

NFTの有用性と限界について

アンダーソン・毛利・友常法律事務所外国法共同事業

2022年9月26日
弁護士 河合 健

NFTとは

Non-Fungible Tokenとは

- Non-Fungible Token (NFT) とは、ブロックチェーン上で発行されるトークンであり、トークン自体に固有の値を持たせた、代替性のない (non-fungible) トークン。一般には以下の有用性があると説明される
 - 従来、コピーが容易かつ無料なデジタルコンテンツに**特定性と希少性**をもたらすことが可能に
 - 特定のデジタルコンテンツとNFTとの組み合わせを「真正」なものとして「公認」し「真正性」を証明
 - スマートコントラクトの活用による**二次流通取引の収益還元**を実現しうる

	特徴	実現できること	用途例
NFT	一意性（唯一無二性）をもつ（全く同じトークンは存在しない）	一点もの（コンテンツ）をトークンで表現できる	個体管理が必要なデジタルコンテンツ
トークン	取引量の制御などをプログラム可能	トークンで表現された価値・権利の取引の自動処理が可能となる	- デジタル通貨（社内コインなど） - デジタル証券（セキュリティトークン）
ブロックチェーン	- コピー・改竄が事実上困難 - 記録した情報が事実上消失しない	- 記録した情報の検証が容易 - 否認できない台帳を実現できる	- 来歴の管理（トレーサビリティ） - 暗号資産（BTC、ETHなど）

NFTのユースケース

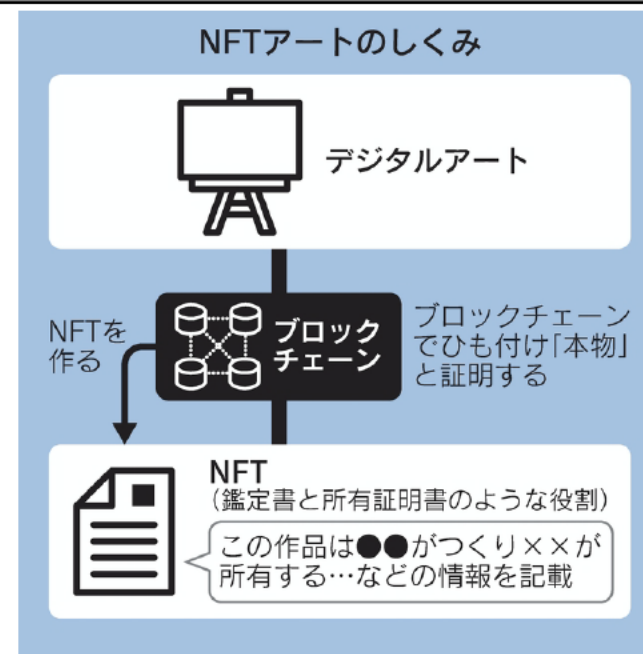
(出典) 2021年6月10日株式会社日本総合研究所 先端技術ラボ「NFT (Non-Fungible Token) に関する動向」
(<https://www.jri.co.jp/MediaLibrary/file/column/opinion/pdf/12710.pdf>)

領域	トークン化対象	トークン化の狙い	サービス・実施例
ゲーム	ゲームキャラクターや ゲーム内アイテム	ゲームの体験価値を高める キャラクターやアイテムの資産化 (他のゲームへの転用も展望)	• CryptoKitties • Sorare(サッカー・ゲーム) • Alien World
収集品 (コレクション アイテム)	デジタルコンテンツや 物理的マテリアル (トレーディングカード など)	鑑定書の役割 (正本証明)	• NBA Top Shots (バスケット選手カード) • Topps MLB (野球カード) • Gods Unchained (トレーディングカード) • CryptoPunks • Meebits
芸術作品	画像、映像、音声など	作品の頒布権を守る ※コロナ禍での展覧会減を契機とした、作者の 収益向上策としても注目される。	• Hashmasks • SuperRare • Art Blocks • Foundation
コンテンツ・ メディア	一般にアクセス可能な デジタルコンテンツ	1点モノのプレミア感の演出 (著者サイン本のようなもの)	• ブログ、Twitterなどの投稿のNFT化 (Twitterジャック・ドーシーCEOなど) • 音楽アルバムのNFT化 (米ロックバンドKing of Leonなど)
仮想空間	仮想空間(メタバー ス)内の土地や権利、 ドメイン名	仮想空間内の各種権利を確定	• Decentraland (仮想空間上の区画) • ENS Domains (Ethereumのアドレス名)
実際の物品と の紐づけ	1点モノの権利証など	特定の権利を確認可能にする	• 美術品 (スタートバーン社)

NFTと「唯一無二」

- 「NFTは唯一無二のデジタルデータを作成できる！」と言われるが・・・

- **NFT ≠ デジタルアート/コンテンツ**
 - ・ **NFTアートなどの作品の画像自体は誰でもコピー可能**
- NFTとして「唯一無二」なデータ部分は、NFTが紐づけられた作品の**来歴部分**
⇒ **アート作品の鑑定書のような役割**



NFTの活用により主に以下が期待

- ① デジタルコンテンツの希少性・特定性の確保
- ② デジタルコンテンツの（技術的な）追及権の確保
- ③ デジタルコンテンツの流通市場の確立
- ④ デジタルコンテンツに係る仲介者の省略（P2P取引の実現）

NFTと技術的な仕組み

代替不可能なデジタルデータ ～実際のデジタルデータの構成～

ブロックチェーン上に記録されるデジタルデータ（オンチェーン）

Token ID	1952(固有≠代替不可能)
Token URI	<u>ipfs://ABCDEFGHIJKLMNOPQRSTUVWXYZ01234567890123456789</u>
Owner Address	0x0f074034696a64Fa0Ee2321099Ef4324009b1417

