

NFT に対する「所有権」の成立可能性をめぐる 法的議論の整理と若干の考察

——ドイツにおけるラウアーらとヘーレンらの見解を手掛かりに——

原 田 弘 隆*

目 次

- I. はじめに
 1. 問題の所在
 2. NFT の法的性質・位置づけに関する日本での議論状況
 3. 本稿の目的および構成
- II. ドイツにおける NFT の法的位置づけをめぐる議論
 1. NFT の法的位置づけについて
 2. NFT に対する「所有権」的構成の可能性について
 - (1) 物権法規定の直接適用可能性について
 - (2) 物権法規定の類推適用可能性について
 3. NFT に物権法規定の類推適用を認めた場合の法的効果について
 - (1) 移転（譲渡）可能性について
 - (2) 相続可能性について
 - (3) 刑法上の窃盗罪の成立可能性について
 4. 不法行為法による保護の可能性について
 - (1) 肯定的な立場をとるヘーレンらの見解
 - (2) 否定的な立場をとるラウアーらの見解
- III. 若干の検討
 1. ラウアーらとヘーレンらのアプローチについて
 - (1) 電子証明機能への着目
 - (2) 両者の対照的なアプローチの方向性
 2. ヘーレンが「NFT 所有権」構想に前向きな理由について

* はらだ・ひろたか 立命館大学大学院法学研究科博士課程後期課程（独）日本学術振興会特別研究員（DC2）

- (1) 「データ所有権」構想から「データ占有」構想への改説に関わって
 - (2) 「NFT 所有権」の成立可能性について
3. NFT に対するヘーレンらの新たな「(データ) 所有権」構想
- IV. おわりに

I. はじめに

1. 問題の所在

非代替性トークン、いわゆる NFT (Non-Fungible Token) が、一種のバズワードと化し、世間の注目を俄かに集めている。その一つの契機は、2021年3月に、デジタル・アーティストのビープル (Beeple) による作品「Everydays - The First 5000 days」の NFT が、オークションで約75億円という高額で落札されたニュースが世界的に話題になったことだと一般に言われている¹⁾。

NFT の活用事例としては、2017年に登場したクリプト kitties (CryptoKitties) というゲームなどが既に存在していたが、近時は上記のような「アート分野での NFT の活用が拡大しており、取引金額も増加している」ため²⁾、「NFT が活用できるビジネス領域はととも広く、「成長のポテンシャルも大きいことは明白」だと言われている³⁾。

このように、——上記のゲームやアートは、もはや単なる一例でしかないほどに——様々な場面において NFT の活用が注目されている背景には、その技術的特性が挙げられるであろう。すなわち、NFT は、——暗号資産との関わりで既に広く知られているところの——ブロックチェーン上で発行されるトークンであるため、その特徴として、「耐改ざん性およびアドレス間のトークンの移転の来歴管理などの特徴を有」しており⁴⁾、それゆえに、従来、容易にコピー可能であるがために「資産価値の付与が困難だったデジタル・データが、唯一無二の資産として価値を持つようになった⁵⁾。

現に、2021年上半期に最も取引されたのは、「コレクティブル」という

「主に保有や収集を目的とし、希少性に価値をもたせた NFT」であるとされていることから⁶⁾、——これまでも潜在的にはおそらく一定の需要はあったと思われるが、技術的に難しかった——いわゆるデジタル・データを「所有」し「取引」することへの高いニーズの一端が窺い知れよう。

2. NFT の法的性質・位置づけに関する日本での議論状況

このように、その利活用について未知数のポテンシャルないしは将来性を秘めた NFT に関して、その「ビジネスを推進するうえで」、その法的性質や位置づけ、取扱いといったような「制度回りの検討を避けては通れないはず」であるところ⁷⁾、まだ登場して間もない技術であるといった事情ゆえに、議論は必ずしも十分に蓄積されてはいないように見受けられる。

ただ、少なくとも現状出揃っている見解において一致をみているのは、NFT のようなデジタル・データは、無体物であるため、民法上の所有権の客体にはなり得ない、つまり NFT について所有権を観念することはできないという点であろう（民法206条および85条参照⁸⁾）。ゆえに、現行法を前提とすれば、冒頭に掲げたビープルの作品のようなデジタル・アートの NFT を購入した者は、当該 NFT を「所有」ではなく、「保有」しているというふうに⁹⁾、その表現には慎重さが要求されることになるかと思われる。

しかし他方で、——こちらも瞬く間に昨今のバズワードと化した——いわゆるメタバースをはじめとする仮想・デジタル空間で様々な活動に興じる利用者目線では、オリジナリティ・データ、すなわち希少性のあるデジタル・データやアイテムをまさに「所有」するために、実際に取引が行われることも多い。その根底にあるのは、現実世界と同様に、「実際に価値を感じるからお金を出す」のだという所有欲¹⁰⁾に他ならないであろう。

ところで、2022年3月に公刊されたばかりの『新注釈民法（8）債権（1）』において、——金銭債権について規定する——民法402条の項目を早速紐解いてみると、同条の注釈に続く形で、「II 金銭の外延」という見出し

の下で、「財産的価値を有するデジタル情報」である暗号資産（資金決済法2条5項1号および2号参照）が、満を持していよいよ取り上げられている¹¹⁾。同条の執筆者である北居功は、「(……) データ自体は排他的な支配に馴染まず、複製あるいは同時利用が可能である」が、「テクノロジーによって、その排他的支配ができるのであれば、やはり、電気など同様に、所有権の客体と扱うことができるはずであり、「ビットコインなどの暗号資産では、ブロックチェーンによって、その取引履歴を長くたどれることによって、暗号資産の帰属関係が定められるため、なお排他的な支配可能性がある」と評価できるのではないかと¹²⁾、同項目を締めくくっているわけだが、このような指摘は、同じくブロックチェーンを技術的基礎とする NFT についても、おそらくは妥当するのではないだろうか。

と言うのも、NFT もその帰属関係が技術的に定められ得るブロックチェーンに支えられているばかりか、「非代替性」を備えているため、暗号資産以上に、それを受けて法的レベルでの「所有」を論じる素地が備わっているように思われるからである¹³⁾。

率直に言えば、デジタル技術の急速な発展に伴って急浮上した——デジタル・データを「所有」したいという——需要に対して¹⁴⁾、現行の（所有権に関わる）法制度は、もはや必ずしも十分に対応しきれていない。もっとも、NFT が有し得る財産的価値に鑑みて、憲法上の財産権保障（憲法29条）の観点から、上記現行法制度に手を加えるべきかどうか、言い換えれば、「デジタル時代に即した法制度を構想する際に(……)『データ所有権』、『デジタルツインに対する所有権』といったものを法制化するかどうかは、もっぱら立法政策に委ねられることになると思われる」¹⁵⁾。そのため、いくらデジタル・データを「所有」することについて需要があるとは言え、「データに対する所有権」規定が存在しない以上、現行法は、そのような方向性には、少なくとも現状では消極的な立法政策判断を下していると解さざるを得ない。

3. 本稿の目的および構成

ところで筆者は、いわゆる「データ所有権 (Dateneigentum)」構想に関して活発な議論が展開されているドイツでの、その議論状況に関する若干の分析・検討を既に行っている¹⁶⁾。その際の問題意識は、データが近時の ICT (情報通信技術) およびデジタル化の急速な進展に伴い、「21世紀の石油」とも称されるほど経済的価値を獲得し得るに至った一方、日本における既存の民法体系上での規律に目を転じると、必ずしもその経済的価値に見合った対応が未だ取られていないのではないかという点にあった。ゆえに、日本法におけるデータの法的帰属・保護の望ましい姿を探るべく、日本同様の所有権まわりの法構造を抱えつつも、「データ所有権」をめぐる議論が豊富に展開されているドイツ法を検討対象とした。

その結果、ドイツでは、有体物とデータとの性質の相違などを主な理由として、「データ所有権」構想の旗色は悪いように思われるものの、他方でブロックチェーンのような最新の技術を用いることで、「データに対する排他的なデジタル・コントロールの可能性」があれば、「データ所有権」や「データ財産権」のような方向性もあり得るかもしれないとの感触を得た。そのような意味で、NFT は、北居による暗号資産に関する上記指摘の観点（前述 I.2.参照）からのみならず、まさに「データ所有権」研究の観点からも、検討素材として取り上げる価値があるように思われる。

