

〔論文〕

損失補償契約と民事上の保証契約に関する再考察

——債権法改正論議と最高裁判決をめぐって——

國 井 義 郎

名古屋学院大学法学部

要 旨

私は、前稿（本稿注4参照）で、損失補償契約と民事上の保証契約の相違点を探求したうえで、これらに関する学説や判例の展開状況を概観しつつ、国や自治体が保証契約を締結することを禁止する財政援助制限法3条と損失補償契約を締結する行政実務の整合性について論じた。本稿では、上記の問題について、民事法における「法人保証」に関する諸論考や近年公表された2件の判例評釈を前提として、さらに論究を深めた。

キーワード：損失補償契約，財政援助制限法，保証契約，地方自治法，民法，法人保証

“Contract of Compensation for Losses of Quasi-public Corporation to Banking Facilities” and Corporation Guarantee

——Influence of Arguments for the Amendment of the Civil Code——

Yoshio KUNII

Faculty of Law
Nagoya Gakuin University

発行日 2014年10月31日

目 次

1. はじめに
2. 民事上の保証契約と法人保証
3. 損失補償契約をめぐる諸問題
4. 結びにかえて

1. はじめに

損失補償契約とは、「特定の者が金融機関等から融資を受ける場合、その融資の全部又は一部が返済不能となって、当該金融機関等が損害を被ったときに、地方公共団体が、融資を受けた者に代わって当該金融機関等に対してその損失を補償する」¹⁾ という内容の契約である。したがって、損失補償契約は、憲法29条3項に規定された損失補償とは一切関係がなく、むしろ後述するように民事上の保証契約との類似性を認められるかが問題となる。損失補償契約は、地方公共団体（以下、引用部分を除き「自治体」という。）が民間企業から技術支援や金融支援を受けながら第三セクターを設立するとき、当該第三セクターが経営破綻した場合に備えて締結される。第三セクターとは、「国または地方公共団体が経営する企業（第1セクター）と民間企業（第2セクター）の双方の長所を取り入れることを目的として国または地方公共団体と民間企業が共同出資して設立」²⁾ した法人である。損失補償契約それ自体は、自治体、民間企業、金融機関にとって必要不可欠である。なぜなら、民間企業や金融機関が共同出資により新たに法人を設立するとき、当該新法人が経営破綻した場合に備えて、事前に返済不能となった債務の一部ないし全部を当該民間企業や当該金融機関が負担する旨の保証契約を締結することは一般的に見られることであるからである。このことは、自治体が民間企業と共同出資して第三セクターを設立する場合においても、自治体が私経済作用（私法が修正して適用される作用）として活動する限りにおいて、当該自治体が出資するときに当該第三セクターが公共性を有しているかが問題となった場合であっても、当該自治体が当該第三セクターが経営破綻したときに当該債務の一部ないし全部を負担することは、一般的な常識の範囲内で認められるべきであろう。

しかし、「法人に対する政府の援助の制限に関する法律」（以下「財政援助制限法」という。）3条は、「政府又は地方公共団体は、会社その他の法人の債務については、保証契約をすることができない。」と定めており、財政援助制限法3条但書にある例外を除いては、国と自治体は保証契約を締結することを明文で禁止する。この禁止原則にも拘わらず、行政実務においては、自治体が損失補償契約を締結することを黙認する行政実例が長らく継承されていた³⁾。

- 1) 松本英昭『新版逐条地方自治法【第6次改訂版】』（学陽書房、2011年）651頁。なお、碓井光明『公的資金助成法精義』（信山社、2007年）334頁もこれと同趣旨。
- 2) 宇賀克也『行政法概説Ⅲ【第2版】』（有斐閣、2010年）276頁。
- 3) 自治省行政課長による昭和29年5月12日付けの「損失補償については財政援助制限法3条の規制するところではないものと解する」という回答が挙げられよう。

このように、財政援助制限法3条の文言と、その明文規定に反する行政実例の間で齟齬が生じていた。一方では、自治体が第三セクターの経営破綻に備えて損失補償契約を締結することが、財政援助制限法3条に違反するので、違法な財務会計上の行為として、住民監査請求（自治242条）ひいては住民訴訟（自治242条の2）で是正されるべきであるという結論が導き出される。この文脈においては、財政援助制限法3条に違反した損失補償契約の効力いかに問題となる。そのとき、損失補償契約が財政援助制限法3条に違反することを理由として当該損失補償契約の効力を否定すれば、実務に与える影響は重大なものとなる。他方では、上記の場合において、金融機関や民間企業は、自治体に損失補償契約を事前に締結するように要請する。

損失補償契約は、上記の通り、様々な要請や論点が複雑に錯綜する問題を呈示している。私は、前稿⁴⁾で、債権法改正論議を踏まえて、損失補償契約をめぐる判例・学説に関する論考をまとめ公表した。前稿において、下記の理由を呈示しつつ、損失補償契約と民事上の保証契約の区別を前提とする判例傾向や行政実務を維持し続けることは困難であると結論づけた⁵⁾。すなわち、その理由とは、第1に、財政援助制限法3条で規制される民事上の保証契約と一定範囲内で許容される損失補償契約が機能的に類似しているため、両者を区別する実質的基準を見いだすのが困難であることである。第2の理由は、財政援助制限法3条による規制があるにも関わらず、行政実務や金融実務において損失補償契約の需要が高く、行政実例もかかる需要を前提として展開されていることを考慮すれば、財政援助制限法3条による規制の合理性や必要性に疑義が生じていることである。第3の理由は、損失補償契約が財政援助制限法3条に違反するので当該損失補償契約の効力を否定すれば実務に大きな影響を与えかねないことである。第4の理由は、安曇野第三セクター損失補償契約事件の最高裁判決（最判平成23年10月27日判決、以下「安曇野第三セクター事件最高裁判決」という。）宮川光治補足意見（以下「宮川補足意見」という。）により呈示された枠組み（損失補償契約締結に際し議会による事前統制を重視した上で行政裁量の逸脱濫用の有無を司法判断するという枠組み）に準拠すれば、損失補償契約締結前であれば司法判断によって是正が可能であるが、損失補償契約締結後であれば司法判断によって是正がどの程度まで可能か疑問が残ることである。

