

# 论人工智能的法学分析方法

——以著作权为例

李琛

**内容提要：**法律不能领先于社会现实，以猜想为基础、对人工智能的法律规制提出过于琐细的规则设计，没有太大价值。技术有变，法理有常。要评估人工智能对法律的影响，先要返回制度原理，研究现行制度蕴含的回应能力。有关人工智能与著作权的讨论，反映出人工智能的法学分析在方法上存在缺陷。与想象性规则设计相比，对讨论方法本身的先行批判、对现有制度回应新技术之潜力的发掘，更具理论意义与实践价值。

**关键词：**知识产权 著作权 法律主体 创造 人工智能

**Abstract:** The law cannot be ahead of the social reality. It is meaningless to design the legal rules regulating AI in detail on the basis of imaginations about technology. The legal principles always keep stable despite of the development of technology. In evaluating the impacts of AI on law, it is necessary to return to the fundamental principles of legal rules and study their potentialities of responding the new issues. Meanwhile, there exist some methodology defects in legal analysis on AI, which can be perceived from the academic discussions on the AI-related copyright issue. Compared with the designs of imaginary rules, it is more valuable to criticize the methodology of the legal studies on AI, and explore the potentialities of current rules for meeting the challenges brought by new technology.

**Key Words:** intellectual property; copyright; legal subject; creation; artificial intelligence

技术的发展历来是引起法学理论和法律制度变革的重要因素之一，法学理论和法律制度应当关注并回应技术带来的新问题，不可抱残守缺。但是，评估技术对法律的影响，不能脱离体系化的思维。现实生活纷繁复杂，法学利用概念、原则组织成体系框架，将琐碎的事实纳入自己的解释框架之中。正是借助这样的方法，法律才能保持其稳定性。法律并不直接调整技术，法律的直接调整对象是社会关系。人性存在共通之处，人类基本的生活模式和价值观具有相当的普世性，因此社会关系也是相对稳定的。例如，拥有和交换财产的需求、免于侵害的需求、为自己行为负责的价值观念，塑造了所有权制度、契约制度、侵权制度的基本样式。当今私法的主要内容依然沿袭了罗马法的构造，充分说明了社会关系模式的稳定性。因此，在评估技术对法律的影响程度

时，首先要看技术对社会关系的影响程度，而不能仅以技术本身的变革程度来评估。其次，在评估现有法学理论是否被颠覆时，应注意具体规则与基本原理的区别。任何具体规则都是从基本原理派生出来的，并且有其隐含的适用条件。很多时候，新技术的出现只是改变了适用条件，并没有改变原理。现有的具体规则也许不能直接适用于新的情形，但原理是相通的。一般总是寓于具体之中，旧具体如果不合时宜，首先要从旧具体中提炼出旧一般，然后再检验旧一般能否适用于新的具体。只有当旧一般也无法适用时，才需要进行理论革命。

就实际来看，法学界易犯的毛病不是过于保守，而是轻率革命。从过于强调知识产权在民法中的特殊性，到过度夸大互联网对著作权法的影响，都反映了这一点。二十年前，对互联网之

---

作者简介：李琛，中国人民大学法学院教授、博士研究生导师，联合国教科文组织版权与邻接权教席主持人

法律影响的热议程度有如今日对人工智能的讨论。学者们当时在讨论着“‘信息公路’上的‘交通规则’是否必须‘别出心裁’？虚拟社区中的行为规范是否应当花样翻新”。<sup>①</sup>如今看来，认为“网络技术并未动摇著作权制度的基础”的判断<sup>②</sup>，经受住了时间的考验。针对要制定专门的网络法的意见，美国的弗兰克·伊斯特布鲁克（Frank Easterbrook）法官曾发表一篇题为《网络空间与马法》的文章，把“网络法”讽刺为“马法”（Law of Horse）。文中指出，也许有很多与马有关的案件，例如涉及马匹的买卖、马的许可证与赛马、人被马踢伤、兽医对马的治疗及驯马表演的价格等，这并不意味着要专门制定“马法”。专门规范“网络财产”，相当于“马法”。只要健全知识产权法，将其适用于互联网即可。<sup>③</sup>

从思维特点而言，人容易看到现象之新，而透过现象之新把握本质之常，难度更大，需要一定的抽象思辨能力，故《黄帝内经》中有“智者察同，愚者察异”之说。<sup>④</sup>正因为如此，每一次重大的技术变革，几乎都会引发制定“马法”的呼声。近年来，人工智能成为最受瞩目的技术。法律界应当关注、思考人工智能的发展带来的新问题，是毋庸置疑的。但是，如果没有正确的分析方法，很容易再次步入“马法”的误区。目前，已有不少成果在讨论人工智能对具体规则的影响时展现了体系化的自觉，尽量在现有制度架构内寻求解决之道。<sup>⑤</sup>本文与这些成果的主要区别在于，更偏重对分析方法本身的思考。本文虽以著作权法为模型，但重点不在著作权法的具体设计如何回应人工智能技术，而是侧重对人工智能法学分析的几个基本前提和论证方法进行批判，并揭示现有理论架构的回应潜力。本文如此定位，主要基于三点考虑。

