

公の施設の指定管理者制度と行政手続

甲南大学法科大学院教授 石井 昇

1 はじめに

公の施設に関する指定管理者制度は、平成15年法律第81号による地方自治法改正で導入された。すなわち、地方自治法244条の2第3項は、改正前においては、「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の団体に委託することができる。」と規定されていたところ、平成15年改正で、「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。」と改められた。この規定改正により、公の施設に関して指定管理者制度が導入された。

住民らが駐輪場の指定管理者指定処分の取消しを求めた住民訴訟に関する大阪地判平成18年9月14日判タ1236号201頁は、指定管理者の指定制度に関して、①民間事業者が有するノウハウを活用して住民ニーズに効率的に対応し、自治体による直接管理よりも一層向上したサービスを住民が享受できるようにすることを目的とする制度である、②指定管理者には、公の施設が本来の目的を達成できるようにするため、当該公の施設の使用許可処分等も含めた管理権限が委任されている（地方自治法244条2

項括弧書は、指定管理者が指定された場合には、当該指定管理者が当該公の施設の使用許可等の処分権限を有することを前提としている）、③指定管理者の有する管理権限は、当該施設・附属設備の維持・修繕、使用関係の規制等、公の施設が本来の目的を達成させるために行われる管理一般に幅広く及ぶ、と判示している。

公の施設に関する指定管理者制度の運用については、地方自治法252条の17の5に基づく助言として都道府県知事・指定都市市長等宛になされた平成22年12月28日総務省自治行政局長通知（総行経第38号）「指定管理者制度の運用について」¹⁾で、次のことが指摘されている。

(1) 指定管理者制度については、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に活用できる制度であり、個々の施設に対し、指定管理者制度を導入するかしないかを含め、幅広く地方公共団体の自主性に委ねる制度となっていること。

(2) 指定管理者制度は、公共サービスの水準の確保という要請を果たす最も適切なサービスの提供者を、議会の議決を経て指定するものであり、単なる価格競争による入札とは異なるものであること。

(3) 指定管理者による管理が適切に行われているかどうかを定期的に見直す機会を設けるため、指定管理者の指定は、期間を定めて行うものとしてされている（自治244条の2第5項）。この期間については、法令上具体的定めはないものであり、公の施設の適切かつ安定的な運営の要請も勘案し、各

1) http://www.soumu.go.jp/main_content/000096783.pdf

地方公共団体において、施設の設置目的や実情等を踏まえて指定期間を定めること²⁾。

(4) 指定管理者の指定の申請にあたっては、住民サービスを効果的・効率的に提供するため、サービスの提供者を民間事業者等から幅広く求めることに意義があり、複数の申請者に事業計画書を提出させることが望ましい。一方で、利用者や住民からの評価等を踏まえ同一事業者を再び指定している例もあり、各地方公共団体において施設の態様等に応じて適切に選定を行うこと。

(5) 指定管理者制度を活用した場合でも、住民の安全確保に十分に配慮するとともに、指定管理者との協定等には、施設の種別に応じた必要な体制に関する事項、リスク分担に関する事項、損害賠償責任保険等の加入に関する事項等の具体的事項をあらかじめ盛り込むことが望ましいこと。

(6) 指定管理者が労働法令を遵守することは当然であり、指定管理者の選定にあたっては、指定管理者において労働法令の遵守や雇用・労働条件への適切な配慮がなされるよう、留意すること。

(7) 指定管理者の選定の際に情報管理体制のチェックを行うこと等により、個人情報適切に保護されるよう配慮すること。

(8) 指定期間が複数年度にわたり、かつ、地方公共団体から指定管理者に対して委託料を支出することが確実に見込まれる場合には、債務負担行為を設定すること。

そして、総務省は、上記各項目に関連して、平成27年4月1日時点における各地方公共団体の指定管理者制度の導入状況等を調査している³⁾。

(1) 指定管理者制度が導入されている施設数は、都道府県・指定都市・市町村併せて約7万6千800施設であり、平成24年4月1日時点の調査（以下「前回調査」）より約3千300施設増加している。

