谓资本利益平衡而妥协自身最重要的责任——鼓励创作。也正是如此，独创性标准需要重视作者的创作过程，而不能单纯从读者角度出发忽视立法核心所在，同样的创造性程度到何种限度也必然需要通过著作权法制度作用加以审查。

5. 独创性标准再构造之“独立创作”

独立创作是独创性标准中的“独”，即是独立的将自己的思想表达的过程，而不是将他人的表达予以抄袭。在此，有必要对独立创作中创作意图的把握进行讨论。

5.1. 独立创作之“创作意图”的判断

人的意志是创作行为的前提,创造性思维的基本特征是意志支配行动[15]。因此,著作权法保护在文学、艺术、科学领域做出了创造性劳动的人的权利,强调对人的创造性劳动进行保护,那么创作意志就是必不可少的。作品是对思想的表达,虽然我们只保护表达,但并不能就此忽略思想作为表达前置存在的地位。

但是由于创作意图仅存在于主观,而我们无法去探求主观上的东西。所以我们在实践过程中实际上并无从得知创作人在过程中是否有创作意图,也就是说客观来看可识别的具有审美体验的成果是否是作者基于自己的创作意志产生的我们无从知晓,而只能依赖于相关举证证明,即使作者撒谎我们也无从考证,因此,纠结于可识别差异有独特审美意义的作品是否具有创作意图意义不大,仍旧是需要从客观的证据去考察。因此它其实还是回到了客观的差异要有多大的程度,笔者认为在“独立创作”这一步,只需存在着可识别的差异,即可推定为独立创作,当客观差异很难评判是否达到可识别程度的时候,可以将创作意图作为辅助因素予以考察。

当然需要明确的是,这只是基于创作意图过于主观导致的苛刻追求意图的举证难已完成,从理论层面来说,仍然应当强调创作意图这一构成要件,该推定当然可以被已有证据推翻。

5.2. “独立创作”判断的具体步骤

总结来说,判断独立创作可以按照如下方法操作:

1) 直接证据证明创作意图的存在。如果有直接证据证明作者不具有主观创作意图,比如路人骑车不小心撞到了路边正在创作的画家手里的油漆桶,路人作为直接证据可以明确证明画家的这一笔并不是画家自己的创作行为,没有创作意图,那么这当然不满足独立创作的要求。

2) 可识别差异推定创作意图的存在。现实中文字作品类往往能够通过文字的遣词造句判断是否具有主观创作意图,而美术作品往往较难直观判断,但美术作品往往能够视觉上感知到差异,对此可以对比争议作品与现有作品,是否具有可识别的差异。如果争议作品与现有作品存在可识别的差异就推定具有主观创作意图。当差别不是很大还需要斟酌的时候就可以把主观创作意图作为一个参考因素,需作者完成相关举证,进而完成对画作的差别的判断。

当然以上仅仅是对独创性中“独立创作”的判断,后续还需对“创造性高低”进行判断,只有符合“创造性一定高度”的可识别差异才能够最终满足作品独创性的要求。

6. 总结

独创性因其与大众主观感受相关联而天然具有模糊性,在追求独创性标准的具体可实操的道路上切不能盲目否定作者创作过程的评价,这并非对作者中心主义的武断坚持,而是基于著作权法激励创作的制度宗旨为维护著作权法体系协调所必需。标准需要始终为了激励创作实现文艺繁荣而构建,具体到如今所广泛讨论的问题上独立创作需要考察创作意图,考虑到主观问题举证难度较高,当作者主观意图难以考察时可以通过是否具有可识别差异进行推定判断,该推定亦当然可以被“不具有创作意图”的证据推翻。

参考文献

- [1] 宋岳. 比较法视野下的独创性判断标准[J]. 理论界, 2013(4): 81-84.
- [2] 冯晓青, 潘柏华. 人工智能“创作”认定及其财产权益保护研究——兼评“首例人工智能生成内容著作权侵权案”[J]. 西北大学学报(哲学社会科学版), 2020, 50(2): 39-52.

-
- [3] 王迁. 论体育赛事现场直播画面的著作权保护——兼评“凤凰网赛事转播案”[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2016, 34(1): 182-191.
- [4] 张玉敏, 曹博. 论作品的独创性——以滑稽模仿和后现代为视角[J]. 法学杂志, 2011, 32(4): 54-58+144.
- [5] 李琛. 论人工智能的法学分析方法——以著作权为例[J]. 知识产权, 2019(7): 14-22.
- [6] 王坤. 论作品的独创性——以对作品概念的科学建构为分析起点[J]. 知识产权, 2014(4): 15-22.
- [7] 有料的访谈: 要实现 AGI 除非利用大脑副本[CyberDaily [EB/OL]. https://mp.weixin.qq.com/s/jkLRcSAuQh_iJTXsr9IbXw, 2021-04-02.
- [8] 威廉·古德温. 关于人的思考: 人的本质、产物及发现[M]. 王维民, 唐跃勒, 戴若愚, 译. 北京: 中国社会科学出版社, 2010.
- [9] 卢海君. 论作品的原创性[J]. 法制与社会发展, 2010, 16(2): 78-91.
- [10] 崔国斌. 知识产权法官造法批判[J]. 中国法学, 2006(1): 144-164.
- [11] 赵锐. 作品独创性标准的反思与认知[J]. 知识产权, 2011(9): 55-58.
- [12] 曹陇华, 朱晓力, 陶涛. 著作权保护客体的扩张与界限[J]. 科学·经济·社会, 2008, 26(4): 117-120.
- [13] 冯晓青. 著作权扩张及其缘由透视[J]. 政法论坛, 2006(6): 74-87.
- [14] 李忠诚. 论算法创作下独创性的判断标准[J]. 大连理工大学学报(社会科学版), 2021, 42(6): 97-105.
- [15] 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.