

フランスのPFI的手法

「公役務の委任」(Délégation de service public)を素材に

巨 理 格*

(北海道大学大学院法学研究科教授)

はじめに PFIと「公役務の委任」

公共施設等の社会資本の整備・管理並びに公共サービスの実施運営を民間事業者に委ねるための手法として、イギリスのPFIをモデルにした事業手法が、わが国でも、今日、「民間資金等の活用による公共施設等の整備等の促進に関する法律」(1999年法律117号)を受けて本格的に展開されようとしている(以下、この法律を「日本版PFI法」と呼ぶ。)

行政的事務・事業の民間化を行うための様々な手法の中でも、PFIは特に多面的な性格を有するものである¹⁾が、その第一の特色は、適用対象として想定される事業や施設には、公道、港湾、上下水道、公立の公共用駐車場、国公立学校等、従来の民間化方式では想定されなかったような公共施設や事業も含まれるという点にある。その意味で、従来型の民間化手法に比し、適用対象たり得る事業と施設の範囲が著しく拡張された手法である。

PFIの第二の特徴は、契約・協定等による合意を通して、行政と民間事業者双方の権利・義務並びに双方が負担すべき危険と責任の範囲が、客観的かつ明確に定められることであり、この点では、第三セクター方式等の従来型の民間化手法の欠点を克服することが期待されている。

PFIの第三の特徴は、個々の行政的事務・事業の発案・政策形成からその執行・終了に至るまでの総体を民間の主導性に委ねることを可能ならしめ、民間事業者の資金力や経営能力及び技術能力の活用により効率的かつ効果的に行政目的の達成を図ろうとする点に求められる。PFIは、その意味で、個々の行政的事務・事業遂行のプロセスの全面的な民間化を可能ならしめる手法として捉えることができる。この特質は、ことに公共施設・公益施設の設置及び管理運営において顕著に現われるのであり、この場合、道路、上下水道、学校、公園等の施設の設置・建設の面に止まらず、その管理運営ないし当該公共施設等を使用

* 1953年生まれ。1979年東北大学大学院法学研究科修了。東北大学法学部助手、立命館大学法学部助教授、同教授、金沢大学法学部教授、北海道大学法学部教授を経て、2000年より現職。日本公法学会に所属。主な著作物として、『行政訴訟における公益と裁量』(弘文堂、2002年5月公刊予定)、『司法制度の現在と未来』(共著：信山社、2000年)など。

1) PFIに関する多くの解説書及び研究書が公刊されているが、ここでは、差し当たり以下のものを挙げておく。井熊均『PFI公共投資の新技术』(日刊工業新聞社、1998年)、日本開発銀行PFI研究会編著『PFIと事業化手法』(金融財政事情研究会、1998年)、山内弘隆監修『日本版PFI』(地域科学研究会、1999年)、第一勧業銀行国際金融部編『PFIとプロジェクトファイナンス』(東洋経済新報社、1999年)。なお、PFIと第三セクターとの比較を試みるものとして、宮木康夫『第三セクターとPFI』(ぎょうせい、2000年)も有益である。

して行われる公共サービスの給付という事業遂行の面にまで、民間事業者の主導性と経営能力発揮を認めようとする手法である。

そして、民間事業者が公共サービス給付を自律的な事業経営として担うものであることに対応して、当該公共サービスの提供者たる事業者とその利用者たる国民との間には、多少とも直接的な給付・受給の関係が生じることになる。この点が、行政が管理運営責任を維持したまま事務・事業の実施面のみを民間事業者へ行わしめることを主眼としてきた従来型の民間委託に対する、PFIの第四の特徴である。

以上の意味で、PFIは、かつてなく広い範囲の行政的事務・事業や公共的・公益的施設を対象として、政策立案・企画構想に始まり、実施のための計画決定や公共的・公益的施設の建設・整備を経て、利用者たる国民・住民への公共サービス給付をも含めた業務遂行へ至るまでの多面的なプロセス全体を、契約・協定等の合意により客観化・明確化された権利義務・責任分担関係に基づき包括的に民間事業者に行わしめる民間化手法である。その点で、PFI事業の採用は、事務・事業の執行段階に限定された民間活用手法にすぎない従来型の民間委託（業務委託・外部委託・外注化）とは、重大な質的差違を含んだ民間化を意味している。

日本版PFI法には、以上のようなPFI本来の諸特性が盛り込まれている。なかでも、事業及び事業者の選定につき客観的な基準・手続の整備が要求されたこと、また、行政と民間事業者相互間で責任とリスクの分担関係を予め協定等により明確に合意するという手法が制度化されたことは、PFIの基本理念の具体化として重要である²⁾。もっとも、日本版PFI法では、民間による公共事業実施をテコ入れするための支援措置が過度に手厚く講じられている点（法11条以下参照）、協定等に定められる合意内容の明確性が重視されている反面、選定事業者をして、国民に対する公共サービス提供等の合意内容を確実に履行せしめるための担保措置や法的仕組みが欠けている点等に、問題があるように思われる。それに加えて、わが国の場合、行政契約の適正さを確保するための法的ルールの検討が十分にはなされてこなかったという事情がある。PFIは、上述のように、従来型の民間委託に比してはるかに幅の広い民間化を促す手法であり、したがって、行政が従前から担ってきた公共サービスをPFIにより民間に委ねた場合に生じる法問題の解決には、様々な困難が予期される。そうした事態に対処する上で、わが国の場合未だ未成熟な状況にある行政契約論のレベルアップを図ることは、PFIの研究にとっても不可欠であるように思われる。

以上のようなわが国における行政契約論の未成熟性に比して、フランスの行政契約論は、既に百年以上にわたる蓄積の上に、今日も、行政契約に特有の法的ルールを確立してきている。そもそも、フランスにおいて行政契約として把握されてきた行政作用は、わが国に比しはるかに広い範囲に及ぶのであるが、その中には、わが国において「公企業の特許」として行政行為の一種として扱われてきたものに類似の行政作用である「公役務の特許」(concession de service public) も含まれる。行政の事務・事業の民間化のための契約手法という本稿の問題関心から見て興味深いのは、もともと、この「公役務の特許」には、電力・ガスや鉄道・市街電車等々、性質上本来的に収益事業性を有する公役務³⁾のための施設の建設・整備及び当該施設を用いた公共サービス給付を、一体的に民間事業者に行わせるための契約手法としての役割が担われていたのであるが、その後次第に、道路、橋梁、上下水道、公共駐車場等の非収益事業的な公役務⁴⁾の建設・設置及び管理・運営にまで、この契約手法が広く利用されるようになったという経緯があ

2) 責任とリスクの分担関係に関する具体的な中身については、2000年3月13日の内閣総理大臣決定にかかる「民間資金等の活用による公共施設等の整備等に関する事業の実施に関する基本方針」(総理府告示11号)、とりわけその第三項参照。

3) フランス行政法において「営業的性格の公役務」(services publics industriels et commerciaux) と呼ばれてきた公役務類型を指す。

4) フランス行政法において「行政的公役務」(services publics administratifs) と呼ばれてきた公役務類型を指す。

ることである。後述のように、フランスには、行政の事務・事業の民間化のための手法として、「公役務の特許」以外にも様々な契約手法が旧くから存在するのであるが、今日、これら民間化のための伝統的諸手法を包摂した新たな行政契約類型を指称するための概念として、「公役務の委任」なる概念が定着してきている。

以上のような歴史性に鑑みると、「公役務の委任」の理論には、民間化のための契約手法の伝統に根差した法的な原理やルールが豊富に蓄積していることが推測される。それ故、フランスの「公役務の委任」に関する研究から多様な示唆を得ることが期待できるのであるが、本稿では、もっぱら、「公役務の委任」に関する本格的な研究を行うための基礎的前提作業を行うに止めたい。「公役務の委任」の概念、その締結手続のあり方、契約継続期間の制限、及び公物使用の許容性といった、「公役務の委任」の基本骨格に当たる諸制度の概観により、今後の研究のための土台を築いておこうとするのである。

第1節 「公役務の委任」とはどのようなものか？

(1) 「公役務の委任」の概念 公共契約との差違を中心に

今日のフランス行政法において「公役務の委任」(délégation de service public)ないし「公役務の委任による管理」(gestion déléguée de service public)と呼ばれるものは、私法人を含む私人に公役務の遂行を委ねるための種々の契約を包摂する概念として、近年定着してきた行政契約の一類型を指称する概念である⁵⁾。

もっとも、フランスでは、旧くから、私人に公役務の遂行をなさせめるための多様な手法が行政主体により用いられて来ており、「公役務の委任」は、それら多種多様な民間化のための行政契約を包摂する概念であるため、今日でも、この契約類型に包摂される行政契約の範囲に関する論議が絶えず続いている。そのような概念確定に関する論議が絶えない背景には、概念確定を行わなければならない実益があるからである。というのは、フランスでは、公役務委任契約が工事請負、物品納入若しくは役務給付を目的とした公共契約(marchés publics)から明確に区別されており、両者間には、特に契約締結手続において重大な差違があるという事情がある。後述するように、公共契約の締結には公開性の確保と競争入札手続の適用が原則とされるのに対し、公役務委任契約の締結については、公開性・競争性の確保と交渉可能性の留保との併存が、この契約類型の特質と見なされるからである。そこで、以下では、まず、公共契約に対する関係で公役務委任契約の独自性はどこにあるのか、そして、その識別基準は何に求められるのか、という問題について検討する。その際、フランスでは、公役務委任契約の典型例とされてきた以下の二種類の行政契約に共通する属性を重視してきたという事情があるので、以下の検討も、かかる典型的な契約類型の検討から始めることにしよう。

① 公役務の特許 (concession de service public)

「公役務の委任」概念が形成されるに当たってモデルとされたのは、「公役務の特許」(concession de service public)及び「収益的公共施設管理委託契約」(affermage)という二つの行政契約であり⁶⁾、従って、この種の行政契約が公役務委任契約に該当する典型的類型であることについては異論の余地がないとされて来た⁷⁾。

5) L. Richer, Droit des contrats administratifs, 2^e éd., 1999, pp. 397 ~ 398.

