

平成 20 年 4 月 15 日

事業実施プロセスに関する WG 委員、専門委員各位
民間資金等活用事業推進室御中

美原 融
(専門委員)

資料 3-1、4-1、5-1 に関するコメント提出の件

下記コメントします(尚、時間的制約により一部不十分な部分があります。詳細は別途 WG にてご議論の対象とさせていただきます)

記

全般コメント:

- ① 文章全体の構成の中で、一般的な記述・概念と、個別事業分野に関する記述が混在しており、必ずしもまい整理ができていない。参考資料の構成にある、I 事業契約、II 基本協定、III 契約例とするならば、個別分野に関する記述は「事例」であろうし、これらを混在する形で一般化する内容記述には違和感がある。一般論と個別事例を整理して記述しなければ「標準」的たりえないことを理解する必要がある。
- ② 公平性、バランス感覚に欠けた、一方的な概念、表現が散見される。これでは真のパートナーシップとはいえず、表現、文章の在り方を含めて、適切な修正が必要であろう。ガイドラインとは行政の、行政による、行政のための文書ではなく、あるべき方向性と選択肢をあくまでも中立的に記載すべきで、市場の信認を得られない考え方、表現は適切とは判断できない。
- ③ 契約上予め固定された諸条件を見直したり、一部ないしは全部を解除したりする行為は、契約諸条件と経済実態や市場趨勢との間に大きな乖離が生じてしまった場合には、合理的かつ適切な考え方になる。一方これは利害関係者のリスク分担を修正することを意味し、両契約当事者が安易な形で、この調整・見直し概念を契約に取り入れることは、官から民へのリスクの移転、民による合理的なリスク管理という本来 PFI が志向すべき考え方から逸脱し、リスク移転やリスク管理が甘くなる慣行をもたらしかねない側面もあることに留意が必要である。この意味では前提となる考えや判断基準をより詳細に記述する必要があると共に、慎重な検討や行動を促すこ

とが全ての前提になる。「まず見直し、ありき」ではなく、これら観点に配慮したバランスの取れた記述であることが好ましい。

以下、上記全体評価に従い、個別にコメントする。

資料 3-1: 要求水準書の内容変更などに関する解説案に関して

I 要求水準変更に関する規定

- ✓ 「病院の患者数が運営の開始前後で変わる」云々は必ずしも適切とはいえない引用事例であり、これでは要求水準とは何かに関し誤解を生じかねない。要求水準の定義のあり方、リスク分担の基本的考え方により要求水準の変更の考え方は変わる（「患者数¹は変わるから変更」では、全てをオープンにする前提になってしまうが、現実には左程単純ではない）。要求水準とは何かの議論を詰めた上でその変更のあり方を議論すべきで、これが無いから唐突感がある。
- ✓ 契約上の取り決めの変更には、要求水準、所掌範囲、業務手法、これに伴う対価の変更や関連する権利義務の変更などがあるが、「変更」には一定の価値判断基準があるべきで、かつこれはリスク分担をどう考えるかにより変わることもある。要求水準を一定にし、これを満たすために所掌範囲や業務手法を変える「変更」もあれば、逆に要求水準を変えることが目的でこれにともない、所掌範囲や業務手法を変える「変更」もある。
- ✓ この意味では単純に「長期契約」であるから、「要求水準を変更することが必要」と断定することもあまりにも物事を単純化する表現になりかねない。長期継続契約とは本来、一定の権利義務関係を契約期間に亘り固定することがその目的でもある。一方、サービスの属性や背景次第では、契約の枠組みを固定しながら、その一部内容を時代や環境の変化に適合させるように修正、変更していくことが合理的な契約のあり方になる。この前提を正確に理解しない限り、①全てが可変という印象を与えれば、官から民へのリスク移転を図るといふ本来の目的から逸脱しうる可能性が生まれると共に、②契約の目的から大きく離れ、(契約上のコミットメントを一方的に破棄して利を得るといふ)モラルハザードが生じる可能性もありうる。一定の価値判断基

¹ 例えば病院の事例でも過去の対象医療診療圏における病床利用数や外来数を評価させ、一定のリスクをとらせるという考えもある。類似的な事象としては利用者数増減リスクをかかえる案件や、時の経過に伴い、趨勢的に処理量逡減が想定される一般廃棄物処理案件などがあるが、『基数が変わる』から『要求水準を変える』ということには必ずしもならない。リスクやサービスの属性、この管理のあり方次第では、一定のリスクを民間事業者が負担したり、一定の範囲内で合理的にリスクを分担したりするメカニズムを予め工夫するなどという考えもある。これら可能性や多様な選択肢を否定する表現を用いるべきではない。

準を設け、考え方の基本から逸脱しないようにすることが必要でもあろう。

例えば、

- ① 時間の経過に伴い契約時点の価格・条件設定と市場における実態価格との間に乖離が生じてきた場合、是正・変更することが適切で、契約的には安定すること(民間事業者が財政的に苦しくなるのは好ましくなく、一方逆に民間事業者が一方的に利するの好ましくなく、契約は安定しない)、
- ② 契約時点では想定できない、重大な環境変化、法令の変更、技術の変化や業務処理手法の大幅な変更などが生じた場合、契約時点の価格や要求水準設定を是正・変更するメカニズムがあることが適切となること、
- ③ 条件の是正・変更はどちらかの契約主体が一方的に有利になるべきではなく、当初の枠組みと比較し、No More, No Less(焼け太りは駄目、損を被ることもおかしい)が基本となるべきであること(もちろん作業量に変動がある場合、これに伴い対価は連動して変動されるべきである。また、業務の是正・変更に際し、民間事業者が創意工夫・努力により付加価値を創出できる場合には、そのメリットを民間事業者が享受できるインセンティブを保持することは許容されるべきであろう)、
- ④ リスクを回避することが変更の目的ではなく、リスクを管理することが目的であるべきで、合理的に民間主体が一定のリスクを取れ、これを管理できる場合、この選択肢を否定すべきではないこと。この意味では契約条件の是正・変更は1)慎重であるべきこと 2)合理的であることが必要な要件になること、

