

构思决定论视野下生成式人工智能 生成物的版权保护

张金平^{*}

内容提要：我国法院通过类比摄影作品，初步构建了生成式人工智能（GenAI）生成物的版权司法保护模式，但可能引发三重转向：独创性的判断和实质性相似的比对都从最终表达转向构思，而版权直接侵权责任从执行者转向构思者。然而，GenAI与照相机在执行人类构思上存在根本差异，并非机械固定而是“自主”转化，故类推适用摄影作品构思决定论之“可视化构思+机械固定”二元要件难以支撑三重转向。为此，建议将构思决定论修正为三元要件：一是“‘可视化’构思”延续传统理论；二是“受控固定”要求作者通过合理控制保障其独创性构思是GenAI生成最终表达的有效原因，维系思想与表达二分法；三是“创作记录”作为作者证明独创性贡献的必要证据，既划定权利边界又防范滥用GenAI。

关键词：人工智能 作品 版权 独创性

一、问题的提出

人工智能生成物的可版权性问题在1965年就已经提出，^{〔1〕}但一直以来人工智能技术的发展水平都未取得革命性进步，即使英国在1988年创设了全新作品类型“计算机生成作品”，人工智能也没有超出人类预设规则进行创作。然而，2022年底生成式人工智能（简称GenAI）ChatGPT的问世，标志着GenAI可以根据大模型训练得出的统计学规律生成内容——对用户输入的提示词以此规律推断下一个最可能的内容，并以符合该规律的通用表达方式，输出在外观上与传统作品难以区分的“作品”^{〔2〕}——打破了纯粹执行人类预设规则的技术瓶颈。那么，对于基于人类提示词而输出的GenAI生成物，是因其由GenAI生成最终表达拒绝提供版权保护，还是能够通过某种理论使其嬗变为用户创作的作品？这并非纯粹的理论问题，而是已经进

^{*} 中央财经大学法学院副教授。

本文受中央财经大学科研创新团队支持计划资助。

〔1〕 See U. S. Copyright Office, *Sixty-Eighth Annual Report of the Register of Copyright: For the Fiscal Year Ending June 30, 1965*, 1966, p. 5.

〔2〕 See Oren Bracha, *The Work of Copyright in the Age of Machine Production*, 38 Harv. J. L. & Tech. 171, 186 (2024).

入中美实务之中。

目前,美国版权局在三起 GenAI 生成物登记案中都驳回了相关登记申请,两起驳回被诉至法院。在“泰勒案”中,史蒂芬·泰勒坚持主张图片《离天堂最近的入口》是由 GenAI 完全自主生成,并由 GenAI 享有原始版权,美国版权局和美国法院都以不涉及人类的智力贡献为由驳回泰勒的诉求。^[3]在其他两起登记案件中,登记申请人都主张对 GenAI 生成物享有原始版权,但美国版权局仍认为 GenAI 生成物因不涉及人类的智力贡献而驳回。^[4]其中,杰森·艾伦提起了诉讼,主张对 GenAI 生成的图片《太空歌剧院》享有原始版权,目前该案(下称“艾伦案”)仍在审理中。^[5]

相比之下,我国著作权法不要求作者提起诉讼之前进行作品登记,即便登记也不进行实质审查,目前已有多起生效判决涉及 GenAI 生成物的著作权保护和侵权问题。其中,在“春风案”中,北京互联网法院进行了开创性探索,首次在全球范围内确立了用户基于提示词对 GenAI 生成物享有版权(简称“GenAI 生成物版权”)的司法保护模式,只要用户从“构思”到最终生成物形成的整个过程中体现了独创性贡献。^[6]此后,“伴心案”^[7]“武汉文生图案”^[8]“艺术椅案”^[9]都采用该模式判断原告对涉案生成物是否享有著作权。然而,在“春风案”之后的“广州奥特曼案”中,广州互联网法院认定 GenAI 提供者对用户利用提示词生成内容的著作权侵权承担直接侵权责任,^[10]似乎引发了 GenAI 生成物著作权的“权责分离”现象,即用户享有 GenAI 生成物著作权,但无须为其著作权侵权承担责任。

对于实务界的不同做法,中美学界形成了三种观点。一种是肯定论,即认为生成物构成作品,而且用户对该生成物享有完整的版权,因为该作品体现了人类的智力贡献,即用户在提示词的设计和修改上体现了独创性。^[11]第二种是否定论,即认为生成物不构成作品,因为人类输入的提示词相对于该生成物而言是思想而非表达,而且 GenAI 根据该指引自动生成了内容,用户无法预期和控制,故不能对其主张版权。^[12]第三种是观望论,即一方面认为 GenAI 生成物版权如成立,可能会导致思想与表达不分、颠覆传统版权理论,但另一方面又担心版权法如不作调整,可能在人工智能时代被边缘化。^[13]

这三种观点充分展示了 GenAI 生成物版权保护的争议性,但现有讨论主要停留在可版权性

[3] See U. S. Copyright Office Review Board, *Second Request for Reconsideration for Refusal to Register A Recent Entrance to Paradise*, February 14, 2022; *Thaler v. Perlmutter*, 687 F. Supp. 3d 140, 149 (D. D. C. 2023).

[4] See U. S. Copyright Office, *Zarya of the Dawn*, February 21, 2023; U. S. Copyright Office Review Board, *Second Request for Reconsideration for Refusal to Register Théâtre D'opéra Spatial*, September 5, 2023.

[5] See Jason Allen v. Shira Perlmutter, Civil Action No. 1:24-cv-2665, Complaint, September 26, 2024, <https://www.courtlistener.com/docket/69198079/allen-v-perlmutter/>, last visited on 2025-06-22.

[6] 参见北京互联网法院(2023)京0491民初11279号民事判决书。

[7] 参见江苏省常熟市人民法院(2024)苏0581民初6697号民事判决书。

[8] 参见湖北省武汉东湖新技术开发区人民法院(2024)鄂0192知民初968号民事判决书。

[9] 参见江苏省张家港市人民法院(2024)苏0582民初9015号民事判决书。

[10] 参见广州互联网法院(2024)粤0192民初113号民事判决书。

[11] 参见崔国斌:《人工智能生成物中用户的独创性贡献》,《中国版权》2023年第6期,第23页;蒋舸:《论人工智能生成内容的可版权性:以用户的独创性表达为视角》,《知识产权》2024年第1期,第66页;U. S. Congress Research Service, *Generative Artificial Intelligence and Copyright Law*, September 29, 2023, p. 2.

[12] 参见王迁:《三论人工智能生成的内容在著作权法中的定位》,《法商研究》2024年第3期,第187页;李琛:《重思“表达”概念的规范意义——兼论人工智能用户指令行为的法律性质》,《知识产权》2025年第5期,第6页。

[13] See Mark A. Lemley, *How Generative AI Turns Copyright Upside Down*, 25 Colum. Sci. & Tech. L. Rev. 190, 194-195 (2024).

层面的局部分析，涉及版权侵权的讨论则浅尝辄止，因此各方观点陷入僵局，无法体系性地解决人们心中的疑虑，即按照北京互联网法院的裁判思路，会不会引发版权法的“三重转向”：首先，独创性考察的重点从传统的作品最终表达（即生成物）转向创作构思（即提示词），是否会导致思想与表达不分？其次，两个基于提示词生成的作品之间发生版权侵权纠纷，二者实质性相似的比对对象是否也应从最终表达转向构思（提示词），才能准确划定 GenAI 生成物版权的权利边界？最后，如果生成物版权侵权成立，直接侵权承担者是不是也应当从执行者转向构思者，才能实现“权责一致”，既让用户从具体创作的执行中解放出来，又能督促其负责地使用该工具？在“广州奥特曼案”中，这种转向为何未能实现？

本文基于 GenAI 与照相机执行人类构思的技术原理差异，从类比摄影作品构思决定论的角度，对 GenAI 生成物版权司法保护模式展开体系性反思，旨在追问其在解释论层面^{〔14〕}能否逻辑自洽地应对上述三重转向带来的挑战。具体而言，本文先阐释支撑摄影作品独创性转向的构思决定论，明确摄影作品版权取决于构思的二元要件及适用条件，然后分析能否通过类推适用摄影作品构思决定论的方式解决 GenAI 生成物版权三重转向问题；若不能类推，应如何修正摄影作品构思决定论，使之既能妥当解决三重转向问题、适应人工智能时代的创作需求，又有利于全面构建我国自主的 GenAI 生成物版权保护模式，提升我国在全球人工智能版权治理规则方面的国际影响力。

二、GenAI 生成物独创性判断之构思决定的类推困境

（一）GenAI 生成物的可版权性逻辑：类推摄影作品

在“春风案”中，原告利用“Stable Diffusion”（简称 SD）进行图片创作，通过正向提示词（如“日本偶像”“酷姿势”）设定创作要求，通过反向提示词（如“绘画”“卡通”）排除不希望出现的内容。SD 根据提示词每次仅生成一张图片，原告根据 SD 生成的初步图片又修改三次提示词得到涉案图片。对此，法院认为，“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……涉案图片体现了原告的智力投入……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”，因而认定原告对涉案图片享有著作权。此外，法院还指出这与著作权法对照相机生成物提供保护的逻辑一致：“只要运用智能手机拍摄的照片体现出了摄影师的独创性智力投入就仍然构成摄影作品……技术越发展，工具越智能，人的投入就越少，但这并不影响我们继续适用著作权制度来鼓励作品的创作”。^{〔15〕}从这个角度而言，我国法院采用了类推解释的方法解决 GenAI 生成物的可版权性问题。

