

主 文

- 1 本件各控訴に基づき，原判決主文第 1 ， 2 項を次のとおり変更する。
 - (1) 控訴人 a は，横浜市に対し， 9 億 5 7 9 0 万円及びこれに対する平成 1 1 年 5 月 1 8 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) 控訴人 b は，横浜市に対し， 2 0 億 6 0 0 0 万円及びこれに対する平成 1 3 年 5 月 1 8 日から支払済みまで年 5 分の割合による金員を支払え。
 - (3) 被控訴人らのその余の請求を棄却する。
- 2 本件附帯控訴を棄却する。
- 3 控訴費用は控訴人 a 及び控訴人 b の，附帯控訴費用は被控訴人らの各負担とし，補助参加に係る費用は横浜市の負担とする。

事 実 及 び 理 由

第 1 当事者双方の申立て

1 控訴の趣旨

(1) 控訴人 a

- ア 原判決中，控訴人敗訴部分を取り消す。
- イ 被控訴人らの控訴人 a に対する請求を棄却する。
- ウ 訴訟費用は，第 1 ， 2 審を通じ，被控訴人らの負担とする。

(2) 控訴人 b

- ア 原判決中，控訴人敗訴部分を取り消す。
- イ 被控訴人らの控訴人 b に対する請求を棄却する。
- ウ 訴訟費用は，第 1 ， 2 審を通じ，被控訴人らの負担とする。

2 附帯控訴の趣旨

- (1) 原判決を次のとおり変更する。
- (2) 控訴人 a は，横浜市に対し， 1 9 億 1 5 8 0 万円及びこれに対する平成 6 年 9 月 1 5 日から支払済みまで年 5 分の割合による金員を支払え。
- (3) 控訴人 b は，横浜市に対し， 4 1 億 2 0 0 0 万円及びこれに対する平成

7年9月22日から支払済みまで年5分の割合による金員を支払え。

(4) 訴訟費用は、第1, 2審を通じ、控訴人らの負担とする。

第2 事案の概要

- 1 本件は、横浜市の住民である被控訴人らが、横浜市が発注した2件のごみ焼却施設建設工事に係る請負契約に関し、その指名競争入札において、控訴人a及び控訴人bらが談合を行ったため、横浜市が不当に高い価格で控訴人らと契約することになり、上記契約代金額と談合がなければ形成されたであろう適正な落札価格との差額相当額の損害を被ったとして、地方自治法（平成14年法律第4号による改正前のもの。以下同じ。）242条の2第1項4号に基づき、横浜市に代位して、控訴人a及び控訴人bに対し、前記附帯控訴の趣旨(2),(3)記載のとおり、同市への各損害賠償の支払を求めるとともに、第1審被告横浜市長（以下「横浜市長」という。）に対し、同項3号に基づき、上記各損害賠償請求権の行使を違法に怠っているとして、その違法確認を求めた事案である。
- 2 原判決は、被控訴人らの控訴人aに係る請求のうち9億5790万円、控訴人bに係る請求のうち20億6000万円の限度で認容し、横浜市長に係る違法確認請求のうち、上記各金額の限度で認容し、その余を棄却したため、これを不服として、それぞれの敗訴部分について、控訴人a及び控訴人bが控訴し、被控訴人らが附帯控訴した。

なお、横浜市長は、敗訴部分につき、控訴も附帯控訴もしなかった。また、第1審原告cは当審において訴えを取り下げた。

- 3 基礎となる事実及び争点（当事者の主張を含む。）は、次項に補充するほか、原判決の「事実及び理由」中の第3から第5に記載のとおりであるから、これを引用する。

(1) ただし、原判決10頁20行目末尾に、改行の上、次のとおりを加える。

「エ また、平成16年8月3日、審判手続が再開され、審判官らから平成18年3月28日付けで審決案（以下「本件第2次審決案」という。）

が提出され、本件５社に送達された。本件第２次審決案では、本件５社に対し、遅くとも平成６年４月以降行っていた地方公共団体が指名競争入札、一般競争入札又は指名見積り合わせの方法により発注する全連式及び准連式ストーカ炉の新設、更新及び増設工事について、受注予定者を決定し、受注予定者が受注できるようにしていた行為を、平成１０年９月１７日以降行っていないことを確認しなければならないことなどを命じ、本件５社はこれに対して異議を申し立てたが、公正取引委員会は、平成１８年６月２７日、本件５社が、共同して地方公共団体発注の全連式及び准連式ストーカ炉の新設、更新及び増設工事について、受注予定者を決定し、受注予定者が受注できるようにすることにより、公共の利益に反し、上記工事の取引分野における競争を実質的に制限したものであり、独占禁止法２条６項所定の不当な取引制限に該当し、同法３条に違反するとして、本件第２次審決案記載の主文と同様の主文をもって審決した。（甲２９）

- (4) なお、本件５社は、昭和５３年１月２７日から同年１２月１１日までの間、地方公共団体の発注する全連式ごみ焼却施設の建設工事の受注に関し、各社の担当者間で、受注予定者を決定するためのルールの作成及び受注物件の配分率を検討していたことについて、昭和５４年１２月１３日、公正取引委員会から、共同して受注予定者を決定する行為は独占禁止法３条に違反する行為であるとして警告の措置を受け、本件５社は、これに応じて、今後さらに上記検討作業を行わず、ごみ焼却施設の引合いに際して共同して受注予定者を決定する行為を行わないことを共に確認する同月２６日付け文書を作成し、自社のごみ焼却施設を担当する部門に対して、社長等から、上記警告を受けたことを通知すると共に共同して受注予定者を決定する行為を厳に慎むよう指示を行い、以上の措置を採ったことを公正取引委員会に報告していた。なお、控訴人ら

は、別紙１の該当欄記載のとおり、内容欄記載の違反行為を行い、措置区分欄記載の措置を受けている。(甲２９、弁論の全趣旨)

- (2) 原判決１１頁１９行目「合意」の次に「(以下「本件基本合意」という。)」を加える。
- (3) 原判決９０頁１９行目「(したがって、」から２１行目「い。)」までを削除する。

４ 控訴人 a の当審における補充的主張

(1) 横浜市長の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号に基づく代位請求訴訟は、地方自治体の財産の管理に関し、財産の管理を怠る事実が違法であることを要件とするところ、本件においては、後記のとおり、個別談合について具体的主張立証がない。

また、自治体の長は、不法行為に基づく損害賠償請求権を有すると判断する場合であっても、訴訟費用等を考慮する必要があるほか、手持ちの資料に加え、将来収集可能と見込まれる資料の有無、内容、法的措置をとるべき緊急性、公益上の必要性、法的措置が奏功する見込み（訴訟であれば勝訴の見込み）の有無、程度、回収の可能性、法的措置に要する経費の多寡等を慎重に検討の上、最も適切な回収の方法を選択すべきであり、公正取引委員会において審判手続が進行中の場合には、審決の確定を待って私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（以下「独禁法」という。）２５条に基づく損害賠償請求権を行使することを選択することも長の裁量の範囲内にあるというべきであり、損害賠償請求権が途中で消滅時効にかかるおそれがある場合には、その時点で提訴等により時効中断を考慮すれば足りるほか、独禁法２６条２項は、同法２５条による損害賠償請求権の消滅時効期間を審決が確定した日から３年と規定しており、審決の確定を待ってからかかる請求権を行使することも可能なのである。本件では、本件５社は違反行為の存在を真

