

## 为橘，为枳?数字藏品之法律解读

作者：潘永建 | 左嘉玮

2022年8月9日，国家互联网信息办公室(“网信办”)发布《国家网信办集中整治涉虚拟货币炒作乱象》。该文指出，按照《关于进一步防范和处置虚拟货币交易炒作风险的通知》精神，网信办清理处置大批诱导网民进行“虚拟货币”“虚拟资产”“数字资产”投资的信息内容、账号和网站，并表示下一步将加强对虚拟货币相关非法金融活动的打击力度。

基于国外 NFT 而在国内发展起来的数字藏品行业方兴未艾，其将蓬勃发展，抑或重蹈 P2P “江南为橘，江北为枳”之覆辙?源于区块链技术的 NFT 数字藏品在法律上应当如何定性，是否会落入此次网信办的打击对象?本文将从法律合规角度，解读 NFT 数字藏品涉及的主要法律问题与国内监管趋势。

### 目录

1. 数字藏品相关概念	2
1.1 FT, Fungible Token	2
1.2 NFT, Non-Fungible Token	2
1.3 数字藏品	2
1.4 铸造(币)	3
2. 金融属性	3
2.1 虚拟货币	3
2.2 证券	4
3. 法律风险	5
3.1 所有权/知识产权归属	5
3.2 知识产权侵权	6
4. 平台资质	6
4.1 区块链服务安全评估与备案	6
4.2 增值电信业务经营许可	6
4.3 其他业务资质	7
4.4 交易所资质	7
5. 展望与结语	7

.....  
如您需要了解我们的出版物,  
请联系:

Publication@linksllaw.com

## 1. 数字藏品相关概念

### 1.1 FT, Fungible Token

与NFT对应的一个概念是FT(同质化代币),即人们通常所说的基于区块链技术的加密货币,例如比特币、以太币等。加密货币是同质化的,彼此之间可以相互交易或交换,没有种类和品质差别,并且易于分割,例如比特币的最小单位是0.00000001BTC,可以实现小数点后八位的精确分割。<sup>1</sup>

与传统货币类似,加密货币通常在商品交换过程中作为一般等价物使用。

### 1.2 NFT, Non-Fungible Token

NFT,即非同质化代币,NFT通常使用与加密货币类似的底层技术进行编码,但NFT与加密货币使用不同的编码标准(大部分基于以太坊合约的代币使用ERC-20标准开发;而NFT使用ERC-721、ERC1155等不同的代币标准)。ERC-721标准下,每个NFT均通过一个独特的256位ID进行标识,具有独一无二、不可替代、不可分割等特点。

基于上述特点,NFT可作为一种数字资产凭证,用于记录艺术品、音乐、收藏品甚至是现实世界物品等资产的权利归属,其指向的资产又被称为“底层资产”。

### 1.3 数字藏品

在我国,NFT常见于作品、艺术品等领域的应用,即NFT所链接的底层资产通常为数字化形式存在的作品(“数字作品”)。为了进一步淡化NFT的金融属性,业界通常将其称为“数字藏品”。国家新闻出版署科技与标准综合重点实验室区块链版权应用中心发布的《数字藏品应用参考》将数字藏品定义为“数字出版物的一种新形态”——数字藏品将作品映射到区块链上,生成链上唯一的所有权或使用权的数字凭证,旨在实现作品真实可信的发行、收藏、使用和流转。

本质上,数字藏品是NFT的一种特殊形态,在金融属性、开放程度等方面均有一定程度降低,是国内对于NFT本土化、合规化探索的成果。总体而言,与国外NFT相比,国内的数字藏品存在以下区别<sup>2</sup>:

- 1) 根据区块链的开放与匿名程度,可以分为公链、联盟链、私链三种模式。国外NFT平台基于公链,对所有人开放,任何人均可不受监管地参与NFT的铸造与交易;而国内的数字藏品平台大部分基于联盟链,数字藏品的铸造与交易受到平台的监管。

