

移行認定又は移行認可の申請に当たって定款の変更の案
を作成するに際し特に留意すべき事項について

平成 20 年 11 月 10 日
千葉県公益認定等審議会

目 次

I 基本的考え方（作成の趣旨）

1 定款審査の意義	1
2 「移行認定又は移行認可の申請に当たって定款の変更の案を作成するに際し特に留意すべき事項について」の考え方	1
3 定款審査における取扱い	3

II 各論（定款の変更の案を作成するに際し特に留意すべき事項）

1 役員等（理事、監事及び評議員）以外の者に一定の名称を付すこととする場合の留意事項	4
2 法人の運営上、法律に規定がない任意の機関を設ける場合の取扱い 法律上の名称を定款において通称名で規定する場合の留意事項	5
3 代議員制度	7
4 社員総会及び評議員会の決議要件（定足数）及び理事の選任議案の 決議方法	12
5 社員総会及び評議員会の理事の選任権限と第三者が関与できる範囲	15
6 評議員の構成並びに選任及び解任の方法	16
7 代表理事の選定方法	21
8 理事会・評議員会の運営方法	23

I 基本的考え方（作成の趣旨）

1 定款審査の意義

特例民法法人が移行認定を受けるためには、その定款の内容（定款の変更の案の内容）が、一般社団法人又は一般財団法人に関する法律（平成 18 年法律第 48 号。以下「法」又は「一般社団・財団法人法」ということがある。）及び公益社団法人及び公益財団法人の認定等に関する法律（平成 18 年法律第 49 号。以下「公益法人認定法」という。）並びにこれらに基づく命令の規定（以下「一般社団・財団法人法等」ということがある。）に適合するものであることが必要である（整備法第 100 条第 1 号）¹。

移行認定を受ける特例民法法人の定款の内容が、「一般社団・財団法人法等の規定に適合していること」が移行認定の要件とされた趣旨は、旧民法における公益法人制度から大きく変革した新制度の趣旨を新制度に移行する法人に徹底させるため、移行に際しては、その定款の内容を行政庁が審査することにより、移行に伴う定款変更等の手続の確実性及びその内容の明確性を確保するとともに、移行に伴う紛争及び不正行為を防止することを図ったものと解される。

そのため、新制度の施行後、定款の内容が一般社団・財団法人法等の規定に適合するか否かについての審査（以下「定款審査」という。）を行政庁が行うに際しては、一般社団・財団法人法等の明文の規定に反することとなる定款の定めはもちろん、一般社団・財団法人法等の規定の趣旨に反することとなる定款の定めがある場合についても、定款の内容を新法の趣旨に適合したものにするよう法人に求めていることが上記の趣旨に適う。

このような定款審査の意義を踏まえ、行政庁が行う定款審査に際しては、定款の必要的記載事項²、相対的記載事項及び任意的記載事項のすべてについて、その内容が一般社団・財団法人法等の規定に適合するものか否かを審査することとなる。

2 「移行認定又は移行認可の申請に当たって定款の変更の案を作成するに際し特に留意すべき事項について」の考え方

もとより、各法人の組織、運営及び管理はその定款に基づいて行われるところ、「民による自発的な公益活動を促進する」という公益法人制度改革の趣旨に照らせ

¹ 特例民法法人が移行認可を受けるためには、その定款の内容が、一般社団・財団法人法及びこれに基づく命令の規定に適合するものであることが必要である（整備法第 117 条第 1 号）。

² 定款の必要的記載事項のうち、一般社団法人にあっては法第 11 条第 1 項第 4 号に規定する事項（設立時社員の氏名又は名称及び住所）、一般財団法人にあっては法第 153 条第 1 項第 4 号から第 7 号までに規定する事項（設立者の氏名又は名称及び住所、設立に際して設立者が拠出をする財産及びその価額等）は、審査の対象外となる。

ば、法人自治の原則の下、定款の内容は各法人において自主的に定められるべきものである³。

しかし、他方で、公益法人の定款の内容が法令又は法令に基づく行政機関の処分に違反しているものであるときは、公益認定の欠格事由となり（公益法人認定法第6条第3号）、行政庁は、公益認定を取り消さなければならないこととされている（同法第29条第1項第1号）ことから明らかなように、法人自治による定款内容の決定及びこれに基づく法人の運営は、それらが一般社団・財団法人法及び公益法人認定法の明文の規定やその趣旨を潜脱・没却しないものであることが前提となる。

そこで、内閣府は、上記のような定款審査の意義⁴を踏まえ、この文書において、新制度の趣旨及び考え方を説明し、新制度の趣旨に沿って定款の変更の案を作成する場合における望ましい一つの在り方を示すとともに、定款審査における、

- ① 一般社団・財団法人法等の明文の規定に反することとなる定款の定め
- ② 一般社団・財団法人法等の規定の趣旨に反することとなる定款の定め

についての考え方を示すこととした。

特に、「一般社団・財団法人法等の規定の趣旨に反することとなる定款の定め」については、

- ① 特別の利益の提供の蓋然性が高まるもの（公益法人認定法第5条第3号、第4号等参照）
- ② 第三者に不測の損害を与えるおそれがあるなど、公益法人としての高い社会的信用を損なうおそれがあるもの⁵
- ③ 社員の権利を制限するおそれが高いもの（公益法人認定法第5条第14号等参照）
- ④ 法が規定した機関相互の権限関係を逸脱し、不適正な法人運営がなされるおそれがあるもの（公益法人認定法第5条第10号、第11号、第14号ハ、第12号、法第35条第4項、第178条第3項、第153条第3項第1号等参照）

³ 従来は、定款の内容の決定に際して、法人の意向よりも主務官庁の意向が優先しているかのような本末転倒の状況があったとの指摘もあるが、今般の制度改革により、主務官庁の広く強大な裁量権に基づく指導監督は廃止され、定款に関しても、一般社団・財団法人法及び公益法人認定法に基づき、法人の自治にゆだねられる度合いが格段に高まることとなる。

⁴ この文書の作成の趣旨として、行政庁が行う定款審査について、国及び都道府県の統一性、地域間の均衡、迅速性の確保を図るという意義もある。

⁵ 公益法人認定法は、公益法人の高い社会的信用を保つため、①その名称を保護し、公益法人ではない者が公益法人であると誤認される名称等を使用することを禁止し（公益法人認定法第9条第4項）、②公益法人の理事、代理人、従業者等が迷惑を覚えさせるような方法により寄附の勧誘・要求をすること、寄附をする財産の用途について誤認させるおそれのある行為をすること及び寄附者の利益を不当に害するおそれのある行為をすること等を禁止し（同法第17条第2号から第4号）、③公益法人の社会的信用を維持する上でふさわしくない事業等も禁止する（同法第5条第5号）だけでなく、④所定の機関設計を義務付け（同法第5条第12号・第14号ハ）、役員の構成を規制する（同条第10号・第11号）など、公益法人の高い社会的信用を保ちつつ公益目的事業を適正に実施するための体制（同法第1条）を種々の規律により確保しようとしている。

などが考えられる⁶。

3 定款審査における取扱い

以下の「Ⅱ各論」で検討している「定款の変更の案を作成するに際し特に留意すべき事項」においては、新制度下の法人の運営の便宜のために参考として取り上げている事項だけでなく、示されている結論に反する取扱いをした場合には、一般社団・財団法人法等の明文の規定やその趣旨に反することとなり得る事項も取り上げられている。

そのため、「Ⅱ各論」では、留意事項ごとに、

- ① 当該事項に違反している場合には不認定とならざるを得ないもの
- ② 当該事項と異なる定め（記載方法）を選択した理由の説明を求め、不適切であれば不認定の対象となり得るもの
- ③ あくまでも新制度下の法人の運営の便宜の参考として記載しており、記載どおりの定めが望ましいが、異なる定めであっても不認定の対象とならないもの

