HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	いわゆる“仮想財産”の民法的保護に関する一考察(3・完) : オンラインゲームサービス内のデータ保護にまつわる米中の議論を参考に
Author(s)	角本, 和理
Citation	北大法学論集, 65(5), 287-337
Issue Date	2015-01-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/57833
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_vol65no5_7.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

研究ノート

いわゆる〝仮想財産〟の民法的保護に関する一考察（三・完）

――オンラインゲームサービス内のデータ保護にまつわる米中の議論を参考に――

角本和理

目次

序章
第一節　問題の所在
第二節　比較法の対象

第三節　本稿の構成
第一章　アメリカにおける仮想財産の所有法による保護の主張
第一節　序説
第二節　仮想財産の所有法による保護の必要性の提起
第三節　ベンサムの功利主義を基礎とした考え
第四節　ロックの労働理論を基礎とした考え
第五節　ヘーゲルの人格理論を基礎とした考え
第六節　所有法説に対する批判
第七節　本章のまとめ
第二章　中国における仮想財産の民法的保護に関する議論の展開
第一節　序説
第二節　仮想財産に関する裁判例の検討
第三節　仮想財産に関するユーザの権利を物権と構成する考え
第四節　物権法を準用する準物権がユーザに帰属するとする考え
第五節　仮想財産に関するユーザの権利を債権と構成する考え
第六節　本章のまとめ
第三章　若干の考察――日本法における仮想財産の民法的保護の在り方
第一節　序説
第二節　日本法における無体物の民法的保護に関する従来の議論
第三節　米中両国の議論のまとめ――日本法への示唆として
第四節　試論
第五節　本稿のまとめ
第六節　残された課題

（以上、六五巻三号）

（以上、六五巻四号）

（以上、本号）

第三章　若干の考察――日本法における仮想財産の民法的保護の在り方

第一節　序説

以上、第一章及び第二章において、米中両国における仮想財産の民法的保護に関する議論をみてきた。本章では、両国の議論を参考にしつつ、日本における仮想財産の民法的保護の在り方について、若干の検討を加える。

まず、第二節においては、日本法における無体物の民法的保護に関する従来の議論を検討する。そこでは、新しい無体財の民法的保護――物権的保護か、債権的保護か――については、当該無体財の性質や問題の態様にあわせて適宜対応することが志向されていることを確認する。

次に、第三節においては、海外で展開される議論を参考に、仮想財産の法的性質、その利用にまつわる問題の具体的態様、そこにおけるユーザの権限の保護の方向性を明らかにする。

その後、第四節においては、第三節で明らかにした問題点について、日本法における解決の方途を検討していく。

最後に、第五節において本稿のまとめを行い、第六節において、本稿で検討することのできなかった問題について、残された課題として触れた上で、本稿を結ぶこととする。

第二節　日本法における無体物の民法的保護に関する従来の議論

一　起草者の見解

かつて、旧民法財産編では、その六条において、「物ニハ有体ナル有リ無体ナル有リ」（第一項）と規定した上、続けて、「有体物トハ人ノ感官ニ触ルルモノヲ謂フ即チ地所、建物、動物、器具ノ如シ（第二項）無体物トハ智能ノミヲ以テ理会スルモノヲ謂フ即チ左ノ如シ　第一　物権及ヒ人権　第二　著述者、技術者及ヒ発明者ノ権利　第三　解散シタル会社又ハ清算中ナル共通ニ属スル財産及ヒ債務ノ包括」というように定義し、かつ例示していた。

これに対し、現行民法八五条は、「この法律において『物』とは、有体物をいう。」とし、無体物を物権の客体たる物概念からあえて排斥している。その理由としては、四点あった。

すなわち、①もし権利（無体物）も「物」だとすると、権利

の上に所有権が成立しうることとなって甚だ奇異な結果を招くことになり、②「物」ということばは多用される言葉であるから、その意味が旧民法における意味と大きく異なる以上は、その旨を明定しておく必要があり、③物とは有体物をいうと定義しておくことによって、有体物に関する規定を掲げる各条文にいちいち「有体」という形容詞を附加する手間を省くことができ、④「有体物」に限るとしたほうが、普通の感念にも適い近来のヨーロッパの立法例にも適うからである。[1] そして、起草者は、無体物にも有体物に関する規定を適用すべき場合には、特別の規定を設けてその旨を定めるべきだとの立場をとっていた。[2]

二　有体性を重視する見解

上記のような事情のもと制定された条文を、表現に忠実に理解し、有体性を重視する見解は、一般に、八五条にいう有体物とは空間の一部を占める有形的存在である、と説く。[3] これは、外界の一部であって人の五官により知覚されうる形態を有するもので、物理的考察を中心とする。しかし、同じく物理的考察を基調としながらも、学説により差異がみられる。

これらの見解のうち、一般的な考えは、純物理的な考察に基づき、有体物とは空間を占める物質を意味し、あるものが物質であるかどうかはその時代における物理学上の原則によってこれを定め、自然界に存在を有するもので我々が五官を以て認識しうる現象といっても、物質（分子）なきものは「物」ではない、とする。[4] 例えば、音響、光線、熱、物の運動のようなものは、我々が認識し得るものであるといっても、物質ではないため「物」ではないが、分子のあるものは皆物であり、瓦斯は気体の有体物であるという。

一方で、有体物とは物理的認識の対象となる物の意味であって、「有形物たる個体は勿論、その他液体のみならず、気体（例、瓦斯）、電気、光線等エネルギーも、苟も物理的にほかの物理現象と区別して認識し、利用処分し得べき物体はここに云う物である」とするものもある。[5] この見解は物理的要素の面から有体性の観念の拡張を図ろうとするもので、有体性を無視するに等しいともいえる。[6]

三　有体性の重視に批判的な見解

有体性の要件に批判的な見解として、ここでは、富井政章（敬称略、以下同じ）、三潴信三、石田文次郎、我妻栄の見解について、

それぞれ検討していく。

三－一　富井政章の見解

起草者の一人である富井は、その著書において、以下のように自身の見解を展開している(7)。

彼はまず、およそ物という語には広狭二義があって、世俗普通の見解によれば物とは有形と無形を問わず一切の事物をいうものであることを確認する。

次に、ローマ法においても有体物、無体物の区別を認めていることは明らかであるものの、ローマ法では有体物と所有権を同一視しており、いわゆる無体物とは所有権以外の財産権を意味するものにほかならず、近世の観念における物の区別と同様ではないとする。にもかかわらず、後世の学者は往々にしてこの区別を敷衍し無体物という名称の下に一切の権利を物の一種とするようになったが、これは権利とその目的物とを混同する謬見と言わざるを得ないと指摘する。

殊に日本旧民法においては、「物」とは無体物即ち各種の財産権を包摂するものとした結果として、一切の物権及び債権は所有権の目的たることを得るものとし、例えば地上権又は債権を有すると言えばその所有権を有するに他ならないとした（財六条、三〇条一項、取二四条一項）。この規定は一般権利の種別殊に財産権の一大分類である物権と債権との区別を錯雑としたものとし、物権及び債権を識別する標準のない状態に至らしめるきらいがある。そこで、新民法においては上記の用例を改め「物」とはもっぱら有体物すなわち一定の空間を占める物体をいうものとしたのである（八五条。独九〇条）。

しかし、これは主として立法上の便宜から至った結論であって、この改正の結果として、いわゆる物権とは有体物を目的とする権利とみるに至ったことについては、学理上より考えるに大いに疑問があると彼は主張する。そして、現に民法において、準占有、権利質その他数多くの例外を認めざるを得ないことをもっても理解できるように、債権と相対して財産権の一大分類たるべき物権をこのように解するのは、狭隘に失するものと言わざるをえないとする。

三－二　三潴信三の見解

三潴信三は、物権の客体を有体物とする点に物権と債権の理論的区別を認めうるとする考えを批判し、無体物観念の排斥に関する疑念を示している(8)。彼は、いたずらに理論に拘泥して物権の目的を有体物に限るのはすこぶる狭隘に失するといい、債

権と物権の区別は主として対抗力の如何に存するのではないかと主張する。[9]

彼はまず、富井と同様に、有体物無体物の区別の標準に関する各国の立法例並びに学説は大同小異であって、すべてローマ法に基づくものであることはもちろんであるが、必ずしもことごとくローマ法の淵源に合するものというべきではないとする。[10]そして、民法八五条は、誤ったローマ法上の観念を排斥したに止まると主張する。[11]

次に、現に「物」とは有体物をいうと規定する日本民法においても、八六条三項において無記名債権を動産と見做し、その他準占有、準共有、一般の先取特権、権利質、地上権、永小作権の抵当等を認めているのを見れば、物権をもって有体物上の権利とするのを原則とするといっても、いずれが例外でいずれが原則なのかを知るに苦しむという。[12]

また、当時の最新の立法であるスイス民法七一三条が「動産所有権の目的は性質上の有体動産並びに法律的支配に服し得て且土地に属せざる自然力なり」としていること、同じく六五五条が「不動産所有権の目的は土地にして本邦において土地とは（一）不動産（二）不動産登記簿に登記せらるべき独立且継続の権利（三）鉱業」をいうと規定していること、日本商法改正法律中においても四一条及び二八四条等における留置権の目的が従来物に限られていたのを拡張して有価証券をも加えたことなどを参考に、いたずらに物権の目的を狭く解して債権との区別の主な標準としようとするのは、理解に苦しむとする。[13]

さらに、民法二〇〇条について検討する。ここでは、土地の所有権は土地の上下に及ぶと規定されるが、地上とは流動して定まらない空気を指すのではなく、空中より空気を控除した部分即ち空間であるとすると、このようなものが果して今日の立法にいう物権の目的に適合するだろうか、と疑問を投げかける。有体物とは一定の空間を占めるものとするが、空間それ自体は有体物でないことは言うまでもなく、このことをもって物を有体物に限り物権の本質を有体物上の支配という点にのみ見ることの疑わしさを知ることができるという。[14]

三－三　石田文次郎の見解

石田文次郎は、民法が物の観念を定めるについて、「客体性」を重要視せずに、「有体性」を重視したことは誤りであったと主張する。[15]例として、手形の問題を挙げ、有効な手形は価値の担当物であるが、朱抹された手形は一枚の紙片にすぎないことを指摘し、有体性から見ると両者は同一であるが、客体性から

見ると両者の間には大なる差があるとする。そこで、客体性を重視して物の観念を定めると、支配可能性とか、処分可能性とかが、有体性よりも尊重されねばならないし、また、一物としての存在のためには、独立した物理的存在よりも、独立した取引上の価値が標準となるべきであるとする。(16)

さらに、当時の判例が未分離の果実及び桑葉の取引を認め、又成熟期に近い稲の立毛や、根廻した樹木を独立の物の如く扱っていることから考えると、正しく「物とは独立の取引価値を有する支配可能物」という観念の傾向に進んでいるように思われるとした。(17)

三－四　我妻栄の見解

我妻栄は、法律上の物を物理学上の有体物に制限することは、今日の経済事情に適さないとし、法律における「有体物」を、「法律上の排他的支配の可能性」の意義に解し、物の観念を拡張すべきであると主張した。(18)彼によれば、権利の主体としての人が生理学上の観念に限られないのと同様、権利の客体としての物も物理学上の観念に限られるべきではない。そこで、電気等のエネルギーを物と解するのみならず、一商店の在庫商品全部というような所謂集合物、さらには動産、不動産、各種の権利および顧客、営業上の秘訣等の事実的利益を包括一体とした企業（いわゆる生きた企業）そのものを一個の物と解するべきだというのである。(19)

四　有体性を重視する見解からの再批判

以上のような、八五条の「物」概念を拡張して捉える見解に対し、再批判を行ったのが、川島武宜である。

川島は、八五条の規定は、（物権一般ではなく）とくに「所有権」の客体を、有体的状態において存在する外界的自然に限る、という趣旨を示すものであると主張する。(20)彼の主張は、以下のとおりである。

第一に、無体的存在は、法律上の概念としての所有権の客体とはならない。というのは、有体物に対する全面的支配権としての所有権は、そうでない権利に対し種々の法技術上の特殊性を備えるからである。

著作物や発明のようないわゆる無体物に対する「所有権」を法的に承認しても、その法的内容は民法の所有権法の規定によってそのまま規律されるに適せず、それぞれ著作権や特許権として特別の規定に服せしめねばならない。また電気の上に「所

有権」が成り立つという主張も、電気に対する支配権は法技術的に見て特別の法的規整を必要とする（電気については占有は問題にならない）ため、法技術的に無意味である。また権利の上の所有権という概念も、ただ権利が人に帰属している側面を「所有」として表現する日常的考えを述べているだけで、そのような概念を用いるべき法技術上の必要性はない。また無体財産権や得意先等の総体としての企業に対する包括的支配権を承認すべきだということは、必ずしも民法八五条の「物」概念と矛盾するものではなく、たとえ企業を物と呼んでみても法技術的に解決され得る問題点は存しない。

第二に、所有権の客体が「物」であるというときには、それは、所有権が客体の有体的存在の全体を把握するものであることを示している。このことは、近代的所有権が客体の価値を全面的独占的に把握するということの、客体の物理的側面における表現である。中世におけるように物に対する箇々の利用を個別的に支配する権利の体系が支配したところでは、物の有体的存在を全面的に把握するという「物」概念は存在の余地がない。だから、八五条の「物」概念は、特殊的に近代的な概念なのである。

もっとも、以上のような主張にもかかわらず、川島は晩年にマックス・ウェーバーの論考を検討し、所有権の核心はAppropriation だとの見解をうち出しており、その客体は今日の法律上の概念としての「所有権」の客体即ち有体物よりも広いのは当然であり、およそ独占的に享受しうる利益の全てを含むと解されるべきであるとしている。[21] そのため、これによれば、別の方向性もありうると見て取れる。

五　近時の見解

以上のような議論を受けて、四宮和夫は、無体物はわが民法上「物」ではないことを前提とし、有体物以外の物については、むしろ法の欠缺と考え、その性質と問題に応じて「物」又は物権に関する規定を類推適用すれば足りるとした。[22]

