

著作权法中的创作控制论 ——兼论人工智能生成物的可版权性

刘维*

内容提要：生成式人工智能技术的兴起，为揭示创作行为的本质提供了契机。根据创作控制论，文艺创作的过程是一种心理机制的呈现，受到艺术形象思维的牵引，是动态实现艺术形式与艺术内容相统一的过程。著作权法接受了创作控制论，不要求人类对创作过程具有完全或精准的控制力。生成过程可由用户控制，受用户的艺术形象思维的指引，人工智能、人工智能设计者对创作过程的影响都不构成“控制”。应当在构思和执行的过程中判断独创性。静态地以艺术作品的最终形式或者最初阶段的表现形式为独创性判断标准，错置了艺术形式与艺术内容的关系。只要用户在提示词阶段的构思满足了“可视化构思”的要求，即可通过“控制”要素的执行转化为表达。为满足这一要件，可要求用户保留构思过程中的可视文本，也即用户在提示词之外还对脑海中的艺术形象形成了固化的可视文本，以此证明“可视化构思”的存在，并有助于著作权侵权比对。

关键词：人工智能 可版权性 控制 创作 独创性

一、问题的提出

在经典的人类创作模式中，作者能够控制创作的过程，决定创作的最终结果。因此，著作权法的学术和实践普遍认为只有人类才能成为作者。比如，《伯尔尼公约》第 2 (1) 条提及的文学艺术作品应当具有独创性，通常要求人类的智力投入或创造，^[1] 第 2 (6) 条明确指出版权法应

* 刘维，同济大学上海国际知识产权学院院长聘教授。

[1] See Paul Goldstein & P. Berndt Hugenholtz, *International Copyright: Principles, Law, and Practice* (4th ed.), Oxford University Press, 2019, p. 176.

当保护作者的利益，而公约的文本和历史背景明显地暗示着：“作者”和“作者身份”指向创作作品的自然人。^{〔2〕} 欧盟版权法虽然没有人类作者的直接规定，但“作者中心主义”传统（creator doctrine）根植于欧洲版权法，欧盟法院在其判例法中一贯以“作者的个性”“自由和创造性选择之表达”（free and creative choices）作为独创性的体现。^{〔3〕} 美国、加拿大等国家的判例法持相同观点，版权法仅仅保护人类创造的产物。^{〔4〕} 因此，完全没有人类参与的生成物，不能受到著作权法的保护。中国著作权法遵循相同的规则，在《著作权法》第3条有关作品属性的规定中，立法者认为“作品是指文学、艺术和科学领域内具有独创性并能以一定形式表现的智力成果”，无论是“独创性”还是“智力成果”，都指向人类的创作，或者人类控制的创作，自然人创作完成是著作权法上作品的必要条件。^{〔5〕}

利用工具是人类创作中的普遍现象，因此机器对著作权法的挑战从来没有停止过，版权法持续性地遭遇不断变化和发展的技术的挑战。^{〔6〕} 在前人工智能时代，科学技术和科技设备的发展没有实质改变人类创作的经典模式，对创作行为的认定并未形成真正的挑战。在弱人工智能时代，“人工智能生成的内容只是应用某种算法、规则和模板的结果，只要将人工智能用于原始材料且方法正确，无论何人实施，获得的结果具有唯一性，相应的结果无法具有个性化的特征，与形成作品所需的智力创作相去甚远”^{〔7〕}。机器显然只是执行人类创作的工具。自从生成式人工智能问世之后，人类利用工具的创作进入了新阶段，人工智能可以执行复杂的任务并以某种方式产生复杂的输出，其不再针对特定指令被动地回应，而是在表达要素的选择和安排上具有主动性，用户不能精确地预见结果、理解或解释生成过程。^{〔8〕} 生成式人工智能协助创作模式（以下简称“智能创作”）已经在实践中得到较为广泛的运用，但在版权法中带来了生成物可版权性的难题。

中国学术界对上述问题的理解存在明显分歧。有学者认为，用户输入本身相对于人工智能生成内容而言是不受保护的思想；^{〔9〕} 有学者认为，用户利用AI工具创作图片过程中的用户独创性贡献，只能个案判断。^{〔10〕} 两种意见的分歧在于独创性的判断，尤其是如何评价用户提示词的贡献。中美两国的执法机构持不同意见，分歧点集中于用户是否直接控制了生成物的形成。中国法院在首例文生图著作权案中指出：原告是直接根据需要对涉案人工智能创作所需的提示词和参数进行相关设置，并最终选定涉案图片的人，涉案图片是基于原告的智力投入直接产生，且体现

〔2〕 Ibid., p. 229.

〔3〕 See Cofemel v. G-Star Raw CV, C-683/17 (2019).

〔4〕 See U. S. Copyright Office & Library of Congress, *Copyright Registration Guidance: Works Containing Material Generated by Artificial Intelligence*, Federal Register (16 March 2023), <https://www.federalregister.gov/documents/2023/03/16/2023-05321/copyright-registration-guidance-works-containing-material-generated-by-artificial-intelligence>, visited on 7 November 2025.

〔5〕 参见北京互联网法院（2018）京0491民初239号民事判决书。

〔6〕 See Frederick M. Abbott, Thomas Cottier & Francis Gurry, *International Intellectual Property in an Integrated World Economy* (4th ed.), Wolter Kluwer, 2019, p. 611.

〔7〕 王迁：《论人工智能生成的内容在著作权法中的定性》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2017年第5期，第150—151页。

〔8〕 See European Commission, *Trends and Developments in Artificial Intelligence-Challenges to the Intellectual Property Rights Framework*, p. 35, 80, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/trends-and-developments-artificial-intelligence-challenges-intellectual-property-rights-framework>, visited on 7 November 2025.

〔9〕 参见王迁：《三论人工智能生成的内容在著作权法中的定位》，载《法商研究》2024年第3期，第182页。

〔10〕 参见崔国斌：《人工智能生成物中用户的独创性贡献》，载《中国版权》2023年第6期，第15页。

出了原告的个性化表达，故原告是涉案图片的作者，享有涉案图片的著作权。^{〔11〕}然而，美国版权局在针对文生图的一系列决定中采否定说：“Midjourney 以一种无法预测的方式生成了图画，因此用户在版权法意义上并非此等图画的作者。”^{〔12〕}美国版权局在《包含人工智能生成物的作品版权登记指南》中强调，用户对系统如何阐释指令和生成内容并不具有最终的创造性控制力（creative control），这些提示词更类似于对委托艺术家的指导，它们体现了用户希望描述的情形，但由机器自己决定这些指令如何在生成物中被执行。^{〔13〕}

以上关于生成物可版权性的两个争议问题，即用户对生成过程的控制和对生成物的独创性贡献，对应于《著作权法实施条例》第3条规定，即“著作权法所称创作，是指直接产生文学、艺术和科学作品的智力活动”。本条核心要素——“直接产生”和“智力活动”——的理解应当分别从“控制”和“创作”的阐释中展开。可以说，上述问题之所以在学术界和司法意见中存在分歧，根本原因在于创作行为认定的底层原理尚未被充分揭示。中国、美国和欧洲著作权法都采取创作控制论，但是该理论的本质内涵并不清晰，以至于其无法为智能创作的应用场景提供有说服力的指引。本文认为，创作控制论强调艺术创作是一种心理作用机制，艺术家以艺术形象思维指引创作，在构思的孕育和表现的过程中实现艺术内容与艺术形式的统一，从而体现出艺术家的创作个性。本体意义上的创作控制论为解释“控制”和“创作”的法律内涵提供了启发，应当成为分析智能创作行为的第一性原理。