Uniform Resource Identifier (≒URL)

ブロックチェーン外で記録されるデジタルデータ（オフチェーン）

```
{  
  "name": "Anderson Mori & Tomotsune",  
  "image": "ipfs://abcdefghijklmnopqrstuvwxyz01234567890123456789",  
  "discription": "logo of Anderson Mori & Tomotsune"  
}
```

メタデータ

容量の大きいコンテンツデータをブロックチェーン上に記録することは技術上現実的でないため、ブロックチェーン外で記録する

AMT

コンテンツデータ

NFTと技術的な仕組み – httpsとipfs

代替不可能なデジタルデータ ～ブロックチェーン外での記録方法～

	HTTP (Hyper Text Transfer Protocol)	IPFS (Inter Planetary File System)
保存場所	特定のサーバー	分散型ネットワークを構成する 複数のコンピュータ
アクセス方法	「場所」を指定 (サーバー名/ディレクトリ名/ファイル名)	「コンテンツデータ固有の値」を指定 (コンテンツデータのハッシュ値)
特徴	中央集権的 ✓ サーバーの管理者等がデータを自由に削除できる ✓ サーバーの管理者等がデータを自由に改ざんできる	非中央集権的 ✓ あるコンピュータからデータを削除しても、同じ分散型ネットワークに参加する他のコンピュータにデータが保存されており、インターネット上からの <u>データの完全な削除は困難</u> ✓ データを改ざんしても、改ざん後のデータのハッシュ値とオリジナルのデータのハッシュ値が異なるため、 <u>データの改ざんは不可能</u>

- HTTPを使用する場合、サーバーの管理者が、NFTに紐づくメタデータやコンテンツデータを自由に削除・改ざんできてしまうため、IPFSを使用することが望ましい
- IPFSを使用すると、アクセス制限が難しく、NFT「保有者」のみにアクセス権限を付与することが難しい。

NFTと技術的な仕組み～本質的な特徴～

- デジタルデータに真正性と唯一性を付与できる・・・？
 - デジタルデータ又はその所在場所に関するメタデータは特定のNFTに記録され、その紐づけ自体は改変困難
 - 第三者が著作権を有するデジタルコンテンツに紐づけたNFTを、当該第三者に無断で発行することは技術的に可能
 - 同じ内容のデジタルコンテンツを紐づけた別のNFTを発行することも技術的に可能

ブロックチェーン上の各種トークンとNFTとの比較

類型	Bitcoin	Utility Token	Security Token	NFT
ブロックチェーン	パブリック	パブリック又はプライベート	多くの場合、プライベート	多くの場合、パブリック
代替可能性	あり	あり	あり	なし
他の財産・権利の表章（紐づけ）	なし	各種利用権	各種有価証券	デジタルコンテンツ、アート、ゲームアイテム、利用権など
価値の源泉	トークンそのもの	表章する利用権	表章する有価証券	表章するコンテンツ等
価値移転の確実性	トークンの移転により財産的価値が確定的に移転	トークンの移転と利用権の移転が法的に一致するとは限らない	トークンの移転と有価証券の移転が法的に一致するとは限らない	トークンの移転とコンテンツの移転が法的に一致するとは限らない
規制法上の位置付け	暗号資産	移転制限がなく、かつ通貨建てでない場合、暗号資産	電子記録移転有価証券表示権利等	多くの場合、なし（例外あり）

NFTの私法上の性質

コンテンツ×NFTと所有権の有無

- たとえばリアルアートの場合、「リアル」（物理的媒体）部分は所有権の対象
- デジタルコンテンツ（を閲覧できる権利）を表象したNFT（**コンテンツNFT**）の場合は？
 - 「NFTはデータの所有を可能にする」、「NFT保有者はデジタルアートやデジタルキャラクターの所有権や著作権を取得する」などと言われるが・・・
 - ・ 民法上、**所有権の客体となる「物」とは、「有体物」（民法85条）**
 - **NFT及びそれに紐づけられたコンテンツ**はいずれも無体物であるデータにすぎず、民法上の「**所有権**」の**対象にはならない**
 - ・ 現行法上、「**デジタル所有権**」（Digital Ownership）という概念も**法定されていない**



コンテンツNFTは所有権の対象とはならない

コンテンツ×NFTと著作権の有無

- 著作権法は思想感情の「創作的表現」を「著作物」として「著作権」で保護

著作物(著作権法2条1項)

「思想又は感情を創作的に表現したものであつて、文芸、学術、美術又は音楽の範囲に属するものをいう」

- NFTは単なるデータであって「創作的表現」ではなく、**NFTに「著作権」は発生しない**

- これに対して（NFTに紐づけられた）**コンテンツは、「創作的表現」に該当する場合、コンテンツに譲渡可能な財産権である「著作権」が発生する**

- ではコンテンツNFTの取引は「著作権」の取引か？

コンテンツNFTの取引と著作権法上の位置づけ

- 「著作権」とは、創作的表現である「著作物」を、複製、翻案等著作権法が定める方法で利用する（法定利用行為）を独占する権利にすぎない
 - 例えば、**コンテンツを視聴する行為は法定利用行為ではないため、「著作権」の独占対象ではない**

「利用」 著作権法上の支分権に該当する行為	「使用」 著作権法上の支分権に該当しない行為
● 複製（法21条） ● 公衆送信（法23条1項） ● 翻案（法27条）	● 閲覧 ● 視聴

