

论著作权法中作品独创性的判断方法

万 勇 李亚兰

摘 要 无论是基于“可区别的变化”规则、现代知识产权法从劳动转向对象的特定历史叙事、创作行为的事实行为属性，还是基于后现代哲学“作者已死”理论，都无法推导出“独创性判断与创作过程无关”的结论。若主张“创作过程无意义”，将无法解释权利共存、独立创作、著作权法的人文观等诸多方面。独创性判断之所以依赖于对创作过程的考察，是因为其需要证立创作者与作品之间的排他性关系，这又进一步源于法律本身的关系性。结果的差异性只是一种提高法律推理效率的通常性假定，未必表征独创性。在哲学维度上，过程与结果属于划分而非分类（对立），不应将之视为二分法。在创作过程中，主体提供意志，意志支配行为，行为实现结果，三者结合为主体的选择。具体判断时，应先根据创作过程对表达进行归类，这种归类应比法定作品类型更细致，再以同类作品的通常创作过程为标准，判断其是否存在取舍空间，而后判断创作行为与创作意志是否足以表明存在特定关系。独创性判断活动最终要实现的，是主体身份的特定化，而不仅是对象本身的特定化。

关键词 著作权法 独创性 作品 人工智能生成内容

作者万勇，中国人民大学法学院教授（北京 100872）；李亚兰，中国人民大学法学院博士研究生（北京 100872）。

中图分类号 D9

文献标识码 A

文章编号 0439-8041(2025)06-0095-12

一、问题的提出

作为区分作品与非作品的核心标准，独创性需要从智力结果的属中，界定出一定特征的种。^①独创性是须在事前发挥作用的标准。理论供给越充分，实践中其所能发挥的事先界定作用越大。反之，则可能沦为事后的修辞术。先前，我国对于作品独创性的判断有主观标准与客观标准之分，前者倾向于从创作过程，而后者倾向于从创作结果考察独创性（本文称为创作过程无意义说）。^②近年来的主流观点，也多基于著作权法只保护创作成果而不保护创作行为的原理^③，认为独创性的判断应以结果为准，具体的创作过程在所不问。^④然而，每当司法实践遇到新型表达的独创性认定问题时，却又无一例外地会对创作过程进行十分细致的考察。这在体育赛事直播画面、电子游戏操作画面、字库字体、音乐喷泉、临摹作品、短视频等案件的审理中，均有所体现。在人工智能生成内容的独创性认定问题上，尤为突出。由此引发的问题是，创作过程与创作结果

① 参见金渝林：《论作品的独创性》，《法学研究》1995年第4期。

② 参见杨述兴：《作品独创性判断之主观主义标准》，《电子知识产权》2007年第7期；杨述兴：《作品独创性判断之客观主义标准》，《电子知识产权》2007年第8期。

③ 参见雷炳德：《著作权法》，张恩民译，北京：法律出版社，2005年，第3页。

④ 参见卢纯昕：《法定作品类型外新型创作物的著作权认定研究》，《政治与法律》2021年第5期；徐小奔：《论算法创作物的可版权性与著作权归属》，《东方法学》2021年第3期；刘铁光：《作品独创性判定标准调适的准则及其遵守的路径——以体育赛事直播画面独创性的判定为例》，《苏州大学学报（法学版）》2019年第4期；熊文聪：《作品“独创性”概念的法经济分析》，《交大法学》2015年第4期。

存在怎样的关系? 著作权的基础是作品, 无作品则无所谓保护, 独创性判断的首要之义是看创作结果是否达到要求, 但这是否意味着考察创作过程是不恰当的? 以及更为重要的是, 若能考察, 该如何考察才能避免陷入主观? 对该问题的厘清, 对现存及将来可能发生的新型案件的处理, 均具有基础性意义, 但现有研究对此尚无专门关注。

二、创作过程无意义说的成因及其反思

在我国, 创作过程无意义说形成于以下四项因素所共同营造的理论氛围之中: 对美国“可区别的变化”规则的引进、对“近代知识产权法的焦点已从劳动转向对象”特定历史叙事的肯定、民法理论将创作行为归为事实行为的做法, 以及后现代哲学“作者已死”思想的提出。

(一) 受到域外司法判例的影响

独创性理论诞生于美国。最初, 法院多从创作过程的角度对之加以判断。1839 年, 在首次确立该要件的 Gary 诉 Russell 案中, 法官运用劳动、智力付出、品位等概念, 论证为何被告所编书籍应受保护。^① 1879 年, 美国最高法院对宪法知识产权条款中的“writings”作出解释, 指出具有独创性的作品应建立在心灵创造力的基础之上, 且为智力劳动成果。^② 同年, Baker 诉 Selden 案进一步从反面要求作品不应来自抄袭。^③ 1883 年, Sarony 诉 Burrow-Giles 公司案认定拍摄者在拍摄过程中, 对光影及拍摄对象等的安排足以体现独创性。^④ 直至 20 世纪初, 法院的态度多为: 若创作过程体现了作者的劳动、选择与安排, 则表达满足独创性。然而, 这一思路被后来的研究批评认为, 不知不觉给司法施加了并不纯粹客观的标准, 奠定了高度主观的基调, 且可能对传统文学及艺术以外的表达形式造成歧视。^⑤ 就当时的情况来看, 确实导致了众多案件认为作品应当具有审美与艺术价值, 进而造成排斥保护商业性作品的不利后果。^⑥

此后有案件对前述审判思路发挥“矫正”作用, 首先是 1903 年 Bleistein 诉 Donaldson 公司案对审美不审查原则的确立。^⑦ 这是美国著作权史上首个对独创性作出明确性规定的判例。其次是 1951 年 Alfred 诉 Catalda 公司案指出, 作品只要与现有作品存在可区别的变化即可。^⑧ 相较于考察创作过程中作者的真实心理与意图, 微不足道/可区别的变化二分法 (trivial/distinguishable variations) 从客观的角度评价作者的贡献, 更为可行。毕竟法院可能需要借助医学专家的证词, 才能真正确认作者在创作过程中的真实想法。^⑨ 波斯纳在《论剽窃》中讲到, “一件原创的作品仅仅是一件与现存作品有足够大的差异、不会引起混淆的作品”^⑩。我国研究指出: 法无力再现过程。^⑪ 创作过程不可逆转且事后无法探求其真实状况^⑫, 也无法掌握作品创作过程中参与主体的内心情况^⑬。独创性判断不仅无须探究作者的意图或心理状态, 也不问创造的过程、手法及工具。^⑭ 哲学或心理学往往从创造如何诞生的角度进行探讨, 而法律上的创造性更注重结果。^⑮ 最高人民法院有时亦认为, 独创

① See Gary Et Al. v. Russell Et Al, 10Fed. Cas. Page1035, No. 5728(1839).

② See Trade-Mark Cases, 100 U. S. 82(1879).

③ See Baker v. Selden, 101 U. S. 99(1879).

④ See Sarony v. Burrow-Giles Lithographic Co., 17 F. 591(1883).

⑤ See Dale P. Olson, “Copyright Originality,” *Missouri Law Review*, Vol. 48, No. 1, 1983, p. 38.

