慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	〔商法六三四〕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 (東京高判令和元年一二月一一日)
Sub Title	
Author	鈴木, 千佳子(Suzuki, Chikako) 商法研究会(Shōhō kenkyūkai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2022
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.95, No.11 (2022. 11) ,p.131- 145
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20221128-0131

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　六三四〕　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

（東京高判令和元年一二月一一日、令元㈜三四二七号社員除名請求控訴事件、控訴棄却（確定）、金融・商事判例一五九四号二八頁）

〔参照条文〕

会社法八五九条

〔事　実〕

Y（被告・被控訴人）は、個人事業主としてパソコン部品の仕入れ販売等を行っていたが、平成一五年一〇月に同事業を行う会社としてA有限会社（以下「A社」という）を設立した。Yは平成一六年一月にaブログという名称で情報紹介ブログ（以下「aブログ」という）を開設し、aブログの運営をA社が受託してアフィリエイト収入（成功

〔判示事項〕

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。

報酬型広告収入）を得るようになり、その後、同事業がA社の主力事業となった。

Yは、平成二三年一二月一四日、Bと入籍し、平成二四年一月五日、A社の事業を引き継ぐ会社として合同会社であるX社（原告、控訴人）を設立し、Bは平成二四年一二月一〇日にYからX社の出資持分の一部を譲り受けて業務執行社員となった。以後、X社の社員は、代表社員であるYとBの二名である。YとBが知り合ったのは平成一八年であり、平成二〇年に長男、平成二四年に長女が生まれたが、平成二六年五月一六日に別居することとなり、平成二七年頃から離婚調停ないし離婚訴訟の手続がなされている。

X会社の業務は主にYが行っており、Bは判決時においてX社の業務を行っていない。

X社は、Bに何ら役員給与を支払った事実がないにもかかわらず、平成二五年分、平成二六年分の給与を支払ったという架空の書類を作成して、存在しない経費（損金）を計上し税務申告をすることで、脱税を図った（法人税法違反行為）ため、X社は加算税・延滞税による損害を被ったこと、Yが架空に計上した上記の役員報酬分の損金相当分の水増し経費分の金額をほしいままに着服横領したこと等の理由を挙げ、Yには会社法八五九条三号、四号、五号に規定する除名事由があるとして、YをX社の社員より除名することを求め、Bが会社法六〇一条に基づいてX社を代表して訴えを提起し、これに対してYは、本件の請求は権利濫用に当たる等の主張をした。

原審判決（東京地判令和元年七月三日判タ一四七五号二一〇頁、金判一五七七号二九頁）は、X社の請求を棄却したため、X社が控訴をした。X社は、控訴にあたり、Yによる法人税法違反の行為はそれ自体重大な犯罪行為であるばかりではなく、X社の社会的評価の著しい低下をもたらしてこれがX社にとって重大な不利益となり、X社の事業活動に悪影響を及ぼす点、Bが会計帳簿等の開示等を求めてもこれを拒否し、開示請求に応じない行為は、X社の社員間の信頼関係を損ない、X社の事業活動に著しい支障を生じさせるものであり、YをX社の社員から除名すべき理由となる等を補充主張した。これに対して、控訴審判決は、原審判決を概ね引用しながら新しい判示事項なども付け加え、補充主張に対しても判断して判決を下した。

〔判　旨〕

控訴棄却

一．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。

二．Yが個人事業として行っていた事業をA社が引き継ぎ、その業務をA社から引き継ぐためにX社がYにより設立されたこと……、X社が主たる事業として受託運営するaブログは、Yが開設しているブログであること……、X社の社員は代表社員であるYとBの二名のみであり、Bは配偶者であるYから出資持分の一部を譲り受けてX社の社員となったこと……、現在、X社の業務を行っているのはYであり、他の一名の社員であるBはX社の業務を行っていないこと……、Yが取材に基づいて毎日複数回更新しているaブログによりX社が年間三〇〇〇万円以上の広告収入等を継続的に得ており、年間の純利益も一〇〇万円を超えていること……などを考慮すれば、YがX社の社員から除名されれば、X社の事業の継続に著しい支障があるというべきである。