近年、安曇野第三セクター損失補償事件の最高裁判決に関する優れた評釈が2件公表された⁶⁾。両評釈については、本稿3で詳述し論評するが、両者とも、財政援助制限法3条に違反する損失補償契約が公法上は違法であるが私法上は有効なものとして取り扱われるべきことを前提として、かかる前提の下で当該損失補償契約の「公益上の必要性」に関する裁量権の逸脱・濫用への司法審査を経て、当該損失補償契約の違法性が是正されるべきであると結論づけている⁷⁾。

私は、前述の両評釈に接して新たな知見を得たことに加え、法人保証に関する民事法学者の研

4) 國井義郎「民事上の保証契約と『損失補償契約』—民法(債権法)改正論議を踏まえた考察を中心として—」名古屋学院大学論集(社会科学編)50巻2号73頁～93頁。

5) 國井・前出注(4)91頁・92頁。

6) 小林明夫・早稲田法学88巻2号245頁～257頁、田中良弘・自治研究89巻9号141頁～151頁。

7) 小林・前出注(6)250頁～257頁、田中・前出注(6)149頁～151頁。

究成果を踏まえて、以下の疑問を抱いた。すなわち、私は、民事上の保証契約と損失補償契約を区別する基準（それが存在しうるのであればのことであるが）とは何か、民事上の保証契約において個人保証と法人保証の差異がどのようなものとして存在しているのか、債権法改正論議において個人保証については重大な改正が施されたのと対照的に法人保証については沈黙を保っているが、そのことが、民事上の保証契約と損失補償契約を区別するにあたりどのような影響を与えるのか、これらの疑問への考察を深めるため、本稿をしたためた。

なお、椿寿夫教授は、法人保証⁸⁾を、「一定の事業体すなわち機関が対価を徴収し事業として行う保証」（最広義の定義）を前提としつつも、「事業体による保証で対価を徴収しないもの（親会社の保証等）」をも包含するものと定義する⁹⁾。民法典では、保証の主体がだれか、とくに個人か法人かは意識されていない¹⁰⁾。債権法改正論議¹¹⁾においても、保証債務について、基本的には、保証の主体による区別に基づいて条文を置かず、個人保証に関する内容を中心として債権法改正案を提示している。法人保証に関する詳細な民法条文が存在しないことは、本稿2及び3で後述するように、民事上の保証契約と損失補償契約を区別する基準を定立する上で、民事上の保証契約について法解釈論を展開するとき個人保証に関する民法条文に拘束され議論が錯綜することに繋がるばかりではなく、民事上の保証契約とは異なるものとして定義されるべき損失補償契約概念を明確化するときに看過しがたい障壁となるであろう。

私は、かつて前稿で、安曇野事件最高裁判決などで採用されている民事上の保証契約と損失補償契約を区別する基準を運用する場合において、債権法改正論議を前提とした民法典改正が行われたならば、改正後の民法典規定を基準としてそれとは異なる内容をもって損失補償契約の具体的内容の明確化をはかると、全体として民法典よりも過重な負担を強いる内容の契約として特徴付けられるであろうと述べた¹²⁾。この点についても再考したい。

2. 民事上の保証契約と法人保証

(1) 民事上の保証契約

伊藤進教授は、民法典に規定されている債権担保制度について、物的担保制度と人的担保制度

8) 法人保証に関する体系的研究文献として、椿寿夫＝伊藤進編著『法人保証の研究』（有斐閣、2005年）、椿寿夫＝堀龍兒＝河野玄逸編『法人保証・法人根保証の法理—その理論と実務—』（商事法務、2010年）がある。本稿では、前者を『法人保証の研究』と表記し、後者を『法人保証・法人根保証の法理』と表記する。

9) 椿寿夫「法人保証序論」『法人保証の研究』2頁。

10) 椿寿夫・前出注(9)3頁。

11) 民法改正中間試案全文及び詳細な解説を付したのものとして、『民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明』（商事法務、2013年）、『民法改正中間試案の補足説明〔確定全文＋概要＋補足説明〕』（信山社、2013年）がある。本稿では、前者を『中間試案の補足説明（商事法務）』と、後者を『中間試案の補足説明（信山社）』と表記する。

12) 國井・前出注(4)89頁～92頁。

を以下の通り概観する。すなわち、従来は物的担保制度が中心であり、人的担保はその補助的なものとして認識されていたが、近年、物的担保設定が担保財産に対する利害関係人の利害との調整の必要から煩雑かつ厳格であるのに対して、人的担保の場合には請求によるだけでよく簡易であることなどから、人的担保制度の長所が認められている¹³⁾。

伊藤教授は、上記の認識に依拠した上で、民法上の保証について下記のように概観する。「民法上の保証は主債務者が債務を弁済しないときに、債務者以外の者（保証人）が、これに代わってその債務を弁済する債務（保証債務）を負担し、主たる債務を担保する制度である。この保証の特色はつぎの点にある。第1に、他人によって担保されること、第2に、その他人が保証債務を負うことによって担保されるものであること、第3に、その保証債務の責任財産は、その他人の一般財産であること、第4に、担保実行としての保証債務の履行にあたっては他の債権者に対する優先弁済力を有しないこと、第5に、保証債務は主たる債務とは別個独立の債務として、独立性があること、第6に、保証債務は主たる債務の内容と同一であること、第7に、保証債務は主たる債務と主従の関係にたつため付従性のあること、第8に、保証債務は主たる債務に随伴すること、第9に、保証債務は、主たる債務が履行されないときに履行するという補充性を原則としていること、第10に、民法上の保証は主債務者の『債務』を担保するものであること、第11に、民法上の保証は無償であること、を前提としていることである。』¹⁴⁾

