

## 二種類の機関設計

株主総会を除いた機関の中で、最も重要な機関は、会社経営者たる取締役によって構成される取締役会である。この取締役会は、監査役会設置会社型においても委員会設置会社型においても必ず設置されるが、両者においてそのあり方はかなり異なる。

監査役会設置会社型においては、重要な業務決定は常に取締役会において決しなければならず（362Ⅳ）、業務執行はこの決定に基づき代表取締役または業務執行取締役が行う（363）。そして、この取締役による業務執行についての業務監査を監査役が行う（381）。

しかし、委員会設置会社における取締役会で決定することは、各委員会の委員の選定（400Ⅱ）・解職（401Ⅰ）、執行役の選任（402Ⅱ）・解任（403Ⅰ）などの人事事項のほかは、業務執行の決定権限は存在するものの（416Ⅰ①柱文）、典型的には、経営の基本方針の決定（416Ⅰ①イ）や内部統制システム構築（416Ⅰ①ホ）などの基本事項と執行役の監督（416Ⅰ②）が主たる職務であり、その他の業務執行の決定は執行役に委任されることが想定され（416Ⅳ本文、418①）、業務執行そのものも執行役が行い（418②）、取締役はその地位において業務執行を行うことができない（415）。結局、委員会設置会社の取締役・取締役会は、執行役の業務執行の監督権限に特化した存在となっている<sup>1</sup>。また、委員会設置会社では、取締役会内の委員会として、指名委員会、監査委員会、報酬委員会が設置され（2⑫）、指名委員会では取締役候補者の指名を（404Ⅰ）、監査委員会は取締役や執行役の業務執行の監査等を（404Ⅱ）、報酬委員会は取締役や執行役の報酬の決定を（404Ⅲ）<sup>2</sup>、それぞれ行うというように、委員会の権限が強力となっている。

上場会社のような公開会社かつ大会社では、監査役会設置会社型と、委員会設置会社型のどちらかを任意選択できるようになっている<sup>3</sup>。これは、上場会社のような公開会社かつ大会社において、どのような会社においても最適な機関設計というものを想定できないことを前提に、各会社の実情に応じて適切な機関設計をこのどちらかから選択できるようにしたものである。

そこで以下では、監査役会設置会社型の機関設計について述べ、その次に委員会設置会社の機関設計について述べる。

また、会計監査人は、監査役会設置会社型であっても委員会設置会社であっても共通に設置することになり、その権限はほぼ共通であり、計算の場面で問題となるので、会計監査人については別途述べる。

### 1 監査役会設置会社型

監査役会設置会社型の上場会社において設置が必要な機関は、取締役会、代表取締役、

<sup>1</sup> この委員会設置会社の構造を、モニタリングモデルと称する学説もある。

<sup>2</sup> 委員会設置会社では、取締役の報酬は株主総会決議事項ではないことに注意。

<sup>3</sup> というより、会計参与の設置の余地はあるものの、そのほか法制度上はこのどちらかしか選択の余地がない。なお、上場会社において会計参与を設置する需要はまず考えられないので、以下では会計参与については特に述べない。

監査役・監査役会及び会計監査人である。取締役個人は、それ自体としては会社の機関となることはなく<sup>4</sup>、取締役会の構成員という位置づけがあるだけである。取締役としての地位に基づいて直ちに業務執行権があるわけでもない（348 I 括弧書）。ただし、取締役会において業務執行取締役を選定することは可能で（363 I ②）、業務執行取締役は、3か月に1回以上、自己の職務の執行の状況を取締役会に報告しなければならない（363 II）。

## 1 取締役会

### （1）構成員

取締役会を構成する取締役は3人以上でなければならない（331IV）。すでに述べたように、取締役は、単独で機関となることはなく、あくまでも取締役会を構成するメンバーという位置づけである。取締役会は、取締役全員で組織される（362 I）。

### （2）権限

監査役会設置会社型の実業会社の取締役会の権限を一般的に言うと、業務執行に関する会社の意思決定と、取締役の職務執行の監督、および代表取締役の選定・解職といえる（362 II）。

また、取締役会の権限との関係で、特別取締役による取締役会の権限が問題となる。

#### （ア）業務執行の意思決定

取締役会は、業務執行に関する意思決定をする（362 II ①）。そして、重要な業務執行の決定及び次の各項目に関する決定は取締役会で行わなければならない、これらの事項を各取締役に委任することができない（362IV）。裏を返せば、362 条 4 項所定事項以外の業務執行に関する意思決定は、代表取締役や業務執行取締役に委任することができるということでもある。