に分類し、各事項の末尾の「定款審査における取扱い」の箇所でこれを示すこととした（併せて、不認可の対象ともなるものについては、その旨を併記することとしている。）⁷。

⁶ 公益法人の運営を適正に実施するための体制を確保するという観点から、事業の円滑な推進に支障が及ばない範囲内において、できる限り定款に具体的に規定することが必要な事項もある。

⁷ 定款審査の結果、申請当初の定款の変更の案のままではその内容が一般社団・財団法人法等の規定に適合していないと判断される場合には、その箇所及びその理由を指摘して、関係する規定について申請者に促して自主的な修正を待つこととなる。申請者が修正を行わない場合には、不認定又は不認可の処分を行うことがある。

Ⅱ 各論（定款の変更の案を作成するに際し特に留意すべき事項）

1 役員等（理事、監事及び評議員）以外の者に一定の名称を付すこととする場合の留意事項

（問題の所在）

役員等（理事、監事及び評議員）以外の者に対して、法律上の権限はないが、権限を有するかのような誤解を生じさせる名称（役職）を付す場合には、定款にその根拠を設けることなく、法人関係者（例えば代表理事、理事会）が、自由に、誰にでも上記のような名称（役職）を付すことが許されるか。

（考え方）

法は、法人のガバナンスを確保するため、理事、監事、社員、評議員、代表理事、業務執行理事及び会計監査人などの法人のガバナンスを担う機関を法定し、これらのものの地位と役割に関し、選任・解任手続、資格、定数、任期、権限、責任、設置義務の範囲、報酬、欠員が生じた場合の措置等についてそれぞれ規律を設けることにより、ガバナンスを担うこととなるものの位置付けを明確化し、併せて機関相互の権限関係をも規定することにより適正な法人運営がなされるよう図っており、対外的にも、法人のガバナンスを担う立場にあるものの地位や役割を明らかにしている。また、特に、法は、法人が事業活動を行うに際して、その相手方が不測の損害を被るのを防止するため、対外的に法人を代表する権限を有する理事を「代表理事」と規定した上で（法第21条、第162条第1項）、代表理事以外の理事に「理事長」その他法人を代表する権限を有するものと認められる名称を付した場合には、当該理事がした行為について、善意の第三者に対して法人がその責任を負う（法第82条（第197条において準用する場合を含む。以下、一般財団法人について準用する場合の条文の引用は省略する。））ものとしている。さらに、公益法人については、公益法人認定法において、その高い社会的信用を保ちつつ、公益目的事業を適正に実施するための体制を確保するための種々の規律が設けられているところである⁵。

上記のような関係法令の趣旨を踏まえ、公益法人においては、役員等（理事、監事及び評議員）以外の者に対して、法律上の権限はないが、権限を有するかのような誤解を生じさせる名称（役職）を付す場合には、原則として、定款に、その名称、定数、権限及び名称を付与する機関（社員総会、理事会など）についての定めを設けることが望ましい⁸。

⁸ 公益法人の役員等（理事、監事及び評議員）の地位にある者については、その氏名等が記載され

(定款審査における取扱い)

上記の考え方と異なる運用をすることにより、公益法人の社会的信用を毀損し又は毀損するおそれが高い場合等には、その理由の説明を求め、不適切であれば不認定の対象となり得るものとする⁹。

(注) 1 代表権のない者（代表権を有しない理事を含む。）に対し、「理事長」など法人を代表する権限を有するものと認められる名称を付した場合には、法人が表見代表（法第 82 条）ないし表見代理（民法第 110 条等）の責任を負う可能性がある。

2 定款の定め方の例

第〇条 この法人に、任意の機関として、1 名以上 3 名以下の相談役を置く。

2 相談役は、次の職務を行う。

(1) 代表理事の相談に応じること

(2) 理事会から諮問された事項について参考意見を述べること

3 相談役の選任及び解任は、理事会において決議する。

4 相談役の報酬は、無償とする。

2 法人の運営上、法律に規定がない任意の機関を設ける場合の取扱い

法律上の名称を定款において通称名で規定する場合の留意事項

(問題の所在)

① 法人の運営に際し、法律に規定がない任意の（合議）機関（会議体）を定款に設けて運営する場合の留意事項。

② 定款において、社員総会を「総会」、代表理事を「理事長」・「会長」などのよ

た役員等名簿により広く閲覧等に応じられ（公益法人認定法第 21 条第 4 項・第 2 項第 2 号、第 22 条第 3 項）、登記上も公示される（法第 301 条第 2 項第 5 号から第 7 号、第 302 条第 2 項第 5 号・第 6 号）。また、公益法人の役員等（理事、監事及び評議員）以外の者であって、法人運営に一定の権限を有するような名称（役職）が付された者については、定款にその根拠が設けられることにより、その権限の内容等が公開されることとなる（公益法人認定法第 21 条第 4 項、第 22 条第 2 項）。

⁹ 公益法人においては、「法律上の権限はないが、権限を有するかのような誤解を生じさせる名称（役職）」を役員等（理事、監事及び評議員）以外の者に付す場合には、原則として、定款にその名称等についての定めを設けることが望ましい。しかし、定款審査においては、「当該名称（役職）等を定款に定めているか否か」が問題となるのではなく、そのような紛らわしい名称（役職）を使用したこと等により、公益法人の社会的信用を毀損し又は毀損するおそれが高いと認められるような例外的な場合に、定款にその根拠を設けることなく紛らわしい名称（役職）を使用していること等が問題となるに過ぎない。

うに略称や通称名で記載することは許容されるか。

(考え方)

法は、法人のガバナンスを確保するため、法人の重要事項の意思決定、業務執行の決定、職務の執行を行う機関として、社員総会、評議員会、理事会、代表理事、業務執行理事などの機関を法定し、その構成員、招集手続、決議方法、権限、瑕疵ある決議の内容や手続の是正方法等についてそれぞれ詳細な規律を設けるとともに、機関相互の権限関係を規定することにより適正な法人運営がなされるよう図っている。

上記のような法の趣旨を踏まえ、特例民法法人の移行に当たり、

- ① 法人の運営に際し、法律に根拠のない任意の機関（会議体）を定款に設けて運営する場合には、当該機関の名称、構成及び権限を明確にし、法律上の機関である社員総会、評議員会又は理事会等の権限を奪うことのないように留意する必要がある（法第35条第4項、第178条第3項等参照）（問題の所在①）、
- ② 法の名称とは異なる通称名や略称を定款に使用する場合（例えば、社員総会を「総会」、代表理事を「理事長」と表記するような場合）には、「法律上の名称」と定款で使用する名称がどのような関係にあるのかを、定款上、明確にする必要がある（問題の所在②）

こととなる。

(定款審査における取扱い)

上記の考え方と異なる運用を選択する場合には、その理由の説明を求め、不適切であれば不認定又は不認可の対象となり得るものとする。

（注） 1 任意の（合議）機関（会議体）として、定款の定めにより、例えば、一部の理事と事務局員等で構成する「常任理事会」や「常務会」を設け、当該機関において理事会の審議事項の検討等の準備を行うこととすることは可能であるが、それに加えて、「当該機関の承認がない事項については理事会で決定することができない」旨の定めを設けることは、理事会の権限を制約することとなるため許されない。定款に根拠を設けずに上記のような任意の機関を設けることも可能であるが、当該機関の運用において、法定の機関の権限を制約するような運用をすることは許されない。