(2) 約4割の施設で民間企業等（株式会社、NPO

法人、学校法人、医療法人等）が指定管理者になっており、前回調査より、都道府県・指定都市・市町村併せて4.3%増加している。

(3) 指定期間は長期化の傾向にあり、前回の指定期間よりも長い施設が約2割あり、指定期間5年の割合が65%で、前回調査より9.3%増加している。

(4) 公募は、都道府県の約6割、指定都市の約7割、市区町村の約4割で実施されており、前回調査より都道府県・指定都市・市町村併せて2.7%増加している。

(5) 選定基準は、複数回答可という条件で、「サービス向上」96.5%、「業務遂行能力」94.3%、「管理経費の節減」93.8%、「施設の平等な利用の確保」91.7%で、いずれの項目も前回調査からポイントを増やしている。

(6) 指定管理者の評価は、都道府県では100%、指定都市では95.5%実施しており、全体でも約8割の施設で実施している。

(7) リスク分担（必要な体制の整備、地方公共団体への損害賠償、利用者への損害賠償等）について、約9割の施設で選定時や協定等に提示されている。いずれの項目についても、前回調査よりポイントを増やしている。

(8) 労働法令の遵守や雇用・労働条件への配慮について、約7割の施設で選定時や協定等に提示されており、前回調査より4.8%増加している。

(9) 個人情報保護への配慮規定について、9割以上の施設で選定時や協定等に提示されており、前回調査より1.0%増加している。

(10) 指定管理者の指定の取消し・業務の停止・指定管理の取りやめは、平成24年4月2日～平成27年4月1日の期間で約2千300施設あり、前回調査より107施設減少している。

公の施設に関する指定管理者制度の運用について、総務省通知（地方自治法252条の17の5に基

2) 地方自治法244条の2第5項「指定管理者の指定は、期間を定めて行うものとする。」

3) http://www.soumu.go.jp/main_content/000404851.pdf

づく助言)と関連する調査結果は以上の通りである。

この小論では、公の施設に関する指定管理者制度と行政手続法・行政手続条例との関係について検討する。以下では、まず同条の定める指定管理者の指定自体の法的性質について検討し(2)、次いで指定管理者の行う処分・行政指導に行政手続条例は適用されるかについて検討する(3・4)。

2 指定管理者の指定の法的性質

1 指定管理者の指定と「申請に対する処分」

地方自治法244条の2第3項の定める指定管理者の指定それ自体が、処分であることに疑問はない⁴⁾。指定管理者の指定は、行政手続法・行政手続条例が適用される処分に当たるか。

指定管理者の指定は、地方自治法244条の2第3項により、「条例の定めるところにより」なされるのであり、同条4項により、「前項の条例には、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を定めるものとする」と規定されていることから、指定管理者の指定について行政手続法が適用される余地はないと解される(行手3条3項)⁵⁾。

指定管理者の指定について、行政手続条例は適用されるか。ここでは、大阪市行政手続条例と神戸市行政手続条例について検討することとする。大阪市行政手続条例は、その第3条で、「処分又は行政指導で行政手続法第3条第1項各号のいずれかに該当するものについては、次章から第5章までの規定(「申請に対する処分」「不利益処分」「行政処分」「処分等の求め」(引用者注))は、適用しない。」と規

定し、神戸市行政手続条例3条1項は、「処分又は行政指導で法(=行政手続法(引用者注))第3条第1項各号に掲げるものについては、次章から第4章の2までの規定(「申請に対する処分」「不利益処分」「行政指導」「処分等の求め」(引用者注))は、適用しない。」と規定する。ここで問題となる定めは、行政手続法3条1項3号「…議会の議決を経て…されるべきものとされている処分」である。指定管理者の指定については、地方自治法244条の2第6項で「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」と定められており、大阪市行政手続条例・神戸市行政手続条例の第2章「申請に対する処分」の諸規定は適用されない。