三．なお、X社は、YとBが別居したのちのYの行為である、Bからの会計帳簿閲覧等の請求や業務及び財産状況に関する報告等の請求に対するYの拒絶や、BのX社事務所への立ち入りについてのYの拒絶についても除名事由として主張するが、これらはYの上記行為によって社員間の信頼関係が損なわれたというよりも、夫婦であるYとBとの夫婦関係が悪化し、その信頼関係が損なわれた状態が、会社であるX社内部に持ち込まれ、紛争となったというべきものであるから、これをもって社員間の信頼関係が損なわれたということはできず、YをX社の社員から除名する事由とすることは相当ではない。

四．したがって、Yの行為により社員間の信頼関係が一定程度損なわれるとしても、それによりX社の活動が成り立たなくなる（X社の事業継続に著しい支障がある）とはいえず、X社が存続して活動するためにYを排除することがやむを得ないといえるような事情があるとはいえないのであるから、Yを社員より除名するべき事由があるということはできない。

五．確かに、法人税法違反の行為は、犯罪行為となり得るものであって、その重大性は否定しえない。しかしながら、

これをもって直ちにYをX社の社員から除名すべきとするのは、犯罪行為となりうる行為をした者は常に直ちに会社の社員から除名すべきとするに等しく、採用することはできない。……加算税や延滞税の負担についても、その額はX社の主張によれば数十万円であるところ、上述の通り、X社の純利益が一〇〇万円を超えて存することに照らすと、X社の事業活動に重大な悪影響を及ぼすものとまでいうことはできない。

……X社の中心事業であるaブログは、現在、Yが中心となって運営しており、X社のもう1人の社員であるBはこれに全く関与していないこと、過去においても、Bがその運営の中心となった時期はないこと、……このような事情に照らせば、Yの代替が全く不可能とまではいえないかもしれないが、事業運営の中心となっているYがそこから排除されたならば、aブログ事業の運営には重大な支障が生じるであろうことが容易に認められるところであるから、X社の上記主張も採用することはできない。……以上のとおり、当審におけるX社の補充主張を検討しても、X社の本件請求に理由があるとは認められない。

〔研　究〕

判決の結論は妥当であるが、その理由づけには疑問があり、また、本判決が理由づけに当たると判断した事実関係も適切ではないと考える。

一　本判決の意義

持分会社においては、社員相互の信頼関係が基礎になっているため、これが失われたとき、社員はその意思により自由に退社することができ（会社法六〇六条）、さらに、信頼関係が失われた社員がいれば強制的に排除できることが望ましいものの、「除名は当該社員の意思に反して社員資格を剝奪する行為であり、当該社員の利益に重大な影響を及ぼす」ため、「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」ので、「①法定の除名事由がある場合に、②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、③裁判所の判決をもってのみ」他の社員を除名することが認められる（上柳克郎＝鴻常夫＝竹内昭夫編代『新版注釈会社法⑴』（有斐閣、一九八五年）三一七頁［古瀬村邦夫］）。社員の除名は、会社法六〇七条に規定されている法定退社事由の一つである（同条一項八号）。民法上の組合においては、正当の事由ある場合に限

り他の組合員の一致がなければ組合員を除名することはできず、除名した組合員にその旨を通知しなければ対抗できないとされており（民法六八〇条）、除名は脱退事由の一つであって（同法六七九条四号）、その手続は後述の昭和一三年改正前商法の規定と同様であるが、民法において「正当事由」とされるところを、会社法では除名事由として具体化している（上柳＝鴻＝竹内編代・前掲書三一七頁～三一八頁［古瀬村］）。

会社法八五九条は、持分会社の社員の除名事由として、出資の業務を履行しないこと（同条一号）、第五九四条第一項（第五九八条第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、すなわち競業禁止義務違反（同条二号）、業務を執行するに当たって不正の行為をし、または業務執行をする権利がないのに業務の執行に関与したこと（同条三号）、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（同条四号）、前各号に掲げるもののほか、重要な義務を尽くさないこと（同条五号）を挙げており、X社は、Yが三号ないし五号の除名事由に当たる行為をしたと主張し、本判決は、社員を除名するには、形式的に除名事由に該当するだけでは足りず、社員間の信頼関係が損なわれたことにより事業継続に著しい支障があるため、当該社員を排除することが会社存続のためにやむを得ないといえるような事情が必要であるとして、この除名請求を退けた。