⑥ 例如认为广告不受著作权法的保护, see *Courier Lithographing Co. v. Donaldson Lithographing Co.*, 104 F. 993(1900)。

⑦ See *Bleistein v. Donaldson Lithographing Company*, 188 U. S. 239(1903)。

⑧ See *Alfred Bell&Co. Ltd. v. Catalda Fine Arts, Inc. et al.*, 191F. 2d99(1951).

⑨ See Russ VerSteg, “Rethinking Originality,” *William and Mary Law Review*, Vol. 34, No. 3, 1993, pp. 840–843.

⑩ 理查德·波斯纳:《论剽窃》, 沈明译, 北京: 北京大学出版社, 2010 年, 第 112 页。

⑪ 参见李琛:《对智力成果权范式的一种历史分析》,《知识产权》2004 年第 2 期。

⑫ 参见熊文聪:《作品“独创性”概念的法经济分析》,《交大法学》2015 年第 4 期。

⑬ 参见李伟民:《人工智能智力成果在著作权法的正确定性——与王迁教授商榷》,《东方法学》2018 年第 3 期。

⑭ 参见熊文聪:《事实与价值二分: 知识产权法的逻辑与修辞》, 武汉: 华中科技大学出版社, 2016 年, 第 124 页。

⑮ 参见卢海军:《原创性 vs. 创造性》,《电子知识产权》2009 年第 2 期; 孙山:《人工智能生成内容著作权法保护的困境与出路》,《知识产权》2018 年第 11 期。

性是指作品由作者独立完成且与已有作品存在差异。^①

然而，首先，法律是在事后处理纠纷，过程回溯是规范性还原，而非事实性还原。时间的不可逆性不构成对创作过程规范意义的否定，否则民法、刑法等所有法律均不应考察人们行为时的主观状况。其次，将创作结果/过程考察等同为客观/主观标准，忽视了“可区别的变化”规则在划分显著变化、普通变化、轻微变化时，也存在主观性。^② 创作结果也需要由人来考察，主观性根源于主体认识能力的不一致，而非创作过程或结果。创作意图、创作手段等，同创作结果一样，均是事实。信息越多，越有助于得出更具客观性的司法结论。再者，结果的差异性未必表征独创性。例如，仅将二维转换为三维，虽然产生了可区别的变化，但由于不存在行为人的独立贡献，故不具备独创性。^③ 而且，纵使同时满足可区别的变化与独立创作的要求，也不一定具有独创性。1959年，机械艺术家让·廷居里在首届巴黎双年展上，用其制作的绘画机器创作了大约4万件抽象表现主义作品。^④ 这些绘画各不相同，且均为独立创作，但难以受到著作权法的保护。猕猴拍照、海豚表演等，也均为适例。最后，若独创性的判断只与创作结果有关，那么独创性将被异化为新颖性并变相提高独创性要求。这可能逼迫法官作出审美审查，因为届时法官除了作品的符号之外，对于创作过程中存在的诸多要素均一概不能考量。

（二）受到特定历史叙事的影响

谢尔曼与本特利曾归纳道：18世纪和19世纪上半叶的前现代知识产权法所关注的焦点是创造的过程，发挥组织作用并将各种规则整合起来的是智力劳动、创造性等概念。^⑤ 但自19世纪下半叶以来，人们逐渐意识到，法律没有能力对知识产权对象的质量、智力程度及创造性作出实质性的判断。现代登记制度亦逐渐向知识财产扩张，而登记的内容是对象本身，而非对象是如何产生出来的。当代知识产权法已经将注意力从智力劳动和创造性上转移开，更多地集中到了对象之上。也从保护对象上所体现的劳动价值，转移到该对象本身的价值以及该特定对象为读者公众、经济所作的贡献之上。^⑥

以上叙事对我国著作权法理论的建构产生了两项直接影响：首先，是对“智力劳动”概念的规范性反思。刘春田教授认为，知识产权是基于智力成果产生的权利。智力活动则是人的内在心理活动与抽象思维过程，只享有劳动法意义上的权利。他进一步认为，知识产权是基于智力劳动产生的权利的观点是不确切的。^⑦ 在法律上，是劳动结果决定劳动性质，产生了作品的劳动才是创作，而不是相反。不应假想可以先认定劳动过程是否属于智力劳动，而后推出劳动结果能否受到保护。临摹过程的艰辛便毫无法律意义。对智力劳动过程的强调，反映了前现代时期法律思维的幼稚。商标权已被公认为知识产权组成部分的事实，也会淡化智力劳动概念在统一知识产权制度方面的功能。^⑧ 其次，对智力劳动概念的反思，进而引发了对独创性理论的新认识：财产法只关注财产形态是否符合法律的要求，而不必追问财产的来源。将独创性表述为作品的表达有取舍余地更为恰当，这种表述把关注的对象从过程转为结果，无论作品通过何种方式得来，只要客观上作品的表达并非必然如此，就具备独创性。^⑨

然而，首先，谢尔曼与本特利的叙事以“知识产权”为主词，引用了专利史作为支撑材料。但著作权法表现出许多不同于专利法的特性，如登记制度对于著作权法的影响要弱于其对专利法与商标法的影响，这是

① 参见最高人民法院（2018）最高法民申4397号林某与斯平玛斯特有限公司著作权纠纷案民事裁定书。

② 美国著作权法实践对于“轻微变化”以及“可区别的变化”的区分及其困境，参见 Russ VerSteeg, “Rethinking Originality,” pp. 848-856.

③ See Melville B. Nimmer and David Nimmer, *Nimmer on Copyright*, New York: Matthew Bender, 2013, pp. § 2.08[C][2].

④ 参见马永建：《后现代主义艺术20讲》，上海：上海社会科学院出版社，2006年，第34页。

⑤ 参见布拉德·谢尔曼、莱昂内尔·本特利：《现代知识产权法的演进：英国的历程（1760—1911）（重排本）》，金海军译，北京：北京大学出版社，2012年，第4、58页。

⑥ 参见布拉德·谢尔曼、莱昂内尔·本特利：《现代知识产权法的演进：英国的历程（1760—1911）（重排本）》，金海军译，第206—229页。

⑦ 参见刘春田：《知识产权法》（第3版），北京：高等教育出版社，2007年，第3页。

⑧ 参见李琛：《对智力成果权范式的一种历史分析》，《知识产权》2004年第2期。

⑨ 参见李琛：《谢馆樵与独创性》，《电子知识产权》2005年第8期。

为两位学者本人所承认的。^① 至今专利法仍以创造性为保护要件，著作权法对作品也仍有智力性要求。独创性亦被解释为最低限度的“创造性”。其次，概念被排除在外的原因，可能是因为当时尚不需要增添其以划定界线。智力与劳动概念之所以在著作权法中趋向失语状态，是因为原来著作权法所保护的所有作品，均能确定其为智力劳动的产物。当人工智能生成内容等新形式日益出现，原本的一致性被打破时，若要提供更加精准的、不同于原本作品类型的权利安排，所能仰仗的也只有“智力”“行为”等概念。最后，关于为何当代知识产权理论有将劳动过程排除在规范之外的迹象，谢尔曼与本特利给出的另一个回答是，“没有任何方法来计算劳动的量”^②。不过，劳动虽不易量化，却可定性。创作行为本身属于劳动，只有存在创作行为，才应继续判断结果是否具有独创性。洛克的劳动财产理论所具有的不可替代的优势，恰在于能在不量化劳动的情况下，使其发挥规范效力，而不单因其无法计算便完全不再考虑。

