

危害一:影响对作品独创性的认知和判断。“可版权性”是指智力成果可以作为著作权法的作品予以保护,是一个动态变化的概念。由于英美法系版权法和大陆法系著作权法哲学基础的差异,英美版权法偏重对作品财产权的保护,而弱化作者对作品的影响,美国版权法只在视觉艺术方面承认作者的精神权利。^[37]而大陆著作权法强调作者在作品的不可动摇的地位,各国著作权法有作品精神权利或者人身权的规定,并且明确规定著作权人身权不得转让、不得许可、不得放弃,实践中,造成著作权人身权与民法人身权难以区分,受制于民法人身权理论影响,著作权人身权成为作品流转和版权贸易最大的障碍,并且造成实践中,作品人身权不得转让理论无法正常坚守。可版权性的范围在发生变化,事实作品也逐步纳入版权法保护的范畴。“独创性”是判断智力成果是不是作品的客观标准,独创性包括两个层面的含义,第一,智力成果由作者独立所完成,第二,具有最低限度的创作。世界各国认定独创性的标准不一,美国有“额头冒汗”理论,英国有“劳动回报”理论,瑞士、荷兰、比利时等大陆法系国家用“勤奋标准的判断方法”。^[38]也有观点认为,独创性有高低之分。作者的思想、身份、创作过程等因素,不是判断作品独创性的标准和依据。如果不认可人工智能智力成果版权性,将对认定作品的独创性理论造成冲击。

危害二:不利于人工智能产业的健康发展。世界各国纷纷把发展人工智能产业作为优先发展的产业予以考虑,发达国家把发展人工智能作为国家战略,中国也不例外。2017年发布了《新一代人工智能发展规划》,人工智能的发展进入新阶段,对中国的社会造成深远影响,中国正在移动互联网、大数据、超级计算、传感网、脑科学等领域加强进一步的投资和发展,积极倡导“互联网+”的经济模式。当前,新一代人工智能发展,推进了经济转型,加快了经济结构调整,改变了人们的生活方式。人工智能是助力中国科技腾飞的最好机会,中国具有人才优势、市场优势、资金优势、创新的商业模式,在人工智能领域的学术论文数量已经位居世界第一。^[39]社会各行各业整体推进,正在引发区块链式突破,促进经济社会各阶层、社会各领域从数字化、网络化向更高智能化的程度加速前行。

在新兴产业中,人工智能智力成果已经发挥重大作用,人工智能的发展引发法律和社会伦理的再思考。^[40]社会的现实是,在视听作品、电子游戏、软件中,大量成分是人工智能智力成果。当学界还在讨论这些人工智能智力成果是不是作品的时候,广大消费者早已经在消费人工智能作品,并没有在意这些作品是人创作还是机器人创作。人工智能版权领域也是全新领域,蕴含巨大商机,对版权贸易具有重大影响,不认可人工智能智力成果的可版权性,将严重影响人工智能产业的健康发展。认可人工智能智力成果的法律地位,是产业利益的必然要求。

危害三:不保护人工智能作品,不利于著作权法的发展。因为人工智能的“非人性”,而不认可人工智能智力成果的“作品性”,对客观存在于社会与人的作品无异的有价值的人工智能智力成果视而不见,不符合著作权法的精神。著作权制度具有鼓励创新、激励创作、保障更多人有学习的机会之功能。不保护人工智能作品将会造成版权秩序混乱、版权纠纷增加之风险。

即使法律不承认人工智能的人格或者权利主体资格,或者不认可人工智能“法律拟制作者”地位,人工智能作品完全可以脱离作品的主体对作品进行保护。社会不断发展进步,大量“无主作品”、“孤儿作品”出现在社会中,我们不能因为无法确定作品的作者而否决这些作品的本质,也不能消灭这种社会现象。

民事主体是不断扩大的状态,由自然人到法人,再到无生命的其他主体,知识产权的主体也是一样,主体在不断扩张,作品和作者的关系也从天然的依附发展到可以独立存在。至少在部分国家的著作权法中,没有明确排除“非生命主体”可以是作品的作者,人工智能被解释为或者被认可为作品的

[37]17 U.S.C. § 106(a)(1976).

