

香港の新会社法(1)

李 秀 宓

目 次

- I はじめに
- II 新会社条例制定の背景
 - 1. 序説
 - 2. Poscutto 報告書
 - 3. 常務委員会による Poscutto 報告書の検討
 - 4. 新会社条例の起草
- III 新会社条例の内容
 - 1. 会社の設立
 - 1-1 会社の種類
 - 1-2 株式有限会社の設立手続
 - 2. 取締役
 - 2-1 新条例における主な改正
 - 2-2 取締役の定義等
 - 2-3 取締役の選任及び解任
 - 2-4 取締役の義務
 - 3. 株主代表訴訟
 - 3-1 コモン・ロー上の株主代表訴訟
 - 3-2 制定法上の株主代表訴訟
 - 3-3 コモン・ロー上の株主代表訴訟と制定法上の株主代表訴訟との併存
(以上, 本号)
- IV 日本法への示唆
- V おわりに

I はじめに

2014年3月3日に、香港の新会社条例（New Companies Ordinance⁽¹⁾）が施行される⁽²⁾。2006年に始まった新会社条例の起草過程は、1994年に当時の財政長官（Financial Secretary）が予算案演説において、21世紀に相応しい新しい会社条例が必要であると述べたことに遡ることができる⁽³⁾。20年という長い歳月を経てやっと世に問われた新会社条例を俯瞰すれば、会社法制を整備し直す作業の難しさ、また起草過程のスケールの大きさを容易に理解することができる。

改正前の会社条例は香港の法令の中で最も複雑で、かつ難解だと評されていた。改正前会社条例における英語の文言や英語から訳された中国語の文言は法律の専門家ですら理解しにくい。この条例の直近の大規模改正は1984年に行われた。この改正は、基本的にイギリス1948年会社法における主要な改革を、また、1984年の大改正後のいくつかの改革はイギリス1976年会社法における改革を取り入れたとされる。その後は、1984年に設立された香港政庁の諮問機関である会社法改革常務委員会（Standing Committee on Company Law Reform, 以下「常務委員会」という）が、香港政庁に会社条例の改正に関する勧告を行ってきた。同常務委員会は、特

(1) New Companies Ordinance, available at http://www.cr.gov.hk/en/companies_ordinance/index.htm.

(2) <http://www.cr.gov.hk/en/news/highlights.htm#141>.

(3) The Report of the Standing Committee on Company Law Reform on the Recommendations of a Consultancy Report of the Review of the Hong Kong Companies Ordinance (2000), at para. 1.1, available at [http://www.cr.gov.hk/en/standing/docs/Rpt_SCCLR\(E\).pdf](http://www.cr.gov.hk/en/standing/docs/Rpt_SCCLR(E).pdf).

香港の新会社法(1)

に最近 10 年ほどの間は、会社条例の現代化やコーポレート・ガバナンスの整備を図るための改正の勧告を行い、その勧告が採用される形で会社条例の部分改正が繰り返し行われた⁽⁴⁾。しかしながら香港政庁は、競合関係にあるシンガポールの競争力の向上を背景として、国際金融センターとしての香港の地位をさらに強固なものにするには、もはや会社条例を全面的に書き直さなければ企業社会のニーズに応えられない段階に来ている、と危機感を抱いているとされる⁽⁵⁾。

ところで、1994 年から始まった新会社条例の制定過程では、後にも述べるように従来のイギリス会社法の継承路線を止めて、アメリカ会社法をモデルにすべきという提言もされたが、常務委員会は当該提言を一蹴した。その結果、新会社条例は依然としてイギリス会社法、特に 2006 年会社法から強く影響を受けた。また、イギリス会社法の他に、同じく旧英連邦国であるオーストラリア、シンガポール、ニュージーランドの会社法も参考にされた⁽⁶⁾。

香港は 1997 年に中華人民共和国（以下「中国」という）に返還され、中国の特別行政区とされた。特別行政区に関しては、中国の憲法 31 条は次のように定めている。「国家は必要な時に特別行政区を設立することができる。特別行政区において実施される制度は、全国人民代表大会が具体的な状況に照らし法律により定める。」この憲法の規定の下、中国の全国人民代表大会は、1990 年に「基本法」を制定し、公布した（1997 年 7 月発効）。基本法

(4) Companies Ordinance Rewrite, available at http://www.fstb.gov.hk/fsb/co_rewrite/eng/aboutus/aboutus1.htm.

(5) <http://www.legco.gov.hk/yr10-11/english/bc/bc03/reports/bc030627cb1-2221-e.pdf> (last visited Dec. 5, 2013).

(6) Hong Kong Company law & Practice Commentary, (CCH) [¶ 2-000] Legislative background (2013), at 2.

5条によれば、香港では社会主義の制度及び政策を実施しないこと、従来の資本主義制度及び生活様式を返還後50年維持し、変更しないことが定められている。なお、法律の適用について、基本法8条は次のように定めている。「香港の従来の法律、すなわちコモン・ロー、衡平法、条例、付属立法及び慣習法は、本法である基本法に抵触しない限り、または香港特別行政区の立法機関が行う改正を除き、維持される。」以上二つの基本法の規定から、香港の法律制度は返還後も維持されることが分かる。これは香港のコモン・ロー法系の法律制度や当該制度における原則等も返還前と同じく維持されることを意味する⁽⁷⁾。

イギリス法系に属する香港の会社条例が、これから中国の会社法にどのような影響を及ぼしうるのかは興味深い論点であるが、本稿の研究対象とはしない。他方、日本では、香港の会社法に関する研究は必ずしも多いとはいえない⁽⁸⁾。しかし、法域が異なるにせよ、株式会社等の会社制度の根底にある同質性に注目すれば、イギリス法系である香港の会社法は日本の会社法の検証において異なる視点を与えてくれるはずである。したがって、本稿の著者は、日本の会社法が孕む問題点に対し、香港の新会社条例から示唆が得られないのかと考えている。この問題意識の下、本稿では、香港の新会社条例制定の背景を説明した上で(Ⅱ)、新会社条例の内容を重要な項目ごとに解説し(Ⅲ)、最後に香港の新会社条例から得られる日本法への示唆を明らかにし(Ⅳ)、結びとする。

(7) 陳弘毅ほか編著『香港法概論』（三聯書店（香港）有限公司，2009年）51-52頁。

(8) これまで香港の会社法に関する研究としては、安田信之「香港会社法(1)(2)(3)」国際商事法務19巻7-9号（1991年）、上田純子『英連邦会社法発展史論』（信山社，2005年）198-224頁がある。

II 新会社条例制定の背景

1. 序説

改正前の会社条例は、1932年に、イギリスの1929年会社法をモデルに制定された⁽⁹⁾。第二次世界大戦終結後、中国国内の内戦の影響で、中国から大量の移民が香港に入り、1950年に人口が終戦直後の61万人から200万人に増えた。その後、1956年から1962年まで再び中国からの移民ブームがあり、1960年に人口が300万人に増えた。人口の増加にベトナム戦争による需要の高まりも相まって、香港は好景気を享受した。1960年代には、香港はすでに重要な貿易センターとなっていたが、1932年の会社条例は、この時期における香港の経済発展には追いつかなくなっていた⁽¹⁰⁾。たとえば同条例は役員の特権濫用防止の規定をまったく有していなかった⁽¹¹⁾。時を同じくして当時のイギリスでは、ジェンキンス委員会（Jenkins Committee）が報告書をイギリス国会に提出し、会社法改正に関する答申を行った。ところで香港政庁はこのイギリスの会社法改正に倣わずに、会社条例の改正を行うことにした。その改正作業のために、1962年に会社法改正委員会（Company Law Reform Committee）を成立させたものの、この委員会はすぐに改正作業に取りかかることはなかった。イギリスの会社法改正（1967年会社法）が完成するのを待つため、また当該委員会の委員長が1965年に相次いだ銀行破綻の処理に当たったため、委員会の活動は暫く中止せざるを得なかった。委員会がようやく活動を再開できたのは

(9) 上田・前掲注(8)198頁。

(10) S. H. Goo, Study Report on History of Company Incorporation in Hong Kong 8 (2013), available at <http://www.cr.gov.hk/en/publications/docs/studyreport-e.pdf>.

(11) 上田・前掲注(8)198頁。

1968年になってからである⁽¹²⁾。

会社法改正委員会は1971年に「投資家の保護」と題する第一報告書を、1973年に会社条例の改正に関する第二報告書を公表した。第二報告書はイギリス1948年会社法に依拠するところが多いとされる⁽¹³⁾。ところで、この第二報告書における勧告は、1984年改正以前に行われた小改正ではほとんど採用されなかったが、1984年の改正では採用された。この経緯からも分かるように、1984年改正は基本的にイギリス1948年会社法に依拠したものである。

1980年代には、香港の人口は500万人を超えており、世界の主要な貿易センターになっていた。他方、イギリスは1973年1月1日にECに加盟し、それに併せて1972年にヨーロッパ共同体法（European Communities Act 1972）を制定してEC法を包括的に国内法化する措置を講じた。それにより、会社法に関する数々のEC指令も、逐次国内法化してきている⁽¹⁴⁾。このようにイギリス会社法は、EC会社法指令の履行により、その内容がますます複雑となり、香港で生じた問題に適合しなくなるおそれがあると指摘された。香港は独自に会社条例の問題に対処する方策や規制を考えなければならなくなるという状況に直面した。そのために、1984年に会社法改革常務委員会（Standing Committee on Company Law Reform、以下「常務委員会」という）が立ち上げられた。常務委員会の役割は企業の実務で日々生じるニーズに応えられるように、会社条例を点検することである。その具体的な権限は、会社条例等を改正する必要がある場合、改正に関する意見を、財政長官（Financial Secretary）に提供すること、また毎年、財政事務財務局（Financial Service and the Treasury Bureau）局長を通じて、

(12) Goo, *supra* note 10, at 8-9.

(13) Gordon Jones, *Corporate Governance and Compliance in Hong Kong* 23 (2012).

