事　務　連　絡
平成２２年５月１３日

各都道府県建設業協会
事務局長殿

社団法人　全国建設業協会
総　務　部

公益法人制度改革に関する情報提供《vol.27》

【理事会の議決について】

時下ますますご清祥のこととお慶び申し上げます。

『月刊　公益法人』（５月号）【公益財団法人公益法人協会 発行】に、“公益法人協会相談室から”「理事会の議決について」と題する別添の記事が掲載されましたので参考にお知らせいたします。

今回の記事では、公益法人関連法の改正に伴い、旧民法上は法定の機関でなかった「理事会」が法定されたことによる疑問・問題点に関する考察がされています。

具体的には、「理事会」に関する規定が会社法の「取締役会」とほぼ同様に規定されたため、実際の運用において種々の問題が生じていることに関する考察であり、全ての建設業協会の「理事会」において同様の問題が起こるというものではありませんが、考え方や学説などは興味深いものと思われます。

今後も、移行認定・認可申請に向けて有用と思われる情報につきまして、積極的に提供を続けていく予定としておりますので、是非ご活用いただくようお願い申し上げます。

以　上

公益法人協会相談室から

理事会の議決について

1　はじめに

今般の公益法人関連法の改正により、理事会及び評議員会が法定されましたが、その具体的規定としては、会社法の取締役会とほぼ同じものが規定されています。この結果、理事会及び評議員会については、代理出席や委任状による出席が認められないこととなり、また議決の要件についても会社法と同様の扱いとなったため、実際の運用において種々の問題が生じています。なかでも議決のありかたについて、定款の定めによる要件の加重の問題も絡んで疑問が発生しております。以下は、当協会のブログ等を通じて寄せられたこの議決の問題に焦点を当てて検討してみるものです。

(1) 旧法制下の理事会の議決について

旧法制下における理事会および評議員会の議決については、両者が旧民法上の法定の機関ではないこともあり、それぞれの定款又は寄附行為に委ねられていました（＊1)。そして、多くの法人においては、理事会又は評議員会については、①理事又は評議員の2分の1（あるいは3分の2）の出席が理事会又は評議員会の開催要件として定められ（定足数)、②その議事はその出席した理事又は評議員の過半数で決することが、定款又は寄附行為に定められていました（＊2)。③他方旧民法では、利害関係者の排除について、法人と理事の利益が相反する事項については、理事は代理権を有せず特別代理人を選任することとされていました（＊3)。

（＊1）ただし、「理事が数人ある場合において、定款又は寄付行為に別段の定めがないときは、法人の事務は理事の過半数で決する。」(旧民法§52②）規定あり。

（＊2）例えば、(財）公益法人協会『公益法人の設立・運営・監督の手引』6訂版、2001、P.175、189

（＊3）「法人と理事の利益が相反する事項については、理事は代表権を有しない。この場合においては、裁判所は、利害関係人又は検察官の請求により、特別代理人を選任しなければならない。」(旧民法§57)

以上の扱いは、当然のことながら旧民法を基にして、当時一般的な議決のルールとされていた昭和56年改正前の商法における株式会社の取締役会の議決の方法をミックスしたものと思われます。

(2) 新法による理事会の議決について

今般の一般法人法においては、理事会並びに評議員会は法定の機関とされ、その議決方法についても標準的な基準（デフォルト・ルール）が規定されました（法人法§95①、②、189①)。(なお、§189②はいわゆる特別決議のことを規定していますが、出席と議決を区別していないため、これについては以下の議論からは除外します。)

一般法人法第95条第1項及び第2項は次のように規定されています。(なお、評議員会の決議については、第95条の理事を評議員と読みか

えれば、全く同一の規定となります。従って、以下は特に断らない限り理事会を例にとって議論をすることとします。ただし、評議員が利害関係者となる場合は、理事とは異なると思われますので、その部分についてのみ、2（3）①Eの特別の利害関係のところで後述します。）

> 一般法人法第95条（理事会の決議）
> 第九十五条　理事会の決議は、議決に加わることができる理事の過半数（これを上回る割合を定款で定めた場合にあっては、その割合以上）が出席し、その過半数（これを上回る割合を定款で定めた場合にあっては、その割合以上）をもって行う。
> 2　前項の決議について特別の利害関係を有する理事は、議決に加わることができない。

