

主 文

- 1 本件控訴をいずれも棄却する。
- 2 控訴費用は控訴人らの負担とする。

事 実 及 び 理 由

第 1 当事者の求めた裁判

1 控訴人ら

- (1) 原判決中，控訴人らの各敗訴部分を取り消す。
- (2) 上記取消部分に係る被控訴人らの請求をいずれも棄却する。
- (3) 訴訟費用は，第 1，2 審とも被控訴人らの負担とする。

2 被控訴人ら

主文同旨。

第 2 事案の概要

- 1 本件は，東京都町田市（以下「町田市」という。）の住民である被控訴人らが，同市が公共下水道工事の施工等を委託した財団法人 P 1 公社（以下「公社」という。）により発注された公共下水道に係る各工事（原判決別紙工事目録記載の各工事，以下「本件工事 1」のごとくいい，本件工事 1 から 9 までを併せて「本件各工事」という。）について，本件各工事の入札参加資格を有する建設業者である控訴人らが，入札手続等において談合して特定の建設業者を受注予定者とする受注調整を行った結果，入札参加者間で公正な競争が確保された場合に形成されたであろう正常な落札価格と比較して不当に高い価格で当該建設業者が落札し，町田市に損害を与えたとして，控訴人らに対し，平成 14 年法律第 4 号による改正前の地方自治法（以下，単に「地方自治法」という。）24 条の 2 第 1 項 4 号に基づき，同市に代位して，上記損害の賠償金合計 8 億 6 7 0 0 万 3 9 0 0 円（民法 7 1 9 条，7 1 5 条，7 0 9 条に基づくもの）及びこれに対する不法行為の後である各訴状送達の日から翌日から支払済みまで民法所定年 5 分の割合による遅延損害金の連帯支払（不真正連帯債務によるもの）

を求めた住民訴訟である。

- 2 原判決は、本件各工事における控訴人らの談合があったと認定し、談合による損害については、損害の性質上、その額を立証することが極めて困難であるとして、民事訴訟法248条を適用し、本件各工事の請負契約における各請負金額（消費税相当額を含む。）の5パーセントに相当する金額（1000円未満切り捨て）が上記談合による損害であると判断し、本件各工事を請け負った控訴人らに対し、上記損害額の連帯支払を命じ、その余の被控訴人らの請求をいずれも棄却した。

控訴人らは、これを不服として、本件控訴を申し立てた。

- 3 前提事実及び争点は、次のとおり補正し、4において当審における当事者の主張を付加するほかは、原判決の「事実及び理由」欄の「第2 事案の概要」1及び2（原判決3頁7行目から11頁13行目まで）に記載するとおり（ただし、原判決3頁23行目から24行目にかけての「同P2株式会社（以下「被告P2」という。）」を「控訴人P3株式会社（なお、平成20年10月1日の商号変更前の商号は「P2株式会社」であるが、商号変更の前後を問わず、以下「控訴人P2」という。）」に改める。なお、各控訴人の表記は、同1の(1)イに記載のとおり略称することとし、合併の前後を問わず「控訴人P4」といい、商号変更の前後を問わず「控訴人P5」、「控訴人P2」ということも同様である。）であるから、これを引用する。

- (1) 原判決5頁6行目の「判断していたほか、」を「選定していたほか、」に、26行目の「(甲サ64)」を「(甲サ64, 436)」に改め、6頁19行目の「とされている」を「とされ、同事務費とは、工事1件ごとの工事費に工事費の金額に応じて定められた一定の料率を乗じて算出された額とされている」を加え、9頁21行目から22行目にかけての「課徴金納付命令対象事業者一覧」を「課徴金納付命令対象事業者一覧表」に改める。

- (2) 原判決10頁6行目から7行目にかけての「なお、本件口頭弁論終結時点

では審決がされていない。」を「なお、公正取引委員会は、平成20年7月24日、控訴人らに課徴金の納付を命ずる審決をした。審決においては、上記課徴金納付命令対象事業者一覧表「番号」欄29、30、31及び33の各事業者に対しては4410万円（納付命令では4442万円であった。）、8の業者に対しては1291万円（同じく2592万円であった。）、9の事業者に対しては1436万円（同じく2350万円であった。）、10の事業者に対しては1348万円（同じく2303万円であった。）、15の事業者に対しては1459万円（同じく1877万円であった。）、16の事業者に対しては1631万円（同じく1728万円であった。）、20の事業者に対しては1521万円（同じく1550万円であった。）、22の事業者に対しては1270万円（同じく1481万円であった。）、32の事業者に対しては1133万円（同じく1190万円であった。）の各課徴金の納付を命じ、その余の事業者に対しては納付命令に係る金額と同額の課徴金の納付を命じた。」に改める。

4 当審における当事者の主張

(1) 控訴人ら

ア 控訴人P6及び控訴人P2

(ア) 個別談合の不存在について

a 落札率からの推論の誤り

落札率とは、落札価格を予定価格で除した比率であるが、予定価格は、公社がその内部で独自の基準・算定方法により定めている非公表の価格であり、他方、落札価格は、落札業者が別途独自の基準・算定方法により決定した価格であり、落札率それ自体から直ちに個別談合の疑いが強まるとの結論を導き出すことは到底できない。

したがって、本件工事1、3、4、7及び9において個別談合があったと推認するのは不合理である。

b 本件工事 3 の個別談合行為について

控訴人 P 4 が控訴人 P 6 に入札価格を連絡したことや控訴人 P 6 が控訴人 P 4 に協力することを承諾したことを示す証拠はなく、控訴人 P 6 が本件工事 3 を控訴人 P 4 が落札することに協力したことを示す証拠もなく、控訴人 P 6 が本件工事 3 の個別談合に参加した事実はない。

c 本件工事 9 の個別談合行為について

個別談合行為への参加をもって不法行為が成立するというためには、明示若しくは暗黙の受注希望者からの協力行為の要請と当該要請に対する了承、 の要請・了承に基づく協力行為が必要である。本件工事 9 においては、受注希望者であった控訴人 P 7 から控訴人 P 2 に対して協力行為の要請はなく、両者間で何らの合意も存在しておらず、控訴人 P 2 は、本社で独自の積算を行って適正利益を前提とした価格を算出して入札しており、控訴人 P 7 が落札することができるよう配慮した事実はない。

(イ) 「違法に怠る事実」の不存在について

被控訴人らから監査請求がされたのは、平成 14 年 2 月ないし 4 月であるところ、この時点においては、公正取引委員会において審判が開始されたばかりであって、被審人とされた控訴人らは、いずれも公正取引委員会の主張を争っていたものであり、町田市としても、公正取引委員会の事件記録を入手することができず、控訴人らが談合行為を行っていたことを裏付ける証拠をほとんど有していなかった。したがって、町田市が上記証拠を入手すべく公正取引委員会での審理の推移を見守ると判断したことは、合理的であるから、「違法に怠る事実」は認められないといふべきである。

(ウ) 損害について

平成１２年１０月１日から同１７年１１月１日までの期間における１３９件の工事は、公正取引委員会が談合行為が行われなくなったと認定している期間の工事であるが、そのうち落札率が９９パーセント以上の工事が約４．３パーセント、９５パーセントを超える工事が約４１パーセント存在するのであるから、談合行為がなければ落札率が５パーセント下がったはずであるという相関関係は、約４５パーセントの工事において否定されている。したがって、１３９件の工事の落札率を根拠として、７２件の工事について契約金額の５パーセントが損害であると判断することは、不合理である。