(14) 上田・前掲注(8)51頁。

行政会議で行政長官に常務委員会の審議内容を報告してもらうことである。

ところで、1994年当時の財政長官（Financial Secretary）は予算案の演説において、次のように述べた。「これまでは、企業社会の進展に対応するために、会社条例の部分改正を繰り返し行ってきた。しかし、今は会社条例を全面的に検討することを要する段階に来ている。我々は、21世紀に相応しい条例を必要としている。そのため、財政事務局にこの課題の検討を要請した⁽¹⁵⁾。」この発言を受けて、香港政庁は1994年11月に、Ermanno Poscutto氏に会社条例の全面的な検討を依頼した。そして1997年に、会社条例の検討に関する顧問研究報告書（The Consultancy Report on the Review of the Hong Kong Companies Ordinance⁽¹⁶⁾、以下、「Poscutto報告書」という）が公表された。しかしながら、常務委員会はこの報告書における見解や勧告の多くを採用しなかった。以下では、Poscutto報告書における主要な勧告及び常務委員会からの反論を明らかにした上で、2006年から始まった新会社条例の制定作業を説明する。

2. Poscutto 報告書

Poscutto報告書は会社条例を全面的に検討した。報告書の見解及び112項目の勧告は非常に広範にわたる。以下では、報告書における注目すべき点のみを取り上げる。

(15) The Report of the Standing Committee on Company Law Reform on the Recommendations of a Consultancy Report of the Review of the Hong Kong Companies Ordinance, at para 1.1 (2000), available at [http://www.cr.gov.hk/en/standing/docs/Rpt_SCCLR\(E\).pdf](http://www.cr.gov.hk/en/standing/docs/Rpt_SCCLR(E).pdf).

(16) The Consultancy Report on the Review of the Hong Kong Companies Ordinance (1997), available at <http://www.cr.gov.hk/en/standing/docs/concmpny.pdf>.

(1) イギリス会社法の継承路線との決別及び「核心会社法」アプローチの提言

報告書は、イギリス会社法が EC 会社法指令の国内化によりますます複雑となり、香港の会社法規制から乖離していることなどを指摘し、イギリスはもはや香港にとって倣いやすい会社法モデルを提供できなくなったとした上で、他のコモン・ローの国、たとえばアメリカ、カナダ、ニュージーランドの会社法制を参考にすべきと提言した。イギリス会社法に追随してきたこれまでの改正の取り組み方を転換させるべきという提言が、この報告書の大きな特徴である。実際に、報告書における勧告は、主にアメリカ、カナダ、ニュージーランドの会社法に依拠したとされる⁽¹⁷⁾。それから、報告書は会社条例の簡潔化を図るために、ニュージーランド法律改革委員会が提案した「核心会社法 (core company law)」のアプローチの採用を力説した。つまり、会社条例は商業関係に関するすべての条文を定めるのではなく、会社の誕生、存続と消滅 (birth, life and death) に焦点を当て、しかも簡明な規制を定めればよいとし、会社の倒産や証券規則に関する規定を会社条例から切り離すべきであるという提言をした⁽¹⁸⁾。また、このような簡潔で明瞭な会社条例は、公開会社及び私会社の両方に、すなわちすべての会社に適用されるべきであり、公開会社と私会社を分けてそれぞれ独立した条例を作るべきではないとした⁽¹⁹⁾。

(2) 額面株式の廃止及び株式の部分払込み (partly paid shares) 制度の廃止

現代的かつ柔軟な資本制度を図るために、額面株式及び株式の部分払込み (出資の分割払い) の廃止を勧告した⁽²⁰⁾。

(17) Id. at paras 17, 18, 41.

(18) Id. at para 112.

(19) Id. at paras 124-126.

(20) Id. recommendations 4.01, 4.02, 4.05.

(3) 少数派株主の救済

香港では、私会社だけではなく、公開会社や上場会社においても家族支配の会社（family controlled company）が非常に多く、これらの会社において支配株主と少数派株主との間で利害衝突が生じた場合、少数派株主の利益が害されやすい。そのため、少数派株主を保護するための制定法上の株式買取請求権や制定法上の株主代表訴訟制度も提言された⁽²¹⁾。もっとも、この提言は、家族支配でない会社も対象とされている。

(4) 取締役の義務の法制化

取締役の義務、すなわち、取締役が誠実に、会社の最良利益のために行動する義務を負うこと及び適度に慎重な者であれば有する注意、勤勉、技量を行使する義務を法制化することが勧告された⁽²²⁾。

(5) 取締役の利益衝突に関する規制

報告書は、取締役の利益衝突に関する法規制は難しい課題であると指摘した。この問題は結局のところ、取締役が、会社に対する信託義務に従い行動するかという問題である。法規制でその範囲を漏れなく定めることは非常に困難である。報告書は、取締役の利益の開示や利害関係のない株主による承認、会社に対する公平性に焦点を当てて規制を定めることを勧告した。また、アメリカ法律協会のコーポレート・ガバナンスの原理における、利益衝突の状況における公平取引義務の規定の導入を提案した。さらに、この規定によって、従来の厳格な信託基準より、より商業的に合理的な基準が認められるという利点も指摘された⁽²³⁾。

(6) 取締役の資格剥奪制度の廃止

取締役の資格剥奪に関する規定は、証券、倒産や刑法に関する規定で代

(21) Id. at paras 127-133.

(22) Id. at para 134.

(23) Id. at para 135.

替できるので廃止すべき，という勧告がなされた。

(7) 影の取締役及び予備の取締役に関する規定の廃止

予備取締役及び影の取締役の「影」という難しい概念は削除すべきである，という提言もなされた⁽²⁴⁾。

3. 常務委員会による Poscutto 報告書の検討

常務委員会は，前記の報告書がアメリカ法に傾斜していること，改正前の会社条例がほとんど機能していないという見方，核心会社法のアプローチ等について同調せず，厳しい反論を行った。他方，常務委員会は当該報告書の検討を通じて，会社条例の内容・構造や香港会社法における基本概念を検証する機会を得て，また会社条例の改正を要する範囲を明確にすることができたという点で，Poscutto 報告書を評価した⁽²⁵⁾。ただ，当該報告書における 112 項目の勧告のうち，常務委員会が採用したのは 35 項目に止まり，前記の報告書に対し時間と金銭の無駄だったという評価すら存在する⁽²⁶⁾。採用された 35 項目の中には，たとえば，既述した通り，公開会社と私会社を分けない単一の会社条例を制定すること，倒産に関する規制を会社条例から切り離すことや，額面株式の廃止，それから株主代表訴訟の制定法化(ただし，カナダ法に倣った法定代表訴訟の部分は採用されなかった)だけである⁽²⁷⁾。

(24) Id. recommendation 6.08.

(25) Id. at para 1.6.

(26) Jones, supra note 13, at 26.

(27) The Report of the Standing Committee on Company Law Reform on the Recommendations of a Consultancy Report of the Review of the Hong Kong Companies Ordinance (2000), at 232-246, available at [http://www.cr.gov.hk/en/standing/docs/Rpt_SCCLR\(E\).pdf](http://www.cr.gov.hk/en/standing/docs/Rpt_SCCLR(E).pdf).

他方、常務委員会は会社条例の全面的な検討を経てから、会社条例の改正に関し、改正内容の複雑さや優先度等に応じて次の四段階に分けて、改正の勧告を行った。

第一段階：会社条例の具体的条文に関する改正の勧告：たとえば取締役が一人の会社を認めること、影の取締役の定義の改定や取締役の補償及び保険等である。

第二段階：コーポレート・ガバナンスに関する改正の勧告：たとえば取締役の自己取引や委任状の規定等である。

第三段階：前記以外の、より調査や研究を要する会社条例の部分、たとえば額面株式の廃止や調査権限の規定等に関するものである。

第四段階：会社条例全体に関する勧告：分かりやすい言葉で会社条例を書き直すことや、会社条例の全体構造を組み直すことなどである⁽²⁸⁾。

第一段階、第二段階及び第三段階の一部に関する勧告はすでに2003年及び2004年の改正で実現されたが、第三段階における未改正の部分と第四段階に関する勧告は新会社条例の制定作業を経て実現された。次に新会社条例の制定過程について説明する。

4. 新会社条例の起草

2006年に財政事務財務局（Financial Service and the Treasury Bureau）にて、会社法改正チーム（Company Law Rewrite Team）が設けられた。チームは、香港の会社条例を世界における主要な国際金融センターである香港の地位に相応しいものとし、また、会社法における地域的・グローバルな進展に一致させるために、同条例の改正・書き直し（rewrite）作業

⁽²⁸⁾ Jones, *supra* note 13, at 26-27.

に取りかかった⁽²⁹⁾。ところで、この時期に会社条例の書き直しという大きな作業を始めたのは、イギリス 2006 年会社法の成立が重要な要因とされる。イギリスにおいても 2006 年会社法改正は 1862 年会社法以来の最も重要な会社法改正であると評価されている。それに香港の会社条例はイギリス会社法に由来しているので、イギリス会社法の改正内容や改正過程を利用することは会社条例の書き直しという膨大な工程を考えれば合理的だと思われた⁽³⁰⁾。

なお、会社条例の改正はその範囲があまりにも広すぎるため、香港政庁は会社条例における清算 (winding-up) と支払い不能 (insolvency) に関する規定を会社条例から切り離して、会社の倒産法の現代化という改正作業に譲った。また株式発行の目論見書 (prospectuses) に関する規定も会社条例から切り離れた⁽³¹⁾。

会社法改正チームの他に、専門家からなる四つの顧問グループも発足した。常務委員会は会社法改正チームにとって主な顧問機関であり、実質改正に関する部分については勧告を行い、また改正チームは顧問グループから出された意見等も検討した⁽³²⁾。

2007 年及び 2008 年に財政事務財務局は、特に複雑な課題に関し、下記の三つの諮問を社会一般に公開し、意見を公募した。すなわち、① 2007 年 3 月の「会計及び監査に関する規定」(Accounting and Auditing

(29) Hong Kong Company law & Practice Commentary, supra note 6, at 1.

(30) Jones, supra note 13, at 43.

(31) これらの規定は、新会社条例の施行に伴い、旧会社条例である香港法例第 32 章に残されており、条例の名は「会社（の解散及び雑項条文）条例」に変わる。Available at <http://www.legco.gov.hk/yr10-11/english/bc/bc03/reports/bc030627cb1-2221-e.pdf>.

(32) http://www.fstb.gov.hk/fsb/co_rewrite/eng/advisorygroup/advisorygroup.htm (last visited Dec. 10, 2013).

