

# 判例研究

社員が二名の合同会社において、一名の社員の意思に基づき訴えをもって他の一名の社員の除名を認めた事

例

東京地判令和三年一月二十九日、令和二年（ワ）第二八六二九号社員除名請求事件、請求認容（控訴）、金融・商事判例一六四一号五〇頁

## 〔判示事項〕

1. 社員が二名の合同会社においては、このうち一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。

2. 本件の事実関係のもとでは、合同会社の社員の除名事由である会社法八五九条三号の「業務を執行するに当たって不正の行為をしたこと」が認められる。

## 〔参照条文〕

会社法八五九条

## 〔事実〕

原告は、平成三〇年四月二〇日に設立された、格納庫賃貸業、管理及び運営等を目的とする合同会社であり、資本金の額は二〇万円である（以下、「X社」という）。

被告Yは、平成二二年一月二七日に設立された一般社団法人である（以下、「Y」という）。

株式会社Aホールディングス（以下、「AHD」という）は、有価証券の保有及び運用業務等を目的として昭和四八年七月二七日に設立されたものである（平成二三年九月一日

に商号を現商号に変更)。AHDは、平成三〇年三月下旬、Dからの勧誘を契機として、転売目的でC社から東京国際空港(羽田空港)の敷地内にあるC社所有の航空機用の格納庫(以下、格納庫、事務所及びその付帯設備・備品等一式を併せて「本件格納庫」という)を購入することとし、同年四月上旬、Dが代表者であるYとの間で、本件格納庫及びその営業権を有効利用する事業を行うためのSPCを設立することなどを内容とする合意をした。

そして、平成三〇年四月二〇日、YおよびAHDは、本件格納庫を取得、賃貸及び転売することを目的として、設立時の出資額を、AHDが一二万円、Yが八万円で、X社を設立した。

AHD及びY以外の社員はおらず、YおよびAHD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はX社の設立時から、AHDは令和二年四月七日から、それぞれX社の代表社員の地位にある。ただし、Dは、平成二二年一二月から平成三〇年八月三一日まで、Yの代表理事の地位にあったほか、X社の設立時から現在まで、その業務執行社員かつ代表社員である被告の職務執行者の地位(以下、この地位を「本件職務執行者」という)にあるとともに、平成二二年八月から現在まで、不動

産会社B社(以下、「B社」という)の代表取締役の地位にある。

ところで、AHDは、平成三〇年四月一三日、本件格納庫の取得資金とする趣旨で、Dが代表者であるB社名義の預金口座に一〇億円を振り込んだ。C社とX社との間で、同月二六日、C社がX社に対し本件格納庫並びにその敷地の使用権及び本件格納庫における営業権を代金二八億円で譲渡することなどを内容とする売買契約が締結された。そこで、AHDは、同年五月一八日、本件格納庫の取得資金とする趣旨で、X社名義の預金口座に一八億円を振り込んだ。

Dは、平成三〇年五月二二日、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、上記一八億円のうち二億八〇〇万円について、C社に対する売買代金としての支払いを留保した上で、C社の国等に対する本件格納庫に関する未払いの土地使用代金(本件格納庫の敷地に係る国有財産使用料)及び遅延損害金の支払に充てるため、同弁護士Eの預かり口名義の預金口座において保管することと合意した。弁護士Eは、Dと協議した上で、平成三一年三月一三日に、この保管金のうち二億円を、同月一八日に残りの八〇〇万円を、それぞれY名義の預金口座に振り

込んだ（この計二億八〇〇〇万円の金員を「本件振込金」という）。

Dは、平成三十一年三月一日から同月二十九日頃までの間に、本件振込金のうち少なくとも合計一億五八〇〇万円を、本件格納庫の取得とは直接関係のない三件の不動産取引に関連する支払いのために使用し、このうち一件についてはB社名義で購入した不動産の代金五五〇〇万円の支払に使用した。

Dは、令和元年五月一日頃、本件職務執行者として提出したAHDの担当取締役宛ての同日付け報告書において、弁護士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に充てることが可能であることを前提とする内容の報告をしたが、同年六月二十八日、AHD関係者に対し、既に弁護士Eから当該金員の返還を受けたことや、このうち合計一億五八〇〇万円を本件格納庫の取得とは直接関係のない三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。

Dは、平成三十一年三月二日から令和元年七月一日までの間に、X社に対し、本件振込金のうち五三〇〇万円を返還したものの、二億二七〇〇万円を返還しておらず、その具体的な見通しも立っていない状況にある。

そこで、AHDは、令和二年一〇月二日、X社の社員として、本件職務執行者であるDが本件振込金を私的支払いに流用したことを前提に、Yには会社法八五九条三号および五号所定の除名事由があるとして、Y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社は、YをX社の社員より除名することを求めて訴えを提起した。

