

### (1) 形式的判断説（外形説）

#### (一) 判例・通説

形式的判断説（外形説）は、判例・通説である<sup>\*2</sup>。登記実務は、(3)で記述するように形式的判断説を探っている。

形式的判断説は、利益相反行為か否かは行為の外形からのみ判断すべきであり、代理行為をするについての親権者の動機、意図をもって判定すべきでない、とするものである。この説は、利益相反行為か否かは行為の外形からのみ判断するため、行為の動機や目的などを考慮すべきとする実質的判断説と比較して、未成年者の取引の相手方の保護、すなわち取引の安全をも尊重するものである。

形式的判断説は、親権者の利益と子の不利益とが、法形式の外形上結合しない限り、利益相反行為に当たらないとする（最判平4・12・10民集46・9・2727 (二)例1)）<sup>\*3</sup>。

\*2 最高裁判例の立場は、形式的判断説に確定しているとされ、通説の立場でもある（最高裁判例解説 平成4年度513頁〔田中豊〕）。

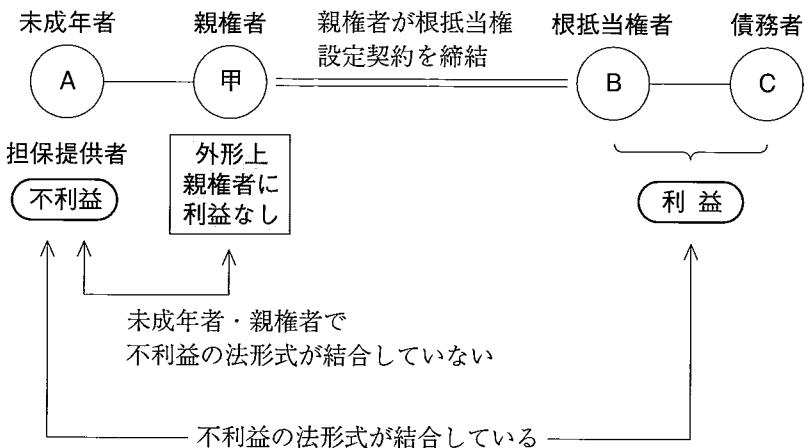
\*3 「法形式の外形上結合」という用語は、前掲(\*2)最高裁判例解説513頁より引用。

#### (二) 「法形式の外形上結合」していない例

##### 例1：債務者が第三者

～利益相反行為にならない（最判平4・12・10民集46・9・2727）

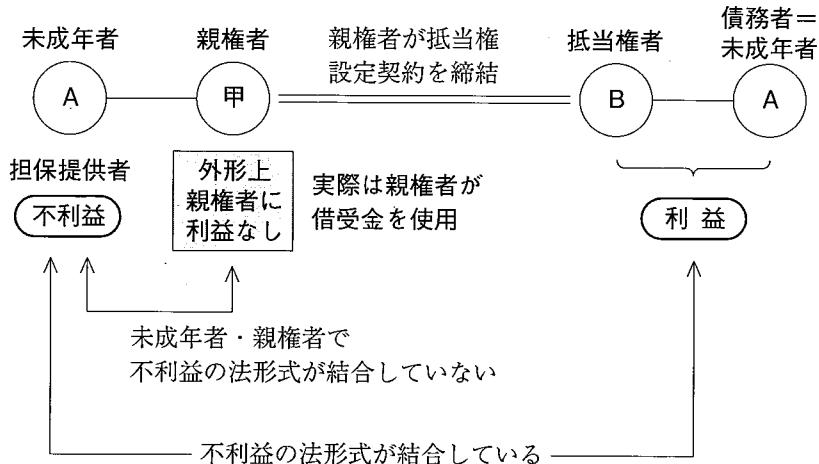
未成年者A所有の土地について、根抵当権者をB、債務者をC会社とする根抵当権設定契約を未成年者の親権者甲が締結する行為は、根抵当権者および債務者の利益と未成年者の不利益とは法形式の外形上結合しているが、親権者の利益と未成年者の不利益とは外形上結合していないから、利益相反行為に当たらない。