2 指定管理者の指定に関する審査基準について

指定管理者の指定に関して、指定管理者候補者選定委員会(以下「選定委員会」)で指定管理者の候補者を選定し、議会の議決を経て、指定管理者を選定することになる(自治244条の2第6項)。

指定管理者の指定の運用に関して内部的な指針を定める場合に、行政手続条例上の「意見公募手続」を執る必要があるか。大阪市行政手続条例(平成27年4月1日施行のもの)のように、行政手続条例に「意見公募手続等」が定められていないときには、こうした問題はそもそも生じないが、神戸市行政手続条例のように、行政手続条例中に「意見公募手続等」の定めが置かれているときには、上記の点が問題となり得る。

指定管理者の候補者について公募にするか非公募(公募外・随意選定)にするかの決定の内部的指針、選定委員会で指定管理者の候補者を選定する基準は、指定管理者の指定制度を運用するに当たって非

4) 川崎市が市立保育園の指定管理者として社会福祉法人を指定したことに對して、当該保育園に入所している児童とその保護者らが提起した取消訴訟について、横浜地判平成21年7月15日において、児童とその保護者らの原告適格を肯定しつつ請求を棄却するが、その中で、指定管理者の指定について次のように判示する。「保育所についての指定管理者の指定…は、当該指定管理者が児童福祉法24条1項の規定による保育の実施等を行う主体となる(本件条例施行規則8条)ことになるから、このことは現に当該保育所で実施されている保育の内容やその実施態勢に影響を与えることが予定されているといえる。そして、当該保育所において現に保育の実施を受けている児童及び保護者にとっては、上記のように法的に保護された保育所の利用関係に影響を与えるものといえ」る。

5) 塩野宏=高木光「条解行政手続法」(弘文堂、平成12年)86頁

常に重要な要素である。こうした内部的指針・基準を定める場合に、行政手続条例上の「意見公募手続」を執る必要はない。

神戸市行政手続条例第6章「意見公募手続等」は、「規則等」を定める場合に適用されるが、「規則等」には、「審査基準」（同条例2項10号イ：法規申請により求められた許可等（条例等⁶⁾に基づき、行政庁の許可、承認、登録その他の自己に対し何らかの利益を付与する処分（同条例2条5号））をどうかをその法令又は条例等の定めに従って判断するために必要とされる基準）が含まれる。もちろん、選定委員会が行う指定管理者の候補者の選定それ自体は「許可等」（同条例2条5号）ではないが、指定管理者の指定は、条例等に基づき自己に対し利益を付与する処分に当たり、「許可等」に該当すると解される。そして、指定管理者の候補者について公募にするか非公募にするかの決定、選定委員会が行う指定管理者の候補者の選定は、議会の議決を経てなされる指定管理者の指定の不可欠の前提である（神戸市の場合、この点は「公の施設の指定管理者制度運用指針」（平成28年10月改訂）1・3(2)で明示されている。）。

指定管理者の候補者について公募にするか非公募にするかの決定、選定委員会が行う指定管理者の候補者の選定も指定管理者の指定制度の一環であり、指定管理者の指定と密接不可分に関わる事項であることから、指定管理者の候補者について公募にする

か非公募にするかの決定の内部的指針、選定委員会が行う指定管理者の候補者を選定する基準も「審査基準」の内容をなすものであり、「審査基準」の一種であると解するのが妥当であろう。

神戸市行政手続条例3条2項⁷⁾は、第6章の適用除外を定めるが、指定管理者の指定に関する審査基準は、明示的には同条例3条2項各号に含まれていない。ただし、前述したように、指定管理者の指定には、神戸市行政手続条例第2章「申請に対する処分」の諸規定は適用されないことから、同条例4条「審査基準」の規定の適用はなく、同条3項によってその審査基準を公にする義務はないことになる。指定管理者の指定に関する審査基準が公にされない場合には、同条例3条2項5号（「審査基準、処分基準又は行政指導指針であって、法令若しくは条例等の規定により若しくは慣行として、又は規則等を定める機関の判断により公にされるもの以外のもの」）により第6章の適用除外となる。