また、米倉明は、以下のように述べる。一方において、「物」を有体物に限る要請はかなり強いものではあるけれども、他方においては、多分に常識的さらには便宜的ともみうるものでもあるので、右の要請をいかなる場合にも絶対に例外を許さない要請とまで強く維持する必要もない。[23] したがって、特別の規定がない場合でも、無体物を「物」と扱う見解[24]も一概に否定し得ず、あるいは、やはり無体物は「物」ではないとした上で、「物」に関する規定を類推適用する見解[25]も否定し得ないであろうとし

つつ、自身は後者の立場に立つことを明らかにしている。

そのほか、とくにデジタル・データ保護に関する見解としては、河上正二がこれを物概念に含める必要性について論じている。彼は、情報やデータの保護について、通常は有体物である紙・磁気テープ・メモリーチップなどの記録媒体を「物」と観念して問題を処理すれば足りるが、ネット上でダウンロードされるプログラム・ソフトを想起すれば容易に理解できるように、ＩＴ化した社会では情報やデータそのものを「物」に準じて扱うことが適当な場面が少なくないであろう、と指摘する(26)。

さらに、近年になって、「物」概念の見直しを迫る、主としてフランス法を対象とした比較法研究もなされるようになってきている。そこでは、パンデクテン体系における「物」概念にとらわれない、「財」、「財産」、「所有」概念に関する理論的検討がなされている(27)。これらは、物権法の改正をも見据えた動きであるといえる(28)。一方で、ドイツ法を比較対象とした「物」概念ないしパンデクテン体系の再評価もなされている(29)。

六　小括

以上の議論をまとめると、次のようになろう。

まず、物概念に関する起草者意思については、立法論はさておき、解釈論としては、有体物に関する規定を無体物について適用することはその意思に沿わないということができるかもしれない。

しかし、少なくとも起草過程においては、起草者は無体物として権利のみを想定し、本稿で検討しているようなデジタル・データは想定していなかったといえる。そうだとすれば、八五条にいう物＝有体物概念のうちにデジタル・データは含まれない、これらがここにいう有体物として扱われてはならないのは当然である、といってよいかは問題であろう。起草者の意図に忠実であろうとすれば、無体物としては権利を想定するにとどめ、更に進んでデジタル・データ等がここにいう「物」概念に含まれないかどうかについては、慎重に検討すべきであるともいえるのではないか。

この点、かつては、電気等のエネルギーの物権的保護の是非が議論の主たる対象となっており、近時では、ＩＴ化した社会における情報やデジタル・データの法的保護の可否について、議論されるようになってきている。このような議論を経て、今日の学説は大勢として、新たな無体財についても民法上の物権的保護、つまり広義の所有法上の保護の対象に含めることを志

向するようになっているといえ、それは物権法の改正をも視野に入れた大きなうねりになりつつある。しかし一方で、法技術上の意義がない限り無体物を物権、特に所有権の客体と扱うべきではないとの川島の批判は、本件においてもあてはまろう。そのため、デジタル・データ等の無体財に関していかなる法的利益やその保護が認められるのかについては、その性質や問題状況等を具体的に検討する必要があることになろう。

第三節　米中両国の議論のまとめ――日本法への示唆として

そこで、本節においては、本稿にいう仮想財産の法的性質、及びその利用にまつわる問題の態様を、米中の議論から示唆を得るというかたちで検討し、その民法的保護の方向性について、論じていくこととする。

一　仮想財産の法的性質

繰り返し述べるように、本稿における仮想財産とは、オンラインゲームサービスで利用される各種データをいう。

この点、オンラインゲームサービスは、サーバ・クライアント型の通信方式が採用されるのが通例であるため、仮想財産のデータそれ自体は事業者の保有するサーバ上に保存され、ユーザは自身の端末でもってこれにアクセスし、利用するかたちとなっている。そのため、ユーザ間の取引についても、あくまで事業者の管理するサーバ内でのやり取りであり、ユーザの端末同士が事業者のサーバと別個独立して仮想財産の取引を行うことはないといってよい[30]。

このようなシステムの都合上、オンラインゲームサービスでは、従来のゲームソフトの販売方式のように、ソフトの提供、使用許諾を有料で行い、それに対してユーザによる代金の支払いを求める方式（①）はあまり採られていない。

オンラインゲームにおける料金体系は、ゲームソフトの提供及び使用許諾は無料で行い、サーバへのアクセスの許諾を有料とし、この料金の継続的支払いをユーザに求める方式（②）か、ゲームソフトの提供、使用許諾、サーバへのアクセスの許諾は無料で行い、ゲーム中の特定のアイテムの使用許諾について、ユーザによる利用代金の支払いを求める方式（③）が現在主流となっている。

実際には、①＋②、ないし、①＋③、②＋③等、複合的なも

のもある。また、③のうちにも、ゲームソフトの提供を要しない、ユーザの利用する端末のブラウザ上でゲームが稼動するサービスも存在する。ただし、これらのうち、日本では現状、③の基本料金無料、アイテム課金型の料金体系を基軸としたサービスが最も主流といえる。

そのため、日本法においてこの問題を論ずるに際しては、特定のアイテム等のデータの性質、ないしそのデータに関するユーザの権利の内実がどのようなものであるのかがとくに問題となるのである。

一－一　アメリカにおける議論

この点について、アメリカの議論には、二つの流れがあると整理することができる。

ひとつは、仮想財産には無体性と時限性という特質があることを指摘する見解である[31]。

また、ひとつは、コンピュータ・コードの規定により、競争性、永続性、相互接続性等の性質を有していると指摘する見解である。

この点、後者の見解は論者により要件が異なっている。競争性、永続性、相互接続性をあげるもの[32]を嚆矢として、それに二次市場の存在、ユーザによる価値の付加という要件の追加を行うもの[33]、競争性を排他性、相互接続性を交換可能性と言い換えるもの[34]、競争性、永続性のみを要件としてあげるもの[35]がある。

しかし、他方で、本件で問題となっている仮想財産が、あくまで事業者によるサービス全体から切り離すことができないことを指摘したうえで、取引の際の目的物の特定のときに、物理的な意味で移動可能ではない以上、統一商事法典上求められる、「分離していて、特定可能で、移動可能である」という伝統的な動産の要件を満たすことはないとする批判がある[36]。

一－二　中国における議論

一方、中国における多くの見解は、仮想財産は「光、熱、電気」等のエネルギーやペーパーレス化した証券等と類似の無体物であるとして、物権の客体になりうることを肯定する[37]。

中国民法の物権の客体たる「物」は、支配可能性、独立性、価値性、希少性、以上の四つの特徴を有している必要があるとされ、有体性は要件とされていないのである。

しかし、このような見解に対しては、仮想財産は「物」としての要件をそれぞれ充たしていないとする批判がなされている[38]。そこでは、アメリカにおける批判と同様に、仮想財産が

サービスから切り離せないものであること等が指摘されている。

しかし、中国における通説的見解は、仮想財産が法律上の排他的支配可能性と管理可能性を有していること、経済的価値を有していること、その存在は一定の空間を必要としており、伝統的な物と存在方式上の相似性をもっていることを指摘し、その物権的保護の可能性を肯定している。(39)

一－三　小括

仮想財産の法的性質について、アメリカでは、無体性、時限性という問題があるものの、これまで所有法によって保護されてきたその他の財産と同様の性質――競争性、永続性、相互接続性等――を有すると指摘され、中国では、物権の客体に含まれる電気等のエネルギーやペーパーレス化した有価証券等と同様の性質を有するものであると指摘されている。そのため、所有法ないし物権法による保護が志向されているのである。しかし、これらのデータがあくまで事業者の管理するサーバで処理されるものであるうえ、事業者の運営するサービスから切り離せないという性質があることも指摘されている。この批判は、「物」の要件との関係でいえば、独立性の有無の問題であると評価できる。

二　問題の態様

米中両国における議論から明らかになった、仮想財産に関する主たる問題の状況としては、次のようなものがあげられよう。

①システムの不具合等によるサーバ上のデータの滅失の場合に、ユーザは事業者に当該データの復旧や損害賠償を請求できるのか。

②他ユーザによるデータの詐取、窃取があった場合に、被害ユーザは加害ユーザに何を請求できるのか。この問題につき、被害ユーザは事業者にデータの復旧を請求できないか。

③第三者により窃取されたデータの善意転得者と原権利者の利益調整（即時取得の問題）。

④サービス終了、事業者倒産の場合のユーザの権限はいかなるものか。

⑤仮想財産による収益権限の有無（規約に反するＲＭＴは正当か）。

⑥アクセス禁止の問題について。

これらの問題について、①～④はユーザの仮想財産に関する

権利の解釈の問題、⑤については、規約の条項の内容的規制の問題、⑥については契約の一方的解除の当否の問題であると整理できる。これらの問題は、日本における問題状況と軌を一にしていると評価できる。そのため、米中両国における仮想財産の民法的保護の方向性に関する議論は、日本における問題解決の参考となるものといえよう。

三　ユーザに帰属する権利の内容、その民法的保護の方向性

この問題点について、両国では、ユーザへの所有権の包括的な帰属を肯定することで対応すべきとする見解と、一定の権能の帰属を肯定することで対応すべきとする見解が主張されていた。

三－一　所有権の包括的な帰属をユーザに肯定する見解

（一）アメリカにおける議論

所有権の包括的な帰属をユーザに肯定する見解としては、アメリカでは、功利主義に基づいて、ユーザによる仮想財産の私的所有および自由取引の肯定が社会全体の富の最大化につながるとするものがある[40]。

この考えに対しては、仮想財産の私的所有や自由取引をユーザに認めることが社会全体の富の最大化や取引費用の低下に必ずしもつながらないとする批判[41]や、ユーザはあくまでライセンス契約に基づいた内容の権利――その多くは使用権――が帰属するにすぎないため、これを所有することはできないとする批判[42]がある。

（二）中国における議論

一方、中国には、労働理論に基づいてサービス内でのユーザの活動を一種の労働とみなし、ユーザが仮想財産を原始取得すると構成するもの[43]と、サービス内の行動や実際の取引等を通じて事業者から所有権を承継取得すると構成するもの[44]がある。

これらの見解に対しては、所有権が帰属すると構成したところで、事業者の倒産時に仮想財産の取戻請求をする意義に乏しい等実際上の不都合が生じるという批判や、仮に理論的にユーザが仮想財産の所有権を事業者から承継取得すると構成しうるとしても、実際問題としてはあくまで利用規約の内容によるべきである――つまり、ユーザには使用権が帰属するに過ぎない――とする批判が存在する[45]。

三－二　一定の権能の帰属を肯定する見解

（一）アメリカにおける議論

この点について、アメリカで検討されていた、ユーザに帰属されるべき具体的な権能は、現実の通貨を媒介とした取引（RMT）による収益権能、事業者に帰責事由のあるデータの滅失ないしハッキング等に起因する被害の回復請求権能、事業者による不当なアクセス禁止、不当なサービス終了に対する防禦・抵抗権能であった。

収益権能については、功利主義、労働理論の立場から、これを肯定する見解がある。この点、功利主義の立場には、前述のようにユーザによる仮想財産の私的所有をも肯定する見解があるが、一方で、私的所有は否定したうえで、「ユーザによる仮想財産への価値の付加」や「仮想財産の取引の二次市場の存在」を要件に、ユーザによる収益を肯定する見解[46]もある。労働理論に基づく見解も、所有権全体としての帰属ではなく、ライセンス契約の類推をしたうえで、これをスポーツやコンサートのチケットの転売の問題と同様に考え、主としてユーザの収益権能の帰属を肯定せんとするものであった[47]。そこでは、事業者が事後的かつ抜き打ち的にユーザの収益権能を否定する条項を規約に入れ込んだこと等が問題視されていた。

被害回復請求権能については、労働理論、功利主義の見解がとくに検討していた。仮想財産について何らかの被害があった場合にユーザがその回復請求をすることができる根拠として、労働理論に基づく見解は、当該仮想財産について正当な〝投資〟をしたのは元の利用者である点をあげる[48]。また、功利主義に基づく見解は、回復請求をユーザに認めることで危険な自力救済をなくすことができる点、及び、第三者の不当な利得の吐出しを可能とすることができる点が社会の富の最大化につながることをあげる[49]。この点、功利主義的見解には、データの窃取を行った直接の加害者に対して原状回復的損害賠償を認めるべきであるとの考えもみられた[50]。

事業者に対する防禦・抵抗権能を重視するのは、人格の延長としての所有、という観点を強調する人格理論であった[51]。この見解は、仮想財産を利用することによって得られるユーザの利益がその人格形成にかかわりうるものであると措定し、その損害が財産の金銭的価値よりも遥かに大きいものであると考える。そして、その利用を妨げる、事業者による不当なアクセス禁止ないしサービス終了に抵抗し、これを抑止することをユーザの権能として最重要視するものである。

（二）中国における議論

この点について、中国で主として議論されていたのは、仮想財産による収益権能、事業者の倒産時の仮想財産の取戻請求権能、滅失や盗難時の被害回復請求権能の帰属の是非、窃取されたデータの善意転得者の即時取得の可否という点であった。また、事業者による不当なアクセス禁止の問題に関する具体的提言もみられた。

収益権能については、物権説は所与のものとして肯定し、債権説はこれを当事者の契約にゆだねるべきであるとする。[52] 事業者の倒産時の取戻請求の可否については、物権説の多くは存在しないことを問題視せず、[53] 債権説はこれが不要であることを大きな理由として、ユーザの権能を債権であるとする。[54]

一方で、被害回復請求権能については、対事業者の問題、対第三者の問題ともに、法的構成の違いこそあれ、両説ともに肯定することで基本的に一致していた。この点、第三者による窃取に起因する被害回復について、直接の加害者が責任を負うのは当然として、事業者もその補充的な責任を契約上負うと考えるのが、中国では一般的である。この場合の事業者の責任の程度については、具体的には、善管注意義務であるとする見解と、[55] 過失責任によりながらその推定をすべきであるとする見解等が[56] ある。

被害回復請求権能と関連して、窃取された被害者と、窃取されたデータをその後のユーザ間の取引で手に入れた第三者との間の調整も必要となるとの指摘もみられた。この点について、物権法説及び準物権法説は、物権の規定を適用し、即時取得の問題として論じていた。[57] 一方で、債権説にはこの問題を論じないものもみられるものの、中にはこの点を重視して、ユーザの権利を無記名債権であるとする見解もみられた。[58]

