

刊名：知识产权研究

主办单位：中国社会科学院知识产权中心

主编：周林

编委会

主编：周林

执行编辑：张鹏

编委：管育鹰 肖华 杨延超 李菊丹

学术顾问（按姓氏笔画顺序）

王迁（华东政法大学教授）

卢明辉（南京大学教授）

刘晓海（同济大学教授）

李雨峰（西南政法大学教授）

吴伟光（清华大学法学院副教授）

托马斯·霍伦（Thomas Hoeren）（德国明斯特大学教授）

余家明（Peter K. Yu）（美国德克萨斯A&M 大学教授）

彼得·德霍斯（Peter Drahos）（欧洲大学意大利佛罗伦萨学院教授）

集刊序列号：PIJ-2018-324

中国集刊网：[www.jikan.com.cn](http://www.jikan.com.cn)

集刊投约稿平台：[www.iedol.cn](http://www.iedol.cn)



中国社会科学院知识产权中心

INTELLECTUAL PROPERTY CENTER CHINESE ACADEMY OF SOCIAL SCIENCES

创办于1996年

# 知识产权研究

第二十七卷

STUDIES ON  
INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS

NO. 27

周林 / 主编

ZHOU LIN

 社会科学文献出版社  
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

- [编者的话](#)
  - [“人工智能”为什么在知识产权法学研究中成为一个“热点”?](#)
- [主题研讨](#)
  - [人工智能生成数据的知识产权问题](#)
  - [关于人工智能法律及知识产权实务热点问题的几点建议](#)
  - [数据生产者权利与机器生产数据保护](#)
- [信息法研究](#)
  - [十年来知识财产的发展及中国面临的挑战](#)
  - [中国《民法典》中的个人信息保护](#)
  - [新闻出版商邻接权效用研究](#)
  - [《反不正当竞争法》一般条款在网络爬虫案件中的适用](#)
- [研究生论坛](#)
  - [自动摄影照片的著作权认定标准](#)
  - [临摹作品的相关法律问题研究](#)
  - [我国专利权无效制度的困境与解径](#)
  - [药品专利链接制度在中国建立之可行性研究](#)
  - [从促进数字技术创新角度谈专利的充分公开](#)
  - [商标在先使用抗辩“原使用范围”的适用问题研究](#)
- [司法前沿](#)
  - [论知识产权侵权警告“正当警告人”标准之构建](#)
  - [涉计算机软件纠纷类型案件的裁判要旨分析](#)
  - [知识产权惩罚性赔偿制度之功能辨析](#)
- [书评](#)
  - [《机器人法》如何建构人类未来新秩序?](#)
- [Table of Contents & Abstracts](#)
- [征稿启事](#)
- [稿件体例](#)

## 编者的话

# “人工智能”为什么在知识产权法学研究中成为一个“热点”？

张鹏<sup>[1]</sup>

“科技革命”一词反映了新技术发展的普遍性和破坏性。虽然前几次科技革命也导致某些领域人类重复体力劳动的自动化程度不断提高，但以大数据、人工智能和物联网技术为代表的第四次科技革命则加速了这一过程，引领了整个工业活动的大规模自动化，甚至包括以前只能由人类执行的智力劳动。

第四次科技革命可以显著提高生产过程的效率和灵活性，并增加产品和服务的价值。向人工智能的过渡已成为行业和政策制定者面临的重大挑战。现实中，人工智能在运输（自动驾驶车辆）、能源（智能电网）、城市、医疗保健和农业等领域中都深刻地改变了这些部门的组织方式。<sup>[2]</sup>

由于应底层生产力的变革，处于上层的法律制度也应做出相应的调整，不同法律分野的学者会就不同的问题展开分析。例如民法学者就智能机器人的主体地位展开分析；商法学者就智能投顾的法律监管展开分析；行政法学者就算法歧视的规制展开分析；刑法学者就人工智能导致的新的社会风险展开分析；国际法学者就人工智能武器的交战规则展开分析；等等。而人工智能对知识产权法治的影响，笔者认