などになる。

これらの実践に際しては、契約上の公平性、透明性を確保する必要があり、実際の変更の適用に際しても、同様の公平性、透明性が求められる。また、契約の基本的枠組みを尊重しつつ、一部柔軟にその適用・変更を考えるべきことなど、基本的な考え方の上に、要求水準変更の考えを位置づける必要がある。契約条件の固定化とこれを柔軟に改定し、硬直性を是正する考えは、実務的なバランスが必要とされ、どちらかに偏る考え方は必ずしも適切な考え方とはならない。

- ✓ 「病院の場合は、細かい規程が定められていることが多く」、「病院以外では具体的な手続き規定がない」とあるが、極めて奇異な表現となる。考えるべき基本は「病院だから」、「病院でないから」ではなく、案件の性格、サービスの属性や、リスク移転のあり方、関連サービスの要素のあり方次第で決まると考えるべきであろう。専ら施設整備を中心とした PFI 案件の場合にはサービス要素の全体に対するインパクトは限定され、単純エスカレーション方式や簡素化された調整メカニズムによっても硬直性を是正できる機能を発揮できる場合がある。一方、付帯するサービスがセグメント化され、複数かつ多岐の分野に跨る案件の場合、あるいはこれらの金額が相対的に大きい場合には、価格や要素の単純長期固定の考えは機能せず、調整のメカニズムをうまくビルドインさせながら、全体の仕組みを構築する方が、契約としては安定化する。

業務要求水準変更の考え方はソフト FM,ハード FM にまたがるが、①制度要因や、環境要因、技術要因などの影響を受けやすいサービス種があると共に、②相対的に環境・変動要因を受け取ることが少ないサービス種もある。この意味では、全てのサービスが常に、変更が必要と考えるよりも、個別のサービスの属性に応じて、変更・修正の必要性やあり方を考えることを基本に表現ぶりを全面的に修正すべきであろう²。

尚、より現実的には、実際の実務慣行から起因して、(事業の初期段階において)要求水準と実態にギャップが生まれる事象も生まれている。例えば、

- ① 当初定めた要求水準の考え方が曖昧である場合、実施方針策定と同時に要求水準が設定され、よくこなれていない考えがベースとなった場合、あるいは意図的に後刻詳細を取り決めることを合意し、(Agree To Agree)、本来予め定めるべき詳細の指標設定等を後まわしにし、約定規程と現実が非合理に合致しない状況が生まれる場合、
- ② 実施方針策定、要求水準策定、契約案提示の段階で、基本的な諸条件は固定するが、この時点から契約締結、建設を経て実際のサービスが提供されるまでに長い時間的スパンを必要とし、事業を取り巻く環境が大きく変更してしまう場合、
などになる。

これら現実に生じている問題は、①の場合、要求水準の考え方の誤解、無理解、不案内によるものも多く、要求水準書の考えや手法を徹底することにより、問題の多くを解決することもできる。②の場合には、後述する One Time Special Adjustment の考え方などもとれることがある(尚、これら考えをガイドラインとして徹底すべきなのは、曖昧な要求水準書でスタートしても、後刻是正・変更できるのならば、曖昧のままでもよい、後回しでも何とかなるという考えが現実に存在し、かかる悪しき慣行を増長しかねないからである。現実にはかかる好ましくない慣行が横行しており、かかる考え方が蔓延した場合、契約概念そのものがおかしくなってしまう)。もちろんこれらはサービスの属性や内容によっても異なり、全てのサービス要素につき「変更」が必要ということではなく、環境要因や制度的要因による変化の頻度が相対的に高いサービスセグメントや、そうでないサービスセグメントも存在し、一様ではないことを理解する必要がある。

- ✓ また、「頻繁に調整を行なう」ことが目的ではなく、「調整」とはあくまでもその必要性、合理性に基づき行なうことが基本であると共に、限定的であることが本来考えるべき原則となる。心配すべきは「(公的部門の)担当者への過大な負担」でなく、契約の合理性、公平性を保持しつつ、契約行為を硬直的にしない形で、如何に安定化させることができるかであるべきであろう(担当者の作業量の過多で判断すべきでは絶対ありえない)。尚、一般的に、方法論としての費用算定方法(Costing Methodology)を予め緻密に規定することができれば、将来における作業量や負担を軽減することができる。オープンな交渉により「過大な負担」が生じるという意

² 専ら施設整備を目的としたいわゆる箱モノと呼称される BTO/PFI 案件では、変更・修正のニーズはかぎりなく限定される。

味合いを含ませることは適切な考えであるとも判断されず、特殊なケースを一般化すべきではない。「特に頻繁に生じる可能性が高い小規模の変更」、「当事者の負担が少ない現実的な手続き」は一般化できる概念であるとも想定できない。もし、「頻繁に」「変更する」ならば、当該サービスの調達を長期継続契約の対象とすること自体がおかしく、公的主体のリスクで At Cost での調達にすべきか、それこそ変更を一定の範囲で民がリスク分担することがより合理的になる。本質的(即ち Materially Adverse)な状況でない限り、「頻繁に」「変更する」ことが契約の目的であることは本来おかしいと判断すべきであろう。

- ✓ 上述した様に、もし、「変更の頻度」が多く、その変更が必須である場合には、本来長期継続契約の概念とは矛盾するため、PFI 契約の所掌に含むことが適切といえるか否かがまず検討されるべきであろう(あるいは当該部分の支払諸条件等を別枠で調整可能な形にすることなども選択肢の一つになる)。尚、「病院以外の PFI では記載が無い」、「病院契約書に記載されている方法をベースとすることが現実的」という表現には根拠が無いし、一般的ともいえない。また「定期的な見直し規定」を設けることが目的であってはならず、既にも上記で述べたが、見直しの判断基準を提示し、その合理性を問うことが本来あるべき指針としての考え方になるべきであろう。契約条件をオープンする場合は、「定期的な、何でもあり」はありえず、基本的な考え方としての限定性、判断基準の合理性、重要性が前提となり、予めこれらを約定で明確に規定することが原則となる。また見直しなり、調整の時間的スパンは個別のサービスの属性やリスク分担の合理性等も勘案して決めるべきで『開業直前、開業の約1年後、5年後周期』などと一方的に規定する合理性は無い。尚、開業直前、開業1年後に One Time Special Adjustment を認めるか否かは、必ずしも一般化できず、サービスの属性やリスク属性によっても異なり、契約全体や金融との調整などの問題をも抱えるため、必ずしも単純とはならない。この調整と、一定の契約メカニズムが市場実態と異なるために定期毎に行なう調整(5年)とは、その調整メカニズムは必ずしも一致する必要はない。
- ✓ 要求水準と実態とのギャップに対処する手法には、たとえば下記のごとき考え方などがあるため、如何なる選択肢があるかを提示し、固定的に断言しないことが適切である。何が適切かはサービスの属性や、変化や変更の内容のあり方にもよる。また、1) 予め判断基準を明確にすること、2) 採用される手法等の考え方もできる限り、明確化を図ることがすべての前提になり、調整の詳細にかかわる将来の争点をできる限り少なくする配慮が必要であろう。

