

タイトル	財政援助制限法三条の趣旨と第三セクター損失補償契約（一）：公金支出差止め住民訴訟判決にみる「判決理由」の過剰と「法解釈」の過小
著者	秦，博美； HATA, Hiromi
引用	北海学園大学法学研究，49(1)：179-203
発行日	2013-06-30

研究ノート

財政援助制限法三条の趣旨と第三セクター損失補償契約(一)  
― 公金支出差止め住民訴訟判決にみる「判決理由」の  
過剰と「法解釈」の過小

秦 博 美

- 目 次
- 一 はじめに
  - 二 事案及び当事者の主張
  - 三 一審判決の概要と判決への疑問
  - 四 原審判決の概要
  - 五 最高裁判決とその問題点(以上本号)
  - 六 財政援助制限法三条違反か
  - 七 財政援助制限法三条違反行為の効力
  - 八 終わりに

## 一 はじめに

行政法学の泰斗・原田尚彦教授は、著書のはしがきで「人びとの生活実感に即した行政法理論をできるだけ平易に提示するように心掛けた。法理論は、法律を専門とする人だけでなく、専門でない方々の納得の得られる誤魔かしの無いものでなければならぬと思うからである」と述べている。<sup>(1)</sup>

近年、自治体の行政運営を巡る最高裁判決の中には、自治体現場で三五年間仕事をしてきた筆者の実感からも首を傾げざるを得ないような内容のものが少なくない。その一つが今回取り挙げる事件である。平成二十三年一月二七日、最高裁第一小法廷（白木勇裁判長）は、第三セクターの債務について地方公共団体が金融機関と締結した「損失補償契約」<sup>(2)</sup>に基づく公金の支出差止めを求める住民訴訟に対し、請求を認容した原審判決の言渡し後に当該第三セクターが破産手続に移行し、その中で本件損失補償契約に係る債務については金融機関に全額弁済されたことが認められ、地方自治法二四二条の二第一項一号に基づく差止めの対象となる行為が行われる蓋然性はなくなつたことから本件訴えは不適法であるとし却下した。

この判断自体は、理論的に疑問が皆無ではないものの（そもそも、当該契約においては「主たる債務」の存在を前提とせず、それとは独立したものとして「損失」を概念していたはずである。）、自己完結しており、それ以上の「理由」の展開は本来不要であつたはずである。にもかかわらず、最高裁は、「理由」の中で「なお、付言するに」という断りとともに、法人に対する政府の財政援助の制限に関する法律（昭和二十一年法律二四号。以下「財政援助制限法」という。）の解釈を、原審判決の論理と結論を明確に否定する形で敢えて提示したのであつた。

本稿は、本件最高裁判決が、その「主文」を導くのに本来必要ではなかつた実定法の解釈を「理由」の中で敢えて

行い、「判決理由の過剰」というスタンスを示したこと、しかし、それにもかかわらず、財政援助制限法三条の解釈に関する論証は、周到な原審（東京高裁）判決と比較して、余りに大味かつ貧相なものであり（見方によつては原田教授の言う「誤魔かし」に近いものと評価されよう。）、「法解釈の過小」と評すべき様相を呈し、結論的にも賛成できないものであることを論証し、あるべき法解釈を提示しようとするものである。

注

(1) 原田尚彦『行政法要論』（学陽書房、全訂第七版、二〇一〇年）iii

(2) 松本英昭・元自治省事務次官は、「損失補償」を「特定の者が金融機関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失を被つたときに、地方公共団体が、当該金融機関等に対してその損失を補償するといわゆる損失補償契約が結ばれている場合をいう」（『新版逐条地方自治法』（学陽書房、第六次改訂版、二〇一一年）六五一頁）とする。

## 二 事案及び当事者の主張

### 1 事案の概要

以下の記述は、基本的に一審判決の事実認定による。

株式会社三郷ベジタブル（以下「三郷ベジタブル」という。）は、平成一五年一月に、長野県三郷村が三一〇〇万円を、カゴメ株式会社やあづみ農業協同組合（以下「あづみ農協」という。）等が合計二九五〇万円をそれぞれ出資することによつて設立された、いわゆる第三セクターで、トマト栽培施設の管理運営、農産物の生産、加工及び販売に

関する業務等を目的としている。

平成一五年一月一日、三郷村はあづみ農協と損失補償契約を締結し、三郷村はあづみ農協が三郷ベジタブルに対し融資することにより三郷ベジタブルが負担する債務について、損失補償することを約した（以下「本件損失補償契約一」という）。三郷村が債務履行すべき補償債務の範囲は、元本極度額二億五〇〇〇万円及びこれに付随する利息、損害金その他一切の債務である。