イ 控訴人Ｐ８

(ア) 個別談合の不存在について

控訴人Ｐ８が受注した本件工事１については、アウトサイダーの３社（Ｐ９、Ｐ１０、Ｐ１１）が入札に参加しているが、この３社は、仮に本件慣行を前提としても、その枠外の存在なのであり、容易に談合を成立させる関係にはないところ、この３社が個別談合に加わったことを示す明確な証拠はないのであって、このことからしても、この３社をも含んで控訴人Ｐ８を受注予定者として決定した事実はない。

(イ) 「違法に怠る事実」の不存在について

民法７０９条に基づく入札談合による損害賠償請求権は、その債権自体が争われ、その立証が複雑かつ困難であって、必ずしも「客観的に存在するもの」とはいいがたいから、これを行使するかどうか等については、町田市長の合理的な裁量に委ねられているところ、被控訴人ら主張の不法行為債権の存否が不明確であり、公正取引委員会の審決又は裁判所の判決を待たなければ立証できないとして、町田市長が不法行為に基づく損害賠償請求訴訟を提起しなかったことについては合理性がある。

また、入札談合により損害を被った者は、民法７０９条に基づく損害

賠償請求権のほかに私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（以下「独占禁止法」という。）25条に基づく損害賠償請求権を行使することが可能であるところ、このような債権の管理方法としては、両請求権の相違点、主張・立証の困難さ、証拠資料の質と量、訴訟提起・追行、経済的負担、訴訟結果の見通し、その影響、法的措置をとるべき緊急性、公益上の必要性、相手方の賠償能力喪失の可能性などの諸般の諸事情を考慮する必要があるものであり、したがって、入札談合により損害を被ったという地方公共団体の長は、審決確定前に不法行為に基づく損害賠償請求権を行使するかどうかについての裁量判断を行い得るもので、その判断に合理性がある場合には、当該債権管理を違法に怠ることにはならないというべきであり、これを本件についてみるに、独占禁止法25条に基づく損害賠償請求権を行使する方が主張、立証の面で請求する側にとってはるかに負担が少ないし、独占禁止法25条の損害賠償請求権の消滅時効は、審決確定の日から3年であり、損害賠償請求権の消滅時効の完成を考慮して、民法709条に基づく損害賠償請求権を早期に行使する必要性はないのであるから、町田市長が公正取引委員会の審決を待って独占禁止法25条又は不法行為に基づく損害賠償請求権を行使することを選択したのは、合理的な裁量の範囲内に属するから、町田市長には「違法に怠る事実」は存在しない。

ウ 控訴人P12及び控訴人P13

（ア） 個別談合の不存在について

本件工事2及び8においては、本件慣行が適用されないアウトサイダーの建設業者が入札に参加しているから、これらの業者の受注調整への協力を明確かつ確実に取り付けた事実が認められなければならないし、アウトサイダーの業者が談合に協力するには、何らかの具体的な見返りが必要であると考えられるところ、そのような事実はない。

(イ) 「違法に怠る事実」の不存在について

地方公共団体の長が入札談合により被った損害につき損害賠償請求権を行使するということを前提としても、最も効率的かつ適切な行使方法を選択することにつき地方公共団体の長に裁量権があるのであって、民法709条に基づく損害賠償請求の訴えを提起した場合には、弁護士報酬を負担することとなるが、公正取引委員会の審決が確定した後に町田市が損害賠償請求の訴えを提起すれば、弁護士報酬等の無駄な支出を一切することなく、談合によって被った損害の回復を図ることができる可能性が高いのであるから、町田市長が公正取引委員会の審決が確定するのを待って損害賠償請求権の行使について検討するとの判断をして、民法709条に基づく損害賠償請求訴訟を提起しないのは、町田市長の合理的な裁量の範囲内であって、町田市長に違法に怠る事実はないといえるべきである。

(ウ) 民事訴訟法248条による損害額の認定について

仮に民事訴訟法248条を適用して損害額を認定するにしても、何の実質的根拠もない損害額の賠償を命じることはできない。

また、被控訴人らが主張する不法行為に基づく損害賠償請求権が談合入札した業者との間の違法な契約の締結という財務会計上の行為によって発生した損害を回復することを目的とする以上、それによって損害を被るのは発注者である公社であるから、仮に控訴人P12及び控訴人P13の談合が存在したとしても、町田市は、談合行為には何ら加担していない第三者である公社との協議に基づき任意に締結した委託契約に基づいて委託費を決定しているにすぎないのであるから、同控訴人らの談合と町田市の損害との間には、相当因果関係がない。

エ 控訴人P7

(ア) 個別談合の不存在について

本件工事３においては，控訴人Ｐ７は，ＪＶを組んだＰ１４株式会社のサブにすぎず，同社に主導されていたのであり，同控訴人の従業員は，何ら営業活動をしていない。

また，本件工事４においては，本件慣行が適用されない２つのグループが入札に参加しているが，これらの業者と控訴人Ｐ７との間において，いつ，どのような事実があって，工事予定価格を上回る金額で入札したのか何ら証拠がない。

さらに，本件工事９は，控訴人Ｐ２と株式会社Ｐ１５のＪＶが落札したところ，控訴人Ｐ７と控訴人Ｐ２の入落札の結果からして，両者間に入札価格についての合意がなかったことは明らかである。原判決は，控訴人Ｐ７の子会社が本件工事９の落札価格の９割以上の価格で下請けしたことから，遡って個別談合の存在を認定しているのであって，談合の完結時期についての判断を誤ったものである。

(イ) 「違法に怠る事実」の不存在について

公正取引委員会の判断が出ることを待って損害賠償請求権を行使しようとした町田市長には，「違法に怠る事実」はない。

(ウ) 損害について

談合があったというだけでは，損害の発生は認められない。談合と損害発生との因果関係の存在等について具体的に認定しなければならないが，原判決の認定は抽象的であり，原判決は，具体的損害を認定していない。

オ 控訴人Ｐ１６

(ア) 個別談合の不存在について

本件工事５については，入札の参加した１０社（１０ＪＶ）のうち，控訴人Ｐ１６以外は，受注意欲がなかったのであるから，競争入札は成立せず，競争制限行為である入札談合は成立し得ない。

また、本件工事５の入札においては、本件慣行が適用されないアウトサイダーに属する２社も参加しており、それらの協力を得られたかどうかの確たる証拠はない。

(イ) 「違法に怠る事実」の不存在について

債権の行使について町田市長の裁量の余地がほとんどないのは、税金や各種賦課金等のように債権の存在及び額についてほとんど争いの余地がなく、直ちに行使することに何ら支障がない場合である。これに対し民法７０９条に基づく入札談合による損害賠償請求権のように、そもそも債権の存在及び額自体が明らかでなく、その債権を行使し、回収しようとした場合、相当の労力と費用を要し、仮に訴えを提起した場合に敗訴の可能性もあるような損害賠償請求権は、「客観的に存在するもの」とはいいがたいから、これを行行使するかどうか等については、町田市長の合理的な裁量に委ねられており、このような損害賠償請求権を直ちに行使しなければ違法であるなどといえないことは明白である。