また、本事案は、社員が二名のみの合同会社において、一方の社員が他方の社員に対して裁判所に除名の請求を行ったものである。さらに、これらの社員は夫婦であり、公私にわたりパートナーであったが、家庭内の関係に亀裂が入ると同時に両者の間に確執が生まれ、それが会社法上の争いとして除名請求にまで発展したものである。

持分会社すなわち、合名会社・合資会社・合同会社においては、原則として社員が業務執行社員を兼ね（会社法五九〇条一項）、社員が二名以上である場合には、その業務執行を決定するには社員の過半数をもって決定することになっており（同条二項）、業務執行社員は持分会社を代表するが、定款で持分会社を代表する社員を定めた場合にはその社員が会社を代表するとされている（同法五九九条一項）。本事案においても、代表社員はYのみであり、Bは業務執行社員であるが、裁判所は、Bは業務執行には携わっていないと認定している。このように、合同会社の経営を行っている社員が実質Y一人であるという特殊な状況も、裁判所が判決を下す際にある程度の影響を与えたので

はないかと想像される。また、合名会社・合資会社の除名に関する判例はこれまでも存在したが、平成一七年改正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公刊されたのはこの原審に当たる判決が初めてである。

そこで以下では、まず、持分会社における除名制度の沿革を辿りながら、除名制度と解散判決の関係性を考え（二）、次に、当該会社が二人会社であるという特殊性が判決に影響を与えると考えられる点があるかどうかを考察し（三）、さらに、本判決を検討する際に最も問題となる、Ｙの行為が除名事由に該当するかどうかについて検討し（四）、最後に、合同会社ゆえの特殊性に鑑みて特段の配慮をする必要があるのか否かについても考えてみたい（五）。

なお、原審判決に関する解説・評釈としては、大塚和成・銀行法務21八五〇号（二〇一九年）六八頁、同・八五四号（二〇二〇年）八六頁、岩田合同法律事務所「新商事判例便覧三三八〇」商事法務二二二〇号（二〇二〇年）六一頁、長谷川乃理「判批」税務事例五二巻四号（二〇二〇年）七三頁以下、一ノ澤直人「判批」新・判例解説Watch（法セ増刊）二七号（二〇二〇年）一一三頁以下、神吉正三「判批」龍谷法学五四巻一号（二〇二一年）三五三頁以下、小林俊明「判批」ジュリスト一五六六号（二〇二二年）一五〇頁以下、本判決に関するものとしては、谷本誠司・銀行法務21八五九号（二〇二〇年）七〇頁、同・八六八号（二〇二〇年）八〇頁、南健悟「判批」金判一六二一号（二〇二一年）二頁以下、松元暢子「判批」私法判例リマークス六三号（二〇二一年）九四頁以下、鬼頭俊泰・税理六四巻一一号（二〇二一年）一九七頁がある。

二　持分会社における除名と解散判決の関係とその変遷

現行法に至るまでの間、社員の除名に関する制度は変遷し、また、会社の解散判決との関わりも変化してきたので、その点についてまず言及したい（詳しくは、岩原紳作編『会社法コンメンタール19』（商事法務、二〇二一年）六五八頁～六六〇頁［伊藤雄司］参照）。

すなわち、旧商法は、社員が負担する出資を差し入れることができない場合には除名されたものとみなし（同法九四条）、また、総社員の同意なく競業行為を行った場合、社員が業務担当でないにもかかわらず業務担当をした場合、会社に対して詐欺を行った場合、会社に対して主要の責務を甚だしく欠いた場合に、会社は社員を除名することができ、さらに損害賠償を請求することもできるとしていた（同法一〇四条、一〇六条）。さらに、会社がその目的を達

