

民法上の保証契約と「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—

國井義郎

目次

はじめに

第1章 損失補償契約の概要と第3セクター破綻処理

第2章 安曇野（あずみの）市第3セクター損失補償契約事件

第3章 損失補償契約が違法ないし無効とされたときの影響

第4章 民法（債権法）改正論議と損失補償契約

結びにかえて

はじめに

地方公共団体（以下引用箇所を除いて「自治体」という。）は、民間部門から資金的協力を得たり人材交流を図りながら、地域開発の促進や公共の利益を実現するために、民間部門と協力して第3セクターを設立することがある。第3セクターについては明確な定義が存在しないが、第3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」した法人である¹⁾。これまで多くの第3セクターが設立・運営されてきたが、第3セクターの中には赤字経営に陥るものが少なくなく、最悪の場合には第3セクターが経営破綻することもある。

本稿第1章で詳述するが、本来ならば、第3セクターが経営破綻する場合に備えて、金融機関は自治体との間で第3セクターの債務を自治体が保証する旨の保証契約を締結することを望むはずである。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、自治体が保証契約を締結することを禁じている。そこで、自治体と金融機関の間で損失補償契約を締結することが多い。ここでいう損失補償は、憲法29条3項に規定されている損失補償とは一切関係がない。すなわち、損失補償契約における損失補償とは「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つて、当該金融機関等が損害を被つたときに、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」というい

1) 宇賀克也『行政法概説Ⅲ【第2版】』（有斐閣、2010年）276頁。

わゆる損失補償契約が結ばれている場合をいう。』²⁾と理解されている。

損失補償契約については、これまで行政法学者、金融機関等の実務家、弁護士などより多くの論考や判例評釈等が公表されており、様々な視点から議論がなされている。本稿で取り扱う判決については、民法（債権法）改正論議が提示する内容によって判決内容が左右されるわけではない。しかし、損失補償契約に対する需要は、一過性のものではなく継続的に存在し続けると考えられる。それゆえに、損失補償契約をめぐる判例や行政実務の展開について考察するとき、民法（債権法）改正論議で検討された内容についても一つの要素として考察する必要がある。そこで、筆者は、従来の判例と理論の展開状況を踏まえた上で、下記の通り、損失補償契約につき考察する。

本稿第1章では、損失補償契約の概要について検討する。とりわけ、多くの判例や実務慣例上許容されている損失補償契約と、財政援助制限法3条で禁止されている保証契約との異同について考察する。すなわち、本稿第1章では、損失補償契約が保証契約とは異なる「独自性」を有する契約であるのか否かが検討される。

本稿第2章では、安曇野市第3セクター損失補償契約事件（第2章で詳述）における、1審判決、2審判決、最高裁判決について、判決の妥当性と問題点につき検討する。

本稿第3章では、損失補償契約が違法ないし無効とされたときの影響について検討する。

本稿第4章では、民法（債権法）改正論議について保証契約を中心に検討する。民法（債権法）改正論議において、保証契約関連事項については個人保証が中心的な議題とされている³⁾。したがって、一瞥したところ、保証契約に関する原則と法人保証については、大規模な改正を予定していないように見える。しかし、民法（債権法）改正論議に対して具体的な検討を加えつつ、民法（債権法）改正論議と損失補償契約につき検討する。

2) 松本英昭『新版逐条地方自治法【第6次改訂版】』（学用書房、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。

3) 民法改正論議について、中間試案全文を掲載したものとして、「総特集 民法（債権関係）の改正に関する中間試案」NBL997号1頁以下（保証債務につき31頁～34頁）。中間試案全文に解説を付したものとして、発行年月日順で、別冊NBL143号『民法（債権関係）の改正に関する中間試案（概要付き）』（商事法務、2013年4月18日）、『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5月24日）、『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6月30日）がある。以後、これらの文献を引用するときは、本注の順番で、「NBL997号」、『別冊NBL143号』、『商事法務・中間試案（概要付き）』、『中間試案の補足説明（商事法務）』、『中間試案の補足説明（信山社）』と表記する。

第1章 損失補償契約の概要と第3セクター破綻処理

第1節 損失補償契約と保証契約

(1) 損失補償契約の類型

鬼頭季郎弁護士（元東京高裁裁判官）と横山兼太郎弁護士は、損失補償契約に関する共著論文を執筆している⁴⁾。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二種類を提示する⁵⁾。

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」損失補償契約である⁶⁾。これに対して、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」損失補償契約である⁷⁾。

(2) 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比較

両者の比較について、鬼頭季郎弁護士と横山兼太郎弁護士は、下記の事項を指摘する。

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に比べ、損失額が確定するために必要な所要期間が短い。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に対して何らの回収努力を行うことなく地方公共団体に対して損失補償の履行を求めることができる。したがって、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、金融機関に相当程度有利である⁸⁾。

(3) 不履行債務即時補填型の損失補償契約と保証契約の異同

国または自治体が損失補償契約に基づいて金員を支出するとき、当該損失補償契約が民法上の保証契約に該当すれば、財政援助制限法3条に違反し違法となる。そこで、財政援助制限法3条により締結が禁止されている保証契約と、財政援助制限法3条により明文によっては締結が禁止されていない損失補償契約の異同について考察する必要がある。

保証債務（民446条以下）は、主たる債務を前提とし、その債務が履行されない場合に保証人がこれに代わって弁済する契約である。すなわち、保証契約には、補充性（主債務が履行されないときに始めて履行しなければならないという性質）が認められる。さらに、保証債務は、

4) 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。
5) 鬼頭＝横山・前出注4) 7頁。
6) 鬼頭＝横山・前出注4) 7頁。
7) 鬼頭＝横山・前出注4) 7頁。
8) 鬼頭＝横山・前出注4) 7頁。

主債務とは別個の債務でありつつも、主債務と同一の内容であり、主債務に対して付従性（主債務を担保する目的のために存在するという性質）と随伴性（主債務が移転するときにはこれとともに移転するという性質）が認められる⁹⁾。保証人は債務者に代位して債務を弁済したとき、債務者に対して求償権を行使することができる。

不履行債務即時補填型の損失補償契約は、本稿第1章第3節と本稿第2章で詳述するが、第1に、主債務の存在を前提とせず付従性及び補充性を欠くこと、第2に、主債務者と保証人に当然には求償関係が発生しないことにより、民法上の保証契約とは異なる契約類型であると理解されている¹⁰⁾。不履行債務即時補填型の損失補償契約がこれに該当し多くの判決で問題となる。

しかし、両者には上記の差違が認められるが、類似の機能を持つ場合がある。すなわち、一定の債権債務関係に立つ当事者がある場合において、その債権者に対して、当該債権債務関係から生ずることがある一切の損害を担保するような種類の損失補償契約は、保証契約に類似するものである¹¹⁾。

