

# 判例研究

## 〔商法 四二五〕

「社員は他の社員の過半数の決議により退社する」  
旨の合資会社の定款規定の有効性

（東京地判平成九年一〇月一三日  
平成八年（行ウ）第三四一号登記実行処分取消請求事件（確定）  
判時一六五四号一三七頁、判タ九七七号二三八頁、金商一〇四一号四六頁）

ある。

〔参照条文〕

商法七一条、八五条、八六条一項、一四七条、商業登記  
法二四号一〇号

〔事実〕

〔判示事項〕  
商法八六条一項は、会社の自律的経営・私的自治と除名の対象となる社員の権利利益の保護とを調和させるべく、法定の事由がある場合に、他の社員の過半数の決議をもってする会社の請求により、裁判所の判決をもってのみ除名をすることを認めたものであり、右規定は、その趣旨に照らし、強行規定と解するのが相当である。したがって、法八六条一項各号が除名事由を限定している趣旨に反して定款で退社事由を追加したり、除名の手続を軽減したりすることは許されないとすべきであり、「社員は他の社員の過半数の決議により退社す。」とする定款の定めは商法八六条一項の規定を潜脱しその趣旨に反するもので、無効で

訴外A会社は東京都台東区に本店をおく合資会社であるが、その定款一四号には社員の退社事由について、「社員は他の社員の過半数の決議により退社す。」と定めている（本件定款規定）。A社は平成七年一月一四日、右定款に基づき有限責任社員であるX（昭和四十六年四月一日入社）を退社させる旨の決議を行い（本件退社決議）、本件退社決議がされたことを原因としてXの退社を申請する旨登記

申請書に記載し、同年一月二日、A社の定款及び本件退社決議がなされた旨の決議書を添付して、東京法務局台東出張所に対し、Xの退社を登記事項とする合資会社変更登記申請を行った(本件登記申請)。本件登記申請書には本件退社決議に基づいてXの退社登記を申請したことが記載されているが、本件退社決議にあたり、Xが退社を申し出、あるいは退社に同意したことはなく、本件登記申請書およびその添付書類中にXが退社を申し出、あるいは退社に同意したことを示す記載はない。

東京法務局台東出張所の登記官であるYは、本件登記申請を受理し、登記原因を「平成七年一月一四日退社」とするXの退社登記をした。Xは平成八年三月一日、東京法務局長に対し、本件登記処分を不服として審査請求をし、同局長は、同年七月一七日付けでこれを棄却する旨の裁決をし、右裁決書は同日Xに送達された。そこで、XはYがした右登記処分には登記すべき事項に無効原因があることを看過した違法があるとして、その取消しを求めた。Xは、(1)商法八六条一項は強行規定であり、社員の除名事由を定款で追加したり裁判所の関与を経ずに除名できるような定款で定めることはできないとして、同条に違反する本件定款規定は無効であり、これに基づく本件退社決議も無

効であること、(2)定款への同意は具体的に特定の社員の退社という事態を認識したものではないので、かかる定款への同意をもって自らの退社に同意したものとみなすことはできないことを主張し、それに対し、Yの主張は、

(1)合資会社は商法一四七条により準用される八五条一号に従い、強行規定又は公序良俗に反しない限り定款により自由に退社事由を定めることができるのであって、本件定款規定は八六条一項に定める事由による「除名」とまったく性質を異にする退社事由を定めたものであり、定款の規定に関して総社員の同意があることから、定款で退社事由を定めた場合には該当する社員の同意なくして当然に退社の効果が生ずること、(2)合名会社、合資会社は、株式会社と比べ個人的信頼関係を基礎とする会社形態であり、誰と会社を組織するか、あるいはその信頼関係が失われたときに適正・健全な会社経営のため、社員関係の解消等どのような措置を講ずるかなどは、本来的には国家の許可にかからせるべき事柄ではなく、私的自治に委ねられるべき性質のものであり、法八六条一項において除名事由及び手続きを規定しているのは、同条同号が定める除名事由は法律に反する行為や法的義務に違反する行為をしたことを理由とするものであり、その性質上判断を私的自治に委ねる