1. 目前对人工智能的法学讨论大多是围绕具体问题展开的，例如人工智能的主体资格、人工

智能生成的内容是不是作品、人工智能生成的“作品”权利如何归属等。由于这些研究的主旨是讨论具体规则，对于一些重要的前提展开得往往不够充分。争议者各自怀着不同的前见，在讨论之初就已分道扬镳，这种讨论很难达成有效的共识。因此，对一些基本前提（例如主体的含义；主体与创造的关联意义）有必要作专门的讨论。

2. 在检验现有规则能否解决新问题时，常用的方法是从规则表达中寻求解释空间。但有时，具体的旧表达无法解释出新问题的解决方案，除非还原旧表达的思想。根据相同思想、结合不同的给定条件推出的解决方案，有可能在表达上是不同的。但从原理的角度来看，本质上是相同的。例如，无主物归国有，与有体物利用的事实排他是有关的。如果不归国有，或是引起争夺，或是被闲置。指定国家作为所有人，是为了避免物的浪费并安定秩序。作品的使用在事实上是不排他的，如果同样从“避免资源闲置与争夺”的目的出发，允许无人继承之著作财产权进入公有领域，恰恰是最好的安排。基于物与知识的区别，物权规则和知识产权规则可能为了相同的立法目的而采用不同的解决路径。<sup>⑥</sup>任何规则的具体表述都是有给定条件的，直接将具体表述套用新情况，必然会存在障碍。从目前的讨论来看，法学界还不太擅长“从规则返回原理、还原隐含预设”，例如“淡化作品与主体的联系”这一论断的前提和有效范围是什么？由此产生了一些过于简单化的结论。对讨论的方法本身进行研究也是很有必要的。

3. 目前在实践中，人工智能并没有给著作权法带来明显的挑战，也没有太多的案例样本可供研究<sup>⑦</sup>，在技术假想之上做过于细致的制度设计，很可能成为屠龙术。法律不可能对社会关系的变化做出精准预言。有些问题未必会产生，有些问题可能被技术或市场手段解决，这些都是无法预知的。技术界可以大胆设想，而且有必要设

① 郭禾：《关于网络空间的著作权制度》，载《知识产权法选论》，人民交通出版社2001年版，第71-72页。原文发表于《光明日报》1999年7月6日。

② 同注释①。

③ Frank H. Easterbrook, *Cyberspace and the Law of the Horse*, University of Chicago Legal Forum 207 (1996).

④ 《黄帝内经·素问·阴阳应象大论篇》。

⑤ 参见袁峰：《人工智能著作权问题的研究综述》，载《中国版权》2017年第6期，第19-24页。

⑥ 参见李琛：《论无人继承之著作财产权的处理》，载《电子知识产权》2008年第1期，第10-11页。

⑦ “北京菲尔律师事务所诉百度公司”案被称为我国“涉人工智能著作权第一案”，但该案中涉及的人工智能因素没有在法律上提出新问题。参见北京互联网法院（2018）京0491民初239号民事判决书。

想，以此激发创意。而法律只能以事实素材为基础，才能提出应对的方案。视频网站的出现导致了盗版光盘的绝迹，“免费加广告”的商业模式使版权产业找到了生存的方式，这都不是二十年前可以预知的。在《铁笼，还是乌托邦》一书中，作者忧虑人们会陷入“数字困境”，担心技术保护措施会导致“数字内容就变得密不透风了”，甚至认为“可信任系统有可能改变知识产权保护的基本原则”。<sup>⑧</sup>如今看来，只是杞人忧天而已。因此，把现有理论架构中应对未来具体问题的潜力揭示出来，为个案解决提供思路，比设计过于具体的规则更有实践意义。

在有关人工智能法律问题的讨论中，从著作权角度开展的讨论是比较充分的，主要涉及人工智能生成的“表达”是不是作品、对该“表达”应否予以保护、采取何种保护模式、权利如何归属等，已经涵盖了权利对象、权利主体、权利内容和权利归属等财产法的基本内容。至少在当下，著作权是人工智能法学分析的理想模型。本文定位于法学分析方法，因此只选取了三个有一般性示范意义的角度：1. 主体的法律意义；2. 创造与主体的关系；3. 知识产权统合的逻辑基础。这三个角度可以被提炼为：如何理解法律主体？在决定是否保护某个对象时，主体因素是否能够完全忽略？如何发掘现有理论架构的容纳能力？以期为人工智能的一般法学分析提供参考。

## 一、主体的法律意义

人工智能可否成为法律主体，是法理层面的问题。人工智能可否成为著作权主体，是此一般问题的具体体现。因为“人是法律主体”这一前提是被广泛接受的，这个问题又可分为两个子问题：1. 人工智能能否作为人而成为法律主体？2. 人工智能能否作为非人被拟制为法律主体？如果纯粹地从哲学上探讨，可能会陷入见仁见智的价

值争议。例如，“人”的定义存在本质主义与功能（行为）主义的对立。本质主义认为可以找出人的某个本质特征，以此区分人与机器。而功能主义则认为，只要人能做到的，机器也能做到，机器与人即无异。<sup>⑨</sup>有观点认为，主体性应当包含“欲望”，即便人工智能可能具备“理性”，若缺乏欲望，也不应成为法律主体。<sup>⑩</sup>