为主要集中在以下四类涉及人工智能成果的保护问题：一类是对人类和机器生成和收集的大数据是否以及如何给予保护；另一类是对通过机器学习生成的已学习模型是否以及如何给予保护；再一类是对利用人工智能在某一特定领域进行的创造活动是否以及如何给予保护；最后一类是对人工智能作为一种创新工具参与研发过程所产生的生成物是否以及如何给予保护。

本卷以“与人工智能相关的知识产权法治问题”为主题发表的三篇论文，恰好也是对上述四类问题分别进行的专题探讨。

其中宋红松教授的文章集中于第四类问题，即对人工智能创造成果物的保护。相比于“弱人工智能”环境（人工智能创造的人工干预方式），作者更加关注对“强人工智能”环境（纯粹“人工智能创造”）下生成物的保护，也就是随着人工智能技术的发展，在脱离了人的参与而自律地进行创新活动的强人工智能环境下，如何评价人工智能生成物的可保护性与权利归属。

从原理上看，这需要解决在激励理论之下是否有必要改变现有制度的问题，如在专利领域，仅将自然人评价为发明人，进而认定专利权的归属，而在“强人工智能”环境下将人工智能拟制为发明人，这使不存在“人”参与的发明创造活动所取得的生成物获得专利保护。

在结论上，作者对此问题持较为审慎的态度，也就是认为通过给予结构化数据与人工智能程序本身一定程度的知识产权保护（类似商业秘密或反不正当竞争法上的权利），已然可以实现对于创新活动的激励，无必要一定要针对人工智能自律性质的创新活动再给予更多的激励。同时，强人工智能环境下的生成物上的专利可能导致就同一主题产生大量发明活动，造成申请量过大、审查迟延等问题，并对于先申请制度下，最先申请的主体获得过度的保护，诱发“圈地”现象。

余家明教授的文章集中于第一类问题，即对人类和机器生成和收集的大数据是否应该以及在何种程度上给予保护的问题。大数据是人工智能产业得以发展的基石，很难想象在缺乏大数据“训练”的情况下，人工智能可以产出任何有益于产业发展的学习模型。这样伴随着数据财产性价值的提升，数据服务提供者日益要求给予其更加灵活的利用空间与更加周延的产权保护。面对这一诉求，各国实践给出了不同的答案。其中尤以数据财产权化与不当利用行为规制两种进路为代表，这两种进路体现出了不同国家对于数据保护的不同看法。“客体进路”即将数据作为独立的财产权客体，创建类似于知识产权的数据产权体系；“行为进路”主要是指并不构建一个具有可交易性的独立产权客体，而仅仅是明确规定集中他人不得从事的行为，在该行为之外留存他人自由利用数据的空间。

与近年来中国学术界广泛呼吁创设数据产权的实践不同<sup>[3]</sup>，作者在文章中呼吁政策制定者应该拒绝为机器生成的非个人的匿名数据创设数据生产者权利。这也令人想到30年前欧盟指令对数据库通过“专门立法”（*sui generis*）予以保护的实践。欧盟1996年有关数据库指令<sup>[4]</sup>对于持续性投资下形成的数据库实质性部分给予了保护。也就是说即使不满足作品的独创性要求，也可以获得某种程度上的保护。但是这一立法自其诞生之日起就受到不少批评，同时，从实证研究的角度看，经过该立法下30年的实践可以发现，欧洲在世界范围具有竞争力的数据企业远不及不存在该种“专门立法”的美国。我想这也是作者对大数据产权立法如此警惕的原因之一吧。

高非主任的文章则集中于专利领域，讨论了人工智能算法本身以及计算机执行的人工智能算法或模型的可专利性问题。也就是上文所述的第二类和第三类问题。由于该文是对WIPO就人工智能与知识产权政策公开征询意见的一个回应，因此作者仅对上述两类问题从企业实务的角度给出了一个简单的结论。尽管笔者赞同作者的相关结论，

