

Title	ウォルフガング・ナウケ 著 『詐欺論』
Sub Title	Wolfgang Naucke : Zur Lehre vom strafbaren Betrug, 1964
Author	宮沢, 浩一 (Miyazawa, Kōichi)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1966
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.39, No.4 (1966. 4) ,p.106- 111
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	紹介と批評
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19660415-0106">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19660415-0106</a>

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

## 紹介と批評

Wolfgang Naucke,

## Zur Lehre vom strafbaren Betrug.

Ein Beitrag zum Verhältnis von Strafrechtsdogmatik  
und Kriminologie, 1964, 259 S.

ウォルフガング・ナウケ著

『詐欺論』

## 一、著者について

本書の著者ウォルフガング・ナウケは、キール大学のヘルムート・マイヤー教授の愛弟子である。一九三三年の生まれであるから、本年とつて三三歳の若い学者である。その略歴と現在までに発表された著作は、さきに発表した「西ドイツ刑法学の現状」(本誌三八巻八号二二頁)に詳しく書いたから、御参照願いたい。

ナウケの学生生活は大へん多彩であつて、キール大学から、スイスのローザンヌ、イギリスのグラスゴウの諸大学に学び、視野を広めたものようである(一九六五年一月一九日附の私信による)。

キール大学に帰つて、マイヤー教授のもとで研究生活に入り、学位を取得したのは一九五九年である。論文は「Kant und die psychologische Zwangstheorie Feuerbachs, 1962. Nr. 3. Kieler Rechtswissenschaftliche Abhandlungen」である。

この著書で、ナウケはカントとフォイエルバハの当該著作を丹念に読み、その両者の相関点を克明に分析し、フォイエルバハの心理強制説がカントの哲学に密接な依存関係をもち、その法と道徳に関する所説の大きな影響下にあることを具体的に証明しようと試みたものであつて、全体として見るならば決して派手な議論を展開してはいないが、堅実な学風を感じさせる作品と評しう。

その後、さらに研鑽を重ね、五年の後に、即ち三一歳のときに教授資格請求論文を提出して私講師となり、間もなく同大学の正教授に迎えられる。ドイツの大学の慣例によれば私講師となつた大学で直ちに正教授に任命されることは稀であつて、他の大学から招聘されることなく長いことそのまま居続け、員外教授となる以外には、一度は他大学に移つて後、招かれてもどることを常とする。ナウケの場合は、キール大学の刑法主任教授マイヤーの定年退官と殆んど時を同じくしていたという事情もあるが、その力量の評価も高かつたのであらうと推測される。

そして、この推測の材料が、ここに紹介をしようとする教授資格請求論文「詐欺論」である。正しくは「可罰的詐欺に関する研究」である。この表題に、実は著者の意図がうかがわれるのであるが、これについては後に述べよう。本書は、マイヤー教授の編集して居る

Kriminologische Forschungen, Bd 3, 1961. として公刊された。

ついでながら、マイヤー教授の育てた弟子は、現在までナウケの他に三人居り、現在フランクフルト大学正教授であるゲールス（キール法学叢書第二巻の浩瀚な著書Zur Lehre von der Konkurrenz, 1961で知られている。前出、西ドイツ刑法学の現状八八頁以下参照）、現在キール大学私講師であるヘルマー（刑事学研究第二巻の Der Gewohnheitsverbrecher und die Sicherungsverwahrung 1934—1945, 1961で知られている。前出、西ドイツ刑法学の現状九四頁以下参照）の他、一九六五年夏学期にクラウゼ（Krause）が私講師に就任したという。資格論文の公刊はまだされていないようである。なお、キール大学には、一九六五年夏学期からエルランゲン大学のブルンスの弟子であるシユミット（Werner Schmidt）が正教授として招聘され、刑法第二講座を担当しているという。

## 二、本書の構成について

本書はその副題にも示されている通り、詐欺の研究を手がかりとして、いわゆる「刑法理論学」と刑事学との関係について一つの寄与を試みたものである。

従つて、その第一章では「理論学」と刑事学との関係についての議論の展開過程が論じられている。ここでは、この問題を提起したイタリーの実証学派の見解、それを継承しさらに展開したV・リスト、及びその後の議論の進展（？）について論じる。その論述の中では、これらの議論の背後にあるもの、つまり刑事学に特有な犯罪

