

特別清算等の見直し に関する要綱試案

補足説明

平成16年7月26日

法務省民事局参事官室

はじめに

法制審議会倒産法部会（部会長・竹下守夫駿河台大学長。以下「部会」という。）は、平成8年10月から、倒産法制全体の見直しについての調査審議を行っている。部会では、まず、見直しを要する事項の洗出し作業が倒産法制全体にわたって行われ、その結果を踏まえて、法務省民事局参事官室において、平成9年12月に「倒産法制に関する改正検討事項」を取りまとめた上、これを公表した。その後、部会における審議結果に基づいて、平成11年には民事再生法の制定、平成12年には民事再生法等の一部を改正する法律及び外国倒産処理手続の承認援助に関する法律による個人再生の創設及び国際倒産法制の整備、平成14年には従来会社更生法を全部改正する新しい会社更生法の制定が順次行われ、本年（平成16年）5月には、清算型倒産処理手続の基本となる破産手続及び各倒産処理手続における共通の問題である倒産実体法の見直し等を行う破産法及び破産法の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律が成立し、倒産法制全体の見直し作業は、既にその主要部分を終えた段階にある。

倒産法制に関する残された検討課題は、商法中に定められている会社の整理及び特別清算の見直しであるが、これらについては、昨年（平成15年）12月、部会の下に特別清算分科会（以下「分科会」という。）を設けて検討を進めることとされ、本年2月から5月までの間、4回にわたって分科会において審議が行われた。その後、分科会での審議結果を踏まえて、部会における審議を行い、7月16日に開催された第37回会議において、「特別清算等の見直しに関する要綱試案」（以下「試案」という。）を取りまとめるとともに、法務省民事局参事官室においてこれを公表し、一般に対して意見照会を行うことが了承された。

なお、試案では、議論が錯綜しないようにするため、株式会社の監査等に関する商法の特例に関する法律及び株式会社の監査等に関する商法の特例に関する法律施行令に規定されている事項（同法第25条、同施行令第2条第2項参照）はひとまず措き、商法及び非訟事件手続法に規定されている事項のみを取り上げ、また、本年秋に要綱案を取りまとめることを目途として法制審議会会社法（現代化関係）部会において調査審議が進められている会社法制の現代化の作業の成果についても、試案において注記し、又はこの補足説明で適宜指摘するにとどめ、試案の本文には盛り込まないこととしている。

部会では、今後は、試案に対して寄せられた意見等を踏まえ、本年秋に要綱案を取りまとめるべく、引き続いて精力的に審議を行うこととしており、来年（平成17年）の国会（常会）に会社法制の現代化のための関係法律案の一部として提出す

ることを予定している。

この補足説明は、法務省民事局参事官室において、これまでの分科会及び部会における審議内容を踏まえ、試案の各項目について、その内容等を補足的に説明したものであり、あくまでも意見照会の対象である試案を理解する際の参考資料として作成したものであって、それ以上の意味を持つものではなく、また、その文責は、すべて当参事官室にあることをお断りしておく。

「特別清算等の見直しに関する要綱試案」補足説明

第1部 特別清算

(前注)について

特別清算の見直しの基本的方向性について注記するものである。

1 現行の特別清算の趣旨・目的

特別清算の制度は、昭和13年の商法改正により創設された制度である。

その立法趣旨については、「株式会社の制度の複雑性に鑑みて、存立中の株式会社の更生に関し会社の整理の制度を創設したと同様の趣旨により、破綻の結果解散した会社に付ても其の総てを破産法による破産手続に委するは寧ろ得策ならずとして、裁判所の監督の下に行はれる特別清算なる制度を新設した次第である。今茲に統計的な論評をすることは差控へるが、現在株式会社の破産手続の成績即ち債権者に対する配当率の低劣なることは寧ろ一驚に値するものがある。之は一方に於て会社の整理、更生に資する適当な制度が無い為種々姑息的手段を講じて居る間に、会社の財産状態が著しく不良となり其の結果破産手続に入る為でもあるが、他方に於て破産手続其のものに法制上の欠点あることを如実に物語るものである。而して此の欠点の除去には破産法を改正するのみでは不十分且不適當であるので、改正法は商法中会社の清算の規定に大改正を加へ、旧法の規定に若干の修正を附加したものを清算に関する総則的規定として之を第一款となし、右に述べた様な特殊の事情ある場合に行はるべき清算手続を特別清算と名付けて之に関する多数の新設規定を第二款に収めた。……会社に債務超過の疑ありと認むる場合を特別清算開始の原因とするのは、特別清算の制度が株式会社に付ては事実上に於て破産の制度に代るものであり、理論上にも破産手続に先行する手続であることから容易に了解し得るであらう。(奥野健一ほか『株式会社法釈義』479頁, 481頁(昭和15年))と説明されている。すなわち、現行の特別清算の制度は、破産手続と類似の機能を有し、事実上破産手続に代わり得るものという認識の下に立案されたものであるとともに、破産手続に並立する倒産処理手続(破産手続の特則手続)としてではなく、あくまで株式会社の清算手続として、かつ、理念的には破産手続に先行し、破産の予防(旧和議法第1条にいう「破産予防」と同趣旨であり、破産手続開始の原因となる事実の発生の予防まで意味するものではない。)を目的とするものとして、立案されたものであるということが出来る。

今回の特別清算の見直しは、現行の特別清算の目的・趣旨について、以上のように理解することを前提に行うものである。

2 特別清算の利用状況

特別清算事件の新受件数は、戦後、おおむね10件台から50件台を推移し、破産事件の新受件数とは大きな差があったが、昭和60年ころから徐々に増加して、平成6年には100件を超え、近時は300件前後で推移し、安定的に運用されているといわれている。もっとも、平成11年以降、破産事件の増加率が顕著であるのに対し、特別清算事件は増加が見られない。

(1) 特別清算の新受件数

年	件数
昭27(1952)	88
昭28(1953)	36
昭29(1954)	35
昭30(1955)	21
昭31(1956)	19
昭32(1957)	17
昭33(1958)	17
昭34(1959)	15
昭35(1960)	21
昭36(1961)	11
昭37(1962)	12
昭38(1963)	17
昭39(1964)	29
昭40(1965)	22
昭41(1966)	28
昭42(1967)	19
昭43(1968)	31
昭44(1969)	27

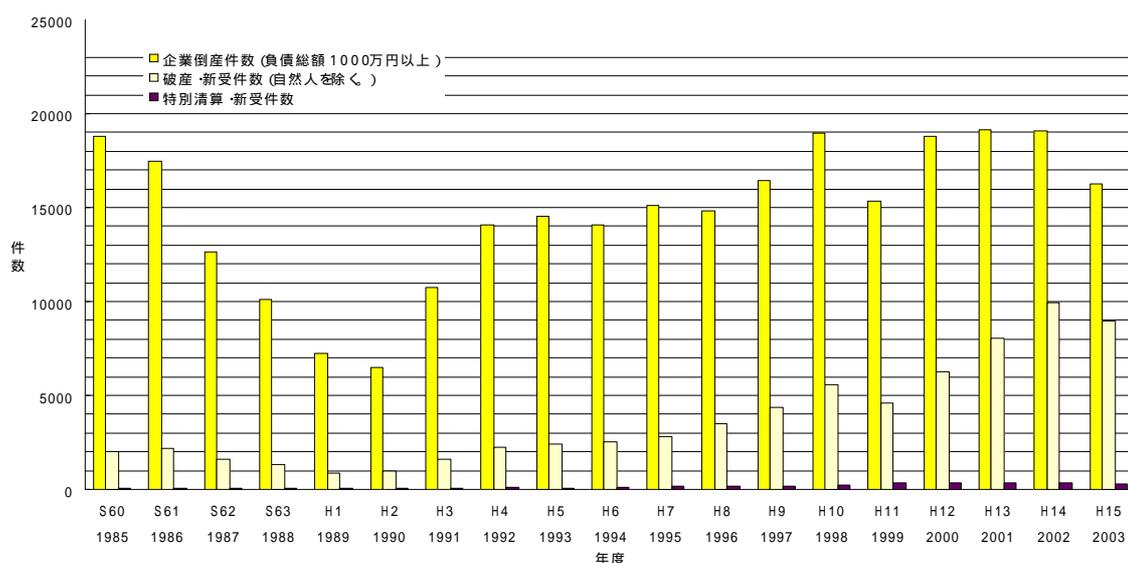
年	件数
昭45(1970)	26
昭46(1971)	28
昭47(1972)	16
昭48(1973)	33
昭49(1974)	33
昭50(1975)	34
昭51(1976)	54
昭52(1977)	59
昭53(1978)	54
昭54(1979)	48
昭55(1980)	43
昭56(1981)	51
昭57(1982)	44
昭58(1983)	36
昭59(1984)	51
昭60(1985)	58
昭61(1986)	59
昭62(1987)	81

年	件数
昭63(1988)	65
平元(1989)	60
平2(1990)	58
平3(1991)	70
平4(1992)	89
平5(1993)	80
平6(1994)	132
平7(1995)	163
平8(1996)	178
平9(1997)	172
平10(1998)	249
平11(1999)	343
平12(2000)	352
平13(2001)	335
平14(2002)	336
平15(2003)	290

(2) 企業倒産件数及び破産事件の新受件数との比較

企業倒産件数は株式会社東京商工リサーチ「全国企業倒産状況」によるもの。

破産事件及び特別清算事件の新受件数は「司法統計年報」によるもの。



3 特別清算のメリット・デメリット

特別清算の利用状況は、前記2のとおりであるが、これについては、以下のような分析がされている。

(1) 特別清算が利用される理由又は特別清算のメリット

特別清算が利用される理由又は特別清算のメリットとして、次のような点が指摘されている。

- ・ 特別清算開始後も清算人が清算事務を遂行するため、清算開始前の事業又は清算業務との連続性を確保することができる。
- ・ 債権の調査及び確定の手續がなく、厳格な配当手續を経る必要もなく、協定、個別和解、割合弁済の三手法を利用することができる等、手續構造が柔軟で融通性があり、迅速に処理をすることができる。
- ・ 債権者が多く、相互に利害の対立があるような事案でも、協定により一挙に解決を図り得る。
- ・ 債権者ごとに和解の条件を変えて個別和解をすることが可能であり、債権者数が少なく、利害関係人に異議がないときには、ごく短期間で債務の減免を得る一方で、債権者の税務上の償却が可能になる。
- ・ 強制執行や担保権の実行を回避しつつ（商法第433条において準用する同法第383条及び第384条）、割合弁済をすることにより、清算人の主導で簡易迅速な清算の遂行が可能である。
- ・ 少額の債権等についての許可弁済の制度（商法第423条第2項、第438条第2項）を利用することにより、協定に参加する債権者数を減らすことができるとともに、下請企業等の連鎖倒産を防止することも可能である。

る。

- ・ 破産手続よりも予納金が廉価である。
- ・ 破産による債務者及び債権者の名誉・信用の毀損を回避することができる。
- ・ 特別のスポンサーや特殊な債権者だけが譲歩をして、一般の債権者に満額弁済ができるような場合には、会社が主導的に終結時期を選択する（早く終結する）ことができる。
- ・ ノンバンク等の処理において、特別清算の枠組みを利用することにより、利害関係人の調整を試みることができる。
- ・ 倒産事件に携わる弁護士の特別清算に対する認識が深まり、破産手続に代わる簡易迅速な清算手続であり、また、自ら清算人に就任し、イニシアティブをとって清算を行うことができるというメリットが理解されてきた。
- ・ 整理屋を排除することが容易であり、裁判所の関与があるため、債権者の信頼を得やすい。
- ・ 債権者と債務者とが協力して行う倒産処理の理念型と親和性がある。
- ・ 税務対策として特別清算を利用することにより会社及び債権者の双方にメリットがある。

(2) 特別清算が利用されない理由又は特別清算のデメリット

特別清算が利用されない理由又は特別清算のデメリットとして、次のような点が指摘されている。

- ・ 特別清算そのものが広く知られていない。
- ・ 法律の規定が少なく、内容を理解することが難しく、運用することも困難である。
- ・ 制度として中途半端であり、本質的に利用者に好まれない要素がある。
- ・ 清算中の株式会社しか利用することができない。
- ・ 債権の存否又は額等に争いがある事案や否認事由のある事案につき利用できない。
- ・ 実務上、簡易な手続では清算ができない倒産事件が多い。
- ・ 再生手続において清算的内容の再生計画を立てることにより特別清算と類似の処理をすることができる。
- ・ 小規模なものは、私的整理により処理されている。

4 特別清算の見直しの基本的方向性

前記2及び3のような現状を踏まえて、平成9年12月に公表された「倒産法制に関する改正検討事項」では、特別清算の見直しに関して、以下のような

項目が設けられていた。

第2 特別清算手続

1 特別清算手続について，改正すべき点があるか。

2 例えば，次のような考え方があるが，どうか。

(1) 特別清算手続を，株式会社以外の法人についても，利用することができるようにするものとするとの考え方

(2) 特別清算手続の開始の申立権者（商法第431条第1項）として，清算会社を加えるものとするとの考え方

(3) 特別清算開始前の処分として，裁判所は，会社財産に対する強制執行，仮差押え，仮処分等の中止を命ずることができるものとするとの考え方

このうち，特別清算の見直しの基本的方向性にかかわるのは，2(1)であり，「倒産法制に関する改正検討事項補足説明」では，「現行の特別清算手続の対象となるのは，商法に基づく清算手続中の株式会社とされている（商法第431条第1項。なお，同項は，保険業法第184条により相互会社にも準用されている。）したがって，株式会社以外の会社（有限会社，合資会社及び合名会社）や医療法人，学校法人などの各種の法人は，この手続を利用することはできない。しかし，特別清算手続には，債権者集会において法定多数の同意を得た協定に基づいて清算手続を進めることにより，厳格な破産手続と比べて手続に要する費用と時間とを節約することができるという利点があり，その対象を株式会社以外の法人にも拡張すべきであるとの指摘がある。(1)は，このような考え方の当否を問うものである。なお，現行法上，特別清算は，株式会社についての特別の清算手続とされており，その手続に関する規定は，商法第2編第4章（株式会社）及び非訟事件手続法中に置かれているが，株式会社以外の法人についても特別清算手続の利用を認める考え方を採る場合には，その規定の位置付け自体を見直す必要がある。」との説明がされている。そして，今回の特別清算の見直しに当たっても，当初，前記2のような特別清算の利用状況を踏まえ，その利用の拡大，すなわち，株式会社以外の法人についても特別清算の利用を認めるものとするとの考え方，さらには存立中の法人についても特別清算の利用を認めるものとするとの考え方の当否が検討された。

