

西村あさひ法律事務所

NFT を用いたランダム型販売と二次流通市場の併設に関する賭博罪の成否
-NFT ホワイトペーパー(案)を踏まえて-

スポーツビジネス・ロー・ニューズレター

2022年4月1日号

執筆者:

E-mail✉ [平尾 覚](mailto:hebi@nishimura-asahi.com)E-mail✉ [稲垣 弘則](mailto:inohara@nishimura-asahi.com)E-mail✉ [小幡 真之](mailto:konno@nishimura-asahi.com)

1. はじめに

近年、日本のスポーツ業界においては、DX を活用して新たな資金循環を生み出そうとする動きが顕著となっています。欧米を中心に、スポーツデータビジネス、スポーツベッティング、ファンタジースポーツ、Non-Fungible Token(以下「NFT」といいます。)やスポーツトークンなどを活用したスポーツ DX 事業による新しい収益源と資金循環が生み出される中、日本においてもスポーツ産業を起点とする新たなエコシステムの形成を図ることを目的として、2022年1月31日にスポーツエコシステム推進協議会¹が設立されるなど、スポーツ DX 事業の活性化と市場形成に向けた動きが加速しています。

特に、NFT については、2020年には400億円弱であった市場規模が2021年には4兆7000億円以上の規模となる²など全世界で急速に市場が拡大しており、日本のスポーツ業界においてもNFTの活用に注目が集まっています。欧米では、NFTを活用したスポーツビジネスが急速に発展していますが、その中でも注目を浴びているのは、米国のDapper Labs, Inc.(以下「Dapper Labs社」といいます。)が提供するNBA Top Shotと呼ばれるサービスです。NBA Top Shotでは、Dapper Labs社がNational Basketball Association(以下「NBA」といいます。)に所属する選手のプレー動画等のNFTをランダムに含めたパッケージを販売した上で、併設した二次流通市場におけるユーザー相互間の取引から手数料を徴収しています。二次流通市場では人気選手のスーパープレー動画のNFTほど高額で取引されており、最も高額なものになると、例えば、レブロン・ジェームズ選手のダンクシュート動画は、20万ドル(約2200万円)以上の価格で取引されています。その結果、2020年7月頃のサービス開始から本ニューズレター作成時点までで、一次流通市場における総売上は1億4200万ドル(約156億円)、二次流通市場における累計取引総額は9億6230万ドル(約1059億円)にまで達しています³。当該サービスを通じて、Dapper Labs社が支払うロゴや肖像権利用の対価がスポーツ団体や選手に対して還元される仕組みとなっており、このような新たな資金循環は、スポーツ団体・選手にとって貴重な収益源となる点において重要視されています。

しかしながら、日本においては、NFTのパッケージ販売を含むランダム型販売と二次流通市場が組み合わさった場合に賭博罪(刑法185条)が成立するのではないかとの懸念が示されることが少なくなく、スポーツコンテンツを活用してNBA Top Shotと類似するサービスを日本国内で提供することまでは躊躇している事業者が多い状況にあるといえます⁴。

そのような中、2022年3月30日に、自由民主党デジタル社会推進本部「NFT政策検討プロジェクトチーム」⁵から、「NFTホワイ

¹ <https://www.c-sep.jp/wp-content/uploads/2022/01/Press-release.pdf>。

² 後述するNFTホワイトペーパー3頁。

³ <https://www.flowverse.co/applications/nba-top-shot>。

⁴ 例えば、パシフィックリーグマーケティング株式会社は、2021年12月に株式会社メルカリと共同で「パ・リーグ Exciting Moments」の提供を開始し、選手動画等のNFTを販売しています。また同様に、株式会社横浜 DeNA ベイスターズは2021年11月に「PLAYBACK 9」、株式会社博報堂 DY メディアパートナーズは2022年2月に「PLAY THE PLAY for J.LEAGUE」、DAZNは2022年3月に株式会社ミクシィと共同で「DAZN MOMENTS」の提供を開始しています。これらのサービスでは二次流通市場を併設予定とするものの、現状NBA Top Shotと類似するサービス提供には至っていません。

⁵ 本ニューズレター執筆者である平尾覚弁護士及び稲垣弘則弁護士は、自由民主党デジタル社会推進本部「NFT政策検討プロジェクトチーム」ワーキンググループのメンバーを務めています。

