

判例研究

# ドイツ刑法 266 条 a における公訴時効の起算点と 社会保障の拠出金の支払義務の錯誤

—— 2020 年にドイツ連邦通常裁判所第 5 刑事部が示した  
2 件の判断をめぐって ——

中 村 邦 義

## 一. はじめに

以下では、2020 年 1 月 8 日と同年 3 月 3 日にドイツ連邦通常裁判所第 5 刑事部が示した判断を紹介し、検討することを試みるものである。この 2 件はいずれもドイツ刑法 266 条 a における社会保障の拠出金の支払義務についての錯誤や故意の問題と、同罪における公訴時効の起算点に関する問題を扱うものであり、興味深い判断であると思われたため、今回まとめて検討することにした。

## 二. 判例の紹介

### I. 2020 年 1 月 8 日のドイツ連邦通常裁判所第 5 刑事部判決

#### 判決要旨

1. 労働報酬の不払いと着服の主観的構成要件は、支払義務を基礎づける諸事情の認識の下で支払期日が到来しても保険料を支払わないという意識と意思を必要とする。使用者またはその法定代理人は、社会保障の拠出金の支払義務を認識しなければならず、少なくともこの義務が履行されないことを是認しつつ甘受していなければならない。使用者または使用者の法

定代理人は、彼自身が使用者であるかもしれないことを、少なくとも素人の評価において知っていなければならない（本件では、失業手当の給付を得るために雇用されたとされるブルガリア人労働者の雇用届を作成している）。さらに、彼はこの意味で、支払義務が存在し、彼は届け出をしなかったことまたは不完全もしくは不正確な申告をすることによって、社会保障の拠出金の支払を分担させられることを完全にまたは部分的に回避することができるということを認識していなければならない。そのかぎりでは単なる認識の可能性では十分ではない（Rn. 6）。

2. 会社の組織として外部への責任は、すでに形式的な経営者としての地位によって基礎づけられる。これは、とりわけ社会保障拠出金の支払のような公法上の義務を履行するための支払義務が含まれる。このことは、別の人がかつて事実上の経営者と見なすことができるほどに広範な活動権限を有している場合にも妥当する。彼が事実上の経営者によって社会保障法上の義務が不十分にしか履行されないという根拠（Anhaltspunkte）を有し、それにもかかわらず必要な措置を講じなかった場合には形式的な経営者はすでに故意で義務に違反して行為している。その際、個別事案の諸事情によれば、この義務がルール通りに履行されていないという徴候が形式的な経営者にあれば十分とすることができる（Rn. 9）。

*BGH, Urteil vom 8. 1. 2020, 5 StR 122 / 19 (LG Kiel)*

Vorgehend LG Kiel 3. Große Strafkammer, 6. September 2018, 3 KLS 13 / 17

BGH wistra 2020, 260

主文

1. 被告人FBの上告に基づいて、2018年9月6日のキール地方裁判所の判決は、彼に関するかぎりでは、判決理由の事例9から事例14で、その基礎におかれた客観的な認定事実を除いて、統合刑の言渡しにおいて破棄される。破棄した範囲では、上訴の費用も含めて、新たな審理と判決の

ドイツ刑法 266 条 a における公訴時効の起算点と社会保障の拠出金の支払義務の錯誤のために、事件は地方裁判所の別の刑事部に差し戻される。その他の上告は棄却する。

2. 被告人 AB と被告人 A の上告は、被告人らが徴収される拠出金の多寡において連帯として責任を負うという条件で棄却される。上告人らはそれぞれ上訴の費用を負担しなければならない。

## 理由

1. キール地方裁判所は、被告人 AB と被告人 A に対して、それぞれ 88 の事件で詐欺罪と 19 の事件で詐欺罪の未遂、そして 22 の事件で社会保障の拠出金の使用者の分担の不払いと観念的競合で労働者の分担金の不払いを理由として、3 年の統合自由刑を言い渡し、それぞれ 736,611 ユーロ 3 セントの没収 (Einziehung) を命じた。被告人 FB に対しては、17 の事件で社会保障の拠出金の使用者の分担の不払いと観念的競合に立つ労働者の分担金の不払いを理由として、日額 40 ユーロの 300 日間の日数罰金刑を言い渡し、その他の点では無罪を言い渡した。被告人 AB と被告人 A の事実誤認を理由とする上告が徴収額に対する被告人らの連帯責任を明確化することにつながっただけであるのに対して、同じく事実に異議を唱えた被告人 FB の上告は、主文のとおり認められた。

2. 1. 認定された事実によれば、被告人 AB と被告人 A は、そこで雇用されたとされるブルガリア人労働者のさまざまな企業 (AB 社、F 社、AF 社、S 社、そして EB 社) の事実上の経営者として、管轄の職業安定所に提出するために虚偽の雇用届 (Beschäftigungsangaben) と給与届 (Lohnangaben) を作成した。このようにして失業手当の給付を受け、自らのために持ち続けるためであった。被告人らは従業員所持の銀行のキャッシュカードを使用して引き出すか、受け取った小切手を換金する方法で、職業安定所によって割り当てられた金員を被告人らは独り占めしていた。このようにして、2015 年と 2016 年に 88 の事件で、職業安定所からの支払の不正な受取額は合計 533,413 ユーロ 18 セントに上った。さらに 19 の事件では、その処理の過程で異常があったため、申請された支

払がもはや行われなかった。

3. 被告人兩名は、さらに、F社、Bu社、有限会社BBの事実上の所有者または経営者として社会保険のために労働者を登録せず、このようにして管轄の社会保険庁に保険料を渡さなかった。塗装工、左官工、解体業の領域または柴束の結束で活動する企業では、2014年から2017年までの特定の期間に、登録された従業員に加えて、別の未登録の従業員が雇用された。彼らは被告人らによって社会保障の拠出金を支払う管轄部署に登録されなかった。ワンマン企業Buの形式的な経営者と有限会社BBの経営者としての被告人FBは、保険料の合義務的な支払を気にかけることをしなかった。支払われなかった社会保障の拠出金の総額は、認定された事実によれば、203,197ユーロ85セントである。

4. 2. 被告人FBの上告は、判決要旨の範囲で理由がある。

5. 使用者の社会保障の拠出金の不払いと観念的競合の關係に立つ労働者の拠出金の不払いを理由とする彼に關係する有罪判決は、事件9から事件14まで、事実的一法的な検討は維持できないと思われる。なぜなら、これらの事件に関しては、被告人に必要とされる故意が認定されていないからである。

6. a) ドイツ刑法266条aの主観的構成要件は、支払義務を基礎づける諸事情の認識の下で、支払期日が到来した時に、拠出金を支払わないという意識と意思を必要とする(LK-StGB/Möhrenschlager, 12. Aufl., § 266a Rn. 79)。それゆえ、使用者またはその法定代理人は、社会保障の拠出金の支払義務とその支払期日の時点を認識しなければならず、少なくともこの義務が履行されていないことを是認しつつ甘受していなければならない(BGH, Urteil vom 15. Oktober 1996 - VI ZR 319/95, BGHZ 133, 370, 381)。彼は、少なくとも素人の評価において、彼自身が使用者であるかもしれないこと、支払義務が存在し、彼が登録の欠如または不完全もしくは不適切な申告によって社会保障の拠出金の支払を分担させられることを完全にまたは部分的に回避することができるということを認識していなければならない。そのかぎりでは単なる認識の可能性では十分ではない(BGH,