2 定款の定め例（問題の所在①）

第〇条 この法人に、企画・コンプライアンス委員会を置く。

2 第1項の委員会は、業務執行理事1名、理事1名、事務局員1名で構成する。

3 第1項の委員会は、次に掲げる事項を行う。

- (1) この法人の業務運営の年間計画案を策定し、理事会に提出すること
- (2) この法人の理事の職務の執行が法令及び定款に適合することを確保するための体制その他業務の適正を確保するために必要な体制の運用及び改善について、理事会に参考意見を提出すること
- (3) この法人の事業に従事する者からの法令違反行為等に関する通報に対して適切な処理を行うため、公益通報の窓口を設置・運用し、管理すること
- 4 第1項の委員会の委員は、理事会において選任及び解任する。
- 5 第1項の委員会の議事の運営の細則は、理事会において定める。

3 定款の定め例（問題の所在②）

第〇条 この法人に以下の会員を置く。

- (1) 正会員 この法人の事業に賛同して入会した個人又は団体
 - (2) 特別会員 〇〇〇
 - (3) 賛助会員 〇〇〇
- 2 前項の会員のうち正会員をもって一般社団・財団法人法上の社員とする。

第〇条 この法人に、次の役員を置く。

- (1) 理事 〇〇名以上〇〇名以内
 - (2) 監事 〇〇名以内
- 2 理事のうち1名を理事長、〇名を常務理事とする。
- 3 前項の理事長をもって一般社団・財団法人法上の代表理事とし、常務理事をもって同法第91条第1項第2号の業務執行理事とする。

3 代議員制度

（問題の所在）

「当該社団法人に会費を納めている会員に選挙権を与え、会員の中から社員を選出するための選挙を行い、当該選挙により選出された者を任期付きの社員とする」旨の定めを設け、いわゆる代議員制を採用する場合の定款の定め方。

（考え方）

社団法人における社員総会は、役員の人事や報酬等を決定するとともに、定款変更、解散などの重要な事項の意思決定をすることができる法人の最高意思決定機関である。そのため、社団法人の実態としては社員となることができる資格のある者が多数いるにも関わらず、社員の範囲を狭く絞って社員総会を運営し、多様な意見を反映する機会を設けることなく、構成員のうちの一部の勢力のみが法律上の「社員」として固定されてしまうような場合には、当該社団法人の実効性のあるガバナ

ンスを確保することができなくなる。

例えば、社員総会で議決権を行使することとなる「代議員」の選定を理事ないし理事会で行うこととすると、理事や理事会の意向に沿った少数の者のみで社員総会を行って法人の意思決定をすることともなりかねないため（法第 35 条第 4 項、公益法人認定法第 5 条第 14 号イ参照）、会員の中から社員（代議員）を選定する方法は特に留意する必要がある。また、社員の範囲を狭く絞ることにより、移行に伴い従来から社員の地位にあった者の個別の同意を得ることなくその者の地位（社員たる権利）を奪うこととなるだけでなく、法が社員に保障した各種の権利を行使できる者の範囲が狭まることとなり、社員権の行使により法人のガバナンスを確保しようとした法の趣旨に反することともなりかねない。

このような問題意識を踏まえ、特例社団法人が、上記の意味の代議員制を採る場合には、定款の定めにより、以下の 5 要件を満たすことが重要である。

- ① 「社員」（代議員）を選出するための制度の骨格（定数、任期、選出方法、欠員措置等）が定款で定められていること
 - 定款における「社員の資格の得喪」に関する定め（法第 11 条第 1 項第 5 号）の内容として、少なくとも、定款において、社員の定数、任期、選出方法、欠員措置等が定められている必要がある。
- ② 各会員について、「社員」を選出するための選挙（代議員選挙）で等しく選挙権及び被選挙権が保障されていること
 - 代議員（社員）の選定方法の細部・細則を理事会において定めることとしても、少なくとも、「社員の資格の得喪」に関する定め（法第 11 条第 1 項第 5 号）の内容として②の内容を定款で定める必要がある（公益法人認定法第 5 条第 14 号イ参照）¹⁰。
- ③ 「社員」を選出するための選挙（代議員選挙）が理事及び理事会から独立して行われていること
 - ①で、社員（代議員）の選出方法を定款に定めた場合でも、理事又は理事会が社員を選定することとなるような定めは一般社団・財団法人法第 35 条第 4 項の趣旨に反する。定款の定めにおいては、②の内容とともに明記することが考えられる。

¹⁰ 「社員の資格の得喪」に関する定款の定めにおいて「不当な条件」を付しているかどうか（公益法人認定法第 5 条第 14 号イ）については、社会通念に従い判断し、当該法人の目的、事業内容に照らして当該条件に合理的な関連性及び必要性があれば、不当な条件には該当せず、例えば、専門性の高い事業活動を行っている法人において、その専門性の維持、向上を図ることが法人の目的に照らして必要であり、その必要性から合理的な範囲で社員資格を一定の有資格者等に限定したり、理事会の承認等一定の手続的な要件を付したりすることは、不当な条件に該当しないものとされている（公益認定等ガイドライン〔平成 20 年 4 月 11 日〕）。各会員の選挙により「社員」を選出する代議員選挙においてもこの理は妥当し、代議員選挙の運用に際し、会員間の選挙権・被選挙権等に一定の差異を設けることが当該法人の目的、事業内容に照らして合理的な関連性及び必要性があれば許容され得る。

- ④ 選出された「社員」(代議員)が責任追及の訴え、社員総会決議取消しの訴えなど法律上認められた各種訴権を行使中の場合には、その間、当該社員(代議員)の任期が終了しないこととしていること

→ 例えば、社員が責任追及の訴えを提起したものの、訴訟係属中に任期満了により当該社員が社員の地位を失った場合には、代表訴訟の原告適格も失うおそれが高い。そのため、比較的短期間の任期の社員を前提とする代議員制においては、事実上、任期満了間際に社員が訴権を行使できなくなるため、社員に各種の訴権を保障した法の趣旨を踏まえ、④の内容を定款に定める必要がある。

- ⑤ 会員に「社員」と同等の情報開示請求権等を付与すること

→ 法は、「社員」によるガバナンスの実効性を確保するため社員たる地位を有する者に各種の権利を付与している。かかる法の趣旨を踏まえ、旧民法では「社員」の地位にあった者を新法下で「会員」として取り扱うこととするような特例社団法人等については、社員の法人に対する情報開示請求権等を定款の定めにより「会員」にも認める必要がある。

(定款審査における取扱い)

上記の考え方と異なる運用を選択する場合には、その理由の説明を求め、不適切であれば不認定又は不認可の対象となり得るものとする。

- (注) 1 新制度の施行前から既に上記のような代議員制を採っている特例社団法人において、移行後も代議員制を採ることとする場合には、本文の考え方の趣旨を踏まえた方法により代議員(社員)を選挙することが必要となる。仮に、従来の運用において、理事(理事会)が代議員(社員)を選出していると評価できるような方法で代議員(社員)を選挙していた特例社団法人については、理事(理事会)から独立した形で代議員(社員)選挙を行った上で新制度に移行する必要がある。

また、新制度の移行に伴って代議員制を新たに採ることとする特例社団法人においては、旧民法上の社員の地位を有していた者に対して代議員の選挙権等を付与しないものとすることは合理的な理由がない限り許されない。新制度の施行前から既に代議員制を採っている特例社団法人においても、旧民法上の社員(代議員)の選挙権を有していた者(会員)に対して、新制度の移行に伴って代議員の選挙権等を付与しないものとすることは合理的な理由がない限り許されない。

