

民法の保証法理からみた安曇野事件訴訟

山本 宣之

- I 議論への疑問
- II ドイツ法の最終不足額保証
- III 損失補償契約の法的性質に関する議論
- IV 疑問への解答

I 議論への疑問

いわゆる安曇野事件訴訟においては、安曇野市が第三セクターの信用を補完するために締結した損失補償契約の適法性が争われた。財政援助制限法3条は、政府・地方公共団体は法人の債務について保証契約をすることができないと定めているため、損失補償契約もこれに違反するのではないか（また違反するため無効ではないか）が問われたものである。同様の訴訟は他にもみられたが、横浜地裁判決⁽¹⁾1件を除いて、すべての判決が損失補償契約は適法であると判断していた⁽²⁾。

これに対し、安曇野事件訴訟の東京高裁判決（以下、単に東京高裁判決⁽³⁾⁽⁴⁾とよぶ）は、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判

(1) 横浜地判平成18・11・15判タ1239号177頁。

(2) 地方公共団体による損失補償契約の効力が争われた裁判例については、高部真紀子「地方公共団体の損失補償契約をめぐる」判タ1338号40-45頁（2011年）、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」判時2106号9-16頁（2011年）が詳しい。

(3) 東京高判平成22・8・30判時2089号28頁。

(4) 東京高裁判決の評釈（以下、原審判批と表記する）として、阿多博文「原審判批」NBL938号4頁以下（2010年）、吉田光碩「原審判批」判評627号2頁以下（2011年）、松井秀樹「原審判批」金法1929号37頁以下（2011年）、大場民男「原審判批」判例地方自治339号92頁（2011年）、江原勲・北原昌文「原審判批」判例地方自治344号4頁以下（2011年）、光岡弘志「原審判批」別冊判タ32号338頁以下（2011年）、山田健吾「原審判批」速報判例解説9号57頁以下（2011年）、南川諦弘「原審判批」判例地方自治352号67

断し、これが大きな波紋を呼び起こしたのは、まだ記憶に新しいところである。このとき、判決は、損失補償契約の内容・法的性質・機能を検討し、保証契約との比較にもとづいて結論を導き、また、判決を契機とする議論の多くも、そうした枠組みに沿って行われたといえる。しかし、民法の保証法理からみた場合、とくに損失補償契約の法的性質に関してそれらに示された理解には、率直に言って疑問が残るものが少なくない。一例を挙げれば、損失補償契約の特徴の1つとして補充性がないことが指摘され、保証契約と対比されることが、判例・学説を問わずしばしばみられるが、保証債務の補充性とは、具体的には、保証人に催告・検索の抗弁権（民法452条、453条。以下、民法は条数のみを示す）があることであり、そして連帯保証ではこれらの抗弁権がない（454条）（つまり補充性がない）ことは、伝統的に確立された理解である⁽⁵⁾。したがって、損失補償契約に補充性がないことをもって保証契約と対比するのは、保証の実務上の基本型である連帯保証の存在を考慮しないものであり、かなり粗い議論であるといえる。この種の疑問は、実はこれに限らず数多くある。

安曇野事件訴訟の最高裁判決（以下、単に最高裁判決とよぶ）⁽⁶⁾⁽⁷⁾は、安曇

頁以下（2012年）。また、判決を契機とする文献として、門口正人「法律の解釈の在り方についてひとつ」金法1907号45頁以下（2010年）、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」金法1907号50頁以下（2010年）、鬼頭・横山・前掲注(2)9頁以下、河村小百合「安曇野判決が地方財政運営・金融機関経営に与える影響」金法1913号27頁以下（2011年）、碓井光明ほか座談会「地方公共団体による損失補償契約を無効とした東京高裁判決の射程と金融実務に与える影響」金法1913号36頁以下（2011年）、高部・前掲注(2)39頁以下、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」NBL950号34頁以下（2011年）。

(5) 我妻栄『新訂債権総論』451頁（1964年、岩波書店）、西村信雄編『注釈民法(11)』254頁〔西村信雄〕（1965年、有斐閣）、奥田昌道『債権総論（増補版）』382頁（1992年、悠々社）、中田裕康『債権総論（第3版）』481-482頁（2013年、岩波書店）。

(6) 最判平成23・10・27判時2133号3頁。

(7) 最高裁判決の評釈（以下、最判判批と表記する）として、阿多博文「最判判批」NBL965号21頁以下（2011年）、藤原彰吾「最判判批」金法1936号4頁以下（2011年）、石井昇「最判判批」判例セレクト2012Ⅱ5頁（2012年）、大橋真由美「最判判批」法セ686号123頁（2012年）、高安秀明「最判判批」NBL973号24頁以下（2012年）、北島周作「最判判批」ジュリ1440号38頁以下（2012年）、和田宗久「最判判批」金判1394号2頁以下（2012年）、濱田広道「最判判批」金法1953号37頁以下（2012年）、和泉田保一「最

野市がすでに金融機関等に対し損失補償契約にもとづく弁済をしていたことから、公金支出の差止め請求は不適法であるとして却下し、損失補償契約の適法性について直接の判断をしなかった。そして、「なお、付言するに」として、損失補償契約について、財政援助制限法3条の類推適用によって直ちに違法・無効となる場合があると解することは相当ではないとし、その適法性・有効性は、契約締結に係る公益上の必要性に関する地方公共団体の執行機関の判断に裁量権の範囲の逸脱や濫用があったか否かによって決せられるべきであると判示した。これによれば、今後、損失補償契約の効力は、財政援助制限法3条それ自体ではなく、地方公共団体の裁量権の範囲の逸脱・濫用の観点から判断されることになる。しかし、その判断においても、損失補償契約という契約自体の考察が不要になるわけではなく、むしろ損失補償契約の内容・法的性質は、その判断の重要な前提となり基礎となると考えられる。最高裁判決の補足意見が、損失補償契約について積極的に論及をするのは、この点を表すものといえる。ところが、その補足意見においても、損失補償契約に補充性がないことが保証契約との相違とされるなど、従来の判例・学説に対するのと同種の疑問を、依然として数多く向けることができる。

そこで、本稿は、損失補償契約の法的性質に関する議論を中心に、民法の保証法理をふまえて検討しようとするものである。この検討の結果は、損失補償契約の適法性・有効性の判断に資すると思われるが、その判断自体は地方自治法や財政援助制限法の解釈に委ねるべきものであり、本稿では対象としない。なお、本稿の検討は、既存の民法理論に依拠してその大

判判批」民商146巻3号333頁以下（2012年）、楠井嘉行・森久恵「最判判批」判例地方自治358号4頁以下（2012年）、小林明夫「最判判批」早法88巻2号245頁以下（2013年）、田村達久「最判判批」地方自治判例百選（第4版）110頁以下（2013年）、田中良弘「最判判批」自治研究89巻9号141頁以下（2013年）。また、判決を契機とする文献として、松井秀樹「第三セクター融資の未来予想図」金法1935号30頁以下（2011年）、伊藤真「第三セクターの破綻と損失補償契約の取扱い」金法1947号31頁以下（2012年）、宇賀克也「判例で学ぶ行政法～第13回、第14回」自治実務セミナー2012年11月号43頁以下、12月号40頁以下、秦博美「財政援助制限法三条の趣旨と第三セクターの損失補償契約（一）（二）完」北研49巻1号179頁以下（2013年）、50巻1号179頁以下（2014年）。

