

人工智能时代著作权 合理使用制度的重塑

林秀芹*

内容提要：人工智能技术的兴起对传统的合理使用制度提出了严峻挑战。从结构主义整体观出发的研究表明，随着 AI 学习和创作的发展，传统版权法的“作者中心主义”和严格的“三步检验法”不能适应 AI 技术变革的需要。为了促进创新和 AI 技术的发展，合理使用应当扩张并进行制度重塑。首先应以“合理使用”这一术语替代“限制与例外”。其次，随着 AI 创作的兴起、人类作者角色的淡出和作者的“祛魅”，应当重构版权保护与合理使用的关系，将合理使用提升至与版权保护比肩的地位。再次，应当将为了 AI 学习、创作使用版权作品纳入合理使用的范围，但如果 AI“输出”的作品与原作品实质相似，则应当属于版权人的控制范围。最后，我国著作权法应当采用灵活的、有弹性的合理使用立法模式。

关键词：人工智能 复制权 数据挖潜 合理使用 结构主义

引言

人工智能（AI）技术的普及和深入发展给人类社会的生产、生活带来了深刻的变化，标志着人类历史上第四次技术革命的来临。如果说第一次以机器生产为代表的技术革命将人类从繁重的体力劳动中解放出来，那么方兴未艾的 AI 技术将大幅度解放人类的脑力劳动，并将给人类的生产、生活方式带来科幻般的变革。在创意产业中，以机器学习为标志的 AI 技术已被越来越多地用于创作诗歌、歌曲、绘画甚至撰写电影剧本。媒体公司使用 AI 撰写新闻报道，甚至以“适当”的声音向相关受众报道突发新闻。各类运营商通过将成千上万的故事输入数据库来对 AI 进行语言、新闻和相关方面的“培训”，以便 AI 可以“学习”获取新信息进而提高“创作”能力。AI 在“学习”和“创作”过程中，需要“阅读”和“学习”大量的数据作为“素材”，包括许多受版权保护的作品，例如文字作品（新闻稿、小说、诗歌等）、视频或音乐文件、数据库摘录等。AI 在“学习”和“创作”过程中，经常对大量作品进行复制、修改和调整。这种大规模的使用方式对传统的著作权合理使用制度提出了严峻挑战。AI“创

* 厦门大学法学院、知识产权研究院、厦门大学一带一路研究院教授。

作”中对版权作品的大量使用是否构成侵权？抑或，这种使用是否涵盖于现有的合理使用之中？对此，许多国家的立法和司法实践作出了不同的回应。欧盟、日本等认识到了上述挑战，通过新的立法增加“数据挖掘的限制与例外”（以下简称“TDM例外”）为AI的开发提供制度供给，〔1〕美国则通过法院解释版权法中的合理使用为AI发展开辟空间。〔2〕反观我国，2020年完成的第三次著作权法修订采用至多是“半封闭式”的限制和例外模式，制度空间有限，且没有对AI技术的发展需要作出回应，这给相关版权作品的使用和AI技术开发带来了许多不确定性和困难，也与我国AI技术发展的现有规模和宏伟目标〔3〕极不相称。

本文从结构主义〔4〕“整体观”出发，论证传统版权法中的合理使用制度不能适应AI带来的技术革命，不能满足AI创新和发展的需要，进而阐释AI技术对合理使用的制度逻辑和伦理基础的挑战，最后对合理使用制度的重塑提出具体建议。

结构主义是19世纪兴起的一种人文社会科学广泛运用的方法论，其中心思想是整体性，反对孤立看待事物的原子论，也不把事物当作事物各元素的简单相加，而是对事物的整体性进行研究，认为整体对于部分来说具有逻辑上优先的重要性。因为任何事物都是一个复杂的统一整体，其中任何一个组成部分的性质都不可能孤立地被理解，而只有把它放在一个整体的关系网络中即把它与其他部分联系起来，才能被理解。结构主义力图使人文科学和社会科学也能像自然科学一样达到精确化、科学化的水平。〔5〕依此，本文并不仅仅研究合理使用本身，而是将版权法作为一个整体，并选择版权法的核心要素“版权保护—合理使用”这一对平衡结构作为考察对象，评估合理使用在促进技术创新中的位置及其在人工智能时代的应然状态。

一、人工智能时代创作方式的变革及其对合理使用的挑战

AI创作是模仿人的神经网络的活动规律、利用深度神经网络来解决特征表达的一种学习和创作过程。按照人工智能的工作原理，AI创作一般分为三层结构或三个阶段：第一，“输入

〔1〕 欧盟2019年《单一数字市场版权指令》（Directive (EU) 2019/790）规定的“数据和文本挖掘”，指的是旨在分析数字形式的文本和数据以获得包括但不限于有关模式、趋势和相关性的信息的任何自动化分析技术，包括AI技术。参见《指令》序言第8段及第2条第（2）项。

〔2〕 See Benjamin L. W. Sobel, *Artificial Intelligence's Fair Use Crisis*, 41 Colum. J. L. & Arts 45 (2017). 索贝尔指出，美国的合理使用法律解释学方法仍被认为不能满足AI技术发展的需要。关于合理使用的研究，丹尼尔·杰维斯教授认为1976年以来的四篇“最佳文章”是：Pierre N. Leval, *Toward a Fair Use Standard*, 103 Harvard Law Review 1105 (1990)；D. Nimmer, “*Fairest Of Them All*” and other Fairy Tales of Fair Use, 66 Law and Contemporary Problems 263 (2003)；William W. Fisher III, *Reconstructing the Fair Use Doctrine*, 101 Harvard Law Review 1659 (1988)；Wendy Gordon, *Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and its Predecessors*, 82 Columbia Law Review 1600 (1982)。See Daniel J. Gervais, (*Re*) structuring Copyright: A Comprehensive Path to International Copyright Reform, Camberley: Edward Elgar Publishing, Inc., 2017, p. 314, note 1098. 笔者认为，最全面的国别研究成果是：Reto. Hilty & Sylvie Nérisson (eds.), *Balancing Copyright - A Survey of National Approaches*, Berlin: Springer, 2012。

〔3〕 2017年7月，国务院发布的《新一代人工智能发展规划》（国发〔2017〕35号）提出，到2030年，中国要在人工智能理论和应用方面总体上达到世界领先水平，成为世界主要人工智能创新中心。

〔4〕 结构主义（structuralism）发端于19世纪，由瑞士语言学家索绪尔（Ferdinand de Saussure）创立，经过维特根斯坦、让·皮亚杰、拉康、克洛德·列维·斯特劳斯等人的继承与发展，已成为当代世界的重要思潮，并成为管理学、政治学、法学等社会科学共同的研究方法。参见刘文献：《著作权作者中心主义的哲学批判》，厦门大学2015年博士学位论文，第62页，第80页以下；〔瑞士〕皮亚杰：《结构主义》，倪连生、王琳译，商务印书馆1984年版。

〔5〕 同上引皮亚杰书，第68页以下。

层”，即向 AI “输入”海量数据包括版权作品供 AI “阅读”“学习”。AI “学习”类似于人对自然界和社会生活诸方面的观察和体验，输入的海量数据就如自然界或社会生活的片断。第二，“隐含层”，即通过“学习”消化海量投入材料的一个或多个隐含的神经网络结构，进而归纳总结出一些模型和规则，即 AI 通过神经网络算法创建规则。第三，“输出层”，即通过神经网络的作用，根据第二层总结出的模型和规则演绎创作出新的作品。为了提高深度神经网络的训练效果，人们需要在神经元的连接方法和激活函数等方面作出相应的调整，不断地优化算法。简言之，AI 创作呈现“学习—创建规则—创作”的三层结构。其中，第一层“学习”和第二层“创建规则”是内在的、隐含的，原则上不与公众接触，而第三层“创作”呈现出外在的表达，能够被人们阅读、感知、欣赏。AI 的进化与发展取决于三个要素：大数据、算法和算力。^[6]其中，海量的数据是 AI 训练和学习的重要材料和基础，AI 必须且只能通过海量的学习、尝试，才能归纳总结出若干模型、风格与规则。海量数据之于 AI 创作，就如无数的语言词汇之于一部名篇巨著。

