

AIGC 生成图片可作品性研究

谢邦顺 李俊贤

上海政法学院，上海

摘要 | 随着AI时代的到来，使用AIGC进行“创作”的行为愈发常见。使用者通过输入关键词和选择绘画风格等行为，促使AIGC生成图片，这种由AIGC生成的图片难以构成作品取得作品地位。《著作权法》有着特定立法目的，对作品构成要件进行了明晰。作品创作主体必须是自然人，即使将AIGC使用者视为图片作者，生成图片也无法构成作品。受制于算法黑箱的存在，使用者无法控制改进图片生产过程。对作品进行多角度分析，不难发现，AIGC生成的图片可能满足独创性要求，但产生过程不符合创作定义，不应称作智力成果，更不应取得作品地位。

关键词 | AIGC；独创性；著作权；创作

Copyright © 2024 by author (s) and SciScan Publishing Limited

This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/). <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>



1 引言

以 OPEN AI 公司推出 Chat GPT 为标志，AIGC 技术在数年间获得了突飞猛进式的发展，利用 AIGC 进行诗歌、图片、程序生成成为潮流。但生成物是否应

作者简介：谢邦顺，上海政法学院硕士在读，研究方向：法律学院法律硕士（非法学）民商法方向；李俊贤，上海政法学院硕士在读，研究方向：法律学院法律硕士（非法学）民商法。

文章引用：谢邦顺，李俊贤. AIGC生成图片可作品性研究[J]. 社会科学进展, 2024, 6(2): 433-450.
<https://doi.org/10.35534/pss.0602034>

当受到著作权的保护,产生了激烈的讨论。^①

今年 8 月 24 日,北京互联网法院依法公开开庭审理了中国第一起“AI 文生图”著作权案件。此案中,原告利用 AIGC 生成人物图片,并首发至社交平台。被告则将该图片作为文章配图删除署名进行转载,由此引起纠纷。原告认为生成图片构成《著作权法》上作品,因为图片模型的选择、提示词及反向提示词的输入、生成参数的设置均体现其独创性智力劳动。^②而被告擅自截去了原告署名水印,使得相关用户误认为作品作者为被告,严重侵犯了原告享有的署名权及信息网络传播权,构成侵权。^③本案最终于 2023 年 11 月 27 日作出判决,北京互联网法院认可生成图片构成作品,判决被告向原告道歉赔偿。^④“AI 文生图案”极具指导性,其判决书中明确了图片作品的两大构成要件:即作品应当是具有“独创性”的“智力成果”。但事实上从判决来看各地对 AIGC 生成物法律地位认识存在不同。一方面,存在深圳市南山区法院作出的认可生成物作品地位的判决^⑤,另一方面,也有百度公司诉菲林案对生成物的可作品性不与认可的判决。^⑥前后两个同类型权属纠纷诉讼,判决结果却出现完全对立的两种结论,可见在司

① 关于 AIGC 生成物是否应当受到著作权保护,近年来学术界进行了大量讨论。王迁针对生成物生成过程和各种新兴学说进行讨论分析;杨述兴针对是否应当修改独立性标准进行探讨;丁晓东通过对著作权进行分析来探究生成物的可作品性。

② 北京互联网法院. 17 万网友在线关注 央视新闻全媒体直播北京互联网法院“AI 文生图”著作权案 [EB/OL]. (2023-08-24) [2023-11-08]. <https://mp.weixin.qq.com/s/rdzetOfPu9zQaKO4ZVDCwQ>.

③ 北京互联网法院. 17 万网友在线关注 央视新闻全媒体直播北京互联网法院“AI 文生图”著作权案 [EB/OL]. (2023-08-24) [2023-11-08]. <https://mp.weixin.qq.com/s/rdzetOfPu9zQaKO4ZVDCwQ>.

④ 参见 (2023)京0491民初11279 号判决书。判决书中指出“从原告构思涉案图片起,到最终选定涉案图片止,原告进行了一定的智力投入,涉案图片体现了原告的智力投入,故涉案图片具备了‘智力成果’要件。”;原告通过提示词进行设计,体现了原告的选择和安排。另一方面,原告通过增加提示词、修改参数,不断调整修正,最终获得了涉案图片,体现了原告的审美选择和个性判断……涉案图片并非“机械性智力成果”。可以认定涉案图片由原告独立完成,体现出了原告的个性化表达。综上,涉案图片具备“独创性”要件;指出“生成图片本质上仍然是人利用工具进行创作,只要能体现出人的独创性智力投入,就应当被认定为作品,受到著作权法保护”。

⑤ 参见腾讯计算机系统有限公司与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。

⑥ 参见北京菲林律师事务所诉北京百度网讯科技有限公司侵害署名权、保护作品完整权、信息网络传播权纠纷一案,北京互联网法院 (2018)京0491民初239 号民事判决书。

