

Title	〔商法九七〕合名会社の社員に対する代表権および業務執行権の喪失宣告(福島地裁会津若松支部昭和四二年八月三一日判決)
Sub Title	
Author	黄, 清溪(Kō, Seikei) 高鳥, 正夫( Takatori, Masao) 商法研究会( Shōhō kenkyūkai)
Publisher	慶應義塾大学法学会
Publication year	1970
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.43, No.11 (1970. 11) ,p.66- 71
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19701115-0066">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19701115-0066</a>

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

## 判例研究

### 〔商法九七〕 合名会社の社員に対する代表権および

### 業務執行権の喪失宣告

#### 【判示事項】

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第八六条第一項第五号に該当する行為があつたとして代表権および業務執行権の喪失を宣告した事例

#### 【参照条文】

商法第八六条

#### 【事実】

原告X会社は、昭和一六年三月一七日同族ら一七名の社員を以て組織設立された合名会社であつて、昭和二八年九月一日被告Y<sub>1</sub>は代表社員に就任し、その息子の被告Y<sub>2</sub>は専務、被告Y<sub>3</sub>は部長として、右被告ら三名が会社の代表および実際の業務執行の実権を握り、その経営の衝に當つてきた。

ところが、昭和三六、七年頃よりその経営方針が放漫乱雑に流れ、その結果、原告X会社は、多額の負債をなし、融通手形を濫発

〔福島地方会津若松支部昭和四二・八・三一判決  
昭和四一(一)七第一九一号代表権等喪失宣告請求事件  
下級民集一八巻七・八合併号九一〇頁〕

し、または融通手形を借り受け現金化して使用し、被告ら三名に対する使途不明の役員仮払金三〇〇〇万余円を発生せしめるなどの事実が認められ、結局、昭和四〇年末を以て事実上休業し破産寸前の状態に陥つた。

他の社員において、会社負債の整理方法につき被告らの善処方を促がしたけれども、誠意ある方策を講ずることなく、さらに、昭和四一年二月頃、原告会社と同種の訴外A株式会社を原告X会社本店所在地に設立し(被告らは役員に名を出さない)、不当にも他の社員の同意を得ることなく、原告X会社の商品および売掛金債権全部を前記会社に譲渡した。けれども、その譲渡価格は公認会計士の評価額をかなり下廻るのみでなく、その代金の支払方法は漸次回収次第入金するという極めて緩慢なものである。

また訴外B株式会社は被告Y<sub>1</sub>、Y<sub>2</sub>がその役員として経営の実権を握っている会社であるが、同会社の昭和四一年四月の決算報告書に

は、同会社が原告X会社に対し多額の貸付金債権を有する旨記載されているけれども、原告会社の帳簿上にはいかなる場合にも、右に該当する借入金債務は計上されていない。

さらに、被告らは杜撰な会社整理案を作成し、債権者（銀行方面）に提出したが、財源の裏付も不十分で実現性に乏しいため、債権者にもうけ入れられなかった。

そこで、原告X会社は全社員一四名の過半数の決議を以て代表者を選び、被告らの代表権および業務執行権喪失の宣告を求めたのが本件である。

#### 【判旨】 原告勝訴。

本件は認定の事実を鑑みれば、被告らが原告会社の業務を執行しまたは原告会社を代表するに当り、原告主張のように不正な行為をなしたものと速断することはできないけれども、前認定のとおり、被告らが専ら会社経営の実権を握りながら、その経営が放漫に流れ、遂には、原告会社を事実上倒産させ、更にその債務整理に関しても種々の不手際をなしたこと、殊に経理面が杜撰なため会社の規模に比して不相応に多額の使途不明金（役員仮払金）を出した上、その経理に関して種々の疑点を抱かれたまま現在に至つてもその合理的な説明をなし得ないこと、また早急にその解決を迫られている債務の整理についても実現性のない整理案を作成し、これが会社の債権者に受け容れられないまま殆どなすところなく今日に至り、その遅延損害金に関する分のみでも会社に日々相当額の損害を与えていることは、たとえそれが被告らの悪意によるものでないとしても、

会社の代表社員または業務執行社員として重大な義務違背であるといふべく、したがつて被告らの右行為は、商法第八六条第一項第五号所定の「重要ナル義務ヲ尽サザルコト」に該当し、代表権または業務執行権の喪失の宣告の事由となり得るものと解するのが相当である。

