

## 指定管理者候補者非選定決定（通知）の処分性 — 北茨城市指定管理者候補者非選定決定取消請求事件 —

三 野 靖

### 1. 事案の概要

北茨城市（被告）の設置する公の施設である「童謡の森ふれあいパーク」、「家族キャンプ村花園オートキャンプ場」、「茜平総合交流施設マウントあかね」の各施設（以下、「観光関連施設」という。）について、指定管理者を募集した（平成26年8月4日から同年8月8日）ところ、当時の指定管理者である北茨城市の外郭団体である「一般財団法人茜平ふれあい財団」（代表理事：北茨城市長）（以下、「財団」という。）と株式会社A（原告）（以下、「A（原告）」という。）が申請をした。北茨城市長は、北茨城市公の施設指定管理者選定審議会に指定管理者候補者の選定について諮問し（平成26年10月15日）、同審議会で審議した結果、A（原告）を指定管理者候補予定者として選定し、北茨城市長に答申した（平成26年11月10日）。審査項目ごとの評価は、観光関連施設のいずれもA（原告）が高く、選定理由として「施設の目的を正しく認識しているとともに、類似施設を含めて、施設管理の実績が豊富である。」とされていた。一方、財団を選定しない理由として「全体的に新たな取組みが見られなかった。」、「運営体制に不安が残る。」などとされていた。

その後、北茨城市長は、A（原告）の代表取締役を呼び、面談をし、「茜平ふれあい財団の理事長としての立場と市長としての立場がある。理事長の立場としては財団に仕事を続けさせたい。職員の生活を考えなければならない。」（面談記録）、「面談後の新たな

情報に接し<sup>(1)</sup>、選定審議会における書類審査やプレゼンテーションなどからの審査結果は、現実と乖離していると判断せざるを得ませんでした。」（陳述書）などと考え、A（原告）を「指定管理者の候補者として選定しないことに決定しました」（以下、「非選定決定」という。）との「指定管理者候補者選定結果通知書」（以下、「非選定結果通知」という。）を通知した（平成26年11月20日）。選定しない理由として、「指定管理者としての複数の管理を行っており、その実績は評価するところである。しかし、類似する宿泊施設のサービス面において他の申請者との比較において優位性を判断できるまでに至らなかった。また、貴法人の決算状況について、指定管理者として管理している施設数に比べて利益剰余金が十分でないなどの不安が指摘された。」としている。その後、北茨城市議会での議決を経て（平成26年12月16日）、財団が指定管理者に指定された。

そこで、A（原告）は、非選定決定は違法であるとして取消訴訟を提起した（平成27年5月19日）。水戸地裁平成29年10月20日判例集不掲載（TKCローライブラリー文献番号25548290）（以下、「一審判決」という。）、東京高裁平成30年3月27日（同25560248）（以下、「控訴審判決」という。）とも、非選定決定の処分性を認めたとうえで、北茨城市長の裁量権の逸脱濫用があるとして、A（原告）の請求を認めた（「平成27年（行ウ）第12号 指定管理者候補者非選定決定取消請求事件」）（以下、「本件」という。）<sup>(2)</sup>。本稿では、非選定決定及び非選定結果通知に取消訴訟の対象となる行政行為の処分性があるか否かという点に絞って検討する<sup>(3)</sup>。

---

(1) 市長が独自に、A（原告）が指定管理者になっている施設の状況を調べたり、財団に財団の評価に関する他の資料提供を求めたりして、判断していた（弁明書）。

(2) 北茨城市は、上告せず、控訴審判決が確定した。A（原告）は、2018年3月30日に北茨城市に対する損害賠償請求訴訟を提起している。

(3) 判決に言及するものとして、確井光明「指定管理者制度における指定等の手続と紛争の処理」『行政手続・行政救済法の展開 西埜章先生・中川義朗先生・海老澤俊郎先生喜寿記念』（信山社、2019年）183頁。

年月日	事 項	概 要
H26. 7. 4	北茨城市観光関連施設指定管理者募集要項公表	①童謡の森ふれあいパーク ②家族キャンプ村花園オートキャンプ場 ③茜平総合交流施設マウントあかね 指定管理期間：H27. 4. 1～H30. 3. 31
H26. 8. 4	申請書の受付開始	
H26. 8. 8	A（原告）が申請	
H26. 10. 15	第1回指定管理者選定審議会	市長が指定管理者候補予定者の選定を諮問 申請者（A（原告）、財団）との面接
H26. 10. 28	第2回指定管理者選定審議会	採点結果の集計 指定管理者候補予定者をA（原告）に決定
H26. 11. 5	第3回指定管理者選定審議会	答申内容の決定
H26. 11. 10	指定管理者選定審議会答申	A（原告）を指定管理者候補予定者として答申 ①A（原告）698点（3.23） 財団664点（3.07） ②A（原告）701点（3.25） 財団659点（3.05） ③A（原告）700点（3.24） 財団660点（3.06）
H26. 11. 18	市長とA（原告）代表者が面会	市長「理事長の立場としては財団に仕事を続けさせたい」
H26. 11. 20	指定管理者候補者選定結果通知	「指定管理者の候補者として選定しないことに決定」
H26. 11. 22	指定管理者候補者選定結果通知到着	
H26. 12. 16	市議会の議決	財団を指定管理者として議決
H27. 5. 19	A（原告）が訴訟	「指定管理者候補者として選定しない旨の決定」の取消

