

University Academic Repository

社員2名から構成される合同会社において1名の社員の除名が肯定された事例（東京地裁令和3年11月29日判決／金融・商事判例1641号50頁、LEX/DB25601488）

メタデータ	言語: ja 出版者: 公開日: 2023-12-14 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 小菅, 成一 メールアドレス: 所属:
URL	https://kaetsu.repo.nii.ac.jp/records/2000006

判例研究

社員2名から構成される合同会社において 1名の社員の除名が肯定された事例

(東京地裁令和3年11月29日判決／金融・商事判例1641号50頁、LEX/DB25601488)

A Case Study of Judgement by Tokyo District Court on November 29, 2021

小 菅 成 一*

Seiichi KOSUGA

<要約>

本稿で取り上げる事案は、2名の社員から構成される合同会社（原告）において、会社の事業に係る払込金を1名の社員（被告）の職務執行者が本来の目的とは異なる使用（私的流用）をしていたことから、当該職務執行者の行為を前提に、被告である社員には会社法859条3号および5号所定の除名事由があるとして、会社が当該社員に対し社員からの除名に係る訴えを提起したものである。本件事案に対し裁判所は会社側の訴えを認めたが、本判決は、①2名の社員から構成される合同会社においても、1名の社員の意思に基づき訴えをもって他の社員の除名が請求できること、②法人社員の職務執行者による行為が会社法859条3号所定の「業務を執行するに当たって不正の行為をしたこと」に該当すること、などを指摘した点に特徴があるといえる。本稿では、合同会社を含めた持分会社の社員の除名に係る過去の判例・裁判例や学説等を取り上げつつ、本判決につき検討している。

<キーワード>

合同会社、業務執行社員、職務執行者の不正の行為、会社法859条、社員の除名事由

1 事実の概要

X社（原告：羽田空港格納庫合同会社）は、平成30年4月20日に設立された格納庫賃貸業、管理・運営等を目的とする合同会社である。

Y法人（被告：一般社団法人資源外交戦略研究所）は、平成22年12月27日に設立された一般社団法人である。

* 嘉悦大学経営経済学部 教授

有価証券の保有・運用業務等を目的とするA社（株式会社マルナカホールディングス）は、Y法人の代表理事であるBからの勧誘を契機として、Y法人と共に羽田空港の敷地内にあるC社の航空機用の格納庫（以下、「本体格納庫」という）を購入することに合意し、両者で本体格納庫の取得、賃貸および転売を目的とするX社を設立した。設立時の出資額は、A社が12万円、Y法人が8万円である。

Y法人とA社は、いずれもX社の設立時からその業務執行社員の地位にあるとともに、Y法人はX社の設立時から、A社は令和2年4月7日から、それぞれX社の代表社員の地位にある。なお、BはX社の代表社員となっているY法人の職務執行者（以下、「本件職務執行者」という）の地位にあるとともに、平成22年8月からD社（不動産の売買や賃貸等を目的とする株式会社）の代表取締役の地位にあった。

A社は、平成30年4月13日、本体格納庫の取得資金とする趣旨でD社名義の預金口座に10億円を振り込んだ。同月26日、C社がX社に対し本体格納庫とその敷地の使用権および本体格納庫における営業権を代金28億円で譲渡することなどを内容とする売買契約がC社とX社との間で締結された。そこで、同年5月18日、A社は本体格納庫の取得資金とする趣旨でX社名義の預金口座に18億円を振り込んだが、同月22日、Bは本件職務執行者として、C社の当時の代理人弁護士Eとの間で、振り込まれた18億円のうちの2億8000万円分については、C社への支払いを留保した上で、C社の本体格納庫に関わる国への未払いの土地使用代金および遅延損害金の支払いに充てるため、同弁護士の預かり口名義の預金口座で保管することを合意した。

その後、EはBと協議した上で、平成31年3月13日、上記の保管金のうち2億円を、同月18日に残りの8000万円を、それぞれY法人名義の預金口座に振り込んだ（以下、この2億8000万円の金員を「本件振込金」という）。Bは、本件振込金のうち少なくとも合計1億5800万円を本体格納庫の取得とは直接関係のない3件の不動産取引関連する支払いのために使用し、このうちの1件については、D社名義で購入した不動産の代金5500万円の支払いに使用した。

