

別紙 1

争点整理表

第 1 争点	
<p>1 指名競争入札における指名回避が国家賠償法上違法となり得るか</p> <p>2 本件指名回避の違法性</p> <p>(1) 平成 13 年度及び同 14 年度について</p> <p>(2) 平成 15 年度及び同 16 年度について</p> <p> ア 運用基準第 2 条(1)イ(ア)の意味</p> <p> イ コミセン工事等における不誠実な行為の有無</p> <p>(3) 平成 17 年度について</p> <p>(4) 平成 18 年度について</p> <p> ア B 小工事における不誠実な行為の有無</p> <p> イ B 小工事に対する評定点の不当性</p> <p>3 市長の過失の有無</p> <p>4 損害</p>	
第 2 争点についての当事者の主張	
原告の主張	被告の主張
1 指名競争入札における指名回避が国家賠償法上違法となり得るか	
<p>最高裁平成 18 年 10 月 26 日第一小法廷判決は、「指名競争入札における参加資格審査ないし業者指名の判断については、契約担当者たる地方公共団体の長の広範な裁量に委ねられているが、その恣意を許すものではなく、その権限の行使が明らかに不合理であるなど、その裁量権を逸脱し又は濫用した場合には、国家賠償法上違法になる」と判示して</p>	<p>(1) 有資格者で契約の相手方となることを希望する者であっても、地方公共団体と契約を契約する権利やその機会を与えられる権利（指名競争入札に参加する権利）を当然に有していることはできない。</p> <p>したがって、原告が指名されないことをもって、当然に国家賠償法上の違法（個別の業者に対して負担する職務上の法的義務違反）とするこ</p>

<p>おり，被告の主張は失当である。</p>	<p>とはできない。</p> <p>(2) 原告主張の最高裁判決は、「裁量権を逸脱し又は濫用した場合には，国家賠償法上違法になる」場合があることを指摘しているのであって，裁量権を逸脱し又は濫用した場合に，直ちに国家賠償法上違法になると判示しているわけではない。</p> <p>なお，市長は，適切な指名をしており，裁量権の逸脱・濫用はない。</p>
<p>2 本件指名回避の違法性</p>	
<p>ア(ア) 原告は，平成13年度から平成17年度の間において，被告の競争入札参加名簿に登録されているにもかかわらず，市長から一度も指名競争入札における指名を受けたことがなく，岐阜市に本社があり，通常の建築一式工事を主要業種とする86の業者のうち，当該期間において市長から1回も指名を受けていないのは原告のみであった。</p> <p>(イ) 被告が主張する談合防止対策は著しく不十分なものであり，入札制度改革が全国的にも極めて遅れている。</p> <p>(ウ) 原告が，平成10年ころから談合反対の宣伝活動を行い，平成16年ころから「被告が談合しない会社(原告)を指名しない」ことなどを活発に広報してきたこと及び原告が被告に対し，原告が被告から請け負った工事について様々な意見や異議申立て等を行ってきたことから，市長は恣意的に原告を指名しなかったのであり，これは市長の業者の指名に係る裁量権を逸脱する違法な指名回避である。</p> <p>イ また，以下に述べるように，被告の指名基準に照らしても，原告を指名しない合理的理由は存在せず，本件指名回避は，市長が裁量権を著しく逸脱したもので，違法であるといえる。</p>	<p>ア 被告は，入札契約制度について，毎年度，契約手続の透明性，公正な競争の促進，談合等の不正行為の排除を目的として見直しを行っており，平成13年度以降は，構成入札調査委員会及び入札監視委員会等の第三者委員会を設置するなど，具体的な談合防止対策を行っているため，市長が談合に反対する原告をことさらに指名しなかったわけではない。</p> <p>イ 平成13年度ないし同18年度の各年度において原告が指名されなかったのは，以下のとおりである。</p>
<p>2 (1) 平成13年度及び同14年度について</p>	
<p>ア 被告主張の慣行は，指名を求める業者にとって極めて重要な問題に関するものであり，業者間の公平性を保ち又は発注者の恣意的選定を</p>	<p>公共の建築物は本来の利用目的に加え，災害時・緊急時等の避難場所に指定されることも想定して設計されているため，その建築工事にあたって</p>