[38]参见李伟民:《视听作品法律地位之确立——以文化安全为视角》,《法学论坛》2018年第2期。

[39]参见前引[2],李开复、王咏刚书,第263—264页。

[40]参见朱体正:《人工智能时代的法律因应》,《大连理工大学学报(社会科学版)》2018年第2期。

“作者”没有理论障碍。

笔者认为,目前不认可人工智能可以是作品作者的理论,明显是受到大陆法系著作权法“自然人是作者”、“作品精神权利不得转让”、“由创作者享有作品著作权”等理论的束缚。这些著作权法理论已经受到了国内部分学者的质疑。^[41]“作品体现人格”的观念已经成为作者权体系的负累,成为一种负担和限制。^[42]已经有学者认为人工智能具有有限人格,^[43]也有人认为权利主体的外延,不再局限于生物学意义上的“人”,物种差异不再视为获取权利主体地位的法律障碍,人工智能享有权利。^[44]

笔者认为,人工智能的智力成果不一定体现“人格”,但是可以成为独创性的表达。当人工智能智力成果与人的智力成果无异时,传统版权法制度在确定人的作品作者和著作权归属的时候略占优势,在认定人工智能作品的作者时显得力不从心,会纠结究竟是人工智能的操纵者是作者,还是人工智能是作者,或者另有其主。但是,应该遵照一个逻辑,人工智能作品是一个客观事实,本身是有“作者”,只是确定“作者”变得更为复杂。既然是作品,著作权法应该予以保护,以发挥著作权法之价值。

五、人工智能智力成果的版权保护模式探索

认可人工智能智力成果作品性的学者不在少数,在认可人工智能智力成果的作品性前提下,对人工智能智力成果的保护模式进行了尝试性的探讨。不论观点正确与否,是否能满足社会的实际需要,这些都不重要,至少对推进我国人工智能智力成果的立法和保护有所贡献。

(一) 现有理论关于智力成果的版权保护模式

模式一:合同约定。易继明教授认为,对人工智能作品的著作权归属首先应该重视投资人的利益,需要重新重视人工智能设计者、所有者、使用者之间的合同安排,并且按照合同优先的原则确定权利、解决权属纠纷,如果没有约定的情况下,则应该建立以所有者为核心的权利归属制度。^[45]

该模式具有进步意义,首先在认可人工智能智力成果的作品性前提下,在人工智能投资人、人工智能设计者、人工智能所有者、人工智能作品的使用者之间进行利益平衡,通过契约以各方自由约定人工智能智力成果归属的方式,优先对人工智能作品的归属进行了制度安排,可以减少纷争,利于解决实践问题。

笔者认为,该模式虽然具有进步意义,但是面临著作权法基础理论的限制。第一,没有体现人工智能本身的价值和作用。人工智能在人工智能作品的创作中,是承担主要作用或是辅助作用,有待进一步研究。如果人工智能本身在人工智能作品创作过程中承担主要作用,则有成为“作者”的可能性。如果发挥的仅仅是辅助作用,人工智能不是人工智能作品的创作者,也不是人工智能作品的作者。客观条件所限无法确定人工智能作品的创作人和作者,或者依据现有法律技术,暂时无法精准确立人工智能智力成果的作者,但我们不能忽略人工智能的“人格性”的可能。“合同约定”模式,其实是不承认人工智能可以是作者,事实上是把人工智能当作了人的工具,而没有人格。第二,受制于作品人身权不得转让的理论限制。大陆法系著作权法普遍规定,作品的人身权不得转让。^[46]在合同约定人工智能作品的著作权归属过程中,作品的精神权利如何处置,应该是一个重大的理论与实践问题。第三,受制于著作权法原始取得著作权的理论。原始取得作品著作权是指通过创作或者法定的方式,一手取得作品著作权的情形,职务作品是法定原始取得著作权的形式之一。通过继承、转让、合同约定取得

