

## 非営利法人のガバナンスの問題点についての試論

長 畑 周 史

### 目 次

- 1 はじめに
- 2 一般社団法人、一般財団法人制度の概要
- 3 問題点の検討
- 4 解決方法の模索
- 5 結論—適切な監督を行う者と責任追及が適切に行われる制度の必要性

### 1 はじめに

平成18年に改正された一般社団法人及び一般財団法人に関する法律（以下、新法という）は、会社法の規定を多く取り込み従来の制度から大きく変化した。理事の責任強化や社団法人については代表訴訟制度も導入され業務執行者の規律強化が為されたが、法人の持ち分を有する者がいないという特徴から、会社と比較して、業務執行者の規律付けが弱いように思われる。本稿では、まず、一般社団法人、一般財団法人の機関の概要、役員に課せられた責任を概括した上で、会社と比較して、規律付けが弱いと思われる部分をどのように補完すべきかについて検討を加える。

### 2 一般社団法人、一般財団法人制度の概要

#### （1）一般社団、一般財団法人制度の成立の経緯

新法は、平成18年に成立し、平成20年12月1日に施行されており、それまでは民法33条以下で規定されていた法人に関する規定を抜本的に見直し単行法化したものである。平成18年改正前民法では、社団法人と財

団法人の二種類を設立できたが、主務官庁の許可主義の下、法人格の取得と公益性の判断や税制上の優遇措置が一体となっているため、法人設立が簡便でなく、公益性の判断基準が不明確、営利法人類似の法人や共益的な法人が公益法人として税制上の優遇措置を受けるなど、様々な問題が生じているとの批判及び指摘があったことから、立法されたとされる<sup>1</sup>。

新制度では、準則主義により一般社団法人または一般財団法人の設立を認め、公益性を有するものには、公益認定を受けることで公益社団法人または公益財団法人となることができる。既存の法人については、平成25年11月末までは特例社団法人、特例財団法人として平成18年改正前民法の下での団体として存続可能であるが、期限までに新制度に移行できない場合は解散したものとみなされる<sup>2</sup>。

## (2) 一般社団、一般財団法人制度の概要

新制度の特徴は、①準則主義を採用する法人制度であること、②剰余金の分配を目的としない法人制度であること、③社団形態と財団形態の両方の法人類型のあること、④公益性を要件とせず、一般的な法人制度であること、⑤主務官庁の監督を受けないことを前提に、法人の適正な運営を確保し、また、制度の濫用防止を図るために、設立、運営等について、一定の規律を法令において明確に定めていることと説明されている<sup>3</sup>。

一般社団法人の設立は、二人以上の社員になろうとする者が設立を行

<sup>1</sup> 新公益法人制度研究会編『一問一答 公益法人関連三法』3頁（商事法務・2006年）。

<sup>2</sup> 内閣府が運用する「公益法人 information」(<https://www.koeki-info.go.jp/>)のウェブサイト内で、移行前と移行後の法人数の変化について報告されている。([https://www.koeki-info.go.jp/other/pdf/sintyoku\\_seika.pdf](https://www.koeki-info.go.jp/other/pdf/sintyoku_seika.pdf) [2014年6月29日現在アクセス可能])

これによると、旧公益法人制度下の24317法人のうち、移行申請を行ったのが20736法人であり、うち44%に当たる9054法人が公益申請をしており、56%に当たる11682法人が一般法人を選択している。

<sup>3</sup> 石井博之「一般社団・財団法人制度 (1)」民事研修604号95～100頁（2007年）。

う必要があるが(10条)、事業を行うための資金の最低額は法定されていない。機関構成の概要は、まず社員の意思決定機関である社員総会が必置となっており、ここで理事等が選任される。その他の機関は、理事会を設置する場合と設置しない場合によって異なるが、理事会を設置しない場合の最小形態は、理事だけがいる形態となる。さらに任意で監事と会計監査人を置く形態を選ぶことも可能となっている。理事会を設置する場合には、理事は3人以上必要となり、業務執行の決定は理事会で行い、業務の執行は、代表理事または業務執行理事が行う(90条2項2号、91条1項)。さらに監事は必置となるが、会計監査人の設置は任意である。また、最終事業年度に係る貸借対照表の負債の部に計上した額の合計額が200億円以上である大規模一般社団法人については、理事会の設置の有無に関係なく監事と会計監査人が必置となる。

図14 一般社団法人の機関設計の選択肢(規模別)