令和元年5月13日頃、Bは本件職務執行者としてA社の担当取締役に対し、Eに保管させた金員の全額が残存しており、これを国に対する支払いに充てることが可能である旨の報告をしたが、同年6月28日、A社の関係者に対し、すでにEから当該金員の返還を受けたことや、このうち合計1億5800万円を本体格納庫の取得とは直接関係のない3件の不動産取引に関連する支払いのために使用したことなどを説明した。その後、BはX社に対し本件振込金のうち5300万円を返還したものの、2億2700万円については返還しなかった（BはA社に対し、2億2700万円を私的に流用したことを認める旨の確認書および同額を借入金として一時借用する旨の一時借用書を差し入れた）。

令和2年10月22日、A社はX社の社員として、Y法人の職務執行者であるBが本件振込金を私的に流用したことを前提に、Y法人には会社法859条3号および5号所定の除名事由があ

るとして、Y法人をX社の社員から除名する訴えを提起することに同意し、X社として本件訴訟を提起した。

2 判旨（請求認容〔控訴〕）

「会社法859条によれば、訴えをもって社員の除名を請求するためには、当該社員以外の社員の過半数の決議を要するものとされているところ、この要件は社員が3名以上である通常の場合を想定したものと解されることや、会社法においては社員が1名となったことが持分会社の解散事由とはされていないこと（会社法641条参照）などに照らせば、社員が2名の合同会社においても、このうち1名の社員の意思に基づき訴えをもって他の社員の除名を請求することができるものと解するのが相当である。

（略）X社は、社員が2名の合同会社であるが、このうち1名の社員であるA社の意思に基づいて本件訴訟を提起したものであるから（略）、本件訴訟に係る訴えをもって他の社員であるY法人の除名を請求することができるというべきである。」

「Bは、本件振込金の本来の使用目的を認識した上で、少なくともその2分の1を超える額を故意に目的外に使用したものと認められ、これに加え、目的外使用された金員の額、A社に対する当初の報告内容、当該金員の返還状況及びその見通し等の事情も考慮すれば、Y法人の職務執行者であるBの上記行為は、会社法859条3号所定の『業務を執行するに当たって不正の行為をし…たこと』に該当するものと認めるのが相当である。」とし、X社の請求を認容した。

3 研究

3.1 本判決の特色

本件は、2名の社員から構成される合同会社（原告）において、会社の事業に係る払込金を1名の社員（被告）の職務執行者が本来の目的とは異なる使用（私的流用）をしていたことから、当該職務執行者の行為を前提に、被告である社員には会社法859条3号および5号所定の除名事由があるとして、会社が当該社員に対し社員からの除名に係る訴えを提起した事案である。本件事案に対し裁判所は会社側の訴えを認めたが、本判決は、①2名の社員から構成される合同会社においても、1名の社員の意思に基づき訴えをもって他の社員の除名が請求できること、②法人社員の職務執行者による行為が会社法859条3号所定の「業務を執行するに当たって不正の行為をしたこと」に該当すること、などを指摘した点に特徴があるといえる。以下、本判決につき検討していきたい。

3.2 持分会社における社員の除名に係る制度の概要

合同会社は、合名会社や合資会社と並ぶ持分会社（会社法575条1項）の一種である。株式会社とは異なり、持分会社では、定款に別段の定めがない限り法人の構成員である社員

が会社の業務執行に携わることができること（会社法590条1項。定款の定めによっては非業務執行社員も置ける）、株式会社と比べ強行法規で規律される部分が少なく、定款自治の範囲が広いこと、などに特徴がある¹⁾。持分会社のうち合同会社は、平成17年の会社法制定を機に導入された制度であり、社員全員が会社の債務について有限責任となっている。なお、持分会社の業務執行社員が2人以上いる場合、原則として各自が会社を代表する（「代表社員」となる〔会社法599条1項2号〕）。