## 〔判旨〕 請求認容

「会社法八五九条によれば、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、この要件は社員が三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一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（会社法六四一条参照）などに照らせば、社員が二名の合同会社においても、このうち一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。」とした。

そして、社員の除名を相当とする事由について、「Dは、本件振込金の本来の使用目的を認識した上で、少なくともその二分の一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、AHD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の職務執行者であるDの上記行為は、会社法八五九条三号所定の「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。」として、X社の請求を認容した。

## 〔研究〕

一 本件は、平成一七年会社法制定により創設された合同会社において除名に関する判決が初めて公刊された東京高判令和元年二月一日金融・商事判例一五九四号二八頁に次ぐ事例となるものである。東京高判令和元年二月一日判決は除名を認めなかった事例であるが、本件は除名を認めた事例である。また、本件は、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法人業務執行社員を除名を認めたものとして、公判判例として初めてのものである（和田宗久「合同会社における社員の除名」新・判例解説 Watch 1111号（令和五年）1118頁）。

本件は、社員が二名の合同会社で、その業務執行社員かつ代表社員である被告の職務執行者が会社資金の資金流用

を行った。そこで、Yには会社法八五九条三号及び五号所定の除名事由があるとして、Xの他の一名の社員がY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、YをX社の社員より除名することを求めてX社が訴えを提起した事案である。

今回AHDが、会社の解散の訴え（会八三三条二項）という方法ではなく、社員の除名（会八五九条）という手段を選んでいる。持分会社の社員が解散の訴えの請求ができるのは、「やむを得ない事由」があるときとしている（会八三三条二項）。この点、合資会社の事案であるが、社員の間には不対立があつて、その儘の状態では会社を存続させることが困難であつても、現に社員の一名が除名される情勢にあり、その除名によって十分打開の途があると認められるときは、この「やむを得ざる事由あるとき」に該当しないとされた（最判昭和三十三年五月二〇日民集一二巻七号一〇七七頁）。他方で、合名会社の事案ではあるが、会社の業務が一応困難なく行われているとしても、社員間に多数派と少数派の対立があり、右の業務の執行が多数派社員によって不公正かつ利己的に行われ、その結果少数派社員がいわれない恒常的な不利益を被っているような場合にも、また、これを打開する手段のない限り、解散事由

があるものというべきであるとした（最判昭和六一年三月一三日民集四〇巻二号二二九頁）。判例は、打開手段がある場合には、解散請求を認めていない。そして、本件は、おそらく、X社とC社との間でなされた格納庫並びにその敷地の使用権及び格納庫における営業権の契約が残っていたからではないかと推察される。それ故、今回は、社員の除名（会八五九条二項）という方法が選択されたのであろう。

そこで、まず本件のような社員が二名のみの合同会社において、一方の社員が、会社法八五九条に基づく手続きにより、他方の社員を除名請求したことに對して、裁判所は、「会社法八五九条によれば、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、この要件は社員が三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一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（会社法六四一条参照）などに照らせば、社員が二名の合同会社においても、このうち一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。」として、こうした場合でも、除名できるとした。

そして、除名事由については、Yの職務執行者であるDによる、本件振込金の本来の使用目的を認識した上で、目的外使用された金員の額、AHDに對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を考慮すれば、こうした行為は、会社法八五九条三号所定の「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て、除名を認めた。

そこで、まずは、二名しかいない会社において除名請求が可能であるかという問題を検討したうえで、社員の除名を相当とする事由について、検討を進めることとする。

なお、本件における評釈としては、本村健他「社員二名の合同会社において社員一名の意思に基づき他の社員一名の除名を請求することを認めた事例（羽田空港格納庫合同会社資金流用社員除名請求事件）」（新商事判例便覧No.757395）「商事法務二二九八号（令和四年）五九頁、神吉正三「社員二名の合同会社において一名の社員の除名の請求が認められた事例（判例研究）」龍谷法学五五卷三号（令和四年）三八三頁以下、和田宗久・前掲一二七頁以下、熊代拓馬「社員が二名の合同会社における社員の除名（商事判例研究三四九〇）」ジュリスト一五八五号（令和五年）一二三頁以下、小菅成一「社員二名から構成される合

同会社において一名の社員の除名が肯定された事例〔判例研究〕」嘉悦大学研究論集六六巻一号（令和五年）六三頁以下、仲卓真「令和四年度会社法関係重要判例の分析〔下〕」商事法務二二三三四号（令和五年）七二頁以下、がある。