- 2 複数の種類の会員資格(例えば、個人会員、法人会員、学生会員、名誉会員、賛助会員など)を設けている特例社団法人にあっては、どの種類の会員が選挙権・被選挙権を有するか(本文②の要件)、情報開示請求権等

を付与されるのか（本文⑤の要件）を定款に明示することが必要である¹¹。その際には、公益法人認定法第5条第14号口の趣旨、すなわち、議決権について不当に差別的な取扱いを禁止することにより社員総会における意思決定に偏りが生じることを防止するとともに、資力を有する一部の社員によって社員総会の運営が恣意的になされることを防止しようとした趣旨を踏まえつつ、当該社団法人の事業活動に関心を持ち、その法人の重要事項の意思決定の過程に関与すべき立場にある種類の会員に選挙権・被選挙権等を付与することとなる（会員の種類間で区別を設けることが、当該社団法人の目的、事業内容に照らして、合理的な関連性及び必要性があれば許容される。）¹²。

3 定款の定め例

第〇条 この法人に、次の種類の会員を置く。

（1）正会員 〇〇の資格を有する者

（2）準会員 この法人の活動に協賛する者、〇〇の資格の取得予定者

2 この法人の社員（一般社団・財団法人法第11条第1項第5号等に規定する社員をいう。以下同じ。）は、概ね正会員300人の中から1人の割合をもって選出される代議員をもって社員とする（端数の取扱いについては理事会で定める。）。

3 代議員を選出するため、正会員による代議員選挙を行う。代議員選挙を行うために必要な細則は理事会において定める。

4 代議員は、正会員の中から選ばれることを要する。正会員は、前項の代議員選挙に立候補することができる。

5 第3項の代議員選挙において、正会員は他の正会員と等しく代議員を選挙する権利を有する。理事又は理事会は、代議員を選出することはできない。

6 第3項の代議員選挙は、2年に1度、〇月に実施することとし、代議員の任期は、選任の2年後に実施される代議員選挙の終了の時までとする。ただし、代議員が社員総会決議取消しの訴え、解散の訴え、責任追及の訴え及び役員の解任の訴え（法第266条第1項、第268条、第278条、第284条）を提起している場合（法第278

¹¹ なお、特例社団法人の社員（代議員）の選挙を他の法人や団体に完全にゆだねることは不当である。例えば、当該特例社団法人と提携先の法人等（連携法人・連携団体）との間に、法人の目的、社員（構成員）の構成等について密接な共通関係がある場合であっても、当該特例社団法人の社員（代議員）の選出に際しては、本文の考え方が没却されることのないように、当該特例社団法人の責任者による一定の関与の下にその社員（代議員）の選挙が行われることが必要であることに留意すべきである。

¹² 代議員制を採用する特例社団法人に限らず、複数の種類の会員資格（例えば、個人会員、法人会員、学生会員、名誉会員、賛助会員など）を設けている特例社団法人が、特定の種類の会員のみをもって「社員」とする旨の定款の定めを設ける場合も同様であり、当該社団法人の事業活動に関する重要な事項の意思決定に関心を持ち、これに関与すべき立場にある種類の会員のみを社員とすることが、当該社団法人の目的、事業内容に照らして、合理的な関連性及び必要性があれば許容される。

条第1項に規定する訴えの提起の請求をしている場合を含む。)には、当該訴訟が終結するまでの間、当該代議員は社員たる地位を失わない(当該代議員は、役員の選任及び解任(法第63条及び第70条)並びに定款変更(法第146条)についての議決権を有しないこととする。))。

7 代議員が欠けた場合又は代議員の員数を欠くこととなるときに備えて補欠の代議員を選挙することができる。補欠の代議員の任期は、任期の満了前に退任した代議員の任期の満了する時までとする。

8 補欠の代議員を選挙する場合には、次に掲げる事項も併せて決定しなければならない。

(1) 当該候補者が補欠の代議員である旨

(2) 当該候補者を1人又は2人以上の特定の代議員の補欠の代議員として選任するときは、その旨及び当該特定の代議員の氏名

(3) 同一の代議員(2以上の代議員の補欠として選任した場合にあっては、当該2以上の代議員)につき2人以上の補欠の代議員を選任するときは、当該補欠の代議員相互間の優先順位

9 第7項の補欠の代議員の選任に係る決議が効力を有する期間は、当該決議後2年以内に終了する事業年度のうち最終のものに関する定時社員総会の終結の時までとする。

10 正会員は、一般社団・財団法人法に規定された次に掲げる社員の権利を、社員と同様にこの法人に対して行使することができる。

(1) 法第14条第2項の権利(定款の閲覧等)

(2) 法第32条第2項の権利(社員名簿の閲覧等)

(3) 法第57条第4項の権利(社員総会の議事録の閲覧等)

(4) 法第50条第6項の権利(社員の代理権証明書面等の閲覧等)

(5) 法第52条第5項の権利(電磁的方法による議決権行使記録の閲覧等)

(6) 法第129条第3項の権利(計算書類等の閲覧等)

(7) 法第229条第2項の権利(清算法人の貸借対照表等の閲覧等)

(8) 法第246条第3項、第250条第3項及び第256条第3項の権利(合併契約等の閲覧等)

11 理事、監事又は会計監査人は、その任務を怠ったときは、この法人に対し、これによって生じた損害を賠償する責任を負い、一般社団・財団法人法第112条の規定にかかわらず、この責任は、すべての正会員の同意がなければ、免除することができない。

4 社員総会及び評議員会の決議要件（定足数）及び理事の選任議案の決議方法

（問題の所在）

- ① 公益社団法人における社員総会の普通決議（理事の選任）の決議要件（定足数）の定款の定めのある在り方。
- ② 理事の選任議案を社員総会（評議員会）で決議する方法について、例えば、4人の理事の選任議案の決議方法を4人一括で決議する方法は許されるか。例えば、4人の理事候補者のうち、1名については反対、3名については賛成の議決権の行使をしたいと考えている社員（評議員）がいるときに、4人一括で決議する方法が採用された場合には、そのような意思を反映した議決権の行使をすることができないこととなるため、社員総会又は評議員会の議事の運営方法についての定款の定めのある在り方が問題となる。

（考え方）

法は、社員総会又は評議員会に理事の選任権を形式的に付与しているだけでなく、理事の選任過程の適正を確保するため、種々の方策を講じている。

すなわち、法は、社員（評議員）1人に1議決権を付与する（法第48条第1項本文、第178条第1項、第189条）だけでなく、社員総会（評議員会）を招集するに際しては、理事の選任議案の内容をすべての社員（評議員）に通知するものとし（法第39条第1項、第2項第2号、第4項、第38条第1項第5号、第41条、第42条、一般社団法人及び一般財団法人に関する法律施行規則（平成19年法務省令第28号。以下「施行規則」という。）第4条第1号イ、第3号イ、第5条第1項第1号、第2項、法第182条、第181条第1項第3号、施行規則第58条第1号）、理事及び監事に社員（評議員）への説明義務を課し（法第53条、第190条）、理事を選任（再任）する場合には、社員（評議員）にその理由を説明しなければならないものとしている。さらに、法は、それに納得がいかない社員（評議員）が自分自身で議案の提案権を行使し、別の候補者を役員とする選任議案を提案し、その議案の要領を招集通知に記載することを請求することができることとしている（法第43条から第45条、第184条から第186条）。

また、その決議に際しても、総社員の議決権（議決に加わることができる評議員）の過半数を有する社員（評議員）の出席を要することとし（法第49条第1項、第189条第1項）、公益法人においては、所定の理事の合計数が理事の総数の3分の1を超えてはならない（公益法人認定法第5条第10号及び第11号）こととされている。