契約条件変更の考え方(I):

① 自動調整メカニズムを契約にビルドインする考え方:

(一定の指標や公式を予め定め、これらに基づき、対価を定期的に調整する考えになる。但し、指標や公式が時間の経過と共に経済実態とずれるというリスクはあると共に、採用される指標の合理性や、一般指標と個別契約における事情には差異があることも多く、

完璧ではないことを理解する必要がある。かかる事情により、長期になる場合には、下記④などと組み合わせる考えもある)

- ② 初期段階で大きなギャップが生まれる場合、One Time Special Adjustment で基本を調整する考え方:

(必ずしも一般的な解決策ではなく、特殊な事情においてのみ適用可能な考え方であることに留意すべきであろう。入札から実際のサービスが提供するまでに長期の時間を要する案件や、大きな影響がある項目に関してのみ有効な考え方になる。この選択肢は関連するリスクは実在し、本当に管理不能なのか、安易な形でリスクのやり戻しになることはないのか、かつ、リスクをどの段階でどう固定することが合理的で、管理可能性が高まるかなどによってもその採用の可否が異なることに留意すべきであろう。実務的には例えば金利スワップの設定などで類似的な考え方が採用されている)

- ③ 変更、調整のトリガーとなる事象を定義し、一定の事象が生じた時点で、その帰結を調整する考え方:

(法令変更、不可抗力事由など、契約の時点で想定できない事象を特例的に定義し、予めトリガーとなる事象を定義する考え方になる。事象を特定化するのは、広くこれをとらえれば、契約が不安定になるからである)

- ④ 一定期間、基本を固定し、一定期間経過後、条件を見直すという考え方:

(一般的に事業に伴う協力業務関連でサービスのみの業務である場合、固定費・変動費を考慮しても 4-5 年の期間はリスクを見通し、価格条件などを固定化できる可能性が高い。一方、これ以上長い期間を対象として条件を固定化することはお互いに好ましくないのは、費用を管理できず、高くなる可能性が高まること、市場実態の価格趨勢から乖離する可能性が高くなること、この結果契約が不安定になることなどの理由による。この場合、4-5 年毎に条件を改定することを前提に、適用される手法等を予め約定で定める)

- ⑤ 時間の経過に伴い、サービス自体が不要になったり、サービス提供のあり方を根本的に修正したりするという考え方:

(一部サービス提供の価値自体が無くなり、当該サービスの提供そのものを中止することで部分契約解除をしたり、契約条件を変更したりする場合になる。契約の部分解除規程や変更規定でこれに対処する)

契約条件変更の考え方(II):

- ① 費用算定手法(Costing Methodology)のみを合意し、インプットとなる数値のみを後刻合意する考え方:費用調整公式を用いて、実態との調整を図る考えや、一定の経済モデルスプレッドシート等を用いる考え方等多様な手法がある(完璧でないのは公式の前提条件の設定が必ずしも適切でないケースもある。但し、一定の調整を可能にすると共に、予め、結果を想定することができるため、不要な係争を避けることができる効果はある)
- ② ベンチマーキング:客観的な市場価格を調査検証し、これを軸として調整する考え。

- ③ 市場化テスト: 評価条件を同一にして入札で、競争させ、優劣を判断する考え(一部サービス提供を担う協力事業者との契約が市場において競争性を保持しているか否かを入札等で比較し、代替・継続・条件改定を考慮する仕組みとなるが、関連する協力事業者が代替することもありうる場合、かかる考え・手法を採用できる)。

契約条件変更の考え方(III):

案件の属性や、内容次第では、PFI 事業契約における、公的主体(発注者)、PFI 事業者、様々な協力事業者との関係性を契約的に変えることにより、異なったアプローチ手法をとることができる。即ち、

1) 公的主体とPFI 事業者の経済的インテレストを同一のものにし、この両者が協力事業者を選定し、将来条件を変更したり、協力事業者を変えられるような基本的デザインにする(この意味では協力事業者をPFI 事業者の下請けとして対峙する考えをとらない。PFI 事業者は一種のバイヤーズエージェントとして、リスク&アカウントを公的主体と一にしながら行動する考えになる)

2) PFI 事業者と協力事業者の経済的インテレストを合わせ、これが公的主体(発注者)と対峙するような契約のデザインを試みる(これは通常のパターンであろう)

両者の違いは、協力業務が複雑である場合、これをどう費用的に管理しつつ、将来の柔軟性を確保するか、リスク分担や関係性の在り方、変更の為の手順や考え方、変更管理の在り方などが大きく異なることにある。

- ✓ 尚、予算制約との関連で、①一定の総予算枠を変えないことを前提に、②公的主体(発注者)と事業者(SPC)が複数業務の業務要求水準をかなり広範囲にわたり、都度変更合意したケースがあるが、業務要求水準の変更が個別の協力業務にどう価格的に反映されたのかがわからなくなり、公的主体にとり、将来における個別業務毎の費用管理や契約の在り方を全く捕捉できなくなっている状況が生じている事例などもある。これでは将来個別業務の変更を議論する際に、必ず議論になりかねない。契約規定による変更規定が遵守されず、予算本位で処理するために、詳細状況が不透明になってしまう事象が生じたことを意味する。
- ✓ 一般的に調整、変更が資本コストや固定費増を伴わない場合には、提供されるサービスの対価の調整のみの事象となる。一方調整、変更が資本費増や固定費増を伴う場合には、まず必要となる資金を調達する必要があると共に、この回収方法のあり方(すなわち対価と対価支払・手法)を考慮せざるを得なくなる。この案件を分けて考えないと混乱する。案件やリスクプロファイル次第では例えば、対価を増やすことなく、契約期間を延長して、事業者による収益機会を増やすことで対価を回収させるなどという手法もある(勿論、この場合、将来の対価は現在価値に割引き、評価されることを正確に理解する必要がある)。資本費増がある場合で(小額である場合)、一括して公的主体が別途現金払いすることも一つの有効な選択肢となる。一方、