概念の意義や内容の説明がなされ、それに続く世代の考と方の展開過程が描かれている。著者によれば、刑事学と刑法理論学とが有機的な関聯をもちえなかつたのは、結局イタリー実証主義のテ・セの一面性、特に社会的危険性の概念を一面的に強調したことにある。著者は、この両者を密接な関係に置くために一般予防と刑事学と刑法理論学の三者の相関性を重視するべきことを強調するのである。

第二章は詐欺論の法制的、学史的な展開過程を究明する。この章の論述自体は、比較的簡潔な筆致で書かれているが、詐欺罪のごとく、他の犯罪構成要件との限界づけが困難な罪質を有する類型を研究する態度としてはこのような歴史的考察は不可欠であり、ナウケは当該時代の文献にもよく当たつている。即ち、一八・九世紀の文献を可能な限り渉猟して、普通ラント法、一八四三、四五、四七年の諸刑法草案審議の経過を略述した後に、一八五一年のプロイセン刑法第二四一条以下の詐欺の規定を紹介する。さらに、プロイセン高等裁判所の判例を検討した後、当時の代表的な理論家であるケストリンとメルケルの議論をも紹介している。次いで、北ドイツ聯邦刑法の詐欺罪の規定がライヒ刑法典（現行刑法典）の規定に拡張されるまでの間の移行段階に位することを指摘している。

第三章は詐欺の理論を検討するために重要な刑事学的のデータをを用いて経験科学的な議論を展開している。ここでは詐欺犯罪の警察統計、その暗数、詐欺罪の量刑を論じ、現行法上の詐欺行為（その現実的適用の際にしばしば見られる、処罰に値しない現象形式を含む）、その行為者（累犯的行為者、慣習的詐欺犯人等）について、特に、一

般予防と詐欺の処罰の意義を中心にして論定する。つまり、詐欺に対する現行法の処罰規定はそれ自体として刑法の道徳形成力をもつか否かが検討されている。

第四章では、現行法上の詐欺罪の構成要件が基本法第一〇三条二項の規定上許されるか、つまり、詐欺罪はこれを処罰するためにあらかじめ法律上明定さるべしとする憲法上の要請にかなつていないか否かの検討がなされている。特に、刑事政策的な一般予防の見地と、詐欺罪が法律上明定され解釈上も基本法の根本思想に反するルーズな適用がなされているか否かを比較し、さらに、今日大いに議論をよんでいる不作爲犯論と関聯せしめて論じている。

第五章は一九六二年刑法改正草案における詐欺罪の規定の批判に当てられ、刑法改正大委員会における議事録、公表された論説等にもとづき、同案第二五二条以下のもつ問題性を細かく分析し、結びとして自己の改正案を提示している。

### 三、本書の特色について

本書はすでに述べたように、非常に多岐、多彩な内容をもち、詐欺罪について沿革史的考察と経験科学的考察という多面的な研究方法を応用したものである。特に理論刑法学と刑事学との関聯性について刑事学は①刑法理論上の成果に基づく処罰が、いかなる事実上の効果をもつかを検討し、それを当罰性の概念でもつて評価し、逆に理論をその尺度から再評価する。又、刑事学は②理論が探究した処罰の要件がどの程度まで一般予防の基礎として適當であるか、つ

まり威嚇力があり道徳を形成する力があるかを検討する必要があるという。

学説史及び沿革史的考察は、詐欺罪を構成する多様なメルクマーとその成文化の過程を究明することに資するものであり、現行法の文言が妥当であるか、現実を把握するのに適切であるかを摘示するのに重要である。

この部分についての著者の試みはかなり成功していると思われる。つまり、一八三三年までの詐欺罪の構成要件化は普通ラント法の強い影響の下にあり、偽造罪との区別がまだ不明確であつて、むしろその多くが偽造罪に吸収されて居た。一八四三年のプロシア刑法においてはじめて、一般的かつ包括的な詐欺罪の構成要件をもつにいたつた。但し、刑法を立法する審議過程では契約上の詐欺とか些細な詐欺を処罰する規定を設ける必要はないという結論になつた。もつとも詐欺の理論的根本構造と他の偽贖的行為との限界が不明であつて、その内容は法律の歴史的意義や刑事政策的な基本態度の研究と併せ考へてはじめて理解しうる複雑な構成要件となつた。等々の事実が明らかにされている。