## 2. 争点 指定管理者の候補者として選定しない旨の決定（非選定決定）の処分性

### （1）原告の主張

- ① 本件決定は、条例<sup>(4)</sup>4条及び規則<sup>(5)</sup>4条に基づくものであるから法令に基づく行為であり、公募に対し申請した者を指定管理者の候補者として選定する又は選定しないという行為は、議会の議決を受けて指定管理者となる地位を付与する又は付与しないという効果をもたらすものである。
- ② 議会の議決は指定管理者の候補者が適切であるかどうかを判断するのみであり、

(4) 北茨城市公の施設の指定管理者の指定の手續等に関する条例。

(5) 北茨城市公の施設の指定管理者の指定の手續等に関する条例施行規則。

指定管理者の候補者とは別の者を指定管理者として議決することはできないから、指定管理者の候補者として選定されなかった者は、その段階で、指定管理者になることができる地位を奪われたことになるから、申請者を指定管理者の候補者として選定しない旨の決定は、実質的に申請に対する拒否処分というべきである。この効果は一般的抽象的なものとはいえず、選定されなかった者にとっては個別的具体的な効果が生じている以上、本件決定には処分性が認められる<sup>(6)</sup>。

## (2) 被告の主張

- ① 処分とはその行為によって、直接国民の権利義務を形成し又はその範囲を確定することが法律上認められているものをいうが、本件においては、市長が選定した候補者は、議会の議決を得たときに指定管理者として指定されるにすぎないから（条例5条）、本件決定は、被告の内部的な手続行為にとどまり、直接国民の権利義務を形成するものとはいえない。
- ② 規則4条は、指定管理者の候補者を選定したときは、申請を行ったものに対し、選定結果を通知することになっているが、指定管理者の指定にはあらかじめ議会の議決を経ることが地方自治法で規定されている（地方自治法244条の2第6項）以

---

(6) 原告「準備書面書(1)」(2015年(平成27年)11月6日)では、浜松市土地区画整理事業計画事件(最大判平成20年9月10日民集62卷8号2029頁)、食品衛生法違反処分取消請求事件(最判平成16年4月26日民集58卷4号989頁)、病院開設中止勧告取消等請求事件(最判平成17年7月15日民集59卷6号1661号)を引用して、取消訴訟の処分性の有無に関して、成熟性、内部的行為の点について、次のように説明している。

指定管理者の候補者にしない旨の決定は、まだ議会の議決前の中段階の決定にしかすぎないとも考えられるところである。しかし、非選定決定を受けた当事者から見ればこの非選定決定により、それ以後指定管理者の候補者となれないことが終局的に決定されてしまい、指定管理者選定の手続から排除されるという重大な結果が確定的に生じるのである。しかも手をこまねいていればその後も手続が進んで既成事実が積み上がってしまうことにもなるのである。

本件非選定決定に処分性を認めたとして、本件非選定決定と同時に他の者に対して指定管理者に選任するとの決定が出されている。この場合原告としては本件非選定の決定の取消を求めるのか他の者に対する指定管理者に選定する旨の決定についてその取消を求めるのかが問題になる。本件当該施設の指定管理者として申請したのは原告と他の1名しかおらず、同一施設について原告に対する非選定決定と他者に対する選定決定とは表裏の関係にありいわゆる競願関係にあると考えられる。このような場合は原告としては本件非選定決定を争っても他者に対する選定決定を争ってもいずれでもよいとされており(最判昭和43年12月24日民集22卷13号3254頁)、本件申立は適法というべきである。

上、議会の議決を経る前の通知行為に処分性を認めることはできない<sup>(7)</sup>。

- ③ 本件決定を抗告訴訟の対象となる行政処分と解さなくても、議会の議決を経た後の市長の指定行為を争えば救済の余地はある以上、中間段階の成熟しない行政行為について行政処分に当たると解する必要はない<sup>(8)</sup>。

### (3) 一審判決

抗告訴訟の対象となる行政処分とは、公権力の主体である国又は公共団体が行う行為のうち、その行為によって直接国民の権利義務を形成し又はその範囲を確定するこ

- (7) 被告「準備書面(2)」(平成27年12月7日)では、次のように説明している。

「平成16年11月2日に開催された『第2回政策法務担当者全国セミナー』で、『指定管理者制度』がテーマとして扱われた際、総務省自治行政局行政課理事吉川浩氏氏は、『指定されなかったことが不服申立ての対象になるのかというご質問をいただいておりますが、公募をして、そしてあるところを指定して、ほかを指定しなかったということについては、処分性はないと私どもは考えております。不許可というようなものではないわけです。』と回答し、……司会者の北村喜宣氏(上智大学法学部教授)が、『それ自体は、行政処分でないという整理ですね。』と結論付けている。すなわち、指定管理者の候補者に選定されなかった旨の通知に、処分性はないと考えている。」「かかる全国セミナーにおける議論を踏まえ、被告においては、指定管理者の候補者に選定されなかった旨の通知を処分性のない事実行為として扱うこととし、通知自体は行うものの、これに対する不服申立てに関する教示は行わないことにした。」

「あえて指定管理者の候補者に選定されなかった旨の通知に処分性を認めるためには、その旨条例で明記する必要があるところ、被告においてはそのような条例の定めはないのであるから、本件決定に処分性は認められないのである。」

「かかる通知に処分性を認め、仮にも取消しが認められたとしても、他の者が指定管理者として指定されれば、そのままその者が指定管理者を継続するだけのことで、まったくもって無意味な訴訟といえる。すなわち、原告が本件訴訟に勝訴しても、さらに指定管理者の指定を取消訴訟で争う必要があり、それまでは目的を達成することができない。かかる観点からも、本件決定には処分性が認められないといえる。」

