

# 公益法人（一般法人）の利益相反取引規制に 違反した取引の効力について

清 水 俊 順\*

## 目 次

- I はじめに
- II 会社法356条（商法旧265条）についての最大昭和43年判例について
- III 最大昭和43年判例の射程範囲 その1～民法旧57条の解釈論について～
- IV 最大昭和43年判例の射程範囲 その2～一般法人法84条1項の解釈論について～
- V 過失判断について
- VI 結 語

## I はじめに

1 公益法人（高齢者の福祉を目的とする公益法人）の代表理事が、自ら代表をつとめる特定非営利活動法人（老人ホームを運営するNPO法人）に1億7000万円の銀行融資を受けさせるために、金融機関（銀行）に対し、偽造した公益法人の理事会議事録のコピーを提出するなどして、公益法人の1億7000万円の定期預金に質権を設定した行為の効力をどのように考えるべきであろうか（以下、「本事例」という。）。

2 一般社団法人及び一般財団法人に関する法律（以下、「一般法人法」という。）84条1項2号3号、92条1項、197条（以下、一般法人法84条1項のみを引用する。）は、一般社団法人及び一般財団法人（以下、「一般法人」という。）の理事が自己又は第三者のために一般法人与取引をしようとするとき（同項2

---

\* しみず・としのぶ 弁護士（弁護士法人 サン総合法律事務所）

号。以下「直接取引」という。)、又は、一般法人が理事の債務を保証することその他理事以外の者との間において一般法人と当該理事との利益が相反する取引をしようとするとき(同項3号。以下「間接取引」という。))には、理事は、社員総会又は理事会において、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と規定しており、これは、会社法356条1項、365条(以下、会社法356条1項のみを引用する。)と同一の規律内容である<sup>1)</sup>。

そこで、一般法人法84条1項に違反した取引の効力については、会社法356条(商法旧265条)についての相対的無効説といわれる判例法理(会社が無効を主張するのには、取引の相手方が取締役会の承認のないことについて悪意であることを立証しなければならないとする[最大判昭和43年12月25日民集22巻13号3511頁]。以下「最大昭和43年判例」という。)を適用する見解が有力である<sup>2)</sup>。

この見解によれば、本事例では、公益法人は、金融機関が理事会の承認のないことについて悪意であることを立証しなければ、質権設定行為の無効を主張できないことになり、本事例に限らず、公益法人が利益相反取引の無効を主張できる事例は、極めて限定されることになる。

---

1) 会社法356条1項3号の間接取引については、「会社による取締役の債務の保証(最判昭和45・3・12判時591号88頁)・債務引受け(最判昭和43・12・25民集22巻13号3511頁)、物上保証(東京地判昭和50・9・11金法785号36頁)のように、会社・第三者間の取引であって外形的・客観的に会社の犠牲において取締役に利益が生ずる形の行為についても、会社を代表する者が当該取締役であるか否かに関わらず、株主総会・取締役会の承認を要する。取締役が代表取締役をしている他社の債務を会社が保証する場合も同様と解されている(最判昭和45・4・23民集24巻4号364頁)。」(江頭憲治郎『株式会社法 第6版』[有斐閣、2015年]441頁)とされている。一般法人法84条1項3号も同様に解釈されることになるから、本事例の質権設定行為が、一般法人法84条1項3号の間接取引に該当することは異論がないと思われる。

2) 四宮和夫=能見善久『民法総則 第8版』[弘文堂、2010年]131頁、山本敬三『民法講義I 総則[第3版]』[有斐閣、2011年]499頁、奥田昌道=安永正昭編『法学講義民法1 総則[第2版]』[悠々社、2007年]260頁以下[河内宏]、渋谷幸夫『公益社団法人・公益財団法人・一般社団法人・一般財団法人の機関と運営』[全国公益法人協会、2009年]416頁以下、小山稔=二宮照興編『利益相反行為の判断と処理の実際[改訂版]』[新日本法規、2010年]39頁以下[二宮照興]、熊谷則一『逐条解説 一般社団・財団法人法』215頁[全国公益法人協会、2016年]がある。

しかし、一般法人法84条1項は、会社法356条1項と同様、この規制に違反した取引の効力については規定していない。最大昭和43年判例は、会社法356条（商法旧265条）の文言解釈や規律内容によって導き出されるものではないから、一般法人法84条1項が会社法356条1項と同一の規律内容であるからといって、その規定に違反する取引の効力についてまで、同一に解さなければならない、というものではない。

確かに、最大昭和43年判例は、会社法356条（商法旧265条）について確立し、かつ大多数の学説の支持を受けている判例法理であるが、他の会社法判例（例えば、代表取締役が取締役会決議を経ずに行った重要な業務執行についての最判昭和40・9・22民集19巻6号1656頁は、会社は、取引の相手方が取締役会の承認のないことを知り得べかりしこと〔有過失〕を立証すれば、無効を主張することができるとする。）と比べても、明らかに取引の安全保護に比重を置いているものであるから、この判例法理を一般法人法84条1項に適用すると、一般法人に著しく不利益となり、とりわけ公益目的を遂行するための公益法人の財産を損なうことになってしまう。

そもそも一般法人法84条1項は、営利法人を対象とする会社法と異なり、公益法人を含む一般法人（非営利法人）を対象としているのであるから、公益法人についての民法の旧法人規定に関する解釈論（法令や定款等による代表権の制限の場合に、民法110条を類推適用して〔取引の相手方の善意・無過失を要件として〕法人の利益保護と取引の安全保護の調整を図る解釈論。例えば最判昭和60年11月19日民集39巻7号1760頁。）を引き継ぐべきであり、したがって、本事例でも、民法110条を適用して、金融機関は、理事会の承認のないことについて善意・無過失であることを立証しなければ、質権設定行為は無効となると考えるべきでないか<sup>3)</sup>。

3 本稿は、筆者が、原告である公益法人（ただし、現時点では、公益認定

---

3) 民法110条の「正当な理由」とは、判例によれば「相手方の善意無過失」を意味する。そして、これについての主張・立証責任は本人への効果帰属を主張する相手方の側にある（潮見佳男『民法総則講義』〔有斐閣、2005年〕384頁以下、388頁）。

が取り消されている。)の破産管財人と被告である金融機関との間の本事例を巡る訴訟(以下「本訴訟」という。)に關与する中で抱いた前記の素朴な疑問を出発点として、公益法人(一般法人)の利益相反取引規制に違反した取引の効力についての検討を試みるものである<sup>4)</sup>。

そこで、以下では、公益法人(一般法人)の利益相反取引規制に違反した取引の効力について、具体的には、(1)理事会の承認を得ないで行われた公益法人(一般法人)の利益相反取引の効力をどのように考えるか、(2)取引相手方が保護される主観的要件をどのように考えるか(悪意でなければ保護されるか、無重過失を要求するか、無過失まで要求するか)、(3)取引相手方の主観的要件の立証責任を公益法人(一般法人)と取引相手方のいずれに負担させるか、という問題について、本訴訟における裁判所の争点整理にならって、会社法356条(商法旧265条)についての最大昭和43年判例の射程は、①公益法人を対象とする民法旧57条に及ぶと考えられていたか<sup>5)</sup>、②公益法人を含む一般法人を対象とする一般法人法84条1項に及ぶか、という順序で検討を進めていくこととする。