二 本件のような社員が二名のみの合同会社において、一方の社員が、会社法八五九条に基づく手続きにより、他方の社員を除名請求したことについて検討する。

会社法八五九条は、対象社員に、①出資の義務を履行しないこと（同条一号）、②持分会社の業務執行社員による競業に関して定める五九四条一項（五九八条二項において準用する場合を含む。）の規定に違反したこと、③業務を執行するに当たって不正の行為をし、又は業務を執行する権利がないのに業務の執行に関与したこと、④持分会社を代表するに当たって不正の行為をし、又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、⑤重要な義務を尽くさないこと、という除名事由があるときは、当該持分会社は、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することができるとしている。

しかし、社員が二名しかない会社においても除名対象社員を除く他の一名の請求により除名請求が可能であるかという問題があったが、本件事案では当事者はこれを争っていないものの、裁判所は、会社法八五九条の要件は、「社員が三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一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（会社法六四一条参照）などに照らせば、社員が二名の合同会社においても、このうち一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」としている。

そこで、除名制度の沿革、特に社員が二人となった会社における除名の場合についてみていく。

昭和一三年改正前商法では、現行の会社法とは違い、人的会社としては合名会社と合資会社であったが、社員の除名については、法定の除名事由に該当する場合に限り、除名対象社員以外の社員全員の一致をもって社員を除名するという規定であった（七〇条「社員ノ除名ハ左ノ場合ニ限り他ノ社員ノ一致ヲ以テ之ヲ為スコトヲ得」）。そのため、判例（大判明二年一〇月一三日民録一五輯七七二頁）においても、合名会社の事例においては、「商法第七〇條二所

謂「他ノ社員ノ一致」ナル文字ハ複数社員ノ意思相合致シタル場合ヲ指スモノニシテ一社員ノ单独意思ニ出ツル場合ノ如キハ之ヲ包含セス」とし、規定の文言が複数の社員を予定しているということ、また「他ノ社員ノ一致ヲ要ストセシハ除名ニ関シ他ノ社員ノ異議ナキコト即チ他ノ社員ノ意思ヲ尊重スヘキコトヲ規定シタモノナリ……除名ノ原因タル事由アリトスルモ他ノ社員ニ於テ除名スルハ法律ノ許容セサル所ナリ」として、さらに「二名ノ社員ヨリ成ル場合ニ於テモ除名スルコトヲ得ルトキハ会社ハ商法第七四條第五号ニ依リ当然解散ス」ることから、「法律ガ会社ノ存続ヲ図ル趣旨ニ抵触スル」ことから、除名の原因たる事由があつても、二名の社員からなる会社において除名を認めなかつた。また、合資会社の事例（大決大十二年一月二〇日民集二卷八頁）においても、同様に、除名は「会社ノ内部ノ組織ヲ鞏固ニシ因テ以テ其ノ目的トスル事業ヲ遂行スルコトヲ図ル必要ニ出テタルモノニ外ナラ」ないのであるから、「除名ニヨリ会社カ解散ニ帰スルカ如キ場合ニ於テハ除名ハ全ク無効」であるとし、除名を認めなかつた。当時の商法一一八条一項は、合資会社の無限責任社員又は有限責任社員が退社したときは解散しなければならなかつた。判例は、社員二名からなる場合においては、これ

を認めると会社の解散を招くことになり、会社の存続を図る除名制度の趣旨に反すること、また除名対象社員以外の社員全員の意味の一致がなければ除名はできないとした。

こうした判旨に賛成する意見があり（鳥賀陽然良「合名会社の社員の除名に因る解散登記の適否」法学論叢二卷六号（大正三年）九四頁、松本蒸治『日本会社法論』（巖松堂書店、昭和四年）六三八頁）、当時の学説においても、三人以上の時に始めて有効に除名することができし（鳥賀陽然良『商法要論』（弘文堂、昭和六年）一三三頁）、こうした判例と同様に、二名の社員からなる会社において除名を認めていなかった（上柳克郎・鴻常夫・竹内昭夫編集代表『新版注釈会社法（一）』（有斐閣、平成二年）三二二頁（古瀬村邦夫））。

他方で、大決大十二年一月二〇日の判例に対して、除名と解散とは抵触した観念であるとするには別の理由が必要であるとしたり（山尾時三「合名会社の社員の除名——或社員の除名に因り会社が解散に期する場合の効力」法学協会雑誌四二卷二号（大正一三年）三四九頁）、退社の自由は人的会社の重要な特質の一つであり、解散を招致するような除名を認めないとすると、社員を不当に拘束することになるので、除名は会社の存続を必ずしも前提とはしない



と解さなければならない、として反対している（山口幸五郎「解散を生ずる無限責任社員の除名」『会社法判例百選（新版）』（有斐閣、昭和四五年）二五七頁）。学説においても、除名すれば結果として解散を招致するといえども、除名は解散の原因ではないとして反対する意見もあった（片山義勝『会社法原論』（中央大学、大正六年）一七八頁）。