（三）受到民法相关理论的影响

民事法律事实包含法律行为、准法律行为与事实行为三类。传统民法理论认为，撰写作品、发明技术等行为可以引起著作权关系、专利权关系的发生，属于事实行为。^③ “民法对事实行为的概括往往以行为所造成的客观后果作为最终构成要件。”^④ 我国著作权理论进而认为，创作是事实行为，是否构成创作，关键是看结果是否符合法律规定的要件，只要结果为独立创作，形成该结果的行为便为创作。^⑤ 即便创造成果有时与创造活动同步完成，如即兴演讲或表演，导致实践中无法完全将创造成果与创造活动分开，也应在逻辑上将二者抽象开。^⑥ “拍摄过程实质上是一种事实行为，事实行为或过程不是知识产权的对象。”^⑦ 事实行为与法律行为的根本不同，在于法律效果是否取决于行为人的意愿，即意思表示。由于作品的产生以法律规定的要件是否达成为准，而无论创作者在主观意图上是否希望创作出著作权法意义上的作品，故而将创作行为归为事实行为也并无不可。不过，能否从创作行为属于事实行为中，推导出作品独创性判断与创作过程无关，值得反思。

事实行为分为无目的意思的事实行为与有目的意思的事实行为。创作行为一般可以归为无目的意思的事实行为。无目的意思的事实行为规范的是由行为引致的外在事实过程与事实关系，不要求行为人有产生法律效果乃至事实后果的主观意思。只要事实后果出自人的行为，法律就据此来定其法律效果。然而，无目的意思的事实行为虽不要求行为人有表示意思与效果意思，但有行为意思的基本要求，仍然以行为人为前提。这是事实行为与自然事实的主要区别。^⑧ 事实行为在本质上仍属于行为。事实行为的事实构成通常包括行为的客观内容、行为引起的客观后果、行为与后果间的因果关系，在确定事实行为的法律意义时，不可能放弃对行为本身的描述。^⑨ 作品独创性的认定也同样以事实后果（即作品）出自人的行为为前提。这一点对于人工智能生成内容等机械类表达的作品性认定问题至关重要。承认创作行为的行为属性，又拒绝在独创性判断中考察该行为，在逻辑上自相矛盾。将创作行为归为事实行为，否定的是以不存在创作意图为理由，拒绝对表达加以保护的做法，而非创作过程的规范意义。

与法律对于附合、混合等自然事实所秉持的中立态度不同，著作权法并非消极地围绕作品之上可能产生的争议而提供事先的制度安排，而是对创作行为持鼓励态度。这种功能上的考量，也决定了其需要将行为纳入规范分析之中。鼓励是对创作者的鼓励，只有通过行为，才能将作品与创作者关联起来，将鼓励之意传达至创作者处，进而希求鼓励效果的实现。反对观点可能认为，作品与受鼓励者之间规范关联的建立不必一定通过“行为”概念实现，通过“投资”概念也可以实现。在其看来，可以将鼓励理解为对作品投资者的鼓

①② 参见布拉德·谢尔曼、莱昂内尔·本特利：《现代知识产权法的演进：英国的历程（1760—1911）（重排本）》，金海军译，第215、214页。

③ 参见佟柔：《中国民法学·民法总则》，北京：中国人民公安大学出版社，1990年，第63页。

④ 董安生：《民事法律行为——合同、遗嘱和婚姻行为的一般规律》，北京：中国人民大学出版社，1994年，第113页。

⑤ 参见李琛：《谢馆樵与独创性》，《电子知识产权》2005年第8期。

⑥ 参见刘春田：《知识产权法》（第5版），北京：高等教育出版社，2015年，第6页。

⑦ 马一德：《再现型摄影作品之著作权认定》，《法学研究》2016年第4期。

⑧ 参见常鹏翱：《事实行为的基础理论研究》，北京：北京大学出版社，2016年，第145—149页。

⑨ 参见杨述兴：《作品独创性判断之主观主义标准》，《电子知识产权》2007年第7期。

励，而不必要求作品一定出于自然人的创作行为，只要作品之上体现了投资即可受到保护。但是，投资并非创作力的直接决定因素，只有将投资转化为智力或工具，才能进而促成作品的诞生。个人创作是著作权法的本位，集体创作、法人创作等只是在个人创作模型基础之上演化出来的附生模型。著作权法对于本位的选择，并不抱持“谁经济，谁为主”的功利眼光，而是有其自身的人文关怀。否则著作权法便被异化为投资保护法，大可被完全置入反不正当竞争法之中。

（四）受到后现代哲学观的影响

西方文艺理论将历史演进中出现的作品观归纳为三种主要类型^①：第一，模仿说。其认为艺术的历史起源可以追溯到人类与生俱来的模仿本能以及从观看模仿中获得快感的天性。16世纪以后，人们常用来描述艺术的词汇，例如，反映、表现、复制、摹写等，大意均带有模仿的含义。第二，实用说。其认为艺术作品是在受众身上获取某种效果与达到某种目的的手段，是人工产品及从事某件事情的工具，例如给人以愉悦或教导。相应地也根据作者为了达到某种目的所具备的能力和必须经受的训练来考察作者。第三，表现说。其认为艺术作品本质上是内心世界的外化，是思想、情感、激情的体现。照此，艺术家本人成为创造艺术品并制定其判断标准的主要因素。从古希腊的模仿说，到始于古希腊修辞学与作诗法的融合并延续至18世纪的实用说，到19世纪英国及早期德国浪漫主义的表现说，三种思维方式的出现具有历时性。其中，以表现说对著作权制度的影响最为直接。近现代著作权理论基本肯定作品是创作者思想与个性的表现。

后现代主义哲学的兴起打破了浪漫主义的作者中心观。1968年，哲学家罗兰·巴特在《作者之死》中提出了“读者的诞生应以作者的死亡为代价来换取”^②的经典口号。福柯认为作者概念是人为建构的产物，带有目的性，只有当作者需要被惩罚或者作品被认为违法时，作者身份才从神话人物或宗教人物恢复到现实中的人身上。^③作为哲学、文艺理论与法学相结合的产物，读者中心主义在我国得以形成：作品只是借助作者而生产，与作者的个性没有内在关联，作者并非作品意义的唯一来源^④，作品的意义由读者决定^⑤。这导致了独创性判断的去过程化与去主体化。例如认为独创性判断应从作者中心主义转向读者中心主义，人格特质不是作品受保护的条件。^⑥又如在人工智能生成内容的著作权定性问题上，认为依读者反应理论来界定作品，从受众的角度看其是否产生审美精神效果，不以来源于人类还是非人类为标准，可以较好地解决人工智能创造物的法律地位问题。^⑦

