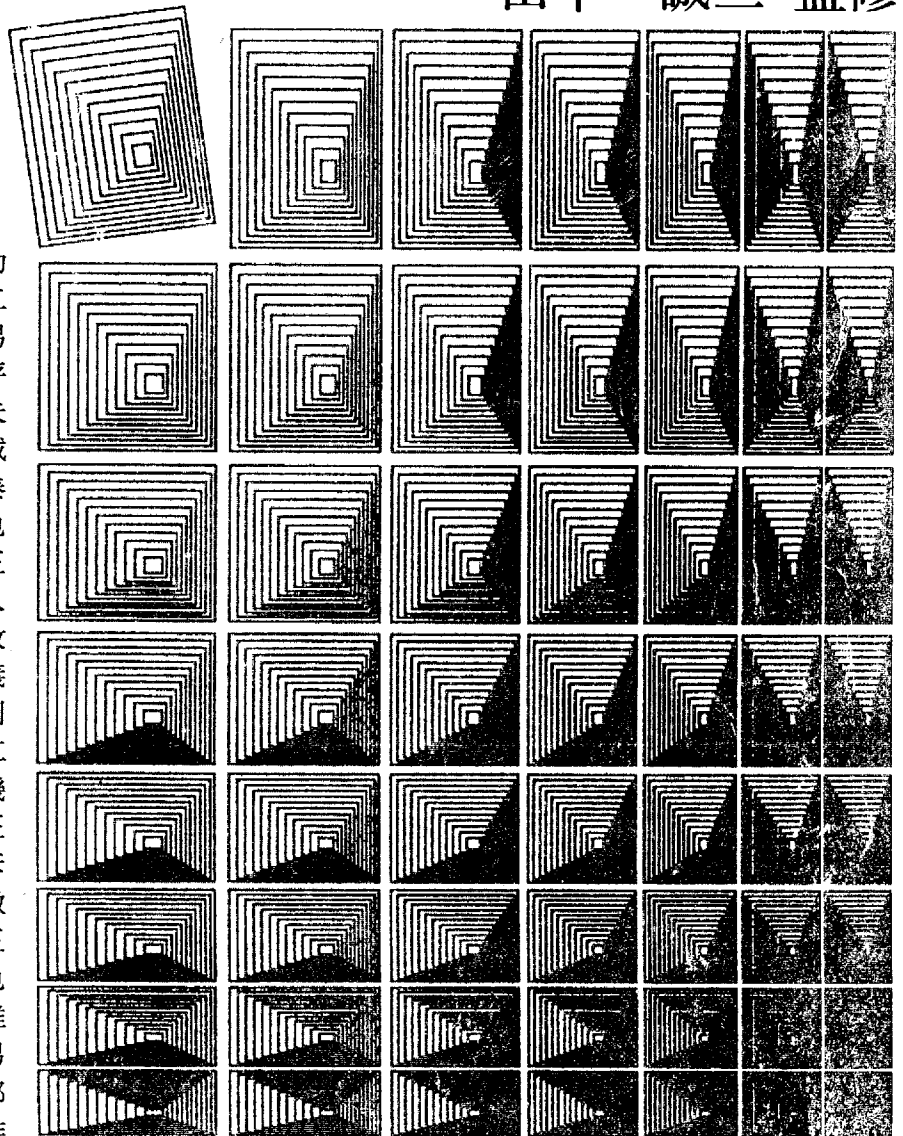


新版

# 和議・会社整理・特別清算 実務と理論の問題点

田中 誠二 監修



助二男平夫誠泰也三人敏義利仁機正彦徹三也雄男一郎作  
 慶康武安睦羅雅益壽秀忠有英安威省浩英治一順  
 橋内代口原比岡田野村田永内鳴松田上下宅山井田森永  
 高竹田谷多時永長中野羽福堀松三道三村森山吉

(五十音順)