二、本体意义上的创作控制论

按照经典的法学理论研究成果，“法是由事物的性质产生出来的必然关系”^{〔14〕}，“法律发展的重心不在立法、法学，也不在司法裁决，而在社会本身”^{〔15〕}。因此，对智能创作行为的理解，应当回到文艺创作的客观规律中寻找答案，而不能局限在著作权法的法律规定文本中。本部分主要从文艺创作的本体意义上探寻创作控制论的内涵，艺术创作过程是在艺术家的创作欲望推动下，围绕创作意图进行艺术思维，从而在头脑中形成比较完整的艺术意象，随即运用艺术语言和各种表现手段，把它物化为具体、可感知的艺术形象，以及可供鉴赏的艺术作品的全部创作活动过程。^{〔16〕}由此作为思考起点，本体意义上的创作控制论的基本要义有二。

（一）作为控制力的“艺术形象思维”

艺术家对创作过程的“控制”，来源于艺术形象思维的牵引。文艺作品的基本特征是形象性，

〔11〕 参见北京互联网法院（2023）京0491民初11279号民事判决书。

〔12〕 The United States Copyright Office, *Re: Zarya of the Dawn (Registration # VAu001480196)* (21 February 2023), <https://www.copyright.gov/docs/zarya-of-the-dawn.pdf>, visited on 20 November 2025.

〔13〕 See U. S. Copyright Office & Library of Congress, *Copyright Registration Guidance: Works Containing Material Generated by Artificial Intelligence*, Federal Register (16 March 2023), <https://www.federalregister.gov/documents/2023/03/16/2023-05321/copyright-registration-guidance-works-containing-material-generated-by-artificial-intelligence>, visited on 7 November 2025.

〔14〕 [法] 孟德斯鸠：《论法的精神》（上册），张雁深译，商务印书馆1995年版，第1页。

〔15〕 [奥] 尤根·埃利希：《法律社会学基本原理》，叶名怡、袁震译，中国社会科学出版社2009年版，前言第1页。

〔16〕 参见王宏建主编：《艺术概论》，文化艺术出版社2010年版，第221页。

“没有形象，就没有艺术，失掉形象性这一基本特征的作品，也不能称作文艺作品”^[17]。作品的形象性特征来源于创作行为的本质和创作者的创作能力。创作文艺作品的能力，即艺术创造能力，贯穿于文艺创作的整个过程。这种艺术创造能力不是某种技能，而首先是特殊的天赋、天才、才能，是一种艺术形象的知觉能力，是一种艺术形象思维的体现。^[18] 形象思维的过程始于生活表象材料，经过想象形成意象，即创作的过程是“表象—想象—意象”的演变过程。牵引创作过程发展的艺术形象思维是一种综合、弥散以及混合、融化的能力，从本质上讲是有生命力的，是成长和创造的能力，^[19] 这种“力”可以解读为艺术家对创作过程的“控制”。

艺术形象思维是一种独特的思维。对艺术形象思维之起源的研究表明，早在抽象逻辑思维产生之前，原始人通过艺术形象的方式掌握世界。原始人不能把自己同自然界区分开来，原始艺术不是也不可能是对作为某种客观现实的自然本身的认识，而是使自然人化、精神化、人格化，是尚未被意识区分开来的主客体的统一，^[20] 这种源于情感、经验和直觉的艺术形象思维，正是艺术家控制艺术创作的本质所在，独立于原始人对创作结果的认知。因此，艺术形象思维区别于抽象逻辑思维：前者以构思艺术意向为目标，形象思维占相对优势；后者是一种科学思维，是以通过抽象的概念进行推理、判断和论证等为主要内容和目标，以形象思维为依据和辅助，旨在揭示出事物内在的本质和规律。^[21] 需要注意的是，形象思维的获取源于真实世界的体验和观察，机器不可能具有形象思维；作品的读者作为艺术接受者，也具有形象思维，艺术接受具有无限的创造性。正如论者所言：“过去的东西就其本质而言是没有意义的，它的意义仅仅是从与现在的联系中获得的，因此历史必须不断地予以重新解释，艺术作品必须不断地予以重新解释。”^[22] 这种“无限的创造性”，是从文艺创作角度展开的解读；解读者能否成为作品作者，取决于《著作权法》的规定，尤其是其对独创性表达的贡献。

艺术形象思维的本质及其与作品创作过程的关系的解读，可以为后续准确地发现作品创作者提供第一性的原理。

（二）艺术创作过程的动态性

艺术家对创作的控制具有动态性和过程性。在艺术形象思维的牵引下，艺术家的思维始终围绕着具体的形象展开，如美术作品中色彩、线条所构成的画面形象，文学作品中所描绘的人物、场景，音乐作品中的旋律等。按照文艺创作理论，创作过程总体可以划分为艺术家的构思及其物质化体现两个阶段，最终实现艺术内容与艺术形式的统一，艺术家对创作过程的控制不停留在某个阶段或某个时刻。受到艺术形象思维的牵引，艺术家为自己的构思寻找物质的体现（表现或执行），最终完成艺术作品，“艺术家从构思的孕育阶段过渡到构思的物质体现阶段，是创作过程的

[17] 同上注，第 49 页。

[18] 参见〔苏〕莫·卡冈：《卡冈美学教程》，凌继尧、洪天富、李实译，北京大学出版社 1990 年版，第 217 页。

[19] 参见〔美〕M. H. 艾布拉姆斯：《镜与灯：浪漫主义文论及批评传统》，郦稚牛、张照进、童庆生译，北京大学出版社 2004 年版，第 201 页。

[20] 参见〔苏〕莫·卡冈：《卡冈美学教程》，凌继尧、洪天富、李实译，北京大学出版社 1990 年版，第 217—225 页。

[21] 参见王宏建主编：《艺术概论》，文化艺术出版社 2010 年版，第 234 页。

[22] [匈] 阿诺德·豪泽尔：《艺术社会学》，居延安译，学林出版社 1987 年版，第 141 页。

一般规律”^[23]。“没有艺术意象的物化，不将头脑中已经构思出来的艺术意象物化成艺术形象（作品），艺术创作这一审美的精神生产则未获得物质的体现。”^[24]这些文艺创作理论的表述清晰地表明艺术构思和物质化表现在艺术创作过程中的核心地位。