第2節 損失補償契約と財政援助制限法3条との関係

(1) 財政援助制限法3条の立法目的

財政援助制限法3条の立法目的は、戦前に特殊会社に対して多数の債務保証をしたことにより国庫負担の増大を招いたことを反省し、未必の債務及び不確定な債務の発生を防止し、企業の主体的な事業リスク判断の下に自主的活動を促すことにある¹²⁾。実際には、戦前の国策会社を整理する一方策として財政援助制限法3条が活用されることもあったようだが、戦前の特殊会社が順次解散ないし改組されて、かなり以前から、法律制定の目的がほぼ達成されており、債務保証を認める必要性も生じている¹³⁾。

しかし、前述したように、損失補償契約と保証契約は、法的内容において相違点があると理解されている反面、両者の機能はきわめて類似しているので、国または自治体が損失補償契約に基づいて金員を支出したとき、財政援助制限法3条が適用されるか否かが問題となる。

(2) 損失補償契約には財政援助制限法3条は適用されないとする見解（不適用説）

不適用説の根拠として、第1には、損失補償契約と保証契約とは法的内容・効果を異にすること、第2には、地方自治法上も損失補償は債務保証とは異なる概念として扱っている（自治199条7項、221条3項等）、第3には、損失補償と保証は別概念であるとの行政解釈（昭和29年5月12日）が定着していることがあげられる。おおむね行政実務上の取り扱いや初期の判例において、この見解は支持されてきた。

(3) 損失補償契約には財政援助制限法3条が適用（類推適用）されるとする見解（適用説）

9) 『中間試案の補足説明（信山社）』前出注3) 211頁。

10) 鬼頭＝横山・前出注4) 7頁。

11) 鬼頭＝横山・前出注4) 7頁。

12) 確井・前出注2) 317頁。

13) 吉田光碩・判評617号（判時2075号）175頁。

この見解は、学説や近年の判例においてみられる。この見解は、当該損失補償契約の効力をどう解するかに応じて、有効説、無効説などに細分化される。

まず、無効説とは、損失補償契約と民事上の保証契約の機能的類似性に着目して、財政援助制限法3条を効力規定と解して、全面的に無効とする見解である。

これに対して、有効説とは、両者の法的概念の相違に着目し、金融機関への影響及び施策の公共性や損失補償の必要性などを総合的に考慮した上で同条の効力規定性の程度を判断し、私法的効力の有無を判断すべきという見解である。有効説においては、損失補償契約が私法上有効であると説く論者は多く、「損失保証契約に基づく公金支出は財政援助制限法3条に違反し違法だが、私法上は有効である」という扱いをする傾向がある。

第3節 損失補償契約に関する判例の整理

(1) 損失補償契約に関する判例の分類と整理について

本稿に限らず、損失補償契約に基づく自治体の公金支出をめぐる住民訴訟判例を、下記のように分類することが多い¹⁴⁾。

(2) 損失補償契約が有効であるとされた裁判例

①ありあけジオ・バイオワールド事件（福岡地判平成14.3.25判自233号2号12頁）

これは、ありあけジオ・バイオワールドを運営する第三セクターに、損失補償契約に基づき、補助金7億円支出したところ、住民訴訟（差止請求）を提起された事案である。損失補償契約の内容は、「債務を保証した企業に対し債務の保証による損失の2分の1、融資した金融機関に対し未返済元本及び利息を保障する。ただし限度額38億3900万円とする。」という旨の内容である。本件損失補償契約は、回収不能確定時補填型に該当する¹⁵⁾。

福岡地裁は、「本件事業には公共性ないし公益性がないので、本件損失補償契約は違法である。しかし、私法上無効とはいえない場合には、自治体は債務を履行する義務があるので差止請求は許容されない。」と判示した。私法上無効となるためには、「①違法事由の明白性、②契約相手方による当該違法事由の認識ないし認識可能性の有無及び程度、③法令上当然に要求されている市議会の議決等契約締結に必要な手続きの履行の有無」を考慮して判断すべきであると判示した。

②アジアパーク事件（熊本地判平成16.10.8金法1830号51頁、福岡高判平成19.2.19金法1830号25頁、最決平成19.9.21金法1830号23頁）

これは、アジアパークを運営する第三セクターに、本件損失補償契約に基づき、補助金10億円及び損失補償6億6000万円を支出した事案である。本件損失補償契約は、「会社が返済完了前に解散した場合は未返済元本と利息全額を支払う、約定返済を延滞し金融機関が債務の履行を催告しても弁済しないときは、約定返済元本と利息を支払う」という内容であった。本件損失補償

14) その一例として、鬼頭＝横山・前出注4) 9頁～16頁、高部眞規子「地方公共団体の損失補償契約をめぐる」判タ1338号39頁～57頁。その他に、本稿第2章で取り上げる判例評釈などでも、同様の分類がなされている。

15) 鬼頭＝横山・前出注4) 10頁。

契約は、回収不能確定時補填型に該当する¹⁶⁾。

1審判決では、「本件損失補償契約は適法である。市議会が補助金支出や損失補償を決議したこと、国・県・金融機関の信頼を保護すべきであること、公益上の必要があることを考慮すれば、前市長が市議会の承認の元に損失補償契約を締結したことにはやむを得ない事情があり、市長としての裁量権の逸脱・濫用の違法があると認めることはできない。」との趣旨の判決を下した。2審判決も1審判決と同趣旨であり、最高裁は上告棄却し不受理決定をした。

③大阪地方裁判所平成21年5月22日判決

これは、大阪市N通改造計画を実施する第三セクターに、本件損失補償契約に基づき損失補償をしたので、住民訴訟（差止請求）を提起された事案である。本件損失補償契約は、「担保物件の処分等の回収努力をしてもなお回収不能が発生した場合には、当該回収不能額を損失としてその損失額を保証する」という旨の内容である。本件損失補償契約は、回収不能確定時補填型に該当する¹⁷⁾。本件損失補償契約は適法であるとの判決がなされた¹⁸⁾。

④安曇野第三セクター損失補償事件（1審判決及び最高裁判決）

本件は、第2章で詳述するので事実概要と判旨については、本稿本章では省略する。

第4節 損失補償契約が違法・無効であるとされた裁判例

①かわさき港コンテナターミナル事件（横浜地判平成18.11.15判タ1239号177頁）

本件は、港湾運送事業を営む第三セクターが破産宣告を受け、和解契約に基づき金銭支払をしたところ、住民訴訟（損害賠償及び不当利得返還請求）を提起された事案である。

本件協定は、「会社が返済完了前に解散した場合は未返還元本と利息全額を支払う、約定返済を延滞し金融機関が債務の履行を催告しても弁済しないときは、約定返済元本と利息を支払う」という趣旨の内容である。本件協定は、回収不能確定時補填型に該当する¹⁹⁾。しかし、その内容は根保証にも類似しているとの指摘もある²⁰⁾。