充信男郎直靖司明久幸昭一彦夫晴勝章彦  
 善正隆一正真明豐正利孝善一正千重英親二  
 山上木藤近田井川部正侯中野沢古才鈴須宗高  
 青麻荒安家池石石五十猪今尾奥倉古才鈴須宗高

# 監査委員の職務権限

弁 護 士 竹 内 康 二  
 ニューヨーク州弁護士

## 一 はじめに

特別清算は、商法第二編「会社」第四章「株式会社」第九節「清算」第二款「特別清算」に規定された手続である。同節第一款は「総則」で通常清算を定めるが、総則である以上、同節第二款「特別清算」にも当然適用される。

右のような成文法の縦割りを離れて、「倒産法」(新堂幸司「霜島甲」II 青山善充編・教材倒産法一頁)、あるいは、「倒産処理法」(谷口安平・倒産処理法五頁以下)という、すでに確立した観のあるジャンルのなかで、特別清算は不遇であると同時に、好評で

もある。その意味は次の点にある。

第一は、経済界の倒産処理の大部分は裁判外でなされるという現状が続いている。平成二年の負債総額一〇〇〇万円以上の倒産件数は、六四六八件である(東京商工リサーチ調査による)。他方、裁判上の処理は、企業破産九九八件(破産の総数一万二四七六件。このうち個人破産は一万一四八〇件)、更生九件、和議七十七件、整理一六件、特別清算五八件という状況である(平成二年司法統計年報「民事行政編」二九〇頁、二九八頁、二九九頁、二三三頁、二三四頁)。しかし、数少ない裁判上の処理のなかで、特別清算は伝統的に利用の頻度が少ないという立場は変わらない。ただ、最近の統計数値(平成二年から三年にかけて

の、いわゆるバブル破綻による数値はあまりにも目新しいので除外する)を昭和五四年頃の統計数値と比較して目をひくのは、なんといっても会社更生や和議申立件数の著しい減少ぶりであり、一方、特別清算が統計的には従前レベルを維持していることである(前掲司法統計年報六頁以下)。

第二は、商業登記の側面からいえば、平成二年の株式会社の解散登記(商法四一六条・九六条)は、八三九八件(合併による解散登記を除く。数値は、法務省第一〇四民事訟務人権統計年報「二〇〇〇」であり、ほぼ同数の株式会社清算手続に入ったものと思われるが、このうち商法四一八条の届出をなしたのは、その約五分の一である一六四八件(前掲司法統計年報二三五頁にとどまる。しかも、解散し清算する会社は、後述のとおり、そのほとんどすべてが債務超過の状況にあるので、これら八三九八の会社の清算人には破産宣告請求義務(商法四三〇条・一二四条、民法八一一条)、あるいは特別清算申立義務(商法四三二条二項)があるが、このうち特別清算に一步を進めたのは五八件にすぎない(前掲司法統計年報二三四頁)。なお、右特別清算申立義務に違反した清算行為(たとえば売却行為)を無効とするのが判例である(大阪地判昭和三五・一・一四下民集一一巻一号五頁)。

第三は、倒産法が想定している利害関係人間の深刻な利害衝突がすでに円満に解決され、もはや争いの存在しないところで、別の重大目的(主として親子会社間あるいは関係会社間の債権・債務の整理を、無償の譲与による収益認定を避けつつ(法人税基本通達九一四一一。親子会社間に限られない)こ

とにつき、瀧川哲男監修・コンメンタール法人税基本通達四八八頁)、また貸倒れの損金算定を確実にするため(法人税基本通達九一六一・九一六―五)に特別清算が好んで利用される(もちろん

ん、その手続費用の負担を苦しめない規模の利害関係人のあることが前提である。これを、税務対策型と呼ぶことがある(たとえば東京地裁商事部「特別清算(上)」判例時報一三〇五号三頁)。

そして、このような現状にある特別清算を担う機関に目を転ずると、監査委員(商法四四四条)は、条文の体裁ばかりではなく、実務のうえでも敬遠されるとの点で、破産の監査委員(破産法一七〇条)に類似するところがわかる(東京地裁では、相当の長期間にわたって、特別清算に監査委員の選任およびその認可がなされた例がないことである。大阪でも、これまで二