6) L. Richer, op. cit., p. 399.

7) L. Richer, op. cit., p. 415.

このうち「公役務の特許」とは、鉄道や上水道・電力・ガスの給付等の国民生活に欠かせない諸サービスの提供、公共駐車場や有料橋等の公共施設の建設・経営等を一体的に民間事業者に行わせるための行政契約であり、これにより、事業者は、事業に必要な建物や施設を自ら建設・設置した上で、利用者からの料金収入と引き換えに公共サービスの提供等の事業を遂行することが可能となる⁸⁾。旅客運送の経営のみを委ねる場合のように、建物や施設の設置を内容としない公役務の特許もあるが、制度としては、公役務遂行のための建物・施設の建設から公共サービス給付まで含めた意味の公役務の遂行を可能ならしめる行政契約である。

上述のように、公役務の特許は、わが国の公企業の特許に類似の概念であるが、わが国の公企業の特許は、ドイツ行政法の影響の下で、行政契約としてではなく、行政行為即ち行政庁の一方的な意思表示に基づき行われる権力的行為として把握されてきた。かかる差違が如何なる意味を有するかについては別稿において論じたことがあるので、それを参照して頂くこととして⁹⁾、本稿で重要であるのは、フランスの行政契約に関する一般理論の相当部分は、この公役務の特許に関する判例理論を基礎に形成されて来ており、その結果、行政契約の体系において、公役務の特許は、公共契約からは区別された意味で行政契約の一領域を占めるものと見なされてきた、という点である。このことは、鉄道や電力事業等の民設民営型の公益事業遂行を基礎づける契約が、フランスでは、比較的旧くから定着していたことを意味するのであり、そのような伝統が、本稿の主題である「公役務の委任」という行政契約類型の独自性を承認する基盤を形成してきたと見ることができる。

② 収益的公共施設管理委託契約 (affermage)

これに対し、「収益的公共施設管理委託契約」(affermage)は、建物や施設の設置を含まず、専ら公共サービスの提供のみを目的として締結される行政契約である。この場合、管理受託者 (fermier) は事業遂行に要する建物や施設を設置する必要はなく、使用料 (redevance) と引き換えで公共団体が提供する施設の維持管理を委ねられる。当該施設の管理運営により利用者等から得られた収入 (recettes) から右使用料を差し引いた額が報酬 (rémunération) となる。そのような意味で、公設民営型の公益事業ないし公共施設経営を可能ならしめるための行政契約であると言えよう¹⁰⁾。

以上により明らかなように、公役務の特許は、民間事業者 (concessionnaire) 自ら事業活動に必要な施設を建設し、相当長期にわたる契約期間中これを所有しながら利用者 (usagers) に対するサービス提供を内容とする事業活動を遂行するものであるのに対し、収益的公共施設管理委託契約の場合、事業者 (fermier) は、公共団体が建設・所有する諸施設を使いながら、利用者に対するサービス提供を行うという点に、両方式間の差違がある。「公役務の委任」の専門研究者であるC・プワトゥオー教授 (Prof. Claudie Boiteau) へのヒアリング結果によれば、実際には、まず公役務の特許により、民間事業者が自ら建設・設置した施設を利用した事業活動を一定期間にわたって行った後、当該特許契約の期間満了時にこれを収益的公共施設管理委託契約に切り替え、その後の事業活動を継続するという方法が、しばしば採用されることがあると言う。上水道事業や下水事業はそのような手法の典型例であり、これらの事業の場合、一旦施設建設を終えてしまえば、その後は役務提供活動のみを継続すれば良いのであるから、こうし

8) L. Richer, op. cit., p. 402; J. F. Lachaume, C. Boiteau et H. Pauliat, Grands services publics, 2^e éd. 2000, p. 224.

9) 巨理「行政上の命令・強制・指導 社会的合意論の視点からの展望」岩波講座『現代の法』第4巻268～272頁参照。

10) L. Richer, op. cit., pp. 402 et 405～406; J. F. Lachaume, C. Boiteau et H. Pauliat, op. cit., pp. 224～225; A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, Traité des contrats administratifs, Tome 1, 2^e éd. L.G.D.J., 1983, p. 317.

た二つの方式の組み合わせに適しているとされるのである¹¹⁾。

さて、行政契約論研究の第一人者であるL・リシェール(Laurent Richer)によれば、以上二種は公役務委任契約の典型とされてきた行政契約類型であり、それらの共通項は、以下の三点に認められるとされる。即ち、第一に、委任側の公共団体は自ら当該公役務を管理することをやめるのに対し、管理を委ねられた受任者(Le concessionnaire ou le fermier)は、自らの危険において経営を行い、収益も損失も受任者自身の責任に属する。その意味で、受任者は、当該事業の施行主であり、雇用主であり、損害賠償責任主体でもある。第二に、しかし、公共団体側は、当該公役務管理に対する監督権を保持する。具体的には、公役務の継続性(continuité)及び公役務の下での平等(égalité)等の原理に基づき契約に定められた諸義務を遵守させるため、公共団体には監視権と義務違反に対する制裁権が認められる。しかも、委任者たる公共団体は、利用者等の第三者(les tiers)に対する関係でも、事業者が義務を果たし得ない場合の補充的な責任を負っているのである。そして、第三に、当該公役務の遂行に対する報酬は、公共団体によって支払われるのではなく、公役務利用者(les usagers)によって支払われることもまた、共通の特質であるとされる。以上三点にわたる共通性の意味において、「公役務の委任」は、公役務の遂行に関して、行政側に業務遂行に対する監督権だけは残すが、実際の管理運営権即ち公役務経営とそれに起因する収益及び損失は、すべて受任者たる民間事業者の責任に帰属せしめられるというものである¹²⁾。

以上のような公役務特許契約及び収益的公共施設管理委託契約に共通の特質は、わが国或いはわが国の実定法がモデルとしたイギリスのPFIの特性にほぼ対応していると見なし得よう。このことを特に、建物や施設の建設を目的とした公共契約である公共工事請負契約(marchés de travaux publics)の場合と比較して見よう。公共工事請負契約の場合、事業者側が行う工事は法的には公共団体自身のために行われるのであって、利用者のために行われるのではない。それ故、公共団体は、公共団体自身の需要に応じて施設設計を行い、完成の暁には公共団体自身はその所有者若しくは利用者となり、そのため、工事施行過程においても、自ら施工主として施工監理の義務(obligation d'exercer la maîtrise d'ouvrage)を果たさなければならないとされる。つまり、公共工事請負契約の場合には専ら公共団体のために且つ公共団体の責任において事業が進められる。その意味で、公共工事請負契約における公共団体は施工主・事業主体(maître d'ouvrage)に他ならない¹³⁾のに対し、公役務特許及び収益的公共施設管理委託契約の場合には、事業者自らの利益と責任において当該事業遂行をなすべき可能性が認められる。この意味において、公役務特許並びに収益的公共施設管理委託契約を基盤として形成されてきた「公役務の委任」の概念は、ほぼPFIの概念に相当するものであると見なして良い。

以上により、伝統的な行政契約である公役務の特許及び収益的公共施設管理委託契約が「公役務の委任」の中心部分を占めており、また、それはイギリスやわが国のPFIにほぼ相当するものであることが理解できる。しかし、「公役務の委任」の概念は如何なる範囲をカバーするものであるのかは必ずしも明確ではない。そこで次に、公役務委任契約を他の行政契約から区別するための判別基準に関する議論を概観し、しかる後に、上記二種類の典型例以外にどのような契約類型がその中に含まれ、逆に如何なる契約類型は

11) C・ブトゥオー教授は、ボワチエ工科大学法学部で「公共契約及び公役務の委任」を主要テーマに掲げた大学院コースの責任者の一人であり、「公役務の委任」を主題とした研究書(C. Boiteau, Les conventions de délégation de service public, Imprimerie nationale Editions, 1999.)を公刊している中堅研究者である。なお、三好充『フランス行政契約論』353頁以下には、上水道事業の収益的公共施設管理委託契約に関して、不当に高い水道料金の是正措置要求に対する黙示の拒否決定の適法性が争われた事件において、右拒否決定が取り消された判決例が紹介されている。

12) 以上につき、L. Richer, op. cit., pp. 401 ~ 402.

13) 以上につき、L. Richer, op. cit., p. 328 ~ 329.

