

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——

羅(罗) 勇

序

- I 総説—中国株主代表訴訟制度の課題
- II 訴権強化制度の比較法的考察
- III 濫訴防止制度の比較法的考察
- 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—

結び

* 本論稿は、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」（2008年2月に合格）を圧縮したものである。

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。

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、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なければならない。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、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なければならない。

そしてこの課題の解決方法には、アメリカや日本など先進諸国の代表訴訟制度の歴史や理論が中国法に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¹⁾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。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。

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抽出し、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、訴権強化の制度としての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、その比較を行う各国法の異同を整理する。続いて「Ⅲ 濫訴防止制度の比較法的考察」では、濫訴防止制度としての株主権濫用の理論、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てその比較を行う。比較の方法は前述「Ⅱ」と同様である。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、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。ここでは、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

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 中国改正会社法における株主代表訴訟制度導入の背景

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²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³。にもかかわらず、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⁴、中国法の大きな欠陥と言わざるを得ないものであった。

この状況に鑑み、中国全国人民代表大会常務委員会と國務院は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号という形で⁵、「中華人民共和國会社法（改正草案）に関する國務院の審議議案」（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至った。

2 中国改正会社法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⁶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権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。」

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、関連条文として第20条は、株主権の濫用を次のように定める。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。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 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。株主の権利保護と会社のコンプライアンス・ガバナンスの視点からして新設された

中国の株主代表訴訟制度が高く評価できる一方、訴権強化と濫訴防止のあり方においてもなお課題を残している。すなわち、前記第152条および20条をもつ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。この課題を明確にするため、アメリカ法と日本法を念頭に置きつつ、中国株主代表訴訟制度における訴権強化と濫訴防止に関わる課題を抽出したい。

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ませている。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⁷⁾。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⁸⁾。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。もっとも、担保提供制度にも限界⁹があることに鑑みると、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）。しかし、株主の原告適格に1%超の持株比率要件を課すことはむしろ提訴を阻害するものになってしまう¹⁰。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¹¹、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っている。

第2に、会社の提訴判断による濫訴防止の問題がある。中国改正会社法は、会社の提訴判断権を認める¹²ものの、事実上は形骸化することになると思われる¹³。これに対して、アメリカ・日本法¹⁴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。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・ハンズと称し、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¹⁵。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、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¹⁶。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中国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っ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。

Ⅱ 訴権強化制度の比較法的考察

一 株主代表訴訟の責任主体

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、経営判断に影響力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になる。

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。すなわち、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項は会社の合法的権益を侵害した「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）。

もっとも、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。この中であって、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所有構造において、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¹⁷、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

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

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。

具体的に、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」¹⁸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」¹⁹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られる。

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。とりわけ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。この点に関しては、「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

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、制定法には明文上の定めはないが、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、代表訴訟の継続を認める傾向にある²⁰。すなわち、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考ええる。

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。つまり、係争中の株主代表訴訟の原告適格維持の可否について、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²¹。この判例の立場に対しては、日本の多くの学説が反対の見解を示した。そして、2005年（平成17年）「新」会社法は経済事情の変化に適応し、学説の意見にそって、立法によってこの問題を解決し、明文上において株式移転と株式交換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（日本会社法851条1項1号）。

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につき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）

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²²。

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ったと考えられる。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を背景として、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。

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を徴収しているのに対して、中国における最近の判例²³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。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。

Ⅲ 濫訴防止制度の比較法的考察

一 株主権濫用の理論

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、株主権濫用の理論は法律上の規定ではなくクリーン・ハンズ (clean hands) の原則という判例法上の法理に基づき、裁判官はケース毎に個別的に適用することになる。なお、日本の「新」会社法においては、立法という形で株主権濫用の理論を明文化するに至った (847条1項1号)。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。

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。この点につき、濫用の実態を考慮しつつ、中国改正会社法20条における株主権濫用の理論の射程距離に関わる解釈論は、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

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。

中国法における原告適格の要件は、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。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²⁴⁾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している²⁵⁾。

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。

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。

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ところにある。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が、1%超の持株比率が求められるため、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

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、アメリカ法では、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。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。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、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機能しているが、「新」会社法制定をきっかけに、不提訴理由書制度の導入（847条4項）によって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、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と期待されている。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。

これに対して、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。これに対して、中国の学説上においてしばしば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²⁶が、中国改正会社法には未だ明文化されていない²⁷。

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。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。そうすると、中国の代表訴訟に効果的な濫訴防止制度を構築するにあたっては、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

