

第 10 回 非営利法人ワーキング・グループ  
- 議事録 -

平成 16 年 6 月 25 日 (金) 18:00 ~ 20:00

場所: 虎ノ門第 10 森ビル 4 階

それでは、お忙しい中、ワーキンググループ会にお集まりいただきまして、ありがとうございました。

今日の資料が、幾つか出ておりますけれども、最初に資料 16 について、議論していきたいと思います。

では、事務局からお願いします。

それでは、よろしくお願いいたします。

WG 資料 16 について、簡潔に御説明いたします。本資料は、第 13 回有識者会議の資料 1 - 2 として、議論の中間整理に対して寄せられた意見の概要のうち、残余財産の帰属に関する部分をそのまま抜粋したものでございます。寄せられた意見を事務局において、大きく 3 つに整理して今回の資料としております。 の部分でございます。

1 つ目の は、公益性の有無に関わらない非営利法人制度、いわゆる、ワーキンググループで検討中の 1 階部分について、残余財産を社員に帰属させることを禁止すべきであるとする意見でございます。その理由として寄せられた意見を見てみますと、非営利、剰余金の分配を目的としないということの意味として、残余財産を社員に帰属させることを禁止することをも意味するという理解に立ったものが幾つかございます。1 . 2 . 4 . 5 . 辺りはそういう意味に取れると思います。そのほか、民間非営利活動へのより多くの人の寄付や参加を促すため、解散時の分配禁止が誰の目にもわかるようになることが不可欠とする 3 . のような意見もあり、また、社員への帰属禁止と税制上の措置に言及するものも 5 . 6 . というようにございます。

ただ、この 1 階部分をすべて残余財産帰属禁止とするという意見につきましては、まずワーキンググループで検討された非営利の概念は、制度上、社員に「持分」ですとか「残余財産の分配請求権」を保障しないということであって、「残余財産を社員に帰属させてはならない」という規律を一義的に導くものではないというものであり、ご指摘にかかる非営利に関する理解は、現行法上の非営利の概念の整理と相容れない部分があるのではないかと思います。

また、ワーキンググループでは当初から、かなり注意して、「非営利」ということは法人の活動自体を限定するのではなく、公益をはじめとする積極的な意味を持つ活動だけにするものはないということを繰り返し御確認いただいているところですが、やはり 3 . の御意見のように、非営利活動イコール公益活動ということを前提とする御指摘もあるようでございます。

そもそも今回の法人法制を創設する理念が公益の有無にかかわらず、さまざまな団体に法人格の付与の機会を与えるということが人々の自由活発な活動につながるという点にあることを考えた場合に、残余財産の帰属に関する規律だけを厳しいものにするというのはどうかと思われます。

もっとも、これらの御意見は中間法人法を別途残すということを前提とされておられるかもしれません。そうだとすると、2つ目の と同趣旨の御意見となるかと思われます。

そこでおめくりいただきまして、2つ目の でございますが、こちらは残余財産を社員に帰属させることを禁止する類型を別に設けるべきである。2 類型設けるべきであるという御意見であります。その理由といたしましては、今、申し上げました、1つ目の と同じ理由のほか、8 .では、「非営利法人の多様さを保障すべき」とするものもでございます。ただ、現行制度の多様さはむしろ協同組合のように持分や残余財産分配請求権があるという意味での多様さはあるのですが、逆に公益性の有無にかかわらず、非営利というだけで帰属禁止を定めるという意味での多様さは見当たらないのではないかと思います。

とはいえ、このように残余財産の帰属に関するルールをオープンにするというワーキンググループの御議論に対しては、かなり多くの反対意見が寄せられているため、今般このうちの2つぐらいの団体に直接意見を伺ってまいりました。しかしながら、そこでの御意見の要旨は、「法律上社員への財産を帰属させることができないタイプを求める団体が相当数いる」とか、「定款で社員以外に帰属先を定めても定款変更の可能性があるので不十分である」とか、「公益性という概念は不明確であり公益の有無にかかわらず帰属禁止タイプを設ける必要がある」とか、「非営利法人にはいろんなタイプがあってもよいのではないか」という御指摘であって、相当強いニーズであるということ自体は認識したのですが、公益性のある非営利法人のほかに、つまり、法律上、公益性が要件とされないにもかかわらず、帰属禁止タイプを設ける制度的な理由として、どのようなものがあるのかについては、残念ながら、私自身は理解することができなかった状況でございます。

最後に、おめくりいただきまして、3つ目の でございますが、公益性のある非営利法人については、残余財産を社員に帰属させることを禁止するべきであるという御意見です。これは親会議において、まさにその方向で御議論をいただいております。課題は2階部分における制限の実効性ですとか、公益を失った場合における当該制限の維持の要否、維持を必要とする場合の制限の実効性の確保といった点にあると思います。また、そこには残余財産とは何なのか。社員の出資といいますか、いわゆる拠出に関わる部分は、当初の額を超えなければ返還は認めていいのではないかという御指摘も親会議でございました。いずれにせよ、最後の は親会議で主に御議論いただく事柄であろうと思います。

以上でございます。よろしく願いいたします。

そういうことで、いろいろな御意見が寄せられているわけですが、これに対して、どう考えていくべきか。特に非営利の法人という類型の中でどう考えるべきかということをお議論いただければと思いますが、いかがでしょうか。

定款で分配しないということを定めるのは、これは自由なわけですがけれども、それでは足りないという議論も、寄付が集まりにくいという実際的な心配としてはわかりますけれども、法的な面から見たときに、定款の定だけでは足りないというのは、どういうことでしょうか。

先ほど申し上げたとおりですが、要するにこの点に関するルールが関係者間でも一律に決まっていなくて困るという御指摘のように思いました。

関係者間というのは。

まず、社員相互があり、社員以外の会員ともおっしゃってました。会員以外にも寄附者、援助者、さまざまな関係者がいる中で、その法人の財産の行く末について、活動中も解散時も社員に行くことだけはないというタイプが、誰にも変更できない形で維持されたいという御指摘でございました。

これと少し関連するが、理論的には違う問題としては、公益法人の場合に残余財産分配は禁止するというタイプしか、仮に認めないとしたときに、それ自体にもいろんな議論があり得ると思いますし、私もちょっと違った考えを持っておりますけれども、仮にそういう立場を取ったときに、今までは公益性の認定を受けていた団体だけれども、今度は公益性の認定を受けない団体に変わる、言わば、2階から1階におりてくるというときに、その残余財産をどうするかという問題がありますね。これはどこで決めるべき問題なのかよくわからないけれども、その場合にも恐らく完全に自由にはならないのかもしれないけれども、どうなんだろうな。自由という考え方はやはりあり得ないんですかね。少し似た問題だけれども、公益法人から下におりてくるときには、その財産については、おりてきても分配はできない。非営利法人になったとしても、非営利法人になること自体は恐らくできるんだと思いますけれども、だけれども、分配はできないというルールを何かつくるのが考えられますかね。それと少し似た側面があるのかな。

似ていると同時に違うであろうと思われる部分でございしますが、違うと思われる部分は、やはり一旦公益性の認定を受けて、公益性の認定に伴う活動、あるいはさまざまな措置、関係者との間、寄附者もあると思いますし、また、中身は決まっていないうらうと思っておりますが、公益性のある場合には、税制上の取扱いも異なる可能性があると思っております。となった場合の禁止は現行でも、民法は明文で禁止はしておりませんが、NPO法や特別法上の公益性のある法人につきましては、残余財産の帰属先についての定款の定めに制限が現在もございしますので、まず、それが必要であろうと。一旦そういう立場になったのであれば、それが公益性を失った場合にも一旦そのような措置を受けた以上は、それを維持する必要があるのではないかと。維持するとしたら、どういう仕組みで、しかも1階におりても実効性のある形で維持するののかというのは、また別の議論ではないかと思っております。

今、座長が問題提起されて、事務局がお答えになった、一旦公益性が認定されて2階に上がったものが1階に移行したときのことをどうするかという問題は、それとして重要な問題だと思いますし、おっしゃられたように、2階のところであった規律の言わば、余

後効みたいなものとして、1階におりてきた後にも一定の制約が働くというようなことはあってよいと思うんですが、そのことと、最初にこのWG資料で御提起いただいた3つの議論は、一応分けて議論するのが適当ではないかと思います。

その の方について申し上げますと、 の1番目については、今までのワーキングで議論してきた非営利に関する検討はそれなりに詰めてやってきたわけでありまして、それをかなり根本的に見直すことを要請している部分がございますので、これについては率直に賛成いたしかねるというふうな印象を持ちました。

2つ目の につきましては、この2類型を設けるべきであるということの、座長がおっしゃられたように、気持ちは大変よくわかるのですけれども、2階部分についての公益性ないしは、それに関連する規律がどうなるか。また、それに関連して極めて重要なこととして、税制上の取り扱いがどうなるのかの帰趨を見た上で、なお、こちらのワーキングとして、こういう2つ目の に対応するような議論をしなければいけない必要があるんだとすれば検討してもいいと思いますが、今にわかに、かなりのウェイトを与えて議論すべきことかどうか、若干これはむしろ留保という形での意見を申し上げたいと思いますが、そのような印象を持ちました。

勿論、私も公益法人、2階から1階へおりてくるルールと、仮に2類型を設けて残余財産分配禁止というタイプの定款で定めたような場合ですけれども、定款で定めたそういう残余財産分配禁止の法人が今度、残余財産分配可能型に移るということを確認するかということの関係で比較して、どこが同じか、あるいは違うのかということをやっと考えてみたわけですけれども、理論的には、やはり違うものであることは確かにおっしゃるとおり。

