

合同会社からの社員の退社に関する諸問題

増田 政章・浦川 章 司

もくじ

- I はじめに
- II 退社の意義
- III 退社制度の問題
- IV 除名に関する問題
- V 2人会社における問題
- VI 持分の払戻しに関する問題
- VII おわりに

I はじめに

社員が持分会社から離脱する方法は、持分会社が消滅する場合と存続する場合で異なる。前者は会社の解散であり、後者は退社である。

持分会社自体が消滅しないで引き続き存続することを意図した場合、そこから離脱する社員は自己の意思にもとづいて離脱するか、もしくは、自己の意思に反して、強制的にその会社から離脱させられるかの2つの方式が考えられる。自己の意思に従って会社から離脱する方式として、持分の譲渡、任意消却および脱退があり、自己の意思に反して行われる方式として、除名および強制消却があげられる。

以下、本稿で議論するのは、会社の存続を前提とする離脱に関する問題についてであり、ここで言う離脱とは、社員が持分会社における社員たる地位、すなわち、持分を喪失することである。社員の離脱後、その社員の

持分が存続するか否かは議論の直接の対象とするところではない。

社員が持分会社から離脱するにはそれなりの理由があるが、任意に会社から離れようとするならば、社員はその持分を他者に譲渡すればよいことである。しかし、持分会社では、社員は自由に自己の持分を他者に譲渡することはできず、原則として、他の社員の承諾のもとで行うことができるにすぎない(会社法585条)。そこで、会社法は持分会社のために退社制度を設けている。退社制度の1つの目的として、会社を消滅させず、会社関係から社員を切り離すことで、なお会社を存続させる、いわゆる企業維持があげられる。したがって、会社消滅を招く解散とはその目的が異なる⁽¹⁾。だが、社員が退社するのであるから、それに伴う利害関係者、すなわち、退社する社員、残存する社員、会社および会社債権者のそれぞれの利害が対立するので、利害が調整されるように法は規制している⁽²⁾。

会社法は、606条以下で退社に関する規定を設け、利害関係者の調整をはかっている。主要な規定は旧商法で合名会社に関して定めていたものであって、それらが受け継がれている。合同会社に関しては特則が定められていると共に、若干の新たな規定もみられ、持分会社における退社制度の目的や機能の発揮が期待されている。

退社制度は持分会社を対象としているのではあるが、全ての社員が有限責任を負う合同会社と無限責任社員がいる合名会社および合資会社とは構造上の相違がある。会社法の規定で有限会社に代わる会社形態として合同会社が導入され、巷でも合同会社の活動が散見されるようになってきている。この会社形態が中小企業に選択されることは言うまでもなく、退社制度が会社と社員間および社員相互間の法律関係の調整機能を果す意義は大きいものと思料される。

退社制度が合同会社でどのように利用され、機能して行くかは不明であるが、すでに退社制度が実践で機能しているドイツ法の実務を検討し、合

同会社における退社制度の効用を探りたい⁽³⁾。

本稿では、退社制度の問題を持分会社全体を対象とするのではなく、合同会社を中心にとらえて検討する。そして、会社法の定めにあわせ、退社とは脱退と除名をいい、退社の効果は社員が会社から離脱することである。そして、その離脱が当該社員の意に反するか否かで除名と脱退を区別している。したがって、たとえば、除名の効果の説明は同時に脱退についても妥当する。

注

- (1) 会社の解散は会社の消滅となり、事業、労働の場を喪失すると共に、会社をとりまく多くの利害関係者の不利益を招く。会社の解散は特別な手段と考え、当該社員を会社から離脱させることで、解散の痛みを和げ、すべての利害関係者の利益が確保されるのが退社である。会社内の争いを除去するために解散という手段に訴えるよりも、きわめて痛みの少ない手段が退社制度である。
- (2) 退社についての規制方法として、それぞれの国において異なる。まず第一に、会社から社員が退社することにつき、法律で詳細に規定する方式である。典型的な例として、スイス法があげられる。第二に、会社の定款中で、会社が任意にその定めをする形式である。そして、第三にあげられる方式として、判例でその根拠を確立し、定款で退社に関する定めがなくとも、退社が可能とする、ドイツ法のとる規制方法である。

ドイツでは、1971/1973ドイツ有限会社法政府草案中で、退社(脱退と除名)に関する規定が設けられたが、これは諸事情の結果、法律として成立していない。

- (3) ドイツ法での実務とは、有限会社法のそれをいう。ドイツ有限会社法では、除名・脱退・解散の外、社員が会社から離脱するにつき、持分譲渡は原則自由に行うことができること、および、持分の消却(任意消却および強制消却)が認められていることをあわせると、日本法におけるよりも社員が会社から離脱することのできる余地が広い。また、ドイツ法上、退社権(Austrittsrecht)、すなわち、社員はいかなる場合でも、会社関係に拘束されずに、この拘束から脱する自由があるとした脱退権(Ausscheidensrecht)、ある社員が会社に留まることにより企業維持がはかれない場合に、他の社員が当該社員を除名することができる除名権(Ausschlussrecht)が認められている。

文献で、AustrittとAusscheidenを厳格に区別せず、同意義で用いているのが散見される。本稿では、一応、Austrittを退社、Ausscheidenを脱退として用いる。

II 退社の意義

(一) 定義

退社とは、存続している会社において、社員たる資格が消滅することをいう⁽¹⁾。

通例、退社の定義づけにあたり、社員の意思の要素はない。社員が会社から退社するという命題にあっては、社員が自己の意思に反しているか、または、自己の意思に依拠しているかということは問題とされない。退社の主たる効果は、社員の意思の存否に左右されずに同一である⁽²⁾。

(二) 退社の分類

退社は、これをつぎのように分類することができる。すなわち、狭義の脱退 (Ausscheiden i.e. S.)、脱退 (Austritt) および除名 (Ausschluß) である。

狭義の脱退では、社員は何ら意思表示することなく退社する。すなわち、社員は一定の退社事由が発生することにより、会社から自動的に退社する。したがって、この退社事由は、あらかじめ、法律や定款で定められていなければならない。この種の退社は、脱退する社員および会社に残る社員の双方の側から何らの障害もなく実行される。たとえば、社員の定年あるいは死亡などの脱退事由の発生で退社が行われる。

一般に主張される脱退は、社員が会社から退社することを欲し、相応の意思表示によって引き起こされる。ある社員に脱退の可能性があれば、他の社員はその脱退に関与する余地はない。

除名は、他の社員がある社員の退社を欲し、それに応じた除名のための意思表示によって生ずる。すなわち、ある社員に重大な事由が存在し、他

の社員がそれにもとづき除名のための意思を表示する。除名は、たいてい除名される社員の意思に反して実現されるが、それは除名の概念上不可欠の要件と解されない⁽³⁾。

(三) 脱退権および除名権

他の社員がある社員を会社から除名する権利を除名権、そして、社員自らが会社から脱退する権利を脱退権という。これらの権利は会社の基本原理として位置づけられている。

脱退権は、実質的にみると、会社関係の解約告知権と異なるものでなく、重大な事由と結びつかない権限として定款中でこれを定めることができる⁽⁴⁾。

(四) 日本法の規制

日本法における退社、すなわち、脱退および除名に関する規制について概観する。

まず、会社法および民法上から、脱退、除名および退社の用語についてみてみよう。会社法606条以下で持分会社につき「退社」、「除名」および「脱退」の用語がみられる。会社法の規定は、旧商法84条以下で定める合名会社および合資会社に関連したものであり、それに対応する民法678条以下は組合に関する定めである⁽⁵⁾。会社法と民法で一致した用語方法が用いられていない。たとえば、会社法606条に対応する民法678条をみると、会社法では「任意退社」であるが、民法では「任意脱退」、会社法607条と民法679条をみると、会社法では「法定退社」、民法では「非任意脱退」と表現され、用語の用い方に相違がある。用語法が異なっても、たとえば、会社法607条8号と民法679条4号で、共に、除名が挙げられており、除名は、会社法で退社事由、民法で脱退事由になっているが、内容としては同

一性を示している。この用語法は「見出し」にすぎず、法律の内容については差異はないと言われようが、一般的に用いられる用語法からみると当然に違和感があり、統一されるべきことであろう。

(五) 退社と解散

社員が会社から離脱する方法は、その会社が消滅する場合と存続し続ける場合に分けて想定される。会社が消滅する場合として、解散が考えられ、会社が存続する場合として、退社が掲げられる。

社員が会社から離脱するという効果においてみると、解散と退社は同一の機能を果たしている⁽⁶⁾。とすれば、この解散と退社は同一の概念の範ちゅうでとらえることができるかが問題である。すなわち、相互に補完関係にあるかということである。

退社の法的性質については、解散であるという見解がある⁽⁷⁾。この考え方によれば、会社からの社員の退社（脱退・除名）は部分的にみると会社の解散を意味する。退社は会社と退社する社員との間に会社の解散に相当する効果を惹起する。ただし、退社では、会社の清算は行われずに、会社は退社する社員以外の者によって存続する。そして、ここでいう相当の効果とは、退社する社員が社員たる地位を直ちに失うのではなく、払戻しが履踐されるまで社員たる地位は維持されるということである。この立場では、退社する社員と会社または残存する他の社員との関係をみると払戻しの計算と解散の場合の清算については類似した効果がみられる⁽⁸⁾。

たしかに、会社の解散は清算に至るが、解散は法律または定款で定められている解散事由（会社法641条）および解散命令・判決（会社法824条、833条）にもとづき生ずる。会社が解散するとしても、この時点で会社は消滅するのではなく、同時に、社員がその社員たる資格を失うわけでもない。解散事由の発生は、会社の消滅をきたす法的根拠にすぎない。

会社は、解散事由の発生でその目的のみを変更する。すなわち、新たな目的は、社員間での計算である清算である。会社は清算会社として存続し、また、いつでも商事会社に復帰することも可能である。会社は清算段階でも存続するのであるから、この時点でも、また社員は退社することができる⁽⁹⁾。それによって会社の消滅を回避することができれば、退社の効用はこの場合にも認められよう。たとえば、社員はいつでも告知することができるのであるから、それによって退社は可能である（会社法606条）。退社は、会社が存続している限り、起こり得ることである。

そこで、退社をいかにとらえるかであるが、退社は解散の代替手段としてとらえるのではなく、あくまで退社は会社法上の固有の法的事実と概念づける⁽¹⁰⁾。したがって、ある社員を除名すべき判決を求める訴えを提起した場合に、裁判所は、除名判決に代えて、解散判決を下すことはできないし、また、その逆も許されない。

注

- (1) 古瀬村・新版注釈会社法(1)・303頁。
- (2) 退社を区別するにあたり、社員の意味にもとづく任意（自由）退社と社員の意味にかかわらず法律で定める一定の事由の発生にもとづく法定退社がある、という表現の仕方が用いられる。
- (3) ドイツ有限会社法上、退社に関する定めはないが、通例つぎのように退社について説明される。

会社が社員の退社後になお存続する場合に、社員の意味により2つの退社の方式が考えられる。広義における脱退と広義における除名である。前者では、脱退する社員は任意で、そしてやむを得ない場合には、他の社員の意味に反して、会社から離脱するあらゆる場合を包含する。後者では、会社もしくは残存する社員がある社員をその意に反して、会社から離脱させるあらゆる場合をいう。したがって、広義という脱退には、持分の譲渡（ドイツ有限会社法15条）、会社への持分譲渡（同33条）、持分の任意消却（同34条）、無制限の追加出資義務に対する、社員による持分放棄（同27条1項）も含まれている。個々の社員には狭義の脱退権が認められる。これは、一方で、定款で明示的に定められなくとも、あらゆる社員にもはや会社にとどまることが期待できない重大な事由

(やむを得ない事由)がある場合、他方で重大な事由ではないが、通常の告知権の行使に至るような事由を定める場合に生ずる。

広義の除名には、基本資本ないし追加出資の完全な拠出がないことを理由とする、持分の失権 (Kaduzierung) (同21条・28条)があり、さらに、正規の通知により、持分の放棄に至る会社の権利 (同27条) および持分の強制消却 (同34条22項) も含まれる (Michalski, GmbHG, Band I, 2002, Anh. § 34 Rn.1)。

(4) Michalski, a.a.O.; Goette, GmbHG, 2.Aufl., S.117 und S.192f.

除名権 (AusschluBungsrecht) は、RG 時代に、ある社員が会社に帰属することが会社にとって耐えられない場合に、会社に重大な事由から除名権が認められている (RGZ 169 330, S.333) (Hachenburg/Ulmer, GmbHG, 8.Aufl., Anh. § 34 Rn.2)。

(5) 会社法および民法以外の退社についてみてみよう。信用金庫法上の退社であるが、会員の意思にもとづく自由退社 (同法16条) と一定の事由が発生すれば、会員の意思にかかわらず脱退する法定脱退 (同法17条) が定められている。この脱退という用語の用い方は民法のそれと同じであり、ちなみに、同法17条で定める法定脱退として除名があげられる。

信用金庫法上、会員の意思によらないで脱退する自由脱退は持分の譲渡を意味し、会社法および民法における解約告知 (予告) を言うわけではない。

(6) 退社制度は人的会社固有のものである。一方で、退社する社員の利益を考え、他方で、会社および残存社員の利益、つまり、企業維持という経済的利益を基礎にしている。この企業維持という経済的機能からみると、解散と退社の相違が明らかである (増田「有限会社の解散」近畿大学法学第24巻第1号32頁以下)。

(7) K. Wieland, Handelsrecht I. Band, 1921, S.717f.

