

判例研究

ドイツ刑法 266 条 a における使用者の 身分についての錯誤

中村邦義

ドイツ連邦通常裁判所第1刑事部は、使用者の身分という規範的な構成要件要素に関して故意の要件が刑法 266 条 a の場合と租税通則法 370 条 1 項と結びついた所得税法 41 条 a の場合とで従来判断が分かれていた判例を統一しなければならないと説明した。これによれば、刑法 266 条 a における使用者の身分とそこから結果として生じる支払義務についての誤った表象は、全体として故意を阻却する構成要件の錯誤として取り扱われるべきであると思われる。(判決要旨)

BGH, Urteil vom 24. 1. 2018, 1StR 331/17 (LG Wiesbaden)

Vorgehend LG Wiesbaden, 8. Februar 2017, Ss 200/17

NStZ 2019, 146 (=NStZ-RR 2018, 180 ; DStR 2018, 1623 ; StraFo 2018, 355 ; wistra 2018, 339 ; NZWiSt 2018, 339 ; JR 2018, 253 ; BGHR StGB § 266a Abs 1 Vorsatz 4 ; StV 2019, 38)

《事実の概要》

1 ヴィースバーデン地方裁判所は、労働報酬の不払いと横領ならびに租税通脱罪の起訴についてそれぞれ 32 の事件で事実上の理由に基づいて被告人に対して無罪を言い渡した。これに対して、ドイツ連邦検事総長から手続違背と実体法違反の主張を伴った検察官上訴がなされた。この上訴は実体法上の異議に理由があるので、提起された手続違背について検討す

る必要がない。

2 I. 1. 被告人の公訴事実は以下のとおりである。

3 被告人は彼の会社「R」で雇用していたポーランド人労働者たちを所管の官庁であるBに社会保険の登録をせず、その結果として2004年9月と2005年3月から2007年9月までの拠出月のための社会保険の拠出金を支払わなかった。これによって、この労働者たちの社会保険のための拠出が総額12万2757ユーロ86セント不払いになった。そのほかでも被告人は彼の会社について2004年9月と2005年3月から2007年9月まで所管のヴィースバーデン税務署に所得税の申告をしていなかった。これによって被告人は全体として10万1382ユーロ65セントの所得税を納税しなかった。

4 2. ヴィースバーデン地方裁判所の認定した事実によれば、ポーランド国籍をもつ被告人は約15年ないし20年前から、少なくとも時々ドイツで手工業の仕事をしていた。被告人は当初から、税理士で弁護士でもある証人Kに、租税上かつ法律上の出来事について助言と代理をさせていた。証人Kは被告人らを手工業会議所に登録し、被告人のために事業者登録と納税申告書を作成し、管理業務を処理し道具と建築資材を保管するためにWのX通り4番にある彼の不動産の地下室を被告人に無償で貸与した。被告人の事業の所在地としてもこの住所が申告された。その後、証人Kはその他のポーランド国籍をもつ者たちも同様に扱った。この者たちは、被告人の親戚または知人であり、同様にドイツの手工業者として事業活動をしようとしており、被告人から紹介された者たちであった。WにあるX通り4番の不動産の表札には2005年と2006年には被告人の名前があり、これとならんで全部で15人のポーランド人らしい名前名のステッカーがあった。被告人とその他のポーランド国籍をもつ者たち全員のために、証人Kは、実施した作業の種類、作業日、納税番号の詳細を記載した顧客への請求書を作成するためのテンプレートを作った。2006年2月2日に実施したWにあるY通りの建築現場のチェックの際には、9人のポーランド国籍をもつ者たちが居合わせていた。建築現場では被告人とその他のポーランド国籍をもつ者たちはさまざまな解体作業、骨組みの建築作業、左官作

業、化粧塗り作業を実施した。実施した作業のために、証人 K によって作成されたテンプレートで請求書を作成し、個々のポーランド国籍をもつ者たちの業績が時給で換算された。部分的にはこの請求書には被告人の銀行手数料が含まれていた。

5 3. 無罪を基礎づけるために、ヴィースバーデン地方裁判所は、みずからが実際の処理には関わっていなかった被告人が、その－ありうる－使用者としての立場に関して不法の洞察なしに行為していたことを排除することができないということに焦点を合わせていた。公判に基づいて、原審の刑事部は被告人の利益になるように、いずれにしても証人 K が税理士で弁護士でもある彼の役割において決定的な事実的な諸事情の認識の下に行った助言の中で、被告人とその他のポーランド国籍をもつ者たちが－適法な－自営業を営むためにドイツで必要とされる法的な手順のすべてが充足されているという印象を被告人に与え、その結果として、外国人としての被告人はそのように与えられた助言に基づいてみずからの行為の適法性について納得していたということを排除することができないとした。被告人に利益となるように、彼の使用者の身分に関して排除することのできない禁止の錯誤は、彼にとって回避不可能であったという。

《判決理由》

6 II. 無罪判決は維持することができない。ヴィースバーデン地方裁判所の証拠の評価は不完全である。

7 1. 被告人は犯罪者ではないかもしれないという疑いを払拭することができないという理由で、事実審が被告人に無罪判決を言い渡した場合には、上告審はそれを原則として受け入れなければならない。証拠の評価は、公判の結果を確認し正当に評価することを職務とする事実審裁判官の役割である（刑事訴訟法 261 条）。事実審裁判官の結論に強固な裏づけは必要ない。それがありうるということで十分である（st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urt. v. 10. 5. 2017 – 2 StR 258/16, juris Rn. 17 und v. 12. 2. 2015 – 4 StR 420/14,

NStZ-RR 2015, 148 m.w.N.)。上告審の検討は、事実審裁判官が法的な誤りを犯しているか否かということのみに限定される。事実に基づいた——法的な観点では、証拠の評価が矛盾しているか、不明確であるか、不完全であるか、論理則に違反しているか、確かであるとされている経験則に違反している場合がこれに当たる(st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urt. v. 1. 2. 2017 - 2 StR 78/16, NStZ-RR 2017, 183, 184 ; v. 13. 7. 2016 - 1 StR 94/16, juris Rn. 9 und v. 14. 9. 2017 - 4 StR 45/17, juris Rn. 7)。