このように、法及び公益法人認定法は、あらゆる規律を通して、選任手続を可能な限り慎重ならしめ、社員総会（評議員会）における実質的な審議を経て適正に理

事が選任されるための種々の方策を講じている¹³。

この点、仮に、公益社団法人における社員総会の普通決議の決議要件（定足数）の定款の定めとして、この要件を大幅に緩和したり、あるいは撤廃する定めを設けた場合には、総社員のうち、ごく一部の社員のみで理事の選任が決定されることとなり、上記の法の趣旨が没却されることとなる。

また、理事の選任議案を社員総会（評議員会）で決議する方法について、例えば、4人の理事の選任議案の決議（採決）を4人一括で決議（採決）することとした場合には、本来、1つ1つの議案（1人1人の理事の選任議案）ごとに賛成又は反対の意思を表明することができるはずの社員¹⁴（評議員）に対して、全議案についてすべて賛成か又はすべて反対かという投票を強制することとなり、上記の法の趣旨が没却されることとなる。

このような法の趣旨及び考え方を踏まえ、

- ① 公益社団法人が、定款の定めにより、社員総会の普通決議の決議要件（定足数）を大幅に緩和し、あるいは撤廃することは許されない（問題の所在①）
- ② 社員総会又は評議員会で理事の選任議案を採決する場合には、各候補者ごとに決議する方法を採ることが望ましく¹⁵、特例民法法人の移行に際し、その定款（の変更の案）に、社員総会又は評議員会の議事の運営方法に関する定めの一つとして、「理事の選任議案の決議に際し候補者を一括して採決（決議）すること」を一般的に許容する旨の定めを設けることは許されない（問題の所在②）

こととなる。

（定款審査における取扱い）

上記の考え方と異なる運用を選択する場合、すなわち、①定款の定めにより、社員総会の普通決議の決議要件（定足数）を大幅に緩和し、あるいは撤廃する場合に

¹³ 本文以外にも、例えば、公益社団法人にあっては、社員総会における意思決定に偏りが出ること防止するため、社員資格の得喪に関する事項や議決権の数等について不当に差別的な取扱いをすることを禁止するとともに、資力を有する一部の社員によって社員総会の運営が恣意的になされることを防止するため、法人に提供した財産の価額に応じて議決権の数や行使の条件等に差異を設けることを禁止し（公益法人認定法第5条第14号イ及びロ）、可及的に社員総会における適正な審議の確保を図っている。

¹⁴ 法は、社員に書面又は電磁的方法（電子メール等）による議決権の行使を認める場合（法第38条第1項第3号・第4号）には、議決権行使書面に「各議案についての賛否」を記載する欄を設けなければならない（施行規則第7条第1号）ものとしている。これは、社員が議案ごとに賛成又は反対の意思を表明する機会を確保しようとしたものである。

¹⁵ しかし、議決権行使書面による議決権の行使の結果、社員総会の開催前に、複数の役員の選任議案のすべてについて過半数の賛成がそれぞれ得られているような場合であって、社員総会において、議長が複数の役員の選任議案を候補者全員一括で決議（採決）することを出席している議場の社員に諮り、それに異議が出ない等のときは、役員候補者全員の選任議案を一括で決議（採決）することも許容され得る。

は、その理由の説明を求め、不適切であれば不認定の対象となり得るものとし、②定款に、社員総会又は評議員会の議事の運営方法に関する定めの一つとして、「理事の選任議案の決議に際し候補者を一括して採決（決議）すること」を一般的に許容する旨の定めを設けた場合には、不認定又は不認可の対象となるものとする。

（注）１ 問題の所在①についての本文の考え方の趣旨を踏まえ、公益社団法人が、定款の定めにより、社員総会の普通決議の決議要件（定足数）を緩和することとする場合には、例えば、普通決議の決議要件（定足数）の定めとして、「総社員の議決権の３分の１を有する社員の出席」を要することとする程度の定めを設けることが考えられる（このような定めを設けた場合には、総社員の議決権の６分の１（約 16.7 パーセント）を超える賛成さえあれば理事を選任又は解任することができることとなる。）。なお、定款に社員総会の普通決議の決議要件（定足数）についての定めを設けない場合には、法第 49 条第 1 項の原則どおり、「総社員の議決権の過半数を有する社員の出席」が必要となる。

２ 社員総会の運営については、理事会及び評議員会とは異なり、代理人により議決権を行使する方法（代理人による社員総会への出席。法第 50 条第 1 項）、書面により議決権を行使する方法（法第 38 条第 1 項第 3 号、第 51 条第 1 項）、電磁的方法（例えば、電子メール）により議決権を行使する方法（法第 38 条第 1 項第 4 号、第 52 条第 1 項）がそれぞれ法の規定により認められており、いずれの方法による場合も、行使された議決権の数が、出席した社員の議決権の数に算入されることとなる（法第 51 条第 2 項、第 52 条第 3 項）。社員数が多い公益社団法人にあっては、このような方法を併用することにより、円滑に社員総会を運営することができる¹⁶。

３ 公益財団法人における評議員会の普通決議の決議要件（定足数）については、撤廃することはもちろん、緩和すること自体も認められていない（法第 189 条第 1 項）ため、評議員会の普通決議の決議要件（定足数）を緩和する内容の定款の定めは無効となる。

４ 問題の所在②についての本文の考え方の趣旨を踏まえ、定款に社員総会又は評議員会の議事の運営方法に関する定めを設けることとする場合に

¹⁶ これ以外にも、例えば、（定時）社員総会に際し、公益社団法人から社員に提供する必要のある資料である①招集通知、②参考書類、議決権行使書面、③計算書類、事業報告、監査報告及び会計監査報告について、所定の要件を満たす場合には、電磁的方法で社員に提供することが可能とされている（①法第 39 条第 3 項、一般社団法人及び一般財団法人に関する法律施行令（平成 19 年政令第 38 号。以下「施行令」という。）第 1 条第 1 項第 1 号、②法第 42 条第 2 項、③法第 125 条、施行規則第 47 条第 2 項第 2 号）。また、代理人により議決権を行使する社員は、所定の要件を満たす場合には、公益社団法人に対し委任状をメールで提出することも認められている（法第 50 条第 3 項、施行令第 2 条第 1 項第 1 号）。

は、下記の定款の定め例のように、「理事の選任議案の採決は各候補者ごとに採決（決議）する方法とする」旨を定めておくことも考えられる¹⁷。

5 定款の定め例

第〇条 社員総会の決議は、次項に規定する場合を除き、総社員の議決権の過半数を有する社員が出席し、出席した当該社員の議決権の過半数をもって行う。

2 前項の規定にかかわらず、一般社団・財団法人法第 49 条第 2 項各号に列挙された事項については、総社員の半数以上であって、総社員の議決権の 3 分の 2 以上に当たる多数をもって行う。

3 理事又は監事を選任する議案を決議するに際しては、各候補者ごとに第 1 項の決議を行わなければならない。理事又は監事の候補者の合計数が第〇条に定める員数を上回る場合には、過半数の賛成を得た候補者の中から得票数の多い順に員数の枠に達するまでの者を選任することとする。

5 社員総会及び評議員会の理事の選任権限と第三者が関与できる範囲

（問題の所在）

社員総会又は評議員会で理事を選任する際、定款の定めにより、代表理事、理事会、設立者等の第三者を関与させることの可否。

（考え方）

社員総会又は評議員会の理事の選任権限は、定款の定めをもってしても奪うことができないため（法第 35 条第 4 項、第 178 条第 3 項）、特例民法法人の定款の変更の案において、社員総会又は評議員会以外の機関がその決定をくつがえすこととなるような定款の定めを設けることはできない。