まず，現行の特別清算は，株式会社の清算手続としての性質を有しており，特別清算のこのような性質を維持しつつ，株式会社以外の法人についても特別

清算の利用を認めるとすれば、株式会社以外の法人について、各法人ごとに、当該法人固有の清算手続としての特別清算の制度を設けることが考えられる。しかし、これは、特別清算の利用を拡大することが、もはや倒産法制の枠内にとどまらない、株式会社法制以外の法人法制の根幹にかかわる問題であることを意味しており、その実現に当たっては、各種法人の性質に応じた検討が必要であり、膨大な立法作業を要することになる。

そこで、このような問題に対処するには、法人の清算手続としての性質を後退させて倒産処理手続として純化し、債権者の法定多数の同意を得た協定に基づいて事業の解体、清算を行う簡易、迅速、柔軟な清算型倒産処理手続に改めることが考えられる。すなわち、破産手続の厳格性を緩和した特則手続としての位置づけを与えるものとするとの考え方である。この考え方を採るものとする、特則手続の開始原因は破産手続の開始原因と同一のものとするを得ない等、現行の特別清算とは異なり、破産手続との関係を厳密に整理する必要が生ずるという点での困難はあるが、その反面、特則手続の開始を破産手続の開始と同様に法人の解散事由とすることは容易であり、存立中の法人が各法人法制で定められた解散の手続を経ることなく、直接、特則手続を利用することも可能となり、現行の特別清算と比べて、観念的には大幅に利用の拡大が図られることになる。また、この考え方は、特別清算の倒産处理的機能に着目し、いわゆる「ミニ破産」としての活用可能性を指摘する有力な見解にも合致するようにも思われる。しかし、翻って、前記3(1)のような現行の特別清算が利用される理由又は特別清算のメリットに照らすと、破産手続の特則手続としての位置づけを与える場合には、現行の特別清算のメリットを大きく減殺し、現時点で特別清算によって処理されているような事案が特別清算の射程外に置かれ、私的整理によらざるを得ないことになるおそれも大きく、全体として見れば、かえって、特別清算の利用を阻害する要因になるおそれがあると考えられる。そして、破産事件における少額管財といった運用の拡大・定着等もあり、前記2のとおり破産事件の新受件数は増加し続け、現在は、破産手続が企業の清算型倒産処理の主要な地位を占めるに至っていること、今般の破産法の改正により、破産手続の占める地位が拡大することはあっても、縮小することはないと考えられること、その意味では、特別清算が創設された昭和13年当時と比べて、特別清算の存在意義は相対的に薄れているということができるところを考慮すると、破産手続の特則手続としての位置づけを与えることにより特別清算の利用の拡大を図ることは、適当でないと考えられる。

以上のような経緯及び会社法制の現代化における株式会社と有限会社の規律

の一体化（株式会社と有限会社の両会社類型について一つの会社類型として規律する。会社法制の現代化に関する要綱試案第4部・第1・1参照）により自動的に利用の拡大が図られることを考慮して、試案では、今回の特別清算の見直しに当たっては、現行の特別清算が応えているニーズに引き続き応えることを第一義に考えて、現行の特別清算の基本的枠組みを維持した上で、特別清算における個別の手續・制度の見直しを行うものとするとの基本的方向性を採用することとしており、（前注）の前段は、その旨を明らかにするものである。

したがって、清算中の株式会社以外の清算法人について、特別清算の利用を認めようとする場合には、現在と同様に、各法人法制において、株式会社の特別清算に関する規定を適宜準用するなどして、当該清算法人固有の特別清算制度を定めることになる（投資信託及び投資法人に関する法律第164条、第174条、第185条第1項、保険業法第65条、第184条、資産の流動化に関する法律第131条、第140条参照）。

5 存立中の株式会社への拡大

試案の策定に当たっては、特別清算の利用の拡大を図る観点から、現行の特別清算の枠組みを維持しつつ、存立中の株式会社がその財産をもって債務を完済することができない状態にあるときにも特別清算を開始することができるものとする（特別清算が開始されたときは株式会社は解散するものとする）との考え方の当否も検討された。

まず、この考え方を制度化する場合には、債務超過を原因として手續を開始し、かつ、手續開始が株式会社の解散事由となるという点で破産手續との共通性が認められることになるため、破産手續との関係を合理的に整理する必要が生ずることになるが、これは、特別清算の全部又は一部を破産手續の特則手續として位置づけることを意味しており、特別清算のメリットを大きく減殺するおそれがあると考えられる（前記4参照）。また、特別清算の破産手續に対する特則性を手續的な規制や裁判所の監督が緩やかである点に見い出すとすれば、破産手續よりも手續的な規制等が緩やかな特別清算を開始することを正当化するだけの厳格な利用要件を設ける必要があると考えられる（例えば、再生手續における簡易再生の利用要件につき民事再生法第211条第1項参照）が、そのような利用要件として合理的なものを定めることができるか、厳格な利用要件を設けてその審査を開始前に行うこと自体が特別清算の有する簡易性、迅速性又は柔軟性に反するのではないかといった容易に解決することができない問題点があると考えられる。なお、部会では、株式会社の清算に関する限り、通常清算を原則、特別清算を例外として位置づけ、破産手續をその更なる例外と

して位置づけることにより，特別清算について厳格な利用要件を設けないことを正当化することができるのではないかとの指摘もあったが，多数の支持を得るには至らなかった。

以上のような経緯により，存立中の株式会社への拡大を図るものとするとの考え方は採用されるに至らなかった。（前注）の後段は，この点を付言するものである。

第1 管轄

第1は，「管轄」に関するものである。

1 1では，「原則的管轄」についての考え方を掲げている。

現行の特別清算事件は，会社非訟事件の通例（非訟事件手続法第126条第1項，第135条ノ15，第135条ノ24）に従い，通常清算に関する事件とともに，会社の本店所在地の地方裁判所の管轄とされている（同法第136条前段参照）。1では，今回の見直しにおいても，特別清算の株式会社の清算手続としての性格が維持されることを踏まえて，特別清算開始申立事件は，会社の本店の所在地を管轄する地方裁判所が管轄するものとするとの考え方を掲げている。

なお，これは，現行非訟事件手続法と同様に，特別清算開始申立事件固有の管轄規定を設けないことを意味する。すなわち，会社法制の現代化においては，通常清算への裁判所の関与の在り方についての見直しが行われる見込みである（会社法制の現代化に関する要綱試案第4部・第8参照）が，通常清算への裁判所の関与の機会が完全に失われることにはならないこと（商法第417条第2項，第423条第2項，第426条第2項等参照）から，通常清算及び特別清算を通じた管轄裁判所が定められることになる。

2 2では，「管轄の特例」についての考え方を掲げており，(1)では「子会社の管轄の特例」，(2)では「連結子会社の管轄の特例」を設けるものとするとの考え方を具体的に示している。

現在，特別清算は，子会社等の関連会社の清算に利用されることも多いといわれており，親会社等の特別清算事件が係属している裁判所，さらには，親会社等の破産事件，再生事件又は更生事件が係属している裁判所において，子会社等の特別清算事件を処理することができるような管轄の特例を設けるべきであるとの指摘がある。2は，これを受けて，新破産法第5条第3項及び第5項を参考にして，管轄の特例を設けようとするものであり，(注1)では，同条第4項を参考にして，(1)の「子会社の管轄の特例」の適用については，いわゆる

孫会社も、子会社と同様に扱うことを明らかにしている。

なお、前記のような管轄の特例を設けるニーズや、親会社等の特別清算事件等が係属している裁判所の所在地には、子会社等の多数株主が存在することが多く、子会社等の本店の所在地を管轄する地方裁判所以外の地方裁判所に管轄権を認めても弊害が少ないと考えられることを踏まえて、専ら親会社等の特別清算事件等の係属裁判所を基準にして子会社等についての管轄の特例を認めるいわば片面的な特例を設けるものとしている。

(注2)では、2の「管轄の特例」に関連して、特別清算が自己完結的な清算手続ではなく、通常清算事件(商法第423条第2項等)が特別清算に先行し、又は同時並行的に係属し得ることを考慮し、通常清算事件についても特別清算事件が係属する地方裁判所で統一的な処理をすることができるようにするため、特別清算開始後の通常清算事件についての管轄の特例及び移送の制度を整備するものとするとの考え方を掲げている。なお、通常清算事件以外の会社非訟事件のうち、通常清算事件と同様に、管轄の特例及び移送の制度を整備する必要があると考えられるものがある場合には、この機会に積極的かつ詳細に意見を付記されるようお願いしたい。

(注3)では、会社の本店の所在地と会社の主たる営業所(実質的に営業の中心となっている営業所)の所在地とが異なる場合に、会社の主たる営業所の所在地を管轄する地方裁判所でも特別清算事件を処理することができるようにするため、管轄の特例又は移送の制度を整備するかどうかについては、なお検討するものとしている。特別清算は、破産手続等と比べて、裁判所の関与の程度は小さいとはいえ、なお破産手続等と同様に、主たる営業所の所在地を管轄する地方裁判所で事件を処理するメリットは存し、管轄の特例又は移送の制度を整備することが考えられるとの指摘を受けたものである。もっとも、会社の住所はその本店の所在地にあるものとされており(商法第54条)、商法及び非訟事件手続法を通じて、内国会社について「主たる営業所」概念は用いられていない。また、会社非訟事件のほとんどが本店所在地の裁判所の管轄とされているのは、基準としての明確性を重視したものと考えられるが、特別清算の管轄について、基準としての明確性よりも会社の経済活動の実態を重視した見直しを行う場合には、同様の見地から管轄の見直しが必要となる会社非訟事件もないではないと考えられる。したがって、現行の特別清算の基本的枠組みを維持することを前提として、「主たる営業所」を基準として管轄の特例又は移送の制度を整備することについては、慎重な検討を要するものと考えられる。そこで、「主たる営業所」を基準として管轄の特例又は移送の制度を整備するものと

するとの考え方についての意見がある場合には、賛否の点のみならず、賛成する場合には「主たる営業所」概念を用いることの合理性・正当性についても、反対する場合には理論上の問題点についても、付記されるようお願いしたい。

第2 記録の閲覧等の制度

第2は、「記録の閲覧等の制度」に関するものである。

特別清算は、株式会社の清算手続であり、その手続に関する事項は商法及び非訟事件手続法に定められている。しかし、商法及び非訟事件手続法には、その制定以来、事件に関する記録の閲覧等に関する一般的規定（総則規定）は設けられておらず、若干の個別規定が設けられているにとどまる（例えば、制定時の非訟事件手続法第42条第1項は、不在者の財産の管理人の裁判所に対する財産の状況の報告及び管理の計算に関する書類の閲覧等に関して、「利害関係人八前条ノ報告及ヒ計算ニ関スル書類ノ閲覧ヲ申請シ又ハ手数料ヲ納付シテ其謄本ノ交付ヲ申請スルコトヲ得」と定めていた。現行非訟事件手続法第135条ノ3第2項参照）ため、形式的な反対解釈により、さらには、非訟事件手続法第13条が「審問ハ之ヲ公行セス但裁判所ハ相当ト認ムル者ニ傍聴ヲ許スコトヲ得」としていることもあり、特別清算事件に関する記録の閲覧等は、制限的に解されているといわれている。しかし、特別清算は、利害関係人の公正かつ衡平な取扱いを本質的要素とする制度であるとともに、多数決原理に基づき実体的権利の変更を行う「協定」の制度を採用しており、破産手続等の純然たる倒産処理手続と比べて、手続的規制が弱く、裁判所の関与の程度が少ないとはいえ、利害関係人の手続関与を実質的に保障し、その利益を適切に保護するためには、特別清算事件に関する文書の閲覧等の制度及び支障部分の閲覧等の制限の制度を整備する必要があると考えられる。そこで、第2では、特別清算事件に関する文書の閲覧等の制度及び支障部分の閲覧等の制限の制度を整備するものとするとの考え方を掲げている。

なお、新破産法では、閲覧等の対象となる文書等の範囲について、「この法律（この法律において準用する他の法律を含む。）の規定に基づき、裁判所に提出され、又は裁判所が作成した文書その他の物件」（同法第11条第1項）とすることにより、その外延を明確にしている。特別清算についても、基本的には、特別清算に関する規定に基づき、裁判所に提出され、又は裁判所が作成した文書その他の物件を閲覧等の対象とすべきものと考えられるが、特別清算は、自己完結的な手続ではないため、例えば、特別清算開始後、通常清算に関する規定（商法第423条第2項等）に基づき裁判所に提出された文書等の取扱いが問題となる。そこで、（注）では、記録の閲覧等の制度の対象となる文書等の具体的範囲については、

なお検討するものとしている。また、閲覧等の請求の時期的制限及び支障部分の閲覧等の制限の対象となる文書等の具体的範囲については、特別清算における個別の手續・制度の見直しの内容が固まった後に改めて検討する必要があると考えられる。そこで、(注)では、これらの点についても、なお検討するものとしている。以上の諸点について、特段の意見がある場合には、この機会に積極的かつ詳細に意見を付記されるようお願いしたい。

第3 最高裁判所規則への委任

第3は、「最高裁判所規則への委任」に関するものである。

裁判所に対する申立ての方式、監督官庁への通知等の細目的事項については、適宜、見直しを行った上で、最高裁判所規則で定めるのが適当であると考えられることから、裁判上の手續の通例に従い、法律に定めるもののほか、特別清算の手續に関し必要な事項は、最高裁判所規則で定めるものとするとの考え方を掲げている。

第4 特別清算開始の申立て

第4は、「特別清算開始の申立て」に関するものである。

1 1では、「特別清算開始の原因」についての考え方を掲げており、現行の開始の原因を維持するものとするとの考え方を示している。現行の開始の原因は、特別清算が株式会社についての通常の清算手續を厳格化した特殊な清算手續という性格を有することを踏まえて、通常の清算手續よりも裁判所の関与を強めた清算手續を行う必要があるかどうかという観点から定められている。