この説明は、人的担保制度について、わが国の民法典が個人保証と法人保証を区別することなく僅かな規定を置くにとどめている現状において、一般的にみられる説明であろう。本稿において、民法上の保証の特徴として、民法上の保証には附従性（前掲・伊藤進教授による引用箇所・前出7）及び補充性（前掲・伊藤進教授による引用箇所・前出9）が認められることに留意しておこう。

(2) 民事上の保証契約と債権法改正中間試案

債権法改正中間試案においても、民事上の保証契約で前提となっている付従性概念及び補充性概念の説明は、ほぼ従来からの一般的な解説が踏襲されている。すなわち、債権法改正中間試案によれば、保証契約における補充性とは、「主債務が履行されないときに初めて履行しなければならなくなるという性質」であり、保証債務における付従性とは、「主債務を担保する目的のために存在するという性質」である¹⁵⁾。債権法改正中間試案は、保証債務における補充性及び付従性に関する前掲定義を前提とし、下記の改正点を明記した。

①保証債務の付従性（民448条）について、債権法改正中間試案は、第1に、付従性に関する民法448条の文言を維持した上で、保証契約の締結後に主債務の目的又は態様が縮減された場合

13) 伊藤進「法人保証と人的担保制度の序論的研究」『法人保証の研究』35頁。

14) 伊藤・前出注(13) 58頁。

15) 『中間試案の補足説明（信山社）』211頁。

には、保証人の負担もそれに応じて縮減することを明文化し、第2に、保証契約の締結後に主債務の目的又は態様が保証契約の締結後に加重された場合には保証人の負担が加重されないことを明文化した¹⁶⁾。

②主たる債務者の有する抗弁（民457条2項）について、債権法改正中間試案によれば、第1に、保証人は、主たる債務者が主張することができる抗弁をもって債権者に対抗することができるが、第2に、主たる債務者に対して相殺権、取消権又は解除権を有するときは、これらの権利の行使によって主たる債務者が主たる債務の履行を免れる限度で、保証人は、債権者に対して債務の履行を拒むことができる¹⁷⁾。

③保証人の求償権（民459条・460条）について、委託を受けた保証人の求償権（民459条・460条）の規律を基本的に維持した上で、次のように改正する。第1に、民法459条3号の規律に付け加えて、保証人が主たる債務者の委託を受けて保証をした場合において、主たる債務の期限が到来する前に、弁済その他自己の財産をもって債務を消滅させるべき行為をしたときは、主たる債務者は、主たる債務の期限が到来した後に、債務が消滅したときに利益を受けた限度で、同項による求償に应ずれば足りるものとする。第2に、民法460条3項を削除する¹⁸⁾。

私は、前稿において、債権法改正中間試案による改正内容を前提として、①から③の改正点に対応して、債権法改正中間試案に沿って民法典改正が行われたとき、現在の判例・学説・行政実例により構築された民事上の保証契約と損失補償契約を区別する基準が両者に相違点があることを前提としているので、①から③の改正点が個人保証に関する改正内容であるにも関わらず、これらとは正反対の内容が損失補償契約の特質として再構築される可能性がある旨を指摘した¹⁹⁾。その内容を具体化すれば、下記の通りとなるだろう。まず、①保証債務の付従性については、保証契約締結後の事情変更（主債務の縮減ないし加重）が、債権法改正中間試案で提示された内容とは逆に、保証債務に影響を与えずに保証人の負担は一定に保たれる可能性がある。ただし、私見によれば、前稿では、②主たる債務者の有する抗弁及び③保証人の求償権についても、①と同様に債権法改正中間試案と正反対の内容が損失補償契約の特質として再構成される可能性があること述べたが、このことは修正されるべきであると考え。なぜなら、判例上の基準（本稿3で後述）では、民事上の保証契約としての特質として補充性及び付従性が備わっていることを前提条件としているが、②主たる債務者の有する抗弁及び③保証人の求償権については特に言及されることがなかったからである。ただ、③保証人の求償権に関する改正点は、後述の法人保証及び損失補償契約について、保証人が主たる債務者の委託を受けて保証することが一般的にみられることから、注意を要すると思われる。

16) 『中間試案の補足説明（商事法務）』211頁・212頁、『中間試案の補足説明（信山社）』211頁・212頁。

17) 『中間試案の補足説明（商事法務）』212頁、『中間試案の補足説明（信山社）』212頁。

18) 『中間試案の補足説明（商事法務）』214頁、『中間試案の補足説明（信山社）』214頁。

19) 國井・前出注（4）89頁～91頁。

(3) 個人保証と法人保証

椿寿夫教授は、保証が担保の一種であり債権の回収確保と効力強化が重要な目的であることに留意しながらも、債権者の利益と保証人の保護との中間域を探索することが重要であると指摘した上で、下記のような「主体別の保証」類型を提示し個人保証と法人保証のあり方を探るべきであると提唱する²⁰⁾。そこで提示された「主体別の保証」の類型図では、まず、個人保証と法人保証が分離されたうえで、A個人保証については、①伝来型（いわゆる人的保証）、②個別事情型（中間にあり事情いかんで変わる）、③職務型（役員などである間）、④主債務型（実質は保証人の自己債務で一連托生）の4類型があり、B法人保証については、①公共公益型（国などの公法人）、②特殊公共型（協会保証やその類似機関）、③営利営業型（金融機関・保証会社など）の3類型が提示されている²¹⁾。A個人保証については、いわゆる「人請け」の悪習を克服した現在においても、利他・無償・情宣・軽率ゆえに個人としての保証人を保証すべき必要性が強い場合（「主体別の保証」類型図A①型）と、A①型と比べて保証人を保証すべき必要性が弱い場合、すなわち、主債務者と保証人が経済的な一連托生の関係に立つべき場合（「主体別の保証」類型図A④型）と、両者の中間にある場合（「主体別の保証」類型図A②型・A③型）が存在する²²⁾。