ある程度の大きさの資本費増が必須な場合には、民間事業者に資金調達をなさしめ、対価並びに対価支払手法を変更する可能性も選択肢として排除すべきではない(「ファイナンスに影響を及ぼすため、調整にコストがかかる」とあるが一面の論理でしかない。既存のファイナンスの枠組みに影響しない手法を考えればよいだけのことではないのか。スポンサーが限定的に支える仕組みを排除すべきではないのではないのか?後述 II のコメントと内容的にはリンクするので II を参照)。

- ✓ 公的主体(発注者)による要求水準の変更要求に関し、「拒否事由で無い限り、事業者が応じる義務がある」と断定することは、合理的かつ公平な考えといえるのか、慎重な議論が必要であろう。発注者が非合理的な理由・内容でオープンエンドに行動することを抑止する契約概念を並行的に定義すべきであり、これが存在し、バランスされない限り、「公平なパートナーシップ」たりえない。我が国の判例には合理的判断基準や重要性判断基準は残念ながら無い。合意できない事象とは、条件の未合意になり、価格に争点があったとしたならば、一方的な応需義務を規定することは必ずしも適切とは判断されない。確実に事業者にとっての問題が生じ、財務的な逼迫を生じかねない規程を強制することは、かえって契約を不安定にさせかねないからである。尚、「拒否事由」やこれに伴う「部分契約解除」もその考えが単純に適用できるサービスとそうでないサービスがあることにも留意が必要であろう(①公的主体に自らサービスを提供する能力がある場合、②市場における競争的代替性が他の協力事業者により保持されている場合は可能となる。また部分契約解除の帰結を如何に規定するかは、どちらが合理的かの判断次第でもあり、かなりややこしい状況をもたらすことになる)。尚、価格のみの紛争解決の場合には、何らかのファーストトラックの紛争解決メカニズムであった方が好ましい(後述)。

原則論として、考えるべきは;

- ① 変更の合理性、重要性が明確な判断基準となるべき。
- ② 経済的合理性の無い考え方を民間契約当事者に一方的に押し付けることがあってはならない(民間事業者の財政的疲弊を招き、契約が不安定になるだけであり、何のための、契約か、契約改定か、わからなくなる)。拒否事由にこの考えを入れる場合、何が合理的かの説明責任によりテストするという考えをとるべき。
- ③ 全体概念として係争を誘発する契約規定は好ましくない。またたとえ係争が生じても、実務的にその対象範囲を狭くすることができれば、淡々とサービス提供を継続しながら、係争処理を担える。専門的かつ事実認定のみが争点となる場合には、手順を簡略化したファーストトラック的な係争処理で短時間に問題を処理することがお互いのメリットになり、好ましい(支払を長期間停止することは加速度的に関係者を疲弊させるリスクが高まるからであり、かかる問題のみに関係争する場合には、対象を限定し、手順を簡略化したプロセスが好ましいことが多い)。

- ④ 一般的に、契約条件の変更、調整とは、1)契約的メカニズムの自動的な適用により、調整が不要で、争点となりにくいものと、2)契約的定義はあるが、その具体化には契約当事者間の調整を必要とし、争点の対象となりやすいものに二分化される（概念定義の明確性が欠如していたり、詳細規定を先送りにしたりする場合は後者の事象になる）。後者の場合、サービスの属性次第では、予めサービス提供を継続させながら、調整を図る仕組みを定義しておくことが好ましい（価格調整に時間がかかる場合、従前の条件で一定期間サービスを提供し、後刻調整する、係争の場合、係争の対象を金額的に限定し、サービス提供・（係争部分を除く）支払を継続しながら、粛々と係争を処理するなどの考え方になる）。

II 建設費に係る物価高騰リスク

- ✓ 施設整備費の総額を如何に管理し、予め固定し、かつその費用超過を防止するかは、PFI 事業契約の中でも最も重要なリスク分担事項を構成する。施設整備や初期投資に必要な総額を固定しない限り、資金需要や融資契約上の取り決めを固定できず、かつ事業契約上の融資金の回収の在り方(支払手法)も固定しないからである。この意味では、PFI 事業契約に関連する請負建設工事契約の原則は、Lump-sum, fixed, date certain であることが基本であることを想起する必要がある。当該請負工事契約の価格、コスト管理は民間 PFI 事業者(パススルーで転嫁する場合は請負建設工事事業者)の負担となることが原則であろう。この原則を異なったものと判断することは、市場に対して誤ったメッセージを送ることになる(PFI 事業契約は単純な請負工事契約ではない。その契約的な Standard Of Care を公共工事と同一とみなすことが本当に適切といえるか、慎重な議論が必要であろう)。
- ✓ もちろん特定の事象に限り、この条件を調整することは非合理的な考え方ではないが、上記原則をはずさないこと、かつ問題は「リスク移転 VS 価格上昇」という単純な比較論ではないことを理解する必要がある。施設整備費の調整を考えざるを得ない事象は、下記に分類され、明確な前提条件の定義と、如何なる状況において可能であるかを提示することが好ましい。何でもありではない。

1) 応札・契約時点では建設期間における価格上昇を管理できると事業者が判断し、この前提で価格形成、応札がなされ、契約を締結し、建設途上において予期できない価格変動事由が生じる場合：

公的主体は費用的にはメリットを得ているが、民間主体の契約の在り方次第では、財務的な安定性が毀損したり、事業性の悪化や事業意欲喪失をもたらしたりすることがある。但し、事業契約、融資契約上、費用超過はスポンサーによるサポート等でカバーされるメカニズムが胎動するはずで、結果的にスポンサーのリターンが減少するという事象を招くことになる。

