

判 例 研 究

## ドイツ刑法 266 条 a における使用者の地位とその 社会保障の拠出金の支払義務についての錯誤

中 村 邦 義

2019 年 9 月 24 日のドイツ連邦通常裁判所第 1 刑事部決定

### 決定要旨

1. 行為者が労働法と社会保障法の非刑罰法規上の評価も少なくとも素人仲間における平行評価で実感として理解し、それゆえ彼が使用者としてのみずからの地位とそこから結果として生じる社会保障法上の支払義務を少なくともありうるものと考え、その違反を認容しつつ甘受していたという場合にのみ、社会保障の拠出金を義務に違反して支払いを怠った場合（ドイツ刑法 266 条 a の 1 項と 2 項）の故意行為を認めることができる。（Rn. 18）

2. 行為者がみずからの使用者の地位またはそこから結果として生じる社会保障の拠出金の支払義務について錯誤していたならば、構成要件の錯誤が認められる。当法廷はこれに反して禁止の錯誤を出発点とする判例を維持しない。（Rn. 20）

*BGH, Beschluss vom 24. 9. 2019, 1 StR 346/18 (LG Augsburg)*

Vorgehend LG Augsburg, 16. November 2017, 504 Js 117083/13 – 2KLs  
BGHSt 64, 195 (=NSW StGB § 266a ; NSW StGB § 16 ; NJW 2019, 3532 ;  
NSTZ 2020, 89 ; JR 2020, 74 ; wistra 2020, 70 ; DStR 2020, 350 ; ASR 2020,  
57 ; StraFo 2020, 166 ; JZ 2020, 365 ; NZWiSt 2020, 160)

## 主文

1. 被告人の上告に基づいて、2017 年 11 月 16 日のアウグスブルク地方裁判所の判決を破棄する。

a) 判決理由の 12、13、30、35、42、50、60、66、75、77、78 と 82 の事件についての有罪判決では、正犯者となりうる者の表象形相についての事実認定を例外として当該事実認定は維持されるままである。

b) 当該事実認定による全体の刑の執行猶予について

c) 2 万 6,731 ユーロ 20 セントの犯罪収益の没収について

2. その余の上告は理由がないとして棄却する。

3. 破棄した範囲では新しい訴訟と判決についての事件と、上訴の費用についても地方裁判所の別の経済刑事部に差し戻す。

## 理由

1. アウグスブルク地方裁判所は、被告人に対して 82 の事件で労働報酬の不払いと着服の幫助を理由として 3 年の統合自由刑を言い渡した。

2. これに対して、被告人は、種々の手続違背や上述の事実誤認を理由に上訴した。この上訴には、決定の形式から明らかにわかる部分的な成果が認められる（ドイツ刑事訴訟法 349 条 4 項）。その他の点では、ドイツ刑事訴訟法 349 条 2 項の意味での理由には当たらない。

## 《事実の概要》

3. アウグスブルク地方裁判所は、以下の事実認定と評価をしていた。

4. 1. 被告人は 2008 年から 2014 年まで個人事業主に対してドイツ国内の在宅での東欧の介護士を斡旋していた。

5. 被告人は彼の母国でたいていは未熟練の介護士を募集し、その介護士らのドイツへの旅行を世話し、各家庭のもとに連れて行き、雇用のための実用的なヒントを与え、各家庭には必要に応じて交代の者を世話すること

ドイツ刑法266条aにおける使用者の地位とその社会保障の拠出金の支払義務についての錯誤

を保障し、介護士による医療上のサービスの利用の安定性を保障した。これに関して、被告人は各家庭から原則として285ユーロの1度きりの幹旋料ならびに月額定額で最高88ユーロを徴収していた。月額定額のうちそれぞれ30ユーロは健康保険が用いられることになっていた。その他の保険があった場合には月額定額金は保険の金額分が減額された。

6. 幹旋に際して、被告人はそれぞれ被介護者と書面での契約を結ぶか、あるいはこれに関して——たいていがそうであるように——もはやそれが不可能な場合には、その者の親族と書面での契約を結んでいた。その契約では、各介護士は現場で10～12週間働く必要があると規定されていた。しかしながらこの期間は時々かなり超過していた。介護士の個々の労働配置の厳密な期間は、たいていは前もって確定しておらず、介護の過程で介護士と被介護者側の責任者との間の相互の合意によって決定された。介護期間が経過した後は、介護士は通常母国に帰って行った。間近に迫った出発について被告人はそれに先立って情報提供を受け、その後必要に応じて別の介護士をその家族に世話していた。時折、一人の介護士が繰り返し特定の家族を訪問したり、被介護者の世話の際に複数の介護士が交代したりしていた。介護士の労働配置が続いている間は、被告人は彼らと連絡を取っておらず、特に被告人は彼らの活動をコントロールしていなかった。文書による労働契約は本件では決して締結されていなかった。また介護士は外国の使用者との雇用関係もなく、ポーランド出身の介護士は2011年4月30日までの活動にとって、ルーマニア出身の介護士は2013年12月31日までの活動にとってそれぞれ必要になると思われる派遣証明書(Entsendebescheinigungen)や労働許可証(Arbeitsgenehmigungen)を入手していなかった。介護士らは所得税も把握していなかった。

7. それぞれの介護士によって具体的に提供されるべき活動は、——これに関してまだ可能であるかぎりには——被介護者によって決定されるが、さもなければ被介護者の一人または複数の親族によって決定される。介護士らは、被介護者の家族の中の責任ある対話の相手方によって、彼らにそのつど期待される活動を任じられ、——部分的には網目細かく——コン

トロールされていた。介護士の任務は、通常、被介護者の監視と世話、単純な介護活動ならびに家事にある。何人かの介護士はその際には 24 時間体制で対応しなければならず、彼らには例外的な場合にしか自由時間が与えられなかった。たいていの場合、介護士らは自分の任務の処理を幅広い時間の中で自由に配分することができた。彼らは家事をする際に時折、そのやり方についても決めることができた。月額料金は 600 ユーロから 1,300 ユーロで、個々の家族の対話の相手方によって決められ、介護士に——通常現金で——支払われた。これに対して被告人と結ばれた協定では、拘束力のない報酬の枠組みのみが挙げられていた。支払われた賃金に加えて、すべての介護士は被介護者の家に自分自身の部屋を 3 食付きで無料で貸し与えられた。一部の例では、介護士に対する報酬がその帰省中にも継続して支払われた。被告人との協定に規定されているように、介護士は旅行ごとに 60 から 120 ユーロの旅費をその都度に立て替えなければならなかった。しかし、通常、被介護家族は少なくとも彼らのために活動する介護士が家に到着するまでの旅費負担については引き受けていた。旅行健康保険のすべての費用は、被告人から介護士に払い戻された。一部の介護士によって母国で支払われた斡旋手数料は決して彼らに返還されることはなかった。

8. この雇用関係の取り決めに基づいて、アウグスブルク地方裁判所は、介護士らは被介護者または彼らのために行動する親族に従属して雇用されているということを出発点とした。個々の事例において被介護者側の誰が使用者の身分に立つことになるのかという判断を、アウグスブルク地方裁判所の刑事部はその際、基本的には、誰が介護士に対する支払を引き受けたのか、介護士を交代するか繰り返すかについて決断するのは誰か、被介護者の精神的な状態はどのようなであったか、そして補足的には誰が被告人と協定を結んだのかということに懸からしめていた。社会保障のために介護士を登録することは要介護者とその親族の側で行われていなかった。社会保障の拠出金は支払われていなかった。訴訟の対象となった事件で 1 件（判決理由の 1 番の事件）でのみ、僅少雇用（ミニジョブ）に基づく仮登

ドイツ刑法266条aにおける使用者の地位とその社会保障の拠出金の支払義務についての錯誤録がなされていた。

9. 介護士の従属的な雇用 (die abhängige Beschäftigung) も社会保障のための登録の欠如も被告人は知っていた。被告人のビジネスモデルは、家族が斡旋された介護士を社会保障のために登録することも社会保障の拠出金を支払うこともなしに雇用できるようにすることをまさにその目的としていた。被告人には登録も大切なことではなかった。というのも、被告人は、介護士を登録することによって月額料金を完全に徴収することが脅かされると見ており、顧客にとって全体のコストが特に低く抑えられることがまさにライバル会社に対して彼の競争上の優位性であると認識していたからである。