なお原告は、被告らの行為中には同条第一項第三、第四号、第二項に該当するものがある旨主張する。しかしながら、同条第一項第三、第四号は、業務を執行しあるいは会社を代表するに当り、不正の行為をなし、または権利なくしてかような行為をなした場合を指すものであるところ、被告らに会社財産の横領その他不正行為があつたこと、ならびに権利なくして業務執行または会社代表の行為をなしたことを認めるに足る証拠はなく、また同条第二項は、業務執行社員または会社を代表する社員が精神的または肉体的理由によりその任に堪えない場合を指称するものと解すべきところ、被告らにかような事由があることを認めうる証拠はないから、原告の右主張はこれを採ることはできない。

#### 【評釈】

すでにご承知の通り、昭和一三年法律七二号による改正前の商法七〇条は、合名会社の社員を除名しうる場合を規定していたが、同年の改正によつて社員の除名と並んで社員の業務執行権および代表権の喪失という制度を創設した。

しかし、いかなる事情によるためか、實際上この旧、新両制度は活用されることが極めて少なく、本件で論じられている商法八六条、

一項五号に該当するか否かを論じた裁判例としては、わずかに数件が公表されているにとどまり(大阪地判大正6・1010・19新聞一三二八号二四頁、大判大正7・7・1010民録二四輯一四二二頁新聞一四七四号)、しかもそれはいずれも旧制度時代の「除名の適否」が問題とされている事案である。

本件では、新制度における「業務執行権または代表権喪失」の是非が争点となり、本判決はこれを積極に解すべきものと判断している。恐らく、この点に関して最初の説示をしたものではないかとみられ、その意味において注目に価する裁判例であるといえる。

合名会社では社員間の信頼関係が重視されるから、信頼関係をそこなう社員を、強制的に会社から脱退せしめる必要が生ずる。これに応えるのが除名の制度である。

除名は社員の意思に反して社員の地位を剝奪するものであるから、除名に値する事由がないのに除名されるならば、その者の利益が害される。しかし他に一名の同情者があつても除名することができないのでは他の社員の利益が害されるので、除名事由を決定するとともに、他の社員の過半数の決議に基づき、しかも訴によつて除名を行なうべきものとした。民法上の組合においては、組合員の除名は正当な事由のある場合に限り、他の組合員の一致をもつてすることができ(民法六八条)。また合名会社においては、昭和十三年改正前の旧法では、他の社員の一致を要するとして代りに、裁判所の判決を要しなかつたのである。

これに対して、昭和十三年の改正に当つて、旧法七〇条が改正されたのは次の理由によるものである。人的会社その構成員の数が増

加して構成員相互間の契約的結合が団体の統一性維持の紐帯たりえなくなると、おのずから多数決団体に变质しつつ団体組織の嚴格化をはからざるをえないことになり、ここに量的増大は質的变化をもたらしてくる。旧法の規定のままでは、濫用の恐れがあり、また法的安定性に欠けていたので、裁判所の判決を要するとし、他方、社員の過半数の決議で足るものとした。

業務執行権、代表権剝奪の制度の趣旨は、除名の制度の趣旨に準ずるものであるが、その本質が異なる。合名会社においては社員資格と機関資格とが一致している、会社機関は同時に社員であり(いわゆる自己機関)、社員の除名の制度は、社員資格を剝奪するものであるが、業務執行権、代表権を奪うことは単なる機関資格を奪うだけである。

現行法の建前からいえば、株式会社の取締役は会社の機関ではなく、機関たる取締役会の単なる構成員に過ぎないから、取締役単独では業務執行権を有しない。また会社を代表するのは代表取締役であるが、取締役であることにより当然に代表取締役たるものではない。選任されなければ代表取締役にはなれない。これに対して合名会社においては、社員の業務執行権、代表権は原則として社員地位と一致しているから、株式会社の代表取締役の様に自由にこれを解任する制度を取れないのは当然である。そこで、商法八六条の規定は、法定の事由があるとき、会社は他の社員の過半数をもつて業務執行権、代表権を奪うことを裁判所に請求し得るものと定めた。その権限を奪うことの是非は裁判所の職権を以て判定すべき所に属