AI 创作已有许多广为人知的成功范例。例如，《华盛顿邮报》的人工智能 Heliograf 通过人机之间“无缝交互”的系统，创作出很有见地的文章，且能够“与时俱进”地写新闻报道。2016年11月，当美国共和党的史蒂夫·金（Steve King）在竞选中击败民主党的金·韦弗（Kim Weaver）时，Heliograf 报道：“共和党保留了对众议院的控制权，仅失去了少数席位；在许多共和党领导人担心两位数的损失之后，命运发生了惊人的逆转。”^[7]这篇文章既报道了共和党的获胜，又描述了惊心动魄、精彩变幻的选举情势变化。它标志着 AI 在新闻业的成功应用，开启了人类历史上作品创作的新时代、新模式。Heliograf 在其诞生的第一年就发表了约 850 篇文章。^[8]美联社估计，人工智能可以帮助记者节约大约 20% 的时间，并可以提高准确性。^[9]又如，美国高中生罗比·巴拉特（Robbie Barrat）开发了一个 AI 程序，该程序通过使用 6000 行凯恩·韦斯特（Kanye West）的歌词来编写自己的说唱歌词。^[10]巴拉特的 AI 艺术家使用两个神经网络的算法来创建 AI 艺术作品：一个称为生成器，一个称为鉴别器。巴拉特将大量绘画或歌词提供给生成器“学习”，然后生成器基于这些作品创建规则，以生成自己的作品。^[11]最终的 AI 作品可能很美，也可能不美；有时与现有作品不同，有时与现有作品高度相似。类似地，一个名为“下一个伦勃朗”的 AI 软件运用深度学习算法以及面部识别系统，对荷兰画家伦勃朗的 346 件作品进行了分析之后，生成了具有伦勃朗风格的新画作。^[12]该 AI 输出的作

[6] 参见 [英] 卡鲁姆·蔡斯：《人工智能革命：超级智能时代的人类命运》，张尧然译，机械工业出版社 2017 年版，第 10 页以下。

[7] WIRED, *What News-Writing Bots Mean for the Future of Journalism*, <https://www.wired.com/2017/02/robots-wrote-this-story/>, last visited on 2020-07-13.

[8] Nicole Martin, *Did A Robot Write This? How AI Is Impacting Journalism*, <https://www.forbes.com/sites/nicolemartin1/2019/02/08/did-a-robot-write-this-how-ai-is-impacting-journalism/#16266aa17795>, last visited on 2020-07-18.

[9] 同上。

[10] Dave Gershgorin, *A West Virginia Teen Taught Himself How to Build A Rapping AI Using Kanye West lyrics*, in *Quartz*, March 17, 2017, <https://qz.com/920091/a-west-virginia-teen-taught-himself-how-to-build-a-rapping-ai-using-kanye-west-lyrics/>, last visited on 2020-07-08.

[11] Joe Dworetzky, *Q&A: Robbie Barrat on Training Neural Networks to Create Art*, in *The Stanford Daily*, June 12, 2018, <https://www.stanforddaily.com/2018/06/12/qa-robbie-barrat-on-training-neural-networks-to-create-art/>, last visited on 2020-07-08.

[12] Steve Schlackman, *The Next Rembrandt: Who Holds the Copyright in Computer Generated Art*, in *Art Law Journal*, Apr. 22, 2016.

品模仿伦勃朗的独特风格，但在其他方面却是独一无二的原创绘画。再如，谷歌公司的 AI “深脑”（Deep Mind）已经可以创作和表演大量文字、绘画、音乐等艺术作品，而“深脑”的开发和训练以“学习”大量作品为基础。随着 AI 技术的迅猛发展，AI 创作还只是开始。国际著名知识产权学者杰维斯指出：“可能几年后所有书籍都将是人工智能的产物，一首鲍勃·迪伦（Bob Dylan）风格的歌曲将是由 IBM 的 AI 机器人 Watson 的儿子或女儿写的。”^[13]

人工智能是一场技术革命，将对数百年来与技术革命“如影随形”的版权法提出重大挑战。首先，随着人机结合的创作或 AI 创作成为现实，AI 能否作为著作权主体，AI 生成的作品能否获得版权保护？其次，传统版权法中“版权保护—信息获取”的平衡是否需要重新构建？AI 学习、创作过程中需要使用大量的数据材料包括版权作品，这种使用是否属于合理使用？关于第一个问题，理论界已有许多优秀成果，^[14]但是第二个问题受到的关注则严重不足。^[15]本文聚焦于 AI 创作中的合理使用问题。

二、现行合理使用制度的内涵及其在人工智能时代的适用困境

从版权法的结构来看，版权法是由版权人权利与合理使用共同构成的一个整体，其构成要素一般包括：作者和其他权利人资格（主体）、作品资格条件和范围（客体）、版权的内容、版权的合理使用、侵权的法律责任等。其中，“版权保护—合理使用”的矛盾和平衡一直是版权法的核心，也是一个不断重新调整和构建的动态结构。在一定条件下，二者之间具有此消彼长的效应。合理使用的扩张意味着对版权人控制权的限制，反之，合理使用的限缩意味着版权的扩张。因此，欲考察合理使用的范围和界限，需要将“版权保护—合理使用”作为一个整体加以研究。在结构主义的整体观视角下，现行版权法的主导思想是“作者中心主义”，而合理使用被边缘化、低矮化。在此结构框架下，AI 创作中使用作品的行为难以为合理使用所涵盖。

（一）合理使用制度的内涵与术语选择

合理使用泛指在特定情况下，法律允许他人自由使用享有版权的作品而不必征得权利人许可的合法行为。^[16]至于合理使用^[17]是否需要向权利人支付报酬，因各国立法和使用的具体

[13] 前引〔2〕，Gervais 书，前言，第 10 页。

[14] 参见吴汉东：《人工智能时代的制度安排与法律规制》，《法律科学》2017 年第 5 期，第 128 页以下；王迁：《论人工智能生成的内容在著作权法中的定性》，《法律科学》2017 年第 5 期，第 148 页以下；梁志文：《论人工智能创造物的法律保护》，《法律科学》2017 年第 5 期，第 156 页以下；易继明：《人工智能创作物是作品吗？》，《法律科学》2017 年第 5 期，第 137 页以下；熊琦：《人工智能生成内容的著作权认定》，《知识产权》2017 年第 3 期，第 3 页以下。

[15] 例如，吴汉东：《人工智能生成作品的著作权法之问》，《中外法学》2020 年第 3 期，第 653 页（该文对合理使用问题有所讨论）。美国著名学者马克·莱姆利最近撰文指出，随着“机器学习”和 MuseNet 等 AI 运用的普及，“机器复制”是否属于合理使用越来越不确定，大公司的 AI 对版权作品的大规模使用很可能受到侵权指控、面临高额赔偿风险。因此，为了促进 AI 技术的顺利发展，需要将“机器学习”明确归入合理使用的范畴。See Mark A. Lemley & Bryan Casey, *Fair Learning*, 9 Texas Law Review 743 (2021).