10. 2. アウグスブルク地方裁判所の認定した事実によれば、要介護者または彼らのために行動する親族は、介護士を雇用する際には社会保障上義務がある雇用関係が問題となっていること、彼ら自身が使用者の地位を有していること、そして彼らはその使用者の地位に基づいて存在する社会保障法上の義務を履行していないことをありうるものと考え、かつ認容しつつ甘受していた。このことは被告人も意識していた。

11. これに関する証拠評価の領域で、アウグスブルク地方裁判所は個々の事案のすべてにおいて、要介護者側で行動する人それぞれが素人仲間における平行評価に基づいて事実をその法的な意味内容において把握していたのかどうか、それはつまり少なくとも彼らはみずからが使用者であり、かつ介護士の登録と社会保障の拠出金の支払を義務づけられることをありうるものと考えていたのかどうかということを検討した。この者が何らかの不適切な評価をしていた場合には、アウグスブルク地方裁判所は構成要件の錯誤ではなく、いずれにしても回避可能な禁止の錯誤を認めていた。それゆえ、故意の態度が出発点であった。

12. 個別事案の検討のためにアウグスブルク地方裁判所の刑事部はさまざまな事例群を作っていた。その内部で刑事部はさらにさまざまな観点に焦点を合わせた。事例群のすべてにおいて、刑事部は、要介護者側で行為する者が被告人から注意書きをもらってこれを承認していた場合、故意を認

める決定的な間接証拠とみなしていた。その注意書きには、東欧の家事代行業のための（合法的）構想が選択肢として言及されていたが、しかし、その構想はより高額であり、しかもお役所式である（bürokratisch）と記されていた。さらに注意書きの文末のあたりには、弁護士に関して「あなたは弁護士を家事代行者として登録すべきである」という文が見られた。法律の状況はこの注意書きでは「あいまいである（schwammig）」と記されていた。

13. 3. 不払いの社会保障の拠出金の額を計算するために、アウグスブルク地方裁判所はそれぞれの月額給与を——報酬として支払われた金額も、賄いつき下宿という現物給与の価値も含めて評価される——税額控除前の総賃金（Bruttolohn）に基づいて全体の数値を算出した。社会保障の拠出金の額は、詳細に記載された。その際に、この算出はそれぞれ——弁護士が具体的に知っており、それどころか証人として尋問されていた諸事例においてさえも——給与所得税の6等級が基礎に置かれていた。それぞれの税額控除後の手取り報酬（Nettoentgelte）と税額控除前の総報酬（Bruttoentgelte）との比較に基づいて、——アウグスブルク地方裁判所によって導き出されたわけでも、具体的に明記されたわけでもない——それぞれ2.0を超える全体数値を算出する係数（Hochrechnungsfaktor）が明らかになった。全体として、アウグスブルク地方裁判所は、判決の対象となる諸事例において、社会保障の拠出金は総額で273万3,323ユーロ17セントが義務に違反して支払われていないということを出発点としていた。

## 《本決定の理由》

14. 1. 連邦検事総長によってその起訴状の中で詳しく示された理由によれば、手続違背は認められない。

15. 2. 事実誤認は、決定形式から明らかとなる範囲で上訴された判決の破棄に至った。

ドイツ刑法266条aにおける使用者の地位とその社会保障の拠出金の支払義務についての錯誤

16. a) アウグスブルク地方裁判所は、判決理由の12、13、30、35、42、50、56、60、66、75、77、78と82の事件で、それぞれ正犯者となりうる者の主観的な行為の側面が法的な誤りなしに理由づけられてはいないので、労働報酬の不払いと着服の幫助を理由とする有罪判決はそのかぎりで維持することができない。

17. aa) ドイツ刑法266条のすべての種類 (Variante) で、故意が必要であり、その際に未必の故意で十分である (BGH, Beschluss vom 28. Mai 2002 – 5 StR 16/02 Rn. 22, BGHSt 47, 318, 323 f.; Fischer, StGB, 66. Aufl., § 266a Rn. 23 mwN)。ドイツ連邦通常裁判所の確定した判例によれば (vgl. zuletzt BGH Urteil vom 24. April 2019 – 2 StR 377/18 Rn.11; zu § 370 AO Beschluss vom 28. Juni 2017 – 1 StR 624/16 Rn.12)、未必の故意の行為は、行為者が構成要件に該当する結果の発生をありうるものと考え、突拍子もないものだとはいわねえ (認識的要素)、彼はそれを認容するか、追求された目的のために少なくとも構成要件の実現を甘受している (意思的要素) ということを要件とする。

18. (1) ドイツ刑法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関して、未必の故意を認めるためには、個別事案の諸事情に基づいて、もしかすると従属的な雇用を出発点としなければならず、そこからおそらく自分に支払義務が生じるということを使用者が認識し、かつ認容しつつ甘受していたか否かが決定的に重要である。彼は、彼自身ももしかすると使用者であり、支払義務が存在し、かつ彼は登録の欠如または不完全あるいは不正確な申告によって社会保障の拠出金の支払を分担することを完全または部分的に回避することができたということを少なくとも素人仲間の評価において認識していなければならない (vgl. zu § 370 AO BGH, Urteil vom 17. Februar 1998 – 5 StR 624/97 Rn.7)。単なる認識の可能性はそのかぎりでは十分ではない。

19. (2) ドイツ連邦通常裁判所の従来の判例によれば、故意は、使用者や労働者としての身分ならびにそこから結果として生じる社会保障法上の義務に関して、たしかにこれに関する決定的な事実的な諸事情にのみ関係し

ていなければならないのに対して、適切な法的な分類を必要とせず、これによってありうるものとも考えることも必要とせず、たとえば個人に存する拠出金の支払義務に違反する可能性を認容することも必要としなかった。事実的な諸事情の認識が存在したならば、行為者はみずからが使用者ではないと考え、または拠出金の支払いに配慮する必要があると考えていた場合に、従来の判例によれば、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った (BGH, Beschlüsse vom 7. Oktober 2009 – 1 StR 478/09 und vom 4. September 2013 – 1 StR 94/13 Rn. 16, jeweils mwN)。

20. (3) これに関して当法廷は維持しない。2018 年 1 月 24 日の決定《ママ》ではすでに示唆されていたように (1 StR 331/17 Rn. 15)、行為者がその意味では決定的な事実的な諸事情の認識を超えて、労働法や社会保障法の非刑罰法規の評価も少なくとも素人仲間における平行評価で実感をもって理解していた (nachvollziehen) 場合にのみ故意行為を認めることができる (zustimmend Habetha, StV 2019, 39 ff.; von Galen / Dawidowicz, NStZ 2019, 148 f.; Schneider / Rieks, HRRS 2019, 62 ff.; Rode / Hinderer, wistra 2018, 341 f.; Reichling, StraFo 2018, 357 f.; Floeth, NStZ-RR 2018, 182 f.; MüKoStGB / Radtke, 3. Aufl., § 266a Rn. 90; Fischer, StGB, 66. Aufl., § 266a Rn. 23)。行為者はこれに基づいてその使用者としての身分とそこから結果として生じる社会保障法上の支払義務を少なくともありうるものと考え、かつその違反を認容しつつ甘受していなければならない。これによれば、ドイツ刑法 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、ドイツ刑法 16 条 1 項 1 文の意味での構成要件の錯誤として分類するべきである。

21. (a) このことは、租税遁脱罪の故意と錯誤の問題についてのドイツ連邦通常裁判所の判例に相応している。これによれば、租税遁脱罪の故意には、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ものと考え、そのうえで租税債権を削減しようとし欲していたということも含まれる (vgl. BGH, Urteil vom 8. September



ドイツ刑法266条aにおける使用者の地位とその社会保障の拠出金の支払義務についての錯誤  
2011 – 1 StR 38/11 Rn. 21 mwN)。もっとも租税の請求を確実に認識することは、その根拠の観点でも多寡の観点でも租税通脱罪の故意の前提要件ではない (vgl. BGH aaO)。納税義務者が租税の請求は存在しないと錯誤していたならば、この判例によれば、故意を阻却する構成要件の錯誤（ドイツ刑法16条1項1文）が認められ、その際には錯誤の理由は重要ではない (eingehend Radtke, GS-Joecks 2018, 543 ff., 557)。