香港の新会社法(1)

Provisions⁽³³⁾), ② 2008年4月の「会社の名称, 取締役の義務, 法人取締役と担保の登記」(Company Names, Directors' Duties, Corporate Directorship and Registration of Charges⁽³⁴⁾), ③ 2008年6月の「株式資本, 資本維持制度, 制定法上の合併手続」(Share Capital, The Capital Maintenance Regime, and Statutory Amalgamation Procedure⁽³⁵⁾)である。

これらの諮問を踏まえて, 財政事務財務局は会社条例の起草を行った。草案についても再び社会一般からの意見聴取を経て, 2011年11月26日に立法院に法案が提出され, 2012年7月12日に同法案が立法院を通過し, 新会社条例が成立した。なお, この新会社条例は前述したように2014年3月3日に施行されることになっている。

Ⅲ 新会社条例の内容

香港の新会社条例は900を超える条文及び12の附表を有する。新条例は用語を分かりやすくした他, 内容面で, たとえば, 基本定款 (memorandum of association) の廃止, 額面株式の廃止, 自己株式の取得に関する取得財源の規制, コーポレート・ガバナンスの強化, IT技術の活用を促す規定を設ける等の重要な改正を行った。以下では, 新会社条例を逐条ではなく, 重要な項目ごとに説明する。なお, 条文の名称を記載しない場合は

⁽³³⁾ Accounting and Auditing Provisions, available at http://www.fstb.gov.hk/fsb/co_rewrite/eng/pub-press/doc/cocap32-hl_e.pdf.

⁽³⁴⁾ Company Names, Directors' Duties, Corporate Directorship and Registration of Charges, available at http://www.fstb.gov.hk/fsb/co_rewrite/eng/pub-press/doc/CO_Rewrite_Leaflet_E.pdf.

⁽³⁵⁾ Share Capital, The Capital Maintenance Regime, and Statutory Amalgamation Procedure, available at http://www.fstb.gov.hk/fsb/co_rewrite/eng/pub-press/doc/3thPCCOR_Leaflet_e.pdf.

新会社条例を指す。

1. 会社の設立

1-1 会社の種類

香港の会社条例では会社の種類は有限会社 (limited company) と無限会社 (unlimited company) に大きく分けることができる。有限会社には、株式会社有限会社 (company limited by shares) と保証有限会社 (company limited by guarantee) がある。

株式会社有限会社とは、定款において、会社の構成員の責任を当該構成員が所有している株式の未払い額までと定めている会社であり (8条(1))、日本の株式会社に相当する会社形態である。ただし、構成員が引き受けた株式に対して、株式の払込金額の全額を払い込むことを要しない。たとえば、A 構成員が甲株式会社有限会社の 1000 株を引き受け、一株の払込金額が 100 香港ドルとする。A は一株につき 50 香港ドルを支払い、その後、未払い額の 50 香港ドルは、会社から求められる際に (実際は株主と会社との取り決めに基づく) 支払えばよいとされる⁽³⁶⁾。この例から分かるように、会社の構成員は、所有している株式について未払い額がある場合、会社に対する責任はその未払い額までであり、全額を支払った場合は、それ以上の責任を負わないことになる。出資の履行について、構成員の分割払込が認められていることは、日本の全額払込主義 (日本会社法 34 条 1 項) と比較するとやや奇異に映るかもしれない。

保証有限会社とは、次の二つの要件を満たす会社のことである。①株式資本を有しないこと。②会社の構成員の責任を、会社が解散する際に、会社の資産として支払うと承諾した額にまで限定すると定款に定めること (9条(1)(a)(b))。保証有限会社における「保証」とは、会社の構成員が会社

(36) 陳ほか編著・前掲注(7) 27 頁。

の債務について会社の定款に定めた一定の額まで保証しなければならないことを指す。保証有限会社は、主に非営利事業、たとえば文化事業や慈善公益に従事する会社が利用する会社形態である⁽³⁷⁾。

無限会社とは、会社の構成員の法律責任に上限がない会社を指し(10条)、日本の無限会社に相当する会社であるが、香港では株式資本を有する公開無限会社(public unlimited company with a share capital)及び株式資本を有する私的無限会社(private unlimited company with a share capital)が認められている(66条)。

香港で最も利用されている会社形態は株式有限会社である。また株式有限会社は、株式譲渡や株主の数の制限の有無によって、私会社(private company)と公開会社(public company)に分かれる。私会社とは、会社の定款で①株式の譲渡に制限を加えること、②会社の構成員の人数を50人以下に限定すること、③会社の株式または社債の引受人を公募することを禁止すること、を定めており、かつ保証有限会社でない会社のことである(11条)。公開会社とは、私会社及び保証有限会社でない会社である(12条)。

改正前の会社条例の下では、8種類の会社形態が認められていたが、新会社条例は会社形態の種類を整理し直し、上記で説明した次の5種類の会社形態にまとめた。すなわち、①私的株式有限会社、②公開株式有限会社、③株式資本を有する私的無限会社、④株式資本を有する公開無限会社、⑤株式資本を有さない保証有限会社である(66条)。

以下では、香港で最も利用されている会社形態である株式有限会社の設立手続を説明する。

(37) 陳ほか編著・前掲注(7)440頁。

1-2 株式有限会社の設立手続

(1) 定款の作成

改正前の会社条例の下では、会社の定款には基本定款 (memorandum of association) と付属定款 (articles of association) の二つの部分があった。基本定款には、会社の名称、構成員の責任が有限であること、会社の登記した営業所の住所 (香港の住所)、授權資本、目的を記載しなければならないとされていた⁽³⁸⁾。付属定款は会社内部の運営に関する規則、つまり会社の自治に関する規則であり、たとえば、構成員の人数制限、株式の譲渡、取締役会、取締役の権限、株主総会、利益配当、秘書役等に関する規則である。ところで、基本定款の必要記載事項である会社の目的条項は、1997年の改正で会社の能力外法理 (ultra vires doctrine) に関する規定を廃止したことに伴い、それを記載する重要度が比較的低くなった。また、会社の目的条項及び授權資本以外の基本定款の記載事項は、付属定款及び会社設立登記に求められる登記申請書にも記載しなければならない。これらのことから、基本定款を存続させる必要性は自ずと低くなった。そのため、新会社条例は基本定款を廃止し、付属定款だけを残して、定款 (articles) という用語にした⁽³⁹⁾。なお、定款における下記の絶対的記載事項以外については、モデル定款が用意されている⁽⁴⁰⁾。会社は当該モデル定款の規定を一部分または全部採用することができる (79条)。また、当該モデル定款の規定と異なる規定や、モデル定款の適用を排除することを会社の定款に

(38) Company law in Hong Kong: Practice and Procedure 1007-1024 (Susan Kwan et al. eds., 2007).

(39) http://www.cr.gov.hk/tc/companies_ordinance/docs/briefingnotes_part03-c.pdf (last visited Nov. 30, 2013).

(40) Company Model Articles, available at http://www.cr.gov.hk/tc/companies_ordinance/docs/sub_legislation_ln77-c.pdf.

記載しない限り、当該モデル定款は会社の定款の一部分とみなされる（80条）。

定款の絶対的記載事項は次の通りである。

① 会社の名称（81条）

会社の名称には、英文標記あるいは中国語標記、または両方の併記が認められる。英文標記は名称の最後に、“limited”，中国語標記であれば、「有限公司」をつけなければならない（102条）。

② 構成員の責任（83条，84条）

構成員の責任が有限であり、また、構成員の責任は所有している株式の払込未了の部分を限度とすることを記載しなければならない。

③ 株式資本（share capital, 授權資本）及び設立時構成員が所有する株式の状況等（85条）

定款には、(i)会社が設立時に発行する株式総数、(ii)設立時の構成員が引き受けた株式の数、(iii)設立時構成員が引き受けた株式について、払い込んだ額及び未払い額（未払い額がある場合）(iv)種類株式を発行する場合、当該種類株式に関する前記の(i)～(iii)までの内容を記載しなければならない（85条(1), スケジュール2の8条）。なお、最低資本金制度がないので、資本金は1香港ドル以上であればよいとされる。他方、絶対的記載事項ではないが、会社が任意に発行することができる株式の上限（株式資本）を定款に記載することができる（85条(2)）⁽⁴¹⁾。

(2) 構成員

構成員は1名以上であればよいとされるので（67条）、一人会社が認め

(41) [http://www.cr.gov.hk/tc/companies_ordinance/docs/BN-C\(MA\)N-c.pdf](http://www.cr.gov.hk/tc/companies_ordinance/docs/BN-C(MA)N-c.pdf) (last visited Nov. 30, 2013).

られる。

(3) 取締役

1名以上であればよいとされる(454条)。なお、取締役の年齢には制限があり、取締役として委任された時に、18歳以上でなければならない(459条)。また、公開会社では2名以上でなければならない(452条)。

(4) 会社秘書役 (company secretary)

1名置かなければならない(474条(1))。イギリス2006年会社法(以下「2006法」という)は、私会社について秘書役を設置しないことを認め、従来の強制設置から任意設置にした(2006年法270条)。香港の新条例はすべての会社に対する秘書役の強制設置を維持した。秘書役は主に会社の法定書類の作成、登記、保管や株主総会・取締役会の議事設定や議事録の作成、保管等を行う。

(5) 登記 (72条, 73条)

会社登記官に、会社を設立しようとする者が会社の定款に署名した上で、登記申請書及び定款の写しを提出し、登記を行う(67条)。設立中の会社は、登記証明書に記載された法人の成立日より、法人格を有する(73条)。

2. 取締役

2-1 新条例における主な改正

取締役に関する規定において、コーポレート・ガバナンスの強化、会社登記官の権限の強化、条文の現代化という狙いから、次のような改正が施された。①私会社における法人取締役について制限を定めた(457条)。②取締役の注意義務を明文化した(465条, 466条)。③取締役の任務懈怠等の行為を追認するには、利害関係のない構成員のみによって行わなければならないこととした(473条(3))。④会社と取締役との間で禁止される金銭の貸付等の範囲を拡大した(486条～488条)。⑤取締役の役務提供契約が3年を超える場合、株主総会の承認決議を経る必要があるとした(530条)

～535条)。⑥取締役に関する情報開示の範囲を拡大した(536条～542条)。⑦会社登記官(registrar)に、取締役の法定最低人数を満たしていない会社に対し設置を指示する権限を与えた(458条, 476条)。⑧取締役の第三者に対する損害賠償責任について、会社による補償の範囲の規定内容をより明瞭にした(467条, 469条～472条)⁽⁴²⁾。なお、取締役の資格剥奪規定は会社の解散等の規定と共に、会社条例から切り離されることになった。以下では、取締役に関する新条例の規定を重要な項目ごとに説明する。

2-2 取締役の定義等

条例2条によると、取締役とは取締役の職務を担う者であり、またいかなる職名かを問わず、取締役の地位を占める者は取締役であるとされる。後者の広い定義の下、取締役の範囲は影の取締役にも及ぶ⁽⁴³⁾。影の取締役とは、実際に取締役として選任されてはいないものの、取締役の全部または過半数の取締役が、通常、他者の指示や命令に従うことになっている場合の、その当該他者のことである(shadow director, 2条)。なお、改正後の会社条例は、改正前と同様、公開会社の法人取締役を禁止したが(456条)、私会社に対しては、次のような制限の下で、法人取締役を認めた。すなわち、私会社には、自然人取締役を1名以上設置しなければならないとした。この制限に反しない限り、法人取締役の設置は認められる(459条(2))。取締役の人数は、私会社においては1名以上であればよいが(454

(42) http://www.cr.gov.hk/tc/companies_ordinance/docs/briefingnotes_part10-c.pdf (last visited Dec. 2, 2013), http://www.cr.gov.hk/tc/companies_ordinance/docs/briefingnotes_part11-c.pdf (last visited Dec. 2, 2013), http://www.cr.gov.hk/tc/companies_ordinance/docs/briefingnotes_part10-c.pdf (last visited Dec. 2, 2013).