民-民のメカニズムが作動する限りにおいて、公的主体や PFI 契約にとり、不利な状況は生じにくいし、本来、生じない仕組みをつくるのが前提でもあろう。公的主体の負担により、これを調整することが妥当と考える場合には、合理的な理由と説明責任が必要となる。この考えが安易な事業者救済につながることは厳に戒めるべきである(尚、実際の条件提示時から、応札—契約までに一定の時間がかかる場合には、契約時点で One Time Special Adjustment をすることは不可能ではないが、かかるリスク分担が合理的か否か、十分な説明責任を果たせるかが同様に問われることになる)。

2) 応札契約時点において、建設期間における価格上昇を民間では管理できないと事業者が判断し、この前提で価格形成がなされる場合で、かつ応札・契約時点もまた建設期間においても市場における価格形成が極度に不安定となる場合:

現実にはかかる事象は限られることを理解すべきである。この場合は、価格を固定しようとする、変動バッファーが含まれるため、確かに「価格 VS リスク」の関係が成立するか、あるいは契約自体が成立しない。あるいは価格転嫁ができないまま、無理な価格を提示することもありうる。但し、全てを AT Cost で契約することは全体の枠組みが固定しないため好ましくなく、基本は固定し、対象や適用の幅を限定するなどして、調整を図ることがより合理的でもあろう。かかる事象はあくまでも例外であって、例外をもって一般化することが適切であるとは判断できない。

- ✓ 調整の在り方には様々な選択肢が存在し、単純とはならないことを理解する必要がある。例えば下記の如き選択肢がある(これら考え次第では、何に留意し、どう契約規定を纏めるかは異なることに留意する必要がある)。

① Funding Liability と Cost Recovery を分けて考える場合:

追加費用の将来的なサービス対価からの回収は認めるが、資金調達には民間事業者に転嫁する形で負担のバランスを取る考え方になる。追加費用はスポンサー/SPC ないしは SPC/融資金融機関の民-民の枠組みで資金調達させるが、金利込の将来的なサービス対価への転嫁と回収の枠組みに関し、コストを公的主体が負担する形になる。公的主体にとり、当面の現金予算化は不要、契約を調整し、将来のサービス対価で増額して支払うか、同じ契約対価で契約期間を延長させ、費用を回収させるなどの方法を選択できる。利用者料金制度により、民間主体が利用料金により費用を回収する場合には、利用料金単価を上げる～但し、利用を抑止しかねないリスクを抱える～、契約期間を合理的に延長し、費用回収を可能にさせるという選択肢等もありうる。如何なる資金調達ができるかはそれこそ民の創意工夫による(この際、既存の金融機関融資の枠組みを使うだけが選択肢ではないことに留意する必要がある)。

② Funding LiabilityとCost Recoveryを一緒のものにして考える:

追加部分をPFI事業契約の価格の追加として一括現金払いとして公的主体が払う考え方になるが、この考えは、資金調達のリスクも、費用回収リスクも全てを公的主体が担う考え方になる。行政事務手続きとしては追加予算が必要になり、複雑になる。この考えは適用の在り方次第では、費用管理の動機づけが希薄になり、全体費用を縮減する方向にはならないことがある。この場合、採用される基準や指標等を厳格にして、費用を管理する方法がとられることもあると共に、場合によっては大きな金額となる追加支払いの予算手当を別途考慮せざるを得ず、現実的な選択肢とはならないこともある(小額の場合は可能、大きな金額の場合、非現実的な選択肢となることが多い)。

III ソフトサービス価格変更に関する規定

- ✓ 資本的投資との関連性が低く、その費用が専ら人件費で構成されるサービスの場合、一定の人件費に係る指標と連動して例えば毎年価格を調整することにより、価格の全体レベルを安定させながら、市場実態とのギャップを合理的に縮小化することが可能となる。
一定の枠組みを固定し、全体を微調整するこの考えは、例えば4～5年内の期間であるならば、合理的な調整となるが、これを超える場合、市場の実勢価格と乖離してしまうことが多い。(尚、かかるサービス類型の場合、常識的には、サービスを提供する民間主体のリスクは限定され、「民間に過大なリスクを負わせる」という考えは、適切とはいえない。専ら人件費で構成されるサービスの場合、その生み出す付加価値を考慮しても、絶対対価は専ら人件費により構成される以上、その絶対額は限定されること、またそもそも大きなリスクをとれない業態であることを理解する必要がある。「過大なリスクを負わせれば」契約自体が成立しにくいという現実を認識すべきであろう。かかるサービス業態の価格変更や条件変更が必要となる理由は、法令変更事由、大きな技術変更事由、不可抗力事由など、外的環境要因の大きな変更が主であり、かつ、4～5年毎の全体価格としての市場実態との調整程度でしかない。)この意味では殊更「過大なリスク移転」を強調したりすることはおかしいし、「サービス産業は発展段階で今後大きく変化し、将来の価格変動の見通しが立ちにくく、官民双方にとっての過大なリスク」という文章認識は断片的な判断にすぎず、一般論として展開することには疑念をもたざるを得ない。

- ✓ 一部サービスについての契約期間の短縮、一部解除権の付与(価格変更合意できない場合の業務範囲からの除外)を一般論として展開するには違和感がある。既に述べた類似的な論拠となるが、サービス契約期間を短縮できる条件、あるいはサービスを一部解除できる条件とは、
 - ① 行政府自らがサービスを提供し、代替できる能力があること、
 - ② 競争市場において常に代替事業者が存在すること、
 - ③ サービスの一時的・短期的な欠落が生じることが致命的な影響をもたらさないこと、

④ サービスの提供そのものが行政府にとり必要性がなくなった場合などになる。

かつまた、如何なる契約的枠組みや条件で当該サービスが(関連する委託協力事業者ないしは PFI 事業者により)提供されているのかによっても状況は大きく異なる。契約的枠組みや条件次第では、サービス提供の枠組みを将来的に柔軟に構成したり、調整したり、あるいは解除することは、当該サービスの属性に応じて、予め判断し、かかる枠組みを契約の一部に組み入れることにより可能になる(PFI 事業契約の中で、個別サービスの属性を考慮し、かかる枠組みを工夫し、それが協力事業者との委託契約に反映される仕組みを考慮することになる³)。なお、かかる配慮のもとに慎重に当初の枠組みを考慮すれば、サービスの属性にもよるが「委託先企業の参加意欲の減退」などはおこりにくい。委託先企業にとっても超長期に亘り条件を固定することはリスクが大きすぎることになり、合理的なリスク分担や調整、退出の枠組みが柔軟に合意されることが本来好ましいはずだからである。

