

主 文

- 1 原判決を次のとおり変更する。
 - (1) 控訴人らは、鳥取県に対し、連帯して、金834万4750円及びこれに対する平成8年3月2日から支払済みまで年5分の割合による金員を支払え。
 - (2) 被控訴人のその余の請求をいずれも棄却する。
- 2 訴訟費用は、第1, 2審を通じこれを4分し、その1を控訴人らの、その余を被控訴人の負担とする。

事実及び理由

第1 控訴の趣旨

1 控訴人日本下水道事業団

- (1) 原判決中、控訴人日本下水道事業団敗訴部分を取り消す。
- (2) 被控訴人の請求を却下する。
- (3) 訴訟費用は、第1, 2審とも被控訴人の負担とする。

2 控訴人株式会社東芝

- (1) 原判決を取り消す。
- (2) (主位的)
被控訴人の請求を却下する。
- (3) (予備的)
被控訴人の請求を棄却する。

- (4) 訴訟費用は、第1, 2審とも被控訴人の負担とする。

第2 事案の概要

次のとおり、当審における補充主張を付加するほかは、原判決「事実及び理由」中の「第二 事案の概要」及び「第三 主要な争点についての当事者の主張の要旨」の各欄記載のとおりであるから、これを引用する。

(控訴人らの当審における補充主張)

1 本件委託協定は、控訴人日本下水道事業団（以下「控訴人事業団」という。）の鳥取県に対する請負契約の性格を持つ契約である。すなわち、控訴人事業団は鳥取県の指示する設計書に従って、本件委託協定に明記の下水道施設を、同じく明記の費用（代金）で建設（完成）する義務を、控訴人事業団が鳥取県に対し請け負ったものである。

2 鳥取県の「前金払」は、本件委託協定上、「確定払、控訴人事業団の納入済額、控訴人事業団の収入・所得」である。すなわち、地方自治法に規定される前金払は債務金額が確定しているものについて地方公共団体が支出するものであり、本件委託協定の費用（代金）は定額請負代金であり（費用が不足の場合、請負者である控訴人事業団が危険を負担する。）、本件委託協定に基づく精算及び還付は、客観的に金額の異動を生ずる場合にのみなされる控訴人事業団の一方的行為である。

3 控訴人事業団の会計規程は、法律ではなく、控訴人事業団の内規であり、法律でない内規は、そもそも、違法の問題は生じない。そして、本件委託協定上、控訴人事業団の権限とする外注工事の契約締結の方法は、競争入札の方法にすると特約しているものではなく、本件

委託協定に明記の下水道施設の建設（完成）方法については、当然に、通常の請負契約と同様に、直営にするか、外注にするか、一部直営一部外注にするかは、請負者である控訴人事業団に任されているのであり、まして、本件委託協定上、控訴人事業団が任されている建設（完成）方法の、控訴人事業団の権限で選択したその外注工事の契約締結の方法（競争入札の方法とする。）などを、特約しているものではない。

4 本件委託協定上の支払義務発生原因と本件の外注工事契約の支払義務発生原因は、各自別個の各独立した各支払義務発生の原因契約である。そして、前者は地方自治法234条5項の鳥取県の契約書契約、後者は民法91条（法律行為自由の原則）の控訴人事業団の契約である。

鳥取県から控訴人事業団に対し、仮に、本件委託協定7条、8条に基づく支払がなくとも、もとより、控訴人事業団の外注工事契約の各請負業者に対する各外注工事契約に基づく控訴人事業団の支払義務は、法律上何ら左右されず、控訴人事業団は各外注工事契約に基づき各請負業者に支払義務を負担している。

そして、仮に、控訴人事業団の実際の建設工事施工（建設完成引渡）の費用が本件委託協定7条明記の建設代金（費用）を超えた場合、その増加工事費用（消費税を含む。）は、本件委託協定上、当然に、鳥取県にそれを追加払いさせることのできる契約ではない。本件委託協定上、この場合の危険は、控訴人事業団が負担する

