

我不想做虚拟货币：探索一枚 NFT 的合规之路

作者：权威 | 何玮 | 廖瞰曦 | 郑博 | 陈绮新 | 金霄佳

在过去的一年中，如果要问什么是科技圈与投资圈最炙手可热的新宠，NFT 绝对可以和“各路英豪”争争头名。无论是“艺术作品《EVERYDAYS》以近 7,000 万美元成交”、“NBA 某知名小学生花 18 万美元换上 BAYC 头像”等 NFT 交易动态，还是 NBA Top Shot、Axie Infinity 等现象级的 NFT “破圈”应用，均使得 NFT 快速走进了公众的视野。

尽管围绕 NFT 内在价值的讨论始终未曾间断，或视其为无意义的炒作，或认为其开启了加密资产领域的新纪元。但随着时间的推移，越来越多的艺术家、投资机构、头部互联网平台都渐渐放下了原有的保守与观望，纷纷开始入场布局。以 NFT 为基础的全新“赛道”，正在一步步开启“加速”模式。

在本文中，我们将主要从 NFT 的基本介绍、常见交易模式、法律属性、与知识产权的关联以及潜在法律风险等多个角度，与您共同探讨 NFT 技术创新下的合规之路。

一、NFT 的基本介绍

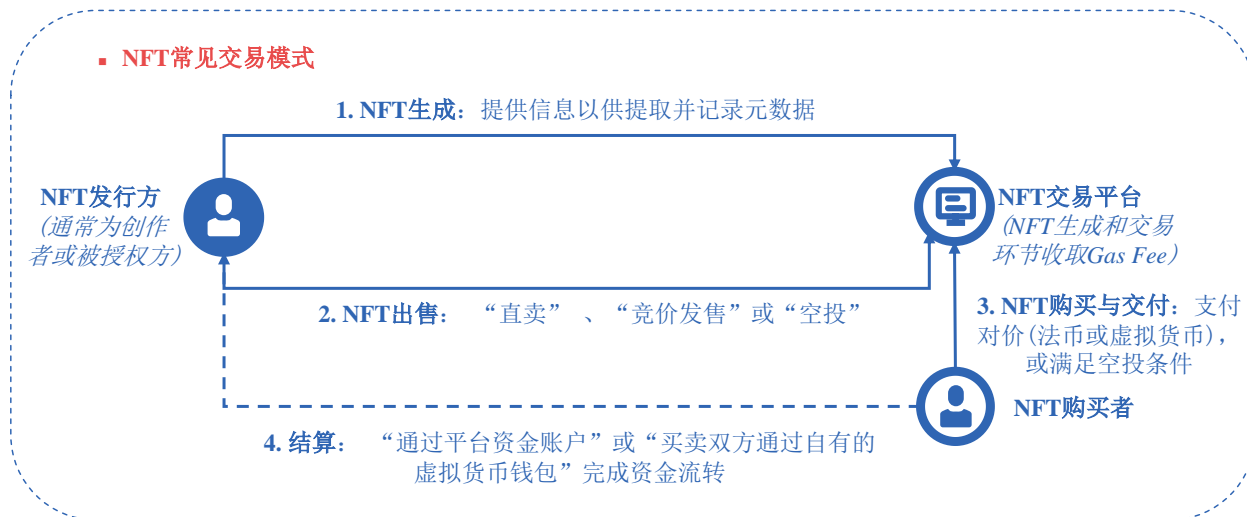
NFT 全称 Non-Fungible Token（非同质化通证/不可互换通证），通常由开发者在以太坊平台上根据特定的智能合约标准（当前常见的标准为 ERC721 和 ERC1155，ERC998 亦在逐渐推广中）开发。与 FT（Fungible Token，同质化通证/可互换通证）相反，NFT 是一种具有唯一性、不可复制性和不可分割性的通证。