[41] 参见孙新强:《论作者权体系的崩溃与重建》,《清华法学》2014年第2期。

[42] 参见李琛:《著作权基本理论批判》,知识产权出版社2013年版,第182页。

[43] 参见前引[8],袁曾文。

[44] 参见张玉洁:《论人工智能时代的机器人权利及其风险规制》,《东方法学》2017年第6期。

[45] 参见前引[7],易继明文。

[46] 德国《著作权法》第29条,中国《著作权法》第10条。

作品著作权,是最为常见的继受取得作品著作权的方式。在人工智能智力成果的归属方面,第一层面谈的是人工智能作品的原始取得问题,合同约定取得著作权,其实就是著作权的转让问题。

模式二:赋予人工智能人格。世界范围内,人工智能能否成为民事主体,是全新的理论,目前没有先例可循,有零星的消息称“沙特承认人工智能的国籍”。根据民法、国籍法理论,只有当一个个体是一国民事法律的主体之后,^[47]才成称为“国民”,才能享有国籍,享有民事权利。^[48]其是民事主体,则享有民事权利和民事义务。知识产权法是民法的特别法,著作权主体的规定适用于民法关于民事主体的规定,作者的范围由如下民事主体构成:自然人、法人、非法人单位、个体工商户、合伙组织等。只要这些主体创作的独创性的作品,应该一同视为作者。^[49]

有学者认为人工智能具有有限人格,^[50]也有人认为权利主体的外延,不再限缩于生物学意义上的“人”,物种差异不再视为获取权利主体地位的法律障碍,人工智能享有权利。^[51]赋予人工智能人格,短时间很难被公众所接受,以“非人性”观点反对的为多数,认为智力活动是创作的实质要件,认为人的创作劳动才是作品创作的本质工作。正如笔者前面所阐述的,如果坚持大陆法系作者权法理论,没有人工智能拟制人格的存在空间;在英美版权法国家,人工智能被拟制为特殊的人格完全有可能;但是英美法虽然拟制无生命的法人、其他组织为创作者,法律作者具有丰富经验,但是动物能否成为新的民事主体,人工智能能不能成为民事主体,还没有明朗的态度。

其实权利的主体并没有限定在自然人和法人等,物种差异不再视为获取权利主体地位的法律障碍,权利主体的范围并非是固定不变的,而是处于不断的扩张状态中,不同群体之间的实力变化往往直接影响权利主体的外延。^[52]承认人工智能的人格仍然需要很长的路要走,最初,法人能创作、法人能犯罪的理论难以被人普遍接受,但是,现在这些问题已经不是问题。当笔者在多次学术活动中提到动物的民事主体扩张、动物可以享有权利的学术问题,马上会遭到学界部分专家的反,大多以“怎么能把畜生和人相提并论”“如果承认动物的民事主体地位,动物不是和人一样”类似观点驳斥作者。

笔者认为,“法律拟制”是一种正常现象,“虚假”的民事主体在某些方面虽然能享有和真实民事主体相同的权利,但是关于一些天然的权利,只有人才能享有,比如结婚等。承认民事主体不是与人争权利,而是便于规制一种社会秩序。当面临解决人工智能民事主体资格的法律问题时,面临同样的尴尬境地,有人始终会认为不能让无生命的机器人超出人的控制范围,所以不能是人工智能作品的“作者”。

笔者认为,在未来可以把人工智能作为新的民事主体对待,享有民事权利,能像人一样思考、同样也能像人一样创作、能对人工智能作品享有完整著作权。这个问题的实现,需要社会公众朴素观念和情感的转变。同时,需要民法首先获得突破,对民事主体进行扩张,以致可以涵盖有生命的动物、也可以涵盖没有生命的人工智能等。