22. (b) ドイツ刑法 266 条 a の意味での使用者の地位とドイツ租税通則法 370 条 1 項 2 号の意味での納税義務者の地位とを故意や錯誤の解釈論において不平等に取り扱うことを是認する実際上の根拠はない。義務がある者の地位において、どちらの場合にも規範的な構成要件要素が問題となっており (BGH, Beschluss vom 24. Januar 2018 – 1 StR 331/17 Rn. 15 ; ebenso Habetha, StV 2019, 39, 40 ; von Galen/Dawidowicz, NSTZ 2019, 148 ; Schneider/Rieks, HRRS 2019, 62, 65 f. ; Floeth, NSTZ-RR 2018, 182, 183)、規範的な構成要件要素に関してはそれを基礎づける事実の単なる認識は、故意の態度を基礎づけるのに十分ではない。むしろ行為者は不法を基礎づけるために決定的な行為事情の本質的な意味を適切に把握し、その法的な評価を実感として理解しなければならない (MüKoStGB/Joecks, 3. Aufl., § 16 Rn. 70; Radtke aaO 549; LK-StGB/Vogel, 12. Aufl., § 16 Rn. 26)。行為者がこのことを把握していなかったならば、彼は故意を阻却する構成要件の錯誤に陥っている。というのも、行為者には特殊な刑法上の規範の呼びかけが届いていなかったからである (BeckOK-StGB/Kudlich, 42. Ed., § 16 Rn. 14 ff.)。

23. ちなみに、ドイツ刑法 266 条 a の 1 項から 3 項まで——ドイツ刑法 266 条 2 項 1 号は例外であるが——も、ドイツ租税通則法 370 条 1 項 2 号も、真正不作為犯を意味し (zu § 266a StGB etwa MüKoStGB/Radtke, 3. Aufl., Rn. 7 f.; Fischer, StGB, 66. Aufl., § 266a Rn. 3 ; zu § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO BGH, Urteil vom 9. April 2013 – 1 StR 586/12, BGHSt 58, 218, 227 ff.)、構成要件の構造において解釈論的に異なるものではない。不作為によって遂行されるこの種の身分犯の場合、故意は（行為）義務の基礎とな

る諸事情を含んでいなければならない。ドイツ租税通則法 370 条 1 項 2 号の場合、説明義務を基礎づける事情が「納税対象者の地位 (Steuerobjektstellung)」にあるのに対して、ドイツ刑法 266 条 a の領域では、使用者の地位の場合に (納税) 義務を基礎づける事情が問題となっている (Rode/Hinderer, wistra 2018, 341)。

24. (4) ある人が使用者であるか否かは、社会保障法に基づいて判断される。多数の基準に基づいて行われるべき評価は (たとえば業務の遂行が会社内に組み入れられる程度、業務遂行の時間、場所、実行に関する指揮権の存在、業務を遂行する者のみずからの経営者としてのリスクの存在などである、vgl. BSG, NJW 2018, 2662 Rn. 16 ff.)、複雑な評価に基づいている。その際には諸基準が個別事案では異なる重要性を持ちうるので、結論がつねに確実に予見できるとは限らない (vgl. Schneider/Rieks, HRRS 2019, 62, 64 ; von Galen/Dawidowicz, NStZ 2019, 148, 149)。従属的な雇用と自営業の活動の区別にとって決定的であるのは —— 関与者の契約関係を手掛かりとして (vgl. BSG, Urteil vom 18. November 2015 – B 12 KR 16/13 RRn. 18 ; BGH, Beschluss vom 13. Dezember 2018 – 5 StR 275/18, NStZ-RR 2019, 151 f. mwN) ——、価値的な全体考察をしなければならない「生き生きとした関係 (gelebte Beziehung)」の実際の状況である (st. Rspr. ; BGH, Beschluss vom 13. Dezember 2018 – 5 StR 275/18, aaO ; vgl. auch BSG, NJW 2018 Rn. 16 ff.)。

25. (5) 使用者が彼の相応の地位とそこから結果として生じる社会保障法上の支払義務の存在をありうるものと考え、かつ認容しつつ甘受していたか否かは、事実審の裁判所によって個別事案の証拠評価の領域で具体的な行為事情を手掛かりにして解明されなければならない。

26. この点では、—— 非刑罰法規上の評価の領域で —— 使用者の地位の存在を認める間接証拠がいかに明白であるかということが、まず重要になるかもしれない。次に、使用者が商取引において経験があったのかそれとも経験がなかったのか、またどの程度経験があったのか、そして、まさに行為が問題になるその時期にそれぞれの業界で違法な雇用のテーマが場合

ドイツ刑法266条aにおける使用者の地位とその社会保障の拠出金の支払義務についての錯誤によってはますます公的な議論の対象となっていたのかどうか重要となりうる。さらには重要な間接証拠は、選択されたビジネスモデルが当初から社会保障法上の義務を隠蔽または回避することを目的としていたかどうかでもある。いずれにしても、使用者として資格づけることができるビジネスマンの場合、彼の貿易に関連して存在する労働法と社会法上の状況に関する照会義務（Erkundigungspflicht）も考慮に入れなければならない。なぜなら、照会義務の違反は、この義務の充足に関して義務者の無関心を示唆している可能性があるからである（vgl. BGH, Urteil vom 8. September 2011 – 1 StR 38/11 Rn. 27）。

27. bb) これらの基準に照らして判断すると、判決理由の12、13、30、35、42、50、56、60、66、75、77、78と82の事件で正犯者となりうる者の故意は、法的な誤りなしに認定されてはいない。

28. 上述した諸事例では、—— 認定された事実に基づいて認められる重要な間接証拠が少なくとも未必の故意の想定を難なく裏づける他の諸事例とは異なって—— アウグスブルク地方裁判所が適切な基準を用いたならば主観的構成要件について異なる評価に至るであろうということを否定することはできない。

29. このことは、判決理由の13、35、50、66、75と77の事件で、アウグスブルク地方裁判所が本件で—— 従来判例に基づいて—— 使用者がみずからの立場とそこから結果として生じる社会保障の拠出金の支払義務についてそれぞれ誤った表象を持っていて、それに相応して回避可能な禁止の錯誤の想定に至るということを出発点としていたことから明らかとなる。しかし、判決理由の12、30、42、56、60、78、82の事件でも、使用者が少なくとも未必の故意で行為したのか否かの問題に関して、アウグスブルク地方裁判所が異なる評価に至りうることを否定することはできない。なぜなら、これらの事件では、使用者の故意の態度を想定することを余儀なくさせる十分に重要な間接証拠が認定されてはいないからである。

30. cc) この法的な誤りは—— 幫助を可能とする正犯行為が法的に誤りなしに認定されていないので—— 上述の事件における有罪判決の破棄差

戻しに至るが、しかし、被告人の部分的な無罪判決に至るわけではない。なぜなら、当法廷は、新しい訴訟において個々の使用者の故意が基礎づけられる事実を認定しうることを否定することはできないからである。個々の使用者が——部分的には非常に漠然としか定式化されていない——除外要件（Ausschlusstatbestand）を引き合いに出し、または彼のみずからの使用者の地位を基礎づけるすべての諸事情を知っていたにもかかわらず、使用者の地位を認識しようとしなかったという単なる事実だけでは、これに関する誤った表象を難なく正当化することはできない。なぜなら、内部的な行為の側面に関する相応の主張は、それ以外にはこのことを立証する証拠がない場合には、反駁できないものと見なす必要がないからである（vgl. Klein/Jäger, AO, 14. Aufl., § 370 Rn. 178 mwN）。申立によって想定される除外要件の前提要件がすでにそのみずからの申立に基づいて存在しておらず（判決理由の 13、66 の事例では、短時間労働）、またはそれがこのようなせいぜい非常に漠然とした領域しか示していない（判決理由の 35、50、77 の事例）場合には、いずれにしても個々の使用者の誤った表象に不利な証拠になる。