っ向から否認しており、本件訴訟が提起された平成１２年当時、談合を証する具体的証拠はほとんどなかったから、横浜市長が訴訟提起を控えたことも合理的というべきである。

さらに、横浜市長に「違法に怠る事実」が認められるか否かの判断基準時は、住民監査請求に対する判断がされたときと解すべきである。その時点において違法に怠る事実がなければ、その後に生じた事由によっては、違法性が補完されるわけではないからである。

(2) 本件基本合意の不存在について

ア 入札参加者となる事業者間での基本ルールに関する合意（基本合意）については、一定の取引分野における競争の実質的制限効果をもたらす原因となる具体的危険性を有することが証明されるべきであるが、そのような基本合意の存在を証する証拠は、平成６年４月以前はもちろん、同月以降もまったくない。また、各社が受注する工事に係る一定のルールも存在しなかったものであり、まして、トン数を受注均衡の目安にするといったルールなどなかったものである。

イ 本件会合に出席していた者は、大型ごみ焼却炉の入札受注調整等について決裁権限を有しておらず、受注調整に係る合意などできなかった。

ウ 個々の受注調整の会合に関するものとされる証拠（甲サ５８，６０，６２，６３，６７，７３等）は、客観的に見れば、受注調整ないし受注予定者決定がなされたことを示すものとは到底いいがたい。

エ 具体的工事についての談合の存在もしくは受注予定者の決定をうかがわせる証拠は、一企業の担当者の予想を記載した社内用資料にすぎないもの（甲サ８９）や、受注予定者決定に関する証拠となり得ないもの（甲サ８２，８４，８５等）である。

オ 本件５社間で入札価格等の連絡が行われたことをうかがわせるとされる証拠（甲サ１２４，１２５等）は、入札価格等の連絡や出席者との関係を

示す記載もなく、あるいは入札後に作成されたものであって、入札価格等の連絡を示すものとはいえない。

カ 本件5社のうち、dを除く4社について、将来発注される予定のストーカ炉の建設工事についてまとめたリストであるとされる証拠（甲サ54から56，58から63，64，65，153，155）は、形式、内容が一致しておらず、談合又は受注調整のものとはいえない。

キ 受注割合に関する本件5社の指数に関する証拠は、単に営業担当者が統計的データを記載した書面にすぎないもの（甲サ106）や、受注予定者を表すものとは到底いえないもの（甲サ107）である。

ク eの供述調書（甲サ28，46）は、公正取引委員会が立入検査を行った当日に、eを半ば強制的に同行させて長時間にわたって取り調べた際に作成されたものであり、任意性の認められないものである。また、eの供述自体も、その内容の真実性には疑問がある。

ケ fのメモ（甲サ35）の記載又は供述調書（甲サ44）における供述は、f自身が体験した受注調整に関する事実を供述したものではなく、東京出張の際に聞いたことを供述した再伝聞証拠であり、その内容も他の証拠と食い違いが多く、信用性は乏しい。

コ g，h及びiの供述調書等（甲サ42，43，45，47，49，103，107）は、いずれも伝聞又は再伝聞証拠であり、その内容も他の証拠と食い違いが多く、信用性は乏しい。

(3) 本件入札における個別談合の存在について

本件において個別談合の存在を認めるべき証拠は皆無である。もっとも作成日付の古い平成7年9月28日付けのリスト（甲サ89）によって、平成6年4月以降の談合の存在を推認するのは無理がある。

(4) 個々の談合行為に係る請求原因事実の特定について

被控訴人らの損害賠償請求は、民法709条の不法行為に基づくものであ

るから、個々の工事について、入札参加者の事前の談合による受注予定者の決定、決定された受注予定者による当該工事の落札、入札参加者が法人の場合は談合の参加者、談合の時期、場所、内容について、相手方の防御が可能な程度に具体的に特定して主張立証すべきであるが、被控訴人らは、平成6年4月以降平成10年9月17日までの間に、5社が本件基本合意のもとにストーカ炉の建設工事についての談合を繰り返し、平成6年8月19日に工場について入札がされたことを主張するのみで、本件工事の個別談合に関する主張は皆無に等しいから、主張自体失当である。

(5) 横浜市の被った損害の有無及びその額について

ア 横浜市には、以下のとおり、損害が発生していない。

(ア) 本件において、審判手続における審理の対象は、受注機会の均等を図ることを目的とする受注調整の有無であって、カルテルのような受注価格の低落防止を目的としたものではないから、本件において仮に談合行為が存在したとしても、当該談合行為の存在から損害の発生を推認することができない。なお、平成6年4月当時はごみ焼却場の建設工事の計画が全国で多数あり、控訴人aらを含むプラントメーカーにおいて無理にディスカウントして入札する背景はなかった。

(イ) 本件 工場工事は、建屋を残してその内部の焼却炉を建て替えるという改修工事であり、旧設備の解体作業を担当する業者の協力も得て、控訴人aは、地元メーカーとして、輸送コスト、人員の交通費等の費用、馴染みの下請け業者採用等のコスト面において有利であった。そのため、低額化が可能となり、さらに、既設メーカーは旧施設の建屋をそのまま利用する場合、建屋に合った機械レイアウトを厳密に計算でき、余分なコストが節約され、価格競争について有利な立場に立つことができたという特殊性がある。したがって、他の業者がより低い額で入札できる蓋然性は少ない。

- (ウ) 本件 工場工事の入札は、平成6年8月19日に行われた2回の入札不調を経て、同年9月14日に随意契約により締結されたものであり、横浜市は、自由意思により価格を決定して、控訴人aと契約を締結したのであるから、契約価格が談合ないし受注調整によるものでなく、損害との間に因果関係がない。
- (I) なお、落札価格の予定価格に占める割合である落札率と談合の存在とは直接結びつくものではないから、落札率は何ら損害の発生を基礎付ける事実にはなり得ない。
- イ 被控訴人らは、損害の発生について具体的な立証をしていない。
- (ア) 違法な価格協定により購入者が被る損害は当該協定のために余儀なくされた余計な支出であり、それは購入者が購入に際し支払った代金額（現実購入価格）とその当時における当該商品のあるべき価格（想定購入価格）の差額である。この想定購入価格は、価格協定が実施されなかったとすれば形成されていたであろう小売価格であるから、現実には存在しなかった価格である。これを直接に推計するのは困難であるから、現実に存在した市場価格を手掛かりとし、価格協定の実施当時から消費者が商品を購入する時点までの間に当該商品の小売価格形成の前提となる経済条件、市場構造その他の経済的要因等に変動がない限り、当該価格協定の実施直前の小売価格（以下「直前価格」という。）をもって想定購入価格と推認するのが相当である。もっとも、上記商品購入時点までに上記小売価格の形成に影響を及ぼす顕著な経済的要因等の変動があるときは、上記事実上の推定を働かせる前提を欠くから、直前価格のみから想定購入価格を推認することは許されず、右直前価格のほか、当該商品の価格形成上の特性及び経済的変動の内容、程度その他の価格形成要因を総合検討してこれを推計しなければならず、以上の諸事実が主張立証されることを要する。

(イ) ごみ焼却施設建設は、工事案件ごとに規模（１日当たりの処理能力）が異なり、２ないし３０トンから１２００トンの間で大幅な相違があること、建設現場における立地の特殊性や仕様書で求められる性能、建設時期の物価等により、プラント機械設備の仕様やコストが変わること、既設改修工事か新設工事か、工場と施設建設場所との距離の相違によってもコスト競争力が変わること等極めて個性が強い取引となっている。したがって、規模・プラント設備仕様・立地条件等の基本条件が酷似した案件があるという事情がないかぎり、本件工事と他の工事の単純な比較を行うこと自体が合理性を欠くもので、直前（ないし直後）の他の工事における落札価格から本件 工場工事の「想定落札価格」を認定することは不可能である。