件程度という以上につき、東西倒産実務研究会編「破産・特別清算二八七頁以下、才口千晴「多比羅誠・特別清算手続の実務一八四頁」)。破産における実務の同じ傾向をも併せてその理由を推し測ると、①費用、報酬の負担が会社あるいは破産財団に耐え難いこと、②監査委員の同意が、その多忙あるいは熱意喪失のためスムーズに得られない事態となりがちなこと、③資産処分につき、監査委員レベルですべて処理され、裁判所の直接的な監督が及ばないこと、④「急迫ナル事情」(商法四四五条二項)あるいは「急

迫ノ必要」(破産法一九八条二項)を緩やかに理解して、裁判所の許可をもって代えうること、⑤債権者集会そのものが特別清算においては義務的でないとして解釈されていること等のようである。筆者の経験をまじえて述べれば、このような方向での裁判所の意欲はかなり強いといわなければならない)。

本稿では、このような現状をふまへながら、監査委員に立法当初期待された役割、その後の商法改正による実質的な変動、現代的な意味と課題などにも注意を向けつつ、論ずることとしたい。

## 二 昭和一三年商法改正 に 関 連 し て

昭和一三年法律第七二号商法中改正法律による改正は、第一編総則はもとより、第二編会社に及ぶ大がかりなものであったが、とりわけ第二編第四章第七節「会社ノ整理」の新設と、第九節「清算」第一款「総則」

の整備、および第二款「特別清算」の新設は、その眼目とも称すべきものであった。「会社ノ整理」は本稿の

対象外であるので特別清算に限れば、その立法理由は次のとおりとされる。すなわち、「本案ニ於テハ株式会社ニ付整理ノ制度ヲ認め、会社ノ存続中ニ裁判所ノ監督ノ下ニ公正的確ニ整理ヲ為スノ途ヲ拓キタルガ、之ト同様ノ趣旨ニ依リ、清算中ノ会社ガ其ノ財産ノ状況ニ依リ清算ノ遂行ニ著シキ支障ヲ来シタル場合ニ於テモ、直ニ之ヲ破産手続ニ移スハ其ノ必要ヲ超エ却テ私権実行ノ実ヲ挙グルヲ得ザルコトアリ得ベキヲ以テ、斯ノ如キ場合ニハ寧ロ裁判所ノ監督ノ下ニ特殊ノ清算手続ヲ為シ以テ其ノ事務ヲ了セシムルヲ可トスベキガ故ニ、第四章第九節ニ「特別清算」ナル一款ヲ置キ、会社ノ整理ノ場合ト類似ノ規定及特別清算ニ特有ナル規定ヲ茲ニ設クルコトトシタリ」(司法

省民事局編纂・商法中改正法律案理由書(総則会社)二四六頁)というのである。この改正は、商法の命ずるところが当時の会社の倒産実務あるいは清算実務と大きく離れていたことから出ている。

というのは、明治三二年法律第四八号商法第二編「会社」第四章「株式会社」第三節「会社ノ機関」第二

款「取締役」のうち一七四条二項は、「会社財産ヲ以テ会社ノ債務ヲ完済スルコト能ハサルニ至リタルトキハ取締役ハ直ニ破産宣告ノ請求ヲ為スコトヲ要ス」と定めており、また同法同章第八節「清算」のうち二三四

九一条三項は、「民法第八十一条ノ規定ハ合名会社ノ清算ノ場合ニ之ヲ準用ス」としていた(民法八一条は、債務超過の公益法人の清算人の破産宣告請求義務を定める)ところから、結局、清算の前後を問わず、取締役または清算人は、株式会社の債務超過の場合にあつては、すべて破産宣告請求義務があつたのである。

ところが当時の実情は、ところどころに於ては、債務超過の事実といふものは、容易には認定出来ないのみならず、又仮に取締役に於て其の事実を知り得たとしても、自分の会社の破産の宣告を取締役が請求するといふやうなことは、人情上忍び得ない、のみならず、又自分の失敗を世間に対して公表するといふやうなことにもなるので、此の請求は法律