### 例2：債務者が未成年者

～利益相反行為にならない（大判昭8・1・28法学2・1120）

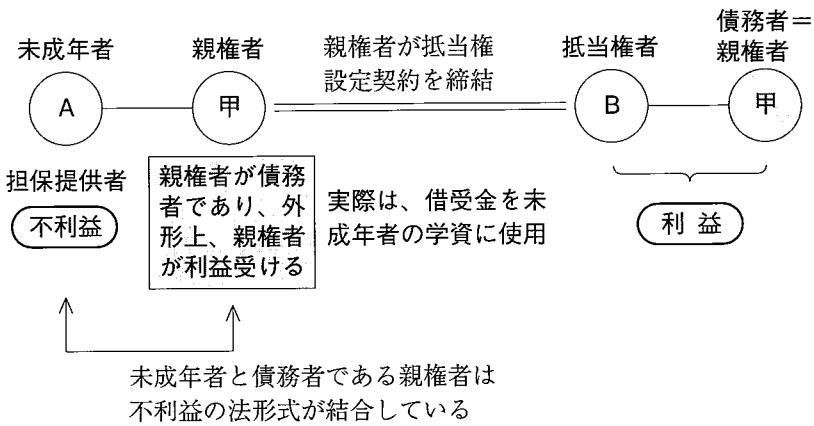
親権者甲が、借受金を親権者甲の定期米取引の資金に供する目的を有していたとしても、その未成年の子Aを債務者としてA所有の不動産に抵当権を設定することは、利益相反行為にならない。



### 例3：債務者が親権者

～利益相反行為になる（最判昭37・10・2民集16・10・2059）

親権者甲が負担する貸金債務を担保するために、甲を債務者として、その未成年の子Aが所有する不動産に抵当権を設定する行為は、当該借受金を未成年の子の養育費に供する意図であっても、利益相反行為に当たる。



### 【判例2】最判昭37・2・27集民58・1023（形式的判断説）

「本件金銭消費貸借契約及び抵当権設定契約は、Xの未成年当時、Xの親権者が法定代理人として、Yの代理人との間に、Xを借主とし、X所有の不動産をその債権の抵当物件としてこれを締結したものである。而して、法定代理人と本人との間に利益相反する関係があるか否かは、専ら、行為自体を観察して判断すべきものであって、その行為に至った縁由を考慮して判断すべきものではない（大正7年(オ)第442号同年9月13日大民判、大民録24輯下1684頁参照）。されば、仮令、これ等の契約の締結が、所論の如くに、借入金を親権者自身の用途に供するためであったとしても、それは、契約に至った縁由にすぎないのであ

って、本件各契約自体に対する観察上、上告人とその親権者とが、所論の如き利益相反する関係にあったとは、認められない。以上と同旨の原判決は正当である」(ふりがなは筆者)。

### 【判例3】最判昭42・4・18民集21・3・671（形式的判断説）

「民法826条にいう利益相反行為に該当するかどうかは、親権者が子を代理してなした行為自体を外形的客観的に考察して判定すべきであって、当該代理行為をなすについての親権者の動機、意図をもって判定すべきでない」。

### (二) 判例が形式的判断説を探る理由

判例が一貫して形式的判断説を探る理由は、①外部から判断できない親権者の目的・動機や結果までも考慮して利益相反行為か否かを判断することは、取引の安全への弊害が大きい。②結果を考慮せず行為の外形から判断すべしというのは、「代理」の一般理論の適用に他ならないからである。特別代理人によらずに行われた利益相反行為は無権代理行為と解するのが判例通説（最判昭46・4・20民集102・519、新・判例コメントタル120頁）であり、通常の代理権との統一的な取扱いを図っている。

### (2) 実質的判断説

上記(1)の形式的判断説（外形説）によると、例えば、親権者が未成年の子を債務者としてその未成年の子が所有する不動産に抵当権を設定して、親権者が当該借受金を親権者のために使用しても、外形上は親権者の使用行為が分からないので（外形上は、未成年者と親権者の利害が衝突していないから）、利益相反行為にならない。

【先例34】昭39・4・6民甲1287（印鑑証明書の提出）

[照会]