[16] 参见吴汉东主编：《著作权法》，法律出版社 2007 年版，第 96 页。

[17] 合理使用具有广义和狭义两种不同的解释，狭义的合理使用是指不需经权利人许可、无需支付报酬的使用；而广义的合理使用则包括狭义的合理使用与法定许可（不需经权利人许可，但需支付报酬）。如无特别说明，本文采广义的“合理使用”概念。

情形而异。^[18]数十年来致力于研究合理使用制度的美国学者威廉·帕特里认为,“合理使用就是未经同意、未经补偿的使用”。^[19]各国立法关于合理使用的名称术语不同,范围也有较大差异,^[20]大体有三种模式。第一,在大陆法系国家,合理使用通常以“著作权的限制和例外”称之,立法上采用“封闭性”“穷尽式”清单的模式。例如,2001年欧盟《信息社会版权指令》第5条提出了一个共达21项限制和例外的总清单,允许成员国在这个清单中选择规定本国的限制和例外,但不能超出这个清单的范围。^[21]结果,欧盟版权法的限制与例外制度由于过于严格、僵化,缺乏弹性和灵活性而备受诟病。^[22]第二,在美国称为“合理使用”,立法上采用“四因素判断法+列举清单”的模式。美国版权法第107条规定了合理使用的四个考量因素:(1)使用的目的和性质,包括该使用是出于商业目的还是非营利的教育目的;(2)受版权保护的作品的性质;(3)与整个受版权保护作品相比所使用部分的数量和质量(重要性);(4)使用对版权作品潜在市场或价值的影响。由法院在个案中根据四个因素判断具体行为是否属于合理使用。第三,在英国、澳大利亚等英联邦国家,则以“合理对待”(fair dealing)称之。可见,不同国家选择不同的法律术语指称法律允许的“未经权利人许可的使用”。本文第三部分还将进一步论及,这些术语的选择不是漫不经心的、随意的、无意义的,而是有着深刻的政治与政策意涵,应当慎重选择。

(二)“作者中心主义”及其对合理使用的挤压效应

发端于18世纪晚期法国的“作者中心主义”对著作权法体系以至版权法体系均产生了深远的影响,构成了以《伯尔尼公约》为轴心的传统版权法的“底色”与“基调”。“作者中心主义”的核心思想是:作品来源于作者,作品是作者人格与精神的化身、延伸,因此作者应有权对作品进行全面控制。康德的古典哲学与人格权学说是“作者中心主义”的理论基础。康德把人视为自然法则的制定者,尊崇人的意志自由,作为作者人格化身与延伸的作品亦应当具有崇高的地位。^[23]在“作者中心主义”的影响下,《伯尔尼公约》过度扩张复制权,进而导致合理使用制度的“结构残缺”与“内容虚化”。

1. “作者中心主义”下复制权的不断扩张

“复制”这一术语是版权法中最重要也是最复杂多变的概念,国际上对之一直没有明确的统一定义。在1967年斯德哥尔摩会议修订前,《伯尔尼公约》没有关于复制权的一般规则,更没有对复制权作明确定义。但是,《伯尔尼公约》的修订及随后的《世界知识产权组织版权条约》(WCT)、《世界知识产权组织表演和录音制品条约》(WPPT)的立法史^[24]表明,“复制”概念呈不断扩张的态势。

1967年修订的现行《伯尔尼公约》第9条对复制权作了内容十分宽泛的规定,具体如下:

[18] See Jane C. Ginsburg, *Fair Use for Free, or Permitted-but-Paid?*, 29 Berkeley Tech. L. J. 1383 (2014), https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/692; The Wittem Project, *European Copyright Code*, Art. 5, April 2010, www.copyrightcode.eu, last visited on 2020-07-10.

[19] William F. Patry (ed.), *Patry on Fair Use*, Eagan: Thomson Reuters, 2020, p. 4.

[20] 参见前引[2], Hilty等编书。

[21] 参见李明德等:《欧盟知识产权法》,法律出版社2009年版,第294页以下。

[22] See Martin Senftleben, *Flexibility Grave-Partial Reproduction Focus and Closed System Fetishism in CJEU*, Pelham, <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/s40319-020-00940-z.pdf>, last visited on 2020-07-29.

[23] 参见前引[4], 刘文献文,第45页。

[24] See Sam Ricketson & Jane Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond*, Oxford: Oxford University Press, 2006, Chapter 13.

“(1) 受本公约保护的文学艺术作品的作者，享有授权以任何方式和采取任何形式复制这些作品的专有权利；(2) 本联盟成员国法律得允许在某些特殊情况下复制上述作品，只要这种复制不损害作品的正常利用也不致无故侵害作者的合法权益。”尽管《伯尔尼公约》约文没有对“复制”一词作出明确界定，但是奥地利政府在向斯德哥尔摩外交会议提交的基础提案中，建议对“复制”作如下定义：“以任何方式将作品进行有形的固定，通过此种固定方式，可以将作品向公众间接传播。尤其是可以采取下述方式进行复制：印刷、绘画、雕刻、拍摄、铸造和各种制作形象艺术和造型艺术的工艺方法，以及机械录制、以摄制电影的方法录制和磁性录制。按照建筑作品的平面图或标准草图来施工，也构成复制。”^[25] 由此可以认为，《伯尔尼公约》没有对“有形与无形复制”、“永久与临时复制”或者其他复制方式加以区分。^[26]

在“作者中心主义”的影响下，《伯尔尼公约》中宽泛的复制权概念被进一步扩大解释，包括“所有和任何”“已知的和未知的”复制方式。克洛德·马苏耶在其权威著作《〈伯尔尼公约〉指南》中，对《公约》第9条第1款规定的“复制”一词解释道：“以任何方式或形式”这种表述极为宽泛，足以包括所有的复制方法：打样、雕版印刷、石印、胶印和其他所有的印刷方法，打字、照相复制，静电复制，机械或磁性录制（磁盘、盒式带、磁带、摄影胶片、缩微胶片等），以及其他所有已知的和未知的复制方式。这些观点在斯德哥尔摩外交会议的简报中得到确认。^[27]

2. 计算机“输入”与“输出”中的复制行为分析

20世纪70年代，随着计算机时代的来临，“复制权”被扩张解释为涵盖计算机“输入”与“输出”中的复制，包括在计算机中存储作品。1971年伯尔尼联盟执行委员会第一次会议讨论了因“电子计算机及其他技术引发的问题”，当初面临的难题与当今AI带来的问题高度相似，即版权人在他人将其作品“输入”到计算机系统时就有权实施控制，还是只有在计算机系统“输出”阶段才有权实施控制？当时的讨论以德国乌默教授的研究报告为基础，他认为：无论采用何种手段，将作品“输入”到计算机中的行为也构成复制。^[28] 1982年，伯尔尼联盟执行委员会会议建议：在计算机中存储作品构成复制，并对“输入”作了如下定义：“输入受保护的作品包括将作品复制到机器可读的有形载体上，以及将作品固定在计算机系统的存储器中这两个行为。这些行为（例如复制行为）应当被认为是受到版权国际公约（《伯尔尼公约》第9条第1款和《世界版权公约》第4条之二）以及国内立法管辖的行为，因此应受到作者的专有权利的约束，需要事先取得版权权利人的授权方可行使。”^[29]

乌默教授提出的关于计算机技术中“输入—输出”阶段版权作品复制的分析框架具有深远的影响，在以后的国际公约论坛中讨论“复制”行为涵盖的范围时，均以这个框架为基础。20世纪90年代，随着计算机和通信技术的迅猛发展，在有关“数字议程”的版权问题的争论中，复制权进一步扩张。在WIPO关于因特网版权公约的讨论过程中，沿袭《伯尔尼公约》的“作者中心主义”和与之相应的宽泛的复制理论，公约制定者对复制行为采取扩张的立场。当