- (8) 被告「準備書面(4)」(平成28年6月20日)では、次のように説明している。

(原告の準備書面書(1)で引用した3判例について)「市長の通知は、法令に根拠があるわけでも、法的効果を伴うわけでもない、事実上の行為にすぎないのであるから、本件に引用するのは不適當な判決といえる。」

「上記3つの判例が、中間段階の成熟しない行政行為について、抗告訴訟の対象となる行政処分にあたる、と判断した大きな理由は、この段階で争う余地を認めないと事実上救済が受けられず、重大な損害が発生してしまう事案であったから、と考えられる。しかし、本件における候補者として選定しない旨の通知は、これを受けた者が、何ら重大な損害を受けるわけではない、すなわち、3年後にもう一度申請できるし、この段階で他の市町村の指定管理者に応募する道もある。また、議会で指定議案が否決されれば、再度の選定手続で指定管理者になる可能性もあるのであるから、かかる通知の段階で争うのは時期尚早で、議会の議決を経た指定行為自体を争うべきである。」

とが法律上認められているものをいう（最一小判昭和39年10月29日・民集18巻8号1809頁）。そして、申請等に対する拒否行為は、申請人が法令に基づく申請権を有している場合においては、その手続的な権利を侵害し、又は申請に係る処分を得る可能性を奪うことにおいて申請人の法律上の地位に影響を及ぼすものとして、抗告訴訟の対象となる行政処分当たるが、申請人が法令に基づく申請権を有していない場合においては、その法律上の地位に何ら影響を与えるものではないから、抗告訴訟の対象となる行政処分に当たらないものと解すべきである。

被告の指定管理者の指定の手続においては、指定管理者の指定を受けようとする者は規則で定めるところにより市長に「申請」をし（条例3条）、市長は申請の内容を選定の基準に照らして総合的に審査して指定管理者の候補者を選定し（条例4条1項）、指定管理者の候補者を選定したときは、申請をした者に対し、その結果を通知し（規則4条）、また、市長は議会の議決を得たときは、指定管理者の候補者を指定管理者として指定する（条例5条1項）ものとされている。

このように、条例は指定管理者の指定を受けようとする者は市長に「申請」をするとしており、また、規則が市長は指定管理者の候補者を選定したときは申請をした者に対しその結果を通知することと定めていることによれば、指定管理者の候補者を選定されなかった者に対してはその旨の通知をすべきであると解される。そして、前記の条例の規定によれば、指定管理者の指定に係る議会の議決は市長が選定した指定管理者の候補者についてされるものと解されるから、指定管理者の候補者を選定されなかった者は、そのことにより指定管理者の指定に係る議会の議決を受けることができない立場に置かれるので、自らが指定管理者の候補者を選定されなかったことを知らされることについて利益があるというべきである。

以上によれば、指定管理者の指定を受けようとする者には、指定管理者の候補者を選定することを求める申請権があるというべきであって、原告を指定管理者の候補者として選定しない旨の本件決定は、原告の手続的な権利を侵害し、又は申請に係る処分を得る可能性を奪うことにおいて申請人の法律上の地位に影響を及ぼすものとして、抗告訴訟の対象となる行政処分に当たるものと解すべきである。

（４） 控訴審判決（…箇所は、控訴審判決の改め文を筆者が一審判決に溶け込ませている。）

条例は、地方自治法244条の2第4項に基づき指定管理者の指定の手続等を定めた

ものであり（条例1条）、指定管理者に公の施設の管理を行わせようとするときは、原則として公募するものとされ（条例2条本文）ているところ、公募に当たり指定管理者の指定を受けようとするものは、「市長に申請をしなければならない。」（条例3条）とされ、この規定を受けて定められた規則において、指定管理者の指定を受けようとするものに対し、所定の申請書及び添付書類の提出を義務付けている（規則3条）。このことからすると、条例は、指定管理者の指定についての内部手続を定めたというにとどまらず、指定管理者の選定を受けようとする者一般を対象として所定の方式による申請を義務付けたと認められる。また、規則4条の通知は、「申請を行ったもの」すべてに対して「その結果を通知するものとする。」とされているのであって、指定管理者を指定したときの告示や地方自治法244条の2第11項の規定による指定の取消し等をしたときの告示と同様の文言により定められている。

そして、条例によれば、指定管理者の指定に係る議会の議決は、市長が選定した指定管理者の候補者の可否についてのみされ、議会は候補者とされたもの以外を指定管理者に指定することはできないと解されるから、指定管理者に選定されなかったものは、選定されなかったということ自体により条例に従って申請し、適正に指定管理者の選定を受ける法的利益を奪われたと解される。

以上によれば、指定管理者の指定を受けようとする者には、指定管理者の候補者に選定することを求める申請権があり、申請を受けた市長にはこれに応答する義務があるというべきであって、原告を指定管理者の候補者として選定しない旨の本件決定は、原告の手続的な権利を侵害し、又は申請に係る処分を得る可能性を奪うことにおいて申請人の法律上の地位に影響を及ぼすものとして、抗告訴訟の対象となる行政処分当たるものと解すべきである。

#### （5） 一審判決と控訴審判決の比較

一審判決は、次のような論理構成で非選定決定の処分性を認めている。

申請人が法令に基づく申請権を有している場合は、申請等に対する拒否行為は、申請人の法律上の地位に影響を及ぼすので、行政処分当たるとしたうえで、条例等の規定は、指定管理者の候補者に選定されなかった者（以下、「非選定者」という。）への非選定結果通知を義務付けており、非選定者は、指定の議決を受けられない立場に置かれるので、指定管理者の候補者に選定されなかったことを知らされる利益があるとする。そして、指定を受けようとする者には、選定を求める申請権があり、非選

