

NFT 交易平台的责任：法律定性、归责原则及边界

俞风雷, 姚梦媛

(天津大学法学院, 天津, 300072)

摘要: NFT 交易平台作为新型网络交易平台, 主要存在法律定性未被言明、判定责任原则模糊、责任边界不清等问题。根据经营模式的不同, 将 NFT 交易平台划分为不同的类型: 注册制、申请制的 NFT 交易平台属于新型技术服务提供者, 邀请制的 NFT 交易平台视情况分属于新型技术服务提供者或者新型技术服务提供者兼内容服务提供者。因 NFT 具有不可变性, NFT 交易平台无法履行避风港原则规定的删除义务, 为实际达到预防侵权可能或控制侵权扩大的目的, 应将删除义务转化为审查义务, 增加和强化主动审查和被动审查内容。NFT 交易平台在承担责任方面, 应当分类分级, 科学划定责任边界。NFT 交易超级平台和 NFT 交易大型平台承担更高的注意义务, NFT 交易中小平台承担一般注意义务。

关键词: NFT 交易平台; 技术服务提供者; 避风港原则; 注意义务

中图分类号: D923.41

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2023)03-0053-12

一、问题的提出

2017年12月,第一款以“数字猫”(Cryptokitties)作为 NFT 作品的区块链游戏达到销售高峰,一度导致以太坊网络交易处理出现大规模延迟^[1], NFT 自此进入人们视线并逐渐受到追捧。2021年3月,美国艺术家 Beeple 以超出 6 900 万美元的高价售出自己的 NFT 数字作品^[2], 引发全球对 NFT 交易领域的高度关注。NFT(全称为 Non-Fungible Token, 译为同质化通证)是通过利用以太坊区块链中 Solidity 编程语言编写的“智能合约”, 促使买卖双方直接交易有价值的特定客体, 能够记录关于该客体的初始发行者、发行日期以及未来的每一次流转信息^[3]。NFT 可以代表实体物或者数字形式的艺术品、音乐、游戏、视频等所有内容, 但最受欢迎的是用于艺术领域的数字作品^[4]。NFT 既不是作品的原件也非复印件, 而是包含特定数字作品的名称、著作权人等具体信息的元数

据, 本质上系持有者对该数字作品享有所有权的唯一权利凭证。

国内外科技巨擘纷纷创建或投资 NFT 交易平台, 各平台用户量日渐增加, 而与 NFT 交易平台责任相关的法律尚付阙如, 学界对此问题的思考也还处于初步探索阶段。有学者认为, 平台作为网络空间的重要组成部分, 是网络社会法律治理的重点^[5]。另有学者认为, 政府在平台治理实践中仍旧占据主导地位, 平台处于一个尴尬的位置^[6]。在权衡 NFT 交易平台责任承担多寡方面, 学者们多以细化网络服务提供者注意义务或者重新审视避风港原则为视角^[7], 主张 NFT 交易平台应当承担审查义务^[8]和不负有审查义务^[9]两种观点。目前 NFT 交易平台责任规制问题主要有三: 首先, NFT 交易平台的法律定性未被言明, 是统一定性为技术服务提供者, 还是定性为有别于传统服务模式的新型技术服务提供者, 抑或认定其兼具技术服务提供者和内容服务提供者两种性质。法律地位的明确直接关乎 NFT 交易平台

收稿日期: 2022-11-28; 修回日期: 2023-02-05

基金项目: 2022 年度国家知识产权局软科学研究项目“专利开放许可制度运行机制研究”(SS22-B-13)

作者简介: 俞风雷, 男, 浙江宁波人, 天津大学法学院教授、博士生导师, 主要研究方向: 知识产权法学; 姚梦媛, 女, 河北唐山人, 天津大学法学院博士研究生, 主要研究方向: 知识产权法学, 联系邮箱: yaomengyuanlaw@163.com

承担责任的程度。其次, NFT 交易平台判定责任标准不尽相同。我国有关互联网平台责任的规定主要体现于《信息网络传播权保护条例》(以下简称《条例》), 其中判定技术服务提供者责任所适用的“红旗原则”和“避风港原则”仍模糊不清, 存在进一步解释和优化的空间。《条例》于2013年修订, 而 NFT 交易平台是自2014年产生、2017年兴起的, 《条例》的修订时间早于 NFT 交易平台受到关注的时间。即使能够将《条例》中的适用原则厘清, 也可能无法精准适配 NFT 交易平台划定责任的需要。最后, NFT 交易平台的责任边界亟须明定。除探讨民事责任承担方式之外, 更重要的是科学划定可能归属不同类型的 NFT 交易平台的责任。本文将立足 NFT 交易平台的运作模式和自身特性, 以期切中肯綮地解决上述问题, 回应建设数字中国的热切期盼。

二、NFT 交易平台的责任定性

2022年4月22日, 杭州市互联网法院就“深圳奇策迭出文化创意有限公司与某 NFT 公司侵害作品信息网络传播权纠纷一案”作出一审判决, 上诉后维持原判^①。该案系国内首例判定 NFT 交易著作权侵权纠纷案件, 为解决 NFT 交易平台的责任问题提供了有益思路。但该生效判决仅针对涉案 NFT 交易平台 Bigverse 公司的平台属性及该涉案行为中其所需承担的责任等方面具有既判力, 无法推定所有 NFT 交易平台的法律性质, 也不代表此后司法机关的裁判必然会保持一致意见^②。国内外 NFT 交易平台众多, 我们认为应从交易平台具体职能入手, 探求每一种类型的 NFT 交易平台的属性。

(一) NFT 交易平台的职能定位

NFT 交易平台作为新形式的守门人和中间人, 服务于收藏家、著作权人等卖方群体以及长期投资者、短期投机者等买方群体^③。买卖双方活跃于 NFT 交易平台的目的各不相同, 卖方看重无须放弃对其作品实物的任何权利即可便捷地通过交易平台传播作品的创意和价值, 且著作权人享有在未来转售中继续获得一定比例版税收入的权利^[10]。NFT 虽然在形式上是一串元数据代

