山形大学

# 法政論叢

第 66・67 合併号

2017


**論　説**

刑法38条3項ただし書における「情状」と違法性の錯誤の処理

西　岡　正　樹　1

**講　演**

株式会社という仕組みは，どこから来て，どこへ行くのか

浜　田　道　代　35



山形大学法学会



リサイクル適性Ⓐ
この印刷物は、印刷用の紙へリサイクルできます。



法政論叢

第六六・六七合併号（二〇一七）

山形大学法学会


YAMAGATA UNIVERSITY

# THE JOURNAL OF LAW AND POLITICS

No.66・67, 2017

**CONTENTS**


**ARTICLE:**

Zur fakultative Strafmilderung des §38 Abs.3 StGB

Masaki Nishioka　1

**LECTURE TRANSCRIPT:**

The Structure of Corporations: The Euro-American History and Evolving System in the World

Michiyo Hamada　35



Published by
The Yamagata University Law Association
Yamagata, Japan

## 執筆者紹介

西岡　正樹……本学准教授
浜田　道代……名古屋大学名誉教授

**法学会会員**（五十音順　○は運営委員）

赤倉　泉
○阿部　未央
荒井　太郎
○池田　弘乃
和泉田保一
今村　真央
小笠原奈菜
金子　優子
川村　一義
北川　忠明
コーエンズ久美子
○今野　健一
髙倉　新喜
髙橋　和
高橋　良彰
○中島　宏
西岡　正樹
藤田　稔
星野　修
松本　邦彦
丸山　政己

二〇一七年一月二十五日　印刷
二〇一七年一月三十一日　発行

発行者　山形大学法学会
山形市小白川町一丁目四―一二

印刷所　田宮印刷株式会社
山形県山形市立谷川三丁目一四一〇―一
TEL　〇二三(686)六一一一
FAX　〇二三(686)六一一四

○本誌は、山形大学人文学部の研究活動推進等経費（研究誌発行助成費）の助成を受けて発行しております。

○山形大学法学会ホームページ

http://www-h.yamagata-u.ac.jp/~mfujita/hougakukai.htm

（法学会の事業内容及び山形大学法政論叢に掲載した論文の目次等を公表しています。）

**論　　説**

# 刑法38条3項ただし書における「情状」と違法性の錯誤の処理

西　岡　正　樹

Ⅰ　はじめに
Ⅱ　刑法38条３項と違法性の意識
Ⅲ　判例における刑法38条３項ただし書の解釈
Ⅳ　ドイツ刑法，スイス刑法およびオーストリア刑法における違法性の錯誤の処理
Ⅴ　むすびにかえて

## Ⅰ　はじめに

わが国の刑法38条３項は，「法律を知らなかったとしても，そのことによって，罪を犯す意思がなかったとすることはできない。ただし，情状により，その刑を減軽することができる」と定める。そして，同項は，一般に，いわゆる違法性の錯誤に関する規定と解されている。

周知のように，違法性の錯誤とは，行為者が，犯罪事実は認識していたものの，自己の行為を違法でないと誤信した場合であり，禁止の錯誤ないし法律の錯誤ともいわれる。そこでは，違法性の錯誤が故意ないし責任にいかなる影響を及ぼすか，つまり違法性の意識と故意ないし責任との関係如何が主題とされる。そして，違法性の意識と故意ないし責任との関係を巡る議論においては，違法性の意識を欠いた場合に犯罪の成立が否定される余地はあるか，またそのような余地があるとしてそれはどのような事情が存在する場合かが問題とされてきた。

ところで，刑法38条３項ただし書は，違法性の錯誤に関して刑の減軽の余地を認めている。ここで問題となるのが，どのような場合に刑の減軽が認められるかである。この点については，違法性の意識と故意ないし責任との関係をいかに捉えるかによって理解が異なってくる。つまり，違法性の意識を巡る見解の差異が刑法38条３項ただし書の解釈に影響を与えるのであり(1)，とりわけ，違法性の意識を欠いた場合に犯罪の成立を否定する余地を認める見解にあっては，犯罪の成立が否定される場合と，犯罪の成立は否定されないが刑の減軽が認められる場合との区別如何が重要な問題となる。

そこで，本稿では，違法性の意識と故意ないし責任との関係如何について考察を加えながら，刑法38条３項ただし書によって刑が減軽されるのはいかなる場合かについて，判例および学説を参照しながら明らかにし，違法性の錯誤の処理について私見を提示したい。

## Ⅱ　刑法38条３項と違法性の意識

一　わが国の旧刑法（明治13年７月17日太政官布告第36号）77条４項は，「法律規則ヲ知ラサルヲ以テ犯スノ意ナシト爲スコトヲ得ス」と規定するのみで，現行刑法38条３項とは異なり，違法性の錯誤に関して刑の減軽の余地を認めていなかった。「刑法改正政府提出案理由書」によれば，現行刑法38条３項の規定は，「現行法第七十七條第四項ト同シク法律ヲ知ラサルコトヲ以テ罪ヲ犯ス意ナシト爲ササル趣旨ニシテ實際上ノ必要ニ基ツク規定ナリ然リト雖モ眞ニ法律ヲ知ラサル爲メ不幸ニシテ或ハ罪名ニ觸レ事實憫諒ス可キ者ナキニアラサルヲ以テ本條但書ニ於テ裁判所ヲシテ其情状ヲ看テ刑ヲ減輕スルコトヲ得セシメタルモノナリ」とされ

(1)　福田平「刑法三八條三項但書の法意」警察研究30巻10号（1959年）76頁以下。

ている(2)。現行刑法38条３項と同趣旨であるとされる旧刑法77条４項の規定を素直に読めば，法規の存在を知らなかったとしても故意が否定されるわけではない，つまり，いわゆる法の不知は故意犯の成否とは無関係である旨を規定したものと解し得るのであり，したがって，現行刑法38条３項にいう「法律」とは「刑罰法規」を意味すると解し得る。しかし，一般に，38条３項にいう「法律」とは，「自己の行為が違法であること」を意味し，これは違法性の意識の問題である，とされる(3)。

判例は，刑法38条３項本文の法意について，大決大正15年２月22日刑集５巻97頁が，「刑法第三十八條第三項ニ於テ法律ヲ知ラサルヲ以テ罪ヲ犯ス意ナシト爲スコトヲ得スト規定シタルハ犯罪ノ違法性ノ錯誤ハ犯意ヲ阻却セサルノ趣旨ヲ明ニシタルモノ」と判示し，最判昭和25年11月28日刑集４巻12号2463頁が，「所謂自然犯たると行政犯たるとを問わず，犯意の成立に違法の認識を必要としないことは当裁判所の判例とするところである」と判示するように，大審院以来，故意犯の成立にとって違法性の意識は不要であるとの立場（以下，不要説）を明らかにしている。さらに，最判昭和32年10月18日刑集11巻10号2663頁（関根橋事件第１次上告審）は，不要説の立場から，刑法38条３項ただし書の法意について，「刑法38条３項但書は，自己の行為が刑罰法令により処罰さるべきことを知らず，これがためその行為の違法であることを意識しなかつたにかかわらず，それが故意犯として処罰される場合において，右違法の意識を欠くことにつき勘酌または宥恕すべき事由があるときは，刑の減軽をなし得べきことを認めたものと解するを相当とする。従つて自己の行為に適用される具体的な刑罰法令の規定ないし法定刑の寛厳の程度を知らなかつたとしても，その行為の違法であることを意識している場合は，

---

(2) 松尾浩也解題＝倉富勇三郎ほか編『増補刑法沿革綜覧』（1990年）2144頁。
(3) 川端博ほか編『裁判例コンメンタール第１巻』（2006年）294頁〔川端博〕。

故意の成否につき同項本文の規定をまつまでもなく，また前記のような事由による科刑上の寛典を考慮する余地はあり得ないのであるから，同項但書により刑の減軽をなし得べきものでないことはいうまでもない」と判示している。

以上のように，判例の主流は，違法性の意識は故意犯の成否に影響を与えず，したがって，違法性の錯誤は故意を阻却しないが，違法性の意識を欠いたことについて「勘酌または宥恕すべき事由」が存在する場合には，刑法38条３項ただし書によって刑を減軽し得るとの立場を採るものである。

二　これに対して，学説においては，かつては不要説も存在したが(4)，現在では，違法性の意識を欠いたことについて「相当の理由」があった場合（違法性の意識の可能性がない場合）に犯罪の成立を否定する余地を認める見解（以下，可能性説）が多数を占めている。可能性説は，違法性の意識の可能性がない場合に故意を阻却すると解する制限故意説(5)と，違法性の意識の可能性は，故意とは区別された責任要素であって，違法性の意識の可能性がない場合に責任を阻却すると解する責任説(6)とに区別される。さらに，犯罪の成立にとって違法性の意識が必要であり，

---

(4)　例えば，荘子邦雄『刑法総論』（1969年）556頁以下。なお，いわゆる自然犯（刑事犯）については不要説の立場を採りつつ，法定犯（行政犯）については違法性の錯誤は故意を阻却するとの見解（自然犯・法定犯区別説）も存在した。例えば，牧野英一『刑法総論下巻〔全訂版〕』（1966年）590頁。しかし，この見解は，前掲最判昭和25年11月28日によって明確に否定されている。ただし，最判昭和34年２月27日刑集13巻２号250頁における藤田八郎裁判官の少数意見参照。

(5)　団藤重光『刑法綱要総論〔第３版〕』（1990年）317頁以下，佐久間修『刑法総論』（2009年）298頁等。

(6)　木村亀二（阿部純二増補）『刑法総論〔増補版〕』（1978年）318頁以下，中義勝『講述犯罪総論』（1980年）178頁，平野龍一『刑法総論Ⅱ』（1975年）263頁以下，福田平『全訂刑法総論〔第５版〕』（2011年）210頁，内藤謙『刑法講義総論（下）Ⅰ』（1991年）1016頁以下，大谷實『刑法講義総論〔新版第４版〕』（2012年）339頁，川端博『刑法総論講義〔第３版〕』（2013年）450頁，曽根威彦『刑

違法性の錯誤は故意を阻却すると解する見解[7]（以下，必要説）もなお有力に主張されている[8]。

これらの見解のうち，必要説は，38条３項本文は，行為者が自己の行為に適用される刑罰法規を知らないことは，その故意を阻却しないということを示したものであり，同項ただし書は，刑罰法規を知らないことについて特に行為者に宥恕すべき情状があるときは責任が減少し，したがって，刑を減軽し得る旨を規定したものと解する[9]。つまり，刑法38条３項本文は，法の不知によって故意が否定されることはないということを意味するものであって，違法性の意識に関する規定ではなく，したがって，同項ただし書は，法の不知によって，違法性の意識があっても，その違法性の程度についての認識が困難な場合には，責任減少による刑の減軽をなし得るということを規定したものと解する。他方，可能性説

---

法総論〔第４版〕』（2008年）192頁，西田典之『刑法総論〔第２版〕』（2010年）241頁，山中敬一『刑法総論〔第３版〕』（2015年）700頁，高橋則夫『刑法総論〔第２版〕』（2013年）363頁，伊東研祐『刑法講義総論』（2010年）280頁，山口厚『刑法総論〔第３版〕』（2016年）266頁，松原芳博『刑法総論』（2013年）241頁等。

(7) 小野清一郎『新訂刑法講義総論』（1948年）154頁以下，大塚仁『刑法概説（総論）〔第４版〕』（2008年）459頁以下，中山研一『刑法総論』（1982年）372頁，荘子邦雄『刑法総論〔第３版〕』（1996年）378頁，内田文昭『改訂刑法Ⅰ（総論）〔補正版〕』（2002年）244頁，浅田和茂『刑法総論〔補正版〕』（2007年）329頁以下，日高義博『刑法総論』（2015年）294頁以下等。なお，必要説から出発しつつ，違法性の意識を欠いたことについて過失がある場合には故意犯と同様に取り扱うとする見解（準故意説）も，かつて有力に唱えられた。佐伯千仞『四訂刑法講義（総論）』（1981年）277頁以下。

(8) さらに，前田雅英『刑法総論講義〔第６版〕』（2015年）177頁参照。そこでは，故意の成立にとって違法性の意識は不要であるが，一般人ならばその罪の違法性を意識し得る程度の事実の認識がなければ故意非難はできないとする見解（実質的故意論）が主張されている。

(9) 大塚・前掲（注７）467頁以下。なお，準故意説によれば，38条３項ただし書は，過失がある場合に，具体的に妥当な量刑を導くための規定であるとされる。佐伯・前掲（注７）278頁。

においては，刑法38条３項本文は，違法性の錯誤が故意の存在と関係のない旨を明らかにしたものであり，同項ただし書は，違法性の意識がないときは，違法性の意識がある場合に比して責任がより軽いので，その刑を減軽し得る旨を明らかにしたものと解する見解[10]のほか，刑法38条３項本文は，刑罰法規を知らなくとも故意を阻却しないということを意味するものと解しつつ，違法性の意識の可能性はあっても，それが困難であるために違法性の意識を欠くときは，故意の成立は妨げないが，非難可能性が減少し，同項ただし書は，そのような場合に適用があるとする見解[11]や，刑法38条３項本文は，いわゆる「あてはめの錯誤」は事実的故意の成否に無関係である旨を明らかにしたものであり，同項ただし書は，あてはめの錯誤の結果，違法性の意識を欠いた場合には，違法性の意識のある場合よりも非難可能性が少ないから，その刑を減軽し得る旨を明らかにした規定であると解する見解[12]等，刑法38条３項と違法性の意識の関係について様々な見解が主張されている。

三　それでは，刑法38条３項と違法性の意識の関係について，いかに解すべきか。惟うに，前述したように，刑法38条３項は，その立法趣旨に鑑みれば，いわゆる法の不知は故意犯の成否とは無関係である旨を規定したものであり，したがって，同項にいう「法律」とは「刑罰法規」を意味し，同項本文は違法性の意識に関する規定ではないと解するのが自然であろう。そして，同項ただし書は，法の不知に陥ったことについて宥恕すべき事情が存在する場合には刑の減軽をなし得ることを定めた規定である。つまり，刑法38条３項は，刑罰法規の存在を知らなかったという理由で故意が否定されることはないが，刑罰法規の存在を知り得なかったことについて特別の事情が存在する場合には刑の減軽が認めら

---

⑽　木村・前掲（注６）319頁，中・前掲（注６）178頁参照。
⑾　団藤・前掲（注５）317頁以下。
⑿　福田・前掲（注６）210頁以下。

れるとする規定であると解し得よう。

他方で，改正刑法草案21条１項は「法律を知らなかつたとしても，そのことによつて故意がなかつたとはいえない。但し，情状によつて，その刑を軽減することができる」と規定し，同条２項は「自己の行為が法律上許されないものであることを知らないで犯した者は，そのことについて相当の理由があるときは，これを罰しない」と規定する。当該規定の立法趣旨について，１項にいう「法律を知らなかつた」というのは，刑罰法規の存在を意識しなかった場合だけでなく，その解釈を誤った場合をも含むものであり，現行刑法38条３項と同趣旨であるとされる(13)。これに対して，２項は，相当の理由に基づく違法性の錯誤が犯罪の成立を否定することを明らかにした規定であるとされ，同項が設けられた理由は，「自己の行為が適法であると信じたことについてやむを得ない理由があったと考えられるような場合にまで行為者を処罰するのは，非難可能性がなければ責任はないという責任主義の原則からみて疑問があり，また，少なくとも右のような場合について犯罪の成立を否定することは，現在の刑法理論において一般に認められている」という点が挙げられている(14)。そして，１項と２項とで規定の表現が異なるのは，前者は，後者とは異なり，違法性の意識がある場合をも含む趣旨であるからとされる(15)。このように解するならば，実際上違法性の意識がある場合を適用対象としない現行刑法38条３項は，改正刑法草案21条１項とは同趣旨ではないことになろう(16)。

惟うに，かつて規範的責任論の創唱者であるR. フランクが述べたよ

---

(13) 法制審議会刑事法特別部会『改正刑法草案附同説明書』（1972年）113頁。
(14) 法制審議会刑事法特別部会・前掲（注13）113頁。
(15) 法制審議会刑事法特別部会・前掲（注13）113頁。
(16) 町野朔「『違法性』の認識について」上智法學論集24巻３号（1981年）204頁注24は，改正刑法草案21条１項は，厳格故意説を主張する小野博士の見解を採用したという見方を示す。

うに，「禁止された行態を行ったことについて或る者を非難し得るとき，それがその者に帰責され得る」[17]と解すべきである。つまり，客観的にみれば違法な行為が行われたとしても，当該行為者が自己の行為が禁止されていることを認識することが不可能であった場合には，当該行為者を有責とすることはできないと解される。このことは，改正刑法草案21条２項の立法趣旨と同旨である。そして，このような観点からは，判例の主流である不要説は採用し得ない。通常，自己の行為が刑罰法規によって禁止されていることを認識することが不可能であった場合（違法性の意識がなく，かつ違法性の意識を欠いたことについて相当の理由がある場合）には，当該行為を行った者に対して責任非難をなすことはできないであろう。つまり，特別な事情の存在によって，行為者が，刑罰法規の存在を知り得なかった，あるいは，刑罰法規を適正に解釈し得なかった場合には，当該行為者の有責性を肯定することはできない。さらに，このような場合には，非難可能性の存在が否定されるのであるから，過失犯の成立を認めることもできない。この点において，違法性の錯誤について故意犯の成立が否定される場合に過失犯の成立可能性を認める制限故意説は採用し得ない。

このような視点からは，刑法38条３項は，自己の行為が刑罰法規によって禁止されていることを認識していなかったとしても，それだけで直ちに故意が否定されることはないが，特別な事情の存在によって，刑罰法規の存在を知ることが困難であった，あるいは，刑罰法規の適正な解釈が困難であった場合には，刑を減軽し得る旨を規定したものと解されよう。そして，自己の行為が刑罰法規によって禁止されていることを

---

[17] R. Frank, Über den Aufbau des Schuldbegriffs, in : Frank (Hrsg.), Festschrift für die Juristische Fakultät in Gießen zum Universitäts-Jubiläum überreicht von ihren früheren Dozenten, 1907, S.529.