即兴创作也蕴含构思，大型作品更不可能产生于灵感的闪现，它要求艺术家进行长期的和深思熟虑的工作，以一种形象思维的方式表现为想象的旋律、有节律的花纹、造型和色彩关系等。这种从构思到表现的创作过程，是艺术家感到有必要吐露激情并传递给他人的过程，是艺术内容与艺术形式的统一，其中艺术内容为主导，艺术形式服从于内容。也有观点指出，艺术创作始于艺术体验，艺术创作过程可分为艺术体验、艺术构思和艺术表现三个重要阶段。“从生活到艺术意象，即从郑板桥所描述的‘眼中之竹’到‘胸有之竹’，固然是艺术构思或艺术思维中的一个重要的认识上的飞跃；而从‘胸中之竹’到‘手中之竹’，即从艺术意象到艺术形象，又是一次重要的飞跃。”^[25]换言之，艺术构思不是无缘无故、凭空而来，而是源于真实体验。“艺术体验是在艺术家长期积淀的生活体验和审美经验的基础上，产生深切的感受和审美发现，激起创作的欲望萌动和动机生成，它是艺术创作的准备阶段。”^[26]这种观点有合理性，生成式人工智能技术再如何发展，都不可能产生创作冲动，没办法进行艺术体验和艺术构思。宽泛而论，艺术体验是作品创作的最早期阶段。其实从作品接受的角度看，作品的创作并不因为“物质化表现”而终结，读者的接受也将延续作品创作的过程。因此，从这个角度思考，艺术创作的过程非常漫长。为写作的便利及后续与《著作权法》的衔接，本文以艺术构思与物质化表现作为创作过程最核心的两个阶段。

可见，根据创作控制论，创作是艺术家在艺术形象思维指引下的心理作用机制，创作过程具有动态性和过程性，这在本体意义上揭示了“控制”和“创作”的内涵，可以为理解著作权法中的创作行为、分析人工智能生成物的可版权性提供重要启发。

三、创作控制论在著作权法中的接受

创作控制论的基本要义在创作行为和作品可版权性认定中都有集中的体现。

（一）“控制”体现为人类对创作的主导

1. “控制”根源于作者中心主义传统

作者中心主义隐含了作者对创作过程的控制和对作品利用的控制这两层含义。大陆法系的作者权（author's right，中国法中狭义的著作权）理论通常可以追溯到康德，康德认为文学创作是作者人格的组成部分，作者对其思想产品的权利是一种人格权。奥托·冯·吉尔克（Otto von Gierke）对此进一步阐发，他主张版权根植于作者对其作品利用的包含人格和物质在内的各方面控制，决定作品的命运。^[27]正因为这种传统，大陆法系国家和英美法系国家的著作权法通常将

[23] [苏]莫·卡冈：《卡冈美学教程》，凌继尧、洪天富、李实译，北京大学出版社1990年版，第424页。

[24] 王宏建主编：《艺术概论》，文化艺术出版社2010年版，第228页。

[25] 同上注，第229页。

[26] 同上注，第221页。

[27] See Francis J. Kase, *Copyright Thought in Continental Europe: Its Development, Legal Theories and Philosophy: A Selected and Annotated Bibliography* 11 (1967), cited in Paul Goldstein & P. Berndt Hugenholtz, *International Copyright: Principles, Law, and Practice* (4th ed.), Oxford University Press, 2019, pp. 18–19.

作者身份和原始著作权人界定为有血有肉 (flesh-and-blood) 的、对作品进行构思和执行的自然人，这就是“作者中心主义”。^{〔28〕} 可见，“作者中心主义”内涵中的“控制”，隐含着作者对作品利用方式的控制（从而作为理解著作权中精神权利和权利性质的基础），以及作者对作品产生过程的控制。这一结论在两大法系国家同样适用，英美法系国家的版权传统虽然以功利主义哲学为基础，但与作者权体系的区别更多只是一种“强调”意味，随着《伯尔尼公约》的缔结以及两大阵营所具有的相同经济、政治和社会结构，版权传统和作者权传统之间的相同远多于不同，精神权利和独创性标准的传统差异已经明显开始融合，“那些不同之处常常只是低级的政治游说结果，而不是高尚无私的思想分野”^{〔29〕}。因此，作者中心主义虽然产生于大陆法系国家，实际上却支配了有关作者身份认定规则的发展，一些与作者中心主义分离的规则仅仅是版权法的例外。

2. 作者不必对创作过程实施精准的控制

在漫长的人类创作历史长河中，创作过程中构思的力量、促进构思内容与表现形式和谐统一的劳动只来自人类，人类控制着创作的过程。借助机器或者他人进行创作的模式，或许在一定程度上削弱了人类对创作过程的影响，但是“控制”的认定不以作者对创作过程的精确控制或创作结果的完全预见为前提。美国学者指出，作者可能在创作作品时没有对作品的最终形式或内容有精确的预见。^{〔30〕} 反过来，要对作品的每一个独创性表达特征都有精确的预见和创作意图，这不符合创作的客观实践。创作过程只是应该沿着形象的轨道发展，在构思中兼有诗意图和可感形式的“萌芽”，但在被直接观察到的画的生动色彩和记忆或表象再造的色彩幻影之间存在巨大区别。^{〔31〕} 有时候，创作过程中的“失误”或者“错误”意外地成就了“经典”，创作过程中的随机因素、非理性因素甚至不可控因素不影响“控制”的认定。创作所要求的“直接产生作品”的规定，并不意味着创作过程中只能有创作者一人，也不要求作者对创作过程实施 100% 的控制。

创作者还可以通过指示他人或者安排机器等方式执行具体构思，使构思外在于执行，最终完成创作。在指示他人执行其构思——构思者与执行者相分离的创作场景中，构思者借助于执行者共同完成构思的物质呈现。这种情形中的构思者之所以能成为作者，是因为执行者可以被理解为构思者的代理人，构思者能够监督和终止执行的过程，对执行结果的呈现内容和形式具有一定程度的预见力和控制力，创作过程能够体现构思者大致的创作意图。人们普遍认为，当另一个人作为作者的抄写员 (amanuensis) 时，作者将获得所记录文字的版权保护。^{〔32〕} 美国主流学者将构思者与执行者之间的关系进一步解释为代理，^{〔33〕} 根据代理法则，“代理人应当受到本人控制的要

〔28〕 See Paul Goldstein & P. Berndt Hugenholtz, *International Copyright: Principles, Law, and Practice* (4th ed.), Oxford University Press, 2019, p. 229.

〔29〕 William R. Cornish, *Sound Recordings and Copyright*, 24 *International Review of Industrial Property and Copyright Law* 306, 307 (1993), cited in Paul Goldstein & P. Berndt Hugenholtz, *International Copyright: Principles, Law, and Practice* (4th ed.), Oxford University Press, 2019, p. 14.

〔30〕 See Jane C. Ginsburg & Luke Ali Budiardjo, *Authors and Machines*, 34 *Berkeley Technology Law Journal* 343, 352 – 353 (2019).

〔31〕 参见〔苏〕莫·卡冈：《卡冈美学教程》，凌继尧、洪天富、李实译，北京大学出版社 1990 年版，第 418 页。

〔32〕 See Elizabeth Adeney, *Authorship and Fixation in Copyright Law: A Comparative Comment*, 35 *Melbourne University Law Review* 677, 682 (2011).

〔33〕 See Jane C. Ginsburg & Luke Ali Budiardjo, *Authors and Machines*, 34 *Berkeley Technology Law Journal* 343, 358 (2019).