のが適当でなく、司法判断によることが相当である場合であるが、それ以上に社員からその意思に反して社員たる地位を奪う場合一般についてその事由を制限したり、慎重な手続を要求する趣旨までも含むものではないこと、であった。

## 〔判旨〕

## 請求認容

「右除名に関する規定の趣旨についてみるに、除名は、合名会社及び合資会社は社員相互の信頼関係を基礎に成り立つものであることにかんがみ、その社員とともに会社を継続することが経済上、信用上困難となると目すべき事由、すなわち、社員としての重要な義務の懈怠、業務の執行に当たつての不正行為、権限逸脱の行為等が存在する場合に、その社員から社員たる地位を剥奪して会社内部の組織を強固にし、もつて会社の目的とする事業が円滑に遂行できるようにするための制度であるが、他方、除名は、当該社員の意思に反してその社員たる地位を剥奪する行為であり当該社員の権利利益に重大な影響を及ぼすものであるから、一部の社員が理由なく他の社員の意思に反してその社員たる地位を剥奪することができないように歯止めをかける必要がある。そこで、法八六条一項は、会社の自立的経営・

私的自治と除名の対象となる社員の権利利益の保護とを調和させるべく、法定の事由がある場合に、他の社員の過半数の決議をもつてする会社の請求により、裁判所の判決をもつてのみ除名をすることを認めたものであり、右規定は、その趣旨に照らし、強行法規と解するのが相当である。したがって、法八六条一項各号が除名事由を限定している趣旨に反して定款で退社事由を追加したり、除名の手続きを軽減したりすることは許されないものといふべきである。

右に説示したところによれば、法は、定款で定めることのできる退社事由としては、社員たる期間や資格を定め、その期間の満了、資格の喪失をもつて退社事由とすること、社員について定年制を定めること、社員が準禁治産宣告を受けたときを退社事由と定めることなど、退社事由が具体的に特定されていて、その発生が客観的に認識でき、当該退社事由の存否をめぐつて社員間に紛争の生ずることがないような事由で、かつ、公序良俗に反しないものを予定しているものと解される。これに対し、「社員は、他の社員の過半数により退社す。」とする本件定款規定は、退社事由が具体的に特定されておらず、右規定によれば、法八六条一項各号所定の事由がある社員についても、裁判所の関与を経ず、他の社員の過半数の決議のみで退社させること

ができるのみならず、同項各号所定の事由が存在せず、単に他の社員との間に対立があるというだけでも他の社員の過半数の決議だけで当該社員を退社させることができることになるが、このような定款の定めは、法八六条一項の規定を潜脱しその趣旨に反するものであって、無効といえるべきである。」

〔研究〕

結論には賛成。判決理由づけの一部に疑問あり。

一 当該事例においては、訴外合資会社は「社員は他の社員の過半数の決議により退社す」との定款規定を有し、当該会社はこの定款に従い、原告を退社させる旨の決議を行い、原告の退社の登記を申請し、法務局の登記官(被告)がこれにもとづいて原告の退社を登記したところ、退社させられた訴外会社の有限責任社員が、登記所の登記官である被告に対し、当該登記処分を取り消すことを求めて訴えに及んだものである。登記処分の相当性を争う場合には、監督法務局又は地方法務局の長に処分の是正を求めるための審査請求をすることが認められているが(商業登記法一四三条の三、中村均・体系商業登記法一〇八頁以下参照)、当該訴訟は、審査請求に対する法務局長による棄却の判決を受けて、行政官である登記官の登記処分を不服として提

起された行政訴訟である。

当該判決は、まず第一に、定款の有効性を問題とし、合資会社には商法第二編第三章に別段の規定がある場合を除いて合名会社に関する規定を準用する旨規定されているから(商法一四七条)、商法八五条および八六条一項を問題とする。そして、八六条一項は私的自治と除名の対象となる社員の権利利益の保護を調和させるべく、法定の事由がある場合に他の社員の過半数の決議をもってする会社の請求により裁判所の判決をもつてのみ除名をするのを認めるもので、強行法と解すべきであり、当該定款規定はこれに反するものとして無効であるとし、第二に、原告および被告はこれを争ってはいないが、判決は、登記官は申請の形式的適法性について審査する権限のみしか有さないが、商業登記法二四一条一〇号により各書類の外形から登記すべき事項に無効又は取消の原因があると論理的に判断できる場合には当該登記申請について登記すべき事項に無効原因があるとして却下すべきであったとして登記処分の取消を認めた。

