

ドイツ判例に見る背任罪の故意

Untreuevorsatz in den deutschen Rechtsprechungen

菅 沼 真 也 子*

目 次

- I. はじめに
- II. 日本における背任罪の故意について
- III. ドイツにおける背任罪の故意に関連する理論状況
 - 1. 利得意図 (Bereicherungsabsicht) と未必の故意
 - 2. 直接的故意と未必の故意
- IV. BGH 判例における背任罪の故意
 - 1. BGH 判例の展開
 - 2. 近年の BGH 第 1 刑事部と第 2 刑事部の見解の対立
- V. 検 討
 - 1. 第 2 刑事部の見解に対する評価および批判
 - 2. 第 1 刑事部の見解に対する評価および批判
 - 3. 検 討
- VI. おわりに

I. はじめに

背任罪は、行為者の主観面として、故意と図利加害目的を必要とする。もともと、背任罪の主観的要素に関するわが国の議論状況を見ると、図利

* 中央大学大学院法学研究科博士後期課程在学中

加害目的が中心的な議論の対象となっているのが現状であるように思われる。これは、図利加害目的が背任罪に特有の要件として条文上明示されており、その他の財産犯とは異なる要件であるために、特別の主観的要素としてその内容を特に定義づけることが必要であるからであろう。

判例においても、行為者の主観面を認定する際に、故意に言及することなく図利加害目的を判断しているものが多く見られる。たとえば、東京相互銀行事件¹⁾、および平和相互銀行事件²⁾では、ともに、第三者に利益を与え銀行に損害を加える認識・認容があり、かつ、銀行の利益を図る目的がなかったことをもって、第三者図利目的と加害目的を肯定している³⁾。また、イトマン事件⁴⁾の原審は、被告人の図利加害目的を認める理由として、自己・第三者図利目的と「表裏の関係をなすものとして」本人への財産上の損害の認識、認容があったことを挙げており、これに対して、上告趣意で、故意と加害目的を同一視する解釈は誤りであると弁護士から主張されたが、最高裁は、「表裏の関係をなすもの」という表現は用いていないものの、本人への加害についての認識の有無に言及することなく、加害目的を認定している⁵⁾。このように、図利加害目的について判示された判例の傾向をみると、最高裁は、財産上の損害の故意と図利加害目的はほとんど重なるものと考えているように思われる。もっとも、図利加害目的は主観

1) 最高裁昭和63年11月21日決定(刑集42巻9号1251頁)。

2) 最高裁平成10年11月25日決定(刑集52巻8号570頁)。

3) これらの判例については、図利加害目的について消極的動機説に立つことが明示されているものと理解されている(佐伯仁志「判批(最高裁平成10年11月25日決定)」ジュリスト1232号194頁以下他)。

4) 最高裁平成17年10月7日決定(刑集59巻8号779頁)。

5) 上嶋一高「判批(最三小決平成17年10月7日)」ジュリスト1372号190頁。上嶋は、「(原審のいう)『表裏の関係』は、……自己・第三者図利動機があるときには、会社に対する財産上の損害の認識、認容を認めてよいとするのであれば、理論的に問題があろう。……自己・第三者図利動機とともに、本人図利動機が存在することもあり、そのような場合には、図利加害目的にいう加害の認識がなく、加害目的は認めるべきではないからである。」と指摘している。

の違法要素であって、故意とは別個の要件であるため、まず第一に、行為者に故意があることが認められる必要がある。財産上の損害についての認識・認容は、故意を肯定するために必要な要素であって、このような認識があったからといって、図利加害目的が認められるわけではないと考えられうるからである。その意味で、背任罪においては、図利加害目的と故意との関係が問題となる。

近年、ドイツでは、どのような認識・認容があれば財産的加害の故意があるといえるのか、という点について、BGH第1刑事部と第2刑事部が、これを損害概念と関連付けて、故意の認識内容についてそれぞれ異なる見解を示したことによって、背任罪の故意に関する議論が活発になっている。すなわち、ドイツの判例理論では、是認（Billigung; In-Kauf-Nehmen; Ernst-sich-Abfinden）という要素が故意の意思的要素として必要とされているところ、背任罪における損害概念との関係で、行為者にどのような認識があれば、結果に対する是認があったといえるのか、ということが問題になっているのである。

これは、わが国の背任罪でも同様のことが当てはまるといえよう。わが国の背任罪では、図利加害目的があることが要件とされている点でドイツとは異なるが、背任罪の故意として必要な要素はなにか、つまり、ドイツにおける議論と同様に、行為者に財産上の損害が生じることの認識があったといえるためには、行為者が損害の発生についてどのような範囲で知っていることが必要か、ということは、考えるべき問題として残っている。

本稿では、特に銀行の融資や企業の資金利用が問題となったドイツの事例を参考にして、これまでのドイツにおける背任罪の主観的要素に関する判例、ならびに近年の第1刑事部と第2刑事部の対立が明らかとなった判例を列挙し、背任罪の損害概念と故意に関するドイツの理論状況を概観して、背任罪の故意について、どのような損害概念、および、どのような財産上の損害に対する認識が必要なのか、という問題に関して、参照すべき点を検討する。

II. 日本における背任罪の故意について

わが国では、背任罪が目的犯とされ、故意とは別個の要件として図利加害目的が必要とされるため、故意と目的をそれぞれどのように考えるか、両者をどのように関連付けるかによって、主観的要件として必要とされる内容が異なることになる。学説上、背任罪における財産的損害の故意と図利加害目的とを事実上区別していない見解と、背任罪が目的犯とされ、図利加害目的が特別な成立要件とされていることに鑑みて、図利加害目的と故意にそれぞれ異なる内容を認める見解に分けることができる。

前者の見解は、さらに2つの立場に分類することができる。1つは、図利加害目的を財産的加害に関する未必的認識、ないし認識認容と考え、ほぼ故意と重なるものと捉える見解である(認識説・認識認容説)⁶⁾。このように考えるならば、故意としての財産上の損害を加えることの未必的認識、ないし認識認容が存在すれば、常に図利加害目的も存在することになりうる。この見解に対しては、「ほとんど大部分の財産処分行為については、加害ないし図利について未必的認識があることになってしまうこと、他方、財産の処理上、本人の利益を図る目的で多少の財産上の危険をあえて冒すことが必ずしも違法とは言えないこと、等を考慮に入れるならば、確定的認識のある場合についてのみ図利・加害の目的を認めるのが合理的」という批判が加えられている⁷⁾。もう1つの見解は、背任罪における目的を動機と理解し、この目的は財産的損害に関する故意と内容的に重なり合う部分が多いことから、故意の内容としても、確定的認識ないし積極的意欲を