然而，关于“作者之死”，罗兰·巴特的学生、西方互文理论的开创者，茱莉娅·克里斯蒂娃来我国时曾专门作过澄清：“罗兰·巴特有句名言，常常遭到误解，这就是‘作者死了’。很多人认为它的意思就是说作者不存在了。其实并不能这么简单地理解它。巴特只是强调不能把作品外的作者和作品内的叙事者混为一谈。”^⑧受克里斯蒂娃的影响，罗兰·巴特后来也开始了互文理论的研究。应当认为，克里斯蒂娃对于罗兰·巴特思想的解读，要比国内对其思想的间接习得，更为可信。这也就无异于罗兰·巴特亲口说：作者未死。文艺理论中的读者中心主义意在强调对作品内涵的阐释，可以不拘泥于作者的想法，以释放文本的可解读空间，并非指作品在事实层面上不是由作者创作出来的。我国文艺理论研究也指出：对传统的作者中心主义的颠覆和瓦解，并不意味着要把作者彻底赶出文学殿堂，因为作者始终是作为文学活动的主体而存在的，

① 参见艾布拉姆斯：《镜与灯：浪漫主义文论及批评传统（修订译本）》，郇稚牛、童庆生、张照进译，北京：北京大学出版社，2021年，第5—31页。

② 罗兰·巴特：《罗兰·巴特随笔选》，怀宇译，天津：百花文艺出版社，1995年，第307页。

③ 参见福柯：《什么是作者》，载赵毅衡：《符号学文学论文集》，天津：百花文艺出版社，2004年，第517页。

④ 参见何炼红：《从 Copyright 到 Copyleft：作者观念的反思与超越》，《甘肃社会科学》2005年第5期；任俊琳、王晓玲：《后现代主义对著作权法的冲击及理论新读》，《知识产权》2014年第1期；林秀芹、刘文献：《作者中心主义及其合法性危机——基于作者权体系的哲学考察》，《云南师范大学学报（哲学社会科学版）》2015年第2期。

⑤ 参见张玉敏、易健雄：《主观与客观之间——知识产权“信息说”的重新审视》，《现代法学》2009年第1期。

⑥ 参见徐小奔：《论算法创作物的可版权性与著作权归属》，《东方法学》2021年第3期。

⑦ 参见梁志文：《论人工智能创造物的法律保护》，《法律科学（西北政法大学学报）》2017年第5期。

⑧ 朱莉娅·克里斯蒂娃：《主体·互文·精神分析：克里斯蒂娃复旦大学演讲集》，祝可懿、黄蓓编译，北京：生活·读书·新知三联书店，2016年，第70页。

其不仅是文学活动的起点，还是文学活动的基点。^①“作者之死”的口号之于罗兰·巴特，只是一种策略，其立意甚至不在于作者。^②独创性判断会有专业领域的划分，例如需要区分科研写作与小说写作，但不会有作者与读者的划分。真正的独创性判断，既不以作者为中心，也不以读者为中心，而是将两者融为一体。

三、对创作过程法律意义的重新认识

从“可区别的变化”规则、现代知识产权法从劳动转向对象的历史叙事转型、创作行为的事实行为属性，以及后现代哲学“作者已死”理论中，均不能推出独创性的判断与创作过程无关的结论。不过，否定对方的论据，不一定由此驳倒对方的论题。^③能否从以上方面推出创作过程无意义说，与创作过程无意义说本身是否正确，应该是两个问题。其能否成立，需要继续检验。

（一）创作过程无意义说的解释力局限

对法律理论进行优劣评估的一个维度，是看其对法律现象的解释力，看其能否将例外的范围压缩至最小。创作过程无意义说的解释力局限，主要体现于两个方面。

首先，是对独创性标准本身的解释力局限。其一，无法解释权利共存。不同主体在互不抄袭的情况下独立创作出相同的作品，可以同时就该作品享有著作权。Feist 案对独创性的描述是：“a work must be original to the author。”^④直译过来为：“对于作者来说，作品必须是独创的。”世界上所存在的作品的基数是非常大的，但个体所能接触到的作品数量其实有限。作品只需要相对于作者的认知范围来说是独创的即可，而不必相对于世界上所有现存的作品来说是独创的。但若独创性只关乎创作结果，则只有在与所有现存作品存在差异时，才具备独创性，这会使标准过严。其二，无法解释“独立创作”要件，其是从创作过程的角度对作品所作的要求。反对观点可能会认为，独立创作不属于独创性的内涵。^⑤但这会浪费过程具有的规范塑造力。例如，创作过程中非独立作出的选择，不仅可能是抄袭他人而来，也可能是依赖工具而作出的。后者为应对技术更新所带来的系列问题预留了理论“后手”。我国早期已有研究指出，版权体系中的独创性要求实质上是对创作过程的规定，由于独立完成的作品具有十分广阔的外延，可以涵盖不同的形式不同性质的作品，这就避免了著作权体系直接规定作品正面实质性要件所遇到的困难。^⑥但鲜少被关注。其三，无法解释取舍判断中“舍”的一面。不选择，也是一种选择。^⑦创作结果本身主要体现创作者选择了什么，而创作者未选择什么，有时需要借助对创作过程的考察才能知晓。例如，在信息汇编类书籍中，编者所选择的内容虽然并不新颖，但在创作过程中筛选过滤掉诸多其他信息，也可能具有独创性。^⑧其四，无法解释独创性判断的“将来性”。美国法院有时认为，只要能够使表达区别于公有领域中的相似作品即可。^⑨我国司法审判及理论研究也常以“现有作品”作为参照物。但独创性判断不只需要将表达与现存作品作对比，还需将之与未来可能出现的表达进行对比。对于极近的将来可能出现但过于常规的表达，没有必要提供保护，而这一判断需要通过创作过程的考察才能作出。

其次，是对著作权法整体架构的解释力局限。其一，无法解释著作权法对特定作品类型的区别对待。例如，民间文学艺术作品与普通作品在符号上并无区别，但因其创作过程具有族群性，故另作安排。又如，之所以将电影作品的权利人拟制为制片人，亦是因为参与创作的人数通常较多。其二，无法解释著作权法的人文价值取向。弗洛姆曾批判道，若人的一切活动都服从经济目标，手段成了目的，人便是机器，而毫不关心人之为人的特殊性。^⑩韦伯在分析现代雇佣制度时举过一个例子：为得到最大劳动量，现代雇主选择计件工资

① 参见孟凡生：《论作为文学主体的作者》，《文艺评论》2015年第3期。

② 参见周泉根：《主体的命运——论“作者之死”的背景、过程与实质》，《文艺评论》2008年第6期。

③ 参见金岳霖：《形式逻辑（重版）》，北京：人民出版社，2006年，第301页。

④ See Feist Publ'ns, Inc. v. Rural Tel. Serv. Co., 499 U. S. 340(1991).

⑤ 参见乔丽春：《“独立创作”作为“独创性”内涵的证伪》，《知识产权》2011年第7期。

⑥ 参见曹世华：《论作品独创性之合理规定》，《法律科学（西北政法学院学报）》1996年第6期。

⑦ 参见萨特：《存在主义是一种人道主义》，周煦良、汤永宽译，上海：上海译文出版社，2012年，第27—28页。

⑧ 参见张广良：《作品的原创性在司法实践中的认定》，《法律适用》1995年第8期。

⑨ See Assessment Techs., LLC v. WIRE data, Inc., 350 F. 3d 640, 643(2003).

