

博 士 論 文

中国・アメリカ・日本法における
株主代表訴訟の比較法的研究

—中国・〈新設〉株主代表訴訟制度(2006年)の検討—

2008年3月

龍谷大学大学院 法学研究科

博士後期課程 法律学専攻

J02D501 羅(罗) 勇

中国・アメリカ・日本法における株主代表訴訟の比較法的研究
—中国・〈新設〉株主代表訴訟制度(2006年)の検討—

学籍番号 J07R502

氏 名 羅(罗) 勇

論文目次

論文題目：中国・アメリカ・日本法における株主代表訴訟の比較法的研究

—中国・〈新設〉株主代表訴訟制度(2006年)の検討—

序

- 1 本稿の目的と背景 (1頁)
- 2 比較の視座 (3頁)
- 3 叙述の順序 (4頁)

I 総説—中国株主代表訴訟制度の課題 (5頁)

- 一 中国法における株主代表訴訟制度—2006年改正会社法の新設規定 (6頁)
 - 1 中国改正会社法152条における株主代表訴訟の構成 (6頁)
 - 2 株主代表訴訟に関連する他の規定 (7頁)
- 二 中国法における株主代表訴訟制度の沿革 (7頁)
 - 1 従来中国法における株主代表訴訟制度の不在 (7頁)
 - 2 中国会社法における株主代表訴訟制度不在の原因 (11頁)
- 三 アメリカ・日本法から見た中国株主代表訴訟の課題 (13頁)
 - 1 訴権強化の課題 (13頁)
 - 2 濫訴防止の課題 (14頁)

II 訴権強化制度の比較法的考察 (23頁)

- 一 株主代表訴訟の責任主体 (23頁)
 - 1 比較の視座 (23頁)
 - 2 中国法 (24頁)
 - 3 アメリカ法 (28頁)
 - 4 日本法 (29頁)
 - 5 小括 (30頁)
- 二 株主代表訴訟の責任事由 (30頁)
 - 1 比較の視座 (30頁)
 - 2 中国法 (31頁)
 - 3 アメリカ法 (34頁)
 - 4 日本法 (36頁)
 - 5 小括 (39頁)
- 三 提訴資格の継続—株式移転と株式交換に伴う原告適格の継続 (39頁)
 - 1 比較の視座 (39頁)
 - 2 アメリカ法 (40頁)
 - 3 日本法 (43頁)

4 小括	(47頁)
四 訴訟費用(訴訟手数料)	(48頁)
1 比較の視座	(48頁)
2 中国法	(48頁)
3 アメリカ法	(52頁)
4 日本法	(52頁)
5 小括	(54頁)
III 濫訴防止制度の比較法的考察	(67頁)
一 株主権濫用の主張	(67頁)
1 比較の視座	(67頁)
2 中国法	(68頁)
3 アメリカ法	(69頁)
4 日本法	(70頁)
5 小括	(73頁)
二 原告適格	(73頁)
1 比較の視座	(73頁)
2 中国法	(73頁)
3 アメリカ法	(76頁)
4 日本法	(82頁)
5 小括	(84頁)
三 会社の提訴判断による濫訴防止—経営判断の原則を通して	(84頁)
1 比較の視座	(84頁)
2 中国法	(85頁)
3 アメリカ法	(89頁)
4 日本法	(101頁)
5 小括	(107頁)
四 担保提供制度	(108頁)
1 比較の視座	(108頁)
2 中国法	(109頁)
3 アメリカ法	(111頁)
4 日本法	(113頁)
5 小括	(119頁)
IV アメリカ・日本法からの中国株主代表訴訟制度への示唆	
一中国の企業環境を踏まえて—	(138頁)
一 中国法への示唆を得る視点	(138頁)
二 訴権強化への示唆	(139頁)

1 株式移転・株式交換により原告適格の継続	(139頁)
2 株主代表訴訟における責任主体と責任事由の拡張	(141頁)
3 訴訟費用(訴訟手数料)の軽減	(144頁)
三 濫訴防止制度への示唆	(145頁)
1 従来の濫訴防止制度の限界と示唆	(145頁)
(1)株主権濫用の理論について	(145頁)
(2)原告適格について	(146頁)
(3)担保提供制度について	(152頁)
2 とくに会社の提訴判断と経営判断の原則の結合について	(155頁)
(1)会社による提訴判断の必要性	(155頁)
(2)中国株主代表訴訟における会社の提訴判断機関の選択	(158頁)
(3)会社(特別訴訟委員会)の提訴判断に対する人民法院の司法審査	(171頁)
結び	(198頁)

中国・アメリカ・日本法における株主代表訴訟の比較法的研究

—中国・〈新設〉株主代表訴訟制度(2006年)の検討—

序

1 本稿の目的と背景

(1)本稿の目的

1994年に施行された中国会社法は、2006年1月1日の改正会社法152条において株主代表訴訟制度を新設・追加した。この新設を受けて、本稿の目的は、規定の細部においてアメリカ・日本法と異なる部分を有しかつ制度自体の経験をも有せず、さらにまた、アメリカや日本とは異なった企業環境を持つ中国改正会社法の株主代表訴訟制度を、その制度の理念とされるべき企業経営の適正化と株主や会社の公正な利益確保のために十全の機能を発揮し得るものとするために、アメリカ法と日本法の株主代表訴訟制度を参考としつつ、中国企業の経済的・社会的そして政治的な環境を踏まえて中国改正会社法への示唆を得ようとするものである。

(2)背景

上記の目的を設定した背景あるいは動機は次のところにある。

株主代表訴訟制度は、アメリカにおいてはすでに19世紀の株式会社制度の普及に伴う会社の所有と経営の分離現象に起源を持つ。この制度は、一旦は分離した所有と経営を、「会社は株主のもの」とする株主主権の思考のもとに株主に経営監視・監督権を与えることによって究極的には「統一」する重要な制度であった。しかし同時に所有と経営の分離と統一というこの制度は、経営側からすれば絶えずリスクを抱えながら判断・実行される経営において経営者の裁量幅を狭め経営の萎縮をもたらすことにもなる。ここに、経営側から、結果的に会社に損失が生じても当該の経営判断が一定の要件(注意義務の履行)を満たしておれば免責されるべきだとする要請すなわち裁量幅の拡大要請が「経営判断の原則(Business Judgment Rule)」という考え方として打ち出されることになる。このようにして株主代表訴訟は、株主＝所有者の訴権による経営監視権限強化要請(訴権強化要請)とそれに対抗した

経営からの裁量幅拡大要請としての訴権制限要請(濫訴防止要請)との対抗関係の中で主に判例法として形成・展開してきたのである。日本商法は、戦後の1950年(昭和25年)商法改正におけるアメリカ法の導入に際して、旧商法267条に株主代表訴訟として明文化した。その後しばらくの間は、この制度は1963年の八幡製鉄政治献金事件を除けば、企業の高度成長に伴ったバブル経済の中での企業利益の上昇や訴訟費用の高額性などの状況から利用されなかった。しかし、1990年に始まるバブル経済の崩壊と乱脈経営の露呈さらには1993年(平成5年)の商法における訴訟費用の改正を受けて代表訴訟が頻繁に起され、またその過程で上記の対抗関係に関わる数度の改正を経て、2005年(平成17年)の「新」会社法847条の規定に至っている。

中国法は、20世紀末葉の社会主義的市場経済の中で1994年に会社法制度が誕生したものの、この時点では株主代表訴訟の必要性は叫ばれながらも未だ明文規定として採用されてはいなかった。その後、2005年の会社法改正に至って、国外の資本主義国家の会社法制度や国内の要請を背景として、その152条が株主代表訴訟を明文化するに至ったのである。したがって、中国改正会社法の株主代表訴訟はその歴史の浅さを、今後、所有と経営の対抗関係を経験しながら埋め合わせていき、株主代表訴訟の理念である経営の適正化を通して株主と会社の公正な利益確保を実現できる制度へと展開していかねばならない。その際、所有と経営の対抗関係、法的表現としての訴権強化と濫訴防止について、そのどのような調整が目的実現に最もよく機能するかを、中国の社会主義的市場経済における特異な企業環境の中で模索していかねばならない。

そしてこの課題の解決方法には、アメリカや日本の代表訴訟制度の歴史や理論が大きな示唆を与えてくれるはずである。なぜなら、アメリカ・日本法における株主代表訴訟制度の歴史にみられる所有者たる株主と経営者たる取締役の間における攻防、いわゆる訴権強化と濫訴防止の競い合いの繰り返しとそれによる制度の展開が、訴権強化と濫訴防止に関わる諸制度の整備を一定の水準まで止揚していると考えられるゆえである。したがって、中国改正会社法における株主代表訴訟制度の訴権強化と濫訴防止制度のあり方を模索するにあたって

は、アメリカと日本の経験は中国の手本とする価値がある。そのうち、アメリカは株主代表訴訟の母国として、当該制度の利用について100年以上の歴史を有しており、これに関する判例も豊富であり、その研究も豊かな成果を遂げている。なお、中国と同じアジア国である日本は文化、風習など中国と共通するところが多いため、訴権強化と濫訴防止に対する学説、判例と立法政策のあり方を、中国の株主代表訴訟制度に応用するにあたって大変有益な参考価値を持つと考えられる。そして、これらの国の制度が、中国企業の所有と経営の特異性を考慮して導入された時にはじめて、中国の株主代表訴訟制度が生命を与えられると考えられる。

2 比較の視座

法制度とその具体化としての法規定は、その規制対象である社会的・経済的・政治的な人間関係からの要請を一定の価値判断で濾過することによって形成され、展開していくものといえよう。このような視座から株主代表訴訟制度を見る時、それは、会社制度的には「所有からの要請と経営からの要請」の、法規定上は「訴権強化要請と濫訴防止要請」の「対抗関係」を具現するものであるといえる。

そうだとすれば、本稿で、中国改正会社法の株主代表訴訟制度や規定がその目的をよく発揮しているか否かを比較法によって見るにあたっては、それぞれの国の、それぞれの時代における会社制度の実際を踏まえた考察が必要となる。同じ規定を持つ国にあっても、会社の実際が異なれば規定の機能は異なることになり、その逆に、異なる規定であっても同様な機能を持つことも考えられる。したがって、本稿における比較法の視座としては、株主代表訴訟規定の判例や学説における解釈の比較を基礎としながらも、中国法への示唆を得るにあたっては、株式の所有構造(大株主と小株主の経営への参加状況など)、会社経営のシステム(コーポレート・ガバナンス)が目指す経営の方向性、国家の対会社政策などに視座を合わせた検討を行っていく。

このようなアメリカ、日本、中国法の比較によって、中国の今後の会社制度が適正な経営の下で株主と会社の公正な利益確保のためだけではなく、国民生活の向上にも寄与する組織

体になるように、株主代表訴訟制度のあり方を検討して行く。

3 叙述の順序

アメリカと日本の会社法における株主代表訴訟制度の比較を踏まえて中国改正会社法の株主代表訴訟制度を検討し、示唆を得るという目的を、次のような順序で行っていく。

まず「Ⅰ 総説—中国株主代表訴訟制度の課題」では、中国改正会社法における株主代表訴訟の課題を明らかにする。ここでは、2006年の中国改正会社法第152条に明記された株主代表訴訟規定を中心に置きながら、その新設に至る沿革を探ることによって、第152条に会社経営の如何なる方策が盛り込まれたのか、そしてそこには如何なる課題を残すものとなっているのかを抽出する。この課題抽出については、株主代表訴訟が所有と経営の双方からの要請の対抗関係であるところから、訴権強化と濫訴防止の課題に分けて整理する。

次に「Ⅱ 訴権強化制度の比較法的考察」では、訴権強化の諸規定について比較を行う。比較にあたっては、中国法、アメリカ法、日本法の順序で、判例や法規定の変遷の中で登場した制度理論や解釈論を中心に各国法の異同を整理する。訴権強化の制度としては、株主代表訴訟の責任主体(被告)、責任事由(提訴事由)、提訴資格の継続(会社の組織変更と原告適格)、訴訟費用(訴訟手数料)の4つの制度を取り上げる。

続いて「Ⅲ 濫訴防止制度の比較法的考察」では、濫訴防止の諸規定について比較を行う。比較の方法は前述「Ⅱ」と同様である。濫訴防止制度としては、株主権濫用の理論、原告適格の要件、会社側の提訴判断(経営判断の原則)、原告の担保提供義務の4つの制度を取り上げる。

最後に「Ⅳ アメリカ・日本法および中国企業環境からの中国株主代表訴訟制度への示唆」では、Ⅰの課題につきⅡとⅢで比較・整理した内容を踏まえ、中国改正会社法の代表訴訟制度がその目的のために十全に機能するための示唆を確認する。中国法において代表訴訟制度が機能するためには、中国に特有の会社実態が前提とされて初めて可能となると考えられるところから、ここでは、アメリカ法と日本法における判例や規定の解釈をも踏まえつつ、これに中国法とその基礎である企業をめぐる諸実態を関連させた考察を行う中で、アメリカ法

と日本法からの中国法への示唆を得ることに焦点を当てたい。

I 総説—中国株主代表訴訟制度の課題

中国における改革開放政策が実施されて以来すでに16年余りが経過した1994年に、変わりつつあった中国社会経済の情勢を背景として制定された中国会社法は、社会主義的市場経済の樹立に対して大きな役割を果たした。一方、市場経済の進展に伴って株式会社における所有と経営の分離〔注1〕が進行する中で、その対抗関係が顕在化し、株式会社とりわけ上場会社におけるコーポレート・ガバナンスのあり方や中小株主の保護につき深刻な問題を生ぜしめることになった。すなわち、中国の株式市場が発足した後、とりわけ21世紀に入ったこの数年の間、中国の上場会社における国家株主などの支配株主は上場会社を利用し、資本市場で調達した資金を流用したり、経営者は粉飾決算を行うなど、企業の不祥事が相次ぎ摘発され、このような経営者と支配株主の違法・不正な行為によって所有者たる大勢の個人投資家が大きな損害を受けるに至ったのである。

中国会社法では、株主が会社を代位して、または自分と同じような状況にある他の株主を代表して会社が経営者に対して有する損害賠償請求権を行使する株主代表訴訟については、条文上設けられていなかったため、もはや上記のような現状に対応できなくなっていた。この意味では、中小株主の利益を守る究極の手段といわれる株主代表訴訟制度の不存在は、中国法の大きな欠陥と言わざるを得ないものであった。これに対して、中国最高人民法院と中国証券監督委員会(以下、中国SECと略す)は会社の利益ひいては株主の利益を十分に守れない状況に鑑み、株主の訴権保護に関わる司法解釈〔注2〕と行政法規〔注3〕を次々に作り出してきていた。そしてついに中国全国人民代表大会常務委員会と国務院は2004年から中国改正会社法の立法作業を始め、地方政府、行政部門、企業家、国内と外国の学者を含む専門家などの意見を幅広く聴取したうえで、2004年12月28日に国函〔2005〕1号〔注4〕という形で、「中華人民共和国会社法(改正草案)に関する国務院の審議議案」(以下、「草案」と略す)を提出した。その後、1年あまりにわたって修正を重ねて、2005年10月27日に、第10回全国人民代表大会常務委員会第18回会議で中国改正会社法を可決し、2006年1月1日から施行することになった。

今度の中国改正会社法の中で最も注目される点の1つは、やはり株主と会社利益保護の確保を図って株主代表訴訟制度を正式に導入したことである。しかし、このようにして新設された中国の株主代表訴訟制度においても、なお、訴権強化と濫訴防止について課題が少なくない。この課題を明確にするため、中国新設の代表訴訟制度の全体像および株主代表訴訟の導入に至る経緯を明らかにしたうえで、アメリカ法と日本法を念頭に置きつつ、訴権強化と濫訴防止に関わる課題を抽出したい。

一 中国法における株主代表訴訟制度—2006年中国改正会社法の新設規定

1 中国改正会社法152条における株主代表訴訟の法律構成

中国改正会社法は、株主代表訴訟を152条に規定し、株主代表訴訟の責任主体と責任事由、原告適格、提訴手続などについて次のように定める。

152条1項：「取締役、高級役員が本法第150条〔注5〕に定める状況にあたる場合、有限会社の株主、もしくは引き続いて180日以上単独あるいは合計して会社の1%を超える株式をもつ株式会社の株主は、書面を持って監査役会もしくは監査役会を設置しない有限会社の監査役に対して人民法院への提訴を求めることができる。監査役が本法第150条に定める状況にあたる場合、前記の株主は書面を持って取締役会もしくは取締役会を設置しない有限会社の執行取締役に対して人民法院への提訴を求めることができる。」

152条2項：「監査役会と監査役会を設置しない有限会社の監査役、あるいは取締役会および取締役会を設置しない有限会社の執行取締役が、前項に定める株主の書面請求を受け取った後に訴えの提起を拒絶し、あるいは当該請求を受け取った日から30日以内に提訴しなかった場合、あるいは緊急の場合の下で、直ちに提訴しなければ会社の利益に回復できない損害を与える恐れがある場合、前項規定の株主は会社の利益のために自己の名義を持って直接に人民法院に提訴する権利を有する。」

152条3項：「他の者が会社の合法的權益を侵害し会社に損害を与えた場合は、150条1項が定める株主は152条第1項と第2項の規定に基づき人民法院に訴訟を提起することができる。」

2 株主代表訴訟に関連する他の規定

中国の株主代表訴訟制度については上記のように、基本的に中国改正会社法152条によっているが、他の条文では株主代表訴訟に関する記述も散見されている。

中国改正会社法20条は、株主権の濫用について、次のように定めている。

20条1項：「株主は法律、行政法規と会社定款を遵守して株主権を行使しなければならない、株主権を濫用して会社あるいは他の株主の利益を害してはならない。また、会社法人の独立の地位と株主の有限責任を濫用して会社債権者の利益を害してはならない。」

20条2項：「株主が株主権を濫用して会社あるいは他の株主に損失を与えた場合、株主は法律に基づき損害賠償責任を負う。」

代表訴訟提起権はいうまでもなく株主権の1つとして考えられるため、本条は、明らかに株主権の濫用的な代表訴訟を防止することにあると考えられる。

二 中国法における株主代表訴訟制度の沿革

1 従来中国法における株主代表訴訟制度の不在

(1) 中国会社法における株主訴権—111条について

もともと、中国会社法においては、株主代表訴訟に関わる明文上の定めはないが、株主が経営者を相手とする条文は存在した。それは中国会社法の111条である(以下、111条と略す)。111条は株主の訴権について、「株主総会、取締役会の決議が、法律・行政法規に違反し、株主の合法的權益を侵害する場合、株主は人民法院に当該違法行為および侵害行為の差止請求の訴えを提起する権利を有する」と定めていた。

つまり、111条では株主に一種の対経営者訴権を与えるわけである。ただし、この株主に与えられる訴権の法的性質について、それが株主代表訴訟を含むかどうかについては、中国の学説は分かれている。

賛成説は、少数株主の権利を守るために111条を拡張して解釈すれば、中国会社法において少数株主の代表訴訟提起権を定めているという解釈ができると主張している〔注6〕。これに対して、反対説は次のように主張している。すなわち、①当該条文によって株主が

訴えを提起できるのは、株主総会、取締役会の決議が法律、行政法規に違反する場合に限定されており、定款に違反する場合は含まれていない、②株主には、人民法院に対して違法行為および侵害行為を差止める権利を認めたものの、当該行為により生じる損害賠償請求を人民法院に提起することは認められていない、③当該条文は会社法の他の条文との関連上も、株主代表訴訟を認めていない〔注7〕、④当該条文は株主の直接訴訟を体现するに過ぎない〔注8〕。なお、賛成説と反対説とは別に、折衷説もある。この説は、中国会社法111条が代表訴訟の規定であるとみなされると同時に、修飾する部分が多いため、当該条文が形骸化した存在に過ぎないと唱えている〔注9〕。

私見としては、反対説の方が正しいと思う。理由は次の通りである。第1に、111条の文言からすると、株主の訴権はその違法行為を差止めることにとどまっている。しかも、差止める違法行為は株主総会と取締役会の決議が法律・行政法規に違反し、株主の合法的権益を侵害する場合に限られている。すなわち、111条は株主代表訴訟に関わる条文ではなく、もっぱら総会または取締役会決議の瑕疵(法律・定款違反など)の争いに関する株主の訴権として定められる条文に過ぎない。第2に、強いてそれが株主代表訴訟を定める条文とみるにしても、如何なる株主がどういう要件・手続の下でその代表訴訟を提起できるのかについて一切言及していない。しかも、当該条文の趣旨は会社の利益が害されるのではなく、株主の利益が侵害されることに限られる。つまり、これは一種の株主直接訴訟の根拠条文に過ぎない。したがって、111条が株主代表訴訟を定める条文とはいえない。

(2)中国SECにおける株主訴権―「上場会社のコーポレート・ガバナンス準則」4条について

中国SECが公表した「上場会社のコーポレート・ガバナンス準則」〔注10〕(以下、「準則」と略す)は、中国会社法と同じように、株主代表訴訟について明文上の規定を避けたが、株主訴権について中国会社法より詳しく定めていた。

「準則」4条は次のように定めている。すなわち、①株主は法律・行政法規の規定に基づき民事訴訟またはその他の法律手段を通じて自らの合法的権利を主張する権利を有す

る、②株主総会および取締役会の決議が法律・行政法規の規定に違反し、株主の合法的権利を害する場合には、株主は法律に基づき当該違法行為または侵害行為の差止請求の訴えを提起する権利を有する、③取締役、監査役、社長が業務執行について法律・行政法規・定款の規定に違反し、会社に損害を与えた場合、賠償の責任を負わなければならない。株主は会社に対して、法律に基づき損害賠償の訴えを提起することを要求する権利を有する。

条文からすると、「準則」4条は3つの部分があると思う。第1の部分は、株主に自らの権利を守る権限を明確に与えた。しかも、その権限を行使する道筋は、民事訴訟および他の法的手段である。第2の部分は、中国会社法111条と殆んど同じように、いわゆる株主差止請求権を定めているのである。注目すべきなのは第3の部分である。つまり、会社の高級役員が業務執行にあたって、法律・行政法規・定款の規定に違反し、会社に損害を与えた場合、賠償の責任を負うと定めると同時に、株主は会社はその損害の賠償を請求することを促すことができるということである。ある専門家は、この条文がはじめて株主代表訴訟を明確に定める規定だと主張している〔注11〕。

私見としては、「準則」4条は未だ株主代表訴訟の規定とはなりえていないと思う。確かに、株主の訴権について、中国会社法111条より「準則」4条は一層詳しい規定を設けた。たとえば、4条第1の部分では、株主が訴訟でその紛争を解決することは推奨されている。これは大きな意味を持つと思う。つまり、中国SECは株主とりわけ少数株主の利益を重視し始め、株主が法律を武器にして自分の利益を守ることを奨励するわけである。なお、4条第3の部分について、恐らく中国SECは会社の高級役員に対する訴えの行使がしばしば怠られることを想定し、会社に対しその訴権を行使させることを促す権限を株主に与えるのではないかとと思われる。しかし、よく考えると、次の問題が出てくる。すなわち、通常は会社に損害を与えるのが会社の取締役会会長・社長・監査役であり、会社を支配しているこの高級役員たちが、自ら会社に自己責任の追及を求めることは殆んど期待できないだろう。そうすると、株主が会社はその訴権の行使を要求したとしても、会社が損害賠償請求の訴えを怠った場合、株主が会社に代わってその訴訟を提起しうるのだろうか。条文の

文言を見る限り、この場合において株主は会社に提訴を促す権利を有するが、その権利を会社に代わって代位行使できるかどうかが不明のままである。なお、株主代表訴訟を提起する場合にあたって、一定の条件が満たされる必要はある〔注12〕。「準則」4条は原告適格、株主が会社に代わって提訴できる条件など肝心なところに曖昧な部分あるいは言及していない部分が残されているため、株主の訴権があくまで会社に促すことにとどまり、会社に代わって訴訟を提起するという一歩前へ進むことが実際できないというように理解せざるをえないだろう〔注13〕。したがって、「準則」4条が株主代表訴訟を定める条文とはいえない。

(3)中国最高人民法院の立場

中国改正会社法が株主代表訴訟制度を正式に導入した前に、中国最高人民法院は株主代表訴訟について、2つの司法解釈を作り出した。

1つは、中国最高人民法院が1994年に作り出した「法経（1994）269号批複」〔注14〕である(以下、批複と略す)。この批複において、最も注目すべき部分は、やはり中国最高人民法院が株主代表訴訟の代位訴訟性を意識したうえで、中国会社法が定めていない株主代表訴訟を認めることである〔注15〕。すなわち、会社の取締役会が支配株主によって支配されるため会社が代表訴訟の提起を怠った場合、その他の非支配株主が会社に代わって訴訟を提起することができ、人民法院も受理すべきということである。本件が中国会社法を施行した直後に現れたものであり、最高人民法院は株主の権利を訴訟の形で守るという面について、この事件を通じて積極的な態度を取っていた。しかし、株主代表訴訟の法的性質について、最高人民法院は代位訴訟性を意識したものの、明らかにしたわけではない。しかも、本件におけるその非支配株主たる原告側は個人株主ではなく、国有企業であり、いわゆる国有法人株主である。社会主義の下で、国有企業の利益を保護するのは当然であるが、この立場が個人株主に対しても適用できるか否かは不明確のままである。したがって、当該批複が株主代表訴訟の前例を確立したというのが時期尚早である。

もう1つは、中国最高人民法院が2003年11月4日に公表した「会社紛争事件の審理に関する

る若干の問題の規定(一)(征求意见稿1)〔注16〕(以下、「意見稿1」と略す)である。中国最高人民法院は、中国民法、会社法、民事訴訟法、契約法などに基づき、「意見稿1」を公表し、社会各界の意見を求めていた。その後、公開で集められた意見を検討し、2004年8月に「会社紛争事件の審理に関する若干問題の規定(一)(征求意见稿2)」(以下、「意見稿2」と略す)を制定した。そのうち、「意見稿1」と「意見稿2」は株主代表訴訟について詳細に定め、中国最高人民法院が株主代表訴訟を正式に認める立場をはじめて明らかにした。「意見稿1」と「意見稿2」は、正式な効力がなく、あくまで中国会社法の改正前の過渡的なものであり、2006年中国改正会社法の公表により廃止することになったが、中国株主代表訴訟制度を研究するにあたって、当該規定を検討することが有意義であると考えするため、本稿のⅡとⅢにおいて、その条文を取り上げたい。

2. 中国会社法における株主代表訴訟制度不在の原因

前述のように、中国会社法が成立してから中国改正会社法が正式に株主代表訴訟制度を導入するまでの長い間(1994—2005)、中国法には株主代表訴訟制度がなかった。株主代表訴訟制度が存在しなかった原因は次のように考えられると思う。

第1に、中国株式会社における所有と経営の未分離。周知のように、株主代表訴訟制度は、所有と経営との分離を前提として、所有者である株主がその所有権に基づいて、取締役を中心とする経営者の権限濫用を抑制する手段の1つである。しかし、もともと中国は社会主義の公有制経済体制を採用するため、所有と経営の分離が問題とされていなかった。いいかえれば、所有と経営の対抗関係がなかった。中国では、従来の国有企業〔注17〕における所有権と経営権は、中央政府あるいは各地方政府に独占され、国家は国有資産の代表者として、企業の所有権を持つのであると同時に、経営権をも把握している〔注18〕。したがって、このようなコーポレート・ガバナンスは、いわゆる所有権と経営権が分離していないシステムである。こういう経営者と所有者が合一するシステムの下で、当初の中国にとって株主代表訴訟のような監督手段は必要がなかったのである。

第2に、立法上の偏向。中国における会社法の立法は、1950年12月29日に公表された

「私営企業暫定条例」に始まるといわれるが〔注19〕、本格的会社法の立法は文化大革命の終焉である1977年以後から始まるのである〔注20〕。これは、やはり社会主義的市場経済の樹立〔注21〕に伴って現代化の急速な発展にほかならないのである。このような背景の下で、1983年からほぼ10年の時間をかけて、中国全国人民代表大会常務委員会法制工作委员会は、「有限責任会社規範意見」、「株式会社規範意見」を参照しながら、国有企業の株式会社への転換を法的に保障するという位置付けで、中国会社法(1994)が制定されたのである。したがって、立法者は中国会社法を制定するにあたって、如何に株式会社制度を国有企業に円滑に導入するかという改革政策に対する法律上の保障を整備したうえで、資本市場(実際は国民の貯金である)から国有企業への融資を確保することは最優先の問題として考えていた。しかし、資金調達の面を重視する一方、株主保護の面ではあまり力を入れていない。なぜなら、当初の株式制度改革を行った国有企業において、株主とは国家株主〔注22〕だけと認識されていた。国有企業は完全に国家株主に支配されている限り、それほど株主の保護は必要がないのである。強いては株主の保護といっても、国家株主を重視する方向に傾けるのである。つまり、当初の中国会社法において、基本的に国家株主の権利行使に便宜を図ることが、健全なコーポレート・ガバナンスを構築するための第1主眼〔注23〕とされている。これに対して、株主権とりわけ中小株主権の保護に関する条文は少なく、しかも具体的にどのように適用・操作するかという問題点も残している。

第3に、政策上の配慮。もし中国会社法を制定した当初は株主代表訴訟制度を導入すれば、一旦株主代表訴訟を提起する場合、政府の対応が問題となる。本来ならば、株主代表訴訟を提起することはあくまで民事訴訟の一種であり、原則として公的権力機関である政府とは無関係である(行政訴訟は別の問題となる)。しかし、中国は社会主義を維持する限り、政府は国有企業の最大の所有者として国有企業の経営に関与しているのである〔注24〕。したがって、株主代表訴訟を提起すれば、行政機関の責任者は経営者として責任を追及される可能性が十分に考えられる。いいかえれば、政府の代表者たる官僚は株主代表訴訟の提起により被告として訴えられる可能性がある。そうすると、政府の対応が難しい。

なぜなら、これは政府の面子の問題だけでなく、政治の面において、市民運動を起こす可能性も否定できない。社会の安定を最優先とする中国政府はこの不都合を回避するため、政府と国有企業の間係をうまく整備するまで、当面では株主代表訴訟が不安材料とみなされることも不思議ではなかった。

三 アメリカ・日本法から見た中国株主代表訴訟制度の課題

2006年の中国改正会社法への新たな株主代表訴訟制度の導入は、かつてない強い訴権を株主に与え、これによって、中国の株主は会社のために経営者の責任を追及する訴えを提起する手段を初めて手に入れ、経営者は初めて緊張感のある監督の下に置かれることになったといい得るのであり、その点からしても会社のコンプライアンス・ガバナンスの視点からして高く評価すべできる。

しかし、このようにして新設された中国の株主代表訴訟制度においてもなお、訴権強化と濫訴防止のあり方について課題を残している。すなわち、前記第152条および20条をもってしても訴権強化と濫訴防止の課題を解決するには充分でないと思われる。アメリカ・日本法からみると、すくなくとも次のような課題があると思われる。

1 訴権強化の課題

中国改正会社法における株主代表訴訟は、訴権強化に関し、訴訟をもって追及しうる責任主体と責任事由を広く規定することによって果たそうとしている。つまり、責任主体については、取締役などの経営者だけでなく、「他の者」(152条3項)としての第三者も含めしている。また、責任事由については、会社定款の違反だけでなく、法律と行政法規に反する場合にも及ぼしている。しかし、これのみをもって訴権強化の目的が果たせるかにつき次のような課題があると思われる。

第1に、株主代表訴訟が提起された後に、株式移転・株式交換など株主の本意によらない株式の帰属変更がある場合に、代表訴訟における原告の提訴資格を継続できるかどうかについて、中国改正会社法は全く言及していない。これに対して、アメリカ・日本法はすでに手段を講じている。アメリカの一部の判例と日本の会社法は、株式移転・株式交換が

あったとしても原告の提訴資格は失われず、代表訴訟が続行できるとしており、代表訴訟の訴権をさらに強化していると思われる。市場経済の導入に伴って頻繁に企業合併などの企業再編を行っている今日の中国においても、この課題の重要性はますます高くなりつつある。すなわち、近い将来の中国において、経営者が自らの責任を免れるために株式移転・株式交換という手段をもって係争中の株主代表訴訟を潰す可能性も予想されるのである。この意味では、株式移転・株式交換があった場合に、如何に株主の代表訴訟提起権を保障するかが、中国株主代表訴訟における訴権強化の課題として残されている。

第2に、株主代表訴訟を提起するにあたって、訴訟費用(訴訟手数料)も大きな問題であるが、この課題について、中国改正会社法は空白のままである〔注25〕。アメリカ・日本法は、代表訴訟を利用しやすいようにするため、ともに訴訟費用を低額に抑えている。代表訴訟は株主が会社のために提訴する制度であること、勝訴の場合でも提訴株主に直接的なメリットはないことに鑑み、株主に対して代表訴訟を費用面で容易に提起しうることへのインセンティブが与えられるべきである。そうすると、中国改正会社法が訴訟費用の問題を残したままであることは大きな課題と言わざるを得ない。

2 濫訴防止の課題

新しく導入された中国の株主代表訴訟制度の特質において指摘すべき点の1つは、伝統的な濫訴防止制度と考えられる担保提供制度の不在である。アメリカ・日本法は濫用的な株主代表訴訟に対応するための一方策として、担保提供がよく用いられる。アメリカ法における担保提供制度は、ニューヨーク州など一部の州が株主代表訴訟に対する反感に基づき、濫訴防止の一環として（とりわけ小株主による濫訴防止のため）1944年以後から設けられたのである。日本法における担保提供制度は、1951年(昭和26年)のアメリカ商法制度を中心とする商法改正により株主代表訴訟の濫訴に対する懸念から導入されたものである。1993年(平成5年)の商法改正により株主代表訴訟が提起しやすくなったため、担保提供制度は日本現行法では濫訴から経営者を守る有効な手段として、その申立てが頻繁に行われている。もっとも、担保提供制度の限界があること〔注26〕に鑑みると、中国法が当該

制度を採用しないことも一定の理由はあろうが、その場合にあっては、それに替えて如何に他の濫訴防止制度を講じるかの課題が残されることになる。これについて、中国改正会社法152条は、下記のように原告適格と会社に対する提訴請求をもって濫用的な代表訴訟に対応しようとしている。

第1に、原告適格について。中国株式会社の株主が代表訴訟を提訴しようとするれば、1%超の持株比率と180日の株式の保有期間の要件を満たすことが必要である(有限責任会社の場合はこういう制限はない)。株主の原告適格に1%超の持株比率要件を課すことは極めて大きな問題となる。つまり、大株主にとっては1%超の持株比率を満たすことは決して困難ではないため、濫訴防止の意味は殆んどない。これに対して、株式が広範に分散している上場会社の中小株主にとって、1%超の要件を満たすためには膨大な金員とかなりの時間と精力を費やすことを含めて考えると、原告適格はむしろ提訴を阻害するものとなってしまふ。これについて、アメリカ・日本法は原告適格に若干の要件を加えるものの〔注27〕、持株比率については一株の保有であったとしても提起できるとする単独株主権方式を採用している。

第2に、会社の提訴判断による濫訴防止の問題がある。中国改正会社法が、株主の会社に対する提訴請求という前置手続を設ける理由は、恐らく代表訴訟の提起権が本来は会社に属する権利であることを意識したうえで、代表訴訟提起の当否を判断する権限すなわち提訴判断権をまず会社に与える趣旨に出るのではないかと考えられる。なぜなら、もし追及された取締役の責任が些細であり、しかも請求された賠償額が代表訴訟の継続により予期される損害額を上回る恐れがあるとき、やはり会社側の提訴判断を尊重し、濫用的な代表訴訟を早期に終了する必要がある。しかし、中国改正会社法は、会社の提訴判断権を認めるものの、事実上は形骸化することになると思われる。つまり、会社側が30日以内に提訴しなかった場合、あるいは緊急に提訴しなければ会社に回復できない損害を与える恐れがある場合、株主は会社側の提訴判断を待たずに直ちに訴訟を提起することができる。これに対して、アメリカ・日本法は濫用的な代表訴訟について、会社の提訴判断権を経営

判断の原則をもって対応している。アメリカ法において、会社側は代表訴訟に対する提訴判断権を確実に持っている。つまり、株主は代表訴訟を提起する前に、会社(取締役会)に提訴請求をする必要がある。もし会社側がこの提訴請求に対して訴訟終了の決定を出す場合、当該提訴判断は一種の経営判断とみなされ経営判断の原則を適用し〔注28〕、裁判所は基本的に取締役会の訴訟終了の決定を尊重し〔注29〕、結局株主は代表訴訟が提起できなくなり、これによって濫用的な代表訴訟に対応できる。なお、日本会社法が不提訴理由書制度の導入により、裁判所は会社側の提訴判断を認める可能性が出てくる〔注30〕。日本の判例においても、代表訴訟が提起されている場合に取締役の防御方法として経営判断の原則が用いられる〔注31〕。経営判断の原則が適用される場合は取締役は義務に違反するものではないと考えられるため、取締役が責任の追及から逃れられるのである。このような対応によって、取締役は濫用的な代表訴訟の恐怖から解放される。これに対して、中国は経営判断の原則について、あくまでも学説上における議論にとどまっており、中国改正会社法は全く触れていない。

第3に、中国改正会社法152条における原告適格と会社の提訴請求の他、20条における株主権濫用の理論も濫訴防止の手段の1つとして考えられるが、これによって株主代表訴訟の濫訴問題を解決できるか疑問である。株主権濫用の理論により株主代表訴訟の濫訴を防止する点について、アメリカ・日本法各々、表現が異なるものの(アメリカの場合はクリーン・ハNZと称し、日本の場合は株主権の濫用と称している)、基本的にこの法理を認めて訴訟が却下されるのは、極めて例外的場合に限って慎重に適用すべしと解している〔注32〕。中国改正会社法は日本会社法と同じように明文上において株主権濫用の理論を設けるが、その本来の趣旨は、概ね中国においては株主が有限責任を濫用し債務および他の法律上の義務を回避することが多いのが実情であり、そのためにこれを防ぐためということに留意しなければならない。いいかえれば、中国改正会社法を見る限り、この条文はもっぱら株主代表訴訟の濫訴防止という目的のためではないように考えられる。また、如何なる場合に濫用にあたるかという判断基準も全く示されていない。しかも、株主権濫用の理

論に対して最高人民法院は司法実践の経験を欠いている。そうすると、アメリカ・日本法においても極めて限定かつ厳格に適用されている株主権濫用の理論は、中国改正会社法における株主代表訴訟の濫訴防止制度として応用されるにあたって、適切な効果を期待できるかが大きな疑問である。

前述のように、2006年1月に中国改正会社法が導入した株主代表訴訟制度は、訴権強化と濫訴防止のバランスを図ろうとはしているが、実は双方とも完全さに欠けるところがあり、問題点を抱えたままである。すなわち、訴権強化の面では、株式移転・株式交換によって原告提訴資格の確保など予見できる事情に対応できないことと、訴訟費用(訴訟手数料)が不明確であることがあるため、株主の訴権行使に大きなブレーキをかけ、よって訴権の行使が大幅に減殺される恐れがある。一方、濫訴防止の面では、担保提供制度を採用しないことも手伝って、原告適格(持株比率と持株の保有期間)と株主権濫用の理論のみをもつてしてはいまだ濫訴防止の目的を果たせないなどの課題が残されている。

〔注1〕社会・経済の発展にしたがって、中国政府の経済政策が大きく転換し、国民経済の支柱である国

* 有企業の経営管理水準・効率と競争力を高めるために企業における所有と経営の分離を進める政策がとられ、国有企業を株式会社に転換することは有益な試みであると考えられている。

〔注2〕中国における司法解釈の法的性質と中身について、2007年4月1日に中国最高人民法院が制定した「最高人民法院の司法解釈工作に関する規定」(以下、「規定」と略す)は、次のように定めている。

①人民法院が審判するにあたって如何に法律を具体的に適用するかという問題に遭遇した場合に、中国最高人民法院が司法解釈を定めることができ(「規定」2条)、その司法解釈が法律の効力を有する(「規定」5条)。②司法解釈には、(ア)解釈(審判するにあたって具体的な法律を如何に応用するか、あるいはあるケース、ある問題に対して如何に法律をもって対応するかを定める司法解釈を指す)、(イ)規定(立法精神に基づき審判の必要に応じて規範、意見などを制定する司法解釈を指す)、(ウ)批復(高級人民法院が審判中における具体的な法律問題の応用につき、最高人民法院に指図を求めることに対して回答する司法解釈を指す)、(エ)決定(前の司法解釈を修正しあるいは廃止

するものを指す)、など四つの類型がある(「規定」6条)。

〔注3〕中国SECは、上場会社における健全な企業統治を構築するため、規範を制定する権限を有する。

これらの規範は一種の行政法規と考えられている。

〔注4〕国函とは、中国国務院が公表した文献の略称である。

〔注5〕中国改正会社法150条は、「取締役・監査役・高級役員は会社の職務を執行するにあたって、法律・行政法規あるいは会社定款に違反し会社に損害を与えた場合には、損害賠償責任を負う」と定めている。

〔注6〕漆多俊主編『国有企業における株式会社改組に関する法律問題研究』(原文:『国有企業股份公司改組法律問題研究』)111頁(中国方正出版社、2003)。

〔注7〕王文傑『国有企業における株式会社制度改革の法的分析』(原文:『国有企業公司化改制的法律分析』)211-212頁(法律出版社、1997)。

〔注8〕宣偉華＝李辰「上場会社のコーポレート・ガバナンス準則に関する若干問題点の分析」(原文:「上場公司治理準則若干問題評析」)上場会社2002年7号。

〔注9〕李静水「会社資産の特殊性およびその投資者權益の保護について」(原文:「論公司資産的特殊性及其投資者權益保護」)中国法学1995年3号42頁。

〔注10〕国際潮流に対応できるコーポレート・ガバナンスを構築し、上場会社の健全な運営の確保を図るため、中国SECは2002年1月7日に国家経済貿易委員会と連名する形で、「上場会社のコーポレート・ガバナンス準則」を公表した。この「準則」は、コーポレート・ガバナンスの視点から上場会社の制度全般について新たに設けられた自主規制であるが、すべての上場会社がそれに従わなければならない。

〔注11〕宣偉華＝李辰・前掲注(8)。

〔注12〕たとえば、日本会社法では、6か月前から引続き株式を有する株主が書面を持って会社に対して取締役の責任を追及する訴えを提起すべきことを請求しなければならないとしており(847条1項)、会社が株主から取締役の責任を追及する訴えを受けた後、60日以内にその訴訟を提起しない場合、株主

が会社のため訴訟を提起することができる(847条3項)と定めている。

〔注13〕これに対して、「準則」草案24条は、「取締役会の決議が法律、行政法規に違反して株主の合法的權益を犯し、あるいは取締役・監査役・高級役員がその職務を履行するにあたって法律・行政法規・若しくは会社定款の規定に違反し会社に損害を与えた場合、株主は損害賠償を求める権利を有する。株主が法律・法規の規定に基づき民事訴訟という方式を通じて損害賠償を獲得することは奨励される」と定めた。なお、「準則」草案24条は、株主は民事訴訟をもって損害賠償を求めることができるとしている。両者を比べると、草案に比して「準則」4条における株主は会社に訴訟提起を促すことしかできないという点で、一步後退していると言わざるを得ない。この意味では、当該条文はむしろ日本旧商法266条(取締役の会社に対する責任)に相当するものと思われる。

〔注14〕批復とは、高級人民法院が審判中における具体的な法律問題の解決につき、最高人民法院に指図を求めることに対して示された司法解釈を指すのである。具体的には〔注2〕の(ウ)を参照。

〔注15〕批復に関わる事件の概要は次の通りである。張家港市テリレン工場（以下、「X」と略す）と香港吉雄有限会社（以下、「Y」と略す）は、張家港吉雄化纖有限会社（以下、「A」と略す）という合資企業を設立した。「A」は香港大興工程会社（以下、「B」と略す）との間には、仕入れと販売に関して紛争があった。「A」の支配株主「Y」は販売側の「B」と直接的な利害関係があるため、「Y」が「A」の取締役会を開き、「A」の名義で「B」を起訴することを拒否した。よって、「X」の利益は法律の保護を受けられず損害を被った。江蘇省高級人民法院はこの事件について最高人民法院にその司法解釈を求めた。中国最高人民法院は慎重に検討したうえ、1994年11月4日に江蘇省高級人民法院に対して次のように言渡した。「……合資企業の取締役会が訴訟を提起しない場合、「X」が株主としてその訴権を行使することができ、人民法院は法律に基づき受理すべきである。しかし、本件においては、契約条項中に、仲裁の約款が含まれているため、当該紛争は仲裁によって解決すべきであり、人民法院は受理すべきではない」とした。

〔注16〕「意見稿1」も一種の司法解釈である。それは、立法精神に基づき審判の必要に応じて規範、意見などを示す司法解釈を指すのである。具体的には〔注2〕の(イ)を参照。「意見稿1」を制定する背

景は、次のように考えられる。すなわち、中国の社会主義市場経済の発展に伴って、近年においては、会社設立、株式譲渡、株主訴訟など会社に関わる訴訟が急激に増えている。これに対して、中国会社法は修正されたが、株主の利益を保護するための司法救済を求めにくい状況は根本的に改善されていないため、依然として現実の司法裁判の需要に適応できていない。この状況に鑑み、中国最高人民法院は、法政策の一貫性を維持すると同時に、会社と株主の権利を保護し、会社紛争事件を正確に審理するため、中国の法律実務と合せてそれに相応しい司法解釈を示すことが急務であることを認識した。

〔注17〕「国有」という言葉は、国が企業を所有すると同時に経営するという意味である。

〔注18〕典型的な計画経済のコーポレート・ガバナンスに関する理論によれば、国有企業は「全(国)民所有制」企業であり、原則として国有資産は全ての人民に帰属するという規定がなされているが、国家は所有者たる人民の代表者として、国营企業の所有権と経営権を行使するというように理解されている。

〔注19〕王保樹＝崔勤之『中国企業法論』31頁(1991)。

〔注20〕詳しいことは、奥島孝康＝李飛「中国の企業体制改革と会社立法の動向」比較法学23巻1号111頁以下を参照(1990)。

〔注21〕この政策を最初に明らかにしたのは、1993年11月14日第14回中国共産党中央委員会第3回全体会議における決定である。すなわち、中国の特徴をもつ社会主義を建設するという鄧小平理論に基づき、中国の改革開放と経済建設を促進するために、社会主義的市場経済体制の樹立が必要とされた。この決定によって、はじめて「社会主義的市場経済の確立」という方針が決まったのである。

〔注22〕国有株主は簡単に言えば、国有株を所持する者と指すのである。国有株について、1994年10月に国家国有資産管理局が通達した「株式有限会社における国有株権管理暫定弁法」2条2項によると、いわゆる国家株は、国家を代表して投資する権限を有する政府部門あるいは機構が、国有資産をもって会社に投資することによって形成する株式である。国家株は国有財産の代表権者である国務院から授権される行政部門または機関が所持し、あるいは国務院の決定に基づき地方政府が授権する

部門または機関が所持する。これらの部門と機関が国家株主にあたると考えられる。

〔注23〕王保樹「経済体制転換中の会社法が直面する転換一会社法の修正において注意すべき若干問題点について」（原文：「経済体制転換中の公司法面臨的轉變一公司法修改中值得注意的幾個問題」）王保樹主編『商事法論集』第5巻16頁（法律出版社、2000）。

〔注24〕政府もしくは政府の行政機関は国家株主の代表として影響力をもち、上場国有会社の経営者を指名し、あるいは行政機関の責任者が直接に経営者として就任することは今日においても稀ではない。

〔注25〕訴訟費用について、中国國務院が2007年4月1日に施行した「訴訟費用支払規定」（原文：「訴訟費用交納弁法」）は、民事訴訟費用について財産上の請求と非財産上の請求に分けて定めているが、株主代表訴訟がどちらに属するのかは明確にしていない。

〔注26〕アメリカ・日本法のいずれも、原告が担保を提供した場合には、たとえ株主代表訴訟の濫用性が明白であっても継続できる点を考えると、担保提供制度も濫訴防止策としては限界がある。

〔注27〕例えば、日本会社法における引続き6か月所有という持株の所持時間要件と、アメリカ法における公正かつ適切な代表性と行為時株主の原則などの要件が課されている。

〔注28〕利害関係のない取締役によって構成される特別訴訟委員会は、訴えの提起により会社が受ける利益と会社が被る損失とを比較したうえで、訴えの提起が会社の最善の利益にならないと判断した場合には、提訴請求を終了させることができる。

〔注29〕しかし、特別訴訟委員会が当該訴訟終了の決定を出すにあたって、独立性と公正性の喪失あるいは公序良俗に反する恐れがあると裁判所が判断する場合、やはり当該終了決定は裁判所の司法審査に服することになる。

〔注30〕この不提訴理由書の提出は、「しっかりした内容の不提訴理由書が被告となった役員などの手を通して裁判所に提出された場合は、米国において信頼できる訴訟委員会の調査結果の具申があったと同様の機能を事実上果たすことが予想される」との見解がある。江頭憲次郎「新会社法による不提訴理由書制度の導入」月刊監査役501号3頁（2005）。

〔注31〕つまり、裁判で被告取締役の義務違反を理由とする責任の存否を争う場合に「経営判断の原則」

有無を判断するのである。具体的には、日本の裁判所は、問題となる行為を行った時に経営判断の前提となった事実の認識について不注意な誤りがあるかどうか、その事実に基づき意思決定の過程及び内容が経営者として著しく不合理なものといえるかどうか、当該経営判断は許される裁量の範囲を逸脱するものであるかどうかを中心に審査する。

〔注32〕たとえば、アメリカ法は、原告に個人的な目的を達成するなど不当な提訴動機があっても、そのことを一般的にはそれほど重視してない。これに対して、日本会社法は株主権濫用の法理を明文化し、提訴株主もしくは第3者の不正な利益を図りまたは当該株式会社に損害を加えることを目的とする場合には却下すべきであると定めている(会社法847条1項1号)。

Ⅱ 訴権強化制度の比較法的考察

周知のように、経済の発展がもたらした所有と経営の分離に伴って、株主の地位は所有者という伝統的な性格を失い、単なる投資者(債権者)の形に変貌した一方、会社の経営者は強力な経営権を手に入れ、当該経営権を利用し自己または他人の利益を図って会社ないし株主の利益を損なう危険性が高まりつつある。経営者権限の拡大と株主地位の弱化というような力関係の消長を考えると、やはり株主の利益を守るため、株主に強力な訴権を与える必要があるのである。株主代表訴訟は、まさしく株主と会社の利益を守って、経営者の専横に対抗するために誕生した制度である。そうすると、経済の発展に伴って如何に株主代表訴訟制度の監督・是正機能を発揮せしめ、健全な企業統治を果たして会社と株主の利益を守るかが大きな課題である。この考えに基づき、以下は、中国・アメリカ・日本法における株主代表訴訟の訴権強化制度を考察してみる。

❶ 株主代表訴訟の責任主体

1 比較の視座

株主代表訴訟は所有者たる株主が経営上の判断の公正性・適正性を問う訴訟である。したがって、そこにおける責任主体すなわち被告は、経営上の判断につき、法律上あるいは事実上の権限を有する主体であることになる。そうすると、取締役のような法律上の経営判断権限を与えられた機関にいる者に限られることなく、経営判断に影響を与え得る支配株主などの大株主や第三者も責任主体となり得る可能性を持つことになり、その範囲はかなり広がることとなる。この方向性はすでに中国・アメリカ・日本法に共通している。中国法では、取締役、監査役、高級役員、支配株主などの第三者が責任主体となっている(中国改正会社法152条。支配株主について、152条3項は会社の合法的權益を侵害した「他の者」とする)。アメリカ法では、取締役の他に支配株主や従業員さらには第三者も責任主体に含まれるとされている。日本法は、取締役の他、監査役、会計監査人、発起人、清算人、利益供与者、不当価格による新株引受人、委員会設置会社における執行役を含んでいる(新「会社法」847条)。

責任主体のこのような広い範囲の規定化の状況下において比較法的考察を行う場合の視

座は、これらを単に平面的に比較するのではなく、代表訴訟によって経営の公正さを実現するためにそれぞれの国が重視している、あるいは重視すべき責任主体はどの主体であるかを、会社の経営判断をめぐる諸実態から浮かび上げるところにある。

2 中国法

(1) 経営者

株主代表訴訟の責任主体について、中国最高人民法院は「意見稿1」と「意見稿2」という司法解釈〔注1〕の形で定めていた。「意見稿1」と「意見稿2」は、共に会社の代表取締役、取締役、監査役などの高級役員が株主代表訴訟の責任主体になるとしている(「意見稿1」43条、「意見稿2」40条)。

中国改正会社法と「草案」は、取締役、監査役の他、高級役員も株主代表訴訟の責任主体になることについて中国最高人民法院の意見と同じであるが、高級役員の定義について、より具体的に定めている。つまり、「草案」では、「会社の社長、副社長、財務責任者、取締役会の秘書あるいは会社定款に定められる他の者」が高級役員とみなされている(「草案」12条)。これに対して、中国改正会社法は、「会社の社長、副社長、財務責任者、上場会社における取締役会の秘書あるいは会社定款に定められる他の者」としている(217条1項)。秘書の定義について、「草案」と中国改正会社法には若干の違いがあつて、「草案」では「取締役会の秘書」となっているのに対して中国改正会社法では「上場会社における取締役会の秘書」というように変化している。近年で告発した上場会社における不祥事のうち、秘書が取締役の側近として〔注2〕往々にして問題となる不法行為に関与している場合が多いことに鑑み、上場会社における取締役会の秘書は株主代表訴訟の責任主体として挙げられていると考えられる。