ドイツ刑法 266 条 a における公訴時効の起算点と社会保障の拠出金の支払義務の錯誤

Beschluss vom 24. September 2019 – 1 StR 346/18, NJW 2019, 3532, 3533)。

7. b) 被告人は、彼の使用者としての地位を知っていた。彼は「彼」の企業において労働者が雇われていることを知っていた。上告によって主張された被告人の使用者の地位についてのもしかすると構成要件を不該当とする (vgl. BGH aaO) 錯誤は存在しない。というのもすでに彼に知られた地位だけで Bu 社の正式な所有者または有限会社 BB の形式的な経営者、そしてそれゆえ、ドイツ刑法 14 条 1 項 1 号に基づく社会の組織として、その対外的な責任が基礎づけられるからである。(vgl. BGH, Beschluss vom 13. Oktober 2016 – 3 StR 352/16, NStZ 2017, 149)。

8. c) しかし、判決理由は、すべての事件で、社会保障の拠出金の支払義務が履行されていないことを被告人が少なくとも是認しつつ甘受していたことを証明していない。

9. 刑事部は、有罪判決が下されたすべての事件を包括する被告人 FB の故意の事実認定をそのアプローチにおいて適切に、被告人が会社で労働者を雇用し、「彼の会社は時々経済的な困難に陥った」という認識を持っていたにもかかわらず、被告人が社会保障の拠出金の支払を心配しなかったという考慮で裏付けている。それゆえ、刑事部は、事実上の経営者によって社会保障法上の義務が十分に履行されていないという根拠を得て、それにもかかわらず必要な措置を取らなかった場合にはすでに、形式的な経営者はドイツ刑法 266 条 a の意味で故意に義務に違反して行為しているということを適切にも基礎においている (vgl. BGH, Beschluss vom 28. Mai 2002 – 5 StR 16/02, BGHSt 47, 318, 325)。個々の事件の諸事情によれば、その際には、形式的な経営者にとって義務がルール通りに履行されていない徴候が存在している場合には十分となりうる (vgl. BGH, Urteil vom 15. Oktober 1996 – VI ZR 319/95, BGHZ 133, 370, 379)。

これらの基準に照らしても、拠出金の不払いの期間が被告人の表象のイメージによって把握されていることはもちろん必要である。証拠評価の領域で示され、キール地方裁判所の確信によれば被告人によって認識された、2016 年と 2017 年の Bu 社と有限会社 BB の経済問題を指摘した被告人 FB

宛の手紙にかんがみて、この犯行時期の事件における被告人の故意行為には（事件 6 から事件 8 と事件 15 から事件 22）、まだ十分な証拠がある。証拠評価が欠如している事件 9 から事件 14 の場合とは事情が異なる。

10. d) 当法廷は、これらの事件においてもドイツ刑法 266 条 a 第 1 項および第 2 項第 2 号に基づいて可罰的な拠出金の不払いを基礎づけるさらなる事実認定がなされうることを排除せず、そのかぎりでの判決を破棄する。このことがそれぞれの個別刑が適用されなくなり、それゆえ、統合刑は破棄されることになる。すでに存在する事実認定は、これと矛盾しない事実認定で補うことができる。

11. 3. これに対して、被告人 AB と被告人 A の上告に基づいて原判決の事実的一法的な再検討をしたが、有罪判決についても刑罰の言渡しについても法的な誤りは認められなかった。議論する必要があることは以下のことのみである。

12. a) 社会保障の使用者の拠出金の不払いと観念的競合の関係に立つ労働者の拠出金の不払いの 22 の事件を理由とする有罪判決は、維持することができる。その点では法的に誤りのない認定事実に基づいて、キール地方裁判所は正当にもドイツ刑法 266 条 a 第 1 項と第 2 項第 2 号の客観的要素と主観的要素を肯定していた。ドイツ連邦検事総長によってその上告趣意書で主張された見解に反して、社会保障の拠出金の不払いの多寡も、それゆえ責任の量定も適切に決定されていた。

13. aa) 労働報酬の不払いと着服を理由とする有罪判決の場合、判決理由では、算定と算定の根拠が上告審にとって説得力をもって示されなければならない (vgl. hierzu BGH, Beschlüsse vom 5. Juli 2018 - 1 StR 111/18, NStZ-RR 2018, 318; vom 20. April 2016 - 1 StR1/16, NStZ 2017, 352)。その際には、確定した判例によれば、事実審裁判所には、義務づけられる拠出金を一それぞれの期日に別個に一労働者の数、労働時間、労働の賃金、そして地域を管轄する健康保険組合の拠出率の多寡に基づいて確定する義務がある。というのも、労働報酬に基づいて義務づけられる拠出金の多寡の計算は、それぞれの健康保健組合の拠出率ならびに年金保険、失業保険、

ドイツ刑法 266 条 a における公訴時効の起算点と社会保障の拠出金の支払義務の錯誤  
介護保険の法定の拠出率に基づいてなされるからである (BGH, Urteil vom 11. August 2010 - 1 StR 199/10, NStZ-RR 2010, 376, und Beschluss vom 20. April 2016, aaO; zur Schadensermittlung bei Schwarzarbeit am Bau vgl. Stuckert, wistra 2014, 289)。もしこのような事実認定が個々の事件で可能でなければ、不払いの拠出金の多寡は、事実的な諸事情に基づいて評価しなければならない。その際には、判例がドイツ租税通則法 370 条に基づく行為のために、削減された租税の計算の根拠を説明する上で展開した原則が相応して妥当する (BGH, aaO)。

14. bb) 上述した要件をこの判決は十分に考慮に入れている。

15. 刑事部は、支払われなかった社会保障の拠出金ならびに「闇で」支払われた労働報酬の多寡を検察庁の経済専門家の計算に基づいて評価していた。評価の出発点として、適切にも刑事部は実質賃金として支払われた「闇の賃金」から出発していた (§ 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV)。実質賃金を刑事部は、—具体的な計算を可能にする経営学のパラメーターを確認することができないので—さまざまな企業のそれぞれ上述した月に達成された実質売上高の 3 分の 2 という許容される方法で見積もりをした (vgl. BGH, Urteil vom 2. Dezember 2008 - 1 StR 416/08, BGHSt 53, 71; Beschluss vom 10. November 2009 - 1 StR 283/09, NStZ 2010, 635; Stuckert, aaO, 293)。個々の拠出月におけるそれぞれの実質賃金の事実認定は、計算例を手がかりにして具体例に即して示された。その算出方法に異議を唱えることはできない (実質売上高から登録された労働者の賃金費用の負担分と企業の賃金を控除したもの)。

16. 総賃金の認定された事実に対しても、何ら異議を述べることはできない。原判決は、この点では同様に総賃金を個々に挙げた適切な社会保障法上の基準に基づいて全体数値の算出 (Hochrechnung) を手がかりに算出した証人の主張にも関係している。所得税の 6 等級に基づいた総労働報酬の計算に対して、本件では疑念は存在しない (vgl. BGH, Urteil vom 2. Dezember 2008, aaO, Rn. 18)。具体的な計算方法の説明は (vgl. dazu Stuckert, aaO, 290)、本件では必要がない。

17. このようにして算出された総賃金に基づいて、最終的には、不払いまたは未払いの拠出金はそれぞれ妥当する年金保険、失業保険、介護保険の拠出率を手がかりに算出され、判決において表によって分類され描写された。

18. b) それぞれ詐欺として評価された「小切手預金事件 (Scheckeinreichungsfall)」に関する事実認定は、法的に誤りがない証拠評価に基づいている (vgl. Stellungnahme des Generalbundesanwalts)。