持分会社においては、各社員が会社の業務執行に携わることができることから、社員相互の人的信頼関係が重視される。持分会社の社員は、自ら会社から退社することもできるが（会社法606条）、会社における社員相互の信頼関係が失われた場合には、会社の正常な運営の観点から、信頼が失われた特定の社員を強制的に排除し、社員間の信頼関係を回復する必要が生ずる²⁾。そこで、会社法では、社員を除名により会社から退社させることを認めている（会社法607条1項8号）。

社員の除名とは、社員の意思に反してその社員としての地位を剥奪することであるが、除名の対象となる社員の権利利益に重大な影響を及ぼすものであることから、理由なくその地位が剥奪されないようにするため³⁾、会社法では、法定事由を挙げつつ、持分会社は、除名対象社員以外の社員の過半数の決議に基づき、訴えをもって対象社員の除名を請求できる旨規定する（同法859条）。会社法859条各号所定の法定事由は、以下のとおりである。

第一に、出資の義務を履行しないこと（859条1号）。これは、社員の出資義務についての履行不能および履行遅滞を指すと解されている⁴⁾。

第二に、会社法594条1項（598条2項において準用する場合も含む）の規定に違反したこと（859条2号）。これは、業務執行社員による競業避止義務違反が該当する⁵⁾。

第三に、業務を執行するに当たって不正の行為をし、または業務を執行する権利がないのに職務の執行に関与したこと（859条3号）。詳細は後述するが、本号のいう「不正の行為」とは、社員による業務執行上の違法行為等を指す。また、社員のうち特定の者を業務執行社員とする旨を定款で定めていたにもかかわらず、業務執行権限のない社員が会社の業務執行に関与した場合も該当する。

第四に、持分会社を代表するに当たって不正の行為をし、または代表権がないのに持分会社を代表して行為をしたこと（859条4号）。代表社員の不正行為等を指すが、その趣旨は本条3号と同じである⁶⁾。

第五に、本条1号から4号に掲げるもののほか、重要な義務を尽くさないこと（859条5号）。これは、客観的に重大な義務違反であり、そこに社員の過失が認められれば除名事由に該当するとされるが、除名の事由としては、違反された義務の客観的軽重ではなく、主観的情状を斟酌して過失の軽重を判断するのが妥当であると解されている⁷⁾。

3.3 社員2名から構成される持分会社における社員の除名

先述のように、会社法859条柱書は、持分会社の社員の除名に係る訴えを提起するに際しては、除名対象社員以外の社員の過半数の決議に基づいて行われる旨規定する。そうすると、本判決の示す、社員が2名の合同会社において、1名が他の1名の社員を除名できるのか否かが問題となる。

持分会社における社員の除名について、昭和13年改正前商法では、除名対象社員以外の社員全員の一致が要求されていただけであり、除名の訴えに係る制度は置かれていなかった。この点、判例（大判明治42・10・13民録15輯772頁）も、除名の要する「社員の一致」とは除名対象社員以外の社員の意思の合致をいい、3名の社員によるものでないと除名は有効にはならないとするなど（2名の社員から構成される会社において1名の社員を除名することは、会社の解散に繋がることも理由として挙げられている）、社員2名の会社については、除名ができないと解していた⁸⁾。

その後、昭和13年の改正商法により、持分会社の社員の除名については、除名対象社員以外の社員の過半数の決議に基づき、裁判所に訴えを提起する制度となり（平成17年改正前商法86条1項）、現在の会社法859条とほぼ同じ形式となった。現行制度の下においては、社員が2名であっても除名の訴えを提起できるとする見解が多数となっている⁹⁾。その多数説の論拠は、①「社員の過半数の決議」とは通常の場合を想定したものであり、一方の社員が他方の社員を除名することは可能であること¹⁰⁾、②除名は法定除名事由を要件として裁判所によって認められるため不当な結果にならないこと¹¹⁾、③昭和13年改正前商法では、社員が1名になると持分会社の解散事由とされていたものが、同年の改正商法により社員が1名となった場合でも、新たに社員を加えて会社の継続が認められることになった（平成17年改正前商法95条2項）こと¹²⁾、などである。