(ウ) したがって、被控訴人らは、「当該商品の価格形成上の特性及び経済的変動の内容、程度その他の価格形成要因」を具体的に主張立証すべきであるところ、その主張立証はない。

(I) なお、ごみ焼却施設建設工事における地方自治体の予定価格は、仕様書、設計書等をもとに積算した価格に、直近の実績価格・履行の難易度等、積算価格算定過程で加味しきれない事情を詳細に検討・分析し、総合判断し反映した上で、さらに歩切りと称して数％カットして厳しく設定されるのが通例であるから、本件工事の発注者が考える適正価格とは、この予定価格ということができる。したがって、予定価格の設定方法が合理的ではないという特別な状況があれば格別、そのような状況は通常考えられないだろうから、予定価格の範囲内で落札することは、何ら不合理ではなく、損害自体が発生していないということになる。

ウ 談合事案における損害について、民事訴訟法２４８条が適用されるためには、その前提として、損害の発生及び談合行為と損害の因果関係の証明がなされることが必要であるところ、本件においては損害の発生及び因果

関係が証明されていない。同条は、民事訴訟における主張立証責任の原則や弁論主義の原則を変更する趣旨ではないから、被控訴人らは、損害の発生のみならず、損害額についても主張立証しなければならず、また、裁判所は自由な裁量によって何の実質的な根拠もない損害額の認定を行ってはならない。

エ なお、本件 工場工事についての請負代金の最終入金日は平成 11 年 5 月 31 日である。

5 控訴人bの当審における補充的主張

(1) 横浜市長の違法に怠る事実の不存在について

本件は債権の存在自体に争いがあり、その存在すら明確になっておらず、訴訟に要する費用をも考慮すれば、地方公共団体の長としては、手持ちの資料に加え、将来収集可能と見込まれる資料の有無、内容、法的措置をとるべき緊急性、公益上の必要性、法的措置が奏功する見込み（訴訟であれば勝訴の見込み）の有無、程度、回収の可能性、法的措置に要する経費の多寡等を慎重に検討の上、最も適切な回収の方法を選択すべきであり、加えて、別件審判手続において審査官により提出された証拠はいずれも実質的な証拠としての価値がないこと、横浜市発注の本件各工事について個別談合行為に係る主張立証もないこと、仮に不法行為に基づく損害賠償請求権が審決確定前に消滅時効にかかったとしても、独禁法 26 条 2 項が同法 25 条による損害賠償請求権の消滅時効期間を審決が確定した日から 3 年と規定していることから、審決の確定を待って上記請求権を行使することが可能であること、

同法 25 条による請求は、無過失損害賠償責任と規定され、主張立証責任の負担も軽く、同法 84 条の規定に基づいて公正取引委員会から損害額に関する意見が出され、損害額の主張立証上も有利であること、不法行為に基づく損害賠償請求訴訟を提起して敗訴することに伴う既判力その他の不利益もあることからすれば、横浜市長が審決が確定するまで損害賠償請求訴訟の

提起を差し控えていることには十分な合理性があり、横浜市長が上記損害賠償請求権を先に行使しないことが違法な「怠る事実」であるとはいえない。

地方自治法の下では、住民訴訟によって住民が代位請求するためには、違法な当該行為又は「怠る事実」が必要であり、同法242条の2の解釈として地方自治体の財産の管理行為の一環としてかかる請求権の行使の是非が先ず判断されることを要し、財産の管理と無関係に損害賠償請求権の不行使を住民訴訟で争うことはできない。

「怠る事実」の違法性の判断基準時は、遅くとも住民監査請求に対する判断がなされた時であり、その時点において違法な「怠る事実」が存在することを要する。本件では、横浜市監査委員が監査を行った平成12年7月5日を基準日とすべきであり、同日以降に生じた事実を判断の基礎とすることは許されず、上記基準日においては、別件審判手続が開始されて間もなく、横浜市長は別件審判手続の帰趨を予測できない状況にあったから、横浜市長が公正取引委員会の審判の経過を見守るという対応を採ったとしても、何ら違法な「怠る事実」ということはできない。

(2) 本件各工事に関する個別談合の事実の不存在について

ア 被控訴人らが不法行為として主張する入札談合は、受注予定者及び受注予定価格の決定を意味するものであって、一般的には談合参加者において、基本合意、個別談合、実行という3つの段階を経ることになる。そして、被控訴人らが主張するごみ焼却施設建設工事の入札手続は、仮に本件基本合意なるものが存在していたとしても、個別談合が行われない限り、当該案件に関する談合行為の実行はあり得ず、必ずしも全ての入札で談合が行われるとも限らないから、個別の直接証拠がない場合には個別談合は認定できない。加えて、本件においては、本件基本合意で詳細な調整手続が定められ、個別物件については当該受注調整手続についてのルールを機械的に適用すれば良いという事案ではなく、本件基本合意の拘束力が強か

ったような事情はない。その上、本件においては、別件審判手続において、審査官の主張する対象期間中の工事８７件のうち、個別の証拠があるとして個別談合を推認した案件はわずか３０件にとどまり、その余の工事については個別談合の証拠は一切存在しないし、上記３０件の工事のうち２３件は本件５社以外の業者（アウトサイダー）が入札に参加しており、談合により受注を確実なものにすることができないから、本件基本合意に基づき原則として個別談合が行われていたということとはできない。

イ ごみ焼却炉メーカーの営業担当者はごみ焼却炉メーカー等で構成する社団法人等の会合において打合せ等を行う公的機会があり、本件５社の社内メモ等の書証（甲サ５８，６０，６２，６３，６７，７３，７６，７９，９６，１０２等）はいずれも本件基本合意との関連性を示すようなものではない。また、本件会合の出席者はいずれもストーカ炉の建設工事の入札に係る物件の選定や入札金額決定の権限を有していなかった。上記の会合は本件基本合意と関連するものではない。

ウ 本件会合の開催に係る証拠とされる書証（甲サ６７，７６等）は、本件会合の出席者ではない者の所持していた書類であったり、一会社の担当者の社内資料であるにすぎず、本件会合の存在を示すものではない。

エ 具体的工事についての談合の存在をうかがわせるものとされる証拠（甲サ８２，８４，８５）は、いずれも拘束力を有する受注予定者決定の合意の存在を立証する証拠とならないものである。

オ 本件５社間における入札価格等の連絡をうかがわせるものとされる証拠（甲サ１２４，１２５）は作成時期、目的も不明であり、他社との連絡用メモともいえず、本件基本合意の存在を立証する証拠とはなり得ない。

カ 業者間で事前に受注予定者を決定したものとされる証拠（甲サ８９）は、一企業の一営業担当者が業界動向を調査予想した一社内資料の域を出ないものであり、受注予定者の決定に係る証拠たり得ないものである。

キ 受注割合を指数化して把握する者がいたものとされる証拠(甲サ106, 107)は, その数値自体が本件5社共通のものでないばかりか, 営業担当者が個人的に作成したメモに過ぎず, 本件基本合意を認定する根拠となり得ないものである。

ク eの供述調書(甲サ28, 46)は, 審査官の不当な取調べにより作成されたもので, 任意性がなく, 証拠能力を欠くものである。また, その供述内容は, 具体的でない上, 他の関係者の供述内容とも一致せず, 客観的事実とも矛盾しており, 信用性がない。又, 他の関係者の供述調書(甲サ35, 42から45, 47, 49, 102, 108)は, 審査官から不当に長時間取り調べを受け, あるいは, ストーカ炉の営業活動に関与していない者の伝聞又は再伝聞であるなど, いずれも関連性が低く, 証拠価値に乏しいものであり, 本件基本合意を認定する根拠となりえない。

