

主 文

1 被告らは、島根県に対し、連帯して、2964万9950円及びこれに対する平成8年10月31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 原告らのその余の請求をいずれも棄却する。

3 訴訟費用は、これを10分し、その9を原告らの負担とし、その余を被告らの負担とする。

事実及び理由

(略称)

この欄において、被告らを以下のとおり略称する。

被告東芝・・・被告株式会社東芝

被告富士電機・・・被告富士電機株式会社

被告事業団・・・被告日本下水道事業団

第1 請求

被告らは、連帯して、島根県に対し、4億1608万7452円及びこれに対する平成8年10月31日から支払済みまで年5分の割合による金員を支払え。

第2 事案の概要

1 事案の骨子

本件は、島根県（以下「県」という。）から下水道施設の建設について委託を受けた被告事業団が、上記下水道施設建設工事の一部である電気設備工事に関して、被告東芝又は被告富士電機との間で請負契約を締結したことについて、県民である原告らが、被告事業団の職員と被告東芝ら9社の従業員の間において、被告事業団の発注に係る下水道施設建設工事の受注調整ないし談合が行われた結果、上記請負代金が不当に高額になり、上記下水道施設の建設を委託した県が本来ならば受けることのできた還付金を受けられないなどの損害を被ったなどと主張して、地方自治法242条の2第1項4号に基づいて、県に代位して、被告らに対し、（共同）不法行為に基づく損害賠償及び訴状送達の日の日である平成8年10月31日から支払済みまでの遅延損害金の支払を求めた住民訴訟である。

2 前提事実（争いのない事実、後記該当箇所に記載の証拠及び弁論の全趣旨により容易に認定できる事実）

（1） 当事者

ア 原告らは、いずれも県の住民である。

イ 被告事業団は、日本下水道事業団法に基づいて設立され、地方公共団体等の要請に基づき、当該地方公共団体等における下水道の根幹的施設の建設及び維持管理や下水道に関する技術援助を行うことなどを目的とする法人である。

ウ 被告東芝及び被告富士電機は、いずれも電気機械器具製造等を目的とする株式会社である。

（2） 本件訴訟に至るまでの経緯

ア 県と被告事業団との間における下水道施設工事の委託契約

県は、被告事業団との間で、以下の各協定（以下、併せて「本件委託協定」ともいう。）を

締結し、被告事業団に対し本件委託協定に基づき、以下の各a記載の各下水道施設の建設工事（以下「本件各工事」という。）を委託し、以下の各b記載のとおり、以下の各a記載の各協定に基づく各委託料を支払った。

（ア）a 平成2年6月13日付け宍道湖流域下水道宍道湖東部浄化センターの建設工事委託に関する協定（乙ハ1の1）による同センターの土木建築工事、機械工事及び電気設備工事（水処理運転操作設備（計装共）、汚泥処理運転操作設備（計装共））。

なお、同協定は、県議会の議決がされた同年7月4日に本契約として成立した（乙ハ4、5の1）。また、その後、同協定の委託料は、設計内容の変更に伴い、同年11月12日付け及び平成3年10月1日付け各一部変更協定（乙ハ1の9、10）の締結等により、9億3000万円（なお、このうち、6億5800万円が国庫補助対象額とされている。）に変更された。

b 平成2年10月16日から平成4年3月31日までの間に計10回にわたり、計9億3000万円。

（イ）a 平成2年6月13日付け宍道湖流域下水道宍道湖西部浄化センターの建設工事委託に関する協定（乙ハ1の2）により、同センターの土木建築工事、機械工事及び電気設備工事（水処理運転操作設備（計装共）、汚泥処理運転操作設備（計装共））。

なお、同協定は、県議会の議決がされた同年7月4日に本契約として成立した（乙ハ4、5の1）。また、その後、同協定の委託料は、設計内容の変更等に伴い、平成3年3月8日付け、同年8月23日付け及び同年11月1日付け各一部変更協定（乙ハ1の11ないし13）の締結等により、9億4900万円（なお、このうち、6億3700万円が国庫補助対象額とされている。）に変更された。

b 平成2年10月16日から平成4年1月21日までの間に計7回にわたり、計9億4900万円

（ウ）a 平成2年6月5日付け宍道湖流域下水道根幹的施設の建設工事委託に関する協定（乙ハ1の3）による宍道湖流域下水道宍道中継ポンプ場の土木建築工事、機械工事及び電気設備工事（受変電設備、汚水運転操作設備（計装共））。

なお、その後、同協定の委託料は、設計内容の変更に伴い、平成3年2月20日付け一部変更協定（乙ハ1の14）により、2億4049万5000円（なお、全額が国庫補助対象額とされている。）に変更された。

b 平成2年8月21日から平成3年3月29日までの間に計3回にわたり、計2億4049万5000円

（エ）a 平成3年5月20日付け宍道湖流域下水道根幹的施設の建設工事委託に関する協定（乙ハ1の4）による宍道湖流域下水道境橋中継ポンプ場の土木建築工事、機械工事及び電気設備工事（受変電設備、汚水運転操作設備（計装共））。その委託料は、2億9900円（なお、全額が国庫補助対象額とされている。）である。

b 平成3年8月5日から平成4年3月31日までの間に計4回にわたり、計2億9900万円

（オ）a 平成3年5月20日付け宍道湖流域下水道根幹的施設の建設工事委託に関する協定（乙ハ1の5）による宍道湖流域下水道湖陵中継ポンプ場の土木建築工事、機械工事及び電気設備工事（受変電設備、汚水運転操作設備（計装共））。その委託料は、2億5000万円（なお、全額が国庫補助対象額とされている。）である。

b 平成3年8月5日から平成4年3月31日までの間に計5回にわたり、計2億5000万円

（カ）a 平成4年3月23日付け宍道湖流域下水道宍道湖東部浄化センターの建設工事委託に関する協定（その2）（乙ハ1の6）による同センターの電気設備工事（水処理運転操作設備（計装共）、汚泥処理運転操作設備（計装共））。その委託料は、3億2406万円である。

b 平成4年6月19日から平成5年3月31日までの間に計3回にわたり、計3億2400万円

（キ）a 平成4年6月1日付け宍道湖流域下水道浄化センターの建設工事委託に関する協定（乙ハ1の7）により、宍道湖流域下水道宍道湖東部浄化センターについては、土木建築工事、機械工事及び電気設備工事（水処理運転操作設備（計装共）、汚泥処理運転操作設備（計装共））、宍道湖流域下水道宍道湖西部浄化センターについては、機械工事及び電気設備工事（水処理運転操作設備（計装共））

なお、同協定は、県議会の議決がされた同年7月4日に本契約として成立した（乙ハ4、5の2）。また、その後、同協定の委託料は、設計内容の変更に伴い、平成5年2月10日付け、同年3月26日付け各一部変更協定（乙ハ1の15、16）の締結等により、19億6400万円（なお、このうち、12億9620万円が国庫補助対象額とされている。）に変更された。

b 平成4年10月20日から平成6年2月10日までの間に計8回にわたり、計19億6400万円

（ク）a 平成5年6月3日付け宍道湖流域下水道宍道湖東部浄化センターの建設工事委託に関する協定（乙ハ1の8）により、同センターの土木建築工事及び電気設備工事（特高受変電設備）。

なお、同協定は、県議会の議決がされた同年7月7日に本契約として成立した（乙ハ4、5の3）。その委託料は、23億4590万円（なお、このうち、11億6940万円が国庫補助対象額とされている。）である。

b 平成5年10月8日から平成7年3月31日までの間に計6回にわたり、計23億4590万円

イ 被告事業団とほかの被告らとの間における請負契約等

被告事業団は、県から委託を受けた上記アの本件各工事を実施するため、同各工事のうちの電気設備工事（以下「本件電気設備工事」ともいう。）について、以下

の各 a 記載のとおり、被告東芝又は被告富士電機との間で請負契約を締結した（以下、各契約を「本件各請負契約」といい、併せて単に「本件請負契約」ともいう。）。また、被告事業団は、以下の各 b 記載のとおり、以下各 a 記載の各請負代金を被告東芝又は被告富士電機に支払った。

（ア） a 上記ア（ア）の水処理運転操作設備等に関する電気設備工事（以下「宍道湖東部浄化センター電気設備工事その10」という。）について、随意契約により、平成2年8月22日付けで、被告富士電機との間で代金総額を9579万円とする請負契約（乙ハ2の1）。ただし、平成3年1月16日付け契約（乙ハ2の54）で請負代金額は、9928万1700円に変更された。

b 被告富士電機に対し、平成2年11月14日及び平成3年4月30日の計2回にわたり、計9928万1700円

（イ） a（a） 上記ア（イ）の水処理運転操作設備等に関する電気設備工事のうち、宍道湖西部浄化センター電気設備工事その4について、平成2年8月22日付けで、随意契約により、被告東芝との間で代金総額を6313万9000円とする請負契約（乙ハ2の2）。ただし、平成3年1月21日付け契約（乙ハ2の55）で契約の一部が変更されたが、請負代金額に増減はなかった。

（b） また、上記ア（イ）の水処理運転操作設備等に関する電気設備工事のうち、宍道湖西部浄化センター電気設備工事その5について、平成2年9月25日付けで、随意契約により、被告東芝との間で代金総額を1億4564万2000円とする請負契約（乙ハ2の3）。ただし、平成3年10月29日付け契約（乙ハ2の5