(8) 会社法607条の法定退社事由の1つとして除名と並んで解散が掲げられている。そして、解散について会社法614が定められている。この法形式をみると、除名と解散が同列化されているといえよう。

(9) とくに、除名については、重大な事由がある場合には、その意義がある。清算中の会社以外に、設立中の会社でも除名は認められる (Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 18.Aufl., § 34 Anh. Rn.2; Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, 2006, § 11 Rn.50 u. Anh. § 34 Rn.9)。

(10) たとえば、Bollmann, Das Ausscheiden aus Personengesellschaften, 1971, S.6ff.; Forrer, Die Mitgliedschaft und ihre Beurkundung, 1959, S.118.

Ⅲ 退社制度の問題

(一) 問題の所在

会社法606条はつぎのように規定している。持分会社が存続期間を定めなかった場合、または、ある社員の終身の間持分会社が存続することを定款で定めた場合に、各社員は、事業年度が終了する時に退社することができるが（同条1項）、これについては、定款で別段の定めをすることができる（同条2項）。それ以外に、社員は、やむを得ない事由があれば、いつでも退社することができる（同条3項）。本条は、社員が自己の意思にもとづき、自由退社することができる、いわゆる任意退社を定めている。

この会社法606条が定める退社は、すでに述べているとおり、本稿でいう退社の区分でいうと通常の脱退（Ausscheiden）である。以下本稿では、脱退については、第3項でいう「やむを得ない事由」があれば、社員はいつでも退社できる場合を議論の対象とする。まず「やむを得ない事由」（重大な事由）があれば脱退することができるが、その脱退が完結するまでの間にどのような問題が生ずるかをみることにする。持分会社（人的会社）では広く定款自治の原則が認められるのであるから、定款の定めにより脱退に条件ないしは制限を設けることができるか、とくに、会社内部で何らかの争いが生じている場合には、脱退の意思表示をした後、脱退を実現するために必要な措置がとられないまま放置されるときに、どのような対策を講じるべきか等について、社員が自己の意思で退社する例を想定して、ドイツ法の実務を検討する。

除名と脱退はその効果において類似するので、以下の説明は双方に共通する問題を含んでいる。

（二）脱退の実行

（1）二段階による脱退の手続

① 告知の意思表示

持分会社の社員の脱退の手続は、まず、社員による脱退の一方的意思表示、すなわち、告知（Kündigung）で始まる⁽¹⁾⁽²⁾。この意思表示には、別段の要式はなく、口頭でも書面でもよい。脱退しようとする社員の意思表示は形成権であるので、原則として条件を付けることはできない。この意思表示の名宛人は会社である。脱退の告知をした社員の社員たる地位は、告知が会社に到達したときに喪失するわけではなく、また告知が効力を生じた告知期日に終了するわけではない。当該社員は自己の持分に対する払戻しの支払いを受けるまで社員としての地位を有する。

ドイツ法上、会社は脱退する社員の持分については、それを消却するか、あるいは、会社、他の社員または第三者に譲渡するかを選択権を有することから、当該社員は、その持分を有効に消却ないし譲渡され、それによって払戻しの支払いを受けたときに会社から退社する⁽³⁾、すなわち、この時点で社員たる地位を失うのである。このように、脱退は、まず、社員の会社に対する告知がなされ、ついで、その持分が実際に消却または譲渡されるという過程を経る。

日本法上では、会社法606条にもとづき、社員が告知の意思表示をしたならば（定款の定めがある場合を除いて）、当該社員は会社に対して持分の払戻しを請求することができる。そして、会社は、その持分の払戻しにあたり、退社の時（除名では、訴えを提起した時）の会社の財産の状況に従って計算しなければならない（会社法611条1項・2項）としている。そして、その払戻しは会社の財産をもって行われるのであるが、とくに、合同会社では、全ての社員が有限責任を負担するという特色から、一定の条件設定がなされている（会社法626条）。すなわち、払戻しの支払いをするにつき

必要な財産が不足するときは、資本金を減少しなければならない。その場合に、株式会社におけると同様、債権者の利益保護をはかる債権者異議の手続がとられる（会社法635条⁴⁾。

ところで、会社法は、持分の払戻しについて定めるが、それ以外の持分の処理について何らふれていない。会社法の定めからみると、会社は脱退する社員の持分の払戻しをすれば、その後の効果は持分を消却したことになる。もし、会社が持分を取得すれば、自己持分となり、その段階で当該持分は消滅する（会社法587条2項⁵⁾。

上述のとおり、ドイツ有限会社法では、法律上の定めはないが、定款で別段の定めのない以上、会社は、脱退する社員の持分を消却するか⁶⁾、もしくは、他の社員または第三者に譲渡するかは自由である。日本法上、ドイツ法の実務であるこのような取扱いをどのように解すべきか。ドイツ法では、持分を消却するに際し、払戻しの支払いに充当すべき自由な会社財産が不足する場合には、財産上からの規制がかけられている。これは、会社法626条と同様の趣旨である。他方、自由に処分することのできる財産がある場合には、それを用いて持分を消却し、もしくは、消却に代えて、他の社員または第三者に当該持分を譲渡することもできるとされている。日本法でも、同じ解釈をとることが可能である。

② 会社による持分の引受け

ドイツ法では、会社による持分の引受けは、告知をした社員の持分が消却されるか、もしくは、会社、他の社員または第三者に譲渡されるかを会社が決定した後に初めて行われる。脱退する社員の、この持分をどのように換価するかという処分の決定権限は会社、すなわち、社員総会に属するが⁷⁾、定款でその権限を会社の他の機関である取締役（業務執行者）に委ねることもできる（ドイツ有限会社法45条2項）。社員総会の決議は行使された議決権の過半数をもって決定されるが、脱退の意思表示をした社員

は、定款で別段の定めをしていない限り、依然として、あらゆる権利義務を有する会社の構成員であるから、その地位にもとづき、処分の決定に参加することができる。

③ 会社の選択

社員の脱退の意思表示の結果、当該社員の持分を消却するか、もしくは譲渡するか、譲渡する場合には、誰れにするかの決定権限が定款の定めにより社員総会に認められたとしても、会社または社員に具体的な消却義務または譲渡義務を発生させるわけではなく、会社がそれを選択することで会社と脱退する社員双方の権利義務の根拠づけがなされる。というのは、会社の選択によって、初めて消却するか、または、譲渡するかが可能になるからである。持分の消却または譲渡に関する決定で、持分換価の処分が具体化され、譲渡の場合には、その譲渡人も指定される。この決定は、個々の事例において、脱退の意思表示をした社員に対し、会社が指定した譲受人にその持分を譲渡すべき義務を発生させ、もしくは、消却による持分の消滅をまねく⁽⁸⁾。譲渡による換価処分が決定されれば、譲受人に指定された者はこの決定を根拠に初めて持分の譲渡を要求することができる。もし、第三者が指定されたならば、この者はこの決定で根拠づけられた会社への加入権を定款あるいは法律で定める諸条件にもとづき行使することができる⁽⁸⁾。

④ 会社の引受義務

換価処分に関する会社の選択は、脱退する社員の利益を考慮し、信義誠実の原則にもとづき、告知の意思表示の到達後、すみやかに告知の効力の発生する告知期日までに行わなければならない⁽⁹⁾。会社がこの選択をしたならば、同時に、持分の引受義務が発生する。会社がこの引受義務の履行を怠れば、脱退の意思表示をした社員は引取請求権を行使することができるし、もし必要であれば、会社の解散の訴えを提起する余地を有する。す

なわち、告知の意思表示をした社員の利益は、会社が当該社員の持分を消却するか、または、自らが引き受けるか、さらには、他の社員または第三者に譲渡するかの決定に依拠するのであるから、告知をした社員は、会社に対し合法的に、かつ、すみやかに引取りを求める権利を有する。これは、脱退する社員に帰属する払戻しが、定款で別段の定めとしていない限り、持分の引取りをもって直ちに支払期日が到来することから明らかである（ドイツ民法典271条）¹⁰⁰。

ドイツ法上、この会社の引受義務がとりわけ重要視されるのは、無制限な人的な出資義務およびその補完義務（ドイツ有限会社法24条・31条3項）¹⁰¹に関連し、告知が有効となった後、その持分を直ちに失うという利害関係が存することによる。そこで、払戻請求のすみやかな履行がなされ、かつ、資本維持・充実の原則にもとづき、会社法上許容される持分の引取りが求められる。払戻しの支払いが、会社に存する自由財産を基礎とする場合には別段問題はないが、それが存在しないか、支払いに不足するときには、資本金の減少が行われる¹⁰²。

会社が社員の告知を拒否したとしても、当該社員は会社に対して払戻しの支払いを訴求することができる。この場合、この訴えをもって、退社のためのやむを得ない事由や退社の効力（告知）の存在が証明されるはずである。これと同時に、当該社員には、持分の払戻しの支払いおよびその換価が適時に実行されないならば、解散の訴えを提起する権利が認められる¹⁰³。

（三）社員たる地位にもとづく権利義務

脱退の告知をした社員の持分がその告知の効力の生ずる期日までに消却されない場合、もしくは、会社、他の社員または第三者によって引き受けられない場合には、当該社員は脱退の意思表示をした後に、自己の持分か

ら生ずる権利を会社から脱退するまでなお保持することが認められるか、もし、それが認められるとすれば、どのような範囲のものか、そして、当該社員が、社員としていかなる義務を負担するかが問題である。とくに、人的会社で認められる定款自治の原則との関係から、定款での定めがあるかどうかという観点から議論される⁴⁰⁾。

(1) 定款に別段の定めがない場合

まず考えられるのは、社員が会社に対して脱退の意思表示をした段階で、その持分の消却または譲渡までの間には、当該社員の社員権は休止するか、あるいは、休止しないかということである。ドイツ法では、当初、社員権は休止するとされていたが、その後、社員の脱退の意思表示は、持分の実質的、法的損失を引き起こしているわけではないので、定款で明示的に規定している場合を除いて、告知をした社員の持分の引受けや消却にあたり、脱退の効力が発生するまで議決権の停止の効力を生じない。今日の通説・判例は、告知をした社員はその持分の消却または譲渡が履行されるまでの間、原則として、社員にはあらゆる権利義務が帰属するという。したがって、社員が会社から脱退するまで、作成された年度決算書や状況報告書の閲覧は拒否されないし、自らも社員総会を招集することができる。

しかし、問題は、脱退の意思表示をした社員が、払戻しの支払いを受けられないからとの理由で、社員たる地位にもとづく権利義務を従前通り有するかということである。この際、議論されるのは、あくまで脱退する社員の財産的利益の保護が焦点となるから、この脱退する社員の利益保護は会社資本の維持および払戻請求の確実な実行という側面から考慮されなければならない。とすれば、社員の権利は、その財産的利益の確保を限度に認められるべきである。すなわち、正当な理由なくして、退社する社員の

財産的利益が直接間接に侵害されるような社員総会の決議や業務執行に対して異議を唱えることができるだけである。たとえば、脱退する社員の持分を分割するような処分決定に対しては当然に異議を述べることができる⁴⁵⁾。

(2) 定款による社員権の制限

ドイツ法の実務では、脱退に関する合意は定款で詳細に定められる。会社は、定款の作成段階で（もちろん、定款変更でも同じであるが）、脱退する社員の社員権のうち、脱退の告知後の議決権の休止条項を入れる。この種の定款条項の合法性は一般に容認されているところである。たとえば、当該事業年度の終了までに会社が解散に至らなかったときは、社員は脱退し、当該社員の社員権は休止する旨の定款条項があれば、告知の意思表示の時点から社員権は休止することになる。ところで、このような社員権の、定款中における停止条項については、どの時点で停止の効力が生ずるかである。通例、考えられるのは、まず告知の意思表示を会社に対して発信した時、つぎに、告知の意思表示が会社に到達した時、さらに、告知の効力が発生した時（告知期日）のいずれかである。どの時点で約定した社員権の停止が効力を生ずるかは、脱退の履行をすみやかに遂行するために、払戻しの支払いを先延しできないということを前提にして判断しなければならない。とすれば、脱退する社員にとっては、告知の効力が発生するまで社員権の停止は望ましくないはずである。

つぎに、定款で社員権の範囲をどこまで制限することができるかである。脱退を処理する手続に関し定款で社員権の行使を定めるについては、少なくとも、強行的な社員権を一時的にも停止することは許されないであろう。社員権は、一般的かつ無制限に約定によって停止することはできない。社員権は、脱退ないし持分の払戻請求権の根拠づけには必要であっ

