HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	指定管理者制度のジレンマと災害対応
Author(s)	宮脇, 淳
Citation	年報 公共政策学, 14, 77-102
Issue Date	2020-03-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/78240
Type	departmental bulletin paper
File Information	14-08_Miyawaki.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

【論　文】

指定管理者制度のジレンマと災害対応

宮脇　淳*

1. はじめに

2003年の改正地方自治法施行で導入された指定管理者制度（地方自治法244条の２）は、わずか15年後の2018年４月現在で総事業数約7.6万件（うち市区町村たる基礎自治体の事業数約6.1万件)[1)]を超え、公の施設の約４割が民間企業等[2)]の指定管理者が担う現状にある。この間、業務委託等の従来の方法に加え、PFI（Private Finance Initiative）やコンセション（Concession)、さらには包括的民間委託など新たな官民連携モデルが多面的に展開されており、指定管理者制度も民間化の多彩な流れと整合性をもった進化が必要となっている。

加えて、指定管理者制度は、現状において様々な官民間でのジレンマ（dilemma）を発生・堆積させている。ジレンマの深刻化は、制度全体の信頼性を低下させるだけでなく、地方公共団体と指定管理者双方のリスクを拡大させる要因ともなっている。地方公共団体側、民間企業等指定管理者側のいずれかに関わらず、具体的なジレンマの例として、①行政処分なのか契約なのか、「協定」の法的性格が不明確なこと、②公の施設に対する指定管理者の管理運営権はどこまで及ぶのか、設置責任と管理責任の境界線が不明確なこと、③地方公共団体の指定管理者に対する指揮命令の及ぶ範囲はどこまでか、偽装委託問題との関係や外部監査の可能範囲が不明確なこと、④指定管理者の災害時対応はどこまで求められるのか、労働契約法等の法律問題に加え、政策面から行政判断を伴う公共性の絶対化の課題があること、⑤指定管理者による公の施設の維持修繕の財務負担はどこまで及ぶのか、公会計と企業会計の処理の相違、税法上の問題と密接に関連すること、⑥指定管理者の創意工夫の意図づけと保護はいかに行うか、知的所有権問題と関連すること、⑦地方公共団体と指定管理者の双方のリスクマネジメントをいかに展開するのかなど多面に及ぶ[3)]。

以上の具体的ジレンマは、地方公共団体と指定管理者間で締結される協定が抱える

* 北海道大学公共政策大学院教授
E-mail: bx8a-mywk@asahi-net.or.jp

1) 総務省自治行政局『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』(2019.5)による。

2) 民間企業等とは、株式会社、NPO法人、学校法人、医療法人等を示す。

3) 図書館総合研究所指定管理者制度研究会2018～2019年ヒアリング結果。

情報の不完全性の問題を根底に抱えながら①～⑦の各問題が相互に密接に関連し輻輳している。以下では、こうした具体的ジレンマを克服し、公共サービスの質的向上に資する指定管理者制度に進化させるため、民間化に伴う指定管理者制度導入の経緯を整理した上で、地方公共団体と指定管理者の間で締結される協定の法的性格を考察することを通じて、とくに近年問題となっている災害時の指定管理者の管理運営の課題に焦点を絞って検討する。

2. 指定管理者制度導入の経緯

営造物概念[4]の見直しから始まる指定管理者制度の導入とこれまでの流れについて整理し、そこに存在する課題をまず整理する。

2.1 公の施設概念の設定

1963年の地方自治法改正では、従来の営造物概念を改めて、「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」である公の施設概念を設定している（地方自治法244条第１項）。この公の施設に関する設置・管理の事項は、条例事項とされ（同法244条の２第１項）、正当な理由がない限り住民の利用を拒んではならないこと（同法244条２項）、住民の利用に際して不当な差別的取扱いをしてはならないこと（同法244条第３項）などが定められている。加えて、地方自治法244条の２第３項では「普通地方公共団体は、公の施設の設置の目的を効果的に達成するため必要があると認める時は、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。」と規定し、公の施設の管理受託者について公共団体（地方公共団体、公共組合、営造物法人）又は公共的団体（農業協同組合、商工会議所、学校法人、町内会等）に対してのみ認める制度としていた（旧地方自治法244条の２第３項）。外部委託の対象を、地方公共団体の調整権が及ぶ公共団体等に限定する措置を設けている。

その後、約30年間が経過した91年の地方自治法改正では、機関委任事務制度の見直しとともに管理受託者の範囲の見直しが行われ、普通地方公共団体が資本金又はその他これらに準ずるものの２分の１以上を出資している法人、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自治省令で定めるものが加えられ、利用料金制導入、管理受託者による料金決定の原則化、地方公共団体の管理受託者に対する報告の徴求等が設定されている。利用料金制導入等で管理受託者の自主的な運用を認めるとともに、地方公共団体の監督権限が強化されている（地方自治法244条の２第９項、第10項）。

4)　行政主体が公の目的に供用する人的及び物的施設の総合体。

2.2　指定管理者制度の創設…2003年地方自治法改正

そして、2003年の地方自治法改正で、管理委託制度が指定管理者制度に改められている。2002年以降の小泉政権下での民間化政策の流れにおいて、地方分権改革推進会議「事務事業の在り方に関する意見」（2002年10月30日）や総合規制改革会議「規制改革の推進に関する第２次答申」（2002年12月12日）などを経て、公の施設の管理についても民間化議論が展開され、「多様化する住民ニーズにより、効果的、効率的に対応するため、公の施設の管理に民間の能力を活用しつつ、住民サービスの向上を図るとともに、経費の削減等を図ること」を目的として導入されている[5)]。

地方公共団体は、公の施設の管理について、民間企業等を含むあらゆる「法人その他の団体」に対する外部委託が可能となっている。同時に地方自治法は、指定管理者の指定等について、予め議会の議決を経なければならないとして、民主的コントロールを設けている（地方自治法244条の２第６項）。

2.3　民間化政策の流れ

指定管理者制度は、規制改革を含む民間化政策の流れの中で設けられた。日本の民営化・民間化の政策は、1980年代の日本国有鉄道・日本電信電話公社・日本専売公社の三公社民営化から本格始動し、郵政事業の民営化等を経て、2000年代ではPFI法（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）の施行やそれに続くコンセション方式の導入など事業方式の多様化が進められてきた。こうした流れの中で指定管理者制度も公の施設の管理手段として、地方公共団体に導入されている。なお、国では指定管理者制度の導入はなく、類似の仕組みとしては包括的民間委託制度[6)]が採用されている。

指定管理者制度を地方公共団体に導入した経済社会的要因としては、第１は、導入検討当時（1990年代後半以降、橋本内閣から小泉内閣への時代）に本格化していた行財政改革のひとつである公益法人改革[7)]を地方公共団体でも推進すること、第２は、第１に関連し公益法人等に限定されていた管理委託制度を廃止し、公の施設に関する規制改革を推進すること、第３に、先行検討していたPFI等の民間手法の視点を指定管理者制度にも拡充することで、公の施設の管理運営に対する効率化を推進することの３点が指摘できる。

---

5)　2003年７月17日付総行行第87号（総務省自治行政局長通知）「地方自治法の一部を改正する法律の公布について」。

6)　包括的民間委託とは、2001年に国土交通省による『性能発注の考え方に基づく民間委託のためのガイドライン』による委託。性能発注の考え方に基づく施設の管理運営を中心とした業務に適用する委託手法。

7)　内閣府「公益法人改革について」https://www.gyoukaku.go.jp/about/koueki.html、2019.11.22閲覧。

以上の流れを反映しつつ地方公共団体に具体化する際に、民間化政策の大きな要素としての民間の創意工夫・ノウハウを活用し公共サービスの効率化を図るという観点から、自治事務の下に位置づけられたのが指定管理者制度である。指定管理者制度は、公共サービス改革[8]とも連動しつつ、行財政改革、規制改革の視点をもちつつ導入されている。