为了把讨论集中于法学角度，我们可以先考察法学中对主体的定义，并还原“主体”概念的法律功能。法学的主体概念是以意志自由为核心而建构的。“意志是主体的依据、核心和灵魂。”<sup>⑪</sup>这个观点首先是哲学的，“自由意志是人之为人的根本，是人与动物的分界线。”<sup>⑫</sup>黑格尔的《法哲学原理》就是以自由意志为起点展开的：“任何定在，只要是自由意志的定在，就叫做法。”<sup>⑬</sup>法的主要功能是调整人的行为，通过确认权利、义务和责任的归属，引导人的行为选择。权利、义务和责任的承受，只有基于“人有行为的自由”这一前提，才具有正当性。德国学者指出，民法上的“人”是以伦理学上的人的概念出发的，“这一概念的内涵是：人依其本质属性，有能力在给定的各种可能性的范围内，自主地和负责地决定他的存在和关系、为自己设定目标并对自己的行为加以限制。这一思想既渊源于基督教，也渊源于哲学。”<sup>⑭</sup>其次，自由意志划分了主体与客体，使人不成为他人支配的对象，保证了“人是目的”这一伦理原则。“将两个事物分别称为主体和客体，理由只能是：其中一方能在另一方实现自己的意志。”<sup>⑮</sup>因此，人在法律上的主体性至少基于以下三点而确立：1. 人具备自由意志。主体的依据不是客观上有形成某种结果的能力，而在于有决定是否通过某种行为产生特定结果的自由，从而基于自由选择，承受相应的权利、义务、责任。2. 人具有自我意识。黑格尔有时在自我运动意义上使用“主体”

⑧ [美]理查德·斯皮内洛著：《铁笼，还是乌托邦——网络空间的道德与法律》，李伦等译，北京大学出版社2007年版，第116-117页。

⑨ 程广云：《从人机关系到跨人际主体间关系——人工智能的定义和策略》，载《自然辩证法通讯》2019年第1期，第9-14页。

⑩ 龙文懋：《人工智能法律主体地位的法哲学思考》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2018年第5期，第24页。

⑪ 李锡鹤著：《民法原理论稿》，法律出版社2009年版，第10页。

⑫ 邓晓芒著：《灵之舞》，作家出版社2016年版，第186页。

⑬ [德]黑格尔著：《法哲学原理》，范扬、张企泰译，商务印书馆1995年版，第36页。

⑭ [德]卡尔·拉伦茨著：《德国民法通论》（上册），王晓晔等译，法律出版社2003年版，第45-46页。

⑮ 同注释⑪，第7页。

概念，认为一切生命有机体都是主体。<sup>①⑥</sup>所以他在《法哲学原理》中特别强调，“人是意识到这种主体性的主体，因为在人里面我完全意识到我自己，人就是意识到他的纯自为存在的那种自由的单一性。”<sup>①⑦</sup>自我意识除了能够把自己作为意识的对象外，还能把别人当自己看，“把自己当作别人，又把别人当作自己，自我意识就是这样一种双重意识”。<sup>①⑧</sup>自我意识双重性的法律意义在于，人不仅认识自己的自由，也能认识他人的自由，从而可以认识到自由的普遍性，建构起权利与义务的一般性。“所以法的命令是：‘成为一个人，并尊敬他人为人’。”<sup>①⑨</sup> 3. 人是目的，不能成为他人意志的对象。主体不受其他主体的支配。

认为人工智能可以成为主体的观点，主要是从功能主义的立场论证的，即人工智能具有强大的智能，甚至可能超越人的智慧。<sup>②⑩</sup>就目前而言，人工智能只能模仿人的智力活动的某些方面，“真正意义上的人工智能，‘即能够像我们人类一样进行思考的计算机’，的确尚未实现。”<sup>②⑪</sup>且不论技术上的可行性，功能主义的论证既没有抓住人的特质，也不符合法学思维。人的独特性并不在于实际能做什么，而在于拥有自由意志，具有一种非现成性和自我决定性。正如皮科在其演说《论人的尊严》中借上帝之口所言：“我把你造成一个既不是天上也不是地上的、既不是与草木同腐的也不是永远不朽的生物，为的是使你能够自由地发展你自己和战胜你自己。……只有你能够靠着你自己的自由意志来生长和发展。”<sup>②⑫</sup>被设定为强大证明不了人性，自由地选择脆弱却反映出人的特质。功能主义也脱离了法学思维，它没有还原主体概念的规范功能，忽视了在法学意义上，人

的哪些特质对建构主体性是有意义的。如果人工智能没有自由意志、缺乏自我意识、是人类支配利用的对象，人工智能的能力（无论多么强大）与权利、义务、责任之间的联系就无从建立。