但是考虑到这两类问题的重要性，笔者认为值得进一步展现论证过程。

就第二类问题——人工智能算法的可专利性问题来说，人工智能和机器学习是基于用于分类、聚类、回归和降维的计算模型和算法，例如神经网络、遗传算法、支持向量机、k均值、核回归和判别分析等。这些计算模型和算法本身具有抽象的数学性质，而不管它们是否可以基于数据的“训练”<sup>[5]</sup>。其中较为典型的机器学习过程（模拟神经网络下生成具有不同权重的参数）是一个类似于矩阵方程求解的过程，而机器学习的过程就是机器不断通过试错找到代表不同权重的参数k的过程。这在中国专利法上构成“智力活动的规则和方法”（《专利法》第25条第1款第2项）。

由于计算机程序算法作用的对象往往是抽象的数据信息，与人类的思维步骤有着紧密的联系，并往往是利用纯粹的数学模型进行的设计，因此，在审查所要求保护的主体是否具有整体技术特征时，诸如“支持向量机”“推理引擎”“神经网络”之类的表达通常属于缺乏技术特征的抽象模型。各领域通用的单纯已学习模型作为一种广义的算法，属于专利法不保护的“智力活动的规则和方法”范畴。

对单纯的学习后生成的权重是否可以受到专利保护的问题，由于已学习后生成的各参数权重仅可作为信息的提供与陈述，因此被排除出专利权保护的客体。已学习后生成的各参数权重仅可在与人工智能程序结合的基础上获得专利保护，但是这无法禁止他人单纯地抽出作为数据的“已学习后生成的权重”进行利用。在“已学习后生成的权重”可以成为独立于人工智能程序而单独进行交易并在其他载体上实现“移植”的情况下，对其财产价值的保护将成为重要的课题。事实上，现实中通过不断机器学习的过程更新不同参数的权重所生成的新的数据对于不断提高企业的生产效率有十分巨大的影响，因此这些数据通过独

立的传输和交易可以产生巨大的市场价值，在此种情况下，尽管存在针对其创设一种“专门立法”的呼声。但是从恰当地给予该种创新活动激励的角度看，可能通过商业秘密的途径进行保护更加妥当。<sup>[6]</sup>

而第三类问题，即人工智能和机器学习在各种技术领域中的应用，比如利用人工智能程序研制新药，是可以作为计算机程序获得专利法保护的，即为解决发明提出的问题，以人工智能算法为基础，由此编制计算机程序，对计算机外部对象或者内部对象（某一具体技术领域的应用）进行控制或处理。

“信息法研究”是本刊的特色栏目，本卷推介了四篇论文。其中德霍斯教授的论文借助政治学理论分析了中美贸易摩擦下中国知识产权发展所面临的挑战。尽管在TRIPS协议缔结的时代，中美就知识产权的保护标准达成了共识，但是TRIPS协议下的共识是在20世纪90年代的技术环境下达成的，远远早于云计算、大数据和机器学习等关键的技术变革。在这些技术以惊人速度融合的新时代，旧的标准明显不敷所用，但旧的体系又不具备创设具有普遍共识的新标准的能力，因此美国绕过多边主义，意图通过单边主义来实现国家安全利益。在具体的实施路径上，作者指出商业秘密保护规则将会大幅更新，并成为新技术环境下对于信息进行保护的主要工具。这一趋势在2020年1月签订的《中美第一阶段经贸协议》有关商业秘密与保密商务信息新规则中就已显现。霍伦与皮内利两位教授的论文在对照欧盟《通用数据保护条例》的基础上，就中国《民法典》人格权编第6章中与个人信息有关的五个方面问题进行了分析，指出中国《民法典》对个人信息的保护是具有积极意义的，但是距离建立全面成熟的信息保护体系还有进步空间。接下来的两篇文章则聚焦于两个具体问题，其中唐丹蕾的论文向我们展现了2019年欧盟《数字化单一版权指令》第15条中为新闻出版商创设的邻接权的制度全貌。王建英的论文则从我国《反不正当竞争法》下一般条款的适用角度探讨了网络爬虫案件的处理。