6) 牧野英一『刑法各論下巻』(有斐閣, 1951年) 750頁以下(認識説), 小野清一郎『新訂刑法講義各論』(有斐閣, 1949年) 273頁(認識認容説)。認識説と、認識認容説の違いは、故意について認識説を採るか意思説を採るかの違いであるとされている(団藤重光編『注釈刑法(6)各則(4)』(1966年) 321頁[内藤謙], 上寫一高『背任罪理解の再構成』(成文堂, 1997年) 257頁参照)。

7) 藤木英雄『経済取引と犯罪』(有斐閣, 1965年) 67頁。

要求する（確定的認識説・積極的意欲説）⁸⁾。この見解によれば、背任罪の場合、財産上の損害について、動機といえるほどの確定的故意あるいは意欲が必要となり、それがあれば凶利加害目的も認められることになる。

後者の見解、すなわち、故意と凶利加害目的を別個の要件として考える立場も、以下の2つの考え方がある。1つは、故意としては財産的加害についての未必的認識を要求し、それに加えて、凶利加害目的として、凶利加害の確定的認識、ないし意欲、あるいは動機を必要とする説である（積極的動機説）⁹⁾。このように考える場合には、故意と凶利加害目的は、認識の程度として未必的であるかどうかで区別されることになる¹⁰⁾。もう1つは、自己・第三者凶利目的および加害目的と本人凶利目的を分けて、本人凶利目的がない場合には凶利加害目的を肯定する見解である（消極的動機説）。これは、わが国における最高裁の立場であると理解されているものであるが、ここでの自己・第三者凶利目的と加害目的というのは、任務違背および財産上の損害についての認識であり、これがあれば、本人凶利目的がある場合にのみ凶利加害目的が否定されるにすぎず、本人凶利目的が

8) 滝川幸辰、「増補刑法各論（1951年）」『滝川幸辰刑法著作集第2巻』（世界思想社、1981年）363頁、藤木英雄『刑法講義各論』（弘文堂、1976年）348頁（行為者の主観面として、任務違背の故意と凶利加害目的を問題としており、財産上の損害に関する故意は、凶利加害目的の中を含んでいる）、内藤・前掲注1）316頁。

9) 江家義男「背任罪の解釈的考察」『江家義男教授刑事法論文集』（早稲田大学出版部、1959年）199頁、大塚仁他編『大コンメンタール刑法第2版第13巻』（青林書院、1989年）194頁以下〔日比幹夫〕（ただし、本人への加害目的があるときには、結果発生認識は未必的でもよいが、結果発生についての意欲が必要であるとする）、大塚仁『刑法概説各論（第3版増補版）』（有斐閣、2005年）326頁。

10) なお、凶利加害目的について、自己・第三者凶利および本人加害の確定的認識で足りるとする説、積極的意欲まで必要とする説、目的を動機と捉える説があるため、厳密には学説として区別すべきところであるが、故意を主眼に置くと、これらの見解は、故意についてはいずれも未必の故意で足りるとしているので、これ以上の学説の詳細な検討には、本稿では立ち入らないこととする。

ない場合、あるいは両者が併存する場合には、常に図利加害目的は認められることとなる。

さらに、これらの中間的なものとして、図利目的と加害目的を区別し、図利目的については超過の内心中傾向としての目的と捉えて故意とは区別し、加害目的については故意の特殊の要件であると考えて故意に含め、図利目的がある場合には、故意としては財産的加害の認識で足りるが、加害目的があるときには、故意として財産的損害に対する動機を必要とする見解もある¹¹⁾。

図利加害目的は、財産犯の中でも背任罪に特有の要件であり、仮に故意と共通する内容をもつ要素として捉えるならば、背任罪に限ってこれが要求されていることに意味がなくなってしまう。背任罪の主観的要件を基礎付けるのはあくまでも故意であって、他人のためにその事務を処理する地位に自ら就きながら、何故に、故意をもって任務違背をし、本人に財産的損害を加えたのか、その動機を説明するものとして、図利加害目的があるといえるのである¹²⁾。犯罪の成立範囲を画するためのものとして条文上明示的にこのような目的が必要とされていることに鑑みると、やはり故意と図利加害目的とは別個の要素として、区別して考えるべきであるといえる。すなわち、背任罪においては、図利加害目的は主観的違法要素としての要件であり、その前提として、事実の認識および認容としての故意が必要とされるのである。背任罪の成立を一定の範囲に限定づける要素として、図利加害目的が位置づけられているといえる。もっとも、図利加害目的をこのように考えるとしても、故意の面で事実の認識について判断されていれば、行為者の主観面に対する検討は充足されていると思われるから、積極的な目的までは不要であろう。図利加害目的としては、本人図利目的がないか否か、という消極的な考慮で足りると思われる。

図利加害目的と故意をこのように区別するならば、故意については、故

11) 団藤重光『刑法綱要各論第3版』(1990年)534頁以下。

12) 林幹人「背任罪における任務違背行為—最高裁平成21年11月9日決定を契機として—」判例時報2098号14頁。

意に関する一般理論が当てはめられるべきであるから、その際必要とされる故意の程度としては、他の犯罪において必要とされる故意と同様に、財産上の損害に対する未必的認識で足りるとするのが妥当であろう。このように、故意を財産上の損害に対する未必的認識とすると、次に、具体的にはどのような財産上の損害について認識していればよいのか、という、損害概念のあり方と結びついた問題が生じることになる。このことから、損害概念と故意とを関連付けているドイツの判例、およびそれらの判例に関する議論には注目すべき点があり、これは日本の議論にも役立つものであるといえる。以下では、損害概念が異なることが故意にどのような影響を与えるか、ということについて、ドイツの判例を参照しつつ検討を加える。

III. ドイツにおける背任罪の故意に関連する理論状況

1. 利得意図 (*Bereicherungsabsicht*) と未必の故意

ドイツにおいては、背任罪の要件として図利加害目的は含まれておらず、この点でわが国の背任罪とは異なっている。そのため、ドイツでは、財産的損害に対する故意を、目的まで必要とするものとして位置づける考え方がある。たとえば、詐欺罪 (StGB263条) において「違法な財産上の利益を自ら得又は第三者に得させる目的」という利得意図が要求されていることと関連させて、背任罪にもこの利得意図を故意の内容として要求する見解である¹³⁾。もっとも、これに対しては、背任罪と詐欺罪の差異を考慮して、背任罪は、このような利得意図を取り入れなくとも、財産保護の範囲を限定することができる と批判されている。詐欺罪は、被害者の財産が減少しているときには、すでに詐欺罪としての法益侵害が生じていることになるため、詐欺罪を一定の限度で制限するための要素として利得意図が要求されると考えるのが支配的見解である¹⁴⁾。これに対して、背任罪は、特別な義務的立場にある者のみが生ずる犯罪であるので、利得意図という特殊

13) Vgl. *Ulrike Hantschel, UntreueVorsatz*, S. 61.