そこで本稿では、所有権の客体を日本同様に有体物に限定するドイツ法において、——いまだ黎明期であるがゆえに、現時点での公表論文数は必ずしも多くはないが——NFT に関して現在どのような議論が展開されているのかを取り急ぎ整理し、若干の分析・検討を加えることで、今後日本において、どのような解釈論ひいては立法政策的な方向性が望ましいのかという視座、また可能であれば、今後の「データ所有権」研究に対しても何某かの示唆を得られればと考えた次第である。

以下ではまず、無体物である NFT に物権法規定を直接または類推適用することがそもそも可能かどうか、また可能な場合にはどのような法的効

果が導かれ得るかといった点などに関するドイツの議論を紹介し(Ⅱ.),次に当該議論を踏まえた上で、「NFT 所有権」の成立可能性について、「データ所有権」構想の最初期の提唱者であるヘーレンが「データ占有(Datenbesitz)」構想へと改説するに至った経緯などを振り返りつつ、若干の検討を試みる(Ⅲ.)。そして最後に、NFT という新たな技術に対して、どのような姿勢で臨むべきかを示すことで結びに代えたい(Ⅳ.)。

Ⅱ. ドイツにおける NFT の法的位置づけをめぐる議論

1. NFT の法的位置づけについて

いかにも——「データ所有権」論争について、日本よりも早い段階で関心を集め、白熱した議論が交わされた(あるいは現在に至るまで交わされている)ことから分かるように、デジタル法分野への注目度合が高い——ドイツらしく、NFT という最新の技術に関しても、その法的位置づけを明らかにするべく、その分析に着手する論者が、既に早速、複数登場している¹⁷⁾。その中でも本稿では、主に以下の二つの論稿を取り上げたいと考えている。

まず一つ目は、N・ラウアー(Nils Rauer)とA・ビビ(Alexander Bibi)(本稿では以下、ラウアーらとする)による、現行ドイツ法体系との整合性を重視した検討が行われている共著論文である¹⁸⁾。

そして二つ目は、T・ヘーレン(Thomas Hoeren)とW・プリンツ(Wolfgang Prinz)(本稿では以下、ヘーレンらとする)による、NFT の「所有権」的構成にも一定程度前向きな検討が行われている共著論文である¹⁹⁾。なお、ヘーレンは、ドイツにおける「データ所有権」論争の火付け役であり、また——現在では、「データ占有」構想に改説したが——「データ所有権」構想の最初期の支持者・提唱者でもある²⁰⁾。その点では、今回ヘーレンらがどのようなスタンスで NFT に立ち向かうのかも興味深いところである。

さて、現時点のドイツでは、——日本同様に——「NFT の法的性質につ

いて、まだ明文での法律上の規定（ausdrückliche gesetzliche Bestimmungen）は存在しない」と言われている²¹⁾。ゆえに、ラウアーらとヘーレンらは、いずれも、まず NFT が現行法において、どのように位置づけられるのかについての検討に着手する。

2. NFT に対する「所有権」的構成の可能性について

(1) 物権法規定の直接適用可能性について

私法上の財貨帰属のための典型的な法形式は、BGB 903条²²⁾に規定されている所有権（Eigentum）である。ゆえに、まず第一に検討されるべき問いとは、NFT が、所有権の客体となり得るかどうかという点に他ならない。

上記問いに対して、ラウアーらは、「NFT は、BGB 903条の意味における物所有権（Sacheigentum）に服さない」と否定的な立場をとる。その理由として、BGB 90条によって要求されている、「空間的に限界づけ可能で知覚可能な対象（räumlich abgrenzbarer und wahrnehmbarer Gegenstand）の意味における物的性質（Sachqualität）が、全く欠けている」点を挙げる。すなわち、所有権の客体である物には、一般的にいわゆる有体性が要求されるどころ、NFT はこれを欠いている点を真っ先に指摘している。次に、——例えば、デジタル・コンテンツ（digitale Inhalte）をデジタル上で取引するに際して、法的安定性（Rechtssicherheit）を高めること等が期待され得る——所有権概念の拡張論に関して、その利点について一定の理解を示しつつも、最終的な結論としては、否定的な立場をとっている。なぜなら、このようなデジタル・コンテンツに対しては所有権が存在していないからこそ、取引秘密、著作権ないしは技術的な保護権（technische Schutzrechte）の対象とすることによって、「デジタル・コンテンツは、既に今日、所有者の帰属（proprietäre Zuordnung）を受けている」からだ、と述べる²³⁾。

またヘーレンらも、同じ問いに対して、「所有権適格（eigentumsfähig）があるのは、物に限られ」ており、「BGB 90条によれば、物とは有体的対

象 (körperliche Gegenstände)」であると述べている。つまり、NFT のようなデジタル・トークンは、所有権の客体である物には当たらないという、ラウアーらと同じ結論に達しており、NFT への所有権規定の直接適用には、否定的な態度が示されている²⁴⁾。

もっとも、ヘーレンらの検討は、所有権概念の拡張論にも否定的であったラウアーらとは異なり、ここで終わらない。すなわち、ヘーレンらは、NFT へ物権法規定を類推適用し得る賛成論拠について検討した後、それに対して予想され得る反対論拠への再反論を行っている。ゆえに以下では、それらを順に取り上げていく。

(2) 物権法規定の類推適用可能性について

a) 賛成論拠

ヘーレンらによれば、物権法規定の類推適用を認めるためには、NFT の所有権適格性に関して、①立法者が意図していなかった——つまり、立法時に想定し得なかった——規律の欠缺 (planwidrige Regelungslücke) 状態と、②——いわゆる有体物である——有体的対象の所有権者に匹敵し得る利益状況 (Interessenslage) が必要だという²⁵⁾。もっとも、これらの点に関して、NFT を念頭に置いた議論を行うものは、まだ存在しないとする。ただ、暗号トークン (Krypto-Tokens) に関して既に指摘されていることが、その「亜種 (Unterart) である NFT にも関係し得る」と述べた上で、——その唯一性 (Einzigartigkeit) が技術的に担保されている限りにおいて、暗号トークンを物として取り扱うことに賛成する——A・ヴァルター (Andreas Walter) の見解²⁶⁾を引用しつつ、ヘーレンらは以下、論を展開している²⁷⁾。

aa) 規律の欠缺状態の有無について

まず、上記①に関して、「固有の特別な規律 (eigene spezifische Regelungen) を行うことが、暗号トークンをめぐる展開のトピカルティ (時事

論題性) およびダイナミズムゆえに、これまで立法者にはほとんど不可能であった」と、ヘーレンらは述べる。なぜなら、暗号トークンは、立法当時には想定し得なかったからである。BGB の2002年債務法改正は、BGB 立法後に訪れた、無体物を民法体系に取り込む一つの契機とも言えるものであったところ、確かにその際の立法判断として、著作権法の保護を受けないソフトウェアは、物権法での規律対象ではなく、BGB 453条²⁸⁾の導入(2002年の債務法改正)²⁹⁾によって売買契約の対象とされたに過ぎないわけであるが、当該立法判断を暗号トークンへの物権法規定の類推適用に反対する論拠として持ち出すことについて疑問視する。と言うのも、「ソフトウェアとは異なり、複雑なブロックチェーン・システムに固定されていること(Verankerung)を理由として、上記暗号トークンは、まさに『クローン可能性(klonbar) (*複製可能性)』がないから」である³⁰⁾。

以上は、暗号トークンを念頭に置いたものではあるが、「NFT の場合にはなおさら妥当するに違いない。なぜなら、NFT は「まさに、複製され得ないだけでなく代替不可能でもある、特別な種類のトークン(besondere Art von Tokens)なのであり、「その価値は、同質性のあるコピー(gleichartige Vervielfältigung)を通じた利用(Nutzbarmachung)からではなく、その唯一性から生じる」ためである³¹⁾。

bb) 物所有権者に匹敵し得る要保護性の有無について

そしてヘーレンらは、上記②に関する検討に移る。この点は、「暗号トークンの保有者(Inhaber)の要保護性(Schutzbedürfnis)が有体的対象の所有権者の要保護性にほとんど等しいこと」を論証すれば、根拠づけられ得るという。

