

退職慰労金と総会決議

西尾 幸夫

はじめに

判例では、株式会社の取締役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269条（会社法361条）にいう報酬に含まれるものと解され¹⁾、たとえば会社が同族会社であって、退職慰労金支給規定によって支給される場合であっても、定款又は総会決議でその金額を定められなければならないとされる²⁾。

退職慰労金は、取締役報酬と同じく、有償委任説と無償委任説（通常は取締役任用契約には明示的・黙示的な有償特約がある）はあるものの、定款に定めがないときは株主総会の決議でもって決めなければならないが、総会の決議がなければ報酬請求権は発生しないと解されている。一定の基準に基づき退職慰労金を支給することを取締役に一任する旨の株主総会決議があれば、通常、取締役会はその決議を実行に移す義務があり、その取締役会でもって（内規等で定められた基準に合致した）支給金額等を決定することになる。ここにおいて、退任取締役は具体的な金額の支給を請求する権利をもつことになる。

商法269条の定款の定めまたは総会決議を要するとする趣旨は、「お手盛り防止」にあると解するのが通説・判例である。これに対して、役員報酬は、取締役の選・解任権を有する株主総会が本来決定すべき事柄であり、269条は当然のことを規定したに過ぎないとする見解（非政策説）もある³⁾。

ただし、いずれにせよ、（委員会設置会社を除き）定款の定めまたは総会決議がなければ、請求権が発生しないと解する点では変わりはない。

退職慰労金は、職務執行の対価の後払いという部分ないしは功労的部分もあるが、この支給の決定を取締役会または代表取締役に委ねた場合には「お手盛り」のおそれがあるために、その支給には定款または総会決議（会社法316条1項、309条1項）を要すると解されている⁴⁾。

退職慰労金については、株主総会における決定方法をめぐって問題が提起されている⁵⁾が、そのほかにも、退職慰労金の不支給・減額・支払延期の是非が問題となっている。

後者において、第一に取締役会が株主総会に退職慰労金の支給議案を提案しないとき、第二に株主総会に付議されたが株主総会で不支給の決定がなされたときまたは内規より計算された額を減額されたとき、第三に株主総会で取締役会に一任する旨の決議がなされたその取締役会が不支給・支給延期の決定をなしたとき、または取締役会でなんらの決定をしないときに分けることができる。

本稿は、第一の取締役会が株主総会に慰労金支給の議案を上程しない場合に、退任取締役は退職慰労金相当額の支払いを会社に請求できるのか、またそれを上程しなかった取締役個人の責任を追及できるのかどうかを取り上げることにする。

なお、退職慰労金の支給においては、定款に定めることもありうるが実態としてほとんど考えられないことから、以下ではもっぱら株主総会の決議を取り上げる。

一 総会決議のもつ意義（判例）

定款の定めまたは株主総会の決議の要件は、報酬（退職慰労金）請求権の効力発生要件と解されており⁶⁾、退職慰労金支給議案を株主総会に付議しなかったときに、退職慰労金請求権は発生しないと解されている⁷⁾。ま

た、最判平成4年9月10日の原審判決⁸⁾は、株主総会決議は退職慰労金請求権発生要件であり、かかる株主総会の決議がなされるかどうかは未定であるから、Y会社と退任取締役Xとの間で退任に際して、「XとY会社との間で、Xが取締役を退任する際に、Y会社の退職慰労金支払規程に定める退職慰労金がXに支払われるよう株主総会の承認決議を得るべくこの支給に関する議案を提案するとの黙示の合意がなされたものと認めるに足りる証拠はなく(Y会社における退職慰労金支払規程は、株主総会において支給の決議がなされた際の支給基準にすぎないことは前認定のとおりである。)、Xの右主張は採用することができない。」とされた。

これ以外の下級審の判決としては次のものがある。

大阪高判昭和43年3月14日(金商102号13頁)

退任監査役(取締役の2年と監査役の15年の後退任した)において、「商法第254条第3項、第280条、民法第648条第1項によれば、株式会社の取締役または監査役は、会社との間の特約がない限り、当然には会社に対し、その取締役または監査役としての職務に関する労務の提供の対価としての報酬を請求することはできないものとされているのであるが、そのような報酬付与の特約は、特に無償とすべき特別の事情がない限り、通常は、会社との任用契約中に黙示的に含まれているものと解するのが相当である。しかしながら、取締役ないし監査役が、自己の受くべき報酬の額を自由に定めることができるものとする、その地位を利用してみずからの利益のみを図り、会社の利益をかえりみないおそれもあるから、このようないわゆるお手盛りを防止するため、商法第269条、280条は、取締役または監査役の受くべき報酬は、原則として定款にその額を定めるものとし、定款にその額を定めなかったときは株主総会の決議をもってこれを定めることとしている。従って、任用契約において明示または黙示に報酬付与の特約がなされても、定款または株主総会の決議をもってその報酬の額(前記法条の趣旨から考えて、取締役及び監査役全

員に対する報酬総額または限度額さえ定めておけばよい）を定めなければ、報酬請求権の具体的内容は確定せず、結局、取締役または監査役は会社に対し報酬請求権を行使することはできないものというほかはない。」

京都地判昭和44年1月26日（判タ232号164頁）

原告の退任取締役（昭和35年11月から同38年6月まで使用人兼務の取締役であった）は、被告Y会社の代表取締役が辞任に際して300万円の支給を承諾したと主張し、その残額の200万円の支払を求めたのに対し、仮に、Y会社代表取締役が、「原告に対し、退職慰労金として金300万円を支給することを承諾したとしても、右退職慰労支給について、Y会社において、定款又は株主総会の決議を以てこれを定めたことは、原告の主張立証しないところである。」として、原告の請求を認めなかった。

