

## 任務懈怠・退職慰労金不払と取締役の 対第三者責任

品 谷 篤 哉

問題の所在

判例の分析

- 1 京都地裁平成 2 年 6 月 7 日判決
- 2 東京地裁平成 6 年 12 月 20 日判決
- 3 京都地裁平成 15 年 6 月 25 日判決および大阪高裁平成 16 年 2 月 12 日判決

若干の検討

- 1 266 条ノ 3 の解釈論
- 2 269 条の解釈論

結びに代えて

### 問題の所在

現行商法 266 条ノ 3 が解釈論における難問であることは、およそ異論のないところであろう。責任の性質、損害の範囲、第三者の範囲、責任主体の範囲等の数多い論点が複雑に錯綜し、「諸説が林立し紛糾を極め<sup>1)</sup>」る様相は、未だ終焉を迎えていない。もっとも 266 条ノ 3 をめぐる錯綜した議論の中に、一定の到達点は何もない訳ではない。すぐに思い浮かぶ到達点の 1 つとして、昭和 44 年の最高裁大法廷判決<sup>2)</sup>が挙げられよう。同判決では 266 条ノ 3 が定める責任は第三者保護のための法定特別責任である旨が判示された<sup>3)</sup>。素朴に考えれば、この判示を所与として解釈論の展開を図る方法が想起されよう。

しかしながら法定特別責任との理解は、次のような問題点を内包する。

第1は損害賠償法の理論との関係である。制定法により特に定められた責任との理解からは、仮に266条ノ3の条文がなければ取締役の対第三者責任も認められず、同条があればこそ対第三者責任が肯定されるとの示唆が得られよう。換言すれば266条ノ3の責任は、損害賠償法の理論からは原理的に区別されるべきものと解される。ところで266条ノ3の条文は、職務を行うについての悪意・重過失や連帯責任について言及するものの、例えば法定利率や消滅時効については何ら規定がない。法定利率については商法514条や民法404条、消滅時効については商法522条のほかに民法167条や民法724条の適用が思い浮かびそうである。けれども266条ノ3を特別の責任と解するため、法理論からのアプローチにより条文の適用を図ることは容易でない。少なくとも論理必然的にこれらの条文のいずれかが適用されることはあり得ない。取締役の対第三者責任について、266条ノ3が定める以外の事項については、むしろ「法規の欠缺が生じているものとして<sup>4)</sup>」認識されるべきこととなる。

第2は266条ノ3の目的である。266条ノ3は制定法が特に定めた責任であり、およそすべての制定法について、少なくとも制定時に立法趣旨や立法目的と無関係な条文はあり得ないと考える<sup>5)</sup>ならば、266条ノ3にも立法目的が当然に想定されよう。この立法目的については一般に会社債権者保護が唱えられる。「多くの場合、契約や不法行為に基づき会社に対し請求権を持つ第三者が、会社の倒産などのために満足を得られず、本条を利用して取締役個人の責任を追及する<sup>6)</sup>」との指摘は、会社債権者保護という目的のために266条ノ3が手段として使われていることを示唆するものであろう。ただし会社債権者保護を所与の目的とした場合でも、当該目的が解釈論レベルで、どの条文のどの文言をどのように解釈することにより、保護がどの程度実現されるべきかの問題は残る<sup>7)</sup>。

のみならず第3に、保護されるべき会社債権者の具体的範囲も問題となる。第三者の範囲をめぐり株主を含むか否かについて議論が蓄積されているのは周知の通りであるが、会社債権者それ自体についても問題が残る。

素朴に考えればステークホルダー一般にまで広がりそうであるが、無条件・無限定の保護が現実には考えられない以上、保護されるべき債権者の具体的・現実的な範囲をどのように画するかの問題は避けられまい。仮に一定の債権者が不十分な弁済しか受けられないことも法的にはやむなしと考えられている倒産処理のコンテキストに照らし合わせるならば、優先劣後の順位関係に留意した範囲を検討すべきこととなる。

また債権者の有する債権に照準を合わせる場合には、債権の発生・移転・行使のそれぞれについて考慮が求められる。債権の発生原因については、周知のように法律行為と法律の規定に大別される。このうち例えば契約に基づく債権者の場合、債権の発生段階について、意思表示の合致があったか否か、寄託のような要物契約に基づく債権の場合には物の受取があったか否か等が問われる<sup>8)</sup>。その結果、契約法レベルの議論が266条ノ3の適用範囲を左右することにもつながろう<sup>9)</sup>。法律の規定に基づく債権発生の場合についても、発生原因を定める条文の解釈論により、266条ノ3の適用範囲に間接的な影響を与えることもあり得よう<sup>10)</sup>。

取締役への退職慰労金不払の事案も、法律の規定に基づく債権発生の問題として位置づけられる。取締役の退職慰労金については、従来より現行商法269条の問題として論じられてきた。退職慰労金は269条の報酬に該当するか。定款で定めなければ株主総会で定めることになるが、その場合に確定支給額を決議すべきか、支給上限額の決議で足りるか。取締役会や代表取締役に決定を授権する決議をなし得るか。退職慰労金支給に関する内規が存在する場合、当該内規にどの程度の意義を認めるか。269条をめぐるこれらの問題点は現在もなお議論が続けられている。そして退職慰労金不払を理由として266条ノ3により取締役の責任を追及する事案では、266条ノ3についての解釈論のみならず、269条についてのそれも結論に影響を及ぼす重要なポイントとなる。本稿は取締役の退職慰労金不払を理由として266条ノ3の適用が争われた近時の事案3件を素材に、266条ノ3自体の解釈論について検討するとともに、269条の解釈論が266条ノ3のそれ

に及ぼす影響を探ることを目的とする。

## 判例の分析

### 1 京都地裁平成 2 年 6 月 7 日判決<sup>11)</sup>

#### (1) 事実関係

本件は役員間の内紛に起因する退職慰労金不払の事案である。訴外 A は昭和35年から昭和60年 1 月22日に死亡により退任するまで、訴外甲会社の取締役の地位にあった。甲会社では定款で株式の譲渡制限を定めるとともに、従業員持株制度を採用していた。この制度を活用するために、退職従業員からの甲会社株式の取得および在職者への割当を目的とするプール会社として別の有限会社が設立され、A の長男 X<sub>1</sub> が当該有限会社の代表取締役の地位にあった。甲会社では昭和60年 7 月29日に定時総会が開催され、A に対する退職慰労金贈呈の件が付議された。甲会社は当時、A の在職中に A と X<sub>1</sub> を中心に甲会社取締役会規定に違反して行われた 5 億円の不正融資問題を抱えていた。また、A および X<sub>1</sub> の親子一派と会長一派の対立を背景に、プールされていた甲会社株式を X<sub>1</sub> が A と相談の上、X<sub>1</sub> の知人や親類縁者らに譲渡したことも問題となっていた。そのため 7 月29日開催の総会では、不正融資問題等を慎重に配慮のうえ、支給の額、時期、方法等を決定することを取締役会に一任する旨の決議がなされた。

甲会社には役員退職慰労金の算定に関する内規がなかった。甲会社は昭和61年 5 月31日に取締役会を開催し、過去 2 件の役員退職慰労金支給例から A の支給額を3,000万円と算定しつつも、不正融資事件の解決をはじめとする 6 つの条件を付して支給を拒んだ。これに対し X<sub>1</sub> をはじめとする A の相続人 4 名（以下ではこの 4 名を X らと記す）が、甲会社代表取締役の相続人および昭和61年 5 月31日当時の取締役の計 5 名（以下ではこの 5 名を Y らと記す）を被告として損害賠償を請求した。X らは、昭和60年 7 月29日の総会決議にもかかわらず Y らは取締役会での決定を昭和61

年5月31日まで放置し、取締役会で不当に低額に決定した上、支給に関して不法、不当な条件を設定して支給しない点を問題とした。そして、こうした不作為は悪意または重過失による任務懈怠および不法行為に該当するから、Yらは266条ノ3、民法709条および同719条に基づき損害賠償責任を負うと主張した。

## （2）判 旨

裁判所はXらの請求の一部を認容した。以下では次の4点について本判決を概観することとしよう。本件の総会決議、支給額、取締役会決議で退職慰労金の支給に付した6つの条件、および総会決議後に10か月も取締役会決議をせずに放置したこと自体に任務懈怠があり、これにより損害を被ったとの主張、の4点である。

まず について、本判決は次のように判示する。「株式会社の取締役に對する退職慰労金は、功労金部分も含め広い意味で役員の職務執行の対価と見得るから、商法269条が準用される。そうすると、お手盛り防止という同条の趣旨に照らし、本件株主総会決議のように、退職慰労金の額の決定を取締役に一任する旨の決議が有効となるためには、退職慰労金の額の決定について取締役会の従うべき一定の基準が存在することが必要である（最高裁二小昭和39年12月11日判決参照）。」このように述べた上で、過去2件の退職慰労金支給事例における金額算定方法を概観し、「算定方式が一応基準として存していたものと認められる。したがって、本件株主総会の決議は、甲会社に退職慰労金の算定基準が何ら存しない訳ではないから無効ではない」と判示した。

次に の判示を見てみよう。本件で取締役会が算定した3,000万円という金額について、裁判所は、Aの取締役としての在任期間、功労、過去2例の退職慰労金額等を考慮し、260%の加算を行って算定されたと認定する。その上で「取締役会が決定した金3,000万円という金額は、その算定方法が甲会社の算定基準に則ってなされたものであること、裁量による功労金の加算も、従業員退職金規程によって算出された基準額に対する加

算率も過去の支給事例のそれと均衡を失しているとはいえないことなどから不合理なものとは認められない」と判示した。また A の退職慰労金額は6,000万円を下らないとする X らの主張に対しては、6,000万円を下らないとする具体的算定基準について何ら主張、立証はないとして退けた。本判決の結論が X らによる請求の一部認容となったのは、この判示に基づく。

続いて については、大要、以下のように判断した。「本件総会決議が解決を条件としたとは認められないが、支払方法、時期等につき一任された本件取締役会としては、合理性のある条件を付することは許される。5億円の不正融資事件の解決を条件としたこと自体は、合理性があり不法、不当ということはできない(他の5点については不法・不当と判断)。しかしこの事件については昭和62年3月25日までに元利金とも完済されたから、解決がなされたと認められる。そうすると Y らは、取締役としての善管義務ないし忠実義務に基づき、甲会社に対し A の退職慰労金につき支給時期、方法等を定める義務があるのに、不法・不当な条件を付しこれを怠ったものといわざるを得ないからから、Y らには任務懈怠があるというべきである。そして解決を支給の条件とした諸問題のうち、A の死亡に伴う A 所有株式買取の件を条件とすることが合理性のないものであることは、わずかの注意を払えば容易に知り得たから、Y らには職務懈怠につき重過失があると認めるのが相当である。X らは不正融資事件が解決した後の昭和62年3月26日に、3,000万円を法定相続分に従ってそれぞれ支給を受け得る権利を取得したというべきであるところ、甲会社は本件取締役会決議に基づきその支払を拒んでおり、X らは具体的請求権の行使ができない状態にあると認められ、したがって X らは Y らの任務懈怠により権利を侵害され、当該権利相当の損害を蒙っている。以上の判断のうち、ここでは、合理性があれば条件付加が認められると述べた点、および条件の合理性が失われた翌日に X らが権利を取得したと述べた点を確認しておこう。

最後に、の主張については次のように判示した。「退職慰労金請求権（抽象的請求権）そのものは、定款で定められていない限り、株主総会においてその金額を定めた時、または、株主総会の決議で額の算定が取締役会に委任された場合には取締役会でその額を算定した時に初めて成立するものであるから、それ以前に一定の退職慰労金請求権が成立していることを前提に、右請求権の侵害による前記損害賠償請求権が生じたとするXらの前記主張は採用できない。」この判示からは、退職慰労金請求権（抽象的請求権）の発生時期が取締役会決議の時点と判断された点を確認しておこう。