昭和十三年商法改正では、「社員ニ付左ノ事由アルトキハ会社ハ他ノ社員ノ過半数ノ決議ヲ以テ其ノ社員ノ除名又ハ業務執行権若ハ代表権ノ喪失ノ宣告ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得」（八六条）となったので、本条の除名事由があるときは、対象社員以外の社員の過半数の決議により、裁判所に訴えを提起する制度とするとともに、法定事由がある場合に、除名と同様の要件・手続きにより、業務執行権・代表権も剥奪できる制度が新設された。他の社員の一致ということにすると、他の社員の中に一人でも反対する者があれば出来ない、すなわち党派を組んで悪いことをしているような場合に於いては、除名も出来ないこととなつてしまふから、要件をやわらげるとともに（田中耕太郎『改正商法及有限会社法概説』（有斐閣、昭和十四年）一〇六頁）、除名を裁判所の宣告によらしめたのは、社員間の決議に対しては常に反感が残り、決議に対する攻撃がやが

て裁判所に持ち出されて紛争をむしろ返すことになるから、そのような迂路をさせて、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（大野實雄「合資会社における社員の除名」鈴木竹雄・大隅健一郎編『商法演習Ⅲ』（有斐閣、昭和三八年）一一二～一一三頁）、法律関係が紛糾し実際に於いて多大な不便が生じることから改正したのである（司法省『商法中改正法律案理由書』（清水書店、昭和十二年）五〇頁）。そして、この商法改正では会社継続の制度が大幅に拡張され、「前条第四号（社員ガ一人ト為リタルコト）——筆者注）ノ場合ニ於テハ新ニ社員ヲ加入セシメテ会社ヲ継続スルコトヲ得」（九五条二項）とし、社員が一人になった場合でも新たに社員を加入させることで会社を継続することができることとなった。また合資会社にあつては、「無限責任社員又ハ有限責任社員ノ全員ガ退社シタルトキハ解散ス但シ残存スル社員ノ一致ヲ以テ新ニ無限責任社員又ハ有限責任社員ヲ加入セシメテ会社ヲ継続スルコトヲ妨ゲズ」（一六二条一項）及び「有限責任社員ノ一致ヲ以テ合名会社トシテ会社ヲ継続スルコトヲ得」（同条二項）と規定されたことで、社員を新たに加入させることで会社を継続することができることとなった。

こうした商法改正を受けて、判例も、「商法八六条は、



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、これは社員が三名以上の通常の場合を規定したものとみることができ、このような形式的な理由のみで、社員が二名の会社につき除名を一切否定するのは不合理」であり、「大判明治四二年一月一日一三三民録一五輯七七二頁、大決大正一二年一月二〇日民集二卷一八八頁等は、社員が二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、これらは昭和一三年の商法改正前の判例であり、昭和一三年の商法改正により、「社員が一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（九五条二項）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」、社員が二名の会社においても社員の一名が他の社員を除名することができると解するとした（山形地酒田支判平成三年一月二七日判例時報一四二五号一二七頁）。

会社の解散を生じるとの理由で除名を否定する必要はなくなったといえるという指摘とともに（大森忠夫・矢沢惇編集代表『注釈会社法（1）』（有斐閣、昭和四六年）三三

四頁（古瀬村邦夫）、林康平「社員が二名の合名会社において社員の一人が他の社員を除名することができるか」金融・商事判例九一〇号四二頁）、学説においても、社員が一人となった場合にも新たに社員加入せしめて会社を継続しうる場合には除名は必ずしも無効ではないとする見解（野津務『新会社法概論』（朝倉書房、昭和二七年）三一七頁）や、社員の過半数の決議としているのは単に通常の場合を言っているのであり、二人の社員からなる会社においても、社員の一人が他の社員の除名宣告の請求をなしうると解すべきとしている（大隅健一郎『全訂会社法論 上巻』（有斐閣、昭和二九年）八二頁）。そして、この改正を契機に、社員が二名であっても除名できるとする見解が有力となったという（大野實雄「合資会社における社員の除名」・前掲書一一三～一一四頁、北沢正啓『会社法（第四版）』（青林書院、平成五年）七六五頁、神作裕之「合名会社の解散請求——請求者が退社すべきであるとして請求を棄却した事例」ジュリスト九〇五号（昭和六三年）一一八頁）。

他方で、他の社員の過半数の決議というのは、除名せらるべき社員以外に二名以上の社員が存在し、その過半数の同意を得るの意味と解しなければ少数者が専断をなし会社

内部の平和を害することとなり、又除名が社員資格を奪う非常制裁にして慎重な手続を要する性質に合しないとする見解もある(田中誠二『会社法』(青林書院、昭和三十一年)五七三頁)。

