

## <参考資料>

# 中国商法研究に関する問題

趙 万 一

商法は、市場経済の基本的法制度として法体系において非常に重要な位置を占めている。現在の中国では、単独の商法典がないため、商法学における研究は長い間民法に拠ってしまった結果、新たな進展はなく、商法に関する基本的な理論問題を解決しないままであった。2001年9月、中国法学会商法研究会が発足され、商法が初めて民法に並び、独立した法律部門として広く認識されてきたという背景の下で、商法研究が新たな段階へと展開してきた。2002年9月10日から22日の間、筆者は広島修道大学に招かれて、客員教員として貴校で研究を行うことになった。貴校での滞在期間、学長兒玉正憲先生、副学長川内崑先生、法学部長豊田博昭先生、教授の大賀祥充先生、助教授の藤井隆先生、助教授の王偉彬先生、国際交流センター課長の大津章さん、国際交流センター主任熊谷次紘先生など多くの方々からご協力をいただき、貴校の学生を対象にして中国民商法制度をテーマした講演をさせて頂き、予期せぬ研究効果を遂げることが出来たと思っている。特に、法学部助教授鈴木正彦先生のご協力に感謝している。鈴木先生はこの講演内容を整理し、まとめた論文を研究交流のために、書いてみないかと薦めてくださった。そして、私は帰国してから、先生の意を受けて講演の内容をまとめて、わが校の民商法専攻博士後期課程の周超により翻訳させた\*。皆様のご批判、ご指導をいただければ、幸いに存じる。また、以上の方々に深く感謝しており、本当に有難うございますと皆さんにお伝えしたい。

\*訳者注：本文にあるように本稿は中国西南政法大学民商法学教授である趙万一先生が一昨年修道大学法学部において講義した内容を基にした論文である。日本語訳は趙先生から送られてきた周超氏の翻訳および修道大学大学院商学研究科博士前期課程在学中の周同氏の翻訳に基づいている。全体の調整は世話人として鈴木が行った。中国法については、清河雅孝監訳 中日対訳 中国商事法法規集（平成13年）をも参考にした。中国法や中国語を専門としない者が、本稿の修道法学への掲載のために携わった経緯は本文に述べられているとおりである。中国は、市場経済に関する法制度のいわば巨大な実験場であり、そして、市場経済社会の実現は株式会社（法）制度なしにはなしえない。この思いが、趙先生に原稿をまとめていただきたいと考えた理由である。広島修道大学での集中講義では、毎回学生からの質問時間を設けたのであるが、学生達は口頭での質問には遠慮がちであった。中国では授業が終わると学生たちが質問のために教壇に殺到するのに、自分の教え方が悪いのだろうか、と気にされていた先生に、日本の学生気質を説明したことを印象深く覚えている（広島修道大学法学部助教授 鈴木正彦）。

## 一、商法の基本理論に関する問題

近年、中国の商法研究については、中国の法学者は研究に力を注ぎ、成果を挙げており、幾つかの新たな考えを示してきた。その要点を下記のように紹介する。

### (一) 商法の独立性に関する問題

商法は市場経済関係において、法人及びその経済活動を規制する法規範の総称である。商法が独立性を持つかは、独立性をいかに発揮できるか、いかに持続性を保つかどうか次第である。また、商法が内容上で民法と区別し、自立的に存在できるのかによって決定される。商法と民法の相違について、私は以下のようにまとめた。

1 立法価値が異なる。つまり、立法価値は主に2つの側面から考えられる。まず、各国は法を定める際に、その法を通じて達成しようとする目的、あるいは社会的な効果を求めている。次に、法律が求める目標が複数ありそれが矛盾している場合には、最優先の目標を選択する。立法価値に関する価値観念は価値の区分、価値の判断、価値の選択にかかわっている。たとえどのような法律であっても、その法律には明確な目的と法の実現価値、価値理念が明確にされている。多数の大陸法系国家が商法と民法という2つの法分野を分立させている理由は、両者の規制する対象と内容が異なるほか、価値理念の選択も大きく異なることにある。つまり、商法と民法の規制対象が違うので、相対的に独立した規制範囲を限定することが出来る。また、両者の立法価値の相違に関して、異なる価値観念で法律の最終的な目的を決定し、性格の異なった法律部門を厳密に区別する必要が生じる。商法と民法の立法価値における差異は、民法に定められた諸目標の中では、最も基本的な価値理念は公平であり、すなわち、民法の他の原則と矛盾する場合においても、公平原則は最優先に選択される。つまり、公平原則と他の基本原則との関係について、公平に引き続き効果及び利益を配慮することになる。ただし、絶対的な公平は存在していないので、民法は個々の経済主体間の公平を保護する。これは、形式上の公平と機会均等という意味であり、社会全体利益の立場から実質的な公平を追求するという意味ではない。民法は個人利益を保障する法であり、個人権利に関する保護法として存在している。現実社会においては、公平の実現によっては、個人が利益を得る助けとなる一方、社会公共利益に対して、必ずしも有益とは限らない。ひいては、公共利益に対立する場合もある。民法は形式的な公平を重視するとともに、実質的な公平も強調している。実質的な公平を実現するためには、法文言の適用性を重視するほか、法文言を機械的に解釈するのではなく、立法趣旨に従って、当事者の真意を見極める必要がある。ところが、商法の立法目的は他の法原則より効果と利益が最優先に選択されるものとされる。効果と利益の理念がその他の理念より優先され

る。その次は公平とその他の理念に配慮する。効果と利益理念というのは経済的利益を求め、実現することである。効果と利益というのは個人利益（個人収益）と社会利益（社会収益）から構成されている。「個人収益率とは経済単位が経済活動による所得の総純収入をいい、社会収益率とは社会全体がその経済活動による得られた総純収益（プラスあるいはマイナス）をいい、すなわち、社会収益率は経済活動による個人収益率を合計する純収益である<sup>1)</sup>」。効果と利益は社会活動による利益と消耗という比率を示している。個人が自己利益を追求する行為は正に社会進歩の推進につき、ひとつの主要な原動力である。社会進歩と経済発展を促進するためには、正当に利益を追求する個人行為を尊重し、保障することが不可欠である。古典経済学者は、利己的行為が合理性を持ち、その合理性を二つの側面から認識できると考えている。まず、利己的行為は正当な目的であり、これはいわゆる結果主義者の市場合理性である。一方、個人は法が付与した権利に基づいて、自己利益を実現するために、行動する権利を保有している<sup>2)</sup>。Northは効率的な経済組織が経済成長を実現する重要な要素であると指摘する。すなわち、多くの効率的な経済組織がヨーロッパで経済活動を行ったことは、ヨーロッパの経済発展を遂げた要因である<sup>3)</sup>と。商法は経済的な利益を追求する行為を一定の法律規則で一定の範囲に制限している。すなわち、「従来の経験と理性に基づいて、経済的な関係を調整し、経済活動に対する妨害と浪費を最小限にとどめ、社会全体に最大の利益をもたらすようにする<sup>4)</sup>」。ここで注意していただきたい点として、商法は効果と利益が最優先的な目標とされているだけでなく、効果と利益を実現するためには、公平をある意味で無視しているということである。典型的な例は有限責任制度である。有限責任制度は、財産の所有者を投資するよう激励するためであり、経済的な利益を追求する合法性を認め、保護している。これにより、私的財産が増加し、社会的な財産も増大していくことになる。ただし、この有限責任制度は、出資者がその所有する株式数に応じて、債権者に対し責任を負うにすぎない。つまり、出資者につき一部の経営リスクを債権者と共有することになる。

2 両者の経済基礎が異なる。民法の起源は商品経済を基礎としたものであり、商品経済を規制する基本法でもある。商品経済を存続するには二つの条件が必要である。一つは社会的な分業である。すなわち、個人が自己の日常生活にすべて必要