この場合に注目すべき点は、ストレートに議決要件を規定しており、理事会又は評議員会の開催要件としてのいわゆる定足数（＊4）の規定がないことです。

（＊4）定足数という言葉については、①会議体の開催要件をいう場合と、②会議体の決議要件のうち出席者数をいう場合がありますが、文脈からどちらか推測できると思われるため、どちらの意味か、以下の議論ではその都度は必ずしも断りません。

なお、最近の会社法の教科書や注釈書では、②の意味で定足数という言葉を使っていることが多いので注意をしてください。

そこで問題となるのは、A議決を要しない理事会又は評議員会の開催について、出席要件はいかにあるべきか、Bこの出席要件を定款で定めた場合において、議決要件との関係はどうなるか、Cこの出席要件を定款で定めた場合と定めない場合に、実際の議決において出る差についてどう考えるべきか等です。

これらのことは、日常の運営上はあまり問題とならないと思われますが、一旦問題が発生した場合事前に解明しておかないと、泥沼の論争に発展する可能性もあることも考えられることから、ここに考察を加えてみたものです。

2　理事会（評議員会）の開催要件

（1）会社法の考え

前述のとおり、一般法人法には、理事会又は評議員会の開催要件としてのいわゆる定足数の規定がありません。これについては、一般法人法の基になっている会社法においてもそのとおりです。

ただし、昭和56年商法改正後の旧商法の規定は下記のとおりでした。

> 旧商法260条ノ2〔取締役会ノ決議方法〕
> 第二百六十条ノ二　取締役会ノ決議ハ取締役ノ過半数出席シ其ノ取締役ノ過半数ヲ以テ之ヲ為ス　但シ定款ヲ以テ此ノ要件ヲ加重スルコトヲ妨ゲズ
> 2　前項ノ決議ニ付特別ノ利害関係ヲ有スル取締役ハ決議ニ参加スルコトヲ得ズ
> 3　前項ノ規定ニ依リテ決議ニ参加スルコトヲ得ザル取締役ノ数ハ第一項ノ取締役ノ数ニ之ヲ算入セズ

①平成17年会社法

A　平成17年の会社法では、昭和56年に改正された前述旧商法の規定が下記のように書き換えられました。

> 会社法第369条（取締役会の決議）
> 第三百六十九条　取締役会の決議は、議決に加わることができる取締役の過半数（これを上回る割合を定款で定めた場合にあっては、その割合以上）が出席し、その過半数（これを上回る割合を定款で定めた場合にあっては、その割合以上）をもって行う。
> 2　前項の決議について特別の利害関係を有する取締役は、議決に加わることができない。

B　この規定についての通説的解釈は次のとおりです。

a）取締役会の決議は議決に加わることができる取締役の過半数（定款で加重が可）が出席し（定足数）、出席取締役の過半数（定款で加重が可）の賛成で成立する。

b）決議に付き特別の利害関係を有する取締役は、議決に加わることができないうえ、定足数算定の基礎（＊5）にも算入されない。

（＊5）定足数算定の基礎となる取締役数は、原則として現存する取締役の員数である（最判昭和41．8．26．民集第20巻6号1289頁）。→ここで定足数算定の基礎とは、平成17年会社法下では、「分母の数」という意味に解されます（筆者注）。

c）定款で決議要件を加重するのは良いが、軽減は許されない。可否同数の場合に議長が決定する旨を定款をもって定める例があるが、一度取締役として議決権を行使した議長が再度議決権を行使して決議を成立させるのは認められない（大阪地判昭和28・6・19下民4巻6号886頁）。（以上については、江頭憲治郎『株式会社法第3版』有斐閣、2009年、P.388〜390）