このうち、「清算の遂行に著しい支障を来すべき事情があると認めるとき」とは、具体的には、(i)株主が多数である場合、会社の債権債務その他財産関係が複雑である場合、(ii)役員が損害賠償責任を負っているにもかかわらず、会社側から権利を行使することが困難である場合、清算人に誠意がない場合、(iii)清算人が誠意をもって清算手續を遂行しない場合、(iv)会社の債権者が多数でその利害関係が複雑である場合、会社の債権債務関係の処理が通常の清算手續によっては長年月を要する事情の存する場合等を指すと解されており、このような場合に、裁判所の関与を強めた清算手續を行う必要性はあると考えられる。また、会社法制の現代化により通常清算に対する裁判所の関与が弱められること（会社法制の現代化に関する要綱試案第4部・第8参照）に伴い、厳格な清算手續でありながら必ずしも経済的破たんを前提としないものを設けるニーズは、

かえって高まるとも考えられる。そこで、この開始の原因を維持するものとしている。

また、「会社がその財産をもって債務を完済することができない状態にある疑いがあると認めるとき」は、経済的な破たんにより破産手続が開始される可能性がある場合に特別清算を行うこととするものであり、このような場合に裁判所の関与を強めた清算手続を行う必要性があることは当然であると考えられる。なお、「会社がその財産をもって債務を完済することができない状態が生ずるおそれがあるとき」を開始の原因とすることも考えられないではないが、現在、このような開始の原因が設けられていないのは、これが企業の継続を前提とするような表現であり、清算中の会社には適当でないためである（昭和13年の商法改正の基礎となった「商法改正要綱」では「会社力債務超過ニ陥ルノ虞アルトキ」も開始の原因とされていたが、法律の立案段階で意図的に修正されたものである。）。また、開始の原因を「支払不能」と関連づけて定めることも考えられないではないが、専ら清算中の会社のみを対象とする特別清算について、財産のみならず、信用・労力・技能を構成要素とする弁済能力を前提として判断すべき「支払不能」と関連づけた開始の原因を定めることは、適当でないと考えられる。そこで、いずれについても、試案では、採用していない。

- 2 2では、「申立権者」についての考え方を掲げており、現行の申立権者である債権者、清算人、監査役及び株主に申立権を認めるものとする考え方を示している。特別清算が株式会社についての通常の清算手続を厳格化した特殊な清算手続という性格を有することなどから、債権者及び清算人のみならず、監査役及び株主にも申立権が認められている点が破産手続と比べて特徴的であり、また、債権者又は株主の申立権について、債権額又は議決権数による制約が設けられていない点が会社の整理及び更生手続と比べて特徴的であるが、いずれの点についても、現行制度を維持するものとしている。

さらに、(注1)では、会社固有の申立権を認めるかどうかについては、なお検討するものとしている（試案第1部・第4・2の〔会社、〕の部分参照）。この点は、「倒産法制に関する改正検討事項」以来の検討課題であり（前記（前注）について・4参照）、「倒産法制に関する改正検討事項補足説明」では、「現行法上、特別清算の申立権者は、清算手続中の株式会社の債権者、清算人、監査役及び株主とされており（商法第431条第1項）、清算会社には申立権がない。しかし、実務上、清算会社自身の意思として特別清算の申立てを希望する場合も少なくなく、清算会社に申立権を認めていない現行法の下では、このような場合であっても、清算人が、裁判所に予納すべき手続費用（非訟事件手続法第

138条ノ15，第135条ノ27第1項前段)を自ら負担して，申立てをせざるを得ないという不都合があるとの指摘がされている。(2)は，このような指摘を踏まえて，清算会社にも特別清算開始の申立権を認める考え方の当否を問うものである。」との説明がされている(もっとも，「倒産法制に関する改正検討事項」では，特別清算を倒産処理手続として純化することが指向されていたことに注意を要する。)

現行の特別清算が会社固有の申立権を認めていない理由については，(i)昭和25年改正前の商法では，清算人は原則として各自代表権を有しており(もっとも，清算人が数人あるときは，清算に関する行為はその過半数で決定するとされていた。また，定款若しくは株主総会の決議で，会社を代表すべき清算人を定め，数人の清算人が共同し，若しくは清算人が支配人と共同して会社を代表すべきことを定めることができ，又は定款の規定に基づき清算人の互選で会社を代表すべき清算人を定めることができるとされていた。さらに，取締役が清算人となった場合には従前の定めに従って会社を代表するものとされ，裁判所が数人の清算人を選任する場合には会社を代表すべき者を定め，又は数人が共同して会社を代表すべき者を定めることができるとされていた。昭和13年改正前の商法第430条第1項において準用する同法第128条並びに第129条第2項及び第3項，同法第430条第2項において準用する同法第261条第1項及び第2項参照)，清算人による申立てと会社による申立てとを峻別する実益に乏しかったこと，(ii)会社による申立ては，会社としての意思決定(機関決定)を必要とする点で個々の清算人による申立てよりも厳格であり，個々の清算人の申立権に加えて，会社固有の申立権を認める必要性及び合理性に乏しいこと，(iii)法人についての破産の申立てにつき，昭和13年当時は，法人固有の申立権を否定する見解が有力であり，法人についての破産の申立権者は，債権者及び理事，無限責任社員，取締役，清算人又はこれに準ずる者と解されていたこと等を挙げることができる。

これに対して，部会では，(iv)法人についての破産の申立てにつき，法人の理事等のほか，法人固有の申立権が認められていることとの均衡(現在では，現行破産法第132条第1項の文理等を理由として，同項にいう「債務者」には法人が含まれるという見解が多数説になっている。もっとも，法人が「債務者」に該当するのは，理事等の全員が申し立てるか，代表者が理事等の全員の同意を得て申し立てる場合に限られるという見解等も有力である。)，(v)会社固有の申立権を認めることにより手続費用をあらかじめ会社の負担で支出することが容易になること，(vi)疎明義務の有無の点で，清算人による申立てと会社による

申立てとの差別化を図り得ること等を指摘して、会社固有の申立権を認めるものとするとの考え方を支持する意見も複数あった。しかし、(iv)に対しては、基本的に存立中の法人を前提とする破産手続開始の申立てと清算中の法人を前提とする特別清算開始の申立てとを同様に扱う合理性は乏しいとの指摘がされ、また、(v)に対しては、特別清算開始の命令があったときは手続の費用は会社の負担とされることを考慮すると、機関決定をするに足りる人数の清算人が特別清算開始の申立てをすることについて事実上同意している場合には、個々の清算人による特別清算開始の申立てに先立って、その申立てのために必要となる手続の費用は会社が負担する旨の機関決定をし、あらかじめ、手続の費用を会社から支出するということは可能であると考えられる（部会では、このような便法では、特別清算開始の命令がされない場合には、会社から支出した手続の費用につき、特別清算開始の申立てをした清算人に対する償還請求が問題となり得るとの懸念も表されたが、会社固有の申立権を認めても、このような場合には清算人の善管注意義務違反による責任追及が問題となり得るので、実質的な差異はないとの指摘もあった。）との指摘がされた。さらに、会社非訟事件において会社固有の申立権を認めることには類例がないとの指摘や、会社固有の申立権を認めるものとするとの考え方は、清算人会の存在を所与の前提としているが、会社法制の現代化において、清算中の株式会社に清算人会の設置を義務付けないものとするとの考え方が検討されていること（会社法制の現代化に関する要綱試案第4部・第8・2(1)参照）も考慮に入れる必要があるとの指摘等もされて、部会として、会社固有の申立権を認めるべきかどうかについての意見の一致を見るに至らなかったものである。

そこで、会社固有の申立権を認めるものとするとの考え方についての意見がある場合には、賛否の点のみならず、前記の各論点についての見解も付記されるようお願いしたい。

なお、会社固有の申立権は、試案第1部・第5・1及び2、第7・3(3)a、第11aからfまで並びに第13・1についても、同様に問題になると考えられる。これらの申立てにつき、特別清算開始の申立てと同様に考えるべきかどうかについての意見がある場合には、その点も付記されるようお願いしたい。

3 3では、「清算人の申立義務」についての考え方を掲げており、現行の清算人の申立義務を維持するものとするとの考え方を示している。

4 4では、「疎明」についての考え方を掲げている。

(1)の「特別清算開始の原因の疎明」については、特別清算開始の原因がないにもかかわらず、濫用的な特別清算開始の申立てがされることを防止するため、

現行の特別清算と同様に、特別清算開始の申立てをするときは、特別清算開始の原因を疎明しなければならないものとするとの考え方を示している。ここで、疎明の対象となる事項は、清算の遂行に著しい支障を来すべき事情があること、又は会社がその財産をもって債務を完済することができない状態にある疑いがあることであり、いずれかの疎明がなければ、申立ては不適法とされる。もっとも、疎明があっても証明がないときは、特別清算は開始されず、また、証明があったときでも、他の却下事由又は棄却事由に該当する場合には、特別清算は開始されない。すなわち、濫用的な特別清算開始の申立ては、最終的には排斥されることが担保されている。

ところで、以上のような疎明義務は、現行の特別清算では、特別清算開始の申立てについて整理開始の申立てに関する規定を準用することにより、申立人のいかに問わず、一律に課されている（非訟事件手続法第138条ノ15において準用する同法第135条ノ26参照）。しかし、既に清算手続に入っていることを前提とする特別清算において、一律に疎明義務を課す合理性があるかどうかについては検討の余地がある。また、「清算の遂行に著しい支障を来すべき事情があると認めるとき」という開始の原因を維持するものとする、清算人又は監査役の一部が特別清算開始の申立てをするような場合には、通常は「清算の遂行に著しい支障を来すべき事情がある」と考えられるから、このような場合には疎明義務を課さないものとするとも考えられる。

そこで、(注2)では、疎明義務を負うべき申立権者の範囲については、なお検討するものとしている（試案第1部・第4・4の〔債権者又は株主が〕の部分参照）。具体的には、(i)現行の特別清算と同様に、すべての申立権者が疎明義務を負うものとするとの考え方、(ii)その者が申立てをすることにより、清算の遂行に著しい支障を来すべき事情があることにつき事実上の推定が働くような申立権者（例えば、清算人、監査役）については疎明義務を課さない（疎明義務を負う申立権者の範囲を限定する）ものとするとの考え方、(iii)会社固有の申立権を認めるものとするとの考え方を採ることを前提として、会社による申立て（及び清算人の全員一致による申立て）の場合には疎明義務を課さず、その他の申立ての場合には疎明義務を課すものとするとの考え方が検討の対象となり得る。疎明義務を負うべき申立権者の範囲についての意見がある場合には、会社固有の申立権を認めるものとするかどうかと関連づけて、意見を述べられるようお願いしたい。

(2)の「債権の疎明」については、現行の債権者の疎明義務を維持するものと

するとの考え方を示している。

5 5では、「手続費用の予納」についての考え方を掲げている。

このうち、(1)の「手続費用の予納」及び(3)の「費用の負担」については、現行の予納義務及び費用の負担を維持するものとするとの考え方を示している。

これに対して、(2)の「不服申立て」については、費用の予納に関する決定に対しては、即時抗告をすることができるものとするとの考え方を示している。現行の特別清算は、現行破産法第139条第2項に倣い、費用の予納に関する決定に対する不服申立てを否定している（非訟事件手続法第138条ノ15において準用する同法第135条ノ27第2項参照）が、新破産法では、即時抗告を許している（同法第22条第2項）ことから、特別清算でも、これに倣うものである。

6 6では、「取下げの制限」についての考え方を掲げている。

6の前段の特別清算開始前の取下げの許容は、現行の特別清算に関する通説的見解の明文化を図るものである。

6の後段の特別清算開始前の処分がされた後の取下げの制限は、特別清算開始前の処分がされた後は、利害関係人は特別清算が進行するとの予測に基づき行動することから、その予測可能性を確保するため、特別清算開始の申立ての取下げを制限するものであり、新破産法（同法第29条後段）等と同様の規律を設けようとするものである。

7（注3）では、まず、現行の「裁判所が職権でする開始命令の制度」及び「監督官庁の通告の制度」は、設けないものとしている。特別清算においては、利害関係人の申立権を広範に認めており、利害関係人による申立てがないにもかかわらず、裁判所が職権で特別清算の開始を命ずるという事態は想定しにくく、また、そのような場合には、「協定」を成立させること等により特別清算を終結させることは困難であると考えられること、会社法制の現代化において、通常清算への裁判所の関与の程度を小さくすることが検討されており（会社法制の現代化に関する要綱試案第4部・第8参照）、制度上、裁判所の職権発動の基礎が縮小し、適時適切な職権発動を期待することが困難になることから、これらの制度を廃止しようとするものである。

また、（注3）では、現行の「手続の費用の仮支弁の制度」についても、設けないものとしている。過去にこの制度が利用された実例に乏しく、これを維持する必要性に乏しいと考えられることから、廃止しようとするものである。

8（注4）では、「監督官庁に対する通知」について、手続上の細目的、技術的な事項であることから、通知先、通知の時期等につき見直しを行うことを前提

として、最高裁判所規則で定めるものとしている。

第5 特別清算開始前の処分

第5は、「特別清算開始前の処分」に関するものである。このうち、1の「会社の財産の保全処分等」は、特別清算開始の前後を問わずにすることができるものであり（試案第1部・第11aからcまで参照）、これらの処分を特別清算開始前にした場合でも、その効力は、これを取り消し、又は変更する決定（非訟事件手続法第19条参照）がされない限り、特別清算の終了まで維持されることになる。これに対して、2の「他の手続の中止命令」は、特別清算開始前に限り、することができる処分であり、特別清算開始の命令があったときは、開始の効力としての破産手続等の中止（商法第433条において準用する同法第383条第2項）に引き継がれ、中止命令自体はその効力を失うことになる。