- ✓ 尚、資本支出を伴う案件や、委託価格に比例し、かなりの固定費をサービス提供に必要とするサービスの場合には、減価償却期間や、固定費の内実を考慮した上で、価格調整をする場合には工夫が必要となる。
- ✓ 契約業務の一部解除の概念は、一般論として契約概念に挿入することは適切な考え方となるが、提示されたドラフトは上記事情などを考慮した記述展開になっておらず、一部には不適切な考え方がある。

資料 4-1 任意解除に関する解説案に関して

- ✓ PFI 契約において行政側の事情の変更に伴う契約の任意解除は当然ありえておかしくない契約的概念ともなるが、安易な形で規定されるべきではなく、通常の場合、その解除の帰結は公的主体の責めによる債務不履行事由とミラーイメージで設定されることが世界の常識でもあろう。まず基本的な考えを規定し、慎重な行動をとることを喚起すべきであり、安易な形で契約の一部解除や全部解除が任意に胎動できてしまう契約のあり方は契約自体が安定化しないことを想起する必要がある。

即ち、下記諸点が要点となる。

- ① 行政主体(発注者)による任意解除がもたらす行政主体(発注者)にとっての帰結は、行

³ 協力企業との契約規程を PFI 事業契約とミラーイメージで構成するか否かという大きな選択肢があり、これにより関係性も変わりうることに留意する必要がある。市場におけるサービスの代替性が確保されている場合には、SPC が PFI 事業契約と類似的に協力契約を構成することは必ずしも SPC にとり優位にならないことがある。

政主体の責めに基づく債務不履行事由と同じであることが原則となる。民間主体は、行政府による契約継続のコミットメントを信じて、投融資を実施している(こうである以上、「任意解除ではなく債務不履行事由を選択する」など起こりえないし、ありえない。またかかる可能性を契約上認めるべきではない。これでは、行政主体にとり、任意解除が債務不履行事由よりも優位になることを暗示することを意味しており、それこそモラルハザードといえるのではないのか)。この原則が貫かれる限りにおいて、行政主体(発注者)が「任意解除権」を保持することは正当化されると判断すべきであろう。

- ② 但し、上記の場合、明確な補償事項と内容が定義されていることが条件となることも世界の常識になる。任意解除権を定義しながら、補償の内容を意図的に不明確にしたり、定義しなかったり、あるいは予算制約で条件づけるという現在の慣行は好ましいものではない。かつまたこれらをしっかり取り決めることが基本で、任意解除権を一定期間制限したり、その発動に限定理由を加えたりすることは、問題の本質とはいえない。補償の内容とあり方のみが問題であって、これと権利の行使がバランスされていることが要点であり、任意解除権を制限する(公的主体の目的を制限する)ことにより、問題は解決できると考えるべきではない。また「損害賠償範囲の明確化により不合理な結論になる」可能性などはどこにもない。損害賠償はやはり大きな負担になることを理解するからこそ、安易な行動を抑止することができるのではないのか。

- ✓ 「任意解除を安易に認めると民間事業者の参加意欲を減退する」とあるが一方的な表現であろう。考慮すべきは
- ① 行政側の事情による任意解除規程を設けることはおかしい考え方ではない。ただし、あくまでも抑制的であるべきことが基本。
- ② 安易な形での行政主体によるモラルハザードを引き起こすリスク、モラルハザードの可能性を誘発する契約規程は好ましいとはいえない(行政府が安易な形で、事業者の犠牲により、優位な立場に立つ可能性をなくすため、解除には一定の費用がかかることを全ての前提として認識する必要があるということの意味する。行政の無びよう性、行政府は合理的に判断し、行動するという暗黙の前提をもって契約規定を考慮することは適切な考えとはいえない)
- ③ 同様に、民間事業者の参加意欲を著しく減退させる事象を引き起こすことになる(一定の継続性があることを前提に長期継続契約を締結するが、これが施設整備後直ちに契約解除の対象となったり、かつ補償の支払いも明確でなかったりすれば、著しく参加意欲を減退するどころか、民間事業者が応札することはない(損を被ることが明らかな場合、民間事業者は確実に参加しなくなる)。
- ✓ 行政側の責めに帰する事由により一方的に契約が解除される場合、費用と一定の逸失利益が補償の対象となることが基本的な考え方となるが、予めこれを取り決められる単純な解決策

は必ずしもなく、案件の事情や特性を勘案してあるべき選択肢を考えることが好ましい。問題が単純とまらないのは、下記事由による。

- ① 発注者と民間事業者との間に情報の非対称性があることが多い(例えば、民間事業者が如何なる利益を如何なる手法で取得しているのかは予め捕捉できず、分らない場合が多い。あるいはこれらが開示され、その詳細の合意を前提とする慣行は我が国にはない)。
- ② 民間事業者の状況や案件の属性次第では利益取得の考え方(何を対象として、どこで、如何に収益を上げているか)は大きく異なるし、かつ事業の進展次第では、事業収益は時間の経過と共に、大きく変わることもありえ、その将来収益は必ずしも保証された考えではない⁴。
- ③ 施設整備後のサービス対価の内、サービスを担う対価そのものが利益であることはなく、利益要素はその一部でしかない。また発注者が支払うサービス対価には、明確に上限があり、サービスがコストの大まかな状況を推定できる場合、事業者がかつてに利益を上乗せして、補償を要求することは想定できにくい。一方需要リスクのある案件はそうではないが、合理的な推定は成立しにくいという状況にある。

✓ 下記の如き様々な考え方がある。

① 予め一定の経済モデル等を合意し、条件を固定した枠組みにより、(補償計算のためだけの)事業者逸失利益を固定する考え:

一定の事業計画(スプレッドシート)や収支計画を入札の過程で提示したりすることは慣行として存在するが、この利用された経済モデルを中立的な第三者に検証せしめて、契約の一部として構成し、これを契約の一部解除や全部解除の場合、逸失利益算出のツールとして用いる慣行は、諸外国では多いが、まだ我が国にはない。不可能な可能性でもないが、諸条件は契約の履行過程で大きく変化することが通常であり、この枠組みはあくまでも当初合意されたリターンレベルの枠組みを利用することにより、一定の合理性を得るというもので、実際の事業者の想定利益とは異なることが通例なることを理解する必要がある。(現実的にはかかるスプレッドシートと、项目的な費用補償項目を列挙する)。

② 予め公式などにより契約解除価格を定義する考え:

事業の時系列な展開の中で、契約の解除価格は当然異なってくる(将来のうべかりし利益のすべてを支払うということは通常はなく、合理的に将来利益を契約解除の時点に応じ、減額し、現在価値化して算出するなど一定の公式を用い、契約解除価格を算定する

⁴ 例えば過少現金資本で劣後融資が大きい案件の場合、資本のリターンの絶対額は小さく、これと劣後融資金利とその調達金利との利ザヤの平均値が事業者の基本リターンとなる。箱もの場合、事業者は施設整備費から収益の重要部をまずとるが、その後の維持管理部分等はパススルーコストが大きく、SPC 固有のリターンは限られ、スポンサーによる劣後融資利ザヤが事業者リターンとなるのであろう。勿論、民へのリスク移転部分が大きく、資本コストが大きい場合や、需要リスクを担い、対価が大きく変動する場合などは当然単純ではなくなる。

慣行となる。通常の場合、一定の公式から事業者の責めに帰す解除価格や行政の責めに帰す解除価格、どちらの責めにも帰さない解除価格等を算出する考え方をとることができる。なお、この慣行は、諸外国には存在するが、我が国でもかかる考え方を試みる価値はあろう。一方的、断定的な考え方を取らず、市場参加者により合理的と判断される手法、考えがない限り、契約解除価格の考え方は、市場の信認を得ることはできない。

③ シニアレンダーとの融資契約・直接契約に関する考え方:

Funding Breakage Cost はスワップ解約費用をも含む。シニアレンダーに対する期限前弁済補償は、融資契約の条件に基づくべきであり、市場における合理的な慣行に基づくレベルである限り、否定されるべきものではない。「意図的に任意解除を妨害する」云々は適切な表現とはいえない(融資契約の解除、期前返済は融資契約を締結するSPCにとっての「権利」の一つでもあり、市場において合理的な条件設定がなされるのが通例である。公的主体は融資契約解除の帰結が自らにふってかかる場合～即ち公的主体の責めによる事業契約解除など～かかる市場における合理的な条件設定に Rely On することが、本来の考え方であろう)。

尚、行政主体がシニアレンダーと直接契約を締結する場合、担保設定の要件や、期限の利益の喪失事由に係る詳細条件を把握することが本来必要でもあり、融資契約等関連文書をデューデリジェンスの対象とすることは当然であろう。融資契約や関連諸契約がPFI事業契約の解除と共に、解除され、その費用的帰結を公的主体が負担するという前提がある以上、予めその費用的帰結を推定できる情報を公的主体が把握せずして、任意契約解除などできるはずがない。たとえ公的主体が直接的な契約者ではなくとも、契約が連動していること、直接契約においてこのリンケージがなされ、公的主体自体が重要な利害関係者である以上、情報の非対称性を限りなく排除することが求められているといっても過言ではない(これを守秘義務との関係で認めない慣行、あるいは、一切の情報公開を認めないとする実務者の慣行が我が国の一部民間主体にあるとすれば、この慣行自体に問題があると判断すべきではないのか。この意味では「慎重な検討」ではなく、何が必要で、何が慣行として欠けているのか、明確な指摘が必要であろう)。

④ 委託先協力事業者との契約解除規定に関する考え方:

委託する業務の内容やリスク、サービスの属性次第により、契約内容は異なるし、契約解除条件も常に一律であるとは限らないことに留意すべきであろう。即ち、委託先協力事業者の契約の解除条件を PFI 事業契約とミラーイメージで構成することもあれば、そうでない方が適切な場合もある。資本投下や固定費をあまり充当しないサービスの場合、市場における代替性が可能であるサービスの場合、通常は任意解除がしやすい契約を志向し、かつ契約解除価格は高くなることはありえない(協力事業者のコミットのレベルが限定的になり、かつ市場における競争的代替性がある場合には、契約解除コストを縮減する

形で委託契約を考慮することが可能となる)。資本投下や固定費を委託先協力事業者に強いるサービスの場合にはそうではない。この様に、サービスの属性や、契約の関係性から合理的に契約解除規定を定義することが通例でもあり、「損害賠償が過大にならないように委託先の契約を作成する」、ないしは「委託先の将来の逸失利益は短期間に限る」などという考え方は、契約本来のあるべき姿を無視した奇異な考え方と言わざるをえない。

資料 5-1: 中立的な第三者による紛争解決に関する解説に関して

- ✓ 契約上の疑義や紛争解決処理のあり方は、我が国では、契約慣行としてもまた実務慣行としても精緻化された考えや手法が実践されているわけではない。調停や、仲裁などの法的な枠組みは存在するが、必ずしも十分に活用されているわけではなく、かつ官民間の契約慣行においては特にその手法や考えが根付いていない。商慣行としても、和を尊び、信頼性に基づき問題を解決する手法が過半を占めるためだが、今後段階的に紛争解決処理の実践のあり方や契約的な手法を実務として根付かせる必要がある。但し、
 - ① 安易な形で係争を誘発する仕組みは好ましくない。
 - ② 係争は費用も、時間も努力も必要になることを当事者は正確に理解する必要がある。
 - ③ 当事者間の信頼関係や信任関係を損ねる考え方やこれを助長する手法は好ましくない。また、お互いの信頼関係が無ければ、合理的な係争解決はない。

- ✓ FIDIC は請負工事約款としての国際的規範となるが、PFI のごとき、事業権など権利義務関係が輻輳化する契約関係にこの FIDIC を参照することには違和感がある。かかる考え方、アプローチはあまり見たことがない (PFI は公共工事を目的としたものではない。紛争解決の手法などは Uncitral, LICA, ICC などから議論を抽出するのが通例で、この前段に至る協議等の在り方はその国の事情や契約の組み立てにもよると共に、FIDEC の考えを我が国に一般論として適用するために引用することは如何がなものか)。