また、入札談合により損害を被った者は、民法７０９条に基づく損害賠償請求権と独占禁止法２５条に基づく損害賠償請求権を行行使することが可能であるところ、独占禁止法２５条に基づく損害賠償請求権を行行使する方が主張、立証の面で請求する側にとってはるかに負担が少ないし、独占禁止法２５条の損害賠償請求権の消滅時効は、審決確定の日から３年であり、損害賠償請求権の消滅時効の完成を考慮して、民法７０９条に基づく損害賠償請求権を早期に行行使する必要性はないのであるから、独占禁止法２５条に基づく損害賠償請求権の行使を選択するのは、極めて合理的である。

したがって、町田市長が民法７０９条に基づく損害賠償請求権を行行使しないことには、正当な理由があるから、町田市長には「違法に怠る事実」は存在しない。

(ウ) 損害について

上記(ア)のとおり、本件工事5については、競争自体が存在せず、競争入札が成立しなかったのであるから、談合がなかった場合の落札価格を認定することはできず、実際の落札価格との差額をもって損害であるとすることはできない。平成9年10月1日から同12年9月27日までの期間における公社発注の特定土木工事72件における平均落札率94.54パーセントと公正取引委員会による立入調査後である平成12年10月1日から同17年11月1日までの期間における同工事139件における平均落札率89.85パーセントとの差が4.69パーセントに過ぎないのであるから、認定されるべき損害額は、本件各工事の契約金額(消費税を含む。)の5パーセントを下回るというべきである。

カ 控訴人P17及び控訴人P5

(ア) 控訴人P17

a 個別談合の不存在について

控訴人らの間において、一般的に一律に入札活動を拘束しあう基本合意が存在しないのであるから、個別の入札ごとに受注価格をつり上げる合意があったか否かについては、被控訴人らは、厳格な主張立証責任を負っているところ、本件工事6の入札においては、受注調整行為の埒外にあるいわゆるアウトサイダーであるP18株式会社、P19株式会社、株式会社P20、P21株式会社及びP22株式会社をそれぞれの代表者とする5つのJVが存在し、当該入札において競争は有効に存在していたのであるから、個別談合があったとはいえない。

また、本件工事6は、先行する立杭工事の上にシールド工事を行うというものであり、控訴人P17は、この立杭工事を施工したのが控訴人P17をメインとするJVであるという他の入札業者よりも圧倒的に有利な立場に立っていたのであるから、結果として、控訴人P1

7の入札価格を下回る価格での落札を目指す他の入札業者がいなかったものにすぎない。

b 「違法に怠る事実」の不存在について

町田市長が不法行為に基づく損害賠償請求の訴えを提起した場合でも、長期間の訴訟活動を余儀なくされる上、訴え提起の手数料等の訴訟費用はもとより、弁護士費用等の出捐と訴訟活動に伴う人的・物的手当等は避けられず、仮に敗訴した場合には、これらの諸費用が町田市の負担になるから、町田市長が公正取引委員会による審決の確定を待って、独占禁止法25条に基づく損害賠償請求権又は不法行為に基づく損害賠償請求権を行使することを選択し、不法行為に基づく損害賠償請求権を行使しなかったとしても、それは合理的な判断であり、違法に怠る事実があるとはいえない。

c 損害について

民事訴訟法248条は、損害額の立証を軽減したものにとすぎず、同条が適用される前提として、損害が生じたことが立証されなければならないところ、本件においては、損害が生じたことを認めるに足りる証拠はない。

(イ) 控訴人P5

a 個別談合の不存在について

控訴人らの間において、一般的に一律に入札活動を拘束しあう基本合意が存在しないのであるから、個別の入札ごとに受注価格をつり上げる合意があったか否かについては、被控訴人らは、厳格な主張立証責任を負っているところ、本件工事7の入札においては、受注調整行為の埒外にあるいわゆるアウトサイダーであるP23株式会社及びP24株式会社をそれぞれの代表者とするJVが存在し、当該入札において競争は有効に存在していたのであるから、控訴人P5には、個別

談合の違法性はない。

b 「違法に怠る事実」の不存在について

町田市長が不法行為に基づく損害賠償請求の訴えを提起した場合でも、長期間の訴訟活動を余儀なくされる上、訴え提起の手数料等の訴訟費用はもとより、弁護士費用等の出捐と訴訟活動に伴う人的・物的手当等は避けられず、仮に敗訴した場合には、これらの諸費用が町田市の負担になるから、町田市長が公正取引委員会による審決の確定を待って、独占禁止法 25 条に基づく損害賠償請求権又は不法行為に基づく損害賠償請求権を行使することを選択し、不法行為に基づく損害賠償請求権を行使しなかったとしても、それは合理的な判断であり、違法に怠る事実があるとはいえない。

c 損害について

民事訴訟法 248 条は、損害額の立証を軽減したものにすぎず、同条が適用される前提として、損害が生じたことが立証されなければならないところ、本件においては、損害が生じたことを認めるに足りる証拠はない。

キ 控訴人 P 4

(ア) 「違法に怠る事実」の不存在について

地方自治法 242 条の 2 第 1 項 4 号所定の「違法に怠る事実」についての違法性の判断の基礎となる資料は、専門的知識を有する監査委員の判断を受けるのが望ましいことなどの監査請求前置主義が採用された趣旨に照らすと、住民監査請求がされた時点において判明している事実に限定されるべきで、「違法に怠る事実」はその時点において存在していることが必要と解すべきであるところ、被控訴人らの監査請求がされた時点においては、課徴金納付命令審判手続において控訴人らは談合の存在を争っていたのであるし、町田市長は、同審判手続において、提出され

た証拠の内容を検討することもできなかったのであるから、町田市長としては、公正取引委員会の審判手続において課徴金納付を命じる審判が確定した後に独占禁止法 25 条に基づく損害賠償請求を行うと判断したものであり、これは極めて合理的な判断であり、町田市長に「違法に怠る事実」はなかったものというべきである。

仮に、「違法に怠る事実」が事実審の口頭弁論終結時に存在すれば足りるとしても、談合を理由とする不法行為の成否の判断は難しいのであるから、公正取引委員会の審決の確定の時をもって独占禁止法 25 条に基づく損害賠償請求を行うとの町田市長の判断は、行政裁量として認められるべきであり、町田市長に「違法に怠る事実」はない。

(イ) 損害について

本件工事 3 においては、控訴人 P 4 と P 2 5 株式会社が結成した J V の粗利益は、4 6 3 3 万 5 9 5 9 円であり、その落札金額 1 1 億 3 5 0 0 万円に対する割合は 4 . 0 5 パーセントであり、売上高に占める販売費及び一般管理費の割合（おおむね 6 パーセント）を下回っているような不採算ないし低採算の状況であったのであるから、仮に公正な競争が行われたとしても、上記 J V 及び他の J V が 1 1 億 3 5 0 0 万円を下回る価格で入札することは考えにくい。したがって、公正な競争が行われた場合に形成されるであろう落札価格が控訴人 P 4 の上記入札価格を下回することは考えにくいから、原判決の認定した契約金額の 5 パーセント相当額という損害は、高すぎ、失当である。

(2) 被控訴人ら

ア 個別談合の存在について

本件慣行が適用されないいわゆるアウトサイダーが入札に加わった場合にも、個別工事ごとにアウトサイダーとの間で受注調整ができれば、予定価格すれすれの金額で落札することができるところ、本件各工事において

は、受注予定者とアウトサイダーとの間で個別工事ごとに具体的な受注調整行為が行われているし、控訴人らの担当者は、公正取引委員会の調査において、価格競争が行われた旨の供述をしていないし、その落札価格も予定価格ぎりぎりであるから、受注調整が行われたことは明らかである。