<sup>1</sup> 参见关靖远、尹文渊:《比特币的货币属性及发展方向初探》,《时代金融》2014,(24)。

<sup>2</sup> 参见人民网:《数字藏品=NFT?有关联更有本质区别》,2022-06-16。

- 2) 国外NFT可以通过交易所(如Opensea等)自由流通, NFT的购买者关注的是流通后的投资回报, 具有明显的金融属性; 而我国数字藏品在二级市场的流通受到限制, 并且不同平台之间目前无法跨链互通, 故更加强调数字藏品本身的收藏、审美属性。
- 3) 国外NFT通常使用比特币、以太币等加密货币进行交易, 而国内正规数字藏品平台与加密货币完全“脱钩”, 仅可通过人民币进行结算流通。

#### 1.4 铸造(币)

NFT并非数字作品本身, 而只是一个抽象的信息记录, 通过元数据(metadata)关联到原始作品。由于使用区块链存储数据的成本较高, NFT底层资产通常托管在链下的其他位置(如云存储或分布式存储系统IPFS等), 并在NFT中通过元数据引用。元数据文件中有NFT的名称、详细描述、以及其对应的数字作品(音乐、图片等)的存储地址等信息。

基于数字作品创建NFT, 并将其部署到区块链上的过程被称为铸造(mint)。在公链NFT模式下, 通过支付一定的“gas费”<sup>3</sup>, 任何人都可以将数字作品“铸造”成NFT并在市场上出售。NFT链接的数字作品一般使用IPFS(星际文件系统)等去中心化协议保存, 其由来自全球各地的存储节点组成, 可以有效保证数据的可用性。

需要注意的是, 如前文所述, 目前国内数字藏品平台多基于联盟链, 因此在铸造和流通上均有一定的准入和审核机制, 并且大多仍使用传统的中心化存储模式, 这意味着如果服务器发生故障或平台停止运营, 数字藏品对应的数字作品可能将不复存在, 导致特定NFT可能一文不值。<sup>4</sup>

为便于表述, 以下将NFT与数字藏品统称为NFT数字藏品。

## 2. 金融属性

### 2.1 虚拟货币

2021年9月15日, 中国人民银行会同网信办等十部门印发《关于进一步防范和处置虚拟货币交易炒作风险的通知》(银发〔2021〕237号, “《237通知》”), 明确比特币等“虚拟货币”不具有法定货币地位, 并禁止金融机构开展和参与法定货币与虚拟货币兑换、代币发行融资以及虚拟货币衍生品交易等相关业务。

《237通知》指出, 具有非货币当局发行、使用加密技术、分布式账户或类似技术、以数字化形式存在等特点的虚拟货币, 如比特币、以太币等, 包括泰达币等所谓稳定币, 均不具有与法定货币同等的法律地位, 不能作为货币在市场上流通。

<sup>3</sup> 即支付给区块链上各节点的报酬, 本质为能源的价格。

<sup>4</sup> 参见邓建鹏, 张祎宁: 《非同质化通证的法律问题与应对思考》, 《民主与科学》2022,(02)。

从形式上看, NFT数字藏品与加密货币具有许多相似的特征, 如均使用加密技术、分布式账户、以数字化形式存在等。然而, 由于非同质化的特点, NFT数字藏品在实践中不具有度量价格的功能、无法作为商品流通过程中的一般等价物使用, 与加密货币存在本质上的区别。例如, 在Opensea等交易市场, 用户可以通过以太币支付NFT数字藏品的价格, 但无法通过一个NFT数字藏品在市场中购买另一个NFT数字藏品。因此一般而言, NFT数字藏品不应被认定为虚拟货币。

## 2.2 证券

1946年, 美国最高法院在SEC(美国证券交易委员会)诉Howey案<sup>5</sup>中, 阐述了判断特定交易是否构成证券发行的标准, 即“豪威测试”。具体而言, 如果同时满足以下四个条件就属于美国证券法的调整对象:

- 1) 属于金钱投资;
- 2) 投资于共同事业(common enterprise);
- 3) 存在利润预期;
- 4) 不直接参与经营, 寄希望于他人的努力而获取利润。