(3) 横浜市の被った損害額の認定について

ア 民事訴訟法248条は, 民事訴訟における主張立証責任や弁論主義の原則を変更するものではなく, 損害の発生及び談合行為と損害の因果関係の証明を前提として適用されるが, 被控訴人らは損害の発生及び因果関係の証明を行っておらず, 安易に同条を適用して損害額を認定すべきではない。

イ また, 本件工事の落札価格は合理的な価格であった。すなわち, ストーカ炉建設工事は, 日用品・汎用品や仕様が一定の工事等ではなく, 定価や標準価格はなく, 物件ごとに発注者も物件も異なり, その仕様, 設備内容, 処理能力, 附帯施設及び立地条件等, 工事価格の算定基礎となる条件も異なる「特注品」というべきものである。そして, 発注者が定める予定価格は, できる限り客観的に妥当適正な価格であることが求められるため, 各地方公共団体は, 多数の業者に見積を出させ, 類似工事等における価格の動向を調査し, コンサルティング会社の意見を聴取するなどして予定価格を決定するのが通例であり, 予定価格自体が当該建設工事の工事費として

一定の合理性を有している。本件各工事の落札価格は、横浜市において適正に設定した予定価格以下であるから、それ自体、本件各工事の工事費として合理的な価格の範囲内にあり、不当な損害を与えるものではなかった。

ウ 本件は、損害の有無及びその額に関し、談合の対象となった時期の直前（又は直後）の価格と比較することによって損害の発生及び額を推認することはできない事案である。一般に、ごみ焼却炉建設工事はそれ自体が機械、電気、建築、化学等多方面の技術分野を融合した総合プラントであり、見積書や設計図書だけからプラント全体を想定することは難しく、発注者たる地方公共団体は入札に際して詳細な仕様等に代え、法規制、立地、ごみ質、インフラストラクチャー、概略設計、情報基盤等のプラントの機能を定義し得る性能だけを示し、基本設計、実施設計、施工等の詳細は受注者に委ねる「性能発注方式」をとり、発注者はメーカーから技術ヒアリング等を行い、プラントに関する技術的分析を行うとともに、燃焼方式ごとの技術的特長を比較検討し、燃焼方式及び仕様を決めた上で、入札参加メーカーを決定し、発注仕様書を作成し、入札を実施するのであり、本件の対象商品はストーカ炉であって、前記のとおり、「特注品」ともいうべきものであるから、個々に異なる物件の価格を比較することには全く意味がない。結局、本件においてはその前（後）の価格の比較によって損害の発生を推認することはできない。したがって、本件において、被控訴人ら又は補助参加人において、談合が存在しなかったならばさらに安価な入札が行われたことを本件各工場の建設工事金額に即して具体的に主張立証する必要があるが、そのような主張立証は一切されていない。

エ また、本件において、控訴人bは、社内で算出した見積原価を元に一般管理費や粗利等を積算して入札価格を決定した上、横浜市がいわば地元であり、工場の建設工事が控訴人bとして過去最大規模の工事（1炉400トンが3炉で合計1200トン）であって、超大型工事の施工実績が技

術経験の蓄積となる上、その後の営業展開にも有利に作用すること等から、利益を圧縮してでもこれを受注したかったという事情があった。また、横浜市の予算の積算上も、超大型工事によるスケール・メリットが考慮されると考えられたこと等から、下げられる限界の価格400億円で入札したのであり、さらに減額する余地はなかったから、控訴人bの落札金額は単価的にもかなり抑えられた金額であり、他の業者がこれを下回る金額で入札した蓋然性はなかった。

オ 仮に談合が存在した場合であっても、必ずしも発注者に損害が発生するわけではないし、別件審判手続においてすら、その審理の対象とされている受注調整行為の目的は受注価格の低落防止等とはされていないから、本件において仮に談合行為が存在したとしても、当該談合行為の存在から損害の発生を推認することができない。

カ 落札率と談合の存否は無関係であって、落札率が高いという事実から損害の発生を推認することはできない。予定価格は、発注者が事前に積算した適正かつ合理的な価格であり、その価格や具体的な積算方法が外部に漏れないよう厳重に管理されている一方、積算ソフトを用いることにより、地方公共団体等の発注者が決定する予定価格とメーカー算出の価格が近似し、結果的に予定価格と同額又はそれに近い価格で落札されることは起こり得る。また、予定価格が予算から数%程度の範囲内で減額された額となる（いわゆる「歩切り」が行われる。）と推測できることから、およその予算を知ることにより、予定価格についてある程度の目安を知り得る場合もある。したがって、適正な競争が行われた場合にも、予定価格に近い価格で落札されることは十分にあり得るから、落札率が高いことが談合の存在を示すものではない。

(4) 被控訴人ら主張の請求原因事実が不特定であること

民事訴訟における請求原因事実とは、訴訟物を構成し、裁判所の審理の対象

であり、当事者双方の攻撃防御の対象となるものであるから、具体的に特定して主張されることが必要であるところ、被控訴人らの主張は、おそくとも平成6年4月以降平成10年9月17日までの間に、月1回程度、いずれかの会社の会議室において、本件5社が本件基本合意のもとにストーカ炉の建設工事についての談合を繰り返し、平成7年8月18日に工場について入札がされたなどと極めて抽象的なことを主張するのみで、具体的事実を主張していない。そのような主張を安易に肯認した原判決は誤りである。

6 被控訴人らの当審における補充的主張

(1) 落札価格が最低制限価格を基準とすべきことについて

入札において、競争は入札予定価格を上限とし、最低制限価格を下限として展開され、この範囲内で価格が形成される限り、契約の内容に適合した履行は確保されるものであって、控訴人らの主張のように、入札予定価格すなわち上限価格だけが「適正」性を主張しうるものではない。入札談合が行われず競争が成立した場合に、価格が当然に最低制限価格ラインに収れんとすると断定すべき根拠はないが、品質や安全性などの諸点に照らして、契約の目的を損なわない範囲内において、適切に競争が活発化すれば最低制限価格ラインに限りなく近づき、競争が排除されれば上限価格（入札予定価格ライン）に近づくことは一般に見易い道理である。なお、最低制限価格とは、「当該契約の内容に適合した履行を確保するため特に必要があると認めるとき」に発注機関が設定する価格である（地方自治法施行令167条の10第2項）。

(2) 落札率で損害を把握すべきことについて

予定価格について積算ソフトを用いることにより、地方公共団体等の発注者が決定する予定価格とメーカーが算出する価格が近似するということは、予定価格の算出方法に普遍性があることを示しており、工事の量・質の差を反映する共通の尺度として予定価格をとらえ、談合の影響を落札率を媒介として把握することには客観的合理性がある。

個々の工事について、入札予定価格及び入札額は、当該工事の量的・質的個別性を反映するが、落札率はそのような個別性を捨象するものの、入札における競争性の強弱をはかる共通のバロメーターであり、それ自体入札予定価格を入札参加者が把握する上での難易の差等が個々の落札率に反映することも避けがたいとしても、談合が継続していた期間と談合が行われなくなった期間のそれぞれについて同種工事に関する大量観察の結果として得られる平均落札率は、談合による影響の有無・程度を近似的に把握する上での適切な資料である。談合が存在しなかったとすれば、本来行われるべきであった価格競争が行われる結果、落札率が下がるのは当然のことであり、実際、公正取引委員会立入調査後に競争入札の方法によって発注された大型ストーカ炉の平均落札率は、別表記載のとおり、算術平均で 87.51%（加重平均では 89.59%）となっている。