仮に、アウトサイダーを除く一部の仲間業者の間で談合がされたとしても、談合に参加した仲間業者の間で自由な競争が制限されていることに変わりがなく、これらの業者の間で競争が行われていれば、控訴人らの落札価格よりもさらに低廉な価格で落札された可能性は十分あるのであるから、上記談合と損害との間に因果関係があることになり、不法行為が成立する。

イ 損害について

民事訴訟法 248 条により相当な損害を算定するために必要な工事の内容、指名された業者の数、各業者の受注意欲の多寡及び入札当時の経済状況といった事情については、十分な立証がされている。

第 3 当裁判所の判断

- 1 当裁判所も、被控訴人らの請求は、町田市に対し、いずれも原判決認定の損害賠償額及びこれに対する遅延損害金を支払うことを求める限度で理由があるものと判断する。その理由は、次のとおり補正し、2において当審における控訴人らの主張に対する判断を付加するほかは、原判決の「事実及び理由」欄の「第3 争点に対する判断」(原判決 11 頁 14 行目から 144 頁 20 行目まで)の認定判断と同一であるから、これを引用する。

- (1) 原判決 11 頁 18 行目の「別紙業者一覧記載の建設業者 80 社」を「別紙業者一覧表記載の建設業者 80 社(同一覧表記載の建設業者は 81 社であるが、そのうち P4 株式会社と P26 株式会社がその後合併したことから、80 社となる。以下、「80 社」というときは、その趣旨である。)に、12 頁 15 行目から 16 行目にかけての「基本合意に存在していた」を「基本合意に参加していた」に、14 頁 3 行目の「後の」を「後に」に、15 頁 17 行

目の「営業担当者名簿」を「営業関係者名簿」に改める。

- (2) 原判決１６頁１２行目の「 」を「 」に，１７頁１０行目の「廃止した」を「廃止された」に改める。
- (3) 原判決２４頁１１行目の「平成１２年１２月１日」を「平成１２年１２月２１日」に，２５頁２０行目の「ダミコン設計入札」を「ダミコンが設計入札」に，２６頁１５行目の「上記事情聴取当時」を「後記事情聴取当時」に，２７頁２６行目の「Ｐ２７では懇親が主目的であり，」を「Ｐ２７では懇親が主目的であるものの，Ｐ２８とはほとんど同様のことが行われていたので，すぐに解散の運びになった。Ｐ２７では，」に，３０頁９行目の「営業担当者名簿」を「営業関係者名簿」に，３２頁１行目の「また，」を「または，」に，８行目から９行目の「ゼネコンのみが」を「ゼネコンのみで」に，３３頁１０行目から１１行目にかけての「昭和５８年４月以前から」を「昭和５８年９月以前から」に，１４行目の「同会解散後も」を「平成４年の同会解散後も」に，３５頁１４行目の「４２件」を「４１件」に改める。
- (4) 原判決３８頁２５行目の「昭和４６年以降」を「平成４年ころから」に，４０頁４行目の「Ｐ２９株式会社」を「Ｐ３０株式会社」に，４２頁４行目の「同営業所長」を「本社営業本部土木営業第一部に所属する営業所長」に，１２行目の「 第５工事」を「 駅第５号工事」に，４３頁１７行目の「前記１(３)エ」を「前記１(３)エの検討結果」に，４５頁１２行目から１３行目にかけての「当該入札を受注調整がなされているゼネコンに参加させることにより，」を「当該入札に受注調整がなされていないゼネコンに参加させることにより，」に改め，４６頁１１行目の「受注する意欲がなく」の次に，「(Ｐ３１の線路に係る工事である 駅第５号工事の入札に参加できる可能性があるので，受注意欲がなく，指名稼ぎに入札参加希望を出した物件であった旨の供述(甲サ１４５の６頁，８，９頁))は迫真性に富むものである。)」を加え，１５行目の「供述していなかった」を「供述をしていなかった」に

改める。

- (5) 原判決４８頁１８行目の「株式会社Ｐ３２株式会社」を「株式会社Ｐ３２」に，４９頁２４行目の「上記（ｃ）及び（ｄ）」を「上記ｃ及びｄ」に，原判決５０頁１行目から２行目にかけての「本件工事２の相指名業者であったＰ２４株式会社，株式会社Ｐ３２，Ｐ３３株式会社に対し，」を「本件工事２につき，「談合ルールが適用しない会社」であるＰ２４株式会社，株式会社Ｐ３２及びＰ３３株式会社の３社が指名業者に入ってしまったことから，この３社に対し，」に，１１行目の「昭和５３年１月」を「昭和４４年１０月」に，「平成８年６月」を「平成８年１２月」に，１７行目の「結果として」を「結果的に」に，「本件工事２の公示された後，」を「本件工事２の公示がされた後，」に，２６行目の「当社の見積金額を，」を「自社の見積金額を，」に，５１頁１８行目の「よろしくお願いします。」を「よろしくお願いします」に，５３頁２１行目から２２行目にかけての「指名メンバーを」を「指名メンバーが」に，５４頁２２行目の「前記１（３）エ」を「前記１（３）エの検討結果」に，５６頁３行目の「施行現場」を「施工現場」に，６行目の「被告Ｐ１２が受注予定者であり，」を「控訴人Ｐ１２が受注予定者であるとして，」に改める。
- (6) 原判決５６頁２５行目の「していたこと，にもかかわらず，」を「していたにもかかわらず，」に，６０頁１２行目の「同社関西地区で」を「同社は関西地区で」に，６１頁２０行目の「参加」を「落札」に改める。
- (7) 原判決６２頁１２行目の「理由は，」の次に，「首都高速道路公団発注の工事で」Ｖを組んだ実績があったことと」を加え，１９行目の「Ｐ３４営業所長の昇格し，」を「Ｐ３４営業所長に昇格し，」に改める。
- (8) 原判決６８頁９行目から１０行目にかけての「町田市興業下水道 汚水枝線その２工事」を「町田市公共下水道 汚水枝線その２工事」に改める。
- (9) 原判決７０頁１６行目から１７行目にかけての「参加してもらえたとのこ

と」を「参加してもらえたとのこと」に改める。

- (10) 原判決 75 頁 2 行目の「札」を「入札」に，77 頁 15 行目の「物件」を「土木物件」に，78 頁 24 行目の「ゼネコン」を「落札したゼネコン」に，80 頁 23 行目の「3 億 4 9 0 0 万円」を「3 億 5 8 0 0 万円」に改める。
- (11) 原判決 83 頁 7 行目から 8 行目にかけての「下水管に下水管を繋げる工事」を「下水道に下水管を繋げる工事」に改め，84 頁 20 行目末尾に「P 35 については，本件工事 5 の告示後，同社 P 36 営業所長の P 37 に直接会って，工事希望票の提出を依頼し，了承して貰った。」を加え，88 頁 6 行目の「受注意欲があるということをお願いされ，」を「受注意欲があるということと工事希望票を出して欲しいということをお願いされ，」に，90 頁 15 行目の「(P 38 株式会社，P 33 株式会社)」を「(P 38 株式会社，P 33 株式会社，P 35 株式会社)」に改める。
- (12) 原判決 100 頁 9 頁から 10 行目にかけての「参加しておりましたが，」を「参加しましたが，」に，20 行目の「施行場所」を「施工場所」に改める。
- (13) 原判決 104 頁 11 行目の「本件工事 4」を「本件工事 7」に，21 行目の「グループ会社」を「グループ会社の株式会社 P 39」に改め，107 頁 13 行目から 14 行目にかけての「... (中略) ...」を削り，108 頁 8 行目から 9 行目にかけての「P 40」を「P 41」に，13 行目から 14 行目にかけての「自社が受注したい時には，協力に応じてくれる「持ちつ持たれつ」の関係」を「自社が受注したい時には，協力を要請し，他社が受注したい時には，協力に応じる「持ちつ持たれつ」の関係」に，110 頁 19 行目の「2 億 9 5 0 0 万円」を「2 億 9 5 5 0 万円」に，111 頁 15 行目の「上記暗号」を「上記談合」に改める。
- (14) 原判決 113 頁 16 行目の「自社の結成した J V が入札金額」を「自社の結成した J V の入札金額」に，114 頁 18 行目の「知っており，」を「知