[25] [匈] 米哈依·菲彻尔：《版权法与因特网》上册，郭寿康、万勇、相靖译，中国大百科全书出版社2009年版，第123页。

[26] 同上书，第154页以下。

[27] 同上书，第126页。

[28] 同上书，第128页以下。

[29] 同上书，第132页以下。

时负责 WIPO 版权事务的助理总干事米哈依·菲彻尔总结道：“复制权不应仅仅用来涵盖存储行为；在涉及传输行为时，它也可以发挥重要的作用。”复制权应包括与复制有关的权利，包括数字化、上传、下载以及制造离线的有形复制品，都构成复制；此外，临时复制也是复制。^[30]但是，最后形成的《世界知识产权组织版权条约》（WCT）没有明确将临时复制纳入“复制”的范围。WCT 第 1 条规定：“在电子媒体中以数字形式存储受保护的作品，构成《伯尔尼公约》第 9 条意义下的复制。”依照上述理论推演，AI 创作中的“输入”使用和“输出”使用均会落入版权人宽泛的复制权的范围。

（三）传统版权法中合理使用的从属地位与限缩解释

在国际层面，“三步检验法”成为制定版权限制与例外制度的唯一标准或者“过滤器”。^[31]《伯尔尼公约》第 9 条第 2 款、TRIPS 协定第 13 条、WCT 第 10 条均规定了“三步检验法”，具体是：（1）合理使用限于某些特殊的情况下；（2）不应与作品的正常利用相抵触；（3）不得不合理地损害版权持有者的合法利益。《伯尔尼公约》中的“三步检验法”是在 1967 年斯德哥尔摩会议上，作为对增加作者复制权的一种平衡手段而增订的。其背后的法理逻辑是：版权保护是一个整体，由法律授予权利人的权利与对权利的限制和例外共同构成，因此，“随着保护体系的基本规范越丰富并且所授予的权利越宽泛、全面，对某些例外与限制的需要就越强烈，反之亦然”。^[32]此外，“三步检验法”的另一个目的在于为成员国特别是那些遵循民法传统、倾向于在成文法中穷尽列举限制与例外的特殊情况的大陆法系国家提供一种更为“灵活”的立法模式。^[33]但是，“三步检验法”中采用了许多模糊不清的概念和表述，其内容有待于实践的检验和明确化。

在 2000 年涉及美国版权法第 110 条第 5 款的争端中，^[34] WTO 争端解决专家组对“三步检验法”作了严格解释。首先，关于“某些特殊的情况下”，WTO 专家组参照《牛津词典》认为，“限制或例外”必须限制其应用的范围或只能适用于“例外”情况，在定量和定性的意义上都应当是狭窄的。^[35]这样，WTO 专家组将“特殊情况”限缩为“例外情况”，而且必须是“狭窄的”。这种简单、僵化的限缩解释遭到激烈的批评。杰维斯认为，对“某些特殊的情况下”应当采取目的导向的“情境主义”（contextualism）解释，而不是文本主义解释。^[36]另一位国际版权法权威学者里基森也认为，“特殊的情况”有两层含义：（1）所涉及的使用必须是为了一个明确的目的，而不能是一种宽泛的例外；（2）因为“三步检验法”是立法者为了达成权利保护与公共利益的平衡而设计的“一般规则”，是以“目的”为导向的，所以应当根据《公约》制定的背景、情景和目的进行综合解释。^[37]

[30] 前引 [25]，菲彻尔书，第 162 页以下。

[31] See Daniel Gervais, *Fair Use, Fair Dealing, Fair Principles: Efforts to Conceptualize Exceptions and Limitations to Copyright*, 57 J. Copyright Soc'y U. S. A. 499, 503 (2009 - 2010).

[32] 参见前引 [25]，菲彻尔书，第 375 页。

[33] 同上书，第 407 页。

[34] World Trade Organization, UNITED STATES - SECTION 110 (5) OF THE US COPYRIGHT Act (2000), WTO Doc. WT/DS160, https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/1234da.pdf, last visited on 2020 - 07 - 16.

[35] 同上引报告，第 6.109 节。

[36] 前引 [31]，Gervais 文，第 514 页。

[37] Sam Ricketson, *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886 - 1986*, London: Kluwer, 1987, p. 482.

其次，关于第二步“不应与作品的正常利用相抵触”，《伯尔尼公约》的立法历程表明，其实质含义是“所有具有或者可能具有重大经济或实际重要性的作品利用方式，都应当保留给作者，对于这些作品利用方式，任何可能对作者的利益加以限制的例外都是不容许的”。〔38〕米哈依·菲彻尔还认为，《伯尔尼公约》中的“正常”一词不仅是描述性的、经验性的，也是“规范性的”，它涵盖了将与版权人进行经济竞争的使用方式。特别是在新技术出现的情况下，当人们（从经验主义的角度看）第一次使用这些新的方式时，很难认为这些方式是“通常的”“典型的”，但这些复制方式对版权人而言可能是非常重要的，因此也可能是“正常”的。〔39〕WTO专家组采纳了这种解释。〔40〕

再次，关于第三步“不得不合理地损害版权持有者的合法利益”，WTO专家组认为，“合法利益”是指“法律所保护的利益”，即狭义上的合法利益。〔41〕对于“不合理地损害”，WTO专家组采取了单纯功利主义的方法论，认为如果限制或例外导致或可能造成权利人收入的不合理损失，则意味着对权利人的损害达到了“不合理”的程度。这种方法忽略合理使用制度的伦理与道德基础，忽略公共利益的需要，只对权利人的利益得失进行计算，会削弱合理使用制度的正当性基础。米哈依·菲彻尔认为，“不得不合理地损害版权持有者的合法利益”具有两个维度的考量：首先，是一种正当性、合道德性的公共政策考量，是价值先后顺位的考量，当公共利益要求对权利人的利益进行一定的损害时，这种损害是正当的、应被允许的；〔42〕其次，是一种经济利益得失的考量。〔43〕此外，“不得不合理”还意味着采用非自愿许可的可能性。如果使用者支付适当的报酬（如法定许可），就不会对权利人的合法利益造成不合理损害。〔44〕

笔者认为，1967年《伯尔尼公约》以来的国际公约一直将版权保护与合理使用按主从关系处理，合理使用被置于从属的、次要的地位，且其内容由于“三步检验法”的立法技术缺陷和过严的限缩解释而被进一步挤压和侵蚀。此外，“三步检验法”存在一个严重的缺陷，它的文本表述抽离了合理使用制度背后的伦理基础和价值理性，对合理使用的正当性未置一词，没有提供可具体操作的规则，也没有提供合理使用的宗旨或价值目标，像个“虚空”的架子，其内容需要从条约约文之外去寻找和解释。对此，杰维斯批评道，“三步检验法”使合理使用成为“不受管制的政策空间”。〔45〕实质上，合理使用制度是在总结版权法数百年经验的基础上确立的规范理性，具有丰富的内涵，体现了版权法在其诸多价值目标（如保护作者、保护公共利益、保障人权等）发生冲突时的一种解决路径，〔46〕肯定了公共利益价值（科学、教

〔38〕 前引〔25〕，菲彻尔书，第414页。

〔39〕 同上。

〔40〕 同前引〔34〕报告，第6.178节。

〔41〕 同上。

〔42〕 前引〔25〕，菲彻尔书，第414页以下；另参见前引〔24〕，Ricketson等书，第756页（这两位作者也持相同观点，认为合理使用意味着在某些情况下公共利益优先于版权人私权的必要性）。