が罰則を以て強行して居るにも拘

らず、実際に於て行はれて居ないと謂つてもよい。」(田中耕太郎・改正商法及有限会社法概説二二三頁)というものであつたし、また「実際株式会社清算の事由に依つて解散して、さうして清算手続が遂行せられて、株主及び会社債権者共満足して円満に皆快を別つといふことは殆ど無いのであつて、会社財産が有り余つて居る、会社が非常にうまく行つて居るといふやうな場合に於ては、解散はしない。会社が解散するやうな場合は、必ず会社が債務超過の状態に在るやうな場合である。ところで、さういふ場合に於て、破産になるかといふと、さうではない。破産といふことを極めて嫌がつて、破産を回避しやうとする。ところが破産以外の手続を以て清算を進行するとなれば、極めて不公正な事が行はれ易い。」(田中・前掲書二五四頁)。という有様であつた。

かくして、「従つて、さふい事情に鑑みて、新改正法は裁判所の監督の下に清算を行ふといふことにして、債権者を保護したわけである。我が国の実際に徴して見て、清算会社と

いふのは実質は破産なのであるから、実情に照して見て、清算を裁判所の監督の下に公正にやるといふことは、極めて必要なわけである。」(田中・前掲書二五五頁)とされるのである。このようにして、明治三二年、商法一七四条は削除され、清算に関して若干の条文が追加され(商法四一八条・四一九条など)、特別清算が新設された。

結局、昭和一三年改正は、右の限度で述べる限り、債務超過の株式会社にかかるとの無法律状況(破産宣告請求義務違反)あるいは法律離れの実情を、法規の側から降り下つて整序を図つたものといふことができよう。そして、本稿の対象である監査委員(商法四四四条)を設けた趣旨は、「特別清算ノ実行ハ債権者ニ於テモ之ヲ監視スルノ要アルヲ以テ債権者集會ハ監査委員ヲ選任スルコトヲ得ルモノトシ其ノ選任及解任、監査委員ノ員數、地位、検査權ニ付本条ニ規定ス」(前掲商法中改正法律案理由書二五三頁)とにあったのである。

なお、右の昭和一三年改正後、約五〇年を経た現状は冒頭紹介したと

おりであり、商法の定めと会社倒産実務あるいは清算実務との距離はなお相当に遠い。

### 三 監査委員の意義

1 監査委員は、債権者集會がその選任の母体であるところの、債権者のために特別清算人の職務の遂行が公平・誠実であることを監督する機関である(商法四四四条)。新版注釈会社法(1)四四三頁(霜島甲一)、柳原光蔵・会社の整理・特別清算手続の実証的研究二二五頁)。債権者集會が単なる議決機関でしかなく、しかも常設的ではないので(商法四四二条)、これに代わる常置の監督機関(霜島・前掲論文四四三頁)とされる。実体的には、特別清算人の、債権者に対する商法四三四条の義務を根拠とするといふべきである。

もつとも、監査委員は、債権者集會の決議をもつて必ず設置すること(商法四四四条一項)を義務づけられた性質の機関ではない(商法四四四条一項)。したがつて、債権者集會の会議の目的たる事項(商法四四二条・二二三条二項)として通

知されないこともあり、このような通知の欠缺を理由に、あるいは議事進行の事実上、債権者集會がおよそ取り上げないこともある。

さらに、より根本の次元で述べれば、債権者集會自体が必要であるか否かについて議論の余地がありうる(商法四四三條を理由に、必ず一度は開催することを要するとしつつ、税務対策型では省略されたときに違法とまでいわないものに、新版注釈会社法(1)四二六頁(高橋宏志)、白土一幸「清算事務」(企業の整理・再建と清算五六九頁など)。これに対し、商法四三九條・四四七條の關係で必要とするのか否か判然としな