本卷在“研究生论坛”栏目中推介了6篇论文。其中潘雪菲的论文讨论了使用自动摄影技术录像或拍摄得出的照片的著作权保护问题。对于将录像机固定在某一处自动录像，拍摄者再将所得录像截图生成相片，或者设置好参数，让相机以固定的时间间隔自动按下快门生成照片，作者认为应从机器发挥了多少作用以及是否体现作者的精神、思想与个性两个方面分析照片是否具有独创性，将达到独创性高度的自动摄影照片纳入作品保护；未达到独创性高度的自动摄影照片则纳入邻接权的保护范围。尹琦瑜文章所论及的“临摹创作”的著作权保护问题在30年前就是学界争议的焦点。该文在既有研究基础上，从现实案例入手，分别从艺术创作与艺术市场两个方面，对由临摹作品所引发的法律纠纷进行深入探究。宗倩倩的论文论证了专利权是前国家性质的私权、专利授权处分行为是行政确认或公证行为、作为民事诉讼程序性质的无效宣告程序宣告的是专利“权”的无效、专利无效诉讼是民事上诉审性质的程序。在此论证的基础上，宗倩倩提出了建立当事人型诉讼制度、遵循专利权无效诉讼的民事诉讼属性和将国家知识产权局视为一个审级两个具体的立法建议。庄小琼的论文对于在中国建立药品专利链接制度的必要性进行了反思，从我国专利诉讼的民行二元分立模式下难以在遏制期内实现定分止争的效果、我国药品专利的高无效比例使遏制期赋予专利的强排他权不具有正当性以及专利链接制度会激励原研药企的滥诉行为三个方面论证了药品专利链接制度激励新药创新和提前解决纠纷的目标在我国难以实现。该文指出，即使我国基于《中美经贸协议》中的义务建立了专利链接制度，也应避免遏制期，或是通过缩减遏制期的长度以减少其不利影响。李文红、张振军的论文以小i机器人案为切入点，强调了在判断申请文件的披露程度是否满足充分公开时，应当充分考虑产业和技术特点。胡巧璐的论文在详尽梳理既有司法实践对在先使用抗辩中“原使用范围”认定的诸多问题的基础上，提出了以使用主体、客观方面、地域范围和使用方式来界定“原使用范围”的判断标准。

本卷“司法前沿”栏目刊载的三篇论文均聚焦于司法领域的争议焦点。邓玲的论文试图构建一个“正当警告人”的判断标准，具体包括警告主体、警告对象、警告内容的充分性以及披露内容的清晰程度等要素。并在法律效果上排除了“正当警告人”在侵权行为不成立的情况下承担责任的可能性；吴月琴、何鑫的论文则就法院审理涉计算机软件案件的四个主要争议问题，即开发成果是否交付、交付内容是否符合约定、履行中的变更是否已经达成合意、迟延履行应当如何认定分别做出了分析；江波的论文针对学说上质疑知识产权民事损害赔偿的惩罚性理念将导致其与既存的民事制裁（法院作出的罚款等）、行政处罚（行政机关作出的罚款、没收等）、刑事责任间的区分变得模糊的观点，论证了从知识产权“公共产品”的属性出发仍有必要通过惩罚性赔偿发挥其威慑功能来补充填平性赔偿的不足。

本卷最后是杨延超教授《机器人法：构建人类未来新秩序》一书的前言，该文展现了他创作该书的心路历程。相信该文可以带领我们一同领略“机器人法”的魅力。

---

[1] 中国社会科学院法学研究所助理研究员，中国社会科学院知识产权中心研究员。

[2] European Patent Office, “Patents and the Fourth Industrial Revolution-The inventions behind digital transformation, ” December 2017, p.14.[http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/17FDB5538E87B4B9C12581EF0045762F/\\$File/fourth\\_industrial\\_revolution\\_2017\\_en.pdf](http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/17FDB5538E87B4B9C12581EF0045762F/$File/fourth_industrial_revolution_2017_en.pdf).

[3] 典型的如龙卫球《再论企业数据保护的财产权化路径》，《东方法学》2018年第3期；许可《数据保护的三重进路——评新浪微博诉脉脉不正当竞争案》，《上海大学学报》（社会科学版）2017年第6期等。

[4] Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the legal protection of databases OJ L 077, 27.03.1996, pp.20-28.