斉藤博『著作権法〔第3版〕』55頁（有斐閣、2007）参照。

- コンテンツNFTで想定される最も基本的な利用方法は「コンテンツ」を視聴するという「著作権」の独占範囲外の利用方法である
 - **コンテンツNFTの取引は、直ちに「コンテンツ」の「著作権」の取引であるとはいえない**



コンテンツNFTの取引は「コンテンツを一定の方法で利用できる地位」の取引である場合が多い

JCBA「NFTビジネスに関するガイドライン 第2版」

NFTを発行する事業者が留意すべき点

民法上の所有権

デジタルコンテンツのため発生
しないと考えられる

著作権等の権利

デジタルコンテンツには多くの
場合発生するが、権利者による
発行が必要であったり、発行・
販売行為の時点で諸権利やライ
センスが譲渡されるわけではな
い

発行事業者が手当てすべき内容

1. 購入者との間の契約・利用規約
等によりライセンスや譲渡の対象と
なる権利内容を適切に設定

2 デジタルコンテンツの著作権等の
権利を適切に処理する手当て

※個々のビジネスに即した十分な分析と適切な手当ての検討が必要

JCBA「NFTビジネスに関するガイドライン 第2版」

NFTを取り扱う事業者が留意すべき点

問題になりうる点

様々なNFTの様態がある中で

- ・取引対象にどのような権利が付されているのか
- ・そのNFTの購入を以って何が出来るのか、出来ないのか
- ・プラットフォーム間でのルールの違い

取扱事業者が契約・利用規約等で設定すべき内容

・取引対象の法的性質

著作権等または一定の方法で利用できる契約上の地位
(二次創作・公衆送信等の範囲)

・取引の具体的な内容

購入者が何をすることができるのか、できないのか

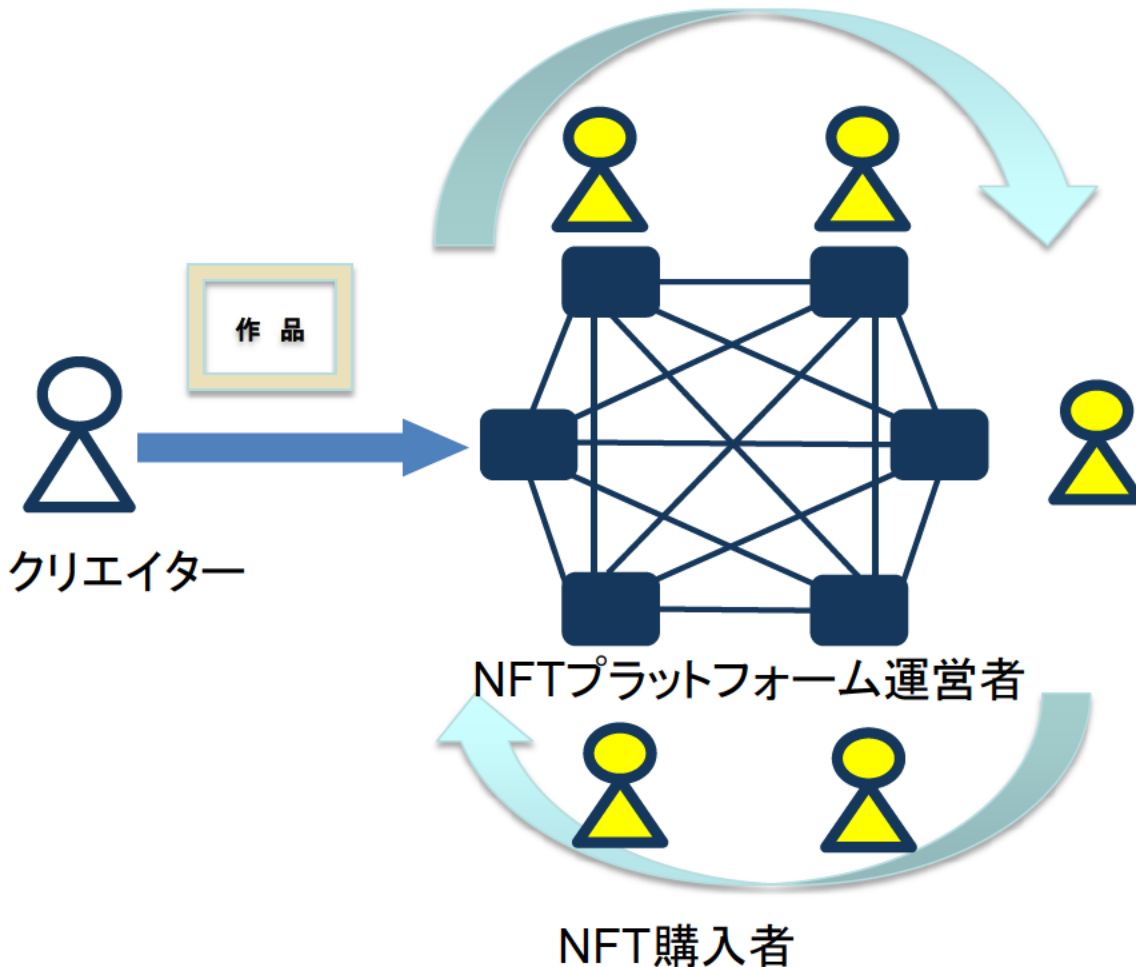
・取引に関するルール

二次取引、IPホルダーへのロイヤリティ支払、権利侵害
NFTへの対応、プラットフォーム外での取引の可否、ブ
ロックチェーンへの記録のタイミング等

※個々のビジネスに即した十分な分析と適切な手当での検討が必要

NFT×コンテンツの法的課題と解決方法

(例) NFT取引に係る当事者とそれぞれのニーズ



■ クリエイター

- 権利侵害の防止・対応
- 利用許諾対価の確実な回収
- 追及権的な権利の実現

■ NFT購入者

- 唯一性・真正性の確保
- 保有するNFTアートの使用
(VR空間での展示など)