31. b) 上述の事件の有罪判決の破棄は、そのかぎりで判決が下された個別刑（Einzelstrafe）と統合刑（Gesamtstrafe）の根拠を失わせることになる。個々の使用者の表象形成に関する事実認定を例外として、関連する事実認定は法的な誤りなしに行われており、維持することができる（ドイツ刑事訴訟法 353 条 2 項）。補充的な事実認定は、従来の事実認定と矛盾しないかぎりで行うことができる。

32. c) 有罪判決はその他の事件でも根拠がない。アウグスブルク地方裁判所刑事部は、不払いの社会保険料のそれぞれを部分的には不適切に計算し、その他の点でも納得できるかたちで計算してはならず、それゆえ債務の範囲を正しく決定していない。一方では、アウグスブルク地方裁判所刑事部は、基礎に置いた手取り報酬の領域では無料宿泊の現物給与の価値を考慮に入れることが許されていなかったと思われる。他方では、アウグスブルク地方裁判所刑事部は総賃金を推定する際に一括して給与所得税の 6

ドイツ刑法266条aにおける使用者の地位とその社会保障の拠出金の支払義務についての錯誤等級を出発点とすることも許されていなかったと思われる。結局のところ、想定された推定値はその他の点でも納得できない。個々の点では次のとおりである。

33. aa) 無料宿泊の現物給与の価値は、この場合には労働報酬には含まれない (vgl. im Einzelnen im Hinblick auf die Steuerbarkeit derartiger Leistungen BFH, Urteil vom 21. Juli 1994 – V R 21/92 Rn. 8 ff.)。なぜなら、個々の使用者が、反対給付として介護士の労働の成果を受け取るために宿泊場所を提供したのではなく、むしろそもそも契約どおりの業務遂行を可能にするために宿泊場所を提供したからである。

34. 給与の支払に加えて給付された手当と労働者の労働の成果が、同価値でなければならないということではなく、それが当事者の意思に基づいて埋め合わされることになる方法で双方の法的な義務と請求に基づいて相対峙している場合には、使用者の労働者に対する現物支給は報酬と見なさなければならない (vgl. BFH aaO Rn. 8 zu § 1 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 UStG 1980)。

35. 本件はそうではない。使用者が労働者に現金の給与に加えて無料宿泊を与え、双方が一緒に労働契約に基づいて労働者の労働の成果に対する反対給付を示したという状況とは違って、この場合には、宿泊施設の提供の際には、報酬を構成する部分として使用者が与えた追加の給付が問題となっているわけではなく、むしろそれぞれの使用者の目的のための無償の給付が問題となっている。この給付は、介護士の一般的な住居のニーズを充足するものではなく、個々の雇用関係によって招来される追加の特別な住居のニーズを満足させるものである (vgl. BFH aaO Rn. 9 f.)。なぜなら、介護士が被介護者のすぐ傍にいて、いつでも——— すぐにでも ——— 連絡が取れて介護できることが、義務を負っている介護の業務を充足するために必要不可欠だからである。

36. bb) アウグスブルク地方裁判所は、介護士の総賃金から手取り報酬を推定する際に、一括して給与所得税の6等級を出発点とすることが許されていなかったと思われる。

37. たしかに当法廷の判例によれば、完全に違法な雇用関係が存在する場合には、遁脱される所得税の範囲は、原則として給与所得税の6等級（vgl. § 39c EStG）の最低税率（Eingangssteuersatz）を手掛かりに決定することができる（vgl. BGH, Beschlüsse vom 15. Januar 2014 – 1 StR 379/13 Rn. 31 ; vom 8. August 2012 – 1 StR 296/12 und vom 8. Februar 2011 – 1 StR 651/10, BGHSt 56, 153 Rn. 16 ff.）。しかし、量刑の基礎に置かれるべき損害に関して、労働者が実際の諸事情を知っていたか、とりわけ労働者が事実審の裁判所によって証人尋問されている場合に何が事実であるのかを難なく認定することができた場合には、このことは妥当しない（本件では、1、12、25、38、53、72、80の事件）。これらの事件では、部分的な間賃金の支払（BGH, Beschlüsse vom 7. Dezember 2016 – 1 StR 185/16 Rn. 24 ; vom 8. August 2012 – 1 StR 296/12 ; vom 14. Juni 2011 – 1 StR 90/11 Rn. 14 und vom 8. Februar 2011 – 1 StR 651/10, BGHSt 56, 153 Rn. 19）または一時的な所得税の遁脱（BGH, Beschluss vom 8. Februar 2011 – 1 StR 651/10, BGHSt 56, 153 Rn. 15）の状況と比較して、異なる取り扱いが正当化されないので、遁脱された社会保障の拠出金の範囲は、介護士の実際に存在する給与所得税の等級を手掛かりにして算出されなければならないと思われる。

38. cc) 最終的に、アウグスブルク地方裁判所刑事部によってなされた総所得から手取り報酬を推定することは納得することができない。

39. たしかに原判決における計算の根拠の説明は、ドイツ刑法 266 条 a に基づく行為の場合の判例が示した要件に十分である（vgl. zuletzt BGH, Beschlüsse vom 25. Oktober 2017 – 1 StR 310/16 Rn. 16 und vom 24. August 2017 – 1 StR 625/16 Rn. 25 ; zu § 370 AO Urteil vom 7. Februar 2019 – 1 StR 485/18 Rn. 4 ; jeweils mwN）。原判決では、個々の労働者の拠出金と使用者の拠出金は、それぞれの支払期日の時点で別々に、労働者の人数、労働時間、賃金とその地域の管轄する健康保険組合の分担率の多寡に基づいて認定された。

40. しかし、以上の根拠に基づいてアウグスブルク地方裁判所刑事部によっ

ドイツ刑法266条aにおける使用者の地位とその社会保障の拠出金の支払義務についての錯誤でなされた総所得から手取り報酬の推定には (§ 14 Abs. 2 SGB IV)、納得することができない。なぜなら、アウグスブルク地方裁判所はこの場合に基礎に置かれた給与所得税の等級の最低税率 (Eingangssteuersatz) に焦点を合わせていないし、税率は所得の多寡毎に異なっているのです、すべての事件に統一的な1年毎の推定要因を適用することは不可能だからである。それはむしろそれぞれ個別に計算しなければならない。

41. アウグスブルク地方裁判所の計算結果は、この場合に、アウグスブルク地方裁判所が正しくない推定要因を算出したこと、そしてこの要因を計算の基礎に置いたことを懸念させるものである。つまり、本件で認定された手取り報酬と総賃金を関係づけるならば、それぞれ2.0を超えている推定要因が明らかとなるが、これは通常認められる推定要因——それは1.5から1.6の間の価値である (vgl. etwa BGH, Beschluss vom 5. Juli 2018- 1 StR 111/18 Rn. 18 f.)——を明らかに超えている。

42. これによれば、この場合にアウグスブルク地方裁判所刑事部が計算のプロセスそのものも納得できるかたちで示す必要があったのかどうかは未解決のままにしておくことができる (in diese Richtung BGH, Beschlüsse vom 6. Juli 2018 - 1 StR 234/18 Rn. 13 und vom 25. Oktober 2017 - 1 StR 310/16 Rn. 16 ; anders zu § 370 AO Urteil vom 12. Mai 2009 - 1 StR 718/08 Rn. 20)。アウグスブルク地方裁判所刑事部が計算のために単にドイツ年金保険から証人の説明のみを参照することが十分であったのかどうかについても未解決のままにすることができる。いずれにしても、自己制御の目的のためにも、それが判決を納得できるものにしやすいという理由でも、計算を説明することは理に適っている (BGH, Urteil vom 12. Mai 2009 - 1 StR 718/08 Rn. 20)。

43. dd) 構成要件がもはや考慮されないほどに、不払いの社会保障の拠出金の誤った計算が構成要件の実現に影響をもつことを、当法廷は排除することができるため、有罪判決は法的な誤りの影響を受けていない (vgl. BGH, Beschlüsse vom 25. Oktober 2017 - 1 StR 310/16 Rn. 21 und vom 24. August 2017 - 1 StR 625/16 Rn. 28)。



44. d) 判決理由の12、13、30、35、42、50、56、60、66、75、77、78、そして82の事件における有罪判決の破棄は、それに基づく没収判断の根拠も失わせることになる。それゆえ、犯罪収益の没収に関する裁定は26,731ユーロ20セントの額について破棄されなければならない。