事業者のアクセス禁止に対する対応として中国で主張されていた見解は、事業者は契約解除の前にユーザに通知しなければならず、ユーザは事業者の契約解除の意思表示に異議があるときは、人民法院あるいは仲裁機関に異議を届ける権利を有し、当該法院ないし機関が決定を出すまで、事業者はユーザのアカウントの使用を停止できないと考えるべきであるとしていた。[59] また、オンラインゲームサービスでの活動が人々の人格形成に大きな影響を与えることを指摘する学説も、一部にみられた。[60]

三－三　小括

以上の検討から、両国において、所有権能のユーザへの包括的帰属を肯定する見解は、根強い批判にさらされていることが

わかる。この点、これを否定する理由としては、やはり、サービスの内容及びシステム上、事業者の倒産時にユーザが仮想財産の取戻の請求を行うことに現実的意義がないことと、ユーザ・事業者間の契約にかかわらずユーザ間ＲＭＴを肯定することへの反感にあるといえる。

一方で、一定の権能の帰属をユーザに肯定する見解には、有力なものも存在する。その主張を整理すると、収益権能、被害回復請求権能、不当なアクセス禁止やサービス終了に対する防御・抵抗権能のユーザへの帰属の是非を議論するものであるといえる。

（一）収益権能

収益権能については、両国ともに、これを当事者間の契約にかかわらず肯定せんとする見解に対して批判が根強く、結局は当事者の契約によらざるを得ないとする見解が有力であると評価できよう。

（二）被害回復請求権能

被害回復請求権能については、両国の積極説はともにこれを肯定することで議論は一致していたといえる。しかし、とくに第三者の窃取に関する解決について、方向性の違いが見受けられる。アメリカでは第三者による窃取の問題はあくまで被害者と直接の加害者の問題であると考えて解決策を論ずる傾向がある一方、中国では、あるいは第一義的には直接の加害者の責任としながら補充的責任として、あるいは債権の相対性による加害者への責任追及の困難を根拠にこれも事業者の契約上の責任であるとし、一定の場合に事業者に原状回復の責任を認める傾向が強い。

そこで、この権能の保護の方向性を整理すると、ⓐユーザ対ユーザの問題と、ユーザ対事業者の問題を別個に考える見解、ⓑユーザ対ユーザの問題と、ユーザ対事業者の問題を、統一的に捕捉する見解、ⓑ前記ⓑ説に加え、被害ユーザと善意転得者の利益調整を考慮する見解、ⓒ前記ⓐ説とⓑ説の折衷的見解に分けられよう。

ⓐユーザ対ユーザの問題と、ユーザ対事業者の問題を別個に考える見解

この見解は、オンラインゲームサービスを一種の仮想世界と捉え、そこにおけるユーザ間の法的問題は、あくまでユーザ当事者間の問題として解決するべきであると考える。そのため、

他ユーザによるデータの窃取についてはユーザ対ユーザの問題として、事業者に帰責事由のあるデータの滅失についてはユーザ対事業者の問題として、それぞれ別の問題として捉えて解決を図ることになる。

まず、ユーザ対ユーザの問題、とくに窃取の事案では、この見解によると、加害ユーザが被害ユーザに対して返還の責任を負うべきであるということになる。そのため、これを可能とするために、加害ユーザに対する被害回復請求権（具体的には、所有権乃至物権に基づく返還請求権や損害賠償請求権等）の帰属を何らかの形で被害ユーザに肯定する必要が出てくる。よって、この局面は物権法乃至所有法によって規律されるようになり、即時取得等も問題になりうることとなる。

このように考える場合、併せて、被害ユーザが加害ユーザをどのようにして特定するのか、という問題が生じよう。この点について、事業者が加害ユーザの特定に協力する義務があると考えると、加害ユーザの情報を提供することに関するリスクが事業者に生じることになる。

一方、ユーザ対事業者の事案では、とくに事業者に帰責事由あるデータの滅失の場合、その復元を求める手法としては、所有権等物権に基づく返還請求と、契約に基づく履行請求の二つが考えられることになるが、この局面においては、あえて物権法による解決を志向する必要性は大きくはないと言える。

ⓑユーザ対ユーザの問題とユーザ対事業者の問題を、統一的に捕捉する見解

データの保管されるサーバを事業者が管理していることや、事業者がそのようなサービスから利益を得ていること等を重視して、事業者に帰責事由のあるデータの滅失の場合は無論、ユーザによる窃取の場合についても、事業者の管理責任等を問題にする。

この方向性では、基本的には、被害ユーザは債権ないし契約に基づいて事業者に対して損失の補償（データの原状回復）を請求し、場合によっては事業者が事後的に加害ユーザに対して求償等を行う、という解決策を志向する。

この方向性に拠ると、事業者はユーザの請求に基づき、サーバ上のデータのチェックや原状回復をしなければならない分、その責任の程度が重くなりうる。しかし、窃取の事案において、加害ユーザの情報を被害ユーザに提供することから生じるリスクは比較的生じないといえる。

ⓑ前記ⓑ説に加え、被害ユーザと善意転得者の利益調整を考慮する見解

これは、ⓑの見解が、問題をあくまでユーザと事業者の一対一の関係に限定して検討し、データの窃取の場合において、加害ユーザからデータを譲り受けた善意取得者たるユーザと真正の利用者たる被害ユーザとの間の利益の調整を考慮にいれていないことを補充する方向性である。

この見解は、加害ユーザから窃取データを転得した第三者の利益の保護を重視し、これを有体動産やペーパーレス化した有価証券の即時取得の問題と同様に考える。この点、第三転得者の利益を考慮するといっても、その保護の程度は、見解によって分かれうるといえよう。

ⓒ前記ⓐ説とⓑ説の折衷的見解

これは、理論上は加害ユーザに対する直接の被害回復請求を認めながら、契約に基づく事業者への原状回復請求をも肯定し、システム管理の都合上、後者を主たる解決策とする方向性である。この見解においても、即時取得の問題は考慮されるといえる。

(三) 不当なアクセス禁止やサービス終了に対する防御・抵抗権能

事業者による不当なアクセス禁止やサービス終了に対する防禦・抵抗権能を重視する見解は、とくにアメリカで議論されていた。そこでは、ユーザの人格にかかわる財産を、事業者の代替可能な財産（経済的利益）よりも保護することを重視していた。一方、中国においても、正当な手続を踏むことなく行われる事業者の専横的なアクセス禁止を抑制するための議論や、仮想財産がときにユーザの人格に強い影響を与える旨の指摘がなされていた。

この権能は要保護性の非常に高い絶対的なものであると構成することは難しいが、ユーザ保護のための重要な一機能を担うものといえるだろう。

第四節　試論

本稿の問題意識は、インターネット・サーバ上のプログラム・データについて、人々の利用や取引が活発になっていることを積極的に評価し、その利益がユーザに帰属するものであるとして法的に保護する必要があるのではないか、というものであっ

た。

これまでの検討で明らかになったように、米中両国においても、同様の問題意識から、保護されるべきユーザの権益を確定する作業がなされていた。ここでは最後に、米中の議論を参考にしつつ、日本における問題解決の方向性について、自らの一管見を示しておきたい[61]。

この点、日本におけるオンラインゲームサービスの利用規約では、ユーザの仮想財産に関する権利について、利用権乃至使用権が帰属すると規定するものが大半である[62]。そこで、ここでは、当該利用権乃至使用権（以下、専ら便宜的な観点から、これを利用権と省略して表記する）の保護の在り方について、まず、この権利の内容を、具体的な侵害場面・帰責主体を想定しつつ、明らかにしていく。具体的には、事業者の責任、加害ユーザの責任について、侵害場面を想定しつつ分析し、さらに、善意取得者との利益調整、不当なサービス終了・事業者倒産の場合の処理について、それぞれ検討する。次に、規約によるユーザ間ＲＭＴの禁止について、約款の内容的規制の問題として検討する。最後に、契約の一方的解除の問題として、アクセス禁止の問題を検討する。

一　仮想財産の利用権の解釈

ここでは、具体的には、米中両国の比較法研究から明らかにした前記問題群の内、①システムの不具合等によるサーバ上のデータの滅失の場合の処理、②他ユーザによるデータの詐取、窃取があった場合の処理、③第三者により窃取されたデータの即時取得の問題、④サービス終了、事業者倒産の場合の処理、以上四つの問題について、いかなる形で解決を図っていくかを検討していく。

この点、ユーザの被害回復請求権能については、前述のとおり、ユーザ対ユーザの問題とユーザ対事業者の問題を別個に考えるか、統一的に事業者の責任とするか、あるいはその折衷的見解をとるかで基本的な方向性が異なることに言及したが、ここでは折衷的見解を採用することにする。なぜなら、第一に、少なくとも現状のオンラインゲームサービスのシステムでは、事業者がデータの保存されるサーバを管理していることから、データの窃取の事案について、ユーザ当事者間の返還ないし損害賠償の問題とするよりも、返還の容易性、費用の安価性等の点で、事業者の責任とする方が合理的であるように思われるからである。にもかかわらず、第二に、場合によってはユーザ間

の問題と構成する必要があるかもしれないため、統一的に事業者の責任とするのではなく、折衷的観点から問題を検討することで、仮にそのような場面があるのであれば、これを明らかにしたい。

そこで、ここではまず仮想財産の利用権の保護について事業者に求められる責任について論じた後、例外的に加害ユーザが負うべき責任があるのかどうかについて検討し、その後善意転得者との利益調整、及びサービス終了時ないし事業者倒産時のユーザの権限の保護について、論じていくことにする。

一－一　事業者の責任

オンラインゲームサービスを業として行う者に求められる責任とはいかなるものか。

米中両国法における議論からの示唆を日本法へと応用すると、ゲームサービスの継続に関する責任、データの適正な保持に関する責任、ユーザ間の利益の調整に関する責任に分けられよう（ただし、これらの責任は相互に重なる部分もある）。また、サーバへのアクセスやサービスのかなりの部分の料金を無料にしつつ、一部付加価値的な有償契約を結ぶサービスが多く展開されている日本においては、契約の有償無償の区別に基づく要求される注意義務の違いも問題となろう。

（一）ゲームサービスの継続に関する責任

オンラインゲームサービスは、いわゆるテレビゲームとは違い、ゲーム機やソフトウェアの売り切りではなく、サーバを利用した継続的なサービスの運営を必要とする業務形態である。このようなサービスの継続について、事業者に求められる義務の内容は、いかなるものであろうか。

この点、インターネットのインフラ化が進み、そこにおける人々の活動が活発になるにつれて、かかるインターネット上の交流が人々の人格形成に与える影響は、非常に増大していると思われる。そしてそのような人々の活動を奨励し、そこから利益を得んとする事業を営む者については、ユーザの人格にかかわる利益を不当に侵害しないよう、一定水準の事業を営む義務が存在すると考えるべきではないか。このように、オンラインゲームサービスを単にゲームという嗜好性の高い娯楽の一種と捉えるのではなく、ひとつのコミュニティを形成する事業でもあると捉えるならば、そこにおける人々の触れ合いを一定程度厚く保護する必要性は高まろう[63]。

この問題について、住宅のレント・コントロールの議論を類

推して解決を図るのが、アメリカの人格理論に基づく見解であった。この見解によれば、ユーザの人格にかかわる利益について、事業者の代替可能な利益に優越する保護が与えられることになる。(64)

この見解を参考に、この問題を検討すると、次のようになろう。サービス継続に関する責任の違反――つまり、サービス終了の具体的な場面としては、事業者が収益の赤字化や設備の老朽化を理由として、古いサービスを終了させたり、事業者自体が倒産し、おのずとサービスが終了したりする場合が考えられる。また、中には、ユーザから荒稼ぎ的に利益を得たのちに、経営不振を表向きの理由として計画倒産的にサービスを終了する悪質な行為が行われることもありえよう。この場合、当該サービスで活動するユーザにとっては、自身の人格形成に強い影響を与えうるデータそのもの、およびそれを利用する機会を、あるいは不当に喪失させられてしまうことになる。

よって、そのような、ユーザの人格にかかわる財産の不当な喪失を防止するためには、事業者が単に新たなサービスから利益を得たいというような代替可能な理由で、かねてより展開しているサービスを終了させたりするようなことは抑止されるべきであるということになろう。このような場合に事業者は、自身でサービスを継続し続けるか、第三者にサービスの引継ぎを依頼するといった対応をすべきであるということになる。よって、事業者がユーザに対して何の事前の告知もせず、オンラインゲームの提供を突然終了し、第三者への引き継ぎ等も行わないような場合には、仮想財産を当該サービスで利用するユーザの機会が不当に害されていると考えられるため、ユーザは、事業者に対し、当該仮想財産に関する役務（サービス）提供義務(65)を履行しないものとして、例えば仮想財産の購入代金の全部又は一部に相当する金額について損害賠償請求が可能となると考えられる。

しかし、以上のように考えると、ときに事業者の責任を増大させることになり、それによって事業者がサービスを運営するインセンティブが減少し、結果的にユーザがサービスを享受する機会が減少することになりうる。すなわち、ユーザの仮想財産に関する権利を人格にかかわるものだと認めることで、結果としてユーザが当該人格にかかわる財産そのものを得る、あるいはそれを利用する機会を減少させることになってしまうのである。

そのため、この権能は要保護性の非常に高い絶対的なものであると構成することは難しく、事案に即して当事者間の利益考

量をし、どちらの利益を法的に保護すべきか柔軟に判断する必要があることになろう。しかし、インフラ化の進むインターネット上の諸データの利用に関して、ユーザを保護する一権能として、重要視とされるものであると考えたい。

以上より、ユーザは事業者に対し、不当なサービス終了を抑止し、その継続を要求する――仮想財産のある種〝半永続〟的な利用を積極的に要求する――権能があり、事業者はこれを保護する一定の責任があると考えるべきではないだろうか。(66)

