

指定管理者制度における指定行為の 処分性について

土 田 伸 也

- I. はじめに
- II. 指定行為の処分性をめぐる現在の問題状況
- III. 指定行為が処分であることの理由～従来の見解
- IV. 指定行為が処分であることの理由～私見
- V. 結語

I. はじめに

指定管理者制度は、2003年の「地方自治の一部を改正する法律」（2003年6月13日公布、同年9月2日施行）によって設けられた比較的新しい制度である。改正後の地方自治法244条の2第3項によれば、「普通地方公共団体は、公の施設の設置の目的を効果的に達成するため必要があると認めるときは、条例の定めるところにより、法人その他の団体であって当該普通地方公共団体が指定するもの（以下…「指定管理者」という。）に、当該公の施設の管理を行わせることができる。」。一般的な理解によれば、そこでいう「法人その他の団体」には株式会社等の民間事業者も含まれ、さらに、指定管理者が使用許可などの処分権限の行使を行うこともできる¹⁾。したがって、指定管理者制度は近年の我が国における「民による行政」現象の一つとして捉えることができよう。指定管理者制度はこの間に数多くの地方公共団体で導入され、ある調査研究報告書によれば、2006年4月の時点で4万件を超える公共施設が指定管理者によって管理されているという²⁾。

ところで、この指定管理者制度に関しては、これまで数多くの論考が公にされてきた。しかし、各地方公共団体において指定管理者制度の導入が急務であったせい（2003年に地方自治法が改正される前までは管理委託制度が採用されていたが、その管理委託制度から指定管理者制度への移

行期間は2006年9月1日まで)、従来の論考では、主として制度設計の観点からの検討が行われるに止まり³⁾、指定管理者制度が抱える法解釈上の論点について、必ずしも十分な検討が行われてこなかったように見受けられる。そこで、本稿では、指定管理者に関する法の仕組みにおいて重要な行為のうちの一つとみなしうる指定行為(地方自治法244条の2第3項)に着目し、当該行為に関する法解釈上の問題、とりわけ指定行為の法的性格をめぐる問題を取り上げることとする。

以下では、まず指定行為の法的性格をめぐる現在の問題状況について把握し(Ⅱ)、その後、指定行為の法的性格をめぐるこの間に提示された見解を紹介しつつ、それらについて検討を加えることとする(Ⅲ)。その上で、指定行為が処分であることの理由について私見を述べ(Ⅳ)、最後にその内容を要約したい(Ⅴ)。

Ⅱ. 指定行為の処分性をめぐる現在の問題状況

指定管理者制度における指定行為は、処分か否か。指定行為の法的性格については、明文の規定がないことから、解釈上、問題となる。ここで処分とは行政事件訴訟法上の処分(行政事件訴訟法3条2項)を指し、最高裁によれば、それは「公権力の主体たる国または公共団体が行う行為のうち、その行為によって、直接国民の権利義務を形成しまたはその範囲を確定することが法律上認められているもの」⁴⁾をいう。改めて指摘するまでもないことであるが、行政事件訴訟法に関する一般的な理解を前提にすれば、指定行為が処分に該当するか否かによって指定行為を争う訴訟形式が異なってくるため、上記の問題を論じる意義がある。

この問題につき、これまで示された見解の中には、指定行為が処分であるということを否定することにつながりうる見解が散見される。すなわち、指定行為を指定金融機関の指定(地方自治法235条1項)と同視して契約上の行為として捉えるべきことを示唆する見解や⁵⁾、「NPMの考え方で、原理主義的にいうと、本来、地方自治体と指定管理者の関係は、処分によってつくられる権力関係ではなく、対等の当事者間の契約関係で構成することになる」⁶⁾との見解がそれである。しかし、現在のところ、指定行為が処分としての法的性格を有するという点で、学説は一致していると言ってよい⁷⁾。したがって、このことを前提にすれば、指定行為に不服がある者

は取消訴訟を中心とする抗告訴訟を利用するという点について、学説の中で共通の理解が得られていると言えよう。

もっとも、何故、指定管理者制度における指定行為が処分なのかという点について、学説の見解は一致していない。しかも、それぞれの学説において示された理由付けが十分な説得力を有しているかという点、必ずしもこれを肯定できない部分がある。とりわけ、いかにして指定行為の権力性を承認するのかという点について、従来の学説は曖昧さを残しているように見受けられる。そして、仮に従来の学説が指定管理者制度における指定行為の処分性をうまく説明しきれていないとすると、指定管理者になろうとする法人等の申請を契約の申込みとして捉え、行政機関の指定行為を申込みに対する承諾として捉えたほうが適切なのではないか、との見方も生まれてくるのである（但し、後述するように、私見は指定行為を処分として捉える）。

そこで、次に、指定管理者制度における指定行為が処分であるとの見地に立つ従来の学説を取り上げ、そこで示されている理由付けが指定行為を処分として捉える理由付けとして適切か否か、あるいは、必要かつ十分な説明となっているか否か、検討してみたいと思う。