半を行うことが可能であるが、十分に知られていない一点については、ドイツ法の理解を参照して補充したい。

II ドイツ法の最終不足額保証

(1) ドイツ法においては、保証の種類の一つとして、最終不足額保証 (Ausfallbürgschaft) が挙げられる (無損失保証 (Schadlosbürgschaft) ともよばれる⁽⁸⁾)。その存在は日本で知られていないわけではないが、十分に理解されているわけでもないと思われる。最終不足額保証とは、保証人が債権者に対し、主たる債務の最終的な欠損 (Ausfall) についてのみ履行する責任を負うものである。また、欠損とは、債権者が適切な注意を払ったにもかかわらず、主たる債務について満足を得られなかった不足額であり、とくに強制執行や他の担保の実行によっても回収できずに残ったものをいう⁽⁹⁾。この最終不足額保証も、主たる債務に付従する一般的な保証の一種であるが、「補充性が強化された保証」であると性格づけられている⁽¹¹⁾。

ドイツ法における保証債務の補充性は、ドイツ民法典 (BGB) 771 条以

(8) 主要な文献として、Horn, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Buch 2, Neubearbeitung 2013 (=Staudinger/Horn), Vorbem zum §§765-778 Rn. 41, §771 Rn. 11-17.; Habersack, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 5, 6. Aufl. (2012) (=MünchKomm/Habersack), §765 Rn. 106-107; Hadding/Häuser/Welter, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts Band III (1983) (=Hadding/Häuser/Welter, Gutachten und Vorschläge), S. 660-661; Bülow, Recht der Kreditsicherheiten, 7. Aufl. (2007), Rn. 1006; Reinicke/Tiedtke, Bürgschaftsrecht, 3. Aufl. (2008), Rn. 147-148.

(9) かつては賠償保証として紹介されていた (我妻・前掲注(5)452頁、西村・前掲注(5)192頁など)。最終不足額保証の概要を紹介するものとして、右近健男編『注釈ドイツ契約法』652頁 (鶴井俊吉) (三省堂、1995年)、椿久美子「外国の法人保証 (4) ～ドイツにおける法人保証」椿寿夫・伊藤進編著『法人保証の研究』261-265頁 (有斐閣、2005年) がある (最終不足額支払保証という語が用いられている)。

(10) こうした理解は判例でも一般的である。BGH WM 1989, 559, 561; BGH WM 1978, 1267, 1267-1268; BGH WM 1992, 1444, 1445; BGH WM 1998, 976, 979; BGH NJW 1999, 1467, 1469-1470; BGH WM 2002, 1645, 1646; BGH WM 2012, 930, 932.

(11) Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts Bd. 2 Halbbd. 2, 13. Aufl. (1994), S. 14; Staudinger/Horn Vorbem zum §§765-778 Rn. 41, §771 Rn. 11, 14; Reinicke/Tiedtke, Bürgschaftsrecht (Fn. 8), Rn. 147; BGH WM 1989, 559, 561; BGH WM 2012, 930, 932.

下に示されている。⁽¹²⁾BGB771 条（先訴の抗弁権）は、保証人は債権者が先に主たる債務者に対し強制執行して成果がないときまで履行を拒むことができるとする。ただし、主たる債務が金銭債務である大多数の保証の場合は、BGB772 条（債権者の執行及び換価義務）により、債権者は主たる債務者の住所にある動産（のみ）に対し強制執行し、また、主たる債務者の動産上に質権等があるときはそれを実行しなければならず、それまで保証人は履行を拒むことができる。ドイツ法において単純保証にはそうした補充性があり、他方、連帯保証には補充性がなく BGB771 条、772 条の適用は排除されるが（BGB773 条 1 項 1 文）、これらと比較すると、最終不足額保証は、単純保証以上に補充性を強化して保証人の責任を欠損に限定するものであり、連帯保証と対極にあるものとして理解される。⁽¹³⁾

最終不足額保証は、とくに連邦・ラント・地方自治体によって経済振興の分野で利用され、それらの主体による保証の多くが最終不足額保証であるといわれる。⁽¹⁴⁾これは、それらの主体による保証等がドイツ基本法等により制限されているため、⁽¹⁵⁾保証人の負担の最も少ない最終不足額保証が選択されるからである。ただし、最終不足額保証は一般にも利用されることがあり、賃借人の債務の保証、抵当権によっても回収できない債務の保証に関する例が挙げられる。⁽¹⁶⁾

(2) 最終不足額保証の保証人が責任を負う欠損の内容は、当該の保証契約とその解釈によって決まる。⁽¹⁷⁾一般には、適切な注意を払って主た

(12) 以下の概要につき、Larenz/Canaris, Schuldrecht II (Fn. 11), S. 13; Medicus/Lorenz, Schuldrecht II, 17. Aufl. (2014), Rn. 1018.

(13) Staudinger/Horn Vorbem zum §§765-778 Rn. 41; Medicus/Lorenz, Schuldrecht II (Fn. 12), Rn. 1025; BGH WM 1998, 976, 979; BGH WM 2002, 1645, 1646; BGH WM 2012, 930, 931.

(14) Staudinger/Horn Vorbem zum §§765-778 Rn. 92, §771 Rn. 11; Reinicke/Tiedtke, Bürgschaftsrecht (Fn. 8), Rn. 147.

(15) Staudinger/Horn Vorbem zum §§765-778 Rn. 92. 連邦についてはドイツ基本法 115 条 1 項に規定があり、この点は、確井光明「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 5 頁（1998 年）にも紹介がある。

(16) Staudinger/Horn §771 Rn. 11.

(17) Hadding/Häuser/Welter, Gutachten und Vorschläge (Fn. 8), S. 660.

る債務の満足を得るための手段（とくに強制執行、他の担保の実行）を
尽くした後の最終的な不足額のみが欠損となる⁽¹⁸⁾。これは、保証契約の内
容として導かれるものであるため、BGB771条、772条の抗弁権が援用
されるまでもなく、債権者は欠損の発生について立証責任を負うとされ
る⁽¹⁹⁾。また、単に欠損が発生したことだけでなく、適切な注意を払ったにも
かかわらず欠損が発生したことを立証しなければならないとされる⁽²⁰⁾。

しかし、欠損について異なる合意をして、補充性の強化の程度を緩める
（その分だけ、保証人の責任を拡大する）ことも可能である⁽²¹⁾。たとえば、
債権者が特定の担保を実行した後の不足額を欠損とするもの、連帯債務者
や他の保証人に対する強制執行後の不足額を欠損とするもの、債務者の特
定の財産に対する強制執行後の不足額を欠損とするものなどがある。これ
らの場合、債権者は主たる債務の回収に関してある特定の手段を講じるこ
とだけが求められ、保証人は最終的な不足額ではなくその特定の手段後に
残った不足額について責任を負うことになる。また、別の例として、支払
停止や破産手続等により主たる債務者が支払不能であることが証明され、
他の担保や財産から僅かな額の回収しか期待できないときは、欠損が確定
されたこととするものがある⁽²²⁾。この場合、債権者は主たる債務の満足を得
るための手段を現に講じる必要はなく、保証人は確定的な不足額ではない
額について責任を負うことになる。さらに、銀行から未返済額が通知され
たときは、遅くとも6か月後にその額で欠損が確定されたこととするもの

(18) Staudinger/Horn §771 Rn. 12-14; MünchKomm/Habersack §765 Rn. 106. また、前出注
(10)の判例も参照。このように欠損を定めていた事案として、BGH WM 1992, 1444.

(19) Staudinger/Horn §771 Rn. 11; MünchKomm/Habersack §765 Rn. 107; BGH WM 2002,
1645, 1646.