そこから排除されることになるか、について見てみよう。

(2) 「公役務の委任」の判別基準

① 収益源を重視する考え方 収益源一元論的な判別基準

公共契約等の他の行政契約から公役務委任契約を識別する基準として早くから強調されてきたのは、事業者が取得する報酬・収益の取得態様 (mode de rémunération) に着目した基準である。これによると、事業者の収益が当該公役務特許等にかかる公共施設の利用者若しくは公役務の受益者 (以下では、両方を含めて「公役務利用者」usagers du service publicと呼ぶことにする。) から徴収される使用料 (redevances) によって賄われるものであるときに、当該事業者は公役務委任契約により当該事業を遂行する者であると見なされることになる。逆に公共団体が支払う代金その他の報酬を収入源として行われる事業は、公役務委任契約ではなく公共契約に基づくものと見なされ、その契約締結は、公開性と競争入札手続の適用を原則とした公共契約法典 (Code des marchés publics) 所定の手続に服することとなる。

以上のように「報酬が公役務利用者によって支払われること」(rémunération par les usagers) を基準とした「公役務の委任」の判別方法 (かかる判別基準を、以下では、「収益源基準」と呼ぶことにする。) は、そのシンプルさ故に今日も基本的に維持されているようであるが、L・リシェールによれば、かかる収益源一元論的な判別基準論に対しては、収益源基準には二次的・副次的な重要性しか認められないとする立場から、様々な批判が投げかけられて来た。批判説の立場からすれば、収益源基準は、公共施設等の建設・設置から管理・運営・利用まで含めた「公役務の委任」を可能ならしめる公役務の特許を、単なる公共工事請負契約等から区別するのに有益ではあるが、それ以外の場合には判別基準としての機能を果たし得ないという趣旨の批判、むしろ、各公役務の職務総体の管理運営を私人の自律的経営に委ねるものであるのか否かを基準とすべきである、という批判等が、投げかけられて来たようである¹⁴⁾。

② サパン法 (1993年1月29日法) に示唆された考え方

以上のような理論上の判別基準と並んで、「公役務の委任」が法令ではどのように捉えられているかが問題となる。フランスでは、政治家への贈収賄等による政治腐敗に対処するための立法措置として、1993年1月29日の法律¹⁵⁾が制定された。制定時の経済財務大臣の姓 (Michel Sapin) に因んでサパン法 (Loi Sapin) と呼ばれるこの法律は、選挙資金や政党活動資金に対する規制とともに、国や地方公共団体などが行う種々の経済活動に伴う腐敗防止のための措置を講じる内容の法律である。そのような腐敗防止規制の一環として、「公役務の委任」に関する規制法規が、フランス実定法規上はじめて設けられた。この法律は、専ら贈収賄等による政治腐敗や談合等の防止のため必要な規定を設けたものに止まるため、「公役務の委任」制度全体をカバーするような包括的規定を定めたものとは見なし得ないが、法律上それまではバラバラの行政契約として存在していた種々のものを、「公役務の委任」(délégations de service public) の名の下に把握し、この概念に包摂される種々の契約の締結手続や契約期間等に関する共通ルールを初めて定めた法律として、重要である。もっとも、市町村や県が締結主体となって締結される公役務委任契約 (conventions de délégation de services publics locaux) に関しては、既に1992年2月6日の法律¹⁶⁾が、契約締結に先立って事前公告手続を義務づける (obligation de publicité préalable) 規定を設けていたが、サパン法は、国が締結主体となる場合も含めて、公役務委任契約の締結手続につき、公開性・競争性の確

14) L. Richer, op. cit., pp. 404 ~ 405.

15) この法律の正式名は、「汚職の防止並びに経済生活と公的手続における透明性に関する法律」(Loi N° 93 122, du 29 janvier 1993, relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques.) である。

16) Loi N° 92 125 du 6 février 1992, d'orientation relative à l'administration territoriale de la République.

保と交渉可能性の留保をとともに保障する見地から、初めて共通の手続ルールを定めたのである。この法律が公役務委任契約の締結手続に対して課した手続ルールに関しては、後に紹介・検討することとして、ここでは、この法律（以下では、「1993年サバン法」と呼ぶことにする。）によって「公役務の委任」がどのように捉えられていたかを、検討する。

もっとも、サバン法は、「公役務の委任」に関する定義を一切行っていないし、その立法過程でも、概念定義は一切試みられなかったと言われている¹⁷⁾。L・リシェールによれば、サバン法の個々の規定からは、(i)「公役務の委任」は「公役務」の遂行を「企業」に任せるものであること、(ii)従来の「公役務の特許」の場合は施設の減価償却期間中は契約が継続することを前提として成り立っていたのに対し、「公役務の委任」はごく短期間にわたる契約をも許容するものであること、(iii)委任された公役務の利用者との関係が重要であり、受任企業の選定に当たっては利用者間の平等の尊重等の要請が働くこと、他方、(iv)企業が受け取る収益は必ずしも利用者から利用料金として支払われるものであることを要せず、直接的には行政から支払われる場合もあり得ること、といったメルクマールを導き出し得るに止まるとされる。L・リシェールによれば、これらのメルクマールだけでは、公役務の「委任」の意味を見落とししたことになり、結果的に通常の公共契約との差違を明確化することはできない¹⁸⁾。そこで、L・リシェール自身は、これらのメルクマールを補充する意図の下に、公役務を対象とした企業経営という点に「公役務の委任」の本質を見出そうとする。

③ 企業経営性を重視する考え方 経済単位としての自律性に着眼した判別基準

上述のように、L・リシェールは、公役務の「委任」と呼び得るものであるためには、「受任者」たる相手方に対し、当該公役務の管理における「十分な自律性」を認めるものでなければならないとして、そのためには、(i)委任される事業活動は、収益として識別し得るものを直接的であれ間接的であれ生み出し得るものでなければならず、(ii)当該企業には、一個の経済単位を構成し得るほど包括性のある職責が委ねられること、(iii)利用者との関係を含むことが不可欠であるとする。以上の諸条件を満たすことにより、はじめ、「公役務の委任」は単なる公共契約（*marchés publics*）から明確に区別された独自の意味を獲得するのであり、そのような意味で、「公役務の委任」の本質は、公役務性を有する「企業」の「経営」を「受任者」たる企業に委ねるという点にある、とされるのである¹⁹⁾。

L・リシェールの判別基準論は、個々の公役務を企業活動として捉え、これを民間事業者の責任の下で包括的かつ自律的に行われる「経営」に委ねるための契約である、という点に「公役務の委任」の本質を見出そうとする考え方である。しかし、かかる企業の経営性に着目した判別基準論が、コンセイユ・デタの行政判例によって、そのまま受け入れられることはなかったようである²⁰⁾。

④ 行政判例 修正・緩和された収益源基準の採用

というのは、行政判例においては、従来から公役務特許契約の識別基準とされてきた事業者の収益源に着目した考え方が影響力を保ち続けたからである。もっとも、さすがに収益源一元論的な考え方に対しては強い批判が投げかけられてきたため、以下のように、事業者による事業内容と収益との関連性を総合的に判断しようとする考え方が、判例においても主流を占めているようである。

収益源一元論的な考え方に対する批判説の主張は、収益源のあり方だけではなく、個々の公役務につき

17) L. Richer, op. cit., p. 418.

18) 以上につき、L. Richer, op. cit., 418～419.

19) 以上につき、L. Richer, op. cit., 419～420.

20) L. Richer, op. cit., pp. 418 et 420.

事業者に委ねられた管理運営の内容に照らして、当該公役務にかかる職責遂行の総体が、収益と責任も含めて包括的に委ねられたと見なし得るか否かにより、「公役務の委任」概念に当たるか否かを決しようとする考え方である。その意味で「グローバルな分析」(analyse globale)の必要を重視する立場である。かかる「グローバルな分析」の立場からすると、「公役務の委任」該当性を判断する上で、事業者が得る報酬が公役務利用者からの直接的支払いによるものであるか否かという基準は決定的ではなく、むしろ、その報酬(rémunération)の相当部分が(pour une part substantielle)、事業の成果即ち公役務利用者に対するサービス給付の実績に応じて決定づけられる仕組みになっているか否かが重要である。これにより、事業者の収入が行政側から支払われる報酬により賄われる場合でも、当該報酬額の相当部分が当該公役務給付の実績に由来すると判断されるならば、当該事業は「公役務の委任」によると見なされることになる。

判例は、結局、かかる修正・緩和された「収益源基準」の考え方に与することにより、収益源の判断を柔軟化してきたと言われている。たとえば、事業収益が必ずしも公役務利用者から直接支払われる利用料によって賄われるのではなく、委任側の公共団体から支払われる報酬によって賄われるケースであっても、当該報酬額の算定方法と公役務利用者に対するサービス給付の実績との間に何らかの連動性(liaison de la rémunération aux résultats de l'exploitation)が認められるならば、当該行政契約が「公役務の委任」に該当することを認める方向へと、柔軟な考え方がなされるようになっているのである。しかも、上述の「相当部分」とは、報酬額の半分以上である必要は毛頭なく、個々の契約を取り巻く資金繰りの不確実性(aléa financier)次第では、公共サービス給付の実績に応じて決まる収益部分が10%~30%程度にまで低い割合に落ち込んだとしても、「公役務の委任」該当性が肯定される場合もあり得るとされる。このように、事業成果即ち利用者に対する給付実績と収益との間に何らかの合理的対応関係が成り立つのであれば、当該事業遂行は「公役務の委任」の枠組みの中で行われているとされるのである²¹⁾。そこで、以下では、公役務の特許及び収益的公共施設管理委託契約以外の行政契約の中から、「公役務の委任」該当性が問題となり得る契約類型を取り上げ、以上のような判別基準をめぐる問題をより具体的に検討することにしよう。