裁判例についても、合名会社の事案である山形地酒田支判平成3・12・17判時1425号127頁（事案の概要については、注7）を参照）は、「商法86条は、社員の除名を裁判所に請求するには、他の社員の過半数の決議があることを要件としているが、これは社員が3名以上の通常の場合を規定したものともみることができ、このような形式的な理由のみで、社員が2名の会社につき除名を一切否定するのは不合理である。また、原告が挙げる大判明治42年10月13日民録15輯772頁（略）等は、社員が2名の会社において除名を肯定すると、会社は当然に解散し、会社の存続を図る法の趣旨に抵触することを理由に、除名は認められないと判示しているけれども、これらは昭和13年の商法改正前の判例であり、右改正により、社員が1名になった場合でも新たな社員を加えて会社を継続できるものとなった（95条2項）ことにかんがみると、右判例はもはや現行法のもとでは妥当せず、会社の解散を生ずるとの理由が除名を否定する必要はなくなったと解されるからである。」と判示し、また、社員2名から構成される合同会社の事案である東京地判令和元・7・3金判1577号33頁やその控訴審である東京高判令和元・12・11金判1594号28頁（事案の概要については、後掲3.5を参照）

は、特段の判示は行っていないものの、一方から他方の社員に対して除名請求がなされたことが適法であることを前提に除名の可否に係る判断をするなど¹³⁾、それぞれ社員2名の持分会社でも除名の訴えの制度の利用が可能であるとしている。

本判決は、(a) 社員が3名以上である通常の場合を想定したものと解されること、(b) 会社法においては社員が1名となったことが持分会社の解散事由とはされていないこと、の2点を示しつつ、社員2名の合同会社においても除名の訴えの利用が可能であることを指摘する。このうち、(a) は、上記の裁判例や学説（多数説）の立場を採ったものといえるが、(b) については、会社法制定により、平成17年改正前商法95条2項の要件が変更され、持分会社の社員が1名になったことが会社の解散事由でなくなった（会社法641条）点を考慮したものと解される¹⁴⁾。

持分会社の社員の数について、会社法は3名以上であることを要件としていないことや、社員が2名の会社においても、1名の社員が会社法859条各号所定の事由に係る問題を起こした場合、（その結果、社員相互の信頼関係が破綻し、さらには会社の利益を守るため）当該社員を会社から除名しなくてはならない事態が生ずることも考えられることから、会社法859条柱書の本来の趣旨とは異なるものの、(a) (b) の要件を示しつつ、社員が2名の合同会社においても、1名の社員の意思に基づき会社が他の1名の社員に係る除名の訴えが提起できるとした本判決の立場は、支持できるのではないだろうか。

3.4 職務執行者の行為と業務執行社員の除名

本判決は、X社の社員であるY法人の職務執行者Bによる本件振込金の目的外の使用行為（私的流用）について、会社法859条3号所定の除名事由である「業務を執行するに当たって不正の行為」に当たると認定し、Y法人の除名を認めている。本件事案では、会社の社員ではなくその職務執行者の行為が問題視されたのである¹⁵⁾。

職務執行者の大要は、以下のとおりである。平成17年改正前商法下では、法人が合名会社や合資会社の無限責任社員になることは認められていなかったが（同法55条）、会社法制定を機に、法人も持分会社の社員（無限・有限を問わず）になることが認められるようになった¹⁶⁾。そのため、持分会社の社員が法人の場合、当該法人は業務を執行する社員の職務を行う自然人（職務執行者）を選任し、その者の氏名・住所を他の社員に通知することが求められ（会社法598条1項）、法人が会社の代表社員である場合には、職務執行者の氏名・住所が登記事項とされている（会社法912条7号、913条9号、914条8号）¹⁷⁾。

職務執行者は、法人である社員に代り実質的に会社の業務を執行することから、業務執行社員（当該社員が自然人である場合）に係る会社法上の規定が準用される（会社法598条2項）。すなわち、職務執行者は、①職務執行にあたり善管注意義務および忠実義務を負うこと（会社法593条1・2項）、②会社および他の社員に対して報告義務を負うこと（会社法593条3項）、③競業禁止義務を負うこと（会社法594条）、④利益相反取引規制を受けること（会