- ✓ 係争解決の基本は段階的にステップアップする方法を取ることが基本的な考え方となる。このステップをどうデザインするか、事象や係争の性格に着目し、合理的な手法を選択するなど多様な手法を考えることができる。この際、下記を考慮することが前提となる。
 - ① 紛争解決の基本は契約当事者間における真摯な協議であろう。(「十分に協議を行なう体制が整っていない例がある」などは当事者の能力、資質の問題あるいは意欲の欠如の問題ではないのか? 契約に関する紛争が生じ、協議ができない体制とは関係者が真剣に考えていないだけではないのか? この意味では、「体制」や「枠組み」を作れば、問題は解決できるという考えは適切ではない。また現実にある協議の枠組みを「紛争解決の仕組

み』として「十分ではない」と一方的に断言することもおかしい)。

- ② 基本的には現場から議論を開始し、これが不調な場合、組織のトップを含む協議や重要利害関係者(スポンサー)を含む協議へとレベルアップさせることをベースに考えるべき(本来契約当事者ではない利害関係者が日常的な協議に入るべきではないが、我が国の慣行における『関係者協議会』は最初から当事者外も含む形になっている。この枠組みで課題も含めて議論できないと断言し、別の枠組みを構成すればよいとする論拠は希薄。紛争は日常的な協議の場から生まれるものであり、しっかりとした日常的な協議の枠組みと協議が履行されていれば、これで問題を捕捉できないことはない。また問題を組織の上にあげ、組織間の協議で解決することもある)。
- ③ 上記による当事者間における協議が功を奏さない場合、初めて中立的な第三者を紛争解決に介在させるメカニズムを考慮することになる(初めから、当事者の努力も傾注せず、第三者が介在することはありえない)。
- ④ この場合、争点の内容、対象、属性により、調停や専門家による調停、仲裁など適切な手法を選択し、定義しておくことが適切となる(一般的に、対価支払の認定や認証等、優れて事実認定の世界で対象が限られる場合や、専門的・技術的な観点からの中立的評価が判断に必要となる場合などは、これに見合った手法や、手順を簡素化した手法などを採用することにより、一律な考えをとるより、より効果的な問題解決を実践することができる)。
- ⑤ 尚、中立的な第三者を選定する基本的考えは「共同で選任する」ではなく、如何なる場合においても、個別の契約当事者が各々自らを代理する第三者を選定し、選定されたこの二人の第三者専門家がもう一人の第三者を選定するという考え方が、調停や仲裁の基本的な考えになる。London International Court of Arbitration, ICC, UNCITRAL いずれも同様の考えをとっており、簡素化された手順を考慮することはできようが、基本的な考え方は世界標準の考え方から逸脱すべきではない。
- ⑥ また紛争が生じる前に予め裁定人などを選定するなどの考え方は適切な考えとはいえない(後述)。厳正中立性やコンフリクトの有無を確認できないこと、専門性の無い主体に専門的な裁定を委ねることは意味が無いこと、判断の偏りが生まれやすい土壌を作りかねないこと、Retainer Fee の支払が問題になりうることなどがその理由である。「迅速性」よりも、「中立性」、「公平性」をまず確保することが全ての前提となる(通常の企業にとり裁定や仲裁に係争の判断を委ねることは重要経営事項になる。この判断を予め定められたリストの候補者から選定することは我が国の現状では想定しにくい。市場も慣行も発展していない段階で、当該候補者の中立性、コンフリクトの有無を予め確認することは、極度に難しいという事情による。外国の事例はこの側面では参考にならない)。
- ⑦ 紛争解決処理に関する費用分担の基本は予め公平にこれを取り決めておく必要がある。
- ⑧ 一部に係わる紛争や係争の有無が、全体のサービス提供やサービスの持続的な提供、並びにこれに伴う正当な対価支払に影響をもたらしてはならず、この旨の契約規定を取り

決めておく必要がある。

- ✓ 予め「紛争調整会議」を設け、「迅速な対応できる体制を取る」という考えは適切な考えではなく、かつまた実行性のある考えとはいえない。紛争調整とは日常的行為ではありえず、あくまでも非日常的で、特殊な状況においてのみ限定的に営まれることが基本。
 - ① 「紛争予防、解決にふさわしい構成員」を予め定め、意味の無い屋上屋の「紛争調整会議」なるものを設ける価値は一切無い。「紛争の予防」とはかかる会議を設けることで得られるものではない。何を議論して「予防」できるというのか。全く意味の無い会議を提案する価値は無い。「信頼関係の構築」とは日常的な関係の中で創出されるべきもので、かかる会議の枠組みを形式上創って実現できるものではありえない。「紛争予防、解決という観点からメンバーを選定」とあるが、机上の空論ではないか。
 - ② 『紛争』は事故ではない。『予防』できるとは限らない。誠実な契約義務履行過程において、お互いが正当性を主張する争点が紛争になる。「紛争の予防？」等を「定期的に」協議する枠組みは実効性の無い枠組みになりかねない。紛争を予防するためには、1)しっかりとした契約を曖昧な表現を避け、固めること、2)問題の先送りを避け、アップフロントに枠組みの基本を取り決めること、3)お互いの信頼と信認関係が実務上構築され、この上で真摯な契約義務履行が行われることなどが重要な前提になり、「枠」や「型」をつくり、形式論議をすることで問題が予防できるわけではない。
 - ③ 「紛争予防、解決にふさわしい第三者の構成員」を予め取り決めることを含意しているが、紛争解決に関与しうる第三者とは、中立性、コンフリクトや Vested Interest が無いことが絶対要件となるが、予めこれを約定なり、枠組みとして固定することは我が国の現状からすれば意味が無い。個別の紛争事由に関し、コンフリクトが無いか否かは紛争解決に関与しうる第三者を選定する場合の基本の基本となるが、これを予め決め、会議としての枠組みをもうけることは我が国の商慣行にはあわない(調停や仲裁が市場の慣行として定着している国の考え方を、我が国の現実を無視して参照しても、おそらく、その現実的価値はない)。また、紛争の内容となる専門性次第では、特定の第三者を予め取り決めおくことは、対応できなくなる可能性を含むとになりかねない。

— 以上 —