普遍认为，NFT 的概念及其前身最早可追溯至 1993 年由 Hal Finney 提出的加密交易卡（Crypto Trading Cards），后续经过“Colored Coin”、“Counterparty”、“Crypto Punks”等一系列项目的发展，实现了项目机制和技术的迭代，最终伴随“Crypto Kitties”（即“加密猫”）的出现而形成现有的 NFT 应用与技术标准的雏形。近几年，NFT 被越来越广泛地应用于游戏、收藏、艺术品等领域，相关业态涵盖了基础设施、社交代币、交易平台等，且有更加细分的趋势。

在具体的技术原理上，NFT 通过相应的智能合约标准实现了对虚拟资产权属的分布式记录，并提供了对应的转让功能。以 ERC721 为例，基于该标准生成的智能合约可以通过对“function owner”的记载标注合约的权利主体，而合约对应的“虚拟资产”则以元数据/Metadata（例如加密猫的名称、描述、外观等）的形式进行记录和呈现。其中，元数据既可以直接记载在智能合约中（即所谓的链上存储），也可以通过链下托管的方式存储在其他中心化服务器或去中心化的存储介质中。实际上，受限于以太坊存储容量和运算速度的限制，目前 NFT 产品的元数据大多采用链下托管的方式进行存储，而在智能合约中仅通过“function token URI”的记载指示到元数据具体存储的位置。

二、NFT 常见交易模式

当前大多数 NFT 交易均是基于交易平台进行，其常见交易流程模式如下：



(一) NFT 生成

NFT 发行方（通常为创作者或被授权方）需要先在区块链上生成 NFT。通常而言，在通过 NFT 交易平台生成 NFT 时，NFT 发行方需要向 NFT 交易平台提交有关 NFT 的信息以供提取并记录元数据，NFT 交易平台则作为 NFT 生成服务方在区块链上生成 NFT，作为记录元数据的区块链凭证。在该过程中，部分平台可能收取 NFT 生成和交易环节产生的费用（通常称为“Gas Fee”）。

(二) NFT 出售

NFT 生成后，NFT 发行方可在 NFT 交易平台中进行出售，出售价格模式通常包括“直卖”（即卖方固定出售价格）、“竞价发售”（即卖方设置最低起拍价格、单次加价最低限制（或有））以及“空投”（即卖方以零对价转让 NFT）等方式。实践中，少量平台亦支持 NFT 的二次流转（即通过交易获得 NFT 的持有人可在取得 NFT 后通过平台发起出售）。

(三) NFT 购买与交付

NFT 的购买者可通过 NFT 交易平台展示的信息，选择对应的 NFT 并根据要求支付固定价格或进行竞拍；如满足“空投”设置的接收者条件，即可接收“空投”NFT。目前，国际范围内常见的价格支付方式包括法定货币支付、虚拟货币支付等。支付完成后，NFT 交易平台将根据预设交付规则，将标的 NFT 以约定方式交付至购买者，同时 NFT 交易平台将公示该等交易信息。

(四) 结算

完成 NFT 出售后，双方将进行对价的结算。当前，国际范围内 NFT 交易结算模式主要包括“通过平台资金账户进行流转”以及“买卖双方通过自有的虚拟货币钱包完成资金流转”两种情形。