### （3）分 析

まず本判決の269条に関する判断について分析してみよう。判決文中で参照されていることもあり、269条に関する本判決の理解は最高裁昭和39年判決のそれに類似する。取締役会へ支給額決定を一任する旨の総会決議が有効となるために、支給額決定について取締役会の従うべき一定の基準の存在を要求する判断は、2つの判決で基本的に異なるところはない。もっとも本判決については、過去の例からの推論にせよ功労加算率260%を事実として認定し、お手盛り防止の趣旨を確認しながら、なおかつ260%が取締役会による裁量の範囲内とされた点が注目されようか。仮に功労加算率が1000%や2000%の場合はどうだろうか。その場合には、お手盛り防止を唱えながらも、お手盛りの合法化に帰することも考えられよう。最高裁昭和39年判決では金額や功労加算率が具体的な数字で示されていないが、本件では260%という具体的な数字が現れた<sup>12)</sup>。そのため取締役会による裁量の範囲とお手盛り防止の趣旨の整合性の問題が表面化することとなった。裁量の存在自体を疑わないとしても、260%の加算が裁量の範囲内か否かについては、見解の相違があり得よう。そして、仮に裁量の範囲を越えているとの見解に立つならば、本件で認定された算定方法自体の適切さに疑問の余地も生じよう<sup>13)</sup>。

支給額に直接的にかかわる取締役会の裁量の範囲をめぐる論点のほかに、

本判決では退職慰労金請求権の発生時期についても言及されていた。本件の事案を時系列的に眺めれば、(a) 総会決議 (b) 取締役会決議 (c) 不正融資問題解決 (d) 支給へと至る一連のプロセスが存在する。このプロセスを最高裁昭和39年判決の立論に当て嵌めるならば、退職慰労金請求権の発生時期は、(a)で一定の基準や一定の枠を付した総会決議の時点ではなく、(b)で基準や枠に従った金額を取締役会で決議した時点と解することとなる。そして(c)の条件は、すでに成立した債権の効力が発生するための条件として把握されるので、停止条件として捉えられるべきこととなる。それゆえ最高裁昭和39年判決の立論によれば、不正融資問題の解決を条件とすることの適否は、停止条件の当・不当の問題として扱われよう。

これに対し本判決は抽象的請求権について言及する。抽象的請求権を觀念するのであれば、それに対応すべき具体的請求権も觀念することとなる。この両者について本判決は、判示 では抽象的請求権が(b)の時点で発生し、判示 では支給を受け得る権利を(c)の時点で取得した旨を述べる。この立論によれば本件裁判所の理解は、(b)で抽象的請求権が、そして(c)で具体的請求権が、それぞれ発生したとの理解であると察せられよう。こうした2つの請求権を想定する場合、各請求権の発生・移転・行使のそれぞれについて問題となるのみならず、両請求権の関係も不可避の問題とならざるを得まい。ここで詳細に検討する余裕はない。すぐに思い浮かぶ疑問4点を以下に指摘するに止める。

(i) まず、両請求権の発生原因は何か。(b)で発生する抽象的請求権の発生原因が269条だとすれば、(c)で発生する具体的請求権はいかなる原因に基づいて発生するか。仮に具体的請求権も269条に基づいて発生すると解するならば、269条は2個の請求権を発生させる条文なのだろうか。(ii) 次に、抽象的請求権の譲渡や差押があり得るか。発生時期の相違に着目すれば、抽象的請求権と具体的請求権の両者を別個の債権と把握することも考えられよう。仮にそのように把握した場合、例えば退職取締役が抽象的請求権を譲渡したならば、抽象的請求権は譲受人に帰属しつつも、具体的請



求権は退職取締役について発生することとなるのか。また譲渡や差押が認められないとすれば、抽象的請求権を譲渡禁止債権・差押禁止債権と把握することも考えられようが、その場合、譲渡禁止・差押禁止とすべき理由は何か。あるいは抽象的請求権を債権として捉えず、それゆえ譲渡禁止や差押禁止の理由を不問とすることも考えられようが、そうなると抽象的請求権の権利性をいかなる点に求めるか。(iii) 続いて、2つの請求権が異なる時点で発生する別個の権利だとすれば、それぞれについて権利行使があり得るか。素朴に考えれば退職慰労金の二重取りとなり、結論が妥当でないのは明白だが、抽象的請求権と具体的請求権の両概念を用いる場合、不当な結論を回避するにはどのような立論構成が考えられるか。(iv) 最後に、二重取りを回避するための立論構成を検討する前提として、両者の関係をどのように考えるか。抽象的請求権の消滅と具体的請求権の発生が同時と考えれば二重取りはあり得ないが、同時として処理するにはどのような立論が考えられるか。抽象的請求権の消滅と具体的請求権の発生が原因と結果の関係にある点に着目し、両債権の有因性を重視するなら、1つの処理方法として更改が考えられよう。ただしその場合、権利者たる退職取締役と義務者たる会社間で更改契約が締結されると解するのだろうか。そこでは、両当事者の意思表示とりわけ効果意思として、抽象的請求権を消滅させ具体的請求権を発生させる効果意思を現実想定できるのだろうか。

こうした問題点は、本判決が抽象的請求権および具体的請求権の概念に言及することに起因する。すでに見た最高裁昭和39年判決の立論によれば、こうした問題点はそもそも発生しない。その限りでは最高裁昭和39年判決の立論の方が適切なようにも見える。しかしながら本件の事案に照らすと、いずれの立論にも疑問の余地が残る。本件の(a)から(d)へ至るプロセスのうち、(a)の時点では何らの権利も発生しないこととなるためである。すでに見たように最高裁昭和39年判決の立論によれば、(b)の時点で退職慰労金請求権が発生すると解される。そして本判決の立論によれば、(b)の時点で抽象的請求権が、そして(c)の時点で具体的請求権が、それぞれ発生すると解

される。けれども<sup>(a)</sup>の総会決議のみでは何も権利が発生しない。金額が決まらないため、何ら権利は発生しないこととなるのである。すると<sup>(a)</sup>から<sup>(b)</sup>への期間が、本件では10か月だが、仮に2年、5年、10年でも同様の結論となるのだろうか。10年間も権利未発生状態が続くと結論が妥当性を欠くと評されるならば、<sup>(a)</sup>の総会決議をどのように捉えるかについて、検討の余地が残されているのではなかろうか。

次に本判決の266条ノ3に関する判断について分析を試みることにしよう。本件でXらは民法709条および同719条も請求の根拠条文とした。これに対し本判決は266条ノ3を根拠とした判断を示すに止まった。そこでは266条ノ3が根拠とされるべき旨も、709条および719条が根拠とされるべきでない旨も示されていない。最高裁昭和44年大法院判決が示したルールによれば、266条ノ3に基づく責任と不法行為責任の競合が是認される。それゆえ本件でも709条および719条が定める要件の充足が認定されたなら、Yらに対し不法行為に基づく損害賠償を命ずる判断が示されてもおかしくないはずである。法定特別責任説を採らない旨を述べていない点に鑑みれば、本判決が不法行為特則説を採用したと速断するのも控えるべきであろう。本判決が不法行為責任について判示しなかった理由については、不明とせざるを得まい。

もっとも266条ノ3に基づいてYらの責任を認めたのは事実である。そして任務懈怠、重過失、損害等の諸要件が充足される旨を述べて266条ノ3を適用する本判決の立論自体は、奇を衒わないオーソドックスなものである。ただし本件の事実関係に照らすと、266条ノ3を適用したこと自体に疑問の余地もあろう。なぜなら、本件の甲会社が倒産したとの事実認定はなく、役員間の内紛に過ぎない状況で、そもそもXらによる請求の名宛人が何ゆえ甲会社でなくYらとなるのかが問題となるからである。不正融資事件の解決によりXらは退職慰労金の具体的請求権を取得したと判示された本件において、当該請求権の名宛人は甲会社のはずである。何ゆえ甲会社でなくYらに対する請求が認められるのか。

この点について、266条ノ3の適用の有無は同条所定の適用要件が充足されたか否かで判断されるべきとする要件・効果論の考え方は、一応の説得力を有するようにも見える。しかしながら会社に対する具体的請求権と、取締役に対する266条ノ3の損害賠償請求権の関係は不可避の問題であろう。ちなみに本件に先立って、東京高裁昭和54年4月17日判決<sup>14)</sup>は、本件の事案のような場合に266条ノ3に基づく請求が認められない旨を述べていた。有限会社法30条ノ3の適用が争われた事件で、次のように判示する。「法は会社が経済社会において重要な地位を占めていること、しかも会社の活動はその機関である取締役の職務執行に依存するものであることと、一方において社員の有限責任制の存することなどを考慮して、第三者保護の立場から、取締役において悪意または重大な過失により右義務に違反し、これによって第三者に損害を被らせた時は、取締役の任務懈怠の行為と第三者の損害との間に相当の因果関係がある限り、会社がこれによって損害を被った結果、ひいて第三者に損害を生じた場合であると、直接第三者が損害を被った場合であるとを問うことなく、当該取締役が直接に第三者に対し損害賠償の責に任すべきことを規定したのであるから、有限会社法30条ノ3により第三者が取締役に対し直接損害の賠償を求める場合の要件は、一般の不法行為におけるのと異なるものというべきであり、右のような本条の制度目的から見ると、第三者に損害が発生したとするには、第三者と会社との間にその取締役の関与した取引に関する債権関係が存在し、第三者が会社に対しその債権の支払を求めたのに、会社の破産、私的整理、弁済資力の不足などにより、会社自体から債権の満足を受けられないことが確定したこと、または、将来その支払を受けることが客観的に著しく困難となったことを要するものと解するのが相当である。」

以上のような東京高裁昭和54年判決の判断によれば、266条ノ3が適用されるのは基本的に会社が資力なしの状況に陥った場合となる。確かに資力なしの状況の場合、直接損害または間接損害のいずれと構成するにせよ<sup>15)</sup>、266条ノ3の適用要件たる損害の認定は困難でなからう。けれどもも

会社に資力があり、会社から弁済を受ければそれで満足となる状況で、Xらに損害は発生したか。甲会社とYらが同視されるべきで、甲会社の法人格が否認されて然るべしとの判断でもあれば別だが、本判決にそのような判示はない。それゆえ甲会社に対する請求の可否および適否について判示のないまま、266条ノ3に基づいてYらの責任を認めた本判決については、疑問の余地ありといわざるを得まい。

結局、本件のXらは、甲会社に対して債務不履行に基づく損害賠償請求をなすのが本筋であり、甲会社に請求しないままYらに損害賠償を請求するのは、お門違いなのではなかろうか。東京高裁昭和54年判決が会社の資力の有無を問うのは、本来なら会社から弁済を受けるべきであるところ、会社に資力がない場合には債権者保護のため、所定の要件を充足するなら取締役に損害賠償を請求せよとの理解であろう。もとより、すでに見たように266条ノ3の目的を会社債権者保護と理解する点についても疑問の余地はある。それゆえ同判決の理解にも問題はあろう。しかしながら仮に同判決のような理解を所与とするのであれば、会社から弁済を受けられなかった債権者を保護する条文として266条ノ3は理解されるべきこととなる。ちなみに本件の事案で、直接損害限定説・間接損害限定説・両損害包含説等の議論を展開する際の前提となるべき損害は発生していたであろうか。会社からの弁済が見込めない旨の事実認定のない本件で、Xらは会社に請求すれば事は足り、266条ノ3の適用要件たる損害は発生しておらず、損害がなければ本件の請求は棄却されるべきとも考えられよう<sup>16)</sup>。何ゆえ本来の債務者たるべき会社に対して請求しないまま、266条ノ3で取締役に対して請求することができるのか。何ゆえ債権者は、請求の名宛人を会社と取締役で事実上選択したり、あるいはまた双方に対する責任追及が可能となるのか。何ゆえそれほど手厚く保護する必要があるのか。権利自体は発生済と構成可能な本件では、会社に対して債務不履行に基づく損害賠償を請求すれば足りるのではないか。仮に本判決を是認した場合、その後始末として、例えばYらは甲会社に対し3,000万円を求償すること

になるのだろうか。

266条ノ3により提供されるべき会社債権者保護の範囲と程度について、本判決はこうした諸問題を抱える。いずれも東京高判昭和54年判決の立場では問題とならないものであり、オーソドックスな立論を展開しているようには見えるが、本判決の抱える諸問題は看過されるべきではなからう。