(20) Staudinger/Horn §771 Rn. 11; MünchKomm/Habersack §765 Rn. 107.

(21) 以下の例を含め、Staudinger/Horn §771 Rn. 14; MünchKomm/Habersack §765 Rn. 106;
Trapp, Ausfallbürgschaften im Kommunalkreditgeschäft, WM 1999, 301, 302. Vgl. auch BGH
WM 2012, 930, 931-932.

(22) BGH NJW 1999, 1467 の事案では、保証人は主たる債務者の支払不能のときに譲渡担保
から満足を受けられない債権について責任を負う旨の条項があった。

(23) BGH WM 1998, 976, 977.

もある。⁽²⁴⁾ここに至っては、補充性の強化はかなり緩められ、債権者が一定期間の経過（とその間の主たる債務者による返済）を待つことだけが補充性の実質的内容であり、保証人はその期間の経過後は未返済額のすべてについて責任を負うことになる。⁽²⁵⁾

(3) 最終不足額保証では補充性が強化され、一般には、保証人は最終的な不足額のみを欠損として責任を負うが、この特徴は求償の場面でも維持される。

ドイツ法において共同保証人は、債権者に対しそれぞれ連帯債務者として責任を負い（BGB769条）、その相互間については連帯債務の規定が適用される（BGB774条2項）。このため、共同保証人は相互に負担部分に従って求償することができ（BGB426条1項）、債権者が有していた権利について法定移転（日本法にいう弁済による代位に当たる）を受けることができる（2項）。しかし、最終不足額保証は他の通常の保証に劣後する担保であって同列ではなく、あたかも副保証のような位置づけになるため、⁽²⁶⁾通常の保証とは共同保証の⁽²⁷⁾関係に立たないと解される。この結果、最終不足額保証の保証人は、債権者に弁済しても通常の保証人に対し共同保証人として直接に求償できないことになる。たしかに最終不足額保証の保証人は、債権者が有していた権利の法定移転を受けることはできる（BGB774条1項）から、それにもとづいて通常の保証人に対し保証債務の履行を請求すれば実質的に求償となるが、債権者の権利に抗弁が付着している場合も考えられる。このため、通常の保証人は相互に共同保証人として直接の求償ができるのに対し、担保として劣後するはずの最終不足額保証の保証人は、求償の場面ではかえって不利な扱いを受けることになる。

そこで、こうした帰結を避けるため、BGB774条2項と426条1項の類

(24) BGH WM 1998, 976, 977.

(25) なお、BGH WM 1998, 976, 977の事案では、この条項が約款で定められていたため、最終不足額保証の趣旨に著しく反して不意打ち条項（現行のBGB305c条）に当たるとされ、効力が否定された。

(26) MünchKomm/Habersack §769 Rn. 3.

(27) Staudinger/Horn §771 Rn. 11 ; MünchKomm/Habersack §769 Rn. 3 ; BGH WM 2012, 930, 931.

推適用にもとづき、最終不足額保証の保証人は通常の保証人に対し直接の求償権を有することが認められている⁽²⁸⁾。他方、通常の保証人にはこの類推適用は認められず、最終不足額保証の保証人に対し直接に求償することは否定される⁽²⁹⁾。このとき、通常の保証人も債権者が有していた権利の法定移転を受けることはできる（BGB774条1項）ものの、最終不足額保証の責任は欠損に限られ、通常の保証人が債権者に弁済したとすれば欠損は残らないはずであるから、最終不足額保証の保証人に対し保証債務の履行を請求する余地はないことになる。このように、最終不足額保証の補充性の強化という特徴は、債権者との関係においてだけでなく、他の通常の保証人との求償の関係においても積極的に尊重されているといえる。

(4) 以上の最終不足額保証に関する検討から、次の点を指摘できるように思われる。第一は、保証の理論的原型である単純保証には補充性があり、連帯保証はその補充性を排したものであるが、最終不足額保証のように補充性を強化することも考えられるということである。しかも、補充性の強化の仕方ないし程度には様々なものがあり、最終的な不足額のみを欠損として責任を負うことを上限としながら、その強化を緩めて保証人が責任を負うケースを拡大することもありうる（前述(2)参照）。こうした発想は、これまで日本法では十分に認識されていなかったものといえる。第二は、そのことと関係するが、補充性は必ずしも固定的な内容をもつ性質ではないと考えられるということである。ドイツ法において単純保証の補充性は先訴の抗弁権（前述(1)参照）として現れ、日本法では催告・検索の抗弁権として現れるが、両者の内容自体に少なからず相違がある。単純保証の補充性をどのような内容として具体化するかは、各法制において決定可能であり、特定の内容に固定されるわけではない。そして、補充性は、単純保証の補充性を原型とし、それを欠く連帯保証とそれを強化した最終不足

(28) 以上の詳細につき、Staudinger/Horn §771 Rn. 11; MünchKomm/Habersack §769 Rn. 3; BGH WM 2012, 930, 932.

(29) Staudinger/Horn §771 Rn. 11; MünchKomm/Habersack §769 Rn. 3; BGH WM 2012, 930, 932.

額保証を両極として、当事者の合意によってその両極の幅のなかで具体化されることが可能であると考えられる（補充性概念の相対化とよぶことができるであろう⁽³⁰⁾）。このような理解によれば、補充性は、主たる債務者が履行しないときに保証人が責任を負うことと一般に定義されるように、保証債務が主たる債務に対し補充的關係に立つという性質を抽象的に指すものであり、またそれにとどまるように思われる。

Ⅲ 損失補償契約の法的性質に関する議論

1 議論の状況

一般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失を被ったときに、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⁽³¹⁾」ものとされる。安曇野事件訴訟の時期以降において、この損失補償契約の法的性質が保証との関係でどのように理解されているかをみると、まず、損失補償契約の全部（ないし大半）が保証であるとする見解は主張されていないと思われる。これに対し、損失補償契約の全部（ないし大半）は保証ではないとする見解は有力に主張され、東京高裁判決、最高裁判決（とくに補足意見）もこれに属するとみられる⁽³²⁾。しかし、最近、より有力であるのは、損失補償契約の一部は保証（ないし保証類似のもの、実質的に保証）であり、一部は保証ではないと

(30) ここでの補充性の理解を前提にすると、単純保証の補充性を（すべて放棄するのではなく）緩和することも考えられる。日本法において催告の抗弁権のみを放棄することや、検索の抗弁権による強制執行の対象を主たる債務者の特定の財産に限定することなどは、補充性の緩和に当たるであろう。

(31) 長野士郎『逐条地方自治法（第12次改訂版）』599頁（学陽書房、1995年）、松本英昭『新版逐条地方自治法（第7次改訂版）』673頁（学陽書房、2013年）。

(32) 学説としては、阿多・前掲注(4)6頁、南川・前掲注(4)71頁、高安・前掲注(7)31-32頁、田村・前掲注(7)111頁。少し時期を遡ると、横浜地裁判決・前出注(1)の評釈において、田中孝男「判批」速報判例解説1号48頁（2007年）、小磯武男「判批」金法1823号64頁（2008年）、さらに、関沢正彦「地方公共団体の損失補償契約と財政援助制限法」金法1816号5頁（2007年）、三橋良士明「第3セクターの資金調達に関する損失補償について」ジュリ1366号14頁（2008年）。