例えば暗号トークンを譲渡する場面を想定した場合、処分行為(Verfügungsgeschäft)が必要であるところ、BGB 929条³²⁾以下の規定が類推適用され得る。すなわち、動産譲渡の要件としてBGB 929条1文が要求している、法律行為上の合意(rechtsgeschäftliche Einigung)がまず必要

不可欠であり、次に、占有の現実の引渡し (körperliche Übergabe) という要件については、ブロックチェーン上での書き換え (Umschreibung) がその代わりになるはずだと言う。

物権法上の公示原則および個物原則 (Publizitäts- und Spezialitätsgrundsatz) に関しては、「唯一の権限者 (einziger Berechtigter) へのトークンの帰属によって、そしてスマート・コントラクトを通じて保障される、保有者の地位 (Inhaberstellung) の明白性 (Transparenz) によって」、十分に考慮されているとする³³⁾。

ゆえに、暗号トークンの保有者の要保護性は、物所有者の要保護性に匹敵し得るのだと言う。

cc) 小 括

以上のように、上記①および②の論証の結果、「NFT は全くもって BGB 90条の意味における『物』だと類推的に考えられ、したがって、BGB 903条の意味における所有権適格があり得るであろう」と、ヘーレンらは結論づける。むろん彼らは、上記論証が——ヴァルターの指摘する通り——「システムによって保障される、その時々トークンの唯一性」という前提のもとでのみ妥当することを十分承知していると付言した上で、「ただ、これは通常ブロックチェーン・システムには内在している」とする³⁴⁾。

b) 予想される反対論拠への再反論

ヘーレンらは、NFT の「所有権」的構成を認めない反対論拠として予想され得る点について、再反論を試みる。

まず、反対論拠として第一に考えられるのは、ラウアーらが真っ先に指摘した点、つまり NFT は BGB 90条にいう物ではないという点 (前述 II.2.(1)参照) である。これは、NFT に対して、物権法規定を直接適用する場合には大きなハードルとなろうが、この点に関しては上述の通り、

ヘーレンらも、直接適用には否定的な立場を取るため、特段異論を唱えてはいない。

これに対して争点となるのは、物権法規定の類推適用可能性についてである。その可能性を否定する反対論拠として挙げられているとヘーレンらが言うのは、物権法上の類型強制（sachenrechtlicher Typenzwang）である。これは、「すべての予定されている物権法上の法的地位は確定的に（abschließend）法律において固定される」という原則、つまりは、いわゆる物権法定主義のことである。

この反対論拠に対して、ヘーレンらは、NFT へ物権法規定を類推適用し得るかという目下の問いが、「新たな物権法上の法的地位（sachenrechtliche Rechtsposition）の創設（Schaffung）に関わるものではなく、単に既存の規律の適用を拡張することが求められているに過ぎない」という趣旨であるため、当該反対論拠とは必ずしも噛み合っていないことを指摘する。その上で、「物権法の適用を BGB 90条の意味での物にもっぱら限定することは、最終的に定められているわけではない」と応接することで、再反論を試みる³⁵⁾。

なおヘーレンらは、特に場合によっては、「デジタル地位（digitale Positionen）へと物権法規定が準用可能（entsprechend anwendbar）であると表明し得る」ことになる BGB 90b条³⁶⁾を新たに BGB へと導入することで、固有の所有権規律（eigene Eigentumsregeln）を作り出す可能性についても付言する³⁷⁾。

c) 小 括

以上のように、まず、無体物であることを理由に、NFT への物権法規定の直接適用可能性を否定するという点では、ラウアーらとヘーレンらの両者に立場の差異はない。だが、NFT が有体物ではないことを大前提とした上で、物権法のルールに載せることが可能かどうかという点につき、両者の見解は分かれる。

すなわち、まずラウアーらは、デジタル・コンテンツなどにはそもそも所有権が存在しないからこそ、その法的帰属・保護は、特別法によって民法の外側で今日に至るまで図られてきたのだという点を強調することで、物権法規定の適用範囲を拡張することについて否定的な立場を取る³⁸⁾。これに対してヘーレンらは、——デジタル・コンテンツの一例である——ソフトウェアと NFT との技術的背景の違い、すなわち NFT は従来の無体物であるソフトウェアとは異なり、その複製可能性が技術的に存在しない限り「一点モノ」とであると言える点、そして譲渡に関わる物権法上の古典的要件(前述Ⅱ.2.(2)a)bb)参照)についても、ブロックチェーンという技術の上でなら充足可能である点を踏まえれば、つまるところ利益状況的にはむしろ有体物に匹敵し得るなどと説くことで、物権法規定の類推適用を肯定する。

3. NFT に物権法規定の類推適用を認めた場合の法的効果について

以下ではヘーレンらが、NFT に物権法規定の類推適用を認めることにより、「所有権」が成立するとした場合に、どのような法的効果を予想しているのかについて見ていく。

(1) 移転(譲渡)可能性について

NFT に対する「所有権」を肯定した場合、その「所有権」は、「BGB 929条以下(の類推)に基づいて、譲渡され得る」、とヘーレンらは述べる。その際、「物権的合意(Einigung)、引渡し(Übergabe)および引渡し時までの合意の存続(Einigsein bei der Übergabe)」という所有権譲渡に関わる要件は、既に見たように、「実務的には通常、関連する取引プラットフォーム(einschlägige Handelsplattformen)を介して、そしてスマート・コントラクトへの新たなウォレット・アドレス(Walletadresse)の記録(Eintragung)によって、実現される」³⁹⁾。

(2) 相続可能性について

ヘーレンらは、保有者が死亡した場合に、NFT に対する「所有権」が、BGB 1922条⁴⁰⁾の包括的権利承継原則に従って、相続人へと移転するのかという問題提起を行っている。というのも、暗号通貨の相続に関しては、A・アメント＝トラウト（Anja Amend-Traut）と C・H・ヘルゲンレーダー（Cyril H. Hergenröder）によって、「暗号通貨で構成された財産（aus kryptografischen Währungen bestehendes Vermögen）の移転（Übergang）が秘密鍵（Private Key）の移転と法的に結び付けられていなければ、当該秘密鍵を手に入れている相続人は、問題となっているピア・ツー・ピア・ネットワーク内での自身の権限を証明できないという（……）現実的問題に直面することになる」との指摘が既になされているためである⁴¹⁾。これを受けてヘーレンらは、「被相続人が少なくとも、（例えば、パスワードリストに関する）自身のウォレットへのアクセスを含んでいるデータ記憶装置（Datenspeicher）を遺産として残して」いなければ、「トークンに対する技術的なコントロール（technische Kontrolle）を相続人に譲り渡すことは、十中八九は、システム上制約され（systembedingt）不可能である」とする⁴²⁾。

あくまでも法的観点で見れば、——「NFT 所有権」の成立を認める結果として——ヘーレンらは相続による権利承継を肯定することになるかと思われる。ただ、相続人が、そもそも自分が「所有権」を受け継いだのだということをシステム内で証明するために、——USB メモリのような何らかのデータ記憶媒体に保存されているか、あるいは紙に書き記された⁴³⁾——被相続人の秘密鍵を入手する必要があるという点に注意が必要であり、ヘーレンらはこの点をアメント＝トラウトらの上記見解を参照しつつ、指摘する。

(3) 刑法上の窃盗罪の成立可能性について

前述の通り、ブロックチェーンを技術的基礎に持つ NFT には、高い耐改ざん性が備わっている。だが、もしブロックチェーン上のスマート・コ

ントラクトがハッキングを受けて、トークンが「盗まれた」場合、刑法上どのように評価され得るのか。

この点につきヘーレンらは、StGB（ドイツ刑法典）242条⁴⁴⁾の窃盗は、——有体物である——「他人の動産の窃取（Wegnahme）を構成要件において要求している」ため、問題になり得ないとする。そして、NFT へ物概念を類推適用することは、——前述のような民法上の場合とは異なり——GG（ドイツ基本法）103条⁴⁵⁾ 2 項が規定する、刑法上の類推禁止（*strafrechtliches Analogieverbot*）を理由として認められない。したがって、上記のようなケースにおいて、窃盗罪が成立することはないが、個別ケースによっては「StGB 202a条⁴⁶⁾（データの探知および傍受）以下または StGB 303a条⁴⁷⁾（データの改変）に基づく可罰性（*Strafbarkeit*）は、考えられ得るかもしれないであろう」と述べる⁴⁸⁾。