（定款審査における取扱い）

上記の考え方と異なる定款の定めを設けた場合（定款に、社員総会又は評議員会の理事の選任権限を奪うこととなるような定款の定めや注 1・2 のような定めを設けた場合等）には、不認定又は不認可の対象となるものとする。

（注） 1 「理事の選任は、〇〇（例えば、代表理事、設立者）が行う」との定めは、社員総会又は評議員会の理事の選任権限を奪っており無効である。

2 「社員総会（評議員会）において理事を選任する場合には、〇〇（例え

¹⁷ このような定款の定めは、社員総会の議長の議事の整理権限（法第 54 条第 1 項）を適切にコントロールするものとしても有効である。

ば、代表理事、設立者）の同意を得なければならない」旨の定めは、社員総会又は評議員会以外の者（機関）に拒否権（事実上の決定権）を与えることとなり得るため、上記１に準じた取扱いとなる。

- ３ 「社員総会（評議員会）が理事を選任又は解任する場合には、〇〇（例えば、設立者、定款で指定した者）の意見を参考にすることができる」旨の定めは、社員総会又は評議員会以外の者（機関）に拒否権（事実上の決定権）を与えているとまではいえないため、許容される。

6 評議員の構成並びに選任及び解任の方法

（問題の所在）

「評議員の選任及び解任の方法」に関する定款の定めのある在り方。

（考え方）

新制度（一般社団・財団法人法）における「評議員」は、一般財団法人の運営がその目的から逸脱していないかを監督する重要な立場にある。すなわち、新制度においては、財団法人の運営の適正を確保するため、「評議員」の資格を有している者に対し評議員会の議決権を与え、理事、監事、会計監査人の選解任権、報酬等の決定権を与えて役員等の人事権を独占させた上、決算の承認、定款の変更など法人運営における重要事項の最終的な意思決定権を付与している。さらに、評議員には、理事の違法行為の差止請求権、役員等の解任の訴えの提訴権など法人の適切な業務運営を確保するための種々の権利も付与されている。加えて、評議員は広範かつ強大な権限を有するだけでなく、４年間の任期が保障されており、自らの意思で辞任しない限りは原則としてその地位を失うことはないなど、その独立性も強く保障されている。

このように、新制度においては、評議員が、人事権等の重要な権利を適切に行使することにより財団法人の適正な運営が確保される仕組みとなっており、税制上の優遇措置を受けることとなる公益財団法人の業務運営が公正に行われるためには、広範で強い権限を付与されている評議員の人選が非常に重要となる。

そのため、公益財団法人の運営が、特定の団体や勢力の利益に偏るおそれがなく、不特定かつ多数の者の利益のために適正かつ公正に行われるためには、評議員会を構成する評議員が公益法人の一般的な業務運営に一定の知見を有しているだけでなく、当該法人の運営の公正さに疑いを生じさせない立場にある者が評議員会の一定の割合を占めることが法の趣旨に適う。

この点、例えば、評議員の選任及び解任を「評議員会の決議で行う」こととする

と、「(最初の) 評議員」の人選が特定の団体や勢力の関係者で占められた場合には、以後の評議員の選任も当該特定の団体や勢力の関係者によって占められることとなり、公正かつ適切な法人の業務運営を確保するために設けられた新制度の仕組みが有効に機能しないおそれがあるだけでなく、①当該法人の役員等の人事権等の重要かつ強大な権限を掌握した評議員の人事が評議員で構成される評議員会だけで行われ、いわば最高意思決定機関の人事を最高意思決定機関だけで行うこととなってしまう、②評議員の人事を身内だけで行い、外部の者が関与する余地がなくなるため、当該法人の運営が特定の団体や勢力の利益に偏り、その運営の公正さに疑いを生じさせるおそれがある（公益法人認定法第5条第3号及び第4号等参照）。

このような考え方を踏まえ、公益財団法人に移行する特例財団法人が評議員の選任及び解任方法を定款に定めるに際しては、当該法人と相互に密接な関係にある者ばかりが評議員に選任されることのないようにする必要があり、これを確実に担保することができる方法を採用しなければならない。

そのような方法としては、

- ① 「評議員の構成を公益法人認定法第5条第10号及び第11号に準じたものにする」旨を定める方法

又は

- ② 評議員の選任及び解任をするための任意の機関として、中立的な立場にある者が参加する機関を設置し、この機関の決定に従って評議員を選任及び解任する方法

が望ましい。

（定款審査における取扱い）

上記の考え方と異なる運用を選択する場合（評議員の構成を公益法人認定法第5条第10号及び第11号に準じたものにする旨を定款に定めておらず、かつ、評議員の選任及び解任方法として「中立的な立場にある者が参加する任意の機関を設置し、この機関の決定に従って評議員を選任及び解任する方法」以外の方法を定めている場合（特に、「評議員会が評議員を選任及び解任する」旨の定めを設けている場合））にはその理由の説明を求め、不適切であれば不認定の対象となり得るものとする。

- （注） 1 評議員の選任及び解任方法として、例えば、「評議員の選任は、評議員会の推薦を得た上で、理事会が行う」旨の定めのように、理事又は理事会が評議員を選任し、又は解任することを内容とする定款の定めは無効である（法第153条第3項第1号）。
- 2 「評議員の選任及び解任の方法」が特定の団体や勢力の利益に偏った方法でされた場合には、当該公益財団法人の事業が行われるに当たり、当該特定の団体や勢力に対し特別の利益が与えられるおそれが高いものとも

なることに留意する必要がある（公益法人認定法第5条第3号及び第4号等参照）。本文の考え方とおり、評議員の構成は、公益財団法人の事業の適正な運営の重要なポイントとなる。そのため、本文記載の①又は②の方法のいずれを選択したとしても、実際に選任された評議員の構成が特定の団体や勢力に対し特別の利益が与えられるおそれが高いものと認められる場合には、監督の対象となり得る¹⁸。

- 3 本文の考え方②の方法を採る場合において、評議員を選任及び解任する任意の機関（評議員選定委員会）に参加する中立的な立場にある者に対しては、当該法人の関係者から、評議員候補者の経歴、評議員候補者とした理由、当該候補者と当該法人及び役員等との関係、兼職状況等、候補者が評議員として適任と判断した理由を説明することとなる。そのため、評議員候補者の原案は理事会において用意した上で、評議員を選任する任意の機関の構成員にそれを諮ることとする運用も差し支えない。

また、評議員を選任する任意の機関の構成員として、「中立的な立場にある者」のほかに法人関係者（評議員、監事、事務局員等）を加えても差し支えないが、理事又は理事会による評議員の選任を禁止した法第153条第3項第1号の趣旨を踏まえ、理事が構成員となることは許されない。また、本文の考え方の趣旨を踏まえ、評議員が構成員の過半数を占めることとする定款の定めも不相当である。なお、評議員の選任及び解任を、一定の知見を有する中立的な立場の法人（事業体）に委ねることは何ら差し支えない。この場合には、評議員を選任等する任意の機関の構成員のすべてが「中立的な立場にある者」となる。

- 4 なお、評議員設置特例財団法人以外の特例財団法人については、移行の登記をするまでの間は、一般社団・財団法人法第153条第1項第8号が適用除外とされている（整備法第89条第2項及び第3項）上、最初の評議員の選任方法については主務官庁の認可を受けた方法によることとされているため（整備法第92条）、本文の考え方②に記載された「評議員の選任及び解任の方法」の定款の定めが実際に適用されるのは、大半の公益財団法人については、2回目の評議員の選任時からとなる（なお、本文記載の①又は②の方法のいずれを選択したとしても、最初の評議員の選任方法については、最高意思決定機関の人事を最高意思決定機関だけで行うことの弊害や評議員の人事を外部の者が関与する余地を封じて行うことの弊害を防止するため、「任意の機関として、中立的な立場にある者が参加する機関を設置し、この機関の決定に従って評議員を選任及び解任する方