ものである。

5 本件の各外注工事請負契約は、随意契約であり、随意契約に私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律3条の適用はなく、また、本件の随意契約は、控訴人事業団の会計規程に適う、相当な契約方法である。

本件の外注工事は、既設工事と密接不可分の関係にある継続工事であり、下水道施設（終末処理場及びポンプ場）における電気設備は、高度にシステム化・一体化している設備のため、途中で施工業者を変えると既設の設備等に著しい支障を来すおそれがあり、また、仮に既設工事を施工した業者以外の業者が本件の各外注工事（継続工事）を施工した場合は、完成後の施設の保安・維持管理上多々不都合が生じるおそれもあり、既設工事を施工した業者以外の業者が継続工事を行うことは事実上困難である。

このように、本件の各外注工事は、既設工事の継続工事であり、控訴人事業団の会計規程55条4項1号又は3号に該当するもので

、そして、いずれも見積書を一人からだけ徴すれば足りる場合に該当するので、控訴人事業団は、控訴人事業団の権限において、既設工事の請負人である控訴人株式会社東芝（以下「控訴人東芝」という。）から見積書を徴し、随意契約により工事請負契約を締結した。

下水道施設（終末処理場及びポンプ場）は、水処理、汚泥処理、生物化学処理、土木、建築、機械、電気等の諸技術・諸設備が一体的に結合してその機能を発揮する汚水汚泥処理の総合的プラントであり、その電気設備は下水道施設における計測・監視・運転制御・負荷・発電・受変電設備から構成され、高度にシステム化・一体化した設備であり、本件の各外注工事は、前工事に引き続き施工される工事で、前工事と後工事とが一体の設備の完成を目的とし、かつ、前工事と後工事とが密接不可分の関係にあるため、一貫した施工が技術的に必要とされる当該後工事に該当する。

6 本件委託協定は、鳥取県が地方自治法234条3項の規定に従い予定価格の範囲内で締結した、議決予算に基づく、鳥取県の随意契約で、そもそも地方財政法4条1項違反（均衡価格支出権の侵害）はあり得ず、議決予算の予定範囲内の支出は、鳥取県知事の議決予算執行権（地方自治法149条2号）の裁量権の範囲内にある。

ちなみに、本件委託協定の予定価格は、建設省の「下水道設計標準歩掛表」、鳥取県の「建設工事積算基準」、控訴人事業団の「土木工事積算基準・標準歩掛」をもとに算定した金額で、それは、契約の目的となる物件又は役務について、取引の実例価格、需給の状況、履行の難易、数量の多寡、履行期間の長短を考慮して適正に定められた積算価格である。

そして、鳥取県職員らの本件委託協定に係る財務会計行為（控訴人事業団に対する議会の議決及び本件委託協定に基づく前金払）の適法性は、当事者間に争いがない。

7 地方自治法242条1項に基づく違法に財産の管理を怠る事実に基づく代位請求訴訟の訴訟要件としては、①損害の発生ないしその可能性、②財産の管理の怠る事実の違法性が必要であり、前記のとおり、被控訴人主張の損害賠償請求権は、法律上失当のもので、法律上損害は観念できず、その法律上観念できない財産の管理を違法に怠るというのは、法の背理であり、被控訴人の本件訴えは地方自治法242条1項所定の違法に財産の管理を怠るという要件に該当しないから不適法である（被控訴人主張

の損害賠償請求権なるものは、そもそも請求において失当のもので、地方自治法237条1項所定の財産〔債権・権利〕に該当しない。）。)

8 また、被控訴人主張の損害賠償請求権が地方自治法237条1項所定の財産に当たる場合であっても（本件はそもそもその財産に該当しないことは前記のとおり）、その財産の管理については、地方公共団体の合理的かつ合目的な行政裁量に委ねられている範囲があるものというべく、行政上の裁量によりこれを行わないことについて合理的理由があるときは、これを行わないことは、地方自治法242条1項の財産の管理を怠る事実にあたらないと解すべきである。