19. c) 当法廷は、もっとも取り立てられる価値代償拠出金に対して被告人 AB と被告人 A の連帯責任を明らかにしている。

## II. 2020年3月3日のドイツ連邦通常裁判所第5刑事部決定

### 決定要旨

事実上の経営者を自らの傍で好きなようにさせている形式的な経営者は、委託者のように扱うべきである。したがって、実際上の企業の課題を引き受ける事実上の経営者に関して、形式的な経営者が事実上の経営者の誤った態度の根拠を有し、何もしなかった場合には特に違反することになる監督義務が形式的な経営者には課せられている。その際にこの被疑事実が社会保障法上の義務の違反に直接関係している必要はない (Festhaltung BGH, 8. Januar 2020, 5 StR 122/19, wistra 2020, 260)。 (Rn. 9)

*BGH, Beschluss vom 3. März 2020 – 5 StR 595 / 19 (LG Berlin)*

Vorgehend LG Berlin, 26. Juni 2019, 536 KLS 1 / 19

StraFo 2020, 210; wistra 2020, 261; NZWiSt 2020, 288, BGHR StGB§ 266a Abs 1 Vorsatz 6

### 主文

1. 2019年6月26日のベルリン地方裁判所の判決に対する被告人 S の上告に基づいて、

- a) V3 に関する判決理由の事件 1 から事件 8 までならびに事件 15 で彼
- 500 (1056)



ドイツ刑法 266 条 a における公訴時効の起算点と社会保障の拠出金の支払義務の錯誤

に関係するかぎりの手続が中止される。そのかぎりでは、訴訟の費用と被告人に必要な支出は国庫に負担させられる。

- b) 有罪判決は、被告人が 7 つの事件で労働報酬の不払いと着服の責任があるとしている点で変更される。
- c) ドイツ刑事訴訟法 460 条と同法 462 条に基づく統合刑に関する事後の裁判に向けられなければならないという条件で統合刑に関する判決が破棄される。
- d) 犯罪収益の没収 (Einziehung) に関する判決が破棄される。没収命令は行われない。

2. 被告人 S の別の上告や被告人 K と被告人 P の上告は棄却される。

3. 被告人 K と被告人 P は、それぞれその上訴の費用を負担しなければならない。被告人 S の上訴の残された費用についての判断は、ドイツ刑事訴訟法 460 条と同法 462 条に基づく事後手続を管轄する裁判所に委ねられる。

## 理由

1. ベルリン地方裁判所は、被告人 K に対して、18 の事件で労働報酬の不払いと着服を理由として、2 年の統合自由刑を言い渡した。保護観察のためその刑の執行を猶予し、保護観察から 1 か月を法治国家に反する手続の遅れを理由として執行したものとして説明した。これと並んで、彼に対して、8,500 ユーロの犯罪収益の没収を命じた。被告人 S に対して、16 の事件で労働報酬の不払いと着服を理由として、1 年 6 月の統合自由刑を言い渡し、保護観察のためその刑の執行を猶予した。これと並んで、彼に対して、2,000 ユーロの犯罪収益の没収を命じた。被告人 P に対して、34 の事件で労働報酬の不払いと着服を理由として、3 年の統合自由刑を言い渡した。保護観察のためその刑の執行を猶予し、保護観察から 1 か月を法治国家に反する手続の遅れを理由として執行したものとして説明した。これと並んで、彼に対して、2,446,026 ユーロ 40 セントの犯罪収益の没収を命じた。これに対して上告人らは実体法違反に依拠する上告をした。被告人

Sの上訴は、裁判の方式から明らかなように効果をもった。その他の点では、被告人Sの上告や被告人Pと被告人Kの上訴は、ドイツ刑事訴訟法349条2項の意味で理由がない。

2. 1. 当法廷は、被告人Sに対して向けられた手続をドイツ連邦検事総長の申し立てに基づいて、V3に関する判決理由の事件1から事件8までならびに事件15でドイツ刑事訴訟法154条1項1号、同条2項に基づいて訴訟経済的な理由に基づいて中止する。

3. 認定された事実によれば、被告人Kは、2012年7月3日から2014年8月14日まで、藁人形（Strohmann）の経営者に任命された。時効中断の措置は、被告人の場合、逮捕状の発布によって2018年3月26日になってようやく利用可能であった。ドイツ刑法266条a第1項の時効開始についての2019年11月13日の第1刑事部の照会決定を基礎においた（1 StR 58/19）当法廷によって共有された（vgl. Beschluss vom 6. Februar 2020 - 5 ARs 1/20）法的な見解が出発点とされるならば、あらゆる行為の時効は、各抛出月の期日の満了によって始まることになるであろう（§ 23 Abs. 1 SGB IV）。この見解によれば、事件1から事件8の行為は時効になると思われる。同業者保険組合（本件15）への抛出金に関して、ドイツ社会法第4編第23条3項に基づく時効の問題の検討のきっかけとして、実際の労働報酬が報告されていたというかぎりでは、抛出金の通知の発布が考えられるであろう（UA S. 45）。これに関して、認定された事実ははっきりとした究明をしていない。

4. 訴訟の部分的な中止は、被告人Sとの関係では、有罪判決の変更、命じられた個別自由刑の取消ならびに統合自由刑の破棄という効果をもつ。この点で当法廷はドイツ刑事訴訟法354条1項bに相応して、統合刑の言渡しについての判断をドイツ刑事訴訟法460条、同法462条に基づく事後手続に割り当てる。

5. 3. 被告人Sに関して、犯罪収益に対する没収判決は維持されない。ドイツ連邦検事総長がその申立書で適切にも説明していたように、被告人は2000ユーロの多寡のその一度かぎりの概算報酬を、彼が（藁人形）経

ドイツ刑法 266 条 a における公訴時効の起算点と社会保障の拠出金の支払義務の錯誤  
営者に選任された後にその法律上の義務を履行せず、社会保障の拠出金を  
渡さないことのために獲得したのではなく、公証人 (Notar) が訪問した  
際に偽名で振舞い、訴訟の対象となる行為を前提とする文書偽造のために  
獲得したのである。それゆえ、おそらく考察されたドイツ刑法 73 条 1 項  
アルタナティーヴェ 2、同 73 条 c 第 1 項と結びついたドイツ刑法 76 条 a  
第 1 項に基づく独自の没収に必要な特別な申請はされていないので、その  
点で訴訟条件が欠如している (vgl. BGH, Beschluss vom 13. Dezember  
2018 - 5 StR 541/18)。

6. 4. その他の点では、上告の正当化に基づいて判決の事後審査をする  
ことは被告人の不利益となる法的な誤りは生じない。

7. ドイツ連邦検事総長の申立書に加えて、当法廷は以下の点を認める。

8. ベルリン地方裁判所が認定した事実は、被告人 K と被告人 S による  
支払義務の故意の違反も裏付けている。被告人らが拠出金の不払いのそれ  
ぞれの時期に「労働者の拠出金を支払う彼らの使用者としての義務ならび  
にその支払期日」を知っていたということをベルリン地方裁判所は認定し  
ていた。それゆえ、ドイツ刑法 266 条 a における故意の基準点に関する判  
例変更 (BGH, Beschluss vom 24. September 2019 - 1 StR 346/18, NJW  
2019, 3532, 3533; Urteil vom 8. Januar 2020 - 5 StR 122/19) を基礎におい  
た上でも、被告人らの構成要件の錯誤は考えられない。