1) Douglass C. North (蔡磊訳)「西方世界の勃興」(1998年 書苑出版社) 1頁。

2) Lars Magnuson (王根蓓, 陳蕾訳)「重商主義の経済学」(2001年 上海財經大学出版社) 86-87頁。

3) Douglass C. North (蔡磊訳)「西方世界の勃興」(1998年 書苑出版社) 1頁。

4) Roscoe Pound (沈宗靈訳)「法による社会のコントロール」(1984年 商務印書館) 71頁。

### 趙：关于目前中国商法研究的几个问题

な商品を生産できないので、労働生産物を交換する必要が生じる。さらに労働生産物を交換する行為により、社会的な労働分業が成り立っている。いまひとつは、私的財産をそれぞれの所有者が保有し、他人の私的財産所有権を認め、等価労働を交換し、労働生産物を無償で占有することが出来る。それに応じて、所有権制度と契約制度が生じた。反対に、商法の誕生は市場経済を基礎としている。市場は商品交換する場所であり、商品生産と商品価値を実現する必然的な条件であり、市場経済の重要な部分であり、社会的な分業と商品交換による結果でもある。市場経済とは、市場効率性により、社会資源の配置と市場主体の行為を調整する経済の運行方式、または経済運営のモデルである。商品経済と市場経済の主なる相違について、商品経済は自然経済と対照した概念で、社会経済形態を指している。つまり、自己生存と社会発展のためには、等価労働生産物の交換が欠かせない。市場経済はある種の経済を実現する方式として、非市場経済（計画経済、国家独占経済、独裁経済など）に対置しており、市場で社会的資源の分配を行い、需要を満たす手段と場所を意味していると主張される。市場には人的要素、物的要素、行為要素が含まれている。人的要素は、すなわち市場主体が純粋な経済人、物的要素は貨幣資本のことをいう。貨幣資本は単なる資本ではなく、利潤を最大化するための資本である。市場経済における基本要件が商法の基本内容に一致している。要するに、民法は商品経済の基本法であり、商法は市場経済の基本法である。

3. 適用対象が異なる。民法は法的適用対象が広範であり、すべての自然人を対象とした基本的権利の保障法である。民法が求めている基本要件は、生存権を満たすことである。人間社会において、基本要件とは、生命と財産、名誉、平等であり、すなわち、これらの基本要件を満たしてから、初めて社会発展を遂げることができる。その反対に、商法は法的な適用対象が法人（経済人、商人）だけである。法人とは営利を目的にした経済活動を行う独立な経済組織あるいは法人格をもつ経済人である。経済人についてブルジョアジー古典経済学者 John Stuart Mill は、継続的、計画的、創造性を持ち、自己利益を最大化する人と定義している<sup>5)</sup>。経済人は経済活動に当たって、行動パターンを選択する際に、優先順位を決定し、最も効果的な行動パターンを選択する傾向と能力がある。その際に選択された行動は常に自己利益の最大化とつながっていると経済学者 Adam Smith は次のように述べている。「毎日われわれの生活に必要な食べ物や飲み物は、肉屋さん、醸造者、パン職人の恩恵による無償奉仕ではなく、彼らは自己利益を得るためなのである<sup>6)</sup>」と。商人は、専門的な知識と技術を持つ者と限定されている。このことは、商法の規範体系と内

5) ヘンリ・レパアリ（李燕生訳）「アメリカの新自由主義経済学」（1985年 北京大学出版社）24頁。

6) Adam Smith（郭大力・王亜南訳）“An Inquiry into The Nature and Cause of The Wealth of Nations”（1984年 商務印書館）14頁。

容に直接の影響を与えることになる。

4 法的規範法則の相違。民法の規範法則は強烈的な倫理性を有している。社会学の立場から見れば、法律条項には倫理的条項と技術的条項の2つの種類が含まれている。商法が技術条項を重視するのと比べて、民法の規範法則は倫理性を強調する傾向がある。その原因とは、民法の規範が市場経済における一般原則を提供し、このような一般原則は、市民社会およびその経済的基礎にとって抽象的かつ総体的なものであり、また理性的で普遍的なものである。民法はこのような性格によって、倫理的条項が多く、当事者が倫理判断を簡単に出来るが、専門的な法律知識と判断力を要求されていないという特徴がある。商法の規範は専門技術が強調されているという特徴がある。商法の起源は「商人法」で、最初から専門性と職業性が必要とされている。また、「商人法」から「商行為法」まで進化し続けたが、商法の基本的な特徴が変わったことはない。市場経済を調整する商法規則が、市場経済に当たる基本内容と基本規則、基本運営方式をそのまま法律用語で解釈されているといっても過言ではない。商法の技術的規範法則は、営利を目的とする活動を保護することに傾け、その技術的規範法則に対して、倫理道德の面から簡単に判断することは出来ないものである。このような技術性は組織法と行為法でも見ることができる。

#### (二) 民法典と商法典に関する問題

中国では商法典の必要性について、法学者の間で大きく議論されていた。商法の独立性と継続性からみると、商事習慣法と国家単行商事法に基づいて、商法典を制定すべきである。これは商法の独立性が高い段階に到達したということの意味をしている。ところが、現在、中国は商法典を制定する必要はないというのが多くの学者の共通の意見である。その理由としては、(1)現在わが国は商法典を制定する社会的な経済条件が整えられていない。(2)現在中国にとって商法典は必要ではなく、または商法典が国家の経済活動をどのような程度で行っているのかを示すものではない。現時点では、商法意識と商法精神が中国にとって必要なものである。(3)民法と商法の相違について、形式上の差異はあるものの、実質的な差異は小さい。民商法を統合するか分離するかにかかわらず、法律の適用性において一般法より特別法が優先するという原則がある。(4)商法と民法が追求する基本価値標準は一致しており、双方とも平等、自己意思決定権、合法性などの規則によって制限されている。適用手段と適用方法上にも相違が見られる。民法の公平と商法の効果と利益は相互に関係しており、同一性が見られる。現代社会において、公平原則に基づいて効果と利益の追求と実現が成り立っている。また、効果と利益の追求と実現は、公平原則によって制限されている。(5)適用対象の不可分性。民法と商法は市場と市場内の経済活動をマネジメントし、調整するものであり、市場経済は商品経済に依存しており、商品経済の基本要求を満たすことを条件としている。現代社会の商人と一般

## 趙：关于目前中国商法研究的几个问题

社会人とは実質的な差異がなく、商人階級は現在もはや存在していない。要するに、伝統的な商法内容は一般的な社会主体に適用されることになる。(6)法的性質の同等性。民法と商法は私法範疇に帰属し、規範の法則内容について、両者とも権利法である。民法と商法を完全に分離すれば、私法体系の統一性を害し、私法理論の発展をも妨害することになる。(7)民商法を分離する条件の不備。民商法を分離する基礎条件としては、まず発達した民法を前提とし、民法の発展が一定段階を経てから、現行の民法規範法則に対して、進化した複雑な社会経済関係を調整できるという要求が満たされない場合に、商法の必要性が生じてくる。現在わが国では民法を充実させ、民法を推進し発展させることおよび民法意識をさらに深めるのが重要である。特に、民事立法と民法典がまだ欠如している状況で、民商法の分離を図ることは、砂の上で家を建てるのと同じようである。

民商法の統合について、単に商法を民法に併合し、あるいは商法を民法に取り入れ、あるいは民法が商法を代替するのではない。民商法の統合説は商事と民事を同一に扱うという意味ではない。すなわち民商法の統合に関しては、民法と商法の相違を区別し、認識するという大前提が必要である。複雑な市場経済関係を反映する一部の民法典だけを用いて、商事に対する民法法規の趣旨だけを強調することではない。民商法を統合するには、民法と商法が自己の特殊性を十分認識した上で、民法内容と商法内容の整合を行い、最大限に民法と商法を社会経済発展に貢献させることが重要である。

### (三) 商法における自己意思決定権と強制的な規範問題

民商法は私法範疇に帰属しており、私法と公法の基本的な相違点として、私法は個人権利の保護を公法より重視している。民商法は市民社会の基本法であり、市民の社会観念が国家により限定された自己権利の範囲と限界内で、自己利益を実現する自主性、積極性を最大限に引き出し、社会への貢献を最大化し、社会的な公平主義を実現するのに重点を置いている。各国の民商法典では私有財産の所有権への不可侵と契約自由、及び当事者の意思自治権と公正な利益分配を定めている。これは、国家に個人の正当な権利への侵害を避けさせるためである。「私法範囲内には、政府が私権を認め、私権行使を保障する唯一の役割を担っている。国家は社会生活と経済活動に対する行政的な関与を出来るだけ回避すべきなのである<sup>7)</sup>」。民法上の絶対意思自治権とは違い、商法では意思自治権が一定の制限を受けている。主な特徴として次のものがあげられる。商取引関係において、取引をする者はを交換するのに不慣れな感があり、当事者がすべてに対して完全に意思自治を行うことは不可能である。商取引には効率性と迅速性が重視され、取引の定型化、権利の証券化などの

7) John. Merryman (顧培東・緑正平訳)「大陸法系」(1983年・西南政法学院印刷刊行) 106頁。

手段で取引を潤滑に行っているのに、当事者が十分な意思決定を行う時間的、条件的な余裕はありえない。商法における意思自治権を制限するのは、社会的公平と効果と利益の追求を有効に達成するためであり、行動者に取引を自主的に行わせるよう後押し、各関係者に公平な利益分配を行うようにするためでもある。ここにおいて商法は、人権精神を体現している。さらに、民法と商法における意思自治権の基点も異なるので、民法は人的な対等性を主張し、商法は人と人の非対等性を強調し、商法には強制的な規範が多いわけである。

