

地方自治体における Public Private Partnership の有用性と課題

公の施設の管理についての一考察

1 はじめに

(1) Public Private Partnership について

日本の行政改革は、英国サッチャー政権時代の「官から民へ」の基本思想の下で発展した、可能な限り公的部門に民間的経営手法の導入を目指した N P M 理論の大きな影響を受けていると言われる。

既に、日本の地方自治体では、貸借対照表の作成を初めとした公会計の見直し、政策評価・事業評価制度の導入、P F I など具体的手法として N P M が実践されている。

現在、財政状況が厳しい中、地方自治体にとって効率性の追求は最重要課題ではある。

しかし、経済的効率性の追求だけでは、本来的な強い地域体質を作ることはできず、地域において独自の価値を創造していくような行政改革も必要である。

戦後の日本は、全国画一的な手法により均衡ある国土の発展と所得の平準化を進めて、国際経済競争では高い競争力を身に付けたが、そのことが他方では地域にある異なる資源の活用を制約し、地域における多様性を欠いた体質を形成してきてしまった。

地方分権が進み、より一層、地方自治体は様々な力の向上が必要となっている。

その一手法として、公共サービスの重要性を再認識し、効率性を求めるだけでなく、その質を高めるため、公共サービス、新しい公益の多元的な提供を進めるという「Public Private Partnership」(表 1 参照)の視点は、特色と魅力のある地域の創造には重要である。

元々、Public Private Partnership は、イギリスが発祥の地といわれ、公的機関が独占してきた社会資本や公共サービスの提供を民間にも開放し、企業やボランティア団体などと並列的に協力しながら担っていこうとするもので、効率性のための民営化や民間手法の導入を単に唱えるものではなく、サービス提供手段の多様性を確保し、質の向上も重視するものといわれる。

民営化や効率性を実現することは最重要課題ではあるが、行政の本来の目的は、公共サービスの質の向上である。

そのためには、価値観が多様化し、何が公益であるか、その具体的内容を確定することが難しくなっている現在、行政が一元的に公益を判断し、実現するのではなく、行政や企業、N P O、コミュニティ、個人が対等な立場に立って、それぞれの多様な

価値観をベースとして、多元的に公益を企画・実施し、地域の価値を実現していく形の行政改革も必要となっている。

多様な主体が、行政に様々な形で参加するとともに、公共サービスの提供主体となる Public Private Partnership は、地域が特色と魅力あるものとなり、発展・活性化していく上で有用な手段といえる。

そして、このことを進めていくには、「並列的に協力」、「対等な立場」といった適正な公私のパートナーシップを構築していくことが重要な課題である。¹

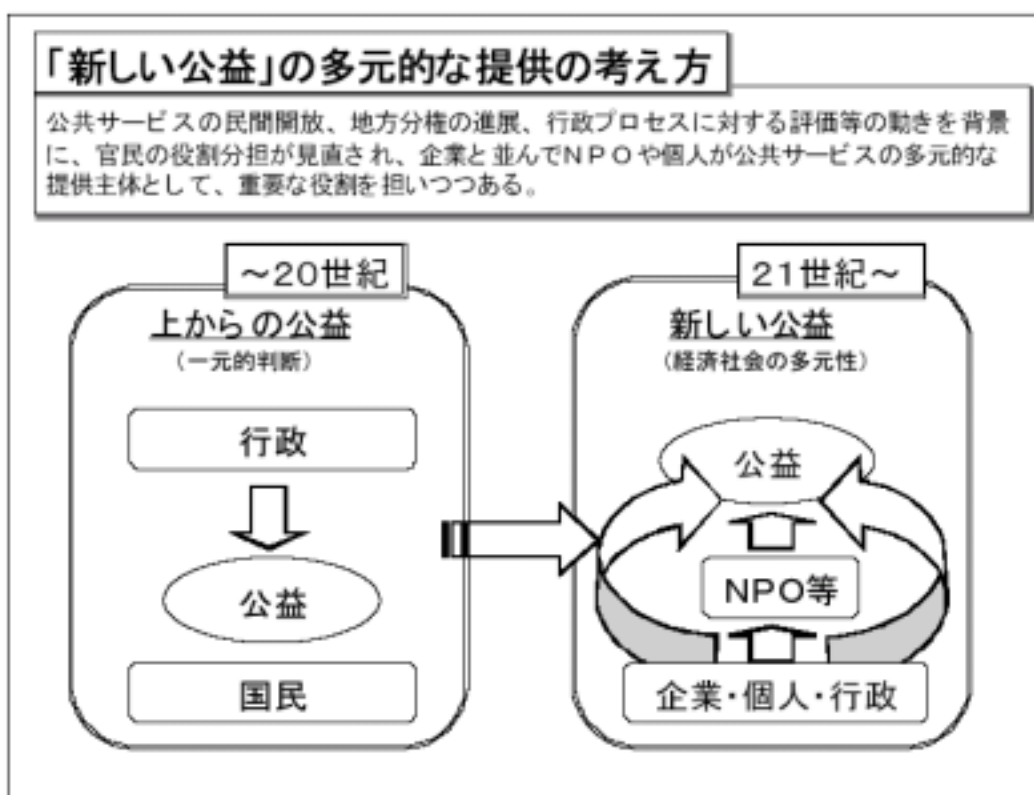


表1 日本版 PPP の実現に向けて 市場メカニズムを活用した経済再生を目指して (中間とりまとめ)
平成 14 年 5 月 22 日経済産業省・経済産業研究所「日本版 PPP 研究会」12 頁

¹ 参考文献

宮脇淳『ポスト NPM: PPP 理論の日本での可能性』PHP 政策研究レポート Vo4 55(2001 年)1 頁以下、同 Vol.5 57(2002 年)1 頁以下、経済産業省・経済産業研究所「日本版 PPP 研究会」『日本版 PPP の実現に向けて 中間とりまとめ』(14.5.22)11 頁以下、杉田定大「日本版 PPP の展望と課題」杉田定大、光多長温、美原融編『日本版 PPP (公共サービスの民間開放)』(東京リーガルマインド、2002 年)2 頁以下を参照した。

(2) その公の施設における意義

公の施設については、従前の管理委託制度においては、元々は委託先が公共団体と公共的団体に限定されていた。その後、いわゆる第 3 セクターが委託先に加えられ、先般、指定管理者制度の導入により、これら団体に限定せず、民間企業や N P O（公共的団体であれば管理受託者になることは可能であった）も公の施設の指定管理者となることができるようになった。

このように、公の施設においても、公共サービスの提供主体が多面的となったところであり、今後、この多様な提供主体が、行政と対等な協働関係のもと、多様な価値観をベースに、自らの意志と考えでサービスの向上を図るとともに、特色と魅力ある価値を創造していくことが期待される。

Public Private Partnership を進める上で重要な、対等な協働関係、適正な公私のパートナーシップの観点から、公の施設の管理を「私」に任せる方法としての「行政処分²（指定管理者制度）」及び「契約」について若干の考察を試みたい。

² 行政処分（行為）についての主な見解

田中二郎『新版 行政法 上巻 全訂第二版』（弘文堂、1974年）104頁

「行政庁が、法に基づき、優越的な意思の発動又は公権力の行使として、人民に対し、具体的事実に関し法的規制をする行為があり、この種の行為については、その目的・性質・機能等において、他の国家行為や私法行為と異なるものがあり、その法的取扱いにおいても、実定法上著しい差異が認められている。行政行為の概念は、上述のような意味に理解してはじめて、その特色をきわだたせることができ、かつまた、行政行為の概念を立てる目的にも合する」とし、「わが国の通説は、従来、行政行為を単独行為と双方行為とに分ち、前者を行政処分といい、後者のうちに公法上の契約及び公法上の合同行為を含めて理解してきたが、私は、前者を行政行為と呼び、後者は、これを行政法上の管理行為と呼び、行政行為と区別する。」

塩野宏『行政法 〔第三版〕』（有斐閣、2003年）96頁以下

「行政行為とは、行政の活動のうち、具体的場合に直接法効果をもってなす行政の権力的行為である。」「相手方の意思を問わない行政主体の側の一方的行為に着目しているようにみえるが、そうでない。(略)双面的行為でも行政行為の存在が語られる。」「給付行政において行政行為が用いられないというわけではない。(略)立法者としては、行政行為を用いた方が便利であると考え、行政行為を介在させることができる。」

小早川光郎『行政法 上』（弘文堂、1999年）265頁以下

「行政処分とは“行政上の案件の処置を決定表示する行政機関の行動であって、公権力の行使として人民に対しその法律関係を具体的に規律する趣旨を含むもの”である。「行政処分の権力性の問題は(略)行政処分の公定力の問題」で、「行政処分が“公権力の行使”であるというのは、(略)公定力を具備していることを意味する」。そうすると、「人民の権利自由を一方向的に制限するもの以外にも、(略)公定力・権力性を伴った行政処分として取り扱う余地が生ずる。」「立法で(略)不服申立ておよび取消訴訟」を予定する例が、「とりわけ給付行政の分野において少なくない。」「公定力を伴う行政処分であるかどうかは、結局のところ、立法によって左右される性質の問題である。」

2 地方自治法第 244 条及び第 244 条の 2(公の施設の管理関係) の改正の概観

(1) 地方自治法 昭和 38 年改正

ア) 公の施設の新設³

昭和 38 年に「公の施設」が新設されたが、その意味するところは、「住民の福祉を増進する目的をもって住民の利用に供するために普通地方公共団体が設ける施設」である。

法律レベルでは、地方財政法(第 24 条)を除くと、もっぱら地方自治法で用いられている概念である。「住民は、法律の定めるところにより、その属する普通地方公共団体の役務の提供をひとしく受ける権利を有」するとの一般規定(法第 10 条第 2 項)を基盤とするもので、その管理作用の中心は、住民の「利用に供する」、言い換えれば、住民に公の施設利用というサービスを提供する点にある。⁴ものである。

そして、正当な理由のない利用拒否の禁止、不当な取扱いの禁止という、普通地方公共団体のサービスをひとしく受ける権利が改めて規定された。

改正前に「営造物」の概念があったが、「これは学問上、国又は公共団体等の行政主体により公の目的に供用される人的手段及び物的施設の総合体」を意味し、地方自治法上も同様であったが「営造物の内容が一般に理解し難く、必ずしも分明でない点もあるので、営造物の概念を改めて、あたらしく公の施設という概念をたてたものである。」^{5 6}とされる。

公の施設の要件としては、公の施設は住民の利用に供するための施設であること、公の施設は、当該普通地方公共団体の住民の利用に供するための施設であること、公の施設は、住民の福祉を増進する目的を持って住民の利用に供するためであること、公の施設は、普通地方公共団体が設ける施設であること、公の施

³ 地方自治法第 244 条(昭和 38 年改正)抜粋

普通地方公共団体は、住民の福祉を増進する目的をもってその利用に供するための施設(これを公の施設という。)を設けるものとする。

² 普通地方公共団体は、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。

³ 普通地方公共団体は、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。

⁴ 稲葉馨「公の施設法制と指定管理者制度」東北大学 法学 第 67 巻第 5 号 東北大学法学会(第一法規、2003 年)41 頁

⁵ 松本英昭『新版逐条地方自治法』(学陽書房、2001 年)919 頁

⁶ すでに、ドイツにおいて営造物に代わり公共施設という言葉が使われるようになっていた。成田頼明「西ドイツの市町村制における「公共施設」の観念とその利用に関する法律関係(一)」自治研究第 37 巻第 1 号(1961 年)113 頁以下によれば、「公共施設」という観念は、わが国ではあまり紹介されていない観念であり、わが国の法令用語にもあまり見出されないが、ドイツの市町村制においては営造物という言葉に代わってこの言葉がひろく用いられるようになっている。ナチス時代に制定された 1953 年のドイツ統一市町村制がすでに、そうであったし、現在の西ドイツ諸邦の市町村制においても、ラインラント・ファルツの市町村制を除いては、すべて「営造物」という語を用いず、これに代わって「公共施設」という語を用いている。この観念は、フランス行政法でしばしば用いられる「公施設」の観念にほぼ相当し、これを導入したものかと思われるが、わが国では、地方自治法における「営造物」の観念にほぼ対応するものと思われる。」

設は、普通地方公共団体が設けるものであることとされる。⁷

イ) 公の施設の管理委託の新設⁸

「公の施設」の新設と同時に、地方自治法に公の施設の「管理委託」の制度が設けられ、「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、その管理を公共団体又は公共的団体に委託することができる。」とされた。

公の施設の設置の目的を効果的に達成するとは、「公の施設の管理を委託することにより、普通地方公共団体が自ら管理するより一層向上したサービスを住民が享受することになり、ひいては住民の福祉がさらに増進される」場合をいい、それは、「公の施設は公共の利益のために多数の住民に対して均等に役務を提供することを目的とし、その公正な管理を確保する必要がある」からであり、「民間において同種の事業が行われているような公の施設、経済的利益を生ずるような施設、すなわち、病院、宿泊所等にあつては条例の定めるところにより、委託することを妨げない」⁹とされる。

管理の委託は、公物管理権に限られ、公物警察権は委託できず、「公物管理権のうちでも権力的性格のある事務は、公の行政作用に属するものであり、委託することはできない。たとえば、使用料の強制徴収、過料の賦課、不服申立てに対する決定、基本的利用条件の設定等は委託できない。(通知 昭和 38 年 12 月 19 日)」^{10 11}とさ

⁷ 松本英昭・前掲注 5、919 頁

⁸ 地方自治法第 244 条の 2 (昭和 38 年改正)

1 普通地方公共団体は、法律又はこれに基づく政令に特別の定めがあるものを除くほか、公の施設の設置及びその管理に関する事項は、条例でこれを定めなければならない。

2 普通地方公共団体は、条例で定める重要な公の施設のうち条例で定める重要なものについて、これを廃止し、又は条例で定める長期かつ独占的な利用をさせようとするときは、議会において出席議員の 3 分の 2 以上の者の同意を得なければならない。

3 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、その管理を公共団体又は公共的団体に委託することができる。

4 普通地方公共団体は、公の施設の利用に関し、条例で 1 万円以下の過料を科する規定を設けることができる。

⁹ 松本英昭・前掲注 5、925 頁

¹⁰ 公物管理権及び公物警察権について

原龍之介『法律学全集公企業 公 13 公企業 公物营造物法〔新版〕』(有斐閣、1974 年)57 頁以下より

公物管理権は、公物主体が積極的に、公物本来の目的を達成せしめることを目的とする公の機能であるのに反し、公物警察権は、一般警察権の発動で、消極的に公物の安全を保持し、公物の使用関係から生ずる社会公共の秩序に対する障害を除去することを目的とする。このように両者は、その目的を異にする結果次の 2 点において差異を生ずる。

(イ) その発動の範囲を異にすること。すなわち、公物管理権に基づき、公物の継続的な独占的使用権を設定することができるのに対し、公物警察権によっては、公物の使用関係の秩序を維持する見地から、公物の一時的な使用を許可することができるにすぎない。たとえば、道路に瓦斯管を敷設し、軌道を敷設するような道路の占用権又は使用権の設定は、公物管理権の作用としてのみすることができるのに反し、道路に露天や屋台店を出し、道路工事又は作業のため道路の一時的な使用の許可のようなのは、公物警察権の作用である。

(ロ) 公物管理権の作用と公物警察権の作用とで、その違反に対する制裁及び強制方法を異にすること。すなわち、公物管理権の作用によっては、法律に別段の定めのある場合にのみ、権力の発動が可能であり、一般には、違反

れる。

公共団体とは、「当該普通地方公共団体以外の地方公共団体のほか、土地改良区、水害予防組合のように、普通地方公共団体以外の公法人で一定区域の一定の資格要件を有する者によって構成されるもの」をいい、公共的団体とは、「農業協同組合、生活協同組合、赤十字社、地縁による団体（自治法 260 条の 2）のように公共的な活動を営むものをいい、法人であると否とを問わない（東京高判 昭和 63 年 7 月 13 日）。」

¹²とされる。

者をその利用関係から排除することができるに止まるのに反し、公物警察権の作用によっては、その義務違反者に対し、刑罰として制裁を科し、又は警察上の強制執行をなすことができる。

かように両者の間に差異があるが、個々の場合、そのいずれに属するかについて疑いを生ずることもある（皇居外苑の使用許可 最高判昭和 28.12.23 民集 7 卷 13 号 1561 頁）。

また、同一の公物について管理権とならんで警察権が行われ、両者の権限の競合することがある（通行の禁止等）。

11 公物管理権の根拠について

公所有権説

公物管理権は所有権そのものの作用である（美濃部達吉『日本行政法 下巻』786 頁）。公法的効果を内容とする権利は必然に公権たる性質を有するものでなければならぬから、所有権の効果が公法的である限りは、其の所有権は公権であり、即ち公所有権たるものである（同 785 頁）。

私所有権説

公物ノ所有権ハ何人ニ属スルヲ問フス其ノ性質ハ一般所有権ト同シ從テ私権ナリ（佐々木惣一「公物ヲ論ズ」国家学会雑誌 23 卷 9 号 1278 頁）

包括的管理権能説

公物管理権は、物自体の所有権その他の私法名義の効果として認められるものではなく、公物法（実定法又は慣行）の定めによって与えられるものと解すべきである（田中二郎『新版 行政法 中巻〔全訂第二版〕』（弘文堂、1976 年）317 頁）。

公物管理権は、公物主体が公物をその本来の目的に供するために認められる、それ自身独立の公の権能である（原龍之介・前掲注 10、218 頁）。

塩野説

物に対して作用できる法的根拠として所有権を基底に置く。ただし、公所有権と構成する必要はなく、公物の目的拘束性が及んでいると考えればよい。公物管理法が制定されていれば管理権の根拠はそれに吸収されるが、公物管理法がなければ所有権その他の利用権が管理権の根拠となる（塩野宏『行政法〔第二版〕』（有斐閣、2001 年）294 頁）。

¹² 松本英昭・前掲注 5、926 頁

(2) 地方自治法 平成3年改正

ア) 委託先の範囲に出資法人(第3セクター)を追加¹³

第3セクターの急速な広がりとともに、公の施設の管理委託先に第3セクターが追加された。効率性を求め行政が一步踏み出したが、第3セクターは問題も生じたところであった。

第3セクターが導入された理由としては、「民間資金の活用による資金調達を行いやすいこと、民間の事業能力、経営能力を導入することが出来ること、行政機関に適用される予算、会計、人事上の諸制約から解放されて、弾力的・効率的な運営を図るため」¹⁴などであるが、第3セクターについては、経営が破綻したり多額の赤字を抱えるなど大きな問題となっており、日韓高速船事件のように、自治体の首長が多額の損害賠償を負う判決も出ているところである。¹⁵

第三セクターは、通常の株式会社と同じであり、自由設立の営利法人で、株主は出資分だけの責任を負うことになっている。しかし、設立、運営に地方公共団体が密接に関わっており、しかもインフォーマルなかかわりが多いといわれる。行政からの補助金・人的な派遣、行政が背後にいるという信用、また様々な地域企業・団体から派遣された寄り合い所帯であり、責任の所在があいまいで、非効率的な経営となっていた。

第3セクターに行政が出資することについても、判例、実務ともに緩く解され、地域の雇用創出のためであればゴルフ場を経営するケースも認められてきたところである。

¹³ 地方自治法第244条の2(平成3年改正)抜粋

3 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。

[同施行令第173条の3]

