

『小規模閉鎖会社における役員報酬と会社法361条』

込 山 芳 行

I. 問題提起

〔1〕我が国における小規模閉鎖会社の現状

我が国の企業規模の実態は、外形的には法人の衣を着ていても、その現実には個人商店的株式会社〔小規模閉鎖会社〕が殆どである⁽¹⁾。この同族的小規模閉鎖会社は、設立過程から見せ金の設立による資本充実の侵害、株主総会及び取締役会の不開催など株式会社法規定を守ろうともしないし、また守りようのない事実上の個人商店である。いわば当該株式会社は、株主としての「所有」、株主総会を通じての「支配」、業務執行者＝取締役としての「経営」、のいずれもが、当該本人あるいはその一族によって担われている。これを具体的に示せば、①出資者イコール経営者および傀儡が常態であるから、所有と経営は完全に一致している。②経営者（出資者）の個人的信用で会社の社会的信頼を維持している。③会社の意思決定は、株主総会および取締役会を経由するなどという多数決原理は全く機能せず代表取締役の独断でなされている。④取締役会を設置し監査役を置いた場合でも〔会327条②項参照〕、知人、従業員〔兼任禁止規定「会社法335条②項」は眼中にない〕などが、監査役として名目上名を連

(1) 拙稿「個人商店的株式会社の実態と詐害行為的株式会社の設立」奥島孝康先生古希記念論文集第一巻〈上編〉『現代企業法学の理論と動態』141頁以下。

ねているに過ぎない、などの現象が特徴的といえる。結果として、出資株主個人がその管理運営を行い、その企業活動の結果として債務が生ずれば、当該個人がこれに対して責任を負担するなど、文字どおり、会社＝個人事業である。したがって株主総会あるいは取締役会と業務執行者は常に同一人であるから、両機関に課せられた監督機能など画餅に過ぎない。

これら個人事業的企業の法人成りの目的は、株式会社法が本来念頭においている遊休資本の集中、企業取引から生ずる危険の分散ではなく、節税のためか、あるいは特殊日本的社会的信用のため、設立の容易さ（準則主義）などの理由から、株式会社という衣を挙って着たにすぎない。結果として、本来的株式会社（会2条6号参照）を対象とすべき株式会社法を、このような同族的小規模閉鎖会社に解放したことから生ずる疑問・問題点は枚挙に暇がない⁽²⁾。

〔Ⅲ〕において取り上げる「平成21年12月18日最高裁判例⁽³⁾」は、右に述べた様な我が国における中小企業実態から生まれた典型的事例といえる。すなわち、ワンマン経営者の独断で運営管理されている同族的小規模閉鎖株式会社であるが故に、退職慰労金支払いの場面において会社法361条の総会決議如何を前提とし〔盾に取り〕、承認決議が得られていない〔ワンマン経営者の独断的判断〕という理由で退職慰労金の支払いを拒むという、悲劇が生まれるのである。しこうして、当該会社側からの都合・主張を、制定法が後押しするという皮肉な結果となる。

取締役適任者が、取締役として株主総会において選任された後〔会329条〕、会社の代表機関が被選任者に取締役就任の申し込みを行い、被選任者が取締役の就任を承諾すると両当事者間〔株式会社と当該取締役間〕に任用契約が成立する。この際、報酬の具体的取り決めが行われないうまに被選任者が業務に着手すると、報酬請求権はどの時点で発生するのかという厄介な問題を抱えるこ

(2) 河本一郎・岸田雅雄・森田章・川口恭弘『日本の会社法〔新訂第10版〕』25頁以下。

(3) 平成25・8・5東京地裁判決「株主総会の決議を経ない役員報酬の支払いが適法とされた事例」金商1437号54頁、などは、この流れに沿った判断を行っている。

とになる。しかもこの点については、後述のごとく、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しないという理解が一般的である⁽⁴⁾。但し株主総会決議では、取締役全員に支給する報酬総額だけを決定し、個々の取締役の配分額の決定を取締役に委ねることは是認されている⁽⁵⁾。この理解を前提にすると、特に小規模閉鎖会社の場合には、結果として「タダ働き」という危険も生まれる。なぜならば職務に従事した後、諸般の事情〔例えば支配株主＝代表取締役との関係悪化〕により株主総会の決議が得られない場合、当該取締役の報酬請求権は発生しないことになる。

会社と取締役間は委任関係であり〔会330条〕、原則からすると当該取締役は特約がなければ報酬を請求することができない（民648条①項）。しかし取締役の地位は専門的知識を必要とし、厳格責任を負わされ（会355条）、そのうえ取締役の行為は企業活動が前提となっている故（会5条）、商・会社法的には報酬請求権は当然認められる（商512条参照⁽⁶⁾）。したがって取締役は、報酬を受け取ることが実務上原則化している⁽⁷⁾のである。

〔2〕小規模閉鎖会社における役員報酬と会社法361条

私見の立場は、取締役の報酬については、特に上述の小規模閉鎖会社の場合の取締役選任の際、すなわち被選任者・会社間の任用契約成立時に、暗黙の支払約定を前提とした報酬請求権が発生していなければならないと考えている。しかしながら通説判例は、一貫して取締役の報酬請求権は定款または総会決議を経なければならないという理解で固執している。理由は、報酬などの決定を

(4) 大阪高判昭43・3・14金判102号12頁、最判56.5.11判夕446号92頁、最判昭和60・3・26判時1159号150頁、最判平成15・2・21金判1180号29頁は、一貫して「定款の定め又は株主総会の決議が取締役退職慰労金の発生要件である」と判示している。大隅健一郎＝今井宏『会社法論・中〔第3版〕』166頁など。