認識することが不可能であった場合には，非難可能性が不存在であることから，超法規的に責任が阻却され，故意犯のみならず過失犯の成立も否定されると解すべきである。つまり，現行刑法38条３項の下での違法性の錯誤の処理については，①違法性の錯誤を回避することが不可能であった場合には，犯罪の成立を認めることはできないが，②違法性の錯誤を回避することが可能であった場合には，犯罪の成立を妨げない。ただし，③違法性の錯誤を回避することが不可能ではなかったが困難であった場合には，38条３項ただし書によって刑が減軽され得る，ということになろう。

四　上記のうち，①については，犯罪の成否を決する明確な基準を提示することが一層必要とされる。実際に，違法性の錯誤に関する近時の研究においても，「違法性の錯誤の取り扱いについては，可能性説を軸にして，学説，判例，立法がほぼ同じ方向に進展しつつあるということができる。したがって，問題は，故意と違法性の意識をめぐる見解の対立という点から，違法性の意識の可能性の内容いかんという点に移行したといえる」[18]との分析がなされているように，①を確定することは，違法性の錯誤論において，最重要課題であるといえよう。この点について，判例は，後述するように，いわゆる百円紙幣模造事件の控訴審判決（札幌高判昭和60年３月12日刑集41巻５号247頁）で示された，次の「相当の理由」の判断基準を基本的に踏襲するものといえる。すなわち，「刑罰法規に関し確立していると考えられる判例や所管官庁の公式の見解又は刑罰法規の解釈運用の職責のある公務員の公の言明などに従つて行動した場合ないしこれに準ずる場合など」の特別な事情が存在した場合に，「その行為者においてその行為が許されたものであると信じ，かつそのように信ずるについて全く無理もないと考えられるような場合」に「相

---

⑱　松原久利『違法性の錯誤と違法性の意識の可能性』（2006年）154頁。

当の理由」が認められる（違法性の錯誤の回避可能性が不存在である）との判断基準である。そして，違法性の意識の可能性は，個人的・主観的非難可能性をその本質とする「責任」の要素であることから，ここにいう「回避可能性」の標準は，一般人ではなく，行為者自身であると解される。

学説においても，このような判断基準を基礎としつつ，「相当の理由」の有無が検討されている。そこでは，一般に，違法性の錯誤の二つの類型である，法の不知と当てはめの錯誤に分類して個別的な検討が行われている。このうち，刑罰法規の存在に関する錯誤を意味する法の不知については，近年のグローバル社会の進展と刑事立法の活性化という状況において，自らの行為を禁止する刑罰法規の存在を知ることが困難な場合が増えているのではないかと思われるが，通常は，法定犯（行政犯）も含め，刑罰法規の存在を知ることは可能といえる。ただ，行為者が置かれた状況によっては，刑罰法規の存在を知ることが不可能な場合も例外的に存在し得ると考えられることから，法の不知の場合に，犯罪不成立の余地はあり得よう。これに対して，刑罰法規の解釈に関する錯誤を意味する当てはめの錯誤の場合には，違法性の意識の可能性の存否が問題となる局面がより多くみられる。そのような局面として，特に争いがあるのが，弁護士や法律学者などの私人の意見を信頼して行為した場合である。この場合については，そのような私人が刑罰法規の解釈・運用・執行について法的な責任を持つ公務員ではなく，また，私人の意見によって法制度が左右されることは否定されるべきであることから，原則として相当の理由にあたらないが，例えば，法律的知識の乏しい一般人が，弁護士に照会したうえで回答に従って行為したような場合には，例外的に相当の理由があると解すべきであるとの見解が多い[19]。

五　それでは，②と③はどのように区別されるべきか，ここでは，刑法38条３項ただし書における刑の減軽根拠如何が問題解決の指針となろ

う。この点について，既述のように，必要説や可能性説は，「責任」ないし「非難可能性」の減少に刑の減軽根拠を求めている。しかし，そこでは，いかなる意味において「責任」ないし「非難可能性」の減少が認められるのかについてはあまり明確に論じられていない。さらに，①と③の判断基準の相違も問題となる。次章では，これらの点を明確にするために，38条３項ただし書の適用の可否を巡るわが国の判例および裁判例（以下，単に「判例」とする）を概観する。

## Ⅲ　判例における刑法38条３項ただし書の解釈

一　既述のように，わが国の判例の主流は，違法性の錯誤について不要説を採る。しかしながら，既に大審院においても，違法性の意識を欠いたことについて「相当の理由」があった場合，あるいは違法性の錯誤に陥ったことについて過失がなかった場合に犯罪の成立を否定する余地を認めた判例が少なからず存在している[20]。例えば，大判昭和７年８月４日刑集11巻1153頁は，森林窃盗罪（森林法違反）の成否が争われた事案について，「被告人ハ本件Ｔ区有林ヲ伐採スル当時井堰修繕用材ニ不足ヲ生セシメサル範囲ニ於テ本件井根立林ヲ自家用ノ為ニ伐採スルコトハＴ区ノ認許スル慣例ニシテ差支ナキモノト誤信シタルモノニシテ之ニ付相当ノ理由アリタルモノト認ムルヲ得ヘク従テ被告人ノ本件行為ハ罪ヲ犯スノ意ニ出テタルモノト為スヲ得サルカ故ニ窃盗罪ヲ構成スヘキ

---

⑲　平野・前掲（注６）269頁，内藤・前掲（注６）1041頁，大谷・前掲（注６）347頁，山中・前掲（注６）712頁，伊東・前掲（注６）285頁以下，佐久間・前掲（注５）290頁，井田良『講義刑法学・総論』（2008年）380頁，松原（芳）・前掲（注６）251頁等。

⑳　大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法〔第３版〕第３巻』（2015年）281頁以下〔佐久間修〕参照。

モノニ非ス」と判示して，被告人に無罪を言い渡した。また，大判昭和15年１月26日法律新聞4531号９頁は，「所謂法律ノ錯誤ハ即チ行為カ法律上許サレサルモノナルニ拘ラス許サレタルモノト信シタル行為ノ違法性ニ関スル錯誤トシテ解セラレ法律ノ錯誤ト雖モ其ノ錯誤シタルコトニ付過失ナカリシトキハ故意ヲ阻却シ過失アリタルトキハ情状ニ因リ其ノ刑ヲ減免シ得ルモノト解セラルル」と判示している[21]。

二　このような流れの中で，刑法38条３項ただし書の法意およびその適用の可否が争われた判例として，前掲最判昭和32年10月18日がある。事案は次のとおりである。被告人Ｘおよび被告人Ｙは，村所有の堰根橋が腐朽し車馬の通行が危険となったところから，村当局に対し再三架替を要請したがその実現の運びに至らず，日常著しく不便を感じていた。そこで，人工的に橋を落下させ，表向きは雪害によって落橋したように装って災害補償金の交付を受ければ，同橋の架替も容易であろうと考え，他数名と共謀のうえ，ダイナマイトをもって同橋を爆破，落下させた。しかし，被告人両名は，ダイナマイトを使用して橋を爆破するような行為が悪いことであることは判っていたが，重罪ではなく罰金くらいで済むものと思っていたという事情がある。以上の事実について，原審（仙台高秋田支判昭和30年１月27日刑集11巻10号2671頁）は，「被告人等は死刑または無期もしくは７年以上の懲役または禁錮に処せらるべき爆発物取締罰則第１条を知らなかつたものというべきである」と認定したうえで，「被告人等の本件犯行の動機，性格，素行などを考えるときは被告人両名について所論のように刑を減軽すべき情状があるものと認むべきである」と判示して，刑法38条３項ただし書の適用を認めた[22]。

---

[21] 終局的には，被告人の行為について，「法律ノ錯誤タルノミナラス其ノ之ヲ錯誤シタルニ付過失ナカリシモノト認メ難ク随ツテ故意ノ阻却セサルハ勿論刑法第三十八条第三項但書ニ依ル刑ノ減軽事情アリタルモノトモ認メ難シ」と判示して，刑の減軽を認めなかった。

これに対して，最高裁は，「被告人等は右本件所為が違法であることはこれを意識していたものであり，ただその罰条または法定刑の程度を知らなかつたというに過ぎないものであるにかかわらず，一般の量刑事情を挙げて刑法38条３項但書を適用し」た「原判決は刑法38条３項但書の解釈適用を誤つたものであ」るとして，原判決を破棄した。原審は，被告人等が法定刑として死刑をも有する爆発物取締罰則１条の規定を知らなかったことを認定したうえで，被告人等の本件犯行の動機，性格，素行などを考慮して，38条３項ただし書を適用して刑の減軽を認めた。ここでは，最高裁も指摘するように，犯行の動機，被告人の性格，素行という一般の量刑事情の存在によって38条３項ただし書の適用が認められている[23]。しかしながら，最高裁は，この点を批判して，原判決を破棄した。

以上のように，本件における刑法38条３項ただし書の適用の可否について，原審と最高裁で判断が分かれた最大の理由は，原審が被告人両名

---

(22) なお，本件第１審（山形地鶴岡支判昭和29年４月９日刑集11巻10号2669頁）においては，主として緊急避難の成否が争われたが，緊急避難の成立は認められず，被告人両名に爆発物取締罰則１条および往来妨害罪（刑法124条１項）の成立が認められた。ただし，情状憫諒すべきものがあるとして，刑法66条による酌量減軽が行われ，被告人両名に懲役３年６月が言い渡された。これに対して，弁護人は，被告人等は法律（爆発物取締罰則）を知らなかったものであり減刑されるべき情状がある，として控訴した。

(23) 具体的には，「被告人等は腐朽により車馬の往来が危険となつた堰根橋についてＨ村当局に再三その架替を要請したが，実現に至らずその早期実現を企図して本件の誤つた行為に出でたものであり」，また，証人等の各供述記載によれば，「被告人両名とも善良な部落民であり，被告人Ｘは村会議員の経歴も有し，非常に正直でかつ真面目であつて，部落のためによくつくして信用を得ており，被告人Ｙも真面目な性格で部落民から信用されている事実が認められる。以上のような被告人等の本件犯行の動機，性格，素行などを考えるときは被告人両名について所論のように刑を減軽すべき情状があるものと認むべきである」と判示している。さらに，原審は，なお犯情憫諒すべきものがあるとして，刑法66条による酌量減軽を施している。

に違法性の意識はなかったと認定したのに対して，最高裁は違法性の意識があったと認定した点に求められるが，これを突き詰めれば，違法性の意識にいう「違法性」の内容をいかに把握するかの違いに求められよう。すなわち，原審は，「違法性」の内容について，法定刑の寛厳に関する認識まで含めるのに対して，最高裁は，刑罰を科せられ得るとの認識があれば違法性の意識は認められるとするものである。つまり，「違法性」の内容について，原審は，いわゆる可罰的刑法違反の認識まで必要とする立場[24]であり，最高裁は，そのような認識までは必要とせず，少なくとも刑法違反の認識があれば違法性の意識は認められるとする立場であるといえる[25]。このように，最高裁と原審における「違法性」の内容の理解の差異が，刑法38条３項ただし書適用の可否の判断を分けたともいえるが，両者ともに不要説の立場から，違法性の意識を欠いたことについて勘酌または宥恕すべき事由がある場合には，38条３項ただし書によって刑の減軽をなし得るとの立場を採るものと解することができよう。しかしながら，最高裁が指摘するように，原審が一般的な量刑事情の存在を挙げて38条３項ただし書を適用したことの根拠は不明であり，原審がさらに刑法66条を適用して酌量減軽を施した実質的根拠も判文上明らかでない。

三　その後，刑法38条３項ただし書の適用の可否が争われた判例として参照し得たものは少ないが，そのうち，横浜地判平成14年９月６日判時1804号160頁（判例①）は，被告人が，いわゆるマジックマッシュルームと称されるきのこ類を所持し，施用したことにより，麻薬及び向精神薬取締法違反に問われた事案について，被告人はマジックマッシュルームの所持および施用が違法になることを知らなかったものであり，被告

---

[24] このような見解について，町野・前掲（注16）231頁参照。
[25] 内藤・前掲（注６）1033頁参照。

人には違法性の認識がなく，刑法38条３項ただし書を適用して刑の減軽をすべきとする弁護人の主張に対して，関係証拠により被告人に違法性の意識があったと認定したうえで，「仮に被告人が十分な違法性の認識を有していなかったとしても，本件事案の罪質や被告人がマジックマッシュルームに幻覚作用があるのを知りながら所持及び施用に及んでいること等に鑑みると，情状により刑の減軽をすべき事案とは認められず，いずれにせよ弁護人の主張は採用できない」と判示した。判例①では，罪質および行為遂行態様の悪辣性といった，個別行為責任に関係する事情が刑法38条３項ただし書の適用の可否を決するための重要な判断要素とされている。

さらに，東京高判平成24年５月31日高検速報平成14年128頁（判例②）は，薬事法違反の事案について，被告人には違法性の意識を欠いたことに酌量または宥恕すべき事情があるとして刑法38条３項ただし書の適用を認めるべきであるとする弁護人の主張に対して，「被告人は，本件薬品に関する説明書に表示されていた原料成分についてインターネットで副作用の有無等を簡単に調査した程度で，それ以上には本件薬品が医薬品に該当するかどうかの調査や検討を行っていなかったというのであるから，それを知らなかったことについて，斟酌又は宥恕すべき事情があるということはできない」と判示して，38条３項ただし書の適用を認めなかった。判例②では，違法性の意識を欠いたことについて斟酌または有恕すべき事情の有無が38条３項ただし書の適用の可否を決する基準とされているが，そこでは，被告人が，自己の行為の違法性について十分な調査・検討を行ったといえるか否かが判断要素とされている。

四　このような状況において，近時，38条３項ただし書の適用が認められた判例として，佐賀地判平成20年１月10日裁判所 HP（判例③）がある。事案は次のとおりである。被告人は，A 町教育委員会事務局生涯学習課主査として，同課が所管する生涯スポーツ事業の企画・運営，非

常勤職員であるA町体育指導委員の管理・研修およびそれらの予算執行管理等の職務に従事していた者であるが，同課が所管する生涯スポーツ事業等に関して，内容虚偽の公文書を作成し行使して，あるいは，公文書を偽造し行使して，同町体育指導委員または同町老人クラブ連合会会員に対する指導・審判の謝金等支払名下に金員の交付を受けた。以上の事実について，弁護人は，被告人は当時のA町役場の財務慣行に従って前記事務処理を行ったものであり，決裁権者らが被告人の行為を承認または黙認していたことを理由に，被告人は前記行為を行うにつき違法性の意識を欠き，そのことにつき相当の理由があったと主張した。

これに対して，判例③は，「故意犯において，行為者が当該犯罪を犯すにつき違法性の意識を欠いただけで直ちに故意責任がないとは言えないが，違法性の意識を欠いたことにつき相当の理由がある場合は，故意責任を問い得ないと解される」との前提のもと，「当該具体的な事情のもとで，行為者が違法性の意識を持つことが可能ではあったが，困難であったと認められるときは，その刑を減軽することができる」と判示する。つまり，判例③は，可能性説の立場から，違法性の意識を持つこと自体は可能であったものの，行為の違法性に思い至ることが困難であったと認められる場合には，刑法38条３項ただし書によって刑が減軽されるとの見解を採る。このような前提のもと，判例③は，違法性の錯誤について「相当の理由」があったか否かの判断について，「法令の発布を知り得ない特殊の事情がある場合や，所管官庁あるいは法規の解釈・運用を職責とする公務員の責任ある回答ないし言明に従った場合又はこれに準ずる事情がある場合は，違法性の意識を欠いたことにつき相当の理由があると言うことができる。そして，前記検討をするに当たっては，官庁又は公務員の側の事情と行為者の側の事情を総合的に考慮すべきである。この見地からすると，前記の公務員が行為者の行為を事実上黙認したにとどまる場合は，一般的には前記の相当の理由があるとは言えないし，

行為者が，同公務員に対して必要な情報を提供しないで得た同公務員の回答等に基づいて行動した場合も，同様に相当の理由があると見ることはできない。」と判示する。このように，判例③は，基本的に，前掲百円紙幣模造事件控訴審判決で示された「相当の理由」の判断基準を踏襲するものである[26]。

そして，本件においては，被告人が採った事務処理方法はA町役場の財務慣行とは異質であり，前任者の事務処理方法を相当程度拡大させているものでもあることや，A町役場では被告人の事例以外にも過去少なからぬ数の予算の流用や不正または不適切な支出が行われており，被告人は長年の勤務を通じそのような同役場の実態を相当程度知っていたとは言えること，決裁権者らが被告人の行為を承認または黙認していた事実は認められないことを理由に，「被告人が本件各犯行を行うにつき違法性の意識を欠き，かつそのことにつき相当の理由があると言うことはできない」と判示した。そのうえで，被告人は，A町役場に採用さ

---

[26] さらに，最近の判例として，被告人が，N社の家庭用テレビゲームおもちゃの内臓プログラムに改変を加えた家庭用ゲーム機（以下，本件改造品）を，N社の商標を付したまま譲渡し，譲渡のために所持し，もってN社の商標権を侵害したとの商標法違反事件につき，本件改造品がオークションで取引されていたことや，被告人がヤフー知恵袋などで本件改造品が違法でないとの回答を得ていたことなどから，被告人には違法性の意識ないしその可能性もなかったとの弁護人の主張に対して，名古屋地判平成24年２月29日Ｄ１/DB28210786は，「違法性の認識を欠如したことに相当の理由があるといえるためには，確立した判例や所管官庁あるいは刑罰法規の解釈・運用を職責とする公務員の責任ある回答ないし言明に従った場合又はこれに準ずるような場合でなければならない」としつつ，本件はこのような場合に当たらないとして，被告人には違法性の意識の可能性があったとした。これに対して弁護人が控訴したところ，名古屋高判平成25年１月29日裁判所HPは，「被告人に以上のような商標権侵害に当たる事実の認識がある以上，自己の行為が違法であることを認識することは十分可能であって，被告人が，自己の行為が法に触れるとは思わなかったというのは，単なる法の不知にすぎず，故意ないし責任を阻却するに由ないことは明らかである」と判示して，不要説の立場から，控訴を棄却した。

れ，以来同役場に長年にわたり勤務する過程で，先輩職員等から様々な機会に予算の流用等の財務規則に違反する事務処理方法を学び，それがA町役場や町民に利益をもたらすのであれば許されないものではないという執務姿勢を身に付けていったこと，A町役場では過去少なからぬ数の予算の流用や不正または不適切な支出が行われており，その中には財政課が主導または関与した事例もあり，被告人は勤務を通じてそれらのことを知っていたこと，他の自治体の職員との交流の中でそれらの自治体の職員もA町役場の職員と同様の事務処理方法を採っていることを知ったこと等の諸種の事情を指摘して，「被告人が本件各犯行を行うに当たり，違法性の意識を持つこと自体は可能ではあったものの，実際問題として，自らそれらの行為の違法性に思い至ることは困難であったと認められる」として，刑法38条３項ただし書の適用を認めた。

判例③の判旨によれば，犯罪の成立が阻却される場合，つまり，違法性の意識を欠いたことについて相当の理由があると認められる場合とは，諸種の事情によって違法性の錯誤を回避することが不可能であった場合を意味し，他方，犯罪の成立は認められながら38条３項ただし書によって刑の減軽がなされ得る場合とは，違法性の意識を持つこと自体は可能ではあったがそれが困難であった場合（違法性の錯誤を回避することが困難であった場合）を意味する。そして，判例③においては，38条３項ただし書の適用を認めるための事情として，被告人が犯罪に至った経緯が重視されている。犯罪に至った経緯は，非難可能性の程度に影響を与える量刑事情として捉えられ得る[27]。

ところで，判例③が示すように，違法性の錯誤が回避不可能であった場合には犯罪の成立が否定され，違法性の錯誤が回避可能ではあったが困難であった場合には刑法38条３項ただし書によって刑の減軽をなし得

---

[27] 拙稿「量刑と責任」東北法学32号（2008年）255頁参照。

るという考えは，既に以前の判例においても示されていたところである。

五　すなわち，鹿児島地判昭和36年１月11日下刑集３巻１＝２号65頁（判例④）は，「その所為が法的に許されないかどうかという違法性の認識は，非難可能性の一要素として責任性の問題であつて，犯意の内包ではない。刑法第38条第３項を，違法性の不認識は故意の成立を否定しない趣旨の規定であるとする見解は，本来同条第１項に規定する犯意の要素に違法性の認識を加えて理解しながら，同条第３項によつて違法性の認識が犯意の要素たる地位を奪われると解しているようにも考えられるのであるが，これは，無用の迂路をたどつた解釈であるし，同項にいう法律を形式的な法律の規定と解し，違法性の認識は，犯意の要素であるとする見解は，犯意には，構成要件該当性の判断（これは，全部裁判官がすべきものである。）を若干なりとも必要とすることになるから採用できない。同項は，違法性の認識は，犯意の内包ではなく，これとは全く別個の要素であることを明白にした規定である。同項本文及び但書の規定を総合して考えると，違法性の認識（正確にいえば，違法性の認識可能性）は，責任の要素であることを明らかにしたものと解される。その規定の表現は，不充分であるが，同項は，当該所為が法的に許されないことを知る可能性があつても，それが困難であるために違法性の認識を欠くときは，責任を減軽することを規定するにとどまらず，違法性の認識の可能性すらないために，当該所為が法的に許されないことを認識しなかつた場合は，全く責任がないことまで含めて規定したものと解すべきである」と判示する。つまり，判例④は，可能性説とりわけ責任説の立場から，違法性の意識を持つことが困難であった場合には，38条３項ただし書によって，責任の減少を根拠として，刑が減軽されるとの見解を採っている。