いものに、田中誠二・全訂会社法詳論(1)一〇七九頁、田中誠二・吉永栄助Ⅱ山村忠平・コンメンタール会社法一四三三頁、一四四一頁。なお、必要説が多数)。したがつて、実務が不要説を採用するとき(東京地裁は、東京地裁商事部「特別清算」(1)判例時報一三〇五号九頁によれば、いわゆる税務対策型と呼ぶ類型につき開始決定本文においても債権者集會の招集に関する命令を発しないという)には、個別の和解等をもつて協定によることなく特別清算が終結に至るケースでは、終結まで債権者集會が

ないということもありうる。とすれば、監査委員もありえないこととなる。

なお、この場合、会社財産の処分など商法四四五条一項の同意については、同条二項の裁判所の許可をもって恒常的に代替させることとなるわけである。監査委員はその選任母体、職務内容、員数などからして破産法一七〇条の監査委員と類似する機関と認識されるが(霜島・前掲論文四四四頁、柳原・前掲書二二五頁)、破産法のそれは、第一回復権者集会において、これを「置クカ否」を議決することとされているため、債権者集会の議題として必ず上程される点で、特別清算のそれと大いに異なる。このことは、すでに触れたとおり、監査委員が実務上好遇されないことと併せると、債権者集会の訴訟指揮の程度にもかなりの差をもたらす原因となる。

2 監査委員の意義を考えるにあたっては、その選任母体である債権者集会の性質論などにも触れざるを得ない点があるが、要点のみをあげれば、債権者が債権者団体という法主体を構成し、監査委員はその法主

体の機関であるとする説(加藤正治・破産法要論三〇三頁、斎藤常三郎・日本破産法一九五頁)、債権者集会の代表機関とする説(山木戸克己・破産法八四頁)、あるいは清算会社との間の委任関係によつて規律される清算会社の機関とする説(霜島・前掲論文四四四頁で改説される前の旧説(注釈会社法(8)のII三〇三頁)などがある。抽象論

議を別にして、監査委員を債権者集会の機関としてとらえ、債権者集会が上位的位置にあることを認めれば足りると思われる。債権者集会は監査委員をスパーシードする(破産法一八三条 立場にある。

3 監査委員は、後に述べるように、特殊の清算行為につき同意を与え(商法四四五条一項)、協定案につき意見を開陳し(商法四四七条)、一定の申立権を有し(商法四五二条など)、またこれらの目的のため調査権(商法四四四条四項・三九〇条一項)を付与される。右の同意権を通じて、實際上、清算会社の管理機能・保全機能を有するに至ることは承認しなければならぬ(柳原・前掲書二二五頁)。

4 とところで、特別清算においても、清算会社の監査役が依然として

清算会社の機関(職責は商法二七四条以下)であることは明らかである(商法四五二条一項・四三〇条二項・二七四

条ほか。なお、監査特別法二五条参照)。この場合、監査委員による監査と監査役による監査との関係はどうか。監査委員を清算会社の機関として把握する説によるときは、監査役との間でその相互の権限、上下関係、内部の分担などにつき理論的な調整が必要と思われるが、債権者団体の機関あるいは債権者集会の機関とする立場では、監査役は清算会社の内部的な業務監督機関の観点から、特別清算において商法第二編第四章第九節「清算」第一款「総則」、第二款「特別清算」にそれぞれ定める行為(このほか商法四三〇条二項に列挙されないものについても、その性質が清算と相反しない限り、解散前の会社の規定が適用されるのでこれをも含む(田中誠・前掲書一〇五八頁))をなし、他方、監査委員は、もっぱら債権者の利益代表の観点から、同法第二款に定める行為をなすとして観念し、両者の競合するところ(商法四五二条など)、あるいは両者の利害の対立するところ(商法四五二条・四五三条・四五四条一項四