## 二、商法と経済法の関係

### (一) 経済法概念と特徴

フランスの社会主義者である Morelly は「経済法」という言葉を初めて1775年に出版された「自然法典」の中で使用し、一種の経済運営規則を意味していた。法律上の経済法という意味について、ドイツ法学者 Ritter は世界経済に関する各種法律を説明するため、1906年初めて経済法という言葉を用いて法律用語として使用した。経済法が誕生してから、経済法概念と適用対象、範囲については、国内外の法理論界で統一されていなかった。基本的な考えとして：法律発展から見れば、「経済法は政治法と市民法を補完するものである<sup>8)</sup>」。経済法の性格から見れば、「経済法は国家経済に関与する法である<sup>9)</sup>」。商法及び行政法などの部門法との関係から見れば、「経済法は商法と行政法の間にある中間にあり、商法と共に経済事情を調整し、行政法と共に経済を管理する能を持っている<sup>10)</sup>」。筆者は、現代的意味において、経済法は国家が市場調整体制の欠陥を克服し、不完全な市場条件と市場環境を改善するため、経済手段を内容とした強制的な法律規範の総称と考えている。その主要理論としては、国家が強制的な手段を用いて、市場経済に不可欠な外部条件と環境を市場要求に対応させ、市場調整体制の欠陥を克服するためである。経済法は社会法に帰属している。社会法としての経済法はその他の法律部門と比べて、以下の特徴がある。

1 適用目標の単一性。経済法体系には、公共利益を確保するという最も重要な目的があり、社会本位性と公共利益の至上性を主張する。経済法には、個人と国家の意思ではなく、公共利益を具体的に表現するものである。経済法が保護するのは自己利益もしくは統治階級に基づいた国家利益ではなく、全社会の人々を受益者とした公共利益なのである。このような公共利益は普遍性と公共性を有している。

2 調整内容上の経済性。経済法が適用した主体に対して、人身的な懲罰や道徳的な懲罰で調整を行うのではなく、経済的手段を用いて、経済的に誘導をする、

8) 李昌麒主編「経済法学」中国政法大学出版社1994年版 4頁。

9) 日本 金澤良雄「経済法概論」甘肅人民出版社1985年版 24頁。

10) 王継軍等“経済法は市場の中にある規制法と市場調節法と共に有効な結合するものである。”

## 趙：关于目前中国商法研究的几个问题

経済的な懲罰をするもしくは経済的な報償をするなどの手段を使い、経済主体行為に対する規制、誘導を行っている。

3 調整する手段上の多様性。経済法が社会関係を協調するには、経済主体の行為に対して、市場で可能な範囲内に限定し、あるいは経済主体に経済主体の行為に対する指導、規範化し、総社会経済目標を達成するよう促進する。反対に、市場運営を害する行為に対して、修正的、制裁的な規制を行うことによって、社会全体利益に適合させる。

### (二) 経済法と商法の相違

適用範囲、立法目的において、多くの違いがあるので、商法と経済法の法律理念、法律機能には、多くの違いが見られる。商法は個別経済主体の利益に基づいて、経済主体の間の利益関係を調整する。これに対し、経済法は社会経済利益に基づいて、全体経済利益の協調と保護、すなわちすべての商事主体の利益を全面的に調整することを強調している。従って、商事法と経済法は2つの異なる法分野として分ける必要がある。両者の相違は主に以下の点にある。

1 商法と経済法は性格の異なった社会経済関係を調整している。商法は商人の間での平等性を特徴とした社会経済関係を調整する。経済法は国家と国民、国家と企業（商人）との社会関係を調整する。このような社会関係は常に管理され、統制されているというような縦の関係を指している。

2 商法と経済法における適用対象の相違。主に、商法は商人と他の経営者の法律上の位置、組織形式、商取引の行為規則と行為結果などを規定している。このような内容は法律上に反映すると、公司法（会社法）、手形法、信託法、保険法などの法律制度となる。経済法は、主に正常な経済運営環境と運営条件の維持を保護するため、商事活動における商事主体の競争行為規範、競争規則、または国家がいかに不当な競争行為と独占行為を調整するのかを規定している。法律上では、計画法、投資保護法、独占禁止法、不当競争防止法、生産振興法、消費者保護法及び資源法などがある。

3 商法と経済法における作用内容と作用点の相違。商法の作用内容と作用点は商人（経営者）の合法的な権利と利益を認め、保護する。商事主体の営利目的を満たすために、商人としての企業と自然人の間の平等的な利益関係を保護する。経済法の作用内容と作用点は個別利益と社会利益とのジレンマを解消し、その作用内容は全体的な経済生活と経済利益に重点を置いている。

4 商法と経済における法的性格と法的理念の相違。商法は公法的性格のある私法であり、自由、平等、効果と利益、安全などの法的理念が法的な理解と解釈で表現されている。すなわち、個人の自由、個人間の平等、個人関係の公平さ及び個人行為の利益と安全を強調している。経済法は私法的内容と公法的内容を有してい



る社会法であり、自由、平等、効果と利益、安全、秩序など法律の根本的な理念が社会的な立場から理解され、解釈されている。社会の全体利益と取引の安全を強調している。

### (三) 経済法の内容と体系

法律体系は客観的に存在している同種類の対象間の相互関係と作用を土台として形成された法規範の総和のことをいい、あるいは同じ調整対象を土台として形成された緊密な論理的な関係を持つ法的規範と制度からなる構造である。経済法は社会公共利益の保護法として、独立的な法分野であると思われる。経済法の調整内容としては、主に市場の外部条件の保障と市場行為の修正、市場行為の誘導、市場行為の促進という4つの部分がある。

1 市場条件の保障法規。市場経済における活動を正常に行うためには、市場環境と条件をよくしなければならぬのである。市場条件に法的な保障を提供するのは、経済法の根本的な役割のひとつであり、市場形成と市場運行、市場存続という必要な外部条件を保障することが目的である。(1)市場形成条件の保障法。市場運行を正常に行うためには、市場内外の条件を有効に利用し、さらに、市場それ自体の内在的な要求と規律に対応できる土台がなければならない。市場外部条件の保障法には、市場体制の構築法、市場参入法、市場主体資格の授与と取り消し、監督法(典型的なのは(商業登記法))がある。(2)市場運行条件の保障法。正常な市場運行を行うには、市場内外にある良好な条件を作り出すのが必要である。これらの保障条件としては、市場公正条件の保障法、すなわち公正な外部環境を構築する法律制度と規範法という手段を用いて、市場における公正な外部条件を保障する法。その内容には税法、価格法、公正取引法などが含まれている。また、市場秩序を保護する法、すなわち法律という手段を通じて、市場秩序を妨害する行為に対して、強制的な修正をする単行法規と具体的な法律規範である(典型的なのは(市場秩序法))。市場制限条件法、すなわち国家は社会的利益のため、市場主体に対し一定の制限または規制をする法律である(典型的なのは食塩専売法、タバコ専売法、外貨管理法、対外貿易管理法など)。(3)市場存続条件の保障法。主要内容として、持続発展促進法(継続的発展法ともいう)、すなわち環境と人口、自然資源を協調し、持続的な経済発展を促進する法律である。また、貧困層への保護法、労働法、賃金法、労働報酬法、社会救済法、社会保障法と社会保険法などが含まれている。また、市場客体を合理的に利用する法がある。

2 市場行為の修正法規。利潤の最大化を追求する動機に基づいて、市場主体が、他人あるいは公共利益を無視し、自己利益を追求するという強い利己的な行為をする傾向がある。経済法は市場主体の不正な行為を規制するという強制的な法であり、不当競争防止法と独占禁止法がその代表である。

### 趙：关于目前中国商法研究的几个问题

3 市場行為の誘導法規。経済法は市場における主な役割として、国民経済発展の状況およびその傾向を充分研究した上で、経済予測、経済計画などの方法を通じて、市場主体に経済活動の目標と範囲を示し、市場主体を社会経済発展に寄与するよう誘導する。その内容として、国民経済計画法、経済協調発展法、総合開発企画法、都市部と農村の企画法、産業政策法などの法律および法令であり、さらに、大量の政策指導規範で、これらの法律の執行を補う。例えば、国家は産業別もしくは業種別の発展を促進したり、制限したりすることによって、市場主体行為を社会全体利益にかなうように図る。