(43) Kwan et al. eds., supra note 38, at 6005.

条), 公開会社においては, 2名以上必要とされる(453条)。

2-3 取締役の選任及び解任

取締役は一般的に株主総会の普通決議により選任される⁽⁴⁴⁾。また公開会社においては, 2人以上の取締役を選任する場合は原則として個別に選任決議を行うが, 一つの決議で2人以上の取締役を選任する場合, 事前に株主総会で当該決議を行うことの可否について判断してもらい, 反対する株主がない場合に限り, 認められる(460条(1)(2)(3))。

他方, 会社の定款または会社と取締役との間の協議にいかなる規定があるとしても, 取締役の任期満了前に, 株主総会の普通決議を経れば, 取締役を解任することができる(462条(1))。ただし, 株主総会における取締役の解任権限は, 私会社では, 1984年8月31日以前に終身取締役に就任した者には及ばない(462条(2))。

2-4 取締役の義務

(1) 注意義務及び信認義務 (fiduciary obligations)

判例法及び衡平法に基づき, 取締役の会社に対する義務には注意義務及び信認義務があるとされる。前者の注意義務とは, 香港のコモン・ローでは必ずしも明確ではなく, 判例⁽⁴⁵⁾は主観的な基準 (subjective test) を採用している。つまり, 当該取締役が有する知識及び経験を基準とする注意義務である⁽⁴⁶⁾。後者の信認義務としては, 判例法上, 次のような義務が挙げられている。①誠実な態度で会社の最良の利益のために行動する義務, ②秘密の利益を得ない義務, ③会社と利益衝突を生むような行動をしない

(44) Id. at 6011.

(45) Law wai Duen v. Boldwin Construction Co. Ltd., (2001) 4 KHC 403.

(46) Kwan et al. eds., supra note 38, at 7019-7020.

義務, ④ 妥当な目的のために取締役としての権限を行使する義務⁽⁴⁷⁾。

前記のように、判例上、取締役の注意義務は合理的な企業人という客観的な基準 (objective test) ではなく、当該取締役の主観を基準とする注意義務である。そのため、経験や知識をあまり有していない取締役だと、注意義務の程度が低くなるという結果になり、基準が緩すぎるとしばしば批判されている⁽⁴⁸⁾。他方、たとえばイギリスの判例法では、主観的な基準から、主観的な基準に客観的な基準を加えた二重基準への変化がみられるが⁽⁴⁹⁾、香港の裁判所がこの二重基準を採用するかどうかはまだはっきりしていない⁽⁵⁰⁾。それに、イギリス 2006 年会社法 (以下「2006 年法」という) が、取締役の注意義務を含む取締役の義務の全部を法制化したことは、会社法改革常務委員会 (常務委員会) ではかなり意識されているようである。常務委員会は、取締役の注意義務だけではなく、イギリス法と同じように、取締役の義務のすべてを法制化すべきかについても検討した⁽⁵¹⁾。しかしながら、たとえば 2006 年法の 172 条は、会社の成功を促進すべき義務 (duty to promote the success of the company) には、会社の従業員、環境、社会及び会社の供給業者との関係を、また高レベルの会社の評判の維持を考慮しなければならない義務が含まれると定めている。この定めに対しては、取締役にとって考慮しなければならない範囲があまりにも広すぎて負担が

(47) Id. at 7017.

(48) http://www.cr.gov.hk/en/companies_ordinance/docs/briefingnotes_part10-e.pdf (last visited Dec. 2, 2013).

(49) 川島いづみ「イギリス会社法における取締役の注意義務」比較法学 41 卷 1 号 (2007 年) 19-23 頁。

(50) Jones, supra note 13, at 280.

(51) Standing Committee on Company Law Reform, The Twenty-Third Annual Report, at 29 (2006/2007), available at http://www.cr.gov.hk/en/standing/docs/23anrep_e.pdf.

重すぎるのではないかと、さらに、このような規定に果たして実効性があるのか、という点で論争を呼んでいる。常務委員会は、取締役の義務の全部を法制化することについては、社会に与える影響が大きく新たな問題を生むのではないかと、取締役の義務を明文化する範囲や、2006年法が追加した、判例法、衡平法の原則を超える新たな取締役の義務の部分も定めるべきか等の問題に直面し、一致した見解に至らなかった。最終的に常務委員会は、判例法における取締役の注意義務の問題に注目し、この注意義務だけを、イギリス法に倣い法制化すべきという見解を採用し、注意義務以外の一般的な義務については法制化すべきでないという勧告を行った⁽⁵²⁾。新条例はこの勧告を採用し、465条に取締役の注意義務を定めている。この条文は2006年法174条と同じ内容である。すなわち①会社の取締役に合理的な注意、技量及び勤勉さを用いることを義務づけ (must exercise reasonable care, skill and diligence)、さらに、この義務の内容を以下のように定めた。②この義務は、次のような合理的注意力のある者によって行使される注意と技量を意味する。すなわち、(i)当該会社の取締役と同様の役割を果たす者に対して合理的に期待されている一般的な知識、技量及び経験を有する者、ならびに、(ii)当該取締役が現実に有する一般的な知識、技量及び経験も有している者、である⁽⁵³⁾。(i)はいわゆる客観的な基準での注意義務であり、(ii)は従来の主観的な基準での注意義務である。つまり、取締役には二重基準での注意義務が求められることになる。なお、この規定は取締役の注意義務に関する判例法及び衡平法の原則に取り代わり、違反の場

(52) Standing Committee on Company Law Reform, The Twenty-Third Annual Report, at 29 (2006/2007). Standing Committee on Company Law Reform, The Twenty-Fifth Annual Report, at 10 (2008/2009), available at <http://www.cr.gov.hk/en/standing/docs/25anrep-e.pdf>.

(53) 川島・前掲注(49)15頁。

合は、判例法及び衡平法が適用されるのと同じ効果が生じる（465条(4)、466条）。また当該規定は影の取締役にも適用される（465条(5)）。他方、注意義務以外の信認義務の部分（下記(2)の取締役と会社との取引を除く）に関しては、判例法及び衡平法の原則が適用されることになる。

(2) 取締役と会社の取引に関する規制

新条例は、会社と取締役との間で利益衝突が生じやすい両者間の取引のうち、金銭貸付・準金銭貸付・信用取引（loan, quasi-loan and credit transaction, 491条～515条）、地位喪失に対する支払い（payment for loss of office, 516条～529条）、取締役の役務提供契約（director's service contract, 530条～535条）の三類型取引を取り上げて、第11部に規制を定めている。常務委員会は、金銭貸付・準金銭貸付・信用取引の禁止を解除する要件として、公開会社において、事前に利害関係のない構成員による承認（approval）を、私会社では株主総会の普通決議（定款にこれより厳格な承認要件がある場合、定款に従う）の承認を得ることを提案した。また、2006年法に倣い、株主総会の決議を得る前に、当該取引に関する重要な事項を記載する覚書（memorandum）を株主に送付する規定を制定すること等も勧告し⁽⁵⁴⁾、新条例はこれらの勧告を採用した。以下では、前記の三類型取引に関する規制を説明する。

① 金銭貸付等取引

この部分では金銭貸付を対象に説明する。日本の会社法では株主総会の承認または取締役会の承認を得ることができれば、会社から取締役への金

⁽⁵⁴⁾ Standing Committee on Company Law Reform, The Twenty-Fourth Annual Report, at 17-20 (2007/2008), available at http://www.cr.gov.hk/en/standing/docs/24anrep_e.pdf.

銭の貸付や親会社から子会社への金銭の貸付が認められる（日本会社法 356 条・365 条）。これに対し香港の会社法では、会社と取締役間における金銭貸付は原則として禁止されているが、一定の要件の下で認められる。当該一定の要件とは、事前に株主総会の承認（ただし、公開会社や公開会社に従属する私会社では利害関係のない株主による承認）を得ることである（500 条, 502 条）。また、規制の対象は取締役に限らず、影の取締役や取締役の関係者（配偶者や同居関係にある者、取締役の子供（継子や婚外子を含む）等も含む）、取締役の支配する会社にも及ぶのである。

さらに株主が当該承認に関し妥当な判断を下すことができるようにするために、会社は株主総会の決議を行う前に、当該取引に関する重要な事項、すなわち①決議による承認の対象である当該取引の性質、②金銭貸付の額、③当該金銭貸付が必要とされる理由、④当該金銭貸付に関する一切の取引に基づく当該会社の責任範囲、を記載した覚書を会社の株主に送付しなければならない（496 条）⁽⁵⁵⁾。事前に株主総会の承認決議を経ずに行われた金銭の貸付は原則として無効となる。また当該取引が無効であるかどうかにかかわらず、当該金銭貸付を受けた取締役や当該金銭貸付を認めた取締役等は会社に損害賠償責任を負わなければならない（513 条(1)(2)(3)）。他方、新条例は、会社の構成員による追認という規定を設けた。すなわち、前記株主総会の承認決議を経ずに行われた金銭の貸付は、合理的な期間内に、当該会社の株主総会の決議により追認を得ることができれば、当該取引は無効にならない（514 条(1)(2)）。ただし、この追認には、公開会社とその従属する私会社の場合においては、利害関係のない構成員のみにより行わなければならない（515 条(1)(b)(ii)）。