っていたはずで、」に、117頁13行目の「P42に対してを」を「P42に対して」に改め、26行目の「協力する旨」を「協力してほしい旨」に改める。

(15) 原判決121頁24行目の「P35とP7」を「P35とかP7」に、122頁1行目から2行目にかけての「望んでおります。」を「臨んでおります。」に、8行目の「報告者」を「報告書」に、123頁7行目の「一生懸命」を「一所懸命」に、127頁8行目から9行目にかけての「提出依頼票を受け」を「提出依頼を受け」に、128頁9行目の「P2さんらJV」を「P2さんらのJV」に改める。

(16) 原判決131頁5行目の「「公示価格」と「消費税等相当額」が記載する欄」を「「工事価格」と「消費税等相当額」を記載する欄」に、6行目から7行目にかけての「「細則」」を「「細別」」に、7行目の「「概評」」を「「摘要」」に、132頁6行目の「「工事内訳」」を「「工事内訳」として「直接工事費」」に、22行目の「P15株式会社」を「株式会社P15」に、133頁19行目の「被告P7が決した」を「控訴人P7が結成した」に、26行目から134頁1行目にかけての「本件工事9を受注予定者」を「本件工事9の受注予定者」に、134頁15行目の「JVに」を「JVが」に、135頁22行目の「審査時積算資料にける」を「審査時積算資料における」に改める。

(17) 原判決134頁24行目末尾に続けて、次のとおり加える。

「すなわち、公社は、公示希望型指名競争入札を採用し、入札参加者に適正な競争を行わせることによって、適正な価格で工事を発注し、その結果、町田市が負担する委託費は、適正な価額となることが実現されるものである。町田市のこのような利益は、法律上保護すべき利益であるところ、控訴人P7の従業員は、本件工事9の入札において、控訴人P2の従業員を含む本件工事9の入札に参加したJVの主となる建設業者の従業員との間で受注調整

（個別談合）を行い，その実行として，控訴人 P 7 が組んだ J V 及び控訴人 P 2 が組んだ J V らが入札し，控訴人 P 2 と株式会社 P 1 5 とが結成した J V が上記個別談合に基づいて落札し，町田市に損害を与えたものであるから，控訴人 P 7 の結成した J V が上記認定の経過で落札しなかったとしても，控訴人 P 7 及び控訴人 P 2 は，共同不法行為者として，町田市の上記法律上保護された利益を侵害したことは明らかである。確かに，上記のとおり，本件工事 9 の入札における個別談合の受注予定者は，控訴人 P 7 が組む J V であるにもかかわらず，本件工事 9 を落札したのは，控訴人 P 2 が組む J V であるが，これを不法行為責任の成立要件の面から評価すると，共謀に基づく共同実行により損害の発生という結果が生じたが，結果を発生させた共同実行者が当初予定したものとは異なっていたものにすぎず，講学上の因果関係の錯誤に該当し，控訴人 P 7 及び控訴人 P 2 の不法行為責任の成立に対する障害とはならない。」

(18) 原判決 139 頁 18 行目から 140 頁 8 行目までを次のとおり改める。

「ウ　そこで，民事訴訟法 248 条に従って，相当な損害額を認定するに，
上記認定のとおり，平成 9 年 10 月 1 日から同 12 年 9 月 27 日までの期間における公社発注の特定土木工事 72 件の平均落札率が 94.54 パーセントであるのに対し，公正取引委員会による立入検査が開始された後である同年 10 月 1 日から同 17 年 11 月 1 日までの期間における公社発注の特定土木工事の平均落札率は，89.85 パーセントとなって約 4.69 パーセント低下しているところ，前記引用に係る原判決認定事実によれば，公正取引委員会による立入検査が開始された後においては，本件慣行が適用される控訴人らの間において談合行為が自粛されたことが窺われるのであるから，上記各期間に発注された特定土木工事の施工場所及び内容等に上記落札率の低下をもたらすような差があったと認めるに足りる証拠がない以上，上記落札率の低下は，談合行為

が自粛されたことによるものと考えられること， 公正取引委員会の審決（甲 2 3）によれば，課徴金納付命令の対象期間（平成 9 年 1 0 月 1 日から同 1 2 年 9 月 2 7 日まで）に公社が発注した土木工事 7 2 件のうち，課徴金対象工事 3 1 件の平均落札率が 9 8 . 0 4 パーセントであるのに対し，課徴金対象外工事 4 1 件の平均落札率は，9 1 . 8 8 パーセントとなって 6 . 1 6 パーセント低下しているところ，課徴金対象工事と課徴金対象外工事との間に上記落札率の低下をもたらすような施工工事の場所及び内容等の差を認めるに足る証拠がない以上，上記落札率の差は，談合がされなかったことによって生じたものと考えられることなどの上記認定に係る諸事情及び弁論の全趣旨によれば，町田市が本件各工事の入札における控訴人らの談合によって被った損害額は，本件各工事の請負契約の契約金額（消費税相当額を含む。）の 5 パーセントに相当する金額（1 0 0 0 円未満切捨て）と認めるのが相当である。なお請負契約の契約金額が変更されている場合には，入札における談合行為という性質上，契約金額の変更が入札当初から見込まれていたなどの特段の事情がない限り，当初金額によるものとするのが相当である。」

- (19) 原判決 1 4 1 頁 6 行目の「意欲の多寡」を「意欲の強弱」に，9 行目の「なされてるといえ，」を「なされているといえ，」に改める。
- (20) 原判決 1 4 3 頁 2 5 行目から 1 4 4 頁 1 6 行目までを次のとおり改める。
- 「 地方自治法 2 4 0 条，同施行令 1 7 1 条から 1 7 1 条の 7 までの規定によれば，地方公共団体は，客観的に存在する債権を理由もなく放置したり免除することは許されず，地方自治法施行令 1 7 1 条の 5 から 1 7 1 条の 7 までの規定所定の徴収停止事由等がある場合以外は，原則して地方公共団体の長にその行使又は不行使についての裁量権はないと解される（最高裁平成 1 2 年（行ヒ）第 2 4 6 号同 1 6 年 4 月 2 3 日第二小法廷判決・民集 5 8 巻 4 号 8 9 2 頁参照）。そして，地方自治法施行令 1 7 1 条の 5 から

１７１条の７までの規定によれば，これらの規定が定める徴収停止事由等があるときに限り，地方公共団体の長は，その有する債権の取立て等をしていないことができるところ，控訴人Ｐ６等が負担する上記談合による損害賠償債務については，地方自治法施行令１７１条の５から１７１条の７までの規定所定の徴収停止事由等があると認めるに足りる証拠はないから，町田市長は，速やかに地方自治法施行令１７１条以下の権利行使の措置をとらなければならないと解される。したがって，町田市長がこの措置をとっていない限り，地方自治法２４２条の２第１項４号所定の「怠る事実」があることとなる。