■ NFT取引プラットフォーム運営者

- 利用対価の確実な回収
- 安定的な二次流通の確保

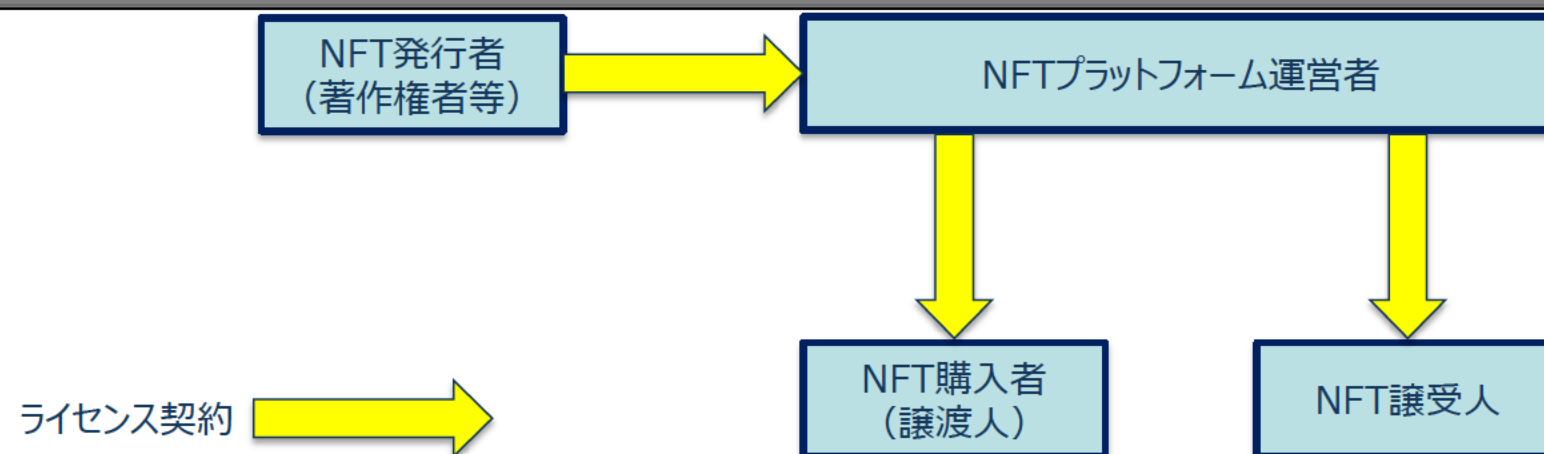
NFT×コンテンツの法的課題と解決方法

- NFT×コンテンツは、技術的に有体物の持つ「特定性」「希少性」を実現しうるものの、法的にそれらを基礎づける所有権の対象ではない
 - 現時点では、著作権法を含め、根拠となる法律や裁判例、考え方の枠組は整っていない ⇒ NFT×コンテンツの取引に関する法的権利関係は**当事者間の合意**で定める必要がある
 - 当事者の利益をバランスよく反映したプラットフォームの構築が必要
 - コンテンツNFT利用許諾契約+コンテンツNFTプラットフォーム利用規約
- 以上は通常のデジタルコンテンツに関連するプラットフォームの考え方と変わらない。ただし、NFTの有する以下の特徴を考慮すべき

- ✓ NFTプラットフォームが消滅してもNFTは残る。
- ✓ NFTプラットフォーム外でNFTの「譲渡」が可能である。
- ✓ NFTの「二次流通」の際、NFTの「発行者」への「二次流通」の対価の一部の還元をプログラム上実装できる（※但し、現時点の技術上、対価の一部の還元は、各NFTプラットフォームがオフチェーンで追加している付加的な機能にすぎず、NFTプラットフォーム内でNFTを「譲渡」した場合に限り実行可能であるとの指摘もある。）