これに対して、法人保証では、「①機関保証性、②-a信用補完性、②-b財政基盤の強固性、③制度性、政策性、公共性、④定型性、⑤慣行性、⑤-a中間的な与信決定権、⑥信用保証性、⑦大量取引性・反復継続性、⑧有償性、⑨修正された付従性・補充性の堅持」を特色としている²³⁾。さらに、上記①～⑨に加えて、「⑩没個人的情宣性、⑪求償権の優位性、⑫特約多様性、⑬有利特約性など」も特色として指摘されることがある²⁴⁾。

本稿では主として法人保証を扱う。上記法人保証の3類型の中では、一方では、B①公共公益型に属する保証契約が、損失補償契約と類似しているように思われる。しかし、他方では、損失補償契約についてはその内容が抽象的かつ不透明であるため、後述の国家保証と同一視できるかについては疑問が残る。

B①公共公益型として、ドイツの国家保証（ヘルメス保証ともいう）が典型的な保証契約類型としてあげられる²⁵⁾。国家保証とは、「第2次大戦後、国（連邦、州、市町村）が公益に役立つ場合において国の経済政策として保証・ガランティー・信用保険の形式で私法上の債務を担保する制度」であり、基本法115条1項の規律を受けた上で、国家保証は通例では最終不足額保証として行われる²⁶⁾。国家保証は、主として貿易促進の見地からヘルメス信用保険会社が国の委任に基

20) 椿寿夫・前出注(9)20頁。

21) 椿寿夫・前出注(9)20頁類型図〔I〕《主体別》を参照。

22) 椿寿夫・前出注(9)11頁～13頁。

23) 椿寿夫・前出注(9)27頁。

24) 椿寿夫・前出注(9)27頁。

25) 椿寿夫・前出注(9)21頁・22頁。

26) 椿寿夫・前出注(9)22頁。

づき国の名と計算で保証契約を締結されることが多い²⁷⁾。最終不足額保証とは、最終不足額支払保証人は、債権者に対して主たる債権の最終不足額についてのみ責任を負うことが義務づけられている保証である²⁸⁾。椿久美子教授は、最終不足額保証について、「保証人は債権者が相当の注意をし、とりわけ強制執行をしたにもかかわらず、そして他の担保の換価によっても、債務者から満足を受けることのできない最終不足額について責任を負うのである。最終不足額支払保証は、真正の保証（通説）であり、したがって方式を必要とし、付従的である。」と内容を説明する²⁹⁾。ここで、第1に、ドイツの国家保証には具体的な法的根拠があること、第2に、国家保証の目的が明確であること、第3に、国などによる支払限度について最終不足額保証としていることを留意すべきである。

B②協会保証について、わが国では、中小企業者や消費者のように信用のないものに信用を供与するために、公益的な見地から、それらの者について人的担保を利用することが多い（伊藤進教授は、その一例として、中小企業信用保証協会による保証や、公庫住宅融資保証協会による保証などを挙げる）³⁰⁾。本稿で問題とする損失補償契約は、B②協会保証とは関連性がないように思われる。

B③宮利企業型について、椿寿夫教授によれば、ドイツ語圏でもわが国と近似した状況がみられる。すなわち、わが国とドイツ語圏では、銀行ガランティーが広く用いられているにも関わらず、一般的に自己の義務はなるべく軽減させようとする金融機関があえて重い責任を負う理由が明確ではない³¹⁾。これと類似した、後援表示・支援表示は、親会社が子会社の債務につき一種の保証近似行為をするものである³²⁾。後援表示・支援表示は、損失補償契約と区別された民事上の保証契約と類似しているように思われる。

3. 損失補償契約をめぐる諸問題

(1) 損失補償契約の類型

損失補償契約の定義については、本稿1で前述したが、「特定の者が金融機関等から融資を受ける場合、その融資の全部又は一部が返済不能となって、当該金融機関等が損害を被ったときに、地方公共団体が、融資を受けた者に代わって当該金融機関等に対してその損失を補償する」³³⁾内容の契約であると再確認しておこう。鬼頭季郎弁護士（元東京高裁裁判官）と横山兼太

27) 椿寿夫・前出注(9) 22頁。

28) 椿久美子「外国の法人保証(4)ードイツ法における法人保証ー」『法人保証の研究』262頁。

29) 椿久美子・前出注(28) 262頁。

30) 伊藤・前出注(13) 35頁。なお、同書掲載の(図表-1) 36頁・37頁、(図表-2) 38頁、(図表-3) 39頁～41頁も参照。

31) 椿寿夫・前出注(9) 24頁。

32) 椿寿夫・前出注(9) 24頁。

33) 松本・前出注(1) 651頁。

郎弁護士は、損失補償契約に関する共著論文を公表した³⁴⁾。そこで、鬼頭季郎弁護士と横山兼太郎弁護士は、損失補償契約の類型として、不履行債務即時補填型の損失補償契約と、回収不能確定時補填型の損失補償契約の2類型を提示する³⁵⁾。