1 普通地方公共団体が資本金、基本金その他これらに準じるものの二分の一以上を出資している法人
2 前号に掲げる法人のほか、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

[同施行規則第17条(要約)]

公の施設の管理を委託しようとする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四分の一以上を出資している法人で当該公の施設の管理を主たる業務とするもの又は当該公の施設の管理に類する業務を行っているもののうち、

1 当該普通地方公共団体が当該法人の無限責任社員、取締役若しくは監査役又はこれらに準ずべき者及び支配人の二分の一以上を派遣している法人

又は、

2 職員の派遣の状況が一定の要件を具備している法人であって、経営の安定が確保され、かつ、十分な社会的信用を有するもの

¹⁴ 三橋良士明「第三セクターの民主的統制」『室井力先生還暦記念論集 現代行政法の理論』神長勲ほか著(法律文化社、1991年)355頁以下

¹⁵ 山口地判 平成10年6月9日、広高判 平成13年5月29日

第3セクターの経営状況について若干振り返ってみることとする。

「第三セクター等の状況に関する調査結果の概要（総務省）」（平成15年3月）によれば、平成14年1月1日現在、地方公共団体が出資している第3セクター及び地方公社は10,159法人で、3年前より微増している。そして、地方自治体が25%以上出資している第三セクター等においては、8,754法人のうち64.1%が黒字である。

ただし、第3セクターの経営状況についてはなかなかわかりにくいところがある。人的支援や様々な補助金などがあり、また情報公開も民間法人であるため難しい。

「債務超過（略）の第三セクターを抱える自治体は19.3%に達している。（略）7割が累積赤字を抱え、うち半分が赤字解消のメドが立たない」、「自治体による支援で黒字になっているケースを除けば実質的には7-8割が赤字」¹⁶ともいわれる。

行政からの第三セクターへのコントロールには、出資にともなう議決権、社長である首長や派遣された職員によるコントロール、長による出資法人の調査（地方自治法第221条第3項）出資についての議会による議決（同第96条第1項）や出資法人の「経営状況を説明する書類」の審議（同第243条の3）監査委員による監査（同第199条第7項）出資等の財務会計上の行為についての住民監査請求、住民訴訟（同第242条、第242条の2）などがある。

しかし、十分に機能していないので、民主的コントロールを構築する必要があるという意見もある。

他方、第三セクター方式のメリットを最大限生かすためには、経営に対する地方公共団体の関与は必要最小限度にとどめるべきである。

この矛盾する2つの事柄のバランスの調整は非常に難しく、最終的には公共性とは何かということになると思われるが、そもそも公共性概念は多義的不確実な概念であり、しかもその具体的内容においては価値判断を含むものであるため、最終的には民主的な手続きを経て確定されることになると思われる。

その前提として、住民の判断や批判の材料となる情報の公開を進めることが重要と思われる。昨今では、情報公開条例で、出資法人に情報公開についての努力義務を定めるものも多くなってきているところである。

この様な中、いわゆるPFI法が、平成11年9月から施行された。

第三セクターでは官と民との役割分担やリスク負担、それに責任分担がはっきり定められていなかったが、PFI法ではこれらの点について官民間の契約で明確にするよう定められている。ただし、PFIが三セクに取って代わるとされるのは、いわゆる箱ものなどの建設を伴うものである。

¹⁶ 山本潔「今までに第3セクター研究学会で提起された10の問題について」都市政策第113号 神戸都市問題研究所(頸草書房、2003年)20頁に紹介されている日経新聞平成10年1月12日及び平成11年12月29日の記事より

イ) 利用料金制、承認料金制の導入¹⁷

「公の施設の管理運営に当たって管理受託者の自立的な経営努力を發揮しやすくし、また、地方公共団体及び管理受託者の会計事務の効率化をも図る」(平成3年4月2日付け、自治行38号)という観点から利用料金制の制度が創設された。

公の施設について使用料を徴収することは認められていたが、公法上の債権に基づく公金であり、管理受託者が受け取る場合には、従来は地方自治法第243条及び令第158条の規定による私人に対する徴収又は収納の委託によらなければならなかった。

利用料金制は承認料金制の規定とともに、第3セクターの活用という観点に立った経済的インセンティブとしての性格が強いが、「他面、地方公共団体の歳入に組み込まれ、私人の公金取扱いの禁止原則(243条)等の制約に服する使用料法制から離脱する途を開くことで、「会計事務の効率化」をも達成しようとするもので」¹⁸あった。

ただし、「公の行政作用に関する旧来の考え方を踏襲することとし、利用料金を管理受託者に収受させることとしたこととあわせて使用許可権まで管理受託者に委ねることとはされなかった。」

利用の関係と、利用料負担の関係が別個の関係となってしまうが、「理論的には使用許可及び使用料請求はそれぞれ根拠となる別個の法規に基づくもので」、両者が、不離一体のものではなく、使用料の納付が当然に使用許可の条件となり、又はこれらが理論上同時履行の関係に当たるものでもなく(実務上は同時履行の形をとることが多いが)、このような制度を採用することは、「ひとつの立法政策である」¹⁹とされた。

利用料金制の創設とともに、料金政策に、ある程度管理受託者側の主体性を認め、機動的、弾力的な料金決定を可能にするため、料金決定について管理受託者のイニシアティブを認めつつ、公の施設として住民の利用に支障を来たすことのないよう公的なチェック機能を定めた承認料金の制度も定められた。

¹⁷ 地方自治法第244条の2(平成3年改正)抜粋

4 普通地方公共団体は、適当と認めるときは、管理受託者(前項の規定に基づき公の施設の管理の委託を受けたものをいう。以下本条に同じ。)に当該公の施設の利用に係る料金(次項において「利用料金」という。)を当該管理受託者の収入として収受させることができる。

5 前項の場合における利用料金は、公益上必要があると認められる場合を除くほか、条令の定めるところにより、管理受託者が定めるものとする。この場合において、管理受託者は、あらかじめ当該利用料金について当該普通地方公共団体の承認を受けなければならない。

6 普通地方公共団体の長又は委員会は、委託に係る公の施設の管理の適正を期するため、管理受託者に対して、当該委託に係る業務又は経理の状況に関し報告を求め、実地について調査し、又は必要な支持をすることができる。

¹⁸ 稲葉馨「第2編 普通地方公共団体 第10章 公の施設」『注釈地方自治法』成田頼明ほか編(第一法規、2000年)5618頁

¹⁹ 上田紘士「地方自治法の一部改正について」地方自治 No.523 地方自治制度研究会編(ぎょうせい、1991年)16頁以下

(3) P F I 法 平成 11 年制定

P F I とは、公共サービスの分野に民間資金や民間の持つ優れたノウハウを導入し、その質と効率性の向上を図ろうとするもので、1979 年に登場したサッチャーの行政改革の中で登場したといわれる。

当時の英国は、財政支出を削減し「小さな政府」を目指す一方、同時に社会資本の整備も進めていかなければならない状況にあり、民営化、アウトソーシング、エージェンシーを経てもなお公共部門に残ったサービスや社会資本整備について、設計、建設から運営までを民間主導で行い、行政は公共サービスの水準設定と管理の役目を果たすにとどまるという P F I が導入された。

そして日本において、「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」(いわゆる P F I 法) が、平成 11 年 9 月 13 日に施行された。

「P F I 事業は、B O T 方式、B O O 方式に分類され、P F I により建設した施設の管理の方法は、普通財産で管理する方法、公の施設として管理する方法(B T O 方式の場合は、地方公共団体が所有権に基づき、また、B O T 方式、B O O 方式の場合は、施設の賃借権に基づき、公の施設として位置づけ)の 2 通りがある。」²⁰

そして、「公の施設」の管理について、平成 12 年 3 月 29 日付け、「地方公共団体における P F I 事業について」という事務次官通知の中で以下のように記されている。

第 6

- 1 P F I 事業により公の施設を整備しようとする場合にあっては、施設の設置及びその管理に関する事項等については条例でこれを定めるものであること。
- 2 地方自治法第 244 条の 2 第 3 項に規定する場合であつては、施設の管理受託者の要件を満たさない民間事業者に対しても、例えば下記の諸業務を P F I 事業として行わせることは可能であり、かつ一つの民間事業者に対してこれらの業務を包括的に P F I 事業として行わせることも可能であること。
 - 下記のような事実上の業務
 - ・ 施設の維持補修等のメンテナンス
 - ・ 警備
 - ・ 施設の清掃
 - ・ 展示物の維持補修
 - ・ エレベーターの運転
 - ・ 植栽の管理
 - 管理責任や処分権限を地方公共団体に留保した上で、管理や処分の方法についてあらかじめ地方公共団体が設定した基準に従って行われる定型的行為
 - ・ 入場券の検認

²⁰ 篠原俊博「地方自治法の一部を改正する法律の概要について」地方自治 669 地方自治制度研究会編(ぎょうせい、2003 年)24 頁

- ・ 利用申込書の受理
 - ・ 利用許可書の交付
- 私人の公金取り扱いの規定(地方自治法第 243 条、同法施行令第 158 条)に基づく
使用料等の収入の徴収
当該施設運営に係るソフト面の企画
- 3 地方自治法第 244 条の 2 第 3 項に規定する公の施設の管理受託者の要件を満たさない民間事業者については、当該公の施設の利用に係る料金を当該民間事業者の収入として收受させること及び当該料金を当該民間事業者が定めることとすることはできないこと。(地方自治法第 244 条の 2 第 4 項、第 5 項)

管理受託者の要件を満たさない民間事業者にも、上記の諸業務を P F I 事業として行わせることは可能で、かつこれらの業務を包括的に P F I 事業として行わせることも可能とされたが、実質的に管理委託に近いものともいえた。

後述する指定管理者制度の導入後は、「適正な管理を確保した上で指定管理者にその管理を行わせることとした今回の制度の趣旨から、私法上の業務委託契約により一つの民間事業者に対しこれらの業務を包括的に行わせることは、原則として適当ではなく、改正法第 244 条以下にのっとり、当該民間事業者を指定管理者として指定すべきである。」²¹とされた。

²¹ 篠原俊博・前掲注 20、25 頁

(4) 地方自治法 平成 15 年改正

ア) 指定管理者制度の導入²²

P F I 法が制定されたものの、「公の施設は公共の利益のために多数の住民に対して均等に役務を提供することを目的として設置されるものであり、その適正な管理を確保することが必要」であるため、「公の施設の管理受託者については、従来は、その受託主体の公共性に着目し、公共団体、公共的団体、政令で定める出資法人に委託先を限定してきた。」²³とてころであった。このことは P F I を進める上で障害となっていた。

そして、(社)日本経済団体連合会「P F I の推進に関する第二次提言(平成 14 年 6 月 7 日)」や規制改革会議「規制改革の推進に関する第 2 次答申中間とりまとめ(平成 14 年 7 月)」、総務省「政策改革ビジョン(平成 14 年 8 月)」、地方分権改革推進会議「事務事業の在り方に関する意見(平成 14 年 10 月)」で、「公の施設」の管理受託者の範囲の拡大が提言された。

平成 15 年に、指定管理者制度が導入され、民間企業も公の施設の指定管理者となることが可能となった。

また、「公の施設の管理を地方公共団体以外の者に行わせる以上、使用許可の権限も行使できることとする方が効果的・能率的な管理や住民サービスの向上に資する」²⁴との考えから、指定管理者が使用許可を行える制度となった。

²² 地方自治法第 244 条の 2 (平成 15 年改正) 抜粋

- 3 普通地方公共団体は、公の施設の設置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つて当該普通地方公共団体が指定するもの(以下本条及び第 244 条の 4 において「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。
- 4 前項の条例には、指定管理者の指定の手續、指定管理者が行う管理の基準及び業務の範囲その他必要な事項を定めるものとする。
- 5 指定管理者の指定は、期間を定めて行うものとする。
- 6 普通地方公共団体は、指定管理者の指定をしようとするときは、あらかじめ、当該普通地方公共団体の議会の議決を経なければならない。
- 7 指定管理者は、毎年度終了後、その管理する公の施設の管理の業務に関し事業報告書を作成し、当該公の施設を設置する普通地方公共団体に提出しなければならない。
- 8 普通地方公共団体は、適当と認めるときは、指定管理者にその管理する公の施設の利用に係る料金(次項において「利用料金」という。)を当該指定管理者の収入として収受させることができる。
- 9 前項の場合における利用料金は、公益上必要があると認める場合を除くほか、条例の定めるところにより、指定管理者が定めるものとする。この場合において、指定管理者は、あらかじめ当該利用料金について当該普通地方公共団体の承認を受けなければならない。
- 10 普通地方公共団体の長又は委員会は、指定管理者の管理する公の施設の管理の適正を期するため、指定管理者に対して、当該管理の業務又は経理の状況に関し報告を求め、実地について調査し、又は必要な指示をすることができる。
- 11 普通地方公共団体は、指定管理者が前項の指示に従わないときその他当該指定管理者による管理を継続することが適当でないとき、その指定を取り消し、又は期間を定めて管理の業務の全部又は一部の停止を命ずることができる。

²³ 篠原俊博・前掲注 20、22 頁

²⁴ 篠原俊博・前掲注 20、23 頁

P F I 事業者も、条例により定められた枠組みの中で、地方公共団体の承認を得て自ら料金を設定し、利用者からの料金を自らの収入として収受するとともに、個々の使用許可を行うことができるようになり、P F I の円滑な推進が期待されることとなった。

そして、適正な管理を確保するため以下のような仕組みが整えられた。

住民の平等利用の確保や差別的取扱いの禁止を法律上直接に義務付ける。

管理を委ねる相手方の選定の手続を条例により定め、指定管理者の指定に際しては議会の議決を経るものとする。

「管理の基準」をあらかじめ条例で定める。

指定管理者は、毎年度終了後、事業報告書を提出する。

地方公共団体の指示に従わないとき等には指定の取消し等を行うことができる。

指定管理者制度では、指定管理者が、使用許可権限の行使までも行うものであり、また民間企業も指定管理者となれることから、行政による指定管理者のコントロールは強いものとなっており、第三セクター方式とは大分異なるものである。

ただ、公共性のために、行政によるコントロールを強め過ぎると、効率性が阻害される可能性があるところである。

イ) 指定管理者制度の指定

今般、公の施設について「指定管理者制度」が導入されたが、「行政機関や地方公共団体が指定する者に対し、法令により処分権限まで付与する仕組みは、既存の立法例においても指定試験機関や指定検査機関等の指定法人制度においても既に見られるものであり、指定管理者制度は、これらの制度を参考にしたもの」²⁵とされる。

「指定」とはどのような制度なのか概観するとともに、指定管理者制度の「指定」の法的性質について検討し、併せて今までの管理委託、そしてまた業務委託との法的性質の差異についてみてみることにする。

() 指定制度

a) 指定法人及び指定機関

「指定法人」とは、「行政実務における一種の慣用語として用いられているものと思われるが、大体において、特別の法律に基づき特定の業務を行うものとして行政庁により指定された民法上の法人というのが一般的理解のようである。」²⁶とされる。

「その際、特定の業務を指定するのに、その業務が行政事務であるがこれを民間に行わしめる場合(行政事務代行型指定法人 試験・検査等を行う場合が多い。一般に指定機関とも呼ばれる - 輸出検査法三章・指定検査機関)、ある行政作用法の目的を円滑に達成するために、啓発活動等を行わしめる場合(行政事務補助型指定法人 道路交通法 108 条の 3・全国交通安全活動促進センター)ある公益的民間活動の円滑な推進をはかるために行わしめる場合(民間活動助成型指定法人 放送法 53 条・放送番組センター)がある。」²⁷とされる。

そして、「指定機関」とは、「学説上も一般化したものではない。ただ、法令用語としては、試験実施、証明事務、検定事務などのような「単純かつ定型的な事務」とされる事務について、行政庁が一定の者を指定して、その者にこれらの事務を行わせることがあり、その指定を受けた者を、法令上の略称としてその行う事務の種類に応じ、指定試験機関、指定証明機関、指定検査機関、指定検定機関などというとされている。「指定機関」という用語は、これらを総称して用いている」²⁸とされる。

この「指定機関」は、「指定法人」で述べた「行政事務代行型指定法人」に対

²⁵ 篠原俊博・前掲注 20、27 頁

²⁶ 塩野宏「指定法人に関する一考察」『現代立憲主義の展開 下 芦部信喜先生古稀祝賀』樋口陽一ほか編 (有斐閣、1993 年)487 頁以下

²⁷ 塩野宏・前掲注 11、89 頁

²⁸ 米丸恒治『私人による行政』(日本評論社、1999 年)327 頁以下

応するものと思われる。

b) 指定機関の概要

この指定機関制度が、日本に導入されたのは最近のことではなく、「輸出品取締法（昭和 23 年法 153 号）が第 2 次世界大戦後いち早く指定機関制度を導入して」おり、「69 の法律が指定機関制度を採用し、のべ機関数は 115 件にのぼっている。」²⁹といわれる。

ドイツにおいては、同様のものとして、ボイラーの安全性についての技術監視を行う技術監視協会（その前身：蒸気ボイラー監視協会）が 19 世紀に活動を始めている。

臨時行政調査会第五次答申（昭和 58 年 3 月）は、資格制度については、事務の民間団体への委譲を整理合理化方針の一つとして掲げるとともに、検査・検定制度的については「極力、民間の指定検査機関等の検査あるいは、事業者等の自主検査にゆだねるものとし、行政機関は当該検査に係る制度や基準決定、指定検査機関等に対する指導監督に重点を移行す」べきだと提言した。

「指定」制度は、機能的には特殊法人、認可法人に類似するが、特殊法人・認可法人が行政改革により整理される傾向にあるのと異なり、指定法人ないし機関は増加傾向にあったところであり、「指定」は行政の簡素化、効率化の重要なツールであったといえる。

検査と資格試験が中心であるが、最近の傾向としては、登録、講習、確認、車両の移動保管、専門的判断分析、資格者証の交付、計量器の校正などへ活動が多様化する傾向であり、「指定機関としての指定（通例は行政処分）によって、行政権限が私人へと委任され、委任された権限が行政処分の発給権限を含む場合は、委任後は、指定機関が自ら行政庁として行政権限を自らの名において行うこととなる」³⁰（行政手続法上の行政庁として扱われる）。

権限が移動するため、公示を必要とするとともに、主務大臣等に対して、審査請求を提起することができることが一般とされる。さらにみなし規定がおかれるところである。

「指定機関に対する監督手段としては、役職員の選任とその解任命令または勧告が用意されているほか、事業計画等についての認可、事業規定の認可と変更命令、業務についての監督命令、報告要求、立ち入り検査などの権限が設けられ、事務の停止命令や指定機関としての指定の取消しが行われることにより

²⁹ 米丸恒治・前掲注 28、327 頁以下

³⁰ 米丸恒治・前掲注 28、316 頁

強力な法的統制が及ぼされている。これらの監督手段は、最終的には、さまざまな罰則規定によりその実行性が担保されている。」³¹とされる。

不服申立については、制定法上に定めがあり、いずれに申し立てるか明らかな場合が多いところである。

行政事件訴訟については、第 159 回通常国会において、「被告適格を有する行政庁を特定する原告の負担を軽減し、訴えの変更などの手続きをしやすくするため、抗告訴訟について処分をした行政庁を被告とする現行の制度を改め、処分をした行政庁の所属する国又は公共団体を被告とする。」³²という改正がなされた（平成 16 年 6 月 9 日公布）。