原審判決は次のとおり事実認定を付加した。あづみ農協は、三郷村に本契約による損失補償の履行を請求しようとする場合は代位弁済請求書を作成し、三郷村に提出するものとする（三条）。三郷村はあづみ農協から前条の代位弁済請求書を受領した場合には、その日から起算して三〇日以内に次条に定めるところにより現金をもって代位弁済するものとする（四条）。なお、五条には、三郷村の代位弁済額について、代位弁済請求額のほか、元金部分に対する請求日の翌日から支払日まで年一四・六％の金額を加算することなどが定められている。

平成一六年六月一日、三郷村は株式会社八十二銀行（以下「八十二銀行」という。）と損失補償契約を締結し（以下「本件損失補償契約二」という。）、三郷村は八十二銀行が三郷ベジタブルに既に融資し、又は今後融資することによって、八十二銀行に生じた損失について、元金五二五〇万円を限度として、その利息（損失を含む）とともに損失を補償するものとする。その損失とは、償還期限を二か月経過してもなおその全部又は一部の弁済を三郷ベジタブルから受けることができなかった場合の債権額をいうものとする。

平成二〇年一月一日、安曇野市（平成一七年一月一日、三郷村等五町村が合併し、安曇野市となった。）と株式会社長野銀行（以下「長野銀行」という。）は損失補償契約を締結し（以下「本件損失補償契約三」という。）、安曇野市は長野銀行が三郷ベジタブルに平成一六年三月二十九日付けで融資した六〇〇〇万円、又は今後融資することによっ

て長野銀行に生じた損失について、本日付融資残高元金四八七五万円を限度として、その利息（損失を含む）とともに損失を補償するものとするという内容である。

安曇野市の住民である原告らは、平成一九年八月三十一日、安曇野市監査委員に対し、本件損失補償契約一及び本件損失補償契約二が違法無効であると主張して、本件損失補償契約一及び本件損失補償契約二を直ちに解除することなどを安曇野市に勧告する等必要な措置を採るよう求めて住民監査請求をした。安曇野市監査委員は、同年一〇月二六日、請求を棄却した。

原告らは、平成二〇年三月二四日、安曇野市監査委員に対し、本件損失補償契約三が無効であることを三郷ベジタブルに対して確認し同契約に基づく一切の支出をしてはならないこと等を安曇野市に勧告するよう求めて住民監査請求をした。安曇野市監査委員は、同年四月一八日、請求を棄却した。

## 2 原告らの主張

### (1) 財政援助制限法の趣旨

原告らの主張は要するに、本件各損失補償契約と、三郷ベジタブルと各金融機関等との金銭消費貸借契約の関係をみると、三郷ベジタブルが各金融機関等に対して負う債務と、被告が各金融機関等に損失補償する内容は、損害金の定めまで同一である。すなわち、本件各損失補償契約の実質的内容は、三郷ベジタブルが各金融機関等に対して負担する債務について、その元金、利息、損害金等につき極度額を限度とする債務の保証（根保証）と特段の差異はない。これを保証契約というか損失補償契約というかは呼び方の問題であり、その法律構成を主債務者が弁済しない場合に第三者が主債務者に代わって履行する（保証契約）といっても、未収貸付金を損失として主債務者が弁済しない場合

に第三者がその損失を補填する（損失補償契約）といっても、その実質に特段違いがあるものではない。

仮に保証契約と同様とは認められなくとも、三郷ベジタブルの債務不履行を条件とする重畳的債務引受と同様であり、違法なものである。このことは、平成二〇年七月一日の総務省自治財政局財務調査課長通知「地方公共団体が法人の債務を重畳的に引き受けることについて」からも明らかである。

また、財政援助制限法三条が、地方公共団体の不確定な債務が増加することを防止し、もって財政の健全化を図ることを一つの重要な目的にしていることからすれば、同条は、民法上の保証契約のみならず、これに類似し、同様の機能、実質を有する合意も規制するものと解され、上記内容の本件各損失補償契約も同条を潜脱する違法なものである。

## (2) 契約の効力

また、財政援助制限法三条は、地方公共団体の法人に対する財政援助に規制を加える観点から、地方公共団体の外的行動そのものを制限した規定であるから、単なる行政内部における手続規定とは解されないし、同条に違反してなされた契約の効力に影響を及ぼさない訓示規定ないし注意規定であると解するのも相当でない。したがって、同条は、契約の効力を定めた効力規定であると解すべきである。仮に同条が効力規定でないとしても本件各損失補償契約は、同条に違反する違法なものであり、地方自治法二条一六項の規定する法令違反に該当することになり、同条一七項により無効である。

### 3 被告の主張

#### (1) 財政援助制限法の趣旨

これに対し、被告の主張は、「保証と損失補償との法形式上の差異」として、保証は、主債務者との間に付従性を有し、主債務が履行されない場合に、主債務者に代わって弁済し、弁済した保証人は主債務者に求償権を取得することになる。これに対し、損失補償契約は、主債務者の同一性や付従性はなく、債務を履行したとしても当然に主債務者に対する求償権を取得するものではない。これは、損失補償が、保証のように主債務の存在を当然の前提とするのではなく、債権者に損失が発生した場合に主債務から独立してその損失を補填するいわゆる損害担保契約の一種であるという契約の性質に基づいている。したがって、期限を徒過しても主債務が履行されないというだけでは損失が発生したことはないもので、それだけでは損失補償契約上の債務も履行期限が到来したことにはならず、執行不能や倒産等現実に債権回収が望めない事態に至って、発生した損失相当額を補填するため、損失補償契約上の債務を履行することになる。