第二の問題、すなわち、登記官の審査権限については、登記申請に関して申請内容が真実であるかを審査する権限ありとする「実質的審査主義」と登記官は裁判官ではなく、

また、実際に事実の調査を行うことも難しいことから形式的な調査権限しか有しないと考える。「形式的審査主義」が対立しているが、判例・多数説は後者の形式的審査主義を取っている。しかし、実質的審査主義をとってもこの権限行使は権限であり、義務ではないと考えられ、他方、形式的審査主義の下でも、登記事項の真実について疑義のあることが認識されているのに登記を行うのは忠実義務に違反するとして、その限りで事実の探知・証拠調べも行うことができると考えられているので、どちらの説をとっても実質的に大きな差異はないと考えられる（味村・「新訂詳解商業登記（上巻）」一五九頁）。当該判決ではこの形式的審査主義説を採りながらも、商業登記法二四条一〇号の「登記すべき事項につき無効又は取消の原因があるとき」を登記申請の却下原因と規定していることから、登記申請書及びその添付書類の外形から無効・取消の原因があると論理的・必然的に判断することは可能であるとして、このような場合には、「その点に関し判例や行政先例がないとか、学説が対立しているとかいう理由で右判断を回避することは許され」ず、申請を却下すべきであったとしている。これは、これまでの判例に沿った判断であり（最判昭和四三年一月二四日民集二二卷一三号三三三四頁、最判昭和六

一年一月四日訴務月報三三卷七号一九八一頁）、一般的な問題としては異論がなく、また、あとから述べるように、当該定款規定はその外形のみからも無効であることを判断することが可能であると考えられるから、この事例に関してもこのような判断をなしたことには問題がないと考える。それに対して、第一の問題点については、当事者はこの点のみを主張し争っており、また、判例は除名事由の追加も除外も許さないとする強行法規説をとるのに対して、学説上ではかねてから八六条を任意法規と考える説と強行法規と考える説があり、争われているため、この評釈においては、第一点に絞って詳述したいと考える。

なお、当該判決に関しては、判決後、当該訴訟の被告である登記官からの通知によつて初めて判決を知った訴外会社から、訴訟に参加できなかったとして再審の訴が起されたが、却下されている（東京地判平成一〇年七月一六日判時一六五四号四一頁、判タ九七七号五七頁）。

二 商法上、退社とは、合名会社・合資会社すなわち、いわゆる人的会社において、会社の存続中に特定社員が社員たる地位を絶対的に喪失し、社員権が絶対的に消滅する場合をいう（田中（誠）・詳論下巻（三全訂、平成六年）一二四一頁）。これらの会社においては、社員の負担する危

除が極めて大きいのであまり長くこれを会社に拘束するのは適当でなく、又は、社員の人格が大変重要性を有する結果、事情によりこれを会社関係から排除する必要があるため、退社が認められていると考えられている(大隅・全訂会社法論上巻(昭和二十九年)八〇頁)。

合名・合資会社における社員の退社原因は、商法八四条による社員の告知による退社、九一条一項による持分差押債権者による退社のほか、八五条に列挙される、定款に定めたる事由の発生、総社員の同意、死亡、破産、後見開始の審判を受けたること、除名である。さらに、同法八六条は、八五条六号を受けて、その一項において、法定の除名事由、すなわち出資の義務を履行せざること、七四条第一項(競業禁止義務)の規定に違反したること、義務を執行するにあたり不正の行為を為し又は権利なくして業務の執行に干与したること、会社を代表するにあたり不正の行為を為し又は権利なくして会社を代表したること、その他重要なる義務を尽くさざることを除名事由として挙げ、この事由がある場合、会社は他の社員の過半数の決議をもって社員の除名を裁判所に請求することができ、裁判所は理由ありと判断すれば社員の除名を宣告する判決を行うことになる。