## 2 東京地裁平成6年12月20日判決<sup>17)</sup>

### (1) 事実関係

本件の原告 X は、昭和41年11月から昭和63年6月まで被告 Y<sub>1</sub> 会社の取締役の地位にあり、昭和63年6月28日に任期満了により退任した。退任の翌日に開催された総会では X への退任慰労金<sup>18)</sup>贈呈の件が付議され、退任慰労金を支給すること、および具体的金額、時期、方法等を取締役に一任することが決議された。Y<sub>1</sub> 会社には役員退任慰労金算定内規があり、これによれば基本慰労金とランク別加算金の合計で支給額が算定されることとなっていた。また基本慰労金の2割を限度としての功労加算や、経営状況その他により退任慰労金の減額があり得る旨も規定されていた。X が平成元年7月28日付書面で支給時期を Y<sub>1</sub> 会社に問いただすと、Y<sub>1</sub> 会社代表取締役社長 Y<sub>2</sub> 名義の同年8月10日付書面で回答がなされた。総会決議通り支払の予定だが、時期・金額について取締役会から処理を一任された Y<sub>2</sub> において検討の上、会社再建上妥当と判断された時期を待つて決定する旨の回答である。X はさらに同年9月4日付書面で、書面到達後3か月以内に支払うように催告したが、Y<sub>1</sub> 会社は Y<sub>2</sub> 名義の9月26日付書面で Y<sub>1</sub> 会社の状況からまだ実施すべき時期ではないので、なお若干の猶予を求める旨が回答された。

Y<sub>1</sub> 会社の取締役である被告 Y<sub>2</sub> ないし Y<sub>6</sub> は、退任慰労金支給のための取締役会を不開催のまま放置した。また平成4年5月の取締役会では、不支給が決議された。X は、Y<sub>1</sub> 会社に対しては民法44条1項または同715条に基づいて、代表取締役の Y<sub>2</sub> および代表権のない取締役である Y<sub>3</sub> ない

し Y<sub>6</sub> に対しては民法709条または商法266条ノ3に基づいて、損害賠償を請求した。請求額は、功劳加算や経営状況に起因する減額を除いて、役員退任慰労金算定内規による退任慰労金相当額5,039万円である<sup>19)</sup>。

(2) 判 旨

裁判所は大要、以下のように判示して X の請求を認めた。「退任慰労金<sup>20)</sup>が在職中の職務執行の対価とみられる場合であっても、株主総会決議において、明示的に若しくは黙示的にその支給基準を示し、具体的な金額・支払時期・支払方法等はその基準によって定めるべきものとして、その決定を取締役に任せている場合には、お手盛り防止という商法269条の趣旨を潜脱しない(筆者注:ここでは、先に京都地裁平成2年判決を分析する際に言及した最判昭和39年12月11日民集18巻10号2143頁が先例として指摘されている)。Y<sub>1</sub> 会社には本件内規が存し、本件株主総会決議においても、右内規に従って相当額の範囲内で支給金額を決する旨の支給基準が明示的に示されているのであるから、右決議は有効であるというべきものである。

Y<sub>2</sub> は代表取締役として、総会決議に基づいて決議内容を適正に処理すべき職務を有する。また代表権のない取締役である Y<sub>3</sub> ないし Y<sub>6</sub> は、取締役会の構成員としての地位に基づき、取締役会に上程された事項にとどまらず、代表取締役の業務執行一般につき監視し、必要があれば取締役会を招集しあるいは招集することを求め、取締役会を通じて業務執行が適正に行われるようにする職務を有する(筆者注:ここでは最判昭和48年5月22日民集27巻5号655頁が先例として指摘されている)。Y<sub>2</sub> ないし Y<sub>6</sub> は特段の事由のない限り取締役としての善管義務ないしは忠実義務に基づき、総会決議に従って、取締役会決議により、内規に基づいて X に対する退任慰労金を算定し、支給時期や方法を具体的に定めるべき義務が生じたものというべきである。

本件内規には、退任役員に対する退任慰労金の算定基準は示されているものの、その支給時期、方法に関する規定は置かれていない。このような場合、支給時期等は、退任慰労金の支給を取締役に一任した総会決議の

趣旨、およびそれを踏まえた取締役会の合理的な裁量によって決せられるものと解するのが相当である。したがって取締役会が右支給に関して十分合理性のある条件を付し、あるいは取締役会決議のために必要な準備期間につき支給を留保するなどの合理的な理由の存する場合には、一定の期間その支給を留保することも許される。しかし合理的期間を経過するも総会決議の実行を放置することは、特段の事由のない限り、取締役の善管義務ないし忠実義務に違反し、任務懈怠を構成する。本件では、遅くとも X の主張にかかる平成 2 年 6 月 28 日の時点において、退任慰労金の支給に関する具体的な取締役会決議がなされて然るべきである。これがなされていない以上、退任慰労金の不支給が高度の蓋然性をもって顕在化しているというべきだから、特段の事由のない限り、平成 2 年 6 月 28 日時点において Y<sub>2</sub> ないし Y<sub>6</sub> は取締役の任務を懈怠したというべきである。

本件退任慰労金の支払凍結には何ら合理的な理由はなく、本件総会決議に違反する。遅くとも平成 2 年 6 月 28 日には Y<sub>1</sub> 会社の経営状態も回復して X に対する退任慰労金の支給に何らの支障もなくなっている以上、決議を放置した Y<sub>2</sub> ないし Y<sub>6</sub> は、決議に従って X に対する退任慰労金の具体的な金額、支給時期、方法等を定めるべき義務に違反した任務懈怠がある。放置に何らの合理性もないことは、わずかの注意を払えば容易に知り得たものといえるから、Y<sub>2</sub> ないし Y<sub>6</sub> には任務懈怠について少なくとも重過失ありというべきである。

X に対する退任慰労金の支給についての取締役会決議がない限り、X は Y<sub>1</sub> 会社に具体的な金額の退任慰労金を請求できない上、Y<sub>1</sub> 会社が X に対し各回答をしながら Y<sub>2</sub> ないし Y<sub>6</sub> が決議に向けて通常期待されるべき努力を長期間怠った本事案では、任務懈怠は X に対する直接的な加害行為であると認めるのが相当である。少なくとも過失に基づく違法行為というべきであって、商法 266 条ノ 3 に基づく損害賠償責任および民法 709 条に基づく不法行為損害賠償責任は競合し得ると解するのが相当である（筆者注：ここでは最判昭和 44 年 11 月 26 日民集 23 卷 11 号 2150 頁が先例として指摘

されている)。本件総会決議が取り消されていない以上、Y<sub>1</sub> 会社の取締役会が平成4年5月22日の取締役会で X に対する退任慰労金の支給を行わないことを可決承認したとしても、Y<sub>2</sub> ないし Y<sub>6</sub> の損害賠償責任は免責されない。本件内規に規定されている退任慰労金の功労加算や減額は、退任役員の在職中における特に顕著な功労や Y<sub>1</sub> 会社の経営状況等を勘案して、退任慰労金を一定の限度内で増減できるという取締役会の裁量に属する。けれども Y<sub>1</sub> 会社の取締役は本件につき、その裁量権を行使して慰労金の具体的な金額を決議していないから、本件でこれらを原告の損害額の算定上考慮するのは相当でない。

以上のとおり、Y<sub>2</sub> ないし Y<sub>6</sub> の任務懈怠は不法行為を構成するから、Y<sub>1</sub> 会社は少なくとも代表取締役 Y<sub>2</sub> の不法行為につき民法44条1項に基づいて損害賠償義務を負うものというべきである。」

### (3) 分 析

はじめに本判決の構成を振り返っておこう。本判決は269条については最高裁昭和39年判決を、取締役の監視義務については最高裁昭和48年判決を、それぞれ先例と把握した。そして2つの先例を結び付けることにより、総会決議に従い取締役会で支払時期や方法を決定する義務を取締役が負うと判断した。もっとも、この義務の名宛人は X ではない。取締役が会社に対して負担する義務であり、取締役会構成員たる取締役の職務と捉えられている。見方を変えれば、総会が支払時期や方法について取締役会に一任する旨を決議したため、取締役の具体的職務が1つ増えた格好である。そして退任慰労金支払の債務者が会社である点に鑑みれば、支払時期と方法に関する決定は、あくまで会社の内部的プロセスの問題と捉えられよう。

それでは退任慰労金支払の時期および方法はどのように決定されるか。本判決は、内規で定められていない時は、総会決議の趣旨や取締役会の裁量で決せられるべき旨を判示した。総会決議の趣旨を詮索すべきと説く点に着目すれば、抽象的と呼ぶか否かは別として、総会決議時に何らかの請求権発生を示唆するかのようにも見える。ただし本判決はその後に、取締



役会決議がない限り、XはY<sub>1</sub>会社に具体的金額の退任慰労金を請求できないと判示する。この判示によれば、本判決では、退任慰労金請求権の発生時期はあくまで取締役会における決定時であり、決定がなされていない以上、権利自体が未発生と立論されたことになる。

こうした立論自体はオーソドックスで、取締役会決定がない限り権利未発生との理解も最高裁昭和39年判決に素直なように見える。ただし最高裁昭和39年判決を、総会で金額を決定せずとも一定の場合には取締役会で決定することが可能との法的ルールを示したに過ぎない事例として限定的に認識するなら別である。この認識によれば同判決は、取締役会への授権を可とするのみで、取締役会での決定方法や代表取締役への授権の可否の問題は依然として残る。退任慰労金請求権の発生時期についても何ら判示していないため、本件の先例とはなり得ないと認識することになるからである。もとより先例となり得るか否かは最高裁昭和39年判決の読み方にも左右される。同判決の読み方次第では、先例たり得るともたり得ないと解される。それゆえ本判決自体については、最高裁昭和39年判決に拘束されたか否かは別として、取締役会決定時に請求権が発生する旨を述べた判決と認識すべきこととなる。こうした認識を所与とした上で、以下では266条ノ3に関する本判決の判示を分析してみよう。

266条ノ3について、先に分析した京都地判平成2年判決の事案は、金額を決定したが支払に条件を付したものであった。これに対し本判決は金額自体を決定しなかった事案である。この両者を比べてみよう。京都地判平成2年判決の事案では、同判決が参照した最高裁昭和39年判決に従えば、取締役会決定時に権利自体は発生済で、停止条件未成就と構成する余地があった。あるいは同判決が示したように、取締役会決議時に抽象的請求権が発生するとの立論も考えられた。いずれにせよ権利の発生を是認するため、同判決では会社に対する権利と266条ノ3に基づく損害賠償請求権の関係が不可避の問題となった。これに対し本判決では権利自体が未発生とされている。権利が発生していないため、2つの請求権の関係をめぐる解

積論の難問は、そもそも問題とならない。難問を未然に防ぐ点に注目すれば、本判決のメリットが認められよう。

ただし仮にそうだとすれば、本件の原告は一体いかなる権利を侵害されたのだろうか。退任慰労金請求権自体が未発生で、 $Y_2$  ないし  $Y_6$  は266条ノ3にいう損害を与えたことになるだろうか。損害を認定するための手段はいくつか考えられよう。例えば期待権概念の駆使である。Xからの問い合わせに対し  $Y_2$  が猶予を求めつつも支払う旨の回答を重ねた点を期待権と捉えて立論する訳である。この立論によれば、退任慰労金請求権の侵害は認定できなくとも、期待権の侵害を認定し、それを基礎として損害賠償へと立論することも考えられよう。ただし期待権概念を用いる場合、本件における期待権の具体的内容や期待権侵害により賠償されるべき損害の問題は避けられまい<sup>20)</sup>。 $Y_2$  からの回答が仮になかった場合にも期待権という構成が採用可能かという問題もあろう。あるいは別の手段として、抽象的請求権概念を用いることも考えられよう。取締役会で決議される以前の時点で抽象的請求権を想定するなら、権利侵害もまたあり得べきこととなる。けれどもすでに見たように、抽象的請求権の発生原因や発生時期、消滅事由、具体的請求権との関係など、疑問も少なくなろう。

期待権や抽象的権利等の概念駆使が求められるのは、266条ノ3を適用する際に第三者の被った損害を認定する必要に迫られるからである。取締役会決定前でも権利ありと把握できるなら、266条ノ3にいう損害を想定することもそれほど困難ではあるまい<sup>21)</sup>。これに対し本判決は、権利未発生と立論した。この点に注目した場合、問われるべきは、何も権利が発生していないと把握した状況で、いかなる損害が発生したかの点に存する。権利がなくても支払う旨を定める当座勘定規定17条のような合意でもあれば別<sup>22)</sup>だが、本件でそのような合意はない。素朴に考えれば266条ノ3にいう損害を認定する余地のなさそうな事案で、本件の立論を今一度振り返っておこう。