「財政援助制限法三条の趣旨」として、「同法は、戦後の混乱期という時代背景をもつて定められたものであるが、現在では、地方財政上、長期的視野に立った財政運営が地方議会の議決に基づいて行われており、保証契約が地方公共団体の財政負担とならないため、安易に保証契約が行われないよう一定の制限が設けられているにすぎないのであって、同法は保証契約に限って制限しているにすぎない」。

行政実例上、「『損失補償については、財政援助制限法の規制するところではない』（昭和二九年五月一二日付自庁行発第六五号自治省行政課長による回答）」と解されていて、実際に多くの地方公共団体が損失補償を締結している。本



件において損失補償契約を締結するにあたり、三郷村が長野県に対して損失補償契約を締結することの法律上の可否について行政照会したところ、損失補償契約は財政援助制限法による規定外で禁止されおらず、実際にも多く行われているとの回答を得た」。

## (2) 契約の効力

財政援助制限法に反する契約の効力については、財政援助制限法三条には、違反行為を無効とする旨の規定がないから、同条は手続規定ないし訓示規定であるか、少なくとも、同条違反の行為を無効とすることまでは予定していないと解される。また、仮に同法三条が効力規定であるとしても、損失補償契約に同条が適用されるかどうかは客観的かつ一義的に明白ではないこと、本件損失補償契約を締結した当時、損失補償契約に同法が適用されて無効になるとの裁判例はなかったこと、本件損失補償契約は議会の議決の基づいており、契約の相手方は契約の有効性を全く疑っておらず、同契約を無効とすれば相手方に不測の損害を被らせ取引の安全を害することから、損失補償契約が無効となるのは、何人にも損失補償契約に財政援助制限法が適用されて無効になることが明らかであるとか、取引の相手方が知り又は容易に知り得た場合に限られると解すべきであり、本件ではそのような事情はないから、本件損失補償契約は私法上有効である。

注

(3) 昭和二年の歴史認識は正しいとしても、詳細な宮川光治裁判官の補足意見が言及するところであるが、地方財政法改正による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）の創設という事実から考えても、平成二

一年の現状認識としては当を得ていないというべきである。

### 三 一審判決の概要と判決への疑問

#### 1 一審判決の概要

平成二十二年八月七日、一審の長野地方裁判所（近藤ルミ子裁判長）は、次のように判示して、本件請求を何れも棄却した。

「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つ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責任が生じるものであつて（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三条に違反するものではない。／この点、原告らは、財政援助制限法三条は保証契約と類似した損失補償契約も規制する趣旨であると主張するが、上記のとおり保証契約と損失補償契約とは異なる契約類型であるところ、あえて保証契約のみを禁止している（地方自治法二二一条三項は、『借入金の元金若しくは利子の支払いの保証』と『損失補償』とを区別して規定する。）同条が損失補償契約も規制するものであるとはいえない。／また、原告らは、本件各損失補償契約が重畳的債務引受であるとも主張するが、重畳的債務引受は、第三者が既存債務へ加入して新たに債務者となり、従前からの債務者と同一内容の債務を負担するものと解されるが、三郷村

は、本件各損失補償契約により三郷ベジタブルと同一内容の債務を負担するものではないから、本件各損失補償契約は重疊的債務引受ではない」(傍線筆者)。

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。

## 2 一審判決への疑問

判決文においては、当事者の主張を整理する段階でかなりの部分がオミットされているであろうし、かろうじて主張整理として残ったものに対しても、一番長野地裁判決は、事実認定と実定法の解釈について、形式的・表層的理解に終始する内容である。例えば、1の括弧書部分で、「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」と述べるが、残念ながら各契約条項を精査した形跡はない。

また、二の3の(1)の被告の主張は、「期限を徒過しても主債務が履行されないというだけでは損失が発生したことはならないので、それだけでは損失補償契約上の債務も履行期限が到来したことにはならず、執行不能や倒産等現実に債権回収が望めない事態に至って、発生した損失相当額を補填するため、損失補償契約上の債務を履行することになる」というものである。これは、「その損失とは、償還期限を二か月経過してもなおその全部又は一部の弁済を三郷ベジタブルから受けることができなかつた場合の債権額をいうものとする」と規定する本件損失補償契約二の条項に照らし、明らかに自己矛盾の主張であるが、判決では何ら触れるところではない。

奥田昌道教授は、「民法は、『代位弁済』の語を、債務者に代わって弁済する意味で用いている(五〇二条一項、五〇三条一項・二項)<sup>(4)</sup>」と説明している。このことからすると、あづみ農協に係る本件損失補償契約一の契約当事者の認識としては保証契約の締結であつたものと推認されるように思われる。原審判決に疑問を呈する阿多博文弁護士です

