

指定管理者制度 15 年の法的検証

板垣 勝彦

I 問題意識

「住民の福祉を増進する目的をもつてその利用に供するための施設」のことを、公の施設とよぶ（地方自治法 244 条 1 項）¹⁾。公の施設（本稿では、「公共施設」ということもある。）²⁾の維持・管理は、地方自治法が 1 つの章を設けて規定する重要な事務である。しかし、その財政的な負担が、特に小規模な市町村には重くのしかかっていることも、正面から受け止めなければならない。「平成の大合併」の 1 つの要因が、公の施設の整理・統合による効率化にあっ

1) 稲葉馨「公の施設法制と指定管理者制度」法学 67 卷 5 号（2002）685 頁、成田頼明（監修）『指定管理者制度のすべて〔改訂版〕』第一法規（2009）、三野靖「公の施設における指定管理者制度と公共性確保ルール」自治総研 440 号（2015）1 頁、長岡丈道「指定管理者制度本格施行から 10 年目の現状と課題」地方自治 824 号（2016）61 頁、板垣勝彦＝市川敏之＝伊藤久雄＝太田雅幸＝幸田雅治「パネルディスカッション」『指定管理者制度のあり方～公共性の観点からの検証～記録・資料集』指定管理者基本条例研究班（公益財団法人日弁連法務研究財団第 105 号研究）（2018）31 頁、正木祐輔「指定管理者制度とその運用」ジュリスト 1533 号（2019）39 頁。

2) ほほ同義であるが、地方自治法では「公の施設」、PFI 法では「公共施設」が用いられていることから、本稿では文脈に合わせて使い分けることにする。

たこと、不必要な公の施設の建設が市町村の財政破綻の原因となる事例が少ないことを思えば、公の施設の効率的な維持・管理は、喫緊の課題である。普通地方公共団体は、公の施設の維持・管理に費やされるコストを削減したり(経済性)、幅広く民間事業者のノウハウを活用して利用者にとってのサービス向上に努める(専門性)という目的から、公の施設の管理を、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」(指定管理者)に外部委託することができる(同法 244 条の 2 第 3 項)。指定管理者は平成 15 年の地方自治法改正で設けられた制度であり、それまでの管理委託制度とは異なって、営利を目的とする株式会社であっても指定を受けられることが特徴である³⁾。指定管理者には、公の施設の利用許可・不許可処分という形で、行政処分を行う権限が認められた点(参照、同法 244 条の 4)においても、わが国の公私協働・民間委託(PPP: Public Private Partnership)の歴史の中で画期的な出来事であった。

こうした指定管理者制度が始まってから、15 年が経つ。3 年ごとに総務省が行っている『公の施設の指定管理者制度の導入状況等に関する調査』によれば、平成 30 年 4 月 1 日現在、指定管理者制度が導入されている施設は 76,268 に上り(前回平成 27 年 4 月 1 日調査時は 76,788 施設であったので、初めて減少したことになる。以下、平成 27 年の調査について本稿で言及するときは、「前回調査時」とする。)、そのうち民間事業者が指定管理者となっているのは 40.0% (前回調査時は 37.5%) である⁴⁾。本稿では、すっかり自治体実務に定着した感のある指定管理者制度が、この 15 年間で果たしてきた役割と今後の課題について、総務省の調査結果、筆者が行ったヒアリング、下級審判例の分析など

3) 管理委託制度との具体的な相違点については、成田監修・前掲 85 頁。

4) 総務省『公の施設の指定管理者制度の導入状況等に関する調査結果』(平成 30 年 4 月 1 日現在)より(令和元年 5 月 17 日公表)。調査項目は、「指定管理者制度の運用について」(平成 22 年 12 月 28 日総行経第 38 号)による。

を通じて、PFI（コンセッション方式を含む。）との比較も交えながら考察することとする。

II 指定管理者制度の概要

1 公の施設の維持・管理

指定管理者制度の特徴は、何よりもまず、民間事業者が、公の施設を設置する普通地方公共団体（以下、「設置自治体」とする。）から指定を受けることで、公の施設の管理を担うことになる点にある。「指定」は、競争入札などを通じて選定された者に対して⁵⁾、議会の議決を経た上で（地方自治法 244 条の 2 第 6 項）⁶⁾、期間を定めて行われる（同条 5 項）。その法的性質は、申請に対する処分（各自治体の行政手続条例において、行政手続法 2 条 2 号・3 号と同内容

5) 成田監修・前掲 78 頁。ただし、板垣勝彦「公共調達法理—価格競争入札と総合評価・プロポーザル方式—」都市住宅学 104 号（2019）111 頁でふれたように、価格競争入札を偏重すると、指定管理者の場合、質の悪い事業者が落札することがあり得るため、選定過程にはひと工夫が必要である。地元業者の優先についても、検討し直すことを求めたい。なお、PFI 事業が行われているような場合において、公募によらず SPC を指定管理者に選定することには十分な合理性が認められよう。実務的には「特命」と称される。森幸二「特命の適法性・選定委員会の設置」地方財務 760 号（2017）199 頁。

この点、板垣ほか・前掲注（1）45 頁では、外部の専門家から構成される審査委員会に対する諮問手続を経て指定を行うという制度設計について言及した。言うまでもなく、特定の事業者との癒着を抑止する観点から、選定過程の事後的な情報公開は必須である。静岡県では、審査委員会の議事録のほかに、申請者の得点についても全て開示しているとのことである（ただし、法人等情報の不開示という論点が別に絡むことになる）。

なお、水戸地判平成 29 年 10 月 20 日（平成 27 年（行ウ）第 12 号）は、指定管理者の候補者として選定される行為についても処分性を認めている。碓井光明「指定管理者制度における指定等の手続と紛争の処理」西埜章先生・中川義明先生・海老澤俊郎先生喜寿記念『行政手続・行政救済法の展開』信山社（2019）155 頁（183 頁以下）。

6) 議会の議決が得られない場合は、専決処分（地方自治法 179 条 1 項）も考慮されることになろう。碓井・前掲 186 頁以下。

の規定が置かれている。）と解されている⁷⁾。指定の手續、指定管理者が行う管理の基準、業務の範囲、その他必要な事項は、あらかじめ条例で定められる（同条4項）。これに対して、実際に指定が行われた後の法律関係は、条例に基づいて設置自治体と指定管理者との間で締結される協定（法的性質は契約に他ならないが、実務的には「協定」と称されることが多い。）の中で、個別的に定められる⁸⁾。

指定管理者は、公の施設の利用料金（地方自治法225条の「使用料」）を自

7) 成田監修・前掲88頁、96頁。碓井・前掲189頁以下。指定（拒否）の処分性を認めた下級審の判断として、横浜地決平成19年3月9日判例自治297号58頁（控訴審である東京高決平成19年3月29日〔平成19年（行ス）第16号〕でも維持。）、横浜地判平成21年7月15日判例自治327号47頁などがある。

青森地判平成27年11月27日（平成26年（行ウ）第4号）は、住民訴訟の理由中の判断で、指定に処分性が認められる旨について言及している。これに対して、大阪地判平成18年9月14日判タ1236号201頁は指定の処分性を否定したかのように読める判断を下しているが、正確には、初回の指定管理者の指定に限り現に駐車場事務を委託している者を選定することができる旨を定めた条例附則の制定行為の処分性を否定した事例である。碓井・前掲194頁も参照されたい。

市による指定管理者の選定行為により精神的苦痛を被ったとする原告が国賠法1条に基づき損害賠償を請求した事案について、宮崎地判平成26年4月11日（平成25年（ワ）第125号）は、選定手續に瑕疵を認めず、請求を棄却した。

なお、最判平成23年6月14日裁時1533号24頁は、老人福祉施設を移管する相手方となる民間事業者の選考に当たり、市に対して提案書を提出して応募した者が落選の通知を受けたという事案において、当該公募は法令の定めに基づくものではなく、契約の相手方を選考するための手續であるから、当該通知は抗告訴訟の対象となる行政処分にあたらないとした。この事案では、市があえて指定管理者制度を採用しなかった点にも着目すべきである。