そして，責任説の立場から，判例④は，被告人等が，K 港 G 岸壁付近の保税地域内で，定期汽船の船客から関税未納の２オンス瓶入り米国

製ネスコーヒー合計80本を代金22,400円で買い受け，前記保全地域内の赤帽詰所に置いていたが，その頃これを一括携帯して前記保全地域から本邦に引き取るに際し，所轄税関であるK税関支署に輸入申告をせず，不正の行為により前記貨物に対する関税を免れるなどした関税法違反事件につき，前記K税関支署の旅具検査済を証するスタンプの押捺された貨物については，関税を納入しないでこれを保税地域から本邦に搬入しても違法ではないと信じていたなどの被告人等の主張に対して，「各被告人等の当公廷における供述のみによると，同人等が，その主張にかかる各犯行当時，前記税関のスタンプの押捺された貨物について，これを関税を納入しないで本邦に引き取り，又は運搬等しても違法ではないと信じていたことは認められるけれども，各被告人は，いずれも本件犯行当時文化程度の高いK市内に居住しており，その智能，職業及び生活歴等に照らし，かつ，客観的考察を加えても，同被告人等が右各所為の違法かどうかを認識するために前記K税関支署の責任ある係官なり，法律家に質して，正しい理解をうることは容易にできた事情にあつたものと認めるべく，いささかも違法性の認識不可能性及びその可能性の困難の存在を認めることはできない」と判示して，被告人等による違法性の錯誤の主張を採用しなかった。判例④では，被告人の性格および境遇という行為者関係的な犯罪前の事情が違法性の意識の可能性の有無・程度の判断要素として重視されている。

六　以上のように，刑法38条３項ただし書の解釈に関する判例の立場を概観するに，とりわけ下級審判例は，違法性の意識を持つこと自体は可能であったがそれが困難であった場合（違法性の錯誤を回避することが困難であった場合）に，38条３項ただし書の適用をなし得るとし，38条３項ただし書の適用を認めるための事情として，被告人の犯行の動機，犯罪に至った経緯，性格，素行といった，犯情および一般情状を考慮している。確かに，刑法38条３項ただし書は「情状により，その刑を減軽

することができる」と規定するものであるから，刑の減軽根拠も，責任減少に限定すべきではなく，文字通り犯情と一般情状を含めて広く解すべきとの見方もあり得よう[28]。しかしながら，38条３項はあくまで違法性の錯誤に関する規定であると解されるから，具体的な事案において，違法性の錯誤とは無関係の事情を38条３項ただし書の適用の可否を判断するに際して考慮すべきではない。それ故に，犯人の前科の有無，犯人の反省の有無，被害弁償の有無等の事情は38条３項ただし書にいう「情状」には含まれないと解すべきである。そのように解さなければ，38条３項ただし書を適用したうえでさらに66条の適用を認めることは困難であろう。38条３項ただし書と66条の適用を可能とするためには，両規定において考慮すべき「情状」に重複があってはならない。したがって，結論として，38条３項ただし書における刑の減軽根拠は，違法性の錯誤に関係する事情（とりわけ，犯罪行為の有責性に関係する事情としての犯情および考慮することが許されるべき一般情状）の存在によって判断される量刑責任の減少に求められるべきである[29]。

次章では，この点をより説得的にするために，ドイツ刑法，スイス刑法およびオーストリア刑法における違法性の錯誤の処理について，本稿の考察にとって必要な限度で概観する。

---

[28] 岡本勝『犯罪論と刑法思想』（2000年）295頁以下参照。岡本教授は，過剰防衛における刑の減免根拠について考察するにつき，過剰防衛の場合に考慮すべき「情状」は，刑法38条３項ただし書および刑法66条において用いられる「情状」と同義のものとして統一的に解されることが望ましいとする。そのうえで，「過剰防衛における減免根拠にいう『責任』は，最広義の責任，即ち，考慮することが許されるべき全量刑事情を考慮した情状に基づく量刑『責任』であるに過ぎない」（岡本・前掲312頁）と主張する。

[29] 現行刑法上，「情状」という文言は，36条２項，38条３項，66条以外にも，25条，26条の2，30条１項，37条１項，113条，201条において規定されているが，各条項において考慮されるべき「情状」が全て同一であるとは解し難いように思われる。

## Ⅳ　ドイツ刑法，スイス刑法およびオーストリア刑法における違法性の錯誤の処理

### （1）ドイツ刑法17条

ドイツ刑法17条は，「禁止の錯誤（Verbotsirrtum）」の標題で，「行為遂行時に，行為者に不法を行う認識が欠けていたとき，行為者が当該錯誤を回避し得なかった場合には，責任なく行為したものである。行為者が当該錯誤を回避し得た場合には，第49条第１項によって刑を減軽することができる」と規定する。この規定の内容から明らかなように，ドイツ刑法17条は責任説を採る[30]。そのうえで，禁止の錯誤が回避可能であった場合にも，刑の裁量的減軽の余地を認めている。

しかしながら，C. ロクシンは，回避可能な禁止の錯誤について刑の裁量的減軽しか認めないドイツ刑法17条２文には問題があるとする。なぜならば，禁止の錯誤においては，通常，行為者には不法を行う認識が欠けていたが故に，行為者の責任は大幅に減少するからである。したがって，ドイツ刑法17条２文にいう「減軽することができる」という文言は，「責任主義の原則との調和のもとで，通例，減軽された刑罰枠を適用することが義務付けられている」と解釈されるべきであり，減軽された刑罰枠を適用しないのならば，例外的な場合を除いて，判決において，常に，その特別な理由付けが必要であると主張する[31]。また，禁止の錯誤に陥っ

---

[30] D. Sternberg-Lieben/F. Schuster, in : Schönke/Schröder StGB, 29. Auflage, 2014, § 17 Rn. 3 .

[31] C. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teii Ⅰ, 4. Auflage, 2006, § 21 Rn.71. そして，特別な理由付けなくして刑の減軽が否定されるのは，行為者の禁止の錯誤が法敵対性（Rechtsfeindschaft）に基づく場合だけであるという。同旨，G. Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, 1991, Rn.19/49; H.-J. Rudolphi, in : Systematischer Kommentar zum StGB, 7. Auflage, 2002, § 17 Rn.48; U. Neumann, in : Nomos Kommentar StGB, 4. Auflage, 2013, § 17 Rn.83; K.Kühl, in : Lackner/Kühl StGB, 28. Auflage, 2014, § 17 Rn. 8 .

た行為者について，実際に存在する責任の量が49条１項３号に規定された下限刑を下回る場合には，刑法上の答責性を阻却して無罪を言い渡すべきであるとする[32]。さらに，ドイツ刑法17条は，責任説に基づく規定であることから，故意が認められる場合であっても，その刑が減軽される場合には，過失犯の下限刑を下回ることも許されると主張する[33]。このようなロクシンの見解に対して，錯誤がとりわけ容易に回避し得た場合や，行為者が自らの行為は社会的に非難されるものである，あるいは完全に民事法上または行政法上は禁止されているということを認識していた場合には，刑の減軽は否定されるとの見解も存在する[34]。しかし，このような見解においても，その他の責任加重的な行為事情に基づいて刑の減軽を否定することは容認されていない。したがって，行為者が保護観察中であるとか，行為が特に悪辣であるという理由で刑の減軽を否定することは許されないとされている[35]。

H.-J. ルドルフィーは，責任相応刑の原則に従えば，刑の減軽について決定する際の基準は，専ら，回避可能な禁止の錯誤において行われた行為の責任内容であるとする。そして，「禁止の錯誤に陥った行為者の責任内容は，規範適合的な動機付けを通じて自身の不法な行為を回避し得るように，自身の行為の違法性を認識し得るよう努力すべきであったという点で，一般に，不法の意識を伴って行われた行為の責任内容より軽い」という。したがって，ルドルフィーによれば，ロクシンの見解と

---

[32] Roxin, a.a.O.(Fn.31)，§21 Rn.72. 同旨，Rudolphi, a.a.O.(Fn.31)，§17 Rn.50. これに対して，Jakobs, a.a.O.(Fn.31)，Rn.19/50は，このような場合には，49条１項に加えて，さらに同条２項を適用するという処理方法を示す。Vgl.auch, Kühl, a.a.O.(Fn.31)，§17 Rn.８.

[33] Roxin, a.a.O.(Fn.31)，§21 Rn.72. 同旨，Jakobs, a.a.O.(Fn.31)，Rn.19/50.

[34] W. Joecks, in：Münchener Kommentar zum StGB, 2. Auflage, 2011，§17 Rn.74; Neumann, a.a.O.(Fn.31)，§17 Rn.84.

[35] Joecks, a.a.O.(Fn.34)，§17 Rn.75; Neumann, a.a.O.(Fn.31)，§17 Rn.85.

同様に，回避可能な禁止の錯誤について，裁判官は，原則として刑の減軽を施すべきであるとされる[36]。さらに，ルドルフィーはいう。「具体的な事例において，禁止の錯誤にとっていかなる意義も有しない事情に依拠して刑の減軽の可否を決してはならない。したがって，専ら行為者に前科があるという理由で刑の減軽を否定することも，行為者には将来再犯を犯さないことが期待されるということのみを理由に刑の減軽を肯定することも同様に許されまい」[37]と。そして，刑の減軽に際しては，「回避可能な禁止の錯誤の裸の事実（die bloße Tatsache des vermeidbaren Verbotsirrutums）」を再度考慮することは許されないが，しかし，回避可能な禁止の錯誤において行われた行為の具体的な責任内容を，したがって，とりわけ責任減少の程度を考慮することが命じられねばならず，反対に，裁判官が17条２文による刑の減軽を認めない場合には，通常の刑の枠内で処理されることとなるが，その場合であっても，回避可能な禁止の錯誤を減刑事情として考慮することは排除されないと主張する[38]。

T. ヘアンレは，回避可能な禁止の錯誤において行為する者は，認識なき過失犯と同様に，自身の置かれている状況に対する行為規範の重要性を認識していない，ということを根拠に，実際になされた規範の無視について当該行為者を非難することはできないと主張する[39]。禁止の錯誤が回避可能か否かを判断する際に，いかなる事情を考慮すべきかについて，ヘアンレはいう。行為規範に習熟する契機が客観的に存在す

---

⑶⑹ Rudolphi, a.a.O.(Fn.31), § 17 Rn.48.

⑶⑺ Rudolphi, a.a.O.(Fn.31), § 17 Rn.49.

⑶⑻ Rudolphi, a.a.O.(Fn.31), § 17 Rn.50. Sternberg-Lieben/Schuster, a.a.O.(Fn.30), § 17 Rn.28も，「有責宣告の法的効果は，上訴裁判所が量刑において禁止の錯誤を考慮することを妨げない」とする。

⑶⑼ T. Hörnle, Das Unwerturteil und Schuldvorwurf, in : R. Hefendehl (Hrsg.), Empirische und dogmatische Befunde, Kriminalpolitischer Impetus – Symposium für Bernd Schünemann zum 60. Geburtstag, 2005, S.127.

るにも拘らず，このことを拒否する者は，彼の行為が刑法17条２文に該当することを理由に，大抵は無関心を咎められてしかるべきである。しかしながら，過失犯の場合とは異なり，故意犯の場合に「事前責任（Vorverschulden）」を考慮することには問題がある。例えば，異なる文化圏出身の行為者が，自分の妻を殴ることは許されると信じていたという事例において，反価値判断は，「被害者に加えられた侵害」および「身体傷害に対して向けられた禁止の無視」に関係する。確かに，新天地における法秩序について照会しなかったことについて，当該行為者を法的に非難することは可能であろう。しかしながら，そのような非難は，反価値判断，つまり故意の身体傷害を理由とする刑法的判断の対象とは無関係である[40]，と。

以上のように，ドイツ刑法17条によれば，回避可能な禁止の錯誤の場合に，刑を，法定刑から導き出すか，49条１項に従って減軽された刑罰枠から導き出すかは，裁判官の裁量に委ねられるが，当該決定を行うに際しては，考慮すべき事情の選別が重要となる。この点については，ロクシンおよびルドルフィーが示す見解のほか，「すべての行為事情および行為者人格の全体的考察」を基礎とすることは許されないとしたうえで，例えば，犯罪が行われた生活領域，錯誤が法の軽視あるいは法敵対性に基づいていたこと，違反された義務の認識可能性または自明性，職業上の調査義務を怠ったか否かの状況，外国人犯罪者の場合の国内滞在期間等の事情が裁量的減軽の可否を決するに際して重要となり得るという見解も存在する[41]。しかし，いずれの見解においても，刑の減軽の可

---

⑷⓪ Hörnle, a.a.O. (Fn.39), S.128. また，Neumann, a.a.O.(Fn.31), § 17 Rn.53も，自己の行為が違法であることを認識していない行為者には，適切に「法に従った」決定を行う能力が欠如しているということを理由に，刑法17条２文に対して懐疑的な態度を示す。

⑷① Sternberg-Lieben/Schuster, a.a.O.(Fn.30), § 17 Rn.26. そして，刑の裁量的減軽を施す場合には，量刑事情の二重評価の禁止が妥当するという。

否を決するにあたって，禁止の錯誤とは無関係の事情を考慮することは否定的に解されている。

### （2）スイス刑法21条

スイス刑法21条は，「違法性に関する錯誤（Irrtum über die Rechtswidrigkeit）」の標題で，「行為遂行時に，行為者が，違法に行為していることを認識せず，かつ認識し得なかった場合には，責任なく行為したものである。錯誤を回避し得た場合は，裁判所は，刑を減軽する」と規定する。スイス刑法21条は，ドイツ刑法17条と同趣旨の規定であり，責任説を採用したものと解されている(42)。しかしながら，スイス刑法21条は，ドイツ刑法17条とは異なり，回避可能な禁止の錯誤について，刑の必要的減軽を認める。元々，旧規定であるスイス刑法旧20条は，「法律の錯誤（Rechtsirrutum）」の標題のもと，法律の錯誤について刑の任意的減免しか認めていなかったが，1998年に公表されたスイス刑法典改正草案19条は，回避可能な禁止の錯誤と回避不可能な禁止の錯誤を区別したうえで，前者について刑の必要的減軽を認め，後者について不可罰とした(43)。そして，同草案19条が現行規定にそのまま取り入れられている。

旧20条下においても，回避可能な禁止の錯誤の状態にある行為者は，法に違反するという認識を欠いているが故に，完全なる不法の認識をもって行為した者よりも重く処罰されてはならないと主張されていた。例えば，A. ドーナチュはいう。「回避可能な禁止の錯誤の状態にある行為者が，法状態を解明するための端緒を有していたにも拘らず，これを怠った場合，彼の行為は，禁止の錯誤の状態にあるその他の行為者と同様に，不法の意識をもって行為した者よりも有責性は軽いと評価されね

---

(42) Vgl. G. Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil Ⅰ, 4. Auflage, 2011, § 11 Rn.53.

(43) BBl 1999, S.2008.

ばならない」と。というのも，当該行為者にとって，法に賛成するか反対するかを決定すべき現実の意識はなかったからである(44)。さらに，ドーナチュは，「法敵対性」および「無関心」といった概念を用いて記述される「法との特別な関係性」は，禁止の錯誤の枠内においては考慮され得ないと主張する(45)。

現行スイス刑法21条について，G. シュトラーテンヴェルトは，同条が，回避可能な禁止の錯誤の場合に，行為者を（故意に行為を遂行したことを理由に）有責としつつ，その刑を減軽すると規定することから，たとえ行為者が法の要請に対して全く無関心である事案においても，刑の減軽は留保なく認められるとする。そして，その他の点では，行為者にとってなお適切な責任非難の程度に相応するように刑の減軽がなされるべきであると主張する(46)。スイス刑法21条によれば，禁止の錯誤が回避可能であった場合には，必要的に刑が減軽される。したがって，シュトラーテンヴェルトがいうように，スイス刑法21条は，法の要請に対して全く無関心である事案においても，法定刑の上限または完全な故意犯の刑を賦科することを排除する。このことについて，法は何ら留保を持っていない。さらに，刑の減軽は，行為者にとってなお適切な責任非難の程度に相応するよう量定されねばならない。この点に関して，G. ジェニーはいう。「尤も，判例は，このような原則を具体的な個別事案に変換することに，従来ほとんど取り組んでこなかった。これは，判例が，不当にも，旧20条の適用可能性を回避不可能な禁止の錯誤に限定してきたことに起因する。判例が，将来的に，このような錯誤を認定する際の実務的厳格さを，量刑の枠内における妥協によって調整し得ると見做し，そして，このことから，さらに，錯誤の回避不可能性へと向けられた要求

(44) A. Donatsch, Unrechtsbewusstsein und Verbotsirrtum, ZStrR 102 (1985), S.51.
(45) Donatsch, a.a.O. (Fn.44), S.51.
(46) Stratenwerth, a.a.O. (Fn.42), § 11 Rn.59.

を緩和することは不必要であると見做すということは，完全には排除され得ない。これに与することはできない」[47]と。

以上のように，従来の判例が回避可能な禁止の錯誤について旧20条の適用を否定してきたことに対しては学説から批判が寄せられたが，このような批判が現行スイス刑法21条２文の成立という形で結実したのである[48]。

### （３）オーストリア刑法９条

オーストリア刑法９条は，１項で「法律の錯誤によって行為の不法を認識しなかった者は，その者に対して錯誤を非難し得ないときは，責任なく行為したものとする」と規定し，２項で「法律の錯誤は，不法が行為者にとっても何人にとっても容易に認識可能であったとき，あるいは，行為者が，その業務上，職務上またはその他の事情により当該規定に精通すべき義務が存在したにもかかわらず，当該規定に精通していなかったときは，これを非難することができる」と規定し，さらに，３項で「錯誤が非難し得る場合に，行為者が故意によって行為したときは故意犯に予定された法定刑が適用され，過失によって行為したときは過失犯に予定された法定刑が適用される」と規定する。

オーストリア刑法９条の標題は，「法律の錯誤（Rechtsirrtum）」となっているが，同条は，禁止の錯誤に関する規定であるとされている[49]。そして，同条において有責性の判断指標とされる「非難可能性」も，ドイ

---

[47] G. Jenny, in : Basler Kommentar, Strafrecht Ⅰ, 2. Auflage, 2007, Art.21 Rn.21; M. A. Niggli/S. Maeder, in : Basler Kommentar, Strafrecht Ⅰ, 3. Auflage, 2013, Art.21 Rn.24.

[48] G. Heine/G. Jenny/K.-L. Kunz/H. Vest, Tatbestands-und Verbotsirrtum, ZStrR 129 (2011), S.123.

[49] H. Fuchs, Strafrecht Allgemeiner Teil Ⅰ, 8. Auflage, 2012, Rn.23/19.