¹⁸ 任期満了等に伴い新たな評議員の選任が行われた場合には、当該公益財団法人の事業の適正な運営を確保するため、その選任手続や選任結果が定款の定めに従って適正に行われたことを証する書面（議事録等）の提出を求めることなどが考えられる（公益法人認定法第27条第1項）。

法」となる場合が通常であろう。)

5 定款の定め例①(本文の考え方①の方法による場合)

第〇条 この法人の評議員の数は5名以上8名以内とする。

2 評議員の選任及び解任は、一般社団・財団法人法第179条から第195条の規定に従い、評議員会において行う。

3 評議員を選任する場合には、次の各号の要件をいずれも満たさなければならない。

(1) 各評議員について、次のイからへに該当する評議員の合計数が評議員の総数の三分の一を超えないものであること。

イ 当該評議員及びその配偶者又は三親等内の親族

ロ 当該評議員と婚姻の届出をしていないが事実上婚姻関係と同様の事情にある者

ハ 当該評議員の使用人

ニ ロ又はハに掲げる者以外の者であつて、当該評議員から受ける金銭その他の財産によって生計を維持しているもの

ホ ハ又はニに掲げる者の配偶者

ヘ ロからニまでに掲げる者の三親等内の親族であつて、これらの者と生計を一にするもの

(2) 他の同一の団体(公益法人を除く。)の次のイからニに該当する評議員の合計数が評議員の総数の三分の一を超えないものであること。

イ 理事

ロ 使用人

ハ 当該他の同一の団体の理事以外の役員(法人でない団体で代表者又は管理人の定めのあるものにあつては、その代表者又は管理人)又は業務を執行する社員である者

ニ 次に掲げる団体においてその職員(国会議員及び地方公共団体の議会の議員を除く。)である者

① 国の機関

② 地方公共団体

③ 独立行政法人通則法第2条第1項に規定する独立行政法人

④ 国立大学法人法第2条第1項に規定する国立大学法人又は同条第3項に規定する大学共同利用機関法人

⑤ 地方独立行政法人法第2条第1項に規定する地方独立行政法人

⑥ 特殊法人(特別の法律により特別の設立行為をもって設立された法人であつて、総務省設置法第4条第15号の規定の適用を受けるものをいう。)

又は認可法人(特別の法律により設立され、かつ、その設立に関し行政官庁の認可を要する法人をいう。)

6 定款の定め例②(本文の考え方②の方法による場合)

第〇条 評議員の選任及び解任は、評議員選定委員会において行う。

2 評議員選定委員会は、評議員 1 名、監事 1 名、事務局員 1 名、次項の定めに基づいて選任された外部委員 2 名の合計 5 名で構成する。

3 評議員選定委員会の外部委員は、次のいずれにも該当しない者を理事会において選任する。

(1) この法人又は関連団体（主要な取引先及び重要な利害関係を有する団体を含む。）の業務を執行する者又は使用人

(2) 過去に前号に規定する者となったことがある者

(3) 第 1 号又は第 2 号に該当する者の配偶者、三親等内の親族、使用人（過去に使用人となった者も含む。）

4 評議員選定委員会に提出する評議員候補者は、理事会又は評議員会がそれぞれ推薦することができる。評議員選定委員会の運営についての細則は、理事会において定める。

5 評議員選定委員会に評議員候補者を推薦する場合には、次に掲げる事項のほか、当該候補者を評議員として適任と判断した理由を委員に説明しなければならない。

(1) 当該候補者の経歴

(2) 当該候補者を候補者とした理由

(3) 当該候補者と当該法人及び役員等（理事、監事及び評議員）との関係

(4) 当該候補者の兼職状況

6 評議員選定委員会の決議は、委員の過半数が出席し、その過半数をもって行う。ただし、外部委員の 1 名以上が出席し、かつ、外部委員の 1 名以上が賛成することを要する。

7 評議員選定委員会は、第〇条で定める評議員の定数を欠くこととなるときに備えて、補欠の評議員を選任することができる。補欠の評議員の任期は、任期の満了前に退任した評議員の任期の満了する時までとする。

8 前項の場合には、評議員選定委員会は、次に掲げる事項も併せて決定しなければならない。

(1) 当該候補者が補欠の評議員である旨

(2) 当該候補者を 1 人又は 2 人以上の特定の評議員の補欠の評議員として選任するときは、その旨及び当該特定の評議員の氏名

(3) 同一の評議員（2 以上の評議員の補欠として選任した場合にあっては、当該 2 以上の評議員）につき 2 人以上の補欠の評議員を選任するときは、当該補欠の評議員相互間の優先順位

9 第 7 項の補欠の評議員の選任に係る決議は、当該決議後 4 年以内に終了する事業年度のうち最終のものに関する定時評議員会の終結の時まで、その効力を有する。

7 代表理事の選定方法

(問題の所在)

代表理事の選定又は解職の過程に社員総会を関与させることとする場合における定款の定めのある在り方。

(考え方)

法は、理事会を設置している一般社団法人の代表理事は、理事会で選定及び解職することとしている（法第90条第2項第3号及び第3項）。

代表理事を選定等する権限を理事会に付与した法の趣旨は、理事会による代表理事の職務執行の監督権限の実効性を確保するところにある。すなわち、代表理事から職務の執行の状況の報告を受け、代表理事の職務の執行を監督する責任を負う理事会がその職責を全うするためには、理事会が代表理事の選定及び解職権を有していることが必要であるとの考え方に基づき、法は、一義的に、理事会に代表理事の選定等の権限を付与したものと解される。換言すれば、代表理事が違法又は不当な行為をした場合において、理事会に代表理事を解職する権限が留保されることにより、理事会による代表理事の職務執行の監督権限が機能し、ガバナンスが確保されるということとなる。

特に、税の優遇措置を受ける公益社団法人については、そのガバナンスを適正に確保する要請が強いことから、公益法人認定法は公益社団法人の機関設計として理事会を必置とし（公益法人認定法第5条第14号ハ）、理事会を通したガバナンスに期待しているところが多い。

他方、代表理事の選定の過程に社員総会を関与させることを望む法人も少なくない。

そのため、代表理事の選定の過程に社員総会を関与させることとする場合には、上記のような法の趣旨を踏まえ、例えば、定款の定めにより、「理事会は、代表理事を選定及び解職する。この場合において、理事会は、社員総会の決議により代表理事候補者を選出し、理事会において当該候補者を選定する方法によることができる」旨の定めや、「理事会は、代表理事を選定及び解職する。この場合において、理事会は、社員総会にこれを付議した上で、その決議の結果を参考にすることができる」旨の定めを置いた場合には、理事会が最終的に責任を持って代表理事の選定及び解職をすることができることとなる。

このように、公益社団法人において、理事会のみで代表理事の選定等を行うこととせず、代表理事の選定等の過程に社員総会を関与させることとする場合には、理事会によるガバナンスの確保を図ることとした法の趣旨を踏まえ、理事会の法定の権限である代表理事の選定及び解職権限を実効的に担保することができる内容の

定款の定めを設けることが望ましい。

(定款審査における取扱い)