C　この改定については、次の点が注目されます。

a）昭和56年商法改正により、定足数の概念が会議体の決議要件の出席者数に変更され、利害関係を有する取締役は、議決に加わることができないうえ、定足数算定の基礎にも算入されないこととなった。これを反映して、この会社法では、従前の第3項を飲み込んだ議決要件として、第1項に出席者数と議決の要件が規定されていること。（従前の第3項に当たる規定は存在しない。）また、表現が「決議ニ参加スルコトヲ得ズ」から、「議決に加わることができる取締役」と変更になった。

b）第1項が従前の旧商法第260条ノ2第3項を飲み込んだ議決要件として規定されたことから、同条第1項の特別の利害関係を有する取締役が存在しない通常の取締役会の場合が規定されていないようにみえる。しかし、これについては、「特別の利害関係を有する取締役」がいない場合は、「議決に加わることができる取締役」は取締役全員であることから、上記の通常の取締役会の場合を内包した規定であると考えられる。（なお、このことは、会社法第362条第1項に「取締役会は、すべての取締役で組織する。」と旧商法にはない規定を置いていることも関連すると思われる。）

c）なお、第2項において、「特別の利害関係を有する取締役は、議決に加わることができない。」と規定していることは、特別の利害関係を有することは、議決に加わることができない一つの事例であることを意味するようにみえるが、議決に加わることができない場合は、（3）①Cで後述するように特別の利害関係を有する場合に限定されると思われる。

（2）一般法人法の場合

①一般法人法第95条の解釈

A　一般法人法については、会社法のコピーであることが一般的にはいわれています。事実、一般法人法第95条を、会社法第369条と比較してみると、「取締役会」を「理事会」に、「取締役」を「理事」に置き換えてみれば、全く同一であることが分かります。さらに、他の規定においても、この置き換えを行ってみれば、そのほとんどが同一です。

したがって、一般法人法第95条の解釈については、前述（1）①の解釈がそのまま当てはまるものと思われます。そこで、次に煩を厭わず「取締役会」を「理事会」に、「取締役」を「理事」に置き換えて、一般法人法第95条に会社法の通説的解釈を適用すると以下のようになります。

B　一般法人法第95条への会社法の通説的解釈の適用

a）理事会の決議は議決に加わることができる理事の過半数（定款で加重が可）が出席し（定足数）、出席理事の過半数（定款で加重が可）の賛成で成立する。

b）決議に付き特別の利害関係を有する理事は、議決に加わることができないうえ、定足数算定の基礎（＊６）にも算入されない。

（＊６）定足数算定の基礎となる理事数は、原則として現存する理事の員数である。→ここで定足数算定の基礎とは、「分母の数」という意味に解されます（筆者注）。

c）定款で決議要件を加重するのは良いが、軽減は許されない。可否同数の場合に議長が決定する旨を定款をもって定める例があるが、一度理事として議決権を行使した議長が再度議決権を行使して決議を成立させるのは認められない。

C　具体例

ここで話を分かりやすくするために、定款で（法律の規定する）過半数の要件のいずれにも加重のない場合の具体例をあげてみます。

＜理事総数６名、特別の利害関係を有する理事１名（Xとする）＞

a）通常の決議

議決に加わることができる理事の過半数→

６÷２＝３→４名以上の出席が必要

出席理事の過半数→（４～６）÷２＝２～３

→３～４名以上の賛成で成立

b）特別の利害関係のある決議

議決に加わることができる理事（Xを除く）の過半数

→５÷２＝２.５→３名以上の出席が必要

出席理事（Xを除く）の過半数

→（３～５）÷２＝１.５～２.５→２～３名以上の賛成で成立

（なお、本事例では、特別の利害関係を有する理事は１名のみとしているが、仮に５名が特別の利害関係を有する理事である場合は、残りの１名の理事の賛成で決議できる。昭和60年３月15日に民事局第４課長1603号回答参照）

c）報告のみの理事会の成立要件

以上 a）及び b）以外の決議のない、例えば報告のみの理事会の成立要件については、法律の規定がないことからどう考えるべきであろうか。代表理事及び執行理事は（定款の定めにより）最低年２回の実際に開催される理事会での報告を求められることから、関心の深いところであろう。これについては、

ア　前述 a）の通常の決議の場合にならって理事の過半数以上の出席によりはじめて理事会が成立する。→会社法の解釈としては、「取締役会の監督権限に配慮して、報告事項についても、定数要件が適用される」と解されているようである（森本滋「取締役会」、落合誠一編『会社法コンメンタール（８）機関（２）』2009年、P.289）。