て、とりわけ、払戻しの割合調査・計算に必要な権限を確保しなければならないので、この範囲では社員権の停止は許されない。たとえば、持分の払戻しの利益は社員総会の決議（社員の決定）に依拠するのであるから、持分の譲渡承認に関する社員決議での議決権の停止は許容されない。では、社員総会の決議で業務執行者（取締役）を選任する場合はどうかである。払戻しに関する決議の結果、事情によっては、脱退する社員に重大な財産上の効果が生ずるが、この業務執行者の選任は直接的に、財産に影響が発生するかによる。脱退はいわゆる人的会社における固有の制度であるとするれば、ある社員に不利益が発生する場合、たとえば、一定の義務が増大するようなときには、当該社員の同意が必要となる。脱退に関連して、持分の強制消却の採用あるいは消却を容易化するような処置については、同じく当該社員の同意を求めることもある⁽⁶⁶⁾。

四 払戻し

(1) 払戻しの支払期日

脱退する社員は、脱退の意思表示をすることによって、持分の払戻請求権を取得するが、この払戻請求権を取得することにより、持分の喪失を容認することにもなる。定款で別段の定めをしていない限り、払戻しの額高はその持分の完全な経済的価値である⁽⁶⁷⁾。

会社法611条2項によると、払戻しの額高の算定の基礎となる時点については、退社の時における会社の財産状況に従ってしなければならないとされているが、この「退社のとき」とは、どの時点をさすのであろうか。脱退の意思表示が会社に到達した時点か、もしくは、脱退の実行の時点かということである。会社に自由に処分することのできる財産があれば、それから払戻しの支払いをするし、また、脱退する社員の持分は他の社員または第三者に譲渡することができるが、いずれにしても、払戻請求権の相

手方である債務者は会社である⁸⁸⁾。ドイツ法では、民法典271条により、定款で別段の定めがない限り、払戻請求権は退社の意思表示が会社に到達した時から生じるのであり、消却や譲渡によって初めて支払期時が到来するのではない。したがって、脱退しようとする社員は、会社が持分の換価につき、その処理方法を決定しない場合、つまり、消却に付するか、または譲渡するかを選択をしないことを理由に持分払戻しを遅延することはできないので、直接会社に対して払戻しの支払いを求めることができる。

(2) 残存社員の利害

定款で別段の定めがない限り、会社の債務となる持分払戻しにつき、残存社員は共同責任を負わない。持分払戻しの支払いが遅延することで、脱退しようとする社員が会社の解散の訴えを提起した場合に、残存社員が解散を回避するために勝手に会社の固有の財産から払戻しの支払いをすることは許されない。もちろん、脱退しようとする社員が、自己の持分が会社によって消却されずに第三者に引き受けられることになったとき、この第三者は払戻しのための資金調達にあたり、会社と共に連帯債務者としての責任を負う（ドイツ民法典421条⁸⁹⁾。つまり、会社は、脱退する社員の利益保護のために、この第三者が持分を引き受けることで、その払戻しの支払義務から免責されない。

会社は、持分を消却する場合であれ、譲渡する場合であれ、会社の資本維持を図るために、会社の自由財産から払戻しの支払いをすべき財産状態にあることは厳格に判断されなければならない、もしそうでなければ、資本維持の規制に服することになる（ドイツ有限会社法30条1項、会社法626条3項・4項⁹⁰⁾。持分が消却されず、他の社員または第三者に譲渡された場合に、その支払義務は、定款上、第一次的に会社にあるとしても、支払遅延が生じたときは、脱退する社員は、この譲受人に訴求することができる。

退社の実効性を確保するために、このような手続をとることは、事務の簡略化・合理化に帰することになる。会社が持分の消却にこだわる必然性はない。会社の払戻しのための資金調達の見地からみると、持分の換価方法として、他の社員または第三者への譲渡の選択が望ましい。払戻しが会社の自由財産から支払われるかは社員総会の決議の時点で明らかになる。仮りに、自由財産が存在しないか、あるいは支払いに不足することが判明すれば、会社は他の社員あるいは第三者への譲渡の余地を考慮することができる。しかし、すでに述べているとおり、払戻しの支払いの最終責任は会社に存するのであり、会社は常に資本維持を図るべき規制に従わなければならない。

(五) 定款による退社条項の有効性

定款自治の原則にもとづき、会社は、退社の条件や手続に関し、定款で詳細に定めることができる。その限界はどこに求められるかであるが、通例、退社の強行的性質にある。その結果、固有権として認められている退社すること自体が排除されたり、退社権の行使を制限することは許されない。この枠内で退社の条件や実施手続につき適切な条項を定めることができる²⁰⁾。

そこで、定款において、まず、どのような事実が退社の重大な事由として妥当であるか、を確定することができる。一般に、解約告知権(Kündigungsgrecht)の容認である。この解約告知権は、一定の期日に、重大な事由なくして、いつでも会社関係から離脱する余地を全ての社員に認めるものである。このような解約告知権を認めるにつき、同時に定めておくべきことは、これによって会社が解散するのか、もしくは、脱退する社員以外の者によって会社が継続するかということである。定款でこれについて何らの定めをしていないならば、あるいは、その判断の基準になる

定めがなければ、仮りに、残存社員が会社の存続を決議・決定する可能性がある場合でも、解約告知に何らかの事由で疑義が生じると会社が解散に至ることにもなる²²⁾。

これ以外に、退社の意思表示に一定の要式を設けたり、あるいは、持分の換価方法も定款で定めることができる。しかし、持分は、社員の退社の意思表示が会社に到達したときに消却されたものとみなす旨の定めは許されない。さらに、すでに説明したとおり、退社の意思表示と消却もしくは譲渡までの間で、たとえば、社員権（議決権）は一定の条件下で休止する旨を定めることも許される。この種の社員権の制限の範囲を設定するにあたっては、それによって退社の可能性が不適切に制限されることになってはならない。

（六） 退社の Ultima ratio

（1） Ultima ratio（最後の手段）

会社関係に生じた紛争や障害を除去するために、外に解決すべき有効な手段がない場合に初めて除名が最後の手段として位置づけられる²³⁾。これは、社員に課せられている誠実義務の結果である。とくに、Ultima ratioの議論の意義は、除名と2人会社における退社を問題とする場合にある。

会社関係や社員関係で何らかのトラブルが発生したときの解決策として以下で述べる外に、たとえば、社員兼業務執行者（取締役）であれば、業務執行者を解任する手続をとることができる。また、社員に任意の協力が得られなければ、持分の信託も考慮されよう。さらに、共同参加権（Mitwirkungsrecht）を代理人に託することも視野に入れることもできる。社員と長期音信不通であれば、財産管理人の選任もありうる。加えて、多数派社員であれば、持分の一部を消却することも可能である。定款を変更して社員権を制限することが強行規定に反しておらず、かつ、当該社員の同

意のもとで、社員権を制限することもありえよう²⁰⁵⁾。

(2) 任意脱退

社員は、解約告知により、任意に会社から脱退することができる。いわゆる脱退権の行使がある。しかし、会社の事業能力は社員の脱退権の行使によって復活するかが問題である。たとえば、2人会社において、双方の社員間に生じた埋めることのできない深い溝は、具体的な企業繁栄の危険をみる限り、一方社員の脱退によって埋めることも可能であろう。しかし、それぞれの立場で、一方社員が他方社員に脱退を求めることは、仮りに脱退を求める一方社員にも重大な事由があれば、それは権利の濫用として許されない。一般に、2人会社で埋めることのできない意見の対立が存在する場合に、双方社員のうち、一方社員が任意に会社から脱退するかは疑問である。というのは、双方社員いずれもが、自分が他方社員の行為におそれを感じているという心理的な印象を与えたくないからである。中小企業においては、会社の事業活動からの利益が社員の唯一の収入源である。その結果、社員は業務執行者（取締役）としての報酬もしくは社員たる地位にもとづく剰余金の配当を意図している。このことから、会社の事業活動において、一方社員のみを脱退でそれを復活させようとする試みは必ずしも成功しないであろう。

(3) 持分の譲渡

社員は、自己の持分を譲渡して会社から離脱（退社）することができる。合同会社（持分会社）の社員の持分は市場性を欠いているのであるから、社員はその譲渡の困難さと相応のリスクを攪悟して売却しなければならない。また、企業価値は、すでに長期にわたる内部紛争の結果、相当程度において損なわれているので、新規に社員として加入する者は、それなりの

経済的リスクを考えるはずである。したがって、経済的価値を損ねた企業において、持分の引受けを考えたとき、適切な代価を支払う買主を見出すことはむずかしいのではないか。とくに、会社の目的遂行が社員の能力、知識、経験等社員個人に依存している場合には、持分を引き受ける適切な人材を求めることには困難さがある。それゆえ、新たな社員の加入も失敗に帰するであろう。とくに、同権的に設立している2人会社が多く、持分の価額の算定にあたり、さらなる争いが発生する可能性も大であり、持分譲渡で事態を解決することはできないであろう。

(4) 企業分割

考えられる選択肢として、社員間で企業分割をすることが提案されよう⁸⁸⁾。企業の分割方法として、たとえば、事業分野での分割か、もしくは、事業活動の領域での分割か、ということが想定されよう。企業分割は、包括承継することで、日常の事業活動に影響しないことから実際的である。しかし、2つの会社が誕生・存在するということから管理コストが高くなるというデメリットもある。企業の事業能力の損失を伴わずに、企業の目的が分割を可能とする場合には、企業分割によって事態は改善されよう。

(5) 会社の解散

とくに、同権的に設立されている2人会社にあつて、双方の社員に同程度の原因で意見の対立がある場合には、最後の解決手段として社員に唯一残されているのが会社の解散である⁸⁹⁾。しかし、この解散による紛争解決は、企業維持を前提とするものでなく、企業そのものの消滅に至る。

ドイツ有限会社法60条1項2号によれば、社員は、社員総会で行使された議決権の4分の3の多数をもって会社を解散することができる。同権的に設定されている2人会社では、争いをしている社員間で会社の解散に関

するコンセンサスは得られないであろう。会社の解散に関する法の趣旨から考えて、社員は、解散が自らに存する重大な事由にもとづいて実行されるとしても、その議決権を排除されない。したがって、社員決議にもとづく解散については問題はない。ここでは、社員は誠実義務の結果として、会社の解散について積極的に議決権を行使することになる。

むしろ問題となるのは、解散の訴えを提起して、解散を招く場合である。ドイツ有限会社法61条によれば、解散の訴えは、持分を合計して基本資本の少なくとも10分の1を有する社員が重大な事由がある場合にこれを提起することができる。重大な事由の存することが認められれば、裁判所は解散の判決を下すことができる。重大な事由とは、すでに指摘しているように、訴えを提起した社員にとって、会社の存続が会社をとりまく諸状況からもはや期待できない場合である⁸⁸⁾。この重大な事由は会社側に存しななければならないが、それには社員側の事情も関連してくる。しかしながら、会社に収益力がないとか、あるいは、市場で成果が上がらないということは、必ずしも、重大な事由とはいえない。というのは、会社は事業活動をするものであるから全ての年度において収益力が上昇するわけではないからである。一時的な事業の不成功があること、あるいは、会社の目的達成が不能であるということは、社員においてあらかじめ予測することができない。

社員間に修復することのできないほどの争いがある場合に、出資比率の関係から、企業に必要な意思形成ができないときに、企業活動の危機が考えられる⁸⁹⁾。社員兼業務執行者間での意見対立があれば、有効な業務執行ができなくなる。しかし、少なくとも、会社に収益力がみられれば、会社の目的達成は不能とはいえない。

たしかに、解散の訴えは会社の厄介な状況を除去するにあたり、外に有効な手段がない場合に利用される。したがって、2人会社で一方の社員だ

けに意見の対立の主たる原因があり、会社はその者を排除することによってデッドロック状態から抜け出すことができれば、解散の訴えの提起という強行的手段を用いることはできない。双方社員に同程度の原因となる意見対立が生じた場合には、解散の訴えは有用な解決手段となりうるであろう。持分譲渡は行われなからである。