成することができず、また、その地位を維持することができないことを理由に、一人または数人の社員が会社の解散を申し立てた場合には裁判所は解散命令を発することができたが（同法一二七条一項）、会社の地位を維持することができない場合に、他の社員が会社の解散に代えてある社員を除名することを相当の理由をもって申し立てた場合には、裁判所はその社員の除名を命令することもできた（同条二項）。明治三二年商法は、旧商法で複数の規定に分かれて除名事由を規定していたものを一つの条文にまとめ、法定の除名事由に該当する場合に限り、他の社員の一致がなければ社員を除名できないことを明らかにし、除名社員への通知を対抗要件と定めたが（同法七〇条）、他方、やむことを得ざる事由があるときは各社員が裁判所に会社の解散を請求することができ、裁判所は、社員の請求により会社の解散に代えて特定の社員を除名することができると改めた（同法八三条）。そしてさらに昭和一三年改正では、会社は社員が法定除名事由に当たる場合、他の社員の過半数の決議があれば裁判所に社員の除名の宣言を請求できるとし（昭和一三年商法八六条一項）、これに加え、社員が業務執行または会社を代表するのに著しく不適任であるときは一項の規定に従い会社は社員の業務執行権または代表権の喪失宣告を請求できることとしたが（同条二項）、会社の解散判決に代えて除名をすることができるという制度は廃止した（同法一一二条一項参照）。この改正は、他の社員の一致を要件とすれば「他の社員の中に一人でも反対する者があれば、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は」除名できないため適切でないという理由により、他の社員の過半数でよいことにして要件を緩和しつつ、裁判所が関与して判断の公正性を担保することとしたものであると考えられる（上柳＝鴻＝竹内編代・前掲書三二一頁［古瀬村］）。そして、裁判所の関与が求められたのは、「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は裁判所に持ち出されて紛争をむし返すことになるから、そのような迂路をさけて、初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」との説明もある（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（再版）』（有斐閣、一九六八年）一一二頁～一一三頁）。上記の規定は合名会社に関する規定であり、これらは合資会社にも準用されていた（旧商法一三七条、明治三二年商法一〇五条、昭和一三年改正商法一四七条）。そして会社法では、持分会社社員の除名の訴えが八五九条に、業務執行社員の業務執行

権・代表権の消滅の訴えが八六〇条に、会社解散の訴えが八三三条二項に継承された。

三　二人会社における争いの特殊性

会社法八五九条は、裁判所に対象社員の除名を請求する訴えを提起する場合には除名対象社員以外の社員の過半数の決議が必要であると規定しており、社員が二名しかい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どうかの問題が長い間に渡り検討されてきた。これを認めることができるという近時の判例・学説を前提に、本事案では当事者はこれを争ってはいないが、まず、この問題について触れながら二人会社における除名に関する事案の特殊性について検討することとしたい。

会社が社員を除名する際には裁判所の関与なく他の社員の一致が必要であった際の判例ではあるが、大判明治四二年一〇月一三日民録一五輯七七二頁は、合名会社において二名の社員しかおらず、一方が他方を除名した場合において、社員が一名となると会社は当然解散しなければならないため（明治三二年商法七四条五号）、本条は会社に三名以上の社員がおり、その二名以上の意思の合致を必要とすると解し、大決大正一二年一月二〇日民集二巻一号八頁は、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圖ル必要ニ出テタルモノニ外ナラ」ないため、会社の存続を前提とする制度と考え、無限責任社員一名、有限責任社員二名の合資会社の事例において、有限責任社員二名の意思が合致して決議を行った場合であっても、無限責任社員または有限責任社員の全員が退社した場合会社は解散しなければならないとされていること（明治三二年商法一一八条一項本文）を理由として除名を認めなかった。学説も判例を支持するのが通説であったが（上柳＝鴻＝竹内編代・前掲書三二三頁）、片山義勝『会社法原論（第八版）』（有斐閣、一九二三年）一七八頁等は、これに反対していた。