NFTプラットフォームの権利関係の整理（案1）

NFT＝デジタルコンテンツの「利用」権の証票とする場合



● 上記整理を行っていると推察されるNFTプラットフォーム（OpenSea）

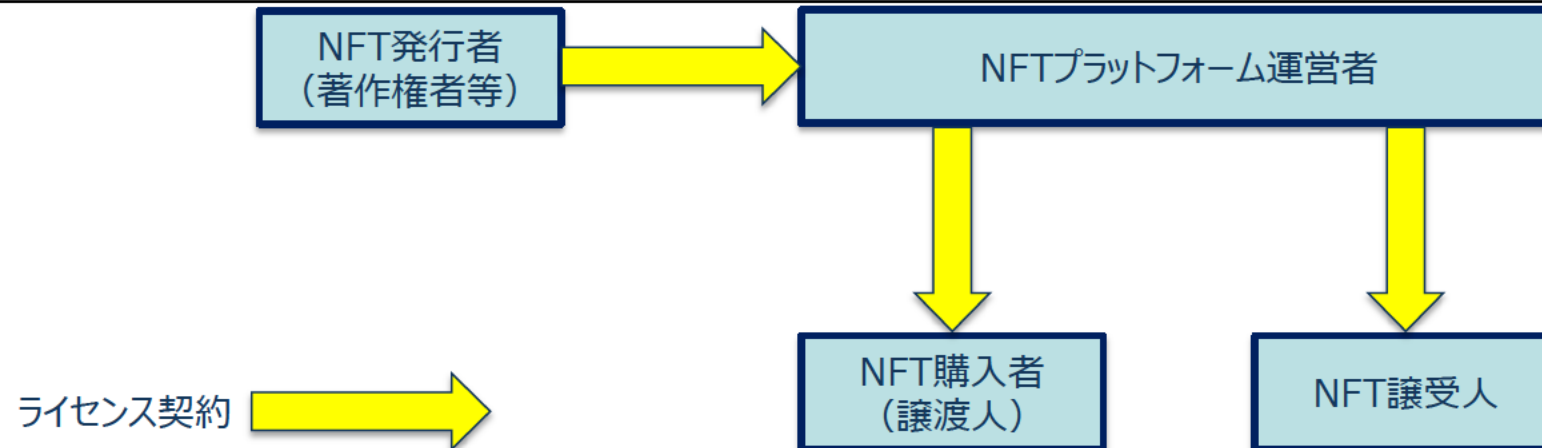
"By submitting, posting or displaying User Information on or through the Services, **you grant us a worldwide, non-exclusive, sublicensable, royalty-free license to use, copy, modify, and display any text, content, files, communications, comments, feedback, suggestions, ideas, concepts, questions, data or other content that you submit or post on or through the Services or through tools or applications we provide for posting or sharing such content (collectively "User Information") for our lawful business purposes, including to provide, promote, and improve the Services.**"

"You are hereby granted a limited, nonexclusive, nontransferable, nonsublicensable, and personal license to access and use the Service and Content; provided, however, that such license is subject to these Terms and does not include any right to (a) sell, resell or use commercially the Service or Content, (b) distribute, publicly perform or publicly display any Content, (c) modify or otherwise make any derivative uses of the Service or Content, or any portion thereof, (d) use any data mining, robots or similar data gathering or extraction methods, (e) download (other than page caching) any portion of the Service or Content, except as expressly permitted by us, and (f) use the Service or Content other than for their intended purposes."

（参照） OpenSea, "Terms Of Service", <https://opensea.io/tos?locale=ja>, 2021.07.30

NFTプラットフォームの権利関係の整理（案1）

NFT＝デジタルコンテンツの「利用」権の証票とする場合

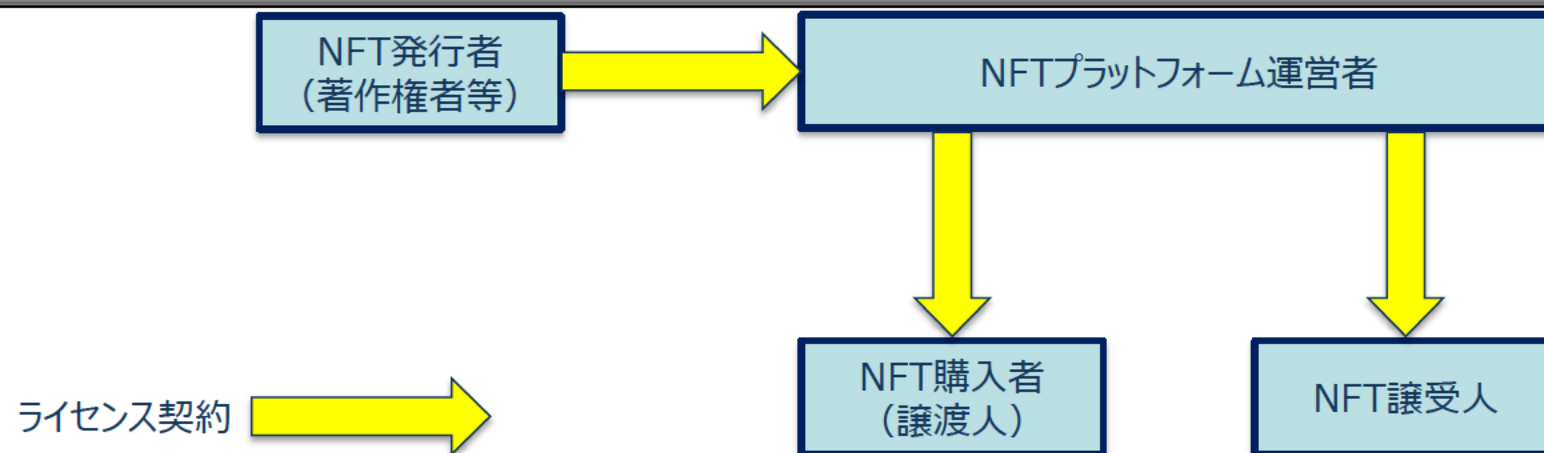


<問題点①> NFTプラットフォーム運営者の法人格が消滅した場合、NFT「保有」者がコンテンツを「利用」することができない。

- NFTプラットフォームが消滅してもNFTは残るという特徴を踏まえると、NFT「保有」者としては、NFTプラットフォーム運営者の法人格が消滅したとしても、コンテンツの「利用」権を維持したいのではないか。
- NFTプラットフォームが消滅する際に、NFT発行者とNFT「保有」者との間の直接のライセンス契約関係が生じるよう、ライセンス契約の承継等を事前に合意すれば良いという考え方もあるが、迂遠ではないか。