8) 実務運用の蓄積を受けて、契約（協定）の重みは増している。その法的性質について、行政実務では、行政行為の附款であるという考え方も少なくないようであるが、学説では契約と解する見解が通説である。碓井・前掲192頁以下。大阪高判平成19年9月28日（平成18年（行コ）第102号）（大阪地判平成18年9月14日の控訴審）は、協定について、行政処分の附款の要素をもつとともに、行政契約の要素をも有すると判示している。

身の収入として収受することが認められており（同条 8 項）、事前に設置自治体の承認を受けることで、条例の定めに従い、その利用料金を設定することもできる（同条 9 項）。公の施設の利用者を増やすインセンティブを付与する趣旨である⁹⁾。

管理については、施設の維持・補修、清掃、植栽の整備といった事実行為も予定されているが、最も注目されるのは、管理の一環として、指定管理者に対し、当該公の施設の利用許可を行う権限が付与されたことである（同法 244 条の 4 第 1 項参照）。株式会社であっても、指定を受けることで、利用許可という処分を発付する権限が認められたことになる¹⁰⁾。講学上の形式的行政行為であり、法形式上は利用希望者に対する許可であっても、その実態は、申込者に対して施設の利用を認める（承諾する）という意味で、民法上の使用貸借ないし賃貸借契約と変わらないからである¹¹⁾。

なお、利用不許可処分に対する審査請求は設置自治体の長に対して行うことになるのに対して（同法 244 条の 4 第 1 項）¹²⁾、取消訴訟の被告は指定管理者自身となる（行訴法 11 条 2 項）。岡山シンフォニーホール事件において、岡山地決平成 19 年 10 月 15 日判時 1994 号 26 頁は、歌劇団の公演に関して右翼団体の街宣活動等が活発化しており、同ホールの管理上支障があるとして指定管理者が行った不許可処分は違法であるとして、行訴法 37 条の 5 第 1 項に基づき、指定管理者に対して、歌劇団が上記ホールを利用することを承諾するよう、

9) なお、指定管理者が施設の管理・運営とは別に自主事業を行い、利用者からその対価を徴収することも認められる。東京地判平成 26 年 3 月 20 日（平成 25 年（行ウ）第 638 号）は、市立コミュニティセンターの指定管理者が自ら購入した備品であるカラオケ設備の利用料金（協力金）の徴収について、適法であるとした。確井・前掲 172 頁も参照。

10) 稲葉・前掲 687 頁。

11) 管理委託制度の時代の学説の状況として、稲葉・前掲 691 頁。指定確認検査機関についての説明として、阿部泰隆『行政法再入門（上）[第 2 版]』信山社（2016）198 頁。

12) その趣旨については、成田監修・前掲 138 頁。

仮の義務付けの申立てを認めた¹³⁾。

2 設置自治体による指定法人の活動のチェック

行政庁の指定によって、民間事業者であっても行政処分¹⁴⁾の発付を含む一定の権限を付与されるしくみのことを、講学上、指定法人という¹⁴⁾。その双璧が、指定管理者と指定確認検査機関(建築基準法 6 条の 2・77 条の 18 以下)である。指定確認検査機関は、指定を受けることで建築主事に代わって建築確認を行う権限が付与される民間事業者であり、多くの顧客の選好を獲得してきた。指定管理者と指定確認検査機関とを比較すると、行政による「指定」によって権限が生じる点は共通である。

しかし、個別的なコントロールの根拠は、両者の間で大きく異なる¹⁵⁾。すなわち、指定確認検査機関の場合は、行政によるコントロールの根拠が建築基準法に置かれているのに対し、指定管理者の場合は、地方自治法の規律は簡潔であり、コントロールの多くは、設置自治体が条例に基づいて指定管理者との間に締結する協定(委託契約)の条項を根拠とする。このような差異があるのは、指定確認検査機関の場合はその業務区域(建築基準法 77 条の 18 第 2 項)の中ならばいずれの市町村(大臣指定の場合は都道府県)でも建築確認事務を行うことができるのに対して、指定管理者はあくまでも 1 つの設置自治体との関係

13) この決定は仮の義務付けが認容された事案として非常に注目を集め、興津征雄・平成 20 年度重判 56 頁、山崎左紀子・北大法学論集 60 巻 2 号 (2009) 257 頁、比山節男・判例自治 313 号 (2009) 35 頁、黒原智宏・自治研究 86 巻 8 号 (2010) 145 頁などの精緻な評釈があるが、いずれも指定管理者が当事者となっていることの特異性は意識していない(結論としては、指定管理者の事案であることから結論が左右されるものではない)。同様の事案で施設の利用許可取消の執行停止が認められた事案として、倉敷市民会館事件：岡山地決平成 18 年 10 月 24 日(平成 18 年(行ク)第 20 号)。

14) 塩野宏「指定法人に関する一考察」『法治主義の諸相』有斐閣 (2001) 449 頁 (451 頁)。

15) 稲葉・前掲 700 頁以下も参照。

で公の施設の維持・管理を担うという違いが存するからである。

指定法人に対するチェックの重要性を根拠付けるのが、ドイツ公法学に着想を得た保障行政の法理論である。これは、今まで行政自身が行ってきた事務・事業の遂行を民間事業者に対して委ねる場合には、当該事務・事業の公益性を確保する見地から、行政が全責任を放棄することは許されず、当該事業者が的確に事務・事業を遂行しているか、きちんと指示・監督を及ぼす責任（保障責任）が残されているという考え方である¹⁶⁾。指定管理者が担う「公の施設」の維持・管理について言えば、事務・事業の公益性は、「健康で文化的な最低限度の生活を営む権利」（憲法 25 条 1 項）の保障ということになる。一般的には、①公共サービスの担い手として十分な技術的・財政的能力を備えた民間事業者を選択すること、②民間事業者が事務・事業を遂行するに際しては、行政が共時的に指示・監督を及ぼすこと、③行政が成果を受容する際にも的確な評価・コントロールを及ぼし、次なる委託にフィードバックさせていくことが重要である¹⁷⁾。

指定管理者は、毎年度終了後に事業報告書を作成し、設置自治体に対して提出しなければならない（地方自治法 244 条の 2 第 7 項）。事業報告書の詳細は、やはり協定によって定められるところ、管理義務の実施状況、住民による利用状況（利用者数、利用拒否等の件数や理由）、利用料金収入の実績等を報告させることになろう¹⁸⁾。設置自治体の長（または委員会）は、指定管理者に対し、管理の業務または経理の状況について報告を求め、実地について調査し、必要な指示をすることができる（同条 10 項）。監査委員や外部監査人も、指定管理

16) 板垣勝彦『保障行政の法理論』弘文堂（2013）56 頁以下。行政契約（本稿では協定）を通じた保障責任の具体化については、岸本太樹『行政契約の機能と限界』有斐閣（2018）242 頁以下。

17) Ivo Appel, Privatverfahren, in : GVwR Bd.2, 2008, § 32, Rn.77 ff. 板垣・前掲注（16）431 頁以下。

18) 成田監修・前掲 130 頁。

者の行う管理の業務に係る出納関連の事務について監査を行い、その結果を公表する（同法 199 条 7 項・252 条の 37 第 4 項・252 条の 42 第 1 項）¹⁹⁾。

いずれも、指定管理者が適切に公の施設の管理を適切に行っているかチェックする趣旨である。設置自治体の指示に従わないなど、不適切な管理が明らかとなった場合には、指定管理者は管理業務の一部ないし全部の停止を命じられることがあり、あまりに不祥事が続くようならば、指定取消しも覚悟しなければならない（同条 11 項）²⁰⁾。同時に委託契約の解除も行われるから、別途定めるところに従い、違約金の支払いも予定される。

3 指定管理者の業務

指定管理者が導入されている公の施設は、①レクリエーション・スポーツ施設（体育館、競技場〔野球場、テニスコート等〕、プール、海水浴場、宿泊休養施設〔ホテル、国民宿舎等〕、休養施設〔公衆浴場、海・山の家等〕、キャンプ場、学校施設〔照明管理、一部開放等〕等）、②産業振興施設（産業情報提供施設、展示場施設、見本市施設、開放型研究施設等）、③基盤施設（公園、公営住宅、駐車場・駐輪場、水道施設、下水道終末施設、港湾施設〔漁港、コンテナ、旅客船ターミナル等〕、霊園、斎場）、④文教施設（図書館、博物館〔美術館、科学館、歴史館、動物園等〕、公民館・市民会館、文化会館、合宿所、研修所〔青少年の家を含む〕）、⑤社会福祉施設（病院、診療所、特別養護老人ホーム、介護支援センター、福祉・保健センター、児童クラブ、学童館等、保育園等）など、多岐に及ぶ²¹⁾。

