HOKUGA 北海学園学術情報リポジトリ
学校法人北海学園
北海学園大学
北海商科大学

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（二）・完 ： 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，50(1)：179-209
発行日	2014-06-30

Hokkai-Gakuen Organization of Knowledge Ubiquitous through Gaining Archives.

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(二)・完
── 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（以上四九巻一号）
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（以上本号）

六　財政援助制限法三条違反か

1　宮川光治裁判官の補足意見と直接適用説

(1)　宮川光治裁判官の補足意見

五の1で述べたとおり、法廷意見は、「地方公共団体が…締結した損失補償契約について、財政援助制限法三条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」（傍線筆者）と一般論を述べた。

契約条項の解釈は法律問題であり、最高裁にも審査権限があると解すべきところ、[35] 法廷意見は、一審判決同様、個々の条項の解釈を通して、本件契約が「保証契約」類似のものか否かを何ら検討することなく、個別事件の解決から遊離した一般的解釈論を導いていることになる。

ここで、最高裁判決が直接的に否定したのは、原審判決の立場でもある「類推適用肯定説の中の無効説」であると解する余地がないわけではないが、以下、類推適用肯定説そのものを否定したものと解して論ずることとする。

ところで、宮川光治裁判官の補足意見は、「類推適用肯定説」を採用できない理由を詳しく述べているが、宇賀克也教授が「本判決が列記している理由は、いずれも反論しようと思えばそれが可能なものであり、決定的な根拠といえ

るものはありません[36]」と総括するような類のものである。

例えば、補足意見は、「財政援助制限法三条はＧＨＱの指令に基づいて緊急的に立法されたものであるところ、その後、国及び地方公共団体について個別の立法により保証契約の禁止が少なからず解除されてきており、後述の行政手法が一般化したこともあって、同条の存在意義は薄らいでいる。このような立法の経緯とその後の状況の下で、今日、公法上の規制法規（法人の経済的行為に対する禁止規範）である同条の適用範囲を類推解釈によって拡大することには相当の疑問があるといえよう」と述べる。

それに対し、宇賀教授は、「確かに、戦後まもなく緊急に制定された法律の趣旨が現在の社会経済的諸条件の変化の下で、なお妥当するか否かは検討されるべきであり、存在意義の希薄になった法律を安易に拡大解釈すべきでないという主張はもっともと思われます。しかし、個別の立法により保証契約の禁止が少なからず解除されてきたのは国による保証の場合であって、地方公共団体による保証の禁止を解除する法律の数は極めて少数です（…）。また、損失補償の行政手法が一般化したことは事実ですが、問題は法的にそれが許されるかであって、事実として損失補償の行政手法が一般化したことから、財政援助制限法三条の意義が希薄化したとはいえないと考えられます[37]」と反論する。

また、宇賀教授は次のようにも述べる。財政援助制限法の立法理由の一つとして、法人に対する財政援助は、公の保護に依存せしめる弊を生じ、法人の自主的活動を弱めることが挙げられていたので、同法を「公法上の規制法規」と分類することも可能であろうが、それは、「債務保証の間接的効果にすぎず、財政援助制限法の主たる目的とはいえません。財政援助制限法の主要目的は、国または地方公共団体が当面の出費を伴うことなく安易に債務保証をすることにより、未必の債務、不確定の債務を過大に負担し、国または地方公共団体の財政を不健全化なものとすることを防止することであり、国または地方公共団体を規律する法律といえますから、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いう論理を本件で適用することが妥当かという問題があるように思われます[38]」。

ほかに、補足意見は、「立法者が保証と損失補償を区別していたことは、財政援助制限法制定の翌年である昭和二二年に制定された地方自治法一九九条七項が監査委員の監査権限の対象として前段で損失補償を掲げ、後段で保証を掲げ、同法二二一条三項では普通地方公共団体の長が調査等をすることができる債務を負担している法人について保証と損失補償を掲げていること等からも明瞭である」と述べる。

それに対し、宇賀教授は、要旨次のように反論する。すなわち、地方自治法が両者の区別を前提にしているからといって、地方公共団体による損失補償契約が当然に適法となるわけではない。このことは、財政援助制限法で禁止されている保証契約も地方自治法一九九条七項や二二一条三項に挙げられていることからも明らかである。「両条は有効な保証契約や損失補償契約も存在しうることを前提として、それについての監査権や長の調査権等を定めたにすぎず、損失補償が財政援助制限法三条に違反するかの問題に直接に解答を与えるものとはいえないように思われ」る[39]。

いずれにしろ、補足意見は、迫力に欠ける論証であるといわざるをえないのである。

(2) 積極的内容に乏しい直接適用説

最高裁の「地方公共団体が…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って直ちに違法、無効となる場合があると解することは、…等に照らすと、相当ではないというべきである」というロジックを逆手にとって、宇賀克也教授は、「本判決の下でも、損失補償契約とは名ばかりで保証契約そのものといえる場合には、財政援助制限法三条の規定が直接適用されるでしょう」（傍線筆者）[40]と述べる。

「損失補償契約」という羊頭を掲げて、「保証契約」という狗肉を売る事例を想定して直接適用の可能性を説くものと思われる。それでは、結果として「直接適用」される契約内容と「類推適用」（の可否が問題となりうる）が結局は否定されることになる契約内容との境界はどこにあるのであろうか。宇賀教授は、この点については言及をしていないので、「脱法行為」そのものには適用するという程度の意味にしか解されないのである。このことは、「損失保証契約という名の下に、まさに債務の保証契約そのものといえるような内容の場合」という表現で、同じく直接適用の可能性を示唆する高部眞規子裁判官も同様である。[41]

2　財政援助制限法三条の類推適用の是非

本件訴訟では、地方公共団体（及び金融機関）が「損失補償契約」であると主張・（立証？）する契約類型が、果たして財政援助制限法三条により禁止されている「保証契約」に該当するか否かが争点となっている。

羊頭狗肉を見分けるために、個々の契約条項の解釈をする際のメルクマールをどう確定するのか。「直接適用」の対象の特定とも関わって、両契約類型の実質的相違点はそもそも何なのかを見ておく必要がある。

中田裕康教授は、「保証債務には、別個債務性と付従性（附従性）という二つの重要な性質がある」[42]と述べる。そして、保証に類似する行為として、損害担保契約を挙げ、「これは、主たる債務の存否にかかわらず、他人が被った損害を一定の要件のもとに塡補することを目的とする契約である。保証とは異なり、主たる債務の存在を前提としないので、付従性（…）も補充性（…）もない」（傍線筆者）[43]と説明する。

