

著作权法中作品独创性的技术逻辑

王国柱*

内容提要 技术是外在于作品独创性的物质条件,作者可以控制的技术是形成作品独创性的创作工具。技术对作品独创性的作用贯穿于创作构思、创作行为和创作结果的作品创作过程之中。在创作构思阶段,技术如果能够被作者掌控,就会增益创作构思,反之,将消解创作构思,因此可以采用“若剥离技术因素,具体创作构思仍可推定”的方法识别创作构思。在创作行为阶段,技术如果能够被作者掌控,就会助力创作行为,反之,将阻遏创作行为,因此可以采用“若技术不替代人力,目标作品仍可获得”的方法识别创作行为。在创作结果阶段,技术影响创作结果的外在呈现形态和创作结果中作品独创性的凝结方式,因此可以采用“若抽离技术因素,创造性要素仍可发现”的方法识别创作结果中的创造性要素。

关键词 作品独创性 技术 作品创作 人工智能

DOI:10.14111/j.cnki.zgfx.2025.06.008

目 次

- 一、问题的提出
- 二、技术是外在于作品独创性的物质条件
- 三、技术在创作构思阶段作用于作品独创性
- 四、技术在创作行为阶段作用于作品独创性
- 五、技术在创作结果阶段作用于作品独创性
- 六、结语

* 吉林大学理论法学研究中心研究员,法学院教授。

一、问题的提出

独创性是著作权法中作品的核心构成要素,其涵义通常被解释为“作品是作者独立创作的,并且具有最低程度的创造性”⁽¹⁾。影响作品独创性的主观和客观因素是多元的,其中,技术⁽²⁾对作品独创性的影响既深刻又微妙、既沉稳又灵动,殊值关注。

“技术”经常与“科学”并称,表述为“科学技术”或“科技”。但是,技术与科学之间存在区别。科学的功能在于认识自然规律、获取具有普遍性的知识,而不在于提供某一具体问题的解决方案。⁽³⁾“技术是完成目的的一种手段:它可能是一种装置、一种方法或者一个流程”⁽⁴⁾,解决具体问题是技术的功能。科学与技术之间的区别也映射在著作权法领域。由于技术具有实用性、功能性,而著作权法中的作品排斥实用性和功能性,因此,技术成果无法在著作权法上获得保护,这也是我国《著作权法》第3条将作品限定在“文学、艺术和科学领域”的原因所在。著作权法不保护技术成果并不妨碍技术对著作权法产生影响,甚至可以说,技术发展是推动著作权制度变革的重要动力,著作权的“扩张”是技术影响之下著作权制度变革的主旋律。“在新技术的催促下,版权人必定要求扩张自己的权利范围——从作品种类到权利类型都在版权人的扩张考虑之内。”⁽⁵⁾在作品类型的扩张方面,摄影作品、视听作品等进入著作权法领域就是由摄影、录音录像等技术发展促成的;在权利类型扩张方面,“每一次技术发展和进步都会对作品再现方式产生影响,带来复制方式的变革,复制权的内涵和外延也随之发生相应变化”⁽⁶⁾。不断发展的传播技术还在复制权、发行权之外催生出广播权、信息网络传播权等权项。技术在推动著作权“扩张”的同时,也在更深层次上影响着著作权制度,技术对作品独创性的影响就是“更深层次影响”的突出体现。

技术与作品独创性之间的关联以“人”为中心节点。在“人—技术”的关系中,人创造并运用技术;在“人—作品独创性”的关系中,人作为主体是作品独创性的来源。以此为基础,在“技术—作品独创性”的关系中,技术对作品独创性的影响是通过人来实现的,真实且完整的“技术—作品独创性”关系应当是技术、人和作品独创性之间的关系。在“人—技术—作品独创性”的关系中,关于人是作品独创性的来源并无争议,但技术本身能否成为作品独创性的来源仍是需要探讨的问题。关于这一问题存在三种观点:其一,人是作品独创性的唯一来源,只有自然人的创作成果才能成为作品,技术生

(1) Feist Publications, Inc. v. Rural Tel. Serv. Co., 499 U.S. 340 (1991).

(2) 本文选取的“技术”视角仅限于自然科学领域,不包括人文社会科学领域的调查技术、立法技术等。

(3) 参见睦纪刚:《科学与技术:关系演进与政策涵义》,载《科学学研究》2009年第6期,第805页。

(4) [美]布莱恩·阿瑟:《技术的本质:技术是什么,它是如何进化的》,曹东溟、王健译,浙江人民出版社2018年版,第28页。

(5) 易建雄:《技术发展与版权扩张》,法律出版社2009年版,第190页。

(6) 冯晓青、付继存:《著作权法中的复制权研究》,载《法学家》2011年第3期,第99页。

成的内容无法成为作品。⁽⁷⁾其二,技术可以与人共同成为作品独创性的来源,例如,“以人机互动的法律关系整体作为人工智能生成内容独创性的来源”⁽⁸⁾。其三,技术本身足以成为作品独创性的来源,如果技术生成的内容符合“独立创作”和“具有最低程度创造性”两个要求,就可以具有独创性,著作权只适用于人类作者的限定是不必要的。⁽⁹⁾若要准确回答技术本身能否产生作品独创性的问题,就需要判断技术究竟是作品独创性的内在决定因素还是外在影响因素。此外,在判定作品独创性时也需要明确技术效果与人的贡献的区分标准,否则可能会导致截然相反的判断结论。例如,在判断音乐喷泉的喷射效果是否具有独创性时,法院认为,涉案音乐喷泉喷射效果的呈现是设计师借助声光电等科技因素精心设计的成果,展现出一种艺术上的美感,具有显著的独创性。⁽¹⁰⁾质疑的观点则认为,音乐喷泉的整体喷射效果是“硬件设备和控制系统运作下的产物,人为因素所起的作用有限,因而其本质上无法构成著作权法意义上的作品”⁽¹¹⁾。上述争议的存在表明,技术与作品独创性之间的关联性尚需进一步揭示,技术作用于作品独创性的规律尚需进一步发掘。

就作品独创性的判断而言,可有开放多元的视角,其中,作品创作视角在考察技术对作品独创性的影响方面具有天然的优势——作品创作是作品从无到有的动态过程,也是作品独创性生成的过程,技术对作品独创性的影响必然体现在这一动态过程之中,通过考察作品创作就可以对技术如何影响作品独创性进行动态分析;作品创作是综合运用各种创作手段的过程,也是多种主客观因素影响作品独创性的过程,技术作为一种能够与人的主体性相结合的因素,其角色形象能够在创作过程中独立呈现。因此,作品创作是探究技术如何作用于作品独创性的理想场域。作为作者将思想情感表达于自身之外的过程,作品的创作需要经历预备式、进行式和完成式三种状态,作品的创作过程也因此体现为创作构思、创作行为和创作结果三个阶段。在创作构思阶段,作者在头脑中形成了作品独创性表达的具象符号;在创作行为阶段,作品独创性表达的具象符号从作者头脑之中走向外部客观世界;在创作结果阶段,作品独创性表达的具象符号在客观世界中凝结为一种稳定的状态。上述三个阶段前后相继,形成完整的作品独创性凝结的因果链条。相应地,技术在作品创作过程中对作品独创性的影响也呈现出阶段性差异。

本文尝试在阐明“技术是外在于作品独创性的物质条件”的基础上,通过对作品创作进行全过程考察,探究技术在创作构思、创作行为和创作结果三个作品创作阶段作用于作品独创性的具体方式,体系化揭示作品独创性的技术逻辑。希冀基于此提炼出不同

(7) 参见王迁:《再论人工智能生成的内容在著作权法中的定性》,载《政法论坛》2023年第4期,第20页。

(8) 徐小奔:《论人工智能生成内容的著作权法平等保护》,载《中国法学》2024年第1期,第182页。

(9) See Nina I. Brown, *Artificial Authors: A Case for Copyright in Computer-Generated Works*, Columbia Science and Technology Law Review, Vol.20:1, p.20-27 (2018).