(3) 「公役務の委任」に該当しない行政契約

① 公共工事請負契約(MTP = marchés de travaux publics)

「公役務の委任」は、基本的には、行政の事務・事業(公役務)の企画立案から実施(公共的サービスの提供を含む)までを広く民間事業者へ委ねることを可能とする契約手法であり、そのような広がりをもった範囲内で、公共施設の設置・建設及びその管理運営業務を民間事業者へ委託するための契約手法としても用いられる。この点で、先に言及した公共工事請負契約(MTP)とは、性質を異にしている。公共工事請負契約は、国や地方公共団体等の公共団体と事業者との間で、競争手続により締結される公共契約(marchés publics)の一種であり、公共施設等の建設を目的とした工事請負契約である。公共契約には、このほかに、物品納入契約(marchés de fournitures)と役務調達契約(marchés de services)があ

21) 修正・緩和された収益源基準の考え方及びそれに立脚した判例理論については、cf., L. Richer, op. cit., pp. 420~421; J. F. Lachaume, C. Boiteau et H. Pauliat, op. cit., pp. 222~223. なお、フランス行政契約法の古典である下記の体系書は、公役務の特許について、「公役務の特許とは、公法人が、他の者に対して、何らかの公役務の経営がもたらす資金的成績に応じて決定される報酬を媒介として、当該公役務の経営責任を負わせる契約である」との定義を提起しているが、表現に差違はあるが、本文で述べた判別基準論とほぼ同様の考え方に立つものと見なし得るであろう。A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, op. cit., p. 297.

る。

② 管理業務付き公共工事請負契約 (METP)

もっとも、公共工事請負契約の一種である「管理業務付き公共工事請負契約」(marché d'entreprise de travaux publics.これを、以下では、METPと呼ぶことにする。)の場合は、公共施設の建設のみならずその管理運営をも請負事項としている点で、公役務特許契約に接近する。そのため、「公役務の委任」に該当することに異論の余地のない公役務の特許契約とMETPとを区別すべきか否かが問題となる。

そこで、METPについて立ち入って見てみると、この契約類型は、公共施設や公益施設の建設に付随して当該施設を利用しての事業の遂行をも行わしめた上で、公共団体側は、それらに要した費用を、契約が継続している全期間に配分して支払うことを可能とするものである。家庭廃棄物の処理施設の設置と収集・処理業務を一括して請け負わせるケース等で利用されている手法であると言われている。この場合、請負業者が受け取る報酬は、発注者である市町村等の公共団体により、当該施設の減価償却費用及び維持稼働費用相当額として予め定められた金額の支払いが行われる (rémunération forfaitaire) のであり、事業遂行の実績に応じた報酬が支給されるのではないという意味で、通常の「公共工事請負契約」と異なるものではない²²⁾。つまり、報酬が事業成績と何ら連動性なしに算定された価格に基づいて支払われる場合、当該行政契約は、公共契約の一種たる公共工事請負契約に該当し、公役務委任契約には該当しないとされるのである²³⁾。

これに対し「公役務の委任」の場合、公役務の管理運営を委ねられた民間事業者は、当該公役務の利用者から直接、利用料という形で報酬を受け取ることになることが多いが、公役務委任契約の中には、委任側の公共団体から報酬が支払われるケースも多々存在する。そこで、上述のごとく、修正ないし緩和された収益源基準の立場からすると、報酬の支給と事業成績との間に連動性 (liaison de la rémunération aux résultats de l'exploitation) が存在するならば、当該契約は「公役務の委任」に該当することになる。このように、公役務委任契約と公共工事請負契約との違いは、公共団体から民間事業者へ支払われる報酬が、当該事業ないし公共施設の管理運営の成果即ち事業実績を算定基礎として支払われることになっているか、という点に求められるのである²⁴⁾。

以上のように修正・緩和された収益基準論には、行政的事務・事業の遂行を民間事業者の自律的経営に委ね、利用者に対する経営上の工夫・努力の成果を収益・報酬に反映させることが「公役務の委任」本来の趣旨である、とする考え方が端的に現れているように思われる。つまり、公役務の管理運営を民間事業者の企業経営に委ねることがこの制度の趣旨なのであるから、報酬の算定も管理運営実績に基づき行われるべきであるということなのであり、その限りでは、上述の企業経営性を重視する学説の考え方が、判例による収益基準論の修正・緩和にもある程度影響をもたらしていたと言えるであろう。

(4) 境界域にある行政契約

そこで、個々の行政契約につき「公役務の委任」に該当するか否かが問題化するときは、個々の契約ごとの報酬・収益算定の仕方の差違に応じて、上述のような報酬の算定基礎に着眼した判別基準によりその該当性を判断せざるを得ないことになる。かかる意味で個別契約の個別事情に応じた判別を余儀なくされ

22) L. Richer, op. cit., pp. 330 ~ 331.

23) 本文で述べた事情故に、2001年の立法措置により、METPは独自の契約類型としての存在を否定され消滅したとの情報を得ているが、未だその真偽を確認するに至っていない。

24) cf., L. Richer, op. cit., p. 421.

る行政契約として、「一部収益型業務委託方式」(régie intéressée)及び「単純業務委託方式」(gérance)がある。いずれも、民間事業者が公役務活動を国や地方公共団体等から請け負って事業活動を行うが、事業者が公役務利用者と直接相対する関係に置かれることはなく、主たる収入も、公共団体との間で事前に取り決められた額の請負料金の支払いによるのであり、利用者から直接支払われる利用料金によるのではない。しかし、以下のように、両者間には、公役務の管理運営面である程度の差違があるため、「公役務の委任」に該当するか否かの判断において多少の差違が生じることになる。

① 一部収益型業務委託方式 (régie intéressée)

国や公共団体が個々の公役務の立ち上げに必要な施設整備や予算措置を自らの責任で行った上で、その管理運営のみを民間事業者に行わせるが、受託者 (régisseur intéressé) たる事業者が得る収入は国又は公共団体から支払われるのを原則とする。施設整備並びに管理運営の基本部分は、すべて、公共団体の責任において行われ、従って、事業活動に伴う収入と支出も専ら公共団体の会計に帰属することになる。この点で、「公役務の特許」及び「収益的公共施設管理委託契約」と決定的に異なるが、他方、事業開始時の初期投資や施設の大規模な修復・施設更新工事等を除いた小規模の施設維持・修復のための工事に限っては、事業者自身の責任で実施できる。また、事業活動に伴う危険の主たる部分は公共団体によって負担されるが、「事業者が負担する危険も皆無ではない」とされている。具体的には、公共団体から支払われる報酬額の決定は、事業活動の成果や業績水準に応じてスライドし、その上、委託契約所定の上限額の範囲内で、利用客数や生産高等の成果に応じて計算された額の特別報酬が支払われることになっている²⁵⁾。都市バスや市街電車等の都市交通事業 (transport urbain) でよく使われている方式であるようである。

このように、利用者に対する関係での事業成績に応じた収益がある程度確保される仕組みになっている点に着目して、これを「一部収益型」の業務委託と翻訳することが適切であるように思われる。また、利用者に対する経営上の工夫・努力がある程度収益に反映される仕組みが組み込まれている点に着目すれば、事業者と利用者とは部分的に相対する関係に置かれることになる。以上の特質故に、かかる業務委託方式が「公役務の委任」に該当する可能性が生じるのである。

② 単純業務委託方式 (gérance)

この方式の場合も、施設の整備及び管理運営はすべて公共団体の責任において行われ、事業活動に伴う収入と支出はすべて公共団体の会計に帰属する。受託者 (gérant) たる事業者は日常的な管理業務を行うに過ぎず、事業活動の条件等を自律的に決定する余地が否定され、事業活動に伴う危険の負担も全面的に公共団体に帰属する。この方式は公共団体と事業者との役務給付契約にすぎないため、両者間には一種の代理関係 (mandat) が成立し、事業者が公役務利用者に対し直接的な関係を取り結ぶことはない。事業者による業務改善等を反映した特別報酬が支払われることもあるが、報酬はすべて、公共団体から、委託契約で予め定められた方式により請負代金として支払われる。

以上から明らかなように、この方式は、上記「一部収益型業務委託方式」以上に、事業者の自律的経営の余地が縮減された形態の業務委託方式であるため、かかる「単純業務委託方式」を「公役務の委任」に含める可能性を否定する論者が多い²⁶⁾。

25) 以上につき、L. Richer, op. cit., pp. 415 ~ 416; J. F. Lachaume, C. Boiteau, H. Pauliat, op. cit., pp. 225 ~ 226.

26) 以上につき、L. Richer, op. cit., p. 416; J. F. Lachaume, C. Boiteau, H. Pauliat, op. cit., pp. 226 ~ 227.

