邓建鹏：非同质化通证的法律风险及其规制——以交易平台为视角

作者：邓建鹏(中央财经大学法学院教授）；来源：《法学杂志》2024年第5期“热点透视”

【基金项目】本文为中央高校基本科研业务费项目“中央财经大学重大研究支持计划‘数字经济与数字治理研究’”的阶段性研究成果

内容提要：非同质化通证一般包括区块链上发行的代币（载体层）与所映射的数字作品（映射层），这一结构使该行业主要存在金融法风险与知识产权法风险，两类风险高度集中于交易平台。为规制该行业风险，监管机构需要以交易平台为主要规制目标。一方面，平台经营者作为规制交易双方的主体，重在尽到数字作品合法性审查义务；另一方面，监管机构将平台经营者作为被规制重点，以消费者权益保护为导向，防范平台滋生金融法制风险。

关键词：非同质化通证；法律风险；交易平台；区块链；载体层；映射层

目次

引言

一、非同质化通证的结构与法律风险

二、平台作为规制中心的必要性

三、规制交易平台的具体途径

四、结语

## 引言

非同质化通证是指以区块链为底层技术，通常遵循以太坊等的技术标准协议（如ERC-721等），经特定程序生成的不可复制、难以分割的通证。其作为储存在区块链账本中的数据单位，记载的信息可确认所映射的数字作品权利归属。非同质化通证英文表述为Non-Fungible Token，简称NFT，国内多译作非同质化通证，俗称数字藏品，其重要价值如学者谓，能够更加清晰地确认和追溯权利所有人，有利于保障产权。[1]自2020年以来，作为区块链技术与数字内容（图片或音视频等）相结合的新生事物，非同质化通证在数字作品领域引起巨大反响，甚至在部分重构数字作品权利义务的结构。

不过，非同质化通证存在诸多法律风险，特别是给金融法及知识产权保护带来了挑战。国内主流研究多从著作权侵权或非同质化通证法律属性等视角切入相关法律问题。不少研究重点探讨区块链技术在著作权领域的应用及著作权交易风险；[2]有的研究探讨交易平台在著作权侵权方面的责任；[3]或以权利束等为视角，讨论非同质化通证的法律属性；[4]或分析海外公有链技术环境下非同质化通证的法律性质；[5]或实际上分析国内联盟链/私有链环境下NFT数字作品交易的法律性质；[6]等等。国外学者关注非同质化通证在网络游戏等著作权保护领域中的问题，有学者认为，非同质化通证创造了一种“可编程的创造性自主权”，赋予作者对作品的控制权；[7]有学者认为，作品的非同质化通证交易可能无法适用著作权法的权利用尽原则，导致非同质化通证买受人权利受到限制。[8]随着非同质化通证应用场景的增加，法学研究关注点从著作权转向更广泛的权利类型与法律属性的研究。如有学者从信息论视角论证占有理论可以成为保护非同质化通证等无形财产的私法基础；[9]有学者论证非同质化通证持有人是所有权人而非知识产权被许可人，法律应保护这种新型所有权。[10]

不过，国内外学者对非同质化通证法律风险综合分析与规制思路的研究较少，此外，只有个别研究从金融法角度切入。[11]本文基于前人成就与不足，首先分析非同质化通证的结构；其次，以此为基础分析非同质化通证的主要法律风险类型及与交易平台的关联；再次，分析交易平台作为规制中心的适当性和优势；复次，探讨规制交易平台的具体途径与限度；最后是结语。

## 一、非同质化通证的结构与法律风险

### （一）非同质化通证的双层结构

非同质化通证为数字作品确权与交易提供主流应用。对全数据链上存储的非同质化通证，如BRC-20通证，其基于Ordinals协议“铭刻”的数字文件直接记录在比特币区块链上，持有密钥可对铭文（映射的数字作品）的“聪”（代币）实现排他性支配与控制。比特币区块链上的非同质化通证相当于确权证明，保障拥有私钥的接收者可以控制与访问正版的链上数字作品。[12]作为更主流的应用，以太坊上非同质化通证映射的数字作品多存储在链外。通常，非同质化通证呈双层结构，包括链上代币（载体层）及其映射的数字作品（映射层），其权利结构涉及载体层的财产权与映射层数字作品的权利。

首先，在公有链技术环境下，载体层具备不可复制的类物理属性，通过密钥实现持有人的排他性控制，具有物权特色，但其作为基于区块链架构的新型无形财产，对“物必有体”的传统物权观念提出挑战。学者甚至认为，这是一场颠覆性的所有权模式的革新，让有价值的事物可以脱离实物而定义所有权。在区块链的世界里，一种资产一旦被创造出来，只有拥有者有权支配，人们不必担心交易过程的安全性，只要它具备足够的全网共识，就不会被轻易地复制。[13]不过，主流论文多分析非同质化通证的法律属性，如“网络虚拟财产说”“物权说”“债权说”“财产利益说”等[14]，将载体层与其映射层混为一谈，忽视了两者差异。有学者认为，NFT功能等同于物的核心要素便是其在静态层面的可支配性以及动态层面可公示公信，权利人通过数字签名技术可以实现对NFT的有效控制。[15]这讨论的只是载体层，权利人对所映射的数字作品未必有可支配性。尤其是在国内联盟链或私有链技术环境下，一旦运营主体关停网络服务（如腾讯幻核项目），NFT数字藏品存在灭失风险。有学者认为，NFT数字作品为网络运营商的持续技术服务给付行为后果属于“债权凭证”。[16]但在公有链技术环境下，非同质化通证映射的数字作品直接存储于区块链，如基于比特币Ordinals协议的NFT，或以ENS域名为元数据的以太坊NFT，或映射的数字作品存储于去中心化服务器，非同质化通证不依赖某一明确的第三方存续，不存在特定合同相对方，除持有人外，没有特定机构或个人可支配非同质化通证，将之（载体层及映射层）定性为“债权凭证”，理由恐不充分。