最大昭和43年判例を適用する見解(以下、「最大昭和43年判例適用説」という。)は、上記(1)を無権代理と考えるが、取引の相手方は、悪意でなければ、過失があっても保護されることになり(上記(2))、悪意の立証責任は公益法人が負担することになる(上記(3))。

これに対して、民法110条を適用する見解(以下、「民法110条適用説」という。)は、上記(1)を無権代理と考えるが、取引の相手方は善意・無過失で

---

4) 現に大阪地方裁判所で係属中の事件であるため、事案の詳細には触れない。また、理事会の承認を経ずに行われた重要な業務執行の効力(一般法人法90条4項)も争点となっているが、本稿では触れない。筆者は、原告の破産管財人森恵一弁護士の下で、破産管財人代理(筆者のほか、小谷隆幸弁護士、嶋野修司弁護士、清水優弁護士、高江洲ひとみ弁護士、永原明弁護士)として本訴訟に關与している。

5) 一般法人法の施行に伴って削除された民法旧57条は、「法人と理事との利益が相反する事項については、理事は、代理権を有しない。この場合においては、裁判所は、利害關係人又は檢察官の請求により、特別代理人を選任しなければならない。」と規定していた。

あれば保護されることになり（上記(2)）、その立証責任は取引の相手方が負担することになる（上記(3)）という結論になる。

## II 会社法356条（商法旧265条）についての 最大昭和43年判例について

1 最大昭和43年判例は、会社が、取締役の債務を債務引受した事案について、下記のとおり判示した。

(1) 「商法265条は、取締役個人と株式会社との利害相反する場合において、取締役個人の利益を図り、会社に不利益な行為が濫りに行なわれることを防止しようとする法意に外ならないのであるから、同条にいわゆる取引中には、取締役と会社との間に直接成立すべき利益相反の行為のみならず、取締役個人の債務につき、その取締役が会社を代表して、債権者に対し債務引受をなすが如き、取締役個人に利益にして、会社に不利益を及ぼす行為も、取締役の自己のためにする取引として、これに包含されるものと解すべきである。」

以下「最大昭和43年判例の判示(1)」という。

(2) 「取締役が右規定に違反して、取締役会の承認を受けることなく、右の如き行為をなしたときは、本来、その行為は無効と解すべきである。このことは、同条は、取締役会の承認を受けた場合においては、民法108条の規定を適用しない旨規定している反対解釈として、その承認を受けないうちの行為は、民法108条違反の場合と同様に、一種の無権代理人の行為として無効となることを予定しているものと解すべきであるからである。

取締役と会社との間に直接成立すべき利益相反する取引にあっては、会社は、当該取締役に対して、取締役会の承認を受けなかったことを理由として、その行為の無効を主張し得ることは、前述のとおり当然であるが、会社以外の第三者と取締役が会社を代表して自己のためにした取引については、取引の安全の見地より、善意の第三者を保護する必要が

あるから、会社は、その取引について取締役会の承認を受けなかったことのほか、相手方である第三者が悪意（その旨を知っていること）であることを主張し、立証して始めて、その無効をその相手方である第三者に主張し得るものと解するのが相当である。」

以下、「最大昭和43年判例の判示(2)」といい、一種の無権代理人の行為として無効となるとする部分を前半部分、取引の相手方の主観的要件、立証責任についての部分を後半部分という。

## 2 最大昭和43年判例の検討

### (1) 間接取引

最大昭和43年判例の判示(1)は、間接取引を規制する旨の明文の規定がなく、間接取引が商法旧265条に該当するかどうかの解釈上の争いがあった時代のものである。

商法は、昭和56年の改正の折に、「会社が取締役ノ債務ヲ保証シ其ノ他取締役以外ノ者トノ間ニ於テ会社ト取締役トノ利益相反スル取引」を商法旧265条の規制対象とすることを明文化して、立法的解決を図った。

間接取引を規制対象とする規定は、その後の会社法はもちろんのこと、一般法人法にも引き継がれている。

### (2) 法律行為の効力、取引の相手方の主観的要件、立証責任について

ア 最大昭和43年判例の判示(2)の前半部分は、民法108条を適用しない旨の規定の反対解釈として、一種の無権代理人の行為として無効であると解している。これは、商法旧265条に違反する利益相反取引は、無権代理行為に準ずるものとして、追認があれば有効であるとした従来の大審院、最高裁の見解（大判大正8・4・21民録25輯624頁、最判昭和38・3・14民集17巻2号335頁）を踏襲するものであるとされている<sup>6)</sup>。

---

6) 奈良次郎『最高裁判所判例解説民事篇昭和43年度（下）』1100頁、山本爲三郎『会社法判例百選〔第3版〕』121頁。

公益法人（一般法人）の利益相反取引規制に違反した取引の効力について（清水）

イ 前記判示(2)の後半部分は、会社は、取引の相手方の悪意を主張・立証してはじめて、その無効を主張することができるとしている。

したがって、取引の相手方は悪意でなければ、過失があっても保護されることになり、また、取引の相手方が悪意であることの立証責任は会社が負担することになる。

ウ なお、取引の相手方の主観的要件については、会社法の文献上、会社は、取引の相手方の悪意を立証しなければならないとする判例を説明するもの（重過失の論点に言及していないもの）<sup>7)</sup>、悪意に限定するもの（重過失があっても保護されるとするもの）<sup>8)</sup>、重過失を悪意と同様に扱うもの（重過失があれば保護されないとする。通説とされている）<sup>9)</sup>に分かれるが、本稿の立場（取引の相手方の善意・無過失を要求する立場）からは、相対的無効説を細分化して議論を進める意味は少ない。

(3) 以上のことから、本稿では、前記(1)及び(2)ア、イを前提として、最大昭和43年判例の射程は、① 公益法人を対象とする民法旧57条に及ぶと考えられていたか、② 公益法人を含む一般法人を対象とする一般法人法84条1項に及ぶか、という順序で検討を進めていくこととする。

### Ⅲ 最大昭和43年判例の射程範囲 その1 ～民法旧57条の解釈論について～

1 民法旧57条は、「法人と理事との利益が相反する事項については、理事は、代理権を有しない。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。」と規定

---

7) 江頭憲治郎『株式会社法 第6版』[有斐閣, 2015年] 443頁, 神田秀樹『会社法〔第17版〕』[弘文堂, 2015年] 229頁, 前田庸『会社法入門 第12版』[有斐閣, 2009年] 421頁。

8) 竹内昭夫=弥永真生補訂『株式会社法講義』[有斐閣, 2001年] 575頁。

9) 弥永真生『リーガルマインド会社法〔第14版〕』[有斐閣, 2015年] 204頁, 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] 88頁 [北村雅史]。下級審裁判例として、東京高判昭和48年4月26日高民集26巻2号204頁外がある。

していたところ、法人と理事の利益相反する事項については、理事は代表権を有せず<sup>10)</sup>、また、本条に違反する行為は、無権代理であると解釈されていた<sup>11)</sup>。

また、民法旧57条は、直接取引に限らず、間接取引についても適用が考えられていた<sup>12)</sup>。

それでは、会社法356条(商法旧265条)についての最大昭和43年判例の射程は、民法旧57条に及ぶと考えられていたのであろうか。

民法旧57条は、特別代理人の選任を要求し、会社法356条(商法旧265条)は、取締役会の承認を要求するなど利益相反取引の規律の内容は異なっているが、前記のとおり、民法旧57条に違反する行為は無権代理とされており、また、最大昭和43年判例の判示(2)の前半部分は、商法旧265条に違反する行為を「一種の無権代理人の行為として無効となることを予定しているものと解すべきである」としていることから、最大昭和43年判例の射程を民法旧57条に及ぼす基盤があることになる。