法实践中并未形成统一结论。有必要对生成图片的可作品性进行分析明确。

2 AIGC 生成图片可作品性基础明晰

AIGC 生成图片可作品性的确是一个值得探究的问题,一旦承认其作品地位,生成图片自然应当被纳入《著作权法》进行保护。但并非所有生成图片都应当进行讨论,毕竟有的成果即使由自然人生成,但依然不可能构成作品,此种并无任何讨论和分析的必要,对其进行分析毫无意义。是以若要对 AIGC 生成图片进行分析和探讨,首要要求便是生成物符合作品的表现形式要求。即仅从外在表现形式进行分析,不考虑独创性要求,也不考虑是否满足相关特定主体要求,仅针对表现形式进行判断其是否和人类创作作品相同。只有明确了图片的讨论前提,接下来才能在现有的《著作权法》框架内分析生成图片的可作品性。现有 AIGC 实现了对问题的及时理解回答,处理上传文件,部分可以进行逻辑推理和算法续写。^①

“依靠着远比传统算法模型更为复杂灵活的神经卷积模型,实现对各种数据更加深入和深刻的分析”,AIGC 快速反应并作出回答。甚至并不惧怕连续变化的追问,“个性化”“智能化”水平极大提高。但虽称为“自主化”“智能化”反应,但生成图片实质上属于特定算法和规则应用的结果。只是相较昔日程序,现有 AIGC 程序对概率论应用更为深入,事先海量数据的导入和充分训练,使得答案的正确性和针对性获得提高,通过算法实现词句之间的搭配和分布,实现对提问者问题的合理延展,^②但仍旧和人类创作有着实质差异。AIGC 可以依据算法、程序或模型利用所谓“深度神经网络”实现对照片色彩、风格转化。^③这种转化使得其生成图片同原始状态产生实质性差异,此时可以说是使用者利用

① 任文岱. ChatGPT热度不减 [N]. 民主与法制时报, 2023-03-22.

② 王阳. Chat GPT生成的内容有著作权吗 [N]. 上海科技报, 2023-05-31.

③ 参见相关新闻报道:《效果惊艳 你应该试试 Prisma 这款软件》,载搜狐网2016年8月1日, https://www.sohu.com/a/108459396_115831;钱好:《一键“变身”毕加索“文艺心”修图软件为何走红?》,载《文汇报》2016年8月2日第10版;刘燕秋:《Prisma 走红AI试水图像处理》,载《21世纪经济报道》2016年8月17日第16版。

AIGC 或者说 AIGC 从无到有生成了一张图片,即该图片在表现形式上的确属于完全原创的作品。此时单从形式上判断的确可以认为生成图片符合《著作权法》中对相关作品的形式要求。

例如:对照片进行色彩、对比度、风格等的修缮和改变后,两张图片摆放在一起时,普通人都很难发现是同一张图片,此时普通人很大可能性会认定独创摄影作品,或者至少认为是对旧作品的新“演绎”。在表现形式上,对原始图片色彩、对比度、风格等进行改变后,很难说和原图就是一张图片。同时这种改变中的确蕴含着作者的主观判断和独特选择,使得这张新图片被打上了作者的印记。对于这样的由 AI 生成的作品,即使并非摄影师创作,但其单纯表现形式来看的确符合相关作品要求,是以需要进行分析 and 探讨即使如此。正是因为这样的各种原因,不少学者支持 AIGC 生成物的可作品性。^① 正是因为生成图片满足的图片作品的基本形式要求,才有了对 AIGC 生成图片进行分析的基础。所以确有必要,通过明晰《著作权法》中的构成要件,对生成图片的可作品性进行探究。

3 智力成果要件: 分析生成图片的创作过程

在刚刚作出判决的“AI 文生图”著作权案件中,北京互联网法院公布的判决书中也明确“智力成果”是生成图片能否构成作品的重要条件之一,^② 我国《著作权法》第三条和《著作权法实施条例》(以下简称“《实施条例》”)第二条也明确作品的本质属性为智力成果,并同时规定创作过程进行了规定,指明创作应当是一种能直接产生某种特定艺术领域作品的智力活动。^③ 可见要分析生成图片的可作品性,首先必须确定其属于智力成果。

① 如李晓宇认为:“可以将 AIGC 视为创作工具从而将有关生成物纳入著作权法保护的轨道”;黄汇、黄杰认为:“可以在著作权法中拟制一个新的作者主体实现对生成物可作品性的合理化”;许春明、袁玉玲指出:“对生成物进行保护有利于激励对 AI 产业的投资”。

② 参见(2023)京0491民初11279号判决书“从原告构思涉案图片起,到最终选定涉案图片止,这个过程来看,原告进行了一定的智力投入,比如设计人物的呈现方式、选择提示词、安排提示词的顺序、设置相关的参数、选定哪个图片符合预期等等。涉案图片体现了原告的智力投入,故涉案图片具备了‘智力成果’要件。”

③ 《著作权法实施条例》第三条第一款。

3.1 智力成果概念明晰

何为智力成果，其实并不难理解。但若提出一个可直接适用的客观标准确有困难，我国《著作权法》和《实施条例》中并未作出具体规定，但对创作进行了规定，是以我们可以通过一些典型案例结合创作的定义来明晰何为智力成果。

澳大利亚的 Telstra 案最为典型，Telstra 公司因其编制的电话号码簿被电话号码出版公司出版，而提出了侵权诉讼。其后的审理中，法院并不认可 Telstra 公司提出的电话号码簿属于汇编作品的观点，其中很重要的一个理由就是“其并非人类创作产生，而是计算机算法自动生成。”^①可见人的智力活动和智性努力对于作品极为重要。是以需要对生成物的生成过程进行分析，探究其是否满足“创作”的法定要件，是否内涵自然人的智力活动。若生成物虽表现形式符合相关法定要求，但实质不属于人的智力活动成果时，其自然不可能属于作品。