NFTプラットフォームの権利関係の整理（案1）

NFT＝デジタルコンテンツの「利用」権の証票とする場合

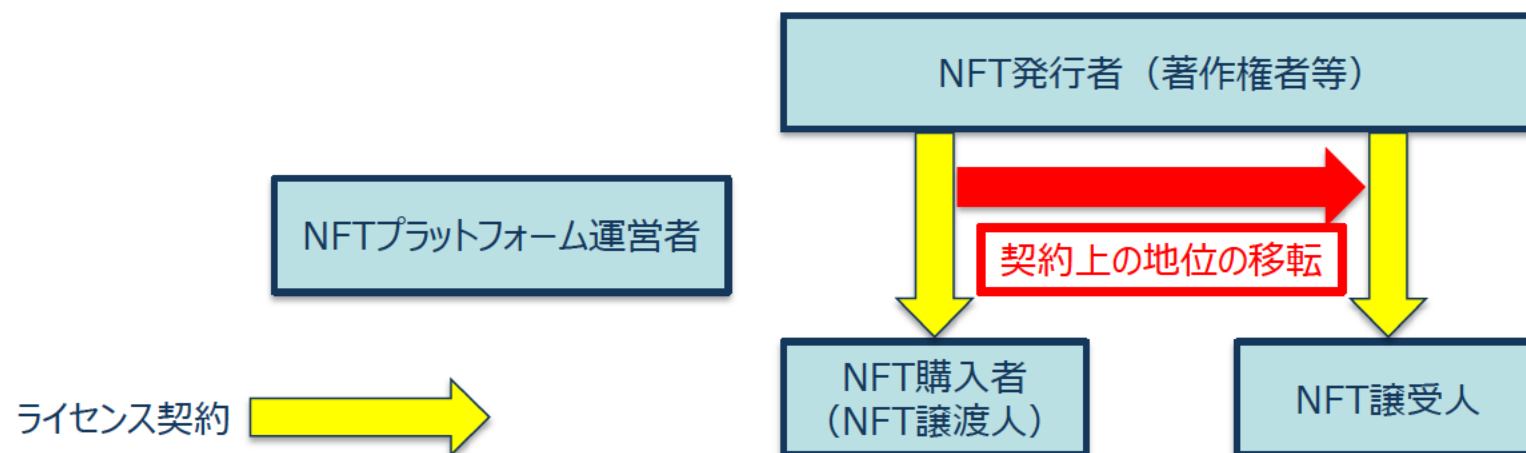


＜問題点②＞ NFTプラットフォームの外（例：同じ規格（ERC-721）のNFTを取り扱う別のNFTプラットフォーム）でNFTを「譲渡」する場合、NFTプラットフォーム運営者とNFT譲受人の間に利用規約に基づく契約関係がないため、NFT譲受人がコンテンツを「利用」することができないのではないか。

- NFTプラットフォーム外でNFTの「譲渡」が可能であるという特徴を踏まえると、NFT譲受人としては、NFT発行時のNFTプラットフォームの外で譲り受けた場合でも、コンテンツの「利用」権を維持したいのではないか。
- 但し、NFTプラットフォーム運営者とNFT譲渡人との間のライセンス契約を、NFTプラットフォームの外で譲り受けたNFT保有者に承継することなどで対応可能か？

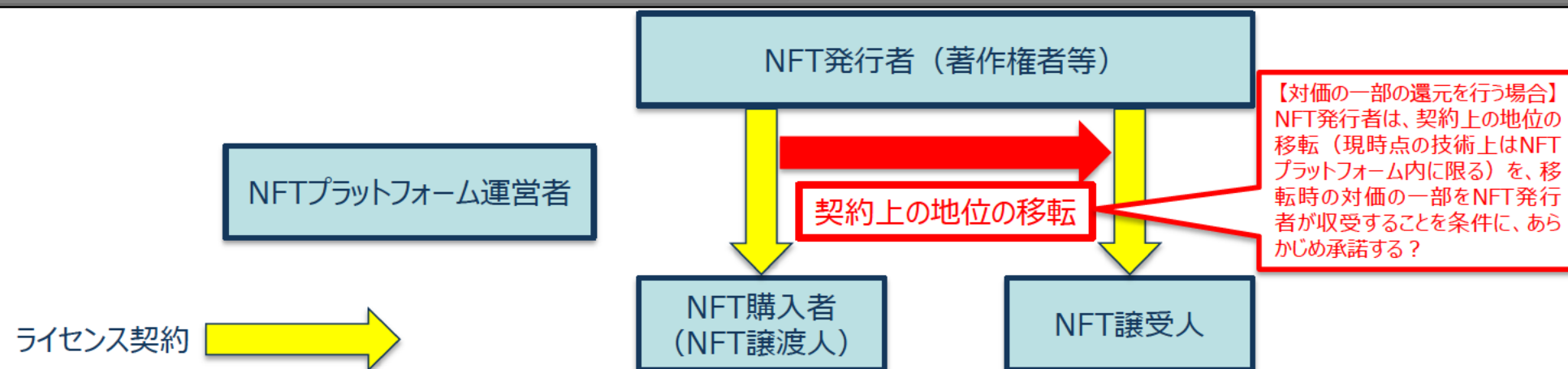
NFTプラットフォームの権利関係の整理（案2）

NFT＝デジタルコンテンツの「利用」権の証票とする場合



NFTプラットフォームの権利関係の整理（案2）

NFT＝デジタルコンテンツの「利用」権の証票とする場合



<問題点> NFT発行者（著作権者）が著作権を譲渡した場合、どうなるか。

当然対抗制度（著作権法63条の2）※2020年著作権法改正（2020年10月1日施行）

利用権は、当該利用権に係る著作物の著作権を取得した者その他の第三者に対抗することができる。

- 利用権は、著作権者の承諾を得ない限り、譲渡することができないので（著作権法63条3項）、著作権譲渡後、NFTを「譲渡」（＝利用権を譲渡）する場合、著作権を取得した者の**都度の承諾**が必要となる。