III. 指定行為が処分であることの理由～従来の見解

何故、指定管理者制度における指定行為が処分であると言えるのか。以下、この問題について示された従来の見解を順に取り上げ、それぞれについて検討を加えることにする。

第一に、「指定管理者制度は、指定法人制度を参考にした」ということが、指定行為の処分性を承認する際の根拠として指摘されることがある⁸⁾。確かに、指定法人（又は指定機関）制度において仕組まれている指定行為は一般に処分として理解されているが⁹⁾、ここで着目したいのは、その根拠である。この点、ある論者は、個別法における事前手続規律から指定法人制度における指定行為の処分性を認めている。曰く、指定法人制度について定めた「個別法では通常、指定取消の観念があり、これについての聴聞の規定が置かれていること等からすると……、立法者はこれを行政行為と捉えていると解され、同様に、指定法人に対して新たに業務を行わしめる場合の行為（指定）も、行政行為として考えるのが素直な理解である」¹⁰⁾。

このような見方は、行政手続法が成立した以後においても、個別法上、同趣旨の規定が残されている場合には（たとえば電気事業法109条）、妥当性を有すると言えよう。そこで、このような観点から指定管理者制度について定めた地方自治法の規定を観察してみると、同法の中に指定行為の取り消しの観念は存在するものの（地方自治法244条の2第11項）、指定行為の取り消しに関する個別の聴聞規定は置かれていない。もっとも、このような場合であっても、通常、一般法としての行政手続法の適用が考えうるから、個別法に指定行為の取り消しに関する聴聞規定が存在しないからといって、直ちに、そのことが指定行為の取り消しの処分性を否定することにつながるわけではない。ただ、その場合であっても、結局のところ、何故、指定行為の取り消しが行政手続法上の不利益処分に該当するといえるのか、さらなる説明が必要になるであろうし、その際には、行政手続法上の「処分」と行政事件訴訟法上の「処分」が必ずしも一致するわけではないという可能性も視野に入れておく必要がある¹¹⁾。また、行政手続法との関連で指摘をしておくと、指定機関制度一般における指定行為、指定行為の取り消し等の処分性を承認する際に行政手続法4条3項の規定が引き合いに出されることがあるが¹²⁾、同条項からは指定機関と行政機関の関係が外部関係であるということを読み取りうるにとどまり、それ以上に指定行為や指定行為の取り消しが処分であるということまで読み取れるわけではないように思われる。また、仮に指定機関制度一般における指定行為、指定行為の取り消し等が行政手続法4条3項に基づいて処分性を肯定できたとしても、地方自治法上の指定管理者は「公務に従事する職員」ではないので¹³⁾、指定管理者制度における指定行為を同条項に基づいて処分であると結論づけることはできない。以上のようにみてくると、事前行政手続法の観点から指定管理者制度の指定行為の処分性を承認するためには、もう一步立ち入った検討が必要であるように思われる。このことは、同時に、たとえ指定管理者制度が従来の指定法人制度を参照してつくられたとしても、指定行為の処分性については、従来の指定法人制度の場合とは異なる指定管理者制度独自の法解釈が展開される可能性があるということの意味しよう¹⁴⁾。

第二に、「指定管理者の処分に対する不服申立ての規定も整備されている」¹⁵⁾ということが、指定行為の処分性を承認する際の根拠として指摘されることがある。この点、確かに、地方自治法上、指定管理者が行った「公

の施設を利用する権利に関する処分についての審査請求」が定められている（地方自治法244条の4第3項）。しかし、このことは、指定管理者によって行われる一定の行為が処分性を有することの根拠にはなりえても、指定行為それ自体が処分性を有することの直接の根拠にはなりえないであろう。むしろ、「指定管理者の処分に対する不服申立ての規定も整備されている」との指摘は、以下の第三及び第四の場合のように、指定管理者に処分権が認められているということを前提にして、さらに指定行為の処分性に関する根拠論を展開しようとする場合に¹⁶⁾、その前提が正当であるということを根拠づける点において、意義が認められよう。

第三に、「使用許可等公の施設を利用する権利に関する行政処分を行う権限を指定管理者に委任できること」¹⁷⁾が、指定行為の処分性を承認する際の根拠として示されることがある。このような見解は、恐らく、次の①～⑤の理解あるいは認識を経て導き出されたものと推測される。すなわち、①従前の管理委託制度の下で処分権を委託しうるか否かという問題が提起された際に、委託契約を通じて受託者に処分権を認めることはできないとの理解が示されていた¹⁸⁾、②そのような理解の下では、他人への管理の委託が(a)「契約による場合、処分権の委託は不可能」、(b)「処分による場合、処分権の委託は可能」という命題が成り立ちうる、③現在の指定管理者制度の下では地方自治法244条の4第3項により指定管理者が処分権を行使しうる地位にある、④このような現行法の仕組みを前提にすると、現在の指定管理者制度の仕組みは処分権が他人に委ねられるパターンであるから、上記②の(b)の場合に該当する、⑤よって指定行為は処分である。しかし、仮にこのような理解又は認識が上記の見解の背景にあるとしたら、ここでは以下の諸点を指摘しておかなければならないであろう。まず上記①についてであるが、従前の管理委託制度の下でも、公共施設の管理の受託者に処分権を委託することは可能であるとの見解が有力に主張されていた¹⁹⁾。したがって、委託契約によるからといって処分権の委託が不可能であるということは、必ずしも自明のことではない。次に上記②については、仮に上記①のことを前提とした場合でも、何故、管理の委託が処分の形式で行われれば、処分権の委託が可能と言えるのか、疑問の余地がある。さらに、上記⑤については、仮に上記②の(b)の内容を前提にしたとしても、「逆は必ずしも真ならず」で、実際に現行法で処分権の移動が認められているからといって、処分権を移動させた行為形式が処分であるとは限らない、

