

平成30年(行コ)第75号 大東市市民会館談合損害等請求控訴事件

控訴人 光城敏雄 外2名

被控訴人 大東市長 東坂浩一

## 控訴理由書

2018年(平成30年)年8月10日

大阪高等裁判所 第11民事部 御中

控訴人ら訴訟代理人弁護士 井 上 善 雄

弁護士 辻 公 雄

弁護士 豊 島 達哉

弁護士 西 川 満 喜

原審には以下の通り、証拠判断に誤りがあるので、控訴審において再度慎重に審理いただきたい。

### 第1 原審判断の誤りについて

1 争点①について、本件入札が談合ではないと判断した原判決の誤りについて

(1) 予定価格を上回る入札と富田建設の100%落札

## ア 原審の判断

原審は、富田建設ほか2社による従前の入札状況及び本件入札における入札状況について、大東市以外の市が実施した入札において、補助参加人が、予定価格を上回る金額で応札した例があること、現実の応札を期待するものの、一方で収益性の確保を図る必要があることから、予定価格と同額での落札を求め、それを下回る価格で入札に参加する者が出現したならば落札を断念するということも経済的見地から十分合理的といえるのであって、富田建設の落札率が100パーセントであることが明らかに不自然とはいえないと認定した。

イ 原判決の判断は経験則に反する判断であること。

(ア) 補助参加人が、予定価格を上回る金額で応札した例（丙1，3）は、他の入札者が予定価格を下回る価格で応札し、不十分ながらも2社以上の競争により落札者が決定している。これは入札をした3社の内、2社が予定価格を上回る価格で応札し、1社（富田建設）のみが予定価格以内で、しかも予定価格100パーセントで応札し、他社との競争が全くなかった本件入札とは決定的に異なっている。よって丙1，3の例を本件と同列に扱い、本件の「合理性」の根拠とすることはできない。

(イ) 積算した見積価格が予定価格と拮抗している場合に現実の応札を期待しつつ、一方で収益性の確保を図る必要があるのであれば、予定価格より1円でも下回る金額を入札するのが、落札を期待する入札者のとる経済合理性ある行動といえる。100パーセントで入札した例は、少なくとも平成22年以降に執行された大東市の他の入札でも一度もなかった（甲17）。本件入札と同様他の事後審査型制限付一般競争入札の落札率も、99.8パーセント（甲17 平成27年7月30日）が最も高い落札率であることからしても、本件入札が、経済的合理性の見地からもおよそ説明のつかない不自然な落札率であることは、明らかである。

しかしながら、原審は、100パーセントの入札という経済的見地から合理的説明のつかない本件入札をあたかも経済合理性がある入札であるかのように認定し、およそこれまでの落札率からかけはなれた本件入札を明らかに不自然でないと認定する。このような事実認定は、上述のこれまでの大東市との他の入札を無視した認定であり、同列に扱うことのできない大東市の他の入札と同列に扱っている点で、原審判断は、経験則に違反している。

(ウ) 原審は、3社による応札を、補助参加人が予定価格を上回る金額で応札したこと、富田建設が100パーセントで応札したことに分断し、それぞれの合理性を個別に判断している。しかし、談合ないしは不正入札は応札する業者が通謀して、公正な競争の意味をなくするものであるから、談合ないしは不正入札の有無は、応訴業者全員の行動を見て判断する必要がある。控訴人らが原審で談合ないしは不正入札と主張してきた理由も3社の内の2社が予定価格を上回る価格での応札をし、1社が100%応札したという意を通じなければ起こりえない（偶然の一一致と見ることは極めて不合理）、点にあった。原審はこのような特殊な行動が3社によって一致して行われたことの不自然さについて何ら言及していない。

個々の応札自体も経済的見地からすると説明のつかない入札行動であることは(ア)(イ)のとおりであるが、仮に、個々の応札については説明できたとしても、これら応札が同時に行われたことの異常性は、本件入札に関与した3社の談合以外によっては説明できない。個々の入札は、稀有かもしれないが、稀有な入札が同時に起こりうることは異常である。それにもかかわらず、原審は、個々の応札についてのみ個別に判断しているにすぎず、これら応札が同時に行われたことの異常性をあえて無視した事実認定をしている。このような事実認定は、事実を的確に判断したものではなく、事実を矮小化している。したがって、上記原審の事実認定は誤っている。