イ　法律で規定しているのは理事会の決議のみであり、それ以外の報告については、定款自治の問題であり、その定足数については自由に定款で定められる。

ウ　理事会の内部の問題であり、理事会においてそのルールを決めれば足りる。等々いろいろな考えがありうるであろう。

筆者としては、上記イの考えを原則としつつ、ベスト・プラクティスとして理事の過半数以上（さらに加重が可）の出席によりはじめて理事会が成立することを定款に規定することがよいのではないかと考えている。→公益法人協会のモデル定款においては、この考えに基づき、理事会（評議員会）の決議の条項の前に下記の定足数の条を置いている。（社団モデル§42、財団モデル§26、§48参照。）

> （定足数）
> 第○○条　理事会（評議員会）は、理事（評議員）の過半数の出席がなければ会議を開くことができない。

②出席要件の定款による加重について

A　上記のとおり、一般法人法第95条第１項かっこ書きにおいて、「議決の出席要件」について定款において加重することができることとな

っています。他方、「理事会の成立要件」として、前述①C c）のように、ベスト・プラクティスとして理事の過半数以上の出席（さらに加重が可）を定款に規定することができます。

この場合に、後者のベスト・プラクティスとして理事の過半数以上の出席を規定する定款の規定の存在が、いかに前者の議決の出席要件についての定款による加重となるか否かの問題が生じます。一般法§95は、定款による加重については、「割合」という言葉を使っており、その意味からは「過半数」を例えば「3分の2」とするようなことが想定されていると思われます。とすると、ここでの「定款による加重となるか否か」は、その割合の意味ではなく、「理事会成立の出席要件」という別の意味の定款による加重となります。このような加重の有効性の問題については、会社法の世界で各種の議論がありますが（＊7）、不自然なものでない限り、定款自治の範囲内の問題と思われます。

（＊7）森本滋「取締役会」、落合誠一編『会社法コンメンタール（8）機関（2）』商事法務、2009年、P.290～291。

なお、ここで理事会成立の出席要件としての「理事の過半数以上の出席」について、その理事の中に特別の利害関係を有する理事を含むか、あるいは除くかの問題がありますが、後者のケースは法律に規定されている議決の出席者数と同じこととなるので、前者を前提とします。

B　表1は、前述（2）①のC記載のケース＜理事総数6名、特別の利害関係を有する理事1名（Xとする）＞を用いて、理事の過半数以上の出席を規定する定款の規定の有無に分けて検証してみました。

まず欠席者を1名とし、①利害関係者がXのみの場合（ケースA）、②利害関係者がX、Yの2名の場合（ケースB）、③利害関係者がX、Y、Zの3名の場合（ケースC）、④利害関係者がX、Y、Z、αの4名の場合（ケースD）を「1　利害関係者が変動する場合」で検証しました。

続いて、利害関係者はXの1名のみであるが、⑤欠席者が2名の場合（ケースE）、⑥欠席者が3名の場合（ケースF）を「2　出席者が変動する場合」で検証しました。

この検証の結果、

a)　ケースAにおいては、定款の規定の有無は結果としては関係ない。

b)　ケースB、C、Eにおいては、定款の規定がある場合には、理事会は利害関係者を分子と分母に含んで一旦成立するものの、利害関係のある議案の決議にいたると利害関係者は（分母には含まれたまま）分子から除かれるため、理事会の成立要件を満たさず、結果として議決はすることができない。他方、定款の規定がない場合は、議決の出席要件は充足しているため、議決することが可能である。

c)　ケースD、Fにおいては、定款の規定の有無は結果としては関係ない。

C　以上の結果についてはどう考えるべきでしょうか。ケースB、C、Eにおいては、定款の規定の有無が差異を生んでいますが、ベスト・プラクティスとしての定款の規定がガバナンス上よい結果を生んでいるとみるべきでしょうか。しかし、この結果は納得的ともいえますが、定款の規定の有無が実定法と大きな差異を生んで、やや微妙な感じが残ることも事実かと思います。

さらに、会社法の世界において、法律（会社法）に従った新しい決議方法の慣行が確立しているとすれば、定款によるこのような制約は時代遅れないしは会社（法）とは別の世界のことと言われかねないかもしれません。

その意味では、上記Aにおいて前提条件として捨てた、「理事の過半数以上の出席」について、その理事の中には特別の利害関係を有する理事を除くということにすることが良いかと思われます。これにより、会社法と同一の規定である一般法人法の議決要件と同じこととなり、他方報告等の理事会については、理事の過半数

