

平成20年6月19日判決言渡 同日原本交付 裁判所書記官

平成19年(ワ)第5号防災行政無線談合損害賠償等住民訴訟控訴事件 (原審・大分地方裁判所平成17年(ワ)第4号)

口頭弁論終結日 平成20年2月19日

判 決

大分県由布市庄内町柿原302番地

控 訴 人	由 布 市 長
	首 藤 奉 文
同 訴訟代理人弁護士	立 花 充 康
同	大 森 克 磨
同	千 野 博 之

東京都港区虎ノ門一丁目7番12号

控 訴 人 補 助 参 加 人	沖 電 氣 工 業 株 式 会 社
同 代表者代表取締役	篠 塚 勝 正
同 訴訟代理人弁護士	内 藤 貞 夫
同	橋 本 勇
同 訴訟復代理人弁護士	渡 部 朋 広
同	長 家 広 明

大分県由布市湯布院町

被 控 訴 人	
同 訴訟代理人弁護士	河 野 聡
同	中 山 知 康
同	吉 村 一 洋
同	河 野 悟
同 訴訟復代理人弁護士	田 中 一 哉

主 文

1 原判決を次のとおり変更する。

(1) 控訴人は、控訴人補助参加人に対し、1278万5714円及びこれに対する平成12年12月18日から支払済みまで年5分の割合による金員の支払を請求せよ。

(2) 控訴人が、控訴人補助参加人に対して、平成12年度日出生台演習場周辺無線放送施設設置事業の談合に関する不法行為に基づく損害賠償請求権に基づき、上記(1)記載の金額の支払請求を怠ることが違法であることを確認する。

(3) 被控訴人のその余の請求を棄却する。

2 訴訟費用（補助参加によって生じた費用を除く。）は、第1, 2審を通じこれを10分し、その3を控訴人の、その余を被控訴人の各負担とし、補助参加によって生じた費用は、第1, 2審を通じこれを10分し、その3を控訴人補助参加人の、その余を被控訴人の各負担とする。

事 実 及 び 理 由

第1 控訴の趣旨

- 1 原判決を取り消す。
- 2 被控訴人の請求を棄却する。

第2 事案の概要

- 1 本件は、旧大分県大分郡湯布院町（平成17年10月1日、同郡挾間町及び庄内町との合併により、大分県由布市がその事務を承継した。以下「湯布院町」という。）の住民である被控訴人が、湯布院町が指名競争入札の方法により、控訴人補助参加人に発注した平成12年度日出生台演習場周辺無線放送施設設備設置事業に係る同年度無線放送施設設置工事（以下「本件工事」という。）について、同工事の請負契約（以下「本件請負契約」という。）に係る工事代金額が、控訴人補助参加人その他の入札参加業者の談合によって、談合がなければ公正な競争によって得られたであろう契約金額に比して違法につり

上げられ、その差額相当額として、少なくとも4490万円の損害を湯布院町に与えた、ないし、かかる違法な談合に基づく本件請負契約は公序良俗に反して無効であり、同契約に基づく代金を控訴人補助参加人は不当に利得したとして、地方自治法242条の2第1項4号に基づき、控訴人に対し、控訴人補助参加人に被用者の不法行為による使用者責任若しくは債務不履行に基づく損害賠償請求、又は不当利得返還請求として、上記金額及びこれに対する不法行為の日である平成12年12月18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請求することを求めるとともに、同項3号に基づき、控訴人に対し、控訴人が控訴人補助参加人に対する上記損害賠償請求権又は不当利得返還請求権の行使を怠っていることの違法確認を求めた住民訴訟である。

原審は、被控訴人の請求をいずれも認容したところ、控訴人補助参加人がこれを不服として控訴した。

2 争いのない事実並びに証拠及び弁論の全趣旨により容易に認定できる事実は、次のとおり修正するほかは、原判決の「事実及び理由」の「第2 事案の概要」の1に記載のとおりであるから、これを引用する。

- (1) 原判決5頁1行目の「起訴した」の後に「(大分地方裁判所平成15年(わ)第410号。以下「本件刑事事件」という。)」を加える。
- (2) 同6頁3, 4行目の「公正取引委員会(九州事務局)」を「公正取引委員会(九州事務所)」に改める。
- (3) 同頁7行目の後に次のとおり加える。

「被控訴人は、控訴人の控訴人補助参加人に対する請求権として、本件訴訟の訴状では、独占禁止法25条に基づく損害賠償請求権及び不当利得返還請求権に基づくものとしていたが、平成17年7月7日午前10時30分の前審第1回口頭弁論期日において債務不履行に基づく損害賠償請求権を追加し、さらに、同年9月1日午前10時30分の前審第1回弁論準備手続期日において、不法行為に基づく損害賠償請求権を追加した。」

3 本件の争点及び争点に関する当事者らの主張は、次のとおり修正し、後記4のとおりに付加するほかは、原判決の「事実及び理由」の「第2 事案の概要」の2に記載のとおりであるから、これを引用する。

(1) 原判決10頁2行目の後に「したがって、仮に指名競争入札者間で意思の連絡があったと仮定しても、そもそも指名時点において既に競争が存在しない状態が客観的に出来ていた以上、当該意思連絡が公正な競争を実質的に阻害することはなかったといわざるを得ない。」を加える。

(2) 同頁6行目及び7行目を次のとおり改める。

「 なお、上記供述内容が不自然で信用できないとする具体的理由は、次のとおりである。

すなわち、大谷は、捜査当局から談合の事実について厳しい追及を受けたために心身共に不調となり、やむなく供述調書にサインをしたものである。また、控訴人補助参加人においては、本件監査請求のあったことを知った後、顧問弁護士も加えた社内の調査チームにおいて、本件入札に関する談合の有無を調査し、かかる事実はなかったとの結論を下している（丙10）。さらに、大谷が応札金額について、想定した予定価格2億5000万円から50万円を差し引いた2億4950万円としたことは、談合があれば無用の配慮である。」

