

公有领域作品 NFT 化？探究文博类作品数字化的权利问题

作者：何玮 | 周文杰

自 2021 年诞生以来，NFT 的市场规模不断扩大，将古画或文物制作作为 NFT 产品日益成为一个热门话题。例如国内某知名数字藏品平台近期推出了“宝藏计划”，将馆藏文物、古画等制作成数字藏品，吸引了诸多公众关注。

细致观察“宝藏计划”中藏品介绍可以发现，文博类数字藏品存在多种创作和发行模式，其中既有博物馆参与，也有公司甚至个人的身影。很多人可能认为，馆藏作品多为已经过了著作权法保护期的作品，因此文博类 NFT 是不是所有人都可以发行且风险较低？答案可能并没有那么简单。下面就让我们探讨文博类作品 NFT 运作背后的法律问题。

一、文博类 NFT 的创建及参与者

首先需要了解的是，文博类 NFT 产品是如何创造出来的，而其背后又会涉及到哪些参与主体。

NFT，本质上为影射链上资产的通证，并通过依附于现有的区块链，使用智能合约来进行交易和记录。因此，每一个 NFT 将绑定一个具体的藏品（可以是线上或线下资产），而其背后的智能合约则可以用于验证该等藏品的真实性和所有权。

对于文博类 NFT 而言，绑定的具体藏品实际上并不是线下的馆藏文物本身，而是针对馆藏文物创作出的数字化作品。因此，创建文博类 NFT 可能涉及多方主体：

- 创作者，即馆藏文物的数字化作品的创作主体，其需要完成从线下实物到线上可上传内容的转变，转变形式可能包括照片、图画、视频、3D 模型等数字化作品；
- 发行方：主要负责在区块链设置 NFT 的智能合约，然后将创作者形成的数字化作品，以及作品名称、作品描述及特有信息构成元数据后上链，发行方亦会在发行时选择发行 NFT 的具体数量；
- 交易平台：作为 NFT 发行和交易的端口，提供 NFT 生成服务并对 NFT 进行展示和销售。在 NFT 生成和交易过程中，交易平台可能会收取 Gas Fee。

观察主流交易平台可以发现，在很多情形下，文博类 NFT 的创作者与发行方身份是分离的。以“宝藏计划”中藏品为例，创作及发行主体包括以下类型：（1）由馆藏博物馆及其下属单位同时担任创作者和发行方，但该等情形较为少见；（2）由馆藏博物馆及其下属单位担任创作者，并由第三方企业进行发行；（3）由个人或企业担任创作者，并由第三方进行发行。除了创作及发行主体存在多种模式，文博类数字藏品的形态

亦多种多样，例如对文物或画作的精准复制或高清拍摄、对文物进行 3D 建模、基于文物元素进行的衍生创作等等。事实上，就精准复刻类的数字藏品而言，馆藏博物馆即使并非创作者或发行方，亦可能被列为“授权及监制方”。那么，对于已经超出了版权保护期限的文博类作品，馆藏博物馆授予的到底是什么权利呢？

二、数字化作品的权利是关键

对于已经超过版权保护期的文博类作品，馆藏博物馆对外授予的通常是对该等作品进行摄影、录像等二次创作之后形成的数字化作品的使用权。与一般 NFT 作品的核心在于发行环节不同，文博类 NFT 的核心竞争力和难点在于如何合法、有效地对馆藏文物进行实物到数字化作品的转变。根据国家文物局发布的《博物馆馆藏资源著作权、商标权和品牌授权操作指引（试行）》¹第 1.5 条，馆藏资源著作权是指博物馆馆藏资源构成作品而依法产生的专有权利，其中包括：属于馆藏资源的作品，该作品仍处于著作权保护期内、且博物馆拥有对其处置权而获得的著作权；博物馆对馆藏资源以摄影、录像、数字化扫描等方式进行二次创作而获得的作品的著作权。由此可以看出，尽管博物馆对于其馆藏的已经过了著作权保护期的藏品不直接享有著作权，但是其对于基此形成的数字化作品享有著作权。

当然，在司法实践中，关于文博类作品的“数字化内容”本身是否构成著作权法意义上的作品，存在一定的争议。一般而言，数字化作品是否构成著作权法意义上受保护的作品，取决于该等作品中是否融入了数字化创作者的艺术表达和创造力。