第2節 「公役務の委任」の契約締結手続

既に述べたように、公役務委任契約を公共契約から区別して論じることの主たる実益は、契約締結手続の差違にある。それ故、以下では、まず公共契約の締結手続をごく簡単に概観し、しかる後に、1993年サパン法により法定化された公役務委任契約の締結手続について検討することにしよう。

(1) 公共契約 (marchés publics) の場合 二種類の入札制度 (adjudication et appel d'offres)

公共工事請負契約の締結には、「公共契約法典」(Code des marchés publics)の諸規定に基づき、「公開と競争」(publicité et concurrence)に沿った入札手続が適用されることを原則とする。後述のように、公役務委任契約の場合も、締結手続における公開性の要請についてはほぼ共通しているが、入札による競争手続を要求されるかという点に、両者の締結手続上の基本的な差違が生じる。もっとも、公共契約の入札手続も、すべて自動的に落札者が決まるような方式により一元的に構成されているわけではない。以下に見るように、入札価格の差違に応じて最低価格入札者が自動的に落札者とされる方式と並び、価格以外の多様な要素も含め総合的に判断した結果として「最善の申し出をした者」を落札者とする方式も存在するのである。

① 厳格入札制度と裁量的入札制度

フランスの入札制度は、基本的に、「厳格入札制度」(adjudication)と「裁量的入札制度」(appel d'offres)とに二分される。何れも事前の公告 (publicité préalable) により競争入札が実施される点では異ならない。両者の違いは、落札者決定の方式において生じる。「厳格入札制度」の場合、最低額の見積もりを申し出た者 (le candidat le moins disant) が落札することが、法律上義務づけられている。必要に応じて「上限価格」(un prix maximum) を設定することも可能であり、その場合には、上限価格以下の範囲で最低額の見積もりを出した者が落札する。これに対し、「裁量的入札制度」の場合 (この場合も上限価格が設定される場合であればそれ以下の価格の見積もり額を申し出た者の中から)、事業者の質の確保のため価格以外の諸条件をも勘案した上で「最善の申し出をした」(le mieux disant) と見なされる入札者を落札者とすることができる²⁷⁾。事業者の質と価格との最適関係を確保するための総合的な判断を可能ならしめる入札制度であるとされる²⁸⁾。

② 一般競争入札と制限競争入札

他方、厳格入札制度及び裁量的入札制度の何れについても、一般競争入札 (ouverte) と制限競争入札 (restreinte) との二種類の方式が可能であり、何れの手続によるかは、制限競争入札を採用するための要件を明示する法令規定がない限り、契約締結権者の判断により決定される²⁹⁾。いずれの場合も、公共団体がまず初めに、競争手続に付する旨の事前公告 (publicité préalable) を行うことにより、すべての手続が開始する。

このうち一般競争手続に関する事前公告は、競争手続公募の告示 (avis d'appel public à la concurrence) という形式で行われる。一般競争手続の場合、この公募告示の段階で、当該公共契約の対象事項だけでなく、関係書類の閲覧場所、見積書の提出期間、提出される見積書の有効期限等が指示され、その

27) cf., L. Richer, op. cit., pp. 351 - 352.

28) B. Gosselin, Les marchés publics, L.G.D.J., 1998, p. 81.

29) A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, op. cit., p. 621; L. Richer, op. cit., p. 352.

指示内容に従って、見積書の提出・開封及び落札者の決定等の手続が進められることになる。

これに対し、制限競争入札の場合、公募公告から入札参加者リストの作成までの段階と、リストに掲載された入札参加者による見積書提出から開封及び落札者の決定までの段階という、二段階からなる手続とられる。まず、公募公告の段階では契約対象事項の指示が行われるだけであり、これに応じて事業者側から提出される応募調書 (candidatures) を参考に、各事業者の専門性や資金能力等を審査して入札への参加を認められる事業者の選定が行われる。この入札参加者リスト (liste des candidats) の作成権限を有するのは、国の公共契約については当該契約の締結権限を有する大臣等の行政機関である³⁰⁾のに対し、地方公共団体の契約については、各地方議会の議員等により構成される入札委員会 (commission d'adjudication ou d'appel d'offres) である。入札参加者リストには、公募に応じて応募調書を提出した者以外の事業者をも加えることが認められており (Code des marchés publics, Art. 97, al. 4 et Art. 299bis, al. 4.)、このことが、談合が疑われる場合の一つの抗弁事由になると言われている³¹⁾。入札参加者リストへの掲載を拒否された応募者に対しては、その旨の通知が行われるとともに、書面で理由の開示を要求した応募者に対しては拒否理由が開示される。他方、リストに掲載された各事業者に対しては、見積書の提出期間、参考資料閲覧に関する教示、提出される見積書の有効期限等を記載した通知書が交付された後、見積書の提出等からなる第二段階の手続が進行する。

③ 公募型の裁量的入札制度 (appel d'offres) の優位性

以上のように、フランスの入札手続では、わが国の指名競争入札に相当する制限競争入札の場合も、事前公募を行った上で入札参加者が選定されるという仕組みになっている。この意味での公募型の制限競争入札が一般化している点が特徴である。事前の公募手続の重視という点で、一般競争手続と制限競争手続との差違はある程度相対化されていると言えよう。他方、法律上は、厳格入札手続と裁量的入札手続は同格の位置づけをされているにもかかわらず、公共契約締結の実態においては、今日では、前者はほとんど利用されなくなっており、実態上、裁量的入札手続が主要な入札手続となっているという点も、フランスの公共契約入札手続のもう一つの特徴である。一説によると、厳格入札手続によるケースは、国の公共契約の場合で1パーセントにも満たず、地方公共団体の場合も4パーセントそこそこに過ぎないと言われるような実態なのである³²⁾。それに加え、少額の公共契約等については、交渉可能性をより幅広く採り入れた手続き等が採用されているのであるが、その点は措くとしても、公共契約締結の実態に鑑みれば、フランスの公共契約締結手続の主流は公募型の裁量的入札手続である、ということになる。以上のような実態を踏まえ、2001年3月には、厳格入札手続を廃止し、裁量的入札手続を名実ともに原則的な公共契約締結手続として位置づける旨の規定が設けられた³³⁾。

ところで、裁量的入札手続に見られる事業者の質への配慮、及び制限競争入札手続に見られる公募公告による公開性の確保という特質は、以下に述べるように、サパン法により法定化された公役務委任契約締結の手続にも、ある程度反映しているように思われる。

30) 各省ごとに設置された委員会への諮問を経た後に、本庁所管の公共契約については各大臣が、また地方局所管の公共契約については各県の知事が、それぞれ決定する。

31) L. Richer, op. cit., p. 352.

32) B. Gosselin, Les marchés publics, L.G.D.J., 1998, p. 78.

33) 2001年3月7日のデクレ第26条の規定による。Décret N° 2001 210 du 7 mars 2001 portant Code des marchés publics, Art. 26. この法律は、同年9月8日に施行されている。

(2) 「公役務の委任」の場合

1993年サパン法が設けた公役務委任契約に関する締結手続規制は、「公法上の法人（personnes morales de droit public）が行う公役務の委任を規律対象としている（38条1項）。国，レジョン，県，市町村に止まらず，国営若しくは公営の企業体，国が設置した専門大学校（grandes écoles），大学等々の公施設法人（établissements publics），複数の市町村間で結成される事務組合（syndicats de communes）や大都市共同圏（communautés urbaines）等々の連合法人（établissements publics de coopération intercommunale）等，独自の法人格を有する公法人が，広く，本法に基づく規制対象たる公役務委任契約の締結主体として把握される。上述のように，この法律の前年に制定された1992年2月6日法第52条は，既に，市町村・県・レジョン若しくはこれら地方公共団体が設置した公施設法人が締結する公役務委任契約に関して，公募のための事前公告手続を義務づけ，1993年1月1日を以て施行されたのであるが，それまでは，国によるのであれば地方公共団体によるのであれば，あらゆる公役務委任契約は，一切の手続的な制約を受けず「全く自由に」締結されていた³⁴⁾。サパン法は，1992年法第52条を削除し，公役務委任契約を一般的な契約類型の一つとして把握した上で，国をも含めたあらゆる「公法上の法人」が締結主体となる公役務委任契約に共通の締結手続ルールを定めたわけである。

以上のような公役務委任契約につき，本法が定めた共通の締結手続ルールは，以下の二点にわたる基本的特徴を有するものである。第一は，公募を踏まえて予め作成された候補者リストに掲載された複数事業者に見積書を提出させることにより，一定程度の競争性を内包した公開性が確保されることである。第二の特徴は，複数事業者からの見積書提出の後に行政と事業者との間で「自由に交渉が行われる」ことにより，適切妥当な受任事業者を選定することを可能としていることである。以上のような特徴を有する公役務委任契約締結手続につき，その進行順に従って概観してみよう。

① 委任の基本部分に関する決定（décision sur le principe de la délégation）

まず，個々の公役務委任に際しては，その基本的な原則や内容に関する決定が行われなければならないが，この局面では，議会の議決を必要とするか否かにつき，地方公共団体による場合と国による場合との間に大きな差違がある。地方公共団体またはその公施設法人の場合には，当該公役務の遂行を民間事業者へ委任すること自体の妥当性の判断，あるいは，受任した事業者によって給付されるサービスの内容等の基本部分の決定は，当該地方公共団体等の議事機関の議決によらなければならない（42条）。これに対し，国の事務に関する公役務委任の場合は，委任の基本部分に関して議会が関与する余地はない。

② 公募のための事前公告（publicité préalable = avis d'appel d'offres）

基本部分の決定の後，「競争性を有する契約申込みが複数個提出されることを可能ならしめるような公告手続」（procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes）がとられる（38条1項）。これは，委任の対象事務を明示し契約候補者を公募する旨の事前公告が義務づけられることを意味する。したがって，最初から見積書（offres）の提出が行われるのではなく，この公募に応じて提出される応募調書（candidatures）に基づいて，次の候補者リストの作成が行われる。

③ 候補者リストの作成

提出された応募調書をもとに，公共団体側は，各応募者が十分な専門能力と資金能力（leurs garanties professionnelles et financières），及び，「公役務の継続性並びに公役務の下での利用者の平等を確保するだけの適性」（leur aptitude à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le