8 2. 以上のことにかんがみると、ヴィースバーデン地方裁判所の証拠の評価には、断固とした法的な疑念が向けられる。地方裁判所は、被告人が使用者という彼の—ありうる—地位に関して不法の洞察なしに行為していたということを支えることのできる証拠評価によって確認していなかった。

9 証人 K が税理士かつ弁護士として被告人に助言し、公判では証人 K が被告人とその他のポーランド国籍をもつ者たちがドイツで自営業を営むことについての適法性を説得的に示したという事情のみでは、使用者の身分に関して被告人が不法の意識を欠いていたことを基礎づけることはできない。証人 K が被告人らに個々に報告していたことがどんなことであったのかという説明がすでに不足している。同様に、この上告された原判決は、被告人のポーランド人仲間の雇用の法的な分類に関して彼がどのような表象形成をしていたのかということにも関心を払っていない。それゆえ、上告審は、刑法 17 条の意味での禁止の錯誤の要件が当該事案でそもそも存在したのかどうかを検討することができない。

10 それに加えて、ヴィースバーデン地方裁判所は、使用者の身分を認める方向に作用し、それに基づいて被告人の表象形成を帰納的に推論することができる本質的な事実認定を、証拠の評価に含めていなかった(刑法 266 条 a における使用者の身分の事実認定のための基準について、たとえば、BGH, Urt. v. 2. 12. 2008 - 1 StR 416/08, BGHSt 53, 71, 77 Rn. 14 ; Beschl. v. 7. 10. 2009 - 1 StR 478/09, NStZ 2010, 337 und v. 27. 9. 2011 - 1 StR 399/11, NStZ-RR 2012, 13)。そのようにして、被告人によって記録が取られた勤務表(Stundenbuch)やそれと一緒に発見された請求書の内容

が証拠の評価に含まれていなかった(…)。そのうえポーランド国籍をもつ者たちのすべてが同じ住所で職業の登録をし、被告人の住所とも同じであったし(…)、彼らはドイツ語をほとんどまたはまったく話すことができず(…)、みずからの銀行口座も持たず、むしろ依頼人の請求書に被告人の銀行口座を挙げていた(…)ことも検討されていない。

11 3. それゆえ、本件は事実審裁判所による改めてなされる公判と判決を必要とする。改めてなされる公判のために、当法廷は主観的な行為の側面に関して以下のことを指摘する。

12 ドイツ連邦通常裁判所の判例では、使用者としての地位という規範的構成要件要素に関して故意の内容で要求されるものが、刑法 266 条 a と租税通則法 370 条 1 項 1 号や 2 号に基づく刑罰構成要件と結びついた所得税法 (EStG) 41 条 a とでは、異なって考えられている。

13 ドイツ連邦通常裁判所の判例によれば、刑法 266 条 a の主観的な行為の側面に関連して以下のように理解されている。故意は使用者および労働者としての身分を対象としなければならない——その際たしかに社会的地位を基礎づける事実的な要件のみを対象とするのであって、法的な分類そのものや保険料を支払うみずからの義務を対象とせず——、そして社会保障法上の義務を基礎づけるその他すべての事実的な諸事情を対象としなければならない。この事実的な諸事情の認識が存在するならば、行為者が使用者ではないと信じており、または保険料を支払う手配をする必要がないと信じているとしても、行為者は故意を阻却する構成要件の錯誤ではなく、(せいぜいのところ) —— 原則として回避可能な —— 禁止の錯誤の影響下にある (BGH, Beschl. v. 7. 10. 2009 – 1 StR 478/09, NStZ 2010, 337 f. und v. 4. 9. 2013 – 1 StR 94/13, wistra 2014, 23, 25 Rn. 16 jeweils m.w.N. ; Urt. v. 15. 10. 1996 – VI ZR 319/95, BGHZ 133, 370, 381)。

14 これに対して、ドイツ連邦通常裁判所の確定した判例によれば、租税逋脱罪の故意には、行為者が租税の請求をその根拠と多寡の観点で知っており、または少なくともそれをありうると考え、そのうえで租税債権を削減しようと意欲していたということも含まれる (vgl. BGH, Urt. v. 13. 11.

1953 – 5 StR 342/53, BGHSt 5, 90, 91 f. und v. 5. 3. 1986 – 2 StR 666/85, wistra 1986, 174 ; Beschl. v. 19. 5. 1989 – 3 StR 590/88, BGHR AO § 370 Abs. 1 Vorsatz 2 ; v. 24. 10. 1990 – 3 StR 16/90, BGHR AO § 370 Abs. 1 Vorsatz 4 und v. 8. 9. 2011 – 1 StR 38/11, NStZ 2012, 160, 161 Rn. 21 f.)。租税の請求が存在しないと納税義務者が誤想したならば、判例によれば、刑法16条1項1文に基づき故意を阻却する構成要件の錯誤が認められる(vgl. BGH, aa.O.)。これによれば、所得税法 41 条 a における使用者の身分についての錯誤とそこから導かれ、租税通則法 370 条 1 項 2 号の租税債権と刑罰構成要件に結び付けられた納税義務についての錯誤は、構成要件の錯誤として取り扱うことができる。

15 この取り扱いの相違には実的な理由を認めることはできず、それぞれ(規範的な)構成要件要素が問題になっているので、当法廷は、——そのかぎりでは 2011 年 9 月 8 日の当法廷第 1 刑事部 NStZ 2012, 160, 161 Rn. 23 ff. [=wistra 2011, 465 Rn. 23 ff.] の決定の考察に反して——将来的に刑法 266 条 a の使用者の身分とそこから導かれる支払義務もあわせてその誤った表象が(故意を阻却する)構成要件の錯誤として取り扱われるべきである⁽¹⁾と考える。

《研究》

1. はじめに

本件ではいわゆる「見せかけの自営業者」という現象(Das Phänomen der „Scheinselbstständigkeit“)⁽²⁾が問題となっており、本判決の判断は、ドイツでは刑法学者に対してのみならず、社会保障法学者に対しても大きな

(1) 本判決の訳出に当たっては、日本比較法研究所のドイツ刑事判例研究会で報告の機会を得て、有益な助言をいただいたことを感謝したい。

(2) 社会保障上の義務が発生する従業員と原則としてその義務のない自営業者の区別は、部分的にはかなり困難な問題であった。それゆえ、立法者は社会法第 4 編 7 条で自営業と見せかけの自営業という概念を画定することを試みた(1998 年 12 月 19 日の社会保障における修正のための法律と 1999 年 12 月 20 日の自営業の促進のための法律)が、しかしその

