

平成 21 年 10 月 13 日

民間資金等活用事業推進委員会委員・専門委員
内閣府民間資金等活用事業推進室 御中

美原 融

PFI 事業契約の条項例(案)に対する意見

過日会合では中途退席せざるを得ぬ事情あり、失礼しました。意見表明する機会を逸しましたので、下記書面にて提出します。些細な表現や字句に関しては、別途修文を試みますが、議論されるべき論点のみ下記します。

記

構成上の要修正点①:

複雑な一つの概念形成を定義する場合、(なんらの参照もないままに)、後ろの部分を見て初めて前段の内容を理解できるという記述の仕方は極めて不適切で、不案内になる。例えば、第 16 条 4 項は管理者等による計画書変更通知を規定するが、後段の第 37 条 6 項を見て初めてこれが管理者等の費用負担になることが解る。第 16 条 4 項を修正し、「管理者等による費用負担により変更を求める旨を選定事業者へ通知する」とすべきであろう。他にも類似的箇所があるが、同様に、「わかりやすく」記述しなおすべきである。契約書後半を見て初めて最初の部分の意図が解るという契約文書の構成は好ましくない。

構成上の要修正点②:

本文中に「別に定める所により」は、かなりの数が存在するが、極めて曖昧な表現で内容規定を何時、どう規定するのかには触れておらず、これでは問題を先送りにしていることになる。かつ、その内容の解説が無いために、如何なる具体的な選択肢があるのかを理解できない。本来本文中に記載すべきものを、本文を簡素化するために、あるいは情報開示の対象としない為に、意識的に付帯文書とするケースが多いが、「別に定める」では、契約締結時点のみではなく後刻定めることを

も含意してしまい、極めて解りづらい表現になる。「契約の条項例」ならば、内容に踏み込んで規定すべきで、枠だけの説明ではその意図する所を理解できない。先送りにせず、十分な議論をすべきではないのか(現実には付帯文書として詳述しなければ契約として実現しないものと、契約時点ではなく後刻取り決めても合理的なものが混在している。前者の場合、別途定めるでは、何をどうするのかが見えてこず、実務的には理解し難い。本文に記載する、あるいは、注記により、考えの在り方を規定する手法もあるが、Contentiousな側面があるものに関しては、あるべき選択肢を列挙しない限り、おそらく実務的ではない)。

論点1:

PFI 契約上の発注者(管理者等)と受託者(民間事業者)の関係はどうあるべきか。公共サービスを提供する責務を一義的に担うという意味では、管理者等の特異の立場は尊重されるべきだが、あくまでも合理的かつ具体的な理由がある場合に限定されるべきであろう。非合理的に発注者が一方的に、有利な立場にあり、大きな裁量権を保持する契約の仕組みは好ましくない。あるべき基本は、発注者の優位性が合理的に説明できない限り、対等とすべきで、無制限の裁量性を発注者に与えるのは適切な条項例案の考えとはいえない(尚、PFI 事業契約における規律を公共工事約款と同じものとする発想は適切であるとは判断できない。権利義務関係が大きく異なるからである)。

例(類似的な考えの条文が他にもある):

第9条(許認可等の手続)

2項:選定事業者が行うべき許認可手続に関し、管理者等は・・・「必要に応じて協力」

3項:管理者等が行うべき許認可手続に関し、民間事業者は・・・「正当な理由が無い限り、当該要請に応じなければならない」。一方は協力、一方は義務とする合理的論拠は何処にあるのか。お互いが取得すべき許認可は当然関連する当事者の義務であり、かつ、相手方に対し、求められた場合、協力することも当然であろう。但し、無制限に協力を義務とすることは適切ではない。また、「正当な理由が無い限り」という条件をつけたからといって、民間事業者の場合にのみ、義務を正当化することには無理がある。例えば環境影響度評価が管理者等の義務になり、正当な理由ということで、無制限にこれに必要となる膨大な作業を管理者等が選定事業者に強いる可能性は零ではない。これは、当該行為は、「正当」であっても、管理者が保持する恣意性が「非合理的」な行動をもたらす事例になる。選定事業者は管理者等にとり義務となる許認可につき、必ずしも正確な情報を保持しているわけではない。情報の非対称性がある場合、偏った権利義務関係は好ましくない。許認可に関する限り、それが無ければ事業は成立しないのだから、関連当事者各々の義務とし、必要に応じてお互いが協力するという規定が、より「常識的」かつ「合理的」、「公正」であろう。

論点2:

管理者等並びに選定事業者が、一定の事象が生じた場合、その解決を図るために、「協議」に基づき、結論を得ようとし、協議が整わない場合、「当面の措置」として、一方的にその判断を、判断基準の開示無しに、「通知する」考えを一つの基本的な考えとして様々な条項で規定されているが、この考え方は「公平性」、「合理性」の観点から適切といえるか。

本来画一的に考えるべきではなく、状況に応じて、かつ、公平性、合理性を保持しつつ、一方の契約当事者による「恣意的」な判断や行為を避けることが、あるべき「規範」の姿となる。状況の違いとは、①当面のサービス提供には関係ないが、契約関係を是正することが合理的と一方の契約当事者が判断する状況、②サービスの提供に致命的な影響を与えうるか、既に与えている場合、③現在問題はないが将来確実に問題となる状況か、既に問題が生じている状況か等になる。定義される事象の内容次第では、「当面の措置」の在り方は異なるし、そもそも「当面の措置」を考慮すること自体意味が無い。