する。

合名会社各社員は、会社の業務執行および代表権を有することは原則であるが、しかし商法七〇、七六条の規定により、総社員の同意で、特定の社員に限り、業務執行および代表権を与えることができる。その結果、他の社員の有する業務執行および代表権を喪失させることになる。言い換えれば、七〇、七六条により社員の業務執行権と代表権を奪うことの決定は総社員の同意で行なうが、八六条による場合は、裁判所の宣告が必要である。その差別があるのは、七〇、七六条の場合には総社員の同意に従つて権限を剝奪するものであるから、社員の過半数の決議と裁判所の宣告とによつて、これを奪うことができるものとした。

本件は商法八六条一項五号の「其ノ他重要ナル義務ヲ尽サザルト」を適用した事例である(独逸商法一七条及び二七条。業務執行以外で重要な義務は存しないかと考えるに、業務執行社員の重要な義務はやはり業務執行のみしか考えられないのであり、たとえば、帳簿の記入等の事実行為も業務執行と考えられるのに対し、五号の義務の中には同法七五条の社員の自己取引禁止義務は規定の体裁からして当然含まれないものと解する。

業務執行とは会社の目的たる事業を遂行するために生ずる事務を処理することである。会社がその目的たる事業を遂行してゆくためには、いろいろな事務が行われなければならないが、その中には法

律行為もあるし、準法律行為もあるし、また事実上の行為もある。また会社の業務のうちには、大小、軽重、緩急、常時、臨時の種々雑多な事務が包含されるが、これら目的遂行のために生ずるあらゆる事務を処理することが、みなこの業務執行となるのである。

すなわちまた、同条三号も業務執行について規定しているものと解すれば、三号と五号は、社員の業務執行について規定している点は同一である。そこで、両者の存在意義を考察してみると、三号では「不正」という制限があるのに対し、五号はそのような制限はないから、広義に解釈され得るのではないか。ここで不正行為とは、たとえば社員が旅館業を営む会社においてその旅館で賭場を聞くとか、物品売買業を営む会社においては法令違反の取引をするとか、または会社の金銭を横領することをいう。これに対して、不正の程度に至らない社員の業務執行の態様に関して五号が適用されよう。

たとえば、社員の権限濫用、社員としての管理の失当や任務の怠慢等に対し、五号が適用されるのではないか。従つて、もし業務執行については、三号のみで行くならば、不正以外のことでは除名事由にはならないとの解釈も成立つのではないか(ただ立法論的な考え方をすれば、五号によつて三号は包括されるため、三号の存在理由は無いように思われる。)

そこで、本件の事実認定からすれば、不正の業務執行の類に当たるものは存在しないと解されるし、また前記の如く各規定を考えるならば、本件は五号の適用に関する事例である。したがつて、判旨が五号を適用したことについては賛成する。

さらに、同条第二項については判旨は、業務執行社員または代表社

員が精神的または肉体的理由によりその任に不適任な場合を指称するものと説いている。判旨は、この点について、一身上の事由(肉体的)だけを問題とする根拠を明白にしていなが、一項の各号の事由と二項の事由はそれとは全然異なることに注意しなければならぬ。すなわち、二項は昭和一三年改正によつて始めて設けられた規定であつて、「著シク不適任ナルトキ」は正常なる業務執行を為すべき能力を欠くというが、これは全く容観的な事由をも根拠としていと考えられる。したがつて、一身上の事由のみに限られない(現代外國法典叢書によれば独逸商法一一七条にいう重大なる義務違反はつねに故意)要(過失を前提とするが正常なる業務執行の不能は全く客観的な事由であるとする)要するに、「著シク不適任ナルトキ」とは、会社を代表し、業務を執行する能力が欠ける客観的事実が存在する場合であつて、たとえば、病氣、不在等の事由が存在するときは勿論であるが、会社の事業を遂行する能力がない場合も包含されるのではないか。

そこで、本件の判旨認定の事実からすれば、判旨の説く一身上の事由は存しないのは勿論のこと、客観的事由も存しないことから、判旨はこの点に関して二項を適用しないことは正当である。

なお、判旨は、原告会社は事実上倒産し、営業を停止しているとしても、適切な債務整理を行わずに放置しておく、やがて会社が破綻するのみでなく他の社員個人にも損害のおよぶ可能性があるという意味で、同法八六条一項五号に該当する社員の会社代表権や業務執行権の喪失を宣告する必要があると説いているが、賛成する。