34) L. Richer, op. cit., p. 403.

service public) を具えているか否かを審査し、その上で、「見積書の提出を認められる複数候補者のリスト」(liste des candidats admis à présenter une offre) を作成する(38条2項)。

④ 契約条件明細書の送付及び見積書(offres)の提出

候補者リストに載った各候補者に対して、委任される役務給付の「量的及び質的な特徴点」、また必要とあらば、利用者へのサービス給付の料金に関わる諸条件を定めた文書が通知される(38条3項)。これは、実務上、「契約条件明細書」(cahier des charges)と呼ばれてきた文書であり、各候補者は、そこに記載された諸条件を参照しながら、見積書を作成し提出することになる。

⑤ 見積書の開封(ouverture des plis)

各候補者から提出された見積書の開封手続に関しても、国の場合と地方公共団体の場合との間に差違がある。国の場合には特別の手続が定められていないのに対し、地方公共団体等の場合には、「開封委員会」(commission d'ouverture des plis)と呼ばれている委員会が開封を行う(43条)。開封委員会は、県や人口3,500人以上の市町村等の場合は、その首長及び5名の議員によって、また人口3,500人未満の市町村の場合は、首長と3名の議員によって構成される。

契約締結権者から開封手続の付託を受けた開封委員会は、各候補者が提出した見積書の内容を検討し、各見積書について「好ましい」か「好ましくない」か(favorable ou défavorable)の評価を記載した意見書(avis de la commission)を作成し、首長等の契約締結権者へ提出する。

⑥ 見積書を提出した各事業者との自由な交渉(négociation libre)に基づく事業者選定

候補者からの見積書の提出の後、各公共団体において契約締結権限を有する行政庁は、各候補者との間で、各見積書の内容に即して「自由に交渉」を行うことができる(38条4項)。この交渉過程においては、締結権者は、妥当な相手方を選定するのに「有益ないかなる論議をも自由になし」得るとされており、また、交渉の相手方は複数の候補者でも良いし、一人に絞った交渉でも良いとされている(43条5項)。このように、複数候補者から行われた見積書の提出の後に、大幅な自由性を帯びた交渉の可能性が認められる点に、公役務委任契約の締結手続上の最大の特徴がある。

以上のような自由な交渉手続を経て、締結権者は、一人の候補者を当該公役務の遂行を受任すべき事業者即ち契約の相手方(délégataire)として選定する(38条4項)。この場合、締結権者(地方公共団体の場合、市町村長・県会議長・レジョン会議長)の選定権限は、法的には、先に開封委員会が各見積書について下していた「好ましい」か「好ましくない」かの評価に拘束されることはない。したがって、締結権限庁が独自に行った「自由な交渉」の結果から妥当な候補者と判断できるのであれば、仮に開封委員会が「好ましくない」と評価した事業者であっても、これを受任事業者として選定することは、法的には可能である。しかし、次に述べるように、最終的には議会等の議事機関の承認を得なければならないため、政治的には、議員代表をメンバーとして構成された開封委員会が下した評価を尊重せざるを得ない、という仕組みになっているのである。

⑦ 議事機関への提案 地方公共団体の場合に限って

市町村、県、レジョンあるいはその公施設法人、事務組合や大都市共同圏等の連合法人が締結主体となるケースでは、締結権者が行った事業者選定の結果を各地方議会等の議事機関(assemblée délibérante)に提案し、その承認を得なければならない。その際に、開封委員会が作成した報告書を提出しなければならず、その中には候補者リスト、各候補者が提出した見積書の提案内容に関する分析、最終的に選定された候補者が選ばれた理由、及び、当該契約の全体的収支均衡(l'économie générale du contrat)に関する記載がなければならない(43条5項)。上記の開封委員会に対し見積書の開封案件が付託された

日と、議事機関による承認議決との間には、最低でも二ヶ月以上の期間を置かなければならない(44条)。

⑧ 二次的・例外的手段としての「特定の事業者との直接交渉手続」

公募に応じて応募調書を提出する者がいないとき、候補者リストに記載された候補者への「契約条件明細書」の通知に応じて見積書を提出する者がいないとき、あるいは、候補者からの見積書提出があったにもかかわらず、開封委員会が「好ましい」と評価する候補者が皆無である場合、「自由な交渉」によっても妥当な候補者を決められない場合、締結権者からの提案を議事機関が拒否したため事業者を決定できない場合等により、受け入れ可能な見積書が存在しないときには、以上の諸手続を一切省略し、直接に特定の事業者を相手にした交渉を行うことが許容される。かかる「特定の事業者との直接交渉手続」(une procédure de négociation directe)(45条)に訴えることは、このように契約締結がデッドロックに乗り上げたと認められる場合か否かを厳格に認定した上で認められる手続であり、その意味でごく例外的な締結方法であることが明確化された点が重要である。

(3) 「公役務の委任」契約締結手続の特色

① 自由な交渉可能性の留保

以上のように、入札手続が適用されることを原則とする公共契約の場合とは異なり、公役務委任契約の場合は、もっぱら、「交渉の余地を残した公開手続」(une procédure de publicité qui laisse place à la négociation.)に服するに止まる³⁵⁾。L・リシェールによれば、フランスのみならず他の諸国においても、公役務の委任を可能ならしめる契約については、「契約相手方における人」(la personne du cocontractant)が伝統的に重視されてきたのであり、そのような「人的要素の考慮」(l'intuitus personae)故に締結手続に制約を課すことをせず、随意契約によることを認めてきたとされる³⁶⁾。サパン法による締結手続の公開性保障の下でも、かかる「人的要素の考慮」を全く否定し去ることはできなかったわけである。公役務委任契約の相手方の選定手続における交渉可能性の留保からは、公開性・競争性の確保と抵触しない範囲で「人的要素の考慮」可能性を維持しようとする立法意図を読みとることができるように思われる。

② 限定的な競争性を内包した公開性の原則

もっとも、地方公共団体やその公施設法人が締結する公役務委任契約の場合には、地方議会等の議事機関の議決を二度にわたって要求し、また、見積書の開封を議会代表をメンバーとする委員会の権限とした上で、個々の見積書に対する評価権限をも右委員会に与えることにより、地方公共団体の首長等の契約締結権者の恣意的選定に対し民主的コントロールを確保しようとする意図を読みとることができるように思われる。これに比し、国若しくは国の公施設法人が締結主体となる公役務委任契約の場合には、かかる議事機関の関与や特別の委員会による見積書の審査機会の留保という手続が欠けており、よりシンプルな手続の中に公開性と交渉可能性との同時達成のためのプロセスを組み込んだものとなっている。

さらに、公役務委任契約の締結手続には、競争の要素もある程度組み込まれている。というのは、事前の公募手続を前提として候補者リストに記載された複数の候補者に見積書の提出を求めるという仕組みからは、公開性の中に必要最小限の競争性を加味しようとする意図を読みとることが可能だからである。言うまでもなく、それは、理念型的な入札制度に内在していると思われる契約締結権者の裁量的判断余地の極小化の要請ないし落札者決定における自動性の要請とは相容れない制度である。しかしながら、上述の

35) L. Richer, op. cit., p. 424.

36) L. Richer, op. cit., p. 406.

ように、フランスでは、公共契約の締結手続きに関しても、今日では裁量的入札制度 (appel d'offres) が主流であり、そこでは、相手方事業者の質の確保と価格の抑制という二つの要請を同時達成するための総合判断の余地が認められ、「最善の申し出をした者」(le mieux disant) が落札者とされる。同様の傾向は、我が国の地方公共団体の行う契約締結について、1999年に新たに導入された「総合評価方式」(平成11年2月17日公布・施行の地方自治法施行令167条の10の2)においても看取することができるように思われる。以上の点からすれば、公役務委任契約の締結手続きにおいて採用された限定的競争性と、今日的な公共契約締結手続きにおいて看取される総合評価志向との間には、契約相手方の質の確保を重視しようとする共通の関心を見出すことができるように思われる。

第3節 契約内容に関する法規制

(1) 契約継続期間の制限及び延長可能性

① 契約期間の制限 「通常の減価償却期間」

長期間にわたる公役務委任契約を認めるならば、それだけ独占的経営が長期間継続するため事業者間の競争が損なわれ、その結果、サービスの質・内容の低下やサービス・レベルとの関係で不当に高い料金水準の存続を許す結果となる危険がある。そこで、何らかの期間制限が必要となるが、1993年サパン法は、40条1項において、各公共団体が、給付内容の差違に応じて契約期間の制限を定めることを求めた。そして、特に、「施設の設置が受任者の負担で行われるとき」、即ち、公共団体側ではなく受任者たる民間事業者側が必要施設の設置・建設を行う公役務委任契約の場合に、契約期間の決定に際して考慮しなければならない制約として、第一に、施設建設のための「投資の性質と金額」を考慮すること、第二に、「当該供用施設にかかる通常の減価償却期間を超えないこと」(la durée normale d'amortissement des installations mises en oeuvre) を求めている。特に第二の要件が重要であり、これにより、各施設の性質等に応じて通常予想される減価償却期間を超えた期間にわたって、同一の事業者を相手とした契約を締結することは禁じられるのである。