#### (否定説)

「法人と理事との間の利益相反事項について理事は代表権を有しないから、これに反してなされた私法上の行為は無権代理行為となる。したがって、追認があれば初めにさかのぼって有効となるが(116)、追認が得られなければその行為の効力は法人に及ばず、相手方の選択に従って理事が履行または損害賠償の責に任ずることになる(117 I)。判例は、商法265条違反の行為の効力について、取引の安全保護の立場から、取引の相手方である第三者に対しては、その悪意を立証しなければ取引の無効を対抗することができないとしているが(前掲最大判昭43・12・25)、

---

10) 我妻栄「新訂民法総則」[岩波書店、1965年] 171頁、川島武宜「民法総則」[有斐閣、1965年] 124頁。

11) 四宮和夫『民法総則(第4版)』[弘文堂、1986年] 104頁、大村敦史『民法読解総則編』[有斐閣、2009年] 194頁。

12) 林良平編『注解判例民法 民法総則』[青林書院、1994年] 214頁[山口修司]、潮見佳男『民法総則講義』[有斐閣、2005年] 445頁。

この理は公益法人については妥当しないと解すべきであろう。」（林良平編『注釈民法（2）』〔有斐閣，1974〕227頁〔藤原弘道〕，林良平＝前田達明編『新版注釈民法総則（2）』〔有斐閣，1991〕393頁以下〔藤原弘道〕）

### （肯定説）

「まず本件判旨<sup>13)</sup>の考え方は本人とその代理人・代表者との利益相反行為の場合にどこまで押し及ぼされるか，つまり本件判旨の射程距離の問題がある。（略）(イ) 監事のような他の機関による代表（農協33条，水産37条），(ニ) 裁判所の選任する特別代理人による法人の代表（民57条，私立学校法49条），(ホ) 裁判所の許可の必要（会社更生法54条の2）など，法人の利益保護のために法が要求する措置は一様ではない。しかしこの場合には，本人にあたる法人は，社会的・経済的にみて自然人より遙かに強力なことはあっても，それより弱い者ではない。したがって第三者の犠牲において保護しなければならぬ必然性はない。特に会社更生法において，管財人の自己取引について裁判所の許可という公的コントロールを予定しながら，それを欠いた自己取引も善意の第三者に対抗しえないとしていることからすれば（会社更生法55条），正常に業務を運営している法人において代表者が所定の手続を踏まなかったからといって，それによる不利益を善意の第三者に帰せしめてよいはずはあるまい。そうだとすれば，本件判旨の考え方は，これら法人についても同様に及ぼされるべきものであろう。」（竹内昭夫「株式会社が取締役会の承認なしにその取締役宛に振り出した約束手形の善意の譲受人に対し，会社はその支払を拒みうるか」法学協会雑誌第91巻第5号863頁〔1974〕，竹内昭夫『判例商法Ⅰ』〔弘文堂，1976〕288頁以下<sup>14)</sup>）

---

13) 最大判昭和46年10月13日民集25巻7号900頁（手形取引について相対的無効説を採用したものの）。

14) 「民法108条の場合も，本人は，相手方と比較して，定型的に弱者だということにはならない。むしろ代理人を使って自己の活動範囲の拡大を図っているのであり，自ら任意に選んだ代理人の義務違反を理由として善意の第三者に不利益を帰せしめてよいはずはない。そうだとすればこの場合も265条と同じように考えてよいであろう」とされている。

## 2 検 討

前記の否定説、肯定説はいずれも、昭和49年(1974年)に発表されているが、筆者が調査した範囲の民法総則の文献には、最大昭和43年判例の射程が民法旧57条に及ぶかどうかについては触れられていないため、民法学者がこの問題についてどのようなスタンスをとっていたかは不明である<sup>15)16)</sup>。

しかし、公益法人についての民法の旧法人規定の解釈、具体的には、「法令に違反してされた理事の行為を代表権欠缺の理由ですべて当然に無効であるとする」と相手方の利益を不当に害する結果となりかねない。そこで、判例・学説は、かかる法令による代表権の制限の場合においても、表見代理に関する民法110条の規定を類推適用して法人・第三者間の利害の調整を図るべきものとしている(最一小昭34・7・14民集13・7・960、最一小判昭35・7・1民集14・9・1615、最一小判昭39・7・7民集18・6・1016、藤原弘道・注釈民法(2)218頁)<sup>17)</sup>との解釈や、定款による代表権の制限について民法110条を類推適用した判例(最判昭和60年11月29日民集39巻7号1760頁<sup>18)</sup>)を踏まえると、これらの代表権の制限の場合には、民法110条の規

15) 林良平・前掲注12)215頁は、最大昭和43年判例の射程範囲の問題について「民法の法人についてまで、第三者の保護を同様に考慮すべきかについては、残された問題である。」とされている。

16) 森泉章「非営利法人における自己取引の効力について——協同組合を中心として——」民事研修326号11頁以下は、各種協同組合について、「もし、当該協同組合が取引社会において営利法人と同じような社会的経済的機能を営んでいる場合には、商法学者や判例が説く相対的無効説に接近した解釈がのぞまれることになる。」(23頁)とされている。

17) 中田昭孝『最高裁判所判例解説民事篇昭和60年度』[法曹会、1989]445頁。なお、林良平=前田達明編『新版注釈民法総則(2)』[有斐閣、1991]392頁〔藤原弘道〕は、この一連の判例について、「公共団体の長についてこの理を認める以上、一般法人の理事についても当然にこの理論が適用されるとする趣旨とみるべきであろう。」とされている。

18) 中田昭孝・前掲注17)447頁は、「本判決は、この昭和40年の最判(筆者注=代表取締役が取締役会決議を経ずに行った重要な業務執行について「相手方が右決議を経っていないことを知りまたは知り得べかりしときに限って、無効である」と判示した最判昭和40・9・22民集19巻6号1656頁)については、事案を異にし、本件に適切でない、と排斥しているが、その理由を推察するのには、株式会社は営利を目的とするものであるのに対し、Y組

定を類推適用して（取引の相手方の善意・無過失を要件として）法人の利益保護と取引の安全保護の調整を図っているのであるから、利益相反取引についての代表権の制限<sup>19)</sup>の場合にも、取引の相手方の善意・無過失を要件としなければ均衡を欠くことになる。

そもそも、利益相反取引は理事による濫用の危険が高く、法人の利益保護の要請が強く働くことを考えると（しかも、取引の相手方は、行為の外形から利益相反取引であると判断することができる。）、利益相反取引の場合についてのみ、取引の相手方は悪意でなければ、過失があっても保護されるという結論をとる合理的な理由はない（仮に、重過失を悪意と同様に扱うとする相対的無効説をとったとしても、この不均衡や不合理性は解消されない。）。

したがって、民法旧57条には、最大昭和43年判例の判示(2)の後半部分の射程は及ばないと考えるべきであり、法令による代表権の制限や定款による代表権の制限についての前記判例・学説の解釈と同様に、民法110条を類推適用して（取引の相手方の善意・無過失を要件として）法人の利益保護と取引の安全保護の調整を図るべきである<sup>20)</sup>。

