
種 別： 論説

タイトル： 暗号資産と「財産権」の意義

著 者： 照沼 亮介

所 収： 『上智法学論集』第66巻1-3合併号（令和4年12月）1-23頁

発行元： 上智大学法学会

本頁は書誌情報頁です。適宜論文本文の前に付してご利用下さい。



上智大学法学会

論 説

暗号資産と「財産権」の意義

照沼 亮介

- I 問題の所在
- II 関連する刑事裁判例
 - 1 東京地判平成 31 年 3 月 15 日 LEX/DB25562725
 - 2 東京地判令和 3 年 3 月 24 日 LEX/DB25590382
 - 3 東京地判令和 3 年 7 月 8 日 LEX/DB25590771
- III 暗号資産の法的性質をめぐる議論
 - 1 関連する民事裁判例
 - 2 学説上の議論
- IV 刑法学における議論との関連
 - 1 検討の方針
 - 2 客体との関係
 - 3 保護法益論との関係
 - 4 裁判例の検討
 - 5 法的性質をめぐる議論の検討
- V 立法による保護の可能性

I 問題の所在

ビットコインに代表されるいわゆる仮想通貨（virtual currency）に関しては既に私法上の議論の対象とされて久しいが、その法的な呼称としては、国際的な動向にも合わせる形で、2019 年の改正資金決済法 2 条 5 項により今日では暗号資産（crypto assets）と称されるようになった。すなわち同項 1 号・2 号によれば、暗号資産とは、（金商法 2 条 3 項における電子記録移転権利を表示するものを除き）「物品を購入し、若しくは借り受け、又は役務の提供を受

ける場合に、これらの代価の弁済のために不特定の者に対して使用することができ、かつ、不特定の者を相手方として購入及び売却を行うことができる財産的価値(電子機器その他の物に電子的方法により記録されているものに限り、本邦通貨及び外国通貨並びに通貨建資産を除く。次号において同じ。)であって、電子情報処理組織を用いて移転することができるもの、及び「不特定の者を相手方として前号に掲げるものと相互に交換を行うことができる財産的価値であって、電子情報処理組織を用いて移転することができるもの」を指すと定義されている。ここでは「財産的価値」という概念が用いられているが、それ以上にいかなる法的性質を具備するものなのかは解釈に委ねられている。

従来、刑法学の領域においては、具体的な客体として文言上規定されている「財物」「財産上の利益」の意義に関する議論は相応に蓄積されてきたものの、それ以上に両者を包含した「財産」や「財産権」とはそもそも何か、という点に関する検討はあまり積極的になされてこなかった。それはおそらく、第一次的に民法をはじめとする私法上の議論の蓄積に委ねられるべきとする意識があったからであろう。しかし今日では、さまざまな無体財産権の保護が求められる中で、いわゆる2項犯罪における「財産上の利益」の意義や、それに類似する他の概念との区別については相当に不明瞭になっており、これらをめぐる議論も未だ十分なものとはいえない⁽¹⁾。そして、本稿が対象とする暗号資産の法的性質に至っては、後述する通り私法上の議論も混沌とした状況であり、そうした中、Ⅱで紹介する通り、刑事裁判例においてもその意義が問われる場面が既に現実のものとして生じつつある。

以下ではこれらをめぐる議論を概観した上で、特に電子計算機使用詐欺罪における「財産権」の解釈を素材として取り上げ、さらに可能な範囲で立法論にも踏み込みつつ、あるべき方向性を探ってみることにしたい。

(1) この問題に関しては、照沼亮介「財産的『利益』の刑法的保護」刑事法ジャーナル 49号(2016年)4頁以下参照。

Ⅱ 関連する刑事裁判例

1 東京地判平成 31 年 3 月 15 日 LEX/DB25562725

本件は、ビットコインの取引所を運営していた M 社の全議決権を支配し、唯一の取締役であった X が、①サーバコンピュータ内のビットコイン取引の仲介を行うシステムに接続し、同システム内に設けた自己名義のアカウントの米ドル口座の残高が増加した旨の情報を作出し、サーバコンピュータに記録保存させ、M 社の事務処理の用に供した行為が私電磁記録不正作出、同供用に使われると共に、② M 社が取引所の利用者から各アカウントへの入金のため振込入金を受けていた預金口座から、X 名義の預金口座、並びに事業譲渡の代金として他社の預金口座にそれぞれ振込送金した各行為が、業務上保管している利用者の現金（主位的訴因）、又は M 社の現金（予備的訴因 1）を横領した業務上横領、若しくは自己の利益を図り M 社に損害を与える目的で任務に違背し、M 社に財産的損害を与えた会社法上の特別背任罪（予備的訴因 2）にあたるとして訴追された事案である。

本判決は①についてはその通り成立を認めたが⁽²⁾、②については、まず利用者が M 社の口座に送金した金銭は M 社に帰属するものであるとして主位的訴因は認められないとした。また各振込送金は X に対する貸付として行われており、M 社のために X が相当程度の出捐をしていることや、X の地位・権限に照らして返済等に際しての大きな裁量の余地があること、その返済に際しての現実的な可能性もあったと認められ、X にその意思があったと認められることなどから横領行為に該当しない、他社口座への振込送金についても具体的根拠のある事業計画に基づいており経営判断としての合理性を否定できずやはり横領行為に該当しない、として予備的訴因 1 も認められないとした⁽³⁾。その上で、予備的訴因 2 についても同様の理由から、いず

(2) この点については、和田俊憲「判批」法学教室 472 号（2020 年）139 頁、鎮目征樹ほか編著『情報刑法 I サイバーセキュリティ関連犯罪』（2022 年）216 頁以下（鎮目執筆）などを参照。

れの振込送金についても任務違背行為に該当せず、M社に財産上の損害もなく、Xに図利加害目的はなかったとしている。なおその後、検察官は②の点については控訴せず、控訴審では①の点のみが争われたが、結局本判決の結論が是認されており⁽⁴⁾、さらに被告人が最高裁に上告したが棄却されている⁽⁵⁾。

本稿との関係で注目されるのは、ビットコインの性質に関する以下のような判示部分である。すなわち、ビットコインには発行者が存在せず、ユーザーのコンピュータがピア・ツー・ピアのネットワークを形成し、ビットコインに関する全ての取引履歴が記録されたデータであるブロックチェーンが共有されることにより決済手段等として利用されるものであることを確認したのちに、「ビットコインは『有体物』(民法85条)ではなく、その帰属や利用者間での取引がどのような私法上の性質を有するかも一義的に明らかとはいえないが、本件の判断に影響のない限り、ビットコインの保有・所有や利用者間の売買などと表現し、日常的な意味合いで記載する」と断っている部分である。これは後述する通り、所有権をはじめとする通常之物権関係と同義に理解することはできないとする私法上の議論に目配りした上で、しかし実態としては物権変動に近い部分をも有していると捉えられることを示唆するものといえよう。