同時に、「処分権限を委任された指定機関（指定法人等）が処分をした場合など、国又は公共団体に所属しない行政庁が処分をした場合には、処分をした指定法人等を被告とする。」³³とされた。

また、行政手続法第 4 条第 3 号は、「指定を受けた者(略)又は職員その他の者が当該事務に従事することに関し公務に従事する職員とみなされるときは、その指定を受けた者に対し当該法律に基づいて当該事務に関し監督上される処分（略）については次章及び第三章の規定は、適用しない。」と定め、特殊法人、認可法人と同様に、指定機関に対し同法の適用を除外している。

指定機関は、あくまでも民間であり、特殊法人や認可法人と同様に内部関係として取り扱うことには批判もあるところである。

国等は指定機関の選定、監督に責任を負うところであるが、指定機関は民間であり行き過ぎは許されず、またそもそも監督が強すぎれば指定機関制度の効果も減じてしまう。第 3 セクターや独立行政法人、そして P F I と同じジレンマがつかまとう。

民間に対して、公共事務を任せるにあたり、どのような手続き、コントロールが必要かは、公共性などの価値判断が必要となり、線引きは難しく、民主的手続きにより判断していくことになるだろうが、前提として情報公開を進め国民に判断や批判の材料を提供していくことは必要不可欠といえよう。

³¹ 米丸恒治・前掲注 28、316 頁

³² 司法制度改革推進本部行政訴訟検討会『行政事件訴訟制度の見直しのための考え方(平成 16 年 1 月 6 日)』3 行政訴訟をより利用しやすく、わかりやすくするための仕組み (1) 抗告訴訟の被告適格の明確化

³³ 司法制度改革推進本部行政訴訟検討会・前掲注 32、同項

() 指定の法的性質

指定行為の法的性質は、「指定は、行政事務を行う地位を新たに私人に付与するものであるから、特許の一種であると解される。」³⁴という考えや、「指定機関の活動は、行政権限の行使を委任されて、自らの名前においてそれを行行使するものであり、ドイツ流の表現をすれば「指定機関による行政」ということができ、「行政組織法上の法関係を作り出す「指定」は、法システム全体から「権限の委任」行為となるが、これは、行政庁(原権限庁)が、もともとの行政組織外の機関に対して、すなわち直接外部に対して指定に伴うさまざまな規律、法的規律を加える行為であって、公権力の行使たる行政処分である。」³⁵とし、「私人への行政権限委任(特許)」³⁶の概念と同様と思われるものや、「指定の法的性質については、いずれの根拠法においても、特段定めるところがない。ただ、個別法では、通常、指定取消しの観念があり、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(たとえば、電気事業法 85 条の 14、109 条)、立法者はこれを行政行為としていると解され、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と思われる。」特許・許可のいずれに分類するか「これを論ずる意義に乏しい。指定によって新たな法律関係が国と指定法人の間に形成されるという意味で、指定は形成行為として把握すれば足りる。」³⁷というものがある。

以上のことからすると、「指定」は「行政処分(行為)」であり、指定された者は自らの名と責任で行政を執行する権限の委任と同様のものと解される。³⁸

³⁴ 露木康浩「委託制度と指定機関制度に関する一考察(下)」警察学論集第 43 巻第 1 号 警察大学校編(立花書房、1989 年) 111 頁

³⁵ 米丸恒治・前掲注 28、345 頁

³⁶ 米丸恒治・前掲注 28、26 頁

³⁷ 塩野宏・前掲注 26、498 頁

³⁸ 「委託制度」と「指定制度」の相違について、具体的法令から帰納的に分析したもの(「露木康浩・前掲注 34、111 頁」)があり、それによれば、現行法を見ると、受託者又は指定機関に対する規制の有無及び程度により差異を比較すると「委託制度と指定機関制度は、全体としてみれば必ずしも峻別して法制化されているものではないが、それぞれの理念型ともいうべき類型について言えば、その趣旨、性格に明確な相違点を見出すことが可能であり、一定の行政事務を私人に行わせる場合、「適正かつ確実な処理を確保すべき緊要度が特に高く、契約による監督手段では不十分であると考えられる行政事務や、手数料の徴収を伴うものなど、当該行政事務を行う権限を相手方に委譲する必要があると考えられる行政事務を私人に行わせる場合にあっては指定(特許)の方法が、それ以外の行政事務を私人に行わせる場合にあっては委託(契約)の方法がそれぞれ用いられているものということができる」としている。

() 指定管理者制度の指定及び委託、管理委託の法的性質

「指定管理者制度の指定」も、地方自治体が、法に基づいて行政以外の者に公の施設の管理を「行わせる」ものであり、また当該指定管理者が管理を継続することが適当でないとき地方自治体が認めるときは、指定を「取り消し」、又は業務の「停止」を命ずることができるものであり、指定機関ないし指定法人制度における指定と同様に、「行政処分」と解され、指定管理者に使用許可権限を移すことも可能となるものである。

ただし、指定管理者制度には、みなし公務員規定や役員の解任命令などなく、若干軽易な関与といえる。公の施設の管理の内容が、本質的に権力的でないことの反映といえよう。

次に、「委託」及び「管理委託」を見てみる。

委託は、「行政主体が行うものとされている事務を、私人が行うものであり」、「たとえば、庁舎の管理の一部（駐車場の整理、エレベーターの管理、電話交換等）を外部の民間業者に」行わせるもので、「基本的には請負契約等の民法的手法によって処理されることとなる。したがって委託の制度は、外部に対する公権力の行使のようなものはなじまない。」³⁹とされる。

通常、実務では業務委託と呼ばれるところである。

そして、管理委託は、「国又は地方公共団体等は、その公共用物を自らが管理するよりも、一層、其の設置の目的を効果的に達成させるため、又は、その管理運営の合理化をはかる必要があると認めるとき、その管理を他の者に委託して行わしめる」ものといわれ、管理委託先は地方公共団体や公団、公社、財団法人などであり、地方自治法の公の施設の管理委託では、公共団体、公共的団体、第 3 セクターであった。

「管理の委託は、公共用物の管理者が管理の内容をなす一定の法律行為又は事実行為を他の者に依頼して行わしめるもので、管理権者が一定の管理事務を相手方に委託し、相手方がこれを承諾することによって成立するものである。公共用物の管理の委託については、必ずしも法令の根拠を必要としないと考えられるが、普通、法令又は条例によって、委託の範囲・委託の相手方、委託の条件等その基本事項を定めるのが通例である。これらの法令に基づき、その細目については、委託者と受託者との契約によって具体的に定められるのが普通である。委託を受けた者は、その受託事務の範囲内において委託者を代理し、その行為の効果は、

³⁹ 塩野宏・前掲注 11、97 頁以下

また、菊井康郎「権限の委任と代理」『行政法講座』田中二郎、原龍之介、柳瀬良幹編（有斐閣、1965 年）132 頁では、「委託 行政庁は、所掌事務の遂行にあたり、一定の事項の処理を第三者に依頼することが少なくない（たとえば、通訳・鑑定・工事の依頼、審議会委員の委嘱など）。この種の行為は、行政庁の権限自体を委譲するわけではないから、権限の委譲ではない。」との説明がある。

直接委託者に対して生ずるものと解せられる。この意味で、管理の委託は、一種の委任代理とみることができる。この意味での公共用物の管理の委託は、また、「事務の委託」とその性質を異にする。」⁴⁰とされる。

以上のことを整理すると以下のとおりと思われる。

「(業務)委託」は、「契約」であり、受託者が、清掃・警備などの事実行為を行なうもので、民法の請負などに該当する。

「管理委託」は、「契約」であり、委託元の行政機関の名と責任のもと、管理受託者が事実行為及び法律行為を代理するものであり、一種の委任代理と解される。

そして、地方自治法上の管理委託先は公共団体、公共的団体、出資法人に限られていた。

また、管理委託の内容は、積極的に一般公共用物の目的を達成させるために行われる作用に限られ、占用の許可、公用負担、使用料の強制徴収、不服の申立てなどの権力的色彩の強い事務は、管理の委託になじまないものとされる。

「指定管理者制度の指定」は、行政処分であり、指定された指定管理者の名と責任のもと、使用許可を含む行為を行わせるものであり、権限の委任類似のものである。

そして、指定されるものについての限定は特にはない。

表 2 (業務)委託、管理委託、指定(指定管理者制度)

	権限・責任の所在	委託等の内容	契約等の名称
(業務)委託	委託元(自治体)の名と責任	・事実行為 (例:清掃、警備等)	「請負」等
管理委託	委託元(自治体)の名と責任	・事実行為 及び 法律行為を 包括したもの (権力的色彩の強い 事務は不可)	「委任代理」 に類似
指 定 (指定管理者制度)	指定管理者の名 と責任	・事実行為 ・法律行為 ・使用許可	「権限の委任」 に類似

筆者の認識するところにより作成。

なお、地方自治法に「事務の委託」というものもあるが、これは自治体間などで行政組織間の事務の協力方式で、受託者は自己の名と責任のもと事務を処理する権限を得、委託者はその権限を失うものである。いわゆる権限の委任と類似するものである。

⁴⁰ 原龍之助・前掲注 10、231 頁

(5) 地方独立行政法人法 平成 15 年制定⁴¹

「この制度の創設の趣旨は、試験研究機関、公立機関、公立大学、公立病院等の地方公営企業、特別養護老人ホーム等の社会福祉事業など、地方公共団体が直接行っている事務・事業のうち一定のものについて、地方公共団体とは別の法人格を持つ法人（＝地方独立行政法人）を設立し、この法人に当該事務・事業を担わせることにより、より効果的・効率的な行政サービスの提供を目指すことにある。そのため、制度の基本として、地方公共団体から法人への事後チェックへの移行を図り、弾力的・効率的で透明性の高い運営を確保することに眼目が置かれている」⁴²ものである。

そして、法文中に地方独立行政法人が「公共的な施設」の設置・管理を行う規定があるが、地方公共団体の「公の施設」に当たるものを地方独立行政法人制度用に置き換えた概念である。

公の施設の設置・管理における地方独立行政法人制度と指定管理者制度との関係については、「地方独立行政法人法及び地方独立行政法人法の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律の公布について」（平成 15 年 7 月 17 日付け、総行行第 86 号ほか）において、「まず、対象となる事務・事業についてその廃止や民間譲渡の可能性について十分な検討を行うことが必要です。その上で、公の施設の指定管理者制度の活用等と比較検討し、地方公共団体が自ら実施するよりも地方独立行政法人を設立して行わせる方が効率的・効果的に行政サービスを提供できると判断される場合に地方独立行政法人制度によることが適当です。」とされている。

ただし、同法第 21 条第 5 号の公共的な施設の具体的な範囲を政令で定めることとされ

41 地方独立行政法人法 抜粋

(定款)

第 8 条 地方独立行政法人の定款には、次に掲げる事項を規定しなければならない。

8 公共的な施設（住民の福祉を増進する目的をもってその利用に供するための施設をいう。以下この条、第 21 条第 5 号及び第 24 条において同じ。）の設置及び管理を行う場合にあっては、当該公共的な施設の名称及び所在地（業務の範囲）

第 21 条 地方独立行政法人は、次に掲げる業務のうち定款で定めるものを行う。

- 1 試験研究を行うこと。
- 2 大学の設置及び管理を行うこと。
- 3 主として事業の経費を当該事業の経営に伴う収入をもって充てる事業で、次に掲げるものを経営すること。

イ 水道事業（簡易水道事業を除く。）	ロ 工業用水道事業	ハ 軌道事業
ニ 自動車運送事業	ホ 鉄道事業	ヘ 電気事業
ト ガス事業	チ 病院事業	リ その他政令で定める事業

- 4 社会福祉事業を經營すること
- 5 公共的な施設で政令で定めるものの設置及び管理を行うこと（前 3 号に掲げるものを除く。）
- 6 前各号に掲げる業務に附帯する業務を行うこと。

(公共的な施設の設置及び管理)

第 24 条 地方独立行政法人が行う公共的な施設の設置及び管理については、地方自治法（昭和 22 年法律第 67 号）第 244 条第 2 項及び第 3 項の規定を準用する。

42 吉川浩民、森源二「地方独立行政法人制度について（一）」地方自治第 670 号 地方自治制度研究会編（ぎょうせい、2003 年）19 頁

ているが、「今後、独立の組織とするに足るだけの業務量のまとめ、地方公共団体の具体的な意向などに留意しつつ、地方独立行政法人の業務の対象とする「公共的な施設」の具体的な範囲を政令で明らかにする」⁴³こととされた（本論文 58 頁 参照）。

独立行政法人制度は、組織の切り出し、減量化を目指したものであり、「「独立行政法人」概念は、組織の独立性の法的根拠を明確に分けた上で特定するものでも、組織の特定の形態・構成原理を示すものでもな」⁴⁴いともいわれる。

また、地方自治体では、臨時、再雇用など職員の種類が多様化するとともに、NPOや市民との協働など行政組織の外との連携が進んできても、行政組織の枠組み自体に影響を及ぼすことはなかったが、地方独立行政法人制度は、「単なる事務・事業の切り出しでなく「組織」と「人」も切り出すことを意味しており」、「自治体の行政機構も公務員身分としての等質性」を失い、ますます「複雑な複合体」となっていくことは避けられない」⁴⁵ともいわれる。

さらに、独立行政法人制度は、行政の関与が強いものとなったとの批判もあるところである。

「主務大臣による中期目標の設定、これに基づく独立行政法人による中期計画の作成及びその大臣認可評価委員会による実績の評価・勧告の制度は、独立行政法人の活性化を促すことが期待されるが、他方、これに弾力性を欠くときには、逆の効果をもつことになる」⁴⁶ものである。

第三セクターでも問題となった、行政のコントロールと効率性の追求という相矛盾する調整が、地方独立行政法人においても重要かつ解決の難しい問題となる。

⁴³ 吉川浩民「地方独立行政法人制度について（二）」地方自治第 671 号 地方自治制度研究会編（ぎょうせい、2003 年）25 頁

⁴⁴ 山本隆司「独立行政法人」ジュリスト 1161（有斐閣、1999 年）127 頁以下

⁴⁵ 三野靖「地方独立行政法人制度と自治体行政の多様化」自治総研第 29 巻第 8 号 自治総合研究所（2003 年）1 頁以下

⁴⁶ 塩野宏・前掲注 11、82 頁

(6) 小 括

戦後、営造物概念は、公の施設の概念に転換するとともに、公共団体及び公共的団体への管理委託が創設された。その後も、公の施設の管理は、委託先の範囲に第三セクターの追加及び利用料金制・料金承認制の導入、P F I法の成立、地方独立行政法人法の成立、指定管理者制度への移行と発展してきた。

地方自治法の公の施設に関する改正は、サービスの向上もさることながら、経費を削減し、厳しい財政を再建しようとする行政改革の流れのものといえる。

今後もこの流れは続き、一層、公「私」の協働は進んで行くものと思われる。

もっとも、行政が行っている事務を「私」に任せるにあたって、「私」に対してどのようなコントロールを行うのが問題となるが、あくまでも「私」であり関与は限界もあり、また「私」に任せるメリットが減退しないようにしなければならないというジレンマは続くと思われる。

また、特殊法人に関し「すべての法人は、原則として、私法人たる性質を有する」のであって、本来的な行政主体である国と地方公共団体を除くすべての法人は私人であると割り切って差し支えないように思われる。⁴⁷という大変割り切った考えがあるが、公の施設の管理を行う外郭団体など中間的な団体については、私人と同様に取り扱っていくのが時代の趨勢であろう。

⁴⁷ 舟田正之「特殊法人論」『現代行政法大系 7 行政組織』雄川一郎ほか編（有斐閣、1985年）275頁

3 指定管理者制度の現状

地方自治法の改正により指定管理者制度が導入され、条例や規則が成立しはじめ、また、公募も開始されはじめており、一部では指定管理者による管理が始まっている施設もあるようである。

管理委託から指定管理者制度への移行にあたっての猶予期間 3 年から逆算すると、平成 17 年の 2 月又は 3 月の議会までに、条例を制定又は改正することとなる。

それまでにはまだ若干の時間があり、現時点では十分な情報は得られないところではあるが、自治体の HP やインタビュー（埼玉県、横浜市、市川市、練馬区、(株)アクティオ（指定管理者））により得られた情報から、指定管理者制度の状況を概観し、公私のパートナーシップの観点から課題となる点についてみてみたい。

まず、指定管理者制度の導入状況を概観し、公私のパートナーシップの観点から重要と思われる、指定候補者の選定の公正性・透明性、行政の指定管理者に対する関与の適正性の 2 点を中心にみてみたい。

(1) 導入状況

まず、公の施設の数、都道府県で約 4,700 あり（大学、高等学校、道路、河川、公営住宅を除く）そのうち管理委託されているものが約 2,500 あるともいわれている。

現在、各自治体は、管理委託制度から指定管理者制度への移行を進めているが、そもそも公の施設の管理・運営をどのようにすべきかの再検討のきっかけにもなっているようである。

管理委託していた公の施設を、そのまま指定管理者制度に移行させるのか。時の経過により、設置当初と状況が変わっている場合には、直営（一部業務委託）完全民営化、廃止のいずれが適当なのか。さらに直営であった公の施設もどのようにすべきか。

状況は、施設の性格により、また地域の事情等により異なり、現在、各自治体は個々の施設ごとに検討している状況である。

管理委託制度が適用されている公の施設については、例えば北海道においては「管理委託制度により管理していた公の施設は 41 施設」あり、「これらの施設は平成 18 年



表 3 日本版 PPP の実現に向けて 市場メカニズムを活用した経済再生を目指して（中間とりまとめ）
平成 14 年 5 月 22 日 経済産業省・経済産業研究所「日本版 PPP 研究会」14 頁

4月までに指定管理者制度に移行する」⁴⁸としている。

既に管理委託している公の施設のかなりの部分は指定管理者制度に移行するものと思われる。

ただし、自治体のインタビューでは、管理委託していたが再検討してみると、業務委託で十分なもの（例：公園内の無人の古民家を周辺の地域団体に管理委託していたなど）や時間の経過とともに目的が変化してきて施設そのものの存続の検討も必要となっているもの（例：青少年の施設だが青少年の利用がないなど）さらには民間委譲するもの（例：保育園など）直営に戻すもの（例：職員の再雇用の方が低額など）もかなりあるようであった。

なお、指定管理者制度導入のため条例を制定するにあたっては、自治体内共通の「指定管理者の指定の手続き条令」を定めるスタイルよりも、個別の公の施設の「設置・管理条例」の中で指定について定めるスタイルが多いようである。総則的な手続き条令を作っても、個別の施設に必要なことを定める必要があり、あまりメリットがないという意見が多かった。

また、指定管理者制度の「基本方針」（「ガイドライン」、「留意事項」など）の作成を進めている自治体も多いようである。基本方針を作り一度議会等に説明しておけば、個別の施設での説明も容易となり、齟齬もなくなりメリットは大きい。

表4 練馬区が保有している施設(平成16年4月1日現在)