する見解であると考えられる。これには、損失補償契約についてそうした2種類の存在を指摘するものと⁽³³⁾、より具体的に、損失補償契約について不履行債務即時補填型と回収不能額確定時補填型⁽³⁴⁾、または、返済不能額不確定型と返済不能額確定型の区別を指摘し、それぞれの後者の型式は保証ではないと論じるものがある。損失補償契約と保証の關係に言及がないのは稀であるから、以上によれば、損失補償契約の全部または一部は保証ではないとするのが、現在の大方の議論といえる。そして、保証ではないとする場合、その損失補償契約の法的性質としては（必ずしも言及されるわけではないが）損害担保契約であるとする理解が多いと思われる⁽³⁶⁾。

損失補償契約の全部または一部は保証ではないとされる場合、何らかの根拠が示されるのが通常である。そうした根拠には様々なものがあり、以下、保証ではないとされる根拠のそれぞれについてその当否を検討したい。

2 損失補償契約の性質等を根拠とするもの

(1) 損失補償契約には補充性がないことが、保証ではないという根拠の1つとされることがある。保証における補充性は、具体的には、保証人が催告・検索の抗弁権を有することを指し、また、債権者がそれに応じて請求や執行をすることを怠ったために弁済を受けられなかった限度で保証人が責任を免れることを指す（453条）。そして、連帯保証はこうした補充

(33) 田中良弘・前掲注(7)150頁、宇賀・前掲注(7)12月号43-44頁は、これに該当すると思われる。少し時期を遡ると、確井・前掲注(15)7-8頁。

(34) 池田辰夫ほか座談会「自治体が絡む事業再生案件への対処」判タ1308号23頁（中井康之発言）（2009年）、鬼頭・横山・前掲注(2)6-8頁。伊藤真・前掲注(7)39-40頁も、結論部分はこれに近いと思われる。もともと横浜地判平成18・11・15判タ1239号193頁に、基本的な発想が示されているとの指摘がある。松井・前掲注(7)37頁参照。

(35) 伊藤達哉・前掲注(4)35-36頁。

(36) 確井・前掲注(15)8頁、田中孝男・前掲注(32)48頁、池田ほか・前掲注(34)23頁（小久保孝雄発言）、鬼頭・横山・前掲注(2)8頁、高安・前掲注(7)31-32頁、伊藤真・前掲注(7)33頁、田村・前掲注(7)111頁。

(37) 東京高判平成22・8・30判時2089号33頁、最判平成23・10・27判時2133号8頁（補足意見）、伊藤達哉・前掲注(4)37頁、高安・前掲注(7)32頁、田村・前掲注(7)111頁、宇賀・前掲注(7)12月号43頁、松井・前掲注(7)33頁。

性を欠くことが最大の特徴である（以上、前述1参照）。連帯保証も保証であるのは当然であり、実務上最も重要な保証として多用されているのは周知の通りである。したがって、補充性がないことは、保証ではないとする根拠には全くなりえないと言わざるをえない。^{(38) (39)}

(2) また、損失補償契約には随伴性がないことが、保証ではないという根拠の1つとされることもある。保証における随伴性とは、主たる債務に係る債権が債権譲渡等により移転する場合、保証債務に係る債権もそれとともに移転することを指す。⁽⁴¹⁾しかし、これは原則であり、⁽⁴²⁾保証契約において随伴性を否定する合意をすることは可能である。保証人が当初の債権者に対してのみ責任を負い、主たる債務に係る債権が譲渡された場合の譲受人に対しては責任を負わないものとするためには、そうした合意が必要となる。しかし、その合意によって保証という法的性質が失われるわけでは^{(43) (44)}ない。このため、随伴性がないことも、保証ではないとする根拠にはなら

(38) 損失補償契約に補充性がないことは当然の性質のように論じられているが、その根拠は必ずしも明らかではない。たしかに、損失補償契約の実例として催告・検索の抗弁権を認めるものはないのであろうが、損失補償契約においてそれに相当する抗弁権を定めることは理論上可能である。したがって、もともと補充性の有無は、損失補償契約の契約内容次第ということではないと思われる。

(39) ドイツにおいても保証と損害担保契約は対比され、損害担保契約には原則として補充性はないとされている。しかし、担保すべき損害の定義の仕方によって、債権者に対し先に債務者に請求や執行をすべきことを義務づけることは可能であるとされる。Staudinger/Horn Vorbem zum §§765-778 Rn. 213.

(40) 田村・前掲注(7)111頁、松井・前掲注(7)33頁。

(41) 我妻・前掲注(5)451頁、西村・前掲注(5)197-198頁、205頁〔西村〕、奥田・前掲注(5)382頁、中田・前掲注(5)481頁。

(42) 西村・前掲注(5)197-198頁、205頁〔西村〕、奥田・前掲注(5)382頁。

(43) 根保証に関してであるが、最判平成24・12・14民集66巻12号3559頁は、「被保証債権を譲り受けた者は、その譲渡が当該根保証契約に定める元本確定期日にされた場合であっても、当該根保証契約の当事者間において被保証債権の譲受人の請求を妨げるような別段の合意がない限り、保証人に対し、保証債務の履行を求めることができるというべきである」とする。これは、根保証の主たる債務の範囲に含まれる個別の債権が元本確定期日に譲渡された場合に、保証債務に係る債権もそれに随伴して移転することを認めるものであり、それとともに、随伴性を排除して根保証の相手方を固定する「別段の合意」ができるとの理解を示すものである。

(44) ドイツにおいても保証には随伴性が認められるが、合意によってそれを排除することが

ないと考えられる。⁽⁴⁵⁾

(3) さらに、損失補償契約にもとづく責任の範囲は限定されることがあり、これも保証ではないという根拠の1つとして挙げられることがある。⁽⁴⁶⁾ 責任の範囲の限定とは、損失の全部ではなく、その一部、一定の割合、または一定額に限って責任を負うこととされる。しかし、保証について一部保証が可能であり現実に存在することは明らかである。⁽⁴⁷⁾ 一部保証とは、通常、一定の割合や一定額の定めに従って主たる債務の金額の一部を保証するものをいうが、主たる債務の種類の一部に限って（元本債務のみとし利息債務を除外するなど）を保証するものも、保証契約の合意として十分に可能である（後述3(1)も参照）。したがって、金額的ないし種類の一部に責任の範囲を限定することも、保証ではないという根拠にはなりえない。⁽⁴⁸⁾

(4) 損失補償契約にもとづく損失補償債務が損失発生等の事由を停止条件とする債務であることが、保証ではないという根拠の1つとされることがある。⁽⁴⁹⁾ これは、保証債務は保証契約の成立時に発生するが、損失補償債務は停止条件の成就時に発生し、これにより保証契約と損失補償契約の法的性質は異なるとするものである。しかし、損失補償債務が停止条件付き債務であるかどうかを措くとしても、⁽⁵⁰⁾ この見解にも大きな問題がある。

できるとされる。Staudinger/Horn §765 Rn. 243; MünchKomm/Habersack §765 Rn. 52.