4. 不法行為法による保護の可能性について

NFT が、不法行為法規定である BGB 823条⁴⁹⁾ 1 項の「その他の権利」として保護を受けるかという問い⁵⁰⁾に対しても、前述した立場の違いゆえに、ラウアーらとヘーレンらは、結論を異にする。この点に関しては、肯定するヘーレンらの見解を見た後、それに対して疑問を投げ掛けるラウアーらの見解について見ることにしたい。

(1) 肯定的な立場をとるヘーレンらの見解

ヘーレンらは、NFT へと物権法規定が類推適用され得るという立場を前提に、その不法行為法上の保護について肯定する。なぜなら、NFT の保有者は、「少なくとも、所有者類似の地位（*eigentümerähnliche Position*）を有している」、つまり、「その他の権利」として不法行為法上の保護を受けるための要件として一般に要求されるところの割当機能および排他機能を NFT は備えているからだと言う。

まず、割当機能について、「NFT は、デジタルの一点モノであり、ス

マート・コントラクトに格納されたウォレット・アドレスを通じること
で、売買に際してある保有者へ明確に（eindeutig）割り当てられている」
点を論拠として挙げている。

次に、排他機能については、「その後、新たに登録されたウォレットの
保有者（Besitzer）が唯一、さらなる移転（weiterer Transfer）を行い得る」
ため、「トークン（*NFT）と結びついているウォレットへのアクセスを
第三者が有していない場合、トークン（*NFT）を処分したり、あるいは
何か他の方法で影響を与えたりすることが第三者には不可能」であるがゆ
えに、備わっているとす⁵¹⁾。

以上の理由から、ヘーレンらは、不法行為法による保護には、——
「NFT 所有権」の成立に前向きである以上——むろん肯定的である。

(2) 否定的な立場をとるラウアーらの見解

他方、これに対して、「NFT 所有権」の成立可能性に否定的な立場を
取るラウアーらは、その不法行為法上の保護可能性についても懐疑的に見
ており、BGB 823条1項の「その他の権利」として NFT の保護を主張す
る上記見解の論拠を早速切り崩しにかかる。

前述したヘーレンらのような肯定的見解が前提としているのは、NFT
については、技術的に見て割当機能も排他機能も備わっているため、所有
権類似の権利の前提条件（Voraussetzungen）を充たしているという点であ
るところ、このような理解は正しくなく、むしろ問題となっている法的地
位が単に事実レベルでの排他性にも依拠しているだけでは、「その他の
権利」として保護を受けないと言う。すなわち、ラウアーらは、その他の
権利として同条の保護を受ける権利は、明文で立法化されていなければな
らないのだと主張する。ゆえに、少なくとも現時点では、NFT に関し
て、そのような権利は存在しないので、不法行為法による保護についても
否定されると結論づける⁵²⁾。

Ⅲ. 若干の検討

前述Ⅱ.では、NFT に対して「所有権」が成立し得るかという点をめぐり、ラウアーらとヘーレンらの見解について、民法上の論点を中心に取り扱ってきた⁵³⁾。それを受けて以下では、NFT に関する両者の見解につき、——これまでの「データ所有権」に関する議論とどのように接続し得ることが考えられるかという点も意識しつつ——筆者の分析的視線を適宜織り交ぜることで、若干の検討を試みたい。

1. ラウアーらとヘーレンらのアプローチについて

(1) 電子証明機能への着目

既に見たように、NFT に「所有権」を認め得るかどうかという点について、ラウアーらとヘーレンらの評価は真っ向から対峙している(前述Ⅱ.2.参照)。ただその一方で、NFT が果たし得る「電子証明機能」という役割に関しては、両者とも期待を寄せており、この点には立場の相違はそれほど認められない。

すなわち、ラウアーらは、NFT について、「賢く利用し、そして十分な契約上のサポート (hinreichende vertragliche Flankierung) があれば、ネット上で取引・利用される情報の真実性 (Echtheit) および真正性 (Authentizität) の証明がより容易になり得る」と⁵⁴⁾、その技術が可能とする、電子証明書としての役割に大きな期待を寄せる⁵⁵⁾。ヘーレンらも、「重要なのは、(……) 財産的価値がある、排他的な保有者の地位 (vermögenswerte, exklusive Besitzerstellung) の証明である」と⁵⁶⁾、NFT が「保有」の対外的な証明を可能にする機能を備えている点の重要性を強調している。

(2) 両者の対照的なアプローチの方向性

両者とも、NFT という技術が可能にする電子証明機能に着目しているわけであるが、他方で「NFT 所有権」についての評価が分かれた理由としては、おそらくラウアーらが、あくまでも当該技術が現行法においてどのように位置づけられ、そしてどのようなことを可能にするのかという目線でアプローチを試みているように思われるのに対して、ヘーレンらは、NFT というトークンそれ自体の性質等への着目を出発点として分析を試みているためではなかろうか。

敷衍すれば、ラウアーらのアプローチは、新たに登場した技術が既存の法制度の枠組みの中でどのように受け止められるべきかという、いわば「(既存の) 法的枠組みの中で技術を分析・評価」するものである。このような姿勢は、ラウアーらが NFT の法的性質を検討する前置きとして、「(……) NFT という現象を法的にどのように把握し得るのかという疑問が生じる」と述べている点に⁵⁷⁾、まさに端的に現れていよう。これに対し、ヘーレンらのアプローチは、それとは対照的に、黎明期にある NFT という新たな技術が備える——複製不可能であり、技術によって特定の人物へ排他的に帰属し得るといった——特性や——利用者が求める「所有」への——実需に着目した上で望ましい法の在り方を探るといふ、いわば「技術的特性・実需から(あるべき)法を分析・評価」するものであるように思われる。

ともかく、NFT が無体物であることに鑑みて、もっぱら電子証明「手段」だと割り切ってしまうのであれば、おそらくはラウアーらのような評価に近づくことになるであろう。他方で、電子証明手段としての役割にはもとより期待を寄せつつも、さらに踏み込んで、無体物とは言え、当該 NFT それ自体についても——現に高額で取引されているわけなので——財産的価値があることに鑑みて、その帰属・保護を有体物と同程度まで法的に保障するのが法の望ましい将来的な姿だと考えるのであれば、ヘーレンらの主張するような見解が説得的に映ることになるのではないかとと思われる。

2. ヘーレンが「NFT 所有権」構想に前向きな理由について

かくして、——ドイツの「データ所有権」をめぐる議論の整理・分析を既に試みた——筆者だからこそ気になるのは、「データ所有権」構想の最初期の提唱者として、論争の口火を切りながらも、後に「データ占有」構想へと自説を改善するに至ったはずのヘーレンが、今回のプリントとの共著論文では、なぜ「NFT 所有権」に前向きな——すなわち、「データ所有権」構想への回帰を思わせるかのような——態度を取るに至ったのかという理由についてである。

(1) 「データ所有権」構想から「データ占有」構想への改説に関わって

ヘーレンは、「データ所有権」構想を打ち出した2013年当時、「データは誰のものか？」という帰属問題を解決するべく、当初は、「データの法的保護を他の法領域に先んじて明文化した StGB 303a条および同条に関する刑法上の学説等を参照することで、(……)『データ所有権』という構想を民法において根拠づけることを試み」ながらも⁵⁸⁾、その6年後には、当該構想に難点があることを認めた上で、自説の軌道修正を図るべく、「『データ所有権』構想を放棄し、データ帰属に関する新方針であると述べ、いち早く『データ占有』構想へと舵を切」った⁵⁹⁾。

