

NFT数字作品发行权用尽原则的适用*

李晓宇^{1, 2}

(1. 中国政法大学民商经济法学院, 北京 100088;
2. 北京大学粤港澳大湾区知识产权发展研究院, 广东 广州 510670)

[摘要]肇始于传统线下有体物的发行权用尽原则, 适用于NFT数字作品二手交易市场时遭受“无体物”“互联网环境”和“数字作品转售法律定性”的三重困境。学界对发行权用尽原则适用于数字作品存在肯定说、否定说和折中说等不同分歧。无论是从立法制度抑或司法实践, 都无法得出NFT数字作品转售不适用发行权用尽原则的结论。从法律定性上看, NFT数字作品转售既不是转让债权, 也并非法定许可, 而应扩张性解释为发行行为。与前区块链时代的数字作品不同, NFT数字作品具备唯一性、去中心化、交易顺畅性等内在特征。从法律价值、立法制度、司法实践和公共政策目标等维度考量, NFT数字作品转售适用发行权用尽原则具备可行性和正当的法理基础。NFT数字作品转售适用发行权用尽原则, 有助于保护购买者对NFT数字作品的使用、收益和处分的财产权益, 激励知识信息传播、促进NFT数字作品二级市场的自由流通, 推动新型数字产业的发展。NFT数字作品转售适用发行权用尽原则应遵循一定法律理念和权利限制。一方面, NFT数字作品转售适用发行权用尽原则, 应秉持私法的法无禁止即自由原则, 必要时在智能合约中引入追续权条款, 调和著作权人、铸造者、平台和转售者之间的经济利益冲突。另一方面, NFT数字作品转售适用发行权用尽原则, 应避免造成对著作权人复制权、演绎权和向公众传播权等权利的侵害。

[关键词] NFT数字作品 发行权用尽 追续权 复制权 信息网络传播权

[中图分类号] D923.41 **[文献标识码]** A **[文章编号]** 2096-983X(2023)05-0103-12

一、问题缘起：NFT数字作品适用发行权用尽原则的困境所在

自区块链、数字孪生、脑机接口等科学技术问世以来, NFT(Non-Fungible Token, 译为“非同质代币”或“非同质通证”)数字作品相关新兴产业日益崛起。NFT数字作品在数字藏

品、网络游戏、加密虚拟货币与虚拟旅游等领域日臻流行。去中心化、不可篡改、可验证的区块链技术, 给NFT数字作品的创作、发行、传播、交易提供了新范式。^{[1](P80)}NFT数字作品的利用方式实现了虚拟现实传播与线上数字传播, 不再拘泥于线下实体发行。NFT数字作品由智能合约生成代码, 对应加密学规则, 最终通过浏

收稿日期: 2022-11-13; 修回日期: 2023-03-28

*基金项目: 国家社会科学基金重大项目“创新驱动发展战略下知识产权公共领域问题研究”(17ZDA139); 广东省哲学社会科学规划青年项目“智能机器生成数据权益的配置进路”(GD21YFX01)

作者简介: 李晓宇, 法学博士, 中国政法大学民商经济法学院博士后研究人员, 北京大学粤港澳大湾区知识产权发展研究院研究员, 主要从事数据法学、知识产权法研究。

览器等介质以视频、图像、音频等外在可感知的形式读取呈现。NFT数字作品作为区块链通证的一种,是以数字形式发行的权益凭证。^{[21](P50)}简言之,可将NFT数字作品视为一种去中心化的“虚拟资产或实物资产的数字所有权证书”。

然而,NFT数字作品的著作权人向社会公众出售或赠与所有权后,著作权人是否仍有权控制该数字作品的再次流转?对此,实务界与学界存在巨大分歧,继而引发NFT数字作品是否适用发行权用尽原则的难题。比如,2022年4月杭州互联网法院审理“胖虎打疫苗”案中,对于NFT数字作品是否适用发行权用尽原则产生巨大争论。^①既有关于数字作品适用发行权用尽原则学理观点,存在“肯定说”“否定说”与“折中说”三种不同观点。肯定说认为,根据抑制权利滥用原理与促进数字产业发展需求,应当将发行权用尽原则扩张至数字互联网环境。^[3-6]否定说主张,追溯制度设立初衷,发行权用尽原则适用于传统线下有形复制件的所有权转移,并不适用于数字互联网环境。^[7-10]折中说强调,发行权原则在数字环境中的有限适用,即不同种类、不同创作方式的数字作品,在一定转售数次与期限范围内适用发行权用尽原则。^[11-12]不同学说背后,不仅体现出数字作品创作、传播、表达方式变化引发发行权用尽原则适用的诸多困境,也折射出数字作品创作者、传播者与社会公众间的现实利益博弈。

发行权用尽原则起源于“前互联网时代”,起初旨在调和有体物载体所有权与著作权之间的冲突。囿于NFT数字作品的无形性,NFT数字作品在适用发行权用尽原则时面临客体无体物、网络环境和法律定性等困境。

(一) 发行权用尽原则适用于无体物的困境

1. 原则溯源

滥觞于“前互联网时代”的发行权用尽原则,起初规制的是线下有形作品的销售流转,并被一些国际公约及国家法律所确认。根据1996

年《世界知识产权组织版权公约》第6条的议定声明(注解)与《欧盟信息社会版权指令》第28条之规定,发行权适用于“有形载体”。1976年《美国版权法》第102条^②以及我国《著作权法实施条例》第2条之规定,作品是被固定于有形载体之上。为何上述法律规定作品须固定于一定载体之上?缘由在于,著作权法诞生于前互联网时代,创作者的智力成果只有依托一定有形物载体才可以被他人接触并感知,进而实现知识信息传播。比如,读者所阅读的书籍必须依托纸张呈现,观看影视应凭借胶带与屏幕展现。由早期的立法制度可知,传统线下发行权的适用蕴含了三个要件,一是提供作品的原件或复制件;二是作品呈现于有形载体之上;三是作品的原件或复制件实现所有权转移。