トーパー(案)～Web3.0 時代を見据えたわが国の NFT 戦略～(以下「NFT ホワイトペーパー」といいます。)が公開されました⁶。NFT ホワイトペーパーは、「Web3.0」をデジタル経済圏の新たなフロンティアと捉えた上で、NFT を Web3.0 時代のデジタル経済圏を力強く拡大する起爆剤として位置づけています。その上で、「3.NFT ビジネス発展に必要な施策」として「(1)NFT ビジネスの賭博該当性を巡る解釈の整理」を挙げ、関係省庁において、NFT を利用した事業形態のうち、一定のものが賭博に該当しないことを明確に示す必要があるとの提言が行われています。

本稿では、NFT ホワイトペーパーの提言内容について言及した上で、NFT を利用した事業の一例として、NBA Top Shot を取り上げ、これと類似するサービスを日本国内で提供した場合における賭博罪の成否について検討します。

2. NFT ホワイトペーパーの提言

NFT ホワイトペーパー「3.NFT ビジネス発展に必要な施策 (1)NFT ビジネスの賭博該当性を巡る解釈の整理」においては、NFT を用いたランダム型販売と二次流通市場の併設に関する賭博罪の成否について、以下のとおり提言がなされています。

- ① NFT ビジネスを促進する観点からは、事業者が新たな NFT サービスを展開する際に、賭博罪の成否について、関係省庁から事前に見解を求めることができる仕組みを整える必要がある。
- ② 特に、NFT を用いたランダム型販売と二次流通市場の併設については、既に海外では同様のビジネスモデルが隆盛を極めていたことを踏まえると、関係省庁において、少なくとも一定の事業形態が賭博に該当しないことを明確に示すべきである。
- ③ なお、ランダム型販売や二次流通市場を利用して NFT を購入する消費者を保護する観点からのルール整備は別途検討を進めるべきであり、関係省庁の見解を踏まえた事業者におけるガイドラインの策定等が行われることが期待される。

NFT を用いたランダム型販売と二次流通市場の併設については、上記②において「少なくとも一定の事業形態が賭博に該当しないことを明確に示すべき」とされているとおり、賭博に該当しない類型が含まれているにもかかわらず、事業者に対して一律に委縮効果が生じてしまっていることが問題であり、これを明確にすることが NFT ビジネスを活性化するために不可欠であると考えられます。以下では、今後の議論のきっかけとして、NBA Top Shot のようなサービスが、賭博に該当しない事業形態といえるか否かについて検討します。

3. NBA Top Shot と類似するサービスを日本国内で提供した場合における賭博罪の成否

(1) NFT Top Shot の概要

本ニュースレターの検討においては、以下のサービス概要を前提とします。

- ① NBA Top Shot は、Dapper Labs 社が提供するサービスである。Dapper Labs 社は、NBA 及び National Basketball Players Association(以下「NBPA」といいます。)⁷とそれぞれライセンス契約を締結した上で、NBA Top Shot と呼ばれるアプリケーションにおいて、(i) NFT のパッケージによる販売、及び(ii)ユーザー相互間による NFT の売買を可能とするマーケットプレイス(二次流通市場)の運営・管理といったサービスを提供している。
- ② NFT のパッケージ販売について更に説明をすると、Dapper Labs 社は、「Moments」(モーメント)と呼ばれる選手のプレー動画等の NFT を、無作為に複数抽出した上でパッケージに入れ、会員ユーザーに販売している。モーメントはその希少性によって種類が分けられており、各パッケージには、どの種類のモーメントがいくつ含まれるかが明示されている。どの種類のモーメントがどの程度含まれるかによってパッケージの価格は異なり、具体的には、安いパッケージで 9 ドル(約 990 円)、高いパッケージで 999 ドル(約 10 万円)の価格で販売されている。なお、ユーザーはパッケージの購入前に当該パッケージに含まれる個々のモーメントを確認することはできない。また、Dapper Labs 社は個々のモーメントに販売金額を設定して個別販売をすることは行っていない。

⁶ <https://www.taira-m.jp/NFT%E3%83%9B%E3%83%AF%E3%82%A4%E3%83%88%E3%83%9A%E3%83%BC%E3%83%91%E3%83%BC%E6%A1%8820220330.pdf>。

⁷ NBPA が NBA 選手の集団肖像権を管理しているところ、THINK450 という NBPA が設立した法人が当該集団肖像権等の管理業務を行っている。

- ③ ユーザーは、二次流通市場において、自身の保有するモーメントを転売し、換金することができる。取引価格は、ユーザーが自由に設定できる。Dapper Labs 社は転売の際の取引金額の一定割合(5%程度)を手数料として徴収する。なお、ユーザーは、二次流通市場においてパッケージ販売をすることはできない。
- ④ Dapper Labs 社が、二次流通市場でモーメントを販売することはない。また、Dapper Labs 社が、パッケージに含まれるモーメントをユーザーから買い取ることもない。