求，是因为假定了本人有能力向代理人提供指令并有能力终止代理权限”^{〔34〕}，“本人对代理人行为承担责任的主要理由在于，本人选任和控制了代理人、可以终止代理关系以及代理人明示或默示地同意为本人服务”^{〔35〕}。因此，即便本人无法预料到代理过程中临时性、突发性的因素或场景，代理行为的法律效果仍然可由本人承担，将本人认定为作者是代理法则的推理结果。可见，代理关系理论中的“监督”因素并不体现对全过程创作的完全控制，而只是一种“主导”作用，代理关系理论为理解“控制”的本质提供了清晰的工具。类似地，在安排机器执行构思的情形中，当然也应当允许机器执行过程中所存在的“黑箱”——只要构思者能够主导创作过程即可。

（二）“创作”是构思与执行的活动

文化部在1984年颁布的《图书、期刊版权保护试行条例》第4条中首次规定作者是指直接创作作品的人，这是现行《著作权法实施条例》第3条的来源。官方对“直接创作”的界定包含了“内在构思”和“外在反映”两个要素，进一步反映了创作的过程性和动态性。

文化部在《图书、期刊版权保护试行条例实施细则》第4条第1项规定“直接创作作品”指“通过自己的独立构思，运用自己的技巧与方法直接创作反映自己个性与特点的作品”。可见，我国有关部门早在《著作权法》颁布之前就对创作行为设有较为成熟的规定，即应满足“独立构思”与“外在表达”两个要素，这种认识在著作权法的立法过程中得到了固化。《著作权法》的立法者在阐述第14条第1款中（没有参加创作的人，不能成为合作作者）的“参加创作”的概念时对这两个核心要素进一步规范地提炼为：“是指对作品的思想观点、表达形式付出了创造性的智力劳动，或者构思策划，或者执笔操作，如果没有对作品付出创造性的劳动，就不能成为合作作者。”^{〔36〕}从这段阐述中可以直接得出“创造性智力劳动”的两个核心要素：构思策划、执笔操作。我国司法实践中也一直秉持这种认知。河南省高级人民法院在2006年指出：从晏某提供的证据看不能证明“汉高断蛇之处”碑出现的人像轮廓就是晏某事先构思创作，并通过人工打锻、磨面的技法而形成或表现出来的。^{〔37〕}

以上对创作过程的两要素提炼及作者对创作过程的控制，在欧洲和美国版权法的学术和司法领域也能得到支持。美国学者认为，创作过程包括将“心灵的东西变成可转让的财产品”，这种转变意味着两个前提：第一，创造性的计划；第二，执行该计划的有形“工作”的物理生成。^{〔38〕}欧洲主流观点认为，创造性选择（creative choices）可以发生在创作过程中的各个阶段，包括准备（preparation）、执行（execution）和定稿（finalisation），^{〔39〕}这种观点将“准备和执行”解释为“形成初稿”的过程，而“定稿”则是对“初稿的调整和修改”。三阶段划分更具操

〔34〕 Restatement (Third) of Agency, by the American Law Institute, p. 3.

〔35〕 Ibid.

〔36〕 黄薇、王雷鸣：《中华人民共和国著作权法：导读与释义》，中国民主法制出版社2021年版，第110页。

〔37〕 参见河南省高级人民法院（2006）豫法民三终字第7号民事判决书。

〔38〕 See Jane C. Ginsburg & Luke Ali Budiardjo, *Authors and Machines*, 34 Berkeley Technology Law Journal 343, 352 (2019); Jane C. Ginsburg, *The Concept of Authorship in Comparative Copyright Law*, 52 DePaul Law Review 1063, 1072 (2003).

〔39〕 See European Commission, *Trends and Developments in Artificial Intelligence-Challenges to the Intellectual Property Rights Framework*, p. 116, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/trends-and-developments-artificial-intelligence-challenges-intellectual-property-rights-framework>, visited on 7 November 2025.

作性，而两要素划分更具抽象性，但这两种划分方式并不矛盾，三阶段中也蕴含两要素（构思与表现或执行）。英美法院在 19 世纪对创作过程中的两要素都作出过精彩的阐述。美国法院指出：“总是艺术家的思想指导设备，指导和启发物质手段。思想仍然发挥着至高无上的作用。”^{〔40〕} 英国法官指出：“提出这个想法的人不是作者，具体画画或者素描的人才是作者。……作者包含了作为创造者或主宰者（inventive or master mind）的萌发（originating）、制作、生产所需要保护的事物。”^{〔41〕} 可见，独创性判断蕴含在创作过程的两要素中。

综上，著作权法接受了创作控制论，就创作行为认定的基本原理而言，构思者与执行者的分离并不影响控制关系的认定。

四、智能创作中的“控制”

在人类创作历史长河中，人类始终居于创作的中心地位。技术发展到人工智能阶段后，其以数据存储为基础，以机器算法为手段，^{〔42〕} 使得机器能够模拟人类的学习和思考方式，像人类一样在与人、环境的动态交互中进行决策优化。^{〔43〕} 智能创作模式应运而生，创作活动似乎变得更为简单，其对创作控制论带来了全新挑战，本部分阐述其对“控制”的影响。

（一）创作黑箱所带来的冲击

生成式人工智能具备了一定程度的逻辑思维能力，能够归纳观点、指出技术问题、理解不同变量之间的因果关系、提出改进措施。这代表了当前人工智能发展的最新阶段，是人工智能发展路径中连接主义（connectionism，相对于符号主义路径）的胜利。连接主义模拟人脑的神经系统，认为人工智能可以模拟人类学习、思考、决策。这一路径源于 20 世纪 40 年代的神经网络研究，当时的研究成果开创性地实现了用数学模型描述复杂的神经元活动。此后，随着单层神经网络向多层神经网络的突破、反向传播算法的发明、数据规模和质量的提升，连接主义人工智能获得了飞速发展。^{〔44〕} 连接主义路径本质上是“如何让机器学会‘学习’”，让机器具有通过历史数据修正改进自身的能力、接受外界输入的刺激并获得自我进步的能力。^{〔45〕} 连接主义人工智能通过学习获得了“智能”，虽然仍然高度依靠数学和统计学，但是当模型扩大到特定阈值之后，思维和学习能力可以从系统中涌现出来，使生成式人工智能超出了“鹦鹉学舌”或者随机接龙的层次，^{〔46〕} 兼具了逻辑分析和概率运算的特征。

连接主义人工智能的神经系统存在不可解释性，多隐层神经网络的深度学习会造成“黑箱”，

〔40〕 *Sarony v. Burrow-Giles Lithographic Co.*, 17 F. 591, 599 (1883).

〔41〕 *Nottage v. Jackson* [1883] 11 QBD 627, 634, 635.