9. そのうえ、被告人 K と S のこの点に焦点をあわせた上告申立は、す  
でに出発点において誤っている。なぜなら、第 1 刑事部の判断 (BGH,  
Beschluss vom 24. September 2019 - 1 StR 346/1) は、小売企業 (Einzel-  
unternehmer) に関係している (differenzierend daher auch BGH, Urteil  
vom 8. Januar 2020 - 5 StR 122/19)。しかし、みずからの傍らで事実に基づ  
いて行動させる形式的な経営者は、判例によれば、委任者のように、扱  
われるべきである (BGH, Beschluss vom 28. Mai 2002 - 5 StR 16/02,  
BGHSt 47, 318, 325)。したがって、実際的な企業の課題を引き受ける事実  
上の経営者に関して、被告人がその事実上の経営者の誤った態度の根拠を  
有したにもかかわらず、何らの措置を取らなかった場合、被告人には特に

監督義務の違反が認められる。その際、被疑事実が社会保障法上の義務違反に直接関係している必要はない。このことは行為者の故意を基礎づける (BGH, Urteil vom 8. Januar 2020 - 5 StR 122/19; Beschluss vom 28. Mai 2002 - 5 StR 16/02, aaO)。

10. その点でも、ベルリン地方裁判所が認定した事実は有罪判決を裏付けている。なぜなら、他にもいろいろあるが特に、被告人 K が藁人形としての役割を演じているに過ぎないことを知っており、彼は被告人 P が有限会社 KB を介してかなりの数の労働者を「闇で」雇用した可能性が非常に高いと考えたということを認定したからであり、その際に彼はこれを是認し、形式的な経営者として決してコントロールを行使しなかったからである。被告人 S に関して、他にもいろいろあるが、彼が経営者としてその義務を履行しようとはせず、形式的な経営者として任命されたことによって、とりわけ別名の人物を用いることで、有限会社 KB が将来社会保障の拠出金を支払わないということをいわば考慮に入れていたということが認定された。

11. この認定された事実は、最終的には法的な誤りがない証拠の評価に基づいている。とりわけ、ベルリン地方裁判所は、裏付けられた一連の間接証拠 (たとえば、経営者の報酬の支払、被告人 K の個人宅にある有限会社の名前、白地手形の引き受け、会社の事業者 (Firmebestatter) としての募集、偽名での態度) に基づいて、被告人 P のルールに基づかない経営管理を示唆する諸事情に関して、被告人 K と被告人 S の意識を推論づけた。

### 三. 判例の検討

ここ数年、ドイツ連邦通常裁判所の第 1 刑事部は、ドイツ刑法 266 条 a に基づく可罰性の中心となる要件について注目すべき 2 つの判例変更をした。しかし、これは第 1 刑事部のみによる判断であり、その後他の刑事部がどのように判断するのも注目されていたところである。結論からいえば、本稿で紹介する 2020 年のドイツ連邦通常裁判所の第 5 刑事部の判

ドイツ刑法 266 条 a における公訴時効の起算点と社会保障の拠出金の支払義務の錯誤断は、第 1 刑事部によってなされた 2 つの判例変更を裏書きすることになった。その 2 つの判例変更というのは、1 つ目が公訴時効の起算点の問題であり、<sup>(1)</sup> 2 つ目が使用者の地位および社会保障の拠出金の支払義務に関する錯誤と故意の問題である。以下では、この 2 つの問題についてドイツの判例と学説に基づいて検討することを試みたい。

## 1. ドイツ刑法 266 条 a における公訴時効の起算点

ドイツ刑法 78 条 a 第 1 文によれば、犯行の終了をもって、公訴時効が開始する。そして、ドイツ刑法 266 条 a 第 1 項と第 2 項第 2 号に基づく行為は、真正不作為犯である。このような真正不作為犯における犯行の終了は、通常、行為義務が最終的に行われなかった場合に初めて認められる。<sup>(2)</sup> 1991 年<sup>(3)</sup>以来、約 20 年も継続した確定した判例は、このような事情を背景として、ドイツ刑法 266 条 a の場合、ドイツ社会法第 4 編 23 条 a 項 2 文

---

(1) 公訴時効の起算点については、2019 年 11 月 13 日の第 1 刑事部決定で判例変更がなされ、第 1 刑事部から裁判所構成法 (GVG) 132 条に基づく照会がなされたところ、2020 年 2 月 6 日の第 5 刑事部が回答決定で第 1 刑事部決定の見解を支持している (Entscheidung - Straf- und Strafprozessrecht- BGH Beschluss v. 13. 11. 2019 - 1 StR 58/19, JR 2020, S. 395)。また、同法 132 条 3 項 1 文に基づく照会の範囲で第 3 刑事部 (BGH 3 Ars 1/20) もこれに反対せず (*H. Matt*, StGB § 266a, Abs. 1; SGB IV § 23 Abs. 1, Abs. 3, Verjährungsbeginn bei Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt, wistra 2020, S. 260 ff., S. 263)、その後、第 4 刑事部 (BGH BeckRS 2020, 288) も第 2 刑事部 (BGH BeckRS 2020, 19829) も第 1 刑事部決定に従った (*P. Wittig*, in: BeckOK-StGB, v. Heintschel-Heinegg 50. Edition, 2021, § 266a StGB Rdnr. 34)。

(2) *N. Bosch* in: Schönke / Schröder, StGB Kommentar, 30. Aufl., 2019, § 78a Rdnr. 6.

(3) ただし、その後のすべてのドイツ連邦通常裁判所や複数の上級地方裁判所の判例が従うことになった 1991 年 9 月 27 日のドイツ連邦通常裁判所第 2 刑事部決定で示された部分は、傍論 (obiter dictum) に過ぎず、判断の核心部分 (ratio decidendi) ではなかったとの指摘もある (LG Baden-Baden, StV 2019, S. 762)。

(4) BGH v. 27. 9. 1991 - 2StR 315/91, wistra 1992, 23; BGH v. 28. 10. 2008 - 5StR 166/08, BGHSt Bd. 53, 24.; BGH v. 18. 5. 2010 - 1StR 111/10, wistra 2010, 408; BGH v. 11. 8. 2011 - 1StR 295/11, NSTZ 2012, 94; BGH v. 7. 3. 2012 - 1StR 662/11, NSTZ 2012, 510; BGH, NZWiSt 2019, 266; BGH wistra 2018, 206; *T. Fischer*, StGB 67. Aufl., 2020, § 266 a, Rdnr. 18a; *H. Marburgar / K. Wolber*, Strafrecht und Ordnungsrecht in der Sozialversicherung, 5. Aufl., 1999, S. 34 und S. 88; *W. Perron*, in: Schönke / Schröder, StGB Kommentar, 30. Aufl., 2019, ↗

に基づく支払期日の徒過によって犯行の既遂にはなるが<sup>(5)</sup>、しかしそれはまだ犯行の終了ではないとし<sup>(6)</sup>、社会保障の拠出金の義務の消滅をもって初めて犯行は終了するものであり、公訴時効の起算点は社会保障上の義務の消滅時点である<sup>(7)</sup>、としていた<sup>(8)</sup>。

それゆえ、ドイツ刑法に規定される公訴時効は、社会保障法上の債務が履行され、または、社会保障法上の債務者である企業が破産し、あるいは行為者がその代理人の地位から解任され、あるいは社会保険庁が社会保障の拠出金の請求をドイツ社会法第4編76条2項2号に基づいて免除し、それゆえ不払いに応じたという認識を与えた場合に開始する。しかし、このような社会保障法上の義務からの解放の根拠がない場合には、ドイツの社会保障法には事後の調査が30年間認められていることから（ドイツ社会法第4編25条1項2文）、ドイツ刑法266条aに基づく社会保障の拠出金の支払期日後さらに30年が経過して初めて、ドイツ刑法78条に基づく公訴時効が起算されることになり、そこから5年が経過して初めて公訴時効が完成する<sup>(9)</sup>。それゆえ、ほとんどの事案で行為が既遂になってからも35～36年は過去に遡って当初の義務違反行為について起訴することが可能となり<sup>(10)</sup>、さらにいえば、ドイツ刑法78条cに基づく時効中断の措置に

---

↘ § 266a Rdnr. 31.