施設種別	施設数	総面積 (㎡)
出張所	15	6,124
地域の施設	49	35,302
区民館	10	3,817
地区区民館	22	25,061
地域集会所	17	6,424
障害者福祉施設	12	12,344
敬老館	11	3,740
保健相談所	6	6,919
児童館	17	8,969
学童クラブ	87	4,833
保育園	59	38,809
住宅	20	44,233
少年自然の家	5	23,763
体育館	6	29,654
図書館	11	18,570
小学校	69	413,412
中学校	34	233,032
幼稚園	5	5,225
その他施設	209	240,774
施設合計	615	1,125,705

学童クラブは、単独施設のほか、地区区民館や児童館、小学校の教室内などに設置されています。この表では、学童クラブの面積は、単独施設のみで、他の施設内に設置されているものは、それぞれの施設の面積に含まれます。
【練馬区「施設白書」(平成16年(2004年)7月)4頁より抜粋。なお、出張所は公の施設には該当しない。】

⁴⁸ 北海道『「指定管理者制度の導入について(案)」に関する道民意見提出手続きの意見募集 参考資料(1) 指定管理者制度のあらまし 平成16年6月14日作成』2頁

表5 横浜市【指定管理者制度導入済み施設の一覧表】

	導入施設	施設名	公 募 有 無	応 募 者 数	指定管理者 (太字は新たな民間事業者)
新 規 開 設 施 設	地区センター等	踊場地区センター	公 募	6	(財)横浜キリスト教青年会
		浅間コミュニティハウス	公 募	3	西区区民利用施設協会
		白幡地区センター	公 募	4	アクティオ(株)
		城郷小机地区センター	公 募	3	港北区区民利用施設協会
		滝頭コミュニティハウス	公 募	3	磯子区区民利用施設協会
		中村地区センター	公 募	10	南区区民利用施設協会
	福祉保健活動拠点	都筑区福祉保健活動拠点			(社福)都筑区社会福祉協議会
		南区福祉保健活動拠点			(社福)南区社会福祉協議会
		中区福祉保健活動拠点			(社福)中区社会福祉協議会
	地域ケアプラザ	本牧和田地域ケアプラザ	公 募	8	(社福)横浜やまびこの里
		滝頭地域ケアプラザ			(社福)竹生会
		鴨志田地域ケアプラザ	公 募	4	(社福)ふじ寿会
		下倉田地域ケアプラザ	公 募	4	(社福)開く会
		浦舟地域ケアプラザ			(社福)横浜市福祉サービス協会
	城郷小机地域ケアプラザ	公 募	9	(社福)秀峰会	
	病院	港湾病院 (横浜市みなと赤十字病院)	公 募	2	日本赤十字社
	区民文化センター	神奈川区民文化センター			(財)横浜市芸術文化振興財団
		磯子区文化センター	公 募	24	(財)横浜市芸術文化振興財団
	保護施設	浦舟園			(社福)横浜社会福祉協会
	特養ホーム	浦舟ホーム			(社福)横浜市福祉サービス協会
既 存 施 設	地域療育センター	東部地域療育センター			(社福)青い鳥
		中部地域療育センター			(社福)青い鳥
		西部地域療育センター			(社福)横浜市リハビリテーション事業団
		南部地域療育センター			(社福)青い鳥
		北部地域療育センター			(社福)横浜市リハビリテーション事業団
		戸塚地域療育センター			(社福)横浜市リハビリテーション事業団
	公園	岡野公園	公 募	5	(財)横浜市緑の会
		日野中央公園	公 募	4	(財)横浜市緑の会
		岡村公園	公 募	4	(財)横浜市緑の会

(平成16年11月上旬)

(2) 指定管理者の選定

ア) 公 募

指定管理者の指定が、地方自治法上の「契約」には該当しないため、「入札」の対象とはならない⁴⁹。条例で指定の手続きが定められ、最終的には議会により指定されるという民主的手続きが整備されているが、議会は一つの指定管理者候補について適、不適を判断するだけで、候補者の選定自体は行政が行うところである。

そこで、指定管理者選定の公正性、透明性を図るため、原則公募とする方向で考えている自治体も多いようであり、適正な公私のパートナーシップの構築の観点からは望ましいことであると思われる。

例えば「京都市公の施設の指定管理者の指定の手続き等に関する条例」によれば、指定管理者を指定するときは「公募しなければならない」とし、ただし「管理上緊急に指定管理者を指定しなければならないときその他公募を行わないことについて合理的な理由があるときは、この限りではない」としている。

公正性や透明性を確保するほか、より良いサービスの提供や費用節減のためには、より多くの施設が公募され、競争下にあることが望ましいと思われるところであるが、現実には公募に適さないものもある。

公募の例外事由としては、管理上緊急を要する（倒産など）、PFI契約で既に長期の契約を交わしている、法定されている、申請者が見込めない、合築等の建物の構造上の理由のためなどであるようである。

また、練馬区の「指定管理者制度の導入に係る当面の方針」（平成16年4月23日付け、練企企発第29号）9頁においては、例外的に特定の事業者を指定管理者とすることができる場合として「当該施設の管理運営を行う団体を設立するため、区が団体の構成員となる区民を公募したり、地縁団体に働きかけを行った結果設置された団体を指定管理者としようとする場合（例、リサイクルセンター、地域集会所の管理運営委員会）施設の事業内容によって、事業の継続性という観点や現受託団体の実績等から現受託団体を引き続き指定管理者として指定することが最適であると客観的に認められる場合。」が掲げられている（ただし、恒久的ではないとしている）。

は福祉施設の職員と入所者の関係などを想定しているようである。

また、公募した場合でも申請者がいなかった場合や申請があっても申請者の中に評価に達するものがない場合もあるであろう。

なお、「専門的、高度な技術を要する」というものがつい浮かぶが、公の施設で、

⁴⁹ 管理委託は契約とされていたが、委託先が公共団体等に限定されてしまっており、また公の設置管理条例の中で委託先を明記し正当性を担保する形であったので、一般に入札ではなかったと思われる。

管理者が1社しかないまでの専門的なものがあるかは十分な検討を要すると思われる。

原則公募なら極力例外を狭くすることが望ましいであろう。

また、公募にあたり、自治体内の団体を優先するかという問題がある。

地域限定をせず、広く公募した方がより良い指定管理者を選べるところではあるが、自治体の事務事業の民間開放により、地元企業の育成や雇用創出等、地域の活性化が図られるところでもある。

政策上必要として申請の要件としている例や評価の段階で加点をする例などがあるようである。

他方、最適なサービスを住民に提供する主体を選ぶものであり、自治体内に限定しないという意見もあった。

もっとも、大規模施設など全国レベルで募集せざるを得ないものもあるであろう。

ところで、公募に参加した団体からは、情報の徹底した公表を望む声もあったという。費用の積算などにあたっては、細かい情報が必要である。従前の管理団体は多くの情報を持っており、確かに有利なところである。

また、公募期間が短い、公募の広報が不十分という意見もあったようである。

指定機関制度への移行のタイムリミットがある中で公募期間を長くすることは、今後さらに困難になるだろう。また自治体の少ない予算をどこまで広報にさけるかという現実的な問題もあるところではある。

公私のパートナーシップからは、原則公募とし、例外は慎重に定めるとともに、事前に公表しておくことが大切であろう。

イ) 指定管理者候補者の選定

まず選定の基準であるが、どの自治体も基本部分は共通しているところである。

一例として埼玉県の「指定管理者制度導入の手続きに係る基本方針」によれば審査基準は、

ア 県民の平等な 〃 の利用を確保することができること。

イ 関係する法令、条令及び規則を遵守し、適正に 〃 の運営を行うことができること。

ウ 〃 の設置の目的を効果的に達成し、効率的な運営を行うことができること。

エ 指定管理業務を安定して行う経営基盤を有していること。

オ 指定管理業務を通じて取得した個人に関する情報の適正な取扱いを確保することができること。

(カ 施設固有の基準が他にある場合は追加する。)

となっている（ は施設名を入れる）。

実際の審査は、これらを踏まえた詳細な審査項目が作られ、点数が配分されることになると思われる。

これらの基準は公正かつ透明な審査の基準となるものであり、慎重かつ丁寧に規定し、事前に公表しておくことが必要であろう。

ただし、詳細な審査項目については、どこまでのレベルを公表すべきかは十分な検討が必要と思われる。

審査にあたって審査委員会を設置することが多いようであるが、外部委員を加えたり、有識者の意見を聴くシステムをとるケースも見受けられるところである。

一例として、横浜市神奈川区地区センター指定管理者選定委員会要綱第7条では、「委員長は、必要があると認めるときは、学識経験者等から意見等を聴くことができる。」としている。

また、既に指定が終了し、指定管理者による管理・運営が始まっている「神奈川区白幡地区センター」の指定管理者選定委員会においては、上記意見者とは別に、選定委員に「利用者代表等」及び「施設管理運営経験者等」が加わった。

公正性・透明性が図られ、適正な公私のパートナーシップの観点からも望ましいといえる。

ただし、審査委員に外部委員を入れることについては、企業の財務状況や経営ノウハウなどに触れることになり、慎重にならざるを得ないといった意見や指定は行政処分であり行政自らが判断すべきとの意見の自治体もあった。

ところで、審査委員会委員名や審査結果等についての公表については、自治体間でかなり差があるようである。

横浜市は、「横浜市民ギャラリーあざみ野指定管理者審査委員会」などでは全審査委員名を事前にHPで公表している。

一方、審査委員の公表に否定的な自治体の理由としては、委員名を公表した場合、委員への接触の危険がある、特に外部委員にとっては過度の負担をかけることになるなどであった。

また、市川市では「市川市行徳公会堂指定管理者選定評価表」(表6)を、指定候補者に選定された団体以外の団体名は伏せた上で、HPで公表している。

審査過程や結果については、技術情報、信用情報などにかかわる部分が多く、公表できない部分が多いと思われるが、参加団体名が特定できないよう、また、信用・技術情報等の重要な情報が公にならないよう慎重を期した上で、なるべく詳しく公表することが公私のパートナーシップからは望ましいだろう。

これらに関しては手探りの段階であり、時間が経てば収斂していくものと思われる。

表6 市川市行徳公会堂 指定管理者候補者選定評価表

(指定期間:平成16年10月30日から平成21年3月31日まで)

評価項目	評価観点	合 計				
		財団法人 市川市文化 振興財団	A社	B社	C社	D社
共通事項(条例第2条第1項) 40点 × 7人 = 280点		244	219	190	94	114
1. 法人等に関する事項 10点 × 7人 = 70点		70	70	54	27	50
(1)法人等全般 (10点×7人)	1. 定款・規約等に同種の業務内容が記載されているか。(5点×7人)	35	35	21	21	21
	2. 経済的(経営・収支)に安定しているか。(5点×7人)	35	35	33	6	29
2. 管理運営に関する事項 20点 × 7人 = 140点		130	117	106	51	28
(1)運営方針 (10点×7人)	1. 「公の施設」の管理運営の考え方が妥当であるか。(5点×7人)	35	29	29	15	9
	2. 施設の管理運営に対する意欲が感じられるか。(5点×7人)	29	29	27	22	3
(2)管理運営 (10点×7人)	1. 適正な従事者の配置は可能か。(5点×7人)	35	35	30	5	10
	2. 休暇・退職等の際の従事者の補充体制は充分か。(5点×7人)	31	24	20	9	6
3. 収支・予算に関する事項 10点 × 7人 = 70点		44	32	30	16	36
(1)収支全般 (10点×7人)	1. 予算の範囲で行えるか。(5点×7人)	21	7	7	7	21
	2. 各年度で経費の節減等の工夫はあるか。(5点×7人)	23	25	23	9	15
個別事項(条例第2条第1項) 50点 × 7人 = 350点		302	209	224	135	37
1. 法人等に関する事項 5点 × 7人 = 35点		35	0	29	0	0
(1)法人等全般 (5点×7人)	1. 同種の施設管理業務の実績があるか。(5点×7人)	35	0	29	0	0
2. 管理運営に関する事項 45点 × 7人 = 315点		267	209	195	135	37
(1)管理 (5点×7人)	1. 事故、緊急時の対応を考えている。(5点×7人)	33	15	23	12	3
(2)運営 (40点×7人)	1. 現在まで、自主事業を行ったことがあるか。(10点×7人)	65	40	40	5	0
	2. 地域交流の拠点として(どのような事業展開を考えているか。)(10点×7人)	55	50	40	35	10
	3. 利用者へのどのようなサービスを考えているか。(5点×7人)	31	27	25	23	3
	4. ホール・セールス、シティ・セールスに結びつく事業展開を考えているか。(5点×7人)	25	25	23	21	9
	5. 市内類似施設との連携を考えているか。(5点×7人)	35	23	23	18	9
	6. 利用者等の要望をどのように把握し、改善を考えているか。(5点×7人)	23	29	21	21	3
合計 630点(90点×7人)		546	428	414	229	151
<p>講評(総合的な講評) 行徳公会堂の指定管理者として管理運営が可能と思われる事業者は、上位3事業者である。これは市が最低限必要としている評価点数を上回り、経済的に安定している。また、公の施設を管理する上での考え方や、その意欲及び熱意も感じられ、適正な職員数の配置やその補充体制も整っており、緊急時の対応についても十分な実績を踏まえて提案されている。 総合得点で各事業者に差が出た要因としては、運営面での提案内容が、行徳公会堂設置の背景・複合施設である特殊性を十分認識し、事業展開を具体的に提案したことが要因である。なお他の公の施設の実績等を評価項目から除いた場合においても、上位3事業者の順位に変動はない。 以上のことを踏まえて、指定管理者候補者として選定した。</p>						

(3) 指定管理者への関与

指定管理者制度は、民間の効率性を求めると同時に公共性も維持しようとするものである。

第三セクターや地方独立行政法人の項でも述べたように、指定管理者への関与は、効率性を求めればあまり関与しない方が望ましく、公共性を求めれば強い関与が必要となってしまう。

指定管理者制度は、管理者として、公共団体、公共的団体、第三セクターだけでなく、民間企業等もその対象に加え、より一層の効率性を求める趣旨を考えれば、そのノウハウを生かすために、より緩やかな関与ということになると思われる。

そして、対象の公の施設は幅が広いが、その中で、美術館、宿泊施設、コミュニティ施設、社会福祉施設等、民間で行っている施設や申込み順で決まるようなもの、そしてまた住民参加の視点が重要なものは、かなり緩やかな関与で良いと思われるところである。

ア) 条例、規則、協定

自治体と指定管理者の関係は、地方自治法、条例、規則、協定で律せられる。

まず、最初に、条例、規則及び協定の規定事項及び相互の関係をみてる。

地方自治法によれば、「条例には、指定管理者の指定の手續、指定管理者が行なう管理の基準及び業務の範囲その他必要な事項を定める」とある。

平成 15 年 7 月 17 日付け、総行第 87 号「地法自治法の一部を改正する法律の公布について」によれば、「指定の手續」とは、「申請の方法や選定基準等」とされる。

そして、「管理の基準」とは「住民が当該公の施設を利用するに当たっての基本的な条件（休館日、開館時間、使用制限の要件等）」や「管理を通じて取得した個人に関する情報の取扱い」など、「当該公の施設の適正な管理の観点から必要不可欠である業務運営の基本的事項」とされる。

また、「業務の範囲」とは、「管理の業務について、その具体的範囲を規定するもの」で、「使用の許可まで含めるかどうかを含め、施設の維持管理等の範囲を各施設の目的や態様等に応じて設定するもの」とされる。

なお、従来同様、利用料金の定めも条例事項である。

管理の基準の「休館日・開館時間」については、従来、公の施設の設置・管理に関する条例では定めず、実施細則的事項として規則で定める場合が多かったが、指定管理者は「契約」によるものではなく、「指定」という行政処分により公の施設の管理権限を委任するものであり、行政の恣意的裁量及び指定管理者の恣意的な判断を避けるため条例事項とされた。

さらに、条例化されていない管理の基準に該当する規定がないかを点検するとと

もに、既に条例で規定されている管理の基準に該当する規定についても、恣意的な判断がなされないよう規定内容を点検することとなる。

ただし、管理の基準について、指定管理者に広範な裁量の余地を残すような定め方は、法の趣旨からして適当ではないが、条例により長等の規則に委任することは可能であるところである。

なお、同通知は、「指定管理者の支出する委託費の額等、細目的事項については、地方公共団体と指定管理者の間の協議により定めることとし、別途両者の間で協定等を締結することが適当である」としている。

「指定管理者が当該公の施設の管理を行なう権限自体は、条例に基づく指定という行為によって生じるものであって、別に契約を結ぶことは不要であるが、管理の基準や業務の範囲等条例で定める事項のほか、事業報告書の提出期限、委託料の額、委託料の支払方法、施設内の物品の所有権の帰属等の管理業務の実施に当たっての詳細な事項については、両者による協議で定めることもあり得るものであり、この場合には別途両者の間で協定等を締結することが適当である」⁵⁰とされる。

協定という名称で、両者が署名し、一見契約に類似するようだが、実質は、上記の条例等に記載される事項以外の細かなもので、指定管理者が実際に業務を実施していく上で負担すべき事柄を、行政側が一方的に提示して、確認してもらう形のものとなる。

次に、公私のパートナーシップの観点からみてみることにする。

地方自治法の定めによれば、自治体側が、指定管理者について適当でないとき認めるときは、自治体は指定の取消しや業務の停止を行うことができ、またこれらを前提に調査や指示も行われるところであり、行政から指定管理者に対する関与は、管理委託制度よりも強いものとなったといえる。

(社)日本経済団体連合会「PFIの推進に関する第三次提言(平成16年1月20日)」では、行政側の判断で指定の取消し等が行われるため、「条例において「指定管理者の指定の手続、指定管理者が行う管理の基準及び業務の範囲その他必要な事項」(地方自治法第244条の2第4項)を詳細に定め」、行政裁量を狭めることを提言し、「公共側と民間事業者側の権利義務を明確化することが重要である。」としている。

例として、「例えば、条例の内容の事後的変更による追加費用負担、契約の解除等が発生する場合、公共側の帰責事由として扱う必要がある」ことなどを示している。

十分な根拠がなければ取消しや停止はできるものではないが、条例、規則、協定は、両者の疑義が極力生じないように、また指定管理者に過度の負担にならないよう

⁵⁰ 篠原俊博・前掲注20、31頁

に、十分慎重かつ丁寧に作成し、そしてさらに協定に関しては事前に公表しておくことが望ましいだろう（法令についてはどの程度規定することが適切かという問題はあろう。）。

他方、行政としても、今まで職員を派遣した外郭団体が管理にあっていたケースが多く、管理委託契約にない事項も、両者で協議し円滑に処理されていたところであるが、指定管理者が民間となった場合、条例、規則、協定に規定がなく不明なことは、両者が協議しても、今までのように円滑な処理ができないのではないかと不安があるようである。

やはり、適正な公私のパートナーシップの観点からは、条例、規則、協定は慎重を期し、丁寧に作成するとともに、平等なものとなるようにする必要があるだろう。

イ) 業 務

指定管理者が使用許可を行えることとなり、また民間企業も指定管理者になれることとなったため、適正な管理を確保する必要から、指定の取消し、業務の停止など、様々な仕組みが整えられた。

現在、業務がどのような状況にあるか、指定管理者制度を導入済みのいくつかの自治体にインタビューしたところでは、まず、指定管理者が使用許可を行えることについては、今までの管理委託制度の時の業務と変わらないということであった。実体にあわせた改正であったということであった。