（二）データの適正な保持に関する責任

サーバ・クライアント型の通信が一般的なオンラインゲームサービスでは、ゲームサービスの継続的な提供と合わせて、サーバ上のデジタル・データ（ユーザのゲーム情報等）の適正な保持が求められる。この点、その保持に関する義務の程度とはいかなるものであろうか。デジタル・データと有体動産では、その保管の仕方は現実的にまったく異なり、システムの不具合等によるデジタル・データの滅失は時に不可避的に起こりうるものであるともいえる。そこで、その保持において、有体物を保管する場合の責任と同視してよいのかが、問題となる。(67)

この点、物の保管に関する契約に関しては、民法では、六五七条から六六六条に寄託の規定がある。(68) また、とくに商人がその営業の範囲内において寄託を受ける場合（商事寄託）については、商法に規定がある（受寄者の注意義務について五九三条、場屋営業車の寄託責任について、五九四～五九六条、倉庫営業者の保管責任について六一七条、保管料の負担について六一八条、保管期間について六一九条、責任の消滅事由について六二五条、消滅時効について六二六条）。

寄託のうち、実際によく問題となるのは、消費寄託（預金契約）や倉庫業であるが、これらについては、通常、詳細な約款が用意されている。(69) 例えば、倉庫約款三八条は、受寄者は、自己またはその使用人の故意または重大な過失によって損害が生じたことを寄託者が証明した場合に限り、損害賠償責任を負うと定めている。これに対し、トランクルーム約款三〇条は、受寄者は、自己またはその使用人が寄託物の保管または荷役に関し注意を怠らなかったことを証明しない限り、寄託物の滅失または毀損により生じた損害について賠償責任を負うと定めている。この違いは、後者の契約では寄託者が消費者であると想定されることに由来する（消費者契約法八条参照）。

この点、オンラインゲームサービスの事案における事業者のデータの保持に関する注意義務の程度につき、中国では、善管

注意義務であるとする見解や、消費者保護の観点から求められる財産の安全を保障する義務の違反を推定し、事業者がその義務の履行を立証した場合にはじめて免責されるとする見解がみられた。そして、これらの義務の違反と判断される場合には、事業者は第一義的には損害賠償ではなく、データの原状回復の責任が生ずると考えるべきであるとされていた。本問題のユーザが基本的には消費者であることに鑑み、義務の程度については、後者の見解を参考とすべきであろう。

以上にもかかわらず、データが完全に滅失し、かつバックアップも用意されていないような場合は、四一五条に基づき、履行不能の問題となる。この場合の処理としては、事業者に帰責事由がある場合、損害賠償が問題となる。いかなる場合に帰責事由が認められるのかについては、さらなる検討を要する問題であると言えようが、有体物の保管と比較して、サーバ上のデジタル・データはそのバックアップを行うことが容易であり、完全な滅失は比較的回避可能であることには留意が必要である。(70)

以上より、データの適正な保持について、事業者には、消費者保護の観点から過失の推定がなされ、その違反に際しては第一義的には原状回復が求められ、これが履行不能の場合は損害賠償の問題となるといえる。この点、損害賠償の対象となるのは、具体的には、サーバへのアクセス料や一部の課金アイテムの料金等であると思われるが、賠償額の算定につき転売利益は含まれるのか等、ユーザ間ＲＭＴの是非とも関連した、さらなる検討を要する問題も含まれているといえる。(71)

（三）ユーザ間の利益の調整に関する責任

オンラインゲームサービスが自らの管理するサーバに大勢のユーザのアクセスを呼び込み、その内部で様々なやり取りをすることを推奨するという事業である以上、サービスを利用するユーザ間のトラブルの解決についても、事業者は何らかの責任を負うべきではないか。ここで問題とされるべき場面は、ハラスメントや名誉・プライバシー侵害等多岐にわたるが、本稿の問題関心との関連では、とくに、ユーザによる他ユーザのデータの窃取、詐取等の場合、事業者がいかなる責任を負うかが問題となる。

この問題の解決の方向性としては、①何らの責任も負わないとするか、②限定的に、加害者の情報を提供する責任はあるとするか、③そもそものユーザ間の紛争を補充的ないし後見的に解決する責任があるとするか、三つの方向性がありうる。

この点について、アメリカの所有法説は、①ないし②の方向

性を志向していたと評価できる。一方、中国では、裁判例及び学説の多数が事業者は加害者の補充的責任を負うとする。

日本においては、この問題につき、銀行の誤振込みの場合の解決に用いられる、債権の準占有者への弁済の問題を類推する見解も考えられる。が、あるユーザの利用するデータを別のユーザが窃取した場合、当該データは被害ユーザのアカウントからは無くなっているものの、加害ユーザないし第三転得者のアカウント内に依然として残っていることも多く、そうであれば、結局サーバ上に保持されていることに変わりはない。そして、その移動の記録も逐一残っていると思われるため、窃取の場合に貴重品なり金銭なりが物理的に保管場所から離れてしまい容易に追跡することができない倉庫業や銀行業の問題とは区別する必要がある。

また、窃取とその返還の問題をユーザの自己責任と考えて法的に権限の割り当てを考えることも理論的には可能であるが、現実問題としては、被害者が加害者に直接何らかの責任追及をするにしても、その特定のためには結局事業者の協力を仰がなければならない。それにもかかわらず、サーバの管理権限を持ちデータ復旧が可能な事業者でなく、一ユーザである加害者に返還の請求をする必要があると構成するのは、かえって迂遠ではないだろうか（この点、データの窃取の問題の解決についてユーザの自己責任としながら、一方で加害者に対する返還請求や加害者の特定に関する権利の帰属をユーザに認めないとする条項の規定や解釈は、ユーザから問題解決の方法を奪うものであって背理であり、不当なものであるといえる点は留意すべきである）。

以上より、基本的にはユーザ間の問題の調整としての、データの窃取の問題の解決も事業者の契約責任に含まれ、事業者がその復旧の責任を負うとするのが妥当であろう。このとき、データの復旧については、後述の即時取得の問題に関する議論を踏まえたうえで対処する必要があろう。

（四）契約の有償無償の区別と注意義務の程度の違い

近時、Ｗｅｂサービスでは、フリーミアム（Freemium）[72]と呼ばれる、基本料金は無料でありながら、付加価値的なサービスを個別に有料で提供するビジネス・モデルが採用されることが多い[73]。そして、本稿で主たる検討の課題としているオンラインゲームサービスは、このビジネス・モデルの成功例ないし典型例のひとつであるといえる。このような契約において、契約の無償部分及び有償部分、あるいは、有償契約を結んでいるユー

ザおよび無償契約にとどまっているユーザの間で、保護の程度は変わるのであろうか。

この問題については、債権法改正に関する議論においても検討されていた。そこでは、一般的な役務提供契約においては有償無償の違いによって役務提供者の注意義務の程度に違いを設けるべきであるとするものの、義務の主体が事業者である場合はこの違いを設けるべきではないとするのが基本的な方針であった[74]。なぜなら、第一に、当該役務提供にのみに着目すれば報酬の支払を伴わないものであったとしても、関連する複数の契約や継続的な取引を全体として観察するときには有償性を帯びることも少なくないからであり、第二に、役務提供者がいわゆる専門家である場合には、たとえ無償の役務提供であっても、当該専門家として要求される水準の注意を尽くすべきことが合理的に期待されるからである[75]。米中両国においても、この場合に事業者の注意義務の程度に差を設けるべきであるとの見解は、本稿で検討した限りではみられなかった。

日本におけるオンラインゲームサービスは、サーバへのアクセス等は無償契約であるといえるものの、上記のように別途有償契約を結ぶことを前提としたビジネス・モデルであるため、そのデータの保持等の場合に事業者の注意義務の程度に違いを設けるべきではないだろう。ただし、損害賠償額の算定においては、この限りでないといえる。そこでは有償無償の別は大きな指標となろう。

一－二　加害ユーザの責任

オンラインゲームサービス内で何らかの悪事を働いたユーザは、民事上、多くの場合はただその利用するアカウントが事業者によってアクセス禁止にされるに過ぎない。しかし、それで対応は十分なのか、場合によってはその他何らかの法的責任を負うべきではないか、というのがここでの問題である[76]。

例えば窃取の場合では、被害ユーザが盗まれたのはいやしくも金銭的価値のあるデータなのであるから、直接の加害者といえるユーザも、損害賠償等の責任を負うべきではないか。この観点から、米中両国法における議論からの示唆を日本法へと応用すると、債権侵害と構成する方向性、占有権侵害と構成する方向性、所有権等の物権侵害と構成する方向性、不当利得の問題と構成する方向性などが対応策として考えられる。

この点、本稿はユーザ間の問題の解決に際して、基本的には事業者が後見的にその解決に介入することを推奨する立場から検討している。そのため、例えばデータの窃取の場合、上記い

ずれの構成によっても、被害ユーザが事業者にデータの復旧を請求してそれが叶った場合、被害ユーザは自身の権利侵害を根拠に加害者に請求する必要はなくなることとなる。そのため、被害ユーザが加害ユーザに直接法的請求をする必要があるのは、何らかの事情で事業者がデータを復旧しなかった場合や、その他特別の事情がある場合であることとなる。

そこで、ここでは、加害ユーザの責任について、基本的には被害ユーザによる予備的な請求の問題として各構成について検討しつつ、あわせて、被害ユーザが加害ユーザに直接請求しなければならないような特殊な事情が存するかどうかについて検討していく。

（一）ユーザの債権侵害とする構成

他ユーザによるデータの窃取を、ユーザが事業者に対して有するサービスを受ける債権の侵害であると考える場合は、不法行為の場面として、損害賠償請求の問題になる。

この点、債権侵害の成立要件については、日本法においても議論があるところであるが[77]、本件の、とくにデータの窃取の場合は、債権の帰属自体を侵害している上に、故意でない場合は基本的に考えられないので、伝統的通説でも批判的学説でも債権侵害に基づく不法行為は当然に成立するといえよう。

この問題について、中国においては、債権構成に立ちながら、本件には、金銭賠償ではなく、損害賠償における原状回復主義（現物賠償）が妥当するとの見解があった。このように考えることで、債権侵害に基づきながら、物権的返還請求権を肯定するかのような効果を認めることができる。日本法においても、このように構成することは可能であろうか。

この点、日本民法においては、四一七条において、「損害賠償は、別段の意思表示がないときは、金銭をもってその額を定める。」として、金銭賠償の原則に立つことが明らかにされているが、当事者の合意がある場合は、原状回復なり現物賠償なりによることができる。しかし、債権者の側から、金銭賠償以外の形、本問題では、窃取されたデータの原状回復という形での賠償を求めた場合は、どうなるのであろうか。

戦前の判例では、大審院昭和一六年九月二日判決（判決全集八巻二七号一一頁）が、小作米延滞の事案において、原告が利米を請求したのに対して、四一七条を理由として、その訴えを斥けた原判決を正当としている。

しかし、この事案と本問題は事情が異なるため、この判決の結論をそのまま適用してよいかは疑問である。そこで、この問

題を検討するが、その際には以下のような点が判断材料となろう[78]。

第一に、この問題では、債権者の側から債務者の意思に反して、そうした金銭賠償以外の代替的措置をなすことを求めることになるが、こうした構造自体、一般的に消極的な要素として位置づけられるべきである。

第二に、金銭賠償以外の手段の可能性を認めるとしても、それを認める必要性がどれだけ高いのかを問題とする必要がある。

第三に、四一七条のレベルで金賠償以外の措置を強制するということは、債務の内容としては認められないにもかかわらず、なおそうした措置を認めることを意味する。その正当性には、より高度の正当化が求められる。

以上より、金銭賠償以外の方法による損害回復の可能性については一律に否定すべきではないが、その可否については、単純にそれ以外の方法が可能か否かという基準だけではなく、そうした措置を認める高度の必要性、あるいはそうした措置の拒絶が信義則に反するような特別事情（損害の性質、原状回復による賠償が必要とされる必要性、原状回復の容易性、そのための費用の安価性等）が求められよう。

この点、本件で問題としている仮想財産には、サービスの性質上、ユーザ一般にとっては非常に価値があるものでも、金銭的価値に置き換えることが難しい類のものも存在する。また、原状回復はサービス内で返還をするだけであって手段としては容易であり、その費用も安価である。そのため、債権侵害であると構成しながら、金銭賠償ではなく現物の返還を行うということも、賠償の方法として考えられるようにも思われる。

しかしこれは、同時に、端的に契約の問題として事業者にデータの原状回復の請求を行えば足りる問題であるようにも思われる。その意味では、あえて上記のような構成をとって直接の加害者にデータの返還を請求する必要性は大きくはないともいえよう。

（二）ユーザの占有権侵害とする構成

データの窃取を、事実状態の保護としての占有権侵害と構成することはできないだろうか。占有保持の訴え（一九八条）、占有保全の訴え（一九九条）、占有回収の訴え（二〇〇条）、以上三つの占有訴権は、本権の有無を問わず事実上の占有状態を私力による侵害に対して保護することを目的とする権利であるため、ユーザの仮想財産の利用を占有と考えることができるのかが、その保護を肯定するために問題となる。

この点、アメリカにおいては、ユーザが仮想財産を物理的に占有していない以上、ユーザの権限を占有権と構成することはできないとする見解がある一方で、中国においては、事業者による占有と重なる面はあるものの、ユーザもこれを占有しているとして保護するべきであるとする見解があった。

日本においては、森田宏樹が、有価証券のペーパーレス化の基礎理論として、振替口座簿の記載ないし記録により有価証券に関する権利の帰属が定まることについて、その基礎にあるのが、占有、とくに準占有であり、有価証券のペーパーレス化というのは、紙媒体の券面に対する物理的支配から、「口座の記録」を基礎とした有価証券上の権利に対する事実的支配権限へと「占有」概念が機能的に拡張したことを示している旨主張する(79)。

本件においても、あるユーザのアカウントに何らかのデータが帰属するとの記録が現にサーバ上に為されているわけであり、これを事実上の支配権限たる占有と考えることは可能なのではないか。

しかし、このデジタル・データの占有の保護という構成が、後述の物権侵害とする構成の理論的基礎を提供することや、善意取得者の保護に資すること以外に、ユーザ対ユーザの事案で具体的に功を奏する場面がありうるかについては、さらなる検討を要する問題といえよう。