6）で請負代金額は、1億5540万6400円に変更された。

b（a） 被告東芝に対し、平成2年10月31日及び平成3年5月10日の計2回にわたり、上記（イ） a（a）の計6313万9000円

（b） 被告東芝に対し、平成2年11月21日から平成3年12月18日までの間に計4回にわたり、上記（イ） a（b）の計1億5540万6400円

（ウ） a 上記ア（ウ）の受変電設備等に関する電気設備工事（以下「宍道湖流域下水道宍道中継ポンプ場電気設備工事」という。）について、指名競争入札を実施し、その結果、平成2年7月10日付けで、被告東芝との間で代金総額1億1227万円とする請負契約（乙ハ2の4）

b 被告東芝に対し、平成2年8月31日及び平成3年5月10日の計2回にわたり、計1億1227万円

（エ） a 上記ア（エ）の受変電設備等に関する電気設備工事（以下「宍道湖流域境橋中継ポンプ場電気設備工事」という。）について、指名競争入札を実施し、その結果、平成3年8月5日付けで、被告東芝との間で代金総額を1億2360万円とする請負契約（乙ハ2の5）

b 被告東芝に対し、平成3年10月9日及び平成4年5月14日の計2回にわたり、計1億2360万円

（オ） a 上記ア（オ）の受変電設備等に関する電気設備工事（以下「宍道湖流域湖陵中継ポンプ場電気設備工事」という。）について、指名競争入札を実施し、その結果、平成3年8月5日付けで、被告東芝との間で代金総額を1億0042万5000円とする請負契約（乙ハ2の6）。

b 被告東芝に対し、平成3年10月9日及び平成4年5月14日の計2回にわたり、計1億0042万5000円

（カ） a 上記ア（カ）の水処理運転操作設備等に関する電気設備工事（以下「宍道湖東部浄化センター電気設備工事その11」という。）について、平成4年3月30日付けで、随意契約により、被告富士電機との間で代金総額を2億8170万5000円とする請負契約（乙ハ2の7）。ただし、平成4年9月24日付け契約（乙ハ2の57）で請負代金額は、2億9279万8100円に変更された。

b 被告富士電機に対し、平成4年6月29日及び平成5年3月31日の計2回にわたり、計2億9279万8100円

（キ） a（a） 上記ア（キ）の宍道湖流域下水道宍道湖東部浄化センターの水処理運転操作設備等に関する宍道湖東部浄化センター電気設備工事その12について、平成4年8月31日付けで、随意契約により、被告富士電機との間で代金総額を5億7041万4000円とする請負契約（乙ハ2の8）。

（b） 上記ア（キ）の宍道湖流域下水道宍道湖東部浄化センターの水処理運転操作設備等に関する電気設備工事のうち、宍道湖東部浄化センター電気設備工事その13について、平成4年10月20日付けで、随意契約により、被告富士電機との

間で代金総額を1億6377万円とする請負契約（乙ハ2の9）。

（c） 上記ア（キ）の宍道湖流域下水道宍道湖西部浄化センターの水処理運転操作設備に関する電気設備工事（以下「宍道湖西部浄化センター電気設備工事その6」という。）について、平成4年11月18日付けで、随意契約により、被告東芝との間で代金総額を749万8400円とする請負契約（乙ハ2の10）。

b（a） 被告富士電機に対し、平成4年11月13日及び平成5年5月25日の計2回にわたり、上記（キ）a（a）の計5億7041万4000円

（b） 被告富士電機に対し、平成5年1月21日から平成6年2月28日までの間に計4回にわたり、上記（キ）a（b）の計1億6377万円

（c） 被告東芝に対し、平成5年1月28日及び同年3月31日の計2回にわたり、上記（キ）a（c）の計749万8400円

（ク）a 上記ア（ク）の特高受変電設備に関する電気設備工事（以下「宍道湖東部浄化センター特高受変電設備工事」という。）について、指名競争入札を実施し、その結果、平成5年9月1日付けで、被告富士電機との間で代金総額を2億0270万4000円とする請負契約（乙ハ2の11）。

b 被告富士電機に対し、平成5年10月29日及び平成6年5月18日の計2回にわたり、2億0270万4000円

ウ 監査請求

原告らは、平成8年8月5日、県監査委員に対し、地方自治法242条1項に基づく監査請求（以下「本件監査請求」という。）をしたところ、同委員は、同年9月27日、本件監査請求を棄却した。

エ 本件訴訟の提起

原告らは、上記監査結果を不服として、平成8年10月24日、本件訴訟を提起した。

3 主要な争点

（1） 本件訴えの適法性

ア 地方自治法242条2項の適用の有無

イ 同項ただし書きの「正当な理由」の有無

（2） 被告らの不法行為（談合行為）の有無

（3） 損害の有無及びその額

4 争点に関する当事者の主張

（1） 争点（1）ア

について

（被告東芝、被告富士電機の主張）

ア 原告らの本件監査請求の内容は、その主張にかかわらず、客観的にみれば、被告らの談合という共同不法行為により、県が被告事業団に支払う委託料に係る支出負担行為、支出命令及び支出という財務会計行為が違法であることに基づいて発生する実体法上の請求権につき、その行使を怠っていることを理由とするものといわざるを得ないものである。このような監査請求については、上記財務会計行為を観念できるのであるから、上記財務会計行為のあった日又は終わった日を起算点として、地方自治法242条2項の監査請求期間の規定が適用されることになる（最高裁昭和57年（行ツ）第164号同62年2月20日判決民集41巻1号122ページ。以下この判決を「昭和62年判決」という。また、財産の管理を怠る事実のうち、財務会計行為が違法・無効であることに基づいて発生する実体法上の請求権の不行使を「不真正怠る事実」（怠る事実の前提として財務会計行為があるために地方自治法242条2項の監査請求期間の規定が適用されることになる。）といひ、財務会計行為の違法・無効を発生原因としない請求権の不行使を「真正怠る事実」（財務会計行為を観念できないために地方自治法242条2項の監査請求期間の規定の適用を受ける余地がなく、監査請求期間の制限がないことになる。）という。）。

以上を詳述すれば以下のとおりである。

（ア） 地方自治法242条にいう財務会計行為の違法が、財務会計職員において違法な行為をした場合（原告らの主張する内部的違法）に限られるとすべき根拠はなく、財務会計行為が財務会計上の法規範に照らして、客観的に違反する点があれば足りると解すべきである。そして、本件において、仮に、原告らが主張する談合に県が関与していないとしても、県に損害が発生するためには、県が被告東芝らの談合によって結果的に違法に高い委託料を負担し、これを支出したというような違法な財務会計行為の存在が不可欠であるから、本件監査請求は、かかる談合の影響

を受けた違法な財務会計行為を基準として、地方自治法242条2項の適用を受ける不真正怠る事実に関するものというべきである。

この点、原告らは、本件は後記（原告らの主張）ウ記載の事案（最高裁昭和52年（行ツ）第128号同57年7月13日判決民集36巻6号970ページの事案。以下この判決を「昭和57年判決」という。）と同一であり、昭和57年判決により、財務会計行為が適法であっても、県に損害が生じることはあり得るとしている。しかし、昭和57年判決は、本件とは事案を異にするものである。すなわち、昭和57年判決の事案においては、地方公共団体の損害の直接的発生原因は、河川港湾等の汚染ないしヘドロのたい積行為という事実行為であり、その除去に係る「契約締結」行為ではなかったのに対し、本件では、県による違法な本件委託協定の締結やこれに基づく支出等、違法な財務会計行為がなければ県に損害が発生することがなかった事案である（被告東芝の主張）。また、昭和57年判決の事案では、ヘドロ浚渫（しゅんせつ）に関する請負契約には何ら違法がないのに対し、本件においては、本件委託協定の締結及びこれに基づく委託料支払という県の財務会計行為に違法がある（昭和57年判決の事案に即していえば、ヘドロ浚渫（しゅんせつ）に関する請負契約について、不当に高額な代金を支払う旨の約定がなされ、これに基づいて代金の支払がなされた事実関係に相当する。）（被告富士電機の主張）のであって、両者は、事案を異にするというべきである。

（イ） 地方自治法242条2項の趣旨は、監査請求期間を法定し、早期に法的安定を図ろうとする点にある。そうだとすれば、真正怠る事実か、不真正怠る事実かは、原告の主張する法律構成にとらわれることなく、その監査請求の対象とされた内容を客観的にみて、当該怠る事実に係る請求権の発生原因として、財務会計行為の違法性が問題にされざるを得ない場合には、不真正怠る事実にかかわる事案と解すべきである。本件監査請求の対象とされた内容を客観的にみれば、県の違法な財務会計行為の存在を否定し得ないのは前記（ア）のとおりであるから、本件は不真正怠る事実に係る事案である。

（ウ） なお、原告らは、真正怠る事実か、不真正怠る事実かの区別は、地方公共団体の第1次的判断権の行使の有無によると主張する。しかし、地方自治法242条1項は、同項の監査請求をする要件として、地方公共団体による第1次的判断権の行使を要する旨何ら規定していない上、仮に、原告らが主張するように、地方公共団体の第1次判断権の有無により同条2項の適用の有無や監査請求期間の起算日に差異が生じることになれば、同項が、監査請求期間を法定し、早期に法的安定を図ろうとしている趣旨が没却されるから、その主張は妥当でない。

イ 本件で問題とされている財務会計行為は、原告らの主張によれば、遅くとも県から被告事業団に最終の委託料が支払われた平成6年3月29日には終了しているから、それから1年以上経過した平成8年8月5日にされた本件監査請求は、地方自治法242条2項所定の期間経過後になされたもので不適法である。そうすると、本件訴訟は、適法な監査請求を経たものではないから、不適法であり、却下を免れない。

（被告事業団の主張）  
入札談合不法行為は、競争入札の発注者が競争入札の競争価格で請負契約を締結できる権利（以下「発注者コール権」という。）を侵害するものであり、県の権利を侵害するものではない。したがって、県知事が、被告らに対し、入札談合不法行為に基づく損害賠償請求権を行使しないことは地方自治法242条1項の「違法に財産の管理を怠る事実」には該当しないから、本件訴えは不適法であり、却下を免れない。

（原告らの主張）  
原告らは、本件委託協定の締結ないし同協定に基づく委託料に係る財務会計行為の違法を問題としているのではなく、上記財務会計行為とは別個の被告らによる談合の違法（共同不法行為）を問題にしている。すなわち、本件監査請求は、上記談合という共同不法行為に基づいて発生する損害賠償請求権の行使を怠っていることを問題にするものであって、県の財務会計職員による財務会計行為の違法・無効を原因とするものではないから、地方自治法242条2項の適用はない。これを詳述すれば以下のとおりである。

ア 地方自治法242条2項が規定している財務会計行為の違法は、当該行為に外部関係のない客観的違法があることでは足りず、地方公共団体の財務会計職員

が、その義務に反して財務会計上の非違行為を行うなど上記職員による内部的な違法があることを要するというべきである。

本件において、県の財務会計職員は、談合には何ら関与していない上、被告らが談合していたことを知り得なかったから、本件委託協定を締結し、あるいは同協定に基づいて委託料を支払った当該職員に財務会計上の義務違反は認められない。したがって、本件委託協定に基づく委託料に係る財務会計行為は、いずれも適法であって、本件においては、違法な財務会計行為は存在しない。そうすると、本件は、特定の財務会計行為の違法を前提としない場合であり、財務会計行為職員が本件損害賠償請求権を行使しないことは真正怠る事実該当し、地方自治法242条2項の適用はないことになる。