笔者认为,作品作者和民事主体之间虽然存在关联性,但是人工智能智力成果的可版权性毕竟是著作权法领域的核心问题,最终需要从著作权法方面予以回应。具体步骤如下:第一步,修改民法,扩大民事主体的范围。至于民事权利,是民事主体的应有之义,是下位法律概念,承认特殊主体的民事主体地位,这些主体当然享有相关民事权利。第二步,修改著作权法关于作者、权利归属的相应制度。目前,关于人工智能民事主体的理论,主要停留在赋予人工智能民事主体和民事权利方面,对著作权领域作者地位的认定方面缺乏深入论证。以“视为作者”原则为核心,构建新的著作权主体制度、雇佣作品制度、作品权属制度,应当是历史的必然。

[47]《民法总则》第13条“自然人主体”,第57条“法人主体”。

[48]《国籍法》第2条。

[49]参见前引[13],曲三强书,第105页—106页。

[50]参见前引[8],袁曾文。

[51][52]参见前引[44],张玉洁文。

(二)笔者关于人工智能智力成果版权保护模式之进路

模式一:把人工智能作品作为“孤儿作品”予以保护。随着互联网科技的发展,海量作品涌现网络,有些作品没有作者署名或者查找不到作者的情况多发,“孤儿作品”的概念应运而生。对这种著作权人身份不明或著作权人身份确定但无法联系的作品,参照日常生活中“孤儿”的概念,把该类作品作为“孤儿作品”对待。“孤儿作品”和其他作品并无实质差异,对“孤儿作品”的利用同样可以达到促进文化传播的目的。^[53]在人工智能智力成果与人的智力成果没有实质差别的情况下,作品的外观没有区别,作品的艺术价值没有区别,如果存在区别也仅仅在于创作作品的主体不同。一般情况下,发现和认定作品的作者较为容易,确定作品的著作权归属也非常容易。但是,在人工智能智力作品的情况下,计算机、机器人、人工智能的操纵者和管理者在作品的创作过程中的地位和作用更加复杂,造成认定作者困难,大家会认为是计算机的功劳,但是没有几个人愿意把智力成果真正赋予人工智能本身。

现实生活中,公众的注意力集中在作品的使用价值上,至于作品的创作者、作者是谁,显得不重要,只有在作品流转中对确定作品的权利归属具有重要意义。当我们还在纠结人工智能智力成果的作者是谁的时候,作品的使用已经非常普及。虽然我们暂时找不到作品的作者是谁,但是不影响作品的价值、不影响对作品的保护和利用。况且在人工智能作品方面,只是暂时无法确定人工智能作品的作者,暂时对人工智能作品在流转和作品经济价值的再分配方面造成一定影响。

人工智能作品的作者不好确定或者表面上没有作者,著作权是私权,我们也不能因为作品作者的情况特殊性,而否决作品本身的客观实在,人工智能作品不能成为“免费午餐”,需要尽快确立使用规则。学者建议的“准强制许可+提存”模式具有可行性,可以由国家著作权行政管理部门指定专门机构负责批准利用“孤儿作品”的申请。该机构的职能应仅能批准他人使用“孤儿作品”,而不能转让“孤儿作品”的著作权。同时,应该尽快建立“孤儿作品”的数据库,该机构还应及时登记、公示被许可使用“孤儿作品”的信息,为便于著作权人知晓作品的利用情况、方便后续使用者使用同一“孤儿作品”。^[54]

但是,该种保护人工智能智力成果方法只是权宜之计。人工智能作品的作者只是暂时确定困难,事实属于有主作品,只是防止因人工智能作品著作权不受保护而陷入混乱的境地,伤害到人工智能产业等情况的一种临时的保护方法,最终仍需制定人工智能作品的法律归属原则。

模式二:以“视为作者”原则安排人工智能智力成果的归属。美国版权法注重作品财产权的保护,更加适应社会的发展,在应对新型视听作品、计算机软件等多人作品过程中,曾经以“合作作品”原则确认多人作品的作者并安排著作权的归属,所有参与创作的人都是作者,共同享有合作作品的著作权。^[55]但是现实中,权利人众多,不利于谈判、不利于交易顺利达成、不利于作品的传播。经过司法判例的长期发展,美国1909年版权法创立了“视为作者”原则,也称为“雇佣作品”的原则,1976年版权法对“视为作者”原则进行了重新定义。^[56]英国也有类似美国版权法“视为作者”制度,作品的创作者之外的人可以是作品的“作者”,以“法律拟制”技术对作品的事实作者(实际创作者)——创作者和作品