由于NFT数字藏品是非同质化的, 表面上似乎不符合证券的定义。然而根据美国SEC观点, 特定类型的NFT数字藏品可能将会被认定为证券从而纳入其监管范围, 并正在重点调查可拆分的NFT数字藏品(F-NFT, Fractional NFT)。<sup>6</sup>F-NFT协议允许将一个完整NFT数字藏品拆分为许多个与原始NFT数字藏品相关联的F-NFT, 每个F-NFT的持有者可以按比例共享原始NFT数字藏品的权益, 并可以在市场中流通。

在我国, 《证券法》规定, “在中华人民共和国境内, 股票、公司债券、存托凭证和国务院依法认定的其他证券的发行和交易, 适用本法”, <sup>7</sup>故在被依法认定为证券之前, NFT数字藏品不属于《证券法》的调整对象。尽管如此, 我国对于NFT数字藏品的金融化证券化倾向一直保持高度重视。2022年4月, 中国互联网金融协会、中国银行业协会、中国证券业协会联合发布《关于防范NFT相关金融风险的倡议》(“《倡议》”), 提出会员单位应自觉遵守以下行为规范:

- 1) “不在NFT底层商品中包含证券、保险、信贷、贵金属等金融资产, 变相发行交易金融产品”;
- 2) “不通过分割所有权或者批量创设等方式削弱NFT非同质化特征, 变相开展代币发行融资(ICO)”;
- 3) “不为NFT交易提供集中交易(集中竞价、电子撮合、匿名交易、做市商等)、持续挂牌交易、标准化合约交易等服务, 变相违规设立交易场所”;
- 4) “不以比特币、以太币、泰达币等虚拟货币作为NFT发行交易的计价和结算工具”;
- 5) “不直接或间接投资NFT, 不为投资NFT提供融资支持”。

<sup>5</sup> S.E.C. v. Howey Co., 328 U.S. 293 (1946).

<sup>6</sup> Business insider: The SEC's 'Crypto Mom' Hester Peirce says selling fractionalized NFTs could be illegal, 2021-03-06.

<sup>7</sup> 《证券法》第二条。

我们理解,《倡议》虽然并非正式的规范性文件,但仍一定程度上可以体现最新的监管动向。企业在NFT数字藏品相关项目中如涉及上述行为,很可能被认定为从事非法金融活动而受到处罚。

### 3. 法律风险

#### 3.1 所有权/知识产权归属

NFT数字藏品本身只是一段代码,其价值的基础主要来源于所链接的文学、艺术和科学作品。典型模式下,在NFT数字藏品交易发生之后,买方获得的只是对于加密数字凭证的所有权(或使用权),而并不当然导致对应的数字作品的所有权或著作权发生变化。

买方是否可以受让数字作品的著作权或获得授权许可,取决于双方在合同中的具体约定。国外部分NFT数字藏品发行方授予购买者广泛的权利,例如BYAC项目(Bored Ape Yacht Club, 无聊猿)的官方为NFT数字藏品的持有者开放完全的商业授权,允许其使用、复制和展示所购买的数字作品,并可以生成和销售衍生产品<sup>8</sup>;而国内NFT数字藏品平台大多对用户授权持谨慎态度,例如阿里旗下的“鲸探”平台在《服务协议》中约定用户“不得将数字藏品用于任何商业用途”,并对NFT数字藏品的二次交易进行严格限制。

《蚂蚁链数字藏品平台用户服务协议》 20220706 版本

4.1.6 您理解并同意,数字藏品的版权由发行方或原创作者拥有。除另行取得版权权利人书面同意外,您不得将数字藏品用于任何商业用途。除平台规则或平台功能允许外,您获得的数字藏品应仅用于自身收藏、学习、研究、欣赏和展示目的,不得用于任何其他目的。

4.1.7 我们严格禁止您利用数字藏品进行售卖、炒作、场外交易、欺诈或以任何其他非法方式进行使用。

总体而言,我国NFT数字藏品目前的发行模式可以分为两种<sup>9</sup>:

- 1) 区块链作品版权。主要指将通过上链确权、认证的作品的全部或部分财产权转让、交易,表现形式为整体、单份的作品版权销售;
- 2) 区块链数字出版产品。主要指将通过上链确权、认证的作品,经网络出版后,以限量、多份的区块链数字出版产品形式销售。