⑩ 参见艾里希·弗洛姆：《爱的艺术》，刘福堂译，北京：人民文学出版社，2018年，第135页。

制度并提高计件工资水平。但挣更多的钱并没有那么多吸引力，雇员只想继续维持生活，劳动量不升反降。于是转而通过降低计件工资水平，迫使雇工努力工作以挣到和原来一样的钱。但这仍旧不起作用，但凡是创新等需要高度责任感的工作，低工资都行不通。他最终得出结论认为，真正起作用的，是使劳动本身成为目的，才能避免雇员时刻盘算怎样才能最省力地赚取自己习惯的工资。^① 同样，更多的优质作品，需要通过对创作过程的鼓励以及对创作行为本身的认可才能实现。人文意识越觉醒，过程本身便愈加成为目的。著作权法调整的是作为整体的社会创作活动，而不单是创作结果。著作权的最终目标，是经由对结果的保护，肯定过程中的付出，创作过程无意义说却将两者倒置，发生了因果僭越。人不是为了给世界供应一个又一个的创作结果而存在的工具。相反，著作权法是为了肯认创作过程，进而才肯认创作结果。

那么，创作过程无意义说是否存在有益方面呢？它是简化繁复的法律推理过程的公式，是一种通常性的假定，对于提高司法决断的效率具有积极意义。在大多数情形下，具备独创性的作品均与现存作品存在符号上的差异。将创作结果视为考察的唯一要素，完全屏蔽创作过程的影响，反映了人们寻求更加客观的独创性判断方式的努力，对于避免法院出现由于缺乏创作意图而否定作品性等错误，具有直接的效果。不过，这也暗示了对法官认知能力的低估，即认为判断者有较大的可能作出非此即彼的判断——只见过程不见结果，故而尝试通过完全弱化创作过程规范意义的方式，提前规避判断者得出错误结论的可能性。但不单因创作过程而否定表达可能具有独创性，与创作过程对于独创性的认定具有积极意义，两者之间不冲突，可以通过考察过程来缓解唯结果主义公式本身的僵硬。

（二）独创性所判断的是对象还是关系

意义具有相对性，孤立的事物，除对其自身，无意义可言。对事物进行意义评估，需要知晓意义供体能为他者提供什么，以及意义受体存在怎样的需求。要回答后者，需要对独创性要件的功能有所认识。

首先，独创性与作者身份的确认存在必然联系。我国理论多将作者身份与作品性区分为两个相互独立的问题，并进而认为独创性的判断只与作品本身相关。^② 认为“独立创作”表示的是主体与客体的关系，将其作为作品概念的构成要件将混淆作品的内涵和作品的归属。正如先前《物权法》在定义物的概念时，不会将物权人原始取得或继受取得作为其内涵进行定义。^③ 不过，类比有体物的定义规则来否定独创性具有确定归属的功能，忽视了作品与有体物特定化过程的差异。^④ 独创性理论最初源自美国，在美国著作权语境下，“独创性”不能单独成立，而始终与作者身份相关。美国著作权法立法文本所采用的表述是“original work of authorship”，而非“original work”。^⑤ 另外，独创性的英语词根为 originate，传统理论喜好用“作品源自作者”的表述。但“千古文章一大偷”，作品也“源自”前人的智识贡献，诸多主体均与作品存在“源自”关系。康德在《纯粹理性批判》的开篇区分了“发源”与“开始”两个概念。^⑥ 黑格尔进一步区分了“开始”与“实现”两个概念。^⑦ “源自”“开始”“实现”在逻辑上依次前行，逐步靠近“结果”。用哲学的语言来讲，创作者即使作品最终得以实现的人。使作品最终实现的人是特定的，所有作品均存在原始作者，且无法拟制。故而，创作者身份与作品，是同时诞生的。

其次，独创性判断的目标在于证成创作者与作品之间的排他性关系，最终要实现的是关系的特定化。其一，只有对象与主体的关系才有法律意义。有研究指出，独创性旨在证立表达与特定主体之间的依存性。^⑧ 著作权欲保护的不仅仅是作品，而是作品与创作者之间的关联。建立起这种联结，各项后续制度才能展开。“创

① 参见马克思·韦伯：《新教伦理与资本主义精神》，马奇炎、陈婧译，北京：北京大学出版社，2012年，第54—56页。

② 参见乔丽春：《“独立创作”作为“独创性”内涵的证伪》，《知识产权》2011年第7期。

③ 参见戴哲：《论著作权法上的作品概念》，《编辑之友》2016年第5期。

④ 参见付继存：《著作权法上独创性概念的澄清与重释》，《湖南大学学报（社会科学版）》2024年第2期。

⑤ 如美国《版权法》第102条的表述为：版权存在于“original works of authorship fixed in any tangible medium of expression”。

⑥ 康德认为：“尽管我们的一切知识都是以经验开始的，它们却并不因此都是从经验中发源的。”康德：《纯粹理性批判》，邓晓芒译，北京：人民出版社，2017年，第1页。

⑦ 黑格尔认为：“当一种事情在其开始时，尚没有实现，但也并不是单纯的无，而是已经包含它的有或存在了。”黑格尔：《小逻辑》，贺麟译，北京：商务印书馆，1980年，第197页。

⑧ 参见李琛：《独创性应不应该分高低？》，<https://mp.weixin.qq.com/s/biZM1Szu0PfcAIF9ayP5g>，2025年5月5日。

造性指作品本身的性质，而独创性是指作者对于作品的贡献的性质。”^① 独创性不仅要看作作者对于作品的贡献，而且要看这种贡献为何种性质，是否足以在作者与作品之间建立起规范联结，以在法律技术上实现权利主体的特定化。其二，对该问题的认识不足，也反映在其他类型的无形财产权之上。不妨暂时跳出著作权法，分析一下近年来关于数据保护的讨论，以加深认识。有观点认为，数据持有人可以通过加密措施等技术手段，将数据与其他数据区隔开来，实现特定化。生产数据的多方主体，尽管数量很多，但多个主体本身通常也是特定的。^② 这混淆了事物本身的可区分性与法律所要求的可区分性之间的差别。数据确权既不单是需要数据本身的特定性，也不单是需要主体的特定性，而是需要数据与主体之间关系的特定性。其三，独创性判断的本质不是符号与符号间的对照，而是符号与不同主体之间关系的对照。在人工智能等工具参与创作时，甚至需要将符号与自然人之间的关系与符号与工具之间的关系进行对比。即在同时存在自然人的选择与程序、动物等非自然人的选择的情况下，应当对两种选择进行对比，考察哪种选择对于结果更具决定性作用，并分析这种作用是否足以证成表达与主体间的排他性关系。“即便承认了人工智能的工具地位，也不意味着人类可以对人工智能作出贡献的‘独创性表达’享有著作权。”^③ 若不考察创作过程，只着眼于创作结果本身，便无法审查主体与表达之间的关系。