規 模 機関設計の選択肢	大規模一般社団法人以外の一般社団法人	大規模一般社団法人
社員総会+理事	○	×
社員総会+理事+監事	○	×
社員総会+理事+監事+会計監査人	○	○
社員総会+理事+理事会+監事	○	×
社員総会+理事+理事会+監事+会計監査人	○	○

(○は選択可、×は選択不可)

一般財団法人の設立は一人でも可能であるが、設立後は構成員に当たる者はいないため、評議員会が必置となる。評議員会は評議員3人以上で構成される(173条3項)。評議員の選任の方法は任意となっている(た

<sup>4</sup> 山田誠一「一般社団・財団法人におけるガバナンス」ジュリスト1328号22頁(2007年)。

だし、定款の絶対的必要事項である〔153条1項8号〕。評議員会は理事を選任するため、理事又は理事会が評議員を選任する旨の定款の定めは効力を有しない（153条3項1号）。評議員と一般財団法人との関係は委任に関する規定に従うとされ（172条1項）、民法644条の善管注意義務を負うが、評議員会は、「この法律に規定する事項及び定款で定めた事項に限り、決議をすることができる」（178条2項）と規定されるため、その義務の範囲は限定的といえる。

表 2<sup>5</sup> 一般財団法人の機関設計の選択肢（規模別）

規 模 機関設計の選択肢	大規模一般社団法人以外の一般社団法人	大規模一般社団法人
評議員+評議員会+理事+理事会+監事	○	×
評議員+評議員会+理事+理事会+監事+会計監査人	○	○

（○は選択可，×は選択不可）

### （3）役員の責任

一般社団法人および一般財団法人とその理事、監事、会計監査人、評議員の関係は、委任に関する規定に従う（64条、172条1項）。このため、これらの役員は会社の役員と同様に、善管注意義務を負い、また、その具体的行為義務として監視義務や適切な内部統制を構築する義務を負うことになると考えられる。また、理事会を設置しない場合には理事が、理事会を設置する場合には理事会は、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一般社団法人（一般財団法人）の業務の適正を確保するために必要なものとして法務省令で定める体制の整備（76条3項4号、90条4項5号、197条）を各理事に委任す

<sup>5</sup> 前掲山田28頁。引用元の表では、大規模一般社団法人以外の一般社団法人、大規模一般社団法人と表記されているが、財団の間違いだと思われるので修正して掲載した。

ることができない。また、大規模一般社団法人の理事（または理事会を設置する場合は理事会と、大規模一般財団法人の理事会）はその決定をしなければならない（76条4項、90条5項197条）<sup>6</sup>。また、忠実義務（83条）や個別の責任として、競業避止義務、利益相反取引の禁止責任（84条）も規定されている。

損害賠償責任については、役員等の一般社団法人（一般財団法人）に対する損害賠償責任（111条）がある他、役員等の第三者に対する責任（117条）も規定されている。さらに、一般社団法人だけであるが、社員が代表訴訟を提起する権利を規定している（278条）。また、社員は理事が一般社団法人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、当該行為によって一般社団法人に著しい損害が生じるおそれがあるときは、当該理事に対して当該行為をやめさせることを請求できる（いわゆる差止権）（88条）。

### 3 問題点の検討

上記のように、民法から単行法化した一般社団法人、一般財団法人の組織形態や規律は株式会社に類似した制度を採っている。しかしながら、

---

<sup>6</sup> 大規模一般社団・財団法人にいわゆる内部統制の決定が義務付けられているのは、その活動の社会的影響を考慮したためと説明される。前掲新公益法人制度研究会編61頁。なお、それ以外の法人は決定を委任できないだけで、決定しなくてもよいのかという疑問が生じるが、同様の規定を持つ会社法では、「（会社法362条）5項の定め方は、大会社である取締役会設置会社は、取締役会において必ずその決定が義務付けられておらず、決定する場合には、取締役への委任は許されず、取締役会において決定しなければならないとする趣旨であるが、大会社ではない取締役設置会社であっても、その事情いかんによっては、内部統制システム構築の決定をしない場合に、そのことが取締役の善管注意義務・忠実義務違反の問題となり得る場合があることには注意しなければならない。ただし、会社の業務の適正性の確保は、取締役の会社に対する善管注意義務、忠実義務の内容をなすものであり、大会社でなくとも内部統制システムの構築がその義務として要請される場合があり得るからである」と説明されている。落合誠一編『会社法コンメンタール8』227頁（商事法務・2009年）（落合誠一執筆部分）。