号・四四四条四項・三九〇条一項)は、制度目的の相違から当然のことと理解することとなる。

このほか、昭和二五年には取締役会の制度が創設され、取締役会が業務執行を決定し、業務監査を行うこととされ(石井照久・商法I(二)四三四頁)、しかも商法四三〇条二項は、同法二五九条から二六一条までを明文で清算(つまり同時に特別清算)に準用したことから、特別清算人会による特別清算人の監査が同時にあることとなる。このときの監査委員による監査と特別清算人会による監査との関係はどうか。この問題も、結論としては、特別清算人会による監査は清算会社の内部機関による監査であり、監査委員による監査は債権者の利益代表の観点による監査としてとらえ、先の監査役と監査委員との関係につき述べたことがそのまま妥当するものと考えられる。

5 監査委員との職務上の競合可能性のあるものに、検査役(商法四五二条)がある。監査委員が私的自治あるいは国民の司法参加の側面があるのに対し、検査役は開始決定の前後を通じて一定の範囲の者の申立ある

る。

いは裁判所の職権により選任され(商法四五二条一項)、その職務内容(商法四五二条・三八八条・三九〇条)、報告事項(商法四五三条)も細かく法定され、もしくは個別に命令されている(法定されていない事項、たとえば特別清算人、監査委員の選任・解任に関する事項や、協定成立の見込なども含んでいる(霜島・前掲論文四九八頁)。なお、検査役に債権者の説得をさせることに消極的であるものに、東京地裁商事部・前掲論文判例時報一三〇八号四頁。)したがって、公的かつ強制権限を有する(商法三九〇条二項の執行官もしくは警察の援助を求めることができる)裁判所の機関である。裁判所はこれを受けて、いわゆる特別清算処分と呼ぶ商法四五四条の処分をすることができる。実務上、検査役選任については、大阪では昭和五〇年代なかば以降は例がなく、東京では選任事例がないとの報告がなされている(東西倒産実務研究会編・前掲書二八五頁)。

#### 四 監査委員の選任・解任および辞任

1 監査委員を選任するか否かを決するのは、債権者集会である(商法四四四条一項)。その招集通知は、会日より二週間前に発せられ、その目的が記載されていることを要する(商法四四二条一項・二三二条二項)。招集については裁判所への届出も必要である(非訟事件手続法一三八条ノ八第三項)。

手続の違反については、商法二四七条以下の明文の準用がなく(商法四四二条一項)、かえって決議には認可が必要とされていることから、決議取消しの訴えなどの余地はない。

監査委員の被選任資格には制限がなく、法人でもよい(商法四九九条・四九三条一項は、監査委員が法人であることを許容している)。もつとも、具体的な監査委員の人選は、その責任の所在を明確にするため、法人ではなく個人が妥当であろう。監査委員の選任の決議は裁判所の認可を必要とする(商法四四四三条二項)。

監査委員の員数は三名以上たることを要する(商法四四四四四四項・二五五五条)。認可の裁判の申立手続は、非訟事件手続法の定めるところによる。したがって、申立人は債権者集会を

招集した者、すなわち特別清算人(商法四三九条一項)もしくは少数債権者(商法四三九条二項)である(非訟事件手続法一三八条ノ一〇第一項)。申立に際しては集会の議事録の提出を要し(非訟事件手続法一三八条ノ一〇第二項・二三五条ノ一九第一項)、このほかの旨の記載がないときは、就任承諾書(他)を添付することを必要とする(非訟事件手続法九条二項)。

2 監査委員は、その選任母体である債権者集会の決議により、いつでも解任される(商法四四四四二項)。裁判所には直接の解任権がない(この点は立法上、問題というべきである。商法四二六条、破産法一七四四二項参照)。解任の決議は、選任決議と同一の手続により裁判所の認可を受けることを要し、その効力、不服申立も選任の場合と同じである。

3 監査委員の辞任については規定がない。委任関係であることは問題がないので、いつでも理由のいかんを問わず辞任ができる(民法六五一条)、その辞任の意思表示の相手方をめぐって問題がある。理論的には、