当然，有观点假定人工智能终会拥有自由意志和自我意识。例如有文章认为，“机器现在还不具有自我意识，并不等于将来也不具有自我意识”。<sup>②⑬</sup>这并不是真正的论证，故无从反驳，仅从逻辑上对这种乐观表示一点怀疑：人只有完全认识自己的认识能力，才能把认识能力实现于人工智能。人认识“自我认识能力”，本身就是运用自我认识能力的过程。在人未能完全认识“自我认识能力”之前，能否完全充分地运用这种能力？如果不能，就很可能导致对“自我认识能力”的认识也是不完全的，也就不可能完全模拟出人的认识能力。<sup>②⑭</sup>日本人工智能专家松尾丰教授指出，“人们往往认为，人工智能发展到一定程度之后，将持有与人类相同的概念和思维方式，持有与人类相同的自我意识及欲望等，但实际并非如此。”<sup>②⑮</sup>他认为，意志、欲望是与生命相连的，智能加上生命才等于人。基于本能形成的认知则是长期生命进化的结果，计算机要实现与本能相关的认知也非常困难。<sup>②⑯</sup>“把自己当别人，把别人当自己”的双重自我意识，是在人际交往中形成的自他关系的认识，也是与生命活动联系在一起。从智能直接推到人性，欠缺足够的说服力。本文不想做过多的技术探讨，只想指出：脱离规范目的，从功能的角度论证人工智能的主体性，在方法上是错误的。

另一种观点认为，人工智能即使不是人，也可以成为拟制主体。这一观点通常援引法人为例。<sup>②⑰</sup>“人工智能即使不是人，也可能成为拟

<sup>①⑥</sup> 高兆明著：《心灵秩序与生活秩序：黑格尔〈法哲学原理〉释义》，商务印书馆2014年版，第61页。

<sup>①⑦</sup> 同注释<sup>①⑥</sup>，第46页。

<sup>①⑧</sup> 邓晓芒著：《哲学起步》，商务印书馆2017年版，第72页。

<sup>①⑨</sup> 同注释<sup>①⑧</sup>。

<sup>②⑩</sup> 参见吴汉东：《人工智能时代的制度安排与法律规制》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2017年第5期，第128-136页。

<sup>②⑪</sup> [日]松尾丰著：《人工智能狂潮：机器人会超越人类吗？》，赵函宏、高华彬译，机械工业出版社2018年版，第20页。

<sup>②⑫</sup> [瑞士]雅各布·布克哈特著：《意大利文艺复兴时期的文化》，何新译，商务印书馆1979年版，第351-352页。

<sup>②⑬</sup> 同注释<sup>②⑫</sup>。

<sup>②⑭</sup> 从文献检索来看，技术专家对人工智能的评价通常比非技术人士更严谨，不随意猜想。例如，钟义信教授认为，“人工智能将全面超越人类”的说法没有确切的科学依据。参见钟义信：《人工智能：概念·方法·机遇》，载《科学通报》2017年第22期，第2473-2479页。

<sup>②⑮</sup> 同注释<sup>②⑭</sup>，第143-144页。

<sup>②⑯</sup> 同注释<sup>②⑭</sup>，第152页、第146页。

<sup>②⑰</sup> [以色列]尤瓦尔·赫拉利著：《未来简史：从智人到神人》，林俊宏译，中信出版社2017年版，第293页。

制主体”，在逻辑上是成立的。但究竟能否成为拟制主体，还有赖于对拟制主体的规范目的进行还原。罗马法最早确认的拟制私法主体是国家，目的是为了规定国家财产的归属，明确国家财产归属于国家，而不是全民共有。<sup>⑳</sup>“在法理上，设定法人，实际上是规定一项财产或财产权的归属。”<sup>㉑</sup>法人具有意思机关，意思机关为法人提供意志，因此满足法律上主体的本质要求。可见，拟制主体的确立有两个前提：1. 必要性；法律希望拟制主体能独立于自然人的意志支配财产。2. 可能性；通过意思机关使拟制主体具备意志。双重自我意识（争取自我利益与尊重他人利益）也是通过意志机关实现的。

主张人工智能成为法律主体的观点中，让人工智能支配财产也是主要的理由。例如，建立储备基金，用以赔偿人工智能运用中引发的损害。<sup>㉒</sup>仅就必要性论证而言，这种观点的说服力还不够充分，还需论证人工智能独立支配的必要，即为何要独立于设计人或使用人支配财产。如果必要性得以论证，就要解决拟制意志的问题。既然人工智能没有自由意志（拟制主体的讨论是以“人工智能不是人”为前提的，否则就谈不到拟制），也需要设立意思机关和代表人，那么这种运作与法人有何区别呢？前述观点把设立人工智能储备基金解释为“人工智能支付赔偿费用”，“通过建立储备基金系统，人工智能作为一个整体拥有一个独立单一的资金池，以备在承担赔偿责任时使用。所有结算支付款来源于该资金池，而不是直接来自所有权人或制造商。”<sup>㉓</sup>这种模式与现有的基金法人并无区别。按照李锡鹤教授的观点，拟制主体的人身要素是名称，“法人就是含法律上意志的名称”。<sup>㉔</sup>所以，对人工智能进行命名、确立一笔以人工智能名义支配的财产，没有超出法人的制度构造。