(2) 支配株主

① 支配株主の定義

中国株主代表訴訟において、支配株主も責任主体になることについて、中国最高人民法院と中国改正会社法の立場〔注3〕はほぼ同じであるが、その定義について若干の違いがある。

中国最高人民法院「意見稿1」は、支配株主について、實際上会社の経営に参加し、かつ会社の主要な戦略決定活動に影響を及ぼす株主を指すと定めている(43条2項)。しかし、この定義はあまりにも概略的であり、代表訴訟を提起するにあたって、支配株主の認定には支障が出る恐れがある。このこともあってか、「意見稿2」はより具体的な基準を設けている。つまり、事実上会社の経営管理に参加し、あるいは所持する会社の株式もしくは他の方法を通じて、会社の人事、財務、経営などの主要な戦略活動に重大な影響を与える株主を指すとしている(40条2項)。

これについて、中国改正会社法は、支配株主の概念につき、(ア)その出資額は有限会社資本総額の50%以上あるいはその持株が株式会社資本総額の50%以上を占めている株主、(イ)出資額あるいは持株比率は50%未満としても、当該出資額または所持の持株に基づき有する議決権が株主総会の決議に重大な影響を与えることができる株主、と定めている(217条2項)。

中国の学説は、支配株主の定義について、発行済み株式の50%を超える株式を所有する者、また会社発行済み株式の25%超を所有する支配会社と株主、あるいは直接もしくは間接にその会社を支配する株主と解すべきであると主張している〔注4〕。なお、「支配」という概念を把握するためには、3つのポイントがあると考えられる学説もある〔注5〕。すなわち、(ア)会社を支配する意思があるかどうか、(イ)会社の主要な経営活動に対して支配力を行使しているかどうか(通常、その様態は会社の重要な意思決定に影響力や圧力を加えているか、あるいは経営を支配して支配株主の経営戦略を貫徹していることである)、(ウ)会社に対する支配力の行使は、偶然的、一時的なものではなく、計画的かつ継続的に会社をコントロールしていることである。

②支配株主が責任主体とされる理由

中国改正会社法において、支配株主も株主代表訴訟の責任主体とされることは、次のような中国の実情と大きな関係にあると考えられる。

周知のように、中国では、社会主義的市場経済を維持して発展させるため、中国株式市場

における上場会社の大半は国家株主によって支配されている〔注6〕。国家株主の実態は、国有資産管理部門をはじめ、計画委員会、財政部門、国有銀行、国有資産投資会社など多様である〔注7〕。

本来ならば、中国上場会社の株式が国家株主に集中することそれ自体は、決して否定的なことのみに限らない。国家株主が絶対的支配権を持つことは、少なくとも理論上においては、経営者に対する監督・監視の問題に限れば、先進諸国よりむしろ中国の方がその強力な監督を実行することが可能であるといえる。なぜなら、内部モニタリングにとって、株式所有の集中度が高ければ高いほど、その監督に費やしたコストが低くなると同時に、効率が高くなる〔注8〕。国家株主の監督権限が積極的に行われれば、その権利濫用の場合を除いて、法律に基づき経営者人事に介入し、経営者の権利濫用から出資者の利益を守ることにもなり、経営者の牽制にあたって一定の効果がある〔注9〕と評価すべきである。

しかし、近年摘発された中国株式市場の不祥事に鑑みると、国家株主を中心とする支配株主は、本来の監督機能を果たすことはせず、むしろ不法行為を行うことによって、国家と中小株主の利益が著しく損なわれた事例が生じている。何故、上場会社における国家株主が絶対的支配権を持つにもかかわらず、その監督機能を発揮せず、むしろ会社の利益を害することになったのか。その原因は、やはり国家株主の実態にあると考える。中国上場会社における国家株主は概ね政府の行政機関、国有資産投資公司(会社)、集团公司(会社)などによって構成されているが〔注10〕、それぞれに問題がある。

第1に、国家株主が国有資産管理部門など行政機関〔注11〕の場合。国有資産管理部門が上場会社をコントロールする手段は、多くの場合には国家株主の権限(いわゆる企業に対する支配権)をその財産管理の傘下にある企業あるいは当該企業の取締役会会長に授権することによって行われる。これは、政府の国有資産管理部門が国家株主の代表を個々の上場会社の取締役会に派遣するような経営的人材を有しないためである。そうすると、監督権限を一任される企業法人与取締役会会長は如何に株主たる国家株主の支配権を行使するのが問題となる。とりわけ、取締役会会長が当該会社の傘下にある会社の社長を兼任して支配権

を握ることにより、結局は内部者(いわゆる経営者)専横の問題を生み出すのである。また、たとえ国有資産管理部門が国家株主の代表を派遣しても、彼らは政府の官僚として、経営者を監督するインセンティブを欠いている。つまり、彼らにとって、如何に一生懸命国家株主の権利および利益を守ろうとしても、自分自身との利害関係があまりなく、得にはならない。逆にいえば、たとえ国家株主の監督義務を怠ることによって会社が損害を受けても、彼らは政府から責任を問われる恐れがない。なお、積極的にその監督権限を行使しようとしても、彼らは政府の役員として行政管理能力は熟達しているものの、会社経営の分野についてはまったくの素人であるため、その能力をも備えていない。また、彼らが上場会社内部の情報を常時に把握できないという情報非対応性の問題もある。

第2に、国家株主が国有資産投資公司(会社)〔注12〕の場合。 国有資産投資公司は一種の国有持株会社であり、将来性もしくは成長性の高い会社に投資することによってその傘下の投資対象企業を支配することが求められている。しかし、国有資産投資公司は支配株主といっても、純粋な持株会社として直接に会社の経営に関与してはいないようである〔注13〕。この少数の取締役の派遣によっては、上場会社の経営情報について全般的に把握することは困難であるため、国有資産投資公司は上場会社を常時にコントロールできる状態ではないのである。

第3に、国家株主が集团公司〔注14〕の場合。 集团公司が親会社として上場会社をコントロールする手段は、主に上場会社に取り締役を派遣することである。派遣される取締役は、親会社である集团公司の代表および現役役員が中心となっている〔注15〕。それだけでなく、上場会社の役員のうち、親会社出身および親会社から移籍したものも多いのである。つまり、このケースにおける上場会社の取締役の多くは親会社で兼職し、あるいは親会社から派遣され、または親会社からの移籍によって構成される。つまり、親会社は派遣される取締役を通して上場会社を完全に支配することによって、監督される者たる経営者と監督者とする支配株主が合体されるため、支配株主による自我監督はもはや不可能である。

以上のように、国家株主が支配株主である場合において、上場子会社の経営者を監督でき

ない最大の原因は、やはり支配株主支配と経営者支配との実際上の一体化にあると思われる〔注16〕。これによって、次のような結果がもたらされる。つまり、支配株主支配と経営者支配は重なることによって、支配株主が経営者と結託して会社を食い物にすることになってしまふことが生じうる。したがって、中国の実情に鑑み、支配株主の違法行為を是正し、会社ひいては中小株主の利益を保護するために、中国改正会社法における代表訴訟の責任主体を支配株主までに拡張することが合理的な選択であると思われる。

3 アメリカ法

アメリカ法においては、株主代表訴訟における責任主体の範囲は極めて広範であり、単に取締役に限らず執行役員、支配株主、従業員と第三者などの外部者も含まれるのである。

アメリカの株主代表訴訟は、およそ取締役が会社の権利行使を怠っている可能性があるという理由で、株主が代わって訴訟を起せることに至った。だから、代表訴訟の責任主体は取締役だけでなく、執行役員に対しても支配株主などの大株主に対しても、取締役が会社の権利行使を怠っていると思えば代表訴訟を起せるということになってくるのである。

なお、アメリカにおける支配株主の認定基準については、問題となっている。資本多数決の原理によれば、株式会社における発行済み株式の過半数を有する者が基本的には支配株主とみなされるのはいうまでもない。しかし、所有と経営の分離に伴って、株式が広範に分散している段階では上記の定式はもはや支配株主の定義を正しく説明することができない。

これについては、すでにBerleとMeansは、次のような3つの方法のうちいずれかによってその支配権を行使できる株主は会社の支配株主であると主張した〔注17〕。つまり、第1に、会社に対する権限を行使する時に、取締役会を左右し、また誘導することができること、第2に、彼自身の合法的な権利に基づき行動しながら、ある一定の会社活動を遂行することができること(たとえば、取締役選出や定款変更のための投票または過去に取締役会が行った諸活動を追認するための投票などである)、第3に、形式的には、通常の株主と同列に並ぶが、実際には企業の運命に重大な影響を与える諸活動を遂行することができること、などである。

60年以降現在に至っても、アメリカでは支配株主の定義について前述の定義は変わっていない。たとえば、アメリカ法律協会 American Law Institute(以下は、ALIと略す)の「コーポレート・ガバナンスの原理：分析と勧告」(以下は、「原理」と略す)1.10条では、支配株主を次のように定めている〔注18〕。(ア)会社の株式の50%超を保有し、かつその議決権を有する者、(イ)その他の方法で株主としての地位に基づき、会社の管理、方針または当該取引に支配的影響力を行行使している事実がある場合、(ウ)単独もしくは複数の他の者との合意、了解にしたがって、会社の株式の25%超を保有し、またはその議決権を有する者などであり、これらによって会社の管理・方針に支配的影響力を行行使する者が支配株主と推定できるとしている。

4 日本法

2005年(平成17年)の日本「新」会社法によって、株主は代表訴訟をもって次のような者の責任を追及できるとしている。つまり、株主の代表訴訟は、取締役、取締役以外の役員など(会計参与・監査役・会計監査人、委員会設置会社では執行役を含む〔423条1項〕)、清算人(486条1項)、発起人(53条)、株主の権利の行使に関し利益供与を受けた者(120条3項)、不公正な払込金額で株式・新株要約権を引き受けた者(212条1項、285条)の責任についても提起できる(847条1項)。

しかし、経営者の他、支配株主などの第三者は代表訴訟によって追及されるべきであるか否かについて、「新」会社法は明らかにしていないようである。これは、日本の株式所有構造に大きな関連があると思われる。日本の場合は、個人持株の水準は大変低いのである。この状況は、たとえ戦後財閥の解体があったとしても、個人持株の水準には殆んど影響を与えなかったのである。これに対して、銀行と企業集団は株式相互持合い、融資関係、取引関係、それに取締役兼任制を通して資本参加しているため、大変高い比率で株式を保有している。いいかえれば、企業集団内において、企業は相互持株を通してお互いに安定株主であると同時に、支配株主ともなっている。したがって、日本の企業は銀行融資や企業集団の援助に頼るため、大衆の株式投資は必ずしも必要ではなかったからである。この構造は今日において

も根本的に変わっていないのである。恐らく日本法は、こうした緊密な関係を持つ安定株主を代表訴訟の責任主体になされると、いままで形成されている日本の株式所有の構造が崩されることを配慮し、基本的には株主代表訴訟による責任追及の対象は会社内部者に限られ、支配株主などは責任主体から外れられると考える。

5 小括

株主代表訴訟の責任主体、いわゆる代表訴訟によって追及できる責任の対象者について、中国・アメリカ・日本法は自国の事情がそれぞれであるため、共通する部分と異なる部分がある。中国改正会社法においては、会社の取締役、監査役、社長など伝統的な会社内部の役員だけでなく、支配株主、上場会社における取締役会の秘書なども含まれ、アメリカ法以上に広げられている。この中にあって、中国の上場会社において支配株主が国家株主に集中しているという所有構造の下で、この支配株主が経営についても強い影響力を行使しているという背景の下で、経営者の他に、支配株主にも重点を置いていることが中国法の特徴として浮かび上がる。これに対して、アメリカ法は経営者だけでなく第三者などにも及んでいるが、日本会社法は、株主代表訴訟によって追及できる責任主体がアメリカ法ほど広いものではなく、基本的に取締役などの経営者に限定されている。

以上のように、中国・アメリカ・日本法のいずれもが、責任主体の範疇において経営者に関しては取締役だけでなく、高級役員、監査役などをも広く含めていることは共通している。しかし、訴権強化の要請からすると、中国法において、経営者の範疇が取締役を中心とする高級役員だけにとどまっていることは不十分である。この点に関しては、アメリカ・日本法が参考となろう。これについては「IV」において取り上げることにする。

二 株主代表訴訟の責任事由

1 比較の視座

株主代表訴訟において、責任主体に対応するのは責任事由である。中国・アメリカ・日本法では、経営者など会社と一定の法律関係にある者の責任事由については、その射程距離が異なるものの、会社法に違反する行為であるとする点ではほぼ同一の解釈として共通してい

る。しかし、中国法における支配株主の責任事由規定について、その機能的な充実を図るためには、中国の実情に照らしたうえで、今なお改善の余地があると思われる。この点に関しては、長い歴史を有し詳細な規定を持ちアメリカ法を参考にする比較が重要となる。

2 中国法

(1) 経営者の場合

株主代表訴訟によって追及できる取締役などの経営者の責任事由については、中国最高人民法院と中国改正会社法の立場は異なっている。

中国最高人民法院「意見稿1」は、会社の取締役、監査役、社長などの高級役員が忠実義務に違反する場合、株主が代表訴訟を提起すれば人民法院は受理しなければならないとしていた(43条1項)。「意見稿1」がそのように定めたのは、恐らく中国会社法の考えに従ったと思われる。つまり、中国会社法における取締役の忠実義務は、概ね会社財産を不法占有および処分する行為、自己取引、競業義務、会社秘密の漏洩行為をなすことの禁止にとどまっていた〔注19〕。

しかし、株主代表訴訟によって追及できる責任事由を取締役の忠実義務違反だけに限定すると、次の問題を惹起するのである。すなわち、取締役の善管注意義務違反と忠実義務違反を峻別する立場から、前者によって会社に損害を与えた場合は、取締役の責任事由になるかどうかという点である。これについて、次のような2つの可能性が考えられる。

第1の可能性としては、中国最高人民法院は忠実義務と善管注意義務について、両者が異なる性質の義務であると認識したうえで、忠実義務違反ではない限り、善管注意義務を含む他の義務の違反があっても株主代表訴訟により責任を追及できないとしている。換言すれば、忠実義務違反ほど悪意のような不法行為がない限り、重過失を含む過失などがあっても取締役は責任を負わなくてもよいという結果になってしまう。もしこれが中国最高人民法院の真意ならば、取締役にとってあまりに寛大ではないか。アメリカ・日本法において、忠実義務と善管注意義務の関係を如何に理解しても、いずれかの義務違反があれば株主代表訴訟によって追及されるのがもはや常識に近いのに対して、中国法は善管注意義務違反を取締

役の責任事由から削除すれば、株主代表訴訟の射程距離が大幅に狭められるため、極めて不当であると指摘しなければならない。

第2の可能性としては、忠実義務と善管注意義務の関係について同じ性質を有すること〔注20〕と認識したうえで、善管注意義務が忠実義務に含まれるため、取締役の善管注意義務違反がある場合には当然に株主代表訴訟の責任事由として認められることである。これは、中国学説の理解とは関連していると思われる。取締役と会社との法的関係について、中国の学説において争いがあるが〔注21〕、通説は日本と同じように委任関係説〔注22〕である。この通説により、取締役と会社は委任関係という紐帯で結ばれると考えれば、日本判例〔注23〕と同じように、いわゆる忠実義務は善管注意義務を敷衍し、かつ一層明確にしたにとどまるのであって、これとは別個の高度な義務を規定したものと解することはできないという結論に行きつくかもしれない。確かに、会社と取締役の関係には、委任の要素が含まれることは否定できないが、その他の関係が存在することを妨げないはずである〔注24〕。中国改正会社法において、取締役がその地位を利用し会社の利益を犠牲にして個人的利益を獲得した場合、取得した財産を会社に返還しなければならない(149条)。これは、明らかに英米法の信託制度を学んでいるのである。つまり、中国改正会社法にも英米法の要素をすでに若干受け入れている〔注25〕。なお、中国信託法がすでに2001年10月1日より施行されており、信託法の施行は、中国改正会社法に英米法の信託理論を正式に受け入れる理論基礎を確立した。このように、中国信託法の施行と、英米法上の信託理論に基づき取締役に課される忠実義務が中国改正会社法にも存在することを考え合わせると、会社と取締役の関係を把握するにあたって、両者の関係を委任関係で理解するのは不十分であり、委任関係を有する他、信託関係も存在することを正面から認められるべきである。よって、委任関係から生ずる善管注意義務と信託関係から生ずる忠実義務は異なる性質を有するものであるため、株主代表訴訟が追及しうる責任事由につき、忠実義務違反には当然善管注意義務違反も含まれるという考えは正しいとはいえない。

中国最高人民法院は、上述の「意見稿1」の問題点に鑑み、「意見稿2」において若干の改

善を図った。すなわち、株主が会社の取締役、監査役、社長などの高級役員を相手取って、会社法が定めた義務に違反すると主張し、自分の名をもって株主代表訴訟を提起する場合は、人民法院はこれを受理すべきであるとした(40条1項)。つまり、株主代表訴訟の対象となる取締役の責任事由が忠実義務違反から会社法違反まで拡張したのである。これによって、注意義務違反も確実にその対象となったと考えられるが、しかし、さらに会社法違反以外の法律違反の場合においても、株主代表訴訟の責任事由となり得るかという問題が、依然として「意見稿2」の問題点として残されていた〔注26〕。

前述の問題点を配慮し、中国改正会社法は、株主代表訴訟により追及できる経営者の責任事由を大幅に拡張したのである。つまり、取締役、高級役員などが法律、行政法規、会社定款に違反し、会社に損害を与えた場合に、株主は代表訴訟を持って損害賠償責任を追及することができるとしている(152条1項)。

(2) 支配株主の場合

支配株主の責任事由について、中国最高人民法院の考えは主に支配的地位を濫用する場合に限定するところにある。つまり、中国最高人民法院「意見稿1」は、支配株主がその支配的地位を利用し会社の利益を害することによって会社が損失を被った場合に限っている(43条)。「意見稿2」は、支配株主が支配的地位を濫用して会社の利益を損なった場合としている(40条)。これに対して、中国改正会社法は、支配株主の責任事由を、(ア)関連関係〔注27〕を利用して会社に損害を与えた場合(21条)、(イ)会社の利益を侵害して会社に損害を与えた場合(152条3項)と規定しその事由を拡張した。

中国改正会社法が、株主代表訴訟によって追及できる支配株主の責任事由を明確化する理由は、中国における支配株主による権限濫用の現象が相当に際立っていることと大きな関係があると考えられる。

すなわち、中国上場会社において、多くの支配株主がもっぱら自身の利益を図るために、支配株主としての権限を濫用して会社の財産を略奪し、中小株主の利益や株主の投資意欲を阻害したりするなどの事態が深刻化し、上場会社が個人あるいは集団の集金マシンになって

いる場合もあり、現実上大きな問題となっている〔注28〕。

そのうち、とりわけ上場会社における支配株主が会社と中小株主の利益を害するケースの内、最もよく見られるのが支配株主と会社の自己取引〔注29〕である。ある学者は、中国の上場会社における自己取引の現状について、次のように指摘している。すなわち、「現在、中国の上場会社における不公平な取引にはもっとも顕著な問題が3つある。第1は上場会社の資金が支配株主により流用されることであり、いわゆる資金流用問題である。第2は上場会社が関連会社に対して担保を提供することである。第3は上場会社の関連会社は上場会社の利潤を直接に持ち去ることである」と〔注30〕。この背景は次のように考えられる。つまり、株式発行の金額が限定されている状況の下で、企業活動を円滑に遂行するため、国有企業によって改組される上場会社は必然的に改組される前の親会社と取引を行うのである〔注31〕。そうすると、上場会社と支配株主の自己取引が、会社または他の中小株主を害する結果になることが十分に考えられる。とりわけ、上場会社が市場価格より高い金額で支配株主（支配会社）から原材料、商品を購入することや、支配株主が上場会社の資金を流用することなどがよく見られる。

したがって、中国における支配株主の権利濫用を防止するため、株主代表訴訟の責任事由の中に、支配株主の責任事由を新たに加えることになったと考えられる。

3 アメリカ法

アメリカ法においては、株主代表訴訟の責任主体となる責任事由について、日本旧商法266条1項のように取締役の責任原因を具体的に列挙する規定はなく、違法配当や違法な自己株式取得などについて個別的に取締役の責任を定めているが〔注32〕、この他、取締役の義務違反は判例法によって整備されている。

アメリカの裁判所は次のような責任事由を株主代表訴訟によって追及できると考えている〔注33〕。すなわち、①会社の目的外の行為がなされたことから生じた損害を回復する訴訟、②株主は、取締役・役員および支配株主の会社に対する信託義務違反を差止め、またはその信託義務違反について提起した利益返還あるいは損害賠償の訴え、たとえば、経営の誤

り(mismanagement of business)、会社財産の横領および会社機会の奪取(misappropriation of corporate assets or opportunities)、会社支配権の売却(sale of control)など、③違法な配当を取り戻す訴訟(to recover improper dividend)、④対価不足の株式買取権の発行を差止める訴訟(to enjoin issue of share options for inadequate consideration)、⑤外部者たる第三者の会社に対する不正行為の差止め、または当該不法行為による損害賠償の訴え(to enjoin outsiders from wronging the corporation or to recover for such wrong)である。

その他、支配株主の責任事由について、ALI「原理」は詳細に定めている。

第1に、支配株主による会社との取引について。ALI「原理」5.10条は、一般原則として、会社と取引を行う支配株主が公正取引義務を果たすための条件を定めている〔注34〕。つまり、(ア)当該取引が締結された時に会社に対して公正であったことであり、(イ)当該取引が利害関係なき株主によって情報提供後に承認ないし追認を受けるなどである(5.10条a項)。ただし、取引会社と支配株主との間の取引が会社通常のビジネスの範囲内である時は、当該取引が利害関係のない取締役または利害関係のない株主によって承認または追認を受けたかどうかを問わず、その取引に対して問題とする当事者(原告)が当該取引が不公正であったことの証拠を提出すべき責任を負うとしている(5.10条c項)。

第2に、支配株主による会社財産、重要な未公開の会社情報または会社の地位の利用について。ALI「原理」5.11条は、一般原則として、支配株主は金銭上の利益を確保するために、会社の財産、支配的地位、または重要な未公開の情報を利用してはならない。ただし、次の場合に該当し、かつその利用がその他の点でも違法でない場合はこの限りでない〔注35〕。つまり、(ウ)利用に対して対価が払われ、かつ取引が5.10条(会社との取引)の基準を満たす場合、(エ)または支配株主に生ずる利益が、同様の状況下の他の株主にも割合的に利用可能であり、もしくは支配的地位の利用によってのみ生じるものであっても他の株主に不公正でない場合は、むしろ支配株主はその利用が許されている(5.11条a項)。なお、支配株主の行為を(a)項に基づいて問題とする当事者は立証責任を負うことになる(5.11条b項)。

第3に、支配株主による会社の機会(opportunity)の奪取について。ALI「原理」5.12条

は、一般原則として、支配株主は次の場合を除いて会社の機会を奪取してはならないとしている〔注36〕。つまり、(オ)機会の奪取が会社に対して公正である場合、(力)または機会の奪取が、利益相反および会社の機会に関する開示後において、利害関係のない株主によって事前の承認または追認を受け、かつ機会の奪取が会社財産の浪費とならない場合は、例外とされている(5.12条a項)。なお、会社の機会について、会社が開発もしくは受領した機会、または会社との関係に基づいて支配株主が取得する機会などであると定義されている(5.12条b項)。その立証責任について、会社の機会を奪取したことを問題とする当事者は立証責任を負う。ただし、機会の奪取が利害関係のない取締役または利害関係のない株主によって事前の承認または追認を受けなかった場合は、支配株主が、機会の奪取が会社に対して公正であることを証明する責任を負うとしている(5.12条c項)。

4 日本法

株主代表訴訟により追及しうる取締役の責任事由の拡張または縮小は、代表訴訟の訴権強化に大きな影響を与えることになると考えられるが、日本の学説と判例はそれぞれ異なる見解を示している。

(1)学説

株主代表訴訟によって追及できる取締役の責任事由について、日本の学説においては従来から全債務説と限定債務説が争われていた。

通説としての全債務説が主張する取締役の責任事由は、取締役が法令または定款に違反する行為をしたことによって会社に生じた損害の賠償責任および会社に対する資本充実責任に限られるものではなく、取締役は会社に対して負う取締役の一切の責任事由があるとして、これらを株主代表訴訟により追及できるとしている〔注37〕。その主な理由としては、①役員間の特殊関係に基づく会社の提訴懈怠の可能性は、旧商法266条(取締役の対会社責任)または旧商法280条の13(資本充実責任)だけでなく、取締役の会社に対して負担する一切の債務について存在すること〔注38〕、②会社から金銭貸付を受けた取締役が弁済を怠った場合、当該貸付に賛成した取締役の未弁済責任(旧商法266条1項3号)について株主代表訴訟

を認めるにもかかわらず、弁済を受けた取締役の弁済義務について認めないのは著しく公平に反すること〔注39〕、③取締役は会社に対して忠実義務を負うので、会社との契約における債務全体の適正な履行は取締役の責任と考えられること〔注40〕などが挙げられている。

これに対して、少数説である限定債務説は、株主代表訴訟によって追及できる取締役の責任事由が、旧商法266条と旧商法280条の13に限られると主張する〔注41〕。その理由として、①株主の提訴の当否について、会社がその提訴に対する裁量権を認めない日本旧商法において、取締役の会社に対する一切の責任を含むと解すると代表訴訟を広く認め過ぎて不都合であること〔注42〕、②提訴懈怠の可能性だけでなく、会社に対する債務の発生原因にもかかっている。商法はその発生原因においてとくに重要な、したがって免除困難な責任(旧商法266条)と免除不可能な責任(旧商法280条の13)について、代表訴訟を認めて確実な実現を期したと解しなければならないとすること〔注43〕などが挙げられている。

②判例

①東京地決昭和31年10月19日判決(オーシャン貿易事件)

本件は限定債務説をとった判決である。事実の概要は次のとおりである。被告Yは、XからXに代わって同人が代表取締役を務めているA会社を経営してもらいたいという申し出を受け、A会社の代表取締役に就任したが、当時A会社には取引口座もなかったので、Yは100万円を出資して会社名義の当座預金口座を開設した。しかし、本件の問題となる建物の売買予約後、内部紛争が発生し、会社の商業登記簿にはYが代表取締役を退き、Xが代表取締役に就任した旨の登記がなされるに至った。よって、Xら4人の株主が、元代表取締役Yが個人名義で取得した建物のA会社への真正な登記名義の回復を求めるために株主代表訴訟を提起したのである。

これに対して、裁判所は、株主代表訴訟により追及できる取締役の責任は、取締役が法令、または定款に違反した時の会社に対する損害賠償責任と、会社に対する資本充実の責任に限られるという制限的な見解を示したうえで、代表取締役の資格で建物を買収し、会社の資産から代金を支払ったことについては、信じ難く推認するに足る疎明はないとの判断の下

で、株主代表訴訟によって会社の取締役に対する登記抹消請求権を代位して行使することは許されないと判示し、原告Xらの請求を却下した〔注44〕。

②大阪地決昭和38年8月20日(駒川青果卸売市場事件)

本件の事実概要は次のとおりである。原告Xらは青果物を営んでいるA会社の株主が、A会社の代表取締役Yは会社所有の土地である本件の建物をWに売渡し、翌日に移転登記を完了した。しかし、本件不動産の譲渡には、株主総会の特別決議を得ていなかったため、原告Xらは本件不動産を取り戻すために、Yを相手取って本件不動産の所有権確認、移転登記、建物明渡および損害賠償を請求して、株主代表訴訟を提起したのである。

判決は傍論において、株主代表訴訟によって追及しうる取締役の責任事由について次のように述べた。「株主が代表訴訟により取締役に対してなしうる請求の内容は、右取締役の業務履行により、直接に会社財産が維持保全され、または回復されるようなものに限られると解するのが相当である。(もとより、代表訴訟の目的となる取締役の義務内容は、同人の会社に対する損害賠償義務ないし不当利得返還義務などの金銭給付義務に限られることなく、特定物の返還義務、移転登記義務をも含むものといつてよいであろう。)」と判示した〔注45〕。

③大阪高判昭和54年10月30日判決(関西観光開発事件)

A会社の代表取締役Bが、死亡した前に代表取締役の資格で売主と折衝し買い受け、自己名義に本件土地の所有移転登記をなした。そして、A会社の株主であるXは、旧商法267条に基づき、Bの権利義務を承継したYに対して、A会社のために真正な所有名義の回復を原因とする所有権移転登記を求めて、株主代表訴訟を提起したのである。

第一審は、原告の訴えを不適法として却下したが、第二審(大阪高裁)は、次のように述べ、原審判決を取り消して差し戻した。つまり、取締役間の特殊な関係に基づく訴え提起懈怠の可能性は、取締役が会社に対し不動産所有権の真正な登記名義の回復義務を負っている場合にも異なるところはないから、旧商法267条の規定により、株主が会社のために訴えをもって追及することのできる「取締役の責任」には、取締役が法令または定款に違反した結果生じた会社に対する損害賠償責任や会社に対する資本充実責任だけでなく、不動産所有権の真

正な登記名義の回復義務も含まれると解するのが相当であるとした〔注46〕。

本判決は、株主代表訴訟において追及しうる取締役の責任に関する初めての高裁レベルの判例であるが、代表訴訟の責任追及事由が不動産所有権の真正な登記名義の回復義務も含まれるという判断にとどまり、全債務説と同一の立場に立つものであるかどうかははっきりしていないが〔注47〕、少なくとも限定債務説をとっていない〔注48〕と指摘されている。

5 小括

株主代表訴訟によって追及できる被告の責任事由について、アメリカ法は極めて広範であるのに対して、中国法は日本法より広く、アメリカ法に似ている。つまり、中国法は、経営者の責任事由につき、「意見稿1」の取締役・監査役・社長などの高級役員の忠実義務に違反する場合から、「意見稿2」の会社法が定めた義務に違反する場合にまで及んでおり、さらに中国改正会社法・行政規定・会社定款にまで広げた。経営者の責任事由につき中国法は漸進的に拡張していることが明白である。これに対して、日本法は、責任事由につき学説、判例共に明確になってはいなかったが、近時では全債務説が有力となっている。責任対象は経営者のみに限定しつつも、反面経営者の責任事由については広く認めることが日本法の特徴であると考ええる。

しかし、支配株主の責任事由につき、中国法は、関連関係(支配関係)を利用しあるいは会社の利益を侵害して会社に損害を与えた場合は支配株主の責任が追及されると定めているが、その歴史が浅いため、その内容についてアメリカ法からの示唆を必要とすると思われる。これについては、「IV」で取り上げることにする。

三 提訴資格の継続—株式移転と株式交換に伴う原告適格の継続

1 比較の視座

株式発行主体である会社が株式移転や株式交換によって変更した場合、すでに提起されていた代表訴訟が継続できるか否かが問題となる。これに関して、アメリカ・日本法は共にこれを肯定している。アメリカ法において、この問題は継続的株式所有の原則の例外として提起され、判例法上において継続を認める傾向にある。これは、株主の監督是正権である代表

訴訟提起権が株式移転と株式交換という法的テクニックによって損なわれないための工夫であるとする。日本法においては、近年の経済発展に伴って会社の合併と株式交換が頻繁に行われるため、もともと日本法にはなかったこの問題にも遭遇した。しかし、最初の日本下級審判決は、旧商法の規定をそのまま適用し原告適格の継続を否定するという形でこの問題を解決しようとした。これに対して、2005年(平成17年)「新」会社法は経済事情の変化に適応して株主権保護の立場に立って、明文上において株式移転と株式交換があっても原告適格の継続を認めることになった。中国法は、株式移転と株式交換に伴う原告適格の継続ができるか否かという問題がにつき規定は有していない。したがって、原告適格の継続の合理性の根拠をどこにおいているかが比較に際して重要な視座となる。

2 アメリカ法

アメリカ法における株主代表訴訟制度は、代表訴訟提起権を単独株主権にしているが、この株主訴訟権が極めて強力な権利であるため、その行使要件において制限的なものになっている。すなわち、原告株主は提訴する時点で株主たる資格を有することを要件とする他、訴訟進行中あるいは訴訟終了の時にも、株主の資格を有しなければならないとされている。これはいわゆる継続的株式所有の原則(continuous ownership requirement)である。この原則は、連邦民事規則23.1条〔注49〕には明記されていないが、殆んどどの州と連邦裁判所は当該条文から推論し〔注50〕、株主代表訴訟が始まった後に、原告が株主の資格を失った場合に訴訟は中止されなければならないと主張している。

しかし、この継続的株式所有の原則は絶対的なものではない。なぜなら、株主の原告適格の喪失理由を問わず簡単に代表訴訟を中止するというようにこの原則を貫くと、不当に株主の代表訴訟提起権を制限し、会社の利益を守れる唯一有効な手段としての株主代表訴訟の訴訟権を損なう恐れがあるからである。したがって、一定の条件を満たした時には例外的に株主の原告適格を認める形で株主訴訟権を補強する必要がある。その1つは、株主代表訴訟において、株式交換・株式移転の場合の原告適格の当否が問題である。これについて、アメリカの判例と学説は次のとおりである。

(1)判例

①原告適格を否認する判例—Lewis v.Anderson 事件(1984)

本件において、D社はC社の社外株式の20%を獲得するために、公開買付を行った。その後、D社はC社の多数の株式を取得し、1981年9月30日までにC社は完全にD社に吸収合併された。原告Lewis(以下、Lという)は、C社の残存株主の1人として、所持のC社の株式と引換えてD社の株式を取得した。そして、原告Lは、C社の取締役会の役員などに与えられたゴールデン・パラシュート契約の正当性には違法かつ不当なものがあり、会社に対する浪費および詐欺行為が存在すると主張し、C社のためC社のD社への吸収合併を決めた役員および取締役などに対する株主代表訴訟を提起したものである〔注51〕。

デラウェア州衡平法裁判所は、合併により、原告LがC社の株主たる地位を喪失したと認定したうえで、Lはもはや株主代表訴訟を遂行する前提を欠くものとして、訴えを却下した。これに対して、デラウェア州最高裁判所は、「原告株主は、株式の所有を失った理由が合併あるいはその他のものの如何を問わず、株主代表訴訟を継続する適格を喪失し、当該訴訟は終了する」〔注52〕という原審の判断基準を支持した。その理由として、「合併によって、原告はもはや請求を主張しうる株主でなくなっている。現在の100%株主であるD社の意見を無視して、原告にC社のための代表訴訟を継続させる論理的な正当性は存在しない」と、された〔注53〕。

②原告適格を維持した判例

(a)Arnett v.Gerber Scientific.Inc 事件(合併による株式喪失の事例 1983)

本件は、合併によって株式を喪失した株主が、会社の合併がSEC法令などに違反すると主張し、株主代表訴訟を提起したものである。これに対して、会社はこの訴訟を却下しようと努めた。

ニューヨーク州南部地区連邦地裁は次のように述べて、会社の申請を否定し、株主の原告適格を認めた〔注54〕。つまり、代表訴訟中における原告が不本意(involuntary)に株主の資格を失った場合に、直ちに原告の資格を否定すれば、この否定自体は、もはや代表訴訟を中

止させるために経営者がほしいままに振舞って、不法行為により原告の株主資格を失わせるという不公平な状況が存在する(inequitable situation to exist)ことを認めるにほかならないと認識し、また以下の3つの要件が満たされる場合、原告の適格を認めるとした。つまり、第1に、株式を失った原因が原告の本意によるものではないこと、第2に、原告の株式の喪失が被告の不法行為と関係があること、第3に、その救済が原告の株主資格の回復に導くこと、である。この3つの要件が満たされれば、当該原告適格を認めること自体は、会社と株主の利益を保護するだけでなく、連邦民事訴所規則23.1条における濫訴防止という立法目的を全く損なわないと説いた〔注55〕。

(b)Alford v.Shaw 事件(株式交換の事例 1990)

事実の概要は次のとおりである。原告が全米保険会社(All American Assurance Company、以下、AAAと略す)の株主として代表訴訟を提起した後、被告(AAA社役員)はAAAと原告株主の利益を害するための詐欺的行為を行った。つまり、AAA会社がICH社に合併されることによって、原告株主の所持する株式がすべてICH会社の株式と交換された。その後、被告は、原告がすでにAAA会社の株主ではないため、一旦会社合併の手続が終了する時点から、原告はAAA会社を代表し提訴する資格を失い、裁判所も当該訴訟を審理する権限がなくなると、裁判所に主張した〔注56〕。

これに対して、裁判所は次のように述べた。すなわち、ノースカロライナ州の会社法において、原告株主が代表訴訟を提起した後に引続き当該会社の株式を持たなければならないという定めがない。たとえ多数の州法には、原告が提訴した後も株主の資格を維持しなければならないと定めたといっても、もし原告株主の資格の喪失は会社支配者が信託義務違反あるいは起訴される詐欺的合併によってなされた場合は、例外として継続的株式所有の原則の適用対象にならない。なお、裁判所は、本件における原告株主の資格は被告の行為によって終止され、しかも当該行為は代表訴訟の背景と緊密な関係をもつため、本件の原告はすでに提起した代表訴訟を引続き遂行することができる。さもなければ、公平を著しく損なうと判決した〔注57〕。

(2)学説

学説においても、株式移転・株式交換などの場合における原告適格の継続について、意見は分かれている。

原告適格の継続を認める説は次のように主張している。つまり、①代表訴訟における原告がその株主の資格を失った場合に裁判所が株主代表訴訟を中止するか否かを判断するにあたっては、継続的株式所有の原則を機械的に適用するよりも、むしろ原告資格の喪失の原因を慎重に考慮したうえで、不公正に原告の提訴資格を否定することを避けるように考慮しなければならない〔注58〕、②株式交換によって損害の発生した会社の株主となった会社の取締役会は、当該代表訴訟につき独立した判断ができないとして、株主の提訴請求が不要とされ株主の訴訟遂行は肯定される〔注59〕としている。

これに対して、原告適格の継続を否定する説は次のように主張している。すなわち、取締役が株式交換により負うべき責任を回避するために利用される危険性を認めながら、親会社株主の提訴権限が肯定されるのは、当該株式交換自体に詐欺またはその他の不正行為がある場合にに限られると主張し、損害が発生した会社の株主となった会社も代表訴訟を提起できる以上、親会社の取締役会には提訴請求を拒絶するという機会を保障しなければならない〔注60〕としている。

3 日本法

日本旧商法において、代表訴訟を提起できる者は、6か月前から引き続いて株式を有する株主であると定めている（旧商法267条）。2005年(平成17年)の「新」会社法は従来のとおり、株主の原告資格は6か月に株式を保有すれば足りるとしている。しかし、最近、この6か月の株式保有期間をめぐってとくに問題となっていることは、株主代表訴訟係争中に、株式移転・株式交換により株主の原告資格を失うかどうかである。これについて、日本の判例と学説の立場は分かれている。

(1)判例

株式移転と株式交換によって株主の原告適格が維持されるべきかどうかという問題に関

する日本の最初の下級審判決は、東京地決平成13年3月29日(日本興業銀行事件、以下、A銀行と略す)判決であった。

事実の概要は次の通りである。A銀行の株主Xらが、同行の取締役、監査役Yらを相手取り、返済能力がないSに対してなした1000億円の融資およびB銀行の救済のためなした170億円ものいわゆる「奉加帳方式」出資に際し、必要な調査および審査などを怠ったことは、善管注意義務に違反してA銀行に損害を与えたとして、株主代表訴訟を提起したものである。しかし、訴訟係争中に、A銀行はCとD銀行と共に持株会社Eを共同株式移転の方式で設立したため、YらはこれによりXらが本件訴訟の原告適格を喪失したとして、請求の却下を求めた〔注61〕。

東京地方裁判所は、これに対して次のように判示している。「(旧)商法267条1項が株主代表訴訟を提起しうる者として『六月前ヨリ引続キ株式ヲ有スル株主』と規定しているのは、株主代表訴訟の原告適格を定めたものであり、右『株主』とは、文理上は被告である取締役が属する会社の株主であると解されるところ、この点につき株式移転によって原告が株主たる資格を喪失した場合に株主代表訴訟の当事者適格が維持される旨を定めた特別の規定はなく、また、法律の文理に反して原告の当事者適格の維持を認めると解釈すべき特段の理由もないとして、本件訴えを却下した。

この後は、興銀事件判決に沿って、原告株主の当事者適格を否定する下級審判決が相次いで現れ、株主代表訴訟は却下されるべきであるという判断が固まりつつある〔注62〕。その中、原告株主の当事者適格を否定する理由が具体的に示される判例がある。たとえば、株主代表訴訟係属中に株式交換が行われた事例について、東京地決平成15年2月6日(三井不動産販売事件)は、原告株主の当事者適格を否定した理由を次のように述べる〔注63〕。すなわち、「株主代表訴訟は、法が株主らをはじめとする株式会社をめぐる種々の経済主体の利益状況をも勘案の上、1つの政策判断として、一定の要件の下に株主に対して単独株主権として会社の有する権利について訴訟担当する権能を付与したものであると解される。従って、その原告適格について定める(旧)商法267条1項の解釈においても、法の文理に従った解釈が

なされるべきであり、安易な拡張解釈は差し控えるべきものである」。「商法上『親会社』と『子会社』の用語は明確に区別して用いられている」ことによれば、「(旧)商法267条1項にいう『株主』とは、被告である取締役が属する会社の株主に限られ、親会社の株主が、親会社の取締役に対して、子会社の取締役の責任追及を怠ったとして株主代表訴訟を提起することは格別、直接子会社の取締役に対して株主代表訴訟を提起し追行することを法は許容していないというべきである。そして以上の理は、株主代表訴訟の提起後に原告が株式交換により被告たる取締役が属する会社の株主の地位を失い、その親会社の株主の地位を取得するに至った場合も同様であり、株式交換による株主たる地位の変更については株式交換の手続の中で保護が図られる仕組みになっている（旧商法353条、354条、355条等）一方、株式交換により法が原告に当事者適格を付与する前提とした会社をめぐる利益状況は、親会社の既存株主などを含めた新たな利益状況に転化することとなるから、このような場合にあって法の趣旨を拡張して原告適格が維持されるとの解釈をとることは相当ではないというべきである。とすると、原告は、本件訴えの原告適格を喪失したものとわざるを得ない」、としている。

(2)学説

前述の判決の立場に対して、旧商法の解釈〔注64〕としては下級審判決の取り扱いを肯定する学説もあるが〔注65〕、大多数の学説は下級審判決の取り扱いを否定し、次のような理由をもって株主代表訴訟係属中に株式交換・株式移転が行われた場合には原告適格の維持を認めるべき特段の事情が存在すると主張している。

第1に、株式移転・株式交換による発行会社の変更は原告株主の提訴資格を失わせるものではない。その理由は次のように述べられている。①原告が訴訟中における株主の地位を失ったのは自らの意思に基づくものではなく、会社側の一方的行為によるものであるため、当該株主は、旧商法267条1項にいう「株主」と解すべきである。従来、株式を保持しないと原告適格を失うとされたのは、自ら提訴資格を放棄して任意に株式を売却する場合である。これに対して、株式交換や株式移転のような会社の行為により一方的に株主の地位を奪われ

た場合は、株主が自ら提訴資格を放棄するとはいえないから、同じように原告適格を失うと解すべきではない〔注66〕。②たとえば株式交換・株式移転によって株主の資格を失ったといっても、当該株式交換・株式移転の実質は会社の組織変更に過ぎず、原告株主は完全親会社の株主になることにより実質的な株主としての利益を持ち続けている。したがって、資格を持ち続けると考えることができる〔注67〕。③株主代表訴訟の係争中に会社が吸収合併された場合にも、原告株主は被告取締役の会社の株主資格を失うことになるが、この場合でも原告適格を失うことはないと考えられる。株式移転は法人格を維持したままの新設合併であると理解すると、合併と同じように考えて、原告適格は維持されると解される〔注68〕。④株主代表訴訟の母国法であるアメリカ法では、多重代表訴訟が認められており〔注69〕、株主代表訴訟係争中に自らの意思によらずに原告株主が株主の地位を喪失しても、すでに係争している株主代表訴訟を終了させるべきではないとする判例が貴重な参考価値となる。

第2に、大和銀行事件などの前例を見る限り、株式交換・株式移転により原告株主に代わって株主となる完全親会社の経営者の多くは、株主代表訴訟の被告あるいはその影響の下にある人であるため、完全親会社には株主代表訴訟を続行することを期待できない〔注70〕。そうすると、違法行為を犯した取締役は株式交換・株式移転を行いさえすれば、その責任を逃れることが可能となり、このことは被告取締役をして法令遵守や注意義務を果たすインセンティブを失わしめることになりかねない〔注71〕。その結果として、総株主の同意なしに取締役・監査役の責任を事実上免除する抜け道ができてしまうと指摘されている〔注72〕。また、たとえば親会社株主より、子会社の役員に対する提訴を断った親会社の取締役の責任を追及する新たな訴訟が提起されても、訴訟の繰返しにより問題の解決は長期化と複雑化する可能性がある〔注73〕。

(3) 制定法の立場

2005年(平成17年)5月1日に施行された日本「新」会社法は、前述のような批判の多かった下級審判決と学説の意見に鑑み、立法上の手当てをなしている。「新」会社法851条1項1号により、完全子会社となる会社について係争中の株主代表訴訟の原告が、株式交換と株式移

転により完全親子会社となる会社の株主となる場合には、原告の資格は失われないと明確に法文化された。なお、「新」会社法851条1項2号により、会社合併などの場合でも株主の原告適格が維持できるとしている。

2005年の改正(会社法の独立化)は、立法という形で下級審判決のような考え方によって生じる不合理な結果を是正し、株主代表訴訟における訴訟権を強化し、株式移転と株式交換があったとしても訴訟係争中の株主の原告適格を維持させることに対して、高く評価すべきである。今後は、株主代表訴訟による責任追及を免れるために株式交換と株式移転を行う意味が殆んどないことになる。ただし、今の段階の日本法は、いわゆる多重代表訴訟を認めないため、原告適格の維持が完全子会社となる会社における株主代表訴訟がすでに係争している場合を前提としている。したがって、株式交換と株式移転がなされた後、完全子会社となった会社の取締役が任務懈怠と不法行為などにより会社に損害を与える場合があっても、株主代表訴訟をもって直接に当該取締役に対する責任を追及することができなくなることが留意しなければならない。

4 小括

前述のように、株式移転と株式合併により原告が提訴資格を失った場合、代表訴訟の原告適格が継続するかどうかについて、アメリカ・日本法の対応が異なっている。

アメリカ法において、制定法には明文上の定めはないが、株主代表訴訟を提起するにあたって、株式交換・株式移転など原告株主が不本意に資格を失った場合に、判例と学説は統一していないものの、株主と会社の利益を保護する立場から少なくとも一部の判例と学説が原告適格を失わせるという状況を避けて公平を保つために、一定の要件を満たす場合には原告適格を維持して代表訴訟の遂行を認めるのである。これに対して、日本法は係争中の株主代表訴訟の原告適格維持の可否について、下級審判決は基本的に当時の旧商法267条をそのまま機械的に適用し、株式移転・株式交換によって完全子会社となった会社の株主たる地位を喪失した者は、当該会社で係争していた株主代表訴訟の原告適格も喪失し、株主代表訴訟は却下されるべきであるという立場を採っている。この判例の立場に対して、日本の多くの学

説が反対の見解を示した。そして、2005年の「新」会社法は、学説の意見にそって立法によってこの問題を解決し、株式交換と株式移転があったとしても交換・移転時に訴訟が提起されておれば、原告適格の維持を認めることに至った。

これについて、中国法は未だ規定を有していない。しかし、市場経済の浸透に伴って、株式交換と株式移転などの企業再編の活発が予想されるため、今後はそれに対応して、原告提訴資格の継続を認めることが必要となろう。中国法がアメリカ・日本法から示唆を得て、如何なる理論と要件の下で原告適格の継続を認めるべきかについては「IV」で取り上げる。

四 株主代表訴訟の訴訟費用(訴訟手数料)

1 比較の視座

中国は、2006年の改正会社法において株主代表訴訟制度を導入したが、当該制度を実際に活用するための手続的な措置の1つである訴訟費用についてはいまだ明確な定めを置いていない。アメリカ法は、訴訟費用を低額に抑え代表訴訟が手軽に提起できる措置を講じている。これに対し、日本法における代表訴訟は長い間活用されてこなかったが、訴訟費用が高額であったことも重要な一因であると考えられる。しかし、バブル崩壊に伴って相次ぎ露呈された大手会社の不祥事と日米構造協議におけるアメリカ側からの株主代表訴訟制度の改善を求める要求という背景の下で、1993年(平成5年)の商法改正をきっかけに、代表訴訟の訴訟費用が低額化されることに至った。アメリカ・日本法は各々のシステムでは異なるものの、株主代表訴訟の訴訟費用(訴訟手数料)につき低額制度をとる点では同じである。これは代表訴訟の法的性質に鑑みたうえで、その監督機能を生かすことに着目した結果ではないかと思われる。

2 中国法

(1)制定法の立場

中国改正会社法は、株主代表訴訟に関わる訴訟費用につき全く言及していない。これについて、中国最高人民法院「意見稿2」は、訴訟費用について若干触れたのである。すなわち、株主代表訴訟における原告の訴訟請求額が確定している場合、人民法院は事件の事情に基づ

き、原告株主の提訴によって生じる合理的費用を補償することを会社に命じることができるとしている(45条3項)。しかし、この合理的費用には、訴訟手数料を含めるかどうかが不明のままである。

これについて、中国の民事訴訟費用は「訴訟費用支払規則」〔注74〕(原語は「訴訟費用交納弁法」という。以下、「規則」と略す)によって詳しく定めている。「規則」は、主に民事訴訟と行政訴訟の訴訟費用(手数料)について規定を設け、当事者は提訴するにあたってあらかじめ人民法院に訴訟費用を納めることが求められる(2条)。

株主代表訴訟が民事訴訟の一種類であることに鑑みると、株主代表訴訟の訴訟費用も「規則」に従うのではないかと思われる。しかし、「規則」の条文を見る限り、株主代表訴訟に適用する旨の明示が見当たらないのである。「規則」は、民事訴訟の場合、財産権上の請求に係る訴えと財産権上の請求でない訴えを分けている。財産権上の請求に係る訴えについては、請求金額に応じてスライド制に基づき加算して収めることになる(13条1項)〔注75〕。財産権上の請求でない訴えについては、(ア)離婚事件、(イ)人権侵害事件、(ウ)その他の財産権上の請求でない訴えに分類されているが、(ウ)における事件の訴訟費用はケースごとに50元―100元とし、いわゆる定額制となっている(13条3項)。

そうすると、株主代表訴訟の提訴手数料につき、最も妥当なものと考えられるのが財産権上の請求に係る訴えとするのか、あるいはその他の財産権上の請求でない訴えとするのか問題となる。つまり、スライド制によるか、あるいは定額制によるかのである。しかし、「規定」自体は明らかにしていない。

(2)学説

中国株主代表訴訟における訴訟費用、とりわけ訴訟手数料の算定基準について、中国の学説は分かれている。

株主代表訴訟の法的性質に鑑み、訴訟手数料の算定基準を緩和して財産権上の請求にあらずる請求と考え、したがって定額制を唱える説は、次のように主張している〔注76〕。すなわち、原告株主は、個人の利益でなく会社と株主全体の利益のために株主代表訴訟を提起す

ることに鑑み、もし訴訟請求の金額に基づき手数料を計算して納付させると、客観的に株主の代表訴訟提起に対して障害を設けることになる。したがって、法律に基づき会社全体の利益のために株主による提訴の積極性を保護するため、日本の立法を参考にし、中国株主代表訴訟の訴訟手数料は請求金額に基づき計算すべきでなく、財産権上の請求にあらざる請求に係る訴えに関わる規定を類推適用し、10元から50元までの間に設定すればよいとしている。

しかし、上述の定額説に対して、スライド額説は次のように主張している〔注77〕。つまり、株主代表訴訟の本質は権益に関わる損害賠償の紛争であるため、財産権上の請求に係る訴えとみなすべきである。なお、会社の類型、損害を被った株主の数、損害度などの要素の影響を受け、事件ごとに審理の難易差が必然的に異なるのである。人民法院はその運営経費が保障されていない今日において、このような事件に対して一律に非財産権上の請求に係る訴えを見なして訴訟手数料を徴収すれば、実際上は執行し難いと言わざるを得ない。なお、会社の登録資本に基づきスライド制を採用すべきであるとする学説もある〔注78〕。つまり、株主代表訴訟が会社における中小株主の権益を保護するために設けられるが、中国の民事訴訟費用の徴収基準は比較的高く、中小株主の訴権行使が制限される恐れがあることに鑑み、中小株主が株主代表訴訟を通して会社の利益を守ることを奨励するため、会社の登録資本に基づき比較的低い訴訟費用の基準を定めるべきであるとしている。具体的には、会社の形態とは関係なく、会社の登録資本が100万元未満(100万元を含む)の場合、訴訟手数料を1000元とし、登録資本が100万元以上1000万元未満の場合、訴訟手数料を5000元とし、登録資本が1000万元以上1億元未満の場合、訴訟手数料を2万元とし、登録資本が1億元以上の場合、訴訟手数料を5万元とするのが妥当であろうと主張している〔注79〕。