## 《研究》

### 一. 本決定の意義

本件は、ドイツの各家庭に在宅介護をする東欧出身の介護士らを斡旋していた被告人が、労働報酬の不払いと着服の罪（ドイツ刑法266条a）の幫助に問われた事案であった。本件では、各家庭において対話の窓口となる代表者が具体的な指示を出し、介護士はその指示に基づいて介護サービスを提供していたので、各家庭におけるその代表者が「使用者」であり、介護士らが「労働者」に位置づけられる。それゆえ、本来的には、使用者である各家庭におけるその代表者らは、労働者である介護士を社会保障のために登録し、社会保険の拠出金を支払う義務があった。各家庭におけるその代表者らが使用者の地位やそこから結果として生じる社会保障の拠出金の支払義務についての錯誤に陥っていた場合には、その錯誤の取り扱いが本件被告人の幫助犯の成否にも影響を及ぼすことになる。すなわち、その使用者についての錯誤が単なる禁止の錯誤に過ぎないとすれば、正犯者には故意が認められるため、本件被告人に対して労働報酬の不払いと着服の罪の幫助犯は成立しうるが、もしこの錯誤が構成要件の錯誤であるとするれば、正犯者に故意が欠如するため、本件被告人の幫助も成立しないことになる（ドイツ刑法27条1項）。

本決定は、2018年1月24日のドイツ連邦通常裁判所第1刑事部判決が<sup>(1)</sup>傍論で予告していたとおりに判例変更をし、ドイツ刑法266条aに基づく

---

(1) BGH, Urteil v.24. 1. 2018 1 StR 331/17, wistra 2018, S. 339. これについては、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、中村邦義「ドイツ刑法266条aにおける使用者」



ドイツ刑法266条aにおける使用者の地位とその社会保障の拠出金の支払義務についての錯誤  
労働報酬の不払いと着服の罪における使用者についての錯誤を、ドイツ租  
税通則法 370 条に基づく所得税通脱罪における納税義務者についての錯誤  
と同様に、ドイツ刑法 16 条 1 項 1 文に基づく構成要件の錯誤として扱わ  
れるべきことを明示した点にその重要な意義がある。<sup>(2)</sup>

そのほかにも、刑の量定にかかわる点として、無料宿泊などの現物給付  
が労働報酬のための反対給付としてではなく、単に業務を可能にするため  
に必要不可欠なものとして提供されたものである場合には手取り給与の算  
出に際して考慮すべきではないこと、労働者に質問することで税率金額を  
厳密に認定できる場合には給与所得税 6 等級の入国税率を一括で適用すべ  
きではないということなども明らかにしている。

しかし、とりわけわが国の刑法の解釈論にとって示唆に富むものかどう  
かという観点から、本稿では、故意と錯誤の点に絞って論ずることにした  
い。

## 二. 「使用者」についての錯誤

従来のドイツ連邦通常裁判所の判例によれば、ドイツ刑法 266 条 a にお

---

ゝの身分についての錯誤」産大法学 53 卷 3・4 号（2020 年）533 頁以下も参照のこと。

(2) A. Bissels / K. Falter, Scheinselbstständigkeit und Strafbarkeit nach § 266a StGB, Der Betrieb Nr. 51-52, 2019, S. 2871.; C. Brand, BGH: Unterlassenes Abführen von Sozialversicherungsbeiträgen – Tatbestandsirrtum, NJW 2019, S. 3532 ff., S. 3536.; J. Eisele, Strafrecht AT : Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum, JuS 2020, S. 365 ff., S. 366.; M. Floeth, Zum vorsätzlichen Handeln bei pflichtwidrig unterlassenem Abführen von Sozialversicherungsbeiträgen, EWIR 2020, S. 249 f.; A. Grötsch, StGB § § 266a, 16 (Tatumstandsirrtum bei Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt), wistra 2020, S. 70 ff., S. 74.; M. Kothes, Aktuelle sozialrechtliche Fragen in Krise und Insolvenz, NZI 2020, S. 318 ff., S. 320.; P. von der Meden, Irrtum beim Sozialversicherungsbetrug – Reschtsprechungswechsel vollzogen, jurisPR-StrafR 23/2019, Anm3.; K. Reiserer, Es kommt endlich Bewegung in das Recht der Scheinselbstständigkeit, DStR 2020, S. 1321 ff., S. 1322.; R. Schmitz, Strafrecht Anmerkung, JZ 2020, S. 365 ff., S. 369 ff.; V. Stück, Vorsätzliches Handeln bei pflichtwidrig unterlassenem Abführen von Sozialversicherungsbeiträgen – Irrtum über Arbeitgeberstellung, CCZ 2020, S. 106 ff., S. 108.; A. Weitzell, Unterlassenes Abführen von Sozialversicherungsbeiträgen – Tatbestandsirrtum, NZWiSt 2020, S. 160 ff., S. 164 ff.

ける使用者の地位とそこから結果として生じる社会保障の拠出金の支払義務についての錯誤は、原則として回避可能な禁止の錯誤（ドイツ刑法 17 条 1 文）として扱われるべきものとされていた。<sup>(3)</sup>

しかし、租税刑法ではいわゆる租税債権説 (sog. Steueranspruchstheorie) が判例・通説であり、ドイツ租税通則法 370 条における使用者についての錯誤は構成要件の錯誤として扱われてきた。<sup>(4)</sup> そもそもドイツ刑法 266 条 a の 2 項は、ドイツ租税通則法 370 条を模範として起草されたという立法経緯がある。<sup>(5)</sup> それゆえ、多数説は、ドイツ刑法 266 条 a における使用者についての錯誤も、ドイツ租税通則法 370 条における使用者についての錯誤と同様に、構成要件の錯誤として扱うべきであると主張している。<sup>(6)</sup> 多数説はそのほかにも、いわゆる見せかけの自営業の事案をめぐってしばしば両者の錯誤は同時に問題になるが、一方で租税通脱罪は故意なしとして犯罪不成立になるにもかかわらず、他方でドイツ刑法 266 条 a の罪では故意ありとして犯罪成立となるのは不自然であること、<sup>(7)</sup> どちらの犯罪類型において

---

(3) BGH, NSTZ 2010, S. 337.

(4) BGHSt 5, S.90.

(5) F. P. Schuster, Anforderungen an den Vorsatz bzgl. Arbeitgeberbereignschaft, NZWiSt 2018, S. 345 ff., S. 346. 中村・前掲注 (1) 548 頁。

(6) D. Beyer, Neue BGH-Rechtsprechung zur Abgrenzung von Tatumstands- und Verbotsirrtum, NZWiSt 2018, S. 339 ff., S. 343.; J. Eisele, a.a.O. (Fn.2), S. 367.; M. G. von Galen / K. Dawidowicz, Abgrenzung Tatbestandsirrtum / Verbotsirrtum bei Fehlvorstellung über Arbeitgeberbereignschaft, NSTz 2019, S. 146 ff., S. 149.; A. Grötsch, a.a.O. (Fn.2), S. 74 f.; J. Habetha, (Tatbestands-) Irrtum beim Vorenthalten von Arbeitsentgelt, StV 2019, S. 38 ff., S. 41.; L. Meißner / N. Neumann, Rechtsprechungsänderung zur Strafbarkeit bei Scheinselbstständigkeit, AuA 2018, S. 491.; T. Reichling, Materielles Strafrecht/Strafrechtliche Nebengebiete, StraFo 2018, S. 355 ff., S. 358.; K. Reiserer, Angleichung der Vorsatzanforderungen bei Beitragshinterziehung und Steuerhinterziehung, DStR 2018, S. 1623 ff., 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, Fehlvorstellung über Arbeitgeberbereignschaft, wistra 2018, S. 339 ff., S. 341.; F. P. Schuster, a.a.O. (Fn.5), S. 346 f.; H. Theile, Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt - Anforderungen an den Vorsatz bzgl. Arbeitgeberbereignschaft, ZJS 2018, S. 482 ff., S. 484.

