

我が国の PFI・PPP における国・地方自治体の第三者損害賠償責任

安間匡明¹・樋口孝夫²

¹正会員 福井県立大学 (〒910-1142 福井県吉田郡永平寺町松岡兼定島 4-1-1)

E-mail: masaakiamma@gmail.com

²非会員 長島・大野・常松法律事務所 (〒100-7036 東京都千代田区丸の内 2 丁目 7 番 2 号 JP タワー)

E-mail: takao_higuchi@noandt.com

我が国の PFI・PPP において、民間事業者による公共インフラの事業運営や施設の維持管理に過失または瑕疵があり、第三者に損害が発生すれば、損害賠償の問題が生じる。第三者による賠償請求の処理は、事業の形態や内容により、国家賠償法または民法の規定に基づいて行われる。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の施行から 20 年を経過し、参照すべき判例も積み重なっていること、また、空港・道路・上下水道などの分野でコンセッション事業が本格的に導入されて事業形態が多様化していることを受け、PFI・PPP における第三者損害賠償責任をめぐる論点を整理し、政策的な課題を明らかにする。

Key Words; PFI/PPP, Defects in Facility Maintenance, Third Party Liability, Damage Compensation, National Compensation Law of Japan

1. 序論

(1) 研究の背景

2018 年 8 月、イタリアのジェノバ近郊のモランディ道路橋の崩落事故に伴い 43 名の市民の貴重な命が失われた。イタリアのベネトングループ傘下の民間企業アウトストラデ社は、2038 年を期限とする政府機関である道路公社（以下「ANAS」）との長期コンセッション契約に基づき本道路橋の運営・維持管理業務を行っていたため、事故後、イタリア政府は同社にすべての責任があると主張、直ちに当該契約の解除と再公営化の意向を表明した。一方で、アウトストラデ社は、維持管理計画を事前に協議していた政府側にも責任があると主張するなど、犠牲者の心情を無視した非難の応酬を繰り返した。これまでのところ、同社と大多数の被害者との間では、民事上の和解が行われたと報道されているが、同社にくわえて政府を被告とする刑事裁判は現在も継続しており、同裁判の結果如何では、付帯私訴の適用等に基づき、国の賠償責任が発生する可能性が残っている。

我が国においても 1999 年 6 月の「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」（以下

「PFI 法」）の施行から既に 20 年を経過し、案件数および事業総額は、2018 年 3 月現在 666 件、5.7 兆円にのぼり、最近では、運営権に基づくコンセッション事業も開始され、空港・道路維持管理・上下水道などの分野で民間事業者の裁量のより大きい事業運営も可能となってきた。他方、高速道路株式会社法に基づき設立された 100%全額政府出資の特殊会社である東日本高速株式会社の維持管理する笹子トンネルの崩落事故が起きるなど、公共インフラの事業運営や施設の維持管理の重要性については社会的な関心が高まっている。このことから、例えば、水道法の改正にあたっては、公共インフラの事業運営や施設の維持管理の民業移管について、安全面やその対策の必要性から、経済効率性を重視した議論に批判的な意見も相次いだ。

さて、そもそも公共インフラの事業運営や施設の維持管理のあり方については、公共インフラの種類に応じて、従来型公営事業、官民連携パートナーシップ（PFI・PPP）、公益事業（民営化事業）の 3 つの選択肢がある。今後の公共インフラの事業運営や施設の維持管理のあり方を考える際には、これらのなかから品質の高く・費用効率性の高い最も適切な手法を選択して対応しなければならないが、どの形態においても、第三者損害賠償責任

への適切な対応を抜きにして、的確な議論を行うことはできない。特に、我が国においては、従来型公営事業および民営化事業においては、具体的な事故事案の発生に伴って、一定のレベルで標準的な対応が確立しているが、PFI・PPP については必ずしも法令上の解釈も定まっておらず、公共インフラの PPP を対象とした判例もまだない。PFI・PPP の多様な事業形態に伴い、損害賠償責任の根拠法、その責任要件・責任主体・官から民への求償権（なお、ここでいう求償権とは、官が負う責任は、本来民が不法行為として責任を負うべきであることから、官が責任を負えばその民に対してその分の責任を負わせるための権利である。）の有無などもそれぞれ異なりうる。また、イタリアの事故で見られるように、安全性の重大さに鑑みれば、官民連携の狭間に落ちるリスクが生じないように、明確かつ切れ目のない第三者への損害賠償責任のあり方を確保することは、求償権の問題を超えて最も重要な課題である。さらに、既設の官営施設を民間が受け継いで運営・維持管理するコンセッション事業の導入、民間事業者の事業範囲や裁量度の拡大等に伴い、公共インフラの安全性確保に関する責任の所在が曖昧になることへの懸念は高まっており、徐一睿（2019）¹⁾は「PPP 実施によって、インフラの安全性という根本的な責任の所在が不明確化するという問題が浮上している」と指摘する。少なくとも、広く一般に PFI・PPP が具体的にどのようなものであるか、特に民営化事業との相違が明確に論じられていないことから、このような懸念が生じているのであり、ある意味このような懸念をもたれることはもっともなことである。

我が国の PFI・PPP においては、第三者損害賠償責任は、その事業形態に応じて、国・地方自治体または民間事業者のどちらが責任を負うのか、これに関連して、国家賠償法（以下「国賠法」）または民法がどのように適用されるのか、事故発生後の官と民との紛争を無くすべく予め官民間のリスク分担を明確に取り決めるにあたりどのような留意点があるのか、こうした課題が本稿の問題意識である。なお、PFI・PPP といえば、官民のリスク分担がすぐに思い浮かぶが、官民のリスク分担は、官または民が負った負担を最終的に官と民とでどう分担するかの問題であり、官と民との間で締結される PFI・PPP 事業契約で規定される問題である。その意味で、契約の問題であり、契約当事者である官と民のみを拘束する問題でしかない。他方、第三者損害賠償責任とは、第三者と官または民との間の権利義務関係であり、その権利義務関係の根拠となるものは、契約ではなく、不法行為に関する民法や国賠法という法律となる。この両者は区別することが重要である。「第三者損害賠償責任は、その事業形態に応じて国賠法・民法がどのように適用さ

れるのか」は後者の問題であり、「事故発生後の官と民との紛争を無くすべく予め官民間のリスク分担を明確に取り決めるにあたりどのような留意点があるのか」は前者の問題である。

(2) 既往研究と本稿の位置づけ

国土交通政策研究所（2001）²⁾は、公物の設置・管理に係る賠償責任のあり方に関して包括的な整理を行っているが、PFI 法の施行から時間も浅く、PFI・PPP に関する分析を一切行っていない。土木学会建設マネジメント委員会の PFI 研究小委員会（2004）³⁾は、PFI 法施行を踏まえて、本格的に国賠法との関係等について包括的な考察を行っているが、法律の専門家の精査を必要としている内容が多いことと、既に 15 年を経過しており、その後の国賠法に関わる判例等を踏まえた改訂などは行っていないことを加味すれば、再度根本的に見直す必要がある。なお、柏木（2004）⁴⁾の関連部分（第 2 章第 3 節第 4 項）は、弁護士による解説ではあるが、児童福祉法に基づき社会福祉法人が設置運営する児童養護施設における入所児童が被った暴行による損害の賠償請求事案につき国賠法第 1 条を適用して県の責任のみを認め、社会福祉法人に対する民法上の請求を退けた最高裁判決（平成 19 年）⁵⁾等を踏まえれば、内容的には再検討が必要である。なお、法曹の専門書においては、判例等を踏まえて、国賠法等の適用につき数多くの解説書・論文が出ており、対象を PFI・PPP にして論じたものは若干存在する⁶⁾⁷⁾が、SPC が用いられることや PFI・PPP のリスク分担の理論的根拠等具体的なストラクチャーを前提に、国賠法等の適用や第三者損害賠償責任に関する官民のリスク分担について触れているものは見当たらない。

本稿においては、我が国の PFI・PPP には、BOT、BOF、PFI 法上の運営権に基づく事業など様々な事業形態があるなかで、①第三者に対する損害賠償責任の問題として、最新の判例、学説等を踏まえて、国賠法第 1 条および第 2 条の適用の要件と PFI・PPP についての適用の有無について整理するとともに、②当該第三者に対する損害賠償責任を誰が負うかの問題を前提として、その責任に係る官民のリスク分担の問題として、PFI・PPP 事業契約上の規定のあり方を分析し、最後に当該分析をもとに、空港・道路・上下水道など一層の活用が予定されているコンセッション事業における官民のリスク分担にかかる今後の留意点を論じる。

表 1

国家賠償法
<p>第一条 国又は公共団体の公権力の行使に当る公務員が、その職務を行うについて、故意又は過失によつて違法に他人に損害を加えたときは、国又は公共団体が、これを賠償する責に任ずる。</p> <p>2 前項の場合において、公務員に故意又は重大な過失があつたときは、国又は公共団体は、その公務員に対して求償権を有する。</p>
<p>第二条 道路、河川その他の公の営造物の設置又は管理に瑕疵があつたために他人に損害を生じたときは、国又は公共団体は、これを賠償する責に任ずる。</p> <p>2 前項の場合において、他に損害の原因について責に任ずべき者があつたときは、国又は公共団体は、これに対して求償権を有する。</p>
<p>第三条 前二条の規定によつて国又は公共団体が損害を賠償する責に任ずる場合において、公務員の選任若しくは監督又は公の営造物の設置若しくは管理に当る者と公務員の俸給、給与その他の費用又は公の営造物の設置若しくは管理の費用を負担する者とが異なるときは、費用を負担する者もまた、その損害を賠償する責に任ずる。</p> <p>2 前項の場合において、損害を賠償した者は、内部関係でその損害を賠償する責任ある者に対して求償権を有する。</p>
<p>第四条 国又は公共団体の損害賠償の責任については、前三条の規定によるの外、民法の規定による。</p>
<p>第五条 国又は公共団体の損害賠償の責任について民法以外の他の法律に別段の定めがあるときは、その定めるところによる。</p>
<p>第六条 この法律は、外国人が被害者である場合には、相互の保証があるときに限り、これを適用する。</p>