その他、株主代表訴訟の訴訟費用を現行訴訟費用の規定に従わせるべきと唱える説もある〔注80〕。つまり、一般的に株主代表訴訟は財産に関わって争われる事件であり、もし株主代表訴訟に対して比較的低い訴訟費用の基準を採用すれば、法制度の統一を破るばかりか、会社訴訟の多発化をもたらす恐れがある。本来は会社が提起すべき訴訟にもかかわらず、株主による提訴を委ねることによって不当に訴訟費用のリスクを避けると同時に、人民法院の

負担をも増加する。なぜなら、同一の財産に関する事件について、株主が提起した代表訴訟は会社が提起した訴訟より遥かに複雑である。したがって、株主代表訴訟に関わる訴訟費用は、統一的基準に基づいて課されるべきであると主張している。

(3)判例からみる代表訴訟の訴訟費用(訴訟手数料)

中国株主代表訴訟の訴訟費用(訴訟手数料)については、最近現れた高裁レベルの判決によって、その訴訟費用の算定基準が推測できると思われる。

その1つの事例として、代表取締役が株主総会および取締役会の承認を経ずに会社の巨額の資金調達を行ったのに対して、これに疑義を持つ株主が合計1.64億元の貸金とそれに相当する利息の返還を求めて提起した代表訴訟がある〔注81〕。2005年12月8日に、北京高級人民法院(日本の高等裁判所に相当する)は画期的判決を出して原告の請求を全面的に認めた〔注82〕。判決は、中国改正会社法が制定され後(2005年10月27日)、施行される直前(2006年1月1日)の間に言い渡されたものであり、中国改正会社法の第1判例ともいわれている〔注83〕。

この判決において、原告は会社の利益のために提訴したにもかかわらず、85万元(2007年10月現在の為替相場で換算すると、1400万円あまりに相当する)あまりの高額の訴訟手数料を支払った〔注84〕ことと、本件における請求金額が1.64億元(28億円あまり)を合わせて考えると、やはり現時点における中国の株主代表訴訟は財産権上の請求に係る訴えとして取り扱われ、請求金額すなわち訴額に基づき、スライド制によって訴訟費用が算出されていると思われる。

本件における2人の原告、すなわち蘇州新発展投資有限公司と袁鋁集団有限公司は共に法人株主であるため、彼らにとって85万元の訴訟費用はそれほど高くないとも考えられるが、資力がない普通の個人株主にとってはとても支払いきれない金額である。したがって、財産権上の請求に基づき訴訟費用を義務付けるとは、訴訟コストの高騰をもたらすことにより、株主の訴権行使に過度の障害を設けるという批判もある〔注85〕。

3 アメリカ法

アメリカにおいて、訴訟手数料(filing fees)が極めて低く、訴額を問わず150ドルという定額制を取っている〔注86〕。なお、民事訴訟の訴訟費用については原告が負担するというアメリカン・ルールが存在するが(連邦民事訴訟規則第54条(d)(1))、その例外も広いと認識されている。たとえば、株主代表訴訟における一般的なルールとして、原告株主は代表訴訟が成功し、会社の損害が回復された場合に、合理的な費用を会社から払い戻される権利が与えられるのである〔注87〕。ちなみに、その合理的な費用には弁護士費用をも含まれるとしている〔注88〕。

株主代表訴訟がアメリカン・ルールの例外〔注89〕とされている原因は、やはり株主代表訴訟そのものの法的性質から由来すると思われる。つまり、株主代表訴訟は、株主が会社を代位してまたは同じ状況にある他の株主を代表して会社の損害賠償請求権を実現するために提起される訴訟である。したがって、代表訴訟によって回復された利益は会社に属するのである。もし勝訴した株主は会社から支出した費用を補償してもらえないとすれば、代表訴訟の提起があまり期待できない結果になると予想されるだろう。

4 日本法

(1) 制定法

1950年(昭和25年)の商法改正により株主代表訴訟制度が日本商法に導入された長い間、この制度は十分に活用されていなかったと言われている〔注90〕。その理由は様々に指摘されているが〔注91〕、その要因の1つは、やはり訴訟提起に訴訟費用の負担などの障害が存するため、株主が代表訴訟提起のインセンティブを欠いていることにある〔注92〕。つまり、日本において民事訴訟を提起するにあたって原告が裁判所に納付する訴訟費用は、スライド制によって算出され、訴状などに印紙を貼るという形で納付する。よって、請求金額が巨額の場合には、訴訟費用も高騰することになる。この制度の存在理由について、訴訟に関する担保と濫訴防止のためであると説明されているが〔注93〕、本来株主による経営の監督是正機能を期待して導入した制度が濫用を恐れてあまり活用できない状況になってしまうのであ

れば、まさに角を矯めて牛を殺す類いの行為と批判されていた〔注94〕。

この状況は、日本の経済事情の変化と日米構造問題協議の存在などの背景〔注95〕の下で改善された。1993年(平成5年)改正商法は、株主代表訴訟制度について、費用の面から株主の負担を軽減し代表訴訟の活性化を図るために改正が行われた。つまり、株主代表訴訟における訴額の算定について、財産権上の請求にあらざる請求に係る訴えとみなすとした(旧商法267条4項)。そこで、民事訴訟費用等に関する法律4条2項が適用され、訴額が一律95万円とみなされ、同法3条1項別表第1により、訴訟費用は8200円となった(現在の民事訴訟費用等に関する法律4条2項・別表第1によると、2007年の時点では13000円となっている)。

(2)学説

もともと、株主代表訴訟における訴額(いわゆる訴訟の目的の価額)について、どのように算定するかという問題があった。これに対して、学説上は、請求金額を基準とする説(請求額説)と非財産権上の請求とみなす算定不能説に分かれていた。

算定の基準について、請求額説は、通常財産上の請求をみて、株主が会社の権利を代位行使し判決の効力も会社が受けることから、請求が容認されることにより会社が受ける利益つまり会社の有する債権額をもって訴額とする主張をしている〔注96〕。

これに対して、算定不能説は次のように主張している。すなわち、代表訴訟によって保全されるのは会社の利益であるため、訴訟により直接の利益を受けるのも会社である。したがって、原告の受ける利益は確実にこれによりはるかに少ないばかりか、その経済的利益の算定は困難であるから、住民訴訟の場合と同様に非財産権上の請求に係る訴えに準ずるべきである、と主張している〔注97〕。

(3)判例

実務上において、株主代表訴訟の訴訟費用の納付について、1993年(平成5年)の商法改正に大きな影響を与えたのは日興証券損失補填事件である。本件は、日興証券会社の取締役16名を相手取って、一部の大口投資家に支払った補填金470億円余りを連帯して支払うよう株主が提起した株主代表訴訟である。

東京地決平成4年8月11日の一審判決において、東京地裁は、取締役の責任を追及する株主の代表訴訟について、請求が容認された場合に会社が受ける利益が訴えを持って主張する利益にあたるとして、訴訟費用(提訴手数料)につき請求額説の立場に立ち、原告が2億3000万円の訴訟費用を払わなければならないとしたが、原告が算定不能説を主張して補正命令を応じなかったため、訴訟費用(提訴手数料)不足を理由にその訴えを却下した〔注98〕。

これに対して、東京高判平成5年3月30日の控訴審判決は株主代表訴訟の性質に照らして次のように述べ、算定不能説により一審判決を取り消した〔注99〕。すなわち、株主の代表訴訟は、形式こそ会社の取締役に対する請求権を株主が行使するが、実質的には構成員全体の利益のために団体の機関の違法行為の是正を求める訴訟の一種であり、勝訴判決により全株主が受ける利益は、会社が直接に受ける利益と同一ではありえず、その価額を具体的に算定する客観的、合理的基準を見出すことも極めて困難であるから、民事訴訟費用等に関する法律4条2項に準じて95万円(算定不能説)とするのが相当であるとした。

東京高裁の控訴審判決に対して、最高裁は、最(1小)判平成6年3月10日の上告審判決において、所論の点に関する原審(東京高裁)の判断は、是認し得ないものではないとして支持した〔注100〕。

1993年(平成5年)の日本商法改正は、株主代表訴訟が非財産権上の請求に係る訴えであるとして訴訟費用の問題を立法的に解決したことは、株主の負担を軽減し、株主代表訴訟制度の活性化を図り、株主による取締役の業務執行に対する適当な監督是正権を確保することから、高く評価できる。

5 小括

株主代表訴訟の訴訟費用(提訴手数料)について、アメリカ・日本法は共に低額の手数料を徴収している。これに対して、中国の現行民事訴訟費用制度と判例に鑑みると、中国改正会社法は請求額説による可能性が高い。なお、中国の学説は訴訟手数料の算定基準について、定額説、会社の登録資本に基づくスライド制説、現行民事訴訟費用による請求額説などがある。つまり、現段階における中国法は1993年商法改正前の日本法に類する状態にあると思わ

れる。しかし、株主代表訴訟の目的は会社と株主の利益確保にあるということに鑑みると、やはり中国法はアメリカ法と日本法を学ぶ必要があり、株主の提訴意欲を保護し訴訟費用を低額化すべきである。この点について、「IV」で取り上げたい。

〔注1〕 この司法解釈の趣旨と背景については、本稿Ⅰの二の1(3)を参照。

〔注2〕 中国の上場会社における取締役会の秘書は法規上の経営者ではないが、その職権がかなり大きい。

「草案」156条によると、上場会社における取締役会の秘書は、株主総会と取締役会の準備、記録、書簡の保管および会社株券の管理、情報開示事務の取り扱いなどについての権限を有するとしている。

〔注3〕 中国改正会社法は、経営者の他、「他の者」が会社利益を侵害する場合も、株主代表訴訟によって責任が追及されることになっている(152条3項)。この「他の者」の範囲について、中国改正会社法は明言していないが、支配株主、事実上の支配者または関連取引先などが考えられる。

〔注4〕 朱慈蓮「支配株主の義務と責任」(原文:「控制股東的義務与責任」)

<http://www.civillaw.com.cn/Article/default.asp?id=8770>

〔注5〕 施天濤『関連企業法律問題研究』174頁(法律出版社、1998)。

〔注6〕 しかし、当初は国家株主という概念はなかった。1988年に、中国の国有資産管理体制を再構築するために、国家国有資産管理局が設置された。国有資産管理局は当時の財政部と共に国有資産管理の役割を果たすことが決められて改革が着手されたが、その改革の過程においては各行政機関の利害関係が絡んでいたため、国有資産の管理機能に関する行政機関の利害調整が難航した。この状況に鑑み、1998年3月に、国務院の行政改革により国有資産管理局は廃止された。結局、当初の国有資産管理局と財政部がともに国有資産管理の役割を果たすという試みは失敗した(余暉=甘英「機構改革から見る政府と企業の関係」(「從機構改革看政企關係」)、経済研究1998年12号37頁)。現行の国有資産管理体制は、従来どおり、国務院の省庁及び地方政府の国有資産管理部門が国有資産の管理職能を果たすことになっている。

〔注7〕 林秀芹「会社法実施中の問題とその対策」(原文:「公司法实施中存在的問題と対策」)厦門大学学报(哲社版)1996年1号72頁。

〔注8〕 張舫「株式所有構造と上場会社のコーポレート・ガバナンス」(原文:「股權結構和上市公司治理」)

顧功耘主編『公司法評論』（『会社法評論』）2002年巻28頁（上海人民出版社、2002）。

〔注9〕 錢穎一「企業統治の構造改革と融資構造改革」（原文：「企業的治理結構和融資結構改革」）経済研究1995年第1号22頁。

〔注10〕 1996年までに、すべての上場会社を対象とした調査結果により、530社のうち、政府の行政部門が国家株を所持している会社は332社であった。国家株の保有機関と当該機関の国家株の持株率及び国家株を保有している会社数は次の通りである。具体的には、(ア)集团公司は106社、持株率は31.9%、(イ)国有資産管理局は100社、持株率は30.1%、(ウ)国有資産投資公司是47社、持株率は14.2%、(エ)企業主管部門は20社、持株率は6%、(オ)財政局は13社、持株率は3.9%、(カ)複数の行政部門が分散保有するのは6社、持株率は1.8%、(キ)地方政府が国家株を保有している会社は1社であり、残りの39社は国家株の保有機関が不明のままである。何浚「上場会社における会社機構の質に関する実証分析」（原文：「上市公司質量結構の実証分析」）経済研究1998年5号52頁。このデータから見ると、国家株主は事実上の支配株主といっても過言ではない。

〔注11〕 これは、省、市、県など各レベルの行政機関の国有資産管理局、財政局、企業主管部門などが株主の場合であり、そのうちでも、国有資産管理局が圧倒的に多いのである。

〔注12〕 国有資産投資公司是政府の行政管理と企業経営の分離（いわゆる政企分離）という政策の考えに基づき、行政機関と国有企業との間の中間媒介機構として位置づけられる。

〔注13〕 これは、直接に上場会社の取締役会へ取締役を派遣する数から見ると明白である。国有資産管理会社が支配株主であった50社の上場会社のうち、直接に取締役を派遣していないのは30社(59%)であって、派遣しているのは21社(41%)である。このデータによると、派遣していない場合の方が多い。

〔注14〕 集团公司は国有企業グループの中核企業として、行政機関から国家株の諸権限を授權されて、支配株主としてグループ内の企業に対する経営支配権を強めている。とりわけ、上場会社の親会社という形で現れることが多いのである。この数年間において集团公司が国家株主に占める比率は急速に増加し、数量的に言えば国家株主の中心的存在となっていた。

〔注15〕 調査によれば、1998年度315社の上場会社の取締役会会長のうち、親会社代表のケースは150人であり、47.5%の高い比率を持っている。つまり、上場会社の取締役会会長の半分ぐらいは親会社の代表

によって占められている。また、2001年度の上場会社1135社において、会社の取締役として親会社で兼職する平均率は44.3%にも達し、その兼職率は支配株主の持株率が増えるにつれて漸増している。王中傑主編「2002年上場会社における取締役会統治の白書」(原文:「2002年上市公司董事会治理藍皮書」)52頁(中国経済出版社、2002)。

〔注16〕これに対して、上海証券取引所も2000年の上場会社ガバナンス指針において、次のように指摘している。「現行の企業統治には主に2種類の類型がある。いわゆる内部者支配モデルと支配株主支配モデルである。この2種類のモデルは常に1つの企業において奇妙に同時に存在している。この2種類のモデルは実際には同じ方向に導かれる傾向がある。すなわち、キーマン支配である」と。

〔注17〕A・バーリー＝G・ミーンズ著、北島忠男訳「近代株式会社と私有財産」229頁(文雅堂銀行研究社、1970)。

〔注18〕証券取引法研究会国際部会訳編『コーポレート・ガバナンス—アメリカ法律協会「コーポレート・ガバナンスの原理：分析と勧告の研究」5頁(日本証券経済研究所、1995)。

〔注19〕石少侠＝王福友「会社の取締役と取締役の責任について」(原文:「論公司董事与董事責任」)吉林大学社会科学学报1997年5号。

〔注20〕中国の学説も、忠実義務と善管注意義務の関係について、通説は日本と同じように同質説を取っている。つまり、忠実義務は善管注意義務の具体化であり、それは、会社定款の遵守、忠実な義務職務の履行、会社利益の維持、自己のための利得の禁止、収賄及びその他の不法収入の禁止、会社財産侵害の禁止、会社の秘密の漏洩の禁止などを含むとする(王家福＝王保樹＝崔勤之著『中国会社法論』志村治美編著164頁(耕庸書房、1998))。この忠実義務と善管注意義務が同一の性質を持つことは、取締役の責任を強化する他、会社の合法的な利益を保護することにもなると唱えている(王保樹「株式会社の取締役と取締役会」(原文:「股份有限公司的董事和董事会」)外国法訳評1994年10号10頁)。

〔注21〕取締役と会社の関係について、次のように主張されている学説がある。つまり、取締役は会社の代理人であり、会社の名義を持って活動を遂行するため、個人としての責任を負わないとする。江平主編「会社法教程」(「公司法教程」)172頁(法律出版社、1987)。

〔注22〕この委任関係の趣旨は次のように説明されている。(ア)委任は当事者間の信頼を基礎としており、

受任者と委任者はこの信頼関係を維持するためにその義務を負わなければならない、(イ)取締役の善管注意義務とは、会社の経営に対してその客観的注意義務を尽くすべき義務である、(ウ)受任者である取締役は委任者である会社に対して、誠実・誠意をもって、忠実にその職務を尽くさなければならない、などとしている。王保樹＝崔勤之著『中国会社法原理』(『中国公司法原理』)206－207頁(社会科学文献出版社、2002)。

〔注23〕 最判昭45・6・24民集24巻6号625頁。

〔注24〕 たとえば、英米法において、会社と取締役の間には代理関係と信託関係が同時に存在し、取締役は会社の代理人であると同時に受託者でもある。

〔注25〕 これに対して、信託制度は英米法の制度であり、中国は大陸法系の伝統を受け、しかも中国信託法ひいては信託的な考えが従来なかったため、適用範囲が明白ではないという批判がなされてきた。

王斌＝沈紅華「我国の会社法における取締役の忠実義務について」(原文：「試論我国公司法規定的董事忠実義務」)法学与实践1995年2号。

〔注26〕 たとえば、取締役が契約を締結するような経営活動を行う際に、契約法など会社法以外の法律に違反した場合が問題となる。中国では、民法と会社法は異なるシステムを取っているため、契約法は民法と商取引法の両方にも及んでいるが、あくまでも民法の特別法ということを忘れてはいけない。そうすると、「意見稿2」に基づき、たとえ取締役が契約を結んでいる際に契約法に違反して会社に損害を与えとしても、契約法違反が必ずしも会社法違反とはいえないため、株主代表訴訟によって責任を追及されないことになってしまうのである。

〔注27〕 関連関係の定義について、中国改正会社法は次のように定めている。つまり、関連関係とは、支配株主が直接あるいは間接に支配している会社との関係、および会社の利益を移す可能性をもたらす恐れがある他の関係である(217条4項)。

〔注28〕 支配株主の権利濫用の副作用として、株式会社制度の導入に伴って国有資産の流失は、根本的に抑制ないし改善することは期待できない。謝次昌『国有資産法』52頁(法律出版社、1999)。

〔注29〕 この状況に鑑み、中国SECの「準則」は、上場会社が、支配株主のような関係者が仕入及び販売ルート独占などの手段による会社経営に対する干渉及び会社に損害を与えることを防止するため、有

効な対策を構築しなければならないと規定している(13条)。また、上場会社は、株主及び上場会社の関係者が様々な手段をもって会社の資金、資産及び他資源を占有または移すこと防止するために、有効な措置を取らなければならないと定めている(14条)。

〔注30〕 段亜林「関連取引先上場会社の資金占有に関する実証的分析」(原文：「關聯方占用上司公司資金実証分析」)中国証券報2001年12月14日。

〔注31〕 陽薇「2001年我国の上場会社における関連取引を考察する」(原文：「2001年我国上市公司関連交易透視」)上市公司2002年4号。

〔注32〕 たとえば、デラウェア州会社法174条(a)は、「自己株式取得規制または利益配当規制に故意または過失によって違反した場合には、自己の管理の下でその責任が生じる取締役は、会社に対して、……違法に支払われた利益配当の金額、または会社の株主の取得・返還に対して違法に支払われた金額につき、連帯して責任を負わなければならない。その違法な行為を行う旨の決議に欠席した取締役、または違反行為もしくは決議にはんたいした取締役は、違法行為・決議がなされたときまたはその者がそれを知った後直ちに、取締役会議記録を含む会社の帳簿に異議をとどめることによって責任を免れることができる」と定めている。北沢正啓=浜田道代『デラウェア会社法』60頁(商事法務研究会、昭和63)。

〔注33〕 Henn & Alexander, Law of Corporations (3rd ed 1983),p.1049—1050.

〔注34〕 証券取引法研究会国際部会訳編・前掲注(18)32—33頁。

〔注35〕 証券取引法研究会国際部会訳編・前掲注(18)33頁。

〔注36〕 証券取引法研究会国際部会訳編・前掲注(18)33—34頁。

〔注37〕 石井照久『会社法上巻』359三五九頁(勁草書房、1972)、大偶健一郎=今井宏『新版会社法論中Ⅰ』248頁(有斐閣、1983)、鈴木竹雄=竹内昭夫『会社法(新版)』法律学全集275頁(1987)、田中誠二『三全訂会社法論上巻』702頁(勁草書房、1993)、吉原和志「代表訴訟によって追及される取締役の責任範囲」北沢正啓=浜田道代『商法の争点Ⅰ』157頁(有斐閣、1993)など。

〔注38〕 鈴木竹雄=竹内昭夫・前掲注(37)275頁、鈴木竹雄『新版会社法(全訂第五版)』201頁(弘文堂、1995)。

〔注39〕 大偶健一郎『全訂会社法(中)』152頁(有斐閣、1959)。

〔注40〕 石井照久「商法Ⅰ」322頁(勁草書房、1967)。

〔注41〕 北沢正啓『新版会社法』408頁(青林書院、1982)、服部栄三『会社法通論第三版』127頁(同文館、1983)。

〔注42〕 北沢正啓・前掲注(41)408頁。

〔注43〕 佐伯直秀「代表訴訟によって追及しうる取締役責任の範囲」北沢正啓編『商法の争点』119頁(有斐閣、1983)。

〔注44〕 東京地決昭和31年10月19日(判例時報95号21頁)。

〔注45〕 大阪地決昭和38年8月20日(判例時報380号78頁、判例タイムズ159号135頁)。

〔注46〕 大阪高判昭和54年10月30日(判例タイムズ401号153頁)。

〔注47〕 久留島隆「判例研究」金融・商事判例603号52頁以下。

〔注48〕 岸田雅雄「株主代表訴訟の対象となる取締役の責任」別冊ジェリスト180号153頁。

〔注49〕 アメリカ連邦民事規則23.1条は、株主の提訴資格について、次のように定めている。つまり、会社または法人格なき社団が本来主張すべき権利の行使を怠っている場合に、1人またはそれ以上の株主もしくは構成員が会社または法人格のない社団のその権利を実行するために提起した代表訴訟においては、その訴状は、次のようなことを主張し、証明しなければならない。原告が訴えようとする取引行為の時に、株主または構成員であること、もしくはその株式の取得または構成員という資格の取得が法の作用によったこと、この訴訟が裁判管轄権を得るための共謀的な訴訟ではないこと、である。もし、原告が会社または法人格なき社団の権利行使につき同様な地位にある株主もしくは構成員の利益を公正かつ適切に代表していないと認められる時には、遂行することができない。

〔注50〕 周剣龍『株主代表訴訟制度論』27頁(信山社、1996)。ここで引用した周氏の内容は、Lisa M. Millani, The Continuous Ownership Requirement: A Bar to Meritorious Shareholder Derivative Action? 43 Wash. & Lee L. Rev. 1019(1986)に基づいている。

〔注51〕 Lewis v. Anderson, 447 A.2d 1040(Del.1984)。近藤光男「会社の合併・株式交換と株主代表訴訟」商事法務1637号48頁。

〔注52〕 Id., at 1050.

〔注53〕 Id,at 1043.

〔注54〕 Arnett v.Gerber Scientific.Inc.,566F.Supp. 1270 (S.D.N.Y.1983).

〔注55〕 Id. at 1273.

〔注56〕 Alford v.Shaw.,398 S.E.2d 445,

〔注57〕 Id. at 448－452(N.C.1990).

〔注58〕 周剣龍・前掲注(50)29頁。

〔注59〕 山田泰弘『株主代表訴訟の法理』280頁(信山社、2000)。ここで引用した山田氏の内容は、

DeMott,Shareholder Derivative Actions Law & Practice § 2.02(1994)に基づいている。

〔注60〕 山田泰弘・前掲注(59)280頁。

〔注61〕 東京地判平成13年3月29日(判例時報1748号171頁)。

〔注62〕 同じ内容を持つ判例は、名古屋地決平成14年8月8日(判例時報1800号150頁)、東京地決平成15年2月6日(判例時報1812号143頁)、東京高判平成15年7月24日(金融商事判例1181号29頁)などがある。

〔注63〕 東京地決平成15年2月6日(判例時報1812号143頁)。

〔注64〕 前述の下級審判決の理由は、原告適格に関する通説によったものとする。従来の通説は、株主代表訴訟の原告はこの要件を、会社に対して訴えの提起を請求する時から、または提訴請求を経ずに提訴できる場合は訴え提起の時から訴訟中を通じて満たしていることを要すると解している。そこで、訴訟の途中で原告株主が所有株式を全部譲渡して株主たる資格を失った場合は、原告適格の喪失となり、訴えは不適法として却下される。北沢正啓『新版注釈会社法(6)』〔上柳克郎ほか編〕367頁（有斐閣、1987 参照）。

〔注65〕 たとえば、株式移転により子会社の株主構成が変化したことによって、子会社取締役の責任追及をめぐる利害関係が変化したにもかかわらず、依然として親会社の一株主による訴訟係属を認めることが適切ではないと主張する説としては、小林秀之＝近藤光男「株式代表訴訟の新たな展開」小林秀之＝近藤光男編『新版・株主代表訴訟大系』9頁(弘文堂、2002)。その他、原強「株主代表訴訟に関する判例と理論(20)」月刊監査役463号50頁(2002)、坪川弘「株式移転と株主代表訴訟の原告適格」民事法情報208号66頁(2004年)などがある。

〔注66〕江頭憲治郎『株式会社・有限会社法』684頁（有斐閣、平成14）、江頭ほか『「特別座談会」株式交換・株式移転一制度の活用について』ジュリスト1168号115頁〔江頭憲治郎発言〕（平成11）。

〔注67〕江頭憲治郎・前掲注(66)684頁、新谷勝「持株会社の創設と株主代表訴訟の原告適格—大和銀行株主代表訴訟の和解が残した問題点—」判例タイムズ1085号34頁（平成14）。

〔注68〕関俊彦「株主代表訴訟の原告適格と株式移転」ジュリスト1233号110頁（平成14）。

〔注69〕山田泰弘「親子会社・株式交換と多重的代表訴訟（一）—アメリカ法における適用と正当化理論を参考にして」法政論集177号321頁（平成11）。

〔注70〕山田泰弘「結合企業と代表訴訟(1)」高崎経済大学論集45巻2号71頁（平成14）。

〔注71〕南隅基秀「判批」札幌学院法学18巻2号126頁（平成14）。

〔注72〕江頭憲治郎「判批」ジュリスト1255号146、148頁（平成15）。

〔注73〕新谷勝・前掲注(67)35頁。

〔注74〕「規則」は2006年12月8日に公表し、2007年4月1日から施行されることになった。

〔注75〕具体的に、次のように定めるところにより算出する。①訴訟の目的の価額が1万元未満の部分、事件ごとに50元、②訴訟の目的の価額が1万元を超え5万元までの部分、価額の2.5%によって算出する、③訴訟の目的の価額が10万元を超え20万元までの部分、価額の2%によって算出する、④訴訟の目的の価額が20万元を超え50万元までの部分、価額の1.5%によって算出する、⑤訴訟の目的の価額が50万元を超え100万元までの部分、価額の1%によって算出する、⑥訴訟の目的の価額が100万元を超え200万元までの部分、価額の0.9%によって算出する、⑦訴訟の目的の価額が200万元を超え500万元までの部分、価額の0.8%によって算出する、⑧訴訟の目的の価額が500万元を超え1000万元までの部分、価額の0.7%によって算出する、⑨訴訟の目的の価額が1000万元を超え2000万元までの部分、価額の0.6%によって算出する、⑩訴訟の目的の価額が2000万元を超える部分、価額の0.5%によって算出する。

〔注76〕劉俊海『株式会社における株主権の保護』（原文：『股份有限公司股東權的保護』）352頁（法律出版社、2004）。廉恩臣「株主代表訴訟制度論」（原文：「股東派生訴訟制度論」）

<http://www.deheng.com.cn/ASP/PAPER/html/200741617112125.htm>

〔注77〕万山＝艾雲「株主代表訴訟における若干問題の研究」（原文：「股東代表訴訟若干問題研

究」)<http://www.zwmSCP.com/list.asp?unid=2571>

〔注78〕甘培忠「中国会社法における株主代表訴訟制度の参考に対する一考察」(原文:「簡評中国公司法
対股東派生訴訟制度的借鑑」)趙旭東主編『公司法評論』2005年1期22頁(人民法院出版社、2005)。

〔注79〕甘培忠「中国会社法における株主代表訴訟制度について」ワールド・ワイド・ビジネス・レビュー
一第7巻第1号198頁。

〔注80〕代貞奎「株主代表訴訟の提訴審査」(原文:「股東代表訴訟案件的立案審査」)

<http://www.zwmSCP.com/list.asp?unid=3809>

〔注81〕本件の事実概要は次のとおりである。中国中期先物有限公司(以下、「A」と略す)が、資本金6
億元(日本円86億円余りに相当する)を持つ中国先物業界の最大手である。原告蘇州新發展投資有限
公司(以下、「X1」と略す)、原告寰鉞集团有限公司(以下、「X2」と略す)、被告四川宏達集团有限公司
(以下、「Y1」と略す)、被告四川宏達股份有限公司(以下、「Y2」と略す)が共に「A」の法人株主である。
なお、「Y1」は被告青島千禧宏達体育娛樂有限公司(以下、「Y3」と略す)の筆頭株主でもある。そのう
ち、「Y1」と「Y2」はグループ企業であり(宏達グループともいわれる)、持株は合せて「A」の46.9%
を占めているため、両者が株主として一致して行動する場合、事実上「A」の筆頭株主となる。また、
「A」の取締役会会長Z1は中国先物協会の会長であると同時に、「Y1」の取締役会副会長をも兼任して
いる。宏達グループ(「Y1」と「Y2」)の取締役会会長Z2は「A」の取締役でもある。このような複雑
な人間関係があるため、問題となるこの数社の間に行われる巨額の資金調達が入部取引となった。2003
年7月17日に、「A」の株主総会及び取締役会の承認を経ずにZ1とZ2のサインだけで、「Y3」に1.8億元
を貸し出した。この借金のため「Y1」と「Y2」が保証を行ったが、結局「Y3」は6000万元の借金及
びその利息を返済しなかった。また、同年12月23日に、Z1が「A」を代表し、Z2が「Y1」を代表して、
「A」が「Y1」に合計1億2400万元を貸し出すという貸金契約を勝手に締結した。その後、「Y1」が1
億400万元あまりの借金を返済しなかった。

この状況を察知した中国SEC北京監督管理局は、「A」に対して、2004年7月前に前述の問題を解
決しなければ毎年行われる検査を過ぎさせないという意見を中国SECに報告し、これによって閉業あ
るいは資格取消の処罰が課せられると再三警告した。「A」は存続の危機に陥れたため、「X1」と「X2」

の要求に応じ、Z1は2004年7月28日に「A」の臨時総会を開き、同年7月末までに関係者が借りた資金を会社に返さなければ、司法救済を求めるという決議を可決した。しかし、期限を過ぎたとしても、「Y1」と「Y2」が前述の総会決議を履行しなかった他、「A」も訴訟手続など司法救済を行わなかった。このため、「X1」が2004年8月28日に速達郵便という形でZ1に通告し、当該通告を受け取った後5日以内に訴訟を提起するよう求めた。「X1」の書面請求に対して、「A」は依然として応じなかった。そのまま放置すると、「A」が廃業されることになるため、2004年9月に、「X1」と「X2」が、「Y1」と「Y3」の「A」に対する合計1.64億元貸金とそれに相当する利息の返還、及び「Y1」、「Y2」の6000万元貸金に対する担保義務を求めて、株主代表訴訟を提起した。なお、「A」が第3者として追加された他、Z1とZ2も被告とされた。

〔注82〕 中国証券報2005年12月13日。

〔注83〕 この判決には次のような背景を持つと思われる。つまり、この数年間の中国では、取締役、社長、支配株主が会社の利益を害するケースは大幅に増えているだけに、当初の中国会社法において、株主代表訴訟制度を設けていなかったため、対応しにくい状態に陥っていることにあるのである。被告側は法制度の不備を利用し、中国会社法では株主代表訴訟につき具体的な法律条文がない他、それに関連する司法解釈もないため、原告には提訴資格がないと主張した。北京高級人民法院は中国改正会社法が公表される直前に、中小株主の利益を保護するために被告の抗弁を却下して原告の主張を支持し、株主代表訴訟を認めてその先例を作り出したこと自体は、今後の中国における株主代表訴訟事件に対して重要な意義をもつため、高く評価されるべきである。

〔注84〕 「株主代表訴訟制度の登場」(原文「股東代表訴訟制亮相」)

<http://news2.eastmoney.com/051224,166693.html>

〔注85〕 前掲注。

〔注86〕 「国民が利用しやすい司法の実現」及び「国民の期待に応える民事司法の在り方」について 法務

省 資料1：諸外国の提訴手数料

〔注87〕 Henn & Alexander, *supra* note (33), p 1108.

〔注88〕 *Id.*, p 1109.

〔注89〕 Id , p 1108.

〔注90〕 北沢正啓『新版注釈会社法（6）』355頁〔上柳克郎ほか編〕（有斐閣、昭和62）。昭和27年から平成元年の36年間にわたって、日本全国の下級裁判所が受理した株主代表訴訟によって取締役の責任を追及する事件はわずか10件である（法務省民事局参事官室編・一問一答平成5年改正商法18頁以下参照（平成5年7月））。そのうち、昭和40年までの14年間の間に東京地方裁判所によって受理されたのは7件しかない（小関健二「少数株主権行使の実態」商事法務393号30頁（1966））。

〔注91〕 たとえば、日本の社会風土は「法律以前」または「裁判以前」的な状態にあるため、訴訟によって会社法上の法律問題を解決することは少ないこと（石井照久『会社法（上）』357—358頁（勁草書房、1967））、アメリカとは異なって、日本の弁護士活動には訴訟の提起及び維持に必要な資料を収集する手段が欠けていること（谷口安平「株主の代表訴訟」実務民事訴訟講座5巻99—100頁（1969））、などがある。

〔注92〕 田中英夫＝竹内昭夫『法の実現における私人の役割』48頁（東京大学出版会、1987）。

〔注93〕 小野木常「訴状に印紙の貼用を必要とするか」民商法雑誌82巻5号13頁（1980）。

〔注94〕 竹内昭夫『新版注釈会社法 第2補巻』33頁（有斐閣、1996）。

〔注95〕 バブル崩壊に伴って、金融証券不祥事、総会屋に対する利益供与など大手会社の不祥事が相次いで露呈されたため、経営者の責任を問う声が高まりつつあると同時に、商法上の経営者に対する監督制度が十分に機能していないという意見が強く主張されたに至った。また、1990年から始まった日米構造協議において、日米間の貿易不均衡の構造的な障壁を解消するため、外交上の問題としてアメリカ側から株主代表訴訟制度を改善すべきという問題が提起されたのである。岩原紳作ほか「〈座談会〉株主代表訴訟制度の改善と今後の問題点」商事法務1329号5頁（吉戒修一発言）（1993）。

〔注96〕 川谷昭『民事訴訟用印紙の研究』書記官実務研究報告書1巻1号79頁。

〔注97〕 杉原圭三『民事訴訟における訴訟費用等の研究』裁判官書記官実務研究報告書第12巻2号264頁。

〔注98〕 東京地決平成4年8月11日（判例時報1460号141頁、判例タイムズ797号285頁）。

〔注99〕 東京高判平成5年3月30日（判例時報1460号138頁、判例タイムズ823号131頁）。

〔注100〕 最(小)判平成6年3月10（資料版／商事法務121号149頁）。

Ⅲ 濫訴防止制度の比較法的考察

すでに述べたように、株主代表訴訟は、一株を持つ株主でも提起できる訴権であるため、極めて強力な権限である。一方、株主代表訴訟は、株主または会社の利益を守る有効な手段として評価されると同時に、濫用される可能性をも無視できない。

株主代表訴訟の濫用を明確に定義することは難しいが、簡潔に要約すれば、株主ひいては会社の損失を回復するという代表訴訟の本来の趣旨に反してなされた提訴をいう。たとえば、①会社から金銭を喝取するなど不当な個人的利益を獲得する意図に基づく場合や取締役に対する嫌がらせを主眼とした場合、②責任追及の根拠または証拠が薄弱であるにもかかわらず、売名や政治的アピールのためなどの目的で提訴する場合、③形式的には取締役の責任が認められるものの、実質的に見て問題となる取締役の行為の違法性の程度が低く、これによって会社の損害が軽微であるため、株主代表訴訟の提起による得られる利益よりも、会社の社会的評価と従業員士気の低下といったマイナス面のほうが大きい場合〔注1〕、などは濫用にあたると思われる。

このような濫用的な株主代表訴訟に備えるため、濫訴防止制度を講ずる必要がある。伝統的な濫訴防止制度として、概ね原告適格、担保提供制度、株主権濫用の理論などがあるが、これらの他、アメリカの判例において、会社の提訴判断と経営判断の原則を結合して濫訴を防止することは新たな濫訴防止の手段として現れている。最近における日本法でも、アメリカ法影響の下に、経営判断の原則に関わる判例が蓄積されてきている。以下は、関連の判例と学説を含めて、中国・アメリカ・日本法における濫訴防止制度を考察してみる。

一 株主権濫用の理論

1 比較の視座

株主権濫用の理論は、株主の代表訴訟提起権が株主全員したがって会社の利益保護のための権利として認められている以上、提起される代表訴訟が株主の代表者たる地位を離れてもっぱら個人的な利益を図り、あるいは会社と取締役を困惑させるなど代表訴訟の本旨を逸脱していると考えられる場合に、責任主体(被告)から主張される理論である。そして、株主権

濫用の主張が認められた場合には、提起された代表訴訟は却下されることになり、これによって濫訴的な代表訴訟は防がれることになる。

この株主権濫用の理論については、中国・アメリカ・日本法は共に意識している。中国改正会社法では20条が規定するのに対して、アメリカ法ではクリーン・ハンズ(clean hands)の原則、日本法は判例や「新」会社法847条によってほぼ確立している。したがって、比較の視座としては、濫用の実態を考慮しつつ、株主権濫用理論の射程距離を明確にするのが重要な要素となる。

2 中国法

株主権の濫用については、もともとの中国会社法はその規定を設けていなかった。2006年の中国改正会社法はその改正にあたって、初めて株主権濫用の理論を導入した。

株主権濫用の理論について、まず「草案」は次のように示した。「株主は、法律、行政法規および会社定款を遵守して株主の権利を行使しなければならない、またその有限責任を濫用して社会公共の利益、会社債権者の利益あるいは他の利害関係者の利益を害してはならない」と新たに設けており(「草案」19条)、この前半の部分は、代表訴訟提起について該当するものであった。

中国改正会社法は、「草案」とほぼ同じく、株主が法律、行政法規と会社定款を遵守して株主権を行使しなければならないと定める他、株主権を濫用して会社あるいは他の株主の利益を害してはならないとしている(20条1項)。なお、株主が株主権を濫用して会社あるいは他の株主に損失を与えた場合、法律に基づき損害賠償責任を負うと定めている(20条2項)。

以上のように、中国改正会社法は株主権の行使につき、株主権濫用の理論による制限を新たに加えているのである。これは、世界の潮流にも合致するのである。なぜなら、如何なる権利であっても限界があり、当該権利の趣旨の範囲を超えて行使すると権利の濫用にあたることになるのである。とりわけ、原告株主は自分および他人の不正な利益を図るために、代表訴訟を提起する場合は、株主代表訴訟提起権の濫用となるため、当然制限されるべきである。ただし、中国改正会社法は明文上に株主権濫用の理論を設ける本来の趣旨は、もっぱら

株主代表訴訟の濫訴防止のためでなく、概ね中国の実情における株主が有限責任を濫用して債務および他の法律上の義務を回避することを防ぐためということにあると指摘しなければならない。

3 アメリカ法

アメリカ法において、少数株主が自分の利益を図って、代表訴訟の嫌がらせ効果を利用して、代表訴訟を取り下げるための交換価値として不釣り合いな金額の支払いを強制することを望んで、嫌がらせ訴訟(strike suit)を引き起こすときは、株主権濫用の理論は代表訴訟の防衛策として考えられている。

アメリカ法において、株主権濫用の理論は衡平法における「クリーン・ハンズ(clean hands)」ないし「汚染株式の法理(dirty shares rule)」という形で表現されている。クリーン・ハンズとは、「He who comes into a court of equity must come with clean hands」(エクイティ裁判所に救済を求めに来る者は、その手が汚れていてはならない)という法格言で表現される原則である。汚染株式の法理(dirty shares rule)とは、株主代表訴訟の対象となる不正行為の当事者から株式を譲り受け株主となった者については、善意であった場合を除き、代表訴訟の原告適格を認めないとする判例法理である〔注2〕。

これらの法理によると、衡平法裁判所は、良心の裁判所として当該の事案に関連して原告側に良心に反する行為、信義誠実を欠く行為その他衡平の原理にもとる行為がある場合には、仮にこのような行為がなければ原告の主張に正当性が認められるものであっても、救済が拒まれるのである〔注3〕。したがって、株主が自ら不正行為に関与したり、それに同意・黙認または追認した場合は、一般的に当該株主に代表訴訟の提訴権を認めないのである〔注4〕。その他、アメリカでは、原告株主が代表訴訟を提起するにあたって個人的な目的達成などがある場合でも、一般的にそれを重視せず、直ちに株主権の濫用とみなされない〔注5〕。しかし、原告株主が会社および他の株主のために誠実に提訴しなければならないと要求されるため、ライバル会社の利益を図るなど不当な目的をもつ場合は、代表訴訟が裁判所によって却下されている〔注6〕。

つまり、アメリカ法において、原告株主の提訴目的の誠実さに問題がある場合、あるいは訴えようとする不法行為に自らが関与した株主には裁判所の救済を与えないというクリーン・ハンズ原則によって、濫用的代表訴訟を防止する機能が働いている。

4 日本法

(1)判例

株主代表訴訟は株主権利の1つとして、株主の利益を守るにあたって大きな役割を果たしているが、当該権利を濫用して株主代表訴訟を提起することが許されないのは当然である〔注7〕。しかし、如何なる場合に株主代表訴訟の提起が株主権の濫用にあたるかどうかについて、日本の判例では濫用の判断基準は分かれており、必ずしも明確になっていない。

①株主権の濫用を否定した判例

株主権の濫用を否定した最初の判例は、東京地決昭和61年5月29日の三井鉱山株式高値買戻事件がある。

事実の概要は次のとおりである。訴外三井鉱山株式会社(以下、Aと略す)がB会社との合併を実現するため、安定株主比率を増大する目的をもって、Zによって買い占められていたB社株式をAの完全子会社であるCに高値で買い取らせたうえ、Dグループに安値で譲渡させた。このことが、自己株式取得を禁止した旧商法210条に違反する他、A会社に多額の損害を与えたとして、Aの株主たる原告Xは、Aの取締役である被告Yらに対する損害賠償を求めて、株主代表訴訟を提起したものである。被告らはこの提訴が売名という理由で株主権の濫用にあたりと主張していた〔注8〕。

第一審判決は、原告が売名を目的として株主代表訴訟を提起することは株主権の濫用であり許されないという前提に立ちながら、原告が売名目的で本訴を提起することを確認するまでには至らず証明が不十分であるとして、株主権の濫用という主張は採用することができないとした〔注9〕。

その後、Xが控訴した。東京高裁(平成元年7月3日)は一審判決を肯定しながら、株主代表訴訟における株主権の濫用について新たな判断基準を示した。つまり、株主権の濫用となる

のは、会社から金銭を喝取するなど不当な個人的利益を獲得する意図に基づくものであるとか、会社ないし取締役に対する不当な嫌がらせを主眼としたものであるなど特段の事情がある場合に限られるとした。その上で、本件訴訟の提起は前記のような特段の事情がなくまたその他に権利の濫用にあたるべき事由もないため、売名目的で株主代表訴訟を提起しても株主権の濫用であるとはいえないと判示している〔注10〕。Xは上告したが、平成5年9月9日の最高裁判決は、本件の事実関係を認定したうえで、本件訴訟の提起が株主権利の濫用にあたるものではないとした原審の判断は正当として是認することができるとして、原審の判断基準を支持した〔注11〕。現在では、控訴審・上告審判決の判断基準に賛成する見解が通説である〔注12〕と思われる。

なお、この判決と同じ見解を示したものとしては、東京地決平成3年4月18日の片倉工業自己株式取得事件一審判決〔注13〕と東京地決平成7年10月26日の東京都観光汽船事件〔注14〕などがある。

②株主権の濫用を肯定した判例

株主代表訴訟の提起が株主権の濫用にあたるとして却下した最初の判例は、長崎地裁平成3年2月19日判決(長崎銀行事件)〔注15〕である。

本件の原告Xは、株式会社長崎銀行(以下、Aと略す)の株式約1万株を保有する株主である。Xは、Aの取締役Yらに対して、YらはBに対し回収の見込みがないことを予見できたにもかかわらず善管注意義務を怠り漫然と融資を決裁して実行させ、Aに融資相当額である7億1000万円の損害を与えたと主張し、旧商法267条に基づき株主代表訴訟を提訴したものである。

長崎地裁は次のように述べて訴えを却下した。つまり、「株主が、右のような法の趣旨(注：株主代表訴訟制度の立法趣旨)を離れて、会社の利益ひいては他の株主の利益の犠牲ないしは侵害の下に、株主たる資格とは関係のない純然たる個人的な利益を追求するための取引手段として、その権利を行使するならば、それはもはや株主の権利の濫用であって許されないものといわざるを得ない」、とした。本件において、原告株主による本訴の提起は、会社を

困惑させることによって、自己の利益を得るための取引手数料ないし手立てとしてなされていることが明らかであり、かつ、これら原告の求める利益が銀行の株主たることと関係のない純然たる個人的な利益を追求するための取引手段としてその権利を行使するならば、それはもはや株主権の濫用にあたると判示し、はじめて株主代表訴訟で訴権の濫用にあたるとして訴えを却下した。

(2) 制定法の立場

前述の判例の立場に対して、2005年(平成17年)の「新」会社法は、株主代表訴訟を提起できない場合を定めることにより、株主権濫用の判断基準を新たに設けている。すなわち、「新」会社法847条1項1号により、責任追及などの訴えが当該株主もしくは第三者の不正な利益を図りまたは当該株式会社に損害を加えることを目的とする場合は、もはや株主代表訴訟を提起できないとしている。これは、株主権濫用の理論による一般条項的な提訴禁止をさらに押し進め、濫用的な代表訴訟提訴権を認めないという形で立法化したものと思われる。

しかし、「新」会社法とは違って、原案は代表訴訟を提起できない場合について、もう1つの場合を提言していた。つまり、株主代表訴訟の遂行により当該株式会社の正当な利益が著しく害されること、当該株式会社が過大な費用を負担することとなることと、その他これに準ずる事態が生ずることが相当の確実さをもって予測される場合には、それが当該訴えの提起についての消極的な訴訟要件とされ、却下されることになる(原案847条1項2号)。

原案の狙いは、恐らく株主代表訴訟を提起できない場合を明確に類型化し、明文上の根拠が与えられることにより、株主代表訴訟制度本来の趣旨に反するような提訴請求を裁判所がよりの確かつ迅速に却下するようになることを期待するところにあると思われる。しかし、事前規制の緩和に伴って、取締役の自由行動の範囲が拡大しているので、その行動を事後の責任追及でコントロールすることを保障するため、新たに提訴要件を定めることにより過度に責任追及などの訴えの提起を萎縮させるべきではない。したがって、原案847条1項2号の内容は、それが不明確であり、責任追及などの代表訴訟制度に期待される機能を不当に縮減させてしまう懸念があるという理由で削除されるに至った。

5 小括

株主権濫用の理論により株主代表訴訟の濫訴を防止する点について、中国改正会社法は、株主権濫用の理論を明文で法定化する点で日本法と類似しているが、濫訴防止はあくまでこの法理の副次的効果であることを留意する必要がある。これに対して、アメリカ法の特徴として、株主権濫用の理論が法律上の規定ではなく判例法上の法理であるため、裁判官はケース毎に個別的に適用することになる。日本法は2005年(平成17年)の「新」会社法においては、株主権濫用の理論を明文化するに至った。これによって、日本の裁判所は濫訴的代表訴訟を却下するにあたって、実体法上の根拠付けを得たことになる。この点につき、中国改正会社法20条における株主権濫用の理論に関わる解釈論は、アメリカ法と日本法から学ぶ必要があると思われるため、中国法への示唆を「IV」で取り上げる。

二 原告適格

1 比較の視座

原告適格は、株主代表訴訟における訴権行使の要件に関わる問題である。この課題については、原告適格の要件によって株主の提訴資格を制限し、それによって濫用的な代表訴訟に対応しようとする点で中国・アメリカ・日本法は共通している。ただし、中国法における原告適格の要件は、アメリカ法の行為時株主の原則および公正かつ適切な代表性という要件や、日本法の「引続き6か月の保有期間」の要件よりも一層厳しい要件を設け、上場会社など公開会社の株主に対する持株比率の要件と株式の保有期間の要件を課している。しかし、中国法のようにあまりに厳しい要件を設けると、代表訴訟の意味がなくなる恐れがある。したがって、原告適格の要件として如何なる規律が適切かを精査するのが比較の視座となる。

2 中国法

中国改正会社法は、持株比率と持株の保有期間という2つの要件によって株式会社における代表訴訟の原告適格を制限し、濫訴防止を図ろうしている。原告適格につき、このような制限を設ける理由は次のように考えられる。つまり、株主代表訴訟は小株主の利益を守るための有効な手段であるが、株主意見の相違あるいは少数派株主の利益と会社全体の利益が矛

盾するなどの要素があることに鑑み、無意味な訴訟をもたらす可能性があるからである。したがって、会社の正常な経営を維持するため、原告株主の持株比率と持株の保有期間に対して制限を設ける必要があるとしている〔注16〕。

(1)持株比率による提訴制限

代表訴訟を提起しようとする株主の持株比率について、中国改正会社法は有限会社と株式会社を区別して定めている。

第1に、有限会社の場合について。中国最高人民法院と中国改正会社法の立場が異なっている。中国最高人民法院は「意見稿1」において、有限会社の提訴株主が単独で会社の10%以上にあたる株式を所持する要件を設けていたが(44条2項)、「意見稿2」は、複数の提訴株主が所持する会社の株式を合計して10%を超えれば足りるとしていた(41条2項)。有限会社における株主の持株比率について、「意見稿1」より「意見稿2」が若干緩和した。なお、少数株主の利益の保護を図ることと訴権濫用の防止との関係を調整するため、有限会社の場合は、発行済み株式の5%以上を持つ株主が提訴権を与えるべきであるとする説もあった〔注17〕。しかし、上述の考えに対して、中国改正会社法の立法過程では修正がなされ、「草案」も中国改正会社法も有限会社の提訴株主には持株比率の要件を要求しなかった。この意味では、有限会社における代表訴訟提起権は、一株でも提起できるような単独株主権であると考えられる。

第2に、株式会社の場合について。中国最高人民法院と中国改正会社法は共に、株式会社における株主の持株比率について、所持する会社の株式を合計して1%を超えなければならないという要件を設けている。持株比率の制限は、提訴しようとする原告株主がある程度の代表性を確保する目的であると説明している〔注18〕。

しかし、株式会社の株主に対する持株比率の制限の方法によって少数株主権構成をとる立法政策について、学説は賛否両論である。

賛成説は、次のような理由をもって主張している。(ア)株式会社の場合、資本規模が大きいことを考慮し、発行済み株式の1%超を有する株主に提訴権を認めるのが合理的である〔注

19〕。(イ)株式会社の株主が膨大であり、もし単独株主権にすると会社が相次いで提起される訴訟戦争に陥れる恐れがあって、人民法院も提訴事件の急増という重圧に耐えないことになること〔注20〕。(ウ)中国における株主の人数が多いため、小株主の利益が取締役などによって侵害される場合は、株主に呼び掛けて提訴することが難しくないこと〔注21〕。(エ)株式会社とりわけ上場会社において、株式の譲渡は制限がないため、株式の受領を通して極少数の株式をもって株主代表訴訟を濫用する可能性があることに鑑み、持株比率あるいは持株数の制限を設ける必要がある〔注22〕などが挙げられている。

これに対して、反対説は次のように主張している。すなわち、(ア)持株比率の制限によって濫訴を防止するという出発点があるが、決して良い方法ではなく、所定の持株比率より多い株式を持つ株主が必ずしも濫訴者ではないことを保証できないのに対して、より少ない株式を持つ株主が濫訴者であるとも断定できない〔注23〕。(イ)機械的に持株比率の要件を求めるのは、真の中小株主を原告になることから排除することになり、株主代表訴訟の機能が大きく損なわれる〔注24〕ため、株主の代表訴訟提起権につき、原告適格を緩和し、株主の人数、持株比率と持株数を問わず、一株を持つ株主でも提訴資格を与えるように単独株主権にすべきである〔注25〕などが挙げられている。