<p>回避するために、その指名基準は条例・規則等において明確に定められ、あらかじめ示されなければならないところ、選定要綱第7条（指名基準）には、この慣行に該当する基準は明示されていない。</p> <p>イ また、民間工事の中にも公共建築物と同等以上の品質を求めているものはあり、公共工事の実績の有無と公共建築物の求める品質の施工をする能力の有無とは関係ない。</p> <p>ウ 加えて、一般競争入札及び公募型指名競争入札で行う工事は、指名競争入札で行う工事に比べて、予定価格（すなわち工事規模）が大きく工事として複雑なのであるから、被告の主張によれば、より一層実績を重視すべきところ、これらの工事においては、被告発注公共工事の実績は入札参加条件として定められていない。</p> <p>エ 被告によれば、多くの新規業者は一般競争入札及び公募型指名競争入札に参加することができないため、必然的に下請業者として施工に参加するほかないが、一般的に業界団体に所属しその方針に従った経営を行うなどの姿勢をとらなければ、下請業者となることなど不可能なのであるから、この慣行は、談合を助長するものであって、不当である。</p> <p>オ また、平成17年度及び同18年度には、公共工事实績のない業者が指名を受けており、被告主張の慣行の存在自体が疑われる。</p>	<p>は、市民の生命・財産を守るために、民間の一般の建築物に比べ、より高度な品質の確保が求められている。このような公共工事の特性から、被告においては、新規登録業者については、公共工事の実績がない場合は、従来から、公共工事の下請け等の経験を経た段階で、その状況を勘案して、業者指名の対象とすることを慣行としている。</p> <p>原告については、平成13年度及び同14年度において、公共工事の実績や下請け等の経験がなかったため、指名をしていなかった。</p>
<p>2(2) 平成15年度及び同16年度について</p>	
<p>ア コミセン工事について、被告が指摘する原告の行為はいずれも請負契約の履行に関して何の問題も起こしておらず、また、原告の行為はいずれも相当の理由のあるものであり、請負者としての当然の権利を行使したものである。</p> <p>イ また、市長は、コミセン工事完了後の平成17年5月に実施した公募型指名競争入札によるB小工事の発注において、原告を指名しており、このことから、コミセン工事における原告の行為は、指名しない理由となるものではなかった。</p> <p>ウ 平成16年度になされた申し合わせ事項の内容は、平成16年4月の公募型指名競争入札の参加条件に関して被告が追加設定したものと</p>	<p>ア 公共工事の実績のない業者が初めて公共工事を請け負ったので、工事の施工状況を見ながら、指名を考えようと思っていた。</p> <p>しかし、一般競争入札でのコミセン工事等の落札の後、工事の施工状況において被告監督職員の指示に従わない等問題が多かったので、指名を控えていた。</p> <p>イ 平成16年度には、建設工事請負業者選定委員会において、平成14年度以降、被告発注の4500万円以上の大型建築工事の発注件数が減少していることから、受注機会の確保を目的として、建築工事について4500万円以上の工事を受注し、又は施工中の者は当該年度に新たに指名しないことを申し合わせ事項としたため、原告は、平成15年度か</p>

同じ内容であるから、このような条件に該当し指名しない業者数がわずかであり、「受注機会の確保（均衡）」という制度設定目的に沿った実効性のあるものではなく、原告を指名しない根拠として設定されたものと考えすることは不自然ではない。

エ 被告主張の は、コミセン工事における「設計変更に伴う請負代金変更協議」（以下「本件協議」という。）のことであるが、被告から、多くの単価が黒塗りのままの資料を提示されて、請負代金額の変更の申入れを受けたが、そのような状態では応じられないと協議を求めたに過ぎず、そもそも、被告の不当な行為に起因するものであるから、これをもって、原告の行為が「不誠実」とは言いえない。

オ また、 についても、被告の変更金額の算出方法や、「協議が整わなかった場合には発注者が請負者に対して行う請負代金額の通知をもって債権債務が確定する」という被告の見解こそが不当なのであって、原告の行為は「不誠実」ではない。

ら同16年度にかけての2カ年の工事であるコミセン工事等を3億5700万円で落札していたため、指名しなかった。

ウ また、原告は、平成16年度においても、 契約の変更協議呼出に応じない、 変更予定価格の金額を無視するなどの不誠実な行為が継続していたため、少なくとも検査後引渡日までは、「請負契約の履行が不誠実であること」が「継続」していた。