(5) BGHSt Bd. 28, S. 371ff., S. 379; *H. Radtke*, in: Münchener Kommentar zum StGB, 3. Aufl., 2019, § 266a StGB Rdnr. 115; *P. Wittig*, a. a. O. (Fn. 1) § 266a StGB Rdnr. 33.

(6) Vgl. BGHSt Bd. 28, S. 380; BGH wistra 1992, 23; BGH wistra 2012, 235; BGH, wistra 2018, 206; OLG Jena, NStZ-RR 2006, 170; OLG Bamberg, wistra 2018, 487; *H. Radtke*, a. a. O. (Fn. 5), § 266a Rdnr. 116; *F. Saliger*, in: U. Kindhäuser usw. (Hrsg.) Nomos Kommentar StGB Bd. 1, 5 Aufl., 2017, S. 2913 f., § 78a Rdnr. 16.

(7) ラートケは法益侵害が継続するにもかかわらず犯行の終了を認めることは、終了の一般的な理解と決して調和させることができないという (*H. Radtke*, a. a. O. (Fn. 5), § 266a Rdnr. 117)。

(8) Vgl. *D. Rieks*, Verjährungsbeginn und Vorsatz beim Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt, NZWiSt 2020, S. 288 ff., S. 290.

(9) ドイツ刑法266条aの法定刑の上限は5年の自由刑であり、ドイツ刑法78条3項4号によれば、法定刑の上限が1年以上5年以下の自由刑である犯罪の公訴時効期間は5年と定められている。

(10) *B. Binnewies / C. Bertrand*, Kehrtwende der strafrechtlichen Verjährung der Beitrag-

ドイツ刑法 266 条 a における公訴時効の起算点と社会保障の拠出金の支払義務の錯誤  
よって行為の既遂後 40 年以上も遡って刑事訴追することができることにな  
っていた<sup>(11)</sup>。これに対して、学説の中には、このような判例の立場に異議  
を唱え、支払期日の時点からすでに時効は開始すると解すべきであるとす  
る反対説も有力に主張されていた<sup>(12)</sup>。

この長く続く時効のトンネルに光をもたらしたのは、ドイツ連邦通常裁  
判所第 1 刑事部決定であった。2019 年 11 月 13 日のドイツ連邦通常裁判  
所第 1 刑事部決定は、明確に従来の判例を変更し、ドイツ刑法 266 条 a 第  
1 項と第 2 項第 2 号に基づく行為の公訴時効は、社会保障の拠出金の支払  
期日の徒過によってすでに進行を開始するとした。それゆえ、社会法上の  
30 年の時効を待たずに、公訴時効は完成するとしたのである。この第 1  
刑事部決定は、バーデン＝バーデン地方裁判所の判断や上記の反対説の見  
解を踏まえつつ<sup>(15)</sup>、その理由として以下のことを判示した。すなわち、ドイ  
ツ刑法 266 条 a の法益侵害は、支払期日の不払いによって不可逆的に発生

---

shinterziehung?, AG 2020, S. 535 f., S. 535; S. Hüls / T. Reichling, Der Verjährungsbeginn beim Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen gemäß § 266a Abs. 1 StGB, StraFo 2011, S. 305 ff., S. 307; B. Krug / C. Skoupil, Die faktische Unverjährbarkeit echter Unterlassungsdelikte im Wirtschaftsstrafrecht, wistra 2016, S. 137 ff., S. 139.

(11) B. Gercke / D. Hembach, Verjährungsbeginn bei Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen, wistra 2020, S. 109 ff., S. 113; H. Matt, a. a. O. (Fn. 1), S. 263.

(12) J. Bachmann, Zur Strafverfolgungsverjährung der Beitragsvorenthaltung gemäß § 266a Abs. 1 StGB, in: W. Joecks usw. (Hrsg.) Recht - Wirtschaft - Strafe, Festschrift für E. Samson, 2010, S. 233 ff.; F. Bittmann, Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsgelt, § 266 a StGB, in: F. Bittmann (Hrsg.), Insolvenzstrafrecht, 2004, S. 561, § 21 Rdnr. 103; B. Gercke, Beitragsvorenthaltung nach § 266a StGB, in: B. Gercke / O. Kraft / M. Richter (Hrsg.), Arbeitsstrafrecht, Strafrechtliche Risiken und Risikomanagement, 2. Aufl., 2015, S. 92, Rdnr. 131; ders., Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt in: H. Achenbach / A. Ransiek / T. Rönnau (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl., 2019, S. 1761, Rdnr. 92; B. Gercke / D. Hembach, a. a. O. (Fn. 11), S. 109 ff.; S. Hüls, Verjährungsbeginn bei § 266a Abs. 1 StGB und § 266a Abs. 2 Nr. 2 StGB, ZWH 2012, S. 232 ff.; S. Hüls / T. Reichling, a. a. O. (Fn. 10), S. 305 ff.; H. Marburger / K. Wolber, a. a. O. (Fn. 4), S. 88 f.

(13) B. Binnewies / C. Bertrand, a. a. O. (Fn. 10), S. 535.

(14) LG Baden-Baden, StV 2019, S. 759.

(15) B. Gercke / D. Hembach, a. a. O. (Fn. 11), S. 114; P. Wittig, a. a. O. (Fn. 1), § 266a Rdnr.

しており、その後のさらなる不履行によって深刻化されることはない。それゆえ、構成要件が既遂になった後のさらなる不作為を処罰することは正当化され<sup>(16)</sup>ない。そのような処罰は、個々に保護される法益にとって特殊な危殆化の状態が犯行の既遂の時点を超えて不作為に基づいて継続することを前提としているが、ドイツ刑法 266 条 a の場合にはそのような事情が存在しないからである。社会保障の拠出金の支払に関する社会保障法上の義務と法益侵害が原則として社会保障法上の義務の解放までは継続するということと、本決定のように犯行の終了を早める考え方とは矛盾しない<sup>(17)</sup>。さらに、本決定の考え方は、ドイツ刑法 266 条 a 第 2 項とドイツ租税通則法 370 条 1 項を広くパラレルに考えることを保障する。このことは、ドイツ刑法 266 条 a 第 2 項がドイツ租税通則法 370 条 1 項を模範にして規定されたという事情にかんがみても適切であるように思われる。公訴時効の期間の長さは犯罪の重大性に関係し、公訴時効の意義と目的は法的安定性に資するものであり、証拠の散逸という手続の実務上の考慮に基づいているものである。しかし、30 年の期日を経過した後に時効が開始するとする従来の判例の見解は、この公訴時効の意義と目的に反<sup>(18)</sup>している。また従来の

---

(16) 従来の判例に対して学説からこの点を批判するものとして、*J. Bachmann*, a. a. O. (Fn. 12), S. 237.