横浜地裁は、「本件協定は民法上の保証契約とはいえないまでも、それと同様の機能、実質を有するものであり財政援助制限法3条に違反する。財政援助制限法3条は契約の効力を定めて効力規定とみられるので、本件協定は無効である。しかし、損失補償契約を容認する行政実例と実務慣行があったので、市長に故意又は過失はない。」との趣旨の判決を下した。

②安曇野第三セクター損失補償事件（2審判決）

これも詳細については第2章に譲りたいので、本稿本章では省略する。

16) 鬼頭＝横山・前出注4) 11頁。

17) 鬼頭＝横山・前出注4) 12頁。

18) 高部・前出注14) 43頁。

19) 鬼頭＝横山・前出注4) 15頁。

20) 鬼頭＝横山・前出注4) 14頁。

第5節 裁判例の分析

鬼頭季郎弁護士と横山兼太郎弁護士は、回収不能確定時補填型の損失補償契約に係る事案と不履行債務即時補填型の損失補償契約に係る事案を分析すれば、下記のような判例傾向がみられるという。まず、回収不能確定時補填型の損失補償契約に係る事案では、当該損失補償契約の効力を私法上有効と解して、当該損失補償契約締結から当該損失補償契約履行に至るまでの過程に裁量権の逸脱・濫用の有無を審査する傾向がみられる²¹⁾。他方、不履行債務即時補填型の損失補償契約に係る事案では、財政援助制限法3条を効力規定と解した上で、当該損失補償契約が無効であると判決を下している²²⁾。同様の分析は高部眞紀子判事によってもなされているが、高部眞紀子判事は、さらに当該損失補償契約の効力を決定するときに、当該第三セクター事業の公益性ないし公共性や損失補償の必要性、契約締結の経緯、取引相手方保護の必要性、議会の議決等の契約締結に必要な手続の履践の有無をも考慮したうえで、契約締結にいたる過程で首長の裁量権行使に逸脱・濫用がある場合には、当該損失補償契約を無効とすべきであると結論づけている²³⁾。

第2章 安曇野（あづみの）市第三セクター損失補償契約事件

第1節 安曇野市第三セクター損失補償事件の事実概要

本稿では、安曇野市第三セクター損失補償事件（以下「安曇野市事件」という）の概要を述べるにあたり、下記の通り、用語法の凡例を示し、かつ安曇野市が締結した損失補償契約の内容をまとめた。なお、損失補償契約の類型については、鬼頭季郎弁護士（元東京高裁裁判官）と横山兼太郎弁護士の両氏による損失補償契約類型の分類に依拠した²⁴⁾。

〈凡例〉

Y市＝安曇野市（長野県旧三郷村ほか3町1村が合併）

M株式会社＝安曇野菜園株式会社

（第三セクター：トマト栽培を主とする旧三郷ベジタブル）

X＝原告（Y市の住民〈市議員〉）

〈安曇野市事件損失補償契約の内容〉①②③の契約：不履行債務即時補填型

①A（農業協同組合）との損失補償契約

＝「元本極度額2億5000万円及び利息、損害金について損失を補償し、連携して債務の履行の責めに任ずる、村は、Aから代位弁済請求書を受領した日から起算して30日以内に代位弁済する」

21) 鬼頭＝横山・前出注4) 16頁・17頁。

22) 鬼頭＝横山・前出注4) 16頁・17頁。

23) 高部・前出注14) 49頁・50頁。

24) 鬼頭＝横山・前出注4) 12頁。

②B（銀行）との損失補償契約

＝「融資によって生じた損失について元本5250万円を限度として利息とともに損失を補償する、損失とは元金及び利息について償還期限を2ヶ月経過しても弁済を受けることができなかった場合をいう」

③C（銀行）との損失補償契約

＝「融資した6000万円又は今後融資することによって金融機関に生じた損失について、村議会で議決された債務負担行為に基づき、融資残高4875万円を限度として、利息とともに損失を補償する、損失とは、償還期限を2ヶ月経過してもなおその残額又は一部の弁済をMから受けることができなかった場合の債権額をいう」

(1) 事実概要

Y市は、M株式会社に対して融資をしたA、B及びC（以下「金融機関等」という。）との間で、融資によって生ずる損失を一定額の限度で補償する旨の損失補償契約を締結した。Xは、各損失補償契約が、財政援助制限法3条が禁止する保証契約と同視すべきもので違法無効であると主張して、Y市長に対し、各損失補償契約に基づく一切の債務の支払の差止めを求める（①差止請求）とともに、三郷村ないしY市が行政財産である建物・施設（以下「本件施設」という。）をM株式会社に賃貸していることは地方自治法238条の4第1項に反して違法無効であると主張して、Y市長に対し、M株式会社に本件施設の使用料相当額2億8552万円の不当利得返還請求をすることと、同請求を怠ることの違法確認（②確認請求）を求めて住民訴訟を提起した。

(2) 審級状況

1審（長野地判平成21・8・7金法1907号32頁）は、②確認請求を却下し、①差止請求を棄却したので、これを不服とするXが控訴したのが高裁判決（東京高判平成22・8・30判時2089号28頁）である。さらに、最高裁判決（最判平成23・10・27）は、損失補償契約に基づく金融機関等への公金の支出の差止めを求める差止請求が高裁判決言渡し後の事情により不適法であると判示した。

第2節 安曇野市事件1審判決の判旨

安曇野市事件1審判決は、差止請求を棄却し、確認請求を却下した。なお、本稿では、論点ごとに整理しつつ判決文を引用して判旨をまとめた。以下、安曇野市事件2審判決、安曇野市事件最高裁判決についても、同様の方法にて判旨をまとめた。

(1) 判旨①：財政援助制限法3条に反するかについて

「民法上の保証契約と損失補償契約とは、民法上の保証契約が主債務の存在を前提とし、主債務者による債務不履行があった場合に責任が生じるのに対し、損失補償契約は主債務の存在を前提とせず、契約の相手方に実際に損失が生じたことにより生じるものであって（本件各損失補償契約もこのような損失補償契約の類型と異なるものではない。）、損失補償契約と債務保証契約は、法的にはその内容及び効果の点において異なる別個の契約類型であるから、損失補償契約の締結

は財政援助制限法3条に違反するものではない。」

(2) 判旨②：公序良俗に反するかについて

「原告らは、本件各損失補償契約の相手方となった各金融機関等がM株式会社について十分な経営審査をすることなく地方公共団体の損失補償に依拠するために締結された本件各損失補償契約は公序良俗に反し無効であると主張するが、M株式会社の信用だけでは融資できない場合に地方公共団体による損失補償がされることで融資を行おうとするは何ら不当なことではなく、上記原告らの主張は採用できない。〔筆者補注：原文改行〕よって、本件各損失補償契約が違法、無効であるとの原告らの主張には理由がない。」