この点に関して、神戸市の状況を概観する。神戸市においては、指定管理者の候補者について公募にするか非公募にするかの決定の内部的指針は、前述の「公の施設の指定管理者制度運用指針」3で公表されており、また応募要領に記載すべき事項として、選定方法（選定基準等）が定められている（公の施設の指定管理者制度運用マニュアル（平成28年12月1日改訂）8.3.7）。神戸市においては、指定管理者の候補者について公募にするか非公募にするかの

- 6) 神戸市行政手続条例でいう「条例等」とは、同条例2条1号によると、条例及び条例に基づく執行機関の規則（地方自治法第138条の4第2項に規定する規程を含む。）をいう。
- 7) 神戸市行政手続条例3条2項 次に掲げる規則等を定める行為については、第6章の規定は、適用しない。
 - (1) 条例の施行期日について定める規則
 - (2) 規則又は告示を定める行為が処分に該当する場合における当該規則又は告示
 - (3) 法令又は条例の規定に基づき施設、区間、地域その他これらに類するものを指定する規則又は告示
 - (4) 本市職員の給与、勤務時間その他の勤務条件について定める規則等
 - (5) 審査基準、処分基準又は行政指導指針であって、法令若しくは条例等の規定により若しくは慣行として、又は規則等を定める機関の判断により公にされるもの以外のもの
 - (6) 本市の機関の設置、所掌事務の範囲その他の組織について定める規則等
 - (7) 本市職員の礼式、服制、研修、教育訓練、表彰及び報償並びに本市職員の間における競争試験について定める規則等
 - (8) 本市の予算、決算及び会計について定める規則等（入札の参加者の資格、入札保証金その他の本市の契約の相手方になろうとする者に係る事項を定める規則等を除く。）並びに本市の財産及び物品の管理について定める規則等（本市が財産及び物品を貸し付け、交換し、売り払い、譲与し、信託し、若しくは出資の目的とし、又はこれらに私権を設定することについて定める規則等であって、これらの行為の相手方又は相手方になろうとする者に係る事項を定めるものを除く。）

決定の内部的指針、選定委員会が行う指定管理者の候補者を選定する基準ともに公にされていることから、それらの内部的指針・基準は、上述のとおり指定管理者の指定に関する「審査基準」の内容をなすものであり、行政手続条例第6章「意見公募手続等」の適用除外とはならないものと解される。

3 指定管理者の指定の取消し・業務停止について

上述した総務省の指定管理者制度導入状況等に関する調査結果でも言及されていたが、指定管理者の指定の取消し・業務停止が実際に行われている。より詳細にみると、平成24年4月2日～平成27年4月1日の期間で、指定の取消しは全体で696施設（都道府県66施設、指定都市51施設、市町村579施設）、業務停止は全体で47施設（都道府県なし、指定都市なし、市町村47施設）である。

地方自治法244条の2第11項には、公の施設に関する指定管理者の指定の取消し（撤回）と業務停止について、「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認めるときは、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。」と規定する。指定管理者の指定の場合（自治244条の2第6項）と異なり、指定の取消し（撤回）・業務停止については、事前の議会の議決を必要とせず、地方自治法244条の2第11項に基づく普通地方公共団体の機関による不利益処分であり、行政手続法第3章が適用される。

すなわち、緊急に不利益処分をする必要（行手13条2項1号）が問題とならない限り、指定管理者の指定の取消し（撤回）は、行政手続法13条1項1号イに該当することから、聴聞手続を執る必要があり、業務停止については、弁明手続を執ることを要