(エ) 本件はかねてより交流の深い市内3社のみが応札していること、その内の

2社が予定価格を超えた価格で応札し,のこり1社が予定価格100%で応札していたこと、大東市においても他市においても,このような事例はないこと、特定の1社が確実に予定価格100%で落札するにはこの方法しかなく,3社が相談しなければ起こりえないものであることを総合的に考えれば、本件は談合ないしは不正入札であったと認定するのが経験則に則った合理的な判断であり,原審の判断は改められなければならない。

## (2) 本件要綱8条の解釈適用を誤っていること

### ア 原審の判断

原審は、①大東市競争入札心得（甲15）11条1項では、予定価格が事前に公表されている場合、それを超える入札をした者は失格となる旨定めるものの、その参加まで遡って否定するとはしていないことからすれば、本件入札の参加者は富田建設ほか2社の3者であり、本件要綱8条の中止の要件には該当しない旨判示する。

また、原審は②本件入札が競争性を欠いていることを認めながら、再入札を実施したとしても予定価格を上げない限り、同じ結果になり、あるいは入札が不落に終わる可能性も見込まれるのであって、価格の有利性等の見地から入札をそのまま執行することは十分合理性があるとして、大東市が本件入札を中止せず、執行したことを要綱8条の趣旨に反するとはいはず、入札中止義務はなかったと判示する。

### イ ①について、原審判断は要綱8条の解釈適用を誤っていること

要綱8条（甲3）の趣旨は、入札者の最低制限数を定めることにより入札の競争性を担保することにある。これは、公共工事の入札及び契約の適正化の促進に関する法律（以下「入札適正化法」という。）3条2号が、「入札に参加しようとして、又は契約の相手方になろうとする者の間の公正な競争が促進されること」として、競争の確保を図る趣旨と同じである。

入札は個々の入札が有効であることを前提としてはじめて競争性が担保さ

れるところ、予定価格を超える入札をしたものが失格となるのは、予定価格を超える入札は無効だからである。予定価格を超え、失格となり無効な入札者2社が参加した本件入札は、競争性を担保できていない。無効な入札を理由に失格となった2社を有効な入札を行った入札者と同列に扱い、入札者としてカウントすることは、競争性を担保するため最低3者以上の参加を定めた要綱の趣旨に反している。原審認定のように、入札において実質的な競争がおこなわれていなくても形式的に入札の外形すら満たしていれば当該入札を許容することは、競争性の確保されない不公正な入札を形式さえ満たせば公正な入札であると許容することであり、これは、最も簡単な方法で不公正な入札を法が許容することになるものであり、重大な法令解釈の誤りである。

本件入札は、参加した3社のうち失格者が2社であり、1社のみ適法に入札されたのだから、入札者は1社である。そうすると、本件入札は、要綱8条（甲3）の中止要件に該当していたのだから、中止されるべきであった。

したがって、本件入札には要綱8条が適用されるべき場合であったのに、これを適用されないとした原審判断は、要綱8条の解釈を誤り、要綱8条と同様入札における競争性を担保しようとした入札適正化法3条2号の趣旨にも反している。

#### ウ ②について、原審判断は経験則に反していること

そもそも、入札における価格の有利性は、競争性が担保されて初めて考慮されるべき要素である。競争性の担保は入札における原則であり、核心である。競争性の担保のない本件入札は、それだけで要綱8条のみならず、入札適正化法3条2号にも反している。価格の有利性の観点だけで、競争性を欠いた入札を維持することは、入札の原則に反している。原審判断は、価格の有利性の観点からのみ判断し、本件入札が要綱8条に反しないとするものであり、競争性の担保という入札の核心を無視するものである。