(45) 損失補償契約に随伴性がないことも（補充性の場合と同様に（前出注（38）参照）当然の性質のように論じられているが、やはりその根拠が明らかにされているわけではない。ここでも、実例として債権者は債権譲渡等をすることがないか、あったとしても個別に協議することが想定されているのであろう。しかし、随伴性が付従性の帰結だとすれば（前出注（41）の各文献参照）、まず付従性の有無を論じる必要があるといえる（後述4参照）。

(46) 阿多・前掲注（4）6頁、南川・前掲注（4）69頁、宇賀・前掲注（7）12月号43頁、三橋・前掲注（32）13頁。

(47) 我妻・前掲注（5）467頁、西村・前掲注（5）191頁〔西村〕、奥田・前掲注（5）392頁、中田・前掲注（5）490頁。

(48) この点は、すでに横浜地裁判決・前出注（1）94頁が指摘していたところである。

(49) 伊藤真・前掲注（7）34頁、36頁、39頁。また、小磯・前掲注（32）64頁、三橋・前掲注（32）13頁。

(50) 損失補償債務を停止条件付き債務と解することは可能であろうが、それが必然的かどうかは疑わしい。損失補償契約の成立時に損失補償債務が発生すると解しても、債務者の不履行（具体的には履行期の徒過）がなければ債権者に損失は発生しないはずであり（後述

保証債務が保証契約の成立時に直ちに発生するかどうかは保証契約の内容次第であり、保証債務の発生を停止条件の成就にかからしめることに、理論上支障はないからである。たとえば、主たる債務者が3か月以上任意に弁済しないこと、債権者が主たる債務者の主要な財産に強制執行をすること、債権者が主たる債務のための抵当権を実行することなど、多様な事象をそれぞれ停止条件の内容とすることが考えられる⁽⁵¹⁾。このとき、保証債務はそれらの停止条件の成就時に発生すると解すべきことになるが、これにより保証という法的性質が失われるわけではない⁽⁵²⁾。条件は期限とともに法律行為の付款にすぎず、それが付されることで契約本体の法的性質が変異することは一般的に考えられない。したがって、損失補償債務が停止条件付きであるとしても、保証ではないという根拠にはならないと言わなければならない。

なお、先の見解は、損失補償契約が「損失発生等の事由」を停止条件とする点に着目しているようにもみえる。しかし、付款である停止条件の有無が保証の法的性質に影響しない以上、停止条件の内容がどのような事象であるかによって法的性質が変化すると解するのも、理論的に難しい。むしろ、先の見解は、損失補償契約が停止条件付き債務を発生させる点ではなく、「損失の補償を内容とする債務」を発生させる（そして、それは停止条件付き債務である）点に注目し、それをもって保証とは異なるという根拠にするものと理解すべきであろう（この点の検討は、後述3参照）。

(5) 損失補償契約について指摘される以上のような性質等は、いずれも

3も参照)、損失補償債務の履行請求等に特別な違いが生じることはないといえる。保証においても保証契約の成立時に保証債務は発生するが、保証人は主たる債務者の不履行のときに責任を負うにすぎず、これと同様の枠組みで損失補償債務を理解することは十分可能であると考えられる。

(51) これらの事象は、ドイツ法の最終不足額保証における欠損の定め方（前述Ⅱ(2)参照）を参考にしたものであり、停止条件として定める実際的な意味があると思われる。

(52) ドイツ法においても、保証債務に停止条件を付すことは当然に可能であると考えられている。Staudinger/Horn §765 Rn. 128. また、最終不足額保証については、保証人が欠損の発生を停止条件として責任を負うものであるとの理解もみられる。Staudinger/Horn §771 Rn. 11.

保証ではないという根拠として不適切であると考えられる。それらの性質等が根拠になりうる誤解された原因は、最も単純なタイプの保証（いわば教科書的な保証）だけが念頭におかれ、そのみが損失補償契約との比較の対象にされたことであろう。しかし、保証に単純保証・連帯保証の区別があるのは当然として、それに限らず当事者の契約合意にもとづいて多様な内容の保証を形成することが可能であり、そうした保証をも考慮に入れて法的性質を論じる必要があったといえる。

3 損失補償契約の「損失を補償するという内容」を根拠とするもの

(1) 損失補償契約が損失の補償を内容とすることが、保証ではないという根拠の1つとされることがある。保証債務の内容は主たる債務と同一性があり、主たる債務の元本・利息・損害賠償に及ぶが、損失補償債務にはそうした同一性がなく、損失の定め方によって債務の内容は多様なものになると説く見解は、それを根拠としていえると考えられる。しかし、一部保証として、保証債務の内容を主たる債務の金額の一部に限定することは、従来から可能とされている（前述2(3)参照）。また、保証債務が主たる債務に関する利息・損害賠償等の従たるものに及ぶとする447条1項は、保証債務の内容の解釈基準を示したものにすぎず、⁽⁵⁴⁾保証債務の内容は、主たる債務より重くならない限り、保証契約によって自由に定めることが可能とされている。⁽⁵⁵⁾このため、保証契約において保証債務の内容を主たる債務の種類の一部に限定する（元本債務のみとする、元本債務と利息債務のみとするなど）こと等も可能である。したがって、保証債務の内容が主たる債務と同一性があるという理解は、447条1項に従った単純なタイプの保

(53) 東京高判平成22・8・30判時2089号33頁、最判平成23・10・27判時2133号8頁（補足意見）、伊藤真・前掲注(7)34頁、池田ほか・前掲注(34)22頁（阿多博文発言）、南川・前掲注(7)69頁、三橋・前掲注(32)13頁。

(54) 我妻・前掲注(5)467頁、西村・前掲注(5)224頁〔中井美雄〕、奥田・前掲注(5)392頁、中田・前掲注(5)490頁。

(55) 我妻・前掲注(5)464頁、西村・前掲注(5)191頁〔西村〕、奥田・前掲注(5)390頁、中田・前掲注(5)490頁。

証を念頭におくものにすぎず（前述2(5)も参照）、先の見解はその前提において不適切であるといえる⁽⁵⁶⁾。

(2) もっとも、保証契約で自由に定めることができるとはいえ、保証債務の内容は、主たる債務の金額の一部や種類の一部のように、何らかの方法で限定された主たる債務の一部になるであろう。このため、保証債務の内容は「主たる債務の全部または一部と同一性がある」という理解であれば⁽⁵⁷⁾、先の見解の前提として成り立つと考えられる。しかし、そうすると、損失補償債務にはそうした同一性がないという理解が重要になるが、その当否はかなり疑わしいとみられる。

損失補償契約は融資をした金融機関に生じた損失を補償するものであるから、そこで想定されている損失とは、貸金債務とそれに関する利息・遅延損害金等の従たるものの不履行額であろう⁽⁵⁸⁾。そうした不履行額以外の損失を観念するのは難しく、実際のところ、損失補償契約は保証ではないとするいずれの見解においても、不履行額以外の損失の内容を具体的に指摘するものは見当たらない。また、仮に不履行額以外の損失が存在しうるとしてもそれは損失のごく一部にすぎず、損失の大部分が不履行額であることは否定できないであろう。あるいは、仮に損失に何らかの独自の定義を与えることができたとしても、その具体的な算定においては不履行額を基礎にするほかないと考えられる。

このようにみると、損失は不履行額と実質的に一致するというにとどまらず、結局、損失補償契約における損失とは不履行額のことであり、不履行額のことを「損失」と呼んでいるにすぎないと言うべきである。した

(56) なお、保証債務と主たる債務の同一性は、通常、こうした文脈ではなく、保証債務は不代替的給付を目的とする債務を主たる債務とすることができるかという問題において論じられる（議論の状況につき、中田・前掲注(5)488-490頁）。しかし、損失補償契約は債務者が貸金債務を負う場合に関するものであるから、このような意味での同一性の議論とは無関係であることを確認しておきたい。

(57) 伊藤真・前掲注(7)34頁は、このような理解である。

(58) 鬼頭・横山・前掲注(2)6-7頁は、各裁判例における損失とは、貸付金の回収不能な元本・利息・遅延損害金であることを明確に指摘している。この裁判例における事実は重く受けとめる必要があると考えられる。また、碓井・前掲注(15)8頁も参照。