平成一七年会社法制定により、合名会社、合資会社は、新たな会社類型である合同会社を含め持分会社と総称され、内部関係の規律が広く定款自治に委ねられた会社類型として括られた。そして、会社の継続を容易にするため(相澤哲『二問一答新・会社法』(商事法務、平成一七年)一八一頁)、社員が一人となっても解散しないこととなった(会六四一条四号)。さらに、合資会社の有限責任社員が退社したことにより当該合資会社の社員が無限責任社員のみとなった場合には、当該合資会社は、合名会社となる定款の変更をしたものとみなされ(六三九条一項)、また合資会社の無限責任社員が退社したことにより当該合資会社の社員が有限責任社員のみとなった場合には、当該合資会社は、合同会社となる定款の変更をしたものとみなされることとなった(同条二項)。

こうした会社法の規定により、近年では、社員が二名の会社における除名が可能という見解が増すこととなった(江頭憲治郎・門口正人『会社法体系1』(青林書院、平成

二〇年)三五八―三五九頁(太田穰)、奥島孝康・落合成一・浜田道代編『新基本コンメンタール会社法三(第二版)』(日本評論社、平成二十七年)四六三頁(今泉邦子)、酒巻俊雄・龍田節編集代表『逐条解説会社法第九卷』(中央経済社、平成二八年)三四五頁(一ノ澤直人)、中村康江『持分会社における社員の除名制度と除名事由』立命館法学三八七―三八八号(令和元年)二二一頁)。

本件判決では、前掲・山形地酒田支判平成三年一二月一七日や上記学説にならったものと考えるが、会社法八五九条の要件は社員が三名以上である通常の場合を想定したものとし、また会社法六四一条四号を参照しながら、現行法においては社員が一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から、社員二名の合同会社においても、一名の社員意思に基づいて訴えをもって他の社員の除名を請求することができると解するとした。

社員が二人となった会社における除名についてみてきたが、持分会社において社員が一人になることは会社の解散事由ではなく(会六四一条四号)、また社員が二名の会社での除名に対象社員以外の過半数の決議ということは論理的にはありえないのであるから(弥永真生『リーガルマインド会社法(第五版)』(有斐閣、令和三年)四八三

頁)、会社法八五九条の「過半数」という要件は、通常の場合を想定したものと考え、一人の社員の意思のみで裁判所に請求できることとなる。

なお、本件においては、AHDも、Yも、いずれもX社の代表社員であったので、問題とならなかったのであるが、持分会社と社員間の訴訟においては、訴訟の相手方である社員を除く他の社員の過半数をもって、持分会社を代表する者を定めることができるとしている(会八〇一条)。つまり他の社員の過半数の決議を要求している。本条は、平成一七年改正前商法七九条に相当するものであり、社員二人の会社については、訴訟当事者でない社員が当然に会社を代表すると解されていた(伊澤孝平『註解新会社法(改訂版)』(法文社、昭和二八年)七四頁、上柳克郎・鴻常夫・竹内昭夫編集代表・前掲書二七一頁(菅原菊志))。この規定を引き継ぐ会社法六〇一条も、同様に考えられるので(神田秀樹編『会社法コンメンタール14——持分会社(1)』(商事法務、平成二六年)一八二頁(尾関幸美))、同条において「過半数」としているのは、社員が三名以上の場合を想定したものであり、二人しかない場合は、訴訟当事者でない社員が当然に会社を代表することになる。ところで、本件においては、Dは、平成二二年一二月か

ら平成三〇年八月三十一日までの間、被告Yの代表理事の地位にあった。また、Dは、原告X社の設立時(平成三〇年四月二〇日)から現在まで、その業務執行社員かつ代表社員であるYの職務執行者の地位にある。本件は、原告X社の業務執行社員である被告Yの職務執行者であるDの目的外使用などの行為が会社法八五九条の除名事由に該当するということで、被告Yの除名を認めている。しかし、持分会社の業務執行社員が同条各号にあげる事由や著しく不適任な事由があるときは、訴えをもって業務執行権や代表権の消滅を請求できるが(会八六〇条)、法人の職務執行者の行為にはこのような規定はない。その理由として、法人の職務執行者については、特に選任手続き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、制度として実効性を欠くためであるとする(相澤哲・葉玉匡美・郡谷大輔『論点解説 新・会社法』(商事法務、平成一八年)五八二頁)。