中田教授の記述を借用すると、「主たる債務の存在を前提としている」契約は保証契約の疑いが濃厚であるということになる（判断基準一）。

判例時報二一三三号（五頁以下）及び判例地方自治三四九号（九四頁以下）の匿名コメントは、「損失補償契約」に財政援助制限法三条を類推適用すべきか否かについて、肯定説、否定説、そして、場合を分けて検討する二分説の三つに分けて論じている。[44]

(1) 肯定説

類推適用肯定説には、「損害」概念に依拠するものと「債務」概念に依拠するものとがある。

碓井光明教授は、前者の立場から、そもそも「『損失補償』自体と『損失補償の保証』とは、異なる性質である。すなわち、前者は、現実に生じた損失を補償することであって、一種の寄附又は補助に該当する」[45]と述べる。そして、「損失補償の保証は、民法学が『損害担保契約』と呼ぶものにほかならない。主たる債務とは独立に損害を塡補することを約するものである。しかし、債権者の有する債権について債務者の債務不履行により生ずる損害を塡補することを約す限りにおいて、債務保証と極めて似た機能を発揮する。にもかかわらず、解説書の類も、適法説である」（傍線筆者）[46]と不満げに述べる。

碓井教授は、保証債務は主たる債務との同一性があるが、損失補償契約による債務にはそのような観念がないという法形式の違いにもかかわらず、その実体に鑑みるならば、（およそ）損失補償契約には財政援助制限法三条が類推適用されるというべきであると述べる。すなわち、両者は、①債務者の債務不履行によるリスクを債権者が回避する目的である点、②債権者が損失を被るという不確実な事実の到来によって自治体が履行を迫られる偶発債務である点において共通であり、しかも、③損失補償の保証は、金融機関にとって債務保証以上に安心な担保手段であり、逆に、自治体にとっては、債務保証以上に履行を拒絶することができない強力な債務であるからである。[47]

碓井教授の記述を借用すると、「主たる債務との同一性がある債務」は保証債務であるということになる（判断基準二）。

三橋良士明教授は、「債務」概念から分析し、財政援助制限法の「立法趣旨は、戦後財政再建のために『不確定な債務』を制限することにより国庫負担の累増を防止し、財政の健全化を図ることにあったが、近年の国及び地方の財政状況にかんがみると、政府及び地方公共団体の『不確定な債務』を制限するという同法の立法趣旨を十分に尊重・考慮した解釈運用が妥当であるように思われる。また、損失補償契約は、附従性を有しない点において民法四四六条にいう保証契約と異なるものであるが、財政援助制限法三条にいう『保証契約』を民法上の保証契約と同義に解する必要は必ずしもないように思われる。損失補償の概念がそうであるように各種法令間の用語法にはまま不統一のところがある。したがって、財政援助制限法三条の趣旨からすると、実質的に債務を負担することとなる損失補償契約は、同条の規制対象とする『保証契約』に該当するものと解することが妥当と思われる」（傍線筆者）[48]と述べる。これは拡張解釈[49]の趣旨であろうか。

この三橋説に対し、高部眞規子裁判官は、「財政状況によって法解釈が変更されてしまうという問題を含むように思われる」[51]と論評する。しかしながら、時代状況で解釈が変わりうることは、嫡出でない子の法定相続分を嫡出子の二分の一としていた民法九〇〇条四号ただし書前段の規定が憲法一四条一項に違反するとした最高裁平成二五年九月四日大法廷決定を持ち出すまでもなく、許される解釈態度であるように思われる。また、高部裁判官は(2)で後述するように、宮川補足意見の言説と同様に、「法解釈の変更」と次元を異にする「財政援助制限法三条の存在意義」に踏み込んで言及しており[51]、その主張は便宜主義に過ぎる。

筆者は、肯定説は採用できないと考えているが、その理由は3で後述する。

(2) 否定説

門口正人裁判官は、立法作業に携わった経験から、「法規の解釈は、まず用語の文理に従い、次いで当該法規の目的や趣旨から論理的推論に移り、さらにそれを立法趣旨に照らして補完するという手順に従って進められるべきである。…財政援助制限法三条は、政府または地公体に対して保証契約の締結を禁じている。経済活動の自由を前提にすれば、一般的にいえば、禁止の対象は保証契約に限ると解釈することが相当であり、類推によって拡大することには慎重であるべきである。なぜならば、法令において、自由に対して規制または禁止を加える場合は、その対象は限定されていると解するのが一般であるからである」[52]と法解釈の在り方を説く。

高部眞規子裁判官の見解は、次のとおりである。すなわち、「特に国については、個別の立法によって多くの例外がおかれており、適用説の立場からも地方公共団体の施策としてふさわしい損失補償が存在することの指摘があることからすると、そもそも、戦後まもなく立法された同条の存在意義自体、今日においては、当時より乏しくなっているように思われる。このような状況の下で文理解釈を広げて類推してまで、あえて同条を拡張的に適用するほどの必要性がある事案はそれほど多くないように思われる」。「一口に損失補償契約といっても、その条項にはさまざまなものがあり、一律に財政援助制限法三条該当性を論じることは困難であるが、これが損失補償契約という名の下に、まさに債務の保証契約そのものといえるような内容の場合を除き、一般的には財政援助制限法三条にいう保証契約には当たるとまではいえないものが多いように思われる」（傍線筆者）[53]。

この見解は、事件を離れ、事案の多寡が解釈に違いをもたらすという趣旨にも解せるが、「まさに債務の保証契約そのものといえるような内容の場合」は「財政援助制限法三条にいう保証契約に当たる」という同語反復をいうに等しいものであり、いずれにしても実践的な意義に乏しい。裁判官の職責とも大いに関係するが、問題は、当該事案がど

うなのかが問われているのであって、学者的な一般論ではないはずである。

小磯武男裁判官は、「法解釈にあたっては、地方財政の健全化の要請のみならず、取引の安全性や地方公共団体の相手方の信頼など諸般の事情を考慮して、公平妥当な解釈に努めるべきであろう。このような観点からすると、損失補償契約一般が直ちに財政援助制限法三条で禁止された保証契約に当たると解するのは疑問である」[54]。「同条の脱法行為であると認められる場合に限って、同条の趣旨に違反するものとして違法か否かが問題となるものに過ぎない」[55]とする。