大阪地判昭和46年3月29日（判時645号102頁）

Y株式会社の代表取締役訴外Aは、同社の従業員兼取締役であるXとの間で、従業員の退職金および退職慰労金として（Y会社が受け取る立ち退き補償契約金の一部を）支払う旨の合意をしたが、Xがその約束を履行を求めたのに対して、Y会社は、退職慰労金に関して、株主総会の決議を経ないために無効であると抗弁をした。Y会社はAとXが共同で営んできた酒類販売業を税金対策上法人成りしたものであり、株主総会等商法上の手続はまったく履践されておらず実体は個人営業と異ならないものであった。

裁判所は、「株式会社における所有と経営の分離を前提として商法第265条は取締役、会社間の取引につき取締役会の承認を要する旨規定し、また同法第269条は取締役が受けるべき報酬につき定款にその額を定めていないときは株主総会の決議をもってこれを定めるべき旨規定し、取締役が会社の犠牲において自己の利益を追求する弊害が生じないように制

限しているが、本来法規はあくまでそれが志向する社会的実態を基盤として、その上に生ずる諸々の利害の調整を規律するものであるから、具体的事案をめぐる法規適用の場面においては、当該法規が志向する社会的実態をはなれて運用、解釈することは許されるべきものではないと解するのが相当である。」として、本件において、「Y会社は一応株式会社として存在しているが、その実態はXとAとの個人的営業であって、この場合株式会社における所有と経営の分離という現象自体が存在しない。もし、この場合に前記商法第265条、第269条を形式的に適用すれば、Y会社の実態にはなはだ即しないものとなる。なおY会社が、もし前記商法の規定により、本件約束による義務を免れることになれば、右会社の実態からして、Xがその営業から離脱した後、A一人が右規定に藉口して個人的利益を不当に保護される結果になるのみであって、正義、衡平の観念に反すること著しいものがあるといわねばならない。従って、本件約束はXがY会社の取締役としての地位を兼ねた立場で締結したものであるところ、取締役会の承認をうけていないから無効であるとか、取締役退職慰労金を含むものであるところ、株主総会の決議を経ていないから無効であると、Y会社は主張するが、Y会社の実態からみて、前記商法の規定の趣旨および正義、衡平の観念に照らし、被告の右主張は許されないものと解するのが相当である。」と判示した。

東京地判昭和47年11月1日(判時696号227頁)

原告二名は被告Y₁会社およびY₂会社は原告を含む同族会社であり、原告二名はY₁会社においてそれぞれ21年6か月間、11年間取締役として就任し、退職慰労金を支給する旨の総会決議がなかったが、「取締役の退職慰労金は取締役在職中の職務執行についての対価であって、退職取締役にこれを支給すべきことは取締役任用契約の有償性からして当然のことであり、また慣行である」として、退職慰労金の支給を求めたのに対して、裁判所は「取締役の退職慰労金はその在職中における職務執行

の対価として支払われる趣旨を含むものであるときは、商法269条の報酬に当るものと解されるから、その支給については、定款の定めもしくは株主総会の決議を要するものというべきところ、本件においては、これについての定款の定めも、株主総会の決議もないことは原告らの自認するところであるから、原告らがその主張のような権利を有しないことは、右主張自体から明らかであるというべきである。取締役が任期満了により退職するときに退職慰労金を支給するのが一般に慣例となっていることは顕著な事実であるというべきであり、その支給についての実質的な根拠が原告ら主張の如き取締役任用契約の有償性に求められるとしても、そのことは直ちに原告らの主張する具体的な請求権の発生を基礎づける根拠とはなりえないものというべきである。」と判示している。

東京地判平成2年4月20日（金商864号20頁）

支給基準に関する取締役会の内規が存在する事例であるが、「退任した取締役に対する退職慰労金は、商法269条の報酬とみるべきであり、定款に定めのない以上、株主総会の決議をもって当該取締役に対する支給額を決定して、（少なくとも、一定の金額算定基準の存在を前提として、退職慰労金を支給する旨を決定して）、初めて支給が可能となるものであり、右決議は退職慰労金請求権発生要件となる。」ところが、取締役を退任した原告に対し退職慰労金を支給する旨の被告株主総会決議そのものがないことは当事者間に争いがないのであるから、退職慰労金請求権は発生していないものというほかない。」「原告は、被告の取締役を退任した者に対し、一定の基準に従って算定された退職慰労金が当然かつ慣例的に支給されていたのに、被告の取締役らが原告を害する目的のもと、取立て退職慰労金請求の議案を株主総会に上程しなかったと主張するのであるが、株主の総意を問うことなく、退職慰労金を支給することは許されないのであるから、右のような事情があったからといって直ちに退職慰労金の支給についての株主総会決議が不要となるという

ことはできない。」として、原告主張の約定の有無、原告の取締役在任中の業績、功勞のいかんにかかわらず、本件退職慰労金の請求は理由がないとされた。

東京地判平成 3 年 3 月 8 日 (判タ766号265頁)

13年間取締役・代表取締役を歴任した原告が、任用契約の有償性を前提として、取締役は、会社に対し、当然に相当額の報酬請求権を有するのであり、これは、取締役の報酬は定款又は株主総会で定めるとの手続的制約(商法269条)によって妨げられるものではないこと、報酬の性格をもつが、通常の「賃金」とは異なった性質が認められている退職慰労金についても同様あるいはより以上に妥当する、として退職慰労金の支給を会社に求めたのに対して、判決では、「原告は、右退任に伴う退職慰労金を請求するが、商法269条の規定上取締役の報酬については、定款の定めがないかぎり、株主総会の決議によって定めることを要することは、明らかである。そして、取締役の退職慰労金も、同条の適用を受ける報酬に含まれる。本件においては、原告への退職慰労金の支給について定款の定めも総会の決議もないところ、原告は、総会の決議なしでも退職慰労金請求権が発生すると主張するが、独自の見解であって、採用することができない。」とされた。