(3) なお、委託物を費消する際に合理的な根拠・確実な見込みを伴う補填意思があった場合には横領罪における不法領得の意思が否定され得るとするのが学説上有力な見解であり、下級審裁判例でも一般論として、金銭は代替物であり、一時使用を許さない特別な事情がない限り本罪の成立が否定される余地があると説明するものが見受けられるが(東京高判昭和31年8月9日裁特3巻17号826頁)、リーディングケースとされる最判昭和24年3月8日刑集3巻3号276頁では、委託物である供出米を費消した事案において上記のような主張は斥けられている(以上に関する解説として、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法〔第3版〕第13巻〕[2018年]595頁以下[小倉哲浩執筆])。本判決の論理が以上のような判例理論との関係でいかに位置付けられるかは検討の余地を残しているが、Xに多大な裁量の余地があったことが重視されているものと思われる。

(4) 東京高判令和2年6月11日高刑速(令2)号180頁。

(5) 最決令和3年1月27日LEX/DB25569821。

2 東京地判令和3年3月24日 LEX/DB25590382

1が本稿との関連では限定的な参照価値を有するにとどまるのに対し、以下の2つの事案では暗号資産が明文に規定された概念に該当するか否かの解釈が正面から問題となっており、より重要である。

本件では、氏名不詳者らが財産上の不法な利益を得る目的で、E社の管理するアドレスから氏名不詳者らの管理するアドレスに送信する旨の虚偽の情報を与えて暗号資産 NEM を得た事実（「本件前提行為」）が認められ、その後、法人の代表者 X 及び法人 A が流出した NEM の一部を収受した行為につき、組織犯罪処罰法 11 条における犯罪収益等収受罪の成否が問われた。その際、検察官が、本件前提行為につき電子計算機使用詐欺罪が成立するから、流出した NEM は刑法 246 条の 2 にいう「犯罪収益等」に該当し、X は情を知った上で収受したものであるから同罪が成立すると主張したのに対し、弁護人は、暗号資産が電子計算機使用詐欺罪における「財産権」に該当しないから残高を記録する分散台帳（ブロックチェーン）も「財産権の得喪若しくは変更に係る不実の電磁的記録」に該当しないのであって同罪は成立せず、従ってまた犯罪収益等収受罪における「犯罪収益等」にもあたらないなどと主張した⁽⁶⁾。

東京地裁は、NEM の移転に際してはアドレスに紐づいた秘密鍵が必要であること、支払い手段としても用いられており金銭的評価が可能なものとして流通していたこと、資金決済法が暗号資産につき両者保護のために各種規制を設けていることなどを確認した上で、暗号資産 NEM は電子計算機使用詐欺罪における「財産権」に該当することを認めた（従って、その得喪又は変更に関する不実の情報をブロックチェーン上に記録させれば「財産権の得喪又は変更に係る不実の電磁的記録」を作ったことになる」とされた）。その際、暗号資産は物権の対象とならず、債権的構成も取り得ないからこれに該当しないと主張する弁護人の主張に対しては、「刑法 246 条の 2 にいう『財産権』は金銭

(6) その他に犯罪地（国内で生じたといえるか）、故意（情を知って収受したといえるか）も争点となったが、以下では省略する。

的価値を内容とする権利であれば足り、物権や債権に限られるものではないし、暗号資産の私法上の性質に関する議論が定まっていないからといって、不法な手段で財産上の利益を得ることを罰する趣旨で規定された電子計算機使用詐欺罪による保護の対象にならないというのは飛躍がある」として採用できないと述べていることが特に注目される。

3 東京地判令和3年7月8日 LEX/DB25590771

本件でも基本的に2と同様の問題が扱われている。すなわち、氏名不詳者がP2社の管理するアドレスから自身らの管理するアドレスに送信する旨の情報を与えて暗号資産NEMを移転させたのち(「本件移転行為」)、Xが情を知った上でその流出NEMの一部を收受したという行為が犯罪収益等收受罪に問われたが⁽⁷⁾、その前提として本件移転行為につき電子計算機使用詐欺罪が成立するかが争われた。弁護人は、暗号資産が246条の2における「財産権」に該当しない、本件移転行為は保有する秘密鍵を使用している以上、同条にいう「虚偽の情報」を与えたことにならず作成された電磁的記録も「不実」とはいえないなどと主張した⁽⁸⁾。

東京地裁は、NEMが資金決済法2条5項における暗号資産の一種であってXEMとも呼称され流通していること、移転に際して秘密鍵が必要となること、本件移転行為がP2側に承認されていない不正送信であることなどを認定したのち、NEMが資金決済法における暗号資産であり、不特定の者に対して対価の弁済として用いたり交換(購入や売却)したりすることのできる「財産的価値」であることをまず確認している。その上で、資金決済法が利王者保護のための各種規制を設けていることにも触れ、以上によれば、NEMは「財産的価値であって、支配の形態や保護の態様等を踏まえれば権利性を有しており、刑法246条の2にいう『財産権』に該当すると認められる」と述べている⁽⁹⁾。そして、弁護人の主張に対しては、本条における

(7) 本件でXが收受した流出NEMは合計6132万2625XEMで、收受時点における時価総額は約22億8875万3926円相当であり、類例を見ないほどに多額であった。

(8) その他に犯罪地や故意についても問題となったが、以下では省略する。

(9) この部分の構成は2においては見られない内容であり、注目に値するため、IVにおいて

「財産権」とは「金銭的価値を内容とする権利であれば足り、物権や債権のみに限られるものではないと考えられるし、暗号資産の私法上の性質について議論が定まっていないことをもって、不正な行為による不法な財産上の利得行為を処罰する趣旨で創設された電子計算機使用詐欺罪による保護の対象にならないという結論が直ちに導かれるものでもな」として、これを斥けている。

その上で、NEM ネットワークに参加している者は、自らのアドレスに対応する秘密鍵によって厳重に管理することで暗号資産を支配しているといえるとして、正規の権限者以外の者が秘密鍵を不正に入手するなどして取引等を行うことは想定されていない仕組みとなっていることを前提とすれば、本件移転行為における氏名不詳者は正規の権限者が送信を行うという虚偽の情報を与え、その旨の不実の電磁的記録を作成したと認められるとしている。