なお，控訴人らは，不法行為に基づく損害賠償請求の訴えを提起するか独占禁止法２５条に基づく損害賠償請求の訴えを提起するかの裁量権が町田市長にある旨主張するが，地方自治法その他の法令上，そのような裁量権が地方公共団体の長にあるとする規定は存在せず，地方自治法２４０条がそのような裁量権を地方公共団体の長に与えていると解することはできない。」

２ 当審における控訴人らの主張について

(１) 控訴人Ｐ６及び同Ｐ２の主張について

ア 個別談合の存否について

控訴人Ｐ６及び同Ｐ２は，(ア) 原判決は，落札率が９５パーセント以上であることをもって個別談合がされたことを強く推認しているが，落札率とは，落札価格を予定価格で除した比率であるが，予定価格は，公社がその内部で独自の基準・算定方法により定めている非公表の価格であり，他方，落札価格は，落札業者が別途独自の基準・算定方法により決定した価格であり，落札率それ自体から直ちに個別談合の疑いが強まるとの結論を導き出すことは到底できない，(イ) 個別談合行為への参加をもって不法行為が成立するためには，明示若しくは暗黙の受注希望者からの協

力行為の要請と当該要請に対する了承， の要請・了承に基づく協力行為が必要であるところ，本件工事 9 においては，受注希望者であった控訴人 P 7 からは協力行為の要請はなく，控訴人 P 2 においては，本社で独自の積算を行っており，控訴人 P 7 が落札することができるよう配慮した事実はないと主張する。

しかし，前記引用に係る原判決認定のとおり，本件工事 9 における落札率のみならず，公正取引委員会審査官に対する控訴人 P 6 の元 P 4 3 営業所長や控訴人 P 2 の従業員らの供述と審査時見積書等に基づいて，控訴人 P 6 及び同 P 2 が，本件各工事又は本件工事 9 の入札において，他の入札業者に対し受注調整をするなどの個別談合を行ったことが認められるのであるから，控訴人 P 6 らの上記主張は，採用することができない。

また，控訴人 P 2 が本件工事 9 の入札において他の入札業者と受注調整をするなどの個別談合をしたものと認められることは，前記引用に係る原判決認定のとおりであるから，控訴人 P 2 の上記主張も採用することができない。

イ 「違法に怠る事実」の不存在について

控訴人 P 6 らは，被控訴人らから監査請求がされたのは，平成 14 年 2 月ないし 4 月であるところ，この時点においては，公正取引委員会において審判が開始されたばかりであり，町田市としても，公正取引委員会の事件記録を入手することができず，控訴人らが談合行為を行っていたことを裏付ける証拠をほとんど有していなかったから，町田市が上記証拠を入手すべく公正取引委員会での審理の推移を見守ると判断したことは，合理的であり，町田市長には「違法に怠る事実」は認められないというべきであると主張する。

しかし，前記引用に係る原判決の理由説示（補正後のもの）のとおり，地方自治法 240 条，同施行令 171 条から 171 条の 7 までの規定によ

れば、地方公共団体は、客観的に存在する債権を理由もなく放置したり免除することは許されず、原則として、地方公共団体の長にその行使又は不行使についての裁量はないのであって、控訴人 P 6 等が負担する上記談合による損害賠償債務について、町田市長は、速やかに地方自治法施行令 171 条以下の権利行使の措置をとらなければならないと解される。したがって、町田市長がこの措置をとっていない限り、地方自治法 242 条の 2 第 1 項 4 号所定の「違法に怠る事実」があることとなる。

なお、控訴人 P 6 らは、町田市長は、控訴人 P 6 らの談合を裏付ける証拠をほとんど有していなかったから、直ちに損害賠償請求の訴えを提起しなくとも違法ではない旨主張するが、不法行為に基づく損害賠償請求権は、故意又は過失により他人の権利又は法律上保護される利益を侵害する行為の存在及びこれによる損害発生の実事存在により発生するものであること、地方自治法 240 条、地方自治法施行令 171 条から 171 条の 7 までの規定が、上記のように厳格な債権管理を求めていることを前提として検討するに、同法その他の法令上、控訴人 P 6 らの主張を根拠づける規定を見いだすことはできない。控訴人 P 6 らの上記主張は、採用することができない。

ウ 損害について

控訴人 P 6 らは、平成 12 年 10 月 1 日から同 17 年 11 月 1 日までの期間における 139 件の工事について、公正取引委員会が談合行為がないと認定していることを前提にして、それらの落札率が 99 パーセント以上の工事が約 4.3 パーセント、95 パーセントを超える工事が約 41 パーセントであることに照らすと、約 45 パーセントの工事において、談合行為がなければ落札率が 5 パーセント下がったはずであるという相関関係は、否定されているから、本件各工事の請負契約の契約金額の 5 パーセントが損害であるという認定は、不合理である旨主張する。

しかし、前期引用に係る原判決の理由説示（補正後のもの）のとおり、公正取引委員会による審査が開始された後の平成９年１０月１日から平成１２年１０月１日までの公社発注の特定土木工事７２件のうち、課徴金対象工事３１件の平均落札率は、９８．０４パーセントであり、課徴金対象外工事４１件の平均落札率９１．８８パーセントよりも６．１６パーセント高くなっていることが認められること（甲２３）などの事情に照らすと、本件各工事の請負代金額（消費税を含む。）の５パーセントに相当する額が町田市の被った損害であると認めるのが相当である。

(2) 控訴人Ｐ８の主張について

ア 個別談合の存否について

控訴人Ｐ８は、本件工事１については、利益よりも公共工事を受注するために必要な工事实績をあげることを優先して入札に臨んだものであるところ、本件慣行が適用される約８０社のゼネコン以外の３社が入札に参加しているにもかかわらず、上記３社が個別談合に加わったと認めるに足りる証拠はない旨主張する。

しかし、前記引用に係る原判決の認定説示（補正後のもの）のとおり、控訴人Ｐ８の従業員の供述等に基づいて、上記３社に対しても、個別談合の協力要請をし、上記３社の了解の下に本件工事１の入札に臨んだことが認められるのであるから、控訴人Ｐ８の上記主張は、その前提を欠き、採用することができない。

イ 「違法に怠る事実」の存否について

控訴人Ｐ８は、民法７０９条に基づく入札談合による損害賠償請求権は、その債権自体が争われ、その立証が複雑かつ困難であって、必ずしも「客観的に存在するもの」とはいいがたいから、これを行使するかどうか等については、町田市長の合理的な裁量に委ねられているところ、被控訴人ら主張の不法行為債権の存否が不明確であり、公正取引委員会の審決又は裁

判所の判決を待たなければ立証できないとして、町田市長が不法行為に基づく損害賠償請求訴訟を提起しなかったことについては合理性があり、また、入札談合により損害を被った者は、民法７０９条に基づく損害賠償請求権と独占禁止法２５条に基づく損害賠償請求権を行使することが可能であるところ、独占禁止法２５条に基づく損害賠償請求権を行使する方が主張、立証の面で請求する側にとってはるかに負担が少ないし、独占禁止法２５条の損害賠償請求権の消滅時効は、審決確定の日から３年であり、損害賠償請求権の消滅時効の完成を考慮して、民法７０９条に基づく損害賠償請求権を早期に行使する必要性はないのであるから、町田市長が公正取引委員会の審決を待って独占禁止法２５条又は不法行為に基づく損害賠償請求権を行使することを選択したのは、合理的な裁量の範囲内に属するから、町田市長には「違法に怠る事実」は存在しない旨主張する。

