

平成19年11月30日判決言渡 同日原本受領 裁判所書記官印

平成18年(行コ)第134号損害賠償代位等請求控訴事件,平成19年(行コ)第47号附帯控訴事件〔原審・神戸地方裁判所平成12年(行ウ)第52号〕

当審口頭弁論終結日 平成19年7月25日

判 決

東京都港区港南2丁目16番5号

控訴人・附帯被控訴人(被告) 三菱重工業株式会社
同代表者代表取締役 西 岡 喬
(以下「控訴人三菱重工業」という。)

同訴訟代理人弁護士 島 田 邦 雄
同 田 子 真 也
同 箆 島 裕 斗 志
同 坂 本 倫 子

東京都千代田区丸の内1丁目5番1号

控訴人・附帯被控訴人(被告) JFEエンジニアリング株式会社
同代表者代表取締役 齊 藤 脩
(以下「控訴人JFE」という。)

同訴訟代理人弁護士 内 藤 潤
同 中 島 菜 子
同 墳 崎 隆 之
同 厚 谷 襄 児
同 谷 本 誠 司

大阪市住之江区南港北1丁目7番89号

控訴人・附帯被控訴人(被告) 日立造船株式会社
同代表者代表取締役 古 川 実
(以下「控訴人日立造船」という。)

同訴訟代理人弁護士	高	坂	敬	三
同	間	石	成	人
同	田	辺	陽	一

兵庫県尼崎市金楽寺町2丁目2番33号

控訴人・附帯被控訴人(被告)	株	式	会	社	タ	ク	マ
同代表者代表取締役	手	島					肇

(以下「控訴人タクマ」という。)

神戸市中央区東川崎町3丁目1番1号

控訴人・附帯被控訴人(被告)	川	崎	重	工	業	株	式	会	社
同代表者代表取締役	大	橋	忠	晴					

(以下「控訴人川崎重工業」という。)

大阪市浪速区敷津東1丁目2番47号

控訴人・附帯被控訴人(被告)	株	式	会	社	ク	ボ	タ
同代表者代表取締役	幡	掛	大	輔			

(以下「控訴人クボタ」という。)

控訴人日立造船, 同タクマ, 同川崎重工業, 同クボタ

訴訟代理人弁護士	寺	上	泰	照
同	岩	下	圭	一
同	佐	藤	水	暁

兵庫県尼崎市

被控訴人・附帯控訴人(参加人)

兵庫県尼崎市

被控訴人・附帯控訴人(参加人)

(以下, 上記2名を「被控訴人ら」という。)

被控訴人ら訴訟代理人弁護士	吉	田	哲	也	
同	中	北	龍	太	郎

同	川	端	元	樹
同	上	原	邦	彦
同	松	岡	英	和
同	西	部	智	子
同	板	野	陽	一
同	曾	我	聡	史

主 文

- 1 本件各控訴に基づき，原判決中，控訴人ら敗訴部分を取り消す。
- 2 上記取消しにかかる被控訴人らの請求をいずれも棄却する。
- 3 被控訴人らの本件各附帯控訴をいずれも棄却する。
- 4 訴訟費用及び参加費用は，第1，2審を通じて全部被控訴人らの負担とする。

事 実 及 び 理 由

第1 控訴人らの控訴の趣旨

主文と同旨

第2 被控訴人らの附帯控訴の趣旨（請求の趣旨）

- 1 原判決を次のとおり変更する。
- 2 控訴人らは，尼崎市に対し，各自，8億4872万円及びこれに対する平成12年5月1日から支払済みまで年5分の割合による金員を支払え（当審における請求減縮後のもの）。

第3 事案の概要及び当事者の主張

1 事案の概要

- (1) 本件は，原審原告松浦榮が，プラントメーカーとして控訴人らの形成した各共同企業体（以下「JV」という。）が参加した尼崎市発注のごみ焼却施設（以下「本件焼却炉」という。）建設工事の指名競争入札（以下「本件入札」という。）において，控訴人クボタを除く控訴人ら（以下「控訴人5社」という。）が談合に関する基本合意をした上，本件入札につき控訴人日立造船

を受注予定者とする個別談合をし、控訴人クボタもそれに協力した結果、控訴人日立造船を構成員とするJVが正常な想定落札価格と比較して不当に高い価格で落札・受注したため、尼崎市に契約金額106億0900万円の10パーセントに当たる10億6090万円の損害を与えたと主張し、かつ、当該行為は、刑法96条の3第2項の談合罪ないし私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（平成12年法律76号による改正前のもの。以下「独禁法」という。）89条、3条所定の不当な取引制限に当たり、不法行為を構成するにもかかわらず、尼崎市が控訴人らに対する損害賠償請求権の行使を違法に怠っていると主張して、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、単に「地方自治法」という。）242条の2第1項4号に基づき、尼崎市に代位して、控訴人らに対し、連帯して損害金10億6090万円及びこれに対する不法行為の後である平成12年5月1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を尼崎市に支払うよう求めて住民訴訟を提起したところ（神戸地方裁判所平成12年（行ウ）第32号、第33号）、被控訴人らが民訴法52条に基づいて共同訴訟参加した事案である（上記松浦榮は、その後原審において訴えを取り下げた。）。

(2) 控訴人らは、尼崎市が公正取引委員会による審決の確定を待ってから、独禁法25条又は不法行為に基づく損害賠償請求権を行使する旨の判断をしたことが、被控訴人ら主張の損害賠償請求権の行使を違法に怠っているとはいえず；上記怠る事実の違法性は訴訟要件であり、その判断の基準は住民監査請求に対する判断がされた時であって、同時点を基準として判断すると、怠る事実が存在しないとして本件訴えの却下又は請求棄却を求めた上、被控訴人ら主張の談合の事実を全面的に否認した。

(3) 原判決は、控訴人5社が上記基本合意に基づき、本件入札までに控訴人日立造船を構成員とする日立・三井・山本JVを受注予定者とする個別談合を行い、控訴人クボタもこれに協力することにより、控訴人らは、本件入札に

において健全な自由競争により形成される想定落札価格を上回る入札価格で上記JVに落札させ、本件焼却炉の工事を受注させるという共同不法行為を行ったと認定し、損害については、民訴法248条により本件入札価格の5パーセントと算定した上、尼崎市長は、違法に上記損害賠償請求権の行使を怠っているとして、5億3045万円及びこれに対する上記遅延損害金の連帯支払を命じる限度で、被控訴人らの代位請求を一部認容した。

- (4) そこで、これを不服とする控訴人らが本件各控訴をしたところ、被控訴人らは、原判決が一部認容した上記金額は低きに失するとして附帯控訴するとともに、請求を上記入札価格の8パーセント相当額の8億4872万円及び上記遅延損害金の連帯支払を求める限度に減縮した。

なお、被控訴人和田至博は、当審において、本件訴えを取り下げた。

- 2 争いのない事実等、争点及び争点に対する当事者の主張は、3以下に当審における当事者の主張を付加するほか、原判決「事実及び理由」欄第2「事案の概要」の1ないし3（原判決2頁10行目から19頁17行目まで）に記載するとおりであるから、これを引用する（ただし、原判決8頁4行目に続けて改行の上、「エ 公正取引委員会は、同事件につき、平成18年6月27日付けで控訴人5社に対し、排除措置を命じた（以下「別件審決」という。）が、控訴人5社は、その取消訴訟を東京高等裁判所に提起し、同訴訟は現在も係属中である（当審提出の甲ア24、25、弁論の全趣旨）。」を加える。）。)

3 当審における控訴人三菱重工業の主張

- (1) 違法な「怠る事実」の有無について

尼崎市長に地方自治法242条の2第1項4号の違法な「怠る事実」があるといえないことは、以下のとおりである。

ア 原判決は、民法上の不法行為に基づく損害賠償請求権と独禁法25条の損害賠償請求権は要件が異なる以上、いずれか一方の行使が他方の行使を否定することにはならないとする。

しかし、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確定日から 3 年間と規定しているし、上記請求の訴えを提起し、被控訴人らが立証不十分等により敗訴した場合においては、その既判力及び地方公共団体が不利益を被ることもあり得るのであり、とりわけ別件審決に対して審決取消訴訟が提起され、同取消訴訟で逆転する可能性も予測されるのであれば、そのような蓋然性を認識し、別件審決確定前に不十分な証拠に基づいて不法行為に基づく損害賠償請求権の行使を控え、その確定を待って独禁法 25 条に基づく損害賠償請求権を行使するという判断にも合理性がある。

したがって、尼崎市が不法行為に基づく損害賠償請求権を行使しないことが違法に怠る事実にあたるとはいえない。

イ 原判決は、本件において、控訴人らによる談合行為があり、その結果、尼崎市が損害を被っているから、尼崎市長が損害賠償請求権を行使する妨げがあるとはいえないと断じる。しかし、本件工事で談合があったと認定できるとすれば、それは早くとも別件審決案が出た平成 16 年 3 月末日のことであって、被控訴人らですら、監査請求時ないし本件訴訟提起時、尼崎市長が損害賠償請求権を有することにつき、まともに主張・立証できなかつたのであるから、尼崎市長が損害賠償請求権を有するかどうかについて調査確認できなかつたのは当然である。

ウ なお、原判決は、怠る事実の違法判断の基準時は口頭弁論終結であるとするが、遅くとも住民監査請求に対する判断がされた時と解するのが相当であり、その時点において違法に怠る事実の存在が認められなければ、その後生じた事実にかかわらず、住民訴訟は棄却されるべきである。

本件では、尼崎市監査委員が監査を行った平成 12 年 10 月の時点においては、別件審判手続が開始されてから日が浅く、尼崎市長は別件審

判手続の帰趨を予測できない状況にあったから、同市長が公正取引委員会の審判の成り行き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」と評価されるものではない。