2. 国賠法第 1 条

民間事業者による公共インフラの事業運営や施設の維持管理に関しては、公権力の行使にかかる公務員の職務義務違反を問う国賠法第 1 条と公の施設の設置・管理の瑕疵を問う国賠法第 2 条の適用の要件が特に重要である。土木の観点からは、施設に瑕疵があつた場合の第三者損害賠償責任について、より強い関心があるかもしれない。しかしながら、PFI・PPP においては、施設に瑕疵がなくても民間事業者の落ち度で第三者に損害を与える場合も十分に想定される。そこで、本章ではまず、民間事業者の落ち度で第三者に損害を与える場合を対象とした国賠法第 1 条と PFI・PPP との関係を取り上げる。

なお、従来型の公共インフラの事業運営では、国賠法の適用があるか否かは、損害賠償請求の可否を一義的に決めるものではなく、民法第 709 条の不法行為による損害賠償または同第 715 条の使用者責任に基づく損害賠償によるのか、国賠法によるのかの違いでしかない。しかも、賠償請求を民法によるか国賠法によるのかの実質的な違いは限られており、国賠法の場合には、民法にはある使用者免責の規定がないこと、国賠法第 1 条第 2 項は公務員への求償権の成立要件を故意・重過失に限定して

いるが、民法 715 条には軽過失が含まれていること、国賠法第 1 条では第三者は公務員個人には賠償請求できないが、民法では行為者にも請求が行えることなどである。さらに、民法上の使用者免責や求償権の行使はより制限的に解する方向にあり、両者の差異は相対化してきているとされる。一方で先述の最高裁判決（平成 19 年）により、国賠法第 1 条第 1 項の場合には、政府・公共団体と契約を締結した企業は被害を受けた第三者に責任を負わない。また、国賠法の適用がある場合には、被害者は民法上の賠償請求は行えないことが明確になった。

(1) 国賠法第 1 条の成立要件

塩野 (2019)⁸⁾ (pp. 320-332) によれば、国賠法第 1 条第 1 項は、違法な公権力の行使に基づいて損害を受けた第三者への国と公共団体の損害賠償責任を定めるもので、その成立要件としては、「国・公共団体」、「公権力の行使」、「公務員」、「職務を行うについて」および「故意・過失、違法性」がある（もちろん、具体的な損害賠償責任の発生については、そのほかにも「損害の発生」等の成立要件が存在するが、その存否を論じることには本稿の目的ではないので、本稿の対象とはしない。）。しかしながら、最も重要なのは「公権力の行使」の要件であると解釈されている。問題となる行為が「公権力の行使」に該当すれば、その公権力を行使する団体が責任を負うというのが国賠法第 1 条の仕組みであるからである。

表 2

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
<p>第二条 この法律において「公共施設等」とは、次に掲げる施設（設備を含む。）をいう。</p> <p>一 道路、鉄道、港湾、空港、河川、公園、水道、下水道、工業用水道等の公共施設</p> <p>二 庁舎、宿舍等の公用施設</p> <p>三 賃貸住宅及び教育文化施設、廃棄物処理施設、医療施設、社会福祉施設、更生保護施設、駐車場、地下街等の公益的施設</p> <p>四 情報通信施設、熱供給施設、新エネルギー施設、リサイクル施設（廃棄物処理施設を除く。）、観光施設及び研究施設</p> <p>五 船舶、航空機等の輸送施設及び人工衛星（これらの施設の運行に必要な施設を含む。）</p> <p>六 前各号に掲げる施設に準ずる施設として政令で定めるもの</p>

「公権力の行使」については、あたかも公権力によって国民の権利・義務または利益に直接に変更を加えるような行為だけを指す印象があるが、判例は、国賠法第 2

条の対象となるものと国と公共団体による私経済作用の 2 つ以外のすべて行為を含むという広義説の立場をとっている。ただし、「私経済作用」については、判例も学説も明確には定義しておらず、したがって、何が「私経済作用」に含まれるかは判然としない。しかしながら、PFI 法第 1 条の目的（「民間の資金、経営能力及び技術的能力を活用して公共施設等の整備等の促進を図るための措置を講ずること等により、効率的かつ効果的に社会資本を整備するとともに、国民に対する低廉かつ良好なサービスの提供を確保し、もって国民経済の健全な発展に寄与する」）および同第 2 条第 1 項で規定された PFI の対象となる「公共施設等」（表 2 参照）の内容を前提とすれば、PFI 法に基づいて実施される事業はすべて「私経済作用」ではなく、したがって、国賠法第 1 条の「公権力の行使」の対象になると考えられる。しかしながら、この点の議論を複雑にしているのは、「当該作用の性質のみで、公権力該当性が判断されているわけではなく、その作用の主体についての判断が、公権力性を決定する重要な要素になっているのである。この限りで、「国又は公共団体」の概念は、公権力の概念に依拠しない独自の意義を有し、逆に公権力概念を従属させる機能を果たすことになる」（宇賀（2018）⁹⁾（p. 421））からである。例えば、多数の私立学校法人が既に設立されて、そこでは国賠法ではなく民法が適用されている現状にもかかわらず、判例は、国公立学校の教育活動も公権力の行使に含まれるとしている。他方、国公立病院の医療過誤は、民法で処理されており、どう整合性をとって解釈するかも判例・学説で解釈が固まっていないのである。また、「作用の主体」が何を意味するのか、またどのような要件を充足すれば「公権力の行使」とならないのか等の点も明確ではない。

なお、国土交通政策研究所（2001）は、「広義説において「公権力の行使」から除かれる「私経済作用」の例としては、国又は地方公共団体の経営する各種の事業（電車、バスの経営など）、国公立の病院における医療活動等が該当する。」としている。確かに民間企業による電車、バス等の運営にも公共性がありながら「公権力の行使」とは解釈されないこととの対比からして、「公権力の行使」には国・地方自治体による電車、バス等の経営は含まれないとの解釈にも合理性があるのかもしれない。しかしながら、電車、バス等の運営が、国・地方自治体が純粋な営利行為として電車、バス等の経営をしているとは思われないことから、上記の解釈・判例を踏まえれば、国公立病院は別としても、電車・バスなどの公営事業も、広義の公権力の行使に含まれると考えることにも合理性は十分にあると考えられる。ただし、従来型の公共インフラの事業運営を前提とすれば、この点は、

民法第 709 条の不法行為による損害賠償または同第 715 条の使用者責任に基づく損害賠償によるのか、国賠法によるのかの違いでしかなく、国・地方自治体の責任には実質的な差異は生じない。

次に、「国・公共団体」の要件であるが、最高裁は、「事務の帰属」（「国・公共団体」は当該事務の帰属主体を意味する。）により判断していると解釈されている（塩野（2019）（p. 321））。これに対しては、学説からは批判もあり、「公権力の行使を自己の権限として、自己の計算によって行うもの」が「国・公共団体」であると主張する（塩野（2019）（p. 321））。ここで留意すべきは、先述したとおり、「問題となる行為が「公権力の行使」に該当すれば、その公権力を行使する団体が責任を負うというのが国賠法第 1 条の仕組みである」ことである。これらの議論は、「公権力の行使」の要件が充足される場合に、国賠法第 1 条の責任を負う「国・公共団体」はどの法主体かを判断するときの基準の議論である。この議論から、民間企業も「国・公共団体」に該当して、国賠法第 1 条の責任を負う場合があると主張する学説もある（例えば、建築基準法による建築確認・検査に関する最高裁判決（平成 17 年）¹⁰⁾における民間の指定確認検査機関に国賠法第 1 条の責任を負わせるべきと主張する学説がある。）。すなわち、「公権力の行使」の要件が充足されれば、いずれかの法主体が（他の国賠法第 1 条の要件を充足すれば）国賠法第 1 条の責任を負うのであり、いかなる法主体も責任を負わないということにはならない。本稿の目的は、官・民どちらが責任を負うかであり、国賠法第 1 条で民が責任を負うことを論じても本稿の目的を達成することはできない。したがって、国賠法第 1 条で国・地方自治体（厳密には、独立行政法人等を含む。以下同じ。）が責任を負うか否かに絞って議論を進める。なお、本稿では、以下、国賠法第 1 条の要件としての「国・公共団体」と本稿で責任を負うか否かを検討する対象である「国・地方自治体」とを明確に区別して論じる。

国賠法第 1 条の要件について検討を加えるにあたっては、行為（作用または事務）の主体が「公権力の行使」の要件および「国・公共団体」の要件双方に関連することに留意する必要がある。この点が国賠法第 1 条の要件の議論を複雑にしている。両者の関係は、判例でも学説でも明確ではないことから、双方の関係を論じることなく、個別に要件を充足するかについて検討を加える。

また、先述の最高裁判決（平成 17 年）に関連して、「建築確認のように、地方自治体と民間機関が併存する形で狭義の「公権力の行使」を行っている場合には、地方自治体が被害者たる国民に対して第一次の責任を負うとすることによって、処分を行う主体の差異による不利

益国民に対する関係で、国家賠償法は、一種の保険的役割を果たしているともみることができよう」との解釈も存在する（小幡（2012）^{6）}（pp.23-24））。国賠法の解釈にあたっては、このような価値判断をすることは否定できない面がある。なお、本稿においては、第三者損害賠償責任を国・地方自治体または民間事業者のどちらが負うのかに主眼があることから、損害の存否自体に関する他の成立要件である「公務員」、「職務を行うについて」および「故意・過失、違法性」の要件については、議論の対象としない。

(2) PFI・PPP への適用

以上を前提とすると、我が国の PFI・PPP において国・地方自治体が国賠法第 1 条の責任を負うか否かは検討するにあたっては、「公権力の行使」に関する「作用の主体」ならびに「国・公共団体」に関する「事務の帰属」および「権限・計算」の要件について、検討を加える必要がある。そこで、以下、PFI・PPP の形態に応じて、これらの要件について考えてみる。

a) Build-Transfer-Operate (BTO) 方式

我が国の PFI・PPP においては、その多くが BTO 方式の PFI・PPP（いわゆるハコ物 PFI）である。BTO 方式の PFI・PPP の場合、公共インフラの事業運営自体は国・地方自治体が行うのであり、民間事業者は当該国・地方自治体に必要な施設の設計・建設・維持管理を行うに過ぎない。法的にも、国・地方自治体は維持管理業務を民間事業者に対して委託しているだけである。したがって、公共インフラの事業「運営」の主体は国・地方自治体であり、「作用の主体」ならびに「事務の帰属」および「権限・計算」の要件すべてについて、国・地方自治体はその要件を充足することになる。