(三) ユーザの物権(所有権)侵害とする構成

データの窃取の問題を、物権(とくに、所有権)侵害と考えることはできないか。アメリカにおける所有法説の一部の見解、中国における物権説はこれを肯定せんとするものであった。この見解に立てば、被害ユーザは加害ユーザに対して物権的請求権の行使が可能となる。

この点、ユーザが何者かにアカウントの管理自体を奪われている場合には、物権的請求権のうち、妨害排除の問題とも考えられるが、実際に多く問題となるのは、中国の裁判例に現れているように、個別のデータを抜き出される場合であるため、物権的返還請求権の行使の是非が主たる議論の対象となろう。

物権的返還請求権は、物権者が物を占有せず、無権限者が物を占有する場合に、その物の引渡しを求める請求権である(80)。物権の円満な物支配の状態が妨害され、またはその恐れのある場合に、その相手方に対してあるべき物支配の状態の回復、またはその妨害の予防措置を求める物権的請求権の一機能である(81)。物権的返還請求権は、いかなる事情で権原者の非占有と無権原者の占有とが惹起されたかを問わず、物権のあるべき状態とあ

る状態とが合致せず、それが客観的違法と評価されるものであれば行使が認められる。[82]

かつては、所有と占有との分離により直ちに物権的請求権が発生し、相手方は抗弁権を有するのみとの立場から、この要件は必ずしも強調されなかったが、[83]客観的に違法と評価されてはじめて、物権的請求権による保護が妥当視されうる。物権者が侵害の忍容義務を負っていないことを消極要件とするのも[84]同趣旨であろう。客観的違法性なしとされるのは、物権とりわけ所有権の行使が法規によって制約されている場合、相手方が地上権、賃借権などの占有すべき権利を有する場合、および相手方に積極的な占有権原はなくても、物権的請求権の行使が権利濫用とされる場合などである。[85]

物権的返還請求権によって保護される権利は、法定の物権に認められるのが原則であるものの、その法的保護の必要性から、一方では、特別法でも物権が創出され、あるいは差止請求権が付与されてきている。また他方では、判例によって慣習法上の特定の物利用や不動産賃借権、さらには人格権、生活妨害等にもその保護は拡大されている。[86]

このように、物権法定主義という原則にもかかわらず、現実的な必要性に基づいてその保護が拡大されてきていることに鑑みるに、本件のようなデータについても、ユーザに何らかの物権が帰属すると考える余地はあるようにも思われる。ただ、物権的保護を認めるにはその現実的必要性が求められる、とする見地[87]からすると、本件では加害者特定のために事業者に頼らざるを得ない場合が多い以上、物権的返還請求権の問題とする実際的意義はあるのか、そもそも債権に基づいて事業者にデータの復旧を請求すると構成すれば事足りるのではないか、との疑問はやはり付きまとう。

（四）不当利得の問題とする構成

データの窃取の問題を、不当利得の問題と考えることはできないか。

不当利得の効果は、当該利得についての返還義務の発生である（七〇三条・七〇四条）。返還すべき物は原則として利得の原物返還によるが、社会観念上不能であれば価格返還（返還時の価格）による。[88]返還義務の範囲は善意の受益者と悪意の受益者とでは異なるが、データの窃取の場合は、加害ユーザは基本的には悪意であるといえる。そこで、悪意の受益者の責任を見ると、その受けた利益に利息を付して返還しなければならず、なお損害があるときは、その賠償の責任を負うとされる（七〇

四条）。悪意の受益者は当該利益を保持することができる法律上の原因が自己にないことを知っている以上、保護の必要はないからである[89]。この点、受益者が悪意の場合にも原則は原物返還であり、社会通念上原物返還が困難な場合に価格返還となり、価格返還の場合に限って利息を付すことを要すると解されている[90]。以上より、この構成をとると、被害ユーザは盗まれたデータの返還を請求できることになる。

また、上記のような、窃取されたデータそれ自体の返還の問題とは別に、他人のデータを窃取して加害ユーザがこれをRMTで換金した場合の利得を、受益者に留めておくべきか否か、という問題もある。ここではこの問題について、超過利得の返還の問題として検討していく。

判例では、職工AがX製紙会社のパルプを盗んでYに売却し、さらにBが転得して消費したという事例（大判昭和一二年七月三日民集一六巻一〇八九頁）で転売代金の返還を認めている。近時、種類物についても、不当利得返還請求時の価格ではなく、売却代金の返還をすべきであるとする判決が出ている（最判平成一九年三月八日民集六一巻二号四七九頁、失念株に関する価格返還請求の事例）。

学説も、従来は同旨であった[91]。ただ、近時は、売却代金ではなく、「物」の客観的価格によるべきだとの見解も有力である[92]。しかしこの見解は、他方で、悪意・重過失の場合には、超過利得の返還も要するとする[93]。

RMTに直接かかわる事案としては、下級審ではあるが、東京地判平成一九年一〇月二三日判時二〇〇八号一〇九頁が、オンラインゲームサービスを運営する事業者Xのアルバイト社員たるYが同社のサーバに不正アクセスをして得たデータをRMTで換金した利益を、事業者が本来得られた利益であると考えることはできないとして、XによるYに対する利益吐き出し的な損害賠償請求を否定している。

それでは、被害ユーザが加害ユーザないしRMT業者に超過利得の返還請求を為すことは妥当であろうか。多くの場合は事業者により禁止されているRMTの利益を、窃取の被害者であるとはいえ、一ユーザに帰属されるべき利益であると考えることはできるのであろうか。

この点について、アメリカでは、ユーザ間RMTについては否定的ながらも、データの窃取の場合には加害ユーザの得た不当な利得を吐き出させる必要があるために、被害ユーザによる加害ユーザに対する原状回復的損害賠償請求を認めるべきであるとする見解がみられた。

日本においても、代替物を利得した受益者が第三者に売却した場合（上記最判平成一九年の事案）の不当利得返還請求について、損失者・受益者の主観的態様により、「利益剥奪」・「利益押し付け」の側面を読み取り、効果もそれに対応させるというアプローチを重視する見解がある[94]。これによると、受益者悪意の場合には、利益剥奪の必要があり、売却代金が現在価格を上回る場合には、代金を吐き出させるという制裁的な意味合いを上記平成一九年最判に認めることもできよう、との評価もある[95]。

このアプローチを本件に当てはめれば、仮想財産の窃取とその転売という事案においても、加害ユーザがＲＭＴで得た利益を本来の利用者たる被害ユーザに対して吐き出させることが可能になるのではないだろうか。そして、この請求権にこそ、被害ユーザが加害ユーザに直接請求する意義が認められるものであると考えられるのではないか。

一－三　善意取得者との利益調整

オンラインゲームサービスでは、ユーザ間でのデータの交換を前提として構築されているサービスも多い。そこでは、データの窃取の場合などに、原権利者と善意取得者の間の利益調整が問題となる。この点について、中国では即時取得の問題として論じられていた。

この点、日本民法一九二条は、取引行為によって、平穏に、かつ、公然と動産の占有を始めたものは、善意であり、かつ、過失がないときは、即時にその動産について行使する権利を取得する、と定める。その趣旨は、動産を占有している無権利者を真権利者と誤信して、これと取引した者に、あたかも前主が真権利者であったかのように、契約通りの権利を取得させようとするものである[96]。なお、そのうち本条は、真権利者がこの無権利処分者に賃貸・寄託等により任意に物を交付してあった場合（占有委託物）に関する規定である。真権利者がその意に反して物の占有を奪われ、あるいはその意に依らず遺失した場合（占有離脱物）については、本条のほか一九三条及び一九四条の特則が適用される。一九三条では、盗品または遺失物の場合の回復請求について定められ、一九四条では、占有者が競売もしくは公の市場において、またはその物と同種の物を販売する商人から善意で買受けた場合についての回復請求と代価の弁償について定められている。

一九二条以下の規定により即時取得の認められるのは、「動産」である。この点、民法では、無記名債権は動産とみなされ

る（八六条三項）。したがって、有価証券化されない無記名債権（乗車券、劇場観覧券等）には、即時取得の適用がある。ただし、無記名の公社債、商品券のように有価証券たる無記名債権には、その流通保護のために、民法以上の公信力が商法五一九条、小切手法二一条により付与される。これらの規定と民法の即時取得との差異は、第一に、取得者の主観的要件として悪意もしくは重大な過失がなければ即時取得しうること、第二に、盗品・遺失物であっても民法一九三条、一九四条のような制限に服さないこと、である[97]。

一方で、鉱業権（鉱業法五九条、六〇条）、漁業権（漁業法二六条、五〇条）、特許権（特許法九八条一項、九九条）、実用新案権（実用新案法一八条三項、一九条三項、二五条、二六条）、意匠権（意匠法二七条四項、二八条三項、三五条四項、三六条）、商標権（商標法三〇条四項、三一条四項、三四条三項四項、三五条）、著作権（著作権法七七条）等の無体財産権の移転は、登録（認可）が権利移転の効力発生ないし対抗要件とされている。よって、これらの規定には、民法の即時取得規定の適用はない[98]。

また、近年、電子記録債権法一九条、社債、株式等の振替に関する法律一四四条等、電子データの善意取得が特別法により規定されている。そこでは、口座等への記載ないし記録が対抗要件となっており、基本的には、第三取得者の善意取得が肯定されることになる。この点、第三取得者に悪意ないし重大な過失がある場合は、それぞれ善意取得は否定される。

このような即時取得の問題について、本件ではどのように考えるべきだろうか。結局、即時取得の問題では、譲受人に権利を与えるについてその基礎的条件となるそれぞれの取引分野での「取引安全の要請の強さの度合い」と、原権利者の権利を剥奪するについて要請される「帰責事由の度合い」との相関関係によって規定されるといえるため、これについて検討していく。

仮想財産は基本的にゲームという嗜好性のあるサービス内のデータであるとはいえ、経済的価値があるものも多く、特にユーザの間で交換価値のあるものは、課金データかつ高価値であることが少なくない。このデータのやり取りはサービスの規模にもよるが非常に盛んであり、取引安全の要請は強いといえる。このようなユーザ間の取引では、データの管理権限の都合上、取引相手が真正の権利者であるかをユーザが即座にチェックすることは不可能であるといえるため、その〝所持者〟が真正の利用権者であることは当然視されている。さらに、即時取得を肯定しない場合、真正の権利者を特定するためにはかなりの過

去に遡ってデータの正当な利用者を画定しなければならず、かなりの手間がかかるといえる。そのため、全体として、「取引安全の要請の強さの度合い」は大きいといえる。

一方、被害ユーザの「帰責事由の度合い」は、データの窃取の際になされるアカウントハッキングの回避可能性の程度に求められよう。このアカウントハッキングには、当該ユーザがいかに気をつけていても不可避的な攻撃もあるものの、回避可能な場合も存する[99]。また、親密なユーザ間におけるデータないしアカウントの「貸し借り」に起因する問題の場合は、被害ユーザの帰責事由は大きいといえる。

以上を考量すると、第三転得者の善意取得が肯定されるべき要請は比較的強いものと考えられる。

この点、サービスの内容を具体的に分類すると、オンラインゲームサービスには、ユーザ間のデータの交換取引が主たる目的のサービスとそうでないサービスがある。この場合、データの取引を重視するサービスでは取引の安全を、そもそもそれを予定していないサービスでは原権利者の利益を優先する必要があるとするべきであろう。そのため、前者のサービスでは第三取得者が悪意ないし重過失でない限り即時取得は認められるべきである。一方で、後者のサービスにおけるアカウントの乗っ取りとその売買の場合は、原権利者への原状回復を認めてよいのではないだろうか。

一－四　サービス終了、管理者倒産の場合の処理

破産者が占有していた動産や破産者の名義となっていた不動産は、破産手続開始時を基準時として、すべて破産管財人の管理に服する（破産法三四条一項、七八条一項）。しかし、破産手続開始前から第三者が破産者に対して、ある財産を自己に引き渡すことを求める権利を持っている場合には、第三者は、その権利を破産管財人に対して請求することができる。このような第三者の実体法上の権利を、破産手続上、取戻請求権乃至取戻権と呼ぶ（破産法六二条）。

取戻請求権とは、目的物に対して第三者がもつ対抗力ある実体法上の支配権で、破産手続開始の効力によって影響を受けないものを意味する。したがって、いかなる権利が取戻請求権として扱われるかは、実体法による物の支配権が認められるか、その支配権について対抗要件が具備されているかを基準として決定される。そして、取戻請求権の基礎となる権利としては、所有権並びにその他の物権、債権的請求権、信託関係上の権利等、様々なものが考えられる。

この点、オンラインゲームサービスの場合、サービス終了ないし事業者倒産の場合に、ユーザがサーバ上のデータについて取戻請求をすることに現実的な意義があるのか。

この問題については、中国においても指摘されているように、サービスの性質上、サーバ・クライアント型の通信方式かつサービスとデータが分かちがたく結びついているような類のものは、仮想財産の個別のデータの取戻請求権を認めることにつき、積極的な意義はないだろう[100]。現今のオンラインゲームサービスで利用されるデータは、ほぼすべてがこれに当てはまるといえる。

他方で、ピア・ツー・ピア型の通信方式で構築された、事業者が倒産してもユーザ間でゲームを続けられるようなサービスであれば、取戻請求にも意義があることになるだろう。しかし、現状この手のタイプのサービスは皆無であるといっていいように思われる。そのため、今後このようなタイプのサービスが現れたら、別個論じる必要が出てこよう。

一方、不当なサービス終了時等における損害賠償請求については、前述のように、事業者がユーザに対して何の事前の告知もせず、オンラインゲームの提供を突然終了し、第三者への引き継ぎ等も行わないような場合には、ユーザは、事業者に対し、アクセス料金や仮想財産の購入代金の全部又は一部に相当する金額について請求可能となると考えられる。

二　ユーザ間ＲＭＴ禁止条項の内容的規制について

ＲＭＴは、日本のほぼすべてのサービスにおいて、利用規約で明示的に禁止されているか、あるいは事実上禁止されているといえる状況にある[101]。しかし、これはユーザの権利の不当な制限といえるのではないか。この条項を無効と考える必要はないか。これは、約款法における内容的規制の問題であるといえる。