(2) 談合の有無について

談合を認定した原判決の事実認定及び証拠の評価には、以下のとおりの誤りがある。

ア 基本合意の認定について

イ 談合の成立要件と原判決の事実認定の誤りについて

① 入札談合は、入札参加者間での基本ルールに関する基本合意と各物件ごとの受注予定者に関する個別談合(個別調整合意)とからなるが、原判決のように基本合意の内容として「控訴人5社の会合において、物件をストーカ炉の規模により3分類に分けて受注希望を表明し、それが1社であれば、そのプラントメーカーが受注予定者となり、2社以上ある時は話し合い等で受注予定者を決定し」というだけでは、話し合いがつかなければどうするかという問題があるから、個別調整合意をコントロールし、支配する基本合意とはいえない。

② 原判決は、控訴人らの間で、受注予定者の決定方法に関するルールがあったことを推認させる事実として、山田メモ(甲サ35)、光永引継メモ(甲サ37)を引用する。

しかし、原判決は、両メモの記載内容をそのまま引用するだけで、受注予定者の決定方法に関するルールが明確に認定されているとはいえない。

特に光永引継メモは、平成元年以前のメモで、平成6年4月以降の本件基本合意の内容を示す証拠として適切かどうかという問題がある上、准連も受注調整の対象とするかについて山田メモと大きく

相違するなどの問題がある。

また、原田供述は、トン数を基準に受注予定者を決定するとしているが、山田メモの「受注トン数／指名件数を20％に維持する」との記載とは全く異質のものである。本件基本合意は、受注機会の均等を図るものとされるが、トン数の均等なのか、指数の均等なのか、それともその他の均等なのかは基本合意を定義づける上で極めて重要な論点であるのに、原判決は、この点の齟齬について全く合理的な説明をしておらず、理由不備は明らかである。

(イ) 原判決の基本合意に関する事実認定の誤りについて

- ① 原判決は、控訴人5社が会合を重ねていた事実、同5社間で受注予定者の決定方法に関するルールがあったこと及び控訴人らの間で入札が行われるまでに受注予定者を決定していたことを推認させる事実、決定された受注予定者が受注できるようにしていたこと及び同5社が入札状況を把握していたことを窺わせる事実を認定し、原田、山田、大森、光永、小林の供述によれば、談合の基本合意が認定できるとしている。
- ② しかし、原判決の認定には、上記認定の基礎となった証拠の持つ意味及び証拠価値について十分な検討を加えていない点、原審で提出された証拠には、談合の基本合意の存在を否定する証拠が多数存在するにもかかわらず、外形的に基本合意の存在を推認させる証拠だけを取り上げている点に重大な誤りがある。
- ③ 控訴人ら5社が会合を重ねていた事実については、原判決は、原田ら担当者が持ち回りで月1回程度、基本的に当番会社の会議室において会合を開催していたとするが、会合の出席者を明らかにしただけでは意味はなく、とりわけ控訴人5社を含む会合に種々のものが存在した場合には、その会合の目的及び内容を明らかにする必要

があるが、原判決はこの点の検証を全く行うことなく、上記会合を談合のための会合と決めつけている。

なお、甲サ第33、第104、第139号証の供述調書中には、控訴人5社の会合に触れた部分があるが、いずれも担当者が集まる会合が存在するという事実だけが記載されており、その会合の目的、内容等については、全く記載されていない不自然な内容であり、本件入札において談合が存在したことを推認させる事実又は証拠ではない。

④ 原判決は、控訴人ら間で、受注予定者の決定方法に関するルールがあったことを推認させる事実について、山田メモ、光永引継メモには受注予定者の決定方法に関するルールが記載されているとするが、その内容は抽象的なもので、原田供述とは内容が異なり、談合の基本ルールたり得ないものである。

⑤ 原判決は、溝口リスト(甲サ89)の作成経緯について何ら検証することなく、同リストは、単なる受注予想を記載したものではなく、既に受注が決まっていたプラントメーカーを記載したものであることが推測できると判示しているが、その唯一の根拠は、同リストに、平成8年度から平成10年度の間に発注されたストーカ炉の建設工事43件のうち、同リストには22件が記載されており、そのうち、18件が同リストに記載されたメーカーが落札していることにある。

しかし、同リストには、平成8年4月から平成10年9月までの間に実際に発注された工事が43件あるのに、約半数の22件しか記載されていないなど客観性に欠けるものである上、精査すると、同リストの的中率はせいぜい4割といったところである。

また、原判決認定のように溝口リストが受注調整の結果を記載したものだとなれば、その後作成された物件リストには当該工事の

記載はないのが自然であるのに、甲サ第24、第50、第51、第123及び第179号証の各添付資料にはこれらの記載が散見されるなど、受注予想を記載したと矛盾する記載が多々見られるから、同リストは、その表題どおり、控訴人川崎重工業の受注予測を記した社内資料にすぎないとみるのが客観的な証拠評価といえる。

さらに、原判決は、控訴人川崎重工業が所持する書面(甲サ155)で「M1」等と付された14工事については、控訴人日立造船が所持する平成10年1月28付けリスト(甲サ55)や同年3月24日付けリスト(甲サ54)から外されているため、控訴人5者間で受注予定者が決定したものは、発注予定が記載されている書面から外されていくとみるのが自然であるとする。

しかし、原判決は、甲サ第155号証の作成年月日を平成9年9月ころと認定した理由を明らかにしていないばかりか、甲サ第54、第55号証の作成時期、作成者、作成目的についても何ら認定しておらず、理由不備を免れない上、甲サ第155号証の作成時期を上記のころとしても、その後作成された甲サ第50、第51号証には、甲サ第155号証記載の上記工事に関する記載が存在するなど不自然である。

そして、控訴人5社の担当者は、営業活動の必要性から、物件リストや実績表などを作成していたが、各リストは異なった形式により作成され、内容もすべて一致するわけではない。そうすると、リストに記載された物件情報自体も会社によって異なる部分があることを示すものであり、このような事実は、各社なりに情報を収集していたからこそ認められる事実である。仮に原判決認定のように、受注予定者を調整しようとする工事に関する情報を記載したというのであれば、到底あり得ないことである。

⑥ 原判決は、平成10年5月15日の日付印のある書面（甲サ134）には、流山市の件につき、「本件、NKKは行けないということ」をどのタイミングで伝えるのか？という記載があり、同じく控訴人JFEが所持していた「弘前市の件」で始まる平成9年7月1日付けの書面（甲サ137）では、「この件はNKさんにあげた物件であるから護らない。」との記載があることから、入札前に受注予定者が決まっていることのみならず、受注予定者にならなかったものは営業活動を行うのが難しくなる反面、受注予定者は受注予定となった物件を自分で守らなければならなかったことが窺われるとする。

しかし、これらの書類の作成経緯は不明であることに加え、記載内容も明確とはいえず、かかる記載をもって、入札前に受注予定者が決まっていたと認定することには無理がある。

また、米子市の件に関する甲サ第128号証も同様の問題があるし、東京都中央地区清掃工場建設工事の入札についてもアウトサイダー4社が入札に参加しているのに、石川島播磨重工業に対して協力要請を行って協力を得たことだけを認定するものであって、荏原製作所ほか2社については協力要請を行って協力を得たことの主張・立証がない以上、入札談合を推認することはできない。

⑦ 原判決は、甲サ第106、第107号証を引用し、これらのメモを保有していた控訴人三菱重工業及び同川崎重工業では、控訴人5社並びに同クボタ及び荏原製作所の受注割合を、ストーカ炉の処理能力を基に、受注にかかるトン数を発注又は発注予定にかかるトン数で除して計算し、比較していたものであると判示する。

しかし、これらの書面は、控訴人三菱重工業の立川及び川崎重工業の溝口が所持していたものであるが、両者ともに控訴人5社の会合の出席者ではない上、控訴人5社の会合の出席者が上記7社の指

数を認識し、利用していたことを認定する必要があるのに、原判決は何ら認定していない。また、原判決は、基本合意を認定する根拠として上記各書証を引用するが、何故、5社の基本合意を認定する根拠となるのか理由を述べていない。さらに、甲サ第107号証中には、談合が行われていないことが客観的に明白な工事の記載があるばかりか、加算等の数値の算定対象工事をどのように選別したのかが明らかではないから、これをもって控訴人5社の談合を裏付ける根拠とすることはできない。

- ⑧ 原田供述(甲サ28, 46), 山田供述(甲サ44), 大森供述(甲サ42), 光永供述(甲サ47), 小林供述(甲サ45)の信用性については、本件訴訟において引用ないし要約される部分についても重大な疑問があり、とりわけ、原田供述については、その任意性についても疑問がある。

イ 個別談合の認定について

- (ア) 原判決は、溝口リストに本件工事の記載があることを個別談合認定の根拠とする。しかし、同リストの信用性に問題があることは前記のとおりである。

また、原判決は、アウトサイダーが指名された場合に受注予定者が協力を求める旨の原田供述、準メンバーである控訴人クボタ及び荏原製作所が指名された場合には、これら2社と話し合うことになる旨の山田メモ及び同供述を根拠の1つとする。しかし、アウトサイダーが入札に参加することになった場合には、受注予定者は当該アウトサイダーと会って、自身が受注できるように協力を求めるのが当然であり、本件入札において控訴人日立造船が受注予定者であったなら、同社がアウトサイダーの控訴人クボタと交渉して協力を取り付けた事実の主張・立証が必要であるが、本件訴訟ではそれが一切ない。

(イ) 原判決は、控訴人5社の社員の中には、控訴人5社並びに控訴人クボタ及び荏原製作所による入札状況について、ストーカ炉の処理能力を基準として将来受注予定の工事分を含めた上記各社間の受注割合を計算してその数値を把握していた者がいたことを指摘する。

しかし、7社指数は、入札を実施し、指名後に計算されたものであり、指名されていない将来発注予定工事についてまで7社指数を計算していたものではない。

また、上記把握していたとされるのは、甲サ第106号証の所有者立川と、甲サ第107号証の所有者溝口であるが、これらの者の異動時期からして、平成8年8月19日の本件入札とは時期的に隔たっている上、5社の関係者が7社指数を計算していたのか、とりわけ控訴人日立造船の関係者が当該7社指数をもとにアウトサイダーである控訴人クボタに受注を断念させようとしたのか全く不明である。