ら、「本判決の問題とする損失補償契約には保証類似の条項も散見され（あずみ農協が取り交わした約定には、『代位弁済請求書』を作成するとか（三条）、『代位弁済』する（四条）といった損失補償への無理解をうかがわせる表現がある）」と述べるが、住民からすれば、無理解のまま行政を執行されては困るのである。

実は、「損失補償契約」の多くが損失補償の仮面をかぶった「保証契約」であることが問題になっているのである。三上徹・三井住友銀行法務部長（当時）は、「損失補償と保証とが『似たような』契約であることは昔から指摘されてきた『不都合な真実』である」と正直に述べる。この不都合な真実に目を閉ざすのか、法曹として正面から向き合うのかが問われている。一審判決は契約書の「タイトル」という表層的・形式的解釈から、何ら理論的に格闘することなく問題を回避したのである。被告自治体の自白至上主義判決と称すべきものである。

被告の主張は随所で自己矛盾を来たし、内部から崩壊する「トロイの木馬」的要素に満ちているにもかかわらず、裁判所はそれを意識的にか無意識的にか看過しているのである。

以上の検討からも、一審判決は、およそ原告の主張に正面から答える真摯なものとはなっていない。その意味では、行政追随型の手抜き判決というべきである。

原審は愚直にも正面からこの問題と対峙し、広範な論点と向き合っているだけに批判を受ける側面もあるのである。<sup>7)</sup>

注

- (4) 奥田昌道『債権総論』（悠々社、増補版、一九九二年）五三八頁
- (5) 阿多博文「安曇野市住民訴訟東京高裁判決のポイント」NBL九三八号（二〇一〇年一月一日）七頁
- (6) 三上徹「地方公共団体の損失補償契約を無効とする判決の実務への影響」金融法務事情一九〇七号五三頁
- (7) 阿多博文弁護士は、原審判決は非常に技巧的であると述べる（前掲注（5）六頁）。

## 四 原審判決の概要

### 1 財政援助制限法の解釈

原告住民の控訴に対し、平成二二年八月三〇日、東京高等裁判所（加藤新太郎裁判長）は、本件各損失補償契約の解釈について、堅実に論理を組み立て、控訴人の本件請求のうち、本件各損失補償契約に基づく債務のための出費の差止めを求める請求は何れも理由があるとして認容した。すなわち、財政援助制限法は、「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との反省から、昭和二一年に、国庫負担の累積を防止するために不確定な債務を制限するとともに、企業の自主的な活動を促すという観点から立法された」ことや同法三条の規定の仕方からすると、「同条は、地方公共団体等の財政の健全化のため、地方公共団体等が会社その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する規定である」。

「保証債務は、主債務との間に付従性、補充性があり、保証人は主債務と同一の責任を負い、主債務の不存在、無効、取消しの場合には、保証人も責任を負わないという性質を有する」ところ、「損失補償契約は、主債務との間に付従性、補充性はなく、債権者に損失が発生した場合に主債務から独立してその損失を補填する性質の契約であるため、主債務が存在せず、又は何らかの事由により無効であったり、取消された場合であっても、契約当事者は責任を負うことになる。また、損失補償契約の場合は、主債務が期限を経過して履行されないというだけでなく、執行不能や倒産等現実に債権回収が望めない事態に至って発生した損失相当額を補填するために債務を履行すべきことになる。さらに、損失補償契約に基づく債務を履行したからといって、当然に主債務者に対し求償したり、債権者に代位することがで

きるものではない。これらの点では、損失補償契約は、保証契約とは差異があるといえることができる。／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、保証契約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、財政援助制限法三条の規制が及ばないと解するならば、地方公共団体等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明らかである。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」(傍線筆者)。

「地方自治法一九九条七項や同法二二一条三項は、地方公共団体による法人に対する損失補償契約の存在を予定している。しかし、例えば、当該損失補償契約が、主債務者に対する執行不能等によって既に発生が確定している損失を事後的に填補する内容であって、地方公共団体等が不確定な債務を負うのではない場合は、財政援助制限法三条の立法趣旨に反しないから同条に抵触しないことが明らかである。したがって、損失補償契約の中にも、その内容によっては同条に反しないものも存在するといえることができる」。

## 2 損失補償契約の効力

損失補償契約の効力については、「財政援助制限法三条は、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」。

また、地方公共団体の随意契約に関する最高裁昭和六二年五月一九日第三小法廷判決との比較を次のように行っている。

「財政援助制限法三条は、契約の締結方法といった手続的な面からの制約ではなく、前述のとおり効力規定であるから、これに違反して締結された契約は原則として私法上も無効となると解すべきである。そうすると、上記の随意契約の制限に関する法令とは原則と例外とが逆になり、随意契約の制限に関する法令違反の場合には、当該法令の趣旨を没却する特段の事情が認められない限り随意契約は無効とはならず、したがって差止めを請求することができないのであるが、損失補償契約の場合には、それとは逆に、財政援助制限法三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」。