法人が業務を執行する社員である場合には、当該業務を執行する社員となる、いわゆる職務執行者を選任することとなるが、その資格についての規定がないことから、その

資格に制限がないようであり、法人業務執行社員の役員や従業員である必要はなく、社員ではない専門の経営者（宍戸善一「持分会社」ジュリスト一二九五号（平成一七年）一一二頁）、顧問弁護士、顧問税理士またはコンサルタント等を職務執行者として指定することも差し支えないとして（相澤哲・葉玉匡美・郡谷大輔・前掲書五八〇頁）、全くの第三者を職務執行者として選任することが可能としている（江頭憲治郎・中村直人編著『論点体系会社法4』（第一法規、令和三年）四四四頁（「株川泰史」）。持分会社と業務執行社員との関係は、明確な規定はないが、業務執行社員は持分会社に対して善管注意義務・忠実義務を負い（「会五九三条一項・二項」）、また民法六四六条から六五〇条までの規定を準用することから（同条四項）、持分会社と業務執行社員との関係は委任に関する規定に従うこととなる。そのうえで、業務執行者である法人が職務執行者を選任した場合には、その法人と職務執行者との関係は復委任あるいは復委任に類似となるのではなからうか（江頭憲治郎・中村直人編著・前掲書四四四頁（「株川泰史」）。債権法改正前の段階では、受任者の知識、経験や専門的能力などに鑑みると、受任者が自ら委任事務を処理することを期待することが相当ではなく、むしろ第三者に復委任した方

が委任者の利益の観点から見て合理的であると認められるような場合には、復委任が許容されるものとされるとする意見もあったようであるが（民法（債権関係）部会資料17<sup>12</sup> 民法（債権関係）の改正に関する検討事項（12）詳細版「三四頁」）。なお、「社会のメカニズムが複雑化した現代において、一人の受任者がすべての委任事務を処理するのは不可能であるばかりか、場合によっては不適当であり、従って受任者が自己の従業員を使用することはもとより、委任事務処理につき、第三者、例えば、弁護士・弁理士・銀行・専門技術者・ブローカーなどを必要に応じて自己の責任において差し支えない」と主張されていたという（潮見佳男『新契約法各論Ⅱ』（信山社、令和三年）三〇六～三〇七頁）、委任一般に妥当する法理としては、受任者の自己執行義務を基礎に据えた考え方が採用され、必要性があれば委任者の許諾を得れば足りることから（潮見佳男・前掲書三〇六～三〇七頁及び注四四）、現民法六四四条の二第一項としていう。その意味では、会社法は、法人が職務執行者を選任することを許容（許容意思に基づく）しているのであり（「会五九八条」）、法人は職務執行者を選任し、その職務執行者との任用契約の内容として、明示的・默示的に業務を執行する権限が付与されていると

考える。

職務執行者が著しく不適任である場合には、これを解任する権限を有しかつ解任すべき責任を負うのは、当該職務執行者を選任した法人である（江頭憲治郎・中村直人編著・前掲書四四五頁〔稼川泰史〕）。職務執行者を直接解任する規定がないが、本来は、法人業務執行社員に対して、職務執行者の解任・変更を促すべきであろう。しかし、本件の場合、法人業務執行社員Yに対して、職務執行者であるDの解任・変更を促したかどうかは不明である。不適任な職務執行者が選任された場合には、当該法人に対して、事実上、その変更を促すか、当該法人業務執行社員の影響を有しない社員とすることができ、業務執行に対する影響をなくすることはできるものの、会社法八六〇条各号に該当する事由があるからといってこうした訴えを起こすことで、当該法人業務執行社員と他の社員との関係が険悪な状態になり、かえって紛争を引き起こしてしまうことになる。

のではないだろうか。昭和一三年商法改正で、除名を裁判所の関与とした理由として、法律関係が紛糾し実際に於いて多大な不便が生じることから改正したのであることから（司法省・前掲書五〇頁）、状況によっては、法人業務執行社員に対して職務執行者の解任・変更を促すということとをせずに、法人業務執行社員を除名することも致し方ないであろう。Dは、平成二二年一月から平成三〇年八月三十一日までYの代表理事であったようであるが、Dが代表理事でなくなつてからも、仮にYを支配している（影響力がある）者である場合には、法人業務執行社員に対して、職務執行者の解任・変更を促したとしても、受け入れない可能性も否定できない。法人業務執行社員に対して、不適任な職務執行者の変更を促したとしても、変更してくれないというときには、法人業務執行社員の影響力を裂こうと思うのであれば、事実上、法人業務執行社員を除名する以外はないのではないだろうか。

本件裁判所は、Yの職務執行者であるDの行為により業務執行社員であるYが除名になる理由については全く触れていないが、その説明が欲しいところではあるが、結論としては、正当であろう。

三 次に、社員の除名を相当とする事由についての検討である。本件では、X社の主張では、Y及びDの行為は、合同会社の除名事由である会社法八五九条三号の「業務を執行するに当たって不正の行為をし……たこと」及び同条五号の「重要な義務を尽くさないこと」に該当すると主張する。特に、本件判決では、Dは、本件振込金の本来の使用目的を認識した上で、少なくともその二分の一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、AHD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、被告の職務執行者であるDの上記行為は、会社法八五九条三号所定の「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た。