(ウ) 原判決は、控訴人日立造船の落札率が99.17%と極めて高いことを個別談合の根拠としているが、予定価格の推定に際しては、提示された仕様書等をもとに自社で行った積算、発注者に提出した見積、直近の同種工事での落札額、発注者の財政状況等を勘案するものであり、蓋を開けたら落札価格が予定価格に近かったとか、予定価格の近辺に各社の入札価格が集中することもあり得るのであるから、落札価格が非公表の予定価格に近かったこと自体から談合があったと認定するのは誤りである。

(エ) 控訴人日立造船以外の控訴人らの入札価格が予定価格を上回ったことについては、本件入札においては、予定価格は非公表であったから、同控訴人らは、予定価格を読み違え、結果として入札価格が予定価格を上回ったにすぎない。したがって、上記事実は個別談合を推認させる根拠にはならない。

(㉔) 原判決は、本件工事については、特に基本合意に基づく個別談合の対象から外されたことが窺われる事情は全くないこと等からすると、本件工事について本件入札までに控訴人日立造船を受注予定者とする個別談合が行われ、控訴人クボタもこれに協力することが約束されていたと推認することができるとし、その証拠として甲サ第89号証を挙げる。

しかし、同号証では、控訴人日立造船につき、平成8年度の欄に本件工事を含む4件が記載され、平成12年度以降の欄に6件の工事名が記載されている。したがって、原判決の認定によると、同号証作成時点である平成7年9月28日の時点で、4年以上先の発注予想案件6件につき、控訴人5社は控訴人日立造船を受注予定者として決定していたことになるから、本件工事の受注予定者を決定した時期は、発注予想時期(平成8年)の4年前だった可能性がある。そうすると、同決定時期は基本合意前のこととなるから、平成6年4月以降の本件合意の下で本件工事についての個別談合がされたとは推認できない。

また、アウトサイダーが入札に参加している場合には、控訴人5社の基本合意だけでは個別談合は成立しないことになる。原判決が、山田メモを含むその他の証拠のどこにも本件工事について受注予定者がアウトサイダーである控訴人クボタに協力を求め、協力を取り付けた事実を記載したものはなく、同控訴人もこれを否定しているのに、同控訴人の上記主張を裏付ける証拠(乙B9, 10の各1, 2)を信用できないとしたのは失当である。

(㉕) 以上によると、控訴人らの個別談合を認めた原判決は不当である。

(3) 損害について

ア 原判決は、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から、民訴法248条により、損害額は本件工事の請負契約金額の5パー

セントと認めるのが相当であると認定しているが、同条を適用するには、その前提として損害の生じたことや因果関係の証明が必要である。

本件においては、原判決が談合行為を認定したとしても、損害の発生及び談合行為と因果関係が証明されていないことは明らかであるから、被控訴人らにおいて、実際の契約の価格と適正価格との間に一定の差があったことを立証しない限り、損害の発生についての立証がされたとはいえない。このような損害が生じたことや因果関係の証明すらされていないのに、同条を安易に適用して損害額を認定すべきではない。

イ 被控訴人らは、本件附帯控訴において、別件における最高裁平成19年4月24日決定を引き合いに出し、具体的損害額については落札価格の8パーセント相当額を下回らないと主張するが、競争入札における落札価格は、多種多様な要因が複雑に絡み合って形成されるものであって、1つの事例における結果を一般化すべきではない。

また、被控訴人らは、上記根拠として、平成17年の独禁法改正による課徴金引き上げに関し、公正取引委員会が過去の違反事例につき不当利得を実証的に推計したところ、入札談合事件での不当利得率の単純平均は契約金額の16.5パーセントであったとしていることを指摘する。

しかし、独禁法における課徴金は不当利得額の徴収ではなく、一律の行政上の制裁であるから、被控訴人らの主張はその前提において失当であるのみならず、上記調査対象がごみ焼却炉に限定されているとも思えず、時期も平成8年の入札物件に限られているわけではないから、被控訴人らの上記主張に合理的根拠はない。

4 当審における控訴人JFEの主張

(1) 「怠る事実」の不存在について

ア 原判決は、尼崎市長が被控訴人ら主張の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条の2第1項4号所定の違

法な「怠る事実」に当たることを認めている。

しかし、上記解釈は、当該債権の存在及び金額が客観的に明らかなきには妥当するが、本件のように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いるといえない場合には当てはまらない。

イ 本件において、被控訴人ら主張の損害賠償請求権は、控訴人らが本件入札に際して個別談合を行ったという不法行為を前提にしている。

しかし、控訴人5社は、被控訴人らの上記主張を全面的に争っている状況にあり、別件審決に対しても不服として東京高等裁判所へ審決取消訴訟を提起し、現在も別件審決は確定していない。また、本件入札には5社だけでなく、控訴人クボタも参加しているから、尼崎市長が上記請求権を主張して5社及び控訴人クボタに対する訴訟提起を見合わせているとしても、これをもって何ら違法な怠る事実と評価されるべきものではない。

かかる状況において、尼崎市長が上記損害賠償請求権を主張するか否かは、その裁量権の範囲に属する問題である。すなわち、上記のとおり債権の存在が客観的に明らかの場合と異なり、そもそも行使すべき権利の有無が争われている場合には、地方公共団体は、訴訟を提起したとしても勝訴の見込みがどの程度あるか、訴訟提起・遂行にかかる出費との関係で訴訟提起する価値があるか否か、債権者の財産の隠匿や賠償能力の喪失の可能性との関係で至急請求する必要があるか否か、より確実な回収方法がある場合にはその方が有利か否か等の諸事情を考慮した上、損害賠償請求権を主張するか否かを判断すべきであり、被害を受けた可能性があっても、審決が確定するまで不法行為に基づく損害賠償請求権の行使を控えることには十分な合理性が認められる。

したがって、尼崎市長が審決確定後に独禁法25条に基づく損害賠償請求権を行使する旨の判断をし、直ちに不法行為に基づく損害賠償請求

権を行使しないことが、違法な怠る事実にあたるということとはできない。

(2) 談合について

原判決の事実認定及び証拠の評価には、以下の誤りがある。

ア 基本合意の不存在について

原判決は基本合意を認定しているが、その依拠する証拠は、原田供述(甲サ28, 46)をはじめ、いずれも実質的な証拠価値はなく、受注調整の存在を認定することなど到底不可能であり、各証拠には基本合意の内容が明確に記載されているわけでもない。原判決は、基本合意の存在を認定したものの、基本合意の拘束力や受注調整手続の詳細については一切明確にしておらず、基本合意がどのようなものであったかを十分に特定できていないのである。

原判決が誤った証拠の評価に基づいて現実には存在しなかった基本合意を認定したものであることは、以下のとおりである。

(ア) 控訴人5社の営業担当者の会合について

控訴人5社の営業担当者による会合は、原判決の想定するような受注調整の場などではなかったし、会合に参加していた各社の営業責任者クラスの者は、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いから、5社会合が受注調整の場でなかったことは明らかである。

(イ) 溝口リスト(甲サ89)について

原判決は、同号証のS欄に記載された79工事中の平成10年9月17日までに指名競争入札によって発注されたストーカ炉の建設工事22工事に限って着目し、そのうち18件について、同号証記載のアルファベットと受注業者が一致しているという事実をもって、同リストは単なる受注予想を記載したものではなく、既に受注が決まっていたプラントメーカーを記載したものであることが推測できる旨判示し

ている。

しかし、①同号証は、5社に共通して使用されている書類ではなく、控訴人川崎重工業の担当者が社内的な分析資料の1つとして作成していたものにすぎないと解されること、②その標題も「年度別受注予想」と記載されていること、③同号証の記載(平成8年度ないし平成10年度の建設計画数は68件、平成11年度以降を含めても92件)は、甲サ第52号証の記載(平成8年度ないし平成10年度の建設計画数は153件、平成11年度以降を含めると231件)と対比すると明らかなおおりに、各年度に発注が予想される物件の全部が網羅的に記載されているわけではないこと、④原判決は、何ら合理的根拠もなく甲サ第89号証の「-S」欄と「-F」欄を区別した上、同号証記載の工事のうち、22件のみを挙げ、同証拠の評価・検討を行っているにすぎないものであり、仮にその22件について見たとしても、18件は同号証記載のものと受注者が一致しているが、その他の4件については一致しておらず、同号証が受注予定者を記載した表であるとしたら、4件もの不一致が出ることはあり得ないこと、⑤原判決は、上記のおおりにストーカ炉の建設工事22件に限定して検討しているが、実際に発注された全連及び准連ストーカ炉建設工事は43件であり、同号証に記載されているイニシャル会社と実際の発注者が一致しているものはわずか18件にすぎず、その受注予想の確率は40パーセント程度に止まるところ、記載されていない21件の工事は受注予想が困難又は不可能であり、記載されている22件の工事については受注予想可能であったが、その中でも4件も予想が外れたと考えるのが自然であること、⑥ストーカ炉の建設は、控訴人5社といえども、年間5、6件が最大の受注許容量であり、他社が営業活動に注力している当該物件については、他社が落札する可能性が高いことは予測しうるから、そ

の旨を受注予定表に記入することは、受注調整行為がなくても、営業活動上十分にあり得ること、⑦甲サ第89号証の記載内容には、実際を受発注状況と比べると、工事の処理トン数、受注年度に多くの相違があること、以上によると、同号証の記載内容は、網羅的かつ確定的なものではないし、その受注予想確率も全物件との関係で見れば低いものであって、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、上記18件の一致を殊更とらえて、5社による受注予定者の決定の証拠であるなどとみることが当時の実態に反することは明白である。