上述两种产品均能以与实物或权益附加、融合的方式进行销售。

<sup>8</sup> 参见 BYAC 官方条款 OWNERSHIP 部分第 iii 条“Commercial Use”, <https://boredapeyachtclub.com/#/terms>。

<sup>9</sup> 参见国家新闻出版署科技与标准综合重点实验室区块链版权应用中心:《数字藏品应用参考》。

### 3.2 知识产权侵权

基于区块链和智能合约技术的NFT数字藏品具有难以篡改、可追溯等特征，因而可对链上流通的数字作品予以确权、认证，但并不能确保最初的铸造者对数字作品享有充分的权利。如果平台未对作品的知识产权进行严格审查，则侵权者有可能在未经许可的情况下将他人的作品铸造为NFT数字藏品，一旦如此，平台本身亦可能需要承担相关侵权责任。

例如，在“原告奇策公司与被告某科技公司侵害作品信息网络传播权纠纷”一案中<sup>10</sup>，杭州互联网法院经审理认为，“被告经营的NFT数字作品交易服务平台，未尽到审查注意义务，存在主观过错，其行为已构成帮助侵权”，最终判决被告立即删除涉案平台上发布的NFT作品，并赔偿奇策公司经济损失及合理费用合计4000元。

除此之外，法院指出NFT数字藏品的交易行为可以使“公众在选定的时间和地点获得NFT数字藏品，符合信息网络传播行为的特征”，故不适用发行权的“权利用尽”原则。换言之，NFT数字藏品的二次交易行为仍需取得数字作品权利人的授权许可，对于开放二次交易的NFT数字藏品平台而言，如果未在平台规则中纳入信息网络传播权的相关授权许可条款，则有可能引发相关侵权风险。

## 4. 平台资质

### 4.1 区块链服务安全评估与备案

根据《区块链信息服务管理规定》，区块链信息服务提供者开发上线新产品、新应用、新功能的，应当报国家和省、自治区、直辖市互联网信息办公室进行安全评估。并在提供服务之日起十个工作日内通过国家互联网信息办公室区块链信息服务备案管理系统填报服务提供者的名称、服务类别、服务形式、应用领域、服务器地址等信息，履行备案手续。<sup>11</sup>

截至2022年8月，网信办已公布九批共348个备案编号，其中包括近百家数字藏品相关企业，超过150个数字藏品相关服务。

### 4.2 增值电信业务经营许可

根据《互联网信息服务管理办法》，从事经营性互联网信息服务，应当向省、自治区、直辖市电信管理机构或者国务院信息产业主管部门申请办理互联网信息服务增值电信业务经营许可证。

<sup>12</sup>

<sup>10</sup> 参见杭州互联网法院(2022)浙0192民初1008号民事判决书。

<sup>11</sup> 《区块链信息服务管理规定》第九条，第十一条。

<sup>12</sup> 《互联网信息服务管理办法》第七条。



### 4.3 其他业务资质

根据NFT数字藏品映射的数字作品(指向的美术作品、视听作品等)的具体类型,平台需要取得相应的资质,如《网络出版服务许可证》《信息网络传播视听节目许可证》《网络文化经营许可证》等。

### 4.4 交易所资质

2022年6月,福建省曾发布《福建省清理整顿各类交易场所工作小组关于防范NFT违规风险的提示函》,要求福建省交易场所“不得未经批准从事NFT交易”、“不得发展其他机构违规展业”、“不得违规变相参与NFT活动”,并强调“目前我省尚未批复任何交易场所从事NFT相关业务,交易场所不得擅自上线NFT相关交易品种、违规从事NFT相关交易”。

结合《国务院关于清理整顿各类交易场所切实防范金融风险的决定》《国务院办公厅关于清理整顿各类交易场所的实施意见》<sup>13</sup>等文件的精神,我们预计,未来在设立NFT数字藏品交易所或者开展相关交易业务之前,可能需要事先经过国务院/国务院金融管理部门或省级人民政府批准。