と指摘しうる。

第四に、指定行為の処分性を根拠づける説明として、次のような説明がなされることがある。すなわち、「もともと法治主義に基づいて権力的な処分権限を行政に与えていたのが前提で、限定されているとはいえ、その一部である使用許可権限を民間に委任することになっており、その場合に、契約で自由に処分権が取引されるということは、近代法治主義の考え方からすると、日本の場合は想定していないと考えられる。そうであれば、民間にアウトソーシングすると同時に公権力の行使にあたる権限も一部委任するという仕組みとしてこれを説明するためには、処分であると構成したほうが従来の考え方に合っていると思われる²⁰⁾。以上の説明については、次のような指摘が可能であろう。確かに、処分権それ自体を契約によって取引することは、近代法治主義の考え方、とりわけ、法治主義から導き出される「権限分配の原則」(=「権限は法律によってその権限を割り当てられた行政機関によって行使されなければならないという原則²¹⁾)に合致しないであろう。しかし、指定管理者制度における指定行為の法的性格をめぐって問題になるのは、処分権それ自体の移動が契約によって可能か否か(あるいは処分権それ自体の移動が処分性を有する行為によらなければならないのか否か)ということではなく²²⁾、処分権を行使することができる法的地位²³⁾に就くことを契約によって認めてよいか否か(あるいは処分権を行使することができる法的地位に就くことを認めるためには、処分性を有する行為によらなければならないのか否か)ということであろう。そして、このように指定行為の法的性格に関する問題を捉えた場合、その問題は、かつて公務員法関係の成立に関して「公務員の任命行為は行政行為か、契約か」という形で主に議論された問題と類似すると言えよう。この公務員の任命行為の法的性格をめぐっては、周知のとおり、公務員の勤務関係の法的性格をめぐる議論とともに複数の見方が対立してきたが、法治主義との関連で行政行為説が否定され、そのことが契約説を受け入れる一因にもなりえたことを想起すると²⁴⁾、法治主義の下では、むしろ上記の説明とは逆の結論、すなわち指定管理者制度における指定行為を処分として捉えることは許されないとの結論に到る可能性を必ずしも否定できないと言えよう。いずれにせよ、処分権それ自体の移動を念頭に置いた上記の説明は、指定管理者制度における指定行為の法的性格をめぐる問題に対する回答として適切と言えるのか、疑問が残るところである。また、上記の説

明は、契約と行政行為の関係につき、「契約ではない行為は行政行為である」という見方を前提にしていると推測できるが、このような見方の妥当性についても疑問の余地がないわけではない²⁵⁾。

第五に、「地方公共団体の指定という一方的行為によって管理者の管理権限が生まれること」²⁶⁾が、指定行為の処分性を承認する際の根拠として示されることがある。この点、確かに、地方自治法は公共施設の管理が第一次的に地方公共団体によって担われることを予定していると指摘できるから、指定という行為がなければ、当該地方公共団体以外の法人その他の団体、すなわち指定管理者になろうとする団体の管理権限が生まれることはない。しかし、問題は、何故、指定行為が一方性を有すると言えるのかという点にある。この点に関し、私人からの申請を前提とする許可制等の仕組み一般につき、「申請が法の要件を充足しているかどうかを責任をもって行政庁に審理・判断させるという趣旨から、具体の法関係形成の最終判断を行政庁の責任ある判断に留保させる」²⁷⁾ものとして捉え、具体的な法関係における一方性の要素を肯定する見解がある。このような見解を前提にすれば、指定管理者制度における指定行為が一方性を有するとの指摘も肯定できなくはないようにも思われる。しかし、上記の理解については、次のような指摘がありうる。すなわち、許可制等の仕組みには「申請が法の要件を充足しているかどうかを責任をもって行政庁に審理・判断させるという趣旨」が認められるとしても、そのことが論理必然的に当事者間の関係を契約関係として捉えることを排除するわけではない、との指摘である。仮にこのような指摘が妥当なものとして承認されるのであれば、指定管理者制度における指定行為は契約締結上の行為、すなわち申し込みに対する承諾として捉える余地があるということになる。なお、以上とは別に、仮に指定行為が一方性を有しているとの前提に立った場合でも、そもそも、処分ではない行為と処分を区別しようとする際に、ある行為が一方性を有しているということを指摘することに果たしてまたいかなる意味があるのか、という根本的な問題がある²⁸⁾。

第六に、「法定の要件の下での当該地方公共団体の取消権の定めがあること」²⁹⁾が、指定行為の処分性を承認する際の根拠として示されることがある。この点、確かに、地方自治法244条の2第1項は指定行為の取り消しの要件とともに指定行為の取り消しを命ずることができるということを決めているし、仮に指定行為の取り消しに処分性が認められれば、指定行