ア 運用基準第2条(1)イ(ア)の意味

(ア) ある行為が「不誠実な行為」であるか否かは、運用基準第2条(1)イ(ア)に記載されている内容に基づいてなされるべきである。

(イ) 運用基準第2条(1)イは、同条(1)イ(ア)に記載された状態が「継続していること」を要件に挙げているが、これは、「過去に行われた数回の工事において同じ状態が繰り返されているため、新たな工事においてもやはり同じ状態が繰り返される可能性が高い」という合理的推測に基づいて設定されたものである。

原告は被告発注の工事を2回しか請け負っておらず、被告が「不誠実な行為」とであると指摘する事項のうち両工事に共通する内容の事項はないのであるから、問題とされる状態が継続しているという要件を欠いている。

(ウ) 運用基準第2条(1)イ(ア)では、「請負契約の履行が不誠実であること」とあり、不誠実である行為は「請負契約の履行」に関するもの、言い換えれば、請負者が請け負った工事そのものについて請負契約上その責任を問われるような性質のものである。

原告は、同条項の「継続」という要件について、同一内容の「不誠実な行為」が継続しなければならないと解釈しているが、この条項の記載からは、「請負契約の履行が不誠実であること」という状態が継続していれば足り、同一内容であることは必要でない。

また、同条項の記載内容からは、「不誠実な行為」をあえて発注者の措置請求を受け入れられないという意味の故意に限定されるわけではない。

同条項には、「措置請求に請負者が従わないこと」が例示されているが、これは請負者があえて発注者の措置請求を受け入れないという請負者の故意を問題にしていると解すべきであり、「措置請求に従って対応したが結果として要求された内容（程度）に至らなかった」という場合は、これに当たらないと考えるべきである。

イ コミセン工事等における不誠実な行為の有無

(ア) 原告は、フラットデッキの使用申請をした平成15年10月16日に使用予定のフラットデッキの資料(カタログ及び型枠支保工計算書)を提出しており、同年11月11日に、被告職員から口頭で一部箇所の使用が認められないと伝えられたため、原告の現場代理人はそのような不安はないことを被告監督職員に技術的に説明している。

また、当時、フラットデッキは新種の材料ではなく、他の自治体では広く使用されているものであったため、それ以上に特段の資料は不要と判断したに過ぎず、被告からもこの点に関する資料の提出は求められていない。

また、この点につき、原告の資料提出が不十分であったとして、原告の請求を棄却した仲裁判断には問題がある。

(イ) 及び は、原告の権利であって違法なものではなく、原告はこれらの行為にあたって書面により合理的な説明を行っており、権利の濫用にあたるようなものでもない。

原告が被告監督職員に対して、随時工事管理上必要な質疑書及び協議書を提出してその回答を求めていたが、適当な期間が経過しても被告の回答がなされない事項が相当数に至ったため、公共建築室に要請したという経緯があり、合理的な理由に基づくものであって、また、工事の適正な運営のために被告の対応に不服を申し立てることは、原告の有する当然の権利であるばかりか義務でもある。

(ウ) については、原告は、モルタル塗りが不要であると判断し、これを中止したい旨の協議書を被告に提出したが、被告は設計図どおりにモルタルを塗るよう指示したため、結局原告はこの指示に従い施工しており、請負契約の履行上何の問題も起こしていない。

原告は、型枠材として合板ではなくフラットデッキを使用したい旨を被告に申し出たが、被告監督職員は、フラットデッキの使用は、水漏れ、雨漏り箇所の特定が困難であることを指摘し、その使用に関しては一部承諾できない箇所がある旨を伝え、上記不安を払拭するに足りる資料を提出するように求めたが、原告は資料を提出することなく、スラブ型枠のフラットデッキ使用に関する協議書を被告及び被告市長に繰り返し提出しするなど不服申し立てを行い、地下ピット防水モルタル塗について、設計図書どおりに依頼する被告をホームページで非難し、安全祈願祭の費用を被告に対して請求し、フラットデッキに関して、中央紛争審査会に被告に対する損害賠償を申し立て、山留工事につき設計図書どおりの軽量矢板パイプロ工法又は被告が変更を示唆したH鋼横矢板工法をとらず、簡易山留で施工するなど、請負契約(設計図書)の内容どおりに請負契約の履行を求める被告に従わなかったり非難したりした。