4 当審における当事者の主張

(1) 争点(2)（出訴期間の徒過）について

ア 控訴人補助参加人

(ア) 住民監査請求がなされた場合、当該住民監査請求をした住民は、当該監査の結果若しくは勧告に不服（以下「監査に対する不服」という。）がある場合又は勧告を受けてなされた執行機関等の措置に不服（以下「措置に対する不服」という。）がある場合に住民訴訟を提起することができるものであり（地方自治法242条の2第1項）、このように、

住民訴訟には監査に対する不服を理由とするものと、措置に対する不服を理由とするものの2種類があるところ、監査に対する不服を理由とするものにあつては、住民監査請求においてなされた財務会計上の行為の違法の主張に理由があるか否かが審理の対象となり、措置に対する不服を理由とするものにあつては、執行機関等が勧告に従ったか否かが審理の対象となる。

(イ) ところで、本件訴状によれば、本件住民監査請求に関する勧告の内容の通知を受けた被控訴人は、「直ちに被告湯布院町長に対して、請求金額と賠償金額を明らかにするように求めたが、現在までにこれらを特定する回答はないことから、湯布院町長が控訴人補助参加人に対して独占禁止法25条に基づく請求権又は不当利得返還請求権を行使すること等を求めて、本訴を提起したものである」。また、本件監査請求に関する勧告においては、「沖電気工業株式会社が得た不当利得を、独占禁止法25条に基づき、損害賠償請求することを勧告する」と明記されている。すなわち、本件訴訟における訴状記載の請求の根拠と本件監査請求に関する勧告の内容とはほぼ一致している。さらに、被控訴人も、平成17年年7月5日付け被控訴人準備書面で、湯布院町長は「公正取引委員会に対して、入札談合疑いの通報をなすに止まっているのであって、・・・このような場合も、監査委員の求める措置を一定期間内に行っていない場合に該当するものというべきである。」と主張しており、これは、本件訴訟が措置に対する不服を理由とするものであることを如実に示すものである。

(ウ) これに対し、被控訴人は、本件勧告が請求金額及び賠償の期限を特定・明示していない点が不適法であり、それをも根拠として本件訴訟を提起したと主張するが、請求すべき金額を確定金額で特定することは勧告の要件ではないし、勧告に賠償期限が明示されていないことは勧告とし

ての効力に影響を及ぼすことがなく、当該勧告に係る監査を請求した者は措置に対する不服があるとして住民訴訟を提起することができるというのが判例である（最高裁昭和58年9月8日判決・判例時報1092号45頁）。

以上によれば、本件訴訟は、監査委員の勧告を受けた湯布院町長の措置に対してなされたものと解するほかない。なお、措置に対する不服を理由とする訴えの出訴期間は、監査委員の通知があった日から30日以内とされている（地方自治法242条の2第2項2号）が、ここでいう監査委員の通知は、出訴期間の起算日を意味するにすぎず、監査委員の通知がなされるまで訴えを提起できないとする趣旨ではないことは当然のことであり、湯布院町長の措置についての通知がなされる前に本件訴訟が提起されていることが、監査に対する不服を含むことの証左となるものではない。

- (エ) また、地方公共団体における監査は職権でなされるのが原則であり（地方自治法199条）、住民による監査請求はその端緒にすぎないし、監査請求を行う住民は法律や行政について十分な知識を持たないことが通常であるから、本件監査請求における「独占禁止法25条により」との文言は、監査請求の対象を制限する趣旨ではないと解するのが相当であるが、監査請求に基づく勧告は、これと異なり、「財務管理、事業の経営管理その他行政運営に関し優れた識見を有する者」（同法196条1項）等によってなされるものであるから、その内容は、当該勧告の表現自体によって解釈されるべきであり、法律の専門家たる弁護士である2人の訴訟代理人によって提起された本件訴訟が何を理由とするものであるかは、訴状の記載によって判断されるべきは当然のことである。したがって、本件訴訟が、不当利得又は独占禁止法25条による損害賠償を請求することを求めた本件勧告が実行されないことに対する不服を主

張して提起されたことは明らかである。

- (オ) さらに、訴えの変更ができることとその変更が出訴期間を遵守したことになるかということは別個の問題であり、変更後の訴えが当初の訴えの提起時になされたものとされるためには、特段の事情がなければならぬ。

そして、住民訴訟における訴訟提起期間が不変期間とされていること（地方自治法242条の2第3項）、行政事件訴訟法43条3項及び同法40条1項によって住民訴訟に準用される同法15条は、「原告が故意又は重大な過失によらないで被告とすべき者を誤ったとき」に限って、「新たな被告に対する訴えは、最初に訴えを提起した時に提起されたものとみなす」としていること、同法14条1項が出訴期間の徒過が宥恕されるのは正当な理由がある場合に限るとしていること並びに同法20条が処分の取消しの訴えをその処分についての審査請求を棄却した裁決の訴えに併合して提起する場合に限って前者の訴えを後者の訴えを提起した時に提起したものとみなすとしていること等を考慮すると、上記特段の事情としては、変更後の訴えを当初から提起できなかったことについて故意若しくは過失がなかったこと又はそれと同視すべき事情が存することが必要とされなければならない。

これを本件についてみると、もしも、勧告の内容に不服があれば、当初からそのことを理由として本件訴訟を提起することは極めて容易であったはずであるので、当初の訴えの提起時に勧告の内容についての不服を理由としなかったことには、被控訴人側に故意とはいわないまでも重大な過失が存していたというべきであり、変更後の訴えを当初の訴えの提起時になされたものとみなすべき特段の事情があったとすることはできない。