ドイツ刑法266条 a における使用者の身分についての錯誤

インパクトを与えるものとなった。⁽³⁾ いわゆる見せかけの自営業とは、形式的には請負契約や自由な雇用契約というかたちで、契約によれば受託者が自営業者の経営者という体裁になっているが、実際には受託者が委託者の組織で有給雇用されていると見られる営業形態を指す。このような営業が問題となる背景の一つにドイツ社会における人手不足が挙げられる。たとえば、病院や介護の領域ではかつてはもっぱら正規の従業員のみが考えられていたが、労働力が不足するようになって、病院や介護施設の多くの経営者も、正規の従業員ばかりではなくて、フリーランスの共同従事者を用いることで患者の看護をするための人員不足を埋め合わせることを余儀なくされている、⁽⁴⁾ ともいわれている。そのような中であって、契約の解約を予告されたフリーランスの共同従事者が、解約からの保護を訴えて労働裁判所を頼り、見せかけの自営業を援用して争うというかたちで、いわゆる見せかけの自営業をめぐる論争が当初は労働法や社会保障法の領域で現れた。⁽⁵⁾ ところがここ数年前から、税関が不法就労や非合法的な雇用に関して、企業を検査するようになり、いわゆる見せかけの自営業をめぐる論争が刑法的な観点で現れるようになったというのである。⁽⁶⁾ いわゆる見せかけの自営業の事案では、一般に、委託者は社会保障の登録をしないし、給与所得税の登録もしないので、在留許可のない外国人の雇用等を処罰するドイツ闇営業および非合法的な雇用対策法 (SchwarzArbG) 10 条ないし 11 条に基づく処罰とならんで、ドイツ租税通則法 370 条 1 項に基づく租税遁脱罪、ドイツ刑法 266 条 a 第 1 項、第 2 項 2 号に基づく労働報酬の不払いと横領が問題となる。⁽⁷⁾

、後 2002 年 12 月 23 日の労働市場における現代的なサービス業のための第二の法律によって否定されたので、再び一般的な区別のルールが妥当することになった (K. Weber (Hrsg.), Creifelds Rechtswörterbuch, 21. Aufl., 2014, S.1102)。

(3) K. Reiserer, Angleichung der Vorsatzanforderungen bei Beitragshinterziehung und Steuerhinterziehung, DStR 2018, S. 1623 ff., S. 1624.

(4) K. Reiserer, aa.O. (Fn.3), S. 1624 f.

(5) K. Reiserer, aa.O. (Fn.3), S. 1625.

(6) K. Reiserer, aa.O. (Fn.3), S. 1625.

(7) M. Floeth, Vorenthalten Arbeitsentgelt und Einkommenssteuerhinterziehung – Irrtum ↗

本件では主として、客観的には、いわゆる見せかけの自営業者であって本当は自営業者ではなく、委託者は使用者であって受託者は労働者に過ぎなかったのかどうか、それはどのような基準で認定されるべきなのかということと、主観的には、ドイツ刑法 266 条 a の「使用者」という身分とそこから導かれる社会保険料の支払義務についての錯誤が、ドイツ刑法 16 条に基づく構成要件の錯誤として取り扱われるべきなのか、それともドイツ刑法 17 条に基づく禁止の錯誤として取り扱われるべきなのかということが問題となっている。原審であるヴィースバーデン地方裁判所は、従来判例に依拠しつつ、ドイツ刑法 266 条 a にいう使用者の身分とそこから生じる社会保険料の支払義務についての被告人 A の錯誤が、ドイツ刑法 17 条に基づく禁止の錯誤として取り扱われるべきであるとした。そのうえで、しかし原審は、被告人 A の使用者と支払義務についての禁止の錯誤が、税理士で弁護士でもあった証人 K の広範なアドバイス等を理由として、回避不可能であったとして無罪判決を言い渡していた。

これに対して、本判決は「証人 K が税理士かつ弁護士として被告人に助言し、公判で証人 K が被告人やその他のポーランド国籍をもつ者たちがドイツでの自営業の活動を行うことの適法性について説得的に示したという事情のみでは、被告人の使用者の身分について彼が不法の意識を欠いていたことを基礎づけることはできない」としていた。その当時、助言者である証人 K が被告人に対して個々の事案でどんな報告していたのかという説明がすでに欠如しており、原審の証拠評価には誤りがあるとされたのである。ところが、他方で、本判決は新しい公判のためにドイツ租税通則法 370 条の場合とドイツ刑法 266 条 a の場合とで使用者の身分についての錯誤を異なって取り扱ってきた判例の変更を検討しているということを指摘した。

↘ über die Arbeitgeberbereiensehaft, NSStZ-RR 2018, S. 180 ff., S.182.

2. いわゆる見せかけの自営業者が問題になっている場合の「使用者」の確定

まずドイツ刑法 266 条 a は労働法や社会保障法上の準則によって、その中心となる「使用者」という概念もドイツ社会法第 4 編 7 条 1 項によって、その詳細な輪郭が与えられる。⁽⁸⁾ ドイツ社会法第 4 編 28 条 d によれば、健康保険、介護保険、年金保険、雇用保険について使用者と労働者が保険料を等しい比率で分担して支払うことが定められており、使用者がその支払いを怠ることによって、社会保障のための財源の確保についての被保険者の共同体の利益を侵害し、ドイツ刑法 266 条 a の保護法益を侵害することになる。⁽⁹⁾ とりわけ労働関係において「非自営業」の場合には社会保障上の義務のある雇用が認められるが、受託者が委託者の指示に基づいて活動していることや受託者がその委託者の労働組織に組み入れられているという点に受託者を非自営業者として認める手掛かりがある。⁽¹⁰⁾ 反対に、受託者が経営者のリスクをみずから負担し、独自の営業所を有し、労働力を用いる長さや種類についてみずからの自由裁量権をもつということによって、受託者が「自営業者」であることが示される。⁽¹¹⁾

いわゆる見せかけの自営業者が問題となっている場合に、当該事案が自営業者か非自営業者かを区別する際には、指揮権の有無、労働の対価の形態、事業への関与の種類と程度、雇用期間、みずからの資材の投下などのさまざまな観点⁽¹²⁾が全体考察の中で評価されることになる。それゆえ、その結論

(8) J. Habetha, (Tatbestands-) Irrtum beim Vorenthalten von Arbeitsentgelt, StV 2019, S. 38 ff., S. 40.