不履行債務即時補填型の損失補償契約は、「第三セクターが金融機関との間で締結した融資契約に定める約定弁済期日において所定の弁済を行わなかった場合には、直ちに、あるいは、その請求後などの一定期間の経過をもって当該時点での未返済元本等を金融機関の損失額とする」内容の損失補償契約である³⁶⁾。

回収不能確定時補填型の損失補償契約は、「第三セクターに対する貸付けについて、金融機関が担保物件の処分などの回収努力をしてもなお回収不能が発生した場合には、当該回収不能額を金融機関の損失額とする」内容の損失補償契約である³⁷⁾。

両者を比較すると、不履行債務即時補填型の損失補償契約は、回収不能確定時補填型の損失補償契約に比べ、金融機関にとって相当程度有利である³⁸⁾。なぜなら、第1に、不履行債務即時補填型の損失補償契約は、回収不能確定時補填型の損失補償契約と比較すると、損失額が確定するために必要な所要期間が短いからである。さらに、第2に、不履行債務即時補填型の損失補償契約ならば、金融機関は第三セクター等に対して何らの回収努力を行うことなく自治体に対して損失補償の履行を求めることができるからである。

(2) 損失補償契約に関する前稿記述の概要

私は、前稿において、鬼頭季郎弁護士と横山兼太郎弁護士により提示されかつ一般的に認められた分類に準拠して損失補償契約に関する判例傾向として、損失補償契約を有効とした判決が多く³⁹⁾、損失補償契約を違法・無効とした判決はかわさき港コンテナターミナル事件（横浜地判平成18年11月15日判タ1239号177頁）と安曇野第三セクター事件2審判決（東京高判平成22年8月30日判時2089号28頁）しかないことを示した⁴⁰⁾。

さらに、私は、前稿において、安曇野市第三セクター事件（1審判決，2審判決，最高裁判決）について、それぞれの判決の判旨を相互比較した上で、それぞれの判決に対する評釈を比較し、概ね下記の通りの事実と傾向を認めた。すなわち、前稿によれば、損失補償契約と民事上の保証契約を区別する基準が曖昧であるにも関わらず、安曇野市第三セクター事件2審判決のように損

34) 鬼頭季郎＝横山兼太郎「第三セクターに対する融資と損失補償契約の効力についての裁判及び倒産・再生処理上の諸問題―法人に対する政府の財政援助の制限に関する法律三条との関係―」判時2106号3頁～22頁。

35) 鬼頭＝横山・前出注(34)7頁。

36) 鬼頭＝横山・前出注(34)7頁。

37) 鬼頭＝横山・前出注(34)7頁。

38) 鬼頭＝横山・前出注(34)7頁。

39) 國井・前出注(4)77頁・78頁。

40) 國井・前出注(4)78頁。

失補償契約の私法上の効力を無効とすれば金融実務や行政実務に看過しがたい重大な影響を及ぼすことが広く認識され、安曇野市第三セクター事件1審判決及び最高裁判決のように損失補償契約の私法上の効力を有効と解する解決策を支持する傾向があること、概ねこれらの結論に達した⁴¹⁾。

なお、碓井光明教授が提唱する見解（損失補償契約は財政援助制限法3条に違反し違法であるが、実務に混乱が生じるのを回避するためには、当該損失補償契約の私法上の効力を否定すべきではない⁴²⁾）は、判例、行政実務及び学説においても、幅広い支持を得ている。私見によれば、現行法（財政援助制限法、地方自治法など）の現実的な法解釈論としては、碓井光明教授の見解が妥当であると考えられる。

（3）椿久美子教授による財政援助制限法3条批判と損失補償契約への考察

損害担保契約とは、損害担保引受人（担保者・諾約者）が、損害担保権者（要約者）に対して、損害担保権者が一定の事項から被るべき損害を補填することを目的とする契約⁴³⁾である。椿久美子教授は、第1に、損害担保契約に関する日独比較法的研究に照らしながらわが国の損害担保の曖昧さを批判し、第2に、自治体による損失補償契約が後述の保証類似型損害担保と類似していることを指摘し、第3に、自治体による損失補償契約に関するわが国の裁判例を検討したうえで、第4に、自治体による損失補償契約の実態を鑑みつつ財政援助制限法3条の改正を提言する⁴⁴⁾。その内容を概観したい。

第1に、損害担保契約について概観する。椿久美子教授は、ドイツ法では、「保証類似型損害担保（債務者の債務不履行による債権者の損害を補償する型）」と「瑕疵担保型損害担保（売買契約や請負契約等において目的物の性質（品質）を補償する型）」を区別した上で多様な損害担保が認められていると述べる（「保証類似型損害担保」及び「瑕疵担保型損害担保」という用語法及び定義は、椿久美子教授による用語法及び定義に準拠する⁴⁵⁾）。これに対して、わが国では、多様な損害担保が認められているが、ドイツ法とは異なり保証類似型損害担保と瑕疵担保型損害担保の区別を前提としていないので、損害担保の内容が曖昧であり、判例においても、損害担保の用語が用いられても、その具体的内容については「損害を填補する契約」あるいは「付従性のない独立的債務を負担する契約」といった程度での言及しかなされていない（カギ括弧内の用語法は、椿久美子教授による用語法に準拠した⁴⁶⁾）。

41) 國井・前出注（4）80頁～87頁。

42) 碓井光明「地方公共団体による『損失補償の保証』について」自治研究74巻6号8頁以下。

43) 於保不二雄『債権総論（新版）』（有斐閣，1972年）289頁。

44) 椿久美子「地方公共団体による損失補償契約と損害担保契約」『法人保証・法人根保証の法理』379頁～404頁。

45) 椿久美子・前出注（44）380頁本文及び同書380頁脚注2。なお、椿久美子教授による用語法及び定義につき、同書380頁本文を参照。

46) 椿久美子・前出注（44）380頁本文及び同書380頁脚注2。

第2に、自治体による損失補償契約と保証類似型損害担保の類似性について概観する。椿久美子教授は、まず、自治体による損失補償契約が保証類似型担保と類似するのではないかと推測する⁴⁷⁾。椿久美子教授によるこの推測は、損失補償契約に関する裁判例への分析検討（後述第3）により実証されてゆく。