〔43〕 前引〔25〕，菲彻尔书，第418页。

〔44〕 同上书，第416页以下。

〔45〕 前引〔31〕，Gervais文，第502页。

〔46〕 关于法的价值，参见卓泽渊：《法的价值论》，法律出版社2018年版，第545页以下。该书提出了解决法的价值冲突的五个原则：遵从基本价值、坚持法定价值、考虑适当成本、追求最佳效益和实现补偿有余。这些原则对本文具有借鉴意义。

育、平等、创新与人的全面发展)^[47]在一定条件下的优先地位。然而,在“作者中心主义”的影响下,作者地位被神圣化,作者不仅享有广泛的复制(任何形式的复制)、改编、网络传播、出租等物质权利,而且享有发表、署名、保护作品完整等精神权利,可以从物质到精神对作品进行全面的控制。相较而言,“限制和例外”受到强弱不定的“三步检验法”的约束。权利与限制二者的关系几乎如“主仆”,作者权利是当然的、神圣的,应当受到顶礼膜拜,而“限制与例外”则像“奴婢”,靠“主人”的恩赐和施舍苟存。在此背景下,AI创作中对版权作品的利用很难通过“三步检验法”的检测和过滤。至少,AI创作中的使用在形式上是“普遍的”“海量的”,而不是“特殊的”“狭窄的”。

(四) 人工智能时代合理使用的适用困境

1. 理论困境: AI创作的兴起与“作者中心主义”的冲突

面对人工智能的迅猛发展,“版权保护—合理使用”的平衡正在发生根本的变化,合理使用面临AI技术发展的严峻挑战而显得捉襟见肘。在理论层面,随着AI创作的兴起,使强调保护作者权利的“作者中心主义”式微,显得苍白无力,“后作者中心主义”将代之而起。在人工智能时代,AI成为重要的创作主体,传统的“作品来源于作者”“作品是作者的精神化身或延伸”的理论失真、过时,作者的创作主体地位受到挑战。无论从洛克的劳动财产权理论、^[48]法经济学的功利主义理论^[49]还是黑格尔的人格权理论^[50]角度观察,“作者中心主义”的理论基础在人工智能时代均遭削弱或动摇,因为这些理论是建立在“人”是创作主体的基础上。于是,随着AI成为重要甚至主要的创作者,作者“走下神坛”,作者权应当受到更多的限制,使之与作者在创作中的智力贡献相对应、相匹配。相对而言,合理使用的地位应当提升,“版权保护—合理使用”的结构应当重新平衡。在人工智能时代,作品创作的数量多寡和水平高低不再仅取决于作者的数量和水平,而是同时或者更多地取决于AI的发展水平和智力程度。据美国专家预测,“未来15年将会有90%的新闻稿件由机器人完成”。^[51]换言之,AI的进化程度和运用水平在很大程度上成为创新水平的决定因素,而AI的智力水平和进化程度以海量数据的学习和训练为基础。为“信息获取”提供制度供给的合理使用在人工智能时代具有至关重要的地位。然而,如前所述,现行版权法显然没有准备好迎接AI带来的挑战。

2. 制度困境: AI创作使用与“三步检验法”的冲突

在制度层面,AI创作中对海量作品的使用难以为传统的合理使用所涵盖。按照《伯尔尼公约》第9条规定的“三步检验法”和WTO专家组的解释,所有对作品的具有重要经济价值的使用都应当属于作者排他权控制的范围,作者的“复制权”涵盖所有复制行为和复制形式,包括计算机技术中的“输入”和“输出”。只有在“特殊的情况下”,在不会“不合理”地损害作者利益的前提下,才允许对著作权规定限制与例外。AI对作品的使用难以通过“三步检验法”的检测。首先,第一步“某些特殊的情况下”,按照前述WTO专家组的解释,应当是

[47] 著作权法的最终目标是促进人的创造力与创新的最大化。参见前引[2], Gervais书,第216页。

[48] 参见[英]约翰·洛克:《政府论》下册,叶启芳、瞿菊农译,商务印书馆1964年版,第19页,第27页。洛克认为,每个人对自己的身体拥有财产权,因此对自己的劳动拥有财产权。劳动使自然物脱离其自然的共有状态,并作为个人的东西添加到自然物上而使其有所增益,因此个人对自己劳动取得的财产享有自然的权利。

[49] 参见胡朝阳:《知识产权的正当性分析》,人民出版社2007年版,第173页以下。

[50] 同上书,第172页。

[51] 转引自前引[15],吴汉东文,第653页以下。

“例外的”“狭窄的”，而 AI 对作品的使用通常是“普遍的”“海量的”；其次，第二步“不应与作品的正常利用相抵触”，如前所述，在新技术出现的情况下，只要一种复制方式对版权人而言具有重要价值，即可能是“正常”的。鉴于许多开发和利用 AI 的主体是大型的高科技公司，法院在平衡大型 AI 公司利用作品所获利益与个体版权人的“弱势”地位时，天平很可能向版权人倾斜。这正是欧盟《单一数字市场版权指令》在规 TDM 例外时对商业性机构与非商业性研究机构进行区别对待的原因。再次，第三步“不得不合理地损害作者的合法利益”要求合理使用具有公共利益方面的正当性或者提供经济补偿。这也是许多 AI 开发者难以证成和满足的，特别是 AI 开发者是大型商业公司的情况下。经济补偿或许在理论上是可能的，但是考虑到 AI 使用的海量材料，许可的交易成本会畸高，使得此路径不具有现实的可行性。^[52]

综观当今各国立法和司法实践，证成合理使用的主要理由有三：（1）非商业性使用；（2）少量使用；（3）公共利益需要。显然，这三种理由均难以适用于 AI 创作对作品的使用情形。第一，非商业性使用原则上要求使用主体是非商业性的，或者使用目的是非商业性的，或者二者兼有。然而，实践中，开发或者使用 AI 的主体既有非商业性的教育和研究机构，也有商业性的公司企业；使用目的有商业性的，也有非商业性的。虽然合理使用并不排除商业性使用，但是商业性使用在实践中更难以证成构成合理使用。欧盟《单一数字市场版权指令》就受到“非商业性”原则的束缚，将 TDM 例外区分为商业性主体与非商业性主体的使用，并对商业性主体的使用作了严格限制。^[53] 这种区别对待极大地压缩了合理使用的空间，严重影响 AI 产业在欧洲的发展，甚至可能导致欧洲的 AI 因“营养不良”、呆笨而缺乏竞争力。为此，《单一数字市场版权指令》受到激烈的批评。^[54] 第二，传统版权法合理使用的“少量使用”要求与 AI 技术发展的需要完全背道而驰，因为 AI 创作以海量数据的使用为根本特征，这是 AI 技术的本质所决定的，不以人的意志为转移。第三，“公共利益需要”原则或许能够庇护公共教育和研究机构为开发 AI 技术而使用版权作品的行为，但难以涵盖公司企业在 AI 技术开发、运用中的使用行为，而最有价值的 AI 技术经常出自商业性公司。

综观之，在传统的版权法框架下，AI 创作过程中不论是在“输入”、“隐含”还是“输出”阶段，对作品的使用均受到作者复制权的控制，难以通过“三步检验法”的过滤。有学者认为，在 AI 创作的第二阶段——“隐含”阶段，AI 通过“学习”大量现有作品归纳出某种模型时，如果这个模型与原作品存在相当的相似性，则可能涉及侵犯复制权或改编权。^[55] 这意味着 AI 技术的开发者陷入一个两难境地：一方面，提供大量版权作品供 AI “学习”“阅

[52] 参见前引 [15]，Lemley 等文，第 748 页。

[53] 《单一数字市场版权指令》，序言第 18 节，第 4 条。

[54] See Charlotte Gerrish & Anders Molander Skavlan, *European Copyright Law and the Text and Data Mining Exceptions and Limitations*, No. 2, 2019, Stockholm Intellectual Property Law Review, <http://www.stockholmiplawreview.com/european-copyright-law-and-the-text-and-data-mining-exceptions-and-limitations-article-from-2-2019/>, last visited on 2020-07-25. 两位作者认为，欧盟的 TDM 例外规则使有价值的数据挖掘成果很难出自欧洲的运营商。为了推动欧盟的创新，欧盟应当规定广泛的 TDM 例外条款。See also T. Margoni & M. Kretschmer, *The Text and Data Mining Exception in the Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market: Why It Is Not What EU Copyright Needs*, in Proceedings of the European Policy for Intellectual Property Conference, Berlin, Germany, 5-7 September 2018, <https://bit.ly/2SozulW>, last visited on 2020-05-01; Itziar Sobrino - García, *Copyright in the Scientific Community. The Limitations and Exceptions in the European Union and Spanish Legal Frameworks*, MDPI, 19 May 2020.