東京地判平成 3 年 7 月19日 (金判890号35頁)

原告Xは17年あまりにわたりY会社の取締役の地位にあったが、Y会社は役員退職慰労金内規があるにもかかわらず、Y会社の取締役会は株主総会にその支給の議案を上程しなかったために、XはY会社との間の任用契約の締結において総会決議を法定条件として退職慰労金支払いの約定が成立しており、期待権を有するのであるから、Y会社が総会に付議しなかったことは任用契約の内容に反し違法であり、不法行為に当たるとして、内規に基づいて計算された退職慰労金相当額の損害賠償を請

求した。裁判所は、株主総会の決議は退職慰労金請求権の効力発生要件であり、民法127条以下の「条件」には該当せず、また総会決議がない以上民法130条を適用して報酬請求権の効力発生を擬制することはできないとした。

京都地判平4年2月27日（判時1429号133頁）

株主総会や取締役会が一度も開催されたことのない代表取締役のワンマン会社において、代表取締役が退職取締役への退職慰労金の支給を決定し、本人にも通知したうえ、未払退職金を損益計算書に計上し、これに基づいて法人税の申告を行つている場合において、「被告においては、株主総会の決議という形式において原告に対する退職慰労金の支給が承認されたことはないが、代表取締役甲野一郎は原告に対する退職慰労金3000万円の支給を決定した（甲1の文面上でもその趣旨を読み取ることができる。）。右決定方法は、商法上で株主総会や取締役会の決議事項とされているものをも含め、被告において通常行われている意思決定方法でもって決定されたということができる。」

「このような事実関係の下では、被告は商法に従った手続によるのではないものの原告に対して金3000万円の退職慰労金の支給をすることを決定したというべきであり、被告が原告に対して右の決定をしたことを公式に通知しながら、商法に規定されている退職慰労金支給承認の株主総会決議を行わなかったとの手続違背のみを理由に、その支払を拒絶することは衡平の理念からして許されないものといわなければならない。」

東京高判平7年5月25日（判タ892号236頁）

同族会社（Y会社）における主要株主である訴外Aが代表取締役として実質的にただ一人で会社を運営してきたが、AがY会社を退任する取締役Xとの間で一定額の退職金を支払う旨の合意（Xを被保険者とする生命保険の解約返戻金を退職金とする旨の合意）をした事例であるが、

裁判所は、「取締役の報酬を株主総会の決議によらしめた趣旨は取締役ないし取締役会のいわゆるお手盛りの弊害を防止し株主の利益を保護することにあることは明らかであるから、株主総会の決議事項について株主総会に代わり意思決定する等実質的に株主権を行使して会社を運営する株主が唯一人である場合に、その一人の株主によって退職金の額の決定がされたときは、実質上株主保護が図られ取締役のいわゆるお手盛りは防止されることになるわけであり、したがって、株主総会の決議がなくてもこれがあつたと同視することができるというべきであるのみならず、Y会社のように、株主総会が一度も開かれず、計算書類の承認、取締役の選任、退職金を除く取締役の報酬の決定等法律上株主総会の決議でなすべき事項がすべてAによって意思決定されてきた場合には、他の株主はAに対して株主総会の決議でなすべき事項の処理をゆだねていたものといわざるを得ないから、前示事実関係のもとでは、Aが決定した退職金について株主総会の決議の欠缺を主張してその支払を拒むことは、信義則上許されないものというべきである。」と判示している。

名古屋高判平成15年9月2日(LEX/DB判例データベース)

Y会社(被告・被控訴人)は、B会社の子会社(Y会社株式の80%を所有)の取締役X(原告・控訴人)に対して、Y会社にはその親会社たるB会社の役員退職慰労金規定に準して退職慰労金を支払う慣行が存在すること、B会社(B会社の代表取締役はY会社の代表取締役を兼任している)はXに対する退職慰労金支払義務を認めたこと、株主総会決議不存在を理由にその支給を拒否することは信義則・禁反言により許されないとし、退職慰労金の支払いを求めた事件であるが、裁判所は、上のような慣行があるとしても、それは事実たる慣習に過ぎず、Xは「信義則・禁反言を根拠として、株主総会決議の不存在を理由とする退職慰労金の支払拒絶を許されないものとした裁判例(東京高裁平成7年5月25日判決等)を指摘するが、これらの裁判例も、退職慰労金についての

株主総会の決議の存在と同視できる事情を認定したうえで、株主総会決議不存在の主張を排斥する理由として信義則・禁反言を用いているに過ぎないのであり、信義則・禁反言が権利発生要件となることを認めたものではな¹い、としてXの請求を棄却している。

大阪地判平成14年1月31日（金判1161号37頁）

Xは、10年余りY会社の取締役の地位にあったが、Y会社は退職慰労金を支払わないのでY会社の「役員退職慰労金支給額決定基準」に従い退職慰労金の請求を行ったのに対して、Y会社は「Xの退職慰労金請求については、平成12年5月中旬開催予定の株主総会での決議承認を経た後、取締役会において決定することにいたしております。つきましては、具体的金額及び支払日は、株主総会並びにその後の取締役会終了までお待ちいただきますようお願いいたします」との回答を行ったが、結果的には、本件株主総会においてXに退職慰労金を支払う旨の決議がなされたとは言えないこと、またこの回答文書は「意思表示の解釈としては、退職金の支給を確約したものと解釈することはできない」として、Xの請求を棄却した。