次に、民間企業が指定管理者になれるようになったことについては、既に地域施設の管理運営を行っている民間企業の事例において、当初は不許可に該当するのか、指定管理者から行政への問い合わせもあったが（例：営利目的使用の禁止に該当するか等）今では無くなり、また利用者からの評判もいいとのことであった。

また、民間企業の指定管理者へのインタビューでは、サービスと経営には自信を持っているようであった。

民間企業が指定管理者となった場合も、使用許可については、今までの管理受託者と同様、判断が特に難しいケースについては、行政と連絡をとることになるであろうし、また業務全般に関しても、不適切なことをすれば指定をはずされてしまうのであるから、民間企業だからという点はさほど心配ないのかもしれない。

もし、民間企業の実績が蓄積され、高い評価が定まれば、より緩やかな関与の仕組みへの改正の要望も出るかもしれない。

今後の実績の推移をみてみたい。

ウ) 指定期間及び委託料

指定期間及び委託料は、指定管理者の地位の安定及び経営を左右するものであり

重要なものといえる。

PFIなどを除き、実際の指定にあたっては5年位が多いようである。

理由としては、民間のノウハウを生かしサービスの向上及び経費削減を図るには1~2では短く、また経済環境の変化が激しい現在においては10年では長いというところのようである。

また、機器のリース期間が5年のものが多いという理由も見られた。

インタビューした範囲では、指定期間を5年とした場合でも、協定又は委託料の部分のみを1年更新とし、毎年債務負担行為を起こすというところも多いようである。この場合、行政側にとっては、委託料を毎年改定できるというメリットがある。

特に、指定管理者のインセンティブとして利用料金制を導入した場合において、余りに利益が出てしまっても、毎年協定を更新する際に委託料の修正ができるところである。

しかし、指定管理者としては、せっかく努力してもすぐに委託料を削減されては報われないところである。地方自治体によっては委託料を3年間固定し、その後見直すという措置を考えているところもある。

委託料は精算される部分も多くインセンティブが働きにくい部分であり、民間企業の積極的な参加をうながすには、利用料金制を十分活用する必要があるだろう。

もっとも、自治体財政が非常に厳しく、予算にシーリングがかかり公の施設の委託料予算も毎年減額している状況にあるから、委託料の調整は難しい問題である。

I) 個人情報保護及び情報公開

個人情報の保護は、行政、民間企業に関わらず行われるべきものであるが、行政以外の者、特に民間企業に、公の施設の管理という行政の事務を行わせる以上、行政情報の保護は強く要求されることになるだろう。

また、公の施設の管理を行う以上、適正な管理を維持するため、情報公開も要求されるであろう。

個人情報の保護や情報公開を規定している例をみると、例えば「京都市公の施設の指定管理者の指定の手続き等に関する条例」では、指定管理者は「個人情報保護」や「情報公開」について「必要な措置を講じなければならない」と規定されている。

さらに、指定管理者制度を導入済みである30ほどの地方自治体の個人情報保護条例を調べてみると、管理委託制度と同様、指定管理者に個人情報の保護を義務付けるものや罰則を課す例もあり、厳しいものとなっている。

一方、情報公開条例は、指定管理者に（又は出資法人に限り）努力義務を課すものがいくつかある程度で、義務化しているものはなかった。

民法、商法の通常の手続きによって設立される第 3 セクター（公益法人、株式会社、有限会社）についても、民主的コントロールのため、情報公開条例の対象とすべきという考えに対しては、「一般の民法・商法上の法人であるので、条例による開示請求制度の創設は無理である」⁵¹といった意見があった。

しかし、条例でなく法で情報公開を規律するなら可能と思われる。また、条例でも地域的なものならいいのではとも思われる。

適切なコントロールの前提として、指定管理者の権利を保護した上で、情報公開に十分配慮されるべきであろう。

オ) 住民からの関与

各自治体とも住民の意見を反映させるため様々なシステムを考えている。

利用者アンケートや利用者会議の実施。利用者、行政、指定管理者からなる運営協議会の実施。利用者又は外部者による評価の実施。利用者等からの苦情等の自治体への連絡・協議の義務化などである。

また、自治体全体の苦情センターを整備し、併せて公の施設についての苦情も受け付け、住民サービスの向上を図る考えの自治体もあるようである。

特にニーズの多い福祉関連施設でシステムの充実が見られるようである。

管理委託制度では設けられていなかったが、指定管理者制度導入に伴い導入されるケースも多いようである。

公の施設は、住民の福祉向上を目指すものであり、利用者、行政、指定管理者が協力し、より良いものとしていくことは重要と思われる。

ただ、民間不信による過剰反応の部分もあるように感じる。今後、民間企業のサービスの実績が積み重ねられていけば、逆に民間企業の方がいいという評価も出てくるかもしれないところであり、今後の実績に期待したい。

⁵¹ 塩野宏・前掲注 11、92 頁

(4) 民間企業の参加可能性

指定管理者制度となり、公の施設の管理運営に民間企業も参加可能となったが、その可能性について若干触れてみたい。

行政にインタビューした中で、地域施設などでは、自主事業を実施し、施設をあまり使用してしまうと、住民の自主的な活動に支障が出てしまい、本来の目的に反してしまうため、自主事業をあまり展開できず、利用料金制が導入しにくく、また、委託料はかなりの部分が精算され、さらに地域施設は元々低廉な賃金のスタッフ（職員の再雇用、アルバイト、ボランティア）で運営されているケースもあり、民間企業の進出は期待できないのではないかと意見もあった。委託料は毎年シーリングがかかり更に低額になっていく可能性がある。

公の施設の中には、民間企業が参加困難なものも多いであろう。

指定管理者制度になり、民間企業が参加しやすいものとしては、美術館やホールなど自主事業を大きく展開でき、集客を増やせ、利用料金制を有効に活用できる施設や設計・建設及び長期間の管理運営を任されるPFIによる施設ということになるだろう。

ただし、施設の特性だけの問題ではない。都市と地方という問題も絡んでくる。同様な施設でも、周辺の人口密度や受け手の民間企業の不存などの問題も生じてくるところである。

さらに、既存管理団体の職員の処遇という問題も関係してくる。

既に指定が行われた既存施設を見てみると、公募した場合でも従前の管理団体が指定されているケースも多いようである。

また、既に公募された施設は、そのような問題がない新規施設の割合が高くなってきているようである。

既存施設の管理を行っている団体は、その施設の管理のために設立され多くの人員をかかえているものも多く、日本の雇用慣行からすれば、非常に難しい、古くて大きな問題である。

もっとも、既存の管理団体には長年培ったノウハウがあり、また経験豊富な職員が多数いるところであり、専門的な施設になるほど、既存管理団体の能力は高く、指定管理者に指定されることになるのも当然ともいえるところである。

(5) 小 括

以上、本章においては、公私のパートナーシップの構築という観点から、指定管理者候補者の選定や行政の指定管理者への関与を見てきたが、課題も多いようである。

指定は行政処分であり、行政内部で決するものであるが（最終候補者についての議会の関与はあるが）、候補者選定においては透明性・公正性を求めていくことが、制度の信頼性を高め、適正なパートナーシップを構築していくためには重要であろう。

もしできなければ、制度改革の要望が出てくるだろう。

行政の指定管理者への関与については、実際にどのようなようになるかは、しばらく経たないとわからないところではある。

しかし、取消しや業務停止、それらを背景にした指示と、法制度上は行政側が強い立場ともいえる。

基本となる条例、規則、協定は、両者の疑義が生じないよう慎重を期し、丁寧に作成するとともに、平等なものとなるように定められるべきであろう。

また、行政の仕事を民間企業に行わせることとなり、相応のコントロールが必要だが、あまり強い関与であると、純粋な民間企業を活用したメリットが減退してしまうため、より緩やかなコントロールということになるだろうが、その前提として、住民の判断や批判の材料となる情報の公開を進めるべきと思われる。

そして、指定管理者に対する行政の評価システムは、まだ十分整備されていないようであり、今後その確立が重要であろう。

指定管理者となった民間企業をインタビューした際、「一番いいところを選んでほしい」という言葉が印象に残った。

今後、民間の実績が蓄積され、評価が高まれば、手続きの簡略化や制度改革の声もあがるかもしれない。

4 公の施設の管理についての公私のパートナーシップの観点からの若干の検討

(1) 公の施設の設置者（行政）と管理者（私）の法関係の方向性

「2 地方自治法第 244 条及び第 244 条の 2（公の施設の管理関係）の改正の概観」でみたように、「公の施設」は住民の平等な利用を目的としたものであるが、管理委託制度の創設、利用料金制・承認料金制の導入、管理委託先に第 3 セクターの追加、PFI法の制定と、その歴史は経済的効率性を求めた改革の歴史と言える。

そして、行政処分である「指定」により、民間企業までも含めた行政以外のものに、行政処分とされる「使用許可」を行わせることを可能とした指定管理者制度の創設も、経済的効率性を求めたものと言え、今までの公の施設の管理の改革の方向と軌を一にするものである。

施設の管理費用は大規模公共工事に比べれば小額だが、固定費として自治体財政を圧迫し、自治体の財政状況が厳しい状況が続く中、その削減は重要課題である。

ところで、営造物から公の施設となり、公の施設では管理委託が可能とはなかったが、警察権のみならず、管理権についても権力的色彩が強いものは委託できないとされていた。

その結果、行政処分とされる使用許可は委託できないとされ、管理委託は事実行為をまとめて委託したものと大差がないともいえたところであった。

施設の使用許可権限なしに、施設管理を行うことは非現実的な話であり、「授権代理」などの手法により、受託管理者が使用許可を行えないか、改正時以来その可能性を探る議論がなされてきた。この問題は長い間の宿題であった。

そして、PFIを契機に指定管理者制度が導入され、指定管理者が、公の施設の使用許可も代行できることとなりこの問題が解決され、また民間企業も指定の対象となったところである。

公的団体等に事業の一部を任せる形から一步前進し、使用許可も含む業務を民間企業を含めた行政以外の者に任せることが可能となり、いわゆる官製市場が減り、「私」への開放が進むシステムとなった。

管理委託制度の諸問題が解決され、財政の効率化が進むものと思われ、一見すると、公の施設法制の複雑さが縮減されたようである。

しかし、「新たに複雑な面が持ち込まれたことも否定できないように思われる。制度導入の経緯とその法的構成からして、指定管理者が、PFI事業者と「指定機関」ないし「行政事務代行型指定法人」に類似したものという必ずしも調和的とはいえない面を併せ持つ場合が少なからず想定されるからであるが、さらに、PFI事業とは無関係に指定管理者制度が用いられる場合も少なくないことが、複雑さの度を強めてい

るように思われる。」⁵²との意見もあるところである。

短期間で、また関係法令も多い中、問題を一気に解決するためには、公の施設制度についての従来の考え方を維持しつつ、「指定」という行政処分により使用許可権限を移す指定管理者制度という仕組みをとらざるを得ないとも思われるが、PFIが円滑に進むこととなった一方、公の施設も幅が広く、指定管理者制度が大きな施設もあるところである。

公の施設は、小さな集会所のようなものや、ゴルフ場、宿泊施設、駐車場、美術館など民間類似の（又は同じ）施設、そしてまた「《公物中の公物》」⁵³ともいわれるような河川、道路のようなものまでと、とても幅が広い。

また、「3 指定管理者制度の現状」でみたように、指定管理者制度は、指定管理者候補者の選定や行政の指定管理者への関与については、公私のパートナーシップの観点からは課題も多いようである。

価値観が多様化し、何が公益であるか、その具体的内容を確定することが難しくなっている現在、行政が一元的に公益を判断し、実現するのではなく、行政や企業、NPO、コミュニティ、個人が対等な立場に立って、それぞれの多様な価値観をベースとして、多元的に公益を企画・実施し、地域の価値を実現していくことも必要となっているところである。

そして、公の施設については、サービスの提供主体が民間企業、NPOなど多元的となったところであり、今後、この多様な提供主体が、行政と対等な協働関係のもと、多様な価値観をベースに、自らの意志と考えでサービスの向上を図るとともに、特色と魅力ある価値を創造していくことが期待される。

しかし、公の施設の管理を「私」に任せるにあたって、行政処分、契約のいずれを採用するかは立法政策の問題とはいえ、指定管理者制度は、行政処分である指定により、行政が一方的に管理者を決定し、また行政側の判断で指定の取消しや業務の停止を命ずることができるものであるため、対等な協働関係、公私のパートナーシップという観点からは若干違和感のある仕組みともいえるところである。

現在、住民参加が言われ、実際様々な場面で進みつつあるところであり、日本においてもNPOの活動が、福祉、健康・医療、街づくり、社会教育、文化、スポーツ、環境保全、国際協力など様々な分野で、年々活発になっているところである。

埼玉県「NPO活動の促進に関する行政方針」（2001年3月）においても、「重要な役割を担うNPO活動を促進するとともに、NPOと行政との適切なパートナーシッ

⁵² 稲葉馨・前掲注4、61頁

⁵³ 広岡隆『公物法の理論』（ミネルヴァ書房、1991年）39頁

プを構築し、積極的な協調・連携を進める」としており、NPO活動の促進に当たっての基本的視点として、前記のことに加え、「行政サイドから過度な介入や干渉を行ったり」「行政の補完や下請けと位置づけたりしない」ことに十分に留意することを求めている。

公私が「協働」していくには、公と私が必要なパートナーシップ、つまり対等な立場で協働していくということが大切であると思われる。

もちろん、道路や河川などのように、住民の生活そして生命・財産などに重大な影響を与え強力な管理が必要なものは相応の仕組みが必要である。

他方、古くからあるコミュニティ施設や昨今増えつつあるNPOサポート施設、市民活動支援施設、環境教育施設などの住民参加の視点が大切なものなど、公の施設の管理を私に任せるにあたり、公私のパートナーシップが重要なものも多い。

公と私のパートナーシップという視点からは、公の施設の管理を「私」に任せるにあたり、指定という「行政処分」よりも対等な立場を前提とする「契約」とした方が適格的ではないかと考える次第であり、提言するものである。

以下においては、まず、「契約」とされていた「管理委託」において問題となっていた利用許可についての議論をみて、次に公の施設の管理を「私」に任せる関係を「契約」と考える手法を検討してみたい。

ところで、今回の制度改正はPFI導入をきっかけとしたもの、つまり民間企業を公の施設の管理者に加えるためであったと思われるが、「指定」という制度を選択した理由としては、「使用許可」を「行政処分」と解した上、使用許可を行政以外の者に行わせるためであったと思われる。

行政の有する権力的な権限は行政自らが行うべきで、行政以外の者が行うことはできないとの伝統的な考えのもとでは、行政権限を「私」に行わせるためには、法により特定の者を「指定」し、行政類似の地位を与える仕組みが必要となるところである。

使用許可権限を委譲するためには、民間企業のみならず、今まで管理委託を受託していた公共団体にもその仕組みが必要となる。

しかし、管理委託先に民間企業を加える(公共団体、公共的団体及び第3セクターに限定しない)方向の改正も考えられたところである。⁵⁴ 手続き・関与の制度を整えれば、管理委託先に民間企業を加えることも可能であったであろう。

使用許可を、公共団体を含めた行政以外の者にいかにしたら行わせ得るかという長年の問題を、「指定」制度の選択により解決したものと見える。

⁵⁴ 内閣府民間資金等活用事業推進委員会(PFI委員会)事務局『公の施設と公物管理に関する研究(中間報告 その2)』(2003年)13頁では、「PFI事業者を地方自治法244条の2第3項に基づく公の施設の管理受託ができる者に加えるとともに、その結果としてPFI事業者による利用料金制度の採用を認めることが適当と考える」との検討もあった。

(2) 管理委託（契約）にみる、公の施設の使用許可（行政処分）の問題

ア) 「営造物」時代における管理委託

昭和 38 年に公の施設ができる以前は、「営造物」であったわけであるが、管理委託の規定はなく、そもそも事実行為を除き、管理を委託できないものと考えられていた。

その理由としては、「営造物の管理関係は、地方自治法上公法上の関係として律せられており、営造物の管理一切をあげて第三者に委託するような契約は、私法上の契約ではなくて公法上の契約ということになるが、」「地方公共団体以外の者との間におけるこのような契約は、他の特別の法令の規定がない限り一般的には消極に解さざるを得ない。」こと、

「旧法第 243 条第 3 項（現行法第 243 条に相当）は、地方公共団体が公金の徴収、支出の権限を私人に委任し、または営業の免許をその他これに類する処分に私人を関与せしめることを明文をもって禁止していたが、この規定はいわば注意規定であり（行実昭和 28・5・8）これに照らしても、地方公共団体が営造物の使用の許可、使用料の徴収、過料の徴収等の権限を地方公共団体以外の者に委任すべからざるものと解すべきであること、」などであった。

「しかし、営造物の管理作用のうちでも、建物を維持修繕し、病院の掃除をし、公園の樹木を管理する等の事実行為については、これを私法上の契約により第三者に委託することが許されないとする理由はない」とされていた。

さらに、「営造物の管理は地方公共団体の長の権限であるが（旧第 149 条第 3 号）、長の権限の委任を定めた法第 143 条に関し極めて厳格な解釈がなされていたこととも関連づけて見ること」などであった「（同条の反対解釈として、法令に積極的な特別の定めのある場合のほか、当該普通地方公共団体の吏員以外のものには、長の権限に属する事務の一部を委任しうるものではなく、その相手方が国、他の地方公共団体その他公共団体の職員であろうが私人であろうが、またその事務が権力的なものであろうが、公法上の行為であろうが、私法上の行為であろうが問うところではないとされてきた。）」⁵⁵

⁵⁵ 柳庸夫「地方自治法逐条問答 第 244 条の 2 関係」地方自治第 278 号 地方自治制度研究会編（帝国地方行政学会、1971 年）85 頁以下、遠藤文夫「地方自治逐条問答 107」地方自治 123 号 地方自治制度研究会編（帝国地方行政学会、1958 年）45 頁以下参照

イ) 「公の施設の管理委託」における使用許可の問題

しかし、施設の種類によってはむしろ委託になじむものもあり、これを積極的に認めてはどうかという議論があり、現実の社会的・経済的要請に答えて、一定の要件のもとに管理委託の途が開かれた。地方自治法改正時の国会用資料によれば、

「問 公の施設の管理は元来委託すべき性質を持たないというべきではないか。

答 公の施設の管理は権力の行使を本質とするものではないがなお公の施設の管理作用が公共の利益のために多数の住民に対し均等に役務を提供するものである以上ある程度において権力的要素を含むことは否定できず、一般的には公の施設の管理は委託に適する性質を持つとはいえない。

しかし、権力的要素の微弱な公の施設、民間において同種の事業を行っている公の施設、経済的利益を生ずるような公の施設などたとえば病院、公益質屋については、その設置目的を一層効果的に達成することができる場合において法律の授權があり、しかも条例の定めがあればその管理を委託しても公の施設の本来の目的にそうものであり、別段差し支えないと考えられる。」⁵⁶

とある（下線部筆者）。

このように、従来から議論のあった営造物の管理委託の可否について立法的解決を図ったものであるが、同時にまた管理委託の範囲については一定の制約があるものとするのが立法当初からの一貫した考え方であり、同じく法改正の際の説明では次のように述べられていた。