その理由について、ヘーレン自身は、「書き込み行為 (Skripturakt)」という基準が、事实的観点に基づく帰属基準であったために、民法上の「データ所有権」を構想する上では、「難しい (*データの) 帰属をぴったりと (passgenau) 説明するためには、非常に不正確かつ不明確 (zu ungenau und zu unpräzise) である」⁶⁰⁾と述懐している⁶¹⁾。

筆者も、ヘーレンが「データ所有権」構想から「データ占有」構想へと改説せざるを得なかった理由について、「(*誰がデータを発生させたかという) 事实的性格が前面に出ている刑法上の『書き込み行為』を参考にして、法的帰属規律たる民法上の『データ所有権』を構想」したことにあるのではないかと考えている⁶²⁾。

あるいは、ヘーレンが「データ所有権」構想を主張した後に、様々な否定的見解が矢継ぎ早に寄せられたことも、おそらくは少なからず影響しているかと思われる。典型的には、有体物との性質の違いが否定的根拠として挙げられることが多い。すなわち、データには、複数人による同時利用が行われても、お互いの利用が相互に妨げられることはないという「非競合性」、技術的・法的方法によって排他性が付与されていない場合には、いったん公開されてしまうと他人による利用を排除し得ないという「非排他性」、そして有体物とは異なり経年劣化によって損耗しないという性質があるため⁶³⁾、これらの性質等を理由として、「有体物に対して所有権を認める必要性に至ったような衝突状況（Konfliktsituation）が存在しておらず、所有権のような排他的権利を認める必要はない」と批判されてきた⁶⁴⁾。

だからこそ、ヘーレンが今回、プリンツとの共著論文とは言え、「NFT 所有権」について前向きな態度を示していることは、非常に興味深い。別の角度から言えば、「データに対する所有権」構想を一度は諦めざるを得なかったヘーレンを、NFT は、再度「所有権」的構成へと立ち返らせているのだと言えよう。

(2) 「NFT 所有権」の成立可能性について

では、当時のヘーレンの「データ所有権」構想に存在していた、上記のような問題点を NFT は解消し得るのであろうか。

まず、データの法的帰属を考える上で、『書き込み行為』という事実的性格が前面に出ている基準を参考に（……）民法レベルでデータ帰属を構想するのであれば、『所有権』という法的帰属形態を直接に構築してしまうのは、やはり一足飛びの印象が拭えな⁶⁵⁾かったわけだが、他方でブロックチェーンを基礎に持つ NFT であれば、かつてヘーレンが「データ所有権」ではなく「データ占有」という事実的帰属形態に止めざるを得なかった難点が克服される可能性が存在するように思われる。というのも、

ヘーレンらは、NFT の場合には、物権法上の公示原則および個物原則との関係において(Ⅱ.2.(2)a)bb参照)や不法行為法上での保護との関係において(前述Ⅱ.4.(1)参照)、ブロックチェーン上やスマート・コントラクト上で誰がその保有者なのかは明確だとしているからである。

確かに、ラウアーらが鋭く指摘したように、ブロックチェーン上やスマート・コントラクト上での帰属(および割当機能)もまた、——「書き込み行為」と同様に——単なる事実的状态ではあろう(前述Ⅱ.4.(2)参照)。もっとも、「『書き込み行為』を基準にしてデータ所持者を決する場合、外部からの認識可能性が存在するのは、データの作成時点のみであり、それ以降においては、もはやデータ所持者が誰なのかを外部から認識することは容易ではな⁶⁶⁾」かった。しかしながら、ブロックチェーン上で発行されるトークンの場合には、「耐改ざん性およびアドレス間のトークンの移転の来歴管理などの特徴」が備わっていることに鑑みれば⁶⁷⁾、確かに同じく事実的状态に着目しているとは言え、NFTの方が、その帰属関係についての外部からの認識可能性という点で、「書き込み行為」よりも優れているといえよう。

ゆえに、「所有権」という法的帰属規律を根拠づける上で、「書き込み行為」と NFT には相違が見られるように思われる。

次に、——データ一般に対する「所有権」構想に対して投げ掛けられた疑問点である——有体物とデータの性質の違い等を理由として、「データ一般に対する所有権」は認められていないわけであるが、NFT はこれを克服し得るものなのであろうか。この点については、NFT は一般的なデータとは異なり、むしろ複製不可能であり、一点モノであるため、利益状況的には有体物にほぼ匹敵し得ることから「所有権」的構成に親和的なのだと、ヘーレンらが既に論証を試みている通りである(前述Ⅱ.2.(2)a)bb参照)。

3. NFT に対するヘーレンらの新たな「(データ)所有権」構想

「時代を先取りしてデジタル問題に切り込んでいく際の際の本質を見抜

く、ヘーレンの分析眼には、目を見張るものがある。(……)ただそのあまりの鋭さ・衝撃ゆえに、どうしても既存の法体系・枠組みとの激突が避けられない結果、その意図さえ正しく伝わらず、本格的な議論に入る手前で拒絶反応が起きてしまっている感もある」とのヘーレン評に⁶⁸⁾、まさに集約されているわけだが、データそれ自体に目を向けた上で、その法的帰属・保護を行うべきだという問題意識から2013年当時に打ち出された「データ所有権」構想は、——ヘーレン自身でさえも、後に行き過ぎであったと述べるほどに——あまりにも先鋭過ぎた感があり、とにかく学説上では現在に至るまで否定的に見られる傾向にある。もっとも、ヘーレンが上記構想を提唱した2013年以降、——ある意味では、民法上の帰属基準として刑法上の「書き込み行為」を参考にせざるを得なかった当時とは異なり、ブロックチェーンや暗号資産、そして NFT といった最新技術が登場したおかげで、もはや「書き込み行為」を基準としてあえて持ち出してくるまでもなく、技術レベルでその「帰属」関係が観念され得る——デジタル上での排他的コントロールが可能で、「所有権」的構成に馴染みやすい「デジタル・データ」が続々と日の目を浴びている流れに鑑みれば、むしろデジタル・テクノロジーを取り巻く状況そのものは、——データの法的帰属を「所有権」によって規律すべきではないかという——ヘーレンの先見の明に十年近く経ってようやく追いついてきたのだと言えるのかもしれない。

特に今回のプリンツとの共著論文において主張されている「NFT 所有権」構想は、——かつてと同じ「所有権」的構成ではありながらも、その論拠としては不十分であったとヘーレン自身が認めた——「書き込み行為」を手掛かりとしてもう一度引っ張り出すような、旧「データ所有権」構想を NFT について単に焼き直したに過ぎないものなどではない。むしろ NFT の性質・特性を理由づけの起点に据えることで、技術的実情と実需を嗅覚鋭く汲み取り、上手く反映させたことによって、説得力を有する——むろん目下のところは、「NFT に限って」という条件付きではあろうが——新生「データ所有権」構想と評せるものかもしれない。

かつて「データ所有権」構想を諦めざるを得なかったヘーレンが、なぜ今回、プリンツとの共著論文において、「NFT 所有権」については、前向きな態度へと踏み切れたのかという点につき、上記のように、「データ所有権」論争においてヘーレンがこれまで辿ってきた道筋を跡付けつつ、その延長線上に今回のヘーレンらの見解を位置づけてみたことにより、少なくとも筆者はさほど違和感を抱くには至らなかった。

IV. おわりに

ところで、NFT に対する「所有権」的構成の賛成論拠を補強するべく、——ヴァルターの見解⁶⁹⁾を引用しつつ——憲法上の視点もヘーレンらは織り込んで、以下のように主張していることは、興味深い。

「所有権規定の類推適用の可能性だけではなく、必要性 (Gebotenheit) も、一部では強調されている」ため、「GG 14条⁷⁰⁾ 1 項 1 文の制度保障 (Institutsgarantie) の意味において、立法者によってまだ埋められていない保護の欠缺を補充することは、裁判官の責務 (Aufgabe) である」。「所有権の内容的理解 (inhaltliches Verständnis) は、変化する経済的および社会的状況に応じて、必然的に発展に開放的 (entwicklungsoffen) であるとされ、そのことは同条 1 項 2 文に基づき規範形成している通常の法律 (normprägende einfache Gesetze) の解釈に際しても、示されなければならない⁷¹⁾」。