会社に特許を抛出しているとか、あるいは、商号中に自己の名称を使用させていることは解散の訴えの障害とならない⁶⁰⁾。

注

- (1) 以下主として、Hülsmann (Rechtspraktische Probleme beim Austritt von Gesellschaftern aus der GmbH, GmbHR 2003, S.198ff.) による。
- (2) 退社の意思表示は告知 (Kündigung) である (Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl., § 34 Rn.75.) ドイツ商法典131条3項3号で、合名会社の社員の脱退の事由につき、社員の告知 (Kündigung) が定められている。他方、有限会社につき、1971/1973有限会社法政府草案211条では脱退を Austritt なる語が用いられている。Kündigung は契約上の概念を表わし、Austritt は社団法人上のそれを示すと解されよう (Baumbach/Hopt, Handelsgesetzbuch, 32. Aufl. § 131 Rn.23f.)
- (3) 退社する社員の持分を消却するかあるいは譲渡するかは会社の選択による場所であるが、告知の効力の生じた時点で、持分払戻請求権が発生する。通例、消却または譲渡が法的に有効に実行されたときに初めて社員は会社から脱退する。
- (4) 合同会社での退社に伴う払戻しの支払いについては、その払戻額が一定の額を超える場合には、債権者保護の手続をとらなければならない (会社法635条)。払戻額が剰余金額 (資本剰余金の額および利益剰余金の額の合計額 (会社法626条, 計算規則192条)) を超える場合に、会社は公告および知れたる債権者への催告をする必要がある。そして、異議を述べた債権者には弁済・担保提供・財産の信託のいずれかをしなければならない。ただし、払戻額が会社の純資産額 (資本金の額, 資本剰余金の額, 利益剰余金の額および最終年度の末日 (または会社の成立の日) における評価・換算差額等に係る額の合計額 (会社法636条2項, 計算規則194条)) を超えない場合には、定款で公告の方法として日刊紙への掲載または電子公告を定めている場合、その定款上の方法で公告を行うことにより個別の催告を省略でき、かつ、持分の払戻しにより当該債権者を害するおそれのない場合には、弁済などの措置をとる必要はない。そして、債権者保

護の手続を経ないで持分の払戻しの支払いをしたときは、払戻しに関する業務を行った社員およびその支払いを受けた社員は連帯しててん補責任を負わなければならない(会社法636条)。このような債権者保護の規制は持分の払戻しによって、社員に対して支払われる額の帳簿価額(持分払戻し額)(会社法635条1項)が剰余金を超えない場合、つまり、会社に自由に処分できる財産があれば、このような規制は排除される(長島・大野・常松法律事務所編・アドバン新会社法(第2版)606頁、郡谷・中小会社・有限会社の新会社法398頁)。

- (5) 消却については、会社法上、株式会社に関し、自己株式の消却だけが定められている(会社法178条)。これは、同じような効果を有する制度を複数存続させることは適切ではないということによる。強制消却ではなく、自己株式の消却を存続させることは会社による株式の取得を経る方が実務上のメリットが大きく、また、制度の詳細も明確であったことによる。

しかし、実務上では、会社が定款変更によって株式に取得条項(会社法107条第1項3号、108条1項6号)または全株取得条項(会社法108条1項7号)を付した場合、そして、それらの条項を用いて株式を会社が強制的に取得し、その対価として金銭を交付し、取得した株式を消却する、つまり、強制消却が行われている(伊藤・逐条解説会社法第2巻株式1、465頁以下、会社法178条の自己株式の消却については、伊藤・会社法コンメンタール4株式〔2〕133頁以下)。

- (6) 持分の消却とは、会社の単独行為による持分の回収ないし破棄である。したがって、持分が有する権利義務も消滅する。ドイツ有限会社法34条では、会社は持分を消却するには定款でこれを定める必要があるとしている。消却が行われても、会社の資本金の額は変更しない。それにより、消却しなかった残りの持分の割合が比例的に増加する。残りの持分の額面価額も変わらないので、金額の上では不一致が生ずる。この金額の不一致については法律が認めているもので、そのまま放置してもよい。消却しなかった残りの持分の額面額を引き上げる決議をすることにより、または、社員総会の全員一致で不一致額相当分の新たな持分をつくり出す(対価を得て第三者に割り当てる)ことにより、差額を埋めることができる。消却は社員総会の普通決議で行われる。しかし、消却についても、財産的な条件がある。会社が社員の退社で持分につき払戻しの支払いをする場合には、まず、持分につき全額が払い込まれていることが必要である。そして、会社が払戻しの支払いで、基本資本金が維持できなくなるときは、減資をしなければならない(荒木・ドイツ有限会社法解説(改訂版)115頁)。
- (7) 会社は、社員の脱退の意思表示の到達後、当該社員の持分の換価をどのような方法で行うかの権利(選択権)を有する(Hülsmann, a.a.O.)。
- (8) 社員は退社の意思表示をしているにもかかわらず、依然として持分権者である。したがって、持分の処分権を有している。会社は、その持分を勝手に譲渡

することはできず、社員に対して、先買権者を指定しなければならない。このような一連の手続を経て、初めて、会社は自己の名義で持分につき売買契約を締結したり、退社する社員は取得者と持分の払戻しについて合意することができる。退社する社員が持分の譲受人である第三者と合意した場合に、会社は同時に持分の払戻しについて共同して責任を負うことになる (Michalski, a.a.O., Anh. § 34 Rn.58)。

- (8) 1971/1973有限会社法政府草案208条2項によれば、社員に除名判決が下り、裁判所が暫定的な払戻しの支払いをしたときは、会社は当該社員の持分をその選択にしたがい、他の社員、第三者または会社へ譲渡するか、もしくは、それを消却することができる。

そして、同209条では、社員は、第三者が持分を譲り受けた場合、その持分につき支払われる金銭については、会社に対して請求することができる、としている。

さらに、同210条は、定款で除名については別段の定めをすることができる旨定めるが、その条件として、基本資本金の維持に反してはならないということがあげられている。

- (9) Hülsmann, a.a.O., S.200.

- (10) ドイツ民法典271条は日本民法412条に相当する。

給付の時期を定めず、かつ事情によっても推定できないときは、債権者は直ちに給付請求することができ、債務者は直ちに実行する。

給付の時期が定められている場合に、疑わしいときは、債権者はこれ以前に給付を求めることはできないが、債務者はこれ以前に給付を実行することができる。

- (11) ドイツ有限会社法24条「基本出資を支払義務者から徴収できず、また、持分の売却によってもこれを填補することができないときは、他の社員はその持分の割合に応じて不足額を抛出しなければならない。個々の社員から得ることができない金額は、前記の割合に従って、残りの社員に分担させる。」

同31条3項「受領者から返還を受けることができないときは、会社債権者の満足のために必要な限度において、他の社員がその持分の割合に応じて、返還されるべき金額につき責任を負う。個々の社員から支払いを受けることができない金額は、前記の割合により、残りの社員により分担される。」(荒木・前掲書による。以下同じ。)

- (12) 荒木・前掲書116頁。

- (13) Michalski, a.a.O., Anh. § 34, Rn.59; Baumbach/Heuck/Fastrich, a.a.O., § 34 Anh. Rn.22.

- (14) 以下, Hülsmann, a.a.O., S.200. による。

- (15) たしかに、脱退する社員は依然として社員であるが、彼の財産的利益に関係しない事項についての議決権には最大限の抑止が働くという (Lutter/Hom-

melhoff, GmbHG, 17.Aufl., § 34 Rn.75)。それに対し、議決権は原則として中止するが、払戻請求権またはその実現を危険にさらすような他の社員の決議や処置に対する権利はあるし、情報請求権もある。しかし、脱退が実現されるまで、財産権については宙ぶらりの状態にあるという (Ulmer/Haber-sack/Winter, a.a.O., Anh. 34 Rn.61)

- (16) 除名の手続中に、定款で社員権の行使につき詳細な定めをするが、そこでは強行的な社員たる権利を一時的にも停止することはできない。これを前提にして、脱退について言えば、社員権を無制限に停止することはできない。すなわち、会社設立にあたっての原始定款であれ、後日行われる定款変更においてであれ、社員権を制限ないし条件つけることは許されよう。しかしながら、この原則は、奪うことのできない社員権、すなわち、議決権については適用されない。事情によっては、社員総会への出席権、決議取消権ならびに情報請求権もこれに含まれる。これは、義務について言えば、出資義務、有限会社法24条・31条による責任、誠実義務にも妥当する (Scholz/Winter, GmbHG, 10.Aufl., Anh. § 34 Rd.19)。
- (17) Michalski, a.a.O., Anh. § 34 Rn.60.
- (18) 会社が退社した社員の持分を消却しないで、他の社員または第三者に譲渡したときに、その法的効果 (支払義務) が他の社員または第三者と脱退社員との間に生ずるとしたならば、必ずしも脱退社員の利益が保護されるとは限らない。したがって、会社が脱退社員の持分をどのように処分するにしても、最終的に責任を負うのは会社とし、共同責任を負わなければならない (Scholz/Winter, a.a.O., Rn.17)
- (19) ドイツ民法421条は日本民法432条に相当する。
- (20) ドイツ法では、退社の要件として資本維持・充実をあげているが、その時に、退社する社員は自己の持分を完全に払い込んでいることが強調される。完全なる払い込みを実行させるか、さもなくば、基本資本を減少するかの手段をとることになる。日本法では、社員になろうとする者は、引受けをした出資の全額を払い込まなければならない (会社法578条)。途中で加入した者も同様である (同法604条2項)。この点でドイツ法と相違する。
- (21) Michalski, a.a.O., Anh. § 34 Rn.65.
- (22) Michalski, a.a.O., Anh. § 34 Rn.66.
- (23) 社員や会社にとって、脱退と除名は同じ効果を生ずるので、双方共、Ultima ratio といわれる (Michalski, a.a.O., Anh. § 34 Rn.53)。
いわゆる紛争の解決手段として解散があげられるが、これは会社の消滅を意味するものであり、あくまで、ここでは、企業維持の原則のもとでの解決策をとらえる (Hachenburg/Ulmer, a.a.O., Anh. § 34 Rdn.15; Scholz/Winter, a.a.O., Anh. § 34 Rd.30)
- (24) 閲覧権や情報請求権の放棄や第三者によるこれらの権利の行使は、その性質

- から許されない（ドイツ有限会社法51a条第3項）。社員が、定款の定めにもとづき、相当の払戻しを条件とする脱退を望むならば、これは除名に優先する。
- 25) 以下、主として Reher (Die Zweipersonen-GmbH-Notwendigkeit eines Sonderrechts?, 2003, S.76ff.) による。
- 26) 組織変更法上、つぎの3つの方式で会社分割が認められている。
- ① 分割型包括承継方式 (Aufspaltung)
既存の会社の全財産が分割されて2つまたはそれ以上の承継会社へ移転する。それと引き換えに、既存の会社の社員は承継会社の持分を取得する。既存の会社は、清算することなく解散・消滅する。
 - ② 分割型分離方式 (Abspaltung)
既存の会社の財産の一部が1つまたは複数の他の会社へ移転し、それと引き換えに、既存の会社の社員が当該他の会社の持分を取得する。既存の会社は消滅しない。
 - ③ 分社型分割方式 (Ausgliederung)
既存の会社の財産の一部が1つまたは複数の他の会社へ移転し、それと引き換えに、既存の会社が当該他の会社の持分を取得する。当該他の会社は既存の会社の子会社となる。
そして、いずれの方式であっても、承継会社または他の会社は、すでに設立されている既存の会社であっても、新設される会社でもよい（荒木・前掲書120頁）。
- 27) 解散については、退社との関係について説明している（本稿Ⅱ(四)）。
- 28) 退社の場合と同じく、重大な事由は不明確な概念であるが、その判断基準は、あくまで会社関係に存する理由から、解散の訴えを提起した社員にとって、会社の存続がもはや期待できないことである（Hachenburg/Ulmer, a.a.O., § 61 Rd.9）。
- 29) Hachenburg/Ulmer, a.a.O., Anh. § 61 Rd.21.
- 30) Hachenburg/Ulmer, a.a.O., Anh. § 61 Rd.9.; 会社法613条参照。

IV 除名に関する問題

(一) 重大な事由

(1) 問題の所在

退社制度の存在意義を考えたとき、とりわけ、ドイツ法と異なり、持分の強制消却を認めていない日本法では、社員の意思に反して会社から強制

的に排除するには、もっぱら除名の手段をとらなければならない。そこで、強行的にある社員を排除する必要が、会社や他の社員の利益という観点から出てきたならば、会社法859条で定める除名事由だけで足りるかが問題である。会社法859条の退社事由として挙げられているのは、当該社員の義務違反が主たるものである。すでに、立法論的には、除名理由を社員の義務違反だけではなく、「その他重要な事由があるとき」とすることが包括的で良いという考えが存在している⁽¹⁾。除名事由が義務違反にだけあるとすれば、当該社員の除名事由を判断するに際し、彼の有責性も議論の対象になる。

ドイツ法では、除名は社員の権利、すなわち除名権として概念づけられ、かつ固有権として定款でもってこれを排除することは許されない。退社制度は、一方では、退社する社員の利益、他方では、会社の利益を前提にして、その意義・機能を果たしている。そこで、ドイツ法における退社のうち、除名制度における若干の問題点にふれてみる⁽²⁾。

(2) 原則

ドイツ法上、除名事由は法定されていないが、ある社員自身に重大な事由があれば、当該社員は会社から除名される。除名を惹起する重大な事由が存するとは、その社員自身、ないしは彼の行動における一定の事実が、総体的にみて、会社の存続を不能ならしめるか、もしくは、少なくとも、存続を相当危険にさらすか、そして、それによって、他の社員からみて、当該社員が会社の構成員として会社にとどまることが期待できない場合である⁽³⁾。