海外行业代表性平台OpenSea的《服务协议》称：OpenSea不是加密数字通证钱包提供商、交易所、经纪人、交易商、金融机构或支付处理机构等；其帮助用户发现并直接相互交易公有链上发行的NFT，不托管或控制与用户互动的NFT，也不执行NFT的购买、转让或销售；使用平台服务用户必须使用第三方钱包，以供用户链上交易；钱包不由OpenSea经营、维护或附属，OpenSea对用户钱包内容没有控制权，不能取回或转移其内容。[17]在上述技术环境下，用户对在该平台购买的非同质化通证拥有排他性的支配权，平台对引起用户的账户或钱包泄露的任何行为或不作为不负任何责任。因此，结合依托公有链的非同质化通证技术特征及平台的约定，将此类NFT数字作品后续转售视为债权转让行为，恐怕难以成立。在联盟链或私有链技术环境下，用户在平台购买的非同质化通证一般储存在平台开设的账户内，这些非同质化通证数据及账户多由平台绝对控制，未经平台许可，用户无法将非同质化通证转移至不由平台控制的其他账户，平台内不同账户间转移非同质化通证亦受平台严格限制。[18]用户在这类平台购买的非同质化通证需要第三方承担给付义务（如网络运营商的持续技术服务），其具有较明显的合同相对方。在海外以OpenSea为代表的平台，用户的非同质化通证储存在独立于平台的账户（俗称钱包）内，由用户实施排他性支配，形式上更具物权色彩。

其次，非同质化通证在映射层的权利归属，根据《中华人民共和国著作权法》第20条规定：“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。”非同质化通证交易将产生财产权（载体层）转移（智能合约地址变化），但并不必然改变著作权（映射层）权属。持有人掌握私钥，控制代币（载体层），并不被赋予对其映射层数字作品排他控制的权力，无法禁止他人对数字作品的访问权限。除在非同质化通证“铸造”与发行方交易规则中明确约定转让著作权，否则映射层数字作品著作权并不必然随之让渡。因此，与实物作品类似，购买非同质化通证并不必然同时合法取得数字作品的著作权。如学者所述，非同质化通证交易仅涉及数字作品的元数据的持有者改变，而并非作品原件或复制所有权的改变，买受人通常获得访问非同质化通证平台上作品复制件的权利，但买受人持有该作品的全球唯一标识码本身与著作权没有任何关系。[19]当买受人并未获得发行方转让著作权的明示时，他只获得了非同质化通证（载体层）的所有权以及访问正版数字作品（映射层）的权利。

### （二）非同质化通证的法律风险

非同质化通证的“载体层”主要存在金融法风险，“映射层”主要存在知识产权风险。非同质化通证的“载体层”以区块链为底层技术，可在加密资产交易平台便利交易和流通，其在交易中存在溢价性、可变现性及波动性等特征，本身难免带上金融属性及相关风险。如有学者认为，由于是建立在区块链上，NFT的发展及其在金融体系中的角色均与数字世界有着不可分割的关系。[20]非同质化通证金融法风险主要包括违背金融监管法规（政策）及涉嫌金融犯罪等。区块链技术自2009年问世至今，主流应用是私人加密资产发行、交易、流通、确权与区块链金融（如加密资产交易所、去中心化借贷与稳定币发行），这些领域金融法风险层出不穷。[21]滋生非法集资、洗钱、诈骗与传销等乱象，背离金融法制与监管政策。非同质化通证载体层依托区块链，本质上属于加密资产之一种，借助代币这一载体，允许该加密资产在更广泛的买家中曝光及在链上便捷转移，使一些非同质化通证具有更高流动性，其映射的数字作品满足更广泛受众的需求。数字作品未必具有投资收益和资产配置效应，但不免被平台借助区块链与加密资产的加持，夸大其潜在升值预期，成为金融法风险的主要来源。

有学者认为，NFT可能被作为新型的洗钱模式进行洗钱，形成混乱的一、二级市场。许多消费者已将NFT当作金融投资产品进行炒作。[22]我国金融监管部门明令禁止虚拟货币（加密资产）的交易，但对非同质化通证等附带金融属性的数字资产政策态度尚不明确。2021年掀起的元宇宙热潮与资本市场的炒作密不可分，不法分子利用元宇宙和非同质化通证等概念进行诈骗。[23]据统计，2022年，非同质化通证全球交易总量为555亿美元，其中46%的交易额涉嫌炒作、对敲，存在非法金融活动的风险。[24]因此，2022年4月，中国互联网金融协会等机构联合发布《关于防范NFT相关金融风险的倡议》，指出NFT存在炒作、洗钱、非法金融活动等风险隐患，倡导非同质化通证去金融化发展。[25]

此外，非同质化通证映射层内容自然涉及知识产权问题。在多数情况下，非同质化通证映射的数字作品哈希值而非作品本身记录在区块链之上，起到作品登记的证据效力，但区块链自身不能甄别映射层数字作品合法性与原创性，同时，区块链技术本身无法对项目方进行身份识别和区别不同数字作品间的异同，这导致一些火爆项目很容易被仿冒。比如，国内有人冒用国外艺术家Maya Delia创造的NFT小马系列，在某平台发布与之类似的项目，两者的细节几乎一致。[26]某艺术院校教授创作的非同质化通证被指抄袭国外热门项目“无聊猿”（BAYC）。[27]美国艺术家Mason Rothschild以奢侈品公司爱马仕“Birkin”系列产品为原型，铸造一系列名为“Meta Birkin”的非同质化通证，侵犯爱马仕的商标权。[28]市场充斥盗版、抄袭等违法事件，诸多项目鱼目混珠，侵害消费者权益。未经原权利人许可，有的项目方擅自为特定作品“铸造”与发行非同质化通证成为当下本行业中低成本侵权行为的常见形式。项目方甚至重复为特定作品“铸造”发行非同质化通证，非同质化通证相关权利存在瑕疵，其价值被不当减损。因之，非同质化通证领域存在大量知识产权侵权行为，冲击财产权利正当性。