大阪高判平成16年2月12日（金判1190号38頁）

訴外A会社の取締役を退任したX（原告・被控訴人）が、同社の代表取締役であるY（被告・控訴人）が退職慰労金を支給すると述べながら取締役会に議案を提出せず、その後、株主総会において内規に反する決議をさせたため、内規に従った退職慰労金を受けられなくなったとして、Yに対し、損害賠償を求めた事例である。判決では、「株式会社の取締役については、定款又は株主総会の決議によって報酬の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、取締役が会社に対して報酬を請求することはできないところ、取締役の退職慰労金は、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、商法269条が規

定する報酬に含まれるのであるから、退職慰労金に関する支給規定が存する場合であっても、定款又は株主総会の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と解される（最高裁昭和38年（オ）120号同39年12月11日第二小法廷判決・民集18巻10号2143頁，最高裁昭和53年（オ）第1299号同56年5月11日第2小法廷判決・判例時報1009号124頁，最高裁平成11年（受）第948号同15年2月21日第2小法廷判決・金融商事判例1180号29頁）。もっとも、株主総会の決議がない場合でも、たとえば株主総会の決議に代わる全株主の同意があるなど、株主総会の決議があったと同視しうる特段の事情が認められる場合には、会社が取締役に対して、株主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と解される。」とした上で、YおよびA会社が内規に基づく金額を退職慰労金として支給すると約束したことはなく、また退職慰労金支給規定が存する場合であっても、定款又は株主総会の決議によってその金額が決められない限り、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とした上で、内規と異なった基準で慰労金の額を決定した株主総会決議は有効であるとして、原判決を取消し、Xの請求を棄却している。

以上のように、判例　，　および　を除いては、退職慰労金について株主総会決議がない限り会社に対する退職慰労金支払請求権は発生しないとしている。これら三つの判例は、いずれも会社を実質的に支配する代表取締役が退任取締役に対して退職慰労金の支払を約束していて、かつ取締役会・株主総会等の開催も実際にはなされていない会社であるということができる。判例　は実体は代表取締役と当該取締役の二人から成る個人企業と異ならず、その実体の下で取締役会・株主総会の開催を要求することは、個人的に支給を拒否する隠れ蓑として利用されるに過ぎないとする。もっとも、この判例に対しては、同族的・閉鎖的な会社であっても、商法

269条の規制がお手盛り・闇取引防止にある以上、根拠としては、所有と経営の未分離だけでは不十分であり、むしろ事実上の株主の意思の一致などの一定の事実を捉えて株主総会の決議があったと理論構成すべきだとされている⁹⁾。このような批判をふまえた判決だと言えるが、判例は、取締役会・株主総会が開催されたことがなく、ワンマンである代表取締役が退任取締役に対して退職慰労金の支給の決定通知を行っていることから、代表取締役の意思決定が実質的には株主総会の決議に当たるとの判断をしている。もっとも、判例に対しては、事例は株主全員が当該代表取締役の「影響下にある」というだけで、判決のように全株主が退職慰労金の支給に同意していたとは違うとの問題指摘がなされている¹⁰⁾。ただし、本件の退職慰労金支給にかかる決定はY会社において「通常行われている意思決定方法でもって決定されたということが出来る」とされており、その決定がY会社においては取締役会・株主総会の決定に事実上当たるとされていることからすれば、全株主も同意していたと解してもよいのではないだろうか。判例は、代表取締役の一人会社で、実質的にも一人で運営するような会社では、当該代表取締役の（退職慰労金支給の）意思決定は株主総会のそれと同一視できるとする。

このような3つの判例から一定の結論を導き出そうとすれば、取締役会や株主総会の開催といった会社法上の手続の履践を求めることができないような会社において、代表取締役が退任取締役に対して退職に際して慰労金の支給を約束しており、かつ判例およびが傍論で触れるように、株主総会の決議がない場合でも、たとえば株主総会の決議に代わる全株主の同意があるなど、株主総会の決議があったと同視しうる特段の事情が認められる場合には、会社が取締役に対して、株主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と解される、ということが出来るであろう。

それに対して、判例およびは会社の実態等は明かではないものの、Y会社の代表取締役が原告取締役の退任に際して退職慰労金を支給するこ

とを承諾していたとしても総会決議をもって決定されなかったことを指摘しており、会社の代表取締役と退任取締役との間の約束の存在だけでは、退職慰労金支払を求めることはできないであろう。

判例¹⁰⁾、および¹¹⁾は、事実関係が必ずしもはっきりしないが、判例では、会社の取締役(会)が退職慰労金の支給を求めている取締役を害する目的で株主総会に退職慰労金の議案を上程しなかったとしても、支給については株主総会決議が必要であるとされている。

このように、商法269条は、取締役の受けるべき報酬について定款に定めがない場合、株主総会の決議をもって定めるものとしており、報酬には役員の退職慰労金も含まれるものと解されている。したがって、定款に報酬の定めがなく、株主総会の決議がない場合には退職慰労金の支払いができないことになる。つまり、株主総会が退職慰労金を支給するか否かを決定する権限をもっており、その決定があるまでは、退職慰労金の請求といっても不確定なものである(請求権を構成しない)ため、取締役会がその支給議案を総会に付議しなかったとしても、確実な権利ではないから、退任取締役は基本的には何の請求もできないということになる。そして、上の判決の帰結からすれば、東京地判平成8年8月26日の説くように、会社法上、退職慰労金の支給の有無、相当性は、株主総会の自主的判断に委ねられているというべく、株主総会がその与えられた権限を著しく逸脱して公序良俗に反するような決議をした場合を除き、右決議がない場合には退職慰労金の支払請求権が発生しないということになるであろう¹¹⁾。

二 有償性・契約性

(一) 有償性と内規のもつ意義

学説においても、多くの説は株主総会決議でもって退職慰労金の額が定まらない限り、退職労金請求権は成立せず、効力発生要件と解しているといえよう。そして、株主総会の決議に代わる全株主の同意があるなど、株