(5) 最判昭60・3・26判時1159号150頁、江頭憲治郎『株式会社法〔第4版〕』420頁、423頁。

(6) 新山雄三『会社法の仕組みと働き〔第2版〕』186頁。

(7) 江頭憲治郎『前掲書〔注5〕』419頁。

任用契約に委ねた場合、取締役同志の馴れ合いによって報酬額をつり上げる弊害を防止するためとする⁽⁸⁾。右の理解のように取締役の報酬請求権が総会決議を停止条件とするならば、任用契約は仮契約とでもいうのか。当事者間の合意という、契約法理の視点からも疑問はぬぐえない。社会通念からして、取締役が行う職務の対価は、被選任者の経歴、力量に応じて事前に確定されているのが通常である。自分の金銭的評価が把握できないままに、職務に従事することなどあり得ない。しかしながら通説判例を前提とすると、在任中の取締役がすでに経過した営業年度において行った職務について、報酬の支払い〔ないしは不支給〕を総会決議というフィルターの有無を材料に、自由に操作することが可能となってしまうのである⁽⁹⁾。

〔3〕小規模閉鎖会社における多様な役員報酬

取締役は、報酬以外にも賞与、新株予約権の付与〔ストック・オプション〕、退職慰労金等、色々な形で、職務執行の対価として会社から財産上の利益を受けている⁽¹⁰⁾。いわば会社法361条に関して疑問としなければならないのが、「取締役の報酬、賞与その他の職務執行の対価として株式会社から受ける財産上の利益」〔同条①項本文〕を、「報酬等」として一律に取扱っているという点である。この会社法361条の立法趣旨は、お手盛り、闇取引防止などの消極的規制にとどまらない⁽¹¹⁾。株主によるコーポレートガバナンスの実現という見地から、経営者の業績を評価する積極的役割が株主総会に与えられている⁽¹²⁾、と考えるならば、単純に会社から受け取る報酬すべてを同一尺度で捉えるのは短絡ではないか。すなわち、会社法361条の立法趣旨を踏まえるならば、お手盛り、闇取

(8) 田中亘・落合誠一編『会社法コンメンタール・8〔機関2〕』148頁。

(9) 鳥山恭一「役員報酬の支払いを事後に認める株主総会決議の効力—株式会社オグリス事件」法学セミナー609号130頁、なお委員会設置会社では、取締役の報酬などは、報酬委員会が決定する〔会404条③項〕。

(10) 江頭憲治郎『前掲書〔注5〕』419頁

(11) 関俊彦『会社法概論〔全訂第2版〕』290頁、最判昭和60・3・26判時1159号150頁。

(12) 武井一浩「役員報酬改革」ジュリスト1452号58頁。

引の危険が想定される、退職慰労金の功労部分あるいは死亡弔慰金〔以下、退職慰労金で統一する〕だけを株主総会決議というフィルターにかければ充分ではないか。けだし以下に述べるように税務処理上、損金算入が認められる役員報酬までを総会決議という俎上に乗せることに何の意味があるのかということである。

しこうして本稿の出発点は、役員報酬であっても、職務執行の対価〔給与分〕と、会社あるいは取締役の業績によってその支給額が左右されるであろう賞与、あるいは功労部分を含んだ職務執行の後払い的性格を有する退職慰労金とは、法的処理は別個でなければならない、という前提にたつ。一括して「報酬等」とすることは、以下に述べる法人税法との整合性から考えて疑問が多いと考えるからである。畢竟、法人税法上の役員報酬に対する取扱いと会社法上の役員報酬規制との間に、制度上の整合性を画する処理が求められるのである。

Ⅱ. 会社法361条の報酬とは何か

〔1〕 会社法361条の立法趣旨

取締役の報酬は、職務執行の対価としての財産上の利益である。この報酬の支給手続きは、本来的には会社と取締役間の任用契約とされているので取締役・会社間の取引に含まれる。この場合の取締役の報酬額決定は、業務執行の一環ととらえることができるので、実際的な報酬の決定は、任用契約の締結を担当する代表取締役または取締役会の業務執行の範囲内ということになる。

しかし会社法361条の立法趣旨は、取締役の報酬を取締役会の決議に委ねたのでは、自からの報酬を自ら決めるという「お手盛り」、「闇取引」の弊害が生じ、会社に不利益を与える可能性がある。そのためこれを防止するために、株主総会の決議によって報酬の金額を決定しなければならないとする。すなわちその決定権限を、政策的に株主総会に委ねたものと解されている。通説判例は、この政策規定説を採用している⁽¹³⁾。

なお会社法上では、株式会社が株主総会決議によって為すことができる「剰余金の処分」から「剰余金の配当その他株式会社の財産を処分するもの」が除かれ、かつ剰余金の配当以外の「株式会社の財産を処分するもの」についてこれを許容する規定が会社法に置かれていない。このため賞与についてこれを「剰余金の処分」として支給することができなくなった。したがって剰余金の処分として支給する場合も、会社法361条所定の決議にもとづいて支給しなければならないことになった⁽¹⁴⁾。この剰余金の配当支給については、会社の税引き後の利益から支払われるのに対して、取締役の報酬は会社の損金として扱われるので、会社としては、取締役に対して同額の金額を支払うのであれば、報酬として支払う方が税金対策上有利となる。そこで税法上、取締役報酬の形で実質的な剰余金の配当を行う会社の「隠れた剰余金の処分」に対処するために、役員に対して支給する報酬額のうち不相当に高額な部分の金額は、会社所得の計算上、損金に算入されない⁽¹⁵⁾。

ストック・オプションについても、職務執行の対価として取締役が会社から受ける財産上の利益である以上、「報酬等」に含まれて会社法361条の適用を受けられるものと解される⁽¹⁶⁾。さらに我が国特有の閉鎖型の小規模中小企業株式会社においては、使用人を兼務するいわゆる使用人兼務取締役が圧倒的である。これらは、取締役としての報酬はごくわずかで、収入の大部分を使用人給与として支給されている。すなわち使用人兼務取締役についても、使用人として受け取る給与等の体系が明確に確立されている限り同人が別に使用人としての職務執行の対価を受けることを予定しつつ、取締役として受ける報酬に関する事項の

(13) 石山琢磨『事例演習会社法』122頁、酒巻俊雄・尾崎安央・川島いずみ・中村信夫編「取締役の報酬に関する判例〔川島いずみ・コラム4〕」会社法重要判例119頁。