第3節 安曇野市事件1審判決に対する批判

吉田光碩弁護士は、安曇野市事件1審判決に関する判例評釈²⁵⁾で、下記の観点から安曇野市事件1審判決を批判している。

第1に、前掲判旨①について、安曇野市事件1審判決では損失補償契約と保証契約の相違性を強調しているのに対して、吉田光碩弁護士は、損失補償契約と保証契約が類似の機能を有すると断じている²⁶⁾。さらに、吉田光碩弁護士は、損失補償契約が保証契約に該当しない理由として、附従性や補充性がないこと、主たる債務が無効・取消となった場合でも、損失補償契約の効力に影響することがないことなどをあげるのみであると、損失補償契約と保証契約を区別する基準が不明確であることを批判する²⁷⁾。

第2に、吉田光碩弁護士は、本件損失補償契約の内容について、「財政援助制限法が保証契約を禁じている趣旨が、地方公共団体等の財政の健全化を図るためであるとすれば、地方公共団体等が保証契約よりも重い責任を負担するようなものであれば、保証契約以上に禁止の対象とされるべきのものであるところ、逆にそれが禁止の対象でないことの理由とされていることは、論理が逆転しているといわざるを得ない。」と、批判する²⁸⁾。本稿では、財政援助制限法3条で民事保証契約の締結が禁止されているにもかかわらず、判決において民事保証契約よりも過重な責任を負担させる損失補償契約の効力が否定されないことを、吉田光碩弁護士の言を借りて「論理の逆転」と称することとする。

第3に、吉田光碩弁護士は、前述した「論理の逆転」が生じた背景として、手続規定と効力規定の二分論に依拠して、無効であるのに損失補償のための支出をした市長に対する損害賠償を認めず、金融機関に対する不当利得返還請求も否定するために無理な理屈を立てたことにあると指摘する²⁹⁾。そして、吉田光碩弁護士は、本来ならば、損失補償契約を直ちに無効と判断するのではなく、その効力は、施策の公共性、損失補償の必要性などを総合的に判断して有効・無効の判

25) 吉田光碩・判評617号(判時2075号)175頁～178頁。

26) 吉田・前出注25)176頁。

27) 吉田・前出注25)177頁。

28) 吉田・前出注25)177頁。

29) 吉田・前出注25)177頁。

断を下すべきと結論づける³⁰⁾。

第4節 安曇野市事件2審判決の判旨

安曇野市事件2審判決は、原判決を取り消し、「怠る事実」については違法と判断し損害賠償請求を認容した。

(1) 判旨①：財政援助制限法3条に反するかについて

〔筆者補注：(A) 財政援助制限法3条が、戦前に特殊会社のために債務保証がされて国庫の膨大な負担を招いたことへの反省から立法されたこと、(B) 財政援助制限法3条が禁止する保証契約（主債務との間に付従性、補充性があること等）と損失補償契約（主債務との間に付従性、補充性がない）が異なることを前提とする。〕しかし、実際には多くの場合、損失補償契約についても、特約により一定期間内に履行されない場合に責任を負うとされ、保証債務と同様の機能を果たすことが多い。このような場合において、損失補償契約は、上記のとおり、付従性や補充性がないばかりか、当然には求償や代位ができないのであるから、かえって保証債務よりも責任が過重になるものであるが、それにもかかわらず、財政援助制限法3条の規制が及ばないと解するならば、地方公共団体が他の法人の債務を保証して不確定な債務を負うことを防止しその財政の健全化を図るといふ同条の趣旨が失われることになることは侃かである。したがって、損失補償契約の中でも、その契約の内容が、主債務者に対する執行不能等、現実に回収が望めないことを要件とすることなく、一定期間の履行遅滞が発生したときには損失が発生したとして責任を負うという内容の場合には、同条が類推適用され、その規制が及ぶと解するのが相当である。〕

(2) 判旨②：財政援助制限法3条に違反した損失補償契約の効力

a 「この点については、財政援助制限法3条は、同条違反の場合にも損失補償契約の効力が認められ、当該地方公共団体が責任を免れないとするならば、同条の趣旨が失われることになるから、同条は単なる手続規定ないし訓示規定ではなく、地方公共団体の外部行為を規制した効力規定であると解するのが相当である。したがって、同条に違反して締結された損失補償契約は原則として私法上も無効と解するほかない。」

b 「もっとも公法上の法令に違反する場合であっても、例えば地方公共団体の随意契約の制限に関する法令のような、契約の締結方法といった手続的な面からの制約については、これに違反して締結した契約でも原則は私法上有効であり、当該契約を無効としなければ当該法令の趣旨を没却する特段の事情が認められる場合に限り、私法上無効となる。……」

c 「〔筆者補注：判旨② a を再説して、〕損失補償契約の場合には、それとは逆に、財政援助制限法3条の趣旨を没却しないという特段の事情が認められない限り、住民訴訟による差止め請求も認められるべきである。」

d 「どのような場合に財政援助制限法3条の趣旨を没却しない特段の事情が認められるかが問題となるが、地方公共団体が当該損失補償契約を締結する公益上の必要性が高く、その契約の相手

30) 吉田・前出注25) 178頁。

方である金融機関も当該地方公共団体の公益上の必要性に協力するために当該損失補償契約締結に至った場合で、かつ、その契約の内容が明らかに保証契約と同様の機能を果たすものではなく、金融機関の側においても、それが財政援助制限法に違反するとの認識がなかったといえるようなときは、財政援助制限法3条の趣旨を没却しない特段の事情が認められるものと解される。」

判旨③：本件への当てはめ

「そうすると、本件各損失補償契約は、その内容からして明らかに保証債務と同様の機能を果たすものといえることができるから、財政援助制限法3条の趣旨に反し、前期特段の事情も認められないというべきである。」との理由から、本件各損失補償契約は無効と判示した。

第5節 安曇野市事件2審判決に対する評価

安曇野市事件2審判決では、本件損失補償契約が財政援助制限法3条に違反し無効であるとの判決を下し、自治体、金融機関などに大きな衝撃を与えた。なお、損失補償契約が違法ないし無効とされた場合の影響については、本稿第3章で詳述する。

安曇野市事件2審判決については数多くの判例解説が公表されている³¹⁾。それらを下記の通り整理分類した。

(1)安曇野市事件2審判決に対して賛否を表明せず客観的中立的な記述に徹している見解として、江原勲(自治体法務研究所)氏＝北原昌文(東京都)氏³²⁾、大場民男弁護士³³⁾による判例評釈がある。