第3に、損失補償契約に関する裁判例への分析検討について概観する。椿久美子教授は、まず、大阪地裁平成21年5月22日判決（公刊物未登載）での損失補償契約がドイツ法での最終不足額保証（これにつき本稿2（3）B①公共公益型に関する記述を参照）と類似していることを指摘する⁴⁸⁾。さらに、椿久美子教授は、損失補償契約に関する裁判例を分析検討した結果、下記の結論が得られたと述べる。

「各判決における損失補償契約の内容をみていくと、金融機関が第三セクターに融資をし、債務が返済されない場合には地方公共団体が代わりに返済するというものであり、基本的には保証契約と変わりがないようである。損害担保契約と認定するには、債務者に無効・取消事由があっても損失補償契約は存続するとか、債務者の有するいかなる抗弁権も損失補償人は主張できないなど当事者間に附従性を排除する意思が明確になっていなければ、附従性を否定したとみることができず、損害担保契約とは解せないであろうから、結局、財政援助制限法3条に違反するとの結論に至るであろう。いずれにしても、損失補償契約が損害担保契約か保証契約かの認定は難しく、裁判例に出ていない全国の地方公共団体による損失補償契約においては、損失補償債務が独立的債務であると認定できるものもあろう。どちらの契約と解するかの判断基準として、附従性や内容的同一性の存否が考慮されるべき重要な要素であり、それらの存否につき損失補償契約書の文言、契約当事者の合理的意思解釈、契約締結時およびその後の諸事情、関係者間の利害関係などを総合的に考慮して判断されるべきである。」⁴⁹⁾

第4に、財政援助制限法3条改正の必要性について概観する。椿久美子教授は、まず、財政援助制限法3条の立法目的（国庫負担の累積防止）については肯定できるとしても、保証契約ではないとされる損失補償契約の方が責任が重いことを指摘した上で、一方では保証契約を禁止しつつ他方では損失補償契約を禁止していない矛盾を突き、財政援助制限法3条の存在意義を検討し、現状にあった見直しをすべきと提言する⁵⁰⁾。さらに、椿久美子教授は、自治体が公益的事業（第三セクター等による事業）を支援するにあたり、損失補償契約（保証契約ないし損害担保契約）で行われても良いはずだが、財政援助制限法3条があるために、保証契約を排除して損害担保に限定することは妥当ではないと私見を述べる⁵¹⁾。最後に、椿久美子教授は、ドイツ法を参考に次の3点を指摘する。すなわち、第1には、自治体が付従性のある保証契約を締結する場合に

47) 椿久美子・前出注（44）380頁・381頁。

48) 椿久美子・前出注（44）386頁～388頁。

49) 椿久美子・前出注（44）392頁・393頁。

50) 椿久美子・前出注（44）395頁・396頁。

51) 椿久美子・前出注（44）396頁・397頁。

においては、自治体を保護すべき要請は、個人保証の場合と比べて低い。第2に、銀行や企業が保証主体になる法人保証では、保証料をとり、保証債務を履行しても損をしないように計算されているからその保護レベルは低くても良い。第3に、自治体自身に直接的経済的利益があって補償している場合には、損害担保が引き受けられていると解することができる判断基準となりうる⁵²⁾。

(4) 安曇野市第三セクター事件最高裁判決の再評価

①安曇野市第三セクター事件最高裁判決の判旨（損失補償契約の違法性判断）

最高裁判所は、第三セクターの事業に関して自治体と金融機関等の間で締結した損失補償契約について、財政援助制限法3条の類推適用により直ちに違法、無効となりうると解することは、諸要素（公法上の規制としての性質、地方自治法等における保証と損失補償の法文上の区別を踏まえた当該規程の文言の文理、財政援助制限法及び地方財政法の立法又は改正の経緯、地方自治の本旨に沿った議会による公益性の審査の意義及び性格など）に照らすと、相当ではないと判断した。そのうえで、最高裁判所は、「損失補償契約の適法性及び有効性は、地方自治法232条の2の規定の趣旨等に鑑み、当該契約の締結に係る公益上の必要性に関する当該地方公共団体の執行機関の判断にその裁量権の範囲の逸脱又はその濫用があったか否かによって決められるべきものと解するのが相当である。」と判示した。

②安曇野市第三セクター事件最高裁判決（宮川補足意見）の要旨

宮川補足意見は、損失補償契約に対する認識が、昭和29年の行政実例（本稿脚注3）が発せられた時点においては損失補償が財政援助制限法3条に違反しないという見解が有力であり、金融機関等によっても上記認識が共有されていたと述べる。しかし、宮川補足意見は、「平成21年法律第10号による改正において地方財政法33条の5の7第1項4号が創設され、地方公共団体が負担する必要がある損失補償に係る経費等を対象とする地方債（改革推進債）の発行が平成25年度までの時限付きで認められるなど、その改革作業も地方公共団体の金融機関に対する損失補償が財政援助制限法3条の趣旨に反するものではないことが前提となっていると考えられる。この問題の判断に当たっては、法的安定性・取引の安全とともに上記の改革作業の進捗に対し配慮することも求められているといえよう。」と述べる。

③小林明夫氏による評釈

小林明夫氏は、損失補償契約が財政援助制限法3条に違反するかという問題について、類推適用肯定説（損失補償が財政援助制限法3条の回避行為であるとして、当該損失補償が違法であると解する説）、類推適用否定説（文理上、損失補償と保証が区別されているとして、当該損失補償契約への類推適用を否定する説）、二分説（保証に類似する不履行債務即時補てん型は違法だ