如果机械套用发行权用尽原则的传统规则,即发行权仅适用于有形载体作品的提供,势必使得该原则无法适用于无体物NFT数字作品的流转。然而,不管是从立法制度抑或司法实践角度,都无法简单得出发行权用尽原则不得适用无体物作品转售的结论。

2. 制度修正

纵观立法制度演进史可知,著作权法制度内容是随着技术发展不断变更,包括发行权在内的著作权法规则的适用范围也相继扩张。比如,随着数字化技术的发展,对于作品是否固定于有形载体上,2020年修订的《著作权法》第3条将“有形形式复制”改为“能以一定形式表现”。这一修订使得作品外在表达的门槛大大降低,使得无体物的数字作品纳入著作权法保护范畴。具有独创性的电子书、电子游戏、网络视频以及虚拟空间中的NFT数字藏品,也可纳入著作权作品范畴。^{[13](P34)}最新条款的规定,突破了传统作品依赖于有体物载体的限制,丰富了著作权调整的作品类型范围。

新修订的《著作权法》第10条规定了发行权的行为方式与行为效果。一方面,发行权的行为

①杭州互联网法院(2022)浙0192民初1008号民事判决书。

②Paragraph 1 of article 102, Copyright Law of the United States.

方式体现为“出售或赠与方式”。另一方面,发行权的行为效果体现为所有权的转移。从合同法和物权法的法律效果上看,以出售和赠与方式提供作品意味着作品原件或复制权所有权发生转移。在发行权条款中,法律条文并未限制作品必须受制于有体物载体,也没有规定出售或赠与必须在线下进行。互联网信息时代,许多人开始通过当当网、京东商城等网上书店购买电子书等数字作品。无论是从法律条文的文义解释,还是从实践中数字产品的转售,都无法得出发行权用尽原则不能适用无体物NFT数字作品。

3. 司法耙梳

从司法实践看,国内外也有不少判例承认发行权用尽原则适用于无体物数字作品。一方面,在国外,在2012年经典的Usedsoft案中,被告德国软件公司未经原告软件企业甲骨文公司授权许可,将自身合法购买的无体物计算机软件转售给消费者。如果严格按照《欧盟信息社会版权指令》第28条规定,计算机软件属于无体物,其转售无法适用该原则。但欧盟法院根据《计算机程序版权指令》^①最终判定被告胜诉,表明了其支持发行权用尽原则适用于计算机软件这一无体物转售的立场。^②另一方面,我国也有判例支持发行权用尽原则适用于无体物数字作品。比如2005年激光公司计算机软件著作权案^③与2016年代读公司诉阿帕比公司、国家图书馆著作权案^④中,法院最终判决都赞成发行权用尽原则适用于无体物数字作品转售。以前者为例,法院认为涉案计算机软件复制品经合法发行后,购买软件复制品的所有权人有权再次转让销售。囿于发行权用尽原则,原著作权人无权对计算机软件复制品的再转让予以禁止。综上,在立法与司法维度,发行权用尽原则都具备扩张适用到NFT数字作品的可行性。

(二) 发行权用尽原则适用于互联网的困境

与传统线下作品转售不同,NFT数字作品转售有赖于线上互联网环境。发行权用尽原则可否适用于NFT数字作品转售,需对发行权的互联网适用、发行权用尽原则适用互联网的限制以及对著作权利益影响三个问题展开分析。

1. 发行权适用于互联网的制度阐释

要解答发行权用尽原则是否适用于互联网环境,需先理清发行权在互联网中适用。前网络时代,发行权作为提供作品的方式仅限于有形物质载体的销售、赠与、拍卖或出租。有鉴于此,欧洲主张传统“发行权”仅适用于有形物质载体的线下市场流转。与欧盟反对将发行权用尽原则适用于互联网的观点不同,美国支持并率先将发行权扩张适用到互联网领域。1995年美国发布的《知识产权与国家信息基础设施》报告提出,互联网上的数字作品传输与传统线向下向社会公众提供作品行为并无实质性差别。该报告认为,应当将网络传输行为认定为“发行”行为的类型之一。^{[14](P213-217)}在2001年New York Times Co v. Tasini案中,美国联邦最高法院认为未经版权人同意擅自将他人作品上传到Lexis数据库,使得社会公众能够下载文档或在线阅读的行为构成版权法上的“发行行为”。该行为侵犯了版权人的发行权。^⑤

我国《著作权法》第10条规定,发行权是“以出售或者赠与方式向公众提供作品的原件或复制件的权利”。从文义解释上看,向公众提供作品的行为包含线下提供作品和线上提供作品的两类行为。法的安定性并非意味着法律对社会变迁与技术发展仍保持一成不变,而应秉持适度的开放性,进而回应现实生活交易秩序的动态变化。本文认为,互联网线上转售NFT数字作品行为与传统线下转售作品行为都属于

①Directive 2009/24/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on the Legal Protection of Computer Programs.

②Case C-128/11, UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp., ECJ:3 Jul 2012: 407.

③浙江省温州市中级人民法院(2005)温民三初字第24号判决书。

④北京市海淀区人民法院(2015)海民(知)初字第26904号判决书。

⑤New York Times Co v. Tasini 533 U.S. 483 at 504 (2001).