第1の については、委員のおっしゃったのと、私も同意見で、問題は第2の 、つまり、新たな類型を設けるかどうかということだと思います。これは白紙の状態で考えた場合には幾つかあり得ると思うのですけれども、ただ、それにしても問題は2つありまして、1つは、そういう類型を設けると非常に複雑になるということがあると思います。つまり、1階の部分で2類型を設けて、しかし、そのうちの一方だけが2階に上げられるのではなくて、どちらからも上げられるだろう。そうすると、そのずれが出てきて、非常に複雑になるのではないかという気がいたします。

もう一つは、より理念的な問題なんですけれども、残余財産を禁止する類型を設けるということの中に、公益性の認定を形式化しようという発想が潜んでいるのかなと思うんですね。それはそれで、実際的な意味はあるようにも思いますけれども、しかし、やはりそういう形式に還元されるものではないのではないかという気がいたします。ということで、どうもやはりこの第2の についても、消極的な意見になるかなと思います。

恐らく、今ここで、どちらで行くかということまで決めるわけではなくて、ちょっと御感触を伺って、もうちょっとどういう問題点があるかというのを検討したいと思いますが、けれども、もし何か御意見があれば、おっしゃっていただきたいと思います。

恐らく、第1の に関する点は、皆さん、大体御意見が一致するのだと思いますけれども、要するに、1階部分の非営利法人について、全部残余財産の分配禁止タイプにすべきだということについては、そもそもここで議論してきた非営利の概念とも少し違ってくるし、また実際のニーズの点でも、やはりそれは行き過ぎだろうという両方の面から、それは難しいのだらうと思います。2類型というのが考えられるかどうかですけれども。

委員、御意見ありますか。

おっしゃるように、これはある意味で中間法人法をつくったときに決着がつけられてしまったかなと思っているんですけれども。最近の中間法人を見ると、実際には営利法人的なものが中間法人として設立される例がかなり出てきているみたいで、私自身としては、実は最初の も、やや複雑な心境があります。中間法人法立法のときに、実は残余財産を社員に帰属させる可能性を認めても大丈夫かなという心配はあったんですけれども、現実論として考えると中間法人が既にそういう制度として動いていて、そういうタイプのものを否定できないとすれば、実際論として最初の のような方の立法に行くのは、かなり難しいのではないかと思います。中間法人法との関係はどうするかということにもよりますけれども、さっき事務局がおっしゃったように、中間法人法を存続させて、また別にこれを立法するというのであれば、こちらの方を最初の のようにするということもあり得るかと思うんですけれども、中間法人法を吸収するような形の一般法としてつくるとすれば、既存の中間法人に対して、この点に関するルールを変えるということは實際上、言えるかという点と難しいと思います。

ですから、実質的な非営利を担保するためには、そこまで行った方が本当はいいのではないかという気はあるんですけれども、それは實際上、立法することは難しいと思いますから、今この時点で時間をかけて、これを議論する必要はないのではないかと思います。

よろしいでしょうか。

それでは、別に最終的にすべてが決まったわけではありませんけれども、引き続き、もうちょっと理論的な問題点を整理いたしますけれども、とりあえずここでは積極的にこの問題について、つまり残余財産分配禁止型の法人を設けるといふところまでは、今のところ積極的には考えないということにしたいと思います。ただ、議論をもうちょっと深めるということで、そういう論点は整理しておきたいと思います。それでは、資料16については、とりあえず、そういうことで更に検討いたします。

では、引き続きまして、資料17の方に移りたいと思います。これも事務局から説明してください。

それでは、WG資料17でございます。財団の関係の資料でございます。本資料は、第14回有識者会議の資料3「非営利法人ワーキング・グループにおける検討状況について(その3)」という形で、親会議に報告いたしました資料を土台といたしまして、これまでワーキンググループで御議論いただいた中で一定の方向性が示された部分と、まだ未解決となっております部分を網羅的に整理してみたものでございます。これまでの資料とかなり重複

する部分もございますので、今回に当たって若干修正した部分を中心に御説明させていただきたいと思っております。

第1の「総論」は「公益性を要件としない財団形態の法人制度を創設する意義、理念」という部分ですが、内容は親会議に報告した資料と同じでございます。形式的に(2)と(3)の順序を入れ替えたことと、各項目の最後の部分にその中身を、若干意味づけを明確にするという趣旨で括弧書きを加えたところが修正点です。 にあります、こういう財団を広く認めた場合の懸念といたしましては、親会議に報告しましたとおりの懸念をそのまま引き続きここに書いてございます。

2の「『非営利』の意味」でございますが、第8回ワーキンググループの議論で、論理的、形式的な整理としては本文のようになるのではないかとということで意見が一致したと思ひ、このようにいたしました。ただ、その上で財団につきましては、 に書きましような制約を設けることの当否が、第8回の会議でも問題となったというふうに考えております。本文で言うところの、非営利とは別な形で、営利法人と同じことを財団で実現できるとなってしまうのは適切ではないのではないかとこのほか、非営利の社団ではできないことを財団で実現するというのも、やはり適切ではないのではないかとこの御指摘がございましたので、このように書いてございます。

おめくりいただきまして、3でございますが、これは最も今まで時間をかけて御議論いただいている部分でございます。資料は、親会議に報告した内容とほぼ同じでございます。修正した点は、(2)の 2の書きぶりでございます。差止請求権と解散を求める訴えは別項目といたしました。その意味、こちらの気持ちといたしましては、①の差止請求権は 1の制限があってもなくても社団にならって差止請求権というものを置いた方がいいのではないかとと思われる、抵抗なく置けるのではないかとこの②の部分については、財団タイプに解散を求める訴えを設けるのかどうかという部分。設けるとして、 1の制限に反することを理由とすべきかどうかという部分について、新しい考え方になると思ひますので、十分検討いただく必要があろうと思ひ、別項目といたしました。

ただ、実効有らしめるための方策としては、有力な手段だと思ひますので、もし(2)になる場合には、 2の②についても御検討、理論的な支えをいただければというふうに思っております。

第2は「各論」でございます。1は「設立」です。準則主義になる場合には、本文あるいは に掲げた記述を置くこととしてはどうかと考えております。

おめくりいただきまして、 の③ですが「設立時の」というふうに限定をしておりますので、その後、役員が交代する場合には、寄附行為を変更する必要はないというふうに思われます。

現在の実際の財団の定款、寄附行為例におきまして、附則に設立当初の役員を書くという取扱いで、寄附行為の変更をしなくても役員は交代できるという形になっております。

2は「基本財産制度」です。(1)は親会議に報告した内容と同じです。

(2)は、設立者が基本財産を拠出する旨を定めようとするものです。その上で についてどう考えるか、拠出があったことを設立手続の中でどう確認するかという部分でございます。

(3)は、財産の種類は制限しないという方向で、特に異論がなかったのではないかと考え、このようにいたしました。

(4)(5)については、まだなかなか明示的に御議論がない部分だと思しますので、WG資料13で論点提示したとおりの形そのままでございます。

3は「管理(ガバナンス)」でございます。この部分は、親会議にもある程度方向性を示して報告した部分ですが、(1)の評議員会については、必置の機関とした上、その権限を法律で定め、選解任は評議員会の議決によるとしてはどうかと考えております。

また、おめくりいただきまして の「任期等」も規定を設ける方向で検討してはどうかというふうに思います。

(2)の「理事及び理事会」につきましても、理事会を必置とするという方向でございます。ただ、理事会を必置としたことに伴って、各理事の権限をどうするかということが次に問題になるかと思っております。

資料は、理事の各自代表でよいかという形にしてありますが、あるいは社団で御検討いただいておりますところの理事会設置タイプのように、理事会で代表理事を定めるという制度設計もあろうかと思っております。

④で、任期等のうち財団の理事についても法人に対する責任、第三者に対する責任を法定する方向で検討するべきではないかと思っております。

(3)で監事も必置とした上、業務監査を行う機関とし、法人または第三者に対する責任を法定する方向でいかがかと思っております。

4は「寄附行為の変更」でございます。(1)で寄附行為は変更できるものとした上で、(2)で変更の要件に関する規律として、2案提示しております。

「設立者の意思の尊重」という社団との違いに重きを置いた場合には、B案になるかと思っております。

これまでの議論では、A案、B案、それぞれ御支持の御意見があったと思しますので、両論併記してございます。

5は「計算等」です。(1)は、計算書類や会計帳簿をつくることを前提に、 で計算書類の承認、監査の流れについて、社団の現在の在り方にならうこととしてはどうかと提案してございます。

(2)の開示につきましては、 1で、財団を構成する財産は、これには基本財産以外にも含むべきと考えておりますが、それを一般に公開すべきだという指摘を盛り込んでおります。

2のその他の開示の在り方については、社団に関する規律がまだ検討中でございますので、ならってはどうかと考えております。

おめくりいただきまして、6は「解散」でございます。ここで1つ④を解散を命ずる裁判としましたが、先ほど御説明した解散を求める訴えを財団でどうするかという部分と関係があるかと思しますので、命ずる裁判としてしますと、解散を求める訴えは当然入ることになりますので、その点の御検討も必要かと思います。