イ 違法・不当な財務会計行為が積極的に行われた場合には、監査請求が当該行為後1年内という期間制限を受ける（地方自治法242条2項）のに対し、怠る事実に関する監査請求の場合に同項の適用を受けないとされているのは、地方公共団体の第1次的判断権の行使の有無による。すなわち、前者、すなわち違法・不当な財務会計行為が積極的に行われた場合には、当該財務会計行為それ自体によって、当該行為を是とする趣旨の地方公共団体の第1次的判断権の行使がなされているから、住民は直ちに監査請求をなし得るのに対し、後者の場合、例えば、地方公共団体が締結した契約が相手方の詐欺によるものであったため、地方公共団体が相手方に対して実体法上の請求権（損害賠償請求権等）を持つに至ったが、上記契約締結に関し、財務会計職員の積極的違法行為がない場合には、まずは当該地方公共団体自身により損害の回復を請求する措置が自律的に採られるべきであるから、当該地方公共団体の機関が上記損害回復請求権を行使しないとする明示又は黙示の判断（地方公共団体の第1次的判断権の行使）があった場合に初めて怠る事実に関する監査請求が許されることによるのである。そして、本件において、県の財務会計職員の積極的な違法行為が存在しないのは上記のとおりであって、県の第1次的判断権の行使はなされていないから、本件監査請求は、真正怠る事実に関する監査請求として、地方自治法242条2項の適用はない。

ウ 本件損害賠償請求権は、被告らの談合という詐欺的な不法行為により県が被った損害の填補を求めるものである。すなわち、工事が完成した時点で、被告事業団の要した費用が、県の被告事業団に対する委託料の支払額を下回った場合には、被告事業団が県に還付を行うことにより精算が行われるところ、原告らは、本件において、被告らの談合により請負工事代金が不当につり上げられなかったならば、上記還付手続により県が受け取ることができたであろう額を県の損害として、その填補を求めているのであって、本件委託協定の締結ないしはこれに基づく委託料の支払等の財務会計行為が違法・無効であることに基いて発生する損害の填補を求めているものではない。

そして、本件において、県に上記損害が生じるためには、その前提として、県と被告事業団との間に、本件委託協定が締結されたこと及び委託料が支払われたことを要するが、それは、損害発生のための契機にすぎず、上記締結や支払が違法であることにはならないから、談合による不法行為と財務会計行為である本件委託協定の締結等の財務会計行為の違法が必然的に結びつく関係にあるとはいえない。

このことは、本来的には、ヘドロを垂れ流した企業（以下「当該企業」という。）が負担すべき費用を静岡県が支出したのは違法であるとして、住民が、同県に代位して、同県知事に対し、上記ヘドロの浚渫（しゅんせつ）工事代金相当額の損害賠償を求めるとともに、当該企業に対し、不法行為に基づく損害の賠償を求めた住民訴訟において、同知事の上記支出をもって、地方財政法違反の違法な財務会計行為とはみず、これを適法とした上で、上記企業をして、同県に対する不法行為者であり、怠る事実の相手方となることを認めた昭和57年判決の趣旨に照らし明らかである。そして、本件は、昭和57年判決と同一の事案であるから、被告らに対する本件損害賠償請求権の行使は、真正怠る事実に関するものというべきである。

エ 昭和62年判決は、不真正怠る事実に関する場合には、原告が財務会計行為の違法を主張せず、単に怠る事実と構成したとしても、地方自治法242条2項が適用される旨判示したが、その不真正怠る事実に関する監査請求というためには、当該財務会計行為に関する監査請求と当該財務会計行為が違法・無効であることに基づく実体法上の請求権の行使を怠る事実を理由とする監査請求が表裏の関係にあることを要するというべきである。換言すれば、昭和62年判決が適用される事案と



は、財務会計職員に財務会計上の義務違反があり、その職務違反行為から発生する賠償請求権の行使を怠っている事案に限られると解すべきである。そして、本件がそのような事案でないことは上記のとおりであり、本件は、昭和62年判決とは事案を異にするから、地方自治法242条2項の適用はない。

(2) 争点(1)イについて

(原告らの主張)

仮に、本件が地方自治法242条2項の適用がある不真正怠る事実に関するものであるとしても、本件には、同項ただし書きの「正当な理由」がある。

すなわち、財務会計行為が違法・無効であることに基づいて発生する実体法上の請求権の不行使をもって、財産の管理を怠る事実とする住民監査請求においては、上記請求権が当該財務会計行為のされた時点においてはまだ発生しておらず、又はこれが行使できない場合には、上記実体法上の請求権が発生し、これを行使することができることになった日を基準として地方自治法242条2項の規定を適用すべきである(最高裁平成6年(行ツ)第206号同9年1月28日判決民集51巻1号287ページ。以下この判決を「平成9年判決」という。)。これを住民訴訟の損害賠償代位請求についてみると、その起算点は、当該地方公共団体の立場を基準として損害賠償請求権の不行使が客観的に不当であるとされる時点、すなわち当該地方公共団体が客観的に不法行為の存在と損害の発生を認識把握できたのにあえて当該損害賠償請求権を行使しないと評価される時点に求めるべきである。本件においては、被告らに対する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。)違反被告事件の第1回公判期日において、被告らが事実関係を認めた平成7年11月10日をもって、上記起算点とすべきであるが、地方公共団体が、談合等の不法行為をした相手方に対し、裁判外の請求をするのに関係刑事事件の公訴提起の日から約8ないし11か月を要している実態にかんがみると、通常の一般住民である原告らが上記第1回公判期日から約9か月後の平成8年8月5日になされた本件監査請求は、相当な期間内になされたといえるから、同請求が地方自治法242条2項の期間制限を徒過してなされたことには、同項ただし書きの「正当な理由」がある。

(被告東芝、被告富士電機の主張)

本件においては、平成6年9月2日に被告事業団発注の下水道電気設備工事について談合が行われていたとの報道がなされたほか、その後も全国の下水道電気設備工事について談合が行われ、これが刑事告発の対象とされる旨の多数の報道がなされた。これに加え、公正取引委員会が、平成7年3月7日に被告東芝らに対する刑事告発をなし、同年7月12日には被告東芝らに対する課徴金納付命令を発出したとの報道がなされたから、原告らとしても、遅くともそのころまでには、県の本件委託協定に基づく委託料の支払等の当否について、疑問を持ち得たはずである。しかるに、原告らが本件監査請求をしたのは、上記課徴金納付命令が発出された時点から既に1年以上経過した平成8年8月5日であったから、地方自治法242条2項の期間制限を徒過したことに「正当な理由」がないのは明らかである。

(3) 争点(2)について

(原告らの主張)

ア 被告事業団が、電気設備工事を受注する資格のある業者として選定してきた13社のうち、被告東芝ら9社(以下「9社」ともいう。)は、従前から被告事業団発注の同工事のほとんどすべてを受注してきた。

イ 9社による談合(以下9社による話し合いを「9社会」ともいう。)は、被告事業団の設立以来、平成元年度までは個別の契約ごとに行われてきたが、平成2年度からは、同一年度内に被告事業団が発注を予定しているすべての電気設備工事の受注予定者を一括して決定するという方式で行われるようになり、公正取引委員会の立入検査が行われた平成5年度末まで継続して行われた。

平成2年度から平成5年度までの談合は、9社によって構成される9社会の会合において、①毎年3月に「談合ルール」を確認し、②毎年6月に新件工事の受注予定者を決定し、③その後、各工事の受注までの間に上記確認事項や決定事項が遵守されるために各種の措置(受注予定者から相指名者に対する入札価格の指示など)を行うというものであった。そして、上記「談合ルール」は、いわゆる継続工事については、被告事業団が従前の受注業者と随意契約により請負契約を締結することに他者は干渉しないこと、9社各社が受注比率を合意により決めること、その比率に基づく受注の割当ての対象となる工事の範囲(新規工事の全部と継続工事の一部)を合意により確定すること等を主な内容としている。

また、被告事業団の工務部次長は、被告事業団が当該年度において発注する予定の電気設備工事全部のリストを、各工事の予定金額とともに9社会の幹事に教示した上、その後に正式な予定価格が決定するとその金額をも教示して、受注予定者が予定価格一杯の価格で落札することを可能にした。その結果、被告事業団発注の電気設備工事に関しては、受注競争が全く排除され、事実上、受注予定者一社だけが契約の相手方となり、しかも受注予定者に対しては予定価格が教示されるため、本来は、競争によって形成されるべき価格の上限を意味する予定価格がほぼそのまま落札価格ないし契約価格とすることが可能となっていた。

ウ 本件請負契約は、被告事業団と被告東芝又は被告富士電機が、平成2年度から平成5年度の間に本件各工事について、継続工事又は新規工事として締結したものである。被告事業団と被告東芝又は被告富士電機は、上記談合ルールにしたがい、被告事業団から9社会に教示された工事内容と予定価格を前提にした上で、継続工事については随意契約により、新規工事については指名競争入札によって本件請負契約を締結した。

このうち、指名競争入札による場合について、被告東芝らの9社の談合担当者と被告事業団の工務部次長が、共同して談合を行い、本件請負契約にかかる自由競争を排除し、契約価格を予定価格の限度一杯まで誘導するという不法行為を行ったことは明らかである。

また、随意契約による場合についても、そもそも被告事業団が工事を発注するには、指名競争入札を行うことが原則であることに反する上、本件では、見積りすら行わず、談合により被告東芝らの希望どおり既設業者との間で随意契約による発注をしていたものであって、既設物件の工事を施工した者が、継続工事を受注することの便宜等を考慮に入れても、本件請負契約に係る電気設備工事の受注について、他の会社との公正な競争によって受注価格が低下することを防いで、受注業者の利益を図るという目的でなされたものである。そして、このようなことは、被告事業団における内規の趣旨に反し、随意契約に関する裁量の限界を超えるものともいえるから、本件下水道建設工事の委託者である県との関係においては、社会通念上許容し難い違法行為である。

したがって、被告らは、民法715条に基づいて、県に対し、被告東芝、被告富士電機の担当者及び被告事業団の工務部次長の共同不法行為について、それぞれ使用者としての責任を負う。

(被告らに共通の主張)

ア 本件請負契約が被告らの談合に基づいて締結されたとする直接証拠はない。この点、原告らは、被告らに対する独占禁止法違反被告事件における事実認定及び公正取引委員会の課徴金納付命令がなされた事実から、本件において、本件請負契約について、被告らの間で談合が行われた結果、自由競争が排除され、被告事業団と被告東芝ら受注メーカーとの間で締結された本件請負契約の代金が不当につり上げられたと断じている。しかし、上記刑事事件や公正取引委員会による課徴金納付命令においては、一定の取引分野における競争制限的な合意（一般抽象的なルール）の存否が認定されるにすぎず、個別の談合行為の有無が問題にされるわけではないから、これをもって、本件請負契約