14) *Hantschel, a.a.O (Fn.13)*, S. 61.

な主観的要素による限定は不要である、といわれる。ドイツにおける背任罪には、権限濫用 (Missbrauch) ないし任務違背 (Treubruch) という要件と、財産擁護義務 (Vermögensbetreuungspflicht) という要件があり、いずれかの要件を満たした場合に成立するものであるところ、いずれの要件も、条文上特別な義務にある者に当たる者の行為によって充足されるものであるから、背任罪においては、特別な義務にある者という点で犯罪の成立を限定している、という考え方が支配的である。このような特別な義務にある者であることに加えてさらに利得意図まで要求すると、利得意図が欠ける場合、すなわち財産的損害についての未必的認識を有していたにすぎない場合、あるいは本人に対する加害目的であった場合には、特別な義務にある者には、民法上の返還請求がなされるにとどまることになり、財産保護としては不十分になってしまうため、利得意図は不要であるとされる¹⁵⁾。

2. 直接的故意と未必の故意

また、背任罪の故意を直接的故意に限定するという主張もあるが、この見解も採用することができないと批判されている。というのも、仮に直接的故意があった場合のみ背任罪として処罰するのであれば、財産所持者(本人)は、自身が財産管理を委ねている者(財産管理者)に対して信頼を置くことができなくなってしまう、と考えられるからである。つまり、財産管理者が本人の財産に対して起こりうる損害発生を軽率にも無視して行為し、それによって財産的損害が生じたとしても、行為者には財産的損害に対する未必的認識しか認められないために、背任罪として処罰することができない、ということが生じるのである。これが許されるとすると、十分な法益保護と、最終手段としての刑罰の適用の間の均衡を、本人が一手に負担することになってしまうため、財産保護が十分になされないとし、直接的故意に限定する見解は否定されている¹⁶⁾。このような理由から、

15) *Hantschel*, a.a.O (Fn.13), S. 62.

16) *Hantschel*, a.a.O (Fn.13), S. 58.

背任罪の故意としては、財産的加害に対する未必的認識・認容が必要とされることになる。ここで、どのような財産的損害を認識していれば、背任罪の故意として十分であるのか、という問題が生じることになる。

IV. BGH 判例における背任罪の故意

ドイツにおいては、判例上、故意の内容として、認識的要素に加えて意思的要素が必要とされており、未必の故意の場合に意思的要素の有無を検討する際には、「是認」があったか否か、という基準が用いられている。背任罪においては、故意として、自身に財産擁護義務が存在することの故意（認識・認容）、および、権限濫用ないし任務違背による財産の侵害から結果的に不利益処分が生じることの故意が必要とされている¹⁷⁾。中でも、後者の故意について、どのような財産的損害について認識している必要があるか、という点に関して、議論がなされている。

BGH は、特に銀行における背任の事例について、未必の故意に関して検討している。通常、銀行での信用貸し (Kreditvergabe) 事例について、次の3つのパターンが考えられる。すなわち、信用貸しの返還請求権が十分な価値を持っている場合、信用貸しの返還請求権の価値は減少しているが、債務者の信用状態および担保については調査がなされていた場合、そして信用貸しの返還請求権の価値が減少しており、また債務者の信用状態および担保が十分に調査されていない場合である¹⁸⁾。この中で、信用貸しの返還請求権が十分な価値を持っている場合については、背任罪が否定されることは特に問題とならないであろう。問題となるのは、後者2つのパターンの場合である。以下では、ドイツにおけるいくつかの背任事例を取り上げて、背任罪の場合の未必の故意の捉え方について分析を加える。

17) BGHSt 5, 61, 64; 5, 187, 190; 13, 315, 320.

18) *Hantschel*, a.a.O (Fn.13), S. 145 f.

1. BGH 判例の展開

(1) Urteil des BGH vom 6. 2. 1979 – 1 StR 685/78

銀行の幹部である被告人が、担保がまったく取られていない、ないし十分に担保が取られていない信用貸しを認めた事案において、BGHは、「銀行幹部が、その時の銀行の損害を自己の行為の起こりうる結果として認識しており、それにもかかわらず、すべてのことが後にうまくいくであろう、という希望をもってその不利益を受け入れているのであれば、銀行幹部は故意に行為していることになる。このような将来の希望は、その時点で存在する、損害に対する未必の故意と両立しえないものではない」と判示した¹⁹⁾。つまり、BGHは、損害ないし損害と同視できる財産的危殆化の認定、およびそれと関連する故意の認定は、所為の時点に左右されるのであり、損害結果の発生あるいは不発生に依存しているのではない、ということを明らかにしているといえる²⁰⁾。ここでは、未必の故意の意思的要素としてBGHが要求している「是認」という要素についての言及がないため、「これまでの最高裁判例との決別」とみなす見解もあるが²¹⁾、その後の判例を見ると、引き続き是認という要素を必要とし、検討していることから、ここでは是認要素が放棄されたというわけではないであろう。

(2) Urteil des BGH vom 21. 3. 1985 – 1 StR 417/84

農業信用金庫Rの役員であった被告人らが、彼らの管轄であるところの、多額の信用貸しに関する通知、および銀行の通常の信用状況調査義務に関する、信用貸しの制度規定の規約に反して、十分な担保を取らないまま、より多くの手形保証を認めた事案において²²⁾、BGHは、主観的所為側面に言及している。ここでは、上述のUrteil des BGH vom 6. 2. 1979とは異なり、「……被告人らが、Rのそのときの不利益を、彼らの行為の帰結として認

19) NJW 1979, 1512.

20) *Hantschel*, a.a.O (Fn.13), S. 134.

21) *Harro Otto*, Vorsatz bei Vergabe ungenügend gesicherter Bankkredite, NJW 1979, S. 2414 f.

22) *wistra* 1985, S. 190 f.