表１　理事会の成立要件と議決の出席要件比較表

1　利害関係者が変動する場合

理事総数６名	ケースA 利害関係者１（X） 欠席者１		ケースB 利害関係者２（X、Y） 欠席者１		ケースC 利害関係者３（X、Y、Z） 欠席者１	
理事会の成立要件の定款の規定の有無	あり	なし	あり	なし	あり	なし
理事会の成立要件 ６／２＝３、４名以上	出席者５名 理事会成立	N.A.	出席者５名 理事会成立	N.A.	出席者５名 理事会成立	N.A.
（利害関係者を除いた理事会の成否）	（Xを除いても４名出席で理事会成立）		（X、Yを除くと３名出席で理事会不成立）		（X、Y、Zを除くと２名出席で理事会不成立）	
（利害関係議案の）議決の出席要件	(6−1)／2＝2.5 要３名以上出席 （Xを除くと４名出席） ４名出席で要件充足	同左 同左 （同左） 同左	(6−2)／2＝2 要３名以上出席 （X、Yを除くと３名出席） 理事会不成立で不可	同左 同左 （同左） ３名出席で要件充足	(6−3)／2＝1.5 要２名以上出席 （X、Y、Zを除くと２名出席） 理事会不成立で不可	同左 同左 （同左） ２名出席で要件充足
議決の要件（上記出席者の過半数賛成）	4/2=2 要３名以上賛成	同左 同左	理事会不成立で不可	3/2=1.5 要２名以上賛成	理事会不成立で不可	2/2=1 要２名賛成

2　出席者が変動する場合

理事総数６名	ケースD 利害関係者４（X、Y、Z、α） 欠席者１		ケースE 利害関係者１（X） 欠席者２		ケースF 利害関係者１（X） 欠席者３	
理事会の成立要件の定款の規定の有無	あり	なし	あり	なし	あり	なし
理事会の成立要件 ６／２＝３、４名以上	出席者５名 理事会成立	N.A.	出席者４名 理事会成立	N.A.	出席者３名 理事会不成立	N.A.
（利害関係者を除いた理事会の成否）	（４名を除くと１名出席で理事会不成立）		（Xを除くと３名出席で理事会不成立）		（Xを除くと２名出席で理事会不成立）	
（利害関係議案の）議決の出席要件	(6−4)／2＝1 要２名以上出席 （X〜αを除くと１名出席） 理事会不成立で不可	同左 同左 （同左） １名出席で不可	(6−1)／2＝2.5 要３名以上出席 （Xを除くと３名出席） 理事会不成立で不可	同左 同左 （同左） ３名出席で要件充足	同左 同左 （Xを除くと２名出席） 理事会不成立で不可	同左 同左 （同左） ２名出席で不可
議決の要件（上記出席者の過半数賛成）	理事会不成立で不可	同左	理事会不成立で不可	3/2=1.5 要２名以上賛成	理事会不成立で不可	同左

以上の出席を要請することとなり、まさにベスト・プラクティスとして機能しているからです。

この場合に定款の規定方法として、「理事会は、理事の過半数の出席がなければ会議を開くことができない。」を、「理事会は、議決に加わることのできる理事の過半数の出席がなければ会議を開くことができない。」とするのが明快ですが、定款の解釈として旧の規定のままでもそれを読めないことはないことから実際の運用でそのような扱いとするか、理事会運営規則に規定することも一つの方法かもしれません。

なお、その結果別表については、すべてのケースについて「理事会の成立要件の定款の規定がある場合」が「ない場合」と同一となることはいうまでもありません。

（３）残る諸問題

上記の議論の中で、いくつかの問題が残されています。第１は「議決に加わることができない理事」と「特別の利害関係を有する理事」の差異であり、第２はそれとも絡んだ議長の議決権のあり方であり、第３は特別の利害関係を有する理事の当該関係議事への審議参加権の有無です。

いずれの問題も、会社法で議論されている問題であり、一般法人法ではその蓄積がないことから、前者の先例等を当てはめて簡単に見てみることとします。

①「議決に加わることができない理事」と「特別の利害関係を有する理事」の差異

A　前述のとおり、一般法人法第95条の規定ぶりからすると、「議決に加わることができない理事」の概念は、「特別の利害関係を有する理事」を内包する、より大きなものと思われますが、具体的にはどのような差異があるでしょうか。そのためには、まず「特別の利害関係」とは何かを見る必要があります。