三、中国法下的 NFT 与相关风险

（一）中国法下 NFT 的法律属性：网络虚拟资产

截至目前，我国法律尚未对 NFT 的法律属性做出终局性的认定。

就现行的法律规定而言，我们认为，NFT 在私法意义上首先应当被理解为《民法典》第 127 条所述的“网络虚拟财产”。在这一基础上，如果 NFT 上同时附着了其他权利（中国法下原则上仅以发行方作为债务人的债权性权利可以附着于 NFT 之上，其他诸如物权、股权等对世性权利在中国法下暂无通过 NFT 直接确权的空间），则同时还具有对应的“债权凭证”特性（如 NFT 门票、知识产权许可等）。这一结论可以以截至目前有关虚拟货币的相关裁判观点作为佐证。杭州互联网法院在 2019 年发布的《网络社会治理审判观点》中，认为“比特币不具有货币属性，但因其凝结了抽象劳动力，具有使用价值和交换价值，应认定其具有虚拟财产和商品属性”。类似地，其他一些地方审判实践（例如上海市第一中级人民法院 2021 年 1 月 29 日作出判决的（2020）沪 01 民终 12524 号案件）中也将泰达币、比特币认定为“网络虚拟财产”。虽然前述判决并非直接针对 NFT 作出，但考虑到 NFT 在生产过程上与虚拟货币类似，均为基于区块链技术生成和进行记载的通证，且 NFT 的铸造行为凝结了更为丰富的抽象劳动力，因此将 NFT 解释为“网络虚拟财产”存在其合理性。

此外，从公法管理的角度来看，根据 NFT 表现形式或附着权利的不同，其可能兼具多个不同的法律性质，例如网络出版物、艺术品、互联网视听节目等，并进而需要遵循相关的监管要求。

■ NFT 与“虚拟货币”的区分

《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）

一、明确虚拟货币和相关业务活动本质属性

（一）虚拟货币不具有与法定货币等同的法律地位。比特币、以太币、泰达币等虚拟货币具有非货币当局发行、使用加密技术及分布式账户或类似技术、以数字化形式存在等主要特点，不具有法偿性，不应且不能作为货币在市场上流通使用。

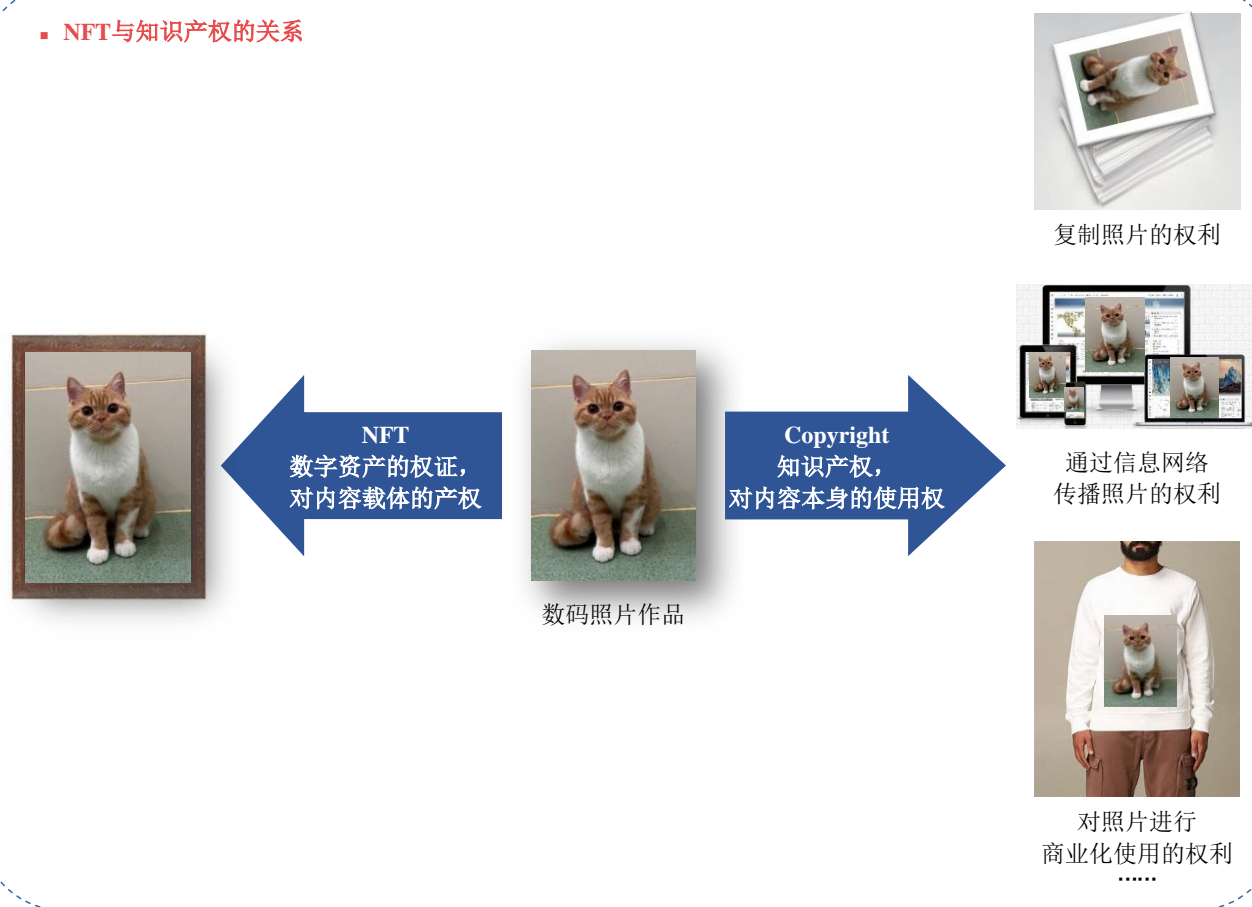
根据上述规定，目前我国所禁止的“虚拟货币”通常具备“同质化”、“可分割”、“可互换”等特点，能够在达成“共识”的场景内作为“一般等价物”进行流通。客观而言，NFT 存在一定区别，基于 ERC721、ERC1155 等标准的 NFT 在技术层面具备了非同质化的基础，且在业务场景下受限于同质个体的有限数量通常难以作为“一般等价物”存在，其商业价值也更多地在于其对于元数据（数据资产）在链上权属的记载。因此，实践中是否构成虚拟货币需结合其商业场景与功能性质进一步分析判断。