[53][54]参见王迁:《“孤儿作品”制度设计简论》,《中国版权》2013年第1期。

[55]参见李伟民:《论不可分割合作作品》,《暨南学报(哲学社会科学版)》2017年第7期。

[56]17 U.S.C. § 101(1976). A “work made for hire” is (1) a work prepared by an employee within the scope of his or her employment; or (2) a work specially ordered or commissioned for use as a contribution to a collective work, as a part of a motion picture or other audiovisual work, as a translation, as a supplementary work, as a compilation, as an instructional text, as a test, as answer material for a test, or as an atlas, if the parties expressly agree in a written instrument signed by them that the work shall be considered a work made for hire. For the purpose of the foregoing sentence, a “supplementary work” is a work prepared for publication as a secondary adjunct to a work by another author for the purpose of introducing, concluding, illustrating, explaining, revising, commenting upon, or assisting in the use of the other work, such as fore words, after words, pictorial illustrations, maps, charts, tables, editorial notes, musical arrangements, answer material for tests, bibliographies, appendixes, and indexes, and an “instructional text” is a literary, pictorial, or graphic work prepared for publication and with the purpose of use in systematic instructional activities.

的法律作者(雇主、投资人、制片人、委托人、人工智能的操控者等)作有效区分。以“法律拟制”技术解决作品事实作者与作品权利人不相符的情形,“拟制血亲”、“法人制度”、“收养制度”都是法律拟制的典型制度。在现实生活中,没有生孩子的妇女可以成为孩子妈妈,与亲生妈妈一样享有法律权利、承担法律义务,她是法律上的妈妈,不是生理上的妈妈,法律关系并行不悖。

笔者认为,关于人工智能智力成果的著作权归属,我们可以大胆尝试采用法律拟制技术,参照美国版权法“视为作者”原则(“雇佣作品”原则)把没有实际参与创作的主体(人工智能的投资者、人工智能的管理者、人工智能的实际操控者等)视为人工智能作品的法律作者,正因为是作者,所以享有人工智能作品完整的著作权,我们不再追究他(她)、法人(组织)是否创作作品。真正的事实作者(人工智能的设计者、研发者、人工智能等),不享有人工智能作品的著作权。

中国著作权法也有与美国版权法“视为作者”原则(“雇佣作品”原则)类似的制度——“职务作品”制度。但是,“职务作品”制度的内涵和外延明显与“视为作者”原则不符,中国的“职务作品”制度非常复杂,并且与社会实践不符,其实与用人制度尚未完全市场化有关。当下,雇主(可以是法人、非法人组织、自然人)雇佣雇员(可以是法人、非法人组织、人工智能、自然人)创作不可分割,共同共有合作作品的情形成为常态。例如,电影作品、视听作品和计算机软件作品等。但是实践中,把这些特殊的多人作品不作为“合作作品”对待,而是作为“雇佣作品”对待,由作品的法律作者(投资人、制片人、软件开发者)享有著作权,其他事实参与作品创作的主体不享有作品的著作权,只能依据合同,获得报酬。^[57]中国《著作权法》第16条是类似美国“雇佣作品”的“职务作品”的制度。该条第1款是“一般职务作品”的规定,员工(雇员)在职务关系(雇佣关系)存续期间所创作作品的著作权归实际创作人员(雇员)享有,而不是归单位(雇主)享有,但是在两年内,单位(雇主)享有对作品优先使用的权利。该条第2款是“特殊职务作品”的规定,员工(雇员)在职务关系(雇佣关系)存续期间利用法人或者其他组织(雇主)的物质技术条件创作,并由法人或者其他组织(雇主)承担责任的工程设计图、产品设计图、地图、计算机软件等职务作品,员工(雇员)享有作品的署名权,作品的其他著作权归法人或者其他组织(雇主)享有。中国特殊职务作品制度与美国版权法“视为作者”原则最为接近,结合《著作权法》第11条“法人或者其他组织视为作者”的规定,视“法人或者其他单位”为作品的法律作者,由法人或者其他单位享有“职务作品”的著作权。但是,与美国版权法“视为作者”存在重大差异。^[58]中国在参照美国版权法“视为作者”原则中,存在英美法系版权法和大陆法系著作权法思想杂糅的情形,并且还天然存在矛盾。为顺利解决人工智能智力成果的可版权性问题,重构中国“职务作品”是当务之急,也是重中之重。