[55] 参见前引 [2]，Sobel 文，第 65 页。

读”或者在AI创作中对作品进行归纳、整理与编辑可能面临侵权风险；另一方面，作为一种保守策略，使用版权作品前取得版权人的许可，但鉴于AI“学习”作品的海量性和随机性，自愿许可的超高交易成本否定了这一路径的可行性。^[56]因此，杰维斯指出，现行版权法未能反映数字技术革命的需要，是“结构不良的”或者“非结构化的”，^[57]对版权法的结构性改革呼之欲出。

三、结构主义视角下合理使用制度的重塑

（一）结构主义方法论的内涵及其适当性

本文选择结构主义作为研究方法。AI“学习”“思考”“创作”的结构模式与结构主义发源的语言结构高度相似。语言的发明是人类最早的智力创造之一，AI的“学习”“创作”正是从模仿人类学习、思考的方式开始的。AI的“思维结构”与语言学的结构高度相似。结构主义的先驱、著名语言学家索绪尔将语言分为深层结构与表层结构，分别为语言和言语。索绪尔认为，语言纯粹是社会的，是独立于个人的，而言语则为个人的部分，是心理物理的；语言以存储在某一社会成员大脑中的全部印象的形式存在，为所有人共有，但言语则完全是个人意志左右的产物。^[58]刘文献认为，语言是社会共同体心理上约定俗成的共同遵守的内在结构，是对言语的无数次的经验归纳的结果，而言语是从语言中演绎生成的，是语言的深层结构通过人的中介而形成的表层结构。^[59]可以说，言语是“样本”和“材料”，语言则是在总结、归纳言语基础上的“模式”和“规则”。AI实质上是基于生物学神经网络的基本原理，在理解和抽象了人脑结构和外界刺激的响应机制后，模拟人脑的神经系统以及复杂信息处理机制的一种数学模型。简言之，AI的工作原理就是模拟人的大脑。AI的学习和培训是通过“输入”材料包括版权作品的无数次学习观察，归纳出创作的“内在结构”，然后演绎生成作为“表层结构”的新作品。尽管AI的诞生与人类语言的发明相隔甚久，但“学习观察—创建规则—产出创作”的结构模式没有改变，这种一致性不是偶然和意外，而是人类有意选择、模仿的结果。吴汉东先生将AI的创作方式归纳为两种路径：“代码定义”和“数据训练”，其中“代码定义”就是通过计算机程序赋予机器以人类的思维方式或思维结构（如人类语言的主语、谓语、宾语等成分与结构），然后由机器模拟人类的思维结构生成内容。尽管AI技术迅猛发展，但“代码定义”仍是不可或缺的路径。^[60]因此，运用以研究和发现语言结构规律为起点的结构主义考察AI创作中的作品使用行为的合法性，具有内在的科学性与合理性。

（二）整体观视角下合理使用制度的重构

1. 将“限制与例外”正名为“合理使用”

古语云：名正则言顺。以“限制与例外”这一措辞指称版权法中的合理使用，具有将其贬低和“污名化”的意图和效应，可谓“名不正，理不顺”。如前所述，关于合理使用的术语

[56] 当然，对于AI在“输入”阶段使用作品的行为，一个“有偿合理使用（法定许可）+著作权集体管理”的规范路径或许随着技术的发展具有现实可行性。限于篇幅，本文不对此详细展开阐述。

[57] 前引[2]，Gervais书，第1页。

[58] 参见[瑞士]费尔迪南德·索绪尔：《普通语言学教程》，刘丽译，中国社会科学出版社2009年版，第22页以下。

[59] 参见前引[4]，刘文献文，第82页。

[60] 参见前引[15]，吴汉东文，第653页。

有多种选择,包括合理使用、合理对待、允许的使用^[61]以及限制与例外等。《伯尔尼公约》、TRIPS 协定和我国著作权法均选用“限制与例外”。但是,“合理使用”这一术语才是一个适当的表达方式。首先,从语义学的视角观之,合理使用采用一种“使用者立场”的积极表述,承认合理使用者的主体地位,将合理使用者置于与版权人平等对话的地位。其次,“合理”一词为合理使用者提供了行为规范和正当性基础,指明使用者可以积极地为一行为(如私人使用、为了课堂教学目的的少量复制等),且“合理”一词表明这些使用行为是正当的(合理的)、为法律所允许和认可的。最近,美国著名知识产权学者马克·莱姆利将“机器学习”称为“合理学习”,主张应允许 AI 为学习使用所有材料包括版权保护的材料。^[62]与之相比,“限制与例外”的表述体现了“作者中心主义”立场,将版权人的“私权”视为默认规则、自然状态、“应当”的状态,而将“限制与例外”视为特殊情况下的不受欢迎的状态。此外,在“限制与例外”的表述中,使用者的角色“被消失”,合理使用成为版权保护的“仆人”和附庸,其道德上的正当性也遭到削弱与否定。威廉·帕特里指出,“限制与例外”这一措辞不是描述性的,而完全是一种有意识的、政治性的选择,体现了对合理使用的贬低与“污名化”,其暗示版权人是好的、积极的,而对版权作品的合理使用是不好的、坏的,是社会的“消极力量”,坏人不应该攫取好人的优势,坏人必须受到惩罚;甚至有政治人物在公开声明中将“限制与例外”描述为“消极”议程的一部分。^[63]

综观之,选择使用“限制与例外”这一措辞有四重危害。首先,在语义学上隐含对合理使用的否定性道德评价,将之视为一种不自然的、坏的、不受欢迎的、消极的力量,使之明显处于道德上的劣势。其次,具有侵蚀合理使用正当性基础、将合理使用“污名化”的倾向。事实上,合理使用不仅是保护公共利益、防止排他权过度垄断的重要保障,不应被视为怪异的消极力量,而且是版权制度整体设计的必要部分。再次,从立法规范形式理性的视角观之,良好的法律规则应当具有明确性、可执行性,阐明人们的权利义务与行为准则,指引人们什么当为、什么不当为。而“限制与例外”是从版权人角度出发作出规定的,其隐含的意思是:当使用者未经许可但合理使用作品时,权利人不得制止,蕴含着合理使用的“侵权抗辩说”,^[64]将合理使用仅视为使用者的抗辩理由,并没有为使用者提供明确的行为准则。最后,从实践效果考察,“限制与例外”所代表的“作者中心主义”会导致对合理使用空间的侵蚀和挤压,只有在公共利益的需要提供了压倒性的正当性的情况下,才允许限制与例外。例如,欧盟《单一数字市场版权指令》对商业性机构的合理使用限制得过严。^[65]有理由担心,《单一数字市场版权指令》的 TDM 例外规则脱离大数据和 AI 技术的产业发展现实和规律,轻则使欧洲的 AI 因“营养不良”而发育不全,重则会给欧盟的 AI 产业造成严重的消极影响。

2. 提升合理使用的地位

在人工智能时代,随着 AI 创作的兴起、人类作者角色的淡出和作者的“祛魅”,作者神

[61] P. Bernt Hugenholt & Ruth L. Okediji, *Conceiving an International Instrument for Limitations and Exceptions to Copyright*, 2012, p. 15. DOI:10.2139/ssrn.2017629, last visited on 2020-07-13.