码, 但买方主要看重的是 NFT 背后所代表的著作权人身份, 以及能够拥有与著作权人直接建立联系的珍贵机会。

著作权人创建 NFT 的过程称为“铸造”, 著作权人或者著作权人授权操作的交易平台为创建 NFT 调用智能合约的特殊函数, 将 NFT 存储于其选取的智能合约中。铸造并发布 NFT 是著作权人向交易平台中不特定多数人发送的要约, 而非一种特殊的身份合同^[11]。盖因 NFT 由著作权人在区块链上完成铸造后设定于智能合约中的交易条件是具体而确定的, 全球各地的平台用户都可以查看和读取相关内容, 一旦有用户同意智能合约的条件并支付费用, 即代表作出承诺, 智能合约随即签订并自动执行, 转换 NFT 所有者信息完成交易。

各大 NFT 交易平台的服务目的与创建流程在本质上类似, 但经营模式相差甚远。汇总分析 CoinCarp 评估的十大国外 NFT 交易平台(如表 1^[12])及五个国内知名 NFT 交易平台(如表 2^④)的经营模式, 发现差异主要集中在以下三个方面: 一是交易类型各异。国外 NFT 交易平台涉足的领域多样, 诸如艺术、音乐、游戏等, 而国内 NFT 交易平台更专注于以数字作品为主的艺术领域。二是交易模式和存储路径有别。国外 NFT 交易平台开放二级市场, 可以自由交易, 而国内 NFT 交易平台多禁止二次交易、限制转赠。造成此种现象的根源是存储路径的不同, 国外 NFT 交易平台的区块链类型为公有链, 国内 NFT 交易平台的区块链类型主要为联盟链。我国考虑到对网络信息的监管程度及作品数字化后可能诱发的技术安全、信息安全、交易溢价等风险, 选择鼓励发展联盟链^⑤。三是收取费用项目以及费用比例有差异。应用公有链的 NFT 交易平台设置燃料费(gas fee)、佣金、版税等费用, 应用联盟链的 NFT 交易平台因不涉及二次交易, 一般除成交价格之外不另设其他费用。燃料费由 NFT 交易平台收取后最终转移给以太坊矿工, 用以支付矿工执行算法所消耗能量的费用。NFT 交易平台获取利润的主要方式是在每次交易成功时收取销售价格固定比例的佣金。版税同样是销售价格的百分比, 但一般不是固定的, 是由著作权人在首份智能合

约中自行设定的, 在未来每次转售时将销售价格的一定比例自动分配给著作权人, 从而鼓励著作权人继续铸造数字作品^[13]。

(二) 网络交易平台的法律划分

NFT 交易平台作为网络交易平台的一种形式, 究其性质, 须溯源至法律对于网络交易平台

的划分。首先, 探求网络交易平台的法定范围。网络交易平台在我国立法层面属于网络服务提供者, 暂无明确释义, 其类型划分也尚存争议。主要有两种观点: 一是网络服务提供者与网络内容提供者属于并列关系^[14]; 二是网络服务提供者作为上位概念, 涵盖技术服务提供者和内容服务

表 1 国外 NFT 交易平台经营模式对比

序号	平台名称	交易领域	交易模式	燃料费	佣金	版税
1	OpenSea	综合	注册制, 可铸造、交易	仅卖家支付首次	2.5%	0%~10%
2	Rarible	综合	申请制, 可铸造、交易	卖家支付	2.5%	最高 30%
3	MakersPlace	艺术	邀请制, 可铸造、交易	双方支付	15%	10%
4	Foundation	艺术	邀请制, 可铸造、交易	卖家支付	15%	10%~15%
5	SuperRare	艺术	申请制, 可铸造、交易	卖家支付	15%	著作权人获得 10%, 收藏家首次获得 1%后递减
6	Nifty Gateway	艺术、音乐	邀请制, 可铸造、交易	无	5.0%	著作权人决定
7	KnownOrigin	艺术	申请制, 可铸造、交易	无	无	最高 10%
8	BakerySwap	流动性挖矿	可交易、质押		买卖双方共支付 0.3%	
9	VIV3	艺术、游戏	申请制, 可铸造、交易	无	12.5%	10%
10	Async Art	艺术、音乐	申请制, 可铸造、交易	无	10%	10%

表 2 国内 NFT 交易平台经营模式对比

序号	平台名称	交易领域	交易模式	存储路径	费用支付
1	Bigverse	综合	注册制, 可铸造、交易	公有链	卖方支付矿工费及佣金, 买方支付版税
2	鲸探	艺术	邀请制, 不可二次交易, 180 天后可转赠, 再次转赠需要两年	联盟链	
3	灵稀	艺术	邀请制, 不可转赠或交易	联盟链	
4	iBox	艺术	注册制, 可铸造、交易	公有链	卖方支付综合服务费
5	阿里拍卖	艺术	申请制, 2022 年 10 月 18 日后可转赠	联盟链	

提供者^[15]。出现此种分歧的原因是我国关于网络服务提供者的规制由美国《千禧年数字版权法》(以下简称 DMCA)移植而来,DMCA 第 512 条创设的“避风港原则”适用于四种职能类型的“Internet Service Provider”(以下简称 ISP),该条规定的 ISP 与“Internet Content Provider”(以下简称 ICP)严格区分^[16]。ISP 在我国直译为网络服务提供者,由此误以为网络服务提供者与网络内容提供者是泾渭分明的两种类型。揆诸我国法律,《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)、《条例》、《最高人民法院关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》等的条文中只写明“网络服务提供者”一词,划分网络环境之下的责任主体为网络用户和网络服务提供者,并无网络内容提供者。从立法沿革来看,我国《侵权责任法》编纂时指出“网络服务提供者”一词内涵较广,不仅包括技术服务提供者,还包括内容服务提供者^[17]。《民法典》侵权责任编继续使用这一做法^[18]。因此,我国规定的网络服务提供者范围与美国法律中的 ISP 并不等同,将我国法律中的网络服务提供者解释为包含内容服务提供者更加符合设计初衷和立法体例。