〔42〕 参见吴汉东：《人工智能生成发明的专利法之问》，载《当代法学》2019 年第 4 期，第 24 页。

〔43〕 参见陈龙等：《人工智能技术革命：演进、影响和应对》，载《国际经济评论》2024 年第 3 期，第 24 页。

〔44〕 参见〔美〕阿米尔·侯赛因：《终极智能：感知机器与人工智能的未来》，赛迪研究院专家组译，中信出版集团 2018 年版，第 27—32 页。

〔45〕 参见周志明：《智慧的疆界：从图灵机到人工智能》，机械工业出版社 2018 年版，第 173 页。

〔46〕 参见倪梁康：《人工智能：计算还是思考？》，载《社会科学文摘》2024 年第 2 期，第 21、22 页；Microsoft Research, *Sparks of Artificial General Intelligence: Early experiments with GPT-4*, <https://ask.qclouding.com/draft/8642415/na64oeidz2.pdf>, visited on 7 November 2025.

文献指出：“AIGC 所对应的并不是特定集合中某个特定元素，即使操作者进行提示词的 N 次微调，AIGC 每一次所对应的都是一个可数的无穷集。”^{〔47〕}目前围绕生成式人工智能所产生的版权纠纷都描述了“创作黑箱”的存在。在“文生图”模式中，人工智能黑箱主要存在于图形生成过程中，人类不能控制最终的输出结果。如美国版权局指出，生成式人工智能系统能够基于用户的文本指令或提示词，生成文本、视频或音频，而生成结果却由人工智能基于其设计及训练的材料而决定。^{〔48〕}再如，在“天堂的最近入口”案，涉案画作被申请人描述为“由运行在机器上的算法自主创作生成”^{〔49〕}。总之，连接主义人工智能的控制黑箱，使其在技术上明显区别于前人工智能时代的创作工具，人类成了一具具仿佛被偷走了理想和自由意志的“行尸走肉”。^{〔50〕}人类在前人工智能时代中利用创作工具（如照相机），创作工具完全处于人类控制范畴，人类能够精准预见创作结果。人工智能的创作黑箱也区别于即兴创作中的非理性因素，即兴创作中的“神来之笔”实质来自文艺家的长期构思，而人工智能的“创作黑箱”并非人工智能或者用户长期构思的结果。因此，源于神经网络技术的开创性研究和持续性突破，生成式人工智能为“控制”的认定带来了前所未有的挑战。

（二）智能创作中“控制”的判断方法

面对这种新挑战，可从三个方面判断智能创作过程的“控制”。

1. 人工智能不具有艺术形象思维

在创作控制论的视野中，人工智能不具有艺术形象思维。人类可以训练人工智能绘画、唱歌、作曲、书写的规则和技能，但无法教会其形象地感知世界、形象地思维。因此，在智能创作模式中，人工智能本质上仍然属于创作工具，人工智能的创作没有真正再现人类创作的艺术形象思维过程。

有学者指出，人自身之外的力量能否被界定为创作工具，要看该力量是否实质性地参与了对表达性要素的决定，“创作工具”是人根据自由意志将有关表达性要素的决定付诸实施时所借助的消极手段，该手段严格受控于人的意志，不可能实质性地参与确定构成作品的表达性要素的决策。^{〔51〕}这种观点强调不同创作工具对创作行为的不同贡献，认为人工智能与照相机、常规图像处理软件等创作工具之间存在本质区别，即人工智能可以实质性参与作品表达性要素的决策。在技术层面，人工智能以其特有的方式理解因果关系，可以对作品表达性要素作出实质贡献，也同时能够在提示词与表达性要素之间建立因果关系，使智能创作不至于像“断了线的风筝”那样失控。但在创作的本体意义上，人工智能与照相机等创作工具没有本质区别。只有具备艺术形象思维能力的主体才能成为创作主体，才能控制创作过程并最终完成艺术作品。即便人工智能可以实

〔47〕 寿步：《AI LLM 提示词微调的版权问题的数学描述》，载微信公众号“AI 与网络空间治理”2024 年 7 月 27 日。

〔48〕 See U. S. Copyright Office & Library of Congress, *Copyright Registration Guidance: Works Containing Material Generated by Artificial Intelligence*, Federal Register (16 March 2023), <https://www.federalregister.gov/documents/2023/03/16/2023-05321/copyright-registration-guidance-works-containing-material-generated-by-artificial-intelligence>, visited on 7 November 2025.

〔49〕 *Thaler v. Perlmuter*, 687 F. Supp. 3d 140, 143 (2023).

〔50〕 参见〔俄〕加里·卡斯帕罗夫：《深度思考：人工智能的终点与人类创造力的起点》，集智俱乐部译，中国人民大学出版社 2018 年版，第 180 页。

〔51〕 参见王迁：《三论人工智能生成的内容在著作权法中的定位》，载《法商研究》2024 年第 3 期，第 187 页。

质性参与确定构成作品的表达性要素的决策，但仍然属于创作工具，其不掌握艺术形象思维。人工智能经过训练之后能够掌握高超的“创作”技能，但其学习过程、经学习所掌握的“智能”与人类存在本质区别。人类智能是通过在具体场景中观察和实验而积累形成，人类的自我改进是一个缓慢的、间接的过程，而机器智能却可以完全脱离载体，可以简单地直接复制他人和“自己”的智能，^{〔52〕} 人工智能只是投喂的算法和数据的“局中人”。人工智能与人类之间学习过程的差异，决定了人工智能不能获得艺术形象思维，人工智能不能基于对高超技能的掌握或者对艺术形式的贡献而成为创作主体。

2. 创作黑箱符合文艺创作规律

文艺作品的创作过程不只是机械地临摹、精确地再现真实事物，即便旧石器时代早期的岩画和雕刻描绘也不是依据原型，而是按照记忆创造出来的，它们不是具体客体的简单摹本。^{〔53〕} 这是文艺创作的内在规律所决定的。构思的迸发和执行过程中通常在事实上充满着不确定性，总存在一定的想象空间。艺术家孕育自己构思的时候，他清楚地知道他在心里选定的作品中想说些什么，但如何说出自己想说的东西却模糊不清，艺术家关于构思中作品结构、最初形象幻影以及具体形象躯体的模糊性，正是艺术构思产生孕育的共同的心理法则。^{〔54〕} 而且，创作的执行过程也充满着不确定性，普希金笔下的达吉亚娜·拉林娜出乎普希金的意料，决定违反自己创作者的意愿而出嫁；安娜·卡列尼娜违反托尔斯泰的意愿，为所欲为地安排自己的生活。^{〔55〕} 文艺创作的理论和经验都说明，创作的过程充满不确定性，但受到艺术形象思维的牵引，艺术内容和艺术形式相互作用，最终完成统一和结合。在智能创作模式中，用户孕育了作品内容和可感形式的构思，通过设计、调整提示词和借助人工智能完成物质体现，最终使艺术内容和艺术形式实现圆满的结合。因此，智能创作模式所带来的创作黑箱，其实仍然符合文艺创作的规律。