(2)本来ならば、次に安曇野市事件2審判決を支持する見解を紹介すべきであるが、この範疇に該当する見解は安曇野市事件2審判決それ自体しか存在しない。

(3)最後に、安曇野市事件2審判決に対して批判的な見解としては、阿多博文弁護士、伊藤達哉弁護士、碓井光明教授、吉田光碩弁護士による判例評釈がある。そこで、安曇野市事件2審判決に対して批判をする根拠について、個別的に提示したい。

①阿多博文弁護士は、安曇野市事件2審判決では、損失補償契約の効力を判断するに当たり公益判断を要件としているが、公益判断の枠組みや運用が不明確であるので、金融機関がその不明確さに由来するリスクを負わされていると批判する³⁴⁾。

②伊藤達哉弁護士は、次の2つの理由から批判する。第1に、返済不能額不確定型損失補償契約が保証契約とその機能面においては変わらないだけでなく、付従性や補充性がなく、当然には求償や代位ができないから保証契約より重い責任を負わせていると批判する³⁵⁾。第2に、安曇野市事件2審判決では信義則を考慮要素としているが、判決においては、信義則のごとき一般条項に

31) 阿多博文・NBL938号4頁～7頁、伊藤達哉・NBL950号34頁～43頁、碓井光明・会計と監査2011年8月号38頁～45頁、江原勲＝北原昌文・判自344号4頁～8頁、大場民男・判自339号92頁～94頁、吉田光碩・判評627号(判時2015号)148頁～151頁。

32) 江原＝北原・前出注31)8頁。

33) 大場・前出注31)94頁。

34) 阿多・前出注31)6頁。

35) 伊藤・前出注31)37頁。

よらない、予測可能性が十分に確保された解釈論が不可欠であると批判する³⁶⁾。

③碓井光明教授は、安曇野市事件2審判決が財政援助制限法3条を類推適用したことについては支持する³⁷⁾。さらに、碓井光明教授は、議会も含めて裁量権の逸脱濫用を司法審査する姿勢についても支持する³⁸⁾。しかし、安曇野市事件2審判決が本件損失補償契約を無効としたことについては、信頼保護の観点から批判を加え、本件損失補償契約が財政援助制限法3条に違反して違法ではあるが有効とすべきと提案する³⁹⁾。

④吉田光碩弁護士は、「違法だが無効とはせず有効とすべき」という碓井光明教授の見解を支持する⁴⁰⁾。

第6節 安曇野市事件最高裁判決の判旨（法廷意見および補足意見）

安曇野市事件最高裁判決は、原判決中被告人の請求を認容した部分を破棄し却下、その余の上告を棄却した。

【法廷意見】

(1) 判旨①差止請求について

「記録によれば、M株式会社は原判決言渡し後に清算手続に移行しており、当該手続において、同社の債務のうち市が本件各契約によって損失の補償を約していた部分については、既に上記金融機関等に全額弁済されたことが認められるから、市が将来において本件各契約に基づき上記金融機関等に対し公金を支出することとなる蓋然性は存しない。そうなると、本件においては、地方自治法242条の2第1項1号に基く差止めの対象となる行為が行われることが相当の確実さをもって予測されるとはいえないことが明かである。

〔筆者補注：原文改行〕したがって、被告人が原告人に対し本件各契約に基づく上記金融機関等への公金の支出の差止めを求める訴えは、不適法というべきである。」との理由から請求を棄却した。

(2) 判旨②財政援助制限法3条に違反した損失補償契約の効力

「地方公共団体が法人の事業に関して当該法人の債権者と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条の規定の類推適用によって直ちに違法、無効となる場合があると解することは、公法上の規制法規としての当該規定の性質、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定の文言の文理、保証と損失補償を各別に規律の対象とする財政援助制限法及び地方財政法など関係法律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、同条ただし書所定の総務大臣の指定の要否を含む当該規定の適用範囲の明確性の要請等に照らすと、相当ではないというべきである。上記損失補償契約の適法性及

36) 伊藤・前出注31) 40頁。

37) 碓井・前出注31) 41頁。

38) 碓井・前出注31) 43頁。

39) 碓井・前出注31) 44頁。

40) 吉田・前出注31) 150頁。

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せられるべきものと解するのが相当である。」

【裁判官宮川光治の補足意見】

(1) 損失補償契約の許容性について

「……確かに、損失補償契約は、附従性や補充性がないばかりか当然には求償や代位ができないのであるから、かえって保証責任よりも責任が過重になるという場合があり得るが、他方、保証債務は主債務と同一性を有するので利息・違約金・損害賠償債務等を含むが、損失補償契約では損失負担の範囲を限定することが可能である。……以上のとおり、損失補償契約について同条の規定を類推適用することは、同条本文による禁止の有無に係る実体的観点からの問題があるのみならず、同条ただし書所定の総務大臣の指定の要否に係る手続的観点からも、同条の適用範囲について明確性を欠くこととなるという問題があると思われる。〔筆者補注：原文改行〕基本的には、地域における政策決定とそこにおける経済的活動に関する事柄は、地方議会によって個別にチェックされるべきものであり、金融機関もそれを信頼して行動しているものと考えられる。保証以外の債務負担行為をどこまで規制するかは、そうした地方自治の本旨を踏まえた立法政策の問題であるというべきであろう。」

(2) 改革推進債の発行に伴う改革作業の進捗への配慮について

「〔筆者補注：地方財政法33条の5の7第1項4号（平成21年法律第10号による改正後）により、〕地方公共団体が負担する必要な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……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……。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。」

第7節 安曇野市事件最高裁判決に対する評価

安曇野市事件最高裁判決に関する判例評釈は多く公表されている⁴¹⁾。それらの見解は、下記のように分類整理することができる。

(1) 安曇野市事件最高裁判決について客観的中立的な記述に終始する見解として、田村達久教授

41) 判例解説として、赤羽貴・金融商事判例1380号1頁、阿多博文・NBL965号21頁～27頁、井口寛司・銀法738号1頁、和泉田保一・民商146巻3号333頁～340頁、伊藤眞・金法1947号31頁～40頁、高安秀明・NBL973号24頁～33頁、田村達久・自治百選〈第4版〉110頁・111頁、和田宗久・金融商事判例1394号2頁～7頁。論文として、安東克正（中国銀行融資部次長）「安曇野最高裁判決が銀行実務に与える影響についての考察（1）・（2）・（3完）」銀法738号20頁～23頁・同739号50頁～53頁・同740号30頁～35頁、宇賀克也「地方公共団体が金融機関と締結した損失補償の適法性（1）・（2完）」自治実務セミナー51巻11号43頁～47頁・同51巻12号40頁～45頁。