ツ刑法およびスイス刑法において有責性の判断指標とされている「回避可能性」と同義であるといえる。さらに，規定の内容から明らかなように，オーストリア刑法９条は，ドイツ刑法17条およびスイス刑法21条と同じく，責任説を採る[50]。しかし，オーストリア刑法９条は，ドイツ刑法17条およびスイス刑法21条とは異なり，非難可能な法律の錯誤（したがって，回避可能な禁止の錯誤）について，刑の減軽に関する規定を設けていない。尤も，現行オーストリア刑法９条の立法過程を振り返ると，戦後の1962年草案[51]および1964年草案[52]においては，非難可能な法律の錯誤について刑の減軽の余地を認める規定が存在していた。ところが，1968年草案

---

(50) Vgl. F. Höpel, in : Wiener Kommentar zum StGB, ２.Auflage, 2000, § 9 Rn. 1 f. とりわけ，正当化事情の錯誤を過失犯の問題と捉えるオーストリア刑法８条との関係から，制限責任説を採るものとされる（Höpel, a.a.O., § 9 Rn. 2）。

(51) 1962年オーストリア刑法草案８条（法律の錯誤）は，以下のように規定していた。

「① 法律の錯誤の故により自己の所為の違法性なしと誤認した者は，法の保護する諸価値を備える人であってもこの所為の不法を洞察するために法律上の知識を必要とし，且つ当該規定に精通していなかったことにつき行為者を非難することができないときは，有責に行為するものではない。

② 刑を科されている故意の行為をなした者は，前項に掲げる非難が加えられる場合には，故意の所為の故をもってこれを罰するものとし，ただ，その刑の上限および下限は，その所為につきこれと異なる場合に予告されているものの半分とする。

③ 過失の行動の可罰性は，影響を受けない。」

法務省刑事局『一九六二年オーストリア刑法草案』刑事基本法令改正資料５号（1964年）４頁。

(52) 1964年オーストリア刑法草案８条（法律の錯誤）は，以下のように規定していた。

「① 法律の錯誤の故により自己の所為の違法性なしと誤認した者は，その所為の不法を洞察するためには法の保護する諸価値を備える者でも法規の存在を知っていなければならず，且つ当該規定に精通していなかったことにつき行為者を非難することができないときは，有責に行為したものではない。

② 前項に掲げる非難が行為者に加えられる場合，その者が可罰的行為を故意になしたときは，故意の所為の故をもってこれを罰するものとし，ただ，

において当該規定は削除され，その後，1971年草案を経て現行刑法９条の成立に至るまで，刑の減軽の余地を認める規定が設けられることはなかったのである[53]。刑の減軽の余地を認める規定が削除された理由の一つとして，責任非難の減少は事案によって異なり，加重事由によって相殺される場合もあり得るから，法定刑を修正することなく，量刑における「特別な減軽事由」の中に，非難可能な法律の錯誤についての規定を設ければ足りるということが挙げられたとされている[54]。このような経緯から，現行オーストリア刑法は，34条１項12号において，「特別な刑の減軽事由」の一つとして，「行為が，責任を阻却しない法律の錯誤（９条）において行われ，とりわけ故意犯を理由に処罰される場合」を規定している。

以上のように，オーストリア刑法において，非難可能な法律の錯誤は，専ら量刑に際して役割を演じ得るに過ぎない[55]。オーストリア刑法は，32条に「量刑の一般原則」の規定を置いているが，同条２項によれば，「犯行がどの程度法益を否認したかあるいは行為者の法益に対する無関心な態度がどの程度であったか」が量刑に際して考慮されねばならないとされる。このような量刑基準に従えば，行為者にとっても何人にとっても

---

その刑の上限および下限は，その所為につき通常科されているものの半分とする。その者が可罰的行為を過失でなしたときは，過失の所為につき規定されている法定刑を適用するものとする。」

法務省刑事局『一九六四年オーストリア刑法草案』刑事基本法令改正資料９号（1964年）３頁以下。

53　内藤謙「オーストリア新刑法における『法律の錯誤』」平場安治博士還暦祝賀『現代の刑事法学（上）』（1977年）484頁以下。

54　内藤・前掲（注53）489頁。さらに，同論文489頁によると，総則の犯罪論規定の中に刑の減軽規定を設けることはオーストリア刑法の体系として異質である旨の指摘がなされたとのことである。

55　E. Fabrizy, StGB, 11. Auflage, 2013, § 9 Rn. 6 .

容易に認識可能であったにもかかわらず不法の意識を欠いた行為者には重い刑が科されてしかるべきであるとも考えられる。しかし，このような観点によっても，なお34条１項12号による特別な刑の減軽は行われ得る。というのも，34条１項12号は同項11号とは異なり，錯誤が責任阻却事由に近いという事情を要件としないからである[56]。さらに，学説においては，非難可能な法律の錯誤について，当該錯誤が故意犯の場合には当罰性が大幅に減少し得るとの見地から，34条１項11号の減軽事由の一例として法律の錯誤を列挙することないし41条の例外的な刑の減軽の可能性が考慮されるとの見解[57]や，34条１項12号は過失犯を理由に処罰される場合にも妥当するとの見解[58]が主張されている。

## Ⅴ　むすびにかえて

わが国の現行刑法38条３項は，回避可能な違法性の錯誤について，刑の裁量的減軽の余地しか認めていない。これに対して，1940年に公表された改正刑法仮案11条は，１項で「法律ヲ知ラサルヲ以テ故意ナシト為スコトヲ得ス但シ情状ニ因リ其ノ刑ヲ減軽又ハ免除スルコトヲ得」と規定し，２項で「法律ヲ知ラサル場合ニ於テ自己ノ行為カ法律上許サレタルモノト信シタルコトニ付相当ノ理由アルトキハ其ノ刑ヲ免除ス」と規定した。つまり，改正刑法仮案は，回避可能な（相当の理由に基づかない）違法性の錯誤について刑の裁量的減免を認め，回避不可能な（相当

---

⑸⑹　Höpel, a.a.O. (Fn.50), § 9 Rn.16.

⑸⑺　Fabrizy, a.a.O. (Fn.55), § 9 Rn.８. これに対して，Höpel, a.a.O. (Fn.50), § 9 Rn.16は，非難可能な法律の錯誤において明らかとなった「評価の不認識（Wertfremdheit）」は，法的命令の意識的な無視と同等の評価を受け得るとする。

⑸⑻　J. Ebner, in : Wiener Kommentar zum StGB, 2. Auflage, 2003, § 34 Rn.29.

の理由に基づく）違法性の錯誤について刑の必要的免除を認めている[59]。さらに，1974年に公表された改正刑法草案21条は，１項で，回避可能な違法性の錯誤について（違法性の意識がある場合も含めて）刑の裁量的減軽に止める一方，２項で，相当の理由に基づく違法性の錯誤について「これを罰しない」と規定する。

わが国の改正刑法草案およびドイツ，スイス，オーストリアの各国現行刑法は，回避不可能な違法性の錯誤について不可罰とする点では一致している。しかしながら，回避可能な違法性の錯誤の取扱いについては異なる立場を採っている。相違点は，回避可能な違法性の錯誤について，刑の必要的減軽を認めるか裁量的減軽に止めるかである。それでは，回避可能な違法性の錯誤について，刑の必要的減軽を認めるべきであろうか。この点，わが国の現行刑法において刑の必要的減軽を認める総則規定として，39条２項（心神耗弱），43条ただし書（中止犯），63条（従犯減軽）が存在するが，「刑法改正政府提出案理由書」によれば，各規定の刑の必要的減軽の根拠として，まず，39条２項については，心神耗弱者の場合はその行為が多少宥恕すべきものと認められるから[60]，次に，43条ただし書については，中止犯は社会に及ぼす害悪が少なくかつ犯情もなお憫察すべきところがあるから[61]，そして，63条については，従犯は正犯とは異なり犯罪の成立を幇助したに止まるのであって，その情状が正犯と比較して大幅に軽いからという点が挙げられている[62]。ここで挙げられたそれぞれの減軽根拠からすれば，回避可能な違法性の錯誤についても，刑の必要的減軽を認めることは排除され得ないようにも思わ

---

59　改正刑法仮案11条の成立に至るまでの立法過程について，林弘正『相当な理由に基づく違法性の錯誤』（2012年）217頁以下参照。

60　松尾解題＝倉富ほか編・前掲（注２）2144頁。

61　松尾解題＝倉富ほか編・前掲（注２）2147頁。

62　松尾解題＝倉富ほか編・前掲（注２）2155頁。

れる。しかしながら，刑の必要的減軽が認められる心神耗弱，中止犯，従犯は，それぞれの性質ないし態様に鑑みれば，ある程度類型的に把握され得る（あるいは，把握されるべき）[63]ものである 。そして，このような類型的把握が可能であるが故に，心神耗弱は完全責任能力と比較して，中止犯は既遂犯ないし障碍未遂と比較して，従犯は広義の正犯ないし教唆犯と比較して，それぞれ類型的に責任が軽いと評価し得る。これに対して，回避可能な違法性の錯誤は，このような類型的把握が困難（かつ不相応）であることから，必要的減軽には馴染まないと考える。

それでは，改正刑法仮案が予定していたように，回避可能な違法性の錯誤について，裁量的免除を施す余地はないか。この点，わが国の現行刑法において刑の裁量的免除を認める総則規定として，36条２項（過剰防衛）と37条１項ただし書（過剰避難）が存在する。過剰防衛および過剰避難の場合に刑の裁量的免除が認められる理由として，36条２項については，「防衛ノ行為其必要ナル程度ヲ超エタルトキハ既ニ危急防衛ニ非サルヲ以テ罪トシテ之ヲ罰スト雖モ其情状ニシテ斟酌ス可キモノアルトキハ其刑ヲ減軽又ハ免除スルコトヲ得セシムルモノナリ」と説明され

---

63　尤も，とりわけ心神耗弱については，類型的把握の可能性を巡って異論もあり得よう。実際に，心神耗弱（限定責任能力）に関しては，ドイツ，スイス，オーストリアの各国現行刑法において異なった取扱いがされている。すなわち，ドイツ刑法21条は，限定責任能力について刑の裁量的減軽を認めるに止めるのに対して，スイス刑法19条は，刑の必要的減軽を認める。他方，オーストリア刑法は，11条に責任無能力に関して責任を阻却する旨の規定を置くが，限定責任能力に関する規定を設けていない。ただし，34条１項１号において，「行為者が行為を異常な精神状態の下で行った場合」と「行為者が知的能力の点で薄弱である場合」を「特別な刑の減軽事由」の一つとして規定している。さらに，限定責任能力が責任無能力と境を接するときには，同項11号が「特別な刑の減軽事由」の一つとして規定する「行為が責任阻却事由あるいは正当化事由に近い状況の下で行われた場合」に，限定責任能力も含まれ得るとされる。Fabrizy, a.a.O. (Fn.55), § 34 Rn. 9 .

ており[64]，37条１項ただし書についても同様の理由付けがなされている[65]。このような立法趣旨に照らせば，回避可能な違法性の錯誤の場合も，違法性の意識を欠いたことについて相当の理由がないが故に犯罪の成立は認められるとしても，特別な事情の存在により，違法性の錯誤を回避することが相当困難であったときには，刑の免除が施されるべきであると考える。

以上，違法性の錯誤の処理について，刑法38条３項ただし書における「情状」の意義を明らかにしつつ検討してきたが，もとより，本稿で考察の中心とした「回避可能な違法性の錯誤」の処理を巡る問題に関しては，違法性の錯誤にいう「違法性」の内実如何および「回避可能性」の判断基準如何について考究する必要がある。これらについては，別稿を期したい。

---

64　松尾解題＝倉富ほか編・前掲（注２）2142頁。
65　松尾解題＝倉富ほか編・前掲（注２）2143頁。

**講　　演**

# 株式会社という仕組みは，どこから来て，どこへ行くのか*

浜　田　道　代

## はじめに

皆様こんにちは。今日はこの講演会にお招きいただき，有り難うございます。好きなテーマで話してよいということでしたので，株式会社の歴史についてお話しすることにしました。

私がそもそも法学の勉強を志したのは，この世の中はどういう仕組みで成り立っているかという関心からでしたが，中でもとりわけ，会社制度は面白いと思いました。それに，名古屋大学で会社法を教えていただいた北澤正啓先生が素晴らしい先生でしたので，両者あいまって，大学院に進学する時に，会社法を専攻することにしました。この選択は大当たりでした。会社制度はつきあえばつきあうほど面白かったし，北沢先生は，学者としても人格者としても一級でいらっしゃいました。そういう意味で，私は若い頃に，良い選択をしたと思います。というか，運がよかったのだと思います。

私はまた，歴史が好きでした。会社法と歴史を併せると，会社法の歴史のテーマに行き着きます。株式会社制度の本質は何か。このような仕組みは，どこから来て，どこへ行こうとしているのか，といったテーマです。

---

＊　この講演録は2016年11月７日に開催された山形大学人文学部学術講演会での講演を採録したものである。（法政論叢編集委員会）

私は名古屋大学の学部生の時にも，日本法制史のゼミで，江戸末期から明治初期における会社制度の日本への移植についてのゼミ論文を書きました。また，名大法学部で教員となり，初めて学部ゼミを担当したときも，大塚久雄先生の『株式会社発生史論』の大著を最初に取り上げて，あきれられたりしたものでした。

会社法の歴史に集中して取り組んだのは，1990年前後です。きっかけは，アメリカのハーバードロースクールに留学したことでした。子持ち中年女性でありながら，研究者として人並みに留学できたこと自体，当人にとって感激ものでした。勉強の面でも，当時 M&A 法制の急展開に沸いていたアメリカ会社法の最前線に触れることができましたし，遊びの面でも，若い留学生仲間と一緒に，ボストン近辺の歴史遺跡などを訪ね歩いたのが懐かしい思い出です。留学のもう一つの利点は，日本社会のしがらみからいったん断ち切られる点にあります。ですから帰国後しばらくは，アメリカ会社法史のテーマに没頭する時間がとれました。

## 第１部　会社によるアメリカの建国

この時期の歴史研究において，私が最も感銘を受けたのは，アメリカという国自体が，当初は会社によって築かれたという点でした。今日はまず，第一部ということで，その話から始めようと思います(1)。

(1)　第１部の講演内容は，以下の論文に基づいている。浜田道代「会社制度と近代的憲法体制の交錯」青竹正一ほか編『平出慶道先生還暦記念論文集・現代企業と法』（名古屋大学出版会，1991年），同「アメリカにおける会社制度の歴史的展開」名大法政論集142号（1992年），同「独立後から19世紀初期のアメリカにおける会社制度の様相（１）」名大法政論集147号（1993年）。

### （1） イギリスのアメリカ植民地は，当初は会社により築かれた

イギリスのアメリカ植民地は，当初は会社によって築かれました。

きっかけは，イギリス東インド会社でした。この有名な会社は，1600年にエリザベス女王の特許状を得て設立されたジョイント・ストック・カンパニーでした。1606年には，この会社の第２航海の商船隊がイギリスに無事に戻り，冒険事業として大成功を収めました。それを見て，ロンドンやプリマスの騎士や大地主，商人たちは，インドでの成功をアメリカでも再現したいと動き出し，ヴァージニア会社を設立しました。当時は会社の設立には国王の特許状が必要でしたが，ジェームス一世の特許状を得ることもできました。国王は，会社がアメリカ東海岸の指定された地域に植民地を建設することを認めました。会社が派遣した植民団は，翌年の1607年に，恒久植民地の建設にかろうじて成功しました。これがジェームスタウンです。

ただ，アメリカではインドと違って，交易をすればいいというわけではなく，移住者が植民していかなければなりません。人々はタバコの栽培などで何とか生きていく道を見つけましたが，それでは移住者をどうやって募るのかが問題となり，移住者に会社の株を与えるといったことも行われました。

こうして「アメリカでも人々が生きていける」ことが分かると，それに希望を見出したのは，宗教的に弾圧を受けた人たちでした。ピルグリム・ファーザーたちも新天地に行こうということになって，1620年にメイフラワー号に乗り込みました。彼らもまた，一種のジョイント・ストック・カンパニーを作って資金を調達しました。彼らはヴァージニア会社から許可を貰ってヴァージニア会社の支配領域内に行くつもりでしたが，船が北にそれてしまって，政治的に空白の地域に辿り着きました。さあどうするかということになった時に，彼らはメイフラワー契約を締結し，自分たちのボディ・ポリティックを結成しました。ボディ・ポリティッ

クは，日本では政治団体と訳されていますが，「法人」という法律用語でもあります。彼らはこうして，まさに社会契約そのものを実践することになりました。ただ，自分たちで勝手に団体を作っただけで，主権者から特許状を貰っていなかったものですから，立場は弱く，そうこうするうちにマサチューセッツに併合されてしまいました。

それではマサチューセッツはどうかと言えば，これも始まりはマサチューセッツ湾会社です。この会社はイギリス国王の特許状の取得にも成功しました。しかもその際に，本拠地をロンドンではなくて，マサチューセッツにしてしまいました。

### （2） 会社による植民の政治組織への影響

イギリスによるアメリカの植民が，こうして当初は会社によって行われたという事実は，アメリカという国の政治組織の成り立ちに，大きな影響を及ぼしました。

たとえば，議会制度の発達がそうです。当時のイギリスの会社では，出資者は freemen と呼ばれ，彼らが出資者の総会，general court を開催して内部規則，by-laws を定め，理事や総裁，副総裁などを選ぶという仕組みになっていました。ヴァージニア会社では，会社経営が当初困難を極めたため，ロンドンで開催される総会をお手本に，ジェームスタウンの教会で，植民者たちによる議会が，1619年に開かれました。これが，アメリカにおける議会政治の始まりです。

ヴァージニア会社がこのように，自由で民主的な植民地政府を許していったことは，ジェームス一世のお気に召しません。王は1624年に会社を解散させ，ヴァージニアを王領にしてしまいました。しかし，その後の政治的な押し引きの結果，1629年には，ヴァージニアは王領植民地であっても，議会が存続することになりました。

マサチューセッツ湾会社の場合は，会社の本拠地がマサチューセッツ

に置かれたので，フリーメンによるジェネラル・コートが植民地議会になるという転化は直接的でした。しかもその際に，会社の特許状が，憲法の役割を果たしました。

マサチューセッツ湾会社は，次第に神政一致へ向かい，貴族的寡頭政治になってしまいました。そのため，1634年には，地方のタウンが反乱を起こし，タウンの代表者が会社に特許状を見せろと迫る事件が起こりました。彼らがやっと特許状を見せてもらうと，法律は総会で制定すると明記されていました。そこで，総会を開催せずに勝手に法律を作っては駄目じゃないかということになりました。まさに特許状が，憲法の役割を果たしたのです。

アメリカの初期の植民地には，会社植民地や王領植民地以外に，領主植民地もありました。たとえば，ペンシルベニアは，ウィリアム・ペンが父親の有していた債権と引き替えに1681年にチャールズ２世から特許状を得て設立した領主植民地でした。その特許状には当初から，法律の制定には植民地議会の同意が要ると書かれていました。クエーカー教徒であったペンは，自由な新天地をここに作ろうと，進んで住民に参政権を与えたのでした。