4 市場行為促進法。市場経済を順調に発展させるには、市場主体の行為の自律性を必要とするほか、国家が市場主体に対する有効な指導と奨励を行うことも重要である。ここでは、経済法の役割として、経済振興法を通じて、国民経済の振興と発展に必要な法的保障を提供する。また、投資法（海外資本、国内資本の投資法を指す）、外商投資法、投資奨励法、国内外からの投資を積極的に行うよう促進する。また、後進地域経済促進法と後進地域工業開発促進法を通じて、後進地域の経済力を上げ、経済発展の均衡を保つ。移民促進法と都市部人口抑制法を通じて、人口の過疎化と過密化を抑制する。産業再配置促進法を通じて、不合理的な産業構造と産業形態を改めて調整する。就職促進法を通じて、名目失業と実質失業問題を緩和し、対応する。競争促進法を通じて、市場主体の競争意識、市場競争を強化し、競争能力と競争水準を上げる。農業調整法と農村振興法を通じて、不合理的な生産体制を改善し、農村の都市化と工業化を加速する。

### 三、出資者利益に対する商法の保護

#### (一) コーポレート・ガバナンスにおける出資者の位置づけ

伝統的な会社法理論によれば、株主は会社の所有者であり、会社は株主に最大の利益をもたらすことを経営目標とした組織である。従って、会社の意思決定権限は株主あるいはその代理人にある。会社法によれば、議決権は株式会社制度の核心であり、株主の利益は株主が株主総会で議決権と監督権を行使することによって実現される。株主は会社活動に対して、最終的な意思決定と監督を行う権利を保有する。しかし、現代の会社法理論によれば、会社の最終目標は株主だけの利益最大化のみならず、すべての利害関係者の共同利益の最大化をも追求すべきであるとされる。これに応じて、企業統治は株主だけではなく、すべての利害関係者が自己利益のために、企業統治に参加する権利と義務がある。会社形態の中で、特に株式会社の場合には、株主は企業の経営管理に直接に参加するのではなく、会社の所有者として存在している。企業の経営管理者は所有者である株主によって選任された代理人であり、株主の利益最大化を経営目標として行動すべきである。

ところが、会社利益はすべての株主利益と完全に一致するわけではなく、株主、

特に大株主が自己利益の最大化を迫ることにより、しばしば他人の利益を損なうことになる。また、会社管理者である取締役は、仮に十分な監査を行われない場合、または不当な自己利益を追求するために、権力を濫用することがありえる。それは多くの中小株主の利益を損なうことにもなる。

## (二) 出資者利益保護の法的改善

出資者、特に中小出資者の法によって認められた利益を保護するために、企業統治（コーポレート・ガバナンス）の整備を以下のような方面で行うべきである。

1 出資者と債権者、従業員などの関係者の協調。わが国の企業統治制度を二つの考えで改善すべきである。(1) 取締役会の構成及び権限範囲を改革し、会社の経営戦略、経営管理、報酬及び代表取締役会で非執行取締役の地位と役割を強化し、取締役会の意思決定の独立性を高める。(2) 現行の監査制度を改革し、社外監査制度を導入すべきである。監査役会のメンバーについて、企業管理及び財務に関する資格と能力を有する者が必要である。英米国家での独立取締役に与えられた会計監査権限を監査役会に引き渡し、監査役会の管理の下で、会計監査委員会を作り、その委員会が全部社外監査役会によって構成される。会計監査委員会には会社財務報告プロセス及び内部管査という監督権が与えられるべきであり、社外の会計事務所の推薦及び会計計画の提案権を明確に規定しなければならない。2 取締役会の構成と独立社外取締役制度の導入。独立社外取締役は取締役と異なり、株主及び会社経営者の影響を受けないため、取締役会の独立的な判断を行うのに有益である。また、独立取締役会制度は、大株主による議決権の不当行使及び業務執行者の不当な経営意思決定を阻止することが出来る。法律制度、組織構造という2つの方面から、株式会社の所有権と経営権を分立し、すべての株主の利益最大化が実現できる。

3 関連取引の規範化、中小株主の利益保護。ひとつは、関連取引の環境を規範化する。2つは、関連取引の秩序を規範化する。

4 不合理な株所有者の構成と大株主による独裁の阻止。まず、株主の構成を合理化し、分散型の株主構成を築き、国有株、法人株の株式市場への公開上場によって、国有株を流通させ、国有株の持ち株率を縮小させ、家族的な株主の持ち株率を限定させるなど必要な措置を講ずることによって、会社内部権力の均衡機能が形成されてくる。特に国有企業の株を大半国家が所有しているので、国有株の売却は今後中国国有企業改革の重点になる。国有株の売却を通じて、国有資本を競争産業から撤退させ、少数の重要な産業に集中する効果がある。二つ目は、投資主体の多様化。株式会社を設立する際に、より多くの投資家、社会保障基金、金融資産管理機関、国内外証券投資基金などの機関投資家を誘致し、基金と保険、年金という機構の持ち株率を増やし、大株主に集中した株を分散し、大株主の不当な行使を制限する。三つ目は、経営者責任制度の改善。企業経営者に対する有効な制限と報酬制度

## 趙：关于目前中国商法研究的几个问题

の構築。反面、経営者が自己利益のために、大株主の違法行為と不当行為を防ぎ、大株主に対して制約することにより、有効な制約機能を構築することになる。

5 株主権の保護と救済機能の改善。株主権は会社につきすべての権利行使の基礎である。株主権を保護するために、以下のことをしなければならない。第1は株主権の内容を充実し、株主権を至上とする観念を樹立する必要がある。第2は株主権の行使方法を多様化することである。株主が会社の意思決定に際し提案権と議決権を行使するのに、法的な保障を提供する。議決権代理投票制、投票権招集制、累積投票制、分類投票制、遠距離（電子）投票制などを積極的に導入し、中小株主の経営政策への提案権を行使するための、法的な条件を整える。第三は株主権の救済手段であり、株主の代表訴訟、集団訴訟そして違法行為に対する損害賠償権制度を確立することである。

6 情報開示と情報開示への監査、開示した情報の真実性、合法性、適時性。まず、上場企業の情報開示を強化し、さらに情報開示の標準を高める。次に、仲介機構とマスメディアの監督機能を強化し、全面的に情報開示と情報追及などを促進する。最後に、上場企業の監査を強化し、違法行為、粉飾行為及び株価操縦、隠蔽行為などを行った上場企業に対して、厳しく処罰する方針を取るべきである。

### (三) 証券における民事責任

中国の現行「証券法」の中で、民事責任の弱化は中国証券の詐欺行為を誘発する重要な要因である。証券市場があつてこそ、投機行為と詐欺行為がある。法律の目標としては、証券詐欺行為を最小限にとどめ、投機行為を、証券市場をより発展させることにより規制する。証券詐欺について、以下の問題に注意しなければならない。

1 証券詐欺における民事責任を負う主体。証券市場においては、証券詐欺の民事主体を確定することは困難である。“仮に当事者の範囲を過小あるいは過大に限定する場合であれば、損失を受けた投資者の正当権利を保護することと本当の責任者に責任を追及することも出来なくなり、証券の管理者と司法機関にとっても不要な負担になる<sup>11)</sup>。証券責任を負う主体は詐欺行為を起こす執行者及びその内部取引関係者、仲介機構などに限定されるべきであり、一般投資者に適用されない。損害主体は証券詐欺行為の期間において損失を蒙る者を判定し、悪質な投資者と投機失敗者を含めない。

2 証券詐欺民事責任を負う客観的条件。証券詐欺行為は多様な形態で出現している。インサイダー取引と虚偽表示、相場操縦などがある。

3 証券民事責任を負う主観的条件。一般民事責任は過失責任だが、証券詐欺民

11) 陸澤峰「当事者の範囲の合理性を探る」政治と法律1999年第二期。

事責任に単純な過失責任を適用するものの、被害者の保護には有用ではない。その原因は、証券取引が擬制を特徴として、一連の指標とデータなどで取引を完成し、また、証券取引のネット化、ペーパーレス化によって、過失責任の証拠を取得しにくくなる。従って、過失責任の推測原則は、証拠取得の責任を、専門技術を持つ加害者に負わせ、被害者と加害者の権利と義務を十分果たすようにする。

4 証券詐欺民事責任の因果関係。証券民事責任を負うには、証券投資者の受けた損失と証券詐欺行為との直接的な因果関係を要求される。因果関係は二つの意味がある。一つは取引因果関係。すなわち被害者の取引行為と加害者の詐欺行為とは、因果関係にある。二つは損失因果関係。すなわち被害者が受けた損失はすべて加害者の証券詐欺行為によるのである。

5 証券詐欺民事責任の賠償範囲。証券詐欺民事責任の賠償につき、一般に実質損失賠償原則である。これとともに、被害者の機会利益の損失、詐欺行為の程度（証券詐欺行為の時間的、回数、取引額、非正常な変動幅、社会影響）が含まれている。