社法595条)、⑤任務懈怠があった場合には、会社に対して損害賠償責任を負うこと(会社法596条)、⑥職務を行う上で悪意・重過失があった場合には、第三者に生じた損害賠償責任を負うこと(会社法597条)、などである。

しかし、職務執行者には、業務執行社員の解任(会社法591条5項)や業務執行権の消滅の訴え(会社法860条)に係る規定が準用されないことから¹⁸⁾、不正行為等をなした者を職務執行者の地位から排除するには、業務執行社員に係る会社法上の規定を利用して、不正行為等をなした者を職務執行者とした社員を業務執行社員から解任または除名したり、当該社員の業務執行権を消滅させたりするほかないということになろうか¹⁹⁾。ただし、会社法591条5項や860条の場合、業務執行社員をその地位から解任したり、業務執行権を剥奪したりしても、「社員」としての地位は残るものと解されることから、排除の対象となった職務執行者の影響力を完全に排除できるとは限らない²⁰⁾。当該職務執行者の影響力を完全に排除したいのであれば、会社法859条により、当該職務執行者を擁する社員をその地位から除名するのが有効と思われる。

ところで、本件事案においてX社は、Y法人に対する除名の訴えを提起するにあたり、その理由として、同法人の職務執行者であるBの本件振込金の目的外の使用、すなわち、X社の事業(本件格納庫の取得)とは関わりのない、Bが代表者となっているD社の不動産取引に本件払込金を使用した行為(私的流用)が、会社法859条3号の掲げる「不正の行為」に該当することを挙げている。

先述のように、会社法859条3号では、除名事由として社員の業務執行に係る不正の行為を挙げるが、ここにいう「不正の行為」とは、会社の財産を横領した場合のほか、旅館業を目的とする会社がその店舗内で賭博場を開く行為や、物品販売業を目的とする会社が法令違反の取引をするといった広い意味で会社の行為とみられるような行為をした場合をいうとされる²¹⁾。

X社の社員であるA社は、本件払込金を目的外に使用したBに対する不信感から、Y法人(ないしY法人に影響力を有すると思われるB)のX社に対する影響力を排除するため、(X社として)Y法人に対し除名の訴えを提起したものであると思われるが、Bの本件払込金に係る行為は、実質的にはX社財産の横領といえることから²²⁾、会社法859条3号のいう「不正の行為」に該当し、それは同時にBを職務執行者とするY法人による「不正の行為」に当たるものと解する。したがって、会社法859条3号に基づきY法人をX社から除名することを認めた本判決の立場は、是認できよう^{23) 24)}。

3.5 その他の問題点

前掲・東京地判令和元・7・3(および前掲・東京高判令和元・12・11)は、本件事案同様、社員が2名の合同会社において、会社が1名の社員に対し除名の訴えを提起した事案であることは先述したが、同裁判例は、社員の除名にあたり、本判決では言及されなかった、

対象社員が除名された場合の会社の事業継続に与える影響についても検討する旨判示する。

東京地判令和元・7・3の事案の概要は、次のとおりである。すなわち、夫婦2名が社員（両者とも代表社員であった）の合同会社（原告）において、会社の業務は専ら夫（被告）が執行していたが、夫婦関係が悪化し、その離婚調停ないし離婚協議の手続きが行われている最中に、(a) 税務申告について法人税法違反があり、夫が会社に対し加算税・延滞税の損害等を与えたこと、(b) 妻の会社に対する会計帳簿閲覧等の請求に夫が応じなかったこと、などが会社法859条3号ないし5号所定の除名事由に当たるとして、妻の意思に基づき会社が夫への除名の訴えを提起した。

これに対し裁判所は、「除名は、その意思に反して社員を合同会社から強制的に排除するものであるから、除名事由として問題とされている当該社員の行為が、形式的に除名事由に該当するというだけでは足りず、当該行為により社員間の信頼関係が損なわれる等により、当該合同会社の活動が成り立たなくなる（事業の継続に著しい支障がある）ため、当該社員を当該合同会社から排除することが、当該合同会社が存続して活動するためにやむを得ないといえるような事情を要するというべきである。」と判示した上で、この事案では、会社の業務を執行する夫が社員から除名されれば、会社の事業の継続に著しい支障が生ずること、加算税・延滞税の支出額が会社の収入に比して少額であり、事業継続に著しい支障があるとまで認めることはできないこと、などを理由に訴えを斥けた（なお、控訴審の前掲・東京高判令和元・12・11も原審の立場を支持するが、当該訴訟が社員間の信頼関係が損なわれたというよりも、夫婦関係の破綻を原因として提起されたものであるとし、そうした原因が社員を会社から除名する事由とはならない点を付加した〔これは、妻側から追加された主張に係る判断でもある〕）。