つまりは、経済的・社会的状況の変化を踏まえた憲法上の価値判断が、その下位規範である民法の解釈に際しても反映される必要性をヘーレンらは説いているわけである。ヘーレンらの上記主張は、——ドイツ民法同様に所有権の客体を有体物に限定している——日本においても、憲法29条が保障する財産権の内容をどのように理解していくべきか——つまりは、いかに民法で具体化していくべきか——という観点から、考えさせられるところである。確かに、財産権の制度保障の具体的内容の形成は、立法府の裁量に委

ねられているとはいえ⁷²⁾、デジタル関係の立法政策に関して何かと遅れを取りがちな日本だからこそ、まずは、既存の法制度の解釈論の枠組みの中で、経済的・社会的状況が要請する実需に可能な限り応答できるよう、ヘーレンらが試みたように、物権法規定の類推適用などによって、当該実需を受け止める心構えだけは一応しておくということは、十分考えられるかもしれない。

- 1) 例えば、天羽健介＝増田雅史編著『NFT の教科書——ビジネス・ブロックチェーン・法律・会計まで デジタルデータが資産になる未来』（朝日新聞出版、2021年）13頁〔天羽健介執筆部分〕、増田雅史＝古市啓「NFT と著作権～アート NFT に関するケーススタディ」コピライト726号（2021年）42頁および望月かおる「Editor's note」美術手帖73巻（2021年）7頁など参照。
- 2) 増田＝古市・前掲注 1）43頁。
- 3) 天羽＝増田編著・前掲注 1）21頁〔天羽執筆部分〕。
- 4) 長瀬威志ほか「新連載▷NFT と法律関係 第1回 NFT の仕組みと私法上の整理」NBL1202号（2021年）62頁。
- 5) 施井泰平「NFT アートの基礎知識」美術手帖73巻（2021年）11頁。
- 6) 天羽＝増田編著・前掲注 1）30頁〔中島裕貴執筆部分〕。
- 7) 天羽＝増田編著・前掲注 1）176頁〔増田雅史執筆部分〕。
- 8) 例えば、天羽＝増田編著・前掲注 1）189頁〔増田＝古市啓執筆部分〕、木村剛大「解説 フィジカルアートとの比較から考える NFT アートの特徴と法律的課題」美術手帖73巻（2021年）87頁、長瀬威志「NFT（非代替性トークン）のよくある誤解と事業参入のための検討課題」ビジネス法務21巻11号（2021年）6頁、同ほか・前掲注 4）65頁、同ほか「連載▷NFT と法律関係 第4回・完 NFT とブロックチェーンゲーム」NBL1211号（2022年）52頁以下、増田＝古市・前掲注 1）45頁および松本恒雄監修（福島直央＝澤紫臣編著）『NFTゲーム・ブロックチェーンゲームの法制』（商事法務、2022年）92頁など。
また、一般社団法人日本暗号資産ビジネス協会が、同協会加盟企業による NFT 関連事業への参入に際しての指針として公表している「NFT ビジネスに関するガイドライン 第2版 令和4年3月31日 改訂」（初版は令和3年4月26日策定）においても、「(……) NFT とデジタルコンテンツは、いずれも所有権の対象となる物理的な『モノ』ではないため、民法上の所有権は発生しないと考えられ」とされている（同10頁）（https://cryptocurrency-association.org/cms2017/wp-content/uploads/2022/03/JCBA_NFTguideline_v2.pdf [2022年5月30日最終アクセス]）。
- 9) 例えば、天羽＝増田編著・前掲注 1）180頁以下〔増田＝古市執筆部分〕、増田＝古市・前掲注 1）42頁以下および野瀬健悟「NFTアートをめぐる取引の仕組み、法律関係、活用可能性（上）（下）」ビジネス法務22巻5号（2022年）49頁以下、22巻6号（2022年）93

頁以下などで、「保有」という表現が用いられている。

- 10) 岡嶋裕史『メタバースとは何か——ネット上の「もう一つの世界」』(光文社, 2022年) 111頁。
- 11) 磯村保編『新注民法(8)債権(1)』(有斐閣, 2022年) 131頁以下, 暗号資産については132頁以下〔北居功執筆部分〕。
- 12) 磯村編・前掲注11) 139頁以下〔北居執筆部分〕。
- 13) もっとも, 暗号資産と NFT の両者は, 「所有権」を論じる可能性をもたらし得るブロックチェーンという同じ技術に立脚しているが, いわゆる「代替性」の有無によって区別されており, この点には注意を要する。すなわち, 「暗号資産の場合, Aさんがもっている1ビットコインとBさんがもっている1ビットコインは, (……) まったく同じ価値のもの」——つまり, 代替可能なデジタル資産——であるため, 両者の「ビットコインを入れ替えたところで何の支障も」ない(天羽=増田編著・前掲注1) 15頁以下〔天羽執筆部分〕。ゆえに, 暗号資産に関しては, 例えば——「所有権」の成立を認めるような——物権的アプローチを取った場合であっても, ——暗号資産に「所有権」を仮に認めた場合の, その先の議論として——「代替性」を持つというその金銭的性質を理由に, 最終的にはいわゆる「占有=所有権」論に服し得る可能性が指摘されている(森勇斗「暗号型財産の法的性質に関する『物』概念からの再検討—民法85条の趣旨に関する制定過程からの問いかけ:暗号通貨(仮想通貨)にかかる議論を踏まえ—」一橋研究45巻1・2合併号(2020年) 16頁)。
- 14) NFT の登場による, デジタル・データの所有権とそのビジネスチャンス拡大の可能性に実務的観点から大きく期待を寄せるものとして例えば, クリス・ダイほか「DXシリーズ(経済産業省デジタル高度化推進室(DX推進室)連携企画)ブロックチェーンの今: デジタル所有権およびデータ管理の最新事例」RIETI Highlight 88号(2022年) 26頁以下。
- 15) 後掲注16)の拙稿を引用して下さった, 曾我部真裕「講座 憲法 教科書のその先へ 第23回 財産権」法学教室497号(2022年) 62頁。
- 16) 拙稿「ドイツの『データ所有権』論争に関する序論的考察(1)~(3・完)——データの法的帰属・保護に関する現代的規律の必要性を検討する手掛かりとして——」立命館法学395号(2021年) 240頁以下, 396号(2021年) 236頁以下, 397号(2021年) 132頁以下(本稿では以下, 拙稿(1)~(3・完)とする)。
- 17) 本稿で取り上げる論稿以外に例えば, Wanja Johannes Kleiber, NFT - eine Einordnung zwischen Recht, Kunst und Blockchain, MMR-Aktuell 2022, 445475 など。特にアート分野での NFT の活用が目下のところ, かなり期待されているため, Robert Heine/Felix Stang, Weiterverkauf digitaler Werke mittels Non-Fungible-Token aus urheberrechtlicher Sicht - Funktionsweise von NFT und Betrachtung der urheberrechtlichen Nutzungshandlungen, MMR 2021, S. 755 ff.; Stefan Papastefanou, NFT und die Illusion der digitalen Einzigartigkeit - Technische und rechtliche Grenzen der NFT-Technologie, CR 2022, S. 342 ff. など, 著作権法の観点から分析を試みるものも既に登場している。

NFT に対する「所有権」の成立可能性をめぐる法的議論の整理と若干の考察（原田）

なお民法注釈書レベルでは例えば、BeckOK BGB/Fritzsche, 61. Edition Stand : 01. 02. 2022, § 90 Rn. 29 など。

18) Nils Rauer/Alexander Bibi, Non-fungible Tokens – Was können sie wirklich?, ZUM 2022, S. 20 ff.

19) Thomas Hoeren/Wolfgang Prinz, Das Kunstwerk im Zeitalter der technischen Reproduzierbarkeit – NFTs (Non-Fungible Tokens) in rechtlicher Hinsicht : Was Blockchain-Anwendungen für den digitalen Kunstmarkt bewirken können, CR 2021, S. 565 ff.