そして、本件入札は、他の2者が失格となっており、競争性のある有効な

入札という前提を欠いている。そもそも前提を欠いた入札なのであるから、競争性を前提に、より安い価格が有利とする価格の有利性を持ち出すことは誤りである。

また、本件は、上述のとおり、予定価格が公表されていたのに予定価格を超える入札と予定価格と同額の入札しかなかった。これは、すでに述べたとおり、明らかに不公正な入札である。不公正な入札を排除し、再入札すれば、まともな会社による適正な入札が行われ、適正な価格競争のもと価格が低下する可能性は充分考えられる。しかしながら、原審は、再入札すれば、予定価格を上げざるを得ないと判示しており、これは、不公正な入札結果を前提に、何ら合理的根拠に基づくことなく誤った経験則にもとづく基づく判断である。

したがって、本件入札は本件要綱 8 条の中止の要件に当てはまるものであり、これを認めない原審の上記認定は、経験則に反した誤った判断である。

## 2 本件原契約に本件追加工事を含めずに本件入札を行い、議会の議決を得て同契約を締結した行為の違法性の有無について

### (1) 本件追加工事を含めずに本件入札を行ったことについて

#### ア 原審の基準及び事実認定について

原審は、原則として一般競争入札による契約締結後に入札条件とされた契約の内容を変更することは、地方自治法 234 条 1 項、同条 2 項の趣旨に反するものであり、それが当初から予想しうる軽微な範囲にとどまる場合等を除き、原則として許されない。そうすると、契約の締結後にその内容を変更する必要があることを認識している場合には、特段の事情がない限り、当該契約について不確定条件で入札を実施することは許されないものと解するのが相当であるとする。

そして、原審は、本件入札について、日確検が遡及適用範囲につき排煙区画工事のみとなる見込みである旨の見解を示していたこと、一級建築士のい

る健綜研が日確研の見解を受けて本件追加工事が不要であることを前提に設計内訳書を作成していたのだから、入江は、本件入札実施時点において、本件追加工事が必要となると認識していたとは認められず、また、認識することができたということもできない旨認定する。また、本件ホールが市民会館の別館にあり、本件遡及適用部分はいずれも市民会館の本館にあるので、別館を増改築することにより本館についてまで遡及適用が及ぶかについて、必ずしも明らかとはいがたいから、本人入札実施時点において本件追加工事の必要性が明らかであったとする原告の主張を排斥した。

#### イ 原審判断の認定基準の誤りについて

(ア) 原審は、原則として当初から予想しうる軽微な範囲にとどまる場合等を除き一般競争入札による契約締結後に入札条件とされた契約内容を変更することは許されない、契約締結後にその内容を変更する必要があることを認識したら新たな条件のもとで入札すべきとする。さらに、原審は、特段の事情がない限り当該契約について不確定条件で入札を実施することは許されない旨基準を立てる。

(イ) しかし、入札後に契約内容を変更してはいけないというのは、入札の公平性の原則から当然に導き出される結論であり、これは、入札の公正という原則を害するなど特別な事情がなければ許容されなければならないはずである。入札後の契約内容の変更は、入札の公平性を覆すものである。そうすると、契約内容の変更は、これを担当者の変更の要否に対する認識の有無によって左右されるべきものではない。この点で、担当者の認識を基準とする原審の基準は、一般競争入札により公正な入札を確保する法の趣旨を害するものである。

仮に、原審の判示する担当者の認識の有無を基準にするとしても、後に述べるとおり担当者入江は、契約締結より前に追加工事の存在を認識し、又は認識できていたのだから、この点で原審は、自ら立てた判断基準の適用を誤り、結論ありきの判断をするものであり看過することができない。