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。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命ずるものである。

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。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。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。

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、その今日の国情に鑑みる時、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²⁸を図ることが強く要請されているが、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踏まえて、中国法への示唆を明らかにする。

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

Ⅱで述べたように、中国改正会社法は株式移転・株式交換による原告適格の継続についての定めがない。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。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。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、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ることによる訴権強化を早急に構築すべきであると考ええる。

具体的には、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

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って、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会社の直接責任者その他の責任者、b関連部門の責任者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用すること自体は、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一層具体化すべきで

あると考える。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²⁹。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³⁰、会社の機会の奪取³¹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。

私見としては、これにつき極めて不当であると考える。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て、定額制³²を採用すべきである。つまり、中国の経済状況³³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、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³⁴。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³⁵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

(1) 株主権濫用の理論について

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

けを考へて提訴することを要求するのは非現実であろう³⁶。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）、もし取締役役に忠実義務・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³⁷。

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

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。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問題点も残っている。

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³⁸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。

なぜなら、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り、現実に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。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。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。

現段階の中国において最優先の課題は、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。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。

②180日以前より引続き株式を有するという持株の保有期間の要件

私見としては、この180日の保有期間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。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³⁹。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。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⁴⁰。

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、基本的に会社から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⁴¹。しかも、一般的にみて株主の持株の保有期間は短く、6か月以内が70%を占めていることがわかった⁴²。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。しかも、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

前記（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、担保提供制度は理論上においては、本来、濫訴防止のために設けられる制度ではないこと、担保提供の実効性にも問題がある⁴³ことなど機能的限界があるため、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、アメリカにおける最近の立法論としても当該制度の削除見解が示されている他⁴⁴、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⁴⁵。それは、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なると思われる。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

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。したがって、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⁴⁶。私見によれば、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で示したアメリカ・日本法⁴⁷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。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

中国改正会社法において、株主が提訴する前に会社にそれを請求する必要があるという考えは肯定されるべき⁴⁸であるが、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⁴⁹になってしまうことについては検討の余地が残される。

私見としては、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。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⁵⁰。

(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、会社側が濫用的なものであると判断した場合には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。

第1に、株主総会による提訴判断の可能性について。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、（ア）代表訴訟に対する無関心株主の問題⁵¹、（イ）株主総会の提訴判断機関としての能力の問題⁵²、（ウ）株主総会の提訴判断における偏向性の問題⁵³、（エ）訴訟遂行のエンジェンシーの問題も顕著である⁵⁴ため、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。

第2に、監査役会による提訴判断の可能性について。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）ため⁵⁵、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⁵⁶。私見としては、監査役会の構造の問題⁵⁷も監査役の能力問題⁵⁸もあるため、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。前述の問題点のうち、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。この問題を解決するため、中国法は日本法のような社外監査役制度を導入する説もある⁵⁹。しかし、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⁶⁰。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⁶¹、監査役会の客観性と独立性は依然として確保できない⁶²。したがって、中国の場合において、監督者たる監査役が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当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。

第3に、取締役会（特別訴訟委員会）による提訴判断の可能性について。中国法が社外取締役制度を導入すること⁶³によって必然的に株主代表訴訟の提訴判断機関の選択に影響を与えるのである⁶⁴。私見としては、中国改正会社法において、取締役会の下に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については、社外取締役の就任資格⁶⁵によってその独立性と公正性を基本的に確保できること⁶⁶、会社の事情によく熟知することにより提訴の当否を判断する能力をも備えること⁶⁷、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⁶⁸ことを含めて考えると、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⁶⁹。

(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が、アメリカの判例において、殆んどの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⁷⁰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、中国法はアメリカ法を参考にするにあたって、経営判断の原則の行き過ぎによって株主代表訴訟が事実上骨抜きにされる問題⁷¹を防止するため、安全弁を設ける必要がある。この役割を果たすためには、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が必要である⁷²。

② 人民法院における司法審査基準

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。そして、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、比較的早い段階においてある程度の司法審査⁷³を行うのが適当であると考ええる。こ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Alford判決⁷⁴および日本の判例⁷⁵を参考にしたうえで、会社側（特別訴訟委員会）による代表訴訟の終了決定に対して、すべての場合において次のような3段階テストで訴訟事案の過程の面と内容の面から⁷⁶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。

第1段階では、人民法院は、代表訴訟の終了につき、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という経営判断の過程を中心に厳格に審査すべきである⁷⁷。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⁷⁸。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⁷⁹。