定決定は、手続的な権利を侵害し、申請に係る処分を得る可能性を奪うことになり、申請人の法律上の地位に影響を及ぼし、非選定決定は行政処分に当たるとする。

控訴審判決は、次のような論理構成で非選定決定の処分性を認めている。

条例は、指定管理者の指定についての内部手続にとどまらず指定管理者の選定を受けようとする者に申請を義務付けたもので、議会の議決は、候補者の可否のみであり、候補者以外を指定することはできないから、非選定者は、選定を受ける法的利益を奪われたとする。そして、指定を受けようとする者には、申請権があり、市長には応答義務があるため、非選定決定は、手続的な権利を侵害し、申請に係る処分を得る可能性を奪うことになり、非選定決定は行政処分に当たるとする。

一審判決	控訴審判決
<ul style="list-style-type: none"> <li>○ 条例・規則の仕組み 市長に申請 → 市長：候補者選定 → 申請者に結果通知 → 議会の議決 → 市長：候補者を指定管理者として指定</li> <li>○ 条例・規則の規定・解釈 <ul style="list-style-type: none"> <li>・ 指定を受けようとする者：市長に申請</li> <li>・ 候補者に選定されなかった者に非選定結果通知をすべき</li> </ul> </li> <li>○ 選定されなかったことを知らされる利益 指定議決……市長が選定した候補者についてされるもの → 候補者に選定されなかった者：指定の議決を受けることができない立場に置かれる → 候補者に選定されなかったことを知らされることについて利益がある</li> <li>○ 非選定決定の処分性 指定を受けようとする者……候補者に選定することを求める申請権がある → 候補者として選定しない決定 → 手続的な権利を侵害 申請に係る処分を得る可能性を奪う → 法律上の地位に影響を及ぼす行政処分</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>○ 条例・規則の仕組み 指定手続：原則公募 → 市長に申請 → 申請書の提出：義務付け</li> <li>○ 条例・規則の規定・解釈 条例……指定の内部手続にとどまらない → 選定を受けようとする者一般を対象として申請を義務付けたもの → (選定結果)通知：申請者すべてに対して「その結果を通知するものとする。」 → 指定時の告示、指定取消等の告示と同様の文言</li> <li>○ 選定を受ける法的利益 議会議決……市長が選定した候補者の可否についてのみ → 議会：候補者以外に指定できない → 選定されなかった者：選定されなかったこと自体により条例に従って申請し、適正に指定管理者の選定を受ける法的利益を奪われた</li> <li>○ 非選定決定の処分性 指定を受けようとする者……候補者に選定することを求める申請権がある → 市長に応答義務 → 候補者として選定しない決定 → 手続的な権利を侵害、申請に係る処分を得る可能性を奪う → 法律上の地位に影響を及ぼす行政処分</li> </ul>

### 3. 争点に関する検討 — 指定管理者制度における 指定手続 —

#### (1) 指定手続 — 法律・条例に基づく手続 —

地方自治法244条の2は、指定管理者の指定手続について、次のように規定している。

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（1項）。

普通地方公共団体は、公の施設の設置の目的を効果的に達成するため必要があると認めるときは、条例の定めるところにより、法人その他の団体であって当該普通地方公共団体が指定するもの（以下本条及び第二百四十四条の四において「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（3項）。

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（4項）。

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（5項）。

また、指定管理者に対する監督権限として、指定の取消しも規定している（11項）。

以上、指定管理者の指定手続は、条例<sup>(9)</sup>に根拠規定を置き、そのうえで具体的な手続等は、規則で定め、より詳細な事務手続等は、指定管理者制度に関する指針や個別の募集要項等で定めるのが一般的な対応である。そして、指定管理者を指定するにあたっては、公募をし、選定委員会で審査し、長が審査結果を踏まえて指定管理者の候補者を選定し、議会に指定の議案を提出し、議会の議決を経て指定するのが一般的な流れである。

本件において、北茨城市長がA（原告）に対して発出した北茨城市観光関連施設に係る「指定管理者候補者選定結果通知書」（平成26年11月20日）における「指定管理者の候補者として選定しないことに決定しました」との通知（非選定結果通知）は、

---

(9) この場合の条例は、一般的な通則条例（E X：指定管理者の指定手続に関する条例）で定める場合と個別の公の施設の設置管理条例に定める場合がある。

「北茨城市公の施設の指定管理者の指定の手続等に関する条例施行規則」（以下、「市規則」という。）4条（「市長は、条例第4条の規定により指定管理者の候補者を選定したときは、申請を行ったものに対し、指定管理者候補者選定結果通知書（様式第2号）により速やかにその結果を通知するものとする。」）に基づくものであり、「北茨城市公の施設の指定管理者の指定の手続等に関する条例」（以下、「市条例」という。）及び市規則にその根拠規定を置くものである。

## （2） 指定の法的性格 — 使用許可権限を付与する行政処分 —

指定管理者を「指定」という行為は、公の施設の管理権限を指定管理者に委任するものであり、事実上の業務を私法上の契約によって外部委託する業務委託や条例を根拠に締結される委託契約に基づく旧管理委託制度（指定管理者制度前の制度）とは異なるものとされており、自治体と指定管理者とが取引関係に立つ（指定管理者サービスを自治体がい上げる。）ものではなく、「請負」（自治234条1項）には当たらないとする<sup>(10)</sup>。そして、「行政機関の単独の意思により権利を設定し、義務を命じ、その他法律上の効果を発生させる行為に該当するため、契約ではなく、行政処分的一种」とされる<sup>(11)</sup>。