の見解がある⁴²⁾。

(2) 安曇野市事件最高裁判決を支持する見解は多い⁴³⁾。

①宇賀克也教授は3点の重要な指摘をなさっている。第1に、本件控訴審判決が無効判決を出し各方面に大きな衝撃を与えたので、行政実務と金融実務への配慮から、「損失補償契約を不履行債務即時補填型と回収不能確定時補填型に二分し、一部無効の理論により、前者の契約であっても後者の範囲で有効と解することにより、控訴審判決の射程を限定しようとする試み等がなされました。」と、最高裁が安曇野事件2審判決の影響を最小限にとどめる判決を下したことに賛意を表明される⁴⁴⁾。第2に、宮川補足意見が類推適用を否定したことについて、「法人の経済的行為に対する制限規範を拡大解釈することには慎重であるべきとの趣旨」と受け止められた⁴⁵⁾。第3に、宮川補足意見の『『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』の部分は、地方公共団体の自主財政権を尊重しつつ、地方自治法232条の2の規定の趣旨等に鑑み、裁量権の逸脱・濫用の司法審査にとどめるべきという趣旨』であると述べ、裁量権の逸脱・濫用になる損失補償契約の締結は違法となると警告された⁴⁶⁾。

②和田宗久准教授は、宮川補足意見が改革推進債を活用しつつ情報公開を徹底し、議会による統制と裁判所による裁量統制を充実させるよう提言していることを受け、情報公開に基づく第三セクター破綻処理に期待を寄せる⁴⁷⁾。

(3) 安曇野市事件最高裁判決の本件損失補償契約が有効であるという結論のみを支持しつつ批判を加える見解もある⁴⁸⁾。

①伊藤眞教授は、本件損失補償契約が有効であるという結論については支持しつつも、下記の2点の批判を加える。第1に、損失補償契約を保証契約と区別すべき理由はないとの前提に立ちながら、付従性・補充性が存在しないことは、損失補償債務の債務者の債務からの独立性を意味するに過ぎないと批判する⁴⁹⁾。第2に、そもそも、類推適用は、当該規定の合理性を前提として、直接の適用対象とならない類似の事象につき当該規定を適用したのと同様の法的解決を導くべきという価値判断が基礎となる。しかし、国や自治体が保証契約の締結を禁止する財政援助制限法3条の合理性に疑問を提示し、かつその類推適用についても疑問を提示する⁵⁰⁾。

②高安秀明弁護士は、企業等の活動に対する大規模な財政援助が広く行われている現在において、

42) 田村・前出注41) 111頁。

43) 井口・前出注41) 1頁, 赤羽・前出注41) 1頁, 和泉田・前出注41) 339頁・340頁, 安東・前出注41) 「(3)」33頁, 阿多・前出注41) 25頁, 宇賀・前出注41) 「(2)」44頁, 和田・前出注41) 6頁。

44) 宇賀・前出注41) 「(2)」41頁。

45) 宇賀・前出注41) 「(2)」41頁。

46) 宇賀・前出注41) 「(2)」43頁。

47) 和田・前出注41) 6頁・7頁。

48) 伊藤眞・金法1947号31頁～40頁, 高安秀明・NBL973号24頁～33頁。

49) 伊藤・前出注48) 33頁。

50) 伊藤・前出注48) 38頁。

企業の自主的活動の促進という観点から債務保証のみを禁止する合理的な理由が存在しないと批判し、財政援助制限法3条の合理性とその類推適用の是非について疑問を抱く⁵¹⁾。さらに、高安秀明弁護士は、宮川補足意見においてすら、財政援助制限法3条の適用を回避する行政実例が定着したことにより、財政援助制限法3条の存在意義が薄らいでいることを認めていることを受けて、財政援助制限法3条の存在意義を疑問視する⁵²⁾。

第3章 損失補償契約が違法ないし無効とされたときの影響

第1節 第三セクターの経営実態と自治体による財政支援⁵³⁾

(1) 第三セクターの経営状況は、総務省「第三セクター等の状況に関する調査」(以下「三セク状況調査」という)によれば、赤字額合計1093億円に達している⁵⁴⁾。中野祐介氏(総務省自治財政局公営企業課理事官〈執筆当時〉)は、第三セクターに対する自治体の財政支援は、「第三セクター等の金融機関からの借入金に関し損失補償を行っているものについて、その損失補償契約に係る債務残高をみると、2兆677億円(対象法人数549)」に及び⁵⁵⁾、「もし万一、第三セクター等が破綻した場合、地公体の資産が大きく毀損することとなるほか、貸付金のうち短期貸付金が貸倒れとなれば当該年度の歳入の欠陥につながるるとともに、損失補償・債務保証についてはその履行を迫られることで債務が顕在化し、一時に多額の歳出を計上しなければならなくなるものであり、これらを考えれば財政運営上の大きなリスク要因となっているといえよう。」と懸念する⁵⁶⁾。

そこで、第三セクター改革に向けて、地方財政健全化法(平成19年6月制定)の施行(平成21年度から)され、そこでは、実質赤字比率、連結実質赤字比率、実質公債比率、将来負担率の4つの健全化判断比率を設ける。毎年、これらの健全化判断比率の算定、公表を義務づける。「隠れ負債」の状況にあった損失補償等についても上記指標が適用され、早期健全化を図らなければならなくなる⁵⁷⁾。さらに、「第三セクター等の抜本的改革等に関する指針」(平成21年6月23日付け総務省自治財政局長通知)は、外部専門家等の活用した自治体における処理策を検討し、事業選択から現状に至った経緯等につき情報開示の徹底する旨を定め、情報開示された事項について議会で十分に議論することが提言されている⁵⁸⁾。

51) 高安・前出注48) 29頁。

52) 高安・前出注48) 30頁。

53) 中野祐介「第三セクター等の債務の状況と自治体財務運営上の課題」金法1913号18頁～26頁。

54) 中野・前出注53) 19頁掲載の資料1。

55) 中野・前出注53) 19頁。

56) 中野・前出注53) 20頁。

57) 中野・前出注53) 24頁。

58) 中野・前出注53) 24頁。

第2節 損失補償契約が違法・無効とされたときの影響

(1) 判決などにより損失補償契約が違法・無効とされたとき、下記の重大な影響が生じることが懸念される。第1に、第三セクターの倒産・再生処理に影響が生じる。鬼頭季郎弁護士と横山兼太郎弁護士の見解によれば、損失補償契約が有効であるとの前提により、第三セクターの倒産や再生処理がなされる。すなわち、損失額が確定されなければ、法的整理手続としての、破産手続（配当額が確定すれば金融機関の回収不能額が明確化する）、再生手続そして更生手続（計画案において債務免除額が規定）も困難となる⁵⁹⁾。私的整理手続については、第三セクター（債務者）側において、弁護士等の専門家を交えて合理的な再建計画を策定し、合理的な債務免除額が金融機関（債権者）に提示され、当該再建計画に債権者が合意することにより金融機関の損失額が決まる⁶⁰⁾。損失額が確定すれば、自治体が改革推進債を記載することが可能であるが、自治体の体力によっては財政状態が一気に悪化することが懸念されるので、起債を躊躇する自治体も少なくない⁶¹⁾。