イ 控訴人

本件訴状では、被控訴人は、控訴人に対し、独占禁止法25条に基づく損害賠償請求権のほかに不当利得返還請求権も行使するように求めているが、これをもって監査に対する不服を理由としたものと解することはできない。なぜならば、監査委員の監査結果は、「独占禁止法19条に抵触し、これで得た不当等利得を、同25条に基づき・・・損害賠償請求する」ことを勧告するというものであるところ、本件訴状では上記の「不当等利得」を捉えて控訴人補助参加人の不当利得返還義務と主張しているものというべきであり、その意味では、訴状記載の請求の根拠と本件監査請求に関する勧告の内容とは一致しているといえるので、被控訴人が本件訴訟の当初から勧告内容自体に不服があったものとは解せられないからである。

ウ 被控訴人

本件訴状の請求原因第4項では、監査委員が平成17年3月29日付けで監査結果を出し、損害賠償ないし不当利得返還請求を勧告したが、「なお、その損害賠償請求額は、公正取引委員会などの談合の防止に係わっている機関や法律専門家などとも協議し、適正な額を算出し、民法所定の利息相当額を加えたものとする。」として請求金額を確定せず、また請求の期間も特定しなかった旨記載し、これに続けて、「原告は直ちに被告湯布院町長に対して、請求金額と賠償期限を明らかにするよう求めたが、現在までこれらを特定する回答はない。」と記載し、そのうえで、第5項として、「よって、原告は請求の趣旨記載の請求をなす」としたもので、この記載自体から客観的に見ても、被控訴人が、監査結果のうち、損害賠償額について、被控訴人の主張した金額を容れるのではなく、公正取引委員会や法律専門家などとの協議で適正な額を算出すべきものとした内容自体についても不服があつて本件訴訟を提起している趣旨は明白である。請求の趣旨にも、端的に監査結果と異なる、被控訴人が求める4490万円の支払請求をせよとの内容が記載してある。

(2) 争点(4) (談合行為の有無) について

ア 控訴人補助参加人

(ア) 本件工事のような防災行政無線システムの設置工事の場合は、請負契約とはいうものの、発注者から示された仕様に従って土木や建築の工事を施工することよりも、各種の機能を有する機器を組み合わせることで「防災行政無線システム」を構成することが中心となる。そして、「防災行政無線システム」を構成するための機器については、各入札参加業者は各々独自の仕様を持ち、かつ、コストダウンのために量産していることから、現実に多数の在庫を抱えている。そこで、各入札参加業者は、仕様が決定される前の段階で、自社製品の優位性をアピールする等の営業活動を展開して、自社製品の仕様が採用されるよう競争することになる。また、発注者側では、発注に際しては、基本的にどの業者の製品仕様を採用するかについて検討し、決定することになる。そして、発注に際して特定の製品仕様が決定され発表されれば、その仕様を備えた製品購入申し込みの意思表示がなされたに等しく、仕様が採用された業者側に残されたハードルは、もはや入札において「入札予定価格」を上回らないという一点のみになるのである。すなわち、自社の仕様が採用された業者以外の業者は、既に在庫として存在する自社製品の仕様とは異なる製品を設計・製造・量産する場合のコストと期間（経済合理性）を勘案したときに、それを受注することは事実上不可能であることから、自主的に落札を断念することになるため、その後は、もはや各入札参加業者間に競争の余地は皆無となるのである。

また、入札予定価格自体についても、「防災行政無線システム」を入札参加業者である各メーカーがそれぞれに製品化して製造販売しているものであるから、市場価格というものが形成されており、この市場価格に基づく各メーカーの標準価格を参考として予定価格が決定されるので、

各入札参加業者は経験上独自の判断に基づいて容易に入札予定価格を推測することができる。このため、各入札参加業者は、応札価格についても情報交換する必要性がなく、落札を断念した業者は、自主的に推測される入札予定価格より若干高い金額で応札し、自社の仕様が採用された業者は、推測される入札予定価格よりも若干低い値段で応札し落札することになるのである。

なお、発注者側が採用を決定した製品仕様が細かく特定されておらず、したがって、採用対象となった製品仕様にそのまま対応可能な複数の業者が残るケースもあり、そのような場合には、入札段階でも価格競争が残っていると見えるが、本件は、このようなケースではなかったのである。

(イ) 大谷の供述調書の信用性について

- a 大谷は、贈賄への関与については、厳しい取調べを受けることはなかった。
- b 大谷が希望して弁護士が紹介されたことはあったが、その弁護士はいずれも有永及び中島が選任した者であり、大谷の立場で談合事件の取調べについて相談を受けるものではなかった。つまり、たまたま贈賄事件について有永及び中島が選任した弁護士と話し合う機会があっただけのことであり、大谷が談合事件の取調べについて相談できる状態ではなかった。のみならず、捜査機関は、大谷に対して談合についての取調べに入った後は、連日長時間に及ぶ厳しい取調べを続けたことから、結局有永及び中島が選任した弁護士を紹介されても、贈賄事件について話し合うことができただけで談合事件の取調べについて弁護士に相談することなどできなかった。
- c 大谷は、取調べの途中で一旦入院し、退院後、再び取調べに応じているが、退院しても通常健康体に回復していた訳ではなく、肉体的

にも精神的にも、あくまでも真実を貫き談合行為について否認を続けるという気力が失われていたのである。

- d 供述調書で談合行為を認めても、控訴人補助参加人が社内規則を従業員に適用する場合には、事実調査を尽くすことはいうまでもなく、慎重かつ詳細に真実を追求し、それによって確認できた真実に基づき判断し、結論に至るものであるから、大谷が捜査機関から強制され作成された供述を鵜呑みにして判断を下すことはあり得ないところ、大谷が供述調書で談合行為を認めたとしても、その後、そのことにより不利益を被るとの認識を有していたとは認められず、むしろ、供述調書で談合行為を認めても、社内調査においては真実が明らかになると認識していたと解すべきである。
- e 検察官の大谷に対する取調べが強引なものではなかったとしても、大谷は、既に、警察の捜査の段階で強制的な取調べを受け、供述調書が作成されたことを体験していることから、検察官は同じ立場の捜査機関であり、その取調べは警察よりも更に厳しいものと認識していたものである。したがって、警察の捜査において既に談合行為を認める供述調書が作成されている限り、否認はできないものと認識していたと解すべきである。
- f 入札参加業者の担当者であった永迫秀高（以下「永迫」という。）、中原茂美（以下「中原」という。）、小山明（以下「小山」という。）及び塩崎憲司（以下「塩崎」という。）のいずれもが、大谷の供述調書を裏付ける内容の供述調書に署名しているが、これらの調書が捜査機関によって作り上げられたものであることからすれば、至極当然のことである。
- g 大谷が、警察段階の取調べにおいて供述した入札参加業者の担当者の氏名のうち2名について誤りがあり、検察官の取調べにおいて訂正