このように、権限の委任という行政処分の性格を有する「指定」制度を採用したことにより、旧管理委託制度は、公の施設の管理権限及び責任は、設置者たる自治体が有し、使用許可等の権限は委託できなかったが、指定管理者制度は、使用許可等（不許可、許可取消、使用停止等も含む。）の権限も委任することができる<sup>(12)</sup>。

地方自治法244条の2第3項は、指定管理者に「公の施設の管理を行わせることができる。」と、同条4項は、条例に「指定管理者が行う管理の基準及び業務の範囲そ

---

(10) 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号28頁。松本英昭『新版逐条地方自治法<第9次改訂版>』（学陽書房、2017年）1107頁は、法律を根拠とする「管理権限の委任」の方式へと変更したもので、指定は契約ではなく、管理権限自体は、指定という行為によって生ずるとし、自治体と指定管理者との関係は取引関係には当たらないとする。三野靖『公共サービス改革の本質』（敬文堂、2014年）(①) 128頁。同『新基本法コメンタール地方自治法』（日本評論社、2011年）(②) 362頁。

(11) 成田頼明監修『指定管理者制度のすべて 制度詳解と実務の手引【改訂版】』（第一法規、2009年）52頁。また同10・11頁は、「行政処分の性質をもつその指定を受けた管理者に公の施設の管理を包括的にゆだねる（または代行させる）」ものであり、同23頁は、契約でなく、地方自治法234条の契約に関する規定の適用はないとする。三野前掲書①142頁、同②362頁。

(12) 成田前掲書23頁。三野前掲書①128頁、同②364頁。

の他必要な事項を定める。」と規定している。この条文からは、自治体が指定管理者に使用許可等の権限を付与し、指定管理者が行使できるか否かは定かではない。しかし、244条2項で「普通地方公共団体（次条第三項に規定する指定管理者を含む。次項において同じ。）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。」と、244条の4第1項は、「普通地方公共団体の長以外の機関（指定管理者を含む。）がした公の施設を利用する権利に関する処分についての審査請求は、……長に対してする」と規定している。このことから、指定管理者に使用許可等の権限を付与し、行使させることができる制度としたことがわかる。

つまり、従来の設置者と受託者との間の契約による管理の委託・受託という関係をやめて、行政処分の性質をもつ指定を受けた管理者に公の施設の管理を包括的にゆだねる（または代行させる）制度としたもので、「代行する主体」である指定管理者は行政処分の性質をもつ使用許可等の権限を行使することが可能になり、その限りで「行政庁」の性格をもつことになった<sup>(13)</sup>。

以上、指定管理者制度は、使用許可等の権限も含めて指定管理者に付与する制度であり、その限りにおいて「行政庁」の性格を持ち、「契約」によってそのような権限・地位を付与することはできないため、行政権限の委任という行政処分の性格を有する「指定」という制度を採用したのである。

### （3） 指定管理者候補者選定結果通知の位置付け

本件非選定結果通知が、行政事件訴訟法3条2項の「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」に該当するかが争点の一つになっている。

まず、一般的に指定管理者の候補者（以下、「指定管理者候補者」という。）として選定されない（長の選定段階）、又は指定管理者として指定されない（議会の議決を経て長が指定する段階）ことが行政処分に当たるかについては、次のような見解がある。

「応募した者が指定されないことが処分になる（申請の拒否）として行審法による不服申立てをすることは一般的にはできないと解する。」<sup>(14)</sup>（以下、「第1説」という。）

(13) 成田前掲書10～12頁。三野前掲書①141頁、同②364頁。

(14) 松本前掲書1107頁。

「公募の結果、指定管理者に選定されなかった者を『指定しない』という行為自体には処分性は認められず、当該行為は行政不服審査法第4条第1項<sup>(15)</sup>に規定する『行政庁の処分』にはあたらない（いわゆる『不許可処分』に相当するものではない）と考えられることから、当該行為については、行政不服審査法における不服申立てをすることはできない、と考えられます。ただし、条例で定める手続に瑕疵等があり、選定プロセスに問題が認められる場合、その結果である『指定』行為について不服申立てをすることは可能です。その場合であっても、不服申立てを行うことのできる者は、当該指定が取り消されることにより、代わりに自らが指定管理者として指定される可能性があり、利益を受けることができるものに限られる、と考えられます。」<sup>(16)</sup>  
(以下、「第2説」という。)

第1説で留意すべきことは、「指定されない」ということに処分性が認められるかという点について、不服申立ての対象とならないとするが、ここでいう「指定されない」ということの意味合いを正確にする必要がある。

まず、指定管理者候補者として議案を提出したにも拘わらず、否決され指定されなかった場合は、「議会の議決を経て」される処分（行審法7条1項3号）に該当するため<sup>(17)</sup>、そもそも審査請求の対象外であるので、この意味においてではないことになり、ミスリードの感がある。そうすると、そもそも議案の指定管理者候補者とならず、他の者が指定管理者候補者として議案として提出され可決され指定管理者となり、その結果として指定管理者に指定されなかった場合に争い得るかという意味において捉えることになる。つまり、議会の議案とするべく指定管理者候補者に選定されなかった場合、つまりその段階で指定の道を断たれたことと同じ状況になるわけである。