(10) 参见“北京中科恒业中自技术有限公司等与北京中科水景科技有限公司侵害著作权纠纷上诉案”,北京知识产权法院(2017)京73民终1404号民事判决书。

(11) 袁锋:《论音乐喷泉的著作权法定性——兼评我国“音乐喷泉著作权第一案”》,载《电子知识产权》2019年第7期,第11页。

阶段独创性要素的判断方法,为技术运用场景下作品独创性的判定提供思路。

二、技术是外在于作品独创性的物质条件

技术对作品独创性的影响归根结底是技术对文学、艺术和科学领域作品创作的影响。历史事实表明,技术为作品创作提供了物质条件。以最具典型性的艺术作品创作为例,“没有电影技术,就没有电影艺术;没有照相技术,就没有摄影艺术;没有现代电子技术的发展,也就没有作为文艺的一种表达工具的电视”⁽¹²⁾。技术能够作用于作品独创性的根本原因在于技术和作品独创性统一于人的主体性。“主体性包含两个层面的内容:一是主体自身何以成为主体;二是主体在与其他事物的关系中居于主导地位。”⁽¹³⁾自主决定和行为自由是人成为主体的重要前提,人基于自身目的利用自然是人的主导地位的重要体现。在利用技术使自然为人类服务的意义上,技术是人类自身本质的最重要部分,⁽¹⁴⁾即人的主体性的外化。同理,以人的主体性为基础,作者能够运用一定的技术手段(如摄影和视听设备)将思想情感等主体性要素以独创性表达的形式呈现出来,这一过程体现了人、技术和作品独创性三者的内在统一。

(一) 技术存在于作品独创性之外

艺术领域一方面与技术之本质有亲缘关系,另一方面又与技术之本质有根本的不同。⁽¹⁵⁾这一判断同样适用于技术与作品独创性的关系。尽管技术与作品独创性之间具有一致性,但两者之间的差异性也十分明显。技术是对自然科学原理的应用,属于物质生产领域和生产力范畴。马克思认为,“宗教、家庭、国家、法、道德、科学、艺术等等,都不过是生产的一些特殊的方式,并且受生产的普遍规律的支配”⁽¹⁶⁾。在作品创作中形成的作品独创性是人类创造力和想象力的结晶,属于精神生产范畴。精神生产作为一种特殊的生产方式,其目的是实现人的审美、情感、思想等方面的追求。由于技术和作品独创性分属于不同的生产领域,而著作权法仅调整精神生产领域智力成果的创造、归属和利用关系,因此,技术外在于作品独创性不仅是哲学和艺术领域的学理判断,也是具有著作权法意义的规律性认识。

物质生产以实用为目的,技术以能够实现某种功能为特征,作者在作品创作中所应用的技术也不例外。例如,作者选择哪种画笔作为绘画工具的判断标准是其实用功能的优劣。大体来说,一支好毛笔的标准是集“尖、圆、齐、健、耐、聚”六德,最终要使画家用

(12) 钱学森:《钱学森讲谈录——哲学、科学、艺术》(增订版),九州出版社2013年版,第60页。

(13) 陆幸福:《人工智能时代的主体性之忧:法理学如何回应》,载《比较法研究》2022年第1期,第28页。

(14) 参见[德]阿诺德·盖伦:《技术时代的人类心灵——工业社会的社会心理问题》,何兆武、何冰译,何兆武校,上海科技教育出版社2008年版,第4页。

(15) 参见[德]海德格尔:《技术的追问(1950年)》,孙周兴译,载孙周兴选编:《海德格尔选集》(下),生活·读书·新知上海三联书店1996年版,第954页。

(16) 中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局编译:《马克思恩格斯文集》(第1卷),人民出版社2009年版,第186页。

起来得心应手。⁽¹⁷⁾同理,清晰的成像效果、较快的快门速度、便捷的操作方法等实用功能也是摄影师选择哪种相机作为摄影工具的标准。但是,无论技术工具的实用性如何出众,技术工具也只是作者创作作品的手段,最终形成的作品只能是包含作者思想情感的独创性表达,无法承载技术工具的任何实用功能。进言之,技术实用功能的发挥无法替代人的思想情感的表达,技术的实用功能也不会凝结在作品独创性之中。“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,以更好地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。”⁽¹⁸⁾技术存在于作品独创性之外的基本判断符合精神生产的内在规律,也与著作权法的立法宗旨和价值目标相一致。在考察作品独创性时,应遵循技术功能与作品独创性相分离的原则,避免将技术效果本身作为作品独创性的来源,进而忽视人的思想情感这一作品独创性的真正源头。“技术有变,法理有常”⁽¹⁹⁾,虽然技术的复杂化可能增加识别作品独创性的难度,但不会改变技术外在于作品独创性的基础格局。

(二) 技术在物质基础层面对作品独创性发挥作用

“任何发明或技术都是人体的延伸或自我截除”⁽²⁰⁾,技术对作品独创性产生何种具体影响,取决于人的因素如何发挥作用以及作用的方式和程度,无法一概而论。但是,技术在物质基础层面对作品独创性发挥的作用具有一般性和普遍性。

一方面,技术能够为作品创作提供基础设施,满足作品独创性对符号媒介的需求。作品创作需要依赖诉诸视觉或听觉的符号媒介,作品独创性的展现需要依托线条、色彩、图案、影像、音符等符号媒介。符号媒介的产生必须依赖一定的物质基础,自然界直接提供的物质条件极为有限,绝大多数符号媒介基础设施的获取都需要依赖技术手段。无论是纸笔和颜料,还是摄影机、胶片、银幕、电视,亦或是计算机、人机交互、游戏引擎等,都包含技术因素。随着技术的进步,符号媒介对技术设施的依赖程度会越来越高,用于展现作品独创性的符号媒介也会包含更丰富的技术因素。与此同时,划定技术效果与人的独创性贡献之间界限的具体方法也需要持续更新。

另一方面,技术能够为作品创作提供探索场景,满足作品独创性对展现空间的需求。作品创作是作者创造力主导的实践活动,技术能够以设备、装置等“硬件”形态为具有“软件”特征的作者创造力提供展现空间,从而成为容纳作者创造力的“容器”。随着技术的改进,技术设施可以支撑作者在更丰富的场景下进行探索,作品独创性的展现空间也会更加开阔。例如,改进画笔和颜料可以使绘画作品的效果更加出色,改进镜头可以使摄影作品更具感染力。当然,更出色的效果和更强的感染力究竟是源于人的贡献还是技术功能,仍需要结合具体情形进行判断。

(17) 参见阴澍雨、黄国锋:《工欲善其事,必先利其器——刘广生谈毛笔的制作工艺与当代传承》,载《美术观察》2021年第7期,第110页。

(18) 章凯业:《机器中的作者与创作:从摄影技术到生成式人工智能》,载《中外法学》2024年第6期,第1583页。

(19) 李琛:《论人工智能的法学分析方法——以著作权为例》,载《知识产权》2019年第7期,第22页。

(20) [加拿大]马歇尔·麦克卢汉:《理解媒介:论人的延伸》(55周年增订本),何道宽译,译林出版社2019年版,第64页。

（三）作者可以控制的技术是形成作品独创性的创作工具

人对技术的运用是技术存在的意义,“物质的背后,真正重要的还是心灵……。物质材料等待着艺术的心灵去一一点醒,仿佛古老的点石成金的传说,冥顽的物质就会一一被赋予尊贵的生命”(21)。技术在为人所用的过程中被添加了社会属性。

在一般意义上,任何技术都是人可以控制并且可以为人所用的。从科学和技术的本质上看,“科学上没有‘深奥的东西’,到处都是表面的东西……一切都可以为人所理解,而且人是万物的尺度”(22)。技术源于人的创造,技术的前沿受制于掌握技术的人类的智慧。(23) 人具有控制技术的能力,能够将技术作为工具进行使用。“即使是最复杂的生成机器——那些使用对抗性神经网络来生成输出内容的机器——也只不过是复杂的算法指令集,其能力完全取决于程序员如何用输入数据对它们进行训练,以及程序员如何指导它们分析这些输入数据。”(24) 人工智能仍然是听命于人、受控于人的技术工具。在人与技术的一般关系上,人工智能“工具论”的主张是成立的,即“无论人工智能发展到什么阶段,都只能作为人的客体 and 工具对待”(25)。“维护人之主体性的正确方法不是在人和机器之间树立屏障,而是大方承认机器为人所用的现实。”(26)