ロード・アイランドとコネティカットの植民地では，会社の特許状がそのまま憲法になるという事態すら生じました。

これらの植民地は，マサチューセッツ湾会社が異端者を弾圧した時期に，逃げ出した人々により築かれました。当時のアメリカは近辺にフロンティアがある環境であったので，いやなら出て行くという離脱権を行使できたのです。彼らは理想の新天地を作ろうと，基本法を設けました。とりわけ有名なのが，1639年に設けられたコネティカット基本法です。逃げ出した人々は，神政一致にこりごりしていたので，政教分離の原則を基本法に書き込みました。彼らはまた，実権を牛耳っている者が総会を開催しないのにこりごりしていましたので，フリーメン（社員）によ

る総会招集権も基本法に書き込みました。この基本法は，近代憲法の始まりと言われています。

ロード・アイランドとコネチカットは，その後イギリスのチャールズ２世から会社設立の特許状を取得し，正規の会社となりました。その際に，基本法の内容が，そのまま特許状に書き込まれました。ヴァージニアやマサチューセッツは，当初は会社形態で植民されましたが，その後王領植民地にされてしまいました。しかし，ロード・アイランドとコネチカットは，アメリカの独立まで会社のままでした。

### （３） アメリカの独立

アメリカは，1776年に独立宣言をし，13のステイト連合として出発しました。

独立とは，主権者であるイギリス国王とか議会とかの特許状はもう要らないと宣言したということです。それでは，ステイトの統治組織としての支配の正統性は，どこに求めたらよいのでしょうか。

それは，法の支配でした。ステイトはそれぞれ憲法を制定し，統治組織を編成しました。

その際に，特色を発揮したのは，ロード・アイランドとコネチチカットです。会社の特許状に，王とは無関係だということを一言加えただけですみました。

アメリカは，独立後に，危機的事態に陥りました。ステイト連合には税金を徴収する権限がなく，財政は破たんしたままですし，13のステイトがバラバラに外国と通商交渉をすると，交渉はうまくいきません。

ワシントンは，この危機を克服するために，民間事業会社を活用しようと，動き回りました。ヴァージニアとメリーランドの境界を流れるポトマク川を改修して船が通れるようにすれば，ミシシッピー川に頼らずに西部を東部に結びつけることができる。そしてそれは，経済的にも政

治的にも重要だと，ワシントンは考えたのです。ポトマク会社は，ヴァージニアとメリーランドの議会から同一の会社設立特許状を得るという手法で設立されました（1784年・1785年）。そしてこれら両ステイトがこの事業を推進するために協力したことがきっかけとなって，他のステイトも巻き込んで喫緊の問題を話し合おうという展開となり，やがて憲法制定会議を開催する（1787年）という動きへ繋がっていったのです。

アメリカ建国の父たちの大活躍により，連邦憲法が制定され（1787年），連邦政府が発足しました（1789年３月）。連邦憲法は，三権分立の仕組みを定め，司法権は連邦最高裁に付与されました。こうして，憲法体制のもと，法の支配が貫徹される自律的な統治システムができあがりました。

### （４） 近代政治組織の世界への波及

こうしてできあがった近代政治組織は，世界に波及しました。イギリスで発達した議会制度を踏まえながら，アメリカは独立革命により，立憲議会制民主主義の体制を世界で初めて作り上げました。その後，フランス革命が勃発します（1789年）。立憲議会制民主主義は，欧州へ，世界へと拡がりました。日本も，多少遅れましたが，1889年には大日本帝国憲法を制定するところまでこぎつけました。

### （５） 近代政治組織と近代経済組織

第１部で見てきたように，株式会社の起源を辿ると，イギリス東インド会社とかヴァージニア会社とかに行き着きます。ところが，これらのジョイント・ストック・カンパニーは，アメリカにおける立憲議会制民主主義の統治システムの起源でもありました。近代経済組織である株式会社の発展は，近代政治組織の発展と不可分であったのです。

株式会社の統治システムと，立憲議会制民主主義の統治システムがよ

く似ていることは，多くの人々が気づいてきました。それは当然です。起源が同一であるからなのです。

このことは，言葉にも表れています。たとえば，アメリカの州知事は，英語で governor といいます。イギリス東インド会社などの業務執行者のトップ，日本語では総督と訳されていますが，これが governor と呼ばれていたのと同じ言葉を受け継いでいるのです。

また，by-laws という言葉は，現在のアメリカ会社法では，取締役会規則を意味しています。この by は，デーン語でタウンを意味しています。イギリスはデーン人が襲来した時期があったので，デーン語が入ってきたのでしょうが，なぜジョイント・ストック・カンパニーの内部規則が，タウンの規則，town-laws なのでしょうか。こうなると，ジョイント・ストック・カンパニーという仕組み自体がどこから来たのか，さらに遡っていきたくなりますね。

## 第２部　西欧中世における法人概念の登場と出資契約の発達

第２部は，ジョイント・ストック・カンパニーとはどういうものか，どこから来たのかについてです。

ここでの私の話は，日本ではかなりユニークなものなのかもしれません。そこで，私がそのような見方をするようになるにあたって大きな影響を受けた書物を，脚注に二つ上げておきました[(2)]。

---

(2)　堀米庸三・世界の歴史３『中世ヨーロッパ』（中央公論社，1961年），Harold J. Berman, *LAW AND REVOLUTION*, Harvard University Press, 1983（宮島直機訳：ハロルド・J・バーマン『法と革命』，中央大学出版部，2011年）。

### （1） ジョイント・ストック・カンパニー（株式会社）の成り立ち

ジョイント・ストック・カンパニーないし株式会社は，二つの要素から成り立っています。法人概念と，コンメンダ，つまり出資契約です。いずれも，中世の西欧で発達しました。大航海時代にこの二つが合体して，ジョイント・ストック・カンパニー，つまり株式会社が登場しました。

### （2） 法人概念の由来

まず，法人概念についてです。法人という概念が登場したのは，11世紀後半以降の西欧社会でした。

世界史的に見て，法を発達させたのは，何と言ってもローマです。ところがローマでは，「法人」の考え方は未発達でした。

それに対し，中世の西欧では，大学，教会，自治都市，ギルドなどが，法人と捉えられるようになりました。世界の他の地域では，法人という捉え方が自然に生まれることはありませんでしたから，「法人」概念の登場は，中世の西欧にきわめて特徴的なことであったのです。

### （3） 皇帝と教会の連携関係・牽制関係

法人概念はなぜ，中世の西欧に登場したのでしょうか。その源をさかのぼると，皇帝と教会の連携関係・牽制関係に行き着きます。中世の西欧では，力の支配と神の支配が分離し，緊張関係にありました。神政一致の同心円的構造ではなくて，焦点が二つある楕円形のような世界でした。

両者の関係を象徴する最初の大事件は，西暦800年にローマ教皇がカール大帝の戴冠を執り行ったことでした。カール大帝は，ローマ教皇が自分を皇帝に任命するならば，武力だけでのし上がってくる競争者より優位に立てますから，それなりに満足します。ローマ教皇はといえば，蛮族の侵入に脅かされ，東ローマも頼りなくなってくる中で，もう頼れ

るのはここしかないと考えて，カール大帝と結託する道を選びました。

政治権力は，通常は，戦争で勝った者が握ります。大勢の者がキリスト教を信じる，王も信じるとなれば，王は教会を支援しますが，次第に王は，教会を取り込もうとし，神政一致になってしまいます。ローマ帝政もそうでしたし，カール大帝の後に続く皇帝たちもそうでした。教会を取り込むということは，皇帝が聖職者の任命を行うということです。

ところが，中世の西欧では，これに抵抗する力が沸き起こりました。これこそが，文明の岐路であったのかもしれません。この力は，中世の教会改革により培われました。10世紀の初めごろに建てられたクリュニー修道院は，あらゆる世俗的な権力の支配から自由な場所を作ろうと，規律を正しくしました。聖職売買や僧侶の結婚も厳しくとがめます。また，修道院長の選挙は完全に教会法にのっとって行いますし，教皇の選挙も，皇帝の介入を排除して，枢機卿の会議で選挙することをはっきりさせようとします。

そこで生じたのが，聖職叙任権闘争です。この闘争は1077年のカノッサの屈辱で頂点に達し，グレゴリウス７世にハインリヒ４世が許しを請う形で一段落しました。グレゴリウス７世は，教皇になる前はヒルデブラントと言いました。彼こそが，クリュニー教会改革の急先峰でした。

聖職叙任権闘争はその後も続き，1122年のウォルムス協約で，ようやく妥協が成立しました。そして，司教の選挙は教会法に基づき，司教教会の役僧団によって行われることになりました。

### （４） 大学と法人制度

中世では，大学が法人とされました。

ヨーロッパ最古の大学は，イタリアのボローニャ大学です。1088年に創立され，法学部から始まりました。

ローマ法の集大成をなし遂げたのは，ユスティニアヌス帝です。彼が

編さんさせたローマ法大全は，6 世紀に完成しました。しかし，ヨーロッパはその後，異民族の侵入で大変な時代になったため，この文明の遺産は失われていきました。ところが，11世紀末に，ローマ法大全の重要部分がボローニャで発見され，人々に衝撃を与えました。ボローニャでは法学の研究教育が盛んになり，ヨーロッパ各地から学生が集まるようになりました。

ローマ法大全がなぜ発見されたかといえば，ヒルデブラント，後のグレゴリウス 7 世が，叙任権闘争に役立ちそうな資料を徹底的に探させたからです。ローマ法の再発見も，実は叙任権闘争の副産物でした。

さて，ボローニャに集まってきた学生たちは，生活の安全や相互扶助のために団体を結成しました。学生たちの団体は，ウニベルシタス（universitas）と呼ばれました。日本語ですと「社団」でしょう。ウニベルシタスはユニバーシティーの語源です。そしてウニベルシタスは，その後「法人」を意味するようになっていきます。

次に登場したのは，パリ大学です。こちらは，教師のウニベルシタスでした。パリ大学は，パリ司教でもあったノートルダム寺院の付属学校から始まったので，その管轄下にありました。そのパリ司教が大学を破門する事件が起きたとき，パリ大学はローマ教皇と結託する道を選び，1222年には教授人事と卒業証書授与の権限を獲得しました。これが大学の自治の始まりです。

イギリスでは，早くからオックスフォードに大学らしきものがありましたが，教師や学生たちと，市民たちとの間で衝突が起こったのがきっかけとなって，教師たちがギルドを作り，市民に対抗しました。このときにはケンブリッジに逃れた者もいて，ケンブリッジ大学を作りました。これら二つの大学は，1231年に，ヘンリー 3 世によって，ウニベルシタスであると認められました。ウニベルシタスの英語は，コーポレーションです。

### （５） 教会と法人制度

教会も法人と捉えられるようになりました。

「ウニベルシタスはペルソナ・フィクタ（persona ficta），つまり，法の擬制による人である」という言葉を初めて使ったのは，ローマ教皇（在位：1245年～1254年）のインノケンティウス４世でした。

13世紀，14世紀ごろの教会法学者にとっては，参事会が運営している教会を法的にどう構成するかが，大きな問題でした。そのために教会法学者やローマ法学者は，法人概念を生みだし，法人を創り出せるのは主権的権力を有する者のみであるという「法人設立特許主義」の理論を打ち立てました。この理論はその後長らく，人々の考え方を縛り続けました。

### （６） 自治都市と法人制度

次は自治都市です。

中世は「自力救済」が原則でした。やられたらやり返す。仇討ちをする。これをフェーデといいました。裁判を起こすにしても仇討ちの代わりですから，自分で訴えをおこさなければなりませんでした。

ところが，教会改革運動が社会改革にまで及ぶようになりました。11世紀後半に，神の平和運動が広がりました。フェーデは大変で，戦いばかりが続き，誰もが耐えられなくなります。そこで，フェーデで傷つけ合っているのは，キリストが自らの体を傷つけているようなものなのだから，互いに平和を守ることにしようという運動が盛り上がりました。そして，自力救済の禁止を誓約した統治団体が，各地で結成されました。これがコミューンです。

この自力救済の禁止こそが，法の本質です。自力救済の禁止を誓約した統治団体では，フェーデは誓約違反ですから，犯罪者の処罰は統治団体が担います。この切り替えは，中世の世界にとっては大変大きな変革

でした。

神の平和運動は一時期相当に盛り上がりました。そうなると，それぞれの団体がしっかりした力を持たなければなりません。実際には，神の平和は，執行が困難でした。しかし，たとえばノルマンディーでは，神の平和といいますか，ノルマンディー公の平和が実現しました。ノルマンディー公ウィリアムが力を持っていたからです。

いずれにしても，神の平和のアイデアは，ヨーロッパの自治都市の発達に大きな影響を与えました。都市が自治を主張するようになれば，都市を管轄する封建領主と対立します。しかし，国王が都市を味方につけようとして，都市を支持することがあり，そうなると，封建権力から解放されて国王に直属する都市が誕生します。この関係を保障するために，国王は都市に特許状を与えました。自治都市ですから，メンバーは自由の民，フリーメンですし，自治都市で定める内部規則は，まさにタウン・ローです。

こうして成立した自治都市において，商業が盛んになり，都市法や裁判制度が発達し，商人たちの法，ロー・マーチャントが発達しました。

### （7） ギルドと法人制度

次は，ギルドです。

ギルドは，自治都市のメンバーたちによる職業団体でしたが，これまた特許状を得て法人となることがありました。とりわけエリザベス女王は，外国貿易商人のギルドに積極的に特許状を与えて，これを保護しました。それが，レギュレイテッド・カンパニー（Regulated company）です。

レギュレイテッド・カンパニーの統治構造はといえば，カンパニーの構成員はやはり，フリーメン（freemen）です。彼らがジェネラル・コート（general court）を開催し，理事（assistants）や総督（governor），場合によっては副総督（deputy-governor）など，業務執行者を選任すると

いう仕組みになっていました。そして，内部規則（by-laws）を制定するのです。

### （8）ジョイント・ストック・カンパニーの登場

こうしてレギュレイテッド・カンパニーが活用されていた16世紀後半のイギリスにおいて，ジョイント・ストック・カンパニーが登場しました。

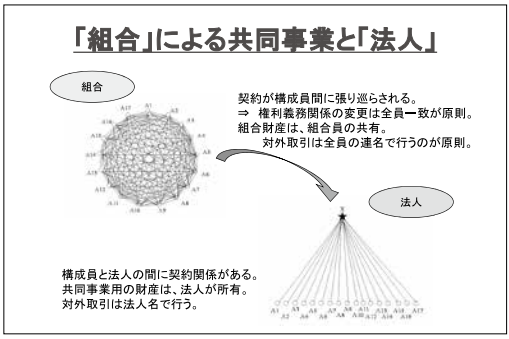
大航海時代が到来し，人々は東洋に行きたいと思いました。最初はロシア経由で行けないかと考え，ロシアン・カンパニーが1555年に設立されました。これが，最初のジョイント・ストック・カンパニーです。その後も続々，外国貿易のためのジョイント・ストック・カンパニーが設立されました。

ジョイント・ストック・カンパニーでは，出資者である商人たちは，船長以下の乗組員たちに，貿易業務をすべて委任します。レギュレーテッド・カンパニーはといえば，ギルドであり業界団体ですから，フリーメンである商人たちは，各自が商売をします。共同倉庫を作るなど共同で事業をすることはありましたが，その割合は僅かでした。それよりも，規則を作り，メンバーの事業を規制することがメインだったのです。

ところが，さらに遠く，できれば東洋まで行って商売するとなると，船団の船長に，すべてを任せざるを得ません。フリーメンである商人たちは，資本をジョインして提供するだけです。こうしてレギュレーションのためのカンパニーから，ストックをジョインするカンパニーへの転化が生じました。

一方，統治構造はといえば，どちらもほとんど同じでした。フリーメンのコートでガバナーたちを選任したのです。ただし，ジョイント・ストック・カンパニーでは，所有と経営が分離されました。そのため，支配の三角形は，上下ひっくり返りました。

### （9） 「組合」による共同事業と「法人」

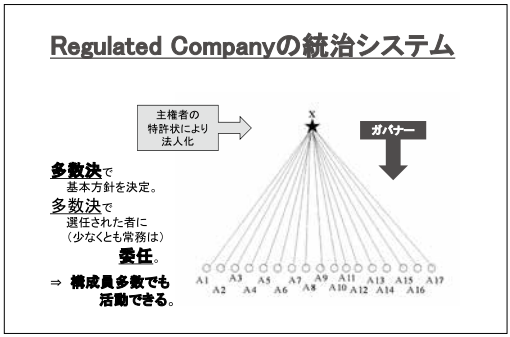



ここで，組合による共同事業と法人とを比較してみましょう。

人々が共同事業を行おうとするときに，まず考えつくのは，組合です。組合では，契約が構成員間に張り巡らされます。したがって，組合の権利義務関係の変更は，組合員の全員一致で行うのが原則となります。組合財産は，組合員の共有です。組合が第三者と対外取引をする場合は，全員の連名で行うのが原則です。

法人の場合は，構成員と法人の間に契約関係があることになります。事業用の財産は，法人が所有します。対外取引は，法人の名で行います。

### （10） Regulated Company の統治システム

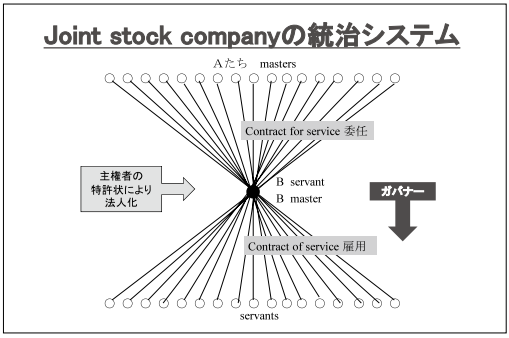



ギルドが法人になる，あるいはレギュレーテッド・カンパニーになると，活動を円滑に進めるには，多数決で基本方針を決定することが必要になります。また，多数決で選任された者に，少なくとも常務は委任することが必要になります。そしてまたそうする限り，構成員がどれだけ多数になろうとも，法人は円滑に活動できます。

レギュレーテッド・カンパニーでは，フリーメンが総会で選任したガバナーは，皆の上に立って，皆にレギュレーションを守らせます。ですから，ガバナーを選任する人たちは，ガバナーにガバーンされる人たちでもあります。

### （11） Joint stock company の統治システム

ところが，ジョイント・ストック・カンパニーでは，出資者 A たちはガバナー B を選任して，事業をガバーンする役割を B に任せます。




A と B の関係は，委任契約です。ガバナーは，船員たちを雇傭して働かせます。委任と雇傭は，いずれもサービスに関する契約であり，サービスを提供する側はサーバントで，サービスの提供を受ける方はマスターです。マスターとサーバントの関係は，この図の下半分では三角形ですが，上半分では逆三角形です。下半分ではガバナーである者が，逆三角形の方でみればサーバントです。

ガバーンする者こそ public のサーバントである，公僕であるという言葉がイギリスで生まれたのも，この図を見ればよく分かります。

### （12） コンメンダ（出資契約）とは何か

次は，コンメンダ，つまり出資契約についてです。

コンメンダは，中世の西欧で海上貿易に活用されました。今の日本法で言うと，匿名組合契約です。この契約では，出資者と営業者が営業利

益を分配することを約束します。営業は営業者の名で行いますから，たとえ事業に失敗しても，出資者は出資したものを失うだけです。つまり，有限責任です。

中世の西欧では，共同事業形態として，もう一つソキエタスがありました。現在の日本法で言うと，組合契約です。先ほども見たとおり，組合の営業は，組合員全員の連名で行います。組合員は相互に代理する関係において業務執行をしますから，倒産すると，組合員全員が責任を負います。つまり，無限責任です。