[5] European Patent Office, “Guidelines for Examination, ” Part G-Patentability, Chapter II-Inventions, 3.List of exclusions, 3.3 Mathematical methods, 3.3.1 Artificial intelligence and machine learning, [https://www.epo.org/law-practice/legal-texts/html/guidelines/e/g\\_ii\\_3\\_3\\_1.htm](https://www.epo.org/law-practice/legal-texts/html/guidelines/e/g_ii_3_3_1.htm).

[6] 奥邨弘司：《人工知能における学習成果の営業秘密としての保護》，载土肥一史古稀纪念文集《知的財産法の本流と未来》，中央经济社，2017，第217页。

# 主题研讨

## 人工智能生成数据的知识产权问题

宋红松<sup>[1]</sup>

**摘要：**纯粹“人工智能创造”是指在没有自然人对输出结果进行控制的情况下由人工智能自动完成的创造。纯粹“人工智能创造”结果虽然满足版权法上独创性表达或专利法上的新颖性发明的外在标准，但并不符合受版权保护的作品应构成智力创作或专利保护的发明应具备创造性的内在要求，因此应从观念上将其区分为数据和表达或发明两个层面。纯粹“人工智能创造”结果的知识产权制度安排也应基于其双重属性进行架构。人工智能创造程序的所有者或使用者仅对数据层面的输出结果拥有类似商业秘密或反不正当竞争法上的权利，只有从数据中挖掘出具有市场价值的表达或发明的人才能够对表达或发明层面的结果拥有排他性弱于版权或专利的特别知识产权。这一安排有助于防范利用人工智能进行“数据圈地”。

**关键词：**人工智能 知识产权 人工智能创造

### 一 人工智能生成数据引发的知识产权问题

关于人工智能相关的知识产权问题，近年来学者关注的焦点大多集中在人工智能“创作”的版权法问题<sup>[2]</sup>、人工智能“发明”的专利法问题等方面<sup>[3]</sup>，少有从数据层面进行探讨的。<sup>[4]</sup>但是就目前人工智能计算发展水平而言，人工智能计算结果能否达到“创作”或者“发明”的程度还不确定，从数据的层面进行探讨可能更加稳妥。本文之所以选择“人工智能生成数据的知识产权问题”为题，把人工智能“创作”、人工智能“发明”等通通纳入人工智能生成数据来探讨，正是基于上述基本观点和判断。

关于人工智能“创作”“发明”，近年来不仅在理论上有着热烈的探讨，实务中也存在比较有争议的案件。比如，近两年我国法院连续裁判了两例据说与人工智能创作有关的案件，一例是北京菲林律师事务所诉百度案<sup>[5]</sup>，另一例是腾讯诉盈讯科技案<sup>[6]</sup>。但是这两例案件实际上都不属于非常典型的关于人工智能“创作”的案件。澳大利亚也出现了两例关于计算机生成的“作品”或者计算机生成源代码的案件，一例是Telstra Corporation Limited v. Phone Directories案<sup>[7]</sup>，该案中涉及的是计算机生成的电话号码簿；另一例是Acohs Pty Ltd. v. Ucorp Pty Ltd.案<sup>[8]</sup>，涉及的是计算机自动生成源代码，这两例案件都和计算机自动生成的“作品”有一定的关系。

关于人工智能发明，近年来出现了一个非常有意思的案例。“Artificial Inventor Project”团队向欧洲专利局和英国专利局提出了以人工智能DABUS为发明人的两项专利申请，并通过专利合作条约渠道向其他150多个国家提出了申请。这两项专利的问题在于它是人工智能软件作为发明人所提出的专利申请，目前英国专利局和欧洲专利局都认为以人工智能作为发明人不符合专利法要求而驳回这两项专利申请。<sup>[9]</sup>

