

## (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\*2。登記実務は、(3)で記述するように形式的判断説を採っている。

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）\*3。

\*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〕）。

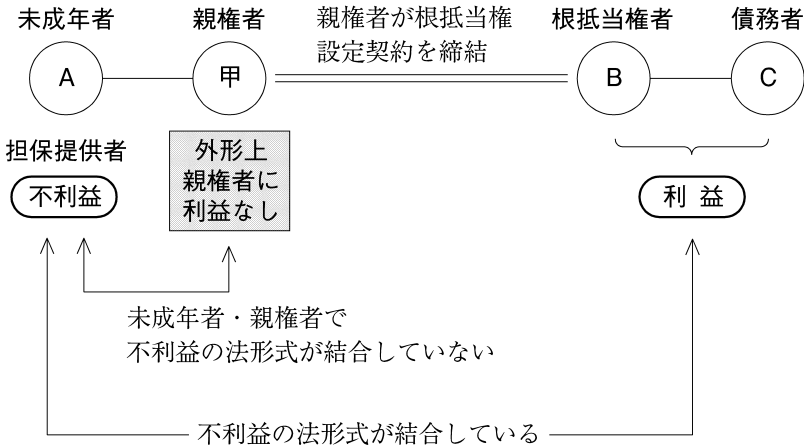
\*3 「法形式の外形上結合」という用語は、前掲（\*2）最高裁判例解説 513頁より引用。

### （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）

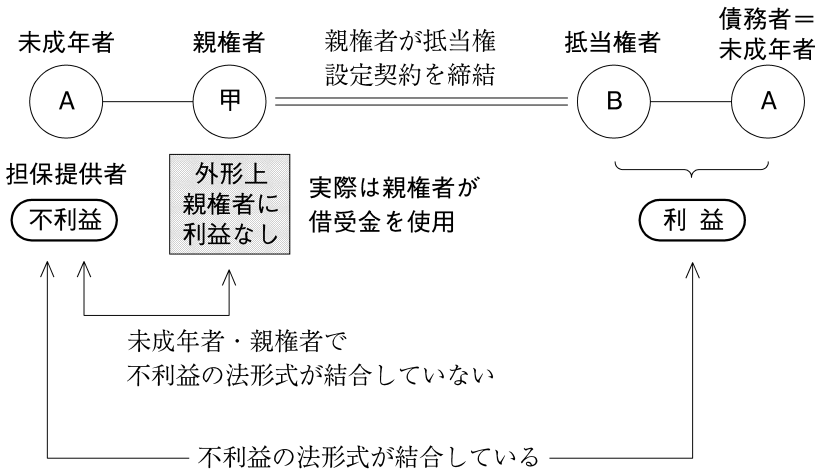
未成年者A所有の土地について、根抵当権者をB、債務者をC会社とする根抵当権設定契約を未成年者の親権者甲が締結する行為は、根抵当権者および債務者の利益と未成年者の不利益とは法形式の外形上結合しているが、親権者の利益と未成年者の不利益とは外形上結合していないから、利益相反行為に当たらない。



**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）

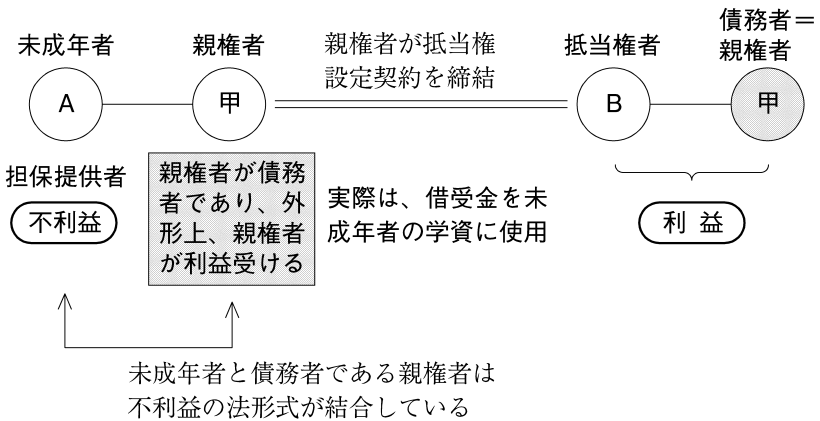
親権者甲が、借受金を親権者甲の定期米取引の資金に供する目的を有していたとしても、その未成年の子Aを債務者としてA所有の不動産に抵当権を設定することは、利益相反行為にならない。