第3段階では、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⁸⁰と法秩序への影響⁸¹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。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⁸²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て慎重に判断すべきである。

結び

アメリカ法から誕生した株主代表訴訟制度は、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。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、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について、中国改正会社法への示唆を明らかにした。

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。

- 1 周知のように、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。

これに対して、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。

- 2 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。
- 3 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。
- 4 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。

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、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。これは、やはり社会主義的市場経済の樹立に伴って現代化の急速な発展には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員会は、「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主眼とされている（王保樹「経済体制転換中の会社法が直面する転換—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—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））。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。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、政府と国有企業の関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。

5 国函〔2005〕1号。国函とは、中国国务院が公表した文献の略称である。

6 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

- たつて、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。
- 7 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。
 - 8 訴訟費用について、中国国务院が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。
 - 9 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。
 - 10 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になる。原告適格はむしろ提訴を阻害するものになってしまう。
 - 11 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。
 - 12 中国改正会社法が、代表訴訟を提起するにあたって、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、代表訴訟提起の可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。
 - 13 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。
 - 14 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。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。そして、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、裁判所は基本的に取締役会の訴訟終了の決定を尊重し、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。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。

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。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））。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、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。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」の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。

- 15 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）。
- 16 株主権濫用の理論を設ける本来の趣旨は、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。
- 17 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。これについて、支配株主の権利濫用の副作用として、国有企業における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と指摘されている。謝次昌『国有資産法』52頁（法律出版社、1999）。
- 18 意見稿1の43条1項。意見稿1とは、中国最高人民法院が、中国民法、会社法、民事訴訟法、契約法などに基づき、2003年11月4日に公表した「会社紛争事件の審理に関する若干の問題の規定（一）（征求意见稿1）」である。「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。

「意見稿1」と次の「意見稿2」は、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。

- 19 意見稿2の40条1項。意見稿2とは、「意見稿1」を公表した後、公開で集められた社会各界の意見を検討し、2004年8月に制定した「会社紛争事件の審理に関する若干の問題の規定（一）（征求意见稿2）」である。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。

- 20 たとえば、企業合併による株式喪失の事例としてのArnett v.Gerber Scientific.Inc事件がある（Arnett v.Gerber Scientific.Inc.,566F.Supp. 1270 (S.D.N.Y.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した。

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。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きままに振舞って、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（Id. at 1273）。

- 21 東京地判平成13年3月29日（判例時報1748号171頁）。

- 22 中国の民事訴訟費用は、2006年12月8日に公表し、2007年4月1日から施行された「訴訟費用支払規則」（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22〕。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。

- 23 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1.64億円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。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（中国証券報2005年12月13日）。

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。

- 24 有限会社における原告適格について、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1」より「意見稿2」が若干緩和し、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）。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（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）。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。

- 25 中国の株式会社における代表訴訟の原告適格につき、持株比率と持株の保有期間という2つの要件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し、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説明している。李国光＝王閔「会社訴訟事件の審理における若干問題点（中）」（原文：審理公司訴訟案件の若干問題（中））
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

- 26 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る場合には、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。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』）346頁（法律出版社、2004）。

- 27 中国改正会社法は経営判断の原則を定めていないが、「草案」において、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を違反し、職権範囲内において職務を遂行せず、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追及される」としている（「草案」246条）。

この条文を反射的に解すれば、もし取締役が忠実義務と注意義務に違反することがなく、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思われる。なお、当該条文の場所は第十章法律責任のところ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のではないと思われる。つまり、「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。

- 28 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。

- 29 周劍龍『株主代表訴訟制度論』91頁（信山社、1996）。

- 30 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り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。

- 31 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。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。

- 32 中国の学説においても、定額制を唱えるものがある。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、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。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>

- 33 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/jvyj/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。
- 34 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件と一応安定している。資料版／商事法務205号117頁。なお、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件となり、むしろ減りつつあるのである。「株主代表訴訟の動向」商事法務1769号56頁。
- 35 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。
- 36 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）。
- 37 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）。
- 38 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団公司の持株比率は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。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%、銀豊証券投資基金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%。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。
- 39 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。
- 40 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）。
- 41 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>

- 42 前掲注 (41)。
- 43 たとえば、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と指摘されている。Henn & Alexander, Law of Corporations (3rd ed 1983), p 1093—1095.
- 44 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 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。
- 45 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は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。すなわち、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など極めて限定的な場合に限られている。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）。
- 46 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。
- 47 これについて、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。
- 48 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もと会社の権利である。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。この考えに基づき、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った場合に限って、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と類似してい