⁽⁵⁵⁾ この覚書に関する改正は 2006 年法の 197 条に倣ったとされる。2006 年法の日本語訳は、イギリス会社法制研究会「イギリス 2006 年会社法(2)」比較法学 41 卷 3 号 (2008 年) 215-216 頁を参照されたい。

ところで、会社の取締役等に対する金銭の貸付は原則として禁止されているが、上記の一定の要件の下で例外として認められる場合に加えて、当該禁止そのものの例外も認められている。つまり事前に株主総会による承認を必要としない例外、すなわち、(i)金銭の貸付の額が会社の純資産額あるいは払込資本の5%を超えない場合(505条)、(ii)会社の事業目的のための支出に使う場合(506条)、(iii)取締役が責任を追及される訴訟にかかる費用の支出に使う場合(ただし、原告が敗訴し、または有罪判決が確定した場合等を除く、507条)、(iv)取締役等の住居の購入に関する場合(509条)、(v)会社の通常業務に関する場合(511条)、(vi)会社集団内の貸付(512条)等がある。

② 地位喪失に対する支払い

取締役または元の取締役に対し、地位の喪失または退任(retirement)に対する補償のために会社がするいかなる支払いも、事前の完全な情報開示の上での、会社の構成員による承認を得ずに行われた場合は違法とされる⁽⁵⁶⁾。新条例の規制の趣旨は改正前会社条例と変わらないが、改正前の条例は会社からの支払いが第三者を通じて行われる場合や、従属会社の株式の譲渡によって行われる場合については定めていない。新条例は取締役の関係者に対する支払い(516条(3))や持株会社の取締役・元取締役まで規制の対象を拡大し(521条(2))、財産の支払いは会社自身だけでなく、会社の従属会社からの財産等の譲渡も含まれることにした(522条(2))⁽⁵⁷⁾。また、会社の構成員による事前の承認は、金銭の貸付等の規制と同じで、公開会

⁽⁵⁶⁾ Buttterworths Hong Kong Company Law Handbook 526 (ELG Tyler et al. eds., 14th ed. 2012).

⁽⁵⁷⁾ http://www.cr.gov.hk/en/companies_ordinance/docs/briefingnotes_part11-e.pdf (last visited Dec. 2, 2013).

社及びその従属私会社においては、利害関係のない株主による承認決議を経なければならない。それ以外の私会社では、株主総会の普通決議を経ればよいとされる（518条）。

③ 取締役の役務提供契約

香港の会社条例は、取締役の任期について定めていない。また改正前の条例では、取締役の長期任用契約について、株主総会からの承認を要するという制限を定めていなかった。しかし、取締役が自分の地位を維持するために、自ら会社と長期任用契約の締結を行わせるおそれがあることや、当該契約期間の満了前に取締役の地位から退けさせるためには、会社が高額のコストを支払わされるなど、会社の利益を害する不都合なことが生じかねない⁽⁵⁸⁾。この弊害を防ぐために新条例は、3年超の取締役の任用契約は、株主総会の普通決議（ただし、公開会社においては、利害関係のない株主のみによる）による承認を得ることができなければ認められないとした（532条(1)(2), 534条）。なお、この規制は影の取締役にも適用される（530条(1)）。

3. 株主代表訴訟（derivative action⁽⁵⁹⁾）

香港では、コモン・ロー上の株主代表訴訟と、2004年に改正され、2005年7月15日に施行された制定法上の株主代表訴訟（statutory derivation action）の二つの制度が併存している⁽⁶⁰⁾。コモン・ロー上の株主代表訴訟はイギリスの判例法を踏襲したものである。コモン・ロー上の株主代表訴訟は裁判の実務において不明瞭な部分が多く、株主にとって使い勝手の悪い制度であるという評価が、香港では一般的なようである⁽⁶¹⁾。このコモ

⁽⁵⁸⁾ Id.

ン・ロー上の株主代表訴訟における様々な問題を解決するため、多くの旧英連邦国がイギリスよりも一足早く株主代表訴訟を制定法で定めた。香港もこれら旧英連邦国に追随し、制定法上の株主代表訴訟を導入した。その後、常務委員会は、コモン・ロー上の株主代表訴訟が提起された事件である *Waddington Ltd v. Chan Chun Hoo Thomas and others* (2008)⁽⁶²⁾ で、制定法上の株主代表訴訟に多重代表訴訟 (multiple derivative actions) 制度を導入する必要性を力説した裁判官の意見を重要視し、多重代表訴訟制度の導入を勧告した。2010年改正でこの勧告が採用され、制定法上の株主代表訴訟に多重代表訴訟制度が加えられた。なお、コモン・ロー上の株主代表訴訟でも多重代表訴訟が認められており、これは前記の判例により確認された。以下では、コモン・ロー上の株主代表訴訟を概観した上で、制定法上の多重代表訴訟制度の導入に多大な影響力を及ぼした前記の判例を検討し、最後に、新会社条例における株主代表訴訟を紹介する。

(59) 香港では、イギリス法と同じく、derivative action は会社が有する訴権を株主が二次的に行使すること、つまり会社の訴権から派生したものと理解され、中国語では「衍生訴訟、派生訴訟」という用語が使われている。本来日本語でも「派生訴訟」という訳語の方が制度の趣旨に近いと思われるが、日本の会社法における株主代表訴訟に相当する制度でもあるため、以下議論を進めやすくするため、「代表訴訟」という言葉を使用する。なお、この訳語については、川島いづみ「イギリス新会社法における株主代表訴訟制度」比較法学 43 巻 2 号 3 頁 (2009 年) でも説明されている。

(60) 香港では会社条例で両制度の併存を認めている (736 条)。ところで、たとえば同じ旧英連邦の国であるニュージーランド、カナダ、シンガポール、それから旧宗主国である英国は、株主代表訴訟を制定法上で定めたことに伴い、コモン・ロー上の株主代表訴訟を廃止した。香港における両制度の併存については、後述、制定法上の株主代表訴訟の部分参照されたい。

(61) Kwan et al. eds., supra note 38, at 8011.

(62) (2008) 11 HKCFAR 370.

3-1 コモン・ロー上の株主代表訴訟

香港ではイギリス法の判例も法源とされるので、イギリスのコモン・ロー上の株主代表訴訟に関する重要な先例である Foss v. Harbottle⁽⁶³⁾ 事件が、コモン・ロー上の株主代表訴訟の利用や裁判所の審理等に多大な影響を及ぼしている。以下では、まず当該事件で採用されたルール及び株主代表訴訟の提起が認められる前記ルールの例外を説明する。

(1) Foss v. Harbottle ルール⁽⁶⁴⁾

Foss v. Harbottle ルールはこれまでにすでに多くの文献や判例で検討されてきたので、ここでは簡潔な説明にとどめる。このルールは基本的に次に述べる二つの原則により構成されている。

① 原告適格の原則 (proper plaintiff rule)

この原則は、会社は株主から独立した法人格を有する法的主体である、というものである。取締役やその他の者が会社に対する義務に違反し、会社に損害を与えた場合、訴訟を提起する権利は個々の株主ではなく、会社にあるという原則である。言い換えれば、会社が、会社の訴訟原因に基づいて、訴訟を提起する排他的な権利を有するということである。

② 多数決の原則 (majority rule)

多数決の原則は、裁判所は会社の内部業務執行行為に介入すべきではないという考え方に依拠したものである。会社の多数派株主が後から合法的

⁽⁶³⁾ (1843) 2 Hare 461.

⁽⁶⁴⁾ Foss v. Harbottle のルールの形成と展開について、下記の文献を参考されたい。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」奥島孝康先生還暦記念集第一巻『比較会社法研究』（奥島孝康先生還暦記念論文集刊行委員会編）（成文堂、1999年）37-40頁、山田康弘『株主代表訴訟の法理』（信山社、2000年）16-18頁。

に追認するであろう行為に裁判所は介入すべきでないといわれる。したがって少数派株主が、多数派株主により追認されうるような会社内部の反則行為 (internal irregularities) に異議を唱えることは認められない。それゆえ、多数派株主が追認するであろう行為に対して、少数派株主は提訴できないといわれる。

前記のように会社に訴訟の原因がある場合、訴訟を提起する権限は会社にあるという原則の下では、株主が会社に代わって、会社の訴権を行使することは原則として認められない。このことから分かるように、上記二つの原則から構成される Foss v. Harbottle ルールは、株主の代表訴訟提起の権限を著しく制限するルールとして理解できる。このルールは長らく香港における株主の代表訴訟の実務を支配してきた。たとえば、後述の Waddington Ltd v. Chan Chun Hoo Thomas and others (2008) の事件においても、このルールを裁判官が引用して説示を行った⁽⁶⁵⁾。他方、たとえば株主の代表訴訟が認められないような、多数派株主が追認しうるような行為は具体的にどのような行為なのか、その範囲は必ずしも明確ではない。また現代の企業が置かれている環境は、もはやかつてこのルールが生まれた当時と比べられないほど大きな変貌を遂げており、このルールは明らかに時代の変化に追いついていないので、絶対的な基準として扱うべきでもない。さらに何よりもこのルールは少数株主に対する救済措置を大きく制限しかねない⁽⁶⁶⁾。

ところで、株主の代表訴訟提起の権限を大きく制限する Foss v. Harbottleのルールは、未だに香港の会社法に影響力を及ぼしている。これに対し、少数株主に対する救済措置の確保を図るために、株主代表訴訟

⁽⁶⁵⁾ (2008) 11 HKCFAR 370, 380, 390.

⁽⁶⁶⁾ Rita Cheung & Jenkin Suen, Shareholder Rights and Remedies in Hong Kong 93 (2011).