すでに冒頭に指摘したように、非営利法人には法人の持ち分を所有する者はいないため、会社法に類似する規律付けが適切かについては疑問が生じるところである。この点、以前から営利法人と非営利法人の違いとして、剰余金分配禁止原則があること、構成員の持分がないことを指摘して、この二点の法律上の違いに着目するならば、非営利法人のガバナンスをコーポレートガバナンスと同列に論じる事はできないことは明らかであると指摘するものが以前からあった<sup>7</sup>。本稿では、主に法人の機関構成と役員の責任という観点から、一般社団法人と一般財団法人について検討を試みる。

#### (1) 一般社団法人についての検討

まずは、一般社団法人から検討してみたい。一般社団法人については、構成員として社員がいるため、一般財団法人と比べると役員等の規律付けは強い。しかし、株式会社と比較すると一般社団法人の社員は定款で定められたところにより経費の支払い義務を負うに過ぎず(27条)、原則として、いつでも退社でき(28条)、法人が役員の乱脈経営や任務懈怠によって法人が債務超過となっても無限責任ではない上に、出資して得た持分の価値が低下することでの損害もないため社員自身の不利益は大きくなく、役員等の業務執行を積極的に監視する動機付けは弱い<sup>8</sup>。

そもそも、このような規律付けの弱さは、監督官庁の監督によって役員等の業務執行の適切性を確保できるとするのが、平成18年改正前民法の非営利法人の設計思想だった。しかし、現実的には監督官庁の監督がすべての団体に対して適切に行えるのかという疑問が残る上、新法では準則主義を基本として、監督官庁の監督は原則ないものとなった。この

<sup>7</sup> 神作裕之「非営利団体のガバナンス—コーポレートガバナンス論との比較を中心に」NBL767号24頁(2003年)。

<sup>8</sup> 同旨として、前掲神作30頁、弥永真生「公益法人のガバナンスを探る」公益法人31巻1号11頁(2002年)。

ため、新法では社団法人については代表訴訟制度が整備されたが、会社法の制度をそのまま導入したに過ぎないため、そもそも訴訟提起の動機付けが弱いという批判は免れられない。

そうであるとはいえ、債務超過などで団体としての活動ができなくなった場合に、不利益を被るのは、当該団体の社員であるから、当該団体の業務執行の監視について利益がないとはいえないし、仮に積極的に監視しないと代表訴訟を提起しないことによる不利益は団体の構成員である社員が被ることになる。また、一般社団法人については、団体が活動を停止することで不利益を被るのは当該団体の社員だけであるから、内部の運営については団体の構成員に任せればよいという考え方もあるかもしれない。また、債権者保護の観点から見ても、社団法人について法人財産しか当てにできない物的法人であることは取引相手も分かっているから、債権者は法人自身の支払い能力を債権者自身の責任で見極めなければならない、その能力がないのならば同時履行を求めるなどして自衛するか、役員等が法人の資金を違法に流出、費消している場合で、法人が無資力であるならば、第三者に対する責任や法人格否認の法理等で責任追及を行えばよいということもできそうである。

一方で、準則主義に基づいて、これまでよりも容易に設立できるため、設立数は増えると考えられ、これらの団体の多くが適切な監視監督の欠如により活動停止になることは好ましくないと考えて、会社法の制度を取り入れただけでは不足する規律付けを強化するという方向性もあり得だろう。

## (2) 一般財団法人についての検討

上記の規律付けがさらに弱いのが一般財団法人である。一般財団法人には、一般社団法人のような構成員が存在しない。このため、理事の選任は評議員会で行われるが、評議員会の評議員は、定款で定められた方法で選任されるとしか規定されておらず（153条1項8号）、通常、評議



員は理事の選解任や責任追及を行う経済的利益を有していない。また、構成員が存在しないため、代表訴訟の制度は用意されていない。ただし、評議員による理事の行為の差止権は一般社団法人と同様の要件で認められている（197条により88条を準用）他、評議員は、当該法人又はその子法人の理事、監事又は使用人を兼ねることができない（173条2項）とされており、株式会社や一般社団法人のように、支配的株主や創設者のような自ら業務執行を担当したいという希望があったとしても、評議員と理事を兼ねることはできない。

上記のような制度設計から、例えば理事になった者は評議員になることはできないから、理事として任務懈怠がある場合には評議員から責任追及されるという可能性は残る。しかし、評議員の選任方法は定款で任意に決めることができるうえ、評議員自身が理事の責任追及や業務執行の適切さを監督しなければならない動機は善管注意義務を負うことのみで、会社の出資者のように持分を失うという経済的不利益はない。監事による責任追及もあり得るが、理事の都合で役員が選出されている場合に監事の機能不全が生じることは会社と同様である。また、代表訴訟制度は存在しないため、実効性に乏しい。