3.2 分析生成图片的创作过程

在 AIGC 生成图片的过程中，使用者输入了指示和要求，使得 AIGC 能够针对要求和指令作出反映从而生成图片。这样看来使用者利用了 AIGC 作为创作工具进行了创作，于是辅助工具说应运而生，提出可以将 AIGC 视为辅助工具，此时其生成物实际上是自然人主体利用工具进行的创作，人的主观选择融入创作过程中最终形成了该项生成物。这实际上是认为生成过程中人类通过选择和指挥实现了对生成图片的控制，这种创作过程中人以脑力劳动的形式对创作进行干涉控制，自然属于智力成果。“AIGC 是创作工具，就像人利用不同的画笔和画纸一样，人发出指令使其生成的产物属于人利用工具创作的作品……将 AIGC 生成物理解为为人的智力成果并无不可”。看似满足构成要件的要求，但在此过程真的是符合创作的规定吗？其中真的体现了人的智慧吗？需进一步分析。

《实施条例》第三条第一款明确，创作是能够直接产生特定领域作品的人类智力活动。可见我国对于作品和创作者之间关系有一定要求，即作品应当直接和创造者的智力活动相联系。另一个角度，即要求创造者的智力活动直接生

^① Telstra Corporation Ltd v Phone Directories Company Pty Ltd, [2010] FCA 44, para. 5.

成满足独创性要求并可以以一定形式复制的作品。可见作品和创造者之间的联系是如此紧密，必须直接和创造者智力活动联系。同时本条第二款也明确，仅提供咨询意见、物质支持或其他辅助的不视为创作。这也就意味着若作品和创作者的智力活动仅拥有间接联系，如仅对作品提出修改建议，创作理念和绘画风格等指导、指示等并不能直接生成作品的行为不能称为创作。可见作品是创作者通过一定形式展现的智力成果，而其中的最重要的是创作者思想的表达，每种作品都通过其特有形式来表达创作者思想。例如，文字作品通过遣词造句、故事情节等形式展现。^① 雕塑作品通过结构、线条等形式展现。^② 游戏通过游戏角色外形、角色名称、游戏剧情等内容展现。^③ 正是这些表达使得作品具有了独创性，实现了和其他作品的区别。

我国在《歌乐山烈士群雕》著作权权属案件的判决中，充分体现只有直接产生作品的智力活动才能称为创作这一观点。这起案件中某美院教师叶某接受委托创作烈士雕像，在完成初始模版后，负责联系委托人的联络人刘某在看完后提出修改意见。判决书显示：“二人以一稿和二稿为基本框架形态，指导木工对框架进行放大制作了初版雕塑。…其中刘某不仅参与初堆型工作，还在叶某指导下进行其他工作……同时刘某针对性提出完善建议，这些建议部分被叶某以符合创作理念和表现手法进行吸收。”^④ 后刘某认为自己在创作过程中提出建议并被实际采纳，据此认为自己应属于雕塑共同创作者，享有对应权利。但判决显示法院未认可刘某主张，并指出：雕像放大稿完成过程中，叶某实际对雕像享有控制。虽刘某针对性提出完善建议，但该建议是否被采纳，采纳后应如何修改由叶某决定，刘某无法直接控制雕塑创作。雕塑创作全过程的创作风格、理念、基本结构形态、表现手法等方面保持高度一致，刘某的建议并未使其产生根本不同或改变，出现的细小变化无法单独构成创作。由此法院认为刘某对

① 参见于正抄袭琼瑶案，北京市第三中级人民法院（2014）三中民初字第07916号民事判决书。

② 参见于正抄袭琼瑶案，北京市第三中级人民法院（2014）三中民初字第07916号民事判决书。

③ 参见《我叫MT》诉《超级MT》游戏案，北京市知识产权法院（2014）京知民初字第1号民事判决书。

④ 参见刘国础诉叶毓山侵害著作权纠纷上诉案，四川省高级人民法院（1990）川法民上字第7号民事判决书。

雕像并无著作权。通过这一典型案例可知,作者的创作要和作品之间具有紧密且直接的联系,并通过这种联系表现自己的思想。

同时,2023年2月美国版权局处理的《黎明的扎里亚》案,也明确了创作要和作品之间据有紧密且直接的联系。此案由一部名为《黎明的扎里亚》漫画引起,其作者克里斯蒂娜宣称其独立创作漫画并要求进行版权登记。但随后,版权局发现克里斯蒂娜登记前后曾多次在社交平台上宣称其实是利用了AIGC绘图程序生成漫画。版权局随后对克里斯蒂娜提及的AIGC进行了考察,发现该程序会根据输入要求,自行生成多张图片供使用者选择,使用者可以选择满意的图片或继续修改。版权局认为这样产生图片的过程不符合创作,不应当取得作品的地位,而登记时仅从“作品”外观无法判断,^①于是将版权登记的范围缩小到仅限于克里斯蒂娜创作的范围,即其在图片中撰写的文字内容,以及对文字与图形如何匹配进行的独创性选择、协调与编排,实际是认可克里斯蒂娜创作了汇编作品。