#### 四、中国会社法の修正について

1993年「中国人民共和国公司法」（以下は会社法という）が公布された。この法律は中国における現代企業制度の発展と現代市場経済体系の構築に大きく貢献するものである。ところが、この法律は公布された時期が早かったため、最近十年にわたる中国社会経済関係の大きな変化という現実には、一部の法規が対応できなくなっている。また、この法律には、中国の特色を過大に強調し、世界各国の会社法の研究が十分に行われていなかったために、理論上の瑕疵、経済発展への抵触が生じてしまっていた。わが国の会社法の良し悪しを深く受け止め、今後会社法の修正に必要な理論的準備をするのがより重要である。

##### （一）法人人格と法人財産所有権

企業は市場経済関係への参加者として、最も重要な民事と商事主体である。民事と商事主体として最も基本的な条件は、該当主体が独立的な法人格を有することである。自然人と異なり、法人は、社員が出資した資産への直接支配権を放棄することによって、出資した限度内で対法人債務の有限責任を負うという大前提を必要とする。会社社員は会社債権者に対して、有限責任を負担することが会社法人制度の存在する基盤である。この基盤は会社法人と社員、社員と債権者の間で二つの障壁を作り上げた。第一は、社員は会社に出資した財産への所有権と直接支配権を引き渡さなければならない。これによって、法人の経営費用を抑えることが出来、最も重要なのは、法人は自分が法人であることを取引相手に確信させるということである。第二は、社員は法人財産の直接支配権を放棄する代わりに、債権者に有限責任を

## 趙：关于目前中国商法研究的几个问题

負うことになる。この障壁は、社員を債権者からの請求権を免れさせる。法人とその他の成員を二重分離し、法人をはじめ、出資者集団と債権者集団との双方利益の均衡を保つ。

会社法人格を決定する諸要素として独立した財産を保有することが、会社法人格の核心であり、法人につき不可欠な基本条件である。法人の独立財産の基本要件としては、法人が財産所有権を享受することである。しかし、わが国現行の会社法には、法人の独立財産及び会社と株主の間で財産権利の区分に関して、矛盾した法規が存在している。わが国「会社法」第4条第2項によれば、「会社は株主の出資により形成された財産に対し法人財産権を享受し、民事上の権利を有し、義務を負担する」。第3項は、「会社財産に含まれる国有資産の所有権は、国家に帰属する」と規定する。これらの規定は以下の問題を起こしている。第1は、法人財産所有権ではなく、法人財産権という文言を使っていることである。法人財産権につき、従来から明確な概念がなく、理論的には所有権として理解されたり、またはただの経営管理権を指すと理解されたり、または所有権と経営管理権を包括していると理解されている。仮に第1番目のような見解であれば、財産権を所有権に置き換える必要はない。所有権という概念は、一般に、財産権よりはるかに受け入れやすく、適当である。仮に第2番目のような見解であれば、これは法人の独立財産に要求された内容と相違があり、経営管理権は所有権とはるかに異なっており、所有権に要求されたすべての権能を含めていないわけである。仮に第3番目のような見解であれば、以下三つの問題が生じる。第1は、同一権利は同一法律の下で、異なる意味で理解されていれば、法律の適用性と統一性を損なうことになる。第2は、国有資産所有権について、国家が保有するという規定は妥当ではない。理由のひとつは、会社財産の物的形態で表示されるが、たとえどんな状況においても、会社がこの財産に対する所有権を持っており、この所有権は会社が正常な経営活動を行うための大前提となるからである。いまひとつの理由は、会社資産は多様な形態で存在しているが、それは会社が実際に所有と支配しているすべての財産、株主の出資による資本財産もしくはその他の会社権益と負債を含むものである。最後の理由として、国有財産の所有権は国家が所有していれば、非国有資産の所有権は誰が所有しているのだろうか。この部分の資産については、所有権は株主なのか会社なのか。仮に株主が所有すれば、会社の自己財産はまったくなくなり、債権者への返済能力を失うことになる。会社が所有すれば、他の株主にとって不公平となる。第3は、国有財産の所有権が国家にあるとすれば、会社側はこの部分の財産にどのような権利を持っているのか。会社と国家株主とは、どのような関係があるのであろうか。われわれは仮に国家が財産の所有権を保有すると考えれば、所有権の一般原理により、所有者はその財産に対して、占有、使用、処分、収益の権利を持っており、さらに、この権利が排他性を持っているので、所有者である国家は、出資した財産を撤回する権

利を含める処分権を享受しているといえるのであろうか。もしこの処分権を享受するのだとすると、われわれは会社の概念と会社の特徴を改めて定義する必要があり、仮にそうではなければ、国家の所有権は何の意味もないのである。

(二) 国有独占会社の法律問題

国有独占会社は、わが国「会社法」による特有な概念を持っている。わが国「会社法」によれば、「国有独占会社は国家からの授権を受けた投資機関もしくは部門が単独で投資した有限責任会社のことである」<sup>12)</sup>。国有独占会社は他の会社形態と比べて、次のような法的な特徴を持っている。まず、投資主体から見ると、国有独占会社は投資主体が単一性と特定性がある。財産の性格から見ると、国有独占会社の財産は国家性（国有性）と全民性（公共性）がある。責任の負担から見ると、国有独占会社の唯一の株主は会社債務に対して、有限責任しか負担しない。経営範囲から見ると、国有独占会社の経営範囲は限定性があり、國務院が確定した特殊製品の製造もしくは特定業界という範囲に限定されている。国有独占会社は、外国の一人会社と相似している。たとえば、株主の単一性、株主と会社の人格は独立性がある。もっとも、国有独占会社と一人会社との相違は、次の点にある。(1)目的が異なる。伝統的な会社制度は人的組織と社団性を強調し、各国が会社法を定める際に、一人会社を排除していたが、20世紀以来、欧米各国は現実的事情に迫られ、法律の尊厳を維持するために、伝統的な会社法制度を改めて認識し、一人会社を法律上で認めたとする。わが国の国有独占会社は国有企業改革の産物であり、現段階の国有大中企業を株式会社化するため、新しく有効な法律形式を作り出した。(2)会社形態が異なる。一人会社形態は複雑であり、時間的な過程を見れば、設立段階からの一人会社、設立後の一人会社がある。また、形式の観点からみると、形式上の一人会社と実質上の一人会社がある。国有独占会社は設立段階からの独占会社であり、形式上の独占会社と実質上の独占会社という区別はない。(3)起因が異なる。大多数の国家は、会社が設立された後に、株の譲渡あるいは株券の移転のために形成されたという背景の下で、このような一人会社を認めている。わが国の国有独占会社は会社が成立したときに、法によってこの種の会社形態と規定されている。会社の性質からいえば、国家が授権した投資機構もしくは部門が単独で投資をして設立した有限責任会社ということである。会社経営範囲は限定性と特殊性があるため、国有独占会社が一般の有限会社のように、資産の移転により、自然に設立されるのではない。(4)株主が異なる。欧米国家の一人会社は、投資家が唯一国家である一人会社、法人が唯一投資家である一人会社と自然人が唯一投資家である一人会社に分けられる。国有独占会社は国家からの投資だけで設立される。

12) 「中華人民共和国公司法」第64条第1項本文では「会社法」という言葉を使う。

## 趙：关于目前中国商法研究的几个问题

国有独占会社を法律上で認めるのは、国有企業改革の推進、産業領域における会社の運営に法律機能を深化することに重要な意味がある。しかし、問題は依然存在している。(1)国有独占会社は伝統的な会社法の法人特性と抵触する。会社法人は会社が典型的な人的な主体として、株主から独立した法人格もしくは権利能力を有するという特性がある。会社法人の法人の性格は会社組織の統一性と会社行為の規範において現れている。伝統的な会社組織機構は会社の株主の分散化と会社機関分業の合理化を基礎としている。国有独占会社では、株主が単一であるだけに、伝統的な会社法の中にある機関の分業と監督の機能が働かなくなる。国家は唯一の株主として、会社財産の移転を自由に行うことによって、株主と会社との間の利益衝突を生じさせる。(2)有限責任原則に関して、国有独占会社と有限会社は抵触する。有限責任会社では、株主が会社債務に対して、出資した範囲内での責任だけを負うにすぎず、この株主が有する有限責任は、株主自身にとって最も有利な原則である。公平原則に基づいて、ある主体が出資した財産のすべて権利を会社側に引き渡し、会社側がその財産に対する経営管理もしくは支配する義務を有すると規定している。その代わりに、このような有限責任の権利を株主は保有する。会社の株主が単一である場合には、複数株主によって行使できる相互制約機能を発揮できず、出資した財産とその他の財産(株主の所有財産)を完全に分離しにくい<sup>13)</sup>。(3)投資主体の特性により、国有独占会社は自己独特な優位を利用し、その他の市場主体と不当な競争を行うことがありえる。国家は財産の所有者でもあり、政権の担当者でもある。すなわち広範な財産所有権を保有すると同時に、行政権を握っている。名義上の国有独占会社の出資者が国家となるので、その職責、権限及び法人制度に要求された独立出資者とは、はるかに遠い。従って、国家である投資主体は、真の出資者のように、会社運営に制約機能が働かない。