② 期間延長が認められる場合 要件の厳格化

もっとも、かかる期間制限に関しては、「通常の減価償却期間」という要件が曖昧であるという問題とともに、一定の場合に当該期間の延長が認められるという例外がある。即ち、同法40条2項によれば、次の二つの場合には、例外として、契約期間の延長が認められる。

第一の例外は、一般利益のため期間延長がやむを得ない場合であるが、この場合の延長期間は、1年間を上限とする。

期間の延長が認められる第二の例外は、「当該公役務の良き遂行のため若しくは事業地域の拡張のため」という目的の下で、委任者たる公共団体側からの要求に基づき、受任者たる事業者が、相当規模の施設建設等の工事を新たに行わなければならない場合である。サパン法は、この場合に期間延長が認められるため新たな工事が具備しなければならない性質及び規模について、細かな要件を定めている。それによれば、新たな工事は、「当初の契約では定められていなかった工事」であることに加え、「当該委任契約の全体的収支均衡(l'économie générale)を変更する性質のもの」であり、しかも、「明らかに過剰な料金の値上げを行うのでなければ、残存期間中に減価償却を終えてしまうことができないような工事」でなければならないと規定されている。つまり、契約締結時の収支計算に基づく基本設計を変更せざるを得ないような新規の工事で、しかも、大幅な料金値上げを行わない限り、当初契約の残存期間内での工事費用回収

はなし得ない、という場合にはじめて、契約期間の延長が認められるという趣旨である。

以上の諸規定は、契約期間の延長に厳格な要件を課すことにより、一般利益や新たな追加工事の必要を口実として安易な期間延長が行われるのを防止しようとするものである。第一の場合は、一般利益を理由にどうしても延長が必要な場合でも、1年間以内の延長しか認めないとし、また第二の場合は、大幅な料金値上げをすることもなく当初契約時に想定された収支バランスを基本的に維持できる程度の新規工事であれば、期間延長を一切認めないとするのであるから、そこからは、恣意的な期間延長を防止することにより、当初契約の期間満了とともに現在の事業者と他の事業者との競争の機会を新たに確保しようとする、明確な立法意図を読みとることができるであろう。

③ 契約期間の実態 『会計検査院報告書』より

サパン法は、以上のように、契約期間を制限するとともに、期間延長の要件を厳格に定めたのであるが、この法律の施行後まだ10年にも満たないことにもよると思われるが、実際には、かかる規定の趣旨を逸脱し不当に長期の契約期間が定められ、或いは安易に契約期間の延長が行われるケースが後を絶たないと言われている。2000年度検査実績に関する『会計検査院報告書』³⁷⁾(以下では、「報告書」と呼ぶ。)を見ると、以下のような逸脱事例が報告されている。

まず、「通常の減価償却期間」という期間制限要件の曖昧さが問題化した例として、市町村が設置したゴルフ場の管理運営業務が、60年間という長期契約により民間事業者へ委任された例が報告されている。しかも、このケースでは、当初は99年間という期間が予定されていたのであるが、事業者側の落ち度で施設供用が遅延したことに対する制裁として、60年間へ短縮されたとのことである³⁸⁾。

ところで、減価償却期間との関係で契約期間を定め得るのは、あくまでも、施設建設が事業者自身の負担で行われた場合(公役務の特許のような場合)に限るのであるから、公共団体側が建設・設置した施設を民間事業者が使用して事業を営む場合(収益的公共施設管理委託契約や一部収益型業務委託のような場合)は、相対的に短期間の契約が妥当とされる筈である。ところが、現実には、上水道、下水道(屎尿処理施設)の分野では、公共団体側が設置した施設を使った収益的公共施設管理委託契約において、15年から30年間という長期の委任契約が締結される例が報告されている。しかも、その中の幾つかは、同じ契約期間を条件に更新されていると言う。このような事態を前に、1995年には、特に上水道、下水道及び廃棄物処理の公役務委託契約に限って、契約期間を原則として20年間以内に限定する旨の規定が法定された³⁹⁾。この規定の解釈に関して興味深いのは、報告書が、受任者たる事業者が自ら施設を設置した場合ですら、契約期間は20年以内でなければならないのであるから、事業者が施設建設費用を負担しない場合の契約期間は、20年よりはるかに短い期間でなければならない筈であると述べている点である⁴⁰⁾。

報告書では、また、契約期間の延長可能性との関係で、次のような問題が指摘されている。即ち、新たな工事の必要を理由に契約期間満了前に契約期間の延長がなされた場合、期間満了に伴う契約更新の時に料金改定を行うという機会を逸してしまうため、非常に長い期間にわたって料金改定がなされないという事態が生じかねず、その場合、事業者が現実に負担する費用額に比し予め高めに設定された当初の料金が、延長された全期間にわたって事業者を益することになる、という問題点が指摘されている。そこで、

37) Cour des comptes, "Le Rapport Public 2000", Journaux Officiels, janvier 2001.

38) ibid., p. 733.

39) 1995年2月2日の「環境保護の強化に関する法律」第75条(Loi N° 95 101 du 2 février 1995, relative au renforcement de la protection de l'environnement, Art. 75.)による。

40) Cour des comptes, op. cit., p. 733.

地方公共団体の会計検査に当たるレジョン会計検査所 (Chambres régionales des comptes) は、期間延長の要件規定を厳格に解釈するようになっていると、報告書は指摘している⁴¹⁾。

(2) 事業者による目的外負担の禁止

他方で、サパン法は、受任者たる事業者をして、委任契約の目的と関係のない役務遂行や金銭支払いを負担せしめる旨の条項を、公役務委任契約において定めることを禁止している(40条4項)。この規定は、民間事業者が契約を獲得しようとして支払わされてきた違法な「新規参入税」(droits d'entrée)の慣行に、終止符を打つという意図の下に定められたようである⁴²⁾。どうしても受任事業者から「新規参入税」や「料金」(redevances)を徴収する必要のある場合は、当該公役務委任契約において、その金額及び算定方法の理由を明記した条項を設けなければならない(同条5項)。他方、1995年には、上水道、下水道及び廃棄物処理に関する公役務委任契約に限って、一切の「新規参入税」の負担を禁止する旨の規定が設けられた⁴³⁾。

以上のような諸規定にもかかわらず、今日も、新規参入税や負担金による収入が市町村の歳入予算の相当部分を占めているようなケースが、稀には存在すると言われている。報告書によれば、かかる一般予算への繰り入れという手法は、委任対象たる公役務とは全く関係のない支出のための経費負担を意味するので、違法であるとされる。

第4節 「公役務の委任」のための公物利用

(1) 国有公物の長期占用許可

公共用もしくは公用に供されている公物に対しては、公物の非譲渡性 (l'inaliénabilité du domaine public) を理由に物権設定が禁じられるとする考え方が支配的であり、また、一般利益を理由とした占用許可の撤回が許容されてきたため、公物占用許可を受けた者の地位は不安定なものであった。しかし、「公役務の委任」による行政的事務・事業や公共施設の設置・管理等の民間化の推進にとって、かかる許可占有者の法的地位の不安定性は大きな障害となることが予想される。そこで、かかる支配的考え方を緩和し、公物占有者の地位の強化を図るための立法措置が、フランスでは講じられてきた。

まず国有公物の占用許可に関して、1994年7月25日の法律⁴⁴⁾は、国有公物の占用許可を受けて経済活動等の何らかの活動を行っている許可占有者が、当該活動を遂行するため不動産たる性質を有する建造物や施設を自ら建設した場合、当該許可占有者は、当該占用許可期間にわたって当該建造物や施設に対する物権的権利 (droit réel) を獲得する、という規定を設けた。右期間は、許可される活動及び建造物がどのような性質のものであるか及び当該建造物の規模に応じて、占用許可に際して定められるが、最長70年間という上限が設けられている⁴⁵⁾。70年以内という範囲内で、行政庁の許可の下に物権的権利を付与するこ

41) もともとの契約が収益的公共施設管理委託契約型 (affermage) である場合、新規工事の実施を理由に契約期間が延長されると、その時点で、事業者自ら施設設置をも行ったことになるので、公役務の特許型の委任契約へ転換する可能性が生じる。報告書は、このようなケースであれば「新たな委任契約の締結理由ともなる」のであるから、そのような場合に、レジョン会計検査所は、期間延長を定めた契約変更条項 (avenants de prolongation) の適正性には抑止的姿勢を示す傾向にある、と述べている。Cour des comptes, op. cit., p. 734.

42) ibid.

43) 上記の1995年2月2日「環境保護の強化に関する法律」の第76条による。

44) Loi N°94 631 du 25 juillet 1994.