本件は職務懈怠と重過失を認定した上で、権利の不存在を指摘しつつ、

X に回答をしておきながら通常期待されるべき努力を怠った任務懈怠が、X に対する加害行為と判断した。こうした立論の背後を詮索するならば、回答を受けた以上 X には、退任慰労金請求権は発生していなくとも、退任慰労金の支払を受けることのできる法的に保護されるべき地位や期待が生じたとの理解が推論されようか。ただし、こうした推論が的はずれでないとしても、少なくとも本件の判決文からは期待権としての構成がうかがわれぬ点に鑑みた場合、ここにいう地位や期待は事実上の地位や期待に過ぎないこととなる。権利ではなく事実上のものに過ぎない地位・期待を法的な地位・期待と捉え、それを基礎に立論を展開するのはアクロバチックな解釈論のように見えるが、権利の存在を否定する以上、このように解さないと任務懈怠が加害行為に結び付くまい<sup>23)</sup>。

むしろ実質的に問題なのは、総会決議と Y<sub>2</sub> の回答で、果たして法的保護を受けるに値する地位や期待が発生したか否か、発生したとしても当該保護は266条ノ3により保護されるべきか否かであろう。前者については、Y<sub>2</sub> の回答内容からすれば肯定的に解することもあながち失当ではなからう。もっとも Y<sub>2</sub> による回答の前で総会決議の後の時点では、地位や期待が発生したかの問題は残る。この時点でも地位や期待を肯定しようとするれば、その根拠を慣習に求めることとなるうか<sup>24)</sup>。

後者はどうか。266条ノ3をめぐる議論では会社債権者の保護が当然のように唱えられてきた。これに対し本件の X は、本判決によれば会社債権者ではない。会社に対する債権を有していない者までも266条ノ3で保護する旨を述べたのが本判決である。債権者以外の者も266条ノ3で保護するとなると、一体どこまで広がるのだろうか。抽象的請求権を唱える学説では、そのような効果を意図していたか否かは別として、債権者を保護するという伝統的理解との整合性を図る効果が得られよう。同時に保護を受ける者の範囲を債権者に限定するため、保護の対象が際限なく広がる事態に歯止めもかけられよう<sup>25)</sup>。これに対し本判決は、債権者でない者も266条ノ3で保護する。法的に保護されるべき地位や期待といった言葉も

判決文には見当たらない。もちろん任務懈怠や重過失等の要件を充足する必要はあるが、読み方次第では突然変異の赤子のようにも見えてくる。決して債権者保護の重視などといった生易しい言葉で片づく訳ではあるまい。その意味で本判決については、躊躇うべき一線を越えた判決とも認識されよう。

3 京都地裁平成15年6月25日判決<sup>26)</sup>および大阪高裁平成16年2月12日判決<sup>27)</sup>

(1) 事実関係

原告 X は、平成 8 年 4 月 1 日から平成12年3月31日まで、訴外 A 株式会社の取締役の地位にあり、翌 4 月 1 日からは執行役員となり、平成13年10月20日に退職した。被告 Y<sub>1</sub> および Y<sub>2</sub> は A 会社の代表取締役である。A 会社の資本金は約9200万円で、発行する株式については定款で譲渡制限を定めていた。Y<sub>1</sub> は個人で平成 8 年 8 月31日には発行済み株式総数の 16.86%、平成15年1月1日には31.13%の株式を保有していた。それぞれの時期の保有比率は、Y<sub>1</sub> の妻子が保有する分を加えると53.31%、63.34%、Y<sub>1</sub> の一族が保有する分も加えると95.95%、83.85%となる。A 会社の株主は、Y<sub>1</sub>、Y<sub>1</sub> の妻、子、兄、従兄弟の他には従業員のみである。A 会社は平成 4 年 3 月22日に役員退職慰労金に関する内規を定めた。内規では、功労に報いるために総会の承認を得て、退職時の基本報酬月額額の 80%に在任年数を乗じ、功労顕著なら功労金を付加して支給する旨が規定されていたが、減額に関する規定はなかった。内規によれば X の退職慰労金は208万円と算定される。

A 会社は X の退職時から X に対し、退職慰労金を後日支給すると述べながら支給しなかった。また Y<sub>1</sub> は、内規の存在を認識しながら、X への支給に関する手続を採ろうとしなかった。平成14年9月に X は、A 会社に対し文書で、退職慰労金208万円の支払を請求した。これに対し Y<sub>1</sub> は、総会決議がなされていないことを理由に支払を拒んだ。X は平成14年12

月25日に本訴を提起した。その後 Y<sub>1</sub> は、平成15年2月20日の取締役会で、X に対する退職慰労金支払の件を株主総会の議案として追加するよう提案し、その旨は取締役会で決議された。同年3月27日開催の株主総会では、X に対する退職慰労金は100万円を限度とし、具体的な金額・支払方法・支払時期は取締役会に一任する旨が決議された。本訴で208万円を請求していた X に対し、A 会社は同年5月13日に100万円を支給した。同年6月25日の京都地裁判決は、Y<sub>1</sub> に対する請求を一部認容し、Y<sub>2</sub> に対する請求を棄却した。

Y<sub>1</sub> からの控訴に対し、平成16年2月12日の控訴審判決では、原審判決で言及されなかった事実がいくつか認定された。A 会社の平成12年度年商は約52億5000万円、平成13年4月当時の従業員数は130名、平成15年1月1日までに従業員持株制度を導入、同日現在で持株会が7.22%保有等の事実が認定された。また X も含めて平成8年以降に退任した取締役4名のうち、X を含む3名が総会で具体的な金額および支給方法が決議され、残る1名は内規に基づいて退職慰労金を算出する旨が総会で決議されたことも認定された（ただし X を含む3名のうち、X を除く2名については退職慰労金の金額は不明とも認定された）。その他、退職後の X に対し A 会社の人事部長が、退職慰労金は平成14年2月まで待つて欲しい旨や、平成14年3月中頃には近々支給できることになった旨を述べた点、X が競業禁止義務に違反しているとの話題が出たことのみがなかった点も認定された。控訴審判決では Y<sub>1</sub> の敗訴部分が取消された。

## (2) 判 旨

第一審の京都地裁平成15年6月25日判決は、大要、以下のように判示した。「A 会社では退職慰労金が在職中の職務執行の対価であることに照らして内規を制定し、一定の方式で算出して支給することとしていた。Y<sub>1</sub> はオーナー経営者と認められ、退任取締役の業務執行に特段の問題がない限り、内規に従った退職慰労金を支給することを各取締役に約したとともに、A 会社に対しても内規に従った事務処理を行う義務を負担していた

と認められる。Y<sub>1</sub>は代表取締役として内規に従い、遅くともX退社後最初の定時総会で本件報酬議案を提出するための取締役会を招集し、または取締役会で本件報酬議案を提案すべきだった。

しかしながらY<sub>1</sub>は、Xに対する支払約束に違反したほか、取締役としての義務を平成15年2月20日まで故意に懈怠した。それゆえ債務不履行または266条ノ3によりXが被った損害を賠償すべきである。Y<sub>1</sub>は、個別の総会決議がなされた場合には決議が優先し、決議に反する限度で内規は排除されると主張する。けれども本件では、総会決議はXの退職時から一年半もの期間が経過した後になされた。その他、総会の開催時期およびY<sub>1</sub>のA会社における地位に鑑みると、Y<sub>1</sub>が本訴請求に対抗し、形式を整えるために総会決議を主導したものと認められる。したがってY<sub>1</sub>の反論は信義則に反し理由がない。Xに対しては内規に従い1208万円が支払われるべきであり、内金100万円が支払済だから、Xの損害は差額108万円となる。」このように判示して266条ノ3の適用を肯定し、差額の108万円と遅延損害金の支払いをY<sub>1</sub>に命じた。

これに対し、控訴審の大阪高裁平成16年2月12日判決は、大要、以下のように判示してY<sub>1</sub>の敗訴部分を取り消し、XのY<sub>1</sub>に対する請求を退けた。「Y<sub>1</sub>がA会社のオーナー経営者として経営権を握っていることが推認されるが、Y<sub>1</sub>を除くA会社の株主全員が総会での意思決定権限をY<sub>1</sub>に一任しているとまで認めることはできない。A会社はXに対して退職慰労金を支給すると述べながら本訴提起まで一向に支給しようとしなかったが、Y<sub>1</sub>ないしA会社がXに対して、退職慰労金として内規に基づく金額を支給すると約したことを認めるに足る証拠はない。Y<sub>1</sub>ないしA会社にXを害する動機・目的が存したと認める証拠もない。

株式会社の取締役については、定款または総会決議で金額が定められなければ具体的な報酬請求権は発生せず、取締役は会社に対して報酬支払を請求できない。退職慰労金は、それが在職中の職務執行の対価として支給されるものである限り、269条が規定する報酬に含まれる。それゆえ退職

慰労金に関する支給規定が存する場合であっても、定款または総会決議によって退職慰労金の金額が定められない限り、取締役が会社に対して退職慰労金を請求することはできない（筆者注：以上については、最判昭和39年12月11日民集18巻10号2143頁，最判昭和56年5月11日判時1009号124頁，最判平成15年2月21日金商1180号29頁が指摘されている）。もっとも総会決議がない場合でも、例えば全株主の同意があるなど、決議があったと同視し得る特段の事情があれば、会社が取締役に対して総会決議がないことを理由に退職慰労金の支給を拒むことは信義則に反する。

本件の認定事実に加えて、以上の説示および269条が強行規定であることに鑑みれば、本件内規は、A 会社の総会で、退職慰労金の金額・支給時期・支給方法等を取締役会または代表取締役に一任する旨が決議された場合に適用されるべきものである。総会で支給金額等を具体的に決議した場合には、もはや本件内規を適用する余地はない。本件内規は総会決議がない場合に、内規に基づく退職慰労金請求権を具体的に発生させる性質のものではない。A 会社が X に退職慰労金を支給する等と述べていたからといって、A 会社が X に対して総会決議がないことを理由に、内規に基づく退職慰労金の支給を拒むことは信義則に違反しない。X は A に対して退職慰労金請求権を有していたとは認められず、Y<sub>1</sub> が A 会社代表取締役として、X に対して内規に従った退職慰労金支払に関する議案を総会に提出するための取締役会を招集したり、取締役会において当該議案を提案すべき義務を負っていたとは認められない。」以上のように判示して、X の退職慰労金は、本件訴訟提起後に総会で決議された上限100万円と判断された。

### (3) 分 析

以上のように本件では第一審と控訴審で、結論は正反対となった。各判決の立論構成を振り返りながら、結論の相違に至った理由を、はじめに確認しておこう。

第一審判決は、Y<sub>1</sub> をオーナー経営者として扱った上で、Y<sub>1</sub> と X 間に

内規を内容とする約束の存在を肯定するとともに、信義則も駆使して、総会決議が内規より優先すべき旨の  $Y_1$  の反論を排除した。 $Y_1 = A$  会社との把握が立論の出発点となっており、 $A$  会社の法人格を否認して展開した立論である。法人格否認を所与とすれば、わかりやすい立論であろう。しかしながら、こうした立論が法人格否認の法理と同様の効果を意図するのであれば、法人格否認の法理の適用要件を本件が充足したか否かに相当する検討も不可欠ではなからうか。

これに対し控訴審判決は、 $X$  と  $Y_1$  間の約束の存在を認めず、法人格否認のロジックも採用しない。 $X$  を害する動機・目的が  $Y_1$  ないし  $A$  会社に存在しない旨をわざわざ言及したのは、あるいは法人格否認の法理の濫用事例を意識していたからなのかも知れない。いずれにせよ控訴審判決では、総会で決議された金額が退職慰労金の具体的金額であり、当該金額が支払済である以上  $X$  に損害はなく、損害賠償責任を定める266条ノ3の適用は問題となり得ない。それゆえ控訴審判決で検討されるべき論点は、269条の解釈論に絞り込まれる。

それでは先例に照らした場合、269条の解釈に関する本件控訴審判決の判断にはどのような特徴があるか。先に概観した最高裁昭和39年判決の他に、控訴審判決は最高裁の昭和56年判決と平成15年判決を先例とする。3件の先例のうち、最高裁昭和39年判決が退職慰労金請求権の発生時期について、少なくとも明示的な判断を示していないことはすでに見た。総会決議に基づく取締役会決議の時点で退職慰労金請求権が発生する旨を述べた判決として最高裁昭和39年判決を理解するならば、すでに同判決に解釈を加えたこととなるのである。それでは最高裁昭和56年判決はどうか。本件控訴審判決が参照したように、最高裁昭和56年判決が、退職慰労金が在職中の職務執行の対価として支給されるものである限り、269条の報酬に該当する旨を述べたことは事実である。そして当該判示に続けて、退職慰労金も269条にいう報酬として定款または総会決議で定めるべき旨を述べたことも事実である。しかしながらこの判示をもって、最高裁昭和56年判決