る (American Bar Association, MODEL BUSINESS CORPORATION ACT ANNOTATED volume 2, § 7.42, at 7—334 (3ed, 2000))。

- 49 つまり、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、株主の代表訴訟提訴権を発動させることは、会社の提訴判断権を失わせしめることになる、会社はもはや訴訟を阻止できなくなる。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(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、(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(松田二郎「会社法概論」145頁(岩波書店、1968))、(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、通常の会社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(竹内昭夫「会社法の理論Ⅲ」261頁(有斐閣、1990))などが挙げられている。
- 50 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)で検討する)。
- 51 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実際上困難である。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。
- 52 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他、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た時期尚早である)。
- 53 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。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。

- 54 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。
- 55 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。
- 56 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たえるべきだと唱える説がある。劉俊海・前掲(26) 346頁。
- 57 この問題を解明するため、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と提唱されているが(王保樹『中国公司法原理』(原文:『中国会社法原理』) 217頁(社会科学文献出版社、2000))、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。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、また殆ど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(原文:『上市公司治理問卷調査結果と分析』『上市公司』2000年12号)」。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。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『中国证券市场发展における先端的問題の研究2001』(原文:『中国证券市场发展前沿問題研究2001』) 上冊62頁(中国金融出版社、2001))。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。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社にすぎず、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）。

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。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た状況の下で、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。

58 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。

59 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。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。

60 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。これに鑑み、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（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））。そして、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。

- 61 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）。
- 62 中国の現状に鑑み、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（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（原文：「上市公司治理問巻調査結果と分析」）『上市公司』2000年12号））。
- 63 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）。

「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、社外取締役制度を正式導入した。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、前述の「指導意見」にしたがって社外取締役制度を導入しなければならず、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）。

これについて、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に従うとしている（123条）。

- 64 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、アメリカ型の一元的システムへと変化する可能性が十分に考えられる。
- 65 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。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、嫁娶、兄弟姉妹

の配偶者、配偶者の兄弟姉妹などを指す。(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。

66 すなわち、中国法における社外取締役の就任資格によって、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できるため、社外取締役は、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、社外取締役の就任資格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(顧功耘=羅培新「我が国において社外取締役制度を確立するに關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69頁2001年6号)。この批判は傾聴すべきだが、中国上場会社の現状に鑑み、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。

67 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の判断することが可能である。

68 中国SECは、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)のに対して、訴訟委員会に関してはことさらに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その他、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としている。また、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と提言している(「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。

- 69 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)

70 近藤光男「代表訴訟」民商法雑誌108巻4・5号536頁。

- 71 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。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』193頁。

- 72 人民法院による司法審査の理由は次のように考えられる。

第1に、中国現行法における独立性の要件の下で社外取締役に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衛に過ぎず、絶対的の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、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(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))。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、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。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。

- 73 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。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））。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、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。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。

- 74 Alford事件の判決は、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、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（Alford v.Shaw, 358 S.E.2d 326—327 (N.C.1987)）。その理由について、裁判所は、「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当である」と認識している（Id. at 326—327）。その後、ノースカロライナ州最高裁判所は、Alfordアプローチの手続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（Alford v.shaw, 398 S.E.2d 445, 452—453 (N.C.1990)）。

取締役会における構造的偏向（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, Corporate Governance-The Role of Special Litigation Committes, 68 Wash.L.Rev.79, 104 (1993)）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。したがって、基本的にAlford判決は肯定すべきである。

- 75 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に責任がないとみなされるのである。
- 76 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。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。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）。
- 77 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。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）。
- 78 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。
- 79 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。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。

- 80 いうまでもなく、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。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。確かに、会社に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、公序良俗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、社会主義を標榜して「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。
- 81 法秩序への配慮というのは、会社が是正措置をとる自体は代表訴訟の終了を認める理由になるかどうかの問題である。ALIによると、被告が「重大な不当利得の保持」を放棄し、会社にその不当利得を返還した場合は、もはや会社が是正措置を取ったとみなされ、訴訟終了が認めることになるのである（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」」46頁（日本証券経済研究所、1995））。ALIの考えは、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。確かに、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は合理的な面は否定できない。しかし、被告が得た不当利得を会社に返還させたり、あるいは被告を解任したり、強いては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適当ではない。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、中国の場合において、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（会社に対する社会的評判の低下、従業員士気の回復など）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。
- 82 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。