与一般意义上的技术可控性不同,特定技术能否被作者掌控并用于作品创作,会受到作品创作规律的制约和具体条件的影响。从作品创作过程的角度考察,作品独创性体现在“创作构思—创作行为—创作结果”前后相继的创作因果关系之中,该因果关系具有“直接性”和“同一性”特征。“直接性”是指作者的意志直接贯穿于“创作构思—创作行为—创作结果”的全过程,作者意志之外的其他因素没有干扰或阻断作品创作过程。“同一性”是指以作者思想情感为内容的创作构思经由创作行为,真实、准确地呈现于创作结果之中,即创作构思与创作结果之间具有一致性。技术只有在没有破坏创作因果关系“直接性”和“同一性”的前提下,才能成为形成作品独创性的创作工具。由于作者的创造力受到作者自由意志的驱动,具有活泼灵动、不拘一格的特质,作为创作工具的技术应当具备迅捷记录作者的创作构思、即时回应作者的创作行为、准确呈现作者的创作结果等功能。作者之所以选择笔墨纸砚进行书画创作、选择照相机进行摄影创作、选择计算机进行动画创作,是因为上述技术工具能够记录、回应和呈现作者的每一笔墨迹、每一次快门和每一个形象,墨迹、快门和形象中记录着作者的创作构思、创作行为和创作结果,也体现着作品独创性。但是,人工智能技术因其自身运行的相对不可控性,未必能够在作品创作中发挥维持“直接性”和“同一性”的功能,一般意义上的人工智能“工具论”主张不能当然适用于作品创作领域。

(21) 蒋勋:《艺术概论》(第2版),生活·读书·新知三联书店2015年版,第71页。

(22) [奥地利] 汉恩·纽拉特、卡尔纳普:《科学的世界概念:维也纳学派》,曲跃厚译,陈启伟校,载蒋劲松、刘兵编:《科学哲学读本》,中国人民大学出版社2008年版,第91页。

(23) 参见於兴中:《人与科技:从智能间的平衡到人性的平衡》,载《中国法律评论》2021年第2期,第61页。

(24) Jane C. Ginsburg & Luke Ali Budiardjo, *Authors and Machines*, Berkeley Technology Law Journal, Vol.34:343, p.408 (2019).

(25) 李扬、李晓宇:《康德哲学视域下人工智能生成物的著作权问题探讨》,载《法学杂志》2018年第9期,第45页。

(26) 蒋舸:《AIGC 版权判定的认知经济性分析》,载《中国法学》2025年第2期,第147页。

著作权法只保护人的独创性表达,不保护技术运行的结果,作品独创性只能来源于人,无法来源于技术。“人类被认为是创作的唯一来源的论断,在今天也并未因生成式人工智能的到来而被推翻。”⁽²⁷⁾从“贡献论”的角度考察,体现人的贡献是人工智能生成内容具有独创性的前提。“版权法激励的对象应当是人类作者的创作行为,而非AI的贡献。”⁽²⁸⁾简言之,作品独创性就是对人的因素的肯定,同时也是对技术因素的排除。在人运用技术手段进行创作的情形下,人对技术的控制程度决定了人的因素与技术因素各自发挥作用的程度。“控制程度”对作品独创性具有直接影响。如果人能够充分控制技术,技术就会顺畅传导和忠实呈现作者的创作构思、创作行为和创作结果,人的因素就会完整地凝结为作品独创性;如果人无法充分控制技术,技术就会阻碍或者干扰作者的创作活动,人的因素亦无法完整地凝结为作品独创性。只有从创作过程中排除技术因素,人的因素才能明晰,作品独创性的面貌才会显现;如果人完全无法控制技术,所谓“作品创作”就完全是技术因素作用的过程,作品独创性也即没有生成的可能性。此外,上述“控制程度”的层次化表现也充分说明,只有作者能够控制的技术才属于创作工具。美国版权局得出结论,鉴于当前普遍可用的技术水平,仅靠提示词无法提供足够的人为控制,不足以让人工智能系统的使用者成为输出内容的作者。尽管内容极为详细的提示词可能包含人工智能使用者期望的表达元素,但就目前的情形而言,这些提示词无法控制人工智能系统在生成输出内容时对这些元素的处理方式。⁽²⁹⁾厘清技术与作品独创性的关系定位、明晰技术成为创作工具的条件,是在作品创作的不同阶段分别探讨技术以何种方式作用于作品独创性的基础。

三、技术在创作构思阶段作用于作品独创性

创作构思是作者在头脑中形成的作品形象,即作者对于思想情感如何表达的内心设想。创作构思的本质是作者根据生活经验将思想情感与特定的创作形式相融合,并且在头脑中形成可表达的具象符号。以关于竹的绘画创作为例,绘画的构思即“构图”,是将“眼中之竹”转化为“胸中之竹”的过程,“眼中之竹”只有与作者的思想情感相融合才能成为“胸中之竹”。创作构思要经过“神思”的生发和“意象”的提炼方可形成,“神思”即灵感或想象,“意象”即作者头脑中的形象。⁽³⁰⁾“神思”的生发是指作者的灵感被激发或者想象被释放;“意象”的提炼则是作者通过对创作素材进行加工,在头脑中形成

(27) 熊琦:《人工智能与版权——法律涵摄技术的路径选择》,载《中国版权》2023年第3期,第16页。

(28) 罗祥:《版权法保护的“贡献”来自提问还是答案?——对人工智能生成内容可版权性的思考》,载《南大法学》2024年第5期,第151页。

(29) See United States Copyright Office, Copyright and Artificial Intelligence, Part 2: Copyrightability, January 2025, p.18, at <https://www.copyright.gov/ai/Copyright-and-Artificial-Intelligence-Part-2-Copyrightability-Report.pdf> (Last visited on Aug. 30, 2025).

(30) 参见彭勃:《艺术构思:神思与意象》,载《河北学刊》2013年第4期,第242-243页。

作品形象。“神思”的生发是作品独创性形成过程的起点,“意象”的提炼是在头脑中形成独创性表达实质内容的过程。创作构思是人的主体性的体现,依赖于作者独特的天赋和实践经验,只能由作者亲身完成,这也是作品独创性所强调的“作者独立创作”的应有之意。例如,有法院认为,“涉案美术作品的创作体现出作者独立的构思,包含了作者一系列主观活动,具有独创性,因此构成作品”⁽³¹⁾。技术作为外在于作品独创性的因素,能够对作者的创作构思产生影响,但无法替代作者完成创作构思。技术如果能够被作者掌控,就会在作者的主导下对创作构思发挥增益作用,反之,将消解创作构思。

(一) 技术对创作构思的增益

技术是人类创造的产物,“技术一旦产生之后,又会以非对象的方式,不断内化为主体的素质和能力,丰富和塑造人的现实本质”⁽³²⁾,人具有自由意志和创造力,“可以借助技术通向一种具有多种可能性的世界”⁽³³⁾,包括从技术的运行规律和效果中获得有益于作品创作的信息。“作品创作活动中至少存在两个较为活跃的因素:(1)具有想象力和创造力的作者;(2)随着技术的发展不断丰富的创作手段。”⁽³⁴⁾如果作者能够自主感知和掌控技术所传递的信息,两种活跃因素就会碰撞融合,进而增强作者构思作品的能力。

首先,技术具有促进“神思”生发的功能。人先天具备从外界新事物中获得启示的能力,任何新技术所提供的新场景、新手段、新体验都可能激发作者的想象力和创作灵感,使其瞬间产生富有创新性的新创意、新思路、新表达。例如,高动态范围(High Dynamic Range,以下简称 HDR)电影相较于标准动态范围(Standard Dynamic Range,以下简称 SDR)电影在画面技术表征上拥有更高的峰值和平均亮度,能够带来更好的视觉体验,运用该技术可以构建属于 HDR 的高光叙事美学。⁽³⁵⁾ HDR 技术能够激发作者运用“高光叙事”方式进行独创性表达的灵感。除了声光电技术,人工智能技术也可以发挥类似的功能。人工智能生成内容可以在作者创作之前搭建好内容框架,或者针对一个主题生成内容模式和创作策略,以启发作者,供其参考。⁽³⁶⁾ 技术具有变化、创新和融合的基因,能够为作者“神思”的生发持续提供新信息,“神思”生发之“新”往往预示着作者的创造性贡献,“最低程度的创造性”则是作品独创性的必备要素。

其次,技术具有促进“意象”提炼的功能。作者在获得创作灵感之后,需要对创作素材进行收集和整合,以便形成待表达的“胸中之竹”。技术能够在提供和分析创作素材方面为作者“赋能”,助力作者分析、综合、联结素材信息。摄影、录音、录像、复印和扫