※なお、＜案1＞の場合、NFTプラットフォーム運営者の再許諾権も「利用権」に含まれると解すれば、著作権を取得した者の都度の承諾は不要と整理することは可能であるが、確立した裁判例・判例はない。

- NFT発行者とNFT「保有」者との間のライセンス契約が著作権を取得した者に承継されると解すれば、NFTを「譲渡」する場合に契約上の地位を移転することは可能であるが、当然対抗制度における承継説・非承継説に関して、確立した裁判例・判例はない。少なくとも、ライセンス契約において著作権の譲渡禁止条項を設けておくことが望ましい。

NFTプラットフォームの権利関係の整理

NFT＝デジタルコンテンツの「利用」権の証票とする場合（利用条件）

＜問題点＞ NFT発行者（著作権者等）とNFT「保有」者（＜案1＞の場合はNFTプラットフォーム運営者）との間の契約条件をどのように定めるか。

- **通常のライセンス契約と同様の考え方**で検討する。なお、＜案2＞の場合でも、NFTプラットフォーム運営者は、ユーザーが安定的なNFT取引を行えるよう、NFT発行者とNFT「保有」者との間の契約条件のデフォルトルール（雛型）を定めることが望ましいと考えられる。

✓ 具体例①（利用許諾の条件）

- ① 利用許諾の期間（例：無期限、著作権の存続期間）
- ② 利用許諾の地域・場所（例：全世界）
- ③ 利用許諾の種類（例：独占的、非独占的）
⇒同じ内容のデジタルコンテンツを紐づけた別のNFTを発行することを契約上可能とするか。
- ④ 利用許諾の対象行為及びその目的（例：複製、公衆送信、二次創作／商用、非商用）

✓ 具体例②（著作権者の義務等）

- ① 著作者人格権の不行使
- ② 第三者の知的財産権の非侵害に関する表明保証
- ③ 著作権の譲渡禁止（但し、同時にNFT「保有」者との契約を承継させる場合を除く）
- ④ NFT「保有」者による契約上の地位の移転の包括的承諾（条件付き）※＜案2＞の場合

- ✓ **NFTの「購入」「譲渡」により、デジタルコンテンツに関する著作権は移転しないこと（デジタルコンテンツに関する著作権その他の知的財産権は、NFT発行者又はNFT発行者に利用を許諾した第三者に帰属すること）を明示的に規定することが考えられる。**

まとめ

■ NFTの有用性

- 少なくとも、一定の条件又は環境の下では、デジタルアイテムに固有の価値を生み出し容易に取引できるようにする現在唯一ともいえる技術
- メタバースなどのバーチャル空間においては財産的価値のあるデジタルアイテムの利用は事実上必須であるところ、単独の事業者の管理のみに依存しないデジタルアイテムを作ることができる技術

■ NFTの限界

- デジタルコンテンツの唯一性や真正性の担保機能には限界がある（デジタルコンテンツの作成者やプラットフォーム運営者の悪意ある行動への耐性には限界）
- NFTの基盤となるブロックチェーンは多種多様であること、NFTと表章されるデジタルアイテムとの関係も多様であることから、NFTに所有権の客体性を認めるなどの一律の法的手当ては困難



NFTの取引安全のための仕組みの構築の必要性

参考：自民党デジタル社会推進本部 [「NFT政策検討PTNFTホワイトペーパー（案）～ Web3.0時代を見据えたわが国のNFT戦略～」](#)

(参考資料)
NFTゲーム（ブロックチェーンゲーム）と法規制

ブロックチェーンゲーム

ブロックチェーンゲームとは

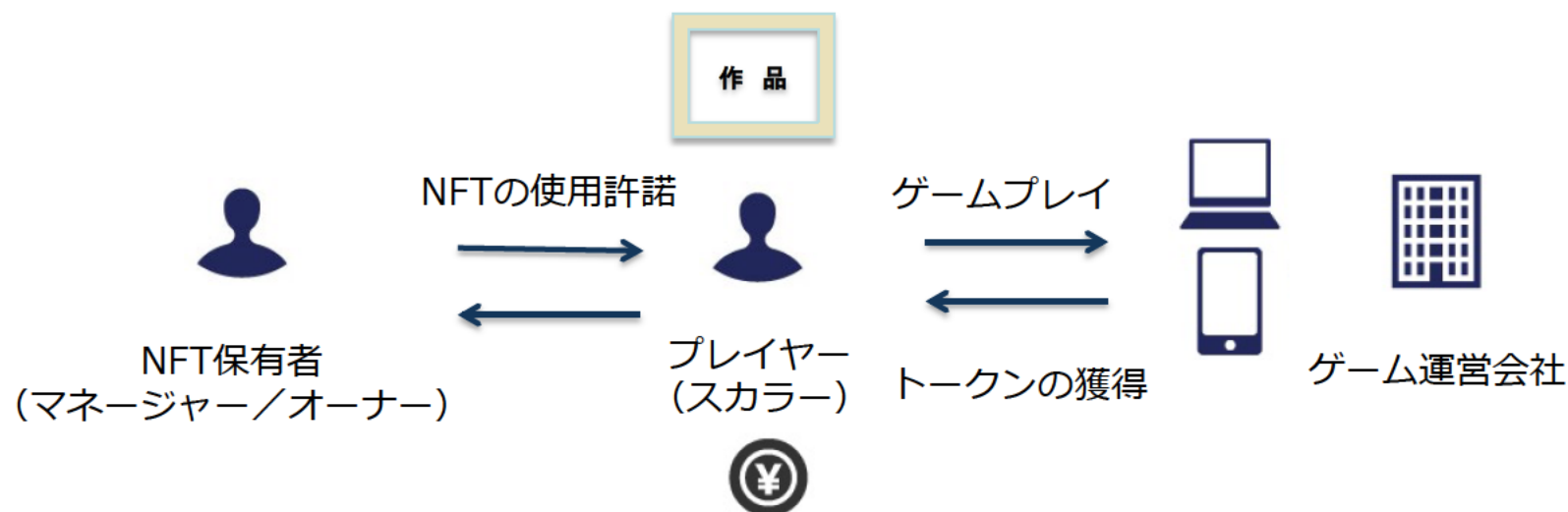
ゲーム上のアイテムをブロックチェーン上のトークンとして発行、ブロックチェーンを利用して移転可能とするなど、ブロックチェーンを活用したゲーム