平面到平面的拍摄被认定为不具有创造性的风险较大。例如，在某文化传播有限公司与某文化传承发展机构等著作权权属、侵权纠纷²案中，法院认为，在涉案的对佛像进行摄影形成的图片中，部分摄影图片系对两幅壁画拍照而来，这种从平面到平面的拍摄行为应属于对两幅壁画的翻拍行为，尚无法体现摄影师在拍照过程中对壁画拍摄的角度、光线、距离远近等因素具有一定的个性化选择、判断，摄影师所拍摄出的壁画花纹、图案与其对应的壁画在视觉上无显著差异，不具有独创性。

平面到立体，或者立体到平面的拍摄或复现，更能体现拍摄者/后期制作者对作品呈现方式的巧妙构思，因而更可能被认定为构成《著作权法》意义上的作品，未经授权的使用仍有可能构成著作权侵权。例如在上述同一案件中，法院认定，部分摄影图片是摄影师通过对塑像的选择、灯光阴影的映衬、润色、照片的剪辑或者艺术处理工具的使用拍摄得来，塑像本是立体形象，摄影师通过从立体到平面的拍摄方式体现其艺术表达和创造力，也反映了拍摄师对拍摄的角度、光线、距离远近等因素的个性化选择和判断，故可以认定为个人智力创作成果，构成著作权法意义上的摄影作品。再例如，在某网络科技有限公司与某旅行社有限公司侵害作品信息网络传播权纠纷³案中，法院认为，摄影作品是指借助器械在感光材料或者其他介质上记录客观物体形象的艺术作品。著作权法保护的是作品的表现形式，该表现形式应当具备独创性。摄影作品的独创性主要表现在作者在拍摄过程中根据所拍摄对象的不同特性，选取了不同的场景、角度、光线和拍摄手法，体现了作者的创造性劳动，而非简单的机械性记录。原告对于四匹青铜马拉车的展览文物拍摄的照片，体现了作者对静物拍摄时取景角度、明暗光线的选择，具有独创性，属于我国著作权法保护的摄影作品。经比对，被告使用的图片与原告摄影作品基本无差异，在未能举证合理来源的情形下，认定被告使用了原告主张的作品，从而认定被告侵犯了原告摄影作品的著作权。

此外，将古画或文物转化为 3D 模型或动态视频的过程往往具有较高的独创性，被认定为著作权法保护

¹ 该指引为推荐性规范文件，并非强制性规定，博物馆可根据自身情况进行参考。

² （2019）浙 8601 民初 1752 号。

³ （2020）沪 0115 民初 87263 号。类似案件还有（2020）湘 01 民终 12005 号，（2018）粤 0104 民初 21115 号，（2012）郑民三初字第 809 号等。

的作品的可能性较高。例如，在某房地产开发有限公司诉某传媒有限公司等著作权侵权纠纷⁴案中，法院认为，涉案的3D版《清明上河图》虽以张择端的《清明上河图》为基础再次创作，场景、人物设置等都以《清明上河图》原画为参照，但如何还原画作的场景、建筑的构建、人物服装等有作者的主观能动性，在此基础上创作者赋予部分人物、场景动态的效果，并依据配乐、情境氛围等进行视觉创意设计，形成音、画合一的视听结构，同时在艺术处理上运用光线、色彩、构图等变幻组合，并通过三维动画、数码编剪等技术处理，凝聚了造型、摄影、剪辑、灯光等创造性劳动，是视听结合的一种艺术形式，符合《中华人民共和国著作权法实施条例》第二条、第四条第十一项的作品独创性及艺术美感的要求，属著作权法规定的以类似摄制电影的方法创作的作品，依法应受我国著作权法保护。

对比之下，对文物的简单翻拍、翻录、拓印等行为可能被法院认定为复制行为，由此形成的数字化内容不构成著作权法下被保护的作品。例如，某报业集团与某文化有限公司著作权权属、侵权纠纷⁵案件中，就被控侵权的文章中使用的静态文物图片，法院认为照片表达的内容主要是客观、真实地再现文物原貌，缺少拍摄者的独特表达，不宜认定为摄影作品。再例如，在张某、陈某某等与李某某等著作权权属、侵权纠纷⁶案件中，原告主张被告在所著书籍中未经许可使用了其根据古画像砖拓印的图案，侵犯其著作权。法院认为，涉案古画像砖图案是由拓印而来，该行为是对古画像砖上的砖文、砖饰、砖画的复制行为，即使在拓印的过程中，拓印者对本标及古画像砖有个性化的选择、判断以及高超的拓印技巧和艺术品味，但各因素均与美术作品的独创性判断无关，其所拓印出的涉案古画像砖图案与其相对应的古画像砖上的砖文、砖饰、砖画在视觉上并无显著差异，不具有独创性，从而认定使用古画像砖图案未侵犯原告的著作权。