一方、次のような見解もある。

上記の見解について「不指定をいわば内部的行為とみる趣旨かと思われるが、応募が一件しかなかった場合（他者への指定行為を争う余地がない）を想定すれば明らかなように、応募者（申請者）にとり『不指定』は申請に対する拒否処分と考えるべきである」、上記の「そのような見解は、選定漏れの応募者と指定候補者とを一緒にたにするもので、賛成できない。前者にとっては、選定漏れは、指定管理者候補者から

---

(15) 平成26年6月13日法律68号による改正前の行政不服審査法。

(16) 成田前掲書112頁。

(17) 同113頁。松本前掲書378頁は、地方自治法96条の議決について、長の提案した議案を否決した場合も「一種の議決」であるとする。

の脱落であり、指定を受ける可能性の消滅（不指定）が（原則的に）確定することを意味するからである。そもそも、公募は、各自治体の公の施設管理条例で定められるべき『指定管理者の指定の手続』に属する事項であり、応募者には、当該条例の規定によって『応募権』すなわち申請権（適正な優劣審査を受ける権利を含む）が保障されているといえよう。<sup>(18)</sup>（以下、「第3説」という。）

以上、指定管理者候補者として選定されないという行為（以下、「指定管理者候補者非選定行為」という。）の処分性について、第1説は「一般的には」認められないとするが理由は示されていないし、また例外的には認められる余地を残しており、第2説は、それ自体には処分性はないが、選定「手続に瑕疵等」がある場合は選定結果である「指定」の取消しを求めることはできるとし、第3説は「拒否処分」と位置付ける。このように、指定管理者候補者非選定行為に処分性を見だし、拒否処分と位置付けることは可能である。

#### 4. 結論 — 非選定結果通知の処分性 —

上記（3. 争点に関する検討 — 指定管理者制度における指定手続 —）を踏まえて、本件非選定結果通知の処分性について、見解をまとめる。行政事件訴訟法における処分性の判断に当たっては、法令に基づく行為であるか（形式的要素）、公権力の主体としての行為といえるのか（実質的要素）の2点が特に問題になる（最判昭39年10月29日民集18巻8号1809頁）。また、効果の外部性（権利義務関係性）及び成熟性（個別具体性）の有無も問題になる。

##### （1）法令に基づく行為への該当性

指定管理者の指定手続は、地方自治法及び条例に根拠を置くものであり（3（1））、指定までの選定手続は、法令に基づく行為であることはいうまでもない。募集要項は、

---

(18) 稲葉馨「指定管理者制度における『指定』と『協定』について」自治実務セミナー（2016.1）26頁。なお、ここでいう「内部的行為」論とは、公募への複数の応募者の中から指定管理者を「選定」する行為は、「指定」が議会の事前の議決を要するものである以上、あくまでも指定候補者を選抜するにとどまるもので、指定行為に至る過程におけるいわば中間的行為にとどまるという意味において使用している（同）。よって、処分性の判断要素の一つである外部性（国民の権利義務に関すること）の判断における行政内部の行為（通達等）の意味ではない。

条例に規定された選定手続を具体化したものであり、いわゆる内部的規範としての「要綱」とは異なる。

本件の募集要項（「北茨城市観光関連施設指定管理者募集要項」）も「……条例第4条の2の規定に基づき、3施設を一括して、指定管理者（管理運営を実施する法人その他の団体）を募集します。」と記載しており、条例に基づく募集である。

被告は、本件非選定結果通知は、「法令に根拠があるわけでも、法的効果を伴うわけでもない」とする（平成28年6月20日準備書面（4））が、明らかに市条例第4条及び市規則第4条に基づくものであり（「指定管理者候補者選定結果通知書」（平成26年11月20日）も「規則第4条の規定により通知します。」と記している。）、それらに根拠規定を置くものである（3（1））。

よって、本件非選定結果通知は、法令に基づく行為である。

## （2） 公権力の主体として行為への該当性

指定管理者制度は、使用許可等の権限も含めて指定管理者に付与する制度であり、その限りにおいて「行政庁」の性格を持ち、「契約」によってそのような権限・地位を付与することはできないため、行政権限の委任という行政処分の性格を有する「指定」という制度を採用したものである（3（2））。そして、公募によって申請してきた者に対して、指定管理者候補者として選定する又は選定しないという行為は、前者には指定の資格を付与するもので、後者には指定の資格を付与しないというものである。つまり、議会の議決を受けて指定管理者となる地位を付与する又は付与しないという効果をもたらすものである。また、議会の議決は、当該指定管理者候補者が適切であるかどうかを判断するのみで、A指定管理者候補者よりBの方がいいと判断して、Bを指定管理者として議決することはできない<sup>(19)</sup>。つまり、指定管理者候補者として選定されなかった者は、その段階で指定管理者になることができる地位を奪われたことになり、実質的に申請に対する拒否処分といえる。よって、本件非選定結果通知は、公権力の主体としての行為である。

---

(19) 篠原前掲論文32頁。三野前掲書②363頁。

### (3) 効果の外部性の有無

被告は、本件非選定結果通知を「内部的手続行為」ととどまるとする（平成27年12月7日準備書面(2)）が、行政機関内部の通達等の処分性の有無を判断する際の外部性の問題とは、次元の異なる問題である。本件においては、申請者に市長名で「指定管理者の候補者として選定しないことに決定しましたので……規則第4条の規定により通知します。」との文面で通知されており、処分性の判断における外部性を有することはいうまでもない。