取締役会で決定しなければならないとされる 362 条 4 項列挙事項は、次のとおりである<sup>5</sup>。

- i 重要な財産の処分及び譲受け
- ii 多額の借財
- iii 支配人その他の重要な使用人の選任及び解任
- iv 支店その他重要な組織の設置、変更及び廃止
- v 社債の募集における発行次項の要綱等（362IV⑤、施行規則 99 I）
- vi 内部統制システムの構築
- vii 定款の定めに基づく役員の一部免除

もともと、362 条 4 項列挙事項のほかにも、取締役会専権条項は各所に規定されている。上場会社で問題となる場合としては、具体的には、

- ① 譲渡制限株式を発行している場合の譲渡の承認（139 I）及び指定買取人の指定（140 V）、譲渡制限新株予約権を発行している場合の譲渡の承認（265 I）
- ② 自己株式の取得（株主総会授権の場合は 157 II、市場取引に関する定款授権の場合

<sup>4</sup> ただし、会社の組織に関する訴えを提起する権限（828 II）等は個々の取締役に権限がある。

<sup>5</sup> ただし、後述するように i 重要な財産の処分及び譲受けと、ii 多額の借財、に関しては、特別取締役による取締役会決議による決定が可能である。

は 165Ⅱ、Ⅲ、子会社からの取得の場合は 163)

- ③ 取得条項付株式の取得 (168Ⅰ、169Ⅱ)、取得条項付新株予約権の取得 (273Ⅰ、274Ⅱ)
- ④ 株式の消却 (178Ⅱ)、新株予約権の消却 (276Ⅱ)
- ⑤ 株式分割 (183Ⅱ)、株式無償割当て (186Ⅲ)、新株予約権無償割当て (278Ⅲ)
- ⑥ 単元株式数の減少、廃止 (195Ⅰ)
- ⑦ 所在不明株式の買取の決定 (197Ⅳ)
- ⑧ 募集株式の発行 (201Ⅰ、202Ⅲ③)、募集新株予約権の発行 (240Ⅰ、241Ⅲ③)
- ⑨ 端数株式の買取の決定 (234Ⅴ)
- ⑩ 株主総会の招集の決定 (298Ⅳ)
- ⑪ 競業取引、利益相反取引の承認 (365Ⅰ)
- ⑫ 計算書類等の承認 (436Ⅲ)、臨時計算書類等の承認 (441Ⅲ)、連結計算書類の承認 (444Ⅴ)
- ⑬ 増資と同時に資本減少することにより資本金が従前より下回らない場合の資本減少 (447Ⅲ)、増資と同時に準備金減少することにより準備金が従前より下回らない場合の準備金減少 (448Ⅲ)
- ⑭ 中間配当 (454Ⅴ)
- ⑮ 取締役会決議で剰余金配当できる場合の配当の決定等 (459Ⅰ)

などであり、監査役会設置会社型では、これらの法定事項の決定も、各取締役に委任することはできない。

#### (イ) 監督

取締役会は、取締役の職務の執行を監督する (362Ⅱ②)。取締役会によるこの監督権限が、ひいては他の取締役の職務執行に関して、取締役会を構成する個々の取締役の責任の根拠ともなっている。

取締役会による監督権限を実効性あらしめるために、次に述べるように、代表取締役及び業務執行取締役の選定・解職権限を取締役会とし、また、代表取締役や業務執行取締役は、3か月に一度以上職務執行の状況を取締役会に報告する義務を定めている (363Ⅱ)。

#### (ウ) 代表取締役の選定・解職等

取締役会は、代表取締役の選定・解職をする (362Ⅱ③)。また、業務執行取締役の選定もする (363Ⅰ②)。当然業務執行取締役の解職権限も取締役会である。この代表取締役、業務執行取締役の選定・解職権限を取締役会としておくことで、取締役会による職務執行の監督権限を実効あらしめている。

#### (エ) 特別取締役による取締役会決議

すでに述べたように、重要な財産の処分及び譲受け、多額の借財は、本来取締役会の専権事項である。しかし、これらの事項は迅速な判断が求められる場合もあり、取締役の人数の多い大規模な会社では取締役会を招集して決定する時間的余裕がない場合もありうる。