由上述案例可以看出，即使是对文物而言，数字化内容中如果包含了创作者的巧妙构思，例如拍摄选取了不同的场景、角度、光线和拍摄手法，或制作模型或动态视频时引入了造型、色彩、人物动作、还原场景等创造性内容，则该等数字化内容可能构成著作权法下保护的作品，未经著作权人许可使用仍有可能构成著作权侵权。实践中，尽管馆藏作品的数字化内容是否具有独创性存在争议，目前世界上大部分博物馆还是都将其作为版权作品加以管理、运营，对于低分辨率的数字化内容，有的博物馆会开放给公众免费使用，但就高分辨率的数字化内容而言，大部分博物馆要求使用者必须另行取得其授权。

三、文博类作品 NFT 化的其他注意点

在创建文博类 NFT 时，较为稳妥的方式为，对已经形成数字化作品的文物，联系馆藏原件的博物馆或相关数字化作品权利人获取数字化作品的授权。实践中，国内各博物馆大多也提供影像授权的联系渠道，例如故宫博物院在其官网提供了明确的音像资料授权服务的联系方式和申请表（https://www.dpm.org.cn/bottom/apply_image）。当然，对于部分文物而言，若发行方希望开发新的数字化作品（例如3D扫描、动态化等），则需要另行取得馆藏博物馆同意。

根据《中华人民共和国文物保护法实施条例（2017第二次修订）》第三十五条，为制作出版物、音像制品等拍摄馆藏文物的，应当征得文物收藏单位同意，并签署拍摄协议，明确文物保护措施和责任。且文物收藏单位应当自拍摄工作完成后10个工作日内，将拍摄情况向文物行政主管部门报告。因此，自行对馆藏文物进行数字化并用于 NFT 发行与普通观众的拍摄行为具有显著的不同，实践中仍需要取得馆藏博物馆的明确同意并签订协议，且将该等拍摄情形报告给文物行政主管部门。

⁴（2017）粤20民终2371号。

⁵（2020）浙0203民初1034号。

⁶（2019）浙8601民初1543、1542号。

在对文物进行数字化的过程中，还需遵守文物保护的相关规定⁷，确保在数字化过程中不会对文物造成任何损害。事实上，在文物拍摄过程中存在损害文物的风险，例如《中国美术全集玉器卷》拍摄工作人员在河南省博物馆拍摄文物过程中，将一件商代的玉钺打碎（二级品），造成难以弥补的重大损失⁸。

目前市场上古画或文物 NFT 产品的发行方，往往会与拥有古画文物实物的博物馆和私人收藏家进行合作。合作不仅可以降低潜在的侵权风险，亦可以帮助发行方在各个阶段取得更多的商业优势，例如，在创作阶段可以“近水楼台先得月”，对其馆藏进行近距离、全方位、高清晰度的拍摄或扫描，更好地还原馆藏文物的原貌和神态。在发行和宣传环节，博物馆和藏家可以帮助发行方书写文博类 NFT 产品背后的文化故事，参与文博类 NFT 的宣传活动，从而在火热的 NFT 市场上取得更大的竞争优势。

⁷ 例如，《中华人民共和国文物保护法（2017 修正）》第四十六条规定，复制、拍摄、拓印馆藏文物，不得对馆藏文物造成损害。

⁸ 援引自《关于加强文物影视、照片拍摄管理工作的通知》，国家文物局，1991 年 10 月 30 日发布。

特别声明

汉坤律师事务所编写《汉坤法律评述》的目的仅为帮助客户及时了解中国或其他相关司法管辖区法律及实务的最新动态和发展，仅供参考，不应被视为任何意义上的法律意见或法律依据。

如您对本期《汉坤法律评述》内容有任何问题或建议，请与汉坤律师事务所以下人员联系：

何玮

电话： +86 755 3680 6589

Email: vivian.he@hankunlaw.com