この点、消費者契約法一〇条では、「民法、商法（明治三二年法律第四八号）その他の法律の公の秩序に関しない規定の適用による場合に比し、消費者の権利を制限し、又は消費者の義務を加重する消費者契約の条項であって、民法第一条第二項に規定する基本原則に反して消費者の利益を一方的に害するものは、無効とする。」と規定されている。よって、消費者の権利を制限し、民法一条二項に規定する基本原則（信義則）に反して消費者の利益を一方的に害すると判断される場合、ＲＭＴ禁止規定は無効となる[102]。

海外では、規約を利用した事業者によるユーザ間ＲＭＴの禁

止は、まさにこの不当な制限にあたるのだとする立論がいくつもみられた。その内容は以下のようなものである。

アメリカでは、功利主義の立場から、ユーザによる仮想財産の私的所有及び自由取引を肯定することが社会全体の富を増進するとする見解と、同じく功利主義的検討から、私的所有は認めないまでも、収益権能は認めるべきであるとする見解、また、労働理論の立場から、ＲＭＴを肯定しようとする見解がみられた。一方、中国では、労働理論の立場から、ユーザが仮想財産を原始取得するとする見解と、ユーザが事業者から承継取得するとする見解が、この権能のユーザへの帰属を肯定する。

アメリカの功利主義的見解は、ユーザによる自由取引を認めることによる利点として、社会の富の最大化につながることを強調する。

この点、ＲＭＴを肯定すると、ＲＭＴによってより大きな利益を得るために大量使用されるいわゆるＢＯＴによるサーバダウンやラグの発生、一般ユーザのアカウントハックを目的とした不正アクセス等の増加、ゲーム内経済の崩壊等の問題が生じうる。これらが直接的ないし間接的な原因となり、不満の蓄積したユーザがサービスの利用をやめることも多く、結果的に運営企業の収益低下リスクにもつながり、そのままサービス終了に至る例も散見される。以上のような理由から、仮想財産の自由取引を認めることは特定のユーザの利益につながることは確かであるが、社会の富の最大化につながるといえるかどうかについては、留保が必要といえる。

また、労働理論に基づく考えによると、アメリカにおける批判のように、仮想財産の素のデータを作成している者にこそ所有権が認められるべきであるということになろう。この点、日本で展開されているサービスでは、そのほとんどが、事業者が仮想財産の設計図たるデータを作成しているといってよい。そのため、これを根拠にユーザへの所有権類似の権利の帰属を認めることは難しいように思われ、同様に、収益権能の帰属を裏付ける根拠としても若干弱いように思われる。

それでは、労働理論に基づいて、サービスを運営する事業者が仮想財産を原始取得しており、これをユーザが何らかの形で継受取得をすると考えることはできるだろうか。これは、理論的には可能であるかもしれないが、現実問題としては、契約の内容によると言わざるを得ない。

以上より、現実の通貨を媒介とした収益権能については、所有に関する規範的理論によるユーザへの帰属の正当化が難しく、利用規約に従うべきであるとする議論が有力であると考え

られる。そのため、収益権能の帰属については、事業者とユーザ間の契約次第、ということにならざるを得ないだろう[103]。

事実、実務はその方向性で動いており、利用規約でユーザによる収益を完全に否定するものが多い一方、これを部分的に認めるものや大々的に収益可能であることを売りにするものも現れてきている[104]。

三　アクセス禁止の問題について——事業者による契約の一方的解除の是非

事業者によるユーザのアクセス禁止の問題は、契約の一方的解除の問題である。

契約の解除については、民法では、五四〇条以下において規律が定められている。

この点、オンラインゲームサービスは、継続的契約であると考えられるため、その解除について、一回的な有償交換契約と同視してよいのかが問題となる。継続的契約の解除の問題は、日本法では、これまで主として賃貸借の事案において、五四一条の解釈の問題として議論されてきており、判例の蓄積も多い[105]。

この点について、契約の継続性をもって一般的な交換型契約と本質的に異なるとみれば、継続的契約では「契約の解除」の規定は完全に排除され、継続的契約に関する民法六二八条・六六三条二項、六七八条二項などの趣旨を類推し、個々の契約に内在する信頼関係の程度に応じて、有償の継続的契約における債務不履行による契約の解消のみならず、それ以外の諸事由に基づく契約の解消を含む、解約告知のみを認めることになる[106]。これに対して、「契約の解除」の規定が継続的契約において修正されるとしても、この規定自体が「契約の解除」の規定であること、および継続的契約に関する規定が必ずしも「契約の解除」規定を排除しうるほど網羅的ではないことを理由に、その適用を認める見解がある[107]。

この問題については、主にアメリカの人格理論に基づく見解が検討していた。それを参考にすると、以下のことが言えよう。

まず、事業者対ユーザの問題として、サービスの改善のために行われるもの（定期的なメンテナンスやアップデートのための一時的なアクセスの禁止）については、事業者の正当性が認められることになろう。しかし、一方で、単にアクセス料を一、二回支払わなかったことや、受任限度を超えないような迷惑行為をしたこと等を根拠にユーザをアクセス禁止にすることは、事業者の側に不当性があり、アクセス禁止を解除すべきである

ということになろう。

アクセス禁止の原因となるユーザの行為として代表的なものとしては、ハラスメントやアカウントハック、詐欺的取引等いくつかあげられるが、財産的な問題のうちとりわけ微妙な判断が求められるものとしては、規約に反するＲＭＴ行為があげられる。これがアクセス禁止に値するかどうかについても、当該ＲＭＴ行為の態様や規模に基づいて柔軟に判断すべきであろう。具体的には、行き過ぎた暴利行為や事業の存続に悪影響を及ぼしかねない組織的な取引等は規制する一方、ユーザ間の個人的な、小規模なＲＭＴについては、その費用対効果の点からも強いて規制の対象としない等、臨機応変に対応するのはどうだろうか。

アクセス禁止に関する具体的なアプローチとしては、中国において主張されていた見解[108]が参考になろう。この見解は、契約の解除をする前に事業者はユーザに通知しなければならず、ユーザは事業者の契約解除の意思表示に異議があるときは、合理的な期限内に裁判所あるいは仲裁機関に異議を届け出る権利を有し、当該裁判所あるいは仲裁機関が決定を出すまで、事業者はユーザのアカウントの使用を停止できないと考えるべきであるとする。この点、組織的なＲＭＴ等、ユーザに対する抜き打ち的アクセス禁止こそ事業者にとって功を奏する事案もありうるが、そのような事案については別途その正当性の判断をするとして、基本的には上記のように考えるべきであろう。

第五節　本稿のまとめ

以上、本稿では、ユーザが一定の排他的利用を行っているインターネット・サーバ上のプログラム・データの民法的保護の在り方について、とくに、いわゆる仮想財産に関する問題を対象として検討し、自らの試論を示した。

本稿の出発点は、情報社会の高度化、インターネットのインフラ化の結果として、インターネット・サーバ上の諸データがその他の私有財産と同等に保護される必要性が出てきたものの、このようなデータの利用に関するユーザの権益が、有体物の保護を重視する伝統的な理解によって閑却され、実質的な解決への道が閉ざされているのではないだろうか、という問題意識にあった。そして本稿では、ユーザがその〝所有〟を意識するようになった萌芽的事例のひとつであるといえる、オンラインゲームサービス内のデータについて、現状達成されるべき民法的保護の程度、具体的内容を示すために検討を行った。

このような、社会の変化に伴って生じた新たな無体財について、いかなる法的保護をなすべきか。この問題について、日本民法の近時の学説は、土地等の有体物の取引を前提とした制度を維持しながら、あるいは、その制度の修正をも視野に入れながら、当該無体財の法的性質と問題の態様に着目して、適宜柔軟に対応することを志向するようになっているといえる。そこで、この点を具体的に検証するために、本問題に関して日本よりも議論の蓄積のある米中両国の裁判例及び学説から、示唆を得んとしたのである。

この仮想財産の法的性質について、アメリカでは、無体性、時限性という問題があるものの、これまで所有法によって保護されてきたその他の財産と同様の性質――競争性、永続性、相互接続性等――を有すると指摘され、中国では、物権の客体に含まれる電気等のエネルギーやペーパーレス化した有価証券等と同様の性質を有するものであると指摘されている。そのため、所有法ないし物権法による保護が志向されているのである。しかし、これらのデータがあくまで事業者の管理するサーバで処理されるものであるうえ、事業者の運営するサービスから切り離せないという性質があることも指摘されていた。これは、「物」の要件のうち、独立性の有無についての批判と評しえよう。

このような性質を有する仮想財産の利用に関して生じている問題の態様は、主として、①システムの不具合等によるサーバ上のデータの滅失の場合の処理、②他ユーザによるデータの詐取、窃取があった場合の処理、③第三者により窃取されたデータの即時取得の問題、④サービス終了、事業者倒産の場合の処理、⑤ユーザ間ＲＭＴの禁止条項の内容的規制の可否、⑥事業者によるユーザのアクセス禁止の問題、以上の六点であった。

これらの問題群に関して、米中両国では、ユーザに所有権が帰属すると構成することで対応すべきであるとする見解と、一定の権能の帰属を肯定することで対応すべきであるとする見解が主張されていた。後者はさらに、収益権能、被害回復請求権能、不当なサービス終了・事業者倒産に対する防御・抵抗権能のユーザへの帰属をそれぞれ論じていた。

この点、被害回復請求については、その保護達成の構想の方向性が、いくつかに分かれていたと評価できる。そのひとつは、上記①と②の問題をあくまで別個の問題として考える方向性である。この方向性は、①は対事業者の問題として、②は対加害ユーザの問題として法的保護の在り方を構想する。そのため、この方向性によると、とくに②の局面において、物権乃至所有権に基づく返還請求権の帰属を被害ユーザ認める必要が出てく

ることになる。またひとつは、①と②の問題を統一的に捉え、対事業者の問題として法的保護の在り方を検討する方向性である。この方向性によると、①②の両問題を事業者に対する契約上の請求の問題と考えるため、この局面における仮想財産の物権的保護の必要性が低減することとなる。さらに、後者に基づきつつ③の問題を重視する見解や、この両見解を折衷しつつ、後者の方向性を基調とする見解もみられた。

このような米中両国における議論を参考に、本稿では、次のように試論を展開した。

まず、ユーザに帰属する仮想財産の利用権の保護の在り方の問題として、事業者の責任、加害ユーザの責任、善意転得者との利益調整、サービス終了・事業者倒産の場合の処理について、それぞれ分析した。次に、規約の内容的規制の問題としてユーザ間ＲＭＴの禁止の是非について、最後に、契約の一方的解除の問題としてアクセス禁止の問題について、検討した。

仮想財産の利用権の保護の問題として、事業者に求められる責任は、ゲームサービスの継続に関する責任、データの適正な保持に関する責任、ユーザ間の利益の調整に関する責任にまとめられる。この点、サービスの継続に関する責任については、ユーザの人格にかかわる財産を事業者の代替可能な財産に優越して保護するという視点が求められ、不当なサービス終了は抑止されるべきであることを述べた。データの適正な保持に関する責任については、バックアップの容易性、安価性、そして消費者保護の観点から、比較的高度な責任が課せられ、その義務違反は推定されるべきことを主張した。ユーザ間の利益の調整に関する責任については、データが保持されるサーバを事業者が管理していることや、データの移動の追跡・監視可能性から、とくにユーザによるデータの窃取の事案における契約上の補充的責任が求められ、事業者による後見的解決を志向する方向性を採用した。

次に、窃取などの事案における加害ユーザに求められる責任としては、債権侵害構成、占有権侵害構成、物権侵害構成、不当利得構成が対応策として考えられるが、ここでは特に、窃取したデータを加害ユーザがＲＭＴによって換金した場合の不当な利得の吐出しと被害ユーザへのその帰属という観点を重視した。なぜなら、これ以外の問題は基本的には事業者に対する請求で解決するといえるのであり、ただ加害者の利得の吐出しという点のみが、事業者に対する請求では直接的には解決しえないものだからである。

そして、データの窃取とその善意取得者との利益調整の問題

として、一方で、ユーザ間の取引を前提として構築されたサービスにおいては取引の安全の要請が強く、転得者が悪意・重過失でない限り即時取得が認められるべきであり、他方で、ユーザ間の取引を前提としていないサービスにおいては、原利用者の利益を優先すべきことを指摘した。

また、サービス終了・事業者倒産の場合の処理については、いわゆる取戻請求権が不要であることを確認した。なぜなら、オンラインゲームサービスのデータは、あくまで事業者の管理するサーバ上に保持されるものであり、かつ、ゲームサービスと切っても切れない関係にあるため、その権能を認める意義に乏しいからである。しかし、不当なサービス終了の場合における損害賠償請求は、一定程度認められるべきであろう。

さらに、ＲＭＴによる収益権能の帰属については、所有に関する規範的理論の類推からもその肯定が困難であるため、当事者の契約にゆだねられるべきであるとした。

最後に、アクセス禁止の問題について、賃貸借などの継続的契約の解除の問題の類推から、当事者の信頼関係が破壊されるような事情があるときにのみ認められるべきであり、解除をするにしても、無催告解除は例外的場合に限られるべきであることを述べた。その例外的場合とは、財産的な問題の中では、具体的には、アクセス料金の度重なる滞納や、組織的なＲＭＴ等の場合であろうと思われる。

以上を要するに、本稿の提示した仮想財産の民法的保護の方向性は、現実問題としてデータの保存されるサーバの管理者が事業としてサービスを展開していることに鑑み、そのサービス内で発生する様々な問題の解決を基本的には事業者の契約責任の範囲内に含める、つまり本件仮想財産の法的保護については債権的保護を中軸とする、というものである。この点、このユーザの権利は、人格にかかわる利益を含みうることや、本サービスが継続的契約であることを根拠に、比較的厚く保護されるべきものであると考える必要がある。また、窃取されたデータの善意転得者の即時取得の問題や、加害ユーザに対する被害ユーザの直接的責任追及――とくに、窃取したデータをＲＭＴにより換金した加害ユーザの不当な利得の吐出し――の問題など、単なるユーザ対事業者、一対一の債権債務関係に収まらない対応が必要であることにも留意されるべきである。