(3) 民事訴訟法 248 条の適用について

入札談合が行われれば、落札価格は競争が実現した場合と比べて顕著に引き上げられるものであり、その価格差が損害にほかならないが、ごみ焼却プラントのごとき特注品の場合は、定型的、等質的な汎用品の製造や販売と異なり、同一仕様の商品が反復的継続的に供給されるケースではないから、談合によって受注した特定の A 工事と談合によらないで受注した別の B 工事との価格を直接個別に比較することは意味を持たない。

入札談合の場合は落札率（予定価格に対する落札額の比率）を媒介として損害を把握せざるを得ず、競争が実現したと想定される他の工事の落札率との差を端的に損害とみなすのが困難であるから、民事訴訟法 248 条を発動せざるを得ないのであって、このことはいずれも広く裁判実務において確立した採証法則であると言える。

(4) 損害額を 10% と推認すべきことについて

上記のとおり、予定価格の算出方法に普遍性があり、損害を契約金額の一

定比率として把握することも合理性がある。また、公正取引委員会は、独占禁止法改正の趣旨を説明する平成 17 年 6 月 20 日付記者発表資料の中で、過去のカルテル・入札談合事件における不当利得が推計上、約 9 割の事件で 8 % 以上であり、平均 16.5 % であることを指摘し（甲 50）、国土交通省はすべての直轄工事について、談合の存在が確認された場合には、契約金額の 10 % を違約金として支払うことを義務づける特約条項を平成 15 年 6 月から導入しており、各都道府県、政令市の中には同旨の制度を導入しているところもある。これらを考慮すると、本件においても損害額を 10 % と推認すべきである。

7 横浜市（補助参加人）の当審における補充主張

- (1) 本件 ・ 工場の工事請負契約は公共契約であり、地方公共団体においては納税者の利益が最大限重視され、横浜市は予定価格を上限として、もっとも経済的な調達を図ることが求められるから、予定価格以下の落札であっても、談合により落札価格が吊り上げられていれば、横浜市に損害が発生するというべきである。
- (2) 受注調整行為がある場合には、事前に入札参加者間で受注予定者が決定され、競争が排除されるから、受注予定者はより大きな利益の確保を企図して、予定価格に近い金額での落札が可能となり、その結果、落札率も高くなる。これに対して、受注調整が行われていない場合には、事前に入札参加者の応札額は分からないから、受注するためにはより低い金額での応札を強いられ、その結果、受注調整行為が行われている場合と比べ、落札価格は予定価格から下方に乖離した金額となり、落札率も低くなる。本件ごみ焼却場の工事入札に関しても、公正取引委員会が独占禁止法違反の立入調査後に行われた入札の落札率が低くなっていることは被控訴人らの主張のとおりである。
- (3) 控訴人 b は、予定価格を基準として損害の有無を検討すべきであると主

張するが、入札においては予定価格を上限とし、最低制限価格を下限として落札額が決定され、受注調整行為がなされない場合には、それが行われている場合と比べ、落札価格が予定価格から下方に乖離する傾向にあることは前記のとおりである。

- (4) 控訴人 a は、本件 工場に係る入札は随意契約によるものであり、横浜市は完全に自由な意思に基づき価格決定をした旨指摘するが、受注調整行為が行われた場合、入札参加者において事前に受注予定者が決定され、1 回目の各社の応札額や 1 回目不調となった場合の 2 回目の各社の応札額についても取り決めがされるのが通常であり、予定価格自体の予測がつきにくい場合などは敢えて高めの応札を行い、入札を不調にして予定価格の動向を探ることもあり、不調等複数入札案件は談合が行われている場合に多く見られる現象である。したがって、受注調整行為が存在しない完全な自由競争の下における場合と比べ、随意契約の場合は、契約価格は予定価格に極めて近いものとなるのであり、この意味で、横浜市が完全な自由な意思に基づき価格を決定したとは到底いえない。

第 3 当裁判所の判断

- 1 当裁判所も、被控訴人らの本件各請求は、遅延損害金の請求に係る部分を除き、原判決の認容する限度で理由があり、その余は理由がないものと判断する。その理由は、次項以下に控訴理由及び附帯控訴理由についての判断を付加するほか、原判決の「事実及び理由」中の「第 6 当裁判所の判断」に記載のとおりであるから、これを引用する。

ただし、原判決を次のとおり改める。

- (1) 原判決 4 2 頁 1 5 行目「3 3 ,」の次に「4 4 ,」を加え、1 9 行目の「平成 6 年 4 月以降」の次に「平成 1 0 年 9 月まで」を加え、4 3 頁 2 行目及び末行の「 」をいずれも「 」と改める。
- (2) 原判決 4 7 頁 1 0 行目末尾に、改行の上、以下のとおり加える。

「(エ) なお，控訴人bのj環境第一営業部第一営業室長は，平成6年ころから第一営業室のチーム主査，次いで同10年から同室長に就任した者であるが，同人が所持した「仕組み営業の強化」と題する文書には，地方自治体の処理施設・建設手続フローに細かく対応した形で，仕組み欄に施主である自治体職員との密着友好確立対策，キーマン・フィクサーの調査接近，コンサル推進，コンサル協力（設計協力・発注仕様書作成），方式の選定工作，メンバーセットと高予算対策，メンバーセットと発注形態工作，施主，キーマンとの方針確認，地方議会对策，予算及び予定価格入手，最低制限価格（下限）対策などの記載がある。同文書は，日付のない，施主等の情報収集や働きかけの要諦を集成し，手順等をフローチャートにした「取扱注意」と書かれた2枚組の文書である。（甲サ12，33，119，140，弁論の全趣旨）」

- (3) 原判決56頁20行目の「記載」の次に「(メモ)」を加え，59頁4行目「同メモ」を「前記メモ（甲サ106）」と改める。
- (4) 原判決76頁7行目末尾に，改行の上，「以上の事実によれば，本件5社は，遅くとも平成6年4月までに，地方公共団体が指名競争入札等の方法により発注するストーカ炉の建設工事について，受注機会の均等を図るため，本件基本合意をしていたものというべきである。」を加える。
- (5) 原判決81頁4行目の「基本談合」を「本件基本合意」と改め，83頁9行目から10行目の「甲12ないし15」を「甲12，13の各1から3，甲14，15」と改め，85頁5行目「なることは当然である」を「なり得ることは否定しがたい」と改める。
- (6) 原判決87頁4行目「(丁8の2)」の次に「，同工場の工事代金が平成11年5月18日に横浜市から最終的に支払われたこと（戊1）」を加え，5行目「平成11年3月31日」を「平成11年5月18日」と改め，10

行目「であること」の次に「，同工場の工事代金が平成１３年５月１８日に横浜市から最終的に支払われたこと（戊１）」を加え，同行から１１行目の「平成１３年３月３１日」を「平成１３年５月１８日」に改め，１３行目の「平成１１年３月３１日」を「平成１１年５月１８日」と改め，１４行目の「平成１３年３月３１日」を「平成１３年５月１８日」と改める。

２ 横浜市長の違法に怠る事実の不存在に係る控訴人らの主張について

控訴人らは，それぞれ控訴理由において，原審における主張を繰り返し，被控訴人らの主張する損害賠償請求権についてはその存在が争われており，公正取引委員会の審決も確定していない状況下において，横浜市長が上記請求権の行使を見合わせても何ら違法な怠る事実と評されるべきではないから，横浜市長には「違法に怠る事実」が存しなかった旨主張する。