為にも処分性を認めるというのが素直な解釈であろうと思われる。しかし、要件とともに取消権が法定されているということが、あるいは、取消権の要件が法定されているということが、何故、当該行為の法的性格を決することになるのかという点については、さらなる説明が必要であるように思われる。

このように、従来の見解では、指定管理者制度における指定行為が処分であるということについて複数の理由が提示されてきたが、それらの理由付けは必ずしも十分なものではないように思われる。そこで、次に、従来の見解とは異なる観点から、指定行為が処分であることの理由について、私見を述べてみたいと思う。

IV. 指定行為が処分であることの理由～私見

指定管理者制度における指定行為の処分性について検討する場合、処分をどのように捉えるか、とりわけ処分性を認定する際の一要素である権力性をどのように捉えるかによって、指定行為が処分であることの理由付けの仕方は異なってくるように思われる³⁰⁾。この権力性の理解については、小早川教授の整理によれば、「内容的権力概念」と「形式的権力概念」が対立する。同教授によれば、前者は「とられた処置の内容に着目し、相手方人民の同意によることなく一方的に何かを命じたり禁じたり奪ったりする点に、行政処分に特有の権力性が存在するという捉え方」であり、後者は訴訟手続法の観点から「その処分による規律を関係者に対して通用せしめる力」あるいは「その処分による規律を承認すべきことを関係者に対して強要する力」と定義される公定力を備える点に、行政処分に特有の権力性が存在するという捉え方である³¹⁾。ここでは、このような二つの異なる権力概念の当否について検討することはせず、さしあたり「形式的権力概念」を前提とすることにしよう。このような前提に立った場合、ある行為が処分性を有するか否かは、基本的に、当該行為を処分とすることの利害得失を考慮して決定されよう³²⁾。その判断に際しては、当該行為に上記の意味での公定力を認めるだけの社会的要請を実定法と関連させて見出しうるか否かという視点が、一つの重要な視点になるであろう³³⁾。以上の事柄を踏まえて、以下、指定管理者制度における指定行為が処分であることの理由を考えてみたい。

ところで、指定管理者に関する法の仕組み全体から指定行為の仕組みだけを切り取って現行法を解釈した場合、指定行為を処分として捉えなければならない「必要性」を承認することは困難であるように思われる。というのも、指定行為の仕組みだけに着目しては、上記の意味での公定力を認めるだけの社会的要請を指摘することが困難であるように思われるからである。この点に関し、指定管理者制度が導入される前の地方自治法244条の2第3項では「普通地方公共団体は、公の施設の設置の目的を効果的に達成するため必要があると認めるときは、条例の定めるところにより、その管理を普通地方公共団体が出資している法人で政令で定めるもの又は公共団体若しくは公共的団体に委託することができる」と定められ、そこでいう委託は契約に基づくもので処分性を有しないと一般に理解されていたが、このことは、地方自治法によって普通地方公共団体に課された公共施設の設置管理責任を当該普通地方公共団体以外のものに委ねることが必ずしも処分の構成による必要はない、ということをも裏付ける一つの根拠になりうる。もっとも、ここで注意を要するのは、そのことが、指定管理者制度の下において指定行為を処分として捉える余地を完全に排除することまで意味しない、つまり、指定行為を処分として捉える「許容性」は承認しうるという点である。なぜなら、従前の管理委託制度と現行の指定管理者制度は同一の制度ではないのであり、両者の法制度上の差異から異なる法的構成を導き出すことは必ずしも不可能ではないからである。なお、指定管理者に関する法の仕組み全体から指定行為の仕組みだけを切り取って現行法を解釈した結果、従前の管理委託制度と同様に、当事者間の関係を契約関係として捉えることができたとしても、上述の形式的権力概念を前提にする限り、指定行為を処分として理解することは可能である。なぜなら、ある法律関係において行政機関の行う一定の行為が公定力を伴う処分であるかどうかは、結局のところ、「その行為が実体において統治権の発動であるかどうかというような、事物の本性によってではなく、その行為を行政行為³⁴⁾とすることの利害得失を考慮しつつ立法または解釈によって人為的に決定されるべき問題」³⁵⁾であり、したがって「契約と行政行為³⁶⁾とは、概念上必ずしも相互排他的な関係に立つということはいできない」³⁷⁾からである。このような見方に従うと、「指定管理者制度における指定行為が契約か、処分か」という問題のたて方は不適切であり、単純に「指定行為が処分か否か」ということを問題にすればよいということになる。

以上のように、指定管理者に関する法の仕組み全体から指定行為の仕組みだけを切り取って現行法の解釈を行う場合、指定行為を処分として捉えることを許容する余地があるということは指摘できるであろうが、他面において、指定行為の仕組みだけに着目しては、指定行為が処分でなければならぬということの根拠を積極的に示すことができないということもまた指摘しうる³⁸⁾。これらのことに鑑みると、指定管理者に関する法の仕組み全体から指定行為の仕組みだけを局所的に切り取って解釈するという態度では、指定行為が処分であるということの理由をうまく説明しきれないのではないかと思われる。そこで、次に視点を変えて、指定行為の取り消し（地方自治法244条の2第11項）に着目することにしたい。この指定行為の取り消しが処分であるということについては、上記の指定行為の場合と異なり、比較的容易に、その理由を説明することができるように思われる。具体的には、以下の二つの観点からの理由付けが可能であるように思う。