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、行為自体を觀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

し当該行為に関する限りにおいて未成年者の親権者と同様の地位を付与するものにとどまり、右行為につき事情のいかんを問わず有効に未成年者を代理しうる権限を確定的に付与する効果まで生ずるものではなく、したがって、右のようにして選任された特別代理人と未成年者との間に利益相反の関係がある場合には、右特別代理人についても親権の制限に関する民法826条1項の規定が類推適用されるものと解すべきだからである」(傍線は筆者)。

## 8 利益相反行為と不動産登記の申請

### (1) 登記の申請人

#### (一) 親権者または特別代理人からの申請

未成年者を当事者とする不動産の売買行為、遺産分割行為、抵当権設定行為等が、親権者と未成年者との間で利益相反行為に該当するため特別代理人が未成年者を代理して当該行為をした場合、その所有権移転登記または抵当権設定登記等の登記申請は、親権者または特別代理人のいずれから申請しても差し支えない(『先例20』)。親権者が登記の申請をする場合に、共同親権のときは登記の申請も共同して行う『先例22』(71頁)。なお、宗教法人の例ではあるが、類似の事例として259頁(4)を参照。

『先例20』 昭32・4・13民三379

[照会]

(イ) 親権者甲とその親権に服する子乙が相続財産中

(一) 動産は全部甲

(二) 不動産は全部乙

の所有とする旨の遺産分割協議にもとづく所有権移転の登記申請及び

要しないものと考えますがどうでしょうか。

[回答]

第一項、第二項とも貴見のとおりと考える。

## 8 執行役の利益相反取引

### (1) 指名委員会等設置会社

指名委員会等設置会社とは、定款の定めにより、指名委員会、監査委員会および報酬委員会を置く株式会社をいう（会社2十二）。資本金の額による会社の規模、公開会社であるか公開会社でないかを問わず指名委員会等設置会社となることはできるが、取締役会設置会社であり（会社327①四）、かつ、会計監査人設置会社（会社327⑤・2十一）であることを要する。取締役を構成員とする監査委員会（会社400②）が設けられる関係で、監査役は置かれない（会社327④）。

### (2) 執行役

#### (一) 必要的常設機関

指名委員会等設置会社には、取締役会で選任した1人または2人以上の執行役を置かなければならない（必要的常設機関）。執行役は、取締役を兼ねることができる（会社402①②⑥）。

指名委員会等設置会社は代表取締役を置くことができない。取締役会は、執行役の中から代表執行役を選定しなければならない（執行役が1人のときは、その者が代表執行役に選定されたものとされる。）。代表執行役は、会社の業務に関する一切の裁判上または裁判外の行為をする権限を有する（会社420①③・349④）。

#### (二) 執行役の権限

執行役は、次に掲げる職務を行う（会社418）。

- ① 会社法416条4項の規定による取締役会の決議によって委任を受けた指名委員会等設置会社の業務の執行の決定。
- ② 指名委員会等設置会社の業務の執行。

### (3) 執行役の利益相反取引

指名委員会等設置会社は取締役会設置会社であるから（会社327①四・400②・416参照）、執行役が会社との利益相反取引をなす場合には、一般の取締役会設置会社の取締役（前記1～6で記述した取締役会設置会社の取締役）と同じ規制を受ける（会社419②）。

会社法419条2項は、執行役と会社との利益相反取引につき、同法356条および365条2項の規定を準用する。この場合においては、下記表の傍線のように読み替えられる（会社419②）。

(イ) 会社法419条2項による356条の準用

取締役の利益相反取引 (会社356)	執行役の利益相反取引 (会社419②・356)
<p>① 取締役は、次に掲げる場合には、株主総会において、当該取引につき重要な事実を開示し、その承認を受けなければならない。</p> <p>1 取締役が自己又は第三者のために株式会社の事業の部類に属する取引をしようとするとき。</p> <p>2 取締役が自己又は第三者のために株式会社と取引をしようとするとき。</p> <p>3 株式会社が取締役の債</p>	<p>① 執行役は、次に掲げる場合には、<u>取締役会</u>において、当該取引につき重要な事実を開示し、その承認を受けなければならない。</p> <p>1 執行役が自己又は第三者のために株式会社の事業の部類に属する取引をしようとするとき。</p> <p>2 執行役が自己又は第三者のために株式会社と取引をしようとするとき。</p> <p>3 株式会社が執行役の債</p>