向公众提供作品行为,我国NFT数字作品的发行权可以适用于互联网领域。

2. 发行权用尽原则适用于互联网的边界限制

不过,发行权适用于互联网,并不意味着发行权用尽原则也必然适用于互联网,继而主张不侵犯著作权。缘由在于,发行权用尽原则仅限制发行权,而不能限制复制权与向公众传播权。换言之,复制权与向公众传播权并非著作权人行使一次便会穷竭用尽。如果互联网中NFT数字作品转售伴随着复制或向公众传播等行为,则转售人不能主张著作权侵权豁免。传统线下有体物载体作品的转售人只能转售一次,且转售人不再保留作品的原件与复制件。在此过程,有体物作品转售不存在对作品的复制行为。得益于转售次数、转让人对作品的物权支配性和转售过程不涉及复制行为,使得线下有形载体作品的转售对著作权人利益影响较小。再加上,著作权人从线下有体物载体作品的首次售卖中获取对价利益,社会公众对知识信息享有接触权,发行权用尽原则便得以在线下有体物作品转售中适用。

然而,在前区块链时代的互联网中,数字作品的转售与提供的行为,往往伴随着复制行为,而复制权并不适用权利一次用尽原则。数字化技术的诞生给予作品载体形式颠覆性的变革。传统以纸张、光盘、布料、磁带、胶片等有形载体呈现的作品日渐被无形的数字化作品所取代。因此,网络环境中对他人提供数字作品,并未涉及有形物质载体的转移。此外,传统线下作品发行过程中,并不产生新的复制件。但是,互联网线上下载作品的过程却需要通过数字化复制才能完成数字作品提供行为。由此,与传统线下相比,互联网数字作品的提供既涉及到发行行为,也存在复制行为。由于复制权不存在权利一次用尽的限制,数字作品的转售人不能主张权利用尽而不侵犯复制权。比如在美国纽约南州法院审理的Capitol Records唱片公司诉Redigi网络音乐二手交易平台一案中,判决认为

转售方将数字音乐文件上传到Redigi服务器的行为,抑或是二手购买方将Redigi服务器上的数字音乐文件下载到电脑的行为,都是通过“复制”行为完成。未经授权的复制行为不符合合理使用,构成著作权侵权。^①

3. 发行权用尽原则适用于互联网的利益影响

发行权适用于互联网领域的另一个难题体现在对著作权人利益的影响。数字作品复制与有形载体复制存在本质上的差异性。数字作品具备非损耗性、易复制性、低成本性与互联网平台受众广泛性四大特征。囿于数字作品使用的非磨损非折旧、流转便捷、复制成本低廉、互联网平台受众广泛等特性,使得消费者偏向于购买低廉的数字作品,进而侵害著作权人利益。

本文认为,著作权人的利益保护是NFT数字作品适用发行权用尽原则的关注重点。一方面,除事先征得著作权人授权同意外,NFT数字作品转售不能出现对作品内容的复制行为,否则侵犯权利人的复制权。另一方面,着眼于著作权法关于实现公共政策目标的立法宗旨,互联网领域数字作品的转售,不仅可激励知识信息传播,推动科学文化发展,其“注意力经济”“流量经济”与“眼球经济”还使得二手市场的数字作品更容易受到社会公众关注,进而提升著作权人的曝光度与知名度,在多方面提升和弥补著作权人利益。^{[15](P23)}

(三) NFT数字作品转售行为的法律定性

学与实务都对NFT数字作品转售行为的法律定性存在分歧。运用类型化视角,可回应NFT数字作品转售行为法律定性的难题。

1. 定性分歧

在学术界,对于数字作品转售行为的法律定性存在“发行行为说”“网络信息传播行为说”“债权转让说”和“法定许可说”四种不同观点。

其一,“发行行为说”观点认为,数字作品置于服务器中的有偿下载行为和转移到个人硬盘存储设备行为,与线下生活中实体作品的发

^①Capitol Record, LLC v. Redigi, Inc., No6-2321(2d Cir. 2018).

行行为无本质差别。^{[12](P24)}该观点主张,发行旨在强调作品原件或复制件“所有权”转移,数字作品转售符合发行特征。^{[16](P150)}其二,“网络信息传播行为说”则坚持严格遵循《世界知识产权版权公约》第6条的规定,将发行权限定为依附于有体物的线下作品所有权转售。^{[17](P193-194)}“网络信息传播行为说”着眼于公约的法律规定,具有一定的可取之处。不过,公约只是最低限度的制度安排。对于权利的内容和立法模式,公约允许成员国根据本国实践情况作出差异性规定。其三,“债权转让说”认为NFT数字作品的交易不会导致有体物所有权的转移,为保障交易自由可将“转售”定性为债权转让。^{[18](P27)}“债权转让说”主张NFT数字作品的首次交易形成了购买者对铸造者的债权。后续购买者通过智能合约购买NFT数字作品,其将替代首次购买者对铸造者享有债权。然而,该观点将交易服务平台排除在转售的法律关系之外。NFT数字作品的交易是涉及交易服务平台、铸造者、转售者以及后续购买者等多类主体的法律关系,而并非只是“转让对铸造者的债权”。此外,债权是一种相对权,有可能导致一物多卖的风险。现实中,NFT数字作品的购买者并非只是想要获得债权,而是对NFT数字作品占用与使用的财产权益。其四,“法定许可说”主张以“再造新规”方式为构建数字版权产品二级市场提供新出路。^{[19](P66)}不过,著作权法上的法定许可制度是为了克服市场失灵,为了弱化著作财产权的排他性,要求在支付法定费用的前提下可自由使用作品。^{[20](P38)}目前尚缺乏科学证据证明NFT数字作品交易存在市场失灵。支付相应费用以获得法定许可,支付者最终目的是为了使用作品而不是销售作品。因此,“数字转售法定许可说”也难以自圆其说。

在实务界,不同法院对于前区块链时代数字作品转售的法律定性也存在不同认识。以Tom Kabinet二手电子书交易案为例,二手电子书交易商Tom Kabinet通过技术实现电子书复

制件转售后,原转售者上传的电子书复制件将同时被删除。2017年7月荷兰海牙地区法院认为Tom Kabinet转售电子书的行为不构成向公众传播,适用发行权用尽原则,并提请欧盟法院作出预先裁决。2019年12月欧盟法院二审认为, Tom Kabinet在网络上提供电子书的行为符合“传播”行为,且该案中访问电子书的人数符合“公众”判断,侵犯“向公众传播权”。^①