ここで、小磯裁判官は果たして、「財政援助制限法三条の脱法行為であると認められる場合」[56]のメルクマールをどのように認識しておられるのであろうか。次に紹介する「二分説」の射程とも絡んで、原審判決の論説である宇賀教授、髙部裁判官に対するのと同様な疑問が生じる。

ここで、類推解釈否定説として紹介した見解はいずれも裁判官の手になるものであり、門口、髙部両氏は原審判決を受けて、小磯氏は「かわさき港コンテナターミナル株式会社」に係る横浜地判平成一八年一一月一五日を受けてのものである。いずれも訴訟で争われている具体的な契約条項の内容と効果に対する法的評価を論証した上での立論には至っていないことは、象徴的な事象に思える。

否定説は、単に例外のない原則はないというに等しく、論拠が弱く、4で詳しく述べるとおり採用できないと考える。

(3) 二分説

これは、小磯判事のいう「脱法行為」の判別・対処法の一つというべきものである。損失補償契約の多様性に着目

し、財政援助制限法の趣旨と文理解釈・行政実例に基づく金融慣行の安定性の折り合いを探るべく、鬼頭季郎＝横山兼太郎の両弁護士が詳細に述べるところである。[57]

鬼頭＝横山は、裁判例における損失補償契約の内容について分析をし、「損失」とは、「第三セクターに対する貸付金の回収不能な元本及び利息・遅延損害金ということになろう」[58]と述べる。この点では、保証契約と同様の内容となっており、絞りをかけていない。次に、損失額確定のプロセス（当該「損失」が、どの時点の何をもって確定されるのか）の分析に進み、大きく次のように分類されると述べている。

先ず、「不履行債務即時補塡型」である。これは、「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の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とするもの」[59]である。

次に、「回収不能確定時補塡型」である。これは、「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とするもの」[60]である。

「裁判例を分析検討したところによれば、おおむね不履行債務即時補塡型の損失補償契約は、財政援助制限法三条に違反し無効とされるおそれが高いが、回収不能確定時補塡型の損失補償契約は同条に違反せず有効とされると解してもよいというべきである」[61]と述べる。違法・無効とされたのは、原審判決と「かわさき港コンテナターミナル株式会社」に係る横浜地判平成一八年一一月一五日の二件である。

伊藤達哉弁護士は、「返済不能額不確定型」、「返済不能額確定型」という用語法を用いているが、[62]それぞれ、「不履行債務即時補塡型」、「回収不能確定時補塡型」に対応するものであると解される。

結局、保証に類似する「不履行債務即時補塡型」ないし「返済不能額不確定型」と「回収不能確定時補塡型」ないし「返済不能額確定型」とに分類し、前者は、財政援助制限法三条の類推適用により違法となるが、後者は直ちには違法とならないというのである。

この二分説に対しては、判例地方自治の匿名コメントが「実際上の妥当性には疑問があるように思われる」[63]と述べる。すなわち、「『回収不能確定時補てん型』であっても損失補償契約の締結時においては損失額が不確定であることに変わりはなく、その意味で保証契約との対比の観点からは『不履行債務即時補てん型』との間に本質的な差異はないといえる上、民事再生等の再建型手続の場合、回収不能額が現実に確定するのはその弁済期間満了時であって遅きに失する可能性があり、一方でこれよりも損失額の確定時期を早めるのであれば、回収不能額が確定しているか否かは相対的な差異に過ぎないともいえる。また、保証契約との類似性が強い損失補償契約についてのみその違法性を肯定するとなると、損失補償履行後に金融機関が主債務者に対して有していた債権を譲り受けて可及的にその回収を図る旨の条項を挿入するとかえって保証契約との類似性が増すことになるなど、結果として地方公共団体による債権回収のための正当な努力を阻害する懸念もある」[64]というのである。

それに対しては、以下のような再反論が可能であろう。先ず、損失補償契約の締結時においては損失額が不確定であることに変わりがないという点に関しては、そもそも類推適用否定説ではなく肯定説からの批判であるが、あくまで主たる債務との同一性はないという損失補償契約の定義に倣うと、そういう帰結とならざるを得ないということである。

次に、再建型手続の場合の処理については、鬼頭＝横山が「損失額の確定基準日については、…再生手続や更生手続の場合にはそれぞれの計画認可決定日(又は計画認可決定確定日)、…私的整理手続においても、再建計画の成立日

とすることが相当である[65]」と述べているが、これは疑問に対する「解答」にならないのだろうか。実務に暗い筆者には判然としないが、匿名コメントは角を矯めて牛を殺す類の論法としか思えないのである。

最後に、債権の回収努力の件は、そもそも求償権がないにもかかわらず、保証と同じ機能を附与したいという衣の下の鎧的主張であり、まさに保証契約と同様の機能・実質を期待していることを自白するに等しい論法であろう。

そもそも匿名コメントは、二分説で類推適用される契約類型と「直接適用」される契約類型との差異をどこに見出して、二分説を批判しているのであろうか。自らの見解を明らかにした上で批判をすべきである。

いわゆる損失補償契約について、財政援助制限法三条を類推適用すべきかについて、以下、法形式論（文理解釈）からは肯定説を支持できないこと、法実質論（論理解釈）からは否定説を支持できないことを論証し、あるべき法解釈論の呈示を試みようと思う。

3　法形式論からの検討

財政援助制限法三条本文は「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」と規定しており、行政実例が想定していると思われる真正損失補償契約はそこから除外されていると考えざるを得ないであろう。碓井説に対しては、門口裁判官の法制執務からの批判[66]が妥当しよう。また、碓井説は、違法性の判断では法の趣旨を貫徹させ、原理的に論じるものの、有効性の判断では一律に救済することになるのであり、振幅が大きい解釈態度といわざるを得ない。

それとの関連で、類推適用肯定説が、立法者が保証と損失補償との厳格な区別を意識していたかは疑問であると主

張するのに対し、本件最高裁判決に係る「判例地方自治」の匿名コメントは次のように述べる。「損失補償の概念自体は、戦前における我が国の代表的な教科書（美濃部達吉・日本行政法（下）（昭和一五年）四五一頁以下）においても紹介されており、その内容をみても、昨今の地方公共団体が第三セクターの債務に関して行っているものとそれほど差異があるとは思えない」[67]。確かに、美濃部博士の前掲書には、「特別融通に基づく損失の補償」の見出しの下に解説があり、「時としては、特殊の目的の為めに、日本銀行其の他の金融機関又は公共団体をして資金の特別融通を為さしめ、これに拠り其の融通を為した者が損失を受けた場合に、政府がこれを補償すべきことを約することが有る」。そして、「特別融通と称するのは、普通の経済事情の下に於いては融通を為すべからざる場合に、経済上の危機に際し、又は其の他公益上の特別の必要に基づき、特に危険を冒して融通を為すことを得せしむるが為で」あるとしている（傍線筆者）[68]。