していることは、警察官が大谷に対して、用意していた事実を押しつけて調書を作成したことを表すものである。

- h 各入札業者らは、不利益を受けるという認識よりも捜査機関に協力するとの認識が強く働いているというべきであり、仮に談合行為に関わる会話が交わされたとすれば、具体的に各業者の側が次の入札等において有利になる等それに関連する何らかの会話が加わるものである。しかしながら、それについては供述調書に何らの記載もない。

イ 被控訴人

- (ア) 控訴人補助参加人は、防災行政無線システムの仕様が決めれば、仕様が採用されなかった業者は事実上入札が不可能となり、談合は成立しないと主張するが、それでは、防災行政無線システムに関しては、入札が実施される意味は無いことになってしまうところ、現実には各地の防災行政無線システムについて入札が実施されているのであり、そのこと自体からして無意味ではないことが明らかである。
- (イ) 本件刑事事件の記録から明らかなように、控訴人補助参加人の仕様に決定した後も、有永と中島は、談合に加わらない業者を指名業者から外そうとして贈賄行為を行っているのであり、控訴人補助参加人の仕様が採用されたから他の入札業者は自主的に落札を断念するかなのような控訴人補助参加人の主張は、有永等の上記行為と矛盾している。
- (ウ) また、他社が控訴人補助参加人仕様を用いることが、経済的に極めて不利であるとしても、採算を度外視して実績を作るために低価格で入札する業者がいらないとは限らないのであり、だからこそ、控訴人補助参加人自身も入札価格を出来る限り低額とせざるを得なかったのである。そうでなければ、控訴人補助参加人の仕様に決定すれば、控訴人補助参加人は、いかようにも高額で入札し得ることになってしまう。
- (エ) 控訴人補助参加人は、大谷は、贈賄については厳しい取調べを受けな

かったとか弁護士に相談できる状態でなかったと主張するが、そのような状況は控訴人補助参加人内部における捜査情報記録、打ち合わせメモ等（甲13）からは見出せない。

(3) 争点(5)（民法715条に基づく損害賠償請求権の成否）について

ア 控訴人補助参加人

(ア) 本件訴訟においては、本件入札における控訴人補助参加人の落札額について、控訴人補助参加人が不当な利益を取得したのではないかという問題があり、原判決は、入札判定会議が示した1億4925万1930円を見積原価とし、さらに販売管理費や適正な利潤を考慮する必要があると判断しながら、応札額2億4950万円との差額全てが控訴人補助参加人の利益であるかのように判断している。

しかし、ある製品を販売する場合の販売価格（売価）は、原価、共通費用（固定原価、販売管理費、技術研究費、金融費用、本社費用など）及び利益から成り、入札において共通費用を幾ら負荷するかは、決算時などある特定の時点における実績値で決めることになるので、結果的に共通費用が限界利益（売価－変動原価）を超過することもあり得ることになり、その場合は欠損ということになる。このため、ある入札案件において、当該営業担当が上記共通費用を勘案した上で最終的な原価を知るなどということは全く不可能なのであり、最終的な利益を予測することも不可能である。

そして、一般的な企業においては、会社の販売管理費用や本社費用などの額や割合は、企業活動上、極めて高度な機密事項として取り扱われており、原価や共通費用の内訳などといったものを公にすることは絶対に考えられない。

(イ) そして、控訴人から本件工事のコンサルテーションについて受託していた電気興業株式会社（以下「電気興業」という。）は、まず、各社の

見積書を提出させ、この各社の見積価格の中で、各機器毎に、最も低価格のものを抽出し、この抽出した価格をさらに8割に減ずることによって、設計価格を2億7360万2490円と求めている。そして、湯布院町長が、その裁量によって、上記設計価格からさらに減額した2億6850万円（消費税込み）を予定価格と定めているところ、このような控訴人側の予定価格決定過程の中で、既に、民間企業である各業者が得べかりし利益は大きく減じられているのである。その上で、さらに入札が実施され、予定価格を下回る応札価格2億4950万円で控訴人補助参加人が落札したのであるから、控訴人補助参加人に不当な利益を得る余地など無かったのである。

(ウ) 株式会社ダゴ通信社（以下「ダゴ通信」という。）への支払について
控訴人補助参加人からダゴ通信へは、2100万円しか支払われていない。しかも、これは、ダゴ通信社との間で締結された契約に基づく正当な反対給付として支払われた法律上の原因を伴う金員である。

(エ) 江藤憲行（以下「江藤」という。）に対する支払について

控訴人補助参加人から、江藤に対して1575万円が支払われているが、同金員は、共通費用として、正当な社内規定に基づいて支出されたものであり、かつ、控訴人補助参加人は、江藤から騙されて支出を強いられたものであることも加味すべきであるから、同金額が控訴人補助参加人の不当な利得であり、かつ、控訴人が被った損害額であると算定することはできない。

イ 被控訴人

(ア) 控訴人補助参加人は、本件工事における入札予定価格が市場価格に近い価格であると主張するが、単に複数の業者から見積りを取ったとの理由だけで、当時の公共工事における予定価格が市場価格に近いものだったとすることには、何ら客観的な根拠はない。

(イ) 控訴人補助参加人は、ダゴ通信に支払われた金額が4800万円ではなく、2100万円であると主張し、2100万円の支払稟議書を提出しているが、この支払稟議書が当時作成されたものであるという確証はない。これが全額についての支払稟議書であるとの証拠もない。また、ダゴ通信が現実に戸別訪問調査、山間部における電波調査、地形調査等を行い、その成果物を控訴人補助参加人に納入したとの明確な証拠もない。