これらの行為は、請負契約に反した行為であり、「請負契約の履行が不誠実」であったというべきである。

<p>また、原告は、自社のホームページに上記事実及びこれに関する自己の見解を掲載しただけであり、その内容は、請負契約の履行を妨げるようなものではない。</p> <p>(イ) は、祈願祭の費用は被告に提示した本件工事の見積金額に含まれておらず実施する予定はなかったところ、被告から2回も安全祈願祭を要請されたことから、被告の実施要求であると捉え、行ったものであって、原告が自主的に行ったものではない。したがって、その費用は被告が負担すべきである。</p> <p>(オ) については、被告が山留工事につきH鋼横矢板工法を指示した事実はない。原告は、工事場所が砂礫層で固い地盤であるため、山留工事の必要性がないばかりか、4メートルの鋼矢板を地中に打ち込むことが困難であることが判明したため、オープンカット工法への変更を提案した。この提案を受け入れなかった原告の対応自体が疑問である。</p>	
<p>2 (3) 平成17年度について</p>	
<p>前記2 (2)ウのとおり</p>	<p>平成17年度は、B小工事の落札により、原告は1億9160万4000円の工事を落札したことになるため、上記年間4500万円の受注制限にかかるため、指名しなかった。</p>
<p>2 (4) 平成18年度について</p>	
<p>被告が、原告が施行したB小工事の工事成績評定点を54点としたことにより、市長は、指名競争入札において、運用基準2条(3)を根拠に、原告に平成18年度の指名を行わないことができる。</p> <p>しかし、原告は、後述するように、上記工事につき54点を付けられるような悪い工事をしていない。</p> <p>したがって、この評定点は、原告が談合に反対していることから、原告を岐阜市の入札から排除するために付けたものであり、違法である。</p> <p>よって、それを理由に原告を平成18年度の指名競争入札に指名しないのは違法である。</p>	<p>B小工事においても、原告には不誠実な行為が多かった。</p> <p>同工事については、工期を6日遅延し、その工事成績は、施工体制、施行状況、出来形及び出来映えに問題があり、工事成績評定点54点となった。</p> <p>被告では、平成18年度には、平成17年4月1日に施行された公共工事の品質確保の促進に関する法律(以下「品確法」という。)の趣旨を踏まえ、工事成績を重視する制度改正を行い、指名不適格基準が前年度の工事成績平均点が60点未満の者は指名しないこととなったため、原告は指名しなかった。</p>

ア B小工事における不誠実な行為の有無（運用基準第2条(1)イ(ア)）

(ア) B小工事に関する被告主張の不誠実な行為 については、現場代理人が着工するまでの間には重要でないわずかな作業しか行われておらず、現場代理人が管理運営すべき現場は実質的にはなかったのであって、工事の進捗にも影響は及ぼしていない。

(イ) 及び は、原告は被告の指示等にしがたって職人増員等、問題回避のための対策を立てたが、予想外の悪天候や対策の不十分さによって結果的に問題が発生したというものであって、原告が被告の要求にあえて従わないということではない。

(ウ) また、 に関して、被告は、3階のうち渡り廊下部分の打設が平成18年1月10日になったことをもって、当初の3階コンクリート打設工事自体が15日遅延したと主張するが、原告は予想外の悪天候という条件下において、平成17年12月28日にはコンクリート打設をほぼ終了しており、渡り廊下部分のコンクリート打設の遅れは、B小工事全体の後工程に影響を及ぼすものではない。

(エ) に関しては、契約工期である平成18年3月15日に完成が間に合わなかったのは、原告が請け負った工事のうち外構工事（花壇等）だけであって、主要部分である校舎本体については工期に完成しているのであって、外構部分の完成の6日間の遅延が建築物の使用者である小学校側に実質的負担をかけているとは考えられない。