しかし、昭和一三年改正により、社員を新たに加入させて会社を継続する途が開かれたことにより（同年改正商法九五条二項、一六二条二項）、法が他の社員の過半数決議を要求しているのは単に通常の場合を想定しているに過ぎないとして、判例に反対する見解が増えていった（大隅健一郎＝今井宏『会社法論上巻（第三版）』（有斐閣、一九九一年）九六頁、大野・前掲一一四頁、山口幸五郎「判批」『会社判例百選（新版）』（一九七〇年）二五七頁、田中昭

「合資会社」鈴木竹雄ほか編『新商法演習2』（有斐閣、一九七四年）二五九頁、北沢正啓『会社法（六版）』（青林書院、二〇〇一年）八四八頁。上柳＝鴻＝竹内編代・前掲書三二三頁［古瀬村］）。山形地酒田支判平成三年一二月一七日判時一四二五号一二七頁も、商法八六条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るとし、また、ここで原告が挙げる前掲大判明治四二年一〇月一三日、前掲大決大正一二年一月二〇日は昭和一三年改正前の判例であり、昭和一三年商法改正で会社が継続できることになったことから、これらの判例は現行法には妥当しないことを指摘して、社員が二名の合名会社において除名を肯定した。しかしながら、これに対して、条文が過半数決議を要求している趣旨は、「除名され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意味と解しなければ少数者が専恣をなし会社内部の平和を害することとなり、また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」（田中誠二『会社法詳論下巻（三全訂）』（勁草書房、一九九四年）一二四三頁～一二四四頁）として、あくまで複数人による過半数決議を要すると解する立場を維持する説もあった。そしてさらに、平成一七年制定の会社法においては、持分会社において社員が一人となることは会社の解散事由ではなくなり（同法六四一条四号は「社員が欠けたこと」を解散事由としているため、社員が一人になっても会社は解散することはない）、合資会社で有限責任社員が退社したことで無限責任社員のみとなった場合には合名会社となる定款変更をしたもの、また、無限責任社員の退社によって有限責任社員のみとなった場合には合同会社となる定款変更をしたものとみなすという規定（同法六三九条）が置かれたことが、二人会社においても除名が可能であるという考え方をさらに後押しした（江頭憲治郎＝門口正人編代『会社法大系1』（青林書院、二〇〇八年）三五八頁～三五九頁［太田穣］、奥島孝康ほか編『新基本法コンメンタール会社法3（第二版）』（別冊法学セミナー二三九号、日本評論社、二〇一五年）四六三頁［今泉邦子］、酒巻俊雄＝龍田節編代『逐条解説会社法第九巻』（中央経済社、二〇一六年）三四五頁［一ノ澤直人］、江頭憲治郎＝中村直人編著『論点体系会社法6（第二版）』（第一法規、二〇二一年）三七二頁［前田修志］、中村康江「持分会社における社員の除名制度と除名事由」立命館法学三八七号＝三八八号（二〇一九年）二三一頁、一ノ澤・前掲一一四頁）。東京地判令和三年一一月二九日LEX/DBNo.25601488も、規定が過半数決議を要

求しているのは社員が三名以上である通常の場合を想定していると解され、また、会社法六四一条の規定などに照らせば社員が二名の合同会社においても、このうちの一名の社員の意思に基づき訴えをもって社員の除名を請求できることを認めている。

以上の論争においては、除名を認めると会社の解散に至ることが問題とされ、それを避けることができるかどうかが問題となり、その場合でも解散に至らないことが明文化されるとその適法性を容認するという方向に進んだように思われる。しかし、後述するように、このような傾向が、社員の除名が可能かどうかの判断に会社の継続を維持することが可能かどうかを絡めてそれを強調する考え方にもつながった可能性も否定できない。除名は、必ずしも会社の存続を前提とする制度と考える必要はないのではあるまいか（同旨：山口・前掲二五七頁）。

したがって、二人会社においては、過半数の決議を要することは通常の場合を前提にした規定と考えて、その手続要件を満たしているかどうかについては、除名決議が単独社員の意思表示で代替できるかどうか、という点を考察すれば足りると考える。株主総会においてでさえ、株主全員の同意はその決議に代替すると考えることができること（会社法では、株式会社においては株主全員の同意を決議とみなす規定がある（同法三一九条））を想起すれば、持分会社において単独社員の意思決定は社員総会の決議に同一視されることは認められるべきである。