2. 分类回应

本文认为,数字作品转售的法律定性应作两种不同类型区分。一类是前区块链时代数字作品转售者转售数字作品后,没有删除数字作品文件,仍保留对数字作品的财产的占有与使用。第二类是,NFT数字作品的转售后,通过技术变更区块链上NFT数字作品的权属证明,原来的转让者不能再继续占有与使用。

第一类前区块链时代的数字作品转售是许可行为而非发行行为。有学者认为该类转售者具备转让所有权的意思,应将转售行为界定为发行行为,适用发行权用尽原则。本文难以赞同。鉴于数字作品无形性、非竞争性与非排他性的公共产品属性,第一类数字作品转售后,转售者仍占有数字作品并保留所有权。比如网络上的电子书商,向一读者销售电子书后,仍可继续向其他读者销售该电子书。若转售者和不同受让人各自享有对数字作品的所有权,则违背了物权法“一物一权”的基本原则。^{[21](P2)}更何况,如果转售人低价向众多消费者出售数字作品,著作权人将因无法控制复制件数量而遭受实质的经济损失。第一类数字作品转售行为背离了发行权用尽原则旨在调和转售者“所有权”与著作权人“发行权”的法理。该行为实质上是许可网络用户获得数字作品的使用权而非所有权。

第二类NFT数字作品的转售应扩张解释为发行行为。互联网环境下转售数字作品并采用区块链权属变更技术,确保了NFT数字作品的唯一性与竞争性。NFT数字作品转售与传统线下有体物载体作品转售并无实质差别。从立法

① Judgment of the Court (Grand Chamber) of 19 December 2019, EU Court of Justice Case C, 263/18.

与公共政策维度,应将NFT数字作品转售定性为发行行为。发行权的适用并非仅限于有形载体作品。《著作权法》第3条将作品界定为“能以一定形式表现”的智力成果,将有体物作品与无形物作品都纳入著作权法保护范畴。该法律条文的修订实质上体现了立法者对技术发展引发著作权内容变革的回应。据此具有独创性的网络游戏、3D模型、数字音乐、电子书以及NFT数字藏品,构成著作权上的作品。发行权的立法规定是“向公众提供作品的原件及复制件”。从法律文义解释上,并不能将NFT数字作品排除在发行权适用之外。如若严格依照《世界知识产权版权公约》的法律解释方法,将作品限定为有形物载体形式,与我国立法制度与司法实践相冲突。

二、NFT数字作品适用发行权用尽原则的可行法理

NFT数字作品与前区块链时代的数字作品存在差异性。去中心化的NFT数字作品具备所有权确权、交易透明、产权唯一等内在属性。NFT数字作品适用发行权用尽原则不仅可行,还具备正当的法理基础。

(一) 适用发行权用尽原则的可行性

与QQ账号、游戏打赏币等传统虚拟财产不同,以分布式记账技术作为支持的NFT数字作品,具备去中心化、不可篡改、加盖时间戳、保密性和安全验证等特征。^{[22](P84)}上述特征,使得NFT数字作品与前区块链时代数字作品在“唯一性”“去中心化”以及“交易顺畅”等方面存在差异性,使得NFT数字作品适用发行权用尽原则具备可行性。

1. 唯一性

“唯一性”体现为,每个NFT数字作品都是独一无二,每个数字作品具有唯一的Token ID,每个NFT数字作品各不相同。该唯一性的NFT数字作品因具备“身份价值”“社交价值”“文化价值”以及“效应价值”的内在属性,从而在

“Z时代”群体中迅速走红。^{[23](P123-124)}NFT数字作品以“唯一性”的元数据所指代,产生了技术上“准有形”和法律上拟制的“稀缺性”。^{[24](P73)}与此不同的是,前区块链时代数字作品的原件与复制件通常以相同形式呈现,比如文档的原件与复制件都以.doc形式呈现,电子图片的原件与复制件皆以.jpg形式呈现。前区块链时代,网络用户难以通过表达形式判断数字作品究竟是原件抑或是复制件。加上前区块链时代数字作品的易复制性和无形性,使得它无法具有有形载体的物权稀缺性。

2. 去中心化

“去中心化”体现为每个NFT数字作品必须拥有一个所有者。NFT数字作品流通与交易会记录在区块链技术上供人查看、验证、识别、跟踪和溯源,并转移通证权利给新的所有者。^{[25](P236)}NFT数字作品凭借区块链上的记载信息证明所有权的归属。区块链技术使得NFT数字作品具备排他性和可支配性。NFT数字作品可被用于验证数字文档的真实性。与此不同的是,区块链技术诞生前,传统数字作品具备的是“中心化”特征,其所有权记录储存在机构控制的服务器上,普通网络用户难以知晓。传统数字作品的转售并不导致购买者丧失对数字作品的占有。网络用户可通过对电子书的署名判断其著作权人,却难以判断电子书的所有权人。权利人一般只能凭借用户名与登入密码证明自己传统数字作品的“占有”。区块链的去中心化技术,解决了NFT数字作品的所有权证明问题。在此基础上,NFT数字作品转售的法律定性是所有权转让,而不是著作权许可。

3. 交易顺畅

“交易顺畅”体现为,NFT数字作品的所有者可以在全球任何地方出售他们的作品。区块链系统中不存在一个绝对管控的中心。但是,前区块链时代,传统数字作品所有者需依赖他们使用的平台基础设置和分布,通常受使用条款约束和地域限制。此外,在NFT数字作品的交易以智能合约方式实现,一个合约只能交

易一个NFT数字作品。NFT数字作品的不可篡改性,使得区块链上的NFT数字作品的安全系数非常高。智能合约实现NFT数字作品交易的确定性与信赖度。每一次智能合约所有权交易后,NFT数字作品在区块链上的权益归属记录会立即变更。^{[26](P149)}区块链上权益登记变更起到公示公信的作用,善意第三人能根据权属登记判断真正的所有权人。