1 1では、「会社の財産の保全処分等」についての考え方を掲げている。

aの「会社の財産の処分禁止の仮処分その他の必要な保全処分」、bの「会社の株主の名義書換の禁止」及びcの「会社の発起人、取締役、監査役又は清算人の責任に基づく損害賠償請求権につき、発起人、取締役、監査役又は清算人の財産に対してする保全処分」のいずれも、基本的に現行の制度（商法第432条）を維持するものであるが、cの発令要件について、第三者の財産を対象とするものであることを考慮して、特に「緊急の必要があると認めるとき」としている。

また、（注1）では、1の「会社の財産の保全処分等」のうち、aの「会社の財産の処分禁止の仮処分その他の必要な保全処分」について、弁済禁止の保全処分に違反した場合の効力につき、所要の規定を整備するものとしている。現行の特別清算に関して解釈上の対立がある点について、通説的見解に従い、立法上の手当をしようとするものである。

なお、特別清算開始の申立てと同様に、会社固有の申立権を認めるかどうかの問題となる（前記第4・2参照）が、特別清算開始の申立てとは別異の取扱いをするのが適当であると考えられる場合には、その旨及び別異の取扱いをするのが適当である理由についても、付記されるようお願いしたい。

2 2では、「他の手続の中止命令」についての考え方を掲げている。

現行の特別清算においても、「他の手続の中止命令」の制度が設けられている（商法第433条において準用する同法第383条第1項）が、その対象は、破産手続及び企業担保権の実行手続とされている。この中止命令の対象となる手続の範囲の見直しは、「倒産法制に関する改正検討事項」以来の検討課題であ

り（前記（前注）について・4参照）、「倒産法制に関する改正検討事項補足説明」では、「特別清算の開始決定後は、会社財産に対する強制執行、仮差押、仮処分又は企業担保権の実行が禁止され、既にされているこれらの手続は中止し、開始決定の確定によって中止した手続は失効することとされている（商法第433条、第383条第2項及び第3項）。しかし、手続開始決定前に裁判所が強制執行、仮差押、仮処分等を中止する旨の保全処分（中止命令）を発令することができるかについては、会社更生法第37条第1項のような明文の規定もないことから、積極、消極の見解が分かれている状況にある。そこで、(3)は、特別清算の開始決定前の段階においても、強制執行等の手続により債権者間の不平等が生ずる事態を防止すべき場合があるとの観点から、会社更生手続にならって、手続開始決定前の強制執行等の中止命令の制度を導入するとの考え方の当否を問うものである。」との説明がされており、部会でも、bの「会社の財産に対して既にされている強制執行、仮差押え又は仮処分の手続」を新たに中止命令の対象に加えるものとするとの考え方を採ることについて異論がなかったところである。ただし、試案では、一般の先取特権その他一般の優先権がある債権は、特別清算開始の効力を受けないものとしている（試案第1部・第7・1ただし書参照）ことから、一般の先取特権その他一般の優先権がある債権に基づく手続を除くこととしており、同様の趣旨から、試案では、企業担保権の実行手続も、中止命令の対象から除くこととしている。

なお、債権者等の申立権を認めている点、bの「会社の財産に対して既にされている強制執行、仮差押え又は仮処分の手続」についてその手続の申立人である債権者に不当な損害を及ぼすおそれがない場合に限っている点は、新破産法等における他の手続の中止命令に倣ったものであり（同法第24条第1項等参照）、aの「会社についての破産手続」について破産手続開始の決定がされていない場合に限っている点は、現行の特別清算に関する通説的見解の明文化を図るものである。申立権については、1の「会社の財産の保全処分等」と同様の問題があり、特別清算開始の申立てとは別異の取扱いをするのが適当であると考えられる場合には、その旨及び別異の取扱いをするのが適当である理由についても、付記されるようお願いしたい。

また、(注2)では、即時抗告等につき、所要の規定を整備するものとしている。現行の特別清算では、中止命令に対しては不服を申し立てることができないとされている（非訟事件手続法第138条ノ15において準用する同法第135条ノ36）。この点は、現行破産法の責任制限手続の中止命令（同法第155条ノ2第3項）及び旧会社更生法の他の手続の中止命令（同法第37条参照）

も同様であったが、立法論的批判に応えて、いずれについても、即時抗告を認めることとしている（新破産法第24条第4項、会社更生法第24条第6項）ことから、特別清算でも、不服申立て（即時抗告）を許すこととしている。

- 3 試案の策定に当たっては、新破産法と同様の包括的禁止命令又は保全管理命令の制度の採用も検討の対象となった。

しかし、包括的禁止命令については、その発令の要件（新破産法では、「前条第一項第一号の規定による中止の命令によっては破産手続の目的を十分に達成することができないおそれがあると認めるべき特別の事情があるとき」とされている。同法第25条第1項）を満たす場合には、通常は「清算の遂行に著しい支障を来すべき事情」があり、特別清算開始の命令をすることができると考えられるし、他方で、「会社がその財産をもって債務を完済することができない状態にある疑い」もあり、かつ、包括的禁止命令が必要となるような場合には、特別清算によること自体が困難であると考えられる。このように、包括的禁止命令の制度が合理的に機能する場面は想定しにくいことから、試案では、採用されなかった。

また、保全管理命令の制度については、現行の特別清算の枠組みを維持するのであれば、新破産法等における保全管理命令のような制度ではなく、特別清算開始後の清算人に関する規律（商法第434条以下）を前倒しして適用するというような制度になると考えられるが、裁判所が「六月前ヨリ引続キ総株主ノ議決権ノ百分ノ三以上ヲ有スル株主ノ請求」（同法第426条第2項）を待たずに、「重要ナル事由」（同項、同法第435条第1項）があるとして清算人を解任せざるを得ないような場合には、通常は「清算の遂行に著しい支障を来すべき事情」があり、特別清算開始の命令をすることができると考えられ、合理的に機能する場面を想定しにくいことなどから、試案では、採用されなかった。

第6 特別清算開始の条件

- 1 第6は、「特別清算開始の条件」に関するものである。

このうち、aの「特別清算開始の原因の疎明がないとき」、bの「債権者が特別清算開始の申立てをする場合において債権の存在の疎明がないとき」及びcの「特別清算の手続の費用の予納がないとき」は、基本的に現行の特別清算開始の条件（特別清算開始の申立ての却下事由）を維持するものである。なお、（注1）では、疎明義務を負う申立権者の範囲が見直しの対象となっており（試案第1部・第4・4(1)参照）、aについては、これと関連づけて考える必要がある旨を注記している。

次に、dの「特別清算の見込みがないことが明らかであるとき」は、現行の特別清算に関する通説的見解に従って、特別清算開始の条件を整備しようとするものである。すなわち、特別清算を開始しても、協定の見込みがなく、又は協定の実行の見込みがないときは、裁判所は職権で破産手続開始の決定をしなければならないとされていること（商法第455条）から、特別清算の見込みがないときは特別清算を開始することは適当ではなく、少なくとも、特別清算の見込みがないことが明らかであることは特別清算を開始するための障害事由になると解するのが通説的見解である。具体的には、大口債権者や債権者の多数が特別清算を利用することに反対している場合や、特別清算を利用すること自体については反対がない場合であっても、協定、個別和解及び割合弁済による清算（後記第12・1参照）の見込みがない場合には、特別清算の見込みがないといわれている。

また、eの「特別清算によることが債権者の一般の利益に反することが明らかであるとき」は、特別清算開始の条件、協定の不認可要件（試案第1部・第12・5d参照）及び職権による破産手続開始の事由（試案第1部・第13・2(1)ac参照）を通じて、特別清算による方が破産手続によるよりも債権者に有利である（不利にならない）ことを要求することにより、債権者の利益の保護を図ろうとするものである。ここでは、仮に破産手続を選択したとする場合に破産手続により実現されるであろう清算価値の予想値と特別清算により実現されるであろう清算価値の予想値とを比較して、前者が後者を上回るとき（特別清算によることが債権者の一般の利益に反するとき）は、特別清算開始の命令をしないこととしている。なお、特別清算の迅速な開始を阻害しないようにするため、明白性を要求することとしている。

最後のfの「不当な目的で特別清算開始の申立てがされたとき、その他申立てが誠実にされたものでないとき」も、dと同様に、現行の特別清算に関する通説的見解に従って、特別清算開始の条件を整備しようとするものである。具体的には、専ら特別清算上の法的効果（強制執行等の中止等）の取得、資産の隠匿、否認権の行使の回避、偏頗弁済の目的等でされた特別清算開始の申立ては却下すべきであるといわれている。なお、この点については、既に昭和25年改正前の商法第431条第3項において準用する同法第381条第3項では「整理開始ノ申立カ権利ノ濫用其ノ他不当ノ目的ニ出スルモノト認ムルトキハ裁判所ハ其ノ申立ヲ却下スルコトヲ得」とされていた。その後、規定を置くまでもなく当然であるという理由で、同年改正により同項は削除されたが、学説及び実務は一致して、権利濫用その他不当な目的のための特別清算の申立ては

却下すべきであると解しており，新破産法等では明文の規定が設けられた（同法第30条第1項第2号等参照）ことから，特別清算においても，明文の規定を設けようとするものである。

- 2 （注2）では，裁判所は，特別清算の開始を命じた場合には，遅滞なく，その旨を官報に掲載して公告しなければならないものとする等，特別清算において裁判所がする公告は，官報に掲載してするものとしている。現行の特別清算では，裁判所は，特別清算開始の命令（非訟事件手続法第138条ノ15において準用する同法第135条ノ32において準用する同法第133条ノ2第4項），特別清算開始の命令の取消しの決定の確定（同法第138条ノ15において準用する同法第135条ノ55において準用する同法第133条ノ2第4項），会社の株主の名義書換の禁止（同法第138条ノ15において準用する同法第135条ノ40において準用する同法第133条ノ2第4項），協定認可の決定（同法第138条ノ11において準用する同法第133条ノ2第4項），特別清算終結の決定（同法第138条ノ15において準用する同法第135条ノ55において準用する同法第133条ノ2第4項），特別清算終結の決定の取消しの決定の確定（同法第138条ノ15において準用する同法第135条ノ56第3項において準用する同法第135条ノ55において準用する同法第133条ノ2第4項）について，遅滞なく公告をすべきものとされているが，現在，この公告の方式については，明文の規定を欠く状態になっている。そこで，商業登記法の施行に伴い削除された非訟事件手続法第144条第1項が「……公告ハ官報及ヒ新聞紙上ニ少クモ一回之ヲ為スコトヲ要ス」としていたこと（なお，戦時民事特別法第3条，昭和20年法律第46号（戦時民事特別法廃止法律）附則第2項，法務局及び地方法務局設置に伴う関係法律の整理等に関する法律附則第9項参照），現在の特別清算の実務上，公告は官報に掲載してする方法を採るのが一般的であることを考慮して，公告は官報に掲載してするものとの考え方を掲げている。

第7 特別清算開始の効力

第7は，「特別清算開始の効力」に関するものである。

- 1 1では，「効力を受ける債権の範囲」についての考え方を掲げている。

現行の特別清算については，協定その他特別清算開始の効力を受ける債権の範囲を定める（限定する）明文の規定は設けられていない。その理由としては，（i）現行の特別清算は，通常の清算手続を厳格化した特殊な清算手続であり，制度上は，経済的な破たんとは直接の関係がない「清算ノ遂行ニ著シキ支障ヲ来

スベキ事情アリト認ムルトキ」という開始の原因や，最終的には経済的破たんを来さない可能性もある「債務超過ノ疑アリト認ムルトキ」という開始の原因に基づいて特別清算が開始されるため，特別清算内の規律として，一律に，一定の時期（例えば，特別清算開始時）を基準として債権の区分を行う必要性及び合理性に乏しいこと，(ii)特別清算は，株式会社の清算手続として，清算手続開始前に生じた債権を弁済の対象とし，個々の弁済時（弁済提供時）を基準として現在化（金銭化）を図ることもできるという通常清算の取扱い（商法第421条から第424条まで，第430条第1項において準用する同法第125条）を前提とせざるを得ないが，他方で，一般に，倒産処理手続では，手続開始時を基準として手続の効力を受ける債権の範囲を画することとされており（新破産法第2条第5項等参照），特別清算開始の効力を受ける債権の範囲を画する基準時を一義的に定めることになじまないこと等を挙げることができると考えられる。したがって，現行の特別清算の基本的枠組みを維持する以上，特別清算開始の効力を受ける債権の範囲を定める（限定する）明文の規定を設けることは困難であり，1の本文では，会社に対するすべての債権は，特別清算の効力を受けるものとするとの考え方を示している。

もっとも，現行の特別清算に関する通説的見解は，商法第438条第2項において準用する同法第423条第2項による弁済の対象となる債権の範囲に関する解釈として，又は同法第448条の協定の対象となる債権の範囲に関する解釈として，(i)国税徴収法又は国税徴収の例によって徴収することのできる請求権，(ii)特別清算のために生じた債権及び特別清算の手続の費用の請求権（非訟事件手続法第138条ノ13，民事再生法第39条第3項，会社更生法第50条第9項参照）は，特別清算の効力を受けないと解しており，部会では，特に(ii)について，手続の効力を受けず，優先的な取扱いを受けることを明確にするための規定を設けるべきであるとの意見が多数を占めたことから，1のただし書では，「特別清算のために生じた債権」及び「特別清算の手続の費用の請求権」については，この限りでないものとしている。

さらに，試案の策定に当たっては，現行の特別清算と同様に，一般の先取特権その他一般の優先権がある債権にも特別清算開始の効力を及ぼすかどうかについての検討がされた。一般の先取特権その他一般の優先権がある債権には効力を及ぼさないものとするとの考え方を支持する立場からは，そのメリットとして，(i)特別清算においても，実体法上の優先関係を反映した取扱いを実現することができること，(ii)特別清算の効力を受けない国税徴収法又は国税徴収の