潮見佳男教授は、民法旧57条の解釈について、「特別代理人の選任なし

---

ゝ合は公益法人であるとの点をも考慮して事案を異にするものとされたものであろう。」とされている。これは、株式会社についての前記最判昭和40年判例は、会社に相手方の悪意又は有過失の立証責任を負わせているのに対して、公益法人についての前記昭和60年判例は、取引の相手方に善意・無過失の立証責任を負わせたことについての説明である。

19) 前掲注10)。

20) 大村敦志「民法読解総則編」[有斐閣、2009年] 191頁は、「① 法人の目的の範囲外の行為（民旧43条）、② 定款・寄附行為・総会決議に反した行為（民旧53条ただし書）、③ 法令による制限に違反した行為のいずれについても、判例・学説は程度の差はあれ、可能な限り第三者を保護しようというスタンスをとってきた。（略）このようなスタンスは、『取引の安全』の名の下に正当化されてきた。しかし、考えてみると、理事の権限濫用（越権）につき、法人ではなく取引の相手方を保護する必要は、本当にそれほど大きいのだろうか。公益のために集められた財産が理事の権限濫用（越権）によって失われるのを、みすみす見過ごしてよいのだろうか。」「学説の中にも、無過失をもう少し厳しく判断してもよいとするものもある（星野137頁）」と指摘されている。この観点からすれば、民法旧57条に違反した利益相反取引の相手方は、過失があっても保護されるという結論になることはない。

におこなわれた法律行為は、代表権の及ばない理事の行為とされる。この場合には、効果不帰属という点で類似する無権代理の場合と同様に、①法人の追認による確定的効果帰属の可能性を認めるとともに、②表見代理の規定を類推することで相手方の保護を図るべきである。』<sup>21)</sup>とされていたが、法人の利益保護と取引の安全保護の調整の観点から妥当な解釈というべきである。

#### IV 最大昭和43年判例の射程範囲 その2

##### ～一般法人法84条1項の解釈論について～

1 平成18年(2006年)6月2日に、一般法人法と公益社団法人及び公益財団法人の認定等に関する法律が成立し、平成20年(2008年)12月1日の両法の施行に伴って、民法の第1編総則第3章法人は、民法旧57条を含め大部分の規定が削除された(一般社団法人・財団法人関係法律整備法38条)。民法旧57条に代わるものとして規定されたのが、一般法人法84条1項である。

一般法人法84条1項は、会社法356条1項と同一の規律内容となっていることや、その対象が公益法人に限定されておらず、一般法人に広がったことから、最大昭和43年判例の射程範囲の問題がより一層重要なテーマとなる<sup>22)</sup>。

2 平成28年(2016年)12月時点で公刊されており、かつ筆者が確認できた民法総則の文献において主張されている一般法人法84条1項に違反する取引の効力についての見解には、下記のものがある。

##### (最大昭和43年判例適用説)<sup>23)</sup>

「類似規定である会社法356条(商法旧265条)が規律する間接取引につ

---

21) 潮見佳男『民法総則講義』[有斐閣, 2005年] 445頁。

22) 前掲注2)に記載した以外の民法総則の文献でも、最大昭和43年判例が参考判例として紹介されているものが多い。しかし、筆者の疑問は、「I はじめに」に記載したとおりであり、この問題は、最大昭和43年判例の射程範囲を検討することが不可欠であると考ええる。

23) 他に、前掲注2)に記載したものがある。

いては、判例は、相手方が取締役会の承認がないことについて悪意の場合に限り、会社から当該行為の無効を主張できないとする（最（大）判昭和43・12・25民集22-13-3511）（これは「相対的無効」説などと言われる）。取引安全を重視した立場であり、一般法人の場合に及ぼしてよいか検討を要するが（公益法人についても及ぶことになる）、とりあえず従っておく。」（四宮和夫＝能見善久『民法総則』[弘文堂、第8版、2010] 131頁）

（民法110条適用説）<sup>24)</sup>

「利益相反行為の制限に違反する行為は、無権代理となり、表見代理（民110条）の適用があると解すべきである。」、[会社の場合にも同様の規定があり（会社法356条1項）、これについては、会社と取締役との間では無効であるが、善意の第三者には対抗することはできないと解されており（最大判昭和46・10・13民集25巻7号900頁）、第三者保護がよりはかられている。このため一般法人についても、この制限は内部制限にすぎないとして一般法人法77条5項によるべきであるとする少数説もある。しかし、非営利法人についてそこまで第三者保護をはかる必要はないであろう。]（中舎寛樹『民法総則』[日本評論社、2010年] 435頁、439頁）

（内部的義務を定めたものとする見解）

---

24) 石田穰『民法総則』[信山社、2014年] 347頁は、「理事が第三者との間で自己の債務につき法人の不動産に抵当権を設定する旨の契約を結んだ場合、第三者が理事において社員総会の承認を受けなければならないことを知らなかった場合には、一般法人法77条5項の類推により処理され、第三者が、理事において社員総会の承認を受けなければならないことを知っていたが、その承認を受けたと無過失で信じた場合には、民法110条で処理されるのである。」とされる。

なお、潮見佳男＝片木晴彦編『民・商法の講をよむ』[別冊法セ223号] [日本評論社、2013年]「[民法から]利益相反取引についての取締役の責任」110頁[平野裕之]は、会社との間接取引の相手方の保護について、「相対的無効は無効概念しかない立法（その立法では詐欺や強迫また無能力の場合も無効）において考え出された概念であり、取消しという概念を直截に認める立法では取消しに整理され消えた概念である。取締役会等の承認への信頼の問題であり、民法旧54条をめぐる最2小判昭和60・11・29（民集39巻7号1760頁）のように、民法110条を類推適用すべきではあるまいか。」とされている。一般法人法84条1項についても同様の見解に立たれると思われる。

「一般法人法84条1項・会社356条1項等に違反する代表者の行為の効果については諸説あるが、無権代理行為になるとするのが一般的見解である。」「一般法人法84条1項・会社356条1項等は、文理上は確かに、代表者の代理権を制限するものと解するのが素直である。また、それらの規定の対象となる行為は、外形から容易にそれと判断しうるものばかりであり、これを無権代理行為としても、直接の取引相手に不測の不利を生じる恐れはほとんどない。しかしながら、このように解すると、その取引相手からの転得者等は、民法94条2項・192条等の特別の法理によってしか保護されず、取引安全を害する恐れがある。そこで、民108条に該当する行為については同条を適用しつつ、法84条1項等は、代表者の権限を制約するのではなく、内部的義務を定めるにすぎないとも考えられるのではないか。これによっても、当該行為は代理権濫用行為にあたるのが通常であり、直接の相手方はそのことを知っているか、容易に知りうるが多かろうから、法人の保護が薄くなりすぎることはないと思われる。」(佐久間毅『民法の基礎1 総則[第3版]』[有斐閣, 2008年] 365頁)<sup>25)</sup>

### 3 検 討

(1) 最大昭和43年判例の(2)の前半部分は、取締役会の承認を受けた場合においては、民法108条の規定を適用しない旨の規定の反対解釈として、その承認を受けないでした行為は、民法108条違反の場合と同様に、一種の無権代理人の行為として無効となるとしている。

一般法人法84条2項も、会社法356条2項(商法旧265条2項)と同様に、理事会の承認を受けた場合においては、民法108条の規定を適用しない旨規定しているのであるから<sup>26)</sup>、同条に違反する行為を無権代理行為と解す