（二）NFT 与知识产权的区分与关联

目前，NFT 最主要的应用领域是将图片、视频、音乐、推文等内容数字资产化。由于这些 NFT 的内容本身通常为著作权法等法律所保护的客体（如智力成果），这些内容上往往附着相应的知识产权。

但需要明确的是，虽然附着在同一内容上的虚拟产权（即 NFT）和知识产权都具有无形性，但二者是相分离的，持有其中一种权利并不意味着持有另一种权利。持有有一个 NFT 更类似于拥有一幅画作，画作的收藏者享有该画作的所有权，但并不当然享有该画作的知识产权。我国《著作权法》第二十条第一款也明确规定：“作品原件所有权的转移，不改变作品著作权的归属，但美术、摄影作品原件的展览权由原件所有人享有。”以著作权为例，NFT 与知识产权的关系具体如下：

■ NFT与知识产权的关系



因此，NFT 持有者是否能够对 NFT 上的内容享有相应的知识产权，实际上取决于相关内容的权利人（通常为 NFT 发行方）是否另行给予许可，具体的权利范围在不同项目之间差别较大。例如，初代 NFT “加密猫”（Crypto Kitties）的发行方即授予 NFT 持有者一项对猫咪图案进行商业化的权利，条件是这种商业使用的获利不得超过 10 万美元/年¹。当下最为火爆的 NFT 项目“无聊猿猴游艇俱乐部”（Bored Ape Yacht Club）则更加慷慨，不加限制的授予 NFT 持有人使用、复制、展示其持有的 NFT 内容以创作衍生作品的权利²。相反，NFT 赛马游戏 ZED Run 的项目方授予的权利则狭窄得多，除授权个人非商业性的使用（含在市场上进行出售或转让）、展示和欣赏外，明确保留其他全部知识产权³。国内的 NFT 发行方则一般更加谨慎，除了将 NFT 的授权使用目的限定在个人学习、研究、欣赏、收藏的目的之外，某些发行方还进一步将授权使用范围限定在具体业务场景中，比如只能作为指定应用程序某个功能的装饰。