以上より、BTO 方式の PFI・PPP の場合には、民間事業者の不法行為については、常に国賠法第 1 条により国・地方自治体が損害賠償責任を負うと考えられる。

b) Build-Own-Operate (BOT) 方式（サービス購入型）

我が国の PFI・PPP においては BOT 方式の PFI・PPP はあまり多くは存在しない。その中で我が国における BOT 方式の PFI・PPP の典型例は、一般廃棄物処理 PFI 事業（ただし、廃棄物処理事業に関しては、いわゆる DBO の形式をとるものが多く、絶対数としては、PFI・PPP の形式をとるものはあまり多くはない。）と学校給食提供 PFI 事業（学校給食が関連する PFI はいろいろな種類があるが、その中で給食の調理まで民間事業者に委託する事業がここではあてはまる。）である。BOT 方式の

PFI・PPP の場合、施設の所有権は民間事業者にあり、また例えば廃棄物処理や給食調理・提供に関する実際の業務は民間事業者が行っている。このことから、BOT 方式の PFI・PPP の場合に国・地方自治体が国賠法第 1 条で責任を負うかが問題となる。

この点、国民の観点からすれば、一般廃棄物処理や学校給食提供を行っている主体は、あくまでも国・地方自治体である。少なくとも、当該サービスの提供主体を判断するにあたって、施設の所有者であることは本質ではない。要は、施設の所有者していなくとも結果的に一般廃棄物処理サービスや学校給食提供サービスを行っていることが重要である。現に、学校給食の場合、国・地方自治体が業者から弁当等を購入して、生徒に提供している例もある。まさに、サービス購入型（ただし、このネーミングはあまり適切であるとは思われない。）の場合、サービスを国・地方自治体が民間事業者から購入して、それを国民に提供しているのである（法的に言えば、国・地方自治体が民間事業者に運営を委託し、民間事業者は国・地方自治体のために（代理して）サービスを提供しているのである。）。なお、例えば、一般廃棄物の処分に関しては、廃棄物の処理及び清掃に関する法律第 6 条の 2 第 1 項において市町村にその責任が課されている。PFI・PPP の場合もこの市町村の責任が免除されることはない。この観点からも、BOT 方式の PFI・PPP の場合でもサービス提供の主体は市町村であると解釈するのが合理的である。

したがって、BOT 方式の PFI・PPP でも、公共インフラの事業「運営」の主体は、国・地方自治体であり、「作用の主体」ならびに「事務の帰属」および「権限・計算」の要件すべてについて、国・地方自治体はその要件を充足することになる。なお、BOT 方式の PFI・PPP の場合、サービス対価が国・地方自治体から民間事業者に対して支払われることから、だれの「計算」でなされているかが問題となるかもしれない。しかしながら、この支払はあくまでも運營業務委託の対価という国・地方自治体と民間事業者との関係に過ぎない。BOT 方式の PFI・PPP の場合の公共インフラの事業「運営」の計算は、国民の観点からすれば、依然として国・地方自治体である。

以上より、BOT 方式の PFI・PPP の場合にも、民間事業者の不法行為については、常に国賠法第 1 条により国・地方自治体が損害賠償責任を負うと考えられる。

c) コンセッション方式（独立採算型を含む）

最後に独立採算型の PFI・PPP や PFI 法上の公共施設等運営権に基づく事業、いわゆるコンセッション方式の PFI・PPP について検討を加える。

一般論としては、民営化された株式会社については、

国賠法第 1 条は問題とならない。例えば、小幡 (2012)

(p.9) は「公社が民営化されて株式会社になったいわゆる特殊会社 (日本たばこ産業株式会社、JR、NTT) については「公共団体に含めないのが通例である」と説明している。これが、①特殊会社の事業は「公権力の行使」に該当するが「国・公共団体」に該当するのは特殊会社ではなく国であるといっているのか (この場合は国に国賠法第 1 条が適用される)、それとも②そもそも特殊会社の事業は「その作用の主体についての判断」から「公権力の行使」には該当せず、したがって当然に「国・公共団体」にも該当せず、国にも特殊会社にも国賠法第 1 条は適用されないとしているのかは不明であるが、前後の文脈からして、おそらく②であろう。ただし、この場合も、特殊会社は民法上の責任を負うのであり、通常は特殊会社は十分な資力があることから、第三者の保護の観点からは国賠法第 1 条が適用されるか民法が適用されるかで実質的な差はないと思われる。なお、小幡 (2012) (p.10) は、特殊会社の場合であっても、「株式会社形態の法人であるからといって、常に国賠法第 1 条の適用から外れると考えるべきかについては異論もあり、第三セクター、関西国際空港株式会社のような特殊会社については、実質的には、公共団体に該当するのではないかとの捉え方もあり得る」¹とする説を紹介している。その理由づけは傾聴に値するが、PFI・PPP の場合には、あくまでも国・地方自治体が国賠法第 1 条の責任を負うかが問題となるのであり、民間事業者が国賠法第 1 条の「国・公共団体」に該当して責任を負うとしても意味がないことに留意する必要がある。

独立採算型やコンセッション方式の PFI・PPP の場合、より民営化に近いことから、国・地方自治体に対して国賠法第 1 条の責任を問うことができるかが問題となる。独立採算型やコンセッション方式の PFI・PPP の場合、シャドートールの案件等の例外を除き、原則として公共インフラの事業「運営」は民間事業者の名義で行われる。独立採算型の PFI・PPP の例としては、北九州市ひびきコンテナターミナル PFI 事業が挙げられるが、この案件では、SPC が港湾運送事業法第 3 条第 1 号に規定された一般港湾運送事業に係る同法第 4 条に規定された国土交通大臣の許可を得て、SPC の名義で一般港湾運送事業を行っていた (なお、港湾管理者は北九州市のままであった)。コンセッション方式の PFI・PPP の例としては、空港コンセッション PFI 事業 (ただし、厳密にいうと、空港事業のうち、滑走路等の航空系事業とターミナルビ

ル等の非航空系事業のみが対象である。) が挙げられるが、ここでも「運営権」を SPC に対して設定することにより、運営・維持管理に関する権利・責任が SPC に移転するとされ、空港運営事業も SPC の名義でなされる。これらの事実から、「作用の主体」ならびに「事務の帰属」および「権限・計算」の要件すべてについて、SPC がその要件を充足することになるとの解釈も存在すると史料される。

しかしながら、具体的なストラクチャーを検討に加味すると、民営化と独立採算型やコンセッション方式の PFI・PPP とでは、かなりの違いが存在する。まず、①独立採算型やコンセッション方式の PFI・PPP を含め、PFI・PPP の場合には、不可抗力事由で施設等に損害が生じれば国・地方自治体はその損害分を負担する。また、②独立採算型やコンセッション方式の PFI・PPP を含め、PFI・PPP の場合には、事業期間には期限があり、しかも当該事業期間終了時には国・地方自治体は当該事業に係る施設を譲り受ける義務を負う。加えて、③独立採算型やコンセッション方式の PFI・PPP を含め、PFI・PPP の場合、通常は事業の途中でいつでも国・地方自治体は PFI・PPP 事業契約を任意に解除することができ (ただし、民間事業者が被る損害は賠償する義務を負う)。民営化の場合も、究極的には国は強制収用による国営化の権利を有するかもしれない。しかしながら、PFI・PPP の場合の国・地方自治体の任意の PFI・PPP 事業契約解除権は当該 PFI・PPP 事業契約で明記されているのであり、国・地方自治体の任意の PFI・PPP 事業契約解除権の方が国の強制収用による国有化の権利よりかなり具体的な権利であると評価できると史料される。また、④理由の如何を問わず、PFI・PPP 事業契約が事業期間中に解除された場合でも、当該事業に係る施設は国・地方自治体に移転する (厳密にいうと、民間事業者の帰責事由による PFI・PPP 事業契約の解除以外の解除の場合には、常に国・地方自治体は当該事業に係る施設を譲り受ける義務を負う。他方、民間事業者の帰責事由による PFI・PPP 事業契約の解除の場合には、国・地方自治体が当該事業に係る施設を譲り受ける義務を負う場合もあれば、国・地方自治体は当該事業に係る施設を譲り受ける権利を有するだけの場合もある。ただし、権利だけの場合でも、通常は当該譲渡はなされると想定される)。更に、⑤国・地方自治体は、PFI・PPP 事業契約上、SPC が PFI・PPP 事業契約上の義務を履行できない場合に SPC に代わって当該義務を履行する、いわゆる国・地方自治体のステップインの権利を有している。また、⑥国・地方自治体は、PFI・PPP 事業契約上、SPC が PFI・PPP 事業契約上の義務を適切に履行しているかをモニタリングする権利を有し、また、この PFI・PPP 事業契約上の国・地

¹ここで言う関西国際空港株式会社は、関西エアポート株式会社の運営権を設定している現在の新規関西国際空港株式会社ではなく、自ら空港の運営維持管理を行っていた旧会社を指している。

方自治体の SPC に対する権利とは別に、国・地方自治体は PFI・PPP 事業契約上の SPC の義務履行をモニタリングすべきといわれている（例えば、平成 27 年 12 月 18 日閣議決定で変更された「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」三 4 (3)において、国・地方自治体のモニタリングの権利を PFI・PPP 事業契約で規定することが求められている。）。このように、国・地方自治体は PFI・PPP 事業の運営そのものの存否について絶大なる支配権ないし影響力を維持しているのである（なお、実際の PFI・PPP 事業契約ではこれらが全て規定されていない案件も存在するが、それはその案件の国・地方自治体が PFI・PPP の本質をあまり理解していないことに起因する）。国・地方自治体は PFI・PPP 事業の運営そのものの存否について絶大なる支配権ないし影響力を維持している理由は、当該 PFI・PPP 事業が有する公共性であろう。