在探讨人工智能的主体性时，还需要厘清一些似是而非的说法。其一，娱乐性表述。例如，

沙特阿拉伯为“索菲娅”赋予公民权。这与哆啦A梦被登记为日本川崎市的荣誉市民并无区别。主体性不是法律赋予本身就可以实现的，必须有自由意志的依据。同理，认为人工智能成为主体的障碍仅仅是现行法、批判现有法律是人类中心主义，也是不得法的。关键是现行法的理据能否成立。其二，未转换成法律语言的通俗表述。有的作者说“人工智能承受权利义务时”，其真实含义是“人不应当享有权利义务。”《机器人是人吗？》一书认为，当人工智能的监控者和第三人都没有过错，设计、制造、交付、运输都是正常，人工智能产品也没有因为受损而存在瑕疵时，如果仍然造成损害，只有让人工智能承担责任。<sup>㉕</sup>这一段话无非是表明了人没有过错，不能承担过错责任。接着此书在介绍“人工智能如何承担法律责任”时，建议采用人工智能保险制度或者人工智能储备基金制度。这与传统的通过保险制度解决高度危险领域的无过错责任有何本质区别？此处的“让人工智能承担责任”不过是“人不承担过错责任”的通俗表达罢了。其三，自相矛盾的说法。有些文献既不承认人工智能的主体地位，又把人工智能称为“作者”或类比为“雇员”。<sup>㉖</sup>作者和雇员都是法律上的主体，即使法律不把著作权赋予他们而是赋予法人或雇主，也是对主体之间关系的调整。法人作品和雇佣作品的作者不能取得著作权，但依然是著作权法上的主体。著作权法要专门规定法人作品和雇佣作品的权属，就是因为实际作者是有能力支配作品的主体之一，法律要明确利益在不同主体之间的分配。人工智能技术是人支配、利用的对象，而法人作品和雇佣作品的作者不是法人或雇主支配的对象。

## 二、创造的来源论与结果论

在关于人工智能生成的符号组合是否应予以保护的争议中，有一个前提性的分歧：创作的主

<sup>⑳</sup> 同注释⑪，第473页。

<sup>㉑</sup> 李锡鹤著：《民法哲学论稿》，复旦大学出版社2009年版，第65页。

<sup>⑳</sup> [美]约翰·弗兰克·韦弗著：《机器人是人吗？》，刘海安等译，上海人民出版社2018年版，第34页。

<sup>㉓</sup> 同注释⑳。

<sup>㉔</sup> 同注释⑪，第474页。

<sup>㉕</sup> 同注释⑳，第31页。

<sup>㉖</sup> 同注释⑤。

体是否必须是人。一派观点认为创造者只能是人，另一派观点则认为判断作品应采用客观标准，只要客观上与作品无异即可。<sup>③⑤</sup>本文把前者称为“来源论”，把后者称为“结果论”。结果论通常都援引了对“作品体现人格”的批判，认为坚持只有人才能创作是受到“作品体现人格”的束缚。<sup>③⑥</sup>本文作者在讨论著作权的性质时，对“作品反映人格”之说也提出过批判，<sup>③⑦</sup>但以此作为据否定“作品是否应源自人”的讨论意义，值得商榷。任何理论的有效性都受制于适用的前提和语境。“当符号组合源自人”这一前提不言自明时，探讨独创性当然只能依据结果，此时结果论是有效的。当结果论者指出独创性的判断只能针对表达本身、“思想”或“人格”不具有规范意义时，忽略了“表达”一词本身就隐含了主体的意向。“当作品是人的表达”作为一个无争议的前提时，为了厘清作品本身是财产还是人格要素，或是探讨著作人格权的保护尺度时，质疑“作品反映人格”的预设是有意义的。这只是涉及人与作品的关联性应被重视到什么程度，并不意味着“作品是不是源自人”本身也是无所谓的。在讨论一个不是源自人的符号组合的法律性质时，采用结果论是不妥当的。假使采用结果论，动物行为形成的符号组合、自然的美感形式也可以成为作品。无论“人工智能生成的符号组合”是否应予保护，区分“人工智能生成的符号组合”与人创作品，都是有法律意义的。

创造本来就是一个与主体性相联的概念，自由意志是创造的本源。“按照本意，‘自由意志’在概念上蕴含了无限性和开放性，能够超出既有经验范围而凭空产生新元素，构成了创造性的根本来源。”<sup>③⑧</sup>从第一性的事实来看，人工智能生成符号的机制与人的创造有着质的区别。人的创造力主要来源于隐性智能，“众所