(4) 争点(9) (地方自治法242条の2第1項3号に基づく請求について、違法な怠る事実の有無) について

ア 控訴人

確かに、本件訴訟提起後に本件刑事事件の記録が証拠として提出され、その時点で、談合に関する資料が明らかになったともいえる。しかし、なおも控訴人補助参加人は談合の事実を激しく争っており、控訴人としては、談合の事実の有無を確定的に判断するためには、この点に関する裁判所の公定的判断を得る必要があった。

また、損害額の算定が著しく困難であるという事情もある。すなわち、控訴人補助参加人の本件工事の入札価格は2億4950万円であったが、湯布院町が事前に算出した入札予定価格は2億6850万円（消費税込み）であり、入札価格は予定価格を下回っていた。このことからすれば、控訴人補助参加人の入札価格であれば、理論的には、損害が発生していないとも考えられるからである。また、そうでないとしても、どの程度の損害が発生しているのかについて、業者ならともかく、控訴人がこれを算定することは著しく困難であった。このことは、原判決が損害の算定に関し、民事訴訟法248条を根拠としていることから明らかである。

こうした点を考慮して、控訴人としては、談合の事実の有無、損害額について、裁判所の公定的判断を得るまでは、その確定ができないとして、

損害賠償請求等の行使を待つこととしたのである。

イ 被控訴人

上記のような控訴人の主張を認めるならば、地方自治体は、常に住民訴訟あるいは公正取引委員会によって談合の事実が確定し、損害額が認定されなければ、談合業者に対して、何の損害賠償請求も行わなくても責任が発生しないということになってしまい、極めて不合理である。

損害額の算定については、原価計算や多額の営業費用等から最低でも入札予定価格の17.56パーセントの損害が発生したと見ることは容易にできるのであり、この金額で控訴人補助参加人に対して請求行為をなすことは可能だったというべきである。

第3 当裁判所の判断

1 争点(1) (監査請求前置の不充足) について

当裁判所も、本件監査請求においては、独占禁止法に基づく損害賠償請求権だけではなく、不法行為ないし債務不履行に基づく損害賠償請求権や不当利得返還請求権の行使を怠る事実についても、監査対象とされ、監査請求を経たものと判断する。その理由は、原判決の「事実及び理由」の「第3 当裁判所の判断」の1に記載のとおりであるから、これを引用する。

2 争点(2) (出訴期間の徒過) について

(1) 当裁判所も、被控訴人が、債務不履行又は不法行為に基づく損害賠償請求を求める請求を追加した点につき、出訴期間の徒過はないものと判断する。その理由は、原判決16頁21行目の「しかしながら、」の後に「被控訴人が、本件監査請求の『求める措置』として『違法な談合により沖電気が得た不当等利得を損害賠償請求する。その額は予定価格の17.56%、4490万円とし、民法所定の利息相当額を加えたものとする。』としているのに対し、」を加え、後記(2)のとおり付加するほかは、原判決の「事実及び理由」の「第3 当裁判所の判断」の2に記載のとおりであるから、これを引

用する。

(2)ア これに対し、控訴人補助参加人は、請求すべき金額を確定金額で特定することは勧告の要件ではないし、勧告に賠償期限が明示されていないことは勧告としての効力に影響を及ぼすことがないので、本件勧告が請求金額及び賠償の期限を特定・明示していないからといって、監査に対する不服を理由とするものとはいえない旨主張するが、控訴人が、本件監査請求において、『求める措置』の中で請求金額を明示しているにもかかわらず、本件勧告が請求の金額及び期間を特定・明示しなかったことは、被控訴人にとっては、その勧告内容自体に不服があったものと見るのが素直であり、控訴人補助参加人の上記主張は採用できない。

イ また、控訴人補助参加人は、被控訴人が、債務不履行又は不法行為に基づく損害賠償を求める請求を追加した点につき、出訴期間の遵守において欠けるところがないと解すべき特段の事情が必要とされるが、その「特段の事情」としては、変更後の訴えを当初から提起できなかったことについて故意若しくは過失がなかったこと又はそれと同視すべき事情が存することが必要とされなければならない旨主張するが、上記特段の事情の存否は、変更前後の請求の間に存する関係から、変更後の新請求に係る訴えを当初の訴え提起の時に提起されたものと同視できるか否かの判断によるものであって、訴え変更前の請求と、訴え変更後の新請求とを比較して検討すべきものと解され、控訴人補助参加人主張のような主観的事情を考慮するのは相当ではないから、控訴人補助参加人の上記主張は採用できない。

3 争点(3) (地方自治法242条の2第1項柱書の要件充足の有無) について
当裁判所も、本件訴訟は同法242条の2第1項柱書の要件を充足しているものと判断する。その理由は、原判決の「事実及び理由」の「第3 当裁判所の判断」の3に記載のとおりであるから、これを引用する。

4 争点(4) (談合行為の有無) について

(1) 被控訴人は談合行為の存在を主張し、控訴人補助参加人は談合行為の存在を否認するところ、湯布院町長は、本件監査請求に関する湯布院町監査委員の勧告を受けて、契約適正化法10条に基づく通報をしたものの、控訴人は、本件訴訟において、談合行為の存在について、不知であると認否するだけで、この点について積極的に主張・立証をしていないから、控訴人補助参加人の訴訟行為は、控訴人の訴訟行為と抵触するとまではいえないので、談合行為の有無について検討する。

(2) 本件においては、談合行為を認める大谷の司法警察員（甲8の7及び8）及び検察官（甲10）に対する各供述調書（以下、これらを合わせて「本件供述調書」という。）が存する反面、談合行為を否認する大谷の証言（原審。以下同じ。）も存する。そこで、まず、本件供述調書の信用性につき検討する。