1は、任意解散を法定の解散事由とすることの可否について問題提示しております。引き続きまして、(2)「休眠法人の整理」(3)「解散命令」につきましては、準則になることに伴って、必要となる事後チェックの在り方ではないかというふうに考えておるところです。

7が「合併」です。合併手続について所要の規定を置くと。

8が「清算」でございます。清算につきましては、残余財産の帰属が最も問題となるわけですが、財団ですから寄附行為で決めるということが、まず第一にならうかと思いますが、その定める寄附行為の内容についてに掲げた制限、1つ目は出した限度でというのが①です。②は出した額も含め、出した人には戻ってこないというような制限を設けるべきかというところが御議論になっておるところと思います。

(2)と9は「その他」でございます。

以上です。よろしく願いいたします。

それでは、財団法人についていかがでしょうか。これも何度も大分議論していただきましたけれども、幾つか決着がついていない問題については、対立をそのままずっと引きずってきたような形になっておりますが、ある程度方向性が出せればいいなと思えますけれども、御自由に御議論いただければと思います。

この2ページ目の「3 目的及び事業」のところ、今まで一番対立しているところだと思います。この中の(1)で、できるだけ制限を設けないというタイプのときに、法定の存続期間を設けるという案については、これは支持が多かったんでしょうか、それとも議論の中でだんだんなくなっていったのか、ちょっと今はっきり覚えていないんですけれども、委員が最初に主張されたような気がしますけれども。

特に考えておりませんが、(1)を取ることに、消極論がなお強いのであれば、2の法定の存続期間をつくることで、財産の固定化というものが広範には生じないという形で、その問題に対しては対応できるのではないかという仮定に基づいた理論でありまして、その期間を設けて、(1)がそれがベストだろうというように、今、意見を形成しているわけではありません。

法定の存続期間というのも、實際上、難しいのではないかという感じがします。かつては委員がこれを主張されたときには、これがベストだということではなくて、(1)に反対する意見に対してはこういうこともあり得るというぐらいの御意見だったと思います。

(1)で行くか、(2)の方で行くかというのは決め手がないところがありますけれども、大体半々ぐらいだったでしょうか。

どうぞ。

意見というのではなくて、少し立ち戻って教えていただきたいんですけども、1ページ目の「第1 総論」の1の(2)のところなんですけど、ここが私自身よくわからないところなんですけども、法人格の付与と公益性の判断を分離するという基本的な枠組みを前提とするということですが、私の理解では、次のページの、今、座長が御指摘いただいている、公序良俗に反する場合のほかには一定の制限を設けるというのは、やはりここについて、正面であるかどうかはともかく、やはり疑問を呈していらっしゃるんじゃないかと思います。

私自身は、法人格の付与と公益性の判断を分離する基本的な枠組みが望ましい制度だろうということも、必ずしも十分にはよくわからないんですけど、しかし、ここでの議論の前提条件として受け入れるならば、2ページの3のところは(1)の議論の方が素直に結び付くだろうと考えております。

ですから「第1 総論」の1の(2)のところについて、社団法人についてはそのまま当てはまるけれども、財団法人については、やはりやや財団法人であるがゆえに、何らかの実質的な意味でのニュアンスを動かしていいでしょうか、重点を動かして考えるのがよいのか、それとも差し当たっては考えないのかというところがよくわからないところがあります。

根本問題だとは思いますが、今、この時点でどちらか選択することが適切なんだろうかね、検討の進め方として。

そこは、それぞれ思惑は胸の中に思っていて、そして2のところでも具体的に議論することですか。

多分、上の2階の議論なんかを見ながら決めていかなければならない根本問題で、今、ここで決めなければいかぬ時期に熟しているのかどうか。もし熟していないのであれば、むしろほかのところを先に詰めていった方が効率的な検討の進め方かなという気がするんですけども。

それは3についてもということですか。

ええ、多分3と一体ではないかと思います。

委員が言われたように、やはり両方が関係するんですね。

確かに大元の公益性の中身が2階でどうなるか、広くなるのか、狭くなるのか、2は必ず影響を受けるところであるかと思えます。

ただ、ここでの議論として、総論の1の(2)というところで、財団についても公益性を持たない財団の設立も認めるということまでは大体合意ができていないでしょうか。

その意味では、第1の1の(2)があるから自動的に3についてどちらかになるというものではないんじゃないかなという気がいたします。

はい、自動的に勿論ならないのだろうと思いますが、しかし、(2)のニュアンスをどのぐらいに取るかということで、「3 目的及び事業」についての(1)と(2)に

ついでに態度が左右されるかなというふうを考えておるとのことです。

最低限、委員が言われたように、(2)でもって、要するに非営利の財団というものは認めるけれども、どういう範囲で認めるかという問題が、(2)のところにはニュアンスとしては出ていないわけですね。そのニュアンスの問題は、むしろ目的、事業のところを制限するかというところで、實際上議論されている。そういう構造になっているわけですね。

わかりました。いずれにせよ、これは別にここでもって決めてから先に進もうというわけではなくて、先ほど言いましたように、皆さんがどのぐらいの意見分布になっているかというのを、ちょっと確認しておきたいという趣旨ですので、これは恐らく最後まで意見の対立は続くと思いますので、どこかで無理やり合意するという必要はありません。

そういう意味では各論の方が議論しやすいと思いますが、いかがでございましょうか。

各論の「1 設立」のところ、設立のときに、評議員はともかく、理事とか監事は寄附行為で定めるとするのは、これは現在でもやっていることですか。

現在でもやっている、やらなければいけないわけではありませんが、やっているケースはあるようです。

寄附行為の中で決めているんですか。

はい、寄附行為の「附則」で決めていました。「当財団の設立当初の役員はだれとだれにする」と、「その任期は何条の定めにかかわらず、　　までとする」と決めている例がございました。

寄附行為で定めているけれども、それはあくまでも設立の最初の評議員とか理事、監事だけについて当てはまるルールであって、それ以後は定款、寄附行為の変更なしで変えられるということですね。

はい。

そうですか。

これは恐らく中間法人法でも設立当時の社員を定款に書くというルール(中間法人法第10条第2項第2号)もございませぬけれども、それも設立後に社員の変動があっても、定款変更の手続は要らないと言われております。ちょっと違う話かもしれませんが。

基本財産制度についても大体こんなところで皆さん合意ができていたような気もしますが。

新しいところは、(2)の拠出については、今まで余り書いておりませんで、これも実は、「設立者が必ず拠出しなければいけないか」という点がどうもよくわからないのです。普通は設立者が拠出するそうなのですが、例えば学校法人の例を聞いてみたんですけども、あれは財団タイプらしいのですけれども、設立手続をする人と、お金を出す人が法制上一致していなければならないわけでもないようです。例えば、設立者とは別に、設立準備財団みたいなものをつくって、当該財団の財産が学校法人の基礎となるというやり方もあるようです。それはおそらく相当多額のお金が必要だからかもしれません。また、特

別法上の財団タイプの法人ですので、それと全く同じとはいえないと思いますが。

設立者という概念はなんですか、要するに寄附行為の当事者という意味ですか。

民法で言えば、寄附行為を行う人で、その寄附行為の中には、「書面たる寄附行為を作成する」ということと、「財を拠出する」ということが入っているのではないかというふうに注釈民法には書いておきまして、普通の理解はそうではないかと思います。

ただ、民法にはっきり「拠出しろ」と明示的に書いているわけではありませぬので、解釈の余地はあるかと思いますが、強いてそういう解釈をしたいというわけではなく、むしろ原案はそこを明確に設立者が財を拠出してください、設立者は書面たる寄附行為もつくって、それに署名もしてくださいというのを1の方で、社団にならなくてですけども、それを御提案しておきます。

先ほど、準備財団ということをおっしゃいましたけれども、それは多数の拠出者がいる場合の受け皿としての準備財団をつくってという趣旨ですか。

そういう趣旨です。

設立者というと、何か一人の人みたいなイメージもありますが、実際には複数が出すということはあるわけですね。

それはあり得ると思います。

前にもここでちょっとお話ししたことがありますけれども、ドイツの財団改革の中で、かならずしも法的な類型として主張されたわけではありませぬが、新しいタイプの財団として市民財団というものが議論されました。これは、たくさんの人たちが拠出して、それで財団法人をつくるというタイプなんですけれども、そういうタイプについて、どういふ点が法律的に新しい問題を生じさせるのかというのは、私もよくわかっていないんですけども、このような財団を考えた場合に、財産を拠出している人たち、複数の寄附行為者がいても、それ自体はおかしくないですから、その点は全然問題ないんでしょうね。

しかし、ここで寄附行為者とは別の完全な第三者が財産を拠出する、寄附行為者は全然財産を出さないで、財産拠出者が別にいるというのは何なのだろうな。第三者が出す財産の拠出というのは何なのですか。

設立手続中にすることが必要だと思います。設立後に出されれば、ただの寄附だろうと思います。

だから、設立者というのは、どういう標識で決まるのかによるのではないか。つまり、お金を出すという実質的な部分が設立者だという整理をすれば、そこが一致して、その結果、全員が書面たる寄附行為に署名していただくということまでも導き得る、あるいは設立の登記の申請の際の申請人に名を連ねていただくとか、ちょっと瑣末なことですが。ただ、そこも設立に関する組合みみたいなものをつくってやったらどうなるのだろうかとも思ったのですが。

ただ、ここでの御提案は、とにかく設立者は財を拠出しなければいけないということにしておく。ただ、設立者でない人が出すことを拒むことにはならないのかなとも思ってい

るんですけれども。

そうすると、設立者という概念を法律の中に書いて、その人についてのいろんな法的効果を、会社で言えば発起人に当たるような、そういう法制をつくることをお考えなんですか。