[62] 参见前引 [15], Lemley 等文,第 748 页。

[63] 参见前引 [19], Patry 编书,第 1 页。

[64] 对于合理使用的性质,理论界有自由使用说、使用者权说、侵权抗辩说等不同观点,反映了对合理使用的不同态度。

[65] Eleonora Rosati, *An EU Text and Data Mining Exception For the Few: Would It Make Sense?*, 13 (6) J. Intell. Property Law Prac. 429-430 (2018).

圣化、作者利益至上、作者是作品本质来源的“作者中心主义”受到根本的挑战和动摇。“后作者中心主义”的价值重建，应当重构版权保护与合理使用的关系，将合理使用提升至与版权保护比肩的地位。理由如下：

首先，人类不再是唯一的创作主体，AI 或者人机结合的创作模式即将或正在成为主流，这从根本上动摇了传统上“作者中心主义”的根基。传统理论认为，作者是作品的本质来源，作品是作者精神的凝聚和化身，版权法以保护作者为根本宗旨和使命。在版权与合理使用的相对关系上，版权人的权利处于主导的、支配性的地位，而合理使用处于次要的、从属的地位。在结构上，版权与合理使用呈现一种主从关系。如前述《伯尔尼公约》中“所有重要的经济利益属于作者”“限制与例外”的术语表述等，均是这种思潮的反映。随着作者逐渐走下神坛、AI 创作能力的提升及普及，“作者中心主义”的逻辑大厦将受到动摇、弱化甚至解体。相较而言，在大数据时代，人们在信息获取、人权保护方面的需要和价值应当提升。AI 技术的变革是以大数据为基本原料的，因此 AI 对作品的合理使用应该得到承认。

其次，版权不是“天赋”的“自然权利”，而是国家机器基于功利主义的造物。早在 1740 年，英国哈德威克（Hardwicke）大法官即指出，版权法没有赋予作者垄断权，而是为了补偿作者付出的劳动。^[66] 创作、表达的本能与才华自古有之，如记载于史前社会石器上的动物花纹、凝聚于原始部落的舞蹈和歌谣。在 1710 年世界上第一部版权法——安妮女王法问世以前，成千上万的伟大杰作已经诞生，并且被自由地表演、复制和传播。^[67] 版权制度是 18 世纪初随着工业革命的兴起、模仿复制的便易蔓延，为了保护出版商的经济利益不受大量复制的损害而创设的。合理使用是在版权客体上对版权人控制力和获酬权的一种“必要的”“正当的”限制或剥夺，体现了在社会多元价值目标发生冲突时，为了维护位阶更高的价值目标（如教育使用、研究使用、私人使用、后续创新等公共利益）所作的制度安排。^[68] 此外，版权与有形财产权不同，占有或拿走他人的有形财产构成侵权甚至犯罪，但合理使用版权作品是版权法维持创作者与使用者均衡的重要机制，合理使用与版权保护一样，犹如版权法大厦的两根支柱，缺一不可。

再次，从经济学角度看，随着 AI 创作的兴起和普及，创作能力及创作物的供给将大幅提升，相应地，其稀缺性将大幅降低；版权保护作为智力创造的对价亦应相应减弱，而合理使用的地位和价值则应当提升。

3. 扩展合理使用的范围：将为了 AI 学习、创作而使用作品纳入合理使用

在人工智能时代，随着 AI 对使用大量数据的普遍需要以及人机创作模式下“作者中心主义”的祛魅与式微，合理使用的范围应当扩大。原则上，应当允许为了 AI 学习、创作使用版权作品。但是，如前所述，AI 对作品的使用分为“输入”“隐含”“输出”三个阶段，这三个阶段中 AI 对作品的使用有不同的特点，下面分阶段阐释。

首先，AI “输入”阶段的作品使用应当明确为合理使用。AI 创作中的“输入”在版权法的视野下有下列特征：（1）海量性，AI 学习和训练中需要输入大量数据。在 AI 世界中，计算机程序实际上是通过“学习”大量现有作品来尝试创作新作品，“合理借鉴”是 AI 进步和创

[66] Gyles v. Wilcox (1740) 26 ER 489, 490. 转引自前引 [2], Gervais 书, 第 327 页。

[67] 例如，建于公元 161 年的雅典卫城中至今保存甚好的阿迪库斯露天剧场见证了古希腊伟大喜剧、悲剧的上演。

[68] 参见前引 [24], Ricketson 等书, 第 756 页。

作的必经路径。(2) 随机性, AI 模拟人脑神经网络, 模拟现象世界的复杂性和多样性, “输入”过程中会在样本库随机选取固定数量的样本。如果需要经权利人许可再使用, 这种“海量性”与“随机性”将使数据使用的自愿许可几乎不可能, 交易成本畸高。因此, 如果不纳入合理使用的范围, 会严重阻碍 AI 技术的发展。(3) 非接触性, 即“输入”的信息旨在为 AI 提供学习的材料, 供 AI 学习与研究, 在此过程中, 对作品的复制、整理基本上均在 AI 内部进行, 不与人类公众发生接触, 应不在传统版权的控制范围内。^[69] 米哈依·菲彻尔指出: “从原则上说, 只有公开表演和向公众传播的行为属于版权的涵盖范围。”^[70] 其理据在于: 授予版权的目的在于使创作者可以得到适当的报酬, 而作品的经济价值是通过公开表演和向公众传播的行为实现的, 如出售门票、收取许可费等。不与公众接触的私人使用行为历来属于保留给公众的合理使用空间。若照此实质主义的逻辑, AI 的内部“学习”和“阅读”似不应属于版权控制的范畴, 不需要合理使用的庇护。但是, 鉴于前述《伯尔尼公约》的修订历史、乌默教授给伯尔尼联盟提交的基础报告以及 WTO 争端解决机构关于复制权和“三步检验法”的解释, 合理使用的庇护仍是必要的。(4) 非感知性, AI 选择和阅读的材料(作品)与作品的创作水平高低无关, 也不是为了欣赏作品中的“表达”, 而是通过大量阅读“归纳总结”出“素材”的结构性特征进而创建其自己的“规则”, 与传统的作品使用有实质差异。因此, 在一定程度上, AI 对作品的使用具有“私人使用”“合理借鉴”“转换性使用”的成分, 从而具有传统版权法上的正当性支持。

综上, AI 创作中“输入”阶段的作品使用应当纳入合理使用的范畴。这一论断可能会受到下列观点的挑战: 第一, AI 创作中的“输入”性使用是“海量的”, 超出传统合理使用制度中“少量使用”的范畴; 第二, AI 创作中的海量使用涉及版权人的巨大经济利益, 按照《伯尔尼公约》第 9 条第 2 款的精神, 版权作品的“所有重要的经济利益”都应当归于作者。对此, 笔者认为, 首先, “少量使用”在传统上属于合理使用的范畴, 但并非所有合理使用均必须是“少量使用”。在一些国家, “少量使用”是构成合理使用的独立理由, 无需公共利益的加持来证成, 如在军队、教堂等播放受版权保护的作品, 仅为微不足道的少量使用 (*de minimis*), 属于合理使用。^[71] 在美国著名的“谷歌图书馆”案中,^[72] 法院认为, 尽管使用的“数量和质量”是判断是否构成合理使用的“四个因素”之一, 但并不意味着合理使用必须是少量的使用, 大量的使用也可以构成合理使用, 如果这种使用是“转换性的”“变革性的”。^[73] 以上论证不仅适用于 AI 创作中“输入”阶段对作品的使用, 也适用于“隐含”阶段对作品的使用。