---

25) 法人は、取引の相手方の悪意又は有過失を立証すれば、無効を主張することができることになる(山本敬三『民法講義I 総則[第3版]』[有斐閣, 2011年] 500頁参照)。

26) 一般法人法84条2項も、会社法365条2項も、民法108条の規定は、前項の承認を受け

るのが素直であり、したがって、最大昭和43年判例の(2)の前半部分の射程は、一般法人法84条1項に及ぶと考えるべきである<sup>27)</sup>。

この点、前記の内部的義務を定めたものとする見解は、法人は、取引の相手方が有過失の場合には無効を主張することができるとの結論は正当であるが（ただし、民法110条適用説とは、立証責任の所在を異にする。）、大審院・最高裁と引き継がれてきた伝統的解釈（無権代理）から離れることとなり、実務的には直ちには採用しづらいと思われる。

(2) 問題は、最大昭和43年判例の判示(2)の後半部分の射程が、一般法人法84条1項に及ぶかである。

ア 最大昭和43年判例の特質と一般法人法84条1項に及ぼすことの問題点

最大昭和43年判例は、会社は、取引の相手方の悪意を立証してはじめてその無効を主張することができるとしている点で、会社の代表権を巡る一連の判例の中でも、特に取引の安全保護に比重を置いた判例と位置付けることができる。

すなわち、判例は、代表取締役の権限濫用行為について、会社の代表取締役が、自己の利益のため表面上会社の代表者として法律行為をなした場合、相手方が代表取締役の真意を知りまたは知り得べきものであったときは、民法93条但書の規定を類推し、その効力を生じない（最判昭和38年9月5日民集17巻8号909頁、最判昭和51年11月26日判時839号111頁）<sup>28)</sup>とし、また、

---

㍷ 同項第2号の取引について適用しない旨を規定しており、第3号の間接取引を除外しているが、平成27年民法改正整備法案では、いずれも、民法108条の規定は、前項の承認を受けた同項第2号又は第3号の取引について適用しない旨を規定している。

27) 山本敬三『民法講義Ⅰ総則〔第3版〕〕〔有斐閣、2011年〕499頁は、「従来の判例によると、次のようになると考えられる。代表者が利益相反取引をする場合に、所定の機関の承認を得なければならないとされているのは、代表者の代理権を制限したものと考えられる。これは、必要な承認を受けた場合は、自己契約・双方代理に関する民法108条——この規定に反してなされた行為は無権代理であるとするのが一般である（略）——を適用しないと定められていることから（一般84条Ⅱ・会社356Ⅱ等）、うかがうことができる。」とされている。

28) 軽過失者を保護しない結論に対して批判が多い。例えば落合誠一編『会社法コメントール8——機関(2)〕〔商事法務、2009年〕21頁〔落合誠一〕は、「問題は、第三者に軽

代表取締役が取締役会決議を経ずに行った重要な業務執行に該当する取引について、代表取締役が取締役会の決議を経ないでした重要な業務執行に該当する取引も、内部的な意思決定を欠くにすぎないから、原則として有効であり、取引の相手方が取締役会の決議を経ないことを知り又は知り得べかりしときに限り無効になると解される（最判昭和40年9月22日民集19巻6号1656頁，最判平成21年4月17日民集63巻4号535頁<sup>29)</sup>とするなど、いずれの場合も、会社は、取引の相手方の悪意または有過失を立証した場合には、無効を主張することができるとしているのに対し、最大昭和43年判例は、会社は、取引相手方の悪意を立証してはじめてその無効を主張することができるとしており、会社の代表権を巡る一連の判例の中でも取引の安全保護に比重を置いた判例と位置付けることができる。

したがって、一般法人の代表理事の権限濫用行為や、理事会の承認を経ずに行われた重要な業務執行（一般法人法90条4項）の効力の論点につい

---

ㄨ過失がある場合の取扱いであり、代表権を濫用するような代表者を選任したのは会社であり、またその監督を怠っていたのも会社側に問題があることを考慮すると、第三者に軽過失がある場合は、当該取引を有効とするが、重過失がある場合は、商取引に参加するものとしての第三者においても相当に問題があるのであるから、無効とするのが妥当な調整ラインである。」とされる。

しかし、最近の裁判例も判例法理を踏襲している（東京高判平成19年2月7日東高民時報58巻1=12号1頁，東京高判平成26・5・22〔ジュリスト1479号107頁〕〔尾崎悠一〕）。また、近江幸治『民法講義Ⅰ民法総則〔第6版補訂〕〕〔成文堂，2012年〕256頁以下は、悪意ないし重過失の場合に無効とする立場について、「商法学者が多くこの説を採るのは、取引保護の観点から、権利濫用行為が無効とされる場合をできるだけ制限しようとする目的からである」、「（しかし、その立場は）民事事件（企業だけが問題ではない）の処理として妥当ではないというべきである。」とされる。

- 29) 軽過失者を保護しない結論について批判が多い。例えば落合誠一編『会社法コメントール8——機関(2)』〔商事法務，2009年〕20頁〔落合誠一〕は、「実質的に考えてみても、相手方に重過失がある場合には、悪意と同様に取り扱うものとすれば、会社と第三者の利害調整としても妥当なものとなる。商取引において第三者に軽過失がある場合はともかく、重過失がある場合にも取引を有効とする保護を与えるのは、会社と第三者の利害の妥当な調整としては行きすぎと考えるべきだからである。」とする。しかし、最判平成21・4・17民集63巻4号535頁は、最判昭和40・9・22民集19巻6号1656頁を前提として

て、前記の会社法判例を適用した場合でも、取引の相手方が保護されるには、無過失であることが必要となるから、民法の旧法人規定の解釈に関する法人の利益保護と取引の安全保護との調整ライン（取引の相手方に善意・無過失を要求する）を維持することができ、一般法人の利益を守ることができることになる<sup>30)</sup>。

しかし、会社の代表権を巡る一連の判例の中にあつて特に取引の安全保護に比重を置いた最大昭和43年判例を、一般法人法84条1項に適用することになれば、会社・一般法人の代表権を巡る前記の論点で取引の相手方に無過失を要求していることと均衡を欠くことになるうえに<sup>31)32)</sup>、一般法人

---

30) 代表取締役の権限濫用行為についての前記の会社法判例は、代表理事の権限濫用行為についても適用されることになる（近江幸治『民法講義Ⅰ民法総則【第6版補訂】】[成文堂、2012年]142頁以下）。また、理事会の承認を経ずに行われた重要な業務執行（一般法人法90条4項）の効力の論点については、前記の会社法判例が適用されるとする立場と民法110条が適用されるとする立場が対立しているが（山本敬三『民法講義Ⅰ総則【第3版】】[有斐閣、2011年]501頁以下）、取引の相手方が保護されるには、無過失であることが必要となることには変わりはない（立証責任の所在は異なる。）。

31) 下森定「包括根保証契約に関する一考察」『民法解釈学の諸問題』[信山社、2016年]377頁は、多額の借財につき取締役会の決議を求める商法260条2項2号（会社法362条4項2号）に違反した取引や、表見代表取締役の行為についての商法262条（会社法354条）の判例について、「これらの行為を原則として有効としつつも、相手方の保護要件として善意無過失（筆者注：商法260条2項2号[会社法362条4項2号]）についての最判昭和40年9月22日民集19巻6号1656頁）あるいは無重過失（筆者注：商法262条[会社法354条]）についての最判昭和52年10月14日民集31巻6頁825頁）まで要求している以上、相対的とはいえ、原則として無効と解されている利益相反取引の場合に、相手方の保護要件として善意のみで足りるとし、無過失あるいは少なくとも無重過失まで要求しないのは均衡を欠こう。このような差異を設けるなんらかの合理的理由が果たしてあるのであろうか。」とされている。