美国版权局则显得相对保守，并未认可用户有关类比摄影作品获得 GenAI 生成物版权的主张。在“《黎明的扎里亚》版权登记案”中，克里斯蒂娜·卡什塔诺娃将其提示词类比为摄影

〔14〕 笔者在 2023 年认为，在能够自主对生成物的表达素材进行选择 and 安排的情况下，GenAI 扮演的是创作者角色，但在解释论上因缺乏主体地位无法主张版权，故重点从立法论角度论证了对 GenAI 生成物进行版权保护也缺乏正当性和必要性。参见张金平：《论人工智能生成物可版权性及侵权责任承担》，《南京社会科学》2023 年第 10 期，第 77 页以下。不过，目前已有比较充分的案例可用于分析用户在 GenAI 生成物上的贡献，同时摄影作品构思决定论也提供了解释论上的理论基础和参考系，因而笔者的观点发生了转变。

〔15〕 前引〔6〕，“春风案”。

作品的构思,进而对 GenAI 生成的《黎明的扎里亚》插图主张版权,但美国版权局认为,卡什塔诺娃并未采取具体措施就其“主观构思”“给出可视形式”,没能达到美国联邦最高法院在 1884 年“沙乐尼案”中提出的要求。^[16]在后续的“艾伦案”中,杰森·艾伦通过 624 次提示词输入,利用“Midjourney”生成图片《太空歌剧院》,并主张对其“主观构思”“给出了可视形式”,但仍未获得美国版权局认可,理由是艾伦对涉案图片并未用颜料绘画、素描和上色,对“Midjourney”生成图片的控制也没有达到类似摄影师对照片的控制程度。^[17]对此,艾伦提起诉讼,坚持主张其已经满足“沙乐尼案”的要求,并对《太空歌剧院》享有完整的版权。^[18]

从中美实践对比角度而言,我国法院通过类比现行法对摄影作品的保护,在个案中回应了 GenAI 生成物版权的司法保护需求,完成了阶段性历史任务。然而,这种做法并非没有争议,而且我国著作权法并未经历摄影作品可版权性争论的历史阶段,因而有必要进一步深入到最初摄影作品版权保护的正当性论争之中,以获得关于 GenAI 生成物独创性判断对象的启示。

(二) 摄影作品构思决定论

1837 年摄影技术出现,其对当时版权法的挑战并不亚于今天的 GenAI。它是一种在底片上生成图像的技术,对图像形成的唯一力量是光在感光材料上的化学反应。因此,当时的人们普遍认为照片是客观世界自然物体或者人物的具体形象在纸上的复制品,并极力反对人为干预图像的生成。不过,随着照相机的普及,人们对照片也提出了版权主张。在美国第一起摄影生成物版权侵权案(下称“伍德案”)中,原告将摄影生成物(底片)类比为当时(即 1831 年)美国版权法规定的“印刷品”或“雕刻品”,进而对照片主张版权。不过,美国法院并未接受原告的类推解释方法,因为原告虽“结合其想象力和机械技巧实现其构思,但并没有形成法律所要保护的可固定成果(即印刷品或雕刻)”,故驳回其版权主张。^[19]

1865 年,美国通过修订版权法明确保护摄影作品,但修法时并未论证摄影作品版权保护的正当性,即照相机生成物是否构成美国宪法意义上的“著作”。^[20]以拍摄名人写真而闻名的摄影师拿破仑·沙乐尼,发现他拍摄的著名作家奥斯卡·王尔德的艺术照被盗版,于是起诉被告版权侵权。案件上诉到美国联邦最高法院,原因是被告认为照片既不是美国宪法意义上的“著作”,也不是作者的产物。1884 年,美国联邦最高法院作出终审判决。首先,该院强调美国宪法意义上的“著作”内涵丰富,足以囊括摄影作品,只要其“代表了作者具有独创性的智力构思(conception)”。其次,照相机的工作原理是对镜头前人或物的轮廓的机械固定,在“这个过程中并没有创新、发明或原创性的空间”,这“对普通照片而言可能确实如此”。再者,该案涉及的肖像画是一幅“有特色且优雅的照片”,并且“原告制作了这幅照片……因为它完全源自其原创的‘主观构思’(mental conception),并对该构思通过下列步骤给出了‘可视形式’(visible form):通过设定奥斯卡·王尔德在照相机前的姿势,选择和安排照片中的服装、窗帘和其他各种配件,安排拍摄主题以呈现优美的轮廓,安排和处理光线和阴影,提示和唤起所需的表情;正是通过这些安排,原告完全制作了涉案作品,他生成了涉案作品”。最

[16] 参见前引〔4〕,U. S. Copyright Office 文,第 9 页。

[17] 参见前引〔4〕,U. S. Copyright Office Review Board 文,第 7 页。

[18] 参见前引〔5〕,“艾伦案”,第 12 页以下。

[19] See Wood v. Abbott, 30 F. Cas. 424, 425 (1866).

[20] See Committee on the Judiciary of U. S. Senate, *Copyright Law Revision*, U. S. Government Printing Office, 1960, p. 73.

终，该院认为，涉案摄影作品是“具有独创性的艺术作品”，完全符合美国宪法的要求，应受到版权法保护。^[21]

质言之，美国联邦最高法院认为，摄影作品的独创性由拍摄前的构思决定，至于照相机具体执行该构思的技术如何复杂，无关紧要。^[22]对此，不妨称为“构思决定论”。为便于后续判断 GenAI 生成物版权保护的正当性是否可以类推适用摄影作品的构思决定论，在此有必要进一步澄清构思决定论的二元要件：一是可视化构思要件。摄影师对其构思应当通过一系列步骤给出“可视形式”，如对镜头前所要呈现的人物表情、服装、姿态、背景等画面表达元素进行选择 and 安排，从而有效防止构思停留在脑海中。此外，这些选择和安排应体现摄影师的个性。二是机械固定要件。摄影师的可视化构思最终通过照相机得到机械固定，满足了版权法对最终表达的保护要求。值得注意的是，虽然机械固定是对可视化构思的百分之百转化，但这并非摄影师刻意控制才实现的，而是照相机本身的技术原理使然。正因为第二个要件的客观存在——照相机本身并不参与镜头前所摄对象的选择和安排，摄影师只要在照相机执行前对其构思给出“可视形式”即可，无须对机器执行环节进行人为干预——第一个要件在摄影作品可版权性上才具有决定性意义，即摄影作品之独创性判断无须额外考虑机器执行情况。因此，通过构思决定论，美国联邦最高法院不仅完成了摄影作品独创性判断之对象从最终表达至构思的历史性转向，而且论证了摄影作品版权保护的正当性，为摄影作品构建了一个“具有浪漫主义色彩的作者”，^[23]撑起了整个摄影产业并影响至今。^[24]

（三）类推适用的困境：构思与执行上的非同质性

正如艾伦主张的，他在 GenAI 执行前将“构思”以提示词的形式给出“可视形式”，按照“沙乐尼案”的构思决定论，他对《太空歌剧院》享有版权。毋庸置疑，类推是用于填补法律漏洞的一种重要解释方法，常用于解决新型疑难案件。然而，类推解释的适用有其重要前提，即二者在“规范上有意义的特征为相同”。^[25]根据《著作权法实施条例》第3条，在作品创作行为中，具有著作权法意义的法律特征是作品的构思和执行（即“直接产生”作品的行为）。^[26]前者是对所要创作作品的主观构思，后者是将该构思转化为可有形复制的表达。在 GenAI 辅助创作和照相机辅助创作中，机器用户确实都从最终执行中解放出来，^[27]但从两种机器辅助创作的技术原理而言，这两种场景下的构思和执行并不相同。

1. 二者在构思上不具有同质性

一直以来，著作权法都坚持思想与表达二分法，即允许同一种思想存在多种表达，通过保护具有独创性的表达，实现作为私权的版权与公众表达自由的平衡。因此，中外有关 GenAI 生成物版权的争议中都会提出一个争议点，即基于提示词主张 GenAI 生成物版权，可能会模糊思

[21] See *Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony*, 111 U. S. 53 (1884).

[22] See Terry S. Kogan, *The Enigma of Photography, Depiction, and Copyright Originality*, 25 *Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L. J.* 869, 907 (2015).

[23] See Christine Haight Farley, *The Lingering Effects of Copyright's Response to the Invention of Photography*, 65 *U. Pitt. L. Rev.* 385, 391 (2004).

[24] See *Andy Warhol Foundation for the Visual Arts, Inc. v. Goldsmith et al.*, 598 U. S. 508 (2023).