(17) ヒュルス／ライヒリングは、むしろ刑法上の公訴時効を社会法と切り離して扱うことが刑事政策的により納得できるものであるし、刑法は最後の手段であるという思想 (der Ultima-ratio-Gedanke des Strafrechts) にも適うことになるとしていた (*S. Hüls / T. Reichling*, a. a. O. (Fn. 10), S. 308)。

(18) ドイツ刑法 78 条 3 項は法定刑を基準としつつ公訴時効の期間を 5 つに分類しており、その基準によれば、ドイツ刑法 266 条 a の法定刑は 5 年の時効という分類になっている (ドイツ刑法 78 条 3 項 4 号)。しかし、従来の判例に対して、ドイツ刑法 266 条 a の実際の法定刑は 5 年以下でかなり軽いにもかかわらず、結果として無期自由刑のための 30 年の時効と同じになってしまっており (同条同項 1 号)、ドイツ刑法 251 条の強盗致死罪やドイツ刑法 306 条 c の放火致死罪のような重大犯罪と同程度の公訴時効になってしまう点で妥当ではない (*S. Hüls*, a. a. O. (Fn. 12), S. 233; *S. Hüls / Reichling*, a. a. O. (Fn. 10), S. 307 f.; *B. Krug / C. Skoupil*, a. a. O. (Fn. 10), S. 139) などの指摘がなされていた。

(19) 従来の判例に対して、学説上は、法的安定性の創出という刑法典の公訴時効規定の法政策的なアプローチに反するとの批判もあった (*B. Krug / C. Skoupil*, a. a. O. (Fn. 10), S. 140; *B. Gercke*, a. a. O. (Fn. 12), S. Rdnr. 131; *B. Gercke / D. Hembach*, a. a. O. (Fn. 11), S. 113; *S. Hüls / T. Reichling*, a. a. O. (Fn. 10), S. 305 ff.)。



ドイツ刑法 266 条 a における公訴時効の起算点と社会保障の拠出金の支払義務の錯誤判例の見解によれば、給与所得税の逋脱罪の場合には、犯行の既遂と終了が一緒になるので、この場合にはすでに犯行の既遂後 5 年で時効が完成することとの間にもアンバランスが生じる。

ドイツ連邦通常裁判所第 5 刑事部は、2020 年 3 月 3 日決定で、従来の判例の見解を放棄し、2019 年 11 月 13 日の第 1 刑事部の照会決定に従った。<sup>(20)</sup> ビーネヴィース／ベルトラントやリークスによれば、この公訴時効に関する 180 度の方針転換は、本来もっと以前に行われるべきであったし、文句なしに歓迎すべきであるという。<sup>(21)</sup>

また、リークスは、判例が理由の中で示している点を支持して次のように主張する。これまでの典型的な継続犯の場合とは異なり、ドイツ刑法 266 条 a の不作為が継続したとしても、法益の侵害性がさらに高まるということではなく、むしろ時間の経過によって通常は法的な平穏が戻ってきている。<sup>(22)</sup> 時効までにこれほど長い期間が経つと実務において適切に処理することはできなくなるし、当事者をかなり法的に不安定な状態にすることにもつながる。さらに、他のいくつかの犯罪構成要件で時効期間がかなり短いことと比較して、本罪だけ極端に長い時効期間とすることは決して正当化することができない。<sup>(23)</sup>

マツトは、従来の判例の公訴時効の考え方では、法人やその代理人との関係では、理由もなしにあるいは場合によっては違憲となる方法で、個人

---

(20) 第 5 刑事部としては、2020 年 2 月 6 日の回答決定でも支持し、同年 3 月 3 日にも改めて支持を表明したものと見える。

(21) *B. Binnewies / C. Bertrand*, a. a. O. (Fn. 10), S. 536; *D. Rieks*, a. a. O. (Fn. 8), S. 290.

(22) ヒュルス／ライヒリングも、不作為による監禁罪や不作為による監禁補助の場合には継続犯であり、何もしないことが継続することによって法益侵害が深刻化することが明らかであるのに対して、ドイツ刑法 266 条 a の場合には支払期日にもかかわらず拠出金を支払わなかった後ではいかなる場合であろうとも損害は減少することもなければ深刻化することもないし (*S. Hüls / T. Reichling*, a. a. O. (Fn. 10), S. 307)、例えば窃盗罪や詐欺罪とも同様に法定刑の上限で時効の問題を考えるべきであるとする (*S. Hüls / T. Reichling*, a. a. O. S. 308)。

(23) *D. Rieks*, a. a. O. (Fn. 8), S. 290. ここで、リークスは、時効を通例の 5 年に限定することで、ほとんど「終わりのない訴追の可能性」というダモクレスの剣 (Damoklesschwert = 常に危険をはらむ幸福) に対する心配から解放することができるだろうとも述べている。

事業主を不利益に扱うことになり、統合刑の事後的な形成を規定するドイツ刑法 55 条とも相いれない衝突を招くという<sup>(24)</sup>。そして、公訴時効の起算点についての判例変更を基礎づけた解釈論的に最も堅固な理由は、事実的行為には疑いもなく不作為の要素が存在するにもかかわらず、ドイツ刑法 266 条 a を結果犯として特徴づけたことであるとする<sup>(25)</sup>。なぜなら、支払期日の不払いという着服の結果が構成要件的な結果であり、最終的で不可逆的な法益侵害の結果の発生となるに違いないからである。これは刑事訴訟の裁判管轄との関係で考えても、ドイツ刑法 9 条 1 項と結びついたドイツ刑事訴訟法 7 条が結果発生等の犯行の場所と定めており、管轄する社会保険庁が主たる場所となるということにも関係する。たしかにドイツ連邦通常裁判所第 5 刑事部は、「支払期日に成立する犯罪 (Fälligkeitsdelikte)」という新しい特殊な犯罪形式を創り出したが、ドイツ刑法 266 条 a を結果犯に分類することは正当である。なぜなら、支払期日での不払いによって生じた法益侵害が、その後の時間的な経過によってさらに増大するというのは、構成要件からすると刑法上は正しくないからである。もちろん遅延することによって経済的な問題が生じるが、それは故意行為の場合の社会法上の制裁によって完全に清算されることになる。それゆえ、ドイツ刑法 266 条 a によれば、期限後の支払も、損害回復を意味するのであって、犯行前の損害の減少や損害の否定を意味するわけではなく、刑の量定と没収

---

(24) ドイツ刑法 55 条とは、有罪判決の言渡しを受けてその刑の執行を終える前に、またはその時効が完成する前に、あるいはその執行を免除される前に、その有罪判決よりも前に犯した別の犯罪行為によって有罪の言渡しを受ける場合にも、統合刑のルールであるドイツ刑法 53 条と 54 条が適用されるという規定である。マツはこの新たに判決されるべき別の犯行の終了が最大 31 年近くになることで統合刑の扱いになるというのであれば、ドイツ刑法 55 条は完全に空転するし、当事者を違憲な方法で不利益に扱うことになるとする。

(25) ちなみに、検察官のローゼは、ドイツ刑法 266 条 a 第 1 項と第 2 項が結果犯であるから、支払期日の着服の結果の完全な発生をもって公訴時効の経過が始まるとした (M. Loose, Das Vorenthalten von Arbeitgeberbeiträgen zur Sozialversicherung gemäß § 266a Abs. 2 StGB, 1. Aufl., 2017, S. 82 ff. und S. 186 ff.; ders., Verhährungsbeginn bei Vorenthalten von Arbeitsentgelt, wistra 2018, 207 f.)。

ドイツ刑法 266 条 a における公訴時効の起算点と社会保障の拠出金の支払義務の錯誤判断 (Einziehungsentscheidung)<sup>(26)</sup> にとって意味があるに過ぎない。刑事訴訟法と社会法には決定的な相違がある。ドイツ社会法では、管轄当局が 30 年を経過したことの立証責任を負い、過去に対する相応の調査は実効可能性と合目的性の考慮に基づいて裁量的になされるのに対して、ドイツ刑事訴訟法には、起訴法定主義の原則 (Legalitätsgrundsatz) があるため、捜査機関にはそれ相応の義務がある。それゆえ、本来 5 年の公訴時効が (時効の中断がなくとも) 実体に馴染まない 36 年近くまでに延長されることは刑事司法にとって許容しがたい負担であるとする。<sup>(27)</sup>