第一は、形式的な観点からの理由付けである。すなわち、指定行為の取り消しについて定めた条文に着目すると、その中では「解除」ではなく、「取り消し」の用語が用いられ、さらに「命ずることができる」との表現が用いられている。このような法律上の文言及び表現からは、立法者が指定行為の取り消しを処分として捉えていたことを読み取ることができる、と指摘できよう。もっとも、「命ずることができる」との文言はともかく、「取り消し」の文言に関しては、一般に、それが用いられているからといって、直ちに当該行為の処分性が肯定されるわけではない。しかし、地方自治法では、普通財産の貸し付け等によって設定された法的地位を奪う行為につき「解除」の用語が（地方自治法238条の5第4項）、他方、行政財産の目的外使用の許可によって設定された法的地位を奪う行為につき「取り消し」の用語が用いられ（地方自治法238条の4第9項）、前者は処分性を有しない行為として、後者は処分性を有する行為として一般に理解されているから³⁹⁾、この点に着目すると、立法者が「解除」と「取り消し」の用語を行為の性格に応じて使い分けているとみることもできないわけではないであろう。そうだとすれば、指定行為の「取り消し」を処分として捉えることもあながち不合理とは言えないのではないかと思われる。

第二は、——こちらの理由付けのほうがより一層重要なのであるが——実質的な観点からの理由付けである。すなわち、地方自治法の仕組みから

は、指定行為の取り消しが処分でなければならない、言い換えれば、指定行為の取り消しには上述の意味での公定力が認められなければならない、という社会的要請が認められると考えられる。この点、地方自治法上、指定管理者は公共施設の管理者として様々な責務を負うが、特に住民の福祉の増進という公共施設の設置目的を達成できるようにしなければならない責務を負っている（地方自治法244条1項、244条の2第3項）。地方自治法が、「正当な理由がない限り、住民が公の施設を利用することを拒んではならない」こと及び「住民が公の施設を利用することについて、不当な差別的取扱いをしてはならない」ことを指定管理者に求めているのは、指定管理者に上記の責務を果たさせるためである（地方自治法244条2項、3項）。仮に指定管理者の側に責めに帰すべき事由が発生し、公共施設の管理・運営に支障が出るようなことがあれば、上記の設置目的は達成されえないし、それどころか場合によっては当該指定管理者が公共施設の管理を継続することが上記の設置目的を阻害することにもなりかねない⁴⁰⁾。現行の指定管理者制度の下では指定管理者となりうる「法人その他の団体」が株式会社等の民間事業者でもよいとされているために、指定管理者の財務体質の悪化により公共施設の管理が公共施設の設置目的を達成できないような形でしか（あるいは場合によっては公共施設の設置目的を阻害するような形でしか）管理を行うことができなくなるという事態は想定されよう⁴¹⁾。このような場合に、地方公共団体の判断によってすみやかに公共施設の管理から当該指定管理者を法的に排除することは、むしろ、地方自治法によって第一次的に公共施設の設置管理責任を負わされている地方公共団体の責務であるとみるべきであろう。とりわけ、指定管理者によって管理することとされた公共施設が医療福祉施設等の場合、当該施設の管理・運営が滞ることは生命・身体といった高次の価値に取り返しのつかない重大な被害をもたらすことにもなりうるため、一時の管理・運営の停滞も許されないとみる余地がある。このようにみても、地方自治法によって与えられた公共施設の設置目的が特定の指定管理者による管理によってはもはや達成できないと地方公共団体が判断した場合には、たとえ当該指定管理者が出訴期間の制限に服するといった訴訟手続法上の不利益を被るとしても（行政事件訴訟法14条1項）、公共施設の公目的を達成しうる団体によって新たに公共施設の管理が行われるよう、まずは従前の指定管理者の法的地位を指定行為の取り消しという行為によって否認し、その効果を

有効なものとして関係者に通用せしめることが望ましい⁴²⁾。以上の点に鑑みれば、指定行為の取り消しには地方自治法との関連において上述の意味での公定力を認めるだけの社会的要請があるとみるべきであり、そうである以上は指定行為の取り消しは処分として構成する必要があると言えよう。