(2)持株の保有期間による制限

持株の保有期間による制限について、中国最高人民法院と中国改正会社法の意見も異なっている。

中国最高人民法院「意見稿1」は、2つの提案を挙げている(44条1項)。1つは、会社の利益を害する行為が発生した時に所持しておりかつ引続き会社の株式を所持することであり、もう1つの意見は、会社の利益を害する行為が発生したから遡って6か月の間、引続き会社の株式を所持していたことである。これに対して、「意見稿2」は、アメリカ法の行為時所有の原則を採用し、会社の利益を損なう行為が発生した時点ですでに会社の株式を所持しかつ継続的に所持していると提言していた(41条1項)。

しかし、中国改正会社法の「草案」と最終案は、行為時所有の原則を否定し、有限会社の

株主には持株の保有期間の制限がないのに対して、株式会社の株主には180日の間、引続き株式を所有するという要件を定めている。つまり、中国改正会社法は株式の保有期間の要件によって原告適格を制限するにあたって、アメリカ法における行為時所有の原則と、日本法のように6か月前から引続き株式を所有する要件のいずれかを採用すべきかを考えつつ、結局、日本法の立場を採用したと思われる。その理由は、持株の保有期間の制限が代表訴訟制度を濫用するための株式の購入と譲渡行為を防ぐためであると説明されている〔注26〕。

これに対して、行為時所有の原則をて導入すべきだと唱える学説がしばしばある〔注27〕。その理由として、株主の濫訴を防止する他、株主自身が有する代表訴訟提起権の行使をなるべく早く促すことにおいて大きな意義を有することと、アメリカ法の経験に鑑みると、少なくともこの原則が訴訟を抑制していないなどが挙げられている〔注28〕。

3 アメリカ法

(1)原告適格の客観的要件—行為時株主の原則

①制度の趣旨

アメリカでは、基本的には行為時株主の原則(株式同時所有の原則とも言われる)(contemporaneous ownership rule)によって株主代表訴訟における提訴株主の資格を客観的に制限しようとしている。行為時株主の原則とは、取締役などによる不正行為がなされた時点で、原告がすでに株式を所持しており、あるいは相続などの法的理由によって自己に株式が帰属していた者であることを要する原則である〔注29〕。

この原則はアメリカにおける判例法から発展してきた理論である〔注30〕が、もともと州法による訴訟費用の担保提供規定に関わるものであった。すなわち、原告にとってアメリカ州法の担保提供規定は極めて負担であるので、これを回避するために、他州に住む者に株式を譲渡することにより譲受人株主と共同訴訟人となる。これによって、連邦裁判所の管轄理由を作り出し、そして連邦裁判所の管轄事件となる方法である。連邦裁判所は、このような他州に住む者と共謀して連邦裁判所の訴訟管轄を作り出すことを防ぐために考え出した手段として、担保提供義務だけでなく、行為後に株式を取得した者による濫用的な提訴または

不適切な提訴の防止をも制限対象とされるに至ったのである〔注31〕。

②制定法

行為時株主の原則は連邦裁判所における衡平法上の規則として採用された手続上の要件であるが、連邦民事訴訟規則および大多数の州会社法においても採用されている〔注32〕。

連邦民事訴訟規則23.1条は、株主代表訴訟を提起するにあたって、原告が訴状をもって訴えようとする行為が発生した時点ですでに株主あるいは構成員であったこと、または当該株式および構成員の資格を取得する方法が合法的であったことを、証明しなければならないと定めている。

この原則を最初に成文化したニューヨーク州事業会社法626条(b)項は次のように定めている〔注33〕。つまり、株主代表訴訟においては、原告株主が訴訟提起の時に会社の株式もしくは議決権信託証書または株式ないし議決権信託の受益権の保有者であること、この者が申立てる取引の時に当該株主であったこと、またはその株式ないし株式に対する権利が法律の効力によりこの者に帰属したことが明らかにしなければならないとしている。

これに対して、カリフォルニア州会社法はこの原則について柔軟に対応しようとしている。800条(b)項(1)号は、取締役の不正行為時がなされた時に株主の資格を有してなかった株主は、次の要件を満たせば、株主代表訴訟を提起しうる〔注34〕。つまり、(ア)会社のために主張される請求に有利な証拠のある事件であること、(イ)他に類似の訴訟が提起されておらずまたは提起されそうにもないこと、(ウ)原告が申立てる取締役の非行が公開される前または原告に対する開示がある前に、原告がその株式を取得していること、(エ)株主代表訴訟が提起できない時は、被告が信託義務違反から得た利得を保有することができること、(オ)要求された救済が会社または会社の如何なる株主にも不当利得を生じさせないことである。以上のように、裁判所はこれらの条件が満たされているかどうかについて判断を行う。これは、恐らく会社経営者の違法行為を知らずに株式を取得した株主の原告適格が否定される場合に生じる不公平を是正するためであると思われる。

なお、アメリカ模範事業会社法の7.41(1)項において、株主代表訴訟を提起もしくは維持す

る原告株主は、申し立てられた取引が発生した時に会社の株主でなかった時、またはその時に株主であった者から法的手続による移転によって株主となったのではない時は、州内会社または州外会社の権利において訴訟手続を開始できないと定めた〔注35〕。

ALIは「原理」7.02条(a)項(1)号において、次のように定めている〔注36〕。すなわち、持分証券の所持人は持分証券を、(A)違法であると主張されている行為に関する重要な事実が広く開示されたか、所持人がそれを知ったか、もしくは所持人に明確に伝えられた時より前の時点で、または(B)前述の(A)に従い当該証券を取得した前所持人から、法定移転により直接もしくは間接に取得する場合において、代表訴訟を提起しかつ維持する原告適格を有する。ALIの立場を見ると、「原理」を制定するにあたって、カリフォルニア州会社法を参照し、従来 of 行為時株主の原則を修正したものと思われる。

アメリカ法では、この行為時所有の原則を採用する理由は大別すれば、次のように考えられる。第1に、提訴しようとする事件を連邦裁判所に提訴する目的で、他州に住む者に株式を譲渡することにより連邦裁判所の管轄権を作り出すという慣行を防止するためである〔注37〕。第2に、この原則は、いわゆる買取訴訟を防止するためである〔注38〕。買取訴訟(purchased litigation)とは、訴訟を提起するために株式を買い求めることである。買取訴訟を防止する実益としては、悪意を持つ者による訴訟を禁止する目的である他、仮に禁止しないとすれば、訴訟の数が大幅に増えることによって裁判所に過大な負担を負わせる結果が生じられるのである。

他方、行為時株主の原則に対して、次の批判がなされている。つまり、第1に、株主の提訴権は会社の訴訟権限に基づくものであるが、それは株式に付随する不可分の利益の一部として株式の譲渡に伴って移転することになる。したがって、原告適格を有する株主は時間不足また訴訟の危険を理由に提訴しない場合には、その持株を提訴意欲のある大胆な投資家に売却しても不都合ではなく、特別の事情がない限り原告の株式取得前の行為に対しても提訴が認められる〔注39〕。第2に、この原則を厳格に貫けば、不当な利益を得た役員を放置するような不公平な結果を生ずるから、例外的にこの原則の適用を排除して対応しなければなら

ない場合があるとされている〔注40〕。

(2)原告適格の主観的要件—公正かつ適切な代表性

①制度の趣旨

アメリカの株主代表訴訟においては、原告適格について前述の客観的要件である行為時株主の原則を設けている他、主観的要件をも設けている。これは、いわゆる「公正かつ適切な代表性」を担保するための要件である。この要件を課すのは、もともと株主代表訴訟がクラス・アクションとして構成されてきた経緯によっている。すなわち、原告が自己と同じの考えにある多数の者を代表して株主代表訴訟を提起する場合、クラス・アクションの代表者に関する判例が株主代表訴訟の原告にも類推適用されうる〔注41〕ことになるが、その場合に、代表訴訟の提起者の考え方(主張)と他の株主の考え方が異なるとすれば、当該訴訟の提起が濫用となる結果を生ずることになる〔注42〕と考えられたのである。

しかし、この点に関してはもともと、公正かつ適切な代表性という提訴要件は、濫訴防止ではなく、クラス・アクションにおける既判力(Res Judicata)に関わるものとして由来することを指摘しなければならない。アメリカ法において、当初は訴訟から脱退し訴訟を遂行しない当事者には既判力が及ばないと考えられた。これについて、Storey判事は、「利益を共有する」者であっても訴訟当事者とならない者には判決の効力が及ばないと理解し、旧エクイティー規則48条は訴訟から脱退した者への判決効力の拡張を否定する立法であると説明していた〔注43〕。しかし、それが不都合であるため、連邦裁判所は、訴訟を提起した者が訴訟継続中に訴訟から離れたとしても、その当事者の利害は、訴訟継続中の当事者の利害と一致すると判断すると解することによって、訴訟遂行をしない当事者にも既判力が拡張されるようになった〔注44〕。すなわち、原告株主がクラス全体の利益を適切に代表しているか否かは、提訴するための要件というよりも、むしろ既判力を拡張するための要件とされていた〔注45〕。しかし、その後、公正かつ適切な代表性の概念は、判決効力の拡張の正当化根拠であると共に、株主が株主代表訴訟を提起し維持するための提訴要件でもあるとされるに至った。それゆえ、株主代表訴訟の提起段階において、原告株主は公正かつ適切な

代表性を有するかどうかの判断基準が重要な問題となったのである。もっとも、当該の基準は統一されていないため、その概念に対する定義は非常に難しい問題である。以下はアメリカの制定法といくつかの代表的判例を概観したうえで、この基準をある程度明らかにしてみたい。

②制定法

アメリカ連邦民事訴訟規則23.1条は、原告株主の公正かつ適切な代表性について、「代表訴訟は、もし、原告が会社または法人格なき社団の権利行使につき、同様な立場にある株主もしくは構成員の利益を公正かつ適切に代表していないと認められる時には、遂行できない」と定めている。つまり、原告株主が取締役などに対する会社の権利を行使する際に、株主の利益を公正かつ適切に代表しそうな場合には、代表訴訟は維持され得ないとするのである。なお、1989年のに行われたアメリカ模範事業会社法改正に際して、7.41条(2)項は「会社の利益を公正かつ適切に代表する」と定めている〔注46〕。また、ALI「原理」は7.02条(a)項(4)号において、株主の提訴資格の主観的要件について、「株主の利益を公正かつ適切に代表しうる」と提言している〔注47〕。

③判例

(a) Davis v. Comed 事件(1980)

本件は、Y1社およびその親会社Y2社の株主たるXが、両社には不動産の売却権限がないなどを理由として、すでにA社との間に結んでいたY社所有の不動産売買契約の無効および損害賠償を求めて代表訴訟を提起したものである。

裁判所は、Xが連邦民事訴訟規則23.1条のいわゆる公正かつ適切な代表要件を満たすかどうかの基準について、次のように述べた。つまり、(ア)Xとクラス(他の株主)との間の経済的対立がないこと、(イ)株主代表訴訟においてXによって求められている救済方法の明白性、(ウ)Xが訴訟の背後にある推進力(driving force)ではなかったということ、(エ)代表訴訟それ自体についての利益と比較してXの個人的利益が相対的に低いこと、(オ)XのYに対する報復心がないこと、(ハ)最後に、Xが他の株主から受けている支持の程度などの要因も、裁判所

は判断するにあたって考慮すべきものであること、などである。

(b)Rae Schupack v. Albert Covelli事件(1981)

本件は、少数株主が株式の買戻し契約を無効にするために会社とその多数株主を相手取って提起した代表訴訟である。被告側は、原告株主が公正かつ適切に他の株主の利益を代表してはならず、適時の提起もなされなかったので、衡平法上の懈怠の原則により訴訟は禁じられるべきことを理由として、当該代表訴訟が取り下げられるべきとの命令申請を裁判所に提出した。

裁判所は、次の理由を述べたうえで、提訴株主の原告適格を認めた。つまり、裁判所は、「我々は、株主代表訴訟の原告は株主の大多数の支持を得るべきであることも、またすべての少数派株主によって支持されるべきであることも必要であるとは考えない」というNolen v. Shaw—Walker Company判例の一節〔注48〕を引用したうえで、連邦民事規則23.1条における代表者の適切性の真意は、第1に、原告株主がどの程度の株主を代表しているかではなく、同じ状態にある株主の利益を如何に守るかということであり、第2に、代表者の適切性に対する実質上の評価は、一般的に、代表者たる原告が精力的かつ誠実に代表訴訟を遂行するか否か、代表者たる原告の利益が代位されようとするクラスの利益に反するか否か、という2つのテストによって行われるとした。本件において、このテストについては被告が立証責任を負うがその責任を果たしていないとして、被告の主張が退けられた〔注49〕。

(c)Rothenberg v. Security Management Co., Inc事件(1982)

本件は、Y社の株主である原告が、州会社法および連邦証券法違反を理由に、Y社の取締役会の様々なメンバーを相手取って株主代表訴訟を提起したものである。

裁判所は原告株主が公正かつ適切に代表性を持つか否かを判断する基準について、次のように述べた。すなわち、「連邦民事訴訟規則23.1条によって要求されるように、特定の原告が他の同様の立場にある株主の利益を公正かつ適切に代表するかどうかについては、それぞれの事件の全体的な事実および状況に依存するが、裁判所によって考慮される要因としては、(ア)原告が真の当事者ではないことを示すもの、(イ)原告が訴訟に馴れていないことお

よび訴訟について把握しようとし、(ウ)弁護士によって主導される訴訟に対する株主のコントロールの程度、(エ)原告が受けた他の株主からの支持の程度、(オ)原告の訴訟への個人的な関わりの欠如など」を含むとした。この基準に基づき、裁判所は次のような理由をもって原告株主の原告適格を否定して訴えを却下した。つまり、一連の証言録を通じて、原告は訴状において主張された重要な事実および法的争点について全く知るところがないことを証言することによって明らかにしており、原告が知っている事実は弁護人との話しによって得られたものであって、原告は事件の基本的な事柄を理解する以上に進んでしようとせず、さらに自分の個人的知識の欠如が訴訟を維持するのに不適切であることを原告が認めていたとして、訴えを却下した〔注50〕。

4 日本法

日本法において、代表訴訟を提起できる者は、6か月前から引続き株式を有する株主であると定めている(旧商法267条)。この要件は、1950年(昭和25年)商法改正の際に、当初の日本側がアメリカ法制度の大幅な導入についてできる限りの抵抗を試みた〔注51〕結果の1つである。つまり、日本側は、取締役の業務執行に関する裁量権の拡大および株主総会の権限の縮小など経営への権限集中については賛成する一方、株主代表訴訟や差止請求などの株主権限の強化については、会社荒しにより株主代表訴訟提起権の濫用の恐れがあるという理由で厳しく批判した〔注52〕。この批判的な雰囲気鑑み、GHOと協議を重ねて行われたうえで、政府原案は株主代表訴訟に関する規定は、修正を行った形で妥協した。そのうちの1つは、株主代表訴訟を提起できる株主の資格について、6か月前より引続き株式を有する株主でなければならないと定めた。これは、濫訴を防止するために、代表訴訟だけでなく、他の少数株主の監督是正権（少数株主による総会招集権、少数株主による取締役の解任権などである）についても同時にこの要件が付けられたのである。2005年(平成17年)「新」会社法もこの株式所有の期間的要件を維持した(847条1項、ただし、定款の定めによって持株の期間は6か月以内でも可能となる)。

(1)判例

株式所持の時間的要件に関わる判決としては、東京地裁平成9年2月26日判決の日本住宅金融事件がある。事実の概要は次のとおりである。原告は日本住宅金融株式会社(以下、Aと略す)の株主として、Aの取締役であったYらに対し、融資先であるBグループ各社に対する貸付の審査、管理、回収において取締役としての善管注意義務を怠ったために不良債権を発生させたとして、融資残高相当の890億円相当の損害賠償を求めて、株主代表訴訟を提起した〔注53〕。

東京地裁は、この原告適格について、「株主名簿の名義書換を受けた日から本訴提起の日までの間に、6か月以上継続して株主名簿上の株主であったと認められない」ので、本訴における原告の適格を有していないとして、訴えを却下した。

(2)学説

訴えの提起から遡って6か月前より引続き株式を有することの要件に対する理解について、日本の学説は、基本的に株式を取得して株主名簿の書換から6か月を経過したこと、または取締役に対して損害賠償を求める株主が会社に請求する時点から逆算して6か月前より株主であることを要求している〔注54〕。この要件を満たした株主は提訴株主の資格を有するが、訴訟の途中で原告株主が株式を全部譲渡して株主たる資格を失った場合には原告適格の喪失となるため、代表訴訟は却下されなければならない〔注55〕。これに対し、株主代表訴訟提起権を自益権と理解する立場から、原告株主が株式全部を譲渡した時は、最後に株式を取得した者が訴訟を承継するという説もある〔注56〕。

なお、6か月前より引続き株式を有する要件の必要性についても、日本の学説は様々である。賛成説は、この株式保有期間の要件は会社荒らし防止のための配慮であって、極めて適切なものと言えると主張している〔注57〕。これに対して、反対説は、代表訴訟の提起権が共益権ではなく自益権であるとの理由で、立法論としてこの要件を削除すべきだと主張している〔注58〕。また、取締役の責任発生的事实を知ったうえで訴訟を提起するために株式を買った者は、6か月を待てば訴えを提起できるから、濫訴防止には役に立たないという意見

も有力に主張している〔注59〕。したがって、6か月の株式保有期間に対して、理論的にALI試案1における行為時株主の原則のような規定の方が遥かに合理的であるとしている〔注60〕。他、原告適格につき代表者としての適切性という適切代表の要件を全く問題していないのは、株主代表訴訟の代表訴訟性を見逃していると指摘している〔注61〕。

5 小括

原告適格の制限による濫訴防止について、中国法の特徴は、株式会社と有限会社を分けて原告適格を定めることにある。つまり、有限会社の場合は持株比率と持株の保有期間の要件がないのに対して、株式会社の場合は180日という持株の保有期間要件を課す他、1%超という持株比率の要件も課されている。日本法の場合は、公開会社において引続き6か月という持株の保有期間要件だけで原告適格をカバーしているが、非公開会社では6か月の要件がないのである。会社の種類によって原告適格を区別する点について、中国法は日本法に似ているといえる。これに対して、アメリカ法の場合、株主の原告適格について、基本的に行為時株主の原則という客観的制限と、公正かつ適切な代表性という主観的制限をもって濫訴防止を図ろうとしている。

しかし、中国法のように濫訴防止のための原告適格の要件があまりに厳しく設けられると、代表訴訟の意味がなくなる恐れがある。したがって、中国の実情に照らして代表訴訟提起の障害にならないような改善が必要がある。これについては、「IV」でふれることになる。

三 会社の提訴判断による濫訴防止—経営判断の原則を通して

1 比較の視座

取締役の経営責任を追及するにあたって、株主の代表訴訟提起権は本来、会社に属する権利であることと、経営に専念する経営者が濫訴の恐怖から解放される必要があることなどに鑑み、一定の要件の下で取締役が代表訴訟の追及から解放されるべしとする要請が生まれるのである。

この要請は、アメリカでは会社側の提訴判断と経営判断の原則の結合という形で形成されてきた。つまり、アメリカ法において、会社の提訴判断権は、一般的に取締役会における利

害関係のない社外取締役によって構成される特別訴訟委員会に委ねるという形で行われている。これは、企業経営における経営者の専門的裁量の重視と株主による経営コントロールの強さの間のバランスを確保することに大きな関連があると考えられる。日本法においては、2005年(平成17年)の「新」会社法制定をきっかけに、不提訴理由書制度の導入(「新」会社法847条4項)によって会社の提訴判断権がかなり充実しているため、この制度はアメリカの特別訴訟委員会制度と同様な役割を果たすことになるかと期待されている。これに対して、中国の学説上においてもしばしば経営判断の原則が唱えられてきたが、中国改正会社法には未だ明文化されていないようである。

そうすると、ここでの比較の視座は、アメリカ・日本法における濫訴防止について会社の提訴判断権に基づき、経営判断の原則が如何なる役割を果たしているかというところに絞られることになる。

2 中国法

(1)会社に対する提訴請求からみる会社の提訴判断権

2006年の中国改正会社法における代表訴訟提訴前の前置手続によると、原告株主が提訴するにあたって、まず書面をもって会社(監査役会)に対して訴訟の提起を求めることができるとしている(152条1項)。その後会社が株主の書面請求を受け取ったにもかかわらず訴えの提起を拒否し、あるいは当該請求を受け取った日から30日以内に提訴しなかった場合、あるいは直ちに提訴しなければ会社の利益に回復できない損害を与える恐れがある緊急の場合、株主は会社の利益のために自分の名を持って直接に人民法院に提訴する権利を有する(152条2項)。

この条文は次のように理解できると思う。(ア)株主は自ら提訴する前に会社に提訴請求をなす必要があるのである。恐らく立法者は、株主の代表訴訟提起権はもともと会社に属する権利であるため、当該権利を行使する前提として、会社自体が提訴することにより、会社内部の救済を徹底するのが本規定の目的であると考えられる。このことは、会社自体に代表訴訟を提起するか否かという提訴判断権を認めているというように理解してもよいと思われる。

る。(イ)一旦会社が株主の提訴請求を受けた後に提訴しない場合、その理由を問わずに株主が30日を待てば提訴できるのである。つまり、中国改正会社法において、会社が株主の提訴請求に対して訴えを提起しないとの決定をなせば、直ちに代表訴訟提起権の行使を怠ることとみなし、よってこの場合には株主が代表訴訟提起権を取得して提訴できることになる。換言すれば、会社には提訴判断権を有することを認めてはいるものの、原告による提訴請求が価値のない訴訟と認定して訴訟終了の決定を出すことはできず、株主の提訴請求に対して会社の選択肢は訴訟の続行しかないのである。そうすると、会社の提訴判断権は事実上否定されていることに近いといっても過言ではない。

これに関して、中国の学説は、株主が自ら提訴する前に会社への提訴請求を行う必要があることにつき、会社は提訴判断権を有すると考えるものがある。その理由として、(ア)会社の提訴判断により濫用的な代表訴訟を阻止しうると解することが、代表訴訟の提起により会社の利益を維持して損害を回復するという株主代表訴訟の趣旨と一致する。したがって、価値のない代表訴訟を排除できると同時に、価値のある代表訴訟をも保護できる〔注62〕。(イ)会社の提訴請求に対する判断は、裁判所が司法審査により訴訟を終了するか否かを判断するにあたって重要な審査資料となる。しかも原告株主にとって会社への提訴請求は過大な負担とはいえない〔注63〕などが挙げられている。(ウ)さらに、会社への提訴請求を義務づけることは次のような効果があると主張している〔注64〕。すなわち、株主と経営者との間に十分な情報交換およびコミュニケーションを実現させることによって経営者と株主が会社の利益のために一致して行動し、経営者と株主の対立を緩和することができると考えられる。また、訴訟を提起しようとする株主が、経営者から公表された事情や説明に対して全面的に理解を示した場合には訴訟を放棄することもあり得るので、裁判所による不要の司法審査を防止し得る。なお、株主の圧力の下で、取締役会が株主の提訴請求を受け入れ、会社が生じた損害を回復するために、訴訟もしくは他の方法による損害を回復する機会が取締役に与えられるのである。しかし、会社に提訴請求を行うことは株主代表訴訟の障害となるので、会社の提訴判断権を認めるべきでないとする反対説もある〔注65〕。

なお、上記の学説の他、会社に提訴判断権を認めただけで、会社が提訴判断を下すにあたって、現行法が定めていない経営判断の原則〔注66〕を考慮して有害無益の代表訴訟を阻止すべきとする考えがみられる。このような考えは、恐らく経営判断の原則に対する理解から起因するものであると思われる。経営判断の原則について、中国の学説は次のように理解している〔注67〕。すなわち、経営判断の原則は取締役の注意義務と一致するものであり、もし取締役が、問題となる経営判断を行った時に理性的な企業経営者として負うべき注意義務を尽くしたならば、たとえこの行為が結果的に一種の判断ミスと判断され、これによって会社に損害が発生したとしても取締役は賠償責任を負わないと考えている。そして、経営判断の原則を中国法に導入すると次のような利点があると主張している〔注68〕。つまり、(ア)経営判断の原則は会社経営の複雑性に合致する。会社規模の拡大と経営範囲の拡張によって経営に関わる問題が多種多様となり、取締役がすべての問題に対して正確な経営判断をとることは不可能に近いと同時に、その必要もないこと。(イ)経営判断の原則は経営決断の特徴にも符合する。法律の判断と数学の推理とは異なって、経営判断には速さが求められ、しかも市場のリスクと変動性もあるため、経営判断が永遠に正しいことを保障できない。もしすべての経営判断に正確性を求めると、ビジネスの機会を見逃して経営効率を低下させる他、会社と株主の利益の保護に対しても不利益となること。(ウ)経営判断の原則は時として取締役が大胆な経営を行うことに際して有利であること、などである。

経営判断の原則は以上のような利点を持つため、人民法院は、経営者の責任を判断するにあたって、経営判断の原則を適用することが有益な選択であると認識している〔注69〕。そして、学説も、通常 of 会社経営の内容についてだけでなく、会社の提訴判断による濫用的な代表訴訟を阻止することについても経営判断の原則の適用が及ぶと解されるに至っている〔注70〕。つまり、中国会社法における監査機関は監査役会であることに鑑み、監査役会の構成員が独立性と公正性を確保されれば、経営判断の原則に基づき、会社全体の最善の利益を維持することに立脚し、会社にとって提訴するより提訴しない方が有利であると考え場合には、株主代表訴訟提起権を阻止することができる、と主張している。

(2)会社の提訴判断に対する人民法院の司法審査

前述のように、中国の学説は会社の提訴判断権を認め、濫訴とみなされる代表訴訟を阻止する判断ができ、しかも当該判断は一種の経営判断と考えられているのである。そうすると、会社の提訴判断に対して人民法院の司法審査は必要であるのか、もし必要であれば如何なる基準に基づいて審査すべきであるのかが問題となる。

これについて、中国の学説は人民法院による司法審査の必要性について基本的に認めているが〔注71〕、当該司法審査の基準について別れている。

第1に、株主代表訴訟において、裁判官に訴訟手続の進行および重要事実の認定について、他の訴訟よりも大きな裁量権を与えていると唱えている説がある〔注72〕。具体的に、(ア)裁判官が請求内容を実際に審理する前に、まず独自に株主の提訴請求を拒絶する会社の提訴判断の当否を判断したうえ、株主の提訴を認めるか否かについて決定する。(イ)裁判官は起訴状に訴えている事実と理由、および会社の提訴判断を審査し、当該訴訟が本案の審理段階に進めるかどうかについて判断する。

第2に、人民法院の審査基準は取締役の義務違反の種類によって異なると主張する説もある〔注73〕。つまり、(ウ)取締役が注意義務に違反した場合、人民法院は、取締役が注意義務に違反するにあたって重過失があるという証明責任を提訴株主に課することができる。提訴株主が証明できない場合、会社側の提訴判断を尊重すべきである。(エ)取締役が忠実義務に反した場合、人民法院は会社による訴訟終了の決定をもっと厳格に審査すべきだが、Zapata判決〔注74〕の第1段階の審査基準(特別訴訟委員会の独立性と誠実性およびその合理性について審査するという基準)を満たされれば十分であり、アメリカ裁判所のように2段階のテストを行い、人民法院は独自の経営判断を行う必要がないとしている。つまり、人民法院の司法審査は、会社の訴訟終了決定が利害関係のない社外取締役によってなされたかどうか、当該訴訟終了の決定が合理的な根拠を持つかどうかを中心に行い、問題がなければ会社側の訴訟終了決定を認めるべきである。

第3に、会社側(監査役会)が提訴判断権を行使するにあたって、人民法院の司法審査に服

し、その司法審査基準は、アメリカ法のZapata判決を参考にし、2段階テストを行うべきであると主張する説がある〔注75〕。すなわち、(オ)まず人民法院は監査役会の独立性、公正性、誠実性および訴訟終了の根拠を審査する。審査の結果によって問題がなければ、次の段階に入ることになる。(カ)人民法院は自由裁量権の下での独自の経営判断に基づき、代表訴訟の遂行と監査役会による訴訟終了の決定の間に、どちらが最大限に会社の利益を守れるかを考量し、監査役会の訴訟終了の決定を許可するか否かを決定する。

3 アメリカ法

(1)会社の提訴判断と経営判断の原則

アメリカ法において、会社と株主全体に対して有害無益となる濫用的な代表訴訟を排除する手段として、取締役会に対する事前の提訴請求を要求することが考えられる。アメリカでは、通常は取締役会が会社のために訴訟を提起するのであって、株主代表訴訟は、例外として株主に与えられる特別な救済方法であるため、原告株主は衡平法上における株主代表訴訟の提訴資格を得るために、会社に提訴を求める必要がある。これは、いわゆる会社内部による救済の徹底である〔注76〕。この必要性は、1843年のFoss v. Harbottle事件に対する判決によって、会社の損害を回復するのは会社であるという原則を樹立し、その結果として取締役の義務違反の責任を追及するにあたって、会社が提訴を決定するものと捉えられることになっていた〔注77〕。

これについて、アメリカ連邦民事訴訟規則23.1条と殆んどの州法は、提訴する前に会社に提訴請求を行うというような規定を設けている。アメリカ模範事業会社法7.42条では、株主は代表訴訟手続きを開始する前に、会社に対して適切な措置をとることを書面で請求しなければならないとしている〔注78〕。なお、ALI「原理」7.03条においても、代表代表訴訟を提起する前に、原告株主は会社の取締役に対して訴訟を提起するかまたは適切な是正策をとることを、書面をもって要請することを求めなければならないとしている〔注79〕。すなわち、アメリカ法において、株主により提起された代表訴訟に対して、会社は当該訴訟を続行すべきかどうかを判断するという提訴判断権を明文化していると考えられる。このようにす

る理由は、濫訴防止のためでもあると唱えている〔注80〕。

このような濫訴防止の考えに基づき、1970年代のアメリカにおける経営者が海外の政治家への不正支出をなしたことをめぐって株主代表訴訟が頻繁に提起された背景をきっかけに、上述の会社の株主代表訴訟に対する提訴判断権は、経営判断の原則(Business Judgment Rule)〔注81〕と結合することによって、新しい株主代表訴訟が現れた。すなわち、取締役会の過半数の構成員が問題の行為に関係している場合に株主による取締役会への提訴請求を不要とする場合には、代表訴訟の続行または終了のいずれが会社の最善の利益に合致するのかを決定する目的で、取締役会は提訴判断権を利害関係を有しない取締役からなる特別訴訟委員会に委譲することが認められる〔注82〕。この場合には、代表訴訟を終了するか否かは特別訴訟委員会の判断に基づくことになり、この特別訴訟委員会が株主代表訴訟を終了する決定をなした時には、公序良俗に反するなどの特別な事情がない限り、裁判所は基本的に当該終了決定を一種の経営判断とみなし、それを尊重して審査をしないとしている。このようにして、経営判断の原則に取締役の責任を追及する手段である株主代表訴訟を続行させないという機能を持たせることによって、裁判所の司法審査を免れる効果が生じたのである。これは、いわゆる経営判断の原則の「攻撃的用法」〔注83〕である。

会社の提訴判断と経営判断の原則を結合し、特別訴訟委員会によって株主代表訴訟を終了するという濫訴防止の方法には、一番問題となるのが特別訴訟委員会による株主代表訴訟の終了決定に関する裁判所の審査基準である。なぜなら、もし裁判所は安易に会社側(特別訴訟委員会)の訴訟終了決定を認めると、株主代表訴訟の存在が形骸化される恐れがあるからである。しかし、会社の最善の利益に反するため代表訴訟の終了を主張する特別訴訟委員会の申立に対して、アメリカの判例と制定法の審査基準は分かれている。以下は、これに関する判例と制定法を概観してみる。

(2)判例の立場

①経営判断の原則により訴訟委員会の終了決定を尊重する判例—Auerbach v.Bennett 事件(1979 年)

会社の少数派取締役から構成されている特別訴訟委員会に株主代表訴訟を終了する権限があるか否かが示された初の判決は、ニューヨーク最高裁判所のAuerbach v.Bennett事件〔注84〕であった。

本件は、外国の政治家に政治資金を支払った取締役と役員に対して、会社への損害賠償を求めた代表訴訟である。取締役会は、問題の行為が発生した後に、利害関係を有しない3名の取締役から構成される特別訴訟委員会を設置し、代表訴訟を継続すべきかどうかを審理させたところ、当該委員会は、訴訟が会社と株主の最善の利益を妨げるものであるという結論を出した。その理由は、被告には個人的利益を得ていないこと、訴訟には意味がないこと、訴訟費用が増えること、会社の経営陣の時間と精力が訴訟の継続によって浪費されること、訴訟の継続は会社の事業に有害であることなどが挙げられた。

第一審の地方裁判所は、被告の抗弁を認めて訴訟を却下したので、原告である株主が控訴し、第二審の同裁判所控訴部は、経営判断の原則は株主代表訴訟の却下の効力を持つとはいえないとして、原審判決を覆した。さらに被告が上告したところ、最高裁判所は次のように述べ、控訴審の判決を破棄し、原告の訴訟を却下した。すなわち、(ア)経営判断の原則は、誠実な判断が行われ、しかも会社の目的を適法に助長するような会社の取締役の決議を裁判所が審査することを禁ずる。(イ)特別訴訟委員会は株主の代表訴訟を終結させる権限を適法に取締役会から委譲されることができる。不誠実または詐欺の証拠がない限り、裁判所は経営判断の原則に従って、取締役会の決議を尊重しなければならない。(ウ)経営判断の原則は、裁判所が会社の決定をするために選任した取締役会の委員会の構成員の利害関係がないことと独立性について調査することを妨げるものではない。

この判決によると、特別訴訟委員会による最終の実質的決定の部分については、経営判断の原則の下で裁判所の審査を受けないことになる。すなわち、株主代表訴訟を続行するか否

かに関する特別訴訟委員会の決定は会社経営の範囲内の問題であるため、裁判所が一般的に経営者の決定を評価するのは適当ではないと考えている。したがって、経営者の運営行為に詐欺または不誠実がない限り、裁判所は、経営判断の原則に基づいて訴訟終了という特別訴訟委員会の決定を尊重すべきであり、特別訴訟委員会の構成員が利害関係のない独立の者であったか否かと、その調査手続が適当であったか否かという2点についてのみ審査することになる。

②条件付で裁判所独自の2段階審査を認める判例—Zapata Corp.v.Maldonado 事件(1981)

Zapata Corp.v.Maldonado事件〔注85〕の概要は次の通りである。Zapata社では、1970年の取締役会において、同社の取締役および役員に対して5回の分割払いによるストック・オプションを付与する旨の決議を行った。最終回のオプションの期日が迫った頃に、Zapata社では、同社の株式のうち230万株につき公開買付を行うことを計画した。そこで、同社の取締役会は、オプションの実行期日を繰り上げるとの決定を行った。このような決定をなした理由は、公開買付の公告の後でストック・オプションを実行すれば、公開買付により株価が高騰することとなり、この上昇分につき取締役には多額の連邦所得税が課せられることになってしまうからであった。これを回避するため、オプションの実行期日を早めたのである。そこで同社の株主であったマルドナルドは、オプションの期日を早めることは、取締役が会社および株主に対して負担する忠実義務に違反するという理由で代表訴訟を提起し、同社の取締役全員の責任を追及した。これに対処するため、Zapata社は、新たに就任した2名の取締役をもって独立の調査委員会を設けて、この代表訴訟について調査を行った。委員会は、この訴訟が遂行されると会社の最善の利益に反する結果になるため維持されるべきではないとの結論を得た。そこで会社はこの結論に基づき代表訴訟の終了を求めた。

デラウェア州裁判所は、次の理由によって、被告である取締役による代表訴訟の終了の抗弁を退けた〔注86〕。つまり、第1に、株主代表訴訟には、株主個人の訴訟という面と会社のために会社に訴えを起させるという面があること〔注87〕、第2に、正当な訴因を主張する株主が、一旦会社に対して求めた訴えの提起を拒絶された場合には、株主は自己の権利だけ

でなく、会社の有する権利をも代表訴訟において主張することができるのであって、会社自身はもはやかかる権利を享有できなくなること〔注88〕を明らかにしたうえで、本件のように、取締役の忠実義務違反が明らかな場合には、たとえ訴訟委員会が原告の訴えを検討して、それが遂行されると会社の最大限の利益にならないという経営判断を下したとしても、経営判断の原則は取締役会に代表訴訟を終了させる権限を付与するものではないと判示した。これに対して、Zapata社は上訴した。

デラウェア州最高裁は、原判決を破棄して、原審に差戻した。判決によると、提訴請求が要求される場合と、提訴請求が免除される場合と分かれて、提訴請求が免除される場合に、株主代表訴訟を終了する特別訴訟委員会の決定について裁判所の審査が必要としたうえで、その審査基準が明らかにした。第1に、提訴請求が要求される場合。裁判所は、株主が代表訴訟を提起する絶対的な権利をもつという見解に反対し、取締役会が代表訴訟を会社にとって好ましくないと決定した時に、この決定が違法でない限り、取締役会は訴えを進行させないという決定を下す権限を持ち、裁判所はその決定を尊重すべきである〔注89〕。第2に、提訴請求が免除される場合。この場合において、代表訴訟の終了を認めるために、裁判所は新しい基準を設けた。この基準は、次の2段階の審査から成り立っている。第1段階では、従来の経営判断の原則の適用と同じように、裁判所は特別訴訟委員会の独立性と誠実性および委員会の審理の合理性について審理することである。会社は独立性・誠実性および合理的調査についての立証責任を負うことになる。裁判所は、特別訴訟委員会が独立性を欠きもしくは審理の手続が合理的でないと認めた時、被告の訴訟終了の主張を排斥することになる。もし特別訴訟委員会は独立してまた誠実な調査結果のため合理的な根拠を証明したと確信する場合には、裁判所は自らの裁量で第2段階へと進むことになる。第2段階では、特別訴訟委員会の決定の独立性、誠実性、合理性に問題がない場合、裁判所はその自身の独立の経営判断(independent business judgment)を行使することになる。これは、たとえば会社の行為は第1段階の審査基準を満たしても、当該行為がその精神に相応しくない場合、または会社の行為が会社のために更に一層の考量に値する株主の異議を早く終了させるに過ぎない場合をな

くすためである。なお、この場合において、裁判所は会社の最善の利益に加えて、法律や公序良俗を配慮することが求められる〔注90〕。

このように、裁判所による実質的な審査は、特別訴訟委員会の構造的偏向について一定の安全弁の役割を果たして、会社が訴訟を早まって終わらせてしまう事例をなくすことを意識しているのである。

③利害関係を有する構成員がいる特別訴訟委員会に代表訴訟終了権を認めない判例―

Miller v. Register and Tribune Syndicate, Inc 事件(1983)

前述の判例と対照的に立った判例は、アイオワ最高裁判所が1983年に出したMiller v. Register and Tribune Syndicate, Inc事件〔注91〕である。

本件は、原告株主であるMillerが、会社の取締役は不当に低い価格で会社株式を幹部従業員に売却し、また取締役は過分の報酬を支払ったとし、取締役全員4人に対して株主代表訴訟を提起したものである。4人の取締役は2人の新しい取締役を含めて取締役会を拡大し、会社はこの2人の新しい取締役を含んで構成される特別訴訟委員会を作って、代表訴訟を終了する決定を出したが、原告は、利害関係を有する取締役を含む取締役によって構成される特別訴訟委員会には株主代表訴訟を終える権限を授けてはならないと主張した。

裁判所は、利害関係を有する取締役が選んだ新しい取締役によっては、公平無私と独立性を保つことはできないという理由で、この方法を拒絶した。すなわち、独立していると思われる特別訴訟委員会の構成員が彼らを任命した取締役から人的、経済的もしくは道徳的に影響を受けていないと想定することは非現実的であり、被告が取締役全員である場合に、新たに2名の取締役を含めるために取締役会を拡大した場合には、この2名の取締役についても特別訴訟委員会の構成員に任命することはできないと判示した〔注92〕。つまり、裁判所は、取締役会の構造的偏向が生じる可能性のある事例を阻止するために、利害関係を有する取締役で構成される特別訴訟委員会に代表訴訟を終了させる権限を与えることはできないとしていた。

④特別訴訟委員会の決定を実質的に審査する判例－Alford v.Shaw 事件(1987)

Alford v.Shaw事件〔注93〕では、原告のAlfordは、All American Assurance Company(以下、Aと略す)の株主であり、Aの取締役などからなるShaw groupに対して代表訴訟を提起した。Shaw groupはA社株式の過半数を保有する株主でもあり、Aを支配していた。原告の主張によれば、Shaw groupは会社資産の大部分を自分達に譲渡し、詐欺的な自己取引によって不法な利益を得たのであって、取締役としての信託義務に違反したので、原告は会社に対して被告に対して違法な取引から生じた損害の賠償を請求した。これに対し、取締役会は2名の新たな取締役を選出し、彼らを訴訟委員会の委員に任命すると共に、この委員会に完全な調査権限と当該訴訟の提起に関して決定する権限を与えた。同委員会は調査を行って、原告の請求のうち2点についてのみ訴訟が提起されるべきであると結論した。しかも、この2点は、原告の請求全体から見れば些細な部分に過ぎなかった。委員会はこの2点につき会社のため関係当事者と和解案を取り決めた。委員会の報告に基づいて、会社は和解案の承認と残る問題について(原告に訴権のないことを確認する)略式判決を裁判所に申し立てた。

原審は経営判断の原則が訴訟を終結するという委員会の決定を保護するものとして、この申立を認め和解案を承認した。その決定は委員会が利害関係のない独立の取締役からなり、彼らが誠実に行為したことおよび委員会の調査とその手続が適当なものであったとの事実認定に基づくものであった。これに対しノース・カロライナ州控訴裁判所は、ノース・カロライナ州会社の取締役が株主代表訴訟の当事者である場合には、彼らはその訴訟に関して会社を拘束する権限を取締役会の特別訴訟委員会に与えることはできないと判示し、原審判決を破棄し、事件を原審に差し戻した。

Alford判決は、Zapata判決における裁判所の審査基準を基本的に採用しながら、「ザパタ法廷がその2段階の司法審査を会社に要求するのは無駄である」〔注94〕という理由でZapata判決の基準を修正した。すなわち、提訴請求が要求される場合と免除される場合という区別を否定し、特別訴訟委員会の終了決定に対する裁判所の司法審査は、提訴請求が免除される場合だけではなく拒絶される場合にも及ぶことになるとした〔注95〕。取締役が詐欺または

自己取引の責任を負わない場合あるいは原告および取締役会が訴訟の取り下げ、終了または和解に同意する場合でも、すべての株主代表訴訟の処理について裁判所の承認が必要となると判示した〔注96〕。とくに注目すべきところは、裁判所の司法審査を提訴請求が拒絶される場合にまで拡大する理由である。その理由について、裁判所は次のように認識していた。

「盲目的に会社によって任命された委員会の報告にあまりにも強く影響されることは、株主の利益が法律によって実現されると考える司法の義務を放棄することである。この放棄はこのようなケースにおいてとくに不適當である」〔注97〕と。なお、裁判所はノースカロライナ州の事業株式会社法には「少数株主を守るという政策」を反映し、そして「他の管轄区域で遭遇された代表訴訟に多くの制限を課さない公正な条項」を含んでいると述べたうえで、株主代表訴訟が「妥協的に解決され、あるいは裁判所の認可なしで解決し、終了されて、中止されるべきでない」と考えた〔注98〕のである。

その後、最高裁判所は、Alfordアプローチの手續上の構造を確立した。つまり、会社は代表訴訟の終了を申立てる場合、特別訴訟委員会の独立性を持つこと、利害関係を有しないこと、および合理的かつ誠実な調査について立証責任を負うことになる。会社がこの第1段階における立証をなした場合、裁判は第2段階へ進む。この段階では、裁判所には当該事件が訴訟の取り下げ、終了および和解されるべきかどうかについて、裁判所自身の独立した経営判断を行使することが求められる。しかも、この判断を下すにあたって、株主代表訴訟により提起される株主の請求と会社の最善の利益とが比較考量されなければならない。この比較考量に際して考えられるべき要素には、訴訟費用と会社に対する利益なども含まれるとする〔注99〕。

(3) 制定法の審査基準—模範事業会社法とALIの立場を中心に

特別訴訟委員会による株主代表訴訟の終了決定に対する裁判所の審査基準について、判例と並んで、模範事業会社法とALIもその審査基準を定めようとしている。

①制定法における裁判所の審査基準

(a)模範事業会社法のケース

代表訴訟の終了決定に対する裁判所の審査基準について、アメリカ模範事業会社法7.44条は次のように規定している〔注100〕。7.44条(a)項によると、取締役会または特別訴訟委員会が合理的な調査を行ったうえで、株主代表訴訟の継続が会社の最善の利益に合致しないと誠実に決定した時、裁判所は当該会社の終了申立により株主代表訴訟を却下しなければならない。また、7.44条(d)項および(e)項は、取締役会の構成により立証責任の分配について差異を設けている。(d)項によると、株主による提訴請求を拒絶する決定がなされた後に、株主が代表訴訟を開始した場合においては、原告株主は訴状において、以下のいずれかを立証する事実を詳細に示さねばならない。つまり、当該決定がなされた時に取締役会の過半数が独立した取締役でなかったこと、または(a)項が規定する決定者の独立性ならびに調査もしくは決定の適切さという要件が満たされなかったかということである。なお、同条の(e)項によると、(ア)取締役会の過半数が独立した取締役から構成される場合において、原告には、株主代表訴訟の手続の継続が会社の最善の利益に合致しないという決定をなす者の独立性および合理的な調査、誠実な決定に関する要件について、立証責任を負うことになる。(イ)取締役会の過半数の取締役が独立していない場合、会社が上記の要件について立証責任を負うことになる。

すなわち、アメリカ模範事業会社法7.44条は、裁判所には特別訴訟委員会の決定の合理性審査を認めず、裁判所の審査は、当該決定が調査結果に何らかの支持があるか否かに限定されている〔注101〕。模範事業会社法の特徴は、特別訴訟委員会の構成員の独立性を重視していることである。これは、恐らく構造的偏向を克服しようとするものであろう〔注102〕。つまり、特別訴訟委員会の構成員選任に関する独立性の要件によって構造的偏向という問題点が解決されれば、会社の提訴判断を尊重し、株主の代表訴訟提起権よりむしろ会社の株主代表訴訟終了権を重視することに傾くと思われる。いいかえると、もし特別訴訟委員会の独立性が確保できれば、経営判断の原則によって裁判所は当該委員会における訴訟終了の決定を

承認することになる。

(b)ALI のケース

ALIの立場として、第7.10条において、裁判所は取締役会または特別訴訟委員会が経営判断の原則をもって提起された株主代表訴訟の終了決定に対して、裁判所の審査基準は、注意義務(duty of care)違反と公正取引義務(duty of fair dealing)違反という2つの場合に分けて定式化しようとしている〔注103〕。

第1に、注意義務違反の場合。 第7.10条(a)項(1)号により、被告(取締役)が法を悪意かつ有責に侵害したことではなく、第IV編の注意義務に定められた義務に違反したところにあり、それが具体的に指摘される場合、または、当該取引や行為が経営判断の原則によって審査される場合には、裁判所は訴えの請求を却下しなければならない。ただし、裁判所は、取締役会や委員会の決議が第4.01条(c)項に定められる経営判断の原則の要件〔注104〕を満たさないと考える場合はこの限りでない。なお、このような注意義務違反の場合において、原告が立証責任を負うことになる(第7.13条(d)項)。

第2に、公正取引義務違反の場合。 第7.10条(a)項(2)号により、第V編の公正取引義務もしくは第VI編の支配取引および公開買付けにおける取締役および株主の役割の違反など経営判断の原則が適用されない事例においては、裁判所は、取締役会または委員会が当該状況において十分に情報を得ており、かつ、却下が会社の最善の利益に合致すると決議したことに合理性があり、しかも信頼できる裏付けがあるとみなせる根拠に基づいて決議したと裁判所が思量する場合には訴訟を却下しなければならない。このような公正取引義務違反の場合においては、会社が立証責任を負うことになる(第7.13条(d)項)。

なお、第7.10条(a)項(3)号により、注意義務違反と公正取引義務違反のいずれの場合においても、裁判所は法律上の問題を実質的に審査し、いかなる法的問題についても判断することができる。

ALIのこの考えの長所として、裁判所の審査により、社外取締役の立場が強化され、会社内部の間責制度(経営者責任の追及システム)を高めるという点で評価されているが〔注

105)、次のような批判もなされている〔注106〕。すなわち、取締役の注意義務と公正取引義務を区別して対応するか否かは、代表訴訟が会社の最善の利益に合致するか否かの判断とはあまり関係がないばかりか、注意義務違反と公正取引義務違反の両方を申立てる訴状により裁判所を混乱させると同時に、裁判所の負担と訴訟のコストをも増加させるということである。

②訴訟終了の制限の基準について

前述のように、アメリカの裁判所は一定の場合において、一定の審査基準に基づき会社側(特別訴訟委員会)による株主代表訴訟の終了決定を認めることになる。しかし、たとえ裁判所の審査基準を満たした場合にあっても、会社側による代表訴訟の終了が許されるのは妥当とはいえるのだろうか。たとえば、経営判断の原則が機能する場合、裁判所は原則として取締役会または特別訴訟委員会の決定を尊重するが、裁判所の不介入によって公序に反する恐れがある場合においても取締役会または特別訴訟委員会の決定に委ねてもよいだろうか。もしこのような場合において、裁判所が傍観できなければ、如何なる基準をもって訴訟終了を制限するのが問題となる。これについて、ALIは、最終案と試案とは異なる基準を定めている。

(a)ALI 最終案の立場

ALI最終案第7.10条(b)項によると、原告が、株主代表訴訟の終了が被告またはその関係者に著しい不当利得を保持させることになるという事実を立証した場合には、裁判所は当該訴訟を却下してはならない〔注107〕。すなわち、会社を支配する者が、株主代表訴訟の終了によって不当な利得を取得することになる場合、または株主代表訴訟の終了によって、故意および重大な過失による不実表示、不作為、詐欺行為など第V編で定められているもっとも重要な基準に違反する行為による不当な利得が生じる場合においては、裁判所は代表訴訟を却下することができないとしている。

さらに、最終案は7.10条(2)(B)項の但書において、次のように述べて株主代表訴訟の終了を容易にしようとしている〔注108〕。つまり、裁判所は、取締役会または特別訴訟委員会で

持ち出された特定の理由に照らして、代表訴訟の継続によって会社が損害を被る見込みがあり、それが、訴訟の終了によってもたらされる公共の利益への好ましくない影響を上回ることが明白であることが決定的であると判断する場合は、代表訴訟を却下することができる。この場合には、証明責任は会社側にある（7.10条(d)項）。しかも、もし会社が是正措置をとることにより、被告が不当な利得を保持していなければ（たとえば被告が横領した会社の財産を会社に返還したなど）、代表訴訟の終了はもはや公序に反する問題ではないものと考えられるのである〔注109〕。

(b)ALI 試案の立場

代表訴訟の終了に対する制限について、ALI最終案の不当利得の保持という基準とは別に、ALI試案1と試案6〔注110〕はそれぞれの基準を定めている。

ALI試案1の7.03条(c)(ii)(b)において、代表訴訟の終了は、「厳然と確立した公序(authoritatively established public policy)に反しない(not frustrate)時」には許されると規定している〔注111〕。たとえば、違法な政治献金のため株主代表訴訟が提起された場合には、献金により結果的に会社が利益を得たことを理由に訴訟を終了することは、確立した公序に反する例として挙げられている〔注112〕。なお、被告がすでに刑事上の罪を問われたり解雇されているような事情がある場合は、たとえ前述のような違法な政治献金を理由に株主代表訴訟によって訴えられても、訴訟の終了は公序に反しないとしている〔注113〕。

これに対して、ALI試案6の7.08条(d)項において、株主代表訴訟の終了が認められるのは、「終了が株主保護のために効果がある法則に妨げない時(not frustrate any legal rule that operates for the protection of shareholders)」であると規定している〔注114〕。具体的には、単なる「公序」を理由に裁判所は訴訟の遂行を命じることができない。この「公序」は、(ア)法規則のレベルに達しなければならないとしたうえで、法規則の中身について、制定法の他、行政法規と判例も含まれている。(イ)前述の法規則は株主を保護する目的およびその効果を有しなければならない〔注115〕。そして、次のような場合は、訴訟終了が株主の権利を害して公序を妨げる例として考えられる〔注116〕。つまり、違法な政治献金が代表訴訟の請求原

因となっている時、当該献金が会社の財産を浪費することによって株主を保護する必要があるからである。なお、試案1と同じように、違法な政治献金を行った被告が刑事責任を追及されたような制裁が下される場合には、代表訴訟の終了が「公序」に反しない。つまり、会社が適当な是正措置をすでに取りっていた場合において、代表訴訟の終了は公序に反するのではないとみなされ、許されるのである。

4 日本法

(1)会社に対する提訴請求

日本会社法において、代表訴訟の濫用を防止する効果のある制度の1つとしては、会社に対する提訴請求であると考えられる。つまり、株主は取締役の会社に対する責任を追及するにあたって、まず監査役(委員会設置会社の場合は監査委員)に対して提訴請求をしなければならない(旧商法276条1項、「新」会社法847条1項、「新」386条2項1号)。そして、かかる訴えの請求から60日を経過しても監査役が提訴しない場合に、株主は責任追及などの訴えを提起することができる(「新」会社法847条3項)。ただし、会社に回復できなくなる損害が生ずる恐れのある時は、60日間の期間経過を必要としない(「新」会社法847条5項)。