[25] 黄茂荣：《法学方法与现代民法》，法律出版社2007年版，第492页。

[26] 参见吴汉东：《知识产权法》，法律出版社2021年版，第177页。

[27] 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，第21页；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》，《中外法学》2024年第6期，第1580页。

想与表达的边界。〔28〕例如，在利用具有文生图功能的“Stable Diffusion”时，提示词是对所要生成内容的文字性描述，在具备独创性时可以按照文字作品获得保护；但相对于生成的图片而言，这些提示词不论在文字描述上如何详细，都属于图片创作的思想，因为提示词和生成内容之间在作品表达要素上是截然不同的，提示词是文字表达，图片是图形表达。

那么，为什么“沙乐尼案”的构思决定论在摄影作品可版权性上并没有引发思想与表达不分的担忧？这是因为美国联邦最高法院将构思决定论的“构思”进行了限定，而这种限定往往容易因“构思”与“思想”在术语上的相似性而被忽视。该院强调，摄影师通过照相机执行前的一系列安排，已经就其构思给出了“可视形式”，包括对王尔德的表情、服装、姿态和背景等的安排。〔29〕换言之，在摄影作品构思决定论框架下，该构思并不是与表达直接对立的思想，而已经是摄影师对所拍摄物体或人物的具体形象在图形元素上作出的选择和安排。

相比之下，在生成式人工智能场景下，用户的构思（即提示词）仅是对所要生成内容的文字性描述，与后续生成内容（如图形）通常并不属于同一作品类型，即使同属文字作品，后续生成的文字的选择和安排也要比提示词复杂得多。对此，我国法院在探索 GenAI 生成物版权司法保护模式时承认，提示词“没有百分之百地告知 Stable Diffusion 模型怎样去画出具体的线条和色彩”；〔30〕美国版权局也强调，涉案申请人并未像“沙乐尼案”中的摄影师那样采取具体安排就其“主观构思”“给出可视形式”。〔31〕

2. 二者在执行上不具有同质性

在内容生成层面，照相机的技术原理是机械固定，即将镜头前现实存在的事物转化为底片上的可视呈现。所以，在“沙乐尼案”中，被告否定沙乐尼是作者的重要原因是，照相机的技术原理并没有留给摄影师独立创作的空间，“在机械和材料方面，该过程的其余部分仅仅是机械性的，没有创新、发明或原创性的空间”。〔32〕不过，美国联邦最高法院将摄影师的独创性所在转向了照相机执行前的构思。借助摄影师拍摄前的构思，摄影师不仅没有改变照相机的机械固定功能，而且还无须担心体现其独创性的可视化构思会受到照相机的干扰，因而照相机彻底变成了忠实于摄影师的创作工具。在这个意义上，也就不难理解“摄影作品”为何被定义为“记录客观物体形象”的“艺术”作品。〔33〕

相比之下，GenAI 在执行时并非对文字性描述的提示词进行机械固定，而是根据大模型训练所得的统计学规律，在用户设定参数的共同作用下，生成另一种类型作品的具体表达——如“春风案”和“太空歌剧院案”中的文字转化为图片——或者在文字作品意义上更复杂的表达。这些生成内容的具体表达性元素的选择和安排并非由用户完成，相反，“这些作品的‘版权意义上的传统要素’是由技术决定和执行的”。〔34〕此外，在 GenAI 执行时可能会出现难以有效转化的情形。考虑到 GenAI 和照相机的执行功能差异，而且艾伦对“Midjourney”生成图片的控制没有达到“类似摄影师对照片的控制程度”，美国版权局否定了艾伦的类推适用摄影

〔28〕 参见前引〔12〕，王迁文，第 190 页以下。

〔29〕 参见前引〔21〕，“沙乐尼案”，第 60 页。

〔30〕 参见前引〔6〕，“春风案”。

〔31〕 参见前引〔4〕，U. S. Copyright Office 文，第 9 页。

〔32〕 参见前引〔21〕，“沙乐尼案”，第 59 页。

〔33〕 参见《著作权法实施条例》第 4 条。

〔34〕 U. S. Copyright Office, *Copyright Registration Guidance: Works Containing Material Generated by Artificial Intelligence*, 88 F. R. 16190, 16192 (Mar. 16, 2023).

作品构思决定论的主张。^[35]

综上，按照类推解释的要求，在用户的构思（文字性）与摄影师的构思（可视化）、GenAI 的执行（不受控）与照相机的执行（机械固定）均不具有同等特征的情况下，用户难以主张类推适用摄影作品构思决定论获得 GenAI 生成物的版权。

三、GenAI 生成物版权侵权之构思比对的类推困境

（一）GenAI 生成物版权侵权判断：比对构思还是最终表达

一般而言，版权侵权根据二元要件即“接触+实质性相似”进行判断，但该二元要件均是针对作品的最终表达而言，并不适用于创作的构思。其中，接触要件考察被告是否事先看过或读过原告的作品，但只要求原告证明其作品在被告作品创作之前已经公开发表，被告具有接触的可能性。实质性相似则考察被告是否非法挪用了原告享有独创性的表达，如果有实质性相似的部分，而且满足接触要件，则构成版权侵权；如果不满足接触要件，则属于被告独立创作的作品，不侵犯原告版权。^[36] GenAI 生成物是否侵害他人按照传统方式创作的在先作品，应当进行“接触+实质性相似”的判断，这在中美都没有争议。^[37]

然而，在两个都利用提示词生成的作品之间，应当如何判断版权侵权？按照现行法，法院应遵循传统版权侵权判断方法，仅对最终生成的作品进行比对。^[38] 然而，如果法院基于提示词承认 GenAI 生成物的版权，此时的侵权比对对象可能就需要考虑转向提示词。例如，美国学者莱姆利指出，“在基于提示词的版权中，我们想知道的是，判断侵权的对象是否会从作品的相似性转向提示词的‘复制’。如果是这样，在提示词具备独创性时，我复制了提示词就可能侵权。然而，如果我输入了另一个提示词生成实质性相似的结果，那么即便生成的作品相似并用于竞争目的，也不存在侵权”。^[39]

在“艺术椅案”中，法院在裁判说理中明确承认 GenAI 生成物的可版权性，但因原告未能举证证明与涉案图片相对应的具体提示词和创作过程，最终并未支持原告的版权主张。不过，考虑到被告参考了原告网上公开的大概提示词，法院仍然展开侵权判断，先比较了提示词，再比较原被告的 GenAI 生成物是否构成实质性相似。^[40] 很显然，该院已意识到提示词对于 GenAI 生成物的重要影响，因而在侵权比对上先考虑了提示词。如果涉案原告恰好保留了创作过程和相应的提示词，而被告也复制了原告提示词的全部或者绝大部分，考虑到 GenAI 不会对同一提示词生成完全一致的生成物的技术特点，法院是否会因被告复制原告具有独创性的提示词而判决被告侵权？这样的裁判是否会颠覆传统版权法？

（二）摄影作品之比对构思的侵权判断

按照“沙乐尼案”的构思决定论，摄影师可以对照相机生成物主张版权。那么，摄影作品侵权比对是否也转向构思的比对？对于这个问题，版权法已经有上百年的处理历史。

[35] See U. S. Copyright Office, *Théâtre D'opéra Spatial*, June 06, 2023, p. 7.

[36] See Paul Goldstein, *Goldstein on Copyright*, New York: Wolters Kluwer: Law & Business, 2012 Supplement, § 9.2.2.

[37] 参见前引 [10]，“广州奥特曼案”；*Andersen v. Stability AI Ltd.*, 700 F. Supp. 3d 853, 868 (2023)。

[38] 参见前引 [11]，U. S. Congress Research Service 文，第 5 页。

[39] 参见前引 [13]，Lemley 文，第 205 页。

[40] 参见前引 [9]，“艺术椅案”。

在1914年的“格罗斯案”中，摄影师拍摄了一幅艺术照，后转让了其版权。两年后，该摄影师又拍了一张艺术照，相同的模特、发型、姿势和表情，唯一不同的是该模特年长了两岁。受让人起诉该摄影师版权侵权。根据“沙乐尼案”的构思决定论，美国第二巡回法院比对了两张照片中有关模特具体形象的构思，“相同的摄影师，以及几乎一致的模特姿势、灯光、阴影，非常直接地表明第一张照片（的构思）被用到了第二张照片。至于该模特在第二张照片的姿势、灯光、阴影是物理性地呈现在摄影师的眼前，还是说摄影师对这些元素精准组合的主观复制（mental reproduction）已经深刻烙印在脑海里，以至于他不需要在物理上复制这些元素的组合，在本案中都是无关紧要的”。此外，该院还强调，摄影作品实质性相似的判断者并非专业人士，而是其目标受众即普通人，“艺术家或者鉴赏家肯定可以观察出两张照片的差别……但对于普通的照片购买者而言，第二张照片就是第一张照片的复制品”。因此，该院判决摄影师侵犯了自己已经转让出去的版权。^[41]显然，法院在判断是否存在抄袭时，将焦点集中于摄影师的构思即对所拍摄模特的具体形象安排，而不在于最终形成的照片本身。