(3) 社員自身に関係する事由

一般に、重大な事由が存すると思料されるのは、原則として、除名され

る社員個人に関係する事実である。この場合の重大な事由であるかを判断するにあたり問題となるのは、社員の個性・特性、社員の人的関係・態度および個人的行動等である⁽⁴⁾。

まず、社員の個性・特性に関連する事実としてあげられることは、長期間にわたる病気あるいは正常な協力関係ができないこと等である⁽⁵⁾。また、家族関係や一定の職業上の能力・資格もあげられる。とくに、会社の目的遂行・達成のために必要な資格・能力もこれに含まれる。

つぎに、社員の人的関係や態度であるが、これには、当該社員の信用・信頼の失ついや財産状況の悪化があげられる。

さらに、社員の個人的行動については、たとえば、重大な義務違反（競業避止義務を含む）、信頼関係の崩壊、修復することのできないほどの社員間における意見の対立、会社財産の私的流用、定款で定めている協力義務の拒絶、長期間にわたる音信不通により会社経営が相当危険にさらされていること、他の社員への中傷・ひぼう、従業員をそそのかして会社の秘密を漏えいさせること、重大な前科のいんべい等があげられる。

上述の重大な事由の例をみると、他の社員の個人的事情や会社の目的達成不能のような客観的に明確な会社関係の事情は重大な事由に該当しない。ことに、社員は初めから自己の経済的利益を会社のそれに劣後させるべき義務を負っているわけではないので、会社が経済的に困難な状況に至った場合でも、社員は債権者として会社に対し正当に債権を行使することができる⁽⁶⁾。このような社員の単なる権利行使が、仮りに、会社ないしは他の社員の負担になったとしても、そのことが会社から社員を除名すべき根拠にはならない。では一体、除名を正当視するための限界は何か。それは社員の誠実義務である。同じく、社員の企業家たる判断能力も、会社に損害を及ぼさない限り、除名を惹き起こす重大な事由にあたらぬ⁽⁷⁾。

(4) 会社関係に及ぼす影響

社員個人における事実は、それによって除名を惹き起こすことを社員自身において納得することができることでなければ、社員の除名を正当視するための重大な事由といえない。除名の事由となるための前提は、当該事由が会社関係にどのような影響を与えるかということである。社員の個人的領域での過ちや失敗は、それらが会社あるいは社員相互間で重大な問題となれば、除名の重大な事由としてとらえられよう⁽⁸⁾。たとえば、犯罪行為や公的に重大な過誤がそれに該当するであろうし、それによって会社の信用が損なわれるような場合である。それに対して、ライバル会社への資本参加あるいは投資は直ちに重大な事由にならないであろう。会社との関係で、第三者としての取引の範囲内で考えられる社員の義務違反は当該取引関係で解決されるべき問題である。しかし、会社と社員との取引から生じる契約違反の性質・重要性、ないしは、会社に対する影響が、当該社員が会社にとどまることをもはや期待できないと思料されるときは、除名を惹起する重大な事由となろう。このように社員を除名することが正当であるとする重大な事由が具体的に存するかどうかは、あらゆる事象を総合的に判断して、決定しなければならない⁽⁹⁾。

(5) 人的会社・物的会社

退社制度は、人的会社における固有のものである。ある会社が人的に形成されているか、または、物的に形成されているかという会社の性質は、ある社員に除名が許されるか否かの判断にとって重要な要因ではない。むしろ、逆に、社員の個性ないしは信頼関係の破壊が問題になり、そこで重大な事由が容易に容認されることになれば、そのような社員がいる会社はより人的に形成されていると判断されるにすぎない⁽¹⁰⁾。

(二) 除名判決⁽¹⁾

(1) 効力の発生時期

除名を言い渡す判決(除名判決)⁽²⁾が法的効力を有すると、除名を言い渡された社員はその社員資格を失うことになる。ところで、除名の効力の発生時期については、持分の払戻しの支払時期との関係で議論される。

除名は持分の払戻しの支払いと関係なく、除名判決を下されると直ちにその効力を生ずるのではなく、除名される社員の利益保護の見地から、除名判決の効力は、判決中で確定される持分の払戻しの支払いが履行されるまで延期されるはずである。

会社法611条2項によれば、持分会社と退社した社員との間の計算は、除名の場合、除名の訴えを提起した時における会社の財産状況に従って計算される。ドイツ法でも同様に、持分の払戻しは、除名の訴えが提起された時に、除名される社員の持分の価額をもとに算定される⁽³⁾。

通例、除名判決は、社員の除名の外に、持分払戻しの額の確定および払戻しの支払期日の決定を含んでいる⁽⁴⁾。

(2) 社員権の存続

ところで、定款で別段の定めがない限り、除名判決が下され、その後、会社の除名処理手続が遅延している場合に、この除名判決の効力はどのような問題を惹起するのであろうか。すなわち、除名されるはずの社員は、自己の持分上の権利をいかなる範囲で判決の効力が発生するまで行使できるのであろうか。当該社員は、社員たる権利、とくに議決権を行使することができるかということである⁽⁵⁾。

除名される社員と除名する社員(残存する社員)との間に確執がある以上、スムーズに除名の処理手続の進行がはかれないので、除名される社員の社員権が除名判決が下されると同時に喪失することになれば、除名され

る社員の利益は損なわれる。そこで除名される社員の社員権が除名の処理
手続が終了するまで存続すると解するのが妥当である。社員権が認められ
るとすれば、どの範囲までかの議論がある。

まず、社員権は除名判決が下された時点で消滅するという考え方もあ
る。つぎに、自益権は消滅するが、共益権（議決権）は存続する。しかし、
議決権は存続するが、除名の処理手続に重要な措置や決議については排除
されるとする考え方がある。さらに、自益権を失うが、議決権を失うこと
がないという考え方もある⁶⁶⁾。

確かに、除名される社員の利益保護を前提に考えるならば、当該社員は
除名手続の終結まで、持分関係から生ずるあらゆる権利義務を有し、その
結果として、非財産的権利は失わないとする必要がある⁶⁷⁾。

除名される社員の権利が他の社員の利害関係を配慮して、その社員権の
制限を認めるべき根拠をどこに求めるかが問題である。ドイツ法では、有
限会社法47条4項および社員の誠実義務である。

（三）定款自治の原則

（1）会社法859条の強行法規性

除名に関して定款でどこまで任意に定めることができるかが議論され
よう⁶⁸⁾。除名は、社員の意に反して、その地位を奪う効果を有する。そし
て、除名は、一方で、会社で信頼関係を失った社員を排除して、企業の健
全な存続をはかり、他方で、当該社員をその意思に反して会社から放逐す
るのであるから、当該社員の重大な利益に関係してくる。除名される社員
と会社ないし残存する社員の利益を調整するために、法は除名の事由およ
びその手続を定めている。したがって、すでに定められている法律規定を
変更することは、いずれかの利益を害し、法の趣旨に反するので、除名事
由の追加および除外は認められないとともに、除名手続の変更も許されな

いことになる。しかし、会社法859条で掲げる除名事由のうち、第5号で「重要な義務を尽さないこと」を具体的に定款で定めることは、除名の事由の追加ではなく、具体化であって、強行規定に反しないという。当然に、その重要性の判断は裁判所によるはずである。たとえば、具体的に示すと、社員たる品位の失ついがあげられる。

ところで、このような解釈のもとで、「重要な義務を尽さない」ことを具体化して、定款で除名の事由を追加する場合、その判断につき、当該社員の有責性が問題となろう。しかし、ドイツ法上、重大な事由の判断にあたっては、社員の有責性（Verschulden）は、原則として必要条件ではない⁹⁹。

社員の有責性（過失）を全体的にみると、過失の存在が会社関係にどのような影響を与えたかを判断するのは困難である。問題となるのは、他の共同社員の過失（有責性）である。つまり、他の社員に過失があり、彼らが除名に反対しない場合である。除名される社員よりも、他の共同社員に相当の過失があり、他の共同社員との関係で除名される社員に重大な事由が存在するに至ったときは、自己に過失があるにも拘らず、他者を除名することは権利の濫用にあたる。

② 定款の定め許容性

ドイツの有限会社は、本来的に、定款自治（私的自治）の原則に立脚している。すなわち、有限会社は、企業が多様な目的を達成するにあたり、その有用性を示すことができるようにと立法者は一貫して強行規定を可能な限り避け定款自治を広く認め、同時に、発起人および社員は自己責任の原則のもと定款であらゆる定めをなしうるのであって、これは有限会社制度自体から不可欠なことである¹⁰⁰。

日本法においては、すでに有限会社法が廃止され、設立することはでき

ないが、その特性は新たに設けられた合同会社に引き継がれ、定款自治の原則が生きている。

有限会社（合同会社）における定款自治の原則の実務上の意義として、つぎのことがあげられる。

第一に、会社の事業計画、社員の範囲および個々の社員ないしは社員全体の要請に応じた会社組織を定款で定めることができる。

第二に、企業およびその構成員の立場から、変化する市場に会社およびその定款を柔軟かつ即時に適合させることができる。

第三に、突発的に発生するトラブルを法にもとづき迅速に解決できるように定款を作成することができる²¹⁾。

ドイツ法上、除名を手続面で簡略化をはかるために、定款自治の原則のもといかなる範囲において、社員による効率的な除名の余地があるかを検討する必要がある²²⁾。強行規定および公序良俗に反しない限りにおいて、定款で社員による除名を定めることは、定款自治の原則の枠内にある。定款で、除名の条件およびその実行方法を詳細に定めることができる。それによって、除名が容易になるか、それとも困難になるかは、それぞれの会社において任意なことである²³⁾。すでに述べているとおり、除名権は社員に認められた固有権であるので、定款でもってこれを全く排除することは許されない。そして、除名を簡略化することで注意しなければならないことは、ある社員が他の社員の裁量に起因するような除名の危険にさらされてはならないということである²⁴⁾。

煩雑な除名手続を回避するために、これに相応した手続を定めることができるかということである。定款の定めによって、除名の訴えを除名要件としないで、社員総会の決議で行うことができる²⁵⁾。この場合の社員決議は全員一致である。この社員総会では、当該社員は議決権を有しない。除名を社員総会以外の機関、たとえば、顧問会（Baiat）に委ねることもで

きる。もちろん、この除名の決議は、取消の訴えまたは無効の訴えの対象になる。

したがって、除名の実質的要件は重大な事由の存在である。定款で個々具体的に重要な事由を定めると、その存在の概念的不明確さが生じた場合に、個別の事例ごとに判別が必要となるので、包括条項で範例的（例示的）に示すのが望ましい。除名は「重大な事由」による旨の定めで足りる。

ところで、除名の実行性を確保することに関連して、どこまで除名の手続を簡略化することができるか問題である。除名、持分の消却および解約告知に関しても、定款で定めることができる⁹⁹。これは、とりわけ、持分の運命に関することであるが、定款で、消却は重大な事由が存在する場合に許容されると定め、かつ、その際、社員決議で除名を決議することもできるとしておけば、重大な事由が発生することによって、持分を消却に付すか、消却に代えて当該持分権者を除名に付すことも可能である。社員総会の決議で、持分を消滅させるか、もし存続させるとすると、その持分を誰れに取得させるかを決定しなければならない。他方、告知についてであるが、告知を引き出すような条項（Hinauskündigungsklausel）を定めることにより、正当な事由なくして会社から社員を排除することも可能になる。しかし、このような定款条項は公序良俗違反になるおそれがある。

定款で定める告知条項についても、その合法性の判断基準は判例上確立されていないのが現状である。たとえば、その正当性が認められた例として、共同社員と人的結合のもとでの資金調達の見受けや業務執行者の選任を含め、共同社員の利益のためにする多数資本参加の容認がある。

（四） 除名と持分の消却

（1） 会社法の定め

会社法178条で自己株式の消却が定められているが、持分会社での持分

の消却に関する規定はない。持分会社が自己持分を取得したときは、その持分は消滅する（会社法587条2項）。除名または脱退の実行中で、その持分が他の社員または第三者へ譲渡されない場合に、当該持分はどのように処理されるのであろうか。退社する社員へ持分の払戻しが行われたならば、当該持分は消滅する。これは消却と同じ効果を生ずる。

ドイツ法では、会社は、社員が退社するにあたり、持分の払戻しをする場合に、当該持分を消却する。これ以外にも、法律上、任意消却と強制消却も可能である（ドイツ有限会社法34条1項・2項⁹⁷⁾。そこで、以下において、ドイツ法上の実務で除名と消却の関係を検討し、日本法での消却の余地を考えてみよう。

(2) 除名と消却の競合

社員の除名は他の法制度と競合する⁹⁸⁾。ドイツ法上、定款での定めを条件として、実務上利用されているのが、持分の消却である。除名と消却両者の関係について議論されるのは、消却に対する除名の長所（メリット）に関してである。