(2) 「賭博」の意義について

ア. 構成要件

刑法 185 条は、「賭博をした者は、50 万円以下の罰金又は科料に処する。ただし、一時の娯楽に供する物を賭けたにとどまるときは、この限りでない。」と規定しています。ここでいう「賭博」とは、学説上、「偶然の勝敗により財物や財産上の利益の得喪を争う行為」⁸をいうとされています。

したがって、「賭博」に該当するというためには、①偶然の勝敗に関するものであること、②財物を賭けその得喪を争うことの要件を充たす必要がありますが、以下では②の要件を中心に検討します。

イ. 「財物を賭けその得喪を争うこと」の意義

「財物⁹を賭けその得喪を争う」とは、勝者が財物を得て敗者は財物を失うという相互的得喪の関係になければならないと解されており、当事者の一方が財物を失うことがない場合は、財物の「得喪を争う」ものとはいえないと解されています¹⁰。

なお、大審院判例には、胴元が客から金銭等を得た上で、その合計額の範囲内の価額の景品を勝者に与える形態の行為については、(i)金銭等の所有権がいったん胴元に移転したとみることにより、客相互間で財物の得喪を争うものとはいえず、また、(ii)客が勝った場合に胴元が得た金銭等の範囲で金品が交付されるにすぎず、胴元は常に危険を負担しない(財物を失わない)ため、客と胴元との間で財物の得喪を争うものともいえないことから、賭博に該当しないと判断するものが存在します¹¹。他方で、これらの大審院判例の判断のうち(i)については、その後の判例を踏まえて先例性を失ったと評価する見解¹²もみられるところであり、現在も同様に解釈することができるかは明らかではありません。

(3) 検討

ア. 「財物を賭けその得喪を争うこと」の該当性

NBA Top Shot のサービスにおいて「財物を賭けその得喪を争う」関係が成立しているかどうかは、Dapper Labs 社とユーザーとの間、そしてユーザー相互間でそれぞれ問題となり得ます。

⁸ 西田典之『刑法各論〔第7版〕』425頁(2018年、弘文堂)。

⁹ 財物性が問題となり得ますが、以下では NBA Top Shot にて販売する NFT は「財物」に該当することを前提とし、詳細の検討は割愛します。

¹⁰ 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法 第三版・第9巻』128頁(2013年、青林書院)[中神正義=高嶋智光執筆部分]、団藤重光編『注釈刑法(4)各則(2)』333頁(1980年、有斐閣)[小暮得雄執筆部分]。

¹¹ 例えば、大判昭和8年12月22日刑集12号2417頁は、あらかじめ購入した遊技券により玉突等の遊技をさせ勝者に景品を提供する事案につき、当該遊技券は遊技に先立って営業者の所有に帰するため、当該遊技券は遊技者及び営業者等相互間で得喪の目的として賭した財物とはいえないと判示しています。また、大判大正9年10月26日刑録26輯743頁は、勝馬投票券を密売してその密売代金総額の範囲内での的中者に景品を交付した事案につき、密売代金は支払いと同時に開催者の所有に帰し、購入者相互間で得喪の目的となる賭金となり得ず、景品券も勝馬投票券密売代金の範囲内で勝者に交付されるにすぎないとして、密売者及び購入者らの行為は賭博罪を構成しないものと判示しています。

¹² 橋爪隆「判例講座・刑法各論 第20回(完)賭博罪について」130頁(2021年、警察学論集第74巻第9号)では、その後の最判昭和28年11月10日刑集7巻11号2067頁において、客が先行して遊技券を購入する類型について賭博罪の成立が認められているのであるから、当該判決によって、少なくとも上記(i)の論理は否定され、先例性を失ったと解するべきとしています。

まず、Dapper Labs 社とユーザーとの間でこのような関係が成立するかを検討すると、Dapper Labs 社は自らが設定した販売価格に相当する金額の金銭(財物)を得ており、ユーザーもパッケージに表示されたとおりの種類のモーメント、すなわち販売価格に応じた希少性を有するモーメント(財物)を得ていると考えられます。この場合、通常の売買と何ら変わるものではないのであって、何れも財物を失っていないため、財物の「得喪を争う」関係は生じていません。