持分会社は内部関係の規律が広く定款自治に委ねられた会社類型であり、社員相互の関係が会社関係の基礎となっているから、信頼関係の失われた社員を強制的に排除できてしかるべきであるが、他方で、除名は、特定社員の社員資格をその意思に反して剝奪する行為であるから、当該社員の利益に重大な影響を及ぼすこととなるので、一部の社員が理由なく他の社員を排除することは許されるべきでは

ない（上柳克郎・鴻常夫・竹内昭夫編集代表・前掲書三一七頁（古瀬村邦夫））。そのため、除名事由がある場合に、裁判所の判断のもとに、除名が認められる（会八五九条）。

会社法八五九条各号の除名事由は、明治三二年商法七〇条三号、昭和一三年商法八六条一項三号から引き継がれてきたものである。会社法八五九条三号では、「業務を執行するに当たって不正の行為をし……たこと」としているが、「不正の行為」とは、旅店又は料理店営業の会社がその店内で賭博を開くとか、物品売買業の会社が法令に反する取引をする行為、当該社員による会社の金銭を領得した場合など広い意味で会社の行為と認められるような行為をした場合のことを言うと言われている（伊澤孝平『註解新会社法（改訂版）』（法文社、昭和二八年）一〇一頁、田中誠二・吉永栄助・山村忠平『再全訂コンメンタール会社法』（勁草書房、昭和四三年）、服部榮三・星川長七編『基本法コンメンタール会社法3（第三版）』（日本評論社、昭和五九年）四五頁（小山賢一）、上柳克郎・鴻常夫・竹内昭夫編集代表・前掲書三一七頁（古瀬村邦夫）、酒巻俊雄・龍田節編集代表『逐条解説会社法第九卷』（中央経済社、平成二八年）三四三頁（一ノ澤直人））。判例では、合資会社の定款その他の内部規約をもって、有限責任社員に



業務執行権の権利義務がある旨を定めた場合において、その定めは有効であり、その者がなした横領の点は合資会社に準用される（昭和一三年——筆者注）商法八六条一項三号の、又競業を営んだ点は同じく五号の各除名事由に該当すると判示した（最判昭和二十四年七月二六日民集三巻八号二八三頁）。

本件判旨では、Dは、本件振込金の本来の使用目的を認識した上で、少なくともその二分の一を超える額を故意に目的外に使用（本件格納庫の取得とは直接関係のない三件の不動産取引に関連する支出の使用）したものと判断しているが、こうした行為は、X社財産の横領といえる行為であり（刑法二五三条の業務上横領罪として刑事告訴を検討すべき事案である」という指摘がある（神吉正三・前掲三九二頁）、会社法八五九条三号の除名事由に該当することから、その判断は正当であろう。

ところで、本件の原告X社は、原告の業務執行社員である被告Y及びその職務執行者であるDは、それぞれ原告に對して善管注意義務及び忠実義務を負うにもかかわらず、……被告Y及びDの当該行為は、合同会社の社員の除名事由である会社法八五九条三号の「業務を執行するに当たって不正の行為をし……たこと」及び同条五号の「重要な義

務を尽くさないこと」に該当すると主張したが、判決では同条五号の「重要な義務を尽くさないこと」についての判断は、全く示していない。また、合名会社の代表社員および他の業務執行社員につき、商法八六条一項五号に該当する事由があるとして、代表権および業務執行の喪失が宣告された事例がある（福島地方会津若松支部昭和四二年八月三一日下級民集一八巻七・八号九一〇頁）。

「重要な義務を尽くさないこと」が社員の故意または過失に因ることを必要とするとしている（大判大七年七月一日民録二四輯一四二二頁、松本丞治・前掲書五六〇頁）。「重要な義務を尽くさない」という文言は、「客観的に重要な義務違反があるとき」と解され（松本丞治「百五十六合名会社社員ノ競争業禁止（大審院大正七年七月一〇日）」法学協会雑誌三七巻三号（大正八年）四六六頁）、過失により客観的に重大な義務に違反した以上、除名事由となる。しかし、除名の事由としてみると、違反された義務の客観的軽重よりむしろ主観的情状を斟酌して義務違反自体の軽重によって決めるべきだとする（上柳克郎・鴻常夫・竹内昭夫編集代表・前掲書三一九頁（古瀬村邦夫））。つまり、社員の強制的な退社という効果を伴う除名は、人的会社たる持分会社における他の社員との信頼関係の破綻をその趣