综上所述,区块链技术确保了“数字世界(如元宇宙)中的居民”享有NFT数字作品的权利,有效解决链上资产的确权问题。区块链技术防止NFT数字资产过度集中于大型互联网平台公司,规避“弱肉强食”的丛林法则,赋予小型企业的创新空间。^{[27](P19-20)}前区块链时代,数字作品难以适用发行权用尽的重大缘由之一体现在,具备“中心化”与“易复制性”的数字作品难以控制非法、低成本、无限量的复制发生。此时,网络用户实质上拥有的是电子书、数字音乐等数字作品的使用权,无法像线下实体作品那样拥有作品载体的所有权。与此不同,区块链技术让NFT为视频、图片、音乐等数字内容提供一个类似“容器”的新发行方式。NFT数字作品可通过“容器”拟制为实体资产进而被使用、发行、交易和转让。区块链技术使得NFT数字作品具备唯一性且交易过程透明,收藏者通过交易获得NFT数字作品所有权。因此,NFT数字作品适用发行权用尽原则具有可行性。

(二) 适用发行权用尽原则的法理基础

传统上,发行权用尽原则适用于线下有体物作品的转卖与赠与。该原则的适用,旨在促进图书、文字、美术等作品流转,服务知识信息的传播,限制著作权人专有权利的滥用,调和作品买受人与著作权人之间的权利冲突。然而,受益于作品创作技术与传播技术发展,作品的表达形式由有形复制的载体扩张至无形物,作品的传播方式也由线下出版发行延伸至线上传播、虚拟现实传播。人们的消费方式发生变革性转变,网络用户既可以通过移动支付手段购买电子书、数字音乐等数字作品,也可以购买艺

术作品等NFT数字作品。

发行权用尽作为一项原则被不同国家所接纳,与其背后的功能逻辑与法律价值密切相关。NFT数字作品适用发行权用尽原则包括如下功能与价值:

1. 消费者利益最大化

从个人层面上看,发行权用尽原则有助于NFT数字作品消费者利益最大化,保护消费者的控制权并降低消费成本。从外观上看,NFT数字作品的转售交易具有转移数字作品控制权的效果。一旦数字作品被转售,出售者就丧失了对NFT数字作品的控制权,只能由购买的消费者享有“转售”的权利。NFT数字作品的合法消费者,其后续转让行为属于个人自由支配的范畴,无需告知或征得原作者权人的同意。在满足特定情形下,将NFT数字作品转售认定为发行行为,承认消费者对NFT数字作品的使用权,能避免著作权人的过度控制。此外,在未经著作权人授权同意前提下,消费者能以较为低廉价格从二级市场购买正版的NFT数字作品。NFT数字作品的转售既降低了发行渠道成本与复制成本,也有利于控制盗版。^{[28](P42)}

2. 促进知识文化传播

从公共利益上看,发行权用尽原则有益于知识传播与文化繁荣。该原则可防止NFT数字作品的著作权人滥用发行权,进而促进作品自由流通,丰富社会公众的文化产品选择。NFT数字作品往往承载着文化艺术科技等领域的知识信息。比如,湖北省博物馆将镇馆之宝“越王勾践剑”铸造成NFT数字作品,限量1万份对外发售。该作品引来60万人在线抢购,并在短短3秒内售罄。将现实中的实体文化藏品铸造成NFT数字作品,能促进文化信息在虚拟空间的多元传播。NFT数字作品适用发行权用尽原则的宗旨,除了调和所有权与著作权间的冲突,也包括促进知识信息的传播,提升社会公众享受数字化技术所带来的科技红利。

3. 助推新兴产业发展

从新兴产业发展层面上看,发行权用尽原

则有利于激活NFT数字作品市场活力,提升NFT数字作品利用率与产业交易效率。依托区块链技术,NFT数字作品在音乐产业、ENS域名产业、体育赛事产业、去中心化社交平台产业以及虚拟游戏产业得到广泛运用。比如,以太坊推出了Axie Infinity与Decentraland等区块链游戏获得巨额的市场收益。NFT数字作品转售自由,可促进二级交易市场发展,消弭因著作权人垄断权利而造成的竞争阻碍,提升NFT数字作品利用率与社会福祉。作为数字资产的基础性资源,NFT数字作品相关的新兴产业日渐崛起。得益于区块链技术,NFT数字发行权用尽原则的适用可解决数字资产的归属问题、交易问题和流通问题。在元宇宙虚拟的多维空间中,NFT数字作品赋能产业,实现数字产业的升级转型。

4. 不同主体利益平衡

从利益平衡层面上看,发行权用尽原则旨在调和著作权人与NFT数字作品买受人、发行传播者、社会公众之间的利益冲突。著作权人可凭借NFT数字作品的市场首次交易定价,获得合理的经济报酬,不得因NFT数字作品的多次流转而反复获得经济回报。适当限制NFT数字作品著作权人的专有权,调整著作权人与购买者、社会公众之间的关系,兼顾各方的利益,使之处于平衡状态。这既是发行权用尽原则制度设置的目的,也是司法发挥能动性的体现。如果NFT数字作品的后续流转无法为合法购买者所控制,那么势必影响NFT数字作品的销售进而影响著作权人的利益,也会影响社会公众对NFT数字作品文化信息的获取。

三、NFT数字作品适用发行权用尽原则的规范思路

NFT数字作品适用发行权用尽原则彰显了私法中意思自治理念,体现法无禁止即自由的法律意蕴。发行权用尽原则在NFT数字作品的适用,折射出著作权人与所有权人间利益冲突的调和。然而,发行权用尽原则不能作为NFT数

字作品所有权人所有行为侵权豁免的理由。发行权用尽原则的行使应受到一定的限制。

(一) 适用发行权用尽原则的法律意蕴

NFT数字作品的转售属于私法规制范畴。法无禁止即自由和利益平衡维护的确立,彰显了NFT数字作品转售适用发行权用尽原则的法律意蕴。智能合约中引入追续权条款,能够调和著作权人、铸造者、平台与转售者之间的经济利益冲突。