しかし、時代背景と契約内容の精査なしに、美濃部博士のこの記述を、全国津々浦々の自治体で、財政援助制限法で禁止されている保証契約の代替（脱法？）として、定型的に行われている「損失補償契約」と同じ内容のものとして理解することには疑問があり、「それほどの差異があるとは思えない」という匿名コメントには賛同し難い。また、仮に概念が存在していたからといって、財政援助制限法三条の解釈・適用において、現状の損失補償契約を全て肯定し、救済することにはならないのであり、この点に関する否定説の論拠も同様に支持できない。

4　法実質論からの検討

(1)　両契約概念の接近・類似性

一審判決及び最高裁判決は、理念型としての両契約概念（保証と損失補償）の相違点を専ら強調して、あたかも学

術論文のような一般論を展開しており、職責を忘れた所業というべきである。しかし、言うまでもなく、裁判で争われているのは、個性ある具体の契約（本件損失保証契約一、同二及び同三）の解釈に関する事柄なのである。

ところで、一般論としても、本件訴訟で問題となっている「契約当事者のための損失補償」と「保証」とは、法的性格の実質において接近することがかねてから指摘されている。

「契約当事者のための損失補償」と保証契約との類似性について、我妻榮博士は、「保証と類似するのは、一定の債権関係に立つ具体的な当事者のある場合に、その債権者に対して、その債務関係から生ずることあるべき一切の損害を担保する損害担保契約であ」ると述べる。[69] また、伊藤進教授も、損害担保契約の中には「一定の債権関係から生ずる債務者の債務違反その他によって債権者に発生する損害を担保する場合も含まれる。このため、第三者が、与信行為に伴う一定の危険を引き受け、債務者の債務不履行その他の原因による危険発生の結果として、与信者である債権者の被る損害を独立して担保する旨を約する場合も、損害担保契約といえる。そして、この場合が最も保証と類似する」[70] と指摘するところである。

他方、（契約当事者のための）「保証」についても、その外延が拡大し、損失補償に近づくことが指摘されているのである。寺田正春教授は、「保証責任の有無・範囲をどう決めるべきか。これは保証契約当事者の意思解釈の問題である」[71] と述べ、有力説として、我妻榮と於保不二雄を挙げる。我妻博士は、一定の契約の当事者のための「保証」がその契約の解除による原状回復及び損害賠償の債務に及ぶかについて、「契約の当事者のために保証をする場合においては、その契約から生ずる第一次的な債務（売主の目的物交付債務、買主の代金支払債務、賃借人の賃料支払債務と目的物保管・返還債務など）だけを保証する趣旨であることはむしろ例外であり、普通には、その契約当事者として負担する一切の債務を保証し、その契約の不履行によっては相手方に損失を被らせない、という趣旨であると解すべきであ

る」（傍線筆者）[72]と述べ、最判昭和四〇年六月三〇日民集一九巻四号一一四三頁も保証人は原則としてこれらの債務をも保証するとする。この判決に関し、鈴木禄弥教授は、「契約当事者のための保証は、通常、契約自体から直接生ずる債務のみを担保する趣旨でなく、主債務者がその契約をめぐって負担することになる一切の債務を保証する趣旨である、と解すべき」であると述べる。[73]

以上の学説の検討からは、そもそも両契約類型は法律効果の実質において近似しているものとして認識されており、顕著な差異は認められないのである。とすると、損失補償契約の内容によっては、当然に財政援助制限法三条を類推適用する基礎があるということになる。吉田光硯教授も、「損害担保契約とされているものでも、…地方公共団体が保証の代替として行うもの…は、極力保証としてその法律効果を検討すべきものと思える」[74]と述べているところである。

(2) 本件損失保証契約一、同二及び同三の判断

これまで検討してきた判断基準の一と二を総合すると、「主たる債務を前提とし、それと同一性がある債務は保証債務である」ということになる。

潮見佳男教授は、両契約の相違を次のとおり対比して説明する。[75]すなわち、保証契約は、「主たる債務の存在を前提とし、主たる債務の履行がない場合において保証人が保証債務の履行をする」。他方、損害担保契約は、「主たる債務の存在を前提とせず（したがって、付従性なし）、一定の事実から他人に生じる損害を塡補する」（傍線筆者）ものである。

潮見教授の記述を借用して検討すると、四の2で述べたとおり、本件損失保証契約二及び本件損失保証契約三は、損失が発生した場合を「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った場合」

としており、そこでは、「一定の事実」を端的に「主たる債務の履行がない場合」と読み替えて適用させているのである。

思うに、「主たる債務」とは法的に別個のものとして、「損失」の発生が観念されているのが損失補償契約であり、それに対し、一定期間の履行遅滞により、「主たる債務」が同一性を保持したまま、なし崩し的・自動的に「損失」に転化したものとみなしている契約類型は、法的に保証契約と同様の評価を受けるものと言わざるを得ない。そして、一定期間の履行遅滞により「損失」が発生したものとみなすという契約条項は、まさに「主たる債務」の存在を当然の前提にしなければ成り立たないのである。

また、本件損失保証契約一に至っては「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、これについては、原審判決は保証債務と異ならない内容となっていると判示している。これは、宇賀教授のいう財政援助制限法三条が「直接適用」される契約ということになろうか。

5　現実の判断の困難さ

以上述べた契約内容とその機能の実質論に加え、保証契約なのか損失補償契約なのかという現実の判断も困難を極めることになる。地方公共団体が行う損失補償契約は民事法のいう損害担保契約の一種であるところ、伊藤進教授は、損害担保契約の「債務の内容は主債務者の債務とは同様ではなく、その与信契約に伴って、債権者である金融機関が最終的に被る損害を、受信者である主債務者が負担するかどうかに関係なく別個に負担するものである」[76]と述べつつ、「保証と損害担保契約とは、理論的には以上のように明確に区別できるが、実際の利用において、いずれと解すべきはそれほど明確でない場合が多い。それは、意思表示解釈の問題であるが、その際、第三者の債務を主債務に付従させ