19) 成田監修・前掲 129 頁、131 頁。

20) 設置自治体に対して指定取消しの権限を付与したことは、指定管理者制度の導入時における大きな注目点であった。稲葉・前掲 694 頁以下。

21) 上記の項目立ては、総務省の『公の施設の指定管理者制度の導入状況等に関する調査結果』（前掲注（4））が依拠する「指定管理者制度の運用について」（平成 22 年 12 月 28 日総行経第 38 号）の分類による。

最も数が多いのは③基盤施設であり、全国で 26,437 施設に及び（全体の 34.4%〔前回調査時 33.5%〕）、そのうちでも公園や駐車場・駐輪場が多くを占める。続いて多いのは、④文教施設の 15,563 施設（全体の 20.2%〔前回調査時 20.6%〕）であり、公民館・市民会館や文化会館がほとんどであるが、平成 25 年 4 月、TSUTAYA を経営するカルチュア・コンビニエンス・クラブ（CCC）が佐賀県武雄市の図書館の指定管理者となったことは、大きな話題をよんだ²²⁾。それに次いで、①レクリエーション・スポーツ施設が 15,215 施設（全体の 19.8%〔前回調査時 19.6%〕）、⑤社会福祉施設が 13,234 施設（全体の 17.2%〔前回調査時 17.7%〕）、②産業振興施設が 6,514 施設（全体の 8.5%〔前回調査時 8.6%〕）という順になっている。利用料金制を採用しているのは 39,822 施設であり、全体の 52.2%（前回調査時は 51.5%）と、半分を超える。

指定期間は 5 年間が最も多く、全体の 71.5%（前回調査時 65.3%）を占める。3 年間が 15.0%（前回調査時 17.8%）、4 年間が 5.5%（前回調査時 7.7%）であるから、3～5 年の指定期間で全体の 9 割を占めることになる。また、指定期

22) 民間事業者が公立図書館の指定管理者となることの是非については、膨大な文献があるが、本稿では割愛する。若干の私見を述べれば、公立図書館には主に 2 つの役割があり、①長期的な視点に立った運用方針に立つべき大規模な図書館、たとえば歴史的資料の保存などが求められる県立図書館などは、指定管理者の導入には慎重な考慮が必要であるのに対して、②地域住民の交流や賑わいの場としての役割が併せ期待される市町村立の小規模な図書館などは、民間事業者による賑わい創出のためのノウハウを十分に生かしてもらおうという視点から、指定管理者を用いることが許容されよう。板垣ほか・前掲注 (1) 41 頁。佐賀地判平成 30 年 9 月 28 日（平成 28 年（行ウ）第 1 号）も、武雄市が CCC に対して委託料を支出したことに違法はないと判断した（その他、CCC が協定で禁止された再委託を行ったか否かが争われた事例として、佐賀地判平成 28 年 5 月 27 日〔平成 27 年（行ウ）第 3 号〕がある）。海老名市が市立図書館の管理において、① CCC を指定管理者として指定して協定を締結するとともに、②喫茶店や書店としての利用について行政財産の目的外使用許可（地方自治法 238 条の 4 第 7 項）を行った一連の行為を対象として提起された住民訴訟についても、横浜地判平成 29 年 1 月 30 日判例自治 434 号 55 頁は、住民訴訟の対象となる行為ではないとして、訴えを不適法却下している。

間の長期化傾向も指摘されている (前回の指定期間よりも長い期間を設定した施設が 2 割に上る)。あまりに指定期間が短いと、指定管理者の職員が業務に習熟してようやく運用に慣れてきた頃に期間が終了してまた次の指定に移るといふ非効率が生じることになりかねないので、専門性、人材の確保・育成、サービスの継続性という観点からも、適切な運用であろう²³⁾。

公の施設である以上は、民間事業者が管理するとはいつても、①住民からの利用申請を正当な理由なく拒んではならず (地方自治法 244 条 2 項かっこ書)、②住民の利用において不当な差別的取扱いをしてはならない (同条 3 項かっこ書) という縛りがかかる。この事理は、行政処分形式で利用許可を行う場合にとどまらず、水道のように契約 (給水契約) を用いて施設の利用を認める場合においても異ならない。すなわち、民法の「契約自由の原則」のうち、それぞれ、①契約締結の自由と②契約内容の自由が修正されることになり、利用関係において私法上の「契約の自由」を謳歌することは許されない (「私法への逃避」の否定)²⁴⁾。理論上は、小樽公衆浴場入浴拒否事件にかかる札幌地判平成 14 年 11 月 11 日判時 1806 号 84 頁が採用したように、憲法のいわゆる私人間効力の法理により、不当な差別的取扱いは民間事業者であっても禁止されるし²⁵⁾、地方自治法の条文解釈として「普通地方公共団体」に指定管理者も含めるといふ方法も考えられたが、確認のために、地方自治法 244 条 2 項かっこ書に「指定管理者を含む」という規定を設けたものであろう (→V 指定管理者と損害賠償)。

23) 板垣ほか・前掲注 (1) 42 頁以下。

24) 成田監修・前掲 93 頁。

25) 憲法の私人間効力論については、文献の参照を含めて、君塚正臣「私人間における権利の保障」大石眞 = 石川健治 (編) 『憲法の争点』有斐閣 (2008) 66 頁。

Ⅲ PFI との制度間比較

1 PFI とは

公共施設の維持・管理については、PFI (Private Finance Initiative) も選択肢に入れられる。指定管理者と PFI は、両者が併用されることも多く、何かと比較されて論じられるが、拠って立つ基盤はだいぶ異なる。なお、PFI が国でも活用できる手法であるのに対して、指定管理者は、現時点では地方公共団体のみで利用可能な制度である²⁶⁾。

PFI は、「民間資金等の活用による公共施設等の整備等の促進に関する法律」(PFI 法、平成 11 年法律第 117 号) で導入されたしくみであり、民間資金を用いて公的事業を行うスキームの総称である。指定管理者が既存の施設の維持・管理を民間事業者へ委ねるものであるのに対して、PFI では、施設の建設から維持・管理まで、一貫して民間事業者へ委ねてその経営ノウハウや技術的能力を生かすという違いがある²⁷⁾。PFI 事業を担う事業体のことを、SPC (特別目的会社: Special Purpose Company) とよぶ。SPC は、金融機関や建設会社 (ゼネコンないしスーパーゼネコン) が出資して設立される。Build (建設)、Operate (運営)、Transfer (移転) の各段階をいずれの順番で行うかについては様々な組み合わせがあり、頭文字をとって、BTO 方式、BOT 方式、BT 方式などとよばれる²⁸⁾。

ところで、公共施設を運営するためには、先立つ資金が必要になる。とりわけ建設 (Build) を伴うものは、多額の費用を要する。これを民間からの資金

26) また、韓国では PFI が幅広く用いられているのに対して、指定管理者制度は未導入であることから、日本の制度が注目を集めている。黄智恵=板垣勝彦「韓国 PFI (民間投資) における保障責任の実現のための比較法的考察」横浜法学 26 巻 2 号 (2017) 147 頁 (152 頁)。

27) むろん、指定管理者と PFI を組み合わせることはもとより想定されており、先行した PFI 事業の実施を行いやすくするために指定管理者制度が整備されたとみることもできる。稲葉・前掲 697 頁。

28) 制度導入時の文献として、西野文雄 (監修)『完全網羅 日本版 PFI』山海堂 (2001)。PFI 法の改正動向について、斉藤徹史「PFI 法と行政法」法学 81 巻 6 号 (2018) 739 頁。

調達によって行うのが PFI の特徴であるわけだが、行政財産には私権を設定することが禁じられるため (地方自治法 238 条の 4 第 1 項)、公共施設それ自体を担保として融資を得ることはできない。つまり、「民間資金を用いて公共施設の整備や維持・管理を行う」とは言っても、資金調達をいかにして行うかが大きなネックになるのである。そこで通常は、事業 (プロジェクト) の運営から得られるキャッシュフローを引き当てとして融資を得るという、プロジェクトファイナンスの手法が採用されている。