「問 公の施設の管理の全部を委託できるか。どのような場合に委託できるか。

何か標準があるのか。

答 公の施設の管理を委託する場合においても管理事務すべてを委託できるものとは考えられない。管理事務のうち権力的色彩の強い事務は公の行政作用に属するものであり、これを委託することはできない。たとえば使用料の行政上の強制徴収、行政上の秩序罰としての過料の賦課、不服申立てに対する決定、等は委託できない。

具体的には条例により委託の範囲を定めるべきである。」⁵⁷（下線部筆者）

さらに、改正法施行通達（昭和38年9月10日）では、「条例規定事項や行政処分、不服申立て、料金の徴収又は収納に関する事務……のような事項は委託できない」（下線部筆者）とされ、一層厳しくなったようにも見られるところである。

公の施設の使用許可が行政処分なのか、使用許可が行政処分とした場合、使用許可権限を管理委託に含めて委託できないのか、改正当初から議論となっていた。

⁵⁶ 自治省『地方自治制度資料第15巻』第244条の2関係（自治省、1965年）518頁

⁵⁷ 自治省・前掲注56、518頁

り) 使用許可が委託できないことへの異論

その後の使用許可についての一般的見解も、「委託の範囲は、積極的に公物本来の目的を達成させることを目的とする作用を有する公物管理権に限られ、消極的に公物の使用関係の秩序を維持し社会公共の秩序に対する障害を除去することを目的とする公物警察権は委託できず、また公物管理事務のうちでも権力的色彩の強い事務(例 - 使用料強制徴収、過料の賦課、不服申し立てに対する決定、基本的利用条件の設定等)は、公の行政作用に属するものであって、委託することはできない」⁵⁸というものであった。

しかし、改正当初から、管理委託規定を創設する一方、施設管理に必須の事務である使用許可を委託できないとすることは、そもそも非現実的であり、公営駐車場、ホール、公営宿泊施設(いずれの利用関係が行政処分となるかはさておき)など、申し込み順で利用を許可するものや、民間と同様で区別して考えることは不必要に感じられるものも多く、学者さらには自治関係者からも様々な見解が示されてきた。

その多くは、「たとえ行政処分の形式をとるとしても、権力作用の行使を本質とするものではない」⁵⁹、「管理の実体から」⁶⁰などから使用許可を行わせることができるものであった。

その理論的な形式としては、まず「授権代理」や「事実上の代決」とするもの、つまり「公の施設の管理を委託する場合には、事前に、施設の利用を許可する基準等を明示しておき、受託者は、当該示された基準等に従って、事実上の利用許可事務の一部を行う。すなわち、許可処分の最終的決定権は委託者側に留保してあり、受託者は事実上の代決に近い事務を行っているという構成、あるいは、受託者は、委託された一定の事務の範囲内において、委託者を代理し、その行為の効果は直接委託者に対して生ずるといふ、委託を一種の授権代理と見る構成、を取る」⁶¹ものがある。

同様のものとしては、「利用の調整」とするもの、つまり「この権限を形式的に論ずるのではなく、住民組織が使用の申し込みに対する調整を行うというふうに実質的に解すれば問題はないであろう。(略)公の施設の使用許可権が委託できないので、これを使用の調整という形で住民組織が責任をもつという便法が必要となってく

⁵⁸ 地方自治制度研究会編「地方自治法関係実務問答集第2集」(ぎょうせい、1984年)225頁、厚地弘毅「公の施設(下)」地方自治 第375号 地方自治制度研究会編(ぎょうせい、1978年)59頁ほか

⁵⁹ 柳庸夫・前掲注55、85頁以下

⁶⁰ 宮元義雄「地方財務」地方自治講座 第7巻(第一法規、1973年)407頁

⁶¹ 大国羊一「公の施設の管理委託について」地方自治 451号 地方自治制度研究会(ぎょうせい、1985年)127頁 授権代理について同旨、柳庸夫・前掲注55、85頁以下、尾兼弘幸「コミュニティ施設の設置・管理について」地方自治 第401号 地方自治制度研究会(ぎょうせい、1981年)75頁ほか

る。」(「もっともこれは法規そのものがコミュニティ施設のような場合の管理委託に適合できなくなっていると見るべきで、その是正が望まれる」としている。) ⁶² というものがある。

そもそも委託可能なものとして、コミュニティ施設等の「利用順位・方法などは警察権でもないし、基本利用条件でもないので委託が可能であるといえる」⁶³や、「コミュニティ施設は、(略)地域住民団体に管理委託するのが当然ふさわしいであろう。先の自治法規定の解釈運用として、使用許可、承認といった管理行政そのものを住民委託することも合法であると解される。」⁶⁴、「管理委託の対象になしえない事項があるというのであれば、それをはっきり明示すべきである。そして、明示されていない現行法においては、条例の委託の対象になしうるといわなければならない。」⁶⁵ というものなどがある。

また、法令に根拠があれば可能とするものに、「権力的行政事務については、法律の根拠によらず契約によりこれを委託し、私人に行なわしめることは、法治主義の原則に違反するということにもとづいている。したがって法令がこれを認める場合には差し支えない。」⁶⁶や、ニュアンスは前者と異なるが「公の施設の使用許可については管理の実体からみて対象とせざるを得ないため、個別の条例を根拠として処分権限の委託がなされるのであれば許容されると考えるべきであろう。」⁶⁷ というものがある。

そして、「利用許可権の委託を一律に決めるのは適切ではなく、特に委託の相手方(その公共的性格など)・施設の性格(コミュニティ施設のように住民団体等の管理になじみやすい施設など)・利用のあり方(先着順)を個別・具体的に勘案して判断すべきである」⁶⁸ という見解もあった。

さらに、最近では「公共サービスの民間開放にあたっては、競争により公正性

⁶² 地方自治制度研究会編『新コミュニティ読本』(ぎょうせい、1979年)74頁

⁶³ 高寄昇三「地域生活施設と住民委託」自治研修 第225号 自治大学校・地方自治研究資料センター編(第一法規出版、1979年)19頁以下

⁶⁴ 兼子仁『新地方自治法』(岩波新書、1999年)101頁

⁶⁵ 碓井光明『自治体財政・財務法「改定版」』自治体法学全集9(学陽書房、1995年)332頁

⁶⁶ 原野翹『現代行政法と地方自治』(法律文化社、1980年)123頁以下

⁶⁷ 小幡純子「公物法とPFIに関する法的考察」『塩野宏先生古稀記念 行政法の発展と変革 上巻』小早川、宇賀編(有斐閣、2001年)784頁

⁶⁸ 稲葉馨・前掲注4、64頁、同旨古川卓萬・澤井勝編著『逐条研究地方自治法 財務 - 公の施設』(財)地方自治総合研究所監修(敬文堂、2000年)651頁ほか

を確保した上で、契約により公共サービスの提供主体に公共性の確保（住民サービスの利用の確保）を義務付けることにより、「公の施設」の管理委託先を民間に開放すること、更には 将来的に「公の施設」の規定の廃止も含め検討すべきである。」⁶⁹といった意見や、「施設の個々の利用許可については、その空間利用を特定の者に許す行為という意味で権力的色彩の強い行為（公の行政作用）ともいえるが、集会所、体育館などいわゆるコミュニティ施設については、利用者相互間の利用調整を図る面もあり、必ずしも行為の権力性の側面からのみ捉えることは均衡を失しているとも考えられることから、施設の管理の実態を踏まえて、受託者に利用許可を行わせることが可能となるような何らかの措置が必要と考える。」⁷⁰といった意見が出されていた。

今般、指定管理者制度が創設され、「民間事業者の能力を活用し、効果的・能率的な公の施設の管理を実現する観点から、適正な管理を確保するための規定を整備した上で、地方公共団体が指定する者に住民が公の施設を利用するに当たっての使用許可まで行わせることができるように」⁷¹なったところである。

⁶⁹ 経済産業省・経済産業研究所 日本版 PPP 研究会・前掲注 1、21 頁

⁷⁰ 内閣府民間資金等活用事業推進委員会（PFI 委員会）事務局・前掲注 54、13 頁

⁷¹ 篠原俊博・前掲注 20、27 頁

(3) 公の施設の管理を「私」に任せる関係を「契約」とする方法論

ア) 公の施設の利用関係を行政処分とした場合の方法

以上のように、使用許可は「行政処分」であり、権力的色彩が強く、管理委託制度では委託できないとされていた。

他方、「4(1)公の施設の設置者(行政)と管理者(私)の法関係の方向性」において述べたように、公と私のパートナーシップという観点からは、公の施設の管理を「私」に任せるにあたり、指定という「行政処分」で行うよりも、対等な立場を前提とする「契約」とした方が適合的ではないかと考えるところである。

公の施設の管理を「私」に任せる関係を「契約」とした上で、「私」に公の施設の「使用許可」(行政処分)を行わせる方法としては、まず「4(2)ウ使用許可が委託できないことへの異論」で記した、「授權代理」という古くから提唱されてきた手法があげられる。⁷²

また、「理論上は、法律の根拠があれば、契約による公権力の行使の委任も可能と考えられる。(略)ただ日本やドイツで、行政協働契約の活用を支える理論的な分析が十分でなかったことは否定できない」⁷³とされる。

公の施設の利用関係を使用許可という行政処分としても、公の施設の管理を「私」に任せる関係を「契約」とすることは、理論上可能なところである。

ところで、本論文のテーマである、公私のパートナーシップの観点からは、施設の利用関係も本来的には対等な関係、つまり「契約」の方が望ましいところである。

従って、今回は、次節の公の施設の利用関係を「契約」とすることが可能なのかという検証を中心にするごとくしたい。

公の施設の利用関係を「行政処分」と解した上で、使用許可を含めた公の施設の管理を「私」に任せる関係を「契約」とする方法について、これ以上の検討は省略する次第である。

⁷² 行政官庁法理の授權代理は「法律の根拠はいらぬ(通説)」(塩野宏・前掲注 11、32 頁)とする説と「原則として、法の根拠を必要とする」(菊井康郎・前掲注 39、142 頁)説がある。前者においても、代理官庁者は、補助機関が通例だが、概念上これに限られない、「ただ公権力の行使については、明文の根拠がない限り、国家行政組織法、地方自治法等に定める形式的意義の行政機関に限定される」(塩野宏・前掲注 11、32 頁)とされる。公の施設の管理委託制度では委託の相手方を条例で規定していたが(昭 38.12.19 通知)、管理委託は私法契約とされていたところであり、「授權行為は、被代理者の一方的行為であって、代理者の同意することを必要としない」(菊井康郎・前掲注 39、142 頁)とされる行政官庁法理の授權代理とは基盤を異にする。行政処分権限を行政以外の者に移すには法で指定(行政処分)ということであったと思われる。

⁷³ 山本隆司「日本における公私協働」『藤田宙靖先生退官記念論文集(仮称)』(青林書院、近刊予定)。なお、未公表であるが、先生の御厚意により引用させていただいた。

イ) 公の施設の利用関係を契約とすることの可能性

公の施設の利用関係については使用許可という行政処分なのか、古くから議論となっていたところである。

もし、公の施設の利用関係の設定が、使用許可という行政処分でなく「契約」であるならば、その事務を含めた管理を、「契約」により行政以外の者に任せることは可能といえる⁷⁴。

そこで、改めて公の施設の利用関係について再検討してみたい。

「使用許可」が、行政処分かどうかについては、地方自治法第 244 条の 4 に公の施設を利用する権利に関する処分についての不服申立ての定めがあり、法が使用許可を行政処分とすることを前提としているかのように見える。

しかし、「たとえば、水道利用関係は水道法上は契約関係であって、水道が公の施設として提供されたからといって、水道の利用拒否が処分となるわけではない。その意味では、自治法が利用関係の設定が処分と解されるものについての不服審査法の特例規定とみるべきであろう（個別法に特別の定めがあるときは、それによる - 道路法 96 条 3 項、都市公園法 24 条）」⁷⁵とされる。

公の施設の利用関係が、行政処分でなく契約関係とされるものもあるところである。

公の施設（営造物、公企業）の利用関係についての学説を概観し、次に主だった施設の利用関係をみて、若干の検討をしてみたい。

() 公の施設（営造物、公企業）の利用関係についての学説

公の施設（営造物、公企業）の利用関係についての学説をみることにしたい。

旧憲法下においては、まず、営造物の利用関係を、一般に、公法関係の性質を有するものと考えべきとの公法関係説が有力に主張された。行政主体の施設又は事業を公共の利益を目的とするか、収益を目的とするか否かによって営造物であるかどうか判断し、営造物である限り、その利用関係を一般に公法関係と考える見解（佐々木惣一氏）であった。

他方、営造物の利用関係は、いずれも一方的な命令服従の関係ではなく、対等の私人相互の間に生ずる法律関係と同様の性質を有し、従って、概して私法上の

⁷⁴ 地方自治法の一部を改正する法律の公布について（平成 15 年 7 月 17 日付け、総行第 87 号、総務省自治行政局長通知）」で、「地方公共団体の長は、条例の定めるところにより、指定管理者に使用許可を行わせることができるものであるが、使用料の強制徴収（第 231 条の 3）、不服申立てに対する決定（第 244 条の 4）、行政財産の目的外使用許可（第 238 条の 4 第 4 項）等法令により地方公共団体の長のみが行うことができる権限については、これらを指定管理者に行わせることはできない」とされた。指定管理者が行なう公の施設の管理事務のうち、権力的色彩が強いとされるものは使用許可に限られる。

なお、主だった公の施設についての検証は、「4 (3)イ) () 主だった公の施設の利用関係」参照。

⁷⁵ 塩野宏・前掲注 11、173 頁

関係であることを普通とする私法関係説が主張された(美濃部達吉氏)。公企業が公の行政作用であることの性質に基づき、法律の特別の定めがある場合や単純な経済的給付でなく倫理的性質を有し、普通の私法上の契約関係にはその類を見ることができない場合には、その法律関係は当然公法関係とみるべきものとされた。

学説は、時代の流れとともに前者から後者へと推移していくが、営造物の概念については、「公企業利用関係一般から営造物利用関係を分離し、後者を公法上の特別権力関係として性格づけることによって、これを法治主義の支配から、したがって法による規律から開放するという役割を与えられていたのであり、そうであるとすれば、営造物利用関係を規律する法を中心として構成されるべき営造物法が、充実した内容をもつことは、所詮期待しうべくもなかった」⁷⁶とてであった。

次に、現憲法下における学説をみていく。

田中二郎氏は「元来、公企業というものは、国・地方公共団体その他の行政主体がその主体となって経営するものではあっても、いわゆる権力的な作用とは区別されるべき非権力的な管理作用に属し、私人が経営する事業と対比して、その本質的性格を異にするものということとはできず、その実質関係が同様の性質をもつ場合には、原則として、同一の法規・法原則を適用すべきであるとの一般的見地からいって、実定法上、別段の定めのない限り⁷⁷、私法規定及び私法原理が適用されるべきものといわなければならない。」⁷⁸とされる。

原龍之介氏は、「実定法の趣旨目的を考え、その利用関係の性質を具体的に判断して決すべきであるが、法律の明文上、又は解釈上、私的施設と異なる特殊の取扱をなすべき趣旨と解せられる場合のほかは、同様の法律関係は同一の規律を適用するのが一般原則であるから、公共施設の利用関係についても、私的施設の利用関係におけると同様、一般私法規定及び私法原理の適用が認められるべきである。」⁷⁹とされる。

塩野宏氏は、公の施設の利用関係は、水道利用関係のように契約関係で行政処分ではないこともあり、「個別法に特別の定めがあるときは、それによる - 道路法 96 条 3 項、都市公園法 24 条 ）」とし、「利用関係の設定・廃止等が処分であることについての明示の規定が個別法にない場合の処分性の判断には困難が伴う」が、

⁷⁶ 小早川光郎・前掲注 2、38 頁

⁷⁷ 田中二郎・前掲注 2、80 頁。「明文の規定」のほか、「純然たる私経済的關係と区別されるべき公共性が存することを実証」できれば特殊の法的規律が適用されるとする。

⁷⁸ 田中二郎『新版 行政法 下 〔全訂第二版〕』(弘文堂、1974 年)349 頁

⁷⁹ 原龍之介・前掲注 10、403 頁

「講学上の公物にあたる場合は公物法一般理論により判断されることになる」とされる。そして「バスなど一般の便益施設に類似の施設については、利用契約として理解されることとなろう。公立の文化会館の利用関係の設定・廃止が処分であるとするのが判例である。」⁸⁰とされる。

小早川光郎氏は、「ドイツおよび日本の行政法学における公法と私法との区別は権力説を基調とするものであり、その立場からは、公企業利用関係は当然に公法関係であるとは言えない。他方、公企業利用関係は、たとえ表面的には私人相互間の取引関係と異なる外観（例えば、“利用申請”や“利用許可”などの語が用いられる等々）をもつ場合であっても、そこでの基本的な利害状況に、私人間の民事上の取引の場合と類似する面があることは否定できない。したがって、それを民法によって規律されるべき法律関係として あるいはそのようなものに引きなおして 処理しようと思えば、それは比較的容易であるし、そうすることがむしろ適当であると考えられる（“同種の法律関係は同様に扱う”）。従来の学説および実務においては公企業のかなりの部分につき、その利用関係は私法関係だとされている。」⁸¹

学説の大勢は、特別の定めがない限り、同種の法律関係は同様に扱い、一般私法規定及び私法原理の適用が認められるということとなろう。

ただし、特別の定めがある場合のほかに、純然たる私経済と異なる公共性や私的施設と異なる取扱いをなすべき趣旨を勘案するかなど若干の差はあるところである。

⁸⁰ 塩野宏・前掲注 11、173 頁

⁸¹ 小早川光郎・前掲注 2、37 頁

()主だった公の施設の利用関係

個別の公の施設についての取扱いがどのようになっているか、主だった施設についてざっとみてみることにする。

なお、表 7 は A 県と B 市における、公の施設の設置・管理条例中の利用関係や費用の規定について一覧にしたものである。

「許可」が必ずしも講学上の許可に当たるものではなく、また「承認」が契約になるというものでもなく、公の施設の利用関係の法的性質は、根拠法や条例などから総合的に判断するものであろうが、施設の利用関係を地方自治体がどのように考えているか若干の手がかりとなると思われるのでまとめてみた。

なお、判例に関しては、公の施設の利用関係が、どのような場合に私法関係となるのか、「現在にいたるまで、すべての公の施設の利用関係全体を通ずる判例上の原則は確立しているとはいえず、個々の具体的な法律関係について決定すべきものとされている。」⁸²

a) 電車等

地方公営企業にあたる「電車、バス、上水道、病院などの使用は、契約に基づく公共施設利用である。」⁸³とされるところである。

旧東京市営電車賃に関する判決で、大審院は一定の報酬を得て旅客又は貨物を輸送することを目的とする事業は「営利事業」であって、その経済的性質は「私人が其事業ヲ営ムト公法人タル国家其他ノ公共団体カ之ヲ営ムトニ依リ差異」がなく、たとえ「東京市ガ乗客ノ輸送ニ使用スル軌道ニシテ東京市ノ营造物ナリトスルモ乗客ノ支払ウ乗車賃ヲ目シテ营造物ノ使用料ナリト解スルハ乗車賃金ノ性質ニ反スル」とし「私法ノ適用ヲ免カルルコトヲ得サルモノ」(大判大正 6 年 2 月 3 日)とした。判例も古くから契約関係としていたところである。