例により徴収することのできる請求権の取扱いとも整合的であること、(iii)協定の決議のための組分けが不要となるほか、協定の可決要件の緩和も可能になること、(iv)特別清算事件の審理期間の短縮化に資すること等が指摘された。もっとも、この考え方を採る場合には、一般の先取特権その他一般の優先権がある債権を完済することができない状態にある場合には、事実上、特別清算を利用することは不可能となり、現在よりも利用の範囲を狭める結果となるが、一般の先取特権その他一般の優先権がある債権を完済することができないような状態にある会社が特別清算を利用する例は少ないといわれており、特別清算の利用件数に与える影響は、実際には少ないと予想される。これに対し、当初、一般の先取特権その他一般の優先権がある債権にも効力を及ぼすものとするとの考え方を支持する意見もあったが、特別清算の長所を堅持しつつ、一般の先取特権その他一般の優先権がある債権を有する者の利益を保護するための手続的担保を強化することには、自ずと限界があると考えられ、また、協定の可決要件の緩和も困難であるとの指摘もあり、最終的には、一般の先取特権その他一般の優先権がある債権は特別清算開始の効力を受けないものとする事で意見が一致したことから、1のただし書では、「一般の先取特権その他一般の優先権がある債権」については、この限りでないものとしている。この考え方によれば、会社とその使用人との間の雇用関係に基づいて生じた債権（いわゆる労働債権）については、その全額が一般の先取特権がある債権（民法第306条第2号、第308条）として特別清算開始の効力を受けず、随時弁済されることになり、協定の条件について「一般ノ先取特権其ノ他一般ノ優先権八前項ノ条件ヲ定ムルニ付之ヲ斟酌スルコトヲ要ス」（商法第448条第2項）としている現行の特別清算よりも、その保護が強化されることになる。

なお、「効力を受ける債権の範囲」に関連して、債権の申出の制度の見直し、債権の調査及び確定の手続の導入の可否又は要否等も問題となり得るが、特別清算を通常の清算手続を厳格化した特殊な清算手続として位置づけるのであれば、特別清算開始後も、通常清算の枠組み（商法第421条から第424条まで）をそのまま引き継がざるを得ず、特別清算固有の債権の届出、調査及び確定の手続を導入することは不適當であると考えられる。なお、会社法制の現代化においては、債権申出の公告の回数等の見直しが検討されている（会社法制の現代化に関する要綱試案第4部・第8・3参照）。

2 2では、「倒産実体法の整備」についての考え方を掲げている。

現行の特別清算では、手続の効力を受ける債権の範囲を限定する規定が設け

られていない（前記1参照）だけではなく、一定の時期（例えば、特別清算開始時）を基準として、実体法規範を補充し、又は修正するような規定（倒産実体法）も、相殺の制限に関する規定を除き、設けられていない（現行破産法第53条から第68条まで、第72条から第91条まで、第98条から第103条まで参照）。この点については、財産の管理処分権の移転を根拠とする規定（同法第53条、第56条。民事再生法第76条参照）を設ける合理的理由がないことはもちろん、(i) 手続の効力を受ける債権の範囲を限定するための合理的な基準時を定めることができないのと同様に、倒産実体法の前提となる合理的な基準時を定めることも困難であること、(ii) 特別清算開始後には、債権者側からする強制執行等は禁止される（商法第433条において準用する同法第383条第2項）が、会社側からする弁済を債権者が受領することは法律上禁止されていないこと（同法第423条、第438条）等から、他の倒産実体法関係規定（否認権を含む。）を設けることも困難であること等が、その理由として考えられる。

相殺の制限に関する規定が設けられている理由については、同様に相殺の制限に関する規定のみが設けられている会社の整理（商法第403条第1項において準用する現行破産法第104条）に関して、(i) 整理開始の申立てがあった後に会社に対する債務者が会社に対する債権を取得して相殺に供したり、又は会社の債権者が新たに会社に対して負担した債務をもって相殺したりすることを許しては、整理の実を挙げ得ないこと、(ii) 破産手続における相殺制限の法意（債権者の公平な取扱い）は、整理の場合にも妥当すること等と説明されている。また、相殺は、強制執行等と同様に債権者からする権利の行使であり、その意味でも、これを制限する必要があると考えられる。

これらの点を踏まえて、部会では、2のとおり、相殺の制限に関する規定のみを設けるものとするとの考え方を採ることに異論がなかったが、(注)のとおり、相殺の制限の内容について、破産手続における相殺の制限の内容（新破産法第71条、第72条参照）と同様のものとするかどうかについては意見が分かれ、なお検討するものとされた。

すなわち、(iii) 否認と相殺の制限とは理論的には共通する性格を有するものの、手続構造を簡素にするために形成無効を内容とする否認の制度は採用せず、相殺の制限だけを採用することは考えられること（民事再生法第238条、第245条参照）、(iv) 相殺の制限に関する規律が破産手続と異なるとすると、特別清算によることが債権者の一般の利益に反するかどうかを判断する際（試案

第1部・第6e, 第12・5d, 第13・2(1)ac参照)に困難を来すおそれがあることなどから, 基本的に新破産法と同様の規律を設けるべきであるとの意見が述べられる一方で, (v)特別清算では支払不能後の代物弁済は否認されないことから, 代物弁済と同視することができることを理由とする相殺の制限(支払不能後に契約によって負担する債務を専ら相殺に供する目的で財産の処分を内容とする契約を締結した場合の相殺の制限。同法第71条第1項第2号)を適用することについて, 合理的な説明をすることができないのではないかとの指摘, (vi)特別清算開始前の偏頗行為が否認されない以上, 特別清算開始前に債権・債務の対立関係が生じた場合には相殺を制限する合理的な理由がない(同項第1号, 同法第72条第1項第1号の相殺の制限だけを認めるべきである)との指摘等がされるなど, 相殺の制限の具体的内容については, 考え方が分かっている。そこで, 相殺の制限に関する規定を設けるものとするとの考え方に賛成する場合に, 相殺の制限の内容について破産手続における相殺の制限の内容と同様のものとするかどうかについて意見があるときは, 詳細に意見を付記されるようお願いしたい。

3 3では, 「他の手続に対する効力」についての考え方を掲げている。

(1)の「特別清算開始の命令があったときの他の手続の中止」及び(2)の「特別清算開始の命令が確定したときの他の手続の失効」は, いずれも基本的に現行の中止等の効力を維持するものとするとの考え方である。(1)の本文で, 中止する破産手続を破産手続開始の決定がされていないものに限るものとしている点は, 現行の特別清算に関する通説的見解の明文化を図るものである。また, 試案では, 一般の先取特権その他一般の優先権がある債権は, 特別清算開始の効力を受けないものとしている(試案第1部・第7・1ただし書参照)ことから, (1)の本文で, 企業担保権の実行手続を除くとともに, (1)のただし書では, 一般の先取特権その他一般の優先権がある債権に基づく手続を除くこととしている。

(3)の「担保権の実行手続等の中止命令」も, 基本的に現行の中止命令の制度を維持するものとするとの考え方である。aで, 債権者等の申立権を認めている点, cで, 中止命令の変更及び取消しを認めている点は, 民事再生法における担保権の実行手続の中止命令に倣ったものである(同法第31条第1項本文及び第3項参照)。また, aで, 企業担保権の実行手続を含むものとし, 既にされている会社の財産に対する一般の先取特権その他一般の優先権がある債権に基づく強制執行の手続の中止も命ずることができるものとしているのは, 試案で, 一般の先取特権その他一般の優先権がある債権は特別清算開始の効力を受

けないものとし（試案第1部・第7・1ただし書参照），これらの手続を(1)の「特別清算開始の命令があったときの他の手続の中止」及び(2)の「特別清算開始の命令が確定したときの他の手続の失効」の対象から除外したことに伴い，個別の裁判所の判断による手続の中止を認めようとするものである。なお，申立権については，特別清算開始の申立てと同様に，会社固有の申立権を認めるかどうかの問題となる（前記第4・2参照）が，特別清算開始の申立てとは別異の取扱いをするのが適当であると考えられる場合には，その旨及び別異の取扱いをするのが適当である理由についても，付記されるようお願いしたい。

第8 清算人

第8は，「清算人」に関するものである。

- 1 1では，「公平誠実義務」についての考え方を掲げており，現行の清算人の公平誠実義務を維持するものとするとの考え方を示している。
- 2 2では，「清算人の解任及び選任」についての考え方を掲げている。

(1)の「解任」では，まず，aで，債権者及び株主に解任の申立権を与えるものとしている。通常清算における少数株主の解任請求権（商法第426条第2項）及び破産管財人等の解任の申立権（新破産法第75条第2項前段）の制度を参考にしたものであり，通常清算における清算人の解任が株主総会の権限とされ（商法第417条第1項ただし書，第426条第1項），また，少数株主権の解任請求権が認められていることを考慮して，株主に申立権を認めることとしたほか，特別清算では，債権者の利益が株主の利益よりも尊重されることを考慮して，債権者にも申立権を認めることとしたものである。部会では，株主の申立権については，単独株主権ではなく，通常清算と同様に少数株主権として構成すべきではないかとの指摘もあったが，これに対しては，特別清算では，通常清算と異なり，裁判所の職権による解任も認められていることから，少数株主権として構成することにより株主の申立てを制約する必要性に乏しいとの指摘があった。なお，現行の特別清算に関する通説的見解は，特別清算開始後は，清算人の解任及び選任は，裁判所の専権事項となり，株主総会はその権限を失い，また，少数株主の解任請求権も失われると解している。

次に，bでは，解任される清算人の利益保護のために，清算人を解任する場合には清算人を審尋しなければならないものとするとの考え方（新破産法第75条第2項後段参照）を示し，さらに，cでは，解任の裁判に対する不服申立て（即時抗告）を認めるものとするとの考え方を示している。後者については，特別清算における清算人の解任の裁判が実質的には破産手続，再生手続及び更

生手続における保全管理命令又は再生手続における管理命令に相当する機能を有することに考慮したものである。

(2)の「選任」は、現行の清算人の選任の制度を維持するものとするとの考え方を掲げている。

3 3では、「清算人に対する報告命令及び調査」についての考え方を掲げており、現行の報告命令及び調査権を維持するものとするとの考え方を示している。

4 4では、「清算人の行為の制限」についての考え方を掲げている。

現行の特別清算では、清算人の行為の適正を確保するための特別清算固有の規制として、割合弁済の義務及びその例外としての許可弁済の制度（商法第438条）、監査委員の同意、債権者集会の決議又は裁判所の許可の制度（同法第445条第1項及び第2項）、これらに違反した場合の過料の制裁の制度（同法第498条第1項第27号及び第28号）が設けられている。

このうち、監査委員の同意の制度については、実務上、利用される例はほとんどないといわれている。その理由としては、(i)清算人を信頼することができない事情がある場合には、裁判所が清算人を解任し、新たな清算人を選任するから、監査委員を選任するまでの必要はないこと、(ii)商法第445条第2項の「急迫ナル事情アルトキ」を緩やかに解釈することにより、清算人は裁判所の許可を得て同条第1項各号に掲げる行為をするという運用が可能であること、(iii)監査委員を選任しないで、裁判所が選任する検査役にその代替的役割を担わせるという運用が可能であること、(iv)破産手続の実務上、監査委員が破産管財人の行為に同意を与える見返りに利益を得るといような不適切な事例があったために、監査委員の利用が嫌忌されるようになったこと、(v)従来、裁判所が積極的に事件に関与するという傾向がみられたこと等が指摘されている。また、かつて監査委員が選任されることもあったが、債権者が自己の利益を確保するために選任するというよりも、清算人がその職務の遂行上の便宜のために選任を希望して候補者を推薦し、その適否を債権者が判断するという方法で選任するのが通常であったという指摘もされている。このように、監査委員の制度は合理的に機能していないことから、試案では、(注1)のとおり、これを廃止するとともに、これを補完する関係にある債権者集会の決議の制度も廃止するものとするとの考え方を掲げた上で、これに代替する制度について、二つの考え方を掲げている。

甲案は、現行の特別清算における裁判所の許可の制度のみを、特別清算の当事者自治的性格を重視し、また、清算事務の機動性を損なわないようにするた

め、許可を要しないこととなる基準となる金額を引き上げ（具体的な金額の定めは最高裁判所規則に委任するものとする。）、裁判所の裁量により一定の事項について許可を要しないものとするができるものとする等の見直しを行った上で存続させるとともに、裁判所の許可に代わる同意権限を監督機関に付与することができる制度（民事再生法第120条第2項，会社更生法第128条第3項参照）を設けるものとするとの考え方である。

乙案は、裁判所の許可の制度をも廃止し、新たに、再生手続における再生債務者等及び更生手続における管財人の行為の制限（民事再生法第41条，会社更生法第72条第2項及び第3項参照）を参考にした裁判所の許可の制度を設けるとともに、再生手続における監督命令の制度を参考にした監督機関の同意の制度を設けるものとするとの考え方である。

部会では、清算手続における利害関係人の利益保護の必要性を重視する立場からは甲案が、特別清算の当事者自治的性格を重視する立場からは乙案がそれぞれ支持され、意見の一致を見るには至らなかったものである。

なお、(注2)では、監督機関の名称、検査役との関係（同一の機関とするか、別個の機関を設けるか）等については、なお検討するものとしている。名称については、検査役と別個の機関とするのであれば、再生手続及び更生手続における監督機関（民事再生法第54条第1項，会社更生法第35条第1項）を参考にして、「監督委員」とすることが考えられる（会社の整理では「監督員」とされている。商法第397条第1項）。また、特別清算の手続構造を単純なものとするために監督機関と検査役とを同一の機関とすることも考えられるところである（民事再生法第223条，第244条）。これらの点についての意見がある場合には、積極的に意見を付記されるようお願いしたい。

また、(注3)では、乙案を採る場合に、さらに、(i)債権者集会は、その決議により、清算人が一定の行為をするには債権者集会の決議又は裁判所の許可を得なければならないものとするができるものとするとの考え方、(ii)債権者集会は、その決議により、清算人が一定の行為をするには裁判所が選任する監督機関の同意を得なければならないものとする処分をすることを裁判所に対して請求することができるものとするとの考え方をも採るかどうかについては、なお検討するものとしている。これらの考え方は、会社法制の現代化において、「清算中の株式会社には、清算人会の設置を義務付けないものとする」ことが検討されており（会社法制の現代化に関する要綱試案第4部・第8・2(1)参照）、「清算中の株式会社には清算人会が設置されないものとする」ことにより、現行法では清算中の株式会社にも適用があるものと解される株主総会の権限に