32) 江頭憲治郎『株式会社法 第6版』[有斐閣、2015年]428頁は、代表取締役の権限濫用行為についての前記の会社法判例を、「代表取締役と会社との利益が相反する取引（会社法356条1項3号）の相手方ですら取締役会の承認がないことにつき悪意でない限り取引の無効を主張されないにも関わらず、表面上行為者・会社の利益が反しない代表権の濫用の場合に、相手方に過失（軽過失）があれば取引を無効として、相手方に調査等を要求するのは、均衡を失する。」と批判される。

しかし、本稿は、逆に、表面上行為者・法人の利益が反しない代表権の濫用の場合に、取引の相手方の無過失を要求する以上は、行為の外形から判断することができる利益相

の利益、とりわけ公益目的を遂行するための公益法人の財産を損なうことになってしまう<sup>33)</sup>。

そもそも、利益相反取引は理事による濫用の危険が高く、法人の利益保護の要請が強く働くことを考えると（しかも、行為の外形から利益相反取引であると判断することができる。）、利益相反取引の場合についてのみ、取引の相手方は悪意でなければ、過失があっても保護されるという結論をとる合理的な理由はない（仮に、重過失を悪意と同様に扱うとする相対的無効説をとったとしても、この不均衡や不合理性は解消されない。）。

#### イ 最大昭和43年判例が誕生した背景

そこで、最大昭和43年判例が、会社は相手方の悪意を立証してはじめてその無効を主張することができる、と判示した理由を解明することが重要な問題となるが、これについては、この当時、間接取引を規制対象とすることについて商法に明文の規定がなかったために、「この当時はいわゆる間接取引に265条の適用があるかがはげしく争われていたという事情のもとで、適用を認める代わりに相手方の保護要件を穏やかにしたものとも考えられよう。そうだとすると、右改正により265条1項後段が新たに追加された現在では、これらの判決は見直しの余地がある。」、<sup>34)</sup>「かくして、社員総会の認許の特別決議あるいは取締役会の承認決議不存在についての立証責任は会社が負い、相手方善意無過失の（少なくとも無重過失の）立証責任は相手方たる第三者が負うこととするのが公平かつ合理的ではないか

---

33) 反取引の場合には、取引の相手方に無過失を要求しなければ、均衡を失うと考える立場である。

33) 公益法人が保有する財産は、公益目的事業が実施されることを期待した国民からの寄附や税制上の措置等を通じて取得・形成されたものである（新公益法人制度研究会編著『一問一答公益法人関連三法』〔商事法務、2006年〕198頁、212頁）とされ、「公益法人の各機関の役割と責任」（内閣府作成のパンフレット）には、「公益法人の場合は、税制優遇を受けて形成された、いわば国民から託された財産です。」とされている。このような「公益のために集められた財産が理事の権限濫用（越権）によって失われるのを、みすみす見過ごしてよいのだろうか。」との大村敦志・前掲注20）191頁の指摘は重要であると思われる。

と考える。」<sup>34)</sup>との指摘が説得的である<sup>35)</sup>。

### ウ 結論

以上のとおり、最大昭和43年判例の判示(2)の後半部分の射程を一般法人法84条1項に及ぼした場合には、一般法人法下においても、代表権を巡る他の論点の処理との不均衡や不合理な結論を生み出すことになってしまふ。また、一般法人法84条1項は、一般法人（非営利法人）を対象とし、かつ、間接取引を規制対象とすること明文化している点で、最大昭和43年判例（営利法人を対象とし、かつ、間接取引を規制対象とすることについて明文の規定がなかった時代の判例である。）と前提を異にしている。

したがって、最大昭和43年判例の判示(2)の後半部分の射程は、一般法人法84条1項に及ばないと考えるべきである。

## (3) 民法110条適用説の妥当性

### ア 明快かつ簡明な法律構成であること

前記(1)のとおり、一般法人法84条1項に違反する行為を無権代理と考える以上は、取引の安全保護は、表見代理に関する民法110条の規定によって図るのが最も明快かつ簡明な法律構成である。

### イ 民法の旧法人規定の解釈論との整合性の維持

---

34) 下森定「包括根保証契約に関する一考察」『民法解釈学の諸問題』[信山社、2016年] 378頁。

35) 稲葉威雄「商法改正と銀行取引3」（金融法務事情1005号16頁）は、商法の昭和56年改正当時から、「商法265条の改正によって、間接取引について、取締役会の承認を要することが明定され、取引の相手方は、相当程度、取締役会の承認の必要を認識することができようになった。間接取引について効力を限定的に考えていたのは、実体法上の根拠を欠き、第三者の予想に反することになって、取引の安全を害するおそれがあることも一因であったように思われる。」としたうえで、商法265条に違反する利益相反取引について、「商法260条2項に掲げられた行為について、取締役会決議がなかった場合と同様に、無過失を要件にしてもよいのではないかと考える（取締役会の承認を要する場合であることが認識できるにもかかわらず、そのことを、ことさら無視すれば保護されるというのはおかしい。取引安全保護は、私法秩序全体のなかで調和的に考えるべきである。）」とされていた。

また、民法110条適用説は、法令や定款による代表権の制限の場合に、民法110条を類推適用して（取引の相手方の善意・無過失を要件として）法人の利益保護と取引の安全保護の調整を図るという民法の旧法人規定に関する判例・学説の解釈や、前記Ⅲの民法旧57条の解釈論とも整合することになり<sup>36)</sup>、一般法人の利益、とりわけ公益目的を遂行するための公益法人の財産を守ることに資することになる。

ウ 正当な理由（善意・無過失）を要求するメリット

さらに、一般法人には、公益法人のほか、公益認定を受けずに、公益法人と同様の事業を営んでいる法人から、営利法人と実質的に同じ事業活動をしている法人まで（もちろんその中間に位置する法人もある）幅広く含まれているのであるから、法人の利益保護と取引の安全保護との調整の問題については、民法110条を適用したうえで、公益法人か、そうでない一般法人か、事業の内容等を総合考慮しながら、正当な理由の有無を判断するという方が個々の事案に相応しい解決ができるというメリットがある<sup>37)38)</sup>。

すなわち、一般法人法は、株式会社のように単一な性質の法人を対象と

---

36) 大村敦志「民法読解総則編」[有斐閣, 2009年] 127頁は、民法典の「旧規定に関する解釈論的な議論は、一般法人法の解釈論の基礎となる（一部はそのまま引き継がれ、一部は新たな議論の出発点となる）」と考えられる。」とされる。

37) 正当な理由とは、代理権不存在についての善意・無過失を意味する（善意・無過失の立証責任は相手方が負担する）と解するのが通説・判例とされている。しかし、実際のところ、判例は、代理権以外の本人側の事情も考慮して判断していると理解されている（近江幸治『民法講義Ⅰ民法総則 [第6版補訂]』[成文堂, 2012年] 295頁, 内田貴『民法Ⅰ [第4版] 総則・物権総論』[東京大学出版会, 2008年] 196頁）。