他方、もし国・地方自治体が国賠法第 1 条の責任を負わないとなるとどうなるのか。この場合、第三者は、民法の不法行為責任の規定に従って民間事業者に対して損害賠償を請求することになる。まず、第三者が国・地方自治体と直接 PFI・PPP 事業契約を締結している SPC に対して損害賠償を請求することが考えられる。しかしながら、SPC は多くの場合ペーパーカンパニーであり、損害賠償に耐える資力はない。また、ある程度資産を有していても、当該資産の上には当該 PFI・PPP 事業に対してプロジェクトファイナンスを供与している金融機関のために担保権が設定されている。民営化企業の場合には、一定規模以上の事業を完全な自己責任で永続的に営むことが前提であり、長期の投資を行うために必要な資金調達能力を含めて、相当程度に高い信用力が要求されるが、有期契約のもとでごく限られた事業だけを行う PFI・PPP 事業の場合に、SPC にそれと同様の信用力を要求することにはもともと無理がある。次に、第三者が SPC から業務を委託される受託者に対して損害賠償を請求することが考えられる。この場合、樋口 (2014) ⁷⁾ に解説されているように、PFI・PPP に供与されるプロジェクトファイナンスが求める原則である事業の単一性の原則および Owner-operator の原則に従っていれば、最大株主であるスポンサーが単一で O&M の責任を負うオペレーターとなり、PFI・PPP 事業契約上の全ての O&M 業務に関して、SPC から当該 O&M オペレーターのみが受託者となる。したがって、第三者としては当該スポンサー兼 O&M オペレーターが損害賠償を請求する相手方として特定できることになる。しかしながら、我が国の PFI・PPP の場合、この事業の単一性の原則および Owner-operator の原則が理解されておらず、むしろ PFI・PPP の内容は「役割分担」であるとして、PFI・PPP 事業契約上の O&M 業務に関

して、一部はとある受託者、他の一部は別の受託者という具合に、別々の企業が受託していることが通常である。そのような受託者およびその担当業務が何であるかは情報として開示されているわけではなく、これでは第三者としてはどの企業に対して損害賠償を請求することができるのか判断できないことになる。更に、仮に開示されていても実際の不法行為がどの受託者の行為であるか明確でない場合も想定される。このようなリスクを避けるために事業の単一性の原則および Owner-operator の原則があるのであるが、事業の単一性の原則および Owner-operator の原則がとられていない以上、このリスクは存在することになる（なお、主に BTO 方式の PFI・PPP では当該 PFI・PPP 事業に対してプロジェクトファイナンス（実質的には担保付コーポレートファイナンス）を供与している金融機関の一部はこのリスクを認識しており、当該金融機関は全ての受託者との間で契約を締結し、責任を負う受託者が特定できない場合には、全ての受託者が責任を負うことを規定している案件も存在する。）。また、PFI・PPP によっては一部の O&M 業務を SPC で行っている場合もある。この O&M 業務で不法行為がなされた場合には、第三者は資力のない SPC にしか損害賠償の請求をすることができないことになる。したがって、少なくとも実質論として国・地方自治体が国賠法第 1 条の責任を負わないとすることは結果的に損害賠償が実現しないという意味で実務的な妥当性はないことになる。

この点、判例も存在せず、またこのような PFI・PPP の具体的なストラクチャーを前提にして確定した通説が存在するわけでもない。その意味では、現時点で確定的なことをいうことはできない。しかしながら、先述のとおり、国・地方自治体は PFI・PPP 事業の運営そのものの存否について絶大なる支配権ないし影響力を維持しているのであり、逆にいえば、PFI・PPP 事業の運営そのものについて広い意味での責任を負っているのである。現に、2018 年 9 月の台風による関西国際空港の水害に当たっては、その修復には費用負担を含め国も直接関与した。具体的な関与の仕方は不明であるが、これは国・地方自治体が PFI・PPP 事業の運営そのものについて広い意味での責任を負っていることの表れである。そもそも PFI 法におけるコンセッションである「公共施設等運営権」は、公共施設等の管理権を一定の期間民間事業者を設定するものである。しかしながら、これは「事務の帰属」が民間事業者にあるとの判断にはならないのではないか。例えば、空港についてはそもそも空港法が存在し、国管理空港については、空港の運営の最終責任は国が負っているであり、コンセッションの場合もこの責任は免除されていない。また、独立採算型やコンセッション方式の PFI・PPP でも、先述のとおり、国・地方自治

体は当該 PFI・PPP 事業の運営そのものの存否について絶大なる支配権ないし影響力を維持しているのであり、その限りにおいて、運営・管理の責任・権限も国・地方自治体側に留保されているのである。その意味で、独立採算型やコンセッション方式の PFI・PPP の場合でも、事務の帰属は国・地方自治体であるとの解釈にも十分な合理性があると史料される。また、「作用の主体」の点も、運営・管理の責任・権限も国・地方自治体側に留保されていることから、これは国・地方自治体であるとの解釈にも十分な合理性があると史料される。なお、「権限・計算」の要件であるが、これを形式的な権限・計算を意味するのであれば、これが国・地方自治体であると判断することは難しいかもしれない。しかしながら、塩野 (2019) (p. 322) も「委託応諾義務」および「費用負担」の点から、先述の最高裁判決 (平成 19 年) について、委託元の地方自治体に責任があると説明しており、少なくとも形式的な権限・計算では判断してはいないことになる。

先述の小幡 (2012) (pp. 23-24) は、地方自治体と民間機関が併存する形で狭義の「公権力の行使」を行っている場合には、国賠法は、一種の保険的役割を果たしているともみることできようとして解釈している。これは地方自治体と民間機関が水平に併存している場合である。独立採算型やコンセッション方式の PFI・PPP の場合は、国・地方自治体と民間事業者が前面と背後にたつ関係となっている。このような場合でも、国賠法は一種の保険的役割を果たすことが適切であるとの解釈にも十分な合理性がある。

3. 国賠法第 2 条

(1) 国賠法第 1 条と国賠法第 2 条との相違

国賠法第 2 条第 1 条は、公の営造物の設置・管理に瑕疵により第三者が損害を被った場合には、設置・管理者たる国・公共団体が当該第三者に対して当該損害の賠償責任を負うとするものである。

国賠法第 1 条が、戦後の国賠法の成立とともに新しく立法されたもので、公権力の行使がある場合の損害賠償責任を扱っているのに対して、公の営造物の設置・管理の瑕疵については、明治憲法下においても民法上の賠償責任としての処理が積み重なっていたため、これを再確認するために第 1 条と別に、公権力の行使ではなく公物管理にかかる瑕疵について賠償責任について第 2 条が制定された。したがって、国賠法第 2 条は民法第 717 条を基礎にしているが、次の 3 点が異なる。

① 民法上の土地の工作物よりも公の営造物のほうが

広い概念 (動産を含む)

- ② 民法第 717 条には占有者免責条項があるのに対し、国賠法にはそのような規定はない
- ③ 費用負担のあり方につき国賠法独自の定めがある (国賠法第 3 条)

しかしながら、以上を除けば、基本的な損害賠償請求権の成立要件の点においては、どちらを適用するかによってそれほど大きな違いが出てくるわけではない (塩野 (2019) (p. 355))。

なお、国賠法第 2 条第 1 項の場合の国・地方自治体の公務員 (PFI・PPP の場合は、SPC。以下 SPC で統一する。) に対する求償権については、国賠法第 2 条第 2 項で規定されている。ここで留意すべきは、国賠法第 2 条第 1 項の国・地方自治体に対する第三者に対する損害賠償責任は無過失責任であるが、同条第 2 項は「他に損害の原因について責に任ずべき者がいるとき」と規定されており、SPC には少なくとも故意・過失が必要であり、SPC が無過失である場合には国・地方自治体は SPC に対して求償権を有しないことになる。更に、国賠法第 1 条第 2 項の場合と同様、SPC への求償権の成立要件は故意・重過失に限定され、また、国賠法第 2 条で国・地方自治体が責任を負う場合には、第三者は公務員個人には賠償請求できないと解釈されている (塩野 (2019) (p. 370))。

表 3

民法第 717 条
第七百十七条 土地の工作物の設置又は保存に瑕疵があることによって他人に損害を生じたときは、その工作物の占有者は、被害者に対してその損害を賠償する責任を負う。ただし、占有者が損害の発生を防止するのに必要な注意をしたときは、所有者がその損害を賠償しなければならない。
2 前項の規定は、竹木の栽植又は支持に瑕疵がある場合について準用する。
3 前二項の場合において、損害の原因について他にその責任を負う者がいるときは、占有者又は所有者は、その者に対して求償権を行使することができる。

(2) 国賠法第 2 条の成立要件

塩野 (2019) (pp. 356-358) によれば、国賠法第 2 条第 1 項の成立要件としては、「公の営造物」、「設置または管理の瑕疵」および「国・公共団体」である (もちろん、具体的な損害賠償責任の発生については、そのほかにも「損害の発生」等が必要であるが、その存否を論じるのは本稿の目的ではないので、本稿の対象とはしない。)

まず、国賠法第 2 条第 1 項の「公の営造物」とは、「国又は公共団体により直接に公の目的のために共用さ

れている個々の有体物」と解釈されている（塩野（2019）（p. 357）, 大阪地判（昭和 61 年 1 月 27 日）¹¹⁾）。なお、国・地方自治体が当該公の営造物の所有権を有している必要はなく、「他有公物」でも公物たりうること（宇賀（2018）（p. 470））から、国・地方自治体に所有権がないことから自動的に国・地方自治体が国賠法第 2 条第 1 項の責任を否定することはできない。例えば、国・地方自治体が私人から建物賃借して「公の目的のために共用されてい」れば、「公の営造物」である。

次に、国賠法第 2 条第 1 項の「設置または管理の瑕疵」とは、「営造物が通常有すべき安全性を欠いていること」をいう（最高裁判決（昭和 45）¹²⁾）。つまり、国賠法第 2 条第 1 項は、国賠法第 1 条第 1 項とは異なり、故意・過失を要件としておらず、営造物の設置・管理に瑕疵があれば設置・管理者が無過失を責むことを定めている。なお、「故意・過失」と「瑕疵」の違いは、法律の専門家でないといわづらぬが、この点、内田（2011）¹³⁾（pp. 512-515）は、わかりやすい例として、同じく土地の工作物の瑕疵について規定した民法第 717 条の解説において、建設会社が手抜き工事で瑕疵のあるコンクリート・ブロック塀をつくった場合、コンクリート・ブロック塀の所有者が当該瑕疵から生じる損害の発生について予見できれば当該所有者に過失があることになるが、当該所有者が当該瑕疵の存在を知らず、したがって当該瑕疵から生じる損害の発生について予見できない場合には当該所有者には過失はなく、従って過失責任を問うことはできない、と説明する。しかしながら、土地の工作物に当該瑕疵が客観的に存在すれば、当該所有者が当該瑕疵の存在を知らず、したがって当該瑕疵から生じる損害の発生について予見できない場合でも、無過失責任としての民法第 717 条の責任を負うと説明している。