の締結に際し、被告事業団と被告東芝らとの間に個別の談合があったと認定することはできない。また、上記合意は、指名競争入札方式による電気設備工事を対象とするものであり、少なくとも、随意契約方式による受発注についても談合があったと推認することは許されない。

イ 本件請負契約のうち、特に随意契約により締結された7件は、被告事業団が既設置施設との接続の問題、保安対応等の要請により、既設置施設受注事業者以外の事業者は、技術的安定性等の制約上受注が極めて困難であるとの合理的判断に基づいて、指名競争入札ではなく、随意契約によることを自ら選択したものであって、被告東芝らはこれに何ら関与しておらず、これについて談合ということはあり得ない。また、新規工事として指名競争入札が行われた他の工事でも既設の設備との密接な関連性等から、実質的には継続工事と評すべきものであり、本件工事を被告富士電機又は被告東芝以外の会社が受注することは事実上不可能であったから、原告ら主張の談合により、本件請負契約が代金が不当につり上げられた事実はない。

ウ また、原告らは、本件請負契約を随意契約としたこと自体が不法行為に当たると主張する。しかし、原告らが競争入札の原則の論拠とする被告事業団の会計規程は、被告事業団内部における事務処理要領にすぎず、これをもって被告事業団が県に対し、本件各請負契約について、(指名)競争入札を実施する義務を負うとはい



えないし、随意契約によることが全く許されないわけではないにもかかわらず、原告らは、なぜ本件において随意契約によることが許されない場合に該当するかについて何ら主張、立証していないから、この主張は失当である。

（被告事業団独自の主張）

入札談合不法行為は、独占禁止法3条違反の入札談合違法行為（同条が規律する競争価格でいりふだすべき法律上の義務に違反し、競争入札参加者において、落札予定者を決定するとともに、落札予定者が落札して受注できるような価格で入札することを合意し、競争入札発注工事に係る取引分野を実質的に制限すること）と、これに連結した民法709条該当の談合価格いりふだ実行不法行為（上記合意に基づいて、実際に談合価格を記入したいりふだを入札すること）を構成要件としており、いずれにしても、競争入札によらない、随意契約による発注工事については、そもそも実行不法行為を観念できない。

（4） 争

点（3）について

（原告らの主張）

被告らの上記不法行為が存在せず、被告事業団発注の本件請負契約が公正な競争に基づいて行われていたならば、本件請負契約の契約価格は少なくとも20パーセントは低下したはずであり、県は、被告事業団から上記額に相当する精算金の還付を受け取ることができた関係にある。したがって、県は、被告らの談合という共同不法行為により、上記精算金の還付額の減少分に相当する3億7826万1320円の損害を被った。

また、県は、本件訴訟を通じて被告らから上記損害の填補を受けた場合には、原告ら訴訟代理人である弁護士らに対し報酬を支払う義務を負担することになるところ、上記報酬額は上記損害額の10パーセントに当たる3782万6132円が相当である。

よって、県は、被告らに対し、合計4億1608万7452円の損害賠償請求権を有している。

（被告東芝の主張）

ア 本件委託協定11条に基づく精算は、同協定に基づいて県が被告事業団に納入した金額の合計額が、被告事業団が被告東芝ら外注業者に対し、実際に支払った請負金額の合計額を上回った場合に行われるものであって、被告事業団には、適正な競争を経た上で契約が締結されたとすれば低減された分との差額を精算すべき義務はないから、原告らが主張する損害は発生し得ない。

また、仮に、原告らが主張するように、県と被告事業団の間の本件委託協定の締結及びこれに基づく委託料の支払が完全に適法とすれば、原告ら主張の談合が行われていたとしても、これをもって県が不当な損害を被ったなどと観念することはできず、県に損害が発生することはあり得ない。

イ 本件における県の損害が、その「性質上その額を立証することが極めて困難であるとき」に当たるとして、本件に民法248条を適用して損害額を算定することは証拠法則に反し許されない。

（被告富士電機の主張）

本件委託協定に基づく各委託料は、本件請負契約に基づく各請負代金とは別個に定められるため、仮に、被告らの談合により上記請負代金が不当につり上げられたとしても、その影響を受けることはないし、県は、上記請負代金に容喙（ようかい）することはできないから、上記談合と県の損害との間に因果関係はない。

また、精算金の還付は、県が本件委託協定に基づいて被告事業団に支払った委託料が、被告事業団が同協定に基づいて、被告東芝ら受注業者に対して支払った本件請負契約代金を含む下水道施設の建設工事総代金額を上回る場合に行われるものであるところ、本件においては、本件請負契約以外の工事の請負代金が明らかでないから、仮に、被告らの談合により本件請負代金が不当につり上げられたとしても、県が精算金の還付を受けられる関係にあったとはいえないから、県に損害があるとはいえない。

（被告事業団の主張）

ア 原告らが主張する入札談合不法行為は、発注者コール権を侵害するものであって、県の利益を侵害するものではないから、それによって発生する損害は県の損害ではない。

イ 上記被告東芝の主張ア及び上記被告富士電機の主張に同じ。

第3 争点に対する判断

1 争点(1) ア (地方自治法242条2項の適用の有無)について

(1) 地方自治法242条2項本文の趣旨

ア 地方自治法242条1項は、違法若しくは不当な公金の支出、財産の取得、管理若しくは処分、契約の締結若しくは履行若しくは債務その他の義務の負担(同項は、これらを一括して「当該行為」と呼称しているが、以下では、この「当該行為」と同じ意味で「財務会計行為」ともいう。)があると認めるとき、又は違法若しくは不当に公金の賦課若しくは徴収若しくは財産の管理を怠る事実(同項は、これらを一括して「怠る事実」と呼称している。)があると認めるときは、普通地方公共団体の住民は、監査委員に対して監査請求することができるものと定めている。そして、同条2項本文は、当該行為があった日又は終わった日から1年を経過したときは、監査請求できないものと定めている。その趣旨は、地方公共団体において、財務会計上の法規範に反する違法な積極的財務会計行為がなされた場合であっても、当該地方公共団体の住民が、その個人の権利義務にかかわりなく、住民であるというだけの資格において、いつまでも当該行為の効力を争うことができたこと、当該行為をした地方公共団体の職員の追及をすることができるようにしておくことは、法的安定性の見地からみて妥当ではないので、住民による監査請求について、期間制限を設けたものと解される。

イ そして、地方自治法242条2項本文の監査請求期間の制限は、その文理に照らし、当該行為があった場合に適用され、怠る事実があった場合には原則として適用されないものと解される(最高裁昭和52年(行ツ)第84号同53年6月23日判決判例時報897号54ページ)。

しかし、違法又は不当な財務会計行為に係る損害賠償請求権又は不当利得返還請求権も金銭債権であり、地方自治法240条に規定する債権に該当するから、形式的には、このような請求権を有する普通地方公共団体がこれを行行使しないことは「財産の管理を怠る」こととなる。そして、この場合に、監査請求人が、監査の対象を当該行為が違法・不当であると主張して、その是正を求めた場合には、地方自治法242条2項の規定により、当該行為があった日又は終わった日から1年を経過した後になされた監査請求は不適法とされ、当該行為の違法を是正するなどの措置を請求することができないにもかかわらず、当該行為が違法・無効であることに基づいて発生する実体法上の請求権の行使を怠る事実として構成して主張することにより、同条項の定める監査請求期間の制限を受けずに当該行為の違法を是正するなどの措置を請求しうるものとするれば、同条項の規定により監査請求に期間制限を設けた趣旨が没却されることになる。そこで、地方公共団体の住民が、当該地方公共団体において違法に財産の管理を怠る事実があるとして監査請求した場合に、上記監査請求が特定の積極的財務会計行為を違法であるとして、当該行為が違法・無効であることに基づいて発生する実体法上の請求権の不行使をもって財産管理を怠る事実(不真正怠る事実)としているものであるときは、当該監査請求については、上記怠る事実に係る請求権の発生原因たる当該行為のあった日又は終わった日を基準として同条項が適用されると解される(昭和62年判決)。

(2) 地方自治法242条2項本文が適用される不真正怠る事実(昭和62年判決の射程)について

ア 前判示した地方自治法242条2項及び昭和62年判決の趣旨によれば、監査請求人が怠る事実の対象として主張する実体法上の請求権が、監査請求人の具体的な主張の有無にかかわらず、上記実体法上の請求権の請求原因事実として、法的に何らかの違法・無効な財務会計行為の存在を觀念せざるを得ない場合には、不真正怠る事実の監査請求として、監査請求期間について、その財務会計行為を基準に地方自治法242条2項の期間制限に服すると解するのが相当である。

なぜなら、同項は、前判示のとおり、財務会計職員が故意に違法な積極的財務会計行為を行い、地方公共団体に損害を与えた場合でさえ、当該財務会計行為のあった日又は終わった

日を基準にして監査請求期間を制限し、法的安定を図ろうとしていること、監査請求人は、流出した財産の転得者等、当該財務会計行為の直接の相手方でない者への請求権の行使を含めて、違法又は不当な財務会計行為を是正し、地方公共団体の被った損害を填補するために必要な措置を請求することができるとされており(地方自治法242条1項)、上記財務会計行為の法的安定性は、当該行為を行った財務会計職員のみならず、当該行為の相手方を含めて問題となるものであることに照らすと、同法242条2項は、監査請求人が主張する実体法上の請求権が、その具体

的な主張の有無にかかわらず、請求原因事実として、法的に財務会計行為が違法・無効であることを前提とせざるを得ない場合には、当該行為に係る監査請求として当該行為のあった日又は終わった日を基準に監査請求期間の制限に服さしめ、早期の法的安定を図る趣旨であるといわざるを得ないからである。

また、住民監査請求は、地方公共団体の監査委員に住民の請求に係る財務会計行為又は怠る事実について、一次的に監査の機会を与え、監査委員による勧告等の是正措置を通じ、地方公共団体の自治的・内部的処理によってその違法・不当を予防、是正させる制度であるから、監査委員は、監査の対象となる財務会計行為又は怠る事実が特定されている限り、その範囲内において、監査請求人の求める具体的な措置内容に拘束されないことはもちろん、同人が主張する法的構成や相手方にもとらわれることなく、地方財政の健全な運営という観点から、幅広く必要かつ相応な措置を選択した上で、それを講ずることができるものとされ、またそのような運用が期待されているものと解される。このような点に照らすと、監査請求人が、実体法上の請求権の行使を怠ることが違法・不当であると主張して監査請求した場合であっても、その具体的な主張にかかわらず、その請求原因として、法的に違法・無効な財務会計行為のあることを前提とせざるを得ない場合には、これを監査の対象とすることは可能であるし、また、そのような運用が期待されているというべきである。