## 二、平台作为规制中心的必要性

### （一）平台与非同质化通证法律风险的关联

作为虚拟商品的一种，非同质化通证主要依赖国内外交易平台完成营销、推广与买卖。国内多数交易平台集非同质化通证“铸造”、发行、交易及定价等“权力”于一身，国外代表性平台诸如OpenSea等拥有推广与销售非同质化通证的“权力”，且在行业内拥有巨大的流量，因此，前述金融法制风险多与平台经营者直接关联。笔者在调研过程中发现，一些平台存在非法集资、传销或诈骗嫌疑；一些平台实际控制人不明，容易导致消费者维权无门；一些平台的非同质化通证价格明显虚高。由于普遍缺乏有效的外部法律监管，基于联盟链发行的非同质化通证数量及价格潜藏着大量暗箱操作与内幕交易。非同质化通证为非标准化虚拟资产，公允价值难以确定，为平台或某些项目方市场操纵带来很大空间。有的平台的创始人或员工持有部分非同质化通证，严格控制上架平台的销售进度，人为制造稀缺假象，或利用信息优势提前参与买卖。在缺乏有效外部规制的前提下，交易可能受项目方与平台经营者联合操纵，或经营者独家操纵，实施欺诈、内幕交易或拉高价格出货等。2022年6月，美国纽约南区联邦检察官指控OpenSea前产品经理Nathaniel Chastain参与非同质化通证内幕交易，构成电信欺诈罪（Wire Fraud）与洗钱罪。[29]有的项目方通过早期囤积非同质化通证，拉高出货，严重危害市场公平，侵害买受人的知情权与财产权。一些平台联合“庄家”哄抬（或打压）特定非同质化通证的价格。一些平台未严格核实用户真实姓名，诱发非同质化通证交易变相成为洗钱的犯罪渠道。学者认为，在法制不完善的前提下，为谋取最大利益，一些商家可能利用技术优势形成的信息差异规避监管。[30]一些平台将公允价值不高的非同质化通证由推手炒到天价，让缺乏风险意识的消费者接盘，可能涉嫌诈骗。一些平台借助区块链最新技术发展，助推非同质化通证的权益份额化交易，有非法证券化倾向，违背金融监管法规。

知识产权相关法律问题的出现，主要在于交易平台合规存在欠缺，对项目方的非同质化通证映射的数字内容审核不严，甚至不做任何审核，或不对项目方负责人进行身份识别，客观上诱导全球范围内的违法者低成本地盗用他人作品，“铸造”非同质化通证出售，致使所映射的数字作品知识产权存在瑕疵。学者认为，非同质化通证的交易模式使每个数字文件均有唯一标记，一部数字作品的每一个复制件均被一串独一无二的元数据指代，产生了“准有形性”“唯一性”和“稀缺性”效果。[31]不过，笔者在调研与实践中发现，OpenSea等代表性平台在“铸造”发行环节实际上采取消极审查机制，未要求“铸造者”提供与数字作品相关的著作权证明，也几乎没有任何有关数字作品相似性的技术检查。该平台《用户协议》约定：OpenSea不会对第三方NFT内容进行任何声明或保证；用户有责任验证从第三方卖家处购买的NFT的合法性和真实性；OpenSea不能保证任何NFT始终可见和/或可购买、买卖或转让；用户应对其与NFT相关的任何内容全权负责。[32]平台单方面全面免除自身责任，放任与他人（如平台内经营者）数字内容相似甚至完全相同的数字内容重复“铸造”为新的非同质化通证并再度销售，这是知识产权风险在本行业高发的主要原因。

### （二）平台作为规制中心的适当性和依据

综上，非同质化通证的法律风险与交易平台直接相关，及时规制其风险已迫在眉睫。交易平台主要有两种运营模式，一种是平台仅提供上链“铸造”非同质化通证的技术辅助服务（如OpenSea）；另一种是数字作品“铸造”、发售或拍卖等行为均由平台控制（如国内多数平台），这些平台对非同质化通证的首次发行、售卖频率、定价策略、元数据存储方式、是否开通二次交易等具有支配性权力。学者研究元宇宙时提出，单纯依靠市场主体的力量难以防范和化解风险，甚至市场主体的逐利趋向会增加这些风险产生的概率，使市场力量本身成为这些风险发生的原因。因此需要通过行政规制的力量防范和化解风险。[33]为此，交易平台是适格的规制中心，这主要涉及两个层面：一方面，平台经营者作为规制交易双方（平台内经营者与消费者）的主体，监管机构督促其落实作为互联网平台的主体责任，通过平台经营者规制平台内经营者的违法行为（主要是知识产权侵权风险）；另一方面，监管机构打击平台经营者自身的违法行为（主要是金融法风险），推动平台经营者承担应有的法律责任。如学者所述，平台经营者对平台内交易秩序的有效管理是交易健康发展的保障，平台经营者管理中可能采取不公平的行为，损害平台内经营者及消费者的权益。[34]因此，平台需要在上述两个层面给予规制和被规制。

有学者认为，非同质化通证的发行较随意，发行人在发行完毕后不再承担任何义务，理论上可选择无法追溯到现实世界特定个体或组织的匿名发行方式，无法验证发行者是否具备法律主体资格，甚至不必然存在具备法律主体资格的“债务人”。[35]不过，国内多数非同质化通证通过中心化平台“铸造”发行与交易，交易平台有责任也有能力核实“铸造者”（多属平台内经营者）的身份。国内的数字藏品平台依托联盟链或私有链，有明显中心化主体控制特色，“铸造者”没有选择开源的去中心化项目的余地。有学者认为，绝大多数NFT平台提供的是有偿服务，在NFT作品中直接取得经济利益，应该负有较高注意义务，平台对用户上传的信息应进行实质性审查，只要求用户对平台公布的各种风险警示条款“勾选”，不具有第三人免责的法律效力。[36]此外，公有链环境下的链上交易只是相对匿名，近年来中美执法机构的案例说明，通过先进技术解析，执法机构可能将链上违法行为追溯到现实世界的特定个体或组织。因此，非同质化通证项目发行人的身份基本可以被追溯和被明确，进而使其承担相应的法律责任。