周知，发现问题和定义问题的能力，是人类创造力的第一要素。这种能力主要依赖于人类的目的、知识、直觉、临场感、理解力、想象力、灵感、顿悟和审美能力等等内秉品质，因此称为‘隐性智能’。”<sup>③⑨</sup>由于隐性智能非常复杂，对其运作机制尚不明确，目前的人工智能主要是模拟显性智能，即解决问题的能力。“解决问题的能力主要依赖于获取信息、提炼知识、创生策略和执行策略等外显能力”。<sup>④⑩</sup>人工智能对创作的模拟没有超出解决问题的模式。“其实分析这些创作艺术品的智能程序可知，它们是利用了专家系统（Expert Database）和机器学习（Machine Learning）技术，存储并分析大量艺术家作品，寻找其中有规律性的特征，然后再加以重组，而基于神经网络的深度学习（Deep Learning）技术能够让计算机程序实现不断累积和更新，从而掌握更好的解决问题的方法……”<sup>④⑪</sup>例如写诗机器人小冰的训练样本包含1920年以来519位中国现代诗人的几千首作品，小冰的“诗作”基本上是对已有诗句的重组。<sup>④⑫</sup>解决问题是对既有经验的运用，这种模式用于模拟下棋、图像语音识别，是非常有效的，而创新的本质是对旧经验的突破，并非对旧经验的总结与运用。“艺术概念本身蕴含着对既有艺术经验的突破，创作总意味着扩展了既有艺术作品的范围，换句话说，一个艺术创作新样本只有不能被深度学习算法根据艺术史经验建立起来的万能函数所完全拟合，才算得上‘艺术创作’。”<sup>④⑬</sup>除了前述隐性智能的复杂性外，模拟创造力还存在一个悖论。“创造力就是指发现人们迄今还不知道的东西，或者就是发明新的东西。事实上，假若有人能够说出如此这般就是创造力的本性，从而也就是我们为了表现创造力而必须做的事情，那倒是特别奇怪的了。”<sup>④⑭</sup>兼为心理学家和生物学家的法

<sup>③⑤</sup> 同注释⑤。

<sup>③⑥</sup> 李伟民：《人工智能智力成果在著作权法的正确性——与王迁教授商榷》，载《东方法学》2018年第3期，第149-160页。

<sup>③⑦</sup> 参见李琛：《质疑知识产权之“人格财产一体性”》，载《中国社会科学》2004年第2期，第68-77页。

<sup>③⑧</sup> 李丰：《人工智能与艺术创作——人工智能能够取代艺术家吗？》，载《现代哲学》2018年第6期，第99页。

<sup>③⑨</sup> 钟义信：《人工智能：概念·方法·机遇》，载《科学通报》2017年第22期，第2473页。

<sup>④⑩</sup> 同注释③⑨。

<sup>④⑪</sup> 陶锋：《人工智能美学如何可能》，载《文艺争鸣》2018年第5期，第81页。

<sup>④⑫</sup> 陶锋：《创造性与情感：人工智能美学初探》，载《中国图书评论》2018年第7期，第29页。

<sup>④⑬</sup> 同注释③⑧。

<sup>④⑭</sup> 周宪著：《走向创造的境界：艺术创造力的心理学探索》，南京大学出版社2009年版，第6页。

国哲学家亨利·柏格森认为，知性（即智能，对应intelligence）的主要任务是使身体适应环境，“知性常想重组，而且想用既有物重组……知性不允许有不能预测的东西存在。知性排斥一切创造，一定的前提可引出以前提函数计算出来的一定结论，这样我们的知性即告满足……”<sup>④⑤</sup>

由于海量数据的组合，仅从结果来看，人工智能生成的符号组合在差异性上与作品类似。但人工智能的生成机制是从符号到符号，而人的创作虽然也是以学习已有符号（知识）为前提，生成新作品却是以意志为中介的。“即艺术行为总是一种意向行为，艺术品总是作为意向对象而存在。所以，仅仅根据第三人称经验并不能判定一个物件是不是艺术品。有些奇石‘鬼斧神工’‘巧夺天工’，有足够的审美价值，但本身却不是艺术品……所以艺术品的认定是超越于第三人称视角下的表面经验的，而取决于特定的艺术意向性。”<sup>④⑥</sup>我们可以怀疑有些作品是不是真的反映了人格或思想，但一定包含了创作者的意向。即使作者刻意让作品无意义，也包含了其追求无意义的意向。“达达”派的文学创作把报纸上的字句剪碎，再随意拼接成不知所云的诗句，看上去与机器生成何等相似。“达达”运动反映了第一次世界大战导致的厌世主义和虚无主义<sup>④⑦</sup>，貌似无意义的行为后面依然反映了人的心灵。“但在人工智能那里，艺术家、作品与生活的这种关联被割断或取消，艺术创作直接演化为符号或语言的组合。换言之，艺术创作与主体、世界无关，而仅仅是符号的自我组合与增生。”<sup>④⑧</sup>因此不难理解，为何人工智能生成的“作品”主要有两类，一是形式上高度模式化、以数据分析为主要价值的文本，例如体育赛事报道、财经新闻、不动产行情分析等<sup>④⑨</sup>；二是抽象艺术，例如诗歌、绘画和音乐。这一类作品的意向比较隐晦，所以无意向的人工智能符号与其形似。综上，人工智