Ⅲ 暗号資産の法的性質をめぐる議論

1 関連する民事裁判例

暗号資産の法的性質に関して言及した最初の民事裁判例として注目されたのは、①東京地判平成27年8月5日 LEX/DB25541521 である⁽¹⁰⁾。本件は、Ⅱ1 で取り上げた M 社が破産開始手続決定を受けたのち、同社が運営するビットコイン取引所を利用していた原告が、M 社の破産管財人である被告に対し、原告が所有しており、従って M 社の破産財団を構成しないビットコインを自身が占有していると主張して、破産法 62 条の取戻権に基づき、その引渡しを求めた事案である⁽¹¹⁾。個別の争点に関する原告のより具体的

特に取り上げて検討する。

(10) 本判決に関する論稿として、松尾弘「判批」法学セミナー 763 号 (2015 年) 122 頁、道垣内弘人「仮想通貨の法的性質」『社会の発展と民法学 [上巻] 近江幸治先生古稀記念論文集』(2019 年) 489 頁以下、森下哲郎『デジタル化・グローバル化時代の金融法』(2022 年) 241 頁以下など。

(11) 同時に、被告が引き渡しをしないことによりビットコインの自由な使用収益・処分が妨げられ損害を被ったとして不法行為に基づく損害賠償を主張していたが、結論的にこ

な主張内容は以下の通りである。すなわち、(1) ビットコインが所有権の客体となるかに関しては、法律上の排他的な支配可能性があれば「有体物」＝民法85条のいう「物」になお該当するとする理解を前提として、ビットコインも観念的存在ではなく、アドレスと秘密鍵によって排他的な支配が可能である以上これに該当する。(2) 原告が被告に対して取戻権を行使し得るかに関しては、本件では、複数の寄託者が同じ種類・品質のものを寄託し、受託者がこれを混合する形で保管して、契約で定められた返還時期に各寄託者が寄託した割合に応じて寄託物の返還を受けるという混蔵寄託の状態にあることが認められるから、原告は被告に対して寄託した割合に応じたビットコインの返還を求めることができる、というものである。

以上に対し、東京地裁は大要以下のような趣旨を述べて(1)(2)のいずれも認めず、原告の請求を棄却した。すなわち(1)については、所有権(民法206条)は、法令の制限内において自由に所有物の使用、収益及び処分をする権利であるところ、客体となる「物」は、民法85条において「有体物」であると定義されている。有体物とは液体、気体、固体といった空間の一部を占めるものを意味し、債権等の権利や自然力のような無体物に対する概念であるから、民法は原則として所有権を含む物権の対象を有体物に限定している。他方、権利質(民法362条)等の例外規定も存しており、著作権や特許権等の特別法により排他的な効力を有する権利も認められているが、これらにより上記の原則が変容しているとは解されない。以上のほか、所有権の対象となるには、加えて排他的支配可能性、非人格性が要件となる。原告の主張はこれらのうち有体性の要件を考慮せず、排他的支配可能性のみをもって足りるとするものであるが、上記のような民法の原則・明文に反するものであって採用できない。本件におけるビットコインについては、空間の一部を占めるという有体性は認められないし、その仕組みに照らし、秘密鍵の管理者が当該アドレスにおいて当該残量のビットコインを排他的に支配しているとも認められない。以上から、ビットコインは有体性、排他的支配可能性が欠ける以上、物権である所有権の客体とはならない。(2)につ

れも斥けられている。

いても、被告が所有権を有しているとは認められないのであるから、破産会社の管理するアドレスに保有するビットコインについて共有持分権を有することもなく、所有権の存在を前提とする寄託契約の成立も認められない。従って、所有権を基礎とする取戻権を行使することはできない、とした。

さらに、②東京地判令和2年3月2日金判1598号42頁も同様の理解を前提としていると解される。本件は、被告の運営する仮想通貨交換所にアカウントを開設していた原告が、当該アカウントに第三者からの不正アクセスを受けビットコインが外部に不正送付されたと主張した事案であるが、その際、主に、当該ビットコインを目的物とする寄託契約の債務不履行に基づく損害賠償を請求していたのに対し、東京地裁は、寄託契約は物の保管を目的とする契約であるところ、民法上、物とは有体物を指し、有体物とは空間の一部を占めて有形的な存在のものをいうと解されるのに対し、ビットコインを含む仮想通貨は「電子的方法により記録される財産的価値」であるに過ぎないのでこれに該当しない、従ってこれを目的物とする寄託契約は成立しないとされた。さらに、金銭や株式については寄託契約の目的物とされていることを論拠とする原告の主張に対しては、金銭はその高い流通性や代替性等の性質から一般の動産とは異なる取扱いが行われるものの、「紙幣や貨幣に紐づけられる有体物と解されている」ことから寄託の目的物とされていること、株券が発行されていない株式について寄託の目的物とするという実務上の取り扱いが確立していることを認めるに足りる証拠はないことをそれぞれ指摘してこれを斥けている点が注目される。

他方、より踏み込んだ独自の理解を示したのが③東京地判平成30年1月31日判時2387号108頁である⁽¹²⁾。本件は上記①におけるM社の破産手続において、顧客であった原告が届け出たビットコインの返還請求権に対する原決定裁判所の査定について、これを不服として提起された異議申立ての事案であるが、東京地裁は以下のような趣旨を述べてこれを斥け、原決定を是

(12) 本判決に関する論稿として、森下哲郎「判批」現代消費者法41号(2018年)64頁以下、久保田隆「判批」判例時報2412号(2019年)143頁以下、得津晶「判批」ジュリスト1535号(2019年)108頁以下、芝章浩「暗号資産の移転その他の処分の法律関係と実務」金判1611号(2019年)84頁など。

認している。すなわち、ビットコインを有する者の権利の法的性質については必ずしも明らかではないが、少なくともこれを仮想通貨として認める場合には、「通貨類似の取扱をすることを求める債権」(「コイン債権」)は、ビットコインが移転した時には、「その性質上、一緒に移転するものと解される」。ビットコイン自体は電磁的記録であって返還することができないから、原告はコイン債権について破産法103条2項1号イの「金銭の支払を目的としない債権」として、破産手続開始時における評価額をもって届け出たものと解されるが、仮に原告が主張するようにM社の代表者が原告のビットコインを引出し喪失させたのであれば、既にビットコインは移転しており、同時にコイン債権も移転したことになるため、手続開始時において原告はM社に対してコイン債権を有しなかったことになる。従って原告の主張は前提を欠いている、というものである。ただし、法的性質に関してこのような説明をする見解は見当たらず、内在的にも不明な点が多いため、本判決には多くの批判が向けられている⁽¹³⁾。