がって、損失（の大部分）が不履行額であることを直視する限り、損失補償債務の内容は貸金債務とそれに関する利息・遅延損害金等の従たるものの全部または一部と同一性があると認めざるをえず、このため、損失補償契約が損失の補償を内容とすることを根拠に保証ではないと主張することは、困難であると考えられる。これまでも、損失補償契約の一部の型式（主に不履行債務即時補填型、返済不能額不確定型。前述1参照）は、保証と同等ないし近似するとの指摘がみられたが⁽⁵⁹⁾、その基礎には、補填される損失が保証における主たる債務の内容と共通するとの理解が当然にあるといえる。

(3) また、最近の有力な議論においては、損失補償契約の一部の型式（主に回収不能額確定時補填型、返済不能額確定型。前述1参照）は、単に損失の補償を内容とすることではなく、回収不能であると確定された残額を損失として補償する内容であることが、保証ではないという根拠の1つとされることとなる。しかし、その残額の元となる全額とは、やはり貸金債務とそれに関する利息・遅延損害金等の従たるものの不履行額（前述(2)における損失と同様）であろう。その型式の「回収不能」「返済不能」という名称も、金融機関の融資を念頭にそのことを示していると考えられる。そうすると、この型式の特徴は、より正確には、回収不能であると確定された「不履行額の残額」を損失として補償することにあるといえる（なお、回収不能であると確定されることを停止条件として損失補償債務が発生すると解されることもあるが、この点については前述2(4)参照）。何をもって回収不能な額とするかは、個々の契約によって異なるとみられる。この点についての各見解の説明は様々であり、担保権の実行や法的整理手続への参加などによって一定額を回収した後の残額とするもの⁽⁶¹⁾、担保権の

(59) 鬼頭・横山・前掲注(2)7頁、池田ほか・前掲注(34)23頁（中井発言）、伊藤達哉・前掲注(4)37頁、秦・前掲注(7)(二)194頁、三上・前掲注(4)51頁。また、伊藤真・前掲注(7)37頁、宇賀・前掲注(7)12月号43頁、松井・前掲注(7)34頁にも、こうした指摘に近いものがうかがえる。

(60) 前出注(34)(35)の文献参照。

(61) 伊藤真・前掲注(7)39頁。池田ほか・前掲注(34)23頁（中井発言）も、債権について最

実行などの回収努力をした後の残額とするもの、執行不能や倒産等のため担保権の実行以外に回収が望めなくなった時の残額とするものなどがある。⁽⁶³⁾

一見すると、このように回収不能と確定された残額を補償することは、保証とは異なる特徴のようにみえる。しかし、単純保証において保証人が催告の抗弁権を行使した場合、債権者は主たる債務者に請求しなければならず、保証人は主たる債務者がそれに応じて任意弁済した残額について責任を負い、また、とくに検索の抗弁権を行使した場合は、債権者は少なくとも主たる債務者の執行容易な財産に対し強制執行する必要がある⁽⁶⁴⁾、保証人はその強制執行により回収された後の残額について責任を負うことになる。つまり、保証の理論的原型である単純保証には、債権者による請求や執行容易な財産への強制執行という回収手段（また、それによる一定の額の回収）という段階に至って、その時点の残額につき保証人の責任が具体化するという構造が、もともと組み込まれているといえる。したがって、保証人が単に主たる債務の不履行があった段階で直ちにその全額の責任を負うのではなく、債権者の回収が一定の段階に至ったときにその時の残額について責任を負うとするのは、保証という法的性質に何ら反しないと考えることができる。そして、当事者の特約により、たとえば検索の抗弁権の内容として、債権者が先に債務者の不動産に強制執行すべきことを追加したり、動産に強制執行することを不要とすることに理論的な障害はないから、ある特定の段階だけをそうした段階となしうるわけでもないといえる。むしろ、主たる債務の不履行があった即時の段階から、ドイツ法の最終不足額保証のように（前述Ⅱ(1)参照）、債権の回収手段を尽くした後の最終的な段階までの間で、保証人の責任が具体化する段階を当事者が任

大の回収を行った残額とする。伊藤達哉・前掲注(4)42頁は、再建型倒産手続をとる場合につき、再生計画の効力が発生した時に残額が確定するとする。

(62) 鬼頭・横山・前掲注(2)7頁。

(63) 松井・前掲注(7)37頁、大場・前掲注(4)93頁。

(64) 検索の抗弁権の行使には、主たる債務者に執行容易な財産があることを証明する必要があること、また、執行容易な財産とは何かにつき、我妻・前掲注(5)479-480頁、西村・前掲注(5)251-252頁〔明石三郎〕、奥田・前掲注(5)400頁、中田・前掲注(5)497-498頁。

意に定めることができると解せられる。言い換えれば、催告・検索の抗弁権に示される補充性を、連帯保証のように完全に排除することも、ドイツ法の最終不足額保証のように様々に強化することも、またそれらの中間的な内容にすることも、保証の枠内において十分に可能であると考えられる。

(4) このようみると、損失補償契約のうち回収不能であると確定された残額を補償するという型式は、保証と相容れない特殊性をもつわけではないといえる。その型式においては、損失補償債務が債権者が所定の回収手段を講じた段階に至って具体化すること、つまり、損失補償債務が債務者の貸金債務に対し強い補充的性格を有することが定められているにすぎないと考えられる。なお、損失補償契約のうち債務者の不履行から数か月等の一定期間が経過した時の損失を補償するという型式については、様々な位置づけが与えられている⁽⁶⁵⁾が、これまでの視点からすると、その期間内に債務者が何らかの任意弁済をすることを期待し、その残額について損失補償債務を具体化させるものであり、かなり弱い補充的性格をもつものと理解することができるであろう。

4 損失補償契約に付従性がないことを根拠とするもの

(1) 損失補償契約には付従性がないことが、保証ではないという根拠の1つとされることがある⁽⁶⁶⁾。保証には主たる債務に対する付従性があり、損害担保契約は主たる債務の存在を前提とせず付従性を欠くとして、両者を対比するのが従来の一致した理解である⁽⁶⁷⁾。このため、損失補償契約に付従

(65) 不履行債務即時補填型、返済不能額不確定型（ないしそれに近いもの）と位置づけるのは、鬼頭・横山・前掲注(2)7頁、宇賀・前掲注(7)12月号43頁、伊藤達哉・前掲注(4)37頁、三上・前掲注(4)51頁。これに対し、不履行債務即時補填型と回収不能額確定時補填型の中間に位置づけるのは、伊藤真・前掲注(7)37頁、39頁、松井・前掲注(7)36頁。

(66) 東京高判平成22・8・30判時2089号33頁、最判平成23・10・27判時2133号8頁（補足意見）、伊藤達哉・前掲注(4)37頁、高安・前掲注(7)32頁、田村・前掲注(7)111頁、宇賀・前掲注(7)12月号43頁、松井・前掲注(7)33頁。また、三橋・前掲注(32)14頁、田中孝男・前掲注(32)48頁。