実務上、消却に意義を見出すのは、定款中で社員の除名につき何ら段階の定めがないときに、持分の強制消却が定められている場合である。というのは、他の社員と和合できない社員を強制的に会社から排除するために、この強制消却を利用することができるからである⁹⁹⁾。

除名と強制消却の区分は必ずしも明確ではない。その理由として、この2つの法制度は、通例、同じ目的のもとで実行されるということがあげられる。つまり、重大な事由が存する場合に実施されるからである。

消却（Einziehung）は、まず、持分それ自体に向けられ、これを消滅させることによって資本参加を媒介とする権利の客体を消去し、社員を会社から退社させる¹⁰⁰⁾。

それに対して、除名（Ausschluß）は、直接社員を対象とする。持分の所有関係や存続には何ら影響はない。あくまで、除名の実施にあたり、持分の運命を決定するにつき、初めて除名と消却は重なりあう。つまり、会社がある社員を除名するに際し、その社員の持分の処分方法につき選択権を行使する。その持分を会社へ譲渡するか、他の社員または第三者へ譲渡するか、持分を消却するかという選択肢が考えられる。会社が最後の消却の方法を選択した場合に、除名の実行中で行われる払戻しの過程で消却が浮上する。この意味で、除名の中に消却が包含されるのである。

同様に、日本法でも、持分の払戻しにつき、持分の消却という概念が出て来る。

(3) 除名と消却の順位

会社は、定款中で持分の強制消却を定めている限り、除名は消却に後位する。除名は強制消却の後に位置するのであるから、定款が強制消却に優先的な定めをしていないか、あるいは、持分譲渡の義務を定めている限りにおいて、除名が強制消却に優位する。いずれにせよ、除名の定めが定款中に存在しない場合には、これが妥当する。除名の消却に対する後順位はその法的性質および起源から明らかである。

つぎに、消却および除名双方が定款で定められている場合であるが、順位についての合意があれば、それによって順位がきまる。別段の合意がなければ、両制度は同順位に位置し、社員がどちらの制度を利用するか任意であり、その選択権は社員自身にある。

(4) 除名のメリット

除名と持分の消却を比較する場合、とくに除名のメリットはどこにあるのか、その背景に何があるかが問題である。ドイツ法上、除名は、原則、

定款での定めを必要としない。仮りに、持分の消却に関する定款の規定中で、その理由づけにつき当該社員が強制的に退社に至るべき事実関係を何ら配慮していないならば、除名による社員の退社は、当該社員自身に重大な事由が存在する限り、その効力を有することになる。

除名は、会社の利益を考慮し、柔軟な持分の処理を可能にする。持分が存続することを前提に社員と社員および社員と会社との人的な結びつきを切り離すことにより退社の実行を容易にする。一方で、持分のさらなる利用に関する社員の思惑が除名の動機付けにもなるが、他方で、社員は、選択肢次第で、資本維持というメリットを享受し、あるいは、持分の消滅によって生じる資本参加の割合の変更にも除名を利用することで、適切に対応することができるのである。

注

- (1) 古瀬村・前掲書321頁。
- (2) 以下、Michalski (a.a.O., Anh. § 34 Rn.6) による。
- (3) Scholz/Winter, a.a.O., 10.Aufl., Anh. § 34 Rd.30.

1971/1973有限会社法政府草案207条によれば、「重大な事由」があるというためには、社員自身により、または、その行動により、会社の目的達成を不能とするか、もしくは、相当程度においてその達成を危険にさらす場合、または、社員自身またはその行動が会社に留まることを耐えられないと思われる場合である。そして、除名は会社に不利益が発生するおそれが、期待できる他の手段で防止できる場合には許されない。

ちなみに、脱退における「重大な事由」について、同政府草案は211条でつぎのように定めている。

「社員が、重大な事由により会社に留まることが期待できない場合に、当該社員は、つぎの定めにもとづき会社から脱退することができる。この「重大な事由」が存するとは、会社とその法的および経済的事情が当該社員にとってもはや期待できない方法で変更する処置をとる場合である。

当該社員がさし迫った不利益を期待できる他の手段で除去することができる場合には、脱退することができない。」

- (4) Scholz/Winter, a.a.O., Anh. § 34 Rd.26f.
- (5) Baumbach/Heuck/Fastrich, a.a.O., Anh. 34 Rz.10.

- (6) 除名の根拠の1つとして、社員の誠実義務があげられる (Michalski, a.a.O., Anh. 34, Rn.6)。この誠実義務は、一般的に、社員が自己の利益を会社の利益に常に劣後させることを言うのではない。問題は、社員が自己の利益を追求することが (定款で定める) 除名条項で意味するところの重大な義務違反であるかであって、双方の利益の比較考慮が必要である (Goette, a.a.O., S.184 § 6 Rn.29)。
- (7) 重大な事由の判断にあたり、当該社員の有責性は必須の条件ではない (本稿 IV(2))。Battke, Der Ausschluß von Gesellschaftern aus GmbH, GmbHR 2008, S.852。
- (8) Michalski, a.a.O., Anh. § 34 Rn.15。
- (9) 除名の原因となる事実が発生して、どの程度の時間的経過があったかも問題とすべきであるという (Michalski, a.a.O., Anh. § 34 Rn.15)。除名に至るべき事実が発生した後、それが会社関係に及ぼす意義を考えると、そこでは時間的経過が関係する。会社がどのような行動をとったかも判断材料となる。さらに過去において同様の事例が存在し、それをどのように処理したか考慮する必要がある。換言すれば、社員を意図的に差別的取り扱いをしてはならない。
- (10) 判例では、重大な事由による除名は、当初、人的な構造を有する有限会社について議論されており、学説も、その適用範囲を人的な構造の有限会社に適用範囲を制限していた。その後、物的 (資本的) な構造を有する有限会社でも適用されるに至った。人的か物的かの区分は困難であるが、当該社員の特性および信頼関係の崩壊については、より人的に形成された有限会社で肯定されている。会社運営に対する社員の地位や行動の影響、とりわけ、出資義務や社員たる地位にもとづく義務の不履行、会社の目的達成を危険にさらすことは、物的な有限会社でも認められることは疑いもないことである。そこで、会社が人的な構造か物的な構造かは、ある一定の行動が会社関係の存続を期待できないことを根拠づけるかどうかの問題の判断にとってのみ重要であるにすぎない。除名それ自体の余地は物的な構造によって何ら問題とならない (Hachenburg/Ulmer, a.a.O., Anh. § 34 Rn.12)。だが、有限会社の構造を考慮したとき、もし、それが物的 (資本的) であれば、除名のための重大な事由はほとんど存在しないという考え方もある (Lutter/Hommelhoff, a.a.O., § 34 Rn.53)。
- (11) 除名の要件として、①重大な事由の存在、②社員の決議、③除名判決の3つがあげられる。除名判決に先立ち、社員の決議、すなわち、社員の除名に関する会社の意思形成が必要である。この意思形成は、原則、最高意思決定機関としての社員総会でされる。もちろん、業務執行者 (取締役)、顧問会、監査役会などの他の機関にその決定権限を委譲することも許される。
- 社員総会では、決議につきある特定の社員に関することであること、そして、重大な事由が存在するゆえに除名の訴えが提起されるべき旨が説明されなければ

ばならない。除名決議にあたり、除名される社員の持分が消却されるか、もしくは、会社、他の社員または第三者へ譲渡するかを決定するのが望ましい。

社員決議にあっては、除名されるべき社員には議決権はない。もちろん、当該社員には社員総会での決議に先立ち、意見を述べる機会が与えられなければならない。

定款で別段の定めをしていない場合には、除名決議に必要な多数は行使された議決権の4分の3を必要とする (Michalski, a.a.O., Rn.21 以下)。

社員総会の決議は、会社意思形成のみに作用するのではなく、除名のための有効要件の意義を有している。したがって、この決議が欠けているか、あるいは、決議が無効であれば、除名の訴えは却下される。ところで、この社員決議は必要かである。とりわけ、2人会社での問題である。一方社員の除名手続に際して、他方社員が除名手続を採るかどうかにつき判断するからである。また、一方の社員を除名しようとする他方社員が、決議をしなくても除名の訴えを提起するのが可能であるほどの資本多数を有する場合にも社員決議は不要である。しかし、法的安定性を確保しようとするならば、形式的にも、社員決議をすることが望ましい (Battke, a.a.O., S.853)

(12) 以下、主として Battke (a.a.O., S.854f.) による。

Scholz/Winter, a.a.O., § 34 Rd.45.

(13) Baumbach/Heuck/Fastrich, a.a.O., Anh. § 34 Rz.11.

(14) Scholz/Winter, a.a.O., Anh. § 34 Rd.39.

(15) 会社法611条2項、5項および6項によれば、除名された社員と会社間の計算は、除名の訴えを提起した時の会社の財産状況に従う。そして、払戻しについては、会社は除名の訴えを提起した日から年6分の利息を支払わなければならない。その限りで、除名された社員の利益が考慮されている。この時点で除名された社員はその社員たる地位を失うわけではない。除名は、あくまで、その社員自身に向けられる法的効果であるが、持分の払戻しは社員の持分にもとづく社員たる権利(社員権)に関する問題である。したがって、社員の持分は消却等によって初めて消滅する (Baumbach/Heuck/Fastrich, a.a.O., Anh. § 34 Rn.15; Scholz/Winter, a.a.O., Anh. § 34 Rd.43f.)。

(16) 判決が下され、その効力が生ずれば、除名される社員はその社員権、とくに、議決権を行使する権限を失う。除名の実行に有効な措置をとるための議決権も失ってしまうことにもなる。これには、剰余金の配当請求権も含まれる。そこで判決の効力が生ずるまでの間、当該社員はあらゆる権利を有すると考えなければならない。とすれば、定款の規定でもって、持分の払戻し前に、いかにしてその社員は脱退するのか、同時に社員の地位を失うか、すなわち、告知の効果と持分の払戻しの規制を分けることで足りる (Baumbach/Heuck/Fastrich, a.a.O., Anh. § 34 Rn.15 u.17)。

(17) この種の合意も除名の実行性をはかるために定款中に入れることも可能であ

ろう。

1971/1993有限会社法政府草案208条1項によれば、裁判所が除名の訴えを許容し、除名される社員が申立てをした場合に、会社が判決の効力が生じた後、6ヶ月以内に社員に対し、暫定的(vorläufig)払戻しの支払いをすることを判決中で、除名の実行にかからしめなければならない。除名の訴えを認める判決が効力を生ずると、当該社員はその持分から生ずる一切の権利を失う。

会社がこの暫定的な払戻しを6ヶ月以内に社員に対し支払ったときは、会社は当該持分をその選択にしたがい、他の社員、第三者または会社に譲渡するか、もしくは、それを消却することができる。

会社が暫定的な払戻しを6ヶ月以内に支払わなかったときは、その期間経過後に、持分からの諸権利が当該社員に帰属する。

- (18) 古瀬村・前掲書330頁以下。
- (19) Michalski, a.a.O., Anh. 34 Rd.12 u.17.
- (20) 増田「有限会社における定款自治」近畿大学法学第49巻2・3号181頁以下。
- (21) Hommelhoff, Gestaltungsfreiheit im GmbH-Recht, ZGR Sonderheft 13 (1997), S.37; Hachenburg/Ulmer, a.a.O., Einl. Rd.21).
- (22) 以下 Michalski (a.a.O., Anh. 34 Rd.41) による。
- (23) Goette, a.a.O., § 3 Rd.14.
- (24) Goette, a.a.O.
- (25) 会社法859条は除名には裁判所への訴えを要件としている。これは昭和13年の改正商法で採用された。この裁判所の関与は公平の観念にもとづくものである(古瀬村・前掲書321頁, Scholz/Winter, a.a.O., Ang. § 34 Rd.50)。
- (26) たとえば、失権手続への移行、消却、譲渡などである。定款で会社に対し、直接第三者に持分を譲渡することを授権できる。また、社員が一定の期間内に持分の譲渡に同意しないときは、持分を消却に付することができる旨も定款で約定することができる。同様に、払戻しの方法、額高、計算方法、支払期日等も同様に定めることができる(Michalski, a.a.O., Anh. § 34 Rd.42)。
- (27) ドイツ有限会社法34条1項・2項
 - (1) 持分の消却は、これが定款で許されている場合に限り、行うことができる。
 - (2) 持分権者の同意のない消却は、当該権利者の持分取得前に定款に消却の要件が定められていた場合に限り、これを行うことができる。
- (28) Scholz/Winter, a.a.O., Anh. 34 Rd.49.
- (29) 以下, Battke (a.a.O., S.851f.) による。
- (30) ドイツ法上、持分の消却は定款で定めておかなければ、これを行うことができない(ドイツ有限会社法34条)。消却には任意消却(同条1項)と強制消却(同条2項)がある(前掲注27)。