「どのような場合に、財政援助制限法三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、その相手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、財政援助制限法三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」。

判決は、このように規範を定立し、次のように「あてはめ」を行った。

本件損失補償契約一については、三郷ベジタブルが負担する元本極度額二億五〇〇〇万円及びこれに付随する利息、損害金その他一切の債務について、三郷村が三郷ベジタブルと連携してその履行の責任に任じ、代位弁済請求書受領



日から起算して三〇日以内に代位弁済しなければならないというものであり、この点では保証債務と異なる内容となつている。

本件損失補償契約二及び本件損失補償契約三については、三郷村ないし安曇野市が損失補償契約を履行すべき損失が発生した場合は、三郷ベジタブルに対する八十二銀行ないし長野銀行の貸付債権の元金、利息及び損害金について、償還期限を二か月経過してもなおその全部又は一部の弁済を受けることができなかつた場合であるとしており、保証債務の場合とほとんど異なる内容となつている。

「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契約と同様の機能を果たすものといふことができるから、財政援助制限法三条の趣旨に反し、前記特段の事情も認められないといふべきである。そのため、本件各損失補償契約は、同条に違反しているものとして無効であると解するほかない。したがって、本件各損失補償契約に基づく支出の差止めの請求は、理由があるといふべきである」(傍線筆者)。

### 3 取引の安全

「損失補償契約の相手方である金融機関が地方公共団体に対し履行請求をするに当たり、一般法理としての信義則を援用することは禁じられるものではない。例えば、損失補償契約が私法上無効であつた場合であっても、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、当該金融機関がその公益上の必要性に協力して当該損失補償契約締結に至つたものであり、その契約の当時の諸般の事情から当該金融機関において違法性に関する認識がないと認められるなど、主観の事情及び客観の事情を総合して、当該地方公共団体が当該損失補償契約の無効を主張することが社会通念上著しく妥当性を欠くと評価される場合には、当該地方公共団体は当該金融機関に対し信義則上その



無効を主張することができないと解される余地がある」。

## 五 最高裁判決とその問題点

### 1 概要

最高裁第一小法廷は、主文で、「原判決中被告人の請求を認容した部分を破棄する。前項の部分につき、第一審判決を取り消し、被告人の訴えを却下する。」と判示した。そして、「理由」の中で、「3 職権による検討」で「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」としつつ、「4 なお、付言するに、」で始まる付言部分で次のように述べた。

「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、財政援助制限法三条の規定の類推適用によつて直ちに違法、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つ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、相当ではないといふべきである。上記損失補償契約の適法性及び有効性は、地方自治法二二二条の二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つたか否かによつて決せられるべきものと解するのが相当であ

る」(傍線筆者)。

## 2 判決理由の過剰

### (1) 判決理由と傍論

判決の「理由」(民事訴訟法二五三条一項三号)とは、「主文の結論を導き出した経路を明らかにする部分」<sup>(8)</sup>であり、裁判所は、「理由」において「主文の結論を引き出すための事実上及び法律上の根拠を記載する」<sup>(9)</sup>。

判例に法源性(先例拘束性)があるのかについては、「判例」「法源」の定義とも絡んで議論のあるところであるが、<sup>(10)</sup>「日本は英米法系の判例法主義をとっていないので、判例の先例拘束力は、法的なものではなく事実上のものにすぎないと解されてきた」<sup>(11)</sup>とされる。これに対し、佐藤幸治教授は判例の法源性を認める立場に立ち、「先例性を持つ判決は原則として最高裁判所のそれであるが、厳密には判決中のratio decidendiに限られる。ratio decidendiとは、『主文』で述べられた結論を導く上で意味のある法的根拠・理由づけであり、当該事件の判断のため必ずしも必要とされない法理を述べたobiter dictumと区別される」<sup>(12)</sup>と述べる。

ratio decidendiについては、「判決において、その結論に達するため不可欠な基礎となつた法的説明」<sup>(13)</sup>と言換えることができ、「判決の結論」とそれと「密接に関係するその事件の重要な事実」が、成文法の規定する「効果」と「要件」になり、それがあたかも法規範としての機能を果たすとの説明が可能である。<sup>(14)</sup>

そして、佐藤教授は、判例の先例性(法的拘束力)をratio decidendiに限定する理由として、「司法が抽象的規範の定立ではなく事件の処理を本来的任務とするものであること、事件の真の争点に即した法準則が最も信頼に足るものであること」<sup>(15)</sup>等を挙げる。その上で、同教授は、先例法理を制度的前提と考えた場合、「最高裁判所は、基本的には、

当該事件・争訟の確かな事実的基盤に立つて、特定された問題について判断すべきであつて、不必要に一般的・抽象的な理論の呈示に立ち入らないよう自制すべきであるという要請が帰結される」(傍線筆者)と述べる。