网络平台规制难题在于平台动态发展使得立法赶不上商业模式的迭代更新速度。[37]非同质化通证领域技术发展飞速，应对法律风险不应过度追求“万事皆有法式”及“法律万能主义”的思维程式，[38]而应思考更为有效的规制途径。多数国内平台为发行者和消费者提供各类服务，集技术服务提供者、销售者、元数据存储与托管者、自律监管者等多重角色于一体，对交易双方及产品流转拥有绝对支配的能力。但有学者指出，平台力量越强大，滥用私权力的可能性就越大。平台滥用私权力可能肆无忌惮，仅靠市场竞争和行业自律难以有效应对，这将导致平台公共性无法良好实现，必须寻求合理途径加以规制。[39]

平台经营者集权于一身，可能滥用私权力，也可能刻意减少自身义务。如《蚂蚁链数字藏品平台用户服务协议》（20230215版本）约定：根据有关法律法规，鲸探平台任何用户经由平台以上载、张贴、发布或任何其它方式传送的文字、图片、个人形象、肖像、姓名、商标、服务标志、品牌、公司标记、视频、音频或其他信息均由内容提供者承担责任，平台不保证该内容的正确性、完整性或品质。[40]依据《电子商务法》第41条，电子商务平台经营者应当建立知识产权保护规则，与知识产权权利人加强合作，依法保护知识产权。上述格式条款相当于将知识产权等领域的风险识别义务和责任单方面施加于消费者，几乎豁免自身所有责任。一些平台自律管理规则表明经营者疏于履行其注意义务，放任部分侵权行为与违约行为发生。有学者认为，《民法典》等法律规定，平台经营者负有预防、制止侵权行为的义务，否则应承担帮助侵权责任。平台经营者对平台内侵犯知识产权的行为应承担实质审查职责。[41]从两个层面将平台作为规制中心，是推动行业健康发展的关键。

依据《网络交易监督管理办法》第3条、第30条、第52条的规定，网络交易经营者应认真履行法定义务，积极承担主体责任；网络交易平台经营者依据法律、法规、规章的规定或者平台服务协议和交易规则对平台内经营者违法行为采取警示、暂停或者终止服务等处理措施；网络交易平台经营者未采取必要措施的，依法与该平台内经营者承担连带责任。《电子商务法》要求平台应当制定合理的交易规则、信用评价规则及知识产权保护规则等。综上所述，非同质化通证交易平台承担主体责任有充分的法律依据。

### （三）平台作为规制中心的优势

平台经营者已在各个社会功能领域发挥了主导性的作用，堪称政府之外的“第三部门”。[42]非同质化通证交易平台是以区块链、大数据和人工智能等新兴科技为支撑的数字化组织，承担着组织通证发行、维护交易市场秩序、保障用户权益的公共职能，具有较明显的公共性。作为“数字看门人”之一，非同质化通证交易平台拥有制定交易规则、内容审核及处理平台内经营者违约甚至违法活动的权力。与监管及执法主体相比，平台经营者掌控了整个交易的流程，对平台内经营者违法或犯罪的治理距离更近，更了解每个非同质化通证细节或用户行为，通常拥有完整的用户行为画像，更具规制能力与规制优势。这种私平台集多种“权力”于一体，实际承担规制微观市场交易行为的准监管机构职能。如学者所述，平台既是参与市场竞争的市场主体，也是规制平台内违法违规行为的规制主体。[43]与监管机构相比，平台更容易发现行业风险，更有能力及时应对和解决交易双方（平台内经营者和消费者）的纠纷及防范法律风险，有能力实施事前、事中及事后全流程的规制。有学者认为，平台监管形成私人监管和公共监管并存的双重监管体系，平台内部以私人监管为主，平台间以公共监管为主，总体而言，以私人监管为主，发挥平台的主体作用。[44]监管权下移意味着平台成为政府的“协同监管者”，这种公私合作方案可充分利用交易平台自身的技术和信息优势，有效规制交易市场，实现政府与平台协同监管，大大提高了市场监管的效率。

## 三、规制交易平台的具体途径

### （一）平台责任和知识产权风险规制

有学者认为，强调落实平台主体责任，实际上是要求平台加强自我规制。[45]根据《电子商务法》第2条，电子商务是指通过互联网等信息网络销售商品或者提供服务的经营活动。非同质化通证交易平台经互联网渠道销售虚拟商品，应受《电子商务法》规制。另参照国家市场监督管理总局在2021年公布的《互联网平台分类分级指南（征求意见稿）》《互联网平台落实主体责任指南（征求意见稿）》，非同质化通证交易平台本质上属于网络销售类平台，连接人与虚拟商品，主要功能包括提供销售服务、促成双方交易、提高匹配效率等，同时具有部分金融服务类平台色彩，连接人与资金，包括（依赖第三方）提供支付结算的功能。《互联网平台落实主体责任指南（征求意见稿）》要求平台从事经营活动“必须维护国家利益和社会公共利益”“建立内部监督检查制度”“承担相应的安全保障义务”。综上所述，互联网交易平台法律责任通常包括维护公平竞争、网络交易安全与风险防控、交易者身份信息核验、平台内容管理与合法性审查、确立公平的服务协议与交易规则、自然人隐私与信息保护、平台内经营者与消费者权益保护。[46]不过，鉴于非同质化通证行业的特殊性，交易平台责任的构建重点在于规制知识产权及金融法相关风险。