2 指定管理者と PFI

同じように公共施設を対象としながら、指定管理者と PFI が用いられる局面はだいぶ異なる。指定管理者の場合、駐車場や公園などを除くと、老朽化した公共施設の再生とサービスの向上を目的として用いられることが多い。期間も 3 ～ 5 年がほとんどであり、委託の金額も数百万～数千万円の間である²⁹⁾。これに対して、PFI の場合は、公共施設の新規整備や建替えなど、建設の段階が含まれるという性格上、動く金額の桁が異なる。建設に要する多額の費用の調達を民間資金によって賄うしくみが、PFI なのである。したがって、PFI 事業の金額は数億～数十億円に上り、事業期間は 20 ～ 30 年に渡ることも稀ではない。

PFI 事業の対象には様々なものがあり、刑務所 (名称は、「社会復帰促進センター」である。)³⁰⁾、病院、給食センター、道路、上下水道など、多くの領域で導入可能性が探られている。香川県まんのう町では、町立の中学校、体育館、図書館を一体の事業として整備するという興味深い取組みが行われた。契約額

29) ただし、大阪城公園 (20 年) や横浜市立みなと赤十字病院 (30 年) のように長期の指定管理期間が設定されることもある。南学「実践公共施設マネジメント 第 14 回」地方財務 779 号 (2019) 117 頁 (122 頁)。

30) 戸部真澄「日独における刑務所民営化政策の法的検証」法政論叢 35 号 (2006) 95 頁。その他、特集「新しい刑務所運営」ジュリスト 1333 号 (2007) や、島根県立大学 PFI 研究会 (編)『PFI 刑務所の新しい試み』成文堂 (2009) が参考になる。

は 82 億円、債務負担行為の金額が 95 億円で、維持管理運営期間は平成 25 年から令和 19 年までの 25 年間である。建設整備に 37 億円かかり、補助金と交付金が 8 億 5,500 万円、合併特例債が 14 億 5,900 万円充てられた³¹⁾。

比較的 success を取めているのは、文化施設の PFI 事業である。静岡市清水文化会館、愛称「マリナート」は、契約額が 125 億円、施設の整備費が 90 億円でその維持管理運営費が 36 億円、事業期間は平成 21 年から令和 9 年までの 18 年間に及ぶ。設計、建設、開業準備、施設の維持・管理までセットにした文化施設の PFI 事業としては、全国初とのことである（施設の維持・管理については指定管理者制度が併用されており、SPC が指定管理者となっている）。責任者へのインタビューでは、通常の指定管理者のように老朽化した施設を活用するようにとただ渡されるのではなく、通路や舞台の構造、音響設備など、設計の段階から SPC が関与したことで、実際に使う者の目線が最初から反映されていたと満足そうに語るのが印象的であった³²⁾。

ただし、PFI は、一旦引き受けると事業期間が 20 年～30 年の長期に渡ることから³³⁾、民間事業者にとっては、資材の高騰、需要の変動、使用料の安定的な納入確保といった多くの点で予測不能なリスクを抱え込むことになり、経営判断として市場参入する上で高いハードルがある。とりわけ、公営住宅や水道のように対価として収受することのできる料金の価額が法定されていたり、認可制により低額に抑えられている場合は尚更である（むろん、これらは料金の対価として供給されるサービスが個人の生存権にかかわるためであるが）。利用者からの納入率〔未納率〕が数%引き下がれば〔跳ね上がれば〕、たちまち経営は苦境に陥るとされる。

31) 竹林昌秀=板垣勝彦=島田明夫「公共経営と PPP/PFI (上)」自治実務セミナー 666 号 (2017) 2 頁 (4 頁以下)。

32) 竹林ほか・前掲 7 頁以下。

33) 公共施設の建設終了後、即時に行政への引渡しが行われる BT 方式を除く。

公営住宅についてみると、1つの事業主体が抱える 1,000 戸単位の管理を民間委託する場合には、すでに指定管理者が幅広く普及している。1,000 戸単位の委託となるのは、民間活力の導入によるコスト削減の効果を生かすには、規模の経済(スケール・メリット)により、一定程度の規模が必要となるためである。これに対して、PFI 事業による公営住宅の整備は、大阪や京都などの関西圏を除くと低調であり、その関西圏においても、立地の良さを生かして土地の一部を売却し、それによって得た収益を新たな整備費用に充てるという手法が中心である。

PFI 事業のハードルが高くなるのは、公共施設を整備するには必ず莫大な初期投資(イニシャルコスト)を要するからである。それを 20～30 年かけて償還していくというのは先行き不透明であり、経営判断としては躊躇せざるを得ない。公共施設の整備と維持・管理を行う場合、高額のイニシャルコストが障害となる。

そこで出てきたのが、指定管理者と同様に、公共施設の管理・運営のみを民間事業者に委ねて、民間のノウハウを生かすことで可能な限り運用費(ランニングコスト)を引き下げた効率的な維持・管理をめざすという発想である。この発想を突き詰めて、PFI 法の改正により導入されたのが、公共施設等運営権の設定、いわゆるコンセッション方式である。

3 公共施設等運営権(コンセッション方式)

平成 23 年の PFI 法改正では、公共施設の運営権(公共施設等運営権)を民間事業者に設定するという、コンセッション方式が導入された。画期的なのは、公共施設の運営権を担保に融資を得られるようにした点である。「公共施設等運営権」は、所有権から運営等に関する権利を切り出したものと理解され、みなし物権とされる(PFI 法 24 条)³⁴⁾。物権であることから、優先的効力、物権的請求権、

34) 内藤滋「公共施設等運営権(コンセッション)」ジュリスト 1533 号(2019) 33 頁。総合的な解説として、倉野泰行=宮沢正知「改正 PFI 法の概要(1)～(7・完)」金法 1925 号 84 頁、1926 号 98 頁、1927 号 122 頁、1928 号 94 頁、1930 号 80 頁、1931 号 82 頁、1932 号 137 頁(以上、2011)、植田和男=内藤滋(編著)『公共施設等運営権』金融財政

妨害者に対する損害賠償請求が認められ、何よりも、譲渡を行ったり、その上に抵当権を設定することが可能となった（同法 25 条）³⁵⁾。抵当権を設定することは、債務の弁済が困難となった場合に、抵当権者が担保権実行（民事執行法 193 条）を行い得ることを意味し、物上代位によって、公共施設等の運営から得られる使用料収入を弁済に充てることもできるわけである（民法 371 条）。

民間事業者にとっては、公共施設等運営権の設定により、資金調達を円滑に行うことができるようになり、法的地位も安定するといった利点がある。具体的には、運営権が登録簿に登録されることにより第三者対抗力を与えられ（PFI 法 27 条）、管理者である行政の責めに帰すべき事由で運営権の取消しが生じた場合には損失補償が行われる（同法 29 条 1 項 2 号・4 項・30 条 1 項）。そればかりでなく、抵当権者である銀行にとっても、経営に問題が生じた場合に、抵当権を梃子として業務改善を求めることが可能となるというメリットがある³⁶⁾。

PFI 事業に対して行政が支払うべき対価も、施設の整備費を含まない分だけ大幅に引き下げられる。そのための費用には、結局のところ税財源が充てられるのだが、コンセッション方式の場合、もっぱら利用料金の収入を当てにして、施設の維持・管理費用の回収が行われるわけである。こうした独立採算型等の事業を増加させることも、コンセッション方式の 1 つのねらいであるとされる³⁷⁾。