克里斯蒂娜并不接受该决定,认为AIGC仅是辅助工具,自己只是利用了这一工具进行了创作。^②她认为自己向AI输入的指示才是“核心的创造性投入”,如果没有自己不断重复,不断修改指令,AIGC无法在短时间产出令他满意的图片。^③版权局则认为,即使指令明确也无法让AIGC生成让使用者满意的图片。虽然指令对图片生成具有重要指引作用,但不能直接决定特定结果,这种特定命令和指示同AIGC实际生成图片的“距离”过于遥远,无法达到直接产生的程度,是以克里斯蒂娜没有充分控制图片生成。运用AIGC和运用Photoshop、美图秀秀等修图软件存在不同,若使用修图软件或其他图片编辑软件,使用者在使用过程中可以随时主动决定如何对画面进行修改完善,可以进行实时调整并直接控制最终形成图片。但运用AIGC无法达到这种“直接”,因此版权局认为克里

① 参见美国版权局对此指出:“(克里斯蒂娜)申请并没有披露她使用了AI生成内容……本局的结论是原登记证书是根据不准确的和不完整的信息发出的。如果本局当时就知道克里斯蒂娜现在提供的信息,就会将登记范围缩小,排除由AI技术生成的内容。”

② Copyright Office, Re:Zarya of the Dawn (Registration#VAu001480196), p.3.

③ Copyright Office, Re:Zarya of the Dawn (Registration#VAu001480196), p.8.

斯蒂娜不能称作利用工具进行创作，其创作过程无法体现融入了克里斯蒂娜的智慧。并指出图片要素来源不是克里斯蒂娜，而是训练数据和算法选择的结果。^①

克里斯蒂娜反驳“没有人类创造性指令输入，AIGC 是不能产生图片，因此图片属于人的创作，创造者应当享有权利。”版权局对此回应道，即使输入特定指令也无法保证必然生成令使用者满意的图片。实际上使用者的指令仅仅起到了提示作用，只是给 AIGC 框定了大致范围，其类似上文中委托人对雕塑主题的选择。克里斯蒂娜可以雇佣一位画家，并向其提出很多要求如：太空主题；主角在太空船控制室内对着中老年白人女性的全息投影交流；同时飞船外形独特；整体上要像电影一样细节真实。即使是提出这些细节要求并画出图片，克里斯蒂娜依然不是图画作品作者，作者属于接受指示并直接画出图画的受托画家。同理，不论对 AIGC 下达的指令有多具体明确，都不可能因此取得作者身份。^②

比如，若向 AIGC 提出“使用星球大战的绘画风格创作恐龙开飞船”的图片，只能使得图片内容和风格确定，但图画的构图结构、色彩配合并非我们决定。不同主体对于不同概念的理解各有不同，一千种算法、规则和模型能产生数百种不同种类的恐龙，其形态和表情的呈现更是不计其数。上述指示可以同老师批改作业类比，老师提出作业主题，学生完成后上交，此后老师多次对作业提出修改意见。但无论学生据此修改了多少次才获得认可，我们都只会说该作业的作者是学生本人。因为整个过程中，并非老师的自由意志决定了作业的内容，而是学生修改并形成了新作业。不难发现，利用 AIGC 和利用纸笔、绘画模版等工具进行创作存在根本不同。AIGC 称作“辅助工具”的观点不符合创作实际，也无法满足《著作权法》的基本价值立场。

通过中外两个典型案例，我们不难发现虽然创作要求人的智力活动蕴含其中，但并未强制要求作品全部内容必须来源于作者，其中可包含他人的建议意见。但相较下作者对作品中的“主要特点”应拥有控制权，他人的修改建议不足以使作品产生根本变化。

① Copyright Office, Re:Zarya of the Dawn (Registration#VAu001480196), p.8-9.

② Copyright Office, Re:Zarya of the Dawn (Registration#VAu001480196), p.10.

但 AIGC 创作过程中, 我们分析后不难发现使用者对于 AIGC 的控制力度很低。从现有报道和资料来看, AIGC 主要是通过算法、规则和模型, 再通过海量数据训练, 实现结果生成。对于 AIGC 而言, 其内容生成建立在研发者事先输入的算法设计、模型建设之上。但在大量数据输入后, 即使研发者也无法对生成过程进行干涉, 更不用说将及时调整创作过程使得自由意志融入创作过程了。

现有 AIGC 可在使用者的提示和要求下, 按照使用者的要求使用特定绘画风格和特定绘画元素, 创作出一副或多幅作品任使用者挑选。此时, 如仅从表现形式考量绝大多数人会认可其具有可作品性。但事实上 AIGC 生成图片和画师作画间存在本质性的差异。于画师而言, 在不同年岁、不同心境下, 同样主题、同样元素, 绘制作品都会或多或少呈现出不同。甚至在同一阶段绘制的同一主题的作品, 也会出现不同, 这正是作者智力在作品中的体现。但 AIGC 是通过预设算法、规则和模型, 通过海量数据训练生成结果。由于算法、规则和模型是固定的, 不论何人使用 AIGC 生成图片, 只要输入提示或要求一致, 所获结果将是唯一, 因为生成结果不可能脱离程序的预先设定, 所以即使使用者想基于自由意志对生成过程和结果进行控制, 也完全不可能。^① 这种预先设定导致使用者利用 AIGC 进行创作时, 使用者无法将聪明才智融入生成图片, 更不能体现使用者的思想表达。使用者只能挑选生成图片, 而无法在生成过程中对图片进行修改, 此过程难以称作创作。此情况下, 生成图片中并未蕴含人类的智慧, 使用者只是对图片产生间接影响。生成图片也难以称为智力成果, 自然并不具有可作品性。