值得注意的是，摄影师在主张他人抄袭时，仍需要证明他人抄袭了其构思中具有独创性的部分，而不是思想。例如，在1992年的“罗杰斯案”中，原告罗杰斯拍摄了一对夫妻和八只狗的照片，被告将其制作成雕像。法院指出，“受保护的并不是‘一对夫妻和八只狗坐在长凳上’的思想，而是罗杰斯对该思想的表达——具体的安排，特别是灯光以及对这对夫妻和八只狗的具体形象的表达。”^[42]不过，摄影师对人物具体形象的构思不延及一般的人物特征，如种族、性别、头发颜色，也不扩展到人物的具体身体部位。与此同时，如果被告能够证明其复制的元素满足“固有场景法则”或者思想与表达合并理论，也不构成侵权。例如，在表现都市白领陷入绝望的广告照片中，出现西装笔挺的男士白领、高楼以及该白领在楼顶屋檐边站立准备往下跳等元素，都属于展现都市绝望白领的“固有场景”而不受保护。^[43]

此外，按照“沙乐尼案”的构思决定论可以推论，在摄影师对拍摄的人物或物体具体形象已作出详细安排的情况下，其他人偷偷跟拍，即便偷拍者在拍摄时有很多独创性选择的空间（如照相机的选择、构图、焦距、曝光时间等），偷拍生成的照片也构成版权侵权，因为偷拍者在现场接触了摄影师的构思，同时照搬了摄影师具有独创性的可视化构思。^[44]

然而，摄影作品侵权场景下“接触+实质性相似”的比对对象转变，并没有颠覆传统版权法。这是因为，摄影师的构思得到了机器的彻底执行，因而摄影作品目标受众（即普通公众）在进行实质性相似判断时，比对构思与比对照片不会出现结果上的差异，因而不会背离版权法的保护宗旨，即保护作者对其作品受众市场的控制。^[45]

（三）GenAI生成物版权侵权类推摄影作品侵权判断的困境

在类推适用摄影作品构思决定论的情况下，GenAI生成物版权侵权的判断路径也会很自然地考虑类推适用摄影作品侵权的判断方法，即“接触+实质性相似”的判断对象从最终表达（生成物）转向构思（提示词）。然而，一如类推适用构思决定论进行独创性判断一样，这里

[41] See *Gross v. Seligman*, 212 F. 930, 931-932 (1914).

[42] See *Rogers v. Koons*, 960 F. 2d 301, 308 (1992).

[43] See *Kaplan v. Stock Mkt. Photo Agency, Inc.*, 133 F. Supp. 2d 317, 324-328 (2001).

[44] 参见前引〔41〕，“格罗斯案”，第931页；崔国斌：《著作权法：原理与案例》，北京大学出版社2014年版，第151页。

[45] See Mark A. Lemley, *Our Bizarre System for Proving Copyright Infringement*, 57 J. Copyright Soc'y U. S. A. 719, 729 (2010).

的类推适用，也需考虑版权侵权判断规则上二者是否具有相同的法律特征，即 GenAI 场景和摄影场景下的接触和实质性相似是否实质等同。

一是构思接触要件的判断，对 GenAI 生成物的接触并不等同于对提示词的接触。一般而言，对已发表作品特别是网络发表的作品而言，接触要件很容易满足。在摄影场景下，考虑到照片是摄影师构思的精确复制品，对照片的接触等同于对摄影师构思的接触，因而在摄影作品侵权场景下将构思作为接触的对象并不会扰乱既有的版权侵权理论。^[46] 相比之下，GenAI 并非对提示词在文字表达层面的机械固定，而是将其转化为小说、美术作品、视听作品等。所以，对这些生成物的接触无法直接等同于对提示词的接触。

二是构思实质性相似的判断，提示词的实质性相似并不能等同于 GenAI 生成物的实质性相似。一方面，GenAI 生成内容时，除受提示词影响外，还受 GenAI 模型更新、其他可调参数以及 GenAI 对用户使用习惯的理解等因素的影响，因此，即使输入相同的提示词，也可能得到不构成实质性相似的生成物。虽然在摄影作品场景下，在构思确定后，摄影师在按下快门时也有很多的独创性选择空间，但所得照片都是机械固定摄影师的可视化构思，很容易得出在后生成的照片在构思层面不仅仅是实质性相似甚至是完全一样的结论。另一方面，提示词与 GenAI 生成物各自的实质性相似判断方法可能完全不同。虽然提示词和摄影的构思都可以在进行思想与表达区分之后再比对独创性的部分，但摄影作品场景下可视化构思的实质性相似和照片的实质性相似的判断方法都是针对图形元素的整体观感法，^[47] 而提示词的实质性相似采用文字作品的判断方法（如“抽象—过滤—比对法”），生成物根据其所属作品类型而可能采取截然不同的判断方法，如文字作品仍采用“抽象—过滤—比对法”，^[48] 但美术作品采用整体观感法，^[49] 视听作品则可能采取非常复杂的“抽象—过滤—比对法”。^[50]

三是在 GenAI 场景下类推适用摄影作品构思的“接触+实质性相似”判断，容易偏离版权法的保护宗旨。版权法保护的是作者在法定期间内对作品受众市场的控制，因此版权侵权的判断者是作品的目标受众。将摄影作品的实质性相似等同于摄影构思的实质性相似，不会偏离版权法的保护宗旨，因为照片是对摄影师之图形元素构思的机械固定，图形元素构思的目标受众仍是照片的普通受众，该受众仍能在接触该构思后进行整体观感法的实质性相似判断。相比之下，GenAI 生成作品的实质性相似无法直接推定或等同于提示词的实质性相似，根本原因在于提示词和 GenAI 生成作品的目标受众并不相同，二者所要保护的目标受众市场也完全不同：提示词的目标受众是创作者，生成作品的目标受众是普通消费者。

综上，即便在可版权性方面可以类推适用摄影作品构思决定论，在版权侵权判断方面，使用提示词生成的两个作品之间也难以类推适用摄影作品构思的“接触+实质性相似”判断。

四、GenAI 生成物版权保护与版权侵权的分离

（一）构思者享有权利但不承担责任的权责分离

在 GenAI 生成物可版权性方面，如果独创性的考察可以忽略 GenAI 对生成物的贡献，重点

[46] 参见前引 [42]，“罗杰斯案”，第 308 页；北京市朝阳区人民法院（2011）朝民初字第 20681 号民事判决书。

[47] 参见前引 [41]，“格罗斯案”，第 932 页。

[48] 参见北京市第三中级人民法院（2014）三中民初字第 7916 号民事判决书。

[49] 参见重庆自由贸易试验区人民法院（2021）渝 0192 民初 994 号民事判决书。

[50] 参见最高人民法院（2013）民申字第 1049 号民事裁定书。

考察用户的构思,进而让用户对该生成作品享有版权,那么在 GenAI 生成物侵害他人版权的责任承担方面,是否同样可以忽略 GenAI 执行时使用他人作品的行为,由提供构思的用户承担版权直接侵权责任?否则,在 GenAI 生成物之上的权利与责任失衡,可能导致用户滥用 GenAI,引发新一轮“版权蟑螂”现象。

“版权蟑螂”已引发广泛争议。例如,将文章、照片或者歌曲主动上传到互联网,然后对未经许可使用者发起律师函或诉讼,导致网络版权侵权案件高居不下,浪费司法资源。^[51]如果承认 GenAI 生成物版权,那么用户是否会滥用 GenAI 的强大内容生成能力,掀起新一轮“版权蟑螂”现象?例如,输入简单提示词便可轻而易举地生成成百上千的“作品”,然后将这些“作品”散播于公开网络,进而对任何未经许可使用者都主张维权。而且,在中美司法实践中,对于 GenAI 生成物的版权侵权,版权人通常主张 GenAI 提供者承担改编权直接侵权责任,而不是主张用户侵权。例如,在“纽约时报案”中,原告主张输入提示词后,OpenAI 生成与原告作品实质性相似的内容,应承担改编权直接侵权责任。^[52]同样地,在“广州奥特曼案”和“杭州奥特曼案”^[53]中,版权人都主张 GenAI 提供者承担直接侵权责任。这就很可能进一步诱使用户滥用 GenAI。

我国现行法没有明确承认对 GenAI 生成物的版权保护,法院的法律适用标准不一致,也可能导致权责分离现象。例如,将“春风案”和“广州奥特曼”的判决结果联系在一起,就容易给公众造成这样一种印象。在基于该技术变革的新规确立之前,这种潜在权责不一致现象会不可避免地出现。此外,我国著作权法并未像美国那样直接规定侵权作品本身不享有版权,^[54]否则也不会产生权责不一致问题。按照我国现行法,未经许可改编他人作品只是在创作来源上存在法律瑕疵,但其本身仍然是享有著作权的作品。^[55]因此,在我国,利用 GenAI 辅助创作的内容,可能会因 GenAI 执行中不当使用他人作品而构成侵权,但如果 GenAI 辅助创作生成的内容本身具有独创性,用户仍然可以主张版权。相反,在美国,用户无法在侵权的情况下仍主张版权。^[56]