これらユーザに帰属されるべき権能は、科学技術の発展により人々が生活上様々な局面で利用しながらも、技術的限界から今なお儚い存在であるところのデータ等の無体財それ自体ないしその利用を、より確固としたものとすることを他者に積極的

に要求し、法が助力することでこれを実現するものであると評価しうる。

情報社会の高度化、インターネットのインフラ化に伴い、新たな無体財にまつわる取引が活発化し、なおかつ、それを利用した活動がユーザの人格形成に与える影響がますます大きくなっていることに鑑みるに、本問題においては、少なくとも以上のような民法的保護が達成される必要があると思われる。

第六節　残された課題

以上、序章で掲げた課題に対し、試論ではあるが一定の方向性を提示した。ここでは、本稿で検討することのできなかった問題について、残された課題として触れておきたい。

まず序章でも述べ、また本論で検討した海外の論稿でも指摘されるように、インターネット上には様々な性質を持った無体財が存在し、また新たに生まれくることだろうと思われる。例えば、直近で世間を騒がせた新たな無体財の問題としては、いわゆる仮想通貨の一種であるBitcoinのデータ消失と取引所倒産の問題があげられる(109)。

本稿では、このような新たな無体財のうち、ごくごく一部についての検討を行ったに過ぎず、また、取りあげた問題の態様についても限定されているため、その射程は必ずしも広くはない。とくに、オープンソースプロトコルに基づくピア・ツー・ピア型の決済網及び暗号通貨であるBitcoinの問題の解決には、本稿で扱った、サーバ・クライアント型のゲームサービス内で利用される仮想財産のそれとは、また異なったアプローチが必要となろう。

この点、アメリカにおける規範理論の類推による見解の相違のうち、とくに重要なのが、保護対象たる仮想財産の射程の広狭なのである。そのため、その他の無体財をも含めた、より広い視野からのより詳細かつ慎重な検討を行う必要があることは論をまたないだろう(110)。

また一方で、オンラインゲームサービス内で起きている問題は、本稿で扱った財産的な問題に限られない。名誉毀損的表現行為、プライバシー侵害、ハラスメント、あるいはなりすましの問題等に対し、法的にいかに対処するべきかを検討することも重要な課題である。本稿では、これらの問題について詳細に扱うことができなかった。

さらに、インターネット上の法的問題の対応策として、事業者の自主規制、行政による事前規制(111)、司法による事後規制、い

ずれのアプローチをいかなるかたちでとるべきかについて議論があるところではあるが、本稿では中心的論題として扱うことができなかった[112]。

そして、本稿は、インターネット上のデータの法的保護の問題について、従来の法をいわばそのまま拡張して適用することでその解決を図る見解を検討してきたといえる。

しかし、この問題については、土地等の有体物の取引を前提とする法制度を乗り越えるために、そもそも新しい理論を構築することを志向する見解も少なからず存在する[113]。本稿の検討により明らかになった諸問題の解決について、より事態適合的な理論の構築も、求められているといえるだろう。

最後に、人格にかかわる無体財の保護という観点の延長線上として、居住福祉法学[114]の無体財利用への拡張の可能性についても、指摘しておきたい。例えば、災害時の緊急速報、避難所情報の提供等、スマートフォンを利用したアプリケーションが緊急連絡のツールとして役立つことが夙に指摘されている。東日本大震災直後に設立されたボランティアプロジェクト「PayForwarding」[115]は、被災者支援アプリを開発するものであり、ここでは、すでに多くのアプリが開発されている。そのほかにも、東日本大震災当時、災害関連の公的情報発信支援で、クラウドサービス無償支援の動きがみられた[116]。このようなプロジェクトを福祉の観点から公的に設立・バックアップすることも、選択肢としてはありえるのではないだろうか。

以上の各点の検討について、それぞれ、次の機会を期したい。

（完）

（1）法典調査会民法主査会議事速記録第一巻六四丁における富井の説明参照。他にほぼ同旨、同前速記録第六巻一二丁所掲の「理由」、民法修正案理由書総則物権債権五頁。

（2）同前主査会速記録第一巻六四丁における富井の原案説明参照。

（3）梅謙次郎『民法要義巻之一 総則編』（有斐閣、一八九六）一八一頁、岡松参太郎『註釈民法理由上（総則編）』（有斐閣、一九〇六）一四一頁、富井政章『改訂増補民法原論第一巻（総論上）』（有斐閣、一九二一）三二六－三二七頁、舟橋諄一『民法総則（法律学講座）』（弘文堂、一九五四）八六頁等

（4）中島玉吉『民法釈義巻之一』（金刺芳流堂、一九一一）三七一－三七二頁。

（5）勝本正晃『新民法総則』（弘文堂、一九四八）一二六頁。

（6）林良平・前田達明（編）『新版注釈民法（一）総則（一）』（有斐閣、二〇〇一）五八九頁〔田中整爾〕。
（7）富井・前掲書注（3）三二六－三二七頁。
（8）三潴信三「無体物観念ノ排斥ニ関スル疑問」法学志林一三巻八・九合併号〔梅博士追悼記念論文集〕（一九一一）四七七頁以下。
（9）同前。
（10）同前、四八四頁。
（11）同前、四九一頁。
（12）同前、四九一－四九二頁。
（13）同前、四九二頁。
（14）同前、四九二－四九三頁。
（15）石田文次郎『現行民法総論』（弘文堂書房、一九三〇）一八七－一八八頁。
（16）同前、一八七頁。
（17）同前、一八八頁。
（18）我妻栄『新訂民法総則〈民法講義Ⅰ〉』（岩波書店、一九七二）二〇一－二〇二頁。
（19）同前、二〇二頁、二〇五－二〇七頁、同『債権の優越的地位』（有斐閣、一九五三）二一五頁以下参照。
（20）川島武宜『民法総則〈法律学全集〉』（有斐閣、一九六五）一四二－一四三頁。
（21）川島武宜「『権利』の社会学的分析――Max Weberの“Appropriation”の理論を中心として――」同『川島武宜著作集　第二巻』（岩波書店、一九八二）三六二頁以下。
（22）四宮和夫『民法総則〈第三版〉』（弘文堂、一九八三）一三二頁。
（23）米倉明『民法講義総則（一）』（有斐閣、一九八四）二二四頁。
（24）この立場に立つと思われる近時の教科書類として、河上正二『民法総則講義』（日本評論社、二〇〇七）二〇四頁、近江幸治『民法講義Ⅰ　民法総則〈第六版〉』（成文堂、二〇〇八）一五八頁等。
（25）この立場に立つと思われる近時の教科書類として、加藤雅信『新民法体系　民法総則〈第二版〉』（有斐閣、二〇〇五）一七五頁、潮見佳男『民法総則講義』（有斐閣、二〇〇五）四六一頁、内田貴『民法Ⅰ　総則・物権総論〈第四版〉』（東京大学出版会、二〇〇九）三五四頁等。
（26）河上・前掲書注（24）二〇五頁。
（27）片山直也「財産――bein および patrimoine」北村一郎編『フランス民法典の二〇〇年』（有斐閣、二〇〇六）一七七頁以下、日仏物権法セミナーに関する特集「二一世紀における所有権と財産」法時八三巻八号（二〇一一）七六頁以下、特集「二一世紀における物権法の改正に向けて」法時八四巻一一号（二〇一二）七八頁以下、横山

美夏「フランス法における所有（propriété）概念――財産と所有に関する序論的考察」新世代法政策学研究一二号（二〇一一）二五七頁以下、同「財産概念について――フランス法からの示唆」早稲田大学比較法研究所編『日本法の中の外国法――基本法の比較法的考察』（成文堂、二〇一四）、瀬川信久「『資産（patrimoine）』理論は日本民法学にとってどのような意味をもつのか――横山報告へのコメント」同書八一頁以下、村田健介「フランスにおける所有概念の意義－著作者人格権の法的性質を題材として－（一）～（七・完）」法学論叢一七一巻六号（二〇一二）三九頁以下、一七二巻三号（二〇一二）三七頁以下、一七三巻四号（二〇一三）七六頁以下、一七四巻二号（二〇一三）六一頁以下、同巻四号（二〇一四）八〇頁以下、同巻五号（二〇一四）五四頁以下、同巻六号（二〇一四）六〇頁以下等。

(28) この一連の研究は二〇一四年の私法学会のシンポジウムのテーマともなった。その資料として、「財の多様化と民法学の課題」ＮＢＬ一〇三〇号（二〇一四）一〇頁以下。論文集として、吉田克己・片山直也（編）『財の多様化と民法学』（商事法務、二〇一四）。

(29) 水津太郎「物概念論の構造――パンデクテン体系との関係をめぐって」新世代法政策学研究一二号（二〇一一）二九九頁以下、同「民法体系と物概念」ＮＢＬ一〇三〇号（二〇一四）二二頁以下。

(30) 取引の交渉自体をその他のポータルサイトや通信ソフトを介して行うことはままあることだが、データが事業者の管理するサーバと独立して存在し得ない以上、データの移動はあくまでサーバ内で行われることになる。

(31) 本稿第一章第二節二参照。

(32) 本稿第一章第三節二参照。

(33) 本稿第一章第三節三参照。

(34) 本稿第一章第三節四参照。

(35) 本稿第一章第五節二参照。

(36) 本稿第一章第六節一参照。

(37) 本稿第二章第三節一参照。

(38) 本稿第二章第三節四－一参照。

(39) 本稿第二章第五節二－一参照。

(40) 本稿第一章第三節二参照。

(41) 本稿第一章第三節四、及び五参照。

(42) 本稿第一章第六節一参照。

(43) 本稿第二章第三節二－二（二）参照。

(44) 本稿第二章第三節三参照。

(45) 本稿第二章第五節二－二参照。

(46) 本稿第一章第三節三参照。

(47) 本稿第一章第四節二参照。

(48) 本稿第一章第二節三－二参照。

（49）本稿第一章第三節四参照。
（50）同前。
（51）本稿第一章第五節二参照。
（52）物権説について、本稿第二章第二節参照。債権説に立つものとして、特に、本稿第二章第五節二－二参照。
（53）仮想財産の価値が特定のネット空間に付従するものであることを指摘するものとして、本稿第二章第三節三－二参照。
（54）特に、本稿第二章第五節二－二参照。
（55）本稿第二章第三節二－二（一）参照。
（56）本稿第二章第四節一－三参照。
（57）本稿第二章第四節一－一参照。
（58）本稿第二章第五節四及び五参照。
（59）本稿第二章第四節一－二参照。
（60）本稿第二章第三節二－一参照。
（61）本稿がいやしくも日本法における仮想財産の民法的保護の在り方について一定の方向性を示そうとするものである以上、本来であれば、日本法における各種法制度に関する従来の議論――具体的には、旧民法における規定及び趣旨、現行民法ないし各種特別法の起草者の見解、その後の判例・学説の展開、債権法改正に関する議論等――の網羅的な言及やその詳細かつ慎重な検討が必要なところであるが、専ら筆者の能力の関係上、ここでは限られた言及に止まらざるを得ない。ご海容を願いたい。
（62）オンラインゲームサービスでは、利用規約に対するユーザの承諾を得る手法として、いわゆるクリックラップ契約に依るものが多い。この種の契約の拘束力の有無については議論のあるところではあるが、本稿ではその詳細な検討を省略し、拘束力をひとまず肯定することを前提として、議論を進めていく。この問題に関する論考としては、例えば、Guibault Luice、会沢恒（訳）「著作権の制限と『クリックラップ』ライセンス：著作権取引はどうなるのか？（第二特集　著作権とコモンズ）」知的財産法政策学研究三号（二〇〇四）九一頁以下、川和功子「米国における電子情報取引契約について（一）～（三・完）」同志社法学五七巻一号（二〇〇五）一頁以下、五七巻七号（二〇〇六）一頁以下、五八巻一号（二〇〇六）一二五頁以下等。
（63）これはオンラインゲームサービスに限られた問題ではない。メールサービスやいわゆるＳＮＳ等のサービスにも当てはまることであり、むしろ、一般的にはこちらの方がその保護の必要性が認知されやすいかもしれない。二〇一四年に物議を醸したものとしては、モバイル（ガラケー）版 Yahoo! メールやＰＣ／スマートフォンウェブ版 Yahoo! グループのサービス終了があげられよう。
（64）本稿第一章第五節二参照。

(65) 役務提供契約の性質に関する論考として、沖野眞已「契約類型としての『役務提供契約』概念（上）（下）」NBL五八三号（一九九五）六頁以下、五八五号（一九九六）四一頁以下。

(66) この点に関連した、電子書籍サービスに関する指摘として、町村泰貴「学術書を紙と電子のHybridで」〈http://matimura.cocolog-nifty.com/matimulog/2014/09/hybrid-4f40.html〉（最終アクセス二〇一四年九月一三日）。彼は、そのブログにおいて、「新刊学術書、今後は紙・電子セット販売、有斐閣など六出版社が図書館向けに」〈http://internet.watch.impress.co.jp/docs/news/20140912_666545.html〉（最終アクセス二〇一四年九月一三日）というニュースに触れ、「現在のところ、電子書籍の最大の難点は、データをいつでも読むことができるという保証がないという点だ」とし、「数十年、数百年といった長期に渡る図書の安定的な所蔵と閲覧機会の提供が図書館の使命である。その図書館に紙であれ電子であれ本を売るということは、やはりその長期的スパンでの利用を保証するということでなければならない」と指摘する。

(67) 仮想財産のデータ保持と類似の事案としては、オンラインストレージのデータ消失の事案があげられよう。しかし、この事案と仮想財産の事案はまったく同様の利益状況にあるというわけでもない。ストレージの事案はユーザが自身で保管できるデータをストレージサービス提供者に預けているのである一方、仮想財産の事案ではユーザは事業者のサーバから自身の端末へデータを移動することは基本的にはできないのである。そのため、前者ではユーザが自身で別途データのバックアップを取ることができる一方で、後者では事業者による適正な保持に頼らざるを得ない。そのため、データの消失の場合の責任の判断については、異なった観点からの考慮が必要となろう。