38) 山田誠一「法人の理事と代表権の制限」(有斐閣, 1996年)「日本民法学の形成と課題上」151頁は、定款等や法律の規定による代理権の制限と第三者の主観的要件を巡る裁判例について、「いずれの規律における主観的要件についての判断も、どのような法人（例えば、公益法人、株式会社。また、法人の資産規模、活動領域）と、どのような取引（例えば、法人の不動産の売却、法人が保証人となる保証契約、法人の株式信用取引。取引の經常性、反復性。取引の代金額、または、生ずる可能性のある損失の大きさ）をするとき、相手方は、どの程度の注意をすべきか、あるいは、どのような確認方法をとるべきか、どの程度の調査をすべきかという問題に収斂するように思われる。」とされており、本稿は、これに示唆を受けている。

するのではなく、目的や活動内容等の異なる多種多様な法人を対象としているのであるから、民法110条の「正当な理由」の判断を通じて、法人の種類別や事業の内容等に応じた柔軟な解決を図るのがふさわしい領域というべきであろう。

#### エ 結論

以上のことから、公益法人（一般法人）の利益相反取引規制に違反した取引の効力については、民法110条適用説によって解決するのが妥当である。

#### （4）善意・無過失を要求することへの批判と反論 その1

判例が、間接取引と手形取引に関して、相対的無効説を採用した理由について、「表見代理として構成すると、取引の相手方において「正当事由」を立証する必要があるのに対し、相対無効説では会社側で相手方の悪意を立証しなければならない点である。会社と取引をする者としては、代表権限のある者が取引にあたる以上、内部的に必要な手続は当然に履行されているものと考えるのが当然であるから、通常の見代理におけるような正当理由を問題とする余地はないというべきであり、この点にも表見代理の構成を避けるべき理由があろう。」<sup>39)</sup>との指摘がある。

この指摘を一般法人に置き換えて検討すると、確かに、一般法人と取引をする者が、売買・賃貸借等という通常の見代理を行う場合には、代表権限のある者が取引にあたる以上、内部的に必要な手続は当然に履行されているものと考えるのは当然であろう。

しかし、利益相反取引は理事による濫用の危険が高く、特に、一般法人が理事等のために保証、物上保証、債務引受等の間接取引を行う場合は、一般法人の不利益によって、当該理事等が利益を受けることになるのであるから（間接取引は、利益相反理事らの利益にしかならず、一般法人自身の利益

---

39) 秦光昭「商法265条に違反する保証契約と債権者の調査義務」手形研究357号15, 17頁。

がないのが通常である), 利益相反取引(間接取引)の相手方としては, たとえ代表権限のある者が取引にあたるとしても(当該取引と利益相反関係のある者が取引にあたる場合はなおさらのこと), 通常取引の場合とは異なり, 一般法人の内部的な手続が踏まれていない可能性があると考えらるべきである。

とりわけ公益法人が保証, 物上保証, 債務引受等を行う場合は, なにゆえに公益法人がそのような不利益を引き受けるのか, 公益法人の内部的に必要な手続が踏まれているのか等について疑問を持つのが社会一般の感覚ではないだろうか。

したがって, 一般法人の利益相反取引の相手方には, 善意・無過失を要求し, 理事会の承認等の法律上要求されている手続の有無を確認・調査する義務を負わせるのが妥当である。

#### (5) 善意無過失を要求することへの批判と反論 その2

会社法356条(商法旧265条)についての最大昭和43年判例を支持する理由として, 「株主は会社形態を利用して活動範囲を拡大し, 事業経営を委ねるべき取締役を自ら選んでいるのであるから, その取締役が株主の信頼を裏切る行為をした場合の不利益は会社, すなわち株主が負担するのが原則であり, 例外として, 第三者が取締役の裏切り行為であることを知りながら加担したときは会社の無効主張を認めると考えるのが筋ではないか。」<sup>40)</sup>との指摘がある。

しかし, 会社財産の実質的所有者は株主であるから, その株主が自ら選任した取締役の裏切り行為の結果を株主の自己責任に帰させることは正当化されるとしても, 公益法人の財産は, 公益目的を遂行するための財産であるから, 理事の裏切り行為の結果を法人(社員)の自己責任に帰させるという問題だけでは済まされない。公益法人については, 先に紹介した

---

40) 竹内昭夫=弥永真生補訂「株式会社法講義」[有斐閣, 2001年] 575頁。

「公益のために集められた財産が理事の権限濫用（越権）によって失われるのを、みすみす見過ごしてよいのだろうか。」との指摘の方が説得的である<sup>41)</sup>。

また、一般法人法が、会社法と同様の理事を監督するガバナンスの構造を備えていると言っても、一般社団法人の社員や一般財団法人の評議員には、会社の株主のように持分価値の低下や持分を失うという経済的不利益がないため、理事の業務執行を積極的に監督する動機付けが弱いとの指摘もある<sup>42)43)</sup>。

さらに、法人の目的の範囲の判断に関しては、「非営利法人の場合、総じて、『目的の範囲内』を厳格に解していると言えるが、これは、非営利法人の構成員保護という法人政策（後見的保護主義）に由因しているのだろう（『双書』87頁〔森泉章〕。）、「公益を目的とする法人の場合は、一定の財産で公益目的を達成しなければならないのであるから、『目的の範囲内』を厳格に解し、法人の財政を安定させなければならない<sup>44)</sup>と考えられていたのであり、この観点からは、営利法人と一般法人（非営利法人）との間で取引の相手方を保護する主観的要件に差異を設けることを是とする解

---

41) 前掲注20)、33)参照。

42) 長畑周史「非営利法人のガバナンスの問題点の試論」横浜市立大学論叢社会科学系列65巻（No.1・2・3）240、242頁。

43) 神作裕之「一般社団法人と会社-営利性と非営利性」（ジュリスト1328号）（2007）36頁以下は、営利法人と非営利法人との第一の違いは、営利性（剰余金配当請求権または残余財産分配請求権を社員に認めるかどうかの区別）であり、第二の違いは、構成員の法人の資産に対する持分の有無である、とする。また、「会社法においては、持分価値の最大化が究極的目標であり、持分権者たる社員はそのための十分なインセンティブをもつことから、社員を中心としたガバナンスの仕組みが構築されている。これに対し、持分のない社員が理事・理事会による業務執行を適切に監督する十分なインセンティブを常に有するかどうかは疑わしい。改正前民法は、公益法人は国家の保護監督の下においてのみ認められる制度であるとの立場を採っており、社員に全幅の信頼を置いてはいなかった。持分のない社員を中心とするガバナンスの仕組みがどの程度機能するかが注目される。」（43頁）と指摘されている。

44) 近江幸治『民法講義Ⅰ民法総則〔第6版補訂〕』（成文堂、2012年）129頁以下。

積に結び付く。

以上のとおり、一般法人法と会社法とでは、適用対象とする法人の性質が異なる以上、その性質の差異に応じて、法人の利益保護と取引の安全保護との調整ライン(=第三者の主観的要件及び立証責任の所在)に差異を設けることには合理性があると考ええる。

## V 過失判断について

それでは、一般法人法84条1項に違反した利益相反取引の効力について、民法110条を適用し、取引の相手方は、理事会の承認を受けていないことについて善意・無過失であることを立証する必要があると考える立場、すなわち、取引の相手方には、理事会の承認の有無を確認・調査する義務があると考ええる立場からは、どのような場合に過失があると判断されることなるであろうか。