識していたならば……」という表現が用いられている。Urteil des BGH vom 6. 2. 1979のように、「自己の行為の起こりうる結果として認識して……」ではなく、このように表されるのであれば、これは未必の故意ではなく、もはや確定的故意があったと認めることができる事案であると考えられる見解もあるため²³⁾、判例の位置づけとして Urteil des BGH vom 6. 2. 1979 と並べて考えることができるか微妙な判例であるが、背任の故意に関して見解を示した事案としてここに挙げることができよう。

(3) Urteil des BGH vom 6. 4. 2000 – 1 StR 280/99

貯蓄銀行 N の総裁ならびに取締役員らが、取締役会にて取引先の商社 H に対する信用貸しの上限引き上げを決定した後、追加融資を行ない、追加の担保も若干取ったものの、年度末決算の際に担保を全て売却しても、最終的に多額の損害が発生したことについて背任罪の成否が争われた事案では、BGH によって、背任罪として有罪を認めた LG の判決が破棄され、差し戻された²⁴⁾。BGH は、主観的所為側面について、「信用貸しの決定権者が、信用貸し取引の際の一般的なリスクを超えて生じる返還請求権の危殆化を認識し、是認していたに違いない、ということが考慮されなければならない」と述べている²⁵⁾。ここでは、損害と故意の関係点は、損害と同視できる財産的危殆化である、ということをもととして、所為の際に、この危殆化状況を基礎付けるすべての事情を知っていた行為者は、故意をもって行為しているとされる、と考えられている。したがって、行為者は、所為の時点で、信用貸しの返還請求権の価値が減少すること、すなわち、信用状態と担保が十分ではないということを知っていなければならない²⁶⁾、またそれについて是認していなければならない。もっとも、相手方の信用状態等を行為者が積極的に知っていれば、直接的故意で行為していることになり、行為者が是認していたか否かという点は、ほとんど問題にならない

23) *Hantschel*, a.a.O (Fn.13), S. 138.

24) BGHSt 46, S. 30 ff; NSTZ 2000, 655 ff.

25) NSTZ 2000, 656.

26) *Hantschel*, a.a.O (Fn.13), S. 138.

いことになる²⁷⁾。このような考え方においては、是認という要素ではなく、結果の蓋然性の程度が重要視されている、と考えられうる²⁸⁾。本事案に関しては、取引先の信用状態についての情報は、信用貸しの決定権者にのみ把握されていたことから、たしかに被告人らは財産的危殆化が起こりうることを認識していたが、決定権者から与えられた包括的な情報を考慮して信用貸しを認めたものと考えられ、そうであるならば、是認があったとはいえないと結論づけられている。

(4) Urteil des BGH vom 15. 11. 2001 – 1 StR 185/01

M 貯蓄銀行の頭取である被告人が、信用貸しを認める際の債務者の信用状態に対する調査義務と情報収集義務を十分に遂行しなかったために、債務者側の財産状態の透明性が欠けていることが明らかであったにもかかわらず、債務者の経済状態を十分に認識していたわけでもなく、また、担保貸付の対象を検討することも、担保価格の査定を独自に行なうこともしないうまま融資を認めた事案について²⁹⁾、BGHは、損害と同視できる財産的危殆化に対する是認について言及した。すなわち、BGHは、「(損害の故意の認識的要素として) 必要なのは、銀行の頭取が、信用貸しの時点で、返還請求権の価値が、ここで認められたローンの価値と比較して減少することを知っていた、ということのみであ」り³⁰⁾、「情報収集義務と調査義務の重大な違反と、信用貸し取引の場合の一般的ナリスクを超えて生じると認められるほどに高い銀行の返還請求権の危殆化がすでに存在すれば、銀行の頭取が、銀行の損害を、財産的危殆化という意味で、是認しつつ甘受しているのは当然である」³¹⁾と述べて、行為者に損害と同視できる財産的危殆化を基礎付ける事情の認識があれば、是認も認められるという考えを

27) *Hantschel*, a.a.O (Fn.13), S. 138 f.

28) *Harro Otto*, Dolus eventualis und Schaden bei Untreue § 266, Festschrift für Puppe, S. 1247, 1252.

29) BGHSt 47, S. 148ff.

30) BGHSt 47, S. 148, 153.

31) BGHSt 47, S. 148, 157.

明らかにしたのである。そして、本事案における被告人は、「返還請求権の非常に高い危殆化を基礎付けるような事情を認識していた」と結論づけている³²⁾。ここでは、是認という意思的要素が、認識的要素から即座に推論されている。

ただし、この判決に対しては、信用貸しの返還請求権の価値が減少することを行為者がすでに知っていれば、是認も認められる、ということは、Urteil des BGH vom 6. 4. 2000と矛盾するという批判もある³³⁾。なぜなら、行為者が、信用貸しの返還請求権の価値が減少することを起こりうるものと考えていたのではなく、すでに知っているのであれば、Urteil des BGH vom 6. 4. 2000の考え方にしたがえば、是認という未必の故意にとって必要な要素は問題とならず、直接的故意をもって行為していたことになると思われるからである。このような場合に、本事案ではなぜ未必の故意のみが考慮されるのかということが不明確なままである、と指摘されている³⁴⁾。

2. 近年のBGH第1刑事部と第2刑事部の見解の対立

このように、これまでの判例を見ると、いずれも、故意の認識的要素として「損害と同視できる財産的危殆化の認識」を問題としており、損害と同視できる財産的危殆化を認識し、それを是認していたといえるか、という点が考慮されている。もっとも、是認という要件を用いつつも、その内実として、損害と同視できる財産的危殆化を基礎付ける事情を認識していれば、故意がある、すなわち、結果の発生に対する是認がある、と結論づけられているようにも思われ、そうであれば、是認は、結果発生の蓋然性の認識があれば、ほぼ確実に認められることにもなりうる。ここで列挙した判例はBGH第1刑事部の判示したものであり、認識および是認という点に関しては、第1刑事部にとっては統一的な見解が示されているものと

32) BGHSt 47, S. 148, 157.

33) *Hantschel*, a.a.O (Fn.13), S. 140.

34) *Keller/Sauer*, *wistra* 2002, S. 365, 368.