定款で持分を消却することができる旨の定めをする場合は、これは任意消却

であって、消却にはその持分を有する社員の同意が必要である。それに対して、消却を行うことができる条件や要件を定款で定めている場合、たとえば、社員の死亡、破産の開始、社員の重大な義務違反（重大な事由）などについては、その社員の同意をなくして持分を消却するのが強制消却である。実務上、任意消却はまれであって、実際にその意義を有するのは強制消却であるという（Lutter/Hommelhoff, a.a.O., § 34 Rn.1）。

消却も退社と同じく、基本資本金との関係で制限を受ける（同条3項）。消却の対象とされる持分については全額払い込みがなされていること、そして、消却によって会社の純資産が基本資本金額を下回ってはならないことが必要である。

消却は、社員総会の普通決議で行われる。消却が重大な事由にもとづいて行われる場合には、消却の対象となる持分を有する社員は社員総会で議決権を有しない（荒木・前掲書115頁）。

V 2人会社における問題

(一) 除名と持分の消却

ドイツ法上、日本法と同じく、除名には、除名される社員の利益保護の見地から、裁判所の関与という要件が付されている⁽¹⁾。通例、除名では、一方で、除名される社員の利益、他方で、企業維持の観点から、公平をはかるために裁判所を介入させる。

持分の消却には、定款の定めが必要であり、その際に社員総会の決議があればよい（ドイツ有限会社法34条）。それに対し、除名の実行には、必ずしも定款の定めを必要としない。両制度には、このような相違があるが、社員が会社から退社するにあたり、除名を用いるか、あるいは、持分の消却によるかは任意である。除名では、裁判所の関与が煩雑であり、その手続を簡略化しようとするならば、持分の消却が選ばれる。

とくに、2人会社では、持分の消却を選択すれば、持分は消滅するが、

他方、除名では、持分を消却しないで、会社、社員または第三者へ持分を譲渡すれば、その持分は存続する余地があり、新たな社員の加入も視野に入れることができる。定款で、除名に裁判所の関与を不要とする約定をすれば、除名と消却の区分ないしはその効果からみて、会社は個別的にいずれの手続をも選択することができる。このような両者の関係を前提にして、とくに、2人会社での除名と持分の消却の関係について検討しよう。

2人社員間に埋めることのできない深い意見の対立が生じ、会社がデッドロック状態に陥った場合に、双方の社員は長期にわたり、相互に誠実義務違反をしている。相互に対立する社員は、互いに、他の社員を除名しようとする。もし、除名が実行されたとすれば、先に除名された社員は社員たる地位を失うので、他方の社員の除名を試みることはできない。したがって、双方の社員がこのような事態を避けるために、2人会社では定款の定めがある場合に、社員決議による持分の強制消却の決議をしようとする。双方の社員のいずれかが排除されるかは、それぞれの決議が時間的に先か後かに行われたということで決定されてはならない。とられるべき対策として2人会社では、社員決議による持分の強制消却は許容されるべきではない^②。そこで、再度検討すべきは、重大な事由の判断は公平な裁定を求めるべく裁判所への訴えによるべきであるかということである。時間的に優先して除名決議をしようとする競争の危険を除去するためには、除名の訴えを提起し、裁判所の判断に重大な事由の存否を委ねる。あわせて、訴えの提起によって、法律関係の明確化もはかることができる。すなわち、2人会社においては、定款で重大な事由による持分の消却を放棄することが望ましい。というのは、双方の社員の相対立する利害は、裁判所の除名判決中で公平に調整されるからである。

(二) 重大な事由

重大な事由が存在するとは⁽³⁾、ある社員の行動あるいは彼自身に存する個人的理由の結果として、他の社員が当該社員と共に企業継続を期待しえない場合である。重大な事由は会社や他の社員の側にあるのではなく、あくまで当該社員自身に存する。その判断にあたっては、社員をとりまく状況を包括的に検討する必要があることは言うまでもない⁽⁴⁾。

社員の有責性⁽⁵⁾は除名の必須条件ではないが、除名が不可避であるかどうかの判断にあたっては考慮される要因である。社員間の信頼関係が予期されない方法で破壊されることが前提であるので、小さな義務違反が重大な事由に発展する蓋然性はある。とくに考慮すべきことは、当該社員が会社においてどのような地位・立場に居るかである。

2人会社という特殊性を考え、2人会社における重要な事由の存否の判断には何らかの条件を付加する必要があるだろう。一方社員にとっては、自己の議決権が停止し、除名決議は投票によって決定されるので、支配権確保のための除名要件と、そうではなく重大な事由にもとづく正当なる除名要件を区別しなければならない。2人会社では、社員同志の密接な結びつきがあり、それにもとづき特別な信頼関係が生まれている。多数の社員から成る物的な会社におけるよりも、会社の目的遂行にあたり、私的な不和は大きな障害となる。たとえば、他方社員に対する暴力行為あるいは侮辱は除名のための重大な事由に該当しよう。一方の社員が他方の社員を会社から容易に追放することを阻止するため、2人会社では、相手方社員に存する事情も配慮されるべきである。

(三) 同権的設定

社員総会の機能不能性の発生およびその継続は、必ずしも除名を惹き起こす直接的原因ではない。しかし、一般的にみれば、社員総会の不能性は、

2人社員間では修復することのできない意見の対立を原因としている。したがって、社員間の不和は除名事由の1つに掲げられる。というのは、重要な社員決議あるいは業務執行は社員間の不和の状態では、長期間にわたり休止状態となり、遅かれ早かれ会社の事業展開にとっては相当な危険因子となるからである。

ところで、2人社員双方が同じような方法で重大な除名事由を作出している場合に、双方の社員は紛争の過程で義務違反をしているが、その原因にどの程度寄与しているかを測定することは困難である。双方の社員が同時に会社から離脱することになれば、すなわち、全ての持分を消却するか、もしくは、双方の社員を除名するかであるが、持分のない会社もしくは社員のいない会社は法的に認められない。

議論としては、双方の社員間で選択決定が強行的に行われ、企業維持をはかるべきであるという⁽⁶⁾。会社企業、債権者、従業員、その家族および一般大衆というステークホルダーの利益を考慮しなければならない。たとえば、まず、双方の社員に重大な事由が存するとしても、いずれかに有責性を問う。つまり、紛争・障害を発生せしめた主たる責任者の除名によって原因を除去する。だが、有責性は双方の社員のいずれが企業を唯一人で継続・存続させることが許されるかを決定する要因としては適切ではない。つぎに、同権的に構成されている2人会社では、優先的価値基準が採られるべきであって、より能力の高い社員が会社を継続することが企業の利益という見地から求められる。すなわち、能力の高い社員が残ることによって、会社の事業能力も復活する⁽⁷⁾。この場合の能力とは、その企業においておかれている立場、つまり、資格、技術または経験等を総合的に判断されるところのものである。

双方の社員に除名のための重大な事由が存在する場合、除名は許されないとする考えもある。それは、権利の濫用になるからである。原因発生に

寄与したことの単なる重さは、一方社員のみを除名のための正当な理由とならない。効率的な協同がなくなり、会社の事業活動の復活が不能であれば、社員がとるべき最後の手段は解散である⁽⁸⁾。

四 日本法での解釈

2人会社（合資会社）において、一方の社員が他方の社員を除名することができるかということに関して、大審院判例がある⁽⁹⁾。大審院はこれを否定している。それによれば、主たる理由の中で、除名は3人以上の社員がいる場合に行われることを掲げている。つまり、現行会社法859条に準じて説明すると、除名の対象とされる社員以外の社員の一致とは、除名される社員の外に、なお複数の社員がいて、その社員らの意思の一致をいう。したがって、除名は3人以上の社員がいる場合において有効に行うことができるにすぎない。

しかし、除名の対象とされる社員以外の社員の過半数の決議というものは、通常の場合をみての立言であり、1人の社員の意思は当該社員以外に社員がいないときは、実質上、他の社員の一致と同一の法律上の価値があるとみられる。したがって、2人会社においても、除名は認められるはずである⁽¹⁰⁾。

注

- (1) 以下、主として、Reher (a.a.O., S.64f.)による。
- (2) Wolf, Abberufung und Ausschluß in der Zweimann-GmbH, ZGR 1998, S.104.
- (3) 重大な事由について、本稿IV(→)参照。
- (4) Hachenburger/Ulmer, a.a.O., Anh. § 34 Rd.11.
- (5) 会社にとって邪魔な社員の有責性が問題となるのは、他の社員の行動も重大な問題を惹き起こし、かつ、除名の事由を生ずる場合である (Hachenburger/Ulmer, a.a.O., Anh. § 34 Rd.10)。
- (6) Morawietz, a.a.O., S.648.

- (7) A.a.O.
- (8) Hachenburg/Ulmer, a.a.O., Anh. § 34 Rn.9.
- (9) 大審院判明治42年10月13日民録15輯772頁。
- (10) 古瀬村・前掲書322頁以下。

VI 持分の払戻しに関する問題

(一) 退社（脱退・除名）の機能の再考

人的会社で社員を会社から離脱させるにあたり配慮しなければならないことは、当該社員の持分の運命を決定し、かつ、持分の払戻しの手続を調整することである。退社にあたり、利害の対立があるからである。とくに、除名にあたっては、会社は、社員たる地位の終結後、すみやかに除名から生ずる課題を明らかにしなければならない。そうすることによって、会社に留まることに耐えられない社員を退社させることができる。当該社員は、自己の持分を放棄することの対価として払戻しの支払いを受ける。けれども、短期間のうちに持分の払戻しの計算は困難である。

そこで、除名の判決の中で確定する効力に、除名された社員は、判決中で確定した持分の対価（払戻し）を定められた期間内に会社から得るという条件を結びつける、もしくは、除名手続と持分の払戻しの手続を切り離して、除名判決をもって、当該社員は社員権を行使すべき権限を失うという2つの考え方がある。

前者は、除名される社員の利益の立場に立ち、その持分の完全なる対価を確保するという利益を強調する。これは、持分の損失という観点からのとらえ方である。さもなくば、持分が消却されずに、他に譲渡された場合に、持分の譲受人が支払いをしないか、または、支払いを遅延するという危険にさらされる。しかしながら、持分の払戻しの支払いを除名の効力と結びつけることは、除名された社員の持分価額の調査が遅滞なく可能で

あって、当該社員が乗り出す必要がない場合は例外である。会社にとって厄介な社員には、持分評価の煩雑な手続は恰好な争いの道具でもある。そうすれば、会社はまた除名される社員によって長期間不安な状態におかれることになる。このように、厄介な社員がせつかく除名判決が下されたにもかかわらず依然として会社に留まることは、会社にとって好ましいことではない。確定した払戻しの一部についてだけでの支払いが適時に行われないことが、除名のための重大な事由が明らかに自身にある社員を会社に留めることになる⁽¹⁾。

そこで主張されるのが後者の考え方である。除名される社員の持分は、当該社員にとって単なる財産的価値（債権）にすぎない。会社が当該持分を消却する場合であれ、または、第三者に譲渡する場合であれ、払戻しの支払いを訴求することができるだけである⁽²⁾。

退社制度の意義の1つは、企業維持をはかるところにある。社員が退社して、会社が企業としての機能を回復することがまず第一に求められる。したがって、退社の事務手続は簡便に行われなければ、退社制度の意義は生かされない。しかし、他方で、退社に際し、退社する社員の利益、すなわち、持分の払戻しが確保されなければならない。そのために、会社は判決の手続を履践し、多くの時間を費やすことになる。とくに、除名される社員には除名されるにつき相応の理由があるのだが、持分の払戻しがなされるまで、彼はその社員たる地位にもとづき会社に何らかの問題を提起するにちがいない。

そこで、ここでは、企業維持の見地から、業務上どのような処置をとっているか、ドイツ法の現状をみてみよう。注目すべきは、会社は、定款で退社社員の持分の払戻しに一定の条件や制限を設定している。その場合、どのような問題や議論があるか検討する。

なお、ここでの検討については、定款で退社に条件や制限を約定するこ

とにふれるので、すでに他で述べている持分の払戻し（本稿Ⅲ(三)）および定款自治の原則（本稿Ⅳ(三)）と重複するところもある。

(二) 持分の払戻しの制限

ある社員を重大な事由にもとづき除名する場合に、持分の払戻しの支払いにつき、何らかの制限または条件をつけることができるかが問題である。除名される社員との争いを和げるために、払戻しの額に上乘せをしたりする。また、残存社員の財産が持分の払戻しにあたり減少する（会社財産の放出による）ことから、事情によっては、残存社員の利益保護も要請される。だが、社員に重大な事由が存在し、当該社員を除名する場合に、自らの意思にもとづく脱退と異なり、仮りに、条件付け等が許されるとすれば、払戻しの制限の範囲が問題である。会社が定款で制限条項を設けるにつき、払戻しの完全なる排除は許されない⁽³⁾。定款の定めにもとづき計算された持分の払戻し額が持分の実際の価額と大きな隔りがある場合、その隔りが正規の事業活動から生ずる限り、定款で定めた払戻し条項に代えて、適切な払戻し額で支払われるべきである。たとえば、払戻しが帳簿価額にもとづき支払われるべきであると定め、それにもとづき計算すると、市場価額の3分の1になるようなことは許されない。この種の定款条項は無効である。社員にとって望ましいことは、定款にもとづく持分の価額評価は租税法上の評価規定によるべきであるという⁽⁴⁾。というのは、租税法上の査定は会社の収益価値を考慮に入れており、企業の実価と極端にかい離していないからである。支払われるべき払戻しの額は明確な査定にもとづき比較的容易に、かつ、迅速に算定される。支払われるべき払戻しの額高に関する社員間の争いを回避するために、社員は定款中で払戻しの額の査定を仲裁者としての専門家、とりわけ、税理士や公認会計士に委ねるべきである。