(7) J. Habetha, a.a.O. (Fn.6), S. 39. どちらの状況でもその行為の社会的な意味内容は行為者ノ

ドイツ刑法266条aにおける使用者の地位とその社会保障の拠出金の支払義務についての錯誤も「使用者」は規範的構成要件要素であり、故意の対象とされるべきこと<sup>(8)</sup>をその主な論拠としている。さらには、禁止の錯誤とした場合には、たとえば行為者はドイツ健康保険の地位確認手続きを利用しなければならず、これを利用しない場合には原則として禁止の錯誤は回避可能であったと判断される傾向にあったが、行為者が使用者の地位にある可能性すら認識していない場合に地位確認手続きを利用すること自体が通常考えられないし、ドイツ年金保険組合は専門機関というよりはむしろ利害関係者であってその専門的な評価はつねに疑わしく、社会裁判所の手続きを待って初めて明確に判断できるという問題も指摘されていた。<sup>(10)</sup>

そして、裁判実務においても、2006年9月26日のラヴェンスブルク地方裁判所の決定は、ドイツ刑法266条aの使用者の身分についての錯誤は構成要件の錯誤として扱うべきであるとしており、<sup>(11)</sup>2018年1月24日のドイツ連邦通常裁判所第1刑事部も、傍論ながら、ドイツ刑法266条aの使用者についての錯誤は構成要件の錯誤として扱われるべきであるとの立場に依拠して、判例変更を示唆していた。<sup>(12)</sup>もっとも現実に判例変更がなされるかどうかは明らかではないと見る慎重な向きもあった。ところが、立法機関は判例変更がなされた場合にも処罰の間隙が大きな問題にならないようにするために、軽率な場合には過料による制裁を可能とするドイツ闇営

---

ゝに気づかれないままであることに変わりはない (C. Brand, aa.O. (Fn.2), S. 3536.)。

(8) J. Eisele, aa.O. (Fn.2), S. 366.; M. Floeth, aa.O. (Fn.2) S. 250.; P. von der Meden, aa.O. (Fn.2), Anm. 3. さらにいえば、シュミッツは「使用者」が高度に規範的構成要件要素であり、そのことはほとんど誰も争っていないという (R. Schmitz, aa.O. (Fn.2), S. 370.)。

(9) Vgl. A. Bissels / K. Falter, aa.O. (Fn.2), S. 2871.; M. Floeth, aa.O. (Fn.2), S. 249.; A. Weitzell, aa.O. (Fn.2), S. 165.

(10) P. Hinderer, Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt, NStZ 2020, S. 89 ff., S. 93.

(11) LG Ravensburg, StV 2007, S. 412., S. 413 f.

(12) BGH, Urteil v. 24. 1. 2018 – 1 StR 331/17, NStZ-RR 2018, S. 180.

(13) C. Rode / P. Hinderer, aa.O. (Fn.6), S. 342.; 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. 66.; F. P. Schuster, aa.O. (Fn.5), S. 347.

業および非合法的雇用対策法 (SchwarzArbG) 8 条 3 項を追加する法改正をしており、<sup>(14)</sup> 実際に本決定も予告どおりに判例変更をした。

ドイツ連邦通常裁判所第 1 刑事部は、本決定において、ドイツ刑法 266 条 a の故意が認められるためには、行為者は自分自身がもしかすると使用者であるかもしれないこと、社会保障の拠出金の支払義務が存在し、労働者を社会保険に登録せず、または不完全に登録し、あるいは不正確な申告をしたことによって、その義務を完全にまたは部分的に回避することができたということを、少なくとも素人仲間の平均的な評価レベルで認識していなければならないとし、単なる認識の可能性では足りないとした。

本決定によれば、行為者はその使用者としての身分とそこから結果として生じる社会保険法上の支払義務を少なくともありうるものと考え、かつその違反を認容しつつ甘受していなければならず、ドイツ刑法 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、ドイツ刑法 16 条 1 項 1 文の意味での構成要件の錯誤として扱われるべきであるとされた。

ドイツ連邦通常裁判所の別の刑事部がドイツ刑法 266 条 a の故意と錯誤の問題をどのように判断するかはまだわからないという見解もあり、<sup>(15)</sup> 第 5 刑事部も当初はこの問題を未解決なままにしたが、<sup>(16)</sup> その後に第 5 刑事部は

---

(14) Vgl. BT-Drs. 19/869119, 54. 同法 8 条 3 項は租税刑法の領域にとつての租税通則法 378 条に相応するものである。このドイツ闇営業および非合法的雇用対策法の改正によって、2019 年 7 月 18 日以降は、社会保障の拠出金を徴収機関に「軽率に (= 重過失で)」渡さなかった者は秩序違反行為となり、同法 8 条 6 項によれば 5 万ユーロまでの過料で制裁されることになった (A. Bissels / K. Falter, aa.O. (Fn2), S. 2871; P. von der Meden, aa.O. (Fn2), Anm. 3; C. Ziegler, Keine vorsätzliche Beitragshinterziehung bei Irrtum über die Arbeitgebereneigenschaft, NZS 2020, S. 38.)。

(15) C. Brand, aa.O. (Fn2), S. 3536; A. Weitzell, aa.O. (Fn2), S. 165.

(16) BGH, Beschluss v. 13. 12. 2018 – 5 StR 275/18, wistra 2019, S.198. 判決理由の欄外番号 44 番で、被告人は使用者の地位を肯定する決定的な諸事情を認識していただけではなく、もしかすると使用者と見なされるかもしれないことも知りつつこれを認容していたので、使用者の錯誤にはなかったとして、使用者についての錯誤が構成要件の錯誤として取り扱うべき (vgl. BGH, Urteil vom 24. Januar 2018 – 1 StR 331/17, NStZ-RR 2018, 180, 182 mwN) かどうかについて判断する必要がないとしていた。

ドイツ刑法266条aにおける使用者の地位とその社会保障の拠出金の支払義務についての錯誤  
第1刑事部の本決定と軌を一にした。<sup>(17)</sup>多数説の立場によれば、使用者と納  
税者についての錯誤の分類の問題に関しては本決定と同じ方向で別の刑事  
部もまとまっていくことが望ましいと思われる。<sup>(18)</sup>

### 三. 規範的構成要件要素としての「使用者」

本決定は、使用者の身分についての錯誤を構成要件の錯誤として扱うべきという判例変更をしているが、その前提として「使用者」は単なる白地要素に過ぎないのか、それとも規範的構成要件要素なのかという問題がある。

もちろん争いはあるが、通説によれば、白地規定は指示する刑罰法規とそれを補充する非刑罰法規をあわせて読むことで規範の意味内容が容易にわかる場合に、それを知らなかったというのは単に自己に関連する条文法規の確認を怠っていただけで単なる法の不知であり、禁止の錯誤に過ぎない。これに対して、規範的構成要件要素の場合には、その規範の意味内容を把握すること自体がそれほど容易ではない場合であり、プロの法律家の知識までは必要ではないが、素人仲間の中での平均的な判断と同じレベルで行為者がその規範の意味内容を理解できていたかどうかということが問われることになり、それは構成要件の錯誤として扱われることになる。

この点に関して、従来のドイツ連邦通常裁判所の判例は、単なる白地規定に過ぎないという見解であったので、使用者の身分についての錯誤が禁止の錯誤として扱われてきたという事情がある。<sup>(19)</sup>あるいは反対からみると、

---

(17) BGH, Urteil v. 8. 1. 2020 – 5 StR 122/19, wistra 2020, S. 260. 判決理由の欄外番号6番で本決定を引用している。これについては、R. Schmitz, aa.O. (Fn.2), S.369も参照。

(18) P. Hinderer, aa.O. (Fn.10), S. 93.