其次,分析内容服务提供者和技术服务提供者的法定职能。二者同为网络服务提供者,差别在于向网络用户个人或网站提供的服务不同。内容服务提供者通过网络接入服务提供的线路,向用户提供各类信息服务的网站^[19],主要职能为发布自己创建的信息或采集、筛选、发布他人的信息以供用户访问或下载。技术服务提供者被归为网络接入服务提供者、系统缓存服务提供者、网络存储服务提供者、网络信息定位服务者四种类型^[20],相应职能体现在《条例》第 20—23 条。

最后,明晰技术服务提供者和内容服务提供者的界限。技术服务提供者是完全由用户提供内容的被动渠道,内容服务提供者是全部或部分负责创建或开发网站所展示内容的主体^[21]。随着互联网 3.0 时代的到来,技术服务提供者和内容服务提供者的界限变得模糊,网络交易平台的职能日臻完备多元,技术服务提供者不再单纯提供技术支持,出现了技术服务提供者兼具内容服务提

供者职能的情形^⑥。为区分二者且明确各自责任,应当根据网络交易平台具体履行的职能进行判断,以网络信息的发布来源和是否主动参与创建编辑为判定原则。网络信息的发布来源是平台自身,对信息的产生与否发挥积极主导作用,此种平台应被认定为内容服务提供者;网络信息的发布来源是用户,平台充当中间媒介,不主动参与信息的创建编辑,仅对信息的传播起到辅助作用,应认定为技术服务提供者。

(三) NFT 交易平台的类型归属

网络交易平台的划分原则已明确,NFT 交易平台的法律性质亦可以明确。根据 NFT 交易平台的交易模式中卖方入驻方式的不同,可以分为注册制、申请制、邀请制。注册制的 NFT 交易平台中卖方入驻与买方一样,填写个人信息认证即可。申请制的 NFT 交易平台是卖方需要向平台提交包括著作权人的个人介绍、数字作品信息、数字业务的资质证明等材料,平台审核通过后方可入驻。邀请制的 NFT 交易平台是指平台经过筛选仅向符合要求的著作权人发出邀请,未被邀请的人员无法入驻平台。

与之对应,在这里逐一分析三种经营模式下的 NFT 交易平台属性。一是注册制的 NFT 交易平台,应当属于新型技术服务提供者。在注册制的 NFT 交易平台中,出售的数字作品内容均由卖方提供,平台不主动参与数字作品的铸造和销售,不属于内容服务提供者。平台通过区块链技术向用户提供铸造、发售、交易、展示 NFT 数字作品等各项服务,虽属于技术服务,但游离于《条例》第 20—23 条规定之外,因此类似于云计算平台、微信小程序等新型技术服务提供者。

二是申请制的 NFT 交易平台,也应属于新型技术服务提供者。申请制的入驻要求相较注册制更为严格,需要平台人员审核卖方提交的证明材料,主要目的是审查卖方是否享有铸造数字作品的权利,主观上没有控制数字作品铸造、发售的意图,客观上也没有主动和实际参与作品的铸造或发售过程,因此尚未触及内容服务提供者的领域。同时,申请制的 NFT 交易平台提供的其他服务与申请制并无二致,属于技术服务的范畴。

三是邀请制的 NFT 交易平台,视情况分为新

型技术服务提供者,或新型技术服务提供者兼内容服务提供者。邀请的方式可以如 Foundation 平台一样,首先邀请少量知名著作权人,然后再向每位受邀艺术家发放两个邀请码,由他们再邀请其他知名人士;或者如 MakersPlace 平台一样,所有受邀人均均为平台自主选择结果,严格筛选在某种艺术领域享有一定成就的个人或机构。NFT 交易平台实行邀请制的主要目的是为严格把控数字作品质量,提高平台成交概率和收益。筛选受邀人的过程也是筛选最终发售数字作品的过程,此过程是平台有组织地、主动地进行采集和选取信息,并且在受邀人铸造数字作品后会划定主题进行主页宣传推广等,可以认定平台在提供基础技术服务的同时也涉及内容服务的提供。邀请制的 NFT 交易平台还包括平台自主创建数字作品的情形。例如国内京东旗下灵稀平台订立的用户协议中强调平台仅提供信息技术服务及其他辅助服务,但目前该平台发售的“青绿纪念币”数字藏品是由京东联合商家以京东吉祥物为设计原型共同创作的,灵稀平台主动参与数字藏品创作的行为属于内容服务提供者的职能。因此,在判定邀请制的 NFT 交易平台服务性质时,平台发布的用户协议将作为重要参考,但并非唯一标准,应当主要依据平台对卖方铸造 NFT 数字作品的审核方式和宣传手段等进行综合判断。

三、NFT 交易平台的归责原则

NFT 交易平台类型细化,包括技术服务提供者、技术服务提供者与内容服务提供者兼具两种,二者在责任分配方面存在差异。具体的责任分配问题需要以归责原则为核心依据,对平台为何承担责任作出正面回应。严格秉持归责原则有助于激励 NFT 交易平台提高审查效能,规范经营活动,维护数字交易环境平稳有序运行。

(一) 利益平衡原则: 协调个人与平台

在 NFT 交易过程中,涉及网络用户、平台等多方主体,如何和谐共生是立法和司法必须共同面对的议题。利益平衡原则恰好是此议题中能够调和各方权利主体之间利益、解决冲突纠纷、尽力实现公平正义的重要原则。一方面,体现在调

和 NFT 交易的跨境性、自发性、自治性等特征与市场环境必要监管之间的矛盾上。另一方面,体现在纾解著作权人的正当权利与 NFT 交易平台的合法利益之间的冲突上。

NFT 交易市场与政府监管之间的矛盾主要在于平台去中心化的运作模式。区块链技术最主要的特点在于去中心化,即网络内没有中央机构控制信息,具体的监督和管理责任在用户之间进行分配^[22],以此消除银行等传统金融机构的干预作用并避免数字交易领域的双重付费问题^[23]。根据去中心化程度的高低,可以分为公有链、联盟链和私有链。国内外 NFT 交易平台运用区块链技术较多的类型为公有链和联盟链,二者的区别主要在于访问主体的范围。公有链不仅允许全球范围内的任何主体读取区块信息,还允许其自由参与区块的上传、验证、备份等工作^[24]。联盟链相对封闭,只对特定的组织或人群开放^[25]。相较而言,公有链去中心化程度强,节点分布广,链上信息自动生成并且永远无法修改;联盟链去中心化程度弱,具备人为监管和干预的可能性,可以有效防止侵权信息过度传播。