(9) W. Perron, in : Schönke / Schröder, StGB Kommentar, 30. Aufl., 2019, § 266a, Rdnr. 2.; H. Theile, Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt – Anforderungen an den Vorsatz bzgl. Arbeitgeberergenschaft, ZJS 2018, S. 482 ff.

(10) J. Habetha, a.a.O. (Fn.8), S. 40.

(11) H. Theile, a.a.O. (Fn.9), S. 483.

(12) Vgl. BGH, NStZ 2010, S. 337.; BGH, NStZ 2015, S. 648f.; BGH, NStZ 2016, S. 348.; M. Floeth, a.a.O. (Fn.7), S. 182.; F. P. Schuster, Anforderungen an den Vorsatz bzgl. Arbeitgeberergenschaft, NZWiSt 2018, S. 345 ff., S. 346.

を法的な観点で予想することは決してできないし、⁽¹³⁾ 限界事例ではしばしば
専門家である法律家にさえ見分けにくい場合がある。⁽¹⁴⁾ それどころか、区別
基準が多様であり、複雑であるために個々の事案の判断を委ねられた裁判
所には大きな自由裁量があり、同種の事案でも異なる社会裁判所によって
部分的には異なる判断がなされたとしても決して不思議ではないとさえい
われている。⁽¹⁵⁾

しかし、一般的には、次のようなことが指摘される。たとえば、契約当
事者が実際にそのような独立契約を締結したのかどうか、いわゆる見せか
けの自営業の概念に固有の「偽装」という側面があるのかどうか、具体的
にいえば、契約上の報酬の取り決めを単に定めただけで、実際には選択的
な報酬モデルである時給制が実践されている場合であるとか、あるいは契
約では他者による指示のない活動が予定されているにもかかわらず、実際
には指示命令権がクライアントによって行使される場合であるとか、ある
いはこの活動が他のクライアントのために形式的には許可されているが、
実際には禁止されている場合には、⁽¹⁶⁾ 受託者は自営業者ではなく労働者で
あって、委託者も使用者ということになる。これに対して、委託者が、社
会保険料を負担する義務のある従業員に対する労働の対価（給与と保険
料）をはるかに超える報酬をフリーランスの受託者に支払っていた場合に
は、委託者は、偽装された契約関係を作って自営業に見せかけて社会保険
料を節約したということにはならない。⁽¹⁷⁾ それゆえ、このように受託者に対
する報酬が通常の従業員に対する報酬よりも高いことは、受託者が自営業
者であることを肯定するための重要な間接証拠であるといえる。⁽¹⁸⁾

(13) *F. Schneider / D. Rieks*, Zur Abgrenzung von Irrtümern im Wirtschaftsstrafrecht im Allgemeinen und beim Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen im Speziellen, HRRS 2018, S. 62 ff., S. 64.

(14) *J. Habetha*, a.a.O. (Fn.8), S. 40.

(15) *K. Reiserer*, a.a.O. (Fn.3), S. 1625.

(16) *C. Rode / P. Hinderer*, Fehlvorstellung über Arbeitgeberbereitschaft, wistra 2018, S. 339 ff., S. 342.

(17) *K. Reiserer*, a.a.O. (Fn.3), S. 1626.

(18) *K. Reiserer*, a.a.O. (Fn.3), S. 1626.

以上のような基準をもとにして、本件を判断すると次のようになるであろう。すなわち、本件では、給与清算のために被告人の口座番号が挙げられていること、ポーランド国籍をもつ者たちの事業を被告人の住所で届け出ていること、彼らにはドイツ語の知識が欠如していたことは、実際には彼らが被告人の企業に雇われており、被告人の指示に服していたことを示しており、被告人は客観的には「使用者」であったといえる。⁽¹⁹⁾

3. 使用者の身分についての錯誤の取り扱いに関する裁判実務

従来判例や本件の原審によれば、使用者の身分やそこから生じる社会保険料の支払義務に関する錯誤は、禁止の錯誤とされ、その可罰性にとってはその錯誤が回避できたのか否かということが問題となっていた。⁽²⁰⁾ 上述したように、本件の原審は、税理士で弁護人でもあった証人 K の広範なアドバイス等を理由として被告人の禁止の錯誤は回避することができなかったとしたが、判例上、禁止の錯誤が回避できなかったとされる場合は本来的には非常に稀であり、ほとんどつねに可罰性に至ることになるといわれている。⁽²¹⁾ 行為者が自己の行為の違法性について疑いをもつ場合には、原則として問い合わせをし、法律家の助言を聞かなければならないし、その際には、回答者も回答そのものも信頼できるものでなければならず、回

(19) H. Theile, a.a.O. (Fn.9), S. 483.

(20) BGH NSStZ 2010, 337.

(21) Vgl. D. Beyer, Neue BGH-Rechtsprechung zur Abgrenzung von Tatumstands- und Verobotsirrtum, NZWiSt 2018, S. 339 ff., S. 342.; F. Bollacher, Die neue Beitragsanspruchstheorie zu § 266 a StGB-Ein Irrtum zu viel?, NZWiSt 2019, S. 59 ff., S. 60.; M. Floeth, a.a.O. (Fn.7), S. 183.; J. Habetha, a.a.O. (Fn.8), S. 40.; T. Reichling, Materielles Strafrecht/Strafrechtliche Nebengebiete, StraFo 2018, S. 355 ff., S. 357.; F. Schneider / D. Rieks, a.a.O. (Fn.13), S. 63.; F. P. Schuster, a.a.O. (Fn.12), S. 346.; H. Theile, a.a.O. (Fn.9), S. 483. とりわけボラチャーは、有限会社の経営者が債務超過の概念を誤解するか、申請義務を知らなかったために、債務超過に際して適宜に破産申請をしなかった（ドイツ破産法 15 条 a 第 1 項 1 文 4 号）というあてはめの錯誤の事案で、「経済生活に関与する者の特殊な義務と照会義務にかんがみてすでに、そもそも禁止の錯誤が存在し、それらはたいてい回避可能であり、実務においては刑の減輕が認められることも決してない」（F. Bollacher, a.a.O. S. 60.）という。