(68) 寄託契約につき、幾代通・広中俊雄（編）『新版注釈民法（一六）債権（七）』（有斐閣、二〇一〇）三〇五頁以下等〔明石三郎〕。

(69) 各種業界の約款の内容を紹介する教科書類として、例えば、山本敬三『民法講義Ⅳ―一 契約』（有斐閣、二〇〇五）七四三頁等。

(70) 帰責事由の理解については、かねてより盛んに議論されている。この点、帰責事由の理解に関する伝統的通説として、我妻栄『新訂債権総論（民法講義Ⅳ）』（岩波書店、一九七一）一〇五頁以下、一四五頁、一五三頁。伝統的通説に対する批判として、平井宜雄『債権総論（第二版）』（弘文堂、一九九四）四六頁。判例の分析として、長尾治助『債務不履行の帰責事由』（有斐閣、一九七五）、

広中俊雄＝星野英一（編）『民法典の百年Ⅲ　個別的観察（二）債権編』（有斐閣、一九九八）三五頁〔中田裕康〕。近時の帰責事由の再構成に関する論考として、吉田邦彦「債権の各種――『帰責事由』論の再検討」同『契約法・医事法の関係的展開』（有斐閣、二〇〇三）二頁以下〔初出一九九〇〕、森田宏樹『契約責任の帰責構造』（有斐閣、二〇〇二）〔初出一九九三〕、平野裕之「契約上の『債務の不履行』と『帰責事由』」伊藤進ほか（編）『現代取引法の基礎的課題（椿寿夫教授古稀記念）』（有斐閣、一九九九）四八九頁以下、潮見佳男『債権総論Ⅰ〔第二版〕』（信山社、二〇〇三）二五八頁以下、山本敬三「契約の拘束力と契約責任論の展開」ジュリスト一三一八号（二〇〇六）八七頁以下、小粥太郎「債務不履行の帰責事由」ジュリスト一三一八号（二〇〇六）一一七頁以下、荻野奈緒「契約責任における不可抗力の位置づけ」同志社法学五八巻五号（二〇〇六）三五三頁以下等。

(71) 損害概念や損害賠償の範囲、損害賠償額の基準時等につき、奥田昌道（編）『新版注釈民法（一〇）Ⅱ　債権（一）』（有斐閣、二〇一一）二五六頁以下〔北川善太郎・潮見佳男〕。

(72) このビジネス・モデルは他にも「基本無料、アイテム課金」、「Free to Play (F2P)」等とも呼ばれ、オンラインゲームサービスではむしろこちらの呼び名のほうが一般的である。

(73) フリーミアムのビジネス・モデルは、二〇〇六年、ベンチャー投資家のフレッド・ウィルソン（Fred Wilson）により明確に示されたとされる。〈http://avc.com/2006/03/my_favorite_bus/〉（最終アクセス日二〇一四年七月一一日）

(74) 民法（債権法）改正検討委員会（編）『詳解　債権法改正の基本方針Ⅴ　各種の契約（二）』（商事法務、二〇一〇）九－一〇頁、一三－一四頁。

(75) 同前、一四頁。

(76) この点、刑事上では、不正アクセス禁止法に違反し、罰金ないし禁固刑に処せられる可能性があることには留意すべきである。

(77) 伝統的通説として、我妻・前掲書注（70）七七頁以下。その批判として、吉田邦彦『債権侵害論再考』（有斐閣、一九九一）等。

(78) この点については、奥田昌道（編）『新版注釈民法（一〇）Ⅱ　債権（一）債権の目的・効力（二）』（有斐閣、二〇一一）五二四－五二五頁〔窪田充見〕にて論じられている。本稿ではこの見解をほぼそのまま踏襲している。

(79) 森田宏樹「有価証券のペーパーレス化の基礎理論」金融研究第二五巻法律特集号（二〇〇六）一頁以下、同「金銭および有価証券の無体化・電子化と『占有』概念」城山英明・西山洋一（編）『法の再構築 第三巻　科学技術

の発展と法』（東京大学出版会、二〇〇七）二〇一頁以下。

（80）舟橋諄一・徳本鎮（編）『新版注釈民法（六）物権（一）〔補訂版〕』（有斐閣、二〇〇九）一四四頁〔好美清光〕。

（81）同前、一一三頁。

（82）同前、一四五頁。

（83）中島玉吉『民法釈義巻之二物権上　改訂一四版』（金刺芳流堂、一九二七）二八八頁、二九四頁以下、末弘厳太郎『物権法　上巻』（有斐閣、一九五六）五九頁。

（84）末川博『物権法』（日本評論新社、一九五六）四三頁、勝本正晃『物権法』（弘文堂、一九五〇）一二六頁。

（85）舟橋・徳本（編）・前掲書注（80）一五九－一六八頁参照〔好美清光〕。

（86）同前、一二四－一三三頁参照。

（87）川島・前掲書注（20）のほか、例えば、鈴木禄弥「物権と債権のわけ方」同『物権法の研究』（創文社、一九七六）一〇三頁以下も同趣旨といえるだろうか。

（88）我妻栄・有泉亨・川井健『民法二　債権法　第二版』（勁草書房、二〇〇五）四一一－四一二頁。

（89）川井健『民法概論四　債権各論　補訂版』（有斐閣、二〇一〇）三八五頁。

（90）我妻他・前掲書注（88）四一三頁。

（91）我妻栄『債権各論下巻Ⅰ（民法講義Ⅴ四）』（岩波書店、一九七二）一〇一〇頁、一〇六八頁。

（92）四宮和夫『事務管理・不当利得・不法行為上巻（現代法律学全集）』（青林書院新社、一九八一）八二頁、八五頁、一九六頁。なお、同七八頁では、返還義務者に受益の返還以上の過重な負担を課さない方法によるとする。

（93）同『請求権の競合』（一粒社、一九七八）一八三頁。

（94）平田健治「判批」私法判例リマークス三六号（二〇〇八）四九－五〇頁。

（95）吉田邦彦『不法行為等講義録』（信山社、二〇〇八）二六〇頁。

（96）川島武宜・川井健（編）『新版注釈民法（七）物権（二）』（有斐閣、二〇〇九）一二四頁〔好美清光〕。

（97）いずれも盗品につき、大判大正六年三月二三日民録二三輯三九二頁（公債）、宮城控判大正五年七月二八日評論五商四四八頁（勧業債権）、東京控判大正一三年六月二八日新聞二二九二号一五頁（農工債権）、東京地判昭和三四年一〇月一二日下民集一〇巻一〇号二一五三頁（投資信託受益証券）。

（98）末川・前掲書注（84）二三二頁。

（99）近時問題とされるアカウントハッキングの手法としては、パスワードリスト攻撃（リスト型攻撃／アカウントリスト攻撃）があげられる。これは、悪意を持つ第三者が、何らかの手法によりあらかじめ入手してリスト化したＩＤ・パスワードを利用してＷｅｂサイトにアクセス

を試み、結果として利用者のアカウントで不正にログインする手法をいう。利用者は同じＩＤ・パスワードの組み合わせを複数のサイトで使用する傾向が強いため、パスワードリスト攻撃の成功率は高くなっている状況がある。しかしこれは、一定程度ユーザ側で予防が可能であることも意味する。

(100) 一方で、電子書籍のようなサービスでは、倒産時のデータの処遇が場合によっては問題になりうるといえよう。

(101) この問題について、事業者がＲＭＴ業者に対して何らかの法的責任の追及ができないか、という観点から検討したものとして、一般財団法人ソフトウェア情報センター（編）『クラウドビジネスと法』（第一法規、二〇一二）一五六頁以下〔森亮二〕。

(102) 約款の内容的規制に関する議論については、谷口知平・五十嵐清（編）『新版　注釈民法（一三）債権（四）〔補訂版〕』（有斐閣、二〇〇六）一九七頁以下〔潮見佳男〕。

(103) この点、仮想財産が金銭的価値を持つ「デジタル資産」であるとするならば、電子くじ形式で販売されるデータないし確率で入手することとなるデータがＲＭＴによって換金できた瞬間にそれは「デジタル賭場」であり、賭博の性質を満たすので、未認可の賭場開帳を行ったかどで賭博法違反となりうるとする指摘がある（新清士「ソーシャルゲーム企業はリアルマネートレードの全面禁止を明確に打ち出すべき」〈http://blogos.com/article/33428/〉（最終アクセス日　二〇一四年六月一日））。そのため、ＲＭＴの是非については、単純に当事者間の契約の問題とするべきではなく、より広い視座からの検討をすべきであるとも考えられる。しかし、新による上記の指摘は、データの入手が確率まかせであって事業者が意図的にユーザの射幸心を煽っているとも考えられることと、ユーザによるＲＭＴの是非との、複合的な問題を対象としている。一方で、ＲＭＴそれ自体は必ずしも賭博ないし一攫千金目的になされるものではなく、音楽のＣＤや映画のＤＶＤ等の古物の取引に似た側面もある。そのため、ここでは後者の側面を重視し、純粋にＲＭＴ自体の問題の法的帰結として、当事者の契約にゆだねる方向をとりたい。

(104) 例えば、二〇一二年五月一五日より発売されたハックアンドスラッシュ（Hack and Slash）ＲＰＧ「ディアブロ３（Diablo3）」では、運営の用意したオークションハウスを利用したＲＭＴを肯定することを売りとしていた。ただし、このオークションハウスは、二〇一四年三月一八日に閉鎖されている。理由としては、比較的性能の高いアイテムが安価で入手できるようになり、プレイヤーが自分でアイテムを獲得するという、本ゲームの醍醐味ともいえる部分が損なわれたことなどが考えられ

る。元メインディレクターのJay Wilson氏は「オークションハウスがゲームに深刻な被害を与えた」と公の場で告白していた。Jay Wilson氏の講演につき、「【GDC 2013】渦中のディレクターが振り返る『Diablo III』のデザインにおける成功と失敗」〈http://www.inside-games.jp/article/2013/03/31/65195.html〉（最終アクセス日二〇一四年六月一日）

(105) いわゆる信頼関係破壊の法理に関する判例の状況については、幾代通・広中俊雄（編）『新版注釈民法（一五）債権（六）』（有斐閣、一九八九）三〇〇頁以下〔石外克喜〕、三二五頁以下〔広中俊雄〕等。

(106) 広中俊雄「賃貸借における『信頼関係』の破壊と『解除』」同『契約法の研究』（有斐閣、一九五八）一二三頁以下、田中実「いわゆる継続的債権（契約）関係の一考察」慶応法研二六巻一二号（一九五二）一二一頁以下。

(107) 我妻栄『債権各論中巻Ⅰ（民法講義Ⅴ二）』（岩波書店、一九五七）四五一頁、末川博『契約法（上）』（岩波書店、一九五八）一三八頁、山中康雄「履行遅滞による解除」総合判例研究叢書・民法（一〇）（有斐閣、一九五八）四頁以下等。

(108) 本稿第二章第四節一－二参照。

(109) この問題に関する論考として、例えば、Lenz Karl-Friedrich「新インターネット通貨Bitcoinの法的問題：EU法・ドイツ法を中心に」青山法務研究論集七号（二〇一三）一頁以下、渡邉雅之「NBL Square :Bitcoin（ビットコイン）は合法なのか？」NBL（二〇一四）一〇一八号七頁以下、片岡義広「ビットコイン等のいわゆる仮想通貨に関する法的諸問題についての試論」金融法務事情六二巻一四号（通算一九九八号）（二〇一四）二八頁以下、福田政之「ビットコインなど仮想通貨の米国における法規制の動向と日本法への示唆」NBL一〇二七号（二〇一四）五三頁以下等。

　また、この問題の最近の動きに関するニュースとして、MSN産経ニュース「ビットコイン一六億円分が消失　警視庁、電算詐欺容疑で本格捜査　マウントゴックス経営破綻」〈http://sankei.jp.msn.com/affairs/news/140730/crm1407301901001 8-n1.htm〉（最終アクセス日二〇一四年九月一日）。

(110) この点、知的所有法ないしサイバー法の基礎理論を広い視野から論ずることを企図した論考として、吉田邦彦「『知的所有法・サイバー法』原論の試み」田村善之（編）『新世代知的財産法政策学の創成』（有斐閣、二〇〇八）一二一頁以下。

(111) 本問題に関する行政による規制の表れとしては、「電子商取引及び情報財取引等に関する準則」があげられる。これは、経済産業省が現行法の解釈についての一つの考

え方を提示するものであり、電子商取引をめぐる法解釈の指針として機能することを目的としている。二〇一四年八月、この準則は改訂され、オンラインゲームサービスに関する規定も新たに盛り込まれた。そこでは、①オンラインゲームにおけるアイテムと所有権、②オンラインゲームにおけるアイテムの利用における権利関係、③ユーザが有償でアイテムを取得した直後にサービスが終了した場合における当該有償アイテムに関する権利関係、④事業者のシステムの不具合によりユーザが有償で取得したアイテムが消滅した場合における当該有償アイテムに関する権利関係について、それぞれ論じられている。具体的には、民法八五条の「有体物」の文言を根拠に、アイテムの所有権のユーザへの帰属を否定したうえで、データの有償・無償の区別を重要な判断要素として、有償データの利用の侵害については、一定の条件を満たす場合に事業者による損害賠償の対象となりうるとしている。

(112) この問題に関する近時の論考として、生貝直人『情報社会と共同規制』（勁草書房、二〇一一）等。

(113) 例えば、吉田克己「財の多様化」法律時報八三巻八号（二〇一一）八九以下等。

(114) 居住福祉法学に関する論考として、吉田邦彦『居住福祉法学の構想』（東信堂、二〇〇六）。これをアップツーデイトにしたものとして、野口定久ほか編『居住福祉学』（有斐閣、二〇一二）八章、一二章〔吉田邦彦〕。

(115)「PayForwarding」に関するインターネットサイトのＵＲＬは以下のとおりである。〈http://code.google.com/p/payforwarding/〉（最終アクセス二〇一四年九月一日）

(116) この点に関するニュースを集めたインターネットサイトとして、INTERNET WATCH「災害関連の公的情報発信支援で、クラウドサービス無償支援の動きが広がる」〈http://internet.watch.impress.co.jp/docs/news/20110313_432757.html〉（最終アクセス二〇一四年九月一日）