余り発起人と並べて考えなかったんですけれども、結果的にそうなっているのかもしれないですね。

と言いますか、何かしらのルールがあった方がいいのかなと、準則主義なので、財団をつくるときには、「だれがどういうことをするのですか」という規定を何とか置けた方がよるしいのではないかと。

基本財産に関する制度をどれだけのものにするかということにも関わってくると思います。ある程度きちんとしたものにするのと、それを出すべき設立者についてもある程度の法的な何かのルールを設ける必要が出てくる。会社の発起人ほどではないにしても、そういうことになるのかもしれないですね。

基本財産というのは、例えば登記するとか、何らかの公示をしたりすることになるんですか。

はい、この間も御指摘をいただきまして、まだ十分に詰めておらず、資料には載せていないんですが、基本財産の額を登記するのが望ましいのではないかと考えております。

その基本財産に見合う財産が形成されるようにする義務が何か出てくるんですかね。

はい。それで形成維持、(5)でお書きしましたが、基本財産の処分の制限を通じた維持の義務をどうするか。多分、登記するのであれば、維持した方がよるしいのではないかと考えております。

最初の(1)の「設立時の基本財産」ということで、1と2とあって、1については御存じのとおり、法制審の会社法現代化部会は、(2)の処分の制限については300万円と設定して、(1)の方はいろんな妥協の結果、これは廃止するという事になったわけです。

そうすると、それとの見合いで、財団法人のときの基本財産について、どういう制度にするのか考えないといけないですね。両方とも300万なら300万だとすると、割と制度としてはシンプルになりますけれどもね。維持義務の方についてだけ300万があるのにならうのか、それとも財団法人として特有の基本財産制度を考えるのか。財団法人というのは財産の集合体である以上、最初から1円財団があっていいと考えるのかどうかということに関わってきますね。

そこは、1円財団というのは、やはり非常識であろうということで「現行の」というのを。

そういうことで入れられたんだろうと思いますけれども。

はい。

維持義務の方だけが制限があるというのは、どういうことですか。

営利法人ですから、最初1円出資して会社を設立しても、その後、300万まで会社の純資産がたまるまでは配当してはいけませんという形での法規制が入るということになります。

でも、こちらの方は営利法人ではありませんから、配当は前提にしないので、維持義務をそのままってはこられなくなったのかなと思います。

こちら辺も社会のニーズがどこにあるのかよくわからないけれども、財団法人である以上、ある程度の財産はなくてははいけないだろうというぐらいの漠然とした了解はあると思います。

基本財産というものに、対第三者、特に法人の債権者等に対する信頼確保という要素を入れた制度にするのか、もしそうだとすると、それなりの手当を入れなければいけないということになると思います。その実際上の責任を負うことになるのは、最初は設立者であり、成立後は、多分理事とか、そういう人ということになるんじゃないですかね。

基本財産については、理事が通常の業務執行で処分するという事は難しいことにするのですとか。

それと相反するのが、2の部分の基本財産取り崩し型財団というものも若干問題を複雑にしております、これはそういう目的をどこかで明確にすることによって、そういう財団ですということで調和をさせ、もし2にニーズがあるとすれば、ただニーズは否定できないのではないかというふうにも思っております。

財産は取り崩せないということになると、不便もあるだろうし、それから主として考えたのは、むしろ最初から計画的に取り崩すということかもしれませんけれどもね。

2の取り崩し型は、計画的にとなりましょうか。ただ厄介なのは、当初から2タイプというか、目的が判然明瞭になっていけばいいですが、途中から、やはり最初の事業はうまくいかないで、取り崩し型に変わろうというようなものが出てくると、また面倒かなと思っております。ただ、そこは変わるときのきっかけを、はっきりさせればよいのかもしれません。済みません、少し議論を混乱させてしまうかもしれません。まずは、両タイプを認めるかどうかだと思います。

基本財産の意義、性格ですが、言わば会社の資本みたいなものと考えますか。それとも、それとはかなり性格の違うものと。

それは、計算上の数額と見るか、物の保持義務と見るかでしょうか。

言わば、財産の維持義務のための基準としての資本ですね。資本は、御存じのように減資なんかできますから、言わば取り崩しもできるんですけども、一方で、ここ例えば、最低基本財産のような概念を入れるとすると、取り崩し型であっても、最低基本財産額以下には取り崩せないとか、そういったことを考えていて、更に、法人の債権者の保護の意味を持つとすれば、取り崩す際に、現在の商法の減資みたいに債権者保護手続を何かかませることにするのかとか、そこまで考えることになると思うんです。

基本財産と一口に呼んでおりますけれども、最低基本財産の部分と、基本財産となる

ための手続、(4)の手続によって、それより多く基本財産とするということもあり得て、仮に300万投じた場合に、300万までの部分の取扱い、300万から下げる部分の取扱いを分ける必要もあるかと思えます。その300万を下げる場合には、債権者の意思の関与も入れるとか、その上の部分であれば、債権者の関与は当面、最低限300までは債権者の関与するところだというのもありますし、そうでないのも勿論あると思えます。

債権者との関係でも、現在の債権者の債権を弁済するのに足りないことになれば、それは手当がある。取り崩しても、その財産が直ちに外に出るわけじゃないから、財産は何らかの形で残っていれば問題がない。いずれにせよ、債権者の債権を弁済するに足りないような行為をすれば、これは詐害行為の方でチェックできるわけですね。

ですから、詐害行為に任せることでいいのか、それ以上のことをやるのかということだと思います。

どこまで厳格に財団法人の場合に債権者保護の手続を入れるのか。

だから、基本財産というのは、単なる内部的な。

健全にできるかどうかですね。

健全にするための単なる内部的なルールにとどめるのか、あるいは会社の資本みたいに、外部の債権者も考えたような制度までにするのか、内部でというのも十分ある考えだと思います。

中途半端かもしれないけれども、基本財産の額は公示はするので、その限りでは債権者の保護にはなるのでは。

ただ公示をして債権者保護を考えると、それなりの意味のあるものにしないといけなくなってきました。

だけど公示した以上、減らすためには厳格な債権者保護手続をしないとだめだというふうに言われると、荷が少し重過ぎるんじゃないかという感じもする。

むしろ、後に出てくる財産の計算書類の開示の制度の中で、ここの部分は基本財産ですという形だけ開示するということはあると思います。

先ほど事務局がおっしゃったことに質問なんですが、基本財産というのは、会社のよなタイプの貸借対照表をつくったときに、負債の部の下に資本のよなところに、まさに数额的に表われる概念なのか、それとも資産の部のところの不動産とか、現預金とか、そのどのれかが、これが基本財産というふうに性質決定するようなものなのか、どちらでここはお考えになっていらっしゃるんですか。

決めかねております、済みません。

どっちなんでしょうね。

法人の目的によって違うかもしれない。たとえば、基本財産、特定の不動産なり美術品などを、これは公益法人が念頭にありますが、まさにその特定の資産を維持することが当該法人にとって重要だということになると、そしてそれを基本財産にしていると、そうすると単なる金額だけ維持すればよいということにならない。

公益法人関係については、まだ固まったものがないですね、最近『金融研究』に論文が出ておりましたけれども、これからまさにどうつくっていくかという話なので。

今の先生がおっしゃったのは、二重になるというんでしょうか、負債の側に、右側の下の方に基本財産というのを数額で書いて、左側の資産のところの不動産に、普通の基本財産にならない不動産があれば、それと区別して、これは基本財産ですというのを挙げて、ほかに基本財産がもしなければ、それが一致するというようなことになりませんか。

今の公益法人の会計は、そんなことをやっていませんでしたか。

今は、資産の部の方で、特定の資産について、基本財産というような形で表記していて、会社の貸借対照表における貸方の負債のほかの項目としての資本みたいな扱いにはなっていないのではないのでしょうか。

そうすると、それに対応する右側はどういうふうに計上されるんですか。

貸借対照表がございまして、右左はなく縦に並んでおりまして、1. 資産の部、2. 負債の部、3. 正味財産の部というふうになっております。

それを右欄に再構成するとどうなりますか、できないんですかね。

いや、できるはずではないでしょうか。できなくはないと思います。

そういう観念を入れた制度にするかと、むしろそれを議論していくことになります。

委員の議論も、最初の問題点は会計の書き方はともかくとして、金額だけ維持すればいいか、それとも特定の財産として維持しなければいけないのかという問題ですね。

そして、金額だけ維持するというのが、私は議論として先行するのかなと思います。その上で、プラスしてある種のタイプの財団については、あるいはすべてかもしれませんが、具体的な財産を基本財産と定義して、それについての処分については、追加的な制約を課すというような構造になるのではないかなと思います。

一種の処分制限の問題なんだね。

おっしゃるとおり、財産の処分制限の問題と基本財産維持義務というんでしょうか、その株式会社におけるような配当制限になりますけれども、配当制限はこれではありませんが、それと同じような問題と2つあって、両方をそれぞれ議論しないとイケないんだらうと。

確かに、どちらかと言うと、今までは少なくとも金額の話をも議論していたような気がします。

さっきから繰り返しになるけれども、公益法人においては、まさに特定の財産を処分してはいけないという意味での、そういう基本財産というのは、それなりによくわかるけれども、そこは非営利の中間的な法人になると、余り財産的な拘束というのは必要ないようにも思います。その法人にとってそれが必要であれば、定款の中でもって処分はできないというふうにしておけばいいわけで。