する（行手13条1項2号）とともに、行政手続法14条1項本文により、理由の提示を必要とする。

4 指定管理者の指定は住民訴訟の対象となる財務会計上の行為か

「**1** はじめに」で言及した、住民らが駐輪場の指定管理者指定処分の取消しを求めた住民訴訟に関する大阪地判平成18年9月14日判タ1236号201頁は、財務会計上の行為のうち「財産の管理」とは、当該財産としての財産的価値に着目し、その価値の維持・保全を図る財務的処理を直接の目的とする財産管理行為がこれに該当すると解され（最判平成2年4月12日民集44巻3号431頁）、指定管理者制度は、公の施設の管理を指定管理者に行わせることにより、民間事業者が有するノウハウを活用して多様化する住民ニーズに効率的に対応し、これにより地方公共団体が自ら管理するよりも一層向上したサービスを住民が享受できるようにすることを目的とする制度であり（自治244条の2参照）、指定管理者には、公の施設が本来の目的を達成できるようにするため、当該公の施設の使用許可処分等も含めた管理権限が委任されており、指定管理者の有する管理権限は、当該施設ないし附属設備の維持・修繕、使用関係の規制等、公の施設が本来の目的を達成させるために行われる管理一般に幅広く及ぶものであり、したがって、指定管理者の指定自体は、公共用物設置の目的を達成するために行う行政管理的行為であって、当該公共用物の財産的価値の維持・保全を図る財務的処理を直接の目的とする財務会計上の行為には当たらないとして、指定管理者指定処分の取消請求を却下した。

このように大阪地裁平成18年9月14日判決は、指定管理者の指定自体は、当該公の施設の財産的価値に着目し、その価値の維持・保全を図る財務的

8) 指定管理者の指定自体が財務会計上の行為に当たるかに関する裁判例は、本件判決以外に見いだすことができなかった。これは、おそらく指定管理者をめぐって住民訴訟で争う場合に、自治体と指定管理者との間で締結される協定＝契約、当該協定に基づく指定管理料の支払など、明らかに財務会計上の行為に当たるものが幾つもあることから、指定管理者の指定自体を問題にしなればならないケースがあまりないからであろうと推測される。

処理を直接の目的とする財産管理行為には当たらず、住民監査請求・住民訴訟の対象となる財務会計上の行為には該当しない、と判示している⁸⁾。

3 指定管理者の行う処分に行政手続条例は適用されるか

指定管理者は、公の施設について、使用許可処分、使用許可申請拒否処分、使用許可処分の撤回等を行うことが予定されている。指定管理者が行う上記処分について行政手続条例は適用されるか。

1 指定管理者は行政手続条例上の行政庁か

(1) 行政手続条例中で「行政庁」が定義され、その中に指定管理者も含むとするもの

「処分」の定義を定める大阪市行政手続条例2条3号は、「行政庁（本市の機関⁹⁾に該当するもの及び法律の規定に基づく本市の行政上の事務について当該法律に基づきその全部又は一部を行わせるものとして本市の機関から指定を受けたものに限る。以下同じ。）の処分その他公権力の行使に当たる行為をいう。」と定める。本規定によれば、指定管理者も「行政庁」に該当することとなり、指定管理者の行う処分につき大阪市行政手続条例が適用されることになる。

これに類似する定めとして、「市長等」の定義規定を置く条例がある。「市長等」の定義を定める横須賀市行政手続条例2条4号は、「処分権限を有する市の機関、地方自治法第244条の2第3項に規定する指定管理者（以下「指定管理者」という。）及び議会をいう。」との定めを置き、「市長等」に指定

管理者が含まれることを明示している。

(2) 行政手続条例中に「行政庁」の定義がなされていないもの

神戸市行政手続条例には、「行政庁」の定義規定が置かれていない。したがって、こうした条例においては、指定管理者が行政手続条例における「行政庁」に含まれるか否かについて明示的な規定がない。また神戸市には個別施設毎の条例（例 神戸文化ホール条例・神戸市立区民センター条例・神戸市都市公園条例等）があり、その条例中に公の施設利用に関する指定管理者の許可制を定める規定は置かれているが¹⁰⁾、指定管理者が実施すべき手続に関する規定はない。指定管理者一般に適用される施設横断的な条例も制定されていない。