2 学説上の議論

暗号資産の法的性質に関する私法上の議論は、既にこれらの裁判例の出現よりも先行してかなりの程度に蓄積されている。以下では代表的な見解を概観しておくことにしたい⁽¹⁴⁾。

まず少数ながら、暗号資産を排他的に支配しているとしてもそれは事実状態に過ぎず、何らの権利・法律関係を伴うものではないとする見解⁽¹⁵⁾があ

(13) 森下・前掲(注12)68頁以下、久保田・前掲(注12)147頁以下。得津・前掲(注12)109頁は、「ビットコインを直接保有する者の権利」と「顧客が取引所に対して有する権利」とを混同しているようにみえるとする。芝・前掲(注12)84頁は、事実誤認に基づいており先例としての価値は乏しいと断じる。

(14) 以下の分類に際しては、末廣裕亮「仮想通貨の法的性質」法学教室449号(2018年)52頁以下、加毛明「仮想通貨の私法上の法的性質」金融法務研究会『仮想通貨に関する私法上・監督法上の諸問題の検討』(2019年)1頁以下、芝章浩「暗号資産の民事法上の取扱い」NBL1138号(2019年)49頁以下、森田宏樹「仮想通貨の私法上の性質について」金法2095号(2019年)14頁以下、小島冬樹「暗号資産の私法上の性質」判例1611号(2021年)30頁以下、同「ネットワーク参加者が保有する暗号資産をめぐる法律関係の総論」同35頁以下などを参照した。

る。しかしこの見解は決済手段としての動的安全性を重視する見地から述べられたものであり、他方において個別の問題との関係で民法の規定を参照・適用した性質決定がなされる余地も認めていることから、規範的な評価・位置付けを行う余地が否定されているわけではない。

他方、大多数の見解は法的保護ないし権利性を承認しているが、今日では以下の3つに大別されるのが一般的である。第1に、物権ないしこれに準ずる法的保護を認めようとする見解がある。代表的な論者によれば、「仮想通貨は、日本の私法上、法的保護に値する財産的価値であり、その帰属については、物権法のルールに従うと考えるべきである」⁽¹⁶⁾とされる。ただし注意すべきであるのは、同時に「無理に無体物を『物』であるという必要までではなく、無体物の帰属や移転についてはその記録方法の性格に応じて「有体物に関する物権法のルールを準用すること等により、その効果を第三者との関係でも主張できるという意味での物権法ルール」を発展させていくのが適切であるとされている⁽¹⁷⁾ことであり、客体の有体性ではなく優先的権利の所在（帰属の有無）が重視されている点である。また、実定法上の「権利」とはいえないとして権利性自体は否定しつつも、一定の財産的価値を有していることを承認した上で、条理に基づき、その帰属については物権法理を準用または類推適用すべきであるとする見解⁽¹⁸⁾もあり、基本的に共通していると解される。

第2に、仮想通貨に決済手段としての性質を認める前提から、これを「財産権」として位置付ける見解⁽¹⁹⁾がある。この見解は、「現金通貨において有

(15) 西村あさひ法律事務所編『ファイナンス法大全（下）〔全訂版〕』（2017年）845頁、851頁（芝章浩執筆）。

(16) 森下・前掲（注10）251頁。

(17) 森下・前掲（注10）274頁。

(18) 片岡義広「仮想通貨の私法的性質の論点」LIBRA504号（2017年）12頁以下、同「再説・仮想通貨の私法上の性質」金法2106号（2019年）8頁以下。

(19) 森田・前掲（注14）16頁以下。小島「暗号資産の私法上の性質」（注14）33頁も同旨。他方、本多正樹「仮想通貨の民事法上の位置付けに関する一考察（2・完）」民商法雑誌154巻6号（2019年）38頁以下は支払単位に対する「財産権」と位置付ける点においては共通しているが、無権限者による移転がなされた場合、原因関係が無効であった場合について例外的に物権的返還請求権を認めるとしている（同57頁以下）。

体物が通貨媒体として果たしていた機能を、ブロックチェーン上の電子的記録に代替させたもの」⁽²⁰⁾と捉えて、通貨と同様の規律を及ぼそうとする(具体的には「占有=所有」の原理を妥当させようとする)ところに特徴がある。

第3に、暗号資産におけるプログラム・コードに対して取引参加者全員が「合意」しているという点に着眼し、そうした合意が一種のソフトローとして参加者相互間の権利義務関係を規律すると捉える見解がある⁽²¹⁾。そうした「希薄な合意」に拘束力を認めてよいかという点については、約款取引をはじめとして当事者が権利義務関係を十分に認識することなく締結されている場合が多いことを考えれば支障とはならないと説明されている⁽²²⁾。この見解については、そこでいう「合意」の内容をいかに理解するかによって帰結が異なり得ることから、他の見解とは階層の異なった次元の議論であるという整理もなされている⁽²³⁾。

IV 刑法学における議論との関連

1 検討の方針

以上のような議論状況を踏まえ、刑法学としてはどのように考えるべきかを検討するにあたり、本稿ではⅡ 2、3で問題となった電子計算機使用詐欺罪の対象となる「財産権」の解釈を素材とする。あらかじめ方向性を示しておけば、ここでは客体としての有体性ではなくむしろ私法上の要保護性が問題となっていることを確認した上で、Ⅲでみた法的性質論に関しどのような方向性が望ましいのかについて言及することにした。

(20) 森田・前掲(注14)20頁。

(21) 末廣裕亮「仮想通貨の私法上の取扱いについて」NBL1090号(2017年)68頁、同・前掲(注14)54頁以下、加毛・前掲(注14)22頁以下、24頁。

(22) 加毛・前掲(注14)22頁。さらに、道垣内・前掲(注10)495頁。

(23) 加毛・前掲(注14)24頁。

2 客体との関係

刑法上は客体が「財物」であるか無形の「財産的利益」であるかの違いに応じ、強盗罪（236条）、詐欺罪（246条）、恐喝罪（249条）等においては条文上の区別がなされており、背任罪（247条）においては同一条文中に双方を客体に含むことが示されている。他方、「財物」のみを客体と規定している窃盗罪（235条）、横領罪（252条）、器物損壊罪（261条）では、無形の利益が客体となる余地はなく、従って例えば債務不履行や産業スパイ、映画のただ見などの不正利用行為が窃盗罪で処罰されることはない。