(二) GenAI 提供者参与内容生成的结构性风险

在 GenAI 场景下,出现权责分离的根本原因在于 GenAI 提供者直接参与到用户的内容生成过程之中。GenAI 提供者提供的是在线内容实时生成服务,GenAI 提供者根据用户的提示词请求向用户提供内容生成服务,而用户仅仅是提供了提示词。按照现行版权法规则,直接侵权人应当是直接生成最终表达的主体,所以 GenAI 提供者因生成最终表达而承担直接侵权责任,在

[51] 参见易继明、蔡元臻:《版权蟑螂现象的法律治理——网络版权市场中的利益平衡机制》,《法学论坛》2018年第2期,第5页以下。

[52] 原告同时起诉 OpenAI 构成帮助侵权(See *The New York Times Co. v. Microsoft Corp. et al.*, First Amended Complaint Jury Trial Demanded, Case 1: 23-cv-11195, Aug. 12, 2024, para. 163, para. 180)。2025年4月4日,一审法院对原告被告的动议作出了裁定,被告的直接侵权和间接侵权问题将进入实质审理(See *The New York Times Co. v. Microsoft Corp. et al.*, Case 1: 23-cv-11195, April 4, 2025, pp. 17-19)。上述案件进展情况,参见 <https://www.courtlistener.com/docket/68117049/the-new-york-times-company-v-microsoft-corporation/?page=2>, 2025年6月22日最后访问。

[53] 参见杭州互联网法院(2024)浙0192民初1587号民事判决书。

[54] 参见郑成思:《版权法》,中国人民大学出版社2009年版,第204页。

[55] 参见前引[26],吴汉东书,第181页。

[56] 美国学者莱姆利指出,在美国,用户仍可能抗辩自己没有接触侵权内容,接触侵权内容的是 GenAI,因而仍满足独立创作的要求,故仍有资格继续主张版权。不过,他同时指出,美国有判例认定,被告作品存在明显相似性,以至于在缺乏直接接触证据下仍判定被告不可能是独立创作的。参见前引[13],Lemley 文,第206页以下。

这个判断过程中，无须考虑用户对该生成内容是否享有版权。相比之下，照相机是一个物理产品，虽然具备了执行摄影师创作构思的机械固定功能，但是照相机生产者将产品出售之后，就不再参与到摄影作品的具体创作过程之中，例如不会远程修改摄影师拍摄的照片。在这种情况下，摄影师无从将其摄影作品的直接侵权责任转嫁给照相机生产者。

此外，用户对 GenAI 执行其构思的控制力，远不如摄影师对照相机的控制力。摄影师完全控制照相机，因此在对摄影作品享有版权的情况下，没有任何理由和机会将直接侵权责任推卸给照相机生产者。相比之下，用户使用 GenAI 生成内容的典型场景，是通过输入提示词的方式请求 GenAI 提供者实时生成内容。GenAI 之所以能够根据提示词进行内容输出，原因在于其在训练阶段大量接触了他人的版权作品，并学习这些“作品中基本元素之间的重复模式”，然后“应用这些模式来生成新的内容”，因此可能生成与在先作品相类似的表达。^[57] 对此，用户可以主张不知道 GenAI 对提示词的具体转化方式，更不知道其在转化时或者此前训练时是否接触了他人享有版权的作品。

在这种情况下，GenAI 技术的出现可能会产生权责分离风险。一方面，用户利用提示词对其构思给出“可视形式”，进而按照 GenAI 生成物版权司法保护标准主张版权。另一方面，在生成内容发生改编权侵权时，用户又抗辩其仅提供了简单的提示词，而且对 GenAI 的执行原理和具体执行过程既不知情也无控制能力，^[58] 并辩称是 GenAI 提供者生成了侵权内容，进而将责任推卸给 GenAI 提供者。

（三）摄影作品构思决定论无法回应权责分离现象

在照相机时代，构思决定论的提出者无须考虑照相机的使用会导致权责分离这种 GenAI 技术带来的结构性风险，因为照相机的机械固定过程毫无摄影师发挥独创性的空间，机器的执行对侵权责任的承担并无影响。因此，构思决定论的提出者也就无法提前给出解决方案。值得注意的是，录像机这种作品机械固定设备的出现，曾引发了录像机生产商是否须承担间接侵权责任的问题，从而在一定程度上可能使直接侵权人转移一部分责任。为回应这个问题，历史上著名的“索尼案”让技术中立的录像机设备生产商免于承担帮助侵权责任。^[59] 基于其被动、系统自动响应用户提示词而生成侵权内容，GenAI 提供者或许可以主张适用技术中立原则，进而从帮助侵权中解脱出来，但这仅仅建立在用户直接侵权成立的情况下才能奏效，因而对用户滥用 GenAI 本身并无影响。

五、构建 GenAI 生成物构思决定论的三元要件

考虑到 GenAI 与照相机在构思要求、执行方式、提供者是否参与内容生成三大方面的差异，产生于一百多年前的摄影作品构思决定论已经无法为 GenAI 生成物版权面临的三重转向问题提供直接且有效的理论依据。然而，考虑到版权法对于人类独创性构思必须在作品最终表达上获得体现的同等要求，基于 GenAI 和照相机将人类构思转化为最终表达的程度差异，可以在承继“可视化构思”要件之内在要求（不是形式上必须“可视”）的情况下，重点将摄影作

[57] See Uri Y. Hachohen & Niva Elkin Koren, *Copyright Regenerated: Harnessing GenAI to Measure Originality and Copyright Scope*, 37 Harv. J. L. & Tech. 555, 562 (2024).

[58] 参见前引[11]，U. S. Congress Research Service 文，第 5 页。

[59] 参见王迁：《“索尼案”二十年祭——回顾、反思与启示》，《科技与法律》2004 年第 4 期，第 59 页以下。

品构思决定论之“机械固定”要件修正为“受控固定”要件，并适应性地增加“创作记录”要件，以为体系性解决上述三重转向问题奠定理论基础。

（一）构思决定论的价值：构建 GenAI 时代的版权市场

首先，构思决定论顺应 GenAI 时代的版权市场保护需求。随着技术的发展和操作的便利化，利用 GenAI 创作会变得与利用照相机创作一样普及和简单，利用 GenAI 创作的版权市场也将逐渐发展起来。在摄影技术发明 28 年后，美国在 1865 年率先通过立法保护摄影作品。美国参议院事后的解释是因为发现了摄影产业的市场前景：“在缺少任何报告和听证讨论该问题的情况下，我们找到了国会这样做的潜在合宪性假设。在寻找照片和底片保护正当性的过程中，我们应当注意到国会立法时期，因为马修·布雷迪所拍摄美国内战照片的出名，照片展现出了商业价值。”^{〔60〕}对于照片的商业价值，霍姆斯法官曾指出，只要“满足任何公众的需求，他们就有商业价值——可以大胆地说，它们没有审美和教育价值——他人胆敢忽视作者权利进行盗版，就足以证明这些照片的价值和成功”。^{〔61〕}如今，中美 GenAI 生成物版权诉讼表明，利用 GenAI 创作作品已经展现出商业价值：艾伦的《太空歌剧院》不仅斩获了数字摄影类大奖，同时也引来了大量盗版；^{〔62〕}“伴心案”原告的作品直接被地产商盗用，^{〔63〕}但其也收到了来自知名企业的新式广告设计邀请。^{〔64〕}

其次，构思决定论契合作品可版权性要求，能够为 GenAI 时代的版权市场发展提供版权基础理论支撑。利用工具进行创作一直是人类的特长，版权法所要保护的恰恰是人类的智力贡献。例如，美国联邦最高法院强调，照片可以作为作品获得保护，“只要照片体现了作者具备独创性的智力构思”。^{〔65〕}不可否认，摄影技术中生成图像的光化学反应，以及 GenAI 的内容生成规律，都难以被创作者（即摄影师或 GenAI 用户）掌控，但这些工具都不妨碍人类将其智力贡献融入最终生成的内容中，而且，恰恰是人类的智力贡献，让机器生成的作品具有了独创性。在这个意义上，摄影技术和 GenAI 技术都是人们可以加以利用的创作工具，而构思决定论仍然能够契合人类通过 GenAI 表达其独特构思，并支持用户嬗变为生成作品的作者，从而激励更多人利用 GenAI 进行智力创作。

最后，构思决定论可以通过适当修正，体系性地应对 GenAI 场景下独创性考察对象、版权侵权比对对象、版权侵权责任承担主体三方面的挑战。虽然将摄影作品构思决定论直接类推适用于 GenAI 生成物会出现一系列问题，但这些问题对于版权法而言并非颠覆性的全新问题。沿袭传统版权理论，对构思决定论进行适应性修正，可以让版权法在 GenAI 时代重焕生机。

（二）“可视化”构思要件：重在对关键性表达要素的描述

1. 构思是 GenAI 辅助生成作品的独创性来源

现阶段不认可 GenAI 生成物可版权性的最大疑虑是，该生成物是 GenAI 系统自动执行的结果，在这个执行过程中没有体现人类独创性的空间。^{〔66〕}这种疑虑在新技术刚出现时并不罕

〔60〕 参见前引〔20〕，Committee on the Judiciary of U. S. Senate 文，第 73 页。

〔61〕 See *Bleistein v. Donaldson Lithographing Co.*, 188 U. S. 239, 251–252 (1903).