しかし、指定管理者が行政手続条例上の「行政庁」に含まれるか明確でない場合でも、指定管理者が処分（使用許可取消（撤回）処分等の「不利益処分」、使用許可申請拒否処分等の「申請に対する処分」）を行う限りにおいて、一般的な「行政庁」概念からみて¹¹⁾、指定管理者は、行政手続条例上の「行政庁」に当たると解される。また、公の施設に関する上記のような処分がその名宛人の権利・利益に対して大きな影響を与えるという実質的な観点からも、処分主体が誰であれ適正な手続で処分は行われるべきである¹²⁾。

指定管理者が行政手続条例上の「行政庁」に含まれるか明確でない場合に、指定管理者が公の施設の利用業務として使用許可（申請拒否）処分、使用許

9) 大阪市行政手続条例中の「本市の機関」とは、同条例2条6号「地方自治法第2編第7章の規定に基づいて設置される本市の執行機関、消防局（消防署を含む。）、交通局若しくは水道局若しくはこれらに置かれる機関又はこれらの機関の職員であって法令若しくは条例等において独立に権限を行使することを認められた職員をいう。」と規定されている。

10) 神戸文化ホール条例4条1項、神戸市立区民センター条例6条1項、神戸市都市公園条例4条1項

11) 人見剛「公権力・公益の担い手の拡散に関する一考察」公法研究70号177頁は、「『行政庁』…などの作用法的・救済法的概念は、その主体の如何、すなわち組織法上の行政主体であろうが私人であろうがその制度的に予定された規律すなわち行政手続法の規範や行政訴訟法の統制対象となるという射程を有している」と述べている。

12) なお、従来、指定管理者が行った不利益処分（使用許可取消処分）の取消訴訟において、聴聞や意見陳述手続が問題とされた裁判例はないようである。

可取消処分等の処分をする限りで、「行政庁」に当たると解し、行政手続条例が適用されると解される¹³⁾¹⁴⁾。

2 聴聞・弁明手続を実施するのは誰か

指定管理者が使用許可取消（撤回）等の不利益処分を行うとき、聴聞・弁明手続を実施するのは指定管理者か市の機関か。この点は、指定管理者が行政手続条例における「行政庁」に含まれるか否かについて明示的な規定のない場合だけでなく、行政手続条例における「行政庁」・「市長等」に指定管理者が含まれる場合でも問題となり得る。

大阪市行政手続条例には、聴聞・弁明手続を実施する主体について明示的な規定がない。聴聞・弁明手続の実施機関について明示的な規定が置かれていないことから、当然に指定管理者自身が聴聞・弁明手続を実施するように思われるが、その実際の運用は明らかでない。

これに対して、横須賀市行政手続条例12条は、次のように定める。

横須賀市行政手続条例12条① 市長等は、不利益処分をしようとするときは、次の各号の区分に従い、この章の定めるところにより、当該不利益処分の名宛人となるべき者について、当該各号に定める意見陳述のための手続をとらなければならない。

(1) 次のいずれかに該当するとき 聴聞

ア～ウ 略

(2) 前号アからウまでのいずれにも該当しないとき 弁明の機会の付与

② 次の各号のいずれかに該当するときは、前項の規定は適用しない。

(1) ～ (5) 略

③ 第1項の規定にかかわらず、指定管理者による不利益処分に係る同項各号に規定する手続は、市の機関が行うものとする。

つまり、横須賀市行政手続条例12条3項は、指定管理者による不利益処分に係る聴聞・弁明手続は、市の機関が行うものとする。

4 指定管理者の行う行政指導について

1 行政指導の定義

大阪市行政手続条例2条7号は、「行政指導」について、「本市の機関がその任務又は所掌事務の範囲内において一定の行政目的を実現するため特定の者に一定の作為又は不作為を求める指導、勧告、助言その他の行為であって処分に該当しないものをいう。」と定義する。そして「本市の機関」とは、同条6号によると、「地方自治法第2編第7章の規定に基づいて設置される本市の執行機関、消防局（消防署を含む。）、交通局若しくは水道局若しくはこれらに置かれる機関又はこれらの機関の職員であって法令若しくは条例等において独立に権限を行使することを認められた職員をいう。」とされている。