そこで、取締役の人数が6人以上の会社で、かつ、社外取締役が1人以上<sup>6</sup>いる会社では、取締役会決議によってあらかじめ3人以上の特別取締役を選定しておき、その特別取締役のみで構成される取締役会による決議によって、重要な財産の処分及び譲受け、多額の借財を決定することができる（373 I、II）。

この場合、特別取締役の互選で定めたものは、当該決議後遅滞なく他の取締役に決議の内容を報告しなければならない（373 III）。

### （3）運営

#### （ア）招集

取締役会の招集は、各取締役がその権限を有するのが原則である（366 I 本文）。これは、会社経営の責任者としてどの取締役も必要に応じて取締役会を招集できるようにする趣旨である。

ただし、定款の定めまたは取締役会で招集権者を定めておくことも可能である（366 I 但書）。上場会社では、社長や会長が招集権者と定められることが多いであろう。この場合、招集権者でない取締役が取締役会を招集する必要があると判断した場合、招集権者に対して取締役会の目的事項を示して取締役会の招集を請求できる（366 II）。それにもかかわらず、招集請求の日から5日以内に招集請求日から2週間以内を開催日とする取締役会が招集されない場合は、自ら取締役会を招集することができる（366 III）。

招集通知は、招集する者から各取締役及び各監査役に対し、取締役の日の1週間前までに通知を発しなければならない（368 I）。監査役に対しても発する理由は、監査役も取締役会への出席権限があるからである。ただし、取締役、監査役全員の同意がある場合は招集手続きは必要がない（368 II）。そのため、全員の同意で定められた定例取締役会などは招集手続きなく開催できる。

監査役も、取締役が不正の行為をし、若しくは当該行為をするおそれがあると認めるとき、又は法令若しくは定款に違反する事実若しくは著しく不当な事実があると認めるときは、取締役に取締役会の招集を請求できる（383 II、382）。

#### （イ）議事

議事の進行に関しては法には全く規律はなく、自由闊達な意見交換が期待されているといえる。監査役も取締役会への出席義務があり、必要があるときは意見を述べる必要がある（383 I 本文）。

#### （ウ）決議

取締役会決議は、議決に加わることのできる取締役の過半数が出席し、その出席取締役の過半数で決する（369 I）。定款で要件を加重することは可能である（369 I 括弧書）が、上場会社では通常想定しえないであろう。

ここで議決に加わることのできない取締役とは、特別利害関係のある取締役のことであ

---

<sup>6</sup> ただし、その社外取締役が特別取締役として選定される必要はない。

る<sup>7</sup> (369Ⅱ)。競業取引や利益相反取引の承認の議決における、競業取引や利益相反取引をしようとする取締役などが特別利害関係者の典型である。

株主総会決議とは異なり、一人一議決権であり、代理行使は認められない。

定款に定めることによって、取締役の全員が書面または電磁的記録により議案につき賛成した場合で、監査役からの異議がない場合は、書面による持ち回り決議も可能である (370)。現行会社法で新設された規定である<sup>8</sup>。報告事項も、取締役及び監査役全員に報告すれば取締役会での報告を省略できる (372Ⅰ)。ただし、3カ月ごとに行われる代表取締役や業務執行取締役による取締役会における報告は省略できない (372Ⅱ)。

#### (エ) 議事録

取締役会の議事については、議事録を作成しなければならず、書面で作成された場合は、出席した取締役・監査役が各自署名または記名押印し (369Ⅲ)、電磁的記録で作成された場合は電子署名をする (369Ⅳ、施行規則 225Ⅰ⑥)。

取締役会に参加した取締役で、議事録に異議をとどめない者は、その決議に賛成したものと推定される (369Ⅴ)。この推定規定から、決議に賛成しなかったにもかかわらずその取締役が任務懈怠責任等を問われる可能性がありうることになる。

議事録は、10年間本店に備え置かれ (371Ⅰ)、株主は権利行使に必要であれば裁判所の許可を得て営業時間いつでも議事録の閲覧謄写請求ができる (371Ⅱ、Ⅲ)。会社債権者も役員の責任追及のために必要があれば、裁判所の許可を得て議事録の閲覧謄写請求ができる (371Ⅳ)。親会社社員も役員の責任追及のために裁判所の許可を得て議事録の閲覧謄写請求ができる (371Ⅴ)。ただし、これら閲覧謄写請求は、当該会社またはその親会社若しくは子会社に著しい損害を及ぼす恐れがある場合は、裁判所は許可することができない (371Ⅵ)。