本件においては、少なくとも不法行為により競争入札の発注者でない鳥取県に損害が発生した蓋然性がはっきりせず、同様の損害賠償請求権に関し失当であるとの判決も出されているのであるから、かかる不明の損害賠償請求権なるものを、地方自治法242条1項の財産として、鳥取県知事が本訴のごとく、鳥取県に真実発生したと速断して裁判上の行使をした場合、当然弁護士費用を含めて相当の裁判費用

を要するもので、かつ、相当の時間と相当の職員を裁判のために要させ、そのあげく請求却下（棄却）となることは、合理的判断として少なからず予想されるのであり、かえって、同行使は相当の損害を鳥取県に被らせることになり、場合によれば、その裁判のための諸費用の支出は、地方自治法138条の2（誠実執行義務）の規定に違反した違法の公金の支出として、住民監査請求の対象にもなりかねない。

したがって、被控訴人主張の不法行為により、競争入札の発注者でない鳥取県に生じたという損害賠償請求権を行使しないことは、責任ある長の措置として合理的理由があると認められるのであって、少なくとも、地方自治法242条1項所定の財産の管理を違法に怠る事実にあたらないといえることができる。（この点を「争点3」という。）

第3 当裁判所の判断

1 争点1（一）（地方自治法242条2項適用の有無）について

原判決中24頁9行目から39頁末行までに記載のとおりであるからこれを引用する。

なお、控訴人らの当審における補充主張に鑑み付言するに、本件委託協定に係る鳥取県職員の財務会計行為が適法になされていることは当事者間に争いが無いところであり、これが控訴人らの談合行為に影響されてなされたとの主張もなく、これを認めるに足

りる証拠も全くないから、本件委託協定に基づく鳥取県の前金払は違法、無効であるとはいえず、また、被控訴人主張の本件の不法行為に基づく損害賠償請求権が主張自体失当であり、発生の余地がないということもできないから（損害賠償請求権の発生の有無は本案の判断の問題であり、本件訴訟の適法性についての判断に際しては、被控訴人の主張に基づき、その可能性が認められれば足りる。）、本件監査請求はいわゆる真正怠る事実に関するものであって、地方自治法242条2項に定める監査請求の期間制限には服さないものである。したがって、本件監査請求は適法になされており、被控訴人の本件訴えは適法である。

2 争点2（一）（控訴人らの違法な行為の有無）について

次のとおり付加、訂正するほかは、原判決中40頁2行目から52頁7行目までに記載のとおりであるからこれを引用する。

（1） 原判決中40頁4行目の「四五、」の次に「六一、六二、六八、」を加える。

（2） 原判決中44頁7行目の「られ」の次に「建設大臣（当時、現在は国土交通大臣）の認可を受け」を加える。

（3） 原判決中51頁5行目の次に改行して、次を加える。

「控訴人らは控訴人事業団の内規は、本件委託協定の内容とはなっていない旨主張するのであるが、会計規程は前記法令に基づき建設大臣の認可を受けているものであるから、控訴人事業団の契約の方式を規律するものであり、その実施細則である会計規程細則と合わせて、控訴人事業団は契約締結に当たりこれを遵守することを義務づけられているものであって、本件委託協定においても当然に、そのことは前提となっているのであり、控訴人事業団は鳥取県に対し、本件委託協定に基づく義務として会計規程及び会計規程細則を遵守する義務を負っているものと解される。そして控訴人東芝ほか8社はこれを前提に本件運用手順の合意をしていたものと認められる。

したがって、本件請負契約の締結につき控訴人事業団と控訴人東芝との間で共同して、会計規程及び会計規程細則の趣旨（控訴人事業団の契約締結に当たり、原則として自由競争による適正価格を設定し、発注者である地方公共団体に過大な費用を生じさせないこと）を没却する行為がなされたと評価される場合には、本件委託協定に基づく控訴人事業団の義務に反する違法行為であり、それによって鳥取県に損害が生じれば不法行為が成立することとなる。」