犯罪の罪質をどのように捉えるかということと公訴時効の起算点をどう見るかという問題は、非常に興味深いところがある。過去には、たとえば過失犯の公訴時効の起算点が問題となることもあった。<sup>(28)</sup> ガス風呂のレンジの据え付け方が悪かったので、据え付けてから 20 年が経過してガス漏れがし、そのために人が死亡したという事件で、公訴時効の起算点は、レンジを据え付ける行為の終了の時点なのか (行為終了時説)、それともガス漏れによる人の死の結果が発生した時点なのか (結果発生時説) という問題がこれである。1975 年 1 月 1 日施行の現行ドイツ刑法 78 条 a では明文で結果発生時説が採られたが、それまでの旧規定では 67 条 4 項で「公訴時効は、結果が発生した時点を考慮しないで、行為が行われた日から、起算される」と規定していたことが行為終了時説の 1 つの根拠であったとも言われている。<sup>(29)</sup> 過失犯の公訴時効でも、殺人罪よりも過失致死罪の方が公訴時効の完成が遅くなるのはアンバランスであるという議論が見られたが、過失犯の場合には過失行為はあっても結果が発生しないうちは、原則とし

---

(26) 従来は犯罪収益に対しては「収奪 (Verfall)」という概念が用いられたが、2017 年 7 月 1 日以降、「没収 (Einziehung)」に統一された (T. Fischer, a. a. O. (Fn. 4), § 73 Rdnr. 3; 久保英二郎「ドイツ法における犯罪収益の拡大没収及び拡大独立没収(1)」阪大法学 71 巻 1 号 (2021 年) 193 頁など)。

(27) H. Matt, a. a. O. (Fn. 1), S. 263.

(28) BGHSt, Bd. 11, S. 119.

(29) Vgl. H. Schröder, Probleme strafrechtlicher Verjährung, in: K. Lackner usw. (Hrsg.) Festschrift für W. Gallas, 1973, S. 329.

てそれを訴追できないので、行為終了時説を採ると、国家が訴追できる機会がないままに公訴時効が完成してしまうという問題があった。<sup>(31)</sup> それゆえ、現在は結果発生時説が一般的である。<sup>(32)</sup>

思うに、ドイツ刑法 266 条 a の場合には、支払期日になれば社会保障の拠出金の不払いの行為が終了するばかりではなく、その不払いと着服という結果が発生して既遂となるのであり、この時点から時効の開始を認めたとしても、支払期日から 5 年間は訴追の機会が確保されているのであるから、国家がそれを訴追できる機会がないままに公訴時効が完成してしまう問題であるということにはならない。この点が過失犯の公訴時効の起算点の場合との大きな違いであろう。

## 2. ドイツ刑法 266 条 a における社会保障の拠出金の支払義務の錯誤

ドイツ連邦通常裁判所第 5 刑事部は、いかなる要素でいかなる方法で（未必の）故意が客観的構成要件と少なくとも素人の評価において関係づけられるかということで、いわゆる見せかけの経営者（Scheingeschäftsführer）ないし「藁人形（Strohmann）」という本件で問題とすべき事案をさしあたり適切に区別し、その際には、2019 年 9 月 24 日のドイツ連邦通常裁判所第 1 刑事部決定を参照している。

使用者が社会保険料の支払義務に反して不払いにし、それを着服することを処罰するドイツ刑法 266 条 a 第 2 項は、ドイツ租税通則法 370 条に基づく租税遁脱罪を模倣して起草されたものである。<sup>(33)</sup> それにもかかわらず、

---

(30) もちろん、「過失犯の未遂」も理論的にはこれを思惟しうるが、現行法でこれを処罰する規定はないし、それには慎重でなければならない（齊藤誠二「過失犯の未遂」青木清相ほか編『日沖憲郎博士還暦祝賀・過失犯(1)基礎理論』有斐閣（1966 年）151 頁以下）。また、「現行法は過失犯の未遂を罰しないが」、「過失犯にも公訴時効・刑法第 6 条の適用・裁判管轄等の問題があるから、過失犯の実行の時並びに場所に関する研究をする必要がある」との指摘もある（吉田常次郎「過失犯の未遂」国家試験 11 卷 7 号（1939 年）28 頁、同『刑法上の諸問題』有信堂（1962 年）53 頁以下）。

(31) 過失犯の公訴時効の起算点をめぐる議論について詳しくは、齊藤誠二『刑法における生命の保護〔三訂版〕』多賀出版（1992 年）417 頁以下を参照。

(32) Vgl. N. Bosch in: Schönke / Schröder, StGB Kommentar, 30. Aufl., 2019, § 78 a, Rdnr. 5.

(33) F. P. Schuster, Anforderungen an den Vorsatz bzgl. Arbeitgeberenschaft, NZWiSt 7

ドイツ刑法 266 条 a における公訴時効の起算点と社会保障の拠出金の支払義務の錯誤  
両罪の錯誤は異なる扱いがなされてきた。すなわち、租税違脱罪においては租税債権説が判例・通説であり、納税義務の錯誤はドイツ刑法 16 条に基づく構成要件の錯誤として故意が否定されるものとして扱われてきたの  
に対して、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や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はドイツ刑法 17 条  
に基づく禁止の錯誤として故意が肯定されるものとして扱われてきた。しかしながら、もともと模倣して起草された経緯もあって両罪は罪質を同じくし、同工異曲に定められたものであるから、その両罪の錯誤を区別して  
取り扱う実体的な理由は存在しないと思われる<sup>(34)</sup>。

2011 年のドイツ連邦通常裁判所第 1 刑事部判決では、その傍論において、ドイツ租税通則法 370 条に基づく租税違脱罪における納税義務の錯誤を禁止の錯誤として扱う可能性を示唆することで、両罪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生じた<sup>(35)</sup>。

しかし、これに反して、2018 年 1 月 24 日のドイツ連邦通常裁判所第 1 刑事部判決は、その傍論において、2011 年判決の考え方とは異なる見解であることを明らかにし、適切にも両罪の錯誤を構成要件の錯誤として統一的に扱うべきであることを示した。ただ、2011 年判決と 2018 年判決のいずれもが傍論で示されたものに過ぎず、実際に判例変更がなされるかどうか、今後の判例がこれに続くことになるかは明らかではなかった<sup>(36)</sup>。  
ところが、2018 年判決を受けて、ドイツの立法機関は、支払義務の錯誤で故意を阻却しても、錯誤が軽率な（重大な過失がある）場合には、過

---

↘ 2018, S. 345 ff., 346. 中村邦義「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」  
産大法学 53 卷 3・4 号（2020 年）533 頁以下、548 頁。

(34) 中村・前掲（注 33）548 頁脚注（46）を参照。

(35) 中村邦義「売上税の租税違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 卷 3・4 号（2015 年）371 頁以下。

(36) C. Rode / P. Hinderer, Fehlvorstellung über Arbeitgeberbereitschaft, wistra 2018, S. 339 ff., 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. 中村・前掲（注 33）552 頁。