ア 本件供述調書の内容は、①本件入札参加業者の間では、慣例として、公共工事の入札において、新規に発注される工事については、自社製の機器の仕様が仕様書に採用されるなどして、発注者の意向を取り付けた業者が、「チャンピオン」として優先的に工事を受注できることとされていること、②大谷は、本件現場説明会当日、湯布院町総務課の受付で本件入札の指名業者を確認し、上記慣例による話合いに応じない松下電器や日本電気が指名されず、慣例に従う業者のみが指名されていることを確認したこと、③本件工事の仕様書では、控訴人補助参加人製の機器の仕様を取り込まれており、本件工事において同社に受注させようという発注者の意向を取り付けたことが明らかとなったことを確認したこと、④慣例として、優先権を主張できる業者が話合いを仕切ることになっているので、本件現場説明会の翌日から、大谷が、本件入札参加業者の担当者である日本無線の永迫、日立の中原、富士通の小山及び東芝の塩崎に対し、電話をかけて話合いを進めたこと、⑤話合いの中では、各担当者に対し、控訴人補助参加人が発

注者の意向を取り付けていることを前提に、「湯布院の防災無線ですが、うちが頑張っているんで宜しくお願いします」と暗に控訴人補助参加人が落札業者となることを認めるように持ちかけ、「おまかせします」などと了承が得られた後、改めて、応札金額（入札価格）について、2億6000万円以上で応札し、1回目で落ちなかったときは、200万ないし300万円以内の値引きをして応札するように連絡したこと、⑥東芝の塩崎は、当初、控訴人補助参加人が本件工事を受注することの了承を保留したものの、最終的には、東芝が特に主張できる点もないということでの了承し、大谷が上記応札金額の指示をしたこと、⑦大谷は、指名業者間の話合いはできていたので、予定価格ぎりぎりでの応札し、利益を少しでも多くしたいという気持ちで、控訴人補助参加人の応札金額を決めたこと等というものである。

イ また、大谷が談合を持ちかけたとされる永迫（甲8の10）、中原（甲8の11）及び小山（甲8の9）の司法警察員に対する各供述調書並びに塩崎（甲9の1）の検察官に対する供述調書が存し、これらの内容は、上記ア①及び④ないし⑥の供述内容と符合している。

ウ(ア) これに対し、控訴人補助参加人は、大谷が談合の事実について厳しい追及を受けたために心身共に不調となり、やむなく本件供述調書にサインをしたものであるとして、その信用性を否定すべきであると主張するので検討する。

(イ)a 大谷は、本件工事の営業担当者として、贈収賄に係る本件刑事事件の被疑者として平成15年9月16日から警察の取調べを受け、途中同月26日から同月28日まで高血圧症による体調不良により入院したが、その後も、同年10月6日まで警察官による取調べがほぼ連日にわたり行われ、任意捜査とはいえ、大谷は、当初の2回こそ福岡市内の自宅から大分県の警察署に出向いていたものの、その後は大分市

内のホテルに宿泊して取調べを受け、吉村町長への贈賄や働きかけを仲介した江藤に対し、控訴人補助参加人が本件工事に関して支払った販売手数料の賄賂性の認識について取調べを受けるなど、捜査機関から、贈賄への関与を追及され、同月4日（甲8の7）及び6日（甲8の8）に贈賄被疑事件について司法警察員に対する各供述調書が作成され、同月12日に検察官による贈賄被疑事件に対する取調べを受け、検察官に対する供述調書（甲10）が作成された（甲8の7及び8，甲10，13，丙6，10，証人大谷）。

b その間、大谷は、有永や中島の弁護士への説明のほかに、大谷の希望により控訴人補助参加人が紹介した安部萬年弁護士（以下「安部弁護士」という。）とも相談をしており、安部弁護士からは、①自然体（ありのまま）で知っていること、知らないことをいいなさい、②警察の言うこと（論法）に安易に迎合するな、③安部弁護士と話したことをはっきりいいなさいとアドバイスを受けていた（甲11・20及び21丁目，甲13の6，証人大谷）。

c 大谷は、上記取調べ期間中に入院したが、退院後、警察署での取調べを受けられない状況ではなかったし（証人大谷）、本件刑事事件について、大谷は贈賄への関与は一貫して否認し、本件供述調書においても、中島から贈賄資金の相談を受けたことは認めつつも、贈賄行為への関与は一切否定したことが記載されている（甲8の8・4，22及び29丁目，証人大谷）。

(ウ) 上記認定事実からすれば、大谷は、厳しい取調べを受けていたものの、虚偽の内容の供述調書について、署名を拒むことができない状況であったということとはできないし、そもそも、捜査機関が、贈賄事件の被疑者として大谷を取り調べていたことからすれば、贈賄への関与に比して、談合行為を否認することが困難であったという事情も窺われない。

- (ニ) これに対し、控訴人補助参加人は、るる反論するので、検討する。
- a 大谷は、贈賄への関与については、厳しい取調べを受けることはなかった旨主張するが、大谷は、上記認定のとおり、捜査機関から一貫して贈賄被疑事件として取調べを受けているし、大谷自身、連日にわたる厳しい取調べの内容が贈収賄に関するものと入札に関するものの双方であった旨陳述しており（丙6）、控訴人補助参加人内部での調査においても、大谷はその旨述べているのであって（丙10）、控訴人補助参加人の上記主張は採用できない。
- b 大谷が希望して弁護士が紹介されたことはあったが、その弁護士はいずれも有永及び中島が選任した者であり、大谷の立場で談合事件の取調べについて相談を受けるものではなかった旨主張するが、前記認定のとおり大谷は安部弁護士を紹介され同人から具体的なアドバイスも得ているのであるから、控訴人補助参加人の上記主張は採用できない。
- c 大谷は、取調べの途中で一旦入院し、退院後、再び取調べに応じているが、退院しても通常健康体に回復していた訳ではなく、肉体的にも精神的にも、あくまでも真実を貫き談合行為について否認を続けるという気力が失われていたとも主張するが、大谷が同じく厳しい取調べを受けながら贈賄事件について否認を貫いた事実にかんがみると、同主張はにわかには採用できない。
- (オ) さらに、控訴人補助参加人においては、談合については社内でも厳格に禁止し、発覚すれば懲戒解雇で臨むものとされていることが認められ（丙7）、大谷も、談合行為を認めれば、どのような不利益を被るか十分認識できたことが認められる（証人大谷）。とすれば、贈賄と同様に、談合についても関与していないならば否認するのが自然であり、大谷は、上記のとおり、取調べを受けていた期間中に、弁護士と数回面談をして