この裁判例について、肯定的に捉える見解は、①除名制度が人的信頼関係に基づく会社形態である持分会社において会社の存続のために除名対象社員の意に反してその地位を奪う側面を持っていることから、会社の事業継続性の観点から対象社員の除名の有無を検討することは重要である²⁵⁾、②除名制度の目的が会社の存続のためであるとするならば、たとえ形式的には除名事由があったとしても、対象社員の除名により、会社の事業の継続性が危ぶまれるという事態が想定されるのであれば、除名が認められないというののもあながち不当とはいえない²⁶⁾、などと主張する。

一方、否定的な見解は、③会社法859条各号所定の除名事由の要件に加え、信頼関係の喪失等により、除名対象社員を除名しなければ会社の活動が成り立たなくなるといった事情がある場合にのみ認めるという慎重な基準を示した点は、除名が社員を強制的に排除する制度であることを鑑みれば支持できるものの、除名対象社員がいなくなると会社の事業継続が困難になるという理由で除名請求を否定することは妥当ではない²⁷⁾、④裁判所の判断を踏まえると、主たる業務執行社員を除名すると会社の事業の継続が困難となることから、実質的に当該社員の除名が不可能になる²⁸⁾、などと主張する²⁹⁾。

前掲・東京地判令和元・7・3（および前掲・東京高判令和元・12・11）に対しては賛否両論あるが、この裁判例の立場だと、会社の事業継続が困難に陥る等の理由により、本件事案で問題とされたような会社財産の横領等の不正行為をなした社員であってもその除名が認められず、当該社員が会社に留まり続けることも考えられる。しかし、これでは不正行為等をなした社員を会社から排除することを認めた除名制度を形骸化させるおそれがあることから、社員の除名にあたっては極力、会社法859条各号所定の除名事由を形式的にあてはめ判断するのが妥当であると解する。

本件事案においては、Y法人が社員に留まらなるとX社の事業の継続が難しいのか否かについて検討はなされなかったが、仮に、（東京地判令和元・7・3を基に）Y法人から自己が除名されるとX社の事業の継続に支障が生ずるとの主張がなされたとしても、本件事案におけるBの行為が実質的な横領であった点を考慮すると、裁判所は、Y法人（＝B）が留まることにより、X社の事業の継続に著しい支障が生ずるとの見解を示した上で、会社法859条3号を基にY法人の除名を認めたのではないだろうか³⁰⁾。

以上、本判決では言及されなかった点について若干検討したが、会社法施行後、ベンチャー企業や外資系企業の日本法人等を中心に合同会社を利用するケースが増えているとされ³¹⁾、持分会社の中でも合同会社については今後、除名の訴えの利用が増えることも予想される。そうした訴訟において社員の除名が認定されるにあたり、会社法859条各号所定の除名事由を形式的にあてはめるだけでよいのか、あるいは除名対象社員がいなくなることにより会社の事業の継続が危ぶまれる点も考慮される必要があるのか、今後の検討課題として残される。