以上の見地から電子計算機使用詐欺罪（246条の2）をみると、文言上「財産上不法の利益を得、又は他人にこれを得させた」となっており、無形の財産的利益のみが客体とされている。これは、機械に対する操作によって利益を不正に取得する場合、人に対する「欺罔」行為や、被欺罔者における「錯誤」が要件となる詐欺利得罪（246条2項）は成立する余地がないことから、この処罰の間隙を埋めるために昭和62年改正によって新設されたという本罪の立法趣旨に由来している⁽²⁴⁾。

従って本罪では有体物という意味における「物」に対する権利侵害は存在しないことになるが、例えばその客体に対して法益主体がいかなる権利を有しているか、優先的な保護・帰属を主張し得るか、という意味での「物権的なルール」の内容を考慮する必要があるか否かはここでは問題となっていないことに注意が必要である。

3 保護法益論との関係

むしろこの問題は、財産犯の保護法益をめぐり、民法をはじめとする私法上の要保護性が備わっていることは必要か否か、また必要だとしてもいかなる程度においてかという議論に関連している。

従来、A) 刑法は事実上の所持・占有それ自体を保護しており、私法上の

(24) 例えば大塚ほか編・前掲（注3）178頁以下（和田雅樹執筆）、西田典之ほか編『注釈刑法第4巻 各論（3）』（2021年）317頁以下（西田典之＝今井猛嘉執筆）など参照。

要保護性の有無は問題とならないとするいわゆる占有説と、B) そうではなく所有権その他の本権を保護しており、私法上の要保護性の有無に従属するとするいわゆる本権説の対立があるとされてきた。もっとも、今日の多数説は、自力救済が禁止されている以上、一応適法に存在しているとみられる外観があればなお財産犯で保護すべき必要性があるが、まったく無権限で私法上の保護に値しないような占有(例えば、つい先ほど他人の物を奪って逃走中の窃盗犯人が有している「占有」)については刑法上も保護すべきではないと解しており、その意味で基本的に両者の中間に位置し、C) 私法上の解釈として一応紛争の余地がある・ペンディングにしておく利益がある・合理的理由のある占有が保護されるという立場をとっている(合理的理由のある占有説、修正本権説など。出自の細かいニュアンスを捨象して「中間説」と総称されることもある)⁽²⁵⁾。

A) の立場からは、とにかく現在の静的状態・秩序を維持することが必要だとされ、ここでは当事者間における私法上の権利関係は判断される必要がないことになる。刑事判例は従来この立場をとってきたとされ、例えば①窃盗罪に関する最決平成元年7月7日刑集43巻7号607頁、②建造物損壊罪に関する最決昭和61年7月18日刑集40巻5号438頁、③不法原因給付物について横領罪の成立を認めた最判昭和23年6月5日刑集2巻7号641頁などが代表とされる。もっとも、③についてはその後の民事判例である最大判昭和45年10月21日民集24巻11号1560頁により不法原因給付者には所有権が存在しないとされて以降、立件はされていないようであり、既に先例としての意義は失われている⁽²⁶⁾。また①②に関しても最高裁が殊更積極的にA) のような立場を主張しているわけではないという分析もなされており⁽²⁷⁾、実際、私法上の判断を前提とした上で財産犯の成否を検討する傾向

(25) 最近の説明として、橋爪隆「窃盗罪の保護法益について」法学教室429号(2016年)80頁以下、大塚仁ほか編『大コンメンタル刑法[第3版]第12巻』(2019年)260頁以下(佐藤道夫=麻生光洋執筆)、松原芳博『刑法各論[第2版]』(2021年)184頁以下、高橋直哉『刑法の授業[下巻]』(2022年)77頁以下など。

(26) 佐伯仁志ほか編『刑法判例百選Ⅱ各論[第8版]』(2020年)128頁(豊田兼彦執筆)など参照。

(27) 佐伯ほか編・前掲(注26)55頁(上罵一高執筆)、佐伯仁志=道垣内弘人『刑法と民

は強まっているといえる（例えば、誤振込に関し被告人に適法な預金債権が成立することを認めつつ、詐欺罪の成立を肯定した最決平成15年3月12日刑集57巻3号322頁など⁽²⁸⁾）。これらは、学説上上記C)の立場が多数化したことと無関係ではないと思われる。以上のような見地からは、2項犯罪における「財産上の利益」や電子計算機使用詐欺罪における「財産権」についても、この意味での私法上の要保護性が備わっていることが要求されることになる。

4 裁判例の検討

以上を踏まえ、刑事裁判例のうち最も詳細なⅡ3を取り上げて検討する。本判決では、まず暗号資産が「財産的価値」を有することを確認し、しかる後に「支配の形態や保護の態様を踏まえれば」権利性を有しているから246条の2にいう「財産権」に該当する、という論理構成が採用されており、暗号資産それ自体がダイレクトに「財産権」だと述べているわけではないので、客体として財産的な価値（利益性）があることを確認してから、しかる後に主体への帰属を認めるという趣旨であると理解するのが自然な読み方と思われる。以上のような理解は、虚偽の説明によりビットコインを送付させた行為につき、「ビットコインという財産的価値」を騙取した詐欺であり不法行為に該当すると説明する近時の民事裁判例⁽²⁹⁾の用語法とも整合している。

他方、弁護人の主張を排斥する文脈において、本条の「財産権」とは金銭的価値を内容とする権利であれば足り、「物権や債権のみに限られるものではない」と述べられている。もっともここでその両者に属さない利益や価値が具体的に想定されているとまでは考えにくく、教科書等にはあまり積極的に記述がなされていないことからすると、定評あるコンメンタールの記

法の対話』(2001年)146頁以下(佐伯発言)など。

(28) 他の問題も含めた概観として、内田貴ほか編『民法の争点』(2007年)12頁以下(佐伯仁志執筆)。

(29) 例えば京都地判令和3年8月11日LEX/DB25591008、東京地判令和3年9月9日LEX/DB25601958など。

述⁽³⁰⁾を参照しただけのようにも思われる。

またさらに続けて、私法上の性質について議論が定まっていないことをもって本罪による保護の対象にならないという結論が直ちに導かれるものでもないとも述べられており、以上の部分はⅡ2とも共通している。この部分は一見するとA)占有説を前提とした叙述に読めないでもないが、これはそのような強い前提を含むものではなく、少なくとも現状においても法的な保護の必要性が認められること自体については、Ⅲ2で示した通り法的性質論に関するいかなる見解も否定していないわけであるから、先端的な議論の帰趨が定かでないということのみをもって財産犯の成立が否定されるわけではない以上、抗弁として成り立たないという趣旨において述べられたものと解するのが適切であると思われる。