る意図があったかどうかで判断し、それが不明のときは保証と解するのが妥当ではないかと思われる」（傍線筆者）[77]と述べる。

この点に関し、石外克喜教授は次のように的確に問題の所在を指摘する。すなわち、「損害担保契約は、一方の当事者が他方の当事者に対して一定の事項についての危険を引き受け、それから生ずる損失を担保することを目的とする無名契約であ」り、「主たる債務の存在を必要とするものではなく、付従性・補充性を有せず、保証とは異る」ものとされる。そして、それには、「地方公共団体の外郭団体が融資を受ける場合に、その外郭団体が法人格を有している限り地方公共団体が保証できないために利用される」地方公共団体の損失補償契約も含まれる。しかし、「地方公共団体が付従性のない債務を負担する意思をもってするものではないと考えられるから、その損失補償契約は、『法人に対する政府の財政援助の制限に関する法律』三条を脱法する行為ではなかろうかとの疑問が投げかけられている」（傍線筆者）[78]。

6　問題提起を受けて

忖度（愚考）するに、ここで石外教授が「地方公共団体が付従性のない債務を負担する意思をもってするものではないと考えられる」と述べる趣旨は、仮にそうであるとするなら、財政援助制限法の（手続的履践という）規制を回避するためだけに（同法の規制が存在しなければ当然に保証契約を締結することになる。）、理論上「保証」より過重な負担を敢えて地方公共団体が引き受けることを意味し、それはとりもなおさず、政策の決定・執行責任者の自治体（納税者）に対する背任的行為を意味することになりかねず、合理的意思からはおよそ想定されないということであろう。

常識的に考えて、保証契約よりも責任が過重な「損失補償契約」の締結が、民主主義なり住民自治の名（免罪符）の下に、裁量権の逸脱濫用法理以外には法的に統制されないということになれば、「総務大臣の指定」という、財政援助制限法三条の法的仕組み・システムを手続的に「回避」「潜脱」するにとどまらない実体的な問題をはらむ。最高裁判決が述べるような地方自治法二三二条の二の「公益上の必要性」の判断に解消されない中核部分が実定法上は存在しているというべきである。鬼頭＝横山が、「『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と理解すべきであろう」と説明的に述べたことは注(31)で指摘したところである。また、碓井教授も「財政援助制限法三条と別に、公益上の必要性が問われることもある。無益な補助金交付と同様の問題が起こりうるからである」（傍線筆者）[79]と述べるところである。

結局、財政援助制限法三条の解釈・適用という固有の実定法上の論点が一般的な行政裁量権の逸脱濫用の法理に代替され、雲散霧消するいわれはないということである。

「損失のみなし条項」の存在という不可解な契約内容に目を閉ざし、財政援助制限法三条に関し、敢えて文理上の形式的反対解釈を採り、行政裁量権の逸脱濫用の法理に逃げ込むような解釈は、あるべき法解釈とは思われない。

注

(35) 契約書は処分証書であると解されるところ、「処分証書は、真正に成立したと認められる以上、その内容である意思表示又は陳述（法律行為）がなされたものと認められる。…この場合に残された問題は、当該書証において文字という形態をとって表現されている行為に対し、いかなる事実的ないし法律的評価を与えるかという解釈の問題である」（裁判所職員総合研修所監修『民事訴訟法講義案』（司法協会、改訂補訂版、二〇〇七年）二〇八頁）。そして、「法律行為の解釈は、証拠による事実認定の問題だと誤解されやすいが、

当事者の主観的意思の探求にとどまらず、効果意思の内容すなわち表示行為の持つ『べき』意味の客観的な法的判断だと見る方が妥当であり、そうだとすると、法律問題だと捉えるべきことになる」（高橋宏志『重点講義民事訴訟法下』（有斐閣、第二版、二〇一二年）六八三頁）のである。

(36) 宇賀克也「判例で学ぶ行政法―地方公共団体が金融機関と締結した損失補償契約の適法性（二・完）」自治実務セミナー五一巻一二号四四頁

(37) 同・四二頁

(38) 同・四一頁以下

(39) 同・四二頁

(40) 同・四四頁、宇賀克也『地方自治法概説』（有斐閣、第五版、二〇一三年）一七六頁

(41) 高部眞規子「地方公共団体の損失補償契約をめぐって」判例タイムズ一三三八号四七頁

(42) 中田裕康『債権総論』（岩波書店、第三版、二〇一三年）四八〇頁

(43) 同・四七九頁

(44) 類推適用は、学説では、「類似した甲乙二つの事実のうち、甲についてだけ規定のある場合に、乙について甲と反対の結果を認めるものが、反対解釈であり、乙についても甲と同様の結果を認めるのが、類推解釈である」（我妻榮『新訂民法総則』（岩波書店、一九六五年）二八頁）、「βについて問題が生じたが、βについての法律がない。この場合に『諸事項』を参照して、βと類似性が或る程度はあるαの条文を、αとの類似性を根拠にして、βに適用すること」が類推適用であるが、類推の場合は、「法律が欠缺していることの認識が前提になっている」（笹倉秀夫『法解釈講義』（東京大学出版、二〇〇九年）一四頁）と説明されている。

(45) 碓井光明『公的資金助成法精義』（信山社、二〇〇七年）三三五頁。原審もこのような立場に立つ口吻を漏らす。拙稿（一）一九一頁

(46) 同・三四二頁以下

(47) 同・三四四頁

(48) 三橋良士明「第三セクターの資金調達に関する損失補償について」ジュリスト一三六六号一四頁

(49) 笹倉秀夫・前掲注(44)一三頁は、拡張解釈を「通常の用法としてはαの概念に入らないが、他の条文との関係、立法者の意図、立法時の歴史的背景、規定の通常の目的・常識・正義・政策的判断など（…）にもとづくと『本質的類似性』が極めて高いと判断され

るβを、αの概念に入れて（αの一種として）扱うこと」と説明する。

(50)・(51)　高部眞規子・前掲注(41)四七頁

(52)　門口正人「法律の解釈の在り方についてひとこと」金融法務事情一九〇七号四五頁

(53)　高部眞規子・前掲(41)四七頁

(54)・(55)　小磯武男「地方公共団体が第三セクターの借入金債務について金融機関との間で締結した損失補償契約の有効性」金融法務事情一八二三号六四頁

(56)　幾代通教授は、「強行規定の法文に直接正面からは違反しない形式をとってなされてはいるが、実質的には当該強行規定による禁止を回避し該法規の適用をまぬかれる目的をもってなされるところの法律行為を脱法行為とよぶ」（『民法総則』（青林書院新社、第二版、一九八四年）二〇四頁）と述べる。四宮和夫＝能見善久は、「強行規定に直接ふれない方法でその禁じていることを免れようとする行為を脱法行為という。すなわち、強行規定の禁止する手段によって達成されるのと同一の目的を他の手段をもって達成しようとする企てである」（『民法総則』（弘文堂、第八版、二〇一〇年）二六五頁）と説明する。そして、潮見佳男教授は、脱法行為は民法九〇条により無効であるとする（『入門民法（全）』（有斐閣、二〇〇七年）五二頁）。