3. コンプライアンスの充実

指定管理者制度は、地方自治法上で自治事務として位置づけられている。制度上、条例を基本規範に、具体化は各地方公共団体の判断に委ねられている。この制度設計について総務省は、「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時に活用する制度であり、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なっている」[9]としている。公の施設は管理運営の実態が地域によって異なり、それに適した内容で地方自治の本旨の下で指定管理者制度の活用を進めていく位置づけにあることを意味しており、画一的に規定することに限界がある点を示している。

地方自治の観点から、地方公共団体ごとに協定等が異なる内容になる部分があるのは当然である。しかし同時に、地域が異なっても法秩序・法体系の面で確保すべきコンプライアンス（compliance）の共通構図がある。この点への認識が不足すると、地方公共団体と指定管理者間で法的認識が大きく異なり、協定等の内容も混沌状態となることが様々なジレンマを生み出す要因となっている。

3.1　コンプライアンスの本質

様々なジレンマを改善するためにも、地方公共団体と民間企業等指定管理者間のガバナンスの充実に向けて、官民を通じたコンプライアンス（compliance）関係を向上させることが課題となる。指定管理者の選定・指名から協定の策定、管理運営の展開、モニタリングの充実等に至るまで体系的にコンプライアンスの構図を構築させることが、制度の持続性と進化性の確保に向けて不可欠となっている。コンプライアンスの最終的な目的は、民間・公的組織を問わず、法令や倫理等に基づく活動を定着させ、社会的な信頼性を組織や制度として確保し向上させることにある。この意味から、指定管理者制度において積極的に官民の連携価値と信頼を高めていく姿勢が求められる。

指定管理者制度は、官と民の中間領域で協働展開することを意図している。具体的には、「行政は指示する人、民間は作業する人」の縦の上下関係（ガバメント

8)　2006年に制定された国や地方公共団体の提供する公共サービスの質の向上・効率化を実現するため、民間委託の促進を定めた法律。基本理念、官民競争入札・民間競争入札の手続き、民間業者の公共サービス実施等について規定。

9)　総務省自治行政局長（2010.12.28）「指定管理者制度の運用について」。

(government)関係）から脱却し、民の創意工夫・ノウハウを反映させる「行政と民間がともに考えともに行動する」ことを可能にする仕組みへの進化である。この「行政と民間がともに考えともに行動する」ための仕組みづくりには、行政と民間が従来の縦の関係から横の水平的関係（ガバナンス(governance)関係）による機能・責任、リスク分担の関係を新たに構築することが求められる[10)]。旧管理委託の縦型の関係から、横型の関係をより重視する構図への転換である。

2003年改正地方自治法施行に伴う総務省自治行政局長通知[11)]では、指定管理者制度に関して、①多様化する住民ニーズにより効果的、効率的に対応するため、公の施設の管理に民間の能力を活用しつつ、住民サービスの向上を図るとともに、経費の節減等を目的とするとしている。それに続き指定管理者に関する事項として、②地方公共団体が指定する法人その他の団体に公の施設の管理を行わせる制度であり、その対象は民間企業等を幅広く含むこと、③条例の定めるところにより地方公共団体の長は指定管理者に「使用許可」を行わせることが可能であること、そして④指定に当たって議会が議決すべき事項として、指定管理者に管理を行わせようとする施設名称、指定管理者となる団体名称、指定期間等を提示することが示されている。以上の趣旨を実現するためには、官民関係のコンプライアンスの進化が不可欠となる。

3.2　指定管理者制度のコンプライアンス

コンプライアンスの核となるのは、法令に基づく指定管理者制度の展開である。国・地方公共団体を問わず公務員、そして組織活動の基本原則のひとつが法令に基づく職務の展開であり、地方公共団体の職員自体が組織的に法令の基本的知識を十分に理解し実践する力を備えることが前提となる。とくに指定管理者制度の場合、地方公共団体を律する法令だけでなく、民間企業等の活動を律する私法関係も含め両者の新たな関係を形成する視点も求められる。すなわち、以下の点が重要となる。

①行政活動の中核を形成する公法分野のみならず、民法・商法等私法分野の知識も公務員に不可欠と認識すること。民間領域を主に律する法令や会計制度等を理解した上での連携が、官民の相互信頼関係を形成する前提と認識し、地方公共団体の職員に求められているコンプライアンスの質と範囲をガバナンス型に進化させる必要がある。

②法令の根底にある倫理や社会的規範などを意識すること。倫理とは、人間行動における選択を規制する内面的規範であり、客観的な社会規範としての価値観が前提として必要となる。加えて、倫理観には人間としてどこの国、どこの地域、いかなる時代にも共通した規範だけでなく、国・地域や時代等で倫理的価値観が異

10）宮脇淳編著「自治体経営リスクと政策再生」東洋経済新報社、pp72～75。
11）総務省自治行政局長通知（2003.7.17）「地方自治法の一部を改正する法律の公布について」。

なり多様化が進んでいる規範が存在する。この倫理的価値観の多様化が社会的ジレンマを生む要因となっている。

③不正・不祥事の防止であること。防止には、内部統制が重要な意味をもつ。内部統制とは、単に監査やモニタリングを行うことではなく、自発的に組織の協働体制を形成することであり、具体的目的は、業務の有効性・効率性の確保、業務情報の信頼性の確保、業務活動に関する法令遵守の確保等が挙げられる。内部統制を機能させる要素としては、統制環境の把握、リスク認識と対応、統制活動、モニタリング機能等の充実がある。

コンプライアンスの充実と向上は、指定管理者と地方公共団体の相互の関係をいかに形成し機能させるかを考える場合に重要となる。その際にまず踏まえるべきことは、相互の自発的な情報共有と協働によるガバナンス機能を充実させる関係づくりである。そして、指定管理者制度においてコンプライアンス、そしてガバナンス機能の根幹に位置するのが条例と、それに基づく協定である。

4. 指定管理者制度の実践的権原・条例制定

4.1 条例の位置づけと民主的コントロール

地方自治法の規定に基づく公の施設の指定管理については、公の施設の設置と管理に関する事項を議会議決で定め、さらに議会の指定議決を経て、地方公共団体の長等が指定管理者に当該施設の管理をさせる制度である。指定管理者の指定手続き、指定管理者が行う管理の基準、業務の範囲等については条例で定めることとしている（地方自治法244条の 2 第 4 項）。条例制定により指定管理の基本を形成することは、地方自治の本旨に従った民主的コントロールを重視すると同時に、指定管理者に関する基本的事項は条例が本質的な根拠となることを意味する。

2003年 7 月の総務省自治行政局長通知[12)]では、条例で①申請の方法や選定基準を定めること、指定の申請では複数の申請者に事業計画を提出させること、②管理の基準については、住民が利用するに当たっての基本的な条件のほか、当該公の施設の適正な管理の観点から必要不可欠となる業務運営の基本事項を定めること、③業務の範囲として具体的に規定し、施設の目的や態様等に応じて設定することなどを求めている。

なお、地方公共団体の全ての施設が対象ではなく、地方公共団体の施設のうち公の施設であること、さらに公の施設が全て指定管理者制度となるのではなく、公の施設の設置目的を効果的に達成することに適していると判断された時に選択される（地方自治法244条の 2 第 3 項）。したがって、公の施設を委託する場合、地方自治法で指定管理者制度が義務づけられているものではない。

12）総務省自治行政局長通知（2003.7.17）「地方自治法の一部を改正する法律の公布について」

4.2　条例の規律密度

以上のように条例で制定すべき事項が示される一方で、条例でどこまで細かく定めるかについては、民主的コントロールと条例の規律密度の問題となる。指定管理者制度の具体化の基本規範は地方公共団体の条例であり、条例で基本的事項を全て明確に定めることが可能であれば、指定管理者制度に関するジレンマの多くは改善される。

しかし、実務的には、①条例制定や見直しには地方議会の手続きが必要であり、政治的要因が強く影響すること、②条例として内容を細部まで制定すると硬直的になりやすく環境変化に対応しづらいこと、③条例は指定管理者に関する公法上の関係を規律することを目的とするため、指定管理者の権利やリスク分担等私法上の関係を定めることには限界があること、などから条例で全てを律することは非現実的であり、また不適切となる。したがって、民間企業等の創意工夫と法人格の独立性・自由度の向上を踏まえ、条例では公法関係の基礎的事項を定め、具体的な管理運営事項、権利関係、リスク分担等については協定に委ねるのが基本となる。