3. 影响著作权赋权的“控制”因素

将人工智能生成内容（AIGC）认定为用户的劳动成果，符合著作权激励的基本原理。按照版权侵权认定原理，版权法的立法者为了确保创作者能够收回其创作成本，为创作者设定了专有权，避免侵权行为对创作市场产生替代效果。因此版权法不仅仅保护原样利用作品的行为，还禁止实质性利用作品的行为。不能把作品的创作狭隘地理解为“文字工作”——遣词造句的文字游戏。正如美国主流学者指出，著作权法为歌剧之类的高水平表达作品所提供的保护，不仅针对在字面和音乐上的照抄挪用，而且反对借用其中的情节、故事和角色。^{〔56〕} 版权侵权认定的上述原理再次说明，版权人可以控制其无法精确预见的某些领域，某些未能被创作人精确预见的领域并不妨碍创作者取得对这些领域的权利。这与美学认识规律相吻合。美学理论指出，从一件复杂的

〔52〕 参见〔美〕阿米尔·侯赛因：《终极智能：感知机器与人工智能的未来》，赛迪研究院专家组译，中信出版集团 2018 年版，第 24—25 页。

〔53〕 参见〔苏〕莫·卡冈：《卡冈美学教程》，凌继尧、洪天富、李实译，北京大学出版社 1990 年版，第 218 页。

〔54〕 同上注，第 419 页。

〔55〕 同上注，第 424 页。

〔56〕 参见〔美〕保罗·戈斯汀：《著作权之道——从印刷机到数字云》，金海军译，商务印书馆 2023 年版，第 303 页。“文学作品的表达，不仅表现为文字性的表达，也包括文字所表述的故事内容，但人物设置及其相互的关系，以及由具体事件的发生、发展和先后顺序等构成的情节，只有具体到一定程度，即文学作品的情节选择、结构安排、情节推进设计反映出作者独特的选择、判断、取舍，才能成为著作权法保护的表达。”北京市高级人民法院（2015）高民终字第 1039 号民事判决书。

事物身上选择出的几个突出的标记或特征不仅足以使人把事物识别出来，而且能够传达一种生动的印象。^{〔57〕} 可见，文艺家只需选择事物的突出特征，不必对作品的所有特征作细致入微的描述，即可成为作品的作者并主张他人侵权。这里的启示意义在于，应当考察用户对 AIGC 的突出特征是否存在足够贡献，并以此作为“控制”的判断基准。换言之，在用户贡献与 AIGC 突出特征之间应当具有一定程度的“因果力”，以至于 AIGC 的突出特征实质来源于用户贡献。比如用户对智能创作的具体发起、反复调整甚至动手修改，最终实质影响了 AIGC 中的突出特征，这应该已经属于对创作过程的“控制”。相反，如果用户只是简单发起了智能创作模式，任由人工智能主导分析方向和得出结论，此时用户的指令贡献与 AIGC 的突出特征之间堪称“随机”，用户的影响微乎其微，则不属于“控制”。

归根结底，认定用户“控制”创作过程的关键因素是用户的艺术形象思维，这是确定创作成果归属的“近因”。即便存在人工智能的创作黑箱，创作过程的进行仍然可能受到用户艺术形象思维的牵引，完整地体现用户构思和执行的心理机制。

五、智能创作中的独创性

承上文，本部分进一步根据创作控制论判断用户的独创性贡献。这里关键有两点：第一，独创性判断应当基于创作过程分析；第二，识别创作过程中的独创性表达。

（一）独创性蕴含在创作过程中

根据文艺创作理论，艺术形象思维主导着文艺创作的整个过程。艺术创作是艺术内容与艺术形式相互作用、最终统一的过程，艺术家不可能以最终呈现的线条、色彩等艺术形式作为创作的出发点，也不可能以富有诗意的构思作为创作的终点。创作控制论对创作过程的揭示，表明著作权法对独创性的分析不能停留在创作过程的某个特定阶段，既不能基于艺术作品的最终形式，也不能停留在构思的最初状态，而应当在由构思与执行组成的创作过程中进行。

在著作权法中，作品独创性判断存在客观说和主观说两种标准。独创性判断的客观说采结果主义或者外观主义，不考虑创作主体和创作过程；独创性判断的主观说则认为应当关注创作主体和创作过程。随着智能创作模式的兴起和商业运用，有观点主张在这种创作模式中适用独创性判断的客观说，主要有两方面的理由。第一，基于功利主义的政策视角。代表性观点指出：AIGC 与人类作品在客体外观上具有一致性、在经济利益上具有同质性且符合著作权法激励创新的制度目的。^{〔58〕} 第二，基于独创性的本质解读。有观点指出，独创性所描述的是作品的外观，即待评价作品与已有作品相比存在特殊之处，不构成实质上的相似，是针对作品自身进行的客观判断。^{〔59〕} 类似的观点在国外也存在。法院可能会说，当计算机创作了一个与之前作品不同的作品（即它是新颖的）时，就存在独创性；还曾有人建议，法院应该提出一个假设性问题，即如果同样的作品是由人类作者创作的，它是否需要投入大量的技能、劳动和努力，如果是这

〔57〕 参见〔美〕鲁道夫·阿恩海姆：《艺术与视知觉》，滕守尧、朱疆源译，四川人民出版社 1998 年版，第 50 页。

〔58〕 参见徐小奔：《论人工智能生成内容的著作权法平等保护》，载《中国法学》2024 年第 1 期，第 166 页。

〔59〕 参见张新宝、卞龙：《人工智能生成内容的著作权保护研究》，载《比较法研究》2024 年第 2 期，第 77 页。

样，那么计算机生成的作品就具有独创性。^{〔60〕} 这种观点实质上是要坚持独创性判断的外观主义。

这两种理由都不能成立。首先，按照创作控制论，艺术家的个性、选择和判断是在创作过程中得到体现，独创性主观说是创作控制论的必然推论。独创性客观说割裂了创作过程，错将艺术形式置于艺术内容之上，颠倒了艺术形式与艺术内容的主次，不合理地以作品的最终形式为判断基准。其次，独创性判断区别于著作权侵权判断，前者属于作品属性范畴，后者属于权利边界范畴；作品之间外观差异的判断属于著作权侵权的实质性相似判断，不是对作品属性的判断。因此，不能仅仅考察创作结果是否凝聚了最低程度的创造性，即不能因为 AIGC 与人类智能创作成果具有外观上的不可分辨性以及内容上的相似性，就认可人工智能创作的独创性。再次，著作权法理论以独创性判断的主观说为主流，作品独创性体现在创作过程中的观点得到了全球主要法域的一致接受。无论中国、欧洲还是美国的著作权法制度，法院都只是要求作品应当具有最低程度的创造性或者足够的创作空间，^{〔61〕} “单纯的人力或物力付出并不一定能够满足这一最低限度的要求”^{〔62〕}，这必须从创作过程进行考察才能得出结论。最后，激励人工智能“创作”的政策目标，不能用于论证独创性判断客观说的合理性，否则一切劳动都可以被赋权，这忽视了合同法、著作权法、反不正当竞争法等不同法律工具干预市场行为的正当性和体系性。

坚持独创性判断的主观说，意味着应当对创作过程划分不同阶段，在不同阶段中分析用户的独创性贡献。通常而言，智能创作始于用户的构思，起初通常只是兼具内容的萌芽和可感形式的萌芽，进而通过输入文本（提示词）、设计参数等方式形成初稿，通过调整文本、动手修改（如软件修图、增删文字等）、选择比较等方式形成定稿。用户在整个阶段的贡献只需满足版权法中“最低限度的独创性”即可，因此关键问题在于独创性表达的识别。