次に、ユーザー相互間について検討すると、あるユーザーが拠出した金銭が他のユーザーに移転するような関係にある場合は財物の「得喪を争う」関係が生じたと解し得ますが、NBA Top Shot のサービスにおいてそのような関係は生じ得ず、ユーザー相互間において、財物の「得喪を争う」関係は生じていないと考えられます。

したがって、NBA Top Shot のサービスを通して財物を失う当事者は存在しない以上、Dapper Labs 社とユーザーとの間においても、ユーザー相互間においても、財物の「得喪を争う」関係は生じておらず、「財物を賭けその得喪を争うこと」には該当しないと解することも十分に合理的であるものと考えられます¹³。

イ. 二次流通市場の併設による影響

近時、二次流通市場が存在することで、一次流通市場の販売価格を下回る取引価格相場が形成されている場合(又は形成されることが予想できる場合)には、ユーザーが財物を失うとして、(NFT の発行者とユーザーとの間で)財物の「得喪を争う」関係が生じ得るのではないかという指摘が存在しています。

しかしながら、この考え方は、一次流通市場の価格設定の問題と二次流通市場の価格形成の問題を混同して論じているものと考えられます。すなわち、二次流通市場において、個別の NFT の価値が上がるか下がるかは、あくまで二次流通市場における価格形成の問題であり、一次流通市場における事業者による価格設定と直接結びつくものではありません¹⁴。また、二次流通市場の価格は、常に上下するものであり、一次流通市場における取引時に、パッケージの中の NFT が二次流通市場で幾らで取引されるかを正確に予測することはできません。なお、このように、一次流通市場で設定された価格と二次流通市場で形成された価格が乖離する例は広く見られます。例えば、希少性の高い焼酎は、二次流通市場において定価を超える値段で取引されますが、蔵元は、一次流通市場において、あくまで定価で焼酎を販売し、蔵元が二次流通市場の価格相場に連動した価格設定を行うことは基本的にはありません。

したがって、二次流通市場の併設を踏まえたとしても、NBA Top Shot においては、一次流通市場で販売されるパッケージには、あくまで「Dapper Labs 社が一次流通市場での価格として妥当であると判断した販売価格」が設定されているのであり、ユーザーは、期待したとおりのパッケージの内容(すなわち、パッケージに表示されたとおりの種類のモーメントが、表示されたとおりの数入っています。)を購入しているため、Dapper Labs 社とユーザーの何れも財産を失っていないと解することの合理性は失われないものと考えられます。

なお、Dapper Labs 社が、二次流通市場を運営し、取引金額に連動した手数料を徴収していることについても、財物の「得喪を争う」関係は生じていないという結論に影響を与えないと考えられます。二次流通市場では、ユーザー間の取引が行われていますが、ユーザー間で財物の得喪を争う状況は生じておらず、Dapper Labs 社が賭博を幫助していると捉えることはできないからです。また、Dapper Labs 社は、規約に基づき、取引金額に応じた手数料を徴収しているだけであり、Dapper Labs 社とユーザーとの間で財物の「得喪を争う」関係が成立しているわけでもありません。

ウ. 結論

以上のとおり、NBA Top Shot のサービスにおいては、Dapper Labs 社とユーザーとの間、及びユーザー相互間に、財物の「得喪を争う」関係が生じておらず、「財物を賭けその得喪を争うこと」には該当しないため、少なくとも上記(1)記載のサービス内容と実質的に同等の内容と評価できる限り、NBA Top Shot と類似するサービスを日本国内で提供した場合に賭博罪は成立しない(すなわち、NBA Top Shot のようなサービスは賭博に該当しない事業形態である)と解することも十分に合理的であるものと考えられます。

¹³ 松本恒雄監『NFT ゲーム・ブロックチェーンゲームの法制』140 頁以下(2022 年、商事法務)[亀井源太郎執筆部分]では、ブロックチェーンゲーム内で行われる有料ガチャに関して同様の論旨が展開され、賭博罪が成立しない可能性に言及されています。

¹⁴ 二次流通市場における取引価格が一次流通市場における販売価格に影響を与えることは想定されますが、その場合でも、一次流通市場における販売価格は、あくまで、Dapper Labs 社が、一次流通市場における価格として妥当であると判断して設定した価格であるにすぎないということが出来るものと考えられます。