(31) “孔某与南阳某某药业有限公司、武穴市林某日用品贸易商行等著作权权属纠纷案”,湖北省黄冈市黄州区人民法院(2025)鄂1102知民初193号民事判决书。

(32) 林艳梅:《解读技术非中性论》,载朱葆伟、赵建军、高亮华主编:《技术的哲学追问》,中国社会科学出版社2012年版,第283页。

(33) 《科学技术哲学》编写组:《科学技术哲学》,高等教育出版社2019年版,第185页。

(34) 王国柱:《著作权法中作品独创性的作品类型逻辑》,载《法商研究》2024年第1期,第191页。

(35) 参见郑晓发、常走、贾云鹏:《视觉真实的再现与延展:HDR电影的应用美学》,载《当代电影》2024年第3期,第148-150页。

(36) 参见丁磊:《生成式人工智能——AIGC的逻辑与应用》,中信出版社2023年版,第252页。

描等技术能够记录各种自然和人文信息,突破仅依靠作者自身获取和存储信息的局限,丰富作者可运用的创作素材。例如,电子游戏以计算机图形技术和互联网技术为支撑,能够集合文字、图像和声音等多种信息,可为作者整合创作素材提供平台。数字技术在信息收集方面的表现更为出色,例如,人工智能实时编程技术使创作领域中的文献资料与图像资源实现彻底共享,包括图像采集、图像比对与分析、图像人工智能生成等,为作品创作打造无限量级的应用原材库。⁽³⁷⁾ 信息收集和处理技术的进步能够助力作者提升创作构思的效率和质量,使作者的思想情感以更加生动和丰富的形态凝结在待表达的独创性元素之中。

(二) 技术对创作构思的消解

技术对人的作用具有两面性:一方面,技术的不断进步为人类与自然界相分离、与动物相区分奠定了基础,即技术是区分人类与动物之差异性的本质力量;另一方面,当人类获得了主体身份后,却容易沉迷于对技术的膜拜,追求技术效益的最大化,由此可能导致技术理性超越自身限度而发展成为一种统治的力量,进而造成人的主体性的淡化。⁽³⁸⁾ 如果作者有意或无意地忽视对自身思想情感的自主观照,主动或者被动地依赖技术本身的运行逻辑,就意味着技术现象替代了作者的创造力和想象力、技术效果替代了作者对创作素材的提炼,这将导致技术的客体性对作者主体性的反噬。以“反客为主”的方式产生的内容是技术的产物而非作者的创作构思。这种状况是技术与文化之间“悖论”的具体体现,如果没有技术,就不可能有文化,但是技术在文化里的彻底胜利将引致文化的毁灭。⁽³⁹⁾ 技术对创作构思的消解主要体现在以下方面:

第一,支配创作构思的自主意识被消减。创作构思是作者通过回忆、想象、情感等心理活动,以各种构思方式,孕育出完整的、呼之欲出的形象序列和中心意念的思维过程,⁽⁴⁰⁾ 体现了人的自主意识和自然能力。不同于创作构思,技术具有工具理性,以追求实用性和功利性为指向。技术的扩张也可能会抑制人的自然能力的发挥,并产生消减人之自主意识的风险。随着技术的发展,技术的工具理性渗透到文化生产之中,“文化中科技成分的充盈,有时带来意义的莫名感、主体的虚无感”⁽⁴¹⁾。例如,在使用传统摄影工具时,作者有充分的自主空间去发挥想象力并形成创作构思,作者的创作感受真实且饱满。但是,全自动摄影器械的运用极大地缩小了人的自主创作空间,而人工智能技术又为摄影器械增加了自动识别拍摄场景、智能修复和优化图像等功能,人的自主创作空间被进一步压缩。在技术自动化的情形下,即使人的“神思”尚有生发的机会,“意象”也难有自主提炼的可能。作者自主意识的缺失将导致创作构思无法形成,作品独创性亦无从产生。

(37) 参见夏燕靖:《“新质生产力”打开美术创作新天地》,载《美术观察》2024年第7期,第17页。

(38) 参见陈凡、董传升、贾岩:《技术图景中人的主体性的获得、缺失与重构》,载《哲学研究》2007年第6期,第93-96页。

(39) 参见〔俄〕H·A·别尔嘉耶夫:《人和机器——技术的社会学和形而上学问题》,张百春译,载《世界哲学》2002年第6期,第46页。

(40) 参见童庆炳主编:《文学理论教程》(第5版),高等教育出版社2015年版,第146页。

(41) 陈凡、潘澍:《科技+文化融合:文化科技表达的哲学凝思》,载《科学技术哲学研究》2021年第6期,第106页。

第二,驱动创作构思的真情实感被忽视。情感是人类的基本心理状态和重要心灵特征,也是文学艺术领域必不可少的创作因素。作品是人类情感的容器,文学、美术、音乐等作品都能够有力地表达人的情感。文学艺术创作就是“用人类情感重新构建客观对象的过程”⁽⁴²⁾,创作构思是该过程的核心阶段,情感借助灵感和想象而萌发,经过作者的头脑加工成为待表达的艺术形象。然而,技术的工具理性迥异于人类的情感。“技术将事物和自然加以物质化、功能化和齐一化,剥夺了事物的真实性、丰富性和实体性,使事物成为单纯的可供计算的影子和格式,从而也使事物不再能够成为汇集人性和沉思的容器。”⁽⁴³⁾“诗缘情”是诗歌的艺术本质,在构思诗词作品时,作者将情感寓于形象之中。情感是灵感之源,也是形象之魂。与人的创作构思不同,人工智能诗歌写作系统(如“九歌”系统)采用深度学习技术,结合多个为生成诗歌专门设计的模型,基于超过数十万首人类诗人创作的诗歌进行训练学习。⁽⁴⁴⁾用户只要输入关键词等信息,就会获得人工智能诗歌写作系统生成的诗歌。但是,技术终归无法产生情感,也无法传递情感,即使通过人工智能等技术手段可以实现对人类情感的模拟,此种模拟的“情感”也并非真情实感。对人类情感进行模拟的实质,不过是用技术手段替代真情实感和创作构思。在人的贡献缺失的情形下,作品独创性的根基也就不复存在。

(三) 技术应用情形下创作构思的识别

创作构思起于“神思”,成于“意象”。创作构思的过程既可能是“顿悟”的,也可能是“渐进”的;创作构思的范围既可能是“整体”的,也可能是“局部”的。但是,创作构思的结果即“胸中之竹”一定是具体的、可以通过外在形式进行呈现的。因为只有具体的创作构思才能通过创作行为转化为独创性表达。例如,画家在构思的成熟阶段需要做很多不同的工作,包括分析未来作品的本质和组成部分,比选出最优方案,所有的工作都以构思的明确化为目的。⁽⁴⁵⁾由于创作构思是作者的主观意识活动,需要借助客观因素对其进行识别,通常采用推定的方式。在技术参与的情形下,识别创作构思还需要考虑技术对创作构思的影响方式和影响程度。由于技术是外在于创作构思的因素,只有剥离技术因素才能判断是否存在源于作者的创作构思。鉴于此,笔者提出“若剥离技术因素,具体创作构思仍可推定”的识别方法。

判定创作构思需要借助的客观因素主要是人的行为及其结果,⁽⁴⁶⁾即人运用技术手段实施的行为及其结果。人对技术的掌控程度直接决定着具体创作构思是否可以被推定。在人能够充分控制技术的情形下,技术因素实际上处于被剥离的状态。例如,在人运用笔墨纸砚和非自动摄影器械创作作品时,这些创作工具只是被动地接受人的支配,人能

(42) 林崇德、杨治良、黄希庭主编:《心理学大辞典》(上),上海教育出版社2003年版,第941页。

(43) 黄欣荣:《现代西方技术哲学》,江西人民出版社2011年版,第211页。

(44) 参见《九歌系统:关于我们》,载九歌——人工智能诗歌写作系统网站, <https://jiuge.thunlp.org/about.html>, 2025年2月19日访问。