(57)　鬼頭季郎＝横山兼太郎・前掲注(31)六頁以下

(58)・(59)・(60)　同・七頁

(61)　同・一九頁

(62)　伊藤達哉「地方公共団体による損失補償契約の効力をめぐる具体的解釈論の展開」ＮＢＬ九五〇号三五頁・三七頁

(63)　判例地方自治三四九号九七頁

(64)　同・九六頁

(65)　鬼頭＝横山・前掲注(31)一九頁以下

(66)　門口正人裁判官は、規制又は禁止の限定対象を例示するには、「保証契約その他これに類する契約で政令で定めるもの」と規定するのが通常であるとする。前掲注(52)四五頁

(67)　判例地方自治三四九号九六頁

(68)　美濃部達吉『日本行政法下巻』（有斐閣、一九四〇年）四五一頁

(69)　我妻榮『新訂債権総論』（岩波書店、一九六四年）四五三頁

(70) 伊藤進「狭義の保証以外の人的担保」鈴木禄弥・竹内昭夫編著『担保・保証』(金融取引大系第五巻) 二八八頁以下
(71) 寺田正春「解除による原状回復義務と保証人の責任」民法判例百選Ⅱ(第六版) 二四事件五一頁
(72) 我妻榮・前掲注(69)四六八頁
(73) 鈴木禄弥『債権法講義』(創文社、四訂版、二〇〇一年) 四三八頁
(74) 吉田光硯「損害担保契約と保証」椿寿夫編著『法人保証の現状と課題』(別冊NBL№61) 二九頁
(75) 潮見佳男・前掲注(56)二六六頁
(76) 伊藤進・前掲注(70)二九二頁
(77) 同・二九三頁
(78) 石外克喜「保証の種類と特殊保証」鈴木禄弥・竹内昭夫編著『担保・保証』(金融取引大系第五巻) 二五〇頁以下
(79) 碓井光明・前掲注(45)三四五頁

七　財政援助制限法三条違反行為の効力

原審判決は、財政援助制限法三条違反行為の私法上の効力について、原則無効との立場を採った。この論点については、高部裁判官の整理[80]によると、無効説と有効説に分類されているが（発表時点では以下の文献は参照できなかったものと考えられる。）、伊藤達哉弁護士は「返済不能額不確定型損失保証契約を一部無効にとどめるという考え方[81]」を、鬼頭＝横山は、「不履行債務即時補塡型の損失補償契約の回収不能確定時補塡型への修正アプローチによる有効化[82]」を主張する。以下、各説を概観する。

1　無効説と有効説

(1)　無効説

山谷耕平弁護士は、「結論はともかく法理論としては、損失補償契約を無効とする…解釈のほうが筋が通っている」とする。[83]

三橋良士明教授は、地方自治法二条一六項、一七項の本来的趣旨をも踏まえて、個別法規定である財政援助制限法三条の趣旨や性質を理解すると、同条に違反するは損失補償契約を無効と解すべきであるとする。[84]

(2)　有効説

類推適用否定説に立つ阿多博文弁護士は、両契約の「差異の中核は、保証契約では必ずしも上限が設けられていないのに対して、損失補償は限度額が設けられる点に求められるべきで、それゆえ不確定な債務を負うことの防止を目的とする財政援助制限法三条が『保証』を対象にしていると考えることはできないであろうか。少なくとも、履行開始要件での形式事由に問題があるのであれば、保証に近い違法な事由のみを同条に抵触するとして部分的に無効とし、他の規定の効力は有効と解する可能性も検討すべきであろう」[85]と述べる。

高部裁判官は、阿多弁護士の説を「有効説」として紹介しているが[86]、正確には2で述べる「一部無効説」に分類すべきものと思われる。[87]

類推適用肯定説に立つ碓井光明教授は、「筆者は、一般論として損失補償契約違法説をとっているが、信用保証制度とリンクさせた損失補償契約は、制度として、すっかり定着しているので、適法になしうるという一種の慣習法が成

立していると解することもできるように思われる(制度化された損失補償契約適法説)。この点については、旧説を修正する必要があると考えている[88]」と述べ、次のように詳説する。「解釈上争いのない保証契約と異なり、損失補償の保証については、有効なものとする行政実例の下に、違法の認識なしに長年にわたり活用されてきた。こうした状況において、ある裁判所が突然に違法無効とする判決を下すならば、損失補償の保証を前提にして融資に応じた金融機関等が、不測の損失を背負うことになる。金融機関等の信頼利益を奪うものといわざるをえない。そのような事態は避けなければならない(前記横浜地裁平成一八・一一・一五は、無効としつつ信義則を適用した)。筆者は、理論構成に迷いを感じつつも、現状において、無効と断定することには躊躇を覚えるものである[89]」。「国又は地方公共団体の機関は、前記法律の規定によって損失補償契約の締結を禁止されていると思われる。そして、地方公共団体の機関が損失補償契約を締結しようとしているときは、住民監査請求を経て住民訴訟により差止めを求めることができるといえよう。他方、損失補償契約を履行した後の、長又は職員個人の損害賠償責任に関しては、行政実例の存在、長年の慣行及び適法とする裁判例の存在により、これまでの分については故意過失がないものとして否定されるように思われる。結局、差止訴訟が最もよく機能するといえよう[90]」。

確井説に対して、「結論の方向性はともかく、法的な論理一貫性に欠けるきらいがあるとされている[91]」との伊藤達哉弁護士からの批判がある。確井説は、振幅の幅が大きい解釈と言わざるを得ず、同感である。

門口正人判事は、財政援助制限法三条「ただし書により総務大臣の指定があれば有効に締結できること、さらに…同条本文ただし書を併せて手続規定と解することができることからすると、その違反行為の効力まで否定することが明示されていないことと相まって、効力についての判断を留保したものと解するのが素直である[92]」と述べる。そして、「損失補償につき財政援助制限法三条の規定に違反すると仮定した場合でも、同条を手続規定とみて、最三小判昭六二、