## 5. 展望与结语

2022年6月6日,中共中央办公厅、国务院办公厅印发《关于推进实施国家文化数字化战略的意见》。文中提出“文化产权交易机构要.....与区块链、大数据等技术融合创新,为文化资源数据和文化数字内容的确权、评估、匹配、交易、分发等提供专业服务”,明确了鼓励文化数字相关产业发展创新的大方向。

6月10日,《人民日报》刊发《善用数字藏品拓展应用场景》一文,肯定了NFT数字藏品的正向价值,指出“NFT数字藏品的应用场景正在不断拓展,为人民美好生活需要提供更多选择”。

6月30日,在中国文化产业协会牵头下,近30家机构联合在京发起《数字藏品行业自律发展倡议》,反对二次交易和炒作、提高准入标准成为行业高质量发展的核心共识。

7月12日,上海市政府印发《上海市数字经济发展“十四五”规划》,提出,“支持龙头企业探索NFT(非同质化代币)交易平台建设,研究推动NFT等资产数字化、数字IP全球化流通、数字确权保护等相关业态在上海先行先试”。

<sup>13</sup> 《国务院关于清理整顿各类交易场所切实防范金融风险的决定》(国发(2011)38号)第三条:为规范交易场所名称,凡使用“交易所”字样的交易场所,除经国务院或国务院金融管理部门批准的外,必须报省级人民政府批准;省级人民政府批准前,应征求联席会议意见。未按上述规定批准设立或违反上述规定在名称中使用“交易所”字样的交易场所,工商部门不得为其办理工商登记。《国务院办公厅关于清理整顿各类交易场所的实施意见》(国办发〔2012〕37号)第四、(二)、1条:凡新设交易所的,除经国务院或国务院金融管理部门批准的以外,必须报省级人民政府批准;省级人民政府批准前,应取得联席会议的书面反馈意见。

笔者认为，网信办此次对于“虚拟货币”“虚拟资产”“数字资产”相关炒作内容的整治活动，并不违背国家鼓励发展NFT数字藏品的大方向，并且有助于推动NFT数字藏品的长期发展路径下的合规化、创新化应用。

鉴于NFT数字藏品存在炒作、洗钱和金融产品化等风险，目前监管对于其二次交易仍然保持谨慎态度。出于其非同质化特征，NFT数字藏品天然地具有独特性和稀缺性，一旦开放二级市场，很容易因为不法人员的煽动而引发金融风险。正所谓“打扫干净屋子再请客”，在相关乱象得到整治、大众形成健康理性的理财投资观之后，上海等城市或有望在现有法律框架下，逐步探索和尝试NFT数字藏品的交易机制。



如您希望就相关问题进一步交流, 请联系:



潘永建  
+86 21 3135 8701  
david.pan@llinkslaw.com

如您希望就其他问题进一步交流或有其他业务咨询需求, 请随时与我们联系: [master@llinkslaw.com](mailto:master@llinkslaw.com)

上海

上海市银城中路 68 号  
时代金融中心 19 楼  
T: +86 21 3135 8666  
F: +86 21 3135 8600

北京

北京市朝阳区光华东里 8 号  
中海广场中楼 30 层  
T: +86 10 5081 3888  
F: +86 10 5081 3866

深圳

深圳市南山区科苑南路 2666 号  
中国华润大厦 18 楼  
T: +86 755 3391 7666  
F: +86 755 3391 7668

香港

香港中环遮打道 18 号  
历山大厦 32 楼 3201 室  
T: +852 2592 1978  
F: +852 2868 0883

伦敦

1/F, 3 More London Riverside  
London SE1 2RE  
T: +44 (0)20 3283 4337  
D: +44 (0)20 3283 4323



[www.llinkslaw.com](http://www.llinkslaw.com)



Wechat: Llinkslaw

本土化资源 国际化视野

免责声明:

本出版物仅供一般性参考, 并无意提供任何法律或其他建议。我们明示不对任何依赖本出版物的任何内容而采取或不采取行动所导致的后果承担责任。我们保留所有对本出版物的权利。

© 通力律师事务所 2022