なお、条例で指定管理者への規律密度を高めることは、法規範によって直接的に公の施設の管理運営の質を明確にして指定管理者との関係の内部統制を強固にする一方で、指定管理者との関係では公共性の絶対性を強める結果となり、むしろ民間企業等の創意工夫を活用する場合は規律密度を下げ、公共性を相対化することなどの必要性がある。

4.3　議会の指定行為の位置づけ

条例により指定管理の基本的内容を定め、議会議決で指定行為を行うことは民主的コントロールの下で民間企業等に委託行為が行われることを意味している。指定管理者への指定という行政処分の一種によって、事実行為の管理だけでなく、必要に応じて使用許可権限も含めた公の施設の包括的な管理権限を民間企業等が代行することを許す制度が指定管理者制度であり、設置者たる地方公共団体に代わって、民間企業等が管理主体となる。その管理主体としての機能は、私的契約に基づく管理代行部分と使用許可等行政処分の部分を含むことができる。指定管理者制度は、行政庁が法律の規定に基づいて試験、検査、検定、登録、その他行政上の事務を行わせる指定法人制度を応用して[13)]、行政機関の関与手続を整えることで、形式的な権力的処分権限を指定管理者に付与する考え方に基づいている。なお、指定では、①住民の平等利用の確保、②公の施設の機能を最大限発揮すると同時に効率性が図られること、③事業計画に沿った管理を安定的に行う物的・人的能力を有することなどが重要となる。条例で定められた義務に指定管理者が違反した場合は、指定取消や業務の一部停止等の対象となる(地方自治法244条の 2 第11項)。

13）松本英昭「新版逐条地方自治法第 9 次改訂版」（学陽書房）p1107。

4.4　協定の性格

指定によって、指定管理者には法律及び条令に基づく公法上の義務が生ずる。このため指定自体は、地方公共団体が一方的な意思表示により、指定管理者を設置者に代わる管理主体とする行政行為であると考え、行政処分[14]あるいはその一種と解することが可能である。

条例及び指名行為に続いて締結されるのが協定である。協定では、指定管理の業務の内容や指定管理者の権利・義務を具体的に定める。指定行為は行政処分と位置づけても、条例で全てが規定されていない限り指定管理者の指定だけでは、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管理業務を行うに際して必要な事項を定めることはできない。加えて、すでに指摘したように条例自身で公法関係以外のリスク分担等私法的関係を詳細に定めることは非現実的であり不適切である。このため、実質的に民間企業等との協議に基づき協定を定めるのが基本となる。地方公共団体と指定管理者との間において、詳細な内容を明確にするのが協定である。

協定を考えるにおいて重要となるのは、第 1 に協定に盛り込まれる情報あるいは協定形成過程において共有される情報の質の問題、そして第 2 に協定の法的性格である。協定の法的性格をいかに考えるかで、公の施設の実務的な管理運営を通じた地方公共団体と民間企業等の間のガバナンスの構図が大きく異なったものとなる。まず、法的性格を検討する前提として、第 1 の協定に関する情報共有の問題について整理する。

5.　情報の不完全性がもたらす本質的課題

協定を通じて地方公共団体と民間企業等は約束を結ぶ。この約束の交渉プロセスと内容を通じて、どれだけ地方公共団体と民間企業等の間で完全な情報共有に近づける努力を重ねるかは指定管理者制度の質を左右すると同時に、公の施設を通じた公共サービスの持続性にも決定的な影響を与える。

5.1　情報の不完全性とは何か

協定は、指定管理者が公の施設の管理運営を行うに際して、地方公共団体との間で結ぶ実践的な合意である。この合意を通じた情報共有に不完全な面があれば、地方公共団体と指定管理者の相互にいかなる状況が生じるか整理する必要がある。

情報の不完全性とは、地方公共団体と指定管理者間での契約に関する情報について、質と量の面から偏りがあるだけでなく、曖昧性や多義性があることも含む。指定管理者が担うべき役割や負担するリスク、地方公共団体が担うべき役割や負担するリスク、さらには協定外の事項に対していかに対応するかなど、現実の協定には情報の不完全

14）成田頼明監修「指定管理者制度のすべて（改訂版）」（第一法規）p88。

性が多く存在する。こうした実態をもたらす本質的要因のひとつが、情報の非対称性と不確実性である。

5.1.1　非対称性

非対称性とは、情報の質や量、そして内容の曖昧性や多義性が存在することにより、地方公共団体と指定管理者間に、逆選択とモラルハザードを生じさせることである。第 1 の逆選択とは、協定を通じた情報の非対称性の存在が、地方公共団体と指定管理者間の両者に対して、公の施設の管理運営に関する手段の選択肢を制約し、公の施設の管理運営に関して、より良い手段を選ぶ可能性を自ら限定あるいは閉ざしてしまう状況を意味する。たとえば、公の施設として災害時にいかなる対応を行うのか、あるいは民間人たる指定管理者の職員に対してどこまで地方公共団体は指示命令できるのかなど不明確であればあるほど、日常だけでなく災害時の段階で混乱を生じさせ、適切な対応を困難とする。

より深刻な課題として生じるのが第 2 のモラルハザードである。情報の非対称性は、地方公共団体と民間事業者間の情報の分離を生む。情報の分離は、地方公共団体と指定管理者間で相互の意思と行動の歪みを発生させ、結果として相互に隠された行動が生じることから、信頼関係を低下させ、相互の効率的な資源配分を歪める結果に結びつく。このため最終的には、地方公共団体が指定管理者に対するモニタリングを適切に行えない状況や、指定管理者が公の施設に関する管理運営のノウハウを蓄積する一方で、地方公共団体が自ら管理運営する能力を失う等の実態である。

5.1.2　不確実性

情報の不完全性は、不確実性すなわちリスクを拡大させる。地方公共団体と指定管理者間で協定を通じてリスク分担が約束される。しかし、その前提として可能な限り情報の不完全性を克服する努力を地方公共団体と指定管理者間で図らなければ、本質的なリスクは軽減されない。不明確なリスクが残り続ければ、指定管理者は積極的なノウハウの展開には制約が生じるだけでなく、指定管理者制度自身への信頼性を低下させる。一方で地方公共団体も行財政面でのリスクを抱え続け、最終的には公共サービスの持続性自体に揺らぎが生じる。

以上のように、地方公共団体と指定管理者間の約束たる協定は、法的視点からの整理だけでなく、情報の不完全性がもたらす課題を交渉プロセスも含めて認識する必要がある。

5.2　協定の基本的構成と情報

以下では、情報の不完全性の視点から非対称性や不確実性がもたらす課題を認識しつつ地方公共団体と指定管理者間の協定の基本的構成について整理する。

5.2.1　協定の基本的構成

指定管理業者による管理権限の具体的内容は、地方公共団体と指定された民間企業等の間で形成する約束たる協定で具体化される。この協定は、行政処分ないし行政処分の延長線上にある付款なのか、それとも契約なのか、契約の中でも行政契約なのか民法の委任の性格をもつ契約なのかなど、地方公共団体、指定管理者を問わず明確に意識する必要がある。なぜならば、指定管理者制度に関する大半のジレンマの根幹に位置する問題だからである。

条例、そして議会の議決に基づく指定によって、公法上の権利義務が指定管理者に発生する。この発生した公法上の権利義務に関して確認する内容となるのが協定である。しかし、協定の内容は権力的行為であり行政処分とされている使用許可に関するものだけでなく、それ以外の具体的な管理行為や民間企業等の権利・義務関係、リスク分担等私的契約に関する事項も多く含まれる。また、使用許可権限を含まない管理行為を委ねることも可能である。こうした協定の基本的構成を踏まえ、そこに盛り込まれる情報の質について整理する。