最后，独创性判断的关系性源于法律本身的关系性。可以将法学与哲学作对比，后者研究事物本质，有时需要尽量避免在关系中考察事物。所以海德格尔讲到，为了通达作品的本质，“或许就有必要使作品从它与自身以外的东西的所有关联中解脱出来，从而让作品仅仅自为地依据于自身”^④。他也反对将作品的本质视为艺术家个性的表达，认为艺术家的个性并不构成作品之作品存在。在伟大的艺术中，艺术家与作品的现实性相比，是某种无关紧要的东西，他就像一条为了作品的产生而在创作中自我消亡的通道。^⑤ 不同于哲学，法学具有规范性，依赖于通过权属确认以解决人与人之间的纠纷，确认作品与创作者之间的关系是解决创作者与使用者之间纠纷的前提，故独创性判断终需回到作品与主体的关系之上。另外，尽管在本体论意义上，并非所有作品均能达到反映创作者“个性”或“人格”的程度。但著作权法意义上的“作品体现个性”并非指作品内容反映人格，而意在表明，创作行为的实施本身即创作者个性的反映。只有在行为中，才能看见主体。看见主体，才能确认主体与作品之间的关系。并非作品的产出只能归因于特定创作者，而是法律有将作品的产出归因于特定创作者的需求。

在哲学上，原因、过程与结果，并非二分法，甚至不是分类法，而是同一事物的不同方面，属于划分。谈及原因，便是在谈结果。谈及结果，也是在谈原因。我国理论将过程与结果放在对立的位置上，可能是误将过程与结果当作了二分法。思维能够分割事物，不代表事物本身是分割的。这就是为什么，司法实践在遇到新型表达的独创性判断问题时，会无一例外对创作过程进行详细考察。对于旧有作品类型独创性的考察，之所以看起来不强调创作过程，是因为人们对于其创作过程已经有了常识性看法，不必再重新考察。此时，创作过程早已成为隐性的先见。禁止法官考察创作过程，则一切独创性判断活动都将无法展开。

四、过程考察在独创性判断中的具体作用

创作过程中所包含的要素有：（1）创作结果。行为概念的内容由结果决定^⑥，将事实结果作为逻辑原因，是一种常见的法律现象。无作品，无保护。但在事实层面，创作结果本身即创作过程的组成部分，只不过它在时间序列上位于创作过程的最末端。（2）创作行为。没有行为，头脑中的构想无法外化为他人可感知的表达。自然界形成的结果，由于欠缺行为，不构成作品。（3）创作意志。行为不会自动发生，在意

① See Melville B. Nimmer and David Nimmer, *Nimmer on Copyright*, pp. § 2.08[C][1].

② 参见熊丙万、何娟：《数据确权：理路、方法与经济意义》，《法学研究》2023年第3期；孙莹：《企业数据确权与授权机制研究》，《比较法研究》2023年第3期。

③ 丁文杰：《通用人工智能视野下著作权法的逻辑回归——从“工具论”到“贡献论”》，《东方法学》2023年第5期。

④ 海德格尔：《艺术作品的本源》，孙周兴译，北京：商务印书馆，2022年，第33页。

⑤ 参见海德格尔：《艺术作品的本源》，孙周兴译，第100—101页。

⑥ 参见张明楷：《行为无价值论与结果无价值论》，北京：北京大学出版社，2012年，第14页。

志的支配下，行为才得以出现。而且创作意志不等于创作意图。故意与无意，均为意志。无意不等于无意志。（4）创作主体。主体是意志的唯一拥有者，为创作行为提供发生的可能性。（5）时间与空间。创作者对于时空的选择，可能导致结果的差异化。不过，此时时空因素已转换为了创作意志及创作行为，故通常不必单独分析。

在创作过程中，主体提供意志，意志支配行为，行为实现结果，三者结合为选择。要构成著作权法意义上的选择，须足以证成表达与创作者之间的排他性关系。由此可以勾画出独创性理论的“公理”。如同在数学中，人们可以经由几个单独的公理推导出无尽的结论。对于个案来说，也可以从中推演出应对具体问题的策略。过程考察应当贯穿作品类型的划分、创作空间的判断、创作行为的识别，以及作者身份的肯认等独创性判断活动的全过程。

（一）创作过程与作品类型的归入

作品归类是无法跳过甚至能够奠定独创性判断基调的步骤。独创性判断的前提是作品归类，而为作品归类的前提是考察创作过程。不知晓事物的生成过程与存在方式，认识便无从谈起。学理上通常认为，使某一艺术形式有别于其他艺术形式，而自成一类的根本原因，是它最终呈现在人们面前的形式特征，而不是创造过程中的中间环节。^① 这忽视了但凡为表达归类，无论是否归入成功，实际上已然考察了创作过程，只是有时这种考察显得并不那么刻意，让人误以为未考察。要比较一幅画与另一幅画的区别，前提是要知道那是一幅画。否则便不知道是应该把它和一幅画作对比，还是和一张白纸作对比。

作品类型的认定会影响独创性判断的侧重点，独创性判断不应跨作品类型。首先，独创性判断应当区分文学与艺术等领域。其次，独创性判断在法定作品分类上，也有差别。例如，广东省高级人民法院规定：主张游戏元素构成文字作品的，应重点审查是否体现作者个性及能否相对完整地表达一定的信息；主张构成美术作品的，应重点审查是否具有审美意义。^② 再者，参照系越特定，比较越高效，判断独创性时应进行比法定作品分类更为细致的分类。我国著作权法将“电影作品”修改为“视听作品”后，虽然能够尽量将各种类型的画面囊括于保护范围内，但也可能误导法院在不同类型的视听画面之间作错误的交叉对比，以达不到某一类型的视听画面的独创性要求，而否认另一类型视听画面的独创性。先前实践中即存在用电影作品的独创性标准来判断体育赛事直播画面的独创性^③，以及用传统电影的独创性标准来判断纪录片的独创性的情形^④，二者均存在问题。为避免法官由于法无明文规定，而怯于根据创作过程对作品作进一步划分，将来可以考虑在《著作权法实施条例》或司法解释中，对作品进行比现行《著作权法》更细致的分类，并分别对各类作品的独创性判断方法做指引式规定。

判断独创性时对作品的分类，不应遵循“技术中立”原则。现有研究倾向于认为，创作方式的创新，不影响创作结果的归类。例如，不需单独设立“人工智能生成物”这一新的作品类型。^⑤ 但是，人的创作能力由两个因素决定，一是思维，二是工具。其中，人类的心智在一切时代都是相等的。^⑥ 进入文明社会以来，今人的智力较之古人，并无显著的进步，进步的主要是工具。工具自身的长处与缺陷决定了无论是其能为人提供的帮助，还是造成的限制，都具有共性。社会建立在规律性的基础之上，这是法与科学的共通之处。^⑦ 如果某类技术的发明对于作品的创作过程起到关键性的作用，将之设立为单独的作品类型，既具有可操作性，又能够为之设立更具针对性的审判规则。摄影作品与电影作品的独立成类，均是前例。例如，著作权法可以考虑将“人工智能生成内容”设置为独立的作品类型，这有助于引导法院在裁判时运用“工具常规选择除外”等原则，对独创性作出更精准的判断。