が退職慰労金請求権の発生時期や発生原因について判断したと解するには慎重さが求められよう。なぜなら同判決における原告の上告理由では、同族会社で数値を代入すれば自動的に金額が算定される内規があるからお手盛りの弊害は生じないので269条にいう報酬に該当せず、総会決議は不要である旨が主張されていたからである。この上告理由に対し、同族会社で内規がある場合でも総会決議が必要と判断した事例として最高裁昭和56年判決を把握するなら、同判決は総会決議の要・不要を判示したに過ぎないこととなる。換言すれば最高裁昭和56年判決に解釈を加えない限り、退職慰労金請求権の発生原因や発生時期に関する法的ルールは読み取れず、同判決が判例法として示した法的ルールに加える解釈の適否の問題をクリアしなければならない。

以上の2件に対し、最高裁平成15年判決では、定款または総会決議で報酬額が定められなければ具体的な報酬請求権は発生せず、取締役が会社に対して報酬を請求することはできないと判示された。報酬請求権の発生・不発生に関する控訴審判決の判示は、最高裁昭和15年判決自体の適否を問うのであれば格別、そうでない限り、最高裁昭和15年判決を先例と把握する点については問題なかろう。したがって本件控訴審判決が参照した最高裁判例3件については、判決文が額面通りに捉えられていると認識されよう。その意味では、判例法に忠実な無理のない判断を本件控訴審判決は示したこととなる。

ただし最高裁判例に対する忠実さの観点から眺めた場合、問題となるのは本件の第一審判決である。最高裁平成15年判決が言い渡されたのは平成15年2月21日である。厳密に時間的前後を辿れば、本件第一審で100万円の支払が平成15年5月13日と認定された点に注目すると、15年5月14日以降に口頭弁論が終結し、15年6月25日に第一審判決が言い渡され、16年2月12日に控訴審判決が言い渡されたこととなる。つまり最高裁平成15年判決について、第一審判決は先例とし得る状況で先例とせず、控訴審判決は先例として扱ったこととなろう。この点に関して、仮に最高裁平成15年判

決を抽象的請求権を示唆したと認識する<sup>28)</sup>ならば、第一審判決では  $Y_1 = A$  会社のように捉えずとも、同じ結論に帰着させることは不可能ではない。そうだとすれば第一審判決が  $Y_1 = A$  会社のように捉えたのは、抽象的請求権の存在を是認するところまで最高裁平成15年判決を拡張しなかったためと解されよう。最高裁平成15年判決に対するこうした限定的態度は、結論は逆転したものの、本件の控訴審判決でも異ならない。控訴審判決は最高裁平成15年判決を参照して、総会決議により具体的報酬請求権が発生する旨を説く。けれども反面で、内規は総会決議がない場合に具体的な退職慰労金請求権を発生させる性質のものではない旨を説くにとどまり、抽象的退職慰労金請求権については何ら言及しない。したがって、いずれも最高裁平成15年判決を限定的に解する点で、本件の第一審判決と控訴審判決は共通する。見方を変えれば、退職慰労金請求権の存否について、総会決議にかなり大きなウエイトを置いていると認識されよう。269条が強行法規たる点をわざわざ指摘するのも、総会決議の重要性に関する控訴審裁判所の認識を反映したものと捉えるなら、あながち不可解ではない。

しかしながら問題なのは、269条が強行法規だからどのような結論が導かれるかではなく、果たして269条が強行法規なのか否かの点に存するのではなからうか。条文が強行法規か否かは決して不可疑自明な訳ではない。民法91条を基礎に、違反した場合に無効という効果を与えるのが適切と解される条文こそが強行法規なのであり、無効と解することの適否が吟味されてはじめて強行法規として扱われるべきものである。こうした点に鑑みると、本件控訴審判決の強行法規に関する言及は、「269条とはとにかく総会決議を要求する、これに反する給付はすべて269条としては無効」という、控訴審裁判所のスタンスを示唆するようにも見える。

仮にそうだとすれば本件控訴審判決は、269条の解釈に関する超然主義的言明のようにも位置づけられよう。そして、こうしたスタンスを所与とした場合、不支給や減額、著しい低額決定のような事例で退任取締役を救済したいなら、269条以外で対処すべきこととなる。これはこれで1つ

の考え方である。発生時期や発生事由，具体的請求権概念との整合性等で疑問を抱える抽象的請求権概念を持ち出すよりも，合理性・妥当性は別として，簡明にして明瞭であろう。しかしながらこうした総会決議重視のスタンスを採る場合，委員会等設置会社における報酬委員会の位置づけに苦しみそうである。委員会等設置会社においては商法特例法21条の11により，取締役・執行役が受ける個人別の報酬の内容の決定に関する方針の決定，および当該方針に基づく個人別の報酬の決定は，いずれも報酬委員会の権限とされるからである。また，本稿ですでに分析を試みた京都地判平成2年判決や東京地判平成6年判決では，いずれも総会決議の重視だけでは退任取締役に救済を与えられない事実関係の下で，何とか救済を与えようとの立論が展開されていた。こうした諸事情に鑑みた場合，本件控訴審判決に対しては，何ゆえそれほどまでに総会決議が重要なのか，重要さの程度を必要十分に示すべしとの指摘も考えられよう。

## 若干の検討

本稿は近時の事案3件を素材に，266条ノ3自体の解釈論について検討するとともに，269条の解釈論が266条ノ3の解釈に及ぼす影響の探求を目的とする。以下ではこれまでの判例4件に関する分析を振り返りながら，若干の検討を試みることにしよう。もとより266条ノ3をめぐる数多くの論点は広い間口と深い奥行きを備え，錯綜する議論の鳥瞰図を描くのも容易ではない。また269条についても，本稿で取り上げるのはせいぜい退職慰労金不払の事案3件に過ぎない。2つの条文をめぐる大半の論点は，検討の対象外とせざるを得ない。

### 1 266条ノ3の解釈論

本稿で取り上げた判例4件のうち，266条ノ3を適用した京都地裁平成2年判決および東京地裁平成6年判決の2件は，いずれも266条ノ3の適

用要件を個別に検討し、各要件が充足される旨を述べた。一定の要件を充足すれば一定の効果が発生すると考える要件効果論の観点から眺めた場合、2件の判例の立論構成は、奇を銜うことのないオーソドックスなものと認識されよう。ただしオーソドキシは要件効果論の観点から認識されるに過ぎない。266条ノ3を適用することについて、決して疑問がない訳ではない。すでに試みた分析から明らかなように、2件の判例にも無批判的態度ではいられまい。

266条ノ3の法的性質に関する多数説は法定特別責任説である。法定特別責任説によれば、損害賠償法の理論の観点からは筋が通らないものの、法定されるべき政策目的があるからこそ、266条ノ3が存在するとの認識となる。その政策目的について、保護されるべき第三者の範囲の問題として株主を含め得るか否かが論点となっているものの、会社債権者の保護自体については、およそ異論のないところであろう。会社の倒産事例で典型的に見受けられるように、会社債権者を保護する条文としての266条ノ3という捉え方は、判例の蓄積と相俟って、議論を展開する際の共通認識とも言えよう。

しかしながら本稿で取り上げた3つの事案は、いずれも会社の経営が破綻していないものである。京都地裁平成2年判決や東京地裁平成6年判決は、銀行取引停止処分に付されたとの事実認定や会社自身が支払困難である旨の事実認定もないまま、266条ノ3が適用された事案である。とりわけ京都地裁平成2年判決は、退職慰労金の支給に付した条件が合理性を失った翌日に、会社に対する退職慰労金請求権の発生を認め得る旨を判示しながら、266条ノ3を適用した。会社に対する債権なら債務者たる会社に請求するのが本筋との理解に立てば、会社への請求自体がない状況で、何ゆえ取締役に対する請求が認められるのだろうか。理解に苦しむところであり、むしろ会社に対する債権の有効な発生を判示し、会社に対して請求すべき旨を述べた上で、取締役に対する請求は棄却すべきであったとも考えられる。

すでに見たように、京都地裁平成2年判決が266条ノ3を適用する際の立論は、要件効果論に依拠している。オーソドックスな立論に見えるが、その結果は会社に対する請求権と取締役に対する請求権の両者の関係の問題を招く。会社に対する請求では債権者が満足を得られないとの事実認定もないため、deep pocket の取締役から実質的な満足を受けられるようにするための条文として266条ノ3を理解することもかなわない。オーソドックスな要件効果論に立脚した帰結がこうした問題点を招来するのであれば、266条ノ3の要件効果論にこそ問題の根源が潜んでいることとなる。もとより、一定の要件を充足すれば一定の効果が発生するという要件効果論自体について、必ずしも疑問がない訳ではない。法的思考の特質に照準を合わせて考察を及ぼすならば、伝統的な要件効果論にも再検討の余地はあろう<sup>29)</sup>。けれども仮に伝統的な要件効果論を所与とするならば、不都合を招いた根源は、第三者保護や会社債権者保護との言葉で語られる中身と、266条ノ3の所定の要件からうかがわれる中身が一致していない点に所在すると考えられよう。両者の不一致の故に、266条ノ3は必要以上の保護を提供し、かえって266条ノ3の向かうべき方向性について混迷と彷徨を招いたのではなからうか。

こうした推論が的外れでないとするれば、混迷と彷徨の原因は、第三者保護や会社債権者保護との言葉で語られる中身、および266条ノ3の所定の要件からうかがわれる中身に存する。とりわけ問題なのは前者である。法定特別責任説に立つ場合、法が特に規定を設けた政策目的を必要十分に明確化されなければならないにもかかわらず、それがなされていない。もとより、およそ制定法は一般に立法目的が考えられるはずである。266条ノ3を除くすべての制定法では立法目的が必要十分に明確化されており、266条ノ3だけが不明確な訳でもなからう。その意味では、266条ノ3における政策目的の内容不明確は程度問題なのかも知れない。しかしながら程度の問題は残るにせよ、他の法理論との整合性を確保するに必要な限りでは、政策目的が明確化されなければならないはずである。第三者保護や会

社債権者保護との理解は一般的だが、保護の対象はどこまでか。損害賠償法や契約法、倒産処理法等の他の法理論からの保護が得られない者に限られるか、保護の得られる者も含むか。どのような内容の保護をどの程度提供するのか。

もっとも266条ノ3の抱えるこうした諸問題は、決してマイナス評価のみに終始すべきものでもなかろう。柔軟な解釈の余地を残す条文として認識するならば、好意的な評価もあながち失当ではあるまい。のみならず266条ノ3をめぐる議論の沿革をたどるならば、一連の諸問題とそれに伴う「今日の議論は、すでに昭和25年法以前に萌芽を見出すことが可能である<sup>30)</sup>。」こうした事実を所与として、昭和44年の最高裁大法廷判決をはじめとする一連の判例法が形成されてきたのであれば、判例法への認識も変わってこよう。すなわち、法理論面での精緻化に深入りせず、政策目的についても、一方で間口の広さに重きを置き、他方で政策目的の詳細化については演繹的推論を控えるところに、266条ノ3をめぐる判例法が形成されているとの認識である<sup>31)</sup>。このような認識に立つ場合、266条ノ3をめぐる判例法について、理論的な不整合やアドホックな適用との指摘は、指摘の可能性を承知の上で諸判決が言い渡されていることとなるので、それほど意味を持たない。むしろ「取締役の対第三者責任が例外的規定であるとの位置付け<sup>32)</sup>」を直視することこそが、検討の出発点に求められるべきと解されよう。

こうした理解に立つならば266条ノ3は、民法1条や同90条のように一般法理に近い法的性格を備える条文として認識すべきこととなる。あるいは代替機能を営むとしてすでに指摘されているように、法人格否認の法理に近いものとして接すべきこととなる<sup>33)</sup>。そして法人格否認の法理の根拠条文を民法1条に求める多数説的理解に従うならば、266条ノ3もまた民法1条に近い法的性格と把握すべきこととなろう。このように把握した場合、266条ノ3には倒産処理法制の1つに止まらない意義を認めるべきこととなる。したがって経営の破綻していない会社における退職慰労金不払