(67) 我妻・前掲注(5)452-454頁、西村・前掲注(5)192-193頁〔西村〕、奥田・前掲注(5)380頁、中田・前掲注(5)479頁。

性がないとすれば、保証ではない（むしろ損害担保契約である）という十分な根拠となりうる。

しかし、損失補償契約が主たる債務の存在を前提とせず付従性を欠くということの当否は、かなり疑わしいと考えられる。まず、損失補償契約は、金融機関がその融資に関して被った損失を補償するものであり、少なくとも融資にもとづく債務者の貸金債務の存在自体は前提にしていると言うべきであろう⁽⁶⁸⁾。この点は、損失補償契約の一般的な定義（前述1参照）、損失補償契約の型式に関する不履行債務即時補填型・回収不能額確定時補填型、返済不能額不確定型・返済不能額確定型という名称（前述3(2)(3)参照）にも表れている。もっとも、損害担保契約は、主たる債務の存在を「必ずしも」前提としないだけであって、主たる債務の存在を前提としつつ付従性を欠くものも存在しうるため⁽⁶⁹⁾⁽⁷⁰⁾、損失補償契約が債務者の貸金債務に対し付従性を有するかどうかを、さらに問題にする必要がある。

(2) 損害担保契約の認定は、従来から、当事者が付従性のない独立の債務を負う意思であったかどうかの契約解釈に従うと解されている⁽⁷¹⁾。損失補償契約においても、同様の契約解釈が問題になると考えられる。こ

(68) 損失補償契約の一部についてであるが、鬼頭・横山・前掲注(2)7頁、秦・前掲注(7)(二)194頁。

(69) ドイツでは損害担保契約（Garantievertrag）の一種として、債務者の債務の履行につき責任を負う債権損害担保（Forderungsgarantie）および給付損害担保（Leistungsgarantie）が挙げられ、債務に対する付従性を欠くことが特徴とされる。Staudinger/Horn Vorbem zum §§765-778 Rn. 277; MünchKomm/Habersack Vor §765 Rn. 23; auch Canaris, in: Großkommentar Handelsgesetzbuch, Bankvertragsrecht 1. Teil, 4. Aufl. (1988), Rn. 1105 und 1124.

(70) 日本でも、国際取引において契約の履行を担保したり債務の不履行に備えて銀行が請求払無因保証をすることがある。これはドイツの請求払損害担保（Garantie auf erstes Anfordern; Garantie auf erste Anforderung）に当たり、損害担保契約の一種とされる。したがって、請求払無因保証は、主たる債務の存在を前提としつつ付従性を欠く一例と解することができる。以上につき、江頭憲治郎「請求払無因保証取引の法的性質」金法1395号6頁、7頁（1994年）；Staudinger/Horn Vorbem zum §§765-778 Rn. 249; MünchKomm/Habersack Vor §765 Rn. 27.

(71) 我妻・前掲注(5)453頁、新美育文「損害担保契約」手形334号48頁（1982年）、伊藤進「狭義の保証人以外の人的担保」鈴木祿弥・竹内昭夫編『金融取引法大系第5巻』293頁（1984年、有斐閣）。

れについては、すでに、地方公共団体がそうした付従性のない債務を負う意思であるとは解釈しづらいとの指摘がある⁽⁷²⁾。より具体的にみると、成立に関する付従性を欠くということは、融資の全部または一部の無効・取消しにより貸金債務の全部または一部が不成立となっても、損失補償債務はその全部が有効に成立することを意味する⁽⁷⁴⁾。このとき、貸金債務が不成立のときは金融機関に損失が発生する余地がなく、損失補償債務も成立しないとの理解もありうるが⁽⁷⁵⁾、しかし、貸し渡された金銭の不当利得返還義務は発生するため、その回収に関して損失は観念しうるはずであり、損失補償債務は貸金債務から独立的に成立することになりうると思われる⁽⁷⁶⁾。

また、内容に関する付従性の一側面によれば、それを欠くということは、損失補償債務はその内容・態様において貸金債務より重くなる可能性があることを意味する（保証について448条参照）。損失補償契約の締結当初からは考えにくいとしても、事後的に債権者が貸金債務の全部または一部を免除し、貸金債務のみを相対的に免除する意思であったときは、損失補償債務は貸金債務の限度に縮減せず、免除額も含めた損失全部を補償すべきことになりうる⁽⁷⁷⁾。さらに、内容に関する付従性の他の側面によれば、それを欠くということは、貸金債務の債務者が有する抗弁権を援用できない

(72) 新美・前掲注(71)49頁、石外克喜「保証の種類と特殊の保証」鈴木・竹内編・前掲注(71)250頁（1984年）、碓井・前掲注(15)8頁。また、秦・前掲注(7)(二)195頁も参照。

(73) 付従性の意義については、我妻・前掲注(5)451頁、奥田・前掲注(5)381-382頁、中田・前掲注(5)481頁。

(74) 横浜地裁判決・前出注(1)193頁が指摘するところであり、それが当事者の意思であるとは考えにくいとする。

(75) 鬼頭・横山・前掲注(2)7頁。

(76) なお、保証に関しても、無効・取消しの原因によっては、保証債務が不当利得返還義務にも及ぶことを認める見解もある。星野栄一『民法概論Ⅲ』178-179頁（1978年、良書普及会）、これを支持する系譜として、内田貴『民法Ⅲ（第3版）』344頁（2005年、東京大学出版会）、中田・前掲注(5)486頁。このため、損失補償契約において損失補償債務が不当利得返還義務に及ぶと解したとしても、それは必ずしも保証と異なるという特徴にはならない可能性がある。

(77) 鬼頭・横山・前掲注(2)7頁は、損失補償契約が保証と異なるためには、当事者の合意がこうした趣旨を含むことが必要であるとする。

ことを意味する。このため、債務者に債権者に対する反対債権が存する場合でも、自ら債権者に対し債務者の反対債権による相殺を主張して（保証について457条2項参照）、損失補償債務の対象となる損失の額を減少させることはできないであろう。また、貸金債務が消滅時効にかかった場合でも、自ら債務者の時効援用権を行使することはできず、それを通じて損失補償債務を消滅させることもできないであろう。

(3) 損失補償債務が付従性を欠く場合、以上のような帰結が生じることになる。たしかに損失補償契約の当事者・債務者においてそうした帰結が現実化することは、稀であると思われる。しかし、付従性のない損失補償契約が締結されたと認定するためには、そうした帰結に伴う不利益が理論上生じることを自覚的に受容する明確な意思が必要となり、地方公共団体が果たしてそうした意思を有しているかどうかは疑問である⁽⁷⁸⁾。したがって、損失補償契約が付従性を欠くとすれば保証ではないという根拠になるものの、契約解釈として付従性がない債務を負担する当事者意思を導くのは容易ではないと解すべきである。

なお、このとき、付従性を欠くことによる不利益は、補償されるべき損失が発生していない、回収不能の段階に達していないなどの構成によって回避できる（そのため、地方公共団体は付従性がない債務を負担することにためらいはない）との主張も考えられる。しかし、契約解釈として付従性を否定しつつ、同じく契約解釈に従うはずの損失概念や回収不能概念の操作によって、付従性がある場合と同じ結果を導こうとするのは、議論として歪みがあると思われる。損失補償契約の付従性を否定するのであれば、地方公共団体について詳細な意思解釈を行い、それにもとづいて基礎づけることが必要である言うべきである。

5 損失補償契約は求償や代位ができないことを根拠とするもの

(1) 損失補償契約では当然には求償や代位ができないことが、保証では

(78) 前出注(72)の文献と同様の理解である。

ないという根拠の1つとされることがある⁽⁷⁹⁾。しかし、求償権や弁済による代位が認められるかどうかは、損失補償契約の法的性質を決定した結果として導かれるものであり、損失補償契約の性質決定に先行するものではない。このため、求償や代位ができないことは、損失補償契約が保証とは異なるという性質決定にもとづく相違の1つになることがあるとしても⁽⁸⁰⁾、保証ではないという根拠になるわけではないと考えられる。