如前文所述，平台内经营者的违法行为主要与知识产权侵权相关，可能给消费者或第三方带来重大利益损害。平台主导非同质化通证市场，保障消费者权益，承担着市场“看门人”的责任，这要求交易平台应采用人工智能等技术检测手段，主动预防与消除上述平台内部法律风险，构建事前审查机制、事中沟通处理机制、侵权投诉机制与事后纠纷解决机制是平台承担前述责任的基本途径。在事前阶段，平台经营者负有对入驻项目方的资质审查、身份认证等基本审核义务，可要求项目方提供一定的保证金，为上传待铸造的数字作品准备著作权证明等文件，充分审查原知识产权权利人授权情况，要求其披露是否独家授权发行，以保障消费者的知情权。平台通过要求发行方上传相应权利证明，包括著作权证明、授权文件、许可文件、商标证明等，可避免后续不必要的争端与法律风险。如有学者指出，平台（联合发行方）向消费者提供非同质化通证数字作品原作者、铸造者（发行者）及发售份数等必备信息。[47]在实践中，围绕“胖虎打疫苗”的国内“NFT第一案”，杭州互联网法院认为平台要履行一般网络服务提供者的责任（“通知—删除”义务），还应建立知识产权审查机制，对NFT的著作权进行事前审查。[48]《民法典》第1195条与《电子商务法》第45条均规定，电子商务平台经营者在知道或者应当知道平台内经营者侵犯知识产权的情况下，应当采取删除、屏蔽、断开链接、终止交易和服务等必要措施，否则平台与侵权人承担连带责任。为此，平台经营者应在用户协议中设定相关条款，明确各方权利义务边界、免责情形和追偿权，避免发行方知识产权侵权等。平台还可以通过技术手段加强对作品上链前的著作权合法性检测。

市场监管机构及立法机构根据平台地位，综合考量用户权益、平台规制能力和规制成本等多种因素，科学合理地设定平台责任。在实践中，平台多样化的经营模式使得其角色定位较为模糊，责任边界不清。因此，有必要区分平台经营类型，为不同类型的交易平台划分不同的主体责任，实现精细化治理，依据不同平台的类型设定相应的注意义务的标准。[49]对仅提供非同质化通证交易服务的平台，除履行“通知—删除”义务外，还应承担事前审查其数字内容合法性的责任。对于集提供非同质化通证铸造发行及交易或拍卖等各类服务于一体的平台，除了前述责任，还应优化取得著作权人授权阶段的磋商机制，确保取得原权利人唯一授权，避免稀释非同质化通证的稀缺性，以免影响消费者财产权利。就权利客体类型而言，在事前审查过程中，平台可依据交易是否约定转移如映射层数字作品的所有权与著作权，以及著作权商业许可的具体权利和用途等，提前区分非同质化通证映射层的权利类型，并审查相应的授权许可证明，确保“铸造者”拥有上述著作权人的完整授权，确保非同质化通证相关数据长期存储，保障消费者权益。

在事中阶段，根据《民法典》第1195条及《信息网络传播权保护条例》第23条，平台经营者应审查申请非同质化通证铸造的用户是否提供了涉及知识产权底稿、原件、合法出版物、著作权登记证书、认证机构出具的证明等初步证据以及此类证据的真实性，证明其为真实权利人或经原权利人授权有关权益。在非同质化通证发行、宣传、售卖和转售过程中如出现侵权行为，平台可增加审查维度、暂停发售和流通、发布公开声明等。平台或行业协会未来还可以制定细则，在法规范框架内，根据不同场景下的审查需要和知识产权权利类型等因素，明确和细化具体要求。在事后阶段，平台内经营者发生侵权、欺诈等行为时，平台经营者应在第一时间下架非同质化通证，履行必要措施，如“通知—删除”的义务，将该侵权作品在区块链上予以断开并打入地址黑洞，以停止侵权；涉及欺诈行为时，可冻结项目方的保证金，履行后续赔偿责任。平台或行业协会自建纠纷解决机制，消费者将纠纷交由平台先行处理，对平台的处理不服时，由行业协会或各地方金融监督管理局组织的非同质化通证纠纷解决机制介入处理。此外，司法机关在具体案件中合理界定平台的法律责任，完善事后追责机制，为行业提供示范作用。例如，杭州互联网法院在“胖虎打疫苗”案的裁判文书中指出，平台因未尽审慎义务，发行的非同质化通证造成侵权，应承担连带法律责任。[50]

### （二）平台责任与金融风险规制

当前规制原则需要进一步优化，监管者需要认识到非同质化通证在数字艺术、文化和商业领域的重要价值，科学合理地设置监管原则，重点防范平台滋生的金融法制风险，推动平台经营者保护消费者权益。监管机构致力于平衡创新和规制的关系，推动风险治理与鼓励发展并重。我们既期待创新，又必须警惕创新的意外后果。前沿科技蕴含风险，同时对社会具有巨大正面价值，警惕单纯采取“一刀切”政策。包括非同质化通证在内的区块链监管政策不宜长期奉行“禁令型”模式。[51]健康的市场规制路径不应局限于设定“零风险”的规制目标。在NFT的发展上，对其属性不应以“全是或全非”进行认定，而应允许其多样化的可能，在保护私人财产利益和防范公共金融风险中找到平衡。[52]在坚守金融安全的底线下，适当放开对于非同质化通证的金融化程度，有利于我国迎接全球化“元宇宙秩序构建”的深层运用，更有助于我国金融法治与全球金融治理过程中形成良好互动。[53]其他学者认为，NFT是Defi（区块链去中心化金融）的核心资产，对于其金融功能，应引导其在一定范围内合理发挥，而不是一禁了之。在我国的政策影响下，用户在平台首次交易后不得再次转让，影响了NFT的贮值功能与流通功能。在防止其证券化的同时，应赋予其在特定主体间自由流动，允许NFT二次交易乃至多次交易。[54]

从笔者的实践调研来看，近年来行业的金融风险主要源自平台经营者自身。笔者建议设立以消费者权益保护为核心的交易平台规制路径。为防范洗钱、诈骗、传销、内幕交易及非法集资等金融风险，监管机构以交易平台为重点规制对象，依法要求其设立交易者身份识别机制与反洗钱机制，打击内幕交易、哄抬价格出货等违法行为。因此，非同质化通证要进行反洗钱合规，即要求平台对用户进行实名制审核，存储必要的非同质化通证交易记录，履行反洗钱义务。[55]