(22) J. Eisele, Strafrecht AT: Abgrenzung von Tatbestands- und Verobotsirrtum, JuS 2018, 7

答者が弁護士という職業のみに基づいて信頼すべき助言者となるわけではない。⁽²³⁾むしろ「情報を提供することに自己の利益をもたず、客観的で、正確で、慎重かつ責任のある情報を提供する知識豊富で偏りのない人」⁽²⁴⁾でなければならぬとされている。また、弁護士による法的な助言は一方で禁止の錯誤が回避できなかつたという判断につながりうるものであるかもしれないが、他方では同じ程度に当事者が使用者の身分を少なくともありうると考え、それゆえ未必の故意で行為していたことの間接証拠ともなりうることに注意する必要があるとの指摘もある。⁽²⁵⁾ドイツ刑法 266 条 a の故意の要素として特別な要件が示されているわけではないので、通常の場合の未必の故意と認識ある過失の区別と同様に、ここでも行為者が個々の事例の諸事情に基づいてもしかするとその契約が有給雇用であり、自身は使用者に該当するかもしれないことを認容しつつ甘受しているかどうかということが決定的となる。⁽²⁶⁾なお、弁護士の回答を聞くことによってあるいはドイツ社会法第 4 編第 7 条 a に基づく地位確認手続によって自己の考えを再検討するということをしなかつたということが、直ちに未必の故意を肯定することにつながるわけではない。⁽²⁷⁾しかし、かりに行行為者の想定が不適切となりうる具体的な根拠があつたにもかかわらず、行為者があえて専門家の説明を求めないままにした場合には未必の故意を認めることにつながる。⁽²⁸⁾この点、わが国ではそもそも弁護士による助言が違法性の錯誤の相当理由

↘ S. 1106 ff., S. 1107.

(23) BGHSt 58, 15 (30) = NJW 2013, 93.

(24) BGHSt 40, 257 (264) = NJW 1995, 204.

(25) F. Schneider / D. Rieks, aa.O. (Fn.13), S. 66.

(26) M. Floeth, Strafbarkeit wegen Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt in Fällen sog. Scheinselbständigkeit - Arbeitgeberstellung des „Auftraggebers“ und die insoweit im Rahmen des subjektiven Tatbestandes zu stellenden Anforderungen, NZS 2016, S. 771 ff., S. 773.; ders., aa.O. (Fn.7), S. 183.

(27) M. Floeth, aa.O. (Fn.7), S. 184.

(28) M. Floeth, aa.O. (Fn.7), S. 184. なお、ライゼラーは、いわゆる見せかけの自営業を認める間接証拠が明らかに多数であり、それゆえ結局のところ社会保障上の評価が初めから「明らかに掌中にあつた」といえる場合には、未必の故意が原則として肯定されなければならないとしている (K. Reiserer, aa.O. (Fn.3), S. 1625.)。

ドイツ刑法266条 a における使用者の身分についての錯誤
になるかどうかについても争いがある。⁽²⁹⁾

他方で、ドイツ年金保険連盟には、ドイツ社会法第4編7条 a に基づいて、保障義務のある雇用の存在を検討するために、使用者も労働者も照会を行うことができる、いわゆる地位確認手続がある。ドイツ連邦通常裁判所が判断したケースの中には、この手続を採らず、かつ使用者の身分についての錯誤をこの地位確認手続の開始によって回避することができたという場合には、原則としてこの錯誤は責任を阻却しないと判断したものもある。⁽³⁰⁾ アイゼレは、そのことから反対にいえば、この地位確認手続によって使用者の身分を否定する内容が含まれる回答がなされた場合には、禁止の錯誤は回避不可能であったということが導かれると主張する。⁽³¹⁾ これは明らかに使用者の身分についての錯誤が禁止の錯誤であって、その錯誤の回避可能性の判断において地位確認手続による判断が重視されるべきであるとする従来のドイツ連邦通常裁判所の一部の見解を前提にするのであれば、たしかに理解することができる主張ではある。

しかし、ローデ／ヒンデラーによれば、禁止の錯誤が回避不可能であったというために、ドイツ年金保険の場合に社会的地位を確認する手続を行わなければならないとすることにはそもそも問題があるという。⁽³²⁾ なぜなら、

(29) わが国では、弁護士が住居侵入罪にならないと助言していた事案で行為者の故意に影響しないとされた事案がある（大判昭和9年9月28日刑集13巻16号1230頁）。なお、私見はすでに、「結論において、当該刑罰法規の妥当範囲を当該私人（である弁護士）が決定することになりかねず、妥当でない」という立場（たとえば、佐久間修『刑法総論』成文堂（2009年）299頁、高橋則夫『刑法総論〔第4版〕』成文堂（2018年）382頁、只木誠『コンパクト刑法総論』新世社（2018年）181頁、安田拓人「第5章責任の理論」伊藤涉ほか『アクチュアル刑法総論』弘文堂（2005年）241頁など）を支持することを明らかにしている（中村邦義「わが国の租税刑法における違法性の錯誤」産大法学50巻3・4号（2017年）41頁）。

(30) BGH, NStZ 2010, 337.; F. Bollacher, a.a.O. (Fn.21), S. 60.; A. Hoyer, in : Systematischer Kommentar zum StGB, 9. Aufl., 2017, Bd. 5, § 266a Rdnr. 54.; H. Radtke, in : Münchener Kommentar zum StGB, 3. Aufl., 2019, Bd. 5, § 266a Rdnr. 91.; Wiedner, in : J.P. Graf/M. Jäger/P. Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht Kommentar, 2. Aufl., 2017, § 266a StGB, Rdnr. 80, S. 858.

(31) J. Eisele, a.a.O. (Fn.22), S. 1108.

(32) C. Rode / P. Hinderer, a.a.O. (Fn.16), S. 341.