しかし、このように考えると、多数が少数を除名する場合のみでなく、二人会社で対立がある場合にも一方が他方を容易に排除しうることを認めることにもつながる危険性も孕んでいる。本件においても、別訴で、YがX社を代表してBの除名も請求されているようであり、実質的に除名合戦となっているが、別訴も裁判上の和解により解決がはかられた（小林・前掲一五三頁）。この点に鑑みて「会社の業務執行を担う多数社員（会社法五九〇条二項参照）により、信頼関係が損なわれた少数社員の除名が求められる事案と比較すれば、上記のような事案（筆者注：いわゆる二人会社の事例）では、会社法八五九条の趣旨である会社の業務継続の影響の観点から、対象社員の除名事由がより説得的に主張される必要があるものと解される」（判タ一四七五号二一〇頁［原審判決の解説部分］、長谷川・前掲四頁）というような指摘もあるが、原審判決および本判決はこのような限定はしておらずすべての持分会社を対象としていることに問題はないと考える。

四　社員の除名を相当とする事由

本判決およびその原審判決は、「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。」と判示するのは、単に除名事由に該当するという形式判断に加えて、さらに実質的な判断を必要としており、社員を除名するためには慎重な考慮が必要であることを一般論として展開している（南・前掲四頁）。また、当該社員が残存すれば「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）」というような「当該合同会社が存続して活動するためやむを得ないといえるような事情」があることを要するという点については、会社法八三三条二項が「やむを得ない事由がある場合」に、持分会社の社員に訴えをもって会社の解散を請求することできるとすること要件の近似性がみられることに注目すべきである（岩原編・前掲書六六一頁［伊藤］はこの点を指摘し、「基本的に妥当な方向性を示すもの」と評価する。南・前掲五頁、松元・前掲九六頁等も同じ）。しかし、法定されている除名事由を充足している場合でも、さらに除名が適当であると考えられる実質要件の必要性とその内容の当否をどのように考えるべきであろうか。

まず、本判決の第一の問題点は、裁判所が実質要件の検討に力を注ぐあまり、当該社員が法定除名事由に該当するのかの検討を疎かにしているのではないかということについてである。しかしながら、これまでは一般論として、三号の不正行為の例示として、会社の金の横領等も挙げられていた（上柳＝鴻＝竹内編代・前掲書三一八頁～三一九頁［古瀬村］）。本事案の第一審では、原告も除名対象社員の行為が会社法八五九条三号、四号、五号にあたることを主張したのみであり（南・前掲三頁）、判決は、それを受けてどの行為がどの除名事由に当たるのかの点について明確にしていない（中村・前掲二三九頁）。

控訴審では、Yは補充主張として、法人税法違反の行為はそれ自体重大な犯罪行為であるばかりではなく、会社の事業活動に重大な影響を及ぼしたと主張したが、判決は「犯罪行為となりうるものであって、その重大性は否定し

えない」としながら、「犯罪行為となりうる行為をした者は常に直ちに会社の社員から除名すべきとするに等しく、採用することはできない」と判断し、しかし、それに続けて加重税・延滞税の負担がX社の年間の純利益を超えて存在することに照らせばその事業活動に重大な悪影響を及ぼすものとまではいえないと判断している点については、事業活動に重大な影響があるかどうかの点に重点をおいて当該行為が三号・四号の「不正行為」に該当するか否かの点は曖昧になっている（第一審判決についても同様の指摘をする者として、中村・前掲二三九頁、長谷川・前掲七五頁、神吉・前掲三六六頁）。まず、最初に除名事由に該当するかどうかを明らかにすべきである。また、この点については信頼関係の破綻・事業継続の支障の程度を示すことができれば十分であり、損害額の大小に注目する必要があるかどうかは疑問との指摘もある（小林・前掲一五二頁、南・前掲六頁、松元・前掲九七頁）。