五、一九（本誌一一六五号二九頁）の基準に照らしてその効力を判定すれば足りよう[93]」と述べる。

小磯武男裁判官は、財政援助制限法三条の趣旨から、第一に「あらゆる保証契約を全面的に禁止して、これに反する私法上の契約を一律無効としなければ立法目的を達成できないほど、公益性があるとは考えられない」。次に「同条の名宛人は『政府又は地方公共団体』であることからすれば、同条は、地方公共団体の契約行為の適正を図ることにあり、その違反行為の効力を直ちに否定することまで意図していないと考えられる」。第三に「同条ただし書によれば、総務大臣の指定がありさえすれば、保証契約自体も有効に締結できることからすれば、地方公共団体が総務大臣の指定のない法人の債務を保証することは、単なる内部規定違反と考えられる」。第四に「財政援助制限法三条に違反する行為につき、無効とする旨の明示の規定は存在しない（地方自治法二三八条の三は、制限に違反してされた行為を無効とすると明確に規定している[94]）」。「以上の諸事情を勘案すると、本件損失補償協定（筆者注：横浜地判平成一八年一一月一五日。かわさき港コンテナターミナル株式会社事件）が仮に財政援助制限法三条に違反するとの立場に立ったとしても、その私法上の効力は有効と解する余地もあったのではなかろうか[95]」と述べる。

2　一部無効説（理論）

四の2で述べたとおり、原審判決は「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」と判示し、「無効説」に立つ。その上で、「主観的事情及び客観的事情を総合して、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」と述べる。

それに対し、伊藤達哉弁護士は、「信義則のような一般条項による解決に効力の有無を委ねることは、常に裁判において信義則違反を基礎づける事実の主張立証を金融機関に強いることになり、事案の個別事情の認定によって契約の効力の有無が左右されることになる。そのため、判決が確定するまで契約が有効か無効か定まらず、金融機関の予測可能性を著しく害する」[96]と批判する。そして、「財政規律の重視と金融慣行の取引安全性の確保を両立させるという観点から、返済不能額不確定型損失補償契約を一部無効にとどめるという考え方を具体的な解釈論として展開」するのである[97]。

すなわち、「裁判所においても、効力規定などの強行規定に違反する契約の効力にかかる解釈につき…当然の前提となっているとみられる」一部無効説に立てば、「原則として、返済不能額不確定型損失補償契約は、当該損失認定条項を再合意により変更しなくても、返済不能額確定型損失補償契約の限度を超えない範囲で有効であり、当該損失認定条項が返済不能額確定型損失補償契約を超える限りで一部無効となるにとどまると解される」[98]のである。

一方、鬼頭＝横山も同様に、「実務との妥当な調和を目指した理論」として「不履行債務即時補塡型の損失補償契約の回収不能確定時補塡型への修正アプローチによる有効化」の理論を提案する。それは、「不履行債務即時補塡型の損失補償契約の一部条項を無効として、本来の損失補償契約の原型すなわち回収不能確定時補塡型の損失補償契約と修正して有効評価するアプローチであ」り、「これは、一つの契約の一部分につき無効原因がある場合に、その部分だけが無効になるのか、それとも契約全体が無効になるのかという、民法上の『一部無効の理論』を前提とする問題である」[99]。

民法上の一部無効の理論について、四宮和夫＝能見善久は、「狭義の解釈によって確定した契約の内容が合理的でな

いと考えられる場合に、合理的な内容となるように内容を修正することが解釈の名において行われる場合」を「修正的解釈」と呼び、「これは実質的には契約条項の修正である」と述べる。第一段階として「一定の基準に従って契約条項の効力を否定し」、そして、第二段階として「それによって空白となった部分を合理的な内容で補充する作業」が行われると述べる。[100]

そのことを前提に、鬼頭＝横山は、契約条項に分け入って論を進めている。

「そもそも一部無効を認める前提としては、当該法律行為・契約の可分性が認められなければならない」ところ、「損失補償契約は、第三セクターに融資した金融機関に損失が発生したときは補塡するという原型的契約条項と、その損失が発生したと見なす損失発生事由を定める条項やその事由確認手続の内容を定める損失確定条項及び確定損失の補償支払期限条項から構成されていると解される」（傍線筆者）[101]ので、契約条項の可分性が認められ、前提要件はクリヤーされる。

そして、「損失補償契約」は、「原型的には第三セクターからの債権の回収が不能になったことが確定した場合に、地方公共団体などからその回収不能額を損失として補償してもらう合意である」ところ、「第三セクターの債務不履行があれば、損失が発生したと見なし、その債務の弁済期やその後一定期間の請求期限や解散などの事由の発生時に当該債務不履行額を確定損失と見なして地方公共団体に補償請求できることを合意した条項がある」「損失補償契約は、機能的には保証契約と類似したものと評価せざるを得ない場合が多いことから、損失確定方法及び内容、すなわち不履行債務即時補塡型を構成する合意条項部分が、財政援助制限法三条の強行規定の趣旨に違反するといわざるを得ない」[102]と述べる。

伊藤達哉弁護士も「当該損失認定条項で規定されている、期限の利益喪失日などから一定期間が経過した時点の未

払債務をただちに損失と認定することはできないものの、執行不能や法的整理等によって返済不能額が確定すれば、金融機関は当該損失補償契約に基づき地方公共団体にその確定損失額の補償請求をすることができ、地方公共団体は有効な契約に基づく履行としてその確定損失額を任意に金融機関に支払わなければならない[103]」と述べる。

本件事案においては、法の無理解もあり、「保証契約」に類する条項も多々見受けられるものの、当事者の意思は、財政援助制限法三条に抵触することを回避するために（殆どそれだけのために）、敢えて「損失補償契約」なるものを締結したのである。とすると、その当事者の意思を忖度して、裁判所が「修正的解釈」を施すことに問題はなかろう。滝沢昌彦教授も、「近時（昭和五〇年頃から）は当事者の主観的な理解を重視する見解が有力化（むしろ通説化）」し、「当事者の理解が一致する場合には、表示の客観的な意味にかかわらず、当事者の理解を通用させる[104]」と述べる。

結局、不履行債務即時補塡型の損失補償契約を締結した「金融機関側や地方公共団体の意思は、同契約を回収不能確定時補塡型の契約として有効視することに異存はないものと推定される」ので、当該「契約は、全部無効と解されるべきではなく、原型的契約条項である回収不能確定時補塡型の範囲で有効視することが相当である[105]」ということになるのである。

原審判決は、このような手法を採らず、自称「損失補償契約」をトータルで違法、無効とした上で、一般条項である信義則を用いて、金融機関からの支払を拒否できない場合があるとした。しかし、法的安定性の観点から、実務上も妥当な解釈として、鬼頭＝横山及び伊藤弁護士と同様、「一部無効の理論」を採用することに賛同するものである。