52) 椿久美子・前出注(44) 397頁。

が、回収不能確定時補てん型は違法ではないと解する説)が展開していると分類する⁵³⁾。なお、小林明夫氏の用語法による「不履行債務即時補てん型」は前出「不履行債務即時補填型」(本稿3〈1〉)の鬼頭季郎弁護士と横山兼太郎弁護士による用語法)に相当し、小林明夫氏の用語法による「回収不能確定時補てん型」は前出「回収不能確定時補填型」(本稿3〈1〉)の鬼頭季郎弁護士と横山兼太郎弁護士による用語法)に相当する。そのうえで、小林明夫氏は、安曇野市第三セクター事件最高裁判決の射程をめぐって、第1に、損失補償契約の内容がどの程度まで保証契約と異なっていれば脱法的ではないと評価されるのかという問題が残されており、第2に、「一定の雇用をもたらしている」という程度の公益上の必要性であっても裁量権の逸脱や濫用が認定されず有効と判断されるのであれば、それほど厳しい要件ではないのではないかと述べる⁵⁴⁾。小林明夫氏は、最高裁判決の内容が基本的に妥当であると考えており、さらに、宮川補足意見について、財政援助制限法3条が社会の実情に適合しなくなっているから、新たな立法論の進展を暗に促していると指摘する⁵⁵⁾。

④田中良弘氏による評釈

田中良弘氏は、損失補償契約が財政援助制限法3条に違反するかという問題について、類推適用肯定説、類推適用否定説、二分説が展開していると分類する⁵⁶⁾。田中良弘氏は、安曇野市第三セクター事件最高裁判決が列挙した理由について、宮川補足意見を踏まえても、論証が不十分であり説得力に欠けると批判する⁵⁷⁾。しかし、田中良弘氏は、安曇野市第三セクター事件最高裁判決の結論、すなわち、財政援助制限法3条を類推適用することで損失補償契約を一律に違法とすべきではないという結論においては、妥当であると評価している⁵⁸⁾。ただし、田中良弘氏は、安曇野市第三セクター事件最高裁判決が、「公益上の必要性」審査により当該損失補償契約の適法性及び有効性を決すべきとしたにとどまり、個々の損失補償契約がいかなる場合に違法又は無効とされるかについては、何ら言及していないと批判する⁵⁹⁾。

4. 結びにかえて

これまで、民事上の保証契約、法人保証、損失補償契約につき、紙面の都合等により前稿では取り扱わなかった問題や論点を中心として述べてきた。ここでは、以下の通り、前述した内容を踏まえながら、重要な論点について私見を述べたい。

53) 小林・前出注(6)251頁～253頁。

54) 小林・前出注(6)254頁・255頁。

55) 小林・前出注(6)256頁。

56) 田中・前出注(6)145頁・146頁。

57) 田中・前出注(6)147頁。

58) 田中・前出注(6)149頁。

59) 田中・前出注(6)149頁。

(1) 民事上の保証契約と損失補償契約を区別する基準を定立できるか

この問題については、下記の理由により、損失補償契約をめぐる判例及び学説の展開により一定範囲で明確化の努力が認められるものの、私は悲観的な見解を述べざるを得ない。

なぜなら、第1に、現行民法典においては個人保証と法人保証を区別することなく規定を置いているので、法人保証の具体的な内容を民法典のみから見出すのが困難であるからである（本稿2〈1〉参照）。このことは、損失補償契約と明確に区別されるべき民事上の法人保証の具体的な内容を見出すことが困難であることを意味するものであり、したがって民法規定を基準にする限りでは、民事上の法人保証と区別されるべき損失補償契約の具体的な内容を明確化するのが困難となる。このような状況においてなお民法規定を基準として損失補償契約の具体像を探求する試みを継続しても、従来の判例が行ってきたような民事上の保証契約と異なる点を対症的に見出し実務上の混乱を回避しようとする姿勢を継続するより他になく、その作業には困難が伴うであろう。

第2に、近年、債権法改正中間試案が示されたが、これに準拠して民法典が改正された場合であっても、改正後の民法典には個人保証に関する規定が存在するけれども法人保証に関する規定がないので、民法規定のみから損失補償契約の具体的な内容を見出そうとする判例傾向を維持するのが困難となるからである（本稿2〈2〉参照）。しかし、債権法改正中間試案は、一方では個人保証を対象として保証人保護を重視する方向で改革をするが、他方では現行民法典と同様に個人保証と法人保証を区別することなく法人保証の規定を新たに配置しないことに鑑みれば（もっとも債権法改正中間試案は法人保証を実務ないし商事保証の問題として把握しているのかもしれないが）、付従性に関する民法448条の文言を維持しつつ保証人の負担を加重しない方向で改正することを目指しているのは興味深い。なぜなら、法人保証の特質として、本稿2（3）で前述したように、修正された付従性・補充性の堅持が挙げられるからである⁶⁰⁾。もちろん、法人保証において付従性・補充性を修正するとき、個人保証における保証人の責任を軽減するのは正反対の方向、すなわち法人たる保証人の責任を加重する方向へと向かうが、個人保証と法人保証は、修正された付従性・補充性の堅持を図りながら、両者が相互に正反対の性質を帯びる保証として展開してゆくことになるだろう。