甲・乙両株式会社の代表取締役が同一人で甲株式会社の所有にかかる不動産を乙株式会社に売り渡し、その登記申請をするときは、甲・乙両株式会社の取締役会の承認を証する書面及び出席取締役の印鑑証明書の添付を要しますが（昭和37年6月27日付民事甲第1657号貴職回答）、商業登記法（筆者注：昭和38年法律125号）が本年（筆者注：昭和39年）4月1日より施行になると、登記所に印鑑を提出すべき者は代表取締役のみとなるので（同法第20条及び新商業登記規則（案）附則第11項ならびに同第12項参照）、代表取締役以外の取締役の印鑑証明書の交付が受けられないから、その提出は不能となり且つ又、取締役につき、取締役たる者個人の住所地の市町村長又は区長が証明する印鑑証明書を提出させるとしても、その取締役個人の住所は商法の一部を改正する法律（昭和37年法律第82号）により株式会社登記簿に記載しないことになっている関係上（商法第188条第2項第7号）、その個人の印鑑証明書が株式会社登記簿上の取締役と同一の者の印鑑証明書であるかどうかは確認し難く思われます。

この場合、結局、取締役会議事録に署名した取締役につき、印鑑証明書を提出できるのは、甲・乙両株式会社の代表取締役についてのみとなります。これでは、商法第265条（筆者注：現行会社法356①二・365①）に該当する取引きがある場合に、その取引きを承認する取締役会議事録に印鑑証明書を添付せしめて、その「承認」の真正を担保させる目的の前掲先例の趣旨が事実上無意味なものとなるおそれがあります。この点いささか疑義が生じましたので、本年4月1日以降において甲・乙両株式会社につき、

(1) 取締役会議事録に署名した者全員の印鑑証明書を提出させる。

ただし、その場合、代表取締役以外の取締役については、その者個人の住所地の市町村長又は区長の証明する印鑑証明書の添付を

させるべきである  
のか、又は、  
(2) 代表取締役のみの印鑑証明書で足りる  
のか、或いは、  
(3) 印鑑証明書の提出は一切要しない取扱いにすべき  
なのか、いずれによるべきか何分の御垂示を賜りたくお伺いします。

〔回答〕

貴見(1)の取り扱によるのが相当である。  
追って、議事録に署名、捺印した取締役が印鑑証明書に表示されている者と同一人である旨の証明は、必要ないものと考えるので、念のため申し添える。

### (三) 利益相反取引を承認した株主総會議事録の例（取締役会非設置会社の場合）

#### 臨時株主総會議事録

平成〇年〇月〇日午前〇時〇分より、当会社の本店において臨時株主総会を開催した。

議決権を行使できる株主数 ○名

この議決権の数 ○個

出席株主数（委任状による者を含む） ○名

この議決権の数 ○個

出席取締役 A・B・C

出席監査役 D

以上のとおり議決権を行使することができる株主の議決権の過半数を有する株主が出席したので本会は適法に成立した。 ①

よって、代表取締役Aは議長となり開会を宣言し、直ちに議事に入った。 ②

### 議案 担保提供の件

議長は、当会社の代表取締役Aが株式会社△△銀行から金〇万円の融資を受けるにつき、その債務支払の保証として当会社が所有する後記記載の不動産に次の要領で抵当権を設定すること等重要な事実を説明した後、その賛否を議場に諮ったところ満場一致をもってこれを承認可決した。 ③

#### 記

登記の目的 抵当権設定

債 権 額 金〇万円

利 息 年〇% (年365日の日割計算)

損 害 金 年〇% (年365日の日割計算)

不動産の表示 (省略)

以上にて本日の議事を終了したので、議長は午前〇時〇分閉会を宣言した。この決議を明確にするため、この議事録を作成する。

平成〇年〇月〇日

甲株式会社

議事録作成者・代表取締役 A ㊞ ④

- ① 株主総会の決議方法について定款に別段の定めがあるときは、その定めに従う（会社309①）。
- ② 利益相反取締役は、議長になることができる（143頁⑮）を参照）。
- ③ 株主総会の議事の経過の要領およびその結果を記載する（会社規72③二）。

決議の方法は普通決議である（会社309①）。普通決議は、定款に別段の定めがある場合を除き、議決権行使することができる株主の議決権の過半数を有する株主が出席し、出席した当該株主の議決権の過半数をもって行う。株主総会においては、利益相反取締役が株主であるときは、株主として議決権行使することができる（142頁⑭）を参照）。

- ④ 議事録作成者が記名押印する（不登令7①五ハ・19①、詳細は⑮参照）。代表取締役Aが登記所に届け出た印鑑を押印する。