また、除名事由として列挙されるのは、いずれも重要な義務違反に当たる（田中耕太郎『改正会社法概論（改版）』（岩波書店、一九三九年）二三二頁）。重要な義務違反については、悪意によるもの、過失によるものが考えられるが、過失の程度を裁判所の職権をもって判定すべきであるとして、義務の主観的状況を重視すべきとする判例がある（大判大正七年七月一〇日民録二四輯一四二二頁）。また、前掲山形地酒田支判平成三年一二月一七日判決は、原告が主張する除名事由はないが、重要な義務（商法七〇条・六八条、民法六七一条・六四四条）違反があり、しかも、その主観的情状は重いとして平成一七年改正前商法八六条一項五号に該当する除名事由があると判断した。本判決が実質的要件を考慮するのは、これらの考え方を踏襲した結果と評価する者もある（一ノ澤・前掲一一四頁、南・前掲五頁）。この判例の評釈において、問題とされる社員の義務違反行為を全体的に評価して重要かどうかを判断すべきであって、一つ一つは些細な行為でありそれ自体は重要な義務違反とはいえないが、それらが積み重なることにより社員間の信頼関係を失わせるに至ったかについて判断することもできるとの見解も示されている（鈴木達次「判批」早稲田法学七〇巻三号三六一頁。松元・前掲九七頁もこれに賛成）。しかし、全体的に評価できるのは「義務違反」か否かの点であり、実質要件を含めて全体的に評価してよいということではないように思われる。

次に、実質要件に関する問題であるが、前掲大審院明治四二年一〇月一三日判決は、法が除名による社員の退社を

認めるのは「会社ノ存続ヲ圖リ、其解散及ヒ新設ノ不利ヲ免レシメンカ爲メ」と理解して、会社の解散に代えての除名との区別が曖昧であり（岩原編・前掲書六六頁［伊藤］）、また、大審院昭和八年六月一〇日判決（民集一二巻一四二六頁）においても、「当該社員ト共ニ会社ヲ持續スルコトガ経済上信用上困難ナリト目スベ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テ仍テ以テ其ノ目的トスル事業ノ遂行ヲ容易ナラシメンガ爲メノ必要ニ出ツルモノ」と除名の意義を解している（前掲大決大正一二年一月二〇日もほぼ同様の内容を述べる）。確かに、除名が会社の継続を前提にする制度であることについては学説においてもほとんど異論は認められない。しかし、立法経緯でも確認したように、除名は解散の代替措置として捉えるべきではなく、また、事業の存続が困難な場合に解散か除名かという二者択一のどちらを選択することがその会社にとって有効かという効果の面から考える必要もない。

会社法八三三条二項は、その一項で規定する株式会社の場合と異なって、「やむを得ない事由がある場合には、持分会社の社員は、訴えをもって持分会社の解散を請求することができる」と規定するが、これに関して、かつては、社員の対立により会社の存続が困難である場合においても特定の社員を除名する事により打開の手段があることを理由に会社の解散請求を棄却した判例（最判昭和三三年五月二〇日民集一二巻七号一〇七七頁）もあったが、「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、右の業務執行が多数派社員により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のない恒常的な不利益を被っているような場合にも、また、これを打開できる手段のない限り、解散事由があるものというべきである」とする判例も出てきた（最判昭和六一年三月一三日民集四〇巻二号二二九頁）。解散判決がこのように業務執行が困難であるか否かに拘泥せずその打開策があるかどうかをフレキシブルに考えるのであれば、本判決が、除名対象社員が残ることで事業継続に支障がある場合しか除名できないとすることにより、会社の解散を避けるための除名という方策が残る場合においてもそれが否定され、会社は継続するものの、常に争いの火種は尽きない、という状況に陥ることになろう。社員の除名は当該社員の意思に反して社員資格を奪うものであるから、裁判所の判断は安易に行われてはならないが、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挙げることは適切かどうかについては慎重に考える必要があるように思われる。