[69] 传统版权法赋予版权的排他权不是绝对的, 而是相对的, 原则上只限于“与公众接触”的使用, 而不包括不与公众接触的私人使用。

[70] 前引〔25〕, 菲彻尔书, 第 375 页。

[71] 参见前引〔24〕, Ricketson 等书, 第 833 页以下。

[72] *Authors Guild v. Google*, 804 F.3d 202 (2d Cir. 2015). 该案的基本情况是: 自 2004 年起, 谷歌公司推出庞大的谷歌图书馆计划, 将大量作品数字化, 创建数字图书馆。作者协会 (Authors Guild) 以侵犯版权为由起诉谷歌公司。法院判决将版权作品数字化以创建谷歌图书馆的行为属于美国版权法第 107 条规定的合理使用。

[73] 参见前引〔15〕, Lemley 等文, 第 7 页 (两位作者认为, AI 的使用应纳入“转换性使用”, 属于合理使用); Sarah Ligon Pattishall, Mcauliffe, Newbury, Hilliard & Geraldson LLP, *AI Can Create Art, but Can It Own Copyright in It, or Infringe?*, <https://www.lexisnexis.com/lexis-practice-advisor/the-journal/b/lpa/posts/ai-can-create-art-but-can-it-own-copyright-in-it-or-infringe>, last visited on 2020-07-20.

美国法院在谷歌图书馆案中的立场体现了对“促进创新”价值的偏重和倾斜，当保护版权妨碍、阻滞创新时，美国法院选择用合理使用制度为创新开绿灯。同时，该案也体现了美式“四因素判断法”的合理使用立法模式的灵活性和优越性，给大数据和 AI 技术的发展提供了良好的环境。相较而言，欧盟《单一数字市场版权指令》仍显得过于狭窄。

其次，AI 在“输出”阶段的使用行为分析。如果 AI 创作中“输出”新作品，是否属于合理使用？可能存在两种情形：第一，AI 作品与原作品构成“实质相似”，按照版权法上“接触 + 实质相似”的侵权判断规则，则从作品“输出”之时起不再属于合理使用的范畴，而应当属于版权人控制的范围。因为 AI 作品会构成对原作品的市场替代，会对原作品版权人的利益造成“不合理”损害。但是，为了促进创新，版权人的控制范围应当限于 AI “输出”作品这个阶段，而不能追溯到“输入”阶段和“隐含”阶段的行为。第二，AI 作品与原作品不构成“实质相似”，而是一个新的作品，则不构成侵权。借鉴美国法院在谷歌图书馆案的思路，此种情形构成“转换性使用”，属于合理使用。依此逻辑推论，在本文第一部分提及的三个利用 AI 进行创作的事例中，《华盛顿邮报》利用 AI 撰写的新闻报道通常是一个新作品，不构成侵权。谷歌 AI “深脑”产生的作品也与之类似。巴拉特的 AI 艺术家通过学习凯恩·韦斯特的歌词而产生的新作品，若与原作品“实质相似”，则不应允许进入商业市场，否则构成侵权；若不存在实质相似，则属于合理使用的范畴。

4. 优化立法模式：采用弹性、开放式的合理使用

我国现行著作权法第 24 条列举了合理使用的情形，包括私人使用、为介绍和评论的使用、新闻报道、为教学与科学研究的使用、政府机关公务使用等。虽然著作权法经过第三次修订之后，于第 24 条增加了关于“三步检验法”的抽象性规定：“在下列情况下使用作品，可以不经著作权人许可，不向其支付报酬，但应当指明作者姓名或者名称、作品名称，并且不得影响该作品的正常使用，也不得不合理地损害著作权人的合法权益”，但该条列举的 12 种情形基本上沿用了旧法第 22 条列举的 12 种情形，新增加的“法律、行政法规规定的其他情形”也通过对法源的要求限制了合理使用适用于其他情形的空间，仍是一种“封闭式”的结构，至多是“半封闭式”的。这样的规定仍然不能适应人工智能新技术发展的需要。理由有二：

首先，著作权法第 24 条具体列举的情形，无一能够涵盖 AI “学习”“阅读”所必须的使用。例如，私人使用、为介绍和评论的使用、新闻报道、政府机关公务使用等，均无法涵盖 AI 技术开发所需要的使用，较为相关的只有第 24 条第 6 项为教学和科学研究的使用。但是，将 AI 开发的过程视为一种“科学研究”也是行不通的，因为第 24 条第 6 项规定的使用主体和使用作品的数量均有严格的限制。在主体方面，该项要求只能“供教学或科研人员使用”；在数量方面，该项要求只能“少量复制已经发表的作品”，而 AI 通常需要全面、整体地使用海量作品。AI 对版权作品的使用无法在“教育研究”例外中得到庇护。

其次，著作权法第 24 条新增加的“三步检验法”至多是半封闭式的，仅限于“在下列情况下使用”，实质上构成对解释 12 种具体情形的限制，而非开放的授权性规定。法院在具体案件中，无法根据该条“解释”出新的限制或例外。相较而言，美国版权法第 107 条采用灵活的立法模式，为美国法院的解释提供了广阔、灵活的空间。如谷歌图书馆案所示，它可以涵盖“全部复制”。这种灵活的规定为人工智能开发所需要的新型使用、变革性使用提供了制度空间。大型数据库、人工智能在美国的蓬勃发展与其良好的制度环境密切相关。

为了促进创新，应允许 AI 研发人员充分利用现有的材料，编辑、创建更多的新数据库，促进 AI 技术的发展，同时减少使用版权材料的交易成本。我国优化合理使用的立法模式可以有两种选择：一是采取美国灵活开放的“合理使用 + 具体列举”模式，规定合理使用的四个考量因素，然后列举常见的合理使用方式；二是沿用大陆法系的“三步检验法 + 具体列举”模式，在修订我国《著作权法实施条例》时明确规定“为了 AI 学习和创作的使用”属于合理使用。笔者认为，为“正名”并为创新提供必要的灵活性、开放性，美国的合理使用立法模式更具借鉴价值。

Abstract: Artificial intelligence (AI) or “machine learning” poses a serious challenge to the boundary of fair use due to its massive use of data, including copyrighted works. In order to mitigate the concerns about massive copyright infringement and promote the development of data mining and AI learning, many countries have made legislative responses to this challenge. Although China has adopted the “three-step test” in its newly-revised Copyright Law, this test provides only some “semi-closed” limitations and exceptions, rather than the necessary legal mechanism for accommodating the massive “learning” and use of copyrighted works by AI. Reflection from the holistic perspective of structuralism shows that, the traditional copyright law, consisting of broad reproduction rights and narrow “limitations and exceptions”, cannot meet the need for massive use of copyrighted works in the AI era. In order to promote AI learning and technological innovation, the current “limitations and exceptions” system should be expanded and reshaped. Firstly, the term “fair use” should be adopted to replace “limitations and exceptions”. Secondly, with the rise of AI creation and the gradual fading of the role of human authors, the relationship between copyright protection and fair use should be reconstructed, and the status of the fair use system should be improved. Thirdly, the massive use of copyrighted works for AI learning and creation should be covered in the scope of fair use. Only the “output” work generated by AI will fall under the control of copyright holders when it is substantially similar to the original work. Finally, it is advisable for China to adopt an elastic and flexible fair use legislative model in its copyright law.

Key Words: artificial intelligence, reproduction right, data mining, fair use, structuralism
