

問Ⅱ－３－①（最初の代表理事、業務執行理事、会計監査人の選任）

新制度の最初の代表理事、業務執行理事、会計監査人の選任について教えてください。

答

1 最初の代表理事ないし代表理事の就任予定者の選定

（1）新法の施行日における特例民法法人の理事の権限

新法の施行日には、全ての特例民法法人が、「理事会」（法律上の正式な理事会）を設置していない状態となります（整備法第80条第3項、第89条第4項）。そのため、新法の施行日の時点では、各特例民法法人の各理事が、それぞれ法人を代表する権限を有することとなります（補足）。

（補足）

1 施行日前の「理事」及び「代表理事」の法的地位

新法の施行日前の社団法人又は財団法人の理事は、原則として法人のすべての事務について、法人を代表する権限を有し（民法第53条本文）、この権限に加えた制限は、善意の第三者に対抗することができないこととされています（同法第54条）。

そのため、新法の施行日前に「代表理事」を設けている法人は、代表理事以外の理事の代表権を定款等で内部的に制限しているに過ぎないものとされています。

しかし、社団法人又は財団法人が、新法の施行日前に、

- ① 定款又は寄附行為によって「代表理事」を定めている場合
- ② 定款又は寄附行為の定めに基づく理事の互選により「代表理事」を定めている場合
- ③ 社員総会の決議によって「代表理事」を定めている場合

のいずれの場合においても、新法の施行日後は、一般社団・財団法人法に規定する「代表理事」の地位を有しないこととされています（整備法第48条第4項）。

2 施行日前の「理事会」の法的地位

新法の施行日前に、社団法人又は財団法人の定款又は寄附行為に「理事会を置く」旨の定めがあったとしても、そのような定款（寄附行為）の定めは、新法の施行日後は、一般社団・財団法人法に規定する「理事会を置く」旨の定めとしての効力を有しないこととされています（整備法第80条第3項、第89条第4項）。

そのため、本文記載のとおり、新法の施行日には、いったん、全ての特例民法法人が、

- ① 全ての理事が法人を代表する権限を有し（一般社団・財団法人法第77条第1項）、

② 「理事会」（法律上の正式な理事会）を設置していない状態となります。

(2) 最初の代表理事の選定方法（移行の登記前に代表理事を選定する場合）

このように、理事会を設置していない特例民法法人が、移行の登記前に理事の中から一般社団・財団法人法上の「代表理事」（法人を代表する理事であって、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者）を選定する場合には、以下の①から④の場合に応じて、それぞれの方法で代表理事を選定することができます。

① 理事会を設置していない特例社団法人が、移行の前に、理事会を設置せずに理事の中から代表理事を選定する場合

→以下の i から iii の方法により、代表理事を選定することができます（一般社団・財団法人法第 77 条第 3 項。なお、整備法第 77 条第 3 項参照）。

i 定款の定めにより代表理事を選定する方法（整備法第 88 条、民法第 38 条の規定に従い、定款に代表理事の氏名を記載するための定款変更手続が必要です。）

ii 定款の定めに基づく理事の互選による方法（i と同様、整備法第 88 条、民法第 38 条の規定に従い、定款に「代表理事の選定方法は理事の互選による」旨を記載するための定款変更手続が必要であり、定款変更の効力発生後、理事の互選により代表理事を選定することとなります）

iii 社員総会の決議によって、理事の中から代表理事を定める方法

② 理事会を設置していない特例社団法人が、移行の前に、理事会を設置して代表理事を選定する場合

→理事会を設置する定款変更を行い（整備法第 88 条、民法第 38 条。監事を設置していない場合には理事会と併せて監事を設置する必要があります。）、理事会において代表理事を選定することができます（一般社団・財団法人法第 90 条第 2 項第 3 号）（注）。

（注）法が明文で予定している方法ではありませんが、②の場合にも、定款変更により、定款に代表理事の氏名を直接記載する方法で代表理事を選定することも可能と考えられます。

③ 理事会を設置していない特例財団法人が、移行の前に、理事会を設置せずに理事の中から代表理事を選定しようとする場合

→このような場合は、理事の中から代表理事を選定する明文の根拠を欠くため、代表理事を選定することはできないものと考えられます(注)。

(注) ③の場合には、各理事が特例財団法人を代表し(各自代表。整備法第77条第5項参照)、理事の全員が代表権を有していることとなります。なお、仮に、理事会を設置していない特例財団法人が、特定の理事を代表理事とし、その氏名を定款に記載するような定款変更手続をしたとしても、それは他の理事の代表権を内部的に制限しているに過ぎず、他の理事の代表権に加えた制限は、善意の第三者に対抗することができないものと考えられます。また、定款に氏名を記載した当該特定の理事のみを代表理事として登記することもできないもの(整備法第77条第5項)と考えられます。