主総会決議と同視できる事情があれば、総会決議がないと主張できないとする点についても、おそらく異議は唱えられていないといえよう。そして、上の判例から窺われるように、会社の代表取締役による退任取締役に対する退職慰労金支給の約束が認められず、また株主総会決議に代わりうる株主全員の同意などがない場合には、退職慰労金請求権はおよそ生じないといえる。

そして、退職慰労金の支給の有無、相当性は株主総会の自主的判断に委ねられており、明示又は黙示的に報酬を与える特約が存在するとしても、報酬額が定款または総会の決議により定められない限り、具体的報酬請求権は発生せず、ごく例外的に、総会決議が公序良俗に反するような場合には、報酬請求権が発生するとする¹²⁾。従って、取締役会が退職慰労金支給に関する内規を定めている場合には、株主総会は内規にしたがって退職慰労金額を決定することを取締役に一任することが許容されるが、右内規があるからといって、必ずしもこれによらなければならないものではなく、株主総会は、特定の取締役の退職慰労金について、内規によらず、当該退任取締役の功労の程度や会社の営業状態を勘案して、独自に退職慰労金を決定できる¹³⁾。本件内規は、訴外会社の株主総会において、退職慰労金の支給金額、支給時期、支給方法等を取締役会又は代表取締役に一任する旨決議された場合に適用されるべきものであり、株主総会において、退職慰労金の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ものと解されるから、本件内規は、退職慰労金を支給する旨の株主総会決議がない場合に、本件内規に基づく退職慰労金を請求する権利を具体的に発生させる性質のものではないというべきである（判例 参照）。

このように、判例の論理は、退職慰労金は報酬の性質を部分的にしる有するものとして、株主総会の決議により決定されるべきであり、かつ株主総会は自由に退職慰労金支給の有無・額を決定できるのであるから、たとえ内規があっても、株主総会を拘束しないとしている。そして、株主総会

は何でも決議できるという前提から出発することから、退職慰労金の支給はそもそも不確定なもの(総会で否決される可能性もある)から、取締役会もその不確定な部分は裁量的に判断できる、だから株主総会に上程しなくてもよいとする論理に繋がってくるのであろう。

(二) 任用契約と職務執行の有償性

江頭教授は、つぎのような解釈論を展開する¹⁴⁾。退任取締役に対し退職慰労金の支給を約束した代表取締役は、その議案を取締役会・株主総会に提出し、自身がその議案に賛成すると同時に他の取締役・株主に対しその議案に賛成するよう説得する義務が生じる。代表取締役は、退任取締役に対し退職慰労金の支給を約束したことにより、退任取締役との間で、一種の議決権拘束契約として、このような行動を取る契約上の義務を個人として負ったと解し、その義務を懈怠した場合には、個人として後者に対して損害賠償の義務を負う。そして、総会決議の権限に属する事項について、その決議を成立させる旨を代表取締役の資格において第三者に約束し、その約束が実質的に会社(株主)の利益に資する内容のものである限り、その履行を怠った場合、第三者は、それが会社との有効な契約であったことを理由として会社に対し損害賠償請求をなすことができる、とする。

同族会社においても、退職慰労金に関する内規が存在する場合には、原則として当該約束が成立したと解してよいとする。ただし、当該約束は、退任取締役が会社の利益を害した事情がある、会社の業績上支給が無理であるなどの特段の事情があれば内規通りの支給はされない旨を含んだ合意とみるべきだとする。

この見解は、退職慰労金の支給をするか否かを決定する権限は株主総会がもつが、任用契約の締結に際して、あるいは退任に際して、代表取締役が当該取締役に対して退職慰労金を支給する旨を約束するときには、その代表取締役は総会から委任されたものとして構成することができる、つまり、少なくとも第三者(この場合は当該退任取締役)との関係では、最終

的には総会が決すべき権限を代表取締役が事前に行使したものであり、その約束が会社の利益を侵害することがない限り、その約束の効力は基本的には会社に帰属すると解している。

以上の見解は、判例 のように、二人の株主から成る代表取締役と取締役間での合意だけではなく、必ずしも全株主の同意がない場合でも、代表取締役の退任取締役に対する約束があるときには、その契約の効力を基本的に会社に対しても認めようとするものであり、約束があるにもかかわらず株主総会に付議しないと時の退任取締役の救済が拡大されるといえる。判例 ， および においても、支払約束が存在するか、その存在を推測させる事実があり、この見解からすれば、退任取締役の会社に対する損害賠償請求が認められるであろう。

この見解において、代表取締役は、退任取締役に対して退職慰労金の支給を個人的に約束する権限を有するかどうかはまず問題となる。退職慰労金の支給を決定する権限はあくまでも株主総会が有するのであり、代表取締役が会社の唯一の株主で、当該株主の同意が株主全員の同意と同視できるような事情のない限り、代表取締役はそもそもかかる約束をなすことはできないとの反論もありうる（判決 参照）。もっとも、判例 の論理からすれば、およそ取締役の任用契約の有償性は担保されず、つねに無償のリスクにさらされることになるだけでなく、取締役としての独立性も担保されないおそれも生じる。

この見解は、代表取締役との間で支給について約束があれば、その約束が会社の利益を損なわない限り、会社をも拘束するとして、当該代表取締役の取締役会・総会に付議すべき義務を認め、当該約束は会社との有効な契約と構成することで会社に対する損害賠償請求をも認めようとするものであり、きわめて注目に値する。総会決議が退職慰労金請求権の効力発生要件を前提とする限り、たとえ約束があったとしても、総会決議がなければその約束を意味もたないと解する¹⁵⁾現在の判例を現実に合わせて修正する意味をもっている。