(黃 清深)

この事件においては $Y_1$ 、 $Y_2$ 、 $Y_3$ が会社経営の実権を握りながら、その経営が放漫で遂にX会社を事実上倒産させ、更に、その債務整理に関しても種々の不手際をなしたことが問題とされている。これらの認定された事実に対して、判決はそれが被告らの悪意によるものでないとしても、会社の代表社員または業務執行社員としては重大な義務違背があるとして、商法八六条一項五号を適用して $Y_1$ 、 $Y_2$ 、 $Y_3$ の代表権または業務執行権喪失の宣告をしている。その結論には賛成であるが、右の認定事実に基づく代表権または業務執行権の喪失は、判旨のいうように八六条一項五号に該当するためか、それとも同条二項に該当するためかが問題とならう。そこで、一項五号の重要な義務をつくさないことというときの重要な義務とは何を指すのか、また、昭和一三年の改正で新設された二項の趣旨はどこにあるかが検討されなければならない。

八六条一項五号の重要な義務については、業務執行社員がその業務を執行する義務(商七)を有するにもかかわらず、故意または過失によつてこれを執行しない場合が中心をなすことはいうまでもない。問題は業務執行社員が会社の業務は執行したが、善良な管理者としての注意義務(商六八、民六)に反したという場合にも、同様に直ちにここに含まれるかという点である。判旨は、それが被告らの悪意によるものでないとしてもいつているところから見ると、後者の場合をもここに含ませるものようである。重要な義務の不履行の内容を判旨のように解すると、新設された二項の意味を業務執行社員の精神的、肉体的理由というように限定的に解釈しないと、一

項五号と二項の規定の内容が重複するおそれがある。けれども、そのような限定的な解釈を二項から引出すことは難しい。また、昭和一三年改正前の旧七〇条(現商八六)を見ると、重要な義務違背は除名の事由となつてゐた。その点からいふと、業務執行義務の不履行の場合とか、履行はあつたが不履行と同視される場合がこれに含まれるのは当然であるとしても、業務執行に當つての不正行為(民六八〇以上の場合とはほゞ同様の場合に除名の正当事由があるとされる)もなく、単に業務の執行が不適當であつたという場合までを、除名事由にしてゐたと解することは無理であらう。もつとも、改正後の八六条一項においては除名のほかに業務執行権または代表権の喪失宣告を加えて、しかも重要な義務違背はそのまましておいたから、重要な義務違背があつても直ちに除名事由になるとは限らなくなつた。

八六条一項についてこのように理解すると、社員に不正な行為もないが業務の執行が不適當であるとか、病氣その他で業務執行や会

## 〔刑法 一九〕 不動産侵奪罪にあたることとされた事例

社代表をなさしめるのが不擔任であるという場合、これにいかに対処するかが問題となる。そこで、昭和一三年の改正で二項を追加し、右の事由があるときに一項で定めたと同様の手続で、その社員の業務執行権または代表権喪失の宣告を請求しうるものとした。二項はこのような場合を予想した規定であると解すれば、ここでは除名という処分が認められていない理由も明らかとなる。一項と二項との關係をこのように理解しながら、最初にあげた認定事実をもう一度ふり返つてみると、Y<sub>1</sub>、Y<sub>2</sub>、Y<sub>3</sub>のなした業務執行行為は不正行為であつたとはいえないが、それは放漫でありかつ不手際の多いものというのが判旨の要約である。その意味では、むしろ八六条二項に該当するものとして業務執行権または代表権喪失を宣告するのが適當ではなかつたかと考える。

(高鳥 正夫)

【事実】 本件の事實は、一審、二審を総合すると次のようになる。被告人は、昭和二八年四月頃、本件土地の西隣りにある家屋をMから買つて、そこに居住し建築業を営んでいた。その買受けの

際、Mは被告人に、本件土地(K所有)に「少々の物を置く位は、かまわない」と言つたので、建築資材等の置場として、これを用いていたが、昭和三四年九月の台風のために、この土地の周囲の板塀

不動産侵奪被告事件  
最高裁判昭和四三年(あ)第一四八〇号昭四二・一一二二  
第一小法廷決定案刑集二・一九・一二七九頁(二審)  
大阪地裁 二審 大阪高裁