(45) 参见郑光旭:《绘画创作的目的、方法和过程》,载《美术观察》2022年第11期,第112页。

(46) 只有在创作构思真实、具体,并且作品创作因果关系具有“直接性”和“同一性”时,作者的行为及其结果才能被称为创作行为和创作结果。

够自主实施创作行为并产生相应的创作结果。在运用此类工具进行创作时,作者头脑中一定存在着关于创作行为实施方式和创作结果呈现方式的具体创作构思,作者所实施的创作行为、所形成的创作结果也一定是具体创作构思的直接映射,创作结果对作者而言是可预见的。因此,从创作结果的呈现方式和创作行为的实施方式入手,可以推定创作构思的具体形态,即还原作者头脑中的具体创作构思。

如果特定技术的运行具有相对独立性,人可能无法对其进行充分控制。在此情形下,剥离技术因素并推定具体创作构思的著作权法意义就更为明显。以“人工智能文生图著作权第一案”为例,人工智能技术的使用者输入了“超逼真照片”“彩色照片”“酷姿势”“看着镜头”“胶片纹理”等提示词,设置了采样方法、清晰度、引导系数等参数,并生成了图片。⁽⁴⁷⁾ 若要通过“输入提示词和设置参数”的行为和“生成图片”的结果对创作构思进行推定,需要假设在“文生图”的过程中人工智能技术没有发挥任何实质性作用,图片完全由自然人创作而成,即“剥离技术因素”。以此假设为基础,不同的自然人或者同一自然人在不同时间,根据特定提示词、参数所包含的信息进行绘画或者摄影,完全有可能获得无穷多的、各不相同的图片。这种现象既说明图片与特定提示词、参数之间并不存在唯一的对应关系,也说明不同自然人或者同一自然人在不同时间面对特定提示词和特定参数时,其头脑中所构思的图画形象是有差异的。因此,在某一自然人用文字的形式写出特定描述性词汇(如前述提示词)时,我们无法判断其头脑中究竟形成了何种具体的图画构思。同理,我们也无法推定人工智能技术的使用者在输入提示词和设置参数时是否形成了具体的创作构思,即“具体创作构思不可推定”。在具体创作构思不明的情形下,创作行为和创作结果亦无从判断,“文所生之图”也难以被认定为具有独创性的作品。

四、技术在创作行为阶段作用于作品独创性

创作行为是创作构思的实现方式,是形成作品独创性的关键环节。如果没有真实存在的创作行为,就不可能产生作品独创性。“对创作主体而言,任何精妙的构想和丰富的感情,只有以个性化的方式表达出来才能被外界感知。”⁽⁴⁸⁾ 例如,摄影师为了将其独创的构思赋予可见形态,采取了以下行动:让拍摄对象立于相机前并摆出姿势,挑选并搭配服装、帷幔及其他各类配饰,调整人物姿态以呈现优美轮廓,布置光影明暗效果,引导并捕捉预期的人物神情。⁽⁴⁹⁾ 人的自主意识不仅主导着创作构思,也支配着创作行为。技术的运行如果能够被作者掌控,该技术就可以将作者的创作构思有效地传导至创作行为,并最终凝结在创作结果之中,作品独创性将在作者意志的主导下顺畅生成。如果技术的运

(47) 参见“李某某诉刘某某侵害作品署名权、信息网络传播权纠纷案”,北京互联网法院(2023)京0491民初11279号民事判决书。

(48) 苏泽棋:《论著作权对象认定的范式转换》,载《知识产权》2024年第2期,第81页。

(49) See Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony, 111 U.S. 53(1884).

行无法被作者掌控,该技术将阻遏创作行为的实施,进而破坏作品创作因果关系的“直接性”和“同一性”,作品独创性也就无从生成。

(一) 技术对创作行为的助力

在作者可以自主控制技术运行效果的情形下,技术是作者的创作工具,技术之力会辅助或者增强作者之力,使作者的创作行为上承创作构思、下启创作结果。

技术对创作行为的辅助作用主要表现为技术有效承载作者的设计、指令、安排和选择,保证作者的创作构思在创作行为与创作结果之间无障碍传导。我国《著作权法实施条例》第3条第1款强调了作品创作因果关系的“直接性”特征,即“著作权法所称创作,是指直接产生文学、艺术和科学作品的智力活动”。技术只要在作者自主意志的支配之下运行,即可发挥辅助作者实施创作行为的功能,并维持创作因果关系的“直接性”和“同一性”,从笔墨纸砚到数字技术皆遵循此规律。例如,频谱分析工具可以辅助作曲家进行创作,因为泛音的近似值选取、新频谱力度的对应、频谱分段中的泛音选择等关键性参数,都需要根据作曲家艺术想象的声音需求来进行具体调控。⁽⁵⁰⁾又如,利用智能写作技术生成财经类新闻文章的过程主要经历数据服务、触发和写作、智能校验和智能分发四个阶段。在上述阶段中,如果数据类型的输入与数据格式的处理、触发条件的设定、文章框架模板的选择和语料的设定、智能校验算法模型的训练等均由主创团队相关人员选择与安排,主创团队的行为属于与文章的特定表现形式之间具有直接联系的智力活动。⁽⁵¹⁾频谱分析工具和智能写作技术均对作者的创作行为发挥了辅助功能,作者肇始于创作构思阶段的思想情感得以不受干扰地、完整准确地转化为独创性表达。

技术对创作行为的增强作用主要表现为技术对创作行为空间的拓展,助力实现创作结果对创作构思的最优呈现效果,使凝结在作品独创性中的人的贡献(即作者的自主性和创造力)更加丰沛。其一,技术的发展丰富了创作行为所依赖的物质手段。技术是作品独创性的重要物质基础,在技术条件不充分的情形下,作者实现创作构思的难度就会加大。例如,在近代工业化阶段之前,主要造型艺术形式无外乎架上绘画、浮雕和圆雕。这是因为彼时金属的冶炼和铸造技术水平有限,很多艺术创作构思无法最终实现。⁽⁵²⁾随着技术的发展,越来越多的物质手段可以为创作行为提供助力,物质条件制约创作构思实现的状况早已大为改观。其二,技术的发展降低了实施创作行为的成本。例如,在摄像技术发展的初级阶段,运用摄像技术创作视听作品需要较高的专业技能,通常还需要专业机构的支持,公众自由创作视听作品的成本很高,但此类“作为工业模式象征的高成本,在计算机网络环境下已经急剧下降”⁽⁵³⁾。创作手段的丰富和创作成本的降低有助于

(50) 参见杨珽珽:《工具理性与艺术想象——对缪哈伊频谱音乐创作理念的反思》,载《中央音乐学院学报》2021年第1期,第60页。

(51) 参见“深圳市腾讯计算机系统有限公司与上海盈讯科技有限公司因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。

(52) 参见楚小庆:《技术发展与艺术形态嬗变的关系研究》,东南大学2018年博士学位论文,第164页。

(53) Yochai Benkler, *The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom*, Yale University Press, 2006, p.52.

在更广领域内展现创作因果关系的“直接性”和“同一性”,也有助于更多主体在更丰富场景下进行独创性表达。

(二) 技术对创作行为的阻遏

在作者无法控制技术运行效果的情形下,技术不再是创作工具,技术之力甚至会排斥作者之力,进而对作者的创作行为造成阻遏,创作构思也会失去向创作结果转化的机会。在哲学意义上,技术源于人并受控于人。但是,特定技术的具体运行过程并非时刻处于人的控制之下,在人为技术设定了基本运行逻辑之后,技术的运行可以体现出相对独立性。与此相应,人对创作工具的控制力也因为技术运行的相对独立性而被削弱。例如,“放飞搭载相机的气球拍摄地球”活动的实施者将相机固定在气球上并设置为录制状态后,将气球放飞,并主张其从相机自动录制的视频中截取的画面属于摄影作品,应受著作权法保护。但是,搭载相机的气球升空后呈现出一种气球任意自由飞行和相机自动录制的状态,人完全无法控制气球的飞行以及相机的录制,人对于拍摄对象的选择、拍摄时机的把握、拍摄角度和距离的调整等,已经无从谈起,基本没有人的智力因素介入,拍摄出来的结果不是源自人的创作行为,不符合作品独创性的要求。⁽⁵⁴⁾在相机无法被人实质性操控的情形下,人没有渠道通过创作行为进行独创性表达,所形成的画面也不属于作品。