探讨人工智能引发的知识产权问题首先需要对人工智能发展水平有客观的认识和判断，对人工智能发展水平认识不准确是目前人工智能知识产权研究的一个普遍问题。有些研究把人工智能的水平设定得过低，甚至为了赶热点把计算机生成数据也当作人工智能生成数据来看待。比如，菲林律师事务所诉百度的案子就涉及类似Excel表格软件生成的图表是否享有著作权的问题，这个问题很难谈得上是与人工智能相关的问题。而在有些语境下，一些研究又把人工智能想象得过于高级，比如有些学者提出赋予人工智能法律人格。但实际上以人工智能目前的发展水平，其达到人类智能的程度还是比较遥远的事情，探讨赋予人工智能法律人格可能还为时尚早。对人工智能知识产权问题

进行探讨还是要以人工智能目前所达到的水平或者人工智能在较近的  
时间内有可能达到的水平为前提和基础，而不是去做过于超前的探  
讨，同时也要把那些不符合人工智能当前水平的一些工具类的计算机  
软件排除到人工智能范围之外。

## 二 人工智能创造过程中的自然人介入

人工智能“创作”或者人工智能“发明”所涉及的首要问题就是判断  
在人工智能创造过程之中自然人的介入程度。不管是把人工智能“创  
作”作为特殊的对象来对待，还是专利法、版权法对人工智能“发明”、  
人工智能“创作”不给予保护，首先都要判断清楚在人工智能创造过程  
之中自然人介入的程度。

### （一）知识产权法要求的“创造者”

因为知识产权法实际上对于创造者是有要求的。缺乏自然人作者  
创作的作品是否应受版权法保护其实并非新问题，从自然或超自然力  
创作<sup>[10]</sup>、动物创作<sup>[11]</sup>、随机创作、机械创作<sup>[12]</sup>到计算机创作<sup>[13]</sup>，长  
期以来各国版权法处理过许多类似的情形。多数国家的版权法要求受  
版权保护的作品必须为自然人的智力创作，因此没有自然人作者创作  
（Authorship）的作品不受版权保护。<sup>[14]</sup>也有少数国家和地区，如英  
国、爱尔兰、新西兰、印度和中国香港，并不要求计算机生成作品具  
备自然人作者，<sup>[15]</sup>而是在版权法上对之适用特殊规则。不管版权法对  
于没有自然人作者的人工智能“创作”是否给予保护，我们都要首先弄  
清楚该人工智能“创作”有没有自然人的参与以及自然人的参与是否构  
成版权法意义上的创作。目前各国专利法对发明人都要求是自然人，  
或者使用了个人、人类等表述进行限制，还没有像英国版权法那样的  
例外出现，因此我们在讨论知识产权法对人工智能“创作”“发明”的保  
护时，首先要解决的问题是人工智能“创作”是否有自然人参与，以及

自然人参与是否构成版权法意义上的创作或者专利法意义上的发明创造。值得一提的是，美国专利商标局在给公众的一个人工智能创作版权法保护的征求意见稿中提到了一系列问题，其首要的问题也是如何判断人工智能创作有无自然人参与以及此种参与在何种程度上能够构成创作或者发明创造。<sup>[16]</sup>

## （二）人工智能创造的人工干预方式

要判断人工智能“创作”有无自然人作者介入，首先需要了解自然人干预人工智能的方式。在有些人工智能程序的设计阶段，自然人或者说设计者就通过设定算法的方式预设人工智能输出结果。比如，早期计算机绘图的编程最终能绘出什么样的图，早就有程序员在设计阶段就预设好了。因此实际上在人工智能程序的设计阶段，自然人就有可能通过算法的预设来设定人工智能的输出结果，比如说设计它的表达。

自然人也可以通过控制人工智能输入数据的方式控制输出结果。比如菲林律师事务所诉百度案中所谓的人工智能或者计算机生成的图表，实际上完全是由自然人输入数据所控制的。比如自然人输入了一系列经济走势的数据，它就会输出饼状图、柱状图或者曲线图。这个图的表述方式除了跟它的程序设计阶段设计的表达形式有关，还和输入的数据有很大的关系。