能对创造的模拟只能算一种“仿创”。

这些第一性上的区别是有法律意义的。首先，涉及人工智能生成符号的设权必要性。法律保护某种对象，目的是为了引导人的行为。之所以不保护动物或自然力产生的美感形式，是因为这种保护并不能促使人们从事法律鼓励的行为。人的创造能力并不稀缺，对仿创结果有无保护的必要是一个值得讨论的问题。由于仿创成果缺乏意向性，背离了作品的交流功能，客观上此类成果的市场需求如何，也有待观察。艺术创造源于人们情感交流的需要<sup>⑤⑩</sup>，尽管后现代美学反对以作者意图统治读者的诠释自由，主张从作者中心主义转向文本中心主义，这意味诠释不以作者的主观情感为唯一依据，可以自由发掘作品中潜藏的意味，并不表明可以完全抛弃作品的交流本质。人是追求意义的生物。作者表达自我，欣赏者在他人的自我表达中寻求共鸣、体验个别自我与普遍自我（即人性）的统一，这不就是创作与审美的根本意义吗？“审美活动就是借助一个对象在人与人之间传达情感的活动。”<sup>⑤⑪</sup>音乐家戴维·科普（David Cope）通过作曲程序艾美（EMI）生成了大量模拟巴赫风格的“作品”，并安排了一次演出，达到了以假乱真的效果。当有些观众最终得知并非巴赫的作品时，感到非常愤怒。<sup>⑤⑫</sup>这个看似支持结果论的例子恰恰说明，人们非常在乎作品是不是真正的精神交流。所以，在人类优秀作品汗牛充栋的情况下，空洞的符号组合有多大的市场价值，有待时间检验。例如，有很多音乐家表示愿意演奏艾美的作品，最终因为“不够特别”而作罢，“艾美的高产使得其作品平凡普通。”<sup>⑤⑬</sup>其次，即使事实证明仿创成果有一定的市场价值，凭借人们对技术的好奇，能否通过物权交易或其他市场安排自然获益？这种获益程度与仿创的价值是否已经相当而无须给予更高的保护？逼真的临摹品和泰国旅游

④⑤ [法]亨利·柏格森著：《创造进化论》，李斯等译，载《诺贝尔文学奖文集》，时代文艺出版社2006年版，第49页、第124页。

④⑥ 同注释③⑧，第98页。

④⑦ 参见邵大箴主编：《图式与精神——西方美术的历史与审美》，中国人民大学出版社1999年版，第329页。

④⑧ 马草：《人工智能艺术的美学挑战》，载《民族艺术研究》2018年第6期，第90页。

④⑨ 同注释③⑩，第206页。

⑤⑩ 同注释④④，第81页。

⑤⑪ 同注释①⑧，第115页。

⑤⑫ 同注释②⑦，第294页。

⑤⑬ 同注释③⑩，第203页。

区的“大象画作”没有著作权，但并非没有交易市场。利用人工智能生成的画作《爱德蒙·贝拉米肖像》在佳士得拍卖市场以43.25万美元成交，尽管艺术评论人本·卢克（Ben Luke）称之为“2018年最无聊的艺术作品”。<sup>⑤4</sup>再次，如果法律认为有必要设权保护人工智能的仿创成果，基于创造性上的差异、与作者意向的关联度不同，在保护程度上是否应与作品有所区别？例如能否纳入狭义著作权？是否给予短期保护？权利内容中是否包含人格权？

综上，对作品的判断不能完全采用结果论，并非出于人类中心主义的偏见，而是因为作品与人的关联性具有法律意义。不少学者提到人工智能生成符号与作品难以分辨的问题，本文不想预测规则细节，仅作一点粗略的推理。公众有知晓作品是否来源于人的需求。一是出于个体对作品的交流属性的需求，即渴望透过作品与作者交流；二是出于社会文化发展的需要，艺术评论、艺术史研究不可能完全脱离作者分析。所以，对人工智能生成的符号组合进行来源标示，极有可能成为一项法律义务。从市场驱动来看，纯粹的人工智能生成成果的吸引力主要在于来源的新奇，利益主体通常不会隐瞒来源。从艺术驱动来看，用机器创作本身就带有行为艺术的色彩，即便法律上认可艺术家是作者，艺术家都极有可能把作品来源彰显出来。目前市场上销售的人工智能“作品”已经证明了这一点。作者为了避免公众把自己的作品当成仿创“赝品”，也会尽力保存创作证据。所以“分辨不清”的问题很可能不如想象的那么严重。只要有法律和市场的动力，来源识别技术的产生与运用也应该指日可待。

### 三、知识产权统合的逻辑基础

上文为了质疑结果论，从结果论的视角把人工智能生成过程与主体切断来考察，预设了一个“与人毫无关联，但生成结果有差异性”的状态。这是为了配合讨论“不源自人的符号组合不能叫作品”，避免把讨论滑转为“人工智能生成的符号组合到底是不是源自人”。事实上，

“不源自人”这个判断本身已是一种解释。没有自由意志的人工智能无法自己发动生成符号的过程，总是有一个主体的介入。结果论的本意是为了论证人工智能生成的符号组合应该得到法律保护，既然要予以保护，利益就要归属一个主体（人）。如果抛开人承认创作，就等于把人工智能认定为作者，这就违反了法律的主体概念（前文已述，作者也是主体）。人基于何种依据取得利益，或者说，人对人工智能的介入具有何种法律性质，才是关键。要论证人工智能生成的符号组合应当得到保护，恰恰要去分析结果与人的关系。本文虽然批判结果论的方法，但并不断然反对保护人工智能生成的符号组合。在第二部分，本文已经列出了是否保护、如何保护等问题的不同考量因素，具体结论尚有待实证分析和社会合意。下文主要论证，如果实践表明有必要保护人工智能生成的符号组合，根本不必切断结果与主体的关联，不必违反法理地把人工智能当成作者，而是要从人与结果的联系中证成保护。