技术的发展对创作行为和作品独创性的影响具有时代性特征。书写绘画、摄影摄像等技术的运行以人类的视觉、听觉等感官为基础,此类技术可被视为对人身体的延伸,能够被动地承接作者的创作行为,也能够忠实地呈现作者的独创性表达。但是,以算法为核心的人工智能技术的运行方式已经无法通过听觉、视觉等人体感官进行直接感知。“算法本质上是不透明的。”⁽⁵⁵⁾一是因为计算过程太快,以至于人类来不及跟上其中的细节;二是因为涉及计算不可约过程,缺乏一个明确的算法把初始输入和最终输出联结起来,初始训练中的隐藏单元也不可解读。⁽⁵⁶⁾由于人类无法捕捉技术细节和解读技术单元,所以人对技术的控制力被削弱。例如,在人工智能技术辅助设计建筑方案的情形下,Stable Diffusion 平台能够介入方案构思、草图绘制、素材生成等多个阶段,将每一阶段生成的结果设定为下一阶段的初始图片,并按照新的提示词继续作画。人类设计师与人工智能技术配合,最终完成了一个建筑从草图设计到定稿的全过程。⁽⁵⁷⁾从人与技术各自发挥的作用看,Stable Diffusion 平台以密集、连续的作用方式介入图形的设计之中,人类参与设计的方式被限缩为输入提示词。由于人对人工智能技术缺乏控制力,该建筑设计图并非作者的独创性表达。在人工智能生成视频的场景下也存在相似的情况,“Runway Gen-3 Alpha 作为领先的商业视频模型,显著提升了视频转绘质量。用户只需上传源视

(54) 参见“邓某某、高某诉北京陌陌科技等侵害著作权纠纷案”,北京市朝阳区人民法院(2015)朝民(知)初20524号民事判决书。

(55) Maayan Perel & Niva Elkin-Koren, *Black Box Tinkering: Beyond Disclosure in Algorithmic Enforcement*, *Florida Law Review*, Vol.69:181, p.181 (2017).

(56) 参见[美]保罗·汉弗莱斯:《延长的万物之尺——计算科学、经验主义与科学方法》,苏湛译,董春雨、孙卫民校,人民出版社2017年版,第142页。

(57) 参见前注,丁磊书,第165页。

频,提供美学方向的提示词或从预设样式中选择,即可获得优质的转绘效果”(58)。之所以出现“输入提示词后形成设计图/视频”的外在效果,是因为人工智能技术自身相对独立的运行过程补足了“输入提示词”与“形成设计图/视频”之间的空隙,即技术运行代替了本应由人实施的创作行为,也剥夺了人进行独创性表达的机会。

(三) 技术应用情形下创作行为的识别

作者的创作行为是实现创作构思的唯一途径,也是形成创作结果的直接原因。从作品创作的本质来看,技术是作者根据自由意志进行独创性表达时所借助的消极手段,不可能实质性地参与到确定构成作品的表达性要素的决策过程。(59) 在作品创作过程中,只有作为创作工具的技术被动无为,作者作为创作主体才能主动有为。正是因为纸笔等传统书写绘画工具的被动无为,作者才得以在自主意志支配下无障碍地进行书写和绘画;也正是因为传统摄影摄像装置的被动无为,作者才获得了创作摄影作品和视听作品的自主空间。与传统书写绘画工具和摄影摄像装置不同的是,人工智能技术具有某种“主动有为”的特点,作者的自主意志和创作空间会受到某种程度的限制,人工智能生成内容是否具有独创性也就成为待解之题。基于“只有技术被动无为,作者才能主动有为”的作品创作规律,可以通过排除技术因素来识别人的创作行为。鉴于此,笔者提出“若技术不替代人力,目标作品仍可获得”的识别方法。

目标作品是作者通过创作行为意欲获得的创作结果,也是作者创作构思的映射。作者为了获得目标作品需要投入特定形式的智力劳动,并亲身实施具体的创作行为,这一过程要求作者具有相应的创作能力。例如,如果作者的目标作品是肖像画,为了获得该作品,作者需要具备人物写生造型能力,并使用画笔进行创作。在肖像画创作过程中,画笔作为技术手段只是被动地承载和记录了作者的创作行为,并未展现出相对独立性,也没有对作者的绘画创作能力和创作行为形成替代。因此,作者自身的创作活动是肖像画这一目标作品独创性的唯一来源,作者的绘画创作能力是不可或缺的因素。(60) 文学作品、建筑作品、摄影作品、视听作品等不同的目标作品对作者的创作能力有不同的具体要求。

如果技术的运行具有相对自主性,技术之力就可能替代作者的创作能力,进而替代作者的创作行为。在各种技术中,人工智能技术运行的相对自主性最为突出。关于人工智能技术的使用者在智能模型中输入提示词和设置参数的行为是否属于创作行为,实践中存在争论。(61) 笔者认为,判断输入提示词和设置参数行为是否属于创作行为的关键是

(58) 罗霄、赵伯祚:《2024生成式AI图像模型年报》,载《艺术学研究》2025年第1期,第152页。

(59) 参见王迁:《三论人工智能生成的内容在著作权法中的定位》,载《法商研究》2024年第3期,第183页。

(60) 作者的创作能力也可能受到技术变迁的影响。有观点认为,“摄影艺术为绘画艺术带来了双重的影响:一方面,它促进了绘画观念的更迭和艺术形式的多样化;一方面,使画家疏于拿笔或懒于动手作画,致使绘画能力严重衰退,也使画家发现美、创造美的艺术眼光逐渐弱化”。参见高鑫:《技术美学研究(上)》,载《现代传播》2011年第2期,第69页。

(61) 有的法院肯定了此类行为属于具有独创性的创作行为。See Chiara Biancheri v. Rai-Radiotelevisione Italiana S.p.A. Law No. 633 of 1941, Art. 1. “RAI Radiotelevisione v. Chiara Biancheri”. IIC 55, 470-474 (2024), at <https://doi.org/10.1007/s40319-024-01441-z> (Last visited on June 27, 2024). 有的法院否定了此类行为的创作属性。See Thaler v. Perlmutter, 130 F.4th 1039 (D.C. Cir. 2025).

认清目标作品对作者创作能力和创作行为的要求。例如,如果作者的目标作品是具有一定篇幅的文学作品,作者需要具备写作能力并将思想情感的具体表达诉诸文字。假设作者只是在纸张上书写了简单的提示词和参数信息,其并不会就此创作出具有一定篇幅的文学作品。可以进一步设想,如果作者的目标作品是绘画作品,作者需要具备绘画能力并进行以色彩、线条为内容的表达。假设作者只是以文字形式在纸张上书写若干提示词或参数信息,其也无法就此创作出绘画作品。对于人类创作者而言,书写提示词和设置参数的过程没有体现作者关于写作、绘画的创作能力和创作行为。而在人工智能技术的加持下,人工智能技术的使用者仅在智能模型中输入提示词和设置参数后,智能模型就会生成具有文学作品和绘画作品外观的内容。同样的提示词和参数之所以在获得目标作品方面发挥截然不同的作用,是因为纸张和智能模型两种技术条件对作者创作行为的替代效果不同。纸张只能被动承载和记录人的行为,无法替代作者的创作行为;但智能模型的运行具有相对自主性,能够替代作者的创作行为。因此,如果人工智能技术不替代人力,输入提示词和设置参数的行为将无法使人类作者获得目标作品,该行为也就不属于创作行为。

五、技术在创作结果阶段作用于作品独创性

创作结果是作品创作的最后阶段,也是作品独创性的最终凝结状态。不同于创作构思和创作行为对作品独创性的动态展现,创作结果是对作品独创性的静态呈现。在此过程中,技术为作品创作提供的手段、预留的空间能够对作品独创性的静态呈现状态产生影响,使得创作结果体现出某种“技术规训性”;技术的进步能够拓展创作结果的外在呈现形态;技术的特质也能够对创作结果中作品独创性的凝结方式发挥引导作用。换言之,技术作为作品独创性的外部物质条件,在与创作构思和创作行为相互作用之后,也会与创作结果一起以静态的方式沉淀下来,采用排除技术因素的方法可以识别创作结果中的创造性要素。

(一) 技术对创作结果外在呈现形态的拓展

创作结果的内在本质与作品独创性一致,并不取决于技术,但技术可以影响创作结果的外在呈现形态,亦即作品独创性的最终呈现形态。以艺术作品为例,“艺术形式不同于技术形式,艺术作品的思想内涵可以远远超越作品本身所处的时代,但艺术作品的物理呈现和艺术形式的客观表现却受到所处时代技术条件特别是物质条件的制约,因为与艺术表现紧密相关的应用性技术,时刻都在直接或间接地影响着艺术表现形态和外观效果”⁽⁶²⁾。在著作权法领域,对作品独创性的最终呈现形态可以进行类型化考察,并表征为