4 独创性要件: 基于不同标准分析生成图片“独创性”

《著作权法》对作品都构成要件进行了明晰, 其中另一个要件就是“独创

^① 这和其他程序还不一样。比如使用摄影程序, 不同的摄影师可以选择使用光圈、风格、焦距相同等一切完全相同的相机对同一景色进行拍摄, 但此时摄影师在拍摄过程中即使不调整相机参数也可以通过调整构图、视角或采取补光板等各种方式实现对拍摄成片的直接控制。而在使用 AIGC 的过程中, 使用者只能被动选择已经产出的内容, 在生成过程中毫无控制权。

性”^①。在刚刚作出判决的“AI 文生图”著作权案件中，北京互联网法院公布的判决书中也明确“独创性”是生成物能否构成作品的重要条件之一，^②可见要取得作品地位，获得法律保护离不开“独创性”要求。同时并非所有生成图片都可以满足“独创性”作品要件。不少情况下，AIGC 生成图片只是对已有图片的简单复制，对此运用基本的朴素价值观，结合《著作权法》基本原理就可判断。需要进行讨论的，限于 AIGC 生成的满足“独创性”要求的图片。

但具体如何判断“独创性”？有无可直接适用的法律标准？我国《著作权法》并未明确，《实施条例》中也未对这一概念作出明确。^③根据判决和具体实践来看，“独创性”并未产生明确法律标准只能进行个案判断。^④而独创性的确存在一定理解障碍，但是又直接关系到生成物是否可以取得著作权法上的作品地位。有必要对独创性应当如何认定进行一定明晰。

4.1 “独创性”的标准明晰

从域外国家来看，美国司法实务中涉及独创性的判例最早可追溯到 1839 年马萨诸塞州巡回法庭审理的 Gary Et Al.v.Russell Et Al. 案。^⑤该案虽未明确提出独创性理论，但初步体现了“主观”和“客观”的分析路径差异。其后通过一些案件对独创性进行了探索，在 Saronyv.Burrow-GilesLithographicCo. 案件中通过主观创作行为与创作过程论证了照片的原创性。^⑥在 Walter v. Lane 案件中首次探讨了作品独创性，突出独立创作的过程。^⑦在 AlfredBell & Co. Ltd. v. CataldaFineArts.

① 《著作权法》第三条第一款。

② 参见（2023）京0491民初11279号判决书：原告对于人物及其呈现方式等画面元素通过提示词进行了设计，对于画面布局构图等通过参数进行了设置，体现了原告的选择和安排。另一方面，原告通过输入提示词、设置相关参数，获得了第一张图片后，其继续增加提示词、修改参数，不断调整修正，最终获得了涉案图片，这一调整修正过程亦体现了原告的审美选择和个性判断……涉案图片并非“机械性智力成果”。在无相反证据的情况下，可以认定涉案图片由原告独立完成，体现出了原告的个性化表达。综上，涉案图片具备“独创性”要件。

③ 《著作权法实施条例》第二条。

④ Copyright Office, Re:Zarya of the Dawn (Registration#VAu001480196), p.10.

⑤ Gary Et Al. v. Russell Et Al [Z], 10 Fed. Cas. Page 1035, No. 5728 (Circuit Court,D.Massachusetts.1839).

⑥ Saronyv.Burrow-GilesLithographicCo. [Z], 17F.591 (Circuit Court,S.D.NewYork.1883).

⑦ Walter v. Lane [Z]. [1900] A. C. 539 at 545.

etal. 案件中提出了“可区别的变化”标准。^①最终在 Feist 案中形成了当前普遍承认的独创性标准，即一件作品需要满足：（1）独立创作；（2）具有最低限度的创造力；^②即使是在德国、法国、瑞士等大陆法系国家，独创性标准的发展也体现出一定的趋同性。瑞士 2003 年出现了里程碑式的 Marley 案件，瑞士联邦法院认为作品的个性应当基于作品本身判断而不考量作者相关个性，将某特定作品与同类作品进行比较以衡量创造性，从而衡量特定作品的个性。在德国，这一概念被称为“die Schutz der kleinen Münze”小硬币规则。^③在法国，“独创性”这一概念由司法与学说演变而来，法院认为独创性是“作者个性的印记”。

“独”实际上是对新旧作品相似程度的判断，要求作者独立地进行创作不可抄袭；“创”是指一项作品要想取得法律上的作品地位，其必须同现有作品相比具有最低限度的创新性，实际上就是对创新的程度作出了要求。

我国受此影响产生了两种判断路径，主观主义和客观主义。主观主义标准认为独立创作的过程是作品构成的必备要件，指在对象的独创性认定时，必须存在一个作者主观上存在的，同客观世界完全独立的精神世界，作品是作者从这个世界中以“从无到有”的方式创作出的，即作品是作者主观构想的再现。实际上是对作品的创作过程提出了要求。上述观点的核心可以归结为一点：独立创作的过程是著作权法客体的必要要件。若使用这一观点对生成内容的独创性进行判断，实际上就是需要结合创作过程进行生成物的全面考量。

客观主义标准认为具有作品外观就具有独创性。指在对象的独创性认定中，以最终作品作为唯一判断对象，而对创作的主体与创作的过程不予考量。这一标准最典型的学说就是独立客观说，也可称作结果论。即只要最终产生的作品满足最低限度“独创性”要求，则该作品应取得作品地位并获得法律保护。其实质是不看过程，不看创作主体，只从生成图片这一结果进行分析。

① Alfred Bell & Co. Ltd. v. Catalda Fine Arts, et al. [Z], 191 F.2d 99 (United States Court of Appeals, Second Circuit, 1951).