非同质化通证与数字作品的结合有虚拟商品属性，难免存在投资性质。非同质化通证的买受人多为行业新手，一些新入场的消费者受交易平台宣传和行业热潮推动的影响，只关注其价格涨跌。非同质化通证涉及较复杂的权利结构，不同平台的交易规则与授权条款差异甚大，普通消费者没有能力辨别非同质化通证的权利结构内容，对其所映射的数字作品的内容、属性或其在历史中的意义等重要内涵以及平台和自身的责任分配毫不关心。衡量非同质化通证的价值，买受人需要关注对非同质化通证映射的数字作品享有何种权利，评估其内在价值和市场价格的偏离度，判断它的内容稀缺性和艺术独创性程度。有学者认为，NFT仅是通证ID，只有特定化的标记或映射功能，并无欣赏价值。大量数字作品于链下存储，极易被篡改。可以认为，NFT数字作品的价格波动风险比普通债权更高。公众对NFT数字作品如有此认知，有风险意识，自会远离非理性投资行为。[56]

对于多数消费者而言，普及本行业基本知识及金融风险教育异常重要。数字作品原著作权人可能授予了非同质化通证买受人部分著作财产权，但著作权是一项“权利束”，涉及10余项具体权利。针对各类非同质化通证权利的转让条款，买受人被许可转让的著作财产权或其他权利的内容可能大相径庭。有学者认为，NFT数字作品很难说有多少使用价值。目前被“铸造”为NFT数字作品的基本为艺术类作品，其价值并不在于实用性，甚至也不主要在于供人欣赏，而在于稀缺性带来的市场升值预期和可变现性。[57]这主要是针对国内一些非同质化通证现状而言。综观海内外，非同质化通证的价值存在多样性。前述诸如交换媒介、活动门票及允许进入聚会的名片等“铸造”为非同质化通证，具有一定的实用性。此外，著名非同质化通证项目“无聊猿”所属Yuga Labs公司授予买受人使用、复制和展示所购买的“无聊猿”数字作品，以及基于该艺术品创作衍生作品的权利，如生产和销售展示艺术作品的T恤，以及拥有或经营涉及“无聊猿”的第三方网站或应用程序的权利，等等。[58]“无聊猿”持有人还可参加特定的聚会，获得空投元宇宙虚拟地块等权益。

与这类广泛授权不同，如京东于2021年12月在区块链（“智臻链”）销售非同质化通证时约定表明[59]，国内非同质化通证原权利人往往仅授权买受人享有访问特定数字作品的有限权利。其他平台的协议类似，如《NFTCN平台服务协议》约定：数字作品在交易完成后，用户即享有对该数字作品进行占有、使用、转让、处分的权利，但数字作品的知识产权仍由作品知识产权的权利人拥有；数字作品的知识产权并不因数字作品的交易行为而发生任何转移或共享。[60]

这类非同质化通证买受人的权利主要限于访问所映射的数字作品及非商业化展示等有限权利。受前述非同质化通证的权利结构特征影响，买受人在公有链环境下，通常获得的是一种虚拟权益凭证，对载体层拥有排他与支配性权利。据上述国内各平台的约定，在私有链或联盟链环境下，买受人未获得对载体层排他性权利，并不必然取得映射层数字作品的著作权。此时，买受人获得数字作品的“所有权”很可能是一种虚构的法律想象。

另外，原著作权人可能在没有违背用户协议的基础上，在不同交易平台重复“铸造”与售卖映射同一数字作品的非同质化通证。这将带来两个方面的问题，一是非同质化通证在不同平台被多次铸造与售卖，大大稀释其市场价格，负面影响买受人对财产权益或未来投资利益的预期；二是一些买受人并不理解非同质化通证复杂的权利结构，无暇详阅或理解交易规则和授权条款，在购入非同质化通证后冒然从事与数字作品相关的商业开发及利用，造成违约与侵权行为。非同质化通证可以作为欣赏正版数字作品的证明，在数字作品交易中可以作为有限的著作权或所有权证明。但这种权利证明可能仅意味着非同质化通证所映射的数字作品是正版作品，买受人取得访问正版数字作品的资格。这些复杂的权利结构与法学理论知识往往超越多数普通消费者的理解。笔者建议市场监管机构推动交易平台持续提示风险，推动平台面向消费者普及行业知识及投资风险教育，可以参考证券投资市场，评估消费者的投资风险偏好，制定适当的合格投资者准入门槛，以保护其权益。监管机构可深入推动平台普及相关法律知识，开展法律风险教育，消除普通买受人的认知差异或误解，帮助普通买受人理解非同质化通证的权利结构，避免造成买受人财产损失，规避投资风险。

有学者主张，诸如金融交易标的无形性、交易内容的信息化及销售方式的高度劝诱性等，金融消费者较一般消费者处于更加弱势的地位，有对金融消费者特别保护的需要。[61]在非同质化通证领域，消费者一般难以理解非同质化通证复杂的技术架构、权利结构与转让合约中的细则，面对交易平台的广告宣传与投资劝诱性的表述，也不具备相应讨价还价的能力。消费者在交易中多处弱势，甚至受各种劝诱宣传影响而作出非理性的购买冲动。法律及监管制度应当确保信息对称性，让消费者获得所有可得的信息，基于消费者权益保护目标，打通涵盖非同质化通证商品“铸造”、发行、推介、交易及纠纷解决等各链条，将监管机构规制平台的具体细则统合其中。这包括交易平台经营者要求项目方提供每个项目的详细说明并在平台向潜在的消费者展示，比如对非同质化通证映射的数字作品内涵、创新性和发行数量说明，非同质化通证存在的炒作风险，可能导致消费者财产权益损失等内容的叙述。监管机构通过加强交易平台的注意义务，要求交易平台对不当劝诱行为承担责任。

最后，考虑到消费者在购买与投资非同质化通证过程中多处于弱势地位，笔者建议，一方面监管机构可针对行业的金融风险，设置消费者投诉与反馈机制，打击平台经营者存在的暗箱操作和内幕交易等违法行为；另一方面应加强对平台自律规则的审查。研究者认为，在平台经营者与平台内经营者以及消费者等群体围绕平台自律管理的依据、具体管理措施的合理性等产生纠纷时，人民法院应当依据《民法典》等法律中的格式条款相关规定，审查其管理依据、管理措施以及管理程序。[62]交易平台自律规则的制定可能形式上具备平等协商外观，但消费者和平台内经营者对规则制定基本不具有话语权，通常只能顺从交易平台单方面制定的规则。因此，交易平台在其内部享有至高威权，却无有效监督。面对前述平台刻意减少自身义务及私权力滥用等问题，交易平台的自律规则应在以不损害平台内经济者及消费者合法权益、秉持交易公平等方面受到司法机构审查。