かつまた、「当面の措置」とは何か。判断基準や内容を不明確にした表現は、当該主体による恣意的な判断を可能にし、実態面では「一方的な通知」と何ら変わることはない。例えば、サービスの提供に何ら問題が生じていない状況なれば、「当面の措置」の効果とは協議打ち切り、一方的な通告と何ら変わりはない。管理者等の主張ないしは要請に対し、選定事業者に合理的な疑義(不平ではない)がある場合、当然、サービスの提供を継続しつつ、協議、係争のパス(手順)を明示的に規定することが本来あるべき手順であろうが、この考え方が明示的に記載されているとは言い難い。サービスの提供を担保しつつ、問題を粛々と議論しつつ、解決策を議論することが当面の措置ならば、明確にその旨を規定すべきであり、曖昧な表現を用いるべきではない。また、サービスの提供ができえない状況の場合には、当面の措置とは、その内容が経済合理性に適う場合、修復に向けてのあらゆる努力と先行的な資金負担であり、負担の帰属を別途協議するという内容であろう。この状況で、修復の在り方が経済合理性に則らない場合、「当面の措置」等はなく、ありうる選択肢を協議することが、目的となり、その結果、契約解除も一つの選択肢となる。

よって、「当面の措置」という曖昧な表現でごまかすことなく、措置の内容と判断基準を、個別の事象毎に明確に定義すべきである。かつ一方的な通知という形で判断を押し付けることなく、合意できる要素とできない要素を峻別し、前者をお互いが履行しつつ、後者のみを係争の対象にする等、より合理的で公平な手順等も考えられるのではないか。当面のサービス提供に影響が無い事象の場合には、サービス提供を粛々と継続しつつ、争点となる事象に基づき、一定期間内に合意できない場合には、係争手続きを粛々と実施する手続き規定があれば事足りる。

尚、最終的な費用負担は管理者等が担うのだから、管理者等の一方的主張は、全て正当化されるとする考えは必ずしも適切とは言えない場合もある。資本投資を含む場合、追加資金調達や全体の資金調達の枠組みとの調整には、様々な費用と手間がかかり、この明細全てを負担して

くれるのかが「曖昧」な状態で、一方的な「通知」により、選定事業者が受けられるか否かはその内容、影響度の度合いにもよる。また資本投資部分を別枠で現金支払いするのか、サービス対価を変更して支払うのかによっても、費用構造やリスクは異なり、管理者等の裁量的かつ、一方的な「通告」をもって、問題を処理するという考え自体は必ずしも「公正」であるとは限らない。

論点3:

上記の場合、選定事業者側に相当の合理的理由があり、管理者等が非合理的な判断をしていると信じる場合には、紛争解決の手順に移行することが、注がきに記載されているが、紛争解決の手順は明確に、本文に記載し、バランスを取ることが「解りやすい」条例案になる。手順の明確な記載のない契約案文は適切な内容とも判断できない。また係争事由は第71条「関係者協議会」等の内部事項として規定されているが、問題を隠すべきではなく、別途係争事由を新たな本文条項として記載し、そのありかたも詳述すべきで、現在の案文では、係争条項の規定を意図的に「回避」しているとしか判断できない(関係者協議会の条項の中に、係争事由を紛れ込ますことは「契約に関するガイドライン」の趣旨からも逸脱するのではないか。本来、あるべき議論をなぜ簡素化し、避けようとするのか。もっとしっかりとした議論をすべきではないのか)。

論点4:

上記と類似的な論点になるが、手順を意図的に曖昧にし、判断の裁量性や任意性を管理者等が一方的に取るという考えからの記述が多く、これが契約文書の「曖昧さ」をもたらす要因となっている。かかる考え方は適切といえるか。例えば「一方の契約当事者による提案・問題の提示」→「内容の精査・評価及び協議」→「合意」→「合意に至らぬ場合の措置規定」となるべき所、明確にこのパスと内容が記載されず、「通常妥当と認められるもの」を一方的に管理者等が認める等の記述になる。

例:

47条、48条。法令変更等の難しさは、インパクトの在り方が誰が見ても明らかなものと、確実に費用増となるが精査・評価が必要なものがあると共に、そのインパクトの在り方も、直ちに費用となるものと、実際の費用負担にタイムラグがあるものがあること等の事情があるからである。契約当事者双方が実際に精査・検証し、その妥当性をお互いが認識しない限り、現実に「請求」行為等ありえない。47条の通知はこれらあらゆるケースを含むが、「業務の履行ができなくなったとき」と「費用が増加すると予想されるとき」の通知・対応は同じではない。これらを分けて規定すべきで、後者の場合には、48条のごとく、即「請求」があり、かつ「通常妥当と認められるものは・負担する」では、おかしなことになる。この場合、インパクトの提示、精査・評価、議論があり、初めて請求額が確定する。かつ一方的に「通常妥当と認められる」という曖昧な表現で取り決めることは適切とはいえない。明

確、かつ合理的な費用増は全額これを負担することが基本であり、この前提に立ちつつも、管理者等が合理的な論拠をもって、疑義を呈した場合には、疑義を呈した部分のみ(全額であるはずがない)を除外し、支払うと共に、残額は係争の対象とすることが、「公正」かつ「合理的」な考え方といえるのではないか。

～以上～