NFT 交易平台在参与主体之间提供安全可靠的数据交换,形成由利益相关者组成的自治性组织(DAO),利用智能合约中的编码规则进行治理和决策,无须第三方监管。NFT 交易的自治性使买卖双方享受最大限度的交易自由,与此同时,会引发无法监管导致信息安全风险不可控的社会担忧。由于其具有分布式结构,只要有一个节点配置错误,会将所有区块链上的数据泄露^[26]。每增加一个节点入链,其数据泄露的风险随之增加。在 2016 年,黑客曾利用代码漏洞攻击智能合约,从 DAO 中盗取价值 7 000 万美元的以太坊^[27]。为防范 NFT 交易平台的技术安全风险,即使其拥有自治组织,政府监管的介入也必不可少。但 NFT 交易平台的去中心化程度与政府监管的介入程度呈负相关。政府对采用公有链的 NFT 交易平台的监管,不论是事前监管还是事后监管,均无法及时开展,因此政府可以进行低度干预,主要发挥导向作用,促使交易平台提高注意义务,强化审查管理;政府对采用联盟链的 NFT 交易平台的监管,应当与平台形成互补融

合,构建政府监管与平台自治并行的规制模式。

著作权人的正当权利与 NFT 交易平台的合法利益之间的冲突主要体现在平台的控制成本上。法律逐步加强网络服务提供者的责任意识,意图在保障著作权人正当权利的同时,有效遏制网络侵权行为的发生。NFT 交易平台受法律要求和声誉影响,会自发承担更多的管理职能,不自觉地增加控制成本,包含平台审核数字作品的人工成本、提高审查效率所带来的技术升级成本、侵权行为可能发生时的处理成本等。由此将使用户黏性增强,不仅能降低侵权行为发生的概率,而且能令买卖双方对平台产生强烈信任,进而吸引更多用户在此平台交易,获取更大利润。将控制成本与控制收入比较,平台在能力允许的范围内适度增加控制成本,更易实现边际效益最大化。

(二) 避风港原则:通知删除义务的转化

在权利协调时,应尽可能将抽象的“利益平衡原则”演绎为具操作性的“利益平衡方案”^[28]。NFT 交易平台责任的利益平衡方案便是避风港原则和红旗原则。避风港原则肇始于美国 1988 年颁布的 DMCA,其中第 512 条规定临时传输、系统缓存、信息存储、搜索链接等四种 ISP(译为“技术服务提供者”)的责任豁免条件,即在满足实际不知道、侵权行为不明显、知道或察觉侵权行为后及时删除或断开访问链接三要件之一时,技术服务提供者可以主张免责。

我国借鉴域外经验,将避风港原则体现在《民法典》、《条例》、《最高人民法院关于涉网络知识产权侵权纠纷几个法律适用问题的批复》(以下简称《批复》)、《最高人民法院关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》(以下简称《规定》)等法律文件之中。

《民法典》第 1195 条、第 1196 条分别制定权利人通知规则、网络服务提供者转通知规则以及被控侵权人反通知规则,以此作为我国避风港原则的一般规定。《条例》则对此原则适用的主体范围、通知和反通知的形式和内容、转通知的必要措施等作了进一步细化。《批复》和《规定》对此原则中反通知的等待期、恶意提交通知的法律

后果、应知和明知判断标准、过错的认定等问题进行了回应。

即便如此,在具体适用避风港原则判定 NFT 交易平台责任时仍存在待解决的困惑。首先,NFT 交易平台是否可以适用避风港原则。该原则的适用主体为技术服务提供者。当邀请制的 NFT 交易平台提供内容服务,属于技术服务提供者兼内容服务提供者时,因其对信息发布享有控制权,无法适用避风港原则。如此一来,属于新型技术服务提供者的 NFT 交易平台,是否可以适用避风港原则便成了主要问题。我国和美国囿于当时技术发展的程度较低,法律条文中均只明确四种类型的技术服务提供者,其他类型的技术服务提供者暂未言明。时过境迁,各国对技术服务提供者的认知愈加广义多样,不仅将技术服务提供者划分为四种类型不再满足规制需要,而且要求四种类型的技术服务提供者遵守各自的避风港原则规范亦不再合理。例如现今一些提供信息存储服务的技术提供者,同样会使用系统缓存服务改善运行时间,促使内容加载更加快速^[29]。在立法层面尚未改变之时,司法实践已遵从立法本意进行个案分析,尝试对技术服务提供者的概念做扩大解释^⑦。为避免陷入固守文本主义的藩篱,技术服务提供者应当由列举式转为概括式,而在网络传播信息向用户提供中介服务的第三方皆为技术服务提供者。因此,包括 NFT 交易平台在内的新型技术服务提供者同样适用避风港原则。

其次,NFT 交易平台是否要求承担“通知+删除”义务。按照《条例》第 14 条之规定,提供信息存储或搜索链接的技术服务提供者须承担“通知+删除”义务,对于承担基础性网络技术服务的提供者,法律不苛以该义务。NFT 交易平台要求数字作品上链前通过审核,已超出单纯提供基础性网络技术服务的范畴,对信息具有单独识别和控制的能力,在现行法律内视为与信息存储或搜索链接提供者具备同等通知和删除能力的提供者。

最后,NFT 交易平台是否可以履行删除义务。避风港原则规定技术服务提供者在接到通知时及时删除或断开链接,以及在接到反通知后恢

复删除内容或链接, 在 NFT 交易中均难以实现。虽然《民法典》将“删除”修改为“必要措施”, 但是 NFT 交易平台能够采取的与删除效果相当的必要措施尚不存在。若要达到禁止访问区块链上数字作品的目的, 唯有 NFT 交易平台将 NFT 打入黑洞或者修改区块链共识机制。然而, 这两种方式并不具有可操作性。一是 NFT 被打入黑洞后无法再恢复, 平台不能再继续完成反通知后恢复的任务。二是修改区块链共识机制需要大多数节点同意才能修改^[30], 导致技术层面不易达到, 且所需成本过高。