注

- 1) 田中亘『会社法〔第4版〕』（東京大学出版会・2023年）783頁以下。
- 2) 岩原紳作編『会社法コンメンタール19—外国会社・雑則(1)』（商事法務・2021年）658頁〔伊藤雄司執筆〕。
- 3) 奥島孝康＝落合誠一＝浜田道代編『新基本法コンメンタール 会社法3〔第2版〕』（日本評論社・2015年）461頁以下〔今泉邦子執筆〕。
- 4) 上柳克郎＝鴻常夫＝竹内昭夫編『新版注釈会社法(1) 会社総則・合名会社・合資会社』（有斐閣・1985年）318頁〔古瀬村邦夫執筆〕。
- 5) 本号により除名が認められた事案として、最判昭和33・5・20民集12巻7号1086頁（原審の東京高判昭和31・8・3下民集7巻8号2083頁の立場を認容）がある。
- 6) 詳細は、岩原編・前掲注2）666頁〔伊藤〕を参照。
- 7) この点につき、大判大正7・7・10民録24輯1422頁、松本烝治「判批」法協37巻3号466頁（1919年）、上柳他編・前掲注4）320頁〔古瀬村〕等を参照。なお、合名会社（原告）において、2名の社員のうちの1名の社員（被告）が30年間別の職（検察官）に就き、会社の業務執行に携わることはなかったが（会社から報酬は支払われていた）、退職後、かねてから会社の経営に強い不満を持っていたことから、会社の解散の訴えを提起したところ、反対に会社から被告の除名を提起する訴えがなされた事案である山形地酒田支判平成3・12・17（本文中に掲載）は、被告には、重要な義務違反（善管注意義務も含む）があり、主観的情状も重いとして、平成17年改正前商法86条1項5号所定の除名事由に当たるとした。

- 8) 学説の多くも判例のように否定的に解していたようである(詳細は、上柳他編・前掲注4)322頁〔古瀬村〕を参照)。
- 9) 否定説を採る見解も存するようである(例えば、松田二郎『会社法概論』〔岩波書店・1968年〕397頁、田中誠二＝古永栄助＝山村忠平『五全訂 コメントール会社法』〔勁草書房・1994年〕110頁以下等。その他詳細は、上柳他編・前掲注4)322頁〔古瀬村〕を参照)。
- 10) 大隅健一郎＝今井宏『会社法論 上巻〔第3版〕』(有斐閣・1991年)97頁、出口正義「判批」判評409号213頁(1993年)、太田穰「持分会社の社員の加入と退社」江頭憲治郎＝門口正人編『会社法大系 第1巻』(青林書院・2008年)358頁、弥永真生『リーガルマインド会社法〔第15版〕』(有斐閣・2021年)483頁等。上柳他編・前掲注4)323頁〔古瀬村〕は、この①の見解を採ることにつき、他の社員が存しない場合における1人の社員の意思は、実質上他の社員の一致と同一の法律上の価値を有すると説く。
- 11) 弥永・前掲注10)483頁等。
- 12) 大隅＝今井・前掲注10)97頁。神作裕之「判批」ジュリ905号118頁以下(1988年)も参照。
- 13) 和田宗久「本件判批」速判解32号128頁(2023年)。
- 14) 本判決の解釈については、神吉正三「本件判批」龍法55巻3号389頁以下(2022年)、大久保拓也「合同会社における業務執行社員の対立と社員の除名の訴え—東京地判令和3年11月29日を素材として」日法88巻4号92頁(2023年)も参照。
- 15) 和田・前掲注13)128頁は、本件事案につき、判決中で特段判示されていないものの、職務執行者が除名事由に該当する行為を行ったことを理由に業務執行社員の除名を認めた初の公刊事例であると指摘する。
- 16) 法人が持分会社の社員になれることが認められた経緯につき、相澤哲編著『立案担当者による新・会社法の解説』(商事法務・2006年)156頁以下を参照。
- 17) 職務執行者の資格に制限はないが、通常は業務執行社員である法人の理事(会社であれば取締役)や使用人等が選任されるという(田中・前掲注1)791頁)。なお、持分会社における職務執行者の会社との関係や地位を論じたものとして、菅尋史「持分会社の業務執行」江頭他編・前掲注10)376頁以下、長谷川乃理「法人による業務執行」名城60巻別冊188頁以下(2010年)を参照。
- 18) この点に係る問題を指摘するものとして、長谷川・前掲注17)190頁を参照。なお、職務執行者の権限の剥奪や解任の訴えに係る制度が置かれなかった理由は、職務執行者についてとくに選任手続が法定されているわけではなく、仮に職務執行者の権限を消滅させる請求を認容する判決が確定しても、再度、当該法人の判断限りで、その者を職務執行者として再任することが妨げられず、制度としての実効性を欠くからとされる(相澤哲＝葉玉匡美＝郡谷大輔編『論点解説 新・会社法』〔商事法務・2006年〕582頁)。
- 19) 不正行為等をなした者を職務執行者とする法人社員に対し、職務執行者の変更を促すこともできなくもないが、それが叶わなければ、当該法人社員を業務執行社員から外すための会社法上の手続を採るほかないことになろう(相澤他編・前掲注16)582頁を参照)。
- 20) 例えば、排除の対象となった職務執行者が法人社員の代表者である場合、当該法人社員が業務執行社員から解任されることにより、当該職務執行者の持分会社に対する職務執行権は形式上失われるかもしれないが、「社員」としての地位は残る以上、当該法人社員を主導する立場にある代表者(＝元職務執行者)は、(業務執行社員から解任された後も)会社の管理・運営等に影響力を行使することは可能といえる。
- 21) 上柳他編・前掲注4)318頁以下〔古瀬村〕。現行会社法859条3号所定の事由を基に業務執行社員の会社財産の横領その他不正行為を示唆した事案として、福島地会津若松支判昭和42・8・31下民集18巻7＝8号910頁がある。
- 22) この点、神吉・前掲注14)392頁は、本件振込金のうち2億2700万円が未返済である点を踏まえると、Bの行為については刑法253条の業務上横領罪として刑事告訴を検討すべきであったと指摘する。また、神吉・前掲注14)393頁は、本判決はX社からの主張のあった会社法859条5号に係る判断を示さなかったものの、BがX社に対し善管注意義務や忠実義務を負っていることを考慮すると、Bの行為は重要な義務違反となることから、Y法人については5号違反を理由とする除名も認められたのではないかと主張する。