もっとも、このようにして、地方自治法によって与えられた公共施設の設置目的から、指定行為の取り消しが処分として構成されるべきことを導き出す場合、一つの疑問が生じないわけではない。それは、指定管理者制度が導入される前の管理委託制度の下でも、現行法と同様、公共施設の設置目的は一貫して住民の福祉を増進することにあったという点に起因する⁴³⁾。すなわち、これまで論じてきたところによれば、公共施設の設置目的に変更がなければ、従前の管理委託制度の下でも、普通地方公共団体以外のもの(=管理受託者)の法的地位を奪う行為が処分として構成されてもよさそうである。それにもかかわらず、実際には、そのような法的構成は採用されていなかった。公共施設の設置目的に変更がないにもかかわらず、公共施設の管理権能を奪う行為の法的性格だけが、何故、変わるのか、疑問が生じないわけではないのである。ただ、この点については、次のような説明が可能であるように思われる。従前の管理委託制度の下では、委託によって公共施設の管理を受託できるものは「普通地方公共団体が出資している法人で政令で定めるもの又は公共的団体若しくは公共的団体」に限定されており(当時の地方自治法244条の2第3項⁴⁴⁾、法令によって、管理受託者には一定の公共性が求められていた。そして、このように受託者の範囲が限定された理由としては、公共施設の管理作用が行政作用にあたるため、管理受託者は公共性を有する団体でなければならないという理由を挙げることができようが⁴⁵⁾、そのほかに、地方自治法によって負わされた普通地方公共団体の公共施設の設置管理責任を当該普通地方公共団体以外のものに委託する場合、公共施設の管理の委託先が公共性を有する団体であれば、公共性を全く有しない団体と比べ、公共施設の管理を適正に行ってくれる、すなわち、公共施設の設置目的に反する管理や公共施設の設置目的を阻害する管理を行わないであろうという希望的観測があったということも指摘しうる。このことは、たとえば当時の地方自治法施行令の中に「当該公の施設の適正な管理の確保に支障がないもの」という要件が管理受託者の要件として明示されていた点にあらわれている、と言ってよ

い（当時の地方自治法施行令173条の3）。このような見方に立つならば、そもそも管理受託者が公共施設の設置目的に反する管理を行うかもしれないということを前提としなければならない必要性は、——民間事業者もその地位に就くことのできる指定管理者の場合と比べると——全くないとまでは言えないとしても、相当程度低いということは指摘できよう。そうだとすれば、公共施設の管理受託者の法的地位を奪う行為を処分として構成しなければならない社会的要請も、指定管理者制度における指定行為の取り消しの場合より、減少する。そして、指定管理者制度と管理委託制度の間にはこのような差異があると認識されたからこそ、従前の管理委託制度の下においては管理受託者の法的地位を奪う権能が法律上、定められておらず、これに対して指定管理者制度の下においては指定管理者の法的地位を奪う権能、すなわち指定行為の取消権が法律上、定められたと解する⁴⁶⁾。以上を要するに、指定行為の取り消しが処分として構成されなければならない社会的要請の背景には、指定管理者制度を導入した2003年改正後の地方自治法が公共施設の管理者の範囲を「法人その他の団体」と定め、民間事業者にまで、その範囲を拡大したことがあると指摘できよう。

それでは、ここまでの検討で、一応、指定行為の取り消しが処分であるということを根拠づけることができたとしよう。そうすると、指定行為と指定行為の取り消しの関係は、いわば入口と出口の関係と同視することができるので、大局的見地から素直に解釈する限り、結論として指定行為それ自体も処分であると解することができるし、また、そのように解すべきであると思われる。既に指摘したように、指定行為には、このような結論を受け入れる余地がある。

なお、以上の説明を前提にすると、指定管理者に対する管理業務の全部又は一部の停止命令（地方自治法244条の2第11項）もまた、指定行為の取り消しと同様に、処分としての法的性格を有すると解される。これに対し、普通地方公共団体の長等による指定管理者に対する指示（地方自治法244条の2第10項）については、同じく処分としての法的性格を有すると解されるものの、その根拠としては、指示に従わない場合には、指定行為の取り消し又は管理業務の全部若しくは一部の停止が命じられるという法的仕組みになっている点にも着目する必要があるであろう（地方自治法244条の2第11項⁴⁷⁾）。

V. 結 語

指定管理者制度における指定行為は行政事件訴訟法上の処分である。現在のところ、この点に学説上の異論はない。私見もこれを支持する。しかし、何故、指定行為が処分なのかという点については、学説上、見解が一致していない。この点に関する私見は上述したとおりであるが、最後に、その内容を要約して整理しておきたい。

- (1) 指定管理者制度における指定行為の仕組みだけに着目しては、指定行為を処分として捉える「許容性」を見出すことはできても、指定行為を処分として捉えなければならない「必要性」を見出すことはできない。
- (2) そこで、視点をかえて、指定行為の取り消しに着目する。この指定行為の取り消しは処分である。その理由は、民間事業者も指定を受けて公共施設の管理業務を担いうる指定管理者制度の下では、指定行為の取り消しを処分として捉えなければ、地方自治法によって第一次的に公共施設の設置管理責任を負わされている地方公共団体が同法によって与えられた公共施設の設置目的（住民の福祉の増進という目的）を達成できなくなる恐れがある、という点に求められる。そのほか、指定行為の取り消しが処分であることの根拠として、処分であることを連想させる文言及び表現が地方自治法の条文の中で用いられているという点を指摘できる。
- (3) 指定行為の取り消しが処分であるならば、指定行為も処分として捉えるのが素直な解釈である。よって、指定管理者制度における指定行為は処分である。

本稿では、学説上、既に結論が一致している事項について、何故、そのような結論が導き出されるのかということを中心に論じてきた。その意味では、本稿で示した内容は何ら実践的意義を有するものではない。ただ、指定法人制度・指定機関制度一般における指定行為が処分であることの理由については、これまで必ずしも十分な説明がなされてこなかったように思われ、このような認識を前提にすると、今後、他の類似の法制度における指定行為の法的性格を考察する際に、本稿が一定の役割を果たすこともあ