(ウ) 各社のリストについて

控訴人らのリストについては、①共通のフォームで物件リストが作成されていないこと、②証拠として提出された一部の控訴人の物件リストを比較してみても、同リストの内容がすべて一致しているわけではないこと、③リストに記載された物件情報も会社により異なる部分があることに照らすと、これらの事実は、控訴人らが各社ごとに情報収集していたからこそ認められる事実であり、控訴人5社が受注希望表明及び受注調整の前提として物件情報を共通化していたことはありえないし、原判決は、各書面の一部を断片的に引用するにすぎず、それらがいかなる意味を有するかも不明確であるから、それらのリストの一部は控訴人5社の受注調整の根拠とはならない。

(エ) 予定者が受注できるようにしていたことを窺わせる証拠について

原判決は、その証拠として、甲サ第111、第117、第118、第128、第134、第137号証を挙げるが、いずれも実質的証拠価値がなく、基本合意を推認させる証拠ではない。

(オ) 控訴人5社が入札状況を把握していたことを窺わせる証拠について

原判決は、その証拠として甲サ第106、第107号証を挙げるが、

それらは、わずか2社の社内資料にすぎない上、前者は立川が個人的に作成していたメモにすぎないし、後者は、入札後の工事について記載されたものであるから、いずれも控訴人5社において、ストーカ炉の建設工事の入札状況を数値化して把握していた証拠とはなり得ない。

(カ) 関係者の供述について

原田供述(甲サ28, 46)は、審査官の不当な取調により作成されたものであり、任意性がなく証拠能力を欠くものである。また、その内容は具体性に欠ける上、関係者の供述等や各種書証の内容と一致しておらず、供述自体にも本来間違えようのない事項に関する記載さえ客観的事実と明白に反しており、信用性がない。

また、山田の供述(甲サ第35, 第44号証)も不当な取調に基づくものであるし、山田はストーカ炉の営業活動に関与していなかった上、同供述は再伝聞証拠であって、内容的にも原田供述と看過し得ない相違点が多数存在する。

さらに、他の営業担当者である大森, 光永, 小林の各供述調書(甲サ37, 42, 43, 45, 47, 108)は、いずれも5社の会合の出席者でもない者の供述である上、再伝聞であって本件との関連性が低いなど、基本合意を立証する証拠とはならない。

(キ) アウトサイダーへの協力要請及びアウトサイダーからの協力などが存在しないことについて

原判決は、本件基本合意の内容として、控訴人5社以外のプラントメーカーも指名業者に入った場合は、受注予定者が当該プラントメーカーと話し合う等の調整を行うことが含まれていた旨判示するが、アウトサイダーが参加している入札で談合を行うとすれば、アウトサイダーを含めた入札参加者全部が入札談合に参加する必要があるが、このことは、控訴人5社による基本合意が存在し、それに基づき本件物件

についても控訴人5社により談合が行われたという原判決の論理と根本的に矛盾する。

また、原判決によると、アウトサイダーも入札指名を受けている物件の場合は、常に受注予定者はライバルメーカーたるアウトサイダーの協力を得られないリスクを負うことになるが、別件審判手続において審査官の主張する対象期間中に指名競争入札等の方法により入札された87件のうち、58件にも上る工事がアウトサイダーも指名を受けていた物件であるから、半数以上の物件において、受注予定者が受注できるかどうかはアウトサイダー次第であったということになり、そもそもそのような不確定な基本合意の内容を競争の実質的制限行為と評価できるのか、はなはだ疑問である。

イ 本件工事における個別談合の不存在について

原判決は、甲サ第89号証に「尼崎市」という記載があること、本件工事の落札率が99.17パーセントであったことなどを挙げ、他方、本件工事について、特に基本合意に基づく個別談合の対象から外されたことが窺われる事情が全くないとして個別談合の存在を認定している。しかし、控訴人らのように基本合意の存在自体を争っている場合、受注調整の対象から外された事実や談合破りの事実を主張・立証することは控訴人らに不可能を強いるものであり、極めて不当である。

また、原判決が個別談合の存在を推認させる事情として挙げる根拠は、以下のとおりいずれも理由がない。

(ア) 甲サ第89号証について

同号証は、一企業の一担当者が作成した受注予想を記載した書面にすぎないことは前記のとおりであり、同書面に「尼崎市」という記載があるとしても、個別談合の存在を推認させるものではない。

(イ) 落札率について

落札率が高い事実は、当該入札で談合が行われたことを裏付ける事情とはなり得ないのであって、落札率と談合の存否は無関係である。

(ウ) アウトサイダーの存在について

仮に、控訴人5社の基本合意が存在したとしても、その内容として、控訴人5社以外のプラントメーカーも指名業者に入った場合は、受注予定者が当該プラントメーカーと話し合う等の調整を行うことは含まれないこと(前記ア(キ))、原判決の依拠する供述調書等がいずれも実質的な証拠価値を持たないこと(前記ア(カ))、とりわけ甲サ第35号証(山田メモ)によると、「控訴人5社以外のメンバーが入った時はタタキ合いになる。業界は補てん等一切行わない」というようにアウトサイダーとの間に競争関係が存在したことを推認させる記載もあること、甲サ第106、第107号証も実質的証拠価値がない上、これらの書面は各社の受注状況を把握するために数値を算出しているにすぎないこと(前記ア(オ))からすれば、アウトサイダーである控訴人クボタとの受注調整事実を全く推認できないことは明白である。

(3) 損害額について

ア 原判決は、民訴法248条を適用しているが、同条は、「損害が生じたことが認められる場合において」と規定しており、損害の発生や因果関係が証明されたことを前提に適用される。

原判決は、損害の発生に関し、談合行為が存在した場合には、損害が発生している旨判示するが、談合行為が存在するというだけでは、損害の発生は認められず、談合行為と損害の発生及び両者の因果関係の立証が必要であるところ、この点に関する証明はない。したがって、実際の契約価格と適正価格との一定の差があったことが立証されない限り、損害の発生について証明がされたとはいいい得ない。

イ 損害額を落札価格の8パーセントであるとする被控訴人らの主張は、

平成17年度の独禁法改正による課徴金の引き上げに際し、公正取引委員会が推計した過去の違反事例の不当利得に依拠しているにすぎない。

しかし、ごみ焼却炉の建設費は、その能力、建設場所・方法、設備の仕様等の諸事情によってコストが全く異なるから、損害額や落札率の多寡は相対的なものにすぎない。また、談合が行われたことによる損害は各事案により異なるから、他の事案は本件とは関係がない。

また、上記課徴金は、不当利得相当額の徴収ではなく、利得の多寡に関わらない一律の行政上の制裁としての性格を有すると説明されているから、改正後の課徴金算定率が原則10パーセントと設定されていることは、実際の損害額の算定において何ら根拠となるものではない。

(4) 被控訴人ら主張の請求原因事実が不特定である。

原判決は、被控訴人ら主張の請求原因の特定について、談合は、一般的には秘密裡に行われるものであって、被控訴人らが個別談合に関する具体的事実を容易に知りうるものではなく、かかる事実についてまで主張・立証を求めることは著しい困難を強いるものであって相当ではない旨判示しているが、上記説示は、何ら具体的事実を摘示・特定せずに談合行為があったなどと推認している点で著しく不当である。

また、被控訴人ら主張の個別談合の内容は、極めて抽象的・概括的なものにすぎず、控訴人らとしては具体的な攻撃防御ができるはずもない。

原判決は、証拠が存在しない上、被控訴人らが具体的に主張していない事実まで強引に推認するばかりか、基本合意及び個別談合の具体的内容を明らかにすることなく、その存在だけを認定している。請求原因事実の特定すら最後まで十分にされないまま審理された不利益を控訴人らに一方的に転嫁しているといわざるを得ず不当である。

5 当審における控訴人日立造船、同タクマ、同川崎重工業、同クボタの主張

(1) 違法な「怠る事実」があったといえるか。

ア 地方自治法242条の2第1項4号に基づく代位請求訴訟の制度趣旨

代位請求訴訟は、地方公共団体の財産の管理に関し、それが違法状態にない場合にまで、住民に行政主体に代わって権限を行使できる道を開いたものではない。したがって、損害賠償請求権の存否とは別に、独立の要件として財産の管理を怠る事実が違法状態にあるか否か、すなわち、地方公共団体の財産の管理行為の一環としての損害賠償請求権の行使の是非が厳格に判断されなければならない。

イ 損害賠償請求権の行使に関する地方公共団体の長の裁量

原判決は、「特に債権行使ができない」事情が窺われない本件では、尼崎市長が損害賠償請求権を行使しないことは、債権管理を違法に怠るものとして、違法に怠る事実が認められる旨判示している。

しかし、上記控訴人4社は、尼崎市が損害賠償請求権を有するとしても、最も効率的かつ適切な回収の方法を選択することについて、地方公共団体の長に裁量権があると主張する。すなわち、尼崎市長が、公正取引委員会の審決の確定を待つて独禁法25条に基づく損害賠償請求権を行使するという判断をしていることは、まさに債権を行使することを前提として、最も効率的かつ適切な権利の行使を選択したものであるから、権利を行使せずに回収を諦めたり、権利を放棄することとは全く正反対の判断を行っているものであり、その判断が違法とされるべき理由は全くない。特に、独禁法違反という極めて専門性の高い事件について、公正取引委員会の判断を尊重し、審決確定を待ったからといって、その対応が違法であると評価できないことは、火を見るよりも明らかである。

とりわけ本件訴訟で被控訴人らが主張する基本合意については、各地の地裁レベルでも正反対の事実認定がされるほど事実認定が困難であることに照らすと、尼崎市長が公正取引委員会の別件審判事件の成り行きを見守り、審決の確定を待つという対応を採ったとしても、何ら違法な

怠る事実と評価されるべきものではない。

ウ 損害賠償請求権の行使に関する尼崎市長の判断の合理性

原判決は、民法上の不法行為に基づく損害賠償請求権と、独禁法25条に基づく損害賠償請求権の要件が異なる以上、いずれか一方の債権の行使が他方の債権の行使を否定することにはならない旨判示するが、上記判断は、地方公共団体の長から独禁法25条に基づく損害賠償請求権の行使の機会を実質的に奪うものにほかならず、同条の存在意義を失わせ、空文化させるに等しい法解釈であり、違法であることは明白である。