他方、判例の法源性を認めることに反対する中野次雄教授は、次のように述べる。「最高裁判所といえども、裁判という面では、受理された個々の事件を裁判する以上のなんらの権限をもつものではない。同裁判所に属する法令解釈統一の機能というのも、…個々の事件の裁判を通じて事後的に発揮されるのであつて、事前に一般的に統一を図るわけではない。そのようなことをすれば、つまり、事前の通達などで各裁判官に対し、『この条文はこのように解釈すべきである』という一般的な指示をしたとすれば、それが憲法および法律にのみ拘束される(憲法七六条三項)とされている裁判官の法解釈の権限を侵し、裁判官の独立を害するものであることは、だれも疑わないであらう。しかるに、一般的な法命題を判例と解することは、判例のもつ拘束力を考えると、実際上右のような一般的指示を認めるのに等しいことになる」(傍線筆者)と述べる。

この箇所は、中野教授が「理由づけのための一般的法命題を判例とみることに對する疑問」として、述べられたものであるが、そこでは判例が事実上の拘束力(その觀念は不明確であるが)を有することを前提にしているようである。

以上の説示からは、判例の法源性を認めるか否かに関わらず、先例とされる判例は傍論(*obiter dictum*)ではなく、判決理由(*ratio decidendi*)であること<sup>(18)</sup>、最高裁判所が「不必要に一般的・抽象的な理論の呈示」を行うことには禁欲的でないならばならないことが導き出される。そう考えると、明らかな「傍論」である本件最高裁判決の「付言部分」は、以下に述べるように、そもそも「権限」を超えており、一般的な指導通達と評価すべきことにならう。<sup>(19)</sup>

(2) 蛇足としての傍論と論拠のある傍論

中野教授は、「その事件の論点についての判断でない説示は明らかに傍論であつて、そのことにはだれも異論がない」<sup>20)</sup>として、いわゆる朝日訴訟の昭和四二年五月二四日大法廷判決（民集二一巻五号一四三頁）を挙げる。判決理由はあくまで訴訟の承継の是非であつたが、括弧書の中で「なお、念のために、本件生活扶助基準の適否に関する当裁判所の意見を付加する。：厚生大臣の認定判断は、与えられた裁量権の限界をこえまたは裁量権を濫用した違法があるものとはとうてい断定することができない」と判示し、本案判決の結論まで、敢えて言及したのであつた。

この朝日訴訟の傍論については、柳瀬良幹博士が、「理由」というのは『判決』即ち主文の理由のことである。即ち、裁判所が理由として述べることを許されているのは主文の考に到達するに至つた思考の過程だけで、それ以外のことは述べることを許されていないのである」<sup>21)</sup>と指摘し、「理屈の上ではそれはすべて権限を越えた違法の発言と思われる」<sup>22)</sup>と述べ、半世紀近く前に「判決の限界」を論じていたのである。

他方、朝日訴訟に関し、芦部信喜教授は、「少なくとも最高裁が、その事件の内容の重要性なり、法解釈ないし判例の統一の必要性に依えて、憲法判断を念のために付加すること自体は、まさに最高裁の政策的考慮にもとづく憲法判決の一つの方法として、場合によってはむしろ積極的に是認すべきではないか」と考える。最高裁にこの種の傍論を付加することを許さないような憲法訴訟の法理は存在しないし、傍論に展開された憲法判断が一定の政治的な意味ないし影響力をもつからといって、そのこと自体を非難するのは違憲審査権そのものを否認する（つまり、憲法判決はすべて多かれ少なかれ裁判官の政治的発言であるという事実を認めない）にひとしいからである」<sup>23)</sup>と述べる。これに対し、井上薫元判事は、傍論を「蛇足」と称し、「蛇足は非論点についての判断であり、主文の帰趨には関係しない。ゆえに、蛇足は、紛争の解決の手段ではなく、事件性の要件を充足しない。要するに、蛇足は、具体的事件の解決と

いう目的から逸脱した抽象的審査の結果なのである。よって、裁判所は蛇足について審理・判断する権限がないのである<sup>(24)</sup>との確に指摘し、柳瀬説を支持する。井上元判事の所説に従いたい。

また、渋谷秀樹教授は、成文法主義をとる日本では、法的拘束力をもつ判決理由と、それをもたない傍論の区別は重要でなく、「特に、憲法判例で問題となる憲法解釈は、法の解釈の問題であって、法の適用レベルで必要な、このような区別とは次元が異なる。実際、朝日訴訟など、当該事件の結論とは関係のない部分という意味での傍論として述べられた判決理由も先例とされることが多く、厳密に区別する実益にも乏しい<sup>(25)</sup>」と述べる。その趣旨は必ずしも明らかではないが、(憲)法の解釈と(実定)法の適用は具体の事件の処理においてはむしろ不可分のものであり、また、論旨は存在と当為を混同している嫌いがあるのではなからうか。