岡野敬次郎博士の「会社法」(昭和四年)一〇四頁によれば、博士は、これらの社員の退社原因を有意の退社(告知による退社、定款に定めた事由の発生、総社員の同意、持分全部の譲渡)と無意の退社(死亡、破産、禁治産、除名)に区分している。この意味については特別説明されていないが、退社員の退社の意思に従ったものか否かによる区別であろうと想像される。

それぞれ規定される退社事由は強行規定か否か。それはこの条文自体の性質からすぐに判断しうるものではなく、各号の存在意義がそれぞれ考慮されなければならない。たとえば、総社員の同意(二号)、死亡(三号)、後見開始の審判を受けたること(五号)は、任意規定であると解される余地がある。たとえば二号の場合に他の社員の過半数でこれを決することができると考えられる。二号は前述の岡野博士の指摘に従えば、有意の退社であり、八四条の一項の営業年度の終わりにおける退社あるいは二項のやむことを得ざる事由がある場合の退社以外の場合も、当該退社員の退社の意思があるのであれば、総社員の同意の要件は定款をもって軽減しうるといふ趣旨ではないかと考えられる。当該事例のように退社社員が退社について同意をしていない場合は、前提が異なることを注意しなければならない。

三号（死亡した社員の相続人と会社を継続することを認める趣旨）・五号を定款で退社事由から除外することも私的自治の範囲内と解され、有効と考えられている。それに対して、破産（四号）は、会社債権者を損なう恐れがあるとしてこれを除外することはできないと解されているようであるが（また、商法九一条で認められている持分差押債権者による退社権行使も、定款をもって当該権利を排除することはできないと解されるのも同様の理由による）、このような考慮が必要でないならば、会社内部の社員どうしの関係に関する問題であり、いわゆる私的自治の範囲内の問題であれば、法律の規定を超えた自由な定款規定の設定が可能になるということができるのであるのか。

被告は、訴の中で商法八五一条一号は社員の退社事由として定款に定めたる事由の発生を規定しているところ、「本件定款規定も総社員の意思に基づいて定款で客観的に定められた退社事由であって、法八五一条六号に定める『除名』、すなわち、法八六条一項に定める事由による『除名』とはまったく性質を異にする退社事由を定めたものであり、これに基づく本件退社決議は有効である。」と主張しているが、このことはどうか。

商法八五一条一号は定款に定めたる事由の発生と規定する

が、これはまさにいかなる理由ある場合に社員の退社を強制するかという点につき明瞭に定められていることが必要であると思う。すなわち、判決の述べるように、社員たる期間の満了、社員たる資格の剝奪、定年制に基づく一定年齢の到来、保佐開始の審判を受けたことなど、具体的に特定され客観的に認識ができ、当該退社事由の存否をめぐって社員間に紛争の生ずる余地のない事由で、かつ公序良俗に反しないものでなければならぬと考えるべきであろう。

そうであつてはじめて、退社員も含めた全社員の定款規定に対する事前の退社合意が形成されると構成することが容易であるからである。それに対して、「過半数決議によつて退社する」という定款規定は、その前提としては、「退社させられる社員の意思は問題とせず、実質的には社員の除名という効果をもたらす手続を定めることにほかならず、これを除名ではなく固有の退社事由を新たに定めたと解することは、事柄の性質を見誤ることにつながるのではなからうか。したがって、この点を退けたことは、判決は正しい。

三 しかしながら、定款によつて八六条一項の除名事由を追加あるいは排除できるかは、従来から論争の対象となつてきている。

除名は、「当該社員ト共ニ会社ヲ持續スルコトノ經濟上信用上困難ナリト目スヘキ事情存スル場合ニ其ノ社員ヲ排除シテ会社内部ノ組織ヲ鞏固ニシ仍テ以テ其ノ目的トスル事業ノ遂行ヲ容易ナラシメルガ為メノ必要ニ出ツルモノニシテ固ヨリ会社ノ存続ヲ前提ト為スカ故ニ外ナラス」(大判昭和八年六月一〇日民集一二卷一四二六頁)と考えられており、いわば企業維持の観点から、社員の社員資格をその意思に反して剝奪することが認められる。しかし、それによって生ずる社員の被害をどの程度守らなければならぬいかという点に関して、以下述べるように見解が対立している。