現時点における違反行為の存否や違反行為者の故意・過失の明白性、違反行為の立証のために独自に有する資料の有無、上記両請求権の立証責任の軽重(損害額についての公正取引委員会に対する求意見〔独禁法84条〕の可否を含む。)、敗訴のリスク及び諸費用の負担等の諸要素を総合的に考慮すれば、公正取引委員会の審決の確定を待って独禁法25条に基づく損害賠償請求権を行使するという尼崎市長の判断が合理的裁量の範囲内にあることは明らかである。

エ 怠る事実の違法性判断の基準時について

原判決は、尼崎市長は、口頭弁論終結時においては、控訴人らの不法行為の存在を認識し、損害賠償請求権を行使することが可能であったと認めるべきである旨を判示したが、同基準時は、遅くとも住民監査請求に対する判断がされた時であり、その時点において違法な怠る事実が認められなければ、その後生じた事由如何に関わらず、住民訴訟は却下又は棄却されるべきである。

本件において尼崎監査委員が監査を行った平成12年6月30日時点では、別件審判事件の平成16年3月29日付け審決案が存在しなかったことはもちろん、審判記録を閲覧謄写することもできなかったのであるから、尼崎市長が公正取引委員会の審判の成り行きを見守るという対

応を採ったとしても、違法な怠る事実と評価されるべきものではない。

したがって、上記時点以降に生じた事実を斟酌して尼崎市長が損害賠償請求権を行使しないことの違法性を判断する原判決は、明らかに地方自治法の解釈を誤った違法な判決であり、取消しを免れない。

(2) 談合があったといえるか。

ア 「控訴人5社が会合を重ねていた事実」について

原判決は、控訴人5社が会合を重ねていた事実として、控訴人5社が当番となり、持ち回りで、月1回程度、基本的に当番である会社の会議室において、課長ないし部長クラスが集まって、会合を開催してした旨、この会合の参加者は、控訴人三菱重工業の原田、控訴人日立造船の平野、控訴人JFEの林、控訴人タクマの松村、控訴人川崎重工業の松江（平成8年4月まで田中）であった旨を認定している。

しかし、5社の会合が開催されていたとしても、それが直ちに「本件入札において談合が存在したことを推認させる事実又は証拠」となるわけではない。原判決が5社会合の出席者と認定している者らのうち、原田を除く4名の各供述調書(甲サ33, 104, 105, 139)にも受注調整を行っていた旨の記載は存在しないのに、原田供述(甲サ28, 46)だけを根拠に5社会合で受注調整を行っていた旨を認定した原判決は明らかに証拠評価を誤っている。

イ 「控訴人ら間で、受注予定者の決定方法に関するルールがあったことを推認させる事実」について

原判決が上記認定の証拠としている以下の書証はいずれも証拠価値を認めることはできない。

(ア) 山田メモ(甲サ35)は、出張等の機会に同僚らと「飲み屋でいっばいやりながら」聞いた話を記載したものにはすぎず、話を聞いた相手も5社会合の出席者ではない。また、山田は、ごみ焼却炉の営業活動に

ついて素人同然であった。したがって、同メモは、再伝聞を書き留めたにすぎず、証拠価値を認めることはできない。

(イ) 光永引継メモ(甲サ37)は、作成者及び作成経過が全く不明な文書であり、およそ証拠価値が認められないものである。同メモの作成時期は、少なくとも平成元年以前であり、平成8年に実施された本件入札について談合が行われたことを推認させる証拠としての関連性を認めることはできない。

ウ 「控訴人ら間で、本件入札が行われるまでに、受注予定者を決定していたことを推認させる事実」について

原判決が根拠とする溝口リストは、他の控訴人らの前記主張のとおり、控訴人川崎重工業の一従業員が独自に業界内の競争相手の動向を折り込んで受注予想を記載した「年度別受注予想」にすぎないから、本件工事の個別談合が行われたことを推認させる事実にはなり得ない。

エ 「決定された受注予定者が受注できるようにしていたことを窺わせる事実」を証する証拠として、原判決は、甲サ第111、第128、第134、第137号証を援用するが、いずれも証拠価値がなく、同事実を立証するに足りない。

オ 「控訴人5社が入札状況を把握していたことを窺わせる事実」について

原判決は、控訴人5社ではストーカ炉の建設工事の入札状況について数値化して把握していたことが認められる旨判示するが、仮に一社だけで、従業員が入札状況を把握していた事実が認められたとしても、ライバルメーカーの入札状況を把握しておくことは、営業担当者としてごく当たり前の業務活動にすぎず、何ら談合の存在を疑わせるものではないから、上記認定は具体的証拠に基づかない誤った事実認定である。

甲サ第106及び第107号証によっても、本件について個別談合を

認めることはできない。

カ 関係者の供述について

(ア) 原田供述について

原判決は、「原田供述は、受注予定者決定の方法、多数の受注希望者が出た場合の調整方法、控訴人5社以外のプラントメーカーが指名された場合の調整方法等多数の点について具体的な供述をしている。」旨判断するが、同供述は、一般的な入札談合の仕組みについて知っている者であれば誰でも供述できる極めて抽象的かつ概括的な内容であって、実質的には2通の供述調書を合わせても数頁程度の簡単なものであり、原判決の上記判断は証拠評価を誤ったものである。

また、原判決は、受注予定者の決定方法等が記載された控訴人5社の担当者等が残したメモや決定した受注予定者を記載したと思われるリストなど原田供述を裏付ける書面があること、山田など関係者の供述も原田供述と概ね一致しており、相互に信用性を高め合っていることからすると、同供述の信用性は十分といえる旨判断するが、原判決が挙げている供述は、5社会合の出席者とされている者でもなければ、そもそも本社勤務経験のない者の供述であり、これらの者の供述の間に極めて抽象化した供述内容の一致が認められることをもって、原田供述の信用性を認める原判決は、明らかに判断を誤ったものである。

(イ) 山田供述について

原判決は、山田供述の信用性についてもこれを肯定するが、同供述は、アウトサイダーに対する協力要請の点についても、原田供述と明らかな食い違いが存在する上、山田は、山田自身が体験した受注調整に係る事実を供述したのではなく、出張等の機会に同僚らと飲酒しながら聞いた話を供述した再伝聞にすぎず、また、これらの話をしたとされる植村らも5社会合の出席者とされている者ではなく、単なる

伝聞にすぎないことからすれば、このような出所も分からない再伝聞にすぎない供述の信用性を認めることはできないから、原判決は明らかに誤っている。

(ウ) 大森供述(甲サ42, 43)について

大森供述は、前任者である中原の話(この話自体も再伝聞又は再々伝聞である。)を十分に理解できないまま聞いたものであり、そのような不正確な理解及び記憶に基づく再伝聞又は再々伝聞にすぎない大森供述には信用性を認めることはできない。また、同供述は、具体的な工事の入札における個別談合について全く触れておらず、もちろん本件工事について供述しているものでもないから、同供述を根拠として個別談合を推認することは不可能である。

(エ) 光永供述(甲サ47)について

光永供述は、不確かな再伝聞又は再々伝聞を羅列した上で個人的な憶測を述べたものにすぎないし、個別談合にも全く触れておらず、本件工事との関連性もないから、証拠価値は全くない。

(オ) 小林供述(甲サ45)について

小林は、供述調書作成のわずか2か月前の平成10年7月に環境プラント本部長に着任したばかりであり、部下から聞いた話を供述しているにすぎず、その部下の供述調書も作成されていないことに照らすと、伝聞に伝聞を重ねたその供述の信用性は著しく低い。また、焼却炉の処理能力に関する供述内容は客観的事実に反することが明らかであり、全く信用性が認められない。

キ 基本合意について

原判決は、原田供述及び山田供述など関係者の供述に基づき基本合意を認めているが、これらの供述は「そんな話を聞いたことがある」という程度の風聞の域を出ない極めて抽象的な内容であるから、その信用性

を手放しに認めて基本合意を認定した原判決は、完全に判断を誤ったものである。

ク 個別談合について

(ア) 本件入札に関する個別談合の存在を認める直接証拠はない。原判決は、控訴人らが個別談合の存在を争うなら、基本談合が存在したにもかかわらず、当該工事については個別談合が成立しなかった具体的事情を主張、立証すれば足りるなどと判示するが、まさに本件における全証拠を精査しても、本件入札における個別談合に関する直接証拠が存在しないことが「基本談合が存在したにもかかわらず、当該工事については個別談合が成立しなかった具体的事情」にほかならない。

(イ) 原判決は、本件工事が基本合意に基づく個別談合の対象から外されたことを窺わせる事情が全くないこと等からすると、本件工事について本件入札までに、控訴人日立造船を受注予定者とする個別談合が行われ、控訴人クボタもこれに協力することが約束されていたと推認することができる旨認定する。

しかし、原判決が挙げる以下の①ないし⑦の事実は、いずれも本件入札における個別談合の存在を推認させるものではなく、本件入札における個別談合を認めた原判決は明らかに誤ったものである。

すなわち、

① 原判決は、溝口リストは受注予定者を記載したリストと認められるところ、平成8年度の控訴人日立造船のストーカ炉の欄に「尼崎」「150」という記載があり、これは本件工事の年度、地域、1日当たりの処理能力と一致することを根拠として挙げる。しかし、溝口リストが受注予定者を記載したリストでないことは前記のとおりであるから、これを前提とする原判決には重大な誤りがある。また、当時、尼崎市におけるごみ処理施設の整備計画としては、本件焼却

炉以外の工事も存在していたのであるから、溝口リスト中の「尼崎市」の記載だけでは、本件焼却炉に関する記載かどうか不明である。原判決は、個別談合を示す具体的証拠がないことから、たまたま「尼崎市」なる記載が存在した溝口リストを個別談合を推認させる間接事実として挙げたにすぎず、全く理由がない。