- 23) 和田・前掲注13)129頁は、本判決の結論に賛同するものの、1つの法人の業務執行社員から複数の職務執行者が選任されている場合にも1人の職務執行者の行為から社員の除名が認められるのか否か、必要に応じて職務執行者の解任のみをもたらし解釈を認めるのかといった疑問を呈している。そうした意味では、会社法上、職務執行者の解任に関わる規定の整備を検討する必要があるであろう。
- 24) なお、X社は本件訴訟とは別に、本件払込金のうちBから返還がなされなかった2億2700万円に係る損害賠償を共同不法行為等に基づきY法人・B・D社に対し請求しており、東京地判令和3・12・20(裁判所ウェブサイト掲載判例)は、請求どおりの金額を認容した。この点、大久保・前掲注14)98頁以下は、X社は、Y法人を除名によりX社から強制的に退社させることで、東京地判令和3・12・20に係る損害賠償の原資を確保できると考え、Y法人らに対し本件訴訟を提起したのではないかと指摘する。
- 25) 中村康江「持分会社における社員の除名制度と除名事由」立命387・388号240頁(2019年)。
- 26) 南健吾「判批」(東京高判令和元・12・11に係る)金判1621号5頁(2021年)。
- 27) 松元暢子「判批」(東京高判令和元・12・11に係る)リマークス63号97頁(2021年)。
- 28) 神吉正三「判批」龍法54巻1号366頁(2021年)。ただし、神吉・前掲注14)395頁は、東京高判令和元・12・11については、会社における社員相互の信頼関係が喪失した状態にあるか否かに基づいて除名の成否を判断していることから、支持できるとする。
- 29) 東京地判令和元・7・3については、長谷川乃理「判批」月刊税務事例52巻4号73頁以下(2020年)、一ノ澤直人「判批」速判解27号113頁以下(2020年)、小林俊明「判批」ジュリ1566号150頁以下(2022年)等も参照。
- 30) この点について、和田・前掲注13)130頁も参照。
- 31) 伊藤靖史・大杉謙一・田中亘・松井秀征『会社法〔第5版〕』(有斐閣・2021年)488頁ほか、やや古い記事になるが、日本経済新聞2018年7月1日号朝刊6頁を参照。

※本稿執筆後に熊代拓馬「本件判批」ジュリ1585号123頁以下(2023年)に接した。

(令和5年4月17日受付、令和5年6月27日再受付)