考えることができる。

判例がこのような傾向にある中で、近年、BGH第2刑事部が、損害概念の捉え方の違いに起因して、故意についてこれまでの第1刑事部の判例とは異なるアプローチを採用すべきであることを明らかにした。そして、第2刑事部の判決の後、第2刑事部の見解に対して、第1刑事部がさらに反論を加えるという状況になっている。本稿では、背任罪における故意を主たる問題としているので、両刑事部の採用するそれぞれの損害概念について詳細に検討を加えることはせず、それに影響された故意の面について主に分析することとする³⁵⁾。

(1) Urteil des BGH vom 18. 10. 2006 – 2 StR 499/05

本事案は、政治団体(CDU Hessen、ならびにBundesverband der CDU)の資金を管理していた行為者Kが、当該団体に対する補助金として交付された政治資金を義務に反して取得し、その資金を隠すために、架空の財団の口座へ資金を送金したうえ、その取得を申告せずに、連邦議会に対して、形式的にのみ適切に記載された虚偽の決算報告書作成した事案で、いわゆる「黒い金庫」事例(“schwarze Kassen” Fall)、あるいはKantner事例といわれるものである³⁶⁾。本事案において、行為者Kは、当該政治団体の政治目的を達成するための資金にするという目的で、その交付された資金を義務に反して取得し、10年以上にわたって隠匿したが、その資金の不正な取得、および「黒い金庫」への隠匿行為、ならびに瑕疵ある決算報告をした行為が後に発覚し、連邦議会から追徴金を含めて隠匿した金額以上の金銭の返還請求がなされたことから、当該政治団体の財産に損害

35) 背任罪の損害概念に関する判例として、最高裁昭和58年5月24日決定(刑集37巻4号437頁)、最高裁平成8年2月6日決定(刑集50巻2号129頁)等がある。また、背任罪の損害概念について論及したものとして、品田智史「背任罪における財産上の損害要件について(一)」阪大法学第61巻6号(2012年)79頁、詐欺罪および背任罪の損害概念に関するドイツ判例について検討を加えたものとして、富川雅満「ドイツ判例研究(BGH, Beschluss vom 18. 2. 2009 - 1 StR 731/08)」比較法雑誌第46巻第2号(2012年)331頁等がある。

36) BGHSt 51, S. 100; NJW 2007, 1760; NStZ 2007, 583.

を与えたとされ、背任罪の成立が争われた。Kの任務違背行為は客観的にも主観的にも肯定されるものであったが、ここでは、Kは当該団体に財産的損害を与えようと考えて資金の取得、ならびに隠匿行為を行なったわけではなく、これは当該政治団体の目的を達成するための行為であったのであり、これらの行為が後に発覚したが故に追徴金という形で損害を生じさせることになったこと、また、Kは、10年以上にわたって資金隠匿の仕組みがうまく機能してきたことから、架空の財団は誰にも発覚していないと真剣に信じており、それゆえに、財産の損失の危険が現実化することを是認していなかったともいえること、といった事情に鑑みて、財産的損害についてのKの主観面、すなわち、未必的だとしても故意があったか否かが問題となった。

第2刑事部は、背任における未必の故意の問題に関して、損害と同視できる財産的危殆化を財産的損害と考え、財産に対する危殆化的損害と最終的な損害を同置するこれまでの判例および支配的見解の傾向を批判的に検討し、損害概念として、「具体的な財産的危殆化」が必要であるとした。その上で、たとえ行為者が最終的な損害の現実化を回避しようと考え、それについてまったく是認していなかったとしても、このような危殆化的損害について認識し、それを甘受していれば、背任罪で要求される「具体的な財産的危殆化」という要件を受け入れているといえることができる、というLGの判断に対して疑念を示し、このような形での損害をStGB 266条の意味での損害と認めることは、背任罪の既遂時期を未遂の領域へ前倒しすることを意味する、と結論付けている³⁷⁾。第2刑事部の見解によれば、損害と同視できる財産的危殆化という概念は、判例においては、財産的損害を決定するために詐欺罪の特殊な事例において展開してきたものであり、この概念を、刑法266条1項における損害という概念にそのまま移行することは、詐欺罪においては、背任罪とは異なり、利得意図という要件によって制限が加えられているという相違を十分に考慮していない、とさ

37) BGHSt 51, S. 100, 121.

れる³⁸⁾。そして、背任罪において、客観的に必要とされる損害を「具体的な財産的危殆化」と捉えると、背任罪が危険犯へと拡張されることになることから、これを限界づけるために、主観面で、「危殆化損害の未必の故意は、損害発生の具体的な可能性についての行為者の認識や、そのような具体的危険の是認だけでなく、たとえ行為者が望んでいない結果の発生を受け入れているという形式にすぎないとしても、具体的危険を超えたそのような危険の現実化の是認があることを前提とする」ことが必要である、としている³⁹⁾。もっとも、このような見解は、背任罪の既遂の故意は、財産的損害が生じるであろうとき、つまり現実化したときに初めて存在する、ということ述べているわけではない。自己の行為によって損害が現実化することについての是認が必要と述べているのであって、実際に損害の危険が現実化したか否かは関係ない、と考えられる。第2刑事部のこのような判断は、具体的な財産的危殆化を損害として認めることで背任罪が危険犯へと拡大することを限界づけるために、危険の現実化の是認という主観的要素で制限しているものと理解されている⁴⁰⁾。

(2) Beschluss des BGH vom 20. 3. 2008 – 1 StR 488/07

これに対して、第1刑事部は、第2刑事部の見解を明白に批判し、具体的な財産的危殆化という損害概念、および危険の現実化の故意という基準を否定した。すなわち、W有限会社の創始者であり、いくつかの関連企業の実質的な事務管理者であった被告人が、関連企業の不動産投資信託の利益配当権を販売したところ、その後関連企業の経済事情が悪化したときに、当該企業の行為能力を維持するために、出資者らとの規約に反して、出資者らから信託を受けていた資金を費消したが、その後関連企業の倒産し、それらの資金が失われたという事案に関して⁴¹⁾、第1刑事部は、まず財産概念を直接的に生じた最終的損害と捉え、「財産上のリスクに関して

38) BGHSt 51, S. 100, 121.

39) BGHSt 51, S. 100, 121.

40) Harro Otto, a.a.O (Fn.), S. 1261.

41) NStZ 2008, S. 457, 457.