5.2.2　協定の情報

協定内容を構成する情報は、住民に対する使用許可権限を含む情報、使用許可権限以外の情報、さらに事実行為[15)]の情報に分けられる。住民に対する使用許可権限を含む情報は、形式的には行政処分の付款的性格に位置づけられる。しかし、民間企業等に授権される使用許可権限は定型的かつ裁量権が限られた形式的権力行為であり、協定の中核的位置づけとする必然性はない。加えて、使用許可権限以外の部分は私法上の代理権を授権した情報になり、後者については公法上の権利義務関係の設定とは異なる性格を有する。この私法上の代理権については、予め条例で定めた公の施設の管理業務内容を具体化したものであり、地方公共団体と指定管理者間の権利義務関係は相互の協議に基づき定めることになる。そして、行政処分の付款的性格の部分も協定によって授権された部分ではなく、条例により授権された部分であり、協定自体の行政処分性は極めて弱く限定的であることから、協定全体を本質的に私法上の契約と解することは可能となる。こうした基本的考え方に基づき、他の考え方との比較し検証する。

5.3　協定に関する考え方

一般的に協定とは、複数の当事者間において成立する一定事項についての合意の取決め又はその文書である。しかし、文書の標題によって内容や効力、重要性が決まる

15）事実行為とは、清掃、設備の点検業務、補修・修繕業務などを物理的な管理業務、また、イベントの実施業務、施設の受付、案内業務等の人的な管理業務などを示す。

ものではない。この意味から、指定管理者制度の協定とは何かを以下で考察する。

5.3.1　総務省通知

総務省自治行政局長・総行行第87号「地方自治法の一部を改正する法律の公布について（通知）」(2003.7.17)では、指定管理者に支出する委託費等の額、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。また、総務省事務次官・総財財第33号「平成20年度地方財政の運営について（抄）」(2008.6.6）では、「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予め盛り込むことが望ましいこと」としている。こうした協定の法的性格については、いくつかの視点が考えられる。

5.3.2　機関説、行政処分説

指定行為と同様に協定も、公権力の主体として地方公共団体が住民の権利義務を直接形成し範囲を確定すること、直接法的効果を生じさせること、個別の権利義務を確定すること、地方公共団体の一方的な意思決定で法的効果が発生すること、特定の私人に対する行為であることを有しており、極めて強い権力行為として位置づける考え方である。

指定によって生じる地方公共団体と指定管理者との間の法的関係を委任行政、官庁法理[16]の中に位置づけるものである。この考え方の代表格は、指定管理者における管理行為を地方公共団体の下の機関として行われるとする考え方の機関説[17]である。機関説の場合、公の施設の管理を行うに当たっては、指定管理者は権利義務をもつ法人たる位置に立たないとする。公の施設の指定管理者に管理権限を付与する行為は、公法上の行為としつつ、地方公共団体と住民間で公法上の権利義務以外の関係は認めない考え方である。

確かに、情報の質も量も地方公共団体が統制し、必要に応じて指定管理者に着実に必要事項を伝えれば情報の不完全性による問題を軽減することができる。そして、情報に優位性をもった地方公共団体が指定管理者制度に対する基本的な役割、責任、リスクを負うことで完結する。地方公共団体と指定管理者間の約束たる協定も不可欠

16）行政官庁のとらえ方について、行政機関と私人との関係を対外的に意思表明する行政庁の法律行為に重点を置く考え方。これに対して担当する事務の単位に把握するのは、事務配分的機関把握である。

17）森幸二（地方財務2017年４月号118頁以下）は「公の施設の管理においては、料金を得ることができる権利義務の主体ではなく、自治体の機関に相当するに過ぎない指定管理者に収入を帰属させるという、いわば「原理的（立体的）な例外」であるということも理解してください。」とするが疑問である。森幸二（地方財務2017年４月号118頁以下）。

な存在ではなく、指定管理者は地方公共団体の指示に従い公の施設の管理運営を行うことが可能である。こうした考え方の場合、行財政の視点からの指定管理者の創意工夫は期待できず、加えて独立した法人格あるいは基本的人権の関係から法的視点の問題点を整理する必要性が生じる。また、指定管理制度の選択は義務ではないことから、地方公共団体の調整権が及ぶ範囲で管理委託等の選択を優先することなどが必要となる。

さらに、行政処分説は、協定を指定行為の延長線上として解釈し、一方的な処分行為で指定管理者の権利義務を確定させる考え方である。この考え方がパートナーシップの理念や他の法令との関係で矛盾なく成立するかの検証がまず必要となる。行政処分説は機関説と異なり、指定管理者を自らの機関の一部とは位置づけないものの、協定全体が指揮命令の性格を強め、縦型のガバメント機能の構図に指定管理者を位置づける色彩が強い。この場合、独立した法人格を有する組織体に対して外部組織が絶対的な指揮監督権をもつには、明確な根拠が必要となる。

以上の考え方の延長線上として、行政組織法上の基本原則から解釈し、委任行政の受任者である指定管理者の組織構成に対しても民主的コントロールが及ぶべきとする考え方もある。しかし、指定管理者が法人でない場合は組織構成の問題が生じる余地はほとんどなく、また、法人、たとえば株式会社の場合は株式会社制度の基本理念や独立性を侵害する行為は、委任行政の本来的趣旨からも疑問が生じる。現実には指定管理期間中には様々な業務が行われることから、仮に行政処分と位置づけたとしても管理行為の実質的条件を地方公共団体が実効性をもって一方的に決定することは困難である。さらに、指定管理期間中に生じる様々なリスクの分担について、地方公共団体が一方的に定めていくことも困難であると同時に不適切であり、加えて、協定を地方公共団体の一方的行為として形成することは、情報の不完全性を深刻化させる要因となる。

5.3.3　行政処分付款説

行政処分付款説とは、協定を行政処分である指定の付款的行為と解釈する立場であり、行政処分説と同様に地方公共団体側が協定内容を決定すると位置づける。指定管理者への授権が使用許可を含む場合、行政処分の条件を示した付款とする考え方である。行政処分の付款は、行政処分の従たる意思表示であり、指定管理者としての公法上の義務を生じさせる要件として、指定の条件や期限等が記載されるのが一般的である。

付款は、条件、期限、負担等法律行為から生じる効果を抑制するため、法律行為の際にとくに付する制限であり、許可に対する制限の性格をもつ。このため、付款の内容は限定的で明確であることが必要となる。仮に、付款説をとる場合、協定書を付款として取扱い詳細な内容を規定するとすれば、付款の限定性の面からどこまで許容

されるか、付款として取り扱う場合、たとえばリスク分担等に関する記載について極めて不明確な記載が多く、明確性を欠く記載を行政処分の付款として認めることが適切であるか、などの問題が生じる。

また、現実には指定管理期間中には様々な業務が行われることから、行政処分説と同様に付款と位置づけたとしても管理行為の実質的条件や指定管理期間中に生じる様々なリスクの分担も含めて、行政処分説同様に地方公共団体が単独行為で定めていくことも困難であり、情報の不完全性の克服に向けても不適切である。

5.3.4　行政契約説

さらに、行政契約と考える方法もある。この場合は、指定行為が地方公共団体の単独行為とされること、たとえ当該施設における住民サービスが定型的で非権力的な役務提供がなされるにとどまる場合でも、指定管理者が利用者と私法上の利用契約を締結する権限は、あくまで地方公共団体から授権されていることから、私法上の契約と位置づけるには限界があると整理することも可能である。しかし、住民との利用関係は、定型的で権力性が薄い行政処分としての使用許可に限るとし、現実にはほとんど権力的要素はないものであること、公の施設での住民の利用関係は、個別の公物管理法で使用許可が求められているものを除いては、ほとんど全てが私法上の契約で実現することは可能であることを踏まえると、微かな権力的要素があることを重視して、協定を行政契約であるとする必要はないと考える。

5.3.5　民法上の契約説

条例制定や指定管理者の指定において議会の議決を要することは、公の施設に対する民主的コントロールを機能させるものであり、使用許可権限の授与に関する事項以外は、地方公共団体による私法上の包括代理権の授与に過ぎず、協定書の締結は地方公共団体と指定管理者との具体的な権利義務関係を設定する契約であると位置づけることが可能である。当然に、契約は地方公共団体と指定管理者との間の情報共有とそれに基づく交渉合意によって形成されることが基本であり、情報の不完全性の緩和や克服に向けて、地方公共団体の一方的な単独行為では困難なリスク分担等の事項にまで対応することが可能となる。