国有独占会社の改革目標として、われわれは二つの選択に迫られている。一つは、会社法の規定内容を規範化したうえで、国有独占会社という会社形態を最終的になくしてしまうこと。二つは現有の国有独占会社の制度を改正し、国有独占会社の行為を規範化することを通じて、国有独占会社によって生じる弊害を抑えること。国有独占会社の組織制度と国家株主の投資行為を含めて具体的に規範化すること。それと同時に、「会社法」で取締役を選解任する資格に関する規定を修正し、監督機能を強化し、国有独占会社の監査役会の職責範囲を改革する必要がある。また、国有独占会社の適用範囲を厳格に制限し、国家にとって必要なマクロ調整を確保した上で、国家が直接的に経済活動へ関与することを縮小し、競争性を持つ経営業界から撤退すべきである。民間の利益と争わず、単一投資主体の国有企業を国有独占会社に変身する条件については、必要に応じて制限し、国有独占会社を非競争的業種あ

13) 柳経緯「国有独占会社論」法学研究1999年第六期 参照



るいは企業に限定すべきである。

## 五、コーポレート・ガバナンスに関する法律整備

### (一) コーポレート・ガバナンス (corporate governance) 概念の特徴

これは英語から起源し、会社管制、企業統治とも翻訳されている。企業内の利害関係者とその行為を協調する法律と文化、習慣、制度などを指すものである。狭義のコーポレート・ガバナンスと広義のコーポレート・ガバナンス（以下は企業統治と呼ぶ）がある。狭義の企業統治は、会社の取締役会の構成、権限を調整し、代表取締役、取締役との権利、義務及び取締役の選解任、報償、監督などという制度上の内容をいう。広義の企業統治は、狭義内容のほか、人的資源管理、利益分配、報償システム、財務制度、内部統制、リスク・マネジメント、トップ戦略マネジメントシステム（企業発展戦略管理システム）、企業文化、企業管理にかかわる他の制度などをも含んでいる。企業統治の理論的な出発点は、会社とその構成員との間には契約関係があり、株主利益の最大化、株主へ利益分配の増加、企業競争力の強化を営業目標として、所有権と経営権の分離、所有権と決定権の分離を目的とする点にある。

企業統治は財産所有権を明確に表示しなければならない。法学的にいえば、明確な財産所有権の構成は二つの利点がある。まず会社という擬制主体であり、会社法人の財産所有権がなければ、意義上の会社は存在しない。次に、会社の財産所有権は他の法律主体と取引するうえでの大前提であり、法的責任を負担するための基本保障でもある。これに基づいて、企業統治は利益均衡システムを確立し、内部権利の配置を規範化し、企業経済活動の効率性と持続性を確保する。

### (二) 企業統治の作用。企業統治の作用は以下のようにある。

1 権利の合理的な配置。企業統治の中心としては、株主総会、取締役会、監査役会、財務経理人員のそれぞれの権利を明確に記載し、会社制度を有効に実行するということである。企業統治の分権理念は政治学の“三権分離”という考えから発展してきている。一般的にいえば、財産所有権の所有者は、会社の剰余財産に対し、議決権を保有することになる。企業統治の最も重要な機能はこの議決権にある。また、企業統治は株主総会、取締役会、財務経理、監査役会に対して、権利の範囲を明白に区分し、法律と契約の範囲内において、その関係者たちが権利を持ち、義務を負うことになる。つまり、権利機構、決定機構、監督機構、執行機構が互いに依存し、互いに制約する。一つの主体は複数の権利を享有しない。所有権を有すれば、経営決定権を有しない。監督権を有すれば、経営管理権を有しないことになる。

2 利益の制約作用。理論的には、利潤の最大化は会社の根本的な目標であり、利益の最大化は会社関係者の最終的な目的である。従って、「企業統治は企業内部に

## 趙：关于目前中国商法研究的几个问题

ある各種の代理問題を解決するためなのである。企業内部にある各所有者の関係を定義し、剰余財産の取得権と決定権を分配することによって、企業家と資本家の関係に影響を与える。株主、取締役、トップマネジメント、従業員などは会社の主要な利益主体である<sup>14)</sup>。企業統治は法律制度を通じて、各利益主体の権限と義務、ならびに各利益主体の権利限界と義務範囲を規定している。株主が出資した後、会社財産に対する所有権を持たない。取締役会は経営活動に必要な権限を各役員に分配する。役員が会社側と有償契約を結び、利益創出に責任を負い、法人代理権を行使する。また、監督者が出資者を代表して、企業経営に対し監督権を行使し、出資者の利益と監督者の利益を一致させるという役割を果たしている。

3 報償（インセンティブ）と監督の仕組み。報償は経営陣の役員が自身の利益を実現すると同時に、委託者である出資者の利益と経営目標を実現することに向けられた一種の奨励の仕組みである。金銭的報償と非金銭的報償がある。金銭的報償でも、短期報償と長期報償がある。短期報償というのは、給料、獎金（ボーナス）、福祉厚生、手当てなどの制度によって役員を報償する。長期報償というのは、自社株ストック・オプション、社会保険補助などの制度によって、報償する。どのような報償仕組みであっても、必ず有効な監督の仕組みが必要である。従って、企業内の監督の仕組みは、役員の実行を監督し、モラル・リスク、汚職行為などを懲戒する役割を果たしている。

### （三）企業統治の構築

企業統治の構築の主要な内容は、取締役会、監査役会、代表取締役会の互いの責任と権利を区分し、そして相互制約の仕組みを作ることである。

1 企業統治の主体。企業統治の主体は企業統治への参与者と権利、義務の担い手を指している。主体範囲と職権の区分けにより、企業統治の目的と効果に影響を与える。現代社会において、各国の企業統治の職能は、株主、取締役会及び役員、監査役会及び役員、債権者、会計経理者、従業員、及び他の利益関係者が行使するものである。彼らは企業統治の主体になる。また、主体の中には、株主、債権者、会計経理者、従業員が含まれているほか、取引相手、消費者、国家、現地住民なども入っている。

2 企業統治の機構と職能。企業統治主体である株主、債権者、会計経理者、従業員などの利益関係者は、企業統治に関与するため、各自の代表者を依頼し、企業の取締役会、監査役会に送り込むという方法を用いて、自己責任を行使している。取締役会は取締役員によって、構成された法定機関であり、企業の意味決定機関、

14) 「企業統制の構成から中国国有企業改革を見る」張維迎「企業理論と中国企業改革」1999年 北京大学出版社 106頁。

執行機関及び企業内部活動の監督機関である。主に二つの権限に分けられる。一つは、管理権限、もう一つは、監督権限である。各国の会社法には、企業取締役会の仕組みと執行手順が異なっているが、取締役会における意思決定の独立性を保ち、特に株主及び経理者を左右されず、客観的な判断を下すことが、各国会社法の肝心な部分である。取締役会は意思決定機関と執行機関として、会社利益と会社行為を代表している。どのような産業界においても、取締役会は自己職能を果たす際に、株主利益ではなく、会社利益を一番におかなければならない。

わが国の企業統治の実際状況においては、企業統治は以下の二種類の方式を取るべきと思われる。一つは取締役会と監査役会との権利を新たに区分し、監査役会の地位を高め、監査役会の職能を強化し、株主と監査役会に取締役会が負うことを要求する。もう一つは、独立取締役制度を外国法から導入する。法制度から取締役会の独立性を支援する。

## 六、独立取締役制度の問題

1999年わが国の証券管理部門は上場企業に対して、現在英米国家で採用された独立取締役制度を導入するよう命じた。その理由としては、上場企業の企業統治を改善し、上場企業の体質を高め、国内外の投資者に信頼された上場企業によって構成された証券市場を目指すためである。

### (一) 独立取締役の概念と特徴

独立取締役は、独立的な非執行取締役と社外取締役を指している。独立取締役 (Independent Director) という意味は、英米法国家の社外取締役と非執行取締役ということである。独立取締役制度は、20世紀前半のアメリカで誕生したそうである。これは上場企業の株式構造と経営方式と特定な経済、法律制度という背景を有する時代の産物である。一般取締役と比べて、独立取締役は以下のような法的特徴がある。