故意に義務違反をした場合について、(第2刑事部が)背任の構成要件として、故意は常に最終的な財産的損害の是認にも及んでいなければならない、ということを根拠とする限り、当刑事部は、その解釈に従うことはできない」と述べている。そして、単なる財産的危殆化を考慮して未必の故意にすぎない行為を決定するならば、背任罪の更なる拡張に対する懸念は考えられうるとしつつも、「未必の故意を、今日の解釈学と矛盾して、将来予期されうる財産的損害結果へと拡張することによって生じるであろうことよりも前に、次のことが第一に検討されるべきである。すなわち、義務に反する行為の時点での実際の財産的損害を正確に考察して、ある概念を的確に用いる際に、その問題は、行為者の認識と意思がその限りで及んでいる範囲について適切に認定するならば、十分に処理されないのか、むしろ外見上の問題として強調されるのか、ということがまずもって検討されなければならない」という考えを明らかにして、第2刑事部とは異なる基準を採用すべきであることを示している⁴²⁾。このような考え方に基づいて、第1刑事部は、「このような適切な考察によって、義務に反するリスク取引の場合のいわゆる具体的な財産的危殆化は、事実上、すでに所為によって直接生じる(最終的な)財産的損害である、ということが明らかになる」と述べ⁴³⁾、所為の時点で財産的損害およびそれに対する認識があるから、そこで背任罪の成立が認められ、その後の行為者の補填意思や、実際に損害が補填されたか否か、あるいはむしろ損害が当初の想定より拡大したか、といったことは問題とならない、としている。

第1刑事部は、先に示した第2刑事部の判断は、黒い金庫事例にのみ当てはまるものである、と評価している⁴⁴⁾。その上で、第2刑事部の判断について上述のような批判を加え、第一刑事部の判断としては、損害と同視できる財産的危殆化はすでに財産的損害結果である、という立場を採用し

42) NStZ 2008, S. 457, 457.

43) NStZ 2008, S. 457, 457.

44) *Markus Rübenstahl*, Untreuehandlungen bei Kamitalanlagegeschäften und Verkehrsdauer un Wirtschaftsstrafsachen, NJW 2008, S. 2451, 2454.

ている。本事案のようないわゆる冒険的取引の事案の場合には、自己の行為が義務に反すること、ならびに返還請求権の価値の減少を導くものであることを基礎づける事情を認識して、行為者が行為したのであれば、それすでに直接的故意があるといえる、と結論付けるのが、第1刑事部の帰結である。

(3) 両判例に対する評価

このように、損害概念と関連した行為者の主観的要素について、第1刑事部と第2刑事部は異なる見解を採っている。第2刑事部の考え方によれば、具体的な財産的危殆化を損害と捉え、故意としては損害の危険の現実化の是認にまで及んでいる必要があるため、行為者が認識していたのが具体的な財産的危殆化の可能性のみであったのであれば、背任罪の故意は、未必の故意すら認められないと考えることになろう。一方で、第1刑事部の見解に立てば、損害と同視できる財産的危殆化はもはや財産的損害と考えるのであるから、行為者がそれを認識して行為をした場合には、故意を有しているということになる。すなわち、両刑事部とも、所為の時点で損害発生していること、およびそれに対する認識があることが必要とされることを前提としているが、その所為の時点で存在する損害と同視できる財産的危殆化を具体的な財産的危殆化と捉えるか、あるいは最終的な損害とみるか、によって、故意にとって必要な認識内容に相違がもたらされることになるのである。次章では、これらの判例の対立について、それぞれの刑事部に向けられている評価、および批判を概観し、検討を加える。

V. 検 討

1. 第2刑事部の見解に対する評価および批判

第2刑事部の見解に対しては、様々な意見が投げかけられている。まず第一に、損害概念について、この黒い金庫事例は、背任罪に関する判例実務において、これまで長きに渡って損害と同視できる財産的危殆化についての理論が構築されてきた中で、損害と同視できる財産的危殆化の定義を

根本的に改めることも可能であることについて、BGHが初めて言及したものとして、注目に値すると言われている⁴⁵⁾。背任罪の処罰が未遂の範囲まで前倒しされることを制限するために、主観面で限定することを示している点については、このような思考方法は肯定的に捉えられているようである⁴⁶⁾。また、損害と同視できる財産的危殆化を財産的損害と同置し、それを基礎づける事情を認識していれば、財産的損害についての是認があったとされるならば、「行為者が（損害の発生について）高い蓋然性を表象している場合には、……（蓋然性を認識した時点で）確定的故意があるということになる」⁴⁷⁾ということが問題視されてきたところであり、第2刑事部の見解は、結果発生の蓋然性の認識と是認の関係に関する問題性に取り組んだものとしても、好意的に評価されている⁴⁸⁾。第2刑事部は、本判決に対する批判として、次のようなことを想定し、自らそれらに対して返答している。すなわち、損害と同視できる財産的危殆化としての具体的な財産的危殆化を検討する際に、主観的構成要件と客観的構成要件との間に不一致が生じるという批判である⁴⁹⁾。第2刑事部によれば、これは、批判として論拠のあるものではない、とされる。というのも、未遂と既遂の差異は、ある犯罪について既遂の故意がある場合には、まさにこのような客観面と主観面の不一致にあり、損害と同視できる財産的危殆化があれば背任罪が成立する、ということを肯定すると、背任罪の成立時期が未遂の段階にまで早められてしまうからである⁵⁰⁾。既遂犯の場合は既遂の故意が必要なのであり、背任罪の既遂の故意とは、まさに危険の現実化を是認して

45) *Frank Saliger*, Parteienuntreue durch schwarze Kassen und unrichtige Rechenschaftsberichte, NStZ 2007, S. 545, 548; *Harro Otto*, a.a.O. (Fn.35), S. 1264.

46) *Walter Perron*, Untreue zum Nachteil politischer Partei durch Bildung "schwarzer Kassen" – Fall Kanter/Weyhrauch, NStZ 2008, 517, 517; *Andreas Ransiek*, "Verstecktes" Parteivermögen und Untreue, NJW 2007, 1727, 1729.

47) *Puppe*, NK-Kommentar, § 15, Rdn. 81.

48) *Otto*, a.a.O. (Fn.28), S. 1261.

49) BGH NStZ, 2007, 583, 587; *Saliger*, a.a.O. (Fn.45), S. 550.

50) BGH NStZ, 2007, 583, 587.

いることであって、具体的な危殆化の可能性を知っていることでは十分ではない、というのが、第2刑事部の見解の基礎にある考え方なのである。

学説からは、次のような指摘がなされている。それは、本判決の射程範囲である。つまり、本判決においては、「当該性質の諸事例において」という文言が繰り返し用いられていることから、ここで示された解決策は、この黒い金庫事例のような事案にのみ当てはまるものなのか、それとも、損害と同視できる財産的危殆化が問題となるその他の多くの事案にも適用できるものなのか、という問題が生じる⁵¹⁾。たしかに、この黒い金庫事例は、隠し金庫を保持し続けたこと、ならびに形式面のみ適切に作成した虚偽の決算報告書を提出したこと、という2つの要素を含んでおり、事案として特殊であったと考えることもできるが、ここで用いられた損害概念、および必要とされる故意の内容としては、損害と同視できる財産的危殆化が問題となるその他の多くの事例にも適用できる可能性もあることから⁵²⁾、どの範囲の事案にこの基準を用いることができるかがいまだ疑問として残るところであるといえよう。

2. 第1刑事部の見解に対する評価および批判

第1刑事部の見解に対しても、いくつかの批判が向けられている。1つの批判は、所為の時点で損害と同視できる財産的危殆化としての最終的な損害を常に認める、という基準も用いるならば、一定の財産的危殆化が「損害と同視できる」か否か、ということについて、信頼をもって認めることができるような、明確で一般的に当てはまる、また実務上も有用な基準を挙げることに、いまだ成功しているとはいえない、というものである⁵³⁾。つまり、第1刑事部のような損害概念を採用すると、特に冒険的取引の場面において、ほとんどすべての財産的危殆化が「損害と同視できる」と評価される、すなわち、最終的な損害の発生が認められることがありうるた

51) *Saliger*, a.a.O (Fn.45), S. 550.