1. 法无禁止即自由

NFT数字作品作为虚拟数据财产,其首次销售与后续再次交易应受私法规制。私法旨在维护民事主体间的正当交易秩序,奉行“法无禁止即自由”的价值观。^{[29](P127)}在未违反法律强制性规定的前提下,公权机关不应过度干预NFT数字作品的发行与交易。比如,NFT数字作品的发行和拍卖,不得违反《区块链信息服务管理规定》中对于区块链信息安全风险防范的规定,也应避免投资者通过NFT数字作品进行非法集资。再如,NFT数字作品如果属于涉黄涉毒等违禁品,其发行与交易应被禁止。据此,除非涉及交易安全或公共利益,具备合法来源的NFT数字作品的所有权交易和再次销售受私法的认可维护。NFT数字作品交易中所有权转移、著作权许可、转售费用及实现方式等,由交易双方自由协商。买受人支付对价并取得NFT数字作品所有权后,享有自主支配与控制的权利。在不侵犯著作权人合法权益与公共利益的情形下,买受人可将NFT数字作品再转售给其他人。由此,NFT数字作品交易中法无禁止即自由的理念,不仅贯彻当事人意思自治原则,也符合以人为本的虚拟世界(比如元宇宙)的规则秩序。

2. 利益平衡的维护

发行权用尽原则作为对著作权人发行权的限制,实际上是对买受人所有权自由处分的让步,对社会公共生活交易秩序的尊重,契合利益平衡原则的内在秉性。利益平衡原则作为著作权制度的核心价值理念,旨在调和作品著作权人、所有权人、传播者、社会公众等相关利益主

体间的冲突。^{[30](P55)} 著作权人并非享有NFT数字作品绝对和全面的支配权。立法者凭借设立合理使用、强制许可和权利限制规则,缓和著作权人利益保护需求与社会公众接触先进文化知识需求之间的紧张关系。在利益平衡理念的指引之下,著作权人在首次NFT数字作品销售中获取足够的经济回报后,不能再随意限制NFT数字作品的后续转售流通。否则,会使NFT数字作品丧失财产自由流通的自然属性,降低购买者的购买欲望,打击新型数字产业发展。

3. 引入追续权条款

为抵消发行权用尽原则对创作者的利益影响,创作者可在首次销售的智能合约中规定“追续权”条款。通常而言,在销售NFT数字作品时,创作者可选择两种收益分配模式。第一种是创作者择一次性获得全部收益,产生类似“卖断”的效果。第二种是创作者通过智能合约条款设置,在NFT数字作品每次出售流转的过程中自动获取一定比例的经济回报。对于第二种模式而言,每次NFT数字作品在区块链上被转让时,创作者有权从转售收益中获取一定比例的提成。当前惯常的做法体现为,创作者对二级市场再次销售的NFT数字作品,有权获得转售价格的2.5%左右的追续报酬。^{[31](P22)} 凭借引入追续权条款,NFT数字作品的创作者可通过市场每次流转获得相应的经济报酬。追续权条款的引入实现了NFT数字作品的创作者、首次购买者与后续购买者之间的利益再分配。

追续权条款的引入是否过度保护NFT数字作品创作者的利益,进而扭曲NFT数字作品的二级市场? 本文并不认同。理由是,一方面,我国对作品的保护有期限,NFT数字作品的创作者享有的追续权在其终生加死后50年。另一方面,多数规定追续权制度的国家,规定了创作者每次从作品流转获得收益的最高限额。^{[32](P129)} 在智能合约中引入追续权条款,本身也是NFT数字作品买卖双方自我协商妥协的结果。

(二) 适用发行权用尽原则的权利限制

发行权用尽原则旨在限制发行权,但并不

限制著作权人的复制权、向公众传播权和演绎权。复制权、向公众传播权以及演绎权不因著作权人的一次性使用而穷竭。购买者转售NFT数字作品并主张发行权用尽原则时,不得侵害著作权人享有的其他合法权利。

1. 不损害复制权

NFT数字作品的转售,不得侵犯著作权人的复制权。从表面上看,NFT数字作品的铸造及转让,似乎是直接从网上下载对应的NFT数字作品,应受复制规制。然而,从技术原理上看,NFT的铸造与转让并不涉及作品内容的复制。NFT的铸造是将作品的作者、内容描述等信息,以相应的规范标准(如应用最广泛的ERC-721)写入区块链,生成唯一且不可替代的元数据。元数据通过哈希算法得到一个哈希值,并由哈希值与作品形成唯一对应关系的数字ID。再通过智能合约将数字ID映射储存到区块链上,生成作品的Token ID。使用Token ID可在智能合约中读取对应的作品信息,进而凭借浏览器等介质最终读取可感知的数字作品。^{[33](P108)}

由上可知,NFT本质上是凭借区块链技术对非同质化数字资产形成映射的数字凭证。NFT数字作品的发行与转售并不必然导致原作品版权的转移,而是产生购买NFT的数字资产凭证(即密钥代码)的法律效果。^{[34](P1371)} 因此,NFT数字作品的交易并非原作品的复制件,而是NFT对应的数字资产凭证。NFT数字作品的再交易不涉及作品新复制件的产生,不侵犯著作人的复制权。

2. 不损害信息网络传播权

NFT数字作品的转售,不得损害著作权人的信息网络传播权。我国著作权法中网络信息传播权的交互式传播行为需满足两个要件:一是该行为是通过开放的网络向社会公众提供作品,二是该行为能够使社会公众在选定的时间和地点获得作品。反之,如果作品上传的是并非向社会公众公开的网络服务器,则不构成交互式网络传播行为。^{[35](P2)} 那么,NFT数字作品铸造上链后的发行,是否必然会侵犯信息网络

传播权?