地下鉄に関する B 市の規定には使用許可等の利用関係を表すものはなく、市電車乗車料金条例に「乗車料金」の定めがある。

b) 公営水道

公営水道については、「行政主体が優先的な意思の主体として住民に対し公権力を行使することを本質とするものではなく、また「水の供給とその料金の支払いとは相互に対価関係に立つものであり、その点において私法上の双務契約と性質を異にするものではない」。さらに水道「法 15 条 1 項では「給水契約」

⁸² 綿貫芳源『注解・地方自治法』(公務職員研修協会、1979年)276頁

⁸³ 磯村篤範「公物・公共施設の利用関係」『行政法の争点〔第3版〕』(有斐閣、2004年)197頁

なる文言が使用されていることから同法は水道事業者と需要者との関係は対等な立場であることを明言していると解されることから公営水道使用の法的性質は私法上の当事者関係であると解するのが相当⁸⁴であるとされる。

公営水道の利用関係は契約であるとはいえ、水道法により契約内容について既に規定されているなど、「民事法の原則である契約の自由は大幅に制限されている。しかし、そのことからただちにこの種の契約を民事法上の契約と基本的に性質の異なるものとみることは必ずしも適切ではない。給付行政の場面でみられる契約の自由の制限は、民事法上の契約自由の原則それ自体が社会国家原理によって変容を被るという全体的な現象の一部にすぎないとも考えられるからである」⁸⁵とされる。

c) 下水道

他方、下水道の利用関係については、公営水道が法の建前としては独占事業とはされないのに対し、「公共下水道の場合は地方公共団体の独占事業としている（下水道法 2 条 1 項）こと」、「排水区域内の住民であることにより事実上当然にその使用を強制される（同法 10 条 1 項）ことから明らかなようにその使用関係は事業者と需要者との契約関係に基づくものとは到底考えられないこと」などから「下水道の法的性格はあたかも一般交通の用に供することを目的とした公道に近」く、「その使用関係は(略)公共用営造物の一般使用の関係であり、その法的性格は公法関係」⁸⁶であるとした。

つまり、一般使用であるので使用許可はないことになる。

そして、「指定管理者制度による下水道の管理について」(平成 16 年 3 月 30 日付け、国都下企第 71 号)によれば、「事実行為については指定管理者制度を活用することなく業務委託を行うことが従前どおり可能ではあるほか、委託する管理の内容に応じ指定管理者制度によることも可能である。一方、排水区域内の下水道の利用義務付け、悪質下水の排除規制、物件の設置の許可」等は、「指定管理者制度は適用できない」とされた。

d) 社会福祉施設

身体障害者施設、知的障害者施設は支援費制度に、老人福祉施設は介護保険制度に移行し、施設の利用関係は基本的に契約関係である（一部措置あり）。

また、児童養護施設や上記施設のやむを得ない場合の措置入所は、児童相談

⁸⁴ 東京地裁八王子支部 昭和 50 年 12 月 8 日決定

⁸⁵ 小早川光郎・前掲注 2、167 頁

⁸⁶ 前掲注 84

所長等の職権による入所という措置によるものとなっているが、所長の職権を指定管理者が行うことはできないところである。

従って、社会福祉施設については、指定管理者が行政処分としての使用許可を行うことはない。

福祉施設は、施設の種類や地域により異なるが、質量とも「私」が充実する傾向にあり、自治体が行う意義は再検討が必要となっているところである。

老人福祉施設については、自治体、社会福祉法人だけでなく、株式会社、NPOも経営できるようになり、指定管理者制度へも積極的な参加が予想される。

「社会福祉施設における指定管理者制度の活用について」(平成15年8月29日付け、雇児総発第0829001号ほか)では、養護老人ホーム、特別養護老人ホームや保育所などの「社会福祉施設であって地方公共団体が設置するものについても、個別法による制約のない範囲において指定管理者制度を活用してその管理を指定管理者に行わせることができる」とされた。

A県の条例では、利用関係については、措置の場合は「承認」、それ以外は規定がないか、「承認」となっている。

e) 公営住宅

公営住宅の使用関係は、かつて地方自治法に「使用料」の強制徴収規定があり議論のあったところであるが、昭和38年の地方自治法改正により、「法律の定めのある使用料(地方自治法第231条の3第3項)と限定されたこともあり、判例も「公営住宅は(略)公の施設であるから、(略)手続きが必要で(略)これが法第18条に定める入居者の決定(使用許可)であり、(略)行政処分に外ならない。しかし、右の使用許可によって地方公共団体と使用者の間に設定される使用関係は、その本質において借家民法適用される賃貸借契約である」(金沢地判 昭和40年11月12日)とした。最高裁も「基本的には私人間の家賃賃貸借契約と異なるところはな」(最判 昭和59年12月13日)いとしている。

なお、「公営住宅の管理と指定管理者制度について」(平成16年3月31日付け、国住総第193号)によれば、委任の範囲は、「住宅困窮度に応じた優先入居の実施や(略)適切な家賃設定など(略)行政主体としての判断が必要であり、「入居者の決定その他の公営住宅法上事業主体が行うこととされている事務を指定管理者に委任して行わせることは適当でなく(略)従前の管理委託制度により受託者が行うことのできるものと同じである。」とされ、また利用料金制もとられなかった。

従って、入居決定が行政処分だとしても、上記通知のとおり、指定管理者は入居決定(使用許可)を行わない。

f) 美術館、博物館等

美術館、博物館等は、民間類似施設も多々あり、基本的に私法関係ととらえて良いと思われる。

仮に、利用関係を公法関係としても、美術館等は基本的に「一般使用」と解され、基本的に使用許可はないと思われる。料金をとることが必ずしも「許可」となる訳ではない。

従って、指定管理者が使用許可を行うことはない。

A県の条例では、「許可」、「承認」など、利用関係の設定を表す規定はなく、費用関係も「観覧料」、「入館料」と規定している。

g) 都市公園

公園は自由に利用できる施設であり使用許可の問題は生じない。

有料公園の場合であっても料金を払えば入園できるものであり、やはり同様である。利用料金をとることと使用許可は必ずしも一致するものではない。

ただし、「行為の制限」が定められている行為（募金、興行、業として行う撮影など）を行う場合や「占用」については許可が必要となる。

「指定管理者による都市公園の管理について」（平成 15 年 9 月 2 日、国都公緑第 76 号）によれば、指定管理者が行える範囲は「都市公園法において定められている事務（占用許可、監督処分等）以外の事務（行為の許可、自らの収入とする利用料金の收受、事実行為（自らの収入としない利用料金の收受、清掃、巡回等）」とされた。

しかし、「この際、行為の許可等の公権力の行使に係る事務を行わせることについては、国民の権利義務の制限になることにかんがみ、慎重に判断を行うこと」とされた。

「行為の許可」は、管理委託制度では当然委託されていなかったが、指定管理者制度に移行しても、「行為の制限」の許可についてはかなり消極的となると思われる。

h) 河川、道路、公立学校

河川、道路は、個別法で管理者が定められている（国、都道府県、市町村）。

両施設とも指定管理者制度を導入できるが、河川については、「指定管理者制度による河川の管理について」（平成 16 年 3 月 26 日付け、国河政第 115 号ほか）により、河川の管理の範囲は「行政判断を伴う事務（災害対応、計画策定及び工事発注等）及び行政権の行使に伴う事務（占用許可、監督処分等）以外の事

務（河川の清掃、河川の除草（略）等）」とされ、また、道路についても、「指定管理者制度による道路の管理について」（平成16年3月31日付け、国政第92号ほか）により、管理の範囲は「行政判断を伴う事務（災害対策、監督処分等）及び行政権の行使を伴う事務（占有許可、監督処分等）以外の事務（清掃、除草、単なる料金の徴収業務で定型的な行為に該当するもの等）」とされ、事実行為にとどめられた。

いずれについても、指定管理者が行い得るのは事実行為だけであり、指定管理者が使用許可を行うことはない。

また、公立学校は学校教育法により管理者は地方公共団体となっている。

i) 宿泊施設

宿泊施設については、同性愛者団体による青年の家の宿泊申込みに対し、都教育委員会が行った「不承認処分は（略）違法なもの」などの判決がある（東京地判平成6年3月30日）。

他方、自治体が経営している国民宿舎などは、民営の国民宿舎と変わるところはなく、契約関係として扱われるべきであろう。

公営の宿泊施設は、申し込み順で利用でき、料金は割安だが民間でも驚くほど低額なものもあり、行政が宿泊施設を経営すべきという必要性はかなり減退しており、実際利用者も減少している。民間圧迫との意見もあり、撤退が続出しているところである。宿泊施設は、本来的には、同種の施設と同様に扱うべきものと思われる。

なお、「民間と競合する公的施設の改革について」（平成12年5月26日付け、閣議決定）で、「国又は特殊法人等が設置主体となる公的施設（会館、宿泊施設、会議場、結婚式場、健康増進施設、総合保養施設、勤労者リフレッシュ施設その他これらに準ずる施設で、特殊会社及び民営化が決定された法人が設置するものを除く）」について、「施設の新設及び増築の禁止」が決定されるとともに、「イコール・フットイング（税制を含めた同一条件の確保）の観点から、早期（5年以内）に廃止、民営化その他の合理化を行う」こととし、「地方公共団体についても、上記措置に準じて措置するよう要請するもの」とされた。

j) 会館、コミュニティ施設等

市民会館、コミュニティ施設等のホール、会議室、研修室などの「使用許可」は、特定の者に一定の空間を独占的に使用する地位を新たに付与するものであると思われるが、利用に排他性が生じ、平等取り扱いの要請が強く出る場面であるともいえる。

様々な状況のもと不許可処分が出され、訴訟となることもあるところである。

また、集会用の場所として利用される施設は、管理上の都合よりも表現の自由を優先して一般の利用に供されるべきであるという「パブリックフォーラム論」もあるところである。

しかし、会館施設については、コミュニティ施設とともに、本質的には貸館業で、民間に類似施設があり、料金を受け取り、詳細にルールが決まっいて基本的に申込み順で利用できるものである。

コミュニティ施設などは住民相互で施設の利用を決定すべきであり、また長年の実績もあり、行政処分を採用するまでもないであろう。

平等取扱いについて法令で規定すれば、利用関係を契約としても差し支えないと思われる。

行政処分、契約のいずれを採用するかは立法政策の問題である。

しかし、「公の施設の管理作用が公共の利益のために多数の住民に対し均等に役務を提供するものである以上ある程度において権力的要素を含むことは否定でき」ない（本論文 41 頁参照、自治省『地方自治制度資料第 15 巻』）との考えから、会議室等を特定の者に排他的独占的に使用させる地位を与えることを権力的な色彩が強いとし、公の施設の利用関係を行政処分（使用許可）とすることは、公私のパートナーシップ、イコール・フットイング（税制を含めた同一条件の確保）等、多様な視点が登場している今日では均衡を失すともいえる。

会館等も、本来的には、契約とすべきものと思われる。

次に、表 7 を見てみたい。

A 県の表からは、公の施設の利用関係の設定に関して、契約の場合は、条例中に“規定がない”（一部は「承認」を使用）、一般使用の場合も、許可行為がないので、条例中に“規定がない”、行政処分と解している場合は、条例中に“許可という言葉を使用”（一部は「承認」を使用）というように使い分けられているようである。

（許可・契約定かではない分野は「承認」を使用しているようにみえる。また、社会福祉施設では、措置以外の者にも「承認」が使われているケースがあるが措置制度のなごりとも思われる。いずれも推測ではある。）

また、B 市については、ほとんどの公の施設の利用関係について「許可」ではなく「承認」という言葉を使用しており、「許可」というものが市民と対応する現場では相応しくないものという印象を感じるところである。

表7 地方自治体における公の施設の設置・管理条例の規定

公の施設名 (関係法令)	A 県の公の施設の設置・管理条例の規定		B 市の公の施設の設置・管理条例の規定		公法上の強制徴収の有無
	利用の規定	費用の規定	利用の規定	費用の規定	
地下鉄 (鉄道事業法)			規定なし 1	乗車料金 2	なし
水道 (水道法)	規定なし 3	料金 4	承認 5	料金 5	なし
病院 (医療法)	規定なし 6	料金 6	規定なし 7	料金 8	なし
社会福祉施設 (老人福祉法、身障福祉法等)	規定なし又は承認 9	利用料金等 9	利用(使用)承認 10	使用料 10	なし
公営住宅 (公営住宅法)	承認 11	家賃 11	入居者を決定 12	家賃 12	なし
美術館、博物館等 (博物館法)	規定なし 13	観覧料、入館料 13	規定なし 14	観覧料 14	なし
都市公園 (都市公園法)	規定なし (行為の制限・有料施設は許可) 15	規定なし (有料施設は使用料) 15	規定なし (行為の制限は許可、有料施設は規定なし) 16	規定なし (有料施設は使用料) 16	なし
河川(河川法)、 県市道(道路法)	(条例なし) 17	同左 17	同左 18	同左 18	左の参照
公立高校 (学校教育法等)	規定なし 19 (規則に入 学許可)	入学料、授業料 20	規定なし 21 (規則に入 学許可)	入学料、授業料 22	なし
宿泊施設	利用許可 23	使用料、利用料金 23	利用許可 24	使用料、利用料金 24	なし
会館・住民活動支援施設・啓発施設等の貸室等	利用許可 25	利用料金 25	使用承認 26	使用料 26	なし
コミュニティ施設			使用承認 27	使用料 27	なし
体育施設	使用許可 28	使用料 28	使用承認 29	使用料 29	なし

3 県公営企業の設置等に関する条例。
4 県水道用水料金徴収条例。
6 県病院事業の設置等に関する条例。

9 県 園(身体障害者療護施設)条例、県 苑(特別養護老人ホーム)条例等 措置の場合は承認、措置以外は規定がないか承認。

11 県営住宅条例。
13 県立近代美術館条例、県立歴史資料館条例等
15 県都市公園条例。
17 道路法、河川法には、継続的使用の「占用許可」、「占用料」などの定めはある。両法に強制徴収の定めがある。

19 県学校設置条例(県立高等学校通則)。
20 県立学校授業料等徴収条例。
23 県母子休養センター条例、県ビジターセンター条例等。
25 県会館条例、県男女共同参画推進センター条例等

28 県立武道館条例等。
注：条例名は抽象化しています。

1 交通事業の設置等に関する条例。(市交通事業高速電車乗車規程に、乗車券を購入し、自動改札機により改札を受けなければならないとの規定がある。)
2 市電車乗車料金条例。

5 市水道事業給水条例。
7 市病院事業の設置等に関する条例。
8 市立病院使用料及び手数料条例。
10 市老人ホーム条例等。

12 市営住宅条例。
14 市ミュージアム条例等
16 市都市公園条例。
18 道路法(市道路占用料条例)、河川法(市普通河川管理条例)には、継続的使用の「占用許可」、「占用料」などの定めはある。両法に強制徴収の定めがある。
21 市立学校設置条例(市立高等学校学則)。
22 市立高等学校授業料等に関する条例。
24 市留学生交流センター等。
26 市民会館条例、市男女共同参画推進センター条例、市民活動サポートセンター等。
27 市区民センター条例。
29 市スポーツ交流施設条例、競技場条例等。

以上、各公の施設を見てきたが、公の施設は種類が多く、全ては見切れないところであり、主だったものに限った。

指定管理者は使用許可までも行えることとなったが、住民の生命・財産に重大な影響を与える河川や道路については、行政判断や行政権限の行使は、今までどおり行政が行うままであり、また公営住宅の入居決定のように、行政による慎重な判断が必要なものも行政が行うままとされた。

社会福祉施設などは利用関係が「契約」であり、また、美術館や公園等は自由に利用できるものであり、これらは「使用許可」の問題が基本的に生じないところである。

以上のものは、指定管理者が使用許可処分を行うことはないと思われる。

そして、会館等の貸室の利用関係については、本来的に「契約」とすべきものと思われるが、会館等の設置管理条例は、「使用(利用)申請書」や「使用(利用)許可」、「取消し」という言葉の規定ぶりになっていること、地方自治法第244条の4に公の施設を利用する権利に関する処分についての不服申立ての定めがあるのに、あまりに使用許可処分の範囲を狭めてしまうことは法の趣旨に反すると思われること、更に判例も会館等の使用許可を行政処分としていることなどから、会館等の貸室のように、特定の者に一定の空間を独占的・排他的に使用させるものの利用関係を「契約」と解釈することについては、困難も伴うところであり、立法政策的な解決が望まれる。

ところで、指定管理者制度が導入され、指定管理者は行政処分としての使用許可を行えることとなったため、公の施設の設置管理条例において安易に「許可」という言葉が使われないか危惧するところではある。

() 公の施設の利用関係及び管理を「私」に任せる関係を「契約」とする検討

以上みてきたように、学説においては、特別の定めがない限り、同種の法律関係は同様に扱い、一般私法規定及び私法原理の適用が認められるということであった。

また、主な公の施設の利用関係をみると、道路、河川、下水道、公営住宅（入居決定）などは、個別法令等の特別の定めで変容されており、指定管理者制度を導入しても指定管理者に行政処分（使用許可）を行わせないものとなっている。

そして、社会福祉施設、鉄道、水道などは、利用関係が契約関係で使用許可がなく、また、公園などは、公法関係と捉えたとしても一般使用で使用許可が生じないところである。

会館やコミュニティ施設については、公私のパートナーシップ等の理由から、その利用関係を契約とした方が適合的であると考えますが、契約と解釈するには困難も伴うところである。

そこで、公の施設の利用関係を「契約」とすべき理由・必要性をみてみることにする。

続いて、公の施設の管理を「私」に任せる関係を「契約」とすべき理由・必要性を整理してみたい。

a) 公の施設の利用関係を「契約」とすべき理由、必要性

まず始めに、「4(3)イ()主だった公の施設の利用関係」で個別の施設についてみたところであるが、公の施設の利用関係を「契約」とすべき理由、必要性について整理してみたい。

施設利用関係は、営業の許可・取消しのように、行政が優越的な地位に立ち一方的・権力的に行うものとは異なり、権力の行使を本質とするものではない、ルールが詳細に決まっていれば申し込み順で利用できる、民間の事業、施設の管理と本質において異ならず、同種の法律関係は同様に扱うべきである、そして、イコール・フットイング（税制等同一条件下の競争）や社会経済の発展があげられると思われる。

に関しては、最近では民間のスポーツ施設や美術館やテーマパーク、駐車場、社会福祉施設など大変多くなった。また、民間の宿泊施設やゴルフ場も驚くほど低額なものが登場している。公の施設は「財産」であり、社会経済環境の発展と密接な関係にあるといえる。特に、現在は経済環境の発展・変化が激しい。公の施設の中には、従来は行政財産・公の施設として扱うことが適切であったが、現在は、「普通財産」に近くなったものが増えたように思われる。そ

もそも撤退すべきではないかとの議論のある施設もある。公共性の考えも早いテンポで変わりつつある。指定管理者が行なっている公の施設の利用関係の設定は、契約と解すべきこととなっていくと思われる。