52) *Saliger*, a.a.O (Fn.45), S. 550.

53) *Beulke/witzigmann*, JR 2008, 433.

め、その時点で故意も認められるとすると、背任罪の成立範囲が広くなりうる、と考えられるのである。たとえば、信用貸しの金額を全額交付した場合に、債務者に資力が欠けているために、信用貸しから生じる返還請求権は価値のないものであったが、それにもかかわらずローンの返済時期に全額返済されたような事例に関して、実務上有罪判決となったものは見られない、という点を考慮すると、このような指摘はありうることと考えられる⁵⁴⁾。また、第1刑事部の見解を突き詰めると、契約締結ではなく、信用貸しをすることが、損害と同視できる財産的危殆化とされることにもなりうることも指摘されている⁵⁵⁾。明白な法的、経済的財産減少が生じる場合というのは、信用貸しを認めて貸付金を支払うことによって、そして貸付金の返済能力が欠如しているために補償請求権の価値が減少することによって、損害と同視できる財産的危殆化ではなく、損害の発生が認められる、と考える必要があるのであって、このような点についての故意の一致が認められるべきであるからである⁵⁶⁾。もっとも、是認という要素自体を必要とすることに対して否定的な立場からは、第1刑事部の帰結は支持されうるものであるといえる。客観的見地において、最終的な損害の発生は背任罪の要件とされておらず⁵⁷⁾、また、損害と同視できる財産的危殆化を基礎付ける事実を認識していれば、結果発生 of 蓋然性を認識していることになり、意思的要素が不要であれば、その時点で故意が認められることになるからである。

その後、第2刑事部は、いわゆる Siemens 事件⁵⁸⁾で自身の決定を踏襲し、また第5刑事部でも第2刑事部の見解が取り入れられているが⁵⁹⁾、その一

54) *Otto*, a.a.O (Fn.28), S. 1264.

55) *Rübenstahl*, a.a.O (Fn.44), S. 2456.

56) *Rübenstahl*, a.a.O (Fn.44), S. 2456.

57) *Markus Adick*, HRRS 2008, S460, 463.

58) BGHSt 52, 323.

59) BGHSt 52, 182.

方で、第1刑事部は、詐欺罪の成否が争われた事案⁶⁰⁾において、ここで示されたのと同様の損害概念および故意概念を用いて判断を下しており、いまだ両刑事部の見解は鋭く対立している。

3. 検 討

以上のように、第1刑事部と第2刑事部は、損害概念、ならびにそれと関連する故意としての財産的損害の認識および認容について、異なる内容を要求している。第1刑事部によれば、損害と同視できる財産的危殆化は「直接的に生じる最終的な財産的損害」であるとされ、それを基礎づける事情を認識していた者は、直接的故意がある者とされる一方で、第2刑事部は、「具体的な財産的危殆化」を損害と同視できる財産的危殆化として認め、故意としては、行為者が危殆化損害の可能性を知っているだけでなく、損害の現実化まで承認していることを必要とする。その意味で、第2刑事部の見解のほうが、背任罪の客観面については拡張されうるものの、故意が認められる範囲は狭くなるという。両者の立場は、損害概念をどのように捉えるかが主たる論点となるところではあるが、この点について、故意の面から見た妥当性を検討する。

第1刑事部のいうように、財産に対する危険が生じた時点で最終的な損害の発生が認められ、そのような損害に対する直接的故意も認められるならば、このような基準は、背任罪の既遂時期を確定するためには、明確で分かりやすいものであるといえる。また、背任行為自体とそれに関する認識・認容が問題となるのであるから、後の補填意思や補填の可能性、あるいは実際に損害が補填されたことはここでは関係ない、という第1刑事部の考えは、まさにその通りであるといえよう。もっとも、この後の補填については、いずれの立場であっても、故意の存否とは無関係であることは当然である。補填意思は行為者の内面的事情として考慮はされうるが、損害の現実化の認識と補填意思は互いに排他的なものではなく、補填意思が

60) BGH, Beschluss vom 18. 2. 2009 - 1 StR 731/08.

あるからといって、財産的損害に対する未必の故意が否定されるということにはならないからである。第2刑事部の考え方にしたがったとしても、実際に損害が現実化したことは不要であるため、後に損害が補填されたことも、背任罪の成否に影響を及ぼさないことになる。

背任罪も故意犯であるから、一般的な故意の議論が当てはまる。蓋然性説の立場に立つのであれば、第1刑事部の見解はそれほど問題なく肯定されうることになるであろうが⁶¹⁾、BGHが採用している是認説の立場からすると、故意が認められるためには少なくとも結果発生についての是認が必要となる。この立場からは、客観的に見て財産的価値を減少させるような状況が生じており、それを認識しているというだけでは足りず、そのように財産的価値が減少している客観的状況からみて、損害結果が発生することについて是認していることが必要とされる、と考えることになろう。第1刑事部のように、損害と同視できる財産的危殆化を最終的な財産的損害と認め、行為者がそれを基礎付ける事情を認識していた場合には、故意があることになるのであれば、行為者が客観的な状況について知っていたか否かのみが問題とされることとなり、実質的に、行為者自身が是認していたか否かはほとんど問題とされないと考えられうる。

これに対して、第2刑事部の考え方は、故意の意思的要素を適切に評価するものといえる。客観的にみて「財産的危殆化が具体的である」ということの中には、財産的危殆化が現実となりうることも含まれているのであり、損害概念として、その危険が現実化することも含めた意味での「具体的な財産的危殆化」という概念を用いるならば、故意としてもその危険の現実化まで必要とされることになる。故意があるといえるためには結果発生についての認識・認容が必要であるところ、このような具体的な財産的危殆化について少なくとも未必の故意があったといえるためには、危険の現実化に対する是認がなければならない。背任罪が問題となる日常的な経済的取引を念頭に置いてみると、積極的に財産的加害をする意図があれば

61) Puppe, NK-Kommentar, § 15, Rdn 81.