年金保険は利益関係的であり、社会保障手続における当事者としての役割があるために、独立した専門家の立場とはいえないからである。⁽³³⁾

これに対して、下級審裁判例の中でも、ラヴェンスブルク地方裁判所は2006年9月26日決定ではすでに、使用者の概念の場合には規範的構成要件が問題となっているので、故意の想定を認めるためには、行為者が事実的な事象を正しく把握しているだけではなく、先行する非刑罰法規上の問題もいずれにしても素人のレベルでは適切に把握し対応するということが必要であり、使用者の身分についての錯誤が構成要件の錯誤であるとの立場を示していた。⁽³⁴⁾ それゆえ、非刑罰法規の法適用の際に、これを誤ったことが使用者の地位に関する故意を否定することにつながるということが導かれる。⁽³⁵⁾ 私もこのような立場が妥当であろうと考える。とりわけ規範的構成要件の錯誤の場合には、一見すると禁止の錯誤の場合に見えるようであり、実際には構成要件の錯誤として扱わなければならない場合がある。なぜなら、規範的構成要件では法的な観点が故意にとっても重要な意義を有することになるからである。⁽³⁶⁾ 前述の2006年のラヴェンスブルク地方裁判所決定と同様に学説においても、「使用者」という要素の解釈は労働法や社会保障法上の問題に立ち戻ることを前提とし、それゆえいわゆる規範的構成要件が問題となっているので、規範的構成要件要素に関して妥当するルールがここでも適用されるべきであるという主張がなされている。⁽³⁷⁾ つまり、「使用者」の評価についても少なくとも素人のレベルで把握している

(33) C. Rode / P. Hinderer, a.a.O. (Fn.16), S. 341.

(34) LG Ravensburg StV 2007, 412, 413 f. この当時のラヴェンスブルク地方裁判所の判断が本判決では支持されたことになり、「ルネサンス (Renaissance) を経験した」という評価もある (C. Rode / P. Hinderer, a.a.O. (Fn.16), S. 342.)。

(35) T. Reichling, a.a.O. (Fn.21), S. 357.

(36) Vgl. J. Eisele, a.a.O. (Fn.22), S. 1107.; M. G. von Galen / K. Dawidowicz, Abgrenzung Tatbestandsirrtum / Verbotsirrtum bei Fehlvorstellung über Arbeitgebereigenschaft, NSTz 2019, S. 146 ff., S. 148.

(37) T. Fischer, in: Kommentar, StGB mit Nebengesetzen, 65. Aufl., 2018, § 266a Rdnr.23.; M. Floeth, a.a.O. (Fn.7), S. 183.; M. Heger, in: Lackner / Kühl, StGB Kommentar, 29. Aufl., 2018, § 266a Rdnr. 16.; W. Perron, a.a.O. (Fn.9), § 266a, Rdnr.17.; K. Tiedemann, Wirtschafts Strafrecht, Einführung und Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 2013, Rdnr. 344.

ドイツ刑法266条 a における使用者の身分についての錯誤
必要があるということである。⁽³⁸⁾

また租税刑法において租税債権説が判例・通説であるのもその意味で理解されるべきであろう。⁽⁴⁰⁾ この点では、ドイツにおける裁判実務の伝統ではドイツ租税通則法 370 条が単なる白地規範と理解されている節があるが、これは租税債権説と相いれないであろう。ドイツ租税通則法 370 条が白地規範に過ぎないとすれば、錯誤論の原則によれば、租税法上の準則についての錯誤は禁止の錯誤に過ぎないことになるからである。しかし、ドイツ租税通則法 370 条には「租税に重大な事実」や「租税の削減」といった規範的構成要件要素が含まれている。ハベタは、ドイツ連邦通常裁判所がこれを暗示するにとどめず、租税債権説を展開するうえでの必要なステップとしてドイツ租税通則法 370 条が規範的構成要件に分類されることを説明するべきであるとして⁽⁴²⁾いる。

もっともバイヤーは、ドイツ租税通則法 370 条が白地規範なのか、それとも規範的構成要件なのか、その両方なのかということは立法技術的な問題であって本質的ではない、⁽⁴³⁾とする。しかしながら、租税規範の不明確さや複雑さを補うための安全弁となるのは、構成要件の錯誤による故意阻却のみなのであり、これはドイツ基本法 3 条に基づいて法治国家的に必要な⁽⁴⁴⁾であると主張している。

(38) *M. Floeth*, a.a.O. (Fn.7), S. 183.; *W. Perron*, a.a.O. (Fn.9), § 266a, Rdnr.17.

(39) よく知られているように、1953年11月13日のドイツ連邦通常裁判所第5刑事部判決（いわゆるカオオバター事件）以来の判例である（BGHSt 5, S. 90）。これについては、中村邦義「売上税の租税通脱罪に関する事案について行為事情の錯誤を理由として一部無罪を言い渡した第一審判決を破棄差戻した事例」産大法学 48 巻 3・4 号（2015 年）371 頁以下、384 頁も参照のこと。

(40) 中村邦義「ドイツ租税刑法における構成要件の錯誤と禁止の錯誤の区別について」産大法学 49 巻 1・2 号（2015 年）19 頁以下など。

(41) 中村・前掲注(40) 47 頁など。

(42) *J. Habetha*, a.a.O. (Fn.8), S. 40.

(43) *D. Beyer*, a.a.O. (Fn.21), S. 342.

(44) *D. Beyer*, a.a.O. (Fn.21), S. 342. なお、*M. G. von Galen / K. Dawidowicz*, a.a.O. (Fn.36), S. 149. もドイツ基本法 103 条 2 項の明確性の要請からドイツ刑法 266 条 a はドイツ社会法を通じて明確化される必要があり、そのことを考慮に入れないで純粋な事象に故意の対象を限定することは憲法違反になると主張している。

4. ドイツ所得税法 41 条 a の使用者の身分についての錯誤との比較

ドイツ連邦通常裁判所は、ドイツ所得税法 41 条 a（所得税に関する申請義務）における使用者の身分についての錯誤とそこから生じ、租税債権や所得税遁脱罪の構成要件とも結びついている納税義務についての錯誤をこれまで構成要件の錯誤として取り扱ってきた。租税刑法においては、行為者が租税の請求をその根拠と多寡の観点で知っているか、または少なくともそれがありうると考え、そのうえでそれを削減する意思があるということも故意の要件とするいわゆる租税債権説が支配的である。それにもかかわらず、3 で上述したように、ドイツ刑法 266 条 a における使用者の身分についての錯誤とそこから導かれる社会保険料の支払義務についての錯誤を禁止の錯誤として取り扱うのが、従来の判例の立場であったといえる。