しかし、従来指摘された問題点として、会社側が60日の期間において提訴しない場合は訴訟懈怠とみなされ、これによって株主が提訴権を手に入れることになることについて、次のような批判があった。つまり、会社が請求を受けた代表訴訟について検討した結果、当該訴訟が無意味であると考えた時であっても、会社はこの株主の訴えを終了させる選択肢を持っていないのである〔注117〕。いいかえれば、会社は株主の提訴に従うしかできず、本来は会社に属する代表訴訟提起権を行使するか否かを判断する権限が有名無実になってしまう〔注118〕。つまり、日本旧商法の下で、会社側の提訴判断権が事実上認められないようである。その理由として、(ア)株主代表訴訟は会社の権利を株主が代わって行使する代位訴訟であるため、会社が取締役に対する権利を裁判外で処分することはできない〔注119〕。(イ)株主代表訴訟の法的性質である代表訴訟性に鑑み、この訴訟は株主全体の利益を守るための最後の手段であるから、通常ของบริษัท経営の問題とは違って、役員にその訴訟の運命を左右する排他

的・優先的権限は認められない〔注120〕などが挙げられている。これに対して、会社への請求要件を濫用的な代表訴訟を防止するものとして十分に機能するのであれば、会社側に、株主による代表訴訟に対して、当該取締役の責任追及が無意味であり、会社や株主全体の利益に反すると考える時には、この株主の訴えを終了させるという選択肢を持たせるべきであるとの提言もある〔注121〕。

2005年(平成17年)の「新」会社法は、責任追及訴訟に対する不提訴理由書制度を新たに導入し、前述の不都合を若干改善した。すなわち、株式会社は株主の提訴請求を受けた日から60以内に提訴しない時は、当該請求をした者に対して遅滞なく提訴しない理由を書面その他法務省令で定める方法により通知しなければならないとして、不提訴理由の通知を義務づけた(「新」会社法847条4項)。この制度の趣旨は次のように解釈する学説もある〔注122〕。つまり、「提訴請求をした株主などが株式会社に対し、調査の結果やそれを前提として訴えを提起しないこととした株式会社の判断プロセスの開示を請求することを認めることにより、役員間の馴れ合いで提訴しないような事態が生じないように牽制すると共に、株主などが代表訴訟を遂行するうえで必要な訴訟資料を収集することを可能にするもの」としている。

もっとも、不提訴理由書制度の最も重要な機能は、やはり会社の提訴判断権を強化することと経営判断の原則を結合して濫訴を防止することにあると考える学説もある。いいかえると、不提訴理由書は一種の経営判断として裁判所の尊重を受けることによって代表訴訟が却下される〔注123〕可能性を含むものであり、これによって濫訴防止の役割も果たしうると考えられる〔注124〕。さらに重要なことは、株式会社の利益の観点から株主の提訴請求の無効を主張する場合、この不提訴理由書が経営者から独立した監査役のイニシアチブによって作成されたものであれば、裁判所もこれを会社の「経営判断」として尊重せざるを得ず、アメリカの訴訟委員会の役割を監査役会が担うこととなることが期待されるのである〔注125〕。つまり、しっかりした内容の不提訴理由書が裁判所に提出された場合には、アメリカにおいて信頼できる訴訟委員会の調査結果の具申があったのと同様の機能を果たすことが予想される〔注126〕。このように考えることによって、たとえ日本「新」会社法がアメリカ

の訴訟委員会制度をそのまま導入していない〔注127〕といっても、会社側(監査役会)による不提訴理由書は、訴訟委員会における訴訟終了の決定と類似の効果を持つと理解するに至っている。

これに対して、不提訴理由書制度の効果につき疑問視する見解もある。つまり、不提訴理由書による通知は、代表訴訟の本訴の前段における行為であるため、本訴による審理の帰趨が最大の関心事である当事者にとって、不提訴理由書の法的位置づけ、とくに裁判に対する効果が不明確であれば、不提訴理由書は単なる形式的なものとなる懸念も否定できないとしている〔注128〕。

(2)経営判断の原則の判例からみる日本裁判所の審査基準

取締役の業務執行につき経営判断の原則を問題とする場合、日本の判例から裁判所の審査基準は、取締役の責任の有無につき、取締役の経営判断の過程を中心に審査するものと、取締役の経営判断の内容を中心に審査するもの、または過程と内容を共に審査するものがある。以下はこれらの判例を概観してみる。

①経営判断の「過程」を審査する判例

問題となる経営判断の「過程」を審査する判例としては、東京地決平成5年9月16日の野村証券損失補填事件第一審判決がある。

事実の概要は次の通りである。野村証券会社(A)が、営業特金取引によって損失を受けた一部の大口の顧客に対して損失補填を行った事案に関して、Aの株主である甲は、当時のAの代表取締役および取締役ら14名を相手取り、かかる行為は平成3年改正前の証券取引法、独禁法19条並びに取締役の善管注意義務などに違反し、これによりAに損害を与えたとして、旧商法266条1項5号に基づき損失補填と同額の160億円の損害賠償責任があるという理由をもって、株主代表訴訟を提起した事件である〔注129〕。

東京地裁は、取締役の善管注意義務と忠実違反の有無を判断するにあたって、取締役の経営判断の当否が問題となった場合、裁判所としてはその経営判断の前提となった事実の認識について不注意な誤りがなかったかどうか、また、その事実に基づく意思決定の過程が通常

の企業人として著しく不合理なものでなかったかどうかという観点から審査を行うべきである。その審査の結果として、前提となった事実認識に不注意な誤りがあり、または意思決定の過程が著しく不合理であったと認められる場合には、取締役の経営判断は許容される裁量の範囲を逸脱したものとなり、取締役の善管注意義務または忠実義務に違反するものとなると解するのが相当であるという審査基準を示したうえで、被告らが本件損失補填を実施することとした経営判断は、その前提となった事実の認識に不注意な誤りがあるということではできず、また、その意思決定の過程についても当時の諸状況に照らすと、これが著しく不合理で許容される裁量の範囲を逸脱したものであるということとはできないと判示した。

なお、名古屋地決平成10年3月19日の中部電力事件〔注130〕と東京地決平成12年11月16日の日本新都市開発事件〔注131〕において、裁判所は野村事件と同じ審査基準を採用したと考えられる。

②経営判断の「内容」を審査する判例

取締役の責任を問う場合、問題となる経営判断の「内容」を審査する判例は、東京地決平成5年9月21日の日本サンライズ事件がある。

本件は、建物の賃貸を唯一の事業としている日本サンライズ株式会社の取締役が、バブル期に高額 of 借入金により投資顧問業者との投資一任契約によって株式投資を行い、結果として本業を危うくするほどの損害を会社に及ぼしたために、提起された代表訴訟である〔注132〕。

裁判所は次のように判示した。会社のために多額の借入れをして株式投資をした取締役の職務執行について、株式会社の取締役は、新規事業については、会社の規模、事業の性質、営業利益の額などに照らし、その新規事業によって回復が困難ないし不可能なほどの損失を出す危険性を予見することが可能である場合には、その新規事業を思いとどまるべき善管注意義務を負うものというべきであると認識したうえで、取締役は、定款にあげる会社の目的の範囲内で経営判断を行う裁量権を有するが、経営が著しく客観的合理性を失い、右裁量権の範囲を逸脱した場合には、それが会社の目的として定款に上げられている行為であっても

免責されないものと解すべきである。被告らが前記の通り、A会社の目的たる行為を行うにつき、同社の返済能力を超える多額の借入れをして右借入金を本件株式投資に充て、あるいはこれを抑制しなかったことは、経営者に許された合理的裁量の範囲を超えるものと認められると結論し、取締役の責任を肯定した。すなわち、本件において、裁判所は専ら取締役が行った経営判断の内容を審査した結果、取締役の善管注意義務の違反を認定した。同じ趣旨が言い渡された判例は、東京高判平成8年12月11日の東京都観光汽船事件でもある〔注133〕。

③経営判断の「過程」と「内容」の双方を審査する判例

平成8年のセメダイン事件はこのような判決の1つである。本件は、セメダイン会社の取締役がアメリカの合弁会社の買収に関連して会社に損害を与えたため、これらの取締役に対して提起された株主代表訴訟である〔注134〕。

判旨は、本件における経営判断について、取締役は、法令および定款の定め並びに株主総会の決議に違反せず、会社に対する忠実義務に背かない限り、広い経営上の裁量を有しているが、買収のような最も困難な種類の経営判断が要請される場面において、とくにそのことが妥当するというべきである。買収のような判断において、その前提となった事実の認識に重要かつ不注意な誤りがなく、意思決定の過程、内容が企業経営者としてとくに不合理、不適切なものといえない限り、取締役としての善管注意義務ないし忠実義務に違反するものではないと解するのは相当である。なお、本件の経営判断は、企業の信用失墜、法的紛争防止といった金銭に見積もることのできない利益・不利益をも総合的に考慮して、経営裁量の範囲を逸脱しておらず、取締役の善管注意義務と忠実義務違反はないと判示した。同じ審査基準を示したのは、名古屋地決平成9年1月20日の中京銀行事件でもある〔注135〕。

(3)学説

経営判断の原則が濫訴防止制度として利用される場合における審査基準について、経営判断の原則のどの側面を重視して理解するのか、また日本の解釈論上における経営判断の原則をどのように位置づけるべきかについて、最近の学説を概観してみる。

①取締役の注意義務を減輕するとみる説

1950年(昭和25年)の商法改正以後、経営判断の原則に対する初期の意見は、この原則が取締役の善管注意義務を減輕する法理として捉えて、日本への導入を主張した〔注136〕。今まで、一般的に善管注意義務と経営判断の原則と関係についてこのように理解されることが多かった。しかし、近時ではALIの影響を受けて、経営判断の原則は必ずしも善管注意義務を減輕するものと考えるべきではないという理解が多くなりつつある。

②注意義務の審査基準とする説

経営判断の原則の法的性質について、日本の最近の学説は次のように考える傾向にある。つまり、経営判断の原則を取締役の注意義務を減輕するものではなく、取締役に対しその注意義務の違反があったかどうかを判断する基準として取り入れる考えが強くなりつつあるという傾向である。その主要な学説は、概ね次のように整理することができる。

(a)戸塚説

戸塚教授は、経営判断を判断の側面と準備の側面とに分かれて、判断の側面では、会社にとって最善の選択であるとの合理的確信を得る注意義務が必要であると、準備の側面では、注意義務をそのまま適用する説(取締役という地位にある者が通常なすべき注意義務)を主張している〔注137〕。この学説の要点は、アメリカALIの理解を日本の解釈論の中に取り入れ、経営判断の過程と内容を区別することにある。具体的に、常識の範囲を超えた結論を出しても、会社の最大利益のため合理的確信を持った以上、結果として失敗であっても責任を問うべきではないとするのである。つまり、注意義務の基準による裁判所の審査基準を取締役の経営判断の過程に限定して適用することは不当ではないし、むしろ裁判所による事後的判断を避けることが望ましいとする〔注138〕。しかし、経営判断を内容と過程に区別することについては批判的な見解もある〔注139〕。

(b)神崎説

神崎教授は、取締役に注意義務違反がないとするためには、その判断が、当時の状況に鑑み、取締役として会社の業務執行を行う能力および識見を有する者の立場からみて、明らか

に不合理ではないことが必要であると主張している〔注140〕。この説は、経営判断の過程と内容とをとくに区別しないで表現している。これに対して神崎説を批判する説もある。たとえば、戸塚教授は、経営判断は優れて個性的な行為であり、一般企業人の合理的な選択の範囲という基準を設けることができるのか、また経営を萎縮させることになる恐れがあると疑問視している〔注141〕。

(c)近藤説

近藤教授は、次のように主張している。つまり、裁判所は取締役の経営上の過失に基づき責任の認定につき慎重の必要があり、またはある程度取締役の経営判断を尊重すれば足りるとしている〔注142〕。この説に対して、次のような批判がある。三浦教授は、何をどのように尊重すればよいのかが示されていない〔注143〕と指摘している他、大塚教授は、「慎重」と「尊重」とは法的基準となりうるのかが疑問がある〔注144〕とも疑問視している。これらの意見を受けて、近藤教授は、取締役の判断が尊重されるという要件として、十分な情報収集に基づく経営判断であること、合理的な根拠のある経営判断であること、忠実義務と法令に違反しないこと、原則として不作為ではないことなどが必要であると改めて主張している〔注145〕。

5 小括

本節は、会社の提訴判断権と経営判断の原則を結合して濫用的な代表訴訟を防止する方法について、中国・アメリカ・日本法を概観した。株主が提訴する前に会社に提訴請求を行う必要があるという点につき、中国・アメリカ・日本法はほぼ同じであるが、会社の提訴判断と経営判断の原則の結合による濫訴防止について、アメリカ法がもっとも優れているのに対して、日本法が成長途上であり、中国法が一番遅れていることは明らかである。つまり、代表訴訟に対する会社の提訴判断権につき、中国法は形式に留まっており、訴訟終了の選択を認めないため、会社の利益に反するような有害無益の代表訴訟に対して全く対応できない。この点では、中国法は日本旧商法と同じである。よって、中国改正会社法は、会社側による提訴拒絶の判断は不可能であり、提訴判断権は事実上行使できないといえる。

アメリカ、日本法の経験を見る限り、濫訴防止について会社の提訴判断権に基づく経営判断の原則の適用が効果的である。アメリカ法において、会社の提訴判断に基づき、会社側(訴訟委員会)が会社の最善の利益に照らして代表訴訟を終了すべしと決定すれば、当該決定は一種の経営判断とみなされ、経営判断の原則として適用されることになり、裁判所は特別な事情がない限り会社側の提訴判断を尊重することによって濫訴防止の役割を果たすことになっている。日本法において、従来の経営判断の原則の適用は、取締役の責任を否定するという形で果たしているが、2005年「新」会社法は、不提訴理由書制度を導入したため、会社の提訴判断権を認める方向に近づいたということができ、将来は経営判断の原則と合わせ1セットにして、アメリカ流のシステムになる可能性を有しており、もって濫訴防止の役割を一層高めることができると考える。

そうすると、中国の代表訴訟には効果的な濫訴防止制度を構築するにあたって、アメリカ・日本法からの示唆を必要とする。これについて、「IV」において取り上げることにする。

四 担保提供制度

1 比較の視座

担保提供制度は、アメリカ法、日本法において共に、代表訴訟の伝統的な濫訴防止手段として認められている。アメリカ法の担保提供制度は、1929年の大恐慌の下で、急激に増加した株主代表訴訟を止めるために経済界が考えた対策として誕生したのである。日本法における担保提供制度は、1951年(昭和26年)の商法改正により株主代表訴訟の濫訴に対する懸念から、被告取締役の損害賠償請求権の実現を確保するため、被告が原告の悪意を疎明することを要件として日本商法に導入されたものである。1993年(平成5年)の商法改正により株主代表訴訟が提起しやすくなったため、担保提供制度は日本法では濫訴から経営者を守る重要な手段として、その申立てが頻繁に行われて、2005年(平成17年)の「新」会社法制定でもこの制度を承継している。しかし、中国法は担保提供制度に濫訴防止の効果がないこと、および担保提供が代表訴訟の提訴チャンスを奪うという理由から、それを捨て去った。そうすると、担保提供制度が果たして代表訴訟の濫訴防止機能として有効か否かが問題となる。この点に

ついて、アメリカ・日本法を見ることがここでの視座となる。

2 中国法

(1)中国最高人民法院の立場

アメリカ・日本法において、担保提供制度は株主代表訴訟の濫訴防止制度の1つとして位置づけられているのに対して、中国改正会社法ではこの制度が見当たらない。これについて、中国最高人民法院の立場は逆であり、株主代表訴訟の濫訴防止の役割は担保提供制度に委ねるべきであると考えている。

中国最高人民法院は、担保提供制度を濫訴防止制度の1つと考えているため、「意見稿1」と「意見稿2」は共に担保提供制度を設けていた。つまり、原告株主が代表訴訟を提起した後、被告は、口頭弁論期間内に証拠を提供して原告の悪意訴訟の事実を証明し、人民法院に原告が訴訟費用担保を提供すべきことを申請した場合には、人民法院はこれを許可すべきであり、担保の金額は被告が訴訟に参加して生じる合理的な費用に対応させるべきである、とする。

この考え方の背景には、中国最高人民法院がアメリカ・日本法の担保提供制度を参考にしたことは明らかである。つまり、「意見稿1」と「意見稿2」における担保提供の申立て時期が口頭弁論期間内にあること自体は、アメリカのニューヨーク州会社法における会社は終結判決前の訴訟手続の如何なる段階においても担保提供を申請することを認めている点とほぼ同じである。なお、原告がその持株比率および市価とは関係なく、裁判所の裁量により担保提供が要求される点は、カリフォルニア州会社法と同じである。また、被告は原告が悪意をもって訴訟する事実を人民法院に証明できれば、被告の申立により人民法院が原告に担保提供を命じる点では日本会社法に類似する。

しかし、被告が訴訟の悪意性を証明するにあたって、人民法院はこの悪意を如何なる基準で判断するのかを明確にしていない。また、人民法院が命じる担保の金額について、「被告が訴訟に参加して生じる合理的な費用」という表現を用いるが、その具体的基準を示していない。訴訟参加により生じる被告の費用が膨大な場合は、原告がその費用を払いきれるか

どうか問題となる。人民法院が「原告は被告の高額訴訟費用を支払えない」という理由で株主代表訴訟を却下すれば、株主代表訴訟の終了を告げるに等しいと思われる。したがって、これらの問題点を残す以上、担保提供制度が本当に濫訴防止の役割を果たせるかどうかは疑問を抱くのである。

(2)中国改正会社法の立場

2006年の中国改正会社法は担保提供制度を設けてはいるが、前述の中国最高人民法院の趣旨とは異り、代表訴訟に係って設けられたものとはなっていない。すなわち、株主総会および取締役会の召集手続、議決方式が法律、行政規定あるいは会社定款に違反し、あるいは決議内容が会社定款に違反した場合、株主は当該決議日から60日以内に、人民法院に対して取消の訴訟を申立てることができる(22条2項)。株主が前述の規定に基づき訴訟を提起する場合は、会社の申立によって人民法院は株主に担保提供を命ずることができるとしている(22条3項)。

この条文をみると、中国改正会社法における担保提供提供制度は、あくまでも総会決議の瑕疵を取消すために設けられた手段である。いいかえると、中国改正会社法は、担保提供制度を株主代表訴訟の濫訴防止制度として考えていないことになる。

(3)学説

株主代表訴訟における濫訴防止制度として担保提供を導入すべきか否かにつき、中国の学説は一致していない。

担保提供制度を肯定する説は、現行中国民事訴訟法には訴訟費用の担保制度が設けられていないことに鑑み、代表訴訟の濫用を防止するためには、担保提供制度を定めるべきであると主張している〔注146〕。

これに対して、反対説は、訴訟を提起する株主に対して担保提供義務制度を適用すべきではないと主張している〔注147〕。つまり、中国の現状において、大多数の株主が多く資金を出して担保提供義務を履行することには、無理であるからである。こうした中、担保条項の設定は、株主による利益確保の権利を実質的に侵害することになりかねない。中国にお

ける大株主や経営者による権限濫用という深刻な状況、および株主の権利を保護する法制度の乏しさに鑑みると、株主に訴訟を容易にする条件を与えることは、会社を支配している者の加害行為、および会社利益の保護に関わる取締役会の懈怠行為を防止することに資する。

3 アメリカ法

アメリカにおいて、およそ19州の会社法は訴訟費用に係る担保の規定を設けている。原告株主は裁判所が命じた担保を提供しない場合は代表訴訟が却下されている〔注148〕。

担保提供制度が設けられた経緯は次のようである。1929年に生じた大恐慌をきっかけに、経営者の責任を迫及するために株主代表訴訟が急激に増加したという背景の下で、経済界が株主代表訴訟を止めるために考えた方策として担保提供制度が誕生したのである。これについて中心的役割を果たしたのはニューヨーク商業会議所である。この商業会議所の法律担当者によって構成された調査委員会が作った報告書は、ニューヨーク州の裁判所における1932年から1942年までの10年間の裁判記録を調査し、提起された株主代表訴訟の価値を分析したうえで次の結論を出した〔注149〕。つまり、株主代表訴訟は会社にとって無益であるにもかかわらず会社に費用負担を強いるものであり、この10年間ににおける1400件弱の訴訟のうち大半は裁判外の和解または取り下げにより終了し、最終の判決まで持ち込んだのは少なかった。そのうち、大半は会社の利益確保を目的としない株主によって提起された会社を困惑させる目的の無意味な訴訟であった。その他、会社荒しを目的とする株主により濫用されている他、会社の利益より弁護士の利益を図るための代表訴訟も少なくなかった。また、公開会社およびその株主の利益となることは非常に少ないが、被告会社は弁護士費用などの相当な出費を余儀なくされるため、これに対する防御策として行為時株主の原則の採用と共に持株基準により規制が必要とされた。そしてこれと並んで、前述の報告書に基づき商業会議所の法律担当者は濫訴を防止するために株主代表訴訟の原告の持株の市場価格がある程度以下であるならば、担保提供義務を負うべきだと提言していた〔注150〕。

ニューヨーク州はこの報告書の提言を受け入れ、州の事業会社法に担保提供制度を設けた。第627条によると、原告が社外株式(outstanding shares)の5%以上を有し、もしくは株

式の受益権を保有し、またはこれらの証書が5万ドルの公正価格を有する場合を除き、会社は原告に対して終結判決前の訴訟手続の如何なる段階においても、弁護士報酬を含む相当な費用について担保の提供を求めることができるとされている。なお、担保の額は過大または不十分などの証明がある時は、裁判所の裁量により随時に増減することができる〔注151〕。つまり、原告が持株要件を満たさない場合、被告は原告に対して訴訟費用のための担保提供を求めることによって、原告に担保提供義務を課すのである。これにより、無意味あるいは会社荒し訴訟を防止し、会社の利益を保護するためであるが、小株主は代表訴訟の提起を禁止されてはいないが、命じられた担保を提供しない限り、事実上訴えが却下されて訴訟を遂行し得ないという制約を課されることになる〔注152〕。このような立法の趣旨は、大株主は個人的利得のために代表訴訟の提訴権を濫用しないという考えに基づくものである〔注153〕。

しかし、上記のニューヨーク州会社法の担保規定に対して、次の批判がなされている。つまり、商業会議所の調査委員会は経営者側の弁護士によって支配されているため、すべての代表訴訟の禁止を望んでいる。かかる規定は普通の株主にとって差別的なものであり、取締役の信認義務違反に対する株主の唯一の救済手段である株主代表訴訟を拒絶し、代表訴訟の終焉を告げることになる〔注154〕。

これに対し、カリフォルニア州会社法800条は担保提供について、次のように規定している〔注155〕。つまり、被告が、(a)その訴訟が会社またはその株主に利益をもたらすという合理的な可能性がないこと、(b)被告が訴えの対象たる取引行為に関係していなかったこと、を証明すれば、裁判所が証拠によりその申請の理由について蓋然性ありと認める時は、5万ドルを超えない範囲で担保の提供を命じることができる。このカリフォルニア州の立法は、原告株主の持株または価格および保有数を見捨てる点では、ニューヨーク州の規定と大きく異なる点であり、懸念されている不当な担保提供命令を意識し、ニューヨーク州会社法の欠点を若干改善したと評価されている〔注156〕。

ニューヨーク州の担保提供制度の実行直後は、株主代表訴訟の提訴件数は一時的に年間50

件以上から年間2件まで激減し〔注157〕、株主代表訴訟の濫訴防止という機能として期待されたが、原告は担保提供制度の適用を免れるため、幾つの回避方法を考え出した〔注158〕。つまり、(ア)アメリカ連邦法において訴訟費用に関する担保提供制度がなく、しかも連邦事件として提起された株主代表訴訟に対して州制定法の担保提供規定を適用するという規定がないため、巧みな原告が担保に関する州法の規定が適用されない連邦裁判所の訴訟原因を作り出し、連邦裁判所に提訴することにより州法の担保提供義務を回避することができる。(イ)制定法には担保提供制度を設けていない州の裁判所に提訴することもある他、共同原告として他の株主の訴訟参加、または株式の買い増しによる提訴後の持株基準を達成する方法もある。なお、たとえ担保提供の命令が出されても、裁判所により提供を命じられた担保金額は、それほど大きな金額ではなく、殆んど1万ドル以下に抑えられている〔注159〕。

このような状況を考慮し、アメリカ模範事業会社法は1982年改正をきっかけに、担保提供制度に関する規定を削除した。また、担保提供制度の最大欠陥として非難されたのは、大株主と小株主との間に差別を作ることである〔注160〕ため、ALI「原理」7.04条(c)項においても、訴訟費用に関する保証金と担保提供は要求すべきではないと提言している〔注161〕。

4 日本法

日本の株主代表訴訟における担保提供制度は、濫訴を防止し、被告取締役の損害賠償請求権の実現を確保するため、1951年(昭和26年)に「悪意」を要件として日本商法に導入したものである。もともと、1950年(昭和25年)の商法改正では、担保義務が少数株主の提訴請求に対する経済的制約であって、適切ではないという考え方によって削除したが、当時の株主権の強化を恐れて施行を延期するという日本側の要望に対して、GHOは妥協した結果として、1951年(昭和26年)の改正は、「商法の一部を改正する法律の一部を改正する法律」により、株主代表訴訟に関して、被告が悪意の疎明をしたうえで裁判所の裁量により株主の担保義務を復活させた〔注162〕。

担保制度の趣旨は、株主代表訴訟の提起が悪意を持つことを被告側が証明した時、裁判所は原告株主に相当の担保を提供すべきことを命じることによって、濫用的な代表訴訟を防止

するためである。1993年(平成5年)の商法改正(訴訟費用の改正)までは、日本の株主代表訴訟制度は殆んど活用されなかったため、担保命令を命じた判例は1つもなかった。しかし、1993年(平成5年)の商法改正により株主代表訴訟が提起しやすくなったため、代表訴訟が爆発的に増えていた。この背景において、一旦代表訴訟が提起された後、担保提供制度は現行法では濫訴から経営者を守る重要な手段として、その申立てが頻繁に行われ、相当数の判決を累積した。日本の判例によると、株主代表訴訟の濫訴防止という役割は、主に担保提供制度における原告の「悪意」の認定によって担われていたが、原告株主による代表訴訟の提起が悪意にあたるかどうかを判断する基準は、判例と学説は一致しておらず、また統一されていない状況にある。

(1)判例

①名古屋地決平成6年1月26日(東海銀行担保提供申立第1事件)

東海銀行担保提供申立事件は、株主代表訴訟における最初の担保提供に関するものである。事実の概要は次のとおりである。本件は、原告Xが東海銀行(以下、Aと略す)の株主として、Aの頭取Yを相手取り、Aがノンバンクの回収不能な不良債権を肩代わりしたことにより生じた損害など150億4700万円および他のノンバンクに対する貸し倒れとなる背任融資である1100億円のAへの返還を求めて株主代表訴訟を提起した事例で、Yが原告Xに対して担保提供を求めている事件である〔注163〕。

名古屋地裁は「悪意」の判断基準を次のように述べて、被告の申立を却下した。つまり、被申立人Xによる代表訴訟の提起が、旧商法267条6項の準用する同法106条2項所定の「悪意」に該当するというためには、Xにおいて、取締役であるYが銀行に対して負うべき責任のないことを知りながら、専らYを害する企図を持って提起した訴えであることが必要であると解すべきであるところ、Xにおいて株主としての権利行使に穏当を欠く面が多分にあったとの事実をもって、Yを害する企図をもってXが訴訟を提起したものであるとは直ちにはいえないとした。この決定は、原告株主の主観的要素を重視し、従来の株主総会決議取消訴訟の担保提供命令申立決定例に示された見解に従ったものと考えられる〔注164〕。

しかし、名古屋高裁が平成7年3月8日に言い渡した抗告審決定は、「悪意」を判断する基準について異なる意見を述べた。すなわち、「悪意」に出たものとは、株主たる地位に名を借りて不当な個人的利益を追及し、あるいは取締役に対する私怨を晴らすことを目的とするなど、代表訴訟の提起が、株主としての正当な権利・利益を擁護し確保することを目的とするものではない場合の他、本件本案請求のように株主の主張が十分な事實的・法律的根拠を有しないため、代表訴訟において取締役の責任が認められる可能性が低く、かつ株主がこのことを知りながらまたは通常人であれば容易にそのことを知りえたのにあえて代表訴訟を提起した場合がこれにあたる、として原決定を取消したうえ、担保提供を命じた〔注165〕。抗告審の決定における悪意に関する理解は、Xによる損害の認識という主観的要素よりも、請求の理由の有無という客観的要素を重視するスタンスを強く打ち出したものと思われる〔注166〕。

②東京地決平成6年7月22日決定(蛇の目ミシン担保提供申立第1・第2事件)

事実の概要は次のとおりである。B銀行派遣の蛇の目ミシン株式会社(以下、Aと略す)の取締役Yらは、仕手グループに恐喝されていたAの資産につき、当該仕手グループに対するB銀行の貸金債権回収を優先するためにAの資産を提供したため、Aの子会社の元取締役などである原告株主XがYらに対してこれにより生じた損害賠償を求めて代表訴訟を提起したが、YらはXに対して担保提供を求めている事件である〔注167〕。

東京地裁は、Xの訴えの提起が、不当訴訟と不法不当目的を有する場合の2つの場合に分けたうえで、「悪意」の判断基準を示し、担保提供を命じた。

第1に、不当訴訟の場合について。担保提供制度が取締役らの損害賠償請求権の実現を担保するためのものであることから考えれば、請求原因の重要な部分に主張自体失当の点があり、主張を大幅に補充あるいは変更しない限り請求が容認される可能性がない場合、請求原因事実の立証の見込みが低いと予測すべき顕著な事由がある場合、あるいは被告の抗弁が成立して請求が棄却される蓋然性が高い場合などに、そうした事情を認識しつつあえて訴えを提起したものと認められる時は、「悪意」に基づく提訴として担保提供を命じうると解する

のが相当である。

第2に、原告が代表訴訟を手段として不法な利益を図り、会社と取締役に対して嫌がらせをするなどの不法不当目的を有する場合は、担保提供はいわゆる会社荒しに対処するために設けられたものであるため、当該訴えの提起が正当な株主権の行使と相容れない目的に基づく場合には、訴権の濫用という問題とは別に、担保提供を命じうるものと解すべきである。

なお、東京高裁は平成7年2月20日に、蛇の目ミシン担保提供申立第1事件の抗告審決定において、原決定とほぼ同じの立場を取りながら、訴えの提起が不当訴訟であるとして、故意による場合だけではなく過失による場合（重大な過失に限るかどうかはともかく）をも含むものの、原告が過失によって自己の請求に理由がないことを知らずに訴えを提起したことが疎明された場合にまで担保提供を命ずることができる和解することは、「悪意」という文言にそわず相当でないとした〔注168〕。

この蛇の目基準とも呼ばれる判決によると、担保提供が命じられる事由の範囲がかなり広がっている。この原審決定に対して、不当訴訟と不当目的訴訟の場合に「悪意」を認め、「悪意」の判断基準について前述の東海銀行決定よりその要件を緩和する立場をとっていると解する説があるが〔注169〕、批判的意見もあった。つまり、第1に、原告の主張には認められにくいものとか、判然としない部分が含まれるが、必ずしも不当訴訟とまで言い切れるかという疑問を残す事案であるから、担保申立を却下して本案を進めるべきであったという指摘がある〔注170〕。第2に、過失まで「悪意」を含めることには文言上の問題があり、訴え提起時の資料だけで本案訴訟の帰属まで予測することは、その後の資料提出を当然の前提とする適時提出主義に反しているばかりか、本案審理を先取りすることになり妥当ではないとしている〔注171〕。

これ以後の決定例は、文言上の表現に若干の相違はみられるものの、基本的にこの蛇の目ミシン原審決定の基準を踏襲しているものが多いと思われる〔注172〕。

③大阪高判平成9年12月8日と大阪高判平成9年11月18日(大和銀行担保提供申立第1、第2事件)

第1事件の事実は次のとおりである。大和銀行ニューヨーク支店(以下、Aと略す)に勤めていたBが、無断かつ違法な取引を繰り返し約11億ドルの損害を生じさせ、その隠蔽のため帳簿などの偽造と虚偽記載を行っていた。Aの株主であるXらは、Aの取締役、監査役であるYらを被告として、不正行為防止と損害を最小限に食い止めるためのない内部統制システムを構築すべきなのにしなかったという監視義務を怠ったため、Yらが連帯して11億ドルの損害を支払うよう求めて株主代表訴訟を提起した。これに対して、Yらは担保提供を求めた。原審決定は前述の蛇の目判断基準に基づきYらの請求を認め、35名の原告株主につき各2000万円の担保を命じた〔注173〕。

大阪高裁は、株主代表訴訟に準用された場合の「悪意」の意味について、次のように述べた。すなわち、「悪意」とは、被告取締役、監査役の責任に事後的、法律的根拠がないことを知りながら、または嫌がらせなどのために取締役、監査役を害するなどの違法な目的で、あえて代表訴訟を提起することを指すものとする。本件において、Xら（抗告人）の主張には不十分なところが見受けられるが、一応、請求を特定するに足りる要件事実の主張をしており、また現時点では、A銀行側の保管資料を検討する機会が与えられていない以上、裁判所の釈明に対して主張の補充や整理が行えないことも止むを得ない事情があるとして、主張が不十分であることの故をもって「悪意」とであると推認することができないとして、原審決定を取消した。

第2事件の事実は次のとおりである。第1事件におけるBの違法行為と損害事実を知りながら、頭取らは連邦銀行法などに違反してアメリカ当局への通報を故意に遅延させた。そのため、Aはアメリカ政府から刑事訴追を受けて有罪を認め、3億4000万ドルの罰金を支払う旨の司法取引を行った。Aの株主Xらの同行取締役と監査役に対して、アメリカ政府に支払った罰金と弁護士報酬の合計額3億5000万ドルを連帯して支払うよう求めて株主代表訴訟を提起したが、Yらは担保提供を求めた。原審決定は前述の蛇の目の判断基準に基づきYらの

請求を認め、Xら44名につき各1200万円の担保を命じた〔注174〕。

大阪高裁は、次のように述べた。(旧)商法267条6項が準用する同法106条2項の「悪意」とは、被告の責任に事實的、法律的根拠がないことを知りながら、または株主代表訴訟の制度趣旨を逸脱し、不当な目的をもって被告を害することを知りながら訴えを提起した場合をいうものと解するのが相当であると判示したうえ、Yの責任に事實的、法律的根拠のないことの疎明の有無の判断の際には、本案訴訟における審理、判断の先取りとなること、担保提供を命ずることによって株主の権利を不当に制限しないように配慮し、慎重に判断すべきであるとした。本件について、確かにXの主張は、Yごとの任務違反行為の具体的内容を主張しておらず、極めて不十分であるが、現段階では株主側の情報や証拠収集が困難であることを考えるとこの程度の主張でも主張自体失当であるとまではいえず、これら主張の当否はまさに本件本案訴訟において慎重に検討すべきであるなどとして、原決定を取消した。

この抗告審決定は、蛇の目基準による安易な担保提供を命じるという傾向に対して警鐘を鳴らし、歯止めを掛けたと評価されている〔注175〕。それから、裁判所は「悪意」の意味を限定し、担保提供を認めることには慎重な態度を取っている。担保提供申立てが認められた事件は、基本的に、個人的な主義主張を貫く目的、株主権を濫用して会社および取締役を困惑させる目的、あるいは代表訴訟を口実に不当な利益を得ようとする目的をもって提訴された事例に限られている〔注176〕。

(2)学説

株主代表訴訟の担保提供要件である「悪意」の認定基準につき、学説は分かれている。

第1に、原告株主が被告取締役らを害することを知りつつ訴えを提起することとする「悪意説」である。この説は、ことさら被告を害しようとする意図とか被告を困らせようとする原告の主観的意図とか、加害意思についてまで疎明を求めるのは不適當であるとする〔注177〕。第2に、単に被告取締役を害することを知ってなしただけでは足りず、不当に被告を害する意思いわゆる加害意思を有していること要求するとする「害意説」である〔注178〕。この説は、原告株主が被告取締役を不当に害する意思のあることが必要とし、担保提供を課

するための「悪意」の意義を厳格に捉えようとするものである。第3に、被告取締役が会社に対し責任を負うべき理由がないことを知りながら、または嫌がらせなど不当の目的で訴えることをいうとする不当訴訟と不当目的という二分類の基準を設定する説もある〔注179〕。

前述の学説の相違点について、次のような見解が示されている。ある見解は、①原告株主の加害意図、②被告取締役に責任がないこと、③被告取締役に責任がないことを原告株主が知っていること、という3つの要素をどの程度重視するかという差異であると分析している〔注180〕。この理解によると、「悪意説」の判断基準は、②被告取締役に責任がないことと③被告取締役に責任がないことを原告株主が知っていることに重点をおいている。「害意説」の判断基準は①原告株主の加害意図を重視する。不当訴訟と不当目的という二分類の基準を設定する説の判断基準は、「悪意説」と「害意説」を共に含むものとなる〔注181〕。これに対して、前述の学説には相違があるものの、ニュアンスの差にとどまり、害することを知ることが害する意図と実質的に変わらないと評価する見解もある〔注182〕。いずれにせよ、多数・有力説は「悪意説」である。

5 小括

アメリカ・日本法は経営者側の要請を受けて、担保提供制度が株主代表訴訟の濫訴防止制度の重要な一環として考えられている。アメリカ法の担保提供制度の類型を大別すれば、ニューヨーク州法型とカリフォルニア州法型がある。ニューヨーク州法型の特徴として、持株比率と株式の市場価格などの要件を満たさない小株主が代表訴訟を提起する場合、会社による請求があれば、裁判所は審理せず一律に原告に担保提供義務を課すことになる。カリフォルニア州法型の特徴は、被告の担保提供申立権の基準を定めたうえで、被告の申立について裁判所の裁量により担保提供を要するものである。これに対して、日本法は被告による担保提供請求があった場合、原告の持株と株式の市場価格などの要件を要せず、原告の悪意という主観的要素を裁判所が認めた時だけ担保提供が命じられるのである。換言すれば、日本の裁判所は担保提供請求の当否に対する司法裁量権を持っている。この点について、カリフォルニア州法型は日本法に近い〔注183〕といえる。

しかし、担保提供制度には、提訴に対する障害と不当な提訴権行使への無機能性の課題がある。中国改正会社法は、担保提供制度が株主代表訴訟の濫訴防止制度として考えていないため、条文上において削除するに至った。これらの状況の下では、この制度の是非を一度考えてみ必要がある。この点につき、「IV」において中国の実情を踏まえて考察することにする。

〔注1〕 通商産業省政策局産業資金課編『株主代表訴訟の現状と課題』別冊商事法務173号9頁(1995)。

〔注2〕 田中英夫『英米法辞典』255頁(東京大学出版会、1994)。

〔注3〕 田中英夫・前掲注(2)151頁。

〔注4〕 Henn & Alexander, Law of Corporations (3rd ed 1983),p 1065—1067.

〔注5〕 新谷勝『株主代表訴訟改正への課題』156頁(中央経済社、平成13)。北沢正啓「アメリカ会社法における株主の代表訴訟」法協68巻6号676頁。

〔注6〕 Henn & Alexander, *supra* note (4) , p 1065.

〔注7〕 竹内昭夫「株主代表訴訟の活用と濫用防止」商事法務1329号37頁(1993)。

〔注8〕 東京地決昭和61年5月29日(判例時報1194号33頁)

〔注9〕 しかし、第一審判決の判断基準に対して次のような少数意見がみられる。第1に、株主代表訴訟は、会社の利益を確保するために株主が提訴する訴訟であるが、勝訴株主に直接の利益をもたらさないと
いう訴訟の性質からして、一般的に原告株主に純粹に会社や株主全員の利益だけを考慮して取締役の責任を追及する訴訟の提起を要求するのは現実的には無理という点である(小林＝原『株主代表訴訟 全判例と理論を知る』25—26頁(日本評論社、1996)、新谷勝「株主代表訴訟と取締役の責任」170頁(中央経済社、1994))など。第2に、本件における原告の行為に売名行為の疑いがあり、売名目的が認定されうる場合にはそれだけで株主権の濫用を認め、その権利の行使を否定するのが妥当であるとする点などである(出口正義「株主代表訴訟と株主権の濫用」筑波法学18号(その1)146頁(1995))。第3に、自己株式取得行為が発生してからすでに2年経過した後に原告が会社の株主になったということが株主権の濫用にあたるという指摘もある(関俊彦「子会社による親会社株式取得・売却から生じた損害と親会社の取締役に対する代表訴訟」ジュリスト869号91頁(1986))。

〔注10〕東京高判平成7月3日(金融・商事判例826号3頁)。

〔注11〕最(1小)判平成5年9月9日民集47巻7号4814頁。

〔注12〕控訴審判決に関する評価は、近藤光男「自己株式取得と取締役の責任―三井鉱山事件控訴審判決をめぐって―」商事法務1190号1頁以下(1989)。上告審判決についての評価は、龍田節「三井鉱山事件の最高裁判決―子会社利用による自己取引と代表訴訟」商事法務1334号34頁以下(1993)。

〔注13〕東京地裁平成3年4月18日(判例時報1395号144頁、判例タイムズ763号164頁)。事実の概要は次のとおりである。片倉工業株式会社(以下、Aと略す)は、自社株式合計400万株を代金合計23億6800万円で購入し、Aの100%子会社Bに同額で売り渡した(厳密にいうと、借入金債務を引き受けさせて支払にあてた)。BはAの命令でこの株を取得価額より安値で売ったので、その差損などで7億3870万円余の損害を受けた。これによりAの株主がAの代表取締役と常務取締役を相手取って、前記自己株式の取得行為によってAに損害を与えたことを理由に、株主代表訴訟を提起したのである。被告は株主の代表訴訟に基づき訴えの提起について権利濫用を主張した。

東京地裁は、当該訴訟が濫用にあたるかどうかについて次のように述べた。つまり、不当な個人的利益を追及するなど株主地位を濫用して代表訴訟の提起がなされる時は、株主権の濫用として許されることではないと述べたうえ、株主が会社の権利の実現と並んでそれ以外の何らかの個人的動機ないし意図を有しているとしても、それだけの理由で直ちにこれを権利の濫用にあたるというべきではない。当該訴訟の提起が専ら株主の地位と離れた不当な個人的利益を獲得する目的に基づくか、専ら会社ないし取締役に対する嫌がらせのために出たものであるような、代表訴訟制度を利用して専ら他の不当な目的を達成しようとする場合に限って、株主権の濫用として排斥するのが相当である。本案においては、原告がその有する会社の株式を同社に高値で買い取らせようとして、専ら会社の取締役らを困惑させる目的のみで本件訴訟を提起したものと認めることはできず、仮に、原告が現在では単に自己の面子を保ち意地とする目的で訴訟を遂行しているとしても、本件訴訟の遂行が権利の濫用にあたるということもできない、として、被告の抗弁を退けた。

〔注14〕東京地裁平成7年10月26日(資料版／商事法務140号190頁)。本件は、東京都観光汽船株式会社(以下、Aと略す)が、グループ会社とみられるBを支援するために、無担保貸付や債務保証などをしたとこ

ろ、Bが倒産したためB社に対して行った融資が回収不能となりまた債務保証の代位弁済を余儀なくされたなどの損害を蒙った事案である。Aの株主が同社の元代表取締役、取締役ら6名を相手取って、Bが倒産する前後にとった行動が取締役の義務に反して違法であるとして、Aに対して3億2200万円を賠償するよう求めて株主代表訴訟を提起したものである。被告が本件の株主代表訴訟は取締役に対して第三者割当増資を求め、その交渉を有利に導く目的で提起されたものであり、株主権の濫用であると主張している。

平成7年10月26日の第一審判決において、東京地裁は、株主が専ら会社や取締役から金銭的利益を得るため、あるいは会社との個人的な紛争を有利に解決するためといった不当な個人的利益を追及する手段として代表訴訟を提起したような場合には、株主権の濫用として訴えを却下することができるとしたうえで、本件ではこのような事情は認められず訴えの提起は権利濫用にあたらないと判示した。そして、東京高裁は平成8年12月11日の控訴審判決において、次のように述べて、改めて第一審判決の判断基準を支持した。つまり、株主代表訴訟は、一方では会社の受けた損害の回復を図ると共に、他方で何らかの形で自己の利益を図ることを望んでいたとしても、それだけで直ちに右訴訟の提起が権利の濫用にあたるとするのは相当ではない。訴訟の提起は専らないし主として会社や取締役を困惑させることにより会社、取締役から金銭など不当な個人的利益を得ることを意図したものであるか、追及しようとする取締役の違法行為が軽微ないしかなり過去のものであり、会社に生じた損害額もはなはだ少額でいまさら取締役の責任を追及するほどの合理性、必然性に乏しく、結局これにより会社ないし取締役に対する不当な嫌がらせを主眼としたものであるなど特段の事情が認められない限り、株主代表訴訟の提起が株主権の濫用として許されないとすることはできないと示したうえで、被告の行為とA社の損害も決して軽微ではないことから、原告株主の代表訴訟の提起は株主権の濫用にはあたらないと判示した。東京高裁平成8年12月11日(資料版／商事法務161号161頁参照)。その後、最高裁は平成12年9月28日の本件上告審判決において、原審判決の認定は正当として是認することができると述べて、被告の上告を棄却した(最(1小)判平成12年9月28日(資料版／商事法務199号315頁、金融・商事判例1105号16頁参照))。

〔注15〕長崎地決平成3年2月19日(判例時報1393号138頁)。

〔注16〕李国光＝王闢「会社訴訟事件の審理における若干問題点(中)」(原文：審理公司訴訟案件的若干問題

題(中)) http://www.chinacourt.org/public/detail.php?id=187288&k_title=股東代表訴訟&k_content=股東代表訴訟&k_author

〔注17〕甘培忠「中国会社法における株主代表訴訟制度について」ワールド・ワイド・ビジネス・レビュー第7巻第1号197頁。

〔注18〕李国光＝王闢・前掲注(16)。

〔注19〕甘培忠・前掲注(17)。

〔注20〕呉飛「株主代表訴訟の比較研究」(原文：「股東代表訴訟之比較研究」)明理學刊2001年特刊。

〔注21〕呉飛・前掲注。

〔注22〕王欣新「株主代表訴訟における原告適格の問題」(原文：「股東代表訴訟的原告資格問題」)

http://www.fatianxia.com/paper_list.asp?id=16913

〔注23〕江偉＝段鳳省「株主訴權について」(原文：「論股東訴權」)浙江社會科學1993(3)。

〔注24〕万向東＝馬双林「株主代表訴訟における原告權利義務の法的考察」(原文：「股東派生訴訟中原告權利義務的法律界定」)人民法院報2003年5月9日。

〔注25〕万向東＝馬双林・前掲注。張義「株主代表訴訟制度に対する若干の思考」(原文：「股東代表訴訟制度的若干思考」) <http://www.chinacourt.org/public/detail.php?id=86604>。舒旭霞「株主代表訴訟事件の審理に関する若干問題点」(原文：「審理股東派生訴訟案件的幾個問題」)人民法院報2003年5月28日。

〔注26〕李国光＝王闢・前掲注(16)。

〔注27〕劉俊海『株式会社における株主權の保護』(原文：『股份有限公司股東權的保護』)329頁(法律出版社、2004)。万向東＝馬双林・前掲注(24)、張義・前掲注(25)。

〔注28〕劉俊海・前掲注(27)329頁。

〔注29〕Branson, Corporate Governace, p 614—615(1993)。

〔注30〕判例を通じてこの原則を確定したのは、1882年のHawes v.Oakland事件である。本件は、オークランド市にある水道会社の取締役が同市に無料で水を提供したことについて、ニューヨーク州に在住している株主が当該水道会社の取締役の責任を追及した事件である。裁判所は、責任発生の原因とみ

なされる行為がなされた時点から原告が株主であったことを要求した他、原告が本来連邦裁判所に提訴できない事件を連邦裁判所に提訴するという目的のため、不適切または不当にその状況を作り出しあるいは参加することを裁判所が認識した場合には、巡回裁判所の義務としてその訴訟を却下すべきであると述べて、原告の請求を却下した原審判決を支持した。104 U.S.450(1882)参照。

〔注31〕 Henn & Alexander, *supra* note (4), p 1060.

〔注32〕 *Id.*, p 1058.

〔注33〕 長浜洋一訳『ニューヨーク事業会社法』99頁(商事法務研究会、1990)。

〔注34〕 北沢正啓=戸川成弘「カリフォルニア会社法」122—123頁（商事法務研究会、1989）。

〔注35〕 American Bar Association, MODEL BUSINESS CORPORATION ACT ANNOTATED volume 2, § 7.41, at 7—332(3ed, 2000).

〔注36〕 証券取引法研究会国際部会訳編『コーポレート・ガバナンス—アメリカ法律協会「コーポレート・ガバナンスの原理：分析と勧告の研究」38頁(日本証券経済研究所、1995)。

〔注37〕 Henn & Alexander, *supra* note (4), p 1060.

〔注38〕 *Id.*, p 1061

〔注39〕 *Id.*, p 1061.

〔注40〕 *Id.*, p 1058—1059.

〔注41〕 周剣龍『株主代表訴訟制度論』38頁(信山社、1996)。

〔注42〕 The American Law Institute, Principles of Corporate Governance: Analysis And Recommendations volume 2, at 40(1994).

〔注43〕 山田泰弘『株主代表訴訟の法理』24頁(信山社、2000)。ここで引用した山田氏の内容は、George M. Stricker, Jr, Protecting the Class: The Search for the Adequate Representative in Class Action Litigation, 34 DePaul Law Rev. 77(1984)に基づいている。

〔注44〕 山田泰弘・前掲注(43)24頁。

〔注45〕 山田泰弘・前掲注(43)24頁。

〔注46〕 Model Bus. Corp. Act Ann., *supra* note (35), § 7.41, at 7—332 .

-
- 〔注47〕証券取引法研究会国際部会訳編・前掲注(36)39頁。
- 〔注48〕Nolen v. Shaw—Walker Company, 449 F.2d 508 n.4
- 〔注49〕Rae Schupack v. Albert Covelli, 512 F. Supp. 1310(W. D. Pa. 1981).
- 〔注50〕Rothenberg v. Security Management Co., Inc., 667 F.2d 958, 961(11th Cir.1982).
- 〔注51〕鈴木竹雄「商法改正の裏ばなし」『岩波講座・現代法九巻、現代法と企業』1頁(1966)。
- 〔注52〕矢沢惇＝鴻常夫『会社法の展開と課題』22頁(1968)。
- 〔注53〕東京地決平成9年2月26日(資料版／商事法務156号133頁)。
- 〔注54〕関俊彦「子会社による親会社株式取得・売却から生じた損害と親会社の取締役に対する代表訴訟」
ジュリスト869号91頁(1986)。
- 〔注55〕石井照久『会社法 上』360頁(勁草書房、昭和42)、北沢正啓『新版会社法』411頁(青林書院、
昭和57)、大隅健一郎＝今井宏『新版会社法論 中I』248頁(有斐閣、昭和58)。
- 〔注56〕松田二郎＝鈴木忠一『条解株式会社法』314頁(弘文堂、昭和26)。
- 〔注57〕野間繁「代表訴訟の性格」法律論叢32巻5号15頁(1959)。
- 〔注58〕松田二郎『株式会社法の理論』292頁(岩波書店、1962)。
- 〔注59〕竹内昭夫「株主の代表訴訟」『法学協会雑誌百周年記念論文集第三巻民事法』173頁。
- 〔注60〕竹内昭夫・前掲注(59)174頁。
- 〔注61〕竹内昭夫・前掲注(59)175頁。
- 〔注62〕劉俊海・前掲注(27)345－346頁。
- 〔注63〕郁光華「中国の国情に適應する会社における株主代表訴訟制度を樹立する」(原文：「建立適合中国国情的公司派生訴訟制度」)http://www.fatianxia.com/paper_list.asp?id=17930
- 〔注64〕甘培忠・前掲注(17)198頁。
- 〔注65〕朱偉一『アメリカ会社法判例研究』(原文：『美国公司法判例解析』)239頁(中国法制出版社、2000)。
- 〔注66〕中国改正会社法は法文上、経営判断の原則を規定していないが、「草案」においては、経営判断の原則について若干言及した。すなわち、「取締役、監査役、高級役員が忠実義務と注意義務に違反し、

職権範囲内において職責を遂行せず、会社の利益に重大な損失を与える場合は、損害賠償責任を負う。

犯罪を構成する場合は、法律に基づき刑事責任を迫及される」としている(「草案」246条)。

この条文を文言的に解すれば、もし取締役が忠実義務と注意義務に違反することなく、裁量権の範囲内において職務を遂行すれば、たとえ会社の利益に損失を与えても、当該損失が重大でない限り、損害賠償責任を負わないというように読めると考えられる。なお、当該条文の場所は第十章法律責任の部位に置かれていることを考えると、取締役など経営者の法律責任を免除するために経営判断の原則を持ち出すことができるのではないと思われる。そして、「草案」における経営判断の原則によって経営者を免責する要件は、(ア)忠実義務と注意義務の違反がないこと、(イ)経営者の裁量範囲を逸脱しないこと、(ウ)会社の損失が重大でないことなどと考えられるのである。しかしながら、中国改正会社法はこの条文を削除した。

〔注67〕 張民安『会社法における利益衡平』(原文：『公司法上の利益平衡』)398頁(北京大学出版社、2003)。

〔注68〕 劉俊海・前掲注(27)435－436頁。

〔注69〕 李国光＝王闢「会社訴訟事件の審理における若干問題点(上)」(原文：審理公司訴訟案件的若干問題

(上)) [http://www.chinacourt.org/public/detail.php?id=187288&k_title=股东代表诉讼&k_content=](http://www.chinacourt.org/public/detail.php?id=187288&k_title=股东代表诉讼&k_content=股东代表诉讼&k_author)
[股东代表诉讼&k_author](http://www.chinacourt.org/public/detail.php?id=187288&k_title=股东代表诉讼&k_content=股东代表诉讼&k_author)

〔注70〕 劉俊海・前掲注(27)346頁。

〔注71〕 劉俊海・前掲注(27)346頁。その理由は、やはり原告株主が会社の提訴判断の独立性と公正性に対する疑いを抱く場合、人民法院による司法審査が登場することに他ならないといえる。なお、会社側の提訴判断が人民法院の司法審査に服する説として、李国光＝王闢・前掲注(69)、甘培忠・前掲注(17)203頁、郁光華・前掲注(63)などがある。

〔注72〕 甘培忠・前掲注(17)203頁。

〔注73〕 郁光華・前掲注(63)。

〔注74〕 判例の概要は、本章三の3の(2)の②を参照。

〔注75〕 劉俊海・前掲注(27)346頁。

〔注76〕 Henn & Alexander, *supra* note(4), p 1068.