このように、我が国では過失の有無にかかわらず公物の設置管理者に責任が生じるため、一般の不法行為責任との対比で公物管理者の責任が非常に重いといわれ、個別の公物管理法において、公物管理者の責務や従うべき維持管理に関する技術基準が指定されているとされる。しかしながら、国賠法第 2 条は、もともとと同じく無過失責任である民法第 717 条をもとに立法化されており、公物管理者としての国・公共団体の責任が、民法第 717 条の責任を負う民間の施設を設置・管理している一般の企業（例えば、電力・ガス・私鉄などのインフラを事業として営む公益事業者）と比べて決して重いわけではない。むしろ後述する求償の要件においては、被用者たる公務員の責任は、民間企業の被用者に比べれば、軽過失を含まない点において軽減されているといえることができる。

また、「瑕疵」については、営造物がその設置段階で安全性を欠いている場合のみならず、営造物の管理者の

不適切な管理行為によって危害が生じる場合を含む、とされている。その意味で、瑕疵の存否の判断においては、単なる物理的な要素にもならず人的な要素も加味されたより広い概念になっている。その意味で、管理者の営造物の維持管理業務と完全に切り分けて考えることができず、過失による当該維持管理義務違反の場合の責任を定めた国賠法第 1 条とその適用範囲が重複する場合も想定される。この点、先述のとおり、国賠法第 1 条の「公権力の行使」は「国賠法第 2 条の対象となるものと国と公共団体による私経済作用の 2 つ以外のすべて行為」と定義されており、国賠法第 1 条の適用範囲と国賠法第 2 条の適用範囲にはオーバーラップする部分はないとも解釈されるが、実際にはオーバーラップする部分はあるのであると史料される。ただし、損害賠償を請求する第三者の立場からすれば、国賠法第 1 条の場合には国賠法第 2 条の場合には要求されていない「過失」の存在を立証する必要があることから、実務的には、国賠法第 2 条に基づく責任の追及がなされるのであると思われる。

なお、本稿においては、第三者損害賠償責任を国・地方自治体または民間事業者のどちらが負うのかに主眼があることから、「設置または管理の瑕疵」の要件については、それがあつたことを前提とするので、議論の対象としない。

(3) PFI・PPP への適用

以上を前提とすると、我が国の PFI・PPP において国・地方自治体が国賠法第 2 条の責任を負うか否かは検討するにあたっては、「公の営造物」の要件について検討を加える必要がある。なお、国賠法第 2 条については、自然公物について、どういう場合に国・地方自治体が国賠法第 2 条の責任を負うかについて判例・学説で多くの議論がなされている。しかしながら、「公の営造物」と「国・公共団体」の要件の関係については、あまり議論がなされていない。この理由は、国賠法第 2 条が適用されなくても民法第 717 条が適用され、両者の違いを議論する実益があまりないからである（塩野（2019）

（p. 358））。しかしながら、民法第 715 条と国賠法第 1 条はともに使用者・被用者の関係を規律しており、責任の主体に違いはないが、国賠法第 2 条の責任の主体は「公の営造物」を設置・管理する「国・公共団体」であるのに対して、民法第 717 条の場合の責任の主体は土地の工作物の所有者・占有者であり、両者で責任の主体が異なる。このことから、国賠法第 2 条が適用されることと民法第 717 条が適用されるとでは、結果がかなり異なる可能性があり、「公の営造物」と「国・公共団体」の要件の違いを議論する実益があることになる。特に

PFI・PPP の場合、国・地方自治体に責任がないとなると民間事業者が責任を負うことになるが、もし SPC が責任を負うとなると、先述のとおり、SPC には資力がないことから、損害賠償を請求する第三者からすれば、国賠法第 2 条で国・地方自治体が責任を負う場合と民法第 717 条で民間事業者が責任を負う場合とでは、天と地くらの違いがあることになる。そこで、以下、PFI・PPP の形態に応じて、「公の営造物」と「国・公共団体」の要件について考えてみる。

a) BOT 方式

国賠法第 1 条のところで先述したとおり、BOT 方式の PFI・PPP の場合、公共インフラの事業運営自体は国・地方自治体が行うのであり、法的にも、国・地方自治体は維持管理業務を民間事業者に対して委託しているだけである。また、施設の所有権は国・地方自治体が有している。そうであるならば、当該 PFI・PPP である公共インフラ事業に係る施設は「国又は公共団体により直接に公の目的のために共用されている個々の有体物」、すなわち「公の営造物」に該当し、また「国・公共団体」は当該国・地方自治体であると解釈できる。したがって、BOT 方式の PFI・PPP である公共インフラ事業に係る施設の設置・管理に瑕疵が存在すれば、国・地方自治体は、国賠法第 2 条で責任を負うと考えられる。

b) BOT 方式

BOT 方式の PFI・PPP の場合、PFI・PPP である公共インフラ事業に係る施設の所有権は、事業期間中は、常に民間事業者が有しており、また実際の運営・管理業務は民間事業者が行っている。この点が BOT 方式の PFI・PPP の場合と異なる。そこで、この民間事業者所有の施設が「公の営造物」に該当するか否かが問題となる。

まず、先述のとおり、国・地方自治体が当該施設の所有権を有していることは「公の営造物」の成立要件ではなく、「他有公物」でも「公の営造物」たりうることから、この点は問題とならない。あくまでも、BOT 方式の PFI・PPP の公共インフラ事業に係る施設が「国・公共団体により直接に公の目的のために共用されている」か否かが問題となる。

この点、国賠法第 1 条のところで先述したとおり、国民の観点からすれば、PFI・PPP の公共インフラ事業の運営をやっているのは、あくまでも国・地方自治体である。この BOT 方式の PFI・PPP の公共インフラ事業の本質を考慮すれば、BOT 方式の PFI・PPP の公共インフラ事業に係る施設は、たとえその所有権が民間事業者にあり、実際の運営・管理業務は民間事業者が行っているとしても、「国又は公共団体により直接に公の目的のために共

用されている」と解釈するのが合理的である。また、BOT 方式の PFI・PPP の公共インフラ事業の場合には、国賠法第 1 条の適用はあるが、国賠法第 2 条の適用はないとすることに整合性はあるかは多分に疑問である。したがって、BOT 方式の PFI・PPP である公共インフラ事業に係る施設も「公の営造物」に該当し、また「国・公共団体」は当該国・地方自治体であると解釈でき、その設置・管理に瑕疵が存在すれば、当該国・地方自治体は、国賠法第 2 条で責任を負うと解釈するのが合理的である。

c) コンセッション方式（独立採算型を含む）

独立採算型やコンセッション方式の PFI・PPP の場合、原則として公共インフラの事業「運営」は民間事業者の名義で行われる。このことから、独立採算型やコンセッション方式の PFI・PPP である公共インフラ事業に係る施設が「公の営造物」に該当するか否かが問題となる。

この点、「直接に公の目的のために共用」している主体は民間事業者であり、少なくとも国・地方自治体はここでいう「国・公共団体」ではないとの解釈も存在すると思料される。この場合は民間事業者が「国・公共団体」に該当して、当該民間事業者が国賠法第 2 条の責任を負うと解釈するのかもしれない。

しかしながら、独立採算型やコンセッション方式の PFI・PPP 事業の場合には、国賠法第 1 条の適用はあるが、国賠法第 2 条の適用はないとすることが適切であると思料されない。そうであるならば、国賠法第 1 条に関して先述したとおり、当該 PFI・PPP 事業が有する公共性から、国・地方自治体は独立採算型やコンセッション方式の PFI・PPP 事業の運営そのものの存否について絶大な支配権ないし影響力を維持しているのである。その限りにおいて、運営・管理の責任・権限も国・地方自治体側に留保されており、その意味で、独立採算型やコンセッション方式の PFI・PPP である公共インフラ事業に係る施設の場合でも、国・地方自治体により「直接に公の目的のために共用されている」施設であるとの解釈にも十分な合理性があると思料される。したがって、独立採算型やコンセッション方式の PFI・PPP である公共インフラ事業に係る施設も「公の営造物」に該当し、また「国・公共団体」は当該国・地方自治体であると解釈でき、その設置・管理に瑕疵が存在すれば、当該国・地方自治体は、国賠法第 2 条で責任を負うと解釈するの也十分に合理性がある。

なお、我が国のコンセッション方式の PFI・PPP 事業の場合には、施設の所有権が国・地方自治体にあることから、民法第 717 条を適用して国・地方自治体に責任を負わせる考え方もあるかもしれない。しかしながら、先述のとおり、民法第 717 条には占有者免責条項が存在し、

施設の占有者に損害発生防止注意義務違反があれば国・地方自治体は責任を問われないのである。この場合は民法第 717 条の責任は民間事業者が負うことになる。そうすると、国賠法第 2 条で先述したのと同様、第三者は資力のない SPC に対してしか責任を問えない事態やどの受託者に対して責任を問うことができるかわからない事態も想定される。特に、民間事業者が民法第 717 条の責任を負う場合には、たとえその民間事業者が資力がなくても国・地方自治体は免責されることに留意する必要がある。これらの点からも、国賠法第 1 条の場合と同様、国賠法第 2 条についても保険的役割を果たすことが適切であるとの解釈にも十分な合理性がある。

4. PFI・PPP 事業契約上の第三者損賠賠償の官民のリスク分担

(1) 分析の大前提

本章では、PFI・PPP 事業契約上の官民のリスク分担を扱うが、次の点にご留意いただきたい。すなわち、本稿第 2 章および第 3 章においては、不法な公権力の行使または公物に関する不法な公物の設置・管理を原因として損害を受けた第三者に対して誰が（国・地方自治体それとも民間事業者なのか）その損害賠償の責を負うのかという観点で、PFI・PPP 事業における国・公共団体と民間事業者の法的な責任に関して整理を行ってきた。かかる損害賠償責任は、あくまでも不法行為に基づく損害賠償責任であることから、PFI・PPP 事業契約において定める官民のリスク分担の内容とは無関係に一義的に賠償責任が決まってくるものである。にもかかわらず、我が国の PFI・PPP 事業契約において、次のような条項が頻繁に登場する。しかしながら、かかる条項は法的に効力をもたない。