いるところ、仮に談合の事実が全くないにもかかわらず、捜査機関が談合のあったことを認めるよう強要していたのならば、弁護士との面談の過程で、そのことに言及されていてしかるべきであると考えられるのに、大谷の証言においても、大谷が、弁護士らに対し、談合に関する相談をしたことは何ら窺えない。

これに対し、控訴人補助参加人は、大谷は、本件供述調書で談合行為を認めても、社内調査においては真実が明らかとなると認識していたと解すべきである旨主張するが、上記認定のとおり捜査機関に迎合し、あえて虚偽を供述しなければならないような状況は見出し難いから、上記主張も採用できない。

(カ) a 加えて、大谷は、検察官に対する供述調書（甲10）においても、控訴人補助参加人が本件入札で落札できるよう談合行為を行った旨認めており、その証言でも、検察官の取調べにおいて強引な取調べはなかった旨認めている。

これに対し、控訴人補助参加人は、検察官の大谷に対する取調べが強引なものではなかったとしても、大谷は、既に、警察の捜査の段階で強制的な取調べを受け、供述調書が作成されたことを体験していることから、警察の捜査において既に談合行為を認める供述調書が作成されている限り、否認はできないものと認識していたと解すべきであると主張するが、警察官による取調べが終了したのが、平成15年10月6日で、検察官による取調べがなされたのは同月12日である（丙10・別紙7）ところ、その間には6日間の余裕があったのであり、もし警察官に虚偽供述を強要されていたのなら、その間に弁護士等に相談し、検察官による取調べに対処するだけの時間的な余裕は十分にあったものと認められるから、上記主張も採用できない。

b また、検察官調書において、大谷は、警察官の取調べにおいて応札

金額の連絡をした相手として挙げた他の入札参加業者の担当者のうち2名について、氏名を訂正しているところ、控訴人補助参加人は、警察官が大谷に対して、用意していた事実を押しつけて調書を作成したことを表すものである旨主張するが、本件刑事事件の取調べが本件入札の約3年後に行われていることを考慮すれば、大谷に記憶違いがあったとしても不自然とはいえず、このことをもって警察官の押しつけがあったと断ずることはできず、むしろ、氏名の訂正があった永迫及び中原は、大谷から連絡があった旨認めていること（甲8の10・7丁目、8の11・6丁目）からすれば、その後の裏付け調査によって、2名の氏名が明らかになったと解すべきであり（永迫の警察官調書の日付は平成15年10月9日〔甲8の10〕であり、中原の警察官調書の日付は同月11日〔甲8の11〕であって、いずれも、大谷の警察官調書作成以後に取調べがなされたものである。）、このことから、本件供述調書の信用性が失われるものではない。

(キ) 控訴人補助参加人は、談合行為の裏付けとなる永迫、中原、小山及び塩崎の各供述調書が捜査機関によって作り上げられたものであり、各入札業者らは、不利益を受けるという認識よりも捜査機関に協力するとの認識が強く働いているというべきであり、仮に談合行為に関わる会話が交わされたとすれば、具体的に各業者の側が次の入札等において有利になる等それに関連する何らかの会話が加わるものであるが、それについては供述調書に何らの記載もない旨主張する。

しかし、塩崎は、電機業界においても談合が行われており、新規に発注される工事に関して、実施設計の図面や仕様書に自社製品機器の特徴を組み込んで配置してもらうことなどで、指名業者間で談合の際、発注者の意向を取り付けていることを主張でき、落札に有利な事情となること（甲9の1・6及び16丁目）、本件現場説明会の後、大谷から電話

があり、東芝以外からはOKをもらったが、東芝からもOKをもらえないか、そちらから主張することがあれば言うようにと言われ、それまで営業活動をしていたことから即答を避け、後日、本件工事に付随する仕事だけでももらいたいという依頼をしたが、大谷から断られたこと（同・30ないし31丁目）、大谷からは、2億5000とか2億6000万以上で入札するようにとの入札金額の指示があったこと（同・31丁目）などの事実を認めているところ、塩崎の検察官調書の内容は、極めて具体的・詳細で、自然な経緯を述べる内容となっているほか、同調書は、供述者である塩崎自らが競売入札妨害被疑事件の被疑者として取調べを受けて作成されたものであり、塩崎にとっても不利益な陳述をしたことが記載されているものであるから、その信用性は高いものといえる。

また、本件刑事事件に関与していない、他の本件入札参加業者の担当者にとっても、前記談合行為を認めることは、その勤務する会社にとって不利益な内容となるところ、大谷から応札金額の指示等を受け、これに従ったことを認めており、その信用性は否定し難いものといえる。

そして、本件入札参加業者の間では、慣例として、公共工事の入札において、新規に発注される工事については、自社製の機器の仕様が仕様書に採用されるなどして、発注者の意向を取り付けた業者が、「チャンピオン」として優先的に工事を受注できることとされているのであるから、殊更次の入札における有利な取り計らいについての会話がなからず、控訴人補助参加人の上記主張も採用できない。

- (3)ア また、控訴人補助参加人は、本件工事を含む防災行政無線システムに関しては、導入する市町村毎に仕様が異なり、事前に落札業者を決めても利益が出るとは限らないので、業者間で、一定の入札群に関する基本合意は存在しないし、本件入札においても、他の入札参加業者は、本件現場説明