今度はコンメンダを，金銭貸借契約と比較してみましょう。すると，コンメンダは履行の確保がきわめて難しい契約であることが分かります。

貨幣が用いられるようになると，世界のどこでも，金貸しが現れました。金を貸してあらかじめ約束した金利を払ってもらうという契約であれば，返済すべき額は容易に計算できます。ところが，出資契約，コンメンダですと，出資を受けた者が儲からなかったと言ってごまかす余地が大きくなります。出資者が営業利益の分配を確実に受けるのは，容易なことではありません。それでもコンメンダが広まったのは，中世の西欧ではロー・マーチャント，つまり商人の法が発達したので，それに支えられるところが多かったのでしょう。

それにしても，営業者が儲けをごまかさないこと，営業記録をきちんとつけて出資者に報告することが，コンメンダの前提となります。

この必要もあって，14世紀頃からイタリアで複式簿記が発達しました。そしてそれが，紙や印刷術の発展に助けられて，西欧各地へ広まりました。

### (13) 代理と取次ぎ

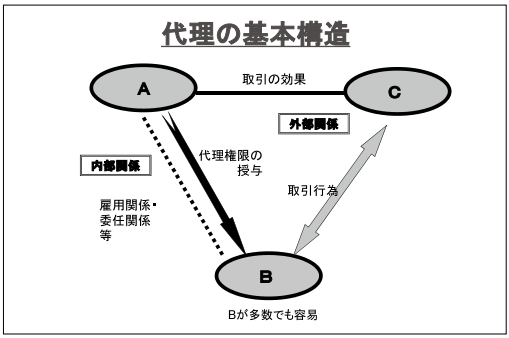
ここで代理と取次ぎについてお話ししておきます。

A が B に営業を任せることにしたとします。委任者 A と受任者 B が，

A のために B が第三者と取引することを約束した場合に，A と B の関係は内部関係です。

一方，受任者 B が，委任者 A のために第三者 C と取引する関係は，外部関係です。その方法は２つあります。A の名で取引するか，B の名で取引するかです。A の名で取引するのが代理，B の名で取引するのが取次ぎです。代理か取次ぎかによって，法的にはいろいろ違いが生じます。

### （14） 代理の基本構造



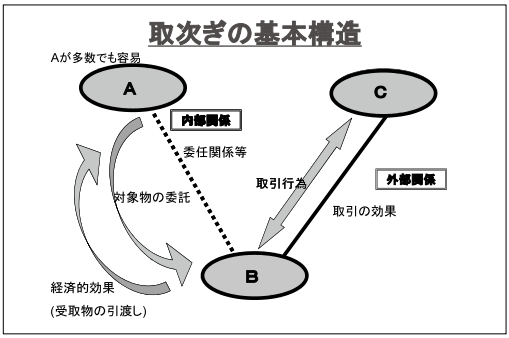

代理では，A は，B に代理権を与えて，C と取引をさせます。B は，A の代理人であると言って C と取引しますから，取引の効果は A と C の間に生じます。C は B が本当に A の代理人かは調べなければなりませんが，大切なのは，A が信用できる相手かどうかです。この商売が繁盛するならば，A は B を大勢雇ってますます多くの取引をさせようするでしょう。

### （15） 取次ぎの基本構造

取次ぎでは，A は，取引の対象物を B に委託して，B に取引をさせます。B は，自分を当事者として C と取引しますから，取引の効果は B と C の間に生じます。B は取引の結果，C から受け取った物を，A に引き渡します。C は B が信用できる相手かどうかを確かめてから取引することになるでしょう。この商売が繁盛するならば，B はもっと大勢の

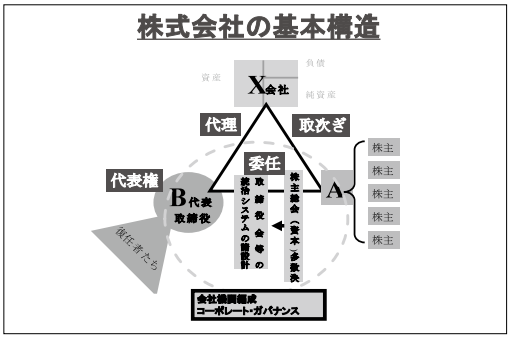
A から委託を受けてますます多くの取引をしようとするでしょう。

コンメンダは，取次ぎのタイプです。A は C に対しては匿名ですから，C から責任を追及されることもなく，有限責任となります。




### (16) 株式会社の基本構造

以上の分析を元に，株式会社の基本構造のイメージ図を作ってみました。




株式会社の内部関係は，株主A が，会社の代表権を有する B，あるいは B からさらに委任を受けた復任者である業務執行者たちに，経営を委任する関係です。

一方，第三者と取引する外部関係においては，X という法人格が大きな意味をもちます。A が出資した財産は X 会社の名で所有されますし，B の業務執行は X 会社の名で行われます。ですから，A と X の関係は取次ぎであり，X と B の関係は代理です。

ところが，X は人工的な人格でしかありません。内部関係を見れば，A が X に委任し，X が B に委任するといっても，実際には A が B に委任する関係があるだけです。

難しいのは，この委任関係なのです。B が A のためにサーバントとしてしっかりサービスを提供するようにするには，どうしたらよいのか。そのために，様々な会社機関編成や運用の仕組みが工夫されてきました。これがコーポレート・ガバナンスの問題です。

### (17)　イギリス東インド会社とオランダ東インド会社

株式会社は，大航海時代に，法人概念と出資契約が合体して生まれたと，私はいいました。その合体の仕方が，イギリスとオランダで対照的であった点にも，ここで少し触れておきましょう。

イギリス東インド会社は，1600年に，エリザベス女王の特許状を得て設立されました。この会社は，どのジョイント・ストック・カンパニーよりも事業が成功したので最も有名になりましたが，同じような会社は，ロシアン・カンパニーに始まり，当時いくつも設立されていました。イギリス東インド会社は，当初は15年間の特許でしたし，しかも個々の事業は，その都度出資を募り，第１航海，第２航海というように当座的に行われました。やがて，ピューリタン革命の時代を経て，このような当座性が克服されるとともに，統治の民主化が進みました。簿記を公開するとか，総会選出の役員が会計を監査するとかという話になり，コーポレート・ガバナンスが強化されました。

しかし，出資者の有限責任はあいまいでした。取引は会社の名で行いますから，出資者が会社債権者に直接も責任を負うことはないとされましたが，ギルドや自治都市と同じように，フリーメンから会費を徴収しうる，追加出資を求めうるという考え方からなかなか抜けきれませんでした。そうなるとメンバーは間接的には無限責任を負うことになってしまいます。そのため，コーポレート・ファイナンスの点では，イギリスの会社は不安定な状況が長引きました。

一方，オランダ東インド会社は，1602年に設立されました。当時，組

合とコンメンダを併せたような仕組みの先駆会社が３グループあって，その間の競争が激化したものですから，共倒れを避けるために一体化することになり，特許状を得て法人として設立されることになったのです。その特許状は，社員の有限責任制にも触れていました。大塚久雄先生は株式会社発生史論の中で，この点を重視し，株式会社の始まりはこれだと主張されました。ですから，日本では，世界初の株式会社はオランダ東インド会社であると，今でも言われています。

オランダ東インド会社の本質は，法人格につきイギリス方式を参考にしつつ，それにコンメンダを結びつけた点にあります。法人格は都合良くまねただけでしたから，株主総会がありません。重役団による専制的寡頭的統治やら，会計の秘密主義やらが続くことになってしまい，コーポレート・ガバナンスの点ではイギリスより遙かに遅れていました。しかし，コンメンダの特徴は最初からしっかり取り入れられましたから，出資者の有限責任が最初から明確でした。

有限責任であれば，社員の持分，つまり株式を売買しやすくなります。アムステルダム証券取引所で，株式売買が活発になりました。コーポレート・ファイナンスの面では，当時のオランダは世界の先頭を走っていました。

### （18） 株式会社の基本的特徴

以上のような経路で登場した株式会社の特徴を，５点にまとめてみました。

① まず，法人格です。これは中世の西欧における宗教改革に由来します。当時はまだ，特許主義でした。

② 次は，所有と経営の分離です。大航海時代に誕生したジョイント・ストック・カンパニーにおいて，これが基本構造に組み込まれました。

③ 株主の有限責任は，コンメンダから受け継ぎました。ただし，イ

ギリスでは，その確立に時間がかかりました。政治組織であれば，税金を徴収するのは当然ですから，政治組織と経済組織が未分化であった時代の名残りが，イギリスでは長引いたといえるでしょう。

④　株式は，自由に譲渡できるのが原則です。有限責任制であれば，譲渡しやすくなります。ですから，証券取引所の発達は，オランダのアムステルダムがリードしました。

⑤　支配の正統性は，この時代には特許状と，総会決議に由来していました。18世紀のイギリスの会社では，毎年，フリーメンの総会で重役を選任しました。ただし，議決権は，最初は１人１議決権とか，様々でした。１株１議決権の資本多数決の原則が確立されたのは，意外に新しいのです。19世紀のアメリカも，まだ１株１議決権原則へ移行する途中にありました。

現在は，コーポレート・ガバナンスの議論が盛んです。そしてその議論の根本にあるのは，「株式会社とは何か」，「会社は誰のものか」という問いです。私は，この問題を考える時は，株式会社制度は，以上のような長い歴史の積み重ねによって人類がようやく辿り着いた，文明の一大産物であることを，良く踏まえておくべきだと思っています。

## 第３部　会社統治システム設計の試行錯誤

第３部では，18世紀末から現在に至るまでの会社法の変遷を取り上げます。会社法史として一般的な分野であって文献が多いので，参照文献をいちいち示してはいませんが，大きな流れを掴むのに有益な大隅先生の名著だけは引用しておきます。また，北澤正啓先生の古稀記念論文集として出版した日本の会社法史についての本（私の学生時代のゼミ論文を発展させて執筆した論文も収録しています）も，併せて記しておきま

した[3]。

### （1） アダム・スミスの将来予測

アメリカが独立を果たした頃，当時の人々は株式会社をどう見ていたのでしょうか。アダム･スミスが国富論（第３版）を書いた時（1784年），彼は楽観していませんでした。「株式会社形態がふさわしいのは，銀行･保険・運河・水道ぐらいである。これらは巨額資本が必要であるし，運営はルーティンだからだ」というのです。「それに対して，生き馬の目を抜く競争が行われる製造業などの分野では，個人企業形態や組合企業形態に負けてしまうだろう。なぜなら，取締役たちは，他人のお金のマネジャーであり，浪費や怠惰に陥りやすいからだ」というのです。

委任にはコストがかかる。受任者は権限を濫用するし，怠ける。これを英語でエイジェンシー・コストと言います。日本語なら委任コストでしょう。コーポレート・ガバナンスの最大の問題は，この委任コストです。アダム・スミスは，この時代にすでにこの点を指摘していたのですから，さすがです。

### （2） 19世紀は「株式会社の世紀」

しかし，アダム・スミスの予測は外れました。19世紀においてすでに，「株式会社の世紀」といわれるほどになりました。原動力は，規制緩和です。「法人の設立には主権者である国王の特許状が必要である」というのが中世以来の考え方でしたし，議会制度が発達してからは，議会が個々の会社を設立するための個別立法をすることが特許状にあたるとされていました。この設立特許主義が，19世紀に克服されたのです。一般

---

(3) 大隅健一郎『株式会社法変遷論』（有斐閣，1953年），浜田道代「会社との出会い ――幕末から明治初期」北澤正啓先生古希記念論文集『日本会社立法の歴史的展開』（商事法務研究会，1999年）２頁。

会社法にさえ従っていれば，誰でも届出とか登記をなすだけで，自由に会社を設立できるという設立準則主義は，独立後のアメリカを先頭に，世界中へ広がりました。

会社設立準則主義へ移行すると，国王や議会の監督が行き届かなくなるわけですから，不祥事の多発が懸念されます。ですから，一般会社法に，受任者の権限濫用を防止する統治システムを組み込んでおく必要があります。これは，果たしてうまくいったのでしょうか。

### （3） アメリカにおける連邦憲法の制定

19世紀以降の会社制度の繁栄は，アメリカがリードしました。その最大の理由は，合衆国憲法で，state の権限が大きい連邦体制がとられた点にあります。ちなみに state は，日本語では，連合時代については邦と訳し，合衆国憲法制定後は州と訳しています。

1787年に開かれた連邦憲法制定会議では，どの程度中央集権的な政府とするかが大問題となりました。大もめにもめたのですが，結論としては，連邦政府には列挙された権限しか与えられませんでした。会社の設立権限は，基本的には，各州が有することになりました。

### （4） アメリカ準則主義化のダイナミズム

州議会は，州の選挙民の圧力を受けます。当初，大衆は特許状につきまとう独占に反感を抱いていましたが，会社設立の需要が大きかったため，独占への大衆の反感を，需要の圧力が圧倒していきました。しかも，ある州の議会が会社の設立を拒めば，それなら隣の州に行くと言われます。結局各州は，競うようにして，次々に会社設立の個別立法を行うようになり，そのため，アメリカの株式会社数は，たちまち世界一になりました。

もっとも，会社を設立する都度，個別法を制定するのは大変です。そ

こで，設立準則主義が登場しました。一般的な会社法を制定しておき，それに従うならば，州務長官に届け出るだけで会社を設立できるとしたのです。その方が，自由主義・平等主義の理想にかないますし，特権付与にまつわる腐敗の防止にも役立ちます。

法人設立準則主義を採用する最初の法律は，ニュー・ヨークの宗教法人法でした。宗教の自由への配慮もあったのでしょう。そのニュー・ヨーク州で，1811年に製造会社法が制定されました。これが，事業株式会社に関する世界初の準則主義立法です。ニュー・ジャージー州も，これに続きました（1816年）。

業種を限定しない一般会社法を最初に制定したのは，コネチカットでした（1837年）。ニュー・ジャージー（1846年），アイオワ（1847年），ペンシルベニア（1849年），マサチューセッツ（1851年），ヴァージニア（1852年）などがこれに続きました。会社設立特許主義の克服は，議会制民主主義・地方分権の政治体制が後押ししました。州間競争であおられながら，準則主義化はドミノ倒しのように進展しました。

### （5） アメリカの企業統治システムの骨格

このようにアメリカでは，準則主義化は，州間競争に追い立てられながら荒々しく進められました。そのため，企業統治システムのあり方について，慎重な議論はあまりなされませんでした。システムの骨格は，18世紀イギリスのジョイント・ストック・カンパニーのシステムをそのまま受け継いでいます。毎年総会で取締役を選任しますし，取締役の任期は１年です。

アメリカでは，取締役会の権限が強大です。取締役会で，役員を選任し，業務執行を任せます。取締役会は，役員のみならず取締役自身の報酬まで決定してしまいます。配当を決定するのも取締役会です。

債権者保護も不十分です。州会社法には，計算規定も開示規制もあり

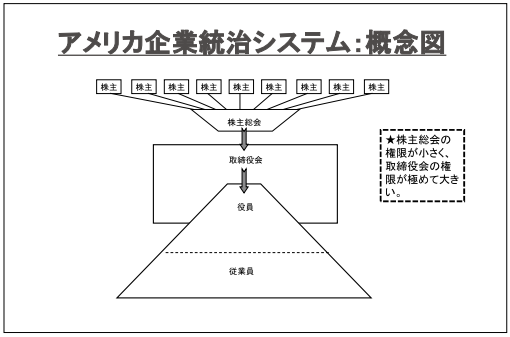
ません。会社債権者は，計算書類を見せろという権利さえ保障されていません。当然，会社債権者は困ります。そのために発達したのが，信用調査会社でした。支払遅延情報を，多くの会社債権者から集めて分析することで，個々の会社の信用レベルを格付けし，顧客に示していくという業務を始めたのです。需要あるところに供給ありの市場的対応です。アメリカでは，後で触れるように，上場会社などには連邦証券規制が及ぶようになりましたが，中小非上場会社の債権者は，今日もこの状況にあります。

アメリカの州会社法は，受任者の権限濫用に対して，こんなにも無防備ないいかげんなものなのです。ただ，会社が全くの専制的統治に陥るというわけではありませんでした。法の支配が下支えをするからです。そもそも，アメリカは契約社会ですから，出資者は出資に先立ち，株主間契約やら定款条項でもって自衛するのが当たり前です。また，納得がいかない株主は，裁判に訴えることができます。裁判所は，取締役と株主は信託関係にあるとしました。ですから，取締役は受託者責任を負います。このようなとらえ方に基づき，株主代表訴訟も，判例で認められるようになりました。

### （6） アメリカ企業統治システム：概念図

アメリカの企業統治システムを図にしてみました。

この図は，株主総会の権限が小さく，取締役会の権限はきわめて大きいことを示しています。



### （7） アメリカ反トラスト法規制の登場

準則主義に移行した各州の会社法の内容はといえば，当初は，相当に制約的でした。定款で事業目的を限定することが求められましたし，存続期間の制約や資本金の上限規制もありふれていました。人々は，会社が独占的な力を持ちすぎないよう警戒していたのです。また，19世紀には，会社は他の会社の株式を持てないという考えが一般的でしたし，会社の合併も認められていませんでした。

南北戦争の後，アメリカでは，第２次産業革命が進展し，大企業が発達しました。鉄道やら電話やらの発明は，企業活動が全米市場に広がるのを後押ししました。ところが，会社は他社の株式を持てない，合併も認められないとなると，企業結合によって会社規模を拡大することができません。そのために，実務上編み出されたのが，トラストの活用です。トラストは信託ですが，持株会社と同様の役割を果たせる側面があり，これを用いれば巨大企業組織を築くことができるのです。トラスト方式は，石油，鉄道，たばこ，製糖など，多くの事業分野で大成功を収めました。そのために，アメリカでは，信託という法律用語が，独占の代名詞になってしまいました。

トラストをいち早く徹底的に使ったのは，スタンダードオイルです。「スタンダードオイルはいかに独占を進めたか」と題する記事が1881年に出版されると，たちまちセンセーションが巻き起こり，独占の弊害が声高に叫ばれるようになりました。そうなると，議会制民主主義の国は，動きが早いのです。いずれの政党も，これを何とかしますと公約して選挙に臨むものですから，あっという間にシャーマン法ができあがりました。1890年にこれが議会を通った時，下院は全員一致でしたし，上院も反対は１票のみでした。

シャーマン法は，「取引の制限」をもたらすあらゆる契約，結合，共謀を違法としましたし，独占化・独占の企て・独占のための共謀も違法

としました。違法な行為については，刑事事件（罰金，禁固刑）として検事が公訴します。ですから，この法律は司法省が管轄しています。

シャーマン法は，独占禁止法などの競争法の発展の出発点となりました。この法分野は，トラストに対する怒りが生んだ分野でしたので，アメリカでは今でも，反トラスト法と呼ばれています。

### （8） 州会社法における規制緩和の激化

一方，州会社法はといえば，州をまたいで事業を行う大企業が増えるにつれて，規制緩和を通じての会社誘致競争に拍車がかかりました。

先に述べたように，トラストが広まったのは，会社は他の会社の株をもてないとされたからでした。ところが，この規制を取り払う州が現れました。ニュー・ヨークの隣にある小さなニュー・ジャージー州は，シャーマン法制定直前の1889年に，会社による他社株の所有を，明示的に州会社法で許容しました。これにより，持株会社が可能になります。この規制緩和は大成功を収めました。ニュー・ジャージー州は，当時，州民から税金を取らなくても，州の法人税だけで財政が賄えるほどになりました。