神戸市行政手続条例2条8号は、「行政指導」について、「本市の機関（議会を除く。以下同じ。）がその任務又は所掌事務の範囲内において一定の行政目的を実現するため特定の者に一定の作為又は不作為を求める指導、勧告、助言その他の行為であって処分又は法令処分に該当しないものをいう。」と定義する。神戸市行政手続条例には、「本市の機関」の定義規定は置かれていないが、「本市の機関」に指定管理者が含まれないことは明らかであろう。

つまり、大阪市行政手続条例・神戸市行政手続条例ともに、指定管理者が行政指導を行う場合に

13) 人見・前掲論文177頁、米丸恒治「『民』による権力行使」小林武・見上崇洋・安本典夫「『民』による行政」（法律文化社、平成17年）70頁、総務省行政管理局『逐条解説行政手続法[増補新判]』（ぎょうせい、平成14年）13頁

14) 公の施設に関する指定管理者による使用許可処分取消（撤回）処分は条例で規定されていないが、公の施設に関する指定管理者の許可制が条例で定められていることから、その取消（撤回）処分も、「処分（その根拠となる規定が条例又は規則に置かれているもの）」（行手3条3項）に当たる。

いて、行政手続条例の適用を予定していない。

これに対して、横須賀市行政手続条例2条8号は、「行政指導」について、「市の機関及び指定管理者（以下「市の機関等」という。）がその任務又は所掌事務の範囲内において一定の行政目的を実現するため、特定の者に一定の作為又は不作為を求める指導、勧告、助言その他の行為であって処分に該当しないものをいう。」と定義し、指定管理者が行政指導を行う場合について、行政手続条例の行政指導に関する定めを適用を予定している。

横須賀市行政手続条例の行政指導に関する定めは、基本的に行政手続法の行政指導に関する定めと同一であるが、指定管理者に関連する特徴的な規定として¹⁵⁾、35条（行政指導の事実等の公表）と36条（行政指導の中止等の求め）を挙げることができる（下線は筆者による）。

横須賀市行政手続条例35条（行政指導の事実等の公表）① 市の機関等は、市民生活の安全の確保、自然環境等の保全、災害の防止その他公益上重要な事項を目的とする行政指導にあっては、当該行政指導に相手方の協力が得られない場合において、市民に不利益を与えるおそれがあると認めるときその他公益を著しく害するおそれがあるときは、行政指導の事実その他必要な事項を公表することができる。

② 指定管理者は、市の機関に対し、前項の規定による公表を依頼するものとする。

36条（行政指導の中止等の求め）① 法令に違反する行為の是正を求める行政指導（その根拠となる規定が法律、神奈川県条例又は本市の条例に置かれているものに限る。）の相手方は、当該行政指導が当該法律、神奈川県条例又は本市の条例に規定する要件に適合しないと料るときは、当該行政指導をした市の機関等に対し、その

旨を申し出て、当該行政指導の中止その他必要な措置をとることを求めることができる。ただし、当該行政指導がその相手方について弁明その他意見陳述のための手続を経てされたものであるときは、この限りでない。

② 前項の申出は、次に掲げる事項を記載した申出書を提出してしなければならない。

(1)～(6) 略

③ 当該市の機関等は、第1項の規定による申出があったときは、必要な調査を行い、当該行政指導が当該法律、神奈川県条例又は本市の条例に規定する要件に適合しないと認めるときは、当該行政指導の中止その他必要な措置をとらなければならない。

④ 前項の規定により、当該行政指導の中止その他必要な措置をとる場合を除き、市の機関等は、当該行政指導に対する措置等について第38条に規定する審議会の意見を聴かななければならない。