## 四、结语

非同质化通证的法律风险多与其载体层和映射层的结构特征有关，交易平台组织和促进了非同质化通证流通，为其权利结构特征和运行提供技术环境。因之，这些风险重点集中于交易平台。鉴于全球范围内本行业发展飞速，监管机构的监管能力有限，为平衡创新与控制风险的需要，监管机构需要以平台为重点规制目标。一方面，平台经营者作为规制交易双方的主体，重在尽到数字作品合法性审查义务，防范知识产权侵权；另一方面，监管机构将平台经营者列为被规制重点，以消费者权益保护为导向，防范平台滋生金融法制风险，打击内幕交易等违法行为。

总体而言，非同质化通证仍处在早期发展阶段，市场监管者应督促平台经营者落实法律责任。交易平台一方面不能刻意减少自身的义务，尤其是应避免单方面豁免自身责任，甚至将知识产权领域的风险识别义务全部施加于消费者；另一方面，交易平台应合理审慎地行使私权力，以客观、公正的立场调解平台内经济者及消费者间的利益纠纷。司法机关通过如“胖虎打疫苗”等标志性个案，对平台自律规则的合法性进行必要的审查，未来可择机将一些案例上升为指导性案例，在相应法制供给暂时空缺的背景下，为新兴领域的利益纷争提供有效的示范和指引。市场监管者与立法者以平台为规制中心，以防范金融风险、保障消费者权益为主线，科学合理地设置平台经营者的责任。随着非同质化通证领域的深度发展，一些头部平台的公共性影响将持续扩大。市场监管者与平台深化合作监管，治理风险，解决市场失灵、监管失灵与规则空白带来的难题。在此过程中，作为私人力量的交易平台与市场监管机构成为共同承担公共责任的主体，而这一规制模式也将为其他前沿科技行业的法律风险防控提供充分参考与有益启示。

[1]王奇才：《元宇宙治理法治化的理论定位与基本框架》，载《中国法学》2022年第6期。

[2]初萌、易继明：《NFT版权作品交易：法律风险与“破局”之道》，载《编辑之友》2022年第8期；陶乾：《论数字作品非同质代币化交易的法律意涵》，载《东方法学》2022年第2期。

[3]王江桥：《NFT交易模式下的著作权保护及平台责任》，载《财经法学》2022年第5期。

[4]阮神裕：《论NFT数字资产的财产权益：以权利束为视角》，载《浙江社会科学》2023年第3期。

[5]苏宇：《非同质通证的法律性质与风险治理》，载《东方法学》2022年第2期。

[6]王迁：《论NFT数字作品交易的法律定性》，载《东方法学》2023年第1期。

[7]Evans, Tonya M. Cryptokitties, Cryptography, and Copyright, AIPLA Quarterly Journal, Vol.47: Iss.2, August 2019, pp.219-266.

[8]Fisher, K. Once upon Time in NFT: Blockchain, Copyright, and the Right of First Sale Doctrine, Cardozo Arts & Entertainment Law Journal, Vol.37: No.2, 2019, pp.629-634.

[9]Marinotti, Joao, Possessing Intangibles, Northwestern University Law Review, Vol.116: No.5, 2022, pp.1227-1282.

[10]Fairfield, Joshua. Tokenized: The Law of Non-Fungible Tokens and Unique Digital Property, Indiana Law Journal, Vol.97:Iss.4, 2022, pp.1261-1313.

[11]吴一楷：《金融法维度下非同质化通证的属性研究与监管构建》，载《上海金融》2022年第11期。

[12]相关实例参见https://ordinals.com/inscription/e7454db518ca3910d2fl7f41c7b215d6cba00f29bdl86ae77d 4fcd7f0ba7c0eli0，访问日期：2024年7月20日。

[13]长铗、刘秋杉：《元宇宙》，中信出版社2022年版，第139页。

[14]李逸竹：《NFT数字作品的法律属性与交易关系研究》，载《清华法学》2023年第3期。

[15]郭鹏：《功能等同原则视域下NFT数字藏品交易的法律定性——兼论虚拟财产纳入物权法调整的新路径》，载《现代法学》2023年第6期。

[16]李逸竹：《NFT数字作品的法律属性与交易关系研究》，载《清华法学》2023年第3期。

[17]TermsofService, https: /opensea.io/tos，访问日期：2023年4月4日。

[18]如《蚂蚁链数字藏品平台用户服务协议》（20230215版本）约定：未经平台书面同意，用户不得向第三方转让本协议项下的权利和义务；《NFTCN平台服务协议》约定，用户应当理解并同意，服务被终止时，NFTCN平台可以从服务器上永久地删除用户在NFTCN平台的数据。

[19]张金平：《元宇宙对著作权法的挑战与回应》，载《财经法学》2022年第5期。

[20]吴一楷、李国安、王健璇：《非同质化通证的金融属性及司法认定可能》，载《广东财经大学学报》2023年第3期。

[21]邓建鹏：《区块链的法学视野：问题与路径》，载《学术论坛》2023年第3期。

[22]吴一楷：《金融法维度下非同质化通证的属性研究与监管构建》，载《上海金融》2022年第11期。

[23]欧阳日辉、李翔宇：《元宇宙金融的理论机制与演化逻辑》，载《陕西师范大学学报（哲学社会科学版）》2023年第2期。

[24]See Crypto Slate, 27 stats about NFTs in 2022—who are the big winners? https: //cryptoslate.com/27- stats-about-nfts-in -2022- who-are-the-big-winners/，访问日期：2023年3月22日。

[25]参见中国互联网金融协会：《中国互联网金融协会、中国银行业协会和中国证券业协会关于防范NFT相关金融风险的倡议》, https://www.nifa. org.cn/nifa/2955675/2955763/3014136/index. html，访问日期：2023年3月23日。