(2) このことを確認したうえでなお検討すると、保証人の求償権については459条、462条に規定があるため、それらが根拠のようにみえるが、それぞれの求償権の性質は、委任契約にもとづく費用償還請求権(650条)、事務管理にもとづく費用償還請求権(702条)であり、また、それぞれの求償権の内容も、それらの費用償還請求権と基本的に一致すると理解されている⁽⁸¹⁾。主たる債務者と委託を受けた保証人之间には委任契約があり、保証契約の締結と保証債務の弁済は委任事務の処理に当たり、委託を受けない保証人は、保証債務の弁済により他人のために事務を処理したことになる。このため、保証人の求償権の理論的根拠は、委任契約や事務管理という制度にあり、保証という性質決定自体から直ちに導かれるものではないといえる。また、保証人は事前に求償権を放棄することが可能であり、主たる債務者への贈与の趣旨で保証を引き受けたときも求償権は発生しないと考えられ、保証にとって求償権は不可欠の存在というわけでもない。他方、損失補償契約は委託を受けて締結されるのが通常であろうから、損失補償債務が履行されたときは、求償権条項が存在しなくても、委任契約上の費用償還請求権として当然に求償権を取得すると解せられる。したがって、損失補償契約と保証の相違の1つとして求償権の存否を指摘する

(79) 損失補償契約では求償や代位ができないとするものとして、東京高判平成22・8・30判時2089号33頁、最判平成23・10・27判時2133号8頁(補足意見)、鬼頭・横山・前掲注(2)7頁、伊藤達哉・前掲注(4)37頁、高安・前掲注(7)31-32頁、楠井・森・前掲注(7)7頁、松井・前掲注(7)33頁、宇賀・前掲注(7)12月号43頁。

(80) 前注の各文献は、これを指摘するものとも解しうる。

(81) 我妻・前掲注(5)487-488頁、西村・前掲注(5)272頁、280-281頁〔中川淳〕、奥田・前掲注(5)403頁、中田・前掲注(5)500頁。

ことは、適切ではないと考えられる。

(3) 保証人が保証債務を弁済した場合、弁済による代位（法定代位）（500条）が認められる⁽⁸²⁾。保証人は自分の保証債務を弁済するのではあるが、それによって主たる債務も消滅するためその弁済という実質を有し⁽⁸³⁾、また、保証人は自ら債務を負っているため弁済をするについて正当な利益を有するからである。ただし、保証人に求償権がなければ（前述(2)参照）その実現を確保するための弁済による代位はできず、また、代位しない旨の特約を結ぶことも可能であり、保証にとって弁済による代位も不可欠の存在というわけではない。他方、損失補償契約に関しては、損失補償債務の履行が貸金債務の弁済という実質を有するかどうかを問う必要がある。損失補償債務の履行によって債権者の損失が填補されると、その結果、貸金債務も目的到達により消滅すると解すべきであると思われるが、この関係から弁済の実質を導けるとすれば、弁済による代位が認められる余地がある⁽⁸⁴⁾。そして、その場合、自ら損失補償債務という債務を負っているため正当な利益を有するものとされ、法定代位ということになる。これは必然的な解釈とはいえないが、損失補償契約では当然には弁済による代位ができないとの理解も、必ずしも自明のものではないと思われる。

IV 疑問への解答

(1) 安曇野事件訴訟に代表される損失補償契約の法的性質については、その全部または一部が保証ではないとするのが現在の大方の議論であるこ

(82) 我妻・前掲注(5)497頁、奥田・前掲注(5)409頁、中田・前掲注(5)500頁。

(83) こうした説明として、我妻・前掲注(5)249頁、星野・前掲注(76)258頁、内田・前掲注(76)76頁、潮見佳男『債権総論（第4版）』366頁（2012年、信山社）。

(84) 弁済の実質を否定するときは、損失補償債務の履行と貸金債務の消滅は事実上の関係しかない（貸金債務の消滅はいわば偶然の結果として生じる）と説明することになる。なお、その場合でも、損失の填補という履行の内容に着目して、賠償者の代位（422条）の適用ないし類推適用により、債権者の権利に代位すると解釈する余地があろう。損害担保契約に関してこの点を指摘するものとして、伊藤進・前掲注(71)297頁。

とから、本稿では、民法の保証法理をふまえて、保証ではないとされる多数の根拠の当否を順に検討してきた。その結果、それらの根拠はいずれも不当であるか（付従性に関するもの以外。前述Ⅲ 2、3、5 参照）、または不十分である（付従性を欠くとするもの。前述Ⅲ 4 参照）と考えられた。これが本稿の契機となった疑問への解答であり、本稿の検討はここまでである。損失補償契約の法的性質をどのように理解すべきかについては、一定の方向性は見出しうるように思われるが（後述(3)参照）、最終的には具体的な損失補償契約の分析・解釈に依拠すべきであり、また、損失補償契約の適法性・有効性は地方自治法や財政援助制限法等の解釈に委ねるべきであろう。

(2) それにしても、財政援助制限法 3 条が、保証契約を明示してそのみを禁止しているのは不幸に感じられる。保証という明示がなければ、損失補償契約が財政援助制限法の趣旨に反するかどうかを端的に議論され、また、保証契約以外の他の財政援助となる契約も明示されていれば、損失補償契約がどれに該当するかしらないかがより柔軟に議論されたのではないかと思われる。しかし、財政援助制限法 3 条の規定のもとでは、保証はすべて禁止され、かつ、保証のみが禁止されるという理解に傾斜するのはやむを得ないところである。その結果、損失補償契約の適法性・有効性の議論は、保証ではないという「特徴探しの作業」が中心となり、損失補償契約の解釈として果たして必然的な特徴であるのか、保証と本当に相容れない特徴であるのかという観点からの検証が、手薄になった推察することができる。

(3) 本稿の検討をふまえると、損失補償契約が保証と異なるという十分な根拠はないことから、むしろ保証の一種として理解する方向が自然に感じられる。⁽⁸⁵⁾ その場合、損失補償契約は、保証や損害担保契約、単純保証や連帯保証のような、理論的特徴にもとづく契約の理論類型ではなく、契約

(85) 最判平成 18・2・7 民集 60 卷 2 号 480 頁は、当事者が買戻特約付売買契約の形式をとったのに対し、その法的性質は譲渡担保であると認定した。これは、契約の性質決定が、当事者の選択した型式や表現等に拘束されないことを示すものといえる。

の現実類型として位置づけることが考えられる。契約の現実類型とは、現実に利用されている契約関係において、その頻度・重要性・法的な特徴等からみて定型化されているもので、取引実務・慣行において反復利用される過程で、社会的に一つの類型として生成してきたものとされる⁽⁸⁶⁾。これに依拠すると、損失補償契約は、主として地方公共団体による保証の現実類型であり、その債務の内容として損失を補償するとの表現がとられ、一定の回収方法や回収時期を経た後の主たる債務の残額についてのみ責任を負うというかたちで補充性を強化するか、上限額を定めて責任の範囲を限定するという特徴を有するものとなろうか。そして、このような整理を行うことで、この保証の現実類型は、財政援助制限法3条の保証契約には含まれないと解したり、同条に違反するが無効ではないと解することの手がかりが得られるように思われる。

(86) 北川善太郎『民法講要Ⅳ（第3版）』109頁、153頁（2003年、有斐閣）。

(87) 財政援助制限法3条の保証契約と民法上の保証契約を同義に解する必要はないという問題提起として、三橋・前掲注(32)14頁。前掲注(33)(34)の文献による型式の区別は、こうした現実類型を抽出する試みといえる。