しかし、上記判断のとおり、町田市長に控訴人Ｐ８主張の裁量権があると認めることはできないから、控訴人Ｐ８の上記主張も採用することができない。

(3) 控訴人Ｐ１２及び同Ｐ１３の主張について

ア 個別談合の存否について

控訴人Ｐ１２らは、本件工事２及び８においては、本件慣行が適用されないアウトサイダーの建設業者が入札に参加しているから、これらの業者の受注調整への協力を明確かつ確実に取り付けた事実が認められなければならないし、アウトサイダーの業者が談合に協力するには、何らかの具体的な見返りが必要であると考えられるところ、そのような事実はない旨主張する。

しかし、前記引用に係る原判決の認定説示（補正後のもの）のとおり、控訴人Ｐ１２の従業員の供述等に基づけば、本件工事２及び８の入札において、控訴人Ｐ１２らの談合があったと認定することができるのであるか

ら，控訴人 P 1 2 らの上記主張は，採用することができない。

イ 「違法に怠る事実」の存否について

控訴人 P 1 2 らは，町田市が民法 7 0 9 条に基づく損害賠償請求の訴えを提起した場合には，弁護士報酬を負担することとなるが，公正取引委員会の審決が確定した後に町田市が損害賠償請求の訴えを提起すれば，弁護士報酬等の無駄な支出を一切することなく談合によって被った損害の回復を図ることができる可能性が高いのであるから，町田市長が公正取引委員会の審決が確定するのを待って損害賠償請求権の行使について検討するとの判断をして，民法 7 0 9 条に基づく損害賠償請求訴訟を提起しないのは，町田市長の合理的な裁量の範囲内であって，町田市長に「違法に怠る事実」はないというべきであると主張する。

しかし，上記説示のとおり，町田市長には，控訴人 P 1 2 らが主張する裁量権はないのであるから，控訴人 P 1 2 らの上記主張は採用することができない。

ウ 民事訴訟法 2 4 8 条による損害額の認定について

控訴人 P 1 2 らは，民事訴訟法 2 4 8 条を適用して損害額を認定するにしても，何の実質的根拠もない損害額の賠償を命じることはできないし，被控訴人ら主張の不法行為により損害を被るのは公社であるから，仮に控訴人 P 1 2 及び控訴人 P 1 3 の談合が存在したとしても，談合行為には何ら加担していない第三者である公社と任意に締結した委託契約に基づいて委託費を決定している町田市の損害と同控訴人らの談合との間には相当因果関係がないと主張する。

しかし，前記引用に係る原判決摘示の前提事実（補正後のもの。原判決「事実及び理由」欄の「第 2 事案の概要」1 (3)）のとおり，町田市は，公社との業務委託契約により，公社に対し，委託費（工事費，支障物件処理費及び公社の事務費）を支払う契約上の義務があるところ，上記工事費

とは、公社と工事請負人との間の契約額（契約変更があった場合は変更後の金額とする。）とされているのであるから、談合行為によって損害を受けるのは町田市というべきであり、このことは、上記業務委託契約が町田市と公社により任意に締結されたものであることによって影響を受けるものではなく、前記引用に係る原判決の認定判断（補正後のもの）のとおり、控訴人P 1 2らの談合により町田市に損害が発生したことを認めることができるのであって、損害の性質上その額を立証することが極めて困難であることから、口頭弁論の全趣旨及び証拠調べの結果に基づいて、その損害額を認定するのが相当と認められるのであるから、控訴人P 1 2らの上記主張は採用することができない。

(4) 控訴人P 7の主張について

ア 個別談合の存否について

控訴人P 7は、本件工事4においては、本件慣行が適用されない2つのグループが入札に参加しているが、これらの業者と控訴人P 7との間にあって、いつ、どのような事実があって、工事予定価格を上回る金額で入札したのか何ら証拠がないし、本件工事9においては、控訴人P 2と株式会社P 1 5のJVが落札した事実からして、控訴人P 7と控訴人P 2との間に入札価格についての合意がなかったことは明らかであるにもかかわらず、原判決は、控訴人P 7と控訴人P 2との間の事後の始末如何をもって遡って個別談合の存在を認定しているのであって、談合の完結時期についての判断を誤ったものであると主張する。

しかし、前記引用に係る原判決の認定説示（補正後のもの）のとおり、控訴人P 7の従業員の供述等に基づけば、本件工事4及び9の入札において、控訴人P 7らの談合があったと認定することができるのであるから、控訴人P 7の上記主張は、採用することができない。

イ 「違法に怠る事実」の存否について

控訴人 P 7 は、公正取引委員会の判断が出ることを待って損害賠償請求権を行使しようとした町田市長には、「違法に怠る事実」はないと主張する。

しかし、上記説示のとおり、町田市長には、控訴人 P 7 が主張する裁量権はないのであるから、控訴人 P 7 の上記主張は採用することができない。

ウ 損害の存否について

控訴人 P 7 は、談合があったというだけでは、損害の発生は認められず、談合と損害発生との因果関係の存在等について具体的に認定しなければならないが、原判決の認定は抽象的であり、原判決は、具体的損害を認定していないと主張する。

しかし、前記引用に係る原判決の認定説示（補正後のもの）のとおり、控訴人 P 7 らの談合により町田市に損害が発生したことが認められるのであって、損害の性質上その額を立証することが極めて困難であることから、口頭弁論の全趣旨及び証拠調べの結果に基づいて、その損害額を認定するのが相当と認められるのであるから、具体的損害を認定していない旨の控訴人 P 7 の上記主張は採用することができない。

(5) 控訴人 P 1 6 の主張について

ア 個別談合の存否について

控訴人 P 1 6 は、本件工事 5 については、入札に参加した 1 0 社（1 0 J V）のうち、控訴人 P 1 6 以外は、受注意欲がなかったのであるから、競争入札は成立せず、競争制限行為である入札談合は成立し得ないしまた、本件工事 5 の入札においては、本件慣行が適用されないアウトサイダーに属する 2 社も参加しており、それらの協力を得られたかどうかの確たる証拠はないと主張する。

しかし、前記引用に係る原判決の認定説示（補正後のもの）のとおり、控訴人 P 1 6 の従業員の供述等に基づけば、本件工事 5 の入札において、控訴人 P 1 6 らの談合があったと認定することができるのであるから、控

訴人 P 1 6 の上記主張は、採用することができない。

イ 「違法に怠る事実」の存否について

控訴人 P 1 6 は、債権の行使について町田市長の裁量の余地がほとんどないのは、税金や各種賦課金等のように債権の存在及び額についてほとんど争いの余地がなく、直ちに行使することに何ら支障がない場合であるが、民法 7 0 9 条に基づく入札談合による損害賠償請求権のように、そもそも債権の存在及び額自体が明らかでなく、その債権を行使し、回収しようとした場合、相当の労力と費用を要し、仮に訴えを提起した場合に敗訴の可能性もあるような損害賠償請求権は、「客観的に存在するもの」とはいいがたいから、これを行使するかどうか等については、町田市長の合理的な裁量に委ねられており、このような損害賠償請求権を直ちに行使しなければ違法であるなどといえず、入札談合により損害を被った者は、民法 7 0 9 条に基づく損害賠償請求権と独占禁止法 2 5 条に基づく損害賠償請求権を行使することが可能であるところ、独占禁止法 2 5 条に基づく損害賠償請求権を行使する方が主張、立証の面で請求する側にとってはるかに負担が少ないし、独占禁止法 2 5 条の損害賠償請求権の消滅時効は、審決確定の日から 3 年であり、損害賠償請求権の消滅時効の完成を考慮して、民法 7 0 9 条に基づく損害賠償請求権を早期に行使する必要性はないのであるから、独占禁止法 2 5 条に基づく損害賠償請求権の行使を選択するのは、極めて合理的であり、町田市長が民法 7 0 9 条に基づく損害賠償請求権を行使しないことには、正当な理由があるから、町田市長には「違法に怠る事実」は存在しないと主張する。