（三）NFT 业务中潜在的相关法律风险

作为一项创新技术，实践中 NFT 的法律风险需结合其业务场景、功能性质、发行与流通规则等多个角度综合判断。原则上来说，如果 NFT 严格地遵循数字玩具、数字藏品的商业实质，则其法律合规

¹ 参见段落 “So what can I do with my Kitty’s art?”，来源：CyptoKitties 官博，<https://www.cryptokitties.co/blog/post/when-you-purchase-a-cryptokitty-you-get-both-the-kitty-and-its-art/>，最后访问日期：2021 年 12 月 4 日。

² 参见条款 “Ownership iii. Commercial Use” 条款，来源：BAYC 官网，Terms & Conditions，<https://boredapeyachtclub.com/#/terms>，最后访问日期：2021 年 12 月 4 日。

³ 参见条款 “23. Intellectual Property Licence in NFTs”，来源：ZED RUN 官网，Terms of Service，<https://zed.run/terms>，最后访问日期：2021 年 12 月 4 日。

风险不应当比普通的网络游戏虚拟装备或卡牌更高。但作为一项外延尚不够明晰的新兴事物，NFT 可能在市场巨大的创新和投机热情下异化出并不符合我国法律规定的其他特质，并进而导致其存在法律风险。整体而言，NFT 可能延伸和异化形成的法律风险可以从发行与流转两个环节进行讨论：

1. NFT 发行环节：非法集资风险、内容侵权风险等

- (1) **非法集资风险：**在 NFT 发行的过程中，部分发行方或交易平台可能会通过广告宣传等方式，向投资者承诺回报、或宣传未来可以获得高额收益，以此诱导投资者购买 NFT。此时，在满足“非法性”、“公开性”、“利诱性”和“社会性”四要件的情况下，很可能构成“非法集资”。如果是“以非法占有为目的”，还可能会构成“集资诈骗罪”。

合规建议：发行方应避免采取“保本保收益”、“获取丰厚回报”、“未来收益无极限”等广告宣传方式，更不得设置类似的发行规则或提供类似的变现渠道。

- (2) **内容侵权风险：**通常来说，NFT 上存在以下几个较为常见的内容侵权风险点：

■ 发行方擅自使用他人作品

只有原始权利人或者经原始权利人合法授权的权利人，才有权在区块链上铸造并出售 NFT。对于非原始权利人的 NFT 发行方来说，实施前述行为一般需要取得对应内容的复制权、发行权⁴和信息网络传播权授权，如果“铸造”的内容是衍生作品，则还可能取得改编权、汇编权、翻译权等权利的授权。

■ 发行内容涉嫌侵犯第三方权益

即使 NFT 的发行方确实为原始权利人或经原始权利人合法授权的权利人，NFT 的内容本身也可能涉嫌侵犯第三方权益。如 NFT 的内容中存在使用他人肖像、声音等人身元素的情况，则涉及他人的人身权（或称商品化权）；如 NFT 的内容中存在突出使用他人商标的情况，则涉及他人的商标权。在前述情况下，如果 NFT 的发行方没有仔细核查 NFT 内容中涉及的第三方权利并逐一获取授权，则有较大可能侵犯第三方权益（但构成合理使用等抗辩情形的除外）。

此外，值得注意的是，盗用或者冒用他人身份铸造 NFT 已经成为一种高发的新型侵权手段。今年早些时候，据报道，就有黑客入侵知名艺术家 Banksy 的个人官网发布了一幅数字画作，将该画作铸造为 NFT 并挂在全球最大的 NFT 第三方交易平台 OpenSea 出售，导致某位用户误以为该画作是 Banksy 所作并为此支付了超过 30 万美元的对价⁵。区块链的易于炒作和匿名规则还会进一步扩大类似侵权的风险和维权难度。