事情研究会（2015）、松田佳久「公共施設運営権の法的性質と機能」日本不動産学会誌 30 卷 4 号（2017）75 頁。

- 35) 運営権の設定は、講学上の「特許」であると解される。「特許」については、宇賀克也『行政法概説 I 〔第 6 版〕』有斐閣（2017）92 頁以下。行政の設権行為によって発生する権利として、漁業権（漁業法 6 条 1 項・10 条・23 条 1 項）、鉱業権（鉱業法 5 条・12 条）、ダム使用权（特定多目的ダム法 2 条 2 項・15 条 1 項・20 条）があり、これらについても、みなし物権として抵当権の設定が認められている。倉野＝宮沢（4）96 頁。
- 36) 倉野＝宮沢（3）126 頁、松田・前掲 77 頁。
- 37) 倉野＝宮沢（3）122 頁。なお、平成 30 年の PFI 法改正により、公共施設等運営権者（コンセッション事業者）が指定管理者を兼ねる場合には、①利用料金の設定の手続については、一定の条件を満たした場合に地方公共団体の承認が不要とされ（同法 23 条 3 項）、②条例に特別の定めがあるときは、指定管理者の指定について議会への事後報告で足りることとなった（同法 26 条 5 項）。正木・前掲 41 頁、内藤・前掲 35 頁。

すでに関西空港、伊丹空港、仙台空港など複数の空港でコンセッション方式が導入されているが、平成 30 年の水道法改正によって、水道施設についても、市町村が水道事業の認可を保持したまま、議会の承認の上で厚生労働大臣から許可を受けることで、民間事業者が公共施設等運営権を取得することが可能になった (水道法 24 条の 4 第 1 項)。

IV 協定 (委託契約) による保障責任の具体化

民間事業者が適切に公の施設の維持・管理を行っているか否かは、設置自治体に対する定期的な報告義務 (地方自治法 244 条の 2 第 7 項) によって確保される。設置自治体の長や委員会は、管理の適正を期するため、指定管理者に対して業務・経理の状況に関し報告を求め、実地調査や、必要な指示をすることができる (同条 10 項)。指定管理者が指示に従わないときなどは、指定の取消しを含めた制裁措置が予定される (同条 11 項)。

先述したように、設置自治体は、民間委託の実施後にもいかにして民間事業者による的確な事務・事業の遂行を確保するかという、指示・監督のシステムの構築に留意しなければならない³⁸⁾。地方自治法の規定は全体的に簡潔であり、公の施設の設置条例もそれほど条文は多くないため、設置自治体と民間事業者が締結する個別の協定 (委託契約) が重要な意味をもつことになる。何も指定管理者だからといって特別な法的規律に服するわけではなく、業務委託を行う場合と同様に考えれば良い³⁹⁾。これは、PFI 事業契約の場合も同様である。

38) 監査の実務から得られた知見をまとめた注目すべき考察として、馬場伸一「指定管理者 監査の実務ポイント (1) (2) (終)」地方財務 774 号 (2018) 58 頁、776 号 122 頁、777 号 (以上、2019) 108 頁。

39) 森幸二「指定管理者制度と業務委託の違い」地方財務 756 号 (2017) 141 頁 (148 頁以下) は、指定管理者と業務委託の差異は相対的であると強調する。筆者も同感である。

具体的には、先述したように、設置自治体が委託の対価として支払う指定管理料（委託料）や指定管理者が利用者から徴取することのできる料金（使用料）のほか、①事務遂行のマニュアル（事例ごとの詳細なQ&A集）、②守秘義務・個人情報保護・労働法令等の遵守事項、③モニタリング条項（途中経過の報告、事業報告書に記載すべき事項）、④疑義照会（いわゆるエスカレーションであり、途中で民間事業者側に不明な点が生じてしまった場合の問い合わせの仕方、行政が途中で民間事業者に修正を求める場合の手順）、⑤損害賠償の分担、⑥解約（＝指定取消し）・違約金、⑦委託終了後のノウハウの引継ぎなどについて、きめ細かく規定することが求められる⁴⁰⁾。

（1）事務遂行のマニュアル

実際に事務・事業を委託する上で、最も重要なのは、事例ごとの詳細なQ&A集を含む事務遂行のマニュアルである。もっとも、協定の本文に盛り込まれるというよりは、別冊子で詳細な定めが置かれることが多いと思われる。④の意見交換の手間を省くという意味でも、精緻なマニュアルを作成することが望まれる。

⑦の委託終了後に、指定期間中に生じた問合せ事項やヒヤリハット報告書などの内容を精査して、改善点をまとめるフィードバック作業を行うことで、マニュアルはより精緻化されていく。そればかりでなく、指定管理者が別な事業者に交代する局面においても、前任が後任に対して業務終了後の注意事項を的確に要約して伝えることは必須である。その重要性は、指定管理を取り止めて、行政の直営に戻す場合（再公営化）においても変わらない。

ただし、経営面でのノウハウに関する事項や、警備会社が公の施設の警備を委託される場合の防犯マニュアルなどは、取扱いに細心の注意が求められる。

40) 具体的にいかなる条項を盛り込むことが望ましいかについては、板垣ほか・前掲注（1）47頁以下。

こうした事項は、行政文書の開示請求が行われた場合においても、情報公開条例における法人等情報ないし事務事業情報として非公開とすべき情報である⁴¹⁾。

(2) 守秘義務、情報公開・個人情報保護、労働法令等の遵守

関係法令の遵守を求める条項は、必須である。特に重要なものとして、㊦守秘義務（秘密保持義務）にかかわる条項、㊧情報公開・個人情報保護にかかわる条項、㊨労働法令の遵守にかかわる条項が考えられる。

㊦協定において指定管理者の職員に対し守秘義務を課すことは、指定管理者の取り扱う情報がとりわけ個人識別情報のように繊細な配慮を必要とするものであることにかんがみても、必須である。なお、法律では守秘義務や罰則についての規定は置かれていないことから、設置自治体の制定する公の施設の設置条例や指定管理者条例で改めて規定することが求められる⁴²⁾。ただし、具体的な方式は分かれており、(a) 設置自治体の職員に対する守秘義務の規定を指定管理者の職員にも適用することとするタイプと、(b) 指定管理者の職員には設置自治体の職員とは別立てで守秘義務の規律を及ぼすタイプがある。(a) タイプでは、指定管理者の職員にも当然に罰則が適用されることになるのに対して、(b) タイプでは規定が分かれるところであり、罰則の適用除外とされる傾向があるとされる⁴³⁾。

㊧情報公開・個人情報保護については、指定管理者の保有する文書は当然に

41) 行政機関情報公開法で言えば、5条2号ないし6号に該当する情報であろう。防犯マニュアルは、同条4号にも関係する。

42) 成田監修・前掲137頁。稲葉・前掲702頁は、平成11年の地方自治法改正にて、公の施設の利用に関し条例で5万円以下の過料を科すことができる旨を定めた同法244条の2第7項が削除されて、罰則に関する一般規定である同法14条3項に拠るものとされたことにかんがみても、公の施設の管理条例で罰則を設け得ることは当然であるとする。

43) 塩入みほも「個人情報保護法制の体系と地方公共団体における個人情報保護の現状」駒澤大學法學部研究紀要76号(2018)1頁(27頁)。

は設置自治体の情報公開・個人情報保護条例の対象にはならない。したがって、条例や協定の中で然るべき措置を規律することが要請される⁴⁴⁾。

実務的に多いのは、神奈川県情報公開条例 27 条のように、指定管理者が「財政上の援助」を受けて「公の施設の管理を行う」というその業務の公共性にかんがみて、情報の公開について努力義務を課すという立法例である⁴⁵⁾。条例で指定管理者も実施機関に含めてしまうことに特段の支障はないと思われるが⁴⁶⁾、このような見解は、いまだ少数説にとどまる。この点、指定管理者が公の施設の管理業務を行うに際し保有する文書についても公開請求の対象文書に含める立法例（草加市情報公開条例 2 条 4 号イ）が大いに注目される⁴⁷⁾。

穏当な解決としては、福岡市情報公開条例が出資法人に対して行っているように、設置自治体と指定管理者との間の協定の中で、文書提出に関する定めを置いておき、設置自治体に対する情報公開請求がなされた場合に、その長から指定管理者に対し、当該文書を提出するよう求めるという手法が考えられる（同条例 39 条 3 項・4 項）⁴⁸⁾。

⑨労働法令の遵守については、人員配置、勤務体制、労働時間に関する配慮に関することが主であるが、障害者雇用に関すること、継続雇用に関すること、労働条件、労働環境等モニタリングに関すること、労働福祉に関すること、管轄自治体内の居住者の雇用に関することなどが取り決められている。