## 2 代表取締役、業務執行取締役

### (1) 意義

監査役会設置会社型の会社では、会社を代表するのは代表取締役であり (349Ⅰ但書、362Ⅲ)、会社代表以外の業務執行者は、代表取締役及び業務執行取締役である<sup>9</sup> (363Ⅰ)。それ以外の取締役も、ある一定の事項に関して取締役会から委任を受けて業務執行権限を持つことは当然にありうる。しかし、そのほかに取締役という地位だけで会社の業務の執行を担当することはない。ただし、取締役が使用人を兼務することは認められており、業務執行取締役でなくても、使用人として会社の事業に従事することはありうることになる。

近年、執行役員という役職を設ける会社も増えているが、これは委員会設置会社の執行

<sup>7</sup> 代表取締役の解職の議決においては、当該代表取締役は特別利害関係のある取締役であるとするのが判例である (最判昭和 44・3・28 民集 23-3-645) が、学説上は反対説も有力である。

<sup>8</sup> 現行会社法制定前は、持ち回り決議は認められないと解釈されていた (最判 44・11・27 民集 23-11-2301)

<sup>9</sup> 別の言い方をすれば、会社の業務執行は代表取締役と業務執行取締役にその権限があるが、対外的な取引に関しては、代表取締役のみがその権限を有するということである。

役とは全く別物である。取締役以外の者にも就かせることがあるようなので、基本的には従業員の肩書の一つとみるべきだと思われるが、取締役に執行役員という地位を付与する場合は業務執行取締役であったり、一定事項の業務執行権限の付与であったりする場合もあるのかもしれない。

#### (2) 選定・終任

代表取締役及び業務執行取締役の選定は、取締役の中から取締役会で行う(362Ⅲ、363Ⅰ)。いわゆる社長、副社長が代表取締役となる場合が通常で、会長は会社によって代表権があったりなかったりする。業務執行取締役としては、常務、専務などの名称が付される場合がある。近年は、米国にならって、最高経営責任者(CEO)、最高執行責任者(COO)、最高財務責任者<sup>10</sup>(CFO)などとして定める場合もある。

代表取締役や業務執行取締役の地位は、取締役であることを前提とするので、取締役としての地位を失えば当然に代表取締役、業務執行取締役としての地位も失う。しかし、代表取締役や業務執行取締役でなくなっても取締役としての地位は失わない。したがって、代表取締役や業務執行取締役の辞任は、取締役の辞任とは別である。

代表取締役、業務執行取締役独自の任期は存在しない。

代表取締役や業務執行取締役を解職するのは取締役会である(代表取締役について362Ⅱ③)。解職も取締役の地位には影響はない。

#### (3) 代表取締役の欠員等

代表取締役に欠員が生じた場合は、取締役の欠員の場合とほぼ同様の処理がされる。

すなわち、代表取締役が欠けた場合又は定款で定めた代表取締役の員数が欠けた場合には、任期の満了又は辞任により退任した代表取締役は、新たに選定された代表取締役(次に述べる一時代表取締役の選定を含む。)が就任するまで、なお代表取締役としての権利義務を有する(351Ⅰ)。代表取締役の死亡によって欠員が生じた場合など、必要があれば、利害関係人の申し立てにより裁判所が一時代表取締役を選任する(351Ⅱ)。この場合の一時代表取締役の報酬も裁判所が定める(351Ⅲ)。

なお、業務執行取締役の欠員についての定めはない。この場合は、代表取締役が存在する限り、すべての業務を代表取締役が執行することになる。

代表取締役の地位に争いがある場合も、職務執行停止、職務代行者選任の仮処分(民保23Ⅱ)の制度が利用可能である。職務代行者の権限は原則として常務に限られ、常務以外の行為をしようとする場合は裁判所の許可が必要である(352Ⅰ)。

業務執行取締役の地位に争いがある場合も、理論的には職務執行停止、職務代行者選任の仮処分も一応は可能だと思われるが、会社内部の業務執行の地位の問題なので、重要性が高くないせいか、代表取締役の職務代行者のような特別の法的手当は存在しない。