指定管理者に対して授権される使用許可は、定型的で権力性の弱い行政処分に限られており、民主的コントロールとして基本規範としての条例も定められていることから、協定自体の本質的性格は私法上の契約であるとすることが制度的趣旨にも適する。住民に対する使用許可権限の要素を含んでいたとしても、全体として指定管理の協定は私的契約と位置づけることは可能となる。

指定管理者の管理業務に関しては、様々な事項が求められると同時に画一的に整理できない事項やリスク分担事項も多く、地方公共団体がその全てを規定することは

困難であると同時に民間企業等の創意工夫を活用する面からも不適切である。こうした限界を克服するために、地方公共団体と指定管理者間の契約交渉によって、情報の不完全性を可能な限り克服する取組みを積み重ね、合理的な協定内容が交渉プロセスを経て決定する実務上の流れも必要となる。この交渉プロセスを丁寧に行うことで、情報の不完全性がもたらすモラルハザードやリスクの拡大を改善、抑制することができる。

なお、箕面市駅前自転車駐輪場事件（2006.9.14、大阪地裁平成18年9月14日判決）は、協定の締結を契約とした上で、利用料金の収受は条例の規定によるものであり、協定によるものではないことから、市に損害が発生したとしても、その損害と協定の締結との間には因果関係がないとし、市長個人と指定管理者たる会社に損害賠償請求せよとの住民訴訟4号請求には理由がないとした。つまり、住民との関係が仮に許可処分であったとされても、それ自体は条例に基づくものであり協定に基づくものではないことから、行政処分と切り離して協定を契約として考えることは可能となる。

5.4　コンセション方式と指定管理者制度

自由度の高い事業運営を可能にしかつ民間企業等のノウハウを活かしつつ、既存のインフラの価値を高め利用促進を図ることを目的として、2011年のPFI法改正で導入された制度が施設運営権制度である。具体的には、施設の運営権の設定を行政処分で行い、管理運営は条例、実施方針、実施契約等で規定し、利用料金の授受権や運営権の物権的性格を認める制度である。いわゆるコンセション方式である。

コンセション方式は、施設の所有権等は公共が保有したまま、民間事業者に公共施設など運営権を付与する方式である。PFI方式のBTO（民間が施設建設し自治体に所有権を移転した上で管理運営する方式）の進化形ともなっており、既存の施設などについて所有と運営を分離し、運営権を民間企業等に売却してそれ以降の運営責任は民間企業等が負担する形態である。運営権を民間に売却することで、行政は投入資金の一部あるいは全部を回収することが可能となる一方、施設の所有権等は行政側に残ることから仮に民間企業等が運営に失敗しても公共サービスとしての持続性を担保する手段が残されることになる。

運営権方式では使用許可権限を授権する法令上の根拠がないため、地方公共団体が所有する公の施設に運営権を設定する場合に、運営権者に対して地方自治法に基づく指定管理者の指定を行う必要があるかどうかが論点となる。これに関して、PFI事業契約又は運営権に基づいては行うことができないとされている利用に係る処分の業務は、指定管理者制度を適用することで、はじめて民間事業者が公の施設の管理業務を一体的にできることとなるとする考え方[18)]を示した。しかし、「地方管理空港特定

18）総務省地域力創生グループ地域振興室（2014.3）「地方公共団体における公共施設等運営

運営事業の実施に係る地方自治法に基づく指定管理者制度の取扱いに関する国土交通省通知」[19]は、地方自治体において当該地方管理空港の設置及び管理に関する条例制定を重視して指定管理者制度による必要はないとし、内閣府の「公共施設等運営権及び公共施設等運営事業に関するガイドライン」[20]は、「当該空港が地方管理空港である場合には、地方自治体において、設定された運営権に従って地方管理空港運営権者が管理の作用を行うことを踏まえた必要な条例の規定の整備を行うこととなる。したがって、地方管理空港運営権者が地方管理空港特定運営事業を行う場合について、別途指定管理者制度を適用する必要はない。」としている。

以上は、あくまでも公の施設の民主的コントロールは条例であり、指定管理者制度は選択肢のひとつで、包括的に条例で定めることは可能とする考え方を示唆している。

5.5　委任契約と公法的色彩の濃さ

協定における公法的色彩の問題を次に整理する。協定を私法上の契約たる委任として位置づけた場合、たとえば、委任と雇用の関係は、受託者たる指定管理者の裁量権・指揮命令権が大きくなれば請負・委任、逆に委託者たる地方公共団体の裁量権・指揮命令権が強まれば公法的色彩が濃くなり公務員としての雇用に近づく構図にある。

具体的には、たとえば指定管理者の支払う職員に対する賃金に関して地方公共団体が直接的に介入することは委任から乖離し公法的色彩を強め、公法上の縦関係（ガバメント）にまで至らなくとも、私法上の関係の中で地方公共団体の雇用の実態に近づけることになる。この場合は、少なくとも労働組合法での雇用概念に接近し団体交渉の当事者となる使用者に該当し、さらに色濃くなれば、労働基準法の雇用者概念に発展する可能性も秘める位置づけとなる。したがって、たとえば指定管理の委託料のうち人件費について精算させる行為は、その位置づけを公法関係に近づけることを意味する。

また、委任は、請負と異なり、経費は受任者の負担で全て込々の報酬を約束することが基本となり、経費を受任者たる指定管理者自身が負担していると認識する。そのため、指定管理料の中から施設維持等一定の経費負担を地方公共団体と指定管理者間で合意した場合にも、指定管理者が裁量をもって支出可能な位置づけにあり、指定管理者の収支について地方公共団体が異議を唱えることは限定的となる。報酬を実費込みとして設定した場合、すなわち一定の経費負担を実費として報酬に含めた場合も

権制度導入手続調査研究報告書」。

19）国土交通省航空局航空ネットワーク部航空ネットワーク企画課長通知（2014.8.18付国航ネ企第74号）。

20）内閣府PFI推進室（2015.12.15）「公共施設等運営権及び公共施設等運営事業に関するガイドライン」。

指定管理者が裁量をもって支出することになる。指定管理者の裁量を認めない場合は、精算対象経費とすることが適切となる。

日本国憲法には、行政主体のみが行政作用を担う、あるいは行政主体のみが公権力の行使を行うべきであるとする委任行政に関する絶対的禁止原則は存在しない。ただし、公権力の行使が委任される場合、受託組織は原則として民主的コントロールを受ける必要が生じる。一方で、前述したように指定管理者が法人でない場合は組織構成の問題が生じる余地はほとんどなく、また、法人の場合はたとえば株式会社制度の基本理念や独立性を侵害する地方公共団体の介入は、委任の趣旨からも反するものであり限界がある。したがって、公権力の行使を伴う委任は条例によってまず明確にし、それを踏まえた行政処分たる指定管理者の指定を行い、その下で協定は委任契約としてより柔軟に内容を検討することが必要である。

指定管理者制度においては、民間化モデルの性格からも行政処分は指定行為に限られ、協定における管理運営の実施等については、委任契約関係ととらえる。この点に関連して、協定の内容の全てを行政処分ないし行政処分の付款と考えるのは適切ではなく、内容によって実質的に契約として考えざるを得ない部分があるも、形式的には付款とすべきとする考え方もありえる。しかし、こうした不明確な整理は単に協定書の性格にとどまらず、指定管理者制度全体のガバナンスとコンプライアンスの構図を不明確にするものであり、官民連携のジレンマを深刻化させる要因ともなる。仮に以上の考え方を実務で明確化するには、付款と考えられる部分については、協定とは別に指名の行政処分の付款、あるいは条例事項として処理すべきである。

以上から、本稿では指定管理における協定の法的性格を民法上の委任契約と解し、同時に契約交渉過程を通じて情報共有を進める中で情報の不完全性による課題を軽減すること、を基本として現状において多く抱えるジレンマを検証する。そのジレンマの中で対処すべき喫緊の課題としての災害時問題を次に検証する。