44) 成田監修・前掲 133 頁。多様な学説・実務の整理として、三野・前掲 37 頁。

45) 三野・前掲 40 頁。

46) 斎藤誠『現代地方自治の法的基層』有斐閣（2012）500 頁、塩入・前掲 26 頁。

47) 宇賀克也『個人情報保護の理論と実務』有斐閣（2009）258 頁以下、塩入・前掲 28 頁。

48) 大橋洋一『都市空間制御の法理論』有斐閣（2008）167 頁。塩入・前掲 28 頁以下も、この手法を推奨する。

(3) モニタリング条項

モニタリングの注目点は、やはり法令遵守（コンプライアンス）が図られているかということになるが、特に現金管理と安全管理に着目する必要がある。現金管理においては、⑦現金出納事務を体系的にルール化すること、⑧当該ルールを書面等で明らかにして、民間事業者の職員にも共有すること、⑨現金の出納と記帳は複数の担当者でチェックすることが肝要である⁴⁹⁾。

安全管理においては、指定管理者の事案ではないが、ふじみ野市プール事故事件（さいたま地判平成 20 年 5 月 27 日〔平成 19 年（わ）第 779 号〕）が教訓とされなければならない。この事案では、プールの維持管理が民間事業者に委託されており、市が直接には維持・管理を行っていなかったにもかかわらず、担当部局の課長・係長個人が業務上過失致死罪で有罪とされた。特に問題とされたのは、委託された事業者が別の事業者「丸投げ」同然で再委託するなど、極めて杜撰な管理が行われていたにもかかわらず、担当部局の課長・係長は現場に見に行くことはおろか、委託の仕様書すら十分に把握していなかったことである⁵⁰⁾。

モニタリングについては、利益相反、いわゆるエージェンシー問題にも留意しなければならない。監督する行政の担当部局と、現場の指定管理者との「距離」(Distanz) が遠くなるほど、業務に潜むリスクに気がつきにくくなり、責任の分

49) 馬場 (2) 126 頁。また、民間事業者においては 1 円単位のズレについて多大な手間をかけて原因追及することは少ないのに対して、行政は極めて厳格な現金管理を要求するという違いがあるので、相互理解が必要であるとされる。

50) 判例解説として、板垣勝彦・地方自治判例百選〔第 4 版〕116 頁。馬場 (2) 126 頁以下も、所管課の関心の薄さについて懸念する。

なお、事故が生じたときに指定管理者の職員が業務上過失致死傷罪に問われることは争いない。カッターボート漕艇訓練中に中学生が溺死した事案において、静岡地判平成 27 年 11 月 18 日 (平成 27 年 (わ) 第 31 号) は、施設長であった指定管理者の業務委託社員に対して業務上過失致死罪の成立を認めている。

担が曖昧となって、重大なミスが見逃されやすくなる⁵¹⁾。事業者が施設の管理において「手抜き」を行ったり、費用を過大に見積もる「水増し請求」等がなされないように、担当部局には、定期的に現場の視察を行うとともに、現金の支出は領収書等で丁寧に確認することが求められる⁵²⁾。

これと全く逆の話題になるが、民間事業者に対して事業報告書の中で料金収入の実績や管理経費等の収支状況の詳細、とりわけ事業の原価にかかわる事項を尋ねることは、注意を要する。とはいえ、総務省の通知では収支報告書を徴すべきとされており⁵³⁾、実務上も、設置自治体が指定管理者の収支状況を把握していることが通常であると考えられる。たとえば、委託料 1 万円でサービスの提供を委託する際に、通常は 8,000 円の原価（本稿では、「直接経費」と同じ意味で用いる。）を要するとして、民間事業者が営業努力で原価を 7,000 円まで引き下げたとする。これは、事業者の儲け（粗利）が 2,000 円から 3,000 円に増えたということであるが、この報告を受けた設置自治体が最もしてはいけないのは、原価が 1,000 円分引き下げられたのだからという理由で、委託料も 1,000 円引き下げて 9,000 円に設定してしまうことである。これでは民間事業者にとってコスト削減を図るインセンティブを失わせるだけでなく、場合によっては職員の労働環境にしわ寄せが行くことも起こり得る。委託する側は構造的に強い立場に身を置くのであり、その強い立場を利用して、受託する側を

51) 「地方公共団体の内部統制のあり方に関する研究会」報告書(平成 21 年 3 月)より。馬場(1) 60 頁は、そもそも外部化した事務の統制は難しいことを説いた上で、これは現場で働く人間が公務員であるか民間事業者の職員であるかということには関わりなく起こり得る問題であると指摘する。

52) 馬場 (2) 134 頁以下。

53) 平成 15 年 7 月 17 日付け総務省自治行政局長通知は、事業報告書の内容として、「管理業務の実施状況や利用状況、料金収入の実績や管理経費等の収支状況等、指定管理者による管理の実態を把握するために必要な事項が記載されるものであること」とする。とはいえ、機関委任事務時代の「通達」とは異なり、この通知に法的拘束力はない。

苦境に陥らせることがあってはならないのである⁵⁴⁾。収支報告の徴収は、あくまでも健全な経営によって施設の利用者の安全が図られるかという目的に限って行われるのであり、指定管理者の経営を苦境に立たせ、ひいては労働環境の悪化を招く引き金となってはならない⁵⁵⁾。

(4) 疑義照会 (エスカレーション)

疑義照会というのは、事業遂行の過程でやり方の不明な点が生じてしまった場合に民間事業者 (受託者) から設置自治体 (委託者) に対して行われる問い合わせの仕方、あるいは、設置自治体 (委託者) が途中で民間事業者 (受託者) に修正を求める場合の手順の総称であり、「エスカレーション」などと称される。ビジネス用語としては定着しつつあり、現場の判断では発生した問題などに対処できないことから、より上位の存在に対応を要請したり、指示・監督を仰ぐことを指す。

保障行政の理論では、公共の利益を確保する最終的な責任を負う行政は、民間事業者が的確に事業を遂行しているかきめ細やかに指示・監督を及ぼす必要があり、委託者が事細かに口を出したり、受託者からの相談に応じることは必要不可欠であって、推奨されこそすれ非難されるべき筋合いにはない⁵⁶⁾。個別・具体的事案において受託者が判断に迷った際に委託者に指示・監督を仰ぎ、委託者も受

54) 馬場 (2) 132 頁以下は、現場が陥りがちな (しかし、極めて重大な) 誤解として、余りを生じさせてはいけない補助金交付事業と同様の感覚で収支報告のチェックを行ってしまうことを指摘する。同様のことは、板垣ほか・前掲注 (1) 50 頁でも指摘があるほか、筆者自身も公営住宅の指定管理者の経験を豊富に有する民間事業者からヒアリングで聴取しており、実務的には深刻な問題を生じかねない事項であるので、敢えて強調する。

55) 本文の状況が直接に当てはまる事案ではないが、設置自治体が指定管理者に対して支払った委託料の戻入れについて定めた委託契約の適法性が争われたものとして、京都地判平成 28 年 10 月 13 日 (平成 26 年 (行ウ) 第 34 号) がある。

56) ただし、あまりに行政が事細かな指示・監督に拘泥するあまり、本来の目的である行政コストの削減に結び付かないとか (監督コストの問題)、受託者の側からしても、委託者においてあまりに詳細に仕様を決められてしまうと、自由な知見を伸び伸びと活かすことができなくなるといった懸念 (過決定の問題) があるので、指示・監督には適度の「間引き」が必要なのであるが、これは応用問題である。板垣・前掲注 (16) 506 頁以下。

託者の仕事ぶりに対して適時・適切に指示・監督を行う、すなわちエスカレーションが的確に行われることこそ、民間委託が滞りなく行われるためのカギなのである。

ところが、指定管理者ではなく、東京都足立区が戸籍の窓口業務を民間事業者に対して請負契約で委託した事例において、行政が労働者派遣事業の許可を得ていない民間事業者に対してエスカレーションを頻繁に行うことは労働者派遣法 24 条の 2 に抵触する「偽装請負」であるという見解が、平成 26 年 7 月 15 日に東京労働局から出された。請負契約において、一旦請負人に仕事を任せただけの場合、注文者は仕事の完成まで口出しすることは一切まかりならず、口出しをしたければ労働者派遣法の枠組みを用いなければならないという趣旨である。

