

西村あさひ法律事務所
弁護士 平尾 覚
弁護士 稲垣 弘 則
弁護士 小幡 真 之

NBA Top Shot と類似したサービスの提供と賭博罪の成否について

NBA Top Shot と類似したサービスを日本国内で提供した場合、賭博罪（刑法 185 条）が成立するか否かについて検討した結果を、下記の通り報告致します。

記

I. NBA Top Shot の概要

- (1) NBA Top Shot は、米国の Dapper Labs, Inc.（以下「Dapper Lab 社」という。）が提供するサービスである。Dapper Lab 社は、National Basketball Association（以下「NBA」という。）及び National Basketball Players Association（以下「NBPA」という。）¹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）Non-Fungible Token（以下「NFT」という。）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 Lab 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 Lab 社は個々のモー

¹ 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。

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。

- (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 Lab 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 Lab 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 Lab 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戻すこともない。
- (5) NBA Top Shot のサービス開始（2020 年 7 月頃）後 5 ヶ月間での総売上（取引額）は約 2 億 3000 ドル（約 253 億円）に達しており、そのうちの 95%は二次流通市場における取引額である。2021 年 10 月時点での総売上は 7 億 3200 万ドル（約 805 億 2000 万円）に達している。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る。

II. 検 討

1. 「賭博」の意義について

(1) 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。」と規定している。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」²又は「偶然の事情に関して財物を賭け、勝敗を争うこと」³をいうとされる。

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るが、以下では②の要件を中心に検討する。

² 西田典之『刑法各論〔第7版〕』425頁（2018年、弘文堂）。

³ 前田雅英ほか編『条解刑法〔第4版〕』548頁（2020年、弘文堂）。

(2) 「財物を賭けその得喪を争うこと」の意義

「財物⁴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る⁵。

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する⁶。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ない⁷。

2. NBA Top Shot と類似したサービスの提供に関する賭博罪の成否

(1) 「財物を賭けその得喪を争うこと」の該当性 (NBA Top Shot の場合)

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 Lab 社とユーザーの間、そしてユーザー相互間でそれぞれ問題となり得る。

まず、Dapper Lab 社とユーザーの間でこのような関係が成立するか検討す

⁴ 財物性が問題となり得るが、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、詳細の検討は割愛する。

⁵ 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〕。

⁶ 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た。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者に景品を交付した事案につき、密売代金は支払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た。

⁷ 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る。

ると、Dapper Lab 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）を得ていると考えることができる。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」関係は生じていない。

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るが、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。

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」には該当しないと考えられる。

(2) 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する。

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る。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ない⁸。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ない。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る。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るが、蔵本は、一次流通市場において、あくまで定価で焼酎を販売し、蔵本が二次流

⁸ 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るが、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 Lab 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過ぎない。

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ない。

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る。）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る。

なお、Dapper Lab 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る。二次流通市場では、ユーザー間の取引が行われているが、ユーザー間で財物の得喪を争う状況は生じておらず、Dapper Lab 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ある。また、Dapper Lab 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 Lab 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はない。

(3) 小 括

以上のとおり、NBA Top Shot のサービスにおいては、Dapper Lab 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I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 と類似した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る。

* * * * *

以上につきまして、ご不明な点等がございましたら、当職らまでご連絡ください。

以 上