⑤ 指定管理者は、市の機関に対し、前項の規定による諮問を依頼するものとする。

⑥ 市の機関等は、第38条に規定する審議会が前2項の規定による諮問について当該行政指導が当該法律、神奈川県条例又は本市の条例に規定する要件に適合しないと料るときは、これを尊重して当該行政指導の中止その他必要な措置をとらなければならない。

2 行政手続条例が適用されない指定管理者による行政指導

指定管理者は、公の施設の本来の目的を達成するために、当該公の施設の管理権限を有する。そうした公の施設の管理を適切かつ円滑に遂行するため、必要があると認めるときは、行政指導をすることができる（参照：横須賀市行政手続条例

15) その他の特徴的な規定として、29条（行政指導の実施）「市の機関等は、その任務又は所掌事務を適切かつ円滑に遂行するため、必要があると認めるときは、行政指導をすることができる。」、31条（申請に関連する行政指導）2項「前項の規定は、当該申請者が行政指導に従わないことにより公益を著しく害するおそれがある場合に、当該行政指導に携わる者が当該行政指導を継続することを妨げない。」

29条¹⁶⁾。

行政指導は指定管理者によってもなされることを前提にすると、それに行政手続条例の定めが適用されないのは立法政策的に適切でなく、横須賀市行政手続条例のように、指定管理者による行政指導にも行政手続条例が適用されることを明示的に定める方が望ましい。当面そうした立法上の不備について解釈論で対処するため、指定管理者の行う行政指導について行政手続条例が類推適用されると解するのが妥当であろう。

5 結びに代えて

1 指定管理者の指定について、地方自治法244条の2第6項で「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」と定められており、大阪市行政手続条例・神戸市行政手続条例の第2章「申請に対する処分」の諸規定は適用されない。

2 指定管理者の候補者について公募にするか非公募にするかの決定の内部的指針、選定委員会が行う指定管理者の候補者を選定する基準は、指定管理者の指定に関する「審査基準」の内容をなすものであり、それらが実際の運用において公にされている限り、行政手続条例「意見公募手続等」の適用除外とはならない。

3 地方自治法244条の2第11項に基づく指定管理者の指定の取消し（撤回）は、行政手続法13条1項1号イに該当することから、緊急に不利益処分をする必要（行手13条2項1号）が問題とならない限り、聴聞手続を執る必要があり、業務停止については、弁明手続を執ることを要する（行手13条1項2号）とともに、行政手続法14条1項本文により、理由の提示を必要とする。

4 指定管理者の指定自体は、当該公の施設の財産的価値に着目し、その価値の維持・保全を図る財

務的処理を直接の目的とする財産管理行為には当たらず、住民監査請求・住民訴訟の対象となる財務会計上の行為には該当しないとの裁判例がある。

5 指定管理者が行政手続条例上の「行政庁」に含まれるか明確でない場合に、指定管理者が公の施設の管理業務として使用許可（申請拒否）処分、使用許可取消処分等の処分をする限りで、「行政庁」に当たると解し、行政手続条例が適用される。

6 指定管理者が使用許可取消し（撤回）等の不利益処分を行うとき、聴聞・弁明手続を実施するのは指定管理者か市の機関かについて、聴聞・弁明手続の実施機関について明示的な規定が置かれていない場合、当然に指定管理者自身が聴聞・弁明手続を実施するように思われるが、その実際の運用は明らかでない。

7 行政手続条例における行政指導の定義から、指定管理者の行う行政指導について、行政手続条例の適用を予定していないときでも、公の施設の管理を適切・円滑に遂行するため、行政指導は指定管理者によってもなされることを前提にすると、それに行政手続条例の定めが適用されないのは立法政策的に適切でない。当面そうした立法上の不備について解釈論で対処するため、指定管理者の行う行政指導について行政手続条例が類推適用されると解するのが妥当であろう。

16) 本稿注15参照。