「事業者は、PFI 業務に関し、事業者の責めに帰すべき事由により、第三者に損害を与えた場合には、第三者が被った損害を賠償する。」

そもそも「責めに帰すべき事由」とは、損害賠償との関係では、不法行為責任の要件ではなく、通常は契約上の債務不履行責任の要件であるが、まず、「債務不履行」について規定されていない。その意味で、どのような場合にこの規定が適用されるのか明確ではない。次に、PFI・PPP 事業契約はあくまでも契約当事者である国・地方自治体と SCP との間の権利義務を規定するものであり、この規定により、第三者が SPC に対して損害賠償請求権を取得することにもならない。また、不法行為責任

の要件は「故意・過失」であるが、この「故意・過失」と「責めに帰すべき事由」とが同じである保証はなく、SPC に「故意・過失」があっても「責めに帰すべき事由」はない場合も存在するかもしれない。更に、先述したとおり、国・地方自治体が国賠法第 1 条で責任を負う場合には、SPC は不法行為責任を負わないのであり、他方この規定は SPC が不法行為責任を負うことを前提として規定されていると想定されるが、そもそもこの規定が適用されることはないことになる。その意味で、現実の PFI・PPP 事業契約における規定はあまり参考にならない。先日のとおり、官民のリスク分担は、不法行為に基づく損害賠償責任を前提に、不法行為に基づく損害賠償責任を負うことにより官または民に発生した損害を最終的に官と民とでどう分担するかの問題であり、これを PFI・PPP 事業契約で規定することがここで議論する PFI・PPP 事業契約上の官民のリスク分担も問題であり、その意味で、契約当事者である官と民のみを拘束する契約の問題である。

(2) 官民によるリスク分担への制約有無

PFI・PPP 事業において発生した第三者に対する損害賠償責任については、不法行為責任に基づく賠償責任とは別に、その分担のすべてを、当事者間だけで決められるのか、という点については、国賠法・民法上の規定につき留意が必要である。

国賠法第 1 条第 2 項には、国・地方自治体が有する公務員に対する求償権に制約があり、軽過失については、公務員に求償を求めることができない。したがって、PFI・PPP 事業において、国賠法第 1 条の適用があり、国・地方自治体が賠償責任を負った場合において、同条第 2 項の内容と異なり PFI・PPP 事業契約において SPC に軽過失がある場合にも国・地方自治体は SPC に対して求償権を有することを規定できるのか（法的に言えば、同項の軽過失免責は強行法規か）という問題がある。判例がないため判然とはしないが、同条第 2 項は、公務員が公権力の行使にあたっては、「公務員が過失責任を問われるのを恐れる結果、事務執行の停廃をもたらすおそれがあるのでそれを避けるための政策的見地によったものであると説明」されている（塩野（2019）p.368）が、この趣旨を踏まえれば、民間事業者への求償権を制限的に解釈する必要性は認められず、損害賠償の負担は、官民間の PFI・PPP 事業契約で SPC が軽過失の場合も国・地方自治体は SPC に対して求償権を有すると合意することができるとの解釈にも合理性はあると思料される。しかしながら、そもそも公務員個人との関係では国賠法第 1 条第 2 項の軽過失免責は強行法規であると解釈される

ため、それにもかかわらず、民間事業者の場合は任意規定であると解釈することが可能かは疑問なしとしない。先述の最高裁判決（平成 19 年）は、原審が第三者による社会福祉法人に対する民法上の請求を認めていた（この考え方については、これに賛同する学説も多く存在した。）にもかかわらず、社会福祉法人を公務員個人と同視してその民法上の責任を認めなかったのである。これとも対比を考慮すれば、国賠法第 1 条第 2 項の軽過失責任は民間事業者との関係でも強行法規であると解釈される可能性が高いと思料される。

(3) 第三者損害賠償保険

第三者が被った損害については、実務上は第三者損害賠償保険でまかなうことが想定されている。このことから、実際の PFI・PPP 事業契約においては、当該第三者損害賠償保険に基づき保険金が支払われる場合（または当該第三者損害賠償保険に入っている場合）には、PFI・PPP 事業契約上の官民のリスク分担の問題としても、民がそのリスクを負担することが求められることもある。しかしながら、現在の PFI・PPP の実務ではあまり認識されていないが、先述の最高裁判決（平成 19 年）の立場からすれば、国・地方自治体が国賠法第 1 条第 1 項の責任を負う場合には、民間事業者は民法上の不法行為責任を負わないことになる。そうすると、仮に民間事業者が当該第三者損害賠償保険の被保険者となっても、民間事業者には法的に第三者に対して損害賠償責任を負わないことから、民間事業者は当該第三者損害賠償保険上、保険会社に対して保険金請求権を有するのかが問題となる。また、民間事業者が国・地方自治体に対して求償債務を負う場合には、通常当該求償債務の存在を理由に保険金が支払われることになるが、先述のとおり、国賠法第 1 条第 2 項は民間事業者が軽過失の場合には求償債務を負わない。PFI・PPP 事業契約において民間事業者が軽過失の場合にも求償債務を負うと規定しても有効か明確ではなく、また法律上の賠償責任内容と異なる契約上の合意に基づく求償債務（いわゆる「契約で加重された賠償責任」）に保険金が支払われることも通常はない。更に、国賠法第 2 条第 1 項で国・地方自治体が第三者に対して損害賠償責任を負う場合は、国・地方自治体は無過失責任であるが、この場合は民間事業者も無過失であれば求償債務を負わないのである。したがって、求償債権の存在だけに依拠して保険金の議論をすることも適切ではない。

また、受領する保険金は、保険の契約内容や契約条件（免責等）如何では、求償権が十分な金額となるかどうかはわからない。更に、保険には付保に費用がかかり、

保険料の分だけ、国・地方自治体や施設の利用者はコストを負担しなければならない（民間事業者が需要リスクをとらない PFI・PPP の場合には、国・地方自治体から民間事業者に対するサービス対価に当該コストが含まれ、民間事業者が需要リスクをとる PFI・PPP の場合には、国民の利用料金に当該コストが含まれる。）。国・地方自治体が自ら公営で運営している場合には、かかる保険には加入しないこと、および保険料は常に大数全体でみれば実際の保険金支払いのコスト回収を上回る保険料がチャージされていることを考えれば、保険をかけることにより VFM はでない方向に働くのであり、納税者・国民の立場から、民間事業者が一定のインセンティブをもって取り組む PFI・PPP において常に第三者損害賠償責任保険をかけることが妥当であるかは検討の余地がある。また、英国会計検査院（2018）¹⁴⁾によれば、実際に英国の過去の学校 PFI 事業などでは、保険料がサービス対価の 5%相当に上るなど、保険料の高さが問題となっている。しかしながら、引き続き英国においても、第三者損害賠償については事業者による保険付保を義務付けていること、および英国における高額な保険料の問題は、PPP 事業契約締結時に、将来の保険料水準を現行料率対比で+20%程度まで保守的に推計してサービス対価に組み込まれた保険料見合の金額が、その後実際に支払われた実額保険料に比べて高すぎたことが原因であって、2000 年以降の案件では保険料リスクシェアリング条項導入によって保険料負担は大幅に下がっていることに留意する必要がある。

なお、後述のとおり、SPC の PFI・PPP 事業契約上の SPC の責めに帰すべき事由による債務不履行があった場合には、民法の任意規定の内容としては、SPC は国・地方自治体が被った損害を、相当因果関係の範囲内で、賠償する義務を負うが、この損害に国・地方自治体が第三者に対して支払った損害賠償が含まれ、これを理由に国・地方自治体が保険会社に保険金の支払を請求することも考えられるが、このような SPC の債務不履行に基づく損害賠償債務も第三者損害賠償保険の対象にはないであろう。

(4) PFI・PPP 事業契約上の第三者損害賠償の官民のリスク分担の具体的な規定のあり方

PFI・PPP 事業において発生した第三者に対する不法行為責任に基づく損害賠償責任については、本稿第 2 章および第 3 章で先述したとおり、国賠法第 1 条・第 2 条で全て国・地方自治体を負うことになる。そこで、官民のリスク分担の問題として、国賠法第 1 条・第 2 条に基づく損害賠償責任を負うことにより国・地方自治体に発

生した損害を最終的に官と民とでどう PFI・PPP 事業契約において規定することが適切かを検討する。

まず、PFI・PPP 事業契約上 SPC に何らかの責任を負わせるのであれば、先述の求償債務を除けば、少なくとも SPC に PFI・PPP 事業契約上の SPC の責めに帰すべき事由による債務不履行が存在することが大前提である。不可抗力事由等、PFI・PPP 事業契約上の SPC の責めに帰すべき事由による債務不履行がないにもかかわらず SCP に損害賠償責任を負わせることは、PFI・PPP の本質に反するからである。したがって、例えば国賠法第 2 条第 1 項の国・地方自治体の責任は無過失責任であるが、少なくとも SPC に PFI・PPP 事業契約上の SPC の責めに帰すべき事由による維持管理に係る債務不履行が存在しない限り、SPC が国賠法第 2 条に基づきに基づく損害賠償責任を負うことにより国・地方自治体に発生した損害について責任を負うことはない。

次に、SPC に PFI・PPP 事業契約上の SPC の責めに帰すべき事由による債務不履行が存在場合は、PFI・PPP のリスク分担の原則的な考え方からすれば、そのリスクは SPC が負担することになる。しかしながら、SPC が実際にそのリスクを負担する方法は、民間事業者が需要リスクをとらない PFI・PPP の場合には、要求水準の未達による国・地方自治体から民間事業者に対するサービス対価（固定費相当部分）の一定の数式に従った減額であり、民間事業者が需要リスクをとる PFI・PPP の場合には、需要が減ることによる国民の利用料金の支払の減少である。逆にいえば、SPC がリスクを負担するといっても、SPC が実際に何らかの支払をすることはないのである。そもそも SPC が何らかの支払義務を負っても、SPC にはそれを支払う資力はない。

SPC に資力がないのであれば、SPC に資力をもたせるために、スポンサーに追加的な資金拠出義務を課せば良いという議論はありうるが、PFI・PPP においては、そのような仕組みは、スポンサーがサービス対価に追加資金拠出義務リスクを反映したリスク・プレミアムを付加することに繋がり、国・地方自治体側にとっての VFM がでない方向に働くことになるので望ましくないとされており、スポンサーの有限責任性を維持したままで、契約を設計するのが通常である。したがって、SPC の債務不履行に伴う国・地方自治体への損害賠償については、あくまでもサービス対価の減額に限定すること、第三者損害賠償責任については、もし SPC に付保義務を課するのであれば、市場で調達しうる範囲で保険付保を義務付けつつ、保険で対応できる部分のみ SPC のリスクとして留めることになる。なお、日本の PFI・PPP の場合、施設の瑕疵により第三者が被った損害に対する直接の責任を負うのは国・地方自治体であり、SPC に付保義務がある場