4. (補足)NFTに関連するガイドラインについて

近年、複数の民間団体が NFT に関連するガイドラインを策定しています。例えば、一般社団法人日本暗号資産ビジネス協会が 2022 年 3 月 31 日付けで改訂した「NFT ビジネスに関するガイドライン(第 2 版)」¹⁵⁾においては、「NFT は通常、財産的価値を有すると考えられるため、NFT を利用したゲーム(以下、NFT ゲーム)では、サービス設計によっては賭博該当性に留意すべき場合があります。」とした上で、「特に留意を要するケースとして、パッケージ販売やガチャの手法を用いて NFT を販売する場合、こうした手法では NFT の獲得に偶然性があるのが通常であることを考慮しますと、販売者と購入者との間や購入者その他の購入者との間で財産上の利益の得喪を争う関係・・・が認められるかを検討すべきこととなります。その判断のためには、サービス形態に応じた個別具体的な検討が必要ですが、例えば、販売者は自らが設定した販売価格に相当する対価の支払いを受けることとなりますので、購入者において、その販売価格に応じた NFT を獲得していると評価できる事情があれば、当該サービスは購入者が販売者との間で財産上の利益の得喪を争うものではないと整理しうると考えられます。」と指摘されています。当該指摘は賭博に該当しない事業形態を明らかにする意図でなされたものと思料されますが、上記 3. で述べたこれまでの整理と整合するものと考えられます。もっとも、今後、このようなガイドラインにおいて、賭博に該当しないと考えられるより具体的な事業形態を示した上で、かつ、射倖心を過度に煽らないビジネスモデルを提示するなど、消費者保護にも配慮した指針が示されることが望まれます。

5. おわりに


以上のとおり、少なくとも上記 3.(1)記載のサービス内容と実質的に同等の内容と評価できる限り、NBA Top Shot と類似するサービスを日本国内で提供した場合に賭博罪は成立しない(すなわち、NBA Top Shot のようなサービスは賭博に該当しない事業形態である)と解することも十分に合理的であるものと考えられます。

また、今後は、NBA Top Shot と類似したサービスだけではなく、ランダム型販売と二次流通市場を併設した他のサービスや、これ以外の日本独自の NFT ビジネスが日本で展開されることが予想されます。事業者やコンテンツホルダーにとっては、新規の NFT ビジネスに関して賭博罪が成立するリスクが少しでも存在する場合には、当該ビジネスを開始することは事実上困難になると考えられます。そのため、上記 2.①及び②の提言のとおり、日本の NFT ビジネスの発展を阻害しないためにも、例えば、各業界団体及び関係省庁が連携して、賭博罪の保護法益にも十分に配慮したガイドラインを策定し、賭博に該当しない「事業形態」を整理・類型化することが重要であり、これにより、事業者は安心して新規の NFT ビジネスを積極的に展開することができるようになると考えられます。

もっとも、賭博罪が成立しないと整理した類型と類似するサービスであったとしても、全てのビジネスモデルが許容されるわけではなく、NBA Top Shot の例でいうと、事業者が二次流通市場を運営・管理するのみならず、二次流通市場においてユーザーから NFT を買い取るような場合には、NBA Top Shot のサービス内容と実質的に同等の内容と評価できるか疑問の余地があるため、事業者においては慎重な判断が必要になることには留意すべきと考えられます。また、ユーザーの射倖心を過度に煽るようなサービスについては、消費者保護の観点からの規制が必要となることは言うまでもありません。そのため、上記 2.③の提言のとおり、ランダム型販売や二次流通市場を利用して NFT を購入する消費者を保護する観点からのルール整備は別途検討を進めるべきであり、消費者庁等の関係省庁の見解を踏まえて各業界団体におけるガイドラインの策定等を進めていく必要があると思われ

当事務所では、クライアントの皆様のビジネスニーズに即応すべく、弁護士等が各分野で時宜に合ったトピックを解説したニュースレターを執筆し、随時発行しております。N&A ニュースレター購読をご希望の方は [N&A ニュースレター 配信申込・変更フォーム](#) よりお手続きをお願いいたします。また、バックナンバーは [こちら](#) に掲載しておりますので、あわせてご覧ください。

本ニュースレターはリーガルアドバイスを目的とするものではなく、個別の案件については当該案件の個別の状況に応じ、日本法または現地法弁護士の適切なアドバイスを求めていただく必要があります。また、本稿に記載の見解は執筆担当者の個人的見解であり、当事務所または当事務所のクライアントの見解ではありません。

西村あさひ法律事務所 広報室 [E-mail](#) 

¹⁵⁾ https://cryptocurrency-association.org/cms2017/wp-content/uploads/2022/03/JCBA_NFTguideline_v2.pdf。