さらに、公私のパートナーシップ、官民競争入札など現実の急速な進展などがあげられる。

、 については、次の公の施設の管理を「私」に任せる関係を「契約」とすべき理由・必要性和共通するところであり、次節、 、 でみてみることにする。

また、地方独立行政法人制度の導入があげられる。

地方独立行政法人制度は国の独立行政法人制度に準じたものであり、「地方独立行政法人と利用者との間の利用関係については、国の独立行政法人の場合と同様に、私法上の契約関係に置かれる」⁸⁷こととなる。

地方独立行政法人法第21条第3項の水道事業などや第4項の社会福祉施設のように、従来から地方自治体が行ってもその利用関係が契約とされていたものとともに、公立の試験研究機関（第1項）や大学（第2項）も地方独立行政法人になれば、当該法人の利用関係は契約関係ということとなった。

そして、第5号に掲げる「公共的な施設」については（略）地方自治法第244条第1項で定める「公の施設」の定義と同一⁸⁸であるが、「地方独立行政法人が設置・管理する「公共的な施設」についての住民の利用関係が、「公の施設」の場合と異なり契約関係に置かれる」⁸⁹こととなる。

この「公共的な施設」の範囲は、政令で介護老人保健施設及び総務省令で定める規模以上の会議場施設、展示施設又は見本市場施設とされており、総務省令で定めるとの留保があるところであるが、会議室の利用関係は使用許可処分（公の施設）と契約（公共的な施設）のどちらにもなり得るシステムとなっている。

国においては、国立女性教育会館、国立美術館、国立博物館、日本スポーツ振興センターなど多くの独立行政法人が誕生しており、既に利用関係が私法上の契約関係とされたものはかなり多いところである。

最後に、利用関係を行政処分とした場合の住民にとって有利な点をみると、使用許可により利用者の地位が明確となる、行政事件訴訟により処分取消しを訴えられる、民事訴訟より解決までの時間が短いなどあげられる。

その反面、公定力、短い出訴期間、短期消滅時効など不利な点もあり有利不

⁸⁷ 吉川浩民・前掲注 43、28 頁

⁸⁸ 吉川浩民・前掲注 43、21 頁

⁸⁹ 吉川浩民・前掲注 43、29 頁

利は一概にはいえないところでもある。

行政のメリットとしては、行政側の判断で利用関係を設定・取消しでき、公定力が働くとともに、行政事件訴訟の排他的管轄となり、多量の関係を早期に安定させることができるなどである。

b) 公の施設の管理を「私」に任せる関係を「契約」とすべき理由・必要性

次に、公の施設の管理を「私」に任せる関係を「契約」とすべき理由・必要性をみてみる。

先に述べたが、これらは同時に、公の施設の利用関係を「契約」とする理由・必要性に繋がるものもあるところである。

まずは、公私のパートナーシップが重要であると思われることである。

地域が活力ある発展をしていくためには、地域が特色と魅力あるものを自らの意志と考えで作っていくことが大切で、前提として「適切な公私のパートナーシップ」の構築が必要であり、公の施設の管理を「私」に任せるにあたって、対等の協働関係が必要と思われる。

指定するものに、「公の施設の管理を行わせる」(地方自治法第244条の2第3項)という構成や「指示に従わないときその他当該指定管理者による管理を継続すること」を行政側が「適当でない」と認めるときは、「指定を取り消し」、又は業務の「停止を命ずることができる」という構成でいいのかが議論されるべきところと思われる。

このことは施設を利用する関係にもいえる。

そして、公の施設の管理を「私」に任せる際の視点としては、^a民間企業の市場原理に基づくノウハウを活かし管理運営費用を削減しようという「経済的効率性」と、^b市民やNPOなどが管理運営に加わるという「住民参加」の二つの視点があり、後者の視点については、更に公私のパートナーシップが重要と思われる。

現在は、公の施設の管理については、前者の「経済効率性」がもっぱら議論の中心であり、後者の「住民参加」はあまり議論されていないところである。

現在、パブリックコメント、住民投票、自治体基本条例というように、各方面において、様々な住民参加が積極的に行われ、住民の参加意識も高まっているところであり、公の施設の管理においても「住民参加」は今まで以上に重要になっていくものと思われ、適切なパートナーシップの構築は強い要請となっていくであろう。

コミュニティ施設の管理委託先が自治会やコミュニティ組織となっているケースも多く、指定という行政処分により、行政と地域組織が上下のような関係

となるのはどうだろう。

また、先に述べたが、埼玉県では「NPOと行政とが対等なパートナーシップを結び、協調・連携を進めていく」ことや、「行政サイドから過度な介入や干渉を行ったり」、「行政の補完や下請けと位置づけたりしない」ことに十分に留意することを求めているところである。

寄付などが少ない日本においては、NPOにとって、行政からの公の施設の管理委託料は重要な収入となるものであり、NPOの発展において公の施設の管理は重要なものとなっていく可能性がある。

行政の補完や下請けと位置付けることなく、NPOと行政が対等なパートナーシップを結び、協調・連携していくことが大切であると思われる。

地域が特色と魅力のあるものとなり、発展していくためには、市民やNPO等、様々な団体が自ら考え、多様な価値を創出していくことが重要となっていくと思われ、行政が、公の施設の管理を「私」に任せる関係を「契約」と捉えた方が適合的と考える。

そして、住民参加の視点からは、施設の利用関係も「契約」と捉えた方が適しているだろう。住民が公の施設を利用し、魅力と活力ある活動を行っていく上で、施設の使用を許可してもらうというのはあまり適しているとはいえないかもしれない。

営造物概念では、設置者と利用者は、利用させる、利用させてもらう関係であったが、公の施設になってもその傾向が残っているといえなくもない。

会館やコミュニティ施設の「使用許可」は、昭和38年に公の施設が創設され、同時に管理委託制度が設けられた時から、実態としては受託団体が行ってきたところである。公共性と長年の実績がある公共団体等にとっては、指定管理者制度は過度のシステムに感じられるところである。

また、今回の地方自治法改正により、指定管理者に民間企業を加えられ使用許可処分も行えることとなったが、既に民間企業が参加し一定の評価を得ているものもある（「3(3)イ)業務」参照）。さらに、「私」の評価に関しては、地方自治体が設置する保育施設では、使用許可は行わないものの、以前より民間企業が管理を行い、実績を重ねているところである。

今さら、行政処分で私に委譲する形をとるほどでもないようにも思われる。

また、公の施設も幅広であり、指定管理者制度が大げさすぎる施設もあるところである。

さらに、地方独立行政法人制度の導入があげられる。

「公共的な施設」については、住民の利用関係が「公の施設」の場合と異なり契約関係に置かれることになることなどから、「地方自治法第10章中、地方

独立行政法人における「公共的な施設」の設置・管理について必要な規定は、同法第 244 条第 2 項及び第 3 項のみと考えられ⁹⁰たため、これらの規定のみが地方独立行政法人法第 24 条により準用されている。

従って、「公共的な施設」の管理については、指定管理者制度によることなく、管理委託（契約）で構わなく、また委託先も制限がないところである。

このように、法で平等取扱いを定めれば、「公の施設」の管理についても「私」に任せる関係を「契約」としても差し支えないと思われる。

最後に、現実の急速な展開からの要請もあると思われる。

平成 19 年 4 月には、山口県美祢（みね）市に、P F I による刑務所（美祢社会復帰促進センター）が誕生する予定である。

そして、政府の規制改革・民間開放推進会議は、官民競争入札（市場化テスト）を検討中で、公共職業安定所（ハローワーク）と社会保険庁の業務が、平成 17 年度のモデル事業候補となっているという。

この市場化テストが成功すれば、多くの事例に波及することになり、公の施設も近い将来対象になる可能性もあり、指定管理者を公募しても、指定先がまた同じ外郭団体という訳にはいかななくなるかもしれない（イギリスの C C T であった、コスト削減のあまり質を疎かにしないよう、「客観的な数値で公共サービスを測定、評価する業績指標（Performance Indicators）」⁹¹のようなものを導入し十分配慮する必要はあるだろう。）

競争入札（市場化テスト）という市場原理の競争にまでさらし、民間が落札した場合には、「契約」とした方が適合的だろう。

その際は、公の施設の利用関係も「契約」と整理されるべきであろう。

使用許可を行政処分とする考えでも、権力的色彩は薄いと見る意見も多く、時代の要請により従来の考えが転換に迫られる時が来るかもしれない。

C) 提 言

公の施設という「財産」の問題は、社会経済環境の影響を受けるものであるが、社会経済が急速な速さで発展し、複雑化する現代にあつては、社会経済環境に適合させるための改革のスピードも早める必要が高まるだろう。

「行政の内容」は「憲法の定める国家体制のいかんにより、かつ、その時所における政治的・経済的・社会的・文化的諸条件に基づき、行政需要に照らし選択・決定されるのが通例」⁹²といわれる。

⁹⁰ 吉川浩民・前掲注 43、30 頁

⁹¹ 竹下謙、横田光雄、稲沢克祐、松井真理子共著『イギリスの政治行政システム』（ぎょうせい、2002 年）246 頁

⁹² 田中二郎・前掲注 2、14 頁以下

営造物時代には不可能であった管理委託が可能となり、また、委託先に第三セクターが加わるとともに、私人が使用料を自己の収入とすることが可能となった。そして、行政財産も民間企業への貸付が可能となり、更に指定管理者制度では民間企業も対象となるとともに、使用許可権限も行政以外に切り出すことが可能となった。

公の施設の管理を「私」に任せる関係も、私企業や住民、NPOが発意で行う私経済関係と認識すべきであり、ただ公益性が強いからある程度制約をかけるものと考えらるべきであろう。もはや公企業の特許（古典的）とはいえないであろう。様々な行為が規制を受けているのと同じと思われる。

公の施設の管理を「私」に任せる関係を「契約」とすべき理由は前述の通りである。

公の施設においては、指定管理者制度の導入により提供主体が多面的となったところであり、今後、この多様な提供主体が、行政と対等な協働関係のもと、多様な価値観をベースに、自らの意志と考えでサービスの向上を図るとともに、特色と魅力ある価値を創造していくことが期待され、Public Private Partnershipを進める上で重要な、対等な協働関係、適正な公私のパートナーシップの観点などから、公の施設の管理を「私」に任せる関係は、法令で平等取扱いを定めた上、「契約」とすべきことを提言する次第である。

また、公の施設の利用関係は、行政が優越的な地位に立ち一方的・権力的に行うものとは異なり、権力の行使を本質とするものではなく、またイコールフティングや“公私のパートナーシップという重要な視点”の要請などから、特別の定めがない限り、同種の法律関係は同様に扱い、一般私法規定及び私法原理の適用を認め、本来的には「契約」とすべきものと思われるが、解釈では困難を伴う施設もあるので、立法的解決を併せて提言するものである。

そして、先に述べたように、行政が行わなければならないものは、道路、河川、公立学校、公営住宅（入居許可）などのように法令等の特別の定めで変容させ行政が行うこととすればよいと思われる。

なお、行政財産は貸付けができない（地方自治法第238条の4第1項）とされる。

しかし、「公物をめぐる法律関係については、民事法上の原理・準則の適用排除が立法で規定され、または解釈論として主張される場合が少なくない（“公用物に民法入るべからず” 穂積八束）。しかしいずれにせよ日本の場合には、公物に関しておよそ民事法上の権利の存立の余地が否定される事態は稀である。従って、問題は基本的に、民事法の原理・準則のそれぞれについて、それが公物

にもそのまま適用されるのかという、相対的個別的な形で存在しているのであり、そのような問題に対し、公物の法律関係は公法関係であり、公法関係には民事法規定の適用はないというような抽象的な論定のみをもって答えるのは、妥当ではない⁹³とされるところである。

また、「本項は、行政財産に私法上の契約に基づき私権を設定することが、その本来の行政目的の達成を阻害するおそれがあるということから講じられている原則規定である。それゆえこの禁止は本質的・絶対的なものではなく、個別具体的な行政財産の行政目的達成に必要な限度における制限と理解されるべきであろう⁹⁴とされる。

同条第2項では、国、地方公共団体等に対する、行政財産の土地の貸付け及び地上権設定が認められ、4項で行政財産の目的外使用許可が認められているところである。

また、いわゆるPFI法が導入され、「公的な行政財産に私的な賃借権を設定するという、異質なものを組み合わせるハイブリッドな仕組みが採用され⁹⁵、行政財産の民間事業者への貸付けが可能となった（先述のように、国及び地方自治体に対する行政財産の土地の貸付けについては、既に、国有財産法18条1項但書や地方自治法238条の4第2項が規定しているところであった。）

さらに、行政財産の「目的外使用許可」に関してであるが、地方自治法の昭和38年改正及び国有財産法の昭和39年改正で、私法関係説を否定し、公法関係とする内容の改正がなされたが、なおこの立法措置によっても「行政財産については、全然、私権の成立の余地がないものとする結論を導き出すことは妥当とはいえないであろう。」⁹⁶という見解があるところである。

もっとも、会議室を数時間利用するといった契約は、しっかりとした権利を設定するものではなく、限定的なもので、地方自治法第238条の4第1項の行政財産の貸付け、私権の設定にあたるものではないであろう。⁹⁷

また、そもそも、行政財産とされるものも、現在では普通財産でいいと思われるものもある。「公有財産が行政財産と普通財産のいずれに分類されるかは専らその用途によって決められ、普通地方公共団体が内部処理として如何なる分

93 小早川光郎・前掲注2、158頁

94 稲葉馨「第2編 普通地方公共団体 第10章 公の施設」『注釈地方自治法』成田頼明ほか編（第一法規、2004年）4963頁

95 桜井敬子「行政法講座」自治実務セミナー Vol.43 No.3（第一法規、2004年）9頁

96 田中二郎・前掲注11、324頁

97 松本英昭・前掲注5、848頁には、地方自治法第238条の4第2項に関してだが、「目的外使用許可の外、例外的に行政財産である土地についての貸付け又はこれに対する地上権の設定の制度を導入した。これは、現実には、たとえば、庁舎等と民間施設とを合築して区分所有する場合（略）等が増加してきており、このような使用関係を一時的な使用を認める場合の取扱いである使用の許可で処理することは実情に沿わないばかりではなく、貸付け又は地上権の設定を認めることが土地の有効利用としてはむしろ好ましい」とあり、「貸付け」は、長期継続的な使用関係を想定している。

類をしているかは関係ないものと解すべき」とする判例もあるところではある（広島高判 昭和 55 年 6 月 23 日）。

そして、行政財産が貸付けできるかどうかという議論もさることながら、社会経済が著しいスピードで発展し複雑化している今日、また財政が厳しい状況の中、そして行政へのチェックが厳しくなっている現状においては、そもそも普通財産と行政財産の区分など、現在の行政の財産管理システム自体の改革が必要と思われる。行政財産と普通財産の区分の必要性は低くなっているのではないか。

議会の統制で十分ではないかとも思われるが、この点については将来の研究課題としたい。

(4) 小 括

“公私のパートナーシップ”という観点からは、公の施設の利用関係及び公の施設の管理を「私」に任せる関係を、対等な協力関係を前提とする「契約」と捉えることが適格的であろう。

なお、公の施設の利用関係を「契約」とした場合、審査請求に代わる第三者委員会を自治体に設けるなどの対応も必要であろう。

公の施設は幅が広く、今後「指定管理者制度によらない、契約による包括的な委託を探る動きは出てくると思われ、指定管理者制度は過渡的なあるいは限定的な制度である」⁹⁸と思われるところである。

更なる経済や社会、様々な住民活動の発展により、将来また改正される日が来ると思われる。

公の施設の管理・運営にあたっては効率性が喫緊の最重要課題であるが、Public Private Partnershipを進める上で重要な、適正な公私のパートナーシップの構築という視点も見落としてはならないことと思われる。

⁹⁸ 菅原敏夫「指定管理者制度の課題」地方自治職員研修 第37巻 No.9 通巻517号 公務職員研修協会(2004年)22頁

5 おわりに

「営造物」時代においては、事実行為は業務委託として民間に委託可能とされていたが、管理委託はできないものとされていた。

「公の施設」の概念が登場するとともに管理委託制度が導入されたが、行政処分などの権力的なものは委託できないとされていた。その結果、管理委託は業務委託をまとめたものと変わらないとの意見もあった。

実際に、地方公共団体が設置する保育所の運営については、「事実上の行為として、地方自治法（昭和 22 年法律第 67 号）第 244 条の 2 第 3 項の適用はなく、同項に規定する公の施設の管理受託者の要件を満たさない民間事業者にも当該業務を委託することは可能である」（平成 13 年 3 月 30 日付け、雇児保第 10 号）というものもあったところである。

他方、管理委託先である公共団体や第三セクターには、権力的色彩の強いものを委託できないとされていたが、実体としては必要にせまられ受託団体が使用許可を行っていたところである。

時代が変われば「行政」の中身も変わっていく。公の施設の歴史は、管理委託制度、利用料金制・料金承認制、管理委託先の拡大（第 3 セクター）、PFI 導入のための行政財産の民間貸付け、地方独立行政法人制度、指定管理者制度など、多くの変革の歴史であった。公の施設の改革の流れは、これからも続くことになるだろう。

Public Private Partnership を進める上で重要な、適正な公私のパートナーシップの観点などから、公の施設の管理を「私」に任せる関係は、現在の「指定」という行政処分ではなく、法令で平等取扱いを定めた上、「契約」とすべきことを提言する次第である。

また、公の施設の利用関係も、適正な公私のパートナーシップなどの観点から、特別の定めがない限り、本来的には「契約」とすべきものと思われ、解釈では困難を伴う施設もあるので、立法的解決を併せて提言するものである。

行政が行わなければならないものは、道路、河川、公立学校、公営住宅（入居許可）などのように法令等の特別の定めで変容させ、行政が行うこととすればよいと思われる。

一方、指定管理者制度については緒についたばかりであり各自治体も手探りの状態であるが、猶予期間も残り少なくなり間もなく各自治体の対応結果も出揃うこととなるだろう。

かなり多くの公の施設の指定管理者は従前の管理者と同じになると思われる。

施設の性格や地域性の問題により民間企業の進出が困難であるという理由や既存の管理団体には長年蓄積された高い能力があり競争力が高いという理由もあるが、公の施設における長年の大きな問題の一つは雇用の問題であった。

一部地方自治体では、相当の努力により外郭団体の統合、廃止、縮減を進めていると

ころではあるが、やはり非常に難しい問題である。

また、「3 指定管理者制度の現状」でみたように、指定管理者制度は透明性、公正性、競争性という時代の要請を満足させるには難しいもののようである。

現在かなり厳しい財政状況の自治体もあるところであり、またインタビューした範囲では民間企業の指定管理者の評価も高いようであり、政府が検討している市場化テストが成功すれば公の施設の管理もその影響を受けるとも思われる。

また、民間企業について高い評価が定まれるならば、様々な指定管理者制度の改革要望が出されるであろう。

自治体財政に固定費として大きな影響を与えている公の施設の管理制度は、また新たな段階へ移ることになるだろう。

最後に、本リサーチペーパーを作成するにあたり、多大な御指導をいただきました小早川光郎教授に深く感謝申し上げますとともに、インタビューに快く応じていただいた多くの方々に厚く御礼申し上げます次第である。

平成16年12月22日

東京大学大学院 修士課程
法学政治学研究科
公法専攻 公共政策専修コース

高 木 利 光