(14) 相澤哲編著・立案担当者による新・会社法の解説「別冊商事295号、2006」105頁、130頁。

(15) 法人税法34条①項、法人税法施行令69条。

(16) 伊藤靖史・江頭健治郎編『株式会社法体系』「役員の報酬」285頁。

みを株主総会で決議しても、会社法361条規制の脱法行為には当たらない⁽¹⁷⁾、と理解されている。

〔2〕総会決議を必要とする報酬と報酬請求権

前述したごとく、取締役は、定額報酬以外にも賞与、新株予約権の付与〔ストック・オプション〕、退職慰労金等、色々な形で、職務執行の対価として会社から財産上の利益を受けている。これらの報酬等すべてを対象として、会社法361条①項本文は、報酬等の定義を、「取締役の報酬、賞与その他の職務執行の対価として株式会社から受ける財産上の利益」として一律に扱っている。そしてこの報酬等を、①報酬等のうち、額が確定しているものについてはその額、②報酬等のうち、額が確定していないものについては、その具体的な算定方法、③報酬等のうち、金銭でないものについてはその具体的な内容、とし、法制度上も多様な場面を想定している⁽¹⁸⁾。これら取締役の報酬等の開示については、会社法施行規則で定めている⁽¹⁹⁾が、各号ごとに算定の基準が異なるのであるから、各号ごとの報酬は必然的にその本質が異なることを前提としているものと解しうる。

したがって税務処理上、損金算入が認められかつ職務就任時に額が確定している、①定期同額給与、②事前確定届出給与、③利益連動給与〔法人税法34条①項参照〕などは、会社法361条の立法趣旨の枠外〔お手盛りの危険が生じない報酬として〕の報酬として取り扱ってよいことになる。コーポレートガバナンスの実現という見地から、経営者の業績を評価する積極的役割が株主総会に⁽²⁰⁾

(17) 最判昭60・3・26判時1159号150頁、ただし決議の際、決議額は使用人兼務取締役の使用人としての対価を含まない額であることを明らかにする必要がある。

(18) 例えば、取締役に対する支給が費用なのか報酬なのか判然としない場合もある。実務上は給与とされなければ、会社法上も報酬等に当たらない、田中亘・落合誠一編『前掲書〔注6〕』151頁。

(19) 「法第361条第1項各号に掲げる事項の算定基準」会社法施行規則82条①項1号、同121条3号参照。

(20) 田辺総合法律事務所・清新監査法人・清新税理士法人『役員報酬をめぐる法務・会

与えられている、とするならば総会決議を要する報酬は、お手盛りなど曖昧な業績評価を避ける意味での総会決議〔客観的評価〕が求められる報酬等を対象とすれば充分ではなかろうか。換言するならば具体的に総会決議を必要とする報酬は、お手盛り、闇取引の危険がはらむ、後者の賞与あるいは功労分を念頭においた退職慰労金だけで足りるのである。それゆえ功労金、退職慰労金、弔慰金など、任用契約時に額を決めることが不可能な報酬だけを、株主総会決議というフィルターに掛ければよい。したがって単純に、会社から受け取る報酬すべてを一括して総会決議の対象とするのは、短絡ということになる。

かくして会社法361条①項1号の「額が確定しているもの」の対象となる報酬とは、右に述べた、①定期同額給与、②事前確定届出給与、③利益連動給与を想定しているのか、あるいはこれ以外にも当該条項が想定している報酬があるのかという疑問も湧いてくる。もし①定期同額給与、②事前確定届出給与、③利益連動給与等、税法上の取り扱いとして額が確定している報酬に対して、総会決議を必要とするならば、お手盛りの危険のない報酬故、決議を必要とする理由は何か、という疑問も生ずる。

そこで最終的に吟味する必要があるのは、①報酬の後払い部分である退職慰労金は、取締役の報酬の範疇に収まるのか、②収まるとした場合、これを職務執行の対価分と功労分に分ける必要があるか、③退任取締役の退職慰労金請求権はどの時点で発生するか、という点であろう。

〔3〕職務執行の後払い分としての退職慰労金

退職慰労金につき、旧商法269条は、「取締役が受くべき報酬は、定款にその額を定めていないときには、株主総会の決議でこれを定める」としていた。したがってこの報酬の中に、退職慰労金が報酬に含まれるか否かは、解釈論にゆだねられていた。旧商法時、退職慰労金は取締役の報酬に含まれるとするのが、通説判例であった。⁽²¹⁾ いわば旧商法時は取締役の報酬の範囲は、給与、賞与

計・税務』3頁以下。

などが中心となっていたが、職務執行の対価という観点から、退職慰労金も在職中の職務執行の後払い的報酬と解していたのである。

現行会社法上も、退職慰労金は「報酬」に該当するとするのが判例、通説の立場である⁽²²⁾。そうだとすると、定款に定めがなく、株主総会の決議がない場合には、通説判例の一貫した理解〔株主総会決議により報酬請求権が発生〕を踏襲すると、退職慰労金請求権が発生しない場面も生ずる。他方、これまで判例、学説の中には、定款の定めがなく、株主総会の決議がない場合にも退職慰労金の支給を認めてきたものもある。最近では、平成25年の東京地裁判決が目を引く⁽²³⁾。同様の立場から、平成21年12月18日の最高裁判決は、結果として総会決議を欠く場合でも、退職慰労金の支給を妥当としている。けだし会社法361条1項の制度趣旨は、取締役同士のなれ合いによって報酬額を釣り上げる弊害を防止するところに目的があり、そうだとすると、株主総会の決議と同視できる事実が存在する場合、全株主の同意があれば、会社は退職慰労金の支払を拒絶できないとする⁽²⁴⁾。学説の中にも、この理解を支持する考え方もある⁽²⁵⁾。すなわち、株主総会の決議と全株主の同意を等価値と見る考え方であり、要件事実論の視点からは、いわゆる「等価値の理論」と呼ばれているものである⁽²⁶⁾。