(オ) は、被告監督職員の承諾を得ることを怠った原告の事務上のミスによるものであるが、型枠解体自体は強度試験に基づいて行われており品質上の問題はない。

原告は、B小工事に関して、現場代理人が工事着工より40日遅れて着任した、再三にわたり、被告が工事遅延対策を求めたが、原告が有効な対策をとらなかったために、3階コンクリート打設が当初の工程よりも15日間遅延した、工事請負契約書第1条2項には、工期内の完成が原告の義務となっており、本件は小学校の増築工事であるため、小学校側に完成が遅れることによる負担をかけないようにするためにも、工期を遵守しなければならなかったところ、工期内に完成できなかったこと、及び 校舎3階躯体梁・スラブの支柱の盛り換え（支柱を減らした）を被告監督職員の承諾なく行ったなどの契約違反を行っており、これらは不誠実な行為といえる。

イ B小工事の評定点の不当性の有無

別紙2のとおり

別紙2のとおり

なお、各評価項目は、審査項目（施工体制、施工状況、出来形及び出来ばえ等）と細別（施工体制一般、配置技術者、施工管理等）の視点において、該当するか・該当しないかという判断をしているため、ある事実についての評価が、各評価項目で異なることも不思議ではない。

また、評定者によって、評定時期や検査対象（現場そのもので評価するのか書類で評価するのか）の違いが出てくるため、評価に差異が出るのは当然である。

3 市長の故意又は過失の有無について

市長には本件指名回避につき故意又は過失がある。

市長には本件指名回避につき故意も過失もない。

4 損害

(1) 原告が、他の建築業者と同じように指名されていたならば、得ることができた利益は別紙3（略）及び4（略）のとおり、平成13年度から平成18年度までの合計は、544万5625円であり、弁護士費用は、上記損害の約1割に該当する54万4000円が相当である。

(2) 被告は技術的特性を勘案して指名業者を選定しているのであるから、工事の技術的特性に伴う得手不得手が問題になる場合は少ないはずであるし、経営規模の同程度の業者を対象に指名業者を選定するのであれば、手持ち工事の状況や技術職員の体制についても、それによって応札できない状況が発生する可能性は業者間で大きな差が生ずるとは考えがたい。

また、指名に対して応札するかしないかについて、原告が他業者と異なる事情はないので、原告の損害額算定に当たってこの点を考慮する必要はない。

確かに、落札するかどうかは通常、その業者の応札金額が全業者の応札金額のうち最低となるかならないかで決定するのであるから、すべての業者が同じ確率で落札するはずはないが、下請工事の調達力・技術提案力に優れ、合理的な企業経営によって低い応札金額を提示できる力を有する業者は落札確率が高く、そうでない業者は低いと考えることができる。原告は、2件の被告発注工事の入札に参加しいずれも落札していることから、原告の落札確率は少なくとも全業者の平均値より高いと考えられ、原告が「岐阜市の業者が指名され落札した確率の平均値」をもって損害額を算出したことは妥当である。

(1) 争う。

(2) 指名された業者が入札に参加する場合、工事の技術的特性に伴う得手不得手、民間工事や公共工事の手持ち工事の状況等を考え、その都度応札してくるものであり、仮に指名されたとしても、落札するかどうかは確率だけで計算できるものではない。

(3) また、単純な指名回数や落札回数による率によって損害額が算定されるとすれば、平均指名回数以下の指名しかなかった業者や平均落札率以下の業者、あるいは原告が主張する平成13年から18年度までの平均受注額8226万0201円以下の受注実績しかない業者は全て損害賠償を請求できることになり、原告の主張する理論がおかしいことは明らかである。

(4) 原告は、一般競争及び公募型指名競争入札を除外して損害を算定しているが、原告は一般競争及び公募型指名競争入札について排除されておらず、指名競争入札に一般競争及び公募型指名競争入札を含めると、原告の受注実績は他の同規模の業者と比べてそん色がない。

(5) 原告は、低い応札金額を提示できる力があると主張するが、後日追加請求が必要な提示額では低い応札額であっても無意味である。現に、原告はコミセン工事等において、836万8500円の追加請求を行い、その一部につき仲裁判断を求めたが棄却されている。なお、設計変更の半数以上は原告の提案によるものである。

(3) 被告主張のコミセン工事等における原告の工事代金の追加請求は、被告の設計変更指示によって増額した費用に関する正当な請求行為である。被告は設計変更に係る工事費の増減を不当な方法により算出し、追加請求を認めないものである。なお、原告提案の設計変更は2割程度であり、そのうち工事費が増額となるものは2割程度に過ぎない。