对此,根据NFT数字作品的具体内容是否在网上可公开获取,可分两种情况进行分析。第一种情况是,在向社会公众开放的网络交易平台发行出售NFT数字作品。通过开放的交易平台,网络用户可在自己选定时间和地点获取所有公开待售的NFT数字作品。该网络传播行为属于典型的交互式传播。NFT数字作品的出售者应事先获得著作权人的授权许可,否则侵犯著作权人的信息网络传播权。

第二种情况是,通过“加密”形式在交易平台上销售NFT数字作品。利用区块链技术对区块链的NFT数字作品采取特定、去标识化等措施,能够实现NFT数字作品“实质不公开”。^{[36](P87)}具言之,“加密”技术的方式包括公钥与私钥共存认证方式并加盖时间戳等,^{[37](P69)}这些“加密”技术方式改变了NFT数字作品既有数据信息的状态。如此一来,未掌握密钥的用户不能真正知悉信息的具体内容。第二种情况是目前较为流行的以盲盒形式发行NFT数字作品。囿于网络用户未付款前并不知道NFT数字作品的具体内容,因此盲盒形式发行NFT数字作品具有一定的“射幸合同”性质。NFT数字作品发行者应注意盲盒定价与NFT自身价值大致相匹配,不可过度偏离,从而避免涉赌风险。盲盒形式发行NFT数字作品,使得没有获得密钥的社会公众难以获取NFT的具体内容。因此,第二种情况不属于信息网络传播权规制范畴,不会侵犯信息网络传播权。

3. 不损害演绎权

NFT数字作品的转售,不得侵犯著作权人的演绎权。学理上,演绎权涵盖改编权、汇编权、摄制权和翻译权四种权利。^{[38](P21)}NFT数字作品中的演绎行为具有一定的正当性。从行为方式上看,改编、汇编和翻译等演绎行为,相当于二次创作并诞生新的NFT数字作品。相较于原有NFT数字作品,二次创作的演绎行为具备新的独创性。^{[39](P53)}从行为结果上看,演绎行为激励对NFT数字作品的再创作,增加了新作品

的供给,有助于文学艺术科学产品的多样化。此外,NFT数字作品的创作者从演绎权授权许可中所获得的财产收益比没有演绎权情形更为丰厚。反之,不具备独创性的演绎行为,实质上是一种对现有NFT数字作品内容重复再现的复制行为。机械复制行为并未增加知识总量,侵犯了NFT数字作品创作者的复制权。

既然演绎NFT数字作品可激励二次创作、提升知识产品总量、丰富社会公众的科学艺术文化生活,为何还要求NFT数字作品行使发行权用尽原则时,不得侵害NFT数字作品创作者的演绎权?缘由在于,保护NFT数字作品演绎权,实质是保护著作权人从NFT作品原生或派生市场获取的合理投资利益。演绎权背后的考量,在于新演绎的NFT数字作品对原作市场替代性与对原作可预期财产收益的损害。NFT数字作品演绎权的保护与否,折射出原始创作激励与二次创作自由间的冲突。如果不保护NFT数字作品创作者的演绎权,将打击创作者继续从事创作的积极性,鼓励他人不当牟利,^{[40](P1505)}甚至导致创作者为防止他人搭便车而延缓原作发表。未经著作权人授权许可,所有权人不能随意改编、汇编、翻译NFT数字作品。

综上,除非创作者授权许可或符合合理使用,购买者在转售NFT数字作品时不得侵害创作者的演绎权。现实中,也有不少NFT数字作品发行后追加授权的情形。比如,cryptofunk发行方在出售上系列NFT数字藏品之后,再铸造“NFT公开信”方式通知购买者,授权购买者可“随意更改我的作品”。^{[41](P26)}不少买家在看到公开信后,在原有NFT数字作品基础上进行改编与汇编等二次创作。

四、结语

NFT数字作品作为区块链技术、数字孪生技术的新型产物,是新兴数字产业的重要组成部分。合理解决NFT数字作品发行权用尽原则的适用难题,是技术发展给予我们的时代之问

和科技之间。从宏观上看，NFT数字作品交易作为数字经济的新赛道，既有利于数字产业化的全面实现，又有益于激活国内统一大市场潜力。^{[42] (P76)}从微观上看，买受者购买NFT数字作品并非单纯为了自我欣赏，也是为了展现身份、文化与投资等价值。NFT数字作品的身份价值、艺术价值和投资价值，只有在自由流动的二级市场中才能更好诠释。面对NFT数字作品发行权用尽的新纠纷，法律解释与司法实践应秉持适度谦抑，鼓励NFT数字作品交易，为市场主体提供宽松的营商环境，推进NFT数字产权、交易流通和收益分配的体系性建设。