人对人工智能生成结果的介入关系可分为两种，或是创造，或是非创造。

先分析创造。“创造”概念的重要规范功能是确立权属。因此，法律上的独创性要求很低，只要足以确立作品与主体之间的特定联系，能够表明作品源自主体即可。人在人工智能生成符号过程中作出的特有取舍，例如对样本和特征量的选择或其他干预行为，完全可能满足“创造”的要件。技术的发展过程，就是把人的工作逐渐“外包”给机器的过程。摄影与录像术诞生时，给人们带来的冲击与今日的人工智能非常相似。文艺批评家瓦尔特·本雅明曾言，“摄影术发明之后，有史以来第一次，人类的手不再参与图像复制的主要艺术性任务，从此这项任务是保留给盯在镜头前的眼睛来完成。”<sup>⑤5</sup>美学与法律理论则通过调适，使“创造”概念继续容纳着技术的变革。图像的精确复制交给机器，人类依然保有取景的自由，一切技艺都可能交出去，自由意志——这创造的核心，还与主体在一起。可以想见，随着技术的发展，“创造”概念的调适还会

<sup>⑤4</sup> 《为什么人工智能创作的〈爱德蒙·贝拉米肖像〉是2018年最无聊的作品？》，载 [http://www.sohu.com/a/290549149\\_256863](http://www.sohu.com/a/290549149_256863)，最后访问日期：2019年6月26日。

<sup>⑤5</sup> [德]瓦尔特·本雅明著：《摄影小史》，许绮玲、林志明译，广西师范大学出版社2017年版，第65页。

继续。但只要人的意志尚在概念之中，就没有发生本质的变化。虽然人工智能的符号生成没有意向性，但人运用人工智能生成符号的行为，是有意向性的。这不仅包括样本风格的选定，甚至包括对人工智能的尽量放任。“运用机器创作”本身就是一种艺术态度，就像那些貌似取消自身独创性的照相写实主义艺术家一样。“照相写实的真正意义也并不在于它的画面本身，而在于艺术家们用行动所表明态度或‘概念’，他们正致力传达着一种关于工业社会和大众文化的信息，他们的艺术作为一种现象在这个个人价值常常‘缺席’的环境中本来就具有特殊的意义。”<sup>⑤6</sup>人工智能生成的符号与人连接之后获得了意向，正如杜尚把小便池送到展厅、并命名为“泉”一样，是他的行为与命名使物变成了艺术品。从结果论来看，那就是一个物。

再分析非创造。如果随着技术的进一步发展，社会观念认为主体的意向性与人工智能的随机性相比太过微弱，无法用创造性支撑保护的正当性，也还有一种保护的可能理由：人工智能的符号增生，客观上提供了新的语料，丰富了艺术的语言。有可能随机出现前所未有的语词、色彩和音符的搭配，为人的创造提供了更多的素材，人工智能的设计者或训练者在此方面的贡献值得奖赏。只要实践表明，这种符号组合之上的利益并非微不足道，且无法通过市场自行解决其分配问题，法律就可能予以保护。利益分配的行为依据可能建立在非创造性智力活动或投资之上。

无论采取哪一种方案，知识产权理论都可以容纳。法所调整的社会关系是人的行为所引起的，类似的行为可以适用共同的规范。财产利用行为的相似性，主要是由财产形态的相似性决定的。<sup>⑤7</sup>知识产权法的基本功能是分配符号表达所形成的市场利益，其规范的财产在形态上属于符号组合。《知识产权法基本功能之重解》一文曾经预测，知识产权会继续以对象形态为统合基础，只要是符号表达上产生的市场利益，都会纳入知识产权法调整。<sup>⑤8</sup>无论运用人工智能生成的符号组合能否被解释为包含主体意向性的“表达”，如果实践证明有保护的必要性，因其形态属于符号财产，完全可以纳入知识产权法。即使该符号组合无法被解释为作品，也不妨碍其保护。知识产权法保护的符号财产本来就包括创造性的和非创造性的。<sup>⑤9</sup>

## 结 语

技术有变，法理有常。日本学者中山信弘在《多媒体与著作权》一书中曾言，“让法律领先于事实，特别是技术，而以应有的姿态进行引导是困难的。由于难以正确判断社会发展方向，法律如果先行往往产生朝错误方向引导的危险……但应注意至少要努力在最低限度上，不使法律成为多媒体发展的阻碍。”<sup>⑥0</sup>这段论述可以适用于一切技术的法学分析。与其琐细地想象和盲目地革命，不如认真探求规则原理，发掘现有制度的适应力。■

<sup>⑤6</sup> 同注释<sup>④7</sup>，第345页。

<sup>⑤7</sup> 李琛著：《论知识产权法的体系化》，北京大学出版社2006年版，第124页。

<sup>⑤8</sup> 李琛：《知识产权法基本功能之重解》，载《知识产权》2014年第7期，第7页。

<sup>⑤9</sup> 同注释<sup>⑤8</sup>。

<sup>⑥0</sup> [日]中山信弘著：《多媒体与著作权》，张玉瑞译，专利文献出版社1997年版，第116-117页。