#### (4) 権限

代表取締役や業務執行取締役は、会社の業務執行機関であり、株主総会や取締役会で定

---

<sup>10</sup> 最高財務責任者は、金融商品取引法に基づく発行開示、継続開示の最高責任者とされる場合もある。

められた事項に関する執行をし、また、取締役会から委任された範囲内で自ら意思決定をして執行することもできる。

代表取締役は、対外的代表権を有する。会社の業務全般に関する代表権であり、一切の裁判上・裁判外の権限を有し（349Ⅳ）、この権限を制限しても、善意の第三者に対抗できない（349Ⅴ）。その意味においては、会社代表権は包括的かつ不可制限的な権限である。ただし、取締役・会社間の訴訟においては、監査役が会社を代表し（386）、代表取締役はその限りで権限がない。

代表取締役が複数いる場合、各自が単独で会社を代表する。

#### （５）表見代表取締役

代表取締役でないにもかかわらず、取締役の肩書として「社長」、「副社長」その他会社の代表権を有すると認めるべき名称を付した場合は、当該取締役がした行為に関し、会社は善意の第三者に対してその責任を負う（354）。「専務取締役」、「常務取締役」も、場合によっては代表権を有すると認めるべき名称といえる場合もありうるであろう<sup>11</sup>。

取締役でない使用人のした行為であっても、表見代表取締役の類推適用の余地がある<sup>12</sup>。

#### （６）代表取締役の越権行為

たとえ代表取締役の代表権が包括的、不可制限的権限といっても、株主総会決議事項や取締役会決議事項（例えば重要財産の譲渡）であるにもかかわらず、これら決議がないまま行った代表取締役の行為が無条件で問題がないということにはならない。この問題は、個々の事項ごとに個別に判断するほかはない。

まず、重要財産の譲渡の場合に、これ代表権の制限と解して、349条5項で処理しようとする考え方も存在するようであるが、判例は、取締役会決議がないことを相手方が知りまたは知りうべきときは無効とする<sup>13</sup>。しかも、その無効は、原則として会社のみが主張でき、会社以外の者は、当該会社の取締役会が無効を主張する旨の決議をしているなど特段の事情がない限り主張できないという<sup>14</sup>。株主総会特別決議のない事業譲渡は無効というのが判例である<sup>15</sup>。

公開会社において、取締役会決議のない株式の発行は、無効原因とはならないと解されている<sup>16</sup>。

#### （７）代表権の濫用

代表取締役が自己の利益のために会社の代表者として法律行為をした場合、相手方がその代表取締役の真意を知りまたは知りうべきであったときは、民法93条但書の規定を類推

---

<sup>11</sup> 平成17年改正前の商法時代は、これらの名称も表見代表取締役となるべき名称として例示列挙されていた。

<sup>12</sup> 最判昭和35・10・14民集14-12-2499。

<sup>13</sup> 最判昭和40・9・22民集19-6-1656。民法93条但書類推適用説といわれている。

<sup>14</sup> 最判平成21・4・17民集63-4-535。この判例は、重要財産の譲渡の事例ではあるが、362条4項違反の一般論として判示している。原則として会社しか無効の主張を認めないのは、同条項が会社の利益を保護する趣旨だからである。

<sup>15</sup> 最判昭和61・9・11判時1215-125。

<sup>16</sup> 参考までに、非公開会社においては株主総会特別決議を経ずになされた株主割当以外の方法による株式の発行は無効原因とするのが判例である。最判平成24・4・24最高裁ホームページ。

し、その法律行為は効力を生じないというのが判例である<sup>17</sup>。

### 3 監査役、監査役会

委員会設置会社型の会社と比較した場合の監査役会設置会社型の機関設計の特徴は、監査役及び監査役会が設置される点にあるといえる。つまり、委員会設置会社でない取締役会設置会社は監査役の設置が義務付けられ（327Ⅱ）、しかも委員会設置会社でない大会社は、監査役会を設置しなければならない（328Ⅰ）。そのため、大会社たる上場会社は、委員会設置会社を選択しない限り、監査役、監査役会を設置しなければならない。

そして、すでに述べたとおり、監査役会設置会社においては、会議体を構成する必要から、監査役を3人以上選任しなければならない、しかもそのうち半数以上は社外監査役でなければならない（335Ⅲ）。そして、監査役会において、少なくとも1人は常勤監査役を選定しなければならない（390Ⅲ）<sup>18</sup>。