5 法的性質をめぐる議論の検討

以上のような理解から、Ⅲ1、2でみた法的性質をめぐる議論について若干の検討を加えることにしたい。

まず、資金決済法の定義にも示されている通り、暗号資産は「財産的価値」というニュートラルな概念であってそれ自体に権利性が備わっているわけではなく、権利義務関係の「対象」となる利益である。社会の実態を見る限り、暗号資産は通貨のような決済手段としてではなく、投機の対象として用いられているのが現状であって⁽³¹⁾、資金決済法上の諸規制もそのような前提に立った上で行われていること⁽³²⁾、特にビットコインのように国家のような発行主体(価値を保証し、その源泉となる存在)が存在していないものが多くを占めること⁽³³⁾をも勘案するなら、Ⅲ1のうち「通貨」としての性

(30) 大塚ほか編・前掲(注3)180頁(和田執筆)。246条の2における「財産権」につき「金銭的価値を内容とする権利であって、債権、物権等がその典型である」とのみ記されている。

(31) 得津晶「仮想通貨の消費者被害と法的問題」現代消費者法42号(2019年)29頁以下は、もはや賭博でしかないのではないかと疑問を向けている。

(32) 高橋康文編著『新・逐条解説 資金決済法』(2021年)274頁。

(33) 高橋編著・前掲(注32)272頁以下、末廣・前掲(注21)68頁、同・前掲(注14)53頁。網羅的なものとして片岡「再説・仮想通貨の私法上の性質」前掲(注18)13頁

質を強調して財産権であるとする第2の見解には、実情・現行法に調和していない面があるように思われる。また、暗号資産それ自体がダイレクトに「財産権」であるとする部分も、IV 4 でみたような裁判例の用語法に整合しない面がある。

さらに、第3の見解のように、ネットワーク参加者の合意によって性質決定されるとするアプローチには、私法上の性質論としての意義はあるとしても、ややもすると不明瞭さも疑われているそうした概念によって刑法上の要保護性の有無が決定され、処罰の可否が分かれるということになると、罪刑法定主義との関係で問題が生じることになる。この点は、一定の手続が形式的に遵守されていれば刑法上も正当化されたものとして扱う考え方（いわゆる「手続化論」⁽³⁴⁾）の問題性にも通ずる部分があるように思われるが、そもそも国家権力の介入を排除した上で自生的に利用を促進しようとしてきた暗号資産の発達の過程をみるならば⁽³⁵⁾、発行主体のガバナンスの欠如という問題を皮切りとして結局国家による法規制や後見的保護を求めざるを得ない状況に至っているというのは見方によっては背理ともいえるのであって⁽³⁶⁾、このアプローチによって「法的性質」を規定しようとすることには内在的に限界があるように思われる。少なくとも財産犯の処罰根拠を考える刑事法の視点からは、このような理解の採用は困難であるといわざるを得ない⁽³⁷⁾。

以上に対し第1の見解については、対象の有体性の欠如から強い返還請求

以下。第2の見解を主張する論者もこの点の問題性は自覚している（森田・前掲（注14）21頁以下）。

(34) この問題につき、天田悠「刑法における『手続化』論の基礎的考察（1）～（3）（完）」香川法学39巻3・4号（2020年）39頁以下～同40巻3・4号（2021年）101頁以下、同「背任罪における任務違背行為と『手続』の履行」『高橋則夫先生古稀祝賀論文集〔下巻〕』（2022年）417頁以下参照。

(35) 加毛明「デジタル・トークンと法」金判1611号（2021年）6頁以下など参照。

(36) この問題につき、小塚荘一郎「仮想通貨に関するいくつかの『大きな』問題」法律時報89巻11号（2018年）1頁以下。

(37) 得津晶「日本法における仮想通貨の法的諸問題：金銭・所有権・リヴァイアサン」法学81巻2号（2017年）99頁以下は、倒産隔離効の問題を考えればネットワークに参加している取引当事者のみならず「取引当事者の債権者」も含まれることになる点を指摘して、当事者間の合意のみで権利関係のルールを説明することには無理があるとする。

権を認めることには解釈上無理があるとする批判がなされている。しかし少なくとも電子計算機使用詐欺罪をはじめとする無形の財産的利益を客体とする各罪の解釈論においてはもともと対象の有体性は問題となっておらず、これまでに述べてきたように、むしろ無形の利益を事実上保持していることに対する私法上の「裏打ち」、要保護性の有無こそが問題となっている。このような見地からは、上述した通り、客体とその要保護性の問題を適切に区分した上で、当該利益に対する優先的帰属(例えば返還請求権など)を認められるだけの関係があるか否かを、既存の物権変動のルールを適宜参照しつつ検討するというアプローチには魅力があるように思われる⁽³⁸⁾。ただし、(M社がそうであったように)交換業者の側において自身の財産と顧客から預かった暗号資産や金銭の分別管理がなされていなかった事案も存在していたこと、今日では資金決済法63条の11によりこれらの分別管理が交換業者に義務付けられたものの⁽³⁹⁾、他方で個別の顧客の暗号資産相互の間の厳密な分別までは要求されているわけではないため⁽⁴⁰⁾、この種の場合にそもそも「預かった分」といういわば数値上・帳簿上の把握のみで特定可能といえるかについても議論の余地があることなどを踏まえると、實際上、個別の被害者毎に対象となる範囲を特定してこのような帰属の有無を考えることが可能かについてはなお不透明な部分が残されている。実務上は特に破産事案における倒産隔離効や取戻権をいかにして基礎付け、機能させ得るかが難問として立ちはだかっている⁽⁴¹⁾⁽⁴²⁾。

(38) 預金を対象とした私見として、照沼亮介「預金口座内の金銭の法的性質(4・完)」上智法学論集58巻2号(2014年)69頁以下。

(39) 違反した場合には同法108条3号により処罰の対象となる。

(40) 堀天子「暗号資産交換業者に対して暗号資産を預託した場合の法律関係の総論」金判1611号(2021年)42頁、43頁、小林信明=武内齊史「倒産時における暗号資産の取扱いと具体的対応」同68頁。

(41) 例えば、西村あさひ法律事務所編・前掲(注15)861頁以下(芝執筆)、加毛・前掲(注14)30頁以下、32頁以下、岩原紳作『商事法論集Ⅲ 金融法論集(下)―信託・保険・証券』(2020年)515頁以下、堀・前掲(注40)41頁以下、小林ほか・前掲(注40)67頁以下などを参照。