因此, NFT 交易平台无法完全适用避风港原则, 该原则面临被架空的风险, 应当从其他方面加强平台责任。例如 NFT 交易平台在接到权利人通知时, 及时在链接中添加“此数字作品可能存在侵权风险”标识, 并暂时停止交易, 待接到被控侵权人反通知后再将标识删除并恢复智能合约交易。此种措施在一定程度上可以降低侵权扩大的危险, 但侵权行为仍在继续, 且所有人可以观看访问。最行之有效的方式是从平台治理的根源入手, 加强平台监管能力, 包括主动审查义务和被动审查义务的增加和强化。在 NFT 交易发生之前平台通过主动审查预先排除侵权可能, 对材料审查后认为涉嫌侵权的数字作品在申请铸造阶段即予以否决。同时引入社会监督力量, 在 NFT 铸造发售之后, 鼓励其他注册用户或者社会公众积极向平台反映可能涉嫌侵权的 NFT 作品情况, 平台以被动形式接到社会主体的监督后开展审查工作。主动审查和被动审查的结合, 可以有效避免平台无法删除作品而带来的事后救济不能。为实际达到预防侵权可能或控制侵权扩大的目的, 将“删除义务的履行不能”转化为“审查义务的适当加重”, 更契合保障权利的制度构造与数字经济时代的发展趋势。且与诉诸公权力解决侵权纠纷相比, 平台遏制侵权更利于节约社会总体成本。在要求 NFT 交易平台履行事前审查义务的同时, 不应僵化执行和过分苛责, 应当将所有 NFT 交易平台分类分级, 逐层级划定平台具体审查的范围和程度。平台的级别越高, 审查的范围越宽, 以实质审查为主; 反之, 平台的级别

越低, 审查的范围越窄, 以形式审查为主。具体分级方式将在下文详述。

(三) 红旗原则: “应当知道”标准的判定

为防止平台滥用避风港原则, 法律将红旗原则作为例外。《民法典》第 1197 条明确技术服务提供者知道或应当知道侵权行为发生而未采取必要措施的, 承担连带责任。此条新增“应当知道”作为认定前提之一, 但究竟要达到怎样的证明标准才能认定平台经营者“知道而不作为”, 实践中存在证明困难的问题^[31]。

对于“应当知道”属于故意还是过失的过错范畴, 学术界一直争论不休, 过错标准直接关系到平台承担义务的多寡。《条例》《规定》中“明知或者应知”与《民法典》中“知道或者应当知道”同义。有学者认为网络服务提供者的间接侵权责任是一种故意责任。网络服务提供者不仅明知或应知相关侵权行为, 且采取积极措施避免去了解相关行为或教唆、鼓励、帮助相关行为, 其主观心态理应是希望或放任结果发生^[32]。而有学者认为在实践层面应知包含过失, 技术服务提供者负有采取合理、有效的技术措施的义务, 对该义务的违反会产生连带责任, 符合间接的侵权的构成要件^[33]。后者的说法更符合规范层面的解释。法律文本中用“明知”和“应知”两个词语限定红旗原则, 应当是语义不同的表达。明知是故意状态下的主观认识, 实际知晓行为具有非正当性仍不作为。应知是技术服务提供者应当注意却未注意, 应当注意的具体内容是法律要求技术服务提供者遵守的义务, 采用推定方式判断平台是否注意。《规定》第 9 条列举认定技术服务提供者构成应知的情形, 主要衡量标准即技术服务提供者是否履行注意义务。

具体到 NFT 交易平台的注意义务, 包括结果预见义务和结果避免义务。违反前项义务构成疏忽大意的侵权过失行为, 违反后项义务构成过于自信的侵权过失行为。前项义务主要表现为平台根据交易方式、经营模式、区块链技术应用等的不同, 确定与平台自身相当的信息处理能力, 采取合理措施主动预防侵权结果出现的可能; 后项义务则主要是平台在接到著作权人通知或侵权

信息已经明显时对侵权信息的控制能力,采取必要措施被动阻止侵权结果的发生。

四、NFT 交易平台的责任边界

在集合众多移动数字技术应用的元宇宙时代,一方面,国家立法应当秉持谦抑性,给予网络服务提供者更加自由的发展空间;另一方面,因区块链技术赋能,法律规定网络服务提供者的注意义务和豁免原则已无法达到约束效果。因此,有必要探寻如何在规范网络服务提供者责任义务的同时,不过分加重网络服务提供者的管理负担,最终实现以知识产权保护促进营商环境优化的目的。

(一) 责任分类分级承担

为规范技术变革而出现的多元化网络服务提供者,我国立法已经开始呈现按照不同类型调整责任的趋势。2021年10月29日,国家市场监督管理总局公开《互联网平台分类分级指南(征求意见稿)》(以下简称《分类分级指南》)和《互联网平台落实主体责任指南(征求意见稿)》(以下简称《主体责任指南》)。前者将互联网平台划分为六大类、三种级别,后者则重点强调网络平台之中的超大型平台责任。两项指南对切实加强网络服务提供者责任、维护网络交易健康发展起到一定引导作用,但是,指南也存在分级标准不一、分级标准与其他法律尚未接榫等问题。譬如,《分类分级指南》中没有出现超大型平台这一级别。根据两项指南指出的各平台分级标准可推定,超大型平台包括超级平台和大型平台。那么,《主体责任指南》对于超大型平台责任规定应适用于上述两种级别的主体,且责任程度、监管内容在第1—9条文本中没有体现出任何差异。如此一来,可能导致《分类分级指南》中划分三种级别的意义无法凸显。另外,与互联网平台责任有关的法律文件众多,但除两份指南外,均没有如超级平台、大型平台、中小平台或超大型平台的说法,因此如何与其他生效法律契合亟须明示。