それは理事の権限を縛るだけの話になると思うんです。

しかし、そういう処分できない財産の種類というか、資産のところでの処分制限の制

約も課すような基本財産という考え方があり得ないではない。

だけど、いままでここでの議論は、そこまでは念頭に置いていなかったということなんではないですか。

そうしますと、その金額ですと、社団の場合も同じようなことになるんでしょうか、それとも財団だからと。

財団だからという議論だったのではないのでしょうか、社団はゼロでもいいのですから。

拠出金の定めを入れれば、社団でも任意的にその機能を持つ場合もあるのではないのでしょうか。

つまり、債権者保護のための基本財産で一定の金額がなければいけないということですと、それは何も財団に限らずに、社団についても同じ問題があるのではないかと。

社団の場合には、いろいろ会費とか拠出義務とか、いろいろ社団として負わせることも不可能ではないので、すべての社団がそうするかどうかわかりませんが、必然的に基本財産を要求することにはならない。

そうなのですが、債権者保護というレベルだと、何かまだ共通点があるような。

何かあった方がいいかもしれないということですか。

そういう気はしますが、ただ財団特有のこととしましては、むしろ設立者による財産の目的的拘束というのがその処分な特徴かなという感じがいたしますけれども。

そっちの問題がまた出てくるですね。

財団法人が財産の塊だということから出発した場合に、基本財産制度を設けて、数額的に把握するとすると、ぐるぐる回るとは自由になりますね。いわゆる正味財産とか、純資産の分だけ債権者保護のために確保しておけばいいということになって、勿論、理事の手を縛ることはできるかもしれませんが、それはオプションとなると、委員がおっしゃることとはちょっと違うかもしれませんが、財団法人という出発のイメージが大分変わってきて、それはそれであるんだろうと思うんですが。

確かに財産に拘束を加えると、だんだん違ってきてしまうね。

それも寄附行為の書き方によるのではないですかね。

動かない財団モデルをつくることはできると思うんですが、動く財団法人もあると思います。

従来はある特定の財産を寄附行為で出捐して、法人を設立する、例えば絵画とかのコレクションなどを財団法人形式で公開するということには、まさに特定の財産を基本財産として設立者が出資というか、出捐して、それについては、処分等ができないという拘束を加えるということだったと思うんです。こういう非営利一般財団法人を認めるとすると、従来の固い財団法人の考えだけの制度にするのか、それとも委員がおっしゃるように、中の具体的な資産については流動性を認めて、資産の評価の枠だけで押さえるものも認めるのか。多分そういうことなんじゃないかな。

具体的な中身の問題とともに、設立者意思の尊重という点をどの程度財団法人におい

て重視するかということと絡んでくるんじゃないかと思うんです。クラシックな財団法人ですと、設立者意思の尊重というところが重要になりますから、基本財産についても、設立者が拠出するというのもそこで結び付いてくるんじゃないかと思うんです。自分で出して自分で拘束して、こういうふうに使えというわけですが、そうではなくて、財産の集合体に法人格を与える技術なんだというふうに考えていくと、設立者意思というよりも、むしろでき上がった財産の中の柔軟性ということが重視されることになる。

ですから、単に中身が変更できるかというよりも、多分、基本的な発想でより広げるかどうかというところにつながっているのかなと思います。

確かに財団の沿革からすると、さっき委員が主張された枠とは逆に、まず財産自体が拘束されていて、それを拘束を受けないような財団も構わないというふうに広がると理解する方が理解はしやすいかもしれない。

私の意見というよりは、座長がこれまで基本財産というのは数額でとらえていましたでしょうかとおっしゃったので、そこでやや意外でありまして、私はそれでもいいのではないかと思うんですが、随分大胆に先生はお考えになっていらっしゃるなと思いました。

一定規模以上の基本財産を備えなくちゃいけないというときには、むしろ金額のことを考えていたわけです。いつの間にか基本財産についての議論の範囲が広がっていたのかもしれない。結論としては、維持すべき額としての基本財産あるいは処分制限を受ける基本財産のどちらも許容して、それは設立者の意思によって決まるということなんですね。財団法人のイメージが少し変わってきますね。信託でも同じような問題があるのかな。特定の財産を出して信託で目的的に拘束すれば、まさに財産を拘束を与える信託だけれども、金銭で支出していれば、それが形を変えることは許容する。

しかし、不動産で拠出して、その不動産は売ってもいいというようなタイプの財団法人というのが、今の話ですと、それもいいだろうということになるのだと思いますが、そこが今までの財団法人のイメージとは離れてきているんだろうと思います。

結論としては、それを許容するというところでよろしいですね。

御指摘に全部付いて行けてない可能性がありますので、議事録をよく読み直して検討させていただきたいと思えますます。

今までよく財団法人と信託はどちらも財産に目的的な拘束を与えるとって議論していたけれども、金銭あるいは不動産を売却してもいいというタイプもあったことはあったのでしょうが、主として念頭に置いていたのは、この不動産はこういう目的で使いなさいとか、そういう拘束を加えるタイプだったのかもしれない。少しそれを広げて、金額ないし価値としての維持を求める基本財産という考え方は、ある意味で事業がしやすい財団法人の概念につながるということですね。

いずれにせよ、目的制限の問題と、財産に対してある意味で処分制限ですけれども、単なる処分制限で済むのかな。もうちょっと細かい問題はあるかもしれないけれども、一応処分制限の問題と、それから最低額の問題というのは分けて議論する必要がありますね。

今のところここには処分制限の問題というのは正面から出てこないわけですね。

(5)で一応処分の制限は、結局何も欠いていなくて、どういたしましょうかと書いてあるだけで、どういう理由で、どういうやり方でとしか書いておりません。当初資料をつくった方としては、むしろ実体上目に見える財産を維持するという方向で考えていたのですけれども。

そうしますと、3ページの2の(1)の の2の1行目に、括弧の中に処分の制限というのがございますね。この処分の制限と、4ページの(5)の基本財産の処分の制限というのは少しニュアンスが違うことを指しているんですか。

それが明らかになったのだらうと思います。

それでは、ガバナンスとか、それ以外の点はいかがでしょうか。

基本財産については、処分の制限がある。さっきの債権者保護の面まで入れるか、あるいは内部的なものか。多分、内部的なものという理解なんでしょうね。とすれば、内部的に基本財産を処分するときには、どういうガバナンスの手続を経なければいけないかという手続を特別に重いものにするんでしょうね。単に寄附行為で定めればいいということなんですか。

特別に寄附行為以上に重い法律上の制約を課すかどうか。

例えば、法定するんですか。

これも寄附行為に書けばどのようにでも定め得るんですかね。

重くしたければ重くするだろうし、たとえばこの絵画は売ってはいけないと明確に規定する。あるいは売る場合には、評議員の4分の3以上の賛成がなくてはならないとか、そういう制限にすればね。

差押は制限できませんね。

直接は関係ないけれども、よく財団法人などで重要財産については理事会の承認を要求するものがある。つまり理事長だけではできなくて、そういうのはよくありますね。

基本財産の方は寄附行為で認められていても、認可が。

現行の民法の法人は公益法人ですから、基本財産の処分はできないでしょうね。

でも、寄附行為で許された範囲で認可を受ければ、まさに個別の財産ですね。具体的な財産の処理については認めていると思うんです。

基本財産だとされても？

その中に含まれている財産についても、だめなのでしょうか。

取り崩すというのではなくて。でも、同じことかな。

今はどうなっているんですか。

基本財産の処分制限に関する寄附行為の規定例でございますが、「 条 基本財産はこれを処分しまたは担保に供することができない。ただし、本協会の事業遂行上やむを得ない理由があるときは、理事会において理事の現在数の3分の2以上の議決、及び評議員会の同意を得、かつ主務官庁の承認を得てその一部を処分し、またはその全部もしくは一

部を担保に供することができる」というのがあります。

その手続はやっていますよ。

内部的な手続だけではできないということでしょう。

今度は主務官庁がなくなるわけですから、それをすべて寄附行為の自由に任せるということでいいんでしょうか。

確かに普通の法人ですからね。公益法人になると、公益活動が継続できるかどうかという観点からのチェックがあってしかるべきだという考え方はあり得ると思うけれども、一般の非営利法人では不要ですね。

手続を踏まないと、寄附行為違反の代表行為で、現行法で言うと 53 条、54 条の問題になるということでしょうか。

デフォルトルールとして少なくとも寄附行為に特に定めがない場合は、基本財産の変更にはこういう手続が要するという事は、法律に書く必要は出てきませんかね。

まさに成立後の 1 円財団を認めるかどうかと言い換えることができるんでしょうか。

それとはまた別だと思えます。

普通としては 300 万残さなくてはいけないというのはあり得るんだと思えます。

それは個別財産の方で。

基本財産を記載するだけという立法にするのか、デフォルトルールとしては、寄附行為に別段の定めがなければこういう手続を経ないと基本財産の取り崩しができないということにするかということは、立法するときには一応問題になるんじゃないですか。何でもいいという寄附行為の場合には、基本財産であって、基本財産ではないみたいな御懸念が生じるかなと。