が認められる例外，言い換えれば Foss v. Harbottle ルールの例外も判例法上で形成されてきた。

(2) Foss v. Harbottle ルールの例外

- ① 能力外行為または違法行為 (ultra vires or illegals acts)
- ② 特別多数決を必要とする取引 (transactions requiring special majorities)
- ③ 個人の権利 (personal rights)
- ④ 少数派株主に対する詐欺 (fraud on the minority)

以下でみるように，①から③までは，Foss v. Harbottle ルールの適用範囲に属しておらず，訴権は元々個々の株主にある。したがって，会社が会社の訴因について訴権を有するという Foss v. Harbottle ルールはそもそも適用されない。

①については，たとえば主張された不正 (wrong) 行為が違法な行為であれば，会社の多数派株主によっても追認できない。また会社の能力外法理 (ultra vires doctrine) は 1997 年の会社条例改正により廃止されたが，会社の定款に違反するいかなる行為に対しても，個々の株主が訴訟を提起する権限が保障されている⁽⁶⁷⁾。②については，たとえば，会社の定款で特別多数決を必要とする取引であるにもかかわらず，特別多数決を経っていない取引に対して，個々の株主に訴権が認められる。Foss v. Harbottle ルールの下では，会社に関連する訴訟を提起するか否かは普通決議で，すなわち単純な多数決で決めることになる。このような単純な多数決（総議決権の 51%）では特別多数決を必要とする取引を追認することができないから

⁽⁶⁷⁾ New Companies Ordinance § 117(3).

である⁽⁶⁸⁾。③の株主個人の権利が侵害された場合、たとえば、会社の定款に利益配当の目的物は金銭に限ると定めているのに、金銭以外のものが支払われる場合、株主の権利が侵害されることになる。株主には当該行為を差し止める訴訟の提起が認められており、これも株主個人の訴訟である。したがって、前記の①から③までの場合は、元々株主個人の訴訟であるので、Foss v. Harbottle ルールの適用外であることは自明であり、厳密に言えば、Foss v. Harbottle ルールの例外の範疇に入らない。会社に訴権がある場合において、本来株主はその訴権を行使できないが、例外として認められるものは、つまり Foss v. Harbottle ルールの真の例外は④の少数派株主に対する詐欺の場合のみである。

ところで、この④の、コモン・ロー上の株主代表訴訟が認められるためには、次の二つの要件が必要とされる。

- (i) 不正行為が少数株主に対する詐欺となる行為
- (ii) 不正行為者 (wrongdoer) が会社を支配して会社に訴訟の提起をさせないこと

この二つの要件においては、「詐欺」及び「支配」が重要な要素とされる。ここでの「詐欺」には、コモン・ロー上の詐欺（不誠実な行為や騙す行為）のみならず、衡平法上のより広い意味での詐欺、一般的に言えば、授与された権限の範囲を超えた行為または当該権限を授与した組織が正当化できない行為、たとえば会社の事業機会を自分の利益のために流用する等の取締役の信認義務に違反する行為も含まれる。なお、詐欺となる行為には取締役の行為だけでなく、多数派株主が会社に対してなした不正行為も含まれる⁽⁶⁹⁾。

二つ目の要素である「支配」とは、不正行為者による会社の支配を指す

⁽⁶⁸⁾ Denis Keenan, *Smith and Keenan's Company Law*, at 269 (12th 2002).

⁽⁶⁹⁾ Kwan et al. eds., *supra* note 38, at 8022-8033.

ものである。ここでの支配とは、普通決議が成立できるほどの議決権を支配することであると説明されることもある⁽⁷⁰⁾。しかし本来は、会社が自己の名で不正行為者を訴えることを阻止できるほどの支配を意味するはずである。したがって、不正行為者が会社の取締役会及び株主総会の普通決議のいずれかを支配しているか、あるいは両方とも支配しているかに分けて検討する必要がある。たとえば不正行為者が両方とも支配していれば、明らかにここでの「支配」という要件を満たし、株主代表訴訟の提起が認められる。他方、普通決議における多数決の議決権を支配しているが、取締役会を支配していない場合、取締役会における独立取締役が会社の名で訴訟を提起する可能性は残っているので、株主代表訴訟の提起は認められないことになる。また、不正行為者が会社の取締役会を支配しているが、普通決議における多数決の議決権を支配していない場合、普通決議により会社の名で訴訟が提起される可能性があるため、やはり株主代表訴訟は認められないことになる⁽⁷¹⁾。

なお、不正行為者による会社の支配は、会社に対する実質的な支配 (effective or de facto control) であってもよい。たとえば不正行為者が自分のために議決権を行使するよう支配株主を勧誘したり、委任状の代理行使を行う方法で会社を実質的に支配するような場合でも株主代表訴訟が認められる⁽⁷²⁾。

株主が代表訴訟を提起するには、原告の株主は少数株主に対する詐欺があること、及び会社が支配されていることを証明しなければならない。また、株主は自身の名で会社のために代表訴訟を提起するが、判決の効力を会社にも帰属させるために、不正行為者と共に会社を被告にする。さらに

(70) Id. at 8024.

(71) Id. at 8024-8025.

(72) Id. at 8026-8027.

代表訴訟の濫用を防ぐために、原告は、訴訟としての成立を認められるために、それが「一応の事件」(prima facie case)であることを示さなければならぬ。コモン・ロー上の株主代表訴訟の具体的な手続や多重代表訴訟が認められうるか等の問題については、次の判例を通して検討したいと思う。

(3) Waddington Ltd v. Chan Chun Hoo Thomas and others (2008)

(事実の概要)

P (原告) は香港証券取引所上場会社である C 社 (被告) の少数株主である。S1 社 (被告) は C 社の完全子会社であり、S2 社 (被告) 及び S3 社 (被告) は S1 社の完全子会社である。D (被告) は C 社取締役会の議長及び執行取締役でありながら、S1、S2、S3 社の取締役を兼ねている。P は、D が S2 社と S3 社を代表して行った一連の取引は信認義務に違反しているとして、C 社のために、D の責任を追及する代表訴訟を提起した。

第 1 審は、C 社が被った反射的な損害 (子会社が取締役の信認義務違反により損害を被った結果、C 社が保有している子会社の株式の価値が減少したという損害) について、P が C 社に代わって代表訴訟を提起することを認めなかった。他方、完全子会社に訴訟の原因が存在し、そして不正行為者が完全子会社を実質的に支配する場合、親会社の株主は、完全子会社に代わって、(不正確であるものの、便宜的にそう呼ばれている) 多重代表訴訟を提起することは認められるとし、訴訟の請求内容の修正を原告に許可した。なお、コモン・ロー上の株主代表訴訟の提起のためには、訴訟の原因を有する会社が会社自身の名で訴えを提起した場合、勝訴するであろうという「一応の事件」(prima facie case) であることと、Foss v. Harbottle ルールの例外であることを原告が証明しなければならないとした。この判決に対し、被告が上訴し、原告が反対上訴 (cross-appeal) した。

控訴院 (Court of Appeal) は被告の上訴を棄却し、原告の反対上訴を認

容した。控訴院では次の二点が争点となった。①コモン・ロー上の株主代表訴訟の継続の許可を得るために、一応の事件であることと Foss v. Harbottleのルールの例外であることを原告は証明しなければならないのか。②子会社に対してなされた不正行為に関して、親会社の株主による二重 (double) または多重 (multiple) 代表訴訟の提起は法律上認められるのか。

控訴院は①については、原告が一応の事件であることと Foss v. Harbottleルールの例外であることを証明する必要はなく、原告が審理の対象となる深刻な問題が存在することを示せば足りるとした。②については、親会社の株主による多重代表訴訟を認め、その理由を以下のように述べた。親会社を支配している者が会社の資産の一つである完全子会社に関し不正行為をなしたことは、親会社の資産に関し不正行為をなしたのと同様である。現代では、特に大規模な公開会社は、多様な子会社を擁して事業活動を行う。多くの場合、子会社の資産は親会社に完全に支配されており、親会社の資産と区別がつかない。このような企業形態はもはや株主代表訴訟が考案された当初と大きく異なる。したがって、法は不正行為に対する救済の機会を親会社の株主から奪うべきではない⁽⁷³⁾。

被告は控訴院の判決を不服として終審法院 (Court of Final Appeal) に上訴した。終審法院では次の二点が争点とされた。①香港では多重代表訴訟が認められるのか。認められるとすれば、原告はS2を代表して、提起した訴訟を続けられるのか。②仮に多重代表訴訟が認められない場合、原告がC社の被った反射的な損害 (子会社が取締役の信認義務の違反により損害を被り、その結果、C社が保有している子会社の株式の価値が減少したという損害) について、C社に代わって提起した代表訴訟は認められるのか。

(73) (2006) 2 HKLRD 896, 896-897.

(判旨) 上訴棄却。C社が被った反射的な損害について原告がC社に代わって提起した代表訴訟ではなく、S2社を代表して提起した多重代表訴訟の継続が認められた。

①多重代表訴訟について、会社条例(2010改正前)は規定していない。しかし、コモン・ロー上の株主代表訴訟においては多重代表訴訟が認められる。その理由は、単一の株主代表訴訟((single) derivative action)が認められる趣旨が多重代表訴訟に対しても妥当であるからである。言い換えれば、不正行為者が親会社に対する詐欺となる行為をした場合に損害賠償責任を逃れることが許されないのであれば、子会社に詐欺となる行為をなした者が損害賠償責任を逃れることも許されるべきではないからである。したがって、原告がS2を代表して提起した多重代表訴訟の継続は認められる。

②単一の株主代表訴訟において会社の被った反射的な損害については、会社の株主が会社に代わって代表訴訟を提起することは認められない。

③168条BC(2010年改正前)の適用範囲を多重代表訴訟にまで拡大させるべきかという問題や、制定法上の株主代表訴訟とコモン・ロー上の株主代表訴訟の併存を認めるべきかという問題については、立法院による検討が期待される。

④多重代表訴訟を含む、いかなるコモン・ロー上の株主代表訴訟においても、原告による代表訴訟の提起において、その提訴権(locus standi)が争われた場合、原告は、求めようとする救済が当該会社に認められうることを示すための「一応の事件」であること、及びFoss v. Harbottleのルール of the例外(通常、少数株主に対する詐欺の例外)であることを証明しなければならない⁽⁷⁴⁾。

(74) (2008) 11 HKCFAR 370, 370-371.