そうなると，後を追う州が続出します。ニュー・ジャージー州は1896年の改正などで，会社法の規制緩和をさらに徹底しましたが，1899年には，デラウェア州が同様の政策を採用しましたし，その他の州も続々後に続きました。州会社法の規制緩和による会社誘致競争は，激化の一途を辿りました。

この競争は，現在ではデラウェア州がトップランナーの地位を確立しています。ニュー・ジャージー州がこの競争を降りたからです。プリンストン大学の総長であったウッドロー・ウィルソンは，1910年から1912年まで，ニュー・ジャージー州の知事を勤めましたが，彼のリーダーシップの下で，この恥ずべき競争から降りるという政策転換に踏み切ること

になったのです。

合併についても，20世紀初頭には，これを認める州会社法が続出しました。合併等の規制内容も，州間の競争ゆえに，組織再編を柔軟に行えるようなものへと急速に変化していきました。

アメリカ会社法において少数株主保護に役立つ数少ない手段であった株主代表訴訟も，その後変わってしまいました。デラウェア州などの判例の変遷により，1980年代頃には，すっかり牙が抜かれた状況になりました。

### （9） 反トラスト法のその後の展開

こうして，州会社法は，規制緩和一筋となりました。それに対して，反トラスト法は違います。

シャーマン法は，激情に駆られて誕生したものの，その後10年ほどの間，政府はシャーマン法の運用に消極的でした。また，その時期には連邦最高裁も，企業家の利益を重視する判断に傾きがちでした。

そこへ登場したのが，セオドール・ルーズベルト大統領（1901年～1909年）です。彼は自らをトラスト・バスターと名乗り，トラスト退治を一生懸命にやって，大人気を博しました。連邦最高裁もこの頃には態度が変わってきました。

続くタフト大統領（1909年～1913年）も，トラスト退治を続けました。連邦最高裁も，1911年にはスタンダードオイル社に分割を命じるという，画期的な判決を出しています。

立法面で進展があったのは，1914年，ウッドロー・ウィルソン大統領の時代です。クレイトン法と連邦取引委員会法が成立しました。シャーマン法とこれら２つの連邦法が，今も反トラスト法の骨格をなしています。ウィルソン大統領は，ニュー・ジャージー州知事時代には会社法緩和の恥ずべき競争から降りることにした人ですし，国際連盟の創設に力

を尽くしたことでノーベル平和賞も受賞しています。それで私は，反トラスト法分野の立法も，理想家肌の彼がイニシアティブをとったのだろうと長らく思っていました。

ところが，公正取引委員会の委員をしていた頃，アメリカ競争当局の方と雑談していた折りに聞いたのですが，それは違うのだそうです。その方が言うには，「DOJ（司法省）は大統領の子供である」，つまり，大統領の指揮命令下にある組織である。ですから，セオドール・ルーズベルトも，後を継いだタフトも，大統領の権限を使ってトラスト退治を行いました。ところが，1912年の大統領選挙で共和党は負けてしまい，民主党のウィルソンが大統領になりました。そのため，議会では多数派であった共和党は，トラスト退治を民主党はきちんとやらないのではないか，民主党の大統領のもとにある DOJ だけではだめなのではないかと心配し，FTC（連邦取引委員会）を「議会の子供」として作ったのだということでした。

大不況時の1933年に大統領に就任したのは，フランクリン・ルーズベルトです。彼はセオドール・ルーズベルトの親戚筋ですが，大統領就任後の６月に成立した全国産業復興法によって国策カルテルを容認しようとするなど，統制経済に傾斜しました。しかし，結果は芳しくありませんでした。しかもここがアメリカのすごいところなのですが，連邦最高裁は，全国産業復興法に，違憲判決を出しました。それでルーズベルトも考え直し，反トラスト法を強化します，運用もしっかりやっていきますという内容のメッセージを発表しました（1938年４月29日）。反トラスト政策は，こうして再び強化され，今日に至っています。

### (10)　アメリカ連邦証券規制の発展

州会社法が規制緩和競争に明け暮れることによる弊害は，証券詐欺の横行という点でも顕著になりました。そこで登場したのが，連邦証券規

制です。

つまり，大恐慌をきっかけに，連邦政府が，憲法上の州際通商規制権限に基づいて，証券規制に乗り出しました。1933年に「証券法」が制定され，翌年に「取引所法」が制定されました。「証券法」は当初，連邦取引員会（FTC）に法執行を託しましたが，「取引所法」が証券取引委員会（SEC）を新設し，以後はSECが連邦証券規制全般を管轄することになりました。

この連邦証券規制で採用されたのは，イギリス流の公示主義・情報公開の政策でした（イギリスについては後からお話しします）。連邦政府が合衆国憲法が認める州際通商権限を根拠として規制を及ぼすことができたのは，上場会社などの大会社だけでしたが，これらの大会社は，有価証券届出書や有価証券報告書をSECに提出し，公開しなければならないことになりました。また，証券詐欺を防止するために，インサイダー取引や相場操縦の規制等々も盛り込まれました。SECには，委任状勧誘規則を制定する権限も与えられました。

当局（当初はFTC，1934年後はSEC）に提出する財務諸表には，会計専門家による監査が義務づけられました。ただし，監査人をどの会社機関が選任するかについては，連邦法は立ち入ることができません。現実には，経営者が監査人を選ぶことになりました。

### （11） アメリカにおける企業統治改革の進展

コーポレート・ガバナンス改革を世界で最初に言い出したのは，アメリカです。州会社法が，権限濫用防止策を欠いた，あまりにもひどいものであったからです。

先ほども述べたように，連邦規制によって，会計監査人監査を法定化したものの，会計監査人は現実には経営者が選ぶことになってしまいました。監査される人が監査する人を選ぶのは可笑しいということで，

SEC が働きかけた結果，ニュー・ヨーク証券取引所は，非業務執行取締役で構成される監査委員会を設置することを，上場会社に推奨しました（1939年）。これが，委員会制度の始まりです。また，ニュー・ヨーク証券取引所はその後，２名以上の社外取締役の選任を要請するようになりました（1956年）。

会社改革運動が本格的に盛り上がったのは，1970年代です。環境，反戦，消費者保護，人種差別・性差別などの問題に取り組んだ社会運動家たちが，会社改革運動にも取り組むようになり，取締役会の監督機能の強化に期待したのです。ニュー・ヨーク証券取引所は，1977年には，社外取締役で構成された監査委員会の設置を，上場会社の義務としました。SEC も委任状勧誘規則を改正し（1978年），開示規制によって，独立取締役化や，監査委員会・指名委員会・報酬委員会の設置を後押ししました。

他方，1974年にエリサ法（Employee Retirement Income Security Act）が制定され，年金基金運用者の受託者責任が厳格化されました。エリサ法の1979年改正は，プライベート・エクイティ・ファンドを年金基金の投資対象として認めたため，年金基金などの機関投資家がこれらのファンドに積極的に投資するようになりました。これらのファンドは，企業統治に口を出し，企業価値を向上させてから高く売り抜けることで，利益を上げようとします。時には敵対的な企業買収に踏み切って非上場にし，手入れをしてから高値で売り払うといったことも，躊躇しなくなりました。

1980年代には，こうしたファンドの活躍もあって，M&A の一大ブームが起きました。この時代に，独立取締役が増えました。独立取締役が中心になって判断している場合には，裁判所が買収防衛策を有効と判断したり，代表訴訟の提訴を棄却したりしたことも，独立取締役を増やそうという動きに繋がったようです。

1992年には，アメリカ法律協会がコーポレート・ガバナンスの原理を

取り纏めました。これは，法律家たちが州会社法と判例法の分析結果を法典の形で示したもので，この時点までの到達点を示しています。

### (12) 2001年以降のアメリカ企業統治改革

2001年に，アメリカのエネルギー商社，エンロンで，巨額の粉飾決算が発覚しました。エンロンはたちまち破綻し，それを受けて，すぐさまサーベンス・オクスリー法が制定されました（2002年）。監査法人の監視体制の強化や，会計監査人の独立性確保策が規定されましたし，内部統制システムの強化も，大きな反響を呼びました。監査委員会の強化についても，曲がりくねった道を通って連邦規制を及ぼした点が注目されます。たとえば，監査委員会の委員全員が独立取締役であることを，上場要件とすることを，取引所に命じる規則を，SEC は制定せよ，と規定するといった具合なのです。

当時私は，連邦規制でここまで踏み込むとなると，一昔前なら州会社法の領域を侵すといった反対論が沸き起こっただろうに，これが連邦議会をすんなり通ったとは，アメリカも変わったものだと感心しました。

2008年には，リーマンショックが起きて，金融危機に陥りました。その反省から2010年に制定されたのが，ドッド・フランク法です。その中核は金融規制監督の大幅強化ですが，報酬委員会の全員が独立取締役であることを，監査委員会の場合と同様に曲がりくねった道を通って要請するなど，上場会社の規律強化の規制も含まれています。

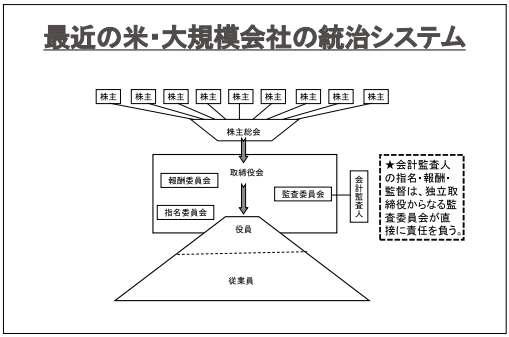
上場会社の規律強化規制の中でとりわけ注目されるのは，次の二つです。まず，役員報酬に関連して，「say on pay」の規制が導入されました。株主も報酬に口出しできるようにしようとするものです。ただし，これらの報酬に関する総会決議には拘束力がありません。連邦法の介入には限度があるからなのでしょう。一方，報酬に関する情報開示規制は，ますますきめ細かくなっています。最近では，従業員の平均給与との格差

の開示も求められるようになりました。

もう一つは，委任状アクセスです。日本では，取締役候補者についても株主提案権を行使することができますが，アメリカでは，取締役候補者の株主提案を，会社側の委任状勧誘書類に記載してもらうことができません。候補者を提案したい株主は，自分で委任状を勧誘するしかないのです。そこで，ドッド・フランク法は，これを可能にする規則を制定する権限を，SEC に認めました。ところが，SEC が設けた規則に経済界が反対し，裁判所に訴えたところ，裁判所は，規則を無効としてしまいました。規制改革としては挫折です。ただ，委任状アクセスを自主的に採用する会社は，増える傾向にあるようです。

### (13) 最近のアメリカ・大規模会社の統治システム

最近のアメリカの大規模会社における統治システムを，図にしてみました。会計監査人が必要で，その指名・報酬・監督は，監査委員会が責任を負います。上場規則により，取締役会の過半数は独立取締役です。監査委員会に加えて，報酬委員会や指名委員会も置かなければならず，かつ，全員が独立取締役です。




### (14) イギリスにおける公示主義の展開

次は，イギリスです。

イギリスはジョイント・ストック・カンパニー発祥の地であり，株式会社の活用という点で，当初は世界の先頭を走っていました。ところが，

1720年に南海の泡沫事件が起きます。バブルの語源にもなった空前絶後の投機ブームが崩壊したこの事件に懲りて，イギリスは，その名もバブル・アクトという法律を作り，会社設立抑制策を採ることになりました。しかし，産業革命を経て，会社設立の需要は高まるばかりとなってきました。

そこで，19世紀に入り，会社設立準則主義に移行すべきか否かを巡って大論争が起きました。この論争を鮮やかに解決したのが，イギリスが誇る大政治家で，当時は商務大臣であったグラッドストーンです。彼は，権限濫用防止策として公示主義を採用しつつ，準則主義に踏み切るという方針で，推進論と反対論を一つにまとめ上げました。この功績により，彼は「近代会社法の父」ともいわれています。

1844年会社登記法によれば，会社は貸借対照表と，総会で選出されたauditorが監査した報告書を，年次株主総会の前に株主に送るとともに，それらを登記所へ届け出て公示しなければなりません。このような規制は，会社における委任コストの削減策として，大変効果的であったというべきでしょう。

なお，こうして準則主義に踏み切りましたが，イギリスは有限責任を認めることにはまだ躊躇していました。有限責任制をようやく認めたのは，1855年です。

この1855年法までは，公示主義は厳格でした。ところが翌年の改正や1862年の会社法は，当時のレセ・フェールの風潮の中で，大幅な規制緩和に走ってしまいました。会計監査も会計情報の公開も，任意になりました。企業統治システムの詳細設計は各会社の定款に任せ，会社法はモデル定款を示すだけになりました。

ただ，任意監査は，次第に機能するようになりました。会計士の需要が増え，会計士が増えました。会計士はギルドを作って特許状（チャーター）を得る道を選んだので，chartered accountantの制度が発展しました。

1900年以降，イギリスは再び，公示主義に戻りました。段階的にでしたが，計算書類の監査や登記を義務化しましたし，1948年には，auditorを会計専門家に限定しました。そして1967年，ついに，有限責任の会社すべてに監査済みの計算書類等の登記義務を課すという，いわば1844年の出発点の規制にまで戻ったのです。

ヨーロッパ大陸諸国の会社法は，イギリスの影響を受けながら発展しました。そうはいっても，大陸では会計秘密主義をなかなか克服できなかったりしたのですが，1978年に至って，EU（当時はEC）の会社法指令により，イギリス流の公示主義を全面的に採用しました。EU加盟国では，会社はすべて，計算書類につき監査を受けなければならず，それを公開しなければなりません。アメリカとは大違いです。

### （15） イギリス流企業統治改革の進展

1990年代に入ると，イギリスもアメリカの後を追って，コーポレート・ガバナンス改革に乗り出しました。ロンドン証券取引所の委託を受けて組織された専門委員会によって民間主導で検討が進められ，報告書が次々に出され，それらがやがて統合コードにまとめられました（1998年）。アメリカと同様に，取締役会の監督機能を強化することや，報酬委員会の重視がうたわれたのですが，取締役会議長とCEOの分離を強調した点は，イギリス独自の特徴です。

もう一つ，手法も独自でした。「best practice」「comply or explain」といわれるものです。コードは最善慣行を取り纏めただけである。しかし，コードに従わないのなら説明せよというものです。上場規則でコードの遵守状況の開示を義務づけておけば，後は市場が判断するだろうというわけです。

イギリスでは，その後も，数々の報告書が出され，統合コードの見直しがなされました。2003年からは財務報告評議会（FRC）がコードの公

表と維持にあたっています。統合コードは，2010年にはUKコーポレート・ガバナンス・コードに名称変更がなされました。

「say on pay」のアプローチも，イギリスが開拓したものです。これは経営者報酬の高騰化対策でして，経営者の個別報酬を開示するだけでなく，株主総会に諮らなければならないとしました（2002年）。ただし，この総会決議は，勧告の意味しか持ちません。なお，2013年の規則改正により，報酬の方針の決議（少なくとも３年毎に行う）は拘束的とされました。こうして，報酬については，開示規制だけでなく，総会権限強化との組み合わせで対処する方向へ進んできています。

スチュワードシップ・コードも，イギリスが始めました（2010年初公表）。2008年の世界金融危機の後に，機関投資家向けのコードを，「best practice」「comply or explain」の手法でもって，別個に設けることにしたのです。

最新の動きとして，会計監査改革があります。上場会社の監査法人が４大会計事務所に集約され，ほとんど交代がないのは，競争法上も問題だという観点から，競争当局が是正措置として出したものです（2013年）。大規模な350社においては，監査委員会は，少なくとも10年に１度は，会計監査人の競争入札をするように命じられました。

### （16） フランス・ドイツの準則主義化と監査役制度

フランスやドイツの会社法史も，ざっと見ておきましょう。

フランスは，ナポレオン法典が制定された頃，法の最先進国でした。1807年制定のナポレオン商法典は株式会社についても規定しており，特許主義をやめて一般法にした点で，当時としては画期的でした。ただ，惜しいことに，政府の免許を要件としました。それに対し，無限責任社員がいる株式合資会社は準則主義によることとしたものですから，その設立がブームになりました。しかし，無資力者を無限責任社員に祭り上

げておけばよいとなると，弊害を免れません。そこで，1856年改正で，監査役会を置かなければならないとし，それに強力な監査権限を与えました。

これがうまくいったものですから，その後1863年に，株式会社のうち小規模なものだけに準則主義を採用した際に，監査役監査を要件としました。

フランスは1867年に，ついに，すべての株式会社について準則主義を採用しました。株式会社は，監査役を毎年総会で選任するものとされました。

次はドイツです。

19世紀前半までは，ドイツの法制はフランスの後塵を拝していました。1861年に普通ドイツ商法典が制定されましたが，株式会社は免許主義が原則とされました。

1870年になって，株式会社も準則主義化されます。その際に，監査役会が必置機関とされました。準則主義化を受けて，ドイツでは株式会社が次々設立されました。その直後に恐慌が襲います。これに驚いて後ずさりせず，規制の立て直しを図ったところから，ドイツ会社法のその後の発展が切り開かれました。

1884年法は，会社設立規制を厳格化し，計算規定や公示主義を強化するとともに，監査役会制度を一層整備しました。監査役会は取締役の業務執行を監督します。監査役と取締役の兼任は禁止です。この改正の成果は上々であったため，その後は，ドイツに追随する国が増えました。日本もそうです。

ドイツでは，その後，1897年に新商法典が制定されましたが，株式会社についての変更点は僅かでした。

### (17) ドイツ企業統治システムの変容

ドイツの企業統治システムは，その後大きく変わりました。

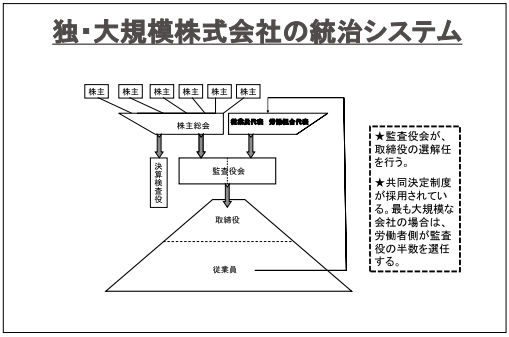
一つは，監査役会の変容です。ドイツでは，取締役の選任・解任を監査役会が行うと定款で定めておく実務が広まりました。1937年法は，この定款実務を立法化し，監査役会を取締役の選任・監督機関としました。なお，監査役と取締役の兼任禁止はそのままでしたから，ドイツでは，執行と監督の分離が徹底しています。

次に，イギリス流の会計専門家による会計監査制度が，監査役会制度とは別に，付け加えられました。最初は1931年に大統領令で新設され，併せて経済監査士制度も創設されました。1937年法は，決算検査役制度としてそれを立法化しました。決算検査役は，総会で選任されます。

共同決定は，第２次大戦後に社会民主党政権が推進しました。その到達点ともいえる1976年の拡大共同決定法によれば，たとえば従業員2000人超の株式会社であれば，労働者代表の監査役と株主総会で選任される監査役は，半々とされています。ただし，議長は最終的には株主側がとることとなっており，監査役会の決議が可否同数であれば議長が２票目を投じます。

### (18) ドイツ・大規模株式会社の統治システム

ドイツの大規模な株式会社の統治システムを図にしました。




監査役会が，取締役の選解任を行います。監査役は取締役を兼ねることができません。また，共同決定制度が

採用されている点が大きな特徴です。

### (19)　日本への会社制度の移植

ようやく，日本の話になります。

日本では，幕末から明治にかけて，いち早く株式会社制度の移植が試みられました。幕末に福沢諭吉が西洋事情（1866年に版刻，写本は1864年頃から流布）でこれを紹介し，会社という言葉も創作しました。坂本龍馬の亀山社中（1865年）も，会社制度にアイディアを得たものでしたし，幕府側が兵庫商社を作ったのも（1867年），西洋のコンペニーに倣おうとするものでした。