金額の制限を設けていけばいいんでしょう。それとも、個別の財産についてまで処分制限を。

そうではなくて、多分金額でしょうね。

心配されているのは、法人の心配ではなくて、債権者の保護の方でしょうか。

そうではなくて、立法するとしたら、どれくらいまでのものをつくってやらないといけないか。実際、利用する方も単に寄附行為ですべて自由にできますという立法が出てきても、どうしたらいいんですかと。多分実際には言われることになるのではないのでしょうか。今まではすべて主務官庁の認可で動いていましたけれども、それがなくもなくなって、逆にすべて自由ですよ。寄附行為で何でも定められますという立法だけすれば、それで済むのかなというのはちょっと気になるところです。

サンプルみたいなものがいろいろ売りに出されたり、解説書が出てきたり。

イギリスなどですと、言わばスケジュールみたいな形で、そういうのは法律が一応用意はしてある。

ガバナンスのところの論点に今日のところは掲げておくということではいかがでしょうか。基本財産という言葉に、額の意味と特定財産の意味が、二義性があるというのがわ

かったのは多分今日が初めてで、その両方について、寄附行為のコントロールだけでいいのか、そうではなくて、ガバナンスの組織規律上の強行法的な規律を双方、または一方に置いた方がいいのかということが論点として浮上したということでしょうかね。

それもあるでしょうし、むしろデフォルトルールまで法律の中で書いてやる必要があるか。むしろ強行法規ではなくてですね。そういうこともあるのかなと思っています。

固定財産としての基本財産が処分された場合に、民法 53 条、54 条の問題だという御指摘があって、そうだと思うんですが、更にその財団法人の目的不達成になる場合もあり得るという理解でよろしいのでしょうか。

当然それはあり得ますね。まさに特定の財産がないと目的を達成できないという場合には。

既にガバナンスの問題に半分入ってきたわけですからけれども、いかがでしょうか。

評議員の位置づけが今ひとつ、社員のようにしっくり来ないところがあるのです。(1)の①で2通りの意味を考えてみました。一つ目は、設立者は設立後は口を出せないで、その人の代わりをする役割と、二つ目は、理事を監督する役割としてみたんですが、そういう人というのは法人と単に委任の関係に立っているのかどうかもよくわからなくて、5ページの④で欠格事由の次に「法人との関係に関する規律について、所要の規定を置く」と書いたのですが、委任以外にはないのかなと・・・。

ということは、評議員としての善管注意義務も出てくるんですかね。社団法人の社員にはそういう義務はないけれども、財団法人の評議員には善管注意義務がある。

そうなると、法人、あるいは第三者に対する責任は理事・監事には書いて、多分受け入れられると思って書いたんですけれども、評議員にはわからなかったもので、書いていないのです。そこは意思決定のレベルの違いだとすれば、社員の責任とどう理解するのかという問題もあるんですが、割り切らないわけにもいかないもので、あるときは社員のよう、あるときは委任のようという状況になってしまうのですが、詰め切れず申し訳ないです。

権限に関してはほぼ社員と同じようなものを認めるわけですね。

はい、ただ、株主総会のように「法令及び寄附行為に定めた事項についての意思決定を行う」という基本的意思決定機関のような位置づけとしてはどうかと考えております。

それとの関係で、5ページの理事、理事会のところも、理事会を置くということまではよろしいかと思うんですが、基本的意思決定機関が評議員会であることから自然に考えていけば、代表理事を法定する方がいいのかなと思いつつも、ここでは各自代表もあり得ると書いておるんです。

各自代表は存続させておいても、小さい法人の場合には必要な場合もあるんです。

ほかにいかがでしょうか。監事は置くものとするということで、これも余り異論はなかったと思います。

監事は法人の業務を監査して、監査した結果、何か問題があると思ったら、ではどういう権限を持つんですか。

まず自ら差止めですとか、評議員会に報告とか、社員総会に報告するようなものと似たようなことを考えております。特に、計算関係の承認は評議員の役割と位置づけてはどうかと思います。

もうちょっと書かないといけないわけですね。

計算等の方に監事の役割も書いてみたりしたんですが、御指摘のとおりです。

理事に非常に重大な問題があると思ったら、評議員会を招集するような権限を与えて、そこで解任してもらおうと。

はい。

監事は評議員が選ぶんですね。なお問題点はあると思いますけれども、ここに書いてある限りではいいですね。

評議員と理事・監事の兼任禁止とかということになりますか。

それは置くことになろうと思います。

社団で考えると、社員と理事の兼任は構わないんですけれども、財団では、評議員と理事の兼任はだめにしておいた方がよろしいでしょうか。財団は三巴で兼任禁止の方がよろしいのではないかと考えています。

社員ではないんだと思うんです。

今は普通兼任していますね。財団法人で理事と評議員。

さきごろ、ある財団で決めたのは、まさに理事と評議員の兼任禁止です。

従来兼任しているのが多いのではないかと考えていたんです。

特に理事を選任する権限を評議員に与えられておりますので、避けた方がよろしいのではないのでしょうか。

評議員と社員との区別なんです、但实际上、財団法人で、しかし社団的な財団法人というのがあるかと思うんですが、そのメンバーに対して評議員というのはやはり少数なんでしょうね。

では、メンバー全員がなってはいけないか。つまり評議員の上限を定めるかだろーと思えますけれども、オープンでよくて、普通の使われ方はメンバー全員ではなく少数が評議員となり、メンバー全員が評議員になるようであれば、何で社団を選ばないんですかと。でも、望めばそれを絶対だめとは言わない程度かなと。

同窓会が財団法人になっているときに、同窓会の主立ったメンバーがほとんど評議員になっているようなときに、實際上、理事または監事との兼任に多少の不便があることがあり得ると思われまますから、今度きちっと分けるとすれば、そのことについてルールの趣旨を啓発していただくという必要があるんじゃないかと思えます。

専門家を雇うということにもなるのでしょうか。

会社の場合、委員会等設置会社というのが、監督と業務執行を分けるということで、取締役は監督の権限を主にやって、業務執行は執行役がするという制度なんです、取締役と執行役の兼任を認めているんです。これはアメリカ方のボードのシステムにならった

ので、執行役の一番トップ、いわゆるCEOとかCFOとかCOOと言われるような2、3人に限っては、取締役も兼務することによって、監督機関である取締役会が業務執行の実際とのコミュニケーションがしやすいようにしようというのが一応制度目的で、アメリカ型は兼任を許すんです。

それに対してドイツは、監督機関が監査役会であって、それに対して業務執行機関が取締役で、これは兼任を禁止しているんです。完全に2つの機関を分けている。どっちがいいかというのはコーポレート・ガバナンスの在り方として世界中で2つに分かれている。ですから、さっきおっしゃったように、評議員と理事との兼任を禁止するというのはドイツ型を貫徹するという事だと思っんです。

会社は株主総会があるわけで、これはないわけですので。これが妥当なんじゃないでしょうか。

寄附行為の変更とか、その他計算書類の問題ありませんか。寄附の変更についても、この2つの案が出ているけれども。B案の方でいけば、要するに、すべては基本的には寄附行為に表れる設立者の意思によって決めるということなんですね。それでよさそうな気もするけれども、そのときの心配は寄附行為に書いていなかったらどうするかということですけども、これは書かなくちゃいけないということにすればその問題は解決すると思うので、これも今すぐ決めなくてはいけないという問題ではありませんけれども、いかがでしょうか。

B案にした場合に、寄附行為に変更に関する規定を置くには置いたけれども、極めて固いものを置いたのも、それは寄附行為者の意思であるということでしょうか。

簡単に変えては困るという意味が表れていると見る。それで結局、財団法人が環境変化に対応できなくなったら解散する、目的達成不能で、解散でしょうね。

評議員はその定められている要件を満たさないので、寄附行為は変えられないけれども、解散はできるという程度ですね。

わかりました。あとの解散の決議とか、そういうのに関係してきます。

任意解散ができるとするかどうかは8ページの方では論点として掲げております。

そうですね。

組み合わせによっては完全に動きが止まってしまう可能性もあるんです。解散ができなければ活動もできないという。

成功の不能というのが今日の案でありますから、最後は客観的にこれに当てはめるんではないでしょうか。

その事実を判定する機関が機能しないことが多いでしょうから、休眠整理でいくということになるんだろうと思います。

最後に解散判決をもらうこともあるんじゃないですか。商法の406条ノ2みたいに著しく難局に達し、回復すべからざる損害が生じ、また生ずる恐れがあるときというような形で、そうなったらしょうがないからということになるんじゃないですか。

406ノ2、あるいは中間法人で言う83条なんです、申立権者が株主、あるいは社員で、これは少数社員権です。

そうだけれども、財団の場合は社員がいないので、利害関係者が申立人になる必要があります。

評議員あるいは理事でもいい。

理事でもよい。監事はどうするんですかね。入れても別に差し支えないような感じがしますけれども、とにかくそういう法人の関係者が裁判所に申立ててということになるんじゃないですかね。単に一定の事由があるから解散したとみなすというわけにもいかないでしょう。

今までより裁判所の仕事が傾向としては増えることになるように思います。これを使わざるを得なくなるような場面というのは、度合いとしては一般的な財団法人の方について起こりそうですね。