注

(80) 高部眞規子・前掲注(41)四八頁

(81) 伊藤達哉・前掲注(62)四一頁。同頁の注(33)では、その萌芽として、池田辰夫教授の発言「財政援助制限法三条との関係で全面的に無効ということではなしに、場合によっては縮小解釈というか、合目的的に解釈して、財政援助制限法三条に触れる部分については無効だとしつつ、…損失補償条項の範囲としては適法だという解釈もできる」と思われる（座談会「自治体が絡む事業再生案件への対処」判例タイムズ一三〇八号二四頁）に言及している

(82) 鬼頭＝横山・前掲注(31)二〇頁

(83) 山谷耕平「金融機関の第三セクター融資につき市が損失を補償する旨の協定と補償金支払いの効力」（判批）銀行法務21六七八号三八頁

(84) 三橋良士明・前掲注(48)一四頁

(85) 阿多博文・前掲注(5)六頁

(86) 高部眞規子・前掲注(41)四八頁

(87) 伊藤達哉弁護士も前掲注(62)四一頁の注(33)で、阿多博文「安曇野市住民訴訟東京高裁判決のポイント」ＮＢＬ九三八号六頁を一部無効にとどめるという考え方として紹介している。

(88) 碓井光明・前掲注(45)三四八頁

(89) 同・三四六頁以下

(90) 同・三四七頁

(91) 伊藤達哉・前掲注(62)四〇頁

(92)・(93) 門口正人・前掲注(52)四七頁

(94)・(95) 小磯武男・前掲注(54)六六頁

(96) 伊藤達哉・前掲注(62)四〇頁

(97)・(98) 同・四一頁

(99) 鬼頭＝横山・前掲注(57)二〇頁

(100) 四宮和夫＝能見善久・前掲注(56)一九二頁。我妻博士は、「まず、無効な部分を法律の規定・慣習・条理などによって補充して合理的な内容に改造し、しかる後に、この合理的な内容を強制することが当事者の目的に明らかに反する場合にだけ、全部を無効とすべきものであると考える」（前掲注(44)二五八頁）と述べる。

(101)・(102) 鬼頭＝横山・前掲注(57)二一頁
(103) 伊藤達哉・前掲注(62)四一頁
(104) 滝沢昌彦「法律行為の解釈」民法の争点（新・法律学の争点シリーズ一）六一頁
(105) 鬼頭＝横山・前掲注(57)二一頁

八 終わりに

これまで、損失補償契約は、（保証とは異なり）主債務との間で付従性・補充性がないと概念構成され、その結果、財政援助制限法の規制対象ではないと形式的・短絡的に説明されてきた。行政実例もあり、それに「盲従」する形で、筆者を含め自治体現場は（実は）素朴な疑問を感じつつも、必要性に迫られ連綿として、「損失補償契約」の手法を採ってきたのである。

しかし、そのことは、地方公共団体の政策責任者が法律で規制されている保証契約を回避するという目的のためだけに、保証よりも法的責任が過重になりうる損失補償契約を選択するという「背任的」とも思える行為を選択してきたわけであり、財政援助制限法違反か、刑法犯類似行為かという、行政現場が陥っている二律背反を打開する理論構成こそ最高裁に求められたものであった。

阿多博文弁護士は、衝撃的な原審判決を受け、「実務に携わる者としては、上告審または他の裁判所において、早期に三セクの実情を踏まえた精緻な議論が展開され、関係者各々が損失補償契約の適法性を判断でき、次の行動に踏み出せる基準が示されることを望む次第である」[106]と述べ、期待を表明していた。

しかし、最高裁の論理は、何の根拠を示すことなく唐突に「意識を変えよ」と呼びかけるが如く、あるいは、目をつむれば「不都合な真実」はないというが如く、財政援助制限法三条固有の解釈適用という問題を、民主主義・住民自治を隠れ蓑にする行政裁量論に解消するものであった。結局のところ、精緻な法の論理を棚上げし、第三セクター等改革推進債を発行し、第三セクターに関与した地方自治体と金融機関を救済するという国策[101]を無条件に優先させるために、「判決理由の過剰」に走ったものといえる。

次の点も指摘しておきたい。本稿でたびたび引用した伊藤達哉弁護士の論考はＮＢＬの二〇一一年四月一日号、鬼頭＝横山両弁護士の論考は判例時報の平成二三年五月一一日号、池田辰夫教授ほかの座談会に至っては判例タイムズの二〇〇九年一二月一五日号に掲載されたものである。本件最判は、平成二三（二〇一一）年一〇月二七日であるから、最高裁調査官はこれらの論考の全てに目を通しているはずである。そのことは、『法曹時報』に載る調査官解説には大量の参考文献が掲げられていることからも推測される。にもかかわらず、藤山雅行裁判官がつとに指摘するところであるが、[102]裁判所における法学者の学説を重んじようとしない傾向が本件でも現象として現れているとすると、法学の発展のためにも大変残念である。本件最高裁判決には、自治体や金融機関の現場が抱えているジレンマを、法解釈としてどう真摯に解決していくのかという苦闘の跡は残念ながら窺うことはできない。学説との格闘の欠如が論証の不足という「判決理由の過少」を招いているように思われる。

財政援助制限法三条の解釈については、本件最高裁判決により決着がついたかの感がある。しかし、近時の最高裁の判決は、住民訴訟債権の議会による放棄に関する最判平成二四年四月二〇日に象徴されるように、「裁量権の逸脱濫用法理」の濫用傾向が顕著である。今後の同種事案の判例分析のためにも、遅まきながら本判決を「総括」する意味はあるのではなかろうか。

本稿では非力を顧みず民法学説を多く引用したが、思わぬ過誤があることを畏れるものである。また、参照した文献が限られる上、引用した文献も未消化のものが多い。破産手続や再生手続における課題など検討すべき論点も多いが、遅疑逡巡の後の見切り発車をするものである。

注

(106) 阿多博文・前掲注(5)七頁

(107) 第三セクター等改革推進債は、平成二五年度が期限であったが、平成二五年度末までに抜本的改革に着手していながらその完了が間に合わなかった地方公共団体については、平成二八年度まで起債を可能とする経過措置が講じられた。安易な行政執行が招いた爪痕の大きさを示すものであろう。

(108) 藤山雅行編『行政争訟』(新・裁判実務体系二五)(青林書院、二〇〇四年)のはしがき一頁