（二）独创性表达的识别

1. “艺术形式不可转换说”

“创作行为构成的关键是完成了从思想到表达的质变，独创性的判断只能是针对表达的判断。”^{〔63〕} 如何在创作过程中识别用户的独创性表达，是对智能创作进行定性的关键，其中的首要问题是理解艺术形式之间的转换关系。有观点以智能创作中的“文生图”模式为例，认为艺术形式之间具有不可转换性，用户可能在文本输入上具有独创性贡献，但不可能对最终的画面具有独创性贡献。^{〔64〕} 美国版权局也指出：即便用户提示词再具体，也不能构成美术作品中的表达，因为根本无法保证一个特定的提示词将生成特定的视觉产出（visual output）；提示词的功能更接近于建议（suggestions）而不是指令（orders），类似于客户雇用艺术家创作的时候给出的一般性指

〔60〕 See Bently Lionel et al., *Intellectual Property Law*, Oxford University Press, 2022, p. 127.

〔61〕 三个经济体通常都从“独”和“创”两个方面判断独创性，其中欧洲版权判例法对“创造性”通常表述为“个性的、自由的、创造性的选择”（personal, creative choices），美国版权判例法则表述为“选择和判断”。三个经济体的版权法都不认为独创性可以从作品的艺术美感中倒推得出。

〔62〕 崔国斌：《著作权法：原理与案例》，北京大学出版社 2014 年版，第 74 页。

〔63〕 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》，载《知识产权》2025 年第 5 期，第 6 页。

〔64〕 参见王迁：《三论人工智能生成的内容在著作权法中的定位》，载《法商研究》2024 年第 3 期，第 191 页。

导 (general direction)。^[65]

有学者进一步探索了该问题的底层原理，主要有两方面。第一，表达具有稀缺性，作品分类的本质对应于特定语言符号。表达行为的本质必然是直接运用符号的行为，而每一种作品都运用了其自身特有的语言，作者创作哪种类型的作品就要使用哪种作品语言——相应的艺术符号。由于不同的作品语言有其自身的规律，在大多数情况下，不同作品的符号系统之间难以转换，更不可能构成同一关系。^[66] 第二，如果认为艺术形式之间具有转换性，即文字提示词可以构成生成图中的表达，那么《著作权法》对不同类型作品的划分就没有意义，也没有必要规范演绎行为——演绎作品不能构成独立的新作品。除了“故事重述”和“视觉作品的相互转换”外，其他作品之间基本上都不可能构成复制或演绎关系。“在非故事重述型的文字与绘画之间，不会形成复制或演绎。一部文字作品无论如何详细描述，都不可能与线条、色彩的符号形式建立确定的指向关系。”^[67] 对以上观点，应批判性看待。

2. 艺术形式之间具有转换的可能

第一，最终语言符号及其运用具有稀缺性，但提示词运用也具有稀缺性，两者都可以成为著作权法的激励对象。在协同创作过程中，提示词和有关参数的设计很考验用户对内容的专业把握，决定着 AIGC 的质量，“精准地凭借 AIGC 技术生成高水平的作品，却并非易事。由此也衍生出了一个‘专门向 AI 提问’的职业——提示词工程师”，“生成一幅真正优质的作品，除了一点点运气之外，还需要大量知识的储备”^[68]，可见提示词的设计过程中存在较大的选择判断空间。当智能创作成为各行业中普遍采取的模式之后，基于市场竞争的驱动，用户对初稿的个性化选择和修改的权重将更高，以打造更具个性化、情感力和竞争力的精品。

第二，构思与思想之间具有不完全对应关系，构思可能构成表达。文艺创作中的“构思”与著作权法中的“思想”并非一一对应，“执行”也并非“表达”的指代。其中，构思指导执行，构思的贡献者可能成为作品的作者。“构思”是创作的灵魂，是指作家、艺术家在孕育作品过程中所进行的思维活动，取决于创作者的知、情、理、意等心理要素汇合成的完整心理结构。构思是对艺术内容的孕育过程，“可视化构思”也可以构成表达，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”，包括对所摄人物的表情、服装、姿态和背景等的安排。^[69] 相比之下，执行是通过特定方式将构思外在于表达，最终促使艺术形式的呈现。但是，没有选择判断空间的执行不足以使执行者成为作者。根据《最高人民法院关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第 13 条和第 14 条规定，由他人执笔完成的报告或人物自传，著作权通常并不归属于执笔者。在这两条规定的创作情形中，作者已经孕育了较为具

^[65] See The United States Copyright Office, *Re: Zarya of the Dawn* (Registration # Vau001480196) (21 February 2023), <https://www.copyright.gov/docs/zarya-of-the-dawn.pdf>, visited on 20 November 2025.

^[66] 参见李琛：《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》，载《知识产权》2025 年第 5 期，第 8-9 页。

^[67] 同上注，第 12 页。

^[68] 傅炯：《AIGC 提示词美学定义》，人民邮电出版社 2024 年版，第 14-15 页。

^[69] See *Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony*, 111 U. S. 53, 60 (1884), 转引自张金平：《构思决定论视野下生成式人工智能生成物的版权保护》，载《法学研究》2025 年第 4 期，第 118 页。

体的构思，执笔者只是执行作者的构思，而没有体现自己的个性选择和判断，或者这种个性过于微量，此时执笔者不能成为作者。

总体而言，构思与执行是对文艺创作过程的大体划分，而思想和表达并非对创作过程的划分，两组概念之间没有严格的对应关系。思想是与程序、操作方法、数学概念相并列的概念，^[70] 其相对表达而言更具底层性。“表达”是指对于思想观念的各种形式或者方式的表述，如文字的、音符的、数字的、线条的、色彩的、造型的、形体动作等等的表述。^[71] 在传统和欧洲的观念中，独创性的测试关注的是作品表达的方式，即油漆是如何应用的，词语是如何选择和排列的，想法是如何执行的，或者泥土是如何塑造的。^[72] 由于构思和执行并非著作权法中的法律术语，构思是否构成思想或表达，应当在具体创作过程中进行判断，从构思到执行的过程中，思想逐步转化为表达。即便在可转换的视觉符号系统中，摄影师的可视化构思与最终照片中的符号并不完全等同，却并不妨碍认定摄影师创作行为的完成。如果能够对用户的语言提示词作出一种类似的“可视化安排”——不一定与 AIGC 中的符号完全相同，那么也应该可以满足“视觉作品的相互转换”要求。