合规建议：上述风险除 NFT 发行方需要关注外，NFT 交易平台也需要予以注意。对于在其平台上上架的 NFT，建议平台对在其平台上架的作品制定更严格的审核机制，注意履行通知-删除义务，并在平台规则中对前述情况下卖家和买家应当享有或承担的权利义务予以明确约定。

⁴ 在已经获得信息网络传播权的授权的情况下，信息网络传播权是否能够吸收复制权和发行权这两种权利可能存在争议，但为保险起见，我们建议同步取得这三种权利。

⁵ 参见《网购 Banksy NFT 遇李鬼？万幸最后骗子退还了超 30 万美元的 ETH》，载于网易，<https://www.163.com/dy/article/GIQA7CHL0511BLFD.html>。

2. NFT 流转环节：投机炒作风险、虚拟货币风险、被用于洗钱等违法犯罪活动的风险等

- (1) **投机炒作风险：**一直以来，监管部门对于各类商品的投机炒作行为均采取严格监管的态度，包括但不限于通过《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）、《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）等相关规定提出“不得将任何权益拆分为均等份额公开发行”、“不得采取集中竞价、做市商等集中交易方式进行交易”等要求，从而抑制投资炒作风险。此外，监管部门亦可能采取风险提示的方式，例如，在2019年“炒鞋”热潮兴起后，央行上海分行特别发布了题目为《警惕“炒鞋”热潮 防范金融风险》的金融简报，提醒市场主体关注相关炒作风险。

合规建议：避免拆分、集中交易（亦可直接禁止开展二级市场交易）、衍生品等有助于形成炒作氛围的交易机制，并积极关注市场概况，尽可能缓释炒作风险。

- (2) **虚拟货币风险：**根据央行等十部委于2021年9月15日发布的《关于进一步防范和处置虚拟货币交易炒作风险的通知》等相关规定，虚拟货币风险已成为监管部门严厉打击的对象之一，虚拟货币相关业务活动被界定为非法金融活动。虽然NFT目前未被明确纳入“虚拟货币”的范围，但考虑到实践中NFT行业与虚拟货币行业存在千丝万缕的联系，且NFT的全称Non-Fungible Token亦明确包含“Token”一词。如未来NFT市场出现影响正常经济金融秩序的情况，以NFT之名行虚拟货币之实，监管部门亦可能将其认定为“虚拟货币”，进而认定为非法金融活动进行打击。

合规建议：从技术、发行数量、功能与场景等多个角度避免NFT具备货币属性，且禁止使用NFT支付以购买商品或服务，名称中不要包含“币”、“代币”等表述。

- (3) **被用于洗钱等违法犯罪活动的风险：**目前，市场上的NFT交易机制一定程度上均使得用户实际上可以通过NFT交易完成资金流转，具备实现洗钱等违法犯罪活动的可能性，具体包括：
- 部分NFT交易中可采用虚拟货币作为支付手段，其“匿名化”特性为监控客户身份信息、追踪资金流向带来了实际阻碍；
 - NFT交易可能为洗钱、恐怖主义融资等行为提供犯罪资金传输渠道，以链上商品拍卖的假象，掩盖其为犯罪活动提供资金或为非法资金进行转账的事实；
 - NFT交易的资金流转并非均通过反洗钱义务机构（如商业银行、支付机构等）完成，客观上为犯罪活动提供了便利，同时为监管造成了障碍。

合规建议：对相关用户实行“实名制”管理，并履行完善的KYC流程。

四、结语

尽管市场已经历过虚拟货币炒作风险的“洗礼”，但我们认为，无需对同样以虚拟形式呈现的NFT谈之色变。NFT作为创新的资产形式，仍然有可能成为“后互联网时代”中科技及资本力量新的着力点。然而，创新不等于打破既有规则，“把握合规红线、适当有序探索”仍然是NFT发展过程中应当注意的基本原则。

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：

权威

电话： +86 21 6080 0946

Email: wei.quan@hankunlaw.com

何玮

电话： +86 755 3680 6589

Email: vivian.he@hankunlaw.com