#### ウ 原審の事実認定の誤り

(ア) 原審は、大東市が、日確検と協議する以前に大阪府建築主事から本館の本件遡及適用部分の指摘を受けていた事実を無視し、あるいは意図的に排除した認定をしている。

大東市は、本件入札実施時点より前、日確検と事前協議をする以前平成23年3月下旬ごろ、大阪府建築主事から本館の多岐にわたる部分・本件遡及適用部分（原審第2の2（2）ウAないしE）の指摘を受けていた。そして、上記部分について修正がなければ建築確認が下りないことを大阪府建築主事から指摘されていた。本件遡及適用部分は、防火や耐震など市民の安全を確保するための防災に関する修正であり、高い確率で修正が必要となることは建築関係法令についてひととおり理解し、二級建築士の資格をもつ入江であれば、容易に理解できるはずである。仮に、理解していなかつたとしても、日確検の既存部分への遡及適用されない旨の説明は、「市民会館の設備、構造に精通した健綜研が、改修の必要とされる遡及適用に係る工事を次期の改修工事の際に盛り込むことなどの提案をするなどして協議を重ねれば、大阪府が示した遡及適用範囲の大半が不要になる」という別途追加工事の存在を前提にそれを先送りにすることを指南するものであり、これは、建築関係法令の脱法行為を指南する何ら法令上の根拠を有しない日確検側の単なる希望に過ぎない。入江は、法令順守義務を負う公務員である。入江は、このような日確検からの脱法的指南に、安易に従うべきではなく、疑念を感じて慎重に行動するという選択をすべきであった。それにもかかわらず、入江は、日確建による上記脱法的指南を鵜呑みにし、建築関係法令を遵守する方向での慎重な判断を怠たり、安易な方法をあえて自ら選択したのである。

また、大東市において、平成26年3月下旬から遅くとも建築確認申請をした5月23日までのあいだに、建築営繕課から生活安全課に本件追加工事の可能性は報告されていたことは原審も認めるところである。そうすると、

大東市は、本件入札が実施された同月22日の時点において、追加工事の可能性を認識していたことは明らかである。

しかしながら、原審判断は、大東市が、本件入札の実施時点より前に大阪府建築主事から遡及適用部分の指摘を受けていた事実、また、大東市が、大阪府建築主事からの指摘を受けて追加工事の可能性がある認識のもとに建築営繕課から生活安全課に追加工事の可能性を報告していた事実を無視し、あたかも日確検からの遡及適用なしという当初の見解しか、入江が入札前に認識していなかったと事実を歪曲し、誤認している。

仮に、原審の上記基準によったとしても、大東市は、契約締結後にその内容を変更する必要があることを認識している場合、変更内容が当初から予想しうる軽微な範囲にとどまる場合等の特段の事情はなかったにもかかわらず、不確定条件で入札を実施したものであり、大東市が本件入札を実施したことは許されなかつたはずである。

したがって、原審事実認定は、事実を都合よく切り取り歪曲するものであるし、自ら立てた基準にすら合致しない認定であり、到底見過ごすことができない。

#### (イ) 入江の報告義務違反について

原審が、本件入札の実施時までに入江が生活安全課や契約課に対し、本件追加工事の必要性に関する情報を提供することがより適切であったことを認めながら、報告義務を否定したことは矛盾している。

本件入札実施時までに、本件遡及適用については、遡及適用有りと指摘する大阪府建築主事の見解と遡及適用なしと指摘する二つの見解があつたことは原審の認定する事実からも明らかである。大東市が、日確検に協議先を変更したのは、セカンドオピニオンとしての意見を仰ぎたいとの建綜研からの申入れを受け、日確検から「健綜研が…遡及適用に係る工事を次期の改修工事の際に盛り込むことなどの提案をするなどして協議を重ねれば大阪府が示

した遡及適用範囲の大半が不要になるとの意見が出たからである（乙26入江3頁）。被告は、あくまでもセカンドオピニオンとしての日確検への協議変更をしたのであり、また、日確検自身からも遡及適用に係る工事については、前述のとおり、いずれは工事が必要であることを前提として次期の改修工事に盛り込むことをのべていたのであるから、追加工事がいずれ必要になることは明らかだったはずである。

そうすると、入江は、本件入札時までに、本件遡及適用について上記2つの見解があることを認識していたのだから、日確検から上記提案を受けた時点で、2つの可能性があること、場合によっては追加工事が必要であることを適時に契約課に報告する義務が生じていたことは明らかである。

入江により適時に契約課に報告することにより、契約課は本件入札を注し又は延期して、追加工事を含めて改めて入札を行うべきであったが、これを行わず、追加工事の必要性を無視して本件入札を強行したことは違法であり、市長は市行政の最高責任者として責任を負うべきものである。