しかし、みずからが使用者であるということを実感していない者は、社会保険料を支払うことはないし、所得税も支払うことはないであろうが、従来の判例の傾向によれば、前者の労働報酬の不払いについてはドイツ刑法 266 条 a による刑法上の訴追がなされるのに対して、後者の所得税の債権は課税手続においてのみ追及されるに過ぎないことになる。⁽⁴⁵⁾ そもそもドイツ刑法 266 条 a 第 2 項は、租税遁脱罪を模倣して起草されたものである⁽⁴⁶⁾ し、ドイツ刑法 266 条 a もドイツ租税通則法 370 条も租税刑法に含まれ、どちらの構成要件も構造上かつ実体法上の共通の基盤に結びついており、さらにこれらはほとんどの場合が本件でも問題となったようないわゆる見せかけの自営業という実務上も重要な状況において同時に問題となること

(45) *M. G. von Galen / K. Dawidowicz*, a.a.O. (Fn.36), S. 148.

(46) *F. P. Schuster*, a.a.O. (Fn.12), S. 346. それゆえ、ドイツ租税通則法 370 条とドイツ刑法 266 条 a の条文を比較してみると多くの共通点がある。いずれの条文も「5 年以下の自由刑または罰金刑に処する」として同じ法定刑が定められており、実行行為も前者が「租税上、重大な事実について正しくないまたは不完全な申告をする」（1 項 1 号）や「租税上、重大な事実について義務に違反して認識させないようにする」（1 項 2 号）であるのに対して、後者も「社会保障法上、重大な事実について正しくないまたは不完全な申告をする」（2 項 1 号）や「社会保障法上、重大な事実について義務に違反して認識させないようにする」（2 項 2 号）と規定しており、同工異曲の形式になっている。

が稀ではない。これらのことをも考えあわせると、これら2つの使用者の身分についての錯誤が異なって扱われていたことは、非常に不思議なことであったように思われる。⁽⁴⁷⁾

ところが、これに対しては、2011年のドイツ連邦通常裁判所第1刑事部判決において問題が提起されていた。⁽⁴⁸⁾なぜなら、この判決の中では、アルガイヤーの見解が参考文献に挙げられたからである。アルガイヤーの見解によれば、租税債権の存在についての錯誤が租税規範の射程範囲についての誤った表象のみに基づいている場合には、構成要件の錯誤ではなく、むしろ禁止の錯誤が認められるに過ぎないとされる。⁽⁴⁹⁾かりに2011年判決がアルガイヤーのこの見解と軌を一にしたのかどうかを明確にしていたならば、租税債権説を否定し、ドイツ刑法17条の禁止の錯誤を認めて、犯罪不成立となるハードルも高くなると考えられていたところであろう。⁽⁵⁰⁾つまり、この2011年判決の段階では、これら2つの使用者の身分についての錯誤が禁止の錯誤として統一的に取り扱われる可能性があったといえる。しかし、実際には2011年判決ではアルガイヤーの見解と軌を一にするのかどうかは明確にはされないままであった。⁽⁵¹⁾

このような中であって、本判決は、2011年判決が提起した考え方とは見解を異にしていることを明確に表明し、ドイツ所得税法41条 a における使用者の身分についての錯誤とそこから生じ、租税債権や所得税連脱罪の構成要件とも結びついている納税義務についての錯誤と、ドイツ刑法266条 a における使用者の身分についての錯誤とそこから導かれる社会保険料の支払義務についての錯誤を、いずれもドイツ刑法16条に基づく構

(47) J. Habetha, aa.O. (Fn.8), S.39.

(48) BGH NSTZ 2012, 160, Rn 22 ff. これについて詳しくは、中村・前掲注(39) 371頁以下。

(49) P. Allgayer, in : J.P. Graf/M. Jäger/P. Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Kommentar, 1. Aufl., 2011, § 369 AO, Rn 28, S.2649.

(50) T. Reichling, aa.O. (Fn.21), S. 358.

(51) 実際にアルガイヤーも「2011年判決はこの問題を未解決のままにした」としている (P. Allgayer, in : J.P. Graf/M. Jäger/P. Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Kommentar, 2. Aufl., 2017, § 369 AO, Rn 26, S.2998.)。

成要件の錯誤として取り扱われるべきであるとしたものである。⁽⁵²⁾

5. 本判決の意義

本判決は、傍論ながら、ドイツ刑法 266 条 a の保険料を負担する義務が生じる「使用者」という身分についての錯誤が、ドイツ刑法 17 条に基づく禁止の錯誤であるとしていた従来⁽⁵³⁾の判例を変更し、ドイツ刑法 16 条に基づく構成要件の錯誤として扱うべきことを示唆している。これによってドイツ所得税法 41 条 a における使用者の身分についての錯誤とそこから導かれ、ドイツ租税通則法 370 条 1 項 2 号の租税債権と刑罰構成要件に結び付けられた納税義務についての錯誤との矛盾を解消したという点に意義がある。このような判例変更は非常に歓迎すべきであるとして多くの論者によって受け入れられている。⁽⁵⁴⁾従来⁽⁵⁴⁾の判例や本件の原審によれば、ドイツ刑法 266 条 a の「使用者」という身分についての錯誤はドイツ刑法 17 条に基づく禁止の錯誤として取り扱われていたため、その可罰性にとっては

(52) *M. G. von Galen / K. Dawidowicz*, aa.O. (Fn.36), S. 149.