りえよう。

なお、本稿で私見が前提とした処分性に関する理解については、その妥当性につき、いずれ改めて論じることにはしたい。

注

- 1) たとえば、総務省自治行政局長「地方自治法の一部を改正する法律の公布について」総行行87号平成15年7月17日、松本英昭『地方自治法（第4次改訂版）』975頁以下（学陽書房、平19）など。
- 2) 指定管理者制度による公共施設の管理の実態については、参照、日本経済新聞社・日経産業消費研究所『自治体における指定管理者制度導入の実態』（日経産業消費研究所、2006）、指定管理者制度の導入状況に関する調査委員会「指定管理者制度の導入状況に関する調査（2006）最終報告会」自治総研137号115頁以下（2006）など。
- 3) たとえば、三野靖『指定管理者制度』（公人社、2005）、出井信夫『指定管理者制度』（学陽書房、平17）など。また、最近の論文として、三野靖「指定管理者制度導入後の課題」都市問題研究59巻8号72頁以下（2007）などがある。
- 4) 最判昭和39年10月29日民集18巻8号1809頁。
- 5) 竹林昌秀「指定管理者による公の施設の管理運営の制度設計(上)」地方財務2003年12月号124頁。
- 6) 市橋克哉「公の施設の指定管理者」三橋良士明・榊原秀訓編『行政民間化の公共性分析』166頁（日本評論社、2006）。
- 7) たとえば、塩野宏『行政法Ⅲ（第三版）』200頁（有斐閣、2006）、成田頼明・園部逸夫・金子宏・塩野宏『注釈地方自治法〈全訂〉』5615頁（稲葉馨執筆、第一法規）など。なお、成田頼明監修『指定管理者制度のすべて』94頁（第一法規、平17）は、一方で指定行為の処分性を認めながら、他方で指定拒否行為の処分性を否定するが、その趣旨は不明である。
- 8) 福士明「指定管理者制度の法的論点・ポイント」自治体法務研究創刊号9頁（2005）。
- 9) 米丸恒治「指定機関による行政の法律問題」同『私人による行政』345頁（日本評論社、1999、初出1994）、塩野宏「指定法人に関する一考察」同『法治主義の諸相』461頁（有斐閣、2001、初出1993）、露木康浩「委託制度と指定機関制度に関する一考察(下)」警察学論集43巻1号110頁以下（1990）。
- 10) 塩野・前掲注9）461頁。引用文においては「行政行為」の用語が用いられているが、これを本稿でいう「処分」と読み替えても、その趣旨は損なわ

れないと思われる。

- 11) 室井力・芝池義一・浜川清編『行政手続法・行政不服審査法』18頁(日本評論社、1997)。
- 12) 米丸・前掲注9) 345頁、348頁以下。
- 13) IAM = 行政管理研究センター『逐条解説行政手続法18年改正版』114頁以下(ぎょうせい、平18)。
- 14) 指定管理者制度と従来の類似の制度を比較、検討するものとして、稲葉馨「公の施設法制と指定管理者制度」法学67巻5号54頁以下(2003)。
- 15) 福士・前掲注8) 9頁。
- 16) 牛嶋仁「指定管理者制度における協定について」政策法務Facilitator10号(2006年4月25日発行)4頁は、恐らく、このような立場からの指摘であろう。
- 17) 牛嶋・前掲注16) 4頁。
- 18) たとえば、松本英昭『地方自治法(第一次改訂版)』925頁(学陽書房、平14)など。
- 19) たとえば、兼子仁『地方自治法』95頁(岩波書店、1984)、小幡純子「公物法とPFIに関する考察」小早川光郎・宇賀克也編『行政法の発展と変革上巻』783頁以下(有斐閣、平13)、地方自治総合研究所監修『逐条研究地方自治法IV』651頁(敬文堂、2000)など。
- 20) 市橋・前掲注6) 166頁。同旨、田中孝男「公の施設の指定管理者制度について(報告と若干の注釈)」(<http://www1.ocn.ne.jp/~houmu-tt/02-05010302.htm>)。
- 21) 芝池義一『行政法総論講義〔第4版補訂版〕』98頁(有斐閣、2006)。
- 22) 仮に、処分を行う権限それ自体の移動が契約によって可能か否かということが問題になるとしたら、それは、通常、指定管理者の指定とともに締結される協定においてであろう(この場合、協定が契約としての法的性格を有することを前提にする)。具体的には、指定管理者条例において使用許可等の処分権の行使を指定管理者に認めていないにもかかわらず、協定の中で指定管理者による使用許可等の処分権の行使を認めることができるか否か、という形で問題となりうる。なお、協定の法的性質については、参照、牛嶋・前掲注16) 4頁以下、福士・前掲注8) 9頁。
- 23) 指定管理者に処分権を行使できる法的地位まで認めるか否かは、条例によって決められる(参照、地方自治法244条の2第4項)。松本・前掲注1) 978頁。
- 24) たとえば、村井龍彦「公務員の勤務関係の性質」成田頼明編『行政法の争点(新版)』126頁以下(有斐閣、平2)を参照。
- 25) 参照、小早川光郎「契約と行政行為」芦部信喜ほか編『基本法学4』126頁以下(岩波書店、1983)、小早川光郎『行政法上』279頁以下(弘文堂、