特徴	通常のゲーム	ブロックチェーンゲーム
アイテムの 帰属	運営会社が保有	ユーザーが保有
アイテムの 自由な譲 渡・売却	不可（運営会社 による制限）	可（ユーザーが自由 に処分可）
サービス終 了とアイテム の存続	消滅	ブロックチェーンが 存在する限り存続

（参照）Sky Mavis, “Axie Infinity”, <https://whitepaper.axieinfinity.com/>, 2021.07.30

Play to Earnと法規制～スカラーシップ°

- **Play to Earn**とは、特段の定義はないが、NFTを活用したゲームをプレイすることにより、換金可能なトークン等を獲得して収益を上げること。最近は「スカラーシップ（奨学金）」制度を組み込むケースが増えている
- **スカラーシップ°(奨学金)**とは、Play to Earnの要素を取り入れているNFTゲームにおいて、NFT保有者(マネージャー／オーナー)がプレイヤー(スカラー)にNFTを使用させ、当該NFTを利用してゲームプレイで得た利益をNFT保有者・プレイヤー間でシェアする仕組み



NFTガチャと賭博罪該当性

「賭博」 = ①偶然の勝敗により②財産上の利益の③得喪を争うこと（刑法185条）

- ランダムで市場価値の高い/低いNFTを購入する場合、①「**偶然の勝敗**」に該当する
- NFTには財産的な価値が認められるため、②「**財物**」に該当する
- ガチャにより支払った対価よりも価値の高いNFTを入手できたユーザーは、当該対価と当該価値の差額を得る一方、支払った対価よりも価値の低いNFTを入手するユーザーは当該差額を失うものとして③「**得喪**」が生じうる？
 - ③「**得喪を争う**」とは、**勝者が財物を得て、敗者がこれを失うこと**を意味し、**当事者の一方がこれを失うことがない場合は、「得喪を争う」ものには該当しない**（大判大正6年4月30日大審院刑事判決録23輯436頁等）
 - 販売事業者に損失がなければ③「**得喪を争う**」に当たらない？
 - 二次流通市場での取引価格は一次販売の価格に影響するのか？

NFTガチャと賭博罪該当性（続）

■ JCBA 「NFTビジネスに関するガイドライン第2版」

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。各会員企業にて弁護士等の専門家に照会する等して、適法性を確保したサービス設計となるようご留意ください。

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と他の購入者との間で財産上の利益の得喪を争う関係（②・③）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。**

■ 自民党デジタル社会推進本部 NFT政策検討PT

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。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ることを踏まえると、**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。**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ガチャと賭博罪該当性～橋爪隆「賭博罪を巡る論点について」

2. NFTのパッケージ販売と賭博罪の成否

(2) 「得喪を争う」関係の有無

・・・この点において、賭博罪の成立を認める見解は、NFTの客観的な価値は、実際の販売価格とは別個独立に、現実の二次流通の価格形成などに基づいて明確に算定可能であるという理解を前提にするものであろう。もっとも、NFTについては、その生成段階においては、いかなる経済的価値が付与されるかは一義的ではないから、実際の販売行為における価格設定を離れて、客観的な価値や相当な価額を（販売時点において）明確に算定することは困難である。かりに人気のないNFTを含むパッケージを取得したとしても、そのことから直ちに、購入者は販売価格相当のNFTを取得することに失敗し、経済的な損失を被ったという評価を導くことはできないように思われる。賭博罪の成立を認めるためには、NFTの経済的な価額が明確に算定可能であり、かつ、販売者が、一定の購入者には、販売価格の価額を下回る価値しか有しないNFTを販売していることが必要になるが、これらの事実が認められるのは、ごく例外的な場合にとどまるであろう。

(3) 二次流通市場における価格形成

販売者が二次流通市場も併設しており、当該市場による取引によってNFTの転売価格の相場が具体的に形成されている場合には、転売価格を基準として、NFTの客観的な価値が明確化されているように見える。しかしながら、二次流通市場における価格形成は、NFTを販売する際の価格設定とは別個の事情に基づいて行われるものである。また、転売価格の相場といっても、たとえば対象となるスポーツ選手の成績等の事情によって、常に変動する可能性がある。したがって、転売価格が取得時の価格を下回っているからといって、そのことから直ちに、当該NFTの販売時の客観的価値が取得価格を下回っているという評価が導かれるわけではない。賭博罪の成立を認める見解は、NFTの販売行為と二次流通市場における転売行為を一体的に評価して、財物等の「得喪を争う」関係を認めようとするものといえるが、両者は異なる主体に基づく別個の取引であり、両者を一体的に評価する点において無理がある。これに対して、販売者が二次流通市場を運営し、売買手数料を取得するにとどまらず、自らが販売価格よりも低い価格での買い取りに応じているような場合は、販売行為と買い取り行為が一体的に行われており、これによって購入者は、購入段階において既に一定の損失を被っていると評価される余地があるため、賭博罪が成立するおそれがある。