イ これに対し、原告らは、昭和62年判決の射程に関し、不真正怠る事実というためには、当該財務会計行為に関する監査請求と当該財務会計行為が違法・無効であることに基づく実体法上の請求権の行使を怠る事実を理由とする監査請求が表裏の関係にあるこ

とを要すると主張している。しかし、表裏の関係とは何か不明確であると言わざるを得ず、前判示の判断基準と異なるのであれば、採用できない。

また、原告らは、真正怠る事実か、不真正怠る事実かの区別は、地方公共団体の第1次的判断権の有無、すなわち、財務会計職員の違法な積極的財務会計行為の有無によると主張している。しかし、地方自治体の第1次的判断権を問題にする点には、余りに文理に反するものといわざるを得ないし、両者の区別は、財務会計職員の違法な積極的財務会計行為の有無ではなく、監査請求人が主張する実体法上の請求権が法的に違法・無効な財務会計行為を前提とせざるを得ないか否かにより決すべきであるのは前判示のとおりであるから、採用しない。

さらに、原告らは、監査請求人の具体的主張を基準にして、同人が怠る事実と構成している場合には、真正怠る事実とすべきであるとも主張している。しかし、この見解によれば、監査請求人が監査措置請求の構成や具体的主張を変えることにより、監査請求期間の制限を設けた趣旨を没却するおそれがあるから、採用できない。

(3) 以上を前提に本件を検討する。

ア 証拠(甲1, 2)によれば、本件監査請求は、県監査委員により、その趣旨を「被告東芝ら9社及び被告事業団は、談合という共同不法行為を通じて契約金額を不法に決定し(競争が確保された場合の金額と比べれば、結果的にその金額はつり上げられたこととなる。)、これにより、工事委託者として最終的にこの契約代金を負担した県に対し損害を与えたが、県知事は、県が上記不法行為者に対して有する損害賠償請求権を行使して県の被った損害を填補する措置を講ずる責任があるのにこれを怠っているので、監査委員が県知事に対しこの措置を講ずべきことを勧告することを求める」ものとされた上、監査対象事項を「(1) 県が平成2年度から平成5年度までの間に被告事業団に委託して実施した、宍道湖東部浄化センター電気設備工事その10等11件の工事において、9社による独占禁止法の違反行為が行われたことによる県の損害額、(2) 県知事が損害を填補する措置を講じていないことにより生じる違法若しくは不当に財産の管理を怠る事実」とされたものであることが認められる。したがって、上記監査委員によって特定された監査請求の趣旨の内容自体からすると、本件監査請求における原告ら監査請求人の具体的主張は、県に

おいて違法に財産の管理を怠る事実があるものとしてなされたものであり、県知事その他財務会計職員の特定の財務会計上の積極的行為が違法であるとして、当該行為が違法・無効であることに基づいて発生する実体法上の請求権の不行使をもって、財産管理を怠る事実としているものではないといえることができる。

イ しかし、不真正怠る事実であるか、真正怠る事実であるかは、前判示のとおり、監査請求人の具体的な主張の有無にかかわらず、監査請求人が怠る事実の対象

として主張する実体法上の請求権が、その請求原因事実として、法的に違法・無効な財務会計行為を前提とせざるを得ないか否かにより決すべきであるから、さらに本件監査請求がこれに当たるか検討する。

(ア) 原告らは、本件において、損害賠償請求権の発生原因として、被告東芝らによる談合という不法行為を主張している。原告らの主張を前提にしても、県の損害は、上記談合行為自体によって生じるものではなく、被告事業団と被告東芝ら請負業者との間で、談合により不当につり上げられた代金額で本件請負契約が締結されるとともに、県が本件委託協定に基づいて、被告事業団に対し委託料を支払うことを必須の条件として、談合によって不当につり上げられた請負代金額が実質的に県の負担に帰せしめられることによって、初めて県に損害が生じる関係にあるといわざるを得ない。したがって、原告らの主張する実体法上の請求権が、その具体的主張にかかわらず、上記損害との関係で、法的に違法・無効な本件委託協定の締結等の財務会計行為の存在を前提とせざるを得ないのであれば、地方自治法242条2項の適用があるということになる。

(イ) そこで、検討するに、まず、地方自治法242条の違法とは、当該財務会計行為が、地方自治法2条14項、地方財政法4条を初めとする財務会計上の法規範に客観的に違反することをいい、当該財務会計職員の職務上の義務違反行為を要しないし、当該財務会計職員の主観的事情に左右されないものと解すべきである。なぜなら、仮に、同条の違法といえるためには、当該財務会計職員の職務上の義務違反行為が必要であるとすれば、地方自治法公共団体の財政を健全ならしめるという住民監査請求の機能を制限することになりかねないからである。

(ウ) 次に、前記前提となる事実、証拠(乙ハ1の1ないし8、31の1ないし8)及び弁論の全趣旨によれば、本件各工事に関する事実経過として次の事実が認められる。

a 上記第2の2(2)ア(ア)ないし(ク)各a記載のとおり、県と被告事業団との間で本件委託協定が締結された。本件各工事の委託料は、本件委託協定に基づいて、それぞれ定められたが、これはあくまでも本件電気設備工事を含む本件各工事全体に係るものである。また、本件委託協定においては、物価の変動等により上記金額では建設工事を完成することが困難であると認めるときは、県と被告事業団とが協議して、上記金額を変更し、又は建設工事の委託の対象若しくはその内容を変更するために、本件各委託協定を変更することができるものとされており、本件委託協定の中には、同ア(ア)ないし(ウ)、(キ)各a記載のとおり、委託料が変更されたものがあつた。また、本件各工事の施工に要する費用のうち、国庫補助対象額に係る資金計画については、県と被告事業団が協議して定め、所要金額を被告事業団に前金払いするものとされ、上記費用のうち、県の債務負担行為額に係る資金計画及び支払方法等に係るものについては別に協議して定めるものとされていた。被告事業団は、建設工事に関し建設業者と工事請負契約を締結したときは速やかに県にその概要を通知するものとされた。さらに、被告事業団は、本件各電気設備工事を含む本件各工事が完了したときは、本件各工事費用の精算を行うものとされ、精算の結果生じた納入済額と精算額の差額を県に還付するものとされた。上記精算は、本件電気設備工事について行われるものではなく、本件各委託協定に基づいて県が委託した本件各工事全体の納入済額の合計額よりも、被告事業団が本件各工事の施工のために外注した請負金額の合計額が低額になったときに行われるものである(本件各委託協定11条)。

b 被告事業団は、上記第2の2(2)イ記載のとおり、本件請負契約を締結した上で、各請負代金を被告東芝又は被告富士電機に支払った。

c 県は、本件委託協定に基づいて、被告事業団に対し、上記第2の2(2)ア

(ア)ないし(ク)各b記載のとおり、委託料を支払った。

d 被告事業団は、本件各工事について、精算を行ったが、同工事については、いずれも県の納入済額と精算額とは一致しており、県に対する還付金額は0円であつた。

(エ) そこで、上記事実経過のうち、まず、本件委託協定の締結という財務会計行為が、財務会計上の法規範に客観的に反し、違法であるといえるかにつき検討する(なお、被告事業団は、本件において、県の財務会計行為に違法・無効はなく、適法であることを自認している)。

仮に、原告らが主張するように、被告東芝ら9社が毎年6月ころ、9社会において、当該年度に全国で発注される被告事業団発注の工事をあらかじめ決められた受

注シエアに従って割り振り、受注予定業者を決定していたとしても、このような受注調整によって、当然に県が本件各工事について最終的に負担する委託料の金額が決まるとはいえない。すなわち、後記3(1)ウ(ア)のとおり、県が本件委託協定に基づいて負担する委託料は、同協定締結時に確定額として具体的に決定されているが、同協定11条により、本件各工事に関する県の納入済額(これには本件で問題となっている電気設備工事のほか土木建築工事等の代金も含まれる。)の合計額が、被告事業団が全受注事業者に支払った請負代金の合計額を上回った場合には、被告事業団によって精算が行われることが予定されており、本件各工事について県が実質的に負担する最終的な金額はこの精算によって初めて確定されるものと認められる。したがって、少なくとも、9社間において個別的な談合が行われ、これに基づいて本件請負契約が締結される前の段階においては、県が実質的に負担すべき最終的な金額が明確になっているとは到底いえず、地方自治法2条14項、地方財政法4条の財務会計上の法規範に違反しているとはいえないから、その段階になされた財務会計行為を違法と評価することはできない。また、ある時点で違法でなかった行為が事後的な事情により遡及的に違法になることはあり得ないというべきである。そして、本件委託協定が、被告らによる個別的な談合行為後に締結されたことと認めるに足りる的確な証拠はない上、本件委託協定が違法性を帯びるのは、同協定の締結後に、これとは別個に、被告らの談合に基づいて被告事業団と被告東芝らとの間で本件各請負契約が締結された(なお、上記談合に県が関与したという主張はないし、これを認めるに足りる証拠はない。)点にあると考えられることに照らすと、本件委託協定の各締結行為が違法な財務会計行為であるとはいえない。

次に、本件委託協定に基づいてなされた支出命令及び支出自体は、財務会計行為として監査請求の対象になりうるものであるが、県は同協定に基づき委託料の支払義務を負っているから、同協定が公序良俗違反(民法90条)など私法上無効な場合に初めて上記支出に関する財務会計行為が違法になり得るにすぎないというべきである。そして、本件において、県が、原告らの主張する談合に関与したと認める証拠はなく、県と被告事業団との本件委託協定が公序良俗に反し、私法上無効であるということとはできないから、同協定に基づく支出命令及び支出を違法ということとはできない。