しかし、上記説示のとおり、不法行為に基づく損害賠償請求権は、故意又は過失により他人の権利又は法律上保護される利益を侵害する行為の存在及びこれによる損害発生の実事存在により発生するものであり、町田市長には、控訴人 P 1 6 が主張する裁量権はないのであるから、控訴人 P

16の上記主張は採用することができない。

ウ 損害について

控訴人P16は、平成9年10月1日から同12年9月27日までの期間における公社発注の特定土木工事72件における平均落札率94.54パーセントと公正取引委員会による立入調査後である平成12年10月1日から同17年11月1日までの期間における同工事139件における平均落札率89.85パーセントとの差が4.69パーセントに過ぎないのであるから、認定されるべき損害額は、本件各工事の請負契約の契約金額（消費税を含む。）の5パーセントを下回るというべきであるなどと主張する。

しかし、前期引用に係る原判決の認定説示（補正後のもの）のとおり、公正取引委員会が平成20年7月24日にした審決（甲23）によれば、課徴金納付命令の対象期間（平成9年10月1日から平成12年9月27日まで）の公社発注の特定土木工事72件のうち、課徴金対象工事31件の平均落札率は、98.04パーセントであり、課徴金対象外工事41件の平均落札率91.88パーセントよりも6.16パーセント高くなっていることなどを勘案すると、本件各工事の請負代金額（消費税を含む。）の5パーセントに相当する額が町田市の被った損害であると認めるのが相当であるから、控訴人P16の上記主張は、採用することができない。

(6) 控訴人P17及び同P5の主張について

ア 個別談合の存否について

控訴人P17らは、控訴人らの間において、一般的に一律に入札活動を拘束しあう基本合意が存在しないのであるから、個別の入札ごとに受注価格をつり上げる合意があったか否かについては、被控訴人らは、厳格な主張立証責任を負っているところ、本件工事6の入札においては、受注調整行為の埒外にあるいわゆるアウトサイダーである5つのJVが存在し、当

該入札において競争は有効に存在していたのであるなどと主張して、個別談合の存在を否定する。

しかし、前記引用に係る原判決の認定説示（補正後のもの）のとおり、控訴人P 1 7の従業員の供述等に基づけば、本件工事6及び7の入札において、控訴人P 1 7らの談合があったと認定することができるのであるから、控訴人P 1 7らの上記主張は、採用することができない。

イ 「違法に怠る事実」の存否について

控訴人P 1 7らは、町田市長が不法行為に基づく損害賠償請求の訴えを提起した場合でも、長期間の訴訟活動を余儀なくされる上、訴え提起の手数料等の訴訟費用はもとより、弁護士費用等の出捐と訴訟活動に伴う人的・物的手当等は避けられず、仮に敗訴した場合には、これらの諸費用が町田市の負担になるから、町田市長が公正取引委員会による審決の確定を待って、独占禁止法25条に基づく損害賠償請求権又は不法行為に基づく損害賠償請求権を行使することを選択し、不法行為に基づく損害賠償請求権を行使しなかったとしても、それは合理的な判断であり、違法に怠る事実があるとはいえないなどと主張する。

しかし、上記説示のとおり、町田市長には、控訴人P 1 7らが主張する裁量権はないのであるから、控訴人P 1 7らの上記主張は採用することができない。

ウ 損害について

控訴人P 1 7らは、民事訴訟法248条は、損害額の立証を軽減したものにとすぎず、同条が適用される前提として、損害が生じたことが立証されなければならないところ、本件においては、損害が生じたことを認めるに足りる証拠はないなどと主張して、町田市の損害を否定する。

しかし、前記引用に係る原判決の認定説示（補正後のもの）のとおり、控訴人P 1 7らの談合により町田市に損害が発生したことが認められるの

であって、損害の性質上その額を立証することが極めて困難であることから、口頭弁論の全趣旨及び証拠調べの結果に基づいて、その損害額を認定するのが相当と認められるから、控訴人P 1 7 らの上記主張は採用することができない。

(7) 控訴人P 4 の主張について

ア 「違法に怠る事実」の存否について

控訴人P 4 は、地方自治法2 4 2 条の2 第1 項4 号所定の「違法に怠る事実」についての違法性の判断の基礎となる資料は、専門的知識を有する監査委員の判断を受けるのが望ましいことなどの監査請求前置主義が採用された趣旨に照らすと、住民監査請求がされた時点において判明している事実限定されるべきであるところ、被控訴人らの監査請求がされた時点においては、課徴金納付命令審判手続において提出された証拠の開示を受けていなかったのであるから、公正取引委員会の審決の確定の時をもってその権利行使を行うとの町田市長の判断は、合理的なものであり、町田市長には「違法に怠る事実」はなかったものというべきであると主張する。

しかし、上記説示のとおり、不法行為に基づく損害賠償請求権は、故意又は過失により他人の権利又は法律上保護される利益を侵害する行為の存在及びこれによる損害発生の実事存在により発生するものであり、客観的に存在する不法行為に基づく損害賠償請求権の行使については、町田市長に控訴人P 4 主張のごとき裁量権があると認めることはできないから、控訴人P 4 の上記主張は、採用することができない。

イ 損害について

控訴人P 4 は、本件工事3 においては、控訴人P 4 が結成したJV の粗利益は、4 6 3 3 万5 9 5 9 円であり、その落札金額1 1 億3 5 0 0 万円に対する割合は4 . 0 5 パーセントであり、売上高に占める販売費及び一般管理費の割合（おおむね6 パーセント）を下回っているような不採算な

いし低採算の状況であったのであるから，他のＪＶが１１億３５００万円を下回る価格で入札することは考えにくいから，原判決の認定した契約金額の５パーセント相当額という損害は，高すぎ，失当である旨主張する。

しかし，前記引用に係る原判決の認定説示（補正後のもの）のとおり，控訴人Ｐ４らの談合により町田市に損害が発生したことが認められるのであって，損害の性質上その額を立証することが極めて困難であることから，口頭弁論の全趣旨及び証拠調べの結果に基づいて，その損害額を認定するのが相当と認められるのであり，本件各工事の請負契約の契約金額の５パーセント相当の損害額を認定するのは相当であって，控訴人Ｐ４の上記主張は採用することができない。

３ 結語

以上によれば，被控訴人らの本件請求は，原判決認定の損害賠償金の支払を求める限度で理由があり，その余は理由がないところ，これと結論を同じくする原判決は相当であるから，控訴人らの本件控訴は，いずれも理由がなくこれらを棄却することとして，主文のとおり判決する。

東京高等裁判所第２１民事部

裁判長裁判官 渡 邊 等

裁判官 西 口 元

裁判官 山 口 信 恭