② Feist Publ'ns., Inc. v. Rural Tel. Serv. Co. [Z], 499 U.S. 340 (1991).

③ [德] 雷炳德. 著作权法 [M]. 张恩民, 译. 法律出版社, 2005: 24-28.

4.2 主观主义标准下生成图片“独创性”明晰

若采用主观主义,认为独立创作的过程是作品构成的必备要件。即独创性认定时,要求作品是作者主观构想的再现,作品是从这个世界中以“从无到有”的方式从作者的精神世界中创作出来。那么在这一标准下,毫无疑问 AIGC 生成物并不符合这一标准,其生成物的确可能属于“从无到有”的方式被创作出来,但很难称作是从作者的精神世界中创作出来。上文已经进行过细致论述,由于使用者对 AIGC 控制远远无法达到想象中的水平,实践中使用者无法在图片生成过程中通过自我意识及时修改图片。使用者不能将自己的智慧融入生成图片,图片也无法体现使用者的思想表达。使用者只能对生成物进行挑选,而无法调整控制生成过程。这当然无法满足主观标准下“独创性”要求,该生成过程也无法成为创作,生成图片自然不具有可作品性。

为解决这一问题,有的学者指出或可将生成式人工智能类比为法人或非法人组织,使得其可以取得法律上的创作主体地位。这种观点承认创作必须出自人的智力活动,但提出可以将生成式人工智能拟制为法定主体,就像法人、非法人组织一样;并提出“不能因为法律的滞后性,未及时将人工智能作为主体纳入《著作权法》,就否认其获得主体资格的可能性。”此种学说实际上希望给予 AIGC 法律拟制的人格,因为其 AIGC 蕴含着开发者的智慧。希望以法人和非法人组织被视为作者的逻辑,将 AIGC 视为作者或将其开发者、投资人、使用者视为作者。如此一来,生成图片就符合了法律意义上“人”的成果,应当进行保护。从形式上,解决了非人成果不保护的法律障碍。但实际上不论是将 AIGC 拟制为作者还是将背后自然人视为作者,都不具有可行性。

法人、非法人组织成为作者不是单纯基于法律规定,而是其可以享有、利用相关权益,并在侵权时承担相应责任,不是单纯为保护著作权而将法人、非法人组织拟制为作者。若仅因为技术发展就毫无根据的创设一个法律意义上的“人”,这样的拟制是毫无意义的,将会导致权利义务的不匹配。以美国著名案例——猴子自拍案为例,该案中猴子抢走来摄像机并拍摄了一张自拍。同时由于这张图片拍摄时机和整体构造都恰到好处,摄影师发表图片并署名,声称自己为版权人。其后美国某动物保护组织起诉,动物保护组织要求法院认定猴

子对该自拍照片享有版权，而摄影师署名发表的行为侵犯来猴子的版权，应当将侵权所得利润返还。^①但最终法院并未认可动物保护组织但观点，即使判决书中也表明：“这只猴子通过其独立、自主的动作，审视和操作了摄影师的照相机，而且多次有意地按下了快门，说明其理解按下快门、快门发出声音以及自己中镜头中映像变化之间的因果关系”。^②这些判决内容至少在形式上充分论证了猴子的自拍是“独创”的，其自拍照片源自猴子的‘劳动’。同时猴子也拥有一定的智慧，至少观察后理解如何操作摄像机。这张自拍照片至少在一点程度上体现了猴子的自主选择，本身满足美国《版权法》上最低限度的创造性。照片在网上的受欢迎程度，也体现照片在表现形式上和内容上和人的作品难以区分，并且实际满足公众需求，且提供了相当的利益。但为何最后法院不支持动物保护组织的诉求，其根本还是在于若给猴子作品《版权法》上的相关地位，和《版权法》的立法目的和立法精神相背离，同时也没有法律依据。

我们不可能为了绕过法律规定，将猴子视为“人”给予作者权利。试问猴能理解著作权法的立法目的吗？猴能正确行使权利和承担责任吗？猴能否发放使用许可？毫无疑问猴都不可能做到。我们应当明确，法律主体有着特殊的资格要求，法律的基本价值立场决定了 AIGC 不具有也不可能具有法律主体地位，因为不论何种情况下其都不可能取得权利能力、行为能力和责任能力。

而若要将 AIGC 的开发者、投资人和使用者视为生成物的作者更是颠倒了法律之中的基本逻辑关系。著作权法规定：“由法人或者非法人组织主持，代表法人或者非法人组织意志创作，并由法人或者非法人组织承担责任的作品，法人或者非法人组织视为作者。”不难看出，《著作权法》将法人、非法人作者规定为作者的前提是已经出现符合构成要件的作品，是现有作品才对作者进行了拟制，而不是先拟制作者在讨论是否构成作品进行讨论。这种拟制在法律基本逻辑上并不合理，又如何能成为将 AIGC 生成图片纳入著作权法保护的依据呢？是以在主观标准下，生成图片并不具有可作品性。

① See *Naruto v. Slater*, 2016 WL 362231 (N.d., 2016), at 1.