しかし，地方公共団体の債権については，その長が政令の定めるところにより，その督促，強制執行その他その保全及び取立てについて必要な措置をとらなければならない（地方自治法２４０条２項），債権を行使するか否かについての裁量の余地は乏しいものと解され（地方自治法施行令１７１条以下。なお，法９６条１項１０号参照），長が，法施行令１７１条の５に定める場合でないのに，相当期間債権を行使しない場合には，それを正当とする特段の事情のない限り，違法となると解される。

この点に関し，控訴人らは，不法行為に基づく損害賠償請求権は，その発生原因事実の主張立証が複雑困難な場合もあり，原告として敗訴の危険も相当程度考慮せざるを得ない場合もあり得る上，独占禁止法２５条所定の損害賠償請求権は無過失損害賠償責任とされ，審決が確定する前に不法行為に基づく損害賠償請求訴訟を提起するより主張立証が容易で，同様の効果を得ることができるから，発生原因事実の主張立証責任の負担においてより合理的である旨それぞれ主張する。しかし，地方自治法その他の法令において，独占禁止法２５条所定の損害賠償請求権と民法上の不法行為に基づく損害賠償請求権について，

長にもっぱら前者の損害賠償請求権を行使することを要するとし、あるいは審決の確定まで訴えの提起をしないことができるとした規定は存しない上、本件のように、独占禁止法違反（談合）を理由とする民法709条による不法行為に基づく損害賠償請求権であってその存在について当事者が全面的に争う場合には、審決取消訴訟の帰趨をも含めれば、その確定までに相当の長期間を要することもあり得ることであって、その間、地方公共団体の長が損害賠償請求権の行使を拱手しなければならないとすれば、地方公共団体の被った損害回復が図られない状況が長期にわたり継続し、法242条の2第1項4号に基づく損害賠償代位請求訴訟の存在意義を没却することとなるから、上記独占禁止法25条所定の損害賠償請求権を行使し得ることは民法上の損害賠償請求権の不行使を正当とする特段の事情に当たるとはいえず、独占禁止法25条所定の損害賠償請求権を行使することがもっとも効率的かつ適切な権利の行使として合理的であるともいえないというべきである。

本件において、前記引用に係る前提となる事実及び弁論の全趣旨によれば、工場工事の入札が平成6年8月19日、契約締結が同年9月14日であり、工場工事の入札が平成7年8月18日、契約締結が同年9月21日であり、公正取引委員会が審判開始決定をした平成11年9月8日までに約4年又は5年が経過し、被控訴人らによる監査請求がされたのが平成12年5月10日であり、本件訴訟が提起されたのが同年7月21日であり、審決（甲29）がされたのが平成18年6月27日であることをも併せ考えると、本件各契約に関しても、公正取引委員会が審判開始決定をした時点でさえ、契約締結後相当の長期間が経過したものであって、その間、横浜市長において、前記損害賠償請求権の行使をしようとした様子は全くうかがわれないことに照らしても、横浜市長は、被控訴人らが本件訴訟において代位行使する損害賠償請求権を違法に行使しなかったものといわざるを得ない。したがって、控訴人らの前記主張は採用できない。

また、控訴人らは、それぞれ、控訴理由において、原審における主張を繰り返し、横浜市長に「違法に怠る事実」が認められるか否かの判断基準時は、遅くとも、住民監査請求に対する判断がされたときと解すべきである旨主張するが、本件訴訟は監査委員の判断の適否を審理の対象とするものではなく、横浜市長の財務会計上の行為又は「怠る事実」の有無を審理の対象とするものであって、その判断基準時は、事実審の口頭弁論終結時と解するのが相当である。したがって、控訴人らの上記主張は採用できない。

3 本件工事の個別談合に係る事実主張の特定について

控訴人らは、控訴理由において、それぞれ原審における主張を繰り返し、被控訴人の個別談合についての事実主張は、時期、場所、合意内容、参加者等を具体的に主張しておらず、請求原因としての特定性を欠いているにもかかわらず、原判決がその特定が十分であるとしたのは誤りである旨を主張する。しかし、談合が密室で行われるなど秘密裏に行われることが多く、当事者以外の第三者にその時期、場所、合意内容等を具体的に把握することが困難であり、被控訴人ら自ら談合について調査することは極めて困難であること、本件において、被控訴人らは、遅くとも平成6年4月1日から本件各工事の入札期日までの間に、本件各工事について、本件5社の営業責任者が集まる本件会合において、本件基本合意に基づいた内容の談合が行われたことを主張していること等に照らすと、その時期、場所、合意内容等については、この程度の特定でも主張としての特定性が欠けるとまではいうことはできない。したがって、控訴人らの上記主張は採用できない。

4 本件基本合意又はそれに基づく個別談合の事実の有無について

(1) 控訴人らは、それぞれ、控訴理由において、本件基本合意の存在を否定し、個別談合についてもこれを認めるべき証拠がないにもかかわらず、原判決が、本件5社は平成6年4月よりも相当前から地方公共団体が指名競争入札等の方法により発注するストーカ炉の建設工事について談合を繰り返して

いたものと認定した上，本件５社は，平成６年４月よりも相当前から本件合合において，地方公共団体が指名競争入札等の方法により発注するストーカ炉の建設工事について，その処理能力の規模等により３つに区分された工事ごとに，各社が受注を希望する工事を表明し，希望者が重複しなかった工事はその希望者を受注予定者とし，希望者が重複した工事は希望者間で話し合い，受注予定者を決定していたものであって，受注予定者の決定は各社の受注が均等になることを念頭に置き，また，受注予定者に決定した社は自社の入札価格とともに他社の入札価格をも定めてそれぞれの社に連絡し，連絡を受けた各社はその価格で入札して受注予定者が落札できるように協力していたとして，本件基本合意の存在を認定した上，本件各入札についても，本件各工事が本件５社に認識されたころには談合が行われていたことが推認されるところとしたが，以上の原判決の認定判断は，証拠の採否・評価を誤り，事実認定を誤ったものである旨主張する。

- (2) しかし，原判決の本件基本合意及び個別談合に係る上記認定判断は正当として是認することができる。前記引用に係る前提となる事実に加え，原判決挙示の証拠及び当審において提出された証拠並びに弁論の全趣旨によれば，(ア)本件５社は，本件入札当時，ストーカ炉のプラントメーカーの中にあって，ストーカ炉の建設工事の施工実績，施工経歴，施工技術等において優れ，大手５社と称されていたこと，(イ)ストーカ炉工事は，プラント工事として，規模も大きく，高い施工技術が要求され，１件当たりの発注金額も大きく，営業活動や資料の作成等に多額の費用と労力を要すること，(ウ)平成３年度から平成１０年９月までにおけるストーカ炉建設工事については，原判決（「事実及び理由」の第６の１(1)ウ，エ）に説示のとおり，本件５社の指名実績は９割前後に及び，受注実績においても，本件５社のいずれかが受注した発注トン数はいずれも全体の９割弱に及び，５社以外の業者のそれとは相当の開きがあったこと，(エ)本件５社は，地方公共団体のごみ焼却施