そして最後に、本判決が実質要件を満たすと考える事実関係を示す際においても問題があったと考えられる。本判決は、「当該合同会社が存続して活動するためやむを得ないといえるような事情」を重視しすぎる結果、実際にはX社が誰と共に会社を継続させるのが良いのか、という視点で結論を導き出そうとしているように思われる。これは、裁判所がその判断を下す際に、社員を除名することと社員を残すことの利益較量をしていることをうかがうことができ、柔軟かつ妥当な判断につながるといういう点が評価できるとする見解（中村・前掲二四〇頁）もあり得るが、これは、少なくとも、除名対象社員を残存させると会社の継続が成り立たないという視点で考えるべきである（さらに、松元・前掲九七頁は、「事実上」事業の存続が困難にある場合についても、除名を否定する必要はないとする）。しかし、当該判決は、除名対象社員を残さないと会社が成り立たないという視点を重視して、それによって除名不可と判断していることは判断として誤りである（同旨：小林・前掲一五二頁、松元・前掲九七頁）。また、Yが除名されても、aブログを従業員として継続することも不可能ではないから、これを理由として除名事由に当たらないとすることには疑問があるという指摘もある（南・前掲六頁）。

また、YがXの会計帳簿開示請求を拒否したことも、社員同士の信頼関係の破綻が原因ではなく、夫婦関係の悪化によるものと位置づけて、その行為を正当化しているが、そもそも当該会社のように私的な関係と会社における関係の区別が難しく両者の関係性が絡み合っているような会社においては、裁判所が紛争において線引きするのは難しく（一ノ澤・前掲一一六頁注（17））、真の不和の対立の原因を強調することは意味を持たず（小林・前掲一五二頁）、本事案ではその経緯にかかわらず社員間における信頼破綻があるかを判断すべきであった（松元・前掲九七頁も同旨）。

以上の検討を踏まえると、本判決の示した除名のための実質要件の内容と、それを充足するかどうかの判断において考慮した事実は必ずしも決め手になるものではなく、あくまでも条文上掲示されている除名事由を満たすかどうかについて裁判所は判断するべきであったと考える。また、本事案においては、Bの側にも責められるべきところはある。原審でYが主張したように、当該会社は実質的に一人

会社であって、Bはその業務執行社員としての実態が認められないため、BがX社を代表して訴えを提起するのは権利濫用に当たると判断されても致し方ない事例であるかもしれない。さらに、お互いに他方の除名を求めて争っても、一概に、一方だけが悪いからその者を会社から排除すべき、という結論には至らない事例のように思われる。

五　合同会社に特有の問題

ところで、令和二年の「税務統計からみた会社法人企業の実態」（https://www.nta.go.jp/publication/statistics/kokuzeicho/kaishahyohon2020/pdf/kekka.pdf）を参照すると、合同会社を採用する会社は一三万四一二四社であり、平成一七年に同制度が創設されて以来、これを利用する会社の数はずっと右肩上がりに増加している（ちなみに五年前の平成二八年度調査をみるとその数は六万六〇四五社であり、短期間におよそ二倍となっている）。そのため、他の持分会社における同様な紛争よりも、今後、合同会社における紛争が増えていく可能性も高い。

そこで、持分会社全体を適用対象としているような規定においても、これらを合同会社にも同様に適用してよいかが問題となろう。しかし、本件に適用される会社法八五九条も、持分会社の規定で特に適用対象を限定していないため、当然、当該規定は合同会社の社員の除名についても適用されると考えるべきであろう（江頭＝中村編著・前掲書三六九頁［前田］、小林・前掲一五三頁等）。

合同会社の社員は他の持分会社の社員と異なり、会社債権者に対して間接責任で、かつ、有限責任を負うのみであるため（会社法五七六条四項、五七八条）、退社した社員は持分の払戻しを受けることができるが（同法六一一条）、合同会社の場合には合同会社の債権者が異議を申し立てることができる（同法六三五条）などの特別規定も存する。合同会社の社員の除名により多額の払い戻しを必要とした場合、それによって事業継続に支障が生ずる場合もないとは言えず、そのことから合同会社においては、社員の除名事由を他の持分会社に比して狭く解する余地もあるのではないかとの指摘もある（南・前掲六頁）。しかし、持分会社の社員の退社に伴う影響を最小限とするように、会社法は上記の特別規定を置いているのであるから、合同会社も、社員の除名に関する点では、その他の持分会社と同様に解釈することができる。

鈴木千佳子