(42) なお、諸外国においても暗号資産の法的性質については議論がなされているものの、未だに明確な位置付けが与えられているとはいえない状況のようである(西村あさひ法

V 立法による保護の可能性

この問題は結局、対象の有体性を前提として組み立てられた及び所有権概念、及びこれを前提とする「所有権」侵害罪としての財産犯を中核とする現行法の限界を示すものでもあり、そのような視点から刑事法上も立法による対処が必要であるとする主張も既に示されている⁽⁴³⁾。最後にこの問題について可能な範囲で言及しておくことにしたい⁽⁴⁴⁾。なお、財産的価値の保護という見地からのみ検討を行い、資金決済法 107 条以下のような一般的な業

律事務所編・前掲（注 15）847 頁注 30（芝執筆）、森下・前掲（注 10）247 頁以下など参照）。性質決定に関する議論は国際的に平仄の合う形でなされるべきであるとする主張もあるが（久保田・前掲（注 12）147 頁）、そもそも「所有権」概念に関してですら各国の間で理解が様々に分かれていることをも想起するとき、現実的にはそのような見込みは乏しいように思われる。

以下、ごく簡単にドイツ刑法上の財産犯規定による暗号資産の保護の可能性について記しておけば、まず日本と同様、財物は有体物に限定されると考えられており、財物罪の適用は排斥される。他方、無形の財産上の利益に関しては、恐喝罪（253 条）、強盜的恐喝罪（255 条。わが国における 2 項強盜罪に相当する）、詐欺罪（263 条）、背任罪（266 条）のほか、本稿の対象である電子計算機使用詐欺に相当する行為についてはコンピュータ詐欺罪（263 条 a）の適用があり得る（差し当たり、Rudolf Rengier, *Strafrecht Besonderer Teil I*, 24. Aufl. 2022, S. 338 ff.）。本罪における「財産上の損害」については詐欺罪等と同様の議論が妥当するとされるが、そこでいう「財産」の意義に関しては大まかにいえば経済的な価値の存在と法的な要保護性の存在とが要求されている。以上を踏まえれば、暗号資産についても金銭的価値を有しており法的保護を受けていることからして（Vgl. BGH 27.7.2017, NSz 2018, 401）、上記の各罪における保護の対象とすることが可能であろう（Roland Hefendehl, in: *Münchener Kommentar Strafgesetzbuch Band 5*, 4. Aufl. 2022, § 263 Rdn. 615 f.）。

- (43) 品田智史「金銭に対する横領罪について」『高橋則夫先生古稀祝賀論文集〔下巻〕』前掲（注 34）416 頁。
- (44) もっとも、資金決済法改正により業法としての規制が及ぼされたことをとらえて「仮想通貨を奨励しているかのようなメッセージが社会に醸成されてしまったのであれば、そちらの方が問題である」とし、「そもそも法規制をせず、法の支配の及ばない『危ない領域』だと思ってもらった方がよいのかもしれない」とする見解もある（得津・前掲（注 31）30 頁）。確かにそのような側面もあることは否定できないが、暗号資産自体の財産的価値に加え、ブロックチェーン技術の発達に伴い多様なサービスが今後もさらに増えていくであろうこと（それが社会の発展をもたらす可能性もあること）を勘案するならば、やはり適切な法的保護のあり方を探究していく必要性は高いと思われる。

法としての規制⁽⁴⁵⁾や、コンピュータデータの機密性に対する保護⁽⁴⁶⁾の問題は射程外とする。

まず法的性質をめぐる議論の検討を踏まえつつ、暗号資産のような客体が保護の対象となりうるのかを再確認しておく必要がある。以下では、①利益性の有無(財産としての適格が認められるか)、②移転性の有無(他者に引き渡すことを観念し得るか)、という指標を用いて論じることしたい⁽⁴⁷⁾。

まず①に関しては、資金決済法上の定義や、これまで判例・学説の議論を通じてみてきた実態を踏まえるならば、暗号資産には保護に値する経済的価値が備わっていることは明らかである。その上で、よほど問題のある運営主体や取引当事者が介在している場合でない限り、通常は私法上の要保護性をも認め得るであろう⁽⁴⁸⁾。厳密な意味での私法上の性質決定にお課題が残されているとしても、それを法的保護の対象とすること自体には支障はないと解される⁽⁴⁹⁾。以上の点は、暗号資産に類似する他のトークンについても基本的に同様に考えることができるように思われる⁽⁵⁰⁾。そして②に関しても、資金決済法上、秘密鍵とアドレスを用いて特定数量の暗号資産を排他的に管理している者が、その状態を他者に引き継がせる＝移転させることが可能であるという理解が前提とされている。事実上はブロックチェーン上の数字・記号の羅列が変化するだけであるとしても、その変化によって対象の移転・権利関係の変動として評価することができるという点は振込取引等の場合と変わるものではないため⁽⁵¹⁾、同様に肯定できると考えられる。これらの検討を踏まえ、有体性を欠いているとしても、なお権利義務の対象となるとい

(45) 内容については、高橋編著・前掲(注32)275頁以下など参照。

(46) この問題につき、西貝吉晃『サイバーセキュリティと刑法』(2020年)参照。

(47) これらについては、照沼・前掲(注1)7頁以下、14頁参照。

(48) 加毛・前掲(注14)26頁は、ガバナンスに問題が存在する場合に保護の必要性を否定する余地があるとする。

(49) 信託法上は、金銭的価値があり委託者の財産と分別可能であれば、物権か債権かといった点の確認を要せず信託財産として扱うことができるとされている。

(50) 暗号資産と他のトークンの区別については、河合健ほか編著『暗号資産・デジタル証券法』(2020年)33頁以下(陳嘉洲執筆)が参考になる。

(51) 最近の解説として、千葉恵美子「預貯金口座に対する払込みと弁済(応用編)」法学セミナー806号(2022年)83頁以下。

うことを明文で規定しておくことが好ましいであろう。

次いで、いかなる行為態様が処罰の対象とされるべきかについて考えてみる。この点、刑法典の財産犯規定における主な態様を整理するならば、領得罪としては①窃取、②詐取⁽⁵²⁾、③喝取、④強取、⑤横領があり、毀棄罪としては⑥損壊（判例によれば効用喪失）があり、さらにこれら双方を包含する形での⑦任務違背行為といったものも存在する。暗号資産が無形的利益であることを念頭に置いた上でこれらを手掛かりに考えてみると、上述のような移転性が存在することを踏まえるならば、領得意思をもって不正に移転させた場合、無形の利益を対象として①～⑤の行為を行ったと評価することが可能である。ただし①⑤については一般的な利益窃盗・利益横領不可罰の原則との関係をどう考えるべきかという問題が残り、この点を重視するなら②～④の態様に限定して立法化するということが考えられよう⁽⁵³⁾。他方、領得意思を有さない⑥に関しても器物・建造物損壊罪としては有体物のみが対象となっている関係で検討の余地がある。もっとも、⑦との関係で、現行法の背任罪の中に「無形の利益」を客体とする「毀棄・隠匿」行為が既に処罰対象として含まれている⁽⁵⁴⁾。仮に暗号資産交換業者を事務処理者類似の主体とみるならば、こうした者に限定する形で、領得意思の存在が認められない不正流出などの行為につき⑦を処罰対象とすることが考えられよう⁽⁵⁵⁾（「財産上の損害」の発生を別途要するかという問題は残る）。