についての基本的規定である商法230条ノ10は、清算中の株式会社には適用がないこととなる。」(会社法制の現代化に関する要綱試案補足説明93頁参照)、すなわち、清算人会が設置されない会社では、株主総会は強行規定に反しない限りいかなる事項についても決議することができることになることをも踏まえて、特別清算開始後、このような強力な権限を有する株主総会に取って代わる債権者集会に、清算人の行為に対する監督のあり方についての決定権を留保しようとするものである。これらの考え方を支持する場合には、その旨を付記されるよう願いたい。

さらに、(注4)では、甲案又は乙案のいずれの考え方を採用するかにかかわらず、清算人が許可等を得ないでした行為の効力及び営業の全部又は重要な一部の譲渡等につき株主総会の特別決議を不要とする特例について、所要の規定を整備するものとしている。いずれも、現行の特別清算と同様の手当をしようとするものである。また、(注4)では、営業の全部又は重要な一部の譲渡等についての裁判所の必要的許可の制度(民事再生法第42条第1項、会社更生法第46条第2項参照)につき、所要の規定を整備するものとしている。株主総会の特別決議を不要とする特例を設ける代替的措置を設けるものである。

これに関連して、(注4)では、裁判所が営業の全部又は重要な一部の譲渡等につき許可をする際の債権者等の関与のあり方について、なお検討するものとしている。通常清算においては、存立中と同様に、営業譲渡等につき株主総会の特別決議が必要とされるが、現行の特別清算では、特別清算開始後は、会社が債務超過の状態にあるかどうかを問わず、株主総会に代わり、専ら債権者集会又は債権者集会によって選任された監査委員(これらの機関がないときは裁判所)が営業譲渡等についての決定権を有するものとしている。これは、特別清算の場合の清算事務については、債権者の利益が株主の利益に圧倒的に優先するためであると説明されている。したがって、清算人の行為の制限について、監査委員の同意及び債権者集会の決議の制度を廃止し、裁判所の許可を中心とした制度設計をすることを前提として、営業譲渡等につき株主総会の特別決議を不要とする特例を設けるに当たっては、監査委員の同意及び債権者集会の決議の制度に代替するような債権者の関与の制度を設けるか、又は特例を設ける合理性について、現行の特別清算とは別の説明をする必要があると考えられる。この点について、部会では、(i)清算手続の場合には、再生手続又は更生手続の場合以上に簡易迅速に営業譲渡等を行う必要性が高いことから、債権者の意見聴取は不要であるとの指摘、(ii)破産手続開始後の営業又は事業の譲渡(新破産法第78条参照)との均衡上、裁判所の許可だけで足りるとの指摘がされたが、

これに対して、(iii)債権者の最大の関心事である対価の相当性等を担保するため、何らかの手續保障は必要であるとの指摘、(iv)清算人の性格は、破産管財人とは異なっており、清算人がする営業譲渡等について債権者の意見を聴取するという程度の手續保障は必要であるとの指摘もされ、意見の一致を見るには至らなかった。そこで、この点についての意見がある場合には、積極的に意見を付記されるようお願いしたい。

なお、仮に債権者の意見聴取の制度を設ける場合には、その具体的方法については、再生手續又は更生手續（民事再生法第42条第2項本文、会社更生法第46条第3項第1号本文及び第2号本文参照）と同様に、裁判所が（適宜の方法で）行うものとするとの考え方のほか、特別清算の性格上、裁判所が債権者の意見を聴取するのではなく、清算人が、あらかじめ、債権者の意見聴取を行った上で、営業譲渡の許可の申立ての際にその結果を併せて報告し（非訟事件手續法第138条ノ10第2項において準用する同法第135条ノ19第1項参照）、裁判所が営業譲渡等の許可の判断に当たって、これを考慮するものとするとの考え方もあり得ると思われる。このような債権者の関与の具体的方法についての意見がある場合には、詳細に意見を付記されるようお願いしたい。

以上は、主として、株主総会の特別決議、さらには監査委員の同意及び債権者集会の決議の制度に代替する制度という観点から、債権者の手續関与の問題を取り上げたものであるが、これとは別に、裁判所の営業譲渡等についての許可の適正を担保するという観点から、労働組合等（会社の使用人の過半数で組織する労働組合があるときはその労働組合、会社の使用人の過半数で組織する労働組合がないときは会社の使用人の過半数を代表する者）の意見聴取の制度を設けることも、十分考えられるところである（破産法第78条第4項、民事再生法第42条第3項、会社更生法第46条第3項第3号）。この点についても意見がある場合には、これを付記されるようお願いしたい。

5 5では、「債務の弁済」についての考え方を掲げている。

(1)では、特別清算開始の効力を受ける債権の範囲から除外される債権（試案第1部・第7・1ただし書参照）を除き、現行の割合弁済の義務を維持するものとするとの考え方を示している。

(2)では、現行の特別清算と同様に、少額の債権又は担保権の被担保債権その他その弁済により他の債権者を害するおそれがない債権について、裁判所の許可を得たときは、割合弁済の義務の例外となり得るものとするとの考え方を示している。なお、(注5)では、弁済の許可の申立ては清算人全員でなければ

ならないとの規律は、過度の規制と考えられることから、これを設けないものとするとの考え方を掲げている。

- 6 (注6)では、特別清算中の清算人その他の会社の機関に関する規律のあり方については、会社法制の現代化における清算中の会社の機関についての見直し(会社法制の現代化に関する要綱試案第4部・第8・2参照)を踏まえて、なお検討するものとしている。現行の特別清算の基本的枠組みを維持するものとする、会社法制の現代化が特別清算における個別の手續・制度に対し様々な影響を及ぼしてくることになると考えられる(前記4参照)。そこで、その旨を注記するものであるが、試案及びこの補足説明で取り上げられていない事項で、会社法制の現代化に伴い、見直しを検討する必要があると考えられるものがある場合には、この機会に積極的かつ詳細に意見を付記されるようお願いしたい。

第9 債権者集会

第9は、「債権者集会」に関するものである。

- 1 1では、「書類提出及び意見陳述のための債権者集会」についての考え方を掲げている。現行の特別清算では、1の「書類提出及び意見陳述のための債権者集会」は、必ず招集しなければならないものとされており、1の本文は、これを原則として維持するものである。しかし、実務上、債権者との個別和解により清算を遂行する事案(後記12・1参照)等ではその招集は省略されているといわれていることを踏まえて、新破産法における財産状況報告集会の制度(同法第31条第4項参照)を参考にしつつ、1のただし書では、制度上も、例外的にこれを招集しないことを認めるものとするとの考え方を示している。なお、「書類提出及び意見陳述のための債権者集会」を招集しない場合の代替的措置についても検討しておく必要があるが、部会では、最高裁判所規則で、調査書等並びに清算の実行の方針及び見込みに関する意見の要旨を記載した書面の送付その他の適当な措置をとらなければならない旨を定めるものとする(民事再生規則第63条、会社更生規則第25条第1項参照)との考え方を支持する意見が多数を占めたところである。

また、(注1)では、「書類提出及び意見陳述のための債権者集会」の前提となる財産目録及び貸借対照表の作成等に関して、会社法制の現代化により、通常清算における株主総会の承認を受けた財産目録及び貸借対照表の裁判所への提出の制度(商法第419条第3項)が廃止される場合(会社法制の現代化に関する要綱試案第4部・第8・1参照)には、特別清算開始の命令があったと

きは、清算人は、株主総会の承認を受けた財産目録及び貸借対照表（これらが電磁的記録で作成されているときは、電磁的記録に記録されている情報の内容を記載した書面）を裁判所に提出しなければならないものとするとの考え方を掲げている。

2 2では、「1以外の債権者集会」についての考え方を掲げており、(1)の「清算人による招集」及び(2)の「少数債権者による招集」のいずれについても、基本的に現行の招集の制度を維持するものとするとの考え方を示している。ただし、(2)の「少数債権者による招集」については、昭和13年以来、少数株主の株主総会招集請求権に準じて構成されている点を見直し、平成14年改正後の商法が、株主総会について、少数株主による株主総会の招集の請求があった日から「8週間」以内の日を会日とする総会の招集の通知が発せられないときに、少数株主による株主総会の招集を認めている（同法第237条第3項）のは、株主総会の招集通知を発出するまでには、取締役会の招集、取締役会における株主名簿の閉鎖期間又は基準日の決定、閉鎖期間又は基準日の公告という手続を踏む必要があり、株主総会の招集を請求した日から「6週間」以内の日を会日とする株主総会の招集通知を発出するのは、実務上、極めて困難であるとの指摘に応えたものであることを考慮して、特別清算における債権者集会については、平成14年改正前の規律に戻し、債権者集会の請求があった日から「6週間」以内の日を会日とする債権者集会の招集の通知が発せられないときに招集を認めるものとするとの考え方を示している。もっとも、少数株主の株主総会招集請求権に関する規定は、少数社債権者の社債権者集会招集請求権についても準用されており（同法第320条第5項において準用する同法第237条第3項参照）、特別清算における債権者集会に関する規律については、社債権者集会に関する規律との整合性も考慮する必要があると考えられることから、現行どおり、「8週間以内」とするものとするとの考え方も併記している（試案第1部・第9・2(2)bの〔8〕の部分参照）。

3 3では、「債権者集会の指揮（議長となるべき者）」についての考え方を掲げている。この点については、債権者集会の招集の手続のみならず、債権者集会の議事進行についても私的自治にゆだねて、裁判所は債権者集会の指揮を行わないものとする（この場合には、基本的に株主総会の議事の運営と同様になると考えられるが、債権者集会の議長をあらかじめ定款で定めるということは考えにくいので、議長は債権者集会で選任することになる。）との考え方もあり得るが、現行の特別清算と比べて、裁判所が関与しなくなることにより協定の成立過程が不透明となるおそれがあり、協定の認可又は不認可の決定をする場

合の審理が容易ではなくなる可能性があること、協定の認可決定がされた場合でも、協定の成立過程の違法又は不当を理由とする即時抗告がされる確率が高くなり、手続的に不安定になる可能性もあり、適当ではないと考えられることから、現行の特別清算と同様に、債権者集会は、裁判所が指揮するものとして

いる。

4 4では、「決議」についての考え方を掲げており、(1)の「議決権」、(2)の「代理人による議決権行使」及び(3)の「可決要件」のいずれについても、現行の特別清算の取扱いを維持するものとするとの考え方を示している。なお、現行の特別清算における債権者集会の決議事項は、(i)債権者集会の延期又は続行の決議（商法第442条第1項において準用する同法第243条本文）、(ii)監査委員の選任の決議（同法第444条第1項）、(iii)監査委員の解任の決議（同条第2項）、(iv)監査委員がない場合の清算人の行為についての決議（同法第445条第1項）、(v)協定についての決議（同法第450条第1項）、(vi)協定の条件の変更の決議（同法第451条後段において準用する同法第450条）であるが、このうち、(ii)から(iv)までについては廃止が検討されており、これに代わる決議事項として、(iii)清算人の行為につき債権者集会の決議を得なければならないものとする決議及び当該決議があった場合の清算人の行為についての決議、(iiii)清算人の行為につき裁判所の許可を得なければならないものとする決議（以上、試案第1部・第8（注3）(i)参照）、(ix)清算人の行為につき監督機関の同意を得なければならないものとする処分をすることを裁判所に対して請求する決議（試案第1部・第8（注3）(ii)参照）が追加される可能性がある。したがって、(3)の「可決要件」が適用されることとなるのは、(i)のほか、場合によっては(vii)から(ix)までということになる。

また、(注2)では、債権者集会における議決権行使に関連する事項を取り上げている。まず、(注2)の前段では、基準日の制度及び議決権の不統一行使の制度を設けるものとするとの考え方を掲げている。既に株主総会、再生手続における債権者集会及び更生手続における関係人集会等で採用されており（商法第224条ノ3、第239条ノ4、第339条第1項、民事再生法第172条第2項、第172条の2、会社更生法第193条第2項、第194条等参照）、特別清算でも、これらの制度を採用することが考えられるところである。もっとも、基準日の制度の採用に当たっては、特別清算固有の債権の届出及び債権者表の作成の制度が存在せず（前記第7・1参照）、株主名簿又は社債原簿の制度に相当する制度を設けることも困難であることを考慮する必要があると考え

られる。また、議決権の不統一行使の制度の採用に当たっては、可決要件のうち頭数（試案第1部・第9・4(3)a参照）の数が問題となるが、この点については、再生手続と同様の考え方（民事再生法第172条の3第7項参照）を採ることが考えられるところである。次に、（注2）の後段では、債権者集会に出席しない債権者が書面又は電磁的方法によりその議決権を行使する制度及び債権者集会を招集せずに書面等で議決権を行使させる制度については、これらを設けるものとする方向で、なお検討するものとしている。これらの制度も、既に株主総会、再生手続における債権者集会及び更生手続における関係人集会等で採用されており（商法第239条ノ2、第239条ノ3、第253条、第321条ノ2、第321条ノ3、民事再生法第169条第2項第2号及び第3号、会社更生法第189条第2項第2号及び第3号）、特別清算でも、これらの制度を採用することが考えられるところである。しかし、特別清算における議決権は、株主総会及び社債権者集会における議決権と異なり、その存在及び額が不確定である上、特別清算固有の債権の届出等の制度も存在しないため、再生手続及び更生手続とも異なる特殊な議決権の行使の許否及び額の決定の制度が設けられている（試案第1部・第9・4(1)参照）ことから、特別清算において書面等による議決権行使を許容する場合には、議決権の行使の許否及び額の決定をどの時点で、どのような方法で行うかについて、独自の検討が必要であると考えられる。

さらに、（注3）でも、債権者集会における議決権行使に関連する事項を取り上げている。（注3）の前段では、債権者集会の決議につき特別の利害関係を有する者の議決権の行使を禁止する規定は設けないものとするとの考え方を掲げている。株主総会、社債権者集会、再生手続における債権者集会及び更生手続における債権者集会では、このような規定は設けられていないことから、これらと同様の取扱いをしようとするものである。（注3）の後段では、無記名式の債券を有する者は債権者集会の会日から1週間前に債券を供託しなければ議決権を行使することができないとの規律（商法第442条第1項において準用する同法第321条第2項）については、このような規律を設けないものとする方向で、なお検討するものとしている。無記名式の債券について、その権利行使のための供託が必要とされるのは、無記名式の債券は移転が簡単容易に行われるからであると説明されている。しかし、再生手続及び更生手続ではこのような規律は採用されておらず、特別清算においてこのような規律を維持することの合理性及び必要性には疑問がある。他方で、無記名式の社債に関する限り、社債権者集会に関する規律との整合性も考慮する必要があり、会社法制の現代