- 平11)。
- 26) 塩野・前掲注7) 200頁。
 - 27) 塩野宏『行政法 I (第四版)』129頁 (有斐閣、2005)。
 - 28) 同旨、小早川・前掲注25)『行政法 上』266頁。
 - 29) 塩野・前掲注7) 200頁。
 - 30) 指定管理者制度における指定行為が処分であるということを肯定するためには、処分に関する一般的な理解を前提にすると、権力性の要素のほか、外部性、個別具体性、法行為性の要素も検討しなければならないであろう。もっとも、指定管理者制度における指定行為の場合、これらの要素が特に問題になることはないであろう。仮に問題になるとすれば、外部性の要素であるが、この点については指定法人・指定機関制度に関する一般的な理解を参照。たとえば、藤田宙靖『行政組織法』159頁以下 (有斐閣、2005)。
 - 31) 小早川・前掲注25)『行政法 上』266頁以下。同書において「内容的権力概念」と「形式的権力概念」は、従来の「行政行為」に歴史的基礎を有する「行政処分」の権力性の説明として記述されているが、同様のことは、行政事件訴訟法上の処分の権力性を理解する上でも基本的に妥当すると思われる。参照、小早川光郎『行政法講義 下II』144頁 (弘文堂、平17)。
 - 32) 小早川・前掲注25)『基本法学 4』125頁。
 - 33) 参照、山内一夫『行政行為論講義』4頁以下 (成文堂、昭48)。
 - 34) この行政行為概念については、本稿でいう「処分」として解してもその趣旨は損なわれないと思われる。参照、小早川・前掲注31)『行政法講義 下II』144頁。
 - 35) 小早川・前掲注25)『基本法学 4』125頁以下。
 - 36) 注34)と同様のことを指摘しうる。
 - 37) 小早川・前掲注25)『基本法学 4』127頁以下。同旨、小早川・前掲注25)『行政法 上』279頁以下。
 - 38) 塩野・前掲注27) 129頁は、「私人の方からの申請を要件とする、行政行為によって形成される法関係においてはこれを契約的手法によって行うことも可能である」との見方を示す。
 - 39) たとえば、松本・前掲注1) 892頁、898頁を参照。
 - 40) 指定管理者になった事業者が公共施設の管理業務から撤退した事例は既に報告されている。そのような事例を紹介するものとして、日本経済新聞社・日経産業消費研究所・前掲注2) 77頁以下。
 - 41) そのほか、考える不都合な事態として、たとえば、あらかじめ設定された管理の期限が到来する前に (参照、地方自治法244条の2第5項)、指定管理者の指定を受けた株式会社が倒産するなどして、公共施設の管理がストップするということがある。もっとも、このような事態が抱える問題は、

指定行為の取り消しの法的性格に関する法解釈によって回避される問題ではなく、条例等の制度設計によって対応すべき問題であろう。

- 42) もっとも、指定行為が取り消されさえすれば、直ちにあるべき公共施設の管理が実現されるわけではない。この点、指定管理者に対する指定が取り消された場合、普通地方公共団体による直営方式による管理に戻るだけであるから、大きな問題は生じないとの見方もできないわけではない。しかし、たとえば、当該公共施設の管理に専門技術的な知識が必要となる場合、当該普通地方公共団体の職員の中にそのような知識を持ち合わせている人材がいなければ、行政主体の側で新たな体制を築くことができるまで公共施設の管理は停滞してしまうであろう。このような事態を回避するために、指定管理者条例の仕組みを工夫することも考えられなければならないことは言うまでもない。ただ、そのような仕組みを有効に機能させるためにも、指定行為の取り消しを処分として捉え、早期の法的安定を確保する必要があるように思われる。
- 43) 管理委託制度について定めた従前の地方自治法244条の2第3項では、公共施設の管理委託の法定要件として「公の施設の設置の目的を効果的に達成するため必要があると認めるとき」という要件が定められていた。この要件は、現行法における指定管理者の法定要件と全く同様である（地方自治法244条の2第3項）。
- 44) 当時の地方自治法施行令173条の3によれば、「普通地方公共団体が出資している法人で政令で定めるもの」とは、①「普通地方公共団体が資本金、基本金その他これらに準ずるものの二分の一以上を出資している法人」及び②「当該法人の業務の内容及び当該普通地方公共団体の出資の状況、職員の派遣の状況等の当該普通地方公共団体との関係からみて当該公の施設の適正な管理の確保に支障がないものとして総務省令で定めるもの」である。また、解釈上、「公共団体」には土地改良区や、水害予防組合等が、「公共的団体」には農業共同組合、生活共同組合、商工会議所、赤十字社、青年団、婦人会等が含まれるとされた。このような解釈につき、たとえば、地方自治総合研究所監修・前掲注19) 653頁。これらの法令上の規定及び解釈からは、受託者に一定の公共性が求められていたと指摘できる。
- 45) このことを指摘するものとして、たとえば、岡田雅夫「第三セクターによる公の施設の管理について」原野翹・浜川清・晴山一穂編『民営化と公共性の確保』52頁（法律文化社、2003）。
- 46) 参照、加藤隆佳「公の施設の指定管理者制度」自治実務セミナー43巻2号31頁（2004）。
- 47) 稲葉・前掲注7) 5615頁以下。