判例の法源性を認めるか否かにかかわらず、そもそも「傍論」には判例拘束力は言うに及ばず「事実上の拘束力」もないと解される<sup>(26)</sup>ところ、最高裁は今回、何故、全くもって理由不備な「ワン・フリーズ」判決で、下級裁判所に向けて法解釈の仕方を一般的に呈示・指導したのであろうか。管見では、平成二五年度を発行期限とする地方債(改革推進債)制度を創設し、全国的に山積する三セク問題解決に重い腰を上げた「行政」と、損失補償契約をしている「金融機関」への援護射撃をし、遅ればせながらこの問題のソフトウェアを促進したいという(政治的?)意図以外は思い浮かばないのである。

ところで、本件原審判決も「傍論」を述べているとの指摘がある。すなわち、「金融法務事情」の匿名コメントは、「後日、金融機関が地方公共団体に対して損失補償契約の履行を請求し、その無効をいう地方公共団体の主張が排斥され、当該請求が認容された場合の判決と差止請求を認容した本判決との関係についても判示している。この点に関する判示はいわゆる『傍論』にとどまると解されるが、損失補償契約の効力を否定した本判決の妥当性だけでなく、そ

の敷衍性も明らかにする上で必要不可欠であったため、そのような判断が示されたのではないかと忖度されるところであつて、その判旨を傍論として排斥するようなことは、この点に関する今後の議論の発展のためにも許されなところである<sup>(27)</sup>と述べている。こちらは、最大判昭和四三年一月二七日刑集二二卷一四〇二頁（河川附近地制限令事件）と同様、論拠のある「傍論」のように思われる<sup>(28)</sup>。

### 3 法解釈の過小

原審判決に対する「判例地方自治」の匿名コメントは、事例的意義があるとし、「とりわけ、本判決は、財政援助制限法三条の趣旨をおさえ、本件損失補償契約の具体的内容(条項)にまで立ち入って判断している点にポイントがある」と述べるが、管見では、裁判所においては、そのような審理こそがまさに要請されているとすべきである。契約書のタイトルで契約の種類が定まるとしたら、およそ財政援助制限法の存在意義は無に帰することになるうし、契約内容に踏み込まない判決は「審理不<sub>レ</sub>尽」というべきである。

原告の主張から明らかなとおり、本件訴訟においては、「真正」の損失補償契約であるか否かが争われているにもかかわらず、一審判決はアプリオリに「損失補償契約」であると認定しており、最高裁はそのことを単に追認している。佐藤幸治教授とともに「最高裁判所は、個々の事件の持つ個性や特殊性への配慮よりは、抽象的理論の呈示を優先させすぎているのではないか<sup>(29)</sup>」という感慨を強く持つものである。

加えて、自称「損失補償契約」が財政援助制限法三条の趣旨を逸脱し、違法無効になるか否かという問題に関し、何故に「公金支出の公益上の必要性」を満たしているか否かのテストに限定して判断しなければならないかがおおよそ不明というほかない<sup>(31)</sup>。この最高裁判決の傍論部分のロジックは、マルクス／エンゲルス著『ドイツ・イデオロギー』

の次の一節を想起させる。すなわち、「意識を変えよ、というこの要求は、現存する事態を別様に解釈せよ、つまり別様の解釈へによって」を介して現存する事態を承認せよ、という要求に帰着する」と述べる部分である。<sup>(32)</sup>

本件に置き換えると、最高裁判決は、下級審の裁判官に対して、次のように「意識を変えよ」と要求していることになる。すなわち、地方公共団体における「保証類似的損失補償契約」が財政援助制限法三条の趣旨に反し違法・無効になる場合があるのかという「現存する事態」について、「地方自治法二三二条の二の公益上の必要性に関する行政裁量論」という「別様の解釈」をすることを「ワン・フレーズ」で迫っているのである。そして、結論的には、地方公共団体における「保証類似的損失補償契約」の横行という「現存する事態」を、裁判官や住民は「承認せよ」ということになるのである。

原審判決に対し、「判例地方自治」の匿名コメントは良心的にも次のように述べていた。すなわち、「契約に損失補償と名付けさえすれば、保証契約よりも地方公共団体に重い責任を課するものでも許容されると解するのは、およそ財政援助制限法の趣旨に反するからである。近時は、運用面において、損失補償については真にやむを得ない場合に限定すべきである（「第三セクターに関する指針」総務省平成一一年五月二〇日）とされ、さらに進んで、原則として行わないこととすべきである（「第三セクターに関する指針の改訂」総務省平成一五年一月二日）とされるなど見直しの方向が打ち出されている（この点につき、吉田光碩「判批」判時二〇七五号一七五頁）」。<sup>(33)</sup>

しかし、同誌の匿名コメントは、最高裁判決を受け一転するのである。すなわち、「東日本大震災以降、復興事業との関連で地方公共団体による損失補償という手法の有効性及び必要性が改めてクローズアップされている状況にあるともされているところ、財政援助制限法三条の類推適用によって直ちにその効力を否定することについては懐疑的な姿勢を示し、むしろ自治法二三二条の二の規定に照らしてその効力を判断すべきであるとの立場を示唆した本判決の