又、本書の特色は現行法適用の際の不安定さ、特にその際限のない拡張ぶりに対し鋭い批判を向けている点にもある。それというのも現行法の規定が多義的な文言をもつているからであり、実務が当罰性のないものを処罰しようと努めるからでもある。特に「損害」の概念、「虚偽の事実」の場合の「事実」、「錯誤をよび起し又は持続させ」の場合の「錯誤」といつた概念は殆んどやむやになつた

程広く解せられているのが現実である。以上要約したように、詐欺の概念は記述的概念から規範的概念に変容せしめられたのであるという実態がその詳細な論述によつて明示された。

現在の実務では現行法の立法者が殆んど予想もしなかつた事案、無銭飲食や無銭宿泊、割賦販売のこじれとしての詐欺、無賃乗車、自動販売機の不正使用等も第二六三条で処罰して居るといふ事実が指摘されている(第三章二二節)。著者はこのような傾向について刑事政策上の要請が詐欺の理論をその本来の限度をいぢるしく逸脱させたのであると批判している。

次に、比較的詳しく、ボン基本法との關聯性について言及されていることに注意したい(第四章)。つまり、右にのべたような「詐欺概念」の際限のない拡張は、はたして「法律的な規定性」を要請している基本法第一〇三条二項に違反しないか。他方、刑事政策上の要請がたとえ詐欺罪の実定法化の底流をなしているとしても、それを積極的に文言化することは困難ではないか、という。勿論、だからといって、実務が不確定な内容の文言に刑事政策的な要請をこめることは許されない。ことに、民事關係に不必要な介入をし、本来当罰性のない筈の態度に処罰の領域を拡張することは望ましくない、という。これはドイツの学界、実務界に強い、いわゆる「何でも処罰する (Vasstrafen) 態度」から見れば異端者の議論ではあるが、我々には共感をよぶところである。

すでに右で若干紹介した著者の試み、即ち、刑事学の素材を詐欺の規定を考へる上で何とか生かそうとする意図は、正しい志向であ

ると思う。事実としての犯罪現象の認識に立脚しない条文化などは意味がないし、この点で第五章の刑法改正大委員会の審議の際にされた発言に対しては、かなりきびしい批判が加えられている。

最後に、著者は真に当罰的な詐欺の類型を構成要件化するには、現行法も、一九六二年草案二五二条以下も不適切であるとし、その対案として一八五一年のプロシア刑法の規定の体裁に近い自己の案を提示している。即ち、「自己又は他人に違法な財産的利益を供する目的をもつて、明示的又は間接的説明において、特定の、不真実で事実に関する言明をなし、それによつて他人に錯誤をひき起し又はそれを持続させることによつて他人の財産に損害を加えた者は、詐欺のかどで処罰する……」という。

#### 四、本書の評価について

たしかに、立法者は新しい刑法を創造しようとするとき刑事学が残した業績を立法化に役立てることを怠つてきたし、それと真剣にとり組もうとする気持よりは、むしろ「事実学」と「規範学」との職分の区別(これは存在と当為は違うという考え方に立脚している)に拘泥して、これまで比較的敬遠してきたむきがあることも事実である。その意味で、経験的な研究が刑法理論や刑事立法にいかにか寄与するか、両者の有機的關聯づけの在り方いかんという点を追及した著者の努力は充分評価されなければならない。又、学説史的、法制史的な考察を加えたことでこの「可罰的な詐欺」の研究は、厚みと幅をもつたことも事実である。

現在の判例の傾向が行きすぎた概念の拡張を生み、しかもそれを許している契機が実定法の文言自体の中にあるにも拘らず、将来の刑法の立法者は依然として「現実」の「素材」に立脚しない、觀念的な議論、或いは「従来の文言の言い廻しの上での変化」だけに終始しているといった批判は我々にも耳を傾けさせる説得力をもつことも事実である。

さし当つて、氣のついた二、三の点をあげておくならば、不作為による詐欺について私は論者の立場には同意出来ない。周知のように不作為犯論は現在の西ドイツ刑法学の一つの焦点である。理論上それが問題となるのは目的的行為論の体系にこの概念をどのよう位置づけうるかといった点にあり、他方、実務上は「作為」を予定した行為類型を「不作為」で犯すという形をとる「不真正不作為犯」が、実定法上の規定性と相容れないのではないかという点で問題を残しているのである。