在人工智能程序的输出端，自然人可以通过对人工智能“创作”的输出结果进行判断和选择，来控制人工智能输出的技术方案或者输出的表达。著名的美国猴子自拍案以及我国的高空气球自动摄影案，都涉及这个问题。猴子自拍案中，美国加州联邦地方法院认为摄影师对猴子自拍的照片不享有版权，因为照片形成过程中没有自然人的创作。但是摄影师在诉讼过程中提出一个抗辩，主张涉案的猴子自拍照

片是他从很多张猴子拍摄的照片中选择出来的，这是否算得上自然人创作？<sup>[17]</sup>中国发生的高空气球摄影案也有类似的情形，一个团队把相机挂到高空气球上放到空中，相机到了一定的高度就会自动拍摄，之后他们通过卫星定位找到相机并在拍摄的照片中选择了质量比较好的照片发表到网上，后来被他人复制传播，该团队向法院起诉，最终也是被法院裁判其不对高空气球自动摄影的照片享有版权，<sup>[18]</sup>但是在网上传播的照片也是团队自然人的选择和判断的结果。

### （三）关注纯粹“人工智能创造”

如上所述，在人工智能的“创作”或者“创造”过程中，人工干预可以在程序设计、数据输入和输出结果选择等几个阶段影响或者说预设人工智能的输出结果。判断具体的人工智能“创作”或者“创造”是否属于纯粹的“人工智能创造”，就要看是否存在对人工智能输出结果的具有法律意义的人工控制或者自然人干预。只有完全缺乏人工控制输出结果的纯粹的“人工智能创造”，才是值得知识产权法特别关注的。

如果人工智能的使用者或者设计者可以通过控制系统设定、外部输入或者输出端选择等方式来控制人工智能输出结果中的具有著作权法意义的表达或者具有专利法意义的技术方案，那么这种所谓的人工智能“创作”“创造”就不属于真正的人工智能创造。因为这种情形下自然人干预足以设定或者部分设定输出结果中的版权法意义上的表达或者专利法意义上的技术方案，就可以为这种表达或技术方案找到它的自然人创造者，也就没有必要给这类所谓的人工智能创造予以特殊的知识产权法方面的关注。

从这个角度看，腾讯诉盈讯Dream Writer人工智能创作案所涉及的并非真正的人工智能创作，该案判决也并不是所谓的对一个人工智能创作的作品给予版权法保护的开创性判决。该案判决的说理思路是



更多法律电子书尽在 [docsriver.com](http://docsriver.com) 商家巨力书店

非常清晰的，之所以对这个案件中涉案作品予以版权法保护是因为找到了涉案作品的自然人创作者，也就是找到了自然人的独创性表达在作品中的贡献。由于在该案中找到了自然人创作者，此案甚至也不是一个真正的关于计算机自动生成作品的案件。

因此，不管是在法律研究还是司法判决中，当涉及人工智能“创作”或者人工智能“发明”这个问题的时候，首先要界定所关注的对象是不是纯粹的“人工智能创造”。只有没有自然人干预输出结果的人工智能创造才是我们需要关注的，下面我们对人工智能创造知识产权保护的探讨，都是在这样一个前提下进行的。

### 三 人工智能创造知识产权保护的条件

#### （一）知识产权法的外在要求

本文的第三个问题就是人工智能创造或者人工智能输出结果的知识产权保护的条件。除了创造者属于自然人这个要求之外，知识产权法还有一些其他的实质性条件。从外在的要求来看，版权法对于作品的独创性是有要求的。当我们谈到独创性时，要注意不同法域关于独创性的标准是有差异的，如果不给予这个问题特别的重视就会犯比较低级的错误。比如，探讨独创性标准的时候，很多学者比较熟悉美国的Feist案所设定的标准，即独立创作（independent creation）加最低程度的创造性（minimal degree of creativity）<sup>[19]</sup>。实际上美国联邦最高法院在Feist案中所摒弃的“额头出汗”原则，也就是比较低的独创性标准，在英国法或者说英联邦法系里一直到目前还是占主导地位的独创性标准。该标准仅要求独立劳动和实质性费用（independent and substantial labour and expense）<sup>[20]</sup>，这个标准实际上低于美国的标准。而大陆法系的许多国家，比如日本和德国，他们对于作品的创作有比