(検討)

本訴訟は制定法上の株主代表訴訟の改正が施行される前に提起されており、原告の請求はコモン・ロー上の株主代表訴訟である。以下では、終審法院における主たる争点のうち次の二点を取り上げて検討を行う。①株主代表訴訟を提起した株主は、提訴権について争う場合、訴訟継続の許可を得るために何を証明すればよいのか。②コモン・ロー上の株主代表訴訟の下で、多重代表訴訟は認められるのか。

コモン・ロー上の株主代表訴訟は、裁判所が少数株主を保護するために考案した手続とされる。香港では株主がコモン・ロー上の代表訴訟を提起するには、裁判所から許可を得る必要がない。ただし、原告の提訴権について争われる場合、原告は Foss v. Harbottle ルールの例外（少数株主に対する詐欺となる行為）であること、及び、会社が当該救済を得る権利があることを証明しなければならぬことが、終審法院の判決で再確認された。終審法院は Foss v. Harbottle ルールが会社法の基本原則であることを改めて強調した。そして、会社に不正行為がなされた場合、本来会社自身が原告適格を有するところ、少数株主が会社に代わって、会社のために代表訴訟を提起する場合、株主は、会社の有する原告適格が、会社に代わって自分にあるということ、すなわち、Foss v. Harbottle ルールの例外であることを証明する必要があると判示した。

多重代表訴訟を認めた本判決は、コモン・ロー上の株主代表訴訟において下されたものであるが、制定法上の株主代表訴訟に多重代表訴訟を導入した 2010 年会社条例の改正にとって大きな契機であったといえる⁽⁷⁵⁾。多重代表訴訟の前例がないという当時の状況下で、第一審及び控訴院の裁判官は多重代表訴訟を認め、本判決の裁判官もさらに積極的な姿勢を示した。たとえば、Millett 裁判官が被告の主張に反論する形で、次のように多重代表訴訟を肯定した理由を述べている。

①多重代表訴訟は、すでに確立された会社法の原則に、すなわち(i)会社(子

会社)はその株主(親会社とその株主)とは独立の法的主体である、(ii)会社の取締役は株主(親会社及びその株主)ではなく、会社(子会社)に対して信認義務を負う、という原則に反しない。他の旧英連邦法域における制定法は、特に上記の会社法の原則に適合させるための重要な変更を行うことなく、多重代表訴訟制度を制定している⁽⁷⁶⁾。

②多重代表訴訟は、適切な分析によれば、二重または多重代表訴訟ではなく、訴訟原因が存在する会社のための単一訴訟(single action)である⁽⁷⁷⁾。

③親会社の株主が株式を所有していない子会社のために代表訴訟を提起することができるか否かは、単に提訴権(locus standi)の問題である。提訴権の問題を検討する際、裁判所は原告救済の請求において、当該訴訟の提起を正当化できるほどの、適法な利益を会社が有するか否かを考慮すれば足りる。子会社の資産の枯渇により親会社とその株主が間接的な損失を被ることを鑑みれば、親会社の株主が子会社のために提起する代表訴訟には適法な利益があると考えられる。このような損失は親会社の株主にとって間接的な損失であり、子会社のみにより完全に回復できるとしても、それだけをもって親会社の株主が子会社のために提起する株主代表訴訟に適法な、または十分な利益がないとはいえない⁽⁷⁸⁾。

④香港では制定法上の株主代表訴訟を導入したが、多重代表訴訟は制定されていない。しかし、制定法上の株主代表訴訟はコモン・ロー上の代表訴訟に取って代わらず、両者が併存するので、多重代表訴訟は判例法上で発

(75) Standing Committee on Company Law Reform, The Twenty-Fifth Annual Report, at 13-14 (2008/2009), available at <http://www.cr.gov.hk/en/standing/docs/25anrep-e.pdf>.

(76) (2008) 11 HKCFAR 370, 397.

(77) Id. at 398.

(78) Id. at 398-399.

展させることが適切である。ところで、旧英連邦国、たとえばオーストラリア、ニュージーランド、カナダ、シンガポールはすでに制定法上、原告が株主代表訴訟の提起、又は継続のために、裁判所から許可を得なければならぬことを規定し、関連会社（related company）または従属会社（affiliated company）に訴訟原因が存在する場合に、親会社の株主である原告に、多重代表訴訟を提起する機会も与えている。国によって、代表訴訟の許可基準や提起される代表訴訟が会社の利益に適うか否かを判断する方法は違うし、手続も異なる。しかしこれらの国々の規定では、単一の代表訴訟と多重代表訴訟とを区別していない。両訴訟の要件や手続が異なるべき理由も見出せない。我々は、（改正前）会社条例 168 BC の適用範囲を多重代表訴訟にまで拡大することを決める権限を有さない。我々はこのような多重代表訴訟を、コモン・ロー下で認めることしかできない。株主代表訴訟の適用範囲を多重代表訴訟にまで拡大するような立法上の手当てが望まれる⁽⁷⁹⁾。

日本でも多重代表訴訟制度の導入が検討されている。2012年9月7日に法制審議会で採択された「会社法制の見直しに関する要綱」（以下「改正案」という）では多重代表訴訟制度が盛り込まれている。この改正案では、持株会社形態の利用が増えてきたことを背景に、持株会社の株主の権利縮減を救済するために多重代表訴訟を導入するものの、濫訴を防ぐために、次の二つの制限が加えられている。①提訴できる株主は、完全親会社の総株主の議決権の1%以上の議決権または完全親会社の発行済株式総数の1%以上の株式を有しており（いわゆる少数株主権の行使要件）、かつ、②多重代表訴訟を提起できる対象子会社の規模について、最終完全親会社が有する対象子会社の株式の帳簿価額（間接保有分も含む）が最終完全親会社

(79) Id. at 399-400.

(80) 岩原紳作「会社法制の見直しに関する要綱案の解説〔Ⅲ〕」商事法務1977号4-5頁

の総資産額の5分の1を超える場合に限り、多重代表訴訟を提起できると、されている⁽⁸⁰⁾。

ところで、この多重代表訴訟を導入すべきか否かについては賛否両論がある。会社法制部会での議論をみても、最後まで意見が対立していたことが分かる⁽⁸¹⁾。多重代表訴訟は、実際にそれが利用されるか否かにかかわらず、企業グループにとって、事務負担とコストの大幅増をもたらすだけでなく、役職員のモチベーションを減退させ、子会社設立や会社の買収を抑制する要因になる等の理由で、多重代表訴訟の導入に反対する提言も行われた⁽⁸²⁾。さらに経済界は次の理由で強く反対している。①現在の会社法の下、親会社の取締役は子会社を監視する義務を負うので、子会社の取締役らに問題があった場合、親会社の株主が親会社の取締役の責任を追及すればよい。②柔軟で機動的な企業グループの形成が当該制度の導入により阻害される⁽⁸³⁾。結局、改正案は経済界の強い反対意見に配慮し、非常に限定した形での多重代表訴訟制度の導入を提案したと思われる。

これに対し、香港でのコモン・ロー上の多重代表訴訟は少数株主を救済するための制度と位置づけられた。多重代表訴訟とは親会社の株主が、訴訟原因の存在する子会社（または孫会社）に代わって、子会社（または孫会社）のために提起する訴訟のことである。不正行為者が親会社・子会社を支配している場合、親会社の株主は子会社の請求権を実現することを、親会社や子会社にはもはや期待できない。また、自らが親会社・子会社に代わって、子会社のために代表訴訟を提起すること（多重代表訴訟）と、

(2012年)。

(81) 法制審議会会社法部会第17回会議事録30頁以下参照。

(82) 21世紀政策研究所『多重代表訴訟についての研究報告—米・仏の実地調査を踏まえて—』101頁（21世紀政策研究所，2012年）。

(83) 岩原・前掲注(80)6頁。

不正行為者が会社を支配する場合、株主が会社の請求権を実現するために、会社に代わって会社のために代表訴訟を提起すること（単一の代表訴訟）との両者間ではそれほど差異がないように思われる。言い換えれば、多重代表訴訟は、名称は違うにせよ、本質上単一の代表訴訟と同じである。そしてコモン・ロー上の代表訴訟（単一の代表訴訟）の提起は Foss v. Harbottleのルールの特例に当たる場合しか認められないので、コモン・ロー上の代表訴訟の適用範囲は必ずしも広いとはいえない。さらに訴訟の濫用を防ぐために、裁判所は原告の提訴権の有無を審理する。すなわち、被告が原告の訴権について争う場合、原告は、原告が求めようとする救済が当該子会社に認められうることを示すための「一応の事件」であること、及び Foss v. Harbottle ルールの特例であることの証明を求められる。親会社の少数株主の権利を保護するために、多重代表訴訟の提起機会が保障されているが、他方、訴訟の濫用を防ぐために、株主代表訴訟の本案審理に至る前に、当該訴訟が会社の利益のためになるかを判断するという権限が裁判所に与えられている。後述する制定法上の株主代表訴訟と比べると、コモン・ロー上の株主代表訴訟はその適用範囲が非常に限定的であるものの、実務の運用では、少数株主の権利保護と濫訴の防止との間でバランスを保とうとしているように見受けられる。翻って日本でこれから導入が検討されようとしている多重代表訴訟をみると、制度の入り口に非常に厳しい制限が置かれていることが特徴である。少数株主権という多重代表訴訟の提起要件及び制度の適用対象である子会社の規模の制限という二重の制限は濫訴の防止に傾斜しすぎており、制度自体が機能しなくなるおそれがあるのではないだろうか。

3-2 制定法上の株主代表訴訟

新会社条例 731 条～738 条は、株主代表訴訟について定めている。内容は 2010 年の改正内容と同じであり、実質的な改正ではない。以下では、現

行の新会社条例上の株主代表訴訟を概観する。

(1) 適用範囲

会社に不正行為 (misconduct) がなされた場合、会社または関連会社 (associated company)⁽⁸⁴⁾ に属する会社の構成員は、733条(2)の下、裁判所から許可 (leave) を得ることができる場合にのみ、会社に代わって当該行為に関する法律手続 (proceedings) を提起することができる (732条(2))。ここでの不正行為とは、詐欺、任務懈怠、義務違反、条例や法律規則の遵守における過失 (fraud, negligence, breach of duty, or default in compliance with any Ordinance or rule of law) である (731条)。また法律手続とは、刑事法上の手続を除く、裁判所の管轄権の範囲内におけるいかなる法律手続をも指す (731条)。株主が会社に代わって訴訟を提起することはもちろんであるが、すでに会社が提起した訴訟について、会社に代わって訴訟を継続することや当該訴訟を中断させるといった手続も含まれる (732条(3))。

制定法上の株主代表訴訟によって追及できる対象は、不正な行為をした取締役だけではなく、会社に不正な行為をしたいかなる者も含まれる。また、コモン・ロー上の代表訴訟と異なり、制定法上の代表訴訟を提起する者は、不正行為者の詐欺と支配を証明する必要がない。これらのことから、制定法上の株主代表訴訟の適用範囲はコモン・ロー上の代表訴訟より明らかに広いといえる。