対応を余儀なくされた足立区は、数か月～半年程度、労働者派遣法のシステムを用いて、民間事業者の職員に戸籍の窓口業務に習熟してもらう期間を設けた。そして、高頻度のエスカレーションが行われなくとも民間事業者単独での業務遂行に支障がないと判断された段階で、改めて窓口業務の委託を行った。いわば、適法な労働者派遣法のしくみの中で民間事業者に業務遂行のノウハウを蓄積してもらい、業務委託を行った後のエスカレーションを必要最小限にとどめるという対応である。爾後の他自治体における同種業務の委託においては、すでに民間事業者において業務遂行のノウハウが蓄積されていることから、習熟期間を設ける必要はないことになろう。

労働者派遣法の潜脱を意図した実害のある事案ではなく、法形式を遵守せよということであり⁵⁷⁾、労働局も取締りに熱心なことだと思いが、運用上の疑

57) 偽装請負のリーディングケースである最判平成 21 年 12 月 18 日民集 63 卷 10 号 2754 頁などと比較しても、事案の差異は明らかである。平成 29 年の地方独立行政法人法の改正で、地方独立行政法人の業務の範囲に「公権力の行使」を含む窓口業務が追加されたのは、こうした経緯による。宇賀克也（編）『2017 年地方自治法改正』第一法規（2017）66 頁以下（大橋真由美）。この点、宇賀克也＝榊原秀訓＝濱田禎＝赤羽貴＝寺田賢次「座談会 20 年目をむかえた PPP/PFI」ジュリスト 1533 号（2019）12 頁（23 頁）（榊原秀訓）では、民間企業に窓口業務を委ねることが「実際には困難である」という認識が示されているが、民間事業者が業務遂行に習熟し、そのノウハウが蓄積されれば、業務委託に支障はないというのが、筆者の意見である。

念があるというならば、内閣府・総務省において、行政サービスの民間委託について本腰を入れて推進していく視点から、疑義を解消するための立法措置を講ずるべきである。

（5）損害賠償の分担

損害賠償の分担は、重要な論点であるので、次節（→V 指定管理者と損害賠償）で包括的に検討する。

（6）解約（＝指定取消し）・違約金

委託契約の解除（解約）は、指定管理者にとって指定取消しへと繋がる⁵⁸⁾。不利益処分であるため、指定取消しを行うためには、行政手続条例上、聴聞が不可欠である（参照、行政手続法13条1項1号イ）。

調査によると、指定取消しが行われた総数683件（前回調査時703件）のうち、最も関心の高い①運用上の理由によるものが121件（前回調査時181件）であり、その中でも、「費用対効果・サービス水準の検証の結果」が13件（前回調査時71件）、「指定管理者の経営困難等による撤退（指定返上）」が95件（前回調査時112件）、「指定管理者の債務不履行」が4件（前回調査時7件）、「指定管理者の不正事件」が9件（前回調査時12件）とある。報道されたものを見ると、光熱水費などの滞納により経営破綻寸前であることが発覚した事例もあれば、指定管理者が一旦利用者から受け取った使用料を市に納入せず民間事業者の資金繰りに流用していた事例などが存在する⁵⁹⁾。

それ以外の理由は、②指定管理者の合併・解散などが91件（前回調査時123件）、③施設の統廃合や民間等への譲与など、施設の見直しを図ったものが424件（前回調査時343件）となっている。

58) 成田監修・前掲134頁。

59) 事例については、馬場（1）70頁以下が詳細である。

法的性質が契約である以上、他方の責めに帰すべき事由で関係を継続できなくなった場合には、有責当事者は違約金を支払わなければならない。この点について協定（委託契約）の中で取決めを置いている自治体は、「地方公共団体への損害賠償に関する事項の協定等への記載状況」の割合から見て取ることができ、「選定時に示している、かつ、協定等に記載している」ものが 50,783 施設で全体の 66.6%（前回調査時 66.3%）、「協定等にのみ記載している」ものが 18,830 施設で全体の 24.7%（前回調査時 25.3%）で、両者を合わせると 9 割以上で違約金の取決めをしていることが判明した。

（7）委託終了後のノウハウの引継ぎ

指定期間において十分に目標を達成した民間事業者に対しては、次なる選定の際に評点を加点するといったインセンティブを付与することがあって良い⁶⁰⁾。近年では、倉敷市のように、一定の条件を満たした場合に指定管理者を再指定するという更新制度を導入する動きが注目される⁶¹⁾。

委託終了後のノウハウの引継ぎは、競業他社のみならず、委託元の設置自治体に対して行われる場合もある⁶²⁾。公の施設の管理を自治体の直営⁶³⁾に戻す場合である（いわゆる「再公営化」の局面）。

なお、公の施設の利用者リストを引き継ぐ際には、個人情報保護法制上の支障が生じ得ることから、利用者リストを最初から設置自治体の保有個人情報として扱うなど、ひと工夫必要となる。

60) 実際に、静岡県ではそのようなインセンティブを導入している。板垣ほか・前掲注（1）53 頁。

61) 碓井・前掲 176 頁以下。むろん、改めて議会の議決が得られることや、協定に示した条件について合意が得られることは前提である。

62) 言うまでもなく、指定管理期間が終了した後は、設置自治体に対して公の施設を明け渡さなければならない。明渡義務が認められた事案として、東京高判平成 30 年 8 月 8 日（平成 30 年（ネ）第 1239 号）がある。

63) 「直営」という概念も多義的である。南・前掲 119 頁以下。

V 指定管理者と損害賠償

1 民間委託と損害賠償

民間委託において必ず論点に上るのが、事故等が生じたときの損害賠償責任の所在である。総務省の調査によれば、利用者への損害賠償に関する事項は、「選定時に示している、かつ、協定等に記載している」とするものが 53,132 施設で全体の 69.7%（前回調査時 68.4%）に上り、「協定等にのみ記載している」が 17,670 施設で全体の 23.2%（前回調査時 22.3%）であって、この 2 つを合わせると、全体の 9 割を超えている。

指定管理者の事案ではないが、積善会暁学園事件（最判平成 19 年 1 月 25 日民集 61 巻 1 号 1 頁）では、県から社会福祉法人に児童の監護・養育事務が委託されていたケースで（児童福祉法 27 条 1 項 3 号）、その児童が他の児童に怪我を負わせたことについて、県の国家賠償責任が認められている。指定確認検査機関においては、最決平成 17 年 6 月 24 日判時 1904 号 69 頁が、指定確認検査機関の行った建築確認の過誤について、建築確認の権限を有する建築主事の置かれた地方公共団体が「当該処分又は裁決に係る事務の帰属する国又は公共団体」（行訴法 21 条 1 項）に当たるとして、指定確認検査機関を被告とする取消訴訟から、当該地方公共団体を被告とする国家賠償請求訴訟への被告の変更を認めており、学説は裁判例の意図を測りかねている状況にある。

ただし、指定管理者の場合、施設の所有権は設置自治体に残り続けており、その維持・管理のみを指定管理者に委託しているという構造であるため、状況は比較的単純である。視点としては、問題となる局面が国賠法 1 条と同法 2 条のいずれに当たるのかについて分けて考えれば良い。

2 公の施設で生じた事故の場合

まず、指定管理者が管理する公の施設で事故が起きた場合、被害者は、営造物責任（国賠法 2 条 1 項）を設置自治体に対して追及することができるの

で⁶⁴⁾、被害者が指定管理者の無資力リスクを負わされる危険はない⁶⁵⁾。

これとは別途、指定管理者が国賠法 2 条 1 項の「公共団体」として営造物責任を負うかについては、指定管理者はいずれにせよ工作物の占有者として損害賠償責任を負うために（民法 717 条 1 項）、解釈上の実益はあまりない⁶⁶⁾。札幌ドームファウルボール訴訟にかかる札幌高判平成 28 年 5 月 20 日判時 2314 号 40 頁でも、札幌市に対しては国賠法 2 条 1 項、指定管理者に対しては民法 717 条 1 項に基づく損害賠償が請求されている（施設の管理に瑕疵がないとして、請求は棄却された）⁶⁷⁾。