#### （1）権限

##### （ア）業務監査と会計監査

監査役の権限の一つが業務監査であり、取締役の職務の執行を監査する（381Ⅰ前段）。また、監査役は計算書類及び事業報告並びにこれらの附属明細書の監査をする（436Ⅱ）。このように、監査役には会計監査権限と業務監査権限がある。もともと、上場会社のような大会社では会計監査人も設置され（328Ⅰ）、会計監査は会計の専門家である会計監査人による監査が主たる監査となるので、上場会社の監査役の役割としては業務監査に重点を置くことが期待されているといえる。

監査役会設置会社の監査役は、取締役会設置会社の取締役の権限とは異なり、個々の監査役が常に単独で監査権限を有している（390Ⅱ但書参照）。ただし、大会社の業務や会計の監査を個々の監査役がすべて行うことは困難なので、監査役会において監査の方針、監査役会設置会社の業務及び財産の状況の調査の方法その他の監査役の職務の執行に関する事項の決定をし（390Ⅱ③）、この決定に基づき個々の監査役が役割分担をしながら監査をすることになる。

なお、業務監査は、取締役の業務執行の法令・定款適合性または著しい不当性（382参照）の有無の判断であり、取締役の裁量（経営判断）の当否には及ばない<sup>19</sup>。

##### （イ）調査権

監査役は、いつでも、取締役及び会計参与並びに支配人その他の使用人に対して事業の報告を求め、又は監査役設置会社の業務及び財産の状況の調査をすることができる（381Ⅱ）。

---

<sup>17</sup> 最判昭和38・9・5民集17-8-909。ただし、学説上は、理論構成はともかく、相手方の過失の有無を問わず保護されるべきという説が多いようである。

<sup>18</sup> 監査役を3人しか選任していない会社の場合、必然的にそのうち2人は社外監査役でなければならないから、残りの1人を常勤監査役として選定せざるを得ないであろう。

<sup>19</sup> 適法性監査といわれる。これを超えて妥当性監査ができるかどうかがよく問題となるが、裁量的判断は取締役会の権限なので、妥当性監査には及ばないという考えが有力である。ただ、適法性監査には善管注意義務や忠実義務のような一般的法令もその対象となるので、その範囲では妥当性監査が及ぶといっても差し支えないともいえる。



また、子会社に対しても事業の報告を求め、又はその子会社の業務及び財産の状況の調査をすることができる(381Ⅲ)。ただし、子会社といっても親会社とは別会社ではあるので、子会社側に正当な理由があれば、親会社監査役に対する報告や調査を拒むことはできる(381Ⅳ)。

#### (ウ) 差止請求権

監査役は、取締役が会社の目的の範囲外の行為その他法令若しくは定款に違反する行為をし、又はこれらの行為をするおそれがある場合において、当該行為によって会社に著しい損害が生ずるおそれがあるときは、その取締役に対して違法行為の差止め請求権を有する(385Ⅰ)<sup>20</sup>。必要があれば訴訟及びその前段階としての仮処分申し立てをすることも可能である<sup>21</sup>。裁判所が仮処分を命じる場合、担保を立てさせないで命じる(385Ⅱ)。

#### (エ) 会社代表

次の場合は、監査役が会社を代表する。

- i 取締役・会社間の訴訟の場合(386Ⅰ)
- ii 取締役の責任を追及する訴えの定期の請求を受ける場合(386Ⅱ①)
- iii 株主代表訴訟の訴訟告知及び和解に関する通知・催告を受ける場合(386Ⅱ②)

これらの場合、取締役を会社の代表とすると、取締役相互間での馴合いによる処理が行われてしまう恐れがあるため、それを防ぐため、監査役を会社代表者としたのである。

#### (オ) 監査報告の作成

監査役による監査の結果は、監査報告<sup>22</sup>という形で完結する。ただし、監査役会設置会社においては、監査報告の作成権限は監査役会に帰属する(390Ⅱ①)。

#### (カ) 費用等の請求

監査役は、その職務の執行について会社に対し、次の請求をすることができる(383)。

- i 費用の前払い
- ii 支出した費用及び支出の日以後におけるその利息の償還
- iii 負担した債務の債権者への弁済、弁済期にない場合は相当の担保の提供

会社は、監査役からこれらの請求があった場合、監査役の職務の執行に必要でないことを証明しない限りこれらの請求を拒むことはできない。このような仕組みを設けることによって、監査役は安心して費用をかけてその職務を行うことができるのである。

