

主 文

原判決中上告人敗訴部分を破棄し、同部分につき被上告人らの控訴を棄却する。

控訴費用及び上告費用は被上告人らの負担とする。

理 由

上告代理人林孝幸、同山本利幸、同安部光典の上告受理申立て理由（ただし、排除されたものを除く。）について

1 本件は、上告人の自ら設置し管理する老人福祉施設の資産の譲渡先としてその運営を引き継ぐ事業者の選考のための公募において、設立準備中の社会福祉法人が、提案書を提出してこれに応募したところ、紋別市長から提案について決定に至らなかった旨の通知を受けたことから、上記法人の理事又は理事長の就任予定者である被上告人らが、上記通知が抗告訴訟の対象となる行政処分に当たることを前提にその取消し等を求めている事案である。

2 原審の適法に確定した事実関係の概要は、次のとおりである。

上告人は、平成20年2月8日、自ら設置し管理する老人福祉施設である紋別市立安養園を民間事業者に移管すること（以下「本件民間移管」という。）、その手法として、長期的に同じ事業者が経営を継続することのできる効用を期待して、指定管理者方式（地方自治法244条の2第3項に基づき事業者に施設の管理を一定期間行わせる方式）を避けて施設譲渡方式（事業者に施設の資産を譲渡する方式）を採ること、当該老人福祉施設の資産の譲渡先としてその運営を引き継ぐ事業者（以下「受託事業者」という。）を公募により選考することを決め、「紋別市立安養園民間移管に係る受託事業候補者募集要綱」（以下「本件募集要綱」という。）

を定めた。本件募集要綱には、上告人は受託事業者に対し上記施設の建物及び備品（以下「本件建物等」という。）を無償で譲渡するとともに上記建物の敷地（以下「本件土地」という。）を当分の間無償で貸与すること、受託事業者は移管条件に従い上記施設を老人福祉施設として経営するとともに上告人と締結する契約の各条項を信義誠実の原則に基づいて履行すべきこと、上告人は受託事業者の決定後においても移管条件が遵守される見込みがないと判断するときはその決定を取り消すことができることなどが定められていた。

上告人は、同月 25 日から同年 3 月 24 日まで受託事業者の募集（以下「本件募集」という。）をし、設立準備中の社会福祉法人である A 会は、同日付け提案書を提出してこれに応募したところ、他に応募者のない中で、上告人の設置に係る受託事業候補者選定委員会においてその候補者として選定された後、同年 5 月 2 日、紋別市長から、A 会を相手方として本件民間移管の手続を進めることは好ましくないと判断したので提案について決定に至らなかった旨の通知（以下「本件通知」という。）を受けた。

3 原審は、上記事実関係の下において、次のとおり判断して、本件通知が抗告訴訟の対象となる行政処分にあたるとした上で、本件通知の取消請求を認容した。

本件民間移管に当たっては、指定管理者方式と施設譲渡方式とが検討された上で、長期的に同じ事業者が経営を継続することのできる効用を期待して、後者が選択されたところ、紋別市公の施設に係る指定管理者の指定手続に関する条例（平成 17 年紋別市条例第 11 号）及び同条例施行規則（平成 17 年紋別市規則第 46 号）によれば、上告人においては、指定管理者方式を採る場合には原則として指定管理者の候補者を公募することとされているから、本件募集要綱を定めて本件募集

を行ったのは指定管理者方式を参考にしたものと推認され、より慎重に受託事業者を選定する必要がある施設譲渡方式においては公募によることが地方自治法の解釈上要求されているものと解される。以上によれば、本件募集は法令の定めに基づいてされたものといえることができ、本件募集に応募した者には本件募集要綱に従って適正に選定を受ける法的利益があり、本件通知はこの法的利益を制限するものであるから行政処分性がある。

4 しかしながら、原審の上記判断は是認することができない。その理由は、次のとおりである。

前記事実関係によれば、本件民間移管は、上告人と受託事業者との間で、上告人が受託事業者に対し本件建物等は無償で譲渡し本件土地を貸し付け、受託事業者が移管条件に従い当該施設を老人福祉施設として経営することを約する旨の契約（以下「本件契約」という。）を締結することにより行うことが予定されていたものというべきである。本件募集要綱では、上告人は受託事業者の決定後においても移管条件が遵守される見込みがないと判断するときはその決定を取り消すことができる」とされており、本件契約においても、これと同様の条項が定められれば解除権が留保されるほか、本件土地の貸付けには、公益上の理由による解除権が留保されており（地方自治法238条の5第4項、238条の4第5項）、本件土地の貸付け及び本件建物等の無償譲渡には、用途指定違反を理由とする解除権が留保され得るが（同法238条の5第6項、7項）、本件契約を締結するか否かは相手方の意思に委ねられているのであるから、そのような留保によって本件契約の契約としての性格に本質的な変化が生ずるものではない。

そして、本件契約は、上告人が価格の高低のみを比較することによって本件民間

移管に適する相手方を選定することができる性質のものではないから、地方自治法施行令167条の2第1項2号にいう「その他の契約でその性質又は目的が競争入札に適しないもの」として、随意契約の方法により締結することができるものである。また、紋別市公の施設に係る指定管理者の指定手続に関する条例及び同条例施行規則は、上告人の設置する公の施設に係る地方自治法244条の2第3項所定の指定管理者の指定の手続について定めたものであって（同条例1条参照）、本件契約の締結及びその手続につき適用されるものではない。そうすると、本件募集は、法令の定めに基づいてされたものではなく、上告人が本件民間移管に適する事業者を契約の相手方として選考するための手法として行ったものである。

以上によれば、紋別市長がした本件通知は、上告人が、契約の相手方となる事業者を選考するための手法として法令の定めに基づかずに行った事業者の募集に応募した者に対し、その者を相手方として当該契約を締結しないこととした事実を告知するものにすぎず、公権力の行使に当たる行為としての性質を有するものではないと解するのが相当である。したがって、本件通知は、抗告訴訟の対象となる行政処分には当たらないというべきである（最高裁昭和33年（オ）第784号同35年7月12日第三小法廷判決・民集14巻9号1744頁、最高裁昭和42年（行ツ）第52号同46年1月20日大法廷判決・民集25巻1号1頁参照）。

5 以上と異なる原審の判断には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反がある。論旨はこの趣旨をいうものとして理由があり、原判決中上告人敗訴部分は破棄を免れない。そして、同部分につき、被上告人らの訴えを却下した第1審判決は正当であるから、被上告人らの控訴を棄却すべきである。

よって、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。

(裁判長裁判官 那須弘平 裁判官 田原睦夫 裁判官 岡部喜代子 裁判官
大谷剛彦)