明治政府も，会社制度の移植を試みます。まず通商会社・為替会社が設立されましたが（1869年），不十分だということで，国立銀行条例が制定されました（1872年）。これは，当時世界最先端の株式会社法であったアメリカのナショナル・バンク・アクト（1864年）に倣ったものでした。ですから，アメリカ型の企業統治構造でしたし，当初は設立準則主義がとられていました。

明治期の日本では，不平等条約の改正が大きな課題で，そのために民法典や商法典の整備を急ぎましたが，難航しました。帝国議会開設直前に，民法典ともども商法典を公布しましたが（1890年），帝国議会で施行延期論が渦巻き，延期されてしまいました。そこで仕切り直しとなり，新民法典は1896年，新商法典は1899年に，ようやく帝国議会を通りました。

新商法典では，株式会社についても設立準則主義が採用されました。ドイツ流の，権限濫用防止策付きの準則主義です。監査役は必置機関とされ，取締役との兼任も禁止されました。監査役の権限は強力でした。

商法は戦前に，２度改正されました（1911年，1938年）。監査役制度はさらに強化・整備されましたし，取締役や監査役の責任も強化されま

した。

### (20) 戦後日本における企業法制の変遷

日本の企業法制は，戦後，ドイツ的な基盤にアメリカ法が接ぎ木されたようなものになりました。

まず終戦直後に，占領体制の下で財閥解体が行われ，アメリカの反トラスト法に倣って，独占禁止法が制定されました（1947年）。

次に証券民主化が図られ，アメリカの連邦証券規制に倣って，証券取引法が制定されました（1948年）。これに伴って，会計専門家による財務諸表監査が導入され，公認会計士制度が新設されました（1948年）。

なお，証券取引法は，現在では金融商品取引法に名前が変わっています（2006年）。金商法と略しています。証券取引法は証取法でしたので，金取法でもよかったのですが，金を取ってしまうというイメージが嫌われたのか，金商法で定着しました。

会社法はといえば，1950年に，アメリカ会社法の影響の下で，大規模な改正が行われました。企業統治の点では，取締役会制度が導入されました。代表取締役は，取締役の中から，取締役会の決議で定めることになりました。問題は監査役です。取締役会があるのだから，監査役の業務監査権限はなくてもよいということになり，監査役は会計監査のみを担当することになりました。任期は１年です。証券取引法によって，上場会社では公認会計士監査が始まったのに，会社法上は，それとは別に，会計監査のためだけの監査役を置くのですから，おかしな話でした。戦前は監査役も取締役とならんで重役とされていたのに，戦後のこの時代に，監査役は，軽んじられる会社機関になってしまったのです。

この点を見直したのが，1974年改正です。企業倒産が頻発し粉飾決算が横行するなかで，公認会計士監査と監査役監査の調整が図られました。その際にはドイツ型やアメリカ型も検討されましたが，結論としては，

戦前の監査役制度を，洗練させつつ復活することになりました。監査役は総会で選出。任期は２年。取締役の職務執行を監査することになりました。一方，公認会計士監査は，会計監査人制度として，会社法上も大会社につき導入されることになりました。

なお，会社法では会計監査人，証取法ないし金商法では監査人と，言葉が使い分けられていますが，どの会社も同じ人に頼んでいます。会社法の計算書類も金商法の財務諸表も，ほとんど同じです。会社法はヨーロッパ，金商法はアメリカに学んだために，二重規制になっています。一体化したらよさそうなものですが，会社法は法務省の管轄，金商法は金融庁ですから，省庁間の壁が厚くて難しいのでしょう。

### (21)　日本・監査役制度の強化・洗練化

日本の監査役制度は，その後もことある毎に強化され，洗練されてきました。

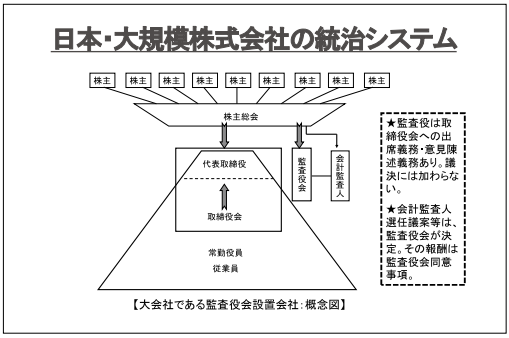
1981年改正により，大会社では，監査役を複数置き，常勤監査役を互選することになりました。監査役の報酬や活動のための費用についても，改正法は手厚く配慮しました。会計監査人は，ヨーロッパと同様，総会で選任することとなりました。その選任議案についても，監査役の過半数による同意権・提案権が定められました。

1993年改正により，大会社では監査役は３人以上，そのうち一人以上は社外監査役とされました。監査役会の制度も，この時に法定されました。

2001年改正により，監査役の任期は４年になりました。取締役会に出席して必要な意見を言うのは，権限と言うより義務とされました。大会社では，半数以上は社外監査役とされ，社外の定義も厳格になりました。監査役候補者に付き，監査役会の同意権・提案権が定められました。

2005年の新会社法により，会計監査人の報酬には監査役会の同意が必要とされました。

### (22)　日本・大規模株式会社の統治システム




大会社である監査役会設置会社の統治システムを，図にしました。

監査役会は取締役会と並べられています。代表取締役は取締役会の多数決で取締役の中から選びます。会計監査人も総会で選任されますが，監査役会と連携するよう設計されています。

### (23)　日本における近年の企業統治改革

日本も近年，様々な企業統治改革に取り組んできました。

2002年会社法改正で，「委員会等設置会社」の機関設計が選択制で導入されました。その後名称が変わり，現在は「指名委員会等設置会社」ですが，内容はほとんど変わっていません。

証券取引所上場規則や金商法による改革も進んできています。2009年には上場規程で，１名以上の独立役員の届出が義務化されました。社外という会社法上の概念に加えて，独立という概念が，登場したのです。2014年には，上場規程で，独立取締役を１名以上確保する努力義務が課されました。2010年には，有価証券報告書等で「コーポレート・ガバナンス体制・役員報酬・株式保有の状況・議決権行使結果」などを開示しなければならないことになりました。2014年には，金融庁が日本版スチュワードシップ・コードを公表しました。イギリス流の手法に習ったわけです。これを受け入れる機関投資家も近年増えてきています。

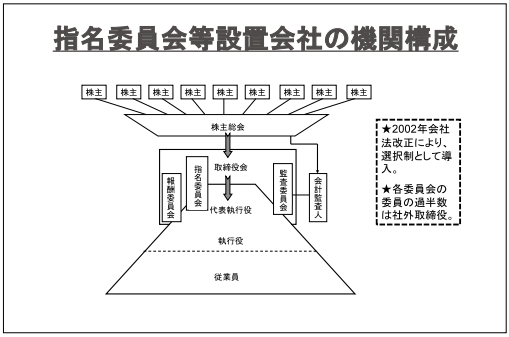
2014年の会社法改正により，「監査等委員会設置会社」の機関設計が

選択制で導入されました。また，上場会社は，社外取締役を置かないのであれば総会で理由を開示しなければならないことになりました。社外の定義が改正され，親会社等関係者や近親者は社外役員ではないことになりました。監査役（会）設置会社では，会計監査人候補者の決定につき，それまでは監査役（会）が同意権 / 提案権を持っていましたが，端的に監査役（会）で候補者を決定することになりました。

2015年３月には，日本版コーポレート・ガバナンス・コードが策定され，上場規程に盛り込まれました。ここでもイギリス流の手法が採用されたのです。独立取締役を２名以上とすることや，政策保有株式の方針開示等の項目について，とりわけ関心が高まっています。遵守せよさもなくば説明せよという手法ですが，予想以上に遵守する上場会社が多くて，日本の取締役会の様子も今，変わりつつあります。

### (24)　指名委員会等設置会社の機関構成

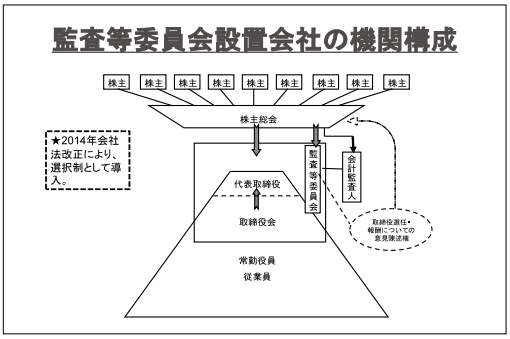
指名委員会等設置会社の機関構成を図にしました。アメリカに倣ったものですが，アメリカと異なり，会計監査人の選任機関は，総会です。また，指名，報酬・監査の各委員会は過半数が社外取締役であればよいとされています。




### (25)　監査等委員会設置会社の機関構成

こちらは，監査等委員会設置会社の図です。監査等委員会だけで，指名委員会や報酬委員会がない代わりに，監査等委員会は取締役の選任や

報酬について総会で意見を述べることができるとされています。監査等委員の選任は株主総会で別枠で行われるなど，監査役制度の良い部分を受け継いでいますが，指名委員会等設置会社の監査委員会に似た設計も多々あり，評価が定まるのはこれからでしょう。ただ，これを採用する会社は増えており，最近では上場会社の２割に達する勢いです。




### (26)　企業統治改革の世界的な潮流

企業統治改革は，世界に広がってきています。イギリスの後を，フランスやドイツが追いました。日本もこの流れの中にあるといえるでしょう。

EU の最新の動きとしては，会計監査改革があります。公益事業体（Public Interest Entities），これは上場会社と銀行・保険会社のことですが，これらにあっては，監査担当者ではなくて，監査法人自体を，原則最長10年で交代させなければならず，その際には入札手続をとるべきことなどが定められました。今年６月より施行されています。

近年は OECD もまた企業統治改革の課題に取り組んでいます。1999年にコーポレート・ガバナンス原則を発表しました。この原則は，コーポレート・ガバナンスに関する国際的ベンチマークを示そうとするものです。エンロン事件などを受けて2004年に改訂がなされており，その際に，「say on pay」も取り入れられました。機関投資家の責任等も追加されました。2015年の改訂は，2008年の金融危機を受けてのことです。各

国の制度・運用状況のピア・レビューが実施され，その成果を元に改訂がなされました。

株式会社制度は，昔から，州間，あるいは各国間の制度間競争によって進化を遂げてきました。経済活動がますますグローバル化してきた今日，企業統治システム間の競争も，加速の一途を辿っていると同時に，国際的な協調も進む中で，良いものが広まる動きは，ますます顕著になってきています。

それでは，各国の企業統治システムは，近い将来に一つのタイプに収斂していくのでしょうか。なかなかそうはいかないでしょう。制度がいったん作り上げられて，人々がそれに慣れると，慣れた部分を変えるのは簡単ではありません。道路がいったん張り巡らされると，それを全部壊して新たな道路を敷き直すのは大変です。いったん町並みができると，大規模再開発がされることもありますが，一部の立て替えですませられるものなら，そうすることになるでしょう。各国の町並みが一挙に同じになることはありえません。制度改革も同じであって，経路依存性があります。いったん廃止したシステムでも，やっぱりあれが良かったといって復活させることだって，めずらしくありません。イギリスの公示主義もそうでしたし，日本の監査役会制度もそうでした。監査役会制度は結構強靱な制度になってきました。監査等委員会設置会社も，監査役制度の良い部分を受け継ぎながら取締役会の監視機能を強化しようとしている点が，人気の理由の一つといえるのではないかと思います。また，役員報酬についても，日本が株主総会で大枠は決めるとしていることは，「say on pay」以上に強力であって，お手盛り防止に役立っているように思います。

各国の企業統治システムは，これからもそれぞれに個性あるものであり続けるでしょう。ですから，日本も，世界の制度間競争に遅れをとることの無いように，競争力あるシステムへ磨き上げ続ける必要はありま

すが，やみくもに他国に倣うのではなくて，日本の立ち位置を冷静に分析し，良いものは残し，変えるべきところは変えるという姿勢を保つ必要があります。

今日は，株式会社の起源から今日の主要国における企業統治改革までの流れを，駆け足でしたが，ほぼすべて見渡して来ました。こうして俯瞰してみますと，株式会社制度は，立憲議会制民主主義の政治体制ともども，様々な歴史的偶然と，その場に居合わせた人々の重い決断の積み重ねによって奇跡的に生み出されてきた，文明の大いなる遺産であるという気がしてきます。

確かに不祥事が絶えることはありません。その度に，改革がなされ，変容が続きます。会社はまだまだ未完成な制度です。しかし，アダムスミスの予想は裏切られました。

今日の北朝鮮が象徴的ですが，なおも「法の支配」が確立されていない国々，近代経済組織や近代政治組織の体制が十分でない国々において，人々が置かれている境遇を思うと，我々の暮らしている国が，これらの文明の遺産を継承していることに感謝したくなります。

コーポレート・ガバナンス改革に，多くの国が熱心に取り組んでいるということ自体，株式会社制度が重要なものであることを意味しています。未来に向けても，この企業統治システムは社会の基軸とするに足りるものであり，さらに磨きをかけていけばよいのではないかと，私は考えています。

ご静聴有り難うございました。

**質疑応答**

【一般】

重厚なお話の後に，しかも今日の先生のお話に出てこなかったことに

ついてお尋ねいたします。私の知る会社法の最近の改正の大きな内容として，従前は出資金1000万円を用意しなければ株式会社を立ち上げることができなかったのが，出資金がなくても会社を立ち上げることができるようになったということがあるわけですが，これは日本として諸外国の例に倣ったのかというのが１点です。それから，金がなくても会社を立ち上げることができるとなると，従前の，株式会社であれば個人事業主と比べて信用度が違うということが必ずしも担保されないのではないか。粗製濫造という恐れはないのかという心配を個人的にはしているのですが，その功罪というかメリット・デメリットを先生はどのように見ておられますか。

【浜田】

ご指摘の点も，日本の会社法が近時，規制緩和の方向へ大きく動いてきているという今日の話の流れの中に位置づけることができるのではないかと思います。

アメリカでは会社法の規制緩和はますます徹底してきています。お金を出資しなくても容易に会社を設立することができます。日本も同じようにしたわけですが，これが本当にいいのかどうかという疑念は，当然に出てくるものであると私も思います。最大の問題は，そんな具合にいい加減に会社が作られるようになると，会社債権者は困らないかということですね。この点について，ヨーロッパでは，先ほども述べたようにイギリス流の公示主義が EU 全体に広がっており，債権者は登記簿を閲覧することで会社の信用度を容易に調査することができます。ところがアメリカは正反対で，会社債権者が会社の貸借対照表などを見せてくれという権利があるということすら，州会社法には書かれていません。信用調査会社の格付情報を会社債権者は買うということになります。信用調査会社はといえば，これまた会社に計算書類を見せろということがで

きませんので，大勢の債権者からどの程度順調に支払を受けているかについてのデータを集めます。そうするとあそこは怪しいということが分かるので，それを元に格付けをするという業務を行っています。

日本はというと，ヨーロッパとアメリカの中間です。会社債権者は一応，計算書類を見せてくれといえるわけですが，なかなか見せてくれとはいいにくいのが実情です。EU では会社登記簿を見れば分かる，それをインターネット経由で見ることもできるようになっているのに比べると，日本の会社債権者の立場は弱いといわざるを得ません。それからまた，日本でも，株式会社は貸借対照表などを公告しなさい，誰でも見られるようにしなさいという規定が置かれているのですが，非上場会社ではこの規定はほとんど守られていませんし，取り締まりもきちんとなされていません。ですから，日本はヨーロッパよりもかなりアメリカに近い状況ですので，これほどの規制緩和をして果たして良いのかという疑問が生じてくるのは，私は当然であると思います。

【学生（３年)】

今日は，特許主義から設立準則主義へ移行したというお話をされましたが，一般会社法の中身は，特許状に書いてあることを元にして作ったのでしょうか，それとも全く新しいものを作ったということなのでしょうか。

【浜田】

アメリカの場合ですと，最初から王様がいない議会制民主主義の体制で建国を果たしましたから，特許主義といっても，議会が個別の立法をすることで，一つ一つの会社を設立していました。たとえば現在の日本でも，日本銀行は特別の法律に基づいて設立された特別の会社ですが，そういうことを初期のアメリカではすべての会社について行っていたの

です。ところが，会社を設立したいという話が次から次へ州の議会に持ち込まれるようになると，州の議会は年に何十もの会社を設立するための個別立法を制定するということになってきます。そうすると，条文の中身についてもパターン化してきますので，そのパターンを活かして，一般会社法が制定されるようになったという流れです。ですから，あなたが想像されたとおりでして，想像力を豊かにしながら聞いていて下さったということがよく分かりました。どうも有り難う。

【学生（４年)】

もし見当違いのことをいっているとしたら申し訳ありません。最初にアメリカが植民地化されて，会社や近代組織が発達したということであったかと思いますが，同じ植民地でも，アフリカは発展できず，アメリカとアフリカの経済格差はとても大きい状況です。こんなことになった原因というか，アフリカはなぜ発展できなかったのでしょうか。それから，アフリカが先進国になっていくためには，政治基盤から変わっていかなければならないのかとも思いますが，その問題についてどうお考えになられるか，よろしくお願いします。

【浜田】

比較する場合に，アメリカの植民地化とアフリカの植民地化では時代も異なりますので，当時のアメリカとインドを比べた方がいっそうはっきりすると思います。東インド会社のような形態，ジョイント・ストック・カンパニーというものが，西欧から生まれてきました。この仕組みは，アメリカでは議会制度の発達とか民主主義体制の発展に繋がっていきましたし，経済的には会社設立準則主義の発展にまで繋がっていきましたが，片やインドはといえば，搾取されるばかりでした。両者の違いは歴然としています。東インド会社は東洋へやってきて，かなり悪いこ

とをしました。インドの富を搾取したわけですね。ところが，東インド会社と同様のジョイント・ストック・カンパニーがアメリカにやってきた時には，搾取しようにも搾取する相手がいない。自分たちで植民しなければなりませんでした。植民する人たちがフリーメンになって議会を設けるということになったところから，大きな違いが生じたということだと思います。

それからアフリカの将来についてですが，アフリカは最後の希望の大陸といわれています。ここでも議会制度とか会社制度とかが大きな役割を果たすことになると思いますが，何よりもパブリック・サーバントという意識のある人が政治家にならなければならない。会社制度にあっても，経済発展の最大の妨げとなるのが腐敗だと思います。そういう意味で，委任コストをどうしたら下げることができるのかということが，政治の世界でも経済の世界でもきわめて重要だということです。最近はビジネスマンが外国で腐敗に巻き込まれることが大いに問題視されるようになってきています。賄賂を贈らないとビジネスができない土地柄だからなどといって深みに入ったり接待攻勢を受けて陥落したりすると，それが発覚したときに厳しく処罰されるようになってきていますから，外国でビジネスをする場合に十分に気をつけなければなりません。そして，今日そういう状況になってきたというだけでも進歩というべきでしょう。文明の発展には委任コストの削減が是が非でも必要です。アダム・スミスも心配したとおり，これが重要な問題なのです。アメリカ，ヨーロッパ，日本などの先進国は，一歩ずつですがこのような問題を克服してきて，今日の繁栄に至りました。アフリカなども，そういう点を是非学んで欲しいと思います。