1 独立取締役は一部の会社にだけ存在する。外国の独立取締役は上場した少数大手企業で存在している。わが国の独立取締役はそれと同様に、上場企業しか適用しない取締役制度である。わが国の会社法ではなぜ上場企業にしか適用しないのかというと、以下の原因が挙げられる。一つは、上場企業が強い公共性を持ち、社会公共利益を及ぼす企業はほとんどなので、企業行為に対して、企業自身を超えた客観的な監督力と制約力を必要とする。二つは、上場企業の株式が比較的分散し、企業統治に当たって、中小株主の利益を反映しにくくなるので、大株主の利益に左右されない独立取締役が必要になっている。最後には、上場企業の数はいくつかで、上場企業で独立取締役制度が執行しやすくなるメリットがある。

2 上場企業の独立取締役は上場企業と何にも利害関係のない取締役である。独

立取締役には、独立取締役の権限行使に当たって独立性と客観性、公正性という基本要件を求めている。独立性というのは二つの意味が含まれている。一つは独立取締役が法律上で独立である。もう一つは独立という意味を指している。すなわち独立取締役は、取締役会での意思決定を行う際に、全株主の利益への配慮と自己独立的な判断をしたうえで、議決権を行使する。客観性というのは、独立取締役は取締役会で発表した意見や提案の客観性、決議した内容を最大限に実際状況に一致するよう求めることである<sup>15)</sup>。

3 上場企業の独立取締役は公共目的をもつ取締役である。国家が上場企業に独立取締役を導入する原因というのは、会社全体利益の保護、特に中小株主の権益を大株主の侵害から守るためである。独立取締役は上場企業及び全株主に対して、誠実かつ勤勉的に任務を果たす義務を負うよう要求されている。

## (二) 独立取締役の意義と作用

独立取締役制度は、新しい会社モデルとして、わが国の会社取締役会の構成を改善し、会社法人の内部統治を補完し、意思決定の質を高め、中小株主と社会公共利益の保護に重要な役割を果たすと期待されている。

1 独立取締役制度の導入は株式会社に意思決定の科学性、合理性を保証することが出来る。この制度の確立によって、取締役会の構成を改善し、利益関係を変化させることになっている。また、取締役の選任について、株主である国有資産管理機関、投資機構などからの派遣者を任命することによる欠点を補うことが出来る。その結果、取締役会の運営の仕組みに大きな変化をもたらすことになる。

2 独立取締役制度は取締役会が公平性、公正性を持つ意思決定を行うよう促進する。独立取締役の独立性は二つの側面から表現されている。一つは、大株主からの独立性、いま一つは、経営者からの独立性である。独立取締役制度は大株主の権利濫用への制約機能を持ち、中小株主と社会利益の保護に有利である。大株主は自己の地位と情報取得の優位性を利用し、闇取引や自己取引などの方法で、自己利益を最大化する傾向がある。独立取締役の導入は、多数の株主利益を守る手段として、一定の有益な試みでもある。

3 独立取締役制度は企業統治の執行を制度上で補完するものである。独立取締役制度の導入は、法律制度、組織機構という二つの側面から、会社の所有権と経営権の分離を保証し、株主利益の実現にも役立っている。一つは、企業統治において、独立取締役は取締役会の意思決定に参加し、会社の存続と発展のために、監督作用を果たす。さらに、取締役会にとっては、具体的な日常的な事務作業を避けることが出来る。もう一つは、独立取締役制度は組織の内部構成、株主総会、取締役会、

15) 中国マクロ経済情報ネット、2001年7月31日「今日観察」魏志綱

代表取締役という三者の分業関係を協調するのに、組織機構上の保障を提供する。

(三) 独立取締役の権限、義務、責任

1 独立取締役の権限。独立取締役は、単に会社の飾りではなく、企業の最高意思決定機関としての実権を握るもので、他の取締役と同等な立場である。独立取締役の活動内容は「会社法」に従わなければならない。会社の定款における特別な規定を除きわが国の「会社法」第46条と112条によれば、取締役会は以下の権限を保有している。(1)経営決定権。経営方針と経営企画、投資方案の認可などの意思決定を指している。(2)議案権。会社の年度財務予算案、利益処分、資本金調達及び資本金の増額、減額方案、会社の合併、分割、売却、解散などについて提案する権利。(3)任免権。会社役員、経理者などリーダーの任免、報酬を決める権利。(4)業務執行権。株主総会の招集、株主総会で決定した決議の執行、マネジメントの仕組みの制定などの権利。また、独立取締役の役割をさらに果たすため、上場企業は独立取締役に以下のような特別な権限を与えるべきである。①提案権。取締役会に会計士事務所を選任、解任などを提議する権利。取締役会に株主総会の招集、取締役会の招集などの権利。②選任権。社外審査機関もしくは諮問機関の委託。取締役会は株主総会に提案した事項について、独立財務会計報告が必要な場合に、独立取締役が財務顧問を選任し、依頼する権利。③徴集権。株主総会を招集する前に、株主の議決権(委任状)を集める権利。仮に上場企業の実業取締役会には、報酬委員会、会計審査委員会、役員を選任委員会を設置した場合、独立取締役はそれらの委員会で半数以上の席を占めなければならない。④助言権。会社の意思決定について、専門家の立場から助言する権利。⑤指導権。取締役会の中で具体的な職務を担当する権利。

2 独立取締役の責任。独立取締役は上場企業と株主に対して誠実義務、善管注意義務を負うと同時に、多くの権利が与えられ、その権利に応じて、責任を負わなければならない。これは権利と義務とが一致した法的な表現であり、独立取締役のあり方を十分に果たすための必然な要求でもある。この責任は以下のようにある。(1)意見を発表する責任。中小株主利益の保護、会社定款について、独立取締役は、以下の意見を述べる権利がある。意見の保留とその理由。反対意見とその理由。意見発表のできない場合とその理由。仮に関連事項と情報を公示する必要があるれば、上場企業は独立取締役の意見を公表し、独立取締役の意見が不一致である場合、意見ごとに公表すべきである。(2)経営戦略を設定する責任。独立取締役は自己の専門知識を生かして、企業経営戦略の企画に積極的に参加する。新規市場への進出を長期的に企画するなど。たとえば、独立取締役は自分が持っている知識、人脈など無形の資産を用いて、企業マネジメント、貿易関係、政策影響力などの側面で、企業に多くの有形資本を創出していく責任がある。とりわけ、現在、わが国では、法律体制の不完備、企業リーダー素質の低下という現状において、独立取締役は企業経

## 趙：关于目前中国商法研究的几个问题

営に關与し、自己の責任を十分に果たすべきである。(3)内部會計審査の責任。企業利益、特に中小株主の權益を守るためには、独立取締役が内部會計審査責任を負わなければならない。大多数国家において、独立取締役員には、少なくとも一名の會計士でなければならないので、独立取締役が内部會計審査責任を執行することが出来るようになり、企業戦略の企画に關与することを保障するほか、その半面に、中小投資者利益の保護に条件を作り上げている。国有株主の一人勝ちという現在の状況で、独立取締役の内部會計審査責任をより強化すべきである。(4)独自の評価と任免の責任。独立取締役の独自の評価というのは、独立取締役は自己判断により、取締役会、特に執行取締役の業績を評価し、取締役会、執行取締役の行動を有効に監督することが出来る。任免責任というのは、独立取締役は、新しい取締役の指名、マネジャーの任免における重要な責任を負っている。任免責任の履行について、以上述べたように、業績を誠実に評価するという評価責任と緊密な關係を持っている。独立取締役は、会社の経営活動と意思決定に關与すると同時に、不当な干渉と横領をしないことを求められている。不当な干渉というのは、会社の日常業務への不正指導をする意味である。ただし、会社年度の経営方針及びその関連問題、重大訴訟などについて、独立取締役としては、慎重に自己意見と見解を述べる責任を果たすべきである。

3 独立取締役の義務と責任。独立取締役は他の取締役員と同じく、会社とすべての株主に対して忠誠義務、誠実義務、善管注意義務などを負っている。(1) 忠誠義務、すなわち、独立取締役は「会社法」と会社の定款に従い、取締役の責任を果たし、会社利益、中小株主利益を保護し、特に中小株主を大株主からの侵害をされないように保護しなければならない。言い換えれば、独立取締役は職務を行使するに当たって、上場企業の大株主もしくは他の上場会社との利害關係を持つ法人あるいは個人からの影響をされないようにしなければならない。(2) 善管注意義務、すなわち独立取締役は十分な時間と注意をかけて、自己の職務を行使しなければならない。株主は職務を果たすために、時間的、精神的、仕事に対する心理的な態度などの項目を独立取締役に対して厳格に要求するのを求めるべきである。たとえば、わが国の会社法によれば、独立取締役は毎年会社業務に参加する時間が営業日の15日間以上、独立取締役になる自然人が5社以内で兼任独立取締役として認められる。(3) 忠誠義務、会社に対する忠誠、株主に対する忠誠という二つの部分によって構成されている。わが国「会社法」第59条により、会社責任者は「会社定款に従い、職務を誠実に行使し、会社の利益を保護しなければならない。また、会社での地位と権限を自己利益のため不当に行使してはならない。権限を濫用し、賄賂あるいは違法収入をしてはならない。会社の財産を不法に占有してはならない。」(4) 競業禁止義務。(5) 双方代理の禁止義務。(6) 秘密義務。