(19) BGH, NSTZ-RR 2003, S. 55. 従来の判例のように租税刑法も白地刑罰規定であるとする立場からみると (BVerfG NSTZ 1991, S. 88; BGHSt 34, S. 272, S.282; BGHSt 47, S. 138, S. 141; BGH wistra 2007, S. 346, S. 347.)、本来、租税債権説も異物を意味する (T. Ceffinato, Der Irrtum des Arbeitgebers und seines Vertretens, wistra 2020, S. 230 ff., S. 231)。やはり租税債権説は租税通則法 370 条に規範的構成要件要素が含まれているという考え方を前提としているとみるべきであろう。セフィナートも租税の削減という要素が規範的構成要件要素であるということから租税債権説に同意することができる (T. Ceffinato, aa.O., S. 232)。

従来の判例は、ドイツ刑法 266 条 a における故意を認める上で、行為者がその使用者の地位を基礎づける事実的な諸事情を把握していることで十分であって、その適切な法的な分類は必要ではないとしてきたが、それは規範的構成要件要素の場合の故意の一般的な要件とは調和しえず、記述的構成要件の場合と同じ扱いをしてきたという見方もできよう。<sup>(20)</sup>

これに対して、多数説は「使用者」が規範的構成要件要素であるから故意の対象にすべきであるという主張で、少数ながら有力な説はたとえばドイツ租税通則法 370 条の場合でも行為者が当該構成要件に重要な事実を認識するだけではなく、その社会的な意味内容を把握している必要があるので、白地要素であろうが規範的構成要件要素であろうが故意の対象にすべきであって、それはドイツ刑法 266 条 a でも同じであるという主張であり、<sup>(21)</sup> 禁止の錯誤で良いとする従来の判例の立場を支持する説はさわめて少ない状況にあった。<sup>(22)</sup><sup>(23)</sup>

本決定では、従来の判例から方向転換して、ドイツ刑法 266 条 a における「使用者の地位」という要素もそこから基礎づけられる「支払義務」も規範的構成要件要素であることが明示された。<sup>(24)</sup>

もっとも使用者の地位から基礎づけられる「支払義務」についての錯誤も、構成要件の錯誤とすべきかどうかについては異論がないわけではない。たとえば、ドイツ連邦憲法裁判所の裁判官であるラートケは、社会保障の

---

(20) R. Schmitz, aa.O. (Fn.2), S. 370.

(21) なお、ドイツ租税刑法における白地要素や規範的構成要件要素と故意や錯誤の取り扱いをめぐる議論については、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）295 頁以下を参照。

(22) A. Grötsch, aa.O. (Fn.2), S. 74.

(23) F. Bollacher, Die neue Beitragsanspruchstheorie zu § 266a StGB – Ein Irrtum zu viel ?, NZWiSt 2019, S. 59 ff., S. 61.

(24) A. Weitzell, aa.O. (Fn.2), 165. ヘーガーも、「ドイツ刑法 266 条 a の 1 項と 2 項の不払いという目的的な概念と同条 3 項では使用者の支払義務が明文で指摘されていることに基づいて、故意は、義務を基礎づける諸事情のみならず、支払義務の存在そのものについても含んでいなければならないことが明らかとなる」とし、2006 年 9 月 26 日のラヴェンスブルク地裁判決の立場を支持している（M. Heger, in: Lackner / Köhl, StGB. Kommentar, 29. Aufl., 2018, § 266a Rdnr.16.）。

ドイツ刑法266条aにおける使用者の地位とその社会保障の拠出金の支払義務についての錯誤  
拠出金の支払義務の存在と範囲に関する錯誤が原則として回避可能な禁止  
の錯誤であるとする。<sup>(25)</sup>セフィナートは、通説とともに、ドイツ刑法 266 条  
a を身分者による義務犯として分類し、支払義務が使用者の地位の現れと  
して保障人的義務と対をなすものとするならば、使用者の地位についての  
錯誤や保障人的地位の錯誤は構成要件の錯誤として故意を阻却するのに対  
して、使用者の支払義務についての錯誤や保障人的義務についての錯誤は  
禁止の錯誤として故意を阻却しないことになるはずであるとして、本決定  
に批判的な立場を示している。<sup>(26)</sup>

しかし、セフィナート自身も認めるように、保証人的地位と保証人的義  
務の二分法はつねに一貫させられるわけではなく、義務の錯誤が、単純な  
条文の確認不足ということではなく、規範的な内容を伴っている場合には  
やはりその規範が持つ意味内容を行為者が素人仲間のレベルでは把握して  
いる必要があり、それが欠如している場合には、故意が否定されることにな  
るであろう。そしてドイツ租税通則法 370 条 1 項 2 号と同様に、ドイツ  
刑法 266 条 a の場合（2 項 1 号は別として）、規範的な義務を対象にもつ  
真正不作為犯が問題になっているとの見解もある。<sup>(27)</sup>

さらには、シュミッツは、支払義務が故意の対象となるのか否かについ  
て本決定が考えているように明らかというわけではないとし、ドイツ刑法  
266 条 a の 1 項から 3 項に掲げられる可罰的行為の相違に注意を払わなけ  
ればならないとする。<sup>(28)</sup>ペーロンは、ドイツ刑法 266 条 a の 1 項と 2 項につ

---

(25) H. Radtke, in: Münchener Kommentar zum StGB, 3. Aufl., 2019, § 266a Rdnr. 91.

(26) T. Ceffinato, aa.O. (Fn.19), S. 231.

(27) T. Ceffinato, aa.O. (Fn.19), S. 231.

(28) J. Eisele, aa.O. (Fn.2), S. 367.

(29) R. Schmitz, aa.O. (Fn.2), S. 371 f. シュミッツによれば、1 項は特定の支払の債務がありうると考えた場合にのみ故意の不作為となるから、故意は使用者の地位から生じる具体的に存在する支払債務にも関係していなければならないのに対して、2 項は使用者であるという故意に加えて、社会保障法上重要な事実を正しく申告していないという表象やみずからの行為によって拠出金が不払いになることの表象が必要となるが、拠出金の債務があるという表象は問題とならず、支払義務は故意の対象ではないとする。そして、3 項では通説の見解によれば請求権限のある第三者への不払いを含む複合的な行為が問題となっており、第三者に対する支払義務を故意の対象とみることに合理性があるが、シュミッツは



いての故意は支払義務を基礎づける諸事情に関係づけるだけではなく、支払義務の存在そのものにも関係づけられなければならないとし、支払義務についての錯誤でも故意を阻却するのに対して、同条3項に基づく情報提供の義務の場合、義務を基礎づける諸事情のみを認識する必要があり、義務そのものを認識しなかったとしてもそれは単なる禁止の錯誤にすぎないとする<sup>(30)</sup>。

#### 四、未必の故意を認めるための間接証拠

本決定によって見せかけの自営業を用いる際に可罰的とされる危険が限定された。しかしながら、委託者はなお非正規労働者を雇う際には、自営業を用いるルールを確認しなければならない。委託者が自分は使用者であって社会保障の拠出金の支払義務が少なくともありうると見なすことを認める間接証拠が存在するならば、委託者は可罰的となる。その潜在的な手掛かりとして、本決定は次の点をあげている。それは、(1) 使用者の身分を認める明らかな間接証拠の存在、(2) 営業取引における使用者の積んできた経験の有無と程度、(3) 行為当時のそれぞれの業界における「非合法的な雇用」のテーマについての公の議論、(4) 商人の場合の照会義務の違反、(5) 最初から社会保障法上の義務の回避や隠蔽を目的とする委託者のビジネスモデルであったかどうかということである。

それゆえ、被告人が単に使用者の錯誤を援用したとしても、事実審裁判所はそれが初めから存在すると想定する必要はなく、むしろ被告人の表象形成にとって意味のある諸事情のすべてを全体評価する必要があり、被告人の単なる主張以外にはその錯誤の存在を認める証拠がない場合には、「疑わしきは被告人の利益に」の原則が存在するといえども、被告人に有利に

---

、の見解によれば、行為の違法性は第三者への不払いではなく労働者への情報提供の不作為にあるので、故意の対象は支払債務や支払義務ではなく、労働報酬の源泉徴収された部分と第三者への不払いの認識ならびに労働者に適切な時期に情報提供していないことの認識であるとする。判例や通説とは異なる立場からのものであるが、詳細に分析したもので興味深い。

(30) W. Perron, in: Schönke / Schröder, StGB. Kommentar, 30. Aufl., 2019, § 266a Rdnr. 17.