設の建設や既存施設の建替え計画について高い情報収集力を有し、各地方公共団体のごみ焼却施設の建設計画の有無や既存施設のおおむねの更新時期を把握していたこと、(ウ)本件５社は、平成６年４月以前から平成１０年９月１４日まで、毎月１回程度、ごみ焼却施設に係る担当部署の課長等が出席する会合（本件会合）を持ち回りで各社会議室において開催していたこと、(カ)上記会合の出席者は、ごみ焼却施設の工事受注等に関し、決裁権限まではないものの、実務担当者として工事方式の選定の過程や入札価格の決定過程等に関与し得る地位にあり、従前の出席者から資料を引き継ぐなどして会合に参加していたこと、なお、控訴人ｂの「仕組み営業の強化」と題する文書の仕組み欄には、自治体の手続フローに対応した形で、方式選定工作、メンバーセットと高予算対策、メンバーセットと発注形態工作、予算及び予定価格入手、最低制限価格（下限）対策などの記載があること（甲サ１１９）、(キ)上記会合の開催の事実及びその内容は、各社の社内においては出席者等の限られた者以外には知らされず、極秘扱いとされていたこと、なお、上記会合において、もっぱらダイオキシンの除去その他の技術向上等、公共の利益に反しない事項についてのみ協議されていた様子は見受けられないこと、(ク)本件５社は、昭和５４年以降、別紙１記載のとおり、数度にわたり、公正取引委員会から、独占禁止法３条違反に係る受注予定者の決定等の行為に関して勧告又は警告を受けていたこと、(ケ)上記会合においては様々な事項について協議が行われたが、ストーカ炉の建設工事に関する受注調整を行うことがあり、処理能力の規模等によりごみ焼却施設の工事を規模別に４００トン以上の大型、２００トン以上の中型及び２００トン未満の小型の３つに区分し、その工事ごとに、各社が受注を希望する工事を表明し、希望者が重複しなかった工事はその希望者を受注予定者とし、希望者が重複した工事は希望者間で話し合い、受注予定者を決定していたこと、(コ)本件５社は、受注予定者の決定に際し、各社の受注を調整して配分するため、受注工事の処理能

力や予想される工事代金額なども要素として考慮しながら，チャンピオンと称する受注予定者を決定していたこと，(ウ)受注予定者は，指名を受けた工事について積算し，本件５社を含む相指名業者にそれぞれの入札金額を電話等で連絡して協力を求めていること，(エ)本件５社は，上記受注予定者を決定する会議を張り付け会議と称し，少なくとも，平成８年１２月９日に中型及び小型１件ずつと小型１件，平成９年９月２９日に小型３件，同年１０月１６日に大型１件，同月２９日に中型２件，平成１０年１月３０日に中型１件，同年３月２６日に中型及び小型１件のストーカ炉建設工事の受注に関する張り付け会議を行ったこと（甲サ３５，４４。なお，甲サ５５，５８，６７，６８，７３，７５，８５，１４５参照），(オ)kの社員は，平成７年９月２８日ころ作成のリスト（１リスト。甲サ８９）を所持していたが，同書面は，地方公共団体からの発注が見込まれるストーカ炉建設工事のうち，既に張り付け会議によって受注予定者が決定されたものについて，発注見込年度，受注予定者ごとにまとめられ，発注者たる地方公共団体名，処理能力も記載されていたこと，(カ)同書面のリストには，平成８年度からに実際に発注されたストーカ炉建設工事１５件（原判決別紙２の番号４５から５９まで）のうち１２件（同別紙の番号４５，４６，４９，５０から５６まで，５８，５９）が，平成９年度に実際に発注された２１件（同別紙の番号６０から８０まで）のうち９件（同別紙の番号６０，６１，６２，７１，７４，７６，７７，７９，８０）が，平成１０年度に発注された７件のうち１件（同別紙の番号８５）が記載され（合計２２件），そのうち，４件（同別紙の番号４６，５２，７１及び８０）を除いた１８件の受注予定者と実際の受注業者とが一致していること，(キ)本件においては，工場の処理能力は５４０トン（１８０トンの炉が３炉）であり，工場のそれが１２００トン（４００トンの炉が３炉）であり，いずれも前記(ウ)の合意における大型に区分される物件であったこと，(ク)工場の入札予定価格が１９３億２７３０万００７０円

(消費税を含む。), 最低制限価格が154億6183万9850円であり, 工場の入札予定価格が413億4209万3650円(消費税を含む。), 最低制限価格が330億7367万4920円であったこと, (チ) 工場の入札に関しては, 第1回入札が控訴人a192億円, 控訴人b198億円, d203億円, m207億円, k212億円であり, 第2回入札が控訴人a188億円, 控訴人b190億円, d191億円, m191億2000万円, k191億5000万円であり, いずれも予定価格を超えていたため, 控訴人aが随意契約の方法により代金額186億円(消費税を含む金額191億5800万円)で契約したが, その落札率は99.12%であったこと, (ツ) 工場の入札については, 第1回入札が控訴人a412億円, 控訴人b400億円, d421億円, m415億円, k433億円であり, 控訴人bが代金額400億円(消費税を含む金額412億円)で落札したが, その落札率は99.66%であったこと, (テ)公正取引委員会が立入検査を実施した平成10年9月17日以降は, 本件5社において, 前記持ち回りの会合が開かれていないが, これは立入検査等の外部的要因によるものであり, 控訴人らの自発的な意思に基づくものではないこと, (ト)公正取引委員会の上記立入検査後, ストーカ炉建設工事においては, 入札に係る落札率が数%程度下がる傾向にあることが認められる。

以上の諸事実を総合考慮すると, 本件5社間には, 遅くとも平成6年4月1日までは本件基本合意が成立し, 同月以降, 公正取引委員会の立入調査が行われた平成10年9月17日までの間, 本件5社の営業担当者が参集した本件会合において, 地方公共団体発注のストーカ炉建設工事について, 炉の処理能力の区分に応じ, 本件5社間で物件ごとに受注予定者を協議により決定し, 当該受注予定者が入札前に入札参加社の入札価格を調整し, これを各社に連絡して入札させ, 当該受注予定者による落札が可能となるように図っていたことが認められ, 上記認定の事実に加えて, 原判決挙示の証拠(甲

ア 24 , 甲サ 85 , 89 , 106 , 125 , 155) 及び弁論の全趣旨によれば , 平成 6 年 4 月から平成 10 年 9 月 17 日までの間に , 地方公共団体によって発注され , 指名競争入札等の方法により入札が行われた原判決別紙 2 記載のストーカ炉建設工事 87 件のうち , 合計 26 件 (同別紙番号 26 , 45 , 49 から 51 , 53 から 56 , 58 から 62 , 74 , 76 , 77 , 79 から 87) の工事について個別談合が行われたことをうかがわせるメモ , 文書等や , 個別の工事に関する関係者の供述等が存在することを併せて考慮すると , 本件 5 社間で , 本件基本合意成立以降 , 平成 10 年 9 月 17 日までの間において , ストーカ炉建設工事に係る本件基本合意に基づき , 継続的に開催された本件会合において , ストーカ炉建設工事の具体的な個々の工事について , 個別の談合が現実に行われ , それに基づいて , 実施された指名競争入札において , 受注予定者が実際に落札していた事実を認めることができる。

また , 上記認定の本件基本合意の成立に係る事実に加え , 本件各工事が , いずれも前記工事区分上「大型」であって , 受注金額も 工場にあっては 186 億円 (消費税を含む金額 191 億 5800 万円) , 工場にあっては 400 億円 (消費税を含む金額 412 億円) と巨額であること , 指名競争業者も本件 5 社のみであり , 5 社以外の他社 (アウトサイダー) が含まれていないこと , 本件各入札における落札価格は , 工場については 99 . 12 % ,

工場については 99 . 66 % であって , いずれも予定価格の 99 % を超える高額なものであったこと , 本件会合の参加者は前任者の資料を引き継いでいたことがうかがわれるなど , 原判決 (「事実及び理由」の第 6 の 1 (11) イ , ウ) が説示する諸事情が存することを併せて考慮すると , 本件各工事についても , 本件基本合意に基づき個別の談合が行われ , 本件 5 社において , 事前に受注予定者を 工場については控訴人 a と , 工場については控訴人 b とすることが決定され , 控訴人らが落札できるように相互に連絡を取って入札価格を調整し , 各社がこれに沿って入札を行い , その結果 , 控訴人らがそれ