(62) 楚小庆:《技术进步对艺术语言表达与创作形式表现新特征的影响》,载《山东师范大学学报(社会科学版)》2022年第6期,第49页。

作品类型。技术在创作结果外在呈现形态拓展过程中发挥了至关重要的作用,其拓展作用主要包括以下三类:

第一,“技术发展强化型”拓展。技术的发展促进了原有创作手段的优化和升级,使特定领域的作品独创性呈现出与以往不同的效果,客观上促进了典型作品类型⁽⁶³⁾中细分作品类型⁽⁶⁴⁾的拓展。以美术作品的细分作品类型之一的版画作品为例,“当下以数字媒介、摄影技术与其他传统媒介相结合的版画制作方式已然屡见不鲜。层出不穷的版画制作技术不断地扩展着版画的可能,盖里版、蜡油版画、彩拓版画、吹塑版画等新制作方式也在不断产生,与此同时也有着许多正处在实验阶段,未被命名的新的技术尝试⁽⁶⁵⁾。技术发展所引发的细分作品类型的增加对作品独创性具有双重意义:一方面,作品独创性能够以更为开放、多元的形态存在;另一方面,典型作品与其各层次细分作品在独创性呈现形态方面具有一定程度的延续性。因此,“开放性”与“延续性”的统一能够对作品独创性的判定产生影响。

第二,“技术突破催生型”拓展。技术的突破为作品创作提供了全新的手段,作者可以运用新技术进行全新形态的独创性表达,创作出与以往的典型作品类型不相同的新型作品。摄影作品和视听作品就是技术突破所催生的作品类型。感光材料技术的重大突破,促进了摄影技术的产生,⁽⁶⁶⁾摄影作品的出现具有必然性。光学技术的应用和机械技术的突破,促进了电影技术的产生。⁽⁶⁷⁾电影技术的特殊性在于两种重合的相互结合:一是摄影与录音使“过去”与“现实性”相互重合;二是影片的“流”与影片观众的意识流相互重合。⁽⁶⁸⁾电影技术又为作品创作提供了新的机遇,它将文学、戏剧、音乐、舞蹈等艺术形式融于一体,并促进了艺术元素的动态化。计算机技术和网络技术的进步为人们提供了新的图像表达方式,催生出网络游戏直播画面等作品形态。可以预见,技术的突破将使作品独创性的最终呈现形态更加丰富。与此同时,技术的突破也增加了作品独创性认定的复杂性,在新兴技术发展的特定阶段,作品独创性存在与否、存在于何处可能具有不确定性。

第三,“技术实现伴生型”拓展。特定技术在展现其实用功能、实现其技术目标的同时,客观上为人类的创作活动预留了空间,使作者可以在技术的实用功能之外进行独创性表达。我国《著作权法》第3条所示例的图形作品、模型作品、计算机软件作品就

(63) 本文所称典型作品类型包括:(1)诸如我国《著作权法》第3条所示例的“音乐、戏剧、曲艺、舞蹈、杂技艺术作品”“美术、建筑作品”等作品类型;(2)诸如我国《著作权法实施条例》第4条所示例的“歌曲、交响乐”“绘画、书法、雕塑”等更为具体的作品类型。

(64) 本文所称细分作品类型是指诸如我国《著作权法实施条例》第4条所示例的作品类型之下更为具体的作品形态。例如,绘画作品类型之下的水墨画、油画、水彩画等。

(65) 刘丽娟:《版画艺术“过程性”研究》,武汉理工大学2020年博士学位论文,第84页。

(66) See Mary Warner Marien, *Photography: A Cultural History*, Laurence King Pub., 2002, p.10.

(67) 参见[德]瓦尔特·本雅明:《摄影小史、机械复制时代的艺术作品》,王才勇译,江苏人民出版社2006年版,第50页。

(68) 参见[法]贝尔纳·斯蒂格勒:《技术与时间:3.电影的时间与存在之痛的问题》,方尔平译,译林出版社2012年版,第14页。

是与技术功能相伴而生的作品类型,此类作品可被称为科学作品。一方面,科学作品的形成是为了实现特定的技术功能和目标。根据我国《著作权法实施条例》第4条的规定,绘制图形作品的目的是为了施工、生产,以及反映地理现象、说明事物原理或者结构;制作模型作品的目的是展示、试验或者观测。在计算机软件作品中,计算机程序的技术目的是供计算机等具有信息处理能力的装置执行,文档的功能在于描述程序的内容、组成、设计、功能规格、开发情况、测试结果及使用方法。如果剥离技术的功能和目标,科学作品也就失去了存在价值。另一方面,技术功能的实现并没有排斥作者在一定的创作空间内进行独创性表达。由于人类对于新的技术功能的追求不会停止,与技术功能伴生的作品独创性的呈现形态也会不断推陈出新。不过,需要注意的是,技术在实现其自身功能之余,虽然能够为作品独创性预留一定空间,但该空间往往是有限度的。⁽⁶⁹⁾因此,与技术实现相伴生的作品独创性体现出“推陈出新”和“空间有限”双重特征。

(二) 技术对创作结果中作品独创性凝结方式的引导

技术具有自身的运行规律,在技术与作品创作相关联的情形下,作者在创作时需要同时完成两项任务:一是遵循技术的运行规律,以使技术能够支撑创作活动;二是在自主意识的支配下进行独创性表达。在技术逻辑与独创性表达逻辑同时展开的过程中,技术能够为作者想象力和创造力的发挥提供具有某种技术特质的空间和渠道,进而引导作品独创性在创作结果中的凝结方式。

第一,技术引导作品独创性凝结为作者对符号元素的个性化安排。某些技术可以通过符号元素进行描述,在保证技术功能实现的前提下,主体对于如何具体安排符号元素尚有自主选择的空间。这一特点在图形作品、模型作品等科学作品之上体现得较为明显。例如,模型作品的独创性主要体现为作者根据物体的形状和结构,经过自己的选择、取舍、安排、设计、综合、描述,创作出新的点、线、面和几何结构。⁽⁷⁰⁾不同于传统文学艺术作品所具有的“感性”特征,模型作品的“理性”特征较为突出。尽管对模型符号元素的安排不同于文学艺术作品中思想和情感的表达,但是,对符号元素的个性化安排同样可以体现出作者自主的、独特的构思,属于独创性表达。就科学作品的独创性而言,技术对作品独创性凝结方式的引导作用可以分解为以下两方面内容:一方面,技术功能的实现能够为作者提供符号元素及其个性化安排空间;另一方面,技术功能的实现要求作者只能通过个性化安排符号元素的方式完成独创性表达。

第二,技术引导作品独创性凝结为作者对技术功能的个性化运用。例如,摄影师对拍摄对象、角度和光线的选择以及对拍摄设备的调节体现了摄影师对摄影技术的掌控,作者在“选择”和“调节”过程中融入了个性化因素,使得照片在光电技术效果之外具

(69) 图形作品介于科学表达与美学表达的狭缝之间,创作空间受到一定限制。例如,图形作品的独创性可以体现在对复杂物体三面或六面投影图描述角度的选择、对复杂组合体的形体分解、投影法的选择等方面。参见谢晴川:《论独创性判断标准“空洞化”问题的破解——以科技类图形作品为切入点》,载《学术论坛》2019年第5期,第53页。

(70) 参见“北京中航智成科技有限公司诉深圳市飞鹏达精品制造有限公司著作权侵权纠纷案”,最高人民法院(2017)民再353号民事判决书。

有了个性化的艺术效果,成为具有独创性的作品。正是因为作者对技术功能的个性化运用,“选择”和“调节”得以成为摄影作品独创性的凝结方式。在摄像技术的作用下,影视作品最终通过“镜头”及“衔接”⁽⁷¹⁾两个维度来表达艺术魅力与情感,对“镜头”和“衔接”的个性化运用成为影视作品独创性的凝结方式。人工智能技术或许也能够引导作品独创性以特定方式凝结在创作结果之中。例如,人工智能技术的发展催生了“文生图”等新型技术应用场景,关于“文所生之图”是否具有独创性,有法院尝试从设计和修改提示词、参数的角度进行判定,并认为自然人在设计提示词、设置参数以及增加提示词、修改参数的过程中可以体现“审美选择和个性判断”。⁽⁷²⁾但如前文所述,“输入提示词和设置参数”在缺乏目标作品所要求的创作构思和创作行为的情形下,无法体现作品独创性。不过,在坚持“技术外在于作品独创性”立场的前提下,从作者对人工智能技术的个性化运用的角度考察作品独创性在创作结果中的凝结方式,仍然不失为一种值得探索的路径。