確定的故意があるといえるが、その取引から想定される危険を認識して、つまり「損害が発生するかもしれない」と思いつつ取引に入るのであれば、それはいまだ確定的故意には至っておらず、財産が危険にさらされていることの可能性を認識しているにすぎない。特に冒険的取引においては、リスクを認識して取引関係に入るのであるから、多くの場合に損害発生の可能性について認識しつつ行為しているといえるため、行為者の主観面において、損害発生の可能性のみならず、損害が現実化することの認識および是認を必要とすることで、冒険的取引の中でも、背任罪に当たるものとそうでないものを区別することができるようになる。

たしかに、担保が充分でなかったり、担保自体が取られていない取引の場合には、行為の前と後の財産状況を比べると、行為後の財産状況は行為前よりも財産減少の危険にさらされているといえることができる。このような場合には、所為の時点ですでに後の債務の返還請求が困難に陥ることが明らかであるから、財産処分が行われたときに財産的損害が既にあり、その点について直接的故意を認めることができるといえる。しかし、冒険的取引の場合には、状況は異なる。リスクのある取引においては、所為の時点で生じているのは財産減少の危険、後の債務の返還請求権が失われる危険であり、財産的危殆化という状態に止まっている。冒険的取引のときには、リスクを認識している以上、このような財産的危殆化の認識を持っているといえるが、ここで背任罪の成立範囲を画するものとして、行為者に、その認識した財産的危険が現実化する認識・認容を要求し、それについて少なくとも是認があれば未必の故意が認められると考えることは、故意の認定にとって有用な方法であると思われる。

すでに述べたように、わが国の背任罪においても、故意を認めるために必要な認識内容の検討は、図利加害目的とは異なる行為者の主観面として、不可欠である。そして、ドイツで議論されている損害概念と、これと関連する故意の問題は、わが国においても同様に当てはまるものであるといえる。つまり、財産上の損害に関する概念決定をする際には、それと同時に故意の問題が生じるのである。わが国においては、財産上の損害とは、広

く財産上の価値の減少をいうと解されているが⁶²⁾、その財産上の価値の減少とはなにを意味するのかという点については争いがあり、これに関連して、財産上の価値の減少の可能性を知っていれば故意が認められるのか、それとも、自己の行為によって損害が現実化するのを知っている必要があるのか、という問題はなお残る⁶³⁾。本稿で取り上げたドイツにおける判例、およびそれに対する学説上の議論は、損害概念についての議論の中で故意の面も考慮して検討することの必要性を明らかにするものであり、今後のわが国での議論展開の参考になるものといえよう。

VI. おわりに

本稿は、背任罪においても、図利加害目的と密接に関連した別個の主観的要件としての故意を検討する必要があるという考えの下に、ドイツにおいて、損害概念と故意の認識内容が関連づけられて議論されている現状を取り上げ、特にドイツのこれまでの判例、および近年の第1刑事部と第2刑事部の見解の対立、そしてそれに関する議論について検討したものである。両刑事部は、所為の時点で損害と同視できる財産的危殆化が客観的に生じていること、およびそれについて行為者が認識・認容していることを必要とする点では共通しているが、第2刑事部は、損害と同視できる財産的危殆化を「具体的な財産的危殆化」と定義し、その損害の危険が現実化することにまで行為者が是認していれば、具体的な財産的危殆化について未必の故意がある、とする見解を示した一方で、第1刑事部は、損害と同視できる財産的危殆化が生じればそれはすでに「直接的な最終的損

62) 内藤・前掲注1) 289頁、正田満三郎「背任罪の特性」判例時報1713号12頁以下(背任罪を、企業主を被害者とする特殊の身分犯と解し、任務違背行為の中に財産上の危険を伴う行為を広く含めて、常軌を逸した冒険的取引の場合について、行為者が企業の財産を危険にさらした、という意味で、財産的危険犯と解することができる、とする)。

63) 損害概念に関する議論については、前掲注35)に列挙した文献を参照。

害」である、とする立場から、最終的な損害としての損害と同視できる財産的危殆化を基礎付ける事情を行為者が認識していれば、その行為者には故意があると認められる、という見解を採用した。これらの判例、および判例に関する議論は、損害概念の捉え方が異なれば、それに影響されて、背任罪における故意の認識内容もまた異なってくる、ということを明らかにしている点に意義があるといえよう。

このような問題、つまり、損害概念と故意との関連は、これまで意識的に議論されてこなかった問題であったが、損害と同視できる財産的危殆化という考え方から、財産犯における財産的損害を決定することは、故意にとって本質的な帰結を導く、として、特に Puppe によってこれまで指摘されてきたところであるといわれる⁶⁴⁾。翻ってわが国の理論状況をみると、わが国においても、損害概念が故意に影響を及ぼすというのは、背任罪にとって必要な故意の認識内容を確定するために、考慮すべき要素であるといえよう。わが国の判例は意思説の立場に立っていると理解されているところであり、故意が成立するためには認識・認容が必要となるため、自己の行為によって損害が発生することを認識し、それを認容していたことが認定されなければならない。この認識というのは、損害の発生という客観的状况に対する行為者の心的態度であるから、図利加害目的の有無を検討する前に、まず、財産上の損害についての認識・認容があったか否かについて検討されなければならない。そして、この財産上の損害をどのように考えるかによって、ここで必要とされる故意の認識・認容の内容は異なることになるのであり、この意味で、行為者の故意は、損害概念と結びつけることができるものであるといえる。

本稿においては、主にドイツにおける近年の背任罪の損害概念から生じる故意概念の問題を検討し、故意に意思的要素を必要とする立場から、行為者が財産的危殆化の可能性を知っているだけでなく、損害の危険が現実化することについては是認している場合に、具体的な財産的危殆化について

64) Puppe, NK-Kommentar, § 15, Rdn. 81; Vgl. Otto, a.a.O (Fn.28), S. 1268.

ドイツ判例に見る背任罪の故意

の未必の故意が認められる、と考える第2刑事部の見解が、背任罪の故意にとっては有益な基準であるという考えを示した。わが国においては、背任罪故意としては、どのような損害について行為者が認識している必要があるのか、ということを考える際に、損害概念と故意とを関連づけて検討することは、意義のあることであるといえよう。このような損害概念と故意との関連について、わが国においても、今後いっそう議論がなされていく必要があると思われる。