- ② 原判決は、溝口リストの記載のとおり、控訴人日立造船を構成員とする日立・三井・山本JVが本件工事の落札者となり、受注したことを根拠として挙げているが、同リストは、前記のとおり年度別受注予想にすぎないから、たまたま受注予想に記載されているとおりの会社が落札、受注したとしても、その事実は何ら個別談合の存在を推認させるものではない。
- ③ 原判決は、アウトサイダーに指名された場合には受注予定者が協力を求めることになる旨の原田供述に信用性が認められるとして個別談合を推認するが、原田供述に信用性が全くないことは前記のとおりである上、控訴人5社から控訴人クボタに対する協力要請を推認させる具体的事実は一切存在しないから、同推認は誤りである。
- ④ 原判決は、準メンバーである控訴人クボタ及び桂原製作所が指名された場合には、これらと話し合いを行うことになる旨の山田メモ及び山田供述を個別談合の根拠とする。しかし、同メモ(甲サ35)には、「その物件に5社以外のメンバーが入った時は、タタキ合いになる」と明確に記載されているのに、「話し合いを行うことになる」旨が記載されているがごとく引用し、同メモを間接事実の1つとして本件入札における個別談合を推認する原判決は、事実認定を誤ったものである。

また、そもそも山田供述に信用性がないことも前記カ(イ)のとおりである。

⑤ 原判決は、控訴人5社の社員の中に、控訴人5社並びに控訴人クボタ及び荏原製作所による入札状況について、ストーカ炉の処理能力を基準として将来受注予定の工事分を含めた上記各社間の受注割合を計算してその数値を把握していた者がいることを根拠として挙げるが、前記のとおり、ライバルメーカーの入札状況や受注割合を把握しておくことは、営業担当者としても、ごく当たり前の業務活動であり、何ら談合の存在を疑わせるものではない。

⑥ 原判決は、本件工事における落札率が99.17パーセントと極めて高いことを根拠とするが、原判決認定の落札率については、入札予定価格の設定の仕方によって上下する相対的な数字である落札率について、何を基準として著しく高い割合であるとするのか明らかでなく、誤った先入観に基づく恣意的な認定である。

⑦ 原判決は、入札予定価格を下回ったのは控訴人日立造船のみであって、同控訴人が極めて本件工事の受注を請けやすい状況にあったことを根拠とするが、落札業者以外の応札価格がいずれも入札価格を上回ることは、競争入札ではいくらでも存在する現象であって、単なる結果論にすぎないから、このような入札結果が談合の存在を推認させるものではない。

(ウ) 個別談合の内容や受注との因果関係に関する主張・立証について

個別談合を認めるためには、少なくとも談合の日時、場所、回数等の概括的な特定及び具体的な談合内容の確定が必要であるのに、原判決は、談合が一般的に秘密裏に行われることを理由に、この点に関する被控訴人らの具体的主張・立証が一切不要であるかのように判示しており、暴論も甚だしく明らかな誤りである。とりわけ、原判決は、個別談合が行われた時期についての概括的な認定さえしていない。

(エ) 以上のとおり、被控訴人ら主張の基本合意及び個別談合を認定する

ことはおよそ不可能であるから、本件入札までに、控訴人日立造船を受注予定者とする個別談合が行われ、控訴人クボタもこれに協力することを約束していたことを推認できるとした原判決は、明らかに誤りであって取消しを免れない。

(3) 損害について

ア 原判決は、具体的事実に基づかず、抽象的な一般論だけを根拠に損害の発生を認定し、損害額についての被控訴人らの主張・立証がほとんどされていないのに、民訴法248条の誤った理解に基づき、何の合理的根拠もない損害額を認定するものであるから、明らかに適正手続の保障を欠く違法な判決として取消しを免れない。

イ 被控訴人らは、損害額を落札価格の8パーセント相当額である8億4872円と認定すべきである旨主張する。

しかし、平成17年度の改正独禁法が課徴金の算定率を6パーセントから10パーセントに引き上げたのは、公正取引委員会が、カルテル・入札談合等の違反行為防止という行政目的を達成するため、行政上の措置として、違反行為による経済的利得相当額を国が徴収する現行の仕組みを改め、不当利得相当額以上の金銭を徴収する仕組みとしたものであって、不当利得の剥奪という意味づけは明確に否定されているから、本件における損害額の具体的な主張・立証として、上記課徴金の引き上げを引き合いに出す主張は、全くの見当違いである。

また、談合等の独禁法違反事件に関する公正取引委員会の不当利得額の実態調査は、不当利得の推計値と称しているが、事案ごとに工事内容が異なる請負契約の入札か、同一製品を継続的に供給する物品販売契約の入札かという相違点を考慮せず、また、落札当時の経済情勢、入札方法、工事の種類・規模、競争者数、地域性等の多種多様な要因等が異なる種々雑多な事案を全て一緒くたにした過去の違反事例における落札価

格の下落率を単純計算したものにすぎないから、その単純平均等から尼崎市の損害額を算定すべき旨の被控訴人らの主張は理由がない。

6 当審における被控訴人らの主張

(1) 怠る事実の存在

ア 怠る事実の判断の基準時について

控訴人らは、怠る事実の判断の基準時を監査時とせず、その後判明した事情をその判断の材料とすることも許されるならば、監査請求前置主義がないがしろにされてしまう旨主張するようである。

しかし、同前置主義は、訴訟前に地方公共団体内で簡易迅速に自主的解決を図る機会を与えるためのものにすぎず、住民訴訟の対象となっている事実と監査請求の対象となっている事実に実質的同一性があれば、同前置主義には反しない。また、監査請求時以降に変化が生じた場合には改めて監査請求をすべきだとするのは迂遠極まりなく、判断の基準時を住民訴訟の口頭弁論終結時と解すれば済むことであるし、本件訴訟は、監査委員の判断の適否を審理の対象としているのではないから、怠る事実の有無の判断の基準時を監査時とすることに合理性はない。

また、本件のように談合事件の場合、監査請求時には裏付け資料が不十分なことはよくあることであるから、控訴人らの主張のように違法性の判断基準時を理解すると、住民訴訟の途が閉ざされることになりかねない。

イ 怠る事実が存在することについて

(ア) 地方公共団体の債権については、その長が、その督促、強制執行その他の保全及び取立てに関し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関する裁量の余地は極めて乏しいものである(同法施行令〔平成16年政令318号による改正前のもの。以下同じ〕171条以下)。地方公共団体の公共性、公益性からすれば当然のことであり、権利の行使をしないのであれば、まさに怠

る事実があるというべきであって、権利の行使をしないでおく特段の合理的な事情がある場合において、ごく例外的に長の裁量の範囲に属するものといえる場合があるにすぎない。この点、控訴人らの主張は、地方公共団体の公共性、公益性を無視して、債権を行使するか否かについての地方公共団体の長の裁量の幅を広く認める発想に依拠しており不適切である。

控訴人らは、本訴提起後7年近くが経過した現時点でも、談合の存在を認定した審決の取消しを求めて全面的に争っており、その確定までには相当期間を要することが明白であるのに、尼崎市長が損害賠償請求を行使しないでよいとすれば、尼崎市が被った損害の回復が図れない状態が長期間継続することになり、損害賠償の代位請求が認められた趣旨にそぐわない。

- (イ) 独禁法25条に基づく損害賠償請求が将来可能であるとしても、現に発生している不法行為に基づく損害賠償請求を行使しないでおくことを正当化する理由にはならない。不法行為に基づく損害賠償請求も実際には立証が容易であることも考えられるし、公正取引委員会の資料を参考・証拠とし、同委員会に調査嘱託等を行うことも可能である。

また、独禁法上の損害賠償請求が故意・過失の証明を不要としているが、本件のような談合事件において故意・過失が問題になることは考えられず、立証の難易度は事実上同一である。逆に、独禁法上の損害賠償請求は、公正取引委員会の審決が確定するまで行うことができず、東京高裁の専属管轄になる点においても被害者に不利である。

以上によると、尼崎市長が、独禁法25条による請求が行えるようになるまで損害賠償請求を留保するとの判断をしたとしても、その判断には合理性がない。

- (ウ) 確かに、不法行為に基づく損害賠償請求訴訟を提起し敗訴した場合に

は、訴訟費用については尼崎市が負担することになるが、本件では、すでに公正取引委員会において談合の事実を認定する別件審決が出ている段階である。また、基本合意に基づく個別談合を不法行為とする全国各地の同種住民訴訟(東京都、多摩ニュータウン環境組合、上尾市、横浜市、豊栄郷清掃施設処理組合、神戸市、福岡市、京都市の各発注に係る訴訟)において、住民勝訴の判決がある。そうすると、本件における尼崎市には十分に勝訴の蓋然性があり、地方公共団体の公共性、公益性も考え併せれば、訴訟費用負担のリスクを理由に不法行為に基づく損害賠償請求権の不行使を正当化することは許されない。

(㉔) 控訴人らは、被控訴人らの主張に従えば、独禁法25条が空文化する旨主張するが、公正取引委員会の審理が迅速に行われ、審決が早期に確定する場合には、上記請求には存在意義がある。同条の存在意義と怠る事実の認定は全く別の議論であり、仮に同条が空文化することがあるとしても、そのこと故に被控訴人ら主張の不法行為に基づく損害賠償請求権を行使しないことが正当化されることにはならない。

(㉕) 以上のとおり、原判決が違法に怠る事実があったとした判断に誤りは無い。

(2) 談合が存在したこと

ア 原田供述の信用性について

原田は、甲サ第28、第46号証において、原判決が認定した基本談合について詳細な供述をしているが、控訴人らは、審査官の先入観等による誘導により得られた供述であり、長時間の取調べのため疲れ果てた末に作成されたものであるから信用性がない旨主張している。