合でも、国・地方自治体を当該保険の被保険者にすることが必要となるが、万が一 SPC が当該付保を怠った場合、国・地方自治体は、そのことを事由として当該 PFI・PPP 事業契約を解除することはできるかもしれないが、当該保険に入っていた場合と同じ利益を享受することはできないことに留意する必要がある。

また、第三者が損害を被った場合のリスクの「官民のリスク分担」の問題としては、SPC の責めに帰すべき事由による要求水準の未達による国・地方自治体から民間事業者に対するサービス対価（固定費相当部分）の一定の数式に従った減額（もしあれば）以外は国・地方自治体が全てリスクを負う内容となっているが、民間事業者にそれ以上に何らペナルティがないことを意味するものではないことには留意する必要がある。すなわち、SPC の責めに帰すべき事由による SPC の維持管理義務違反があり、かつ、その違反が著しいものであれば、通常は国・地方自治体が SPC の責めに帰すべき事由による PFI・PPP 事業契約の解除権を有することになる。もし国・地方自治体が当該解除権を行使すれば、民間事業者は当該 PFI・PPP 事業契約で規定されたペナルティ（通常は、未払のサービス対価（固定費相当部分）の一定の数式に従った減額やコンセッション返還の対価の一定の数式に従った減額）を負担することになる。

5. コンセッション事業等における今後の留意点

(1) 問題の所在

空港・上下水道・道路などのコンセッション事業における第三者賠償責任に関して今後特に問題となるのは、特に施設の維持管理における瑕疵担保である。

2018 年 8 月に事故が起きたイタリアモランディ橋は最初 1967 年に建築され、当初の耐用年数は 100 年とされたが、その後の橋周辺の環境的影響要因も加わり、既に 1990 年代には既に重要な構造部（Pre-stressed concrete tendon）に重要な補強工事がなされていた。その後、アウトストラード社が ANAS とコンセッション契約を締結したのは 2007 年で、事故発生前の 2016 年にも相当な補強工事を行っていたとされる。

このように、公共インフラでは、当初に設計・建設を発注した主体と事後が発生した時点での維持管理の主体が異なりうる。特にコンセッション事業においては、建設発注を国・地方自治体が行い、時間を経て民間事業者が当該施設を引き継いで運営と維持管理を行う。この場合、当事者数はこの 2 つの当事者に加えて、公営であった時期の設計受託企業と建設請負企業、短期の維持管理受託企業や大規模修繕工事の請負企業、コンセッション

開始後の大規模修繕請負企業や通常の維持管理受託企業を含めれば 8 当事者にもなり、潜在的には事故原因をもたらした可能性はその誰にもありうる。時間の経過とともに施設の設置と管理に関わる関係当事者が増える結果、仮に事故が起きて、誰の瑕疵によって事故が発生したのかを見極めることが難しくなる。もちろん、第三者との関係では、事故発生時点で施設の維持管理を行っていたコンセッション事業者が、施設管理を受け継いだ時点で施設の設計や過去の維持管理状況についてどのような情報を引き継ぎ、かつ、コンセッション契約においてどこまでの責任を担っているかにより、コンセッション事業者の責任は変わってくる。

(2) 瑕疵リスクへの対応（現状）

以上のような問題を受けて、内閣府「公共施設等運営権及び公共施設等運営事業に関するガイドライン」¹⁵⁾（以下「運営権ガイドライン」）は以下のように定めている。

表 4

公共施設等運営権及び公共施設等運営事業に関するガイドライン第 4 章「リスク分担」（下線部は筆者）

既存施設の瑕疵リスクについては、瑕疵が通常の注意では発見できないものであることを踏まえ、既存資料の十分な確認や施設等を実地に確認すること等により、その最小化を図る。なお、当該瑕疵リスクについては、事業の性質等に応じて、管理者等が一定期間（瑕疵を発見するために必要な期間）責任を負うよう実施契約に規定することが望ましい（実施契約時点において予算措置は不要であり、支払い決定時までに予算措置がされていけば足りる）。また、地方公共団体においても同様の規定を実施契約に設けることが望ましい（予算措置についても同様）。その際、損害賠償の額を定める場合には地方公共団体の議会の議決が必要である（地方自治法第 96 条第 1 項第 13 号。ただし、地方公営企業の業務に関するものについては条例で定めるものを除き同号は適用されない（地方公営企業法第 40 条第 2 項））。

同運営権ガイドラインに示されている、①既存資料の十分な確認や施設等を実地に確認するとは、民間事業者によるデューデリジェンス（以下「DD」）のことを指しており、国・地方自治体が、設計・竣工図書、維持管理年報、施設台帳等を民間事業者に提供し、施設の実査の機会を与えることをいう。また、②管理者等が一定期間（瑕疵を発見するために必要な期間）責任を負うよう実

施契約に規定することが望ましい、としているのは、そもそも書面の上での DD を行っても国・地方自治体ですら認識できていないことも含めて瑕疵リスクを完全に洗い出すことは不可能であるとの観点から、実際に維持管理を行って DD で見つからなかった瑕疵があれば、民間事業者が国・地方自治体に対してその修復もしくはその費用または損害賠償を求めることができるようにしたものであるが、瑕疵の発見期限を契約締結から一定期間に制限しているものである。以下の浜松の下水道案件では、6 か月にしている。

浜松市公共下水道終末処理場（西遠処理区）運営事業に関する平成 29 年 10 月 30 日付公共施設等運営権実施契約¹⁶⁾は、運営権設定対象施設の瑕疵担保責任等として第 11 条にて以下のように定めている。

表 5：浜松市公共施設等運営権実施契約

第 11 条 第 9 条第 1 項の規定により引き渡された運営権設定対象施設について瑕疵（括弧内略）が発見された場合、運営権者は、本事業開始日以後 6 ヶ月以内（同上）に市に通知する。かかる通知を行った場合、運営権者は、市に対し、相当の期間を定めて、当該瑕疵の修補を請求し、又は修補に代えて若しくは修補とともに損害の賠償を請求することができる。なお、運営権設定日以後本事業開始日までの期間に瑕疵が発見された場合も同様とする。

いずれも必要で重要な対応方法であると考えられる。しかしながら、以下の点が引き続き問題である。第 1 に、国・地方自治体が提供した設計・竣工図書、維持管理年報、施設台帳等の資料に誤った情報の記載があり、それを信じて管理を行った結果の瑕疵リスクはどうなるのか（提出記録・情報の過誤）。第 2 に、実際の施設の状況が、最初の建設時の手抜き工事などが原因となっており、設計・竣工図書どおりでない場合の瑕疵リスクはどうなるのか（設計図書・管理記録との乖離）。第 3 に、設計・記録の精査や一定期間の維持管理期間だけでは、運営権者が発見しえない、かつ重大な瑕疵リスク（短期に発見困難な重大瑕疵）についてはどう対応すべきか。

上記の浜松の契約でも、瑕疵は、「本事業開始日時点で、当該施設において法令等上又は要求水準上求められる基準を満たさないこととなる物理的な瑕疵であって、募集要項等市が優先交渉権者に開示した資料及び本契約締結前に優先交渉権者又は運営権者が知り得た情報から合理的に予測することのできないものに限る。なお、経年劣化は瑕疵に該当しない。」とされている。

実際のところ、上水道のコンセッション事業においては、地中にある老朽化した管路の維持管理が最も重要な課題であり、この維持管理を含めた責任を民間事業者に

適切に負わせることができるかがきわめて重要な課題となっている。しかしながら、コンセッション事業を引き受ける時点で、管路の状況について確認したり、瑕疵リスクの分担の在り方について双方が合意できる手続き等が確保されなければ、管路の維持管理を含めたコンセッション事業は行えないことになってしまう。

(3) 施設の瑕疵リスク対応への改善提案

空港・上下水道・道路などのコンセッション事業は、いずれも利用者の生命の存否にかかわる重要な公共インフラであり、施設の瑕疵がもたらしうるリスクは甚大である。それにもかかわらず、①提出記録・情報の過誤、②設計図書・管理記録との乖離、③短期に発見困難な重大瑕疵の責任の所在を曖昧にしたままにすることはできない。

なお、先述のとおり、日本の PFI・PPP の場合、施設の瑕疵により第三者が被った損害に対する直接の責任を負うのは国・地方自治体である。にもかかわらず、PFI・PPP において施設の瑕疵を論じる意味は、PFI・PPP 事業契約において、施設に瑕疵があった場合に、それが国・地方自治体の責任か、それとも SPC の責任かを明確に分けるためである。すなわち、PFI・PPP 事業契約上、SPC は施設の維持管理義務を負い、SPC がその帰責事由により当該維持管理義務に違反すれば、要求水準の未達による国・地方自治体から SPC に対するサービス対価（固定費相当部分）の一定の数式に従った減額がなされ、また場合により国・地方自治体が当該 PFI・PPP 事業契約を解除し、SPC は当該 PFI・PPP 事業契約で規定されたペナルティを負担することになる。したがって、SPC が施設の維持管理義務を負う前提となる施設の状態を確定させる必要があるのである。もし当該前提となる施設の状態自体に問題がある場合には、少なくとも SPC の帰責事由による施設の維持管理義務違反は問題とならず、SPC が責任を問われることはないことになる。逆に、当該前提となる施設の状態自体に問題がある場合には、国・地方自治体側の落ち度であり、国・地方自治体が責任を負うことになる。この場合の国・地方自治体の責任の内容は日本の PFI・PPP ではあまり明確に論じられていないが、SPC としては国・地方自治体に対して施設の修繕を求めることができ、また SPC が自ら施設を修繕した場合には国・地方自治体に対して当該修繕の費用を請求することができる。また、SPC としては当該施設の瑕疵により SPC が被った損害を国・地方自治体に対して賠償することを求めることができる。当該損害には、SPC が被った実損のみならず、国・地方自治体側に落ち度がある以上、SPC の得べかりし利益も含まれてしかるべき

である。さらに、当該瑕疵により PFI・PPP 事業の継続が困難である場合には、SCP は PFI・PPP 事業契約の解除権を取得すべきであり、SPC が当該解除権を行使して PFI・PPP 事業契約を解除した場合、国・地方自治体側に落ち度がある場合の解除として、国・地方自治体は当該解除により SPC が被った損害を賠償すべきであり、当該損害には SPC の得べかりし利益も含まれてしかるべきである。