なお、ヘーレンらの論文については、最新の民法注釈書である BeckOK BGB/Fritzsche, a.a.O. (Fn. 17) § 90 Rn. 29 が、——物概念を有体物に限定することを規定した——BGB（ドイツ民法典）90条の項目で、早速引用しつつ、NFT を取り上げている。

BGB 90条〔物の概念〕

この法律において物とは、有体物のみをいう。

なお条文訳については、山口和人（訳）『ドイツ民法 I（総則）』（国立国会図書館調査及び立法考査局、2015年）17頁から引用した。

20) 詳しくは、拙稿（2）・前掲注 16）239頁以下および同（3）・完）・前掲注 16）134頁以下参照。

21) Hoeren/Prinz, a.a.O. (Fn. 19), S. 567.

22) BGB 903条〔所有者の権能〕

物の所有者は、法律又は第三者の権利によって制限を受けない限り、その物を自由に用い、かつ、他人による一切の干渉を排除することができる。動物の所有者は、自己の権能の行使に際して、動物の保護を目的とする特別の規定を遵守しなければならない。

なお BGB 第 3 編物権法に関わる条文訳については随時、マンフレート・ヴォルフ＝マリナー・ヴェレンホーフアー（大場浩之ほか訳）『ドイツ物権法』（成文堂、2016年）から引用する。

23) Rauer/Bibi, a.a.O. (Fn. 18), S. 24.

24) Hoeren/Prinz, a.a.O. (Fn. 19), S. 567.

25) Hoeren/Prinz, a.a.O. (Fn. 19), S. 567 f.

26) Andreas Walter, Bitcoin, Libra und sonstige Kryptowährungen aus zivilrechtlicher Sicht, NJW 2019, S. 3609 ff.

ヴァルターのような立場は、日本での暗号資産に関する議論における、いわゆる物権的アプローチに位置づけられ得るであろう（日本での上記議論状況については、拙稿（1）・前掲注 16）270頁以下の注31）も参照）。

27) Hoeren/Prinz, a.a.O. (Fn. 19), S. 567 f.

28) BGB 453条〔権利の売買〕

(1) 物の売買に関する規定は、権利及びその他の対象の売買について準用する。

(2) 売主は、権利の設定及び移転の費用を負担する。

(3) ある物の占有を正当化する権利が売買されたときは、売主は、買主に対し、物の瑕疵及び権利の瑕疵のない物を引き渡す義務を負う。

なお BGB 第 2 編債務関係法に関わる条文訳については随時、山口和人（訳）『ドイツ

民法Ⅱ(債務関係法)』(国立国会図書館調査及び立法考査局, 2015年)から引用する。

- 29) 2002年の債務法改正以前の BGB 旧433条以下の売買法は, 売買契約の対象として有物体のみを想定していたが, 同改正により, 「その他の対象」という概念を明文上置いた。これについては, 拙稿(1)・前掲注16)262頁以下も参照。
- 30) Hoeren/Prinz, a.a.O. (Fn. 19), S. 567.
なお本稿の本文部分での鍵括弧引用文における(*……)は, 引用元の原文には存在しないが, 補足のために筆者が独自に付したものである。
- 31) Hoeren/Prinz, a.a.O. (Fn. 19), S. 567.
- 32) BGB 929条〔合意及び引渡し〕
動産の所有権を譲渡するには, 所有者が取得者に物を引き渡し, かつ, 当事者双方が所有権の譲渡を合意しなければならない。取得者が物を占有するときは, 所有権の譲渡に係る合意をすれば足りる。
- 33) Hoeren/Prinz, a.a.O. (Fn. 19), S. 568.
- 34) Hoeren/Prinz, a.a.O. (Fn. 19), S. 568.
- 35) Hoeren/Prinz, a.a.O. (Fn. 19), S. 568.
- 36) 古いのが, ドイツにおいて BGB 90条2項の立法試案という類似の提案をおよそ20年前に行ったものとして, Peter Bydliniski, Der Sachbegriff im elektronischen Zeitalter : zeitlos oder anpassungsbedürftig?, AcP 198 (1998), S. 328 がある。この立法試案の邦訳については, 白井豊「デジタル遺品の登場により法律はアップデートを必要とするか(2・完)——BGH 2018年フェイスブック判決前後におけるルディガの見直し・評価を中心に——」立命館法学390号(2020年)273頁の注168)参照。
- 37) Hoeren/Prinz, a.a.O. (Fn. 19), S. 568.
- 38) NFT に対するラウアーらのような反応は, 「データ所有権」論争の文脈において, かねてより見られるところであり, 特段真新しさは感じない。例えば「データ所有権」に関わる近時の趨勢としても, ——目下のコロナ禍ゆえに, 当初予定されていたドイツ・ベルリンではなくオンラインで——2020年11月20日に開催されたばかりの会議では, 民法, 知的財産法はもとより, 法哲学や憲法など, 様々な法分野の目線から「デジタル社会における所有権——物所有権および精神的所有権の観点」をテーマとして議論が交わされたところ, その中で民法・物権法研究者としての立場からM・ヴェレンホーフアー (Marina Wellenhofer) は, データ(一般)を物権法の適用範囲へと取り込むことについて, 所有権規定の類推適用を含めて, やはりとにかく否定的な立場を取っている (Anne Allar/Daniel Nebenführ, Tagungsbericht „Eigentum in der digitalen Gesellschaft – Perspektiven von Sacheigentum und geistigem Eigentum“, GRUR 2021, S. 694)。
- 39) Hoeren/Prinz, a.a.O. (Fn. 19), S. 569.
- 40) BGB 1922条〔包括的権利承継〕
(1) 人の死亡(相続開始)とともに, その財産(相続財産)は, 全体として, 他の一人又は数人の者(相続人)に移転する。
(2) 共同相続人の持分(相続分)については, 相続財産に関する規定を適用する。
なお条文については, 太田武男=佐藤義彦編『注釈ドイツ相続法』(三省堂, 1989年)

27頁〔佐藤義彦執筆部分〕から引用した。

- 41) Anja Amend-Traut/Cyril H. Hergenröder, Kryptowährungen im Erbrecht, ZEV 2019, S. 118.
- 42) Hoeren/Prinz, a.a.O. (Fn. 19), S. 568. なお、相続人への秘密鍵の移転問題については、——いわゆる「デジタル遺品」の日独比較法研究の観点から言及を既に行っている——白井豊「デジタル遺品の登場により法律はアップデートを必要とするか（1）——BGH 2018年フェイスブック判決前後におけるルディガの見通し・評価を中心に——」立命館法学389号（2020年）198頁以下の注121）も参照。
- 43) Amend-Traut/Hergenröder, a.a.O. (Fn. 41), S. 118.
- 44) StGB 242条〔窃盗〕
- (1) 他人の動産を、違法に自ら領得し又は第三者に領得させる目的で、他の者から奪取した者は、5年以下の自由刑又は罰金刑に処する。
 - (2) 本条の罪の未遂は、罰する。
- なおドイツ刑法典に関わる条文訳については随時、法務省刑事局『ドイツ刑法典』（法務省刑事局、2021年）から引用する。
- 45) GG 103条〔法的聴聞、適及処罰の禁止・二重処罰の禁止〕
- (1) 裁判所においては、何人も、法的聴聞を請求する権利を有する。
 - (2) ある行為がなされる以前にその可罰性が法律によって規定されていた場合にのみ、その行為を罰することができる。
 - (3) 何人も、一般的刑法の根拠に基づいて、同一の行為のゆえに重ねて処罰されてはならない。
- なおドイツ基本法に関わる条文訳については随時、初宿正典（訳）「7. ドイツ連邦共和国基本法（1949年5月23日）」高田敏＝初宿正典編訳『ドイツ憲法集（第8版）』（信山社、2020年）から引用する。
- 46) StGB 202a条〔データの探知〕
- (1) 自己のために予定されておらず、かつ無権限のアクセスから特に保護されているデータへのアクセスを、権限なく、アクセス保護措置を突破して、自ら取得し、又は他の者に取得させた者は、3年以下の自由刑又は罰金刑に処する。
 - (2) 第1項の意味におけるデータは、電氣的、磁氣的又はその他直接には知覚できない形で保存され、又は伝達されるものに限る。
- 47) StGB 303a条〔データの改変〕
- (1) データ（第202a条第2項）を違法に消去し、隠匿し、使用不能にし又は改変した者は、2年以下の自由刑又は罰金刑に処する。
 - (2) 第1項の罪の未遂は、罰する。
 - (3) 第1項に定める犯罪行為の予備について、第202条cを準用する。
- 48) Hoeren/Prinz, a.a.O. (Fn. 19), S. 569.
- 49) BGB 823条〔損害賠償義務〕
- (1) 故意又は過失により、他人の生命、身体、健康、自由、財産その他の権利を違法に侵害した者は、これによって生じた損害を賠償する義務を負う。