④ 理事会を設置していない特例財団法人が、移行の前に、理事会を設置して代表理事を選定する場合

→理事会を設置する定款変更を行い(注1)、理事会において代表理事を選定することができます(一般社団・財団法人法第90条第2項第3号、第197条)(注2)。

(注1) 理事会を設置する場合には、併せて、評議員、評議員会及び監事を置く定款の変更をすることとなります(整備法第91条第2項、第3項)。定款変更手続は、整備法第94条第2項又は第3項、第6項の規定に従います。

(注2) 法が明文で予定している方法ではありませんが、④の場合にも、定款変更により、定款に代表理事の氏名を直接記載する方法で代表理事を選定することも可能と考えられます。

(3) 代表理事の就任予定者の選定方法(移行と同時に代表理事を選定する場合)

理事会を設置していない特例民法法人が、移行の登記までに一般社団・財団法人法上の「代表理事」を選定せず、移行の登記と同時に(移行の登記をすることを停止条件として)最初の代表理事を選定することとする場合には(注1)、定款の変更の案(の附則)に、代表理事(就任予定者)の氏名を直接記載する方法により代表理事を選定することができます(問I-5-②(移行申請書類に表記する役員等)参照)(注2)。

(注1) 公益法人及び一般財団法人は理事会を設置しなければならないため、移行認定を申請する特例民法法人及び移行認可を申請する特例財団法人のうち、移行と同時に理事会を置くこととする法人は、代表理事も同時に置かなければならないこととなります。

また、特例社団法人が移行認可の申請をする場合において、移行と同時に理事会を置くこととするときも、同様に代表理事を移行と同時に置かなければなりません。移行に際して理事会を置かない一般社団法人となる場合には、代表理事を置く必要はありません。

なお、移行の前に「理事会」を設置する場合には、併せて、移行の前に代表理事を選定する必要があります。

(注2) 移行認定（又は移行認可）の申請に当たっては、定款の変更の案の決議がなされていれば、申請時に代表理事の就任予定者の選定がなされていなくても、申請自体は可能です。このような場合には、申請法人にあっては、申請後に所定の定款変更手続を行い最初の代表理事の氏名を定款変更の案（の附則）に記載して代表理事の就任予定者の選定を行い、行政庁に対して役員等就任予定者の氏名等を記載した書類に代表理事を追加したものを速やかに提出するようにして下さい（申請時点で代表理事の就任予定者の選定がなされていなくても差し支えありませんが、当然のことながら、遅くとも、認定・認可の判断時までには代表理事の就任予定者が選定されている必要があります。）（問Ⅱ-1-⑤（施行日前における理事会等における代表理事等の選定の可否）参照）。

## 2 最初の業務執行理事ないし業務執行理事の就任予定者の選定

(1) 最初の業務執行理事の選定方法（移行の登記前に業務執行理事を選定する場合）

上記の1(1)記載のとおり、新法の施行日には、全ての特例民法法人が、「理事会」を設置していない状態となります。そのため、新法の施行日の時点では、各特例民法法人の各理事が、それぞれ法人の業務の執行をする権限を有することとなると考えられます（一般社団・財団法人法第76条第1項）。

このような理事会を設置していない特例民法法人が、移行の登記前に理事の中から業務執行権を有する者（以下「業務執行理事」といいます。（補足））を選定する場合には、以下の①又は②の場合に応じて、それぞれの方法で業務執行理事を選定することができます。

(補足)

1 業務の執行とは、法人の何らかの事務を行うということではなく、法人の目的である具体的事業活動に関与することを意味します。本文記載のとおり、理事会を設置しない法人の場合には原則として全ての理事が業務執行権を有することとなりますが、理事会を設置した場合には、代表理事及び理事会で業務執行をする理事として選定された理事が業務執行権を有し、他の理事は業務執行権を有しないこととなります。

2 また、理事の業務執行権は、対外的な代表行為を行う権限ではないため、業務執行権を有する理事が必ず法人の代表権を有するものではありません(一般社団・財団法人法第91条第1項第2号の規定により理事会で選定される「法人の業務を執行する理事」は代表権を有しません)。

理事が業務執行権を有していることは登記事項ともされていません(業務執行理事であることは登記事項ではありません)。

- ① 理事会を設置していない特例民法法人が、移行の前に、理事会を設置せずに理事の中から業務執行理事を選定する場合(業務執行理事を一部の理事に限りたい場合)には、定款にその旨を記載することにより、理事の中から業務執行理事を選定すること(業務執行理事を一部の理事に限定すること(注1))ができると考えられます(一般社団・財団法人法第76条第1項)(注2)。