そして、現行法では、裁判所が報酬・退職慰労金の金額の相当性を判断することを前提としておらず、相当性の判断は株主総会なり、その委任を受けた取締役会などが行うこととされており、具体的な報酬額等の決定には司法介入を排除しているとする見解からしても、このような約束がなくとも同じような結論を導くとなれば、裁判所が報酬額を決定することに繋がるが、内規の存在と支給の約束があるときには、原則として、その内規に沿った契約が有効に成立しているものとして、裁判所の介入という批判を避けることができよう。

(三) 有償性を強調する解釈

江頭教授の上の見解は、任用契約の有償性を前提にしながら、約束があれば退職慰労金支給に関する契約が成立したものとして構成するものであるが、代表取締役の退任取締役に対する退職慰労金支給の約束が存在しないときには役立たない。この場合には、取締役(取締役会)が退職慰労金支給に関する議案を株主総会に上程しないときには、退任取締役は原則として何の救済も与えられないことになる。

そこで、任用契約の有償性を前提とするものであるが、有償であれば、その金額を決めるべく取締役には報酬議案を株主総会に提出すべき義務があるとして、取締役会がその義務を懈怠するときには、各取締役(退任取締役)は裁判所に対し、自己の職務執行が一定の対価に値することを立証することにより会社にその金額の支払を請求できるとする解釈も十分に考えられるであろう¹⁶⁾。

もっとも、取締役の退任ごとに個別に退職慰労金支給の総会決議が必要となることから、取締役任用契約の有償性や内規・慣行の存在をもってしても、株主総会決議がない場合も当然に退職慰労金付与の特約が任用契約の一内容となっているとまではいえるかどうかは問題となる¹⁷⁾。

退職慰労金には報酬の後払のほかに、功労的要素をも含み、退職慰労金の対償性が問題となりうることから、退任取締役ごとに決議を要するとし

ているのであり、個別退任者ごとに総会が必要なことから、その有償性・権利性をあえて否定するまでもないように思われる。

この見解によれば、株主総会、またはその授権を受けた取締役会で、取締役の報酬の額その他について決定を行わず放置している場合には、裁判所が代わって報酬額を決定し、報酬請求権を具体化させることが可能となる。

ただし、この見解においては、株主総会が本来支払われるべき退職慰労金を支給しない旨の決議をした場合には問題である。その決議の背景に、たとえば会社内部の紛争があり、退職取締役が、当該会社の少数派株主であるというような事情があれば、著しく不当な決議として、商法二四七条により、その取消を求めることも考えられなくはないが、容易には認められないであろう。なぜなら、株主総会が支給するか否かを決定する権限を有するとの前提に立つ限り、株主総会の決議自体が著しく不当だと判断できる場合はごく限られたものになるだろうからである¹⁸⁾。

とくに、閉鎖的な会社では、株主数が少なく、大株主が代表取締役を兼ねていることが多いであろうが、取締役に対して報酬議案の総会への付議を義務づけることができたとしても、結果的には、総会で承認されない可能性も高くなる。そして、取締役会が株主総会に付議した以上は、取締役としての任務を果たしたものとして、取締役の責任（不法行為責任または第三者に対する会社法上の責任）は問われなくなるであろう。

有償性あるいは権利性といっても、不確実なものであり、総会で特別な事情がない限り（例えば、東京地判平成八年八月二六日がいうように公序良俗に反することがない限り）取締役会の議案を否決する裁量権をもっているとするれば、またそれを前提として、取締役会も退職慰労金支給議案を株主総会に上程するか否かの裁量権をもつとすれば（株主総会に上程しても否決されるとの予測の下に総会に付議しなかったとしても、その予測に合理性があれば取締役の責任は問われず、結果として、付議するか否かの裁量権をもつことになる）有償性・権利性は多くの意味をもたないことに

なる。

また権利性を強調しながら、内規・慣行などにより退職慰労金に権利性が認められる場合には、退任取締役の慰労金贈呈に関する議題（議案）を総会に提出するために取締役会を招集するか、また、取締役会において慰労金の議題（議案）を決定し、総会に付議すべきかの判断は、取締役及び代表取締役の全くの裁量に属すとはいえず、むしろ総会に付議すべき義務があると解する見解が唱えられている¹⁹⁾。ただし、退職慰労金請求権は株主総会決議でその額を定めない限り具体化されず、いかなる額にするかは株主総会の自主的な判断に任せられ、裁判所は額の相当性を審査できないのが原則だとして、議案が提出されずに放置されている場合に、裁判所に金額の決定を請求できるとするのは無理だとする。もっとも、取締役会が付議せず、取締役がその義務を履行しないときには、故意または重大な過失により任務懈怠により第三者（退職慰労金の支給を受けることができなかった退任取締役）に損害を与えたものとして、第三者責任を肯定することができるとする。この見解では、取締役の第三者責任は認められても、会社の責任は基本的には問題とならない。この権利性は取締役会の権限を制限するだけであり、株主総会の権限を制約するものではないと解しているからである。

ただし、このような権利性からして、なぜ取締役（会）の権限のみを制限するだけで、株主総会の権限をも制約しないのであろうか。

（四）退職慰労金の支給約束をも含んだ任用契約

退職慰労金は、すでに触れたように、職務執行の対価としての部分と功労部分を含むといわれているが、少なくとも前者の部分については、会社に退職慰労金支給に関する内規・基準があり、それにそってこれまで支給されてきた慣行があるときには、すでにそれ自体が任用契約の内容をなしているといえないであろうか²⁰⁾。