#### エ 裁量権濫用についての誤りについて

- (ア) 原審は、確認申請を受けた後でなければ入札を実施することができないというべき合理的根拠はないとして、確認申請を受けずに入札を実施し、契約締結した大東市の判断に裁量の逸脱濫用はないとする。
- (イ) しかし、入札は、一般競争入札による契約方法であり、その契約は、法令に適合する有効な契約を当然の前提にすることは、契約における大原則である。本件入札実施時において、その契約の内容となる工事は建築関係法令に適合していなかったことは被告も認めるところである。そうすると、契約関係法令に適合しない工事を対象とする、いわば違法な工事を入札する裁量はない。本件入札実施前から（実施時）において、遡及適用について、2つの見解があったのだから、違法な工事を入札する裁量を覆す理由になり得ない。
- (2) 本件議会において本件追加工事の必要性の報告ないし説明をしなかったこ

とについて

ア 原審の判断

原審は、地方自治法96条1項5号の趣旨からすると、議会の議決を要する契約の締結について審議に必要な説明をするために議会に出席した地方公共団体の長又はその補助職員が、当該審議に重要な事項を殊更に隠蔽するなどして議会における審議を妨げたと言えるような場合には、当該普通地方公共団体に対する関係で不法行為が成立する余地があると判示する。

イ 地方自治法121条は、地方自治体の長は、議会の審議に必要な説明のために、議長から出席を求められたときは出席しなければならないことを定めている。

同条は、地方自治体の長の出席義務を定めた規定であり、長が、議会に求められて審議に必要な説明義務を負うことを当然の前提としている。

議会の議決を要する本件原契約の締結について、今後追加工事が発生するかどうかは、契約の重要な事項である。そして、原審の認定する事実に寄れば、本件議会の時点において、東坂、西辻、野口、入江は、本件工事の内容のままでは建築関係法令に適合しないため、同工事と同時に本件追加工事を実施する必要があることを認識していた。遅くとも本件議会の時点において、東坂からには、議会の審議に必要な重要事項として上記事実を説明する義務を負っていた。それにもかかわらず、本件議会において、東坂は、説明を怠っていたのだから、それだけで義務違反がある。

また、地方自治法96条1項5号は、通常契約の締結は、執行機関限りでなしうるものであるが、条例で指定する重要なものについては、個々の契約ごとに議会の議決を必要とされたものである。

上記定めからすると、議会の議決を要する契約は、議会の議決によってはじめて正規に締結されるのであるから、住民の代表である議会が議決をするうえで、長は契約の内容や追加工事の可能性の有無について十分に説明をし

なければならないといえる。

しかしながら、本件において、東坂らは、本件原契約が建築関係法令に適合しない工事を対象とし、追加工事が発生し、その金額が7000万円にも上るにもかかわらず、そのことについて全く説明せず、あたかも問題のない契約であるかのように装ったのである。その日の午後の議会で多くの議員から追加工事について疑問を呈する質問があげられていたこと（乙23 4頁～）からも追加工事の説明が原契約の審議において必要であったことは明らかである。

この点、原審は、殊更に隠蔽するなどして議会における審議を妨げたといえなければ不法行為が成立しないとするのは、地方自治法96条1項5号、121条1項、民法709条の法令解釈を誤っている。

仮に、原審の判断基準によつたとしても、入江は、「説明をしていたら、議決に対して影響があったかもしれないです。」（入江証人尋問調書40頁）、いろいろ問題になってうるさかったかもしれませんと、そういうことですかという裁判官による質問にたいし「そうですね」（同 40頁）と返答している。入江が、議会で報告すれば議事に影響が出ることを認識していたのであり、説明を怠ったことにより殊更にこれを隠蔽し、必要な重要事項を考慮した上で審議することを妨げたことは明らかである。

## 第2 損害について

原審は損害額については判断していない。

本件は適正な入札行為が害されたことにより、大東市は追加工事の費用も含め、予定価格の100%の価格で富田建設と工事請負契約を結ばざるを得なくなったものである。適正な競争入札がされていれば、通常予定価格の80%を下回る価格で落札がされると認められるので、本件損害額は予定価格の20%と見るのが相当と言うべきことは原審で控訴人が述べたとおりである。

### 第3　まとめ

以上の通り,原判決の判断は経験則に反し, 結論を導くために都合の良い事実のみを抜き出し, 重要な事実を無視した事実認定をし, さらには誤った法令解釈がなされたものであるから,控訴審において慎重に判断されることを求めるものである。

以上