(四) 独立取締役の当選条件及び選出プロセス

独立取締役の当選条件は積極的な条件と消極的な条件がある。積極的な条件とは独立取締役の権限にふさわしい条件、消極的な条件とは独立取締役として禁止されている条件のことを言う。わが国の関連定款により、独立取締役を選出する際に、以下の条件を満たさなければならない。その条件とは、法律、行政法規及び定款により、上場企業の取締役を担任する資格；必要な独立性を持つこと、上場企業に当たる業務運営に必要な基本知識、関連法律、行政法規、規則などの常識を取得しなければならないこと、5年以上の法律関係、経済関係あるいは独立取締役の職務を行使するのに必要な他のキャリアを有する者、及び他の関連する会社定款による者でなければならない。また、個人の総合的な素質及び信頼度も会社の独立取締役を選出する際に、厳しく考慮するものである。さらに、会社は自身の業界状況に基づき、独立取締役に対する特別な技能要求も異なっている。一般的に、独立取締役は業界で技術方面の権威で、総合的な人材、正確に経営判断を下し、企業と業界におけるキャリアを持つ者で、自己意見を主張する勇気とリーダーシップを持つ者でなければならない。

(五) わが国上場企業取締役制度の改善対策

わが国の上場企業における現状と運営環境は独立取締役の権限行使に支障をきたしている。独立取締役の権限を十分に行使するためには、上場企業の内外環境を改善し、独立取締役制度を上場企業に適合するよう努力しなければならない。

1 独立取締役に関する法規を補完し、良好な法的基礎を作り上げるべきである。まず、「会社法」などの関連法律を修正し、独立取締役制度の執行に必要な法的な根拠を提供する。基本法には、独立取締役の趣旨、推薦及び被選資格に関して明確に規定し、独立取締役を選出する際の不当性と形式主義を払拭し、実質的な法的制度に変えていくのが重要である。また、具体的な法規、定款により、独立取締役の権限と報酬を規定し、専門知識を用いて、会社発展とすべての株主利益に貢献するよう奨励する。自己の職務を忠実に果たしていない独立取締役に対して、法的責任を追及し、必要であれば、損害賠償を提訴し、損害を賠償してもらう。独立取締役の自律性に関しては、監査部門、証券所、投資家は独立取締役制度に対して、自己意見や要求を提出し、その要望や要求に応じて、上場規則の修正を通じて、企業統治のあり方を改善しながら強化し、独立取締役への監査を強化するなど上場企業を指導する。会社も現行の法的規定の下で、会社状況に応じて、企業統治の執行を規律し、独立取締役制度に関する定款を会社定款に具体的に示さなければならない。

2 わが国上場企業における取締役会の構築。取締役会は各取締役により、相互的な関係で構築されている。内部取締役、独立取締役との人員比例が取締役会の構成を決める。取締役会における各取締役の人員比例について、如何に内部取締役人

## 趙：关于目前中国商法研究的几个问题

数を制限し、メンバーの構成を効率的にするのかは、わが国上場企業の取締役会を構築する重要な課題である。取締役会内の権限分配に関しては、わが国上場企業の取締役会は、具体的な権限を執行する少人数の権限委員会を設立すべきであり、少人数の権限委員会を招集しやすく、取締役会の閉会期間でも日常問題の協議を行うことができるというメリットがある。内部からの制御を阻止するためには、取締役会と代表取締役との責任、義務を明確に区分しなければならない。株主が取締役会に対する与信責任と取締役会が代表取締役に対する委任の関係を同じく考えてはいけない。

3 独立取締役を管理する組織の構築、独立取締役になる人材の育成。近年、わが国の市場経済システムが市場経済主義に基づいて構築されてきた。その半面、市場経済システムがまだ不完全な状況にあるので、企業家精神を有し、専門知識を持つ人材を育成する仕組みはまだ初歩の段階であり、管理経験の不足や組織化されていないのが現状である。このような背景を踏まえて、独立取締役を管理し、彼らの活動に対して一定の制限力を持つ組織機関が必要となる。従って、英米などの先進国家における現行の組織や制度を参考しながら、独立取締役事務所のような組織機関を設立し、独立取締役という職を専門化し、職業意識を明確化にする必要がある。事務所の設立目的として、(1)独立取締役の育成計画、定期研修などを通じて、独立取締役の専門性、職業意識の高揚を図る。(2)独立取締役を管理する相関的なシステムを構築し、独立取締役に付与した独立的な判断、監督機能を十分発揮するよう法的な保障を提供する。(3)独立取締役が会社定款に違反し、職業上の過失を起こした場合、まず所在事務所が責任を負担してから、本人の責任を追及すべきである。これもまさに事務所を設立する目的である。

4 決定の仕組みの強化。決定の仕組みは独立取締役という職の性格、導入目的と緊密な関係がある。まず、職の性格にして、独立取締役は上場企業にとって、客観性と独立性を持ち、会社利益、特に中小株主の利益を保護するために、自己の意見が主張できる者である。独立取締役は取締役会会議で大株主に左右されず意見を自由に述べる権利を保有している。このような議決の仕組みとして、以下の要点がある。まず、独立取締役は会社の重大な意思決定につき、独立な見解を公表すべきである。次に、独立取締役に出来るだけ棄権をさせないように制限する。

5 当選条件及び職務執行に対する必要な制限。一人の独立取締役が複数会社で兼任する場合には、自己の職務を執行するのに必要な時間、同等な注意力を費やすことを保証しにくくなる。また、独立取締役は会社の経営決定に参加し、内部情報を握ることになり、これらの内部情報を外部に流出させないように、独立取締役の当選条件を厳格に審査しなければならない。こうして独立取締役の当選制限が取締役会の協議会に参加する最低制限を満たさなければならない。たとえば、三分の二以上の制限など。



6 インセンティブの仕組み。独立取締役は職務の責任もしくは義務を果たした場合、一定の金銭的報償を行うべきである。上場企業にとって、金銭的報償をする場合に、賃金ではなく、ボーナスの形で行うほうが最も望ましい。どのぐらいのボーナスを決めるのかにつき、取締役会では提案し、株主総会の審議を経て会社の年度報告に公表する。ただし、独立取締役のボーナスは他の取締役と同等であるかどうかについて、慎重に対応すべきである。この問題は独立取締役の権限と責任に関係している。仮に、独立取締役への報償が少なかったら、彼らの積極性とモチベーションが弱まり、高い報償をすれば、特有な独立性を妨げることになる。また、独立取締役への報償が何処から支出するのかという厄介な問題が存在している。仮に上場企業の取締役会が支出することになれば、独立取締役が職務を果たすときに、独立性を弱めていくのであろう。要するに、この問題を解決するために、会社内で専用基金を設立するのが一つの方法である。独立取締役の職務を正当に果たすのを保証し、会社組織から独立性を保つことが出来る。さらに、独立取締役が自社株を所有することを許すかどうかの問題につき、米国など外国法例のように、所有を一定の制限で許すなどを参考するほうが望ましい。

7 責任能力と賠償責任保険。上場企業は独立取締役が職責を行使するに当たる損害リスクをカバーするために、有効な賠償責任システムを設立する必要がある。独立取締役が職責を行使したことによって、連帯責任を負うため、引き起こしたリスク（会社への重大な経済損失、株主、債権者、従業員からの民事訴訟など）を回避する賠償責任システムが必要である。海外での賠償責任保険などを導入し、賠償責任保険の加入を強制し、その費用は企業と独立取締役が共同に分担すべきである。

8 制限の仕組みと辞任、解任の仕組み。独立取締役を選出するに当たって、競争の仕組みを取り入れ、独立取締役に一定の制限を設けることが必要である。たとえば、独立取締役の選出、解任などする際に、公開及び自由に採用を行う。このような市場競争による監督機能が働き、独立取締役の実際能力と経営業績を正確に評価し、モチベーションを持たせることによって、より勤勉的、忠実に自己責任を果たすことになる。そうしなければ、淘汰されるに間違いのないであろう。

以上