## (2) 義務

### (ア) 不正行為の報告

監査役は、取締役が不正の行為をし、若しくは当該行為をするおそれがあると認めると

<sup>20</sup> 株主にも取締役の違法行為差止請求権があるが(360)、監査役設置会社の場合に株主が差止め請求権を行使できる場合は、「回復することができない損害」が生じる恐れがある場合に限られ(360Ⅲ)、監査役が差止め請求権を行使する場合より要件が重い。結局、監査役設置会社の場合、違法行為の差止めは監査役による権限発動が期待されるのであり、株主による違法行為の差止めは、いわば二次的な位置づけともいえる。

<sup>21</sup> ただし、裁判所の手続きを取るのは究極の選択であって、一般には大問題になる前に監査役が取締役に任意違法行為であることを指摘し、取締役もこれに従うことが期待されているといえるであろう。

<sup>22</sup> 監査報告書は株主に提供される(437)。ただし、金商法上の企業開示書類には添付されない。

き、又は法令若しくは定款に違反する事実若しくは著しく不当な事実があると認めるときは、遅滞なく、その旨を取締役に報告しなければならない（382）。取締役会に報告することによって、取締役会による善処が期待されるのである。

#### （イ）取締役会への出席

監査役は取締役会への出席義務があり、必要があれば意見を述べなければならない（383 I）。場合によっては、監査役は取締役に対して取締役会の招集を求め（383 II）、5日以内に、2週間以内の日を取締役会の日とする取締役会が招集されない場合は、監査役自らが取締役会を招集できる（383 III）。

#### （ウ）株主総会への報告

監査役は、取締役が株主総会に提出しようとする議案、書類その他法務省令で定めるものを調査しなければならない。この場合において、法令若しくは定款に違反し、又は著しく不当な事項があると認めるときは、その調査の結果を株主総会に報告しなければならない（384）。

### （3）監査役会

委員会設置会社でない公開会社たる大会社は、監査役会を設置しなければならないが、監査役設置会社の場合監査役の半数以上は社外監査役でなければならないことは、すでに述べたとおりである。監査役の権限及びその独立性をより一層強化するためといえる。

#### （ア）権限

監査役会は、すべての監査役で組織され（390 I）、次の職務を行う（390 II）。

- i 監査報告の作成
- ii 常勤の監査役の選定及び解職
- iii 監査の方針、監査役会設置会社の業務及び財産の状況の調査の方法その他の監査役の職務の執行に関する事項の決定

このうち、監査役会は必ず常勤監査役を選定しなければならない（390 III）。また、上記 iii の権限は、他の監査役の権限の行使を妨げるものであってはならない（390 II 但書）。

監査役は、監査役会の求めがあるときは、いつでもその職務の執行の状況を監査役会に報告しなければならない（390 IV）。

#### （イ）運営

##### ・ 招集

監査役会は各監査役が招集するのが原則である（391）。監査役会を招集するには、監査役は、監査役会の日の一週間前までに、各監査役に対してその通知を発しなければならない（392 I）。招集に際し議題を示す必要はない。また、監査役全員の同意があれば、招集手続きを省略できる（392 II）。したがって、全員の同意をもって定例会を定めれば、招集手続きは必要ない。

##### ・ 決議

監査役会の決議は、監査役の過半数で決定する（393 I）。

- ・ 議事録

監査役会の議事については議事録を作成する（393Ⅱ）。議事録が書面の場合、出席した監査役が署名し（393Ⅱ）、議事録が電磁的記録の場合、電子署名を行う（393Ⅲ、施行規則225Ⅰ）。異議をとどめずに議事録に署名したものは、その決議に賛成したものと推定される（393Ⅳ）。議事録は10年間本店に備え置かれ（394Ⅰ）、株主は裁判所の許可のもとにその閲覧謄写請求権があり（394Ⅱ）、役員の実任追及のためであれば会社債権者も同様の権利があり、親会社社員にもその権利行使のために同様の閲覧謄写請求権が存在する（394Ⅲ）。ただし、当該会社またはその親会社若しくは子会社に著しい損害を及ぼす恐れがある場合は、裁判所は許可することができない（394Ⅳ）。

以上の議事録に関する規律は、取締役会議事録とほぼ同様である。