ぞれ本件各工事を落札したものと推認することができる。

以上によれば，控訴人らは，本件各入札において，上記受注調整に係る談合行為により，違法に横浜市の利益を害したものである（独禁法 2 条 6 項，3 条参照）。

- (3) 控訴人らは，当審においても，本件基本合意に係る各証拠に関して弾劾する主張を繰り返すが，前記引用に係る原判決説示のとおりであるから，採用できない。

5 損害の発生及びその額について

- (1) 控訴人らは，それぞれ控訴理由において，原審における主張を繰り返し，民事訴訟法 248 条の適用に関し，同条は損害の発生や談合行為と因果関係についての証明がされることを前提としていると解されるところ，原判決は，損害が生じていない上，損害の発生や因果関係について立証がないにもかかわらず，損害が発生しているとして同条の適用を肯定したものであり，損害発生に係る事実認定を誤った上，同条の適用を誤ったものである旨主張する。

しかしながら，前示のとおり，本件 5 社は，本件各入札において，本件基本合意に沿って談合を行い，あらかじめ受注予定者を 工場については控訴人 a とし， 工場については控訴人 b とすることとし，控訴人らがそれぞれ落札できるように相互に入札価格を調整したものであり，その結果，控訴人らは他の入札参加業者との競争関係を考慮せずに，その利益を最大にするため，予定価格に近い価格で入札することが可能となったものといえることができる。また，本件各入札においては， 工場については最低制限価格 154 億 6183 万 9850 円から入札予定価格 193 億 2730 万 0070 円の間で， 工場については最低制限価格 330 億 7367 万 4920 円から入札予定価格 413 億 4209 万 3650 円の間で，それぞれ自由な競争により形成された価格で落札されることが予定されていたが，本件各入札における落札価格はいずれも予定価格の 99% を超える高い落札率であった上，本

件における立入検査後のストーカ炉建設工事においては、入札に係る落札率が数%下がる傾向にあったのである。

一般に、自由な競争下の指名競争入札において、落札価格が常に必ず予定価格に近くなるという法則があるわけではないが、請負業者の技術力などから複占あるいは寡占（化）の市場における巨大公共工事等の領域における入札競争については、それ以外の工事領域に比べれば、適切な競争下でも、その比率はしばらく措き、予定価格に落札価格が接近しがちな傾向が存することは理解し得るところである。しかし、本件５社は、前示のとおり、メンバー内の利益を図るため見積設計図書提出の機会を捉えて行う発注予算対策や、予算及び予定価格を入手する対策、最低制限価格に係る下限策定対策に務め、周到に情報を共有化していたのであるから、純粹に落札価格の形成費目を積算していた業者とはいえず、上記傾向が顕れて予定価格とほぼ同額の落札価格となったとうかがうべき格別の事情も認められない本件は、損害発生の有無について上記工事等領域における傾向に配慮しより慎重な検討を加えるべき場合に当たるとはいいがたい。したがって、本件各入札で予定価格とほぼ同額の落札価格となったことは、まさに談合の影響によるものであり、談合が行われずに自由な競争により価格が形成された場合と比べ、より高い落札価格で落札されたものと推認すべきであり、この事実を照らすと、横浜市は、控訴人らの談合によって、本件各入札において談合が行われずに自由な競争により形成されたであろう落札価格（以下「想定落札価格」という。）を前提とした契約金額と、実際の落札価額との差額相当分の損害を被ったものというべきである。

もっとも、想定落札価格は、一般に入札に係る工事の規模・種類や特殊性のほか、入札指名業者の数や各業者の事業規模、入札当時の社会経済情勢、地域特性等種々の要因が複雑に影響して形成される上、ごみ焼却場建設工事のような取引においては、定型的、等質的な汎用品の製造や販売に係る取引

と異なり、同一仕様の商品が反復的継続的に供給され、定価のような商品価格が形成されるケースではないことから、談合によって生ずる商品価格の比較や談合の前後における価格差を具体的に算定しがたい。これらの諸事情を総合考慮すると、本件においては、横浜市において損害が生じたことは認められるものの、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いわざるを得ず、原判決が説示するとおり、民事訴訟法248条を適用して相当な損害額を認定すべきである。

そして、上記損害額の算定においては、ある程度控えめで確実な金額をもって認定することもやむを得ないところ、本件各工事の予定価格及び契約金額、その他本件に現れた諸般の事情を総合して考慮すると、控訴人らの談合により横浜市が被った損害額が本件各契約の契約金額の5%に相当する額とした原判決の認定判断は正当として是認することができる。したがって、横浜市に対し、控訴人aは9億5790万円（工場工事）の、控訴人bは20億6000万円（工場工事）の損害賠償義務を負うというべきである。

なお、控訴人らは、審判手続における審理の対象は、受注機会の均等を図る目的とする受注調整の有無であるとし、カルテルのような受注価格の低落防止を目的としたものではないから、仮に談合行為が存在したとしても、当該談合行為の存在から損害の発生を推認することができない旨主張するが、受注機会の均等を図ることを目的とする受注調整の有無を対象とする場合であっても、市場の競争秩序の回復・維持という目的達成の観点から、受注価格の低落防止をも目的とする場合があり得るのみならず、本件において、談合が行われずに自由な競争により価格が形成された場合と比べ、不当に高い落札価格で落札されたものと推認することができることは前示のとおりであるから、控訴人らの主張は採用できない。

- (2) 被控訴人らは、原判決は本件における横浜市の損害額を契約額の5%と認定したが、公正取引委員会の談合による不当利得に係る推計（甲50）等

に照らしても低きに過ぎ，１０％と認定すべきである旨主張するが，上記推計は，工事の種類，規模，内容，契約時期，契約金額等の具体的な内容が明らかではなく，不当利得推計の根拠は必ずしも明らかでなく，横浜市が被った損害額が１０％であることを推認することはできない。

また，被控訴人らは，遅延損害金の起算日に関し，各契約締結日である旨主張するが，原判決が説示するとおり，横浜市に損害が発生するのは各契約締結日ではなく本件各契約に基づいて請負代金を支払った時点であり，遅延損害金の起算日は代金支払時であると解すべきであるところ，証拠（戊１）及び弁論の全趣旨によれば，横浜市が工場の工事代金を平成１１年５月１８日に，工場の工事代金を平成１３年５月１８日に最終的に支払ったことが認められ，この事実によれば，遅延損害金の起算日は，工場の損害賠償請求に係る起算日は平成１１年５月１８日，工場の損害賠償請求に係る起算日は平成１３年５月１８日であることが認められる。

以上によれば，被控訴人らの本件請求は，控訴人 a に対する請求については，９億５７９０万円及びこれに対する平成１１年５月１８日から，控訴人 b に対する請求については，２０億６０００万円及びこれに対する平成１３年５月１８日から，各支払済みまで民法所定の年５分の割合による金員の支払を求める限度で理由がある。

- ６ そのほか，控訴人らは，種々主張して，原判決における事実認定・判断を非難するが，いずれも原判決を正解しないか，又は独自の見解に基づくものであり，あるいは証拠を正当に評価しないものであって，採用することができない。

第４ 結論

以上によれば，被控訴人らの請求は，上記の限度で理由があり，その余は理由がないから棄却すべきところ，原判決は，上記判断と異なる限度において相当でないから，これを変更することとし，主文のとおり判決する。

東京高等裁判所第４民事部

裁判長裁判官 稲 田 龍 樹

裁判官 浅 香 紀 久 雄

裁判官 足 立 謙 三