第3に、わが国において法人保証に関する研究がなされ、法人保証の具体的な内容が徐々に明確化されると同時に様々な課題が浮上している（本稿2〈3〉参照）。たしかに、椿寿夫教授により法人保証概念や法人保証類型が明確化され、とりわけ国家保証については、ドイツ法の国家保証が明確な法律の根拠に基づいてなされること、その保証目的や保証範囲（最終不足額保証）が明確にされていることが、本稿の問題意識から興味を引く⁶¹⁾。本来ならば、ドイツ行政法及びドイツ民法から多くを学ぶわが国においては、損失補償契約のような法的根拠及び具体的内容が不明確な法形式を選択して実務上の混乱を回避するがごとき対症的な選択をすべきではなかつ

60) 椿寿夫・前出注（9）27頁。

61) 椿寿夫・前出注（9）21・22頁。

た。しかし、ドイツ法の国家保証をわが国に導入しようと試みるとき、国や自治体が保証契約を締結することを禁止する、現行の財政援助制限法3条が障壁として立ちはだかっている。この問題については、次に取り上げる。

(2) 財政援助制限法3条改正の必要性について

法人保証に関する研究で得られた知見を今日のわが国で活用するためには、財政援助制限法3条を改正する必要がある。椿久美子教授は、事実上、損失補償契約が保証契約ではないと解する行政実務や判例傾向が維持継続されて財政援助制限法3条の規制に対する「抜け道」が承認されていることや、自治体による公共的・公益的事業の間接的支援の必要性に鑑み、かかる間接的支援が明確かつ合理的になされるよう規制を明確化するため、財政援助制限法3条を改正すべきと提唱する⁶²⁾。私見によれば、椿久美子教授が提唱する財政援助制限法3条改正論に賛意を表したい。前稿において、私は、財政援助制限法3条がその立法目的とその規制手段の間で合理性を備えているか疑義があること、財政援助制限法3条の規制を回避する行政実例や判例傾向が定着していることを理由として、財政援助制限法3条改正の必要性を指摘した⁶³⁾。さらに、私見によれば、現行の財政援助制限法は、非常にシンプルな条文構成となっており、立法された当初においては十分に機能し得たかもしれないが、今日のように国・自治体による財政援助をめぐって一方では考慮すべき事項（国・自治体の財政状況、議会による統制、財政支援の対象となる事業の公共性・公益性判断など）が増加し、他方では考慮すべき事項相互間の調整が複雑化している現状においては、より精緻かつ合理的な判断基準が明確化されたかたちで提示されるべきであろう。この意味においては、現行の財政援助制限法は、単純に同法3条を削除ないし改正するにとどまらず、抜本的な改正を施す必要があるといえよう。そこで、椿久美子教授が提唱するように、国・地方議会等による合理的規制の方向を模索すべきであろう⁶⁴⁾。

(3) 裁量権逸脱濫用モデルの適用について

安曇野市第三セクター事件最高裁判決が、損失補償契約の履行に際して、当該自治体の執行機関の判断にその裁量権の逸脱又は濫用を審査するという枠組みを提示したことは、重要な意義がある。ただし、前稿において、損失補償契約を締結するにあたり議会によるチェックを重視した上で行政裁量の逸脱濫用の有無を司法判断するという枠組みは、事前的な手続統制においては有効に機能するが、損失補償契約の履行という段階に至って有効に機能するのか疑問を提示した⁶⁵⁾。この疑問は、安曇野市第三セクター事件最高裁判決において、損失補償契約に基づく公金支出差止請求（自治242条の2第1項1号）を、差止めの対象行為が相当の確実さをもって予想されるとはいえないことが明かであるという理由で、差止請求を認容した部分につき、原判決が

62) 椿久美子・前出注(44)404頁。

63) 國井・前出注(4)92頁。

64) 椿久美子・前出注(44)404頁。

65) 國井・前出注(4)92頁。

破棄され、訴えが却下されたことにより、強くなった。もっとも、私見においても、損失補償契約を履行するときに、当該自治体の長が損失補償契約の履行を拒否することがありうるのか疑問を禁じ得なかったが、履行を拒否した場合に金融機関等から損害賠償請求される可能性があることを指摘した⁶⁶⁾。それゆえ、上記判決内容それ自体は妥当な結論を導き出したものとして肯定的に評価できる。なお、田中良弘氏は、地方自治法242条の2第1項1号による公金支出差止めの要件について明示的に述べた最高裁判決の先例的な意義を肯定的に評価している⁶⁷⁾。

(4) 自治体による第三セクター支援のあり方について

最後に、この問題について私見を述べる。まず、本稿4(1)において、個人保証と法人保証がそれぞれ正反対の方向で付従性・補充性を修正しつつ展開してゆく可能性を指摘した。わが国の損失補償契約は、民事上の保証契約とは異なるものであるから、財政援助制限法3条の規制が適用されないと理解されてきた。損失補償契約が民事上の保証契約と異なる具体的な根拠は明示されず、判決では辛うじて付従性・補充性の有無に言及するのみであった。この判断枠組みは、法人保証に関する判例や実務の具体的なデータが乏しく、かつ民事上の個人保証に関する債権法改正中間試案が公表される以前であれば、民法規定に準拠した抽象論を展開すれば維持できた。しかし、法人保証と民事上の個人保証がより展開してゆくと、両者から区別されるべき損失補償契約の具体像が統一性と整合性を保持できなくなる。このような困難に直面したとき、最も有効な対応策は、国及び自治体が一定条件の下で金融機関等と保証契約を締結することを容認する方向で、財政援助制限法を改正することである。財政援助制限法改正に当たっては、安曇野市第三セクター事件最高裁判決で提示された枠組み（本稿3〈5〉を参照）が前提となるだろう。

追記

本稿は、前稿に続き、2013年度の名古屋学院大学研究奨励金による追加的な研究成果である。この場をお借りして、名古屋学院大学関係者の方々に厚く御礼申し上げます。

66) 國井・前出注(4)92頁。

67) 田中・前出注(6)144頁。