结 语

随着科技高速发展,云计算、人工智能成为当下社会的主要特征,在互联网、电影、游戏、软件等方面,大量人工智能创作作品出现,这些作品具有很高的独创性,同时能发挥很大的市场价值。这些人工智能智力成果与自然人所创作的作品在某些方面没有差异,让人难以区分。如果不认可该类“非人性”所创作智力成果的“作品性”,无疑是雪上加霜,一方面是具有很大价值的人工智能产业市场,另一方面不认可人工智能的作品地位,势必造成人工智能智力成果成为“免费午餐”、合法权利得不到保护的境地。这种局面与发展人工战略的国家战略不符,与著作权法激励创作,方便公众学习的精神相悖,与社会现实严重脱节,在法律层面确立人工智能智力成果的作品法律地位,利大于弊,如果纠结在传统著作权法制度之中,以“非人性”而否决人工智能智力成果的作品性,会错失发展人工智

[57]参见前引[38],李伟民文。

[58]《著作权法》第11条。

能的大好时机。

在法律层面应当正式尽快形成人工智能“智力成果”的规范表述,完善人工智能智力成果的“独创性”判断标准,把“独创性”作为判断人工智能智力成果“作品性”的唯一标准,只要人工智能智力成果达到独创性,就是著作权法作品,就应该获得著作权法保护。突破民法民事主体制度的限制,逐步扩大民事主体的范围,扩大“无生命”民事主体范围,为人工智能具有法律人格创造条件。对传统大陆法系著作权法的框架和理论进行调整,逐步偏重保护作品的财产权,减少著作权法“作品人身权(作品精神权利)”制度的束缚,对“自然人是作者”、“创作人是作者”理论进行调整。坚持“作者享有著作权”理论,充分发挥法律拟制技术的作用,承认作品法律作者和事实作者的区分,修改著作权法著作权主体制度,重构自然人、法人、其他组织、其他生命体的著作权主体制度,重构我国职务作品制度,确立“雇佣作品”概念和原则,以“雇主”、“雇员”、“雇佣关系”安排生活中的新型作品、多人作品参与主体之间的法律关系,扩大“雇主”的范围,包括自然人、法人、其他组织等,扩大“雇员”的范围,把无生命主体纳入可以视为“雇员”的范围。

目前,解决人工智能智力成果的归属制度有多种方法,孰优孰劣有待实践的进一步检验。在承认人工智能可版权性的基础之上,面临确定人工智能作品作者困难的社会现实,“孤儿作品”制度可以暂时作为替代规则,以缓解市场需求的压力。“视为作者”原则已经深入人心,大胆拟制人工智能为法律作者,由人工智能享有人工智能作品的著作权,事实上,是由人工智能的实际操纵者行使相关权利。也可以把人工智能拟制为人工智能作品的事实作者,同时把人工智能的操纵者、管理者、开发者、使用者之一或者几种拟制为人工智能作品的法律作者,由法律作者享有人工智能作品的著作权。这种法律拟制技术的结果,绕开了“作品人身权不得转让”理论的束缚,突破了人工智能非人性对人工智能作品著作权主体的限制,并且不违反“作者享有作品著作权”的著作权法基本理论,也减少了法律体系内部的矛盾。

笔者以人工智能的发展为契机,以人工智能“智力成果可版权性”为研究内容,以相关学术观点为评价目标,以探寻人工智能“智力成果”的本质,促进早日达成人工智能具有独创性的“智力成果”是“作品”的共识,以期对建立人工智能“智力成果”的著作权主体和归属制度有所贡献。