(21) 「在職中の職務執行の対価として支給される報酬の後払い的な性格と、在職中の功労に報いる趣旨で加算される功労加算的な部分があり、その両部分が在職中の職務執行の対価として支給されるものであり、報酬の一種として商法269条の規制に服する」(判昭56.5.11判夕446号92頁判時1009号124頁、最判平成3・9・10資料版商事法務102号143頁。

(22) 最判昭39.12.11民集18巻10号2143頁、判夕173号131頁、江頭憲治郎『株式会社法〔第3版〕』428頁。

(23) 東京地判平成25・8・5金商1437号54頁は、株主総会決議を経ないで取締役の報酬が支払われた場合でも、株主総会決議を経た場合と同視できる事実が存在する場合……とした。

(24) 東京高判平7・5・25判夕892号236頁。

(25) 龍田節「役員報酬」我妻榮編『続判例展望』別冊ジュリ39号172頁、大塚龍児・リマークス28号104頁、高橋英治、酒巻俊雄＝龍田節編「逐条解説会社法〔4〕」471頁以下。

以上を総合すれば、退任取締役に対して退職慰労金を支給する旨の株主総会の決議がなく、これに代わる全株主の同意もない場合には、退職慰労金請求権は発生しておらず、いったん支払われた金員は不当利得として会社に返還すべき筋合いの金員ということになる。これまでの判例の姿勢は以上の通りであり、平成21年12月18日の最高裁判決も同様の枠組みを採用している。しかし、このロジックを敷衍すると、すでに取締役として何年かの業務を遂行した後であって、一人会社〔100%株主〕あるいは支配一族および支配会社の一存で、株主総会あるいはこれに準ずる場面で退職慰労金支給決議案が否決されたという側面で、退職慰労金不支給という理不尽を看過しなければならない事態が生ずるのである。

〔4〕退職慰労金は職務執行後払分と功労分に分ける必要があるか

会社法は、「報酬」の文言に加え、「賞与その他の職務執行の対価として株式会社から受ける財産上の利益」を「報酬等」と位置づけていることから、文言上では、この職務執行の対価部分に退職慰労金が含まれる（会361条①項）。つまり退職慰労金に関しても、明文上で、在職中の職務執行の後払い報酬としたと、理解できる。そこでまず問題視したいのが、在職中の職務執行の後払的性格を有する役員報酬を、一律に退職慰労金として取り扱うことに問題はないかという点である。換言すると、職務執行の後払的性格を有する役員報酬は、定額支給の退職金と功労部分を含んだ退職金はその処理方法が違うのではないか、という提言である。結論を先取りしていえば、この退職慰労金は、職務執行の対価分と功労分に分けなければならないのである。判例は、古く退職慰労金の性質について、在職中の後払いであり在職中の功労に対する報償部分（以下これを「功労金」と呼ぶ）も含むとするのが、昭和30年代の最高裁の立場であった⁽²⁷⁾。その後、昭和56年最高裁は、「在職中の職務執行の対価として支

(26) 伊藤滋夫「裁判規範としての民法に関する一考察—製造物責任法を題材として」小野幸二教授還暦記念『21世紀の民法』26頁以下。

(27) 最判39.12.11民集18巻10号2143頁判夕173号131頁。

給される報酬の後払い的な性格と、在職中の功労に報いる趣旨で加算される功労加算的な部分があり、その两部分が在職中の職務執行の対価として支給されるもの⁽²⁸⁾とした。

取締役の選任・就任に際して、被選任者・会社間で任用契約が成立し、退職慰労金支払いの約定がなされた場合、選任時における想定内の職務に対する退職慰労金は、職務執行の「後払い分」という理解ができる。他方、当該退任取締役の功労により会社の業績が飛躍的に向上した場合、これに対する「功労部分」を考慮しなければならない。すなわち退職慰労金は、右最高裁判断のように、職務執行の対価と在職中の特別功労に報いるための功労金に区別しなければならないのである。会社法が発起人につき、功労に報いるための特別利益と、労務の対価たる報酬とを別個に取り扱っている点（会28条3号）もこれを区別する根拠となる。

この立場に立って、退職慰労金の報酬額を具体的に算出する場合、厳密に考えると任用契約時の評価と退職時の評価では格差が生まれる。いわば任用契約時は、被選任者の経歴・力量に応じ、想定役員報酬評価がなされ、これに応じた任用契約が交わされる。この報酬評価が、想定内の職務に対する対価でありこの部分の退職慰労金は、職務執行の「後払い部分」ということになる。そしてこの部分は、会社法361条①項1号の「額が確定しているもの」という理解ができる。すなわち任用契約時に会社側から一定の基準〔例えば、永年の経験則から客観化された内規〕が示され、妥当な自己評価を認識しつつ当該取締役は職務に携わるのである。したがってお手盛り、闇取引の危険は生じないのであるから、当該額算定の際には総会決議に委ねる必要はない。他方、退職時には、当該取締役が任用契約時の評価以上の予想外の業績をあげた場合に〔この逆の場合も考えられないではない〕、これに対しては多額の功労金が加算されることになる。結果として退職慰労金は、任用契約時の内規に従った想定評

(28) 最判昭56.5.11判夕446号92頁、判時1009号124頁。

価部分〔職務執行の対価分〕に功労部分が結びついたものと理解できる。而してお手盛り、闇取引の危険が生ずるのは、後者の功労部分であるから、この部分については、株主総会決議というフィルターが必要となるのである。

〔5〕 使用人兼務取締役の場合における使用人分の取り扱い

我が国の株式会社の取締役の大部分は、当該会社の使用人を兼務する場合が殆どである。この場合の報酬は、取締役として受け取る報酬は少額で、大部分は使用人給与として受け取っている⁽²⁹⁾。これは法人税法が、役員賞与の損金算入を認めない一方、使用人賞与については相当な範囲で損金算入を認めてきたことによる（平成18改正前法人税法35条①項、同②項）。後述のごとく、平成18年法人税法改正により、役員賞与についても一定の範囲で損金算入が認められるようになったが、その範囲には制約があることから、相変わらず使用人給与の損金算入規定〔法人税法34条①項柱書〕が活用されている⁽³⁰⁾。