参考文献：

- [1]司晓. 区块链数字资产物权论[J]. 探索与争鸣, 2021(12): 80-90, 179.
- [2]陈吉栋. 超越元宇宙的法律想象: 数字身份、NFT与多元规制[J]. 法治研究, 2022(3): 43-54.
- [3]初萌, 易继明. NFT版权作品交易: 法律风险与“破局之道”[J]. 编辑之友, 2022(8): 96-104.
- [4]陈全真. 数字作品发行权用尽的解释立场及制度协调[J]. 出版发行研究, 2021(9): 82-89.
- [5]李昱晓. 数字时代发行权的变革与发展研究[J]. 编辑之友, 2018(2): 91-97.
- [6]华劼. 数字网络环境下版权权利穷竭原则延伸性研究[J]. 江海学刊, 2017(1): 209-214, 239.
- [7]王江桥. NFT交易模式下的著作权保护及平台责任[J]. 财经法学, 2022(5): 70-80.
- [8]丁婧文. 论数字作品转售不适用首次销售原则[J]. 学术研究, 2021(4): 73-77.
- [9]孙那. 论数字作品发行权用尽原则的最新发展——以Tom Kabinet案为研究对象[J]. 出版发行研究, 2021(1): 55-62.
- [10]王迁. 论网络环境中的“首次销售原则”[J]. 法学杂志, 2006(3): 117-121.
- [11]崔波, 赵忠楠. 数字环境下作品首次销售原则的改良适用研究[J]. 陕西师范大学学报(哲学社会科学版), 2021(1): 125-133.
- [12]何炼红, 邓欣欣. 数字作品转售行为的著作权法规制——兼论数字发行权有限用尽原则的确立[J]. 法商研究, 2014(5): 22-29.
- [13]李晓宇. 元宇宙下赛博人创作数字产品的可版权性[J]. 知识产权, 2022(7): 20-46.
- [14]BRUCE A Lehman, BROWN R H. Intellectual property and the national information infrastructure: The report of the working group on intellectual property rights[R/OL]. (1995-01-01) [2023-08-01]. https://www.eff.org/files/filenode/DMCA/ntia_dmca_white_paper.pdf.
- [15]PAMELA Samuelson. Evolving conceptions of copyright subject matter[J]. Pittsburgh Law Review, 2016, 78(1): 17-93.
- [16]何怀文. 网络环境下的发行权[J]. 浙江大学学报(人文社会科学版), 2013(5): 150-159.
- [17]黄玉烨, 何蓉. 数字环境下首次销售原则的适用困境与出路[J]. 浙江大学学报(人文社会科学版), 2018(6): 189-202.
- [18]王迁. 论NFT数字作品交易的法律定性[J]. 东方法学, 2023(1): 18-35.
- [19]万勇. 建构数字版权产品二级市场的法律困境与现实出路[J]. 社会科学辑刊, 2023(4): 60-70.
- [20]熊琦. 著作权法定许可的正当性解构与制度替代[J]. 知识产权, 2011(8): 38-43.
- [21]李永军. 论我国《民法典》物权编规范体系中的客体特定原则[J]. 政治与法律, 2021(4): 2-13.
- [22]杨延超. 论数字货币的法律属性[J]. 中国社会科学, 2020(1): 84-106, 206.
- [23]江哲丰, 彭祝斌. 加密数字艺术产业发展过程中的监管逻辑——基于NFT艺术的快速传播与行业影响研究[J]. 学术论坛, 2021(4): 122-132.
- [24]陶乾. 论数字作品非同质代币化交易的法律意涵[J]. 东方法学, 2022(2): 70-80.
- [25]秦蕊, 李娟娟, 王晓, 等. NFT: 基于区块链的非同质化通证及其应用[J]. 智能科学与技术学报, 2021(2): 234-242.
- [26]于程远. 论民法典中区块链虚拟代币交易的性质[J]. 东方法学, 2021(4): 139-151.
- [27]赵国栋, 易欢欢, 徐远重. 元宇宙[M]. 北京: 中译出版社, 2021.
- [28]梁志文, 蔡英. 数字环境下的发行权穷竭原则——兼评欧盟法院审理的Oracle公司诉UseSoft公司案[J]. 政治与法律, 2013(11): 36-44.
- [29]汪洋. 私法多元法源的观念、历史与中国实践——《民法总则》第10条的理论构造及司法适用[J]. 中外法学, 2018(1): 120-149.
- [30]李晓宇. 博弈论下人工智能生成数据作品中的利益冲突及破解[J]. 科技与法律, 2022(3): 51-59.
- [31]张伟君, 张林. 论数字作品非同质权益凭证交易的著作权法规制——以NFT作品侵权纠纷第一案为例[J]. 中国出版, 2022(14): 19-24.
- [32]李雨峰. 论追续权制度在我国的构建——以《著作权法》第三次修改为中心[J]. 法律科学, 2014(1): 126-136.

- [33]徐俊缘. 数字作品NFT交易的本质、规则及法律风险应对[J]. 科技与出版, 2022(10): 103-113.
- [34]ANDRES Guadamuz. The treachery of images: Non-fungible tokens and copyright[J]. Journal of Intellectual Property Law & Practice, 2021, 16(12): 1367-1385.
- [35]王迁. 复制权与信息网络传播权的关系[J]. 湖南师范大学社会科学学报, 2022(2): 1-9.
- [36]王禄生. 区块链与个人信息保护法律规范的内生冲突及其调和[J]. 法学论坛, 2022(3): 81-95.
- [37]谢宜璋. 论数字网络空间中发行权用尽原则的突破与适用——兼评我国NFT作品侵权第一案[J]. 学术界, 2022(9): 66-74, 96.
- [38]李晓宇. “元宇宙”下虚拟数据作品的著作权扩张及限制[J]. 法治研究, 2022(2): 15-24.
- [39]唐艳. 数字时代二次创作的著作权保护困境与制度变革——以演绎权为中心[J]. 电子知识产权, 2022(2): 52-70.
- [40]PAMELA Samuelson. The quest for a sound conception of copyright's derivative work right[J]. 101 Georgetown Law Journal, 2013, 101(6): 1505-1564.
- [41]苏宇, 李怀胜等. NFT政策研究报告[J]. 上海法学集刊, 2022(11):8-26.
- [42]杨东, 高一乘. 论“元宇宙”主体组织模式的建构[J]. 上海大学学报(社会科学版), 2022(5): 75-87.

【责任编辑 刘绚兮】

Application of the Principle of Exhaustion of Publishing Rights of NFT Digital Works

LI Xiaoyu

Abstract: Different from digital works in the pre-blockchain era, NFT digital works have inherent characteristics such as uniqueness, decentralization and transaction smoothness. Considering from the dimensions of legal value, legislative system, judicial practice and public policy objectives, it is feasible and legitimate to apply the principle of exhaustion of distribution right to the resale of NFT digital works. On the one hand, the applicable distribution right of NFT digital works is exhausted, so we should uphold the principle of freedom without prohibition in private law. If necessary, we should introduce the clause of follow-on right into smart contracts to maximize the benefit between different stakeholders. On the other hand, the right of distribution of NFT digital works is exhausted, which should avoid the infringement of the copyright owner's right of reproduction, deduction and dissemination to the public.

Keywords: NFT digital works; exhaustion of publishing rights; Droit de Suite (a right of following); copy right; information network transmission right