事例に適用されることもまた、あり得べき適用事例の1つとなる。

266条ノ3を一般法理に近い条文として把握した場合、本稿で取り上げた判例の中で注目すべきは東京地裁平成6年判決であろう。この判決では、会社債権者でない者も266条ノ3による救済を受けられる旨が判示された。会社債権者保護規定として266条ノ3を捉えるなら債権者でない者も保護する点に疑問の余地もあろうが、一般法理に類似の条文が適用されたと捉えるなら、この判決もあながち失当ではないこととなる。ただし注意すべきは、民法1条や法人格否認の法理の適用に際してはしばしば謙抑的態度が説かれるのに対し、266条ノ3ではそのような主張がほとんど見受けられないと思われる点である。謙抑的態度の背景には法的安定性といった言葉で語られる考慮がはたらくと推論されるが、266条ノ3を一般法理に近いものとして捉えるなら、同様の考慮がはたらくはずであろう。

しかしながら現実はそうではない。著しく多くの判例で266条ノ3が適用されている事実からは、謙抑的か否かにこだわらない態度が示唆される。こだわらない理由は何か。おそらくは複数の理由が複雑に絡み合っているであろう。266条ノ3に関連する法的ルールの欠缺<sup>34)</sup>のほか、法的安定性といった言葉が金科玉条ではない<sup>35)</sup>事実は、すぐに思い浮かぶところである。その他、本稿の主題に関連するものとして、266条ノ3に関する他の法的ルールの整備不十分を指摘できるであろう。具体的には269条をめぐる解釈論の深化不十分である。以下では269条の解釈論について検討を試みることにする。

## 2 269条の解釈論

すでに分析したように、本稿で取り上げた判例には269条の解釈について少なからぬ問題点が見受けられた。抽象的請求権と具体的請求権について言及した京都地裁平成2年判決では、両請求権の関係が不可避の問題となった。また東京地裁平成6年判決では、退任慰労金請求権の発生時期が取締役会における決定時と判断された。そのため決定のなされていない当

該事案では権利自体が未発生となり、会社債権者でない者にも266条ノ3を適用して保護を与える結果に帰着した。さらに京都地裁平成15年判決は、法人格否認の要件を十分詮索することなく、立論構成に法人格否認を組み込んでいた。大阪高裁平成16年判決は総会決議重視のスタンスを示唆するため、委員会等設置会社における報酬委員会の位置づけに苦しむこととなった。

これらの諸問題からうかがわれるのは、退職慰労金請求権の発生原因および発生時期に関する裁判所の腐心であろう。保護を与えるべく266条ノ3へと立論を展開するには、会社に対する請求権の発生を想定しなければならず、ある判例では2つの請求権を想定し、また別の判例では法人格を否認する。権利未発生のまま見切り発車した判例も存在する。266条ノ3の適用を否定する場合でも、権利の発生原因および発生時期について総会決議を重視することとなり、かえって総会決議がそれほどまでに重視されるべき理由が問われるに帰着する。救済を与える場合でも与えない場合でも問題点を抱える状況である。そうだとすれば問われるべきは、こうした状況に至った背景は何かであろう。この点を探るべく、4件の判例の立論構成を再度眺めると、法人格否認を用いた京都地裁平成15年判決を除けば、他の3件はいずれも立論の出発点に最高裁昭和39年判決が置かれている点に気付く。そこで以下ではこの最高裁判決を振り返ることとしよう。総会決議の無効確認が求められたこの事件では、次のような判決理由が示された。

「株式会社の役員に対する退職慰労金は、その在職中における職務執行の対価として支給されるものである限り、商法二八〇条、同二六九条にいう報酬に含まれるものと解すべく、これにつき定款にその額の定めがない限り株主総会の決議をもってこれを定むべきものであり、無条件に取締役会の決定に一任することは許されないこと所論のとおりであるが、被上告会社の前記退職慰労金支給決議は、その金額、支給期日、支給方法を無条件に取締役会の決定に一任した趣旨でなく、



前記の如き一定の基準に従うべき趣旨であること前示のとおりである以上、株主総会においてその金額等に関する一定の枠が決定されたものというべきであるから、これをもって同条の趣旨に反し無効の決議であるということとはできない。」

以上の抜粋からは2つの判示事項が読み取れる。退職慰労金が269条の定める報酬に該当する旨、および総会決議が退職慰労金の金額、支給期日、支給方法を一定の基準に従うべき趣旨で取締役会に一任したならば269条に反する無効決議ではない旨の2点である。換言すれば、この2点以外に最高裁昭和39年判決は判断を示していない。2点以外の法的ルールは同判決をその後に解釈した所産なのである。そうだとすれば問題は、最高裁昭和39年判決自体が述べた判示2点の適否、および同判決を解釈して導かれた法的ルールの適否となろう。

はじめに前者を検討してみよう。退職慰労金が269条の報酬に該当するか否かの問題である。該当すると解し、その根拠にお手盛り防止を挙げるのが多数説的理解<sup>36)</sup>であるが、お手盛り防止なら利益相反取引の規制による対処が考えられるはずである。具体的には商法265条や取締役の一般的義務に関する商法254条ノ3および民法644条による対処である。これらの条文ではなく269条の問題として扱われるべきだとすれば、その理由が問われよう。この点について多数説的理解は、退職慰労金の性格を指摘する。通常報酬の後払い的性格や永年勤続の功労褒賞的性格である。しかしながら通常報酬の後払いだとすれば、それは支払時期の問題に過ぎず、すでに通常報酬について総会決議を経ている場合、重ねて総会決議を要求する理由はないとも考えられよう。また永年勤続の功労褒賞だとすれば、当該給付はご褒美であり贈与に他ならない。他の贈与と同様に業務執行として処理されるべきであり、受贈者が取締役たるゆえに利害対立の可能性があるとするれば、265条ならびに254条ノ3および民法644条の問題として処理されるべきものである。

こうした批判は、総会決議の有効・無効に関する最高裁昭和39年判決の

評価にも影響を及ぼす。最高裁昭和39年判決の立論によれば、一定の基準に従うべき趣旨でないまま取締役会への一任を総会で決議した場合、当該決議は無効となろう。無効なので、すでに支払われた給付については不当利得の返還が請求され得る。その際には民法703条ではなく同704条が適用され、利益に利息を付して返還するのみならず、損害賠償責任を負担する場合もあり得よう。けれども反面で、退職慰労金債権は発生しないままである。こうなると退職慰労金は下手にもらわないのが賢明となる。結論の妥当性も疑われるとすれば、一定の基準に従うべき趣旨で取締役会への一任を決議したなら当該総会決議を有効とする最高裁昭和39年判決自体は、今更ながらに批判を甘受すべきこととなる。

最高裁昭和39年判決の述べた判示2点がこのように再検討に付されるべきだとすれば、判示2点に基づいてその後展開された解釈論についても再検討が求められよう。とりわけ退職慰労金請求権の発生時期および発生原因に照準を合わせると、問題点が顕在化する。繰り返しになるが、最高裁昭和39年判決自体は、退職慰労金が269条の報酬に該当し、一定の基準に従うべき趣旨で取締役会への一任を決議したなら当該総会決議は有効の旨を述べたに過ぎない。ところがこの判断に解釈が加えられた。退職慰労金が269条の報酬に該当することを前提に、総会決議により退職慰労金請求権が発生すると解釈したのである。この理解に反対解釈が加わると、総会決議がなければ退職慰労金請求権が発生しないと命題となる。当然のことながら、請求権がなければ給付は受けられない。こうした不都合を回避すべくさらに解釈が加えられ、抽象的請求権と具体的請求権に二分したり、請求権の発生しないまま266条ノ3の適用を肯定する立論が展開された。

ところで、一方でこのような解釈論の展開を示しながらも、他方で退職慰労金の法的性格については、269条の報酬に該当し、その理由を通常報酬の後払いや永年勤続の功労褒賞とする理解が基本的に維持された。けれどもすでに述べたように、仮に退職慰労金が通常報酬の後払いなら、退職

慰労金支給に際しての総会決議は不要である。通常報酬支給に関する総会決議を発生原因とし、また当該総会決議時を発生時期と解すれば足り、退職慰労金支払債務の履行期が通常報酬支払債務のそれよりも将来の時期と解すればよい。また退職慰労金の贈与たる性格を直視するなら、退任取締役と会社間で贈与契約の締結された時期に契約の効果として請求権は発生する。債権の発生原因は贈与契約であり、発生時期は契約締結時となる。後払いまたは贈与のいずれと解するにせよ、退職慰労金請求権の発生時期および発生原因は、退職慰労金支給に関する総会決議とは無関係となる。

このように理解した場合に問われるべきは、総会決議とは無関係のこうした解釈を展開し得たはずであるにもかかわらず、判例・学説の多くが退職慰労金請求権の発生時期および発生原因を総会決議に結び付けた理由である。従来多数説がお手盛り防止を強調してきた点に鑑みれば、退任者も含めた取締役と会社・株主間の利害対立を懸念したと推論されよう。しかしながら取締役と会社間の利害対立であれば、すでに見たように、その点について利害調整を図る265条ならびに254条ノ3および民法644条等との整合性も問われて然るべきだったはずである。なぜ269条の問題として論じられなければならなかったのかについて、今一度検討が求められるのではなからうか。

なお、こうした多数説の見解に対し、選任権あるところに報酬決定権もあるとする機関相互の権限分配秩序を前提に、報酬決定権が本来的に株主総会に帰属する旨を説く有力説<sup>37)</sup>もある。総会決議に結び付けられるべき理由を権限分配秩序に求める点に注目すれば、多数説より説得的なようにも思われよう。しかしながらこの見解についても疑問がない訳ではない。給付の出捐者が会社である以上、会社債権者保護を考慮した会社財産充実の要請も顧慮されるべきこととなるので、必ずしも会社内部における機関の権限分配秩序の問題として処理すれば足りる訳ではないからである。のみならず委員会等設置会社における報酬委員会を想起するならば、取締役の選任権と報酬決定権の帰属が制度的に一致すべきとの主張には、原理的

必然性は乏しいとも考えられよう。

退職慰労金に関する269条の解釈論について、以上のような議論の経緯を振り返って気が付くのは、最高裁昭和39年判決の備える意義である。この判決がリーディング・ケースたる点については異論がなからう。現に本稿で取り上げた京都地裁平成2年判決、東京地裁平成6年判決、および大阪高裁平成16年判決では、いずれも最高裁昭和39年判決が先例として参照されている。しかしながら最高裁昭和39年判決は、その後の解釈論が錯綜する出発点でもあった。通常報酬を取締役と会社間の双務有償委任契約に基づく一方当事者による給付と捉えた場合、退職慰労金はどのような給付か。委任か贈与か、あるいは委任でも贈与でもない何らかの無名契約か、無名契約だとしても意思表示の合致をどの時期のいかなる点に求めるか。退職慰労金の法的性格をめぐる検討の不十分が最高裁昭和39年判決の抱える問題点の1つであったこと、およびその問題点が後の解釈論にも少なからぬ影響を及ぼしたこと。この2つの事実は、同判決から40年以上を経た現在も、なお直視されるべき事実ではなからうか。

## 結びに代えて

退職慰労金の法的性格を所与とせず再検討に付した場合、本稿で取り上げた3つの事案はどのように処理されるか。まず退職慰労金を通常報酬の後払いと構成するならば、債権の発生時期と発生原因はもはや詮索しなくてよい。基本的には履行期が到来したか否かの問題に過ぎない。もっとも後払いとして支給するには、通常報酬として決定された金額の一部が会社に留保されていなければならない。留保されずに通常報酬として全額支給済だったならば、債務者たる会社が期限の利益を放棄したとの処理に帰着する。それゆえ後払いとの理解に立つならば、通常報酬の一部が留保されているか、留保される金額はいくらか、後払い分の履行期が退職時とされているか等の点に関する事実認定こそが問われよう。通常報酬のうちの一

定額が留保され、履行期が退職時とされており、退職により履行期が到来したにもかかわらず、不支給または一定額に満たない支給に止まったのであれば、一定額までの会社に対する支払請求が認容されるべきとなる。

それでは通常報酬とは区別されるべきものとして、退職慰労金を贈与と解した場合はどうか。贈与と解するのであれば、債権の発生原因は贈与契約と解することとなり、退職慰労金請求権は贈与契約の効果として発生することとなる。そして法律行為の効果は行為の時点で決せられるべしとする原理・原則論に立つならば、退職慰労金請求権の発生時期は贈与契約の成立時となる。その意味で検討のポイントは贈与契約の成立時である。例えば退職慰労金の支給に関する一定の内規が存在するような場合、いつの時点で贈与契約が成立するか。内規の存在を前提に、内規に定められている要件が充足されれば支給する旨の合意が存在するなら、取締役就任時に退職を停止条件とする贈与契約が成立したとの構成が考えられよう。あるいは贈与契約自体の成立は事後としつつ、就任時に贈与の予約契約が成立していたと構成する余地もあろうか。いずれにせよ、どの時点でどのような内容の贈与契約が成立したかが問われるべきであるとともに、契約の成立を問う以上、一方の契約当事者たる会社側の意思表示の有無および適否が問われることとなる。