〔注77〕吉本健一「イギリス会社法における株主代表訴訟－Foss v. Harbottleのルールの形成と展開」『比較法的研究 奥島孝康教授還暦記念第一巻』37頁(成文堂、1999)。本件は、土地の開発と販売を目的とする会社の2人の株主が、取締役の違法行為(会社と自己取引や違法な担保設定など)を理由として、自己及び被告以外のすべての株主のために、取締役、役員及び一部の株主を被告として会社に対する損害賠償を求めた事件である。Vigram裁判官は、このような訴訟は、取締役が存在せず、株主総会が開催できないなど、会社が実質的に機能しえないような場合には認められる余地があるが、本件では事実上の取締役会が存在し、また株主総会も開催されているので、会社は実質的に機能しており、株主総会が適切な措置を講じうることを理由として、原告株主の提訴を認めなかった。つまり、裁判官は、被告らの行為による損害は、原告に対するものではなく会社に対するものであることから、株主は訴訟を提起することが認められず、会社が訴訟を提起すべきであるとする見解を示した。この判例から、株主の代表訴訟提起を制限する重要な原則が導かれる。第1に、会社の損害を回復する権利については、個々の株主ではなく会社自身がその権利を訴訟上行使すべきであるという原則である。第2に、裁判所は会社内部の業務執行行為に介入すべきではなく、会社の業務執行は最終的に多数派株主の意思に委ねられているという意味での多数決原則である。ここで引用した吉本氏の内容は、Foss v. Harbottle., 2 Hare 461, 67 Eng.Rep.189(Ch.1843)に基づいている。

〔注78〕Model Bus.Corp.Act Ann., supra note (35), § 7.42, at 7-334 .

〔注79〕証券取引法研究会国際部会訳編・前掲注(36)39頁。

〔注80〕すなわち、第1に、判決を出すには条件が揃っておらず、また取締役会において株主により提起される代表訴訟の当否がまだ十分には検討されていない場合には、それを裁判所の不必要な審査から除外すること。第2に、提訴請求により会社の経営陣が取締役の不正行為を救済するための他の方法を講じて、不必要な訴訟を終了させることができる機会を会社に与えること。第3に、提訴請求の要求により会社のためではなく株主の個人的な利益のために提起される嫌がらせ訴訟が防止されること。第4に、訴訟する機会を会社に与えること、などである。ALI, supra note (42), at 55 (1994).

〔注81〕経営判断の原則は19世紀以来のアメリカの判例を通じて生成・発展してきた新たな法理である。

たとえば、1872年のSperling事件判決においては、裁判所は、「取締役は判断の間違いについて責任を

負わない。たとえその判断が馬鹿げていておかしいものであったとしても、彼が正直に、かつ彼の権限とその裁量の範囲内で判断を下したのであるならば」と述べている(近藤光男『経営判断と取締役の責任―「経営判断の法則」適用の検討』19頁(中央経済社、平成6))。つまり、取締役は、会社の営業執行に係る決断をするにあたって、善良な管理者の注意を尽くすことを要する一方、取締役は会社の業務執行に係る様々な決断を行うにあたって、会社を取り巻く社会、経済環境などに係る将来の変化を完全かつ正確に把握又は予測することはできないと共に、多少の冒険とそれに伴う危険がつきまとう中で決定をしなければならない。この場合において、取締役の決定による会社の業務執行が不首尾に終わり、会社に損害を生じさせても、原則として取締役に善管注意義務違反があったとして責任を認定すべきではない。これが、いわゆる経営判断の原則である。この原則によると、「取締役が当該経営判断の対象に関し、その状況において適切であると合理的に信じる程度まで情報を有し、利害関係を有さず、誠実に判断を行い、かつ、当該経営判断が会社の最上の利益になると信じる相当の根拠を有する場合には」、たとえその判断が結果として間違っており、会社に損害を蒙らせることがあっても、そのことゆえに、裁判所が事後的に介入し、取締役の責任を直ちに問うべきではないとする法理である。

〔注82〕 他方、株主が代表訴訟を提起する前に取締役会へ提訴請求をする場合でも、取締役会がその提訴請求を判断する代わりに、利害関係を有する取締役から独立した特別訴訟委員会が設置され、取締役会は当該委員会の勧告を信頼してそれにより提訴請求を判断するか、もしくは訴訟委員会にその判断権限を委譲することも認められる。Spiegel v. Buntrock, 571 A.2d 767,776 n.18 (Del.Supr.1990).

〔注83〕 もともと、アメリカ法では、最初の株主代表訴訟における経営判断の原則の適用は、いわゆる「防御的用法」にとどまっていた。すなわち、取締役が会社の利益に合致すると考えたうえで誠実に行った経営上の判断に誤りがあっても、この判断につき取締役が慎重かつ誠実に職務を遂行した結果であれば、たとえ株主が代表訴訟を提起しても取締役は免責されることになる。いいかえると、経営判断を誤ったという取締役の責任原因について、経営判断の原則によって株主からの責任追及を防御する機能を持つのである。

〔注84〕 Auerbach v.Bennett.,393 N.E.2d 994 (N.Y.1979).

-
- 〔注85〕 *Zapata Corp.v.Maldonado*,430 A.2d 779(Del.Sur.1981).
- 〔注86〕 413 A.2d 1251(Del.Ch.,1980).
- 〔注87〕 *Id* at 1261.
- 〔注88〕 *Id* at 1262.
- 〔注89〕 430 A.2d at 784(Del.Sur.1981).
- 〔注90〕 *Id* at 788—789.
- 〔注91〕 *Miller v.Register and Tribune Syndicate,Inc.*,336 N.W.2d 709 (Iowa 1983)
- 〔注92〕 *Id.*at 716.
- 〔注93〕 *Alford v.Shaw*,358 S.E.2d 323(N.C.1987)
- 〔注94〕 *Id.* at 327.
- 〔注95〕 *Id.* at 326—327.
- 〔注96〕 *Id.*at 327.
- 〔注97〕 *Id.* at 326—327
- 〔注98〕 *Id.* at 326.
- 〔注99〕 *Alford v.shaw*,398 S.E.2d 445,452—453(N.C.1990)
- 〔注100〕 *Model Bus.Corp.Act Ann.*, *supra* note (35), 7.44,at 7—340,7—341.
- 〔注101〕 *Model Bus.Corp.Act Ann.*, *supra* note (35), 7.44,at 7—348.
- 〔注102〕 Stephen H.Ellick, *Harmonizing the Procedure for Initiating and Terminating Derivative Litigation: A modification of Delaware Law*, 60 *Geo. Wash. L. Rev.*1888, 1924 (1992).
- 〔注103〕 証券取引法研究会国際部会訳編・前掲注(36)46頁。
- 〔注104〕 経営判断の原則を満たす要件は、①ある経営判断が下されたこと、②その判断が誠実になされたこと、③その判断に利害関係を有していないこと、④当時の状況のもとで適切であると現実かつ合理的に信じる程度に、その判断に関し情報を有していたことである。
- 〔注105〕 John C.Coffee,Jr.,*New Myths and Old Realities: The American Law Institute Face the Derivative Action*,48 *Bus.Law*.1407,1426(1993).

〔注106〕 Dennis J.Block,Stephen A.Radin and Michael J.Maimone,DerivativeLitigation: Current Law
versus The American Law Institute,48 Bus.Law.1443,1477—1478(1993).

〔注107〕 証券取引法研究会国際部会訳編・前掲注(36)46頁。

〔注108〕 証券取引法研究会国際部会訳編・前掲注(36)47頁。

〔注109〕 ALI, *supra* note (42), Illustrations 13 to § 7.10, at 153.

〔注110〕 1975年のアメリカ法曹界の会議をきっかけに、コーポレート・ガバナンス問題に関するリストイメントを作ろうとする気運が高まった。そして、1981年2月に試案1ができ上がった。試案1第Ⅶ編第1章「代表訴訟」において、特別訴訟委員会による訴訟終了について詳しく提案した。試案1が公表された後、各方面から強い批判が浴びせられたため、ALIはかつてないほど高い密度で再検討を行い、1986年10月に公表した試案6は、第Ⅶ編第1章「代表訴訟」の修正版を収録した。試案1から最終案の沿革について、前掲注(36) 79—82頁。

〔注111〕 森本滋「代表訴訟の終了・和解等」『アメリカ法律協会「会社の運営と構造の原理—リストイメントおよび勧告(試案1)」の研究』証券研究71巻129頁(1984)。“not frustrate”について、森本教授は「矛盾しない」と訳している。

〔注112〕 森本滋・前掲注(111)140頁。

〔注113〕 森本滋・前掲注(111)140頁。

〔注114〕 前田重行「代表訴訟の終了(7.07—7.12条)」『アメリカ法律協会「会社運営の原理分析と勧告(試案4—7)」の研究』証券研究94巻137頁(1991)。

〔注115〕 前田重行・前掲注(114)148頁。

〔注116〕 前田重行・前掲注(114)149頁。

〔注117〕 近藤光男「代表訴訟」民商法雑誌108巻4・5号535頁。

〔注118〕 この点について、株主の会社に対する提訴請求は、代表訴訟の本訴における手続的な瑕疵を指摘されないための形式的なものとなっている面が強いと指摘されている。高橋均「株主代表訴訟における不提訴理由書制度をめぐる今後の課題」商事法務1756号35頁(2006)。

〔注119〕 松田二郎『会社法概論』145頁(岩波書店、1968)。

〔注120〕 竹内昭夫『会社法の理論Ⅲ』261頁(有斐閣、1990)。

〔注121〕 近藤光男・前掲注(117)536－537頁。

〔注122〕 相澤哲編『一門一答 新・会社法』261頁(商事法務、2005)。

〔注123〕 最近は、代表訴訟についても裁判所がいわば裁量棄却することを認めるべきであるという立法論が提案されている。すなわち、裁判所は会社の裁量が相当であると認められるかを審査し、相当であると認めた時は訴えを却下ないし棄却するという考えである。阿部一正ほか『取締役(6)(別冊商事法務248号)』101頁以下稲葉威雄発言(2002)。

〔注124〕 これについて、不提訴理由書制度の利点として、(ア)不提訴通知書は、不提訴が適正な経営判断としてなされたか否かを判断する資料となり、株主が代表訴訟を提起するか否かの判断に際し重要な判断基準となると共に、無用の代表訴訟の提訴を防止することとなる他、(イ)会社にとっても、不提訴理由書をもって提訴が不当に拒否されると見られなくて済むことであると評価されている。新谷勝『役員の権限と責任・株主代表訴訟』188頁(中央経済社、2005)。

〔注125〕 森田章「会社法制現代化の意味―株主代表訴訟と監査役」月刊監査役505号18頁(2005)。

〔注126〕 江頭憲次郎「新会社法による不提訴理由書制度の導入」月刊監査役501号3頁(2005)。

〔注127〕 近年の日本において、アメリカのいわゆる訴訟委員会制度を導入するという提案がしばしばなされている。たとえば、経済団体連合会コーポレート・ガバナンス特別委員会「コーポレート・ガバナンスのあり方に関する緊急提言」(平成9年9月10日)は「全会一致による監査役会の申立に基づき裁判所が訴訟却下できるよう制度整備を行う」ことを提言していた。また、「商法等の一部を改正する法律案要綱中間試案」(平成13年4月18日)では、委員会等設置会社について訴訟委員会を設けるべきか否か、設けるとした場合の権限についてはなお検討するものとされていた(第19の2(1)注9)。この中間試案に対する各界の意見は賛否両論であるが、賛成論として、取締役などに対して訴えを提起するかどうかを訴訟委員会の判断に委ね、提起しないという判断がなされた場合には、裁判所はその意見を尊重して代表訴訟を却下することとしてはどうかという経済産業省の意見と、設置するのであれば構成員の全員を社外取締役とすべきであるという「日本コーポレート・ガバナンス委員会」の意見が寄せられていた(原田晃智ほか『会社法制の大幅な見直しに関する各界意見の分析(別冊商事法務244号)』177頁、

571頁(平成13))。しかし、当時の旧商法の下で、取締役の会社に対する責任は原則として総株主の同意がなければ免除できないため、委員会等設置会社についてのみ株主の同意と無関係に訴訟委員会を設けてその判断により責任を追及しないとすることは説明が困難であるとの理由で、平成14年商法改正においては訴訟委員会制度の導入は見送られた(前田庸「商法等の一部改正する法律案要綱の解説Ⅲ」商事法務1623号16頁(2002))。

〔注128〕 高橋均・前掲注(118)34頁。

〔注129〕 東京地決平成5年9月16日(判例時報1469号25頁)。

〔注130〕 名古屋地決平成10年3月19日(判例時報1652号138頁)。本件は、中部電力会社が原子力発電所の建設計画のために60億円を下らない資金を違法に支出した、また地元対策費として2億円を違法に支出したため、株主により同社の取締役の会社に対する損害賠償を求めて株主代表訴訟を提起したものである。裁判所は次のように判示した。つまり、まず一般論として、株式会社の取締役は、法令及び定款の定め並びに株主総会の決議に違反せず会社に対する忠実義務に背かない限りにおいて、経営上の裁量権を有しており、本件においてもこれが妥当すると認識したうえで、具体論として、電力会社の取締役による原発計画地沖に漁業権をもつ漁協に預託金を支出するという判断については、その判断の前提となった事実の認識に重要かつ不注意な誤りがあるとはいえず、意思決定の過程においても、被告らに、経営者としてとくに不合理、不適切なところがあるとはいえないとして、取締役に義務違反はないとした。

〔注131〕 東京地決平成12年11月16日(資料版／商事法務202号211頁)。本件の概要は次のとおりである。

日本新都市開発株式会社(以下、Aと略す)はB社及びAの子会社に対して3回にわたって総額233億7500万円を貸し付けたが、B社が事実上倒産したためこれらの融資の回収が見込めなくなった。Aの株主が同社の当時の取締役に對して善管注意義務または忠実義務に違反したとして、取締役に對し損害賠償請求を求めて株主代表訴訟を提起したのである。裁判所は、取締役の経営判断について、当該行為につき、その目的に社会的な非難可能性がないか否か、その前提としての事実調査に遺漏がなかったか否か、調査された事実の認識に不注意な誤りがなかったか否か、その事実に基づき行為の選択に不合理がなかったか否かなどの観点から、当該行為をすることが著しく不当とはいえないと評価される

時は、取締役の当該行為にかかる経営判断は、裁量の範囲を逸脱するものではなく、善管注意義務または忠実義務の懈怠がないというべきであるとの一般論に立って、原告の請求を棄却した。

〔注132〕 東京地決平成5年9月21日(判例時報1480号154頁)。

〔注133〕 東京高判平成8年12月11日(資料版／商事法務161号161頁)。事実の概要が次のとおりである。東京都観光汽船株式会社(以下、Aと略す)は関連会社への無担保貸付や債務保証を行ったが、関連会社が倒産したため、貸付債権などの返済が不能となり、また債務保証のため代位弁済を余儀なくされる損害を被った。株主がAの取締役ら6名を相手取り、Aに対して3億2200万円を賠償するよう求めて株主代表訴訟を提起したものである。判旨は、関連会社に対する金融支援をすることについて次のように判示した。つまり、原則として、取締役としての裁量権の範囲内にある行為として、当該会社に対する善管注意義務・忠実義務に違反するものではないが、支援先の企業の倒産するが具体的に予見可能な状況にあり、当該金融支援により経営の建て直しが見込める状況ではなく、したがって貸付金が回収不能となるなどの危険が具体的に予見できる状況にあるにもかかわらず、なお無担保で金融支援をすることは、もはや取締役としての裁量権の範囲を逸脱するものであり、善管注意義務・忠実義務に反すると判示し、損害賠償を認めた。上告審判決において、最高裁は平成12年9月28日に原審の認定判断は正当として是認することができるとした(最(1小)判平成12年9月28日(金融・商事判例1105号16頁、資料版／商事法務199号315頁))。

〔注134〕 東京地決平成8年2月8日(資料版／商事法務144号111頁)。

〔注135〕 名古屋地決平成9年1月20日(判例時報1600号144頁)。本件は、中京銀行(以下、Aと略す)の取締役12名がB社に違法な貸付を行いB社が倒産したことにより回収不能となったため、Aに損害を与えたとして、Aの株主が取締役らに対して損害賠償を求める株主代表訴訟を提起した事件である。判旨は次のように述べた。すなわち、取締役が善管注意義務、忠実義務に違反したとされるかどうか、当該取締役が職務の執行にあたってなした判断につき、その基礎となる事実の認定または意思決定の過程に通常の企業人として看過し難い過誤、欠落があるために、それが取締役に付与された裁量権の範囲を逸脱したものとされるかどうかによって決定すべきものであると判示した。なお、問題となった被告の貸付という判断について、貸付の条件、内容、返済計画担保の有無、内容、借主の財産及び経営

の状況などの諸事情に照らして判定したところ、本件の被告においては、善管注意義務・忠実義務に違反するものではないとした。

〔注136〕吉永栄助「取締役の一般義務」一橋論叢29巻4号277頁、300以下(1953)。

〔注137〕戸塚登「経営判断の法則（二．完）」阪大法学126号66頁(1983)。

〔注138〕この他に類似する学説もある。たとえば、龍田教授は、注意義務を尽くしたといえるためには、必要な情報を集めたうえで判断したこと、会社と利害関係とがないこと、同様の立場に立つ人なら同じ状況もとで考えてもおかしくない決断であるという要件を満たす必要があると主張し、著しく不当な判断は注意義務違反と評価しなければならないとしている。龍田節『会社法・第5版』90頁（有斐閣、1995）。また、本間教授は、手続的に手段を尽くし、その上に立って決定されれば、その決定が通常なら予測しえた状況と比べて著しく不合理な場合でなければ、責任を免れると解するのが妥当ではないかとも提唱している。本間輝雄「株主代表訴訟と経営判断の原則」『西原先生追悼・企業と法（下）』185頁、213頁（有斐閣、1995）。

〔注139〕つまり、第1に、経営判断の過程として一括される期間ないし時間における行為は、個別具体的な判断内容の集積なのか、判断過程と内容と異なる審査が可能なのかは、一概にはいえない。第2に、どの程度の情報収集、分析又は検討が必要となるかは、取締役の個性によって判断すべきであるなどと唱えている。三浦治「いわゆる経営判断に対する不履行評価」『高窪先生還暦記念・現代企業法の理論と実務』100頁、107頁以下（経済法令研究会、1993）。

〔注140〕神崎克郎「取締役の注意義務」『取締役制度論』63頁、68頁（中央経済社、1981）。

〔注141〕戸塚登・前掲注(137)50頁。

〔注142〕近藤光男「取締役の責任とその救済（四．完）」法協99巻12号1763、1794頁(1982)。

〔注143〕三浦治「わが国における「経営判断」の原則（一）」アルテス・リベラレス53号223頁(1993)。

〔注144〕大塚龍児「株権の強化・株主代表訴訟」『鴻常夫古稀記念・現代企業立法の軌跡と展望』落合誠一=江頭憲治郎=山下友信編 51頁、72頁(商事法務研究会、1995)。

〔注145〕近藤光男・前掲注(81)123—124頁。

〔注146〕劉俊海「株主の代表訴訟提起権について」（原文：「論股東的代表訴訟提起権」）王保樹主編『商

事法論集』第1巻139頁(法律出版社、1997年)。

〔注147〕甘培忠・前掲注(17)196頁。

〔注148〕しかし、この担保提供制度は、もともと株主代表訴訟の濫用を対応するために講じる対策ではない。それは、会社法または定款により、会社は株主代表訴訟に勝訴した被告の訴訟費用につき償還義務を負うが、これは大変な財務負担なので、償還の履行に備えて敗訴した原告から訴訟費用の支払いを確保するために設けられるのである。なお、担保提供制度は濫用的な株主代表訴訟の提起を防止する機能をも有しており、現在では、会社荒らしを目的とする濫用的な代表訴訟の防止という役割が重視されている。Henn & Alexander, *supra* note (4), p 1089—1090.

〔注149〕浜田道代「代表訴訟(THE DERIVATIVE ACTION7)」『アメリカ法律協会「会社運営の原理分析と勧告(試案4—7)」の研究』証券研究94巻105頁(1991)。

〔注150〕浜田道代・前掲注(149)105—106頁。

〔注151〕長浜洋一・前掲注(33)100頁。

〔注152〕Henn & Alexander, *supra* note (4), p 1089—1094.

〔注153〕Id., p 1092.

〔注154〕Hornstein, *New Aspect of Stockholders Derivative Suit*, 47 Col.L.Rev.1—5(1947).

〔注155〕北沢正啓=戸川成弘・前掲注(34)123頁。

〔注156〕Henn & Alexander, *supra* note (4), p 1092.

〔注157〕Hornstein, *supra* note (154), at 5.

〔注158〕Henn & Alexander, *supra* note (4), p 1093—1095.

〔注159〕Branson, *supra* note (29), p 651(1993).

〔注160〕ALI, *supra* note (42), at 90—91. 関俊彦「救済方法としての代表訴訟(第Ⅶ編総論および第1章)」『アメリカ法律協会「会社の運営と構造の原理—リストイメントおよび勧告(試案1)」の研究』証券研究71巻123頁(1984)。

〔注161〕証券取引法研究会国際部会訳編・前掲注(36)41頁。

〔注162〕田中英夫=竹内昭夫『法の実現における私人の役割』42—43頁(東京大学出版会、1987)。竹内

昭夫＝鈴木竹雄『商法とともに歩む』189－190頁(商事法務研究会、昭和25)。

〔注163〕名古屋地決平成6年1月26日(判例時報1492号139頁)

〔注164〕座談会「株主代表訴訟における担保提供をめぐって」商事法務1397号9頁(岩原発言)(1995)。

〔注165〕名古屋高決平成7年3月8日(判例時報1531号134頁、判例タイムズ881号298頁)

〔注166〕座談会(岩原発言)・前掲注(164)10頁。

〔注167〕東京地決平成6年7月22日(第一事件判例時報1504号121頁、判例タイムズ867号126頁。第二事件判例時報1504号132頁、判例タイムズ867号143頁)

〔注168〕東京高決平成7年2月20日(資料版／商事法務133号151頁、判例タイムズ895号25頁)、

〔注169〕この決定と同様の立場をとる学説としては、竹内昭夫『会社法の理論Ⅲ』248頁(有斐閣、1990)。

〔注170〕座談会「株主代表訴訟の手続的検討」ジュリスト1062号17－18頁(中島発言)参照。

〔注171〕小林秀之「担保提供と原告の悪意」小林秀之＝近藤光男編『新版・株主代表訴訟大系』)200頁(弘文堂、2002)。

〔注172〕担保提供を命じたものとして、東京地決平成6年10月12日(資料版／商事法務130号99頁 三愛事件)、東京地決平成6年11月30日(資料版／商事法務131号89頁 三井物産事件)、東京地決平成7年2月21日(資料版／商事法務134号93頁 中村屋事件)、東京地決平成8年6月26日(資料版／商事法務148号100頁 東京三菱銀行事件)、東京地決平成8年8月28日(判例タイムズ924号258頁、資料版／商事法務158号80頁 浅沼組事件)、大阪地決平成9年3月21日(判例時報1603号130頁、資料版／商事法務157号152頁 ミドリ十字第1事件)、大阪地決平成9年4月18日(判例時報1604号146頁 大和銀行第1、第2事件)などがある。

これに対して、上記の決定と同様の立場から、担保提供の申立を却下したものとして、松山地決平成7年3月27日(資料版／商事法務143号149頁、金融・商事判例997号27頁 伊予銀行事件)、高松高決平成7年8月24日(資料版／商事法務143号143頁、金融・商事判例997号25頁 伊予銀行事件抗告審、原決定を支持し抗告を棄却)、大阪地決平成9年3月17日(資料版／商事法務157号140頁 コスモ証券事件)などがある。

〔注173〕大阪高決平成9年12月8日(資料版／商事法務166号138頁)。

〔注174〕大阪高決平成9年11月18日(判例時報1628号133頁、判例タイムズ971号216頁、資料版／商事法務165号291頁)。

〔注175〕岩原紳作「代表訴訟と株主の悪意」〔会社判例と実務・理論〕判例タイムズ948号137頁。

〔注176〕東京地決平成12年5月8日(資料版／商事法務203号217頁 ジャレコ事件担保提供申立事件決定)、東京地決平成12年5月25日(資料版／商事法務207号58頁 日本航空担保提供申立事件)、東京高決平成12年6月5日(資料版／商事法務203号227頁 八千代銀行担保提供申立事件抗告審決定)。

〔注177〕北沢正啓『新版注釈会社法(6)』275頁〔上柳克郎ほか編〕(有斐閣、1987)、上谷清「会社法上の訴と担保の提供」『実務民事訴訟講座(5)』153頁。

〔注178〕松田二郎『会社法概論』145頁(岩波書店、1968)、田中誠二『会社法詳論』705頁(勁草書房、1993)。

〔注179〕竹内昭夫・前掲注(59)180－181頁。

〔注180〕中村直人「株主代表訴訟における担保提供の意義」商事法務1340号17頁(1993)。

〔注181〕中村直人・前掲注(180)18頁。

〔注182〕中島弘雅「株主代表訴訟における担保提供の申立(上)」商事法務1354号41頁(1994)。

〔注183〕北沢正啓『注釈会社法(4)』大森＝矢沢他編516頁(有斐閣、1968)。

Ⅳ アメリカ・日本法からの中国株主代表訴訟制度への示唆

—中国の企業環境を踏まえて—

一 中国法への示唆を得る視点

ⅡおよびⅢで概観したように、株主代表訴訟における訴権強化と濫訴防止について、中国・アメリカ・日本法は異なる立法政策をとっている。株主代表訴訟制度は、本来ならば、経営適正化を介して会社ひいては株主の利益を守ると同時に、経営者の経営行動を萎縮させないように機能させることが理想的であるが、中国法にとっては、その今日的国情に鑑みる時、両立は決して容易ではない。なぜなら、社会主義的市場経済育成の過程にある中国においては、法律による健全な経済秩序の確立と社会主義的正義の実現〔注1〕を図ることが強く要請されてはいるが、従来からその目的を達成する方法は、政府の力で法律を動かすという感覚が強く、市民ないしは経済界の要請によって法の積極的な運用を促すという方法は極めて不十分であった。しかし、社会主義的市場経済の秩序と正義を実現しようとするれば、やはり市民・私人が自ら積極的に法を運用して社会主義における合理的規制を創造することが必要である。この視点に立つ時、中国改正会社法における株主代表訴訟制度の導入は、まさしく市民・私人による法運用への積極的な参加を促す仕組みを中国法に組み入れ、私法的正義を実現するためのもっとも有効な手段の契機をもったことになる。

したがって、中国法における株主代表訴訟制度は、所有と経営の対抗関係に着目し、経営適正化の要請と経営者の経営権限の尊重との間のバランスを保つことによって、この制度の究極目的である「会社・株主利益の公正な確保」を図るものでなければならない。すなわち、当該制度のあり方については、日本の過去にみられたような、長い間にわたってあまり利用されてこなかった状況(1960—1990ごろまで)を避けて、一方では訴権強化を図ることを通して株主が代表訴訟制度を活用しやすい法律構成を探ると共に、他方では正常な経営を萎縮させないための濫訴防止制度を構築する必要がある。

このような考えに基づき、本章は、中国株主代表訴訟制度における訴権強化と濫訴防止の今後のあり方を、Ⅱ・Ⅲで述べた中国・アメリカ・日本法の比較において概観した代表

訴訟の法律構成や諸要件の相違を基礎におきながら、これに中国の企業環境をを踏まえて、中国法への示唆を明らかにする。具体的な検討にあたっては、アメリカ・日本法を全面的に受け入れて機械的に当てはめるのではなく、中国会社法の沿革、上場会社を中心とする中国株式会社の所有構造、統治システムおよび国家の会社規制理念などの企業環境に焦点をあてながら、代表訴訟規定が十全に機能する条件を見出すことが重要であるとする。すなわち、一方ではアメリカ・日本法においては機能上の問題はないとしても、中国法にそのままでは適応し得ない部分もあると考えられるし、他方では、中国法にとっても効果的である部分もあり得る。かかる視点から本章では、中国企業環境の特質に沿って、アメリカ・日本法を踏まえながら、それらの法が中国法に示唆するところを検討する。

二 訴権強化への示唆

1 株式移転・株式交換による原告適格の継続

取締役の違法行為により損害が発生した後に会社が合併や親会社設立をなすために株式交換・株式移転を行った場合、違法行為が発生した時に株主であった者は、自らが所持していた株式を吸収会社に移転したり、親会社の株式の交換を余儀なくされるため、株主代表訴訟により取締役に対してその損害賠償を求める場合、損害の発生した会社の株主ではなくその会社の親会社の株主となっている場合がある。さらに、取締役に対する代表訴訟が係争している間に株式交換が行われ、当該会社が完全子会社となり、この会社の株主は新しく設立された親会社の株主となるというケースもありうる。そうすると、経営者が自らの責任を免れるために、株式移転・株式交換というような法的テクニックを通じて原告株主の持株を奪い原告適格を失わせることによって、提起されたまたは提起しようとする代表訴訟を回避しようとする場合も出てくるであろう。

これについて、中国改正会社法は定めていない。将来的に見ると、中国はWTOへの加盟による企業組織の変動によって、こういうケースが現れるのは時間の問題であると思われる。したがって、事前の予防措置を講じなければ代表訴訟の監督機能を減殺する可能性が十分に考えられるため、訴権強化の一環として早急に対応策が構築されるべきである。

私見としては、中国改正会社法は、アメリカの判例と日本会社法から学んで、株式交換・株式移転により原告が株主資格を失ったとしても代表訴訟の原告適格を継続させる規定を新設すべきであると考える。その理由は次の通りである。

第1に、株式交換・株式移転を行うことによって、原告の当該会社の株主資格が失われるのは事実であるが、その資格の喪失は原告株主の本意ではなく、会社側の一方的行為によることを念頭に置く必要がある。企業再編のためやむえない面もあるが、会社は株式移転および株式交換を行う前に、適切な措置を講ずるべきである。中国改正会社法は、株式買取請求権を新たに定めているが〔注2〕、日本会社法のように株式移転無効の訴えに関する規定を設けていない。株式交換と株式移転の際に、株主の利益を守りうる規定が不十分である状況に鑑みると、これによって会社は強制的に原告適格を奪うことは不条理である。

第2に、仮に株主の原告適格が株式交換と株式移転により喪失した場合、親会社の取締役が期待通りに子会社の取締役責任を追及するか否かは極めて疑わしい。たとえば、中国では、子会社の取締役は、子会社の支配権を握る親会社の代表者の承認の下でその地位を得る現状に鑑みると、実際は親会社経営陣の部下が親会社から子会社へ派遣されて子会社の取締役になるのが殆んどである。この状況の下で、親会社取締役の部下である子会社の取締役が不法行為または不当な業務執行を行って子会社に損害を与えた場合、親会社の代表者が子会社取締役の責任を追及することは考えにくいのである。なぜなら、当該取締役を実質的に任命した親会社の代表者自身の責任を問われかねないばかりか、場合によって不当な業務執行自体が親会社代表者の指示に基づく場合もありうるからである。よって、次の結果を惹起することになる。つまり、中小株主による責任追及の訴えは原告適格の喪失に伴って不能となる一方、親会社の経営者による責任追及も期待できない状況となる。そうだとすれば、株式交換・株式移転を行った前の子会社の株主にとって、株主代表訴訟はもはや維持できない局面に直面する。この意味では、単なる株式交換と株式移転という理由で、株主代表訴訟係争中における原告適格を失わせることは、株主による責任追及から免れるために経営者が考え出した新たな脱法行為に道を開くばかりか、事実上代表訴訟

の訴権を大きく損なうことになると思われるのである。

第3に、原告適格を喪失した子会社の元株主は、株式交換・株式移転による完全親会社の新たな株主として、原告適格を継続的に有すると解すべきである。これについて、日本の最高裁は、100%子会社に発生した損害につき、同額の損害が親会社に発生したというべきであると判示している〔注3〕。日本最高裁の考えによると、株式交換・株式移転により完全親会社の株主となる者は、株主代表訴訟において適切に会社の利益を代表して訴訟を遂行するに足りる資格を有するとしている。これは、利害関係者の権利保護、訴訟経済、司法制度に対する権威の確保とコーポレートガバナンスの規律の維持などの側面から望ましいと思われる。中国法は、日本最高裁の意見を取り入れるべきである。

したがって、中国改正会社法における株式移転と株式交換に伴う原告適格の継続の問題について、解釈論として、アメリカの判例を参考としたうえで、原告株主がその株主たる地位を失った場合においても、人民法院は一律的に代表訴訟権を喪失させることなく、その地位を失った原因が原告株主の本意によるものかどうかを基準にしたうえで、代表訴訟を切断するか継続するかを判断すべきである。なお、将来の立法論として、中国改正会社法は日本「新」会社法を参考にし、株式移転と株式交換がなされたとしても、一定の要件のもとに原告適格を維持できるような制度への明文規定による手当てがなされるべきである。たとえば、中国改正会社法152条に新たに、「第1項の訴えを提起した株主が、会社の株式交換、株式移転、合併など株主の本意でない行為により株主の資格を喪失した場合にも、訴えについては、継続する資格を有する」という趣旨の条項を設けることが1つの選択肢であろう。これによって、会社の一方的な行為により株主の資格が喪失される場合にも、これを類推適用して対応し、原告適格を維持することが妥当であると考えられる。

2 株主代表訴訟における責任主体と責任事由の拡張

Ⅱの一と二で述べたように、アメリカ法における株主代表訴訟の責任主体(被告)と責任事由は極めて広範である。つまり、経営者だけでなく、支配株主などの第三者であっても、もし会社に対する責任違反があれば代表訴訟によって追及されるのである。これに対して、

日本法における責任主体は基本的に経営者を限定しているが、責任事由につき広範である。したがって、中国改正会社法における株主代表訴訟の監督機能を最大限に発揮するため、アメリカ・日本法に学んで、訴権強化の一環として、株主代表訴訟に関わる責任主体と責任事由をさらに拡張する必要があると考える。

(1)責任主体の拡張

中国改正会社法においては、株主代表訴訟の責任主体は広範であり、取締役、監査役など伝統的な経営者だけでなく支配株主と上場会社における取締役会の秘書にまで拡張している。この構成には基本的に賛成である。ただし、株主代表訴訟の訴権強化の立場にたつて、会社ひいては中小株主の利益を保護するためには、中国改正会社法における代表訴訟の責任主体をさらに拡張し、上記の責任主体の他、以下の者も中国株主代表訴訟の責任主体とすべきである。

すなわち、日本「新」会社法のように、発起人、利益供与を受けた者および不正な価格による新株引受人も株主代表訴訟の責任主体として考えられるべきである。なお、清算人およびその構成員、資産評価機構などの関連機構、直接の責任を負う者とその他の責任者（具体的には、a会社の直接責任者とその他の責任者、b関連部門の責任者とその他の直接責任者、c関連機構いわゆる国務院が授権した関連部門、国務院証券管理部門）なども責任主体となされるべきである。さらに支配株主の他、債権者と関連取引者なども経営への影響力を持つと考えられるため、責任主体に含まれると解すべきである。また、上場会社に限定することではなく、非上場会社における取締役(会)の秘書も責任主体に入れられる必要があるだろう。

(2)責任事由の拡張

第1に、会社経営者の責任事由について。取締役を中心とする経営者の責任事由につき、会社法違反だけでなく、定款・法律などに違反する場合も株主代表訴訟によって追及できるという中国改正会社法の立場を基本的に支持したい。中国改正会社法がこの立法政策を採ること自体は、訴権強化の面において、高く評価すべきである。

しかし、法律違反の範囲についてはなお、明確にされる余地がある。なぜなら、取締役
に広範な経営権限を与える以上、その職務を遂行するにあたって会社法がカバーする範疇
を超える場合も十分に考えられるため、取締役の経営権限が及ぶ範囲に相応しい責任を負
わせる必要があると考える。そうしなければ、経営権限の濫用を生じ、会社ひいては株主
の利益を害する結果を招く恐れがあるからである。この点については、日本法における全
債務説を参考にすべきである。つまり、中国憲法の下で有効な法律である以上、諸法律に
違反して会社に損害を与えた場合は(たとえば、取締役が会社に対して負う取引上の債務な
ど)、株主代表訴訟によって追及できる責任事由となると解すべきである。これは、中国の
社会主義的市場経済の秩序の構築と健全な経営を求める際に、株主代表訴訟の訴権強化は
さらに強く要請されるものであるため、取締役にとって過酷な責任になるとは考えられな
いのである。

第2に、支配株主の責任事由について。私見としては中国改正会社法の立法政策を肯
定するが、その責任事由はアメリカ法を参考にして一層具体化すべきであるとする。ア
メリカ法では、支配株主と会社との取引が自己取引になるか否かについては、製品および
その他の商品、金銭の貸付、労務の提供、不動産の賃貸借または工業所有権についての実
施権の許諾、また支配・従属会社間での法律上の合併、営業財産の実質的全部の譲渡など
様々な取引を含めている〔注4〕。なお、支配株主と会社間の自己取引の他、アメリカ判例
法において、支配株主による株式の譲渡〔注5〕、会社の機会の奪取〔注6〕などは支配株
主の信託義務違反として挙げられている。これらの信託義務違反の具体例は、現段階の中
国法においてあまり見られないが、市場経済の浸透に伴って、企業活動がさらに活発化
することにより、近い将来に現れる可能性は十分に考えられる。しかも、中国改正会社法
は、会社の機会の奪取について、取締役、監査役、社長が株主総会の同意を得ず自己また
は他人のために会社に属する商業機会を図ってはならないと明確に定めている(145条2項
5号)。したがって、中国の株主代表訴訟における支配株主の責任事由について、アメリカ
ALIの経験を参考にしたうえで、支配株主と会社の自己取引の他、会社の機会の奪取およ

び支配株主による株式の譲渡なども広範に含ましめるべきである。

3 訴訟費用(訴訟手数料)の軽減

Ⅱの四で述べたように、株主代表訴訟に関わる訴訟費用(訴訟手数料)につき、アメリカ・日本法は低額制度をとっている。これに対して、中国現行法は明言していないが、判例を見る限り、実務上は財産権上の請求に係る訴えとみなされ、請求金額に基づきスライド制で算定していると思われる〔注7〕。

私見としては、これにつき極めて不当であると考ええる。現在の株主代表訴訟において、被告に高額な損害賠償が求められることは日本やアメリカの例からみればもはや通例である。請求金額説によると、原告の請求を容認する場合、訴訟の目的価額は会社が受ける利益と同額であるとするところから考えれば、原告株主の提訴手数料も高騰することになる。このように解すると、2つの結果がもたらされることになる。1つは、原告が高額の損害賠償を請求することを躊躇せざるを得なくなること。もう1つは原告が巨額の訴訟手数料の前で代表訴訟を提起するインセンティブを失うことである。いずれにしても、株主代表訴訟の利用を困難にすることになり、結局株主代表訴訟の監督機能が大幅に損なわれることになる。これは、株主代表訴訟制度を導入する趣旨に反することとなり、適切とはいえないであろう。

株主代表訴訟は原告株主が会社のために提起するものであり、たとえ勝訴しても自らが何らかの直接的な利益を受けることはないものであり、日本法においても導入以来の長い間にわたり株主代表訴訟が活用されなかった時期があることも考え合わせれば、代表訴訟を利用する障害を取り除くべきである。したがって、株主代表訴訟を利用しやすいものとし、株主が会社および株主全体の利益を保護し、原告株主に訴権を行使するインセンティブを与えるという考えに立ったうえで、立法論として、日本法を参考にして、訴訟費用(訴訟手数料)の軽減の手当てがなされるべきである。つまり、中国の経済状況〔注8〕を考慮したうえで、中国法における株主代表訴訟は非財産権上の請求に係る訴えとみなし、一律100元程度(2008年4月現在の為替相場において、日本円1400円程度に相当する)を徴収するの

が妥当である。

訴訟費用(訴訟手数料)の軽減によっては、濫訴の懸念も予想されるが、提訴件数に限って日本の経験をみると、1993年(平成5年)の商法改正に伴った提訴手数料の軽減が株主代表訴訟の提訴件数を濫訴ほど大幅に増大させたとは思えない。日本全国の統計により、地裁における株主代表訴訟の係属件数は1993年の86件から1994年に139件まで急増したが、そのあとはとくに新規事件が増え続けた動きは見当たらず、1995年の162件、1996年の163件、1997年の187件、1998年の200件、1999年の220件、2000年の206件〔注9〕と一応安定している。なお、日本最高裁の調べによると、2001年から地裁における株主代表訴訟の係属件数は、2001年の166件、2002年の141件、2003年の150件、2004年の126件、2005年の102件〔注10〕となり、むしろ減りつつあるのである。したがって、中国における株主代表訴訟の訴訟費用(訴訟手数料)の軽減は、あくまで代表訴訟提起の阻害要因を解決するだけであり、濫訴を起こす心配は必要がないと思われる。

また、訴訟手数料の他、株主が勝訴した場合、その支出した訴訟関係の費用〔注11〕のうち、相当額については会社に請求できるようにすることが望ましい。

三 濫訴防止制度への示唆

1 従来の濫訴防止制度の限界と示唆

従来の濫訴防止制度は、概ね株主権濫用の理論、原告適格、担保提供制度などが考えられるが、それぞれ次のような限界があるため、濫訴防止の目的は充分には実現できないと思われる。

(1)株主権濫用の理論について

Ⅲの一で述べたように、中国・アメリカ・日本法において、株主権濫用の理論は株主代表訴訟の濫訴防止制度の一環として一定の役割を果たしているが、次のような限界がある。

第1に、代表訴訟提起自体は基本的に株主に直接の利益をもたらさない性質を有している。しかし、一般的に原告株主に、純粋に会社や株主全員の利益だけを考慮して提訴することを要求するのは非現実であろう〔注12〕。したがって、株主が副次的に会社の利益と並

んでそれ以外の何らかの個人的動機ないし意図を有していたとしても(たとえば売名目的など)、もし取締役が忠実義務・善管注意義務違反、利益相反など責任を追及されるべき法律違反行為がある場合には、株主の提訴を直ちに濫訴とみなすのは適切ではない。第2に、訴訟によって会社利益が存在する以上、たとえ不当な動機と目的をもつ株主の提起権を権利濫用の法理によって排斥しても、取締役の同一の違法行為に対して他の代表訴訟提起権を有する株主が提訴すれば勝訴するという事案であれば、同一訴訟物をめぐる争いとしてこれを排斥することは必ずしも妥当な結論とはいえない〔注13〕。

したがって、中国においては、被告取締役が本訴前の抗弁として株主権濫用の理論を主張して訴えの却下を求めるという常套手段に対して、人民法院は株主権濫用の理論に基づき株主代表訴訟の却下を判断するにあたっては、日本判例を参考にし、被告取締役の責任事由については、当該訴訟が個人と第三者のためなどの不正な利益を図るものであったり、または株主の地位から離れて専ら会社と取締役に対する嫌がらせを主眼とするものである場合など極めて例外的な場合に限ることにより、株主権濫用の理論の適用は制限的になされるべきである。このように解することによって、株主権濫用の理論は、あくまで他の濫訴防止制度を尽くした後の補完手段として位置づけられるのが妥当であり、代表訴訟をただ速く終了させる手段として濫用法理を用いることは必ずしも適切なものではないと考えられる。

(2)原告適格について

Ⅲの二で述べたように、濫訴防止制度の1つとして、中国・アメリカ・日本法は共に原告適格を設けている。原告適格については、3か国それぞれが独自の特徴を持つため、その優劣を一概に決することはできないが、それでもなお、中国改正会社法における持株比率と持株の保有期間などの要件によって実効的な濫訴防止ができるかは極めて疑問である一方、訴権強化に大きなダメージを与えるのではないかという問題点も残っている。以下はこれについて検討する。

①持株比率の要件

アメリカ・日本法は、株主代表訴訟は株主の自己利益ではなく会社の利益のために提起するという法的性質に鑑み、代表訴訟提起権を単独株主権としている。これに対して、中国法においては、単独株主権と少数株主権が混在するという立法政策がとられている。有限会社の場合はアメリカ・日本法と同じように単独株主権を採っているが、株式会社の場合は少数株主権を採っているため、原告株主が代表訴訟を提訴しようとするれば、1%超の持株比率の要件を満たさなければならない。中国改正会社法が、有限会社における株主の代表訴訟提起権を単独株主権にすることに対しては賛成するが、株式会社における株主には1%超の持株比率の要件によって濫訴防止を図ろうとすることには、中国の実情からみて大幅な乖離があると言わざるを得ないため、私見としては、これに反対したいと思う。この理由を明らかにするために、中国の株式会社を代表できる幾つかの上場会社の持株状況を分析してみる。

第1に、大規模上場会社の場合。ここでは、中国製鉄工業の最大手である中国宝鋼株式会社の例を挙げる。2004年2月28日現在のデータによると、上位10株主のうち、筆頭株主である上海宝鋼集团公司の持株比率は84.9984%であるのに対して、第2株主から第10株主の持株比率はすべて1%未満である〔注14〕。ちなみに、2位から10位までの大株主はすべて証券会社を中心とする機関投資家である。そうすると、1%超の持株比率を要件とした場合、中国宝鋼株式会社の筆頭株主を除いて他の大株主は単独で代表訴訟を提起することができないことになり、代表訴訟を提起しようとするれば、すくなくとも3人以上の大株主の持株を集めなければならない。

第2に、中小規模の上場会社である西藏金珠株式会社の場合。2004年4月22日に公表したデータによると、上位10株主のうち、1%超の株主はわずか5人である〔注15〕。ちなみに、10位までの株主のうち、法人株主が8人を占めているのに対して、個人株主は2人である。中国改正会社法の提訴基準である1%の持株比率にあてはめると、代表訴訟を提起できる株主は僅か5人であり、しかもその全部が法人株主に限られている。第6位と第7位の個

人株主の持株を合わせても0.982122%に過ぎず、提訴するためには他の株主の協力を求めなければならない。

このように、中国改正会社法が定めている1%超という持株比率の提訴要件によると、中国上場会社における大株主さえ単独で代表訴訟を提起することは困難である。すなわち、株式会社とくに上場会社の株主が代表訴訟を提起するにあたっては、この持株比率の制限は大きな障害となる。そうだとすれば、現実には広範に分散している株式をもつ個人株主の殆んどは、代表訴訟の提起が極めて難しくなる。確かに、理論上において数多くの株主の持株を集め、合計して1%超の要件を満たすことは可能であるが、実際上は考えにくいのである。一方、大多数の個人株主にとって厳しい要件である1%超の持株比率が、資力がある大株主にとってはそれほど大きな問題とはならない。つまり、金銭的優位に立つ大株主が1%超の持株比率を満たすことは決して難しいとは言えない。よって、この持株比率の制限は会社および株主の適正な利益を守る株主の代表訴訟提起権に対して障害を設ける反面で、不当な目的を持つ株主の濫訴的な代表訴訟を防止することができないという側面を持つことにもなる。結局、濫訴防止のため、1%超の持株比率要件を満たさない株主の代表訴訟提起権を奪うことは、角を矯めて牛を殺すことにもなりかねない。しかも、持株比率によって株主の提訴権を区別して取り扱うことは、代表訴訟制度の趣旨および株主平等の原則にも反することにもなりかねない。

前述の中国の会社実情に鑑みると、最優先の課題は会社の公正な利益確保ひいては株主利益の保護であるため、株主代表訴訟を導入する最初の段階においては、やはり原告適格をもって人為的に障害となる要件を設けるべきではなく、むしろ如何に株主の提訴に対して便宜を図るかという面を工夫すべきである。したがって、株主代表訴訟が会社と株主全員の利益のために提起する趣旨に鑑み、株式会社の場合、少数株主権構成によって大多数の株主の監督是正権である代表訴訟提起権を排除することは妥当とはいえず、むしろアメリカ・日本法のような単独株主権を採用すべきである。つまり、1株を持つ株主でも提訴できるようにした方が株主による経営監督権の要請に合致している。

②持株の保有期間の要件

(a)行為時株主の原則

中国改正会社法が制定された当初において、アメリカ法における行為時株主の原則を参考にし、問題となる違法行為が発生した時点で会社の株主であったことを持株の保有期間要件として導入すべきだと唱える学説がしばしばあった〔注16〕。私見としては、この行為時株主の原則を採用しない中国改正会社法の立場を支持したいと考える。理由は次の通りである。

第1に、中国とアメリカでは異なる事情が存在するのである。Ⅲの二で述べたように、アメリカにおける行為時株主の原則を定める理由は、もともと原告が連邦裁判所に提訴するために他の州に住む居住者に株式を譲渡するという通謀行為によって代表訴訟の提訴要件を回避する慣行を防止することにある。しかし、中国法は基本的に大陸法系に属するため、アメリカ法のような独特の訴訟構造からもたらされる慣行が存在せず、一応は提訴するための通謀を心配する必要はない。

第2に、アメリカ法では、この原則を設ける理由としては、買取訴訟(purchased litigation、訴訟を提起するために株式を買い求める)のような濫訴を防止することなどが挙げられるが、説得力は十分とはいえない。なぜなら、濫訴であるかどうか、問題となる行為が発生した時に株式を所有しているという形式的なものによるものではなく、訴訟の中身を吟味したうえで実質的に判断されるべきである。また、この原則における濫訴防止の趣旨によると、問題の行為後に株式を取得した株主の原告適格が一律に否定されること自体にも問題がある。確かに、不正な動機をもって訴訟を提起するために株式を取得するような場合を完全に否定はできないが、提訴の動機が正当な場合(たとえば、株式を取得する前に行った不正行為の責任を追及するために提起した訴訟など)もありうるのである。もしこの原則に拘泥すれば、会社の株式を良識から取得した株主の原告適格が当然否定されることとなる。そうすると、原告の株式取得時点以前に行われた取締役の重大な法律違反行為は、他の株主が提訴しない限り不問とされることになり、会社の損害は回復されな

いという著しく不公平な結論を導くのである。これは、取締役の責任追及を見逃すことにはかならない。その他、たとえ行為時株主の原則を採用しても、当該原則に当てはまる株主を探し出せばよいので、結局これが絶対的な濫訴防止の要件とはいえないわけである。

第3に、たとえこの原則を採用しても、如何なる基準によって行為時の株主を判断するのかが問題である。つまり、問題の「行為時」とは、取締役が不正行為をした時点、損害が発生した時点あるいは原告株主がその不正行為を知った時点のいずれと解するかを定めなければならない。これについて、アメリカのALI「原理」7.02条(a)項(1)は、その基準につき、違法であると主張されている行為に関する重要な事実が広く開示されたか、所持人がそれを知ったか、もしくは所持人に明確に伝わった時としている〔注17〕。もし中国改正会社法もこの基準を採用すると、問題の行為をいつ知ったかについて新たな問題が生じるのである。

第4に、諸外国の立法例においても、行為時株主の原則を採用するか否かは慎重な態度をとる国がしばしば見られる。たとえば、カナダ事業会社法は、濫訴の目的で株式取得を防ぐために行為時以後の株主による訴訟を拒絶しても、一律にこの原則を適用するのは疑問であるため、この原則を放棄した〔注18〕。これに対して、日本においては行為時株主の原則を合理的であると主張する説もあるが〔注19〕、2005年の「新」会社法は、日本の実情に合わないため、これを改正の対象としなかった(これについて、Ⅲの二の4を参照)。