- (2) 他人の保護を目的とする法律に違反した者も同様の義務を負う。当該法律の内容上、これに対する違反が故意・過失がなくとも可能な場合には、損害賠償義務は、故意・過失のあるときのみ発生する。
- 50) データが一般的にドイツ不法行為法による保護を受けるかどうかという点に関しては、拙稿 (1)・前掲注 16) 261頁以下参照。また、「データに対する権利」を「その他の権利」として認めることで、不法行為法による保護を目指す見解について詳しくは、拙稿 (2)・前掲注 16) 262頁以下参照。
- 51) Hoeren/Prinz, a.a.O. (Fn. 19), S. 569 f.
- 52) Rauer/Bibi, a.a.O. (Fn. 18), S. 24 f.
- 53) なお、ラウアーらとヘーレンらは、両者が特にアート NFT について問題意識を有しているという関係上、NFT それ自体が著作物に該当するかといった点を皮切りに、NFT の作成・転譲渡と著作物の利用権の移転はどのような関係に立つのかなど、著作権法特有の論点についても、かなり詳細な検討を行っているが、「所有権」の成立可能性を探るといふ本稿での問題意識からは外れるため、今回これに立ち入ることはしない。
- 54) Rauer/Bibi, a.a.O. (Fn. 18), S. 31.
- 55) ラウアーらは、機密情報 (vertrauliche Informationen) の電子証明などを NFT の活用場面の一例として挙げている (Rauer/Bibi, a.a.O. (Fn. 18), S. 31)。
- 56) Hoeren/Prinz, a.a.O. (Fn. 19), S. 567.
- 57) Rauer/Bibi, a.a.O. (Fn. 18), S. 24.
- 58) 拙稿 (2)・前掲注 16) 244頁。
- 59) 拙稿 (3・完)・前掲注 16) 134頁。
もっとも、ヘーレンは、「最近では『データ占有』構想自体からも、やや距離を置きつつあるように」すら、少なくとも筆者には思っていた (同上, 143頁)。
- 60) Thomas Hoeren, Datenbesitz statt Dateneigentum : Erste Ansätze zur Neuausrichtung der Diskussion um die Zuordnung von Daten, MMR 2019, S. 7 Fn. 15.
- 61) 拙稿 (3・完)・前掲注 16) 134頁。
- 62) 拙稿 (3・完)・前掲注 16) 142頁。
- 63) 拙稿 (1)・前掲注 16) 254頁以下参照。
- 64) 拙稿 (2)・前掲注 16) 259頁。
- 65) 拙稿 (3・完)・前掲注 16) 142頁。
- 66) 拙稿 (3・完)・前掲注 16) 139頁以下。
この点につき、「データ占有」構想の主張にあたってヘーレンは、使用貸借 (BGB 868条) や相続 (BGB 857条) の場面を持ち出すことで、「物占有制度においてすら常に一貫して外部からの認識可能性を問題としているわけではないのだと主張することで」、一応の反駁を試みていた (同上, 140頁)。
BGB 868条〔間接占有〕
用益権者、質権者、用益貸借人、使用貸借人若しくは受寄者として、又はこれらに類する関係において、他人に対してある期間の占有をする権原を有し、又は義務を負う者が物を占有するときは、その他人も占有者とする (間接占有)。

BGB 857条〔相続〕

占有は、相続人に移転する。

- 67) 長瀬ほか・前掲注 4) 62頁。
- 68) 白井豊「『デジタル遺品』研究の原点回帰——開拓者ヘーレンを中心に——」立命館法学398号（2021年）242頁。
- 69) Walter, a.a.O. (Fn. 26), S. 3613.
- 70) GG 14条〔所有権・相続権・公用収用〕
 - (1) 所有権及び相続権は、これを保障する。その内容及び限界は、法律でこれを定める。
 - (2) 所有権には義務が伴う。その行使は、同時に公共の福祉に役立つべきである。
 - (3) 公用収用は、公共の福祉のためにのみ許される。公用収用は、補償の方法及び程度を規律する法律により、又は法律の根拠に基づいてのみ、これを行うことが許される。その補償は、公共の利益及び関係者の利益を正当に衡量して、これを定めるものとする。補償の額につき争いのあるときは、通常裁判所で争う途が開かれている。
- 71) Hoeren/Prinz, a.a.O. (Fn. 19), S. 568.
- 72) 曾我部・前掲注 15) 62頁。

【追記】 脱稿後、ヘーレンら同様に、NFT を物権法ルールで規律すべきかという観点から分析を試みる Lisa Marleen Guntermann, Non Fungible Token als Herausforderung für das Sachenrecht, RD i 2022, S. 200 ff. および最終的には立法による解決を志向する Viktoria Kraetzig, NFTs als juristische Konstruktionsaufgabe : Eine dogmatische Einordnung von Blockchain-Tokens, CR 2022, S. 477 ff. を入手した。本稿の問題意識との関係上、上記両文献は非常に興味深いため、別稿にて紹介およびその分析と評価を行っていきたいと考える。

また、本稿の初校段階で、前掲注 38) における「データ所有権」についての会議に関わって、その詳細な内容をまとめた Franz Hofmann/Benjamin Raue/Herbert Zech (Hrsg.), Eigentum in der digitalen Gesellschaft, 2022 が公開された。同会議では、直接に NFT が検討対象とされているわけではないが、同書所収の Marina Wellenhofer, Strukturanalyse des Sacheigentums, S. 69 ff. は、電気、仮想通貨、ソフトウェア、そしてデータを検討の俎上に載せているため、本稿の問題意識とも関わってこようか。今後は、同書を手掛かりとして筆者なりに、「データ所有権」構想の検討も続けていきたい次第である。

なお、再校校正以降、——いずれも日本の IP コンテンツとは切っても

切れない関係にある——サミー株式会社, 株式会社 KADOKAWA などによって, NFT サービスの企画・開発・運営会社として, 新たに株式会社 O-DEN が共同で設立されたというプレスリリースに接した。それによると, NFT について, 「Web2.0 の世界では困難であったデータが唯一無二のものである証明をすることや所有権を主張することを可能にし, 各個人が保有するデータを管理する Web3.0 の世界への移行を加速度的に促進して」いるとの認識の下で, 「来るべき Web3.0 の世界に備え, NFT の可能性・将来性を最大限に活用したサービスを展開すべく」, 上記株式会社の設立に至ったとのことである (<https://www.sammy.co.jp/japanese/top/pdf/o-den_20220627_sammy.pdf [2022年7月1日最終アクセス])。今後ますます, このように Web3.0 を見据えて, ユーザー目線での「所有欲」をより充足させ得ることが期待される NFT (いわゆる NFT2.0) への実需が高まっていくのではないだろうか (NFT2.0 について詳しくは, 本稿脱稿後に刊行されたばかりである, 伊藤佑介『インターネット以来のパラダイムシフト NFT1.0→2.0』(総合法令出版, 2022年) 参照)。

いずれにせよ, 渡邊涼介「NFT の法律問題」法律のひろば75巻7号(2022年)43頁以下が, 「NFT は, 一定の事実を電磁的記録にしたものに過ぎない(……)ため, NFT 自体が法律上どのような権利として取り扱われるか」という問題提起を行った上で, その法的性質について, 民法, 著作権法, 刑法といった法領域横断的に分析しているように, NFT については, 将来的に望ましい法的位置づけを含めて, 一層の研究が待たれるところであろう。

* 本稿は, JSPS科研費(21J12083)の助成に基づく研究成果の一部である。