化の動向も踏まえつつ、さらに検討する必要があると考えられるところである。

5 5では、「担保権者の取扱い」についての考え方を掲げており、(1)の「少数債権者による招集」、(2)の「招集の通知」、(3)の「議決権」及び(4)の「債権者集会への出席等」のいずれについても、現行の担保権者の取扱いを維持するものとするとの考え方を示している。

第10 検査役

第10は、「検査役」に関するものである。

1 1では、「検査命令」についての考え方を掲げている。基本的に現行の検査命令の制度を維持するものとするとの考え方を示しているが、現行の特別清算における検査役に関する規定は、会社の整理における検査役に関する規定（商法第388条）を準用するなどして、分かりにくいものとなっていることから、試案では、これを整理し直している。すなわち、aは商法第388条第2項の「会社ノ業績ガ不良ト為リタル事情」、bは同条第1項の「会社ノ業務及財産ノ状況」、cは同法第453条第2号の「会社財産ノ保全処分ヲ為ス必要アルヤ否ヤ」、dは同条第3号の「会社ノ損害賠償請求権ニ付発起人、取締役、監査役又ハ清算人ノ財産ニ対シ保全処分ヲ為ス必要アルヤ否ヤ」、eは同法第388条第2項の「発起人、取締役又ハ監査役ニ不正又ハ懈怠ナカリシヤ否ヤ」及び同法第453条第1項の「発起人、取締役、監査役又ハ清算人ニ第百九十二条第一項第二項第四項、第百九十二条ノ二、第百九十三条第一項、第二百六十六条、第二百七十七条、第二百八十条ノ十三、第二百八十条ノ十三ノ二又ハ第四百三十条第二項ノ規定ニ依リテ責ニ任ズベキ事実アルヤ否ヤ」、fは同法第388条第1項の「其ノ他会社ノ整理ニ必要ナル事項」にそれぞれ相当するものである。

なお、(注1)では、「検査役」という名称を維持するかどうか、清算人の行為の制限に関する監督機関との関係（同一の機関とするか、別個の機関を設けるか）等については、なお検討するものとしている。名称については、商法上の各「検査役」が統一的な制度でないことを考慮すれば、「検査役」の名称を改めることは可能であると考えられるところであり、再生手続及び更生手続における検査（調査）監督機関（民事再生法第62条第1項、会社更生法第125条第1項）を参考にして、「調査委員」とすることも考えられる。また、監督機関と同一の機関とすることも考えられるところである（前記第8・4参照）。これらの点についての意見がある場合には、積極的に意見を付記されるようお願いしたい。

2 2では、「検査役の報告」についての考え方を掲げており、現行の検査役の報告の制度を維持するものとするとの考え方を示している。

3 (注2)では、検査役の報告徴収権及び物件検査権等につき、所要の規定を整備するものとしている。検査役の報告徴収権及び物件検査権については、基本的に現行制度を維持するものとするとの考え方であるが、報告徴収権については、通説的見解に従い、報告徴収の対象者として、現職の清算人等のほか、清算人等であった者も含まれることを明らかにするものとするとの考え方を示している(新破産法第40条第2項参照)。これに対して、(注3)では、執行官又は警察官の援助の制度は設けないものとするとの考え方を掲げている。強制的要素を有する制度は、協定制度を採用する特別清算にはなじまないと考えられ、部会でも、執行官又は警察官の援助の制度は必要がないとの意見が多数を占めたものである。

第11 裁判所の処分

第11は、「裁判所の処分」に関するものであり、試案では、特別清算開始後の裁判所の処分についての考え方を掲げている。

現行の特別清算では、特別清算開始後の裁判所の処分として、aからfまでの処分が認められている(商法第437条、第454条第1項)。

1 このうち、bの「会社の株主の名義書換の禁止」の制度は、特別清算において未払込株金徴収のための簡易手続を設けたこと(昭和23年改正前の商法第456条第1項において準用する同法第392条及び第393条並びに非訟事件手続法第138条ノ15において準用する同法第135条ノ43から第135条ノ46まで参照)に伴い、その簡易手続を円滑に行うべく、株式の移転を禁止するために採用されたものである。その後、昭和23年の商法改正により、株式全額払込制が強制されることとなり(商法第177条第1項参照)、特別清算における未払込株金徴収のための簡易手続も廃止されたため、「会社の株主の名義書換の禁止」の制度は、その本来の意味は失われたが、(i)会社の内紛等の場合に特別清算の妨害のために株式の移転が行われることの防止、(ii)いわゆる整理屋の介入の防止や不当な投機の防止等の理由から、制度としては存続するものとしている。部会では、この制度の存廃についても検討したが、現在でも、特に特別清算開始前において機能し得るとの指摘があり、試案では、これを存置するものとしている。

2 会社の発起人等の責任に関するcからfまでの処分については、新しい破産手続並びに再生手続及び更生手続では、c及びfに相当する処分のみが認められ、d及びeに相当する処分は認められていない(新破産法第178条以下、民事再生法第143条以下、会社更生法第100条以下)。

dの「会社の発起人等の責任の免除の禁止」は、発起人等の責任の免除がされる前に裁判所がこれを禁止する処分であり、eの「会社の発起人等の責任の免除の取消し」は、発起人等の責任の免除が既にされている場合に裁判所がこれをさかのぼって取り消す処分である。特別清算において、引き続きd及びeの処分を存置するかどうかを検討する上では、特別清算と同様に株式会社をその適用対象とする更生手続との比較が問題になると考えられるが、更生手続においては、手続開始後の責任の免除は、財産法上の行為として管財人のみができることができ、他方で、手続開始前の責任の免除は、詐害行為として否認の対象となり得ることから、d及びeに相当する処分を認める必要がないと考えられる。しかし、更生手続と異なり、特別清算においては、特別清算開始後も会社の財産の管理処分権の帰属に変動はなく、否認の制度も設けられていないので、d及びeの処分については、現行の特別清算と同様に、これを認めるのが適当であると考えられる。

もっとも、eの「会社の発起人等の責任の免除の取消し」については、平成13年の商法改正（平成13年法律第149号）により取締役等の責任の一部免除等の制度が整備されたこととの整合性や決定手続限りで責任の免除の取消しという実体的効果を生じさせることの当否が問題になり得るとの指摘があった。

この点については、さらに会社法制の現代化においても、委員会等設置会社以外の会社の取締役の責任と委員会等設置会社の取締役及び執行役の責任との差異の見直しが重要な課題の一つとされており、委員会等設置会社以外の会社の取締役の責任について、現行の無過失責任規定を見直し、原則として過失責任として構成するとともに、委員会等設置会社の取締役等の責任についても必要な調整を行うことが検討されていること（会社法制の現代化に関する要綱試案第4部・第4・7参照）を考慮する必要がある一方で、近時の倒産法制の整備において、倒産企業の役員の責任の追及について厳格な態度が採られていることとの整合性にも配慮する必要があると思われる。したがって、eの処分を存置する場合には、少なくとも、(i)現行の特別清算と同様に、利害関係人の陳述聴取（これを見直して、責任の免除の取消しを受ける発起人等の審尋とすることが考えられる。）及び裁判への理由付記（非訟事件手続法第138条ノ15において準用する同法第135条ノ49において準用する同法第135条ノ16第1項）、即時抗告及びその執行停止の効力（同法第138条ノ15において準用する同法第135条ノ49において準用する同法第129条ノ4及び第132条ノ5第3項）という手続保障の観点からの手当をするほか、さらに、(ii)

手続保障を強化し、現行の特別清算よりも取消しの要件を制限することが考えられる。例えば、取消しの要件の制限については、特別清算開始の命令の日から「6か月」以上前にした免除については不正の目的でされたものに限るものとし(商法第454条第1項第4号ただし書,新破産法第160条第3項参照),責任の免除の日から5年を経過したときは取り消すことができないものとする(商法第522条参照)ことなどが考えられる。

これに対し、部会では、更なる手続保障の必要があるとして、このような手当だけでなく、責任の免除の取消しの処分に対する異議訴訟の制度等の整備の必要性を指摘する意見もあった。

(注2)では、以上のように、責任の免除の取消しを受ける発起人等の審尋、即時抗告及び執行停止効について所要の規定を整備するものとしているが、さらに、責任の免除の取消しの処分を受ける発起人等のための更なる手続保障の要否や、その内容、取消しの要件の厳格化等についてなお検討するものとしている。更なる手続保障を必要とする意見がある場合には、その具体的な方策についても付記されるようお願いしたい。

- 3 なお、現行の特別清算では、aからcまでの処分は、「清算ノ監督上必要アリト認ムルトキ」及び「前条ノ報告(注：検査役の報告)ヲ受ケタル場合ニ於テ必要アリト認ムルトキ」にすることができるとされているが、理論上、前者は後者を包含する関係にある。また、dからfまでの処分は、「前条ノ報告ヲ受ケタル場合ニ於テ必要アリト認ムルトキ」に限り、することができるものとされているが、責任の免除の禁止等のために検査命令の制度を利用することが有益であるとしても、検査役による検査を必要的前置とするまでの合理性及び必要性は乏しいと考えられる(新しい破産手続でも、損害賠償請求権の査定について、検査役による検査の必要的前置に相当するような特段の規律は設けていない。)

そこで、試案では、aからfまでのすべての処分について、検査役の検査とは切り離し、清算の監督上必要があると認めるときにすることができるものとしている。

- 4 現行の特別清算では、特別清算開始後の裁判所の処分は、fの処分(非訟事件手続法第138条ノ15において準用する同法第135条ノ50から第135条ノ52まで参照)を除き、職権であることを予定しているようである。しかし、aからcまでの処分については、特別清算開始前は債権者、清算人、検査役及び株主に申立権が認められていることや、専ら特別清算開始後にされるfの処分については、利害関係人に申立権が認められていること等を考慮する

と、aからfまでのすべての処分について、利害関係人の申立権を認めるのが適当であると考えられる。また、この場合の申立権者の具体的範囲については、特別清算開始前のaからcまでの処分の申立権者等を基本に考えることになると思われる（前記第4・2参照）。

そこで、試案では、aからfまでのすべての処分について、利害関係人の申立権を認め、その範囲については、特別清算開始の申立てと同様としているが、特別清算開始の申立てとは別異の取扱いをするのが適当であると考えられる場合には、その旨及び別異の取扱いをするのが適当である理由についても、付記されるようお願いしたい（前記第5・1参照）。

（注1）では、aの「会社の財産の処分禁止の仮処分その他の必要な保全処分」については、試案第1部・第5（注1）と同様に、弁済禁止の保全処分に違反した場合の効力につき、所要の規定を整備するものとしている。

また、（注3）では、fの「発起人等の責任に基づく損害賠償請求権の査定」については、査定の処分に対する異議の訴え等について所要の規定（管轄裁判所、当事者適格、仮執行の宣言等）を整備するものとしている。

第12 協定

第12は、「協定」に関するものである。

- 1 1では、「協定の申出」についての考え方を掲げている。「協定」とは、特別清算中の会社とその債権者との間で清算遂行のためにされる債務処理についての合意であり、特別清算の遂行方法としては、協定のほか、(i)債権者との個別和解による方法と、理論上は、(ii)（債務超過でない場合には）債権者から譲歩を求めず、会社財産を換価しつつ、割合弁済によって順次債務を弁済する方法があるが、一般に、協定が原則的な特別清算の遂行方法とされている。

試案では、債権者集會に協定の申出をすることができるのは清算人としているが、この点は現行の特別清算（商法第447条）と同様である。

- 2 2では、「協定の条件（内容）」についての考え方を掲げている。この考え方は、民事再生法第155条及び会社更生法第168条の表現を参考にしつつ、不利益を受ける者の同意がある場合には平等原則の例外の定めをすることが許されるという異論のない解釈を明文化しようとするものであり、その実質は、現行の特別清算（商法第448条第1項）と同様である。

一般の先取特権その他一般の優先権がある債権は、試案第1部・第7・1で示したとおり、特別清算開始の効力を受ける債権には含まれないものとしており、協定の対象にはならない（試案には、一般の先取特権その他一般の優先権

がある債権を保護するために、一般の先取特権その他一般の優先権がある債権は、協定の条件を定めるにつき斟酌しなければならいものとする商法第448条第2項の規定に相当する規律は、掲げていない。)

3 3では、「担保権者等の参加」についての考え方を掲げている。

現行の特別清算では、破産の場合に別除権を行使し得る債権者の債権は、その別除権の行使によって弁済を受け得る範囲を超える部分に限って協定の対象になるが、清算人は、別除権の行使によって弁済を受け得る範囲についても、別除権者に対し、協定に参加をすることを求めることができるものとしている(商法第449条)。これは、別除権者が協定に参加することは望ましいとの判断によるものであるが、参加を求められた別除権者が協定に参加するかどうかは自由である(別除権者は、協定に参加するためには、その有する別除権を放棄しなければならない)。試案では、この制度自体は維持するものとしているが、参加を求める相手方としては、会社の財産につき特別の先取特権、質権、抵当権、商事留置権を有する者のほか、一般の先取特権その他一般の優先権を有する者及び企業担保権を有する者を加えている。これは、一般の先取特権その他一般の優先権については、特別の先取特権、質権、抵当権、商事留置権と同様に、手続開始の効力を受けない(協定の対象としない)こととされたことを踏まえ、それとの均衡を図る観点から、会社の財産につき一般の先取特権その他一般の優先権を有する者に対して協定への参加を求めることができるものとし、さらに、一般先取特権と同様の優先権のある企業担保権についても、両者の均衡上、協定への参加を求めることができるものとしたものである。

4 4では「協定の可決要件」についての考え方を掲げている。

現行の特別清算では、協定の可決要件は、(i)債権者集会に出席した議決権を行使することができる債権者の過半数の同意及び(ii)議決権を行使することができる債権者の議決権の総額の4分の3以上に当たる議決権を有する者の同意を要するものとされている(商法第450条第1項)。しかし、これに対しては、(ii)の「4分の3」という可決要件は、ハードルとして高いので、可決要件を緩和して特別清算をより利用しやすくすべきであるとの指摘がされており、部会でも、協定の可決要件の緩和の当否については様々な意見が出された。