〔62〕 参见前引〔5〕，“艾伦案”，第 3 页。

〔63〕 参见前引〔7〕，“伴心案”。

〔64〕 参见《第一批用 AI 做设计的人，把它玩出了多少花样？》，<https://www.topys.cn/article/34229>，2025 年 5 月 2 日最后访问。

〔65〕 参见前引〔21〕，“沙乐尼案”，第 53 页。

〔66〕 参见前引〔13〕，Lemley 文，第 196 页。

见。对这种疑虑的回应是，人类的智力贡献成为 GenAI 辅助生成作品的独创性来源。按照版权法的要求，作品是作者创作的智力成果，其中的“创作”必须是作者先有构思再有执行。只是在传统创作中，构思和执行往往融合在一起，难以区分或者没有必要区分，但到了机器辅助创作的场景，人类的构思和机器的执行可以明确加以区分，而且技术的发展也是构思的执行不断外包给机器的过程。对此，美国联邦最高法院从作者身份的角度强调了作品必须起源于作者，“作品任何内容的起源都归功于作者，他是发起者、制造者、完成科学或文学艺术作品的人”，在摄影场景下“是通过将所要拍摄的人安排在拍摄场地的合适位置，对该拍摄场地进行合理安排进而实际完成构图的人”。〔67〕类似地，在 GenAI 辅助创作场景下，同样是人类先通过输入提示词表现了构思，GenAI 才被动启动创作执行的程序。因此，只要在构思上体现了人类的独创性，人类的构思便成为 GenAI 辅助生成作品的独创性来源。而且，如同摄影作品的形成一样，恰恰是人类构思的注入，让机器生成的“冰冷”事物有了艺术的气息，能够反映构思者的个性，进而丰富人类的精神世界。〔68〕相反，如果 GenAI 生成物完全源自 GenAI 自己生成的提示词，那么 GenAI 生成物因完全不涉及人类的智力贡献而不受版权法保护。〔69〕

2. 提示词对关键表达性要素的描述不要求给出“可视形式”

首先，构思者需通过提示词展现其创作构思，对所生成内容在其所属作品类型的表达性元素上作出具体选择和安排。例如，为了生成一幅画，该提示词需对画的风格、主题、颜色以及所要刻画物体或人物的具体形象在图形元素上作出选择和安排。若是为了生成一篇短篇小说，则需对小说的人物、人物关系、人物个性、核心故事情节进行描述。不过，构思者并不需要将所有细节都加以描述和限定。摄影师拍摄人物写真时，也不需要刻意对人物的指甲作出要求。在 GenAI 场景下，对各个细节都作出描述或限定，反而可能无法最大化 GenAI 辅助人类创作的价值，因为这并不符合 GenAI 转化性执行的技术特性。〔70〕

其次，构思在通过提示词的文字描述之外，并不要求在 GenAI 执行之前就在形式上给出摄影作品那样的“可视形式”，这种在最终表达层面上的“可视形式”要求由后续要件进一步解决。一方面，摄影构思本身就是对所摄对象在图形元素上的具体安排，必然是可视的。相比之下，提示词仅是文字性描述。反之亦然，摄影场景下的构思要得到照相机的机械固定，就不能是文字性描述，而应当是镜头前可以直接固定的可视化构思。另一方面，在摄影场景下，摄影师对其构思给出可视形式只需在机器执行之前完成，无须对机器执行进行控制，这是因为照相机执行时并不修改构思者已经给出的可视形式。相比之下，GenAI 是转化性执行，构思者无法在机器执行之前就其构思给出在最终表达层面的“可视形式”。

最后，不宜将提示词仅理解为文字作品。按照目前 GenAI 生成物的通用启动方式，输入文字性的提示词是一种常规操作。但不宜因此忽略文字或字符所载的内容是对作者构思的具体表达，即对其所要生成内容的关键表达要素进行描述。这就类似于不能将摄影师为唤起独特表情而对所拍摄人物说的话（比如“来个俏皮的眼神”）当成“口述作品”，而应当视为摄影师对人物表情所作的选择和安排。同理，游戏的连续画面是由游戏开发者通过代码完成的，不能仅将游戏代码机械地解读为文字作品，因为相对于计算机而言，文字和画面都是代码表示的内

〔67〕 参见前引〔21〕，“沙乐尼案”，第 58 页。

〔68〕 参见前引〔27〕，李琛文，第 22 页。

〔69〕 参见李明德、许超：《著作权法》，法律出版社 2023 年版，第 32 页。

〔70〕 参见前引〔57〕，Hacohen 等文，第 596 页。

容,都可用于执行编程者的构思。〔71〕

3. 独创性判断对象为提示词组合展现的表达性要素选择与安排

在判断 GenAI 辅助生成作品的独创性时,不能机械适用摄影场景下的独创性判断方法,仅依第一次输入的提示词进行判断。一方面,GenAI 并非机械固定人类构思,而是根据其统计规律对提示词进行理解和转化,构思者的提示词如不准确,可能存在转化不充分的情况,这就需要构思者理解和利用 GenAI 的转化规律,在提示词中作出更准确的描述。另一方面,构思者除了第一次输入提示词展示其主要构思外,后续也会根据 GenAI 输出内容的启发,进一步通过提示词调整、丰富和完善其构思。第一次输入的提示词往往是最初的构思,虽然可以说此时已经产生了独创性,〔72〕但并不完整,而且仅根据第一次提示词得到的 GenAI 输出结果,往往也无法准确判断是源自机器还是源自构思者。因此,需要就最初提示词、后续为了让最初提示词中描述的关键性表达要素得到有效执行而修改的提示词以及相对应的参数调整进行综合判断,以确定构思者在整体上对 GenAI 生成内容关键表达元素作出的选择和安排是否在最终表达中得到对应的呈现,进而才能在多次提示词和生成内容之间来回考察,以确定 GenAI 生成内容是否具备最低限度的创造性。当然,该创造性并无美学或者艺术上的要求,但简单套用提示词模板而一次性输出的内容,则明显不满足创造性的最低限度要求。

(三) 受控固定要件:确保构思在最终表达中得到有效呈现

1. 构思者需满足现行法的“直接创作”要求

独创性的第一个要件是独立创作,而独立创作的规范要求是“直接产生”最终表达,这是人格印记在作品中的最直接体现。目前,《著作权法实施条例》第3条第1款明确“创作”仅限于“直接产生”作品的智力活动,第2款将“为他人创作……提供咨询意见”排除在“创作”之外。除此之外,现行法和司法解释没有对“直接产生”作出其他规定。然而,我国著作权法第3条将“摄影作品”纳入作品之列,而摄影作品恰恰是摄影师交给照相机执行其构思产生的摄影生成物。在这种情况下,只有两种可能解释:一是现行法明确将摄影师交给机器执行其构思的创作方式“视为”直接产生,〔73〕那么其他类似的机器辅助创作也可以“视为”直接产生;二是通过照相机辅助创作是“直接产生”的唯一例外,其他类似的机器辅助创作不能类推,除非立法明确规定。

人类通过 GenAI 辅助创作作品是否构成“直接产生”,也是当下的主要争议。〔74〕对此,“春风案”的解决方案是类推解释,既然现行法将照相机辅助创作的摄影作品纳入法定保护作品之列,那么 GenAI 辅助创作的作品也满足现行法的要求,“涉案图片是基于原告的智力投入‘直接产生’”。〔75〕笔者赞同“春风案”的类推解释方法。如果采用“唯一例外”的解释方法,那么 GenAI 转化构思的程度就必须达到照相机的“百分之百”机械固定,有任何减损都无法满足该唯一例外的类推要求。这对 GenAI 而言是“削足适履”。〔76〕而且机械解释法律要

〔71〕 See James Grimmelmann, *There's No Such Thing as a Computer-Authored Work - And It's a Good Thing, Too*, 39 Colum. J. L. & Arts 403, 409 (2016).

〔72〕 参见吴汉东:《论人工智能生成内容的可版权性:实务、法理与制度》,《中国法律评论》2024年第3期,第125页。

〔73〕 我国有法院在认定谁是摄影作品作者时,直接将照相机辅助创作视为直接产生。参见广州知识产权法院(2024)粤73民终1291号民事判决书。

〔74〕 参见朱阁等:《人工智能生成的内容(AIGC)受著作权法保护吗》,《中国法律评论》2024年第3期,第10页以下。

〔75〕 前引〔6〕,“春风案”。

〔76〕 See Tianxiang He, *AI Originality Revisited: Can We Prompt Copyright over AI-Generated Pictures?*, 73 GRUR Int. 299, 301 (2024).