(注1) ①の場合の「業務執行理事を選定する」ための定款の定めは、要するに、業務執行権を有する全ての理事の中から、特例の理事だけに業務執行権を付与することとするものであり、「業務執行理事を選定する」というよりも、業務執行理事以外の理事の業務執行権を定款で内部的に制限しているに過ぎないものとも言えます。

(注2) 特例社団法人であれば整備法第88条、民法第38条の規定に従い、特例財団法人であれば整備法第94条第2項又は第3項、第6項の規定に従い、それぞれ所定の定款変更手続が必要です。

- ② 理事会を設置していない特例民法法人が、移行の前に、理事会を設置して業務執行理事を選定する場合には、理事会を設置する定款変更を行い(注1)、理事会において業務執行理事を選定することができます(一般社団・財団法人法第91条第1項第2号、第197条)(注2)。

(注1) 特例社団法人の場合には、整備法第88条、民法第38条の規定に従

い定款変更手続を経る必要がありますが、監事を設置していない場合には理事会と併せて監事を設置する必要があります。

また、特例財団法人の場合には、理事会の設置と併せて、評議員、評議員会及び監事を置く定款の変更をすることとなります(整備法第91条第2項、第3項)。定款変更手続は、整備法第94条第2項又は第3項、第6項の規定に従います。

(注2) 法が明文で予定している方法ではありませんが、②の場合にも、定款変更により、定款に業務執行理事の氏名を直接記載する方法で業務執行理事を選定することも可能と考えられます。

## (2) 業務執行理事の就任予定者の選定方法（移行と同時に業務執行理事を選定する場合）

理事会を設置していない特例民法法人が、移行の登記前に一般社団・財団法人法上の業務執行理事を選定せず、移行の登記と同時に（移行の登記をすることを停止条件として）最初の業務執行理事を選定することとする場合には（注）、定款の変更の案（の附則）に、業務執行理事（就任予定者）の氏名を直接記載する方法により業務執行理事を選定することができます。

(注) 移行と同時に理事会を設置する法人が、移行と同時に業務執行理事を選定しない場合には、代表理事のみが業務執行権を有することとなります（一般社団・財団法人法第91条第1項第1号）。この場合には、移行後の理事会で、他の理事の中から業務執行理事を選定すれば、代表理事以外の理事も業務執行理事となることができます。このように、最初の代表理事の選定の場合と異なり、移行後の最初の業務執行理事については、移行の登記と同時に最初の業務執行理事を選定しなければならないものではないことに留意する必要があります。

## 3 最初の会計監査人の選任

① 特例民法法人が、移行の前に、会計監査人を置く場合には、会計監査人を置く定款の変更を行い（注1）、特例社団法人であれば社員総会、特例財団法人であれば（新制度上の）評議員会において最初の会計監査人を選任することとなります。

② 特例民法法人が、移行期間中に会計監査人を置かず、移行と同時に会計監査人を置くこととする場合には、定款に会計監査人の氏名や名称を直接記載する方法で最初の会計監査人を選任することができます。

(注1) 監事を置いていない特例財団法人が、移行前に会計検査人を置く場合には、併せて、監事を置く定款の変更をする必要があります(一般社団・財団法人法第60条第2項、第61条)。

また、特例財団法人が、移行前に会計監査人を置く場合には、評議員、評議員会、理事会(監事を置いていない場合は監事も含みます。)を置く旨の定款の変更をする必要があります(整備法第91条第4項)。

(注2) 法が明文で予定している方法ではありませんが、①の場合にも、定款変更により、定款に会計監査人の氏名や名称を直接記載する方法で会計監査人を選任することも可能と考えられます。

(参照条文)

一般社団・財団法人法第63条 役員(理事及び監事をいう。以下この款において同じ。)及び会計監査人は、社員総会の決議によって選任する。

一般社団・財団法人法第76条 理事は、定款に別段の定めがある場合を除き、一般社団法人(理事会設置一般社団法人を除く。以下この条において同じ。)の業務を執行する。

2 理事が二人以上ある場合には、一般社団法人の業務は、定款に別段の定めがある場合を除き、理事の過半数をもって決定する。

3・4 (略)

一般社団・財団法人法第77条 理事は、一般社団法人を代表する。ただし、他に代表理事その他一般社団法人を代表する者を定めた場合は、この限りでない。

2 前項本文の理事が二人以上ある場合には、理事は、各自、一般社団法人を代表する。

3 一般社団法人(理事会設置一般社団法人を除く。)は、定款、定款の定めに基づく理事の互選又は社員総会の決議によって、理事の中から代表理事を定めることができる。

4 代表理事は、一般社団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。

5 前項の権限に加えた制限は、善意の第三者に対抗することができない。

一般社団・財団法人法第90条 (略)

2 理事会は、次に掲げる職務を行う。

一・二 (略)