6. 災害対応と指定管理制度

地方公共団体側、民間企業等指定管理者側のいずれかに関わらず、①公の施設に対する指定管理者の管理運営権はどこまで及ぶのか、②地方公共団体の指定管理者に対する指揮命令の及ぶ範囲はどこまでか、③指定管理者による公の施設の維持修繕の財務負担はどこまで及ぶのか、公会計と企業会計の処理の相違、そして税法上の問題と密接に関係すること、など様々なジレンマが存在することは本論文冒頭の「はじめに」で指摘したところである。その中で、とくに指定管理者が災害時に公の施設に避難する住民対応等をどこまで管理運営の責務として担い、それに伴うリスクを地方公共団体と指定管理者間でいかに負担するのかの問題は、地域のセーフティネットにも関わる重要な課題である。また、地方公共団体で策定している災害対応マニュアル等は、地震を中心とした内容が中心となっており、2019年に多発した水害等他の災害に

対する内容が十分に整理されていない事例も多い。

公の施設は、住民の視点からは福祉増進のための地方公共団体の施設であり、指定避難所等でなくても災害時には頼りにする施設として位置づけられる。一方で、民間企業等の指定管理者は体育館等特定の機能の管理運営を基本としており、災害時の対応に法的・財務的な面も含めジレンマが発生する。協定の内容やリスク分担による明確化が求められる事項であると同時に、公務員ではない民間人たる指定管理者の職員に災害時にどこまで義務や役割を課すのかなど労働関係法規とも関連する課題である。

6.1　公の施設の性格

地方自治法244条は、公の施設の最終目的は「住民の福祉の増進」としており、地方公共団体が財政資金により設けることから民主的コントロールの下で特定の住民の使用に供するのではなく、広く不特定多数の住民が使用できることを担保する位置づけにある。

公の施設は、具体的に①住民の利用に供すること、②当該地方公共団体の住民の利用に供すること、③住民の福祉の増進が目的であること、④地方公共団体が条例で設けること、⑤施設であること、⑥区域外、他有公物も可能であること、⑦公の施設は、条例で設定すること、などが要件とされる[21)]。そして、公の施設の対象は、公民館、図書館等のハコモノ施設だけでなく、道路、水道、公園等社会インフラも含まれる。道路法における路線認定（道路法第 7 条、8 条）、都市公園法の占用許可（都市公園法第 6 条）などの許可権限は、道路管理者等が行使するとされ指定管理者に授権することはできない。また、公営住宅の管理は、住宅困窮度に応じた優先入居の判断や居住者の状況に応じた適切な家賃の設定など、公平な住宅政策の行政判断が必要であるとして、指定管理者に委任するのは適当ではないとされる[22)]。使用許可という行政処分権限を授権することができても、地方公共団体の行政判断に委ねる必要が高い場合は、指定管理者には授権できない枠組みにある。

こうした公の施設と指定管理者との関係は日常を基本としており、災害時等一定の危機時にいかなる関係として位置づけるかは重要な課題となる。

6.2　災害時の公の施設の位置づけ

公の施設の性格を踏まえた上で、指定管理者が担うべき公の施設の管理対象について精査する必要がある。実際の指定管理者選定の要求水準や審査、モニタリング内容は、公の施設の中の「ホール」、「児童館」、「図書館」、「体育館」等特定の機能を担う

21）松本英昭「新版逐条地方自治法第 9 次改訂版」（学陽書房）p1100以下。
22）国土交通省住宅局長「公営住宅の管理と指定管理者制度について（通知）」国住総第193号。

ことを基本に設定されている。このため、公の施設の住民の福祉の増進という大きな目的と指定管理者が担う特定機能の間に実務的に乖離が生じやすい。

具体的には、公民館や図書館の指定管理者が公の施設であることをもって、どこまで被災した住民を受入れ、その後のケアを行う法的な必然性があるか、また、避難者の最終的な退去等権力的行為をどこまで担うのか、そして被災に伴う指定管理者自体のリスク分担等も論点となる。もちろん、第一義的には協定内容によることになるが、協定において詳細な内容を規定している例は少なく、規定している場合もその内容は多様で適正性が課題となる場合も多い。

具体的な協定における災害時対応の内容を地方公共団体ごとに例示すると、①指定避難所として使用することがある旨、了承願いたいこと、②一時指定避難所に指定、避難者の適切誘導と自治体の指示に従う義務があること、③指定避難場所に指定された場合、ボランティア活動拠点、物資集積拠点機能も含め、避難者安全確保、施設の点検、機器の操作を行い、自治体の指示に従い必要に応じた対応を行うこと、④防火管理体制の整備と施設管理者として必要な措置を行うこと、⑤帰宅困難者への対応協力要請があること、⑥災害時別途協定の設定とそれに基づく対応を行うこと、⑦避難場所として安全確保に努めるとともに、帰宅困難者の受入れ等も想定されるため、より具体的な状況をシミュレーションし、受入体制を整えること、⑧自治体の避難所派遣職員が到着するまでの間、指定管理者は避難所開設準備、避難者救護等の処置をとる。ただし、閉館時以降の避難所開設準備、避難所者救護等は自治体が実施するものとする、⑨市民への対応など速やかに自治体に最大限の協力をし、施設の機能の確保に万全を期すとともに、発生する損害及び損失並びに管理運営業務に係る増加費用を最小限にする努力義務、⑩指定管理者の使用を停止し、自治体の管理下に置くなど求める水準も多様である[23)]。

加えて、「公の施設」＝「単一の機能」（「公の施設」＝「図書館」等）の場合はもちろんのこと、公の施設の複合化によりいくつかの機能を担う施設で、指定管理者自体が複数存在する場合や性格が異なる施設が合築され一体化する場合、公務員による直営と指定管理者が混在する場合など、より複雑な構図が生じている。すなわち、公の施設が複合化・多様化する中で、①どのような範囲で指定管理者は、機能と責任を負うのか不明確になりやすい。このため、具体的には、行政の公の施設に対する地方公共団体の設置責任と指定管理者の管理責任の範囲の明確化が必要であり、それに伴うリスク分担の明確化も必要なこと、②住民からみた場合、行政の直営か指定管理者による管理か、単独機能か複合化しているかなど形態には関係なく公の施設として認識していることへの対処が必要であること、などを視野に入れ検討する必要がある。

23）図書館総合研究所指定管理者制度研究会2018～2019年ヒアリング結果。

6.3　公共性の相対化と絶対化

災害対応を検討する場合、根底に公共性の絶対化が求められることを踏まえる必要がある。そして、同時に指定管理者制度を導入する地方公共団体にとって、民間のノウハウを活用するとはどういうことかまず考える必要がある。

地方公共団体によっては、公の施設の管理運営を管理委託同様の上下関係・ガバメント関係の発想で展開している事例も少なくない。創意工夫の発揮やノウハウによる管理運営の動機づけは何か、指定管理者制度を機能させる本質を共有する必要がある。

6.3.1　公共性の相対化

創意工夫・ノウハウは、民間企業等にとって独立した法人格として適正な自由度を前提として市場で持続的に成長し、投下資本の増殖を実現していくために必要不可欠な存在である。そのため、公共性や公共の福祉の増進に関しても、私的自治の原則、契約における信義則、取引の安全等私法上の規範によって相対化される領域を必要とする。指定管理者制度を通じて民間企業等の創意工夫・ノウハウを活用するには、適正な自由競争の確保や契約自由の原則を尊重することが大前提である。資本主義・自由主義を基本とする日本において、法的にも契約内容が自由競争を阻害ないし著しく制約する場合は、無効や取消の対象ともなり得る。指定管理者制度を具体的に考える場合、政策的・法的にも公の施設の管理運営に対して自由度等の視点を、公共性判断とのバランスにおいて可能な限り組み込む姿勢がまず地方公共団体側の課題となる。

6.3.2　相対化の限界

もちろん、公の施設の管理という公共サービスを対象とするため、民主的コントロールは必要となる。しかし、適正な自由度や民間企業等の独立性・自立性を大きく阻害する内容では指定管理の成果は期待できず、公共性の面から大きく制約する必要がある場合は、直営や管理委託等他の手段を選択すべきである。