[26]《国内NFT买到“假”作品 你被NFT割韭菜了吗？》，https://www. sohu.com/a/530814469\_121194864，访问日期：2024年8月5日。

[27]《央美教师被指抄袭作品“无聊猿”，多名专家：存在剽窃模仿》，https://www.thepaper.cn/newsDetail\_for- ward\_16627715，访问日期：2023年5月1日。

[28]Herèms International v, Rothschild, https: //www.loeb, com/zh-hans/insights/publications/2023/02/hermes -international -v -rothschild，访问日期：2024年8月1日。

[29]Ex-OpenSea Manager 's Trial Begins in First Alleged NFT Insider Trading Scheme, https: //gizmodo.com/opensea-nft-insider-trading-crypto-blockchain -1850368156，访问日期：2023年5月16日；Disgraced OpenSea manager arrested for insider trading, https: //www.theverge.com/2022/6/1/23150429/opensea-insider-trading-nathaniel-chastain-arrested-homepage-nfts ，访问日期：2023年5月17日。

[30]房慧颖：《新型操纵证券市场犯罪的规制困局与破解之策》，载《华东政法大学学报》2022年第1期。

[31]陶乾：《论数字作品非同质代币化交易的法律意涵》，载《东方法学》2022年第2期。

[32]Terms of Service, https: //opensea.io/tos，访问日期：2023年4月4日。

[33]黄锫：《元宇宙的行政规制路径：一个框架性分析》，载《中国法学》2022年第6期。

[34]武腾：《电子商务平台自律管理行为的司法审查》，载《暨南学报（哲学社会科学版）》2023年第10期。

[35]苏宇：《非同质通证的法律性质与风险治理》，载《东方法学》2022年第2期。

[36]赵磊：《NFT的法律规制——从“胖虎打疫苗案”谈起》，载《法律适用》2023年第11期。

[37]宋亚辉：《网络平台的动态规制理论》，载《上海政法学院学报（法治论丛）》2023年第2期。

[38]邓建鹏：《中国民法典编纂热的理性思考》，载《南昌大学学报（人文社会科学版）》2019年第3期。

[39]刘权：《网络平台的公共性及其实现——以电商平台的法律规制为视角》，载《法学研究》2020年第2期。还有学者指出，平台主要承担的管理职能有制定规则、分配权利义务和解决纠纷。参见李怡然：《网络平台治理：规则的自创生及其运作边界》，上海人民出版社2021年版，第15页。

[40]《蚂蚁链数字藏品平台用户服务协议》（20230215版本）约定：在任何情况下，鲸探平台不为任何内容负责，包括但不限于任何内容的错误或遗漏，以及经由本平台发布的任何内容而衍生的损失或损害。《NFTCN平台服务协议》亦约定，平台不保证每位用户上传的作品具有著作权或著作权人的授权，用户需自行辨别平台上的作品是否属于原创作品。因用户购买到侵权作品产生的损失，平台不承担任何责任。

[41]武腾：《电子商务平台自律管理行为的司法审查》，载《暨南学报（哲学社会科学版）》2023年第10期。

[42]李怡然：《网络平台治理：规则的自创生及其运作边界》，上海人民出版社2021年版，第69页。

[43]刘权：《论互联网平台的主体责任》，载《华东政法大学学报》2022年第5期。

[44]李怡然：《网络平台治理：规则的自创生及其运作边界》，上海人民出版社2021年版，第34页。

[45]刘权：《论互联网平台的主体责任》，载《华东政法大学学报》2022年第5期。

[46]具体对非同质化通证交易平台相关责任和义务的详细讨论，参见程啸主编：《NFT数字艺术品法律问题研究》，中国法制出版社2023年版，第64—71页。

[47]吴一楷：《金融法维度下非同质化通证的属性研究与监管构建》，载《上海金融》2022年第11期。

[48]参见杭州互联网法院（2022）浙0192民初1008号民事判决书。

[49]司晓：《网络服务提供者知识产权注意义务的设定》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2018年第1期。

[50]参见杭州互联网法院（2022）浙0192民初1008号民事判决书。

[51]邓建鹏、马文洁：《虚拟货币整治的法治思考与优化进路——兼论对金融科技的“禁令型”监管》，载《陕西师范大学学报（哲学社会科学版）》2022年第3期。

[52]吴一楷、李国安、王健璇：《非同质化通证的金融属性及司法认定可能》，载《广东财经大学学报》2023年第3期。

[53]吴一楷：《金融法维度下非同质化通证的属性研究与监管构建》，载《上海金融》2022年第11期。

[54]赵磊：《NFT的法律规制——从“胖虎打疫苗案”谈起》，载《法律适用》2023年第11期。

[55]李晶：《元宇宙非同质化通证治理模式：自生治理、合作治理与功能监管》，载《电子政务》2023年第10期。

[56]李逸竹：《NFT数字作品的法律属性与交易关系研究》，载《清华法学》2023年第3期。

[57]王迁：《论NFT数字作品交易的法律定性》，载《东方法学》2023年第1期。

[58]Kentucky, M. D. M. Transfers and Licensing of Copyrights to NFT Purchasers, Stanford Journal of Blockchain Law & Policy, Vol.6.1, 2023, p.133.

[59]该约定称：数字藏品的知识产权或其他权益属发行方或权利人所有，除另取得发行方或权利人授权外，您不得将数字藏品用于任何商业用途......勿对数字藏品进行炒作、场外交易。

[60]https: //www.nftcn.com/pc/#/Notice\_deta\_user\_f，访问日期：2023年7月8日。鲸探平台在《蚂蚁链数字藏品平台用户服务协议》（20230215版本）中约定：用户有权在平台上享受数字藏品的浏览、购买、分享、转赠、争议处理、订单管理以及数字藏品的访问、欣赏、炫耀、信息查看等信息技术服务；数字藏品的著作权由发行方或创作者拥有；除另行取得著作权权利人书面同意外，用户不得将数字藏品用于任何商业用途。

[61]杨东：《论金融消费者概念界定》，载《法学家》2014年第5期。

[62]武腾：《电子商务平台自律管理行为的司法审查》，载《暨南学报（哲学社会科学版）》2023年第10期。