使用人兼務取締役の使用人給与分が、取締役の報酬等に含まれるかどうかについては、旧商法時代から争いがあり、肯定説も有力に主張されていた⁽³¹⁾。しかし最高裁は、「①使用人として受ける給与の体系が明確に確立されている場合、②別に使用人として給与を受けることを予定しつつ、取締役として受ける報酬額のみを株主総会で決議することとしても、取締役としての実質的な意味における報酬が過多でないかどうかについて株主総会がその監視機能を十分に果たし得なくなるとは考えられないから、商法269条の脱法行為には当たらない」と判示し⁽³²⁾、条件付きであるが否定説に立つことを明らかにした。したがって、使用人兼務取締役の使用人分の給与については、取締役の職務の対価ではなく、従業員として受け取る類の報酬〔給与〕であるから、取締役の報酬には該当し

(29) 「取締役・監査役の報酬支給額の実態」資料版商事法務251号6頁以下。

(30) 田中亘・落合誠一編『前掲書〔注6〕』159頁。

(31) 龍田節「役員報酬」続判例展望〔別冊ジュリスト39号〕174頁。矢沢淳「取締役の報酬の法規制」『企業法の諸問題』225頁。

(32) 最判昭60・3・26判時1159号150頁、最判昭43・9・3金判昭129号7頁。

ないと理解できる。

しかしながら以下の裁判例にみられるように、小規模閉鎖会社の取締役が使用人給与分、とりわけ退職金の支払を請求する事例が頻発している⁽³³⁾。このような場合、当該取締役について使用人としての勤務実態が認められる限り、一義的には従業員退職金規程等に基づく退職金請求権を肯定する必要がある。すなわち小規模閉鎖会社ではオーナー経営者が存在し、取締役間で使用人兼務取締役の給与額をお手盛りの増加させることは実際上考えられないからである。株主総会の不開催あるいは決議否決を理由に、会社ひいてはオーナー経営者が退職慰労金の支給を拒む材料となつては、オーナー経営者を利得させるだけであつて妥当ではない。ただし使用人分が過大で、実体が取締役の報酬等と認められる場合はありうる。したがって、使用人兼務取締役の退職慰労金功労部分を算定する場合の総会決議に際しては、前述したように決議の対象に使用人分給与を含まないことを明らかにしなければならないのである。また使用人兼務取締役の使用人分給与の支給は、取締役の自己取引に対する規制（会社365条①項）の対象となるが、会社の内規、規程に基づく給与の支給について、その都度、取締役会の決議を経る必要はないとされている⁽³⁴⁾ので、当然のこと株主総会決議を必要としない。いずれにしても使用人部分の給与については、当該取締役が会社から受ける財産上の利益の総額を明らかにし、役員報酬の多寡に関する重要な事項として事業報告に記載しなければならない（会社規121条9号）。

〔6〕賞与、ストック・オプション

平成14年改正商法は、業績連動型報酬など新たな報酬類型に対応する形で取締役の報酬を確定額報酬、不確定額報酬および非金銭報酬に区分した。これが

(33) 東京地判平成5・9・10労判643号52頁、東京地判平成3・12・17労判602号22頁、長野地松本支判平成8・3・29労判702号74頁、東京地判平成5・6・8労判637号22頁、千葉地判平成元・6・30判時1326号150頁など。

(34) 最判昭43・9・3前掲判例〔注24〕参照。

そのまま現行会社法361条1項に持ち込まれている。ただし不確定額報酬および非金銭報酬についてその事項を定め、またはこれを改定する場合は、議案を株主総会に提出し、取締役は当該株主総会において当該事項を相当とする理由を説明しなければならない〔同法②項〕としている。すなわち会社法は、平成14年改正商法269条を基本的に踏襲しつつ、本条の規制対象については、「報酬、賞与その他の職務執行の対価として株式会社から受ける財産上の利益」として、より詳細に規定を施したのである。したがって旧商法の時代には一般に「報酬」には含まれないと解されていた賞与やストック・オプションも会社法⁽³⁵⁾361条の適用に服することになる。

Ⅲ. 報酬請求権と株主総会決議（最高裁平成21年12月18日判決）⁽³⁶⁾

〔1〕事実の概要

X社〔代表取締役Aが発行株式総数の約99%を保有している〕が、同社を退社した退任取締役であるYに対し退職慰労金として支払った4745万6433円〔以下本件金員とする〕は、株主総会の決議を経ていないとして、不当利得返還請求権に基づき返還を求めた事案である。X社の代表取締役Aは、Yに退職慰労金を支給しない意向を伝えた。Yは、内容証明郵便をもってX社に対して内規に従った退職慰労金を督促したところ、X社は、Yに対して内規に従って算定した額の本件金員を送金した。本件金員は、株主総会決議もなく、また代表取締役Aの決裁も経ずに送金されたものであった。X社におけるこれまでの退職慰労金支払手続は、通常は、株主総会の決議を経ることなく、取締役会決議によって定められた内規に従って計算された退職慰労金の額をX社の代表取締役であるAが確認し、決裁するという手続によって支給していた。X社は、Yに対し本件金員の返還を求めたが、Yはこれを拒絶した。そ