傍論部分は、実務上は極めて重要な意義を有するものと考えられる<sup>34)</sup>と楽観的に述べる。しかし、そもそも最高裁は何の権限があつて「行政通達」に類する「傍論」を判示しているのであろうか。柳瀬博士の問題提起からも、その「権限」を容易に導き出すことはできないというべきである。

本判決は、傍論（判決理由の過剰）という点において、そもそも失当なのであるが、それに加え、法解釈の過小、すなわち、論証すべき論点の単なる羅列で論証が済んだことになる（暴論）という悪しき「前例」を一つ創つてしまったことになるのである。

注

- (8) 新堂幸司『新民事訴訟法』（弘文堂、第五版、二〇一一年）六六七頁
- (9) 伊藤眞『民事訴訟法』（有斐閣、第四版、二〇一一年）四八四頁
- (10) 向井久了『判例の法源性』憲法の争点（有斐閣、二〇〇八年）三三八頁
- (11) 渋谷秀樹『憲法』（有斐閣、第二版、二〇一三年）七二二頁
- (12) 佐藤幸治『憲法訴訟と司法権』（日本評論社、一九八四年）二七八頁
- (13)・(14) 渋谷秀樹・前掲注(11)七二三頁
- (15) 佐藤幸治・前掲注(12)二七九頁
- (16) 同・二八〇頁
- (17) 中野次雄編『判例とその読み方』（有斐閣、三訂版、二〇〇九年）五六頁以下
- (18) 渋谷秀樹・赤坂正浩『憲法と統治』（有斐閣、第五版、二〇一〇年）一七九頁
- (19) 井上薫元判事は、「上級裁判所は一般的に下級裁判所を指導することができる旨の法令はなく、そのような指導をする権限は存在しない」と述べる（『判決理由の過不足』（法学書院、一九九八年）一六八頁）。



- (20) 中野次雄・前掲注(17)三八頁
- (21) 柳瀬良幹「判決の限界」判例時報四八五号三頁
- (22) 同・五頁
- (23) 芦部信喜『憲法訴訟の理論』(有斐閣、一九七三年)四一三頁
- (24) 井上薫・前掲注(19)一七五頁
- (25) 渋谷秀樹・前掲注(11)七二三頁
- (26) 佐藤幸治・前掲注(12)二八〇頁参照
- (27) 金融法務事情一九〇七号二三頁
- (28) 渋谷秀樹教授は、河川附近地制限令事件の判旨は、「直接この事件の本文とは無関係な理由であるが、『判例』とされている。これは憲法判例において『判決理由 (ratio decidendi)』と『傍論 (obiter dictum)』の区別には意味がないことを示唆している」と述べる(『憲法』(有斐閣、二〇〇七年)二九六頁の欄外注一五六)。
- しかし、従来、相当の資本を投入して事業を営んできたという「個別事情」が伺われる本件事案の処理は、民事事件の場合なら破棄差戻しになるべき筋合いのものであろう。河川附近地制限令四号二号による制限について損失補償に関する規定がないところ、最高裁は、被告人が「その損失を具体的に主張立証して、別途、直接憲法二九条三項を根拠にして、補償請求をする余地が全くないわけではないから、単に一般的な場合について、当然に受忍すべきものとされる制限を定めた同令四号二号およびこの制限違反について罰則を定めた同令一〇条の各規定を直ちに違憲無効の規定と解すべきではない」(傍線筆者)と判示しているのであり、このことは刑事事件の「上告棄却」の判決理由を「補足」「補強」するものと解することができるが、いわゆる蛇足としての傍論とは相当に趣旨が異なるように思われる。
- (29) 判例地方自治三三六号五八頁
- (30) 佐藤・前掲注(12)二八〇頁
- (31) 本件最高裁判決が出る前の類似の下級審判決(アジアパーク事件に係る熊本地判平成一六年一〇月八日及びその控訴審の福岡高判平成一九年二月一九日)に対するものであるが、鬼頭季郎・横山兼太郎は、『公益上の必要性』の要件は、損失補償契約自体の私法的有効性の要件ないし要素としたものではなく、行政法上の違法性判断事由として行政裁量権の逸脱・濫用の法理に従い判断する要素とし、著しい内容的不合理性、手続的不合理性の有無を判断したものであると理解すべきであろう」と述べる(「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・再生処理上の問題点―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」判例時報二一〇六号二〇頁。

しかし、これは同語反復以上の説明にはなっていないというべきである。

(32) マルクス／エンゲルス『ドイツ・イデオロギー』(岩波文庫、新編新版、廣松渉編訳・小林昌人補訳) 四二頁

(33) 前掲注(29)五九頁

(34) 判例地方自治三四九号九八頁の匿名コメント(4)