協定の可決要件の緩和については、協定の対象となる債権者の利益の保護、特に少数者の利益の保護という観点から検討する必要がある、とりわけ現行の特別清算のように一般の先取特権その他一般の優先権がある債権をも協定の対象とする場合には、組分けの制度の採否等も含め、一般の優先権がある債権を有する者の利益の保護を考える必要があるということが出来る。しかし、今回

の見直しにおいては、一般の先取特権その他一般の優先権がある債権が協定の対象から除外される（前記2参照）ので、その意味では、一定程度可決要件を緩和することも可能となり、「4分の3」を「3分の2」に引き下げることが考えられる。

これに対し、部会では、協定の可決要件につき、清算価値の保障を前提として、(ii)を再生手続における再生計画案の可決要件と同様に「2分の1」まで緩和すべきであるとの意見も主張された。しかし、清算は実体法上の優先関係に従うのが原則であるとして、再生手続と同様の緩和をすることに反対する意見があったほか、特別清算は、通常の清算手続に比べて厳格なものであるとはいえ、清算人の主導で進められる手続であり、破産手続との比較においては非管理型の簡易迅速な手続であるところにメリットがあるのであるから、(ii)を「2分の1」まで大幅に緩和した上で、裁判所が清算価値保障について慎重に審査をするような制度とするよりも、可決要件はある程度厳格なものとする一方で、この厳格な可決要件を満たした場合には、通常、協定の条件は清算価値を保障したものとなっていると考えて、特に「協定が債権者の一般の利益に反する」（試案第1部・第12・5d参照）と認められない限り、協定を認可するという制度にする方が合理的であるとして、これに反対する意見もあり、部会としては、可決要件につき(ii)を「3分の2」に緩和する考え方が多数を占めるに至った。

他方で、協定の可決要件については、現行の特別清算の「4分の3」をなお維持すべきであるとの意見もあった。

そこで、試案では、本文には可決要件につき(ii)を「3分の2」とする考え方を掲げ、審議の中では、そのほか、前記のとおり「4分の3」という意見と「2分の1」という意見があったことを（注1）において記載している。

5 5では、「協定の不認可要件」についての考え方を掲げている。

現行の特別清算では、債権者集会で可決された協定は、裁判所の認可を得なければ効力を生じないものとされている（商法第450条第2項）が、協定の不認可要件に関する規定が設けられていない。その理由は必ずしも明らかではないが、立法当時は、(i)協定の条件が商法第448条の規定に適合しているかどうか、(ii)債権者集会招集の手続又は決議の方法につき違法又は著しく不公正の点がないかどうかを審査すべきであり、(ii)の点に違法がある場合でも、決議の内容その他諸般の事情を考慮して決議を認可することができるとの説明がされていた。また、社債権者集会の決議の認可に関する商法第326条を類推適用すべきであるとの見解もあったが、その主旨は、(ii)の点に違法がある場合でも、決議の内容その他諸般の事情を考慮して決議を認可することができるとい

う点にあった。これは、昭和25年改正前の商法第326条第2項が「前項第一号及第二号ノ場合ニ於テハ裁判所ハ決議ノ内容其ノ他一切ノ事情ヲ斟酌シテ決議ヲ認可スルコトヲ妨ゲズ」としていたことを前提とするものである（昭和25年改正により、商法第326条第2項は同趣旨の同法第251条とともに削除された。その後、昭和56年改正により、同法第251条は形を変えて復活したが、同法第326条には特段の改正は加えられずに今日に至っている。）その後、商法第326条を類推適用すべきであるとの見解と強制和議又は和議の認可に関する破産法第310条第1項又は旧和議法第51条を類推適用すべきであるという見解とが対立している状況にある。

試案は、以上のような経緯並びに民事再生法の施行に伴う旧和議法の廃止及び新破産法の施行に伴う強制和議の制度の廃止の点を考慮して、民事再生法第174条第2項を参考にして、aからdまでの協定の不認可要件を整備するものである。

（注2）では、協定に関し、手続保障の観点から、協定案を認可すべきかどうかについての利害関係人の意見陳述権（民事再生法第174条第3項参照。なお、非訟事件手続法第138条ノ10第2項において準用する同法第135条ノ19第2項において準用する同法第135条ノ16第1項参照）について所要の規定を整備するものとしている。

第13 特別清算の終了

第13は、「特別清算の終了」に関するものである。

1 1では、「特別清算の終結」についての考え方を掲げている。

現行の特別清算においては、特別清算が結了したとき、又は特別清算の必要がなくなったときは、裁判所は、利害関係人の申立てにより、特別清算終結の決定をすることができるものとされている（商法第456条において準用する同法第399条）。「特別清算が結了したとき」とは、具体的には、(i)協定の実行が完了したとき、(ii)個別和解による弁済が完了したときをいい、「特別清算の必要がなくなったとき」とは、具体的には、(i)特別清算開始後に特別清算開始の原因が消滅したとき、(ii)特別清算開始時に特別清算開始の原因がなかったことが特別清算開始後に判明したときをいう。なお、会社の財産をもって特別清算の手続の費用を支弁するのに不足するに至ったときも、「特別清算の必要がなくなったとき」に該当するという見解もあるが、実務上は、2の「破産手続開始による特別清算の終了」の方法を採っているといわれている。

「特別清算が結了したとき」には、清算手続自体も終了し、「特別清算の必要

がなくなったとき」には、特別清算の終結後、通常の清算手続に戻るようになるが、「特別清算の必要がなくなったとき」に、必ず特別清算を終結させて通常の清算手続に戻す必要はなく、特別清算の状態のまま弁済を完了し、株主に残余財産の分配を行って特別清算を終結させることも許されるというのが通説的見解である。

1では、現行の特別清算と同様に、「特別清算が結了したとき」、又は「特別清算の必要がなくなったとき」を特別清算終結の決定の要件とするとともに、その申立権者の範囲を明確化するとの考え方を掲げている。すなわち、現行の特別清算においては、特別清算終結の申立権者に関する規定が商法第381条第1項のいわゆる孫準用になっており、明確性を欠くため、申立権者として、(i)監査委員を含むかどうか、(ii)株主につき議決権数、債権者につき債権額による制限があるかどうかという点で、解釈上の争いがある。(i)については、今回の見直しにおいて、監査委員の同意の制度が廃止されること(試案第1部・第8・(注1)参照)により解決されることになるが、(ii)についても立法的な解決を図ることが望ましいと考えられる。そこで、1では、株主につき議決権数、債権者につき債権額による制限はないという通説的見解を明確化するものとしている。

なお、特別清算開始の申立てと同様に、会社固有の申立権を認めるかどうかの問題となる(前記第4・2参照)が、特別清算開始の申立てとは別異の取扱いをするのが適当であると考えられる場合には、その旨及び別異の取扱いをするのが適当である理由についても、付記されるようお願いしたい。

2 2では、「破産手続開始による特別清算の終了」についての考え方を掲げている。

まず、(1)では、「職権による破産手続開始の決定」についての考え方を掲げている。現行の特別清算では、協定の見込みがないとき、又は協定の実行の見込みがないときは、裁判所は、職権で、破産法に従い、破産手続開始の決定をしなければならないものとされている(商法第455条)。「協定の見込みがないとき」とは、(i)協定が必要とされるにもかかわらず、(ii)協定の見込みがないときをいう。会社が債務超過の状態にないときや個別和解による弁済が可能であるときは、前提となる(i)の要件を欠くことになる。また、(ii)は、その内容が適法で(同法第448条参照)、実行可能な協定案の作成の見込みがないとき、及び債権者の法定多数の同意(同法第450条第1項)を得る見込みがないときをいう。「協定の実行の見込みがないとき」とは、具体的には、協定の実行のために換価を予定していた財産が予定以上の価額で換価することができな

いとき等が，これに該当するといわれている。ただし，協定の条件の変更（同法第451条）の見込みがある場合には，これに該当しないことになる。

アでは，a及びbにおいて，現行の特別清算における職権による破産手続開始の事由を実質的に維持するほか，cにおいて，新たに，「a及びbのほか，特別清算によることが相当でないとき」を職権による破産手続開始の事由とするものとするとの考え方を掲げている。これは，特別清算開始の条件（試案第1部・第6e参照），協定の不認可要件（試案第1部・第12・5d参照）及び職権による破産手続開始の事由等を通じて，特別清算による方が破産手続によるよりも債権者に有利である（不利にならない）ことを要求することにより，債権者の利益の保護を図ることを意図するものである。具体的には，重大な否認対象行為があり，破産手続に移行して否認権を行使した方が弁済率（配当率）が高く，特別清算によることが相当でない（破産手続によることが債権者の一般の利益に適合する）と認められる場合がこれに該当すると考えられる。もっとも，「特別清算によることが相当でないときと認めるとき」という要件では，裁判所の裁量の範囲が広くなり過ぎるおそれがあり，むしろ，特別清算開始の条件や協定の不認可要件の表現と合わせて「特別清算によることが債権者の一般の利益に反するとき」とする方が明確で，その趣旨にも適合するとの意見があった。具体的な要件の表現ぶりについては，以上の意見等を踏まえ，なお検討する必要があると考えられる。

また，イでは，新たに，裁判所は，協定が否決されたとき，又は協定不認可の決定が確定したときは，職権で，破産法に従い，破産手続開始の決定をすることができるものとするとの考え方を掲げている。これは，再生手続及び更生手続の終了事由を参考にして，特別清算の手続を遂行することが困難であると認められる場合に，会社に破産手続開始の原因となる事実があるときは，特別清算を打ち切り，破産手続に移行することを可能としようとするものである。現行の特別清算に関する通説的見解は，現行の特別清算においては協定が否決された場合の手続廃止（民事再生法第191条，会社更生法第236条参照）及び協定不認可の決定が確定した場合の手続の終了（会社更生法第234条第3号参照）に相当する制度が設けられていないことから，協定が否決され，又は協定不認可の決定が確定しただけでは，商法第455条にいう「協定ノ見込ナキトキ」には該当しないと解しており，協定が作成されたが可決されず，又は協定が可決されたが認可されず，かつ，可決及び認可が可能な他の協定に変更する見込みがないときに，はじめて「協定ノ見込ナキトキ」に該当するとしている。しかし，協定が作成されたが可決されず，又は協定が可決されたが認

可されない場合には、通常は、協定の見込みがないと考えられることから、「協定が否決されたとき」又は「協定不認可の決定が確定したとき」には、裁判所が、職権で、破産手続開始の決定をし、破産手続に移行させることができるものとしている。

なお、現行の特別清算における職権による破産手続開始の決定について、通説的見解は、破産手続開始の原因となる事実が存在することを要件としている。そこで、ア及びイでは、職権による破産手続開始の決定の要件として、会社に破産手続開始の原因となる事実があることを明文をもって定めることとしている。

(2)では、「特別清算の終了」についての考え方を掲げており、職権による破産手続開始の決定があったときは、特別清算は終了することを明文をもって規定するものとしている。上記の職権による破産手続開始の決定についての見直しは、特別清算事件の早期の終了にも資するものと考えられる。

(注)では、現行の特別清算と同様に、2(1)の「職権による破産手続開始の決定」に基づく(破産手続への移行に伴う)特別清算の手続の費用の請求権等の財団債権化等につき、所要の規定を整備するものとしている。

第2部 その他

第1 会社の整理

第1は、「会社の整理」に関するものであり、会社の整理の制度を廃止するものとするとの考え方を掲げている。

現在の倒産法制における再建型の倒産処理手続としては、再生手続、更生手続及び商法上の会社の整理があるが、このうち会社の整理については、(i)手続の対象が株式会社に限定されている(なお、保険業法等のように会社の整理に関する商法及び非訟事件手続法の規定を準用している法律は存在する。)、(ii)規定が商法と非訟事件手続法とに分かれて規定されており、かつ、条文数も少ないため、手続が不明確である、(iii)債権者の多数決原則が採用されず、全員の同意が要求されるため、少数の債権者が整理案に反対することによって再建が困難になってしまう等の問題点が指摘されている。また、平成12年4月に施行された民事再生法により設けられた再生手続は、直接的には和議手続に代わる新しい再建型の倒産処理手続であったが、同時に会社の整理に対して指摘されていた問題点をも克服するものであったため、民事再生法の施行後は、会社の整理の存在意義は失わ

れたとの指摘がされている。なお，民事再生法の施行後，再生（通常再生）事件の新受件数はおおむね1000件程度であるのに対し，会社整理事件の新受件数は減少の一途をたどっており，平成15年には新受件数が0件であった。

そこで，もはや会社の整理の制度を存続させる必要性はないと考えられることから，第1では，これを廃止するものとするとの考え方を掲げている。

・ 近年の会社整理の新受件数

年	件数
平元(1989)	4
平 2(1990)	16
平 3(1991)	27
平 4(1992)	26
平 5(1993)	30

年	件数
平 6(1994)	35
平 7(1995)	33
平 8(1996)	20
平 9(1997)	18
平10(1998)	24

年	件数
平11(1999)	12
平12(2000)	6
平13(2001)	2
平14(2002)	4
平15(2003)	0

第2 その他

特別清算等の見直しに当たっては，以上の事項のほか，例えば，特別清算に関する裁判に対する不服申立てについて，その可否，方式，執行停止の効力の有無，申立権者を総合的に検討する必要があるが，また，特別清算に関する裁判については，不服申立ての点のみならず，申立ての適法要件として疎明を要求するか，裁判への理由付記を個別に定めるか，発起人等の責任に基づく損害賠償請求権の査定の処分等につき当事者に対する告知（非訟事件手続法第18条第1項参照）の方式として民事訴訟法上の送達を要求するか等の問題があり，これらの事項について，通常の清算に関する事件又は会社非訟事件に関する裁判との関係も踏まえて，総合的に検討する必要があるなど，様々な規定を整備する必要があると考えられる。そこで，第2では，その他所要の規定を整備するものとしている。

意見照会に対しては，その他整備を要すると考えられる事項や問題点として考えられる事項がある場合には，それらについての御意見もお寄せいただきたい。