(35) 田中亘・落合誠一編『前掲書〔注7〕』150頁。

(36) 最判平成21・12・18判タ1316号120頁。

ここで X 社は、Y に対し、本件金員は株主総会の決議を経ることなく支払われたものであり、不当利得に当たるとしてその返還を求める訴訟を提起した。

原審は、本件金員は株主総会の決議もなく、これに代わる X 社の代表取締役である A の決裁もない以上、法的根拠を欠き不当利得に当たると判断した。

〔2〕判旨

株式会社が、退任取締役に対し、不当利得返還請求権に基づき、株主総会の決議等を経ることなく退職慰労金相当額の金員の返還を求める場合において、当該株式会社においてはこれまで発行済株式総数の99%以上を保有する代表者が内規に基づく退職慰労金の支給を決裁することにより株主総会の決議に代えてきたこと、退任取締役が内規に基づき退職慰労金の支給を催告したところその約10日後に送金がされたこと、当該株式会社が退任取締役に返還を求めたのは送金後1年近くを経過してからであったことが認められる事実関係のもとでは、上記送金の事実に対する当該株式会社の代表者の認識や退任取締役の業績等の事実について審理判断せず、退職慰労金を不支給とすべき合理的な理由があるかなど特段の事情の有無についても審理判断しないまま、本件請求が信義則に反せず、権利の濫用に当たらないとした原審の判断には違法があり、破棄を免れない。

〔3〕本判決の意義

事実によれば、X 株式会社は従来から99%株主 = 代表取締役 A が株主総会の決議を経ることなく、取締役会決議によって定められた内規に従って計算された退職慰労金額を X 社の代表取締役である A が確認し、決裁するという手続によって支給していた。判旨は、この退職慰労金相当額の支給に対して、株主総会の決議を欠くという理由により不当利得として返還を求めるのは信義則違反または権利の濫用にあたるとして返還請求を否認した。

本判決は、不当利得の返還請求を否認した理由について、①本件金員支払の経過に照らすと、Y が本件金員について X 社代表者 A の決裁を得たものと信じたとしても無理からぬものがあること、②代表取締役 A が、本件金員の送

金を直後に認識していた事実が認められるのであれば、送金を事実上黙認してきたとの評価を免れないこと、③ Y が従前退職慰労金を支給された退任取締役と同等以上の業績を上げてきたこと、等の事実を掲げている。これらを総合すれば、Y に対して退職慰労金を不支給とすべき合理的な理由など特段の事情が本事案では見られないことから、X 社の Y に対する返還請求は信義則に反し、権利濫用として許されないということであろう。

但し原審は、「本件金員は、株主総会の決議もなくこれに代わる X 社代表取締役 A の決済もない以上、法的根拠を欠き不当利得になる」とした。原審の判断は、退職慰労金請求権は、株主総会決議を経ていない以上認められないとする、通説、判例の理解に従ったもので、全く、中小企業の置かれた実態に立ち入ることなく、総会決議＝報酬請求権の発生という、硬直化した判断に終始している。原審の判断こそ、形式論に偏り事実の把握を怠った結論とのそしりは免れないであろう。

ひるがえって本判決は、当該株式会社にあつては、発行済株式総数の99%以上を保有する代表者が内規に基づいて退職慰労金の支給を決裁してきたことが、株主総会決議に準じた手続きを経ているという理解があつたものと考えられる。本判決は、退職取締役の会社に対する退職慰労金請求権は、定款の定め又は株主総会の決議があるか、あるいは株主総会の決議の代わりに全株主の同意がある場合に発生するとの判例、通説の枠組みを維持しながらも、全株主の同意がない場合であっても、支払いの経過、退任取締役の業績等の事実からいったん支払われた退職慰労金相当の金員の返還を求めることは信義則に反し、権利濫用に当たる余地があるとしたものである。結果として、退任取締役の保護に一步踏み出した判決という位置づけと理解しうる。

見方を変えるならば、本事案の様に、株主総会の決議がなく、なおかつ全株主の同意もない場合であっても、退職慰労金の支給が可能な場面を肯定しているということである。本判決は、①本件金員支払の経過に照らすと退職者 Y が本件金員について X 社代表者 A の決裁を得たものと信じたとしても無理か

らぬものがあること、②退任取締役のこれまでの業績等を考慮すると、会社が支給した金員の返還を求めることは信義則に反し権利の濫用に当たる余地がある、との判断を拠り所に、退職慰労金支給を是認している。この理解を敷衍すると、内規にしたがった部分、すなわち額の確定している役員報酬〔退職慰労金〕にあたるならば、総会決議を必要としない報酬と理解することができるのではないか。

IV. 税務実務上の取締役報酬の取扱い

以下、役員報酬に関する税法上の対応を、一通り整理しておく。

〔1〕役員給与のうち損金に算入される役員給与

平成18年の法人税法改正前は、原則損金算入で、損金にならないものを別段で定め、損金性の判断基準は経常的か、臨時的か否かで判断されていた。そのため、実務では会社に利益が上がれば期の途中で役員給与を引き上げ、利益が少なくなれば途中から引き下げたりして法人税の負担を不当に軽減する利益操作が頻繁に行われていた。そのため、これらの操作を防止する必要性から原則損金不算入とし、例外的に損金算入を認めることとした。損金算入できる場合、役員給与は事前に確定しているものであれば利益操作を防止でき、課税の公平を維持できるとの考えに基づいている。

いふなれば会社法上、役員についての給与（役員報酬・役員賞与・退職慰労金等）は、会計処理上の費用として扱われている。他方、法人税法では、会社法の役員以外にも役員の範囲を下記のとおり広く定め、役員に支給される給与については原則損金不算入とし、一定の要件を満たす役員給与を損金算入できるものと定めているのである。しこうして、課税の公平のため、あるいは利益操作の防止を図る見地から、以下の3ケースに該当する場合に損金算入を認めている（法人税法34条1項1～3号）。

但し、不当に高額な場合は、以下の3ケースのいずれかに該当する場合でも、損金算入が認められない。

① 定期同額給与＝毎月、支払われる、いわゆる給与の性格（法人税法34条①項1号、法人税基本通達9-2-12）を有するもの。すなわち、一度確定したものが固定的に支払われる場合である。

また支給額の減額に限り、事業年度中の変更も可能である（法人税基本通達9-2-13）。ただし、経営環境の著しい悪化（法人税基本通達9-2-13）など、相当の理由を要する「法人税法施行令69条1項1号ハ」。