指定管理者制度を地方公共団体が選択する場合、まず、公共性、公益性の面を踏まえ適正な自由競争と民間事業者の法人の独立性等を担保することがどこまで可能か当該施設の機能面も含めて精査し、仮に自由競争の導入が当該施設の公共性等を大きく阻害するあるいは制約する場合は、具体的に理由を明確にした上で、直営等の選択肢を検討することである。この点を精査せず、単に一過性のコスト削減を重視して指定管理者制度に移行しても質の向上や持続性において大きな課題を抱えるだけでなく、住民への公の施設を通じた公共サービス提供の質を最終的には劣化させることになる。指定管理者制度を地方公共団体が選択する際には、官民両者を通じた体系的な判断が必要となる理由はここにある。

災害対応は、公共性の相対化には強い制約が生じ、公共性の絶対化が求められる場面であり、日常とは切り分けて、行政判断の必要性も踏まえ公共性の絶対化の下で

の指定管理者制度のあり方を明確にする必要がある。

6.4　災害時の法体系

災害時の公の施設の機能と指定管理者の業務に関して検討するに際して重要となるのは、災害時の意味と災害時の法制である。簡単に災害時といっても時間軸でみた場合、日常時の防災から始まり、被災者救援、救助、復旧、復興等に分けられる。その中で、日本の災害に関するこれまでの法制度は、防災に関するものが大半を占めており、地方公共団体でも防災行政を中心として展開してきた。しかし、近年では自然災害を完全に克服することはできない視点から、防災と同時に減災等の観点が強く意識されている。

具体的な日本の災害時の法体系は、自然災害や原発事故等も対象とする災害対策基本法が基礎となっており、同基本法は理念的内容にとどまらず計画立案や実務対応等も含めた実施法的側面をもっている。災害対策基本法は、災害時の国、都道府県、市区町村などの役割を規定しており、そこでの役割分担の基本は現場中心主義である（災害対策基本法 4 条、5 条）。応急対応の第一次的責任は市区町村等基礎自治体が負うこととされており、災害通知、避難勧告等は基礎自治体の首長の権限となっている。これに対して広域行政体である都道府県は、後方支援としての機能を担うとされ、災害対策基本法の下で災害救助法に基づく調整事務を中心に展開する。以上のように、災害救助等災害時は現場中心主義で基礎自治体が中心に位置づけられており、基礎自治体の公の施設の役割も実質的に大きいことになる。

また、災害時に具体的に機能する災害救助法に基づく行為は、避難所の設置、物資提供、炊き出し等広範に規定している（災害救助法 4 条等）。災害救助法は、①誰が救助するか、②どのように救助するか、③費用負担は誰がするかを規定し、「被害者の保護」と「社会の秩序の保全」の実現を目的としているが、具体的な基準は通知等で定めることになっており、弾力的運用を可能にしている。とくに、公の施設に関連する避難所機能では、避難だけでなく、防災拠点、情報発信拠点、各種サービス拠点としての役割を担うことが定められ、避難所のマニュアルの作成、避難者のプライバシーの確保、全体的運営秩序の確保等広範な機能が求められている。公の施設も一時的な避難所となる場合は、同様の機能が求められることになる。

さらに、避難所等の運営も含め災害救助の事務取扱要綱[24)]によって、①平等の原則、②必要即応の原則（必要を越えた援助は行わないこと）、③現在地救助の原則（観光客等訪問者も含めて災害地で対処すること）、④職権救助の原則（救助は職権で行い異議申し立ては原則認めない）などの原則が示されている。以上の原則は通知であり法的拘束力はないものの、実務面では強い指針となっている。

24）http://www.bousai.go.jp/taisaku/kyuujo/pdf/kyujojimutori1.pdf、2019. 11. 22閲覧。

6.5　災害援助時の公の施設と指定管理

6.5.1　防災

指定管理者にとってとくに重要となるのは、被災支援及び災害援助の時点である。食料や医療品等の備蓄など防災対応を事前に施設管理運営の一環とする場合は、協定において公の施設の管理に含める防災の機能の範囲とそれに伴う費用・リスク分担を明確に定めることが原則となる。なお、当然のことながら公の施設の躯体に関連した耐震性強化や防災機能の充実等は設置者としての地方公共団体の役割となる。

6.5.2　事業停止要因と行財政対応

指定管理等の官民リスク分担において、自然災害自身は当事者の責に帰すべからざる理由によって生じる事象であり、それにより指定管理事業を継続することができないと判断される場合には、行政判断を強く求められることから協定に基づき当該指定管理事業を一時停止とすることが基本的選択肢となる。経営困難や成果低迷等指定管理者が公の施設の管理を継続することが不適切と判断される場合に行われる地方公共団体による解除権の行使や指定の取消（地方自治法244条の２第11項）とは異なり、地震、暴風雨、洪水、騒乱、感染症の発生等当事者の責に帰すべからざる事由による場合の措置である。したがって、災害時対応を検討する場合、まず、指定管理事業自体の停止事由の設定と判断が必要となる。

なお、自然災害自身は当事者の責に帰すべき事由ではなく、自然災害により直接生じた場合は、①施設の修繕費用等は極軽微なものを除いて設置者たる地方公共団体側の原則負担となること、②事業停止に伴う指定管理料の取扱いについても、地方公共団体と指定管理者双方が応分負担することなどリスク分担の明確化への留意が必要である。事業を中止せざるをえない場合の管理のあり方や復旧のあり方、事業継続計画の策定方法などについてもリスク分担に示しておくことが重要である。

6.5.3　自助・共助・公助と災害対応

被災によって指定管理事業自体の被害も生じるが、可能な範囲で被災者救護を行うことは、指定管理者が地域の一員として災害時に「自助」・「共助」の役割を果たすことであり、住民同様に求められる点で協定とは関係なく必要な対応に努めるべきである。しかし、「住民自ら」あるいは「住民相互の連携」では対応できない状況、すなわち「公助」が求められる段階では、地方公共団体が主体となって機能を果たすことになる。とくに、災害時では公共性の絶対化が求められると同時にそれを支える行政判断が強く求められることによる。

この点を検討するに際して、第１は、指定管理者にも求められる被災時の自助・共助の範囲は何かの問題である。具体的には、被災者の救援の範囲が基本となる。救援とは、困っている人に手を差し伸べることであり一時的な保護に該当する。その後の

救護等は中長期的に保護し看護や治療を行う段階であり、公助として地方公共団体が速やかに環境整備を行う必要があり、公の施設の指定管理事業を一時停止し、地方公共団体が援護活動等を直接行うことが選択肢となる。この際に、災害対策基本法７条「地方公共団体の区域内の公共的団体、防災上重要な施設の管理者その他法令の規定による防災に関する責務を有する者は、基本理念に則り、法令又は地域防災計画の定めるところにより、誠実にその責務を果たさなければならない。」としている。この規定と、指定管理者をめぐる私法等の関係を協定において明確にしていくことが求められる。

第２は、日常時と危機時のすみ分けである。指定管理者制度の活用は日常時を基本とし、指定管理者の責に帰すことができない災害等危機時においては指定管理者が協定に基づき設定している公の施設への管理権を停止し、公の施設の設置者たる地方公共団体が設置者責任の視点から対応する体制が必要となる。具体的には、公の施設の避難場所としての環境整備や被災による破損場所の基本的な修復等である。

第３は、要求水準やそれに基づくモニタリングの問題である。たとえば、図書館の単独機能を担う公の施設の指定管理の場合、図書館機能としての管理運営の要求水準をベースに指定管理者への審査やモニタリングが実施される。そこに、防災や災害対応等危機時の公の施設としての機能をどこまで盛り込むか、あるいは、指定管理者に求める能力として防災や援護への対応能力をどこまで盛り込むのかの問題である。明確に盛り込まれている場合は、指定管理者も必要なコストを踏まえた上で指定管理料を設定し対応することになる。しかし、要求水準や協定ではその内容が不明確な場合に加え、本来的に指定管理者の職員は公務員ではなく民間の職員であり、民間企業等として自らの職員の安全を確保する法的責務もあるため、指定管理者として対応できる範囲が限定的とならざるを得ない。