求 GenAI 转化达到百分之百固定，其结果无异于加速版权法在 GenAI 时代的边缘化。有鉴于此，接下来更重要的工作是结合 GenAI 转化构思的特性加以适当限定，使 GenAI 辅助创作可以“视为”直接产生，但也要防止直接产生的泛化而导致思想与表达不分、颠覆传统版权法。

2. 构思者对构思的受控固定作出合理努力

为了契合 GenAI 转化性执行构思的特性，必须修正摄影作品构思决定论的“机械固定”要件。那么，GenAI 对构思的转化到什么程度，才能既符合我国法的“直接产生”要求，也满足作品的独创性要求？对此，有观点认为，“即便人工智能介入到创作过程，作者提供的提示词仍反映了他们独特的创作意图和人格。因此，对 AI 生成的作品提供版权保护，仍然属于作者人格的延伸。”^{〔77〕}也有观点指出，输入提示词后，用户仍会进行调整，所以只要有这样的调整就足够了。^{〔78〕}这两种观点仍然过于“浪漫”，因为按照 GenAI 生成物的逻辑——以大模型训练获得的统计学规律，推测最符合提示词的下一个内容，所以提示词在这种逻辑框架下类似于提供“创作”指导——提示词仍会被传统观点认为属于思想，并没有转化为最终表达。对此，美国版权局也指出，对于 GenAI 辅助生成的最终表达，必须审查是属于 GenAI 的贡献还是源自用户的贡献，而这“取决于 GenAI 的执行方式，以及使用该工具进行创作的具体方式如何影响最终作品的生成”。^{〔79〕}

为了不破坏思想与表达二分法这一版权法的根基，构思者须将其构思“受控固定”到 GenAI 生成的最终表达中，而不是由 GenAI 不受控地自主形成最终表达。一方面，这是尽最大可能地接近摄影作品之“机械固定”，从而维护前述“视为”直接产生的扩大解释。另一方面，这也契合版权法对最终表达的保护，防止将思想也纳入作者的私有领地。

关于“受控固定”的解释，英国上议院布雷特法官在 1883 年有关摄影作品作者的裁判逻辑提供了启示：“我所能想到的最有可能构成作者的，实际上是尽可能接近于涉案照片产生原因的那个人”，在摄影场景下就是“监督安排，通过安排人员位置并确定人们所在位置来实际完成构图的那个人。这个人就是照片产生的有效原因”。^{〔80〕}类似地，GenAI 生成的最终表达中，用户的贡献和 GenAI 的贡献并存，用户想要成为 GenAI 生成物的作者，必须证明其是“尽可能接近于”该最终表达产生原因的人，即能够证明通过合理控制 GenAI 的转化执行对其构思给出了“可视形式”——最终在结果意义上将其构思中的关键表达意图贯彻于 GenAI 生成的最终表达中。例如，在“武汉文生图案”中，法院认为，原告提示词“均与画面的元素及效果对应，生成的图片和原告的创作活动之间具有一定的‘映射性’”，进而认定原告对涉案图片享有 GenAI 生成物版权。^{〔81〕}相反，仅输入简单的提示词，未对所要生成内容的关键性表达元素作出选择和安排，无法对生成物主张版权；仅输入一次详细描述了关键性表达元素的提示词，用户也无法令人信服地证明其是产生第一份生成物的有效原因。^{〔82〕}

〔77〕 See Francesca Mazzi, *Authorship in Artificial Intelligence-generated Works: Exploring Originality in Text Prompts and Artificial Intelligence Outputs through Philosophical Foundation of Copyright and Collage Protection*, 27 J. World Intel. Prop. 410, 418 (2024).

〔78〕 See Mark Fenwick and Paulius Jurcys, *Originality and the Future of Copyright in an Age of Generative AI*, 51 Comput. Law Secur. Rev. 1, 9 (2023).

〔79〕 参见前引〔34〕，U. S. Copyright Office 文，第 16192 页。

〔80〕 See *Nottage v. Jackson*, 11 Q. B. Div. 627 (1883).

〔81〕 参见前引〔8〕，“武汉文生图案”。

〔82〕 参见前引〔9〕，“艺术椅案”。

其中,“合理”控制的判断,应当以构思中对所属作品类型的关键性表达元素的选择和安排得到有效贯彻和固定为主,以提示词对关键性表达元素描述的精准程度、构思者对 GenAI 转化规律的把握程度等因素为辅。例如,在创作《太空歌剧院》过程中,艾伦迭代了 624 次提示词;“伴心案”原告指出,“对新手来说,使用 Midjourney 就像开盲盒,永远不知道输入的词能够生成什么样的图片”,但是经过无数个夜晚的学习和实践,他“从最开始获得一张满意的图片需要迭代 80—100 轮,到现在只需要 30—50 轮,有时十几轮就能接近自己想要的结果”。^[83]至于在这个过程中,GenAI 生成不可预见的内容,或者对非关键性表达元素擅自作出安排,都不影响构思者主张版权。版权法提供的保护范围,仅限于作者的独创性表达,而不延及这些未预见的部分或者未作出安排的表达。

3. 构思受控固定后作品自动产生

作品创作是事实行为,只要作品创作完成,版权就自动产生。因此,作品创作是定性行为,不是定量行为。在摄影场景下,可视化构思获得机器固定后,摄影创作即告完成,摄影作品自动获得版权保护。所以,机械固定要件是结果要件。同理,在 GenAI 辅助创作中,受控固定要件也是结果要件。只有构思者通过合理控制使其构思中的关键性表达元素得到有效固定时,这个作品创作事实行为才完成,此时的生成物就自动成为版权法保护的作品。作者后续再修改、调整而形成的生成物,都可以作为新的、单独的作品得到保护。这与传统作品的创作一样,“一部作品的总体思想或某一构思只要以某一种形式得到完整的表达,不论其是全部构思还是部分构思,该作品即视为创作完成”。^[84]

此外,GenAI 本身在现行法下不具有法律主体地位,GenAI 提供者也未具体参与到用户利用 GenAI 创作作品的过程中(如未与用户共同形成创作构思或达成合作创作的意图),所以 GenAI 和 GenAI 提供者都不是 GenAI 辅助生成作品的适格作者。因此,在 GenAI 最终生成作品的过程中,并未有其他版权法意义上的适格主体的智力贡献,从始至终体现的都是用户的智力贡献。质言之,输入提示词并经合理控制使其构思在 GenAI 生成最终表达中得到有效呈现的那个人,就是作者。

(四) 创作记录要件:确认作者身份、权利边界、侵权原因

1. GenAI 技术特性要求留存创作记录

一方面,GenAI 事后无法根据同一提示词生成完全相同的内容。目前 GenAI 多采用扩散模型生成内容,其魅力在于根据同一提示词“能够合成表面上与训练集中任何内容都不相同的新图像”。^[85]而且,GenAI 也会持续更新大模型。GenAI 的大模型训练并非一次性完成,而是持续进行,包括增加训练的基础数据、微调训练的算法。OpenAI 从 2022 年发布 ChatGPT3.5 以来,目前已经迭代到 GPT4.5。国内的 DeepSeek 从 2025 年初发布以来,也已经进化到 DeepSeek-R1-0528 版本。所以,事后输入同一提示词,GenAI 可能生成完全不同的结果。另一方面,GenAI 生成物中人类和机器的贡献可能并存,仅从生成物的最终表达本身无法区分其中的内容是源自谁的贡献。

[83] 《对话土豆人:辞去广告创意合伙人,他在小红书做 AIGC 艺术家》, <https://www.digitaling.com/articles/942108.html>, 2025 年 5 月 2 日最后访问。

[84] 前引[26], 吴汉东书, 第 177 页。

[85] 参见前引[57], Hachoen 等文, 第 583 页。

2. 创作记录是构思者证明作者身份的必要证据

创作记录是证明构思者系 GenAI 辅助生成作品作者的必然要求。^[86] GenAI 在内容生成时采用转化性执行，构思者无法沿用摄影作品构思决定论直接就 GenAI 生成物主张版权。相反，用户必须尽合理努力控制 GenAI 对其构思的转化，使其构思中明确的关键性表达要素在 GenAI 生成物中得到有效呈现，仅在这个时候其创作事实行为才宣告完成，作品版权才自动产生。因此，用户如果想要主张 GenAI 生成物版权，应当提供证据证明其创作满足前述两个要件，否则，即便该 GenAI 生成物事实上已经构成作品，也无法证明其作者身份。例如，在“武汉文生图案”中，原告提供了涉案提示词及相应参数，并对整个过程提供了证明，法院因此认定原告的提示词“均与画面的元素及效果……具有一定的‘映射性’”，确认其对涉案图片享有版权。^[87] 相反，在“艺术椅案”中，原告主张其对“Midjourney”生成的涉案艺术椅图片享有版权，但未能提供其使用该软件进行创作的过程记录，法院无法认定原告在这个过程中“作出了体现其独创性的个性化选择和修改”，继而判定原告对涉案图片不享有版权。^[88]