そもそも、有償性・権利性を云々するのは、退職慰労金との関係で言え

ば、その契約性を認め、付与するか否かの裁量権を制限する意味をもつはずである。つまり、取締役が任用契約を締結するに際して、退職慰労金に関する内規・基準があり、これまでその内規・基準に従って支給されていたという慣行がある限りにおいて、それは任容契約の内容を構成するものであり、会社を代表する契約当事者である代表取締役は取締役の選任において株主総会からかかる契約の締結権限を付与されており、その権限の下で退職慰労金の支給を含めた契約を締結したものと解すべきであろう。この点では、報酬と変わらないといえよう²¹⁾。

ただ、まったく裁量性が認められないのかといえれば、功労部分については、経営判断的要素あるいは裁量的要素が入らざるを得ないために、この部分の判断は取締役会に委ねられていると言えよう。そして、取締役会は取締役の業務執行を監督する任務を担わされている関係からして、その功労的な部分をむしろ審査すべきだともいえる。

もっとも、会社法では、職務執行の対価性の判断が難しく、職務内容に比して過大な報酬が支払われるおそれもあることから、あえて株主総会の決議に委ねているといえる。このとは、職務執行の有償性を否定したのではなく、それを前提として、対価性（お手盛り）をチェックためである。株主総会決議は、退職慰労金のうちで報酬の後払としての性質を有する部分については、退職慰労金請求権の効力発生要件（創設的効力）ではなく、確認的意味を有するにすぎないものと解すべきであろう²²⁾。

もちろん、株主総会が慰労金の贈呈議案を否決したり、内規により計算された金額より減額した額しか認めないということは考えられる。ただし株主総会は、その契約内容を否定する（内規に従った退職慰労金の支給を否決する）ときには、それを否定するだけの根拠がなければならないのであり、根拠がないにもかかわらず、それを否決することは許されないと解すべきである。

取締役会が退任取締役に対する退職慰労金を支給する議案を株主総会に上程しなかった場合には、当該退任取締役は会社に対して退職慰労金を支

給すべき契約上の請求権を行使することができるかと解される。また、当該議案を上程しない取締役に対しては、不法行為責任または第三者責任を問うると解される²³⁾。

ただし、この見解において、退職慰労金の算定に際して、報酬の後払としての部分と功労に対する報奨部分とを区別できるかどうかがまず問題である。つまり、これらの要素は通常渾然一体となっており、総会決議は前者であれば確認的効力、後者であれば創設的効力を有するといったように区別できないのではないか、という問題である。実際には、退職慰労金支給に関する内規では、過去数年間の平均月額報酬に数値を導入し、さらに役職等を念頭に置いたプラスアルファを付加することになっていると考えられるが、一般的にはこの前者を報酬の後払部分として解すべきではないだろうか。

つぎに、退職慰労金に対価性が欠如しているような場合あるいは退職慰労金の支給でもって会社が債務超過に陥るような場合をどう考えるかである。

退職慰労金支給の対象になっている退職取締役のこれまでの業務実態からして報酬を支払う必要がないと判断されるようなときにはむしろ報酬(退職慰労金)は支払われるべきではないといえる。このような場合には、取締役会にはむしろ株主総会に付議しないことが要請される。逆に、取締役会が対価性の欠如が明らかであるにもかかわらず、総会に付議するときには、職務執行が慰労金の支給に値するか否か、内規をそのまま適用してよいのかどうかを決めるには、つまり「お手盛り防止」をチェックする株主総会の機能が問われることになり、株主総会にはそれを判断するだけの情報が与えられなければならないし、また取締役会がその提案をするときには十分な説明を行わなければならない。

報奨部分については、退任取締役の会社に対する貢献度というきわめて経営判断としての要素が入るために、この部分については、むしろ取締役会の判断に委ねているといえよう。取締役会に対して一定の基準での支給

を一任する株主総会決議のもつ意義は、実際にはこの点にあるといえよう。

退職慰労金を支給することで会社が支払不能になるようなときには、正当事由があるものとして債務不履行とはならないと解されるであろう。

なお、取締役会が退職慰労金の支給を廃止する決定をする権限を有するか否かであるが、取締役会でもって、その決定を行ったときには、それに同意した既存の取締役は自らその請求権を放棄したものと解される。

おわりにかえて

退職慰労金給付に関する内規が存在するか、事実上の基準が存在し、それらに基づき実際にも支給されているときには、その内容は任用契約の一部となっていると考えるべきであろう。株主総会がこれまでこれらの基準に従った退職慰労金の支給を認めていることから、株主総会が役員を選任するときには、すでにこのような契約内容を前提として選任したものと解すことができよう。

つまり、代表取締役が当該取締役と任用契約を締結するときには、代表取締役は会社からの委任を受けて契約しているのであり、当然に授權の範囲内において契約しているといえよう。従って、当該取締役が退任するときには、当然に、契約に従い、退職慰労金の支給を受ける権利を有する。また、会社はその契約を履行すべき責任を負う。もし、取締役会が退任取締役の退職慰労金給付の議案を総会に提出しないとすれば、取締役会が契約不履行の責任を負わなければならない、退任取締役は会社の契約違反を問うことができる。

そして、契約違反を問われないためには、まず取締役会は退職慰労金支給に係る議案を総会に提出する義務を負うのであり、株主総会はその議案を審議し、退職慰労金を支給するか否か等を決定することになる。ただし、株主総会がその議案を否決できるのは、契約義務の不履行を正当化するだけの理由が存在しなければならない。もし、その正当事由がないにも

かわらず、議案を否決すれば、これも契約違反を問われることになる。

つまり、有償性ないしは権利性は、株主総会の権限ならびに取締役会の権限を拘束するのであり、有償性の範囲内において総会権限があるといわざるを得ない。

もっとも、職務執行の対価とはいえ、その対価性が不十分であるような場合もあり得るのであるが、その対価性が不十分だとして、支給しない決定をなすときには、取締役は株主総会に対してその根拠を開示した上で、十分に説明する必要がある。