会社による意思表示の権限がどの機関に帰属するかについて、贈与一般と平行に考えるなら、取締役会（または取締役会からの授権に基づく代表取締役）レベルの問題である。もっとも当該意思表示は取締役会（または代表取締役）の業務執行となるので、業務執行の際に負う義務として善管注意義務および忠実義務の遵守が求められる。違反すれば266条1項5号により会社に対する責任が発生し、代表訴訟もあり得る。こうした贈与一般の処理に加えて、契約の相手方が現任取締役ならば265条の手続規制も適用される。このようにして会社が負担するに至った退職慰労金債務について、仮に退職慰労金が支給されないのであれば、会社の債務不履行であると同時に、取締役の会社に対する任務懈怠とも認識される。任務懈

怠を理由に会社に対し取締役が責任を負担するに至ることもまた当然である。

こうした立論構成で妥当な結論は得られないだろうか。通常報酬の後払いは委任契約としての処理が基本となるので、贈与と解する場合も含め、契約法レベルの処理が可能である。そして妥当な結論を導くための手段として、例えば黙示の意思表示や合理的意思の探求といった処理も可能である。この点を確認した上で、本稿で取り上げた3件の事案を振り返ってみよう。いずれも損害賠償請求事件であり、またいずれも会社が破綻に瀕した状況ではない。会社から債権の弁済が不可能でないとすれば、取締役を被告とせずとも、原告に対して現実的な救済を与えることも不可能ではなかったと考えられよう。問題は、その際の立論構成をどうするかである。

まず京都地裁平成2年判決の事案は、支給に際して6つの条件が付され、5億円貸付事件の解決により退職慰労金の支払を命じたものである。内規はないが過去の支給事例から一応の算定基準は存在していたと認定され、賠償額を算定する際には功労分として取締役会の決定した260%が加算された上で、合計3,000万円の賠償が命ぜられた。通常報酬の一部について支給時期を退職時としていた旨の事実認定はなく、また取締役会の決定により功労分が加算された点にも着目すれば、この事件での退職慰労金は通常報酬の単なる後払いとは認識し難い。それゆえ基本的には贈与として立論し、当該贈与と契約における両当事者の合理的意思を推認することとなる。そして推認されるべき当該合理的意思は、取締役就任以後で退職時までに両当事者間でどのような意思が合致していたかの点に求められよう。もとより合理的意思の探求は事実認定の問題である。当事者間で争いのない事実や法廷に提出された明白な証拠に反する内容を認定する訳にはいかない。けれども反しないのであれば、次のような意思を合理的意思として推認できようか。すなわち「他の事例と同様に長年の勤続者には退職時に退職慰労金を支給する。贈与額は、取締役会の決定に基づき、在職中の顕著な功労分については加算するとともに、在職中に非行や不始末があれば

支給留保や減額，不支給もあり得る」旨の合理的意思である。仮にこうした内容が奇異でなく，常識的に考えて合理性ありと認識されるなら，合理的意思として推認することもあながち失当ではなからう。そしてこのような意思が黙示的に表示され，意思表示として両当事者間で合致していたと認定できるのであれば，贈与契約の成立を肯定し，退職慰労金請求権の存在を認め得る。退職慰労金が支給されなければ債務不履行に基づく損害賠償請求へと展開する立論も可能である。あるいは「退職時には退職慰労金を支給すべく必要な手続をとる」旨を合理的意思の内容とする場合でも，このような意思表示が黙示的になされ，当該意思表示が合致したと立論すれば，贈与予約契約の成立は認められる。必要な手続が履践されないならば，贈与予約契約に基づく債務の不履行として損害賠償請求が可能となる。

次に東京地裁平成6年判決の事案ではどのように立論されるだろうか。この事件では，内規に基づく基本慰労金とランク別加算金の合計額の請求が認められた。賠償額のこうした内訳によれば，通常報酬の後払い分を基礎とした立論は困難であり，基本的には贈与としての立論を試みることとなる。立論を試みる際に本件で特徴的なのは，代表取締役社長名義で，総会決議通り支払の予定だが会社再建上妥当と判断される時期まで待つて欲しい旨を書面で回答している点である。支払う旨を述べた点に着目すれば，贈与契約の成立が認められる。のみならず書面で支払う旨を述べているので，民法550条の適用はなく，贈与の撤回ができない。撤回不可能な贈与契約の成立が基本的に認められる以上，残るは支給の金額および時期に関して，贈与契約の当事者間にどのような意思表示の合致があったかの問題である。この点について本件では，内規により，基本慰労金やランク別加算金から支給額が算定される旨，および会社の経営状況その他により減額することがあり得る旨が定められていた。こうした内容を定める内規が存在する以上，金額や時期は内規の定めに従う旨を当事者の合理的意思として推認するのは困難ではあるまい。そして回答書面が，支払猶予を求めるものの減額や不支給を述べていない点に着目すれば，金額は内規に従って

算定されるとともに、減額は認められず、会社再建上妥当と判断される時期を履行期とする贈与契約が成立したと認定され得る。このような認定が可能だとすれば、履行期が到来したにもかかわらず弁済がなされない場合、会社が債務不履行に基づく損害賠償責任を負うのは言うまでもない。

最後に京都地裁平成15年判決および大阪高裁平成16年判決の事案ではどうか。この事案でも会社に内規があった。後日支給すると述べながら不支給を続け、内規に基づいて208万円を請求したのに対し、提訴後に総会で100万円の支払を決議し支給した。第一審の京都地裁平成15年判決では208万円が支払われるべきとして、支払済の100万円を控除した108万円の賠償が命ぜられた。これに対し控訴審の大阪高裁平成16年判決では、総会で100万円の支払を決議したことを理由に、退職慰労金額は100万円であり、すでに支払済として請求を棄却した。一審判決が法人格否認を理由付けとした点、および控訴審判決があくまで総会決議を重視するスタンスを示した点について、いずれも疑問の余地がある点はずで見たとおりである。立論構成に疑問が残るため、具体的な結論についても、208万円と100万円のいずれが退職慰労金として妥当なのかは明らかでない。仮に208万円を妥当とする場合、内規に従って支給する旨の黙示の意思表示が合致していたと認定して、贈与契約の成立を認めることとなる。これに対し、100万円が適切と解するのであればどのように立論するか。この事件では総会決議で100万円と決定される以前に、退職慰労金を後日支給する旨を述べていた。この点に着目して時間的前後関係に照らせば、民法550条を適用し、208万円の書面によらない贈与契約の成立後に、100万円が履行され、残り108万円については撤回されたとの立論が考えられよう。あるいは208万円の書面によらない贈与契約が成立した後にいったん撤回され、改めて100万円の贈与契約が成立したと立論する余地もあろうか。いずれにせよ208万円であれ100万円であれ、贈与契約を基礎とした立論で208万円または100万円の退職慰労金支給という結論が導き出せない訳ではない。そして贈与契約の成立およびそれに基づく請求権を想定できるのであれば、当



該金額について債務不履行がある場合に会社が損害賠償責任を負担するのは当然となる。

以上の立論は、いずれも贈与契約の成立を想定したものである。成立のために合理的意思の推認や黙示の意思表示といった手法も駆使した。判決文のみから事実関係を窺うに過ぎないため、判決文に記されていない事実関係の詳細はわからず、こうした手法を各事件の事実関係の下で駆使することの適否について、心許なさが残るのは否めない。しかしながら判決文に現れた事実関係には抵触しないように試みた立論であり、その限りでは一概に不適切な空論との誹りを受ける訳ではなかろう。仮に立論としての適切さが否定されないのであれば、会社に対する退職慰労金請求権の成立は、贈与を基礎とした以上のような立論からも導き出せる。

すでに述べたように、266条ノ3をあくまで例外的条文と把握するならば、原則たるべき会社に対する請求権が適切に認定されなければならない。269条に関する従前の解釈論はそれを適切になし得ていたであろうか。本稿で取り上げた4つの判例を分析する限り、その答えは否であろう。抽象的請求権と具体的請求権の関係が解明されず、債権者でない者にも266条ノ3を適用する事態に陥り、適用要件の厳密さを欠いたままに法人格を否認し、総会重視の超然主義的言明に帰着していたのではなかろうか。退職慰労金を巡る議論の抱えるこのような現実を直視するならば、リーディング・ケースであると同時に混迷の源泉でもある最高裁昭和39年判決にまで遡っての再検討が求められよう。再検討されるべき課題は、退職慰労金の法的性質および退職慰労金請求権成立に向けた立論構成である。法的性質の適切な理解に努め、それを踏まえて、お手盛りや不支給・減額等にも柔軟に対処可能な立論構成が求められよう。本稿で検討した贈与としての立論は、合理的意思の探求や黙示の意思表示等の手法を駆使し得る点に、柔軟さの裏付けを求めた試みの1つである。もとより他の試みを否定するものではない。従前の議論から垣間見える贈与という捉え方を切り口とした試みの域に止まる。

しかしながら266条ノ3の適用は、こうした試みを尽くした上で考慮されるべきものであろう。そうでなければ、本来は例外として位置付けられるべき266条ノ3に一層の負荷がかかるばかりである。同条をめぐる議論の混迷と錯綜は、深刻化こそすれ、解消の方向には向かわないのではあるまいか。のみならず例外的条文たる以上、266条ノ3には例外としての役割、すなわち難問の最終処理場としての役割が求められる。この役割を十分に担わせるためにも、最終段階に至る以前に処理できるなら、処理しておくべきではあるまいか。その意味で266条ノ3をめぐる今後の議論が取り組むべき課題の1つは、逆説的に言えば、266条ノ3の適用へと立論を展開する際に用いられる266条ノ3以外の法的ルールについて検討を深めることであろう。

- 1) 吉川義春『取締役の第三者に対する責任』199頁(日本評論社, 1986年)。
- 2) 最(大)判昭和44年11月26日民集23巻11号2350頁。
- 3) 他にも、以下の3点は最高裁判昭和44年の大法廷判決が示した判例法上のルールと認識されよう。266条ノ3でいう損害には直接損害および間接損害の両損害が包含される。取締役の悪意・重過失は、第三者への加害ではなく、会社への任務懈怠について必要である。266条ノ3に基づく責任と一般不法行為責任とは競合する。
- 4) 倉沢康一郎『会社判例の基礎』189頁(日本評論社, 1988年)。
- 5) もとより制定後の解釈の時点になると話は別である。立法者意思説と法律意思説の有名な対立を想起するならば、解釈論を展開する際に立法目的と離れた解釈を検討する余地も十分あり得る。立法者意思説と法律意思説については、来栖三郎『法とフィクション』23頁以下(東京大学出版会, 1999年)参照。立法者意思説に立てば立法目的の必要十分な抽出が当然に要求される。法律意思説に立つ場合でも、そこでは立法目的から遊離することとなるので、無限定の遊離とならないように慎重な解釈態度がとられるべきとの考慮がはたらく。そのため一体どの程度まで遊離できるのかが問われ、問いかけに答える前提として立法目的を明確化する必要に迫られる。
- 6) 龍田節・新注会(6)266条ノ3注釈1(有斐閣, 1987年)参照。
- 7) 会社債権者保護がどの程度実現されるべきかという問題については、266条ノ3の適用対象の広狭の問題と、適用された後に命ぜられる賠償額の多寡の問題があり得よう。前者は266条ノ3の適用要件の寛厳の問題であり、どの程度寛大または厳格に解するかの問題である。のみならず、複数の論点が錯綜する状況を所与とするならば、任務懈怠や損害をはじめとする複数の適用要件の中で、どの要件をどの程度寛大または厳格に解するかの問題でもある。後者は、典型的には会社債権者にも落ち度が認定されるような場合に問題となる。この場合に中間的解決を認めるか否かが問われる。また仮に中間的解決を認めるな

らば、論理的には欠缺状態にあることを認めつつ、266条ノ3にも不文法ながら過失相殺に相当する法的ルールが存在すると解するか、または民法722条2項が類推適用されると解するか等が続いて問題となる。