実務的には、損害保険への加入を条件に指定管理者の指定を認めることにして、設置地方公共団体と指定管理者との間の協定により、事故から生じた損害賠償責任は指定管理者が負担すると定める例があるとのことで、極めて望ましい運用である⁶⁸⁾。

設置自治体が先に国賠法 2 条に基づく損害賠償を支払った場合であって、もし事故の原因が指定管理者にあるようなときは、事後的に設置自治体から指定管理者に対して求償（国賠法 2 条 2 項）を行うことになる。これを怠れば、債権管理を違法に怠っているものとして、住民訴訟の 3 号・4 号請求（地方自治

64) このこと自体は、ほぼ争いが無い。成田監修・前掲 136 頁。

65) 指定確認検査機関の行った建築確認（ないし拒否処分）の過誤によって損害が生じた事案においては、解釈次第で、被害者が指定確認検査機関の無資力リスクを背負わされるといった切実な問題が存していた。参照、板垣勝彦『住宅市場と行政法—耐震偽装、まちづくり、住宅セーフティネットと法—』第一法規（2017）84 頁。

66) ただし、民法 717 条 1 項の文言上は、「損害の発生を防止するのに必要な注意をしたとき」には占有者は免責されるため、若干の相違は存在する。

67) その他、札幌地判平成 31 年 3 月 5 日（平成 28 年（ワ）第 1063 号）や東京地判平成 25 年 6 月 25 日（平成 23 年（ワ）第 41759 号）も、指定管理者に対して民法 717 条の責任が追及された事案である（請求は棄却）。

68) 米丸恒治「行政の多元化と行政責任」磯部力＝小早川光郎＝芝池義一（編）『行政法の新構想Ⅲ』有斐閣（2008）316 頁。

法 242 条の 2 第 1 項 3 号・4 号) が提起される可能性がある。

3 利用不許可処分の違法が問題となる場合

国賠法 1 条が問題となるのは、もっぱら、指定管理者が公の施設の利用申請に対して不許可処分 (参照、地方自治法 244 条の 4 第 1 項) を行ったとき、不満を抱いた申請者から損害賠償請求がなされる場合である。上尾市福祉会館事件 (最判平成 8 年 3 月 15 日民集 50 巻 3 号 549 頁) や東京都青年の家事件 (東京高判平成 9 年 9 月 16 日判タ 986 号 206 頁) において、福祉会館や青年の家の管理が指定管理者に委託されていたような場合を想起されたい⁶⁹⁾。

直接の判例は見当たらないが⁷⁰⁾、自己の計算と責任によって公の施設の維持・管理という事務を引き受けている以上は、指定管理者自身が国賠法 1 条の「公共団体」となって、損害賠償責任を負担すべきであろう (いわゆる分離的把握)⁷¹⁾。実質的にみても、施設の利用不許可処分に関係する損害賠償の内容

69) 横浜地判平成 29 年 3 月 8 日判例自治 431 号 31 頁は、駅の自由通路の管理が指定管理者に任されており、「募金、署名活動、広報活動その他これらに類する行為」を行おうとする際には、指定管理者の承認が必要であると定められていたにもかかわらず、これを得ずにマネキンフラッシュモブを行ったことが問題となった事案である。ただし、市長の下した命令の取消請求であり、指定管理者に対する国賠請求は行われていない。柳瀬昇「判例解説」新・判例解説 Watch vol. 21 (2017) 29 頁。

70) 日比谷公園大音楽堂使用承認職権取消事件：東京地判平成 21 年 3 月 24 日判時 2046 号 90 頁は、指定管理者が原告に対して一旦行った音楽堂の使用承認について、東京都の担当者らが取消処分をするように指定管理者に対して指示を行い、それに基づいて指定管理者が職権取消しを行ったという事案であるが、国賠法 1 条の請求は都の担当者の行った指示に対してのみ向けられており、指定管理者は被告から外されている。

71) 一体的把握とは、国賠法 1 条の解釈上、事務を委ねられた民間事業者 (たとえば指定確認検査機関) ないしその職員を地方公共団体に帰属して公権力を行使する行政機関ないし職員であるとして、民間事業者の行う行政処分は地方公共団体の国賠法 1 条の「公務員」の行う「公権力の行使」であるとする見方のことである。これに対して、分離的把握とは、民間事業者は地方公共団体とは別個独立に行政処分を行う機関であるという面を重視して、地方公共団体の責任は民間事業者に対する指示・監督権限の懈怠 (規制権限不行使型) に限られるとする見方のことである。詳細は、板垣・前掲注 (65) 72 頁以下。

は慰謝料が主であり、施設で事故が起きた場合のように賠償額が高額に上るとは考えがたく、指定管理者の無資力リスクを被害者が負わされる点についてさほどの心配は不要と思われる⁷²⁾。

分離的把握のアプローチを採る場合、設置自治体が適切に監督権限を行使しなかったこと（規制権限不行使型の国家賠償）も問題となり得る⁷³⁾。ただし、設置自治体が個別案件ごとに指定管理者が行った施設の利用不許可処分の当否を判断することは予定されていない（参照、地方自治法 244 条の 2 第 10 項）。市が医師会を市立医療センターの指定管理者としてその管理・運営を委ねていた事案において、鹿児島地判平成 27 年 9 月 8 日（平成 25 年（ワ）第 221 号）が、「設置条例及び協定の規定を踏まえると、被告市の指揮監督の及ぶ範囲は、医療センターが医療機関として行う業務全体の運営上の側面に限られ、個別の医師又は看護師による、診療、治療又は看護等にまで及ぶものではない」とするのも、このような趣旨であろう。したがって、設置自治体の責任が生じるのは、指定管理者による管理をこれ以上継続することが適当でないと認められるにもかかわらず、指定取消しなど何らの措置も講じなかったような例外的な場合にとどまる（同条 11 項）。

VI 展望

新しい取組みを始める際には、必ず様々な障害に直面するものである。とり

72) 施設の管理の瑕疵が原因で事故が起きた場合にも、被害者が国賠法 1 条に基づく責任のみを追及してくる場合はあり得るが、裁判官が釈明して国賠法 2 条ないし民法 717 条の観点を示唆すべきである。

なお、広義説の下では医療行為は国賠法 1 条の「公権力の行使」から外れるところ、日本赤十字社が県立病院の指定管理者としてその管理・運営を行っていた事案において、神戸地判平成 28 年 3 月 29 日（平成 23 年（ワ）第 3025 号、平成 24 年（ワ）第 549 号）は、患者との間の診療契約の締結主体は指定管理者である日本赤十字社であるとした。

73) 稲葉・前掲 704 頁。

わけ、民間委託の試みは、職員数の削減による事業の効率化と表裏の関係にあるため、どうしても職員団体等からの強い抵抗が避けられず、その分だけ、行政にも失敗は許されないという空気が支配するようと思われる。

指定管理者についてはそれほど大規模な失敗というのは見当たらないが、事業規模が大きい PFI 事業においては、高い注目を集めた公立病院事業が頓挫したことで、その後の病院 PFI 事業に少なからぬ影響を及ぼしたと言われる。この点、香川県まんのう町が行った中学校、体育館、図書館の複合的な PFI 事業では、施工管理のミスから体育館の壁が剥落するという事故が発生したにもかかわらず、関係者の迅速かつ確な事後処理により、無事に事態は収拾されて、現在では利用者の高い満足を得ている。わが国の行政には「糞に懲りて膾を吹く」風潮が付き物であるが、むしろ、こうした「七転び八起き」の試行錯誤にこそ学ぶべきところが多い。

指定管理者制度も開始から 15 年が過ぎ、3 年に 1 度行われる導入状況等調査では、初めて前回調査時の 3 年前と比較して総数が減少に転じた。全国の公の施設であまねく探られてきた指定管理者の導入可能性も、ピークに達したと言えよう。試行錯誤の要素が大きい民間委託では、先進自治体の事例を貪欲に参照し、同じような悩みを共有しながら事業を進めていくことが肝要である。足立区が中心となって設立された日本公共サービス研究会では、全国 150 以上の市区町村が集まって積極的に意見交換を行い、失敗例も含めて、民間委託の実践的な知見を蓄積している。筆者は、このような意欲的な試みが地方からの提案として発信されることこそ、「地方自治の本旨」の実現に他ならないと確信する。