ただ、合理的な寄附行為をつくっていただければ。

そこに期待をする。社員の自治がきかないですからね。そうすると、やはり裁判所が出ていかざるを得ない面が増えるんじゃないですか。

ただ、実際上は多分そういう場合は理事も評議員も裁判所に訴え出ないだろうと私は思って、そのまま放っておかれて。

裁判所か休眠整理かどちらかの制度に。

一番実効性があるのは休眠だと思います。登記懈怠を契機に形式的にやりますので。406条ノ2の次に406条ノ3で休眠整理があるわけでありましたが。

そうすると、寄附行為のA案、B案の話に戻しますと、A案のようにソフトにしておいて、なるべくそこまで行く手間のところで手当ができるようにしておこうと考えるか、B案のように、やはり寄附行為が重要なんでというふうにしておいて、最後は休眠整理と解散によりということにウェートをかけるということと、どちらで行くかという選択になりますね。

B案の場合に、上限を設けるということは可能ですか。

そうですね。法定するという意味ですね。

何が重いかというのはわからないですね。

多数決の割合については、法定できるでしょうけれども、それ以外のプラスの要件を課するのを規定するというのは非常に難しいかもしれませんね。

人数ではなく、変更できないという寄附行為はB案でだめなのかどうかなんですけれども。変更できないという旨の変更に関する定めをできないとするのが、1つの上限になり得て、評議員の全員一致とかは、それはそれで全員一致にしてみよう。

2100年になるまで寄附行為は変更できないとか。

存続期間に若干似た面が出てきますけれども、寄附行為者に任せようとい発想からすればあり得ると思います。

B案でそれを書けばいいというのも変ですね。必要的記載事項だと。

変更ができるようにするために書かせるのにな。

変わった使い方をされることにどこまで歯止めをかけるか。恐らく民法では寄附行為の変更に関する規律が全くないのに、實際上、変更する必要に迫られて今やっているんだと思いますので、とにかく変更規定は要る方向なんだろうとは思うので。

結局、変更は認めないというような意思を認めるかどうかということですね。それを認めてもいいというのであれば、寄附行為の変更についての規定は別に上限を設ける必要はない。

民法の存続期間を定めることも、今でも許容されているわけですから、その間は一切変更しないという意思があっても。

今のと密接に関係するんだけれども、評議員による評議員会の任意解散というのはどうですか。

一般的な理由を問わない解散ですね。寄附行為者の意思をないがしろにする感じがいたしますね。

そこは難しいね。

本文の①②というのは、客観的な事由で③④は手続ですね。①②の客観的な事実があると、解散はどういうふうに動くんですか。

解散した状態になる。

評議会でこれらの事由で解散を決定するかをしなくてもよいのでしょうか。

しないはずだと思います。事由の発生によるんだと思います。

それで清算手続に入ってしまうんでしょう。

清算人は理事が選べばそれでいいし、選ばなければ裁判所が出てきて、だれかが申し立てをすることで清算人が選ばれるということになりますか。

ただ、その場合にも解散の登記は申請がなければされませんので、実際問題、解散の登記をするときには、おのずと清算人をどう決めるかというのも、多分定款で決める場合もあれば、法定されるという規律も、。今ぱっと出てこないんですが、多分、両方の場合があり得ると思います。それに従っていくんだらうと。

現行法は当然に理事になるわけですね。ただ、裁判所による選任の場合もありますけれどもね。

現行法と基本的に同じですね。

勿論そうです。現行法についての、私の理解が今、間違っていたので。

ということは、客観事由があると、自動的に理事が清算人になっているわけですかね。

それで目的が制限されるわけですね。

争わなければそうになってしまうわけでしょう。

ですから、民法第74条に但書がございまして、定款若しくは寄附行為に別段の定めがあるときは云々ということになるんだらうと思います。

現行法はですね。

はい。ただ、私がさっき裁判所でと言ったのが、多分間違いで、寄附行為の定めによると。

裁判所は75条の方でそういう人がいないときと。

定款でだれだれさんとしている場合に、だれだれさんがいない場合とかですね。

あともう一つ資料があるのであれですけども、残余財産についてはどうでしょうか。ここは政策的にちょっと制限を設けてはどうかというものです。

決められないと。次の問題とも少し関係するので、では資料18に行きましょうか。

それでは、資料18について御説明いたします。お手元の条文集には、協同組合に関する規定が載っておりませんので、参考資料6という形で、協同組合に関する、出資、設立に関する規律と関連条文の抜粋を用意してございますので、御参照いただければと思います。

前回、拠出金（仮称）制度を定款で選択できることとするものの当否について御議論いただきまして、ワーキンググループでは前向きにという方向になって、親会議にも報告いたしました。親会議では、好意的に受け止める意見と、公益性のある非営利法人に拠出金制度の選択が可能となるとした場合についての懸念を示される意見がございました。

とは言え、1階部分で拠出金型をつくってはならないということではないように思いましたものですから、更に制度のたたき台をつくってみた次第でございます。

この基本的な考え方は、拠出金（仮称）制度と言いますのは、社員の地位と切り離された債権債務関係でありながら、法人の財産的基礎となり得るものですから、原則として中間法人法における基金制度の規律にならいつつ、拠出金の総額を定款で定めることに伴う手続の硬直性を避けるために、一部協同組合の規律なども参考にしたものでございます。

中身ですが「1 定義」でございます。「定款で定めるところにより」という部分が中間法人法の基金制度とは異なります。

のより積極的な意味ですが、拠出金（仮称）制度を定款で導入した場合は、拠出金の額が中間法人の場合と同様貸借対照表上の資本の部に計上されるということをいわんとするものでございます。

2以下が具体的な制度の中身でありまして、拠出金の拠出を求める場合にはその旨を定款で定めなければならないとするものでございます。前回の資料では、このことに加え拠出金の総額を定款記載事項として御提案させていただきましたが、拠出金（仮称）制度は法人が任意に選択する制度である点ですとか、会社法の最低資本金制度に関する御議論を踏まえれば、最低限の規制も恐らく設けない方向である点を考えますと、必ずしも定款に拠出金（仮称）の総額を記載しなくてもよいのではないかと考え直した次第であります。

むしろ定款の必要的記載事項といたしますと、総額を決めるまで定款の認証を受けられないですとか、総額を超えて拠出の申し込みがあった場合ですとか、それに満たない場合の対応がなかなか難しいということもあります。

更に、拠出金の増額の場合には定款変更に関する特別決議が必要になるといった問題も生じますので、これらを避けてはどうかという趣旨であります。

1は、拠出金の総額を除き、中間法人法や保険業法で定款記載事項とされているものを掲げたものでございます。

2は、登記事項です。1の①、②のほか、ただ払い込みのあった拠出金の総額を登記事項とすると、これは協同組合になっている部分でございます。

3、4は、現物拠出をする場合の規律でございます。中間法人法にならった規律案を置いてございます。

おめくりいただきまして、3からは募集、割当て、払込みに関する規定の案を書かせていただきました。この部分も中間法人法の規律になっております。(1)につきましては、総額を定めないということも法制上あり得ると思いますが、原案は理事が総額を決めるものとしてはどうかという御提案でございます。拠出金と社員の地位が法制上分離されており、より法人の資金調達の側面ということが強いと思われまますので、法人側において募集額を定めたらどうかと考えました。

1は、さはさりながら定款で定めるということを個別の法人が選択することも許容してはどうかという趣旨です。

2、3は、払込取扱場所、申込用紙の事項を定めたらどうかということでございます。

ただ、この部分、ちょっと作成後に若干気になった部分がございます、口頭で補足させていただきます。まず、払込取扱場所は決めた方がよいと思うのですか、申込書、あるいはそれに対する署名ということで、申込みの意思を明確にするという部分です。これはあるいは不要ではないかという気がしております。すなわち、この拠出金の拠出が設立行為であると考えれば、これは必須のことであろうと思われるんですが、任意の拠出金制度の場合には、設立行為ではないのではないかという疑問があるからです。もちろん、詐欺的な募集を防止するために、つまり法人作るといって拠出金を集めながら、実際には法人を設立しないということがあってはならないとも思いますし、しかも、準則主義で設立可能が法人であって、行政機関による監督がないという部分もございますので、払込取扱場所は設けた方がいいのではないかと考えております。

(2)は、拠出金の割当てでございます。この部分については、で多かった場合、少なかった場合に柔軟に対応できるように御提案をさせていただいております。

(3)は払込みでございます。中間法人法の規律になっております。

おめくりいただきまして、「4 現物拠出の調査」の部分につきましては、中間法人法にならいますれば、検査役の選任を原則として請求する。勿論、少額な場合の例外がございますが、検査役が必要と、この部分の部分について任意の制度であることからどうかと。ただ、財産的基礎ということであれば、著しく価格が低いものを高くというのはやはり問題だろうと思ひまして、いずれによるべきか御議論、御意見いただければと思ひます。

「5 設立手続の調査」でございます。(1)(2)を調査事項としてはどうか。

6が担保責任でありまして、(1)引受担保責任の方は、柔軟になることからすれば、引受担保責任は入らないのではないかと。ただ、払込担保責任については、一旦引受けがあった拠出金の払込みについては、両論あり得るのではないかと考えております。

なお、この部分につきましては、特に現物出資の場合について、会社法で担保責任を認めるとしても過失を要求するかどうかという議論がございまして、そこは会社法の結論にならうことになるかと思っております。担保責任を認める場合でございます。

7が拠出金の増加の手続であります。理事は拠出金の募集をすることができるものとすると。

1でございますが、その募集の決定については、原則は理事が決めればよいのですが、定款の定めによって社員総会に委ねても構わないのではないかと。可否についてどう考えるかでございます。