(2) 鬼頭季郎弁護士と横山兼太郎弁護士は、今後の第三セクターの倒産・再生処理への影響を次の通り整理する。第1に、再建計画の成立には損失補償契約が有効であることが前提となっているので、再建計画の成立が困難となることが懸念される⁶²⁾。第2に、損失補償契約が無効となった場合には、自治体による任意の履行ができず強制執行せざるをえなくなるが、現実的には、金融機関が自治体に対して強制執行をするか疑問が残る⁶³⁾。第3に、損失補償契約が無効となった場合には、以後の金融機関の第三セクターに対する与信姿勢が厳格化し、本来存置させておくべき第三セクターの破綻が増加する⁶⁴⁾。

第4章 民法（債権法）改正論議と損失補償契約

第1節 民法（債権法）改正論議

(1) 民法（債権法）改正論議と損失保証契約

前述したように、民法（債権法）改正論議の対象は多岐にわたるが、保証債務についての改正の論点は個人保証に集中しており、法人保証については具体的な提言等はなされていない。また、民法（債権法）改正中間試案（2013年）の内容それ自体については、次の2点を問題点として指摘することができる。第1に、民法（債権法）改正中間試案を見る限り、保証債務については、個人保証に関する部分と明確に認識できる箇所を除いては、保証債務の全般について適応されるべき内容であるのか否かが不明確であり、それゆえに民法（債権法）改正中間試案の射程が不明

59) 鬼頭＝横山・前出注4) 17頁。
60) 鬼頭＝横山・前出注4) 17頁。
61) 鬼頭＝横山・前出注4) 17頁。
62) 鬼頭＝横山・前出注4) 17頁。
63) 鬼頭＝横山・前出注4) 18頁。
64) 鬼頭＝横山・前出注4) 18頁。

確となり、したがってどの事項が法人保証にも適用されるのか理解しがたいものとなっている。第2に、民法（債権法）改正中間試案は、論議が継続している事項について両論併記を採用しており、かつ発言者ないし提言者が明記されないまま発言内容や提言内容を記載しているので、論点を把握することが可能ではあるが、その規律内容を整合的に理解することが困難となっている。

保証債務について民法（債権法）改正中間試案にまとめられた内容は、第1に、個人保証人への説明義務などの強化や一般条項の明文化、第2に、根保証の特別の元本請求権、第3に、委託を受けた保証人の期限前弁済の場合の求償権、最後に、委託を受けた保証人による事前求償権の廃止となっている⁶⁵⁾。

(2) 2010年3月23日法制審議会民法（債権関係）部会第6回会議議事録に関する見解

①渡辺隆生（東京スター銀行）は、個人保証において、保証取引の類型（情義的動機に基づく保証、事業性の保証、経営者保証）に応じた民法規定が必要であると提言する⁶⁶⁾。

②齋藤由起准教授は、次のように提言する。すなわち、情義的動機に基づく保証に関して、暴利行為（民90条）による個別救済で足りるという見解がある。しかし、わが国の最高裁は暴利行為の適用に慎重である。そこで、過大な責任からの情義的保証人の保護を保証の典型的な問題として切り出して、暴利行為を基礎にした保証の特別規定を置き、全部無効だけでなく一部無効や減額のような柔軟な効果も認めるべきと提言する⁶⁷⁾。

第2節 民法（債権法）改正中間試案について

(1) 保証債務の付従性（民448条）について

保証債務の付従性に関する試案が提示されているので、本稿で検討を加えたい。この試案に関する補足説明は、本稿注3)で示した中間試案の補足説明（商事法務版と信山社版）において、ほぼ同一の内容が記載されている⁶⁸⁾。中間試案の補足説明によれば、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減縮された場合には、保証人の負担もそれに応じて減縮することを、あらたに明文化した。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、あらたに明文化した⁶⁹⁾。

中間試案の補足説明に沿って民法典が改正されたとき、民法上の保証契約であれば、保証契約の締結後に主債務の目的又は態様が減縮された場合には、保証人の負担もそれに応じて減縮するのに対して、反対に、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

65) 「NBL997号」・前出注3) 31頁～34頁。

66) 渡辺隆生「保証取引の類型に応じた法規制」ジュリスト1417号80頁。

67) 齋藤由起「過大な責任からの保証人の保護」ジュリスト1417号82頁。

68) 「NBL997号」・前出注3) 31頁～34頁、『中間試案の補足説明（商事法務）』・前出注3) 211頁・212頁、『中間試案の補足説明（信山社）』・前出注3) 211頁・212頁。

69) 『中間試案の補足説明（商事法務）』・前出注3) 211頁・212頁、『中間試案の補足説明（信山社）』・前出注3) 211頁・212頁。

た場合には保証人の負担が加重されないことになる。

このことは、民法上の保証契約と損失補償契約を区別する基準を判例と行政実務を通じて再構築してゆくときに、前段（主債務の減縮に応じて保証人の負担が減縮される）と後段（主債務の加重にもかかわらず保証人の負担は加重されない）の内容が、民事上の保証契約を特徴付ける規律であると解されるかもしれない。そうすると、判例や行政実務において、財政援助制限法3条の適用を回避するため、前述の内容と正反対の規律こそが、民事上の保証契約と峻別された損失補償契約の規律であるとして、損失補償契約の内容が保証人たる金融機関にとって過重な内容の規律を押しつけられることが懸念される。

(2) 主たる債務者の有する抗弁（民457条第2項）について

中間試案では、主たる債務者の有する抗弁について、民法第457条第2項の規律を次のように改正する。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ものとする。第2に、主たる債務者が債権者に対して相殺権、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ものとする⁷⁰⁾。中間試案の補足説明によれば、主たる債務者が債権者に対して抗弁権を有しているときに、主たる債務者の相殺のみをさだめている民法457条2項を改め、類似の状況を規律する会社法581条の表現を参考にして、規律の明確化を図るものである⁷¹⁾。

たしかに、会社法581条の表現を参考にすれば、主債務者は、相殺権、取消権又は解除権を抗弁として債権者に主張することが可能となる⁷²⁾。

しかし、このことは、民事上の保証契約と損失補償契約を区別する基準を判例と行政実務を通じて再構築してゆくときに、この内容が民事上の保証契約を特徴付ける規律であると解されて、これとは異なる規律が損失補償契約に相応しい規律として押しつけられることが懸念される。

(3) 保証人の求償権（民459条・460条）

中間試案では、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、同項による求償に必ずば足りるものとする。第2に、民法460条3項を削除する⁷³⁾。中間試案の補足説明によれば、第1の改正提案は、委託を受けた保証人が主たる債務の期限到来前に弁済等をした場合の求償権について、そのよう