そのことで初めて、総会のチェック機能が働くことになる。

- 1) 最判昭和39年12月11日民集18巻10号2143頁。
- 2) 最判昭和56年5月11日判時1009号124頁。
- 3) 山口幸五郎「会社取締役制度の法的構造」78頁、酒巻俊雄「判批」金判113号4頁。なお、委員会設置会社では報酬委員会が決定する(会社404条3項)が、非政策説からは株主総会が報酬委員会に役員等の報酬決定権を委任したものと解するのであろうか。
- 4) 最判昭和39年12月11日(注1)、最判昭和44年10月28日判時577号92頁、最判昭和48年11月26日判時722号94頁、最判昭和56年5月11日(注2)。大隅健一郎=山口幸五郎・総合判例研究双書(452頁、上柳克郎他編「新版注釈会社法」(6)397頁(浜田道代)、江頭憲治郎・株式会社・有限会社法(第4版)387頁など参照。なお、退職慰労金には、功労的部分の他に(地位の喪失に伴う)補償的要素をあることを指摘するものとして、酒巻・前掲5頁参照。また、周知のように、退職慰労金の贈呈には「お手盛り」おそれはないとする見解もあるが(鈴木竹雄「退職慰労金の特殊性」商事法務484号3頁)本稿では判例・多数説に従っている。

取締役の報酬については、委員会設置会社を除き、株主総会での決議を必要としているが、監査役および会計参与の報酬については、株主総会の決議を要するのは適正な報酬を確保してその独立性を保証することにあると解される(江頭・第4版451頁など参照)。また、会計監査役の報酬については、これまで監査役(会)・監査委員会に同意権限は与えられていなかったが、会社法は、同意権を認めた(会社399条2項、3項)。退職慰労金に係わる問題は、取締役だけではなく、監査役(今回設置を認められた会計参与も)においても問題となり、また委員会設置会社では、たとえば報酬委員会が退職慰労金の不支給を決定したような場合も問題となるが、本項では、複雑になりすぎないために、一応取締役の退職慰労金の問題に限定する。

- 5) 判例では、周知のように退職慰労金の決議に際しては、支給基準を株主が推知しうる状況があれば具体的金額、支給時期・方法を取締役に一任する決議も有効だとされているが(注4掲載の最判を参照)、これでもってお手盛り防止の目的を達せられるかどうかの問題がある。

- 6) 最判平成4年9月10日資料版商事法務102号143頁。
- 7) なお、最判平成15年2月21日（金判1180号29頁）は報酬につき定款または株主総会の決議によって報酬の金額が定められていない場合には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する。なお、中島史雄「判批」判タ975号113頁参照。
- 8) 東京高判平成3年7月17日資料版商事法務102号149頁。
- 9) 大野正道-「判批」ジュリ574号119頁，落合誠一「判批」ジュリ616号142頁，龍田節「役員報酬」続判例展望173頁，蓮井良憲「判批」判タ472号193頁など。
- 10) 早川勝・私法判例リマックス1993（下）111頁，居林次雄・金判915号46頁。
- 11) なお、この点についての問題点（株主総会決議がなければ、有償性は具体的報酬請求権の局面では意味をなさないこと，この取締役の地位の独立性の保障が十分でないこと，経営の中枢から外れた少数派の利益保護の点でも問題のあること）は学説において十分認識されて北といえる。山部俊文「判批」金商900号41頁参照。
- 12) 東京地判平成8年8月26日判タ968号239頁。近藤光男「判批」商事法務1380号38頁参照。
- 13) 東京地判昭和62年3月26日金判776号35頁。
- 14) 江頭憲治郎「判批」ジュリ1103号151頁。
- 15) 近藤・前掲39頁。
- 16) 浜田道代・新版注釈会社法(6)388頁，吉本健一「判批」法学セミナー441号140頁，酒巻・前掲4頁，山口・前掲書七九頁，王子田誠「判批」判タ905号62頁，藤原俊雄「判批」金商1183号62頁参照。
- 17) 吉本健一「判批」判タ948号126頁，弥永真生「役員報酬の返上，減額，不支給をめぐる法的問題」代行レポート118号5頁。
- 18) 川島いずみ「取締役報酬の減額，無償化，不支給をめぐる問題」判タ772号77頁。
- 19) 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（下）」判例評論413号12頁（判時1455号174頁），藤原・前掲62頁。
- 20) 川島，前掲81頁，服部栄三「判批」判タ1158号171頁。
- 21) 最判平成4年12月18日（民集46巻9号3006頁）は，総会決議でもって取締役の報酬額が具体的に決められた場合（総会で取締役全員の役員総額が決定され，取締役会で各取締役に対する配分が決められた場合を含む），その報酬額は会社と取り間の契約内容となるとして，常勤取締役から非常勤取締役への変更によっても，本人の同意がない限り，報酬額の減額は許されないものとする。この判決は，一方株主総会の決議の効力を厳格に解しているものといえるが，他方では取締役の地位の独立性確保に繋がる意味においても報酬にかかわる契約性を強調したものと解しうる。
- 22) 服部・前掲172頁。
- 23) なお，稲葉威雄ほか「条解会社法の研究六取締役(1)」別冊商事法務176号39頁（稲葉発言）では，報酬議案を総会に付議しないことが代表取締役の義務違反として，退任取締役は会社に対して不法行為に基づく損害賠償を請求できる（商法261条3項，78条，民法44条）と解している。また，弥永真生「取締役の報酬の減額・不支給に関する一考察」筑波法学16号62頁は，不当利得返還請求権を認めている。報酬額に相当する損害額の確定が容

易でない旨の指摘があるが(山部・前掲42頁),通常,当該会社において内規等の一定の基準で退職慰労金が支給されたきた慣例があれば,それに準拠した形で額の算定は可能であろうと思われる。