② See *Naruto v. Slater*, 2016 WL 362231 (N.d., 2016), at 1.

4.3 客观主义标准下生成图片“独创性”明晰

若采用客观主义，以作品作为唯一的判断对象，认为独立创作的过程不是作品构成的必备要件。这时似乎生成图片具有了可作品性，但是这一判断标准真的合理吗？这一学说实际上是以符合《著作权法》作品结果来证明相关图片符合标准，又被称作“结果论”。

认为 AIGC 生成图片要构成《著作权法》上的作品只需要从作品本身进行分析即可，只要作品具有最低限度的独创性，无需考量创作过程就可以认定为构成作品。其实质是不看过程，不看创作主体，只从生成图片这一结果进行分析，只要达到“创作”的基本标准，就具有可作品性。从这一角度来看，只要 AI 作品和人类智慧创作作品在表现形式上难以区分且内容相似或相同，就应获得平等保护，^① 认可 AI 创作成果的独创性。

以客观标准判断，只要求生成图片在形式上达到了源于人类成果被认定为作品的标准既可以。实际上该理论在逻辑上存在较大问题，不仅背离《著作权法》的立法目的和立法精神，更没有相应的法律依据。我国法律中确实有存在相关但书，使得在出现某种特定情况和因素时可以作出在表面上违背法律逻辑的相关规定。但现有我国法律中并无相关但书规定只要单从结果上考量就可以获得作品地位。若仅仅因为 AIGC 作为新技术、新手段生成图片在形式上符合独创性要求，就在现有著作权法律体系中‘大开方便之门’认可生成图片可以作为作品，既违背法律的相关规定也没有足够的理论支撑。可见基于客观标准认可生成图片可作品性的理论，并没有具体的法律依据，只是基于法律逻辑进行应然推论。这种逻辑形式一旦被举出反例，就将使得逻辑体现崩溃。同时这一逻辑要被大众接纳必须具有普适性，全面适用于所有非人类创作的创作物。

以上文提及的美国著名案例——猴子自拍案为例。猴子自拍满足《著作权法》上最低限度的创造性。照片的受欢迎程度，也体现其表现形式、内容上和人的作品难以区分，并且满足公众需求。但为何最后法院不支持动物保护组织的诉求，其根本在于猴子作品若可以取得作品地位，并不符合《著作权法》的立法目的、

① 朱梦云. 人工智能生成物的著作权保护 [M]. 知识产权出版社, 2021: 69-70.

立法精神。

同时在美国另一个案件中，美国版权局也已同样的理由拒绝将人工智能生成的绘画作为作品进行登记。^①在我国“人工智能生成内容第一案”的北京菲林律所诉百度公司案中，北京互联网法院也明确：“自然人的创作完成仍应当是《著作权法》上作品的必要条件。”^②由此可见，“独立客观说”这种抛弃主图考量，若只对内容提出要求来判断是否符合法定标准，是否在形式上“独创”并能给公众带来利益，其实是有选择的逃避了《著作权法》的立法目的和立法精神。

不过就《著作权法》语境下独创性判断标准并非一成不变，而是处于时刻动态变化之中。虽然单纯的客观主体标准并不可取，并不代表在进行作品独创性判断时客观主义完全不应予以考量。同时随着著作权理论的进一步发展和科学技术的进步，相关独创性理论也不再局限于单纯的某一判断标准，主观主义标准和客观主义标准之间实现初步融合。最直接的体现就在于“创造性”一词被“独创性”和“非显而易见性”所替代。是以在针对相关生成式人工智能生成图片进行判断时既不能局限于主观主义也不能局限于客观主义，要结合相关法律规定进行综合判断。但即使如此，根据现有《著作权法》的规定，也很难将生成图片称作作品。

5 结语

AIGC 的产生和大规模应用使得强 AI 时代好像离我们越来越近，AIGC 已经实现及时对使用者的要求和命令进行反馈。这些技术突破在外人看来好似就是 Chat GPT 推出不到两年的时间内取得的，但实际上相关技术已经发展数十年。

① 参见 *Thaler v. Perlmutter*, D.D.C., NO.1: 22-cv-01564, 8/18/23。法官认为：“法院一致拒绝承认在没有任何人类参与的情况下创作的作品的版权”，并引用了被否定版权保护的“天体、人工培育的花园以及自拍猴子”等案例。“毫无疑问，随着艺术家将人工智能纳入他们的工具箱，用于生成新的视觉和其他艺术作品，我们正在逼近版权的新领域”“生成式人工智能的兴起将会引发关于AI程序中需要多少人类参与才能创作出符合版权保护要求的复杂问题，并且还需要评估从已有版权作品训练的系统产生的AI生成艺术作品的独创性。”法官表示：“本案并不复杂，原告在申请中承认她在创作这项作品时没有起任何作用。”判决书原文：<https://www.courtlistener.com/docket/63356475/thaler-v-perlmutter/>