上記の考え方に沿った定めが望ましいが、本文の考え方に示された定款の定め
の例以外の定めであっても不認定の対象とはならない。

(注) 代表理事が欠けた場合の取扱い

- 1 代表理事が欠けた場合又は定款で定めた代表理事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理事は、新たに選定された代表理事が就任するまで、なお代表理事としての権利義務を有することとされている（法第 79 条第 1 項）ため、仮に、代表理事が 1 名のみの法人において、代表理事が任期の満了又は辞任により退任したとしても、当該代表理事は、後任の代表理事が選定されるまでの間、なお代表理事としての権利を有するだけでなく、その義務も負うこととなる。
- 2 代表理事が在任中に死亡し又は所在不明になった場合には、理事会を開催して新たな代表理事を選定することとなる（法第 90 条第 2 項第 3 号）¹⁹。また、内紛等何らかの事情があつてそのような理事会を開催することができない場合には、理事等の利害関係人は、一時代表理事の職務を行うべき者を選任することを裁判所に申し立てることができる（法第 79 条第 2 項）。
- 3 なお、「代表理事に事故がある場合は、代表理事が予め定める順番で理事が代表理事の職務を代行する」旨の定款の定めは、理事会の代表理事の選定権限を奪い、（将来の）代表理事の選定を代表理事が行うことを許容するものとなるため無効である。
- 4 代表理事を 1 人ではなく複数名選定することは可能であり²⁰、その場合には各自単独で代表権を行使することができるため、例えば、2 名の代表理事のうちの 1 名が死亡したとしても、他の 1 名の代表権に影響を及ぼすことはない（なお、2 名の代表理事につき権限の分担を定めても、その分担は法人内部の関係に止まり、外部に対しては原則としてその権限分担の効力を主張することはできない（法第 77 条第 5 項）。）。

¹⁹ 代表理事が急死したような場合に、新たな代表理事を理事会で選定する際には、新たな代表理事の選定議案に理事の全員が同意すれば現実に理事会を開催する必要はなく（法第 96 条）、理事会の招集手続（法第 94 条第 1 項）も不要となる。

²⁰ 代表理事として選定された理事は、当該法人の業務に関する一切の裁判上又は裁判外の行為をする権限を有する理事（法第 77 条第 4 項）として、その氏名及び住所が登記され（法第 301 条第 2 項第 6 号、第 302 条第 2 項第 6 号）、代表理事を複数名選定したときは、その全員が代表理事として登記される。

8 理事会・評議員会の運営方法

（問題の所在）

理事会又は評議員会の決議方法について、定款で、書面投票、代理出席を定めることは認められるか。理事会又は評議員会の運営方法に関する定款の定めのある在り方。

（考え方）

理事及び評議員は、その個人的な能力、資質、手腕に信頼を受けて法人の運営を委任された者であることから（法第 64 条、第 172 条第 1 項、民法第 644 条）、理事又は評議員は自ら理事会又は評議員会に出席し、議決権を行使することが求められる。また、理事会（評議員会）は、理事（評議員）が参集して相互に十分な討議を行うことによって意思決定を行う場である。したがって、理事会（評議員会）に代理人が出席して議決権を行使することを定めることは認められないし、理事（評議員）が理事会（評議員会）に出席することなく書面等によって理事会（評議員会）の議決権を行使することも認められない。また、理事（評議員）が一堂に会することなく、議案の賛否について個々の理事（評議員）の賛否を個別に確認する方法で、過半数の理事（評議員）の賛成を得て決議するようないわゆる持ち回り決議も認められない²¹（仮に、特例民法法人が、理事会又は評議員会の決議方法として、代理人による議決権の行使、書面による議決権の行使又は持ち回り決議を許容する旨の定款の定めを設けたとしても無効な定めとなる。）。

もっとも、遠方に所在する等の理由により現に理事会（評議員会）の開催場所に赴くことができない理事（評議員）が当該理事会（評議員会）決議に参加するため、例えば、電話会議やテレビ会議のように、各理事（各評議員）の音声が即時に他の出席者に伝わり、出席者が一堂に会するのと同等に適時的確な意見表明が互いに行えることにより、相互に十分な議論を行うことができる方法であれば理事会を開く場所が物理的に同一の場所である必要はなく（施行規則第 15 条第 3 項第 1 号かつこ書き、第 60 条第 3 項第 1 号かつこ書き参照）、このような方法による議決権の行使は、有効な議決権の行使となる。

また、理事会設置一般社団法人及び一般財団法人は、理事が理事会の決議の目的である事項について提案をした場合において、当該提案につき理事（当該事項について議決に加わることができるものに限る。）の「全員」が書面又は電磁的記録により同意の意思表示をしたとき（監事が当該提案について異議を述べたときを除

²¹ 理事（評議員）の「全員」が同意の意思表示をしたときは、当該提案を可決する旨の理事会（評議員会）の決議があったものとみなすことができる（法第 96 条、第 194 条第 1 項）ため、理事（評議員）の「全員の同意」が得られる議案の場合には、いわゆる持ち回り決議をすることも可能である。

く。)は、当該提案を可決する旨の理事会の決議があったものとみなす旨を定款で定めることができる(法第96条。評議員会については、定款の定めを設けることなく全員同意による決議の省略が可能である(法第194条第1項)。。)。このような定款の定めを設けることにより、例えば、電子メールにより理事会(評議員会)決議を行うことが可能となり、一例として、理事(評議員)が電子メールで他の理事(評議員)に対して議題を提案し、理事(評議員)全員から提案理事(評議員)宛に同意の電子メールが返信され、監事に異議がないことを確認した上で(評議員会の場合は監事の異議の有無は問わない。)、理事会(評議員会)決議の議事録を作成する(施行規則第15条第4項第1号、第60条第4項第1号)ことにより理事会(評議員会)決議を行うといった方法も可能となる(注)。このような方法を活用することにより、すべての理事(評議員)の意向に基づく理事会(評議員会)決議を機動的に行うことが可能となる²²。

(定款審査における取扱い)

上記の考え方と異なる定款の定めを設けた場合(定款に、①理事会(評議員会)に代理人が出席して議決権を行使することを許容する定め、②理事(評議員)が理事会(評議員会)に出席することなく書面等によって理事会(評議員会)の議決権を行使することを許容する定め、又は、③理事(評議員)が議案の賛否について個々の理事(評議員)の賛否を個別に確認する方法で過半数の理事(評議員)の賛成を得て決議するようないわゆる持ち回り決議を許容する定め、のいずれかを設けた場合)には、不認定又は不認可の対象となるものとする。

(注)1 例えば、電子メールにより議案の内容を理事(評議員)の全員に伝達し、事務方が理事(評議員)全員から議案に同意する旨の電子メールを受け取ったような場合には、コンピューターのハードディスクにそのメールの内容が記録されることにより、電磁的記録により同意の意思表示がされたものとなる(法第96条、第194条第1項、施行規則第89条)。なお、すべての理事(評議員)が同意を表明したことを証明できないと決議に瑕疵が生ずるため、電磁的記録による同意がされる場合は、実務的には、他人のなりすましによる同意メールの送信等を防止することも含め、理事(評議員)本人が同意の意思表示をしたことを証明することができる電磁的記録(例えば電子署名のあるもの)を用いる方法、法人と理事(評議員)間の連絡通信に用いるIDとパスワードを使って送信する方法、同意表明が本人の意思に基づくものか電話などで確認する方法等によることが考えら

²² 法第96条により理事会の決議を省略する場合には、実際に理事会は開催されないため、その招集手続も不要である。

れる。

- 2 なお、理事（評議員）の議決権の数は1人1個であり、「可否同数のときは、議長（代表理事、評議員会議長）の決するところによる」とするような定款の定めを設けることにより、特定の理事（評議員）のみ2個の議決権を与えることとなるような定款の定めは無効である。

- 3 定款の定め例（全員同意による理事会の書面決議）

第〇条 この法人は、一般社団・財団法人法第96条の要件を満たしたときは、理事会の決議があったものとみなす。