① 参见刘春田：《知识产权法》（第3版），第52页。

② 参见广东省高级人民法院《关于网络游戏知识产权民事纠纷案件的审判指引（试行）》（粤高法发〔2020〕3号）第16条。

③ 参见北京知识产权法院（2015）京知民终字第1818号新浪公司与天盈九州公司著作权纠纷案民事判决书。

④ 参见北京市朝阳区人民法院（2016）京0105民初37647号梁某等与天盈九州公司等著作权纠纷案民事判决书。

⑤ 参见卢纯昕：《法定作品类型外新型创作物的著作权认定研究》，《政治与法律》2021年第5期。

⑥ 参见爱德华·扬格：《试论独创性作品》，袁可嘉译，北京：人民文学出版社，1963年，第9、22页。

⑦ 参见霍贝尔：《原始人的法——法律的动态比较研究》，严存生等译，北京：法律出版社，2012年，第23页。

（二）创作过程与创作空间的判断

没有创作空间，则不可能具有独创性。在具体的案件中，如何判断创作空间的有无与大小，存在争议。以网络游戏操作画面为例，一方面，有观点认为，玩家在游玩过程中需要遵循既定的规则和流程，通常无法自由引入外部素材或创造游戏中原本不存在的元素。即便是玩家间的社交互动画面或是竞技对抗画面，也大多局限于开发商预设的画面可能性范围内。^① 游戏开发者并未给游戏主播或者其他玩家预留个性化创作的空间，游戏主播或者其他玩家仅仅是按照游戏开发者的预设，通过自己的技巧，将游戏画面呈现出来。^② 反对观点则认为，没有任何人有能力穷尽任何作品的继续创作空间，游戏开发者没有且没有能力断绝他人的再创作。即使游戏玩家对游戏画面的最终形成的唯一贡献仅仅在于对游戏要素的排列组合，只要存在改变的可能，就留下了创作空间。犹如对舞蹈动作顺序的编排，可能产生不同的艺术效果，文字顺序的不同，也会对诗歌的意境产生影响。^③

通常认为，不是先判断有无选择、编排再判断作品，而是先判断表达中是否包含取舍空间，再认定产生表达的行为是否构成创作。^④ 那么，如何判断“表达中是否包含取舍空间”呢？何谓“创作空间”呢？首先，所判断的不是个体，而是群体。创作空间的有无与大小本质上取决于一定历史阶段与地理范围内的特定人群，在面对相同创作情境时的通常创作状况。其次，所要判断的并非一件作品，而是所有同类型的作品。应当综合创作结果与创作过程，判断出表达所属的作品类型，再判断同类型作品的通常创作过程中，创作者所面对的自由选择的可能性的多少，看他人是否可能创作出不同的结果。仅凭创作结果，无法对取舍空间作出判断。

回到网络游戏，首先，游戏开发商预设了游戏的元素，但未预设游戏元素的出场顺序，顺序的先后取决于游戏操作者。大型交互类电子游戏往往玩家人数众多，游戏在道具、服装、场景、角色等方面均为玩家提供了选择空间，且玩家间的交互往往使得游戏元素所可能“排列组合”出的结果数量远远超出设计者的预想，此时不应否认玩家的独创性贡献。但需承认，当玩家的选择极其有限时，可能无法满足独创性。例如，假设积木生产商提供的积木照其设计只能拼成 6 种动物造型。孩童在没看说明书的情况下独立完成搭建过程，先后拼出 6 种动物造型，此时孩子的行为只能被认定为还原，而不是创作。^⑤ 部分简易类电子游戏的情形，与之相似。其次，玩家行为是否构成创作，应与玩家群体比较，而不是与游戏开发者群体比较。在玩家群体中，技法有高低之分，画面有优劣之别，已经能够证明创作空间的存在。某些技巧一般玩家难以达到，例如极少有人能够以超高的手速完成游戏《别踩百块》的最难关卡。

（三）创作过程与创作行为的识别

“我以我手写我心”，创作者与作品之间的排他性关系，需要通过行为来建立，而行为与主体之间的关系，需要通过意志来建立。有研究认为，是在具体创作行为结束后再行处理创作行为事实的权益关切，从而回避对创作行为本身进行直接的规范评价。^⑥ 但若取缔“行为”的意义，会出现悖论。仍以网络游戏为例，广东省高级人民法院规定，若画面系程序根据游戏用户操作指令、按既定规则调用游戏开发商预先设置的游戏元素自动生成，用户操作行为不属于创作行为。^⑦ 问题在于，如果剔除创作过程中用户操作行为的规范意义，那么在游戏画面的生成过程中便不存在人之行为，也就根本没有了讨论独创性的必要。如上文所述，用哲学的语言讲，创作者是使作品最终得以实现的人。在缺少用户操作的情况下，游戏处于待启动状态，停留在软件层面。是用户的行为造就了外界可感知的表达。在《梦幻西游 2》案中，法院既认为玩家的贡献主要在于实现游戏画面的预设可能性，又认为玩家操作游戏的过程并非创作^⑧，这一结论存在矛盾。

① 参见王迁：《电子游戏直播的著作权问题研究》，《电子知识产权》2016年第2期；来小鹏：《游戏画面版权保护路径研究》，《中国版权》2024年第6期。

② 参见李扬：《网络游戏直播中的著作权问题》，《知识产权》2017年第1期。

③ 参见李亚兰：《电子游戏直播中玩家的著作权地位探究》，《网络法律评论》2020年总第23卷。

④ 参见李琛：《谢绾樵与独创性》，《电子知识产权》2005年第8期。

⑤ 适例由论文外审专家意见提供。

⑥ 参见徐珉川、马文博：《论人工智能生成物著作权权利的秩序重构》，《东南大学学报（哲学社会科学版）》2019年第5期。

⑦ 参见广东省高级人民法院《关于网络游戏知识产权民事纠纷案件的审判指引（试行）》（粤高法发〔2020〕3号）第20条。

⑧ 参见广东省高级人民法院（2018）粤民终字第137号网易公司与华多公司著作权纠纷案民事判决书。

行为须被纳入意志之内，才能成为原因，发生实效。^① 作品依赖行为产生，行为的发生依赖于意志。人可以选择，同时也可以把已经决定的东西再予以放弃，意志通过作出决定，而将自身设定自身为区别于他人的特定个人的意志。^② 创作过程，是主体通过选择，实施行为，得到作品，最终使意志得以外化的过程。但创作行为与创作意志，存在分离的可能性。例如，一个人可以在他人全盘指挥下机械性地完成打字动作，此时行为者便不是创作意志的提供者。因而，创作过程中存在多方主体时，需要继续检验创作意志。判断选择是否具有特性时，所考察的应是意志提供者的选择。应先寻找行为的实施者，后判断其行为背后的创作意志来源于谁。对于游戏画面，应首先判断行为实施者，再判断行为实施时的意志来源者。若无事先约定，不能将玩家的行为与意志，拟制至游戏程序设计者。拟制只有在双方表意不清的情况下才有必要。玩家是在自主的情况下操作游戏，不是在游戏开发商的指挥下完成选择。也很难将玩家与程序设计者之间的关系认定为合作作者关系。合作作品要求双方均提供创作行为或创作意志，而游戏程序本身的运行，不能等同于程序设计者的意志与行为。游戏开发结束后，其便与开发者发生分离，转变为相对独立的技术与工具。