欧盟委员会审时度势,率先在2020年12月提出《数字服务法案》(以下简称DSA),该项立

法草案于2022年10月27日在官方公报上公布,20天后生效,生效后15个月起适用^[34]。DSA围绕所有网络中介服务提供者制定通用规则,采用分类分级方法,将中介服务划分为单纯传输服务、缓存服务和托管服务,将平均每月活跃用户数量大于等于欧盟总人口数10%(目前为4500万)的平台界定为超大型网络平台或超大型网络搜索引擎提供者,其承担风险评估、降低风险、危机应对、独立审计等一系列附加义务。若违反此类义务,将可能面临高达年收入6%的罚款。与我国公开的两项指南相比,欧盟对于超大型平台的认定标准更加简单,义务更加细化,处罚更加严重。

NFT交易平台作为一种新兴业态,数量众多,技术能力、服务范围、经营规模等存在明显差异,将NFT交易平台分类分级是科学界定责任义务的最佳途径,但划分标准无法与《分类分级指南》完全契合。一是NFT交易平台的用户规模应当限定在平台所涉及的交易领域。目前全球最大的NFT交易平台OpenSea的活跃用户为100万^[35],如果按照《分类分级指南》的标准,全球NFT交易平台中没有超级平台和大型平台,一律为中小平台。此处可以借鉴DSA的做法,以该行业总活跃用户数的10%为基准去判断用户规模。二是NFT交易平台之间的业务种类相似。不论是提供技术服务,还是在提供技术的同时提供内容服务,NFT交易平台均以促成NFT数字作品交易为主要目的,而辅之以分享和欣赏艺术作品。在核心业务数目上作区分,对评定平台量级没有太大影响。三是限制能力的含义需要进一步解释。在NFT交易环境中,平台的能力不体现在限制或阻碍卖方接触消费者,而在于平台能否自主保障所辖交易市场内的良性运行。四是经济体量的数值标准有必要降低。OpenSea平台估值为133亿美元^[36],我国Bigverse平台估值为30亿元。对于NFT交易平台而言,指南中万亿元或千亿元的经济体量远达不到,应当替换以十亿元或亿元为计算单位。

因此,我国对于NFT交易平台的分类分级应当按照如下两个步骤进行:一是根据经营模式的

不同, 将 NFT 交易平台分为技术服务提供者、技术服务提供者兼内容服务提供者两种类型; 二是从活跃用户规模、限制能力、经济体量三个维度, 将 NFT 交易平台分为超级平台、大型平台和中小平台。

(二) 平台义务梯度承担

分类分级便于针对不同类型 NFT 交易平台精细化分配各自义务。当 NFT 交易平台作为内容服务提供者和技术服务提供者时, 具有严格的内容审查义务。作为新型技术服务提供者时, 构成中小平台的 NFT 交易平台, 可以仅承担一般注意义务; 构成超级平台或大型平台的 NFT 交易平台, 具备较高的技术水平, 且服务方式较多和信息处理能力较强, 若要求其承担一般注意义务, 不足以满足现实规制需要, 其有责任更加积极主动履行更高的注意义务, 具体包括事前预防义务、事中保障义务、事后止损义务。通过科学划分 NFT 交易平台的义务层级, 建立 NFT 交易事前事中事后环节的全链条保护体系。

在我国上年度年活跃用户不低于 NFT 交易行业总活跃用户数的 10%、具有超强控制交易流程及信息的能力、上年底市值(估值)不低于十亿元的 NFT 交易平台可以认定为超级平台。NFT 交易超级平台在事前阶段, 应用检测算法技术、防拷贝技术、数字水印技术、内容过滤技术等, 自动甄别疑似侵权信息。NFT 铸造前, 平台有义务进行必要说明和形式审查, 对申请铸造的用户强调侵犯著作权的危害和可能承担的侵权法律后果, 待用户确认知晓后方可开始铸造, 上传的作品内容由平台查验, 主要检查著作权人身份信息、作品信息、权属证明等是否齐全、有无矛盾或明显错误, 预防侵权行为发生的可能。事中阶段, 平台应当建立完备的投诉处理机制和风险应对机制, 保证在 NFT 交易过程中, 实时评估交易内容是否对著作权人的权利造成威胁, 快速及时接收并反馈每一条投诉通知。事后阶段, 平台收到著作权人通知后及时对初步侵权材料进行实质审查, 包括搜索查证材料的真实性、合法性和有效性, 筛选明显不构成侵权的恶意通知。平台的审查过程不要求以专业角度对作品构成要件

及侵权认定环节的实质性相似予以判断, 对于权利人或被控侵权人未提供的必要证明材料应当主动告知补充, 补充后再次进行实质审查。

在我国上年度年活跃用户不低于 NFT 交易行业总活跃用户数的 5%、具有较强控制交易流程及信息的能力、上年底市值(估值)不低于一亿元的 NFT 交易平台可以认定为大型平台。NFT 交易大型平台相较超级平台而言, 义务较轻, 具体表现在事前阶段仅负责向用户释明法律后果和对材料进行形式审查, 不苛求采用技术防范措施; 事中阶段负责建立有效的投诉处理机制, 不负有降低风险的义务; 事后阶段要求其从外观上推断初步侵权材料的真实性、合法性和有效性, 无须比对核实内容。对于具有一定活跃用户规模、有限限制能力、有限经济体量的 NFT 交易中小平台, 仅以善良管理者角度承担一般注意义务即可。

(三) 违反义务的侵权责任承担

当 NFT 交易平台不是侵权内容的服务提供者时, 交易平台基于故意或重大过失违反应尽义务, 构成间接侵权, 应当承担连带责任。根据《中华人民共和国著作权法》第 52 条规定, 侵权责任的承担方式为停止侵害、消除影响、赔礼道歉、赔偿损失等。著作权人以 NFT 交易平台违反义务为由, 提出的诉讼请求主要有要求其承担停止侵害和赔偿损失等两种侵权责任。

著作权侵权纠纷中, 停止侵害责任理应由具体侵权人承担, 但 NFT 交易平台中的用户真实信息一般无法被著作权人掌握, 著作权人往往选择以平台为被诉对象。区块链技术具有不可变性, 侵权信息一旦在区块链上铸造, 目前无法再次编辑和修改, 且难以删除。平台若要真正达到停止侵害的法律效果, 唯有删除 NFT 代表的元数据代码, 而区块链社区讲求自治性, 删除行为需要区块链上超过 51%算力的节点共同^[37]完成。若每次侵权行为发生即动用区块链大部分节点, 不仅要花费巨大成本, 还会破坏平台运行的稳定, 不合乎比例原则。因此, NFT 交易平台在承担停止侵害责任时, 可以将侵权信息的访问地址发送至无法解锁的黑洞。进入黑洞地址后 NFT 实际上仍然