(三) 技术应用情形下创作结果中创造性要素的识别

从本质上讲,人的主体性是作品独创性的根源,特定个体在特定时空条件下作出的表达必定具有独特性,至少相对于作者实际参考的现有作品(信息)而言具有最低限度的创造性。⁽⁷³⁾之所以在“源于作者本人”这一基础性要素之外单独考察“创造性”要素,是因为“创造性”要素是对表达的独特性抑或最低限度创造性的直观和具体描述,能够进一步证实该表达源于作者本人。在作者运用技术手段进行创作的情形下,技术功能的作用结果与人的创造性贡献可能在现象层面相互纠缠,甚至呈现出相互融合的状态。由于技术属于外在于作品独创性的物质条件,可以在辨明技术的运行规律和运行效果的基础上,对技术因素进行排除,进而发现创作结果中的创造性要素。鉴于此,笔者提出“若抽离技术因素,创造性要素仍可发现”的方法,对创作结果中的创造性要素进行识别。该方法可以分解为以下两个方面:

第一,若抽离技术的操作方法,人的创造力仍可发现。技术的操作方法是人利用技术规律实现技术功能的途径、步骤、手段。作者只有掌握笔墨纸砚、摄影摄像装置、计算机和数字技术等技术工具的操作方法,才能运用技术手段进行作品创作。在著作权法领域,作者掌握技术的操作方法的意義仅在于使技术能够为作者所控制,技术的操作方法与作品独创性之间没有必然联系。技术的操作方法可以被学习、模仿并重复运用,并不具有稀缺性,但人的创造力源于人的主体性,具有独特性和稀缺性。“为了确定一个作品是否属于创造性劳动的产物,有必要查明作品的作者是否至少在最小程度上参与了创造性过程。”⁽⁷⁴⁾如果特定主体的行为只是机械地遵循技术的操作方法,则该主体并没有在使

(71) 德国学者雷炳德认为影视作品的表达形式体现在图片衔接与声音衔接的构思方面。参见[德]M·雷炳德:《著作权法》(原书2004年第13版),张恩民译,法律出版社2005年版,第153页。

(72) 参见前注,北京互联网法院(2023)京0491民初11279号民事判决书。

(73) 参见崔国斌:《著作权法:原理与案例》,北京大学出版社2014年版,第73页。

(74) Russ VerSteeg, *Rethinking Originality*, William & Mary Law Review, Vol.34:801, p.840 (1993).

用技术手段的过程中展现出创造力。因为没有创造力的投入,即使人运用技术手段获得了文字、图片、视频等具有作品外观的内容,该内容也不属于具有独创性的作品。例如,“人机交互的识别、创作过程受控于预先设定的算法、规则、模板或资源。当交互程序本身提供的内容参数和资源配置单一,用户对于呈现内容仅需进行机械的调度时,用户并未就画面贡献创造性”(75)。用户所获得的画面实际上是技术运行的结果,而非真正的创作结果。只有在“抽离技术的操作方法,人的创造力仍可发现”的情形下,作品独创性才能真实存在。从技术的角度看,辨别并抽离技术的操作方法并不困难,诸如技术提供者关于技术操作的“说明书式”介绍、技术使用者积累的使用经验等信息都有助于对技术的操作方法进行考察。

第二,若抽离技术的功能现象,人的独特性仍可发现。技术的功能现象是由技术自身的规律决定的、在实现技术自身功能时自然展现的状态。技术规律具有客观性,特定主体在运用技术手段进行创作时,技术的功能现象独立于作者的创作活动而存在。尽管笔墨纸砚、摄影摄像装置、计算机等工具的物理性能会影响创作结果的外在呈现状态,但只有源于作者本人的独特贡献才能成为创造性要素,例如,“美学上的‘独特性’反映了作者独特的审美体验,是作者思想情感的个性化表达”(76)。但是,当人对技术的功能产生依赖时,技术的功能现象就会替代人的独特性。“当任何人都可以通过人工智能进行文学创作的时候,作者的独特性仅仅表现在对主题的偏好上,这与工厂流水线上的质检员并无二致。”(77) 辨别技术的功能现象可以从检视技术的构成要素、实现条件、运行过程、实施效果入手。与人的个性化因素不同,技术因素更具普遍性和客观性,更易于观察和测评。因此,从排除技术的功能现象的角度考察人的独特性,看似迂回、间接,实则简便、高效。在前文所述“音乐喷泉著作权第一案”(78)中,若要判断音乐喷泉喷射效果是否属于艺术表达,可以首先考察涉案硬件设备和控制系统的运作状况,进而辨别技术的功能现象。如果在抽离技术的功能现象之后,仍然可以在音乐喷泉喷射效果中发现人的个性化的艺术表达,被充分揭示的技术逻辑就更有利于支撑“音乐喷泉的喷射效果属于作品”这一裁判结论。在人工智能技术参与作品创作的场景下,若要辨别技术的功能现象,需要对相关模型的数据、算法、算力进行考察。如果驱动人工智能程序实现“文生图”功能的关键词和参数属于技术指令,则“文生图”属于功能现象;如果在抽离人工智能技术的功能现象之后,仍然可以在生成内容中发现人的独特贡献,作品独创性中的创造性要素就会在创作结果中显现。

(75) “北京甲科技公司、浙江某科技公司与北京乙科技公司侵害作品信息网络传播权及不正当竞争纠纷案”,杭州互联网法院(2021)浙0192民初3494号民事判决书。

(76) 王国柱:《著作权法中作品独创性的审美逻辑》,载《法学研究》2023年第3期,第134页。

(77) 李沐春:《从马克思“机器论片段”看人工智能时代的文学生产危机》,载《中国社会科学院大学学报》2024年第11期,第156页。

(78) 参见前注,北京知识产权法院(2017)京73民终1404号民事判决书。

六、结 语

著作权法中,作品独创性的技术逻辑以“人—技术—作品独创性”的关系为依托。在作品创作的创作构思、创作行为和创作结果三个阶段中,技术对作品独创性的作用方式既有各自的特点,又有共通性。人是技术的主体,“作者主体意识是产生一切著作权现象的根源与核心”⁽⁷⁹⁾。作为外在于作品独创性的因素,技术对作品独创性的作用需要通过作者主体意识这一内因来实现。技术如果能够在作者自主意识的支配下运行,就能够对作品独创性产生积极影响。反之,则会产生消极影响。作品独创性的技术逻辑蕴含着通过排除技术因素来发现人的因素,进而识别作品独创性的实践功能。由于技术因素具有相对客观、相对容易识别的特点,采用“排除法”对作品独创性进行识别的操作方法具有独特优势。在数字技术时代,作品独创性的技术逻辑是著作权法回应技术发展的重要支点,揭示和运用作品独创性的技术逻辑有助于更好地实现著作权法的制度功能和价值目标。

Abstract: Technology serves as the extrinsic material condition for the originality of works, and the technology that the author can control is the creative tool to form the originality of works. The role of technology in the originality of works runs through the creative process, including stages of creative conception, creative acts, and creative results. In the stage of creative conception, if the technology can be controlled by the author, it will bring benefit to the creative conception. On the contrary, it will eliminate the creative conception. Therefore, the method of ‘if the technical factors are stripped, the specific creative conception can still be inferred’ can be used to identify the creative conception. In the stage of creative acts, if the technology can be controlled by the author, it will facilitate the creative acts. On the contrary, it will inhibit the creative acts. Therefore, the method of ‘if the technology does not replace manpower, the target works can still be obtained’ can be used to identify creative acts. In the stage of creative results, technology affects the external presentation of creation results and the condensation of originality in the creative results. Therefore, the method of ‘if the technical factors are removed, the creative elements can still be found’ can be used to identify the creative elements in the creative results.

(责任编辑:任彦)

(79) 余俊:《中国著作权观念与标识性范畴的形成》,载《当代法学》2023年第4期,第116页。