- 8) 例えば金銭消費貸借契約を民法587条が定めるように要物契約と解するか、それとも諾成的金銭消費貸借契約を容認するかにより、債権の発生・不発生が左右されることは周知の通りである。
- 9) 債権の発生のコンテキスト以外にも、移転のコンテキストについては債権譲渡の問題が、また行使のそれについては抗弁や履行期等の問題が伴う。
- 10) 例えば会社による不当利得返還債務の不履行を理由に当該会社の取締役に対して266条ノ3に基づく損害賠償を請求するような場合、民法703条に基づく不当利得返還請求権の発生が前提となる。ところで不当利得の成立要件については、例えば因果関係の直接性をめぐって諸説が対立し議論が重ねられている。いずれの見解を採るかにより不当利得の成否が異なり得るのであれば、見解の相違にリンクする格好で、266条ノ3に基づく損害賠償請求の可否が左右される状況もあり得よう。
- 11) 判時1367号104頁、判夕746号196頁。本件の解説として、吉本健一「判批」法セミ443号142頁（1991年）がある。
- 12) 注意すべきは最高裁昭和39年判決である。269条の趣旨についてはお手盛り防止に求めるのが多数説的理解だが、同判決では、一方でお手盛りという言葉は一語も記されておらず、他方で一定の基準や一定の枠が指摘されている。基準や枠の一定性にウエイトを置けば、お手盛り防止の趣旨として最高裁昭和39年判決を読みとることもあながち不可能ではない。ただし一定の基準や一定の枠が1000%や2000%も可とするのであれば、青天井でなければお手盛りも是認される旨を示した判決との読み方もあり得よう。こうした読み方の相違は、269条の解釈問題と言うよりも、むしろ判例法としての最高裁昭和39年判決の解釈問題である。ただし最高裁昭和39年判決が、基準や枠の一定性を要求しても、基準や枠の合理性まで必ずしも言及していないことは、同判決を読む際に注意すべき点の1つであろう。仮に基準の一定性を判示したに過ぎず、合理性には言及しなかった先例として最高裁昭和39年判決を理解するならば、過去の事例から260%の功労加算率を是認する本判決の態度は、合理性に言及しない点で最高裁昭和39年判決と異ならないと解される。
- 13) もっとも260%という本件の功労加算率について、合理性の裏付けがまったくない訳ではない。取締役会の裁量権行使として260%という数字が出されたのであれば、取締役会構成員たる取締役が善管注意義務を尽くし忠実義務を遵守した結果と考えられるからである。換言すれば仮に260%という数字が不合理だと認識される場合、その数字については善管注意義務や忠実義務の違反を認定できる場合もあり得る。ただしこうしたアプローチは裁量権行使に際しての合理性を問うに過ぎず、一定の基準自体の合理性を問う訳ではないことに注意すべきであろう。
- 14) 判夕388号156頁。
- 15) 周知のように266条ノ3の損害については、直接損害・間接損害の定義、2つの概念の区別の是非をはじめ、両損害包含説・直接損害限定説・間接損害限定説の対立など、議論は尽きない。ここでは弥永真生『リーガルマインド会社法第9版』223頁（注141）（有斐

閣, 2005年)の記述を以下に指摘するに止める。「ある事案が直接損害と間接損害のいずれにあたるかは構成の問題であり, 多くの場合, どちらとも構成できる。」

- 16) すでに見たように, 本件では, X が請求の根拠条文としたにもかかわらず, 裁判所は民法709条および同719条に基づく責任については何も判断していない。しかしながら仮に損害不発生と捉えるならば, 709条および719条に基づく請求についても本件では棄却されるべきこととなる。
- 17) 判タ893号260頁。佐世保重工事件とも呼ばれる。本件については以下の解説がある。王子田誠「判批」判タ905号60頁(1996年), 吉本健一「判批」判タ948号123頁(1997年), 山本忠弘「判批」私法判例リマークス(14)96頁(1997年), 中村一彦「判批」金商1002号45頁(1996年), 末吉幹和「判批」判タ945号234頁(1997年)。
- 18) 東京地裁平成6年判決では「退任慰労金」という言葉が使われているが, その意味は退職慰労金と同じと考えられるので, 以下では2つの言葉を特に区別することなく用いる。
- 19) なお, X の提訴に対し, Y<sub>1</sub> 会社は反訴を提起した。代表取締役在任中に X が, 一部幹部役員らによる組織的不正行為が行われたことを知りまたは知り得べきであったにもかかわらず放置したとして, 商法266条1項5号に基づく損害賠償請求の訴訟である。
- 20) 例えば期待権の具体的内容について, X は, Y<sub>1</sub> 会社から退任慰労金が支払われる点に期待したのか, 取締役会から一任された Y<sub>2</sub> が決定を行うことに期待したのかが問われよう。素朴に考えれば前者のようだが, 問い合わせと回答を重ねた事実を照らせば後者のようにも考えられる。仮に後者であれば, X による請求は本来, 取締役会による退任慰労金額決定請求となるはずであり, これに付加して決定の懈怠に起因する損害の賠償請求となろう。この場合, もちろん因果関係や損害レベルでの処理もあろうが, 賠償額は本件と同様の結論に帰着するとは限らない。Y<sub>2</sub> ないし Y<sub>6</sub> に対して取締役会決定の懈怠により命ぜられる賠償を a 円, 取締役会の決定により Y<sub>1</sub> 会社に対して命ぜられる退任慰労金相当額の賠償を b 円として両者を区別する処理もあり得よう。

こうした処理方法を想定した場合, 本判決の結論が抱える問題点が見えてくる。まず本判決は, そもそも期待権について言及しないので, 期待の内容についても言及されず, そのため a 円と b 円を区別しない。のみならず, せいぜい期待権に過ぎない状態で, 期待権侵害による損害額の算定に退任慰労金算定の内規を用いる。さらに内規のうち, 数値を代入して機械的に算出される方程式の部分のみ用い, 取締役会の裁量がはたらくべき部分については排除する。そのため, X は5,039万円の賠償を得たものの, 仮に取締役会が裁量権を行使したならば, その金額は5,039万円とは限らない。方程式部分のみを採用し裁量部分を排除するこうした取捨選択はどのように正当化されるのか。裁判所の判断は, 有り体に言えば, 裁量権を行使すべきなのに行使しない Y<sub>2</sub> ないし Y<sub>6</sub> に不利益が帰属しても仕方ないということだろうか。こうした無理を重ねて, それでもなお5,039万円の支払を命ずる結論を正当化しようとするなら, 因果関係や損害レベルでの処理に相当大きな負荷がかかりそうである。

- 21) ただし具体的な損害額については別の問題であろう。期待権侵害による損害額と抽象的請求権侵害による損害額は, 論理必然的に同額とはなり得まい。また, これら2つの損害額と, 例えば総会の授権に基づいて取締役会で金額や支給の時期・方法が決定されたにも

かわらず、代表取締役が単に弁済を懈怠した場合の損害額の両者についても、同様ではなかろうか。

- 22) 当座勘定規定17条1項は、確定日払い手形における振出日白地手形および受取人白地手形について、呈示された時はその都度連絡することなく支払う旨を定める。手形法1条および75条ならびに小切手法1条では、振出日および受取人が手形要件および小切手要件とされる。そして手形法2条1項および76条1項ならびに小切手法2条1項では、手形要件および小切手要件を欠く証券が手形および小切手としての効力を有しない旨を定める。これらの条文に従えば、確定日払い手形における振出日白地手形および受取人白地手形では、手形法上の権利が発生していないと解される。したがって当座勘定規定17条1項は、権利がなくとも支払う旨を定める条文であり、だからこそ同条2項はわざわざ免責を定めていると解される。
- 23) もっとも白地手形が権利を表章するか否かの議論を想起すれば、アクロパチックの程度はそれほどでもない。白地手形上の権利を観念する多数説と、権利性を否定して地位や権限で説明を付けようとする有力説の議論は、抽象的請求権で権利性を肯定しようとする学説と、権利の存在を否定する本判決との関係に類似するようにも見える。
- 24) この点について、中村直人『新会社法』132頁（商事法務，2005年）参照。近時の実務では、退職慰労金制度を廃止する会社が多いとされる。仮にそうだとすれば、退職慰労金支給の慣習が現在では崩れかけているとも認識されようか。
- 25) なお抽象的請求権ではなく期待権として立論した場合には、266条ノ3による保護の名宛人に期待権者を含めることができるか否かが問題となろう。
- 26) 金判1190号44頁。
- 27) 金判1190号38頁。
- 28) もっとも最高裁判平成15年判決の読み方で左右されるとも考えられる。別の読み方もあり得よう。ただし最高裁判平成15年判決が、最高裁として具体的報酬請求権に言及したのは事実である。そして、仮に抽象的請求権を観念しないのであれば、わざわざ具体的報酬請求権との言葉を用いる必要はなく、単に報酬請求権と述べるのみで足りたはずである。
- 29) この点については、例えば田中成明『現代法理論』3頁以下（有斐閣，1984年）参照。
- 30) 春田博「商法二六六条ノ三と間接損害」片山金章先生追悼論文集刊行委員会編『法と法学の明日を求めて』367頁（勁草書房，1989年）。
- 31) なお周知のように、266条ノ3をめぐっては近時、類型論が活発に展開されている。類型論を採用する場合、どのような類型を構築するか、異なる類型を論者が採用した場合にどのようにして噛み合う議論を展開するか等の問題を伴う。のみならず考察の手法として別の方法もあり得る以上、266条ノ3をめぐって類型論を採用すること自体の適否についても検討の余地があり得る。さらに近時の類型論の隆盛に鑑みれば、何ゆえ隆盛するのかも問われよう。もとより明確な解答は各論者から類型論を採用した理由を聞き出す他ないが、類型化と類型の詳細化が266条ノ3の趣旨・目的の詳細化を意図しているのであれば、同条の政策目的の詳細化が類型論採用の理由とも解されよう。そうだとすれば、判例法が政策目的の演繹的推論を控える現実を踏まえ、帰納的推論を展開する必要から、類型論が活発化してきたと認識されようか。もっとも百家争鳴による類型論の爛熟から、政策目的

の必要十分な帰納的抽出が未だなし得ないのであれば、類型化が考察の手段に過ぎず、目的は別個にある点を再認識すべきとも考えられる。そのように考えた場合、類型論の隆盛が、議論の錯綜に一層の拍車をかけていたこともまた認識すべきであるとともに、議論が十分に噛み合っていたか否かを顧みる必要もあろう。もとより当然のことながら、類型化がすべて失当という訳ではない。

- 32) 春田・前掲(注30)391頁。
- 33) ちなみに本稿で取り上げた京都地裁平成15年判決は、会社と取締役を同視して法人格を否認した上で266条ノ3を適用している。
- 34) 例えば法人格否認の法理については一般に、他の法的ルールで紛争が解決できるのであれば当該ルールを適用すべきであり、法人格否認の法理は伝家の宝刀として最後に用いられるべきと解されている。こうした理解を成り立たせているのは、他の法的ルールが相当程度に整備されているはずだから、多くの事例では他の法的ルールで賄えるはずとの認識であろう。こうした認識が266条ノ3ではどれだけ当てはまるだろうか。とりわけ倒産事例における私的整理の局面で、一方で抜け駆け的な債権回収を許容しつつ、他方で優先弁済後のわずかな資産をめぐる争う状況も考えられよう。266条ノ3の適用をめぐる、仮にこうした状況が現出されているならば、単なる正義・公平の観点に止まらず、債務者の再生や社会的コスト負担の観点からの検討も必要であろう。具体的には、266条ノ3による救済をめぐるもたもたするくらいなら、速やかに決着を付けて生産的・建設的活動を営むべしとの観点からの検討である。こうした観点に立つ場合、法的ルール自体が欠缺しているとも考えられよう。
- 35) この点については、例えば田中・前掲書(注29)158頁以下参照。
- 36) 例えば、西原寛一『会社法(商法講義 )』213頁(岩波書店,1957年)、矢沢惇「取締役の報酬の法的規制」『企業法の諸問題』227頁(商事法務研究会,1981年)、青竹正一「取締役退職慰労金の不支給・低額決定に対する救済措置(上)」判時1452号166頁(1993年)等。
- 37) 例えば、酒巻俊雄「判批」金商113号4頁(1968年)、山口幸五郎「株式会社の役員報酬英米法の示唆」『会社取締役制度の法的構造』78頁(1973年)、菱田政宏「判批」私法判例リマークス3号118頁(1991年)等。