存在,但无法被读取或再次进行交易^[38],从而达到制止侵权损害进一步扩大和再次发生的目的。

赔偿损失主要应根据著作权人的实际损失或平台的侵权获利确定数额,辅之以著作权人因制止侵权所支付的合理费用。著作权人的实际损失可以参照在侵权行为持续期间,非数字化的现实作品复制品的销量与利润乘积,或者参照应当收取的作品合理许可费。著作权人的实际损失难以举证的,可以计算 NFT 交易平台的侵权获利。在允许二次交易的 NFT 交易平台中,用户每次交易需要额外向平台支付佣金或服务费,此项平台赚取的费用扣除必要成本即为利润。在不允许二次交易的 NFT 交易平台中,用户一次性向侵权人支付交易价格、平台未从中获得直接侵权利益的,可以参照平台每次交易平均获得的营业利润或侵权成交价格。在损失或获利的数额无法准确计算时,可以根据平台、著作权人提供的各项参数裁量得出,或参照权利使用费得出。上述计算方式均无法确定时,可以兜底适用法定赔偿方式。

五、结语

NFT 交易平台基于区块链技术,通过智能合约自动实现数字作品所有者信息的转换。因 NFT 交易具备跨境性、自发性、自治性等特征,避风港原则和红旗原则的一般规定已无法及时有效监管 NFT 交易平台。我国对 NFT 交易平台的责任厘定应当与时俱进,建议将 NFT 交易平台分类分级,具体分为技术服务提供者或者技术服务提供者兼内容服务提供者两大类型, NFT 交易超级平台、NFT 交易大型平台、NFT 交易中小平台三种级别。按照平台职能和量级的区别,逐级承担相应责任,而非一概以一般注意义务为标准。如此规定,既不会阻碍数字化产业的快速发展,也有利于确保 NFT 交易系统的稳定运行。

针对 NFT 交易平台的法律规制问题,除探讨平台责任边界之外, NFT 交易平台跨境治理、NFT 交易平台与用户的责任分配、平台违约责任与侵权责任竞合等诸多问题同样有待深入研究,以便更加积极主动地迎接虚实共生的互联网 3.0 时代的到来。

注释:

- ① 参见杭州互联网法院(2022)浙 0192 民初 1008 号民事判决书、浙江省杭州市中级人民法院(2022)浙 01 民终 5272 号民事判决书。
- ② 在中华人民共和国最高人民法院(2019)最高法民再 384 号民事判决书中,最高人民法院曾指出《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第九十三条规定,已为人民法院发生法律效力裁判所确认的事实,当事人无须举证证明。人民法院的生效裁判具有既判力,但该效力仅限于生效裁判的判项,对于“本院认为”部分的认定,如有证据可以推翻的,在后裁判不受在先裁判的影响,人民法院可以根据当事人举证情况作出独立认定。
- ③ 有权铸造 NFT 数字作品的主体只有著作权人,在允许二次交易的 NFT 交易平台中,有权销售 NFT 数字作品的主体包括收藏家和著作权人,在不允许二次交易的 NFT 交易平台中,有权销售 NFT 数字作品的主体仅包括著作权人。
- ④ 国内 NFT 交易平台没有像 CoinCarp 全球加密货币行业大数据平台一样作出相对官方权威的评估报告,因此,由腾讯、三个皮匠报告等网站推送的相关内容综合对比选出 5 个国内 NFT 交易平台,详见 <https://www.sgpjbg.com/info/40750.html>, <https://new.qq.com/rain/a/20211014A0441Q00>, 于 2022 年 9 月 28 日访问。
- ⑤ 《关于加快推动区块链技术应用和产业发展的指导意见》(工信部联信发〔2021〕62 号)、《金融科技发展规划(2022—2025 年)》(银发〔2021〕335 号)等文件强调联盟链技术的发展和建设。
- ⑥ 例如广州知识产权法院(2021)粤 73 民终 2481—2483 号民事判决书、北京知识产权法院(2017)京 73 民终字 1194 号民事判决书等。
- ⑦ 例如“北京爱奇艺科技有限公司等与上海七牛信息技术有限公司不正当竞争纠纷上诉案”,法院认为侵权责任法设立的“避风港原则”包含了提供网络接入、信息传输、存储空间、信息搜索、链接等各类网络服务的提供者。详见江苏省高级人民法院(2019)苏民终 778 号民事判决书。

参考文献:

- [1] JERVIS F. From economization to tokenization: New forms of economic life on-chain [EB/OL]. (2019-04-20) [2022-09-18]. https://www.researchgate.net/publication/331985226_From_Economization_to_Tokenization_New_forms_of_economic_life_on-chain.