45) 以上の規定は、今日、国有財産法典・法律篇34の1条 (Code du domaine de l'Etat, Art. L. 34 1.) に引き継がれている。

とにより、譲渡や担保設定の可能性を認めようとするものであり、伝統的な公物の非譲渡性の制約を大きく緩和する立法措置であることは言うまでもない。しかしながら、既に小幡純子氏が指摘されているように、この制度で創設された物権的権利には、「実際には、期限が付され、占用許可は撤回される可能性があり（補償あり）、また、譲渡についても事前の同意が必要であるなど、法律上様々な制限が課せられている」⁴⁶⁾。

この制度が導入されて未だ数年しか経っていないことに起因するのも知れないが、かかる国有公物の占用許可使用に伴う物権的権利設定の承認が、「公役務の委任」による公共施設等の建設・設置及び管理運営事業の民間化において、現にいかなる機能を果たしているかについて、私は何らの情報も持ち合わせてはいない。これに対して、地方公共団体の公有財産について立法化された不動産永代賃貸借制度に関しては、地方公共団体による「公役務の委任」に際して公物をも含めた公有財産の利用を可能ならしめる制度として、既に適用例が存在するようである。

(2) 不動産永代賃貸借制度 (bail emphytéotique)

不動産永代賃貸借制度 (bail emphytéotique de biens immeubles) は、もともとは、農地賃貸借に特有の制度として設けられたものであり、今日も、農事法典 (Code rural) の法律篇451の1条以下に規定されている。その第一の特徴は、賃借人 (preneur) に物権的権利たる賃貸借権を生ぜしめる契約であり、抵当権設定も可能であること (un droit réel susceptible d'hypothèque) にある。また第二の特徴は、契約期間が、18年超から99年以下の比較的長期間の範囲内で当事者の合意で定められることである。契約期間の延長については、黙示の更新 (tacite reconduction) は一切禁止され、明示的な合意によるのでなければ延長し得ないとされている点も特徴の一つである。

地方分権関係法律の部分的な改廃を目的として制定された1988年1月5日の法律第13条⁴⁷⁾は、地方公共団体、地方公共団体が設置した公施設法人及び複数地方公共団体間の連合組織が所有する公物に対する物権的な長期利用権設定のための制度として、上記の諸特徴を具えた永代賃貸借制度を導入した。これが公有不動産永代賃貸借制度である⁴⁸⁾。そして、その諸規定は、その後、地方公共団體法典 (Code général des collectivités territoriales) の法律篇1311の2条以下の規定にそのまま引き継がれている。

上述のように、伝統的な公物法理論に従えば、公物上に物権を設定する可能性は、公物の非譲渡性の原理に反するとの理由により否定されて来た。地方公共団体の公物についても、その非時効性及び非譲渡性 (l'imprescriptibilité et l'inaliénabilité des biens du domaine public des collectivités territoriales) を明示的に定めた規定が存置されるとともに、私人に対して公物に属する不動産の占有若しくは利用を認めることは、「当該私人に物権を付与するものではない」との原則が明示的に定められている (地方公共団體法典1311の1条第1項及び2項)。その上で、上記法典の法律篇1311の2条は、かかる原則に対する例外として、農事法典法律篇451の1条所定の永代賃貸借の法制度を地方公共団体等の公物にも適用することを定めたのである。以下では、この地方公共団體法典の諸規定を手がかりに、この制度の仕組みを概観することにしよう。

46) 小幡純子「公物の有効利用と公物占用理論 フランス公物法の変容を中心として」上智法学論集41巻3号57頁。また、特に44～57頁参照。

47) Loi N° 88 13 du 5 janvier 1988, d'amélioration de la décentralisation, Art. 13.

48) 公有不動産永代賃貸借制度の創設については、小幡・前掲論文・上智法学論集41巻3号48頁及び58頁の註(37)において既に言及されている。

(3) 公有不動産永代賃貸借制度の法的仕組み

公有不動産永代賃貸借制度には、上述のように、賃借人に物権としての使用权を生ぜしめ、抵当権設定も可能であること、契約期間が18年超から99年以下の比較的長期間の範囲内で当事者の合意で定められ、期間延長も明示の合意によるのでなければならないこと、という不動産永代賃貸借制度一般に共通の特色が具わっている。これに加え、以下のような公有不動産に特有の諸特徴が認められる⁴⁹⁾。

第一に、公有不動産の永代賃貸借は、その所有者たる公共団体のために「公役務性を有する任務を遂行する」ためか、または、所有者たる公共団体の管轄に属するところの「一般利益性を有する事業の実現」のためかの、いずれかの目的のため、私人に公有不動産の長期使用を認めようとする場合に限り締結可能な契約である (Art., L. 1311 2, al. 1.)。

第二に、永代賃貸借契約は、あくまでも公有不動産の長期使用を認めるという効果を生ぜしめるに止まる。従って、この契約とは別に、当該賃借人をして、当該公有不動産を使用して行われる公役務の給付活動又は一般利益性を有する事業活動を行わしめるための経営協定 (convention de l'exploitation) が締結される。経営協定は、永代賃貸借契約に付随して締結される契約 (convention accessoire) であり、当該永代賃貸借契約と一体的な運用がなされるため、法律上、「分離し得ない協定」(une convention non détachable) と呼ばれる (Art., L. 1311 2, al. 2.)。

第三に、公有不動産の中でも直接に公用若しくは公共用の用途に供されているものは公物として扱われ、上述のように、その上に物権を設定することや長期の利用権を設定することは認められていなかったのであるが、法律の明示の規定により、公物に属するもの (une dépendance du domaine public) も含めて永代賃貸借の対象たり得るとされたこと (Art. L. 1311 2, al. 2.) が、重要である。

しかし、刑事罰を含む道路管理法制の適用対象となる公有公物に対しては、この制度は適用されない。これが第四の特徴である。従って、公有公物の中でも公道については、永代賃貸借契約の締結可能性が排除されることになる⁵⁰⁾。「公役務の委任」に伴う公物利用にとって、この適用除外は一つの阻害要因となるものと思われる。

(4) 具体例

この制度の活用により、特に、民間事業者が永代賃貸借した公有地上にゴミ焼却場のような廃棄物処理施設を建設・設置し、かつその管理運営を行うような例が多いと言われている。これは廃棄物処理という公役務に属する職務 (une mission de service public) を民間事業者に行わせるための促進措置として、永代賃貸借の利用が認められる例である。それ以外にも、浄水場、高齢者福祉施設、体育施設の建設・管理事業等が、公役務活動を目的とした公有地の永代賃貸借の例である⁵¹⁾。他方、公役務には当たらないが一般利益性を有する事業活動 (une opération d'intérêt général) を民間事業者に行わせるためこの制度が利用される例として、地方公共団体が、住民の体育振興のため設置する体育施設と民間の商業施設・ホテル等とを一体化させた複合的な都市施設 (un complexe urbain) を建設するため、公園その他の公物 (domaine public) や遊休公有地のような私物 (domaine privé) の長期使用を認める場合等があると言われている。この場合、体育施設の建設・設置及びその後の当該施設の管理運営のみが、公役務委任契約により民間事業者の経営に委ねられることがあり得るわけである⁵²⁾。

49) 以下の諸特徴については、cf., L. Richer, op. cit., pp. 417~418; J. F. Lachaume, C. Boiteau et H. Pauliat, opp. cit., p. 226.

50) cf., J. Morand Deviller, Cours de droit administratif des biens, Montchrestien, 1999, p. 189.

51) ibid.

52) 以上は、上記C・ブワトゥー教授へのヒアリングで得られた知見である。

結びにかえて

「公役務の委任」の基本的な仕組みに関しては、本稿で取り上げた諸側面以外にも、様々な仕組みやルールが存在する。中でも、契約に基づく公役務の遂行が適正に行われるためのコントロール手段として、1990年代には、不正行為に対する刑事罰の強化と並んで、年次報告書（rapport annuel）の提出義務の法定化や会計裁判権（会計検査院Cour des comptes若しくはレジョン会計検査所Chambres régionales des comptes）による財務調査権の強化等が図られてきた。

また、1993サパン法により、公役務委任契約の締結手続に関する適法性審査のための行政訴訟の提起可能性が拡充された。即ち、公共契約又は公役務委任契約の締結に際して公開性及び競争性の確保義務（obligations de publicité et de mise en concurrence）に違反する事実があった場合、「契約締結に利益を有しており、かつ、当該瑕疵により不利益を受ける可能性のある者」には、行政裁判所への訴訟提起の原告適格が認められる。これにより、公募に応じて応募調書や見積書を提出した事業者等が訴訟を提起できることが、明確化されたわけである。また、当該契約が地方公共団体、地方公共団体が設置した公施設法人又は複数地方公共団体間の連合法人により締結されたものである場合には、国の代表機関である県知事も、同様の訴訟を提起することができるとされた（サパン法50条⁵³⁾。かかる立法措置による行政訴訟の拡充は、公共契約における救済手続に関して加盟国国内法の調整を目的として発せられたEC指令⁵⁴⁾を受けて、その国内法化のため制定された1992年の法律⁵⁵⁾により、公共契約に関しては一足先に実現していたのであるが、サパン法により、「公役務の委任」についても同様の扱いがされるようになったのである。

他方、「公役務の委任」の対象となる事務・事業の範囲はどこまで及ぶかという問題、契約当事者は事情変更等を理由に契約内容の修正を求め得るかという問題、またその際に、受任者たる民間事業者の利益はどこまで保護されるかという問題、委任された公共サービスの利用者である国民・住民の利益はどこまで保護され、また、いかなる手続により保護されるかという問題等々、残された問題は山積している。本稿でごく簡単に言及した公物上への物権的権利設定を認める法制度に関しても、その運用実態を把握した上であらためて検討する必要がある。わが国でも、昨年末に行われた日本版PFI法の改正（2001年12月12日公布・施行、法律151号）により、土地及び土地の定着物については30年間、建物等については10年間を限度として、行政財産の貸し付けを可能とする立法措置が講じられており、フランスの上記法制度との比較検討を要するテーマとなっている。これらの課題はすべて、今後の研究において深めて行きたい。

53) この規定は、今日、行政裁判法典の中に収められている（Code de justice administrative, Art. L. 551 1.）。

54) Directive communautaire N° 89 665 du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux.

55) Loi N° 92 10 du 4 janvier 1992.