(三) 払戻しの分割払い

会社の財産から一括して払戻しをすることは、会社の資本金に少なからず影響を与える。会社の財産基盤をぜい弱なものにしないために、定款で持分の払戻しの支払いについて、分割払いの合意をすることができるか。極端に長期にわたるものでない限り、これは認められる⁵⁾。しかしながら、社員が定款で払戻しに分割払いを合意することは、除名の有効性と関連して検討する必要がある。

除名が有効に実現されるには、払戻しの支払いが確実に行われる必要がある。除名される社員には、最後の分割払いの額が完全に支払われるまで、社員権が帰属する。したがって、除名される社員は、法的にみれば、宙に浮いた状態に置かれることになる。議論のあるところであるが、分割払いが継続している間は、除名される社員には社員権が依然と存するので、社員総会への出席権およびそこでの議決権が帰属する。したがって、そもそも排除されるべき邪魔な社員がそこに残っていることは、退社制度の意義にもとづく、社員総会が本来の機能を果たしていないことを意味する。では、長期にわたる法的不安定さを除去するために、当該社員には、社員総会における議決権は持分の払戻しが完全に終了するまで停止することが求められる。しかし、これは許されないことである。除名は裁判で決定されたが、払戻しの支払いが終了しないうちの社員総会の決議は、会社経営にとってもデメリットであり、払戻し請求権に関してもデメリットにならない。

除名される社員は自己の議決権行使につき保護に値すべき利益を有する。したがって、一方で、権利は停止し、他方で、義務が存続することは矛盾する。

そこで、除名される社員の議決権は、特に、業務執行領域の事項については、不作為の義務を負うべき誠実義務に服する。社員のだれもが紛争の

際に生ずるかもしれない不作為の誠実義務にもとづき、一定の権利の制限に服するかは疑問であるが、すでに生じている紛争状態から、また新たな法的争いの発生を望まないであろう。とくに、業務執行領域での不調和を避けるための社員権の行使ないしその制限にあたっては、何らかの配慮が必要である。他の社員を除名した残存社員だけが、この除名された社員の宙ぶらりの状態の中で社員総会を招集し、決議をしたならば、その決議は無効である⁶⁾。

四 払戻しのための情報請求権

退社する社員は、退社の実行にあたり、会社の経済的發展や事業の現状に関する情報を必要とする⁷⁾。というのは、退社する社員は、会社が一般的に確立された手続に従い、調査・計算し、会社側から示された払戻しの額がどのような理由で低いのかを知り、もしくは、より高額な払戻しがいかなる根拠で自己に帰するのかを説明・立証しなければならないからである。他方、残存する社員は、まずは、持分の払戻しの額を定款上の条項を根拠に算定する。定款で約定した払戻額よりも高額を要求する社員が企業価値の査定に必要な証拠資料や情報を入手するのが不可能であれば、それは新たなトラブル発生の端緒・原因ともなる。会社および残存社員は、退社に関する資料や情報を任意に利用させないからである。

そこで、退社する社員は、持分払戻しの額高を真の持分価額と定款で約定したその差額を立証するために、当該社員には、払戻請求権で要求すべき額高を算定する基礎となる会社の帳簿書類の閲覧請求権が帰属する。この閲覧請求権は社員たる地位にもとづくものであるから、退社した社員の持分が会社によって消却されているか、あるいは、他の社員または第三者に譲渡されている場合には、当該社員にはすでに帰属しないとする立場に立つとしても、当該社員が法律上保護に値すべき利益を有する限り、

ドイツ民法典810条および242条を類推適用して^⑧、一般的な閲覧請求権が認められる。とくに、閲覧することについての法的利益が存在するといわれるのは、退社する社員が定款で約定した払戻条項で認める契約上の払戻持分と法律上の払戻持分との不均衡さの具体的な拠り所を示すという点である。除名された社員がどの程度まで明確な根拠を示すかが問題であるが、この情報請求権が認められるのは、払戻しの持分査定に必要な情報源である書類等を閲覧することで得られない場合である。実際に、退社社員が過年度において年度決算書にもとづき実施された剰余金の配当を認識している限り、後日、営業関係書類への閲覧請求は払戻額の査定のためという理由では認められないであろう。

年度決算書が作成されているか、もしくは、確定されているかは、払戻持分の査定において絶対的要件ではないので、訴訟上、その立証責任は軽減されよう。もともと、脱退しようとする社員は、その脱退の意思表示をするに先立ち、通例、持分の払戻額の算定に必要な資料や情報を収集しているはずである。年度決算書が会社の内部紛争によって社員総会の決議で確定されない場合があるが、このような状況下、退社する社員は自己の持分の払戻額高の正当性を示さなければならない。もとより、脱退社員は自己の持分の払戻しの額を算定できるのであって、当該社員の査定が適正なものであれば、これにもとづいた払戻請求権の額高は訴訟上否認されない。もちろん、会社は、反論するためには、この脱退社員の査定が不適切なものであることを立証しなければならない。会社は、実体法上、税務貸借対照表あるいは他の証書の提出義務を負うのであって、この提出義務に応じないときは、脱退社員に立証・証明は求められない。

注

- (1) 1971/1973有限会社法政府草案が208条で示しているように、会社が暫定的

- (vorläufig) に一部の払戻しをすれば、その払戻しを受けた退社する社員はその持分から生ずる一切の権利を有しないとしている。
- (2) Immenga, Die personalistische Kapitalgesellschaft, 1970, S.308ff.
 - (3) 持分払戻しの排除は例外的に認められる。たとえば、会社が観念的目的によって設立された場合や除名される社員の持分が全く無価値である場合である (Lutter/Hommelhoff, a.a.O., Rn.85)。
 - (4) Lutz, Der GmbH-Gesellschafterstreit, 2001, S.139.
 - (5) 一般に、5年～7年くらいの期間設定は許される。そして、一度設定された期間を延長することは許されない (Lutter/Hommelhoff, a.a.O., § 34 Rn.82)。
 - (6) 会社が払戻し請求権を金銭的に制限し、そして、その支払いを分割方式で長期にわたることも許される。ドイツでの実務上の取扱いである。これは定款で定められる。実際、退社社員の持分の査定方法 (帳簿価額での評価、それにもとづき査定された持分の払戻しの支払い方法、分割払い、利息の支払い、払戻し請求権の譲渡禁止等々) に関しては、定款で詳細にこれを定める。このように持分の払戻しの支払いに制限を付すことは、原則として許容される。しかし、払戻し請求権の行使にあたり、手数料の名目で何らかの金銭を徴収をすることは許されない。また、解約告知の自由を不当に妨害してはならない。定款で約定された持分の払戻し額が実際の価額と顕著に相違してはならない。さもなくば、退社した社員は定款で定められている以上の支払額を裁判で主張することになる。
 - (7) 以下、主として、Hülsmann (a.a.O., S.205.) による。
 - (8) ドイツ民法典810条「他人の占有にある証書の閲覧につき法律上の利益を有する者は、証書が自己の利益において作成され、または、証書中に自己と他人の間もしくはその一方と共同の媒介人との間になされた法律取引の交渉を包含するときは、占有者より閲覧の許可を請求することができる。」
同法242条「債務者は、取引の慣習を顧慮し、信義誠実の要求に従い、給付をなす義務を負う。」(現代外国法典双書 独逸民法 (II) による)。

Ⅶ おわりに

退社(除名および脱退)の問題点につき、ドイツ法をもとに検討した。以下において、2～3の課題を指摘してまとめとする。

退社制度は、旧商法で合名会社および合資会社において利用されていた。会社法は、これらの会社に合同会社を加え、持分会社全体に退社制度

を採用しているのだが、合同会社の特色を理由に、この会社には特則を設け合名会社および合資会社と異なる取扱いをしている。したがって、退社制度について、旧商法時代と同じ議論は全て妥当するとは思われない。

中小企業の経営者が仲間と共に合同会社を選び、当初はお互いに協力しあうが、意見の対立で争いが生ずる。中小会社の内紛のおきまりコースである。事業活動からみて、もはや、会社を存続させる意義のない場合には、会社の解散という途を選択すればすむことである。しかし、その事業活動が一定の社会的評価を受けていれば、会社の存続が不可避である。この場合、争いをしている社員の利益か、企業の利益か、いずれに重きを置くべきか。本稿は、企業の利益を優先に考察してきた。企業維持の原則にもとづき、退社制度をとらえたとき、退社はスムーズに遂行されなければ、その制度的意義・目的は没却する。

社員が会社から速やかに離脱するためには、退社が簡略かつ効率的に行われるべきである。もちろん、退社する社員の利益は犠牲になってはならない。そのために、会社および社員は、退社について相応の準備をしておかなければならない。とくに、時間と労力を費やすのは、退社する社員の金銭的問題である払戻しに関してである。会社法は、会社と退社する社員との間の計算は退社時または除名の訴えの時の会社の財産状況に従ってこれを行う旨を定めているだけである(会社法6011条2項・5項)。企業維持の見地から、たとえば、定款中で、持分払戻しの支払いにつき、分割払いや支払延期の約定をすることが想定される。原則、払戻しの支払いが完了するまで、退社する社員には社員権が維持される。しかし、ドイツ法の実務では、この種の約定が設けられたことにより、払戻しの遅延が生じ、新たな争いが生まれている。退社する社員側では、持分の払戻しはその社員の生活の糧であり、新たな生活環境の準備資金として利用されるのであり、支払いの遅延は厳しいものとなる。会社は、退社する社員のために、

退社に関する経済的および法的な関係についてのルールを明確化しなければならぬ。企業維持に重きを置いたとしても、退社する社員の利益が害されてはならない。

退社のうち、脱退の場合、脱退する社員は告知の意思表示をするまで、脱退後の持分払戻しにつき相応の準備をしている。問題となるのは、除名の場合である。会社は、社員を除名することで企業維持をはかるのであるから、その対価として除名される社員の利益をいかに確保するかである。社員総会の決議（社員の決定）をもとに裁判所への訴えが必要である（会社法859条）。除名の判決が下された後に、払戻しの支払いが待っている。判決で会社にとって厄介な社員を排除できたとしても、当該社員に社員権が存続すれば、払戻しの遅延がまた新たな争いの火種となる。企業維持のためにスムーズな除名手続きが求められるのであるから、トラブルを惹き起こさないようなルール作りが必要である。たとえば、除名判決後、6ヶ月以内に、暫定的な払戻しが行われれば、当該社員の社員権は消滅する。そして、支払いが遅延すれば、社員権は復活する。あるいは、除名の事由が発生し、6ヶ月以内に社員決議（社員の決定）が行われ、除名の訴えが提起されないときは、除名すべき権利は消滅する。さらには、除名判決が下され、一定の期間内に払戻しが終了しないときは、除名判決は失効する。この場合には、除名された社員の社員権は復活する。これらの提案は本文で示しているので、再説は避けるが、会社法611条6項で、除名の訴えが提起された場合、その提起した日から払戻しにつき年6分の利息が付くとしているが、利息が付与されることで、退社の手続が迅速に処理されるとは限らない。

つぎに、退社した社員の持分の払戻しが行われた後、当該持分は消滅する。これは持分の消却と同じ効果である。持分の払戻しにあたり、消滅だけでなく、会社には当該持分を他の社員または第三者に譲渡する選択肢が

あっても良い。退社する社員の持分が払戻しによって消滅するよりも、その持分を存続させることで、会社や会社債権者にとって会社の財産確保というメリットがある。とくに、合同会社では合名会社や合資会社以上にその効用は大きいものである。当然、持分の譲渡手続がとられるのであるから、会社における社員間の信頼関係の崩壊もなく、また会社の財政基盤も堅固なものとなり、ひいては会社および債権者の利益にもなる。この場合、持分の譲渡にあたり、その代金の支払いにつき、会社はその持分の譲受人（引受人）と連帯責任を負う。

さらに、2人会社においては、その特殊性から、設立時に、デッドロックに際しての対策を講じておくことが望ましい。さもなくば、意見の対立は会社の解散をきたすからである。企業維持の原則から好ましくないことである⁽¹⁾。

注

- (1) 平成22年6月、政府は中小企業憲章を発表した。中小企業が持分会社を選択し、その存在意義を発揮するために、会社法もそれに沿った運用が求められる。株式会社と同じく、持分会社においても、諸制度につき詳細な議論が必要とされる。