しかし、原田の初期供述は、公正取引委員会が控訴人三菱重工業への立入検査を実施した当日に作成されたものであり、原田が他の者に相談したり、何らかの示唆、指示を受けることのない状況下で録取されたものであ

る。かかる初期供述は、審査官の立入検査によって収集した証拠を整理、検討する暇のない時点で得られたものであるから、事案の複雑性を考慮すれば、審査官による誘導の可能性はむしろ低いというべきである。

また、原田が初期供述後に弁護士等に対して供述内容を報告していること(甲サ187)、原田の初期供述の内容と、林が所持していた原田と審査官とのやりとりを記載したと推認されるメモの内容が概ね一致していること(甲サ36, 80, 140)からすると、原田は、自らの初期供述の内容を十分記憶していたというべきであって、初期供述の内容をよく理解しないまま供述調書に署名、捺印したなどということは考えられない。むしろ、原田は、初期供述後に帰社し、弁護士等にその鮮明に記憶していた供述内容を報告した際、その内容が控訴人三菱重工業にとって著しく不利益な内容であることを自覚したために、その後の供述では一転否認に転じたとみるのが合理的である。

以上によれば、基本合意の存在を供述した原田の初期供述の内容は十分に信用できるものである。

イ 原田の権限について

控訴人らは、そもそも原田は、一介の課長にすぎず、1億円未満の黒字工事であればいざ知らず、基本合意の対象とされた大規模工事について独断で受注調整などできようはずがないと主張するが、当時の控訴人三菱重工業においては、最終的な決裁権限とは別に、ストーカ炉建設工事の見積金額についての発言権を最も有していたのは原田であり、ほとんどすべてのストーカ炉建設工事について、同人が実質的に見積金額を決めていた(甲サ164)。したがって、原田が基本合意に係る受注調整に参加することは何ら不合理ではない。

ウ 溝口リストの証拠価値について

控訴人らは、溝口リストは単なる社内資料にすぎない旨主張するようで

ある。しかしながら、同リスト記載の22件の工事のほとんどが指名競争入札により落札業者を決定したものである。各社の価格の自由競争入札により落札業者が決定される競争入札制度の下では、各社が他社の営業活動の進捗状況等を注視しながら、いくら自社の受注条件に合致する工事に受注目標を絞り込んで集中的に営業しても、目標どおり契約を締結できるわけではない。しかも控訴人5社は、技術力、営業力、過去の受注実績が伯仲している。このような状況で受注予想を行って有力2、3社を絞り込むことは可能でも、競争入札制度での落札者まで予想を的中させることなどあり得るはずがない。

また、同リストには4年後の工事を予想した記載もある。営業活動の進捗状況などは時々刻々と変化するものであり、将来の4年間の営業活動を見据えた落札者の予想などなし得るはずがない。確かに、同リスト22件中4件については、割り振られた会社とは異なる会社が受注し、そのうち3件をアウトサイダーの控訴人クボタが受注しているが、かなりの回数相指名業者として大手5社が受注できるように協力させていたアウトサイダーには、ときには落札予定業者が5社の会合に諮って了承を得た上、受注させていたことがあったのであり(甲サ35, 37, 40ないし45, 47, 49, 102, 108)、上記3件は、まさにこのような受注調整のケースであると考えべきである。

さらに、同リストには、荏原製作所や控訴人クボタなど、大手5社に次ぐ受注実績を有するメーカーの記載がないが、仮に受注予想を記したにすぎないのであれば、控訴人5社以外のメーカーの記載が一切ないのは不自然極まりない。

以上によれば、同リストは単なる社内資料などというのではなく、受注調整の内容を記したものであり、その内容はほとんどの工事における実際の落札者と一致していることからして、極めて信用性が高いものである。

エ 以上によれば、基本談合及び個別談合の存在を認定した原判決の事実認定に誤りはない。

(3) 請求原因事実の特定に不足はないこと

控訴人らは、被控訴人ら主張の談合行為の内容が具体的に特定されておらず、個別談合の主張に対する具体的な防御が不可能である旨主張する。

しかし、上記個別談合は、基本談合で決まったルールに従って、5社の会合にて自動的に行われるものであり、アウトサイダーとの調整も、基本合意に沿って行われるものである。

確かに個別談合行為の具体的日時、場所等についての特定はないものの、原田の初期供述等の証拠から基本談合を認定できるか、あるいは、溝口リスト等の証拠から個別談合行為を認定できるかという主要な争点について、控訴人らは十分に防御を尽くしているから、本件における程度の請求原因の特定であっても、請求原因事実の特定の要請の趣旨に反していないというべきである。

(4) 損害(被控訴人らの附帯控訴理由)

公正取引委員会は、平成17年の独禁法改正による課徴金の引上げに関し、過去の違反事例における不当利得推計額が平均して売上額の16.5パーセント、約9割の事件で売上額の8パーセント以上の不当利得額が存在するという実証的調査結果に基づき、課徴金算定率を原則として売上額の10パーセントまで引き上げるとの見解に立っているが、これは調査結果に支えられた実効性のある数値であるのに対し、原判決の損害額認定の根拠はあいまいである。

本件においても、控訴人らは、談合により利益を最大にするため予定価格に極めて接近する金額で入札することが可能になったものと推認されるどころ、実際にも当該業者の落札率は99.17パーセントと著しく高い割合であったことに照らすと、本件落札価格のうち、当該業者らの談合により不当

につり上げられた分は、上記16.5パーセントを著しく下回るものとは考えられない。

したがって、尼崎市の損害額は、落札価格106億0900万円の少なくとも8パーセント相当額である8億4872万円であると認定すべきである。

第4 当裁判所の判断

1 地方自治法242条の2第1項及び同項4号所定の「怠る事実」の存否について

被控訴人らは、尼崎市長が被控訴人ら主張の独禁法違反事実につき不法行為に基づく損害賠償請求権を行使しないのは、債権の管理を違法に怠る事実に該当すると主張するのに対し、控訴人らは、尼崎市長が、公正取引委員会の別件審決の確定を待って、独禁法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、その合理的な裁量の範囲内に属するから、尼崎市長に上記違法な怠る事実は存在しないと主張する。

そこで、判断するに、同条項の定める住民訴訟の対象となる行為は、住民監査請求について定めた地方自治法242条による場合と異なり、違法な行為又は違法な怠る事実であるから、以下、本件において、尼崎市が不法行為に基づく損害賠償請求権を行使しないことが、違法な怠る事実に該当するか否かについて判断する。

(1) 地方自治法240条及び同法施行令171条から171条の7までの規定によれば、地方公共団体の長は、客観的に存在する債権を理由もなく放置したり免除したり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と解されている（最高裁平成16年4月23日第二小法廷判決、民集58巻4号892頁参照）。

しかしながら、不法行為による損害賠償請求権は、法令や条例に基づく債権や通常の契約に基づく債権とは異なり、その債権の存否自体が争われ、その立証が複雑かつ困難な場合があつて、必ずしも「客観的に存在する債

権」とは言い難い上、提訴した場合に相当程度の敗訴の危険性も考慮せざるを得ないこともあり、特に、本件のように怠る事実の対象となる控訴人5社に対する債権が独禁法違反を理由とする不法行為に基づく損害賠償請求権の場合には、独禁法25条に基づく損害賠償請求権の行使も可能であるから、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・追行の経済的負担、訴訟結果の見通し(勝訴の見込み、程度)、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事情を考慮する必要がある、したがって、地方公共団体の長において、上記の諸般の事情を考慮して、別件審決確定前に不法行為に基づく損害賠償請求権を行使しないこととした判断に合理性がある場合には、当不当の問題はあり得るとしても、当該債権の管理を違法に怠る事実にあたるとはいえないというべきである。

そして、違法性の判断基準時については、本件訴訟が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、上記のとおり諸般の事情を総合考慮して、当該損害賠償請求権の行使について違法な怠る事実の有無を判断するものであることに照らすと、事実審の口頭弁論終結時と解するのが相当である。

- (2) これを本件について検討すると、独禁法違反の行為によって自己の法的利益を侵害された者は、当該行為が民法上の不法行為に該当する限り、これに対する審決の有無にかかわらず、別途、一般の例に従って損害賠償の請求をすることを妨げられない(最高裁平成元年12月8日第二小法廷判決、民集43巻11号1259頁参照)から、尼崎市長において、上記監査委員の意見にかかわらず、直ちに不法行為に基づく損害賠償請求訴訟を提起するという選択をすることも不可能かつ不当とはいえないが、本件においては、以下の諸点に照らすと、同市長が現在まで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と認められるから、同市長の上記行為が違法な怠る事実には該当するとは認められないというべきである。

ア まず、地方自治法242条の2第1項の趣旨は、住民訴訟の前置手続として、まず普通地方公共団体の監査委員に住民の請求に係る行為又は怠る事実について監査の機会を与え、これにより当該行為又は当該怠る事実の違法、不当を当該普通地方公共団体の自治的、内部的処理によって予防、是正させることにある（最高裁昭和62年2月20日第二小法廷判決、民集41巻1号122頁参照）ところ、甲第4号証、第10号証の1ないし3によると、尼崎市の監査委員は、被控訴人らの本件監査請求に対し、平成12年12月7日付けで、独禁法3条違反の場合には、同法25条及び民法709条の適用が考えられるが、前者に基づく請求には独禁法26条により審決の確定が前提であり、現在審判中であるため同請求権を行使できないし、後者に基づく請求についても、現在談合を立証できず、尼崎市の損害の有無を確定できない状況下で、尼崎市長が損害賠償請求権を行使しないことが、不当に財産の管理を怠っているとはいえないものの、別件審決が確定して尼崎市の損害が明らかになった場合には、尼崎市長はその損害についての対処など必要な措置をとられるよう要望する旨の通知をしたことが認められることからすれば（なお、前記のとおり平成14年法律4号による改正前の地方自治法242条3項によれば、監査委員が監査請求に理由がないと判断した場合には、その結果を公表することとされている。）、尼崎市長は、格別の事情のない限り、監査委員の指摘を前提として、被控訴人ら主張の不法行為債権の存否が不明確と判断し、別件審決の確定まで控訴人らに対する損害賠償請求を控えることにしたものと認められ、同事実に照らすと、尼崎市長が控訴人らに対する請求を放棄ないし免除したものと認められない。