2は、募集割当て、払込みについても、設立時の規律にならうとは思っております。

8と9につきましては、前回の資料と同じ内容になってございます。

8の3、拠出金の返還に係る債権には、利息を付するかどうかという点について、若干感触を聞いてみましたところ、必須ではないというような感触でございました。

以上であります。

それでは、余り時間ありませんけれども、御議論いただければと思っておりますが、いかがでしょうか。

定款にどこまで定めるかという問題と、それから登記事項にどこまでするかというのが、設立の段階では1つの問題だと思っております。

このところはよろしいですか。

この基金の法的な性格は、中間法人の場合とほぼ同じですか。

同じものを念頭に置いております。

というのは、中間法人法の90条のように、一般の債務には劣後すると。

それは、9のところを書いてございます。御指摘のとおりです。

これは、この基金の大事な性格ですね。

拠出金の募集、増加というのは、具体的には何なんだろうと。既にいる社員が拠出型です。普通の場合を考えると、社員が拠出しているわけですね。それを増やすというのは、各社員に増加出資をしてもらうということの意味するんですか。

その場合も含むと思っております。

社員を増やすこともありますか。

それもあろうと思っております。ただ、社員に限られないというところが、常につきまといますが、そういう御利用もあり得ると思っております。

そうすると、理事ができることはどこまでなんだろう。理事は拠出金の募集をすることができるというのが、7とかありますね。今のように、既にいる社員に対して、強制す

ることはできないでしょうから、募集しているだけであって、社員からすれば応募して拠出金の額を増やすことができるというだけの話ですね。

そうですね。追加出資義務は認めるわけではありません。出資ではありませんし、それだけの話なのかな。

まさに募るだけ、ただ募ること自体も 1 で定款の定めによって社員総会に委ねるという有り様もあってよくて、多分それは法律に何も書かなくても、社員総会が万能だというタイプを念頭に置けば当然に可能だろうとも思いますが。

既にいる社員に対して増加の出資を募集しますということで、増えなければ増えないだけの話だと思うけれども、そっちは理事だけでできるかもしれないけれども、社員が増えるというタイプになるとどうなんですかね。

社員の資格の得喪に関する規律と二重に満たさなければいけないということでしょうか。

両方満たさなければいけないんでしょうね。

はい。それは法制度上は連動はしません。ただ、定款の定めの内容により、事実上連動することがあると思いますが。

そうじゃなければおかしいですね。

3 ページの 4、5 のところで、余りよくわからないまま発言するんですけれども、現物拠出というのはできるだけ柔軟に簡易にできるのがやりやすいのではないかと思います。

それで、検査役の選任というのはよくわからないんですけれども、随分重い制度ではないかという印象を持っていますので、できれば検査役の選任をしてもいいけれども、しなくてもいいというようなものにならないかと思います。

しかし、そうすると、大した価値もないのに評価を誤って、拠出があるということになるのは困ったことになりますので、5 の調査のところで理事に何らかの責任を負わせて、それで事後的に対応すると。勿論、理事が無資力ですと空振りになってしまいますけれども、何かそういう形で仕組みをつくれるといいのではないかと思います、いかがでしょうか。

委員はこの点についてご意見がありますか。

これは現行の中間法人にならったものですね、中間法人法の場合は、商法の会社の手法に準じて基金の制度をつくったわけですから、現物出資の場合の検査役の調査も、当然それになって入っている。

そうなると、ここの基金の制度を中間法人におけるような債権者保護の意味も含んだ制度にするかどうかの問題ですね。

恐らく、基金拠出制度ですか、これを使えば債権者保護にはなると思うんですが、しかし、中間法人や現行会社法との違いは積まなければいけないという制約は、この非営利法人法にはありません。

最低資本金がないということですか。

そうです。そういうところが、それとの比較で弱くしていい、簡易にしていいという理由にはなるのではないかなと考えるんですが。

ただ、株式会社も最低資本金制度が変わりますからね。

しかし、検査役の制度は変わらないのでしょうか。

若干フレキシブルにはなりますけれども、実はその廃止も検討されたんですけれども、結局残ることになっていますね。

ただ、少額のもの等についての例外規定が拡大して、實際上、検査を受けなくても済む場合がかなり増えますけれども、ただ制度自体は残ります。

それよりも更に柔軟にするというのは、やはりもう一つ何か理由が必要で、なかなか見つからないと。

見つからないというか、もう非営利法人の基金という制度は、そういう機能を持つものではないと割り切るかどうかです。

しかし、9がありますから、やはり、今、直前に委員がおっしゃった劣後性がありますので。

だからどうなりますか。

ですから、それはやはり資本に近いんだと思います。

協同組合の場合には、現物出資は拠出者が言った額でよいような規律になっておりますが。

もうちょっと簡単にできるといいとは思いますが、この拠出型というか、こういうのを使う法人のニーズといいますか、なぜ使いたいかというときに、恐らく2つぐらいあるんだと思いますけれども、1つは単純なことで、やはり財産を集めて、それを事業に使いたいの、こういう形で集まりやすいものを使うということです。

もう一つは、これはだれかが言っていたのかもしれないけれども、この法人はこれだけ財産があるんですということを積極的に示して、これをアピールして更に活発な活動をしたいということもあるらしいんです。そうすると、後者のものは債権者保護に関連するところがある。

ただ、例外を非常に広げていますから、少額のものであれば、ほとんど要らないと思いますね。

少額というのは、一つひとつの現物出資が少額であればと。

どれぐらいの額が理想なんですか。

今、手元にないので、どうでしたか。

現行法が「資本の5分の1で、かつ500万」、それを「500万」の方に一本化するんではなかったかと思いますが。

実際上のボランティアな人たちのやるようなものはほとんど外に出ると思いますよ。要綱案では少額の特例として、会社の設立時については、資本の5分の1という要件を廃止し、例えば500万という金額の要件に一本化すると。ただ、500万という額については、

設立時における払込価格規制の在り方、環境も含めてなお検討すると。

ですから、ほとんどの場合は、外れてしまうことになると思います。

ほかにいかがでしょうか。

ここで申し上げた申込用紙について、資料は、これをつくる形で作ったんですが、設立行為にはならないとすると、仮に拠出金の申込みが全部無効だとしても、設立は無効にならないとなると、それは法人にとって拠出者がだれかということを確認にするという意味で書面を用意するのは、よいことだと思いますけれども、法定しなければいけないかどうかについて、ちょっと疑問を持ったんですが。

他方、中間法人の場合には、基金の拠出が必須であり、最低額の規制もあるので、設立行為そのものと位置づけられておるんだと思うんですが。

何かその方がよさそうな気がしますね。切り離れた方がね。

会社法の 175 条、株式申込証に関する解説書を読むと、社員の入社でもあるのでという解説がございまして、会社の方はとてもよく理解できるんですが。

それは御説明を伺うと、何かこの申込用紙の話は要らないというか、外した方がよいであろうと、どちらかと言うと、そんな気もしますが、反面、感覚的な問題なのかもしれませんけれども、この拠出金のところだけ規律が緩やかで、中間法人の基金等のところに規律の厳しさが残るアンバランス、それは恐らくアンバランスと見ないんだと思うんですけれども、そういう辺りは政策的にそれでいいであろうかというところが気にならないでもありません。

それは中間法人法を残した場合はまさにということになると思います。

紙を要求することの意味なんですけれども、それが拠出金であるということ、後々までも明確にするという機能もあると思うんですね。つまり、一方で寄付ではないか、他方で貸付けではないかという、それによって取扱いは変わってくるわけですから、その意味では、あっても悪くはないかもしれませんが、しかし、それは証明の方法にすぎませんので、必然ではないということになると思います。

大体よろしいでしょうか。

それでは、どうもありがとうございました。今日はこのぐらいにいたしましょう。

なお、ちょっと御案内申し上げますけれども、今まで長いこと事務局長をお務めいただきました堀江さん、この度、別なところでお仕事を続けられるというので、ごあいさつをいただけるということですので、よろしく願いいたします。

お疲れのところ申し訳ございません。今日も御熱心に御議論いただきましてありがとうございました。今、先生おっしゃいましたように、実は内示の段階なんですけれども、内示どおりでいきますと、来週の金曜日ですか、7月2日にここを代わりまして、総務省の情報通信関係という、全く新しい分野の仕事をすることになりまして、誠にこの大きな作業の途中の段階で交替することにつきましては心残りでもありますが、また、後ろ髪を引かれるようなところでございますけれども、私も、この事務局に参りまして1年11か月

になりますので、やむを得ないかなという具合に思っております。

このような大きな改革に皆さん方、御指導いただきながら、携わらせていただきまして、非常に勉強することが多く、恐らく、この若い職員の人たちも、こういうことは在職期間中に1回あるかないかぐらいの大きな改革だと思いますし、そういう機会に巡り合わせたことは幸せだと思っております。皆さん、それこそ最高権威の先生方の御指導をいただきながらということで、地味ではありますが、彼ら職員もおとなしくしておりますけれども、秘めたるものがございますので、引き続きよろしく御指導いただければと思います。

なお、西室長は残りますので、頑張った後を引き継がしていただければと思います。どうもありがとうございます。

本当に長い間このワーキング・グループを支えていただきましてありがとうございました。また、ほかの部署に移られても、側面からの援助をお願いいたします。よろしくお願いいたします。

どうもありがとうございました。お疲れさまでした。

それでは、今日はこれで終わりたいと思います。

7月7日水曜日でございますが、17時、午後5時から予定してございます。場所はこちらの会議室でございます。

いつも6時ですが、今回は5時からですので、御注意いただければと思います。

どうもありがとうございました。