（4

） 原判決中51頁6行目から52頁7行目までを次のとおり改める。

「（三） 以上の事情からすると、控訴人事業団が随意契約によって控訴人東芝との間で本件請負契約を締結したことは、本件請負契約に係る工事が既設工事の継続工事であり、既設工事は控訴人東芝が請負、施工しており、継続工事については既設工事の請負業者が施工する一応の合理性を有することを考慮しても、控訴人事業団が控訴人東芝と本件請負契約を締結することとなったのは、控訴人東芝ほか8社による本件運用手順の結果であり、本件請負契約が随意契約であっても、会計規

程及び会計規程細則の趣旨を没却するものというほかなく、また、平成四年度請負契約の予定価格は1億1731万7000円であったところ、契約価格は1億1711万1000円（予定価格の約99.8%）であり、平成五年度請負契約の予定価格は3385万6000円であったところ、契約価格は3378万4000円（予定価格の約99.8%）であり、控訴人東芝ほか8社と控訴人事業団との請負契約において指名競争入札がなされたものも含め落札価格（契約価格）は予定価格の99%を超える割合となっている（甲32ないし34）ことも併せ考慮すると、控訴人事業団の職員からの予定価格等の情報を得たうえ、控訴人東芝は、本件請負契約の代金を控訴人事業団との間で設定したものであるというほかないのであって、本件請負契約の締結は、違法であり、控訴人らは共同不法行為者としての責任を負う。」

3 争点2（二）（損害の有無とその額）について

次のとおり付加、訂正するほかは、原判決中52頁9行目から62頁4行目までに記載のとおりであるからこれを引用する。

（1） 原判決中52頁9行目の「乙イー、二」の次に「、二七の1及び2」を加える。

（2） 原判決中57頁1行目及び10行目に「被告東芝」とあるをいずれも「控訴人ら」と改める。

（3） 原判決中59頁7行目から60頁8行目までを次のとおり改める。

「4 そこで、損害額について検討するに、本件における共同不法行為による損害は、本件請負契約が会計規程及び会計規程細則を遵守してなされ、控訴人事業団の職員による予定価格の情報提供及び控訴人東芝ほか8社の本件運用手順の合意のない状態で締結されていた場合の請負代金額と本件請負契約における請負代金額の差額ということになるが（本件委託協定においては精算額は生じていないから、前記差額が損害となることは明らかである。）、この損害額の算定に当たっては、種々の仮定条件や事情を勘案しなければならないところ、その認定に著しい困難を伴うものであるうえ、本件全証拠をもってもその仮定される請負代金額を算定することは困難であり、前記のとおり本件請負契約における請負代金額とその予定価格の乖離が約99.8%とほぼ一致しており、控訴人らによる本件の共同不法行為がなされなければ、本件請負契約の請負代金額が実際の請負代金額より低額となったものと推認しうる（損害の発生が認められる。）本件においては、民事訴訟法248条を適用して、本件訴訟における一切の事情を考慮して、損害額を認定することが許されると解される。

そこで、本件請負契約が一応の合理性の認められる随意契約であることも考慮し、本件訴訟における一切の事情を考慮すると、本件の共同不法行為に基づく損害額は、本件請負契約の請負代金額の合計1億5089万5000円の5%に相当する754万4750円と認めるのが相当である。」

（4） 原判決中61頁10行目に「一五〇万円」とあるを「80万円」と改める。

（5） 原判決中62頁1行目から4行目までを次のとおり改める。

「6 よって、鳥取県は控訴人らに対し、834万4750円の損害賠償請求権（以下「本件損害賠償請求権」という。）を有している。」

4 争点3（本件損害賠償請求を行使しないことが違法に財産の管理を怠る事実となるか否か）について

原判決中62頁5行目から63頁末行までに記載のとおりであるからこれを引用する。

5 よって、被控訴人の本件請求は、鳥取県に代位して、控訴人らに対し、連帯して、不法行為に基づく損害賠償として834万4750円及びこれに対する訴状送達の日翌日である平成8年3月2日（記録上明らかである。）から支払済みまで民法所定の年5分の割合による遅延損害金の支払を求める限度で理由があるから、これと異なる原判決を上記のとおり変更することとして、主文のとおり判決する。

広島高等裁判所松江支部
裁判長裁判官 宮本定雄
裁判官 吉波佳希
裁判官 植屋伸一