このように一般財団法人の規律付けについて考えると、一般社団法人とは規律付けが異なり、そもそも、一般社団法人については最終的利益の享受者として社員が存在するが、一般財団法人についてはそれすらも存在しないため、最終的な責任追及主体が存在しない。このため、株式会社類似の制度を一般財団法人に導入したとしても、規律付けを適切に行うことは制度上難しいように思われる。

このように、制度上、根本的な問題が存在するように思われる一般財団法人の規律付けであるが、その対応としては、社団法人と同じ議論があり得よう。すなわち、最終的な利益の享受者が不在であるか、あるいはそれを創設者と考えると、一般財団法人が理事等の任務懈怠により法人の活動が停止した場合、法人の目的を達することができなくなった不



利益を被る者はいないか、あるいは創設者ということとなる。そして、そのような事態の回避を望むならば、評議員の選任に関して適切な牽制関係を構築をしておけばよいということになる。

もう一つの考え方としては、やはり一般財団法人の存続は有用であるので、立法論として適切な牽制関係の構築を法が強制することであろう。ただし、すでに述べたように一般財団法人については、最終的な利益の享受者が不在であるという点から、株式会社の制度を参考にしただけでは不十分であるように思われる。

#### 4 解決方法の模索

それでは、上記のような規律付けの弱さにどのように対応すべきかについて検討してみたい。すでに検討したように、法人の財産が不正に流出・費消した結果、法人の活動が停止したとしても、その最終的利益の享受者（一般社団法人については社員、一般財団法人については存在しないか創設者）が不利益を被るから、それでよい（あるいは、それらの者が積極的に当該不正を是正する利益を有する）とする考え方もあるが、その是非を検討することは本稿では検討の対象とするところでないし、不正防止の牽制関係や枠組みを作っておくことで機能停止に陥らない団体があるならば有用性はあると考えられる。

このため、本稿の問題意識としては、何らかの対応を考えることになるが、その選択肢としては、①役員の監視、監督機能を高める牽制関係の強化（例えば、社外役員の導入強制化）と、②責任の加重と責任追及を容易化して不正行為を抑止する方法（例えば、役員の責任追求時の立証責任の転換、消費者法を参考にした適格団体による代表訴訟）、③そもそも不正行為を事前に抑止する適切な内部統制を構築させる規律付けなどが考えられるだろう。

### (1) 機関の牽制関係の強化—社外役員の導入

非営利法人に社外役員を導入するに際して、まず問題になるのは社外性の要件でないかと思われる。会社法の社外取締役の要件は、「株式会社の取締役であって、当該株式会社又はその子会社の業務執行取締役若しくは執行役又は支配人その他の使用人でなく、かつ、過去に当該株式会社又はその子会社の業務執行取締役若しくは執行役又は支配人その他の使用人となったことがないものをいう<sup>9)</sup>」(会2条15号)となっているが、これは、会社法が大規模化した会社では株式所有の分散が進み支配的株主が不在であるか、あるいは、株式持合や経営そのものには興味のない機関投資家が存在しており、かつ、日本では従業員出身の取締役が多いために自分以外の取締役の業務執行の監視が十分に行われないうか、気付いていても人間関係から指摘できないという弊害に対応するものとなっている。

これに対して、一般社団法人、一般財団法人では、当該法人の従業員が出世の結果、理事になるということは、例えば事務部門から事務部長になり理事ということはある得るが、従業員出身者で理事が占められるということは考えにくい。むしろ、弊害は設置者に由来する同族的な理事によって法人が支配される弊害の方が大きいように思われる。この点、公益社団法人、公益財団法人では、認定を得るためには公益社団法人及び公益財団法人の認定等に関する法律の5条10号にて「各理事について、当該理事及びその配偶者又は三親等内の親族（これらの者に準ずるものとして当該理事と政令で定める特別の関係がある者を含む。）である理事の合計数が理事の総数の三分の一を超えないものであること。監事についても、同様とする。」とすると規定しており<sup>10)</sup>、さらに、同11号にて、「他の同一の団体（公益法人又はこれに準ずるものとして政令で定める

<sup>9)</sup> 括弧書きは紙幅の都合省略している。

<sup>10)</sup> なお、私立学校法38条7項には、各役員は、その配偶者又は三親等以内の親族が一人を超えて含まれることにはならないといった規定が以前から存在する。