これに対し、被告東芝及び被告富士電機は、県に損害が発生するためには、被告事業団と被告東芝ら請負業者との間で、談合により不当につり上げられた代金額で本件請負契約が締結され、県が本件委託協定に基づいて、被告事業団に対し不当に高い委託料を支払うことが必要であり、違法な財務会計行為の存在を前提にせざるを得ないから、不真正怠る事実であると主張する。なるほど、原告らが主張する実体法上の請求権について、県の損害が発生するには、本件委託協定の締結とこれに基づく委託料の支出が不可欠であるが、それは、県の損害が発生させる契機にすぎず、このような関係にあることをもって、これら財務会計行為が当然に違法・無効であるということとはできないし、本件において想定される財務会計行為が違法・無効であると認めることができないのは前判示のとおりである(なお、原告らの主張によれば、県の損害は、仮に被告らの談合による本件請負契約代金の不当なつり上げがなかったとしたならば、県が被告事業団から受けることができたであろう精算(還付)金の減少であり、本件でこれが認められるか否かは後記本案の問題であるが、理論的には被告東芝及び被告富士電機が主張するような違法・無効な財務会計行為を前提にしないでも上記損害が発生することは可能であると考えられる。)から、この主張は、採用できない。その意味で、本件監査請求は、窃盗や横領により、公有財産を侵害されたことに基づく損害賠償請求権の行使を怠っていることを理由とする監査請求と実質的に同視できるものというべきである。

(オ) 結局、本件において、原告らが主張する実体法上の請求権について、県の損害が発生するには、本件委託協定の締結とこれに基づく委託料の支出が不可欠であるものの、これら財務会計行為が違法・無効であるということとはできないから、本件監査請求が昭和62年判決の不真正怠る事実に関するものということとはできない。したがって、本件は、地方自治法242条2項の監査請求期間の制限を受けない事案であるというべきであるから、本件監査請求は、争点(1)イの点を判断するまでもなく適法であって、それを前提にしている本件訴えも適法である。

なお、被告事業団は、被告らの談合行為により県の権利を侵害されることはなく、県知事が、被告らに対し、入札談合不法行為に基づく損害賠償請求権を行使しないことは地方自治法242条1項の「違法に財産の管理を怠る事実」には該当し

ないから、本件訴えは不適法であると主張するが、不法行為により権利侵害がなされるか否かは本案の問題であって、訴訟要件の問題ではないというべきであるから、主張自体失当である。

2 争点(2)(被告らの不法行為(談合行為)の有無)について

(1) 証拠(甲10の1ないし3, 11ないし13, 25ないし27, 37ないし39, 41ないし54, 66ないし70, 乙ハ7, 19。ただし、後記認定に反する部分を除く。)及び弁論の全趣旨によれば、以下の事実が認められる。

ア 被告事業団による契約締結の仕組み

被告事業団の会計規程によれば、請負契約を締結する場合、原則として競争入札の方式によるものとしており、そのうち、契約の性質又は目的により競争に加わるべき者が少数である場合や一般入札に付することが不利な場合、あるいは事業運営上特に必要がある場合には指名競争入札に付するとしている(同規程55条)。被告事業団においては、契約締結に際して予定価格を設定し(同規程56条)、競争入札に付する場合には、その予定価格の範囲内で最低価格によって入札した者と契約するが、予定価格が1000万円を超える工事請負契約などの高額な契約について、契約内容に適合した履行がなされないと認められるおそれがある場合には、次順位の者と契約することができる(同規程58条)。また、契約の性質又は目的が競争を許さないとき、緊急の必要により競争に付することができないとき及び競争に付することが不利と認められるときには随意契約によるものとし、さらに、予定価格が少額のとき、その他事業運営上必要があるときには随意契約によることができるとされている(同規程55条)。

イ 被告事業団発注の電気設備工事の受注を巡る状況

本件電気設備工事を行う電気設備工事の業界においては、株式会社日立製作所、被告東芝、三菱電機株式会社、被告富士電機、株式会社明電舎の5社が業界大手とされており(以下「大手5社」という。)、これに続いて、株式会社安川電機製作所、日新電機株式会社、神鋼電機株式会社、株式会社高岳製作所が中堅とされており(以下「中堅4社」といい、前記9社はこれらを併せたものである。)、地方公共団体の委託に係る被告事業団発注の電気設備工事のほとんどを受注していた。

また、被告事業団が発注する電気設備工事は、大別して受容変電設備工事、水処理動力電気設備工事等に分けられるところ、大手5社はこれらすべてを完成させることができるだけの技術力を有していたが、中堅4社においては一部受注できない工事が存在するなど、その工事能力・受注能力には相当な格差があった。

電気設備工事に関しては、電気設備そのものについては工事業者によって差異ができることはさほどないものの、それを作動させるシステムに関しては、各業者によって設計や技術が大きく異なるため、業者間における互換性がなく、新規工事の業者と異なる業者が継続工事を行うと、不都合を生じ電気事故につながるおそれもあり、その場合の責任の所在が分からないという難点があった。そこで、電気設備工事に関しては、原則として、新規工事を請け負った業者が継続工事を行うこととされ、継続工事については随意契約の方式により行うこととされていた(いわゆる同一機場1メーカーの原則)。

被告事業団発注の新規電気設備工事については、指名競争入札の形式がとられていたものの、業者間の話合いにより受注予定者をあらかじめ決定し、その業者が落札できるよう指名業者間で調整を行った上で、入札が行われていた。そして、受注予定者を決定するに当たっては、当該地方公共団体の意向が重要視されており、各社は地方公共団体に対する営業活動に特に力を注いでいた。また、各社においては、これら営業活動を行う営業部門のほかに調査部門と呼ばれる部門が存在し、具体的にどの工事を受注するかという業者間の話合い(9社会)は、調査部門の担当者間で行われており、各社の担当者は、毎年9社の持ち回りで幹事・副幹事を務め、被告事業団との窓口の役割を果たしていた。

他方、被告事業団は、発注地方公共団体の意向を上記幹事らに伝え、落札予定者を決めるための便宜に供していたが、9社会で決めた受注予定業者と発注地方公共団体の意向が異なることがあり、まれに被告事業団が後記意向を受け、受注予定者の変更を求めて再調整を要請することがあった。

ウ 受注シェアの均等化による方法への移行

(ア) 昭和63年ごろから、発注地方公共団体からいったん出された意向が突然変更になり、受注予定の業者が受注できない自体がしばしば起こるようになった。そこで、9社は、平成2年ごろ、被告事業団が発注する本件各工事の受注を調整



し、9社会の各社がそれぞれ一定の比率（以下「シェア枠」という。）で安定して受注できるよう一般的なルールとしての明確な運用手順（以下「本件運用手順」という。）を取り決めて、受注調整することを合意した。

その具体的内容の要点は以下のとおりである。

a 被告事業団が発注する本件各工事を新規物件（新規発注工事。以下「①物件」という。）、継続新規物件（既設物件の竣工から3年以上経過した後に発注される継続工事。以下「②物件」という。）、事業団新規物件（地方公共団体発注工事の継続工事を事業団が受託して新規発注する工事。以下「③物件」という。）、継続新規物件・事業団新規物件以外の継続物件（既設物件の竣工から発注までの期間が3年未満の物件。以下「④物件」という。）に区分し、このうち、被告事業団が指名競争入札の方法により発注する。①物件、②物件、③物件をシェア枠による受注調整の対象とする。

b シェア枠は、大手5社全体で80パーセント、中堅4社全体で20パーセントとし、大手5社は各社16パーセントずつのシェアとする。

c 各社は、自らのシェア枠から受注予定の②物件、③物件の工事予算金額の合計を差し引いた残りの額を①物件の取り分額とし、各社はその取り分額の範囲内で①物件を選択し、その物件の受注予定社となる。これは②物件、③物件については指名競争入札の方法が取られていたものの、④物件同様、既設業者が受注することとし、ほかの会社はこれに干渉しないことになっていたためである。

（イ）その後、本件運用手順は、平成5年度ころまで、毎年会計年度末の3月ころに見直してこれを改訂し、新年度から実施することが了解事項となっていた。

平成3年度からは、④物件がさらに平成2年度以降の新規扱い物件の継続工事（以下「新④物件」という。）とそれ以外の継続工事（以下「⑤物件」という。）

とに区分されるとともに、新たに9社以外の会社へ振り向ける工事（以下「⑥物件」という。）が区分され、新④物件は9社会における

シェア枠の対象とされることになり、②物件、③物件、新④物件は既設社の担当案件とし、取り分の枠（額）とするなどとされた。また、同年度から、9社の担当者が一堂に会して受注予定者を決める会議（ドラフト会議）を開くことになった。継続工事については、前年度同様、既設業者が受注予定者となることとされた。

平成4年度からは、中堅4社の強い要望により、大手5社と中堅4社のシェアの割合が、それまでの80パーセント対20パーセントから75パーセント対25パーセントに変更されたほか、新たに担当者確定済みの延期工事（①物件、②物件、③物件の延期工事。以下「⑦物件」という。）が区分されたが、継続工事分の扱いに変更はなかった。

その後、平成4年度補正予算を財源として追加発注が行われることになった。9社間の協議の結果、上記追加発注分は、平成5年度発注物件の先取りとして処理する、平成元年度の発注の電気設備工事の受注高が、同年度のシェア枠を満たすに至らなかった会社については、その不足分を填補することとし、平成4年度の追加発注分を含む今後の発注物件の受注調整の際、要填補額を考慮するなどを内容とする平成5年度の運用手順の合意がなされたが、継続工事分の扱いに変更はなかった。

（ウ）他方、被告事業団は、9社会の求めに応じ、工事の分担を行わせるため、当該年度に被告事業団が発注する予定の工事の内容及び予定金額（積算を行う以前の概算額であって、予定価格そのものではない。）等が記載された平成2年度新規発注工事の一覧表を交付し、それ以後、毎年6月ころに開催される日本下水道施設業協会における被告事業団発注の物件の説明会のころまでに、各年度の新規発注工事に関する同様の一覧表を9社会の幹事に提供した（なお、平成4、5年度分の予定金額は口頭で被告事業団から9社会の幹事に伝えられた。）。

（エ）9社は、被告事業団から教示を受けた工事内容、予定金額等を基に、本件運用手順に従い、平成2年度から平成5年度ころまで、9社会において毎年6月ころまでに受注調整を行い、受注予定者を決定していた。また、受注予定者は、入札前に被告事業団の工務部次長等から暗に予定価格の示唆を受け、他社に対し、自社の入札価格より高額で入札するよう連絡するなどしていた。その結果、9社においては、上記のとおり、決定された受注予定者以外の会社が落札したことはなかった。

（2）ア 以上の事実によれば、被告事業団並びに被告東芝及び被告富士電機を含む9社は、平成2年度ころから平成5年度ころまでの間に、被告事業団において、当該年度に発注する予定の本件各工事を含む下水道施設建設関連工事の内容や予定