(b)180 日以前より引続き株式を有する要件

この180日の保有期間の要件について、中国の学説においては賛成説もある〔注20〕が、反対説もある〔注21〕。私見としては、この要件には問題点が残るため、反対したいと考える。理由は次のとおりである。

第1に、180日という保有期間の要件は、要件の目的からみて実効性が疑問となる。この要件は、日本法(旧商法267条)を参考にしたものと思われる(Ⅲの二の2を参照)。日本法における「6か月間引続き株式を有する」という要件は、もともとは濫訴防止のために設けられたものであるが、訴訟を目的とする株式取得者が6か月を待てば簡単に訴訟を提起

できる」という問題点が従来から指摘されていた〔注22〕。したがって、濫訴目的のために株式を取得し6か月を経過した時点において代表訴訟を提起しようとする者に対しては、この要件の目的は失われるのである。なお、日本旧商法267条4項により、例外として会社に回復することができない損害を生ずる恐れがある場合には、直ちに会社のために株主は代表訴訟を提起できるが、この時の株主も旧商法267条第1項に定める株式の6か月所有という時間的要件を満たなければならない(これについて、2005年の「新」会社法847条5項においてもほぼ同じ趣旨の条文を設けている)。結局、せっかく旧商法267条4項のような規定をおいた意味が失われ、役に立たないのみか、かえってマイナス効果をもたらす〔注23〕ことになる。そうすると、日本法とほぼ同じように定めている中国改正会社法も、濫訴防止の目的を有効に果たせないという問題点に直面することになる。また、取締役の違法行為が株式保有期間の要件を満たす以前(いわゆる6ヵ月を経ない時点で)に行われた場合、株主の提訴はこの要件によって制限されるため、180日の持株期間の経過を待たなければならない。この待ち時間の間に、責任を追及するための必要な資料など重要な証拠が隠滅されることも十分に予想される他、時間の経過の中で取締役もそれぞれの対策を考え出す可能性が高いため、提訴をただ待つという受動的な状況は会社にとっても得策ではないことが明らかである〔注24〕。

第2に、180日間の保有という要件は、中国の実情に相応しくない。中国の株式会社とりわけ上場会社における個人株主の目的は、基本的に会社の利益配当を獲得するというような長期的投資ではなく、株式市場における売買益を狙うという短期の投資が目的である。深圳証券取引所総合研究所2002年の調査によれば、このような投資を目的とする個人株主が、有効サンプル2587のうち、78.6%にも達した〔注25〕。しかも、一般的にみて株主の持株の保有期間は短く、6か月以内のが70%を占めていることがわかった〔注26〕。そうすると、もし個人株主の持株の保有期間について180日間連続して保有すべきであるとする要件にあてはめると、短期収益を目指した大多数の個人株主の原告適格は無くなるのである。これに対して、このような投機の目的を持つ株主に代表訴訟の提訴資格を与える必要

があるかという疑問も予想される。しかし、株主が持株により所有者の地位を有する以上、自分のためでなく会社のために提訴することに鑑みると、やはり株主の持株期間の長短からその持株の目的を見分けて代表訴訟の提訴資格を制限する理由がない。しかし、かかる株主による経営者監視も会社利益の保護を実現したうえで直視すべき場合もしばしばあると考えられると、やはり持株の保有期間の要件は株主代表訴訟の趣旨に反すると考えるべきである。

前述のように、中国改正会社法において持株の保有期間の要件により株式会社の株主の原告適格を制限して濫訴防止を図るという立法につき、問題点が明らかにされた。この要件は実際に濫訴防止という役割を果たせないばかりか、むしろ株主代表訴訟の提起を阻害し会社損害の回復を放置する結果をもたらすという弊害が生じることにもなるため、中国改正会社法における持株の保有期間の要件は削除されるべきであると考ええる。

(3)担保提供制度について

Ⅲの四で述べたように、担保提供制度は、アメリカ・日本法における株主代表訴訟の濫訴防止制度の重要な一環として認識されている。しかし、担保提供制度は次のような機能的限界があるため、濫訴の防止に対して必ずしも効果があるとはいえない。その理由は次のように考えられるのである。

第1に、理論上においては、本来、担保提供は濫訴防止のために設けられる制度ではないのである。アメリカ・日本法における担保提供制度の本来の趣旨は、株主代表訴訟に勝訴した被告取締役の損害賠償請求権を担保するためのものである。換言すれば、担保提供はあくまで株主代表訴訟の「入り口」(いわゆる初期段階)における問題に過ぎない〔注27〕。もし中国改正会社法がアメリカ・日本法のように、原告側が担保を提供しないという理由で本案訴訟を終了するというような濫訴防止の使命を担保提供制度に与えると、担保提供は株主代表訴訟の「入り口」における制度であるだけに、実際は「出口」(つまり代表訴訟を終了する手段)になってしまう危険性があるのである。なお、もし担保提供制度を導入したと仮定しても、原告株主が会社や被告取締役の所持する情報を獲得する難しさを

考えると、担保提供の適用によって、殆んどの原告株主が多額の担保額を人民法院によって命じられることになるのは十分に予測される。原告株主にとって、多額の担保提供は大きな負担なので、それを容易に提供し得るとは考えにくい。とりわけ通常、無資力な個人株主にとって、この金額を払いきれないとの理由で提訴ができなくなる。その結果、被告取締役の責任を明らかにする前に株主代表訴訟は却下されてしまうことになる。いいかえると、担保提供制度は事実上の濫訴防止機能を超えて、むしろ濫訴とはいえない株主の代表訴訟提起権までを奪うという役割を果たすことにもなるのではないかと思われる。そうだとすれば、これは極めて不当である。株主代表訴訟の趣旨を見ると、原告株主は全株主を代表し、会社に代わって訴訟を提起するため、勝訴しても賠償金はすべて会社が受領するのである。自分には何らの直接の利益がない原告株主に、あまりに過大な負担を担保提供という形で課すのは妥当とはいえない。その他、一般の訴訟においても濫訴の危険があるのであり、株主代表訴訟の濫訴の場合においてのみ担保提供を義務づけて本案審理前に訴訟を却下することができるとする理由は説得力を欠くという指摘もある〔注28〕。

第2に、アメリカ・日本法における担保提供の実効性にも問題がある。アメリカ法における担保提供制度については次のような指摘もある。すなわち、(ア)担保提供を実施した後の2年半の間にはごく少数の株主代表訴訟しか提起されず、株主代表訴訟に弔鐘を鳴らすとして厳しく批判されたこと〔注29〕、(イ)少数株主にのみ担保提供を課すのは持株の多寡による不公正な待遇がなされていること〔注30〕、(ウ)デラウェア州のように担保提供制度を有していない州においても頻繁な濫訴はないこと〔注31〕、(エ)担保提供の規定が制定された後の23年目の統計によると、原告が色々な方策を工夫しこの制度を回避し、提訴件数は再び10年間で数百件を超えたため、担保提供による濫訴防止はさほど機能していないこと〔注32〕、などである。この状況に鑑み、前記Ⅲの四の3で示したように、アメリカ模範事業会社法は、1982年改正をきっかけに担保提供制度に関する規定を削除した他、ALI「原理」7.04条(c)項においても、担保提供は要求しても意味がなく、またすべきでもないと言われている。

日本法における担保提供制度の実効性についても、担保提供決定を言い渡されても担保さえ提供すれば、原告は再度悪意のある不当訴訟を提起すること自体を阻止できないため、原告株主と被告の間の紛争の根本的な解決にはならないと指摘されている〔注33〕。換言すれば、たとえ原告株主が悪意で代表訴訟を提起したとしても、もし担保提供を行えば理由のない訴訟も遂行できることになる〔注34〕。これは極めて不都合であるため、1993年(平成5年)商法改正によって一時的に担保提供が頻繁に申立てられたが、1997年(平成9年)のミドリ十字事件〔注35〕以後の日本の判例においては悪意の判断基準が厳格に解釈されつつあり、担保提供を認める判例は殆んど見当たらなくなっている〔注36〕。なお、担保提供を認める判例においても、その要件を基本的には個人的な主義と主張を貫く目的(たとえば売名など)、株主権を濫用して会社および取締役を困らせる目的、代表訴訟を口実に不当な利益を得ようとする目的をもって提訴することに限られている〔注37〕。つまり、その「悪意」の要件の判断基準について、Ⅲの四の4で示したように、日本判例は担保提供が命じられる事由である悪意の解釈を最初のかかなり広い範囲から最近では制限的・厳格に解釈するような方向に変わりつつある。そうすると、担保提供が命じられるのは極めて限定的な場合に限られることになる。

以上のように、担保提供制度は實際上代表訴訟の増加を阻止するような役割を期待通り果たさず、限界を示しているため、アメリカにおける最近の立法論としても当該制度を削除している他、日本の判例においても利用を限定する方向が固まりつつある。その理由は、やはり代表訴訟濫訴防止の役割を担保提供制度に期待するのは、この制度の本来の趣旨を無視し、当該制度の機能範囲を大幅に超えることにあると思われる。アメリカ・日本法の経験を見る限り、担保提供制度によって、株主の監督是正権が不当に制限されないことと、株主代表訴訟の濫用を抑制して取締役を不当な訴訟から保護するという両方の調和を図ることは非現実的である。いいかえると、担保提供制度は濫訴防止機能に効果的でないばかりか、株主の監督是正権を不当に制限することにもなる。結局、株主代表訴訟における担保提供制度の目的を再考しなければならないことになる。

中国はアメリカ・日本法の経験を参考にすべきである。私見としては、今の中国改正会社法にとって、株主の監督是正権を最大限に発揮するためには、担保提供のような株主権を束縛する制度は設けないことにした方がよいと考える。この意味では、中国改正会社法が、濫訴防止制度としての担保提供制度を採用しないことは、高く評価すべきである。なお、株主代表訴訟の濫訴を防ぐため、担保提供制度ではなく以下のような制度を構築した方がよいであろう。

2 とくに会社の提訴判断と経営判断の原則の結合について

上記1で述べたように、会社経営の健全性を保障しながら株主代表訴訟の監督機能を最大限に発揮するため、代表訴訟提起権につき単独株主権が採用されるべきことを明らかにした。しかし、このようにした場合の提訴権限は極めて強力になるため、他方では、代表訴訟権を濫用するという潜在的可能性も高くなるのである。そうすると、濫訴の場合を想定し、その対策を事前に講じることが必要となる。この点について、中国改正会社法における株主代表訴訟権の濫用対策として、株主権濫用の主張、原告適格(持株比率と持株の保有期間)などが設けられているが、その欠点を分析した結果、それらが濫訴防止制度として効果的ではないことをも明らかにした。なお、担保提供制度が濫訴防止制度として限界をもち、中国改正会社法はこれを採用しなかった。そうだとすれば、株主代表訴訟制度を活用するにあたって適切な濫訴対策を構築することが必要性となる。

私見によれば、この濫訴防止の役割は、会社の提訴判断権と経営判断の原則の結合に委ねられるべきであると思われる。つまり、中国改正会社法における株主代表訴訟の濫訴防止について、Ⅲの三の3で示したアメリカ法のように、会社の提訴判断権と経営判断の原則を結合して、特別訴訟委員会の訴訟終了決定により早期に株主代表訴訟を終了する制度を主張したい。とくに代表訴訟の続行により予期される損害の回復を上回る損失を会社または株主全体が被る恐れがあり、終了したほうが会社の利益に合致する場合、会社に代表訴訟を終了させる手段を与える必要が考えられるのではないか(ただし、当該終了決定が公序良俗に反しないことは重要である)。以下は経営判断の原則と会社の提訴判断を結合して

(いわゆる能動的に株主代表訴訟を終了させる)、如何に中国改正会社法における株主代表訴訟の濫訴防止制度を構築するかについて検討してみる。

(1)会社による提訴判断の必要性

Ⅲの三で述べたように、アメリカ法においては、会社側が提起された代表訴訟を終了するか否かの提訴判断権を有するのである。なお、2005年の「新」会社法においては、日本本法も不提訴理由書制度の導入により、事実上会社による提訴判断権を認めるに至ったのである。これに対して、中国改正会社法において、一旦提起された代表訴訟につき会社は事実上提訴以外の選択肢がないため、当該提訴判断権は単なる形式的なものに過ぎない。

すなわち、中国改正会社法においては、株主が提訴する前に会社に提訴請求を行わなければならない、会社は当該提訴請求を不当に拒絶しあるいは怠るなどがあつた場合に限り、会社の提訴を待たずに直ちに人民法院に株主代表訴訟を提起することができるとしている。このような中国改正会社法の考えは、日本法においてまず会社に対して書面をもって取締役の責任を追及する訴えの提起を請求しなければならないという規定および、最近のアメリカ法において提訴請求が無益であるかどうかに関係なくすべての場合に会社に提訴請求を義務づける模範事業会社法の立場〔注38〕と類似している。

私見としては、この考えは肯定されるべきであると思う。なぜなら、会社に法人格を認めることからすれば、株主代表訴訟の代位訴訟性に基づく、株主代表訴訟の提起権はもと会社のものである。したがって、株主は会社に代わって代表訴訟を提起するにあたって、会社の法人格を最大限に尊重して、当該の損失回復を行うチャンスを会社に与えるべきである。そして、会社がこの権利を行使せずまたは怠り、あるいは会社の提訴を待っていたら損害が拡大する場合に、例外として会社の所有者たる株主が会社を代位して代表訴訟の提起権を行使するのである。

しかしながら、会社の提訴判断権を認めるものの、一旦会社が株主の提訴請求を受けた後に30日以内に提訴しない場合には、その理由を問わずに直ちに代表訴訟提起権の行使を怠ることとみなされ、株主の代表訴訟提起権を発動させることは、会社の提訴判断権を失

わしめれることになるのである。この意味では、中国改正会社法のかかる規定は、實際上、日本旧商法上の定めと同じように読める。もともと、日本法は、会社が独自に提訴するかどうかの判断権を認めていないため、会社の判断により株主が求める提訴請求を阻止することはできないと解される〔注39〕。そうだとすれば、中国改正会社法は日本旧商法と同じように、一旦株主が提訴すれば、会社はもはや訴訟を阻止できなくなる。これは、会社が株主の提訴に対して代表訴訟を終了させる権限を認められていないという意味に理解してもよいのである。

会社に株主代表訴訟の提訴判断権を認める一方、会社が不当に代表訴訟を終了することを考慮し、当該提訴判断権を制限しようとする中国改正会社法の考えは基本的には正しいと思う。しかし、会社の提訴判断権を制限する方法は、会社が30日の間に提訴しなければ株主の代表訴訟提起権を発動させるという点にとどめること自体が、検討の余地があると思う。会社が訴訟の利益帰属主体または権利帰属主体として本来の提訴判断権を有することに鑑みれば、株主が会社に訴訟の提起を求める限り、会社は訴訟の当否を判断する権限を失って株主と並んで訴訟を遂行するほかないという金縛り状態になることは、妥当とはいえない。なぜなら、会社が提訴しないことは、提訴懈怠に必ずしもつながるわけではない。もし株主の提訴請求が、会社の損害額、訴訟費用、訴訟による会社の社会的信用に対する影響などの要素を総合的に考慮したうえで不提訴にした方が会社の利益になり、しかも不提訴が公序良俗に反しないなどの場合があれば、やはり会社の提訴判断権に基づき当該提訴を終了すべきである。よって、会社の提訴判断権は会社ひいては株主全体のために利益となる場合がありうるのである。

これに対して、アメリカ法は会社の提訴判断権を一種の経営判断の原則として認められるため、訴訟終了の提訴判断が経営判断の原則の適用によって一層保護され、濫訴防止の効果が高められると思う。なお、日本「新」会社法においては会社の提訴判断権は経営判断の原則との連携が未だ薄いものの、将来的に見て、新たに導入した不提訴理由書制度によって会社の提訴判断と経営判断の原則の結合に対して伏線を張って、アメリカ流の訴訟

委員会制度の導入も可能となっている。

したがって、中国法にあってもアメリカ・日本法を参考にして、会社に提訴判断権を与えたうえで、株主の不当な提訴請求を拒絶し株主代表訴訟を早期に終了させることは許されるべきである〔注40〕。

(2)中国株主代表訴訟における会社の提訴判断機関の選択

前述のように、原告株主により提起される代表訴訟に対して、会社側は自ら当該代表訴訟が濫用的な代表訴訟か否かを判断し、濫用的なものであると判断した場合に代表訴訟を終了させる権限を認める必要性を述べた。そうすると、提起される代表訴訟の当否を判断するにあたって、如何なる会社の機関が提訴判断機関として相応しいのかが問われる。中国改正会社法において、会社の機関は依然として株主総会、監査役会と取締役会によって構成されることを考え合わせると、代表訴訟の判断機関はこの3つの機関から選ばれると考えられる。したがって、以下はこれらの機関の可能性を検討してみる。

①株主総会による提訴判断の可能性

中国改正会社法において、株主総会は会社の最高意思決定機関であるため(37条、99条)、提訴判断機関の1つとして考えられる。しかし、株主総会において提起される代表訴訟の当否の判断については、次のような問題点があると思われる。

第1に、代表訴訟に対する無関心株主の問題がある。株主が多数存在する場合には、取締役の不法行為により会社が損害を受けても、支配株主などの大株主と比べて、大半の中小株主に対する影響は少ない。よって、大半の株主は会社の業務執行に対して無関心となる。とりわけ、中国の場合、基本的に株式の売買により利潤を獲得するのが株主の最優先の目的であるため、その他のことに対して普通の株主はあまり関心を持っていない。そうすると、取締役の責任を追及するか否かを決定するにあたって、個々の株主の協力を得て全面的な調査を行ったうえで代表訴訟の当否を判断することが實際上困難である。したがって、株主総会では代表訴訟に対して正しい提訴判断を下すのはあまり期待できない。

第2に、株主総会の提訴判断機関としての能力にも疑問がある。株主代表訴訟を提起

するかどうかを判断するにあたって、上場会社のような公開会社の場合は、代表訴訟に対する立場は異なる可能性が高いのである。つまり、当該代表訴訟の遂行によって、取引先との関係が悪化するかどうか、会社の事業運営が停滞することになるかどうか、会社の社会的評判を低下させるかどうか、会社の従業員と取締役らの士気にダメージを与えるかどうかについて、各株主の予測と客観的評価は当然異なるのであり、意見の統一が難しい。また、提訴判断の前提となる取締役の責任違反の認定基準について普通の株主はあまり精通していないため、株主はこの問題に対して同じ意見に立つことも困難である。したがって、株主の意見は統一されないまま、株主総会は公正的、客観的に代表訴訟の遂行を判断するのがあまり期待できないのである。なお、会社の日常経営に参加していない株主が代表訴訟に対する意見を表明するために、総会に出席すること（たとえば、旅費の支出など）により訴訟コストが高くなる恐れがある（もちろん、総会のIT運営によりある程度解決できるが、中国の場合はこれについて技術の面ではまだ時期尚早である）。

第3に、株主総会の提訴判断における偏向性の問題がある。 多数決や全員一致で代表訴訟を判断する方式を採用する場合には、責任を追及される取締役は支配株主であり、もしくは支配株主と同じ利害関係を持つ場合は問題となる。中国の会社とりわけ上場会社の株主総会において、殆んどの場合は国家株主などの支配株主によって支配され、支配株主と上場会社の経営者の間に緊密な関係を持つという現象が顕著である(これについて、Ⅱの一の2を参照)。さらに支配株主も株主代表訴訟の被告になりうることを含めて考えれば、もし支配株主が代表訴訟の被告として訴えられる場合、支配株主の影響を受けて株主総会により代表訴訟を提起するか否かを適切に判断するのがほぼ不可能である。

第4に、訴訟遂行のエージェンシー問題も顕著である。 つまり、たとえ株主総会において、大多数の株主の判断により取締役の責任を追及することが決まっても、その後に訴訟を遂行する代表者の決定の問題が発生する。これは、全株主または多数の株主を集めて代表訴訟を遂行することが事実上考えにくいためである。そうすると、全株主また多数の株主は訴訟の代表者を選任することと並んで、その代表者が代表訴訟を適切に続行できる

かどうかを監督しなければならない。これは、非効率であると同時に、訴訟経済の面を考
えても得策とはいえない。

したがって、株主総会は会社の提訴判断機関としては適当とは思われない。

②監査役会による提訴判断の可能性

中国改正会社法においては、監査機関である監査役会に会社を代表して取締役、高級役
員に対する株主代表訴訟の提起権を与えられている(54条)。この点からすると、監査役会
が会社の提訴判断機関として選ばれるのが相応しいかもしれない〔注41〕。しかし、果た
して監査役会は会社の提訴判断機関として、適切に株主代表訴訟の当否を見極めることが
できるだろうか。

私見としては、たとえ監査役会に株主代表訴訟提起権を与えても、監査役会は会社の判
断提訴機関としてその役割を適切に果たせないと考える。理由は次の通りである。

第1に、監査役会の構造には問題があるため、代表訴訟を適切に判断するにあたって公正
性と独立性が保障できない。中国改正会社法は、会社の株主代表訴訟提起権を監査役会
に与えている(152条1項)〔注42〕。また、監査役会が決議を出す場合に過半数の監査役の
同意を得る必要があるとしている(56条3項)ため、監査役会が代表訴訟提起権を行使するか
否かを検討して決定を出すことも、一種の監査役会の決議として理解されてもよいだろう。
そうすると、監査役会が集団として取締役、高級役員に対して代表訴訟提起権の行使とい
う決議をなす時、過半数の監査役の同意を得ることができるか否かが問題となる。

この問題を解明するため、まずは中国改正会社法における監査役会の構造を明らかにす
る必要がある。中国の監査役会メンバーは従業員代表と株主代表によって構成することが
要求される(52条1項)。これは、会社の業務監督と財務監督を実施するにあたって、投資者
と従業員の意欲を発揮させ、株主と従業員の意思を体现するため〔注43〕と提唱されてい
るが、監査役の選任はだれによって行うのかについて、中国会社法と同じように、中国改
正会社法は依然として明記していない。実務では、基本的に従業員出身の監査役は従業員
代表大会によって選ばれるが、当該監査役の指名は取締役もしくは経営陣によって行う場

合が多いようである(指名されることは必ず当選するわけではないが、実際は両者がほぼ同じ意味を持つ)〔注44〕。これに対して、株主出身の監査役は株主の代表としての性格を持つが、この候補指名につき決定的役割を果たすのは、支配株主がもっとも多いようである〔注45〕。このような構造を維持する限り、大多数の監査役は、違法性監査を積極的に行うことをしないことは明らかである〔注46〕。

そうすると、監査役会は会社の提訴判断機関として、提起される代表訴訟を適切に判断できるかどうか極めて疑問である。なぜなら、監査役会の構成員は主に会社内部出身の管理職によって構成されるため、これらの内部出身の監査役は、日常の活動は常に社長の指導の下で行っている。彼らの昇進、報酬は社長により決定され、しかも、指名される監査役は基本的に取締役と社長の信頼を得ている人物である。この状況の下で、現在の取締役会と監査役会の力関係を考えると、監査役会が取締役会にコントロールされ、独立性を保って適切に代表訴訟の提起を判断することは考え難いため、結局過半数の監査役の同意を得て取締役に対する提訴の決議が通らない恐れが高いのである。したがって、もはや監査役会には株主が提起した代表訴訟に対して、客観的かつ公正的に判断することは期待できない。

第2に、監査役の能力にも問題がある。中国改正会社法は、監査役の権限を強化し、会社訴訟提起権の他、取締役解任の提案権(54条)、業務調査権(55条2項)、監査費用請求権(57条)などの権限を新たに監査役に与えた。これは大きな進歩だが、しかし依然として監査役会は株主代表訴訟の提訴判断機関としての保障ができない。なぜなら、監査役会が会社を代表して代表訴訟提起権の行使を吟味するにあたって、取締役の問題となる行為の違法性を調査して判断する必要がある。この場合において、会社の業務および会計などに精通する能力を必要とされるが、現役の監査役は、基本的に企業の内部出身者(概ね共産党委員会委員、規律検査委員会委員、労働組合の幹部)となるため、彼らにとって、会社の帳簿を閲覧して違法性の存否を判断するのはやはり無理である。もちろん、監査役は必要に応じて協力を得るために会計事務所を雇うことができるが(55条2項)、監査役の提訴判断能力

を根本的に改善することはできない。

前述の2つ問題点のうち、最大の問題はやはり日本法と同じように、監督者たる監査役の人事権は事実上監督される者たる取締役会に握られるという点にある。これについて、日本法のような社外監査役制度を導入する説もあるが〔注47〕、日本の近年の動きを見る限り、社外監査役制度は期待通り働いていないようである〔注48〕。日本法においては、新時代のモニタリングに十分に対応できないため、監査役制度より社外取締役制度の導入という取締役会制度の改革こそが本筋であると考えられるべきであり、法律で強制せざるを得ないとする立場が台頭し始めた〔注49〕。この要望に応じて、日本の「新」会社法は委員会等設置会社と監査役会設置会社を共存するというシステムを新たに導入し、会社の自主選択に委ねるという選択制度を採用した。この選択制をとったこと自体は、監査役制度改革の失敗をある程度認めたのではないかと思う。なぜなら、監査役制度に自信があれば、蛇足を加えるような社外取締役制度を導入しないだろう。日本の経験は中国にとって貴重な参考価値をもつと思われる。つまり、たとえ中国改正会社法が、日本会社法上の監査役会設置会社における社外監査役制度を導入し監査役の権限を強化したとしても、ドイツ会社法のように(ドイツ株式会社法111条1項)監査役会が取締役の人事権を有するような抜本的改正を行わない限り〔注50〕、監査役会の客観性と独立性は依然として確保できない。このような現状に鑑み、上海取引証券所は、監査役会がコーポレートガバナンスにおける監督機能の実際的な意味をもっていないと言い切った〔注51〕。

したがって、中国の場合において、監督者たる監査役が本来の独立の立場で株主代表訴訟を適切に判断したうえでなされた決定は、被監督者たる取締役からの影響力により歪められるという弱点を克服できないため、監査役会に株主代表訴訟の可否を判断する権限を与えることはその実効性において疑問であり、会社の提訴判断機関にするのが妥当ではない。

③取締役会による提訴判断の可能性

前述のように、中国改正会社法において、違法性監査を実施する監査役会を提訴判断機

関にするのが適当でないならば、妥当性監査を主眼におく取締役会はその任に堪え得るのだろうか。これについて、中国会社法の下にある取締役会は、取締役会会長や社長の専断を十分に牽制できないのである。その理由は、監査役会と同じような構造的な問題があるからである。Ⅱの一で述べたように、上場会社の会社支配は国家株主を中心とする支配株主に高度に集中し、殆んどの取締役は支配株主によって派遣される者であるため、派遣した支配株主の意思に偏りがちである〔注52〕。したがって、大半の場合は、取締役会の意思決定は實際上支配株主にコントロールされるのである。また、取締役は執行役などを兼任しているため、取締役会が経営者である執行役を監査することは構造的に不可能である〔注53〕。そうだとすれば、監査責任の側面から見ると、監査役会でさえもできない仕事がまして取締役会にできると考えることは当然無理だという結論に導かれやすいかもしれない。

しかし、中国SECと中国改正会社法が上場会社における社外取締役(原語で「独立董事」という、日本の社外取締役に相当する)制度の導入に伴って、中国会社法上従来の監査二元制(取締役会は妥当性監査を中心に、監査役会は違法性監査を中心にして別々に働く)に変化を生じさせ、社外取締役の独立性と公正性を確保するとしたことは、取締役会を会社の提訴判断機関としたことにつき現実的であると評価してもよいと思われる。以下は、これを中心に検討してみる。

(a)中国法下の社外取締役に關する立法状況

第1に、中国SECの規定について。中国の社外取締役制度は、中国SECが2001年8月16日に公表した「上場会社において社外取締役制度を確立する指導意見」(以下、「指導意見」と略す)によって導入されたのである。

「指導意見」によると、中国における社外取締役とは、「上場会社の社外取締役以外の職務を勤めず、かつ雇用された上場会社およびその大株主の間の法的問題につき、独立的かつ客観的に判断を行うことを妨げる関係を有しないものを指す」のである(「指導意見」1条の1)。この社外取締役制度は、中国の各上場会社において、2002年6月30日までに少な

くとも2名の社外取締役を置かねばならず、2003年6月30日までには取締役の構成員の3分の1以上に達するまで置かねばならないとしている(「指導意見」1条の3)。また、社外取締役の独立性を確保するために、資格要件つきりわけ禁止要件が厳しく定められている(詳しくは(c)で検討する)。

なお、社外取締役の指名について、上場会社の取締役会、監査役会、単独あるいは合計して上場会社の発行済み株式の1%以上を所持する株主がこれをなすことができる。指名された者は株主総会の決議により決定される(「指導意見」4条の1)。ただし、社外取締役を決める株主総会を開催する前に、当該社外取締役の選任資格と独立性について、中国SECの審査を受けなければならない、中国SECは15日以内に審査を行い、その審査結果に対して不服を申し立てる候補者は、会社の取締役となることができるが社外取締役となることができない(「指導意見」4条の3)。

社外取締役の権限について、当該制度を導入する趣旨は、会社の利益相反取引に関わる監督の役割を果たすことにより、少数株主の利益保護を図ることが期待されているため、「指導意見」は中国会社法により与えられた職権の他、社外取締役のみが行使できる権限を増設した。そこでは、重大な関連取引〔注54〕に対する社外取締役の承認権、臨時株主総会の開催提案権などが定められている(「指導意見」5条の1)。また、「指導意見」は社外取締役が有効にその責務を果たすための必要条件を備えている。とりわけ、社外取締役はその他の取締役と同じようにその職務を遂行できる業務環境や費用が確保されるべきことを求めている(「指導意見」7条の1―6)。

「指導意見」を公表した半年後、中国SECは新たに「上場会社のコーポレート・ガバナンス準則」(以下、「準則」と略す)を公表した。「準則」によって設けられた諸制度の中、社外取締役制度の形式的導入はもっとも注目される点の1つである。社外取締役について、「準則」は次のように定めている。つまり、中国の上場会社においては、関連の規定(前述の「指導意見」)〔注55〕にしたがって社外取締役制度を導入しなければならない、その社外取締役は会社および支配株主から独立すべきであり、社外取締役以外の如何なる職務にも

就いてはならない(「準則」49条)。また、社外取締役は会社および全体の株主に対して忠実かつ勤勉に職務を遂行する義務を負い、法律、法規および定款に基づき職務を厳格に履行し、会社全体の利益を守り、とりわけ少数株主の合法的な権益を損なわないような注意を払わなければならない。さらに、社外取締役は大株主、事実上の支配者および上場会社と利害関係をもつ他の組織や個人から一切の影響を受けずに独立して職務を履行しなければならない(「準則」50条)〔注56〕。

第2に、中国改正会社法の定めについて。社外取締役について、中国改正会社法は、上場会社において社外取締役を設けるべきだと明言しているが、その具体的方法は国务院の定め委ねるとしている(123条)。これについて、中国改正会社法「草案」は151条から154条にわたって、中国SECより社外取締役の規定を一層明確に定めている。社外取締役の適格について、上場会社における取締役会の構成員には、3分の1以上の社外取締役を設けなければならない(「草案」151条1項)、その社外取締役は法律、経済、会計などの専門知識と良好な社会信用を持つ者でなければならない(「草案」151条2項)。会社あるいは支配株主、事実上の支配者と利害関係があり、会社の業務を独立かつ客観的に判断することを妨げられる可能性がある場合、社外取締役に就任してはならない(「草案」151条3項)。社外取締役は任期内において、会社の状況を把握するために一定の時間を保証される必要があり、社外取締役の職務を遂行するため、会社は必要な条件を提供すべきである(「草案」151条4項)。なお、取締役会内の委員会における社外取締役の法的構成について、上場会社の取締役会には審査委員会と報酬委員会を設けるべきであり、かつ委員会の構成員のうち、社外取締役が過半数を占めなければならない(「草案」152条1項)。上場会社は取締役会において他の専門委員会をも設置することができ(「草案」152条2項)、上場会社の定款によって専門委員会の構成、職責を定めるべきである(「草案」152条3項)。また、社外取締役は、株式会社の取締役としての職権を行使できる他、次の職権を持っている(「草案」153条)。(ア)会社の関連取引、会計事務所の雇用と解雇など重大な事項を審査し独立の意見を述べ、前述の事項を取締役会に提出し検討するため、過半数の社外取締役の同意を得

なければならない。(イ)上場会社の取締役、高級役員の指名、任免、報酬などの審査事項および中小株主の権益を害する恐れがあると思われる事項につき独立の意見を述べることができる。

(b)社外取締役制度をめぐる中国学界の議論

中国法における社外取締役制度の法整備については前述の通りである。そして、社外取締役制度の導入によって会社機関構造に根本的な変化を起こすことに対して、中国学界では、当初の日本商法改正と同じような激しい論争が行われていた。この論争は、本稿における会社の提訴判断機関と関わっているため、以下それに関する論争を概観してみる。

第1に、社外取締役制度の導入を賛成する説について。 賛成説の主張は次の通りである。(ア)当時の中国SEC副主席史美倫氏は、社外取締役制度の導入について、次のように述べた。すなわち、「社外取締役制度を創設することは、中国上場会社の企業統治構造を完備する重要な措置である。当該制度を設立する本意は会社経営陣の株主利益に対する損害を減少し、中小投資家の利益を保護することである。上場会社において社外取締役は専門家の集団を形成し、それが本来の役割を果たす時は、必ず中国上場会社のコーポレート・ガバナンス水準を大幅にアップする」〔注57〕と。(イ)社外取締役制度によって支配株主がその支配的地位を利用して会社と弱小株主の利益を害する行為を牽制することができ、弱小株主の利益保護に効果がある他、会社の重要な経営事項につき貴重な意見を反映することにより会社に正確な戦略決断がなされ、間違った経営判断を避けることができる〔注58〕。(ウ)大多数の会社は社外取締役制度の導入により、会社の発展と健全な運営に貢献し〔注59〕、会社の執行部に対する監督を実現することにより経営者支配の問題を解決して企業経営の透明化を促進することができる〔注60〕。(エ)社外取締役制度の導入により、現在幅広く存在する大株主による支配の局面を改善し、とりわけ中国上場会社における国家株主が圧倒的な優位を占めるという不合理な株式構造と、コーポレート・ガバナンスが大幅に遅れる現状を改善するにあたって、意義が深遠である〔注61〕。

第2に、社外取締役制度に対する反対説について。 反対説は次のように主張している。

(ア)同じの監査権限を同時に監査役会と社外取締役授けると、二匹の猫が一匹のねずみを捕まえるような混乱を起こすことになり、両機関の間に権限の分別をめぐる争いが生じる〔注62〕。(イ)監査権をもつ社外取締役制度の導入は、会社内部の監査機関における権利の衝突を形成し、会社内部の監査システムには屋上屋を架すという結果を生ぜしめる〔注63〕。(ウ)社外取締役の人材市場において、社外取締役のなり手が不足することにもなり、また現在の社外取締役が会社の経営および財務に対してその職務を遂行する能力を備えるかどうか疑問である〔注64〕。(エ)中国においては、社外取締役制度を実行する法制度の土壌が欠けており〔注65〕、中国にとっては一元制より二元制の方が馴染んでおり、いいかえれば監督機関と監督される機関が一体化することになり、むしろ別々にした方が効率的であって、お互いの職務範囲も比較的守られやすい〔注66〕。(オ)したがって、中国の実情から出発し、現行法の会社内部監査構造に着目し、監査役会の監査機能を如何に発揮するかおよび監査役会の独立権限を如何にして強化するかに主眼を置くべきである〔注67〕。

第3に、現行監査体制を維持したうえでその強化のために、社外取締役制度の導入を肯定する折衷説について。折衷説は次のように主張している。(ア)社外取締役制度を導入した後も、依然として監査役会は必要であり〔注68〕、社外取締役による監査は取締役会内のみで行われ、監査役会の機能を代替するものではない〔注69〕。(イ)社外取締役が監査役会の権限範囲に介入することなく取締役会の権限範囲内で機能する限り、お互いの衝突問題は発生しない〔注70〕。(ウ)会社の監査構造において、監査役会に比べると社外取締役は異なる地位と設計を有するのであり〔注71〕、社外取締役の導入は中国現存の監査役会の監査とは矛盾するものではなく、両者は互いに補うものである〔注72〕。

以上は、中国における社外取締役制度をめぐるの論争を概観した。各界の意見は次のようにまとめることができると思う。すなわち、賛成説の立場によると、将来的には監査役会を廃棄し、アメリカ型の一元制の方向に進むことになる〔注73〕。反対説の立場によれば、現行の監査役会制度を改善し、その具体策として、日本旧商法における社外監査役制

度を中国会社法の監査役会に導入しようとの主張につながっている〔注74〕。折衷説によると、今の段階では現行監査役会制度を改革すると同時に、上場会社においては社外取締役制度を設置し、もしくは日本「新」会社法のような選択制度を採用することによって会社一元制また二元制の選択権を与えるという考えが主流となっている〔注75〕。

(c)取締役会における特別訴訟委員会による提訴判断の可能性

前述のように、中国の社外取締役制度は、アメリカ型のコーポレート・ガバナンスのように、経営と監査を共に取締役会によって行う構造を採用することが明らかである。そうすると、中国SECと中国改正会社法が社外取締役制度を導入することによって必然的に中国会社法の機関構造に影響を与えるのである。つまり、少なくとも上場会社において、会社の業務監査権能は従来の監査役会から取締役会へ移転しつつあり、さらに取締役会の下に専門委員会の設置により、従来の二元制システムという基本的な仕組みをアメリカ型の一元制システムへと変化する可能性が十分に考えられる。私見としては、中国改正会社法にはアメリカのように取締役会を中心とする一元制を採るのが適切だと考えるところから、株主代表訴訟に対する会社の提訴判断機関は、基本的に取締役会、具体的にいえば利害関係のない社外取締役によって構成される特別訴訟委員会が相応しいと思われる〔注76〕。理由は次の通りである。

第1に、取締役会が提訴判断機関としての独立性と公正性を如何に保証されるかの問題は、社外取締役制度の導入により基本的に解決できると思われる。本来ならば、提訴判断機関の独立性と公正性が確保される限り、株主総会であれ、監査役会であれ、取締役会であれ、単なる一種の政策的選択である。しかし、前述の①と②で述べたように、株主総会と監査役会にはそれぞれの問題があるため、適切な提訴判断機関とは思えない。これに対して、中国改正会社法において、社外取締役制度の導入に伴い取締役会は提訴判断機関としての独立性を抜本的に改善されることになると思う。

社外取締役の就任資格について、中国SECの「指導意見」3条は次の者が社外取締役となることはできないと厳格に定めている。それは、(ア)上場会社あるいはその附属企業に

勤めている者およびその直系親族、主要な社会関係にある者〔注77〕。(イ)直接あるいは間接に上場会社の発行済み株式の1%以上を所持する株主、あるいは上場会社上位10名株主における個人株主およびその直系親族。(ウ)直接もしくは間接に上場会社の発行済み株式の5%以上を所持する法人株主、あるいは上場会社上位5名法人株主の職場で勤めている者およびその者の直系親族。(エ)最近の1年以内に上記3項に列挙される事情に該当した者。(オ)上場会社あるいはその附属企業に財務、法律、コンサルティングなどのサービスを提供する者。(カ)会社定款によって定められる他の者、(キ)中国SECが認定した以外の者などである。

これに関して、アメリカALI「原理」は、社外取締役の適格条件について、次のように定めている〔注78〕。つまり、大公開会社の取締役会構成員の過半数は、会社の上級執行役員(senior executive officer)と重要な関係を持たない取締役により構成しなければならず(第3A.01条(a)項)、それ以外の公開会社の取締役会については、構成員のうち少なくとも3名については、会社の上級執行役員と重要な関係を持たない取締役でなければならないとしている(第3A.01条(b)項)。そして、上級執行役員と重要な関係を有するものとして、会社との雇用関係、経済関係、法律上の顧問関係を基準としている(第1.34条(a)項)〔注79〕。

なお、2005年の日本「新」会社法2条15号は、社外取締役を次のように定めている。つまり、社外取締役は、株式会社の取締役であって、当該株式会社またはその子会社の業務執行取締役もしくは執行役または支配人その他の使用人でなく、かつ、過去に当該株式会社またはその子会社の業務執行取締役もしくは執行役または支配人その他の使用人となったことがない者をいう。

中国・アメリカ・日本法における社外取締役の適格条件を比較すると、会社ないし経営者との利害関係の断絶と実質的独立性を確保する面では、日本法とアメリカ法より中国法の方が優れている。したがって、「指導意見」における社外取締役に関する基準は、経営者の影響力を排除し経営者を監査する客観的条件を基本的に備えていると思われる。

もちろん、社外取締役の適格条件だけではその独立性を確保するには十分とはいえない

ため、その他の補充手段をも用意している。たとえば、社外取締役の指名について、「指導意見」により取締役会、監査役会および発行済み株式1%超をもつ少数株主が指名権を有するが、最終的に株主総会はその人選を決定することになるのである。なお、社外取締役の独立性は、株主総会の承認を受ける前における中国SECが候補者の資格に対する行政審査によってさらに高められると思う。この行政審査については、中国SECは政府の証券規制機関として株式市場の監督管理に専念すべきであり、上場会社の機関設置とその資格に関与するのは妥当ではないという批判がなされている〔注80〕。この批判は傾聴すべきだが、中国上場会社の現状に鑑み、よく指摘されている問題点を食い止めて社外取締役の効果を発揮させることを優先的に考えると、やはり適当な行政関与が必要である。もちろん、将来的には上場会社の自主規制にするのが望ましい。

第2に、中国現行法システムの下でも、取締役会の下に特別訴訟委員会を設けることが可能である。中国SECの「準則」では取締役会の下に指名、監査、報酬などの委員会を設けることを義務付けるのに対して、訴訟委員会に関してはことさら言及していないものの、他の法規ではその可能性を示唆している。たとえば、中国人民銀行(日本銀行に相当する)が2002年6月4日に公表した「株式制度を採用する商業銀行におけるコーポレート・ガバナンス指針」40条において、取締役会が関連取引規制、リスク管理、報酬、指名などの諸委員会を設けるべきことの他、必要に応じてその他の専門委員会を設立することができるように定めている。また、前述の中国改正会社法「草案」も、上場会社がその取締役会において他の専門委員会を設立することができることを提言している(「草案」152条2項)。そうだとすれば、アメリカ法のように社外取締役によって構成する特別訴訟委員会を会社の提訴判断機関として設置することが中国現行法においても可能である。つまり、中国の上場会社において、監査、報酬などの委員会だけに拘泥せず、代表訴訟に臨機応変に対処するために、提起される代表訴訟と利害関係のない社外取締役によって構成する特別訴訟委員会を設置することが十分に考えられる。

第3に、取締役会における特別訴訟委員会は提訴判断機関として、その能力が基本的に備

えている。特別訴訟委員会の構成員である社外取締役は、取締役会の決議に参加することによって、会社の経営を熟知している他、提起される代表訴訟が会社に及ぼす影響についても明確な認識を有するのである。よって、当該訴訟と利害関係を持たない社外取締役は、少なくとも理論上においては、当該訴訟を続行するか終了するかを客観的且つ公正的判断することが可能である。

したがって、中国法において、利害関係のない社外取締役により構成される特別訴訟委員会は、その独立性と公正性を基本的に確保できる他、会社の事情によく熟知することにより提訴の可否を判断する能力をも備えると考えられるため、特別訴訟委員会が代表訴訟の提訴判断機関として相応しい地位にあると思われる。

(3)会社(特別訴訟委員会)の提訴判断に対する人民法院の司法審査

①人民法院による司法審査の必要性

前述のように、私は中国改正会社法における株主代表訴訟の濫訴防止制度として、アメリカ法を参考にし、取締役会の下にある特別訴訟委員会に代表訴訟を判断する権限を与えるべきことを提言した。しかし、Ⅲの三の3で述べたように、アメリカの判例において、殆んど特別訴訟委員会が代表訴訟を終了する決定を出していた状況〔注81〕に鑑みると、経営判断の原則と会社の提訴判断権の結合は、あくまで取締役の責任を免除する法的なマジックに過ぎないというイメージも強い。そうだとすれば、次に直面するのは、やはり会社の提訴判断権を認めただけで、株主代表訴訟の監督是正機能を損なわないように、会社が提訴判断権をもって本来続行すべき代表訴訟において、それを終了する場合の要件をどのように設定するかという問題点である。

この問題の提起は、やはり被告取締役と同じ経営陣にいる取締役が提訴の是非における公正性と客観性に対する懐疑に由来すると考えられる。すなわち、被告取締役の同僚である取締役に株主代表訴訟を終了させる権限を与えるアメリカの判例に対して、被告取締役の責任追及の訴えに対する拒否権を取締役会または特別訴訟委員会における同僚の取締役に与える結果に帰し、取締役が仲間の取締役に免罪符を発行するなどは、バック・スクラ

ッチング以外の何ものでもなく、まさに漫画的であると批判されている〔注82〕。この意見に対して我々は耳を傾けるべきである。したがって、中国法はアメリカ法を参考にするにあたって、会社側(特別訴訟委員会)が経営判断の原則によって出される提訴判断の客観性と公正性を保つため、公的機関である人民法院の司法審査が必要であるとする。理由は次のとおりである。

第1に、会社の特別訴訟委員会に提訴判断権限を与える趣旨は株主代表訴訟自体を否定するものではなく、あくまで濫訴防止〔注83〕にとどめるものである。この意味では、中国現行法における独立性の要件の下で社外取締役が代表訴訟の最終的な判断権限を与えることには問題がないとはいえない。なぜなら、社外取締役によって構成される特別訴訟委員会がいくら独立的、客観的といっても、本質としては単なる会社内部の一種の自粛に過ぎず、絶対的ものとはいえないからである。とりわけ社外取締役が経営者あるいは多数派株主が選任される以上、経営者あるいは多数派株主が利益を得て(責任を追及されないことも利益の1つとして考えられる)会社自体は損害を被った場合においては、真に独立している社外取締役を期待するのは無理である。もちろん、たまたま精神的独立性を維持できるような資質を有している社外取締役がいることもありうるが、それだけでは不十分であろう。

第2に、経営判断の原則は取締役が一定の基準(要件)に基づき行動する限り責任を問われない範囲を定めたルールといっても〔注84〕、人民法院の司法審査を完全に阻止する機能を有してはいないと考えられる。なぜなら、経営判断の原則は決して完全な自由裁量権を取締役に与えるものではなく、十分な情報がないまま不誠実にまた詐欺的に行使するなどの裁量権の濫用は許されない〔注85〕。とりわけ、特別訴訟委員会による代表訴訟終了の決定が一種の経営判断として考えられる場合には注意を深く払う必要がある。この場合は、問題となる取締役の経営判断の誤りに対する免責を求めるものではなく、単なる司法審査を拒むために経営判断の原則を用いることが多いと予想されるのである。そうすると、会社側が経営判断の原則を用いて特別訴訟委員会の提訴判断権により、株主代表訴訟を終了

せしめ取締役が負うべき責任を免除する行動が、本来の濫訴防止という趣旨を大幅に離れて、一種の脱法行為に変貌するといっても過言ではない。もし人民法院の司法審査を経ずに会社側(特別訴訟委員会)の訴訟終了決定という提訴判断がそのまま肯定されると、これは単なる取締役の裁量権への服従と司法審査の放棄となるのではないか。

したがって、社外取締役の公正性を保って経営判断の原則の行き過ぎによって株主代表訴訟は事実上骨抜きにされることを防止するため、安全弁を設ける必要がある。この役割を果たすのが、やはり会社側による訴訟終了の決定に対する人民法院の司法審査ほかならないだろう。

②アメリカ・日本法における司法審査基準

前述のように、会社側の提訴判断に対する人民法院の司法審査の必要性がすでに明らかにした。そうすると、株主が提起した代表訴訟は、取締役会もしくは取締役会の授権に基づいて成立する特別訴訟委員会が、当該訴訟をして会社に利益をもたらさないという理由により終了される場合に、人民法院は司法権をもって介入するにあたり、如何なる審査基準に基づき当該終了決定の当否を判断するのが問題となる。中国の人民法院にとって、株主代表訴訟を終了する決定の当否を判断することは全く新しい課題であるが、この点についてはすでにⅢの三の3と4で述べたように、アメリカにおける判例と制定法は多くの経験的蓄積をもっており、また日本裁判所は代表訴訟終了の段階まで行っていないが、経営判断の原則により会社の主張の当否について独自の審査基準を示しているため、以下はアメリカ・日本法の審査基準を検討したうえで、その経験を参考にしながら中国法への示唆を明らかにしたい。

(a)アメリカと日本裁判所の対応

第1に、アメリカ裁判所の対応について。Ⅲの三の3で述べたように、代表訴訟の終了に対するアメリカ裁判所の審査基準は、判例によって四つの類型に分けられる。つまり、(ア)裁判所は特別訴訟委員会の誠実性と独立性だけを審査すれば足りるとするAuerbach事件、(イ)裁判所の司法審査が必要であるとし、裁判所独自の2段階の審査を認めるZapata

事件、(ウ)特別訴訟委員会の終了決定を認めないMiller事件、(エ)特別訴訟委員会の決定を実質的に審査するAlford事件などがある。

Auerbach事件の判決によると、裁判所の審査基準は特別訴訟委員会の誠実性と独立性を中心としている。つまり、特別訴訟委員会の決定に対して、誠実性と独立性には問題がなければ、当該訴訟終了の決定に対する裁判所の実質的審査が免れることになる。そうだとすれば、この審査基準は、経営判断の原則によって裁判所のすべての審査が事実上全く排除される結果を惹起してしまう。しかし、これは適切とはいえないと考える。なぜなら、特別訴訟委員会の決定は経営判断の原則によって保護されることになるため、株主による代表訴訟の提起が一層難しくなるのである。もし裁判所の実質的審査が免除されると、代表訴訟自体の存在意義もほぼ失われるのである。結果として、事実上株主代表訴訟を骨抜きするようなこの考えは、行き過ぎているのではないか。

Zapata事件の判決は、特別訴訟委員会の決定が経営判断の原則の適用により保護されるかどうかという問題について、裁判所の司法審査が必要であるとした〔注86〕。この点について評価すべきである。ただし、Zapata事件の判決における審査基準にも欠点がないとはいえない。まず、裁判所が特別訴訟委員会の決定を審査するにあたって、裁判所独自の経営判断の基準は明らかにされていない。単に「明白に不合理である」、あるいは「証拠によれば支持されない」というような基準で、裁判所独自の経営判断をもって特別訴訟委員会の決定を審査するのは適当ではない〔注87〕という批判がある。次に、当該判決は、提訴請求が求められる場合と免除される場合を区別する点には問題がある〔注88〕。つまり、(ア)取締役会が請求原因について訴訟以外の方法で解決できるかもしれない場合に、提訴請求を免除してしまうことになるということ、(イ)取締役会や特別訴訟委員会が調査・決定をする前に、当該訴訟が追行されるべきかどうかについて裁判所が判断しなくてはならないということである。この点を考えると、裁判所は提訴請求が要求される場合と免除される場合を分けることが妥当とはいえない。

Miller事件の判決において、少なくとも取締役会の過半数が株主代表訴訟に関連してい

る時、裁判所は、取締役会が代表訴訟を終了させる権限を特別訴訟委員会に移すことを認めないという基準を取った。裁判所の考え方は、恐らくその時のALIが起草していた「コーポレート・ガバナンスの原理」試案1を参照して、構造的偏向〔注89〕を完全に排除しようとするのではないかとと思われる。この意味では、Miller事件の判決が構造的偏向を排除するという点については評価すべきである。しかし、構造的偏向を如何に立証するかは極めて困難であり、もし構造的偏向を避けるために極端に走れば、特別訴訟委員会の設置自体も否定されることになる。株主代表訴訟があくまで会社内部の紛争を解決する手段に過ぎないということを含めて考えると、会社の事情に熟知している取締役会または特別訴訟委員会が、株主代表訴訟の遂行が会社の最善の利益に合致しないと誠実に判断する場合、裁判所はその判断を尊重して代表訴訟の終了を認めるべきである。

Alford事件の判決は、前述のZapata判決の欠点を修正して、すべての場合において、裁判所は特別訴訟委員会の決定について司法審査を認めるという基準をとることになった。取締役会における構造的偏向が事実上完全に排除できないことと、取締役会の訴訟終了決定が公正および公序良俗など社会秩序に反する可能性があることを考慮すれば、やはりすべての場合において裁判所のある程度の司法審査がどうしても必要である。この点においては、基本的にAlford判決は肯定すべきである。

第2に、日本裁判所の対応について。Ⅲの三の4で述べたように、日本裁判所は、アメリカ裁判所のように特別訴訟委員会の終了決定を審査するか否かの段階まで到達してはいないが、とにかく、被告側が経営判断の原則に基づき免責を主張するという経営判断の原則の防御的用法に対して、事実上の司法審査を行っている。すなわち、日本裁判所は問題となる取締役の経営判断について、当該判断の内容もしくは過程のどちらを、あるいは両方を共に審査することになる。その審査基準として、(ア)経営判断の前提となった事実の認識に対する不注意な誤りがないこと、(イ)許される裁量の範囲を逸脱するものではないこと、(ウ)企業経営者としてその事実に基づく意思決定の過程および内容が著しく不合理なものといえないことなどがある。前述の基準を満たされれば、取締役の注意義務ないし