まず、判例は、昭和一三年に八六条が改正される前の七〇条に関する事例であるが、除名事由の追加に関して、「除名ハ他ノ社員ノ一致ヲ以テ一方的ニ或ル社員ノ資格ヲ消滅セシムルモノナレハ重要ナル事由アルニアラサレハ濫ニ斯ル行為ノ効力ハ之ヲ是認スヘキニアラス之ヲ以テ商法第七〇條ハ除名ノ事由ヲ限定シ、法定ノ事由アル場合ニ限り、社員ノ除名ヲ許容シタルモノナリ即商法第七〇條ハ除名ノ事由ハ定款ヲ以テシテモ之ヲ追加スルコトヲ許ササルモノナリト解スヘク……」(大判昭和一三年一月一三日民集一七卷二二号二二一八頁)と判示して、七〇条の強行

法的性質を認める趣旨を示している。昭和一三年改正前においては、法定事由がある場合に他の社員の一致を持って行う除名と、やむをえない事由がある場合に社員の請求によって会社の解散に代えて裁判所がする除名が認められていたが、他の社員の一致ということになると他の社員の一人でも反対するものがあれば、すなわち徒派を組んで悪いことをしているような場合には除名できないことになるため(田中(耕)・「改正商法及有限会社法概説(昭和一四年)一〇六頁)、改正によりこれが一本化されて、他社員の一致は必要せず他の社員の過半数の決議でよいと要件を和らげるかわりに、常に裁判所の関与を必要とし、裁判所により除名を宣告する制度に改められた。改正前の条文の「左の場合に限り」という表現が「左の事由あるときは」に改まっているが、法定除名事由が列挙されている点と同様である。学説においては、昭和一三年改正前は任意法規規が多数であったといわれるのに対し(岡野・前掲書一一二頁、松本・日本会社法論(昭和四年)五六一頁、田中(誠)・全訂会社法提要(五版・昭和九年)四〇八頁、佐々・(判批)法学新報四九卷五号一二五頁。これに対する反対説として、片山義勝・会社法原論(八版・大正一二年)一一七頁、田中(耕)(旧説)・会社法概論(改版・昭

和四年)二一七頁、同・(判批)判例民事法昭和一三年度五三八頁、西原・(判批)商事法研究第二卷四二九頁。なお、鳥賀陽・会社法(八版・昭和一〇年)八七頁は追加を認めない)、改正後はむしろ強行法規説(追加(除外)を認めない説、服部・訂正会社法提要(昭和三二年)六六頁、大森・新版会社法講義(昭和三九年)三三頁、石井・会社法下巻(昭和四二年)四一八頁、松田・会社法概論(昭和四三年)三九七頁、和座・会社判例百選(新版)二五五頁、大隅Ⅱ今井・新版会社法論上巻(昭和五五年)八八頁、古瀬村・新版注釈会社法(Ⅰ)三三三頁、北沢・会社法(六版・平成一三年)八四八頁)が多数説である。しかし、少数ながら、追加・除外をとにも認める説(小町谷・商法講義卷一(昭和一九年)一六二頁、追加を認める説(田中(誠)・前掲詳論下巻一二四頁は除外については言及していないが、改正前では任意法規説を表明されていた)、追加は認めるが除外は認めない説(平面的強行規定説、田中(耕)(改説)・改訂会社法概論上巻(昭和三〇年)一五五頁、田中(誠)ほか・コンメンタール会社法(四全訂・昭和五九年)一一二頁)なども存在する。追加を認める説は改正前後にかかわらず、合名会社・合資会社の社員の人的結合を重視する性質から、団体内部の関係はその自治を尊

重しなければならぬことを強調する。それに対して、強行規定であるとする説は、当該判決でも指摘されているように、八六条一項を会社ないし他の社員の利益とその意思に反して除名される社員の利益を立法により調整させている規定であると解するので、除名事由の追加・除外は認められないと考える。