金額等の情報を9社会に提供し、他方、9社においては、9社会における本件運用手順の合意に基づいて、入札に係る工事については、受注予定者とされる9社会の1社が確実に落札できるように、また、継続工事については、既設物件の竣工から3年以上経過した後に発注されたものかどうかを問わず、既設物件の工事をした9社会の1社が9社会の他社と競争することなく確実に契約を締結できるように、それぞれ受注調整していたものと認められる。

そのような状況下で被告事業団と被告東芝及び被告富士電機は、平成2年度から平成5年度までの間に、上記第2の2(2)イ記載のとおり、本件各電気設備工事について、本件請負契約を締結していたことに照らすと、同契約は、被告事業団が提供した工事内容や予定金額等の情報を基礎に、本件運用手順に従って受注調整をするという9社会の合意内容に基づいて、被告東芝及び被告富士電機を含む9社会が談合した上で締結されたものと推認することができる。

イ これに対し、被告らは、本件請負契約が談合により締結されたとする直接証拠はなく、原告らが書証として提出した独占禁止法違反の刑事事件においては、個別の契約に関する談合が判断の対象とされているのではないから、本件請負契約について、被告らが談合を行っていたと推断することはできないと主張している。

しかし、独占禁止法3条違反の事実(受注調整に関する基本的ルールの合意)と個別の談合行為は厳密には別個であるけれども、特段の事情のない限り、受注調整に従って談合を行うことが予定されていることに照らすと、前者の事実から後者の事実を推認することも十分可能である。さらに、本件において、平成2年度から平成5年度にかけて、各同年度中に被告事業団から発注される下水道施設工事について、9社会において、受注調整が行われたこと、受注予定者は被告事業団から暗に予定価格の示唆を受け、他社に自社の入札価格より高額で入札するよう連絡するななどの結果、9社においては、上記受注調整により決定された受注予定者以外の者が落札したことはなかったこと、継続工事については、既設物件の竣工から3年以上経過した後に発注されたものかどうかを問わず、既設物件の工事をした9社会の1社が請け負うこととされていたことを優に認定できるのは前判示のとおりである上、9社間においては、少なくとも平成2年度から平成5年度まで前判示の本件運用手順を定めた上で受注調整を繰り返しており、本件電気設備工事において談合がなかったと考えることはかえって不自然であることにかんがみれば、本件請負契約は談合によるものということができる。

(3) 被告らの責任について

ア 被告東芝及び被告富士電機の責任

(ア) 以上のとおり、被告東芝又は被告富士電機は、9社会において、その担当者をして談合を行わせ、被告事業団と本件各請負契約を締結した。このうち、まず、指名競争入札によりなされたものについては、上記談合は、指名競争入札制度を逸脱してその意味を失わせるとともに、県が下水道施設の建設を被告事業団に委託した目的(なるべく高品質の下水道施設をなるべく低い費用で取得すること)を没却することに照らすと、県に対する関係では民法715条の不法行為に該当するということができる。

これに対し、被告らは、継続新規工事として指名競争入札が行われた本件電気設備工事は、既設設備・施設との密接な関連性から、既設業社である被告東芝又は被告富士電機以外の会社が受注することは事実上不可能であり、談合により本件請負契約代金が不当につり上げられたことはないと主張する。

この点、被告事業団が昭和63年ころまで、電気設備工事の継続工事については、各社間において作動システムの設計や技術に差異があったため、原則として、新規工事を請け負った業者が継続工事を行うこととされ(同一機場1メーカーの原則)、随意契約の方式により行うこととされていたことは前判示のとおりである。しかし、証拠(甲66、67)によれば、被告事業団は、継続工事のうち、既設物件の竣工から3年以上経過した継続工事(上記②物件)については、3年以上経過すれば、技術革新が相当進むことから既設業者でなくとも問題がないとして、平成元年度以降、指名競争入札によるものとし(この限度で、被告事業団の昭和60年4月2日決定の『「継続工事」等に係る随意契約の取扱いについて』(乙ハ33)は変更されたものと解される。)、また、事業団新規物件(上記③物件)についても、被告事業団が地方公共団体から委託を受けると新たに設計をし直すため新規工事と何ら変わりがないので、指名競争入札としていたことが認められるから、②物件及び③物件について、既設業者でなければ受注することが事実上不可能であるなどとはいえない。また、被告事業団において、上記

理由により、指名競争入札の方式を選択した以上、①物件、②物件、③物件について、談合により自由競争を排除して契約を締結することは、県との関係で不法行為に当たるから、この主張は採用できない。

(イ) 次に、本件請負契約のうち、随意契約により締結されたものについて検討する。上記証拠及び弁論の全趣旨によれば、被告事業団発注の電気設備工事の継続工事のうち、既設物件の竣工から3年未満のもの(④物件)については、被告事業団は、既設物件とのシステムの関連性等から随意契約によるものとしていたことが認められる。

被告事業団の会計規程55条が掲げる「契約の性質又は目的が競争を許さないとし、緊急の必要により競争に付することができないとき及び競争に付することが不利と認められるとき、予定価格が少額るとき、その他事業運営上必要があるとき」とは、競争入札の方法による契約の締結が不可能又は著しく困難な場合に必ずしも限定されるものではなく、入札の方法によること自体が不可能又は著しく困難とはいえないが、競争原理に基づいて契約の相手方を決定することが必ずしも適当ではなく、当該契約自体では多少とも価格の有利性を犠牲にする結果になるとしても、被告事業団(ひいては同人に下水道施設建設を委託した地方公共団体)において、当該契約の目的、内容に照らしそれに相応する資力、信用、技術、経験等を有する契約の相手方を選定し、その者との間で契約を締結するという方法をとるのが当該契約の性質に照らし又はその目的を究極的に達成する上でより妥当であり、ひいては、被告事業団(ひいては同人に下水道施設建設を委託した地方公共団体)の利益増進につながると合理的に判断される場合も含まれると解すべきである。そして、上記のような場合に該当するか否かは、契約の公正及び価格の有利性を図ることを目的として被告事業団の契約締結の方法に制限を加えている趣旨を勘案し、当該契約の種類、内容、性質、目的等諸般の事情を考慮して、被告事業団の契約担当者の合理的な裁量判断により決定されるべきものと解するのが相当である。

本件請負契約は、県の下水道施設工事のうちの電気設備工事を目的とするものであるところ、業者間に作動システムの設計や技術に差異があり、継続工事については、システムの一体性の要請や事故の際の責任を明確にするために、昨今の技術革新を考慮しても、既設物件の竣工から3年未満のものについては既設業者が行うものとし、これと随意契約により契約を締結するのが妥当と考えることは、被告事業団の合理的な裁量判断の範囲内であるというべきである。

証拠(乙ハ34の1、2、35の1、2、36、37の1ないし7)及び弁論の全趣旨によれば、随意契約により締結された本件請負契約のうち、上記第2の2

(2)イ(ア)a(宍道湖東部浄化センター電気設備工事その10)、(カ)a(同工事その11)、(キ)a(a)(同工事その12)、(ク)a(b)(同工事その13)、(イ)a(a)(宍道湖西部浄化センター電気設備工事その4)、(イ)a(b)(同工事その5)、(キ)a(c)(同工事その6)は、既設物件の竣工から3年未満の継続工事であること、それぞれ施設工事と機能上の一体不可分性があることが認められるから、上記工事について、被告東芝又は被告富士電機が談合により、既設業者として、随意契約により確実に契約を締結したとしても、県に対する関係で不法行為ということとはできない。

(ウ) したがって、本件請負契約のうち、指名競争入札の方法により締結された上記第2の2(2)イ(ウ)a、(エ)a、(オ)a、(ク)a記載の本件各請負契約について、被告東芝又は被告富士電機は、上記談合行為によって県が被った損害について賠償する責任を負うことになる。

イ 被告事業団の責任

被告事業団は、被告東芝ら9社会が平成2年度から平成5年度までの間、本件運用手順により受注調整をする際、その担当職員をして、当該年度に発注予定の電気設備工事の内容や予定金額を9社側に提供したり、9社会の受注予定業者に対し、被告事業団工務部次長等が暗に予定価格を示唆するなどして、積極的にこれに加担していたことは前判示のとおりであり、被告事業団は、民法715条により被告東芝又は被告富士電機と同様の責任を負うことになる。

3 争点(3)(損害の有無及びその額)について

(1) 損害の有無について

ア 前判示の認定事実に加え、証拠(甲32、33、40、乙ハ6、12、13)及び弁論の全趣旨によれば、本件委託協定に基づく委託料について、次の事実が認められる。

(ア) 被告事業団は、下水道施設の建設を行うときは、これに要する費用を委託地方公共団体に負担させるものとし、その費用の範囲は、①工事の施行に直接必要な工事請負費、原材料費その他の工事費、②工事の監督、検査その他の工事の施工のため必要とする人件費、旅費及び庁費、③建設業務の処理上必要とする一般管理費、④その他建設業務に伴い必要の生じた費用となっている。そして、上記①ないし④の費用の額は、受託業務費用細則2条によって計算され、上記①の費用（直接費又は工事費等とされる。以下、「直接費」又は「工事費等」という。）は、積上計算により得た金額とされ（同条3項1号）、上記②ないし④の費用（間接費又は管理諸費とされる。以下「間接費」又は「管理諸費」という。）は一括して直接費の総額に基づき、業務ごとに定める一定率を用いて算定した額とされる（同条項2号）。

(イ) 被告事業団は、本件委託協定11条に基づいて、本件各工事の納入済額と精算額との差額を県に還付するものとされ、上記精算は、本件電気設備工事について行われるものではなく、本件委託協定に基づいて、県が被告事業団に委託した本件各工事全体の納入済額の合計額よりも、被告事業団が同工事の施工のために外注した請負金額の合計額が低額になったときである。また、日本下水道事業団受託業務精算事務処理要領によれば、工事費等（直接費）の精算額は、施設の建設にかかる業務については請負額とされ、管理諸費（間接費）の精算額は、協定に際し算定した管理諸費とし、その業務内容に変更がない限り、これを変更しないものとされている。