第三，艺术形式与艺术内容之间并非绝对对立，在创作的过程中存在过渡领域。“文学、音乐、美术等不同文艺形式，其形象性又都有着各自不同的特点。文学作品中的形象是不能凭感官直接把握的，需要通过语言的中介，经过读者的联想和想象才能得以实现；音乐虽可以直接作用于人们的听觉，但其创作的形象却是不够明晰、不够确定的，仍然需要通过声音的中介，引起听众的联想与想象。绘画、雕刻等作品中的艺术形象是视觉形象，在空间中有着确定的形式，是完全明晰的，可以直接为欣赏者的眼睛所把握。”^[73] 这一方面说明，不同文艺形式确有其特点，另一方面也说明不能过于僵化地理解文艺形式，并不是只有“在空间中有着确定形式”的文艺形式才构成表达，经过一定程度联想与想象的内容也可能构成表达。构思的物质化过程是长期而复杂的：一方面，构思内容要逐渐向最终形式转化；另一方面，最终表达的形式在构思内容引领下发展、确定。艺术形式的重要功能是把作品的内容直接、形象地传递给作品的读者，这包括作为外在形式的表现手段，也包括作为内在形式的狭义题材——所叙述、描绘的具体事件、景物等。例如美国影片《泰坦尼克号》的题材，狭义地讲，就是片中全部的故事情节和人物活动所组成的画面。^[74] 这里的“内在形式”，就处于构思与“外在形式”之间的过渡领域。《著作权法》第 3 条的作品类型划分主要以表现手段为标准，但著作权法还保护作为内在形式的题材。因此，作品独创性表达主要由外在形式所界定，却也不可忽略其内在表达，后者可能由不同符号系统传递。只要在“过渡领域”中合理衔接不同符号形式，即可克服不同符号之间不可转换的难题。具言之，如果能够在可视化的视觉符号系统中要求用户安排“可视化构思”，则其也可以成为表达。语言

[70] See TRIPs Agreement Art. 9 (2).

[71] 参见陈锦川：《网络游戏是一种独立于其他作品的新的作品类型吗？——从网络游戏借以表现的形式说起》，载知产财经 2023 年 6 月 6 日，https://www.ipeconomy.cn/index.php/index/news/magazine_details/id/7119.html，2025 年 11 月 21 日访问。

[72] See Bently Lionel et al., *Intellectual Property Law*, Oxford University Press, 2022, p. 101.

[73] 王宏建主编：《艺术概论》，文化艺术出版社 2010 年版，第 49 页。

[74] 同上注，第 282 页。

符号与视觉符号之间通常无法建立演绎关系，但可以在两者之间通过一道“可视化符号”的安排实现视觉符号之间的转换，从而识别用户的表达。

因此，不能静态地、孤立地评价用户的输入文本，“艺术形式的不可转换说”实质上是以创作最初阶段的表现形式为独创性判断标准，忽视了创作内容与创作形式之间的相互作用，其过于绝对而不可取。只要用户在提示词阶段的构思满足了“可视化构思”的要求，即可通过后续的“控制”要素的执行转化为表达。为了实现这一要件，可要求用户保留构思过程中的可视文本，也即用户在提示词之外还对脑海中的艺术形象形成了固化的可视文本，以此证明“可视化构思”的存在。解释论上，这种“可视文本”属于著作权的底稿，在司法实践中本就可以作为证明作品著作权归属的重要证据，^[75]因此提供“可视文本”的要求与司法解释的规定相契合。即便该可视文本与AIGC不完全相同，只要AIGC拥有可视文本中的突出特征，即可说明“可视化构思”经过用户“控制”之后转化为了表达。此时，用户的创作行为同时满足了“控制”和“创作”的要素，不必区分用户和人工智能在AIGC中的表达比例，“可视文本”和AIGC的版权在法律上整体属于用户。在著作权侵权判定时，只要被告利用了可视文本或AIGC中的表达，都构成著作权侵权。用户的提示词本身不构成“可视化构思”，也并非表达，不能作为著作权侵权比对的对象，但可用于说明可视化表达的范围。

六、结语

版权是技术之子，人工智能技术对作品可版权性带来的挑战，只是新技术与版权法交织历史中的一个片段。历史上，批评者认为照片只是技术或机器的直接产物，只是简单地复制现实，它不是技术的操作者深思熟虑（mediated）的结果，如果摄影被允许成为艺术的补充，它将完全破坏艺术的创作。^[76]之后，经过法国法院、美国法院等一系列案件的审理，人们开始从摄影师按下快门之前的活动中寻找艺术的个性印记，定义作者身份的关键因素不再是执行，而是构思，^[77]是一种“可视化构思”^[78]，这是文艺创作中艺术内容主导艺术形式发展的理论反映。

在强人工智能技术迅猛发展的背景下，版权法需要及时回应新技术带来的挑战，但也要坚守历史演变的稳定逻辑和文艺创作的内在规律。智能创作模式的出现，为揭示创作行为的底层原理提供了良好契机。创作控制论的要点有二：创作是人类的一种心理机制，受艺术形象思维的牵引，此即为“控制”的内涵；创作过程可以分解为构思和物质化体现（执行）两个阶段，应当在创作过程中判断独创性。著作权法上的“创作行为”应当同时满足“控制”和“创作”两个要素。连接主义人工智能能够以其特有的方式理解因果，确保创作过程不会完全偏离用户指令，这

^[75] 《最高人民法院关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》（法释〔2002〕31号）第7条第1款规定：“当事人提供的涉及著作权的底稿、原件、合法出版物、著作权登记证书、认证机构出具的证明、取得权利的合同等，可以作为证据。”

^[76] See Christinc Haight Farley, *The Lingering Effect of Copyright's Response to the Invention of Photography*, 65 University of Pittsburgh Law Review 385, 389, 417–418 (2004).

^[77] 参见章凯业：《机器中的作者与创作：从摄影技术到生成式人工智能》，载《中外法学》2024年第6期，第1570页。

^[78] 张金平：《构思决定论视野下生成式人工智能生成物的版权保护》，载《法学研究》2025年第4期，第118页。

是用户主导创作的技术基础。但人工智能不具有艺术形象思维，人工智能、人工智能的设计者和读者对创作过程的“影响力”都不是创作控制论中的“作用力”。应当以用户对 AIGC 的突出特征是否存在足够贡献作为“控制”的判断基准。用户创作的独创性体现在构思的萌发、与执行相互作用的过程中，只要确保用户在提示词运用阶段具有“可视化构思”，要求用户在该阶段留下语言提示词的“可视文本”，即可识别用户的独创性表达。

Abstract: The rise of generative artificial intelligence (AI) technology has provided a valuable opportunity to reveal the essence of creative behavior. According to the cybernetics of creation, the process of literary and artistic creation is a manifestation of psychological mechanisms. Guided by the thinking of artistic images, it is a dynamic process that achieves the unity of artistic form and artistic content. Copyright law embraces the cybernetics of creation and does not require humans to have complete or precise control over the creative process. The generation process can be controlled by users and guided by their thinking of artistic images; the influences of AI, AI designers, and readers of the generated content on the creative process do not constitute “control”. Originality should be judged during the process of conception and execution. Static judgment of originality based on the final form of a work of art or its expression in the initial stage misplaces the relationship between artistic form and artistic content. To fulfill this requirement, users may be asked to retain the visual text generated during the conceptualization process. In other words, beyond the prompt, users should also create fixed visual text for the artistic images they have in mind. This serves two key purposes: first, to prove the existence of a “visualized concept”; second, to facilitate the comparison and analysis in copyright infringement cases.

Key Words: artificial intelligence, copyrightability, control, creation, originality

(责任编辑：张金平)