料による行政罰を追加する法改正をして（2019年7月18日施行のドイツ闘争営業および非合法的な雇用対策法8条3項）、今後の判例変更に備えていた。そして、2019年9月24日のドイツ連邦通常裁判所第1刑事部決定では、実際に2018年判決の方向で判例変更がなされ、両罪の錯誤を構成要件の錯誤として統一的に扱われるべきことが明示された。この判例変更に対しても、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ことになるのかはまだ分からないという見解もあった。<sup>(37)</sup>

しかしながら、本稿で紹介した2020年のドイツ連邦通常裁判所第5刑事部の2つの判断で、第5刑事部も2019年9月24日の第1刑事部決定と同様の見解であることが明らかになったといえよう。そして、使用者の社会保障の拠出金の支払義務についての錯誤の取り扱いと同じことが、形式的な経営者の監督義務にも妥当することも明らかとなった。<sup>(38)</sup>

2020年1月8日のドイツ連邦通常裁判所第5刑事部判決は、被告人FBの事件9から事件14に関しての故意については、社会保障の拠出金の支払義務が履行されていないことを少なくとも是認しつつ甘受していたことを証明していないとした。ただし、差戻審でのさらなる事実認定によって可罰性が基礎づけられる余地もあるとした。本稿で紹介する2件の判断も含めたドイツ連邦通常裁判所の見解によれば、形式的な経営者は委任者と

---

(37) C. Brand, BGH: Untlassenes Abführen von Sozialversicherungsbeiträgen - Tatbestandsirrtum, NJW 2019, S. 3532 ff., S. 3536; A. Weitzell, Unterlassenes Abführen von Sozialversicherungsbeiträgen - Tatbestandsirrtum, NZWiSt 2020, S. 164 ff., 165. 中村邦義「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」産大法学54巻3・4号（2021年）89頁以下、108頁。他方で、ドイツ連邦通常裁判所の中で第1刑事部が特にドイツ刑法266条aを専門的に扱うことが多いことに注目するものもある。ドイツの判例文献検索サイトJurisで過去10年に扱われたドイツ刑法266条aに関するドイツ連邦通常裁判所の63件の刑事事件のうちで、第1刑事部が扱ったものが46件（73%）、第2刑事部と第5刑事部がそれぞれ7件（約11.1%）、第4刑事部が2件（3.2%）、第3刑事部が1件のみ（1.6%）だったことから、第1刑事部の特別な専門性がその新しい方向に他の刑事部も賛成することが期待される所以であるというのである（B. Gercke / D. Hembach, a. a. O. (Fn. 11), S. 114）。

(38) H. Matt, a. a. O. (Fn. 1), S. 264.

ドイツ刑法 266 条 a における公訴時効の起算点と社会保障の拠出金の支払義務の錯誤同じであり、実際的な企業の課題を引き受ける事実上の経営者が誤った態度を取っているという根拠があったにもかかわらず、何らの措置を取らなかった場合には、監督義務違反があり、形式的な経営者に故意が認められることになると考えられているからである。

しかし、これに対しては、形式的な経営者が具体的に問題となっている法義務が不履行であることを認識し、それにもかかわらずその不履行を甘受していたという具体的な根拠を個々の事件で要求しなければ刑事責任が際限なく拡張されてしまうという指摘もある<sup>(39)</sup>。

#### 四. おわりに

上述したとおり、本稿で紹介した 2020 年のドイツ連邦通常裁判所第 5 刑事部の 2 つの判断が示されたことで、ドイツ刑法 266 条 a の公訴時効の起算点は社会法の時効成立を待たずに支払期日の徒過の時点であるとし、社会保障の拠出金の支払義務の錯誤はドイツ刑法 17 条の禁止の錯誤ではなくドイツ刑法 16 条の構成要件の錯誤であるとしたドイツ連邦通常裁判所第 1 刑事部の立場が他の刑事部も含めた判例の立場として決定的なものであることが明らかになったと思われる。そして、これは、ドイツ租税通則法に基づく租税遁脱罪の公訴時効の起算点も支払期日の徒過の時点であることや納税義務の錯誤がドイツ刑法 16 条の構成要件の錯誤として扱われていることとも平行になり、ドイツ刑法 266 条 a の立法の経緯がドイツ租税通則法に基づく租税遁脱罪を模範として規定されたこととの関係でも整合的であるといえるであろう。

わが国では租税犯に関して、従前は、定期財産刑主義、自首不問罪、刑法総則の適用除外といった行政犯的傾向が見られたが、度重なる法改正によって、租税犯は一般刑法に規定されている自然犯と同様の解釈、取り扱いに近づき、両罰規定や国税犯則取締法の適用があるなどの特色を有する

---

(39) D. Rieks, a. a. O. (Fn. 8), S. 291.

程度となっている。<sup>(40)</sup>それゆえ、刑事訴訟法 253 条に基づき、租税犯の時効も犯罪行為が終わった時から起算される。相続税や所得税、法人税などでも偽りその他不正の行為により税を免れた行為は租税違脱罪として処罰の対象となり、その法定刑の上限は 10 年であるから（相続税法 68 条、所得税法 238 条、法人税法 159 条）、公訴時効は 5 年となる。

社会保険料の不払いについては、わが国でも使用者が正当な理由なしに年金保険料や健康保険料を支払わず督促状に指定する期限までに保険料を納付しないときは処罰の対象となる（厚生年金保険法 82 条 2 項、同法 102 条 1 項 3 号、健康保険法 161 条 2 項、同法 208 条 3 号）。そして、年金も健康保険料も納付期限から 2 年で時効となるが（国民年金法 102 条 4 項、厚生年金保険法 92 条、健康保険法 193 条 1 項など）、納入の告知や督促によって更新されることになっている。ただし、わが国の刑事訴訟法 253 条によれば、「時効は、犯罪行為が終つた時から進行する」ことになっており、おそらく社会保障法上の 2 年の時効を待たずに督促状の期日を徒過することによって犯罪行為は終了し、公訴時効は進行し、6 月以下の懲役が法定刑の上限であるから期日から 3 年で時効が完成すると解されることになるであろう。構成要件として「督促状に指定する期限までに保険料を納付しない」ということが明示されているからである。

このようにわが国では社会保障の拠出金の不払いは刑法典ではなく社会保障法に処罰規定が置かれ、督促状が要件となっており、その法定刑も租税違脱罪に比較して軽いという点でドイツ刑法とは事情が異なる。また、公訴時効の規定がドイツでは刑法典に規定があるのに対して、わが国では刑事訴訟法典に規定されている点でも異なる。そして、証拠の散逸、法的な安定性、処罰の必要性の減少といった時効制度の趣旨は日独でほぼ同様に解されるであろうが、わが国が裁量訴追主義を採用するのに対して、ドイツが起訴法定主義を採用する点で、時効がなかなか成立しないことが捜査機関に与える負担の深刻さという点でも大きく異なる部分もあるであろう。

---

(40) 木村敢「租税事犯の公訴時効」旬刊国税解説速報 34 号（1994 年）32 頁。



ドイツ刑法 266 条 a における公訴時効の起算点と社会保障の拠出金の支払義務の錯誤<sup>(41)</sup>う。

しかしながら、使用者の錯誤と納税義務の錯誤、そして給与の支払義務の錯誤などについてはわが国でも同様の問題が考えられるし、公訴時効については結論的にはドイツ連邦通常裁判所によって判例変更がなされた近時の傾向はわが国の運用に近いと思われるし、公訴時効の起算点の議論そのものは、わが国でも大いに参考とされるべきであろう。

---

(41) 上述したようにドイツでは検察官であるローゼが時効の完成を早める主張をしていたこと (*M. Loose, a. a. O. (Fn. 25)*) はその意味でよく理解できるところである。