6.5.4　警報発令時等の業務問題

自然災害発生までには至らなくとも、その恐れが高い時に警報・指示等、さらには公共交通機関の運行停止の予告が発せられる。こうした発令時に、指定管理者が閉館等どこまで自主的な判断ができるかは日常的課題の一部となる。自然災害の発生自体が地方公共団体と指定管理者の双方にとって不可抗力であっても、自然災害発生後の出来事ないし自然災害発生前の防災に類する対処の全てを不可抗力とすることはできない。たとえば、協定において自然災害を不可抗力として協議事項とする場合でもそれは自然災害後の損害等が発生した際のリスク負担問題を対象としており、自然災害が発生しているあるいは自然災害の発生が危惧される際への対処は、個別の協議事項とするのではなく事前に明確なルールの形成に努める必要がある。

警報等発令時でも、公の施設の開館時間等が条例や協定事項とされていることから、現場での状況に関わらず自主的な閉館を認めない地方公共団体の措置も存在する。

また、地方公共団体の防災会議等の一律の決定待ちとする場合もある。行政機関としての対処の一体性の確保は重要であるものの、個別の施設の状況を防災会議等が適宜把握することは困難であり、とくに避難所等に指定されていない施設であれば、利用者と指定管理者の職員の安全を確保するため指定管理者が適切に判断できるルールづくりが必要となる。地方公共団体としての公の施設に対する設置責任と指定管理者の管理責任の明確化を図りつつ、警報発令時等には、閉館権限や開館時間変更等具体的措置を指定管理者に一定の範囲で委ねる等の選択肢が重要となる。

公の施設が地方公共団体の一機関であり、全てが公務員組織としての指揮命令権の中にある構図とは異なり、指定管理者は地方公共団体の一機関ではなく、また公務員としての位置づけでもない。指定管理者の職員に指揮命令できるのは指定管理者の責任者だけであり、地方公共団体は指定管理者の職員に個別に指揮命令することはできない（職業安定法及び労働者派遣法）。一方で、指定管理者の責任者は、利用者の安全確保とともに民間人である自らの職員の安全を確保する責務（労働契約法）があり、地方公共団体として留意すべき点となる。

6.5.5　事業の停止

指定管理者の破産手続など事業破綻により事業が停止される場合は、指定管理者が管理を継続することが適当ではないから、協定における解除権を行使し、指定を取消すことになる。また、指定管理者の経営困難や信用悪化、あるいは民事再生、会社更生開始手続きの申立てがなされるなどにより事業の停止となる場合あるいはそれが見込まれる場合は、指定管理者に再生あるいは続行計画の提出をさせた上で指定管理者が管理を継続することが適当かどうかを判断し、場合によって解除権を行使するとともに、指定を取消すことを定めるのが適当である（地方自治法244条の 2 第11項）。

これに対し、豪雨、暴風、高潮、洪水、地震等の自然災害、暴動、騒乱又は感染症等の疫病などいずれの当事者の責めに帰すべからざる事由により指定管理事業の実施に直接かつ不利な影響を与えるなどし、地方公共団体が指定管理業務の全部又は一部の停止を命ずるような事情が発生した場合には、当該事業は停止されることになる。まずこれらの事由により施設の設備等が損傷を受けた場合の修復費用は、指定管理者に負担させても不合理とはいえない程度の小さな損傷でもない限り、その修復は地方公共団体が負担すべきである。しかし、施設の損傷が小さい場合には、修復をはじめとした応急措置に係る費用を指定管理者の負担としても不合理ではない。これは施設の設備等の損傷がない場合も同じである。

ただし、地方公共団体が指定管理料を負担している場合に、施設の事業が停止しているからとして停止期間中の指定管理料の支払いをどうするかは問題である。施設の損傷や自然災害、疫病などにより当該事業の相当長期な停止が見込まれる場合には、地方公共団体の指定管理料負担の程度にもよるが、人件費や管理コストの全てを指定

管理者に負担させることは、自らコントロールできないことがらを指定管理者のみに負担させることになり不合理である。事業の再開までの期間等を勘案して地方公共団体が指定管理事業の停止期間中の費用負担を応分に負担することはむしろ合理的な場合がある。したがって、協定書においては、指定管理料の金額と指定管理者が労働契約等により負担する人件費や管理コストの比較等を行いながら負担を決定していくことになる。

7. 今後の検討課題

以上、指定管理制度のジレンマについて検証するために、協定の法的性格、そして災害時の指定管理者制度のあり方について考察した。しかし、指定管理者をめぐる問題は以上にとどまらない。地方公共団体の設置責任と指定管理者の管理責任が不透明なことによるジレンマ、地方公共団体の予算主義、財政制度が単年度主義等によることから指定管理者との協定で地方公共団体が負担するとした支出が機動的にできない、指定管理の対象となった施設や設備の老朽度が不明なため管理運営に関するリスクが想定できないなど多くのジレンマが残されている。また、災害時対応においても、指定管理者の指定管理の停止を行った後に、行政の機能に引き継ぐ間の権限・責任をいかに明確化するかなどの課題が多く残っている。こうした課題についても、指定管理者制度の本質に立ち返り実務面を検証しつつ検討を重ねて行きたい。

＜参考文献＞

宇賀克也、交告尚史他(2017)『行政判例百選Ⅱ・別冊ジュリスト236』有斐閣
宇賀克也、中川丈久他（2019)『行政法研究第30号』信山社
OECD編著平井文三監訳（2014)『官民パートナーシップ』明石書店
大村敦志（1997)『典型契約と性質決定』有斐閣
小村武（2016)『予算と財政法』新日本法規出版
佐々木晶二（2017)『最新 防災・復興法制―東日本大震災を踏まえた災害予防・応急・復旧・復興制度の解説―』第一法規
笹山隆（2006)『指定管理者制度の実際』公人社
塩野宏（2015)『行政法Ⅰ』有斐閣
―――（2019)『行政法Ⅱ』有斐閣
―――（2018)『行政法Ⅲ』有斐閣
自治体契約研究会編著（2007)『地方公共団体の契約改訂版』ぎょうせい
津久井進（2012)『大災害と法』(岩波新書）新書、岩波書店
成田頼明監修（2009)『指定管理者制度のすべて（改訂版)』第一法規
野沢慎司編・監訳（2016)『リーディングスネットワーク論』勁草書房
橋本勇（2019)『自治体財務の実務と理論―違法・不当といわれないために』ぎょうせい

林仲宣、竹内進他（2018）「実務のための資本的支出・減価償却・修繕費 判例・裁決例50選」税務経理協会
防災行政研究会（2016）『逐条解説 災害対策基本法 第三次改訂版』ぎょうせい
松本茂章他（2019）『岐路に立つ指定管理者制度変容するパートナーシップ』水曜社
宮脇淳（2010）『創造的政策としての地方分権』岩波書店
宮脇淳・若生幸也（2016）『地域を創る！「政策思考力」入門編』ぎょうせい
宮脇淳編著（2017）『自治体経営リスクと政策再生』東洋経済新報社
宮脇淳編著（2019）『指定管理者制度問題解決ハンドブック』東洋経済新報社
望月信幸（2016）「指定管理者制度における官民の目的の違いとその影響」『アドミニストレーション』第22巻第２号pp90～100

Dilemma of a designated manager system, and disaster correspondence

MIYAWAKI Atsushi

Abstract

In only 15 years, the designated manager system introduced in 2003 exceeded total about 70,000 business numbers and expanded them quickly. However, in the present condition, the designated manager system is generating various dilemma.

Aggravation of dilemma reduces institutional reliability and makes the risk of both a municipal corporation and a specification administrator expand. In order to conquer this dilemma, the circumstances of designated manager system introduction are arranged.

The legal character of the agreement concluded between a municipal corporation and a civilian enterprise company is considered. And the subject of the designated manager system relevant to the disaster which occur frequently is considered.

Keywords

Designated manager system, A public institution, Agreement, Municipal corporation
Disaster, Privatization