忠実義務に違反するものではなく取締役責任がないとみなされるのである。そのうち、経営判断の内容を重点的に審査する判例には取締役責任を認めるのが多いように考える。しかし、全体的に見ると、裁判所が経営判断の原則を適用して取締役責任を認定する審査基準は、経営判断に至る過程を重視して厳格に審査する傾向がある〔注90〕。すなわち、取締役には広範の裁量権を認める前提に立って、当該取締役の経営判断は、情報と資料の収集に基づく事実の認識に対して重要かつ不注意な誤りがあるか否かを重点に審査する判例が多いのである。

前述のように、経営判断の原則を適用するか否かを判断するにあたって、アメリカ・日本裁判所の審査基準が異なる。アメリカ法において、判例によって司法審査を必要としない場合と必要がある場合と分けているが、司法審査をする必要がある場合において、当該司法審査の基準につき判例の立場が異なるものの、とにかく一定の審査基準を満たせば裁判所が会社側による株主代表訴訟の終了決定を認め、訴訟を却下することになり、よって濫用的な代表訴訟を防止できるのである。日本の裁判所は概ね判断の過程および判断の内容を中心に審査するか、あるいは判断の内容と過程を両方に審査するかという基準で審査する。つまり、アメリカとは違って、すべての場合において当該経営判断に対して実質的な司法審査を行うことは日本法の特徴である。なお、たとえ裁判所の審査基準を満たした場合にあっても、代表訴訟の終了が許されるのは妥当とはいえない場合もあるため、アメリカ法において、ALIは「公序」に反する場合において訴訟の終了が制限される必要があるとしている。これについて、日本法は代表訴訟の終了を制限する考えがないようである。

アメリカ・日本裁判所の対応を比較すると、全体的に見て、経営判断の原則が株主代表訴訟の監督機能を失わしめるという副作用に対する牽制の面において、アメリカ法より日本法の方が優れていると思われる。なぜなら、会社が提訴判断権に基づき経営判断の原則を主張することは常に合理的とはいえない。もし会社の提訴判断権を無条件に尊重すれば、殆んど株主代表訴訟が終了されることが予想され、ひいては当該制度自体が否定される恐れがあるのである。それを矯正するため、裁判所による司法審査を行う必要があ

る。したがって、日本裁判所のように、裁判所は被告側の言いなりではなく、司法権をもって被告側の経営判断の原則の適用による免責主張に対して事実上の司法審査を行うことが正しいと思われる。

しかし、経営判断の原則に基づき被告側の主張に対する裁判所の司法審査の程度(いいかえれば、その主張自体に対する司法審査の基準)について、アメリカ・日本法は共通の問題点を抱いている。つまり、如何なる審査基準に基づき被告側の主張の当否を判断するのかが統一されていないままである。アメリカ法では、特別訴訟委員会の訴訟終了という提訴判断に対してどの程度の司法審査を行うべきかについて、判例の立場が一致していない。この状態の下で、経営判断の原則の攻撃的用法の副作用を抑えるにあたって、不要な混乱を生じる恐れがある。日本法においても、裁判所の審査基準が統一されていないことはアメリカと類似している。つまり、問題となる経営判断を審査するにあたって、過程と内容について明確に分離していないため、判決が単純明快ではなく、曖昧な部分が少なくない。その結果として、経営判断の原則により取締役責任の有無を判断する際に、判断過程において重大な誤りがあるときのみ責任を負うと同時に、他方では一般企業人を基準にして判断内容の合理性を求めるなどの矛盾・混乱を生じている。

(b)アメリカ制定法における株主代表訴訟の終了に対する裁判所の審査基準の問題点

株主代表訴訟の終了に対する裁判所の審査基準を、模範事業会社法とALIは各々に設定しているが、以下のような問題点があると思われる。

第1に、模範事業会社法の立場について。模範事業会社法の立場は、もし特別訴訟委員会の独立性が確保できれば、基本的に裁判所は経営判断の原則に従って当該委員会の決定に審査しえないとする〔注91〕。しかしながら、この立場の問題点として、単なる特別訴訟委員会の構成員選任に関する独立性の要件だけで完全に取締役会の構造的偏向がないと解するのは極めて困難であると思われる〔注92〕。このように考えると、私見としては、株主代表訴訟終了の公正性を図るためには、特別訴訟委員会の構成員の独立性を確保するという会社の対応の他、やはり公の機関である裁判所によるある程度の司法審査が望まし

いと考える。

第2に、ALIの立場について。ALIは前述のZapata判決基準に沿って、取締役会または特別訴訟委員会による代表訴訟終了の請求に対して、2つの審査基準を定めている〔注93〕。つまり、当該問題の法的性質に基づいて、経営判断の原則の審査基準に適用する注意義務違反の事例と、経営判断の原則の審査基準が適用されない公正取引義務および他の一定の場合における事例である。ALIは、注意義務違反の場合においては裁判所による審査の程度はなるべく最小限に抑えようとしているのに対して、公正取引義務違反のような場合においては裁判所の司法審査を積極的に承認している。この考えの長所としては、やはり特別訴訟委員会の訴訟終了決定に対して、裁判所の司法審査を認める点である。しかし、司法審査の範囲が公正取引義務違反に限られるとすれば不十分である。私見としては、取締役の義務違反の類型を問わず、裁判所はすべての訴訟終了決定に対して自らの審査基準をもって司法審査を行うべきであると考ええる。

(c)ALIにおける代表訴訟終了の制限基準について

第1に、公序による株主代表訴訟終了の制限基準について。ALIは、会社による代表訴訟を終了する申立てが公序に反する場合には訴訟終了は制限されるべきであるとしている。そうすると、ここで問題となるのは、如何なる基準をもって当該訴訟の終了が公序に反するか否かという点である。

公序による代表訴訟終了の制限基準は、ALIの公序に対する理解の変化に伴って変わつつある〔注94〕。すなわち、ALI試案1の「確立した公序に反しない時」から、試案6の「訴訟終了が株主保護のための法則を妨げない時」、そして最終案の「重大な不当利得の保持」まで、ALIによる訴訟終了の制限に関わる判断基準が漸次的に緩和されつつあるのである。結局、代表訴訟の終了が公序によって明らかに制限されるのは、被告が不当利得を保持する場合のみである。

しかし、ALI最終案の基準は、試案1の「確立した公序」に反するという基準、または試案6の「終了が株主保護のための法則」を妨げるという基準に比べると、大きな後退と言

わざるを得ない。なぜALI最終案がこのような立場をとるか考えると、恐らく経営側が、「公序」に反するという理由の下であらゆる代表訴訟の終了が制限されることになるという可能性に対して、強い警戒感を持ったためかもしれない。確かに、会社はその代表訴訟の終了を認める限り、裁判所のような公の機関が、公序という幅広い概念をもってこのような会社の自治行為に過大に干渉して代表訴訟を続行させること自体については吟味する余地がある。しかし、もし裁判所の不干渉によって、公共の利益が著しく害されるなど会社制度に対する信頼が失われる恐れが生じることになれば、やはり公平と正義を維持する責任を持つ裁判所はそれなりの役割を果たさなければならない。

私見としては、ALI最終案における「公序」の定義、いわゆる「重大な不当利得の保持」は取締役にとってあまりにも寛容であり、実際は「公序」への配慮をほぼ無視するに等しいといっても過言ではないと考える。最終案より、やはり試案1と試案6の方が妥当だと考える。ただし、試案1と試案6にも、それぞれの問題点がある。

試案1が定めた「確立した公序」に反した時に訴訟終了を制限する基準は、社会の正義と公序良俗を守る面においては一般的にいて高く評価すべきである。しかし、当該の「確立した公序」の概念について明確な定義がない。これについて、ALIの解釈は違法な政治献金を確立した公序に反する例として挙げているが、これ以外のどのような場合において、「確立した公序」違反があるとみなされるのかが明らかにされていないため、「公序」の意味には曖昧さが残っている。そうすると、すべての代表訴訟の終了が、このような明白になっていない概念によって制限される可能性があるため、適切とはいえない。

これに対して、試案6の終了が「株主保護のための法則」を妨げるという基準は、「公序」の概念をはじめて明らかにしたものといえる。つまり、試案6における「公序」とは、制定法、行政法規および判例を含む法則のレベルで明確にされる必要があり、しかも当該法則には株主を保護する目的およびその効果が要求されるとしている。試案6は、試案1における「公序」の概念が不明確という欠点を補うことに対して評価すべきであるが、問題は依然として残っている。試案6によると、代表訴訟の終了が株主の利益を害するものでは

ない限り、たとえ法則に反しても訴訟の終了は許されるのである。たとえば、代表訴訟の終了が消費者保護法の規定の実現を妨げても、もし当該終了が株主の権利を害するものではない限り、消費者保護法は株主を保護する目的およびその効果がないとみなされるため、終了制限の対象にはならないとなる〔注95〕。この問題の本質は、株主の利益と公共の利益のバランスをどのように保つかということである。本来ならば、代表訴訟が株主の利益を保護する手段であるため、立脚点は株主の利益に置かれるべきである。しかし、代表訴訟の終了により害される公共の利益が、株主が訴訟終了により得られた利益を遥かに凌駕する場合は、株主の利益のため法律違反を無視して公共の利益を犠牲にするのは妥当とはいえないだろう。この場合において、やはり株主の私的利益は公共の利益の前に一步譲るべきである。

第2に、会社の是正措置による代表訴訟終了の制限への影響について。代表訴訟が提起された後に、会社が是正措置をとった場合、訴訟終了の制限に対してどのような影響を与えるのかも問題となる。これについて、ALIにおいては代表訴訟の終了が「公序」に反するかどうかを判断するにあたって、会社が如何なる是正措置をとったかがポイントとなる。

ALI最終案の場合、会社が是正措置を講じることによって不当利得を保持していなければ、「公序」の問題とはならないとしている。すなわち、たとえ被告による会社財産の横領のような悪質な行為が代表訴訟の請求原因ではあっても、もし被告が横領した金銭を会社に返還すれば、会社側による代表訴訟の終了が認められるべきである。最終案の考えを読み替えると、被告が問題となる行為によって取得した不当利得を会社に返還すれば、裁判所は当該終了決定の合理性を認めなければならないとなるのである。そうだとすれば、被告が如何なる不法行為によって会社に損害を与えたとしても、最終的に被告は不当利得がなければ代表訴訟によって責任を追及されないという結論に導くことが可能である。

最終案の狙いは、恐らく会社側の訴訟終了決定に対する司法審査を最小限に抑えようとするところにあると思われるが、この基準は緩やか過ぎると思われる。私見としては、会

社がとった是正措置は単なる被告の得た不当利得を会社に返還させることだけではあまりも寛大であるばかりか、これに基づいて被告が不当利得を保持していないという理由で株主代表訴訟による責任の追及が事実上否定されることに対して、到底賛成できないと考える。この問題の実質は、やはり株主代表訴訟が有する違法行為阻止機能と損害回復機能のうち、どちらを重視するかということである。ALI最終案の立場は、明らかに損害回復機能に傾いていると思われる。つまり、被告が横領した会社の財産などの不法行為により得た利得を会社に返還することによって会社が被った損害は補填できたとすれば、「公序」に違反するとはみなされず、代表訴訟の終了が可能である。しかし、まず、被告が不当利得を会社に返還しても会社が被った損害は補填されるかどうかは疑問である。この場合において返還した利益は、必ずしも会社が被った損害の全部ではなく、あくまでは会社の金銭的損害に過ぎない。会社に対する社会的評判の低下、従業員士気の回復などの非金銭的損害は不当利得の返還だけで回復できるかどうかは極めて疑問である。そうすると、返還した利益が会社の損失の一部に過ぎない場合は、会社の損失は十分に補われないまま代表訴訟の終了が許されてしまう。結局、株主代表訴訟の損害回復機能が著しく損なわれると同時に、司法の権威にも大きなダメージを与えるのである。なお、たとえ返還した不当利得は会社の損害に相当するといっても、被告は会社に返還したことによって責任が免除されることが、違法行為のコストを著しく減らすばかりか、株主代表訴訟の違法阻止機能も完全に無力化されるのである。

これに対して、試案1と試案6の立場からすれば、違法な政治献金を理由とする代表訴訟は「公序」に反するため終了が許されないが、会社の是正措置を講じる場合には最終案と同じように訴訟終了が可能となる。最終案と異なるのは、代表訴訟終了の前提として、会社がとる是正措置は刑罰、解任など責任が厳しく問われる場合に限られると解している点である。不祥事に対する会社の自主規制を促進し、健全な企業経営の実現という面において、やはり最終案より試案の方が妥当だと思われる。しかし、試案の見解にも検討する余地がないとはいえない。試案の立場において、一旦被告が刑事責任を問われた場合、代表

訴訟の終了が許されるのである。ここに問題となるのは、刑事責任は民事責任を代替できるかどうかということである。いうまでもなく刑事責任の次元とは違って、株主代表訴訟によって追及するのは民事責任である。それにもかかわらず、刑事責任を負うことによって会社に対する損害賠償のような民事責任を免除することは適切とはいえない。なぜなら、会社の損害が回復できなければ、たとえ被告が死刑のような厳しい刑事責任を負っても実際の意味があまりないだろう。私見としては、やはり刑事責任と民事責任は別々に取り扱うべきであり、刑事責任を負うことは決して民事責任の追及を妨げるものにはならないと考える。これは、株主代表訴訟における違法行為阻止機能と損害回復機能を最大限に発揮することによって、経営陣に緊張感を持たせて企業経営の健全化を図り、経営陣の不法行為を最小限に抑えるためでもある。

③ 人民法院における司法審査基準

前述のように、会社の提訴判断権と経営判断の原則を結合して、特別訴訟委員会による代表訴訟の終了決定に対する審査基準について、アメリカ・日本法の問題点を明らかにした。以下は、中国改正会社法において、会社側(特別訴訟委員会)が経営判断の原則によって株主代表訴訟を終了するという提訴判断に対して、中国人民法院が当該訴訟終了の決定を判断するにあたり、前述のアメリカ・日本法の審査基準をどのように受け入れればいいのか、また代表訴訟の終了を認める場合において、人民法院は如何なる範囲の中でこの終了を制限するのかなどの問題について、中国法への示唆を検討する。

(a) 会社による代表訴訟終了決定に対する人民法院の審査基準

特別訴訟委員会に提訴判断権を認める場合は、人民法院がその当否を審査する必要性があることはすでに述べたとおりである。株主たる所有者と被告取締役たる経営者の対抗関係に鑑み、代表訴訟の終了決定が適切なものであるか否かについて人民法院は中立的な立場に立って審査しなければならない。したがって、人民法院における司法審査の基準は極めて重要である。

本来ならば、人民法院による司法審査は、本訴における実体審査とは異なるべきである。

これについて、特別訴訟委員会の終了決定が適切なものであるかどうかの実体審査を行うのであれば、訴訟委員会制度を認める実益があまりないという指摘がある〔注96〕。そうすると、人民法院が代表訴訟における本訴前の段階で司法審査を行うのは適切ではないと考えられるかもしれない。しかし、①で述べたように、特別訴訟委員会の構成員の完全な独立性を保障できないという前提を受け入れる限り、人民法院が実体審査に入らずに、特別訴訟委員会が独立しているかどうか、あるいは十分な調査を行ったかどうかを審査するのみでは十分であるとはいえない。なぜなら、本訴前の段階といっても、この段階において人民法院は会社の提訴判断の適切さが認められるかどうかを審査するため、その審査事項は本訴の請求が成立するかどうかと関連している。たとえば、被告の責任の性質や重さなどに鑑みて責任を追及すべきだというようなことが問題となってくると、人民法院は、実体的審査をしない限り判断ができない。この意味では、実体審査をある程度せざるを得ない面があると思われる。

したがって、人民法院による司法審査を認めたうえで、人民法院が明確にした審査基準に基づき、比較的早い段階においてある程度の実体審査を行うのが適当であると考えられる。もちろん、これによって人民法院の負担が大きくなるかもしれないが、しかし、それなりの役割がきちんと果たせないと鼎の軽重を問われることになるのである。

前述の理解にしたがって、取締役会の下にある特別訴訟委員会による代表訴訟の終了決定に対する司法審査の基準について、人民法院は前述のAlford判決および日本の判例を参考にすべきである。つまり、人民法院はすべての場合において、会社側(特別訴訟委員会)による代表訴訟の終了決定について、訴訟事案の過程の面と内容の面から当該終了決定の可否を実質的に審査しなければならない。これは、特別訴訟委員会が訴訟終了という経営判断をなすには、事前に資料・情報を集めて、その終了決定を準備するという過程の部分と、資料・情報に基づいて終了決定を行うという内容の部分があるからである。そうすると、問題となる経営判断(訴訟終了の決定)における過程と内容を区別して審査することが必要であると考えられる。訴訟終了の決定における過程と内容を区別して審査することは次

のような効果があると思う。つまり、過程において必要な情報を収集し、十分に検討したとすれば、これによってなされた判断の内容が合理的なものとなる保障もないが、少なくとも判断の過程が合理的であることを要求することによって、判断の内容も合理的なものになる蓋然性も高まることが期待できると考えられる〔注97〕。

そこで、具体的な審査基準はZapata判決のように2段階テストで判断すればよいと考えられる。

第1段階では、人民法院は、代表訴訟の終了という経営判断の過程を中心に審査する。過程とは、取締役が問題となる経営判断(訴訟終了に係る状況)を的確に把握するための必要な情報を入手するにあたって、必要な手続を十分に経過したかどうか、および訴訟終了について慎重に検討したかどうかなどである。これらの行為に対して、人民法院は厳格に審査すべきである。確かに、経営判断の過程においても経営者の裁量権は認められるべきであるが〔注98〕、これだけをもって人民法院の司法審査を拒むことには説得力がないと思われる。なぜなら、特別訴訟委員会が行った経営判断の過程(つまり、どの程度の独立性と誠実性をもって代表訴訟を終了するための情報収集、慎重の検討などを行うべきか)は、取締役が持つ広範な裁量権あるいは専門家としての判断能力とは直接な関係がないからである。したがって、企業経営について認められる広範な裁量権も経営者として専門的な判断能力を有することも司法審査を妨げない〔注99〕と考える。そこで、人民法院は、特別訴訟委員会の構成員が問題となる行為と利害関係を有せず独立に情報を収集したうえで十分に検討したか否かを厳格に審査するのである。これについて、会社側は立証責任を負うことになる。人民法院は、特別訴訟委員会が独立しておりまたは誠実な調査結果を得るための合理的な根拠を証明したと確信する場合に、自らの司法裁量権(ここではいわゆる独自の経営判断)をもって次の段階に進むことができる。もし会社側が独立性と誠実性のいずれについても立証できない場合には、人民法院は当該訴訟終了の決定を却下すべきであり、代表訴訟は遂行することになる。

第2段階では、人民法院は独自の経営判断を行使することにより、訴訟終了決定の内容

を審査し、代表訴訟の終了が認められるべきかどうかを決定する。なぜなら、盲目的に会社によって任命された特別訴訟委員会の報告に頼るのは、法律に保護される株主の利益を放棄することになるからである。具体的に、人民法院は、会社の損害額、訴訟費用および提訴による会社の社会的評価への影響などの要素を総合的に考慮したうえで、代表訴訟の終了が会社経営者としての合理的な選択の範囲内にあるか否かを審査する。合理的な選択の範囲内にあるか否かは、特別訴訟委員会の構成員の主観的認識によるものではなく、判断そのものに対して客観的になされるべきである。たとえば、代表訴訟を終了することによって会社に損害を与える危険性が高いにもかかわらずこれを看過し、またはそれを知りながら安易に訴訟終了を実行したような場合(たとえば、被告は会社の功労者という理由で訴訟を終了するなど)は合理的な選択の範囲内にあたらないと考えられる。ただし、判断の合理性については、当該判断を下すにあたっては諸般の事情を全体的に考慮したうえで判断することが重要である。たとえば、取締役が他の取締役の調査を信頼し、弁護士などの専門家の助言と意見を十分に参照して、訴訟終了が会社と株主の最善の利益に合致すると信じる場合に、特段の事情がない限り、当該決定が合理性を保証できるものと考えられる。

(b)代表訴訟終了の制限に対する人民法院の対応—公序良俗と法秩序への配慮

人民法院は代表訴訟終了の決定を審査するにあたって、たとえ当該終了決定の過程の面には問題がなく、内容の面には訴訟の続行は会社の最善の利益とはならないと確信する場合であっても、直ちに会社側の終了決定を認めるべきではなく、中国の基本体制である社会主義における公序良俗と法秩序をも配慮し、代表訴訟終了の是非を考慮しなければならない。これは、訴訟終了の決定をそのまま認めると、結果として公序良俗および法の目的・趣旨に反する可能性があるからである。

第1に、公序良俗について。これは、実際会社の利益と社会の利益のいずれが重視されるべきかに関わる問題である。周知のように、会社の利益と社会の利益は必ずしも一致するわけではない。もし代表訴訟の終了によって会社が得た利益が、社会の利益を害するという基礎に基づくものであれば、やはり許されるべきではない。これについて、各国の

実情に鑑みて立法政策の方向を決めるべきであるが、中国の場合、公序良俗に対して特別な配慮がなされるべきであると考えられる。なぜなら、中国は改革開放の政策に基づき社会主義的市場経済を導入するといっても、基本体制である社会主義国であることは変わっていない。社会主義と資本主義との最大の違いの1つは、やはり社会の正義と公正・公平に対する特別な配慮であると考えられる。そうすると、「調和社会」(原語は「和諧社会」)を目指している中国にとって、社会正義を守ること自体は特別な意味を有すると考えられる。したがって、資本主義国であるアメリカさえ、訴訟終了の決定を審査するにあたって公序良俗への影響を配慮するのであるから、社会主義を標榜する中国はさらにこの面に力を入れるべきではないか。すなわち、中国法において、もし代表訴訟終了の決定は法の目的・趣旨または公序良俗に反する結果を惹起する可能性がある〔注100〕と考えられる場合には、会社の利益のため社会の利益を犠牲にすることは許されなく、人民法院による適切な司法審査が要請されることは妥当である。

第2に、会社が是正措置をとることは、代表訴訟の終了を認める理由になるかどうかとも問題である。問題となる行為が訴訟ではなく裁判外で問題を解決し、訴訟費用、会社への影響を最小限に抑えるなどの要因を考えると、会社が自ら是正措置をとることには合理的な面は否定できない。しかし、被告を解任したり、あるいは被告が得た不当利得を会社に返還させたり、刑事責任を問われるなどの是正措置がとられても、必ずしも会社の損失が補われる保障はない。なお、たとえ会社の損害が賠償されても、不法行為をなした被告は代表訴訟の終了により責任を免れるのは适当ではない。これは、法律の威信を維持する他、株主代表訴訟の真価を守るためでもある。したがって、人民法院は株主代表訴訟における損害補填機能と違法行為抑制機能のバランスをよくとるため、会社がとった是正措置につき訴訟終了の理由になるか否かを審査するにあたって、当該是正措置が会社の受けた金銭的損害と非金銭的損害を回復できるかどうか、法の秩序を損なう可能性があるかどうかを総合的に考量したうえで、慎重に判断すべきである。

〔注1〕 2007年3月に開かれた中国全国人民代表大会(日本の国会に相当する)の記者会見において、温家宝首相は、「正義が社会主義制度の最も重要な価値である」と強く主張していた。

〔注2〕 中国改正会社法143条1項によると、会社合併、分割の際、その合併、分割決議に対して異議のある少数株主に対して保護措置を与え、反対株主が会社に対して公平かつ合理的な価格で自己の株式を買い取るように請求することができるとした。

〔注3〕 最判平成5・9・9民集47巻7号4814頁。

〔注4〕 周剣龍『株主代表訴訟制度論』91頁(信山社、1996)。

〔注5〕 本来ならば、会社の支配株主は、自ら所有する株式を自由に処分することができる。しかし、支配株主が会社とその他の株主に対して信託義務を負うことを考えると、その支配株式の譲渡は一般の株式譲渡と同一視されるべきではない。つまり、支配株主は、その所有する株式の譲渡による過大なプレミアムを取得することが、会社と他の少数株主に不利益をもたらすと考えられるためである。アメリカにおいては、支配株主による支配株式の売却により会社の損害があるか否かを問わず、その売却により支配株主が得た過大な利益を会社に返還するために代表訴訟の提起が認められるのである。

〔注6〕 アメリカ法においては、取締役、支配株主は、会社との間に信託関係があり、自己の利益のために公正に会社に属する機会を奪ってはならない。これが、いわゆる会社の機会の原理である(Henn & Alexander, Law of Corporations (3rd ed 1983), p 632—633)。したがって、支配株主が会社に対して当該義務に違反した場合には、代表訴訟により損害賠償を請求されることは適切だと思われる。

〔注7〕 具体的に、Ⅱの四の2を参照。

〔注8〕 経済面から見て、中国では100元の訴訟手数料は決して低いとはいえない。この金額は今日の中国における大卒の初任給の6.3%にあたる(2005年における中国大卒の平均月収は1588元である。

<http://www.xslx.com/htm/kjwh/jyyj/2007-05-25-21754.htm>)。これに対して、日本の場合、13000

円の訴訟手数料は日本の大卒初任給の6.6%にあたるのである(平成16年のデータによると、日本の大

卒初任給は平均で198300円である。http://members.at.infoseek.co.jp/J_Coffee/toukei.html)。つまり、中国は100元の訴訟手数料を徴収しても、収入の割合から見ると日本と互角である。もし日本の物価が中国の10倍ぐらいあるという要因を含めて考えると、むしろ中国の訴訟手数料の方が高いと思われる。

〔注9〕資料版／商事法務205号117頁。

〔注10〕「株主代表訴訟の動向」商事法務1769号56頁。

〔注11〕必要な費用としては、弁護士の旅費、事実関係調査の費用などが考えられるだろう。

〔注12〕近藤光男「自己株式取得と取締役の責任」商事法務1190号54頁(1989)。小林秀之＝原強『株主代表訴訟 全判例と理論を知る』25－26頁(日本評論社、1996)。

〔注13〕新谷勝『株主代表訴訟改正への課題』156頁(中央経済社、平成13)。

〔注14〕2位から10位までの大株主の順位は次の通りである。瑞銀証券0.699444%、華安創新証券投資基金0.313666%、科瑞証券投資基金0.265282%、同盛証券投資基金0.255382%、同益証券投資基金0.237891%、銀豐証券投資基金0.200867%、天元証券投資基金0.179827%、博時価値増長証券投資基金0.127877%、易方達策略成長証券投資基金0.125043%。

〔注15〕上位10株主の持株率は次の通りである。西藏金珠集团有限公司24.999998%、南京長恒実業有限公司20%、江蘇中橋百合通信産業会社14.974667%、華龍証券有限公司4.482158%、北京博衆科創投資管理有限公司2.206399%、尚華0.502321%、陳全蓮0.479801%、西藏国際経済技術合作公司0.394339%、西藏包装輸出会社0.394339%、西藏信託投資会社0.394338%である。

〔注16〕劉俊海『株式会社における株主権の保護』（原文：『股份有限公司股東權的保護』）329頁（法律出版社、2004）。万向東＝馬双林「株主代表訴訟における原告權利義務の法的考察」（原文：「股東派生訴訟中原告權利義務的法律界定」）人民法院報、2003年5月9日。舒旭霞「株主代表訴訟事件の審理に関する若干の問題点」（原文：「審理股東派生訴訟案件的幾個問題」）人民法院報、2003年5月28日。張義「株主代表訴訟制度に対する若干の思考」（原文：「股東代表訴訟制度的若干思考」）

<http://www.chinacourt.org/public/detail.php?id=86604>。

-
- 〔注17〕証券取引法研究会国際部会訳編『コーポレート・ガバナンス—アメリカ法律協会「コーポレート・ガバナンスの原理：分析と勧告の研究」38頁(日本証券経済研究所、1995)。
- 〔注18〕Henn & Alexander, *supra* note (6), p 1058.
- 〔注19〕竹内昭夫「株主の代表訴訟」『法学協会雑誌百周年記念論文集第三巻民事法』174頁。
- 〔注20〕呉飛「株主代表訴訟の比較研究」(原文：「股東代表訴訟之比較研究」)明理學刊2001年特刊。
- 〔注21〕劉俊海・前掲注(16) 329頁。
- 〔注22〕竹内昭夫・前掲注(19)173頁。
- 〔注23〕竹内昭夫・前掲注(19)173頁。
- 〔注24〕関俊彦「子会社による親会社株式取得・売却から生じた損害と親会社の取締役に対する代表訴訟」ジュリスト869号92頁(1986)。
- 〔注25〕深圳証券取引所総合研究所「中国証券市場の事情分析 その一：中国株式市場における個人投資者の状況に関する調査報告」(原文：「中国証券市場実証分析之一：中国股市個人投資者状況調査報告」)(2002) <http://yjs.cninfo.com.cn/finalpage/2002-04-15/10092520.PDF>
- 〔注26〕深圳証券取引所総合研究所・前掲注(25)。
- 〔注27〕小林秀之「担保提供と原告の悪意」小林秀之＝近藤光男編『新版・株主代表訴訟大系』211頁(弘文堂、2002)。
- 〔注28〕上谷清「会社法上の訴えと担保提供」『実務民事訴訟講座第五巻』(鈴木忠一＝三ヶ月章監修)151頁(日本評論社、1969)。
- 〔注29〕Hornstein, *The Death Knell of Stockholders' Derivative Suits in New York*, 32 Calif.L.Rev.123(1944).
- 〔注30〕American Law Institute, *Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations*, § 7.04, Comment, 90-91(1992). 関俊彦「救済方法としての代表訴訟(第Ⅶ編総論および第1章)」『アメリカ法律協会「会社の運営と構造の原理—リストイメントおよび勧告(試案1)」の研究』証券研究71巻123頁(1984)。

〔注31〕 関俊彦・前掲(注30)124頁。

〔注32〕 Henn & Alexander, *supra* note (6), p 1093—1095.

〔注33〕 新谷勝「株主代表訴訟と担保提供制度（上）」銀行法務507号7頁(1995)。

〔注34〕 もし中国法が担保提供を株主代表訴訟の濫訴防止制度として導入すれば、同じ局面を直視することになる。つまり、原告が人民法院の命令にしたがって担保を提供すれば、たとえ当該原告が悪意を持つことが証明されても、彼の濫訴は阻止できない。すなわち、もし原告株主が担保提供を支払う資力があれば、悪意をもっていくらでも理由のない訴訟を遂行することは可能である。

〔注35〕 大阪高決平成9年8月26日(判例時報1631号140頁)。ミドリ十字事件抗告審において、大阪高裁は「悪意」の意味について、次のように述べた。「株主の『悪意』とは、株主が株主代表訴訟を提起することが前示不法行為にあたることを知りつつ提訴した悪意（故意）をいうことになる。つまり、右の『悪意』とは、提訴株主が代表訴訟で主張する権利等が事實的、法律的根拠を欠いていることを知りながら、あえて訴えを提起し、またはこれを継続する場合、または、被告取締役ひいては会社を害し、これに嫌がらせをすることによって、個人的利益を追求する等社会的相当性がない違法な目的で、あえて株主代表訴訟を提起し、またはこれを継続するような場合を指す」と判示し、担保提供を命じた原決定を取り消し、担保提供命令の申立てを却下した。

〔注36〕 久保田英利＝中村直人＝菊池伸「取締役の責任—代表訴訟時代のリスク管理」37頁(商事法務研究会、1999)。

〔注37〕 東京地決平成11年3月30日(資料版／商事法務190号240頁)、東京地決平成12年5月8日(資料版／商事法務203号217頁)、東京地決平成12年5月25日(資料版／商事法務207号58頁)、東京地決平成12年6月5日(資料版／商事法務203号227頁)。

〔注38〕 American Bar Association, MODEL BUSINESS CORPORATION ACT ANNOTATED volume 2, § 7.42, at 7—334(3ed, 2000).

〔注39〕 北沢正啓『新版注釈会社法(6)』〔上柳克郎ほか編〕362、371頁(有斐閣、1987)。その理由は、具体的にⅢの三の4(1)を参照されたい。

〔注40〕ただし、当該訴訟終了の客観性と公正性を保つために、人民法院の司法審査が必要である(これについてはあとの(3)で詳しく検討する)。

〔注41〕これについては、中国の監査機関は監査役会であることに鑑み、監査役会の構成員は独立性と公正性を保つ限り、代表訴訟を判断して有害無益のような代表訴訟を終了する権限を監査役会にあてるべきだと唱える説がある。劉俊海・前掲注(16) 346頁。

〔注42〕例外として、監査役会を設置していない会社の監査役が単独で提訴限を行使できるとしているが、中国の大半の会社とりわけ上場会社は監査役会を設置しているため、基本的に監査役の独任制を設けず、監査役会が集団としてその監査機能を果たしていると考ええる。

〔注43〕王保樹『中国公司法原理』(『中国会社法原理』) 217頁(社会科学文献出版社、2000)。

〔注44〕なお、上海証券取引所のアンケート調査によると、有効サンプル上場会社の250社のうち、会社内部昇進者から監査役会会長を選んでいる会社は全体の73.4%を占めており、また殆んどの監査役会副会長及び他の監査役も会社内部出身者である。上海証券取引所「上場会社コーポレート・ガバナンスアンケート調査結果と分析(「上市公司治理問卷調査結果与分析」)『上市公司』2000年12号。

〔注45〕ある調査によると、株主出身の監査役の指名は、支配株主によるものが542人であり、選任人数全体の59.3%を占めており、監査役と監査役会会長により指名される人数は、合わせて全体の39.4%にも及んでいる。馬慶泉主編『中国証券市場発展における先端的問題の研究2001』(原文:『中国証券市場発展前沿問題研究2001』) 上冊62頁(中国金融出版社、2001)。

〔注46〕1997年度に上場会社78社の監査役会会議の内容に関する調査によると、監査役会の違法性監査の中心的業務である会社財務の検査を実行した会社は17.9%の14社にすぎない。なお、取締役と執行役員に対して評価をしたのは3.8%の3社のみであった。程国平「会社監査役会の機能が強化される必要がある」(原文:「公司監事会功能需要強化」) 国有資産管理1998年12号。

〔注47〕韓志国「中国は独立監査役制度を確立すべき」(原文:「中国需要建立独立監事制度」) 市場報2001年8月8日。

〔注48〕日本においては、平成13年の商法改正に伴い数回の監査役制度の改正と社外監査役の採用によって、監査役制度は法的には十分に整備されたにもかかわらず、多くの企業で不祥事が依然として多発し、株主代表訴訟が提起されているような事情をみると、監査役制度は機能を発揮しているとはいえない。

〔注49〕北村雅史「経営機構改革とコーポレートガバナンス」商事法務1603号9頁(2001)。

〔注50〕ドイツ株式会社法においては、監査役会が会社の監督機関として、取締役を選任・解任し、その業務執行を監査する。ドイツの実務状況については、ビューデンベンダー(河本一郎訳)「ドイツにおける監査役会による取締役のコントロールの実態」監査役402号10頁以下参照(1998)。

〔注51〕上海証券取引所・前掲注(44)。

〔注52〕具体的に、Ⅱの一の2(2)を参照。

〔注53〕顧功耘＝羅培新「我国において社外取締役制度を確立するに関する幾つの法律問題について」(原文：「論我国建立社外取締役制度的幾個法律問題」)中国法学67頁2001年6号。

〔注54〕重大な関連取引とは、上場会社が関連取引者(取引先)との間に、取引総額300万元以上、あるいは上場会社における最近の会計審査後の純資産額の5%を超える取引を指す。

〔注55〕関連の規定とは、中国証券監督管理委員会が2001年8月に公表した「上場会社における社外取締役を導入する指導的意見」ということである。社外取締役については、当該「指導意見」が詳しく定めているため、「準則」は原則的な条文しか置いていない。

〔注56〕なお、上場会社において、取締役会の下に指名、監査、報酬を中心とする各種の専門委員会を設けなければならない、指名、監査、報酬委員会の構成員の過半数またはこの委員会の招集者は社外取締役であることが義務付けられている(「準則」52条)。

〔注57〕深圳特区報2001年8月22日。

〔注58〕胡建斌「社外取締役制度を完備し上場会社のコーポレートガバナンス構造を整備する」(原文：「完善独立董事制度規範上市公司治理結構」)江蘇財經信息網を参照されたい。

<http://www.jscj.com/jscj/stock/data/20010606214010.htm>

〔注59〕「企業は社外取締役制度の利点を体得する」（「独立董事制度使企業賞到甜頭」）

<http://www.donglongmeng.com/information/article-show.php?articleID=310>

〔注60〕袁劍英「我が国の企業統治構造における現実とその完備」（「我国公司法人治理結構的理想現實和完善」）湖南省政法管理幹部学院學報2000年5号。

〔注61〕深圳特區報2001年8月22日。

〔注62〕羅培新「冷静に社外取締役を見る」（原文：「冷眼看独立董事」）金融法苑2000年12号54頁。

〔注63〕蔣大興「会社法の展開と評判」（原文：「公司法的展開和評判」）668頁（法律出版社、2001）。

〔注64〕李哲＝董海峰「社外取締役制度：中国現実の下における再思考」（原文：「独立董事制度：在中国現實下的再思考」）法學2001年7号60頁以下。

〔注65〕蔣大興・前掲注(63)668頁。

〔注66〕程宗璋「我国において社外取締役制度を盲目的に導入すべきではない」（原文：「我国不應盲目引入独立董事機制」）經濟法學・勞働法學2002年8号。

〔注67〕鄒青「上場会社の関連取引に関する会社法規制」（原文：「上市公司関連交易的公司法規制」）郭峰主編『会社法改正縦横談』（『公司法修改縦横談』）301頁（法律出版社、2000）。

〔注68〕王保樹「中国会社法及び証券法の改正問題とその展望」志村治美編『東アジアの会社法』142頁（法律文化社、2003）。

〔注69〕王保樹「社外取締役の独立性の確保」（原文：「独立董事的独立性的確保」）中国証券報2001年8月1日。

〔注70〕劉俊海「我々は如何に会社法を改正すべきか」（原文：「我們應該怎樣修改公司法」）証券日報2003年3月8日。

〔注71〕朱慈蘊・金明義「国際経験の参考：我国の社外取締役制度の導入を評する」（原文：「国際經驗的借鑑：評我国独立董事制度之引進」）『中国商法年刊』215－216頁（上海人民出版社、2002）。

〔注72〕陳默・官欣榮「社外取締役は我々に近いか遠いか—我国における社外取締役制度の導入に関する法的思考」（「独立董事離我們近還是遠—我国引入独立董事制度的法律思考閥」）中国律師2002年2

号。

〔注73〕 吳建斌「上場会社における社外取締役の機能定位を論じる－国際比較の視角を踏まえて」（原文：

「試論上市公司独立董事的功能定位、從國際比較的視角談起」）中国法学会商法研究会第一回學術討論會提出論文を参照。

〔注74〕 趙万一、陶曇燕「社外取締役制度の機能に対する再思考」（原文：「对独立董事制度功能的重新思考」）西南民族大学学报・人文社科版2004年3号。

〔注75〕 王保樹「会社法改正：競争と発展のテーマに直面して」（原文：「公司法修改：直面競争と発展主題」）中国证券报2003年12月26日。

〔注76〕 これに関連して、最近の中国学説でも、中国型の株主代表訴訟を設定するにあたって、社外取締役及び取締役会により任命される特別訴訟委員会は人民法院に対して代表訴訟の終了を求めることが許されるべきだと唱えている。郁光華「中国の国情に適応する会社における株主代表訴訟制度を樹立する」（原文：「建立適合中国国情的公司派生訴訟制度」
http://www.fatianxia.com/paper_list.asp?id=17930

〔注77〕 直系親族とは配偶者、父母、子女などを指す、社会関係とは兄弟姉妹、義理の父母、嫁婿、兄弟姉妹の配偶者、配偶者の兄弟姉妹などを指す。

〔注78〕 証券取引法研究会国際部会訳編・前掲注(17)20頁。

〔注79〕 証券取引法研究会国際部会訳編・前掲注(17)12－13頁。

〔注80〕 顧功耘＝羅培新・前掲注(53)69頁。

〔注81〕 近藤光男「代表訴訟」民商法雑誌108巻4・5号536頁。

〔注82〕 竹内昭夫・前掲注(19)193頁。

〔注83〕 つまり、代表訴訟が提起される時に、会社は取締役会の決議に基づき被告となる取締役を除いて、利害関係のない取締役だけによって構成される特別訴訟委員会を設け、この委員会が代表訴訟が会社の最善の利益に適合しない旨を決議すると、当該決議が一種の経営判断とみなされ、裁判所は経営判断の原則の適用によってそれを尊重し、有害無益とする濫用的な提訴請求は終了されるこ

とになる。

〔注84〕 経営判断の原則には、企業経営が絶えずリスクを伴うことに着目し、経営判断を誤ることで会社に損害を与えた取締役に対して、一定の要件を満たせば免責する機能があるといわれる。たとえば、ALIの4.01条(c)項によると、経営判断の原則はセーフ・ハーバーという機能を有している(セーフ・ハーバーとは避難港という意味)。すなわち、同項が定めた経営判断の原則の要件をすべて満たす限り、裁判所の司法審査を原則として抑制する機能を有しており、取締役は責任を問われないという保障があるのである。

〔注85〕 たとえば、アメリカにおいて、経営判断の原則の適用を行うための前提要件として、十分な情報がなければならず、裁判官は取締役の経営判断は十分な情報に基づくものであるかどうかを審査するのである。近藤光男『経営判断と取締役の責任―「経営判断の法則」適用の検討』86―87頁(中央経済社、平成6)。

これについて、日本における最近の判例は取締役の経営判断に広範な裁量権を認めたうえで、経営判断をなした取締役に善管注意義務の違反がないといえるためには、経営判断の前提となった事実の認識及び経営判断の意思決定が相当な注意を持って行われたことを要求している。ここで、取締役として注意義務の違反はないとするのは、経営判断の「前提となった事実の認識に重要かつ不注意な誤りがなく、意思決定の過程と内容が企業経営者としてとくに不合理・不適切なものといえない」場合である(東京地決平成8年2月8日、資料版／商事法務144号111頁)。そして、経営判断の「前提となった事実認識に不注意な誤りがありまたは意思決定の過程が著しく不合理であったと認められる場合」には、取締役に注意義務の違反があったことになるとしている(東京地決平成5年9月16日、判例時報1469号25頁)。

〔注86〕 その理由は、特別訴訟委員会の決定に対して裁判所による司法審査を完全に排除すると、当該特別訴訟委員会が訴訟を続行する結論(いわゆる訴訟の終了を否定する結論)を下す場合は非常に少ないという危惧が指摘されている。E.Norman Veasey, *Seeking a Safe Harbor from Judicial Scrutiny of Directors Business Decisions—An Analytical Framework for Litigation Strategy and*

Counseling Directors, 37 Bus. Law. 1247, at 1273 (1982).

〔注87〕 Charles W. Murdock, *Corporate Governance—The Role of Special Litigation Committees*, 68 Wash. L. Rev. 79, 94—95 (1993).

〔注88〕 ALI, *supra* note (30), comment c to § 7.10, at 134.

〔注89〕 構造的偏向とは、特別訴訟委員会の意思決定に仲間たる被告取締役への無意識的な偏向が内在すること、としている (Charles W. Murdock, *supra* note (87), at 104) ため、特別訴訟委員会の構成員が彼らを任命する取締役の個人的、財政的または道徳的影響を回避できないということである (Miller v. Register and Tribune Syndicate, Inc., 336 N.W.2d 709, 716 (Iowa 1983))。この構造的偏向の理論によると、取締役が同僚を法律上の制裁から免れる決定をなすという結果が、強力な偏重を微妙に生み出すことを予想することができる (Dennis J. Block, Nancy E. Barton, and Stephen A. Radin, *The Business Judgment Rule: Fiduciary Duties of Corporation Directors*, p. 1766 (1998))。

〔注90〕 近藤光男・前掲(注85)110頁。

〔注91〕 具体的に、Ⅲの三の3の(3)を参照されたい。

〔注92〕 理由は次のように指摘されている。すなわち、たいていの社外取締役は彼らの社内取締役の同僚と類似の社会的・職業的な出身と一般的な価値観を共有する。大半の社外取締役はしばしば彼ら自身の企業の経営者であるため、その経営者は一般に代表訴訟をもって会社の取締役に責任を押しつけようと努めることや、株主の干渉を好意的に見ることはありそうもない。取締役になる前に、社外取締役がしばしば会社の高級経営者の友人たちであり、またたとえそうではなくても、取締役会における彼らの終身在職権 (tenure) を与える間に彼らの間の友情が自然に増大する。さらに、社外取締役は収入と彼の役職から得られる威信のため、彼の仲間である取締役に恩義を感じており、そして彼はこれらの利益を継続的に受領するために同じ取締役に頼ることになる。Dennis J. Block, *supra* note (89), p. 1766 (1998)。

〔注93〕 具体的に、Ⅲの三の3の(3)を参照されたい。

〔注94〕 ALI試案1から最終案までの内容は、Ⅲの三の3の(3)を参照されたい。

〔注95〕 前田重行「代表訴訟の終了(7.07—7.12条)」『アメリカ法律協会「会社運営の原理分析と勧告(試案4—7)」の研究』証券研究94巻149頁(1991)。

〔注96〕 つまり、裁判所が特別訴訟委員会の判断を実質的に審査することが、どれだけの実際上の意味があるのか、かえって訴訟を遅延させてしまうのではないかと疑問視されている。吉原和志「取締役の対会社責任と代表訴訟」ジュリスト1267号70頁(2004)。

〔注97〕 吉原和志「取締役の経営判断と株主代表訴訟」小林秀之＝近藤光男編『新版・株主代表訴訟大系』96—97頁(弘文堂、2002)。

〔注98〕 最近の中国の学説においては、人民法院が会社内部における法律関係に介入するにあたって、正当な経営判断を尊重すべきであり、司法裁量は会社の正当な経営判断を代替することができないと唱えている。その理由としては、たとえ良い動機からしても、裁判官はすべての状況の下で賢明かつ公平な判断をなすことができないなどが挙げられている。李国光＝王闊「会社訴訟事件の審理における若干問題点(上)(原文：審理公司訴訟案件的若干問題(上))」
http://www.chinacourt.org/public/detail.php?id=187288&k_title=股东代表诉讼&k_content=股东代表诉讼&k_author

〔注99〕 神崎克郎「米国における経営判断の原則の展開」『林良平先生還記念・現代私法学の課題と展望中』255頁以下参照(有斐閣、1982)。

〔注100〕 例えば、最近の中国において、環境汚染は大きな問題となっている。化学工業会社の存在はその大きな要因のひとつといえる。将来的に見ると、環境汚染は会社に損害を与えるため、株主がこれを理由として提起する代表訴訟は十分に予想できる。人民法院はこのような代表訴訟に対する会社側の訴訟終了決定を審査するにあたって、やはり公序良俗という概念を十分に配慮する必要があるだろう。

結び

アメリカ法における株主代表訴訟制度は、その誕生以来会社の所有構造の変化に対応して最初のクラス・アクションから代表訴訟へと変貌しながら発展し、曲折はありながらも会社の経営陣に対する主要な規制手段として性格づけられ、コーポレート・ガバナンスにおける中心的な役割を果たしているのである。この株主代表訴訟制度はすでに200年余を経過し、21世紀の今日においても、経営適正化を介して会社と株主の利益を保護する手段として広範に用いられていることは、当該制度の重要性を強く示すものではないかと思われる。この意味では、2006年の中国改正会社法が株主代表訴訟制度を導入したことは、画期的な意義を有するだろう。

もっとも、導入した法制度を如何に活用するかが問題となる。とりわけ21世紀の今日において、世界各国の経済取引交流が盛んに行われることによって、異なる法律制度の浸透もますます深まっている。自国において存在しない法律制度を導入するにあたっては、他国ですでに生成と発展を遂げた法律制度を考察することによって、当該法制度の長所を取り出すと同時にその不備および欠点を見つめて、それを修正・改善しながら、自国の歴史・文化・風土および政治制度など社会的・国家的環境を斟酌したうえで、法的移植を行うことが不可欠である。したがって、比較法的考察は今後においても、中国法にとって特別な意義があると思われる。

前述の考えに基づき、本稿では、2006年中国改正会社法の新設・株主代表訴訟制度を契機として、中国の株主代表訴訟を効果的に活用するために、比較法的立場から、訴権強化と濫訴防止制度を如何に構築するかを中心に中国・アメリカ・日本法の考察を行い、中国改正会社法への示唆を明らかにした。

第1に、訴権強化の面について。中国・アメリカ・日本会社法を比較したうえで、私見としては、中国の実情に鑑み、現段階における中国改正会社法の最優先の課題は、やはり株主権の保護・強化にあると考える。これは、中国の改革開放政策の下での所有と経営の分離に伴って、経営者の権限は強化される方向にあるのに対して、経営者の独断専行を

抑制するシステムはまだ充分には構築されていないためである。したがって、健全な企業経営を保持し株主の利益を守るため、中国が株主代表訴訟を導入する際の基本的な立法精神は、株主に代表訴訟のような経営者をコントロールできる強力な権限を与えたうえで、代表訴訟を提起する障害を取り除いて活用できるような手当てがなされるべきである。この基本的な考えに基づき、中国法への示唆を次のよう主張した。つまり、株主代表訴訟の訴権強化の立場から、株主の代表訴訟提起権に関して、中国改正会社法のように少数株主権と単独株主権の混在というシステムを廃止し、株主が一株を持つ場合でも代表訴訟を提起できるような単独株主権方式を採用すべきである。さらに、当該単独株主権には、アメリカ法上の行為時所有の原則と、日本法の6か月前より引続き株式を所有するという持株の保有期間の制限が課されるべきではなく、一株を持つ株主であれば如何なる場合でも代表訴訟を提起できるような手当てがなされるべきである。なお、株式交換と株式移転により株主の原告適格の維持については、それらが株主の本意でない限り、株主代表訴訟の原告適格を失わないとすべきである。また、株主代表訴訟によって追及できる責任主体と責任事由を拡張することも、訴権強化に対して一定の効果があると思われる。その他、訴訟費用(提訴手数料)の軽減も代表訴訟制度を利用しようとする株主にインセンティブを与えるため、大きな意義がある。

第2に、濫訴防止の面について。上記のように、一株でも持つ株主にいつでも代表訴訟を提起できるような極めて強力な権限を与えると、当該権限による濫訴の可能性も当然高くなることが想定されるため、株主代表訴訟の濫訴対策をも構築しなければならない。これについては、アメリカ・日本法における従来の濫訴防止制度として、原告適格、株主権濫用の主張、担保提供制度などがあるが、それらには限界もあるため、効果的とはいえない場合もある。このことを前提としてみた場合に、最も有効と考えられるのは、会社の提訴判断権と経営判断の原則の結合による濫訴防止である。すなわち、会社が提訴判断権を認める前提に立って、当該提訴判断権を利害関係のない社外取締役で構成される特別訴訟委員会に委譲し、当該委員会が提起されている代表訴訟の可否を検討したうえで、会社

の最善の利益に反すると判断すれば、訴訟終了の決定を出すことにより濫訴的な代表訴訟を終了させるシステムである。中国の場合は、社外取締役制度の導入を前提としたうえで、提訴判断機関は取締役会もしくは取締役会によって指名される特別訴訟委員会が相応しいと思われる。もちろん、代表訴訟を早期に終了させようとする特別訴訟委員会の決定の公正さを保障し代表訴訟による違法行為阻止機能を損なわないため、中国人民法院など公的機関の司法審査が適切に実行されることが必要である。とりわけ、人民法院は、特別訴訟委員会の決定を判断するにあたって、当該訴訟委員会の独立性と誠実性という過程の面だけではなく、会社の最善の利益に合致するかどうかという内容の面を審査したうえで、当該訴訟終了の決定は公序良俗と法の秩序に反するか否か、また会社の是正措置をとることにより終了決定を許可すべきかどうかなどの要素を含めて総合的に判断しなければならない。無論、人民法院による過大な関与は避けるべきである。このようにして、従来の原告適格および担保を提供するか否かに関する煩瑣な手続上の争いが不要となり、人民法院の司法審査によって原告と被告の対立関係が単純明快となる。このような考えは、人民法院に過重な負担を強いるという批判が予想されるが、会社側の判断の公正さと公序良俗を保つために、人民法院の司法審査は不可欠である。また、人民法院の司法審査に伴って、中国裁判官の質が高く求められることになるだろう。

かかる改善を通して、会社の健全な経営を保つべく、株主の代表訴訟提起権を保障・強化することによって代表訴訟制度の監督是正機能を最大限に発揮させるとともに、ともすれば生じかねない濫用的な株主代表訴訟を最小限に抑えることが、中国改正会社法における株主代表訴訟制度導入後のもっとも重要な課題の1つと考えられる。

なお、本稿で取り上げた訴権強化と濫訴防止制度の問題は株主代表訴訟制度に関わる諸問題のほんの一部に過ぎない。その他、会社の代表訴訟への参加、株主代表訴訟の取下げ、和解と請求の放棄、勝訴した取締役への補償、支配会社の株主が従属会社のために提起する代表訴訟(いわゆる二重訴訟あるいは多重訴訟)など検討すべき問題点が数多く残っている。今後も本稿で研究してきたことを踏まえて、前述の諸問題を引続き探求し、中国型の

株主代表訴訟制度の定着と発展について、自分なりの貢献をしていきたい。

—了—