ただし、ここまでの検討で気付くのは、暗号資産の場合、そもそも財物でいうところの「占有」に相当する状態が誰に・どこに認められるのかという問題である。金銭をはじめとする有体物については、(1) 法益主体 A に事

(52) なお、電子計算機使用詐欺については固有の論点が存在するものの、本稿では差し当たりここに含めておくこととする。

(53) 盗品等関与罪に相当する規定を設けるか否かに関しても、基本的に同様に考えられると思われる。

(54) この点につき、照沼・前掲（注1）9頁注28。

(55) この発想を推し進めていくと、交換業者の管理上の問題によって不正流出が生じた際、業者にプラットフォームとしての責任を問うという方向性にも至り得る。この問題につき、品田智史「プラットフォームビジネスと刑法学」法律時報93巻12号（2021年）93頁以下参照。

実上の支配が認められるときにこれを侵害すればAに対する①窃盗罪の問題となる。そうでなくAが他人Bにその管理を委ねている場合には、(2) 第三者CがBの支配を侵害したときにはBに対する①窃盗罪の問題となるが、(3) Bが自身の事実上・法律上の支配下にある財物を取得した場合にはAに対する⑤横領罪(及び⑦背任罪)の問題となる、という形で区別がなされてきた。この点、暗号資産の場合には、暗号資産の保有者が自ら秘密鍵とアドレスを用いて管理下に置いているケースと、交換業者等が委託されて顧客の暗号資産を管理下に置いているケースとが考えられる。上記に対応させるということであれば、(1)(2)のように直接の管理者から不正に取得する行為(②~④)と、(3)直接の管理者自身が主体として不正に取得する行為(⑦)とを切り分けて規定することになろう。もっとも、暗号資産の「占有」それ自体がそもそも規範的・観念的なものでしかないことに鑑みると、そもそも両者をあえて別罪として扱うべきなのか、同種の犯罪の別個の行為態様として包括的に規定した方がよいという考え方もあり得るかもしれない。しかし上記の通り、直接の管理者から侵害する②~④の行為と、管理者自身が主体となって侵害する⑦の場合とを書き分けつつ、後者の任務違背性を考慮してそれなりに重い法定刑を用意するという方策がより明快であり、好ましいように感じられる。

最後に法定刑については、基本的に上記②~④及び⑦に相当する各罪に対応した重さとするのが考えられる⁽⁵⁶⁾⁽⁵⁷⁾。被害が莫大な金額に上りがちな

(56) 西村あさひ法律事務所編・前掲(注15)887頁(芝執筆)は、少なくとも窃盗罪や電子計算機使用詐欺罪と同等の財産犯としての保護を及ぼすべきだとする。

(57) もっともより根本的には、現行法の窃盗罪における法定刑の上限が懲役10年とされているもの実際にそのような上限付近の科刑がなされることはほとんど見受けられないところ、新規の刑事立法に際してこの部分がしばしば不動の前提・基準であるかのようには扱われることには疑問の余地がないではない(団藤重光『刑法綱要各論[第3版]』(1990年)578頁以下参照。著作権侵害罪に関しこの点を問題視するものとして中山信弘『著作権法[第3版]』(2020年)800頁以下)。

そもそも旧刑法366条では窃盗の罪につき重禁錮2月以上4年以下とされていたが、それ以外にも態様や被害額によりさまざまに細分化された上でさまざまな法規が存在していたため、現行刑法制定時にこれらの諸規定を一本化する形で裁判所に裁量の余地を広く認める形式にすることが意図されていた(例えば、大塚ほか編・前掲(注25)352

ことや流出した場合の追及が困難であることなどを考慮して根本的により重い法定刑を設けることも考えられないではないが、不正アクセス等の規定による処罰も別途想定されること、財産侵害としての性質やそれに対する評価を明確化することを重視するならば、基本的には上記のような方向で考え、必要に応じて罰金刑を追加・加重するなどの形で対処すべきではないかと思われる。

(本学法学部教授)

頁以下〔川合昌幸＝西森英司執筆〕参照)。しかしなぜ上限をここまで重くする必要があったのかについては必ずしも明らかでない。司法省の刑法改正審査委員会・法典調査会における検討内容（明治25年～明治33年）、及びその成果である明治28年「刑法草案」の第294条、明治30年「刑法草案」の第298条、明治33年「刑法改正案」の第281条及びその理由書、明治35年「刑法改正案」の第272条及びその理由書で、それぞれ窃盗罪を懲役10年以下とすることが提案されているが、これらの過程においても、またこれを受けた第15回帝国議会における審議内容（明治34年）、第16回帝国議会における審議内容（明治35年）、ひいては最終的な第23回帝国議会における審議内容（明治40年）に至るまで、確認できた範囲ではこの点に関する明確な説明や議論がなされた形跡は見当たらない（内田文昭ほか編著『日本立法資料全集21 刑法〔明治40年〕（2）』（1993年）218頁、580頁、582頁、同『日本立法資料全集24 刑法〔明治40年〕（4）』（1995年）146頁、147頁以下、546頁、665頁、同『日本立法資料全集27 刑法〔明治40年〕（7）』（1996年）216頁。なお、松尾浩也増補改題・倉富勇三郎ほか監修『増補刑法沿革総覧』（1990年）1192頁）。

その後の改正刑法草案をめぐる議論においては、同草案第321条に加重窃盗罪を置き、法定刑を懲役1年以上10年以下とした関係で、通常の窃盗罪にあたる第320条について上限を7年に引き下げてはどうかという主張もなされたが、最終的には10年以下ということにされている。この間の経緯につき平場安治ほか編『刑法改正の研究2 各則』（1973年）106頁以下（藤木英雄執筆）、法務省刑事局編『法制審議会 改正刑法草案の解説』（1975年）319頁以下参照。