B　特別の利害関係

会社法においては、その営利企業に関する法であることを反映して、多くのことが特別の利害関係とされています（＊８）。全てを列挙するのは煩瑣であることから、非営利法人にも適用されると思われるものをあげてみると以下のとおりです。

㋐理事個人の競業取引
㋑理事個人と法人の間の利益相反取引
㋒（定款に規定された）理事会による理事の責任の一部免除対象理事
㋓理事に重要な使用人を兼務させる場合
㋔理事が他の法人の代表理事等を兼任する場合の当該法人との取引
㋕退職慰労金贈呈案議案決定理事会における当該対象理事等
㋖代表理事の解職決議における当該代表理事（ただし、これについては有力な反対説がある。）

（＊８）江頭憲治郎『株式会社法第３版』有斐閣、2009年、P.389～390
森本滋「取締役会」落合誠一編『会社法コンメンタール（８）機関（２）』商事法務、2009年、P.292～296

C　議決に加わることができない理事

以上Bにおいて、特別の利害関係にある理事の例示をみてみましたが、それ以外に議決に加わることができない理事の概念を、筆者は想像できません。したがって、「議決に加わることができない理事」と「特別の利害関係を有する理事」は、現時点ではほぼイコールと考えます。（逆に加わることができる理事については、下記Dのc）参照。）

D　いくつかの留意点

以上に絡み、いくつかの留意点があります。

a)「議決に加わることができる理事」を、病気や怪我あるいは海外出張により物理的に理事会に参加できない理事を除く意味に解する人がいるが、これは単に出席できないということであって、法律上の権利の問題としての議論の外にある（この場合は、理事会を欠席するに過ぎない）。

b）後述の議長の裁決権に絡み、定款において「議長の最初の表決において、議長は議決に加わることができない。」旨の規定を置く例があるが（＊9）、この場合議長も当然議決に加わることができるのであって、裁決権の関係から表決権を留保しているに過ぎない（したがって、出席の理事数には当然算入される。後述の②議長の議決権のあり方を参照。）。

（＊9）例えば、公益法人協会のモデル定款（社団モデル§43、財団モデル§27、§49）参照。

c）なお、特別の利害関係の議論とは直接関係しないが、現存理事が法律または定款所定の最低員数を下回っている場合において、法律または定款所定の最低員数を基礎に、その過半数が出席していれば、有効な取締役会と、会社法の実務では解されている。したがって、一般法人法の理事会もそのように解することとなるのであろう。その場合において、仮理事（一般法§75②）を選んで対処することが原則であると思われるが、その仮理事は「議決に加わることができる理事」となり、出席の理事数には当然算入されることとなろう。

E　議決に加わることができない評議員

上記A～Cの議決に加わることができない理事との関連において、議決に加わることができない評議員とは具体的にどのような場合かということが問題となります。評議員の場合は、理事と異なって執行並びにその決定に携わらないことから、なかなか想像が難しいのですが、以下のようなケースがあたるものと思われます。

㋐総評議員の同意による責任免除をする評議員会における当該責任免除対象評議員

㋑評議員の選任・解任を評議員会で行う旨を定める財団法人の評議員会における特定の評議員の解任議案を議決する際の当該評議員

㋒重要な財産の処分ないしは取得について評議員会の承認を要する旨を定める財団法人の評議員会における当該財産の処分ないしは取得の議決の対象先が特定の評議員であり、当該取引条件が通常ではない場合の当該評議員

②議長の議決権のあり方

A　取締役会の議決が賛否同数の場合の議長の裁決権については、昭和56年商法改正前の通説は、「可否同数の場合に議長が決定する旨を定款をもって定めることは有効である。」としていました。しかし、昭和56年商法改正後ならびに現在の会社法の通説ならびに有権解釈では、「可否同数の場合に議長が決定する旨を定款をもって定める例があるが、一度取締役として議決権を行使した議長が再度議決権を行使して決議を成立させるのは認められない。」となっており、下級審の判例は、早くから同一の見解であったことは、既にみたとおりです（上記（1）①B c）参照）。