⁽⁸⁴⁾ 関連会社とは、次のような会社を集団とする会社である。①当該会社の従属会社 (subsidiary)、②当該会社の持株会社 (holding company)、③前記のような持株会社の従属会社 (2条(1))。

(2) 裁判所による許可の要件

ここでは主に代表訴訟を対象に説明する。制定法上の代表訴訟の提起は、コモン・ロー上の代表訴訟と違い、その提起の前に、株主が裁判所に代表訴訟の許可を申し立てなければならない。裁判所は当該申立人がすでに同じ訴訟原因について、コモン・ロー上の代表訴訟を提起していなければ⁽⁸⁵⁾、申立人が提出した証拠により、一応 (prima facie)、許可した方が会社にとって利益になるかどうか (733 条(1)(a))、または深刻な訴訟原因が存在するのに会社がまだ訴訟を提起していない場合かどうか (733 条(1)(b)(i)) 等を判断する。

制定法上の代表訴訟は、代表訴訟を提起できる基準が曖昧であるなどの、コモン・ロー上の会社訴訟における諸問題を克服するために導入されたという背景がある。このため、制定法上の代表訴訟が、株主による代表訴訟の提起の新たな障害となってはならない、という考え方が支配的である⁽⁸⁶⁾。したがって、裁判所の許可手続では、裁判所は「会社にとって利益になるかという基準」を厳格に解釈すべきではないとされる。実際に香港の裁判所も当該基準を厳格に解釈していないように思われる⁽⁸⁷⁾。

(3) 通知義務

裁判所に代表訴訟提起の許可を申し立てる株主は、その申立日の少なくとも 14 日前に、当該株主が当該会社に関する代表訴訟提起の許可の申請

⁽⁸⁵⁾ 前述したように、香港ではコモン・ロー上の代表訴訟と制定法上の代表訴訟が併存する。裁判所に制定法上の代表訴訟提起の許可を申し立てた者が、同じ訴訟原因について、すでにコモン・ロー上の代表訴訟を提起した場合、裁判所は許可の付与を拒否できる (733 条(2)(a))。

⁽⁸⁶⁾ Kwan et al. eds., supra note 38, at 8045.

⁽⁸⁷⁾ Cheung & Suen, supra note 66, at 106.

をする意図を、その意図を裏付ける理由を記載した書面とともに、当該会社に通知しなければならない(733条(3)(4)(a)(b))。もっとも緊急な場合においては、裁判所は、当該通知義務を申立人に対して免除することもできる(733条(5))。この通知義務は、取締役会を通じて会社自ら訴訟を提起する機会、または申立人の代表訴訟提起の許可の申立に適切に対応する機会を当該会社に保障するためである。またこの規定は、訴訟原因が当該会社に属するならば、その訴権を行使するのは会社であること、つまり会社が原告の適格を有するという会社法の基本原則を再確認するものともいえる。言い換えれば、会社自身の名前で当該訴権を行使する機会を会社に与えるべき、ということである⁽⁸⁸⁾。

(4) 追認 (ratification)

コモン・ロー上の株主代表訴訟においては、会社になされた不正な行為が、後から株主による追認を得ることができるのならば、当該不正行為に関する代表訴訟の提起はほぼ認められない。この問題を解決するため、制定法上の代表訴訟は、会社の構成員が行為を承認 (approve) または追認 (ratification) した場合、当該承認または追認をもって会社の構成員または関連会社に属する会社の構成員が会社に代わって訴訟を提起すること及び、代表訴訟提起の許可に関する申立をすることを阻止することはできない、と定めている(734条(1)(a))。他方、裁判所が代表訴訟提起の許可の申立等を審理する際に、会社の構成員による承認・追認における次の事項をも考慮する。構成員による承認・追認が行われた場合において、①会社の利益に関し、会社の構成員は、正当な目的のために当該行為を承認または追認するかどうか。②会社の構成員は、承認または追認する行為にどれだけ利害関係を有しているか、③会社の構成員は、当該行為を承認または追

⁽⁸⁸⁾ Id. at 110.

認するか否かを決定する際、どれだけの情報をもっているか (734 (3)(a)(b) (c))。

(5) 費用補償命令

738 条の規定に基づき、裁判所は、代表訴訟提起の許可の申立費用や代表訴訟の訴訟費用について、費用補償の命令を下す裁量権を有する。株主代表訴訟において、原告である株主が勝訴したとしても、損害賠償は原告でなく、会社に支払われることにより損害が回復される。株主にとってのメリットは、会社に損害賠償が支払われれば、支払われた分で資産が増え、それにより株主が所有している株式の価値が増えるということだけである。訴訟費用については、たとえば、日本の会社法では、勝訴した株主は弁護士への報酬や訴訟費用以外の必要な費用（たとえば調査費用等）の範囲内の相当と認められる額を、会社に請求することができる（日本会社法 852 条 1 項）が、費用の全額を会社に請求できるとは限らない。また、原告が敗訴した場合、たとえ善意で代表訴訟を提起したとしても、代表訴訟に関するすべての費用は原告が負担することになる。この代表訴訟に関する費用を考えれば、たとえば公開会社において、持株比率の高い株主はともかく、零細株主は代表訴訟を提起することを躊躇するだろう。もっとも弁護士が零細株主に積極的に働きかけるような場合も否定できない。このような場合はともかく、代表訴訟に関する費用の問題は、株主代表訴訟の利用の一つ大きな壁である。これに対して香港の会社条例では、裁判所は、代表訴訟提起の許可の申立や、代表訴訟の提起や会社の訴訟に介入する等の法律手続の費用を、原告である株主に補償するよう会社に命令を下すことができる (738 条(1)(2))。当該費用の補償命令は、原告が勝訴した場合に限らず、原告が善意で代表訴訟を提起し、そして合理的な理由に基づき当該訴訟行為を行った場合は、仮に敗訴したとしても、裁判所は当該原告にとって有利な費用の補償命令を下すことができる (738 条(3))。

(6) 訴訟の取り下げまたは和解

日本の会社法 850 条 4 項によれば、代表訴訟において、総株主の同意を要せずに、訴訟の当事者間で訴訟上の和解をすることが認められる。また不当な和解を阻止するための仕組みとして次の二つがある。①代表訴訟を提起した株主は、遅滞なく提起の公告をするか、または株主へ通知しなければならない(日本会社法 849 条 4 項 5 項)。②裁判所は、株主代表訴訟の当事者でない株式会社へ和解内容を通知し、それに対して会社は異議を述べることができる(日本会社法 850 条 2 項 3 項)。もっとも①は、和解案の内容でなく、訴訟提起の公告・通知だけなので、不当な和解を阻止するためにどれほど効果があるのか疑問である⁽⁸⁹⁾。また特に公開会社では、原告株主代理人である弁護士主導で訴訟が遂行され、当該訴訟代理人は会社の利益より何時自分が報酬を得られるかに強い関心を持つ等の事情が生じがちであり、会社に不利な和解が行われる危険があるという指摘もある⁽⁹⁰⁾。

日本の規定に対し、香港の会社条例は、裁判所から許可を得なければ、代表訴訟の和解や取り下げは認められないと定めている(738 条)。これは、裁判所の監督の下、会社にとって妥当な訴訟の和解や取り下げが行われることを確保するための規定である。また被告の損害賠償責任を軽減するために、原告と被告の馴れ合い和解のような、会社の利益を害する不当な和解や取り下げを防ぐための規定でもある。さらに、代表訴訟の遂行には往々にして膨大な費用や時間を要する。本案審理に入る前に、裁判所の主導で和解が成立すれば、これらのコストも省くことができるというメリットもある⁽⁹¹⁾。

(89) 江頭憲治郎『株式会社法』(有斐閣, 第3版, 2010年)450頁注(3)。

(90) 江頭・前掲注(89)450頁注(3)。

(91) Cheung & Suen, *supra* note 66, at 123.

(7) 多重代表訴訟

親会社、子会社または関連会社を有する会社集団（関連会社）に属する会社の株主は、会社集団内の他の会社に代わって、制定法上の代表訴訟を提起することができる（733条(2)）。これは多重代表訴訟である。すでにコモン・ロー上の株主代表訴訟の部分でも触れたように、コモン・ロー上の株主代表訴訟において多重代表訴訟を認めた *Waddington Ltd v. Chan Chun Hoo Thomas and others* 事件を契機に、2010年改正で制定法上も多重代表訴訟が導入され、新会社条例もこの改正内容を受け継いだ。

3-3 コモン・ロー上の株主代表訴訟と制定法上の株主代表訴訟との併存

制定法上の代表訴訟に関して、コモン・ロー上の代表訴訟を廃止すべきかどうかという問題については、多重代表訴訟の導入を実現した2010年の会社条例改正に影響を与えた当時の常務委員会では、意見の一致に至らなかったため、新会社条例の草案を作成する際に、社会一般に意見を公募することを勧告した⁽⁹²⁾。その公募に対して、株主にとってより多い選択肢を残してほしいという意見が多く寄せられたこと⁽⁹³⁾や、常務委員会が当該条例の草案を審議した際には、2005年制定法上の代表訴訟が施行されてから、コモン・ロー上の代表訴訟と併存していたが、特に大きな混乱も生じていないので、コモン・ロー上の代表訴訟を存続させた方がいいという結論に達したこともあり⁽⁹⁴⁾、最終的に両制度が併存することになった。両制度の運用について、たとえば、会社の株主が裁判所から制定法上の代表

⁽⁹²⁾ Standing Committee on Company Law Reform, *The Twenty-Fifth Annual Report*, at 14 (2009/2010), available at <http://www.cr.gov.hk/en/standing/docs/25anrep-e.pdf>.

⁽⁹³⁾ http://www.fstb.gov.hk/fsb/co_rewrite/chi/pub-press/doc/ccfp_conclusion_c.pdf (last visited Nov. 25, 2013).

香港の新会社法(1)

訴訟提起の許可を得てから、同じ訴訟原因についてコモン・ロー上の代表訴訟を提起する場合、裁判所は当該コモン・ロー上の代表訴訟を却下したり、コモン・ロー上の訴訟を遂行するために、訴状の修正等の命令を下したりすることができる(736(2)(b)(c))。つまり、両制度を同時に利用した株主に対しては、裁判所の裁量権により、いずれかの制度しか認められないことになる。(未完)

⁽⁹⁴⁾ Standing Committee on Company Law Reform, The Twenty-Seventh Annual Report, at 5 (2010/2011), available at <http://www.cr.gov.hk/en/standing/docs/27anrep-e.pdf>.