以上を前提として、具体的には以下のような手法を検討するべきである。

第 1 に、提出記録・銃砲の過誤リスクに対処するため、国・地方自治体による設計・竣工図書、維持管理年報、施設台帳等の提供にあたっては、PFI・PPP 事業契約において国・地方自治体はその内容が真実であることを表明保証させ、その内容が真実でなかった場合は国・地方自治体の責任（この責任には、SPC に対する損害賠償責任が含まれる。）とする。

第 2 に、設計図書・管理記録と実物との乖離リスクに対処するため、官民双方の代表者が参加する実査において、施設を両者共同で検査・点検するとともに、検査点検にかかる確認書の作成を行う。

第 3 に、以上の記録も踏まえつつ、運営権開始後の一定期間経過後において、民間事業者が重大な瑕疵を新たに見つけた場合には、両当事者が契約に基づいて設置した独立の技術的専門家会議（以下「パネル」）において、その原因を審議して当事者間の認識の相違に関して早期に裁定を行い決着を図る。

第 4 に、以上のような仕組みが有効に機能するように、官民双方が知見を出し合い、今後においてコンセッション事業の推進が見込まれる事業を対象に、民間事業者への円滑な運営以降に適した設計竣工図書・公物管理記録の在り方について標準化を行う。

以上のような取組を行うことを通じて、国・地方自治体の提供する情報についての信頼性が高まるとともに、表示保証責任を課すことで、竣工時の設計図書や管理記録の作成についても透明性の高い規律が推進できるほか、短期的に発見困難な重大な瑕疵についても、専門家の意見を踏まえた確認が得られるなど、官民間の隙間のない責任分担が可能になると考えられる。

(4) その他（第三者損害賠償責任保険の被保険者について）

前章までに触れたように、判例等をもとに解釈すれば、我が国の PFI・PPP 事業では、第三者損害賠償責任は国・公共団体にあり、SPC に損害賠償責任があるわけではない。したがって、SPC がその負担において第三者損

害賠償責任保険をつけるのであれば、現在の PFI・PPP ではなされていないと思われるが、SPC だけでなく国・地方自治体も被保険者とする必要がある。また、直接に損害賠償責任を負うこととなる国・地方自治体は、SPC が付保すべき保険の条件を予め設定したうえで（英国における標準約款（2012）¹⁷⁾ 第 17 章第 2 節の定める Required Insurance の規定に相当）、最終的な付保内容（免責条件等）を確認して置く必要がある。なお、万が一 SPC が当該付保を怠った場合、国・地方自治体は、そのことを事由として当該 PFI・PPP 事業契約を解除することはできるかもしれないが、当該保険に入っていた場合と同じ利益を享受することはできないことに留意する必要がある。現行の内閣府契約ガイドライン（2013）¹⁸⁾ は、選定事業者、建設企業、受託・請負企業、維持・管理・運営企業、その下請け企業を第三者損害賠償責任の被保険者として指定すること、および完工リスクに関する履行保証保険の被保険者に管理者（国・地方公共団体）を指定することを指摘しているが、先述の最高裁判決（平成 19 年）および国賠法の適用を踏まえておらず、改訂が必要である。

6. 結論

(1) 国賠法の適用

我が国の PFI・PPP 案件における第三者損害賠償責任に関しては、今後の判例による判断を待たなければならぬ点が残るものの、先述の最高裁判決（平成 19 年）

を踏まえれば、BTO, BOT, コンセッション事業のいずれにおいても、国賠法第 1 条および第 2 条の適用がなされ、当該事業を実質的に支配している国・地方自治体に第三者損害賠償責任があると考えらるべきである。

(2) PFI・PPP の設計

PFI・PPP 事業に国賠法の適用がなされ国・地方自治体に第三者損害賠償責任があるとするれば、被保険者として国・地方自治体を指定することはもちろん、事業者が締結する保険の内容・条件を国・地方自治体が仔細に確認する必要性、公務員と同じように民間事業者の軽過失が求償対象からはずされること、SPC そのものには第三者損害賠償責任に耐えるだけの資力が存在しないこと等をふまえた制度・契約の検討・再整備が必要である。

(3) 瑕疵リスク

既設の公共施設を民間事業者が運営するコンセッション事業においては、施設の瑕疵リスクについて、官民間で紛争が生じないような、事前の官民合同の DD を含めて、瑕疵リスクの責任の所在を明確にできる契約上の仕組みの構築が不可欠である。こうした契約の仕組みを新たに構築できなければ、コンセッション事業への参入意欲はそのリスクの曖昧性のために大幅に減退し、特にリスク管理の意識が高くかつ契約履行規律の高い一流企業の事業参加意欲を失うことが懸念される。

専門用語・略語一覧

（日本語読み五十音順）

- ① **SPC (エスピーシー)** : Special (又は Single) Purpose Company の略称。特定の事業の実施のためにスポンサーにより設立された法人格のことを指す。PFI・PPP 事業契約では、スポンサーではなく SPC が民側の契約当事者となる。また、プロジェクトファイナンスにおいては、SPC が借入人となる。
- ② **国賠法** : 国家賠償法の略称
- ③ **コンセッション** : 民間事業者と政府・地方公共団体との間で結ぶ有期の契約により、民間事業者が、公共インフラの施設の維持管理（更新投資を含む）とサービスの運営を行って、多くの場合には、利用者から受益者負担金を徴収して営む独立採算の事業が行われる。我が国では、特に、PFI 法の運営権に基づく空港・道路・上下水道の事業を指す。
- ④ **スポンサー** : 本稿では SPC に出資している株主としての事業会社を指している。
- ⑤ **第三者損害賠償責任** : 個人の活動、企業の業務遂行、その他被保険者が所有・管理する施設の瑕疵等が原因となる偶発的な事故により、第三者（被保険者以外の者）が被った損害に対して発生する法律上の賠償責任のことを指す。
- ⑥ **デュー・デリジェンス (DD)** : Due Diligence. 本来は取締役の善管注意義務のことを指す。かかる語源に発して、取締役が十分な注意をもって必要なリスク審査を行っているかという観点から、通常の投資先の事業や資産の精査を行う審査作業のことを指して使われることが多い。
- ⑦ **被保険者** : 損害保険にあつては、損害を受けるおそれのある利益（被保険利益）の帰属する者で、保険事故発生の場合に、通常であれば、保険金の給付を受ける者。
- ⑧ **PFI 法** : 我が国の「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」
- ⑨ **PFI・PPP** : 本稿においては、我が国の「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」（PFI 法）が適用される民活インフラ事業の制度あるいは個別の事業のことを指す。

判例・参考文献

- 1) 徐一睿, 専修大学「広がる公民連携のインフラ整備, 安全性の責任は所在あいまいに」, エコノミストレポート, 週刊エコノミスト, 2019. 8. 27
- 2) 国土交通省国土交通政策研究所「公物の設置・管理に係る賠償責任のあり方に関する研究～「法と経済学」による分析～」国土交通政策研究第1号, 2001年6月
- 3) 土木学会建設マネジメント委員会PFI研究小委員会「インフラ整備を伴うPFI 事業形成のための課題の明確化とその解決策の提言に向けて 2003年度研究報告書」, 2004年3月31日
- 4) 柏木昇監修・美原融・赤羽貴・日本政策投資銀行PFIチーム「PFI実務のエッセンス」pp. 143-156, 有斐閣, 2004年12月
- 5) 最高裁平成19年1月25日判決, 民集第61巻第1号第1頁
- 6) 小幡純子「国家賠償法の適用範囲について(上)(下)ー民間委託等官民協働による行政活動をめぐってー」法曹時報64巻2号, pp. 1-27, 同3号, pp. 1-22, 2012年, 同「「公の営造物」概念に関する試論」法治国家と行政訴訟pp. 487-512, 有斐閣, 2004年8月
- 7) 樋口孝夫「資源・インフラPPP/プロジェクトファイナンスの基礎理論」pp. 67-81, 金融財政事情研究会, 2014年7月(同書英語版Takao Higuchi: Natural Resource and PPP infrastructure Projects and Project Finance, Business Theories and Taxonomies, Springer, 2018)
- 8) 塩野宏『行政法II 第6版 行政救済法』, 有斐閣, 2019年4月
- 9) 宇賀克也『行政法概説II, 行政救済法 第6版』, 有斐閣, 2018年2月
- 10) 最高裁平成17年6月24日判決, 判例時報1904号69頁
- 11) 大阪地裁昭和61年1月27日判決, 判例時報第1208号96頁
- 12) 最高裁昭和45年8月20日判決, 民集24巻9号1268頁
- 13) 内田貴「民法II 第3版 債権各論」pp. 512-516, 東京大学出版会, 2011年2月
- 14) 英国会計検査院, National Audit Office, Her Majesty Treasury, “PFI and PF2”, January 18, 2018
- 15) 内閣府, 「公共施設等運営権及び公共施設等運営事業に関するガイドライン」, 改訂2018年3月28日
- 16) 浜松市公共下水道終末処理場(西遠処理区) 運営事業に関する平成29年10月30日付公共施設等運営権実施契約書 https://www.city.hamamatsu.shizuoka.jp/g-sisetu/gesui/seien/documents/jisshikeiyakushoteiketsuba_n.pdf
- 17) HM Treasury, “UK Standardization of Contracts, PF2,” December 2012,
- 18) 内閣府, 「契約に関するガイドラインーPFI事業契約における留意事項について」2013年6月改訂

(2019. 10. 04 受付)

THIRD PARTY LIABILITY ISSUES OF PPPs IN JAPAN

Masaaki AMMA and Takao HIGUCHI

The third party liability issue under PPPs is one of the most important issues in deciding to apply the best procurement option, among traditional public provision, PPPs or privatization, to a particular infrastructure project. There have been a number of PPPs in Japan since the inception in 1999 of PFI Law in Japan, but the actual lawsuit case is very much limited in connection with this issue. The first purpose of this paper is to identify and analyze the specific legal foundations and some contractual issues for the third party liability on PPPs according to the various modalities of PPPs in Japan. The second is to analyze how we should be careful in structuring the PPP contracts and related procedures to avoid any disputes arising later between public and private about who should be responsible for a particular defect in facility maintenance.