### (4) 成熟性の有無

被告は、本件非選定結果通知を「中間段階の成熟しない行政行為」と捉え、同通知が①「何ら重大な損害を受けるわけではない」、②「3年後にもう一度申請できる」、③「他の市町村の指定管理者に応募する道もある」、④「議会で指定議案が否決されれば、再度の選定手続で、指定管理者になる可能性もある」から、「通知の段階で争うのは時期尚早」であるとする（平成28年6月20日準備書面(4)）。

指定管理者候補者として選定されなかった者は、その段階で指定管理者になることができる地位を奪われたことになり、実質的に申請に対する拒否処分といえる（3(3)）。そうすると、その効果は一般抽象的なものとはいえ、その者にとって個別具体的な効果が生じている。

指定管理者の選定は、必ずしも公募によらなくてもよいし、実際に非公募で特定の団体（主に当該自治体の外郭団体等）を指定しているケースも少なくないこと、特に、透明性及び公平性を欠く極めて政治的な判断により選定した本件の選定過程に鑑みると、④のようなことは現実的でないし、実際に指定管理者候補者となった財団が議決を経て指定されている。なお、②及び③のような主張は論外である。

よって、本件非選定結果通知は、個別具体的な効果を生じており、紛争の成熟性を有している。

### (5) 本件非選定結果通知の処分性

以上のことから、本件非選定結果通知は、行政事件訴訟法の訴訟対象となる処分性を有しているといえる。

※ 本稿「3. 争点に関する検討 — 指定管理者制度における指定手続 —」及び「4. 結論 —

非選定結果通知の処分性 —」は、本件原訴訟代理人弁護士法律意見書（平成28年12月15日）として提出したものに加筆修正したものである。

（みの やすし 香川大学法学部教授）

キーワード：指定管理者制度／非選定／処分性

#### 参考（関連法令）

##### ○ 地方自治法

（公の施設の設置、管理及び廃止）

第二百四十四条の二 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特に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三分の二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、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（以下本条及び第二百四十四条の四において「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。

(公の施設を利用する権利に関する処分についての審査請求)

第二百四十四条の四 普通地方公共団体の長以外の機関（指定管理者を含む。）がした公の施設を利用する権利に関する処分についての審査請求は、普通地方公共団体の長が当該機関の最上級行政庁でない場合においても、当該普通地方公共団体の長に対してするものとする。

2 普通地方公共団体の長は、公の施設を利用する権利に関する処分についての審査請求がされた場合には、当該審査請求が不適法であり、却下するときを除き、議会に諮問した上、当該審査請求に対する裁決をしなければならない。

3 議会は、前項の規定による諮問を受けた日から二十日以内に意見を述べなければならない。

4 普通地方公共団体の長は、第二項の規定による諮問をしないで同項の審査請求を却下したときは、その旨を議会に報告しなければならない。

○ 北茨城市公の施設の指定管理者の指定の手續等に関する条例（平成16年12月24日・条例第25号）  
（趣旨）

第1条 この条例は、地方自治法（昭和22年法律第67号。以下「法」という。）第244条の2第4項の規定に基づき、指定管理者（同条第3項の指定管理者をいう。以下同じ。）の指定の手續等に関し必要な事項を定めるものとする。

(指定管理者の公募)

第2条 市長は、法第244条の2第3項の規定により指定管理者に公の施設の管理を行わせようとするときは、規則で定めるところにより公募するものとする。ただし、市長が特別の事情があると認めるときは、この限りでない。

(指定管理者の指定の申請)

第3条 指定管理者の指定を受けようとするものは、規則で定めるところにより市長に申請しなければならない。

(指定管理者の候補者の選定)

第4条 市長は、前条の規定による申請があったときは、当該申請の内容を次に掲げる選定の基準に照らして総合的に審査し、指定管理者の候補者を選定するものとする。

- (1) 公の施設の運営において利用者の平等な利用を確保されるものであること。
- (2) 公の施設の効用を最大限に発揮させるとともに当該公の施設の管理に係る経費の縮減が図られるものであること。
- (3) 公の施設の管理を安定して行う物的能力及び人的能力を有するものであること。
- (4) 前3号に掲げるもののほか、市長が公の施設の性質又は目的に応じて定める基準を満たしているものであること。

2 市長は、前項の規定により指定管理者の候補者を選定するときは、あらかじめ第10条で規定する北茨城市公の施設指定管理者選定審議会の意見を聴くものとする。

(指定管理者の指定等)

第5条 市長は、法第244条の2第6項の規定による議会の議決を得たときは、前条の規定により選定した候補者を指定管理者として指定するものとする。

2 市長は、前項の規定による指定をしたときは、その旨を告示するものとする。法第244条

の2第11項の規定により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若しくは一部の停止を命じたときも、同様とする。

(協定の締結)

第6条 指定管理者は、市長とその管理する公の施設の管理に関する協定を締結しなければならない。

(事業報告書の提出)

第7条 指定管理者は、法第244条の2第7項の事業報告書を、毎年度終了後30日以内(同条第11項の規定により指定管理者の指定を取り消された場合にあつては、その取り消された日から30日以内)に市長に提出しなければならない。

(原状回復義務)

第8条 指定管理者は、その指定の期間が満了したとき、又は法第244条の2第11項の規定により指定を取り消され、若しくは期間を定めて管理の業務の全部若しくは一部の停止を命ぜられたときは、その管理しなくなった公の施設を速やかに原状に回復しなければならない。ただし、市長が特に支障がないと認めるときは、この限りでない。

(損害賠償義務)