（四）创作过程与作者身份的肯认

创作过程中的要素，即创作行为、创作意志、创作主体，之所以能够在逻辑上形成闭环，是因为共同遵循着创作者为人的前提。如果人的前提被取缔，则各要素均归于消灭。那么，为何著作权法须要求创作者为人呢？人工智能的出现，使人们如此强烈地意识到，原来对于著作权法来说，主体问题并不是一个不证自明的问题。2023年11月，北京互联网法院在“人工智能文字生成图片第一案”中认定被告行为侵犯著作权。^③ 学界对人工智能生成内容的作品性问题的争议焦点即集中于是否应当考察创作过程。例如认为，对作品的判断不能完全采用结果论，作品与人的关联性具有法律意义。^④ 反对观点则认为，表达是否属于作品，与创作过程无关。^⑤ 应从结果视角判断人工智能生成内容的属性^⑥，从形式上考察其是否与现存作品一样，以使独创性判断向客观化倾斜。^⑦ 对作品的认定与对主体的认定应适当分离、单独评价，使独创性认定不再受到作者必须为自然人的限制。^⑧

首先，从伦理上看。现代法律呈现为相互分工的部门法体系，根据需求为不同事物提供相匹配的保护。狭义著作权机制围绕人之创作展开，具有人文情愫，这对于工业符号的保护来说，则不必要。著作权利益分配的起点是自然人个体。经由不同理论在作品与创作者之间建立规范联系，会产生不同的利益分配效果。劳动财产论通过行为，人格论通过个性与自由意志，在创作者与作品之间建立排他性联结。日渐兴起的投资回报理论则会认为，谁支付投资，谁便与作品存在规范联结。在前两种理论中，利益分配的最小分配单元与权利人起点必然为个体。在投资分配理论中，则主要是商业机构。但现实中，个体与机构之间的谈判地位往往并不平等。将分配的基本单位固定在投资者，会导致个体权利的被动让渡，造成分配正义问题。对人工智能生成内容不加限制地保护，会面临上述伦理风险。通过创作过程，以行为及意志为媒介，能保证每个社会个体均有可能与作品存在规范联结，参与利益分配。

其次，在具体判断上。对于创作过程中人力参与十分稀薄的情形，即使生成结果与现有作品之间存在明显的差别，也不应认定为满足独创性。既然简单的关键词输入不足以构成创作，那么操作者进行多轮的关键词输入，在每一轮结果生成后都按照自己的需求修改参数以最终得到所希望的结果，是否构成创作呢？在“人工智能文字生成图片第一案”中，法院即认为原告不断修改参数，体现了选择与安排。^⑨ 然而，答案是否定的。使用人工智能进行一轮关键词修正与进行无数轮修正，并无本质区别。就如同拾起一片树叶，再将之

① 参见黑格尔：《小逻辑》，贺麟译，第266页。

② 参见黑格尔：《哲学原理》，范扬、张企泰译，北京：商务印书馆，1961年，第27—31页。

③ 参见北京互联网法院（2023）京0491民初11279号李某某与刘某某著作权纠纷案民事判决书。

④ 参见李琛：《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。

⑤ 参见李扬、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》，《法学杂志》2018年第9期。

⑥ 参见郑远民、贺翔溪：《结果视角下人工智能生成物的保护路径检讨》，《科技与法律》2020年第3期。

⑦ 参见易继明：《人工智能创作物是作品吗？》，《法律科学（西北政法大学学报）》2017年第5期。

⑧ 参见徐小奔：《论算法创作物的可版权性与著作权归属》，《东方法学》2021年第3期。

⑨ 参见北京互联网法院（2023）京0491民初11279号李某某与某某侵害著作权纠纷案民事判决书。

丢弃，然后拾起另一片树叶，无论重复多少次，每一次均是捡起树叶而不是创造树叶。此时即使存在主体（使用者），存在行为（调整参数），也不存在创作意志，因为结果的生成并不源自主体的意志，而源自程序。在人工智能生成情境中，生成过程并不是从主体到意志，再到行为，再到结果的线性发展过程。相反，意志与结果之间存在事实上的因果断裂，结果的生成并不能归功于操作者。轻微的参数变化即可导致结果上的大不相同，本身也证明了其选择并不来自使用者。此时操作者的贡献不足以使其享有狭义著作权法如此强度的保护。侵权认定中，即使主体在人工智能生成内容的基础上作了修正，在判断保护对象时，也应剔除生成内容中的机器或软件贡献部分。否则会破坏著作权法的利益分配逻辑，使之从“人头决”走向“资本决”。

五、结语

万物本自浑然一体，人出于认识的需要，不得不作出各种思维上的分割。一旦接受了分割式预设，思维可能较难回到合一的状态。作品不能被视为直给的符号对象，只有在创作这件事情的统一体里，创作结果才成为创作结果。并非说不应区分创作过程与创作结果，而是只看结果不足以认识著作权法上的作品。将创作过程放置于创作结果的对立面上，既不符合逻辑，也不符合价值。比之执着于区分与对立，更有意义的是找到事物之间的联系，并将之精准地描述出来，再据以指导实践。独创性的判断应追求客观性，但客观是要实事求是，不是砍掉事实。创作意图、创作手段、创作过程等，同创作结果一样，都是事实。信息越多，越有助于独创性的判断。关键是要知道怎样考察这些因素，避免得出错误的法律结论。过程决定结果，作品在结果上的独创性，根源于创作过程的独创性。最终的结果只是过程中诸多选择综合作用下，所呈现的外在表现。在独创性判断中考察创作过程，既有哲学基础，也有实际价值，对于独创性理论的修正，具有重要意义。

〔本文系国家社会科学一般项目：“民法典网络侵权制度在知识产权领域实施的疑难问题研究”（21BFX020）的阶段性成果〕

（责任编辑：邱小航）

On the Method of Determining Originality of Works in Copyright Law

WAN Yong, LI Yalan

Abstract: It cannot be concluded from the rule of distinguishable variations, the specific historical narrative that the focus of modern intellectual property law has shifted from labor to the object, the factual act nature of creation actions, and the postmodern philosophy that the author is dead, that the originality of works is not related to the creative process. The meaninglessness of the creative process does not explain the coexistence of rights, independent creation, the overall humanistic view of copyright law and so on. In the creation process, the subject provides the will, the will governs the behavior, the behavior achieves the result, and the combination of the three is the choice. The reason why originality judgments rely on an examination of the creative process is that they require to establish an exclusive relationship between the creator and the work. Denying stopping at the creation results further stems from the relational nature of the law itself. The difference-in-results argument is merely a commonplace assumption that enhances the efficiency of legal reasoning, and the existence of distinguishable differences does not mean that there is originality. Philosophically, process and result are also not a dichotomy, but a division. When making specific judgments, expressions should first be categorized according to the creative process in a more detailed manner than the statutory types of works, and whether there is room for trade-offs should be judged by the usual creative process of similar works. Later, it should be judged whether the act of creation and the will to create are sufficient to indicate the specific relationship. What is ultimately to be realized in the activity of judging originality is the particularization of the identity of the subject, not only the particularization of the object.

Key words: copyright law, originality, works, AIGC