值得强调的是，创作记录要件乃针对 GenAI 辅助创作的特点而专门提出，本身并不违反《伯尔尼公约》的版权自动产生原则。如前所述，只要创作者满足了可视化构思、受控固定两个要件，GenAI 辅助创作的表达就构成作品，其上的版权便自动产生。这时，即便仍适用署名推定原则，相对方只要抗辩创作者无法证明其作者身份，就无须支付作品使用费，即便进入诉讼程序，法院在缺乏创作过程证据的情况下也无法支持其作者身份主张。因此，在 GenAI 场景下，创作者的版权维权成本相较传统作品要高得多。为了便利这类作品的权利主张和人工智能辅助创作版权产业的发展，除用户先行自救（即自行留存记录）外，GenAI 提供者或其他配套产业应当开发出便利用户记录创作过程的工具。而且，为了保护其提示词和创作过程技巧方面的商业秘密，可考虑设计简化版的作者身份认证系统，从而方便作者对外许可，除非进入诉讼确实需要证明身份，才需要举证全部创作过程。这一点也体现在“艾伦案”中。艾伦在申请过程中仅仅是“声称”其输入了 624 次提示词，但并未提供相关证据，^[89] 即便美国版权局已经认可 GenAI 生成物版权，也可能不予登记。可以预见，在美国法院后续审理过程中，艾伦能否向法庭证明其创作过程，是其主张能否获得支持的关键。

3. 创作记录是划定版权边界的基础

GenAI 辅助生成作品虽然基于提示词，但二者之间需要作者通过合理控制的努力才能满足“受控固定”要件，因此，只有提供了利用提示词创作的过程记录，作者才能有效证明其版权的权利边界，即其通过提示词描述的关键表达性要素是否得到有效转化，具体对应到 GenAI 辅助生成作品最终表达的哪一部分。

正因如此，当原被告都利用 GenAI 辅助生成作品并发生侵权纠纷时，按照传统作品的最终表达进行比对已经无法有效确定侵权与否；同时，考虑到 GenAI 与照相机对构思的不同固定方法，直接采用摄影作品侵权的构思比对也难以有效判断侵权。因此，此时的侵权判断方法应当

[86] 有观点从便利权利人许可或诉讼的经济性出发，指出 GenAI 辅助生成作品权利人没有义务保存证据。参见蒋舸：《AIGC 版权判定的认知经济性分析》，《中国法学》2025 年第 2 期，第 146 页。

[87] 参见前引 [8]，“武汉文生图案”。

[88] 参见前引 [9]，“艺术椅案”。

[89] 参见前引 [4]，U. S. Copyright Office Review Board 文，第 2 页。

采用比“接触+实质性相似”更上位的侵权二元要件,即“复制+非法挪用”。^[90]由于 GenAI 生成作品的最终受众仍然是普通受众,所以在进行侵权比对时,应当先进行 GenAI 生成作品的比对,如果目标受众认为被告的作品来源于原告的作品或者“产生相同、相似的欣赏体验”,则存在事实层面的复制。继而,进行非法挪用判断,确定这种事实复制是否构成版权法意义上的侵权,即被告是否复制了原告具有独创性的表达。

在 GenAI 场景下,按照构思决定论的前两个要件,非法挪用的判断须对提示词(组合)进行实质性相似的比对。在比对时,须先对提示词进行思想与表达的区分,确定原告提示词在关键性表达元素上的选择和安排是否具有独创性。如果 GenAI 生成作品之间完全一样,而且原告提示词所关联的关键性表达元素具备独创性,则可以直接判定被告侵权,因为基于 GenAI 生成作品的逻辑,GenAI 不可能生成完全相同的作品,所以此时被告是原封不动地抄袭原告的 GenAI 生成作品。^[91]如果 GenAI 生成作品之间在事实层面存在实质性相似,则还需要将被告的提示词与原告的提示词进行比对。这时的判断者应当是专业人士(即利用提示词的创作者),因为提示词本身比较复杂并伴有专业性术语,普通公众可能无法读懂。这就类似于计算机的编程语言,虽然计算机软件的目标受众是普通公众,但计算机代码并不是设计给普通公众阅读的,而是设计给计算机识别和执行的,所以计算机软件侵权的实质性相似判断由专业人士完成。^[92]如果专业创作者认为被告提示词与原告提示词之间仍然构成实质性相似,即被告使用了原告构思中具有独创性的关键表达特征,则可以判定被告侵犯了原告的版权。^[93]

4. 创作记录可明确侵权内容的生成原因

不同于照相机生产商与摄影师创作的分离,因响应用户提示词实时输出内容,GenAI 提供者与用户建立了持续服务关系,用户才有可能一方面对基于提示词生成的内容主张 GenAI 生成物版权,另一方面在发生侵权时主张自己对 GenAI 的执行不知情,抑或抗辩侵权内容是 GenAI 提供者直接生成的。为此,在受控固定要件的基础上增设创作记录要件,也能够有效防止用户滥用 GenAI。一方面,通过自动化系统一键生成批量作品无法满足受控固定要件,即无法证明其提示词和其他安排是生成内容的有效原因,因而无法获得版权,无法以版权人之名发起批量诉讼。另一方面,用户如果满足受控固定要件,那么其对于 GenAI 生成物中哪些侵权内容的生成起到主要作用——如是否故意提示按照他人已详细描述并享有版权的故事角色进行小说撰写,只需换一个角色名字——也可以通过创作记录非常清楚地作出判断,用户也就无法逃避侵权责任。相反,如果不满足创作记录要件,用户即便在事实上满足了受控固定要件,也无从主张权利,因为仅凭 GenAI 生成的最终表达无法直观地表明,用户为其构思得到 GenAI 贯彻并在最终表达中得到有效呈现确实作出了合理控制;如果 GenAI 提供者通过后台日志能够初步证明是用户的原因导致侵权内容的生成,用户无法提供相反证据的,也要承担相应的侵权责任。^[94]毕竟,“这些负责创作可供他人阅读的有形文学形式的人,可以‘作者’的身份为自己主张版

[90] 1886年《伯尔尼公约》第10条规定,“未经许可间接挪用文学作品或艺术作品”构成侵权,不论是“相同形式的复制,还是换一种形式的复制”。

[91] 参见前引[13],Lemley文,第207页。

[92] See *Computer Associates Intern., Inc. v. Altai*, 982 F.2d 693, 712-713 (2d Cir. 1992).

[93] 但被告可主张反向工程抗辩。参见前引[13],Lemley文,第208页。

[94] 如果用户能够举证 GenAI 因模型记忆而生成侵权内容,也可以免责。参见朱开鑫:《AIGC 服务提供者版权侵权责任研究》,《上海师范大学学报(哲学社会科学版)》2024年第6期,第42页。

权，因为他们要对‘以这种方式让作品在整体上具备独创性’负责”。^[95]

结 语

GenAI 生成物版权要获得接受，必然会经历漫长的历程，此点从摄影作品获得《伯尔尼公约》接受的历程可见一斑。摄影技术自 1837 年发明，在 1884 年首次以议定声明的方式获得《伯尔尼公约》的非正式接受，成为可受版权保护的客体；在 1908 年以新型作品的形式单独规定于《伯尔尼公约》正文第 3 条；在 1948 年纳入《伯尔尼公约》第 2 条规定的“艺术作品”之列，获得与文学作品同等的地位；在 1967 年其定义从 1896 年以来一直采用的“通过摄影程序生成的作品”，修订为“通过摄影方式表达的作品”，“旨在强调摄影作品的决定性因素是作品表达的方式，而不是技术程序本身”。^[96] 历史经验表明，通过借鉴和修正摄影作品构思决定论，使其契合 GenAI 的转化性“固定”特点，人类利用 GenAI 辅助创作的作品也终将可以表述为“通过 GenAI 方式表达的作品”，甚至简化为可媲美摄影作品的“智能作品”。从目前我国司法实践的开创性进展来看，中国在这个过程中将扮演重要乃至主导性角色。

Abstract: By analogizing photographic works, Chinese courts have established a preliminary judicial copyright protection framework for Generative AI (GenAI) outputs in practice. This framework, however, risks triggering a triple paradigm shift, that is, the criteria for both originality determination and substantial similarity comparison shift from final expressions to conceptualization, while liability for direct copyright infringement transfers from executors to conceptualizers. Yet, GenAI fundamentally differs from cameras in executing human conceptions, *i. e.*, it performs “autonomous” transformative execution rather than mechanical fixation. Consequently, the traditional dual requirements of “visualizable conception + mechanical fixation” under the photographic conception-determination theory prove inadequate to address the triple shift. To solve the problem, this study proposes a tripartite revision to the conception-determination theory. Firstly, to retain the “visualizable conception” to align with traditional doctrines. Secondly, to introduce the concept of “controlled fixation” to mandate authors’ reasonable controlling efforts in ensuring their original conceptions serve as the effective cause of GenAI-generated expressions, thereby preserving the idea-expression dichotomy. And lastly, to require “record of authorship” as necessary evidence for proving authorship, which clarifies rights boundaries and prevents misuse of GenAI.

Key Words: AI, works, copyright, originality

[95] See *Urantia Foundation v. Maaherra*, 114 F.3d 955, 958 (1997).

[96] See WIPO, *Guide to the Copyright and Related Rights Treaties Administered by WIPO and Glossary of Copyright and Related Rights Terms*, WIPO Publication No. 891(E), 2004, p. 228.