- [2] NOTARO A. All that is solid melts in the ethereum: the brave new (art) world of NFTs[J]. *Journal of Visual Art Practice*, 2022, 21(4): 359-382.
- [3] 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.
- [4] KUGLER L. Non-fungible tokens and the future of art[J]. *Communications of the ACM*, 2021, 64(9): 19-20.
- [5] 张新平. 以平台为重点: 网络社会法律治理的新思路[J]. *中南大学学报(社会科学版)*, 2022, 28(2): 116-123.
- [6] 梁正, 余振, 宋琦. 人工智能应用背景下的平台治理: 核心议题、转型挑战与体系构建[J]. *经济社会体制比较*, 2020(3): 67-75.
- [7] 杨显滨. 搜索引擎服务提供者的注意义务[J]. *法商研究*, 2022, 39(3): 30-41.
- [8] 宁园. 网络服务提供者著作权侵权中的双重注意义务[J]. *重庆大学学报(社会科学版)*, 2020, 26(5): 156-166.
- [9] 马更新. “通知一删除”规则的检视与完善[J]. *政治与法律*, 2022(10): 147-160.
- [10] 王立梅. 网络空间下避风港原则的完善与网络服务提供者责任分类[J]. *江西社会科学*, 2020, 40(5): 157-167, 256.
- [11] 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.
- [12] 尹志强, 马俊骥. 网络平台经营者“应当知道”要件之重新检视[J]. *华东政法大学学报*, 2020, 23(6): 61-72.
- [13] 张惠彬, 张麒. NFT 艺术品: 数字艺术新形态及著作权规则因应[J]. *科技与法律(中英文)*, 2022(3): 42-50.
- [14] 吴烨. 论智能合约的私法构造[J]. *法学家*, 2020(2): 1-13, 191.
- [15] What are the top 10 NFT marketplaces? [EB/OL]. (2021-08-10)[2022-09-27]. <https://www.coinarp.com/learn/what-are-the-top-10-nft-marketplaces/>.
- [16] POPESCU A. Non-fungible tokens (NFT)-innovation beyond the craze[C]//AHMED R. *Proceedings of Engineering & Technology*. Sousse: International Centre for Innovation & Development, 2021: 26-30.
- [17] 苏志甫. 网络著作权保护法律适用问题研究——以法院相关判例为切入点[J]. *知识产权*, 2015(6): 41-47.
- [18] 马一德. 网络服务商提供搜索链接行为之侵权责任[J]. *法学评论*, 2017, 35(3): 55-63.
- [19] PISAREVSKY A. Cope-ing with the future: An examination of the potential copyright liability of non-neutral networks for infringing internet content[J]. *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, 2006, 24(3): 1359-1394.
- [20] 王胜明. 中华人民共和国侵权责任法解读[M]. 北京: 中国法制出版社, 2010: 189.
- [21] 最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组. 中华人民共和国民法典侵权责任编理解与适用[M]. 北京: 人民法院出版社, 2020: 263.
- [22] 杨加明. 网络著作权刑法保护研究[M]. 北京: 知识产权出版社, 2019: 130.
- [23] 王莹. 网络信息犯罪归责模式研究[J]. *中外法学*, 2018, 30(5): 1302-1323.
- [24] GOLDNICK L. Coddling the internet: How the CDA exacerbates the proliferation of revenge porn and prevents the meaningful remedy for its victims[J]. *Cardozo Journal of Law & Gender*, 2015, 21(2): 583-630.
- [25] CARROLL R. NFTs: The latest technology challenging copyright law's relevance within a decentralized system[J]. *Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal*, 2022, 32(4): 979-1009.
- [26] EVANS T M. The genesis of creative justice on the blockchain to disintermediate creativity[J]. *Lewis & Clark Law Review*, 2022, 26(1): 219-228.
- [27] 丁春燕. 区块链上网络言论治理的技术驱动模式[J]. *法学杂志*, 2020, 41(7): 132-140.
- [28] 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, 37(3): 81-95.
- [29] HOFMANN A, GWINNER F, WINDKELMANN A, et al. Security implications of consortium blockchains: the case of ethereum networks[J]. *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, 2021, 12(4): 347-359.
- [30] SAMREEN N F, ALALFI M H. Reentrancy vulnerability identification in ethereum smart contracts[C]// IEEE. 2020 IEEE International Workshop on Blockchain Oriented Software Engineering (IWBOSE). London: the Institute of Electrical and Electronics Engineers, 2020: 22-29.
- [31] 吴汉东. 知识产权领域的表达自由: 保护与规制[J]. *现代法学*, 2016, 38(3): 3-15.
- [32] ASP E M. Section 512 of the digital millennium copyright act: User experience and user frustration[J]. *Iowa Law Review*, 2018, 103(2): 751-784.
- [33] 张金平. 元宇宙对著作权法的挑战与回应[J]. *财经法学*, 2022(5): 54-69.
- [34] 曹阳. 知识产权间接侵权责任的主观要件分析——以网络服务提供者为主要对象[J]. *知识产权*, 2012(11): 24-37.
- [35] 冯术杰. 论网络服务提供者间接侵权责任的过错形态[J]. *中国法学*, 2016(4): 179-197.

- [36] European Commission. The Digital Services Act package [EB/OL]. (2018-09-03) [2022-11-05]. <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/digital-services-act-package>.
- [37] Verge Money Team. Opensea User Statistics[EB/OL]. (2022-08-20)[2022-11-08]. <https://vergemoney.com/opensea-user-statistics/>.
- [38] NFT Sweep. OpenSea Valuation Skyrockets to \$13.3 Billion[EB/OL].(2022-01-14)[2022-11-07]. <https://nftsweep.io/opensea-valuation-skyrockets-to-13-3-billion/>.
- [39] 丁春燕. 区块链上网络言论治理的技术驱动模式[J]. 法学杂志, 2020, 41(7): 132-140.
- [40] KIM B, KIM H J, LEE J. First smart contract allowing cryptoasset recovery[J]. KSII Transactions on Internet and Information Systems (TIIS), 2022, 16(3): 861-876.

Liability of NFT trading platforms: Legal nature, imputation principles and boundaries

YU Fenglei, YAO Mengyuan

(School of Law, Tianjin University, Tianjin 300072, China)

Abstract: As a new type of online trading platforms, NFT trading platforms mainly have such problems as unclear legal definition, fuzzy principle of responsibility determination, and unclear boundary of responsibility. According to the different business models of trading, the NFT trading platforms are classified into different types: NFT trading platforms of registration system and application system belong to the new technology service provider, and the NFT trading platforms of invitation system belong to the new technology service provider, or the new technology service provider and content service provider, depending on the situation. Due to the non-variability of NFT, NFT trading platforms cannot fulfill the deletion obligation stipulated in the safe harbor principle. In order to actually achieve the purpose of preventing the possible or controlling the expansion of infringement, the deletion obligation should be transformed into the review obligation, and the content of active review and passive review content should be added and strengthened. In terms of responsibility, NFT trading platform should be classified, graded, and scientifically delineated in the boundaries of responsibility. NFT trading super platforms and NFT trading large platforms should assume a higher duty of care, while NFT trading small and medium platforms the general duty of care.

Key Words: NFT trading platforms; technology service provider; safe harbor principle; duty of care

[编辑: 苏慧]