イ 以上の事実によれば、県は、本件委託協定に基づいて県が委託した本件各工事全体の納入済額の合計額よりも被告事業団が同工事の施工のために外注した請負金額の合計額が低額になったときに初めて、被告事業団から同協定11条に基づいて、還付を受けるのであって、仮に被告らの談合により、本件各請負契約代金が低額になったとしても、これだけでは、直ちに県が同条に基づき還付を受けられたはずであるということとはできず、県に原告らの主張する損害が生じると認めることはできない。ただし、前判示のとおり、本件各工事について、県の納入済額の合計額と被告事業団が外注した請負金額の合計額が一致し、同条に基づく還付金がいずれも0円となっていることからすると、本件請負契約のうち、指名競争入札の方法により締結された上記第2の2(2)イ(ウ)

a, (エ) a, (オ) a, (ク) a記載の本件各請負契約について、談合がなされることなく、公正な自由競争が行われたならば、被告事業団が被告東芝又は被告富士電機との間で締結した請負金額は、談合によって形成された実際の契約金額と公正な指名競争入札が行われることにより形成されるであろう契約金額との差額分だけ低額になり、その結果、上記請負契約に係る本件各委託協定について、県は、同協定11条に基づいて、各差額分だけ還付金を受け取ることが可能であったといえる。よって、上記第2の2(2)イ(ウ) a, (エ) a, (オ) a, (ク) a記載の本件各請負契約について、上記差額分の合計が県の損害になると解するのが相当である。

ウ これに対し、被告らは、①本件委託協定に基づく各委託料は、本件各請負契約に基づく請負代金とは別個に定められるため、仮に被告らの談合により請負代金が不当につり上げられたとしても、その影響を受けることはあり得ないし、県は請負代金に容喙（ようかい）することはできないから、談合という不法行為と県の損害との間には因果関係がない、②本件委託協定11条に基づく精算は、県の納入済額の合計と被告事業団が外注業者の実際に支払った請負金額の合計額の差額を対象とするものであって、県の納入済額と公正な自由競争により形成されるであろう請負金額との差額を対象とするものでないから、県に損害は発生し得ない、③仮に、本件各委託協定に基づく委託料の支払が適法であるならば、県において損害は発生し得ない、と主張する。

そこで、以下検討する。

(ア) ①について

たしかに、上記第2の3(1)ア(ア)の認定事実、大阪府と被告事業団との法律関係に関する大阪府の調査嘱託に対する回答書（乙ハ11の1、2）から推認しうる事実及び弁論の全趣旨によれば、県と被告事業団との間においては、本件委託協定に基づく各委託料は、所定の積算方法により、直接費と管理諸費の合計額を確定額として、本件委託協定の締結時に既に具体的に決定されている（ただし、その後変更されたものがあることは前判示のとおり。）上、後記(イ)のとおり、同協定11条に基づく精算は、形式的には、県が被告事業団に納入した額の合計額と、

被告事業団と外注業者との間の「現実の」請負金額の合計額の差額が精算されるだけであつて、

被告事業団が実施する入札結果によって、すなわち、その落札価格が県が被告事業団に支払う委託料の額に反映される関係にあるといえないし、県が被告事業団・被告東芝ら外注業者間の請負代金に容喙（ようかい）できる立場にあるとはいえない。しかし、県の委託料は、公金から支出されるものである上、被告事業団としても、委託を受けた地方公共団体のために、なるべく高い品質の下水道施設をなるべく低い費用で建設すべき立場にあることに照らすと、上記の法律関係は、被告事業団が委託を受けた地方公共団体の利益のために適法・適切に業務をすることを当然の前提とするものであつて、被告事業団がこれに背き、被告東芝らの外注業者の談合という不法行為に加担し、これより、前判示の損害（本来ならば、受け取ることができた還付金を受け取ることができないことにより、県が本件委託協定に基づいて被告事業団に対し最終的に負担する金額が増大したこと）を被った場合に、県が、被告らに対する損害賠償請求権をも放棄するなど、これに容喙（ようかい）しないとすする趣旨とは到底解されない。よつて、この主張は採用できない。

（イ） ②について

本件委託協定 11 条によれば、精算は、県の納入済額の合計額と被告事業団・被告東芝ら外注業者との間の「現実の」請負金額の合計額との差額を対象とするものであり、精算額は談合の有無により影響を受けないため、形式的には、被告事業団には同条に基づく精算義務を觀念し得ないといわざるを得ない。しかし、上記の法律関係は、被告事業団が委託を受けた地方公共団体の利益のために適法・適切に業務をすることを当然の前提とするものであることは、上記（ア）のとおりである上、上記第 2 の 2（2）イ（ウ）a、（エ）a、（オ）a、（ク）a 記載の本件各請負契約について、被告らの談合という不法行為がなされず、公正な自由競争が行われておれば、現実の請負金額がそれよりも低額になり、その結果、県が被告事業団からその差額に相当する還付金を受け取ることができた関係にあることは前判示のとおりであつて、むしろ、形式的には、被告事業団の精算義務を觀念することができないからこそ、県には本来ならば受け取ることができたはずの還付を受けることができなくなったという損害が発生したとも評し得るから、この主張は採用できない。

（ウ） ③について

県による本件委託協定の締結や同協定に基づく支払に違法・無効が認められないこと、また、その違法・無効を前提にしないで原告らの主張する損害が発生し得ることは前判示のとおりであるから、この主張は採用できない。

（2） 損害額について

そこで、次に、上記第 2 の 2（2）イ（ウ）a、（エ）a、（オ）a、（ク）a 記載の本件各請負契約について、被告らの談合という不法行為によつて、県が被った損害（談合によつて形成された実際の上記本件各請負契約金額と公正な指名競争入札が行われることにより形成されるであろう契約金額との差額であることは前判示のとおりである。）の具体的な額について検討する。

これについて、原告らは、①公正取引委員会あるいは東京都の入札談合における損害額に関する見解（甲 23、58）、②自由競争が行われれば、最低制限価格を割り込み、失格となる入札業者が続出することを示唆するとする事例（甲 56、57）等を挙げて、予定価格の 80 パーセントを最低制限価格を設定している上記本件各請負契約の場合には、最低制限価格をもつて、自由競争下における想定価格として把握するのが相当であると主張する。

しかしながら、そもそも、落札価格は入札当時の経済情勢等によつて異なるものである上、その他、工事の種類・規模・難易・地域性、入札業者の数・落札に向けた意欲の程度・価格競争力等の諸条件が複雑に絡み合つて形成されるものである。さらに、実際にどのように落札価格が形成されるかについては、入札業者が、どの程度の競争が行われるかを想定することはもちろん、落札後の取引をも考慮にした上で、自己に最も利益に落札できると考へる価格を入札することによるのであつて、前記の価格形成条件はもとより、落札を希望する業者の積算能力、予測能力や落札後の取引を見込んだ将来にわたる営業方針にも依存するところが大きいといわなければならない。そして、そのような詳細まで検討することは事実上不可能といわざるを得ないし、本件全証拠を検討しても、損害額を算定するための上記基礎条件を確定することは困難である。結局、本件において、上記本件各請負契約

につき、談合が行われなければ、落札価格が下落するという意味において、県に財産的損害が生じたこと自体は容易に推認できるものの、その損害額の算定には、種々の仮定的条件を基礎としなければならず、その算定には著しい困難を伴うものであるといわざるを得ない。そこ

で、当裁判所は、本件においては、民事訴訟法248条を適用し、前判示の内容を含む証拠調べの結果及び弁論の全趣旨に加え、上記本件各請負契約に係る本件各工事については、前判示のとおり国庫補助がなされていることをも考慮した結果、県の損害額は上記本件各請負契約の請負代金額の合計額5億3899万9000円

(内訳は、上記第2の1(2)イ(ウ) aの請負契約が1億1227万円、同(エ) aの請負契約が1億2360万円、同(オ) aの請負契約が1億0042万5000円、同(ク) aの請負契約2億0270万4000円である。)に5パーセントを乗じた金額である2694万9950円と認定することとする。

#### (3) 弁護士費用

次に、原告らの主張する弁護士費用について検討するに、地方自治法242条の2第1項4号の規定に基づいて住民訴訟を提起した者は、同訴訟に勝訴して弁護士に報酬を支払うべきときは、地方公共団体に対して、その報酬の範囲内で相当と認められる額の支払を請求できる(同条の2第7項)ところ、当該裁判確定後に地方公共団体が上記訴訟提起者に対して支払うことが相当と認められる金額については、被告らの不法行為と相当因果関係のある県の損害であるというべきである。そして、上記相当と認められる額については、本件において代位行使された権利の性質や内容、認容額、訴訟追行の経緯等を総合的に勘案すると、270万円をもって、被告らの不法行為により県が被った損害の額であると認めるのが相当である。

#### (4) まとめ

よって、県は、被告らに対し、上記(2)の2694万9950円と上記(3)の270万円の合計2964万9950円の損害賠償請求権(以下「本件損害賠償請求権」という。)を有していることとなる。

#### 第4 そのほかの点についての当裁判所の判断

1 まず、被告事業団は、入札談合不法行為は、発注者コール権を侵害するものであり、県の権利を侵害するものではなく、県が本件損害賠償請求権を行使しないことは、違法に財産を怠る事実とはいえないとも主張する。

しかし、上記第2の2(2)イ(ウ) a、(エ) a、(オ) a、(ク) a記載の本件各請負契約について、被告らの談合により、県が損害を被ったのは前判示のとおりであり、その主張は採用しない。

2 次に、一般的には、損害賠償請求権の成否が法的な判断を経た上で確定されるものとしても、そのことだけで同請求権に関する法的措置を躊躇しなければならないものではなく、同請求権にしたがって適切な時期に法的措置を講じるべき財務会計法規上の義務があるにもかかわらず、その措置を講じない場合には、その行為は財産管理を違法に怠る事実になるというべきである。本件においては、上記本件各請負契約が締結がなされてから、県知事が何らかの法的措置を執ったことをうかがわせる証拠はないから、本件損害賠償請求権の管理について、財産の管理を怠っていたというべきであって、県の住民はこれに代位して、本件損害賠償請求権を行使することができる。

以上から、県の住民である原告らは、県に代位して、被告らに対し、県の被告らに対する本件損害賠償請求権を行使することができる。

なお、本件損害賠償請求権は、共同不法行為者である被告東芝及び被告富士電機の各担当者と被告事業団の担当職員について、それぞれ使用者として、被告らが負う使用者責任に基づくものであり、被告らの各損害賠償債務は、不真正連帯債務の関係にある。

#### 第5 結論

以上のとおり、原告らの本訴請求は、県に代位して、被告らに対し、連帯して、不法行為に基づく損害賠償金2964万9950円及びこれに対する訴状送達の日(平成8年10月31日)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を認容し、その余は理由がないからこれを棄却することとし、訴訟費用の負担について、行政事件訴訟法7条、民事訴訟法65条1項本文、64条本文、61条をそれぞれ適用し、なお、仮執行宣言については相当でないからこれを付さないこととし、主文のとおり判決する。

松江地方裁判所民事部



裁判長裁判官 横山光雄  
裁判官 上寺誠  
裁判官 西田政博