旨としているものの、違反した義務の客観的な軽重だけでなく、除名対象社員の故意の有無や過失の程度など主観的事情も斟酌をすべきとする（岩原紳作編『会社法コメントール19』（商事法務、令和三年）六六七頁（伊藤雄司））。その意味で、AHDに対する当初の報告内容や当該金員の返還状況及びその見通し等の事情という点については、社員間の信頼関係の破壊を基礎づけるものであるから、主観的事情も斟酌をすべきと言う立場に親和的だという（仲卓真・前掲八三頁）。

更に、近年の除名事例においては、「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べき」（東京高判令和元年二月一日金融・商事判例一五九四号二八頁）としている。つまり、除名事由に該当するという形式的判断だけではなく、除名事由の行為により社員間の信頼関係が損なわれることなどにより、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）かという事情も判断が必要としている。この点、除名事由に該当するという形式的判断だけではなく、除名が社員を強制的に排除することに鑑みれば、当該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除名を認めるという慎重な判断基準を示したものであり、妥当だという（松元暢子「会社法八五九条の持分会社の社員の除名の訴えにおける除名事由（東京高判令元・12・11）」私法判例リマックス六三（二〇二二年）九七頁。この他に、この東京高判令和元年二月一日判決の判断枠組みに賛成しているものとして、南健悟「合同会社の社員の除名事由」金融・商事判例一六二一号（令和三年）五頁、小林俊明「社員二名からなる合同会社における除名事由の解釈」ジュリスト一五六六号（令和四年）一五二頁）。他方で、信頼関係の喪失が社員の義務違反の形で具現化する必要があり（神吉正三「社員二名の合同会社において一名の社員の除名の請求が認められなかった事例」龍谷法學五四卷一号（令和三年）三六九頁）、当該会社において社員に除名に値するような責められるべき事情が存在することにより社員間の信頼関係が破綻しているかどうかを判断することで足りており、「事業の継続に著しい支障がある」ことを実質要件としてあげることが

適切かどうかは慎重に考える必要があるという（鈴木千佳子「合同会社の社員について、当該対象社員に除名事由があるとは認められないとされた事例」法学研究九五巻一一号（令和四年）一四三―一四四頁）。

本件判決においては、「本件振込金の本来の使用目的を認識した上で、少なくともその二分の一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、AHD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、被告の職務執行者であるDの上記行為は、会社法八五九条三号所定の「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としている。これは、形式的には三号除名事由に該当する本件振込金の目的外使用行為につき、付加的に三つの事情をも考慮することでの実質的必要性も合わせて判断したことから、形式的除名事由該当性と除名の実質的必要性を総合的に検討した判決として位置づけることができる（熊代拓馬・前掲一二九頁）。

しかし、業務を執行する社員は、持分会社又は他の社員の請求があるときは、いつでもその職務の執行の状況を報告する義務があり（会五九三条三項）、しかも職務執行者

は、業務執行社員が持分会社に対して負うべき義務と同様の義務を負うべきこととされている（会五九八条二項）。

本件ではAHDからこうした規定に基づく請求があったかどうか不明であるが、もしあったとなれば、裁判所の判断によると、「AHDに対する当初の報告」とは違い、「客観的状况に反する報告」をしているという。本規定は、民法六四五条の規定に修正を加え、会社法に新しく書き下ろしたものとしている（神田秀樹編・前掲書一四八頁〔尾関幸美〕）。その目的は、委任存続中、状況や経緯・結果について報告を課すことにより、受任者の適正な事務処理を促進することであり、請求に対する報告の懈怠は、債務不履行であり、損害賠償のみならず、受任者解任（契約解除）の原因となるという（山本豊編『新注釈民法（14）再建（7）』（有斐閣、令和四年）二七三―二七四頁〔一木孝之〕）。そうであれば、当然AHDに対して適正な報告（状況や経緯・結果）がなされる必要があるのにもかかわらず、それがなされていなかったのであるから、会社法八五九条五号にいう、「重要な義務を尽くさないこと」に該当するのではないだろうか。

本件においては、本件振込金の本来の使用目的を認識した上で、少なくともその二分の一を超える額を故意に目的

外に使用したことは背任行為であり、契約違反や損害賠償を根拠づけるものであることから、このこと自体で会社法八五九条三号の除名事由に該当するものであり、また A H D に対して適正な報告（状況や経緯・結果）がなされる必要があるのにもかかわらず、それがなされていなかったということができるのであれば、同条五号にいう、「重要な義務を尽くさないこと」にも該当するといえるであろう。そして、こうした除名事由があるということは、当該社員は除名に値するような責められるべき事情が存在することとなるので、社員間の信頼関係が破綻しているといえることから、Y の除名を認められることとなろう。

以上のことより、本件裁判所の判決の結論に賛成する。

池島 真策