定期同額給与は、法人が決算に際して、役員給与を急遽発生・増額することによって、利益圧縮を図ることを抑制する効果がある。変更可能理由として減額できる場合は、経営環境の著しい悪化の他、職制上の地位の変更等（法人税基本通達9-2-12の3）がある。会社の事情で代表取締役から平取締役へ格下げされることに伴い役員報酬が減額される場合や、期の途中で役員が職務上の過失や怠慢で会社に損害を与えた責任で役員報酬が減額される場合が、同一期で重複して起こることもある。

② 事前確定届出給与＝役員に対する賞与と考える（法人税法34条①項2号）。すなわち支給時期が不確定でも事前に額が確定している場合である。

⇒株主総会の決議から1ヶ月以内＝職務執行開始前は異なる（法人税法施行令69条②項1号）、税務署へ支払時期と金額を事前に届ける必要がある。

⇒届け出た支給額よりも、実際の支給額が多い場合、または少ない場合は、当該事業年度における事前確定届出給与の支給額全額が損金不算入となる。

③ 利益連動給与（法人税法34条①項3号）。すなわち、金額が未確定でも計算方法が事前に確定している場合である。

⇒支給額の算定方式に、事業指標を基礎とすることなど、客観性があることを要する。また、支給できるのは、有価証券報告書提出会社に限られる。なお、金銭に限らず、債務の免除その他の経済的利益も役員給与となる。（法基通9-2-9）。

⇒会社法上は、これらの報酬も株主総会の決議によって支給額が決まることになる。事業年度終了後、3ヶ月を待たなければ総会を開けない場合を除き、臨

時株主総会でも変更可能とされている（支給額の範囲を定時株主総会で定めている場合は、取締役会でも3ヶ月以内であれば変更可能）。しかし本稿の主張するお手盛りの弊害を防止するための総会決議という視点に立つ場合、実際上、これらの報酬額決定を総会の決議にゆだねる必要はないのではないかと。すなわち、税務当局が、適正か否かの判断を行っているのであるから、「お手盛り」、「闇取引」の危険の生ずる余地はないからである。

⇒なお、平成18年改正後の法人税法34条は、賞与を含む役員報酬について、前示のごとく、税務署への事前届出等の所定の要件を満たした定期同額給与や、業務執行役員に対して、「利益に関する指標」を基礎として支給される給与で、報酬委員会の決定又は株主総会の決議や、有価証券報告書等への記載等の所定の要件を満たした利益連動給与について損金算入を認めるに至った。逆に言えば税務処理上、不相当に高額な報酬は損金算入できないことになったのである。したがって不相当に高額な報酬を支給する場合は、つまりお手盛りの危険が想定されるなど不相当な役員報酬が支払われようとしている場合などは、例外として、総会決議を要するとすべきである。

同様に、同族会社も除かれている。これは、同族ならではの不正につながりやすいので税法が政策的に除外しているに過ぎないと考えられる。

⇒賞与の定め方としては、確定額（個別額・総額・最高限度額のいずれか）を前提として金銭又は現物〔自社株、ストックオプションなど〕を定める場合と、利益等に連動した算定方式を定める場合が考えられる。この場合は当然、総会決議が必要となる。なお会社法上では、利益がなくても賞与を支給することが可能と考えられるが、この場合には、支給について株主の理解を得るための説明を行ったうえで、決議を要することは言うまでもない。

しかしながら、法人税法で損金算入が認められる場合でも、役員給与が不相当に高額な部分については、

※実質的な基準 ⇒ 類似会社の役員給与と比較して妥当かどうか、

※形式的な基準 ⇒ 定款や株主総会で決められた額を超えないこと、

により、損金不算入とし、恣意的に利益調整がされないようにチェック機能を働かせている（法34条2項）。また、事実を隠蔽又は偽装して経理されて支給された役員給与についても、損金に算入されない（法34条3項）。つまり、役員が売り上げを除外して個人の懐に入れるような不正が行われた場合には、売上除外金を役員の給与とするが、損金算入することは認められない。この場合、法人では売上の計上により法人税を支払い、損金にならない役員給与に対して源泉所得税を会社は立替払いさせられ、最終的には役員個人が所得税と地方税を負担することになる。（法人と個人へのダブル課税）

〔2〕 役員 の 範 囲

① 税法上の役員 = 会社法上の役員 + みなし役員（法人税法施行令7）

⇒ みなし役員 = 使用人以外の者（相談役、顧問等）、及び同族会社の使用人で、一定の要件を満たす者。（法人税基本通達9・2-1）

② 一定の要件

〔イ〕 株主グループの第1～3順位まで順次合計して、持株割合がはじめて50%超となるグループに属していること。

〔ロ〕 属するグループの持株割合が10%を超えていること。

〔ハ〕 1：その判定をする者

2：1の配偶者

3：1と2の持株割合が50%以上である他の会社

上記イロハの持株割合の合計が5%を超えていること。

〔3〕 使用人兼務役員

① 役員でありかつ使用人の性質を持っている者で一定の要件に該当する場合には、使用人兼務役員に該当する（法人税法34条⑤項）。この場合、法人税法上役員に対する賞与は損金不算入であるが（事前届出をすることで事前確定届出給与として損金算入できる。）。使用人部分として相当な金額については、損金算入できる取扱いになっている。但し、使用人兼務役員に対する賞与を、他の使用人と異なる時期に支給したものは、不当に高額であるとし

て、損金不算入となる。(法人税法施行令70条③項)(法人税法基本通達9-2-26)

② 使用人兼務役員に該当する要件(法人税法施行令71条)

〔イ〕 社長、副社長、理事長、代表取締役、専務取締役、専務理事、常務取締役、常務理事、監査役、監事などでないこと。

〔ロ〕 合名会社、合資会社の業務執行社員でないこと。

〔ハ〕 同族会社のみなし役員でないこと。

〔ニ〕 部長、課長、その他使用人としての職制上の地位にあり、かつ常時使用人としての職務に従事している者であること。

なお使用人兼務役員は、その実態を判断するのが困難な場合があり、実務上実質的な判定をしにくい現状にある。

③ 使用人兼務役員の効果

〔イ〕 使用人分賞与が損金の額に算入される。

〔ロ〕 使用人分給与を定款、又は株主総会の決議において、役員給与に含まない旨を定めている場合は、使用人分給与が役員給与とは別枠として計算される。なお、使用人兼務役員に対して支給する給与のうち使用人分の給与は比準する他の使用人との均衡を損なわない範囲内において認められる。(法人税法基本通達9-2-23)。規定外の支給額が損金に算入されないだけである。