認可の申立に対する裁判(認容、却下とも)に対しては即時抗告ができる(非訟事件手続法一三八条ノ一〇第二項・一三五条ノ一九第二項・二二九条ノ四)、抗告人は、却下にあつては申立人(非訟事件手続法二〇条二項)、認立人(非訟事件手続法二〇条二項)、認容にあつては利害関係人(非訟事件手続法二〇条一項)である。この即時抗告には執行停止の効力がある(非訟事件手続法二二条・一三八条ノ一〇第二項・一三五条ノ一九・一三二条ノ五第三項)。

監査委員を清算会社の機関とするときは相手方は清算会社(特別代表清算人)となるが、監査委員を債権者団体もしくは債権者集会の機関とするときには相手方は債権者集会という

ことになる。

ただ後者の立場をとると、辞任の手続として、特別清算では破産と異なり(破産法一七六条)、監査委員に債権者集会の招集申立権がないので、招集を申し立てて集会で辞任するという方法がとれない。結局、債権者集会招集権をもつ者、すなわち特別清算人、あるいは少数債権者(商法四三九条一項三項)に表示すべきことになる。このほうが、かえって実務的である。

## 五 監査委員の地位・職務・権限

1 監査委員は三名以上であり、

共同して職務を行うが、裁判所の許可を得て職務を分掌できる(商法四四四條四項・四〇三條二項、破産法一六三條)。一般には職務分掌を容易に認めようであるが(柳原・前掲書二一七頁)、そもそも商法四四五條の同意付与の議決による監督は本来的な機能というべきであるので、三名を下回る員数の者に同意権限を分掌させることは違法である(破産法の監査委員

には、同法一六三條の準用がない(同法一七五條)。したがって、職務分掌は五名の監査委員のうち三名に分掌させるとか、商法四四五條一項各号別に監査委員の編成を変えろということになる。

第三者の意思表示は、監査委員の一人に対してなせば足りるが(商法四四四條四項・四〇三條二項、破産法一六三條二項)、そもそも意思表示の機関ではないから、これは事実上の伝達、通知の便宜というにとどまろう。監査委員の職務違反については、連帯の損害賠償責任がある(商法四四四條四項・四〇三條二項、破産法一六四條)。なお、監査委員は費用の前払いおよび報酬を受ける(破産法一六六條の準用)。

2 監査委員は、清算人の特殊行為について同意をなし(商法四四五條一項。なお、同条は昭和五六年商法改正

により、金三〇〇〇円から引き上げられ、金一〇〇万円以上の価額に関しないときはこの限りではないとされた)、協定またはその変更につき、その協定条件の平等、協定の見込もしくは実行の見込等につき意見を述べ(商法四四八條・四四七條・四五一條。この意見を述

べることは重要な職務である)、検査役による検査命令の申立をすることができる(商法四五二條)。

右のうち、商法四四五條一項の同意にあたっては、①清算財産の増殖に至るかを二つの基準として、適宜その優先順位を考慮あるいは転換して決断することが肝要である。

なお、商法四五六條一項・三九九條の文理からは監査委員に特別清算終結申立権が認められないが、これを肯定する説がある(小野木常・破産法概論二九七頁)。監査委員は、以上の職務の執行のため発起人、取締役、監査役等から報告を求め、帳簿等を検査する権限を有する(商法四四四條四項・三九〇條一項)。

## 六 おわりに

制度としての監査委員が置かれた現状には、すでに見たとおり厳しいものがある。監査委員の選任は、企業家の司法参加という観点から、より積極的な活用を再考すべきとも思われるが、そのためには企業家の側

から法の支配に対する真摯な姿勢が打ち出されなければならないし、裁判所においても監査委員に対する直接的な監督権の確保(たとえば解任権)など、関連した事項につき法改正あるいは実務上の改善が求められよう。これを別にして、商法四四五條は、法律的にはいまだ財産の管理処分権を失わない債務超過会社(倒産会社)の債権者にその会社財産に対する部分的な管理処分権を許容しうる根拠として、私的整理など一定分野でその価値を再認識されるべきことを述べておきたい。