70) 『中間試案の補足説明（商事法務）』・前出注3) 212頁、『中間試案の補足説明（信山社）』・前出注3) 212頁。

71) 『中間試案の補足説明（商事法務）』・前出注3) 212頁～214頁、『中間試案の補足説明（信山社）』・前出注3) 212頁～214頁。

72) 『中間試案の補足説明（商事法務）』・前出注3) 213頁・214頁、『中間試案の補足説明（信山社）』・前出注3) 213頁・214頁。

73) 『中間試案の補足説明（商事法務）』・前出注3) 214頁、『中間試案の補足説明（信山社）』・前出注3) 214頁。

な弁済等は委託の趣旨に反するものと評価できることから、委託を受けない保証人の求償権（民462条1項）と同様の規律とするものである。第2の改正提案は、債務の弁済期が不確定で、かつ、その最長期をも確定することができない場合において、保証契約の後10年を経過したときの事前求償権（民462条1項）を、そもそも主たる債務の額すら不明であって事前求償になじむ場面ではないという問題点が指摘されていることから、同号を削除したものである⁷⁴⁾。

中間試案の補足説明に沿うかたちで民法典が改正されれば、第1の改正提案と第2の改正提案と相まって、保証人が主たる債務の期限が到来する前に債務を消滅させることが困難となるだろう。これらの改正提案それ自体については妥当であると思われるが、第2の改正提案で示された内容については、主たる債務が確定されなければ保証人の事前求償が困難であるという枠組みが提示されるだろう。

第3節 民法（債権法）改正中間試案に対する批判

加藤雅信教授は、次のように民法（債権法）改正試案を批判する。すなわち、第1に、民法（債権法）改正試案に関するパブリックコメントには手続違反の違法があり、第2に、個人保証による弊害を除去することは重要だが、保証・連帯債務・重畳の債務引受をセットとして禁止する必要あり、第3に、個人保証を封じれば、中小企業倒産件数が増加し、新規ビジネス起業倒産率が上昇すると危惧する⁷⁵⁾。

なお、鈴木仁志弁護士は、民法の抜本改正された場合、従来の判例規範の多くが死活不明の状態となり、法的結論の予見可能性を損なうので弊害が大きいと批判する⁷⁶⁾。さらに、鈴木仁志弁護士は、民法（債権法）改正の過程プロセスが不透明であると批判する⁷⁷⁾。

結びにかえて

(1) 行政法の観点から

筆者は、本稿第1章から第4章で、損失補償契約に関する問題点を検討した。そこで、下記の問題があると考えた。

損失補償契約と保証契約は類似の機能を有するが、財政援助制限法3条の適用を回避するため、学説と判例は、保証契約と同一視され同法3条が適用される損失補償契約とその他の損失補償契約を区別する基準を定立しようと努めた。両者を区別する基準は、現行民法規定を元に、保証契約にある付従性・補充性の有無に固執して定立された。吉田光碩弁護士により、上記基準の矛盾（本稿第2章第3節）が鋭く指摘され、本件地裁判決で「論理の逆転」（本稿第2章第3節）が批判さ

74) 『中間試案の補足説明（商事法務）』・前出注3) 214頁、『中間試案の補足説明（信山社）』・前出注3) 214頁。

75) 加藤雅信「民法（債権法）改正の『中間試案』—民法典の劣化は、果たして防止できるのか・下—」法時85巻5号91頁～93頁。

76) 鈴木仁志『民法改正の真実—自壊する日本の法と社会—』（講談社、2013年）8頁・9頁。

77) 鈴木・前出注70) 9頁～11頁。

れても、判例は上記基準に固執し続けた。

とくに、本件高裁判決では、本件損失補償契約が保証契約よりも過重であっても、財政援助制限法3条が効力規定であることを根拠として、本件損失補償契約が同法3条に違反し無効であると判示し、自治体と金融機関に大きな衝撃を与えた。

本件最高裁判決は、実務上の混乱を回避することに貢献した。しかし、宮川補足意見が提示する、裁量権の逸脱濫用統制については、公金の支出に際して必須の要件といえるが、裁量権の逸脱濫用があった場合には当該損失補償契約の効力が否定され、これがなかった場合には当該損失補償契約が有効となることが懸念される。また、裁量権の逸脱濫用については、損失補償契約の履行を重視する観点からは、当該損失補償契約の効力を不安定化させる要素と考えることができよう。

そもそも、財政援助制限法3条が合理性を有しているのか疑問のあるところである⁷⁸⁾。とくに、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有しているのか疑問が残る。たしかに、政府が不必要な保証をすることにより生じる財政負担を軽減するという目的は肯定されても良い。しかし、その目的を達成するための規制手段として政府による保証契約を一部の例外を除いて禁じることは、その目的との関係においては肯定されるべきだが、財政援助制限法3条の適用を回避しようとする行政実例の存在や判例の蓄積を考慮したとき、規制手段としての実効性に疑問が残る。

また、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、一般論としては妥当であろう。この枠組みは、損失補償契約の締結前であれば有効に機能するかもしれない。しかし、損失補償契約の締結後に具体的な損失が発生したとき、地方議会によるチェックはともかくとして、自治体の長が損失補償契約を履行しないという決断を下すことが可能であろうか。かりに自治体の長が損失補償契約を履行しないという決断を下したとき、その限りにおいては公金支出はありえないが、金融機関から損害賠償請求されたとき公金から賠償金を支出する結果が生じれば無意味である。

(2) 民法（債権法）の観点から

民法（債権法）改正論議では、個人保証を中心として民法規定を創設する方向に向かっている。法人保証に言及していないのは、損失補償契約との兼ね合いであろう。

しかし、個人保証に関する明文規定が増える一方で、法人保証に関する規定が整備されずにいると、法人保証については、改正後の民法典には付従性と補充性などについて規定する基本的な条文しか存在しないことになる。そうなれば、損失補償契約を保証契約と区別する判例・学説上の基準は維持されやすくなるが、民事上の保証契約よりも過重な責任を負わせる損失補償契約であっても、実務上の混乱を回避するために有効と判断するのであろうか。

また、中間試案に沿うかたちで民法典が改正されたならば、本稿第4章第2節で検討した内容については顕在化するおそれがあると思われる。

78) 伊藤・前出注48) 38頁、高安・前出注48) 29頁～31頁。

追記

平成25年7月6日に、本稿の内容を「行政判例研究会」（於名古屋大学）にて、安曇野市事件に関する判例報告というかたちで報告する機会を得た。その折に様々な貴重なご助言を賜った。この場をお借りして、当日参加なさっていた諸先生方や関係者に厚く御礼申し上げます。

また、本稿は、2013年度の名古屋学院大学研究奨励金による研究成果である。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。