第9条 指定管理者は、故意又は過失によりその管理する公の施設を損壊し、又は滅失したときは、それによって生じた損害を市に賠償しなければならない。ただし、市長が特別の事情があると認めるときは、この限りでない。

(審議会)

第10条 市長の諮問に応じ、指定管理者の候補者の選定に関し審議するため、北茨城市公の施設指定管理者選定審議会(以下「審議会」という。)を置く。

2 審議会の委員の定数は、10人以内とし、必要な期間を定めて市長が委嘱し、又は任命する。

(教育委員会所管の公の施設への適用)

第11条 この条例を教育委員会が所管する公の施設に適用する場合においては、第2条から第8条まで及び前条の規定中「市長」とあるのは「教育委員会」と、第2条、第3条及び次条の規定中「規則」とあるのは「教育委員会規則」とする。

(委任)

第12条 この条例に定めるもののほか、この条例の施行に関し必要な事項は、規則で定める。

○ 北茨城市公の施設の指定管理者の指定の手續等に関する条例施行規則(平成16年12月24日・規則第24号)

(趣旨)

第1条 この規則は、北茨城市公の施設の指定管理者の指定の手續等に関する条例(平成16年北茨城市条例第25号。以下「条例」という。)の施行に関し必要な事項を定めるものとする。

(公募の方法)

第2条 条例第2条の規定による公募は、市の広報紙への掲載、インターネットの利用その他の適切な方法により行うものとする。

2 市長は、前項の公募に当たっては、次に掲げる事項を明示するものとする。

(1) 公の施設の概要

(2) 条例第3条の規定による申請(以下「申請」という。)を行うものに必要な資格(以

下「申請資格」という。)

- (3) 申請を受け付ける期間
  - (4) 条例第4条第1項各号に規定する選定の基準
  - (5) 指定管理者に行わせる管理の基準及び業務の範囲
  - (6) 指定管理者に管理を行わせる期間
  - (7) 市が支払うべき管理に要する費用に関する基準
  - (8) 地方自治法（昭和22年法律第67号。以下「法」という。）第244条の2第8項に規定する利用に係る料金（以下「利用料金」という。）に関する事項（同項の規定により指定管理者に利用料金を収受させる場合に限る。）
  - (9) 次条各号に掲げる書類の内容
  - (10) その他市長が必要と認める事項
- 3 条例第2条ただし書の特別の事情とは、次の各号のいずれかに該当するときとする。
- (1) 公の施設の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。
  - (2) 条例第4条の規定による審査の結果、指定管理者の候補者となるべき適当なものがいないとき。
  - (3) その他公の施設の適正な運営を確保するため必要と認められるとき。
- (指定管理者指定申請書等の提出)

第3条 条例第3条の規定により指定管理者の指定を受けようとするものは、指定管理者指定申請書（様式第1号）に次に掲げる書類を添えて市長に提出しなければならない。

- (1) 定款、寄附行為、規約その他申請を行うものの目的、組織及び運営の方法を示す書類
- (2) 法人にあつては、当該法人の登記事項証明書
- (3) 申請資格を有していることを証する書類
- (4) 管理に係る事業計画書及び収支予算書
- (5) 経営状況を説明する過去2年分の書類
- (6) その他市長が必要と認める書類

(選定結果の通知)

第4条 市長は、条例第4条の規定により指定管理者の候補者を選定したときは、申請を行ったものに対し、指定管理者候補者選定結果通知書（様式第2号）により速やかにその結果を通知するものとする。

(協定で定める事項)

第5条 条例第6条に規定する協定で定める事項は、次のとおりとする。

- (1) 業務の内容に関する事項
- (2) 市が支払うべき管理に要する費用に関する事項
- (3) 利用料金に関する事項（第2条第2項第8号に規定する場合に限る。）
- (4) 維持補修に係る責任の分担及び管理に伴い取得した物品等に関する事項
- (5) 法第244条の2第7項の事業報告書に関する事項
- (6) 法第244条の2第10項の規定による業務報告の聴取等に関する事項
- (7) 法第244条の2第11項の規定による指定の取消し及び管理の業務の停止に関する事項
- (8) 管理にあたって保有する個人情報の保護に関する事項
- (9) 前各号に掲げるもののほか、管理を適正に行わせるために市長が必要と認める事項

(事業報告書の記載事項)

第6条 条例第7条の事業報告書は、指定管理者事業報告書(様式第3号)とし、次に掲げる事項を記載するものとする。

- (1) 管理に関する実施状況及び利用状況に関する事項
- (2) 使用料及び利用料金の収入の実績に関する事項
- (3) 管理に係る経費の収支状況に関する事項
- (4) その他管理の実態を把握するために市長が必要と認める事項

(審議会)

第7条 条例第10条で規定する北茨城市公の施設指定管理者選定審議会(以下「審議会」という。)に会長を置き、委員の互選によりこれを定める。

- 2 会長は、会務を総理し、審議会を代表する。
- 3 会長に事故あるときは、会長があらかじめ指名する委員が、その職務を代理する。
- 4 審議会の会議(以下「会議」という。)は、会長が招集する。ただし、委員の委嘱又は任命後最初に開かれる会議並びに会長及び前項の委員が欠けたときの会議は、市長が招集する。
- 5 会議は、委員の半数以上のものが出席しなければ、開くことができない。
- 6 会議の議長には、会長があたる。
- 7 会議の議事は、出席した委員の過半数で決し、可否同数のときは、議長の決するところによる。
- 8 審議会の庶務は、市長公室企画政策課において処理する。

(委任)

第8条 この規則に定めるもののほか必要な事項は、市長が別に定める。