(53) *T. Reichling*, aa.O. (Fn.21), S. 357 f. これに対して、ボラチャーは租税債権説の適用範囲を刑法典にまで拡張することは推奨できず (*F. Bollacher*, aa.O. (Fn. 21), S. 62)、ドイツ刑法 266 条 a 第 1 項の射程範囲を限定する資格があるのは立法者のみである (*F. Bollacher*, aa.O. (Fn. 21), S. 59) とする。

(54) *D. Beyer*, aa.O. (Fn.21), S. 343.; *M. G. von Galen / K. Dawidowicz*, aa.O. (Fn.36), S.149.; *J. Habetha*, aa.O. (Fn.8), S.41.; *L. Meißner / N. Neumann*, Rechtsprechungsänderung zur Strafbarkeit bei Scheinselbstständigkeit, AuA 2018, S.491.; *T. Reichling*, aa.O. (Fn.21), S. 358.; *K. Reiserer*, aa.O. (Fn.3), S. 1626.; *ders.*, Verhältnis von Statusfeststellungs- und Betriebsprüfungsverfahren- Sozialversicherungsrechtliche Beurteilung bei interdisziplinärer Zusammenarbeit im Praxisteam, DStR 2019, S. 1006 ff., S. 1011.; *C. Rode / P. Hinderer*, aa.O. (Fn.16), S. 341.; *F. P. Schuster*, aa.O. (Fn.12), S. 346 f.; *H. Theile*, aa.O. (Fn.9), S. 484. 他方で、ごく少数ながらこれに反対するものとして、アイゼレがこの矛盾はむしろ禁止の錯誤の方向で統一し、禁止の錯誤の回避可能性の厳格な要件を緩和する方向で解決すべきであるとし (*J. Eisele*, aa.O. (Fn.22), S. 1108.)、ボラチャーが実際の労働状況を業務契約によって不明瞭にして人件費を節約することを重視する者やそれを望む者に特権を付与するべきではなく、本判決が想定する判例変更によって一般的な社会保険収入を損なう特に悪質な回避の試みがまさに間接的に保護されることを心配すべきだとしている (*F. Bollacher*, aa.O. (Fn.21), S. 61.)。

禁止の錯誤が回避可能であったのかどうかということが問題となり、たとえば弁護士の助言を聞きに行ったのか、ドイツ社会法第4編7条 a の使用者の地位確認手続を行ったのかどうかということが問題となった。しかし本判決のように、「使用者」の錯誤が構成要件の錯誤ということになれば、この点はもはや重要ではなくなるであろう。⁽⁵⁵⁾ また、本判決は、社会保障法上の評価によれば「滞納追徴金 (die Säumniszuschläge)」の領域でも直接に効果をもちうる。⁽⁵⁶⁾ なぜなら、滞納追徴金は委託者の誤った評価が有責的であった場合にのみ帰属されるからである。⁽⁵⁷⁾

6. おわりに

本判決は一種の免罪符というわけではなく、使用者の錯誤を単に自己弁護として主張したとしてもそれだけでは十分ではない。行為者は社会保障上の義務がありうるとは思わなかったと主張したとしても、有給雇用を偽装するための措置をしていたことで、その主張が虚偽であるという間接証拠になることも少なくないからである。⁽⁵⁸⁾

なお、本判決の示唆する方向は、使用者にとっては好ましい展開であるにもかかわらず、マイスナー／ノイマンは、見せかけの自営業の問題には別の危険が存在することにも注意しなければならぬと指摘する。なぜなら、社会保険料の事後払い等が重大な負担を意味するからであるという。⁽⁵⁹⁾ それゆえ、処罰される危険性は減少したにもかかわらず、雇用関係と自由契約、請負契約を注意深く区別することにはなお重要な意義があるとされ

(55) L. Meibner / N. Neumann, a.a.O. (Fn.54), S. 491.

(56) K. Reiserer, a.a.O. (Fn.3), S. 1626.

(57) K. Reiserer, a.a.O. (Fn.3), S. 1626.

(58) Vgl. J. Habetha, a.a.O. (Fn.8), S. 41.; H. Theile, a.a.O. (Fn.9), S. 484.

(59) 原則として「見せかけの自営業者」であることが確認された場合は、社会保険加入義務が発生し、委託者は未払いの「使用者負担分」及び「被用者負担分」の社会保険料を、4年前まで遡って支払わなければならない(飯田恵子「諸外国における在宅形態の就業に関する調査」労働政策研究・研究機構 117号(2013年)56頁)とされている。

(60) L. Meibner / N. Neumann, a.a.O. (Fn.54), S. 491.

ている。⁽⁶¹⁾そして、正反対の判例変更が考えられていた2011年の同じ部の傍論がそうであったように、本判決は傍論で示したに過ぎないから、今後下級審がこれに従い、ドイツ連邦通常裁判所の判例もこれに続くことになるのかどうかは必ずしも明らかではないとの見方もある。⁽⁶²⁾

わが国でも、労働基準法10条が「使用者」を規定し、同法24条が使用者の労働者に対する賃金の支払義務を定め、同法120条1号がこの支払義務に違反した使用者に対する罰則を定めている。⁽⁶³⁾そして、この「使用者」という要素の解釈は、労働法や社会保障法上の問題に立ち戻ることを前提とし、いわゆる規範的構成要件が問題となっているという点では、日独に共通するものがあると思われる。それゆえ、納税義務の錯誤と同様に「使用者の賃金の支払義務に関する錯誤が規範的構成要件要素に関する錯誤であって構成要件の錯誤である」とする本判決は、わが国の納税義務の錯誤の取り扱いだけでなく、使用者の労働者に対する賃金の支払義務に関する錯誤の取り扱いにとっても大いに参考とされるべきものであろう。

なお、本稿の脱稿後に、小池直希「ドイツ刑法266条aにおける使用者性(Arbeitgebereigenschaft)についての錯誤」早稲田法学95巻1号(2019年)313頁以下に接した。

(61) L. Meibner / N. Neumann, aa.O. (Fn.54), S. 491.

(62) C. Rode / P. Hinderer, aa.O. (Fn.16), S. 342.; F. Schneider / D. Rieks, aa.O. (Fn.13), S. 66. シュースターも実際に判例変更がなされることを期待していると述べている (F. P. Schuster, aa.O. (Fn.12), S. 347).

(63) 労働基準法10条「この法律で使用者とは、事業主又は事業の経営担当者その他その事業の労働者に関する事項について、事業主のために行為をするすべての者をいう。」

(64) 労働基準法24条1項本文「賃金は、通貨で、直接労働者に、その全額を支払わなければならない。」、同条2項本文「賃金は、毎月一回以上、一定の期日を定めて支払わなければならない。」

(65) 労働基準法120条「次の各号のいずれかに該当する者は、30万円以下の罰金に処する。」その1号に同法24条違反が含まれている。