私はアルミン・カウフマン(Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte 1959 S. 261. 280 f. usw. do; Methodische Probleme der Gleichstellung des Unterlassens mit der Begehung, Jus. 1961, S. 173 ff.)やゾルネー・フント(Zur gesetzlichen Regelung der unechten Unterlassungsdelikte ZStw. Bd. 70, 1958, S. 412 f. u. 416 f. do; Bedeutung und Begründung des Satzes, nulla poena sine lege, ZStw. Bd. 76, 1964, S. 1. ff.)を中心としたホックステルン(Betrug verübt durch Schweigen, Schmidt-Frisch 1961 S. 347 ff.)やトーマヤー(Strafrech. Allg. Teil, 1953, S. 119f.)<sup>\*)</sup>としてその立場を肯定するナウケ等の不作為犯論<sup>\*)</sup>殊に、不作為行為

を特に改めて実定法上、個別具体的に記述する必要があるとする考え方は法律解釈の本質を誤解しているものと考える。何故ならアルトール・カウフマンがいつているように、類推は法律的思考の本質をなすものであつて、「事物の本性」を触媒とし(カウフマンはこれに類型; Typusを用いる)、実定法規と事実とを類推的に関聯づけ、「法を見出す」ことこそ、法律的思考の本質をなし、その方法の本来の在り方にかなうと言へるからである。アルミン・カウフマンやグリューンワルトの立場は、「過去の法実証主義の時期遅れの開花」であるといつてよい(Arthur Kaufmann: Analogie und „Natur der Sache.“ Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus, 1965 S. 41f.)。この点で、大いに批判の余地を残している。

さらに、著者は「一般予防」と「刑罰の道徳形成力」を強調しているが、彼自身の提案する規定が若し実現するとして、はたしてそれは今日の実務が直面し、何等かの手をうたなければならぬとされている、新しいタイプの詐欺の形体に対して有効かつ適切な對抗手段であるといえようか。ドイツは起訴法定主義の立て前をとつて居り、検察官が起訴猶予を行う余地は極めて少いのであるが、このようなところで、何等処罰の可能性のない実定法が与えられれば、結局裁判所としては、その文言を解釈によつて拡張ざるをえないのではないか。若しそうだとすれば、提案されたような案は余り現実性をもちえないのではないか。論者が再三にわたつて強調する「一般予防的な効果」をナウケ案自体に期待しうるかどうかは疑問である。最後に、刑事学と刑法理論の関係であるが、私にはナウケの言う

「刑事学」が、まだ古典的な刑事学の域にとどまっているとと思われる。もう少し、一人間関係の「刑事学」或いは「多元的社会の刑事学」を志向しなければいけないのではないか。つまり、一般予防とか当罰性とかいつた概念に拘泥している以上は、その種の刑事学に現実を直視し、それと対決する役割を期待しえないと考える。

勿論、ナウケがこの論文を提出したときには、師マイヤーの刑事学についての見解の拘束下にあつた。もつともマイヤーはかつてのように、刑事学の精神科学性を強調する立場 (*Kriminalpolitik als Geisteswissenschaft*, ZschrW. Bd. 57, 1938, S. 1 ff.) をすつて「自然科学の諸分野の成果をとり入れようとする立場 (*Strafrechtsreform für heute und morgen*, 1962, *Kriminologische Forschungen*, Bd. 1 S. 6 ff.) をとつてはいるものの、その刑事学的思考には限界がある。ナウケの著書にはマイヤー教授に対する遠慮がうかがわれる。要するに師の説を多く引き合いに出して論じなければならぬところが、本書に現われた限りでのナウケの「刑事学」の限界といわなければならぬ。しかし、彼自身、イギリスに学んだ経験もあることだし、アメリカの社会学について知識はもつている筈であり、それと対決する以上は、動的に発展し、多様な考え方、多元的な価値感に分裂した現代社会の変遷に対する感覚をもつて、刑事学を考えなければならぬ筈である。

この点からして、ナウケの本来の考え方、その本領の發揮は、彼自身が一人立ちした今後の作品に現われるものと期待してよいであらう。又、ナウケの学風は資料を厳密に検討するという点にあるか

ら、刑事学の趨勢をふまえた上で必ずや国際的な視野に立つてものを考えてゆくに相違ないと考える。

マイヤーの支配領域をはなれ、ナウケが真に心の中に暖めていたテーマを吐露する日を私は待ちたい。そのような可能性があり、それを行うに十分な力量を持つ人であると私は信じて疑わない。

なお、本書に対する書評は、現在までのところ *Christian Helfer* が *ゴルトダンマー* 刑法雑誌一九六五年九月号二八八頁で簡単に行つたものが目についたにすぎない。

一九六六・二・二〇稿 (宮沢 浩一)