三 代表理事の選定及び解職

3 理事会は、理事の中から代表理事を選定しなければならない。

一般社団・財団法人法第91条 次に掲げる理事は、理事会設置一般社団法人の業務を執行

する。

- 一 代表理事
- 二 代表理事以外の理事であって、理事会の決議によって理事会設置一般社団法人の業務を執行する理事として選定されたもの

一般社団・財団法人法第 197 条 前章第三節第四款（第七十六条、第七十七条第一項から第三項まで、第八十一条及び第八十八条第二項を除く。）、第五款（第九十二条第一項を除く。）、第六款（第一百四十二条第二項を除く。）及び第七款の規定は、一般財団法人の理事、理事会、監事及び会計監査人について準用する。（略）

整備法第 48 条（略）

2・3（略）

- 4 旧社団法人又は旧財団法人が定款（旧民法施行法第 19 条第 2 項の認可を受けた書面を含む。以下この項及び第 80 条において同じ。）若しくは寄附行為（旧民法施行法第 19 条第二項の認可を受けた書面を含む。以下この項及び第 89 条において同じ。）、定款若しくは寄附行為の定めに基づく理事の互選又は社員総会の決議によって定めた当該法人を代表する理事は、一般社団・財団法人法に規定する代表理事の地位を有しない。

整備法第 77 条（略）

2（略）

- 3 特例社団法人が一般社団・財団法人法第 77 条第 3 項の規定により代表理事を定め、又は理事会を置く旨の定款の変更をするまでの間における当該特例社団法人の登記については、一般社団・財団法人法第 301 条第 2 項第 5 号中「氏名」とあるのは、「氏名及び住所」とし、同項第六号の規定は、適用しない。

4（略）

- 5 特例財団法人（評議員設置特例財団法人を除く。）の登記については、一般社団・財団法人法第三百二条第二項第五号中「評議員、理事及び監事の氏名」とあるのは、「理事の氏名及び住所」とし、同項第六号の規定は、適用しない。

6（略）

整備法第 80 条（略）

2（略）

- 3 旧社団法人の定款における理事会又は会計監査人を置く旨の定めは、それぞれ一般社団・財団法人法に規定する理事会又は会計監査人を置く旨の定めとしての効力を有しない。

整備法第 88 条 特例財団法人の定款の変更については、なお従前の例による。

整備法第 89 条 (略)

2・3 (略)

4 旧財団法人の寄附行為における評議員、評議員会、理事会又は会計監査人を置く旨の定めは、それぞれ一般社団・財団法人法に規定する評議員、評議員会、理事会又は会計監査人を置く旨の定めとしての効力を有しない。

整備法第 91 条 一般社団・財団法人法第七十七条において準用する一般社団・財団法人法第六十五条第三項の規定にかかわらず、理事会を置かない特例財団法人には、一人又は二人以上の理事を置かなければならない。

2 監事を置いていない特例財団法人は、評議員、評議員会、理事会及び監事を置く定款の変更をすることができる。

3 監事を置いている特例財団法人は、評議員、評議員会及び理事会を置く定款の変更をすることができる。

4 会計監査人を置く特例財団法人は、前二項の規定による定款の変更により評議員、評議員会、理事会及び監事を置くものでなければならない。

5 第二項又は第三項の規定により変更した定款の定めは、これを変更することができない。

6 特例財団法人については、一般社団・財団法人法第七十条第一項の規定は、適用しない。

整備法第 94 条 特例財団法人（評議員設置特例財団法人を除く。次項及び第三項において同じ。）については、一般社団・財団法人法第二百条の規定は、適用しない。

2 その定款に定款の変更に関する定めがある特例財団法人は、当該定めに従い、定款の変更をすることができる。

3 その定款に定款の変更に関する定めがない特例財団法人は、理事（清算中の特例財団法人にあっては、清算人）の定めるところにより、定款の変更に関する定めを設ける定款の変更をすることができる。

4・5 (略)

6 特例財団法人の定款の変更は、旧主務官庁の認可を受けなければ、その効力を生じない。

整備法第 102 条 第四十四条の認定を受けようとする特例民法法人が第六十六条第一項の登記をすることを停止条件としてしたその種類に従いその名称中に公益社団法人又は公益財団法人という文字を用いることとする定款の変更及び第百条各号に掲げる基準に適合

するものとするために必要な定款の変更については、旧主務官庁の認可を要しない。

民法第 38 条 定款は、総社員の四分の三以上の同意があるときに限り、変更することができる。ただし、定款に別段の定めがあるときは、この限りでない。

2 定款の変更は、主務官庁の認可を受けなければ、その効力を生じない。

民法第 53 条 理事は、法人のすべての事務について、法人を代表する。ただし、定款の規定又は寄附行為の趣旨に反することはできず、また、社団法人にあっては総会の決議に従わなければならない。

民法第 54 条 理事の代理権に加えた制限は、善意の第三者に対抗することができない。