ものを除く。)の理事又は使用人である者その他これに準ずる相互に密接な関係にあるものとして政令で定める者である理事の合計数が理事の総数の三分の一を超えないものであること。監事についても、同様とする。」という規定がある。このような制限は、社外性の要件として一般社団・一般財団法人にも導入されることが望ましいように思われるが、現行法上、一般社団・財団法人には規定がないことを考えると、制度設計としては、これを許容していると考えられる(ただし、税法上の優遇については、公益法人類似の要件がある<sup>11)</sup>)。

## (2) 責任の加重、責任追及の容易化—役員の責任強化、代表訴訟提起権者の拡大

役員の責任強化によって不正行為を抑止するという方法も考えられる。現行法上、理事、監事、評議員等の役員は会社法と同様に法人に対する責任や第三者に対する責任を負っている。これらの責任をさらに強化して立証責任を転換することや、無過失責任にすることが考えられる。しかし、役員に過度な責任を課すことは適切な利益分配とは言いがたく、担い手不足を招く可能性が高い。むしろ、ここでもその原因は、役員の責任が軽いということではなく、責任を追及する適切な動機または利益を持つ者がいないことであると思われる。

この点に着目すれば、公益法人については、監督官庁の監督が十分でないならば、例えば消費者法を参考に、濫訴の恐れがない適格団体に代表訴訟を行わせることを認めるなど、代表訴訟提起権者の拡大という選択肢も有用かもしれないが、一般社団・財団法人は公共性を有しないため外部から訴訟提起する利益もなく実効性を持たせることは難しいものと思われる。

<sup>11</sup> 法人税法施行令3条1項4号、同2項7号には、一般社団法人、一般財団法人にも理事の資格について近親者等が1/3以下であることを要求する規定がある。

### (3) 事前防止体制の改善—内部統制の強化

また、適切な内部統制の構築を促して、そもそも会社に損害を与えるような不正行為を防止するという方法も考えられる。ただし、内部統制は主に従業員の不正を防止するために設置されるもので、役員自ら不正行為を働く場合には、その機能は限定的である。もちろん、理事が複数人いる場合には、自分以外の理事の業務執行を監視する義務や、そのための適切な内部統制を構築する義務を負うので、内部統制でカバーする問題でないということもできる。そうであるとはいえ、内部統制が存在する場合には、規定の内容によっては理事の行為も定められた手続きによることになるので、その場合においては有効であると考えられる。

しかし、それが適切に設置されるためには理事への規律付けが不可欠である。すなわち、構築を法定化しても、実際に適切な内部統制が構築されなければ意味はなく、そういった意味では二次的な制度といえる。また、内部統制の構築は、法人の規模や業態に応じて、適切な形態が変わり得る。しかし、近年、株式会社においては内部統制の構築の基準は裁判例でも蓄積しつつある。このため、費用の問題はあるが、最低水準を満たすか否かについて第三者機関の検査を義務付ける方策もあり得るのではないと思われる。すなわち、これまでこのような機能を担ってきたはずの監督官庁による監督は一般社団法人、一般財団法人では行われず、会社のような株主による監視や代表訴訟提起もないか、あってもその動機付けが弱いと、その補完が必要だからである。

## 5 結論—適切な監督を行う者と責任追及が適切に行われる制度の必要性

一般社団法人、一般財団法人には会社のような持分を有する最終的利益の享受者がいない。特に財団法人については、社団法人のような構成員すら存在せず、理事への責任追及は評議員会が行うのみであり、評議員の責任追及の動機付けは弱い。この点、会社法の牽制関係を導入する

だけでは理事の規律付けが不十分で、この問題点に対応するために、すでに存在している諸制度を参考にすると、社外役員の導入、代表訴訟提訴権者の範囲拡大、役員の責任の立証責任の転換、内部統制の構築が適切に行われていることを確保する制度などの対策が考えられる。

しかし、これらの対策も大部分は会社法を参考にしたもの過ぎず、最終的利益の享受者の不在という問題を手当するものではない。このため、本稿の結論としては上記の問題が原因にあるということと、会社法以上に何らかの対策が必要であるということを指摘するに留まる。また、この問題の解決を留保して制度的に内在する性質であると捉えると、本稿で検討した中で制度趣旨との矛盾がなく実効性が期待できるのは、適切な内部統制の構築を促進することであるように思われ、会社法以上に何らかの形でその構築を動機付けする必要があるように考えられる。

(付記1)

本研究は JSPS 科研費25380108の助成による研究成果の一部です。

(付記2)

本稿脱稿後に、松元暢子『非営利法人の役員の信認義務—営利法人の役員の信認義務との比較考察』（商事法務・2014年）に触れた。同書では、アメリカ法を手がかりに本稿で取り上げる問題について理事への責任追及という側面から詳細な考察がなされている。