なお、法人税法に規定する損金に算入できない領域の役員給与や賞与を支給しても、税法上の罰則はない。規定外の支給額が損金に算入されないだけである。また、損金に算入されない支給を行った場合であっても、受給を受けた者は個人所得課税の側からの、源泉徴収を免れない。

〔4〕 法人税法上ののみなし役員について

① 法人税法では、会社法や法人の設立根拠法などで役員とされる者の外に、法人の経営に従事している次の者を役員としている。なお経営に従事しているとは、法人の主要な業務執行の意思決定に参加することであり、資金

計画・設備計画・販売計画の策定に参加したり、重要な人事の決定に参加している場合をいう。

② 法人の使用人以外の者（職制上使用人としての地位のみを有する者に限るで、その法人の経営に従事している者（法人税法施行令7条一号）。

⇒会長・相談役・顧問等

③ 同族会社の使用人で、次の要件のすべてを満たしている者（特定株主等という）で、その会社の経営に従事している者（法人税法施行令7条二号）。

〔5〕役員に対する非金銭報酬（経済的利益）について

① 会社法では、取締役がその職務執行の対価として株式会社から受け取る財産上の利益については、その名目を問わず（報酬等）に含まれるものと規定し、定款に定めがある場合を除いて、株主総会の承認を得なければならないと定めている（会361条の委員会設置会社以外の株式会社）（会361①三）。この「報酬等」は金銭に限らず、およそ取締役としての地位に着目して付与される利益を広く含むものと解されており、金銭でない報酬等については、その議案を提出した取締役が「その経済的利益が相当である理由」を説明しなければならない（会社法361②）。

② 法人税法における役員に対する非金銭報酬についても、会社法と同様に、役員が職務執行の対価として法人から受け取る経済的利益については「報酬」に該当するとし、法人税法基本通達9-2-9により役員給与とされる非金銭報酬を定め、法人税法基本通達9-2-10では給与とされない非金銭報酬について規定している。

〔6〕非金銭報酬の具体例

① 役員が会社の社宅を無償もしくは著しく低額な賃借料で借りた場合のその差額。

⇒定期同額給与となりこの分と本来の金銭報酬を合わせて報酬限度内なら損金。

② 会社役員賠償責任保険を会社が負担した金額（会社が負担することが違

法かどうかについては争いがある)。

⇒①と同様定期同額給与となり、この分と本来の金銭報酬を合わせて報酬限度内なら損金。

③ 役員に対する無利息又は低利率による金銭貸付。

⇒①と同様定期同額給与となり、この分と本来の金銭報酬を合わせて報酬限度内なら損金。

④ 役員に対する資産の低額譲渡

⇒役員給与（役員賞与）となり損金不算入。

⑤ 役員に接待費・交際費等の名目で毎月一定額の金銭を支給している場合。

⇒①と同様定期同額給与となり、この分と本来の金銭報酬を合わせて報酬限度内なら損金。

⑥ 会社が特定の役員に対して、著しく低額な発行価額で第三者割当による新株発行を行った場合の時価との差額。

⇒役員賞与となり損金不算入。

〔7〕役員給与になるかどうかの認定基準について

法人税法の役員給与に該当するかどうかは、法人の主観的意思によって左右されるものではなく、その支出が職務執行に対する対価の性質を有するかどうかという客観的な基準によって判断される。法人から支給される金銭又は経済的利益は、その支給がその役員の立場と全く無関係に、純然たる第三者との間の取引としてなされるものでない限り、原則として職務執行の対価の性質を有するものとされている（名古屋地裁平4・4・6行採集43・4・589）。すなわち職務執行の対価かどうか判断が困難場合は、職務執行の対価になるという意味である。

V. 結語

役員報酬の支給手続きは、本来的には会社と取締役間の任用契約とされてい

るので取締役・会社間の取引に含まれる。いわば取締役の報酬額決定は、業務執行の一環ゆえ、その決定手続きは、任用契約の締結を担当する代表取締役または取締役会の業務執行の範囲内ということになる。しかし取締役の報酬を、取締役会の決議に委ねたのでは、自からの報酬を自ら決めるという「お手盛り」、「闇取引」の弊害が生じ、会社に不利益を与える可能性がある。そのためこれを防止するために、法は、株主総会の決議によって報酬の金額を決定しなければならない（会361条）としているのである。それゆえ、株主総会決議を必要とする報酬は、お手盛りの危険のある役員報酬、すなわち退職慰労金支給の場合の功労金に限ればよいという結論になる。

取締役は、報酬以外にも賞与、新株予約権の付与〔ストック・オプション〕、退職慰労金等、色々な形で、職務執行の対価として会社から財産上の利益を受けている。要するに、取締役の報酬は、職務執行の対価である財産上の利益であるという点を前提としても、これらの報酬は、定額給与、退職慰労金、使用人兼務分の役員報酬など多岐に亘るということである。したがって会社法361条に関して疑問としなければならないのが、これらの多様な役員報酬を「報酬等」として一律に取扱うことこそ問題であろう。

会社法361条①項1号の、「報酬などの額が確定しているもの」は、上記IVで整理したように、役員報酬であっても、税務処理上損金算入が認められている、定期同額給与、事前確定届出給与、利益連動給与などの報酬は、株主総会決議というフィルターは必要がない。けだし、お手盛りという危険は一切考慮に入れる必要がないからである。加えて、取締役就任時に、任用契約締結時にこれらの報酬額を確定して、定期的に給与として支給されているのであるから、総会決議の有無で〔いわゆるワンマン取締役の気分次第で〕報酬支給が左右されるという悲劇も生じない。