イ 次に、当審提出の甲ア第24、第25号証及び弁論の全趣旨によると、公正取引委員会は、平成18年6月27日、控訴人5社の談合を前提として、①控訴人5社は、遅くとも平成6年4月以降に行っていたストーカ炉の新設等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、②控訴人5社は、今後、それぞれ、相互に又は他の事業者と共同して、地方公共団体が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続燃焼式及び准連続燃焼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てはならないこと等を内容とする別件審決をしたが、同審決は、別件審判開始決定から約7年間経過後にようやく出されたものであって、別件審判の資料中にも控訴人らの談合を裏付ける直接証拠はなく、公正取引委員会は、自ら収集した資料を詳細に分析検討した上、被控訴人らの主張に沿う本件入札に関する控訴人らの合意(談合)を認定したものであるところ、控訴人5社は、別件審決の取消訴訟を東京高等裁判所に提起し、同訴訟は現在も係属中であることが認められ、これらの事実を照らすと、被控訴人らの主張する個別談合は、その存在が客観的に明白であるとか、容易に主張・立証できるというものではない上、別件審決も同訴訟において取り消される可能性がまったくないとはいえない不確定的な状況にあることが明らかである。

ウ 記録上明らかな事実によると、被控訴人らが本件訴訟において提出した訴訟資料のほとんどが別件審判の資料であり、また、控訴人らは被控訴人ら主張の基本合意及び個別談合を全面的に争っており、その内容も前記原判決事実摘示及び当審における控訴人らの主張のとおり主張自体失当というようなものでないことが明らかであって、これらに照らすと、尼崎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、

被控訴人らと同様に上記資料に依存せざるを得ず、別件審判及び本件訴訟と同様、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・物的手当等を避けられず、さらに、仮に敗訴した場合には、これらの諸費用が尼崎市の負担になるだけでなく、尼崎市と控訴人らとの間の新たな紛争に発展する危険性もないとはいえない(例えば、尼崎市が控訴人らの談合行為を主張することは、控訴人らの名誉や信用を失墜したり、企業のイメージダウンによる財産的損害を与える可能性も生じる。)

エ 被控訴人ら主張の控訴人らによる個別談合が不当な取引制限(独禁法2条6項, 3条)に当たるとして不法行為に基づき損害賠償請求権を行使する場合には、直ちにその行使が可能である反面、控訴人らの故意を主張・立証する必要があるが、その場合でも控訴人5社の個別談合を認めた別件審決が確定すれば控訴人5社の故意も事実上推定されることになる。

他方、独占禁止法25条に基づき損害賠償請求権を行使する場合には、控訴人5社の個別談合(故意行為)の成立を認める別件審決の確定を前提とするが、尼崎市としては、別件審決の確定があるから、個別談合を容易に主張・立証することができる(談合を認めた確定審決の存在を主張・立証すれば、違反行為者の故意も事実上推定され、同条2項により、故意がなかったことを証明することが許されない。)ほか、裁判所は、遅滞なく、公正取引委員会に対し、同法25条に規定する違反行為に因って生じた損害の額について、意見を求めなければならないとされているから(同法84条1項)、被害者は同委員会の意見に基づき、損害の立証に関する重要な資料を入手することもできる。

このように、同法25条に基づく損害賠償請求には、不法行為に基づく損害賠償請求に比較して、多大な訴訟経済上の利点があるのみならず、後者の請求についても談合を前提とする別件審決が確定することにより

談合行為(故意)の主張・立証が容易になることが明らかである。

オ 消滅時効については、独禁法26条2項が同法25条の請求権の消滅時効期間を審決確定の日から3年と規定しているから、尼崎市は、審決確定後、損害賠償請求権を行使することが可能であり、他方、不法行為に基づく損害賠償請求権の消滅時効も3年であり、その起算点である民法724条所定の「被害者が損害を知った時」とは、被害者が損害の発生を現実に認識した時をいう(最高裁平成14年1月29日第三小法廷判決、民集56巻1号218頁)ところ、本件においては談合の成否及び尼崎市の損害の有無が熾烈に争われていて、別件審判開始決定から別件審決までに約7年間が経過し、さらにその取消訴訟が提起されていることは前記のとおりであり、尼崎市に損害が生じたかどうかはなお不明であることに照らすと、被控訴人ら主張の個別談合を前提とする別件審決が確定した時が「尼崎市が損害を知った時」であって、同時点を消滅時効の起算点と解することができる。そうすると、不法行為に基づく損害賠償請求についても、消滅時効の完成を防ぐという観点から直ちに請求・提訴に踏み切る必要性はないことになる。

カ 控訴人らは、いずれも一部上場の会社であって支払能力に問題があるとは認められない(公知の事実)から、尼崎市が別件審決確定後に損害賠償請求した場合でも、その権利実現が不可能になるとも考えられない。

キ 本件と同種のごみ焼却炉の個別談合が問題となった事案においても、被控訴人ら主張のとおり、住民側が勝訴した事案(甲13ないし16, 当審提出の甲17, 19ないし23)もあるが、事業者側が勝訴した事案もあり(乙A16, 乙B11ないし13, 15ないし16, 乙D12の1, 2, 乙D13, 14, 当審提出の乙A18, 19), 裁判例が分かれているのみならず、各訴訟ごとに当事者の主張や証拠資料が異なることに照らすと、裁判例の動向から直ちに、本件において不法行為に基づく損害

賠償請求を提起した場合に勝訴判決が得られるかどうかは予測困難であるというほかない。

ク 以上の諸点，とりわけ，被控訴人ら主張の尼崎市の控訴人らに対する損害賠償請求権は，談合による不公正な価格形成を行ったというものであるところ，談合は秘密裏になされ客観的な証拠がほとんど残されていないのが通常であるから，その主張・立証が複雑かつ困難な場合に当たり，客観的にも明らかな債権であるとか，容易に主張・立証可能な債権というものではなく，そもそも不法行為を構成するか否かについて評価が分かれる余地が多分にあることを踏まえると，尼崎市長において，控訴人らの談合の事実を主張・立証できるとの相当の確実性が見込まれる場合でない限り，一方で，公正取引委員会による別件審決が，控訴人5社の共謀(談合)を理由として排除措置を命じた場合には，その確定を待って独禁法25条に基づく損害賠償請求権又は民法上の不法行為を理由とする損害賠償請求権を行使するが，他方で，公正取引委員会が排除措置を命じなかった場合又は排除措置を命じてもその取消判決が確定した場合には，控訴人5社の個別談合の成立を主張・立証することが困難になるとの見通しから，控訴人5社の責任を追及することも断念するという選択の余地を残すこととし，結局，尼崎市長において，不法行為に基づく損害賠償請求権を別件審決確定まで行使しないことには合理性があるというべきである。

したがって，尼崎市長が，公正取引委員会の審決の確定を待って，独禁法25条に基づく損害賠償請求権ないし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，本件口頭弁論終結時まで，控訴人らに対し，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，それは客観的に存在する債権を理由もなく放置したり免除したりするものではないから，当該債権の不行使を違法な怠る事実と認めることはできな

いというほかない。

なお、原判決「争いのない事実等(4)ウ」のとおり、公正取引委員会は控訴人クボタについては審判開始決定をしていないところ、被控訴人ら主張の控訴人クボタの不法行為は、控訴人5社から控訴人日立造船が受注できるように配慮を求められた結果、控訴人クボタがこれを了承し、控訴人5社と個別談合したというものであるから、尼崎市長において、控訴人5社の談合を認める旨の別件審決確定後に、控訴人クボタに対して不法行為に基づく損害賠償請求権を行使するかどうかを判断することとしたことが、違法な怠る事実にあたるということもできない。

- (3) 以上に対し、被控訴人らは、前記のとおり違法な怠る事実の根拠として、地方自治法240条、同法施行令171条以下により地方公共団体の長の裁量の余地がほとんどないこと、不法行為に基づく損害賠償請求権の不行使は、損害の回復を図れない状態が長期間継続し、損害賠償の代位請求が認められた趣旨にそぐわないこと、公正取引委員会の資料を証拠資料として使用できること、談合事件では、独禁法上の損害賠償請求と、不法行為に基づくそれとの間において、立証の難易度は事実上同一であること、独禁法25条に基づく請求は審決確定まで行使できず、東京高裁の専属管轄であるなど被害者に不利益であること、本件では既に談合を認めた別件審決が出ている上、同種の事案で住民勝訴の判決が多数出ていることを主張するが、それらの主張はいずれも前記(1)(2)の判断を左右するものではない。

他方、控訴人らは、違法な怠る事実の存在を訴訟要件であると主張するが、適法な監査請求をした地方公共団体の住民は、当該主張事実に関し違法であるか否かの判断を裁判所に求める法的地位を有するものであり、住民訴訟の訴訟要件としては、当該主張事実が違法であると主張すれば足りるものであって、当該事実が実体的に違法であるか否かは、訴訟要件の問題ではないから、控訴人らの本案前の主張は理由がない。

2 以上によれば，被控訴人らの各請求は，その余の点について判断するまでもなく，いずれも理由がないといわなければならないから，被控訴人らの請求を一部認容した原判決は相当ではなく，取消しを免れない。

よって，本件各控訴に基づき，原判決中，控訴人らの敗訴部分を取り消し，同取消しにかかる被控訴人らの請求をいずれも棄却し，被控訴人らの本件各附帯控訴をいずれも棄却することとして，主文のとおり判決する。

大阪高等裁判所第5民事部

裁判長裁判官 大 和 陽 一 郎

裁判官 市 村 弘

裁判官 一 谷 好 文

これは正本である。

平成19年11月30日

大阪高等裁判所第5民事部

裁判所書記官 福島正人