会社法のコピーである一般法人法における、理事会の議長の議決権も後者の考え方に従うことになるでしょう。

B　問題は、議長が再度議決権を行使して決議を成立させるのは上記Aのとおり違法であることを当然の前提として、最初の表決に議長が議決権を留保し、可否同数の場合に議長が決定することの是非です。この場合、定款に明示的にそれを表示する場合と実際の運用で行う場合があります。

後者の場合について、FAQ問Ⅰ－3－⑪は、「特に定款に定めていなくても、裁決に当たって、議長である理事（評議員）が自らの議決権の行使を一旦留保した上で、可否同数のときにその議決権を行使することは、基本的に問題ないと考えられます。」としています。前者の場合について、同じFAQにおいては直接的な言及はありませんが、「また、仮に、当初の議決に議長が加わらないこととしている場合であっても、当初の議決において、議長たる理事（評議員）を除く出席理事（出席評議員）の過半数の賛成で決議が成立する旨を定めた場合には、一

般社団・財団法人法に定められている決議要件を緩和するものとなり、無効であると考えられます。」としている。

C　公益法人協会のモデル定款においては、可否同数の場合に議長が決定する旨を定款をもって定めているが、その前提として、裁決に当たって、議長である理事（評議員）が自らの議決権の行使ができない旨の押念規定も第２項で定めている（社団モデル§43、財団モデル§27、§49参照。）。この場合、議長たる理事（評議員）を除く出席理事（出席評議員）の過半数の賛成で決議が成立する旨を明示的に定めているわけではないので、有効と考えます。

ただ、第２項の押念規定の表現が、議長たる理事（評議員）を除く出席理事（出席評議員）の過半数の賛成で決議が成立するように読める可能性があるとすれば、より良い表現にする必要があるかもしれませんし、この表現のままでいくとしても、実際の運用において留意する必要があるでしょう。

③利害関係者の審議への参加

A　前述（３）①において決議に参加できない利害関係者は、その利害関係の審議にも参加できないでしょうか。旧商法及び会社法については、㋐出席を容認する説（とくに昭和56年商法改正前）、㋑法律は干渉しないとする説（昭和56年商法改正後）がありますが、㋒出席を否定する説（とくに現会社法下）もあるところです。

この場合に、議長として定められている（定められた）理事が、利害関係者であるときは、議長として議事を進めることは、容認説に立っても否定されており、この点について異論はありません。（＊10）

（＊10）③AならびにBの議論については、森本滋「取締役会」、落合誠一編『会社法コンメンタール（８）機関（２）』商事法務、2009年、P.296～298を参照。

B　もっとも、上記容認説と否定説の実務処理としては、両説に差異がないとされます。すなわち、容認説でも、理事会の判断で退席を求めることができるとされるし、否定説においても、利害関係取締役に説明を求める必要があるときは、席に止まることができるとされるからです。

ただし、利害関係取締役に弁明の機会を与えなかったことが、不公正な決議方法とされる場合があることに留意すれば、会社法のもとでは否定説をベースとすることでよいという有力な見解も示されています。

C　一般法人法下の理事会についてはどう考えるべきでしょうか。一般法人法が会社法のほとんどコピーであるとすれば、上記AおよびBの議論がそのまま当てはまると考えてよいと思われます。

3　おわりに

以上、一般法人法における理事会（評議員会）の議決について、会社法との対比を中心にみてきました。ここだけをとってみても、会社法において、学説の分かれるところや一般人から見ると、難解な部分も多いと思われます。したがって、一般法人法が会社法（就中株式会社法）のコピーでほとんどどつくられたことが、非営利法人の立法政策としてよかったかどうか疑問なしとしないと思われます。さらに別に存在する問題点を考えると、誰もが容易に理解できる法律とすべく、然るべき法改正が近い将来あってもよいのではないかと思われます。

※本稿につきましては、公益法人協会のブログに問題意識を与えられて執筆したものです。ブログの投稿者「あさい」さん他に対し、お礼申し上げます。

また、拙稿については、顧問の弁護士をはじめ法曹の関係者からご意見を賜り、厚く感謝いたします。ただ、本稿の最終的な責任については、筆者が負うべきことは言うまでもありません。

（公益財団法人公益法人協会専務理事・鈴木勝治）