他方、除名手続きの定款による変更はできるかについては、学説でこれについて触れているものはあまり見られないが、その中で検討されているものを参照してみると、改正前の他の社員の一致における除名の場合にはたとえば社員の過半数の決議による除名などを認めるものの(強行法規説の立場からこれに反対する者として、片山・前掲書一七二頁)、裁判所の判決による除名の場合には社員の除名を請求する権利は定款により剝奪・制限できないと解されていたが(片山・前掲書一七九頁、松本・前掲書五六二頁)、裁判所の関与が常態となった現制度の下においては、請求のための決議の要件を加重することは許されるが(大隅Ⅱ今井・前掲書八八頁)、裁判のよらずに除名をなすいう旨を定めるのは無効であると解されることに異論はないようである(服部・前掲書六六頁、大隅Ⅱ今井・前掲書八八頁、田中(誠)ほか・前掲書一一二頁、古瀬村・前掲書

「三三三頁、北沢・前掲書八四八頁」。

以上のことから考えると、当該事例は、定款において除名事由を問わず他の社員の過半数のみで除名を許す規定を新設した場合に関するものなので、除名手続の軽減は定款によってなしうるかの問題となると考える。八五条一項に規定される社員の諸義務違反行為はその義務違反の存否に争いが生じやすいため、除名を必要とする者の請求の存否のみでなく、除名される者が真に会社から排除されるのが適当であるかを判断するために裁判所の関与が必要となるのではないかと考える。「昭和一三年の商法改正によって除名を裁判所の宣告によらしめたのは、社員間の決議に関しては常に反感が残り、決議に関する攻撃がやがては裁判所に持ち出されて紛争を蒸し返すことになるから、そのような迂路は避けて、はじめから裁判所の判断に委ねることを賢明としたからであろう。」(大野実雄・商法演習Ⅲ(昭和四三年)一一二頁)との指摘もされている。したがって、除名される者の保護のためには、他の社員の過半数の決議で除名にいたるなどということは、強行法規違反として当該定款の規定は無効と解されるが当然であろう。

しかし、多数説の述べるように、八六条一項は強行法規であり、除名事由を追加できないと解すべきかについては

さらに検討が必要と考える。人的会社はその社員の人的つながりを重視する団体であるから、もし、それに縛りがはいるこのままでは会社が立ち行かない場合には会社解散にもちこむのがすじであって、それを一部の社員を除くことで回避することが正当であるかどうかについても、考えなくてはならないであろう。しかし、商法六八条は「合名会社の内部関係に関しては、定款または商法に規定がない場合には、組合に関する規定を準用す」と規定しているが、その組合においても、民法六八〇条でも組合員の除名は正当の事由ある場合に限り他の社員の一致をもってこれをなすとしており、この場合は「正当事由」があるかぎりにおいて、組合員を除名することは他の組合員の判断により可能であるとしているのであり、団体の維持も考慮されるべきであると考えられていることが参考となる。そして、むしろ、原始定款の作成および変更には総社員の同意があることを必要とされることから(商法七二条)、人的会社もいわゆる「正当事由」があれば、企業維持に備え、一社員を除名しても会社の存続を図ることができる方法を定款に定めておくことが可能なのではないだろうか。その定款規定の内容が公序良俗に反しない限りにおいては、定款に事前に規定がおかれており、また、除名事由の存在と他の社員

の過半数決議は裁判所に除名を請求するための前提条件であり、当該定款の規定内容と当該事例が除名の宣言を行うのに適切であるか否かは裁判所の判断によるから、このように解しても著しく社員の不利益にはならないのではないかと考える（同旨・田中誠・前掲詳論下巻一二四四頁）。

判決では、手続の軽減と除名事由の追加をあたかも後者のみの問題であるかのように大雑把に取り上げるに過ぎないが、両者は峻別される必要性がある。私見によれば、当該定款規定が無効である理由は、裁判所の関与を否定して除名に関する手続規定を軽減している点にあり、当該判決が否とする、定款で法定の除名事由以外にもこれを追加し得るかの問題については、以上検討した中でも詳述したが、肯定してよいのではないかと考える。

鈴木千佳子