### 1 利益相反関係にある代表者に質問をして、その説明を信じた場合

前記Ⅳ3(5)「善意・無過失を要求することへの批判と反論その1」で述べた観点からは、取引の相手方は、当該取引と利益相反関係にある代表者自身に理事会承認の有無を質問し、理事会承認を得ている旨の説明を信じたとしても、それだけでは理事会の承認の有無の確認・調査としては不十分というべきである。理事会の承認を得ているかどうかについて、理事会議事録を確認するなど、客観的な資料の確認や裏付けを取る努力をしなければ、過失が認められるべきである。

### 2 理事会承認を得ている旨の証明書の交付を受けた場合

取引の相手方が、理事会承認を得ている旨の証明書の交付を受けた場合であっても、それが、当該取引と利益相反関係にある代表者自身が自らの名義で作成した証明書である場合には、利益相反関係にある代表者自身の

説明をそのまま信じたという前記1の場合と何ら異なるところはない。理事会の承認を得ているかどうかについて、理事会議事録の確認や当該取引と利益相反関係にない他の理事に確認するなど、客観的な資料の確認や裏付けを取る努力をしなければ過失が認められるべきである。

以上については、社会福祉法人の理事が、定款上必要な理事会の決議を経ることなく金融商品（仕組債）の購入契約を締結した行為について、民法110条の類推適用（金融機関の過失の有無）が問題となった事案の控訴審判決（東京高判平成28年8月31日金融・商事判例1502号16頁）が、金融機関が交付を受けた理事会承認を得ている旨の証明書について、A（財務担当理事。その後に会長に就任した。）がその場で会長又はAの名義のものを作成し交付したものを受領したにすぎないのであって、理事会の承認については、Aがそのように言ったということ以外、客観的な資料は全く存在せず、客観的な裏付けを得ようとする努力を怠ったとして、金融機関の過失を認めたことが参考になる。

### 3 理事会議事録の交付を受けた場合

(1) 取引の相手方が、理事会議事録のコピーの交付を受けた場合には、理事会の承認を得ていることについての客観的な資料を確認していることになるから、理事会決議の存在等が疑われる特別な事情が存在しない限り、過失がないと評価されることになろう。

したがって、本事例のように、取引の相手方が理事会議事録のコピーの交付を受けている場合には、理事会決議の存在等が疑われる特別な事情の有無が重要な検討課題となる。

取引の相手方が取締役会議事録の交付を受けていたにもかかわらず、過失が認められた裁判例として、下記のものがある。

ア まず、表見代理についての裁判例であるが、金融機関が、取締役会議事録を徴求していても、取締役が渡米中で取締役会が開催できない旨の説明を受けたうえでそのひな形を交付していた等、取締役会が開催

されていないことを知っていたか、少なくとも、開催されていない可能性があるものと考えていたことが窺われるような判示の事情があるときには、右のような取締役議事録を徴求したのみでは意思確認の方法としては不十分であり、金融機関に民法110条の正当事由があるものとはいうことができないとしたものがある(東京地判平成12年8月31日判例タイムズ1096号26頁〔齋藤憲次〕)。

金融機関の担当者が、貸付の拡大を重視するあまり、形式的に書類を整えたにすぎなかったのはではないかと疑われる事案であった。

イ 次に、取引の相手方は、会社から交付を受けた取締役会議事録の内容を確認すれば、特別利害関係を有している取締役(当該取引と利益相反関係にある取締役)が決議に加わっていることが認識でき、したがって、取締役会の承認決議は無効となり、取締役会の有効な承認を受けていないことを知ることができたとしたものがある(大阪地判昭和57年12月24日判例時報1091号136頁)。

取引の相手方は、取締役会議事録の写しを徴求するだけでは足りず、その議事録の内容を検討して取締役会の承認決議が適法かつ有効になされたかどうかを確認すべきであるとしたものである。

(2) 以上のとおり、取引の相手方は、理事会議事録の写しの交付を受けた場合であっても、理事会決議の存在や有効性が問題となる特別の事情が存在する場合には、理事会決議の存在や有効性について確認・調査をするべきであり、その確認・調査を怠った場合には、過失が認められることになる。

## VI 結 語

以上のとおり、本稿では、公益法人(一般法人)の利益相反取引規制に違反した取引の効力を検討するにあたって、

1 最大昭和43年判例の判示(2)の後半部分の射程を一般法人法84条1項に及ぼした場合には、一般法人法下においても、代表権を巡る他の論点の処

理との不均衡や不合理な結論を生み出すことになり、また、一般法人法84条1項は、一般法人（非営利法人）を対象とし、かつ、間接取引を規制対象とすること明文化している点で、最大昭和43年判例の前提（営利法人を対象とし、かつ、間接取引を規制対象とすることについて明文の規定がなかった時代の判例である。）と異なっていることから、最大昭和43年判例の判示(2)の後半部分の射程は、一般法人法84条1項に及ばないと考えるべきこと、

2 一般法人法84条1項に違反する行為を無権代理と考える以上、取引の安全保護は、表見代理に関する民法110条の規定によって図るのが最も明快かつ簡明な法律構成であること、

3 前記のとおり、民法110条を適用すると考えるのが、法令や定款による代表権の制限の場合に、民法110条を類推適用して（取引の相手方の善意・無過失を要件として）法人の利益保護と取引の安全保護の調整を図るといふ、民法の旧法人規定に関する判例・学説の解釈とも整合することになり、また、一般法人の利益、とりわけ公益目的を遂行するための公益法人の財産を守ることに資すること、

4 民法110条の「正当な理由」の判断を通じて、一般法人法が対象とする目的や事業の内容等の異なる多種多様な法人に応じた柔軟な解決を図ることができること、

ということを論じた。

したがって、理事会の承認を得ないで行われた公益法人（一般法人）の利益相反取引の効力は、(1) 無権代理となるが、(2) 取引相手方は、理事会の承認を得ていないことについて善意・無過失であれば民法110条の規定によって保護されることになり、(3) その立証責任は取引の相手方が負担することになるというのが、本稿の結論である<sup>45)46)</sup>。

---

45) 直接取引の場合のその後の転得者については、不動産については民法94条2項の類推適用、動産については即時取得（民法192条）、有価証券については善意取得によって、その保護を図ることになる（弥永真生『リーガルマインド会社法 [第14版]』[有斐閣、2015年] 205頁。

46) 本稿は、森恵一先生をはじめとする破産管財人団での議論、裁判所の争点整理の進

**【追記】** 生熊長幸先生には、岡山大学法学部3回生の時にゼミ生として指導していただいて以降、公私にわたり大変お世話になっているうえに、一実務家に過ぎない筆者に、退職記念論文集に寄稿する機会を与えていただき、感謝の念に堪えない。大学のゼミでは、筆者が要領を得ない質問をした折りでも、真剣に取り合ってください、「清水君の質問は、こういうことではないでしょうか。」と意味のある質問に仕立てていただけるのが常であった。「そうなんです！ 私は、それを聞きたかったんです！」と感動したことが何度あったことか。弁護士として依頼者の混沌とした話を聴く度に、このことを思い出し、私も生熊先生のようにありたいと願うのである。

---

ㄨめ方・問題意識、原告・被告双方がそれぞれ依頼した民法学者による法律意見書に示唆を受けてまとめたものであり、記して感謝申し上げる次第である。もちろん、本稿の内容の責任はひとえに筆者にある。ただし、法律意見書は、公表されているものではないため、その内容の紹介や論評は差し控えることとした。