② 参见深圳腾讯公司诉上海盈讯公司案，北京互联网法院（2018）京0491民初239号民事判决书。

现有 AIGC 还无法具有强 AI 应当具有的类人能力，其本质依然是利用强大的算法实现对数据的收集和使用。

法律的确需要与时俱进，适应技术的发展和社会的变化。但著作权法不会也不应当对一切具有经济价值的成果进行保护，其特定的立法目的和精神，使得著作权法保护对象限制于人类主体。以人为本是始终贯穿于著作权法全过程的基本价值观念。不论是自然人作为作者还是法人和非法人组织拟制为作者，实质上都体现出作品和自然人的不可分性，相关成果实际都始终和自然人紧密联系。技术可能可以在一定程度上实现对人类的替代，但“技术永远不能取得人的思想，也无法等同于人的创造性思考。”

如果强 AI 时代真的出现，强 AI 拥有了人的思维能力和超越人的数据收集能力，也能够进行创造性思考了，那时可能人类的创新能力可能在强 AI 面前不值一提。是否还需要著作权法来激励创作？人的创作是否还有意义？强 AI 的创作是否是创作？相关成果能否取得作品地位？我们在未来讨论也不迟。

参考文献

- [1] 刘艳红. 生成式人工智能的三大安全风险及法律规制——以ChatGPT为例[J]. 东方法学, 2023(4): 29-43.
- [2] 丛立先, 李泳霖. 生成式AI的作品认定与版权归属——以ChatGPT的作品应用场景为例[J]. 山东大学学报(哲学社会科学版), 2023(4): 171-181.
- [3] 李晓宇. 人工智能生成物的可版权性与权利分配刍议[J]. 电子知识产权, 2018(6): 31-43.
- [4] 李晓宇. 人工智能生成物的可版权性与权利分配刍议[J]. 电子知识产权, 2018(6): 31-43.
- [5] 胡开忠. 论重混创作行为的法律规制[J]. 法学, 2014(12): 89-97.
- [6] 牟冰瑶. 算法创作物的独创性判断[J]. 电脑与信息技术, 2023, 31(5): 89-93.
- [7] 牟冰瑶. 算法创作物的独创性判断[J]. 电脑与信息技术, 2023, 31

- (5): 89-93.
- [8] 慕晓琛. 人工智能时代独创性判断标准之坚守 [C] //上海市法学会. 《上海法学研究》集刊2023年第6卷——2023年世界人工智能大会青年论坛论文集. 宁波诺丁汉大学, 2023: 9.
- [9] 杨述兴. 作品独创性判断之主观主义标准 [J]. 电子知识产权, 2007 (7): 64-65.
- [10] 杨述兴. 作品独创性判断之主观主义标准 [J]. 电子知识产权, 2007 (7): 64-65.
- [11] 王迁. 再论人工智能生成的内容在著作权法中的定性 [J]. 政法论坛, 2023, 41 (4): 16-33.
- [12] 李伟民. 职务作品制度重构与人工智能作品著作权归属路径选择 [J]. 法学评论, 2020, 38 (3): 108-124.
- [13] 朱梦云. 我国著作权法视域下的人工智能法律主体资格论证 [J]. 电子知识产权, 2021 (8): 63-75.
- [14] 王雪乔. 人工智能生成物的知识产权保护立法研究 [J]. 湖南科技大学学报 (社会科学版), 2020, 23 (2): 96-102.
- [15] 冯刚. 人工智能生成内容的法律保护路径初探 [J]. 中国出版, 2019 (1): 5-10.
- [16] 李爱君. 人工智能法律行为论 [J]. 政法论坛, 2019, 37 (3): 176-183.
- [17] 郑远民, 贺栩溪. 结果视角下人工智能生成物的保护路径检讨 [J]. 科技与法律, 2020 (3): 14-21.
- [18] 刘维. 人工智能时代著作权法的挑战和应对 [J]. 上海交通大学学报 (哲学社会科学版), 2021, 29 (2): 40-49.
- [19] 杨利华, 王诗童. 人工智能生成内容的著作权客体性思考——兼论作品判定的独创性标准选择 [J]. 北京航空航天大学学报 (社会科学版), 2024, 37 (2): 50-62.
- [20] 左卫民. 大数据时代法学研究的谱系面向: 自科学法? [J]. 政法论坛, 2022, 40 (6): 32-43.

Research on the Workability of AIGC Generated Pictures

Xie Bangshun Li Junxian

School of Law, Shanghai University of Political Science and Law, Shanghai

Abstract: With the advent of the AI era, the use of AIGC for “creation” is becoming more and more common. Users promote AIGC to generate pictures by entering keywords and selecting painting styles. This kind of pictures generated by AIGC is difficult to constitute the status of the work. The Copyright Law has a specific legislative purpose and clarifies the constituent elements of the work. The main body of the work must be a natural person. Even if the AIGC user is regarded as the author of the picture, the generated picture cannot constitute the work. Due to the existence of the algorithm black box, users cannot control and improve the picture production process. After a multi-angle analysis of the work, it is not difficult to find that the pictures generated by AIGC may meet the requirements of originality, but the production process does not meet the definition of creation and should not be called intellectual achievement, let alone obtain the status of the work.

Key words: AIGC; Originality; Copyright; Creation