ドイツ刑法266条aにおける使用者の地位とその社会保障の拠出金の支払義務についての錯誤  
扱う必要はないとする主張も見られる。<sup>(31)</sup>

そして、たとえば、フレートは、(1)に関して、従属的な雇用の存在の  
証拠となる間接証拠が明らかに優勢であれば少なくとも未必の故意を認め  
ることは容易であるし、(5)に関しても、受託者の権利は表面的にしか認  
められていなかったとか、企業会計査察の領域で不適切な申告がなされる  
など、意図的に隠蔽された場合には、未必の故意を想定することは容易で  
あるとする。<sup>(32)</sup>(4)についても、グレッチュは重要な間接証拠であるとする。<sup>(33)</sup>  
(5)との関連では、ライゼラーは、受託者が実際には指示を与える者の労  
働組織内に組み入れられ、その指示に基づいて活動していたにもかかわらず、  
書面での非正規雇用契約が意識的に自営業の外観を繕うために作成さ  
れている場合には通常、「委託者」の態度がまさに従属的な雇用を隠蔽す  
るためのものだったということになると説明する。<sup>(34)</sup>それゆえ、これらの間  
接証拠を考慮することについて、とりわけビジネスモデルが当初から社会  
保障法上の義務の隠蔽または回避に向けられていたという点が重要な間接  
証拠と見なされることについては一定の支持があるとみてよいであろう。<sup>(35)</sup>

しかし、これらの間接証拠から故意を想定してしまうことに対して疑問  
がないわけではない。本決定がいくら使用者の地位や支払義務の認識の可  
能性だけでは故意を基礎づけるうえで十分ではないといっても、故意に関  
する裁判官の心証形成が上記の(1)～(5)のような間接証拠で十分であ  
るとするのであれば、結局のところ禁止の錯誤の回避可能性の基準とほと  
んど変わらないことになってしまうからである。それは2011年9月8日  
のドイツ連邦通常裁判所第1刑事部判決が租税遁脱罪の場合の故意行為の  
証明について説明する際にも同様のことが見られたが、<sup>(37)</sup>(2)や(3)のよ

(31) A. Weitzell, aa.O. (Fn.2), S. 165.

(32) M. Floeth, aa.O. (Fn.2), S. 250.

(33) A. Grötsch, aa.O. (Fn.2), S. 75.

(34) K. Reiserer, aa.O. (Fn.2), S. 1322.

(35) Vgl. A. Grötsch, aa.O. (Fn.2), S. 75; A. Weitzell, aa.O. (Fn.2), S. 165.

(36) T. Ceffinato, aa.O. (Fn.19), S. 233.

(37) BGH, Urteil v. 8. 9. 2011 – 1 StR 38/11=wistra 2011, 465, 467 Rn. 27. たしかに、この判

うな観点で裁判所によって意味の認識がなすりつけられていることに変わりがなく、これでは多くの場合、判例変更する前とほとんど同じ結論になるとの批判もある。<sup>(38)</sup>

他方で、反対の間接証拠として、社会法上、区別問題が不明確であること一たとえば関係するいくつかの裁判所が異なる見解になった場合、自営業の証拠となる個別の事情が多数あること、個人保険を可能にするために支払われた報酬の多寡などが考えられる。<sup>(39)</sup> また、弁護士や税理士に必要な情報を完全に提供したうえで助言を得ていたが、その助言が法的に誤っていた場合にも、故意を阻却する構成要件の錯誤になるとの主張もみられる。<sup>(40)</sup> しかし反対に、行為者がみずからの法律知識に疑念を持った場合にしか専門家に調査依頼することもないと考えられるため、単に専門家に調査依頼をしなかったことのみをもって義務の履行に無関心であったと扱うべきではないであろう。<sup>(41)</sup>

## 五. おわりに

本決定は、ドイツ刑法 266 条 a における使用者についての錯誤も、租税通脱罪における納税義務者についての錯誤と統一的に構成要件の錯誤とし

---

ゝ 決は租税債権説と異なり、租税通脱罪における納税義務の錯誤の検討の際に禁止の錯誤として扱う方向に導きうる点では問題のあるものだったといえるが、被告人が事前にルクセンブルクの税務調査官から指摘を受けたにもかかわらず、専門家の助言を得ることもなしに「手の込んだ欺罔システム」を維持し続けたという事実関係の下で未必の故意が認められたものであり、そのかぎりでは故意を認めた結論にそれなりに理由があったと思われる（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。

(38) R. Schmitz, aa.O. (Fn.2), S. 370.

(39) P. Hinderer, aa.O. (Fn.10), S. 93.

(40) A. Bissels / K. Falter, aa.O. (Fn.2) S. 2871.; A. Grötsch, aa.O. (Fn.2) S. 75.; K. Reiserer, aa.O. (Fn.2), S. 1322. なお、私自身は税理士の助言については免責の理由とすることが妥当であると考えるが、弁護士の助言については異論がある（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）。

(41) A. Grötsch, aa.O. (Fn.2) S. 75. そして、グレッツシュはコンプライアンスの制度が整っていることは未必の故意の想定を否定することになる本質的な間接証拠であるともいう。

ドイツ刑法266条aにおける使用者の地位とその社会保障の拠出金の支払義務についての錯誤で扱うべきことを明示したものであり、従来の判例を変更するものである。2018年1月24日のドイツ連邦通常裁判所第1刑事部判決とあわせて本決定はドイツで非常に耳目を集める判断となった。使用者やその労働者に対する賃金の支払義務の錯誤は、わが国の労働基準法違反でも問題となりうるものであり、大いに参考になりうると思われる<sup>(42)</sup>。

ドイツではとりわけ、ドイツ刑法266条aに基づく労働報酬の不払いと着服の罪の犯罪件数が多い<sup>(43)</sup>ため、それ自体としても非常に重要性が高いと考えられる。2019年に立法者がドイツ闇営業および非合法的雇用対策法(SchwarzArbG)に軽率な社会保障法上の義務違反に制裁を科す同法8条3項を追加する法改正をしたことで、制裁を科されない違反の余地は少なくなり、本決定の影響はあまり大きくないとの見解もある<sup>(44)</sup>。もちろん軽率な違反に過料を科すことで社会一般の人々の意識に定着するという効果は認められる<sup>(45)</sup>が、当該行為者に対する処罰の観点でいえば大きな違いがあり<sup>(46)</sup>、また故意の違反でなければ滞納追徴金や時効などでも扱いが異なるので、本決定の影響は過小評価すべきではないと考えられる<sup>(47)</sup>。

なお、正犯者である介護士の故意が構成要件の錯誤に基づいて阻却された場合に、被告人には幫助犯は成立しないが(ドイツ刑法27条1項)、間接正犯が問題となりうる。アイゼレは背後者である被告人が錯誤支配を有し、当該事件で被告人によって作り出された法的な構造によって意識的に(欺罔によって)介護士の錯誤を惹起し、介護士の行為を利用した場合には、

---

(42) 中村・前掲注(1) 552頁。

(43) 個人事業主でも大企業でも社会保障の拠出金を支払わないケースはほとんどめったに見られないので、本決定の判例変更による影響は少ないとする見解(T.Ceffinato, aa.O. (Fn.19), S.230.)もあるが、警察の犯罪統計(PKS)からドイツ刑法266条aに基づく刑事訴訟は年間平均で1万件から1万3千件も提起されており、その際に捜査された被害件数は毎年50万件を超えていて、主要な税関当局が人員増員と権限強化が図られているため今後ますます訴訟が増えるとみられている(K. Reiserer, aa.O. (Fn.2), S.1321)。

(44) P. von der Meden, aa.O. (Fn.2), Anm. 3.

(45) M. Böse, Vorsatzanforderung bei Blankettgesetzen am Beispiel des Kartellrechts, in: Festschrift für Puppe, 2011, S. 1353 ff., S.1357 f.

(46) Vgl. A. Bissels / K. Falter, aa.O. (Fn.2), S. 2871.

(47) A. Weitzell, aa.O. (Fn.2) 165 f.

間接正犯が肯定されうるとする。<sup>(48)</sup>しかし、本件事案では2018年のドイツ連邦通常裁判所第1刑事部判決によって判例変更が予告される前年であったので、アウグスブルク地方裁判所が従来どおり禁止の錯誤として処理したということもあってか、その点の認定はなされていない。

また使用者の地位についての錯誤は構成要件の錯誤であることについて広く学説の支持が得られているものの、前述したように、支払義務についての錯誤が構成要件の錯誤であるかどうかについては争いがあり、ドイツ刑法266条aの1項から3項で区別して考えるべきであるとの見解から3項では支払義務を認識しなかったことは故意に影響しないとの見解も有力である。しかし、同条3項も本決定では直接問題となっておらず、今後の判例の展開が注目される。

---

(48) J. Eisele, a.a.O. (Fn.2), S. 367.