会で仕様書に控訴人補助参加人製の機器の仕様が多く採用されているのを知り、納期や費用の面から、自主的に落札を断念したのであって、応札金額に関する意思の連絡をする必要はなかった旨主張する。

イ この点、確かに、本件工事の発注仕様書（乙6）には、「メモリボタンは30個以上とする」、「個別呼出は、1, 200個別とすること」、「外部アダプターを使用せずに単一、単二、単三の3種類の乾電池が、混在使用せずに各々で使用できること」、「選択呼出数 1, 200個別、128グループ」と記載があり、これらは控訴人補助参加人の製品の特徴であることが認められる（丙18、証人竹内伸光）。

ウ しかしながら、防災行政無線システムを導入する市町村が、入札のために特定の機器の仕様を採用した後であっても、当該機器の仕様を用いている業者が法律上又は事実上落札できることが確定したわけではないから、当該業者が、仕様が決定したとして、優先権を主張し、他の業者に対し、落札することを諦めさせ、自らの落札を確実にした上で、他の業者との間で、応札金額ないし予定価格を事前に連絡しあうことで、それ以上の競争を気にかけることなく、予定価格の範囲内で、最大限の利益が得られるように応札金額をつり上げることは十分考えられる。

エ(ア) これに対し、控訴人補助参加人は、自社の仕様が採用された業者以外の業者は、既に在庫として存在する自社製品の仕様とは異なる製品を設計・製造・量産するコストと期間（経済的合理性）を勘案したときに、それを受注することは事実上不可能であることから、自主的に落札を断念することになるとし、事実上各入札業者間における競争はなくなる旨主張する。

イ) しかし、東芝は、本件工事の仕様が発表された後も、営業部において設計書及び仕様書を基にして、本件工事の概算価格を約3億3000万円と算定し、その1割は内容を精査して減額が可能で、さらにそこから

1割の圧縮は不可能ではないので、2億7000万円までの受注は可能であると考えていたことが認められる（甲9の2・19、20及び51ないし55丁目）のであって、控訴人補助参加人が主張するように、自社の仕様が採用されなければその入札業者は自主的に断念せざるを得なくなるというものではないことは、明らかである。

(ウ) さらに、本件刑事事件で有罪判決を受けた有永及び中島も、検察官に対する供述調書において、設計図書を自社製品仕様にすることで、談合の際、営業活動の実績を主張できること（甲8の17〔有永〕・7ないし10丁目、8の18〔中島〕・3丁目）、電気興業が本件工事の実施設計を受注したことから、指名業者に入れば、他の業者に対し優位に立って話を進めることができる（甲8の17・10丁目）、指名にさえ入れば、落札の確度は高い（甲8の18・15丁目）などと認識しながら、談合に応じないことが多い松下電器と日本電気を指名業者から外すよう江藤を通じて吉村町長に働きかけたこと（甲8の17・20丁目、8の18・18丁目）、賄賂の供与は控訴人補助参加人の指名と、上記2社が指名から外れることを条件としていたこと（甲8の17・25ないし32丁目、8の18・29丁目）を認め、また、贈賄を共謀した江藤も、検察官に対する供述調書において、かかる働きかけがあったことを認めており（甲8の19・20丁目）、このことから、自社の仕様が採用されれば、他社は入札を断念せざるを得なくなることを認めることはできない。

オ また、控訴人補助参加人は、大谷が応札金額について、想定した予定価格2億5000万円から50万円を差し引いた2億4950万円としたことを指摘し、談合があれば無用の配慮であるから談合事実の不存在を示す旨主張するが、談合の有無にかかわらず、予定入札価格以下でなければ落札できないのであり、予定入札価格を意識することが、談合行為の有無に

関連しているものとは認められず、控訴人補助参加人の上記主張は採用できない。

(4)ア なお、本件入札における談合行為については、大谷らは起訴されていない（丙9，10，弁論の全趣旨）が、当該談合行為は、その内容からすれば、本件入札参加業者の担当者間の慣例を前提とし、電話によるやりとりに基づき実現されており、元々客観的証拠は少ないことが推認されるどころ、本件入札で談合を主導したことになる大谷は、業務日誌やメモ等の関係資料を廃棄している（甲8の8・23丁目，証人大谷）。

よって、検察官が、厳格な立証の求められる刑事事件の審判に堪えるだけの証拠が十分存在しないと判断したとしても不自然とはいえず、大谷らが起訴されていないことをもって、直ちに談合行為の存在が否定されることにはならない。

イ また、控訴人補助参加人においては、本件監査請求のあったことを知った後、顧問弁護士も加えた社内の調査チームにおいて、本件入札に関する談合の有無を調査し、かかる事実はなかったとの結論を下している（丙10）が、当該調査は、本件刑事事件に関する記録を入手した上でなされたものではないし、専ら大谷からの事情聴取による調査で、談合の相手方からも聴取して双方の供述の信用性を吟味するようなものではなく、大谷からの事情聴取内容が信用できると結論づけているだけのものであり、大谷は控訴人補助参加人の従業員であったところ、前記のとおり、控訴人補助参加人においては、談合への関与があれば、厳しい懲戒処分が予想されることからして、社内調査において大谷が事実と反して談合を否定したとしても不自然ではなく、上記調査結果の内容を直ちに信用することはできない。

(5) 小括

以上からすれば、談合を認めた大谷の本件供述調書の内容は十分信用でき

るものといえ、同調書及び関係者らの各供述調書によれば、本件入札参加業者の間では、新規に発注される公共工事の入札において、自社製機器の仕様が仕様書に採用されるなどして、発注者の意向を取り付けた業者が、優先的に工事を受注できる慣例があったところ、本件入札においては、本件現場説明会を受け、控訴人補助参加人が発注者の意向を取り付けていることが明らかとなったことから、大谷が、他の入札参加業者の担当者との間で、落札者や応札金額について連絡、指示をして、他の業者に落札を最終的に諦めさせ、他の業者が予定価格以上で応札することを確実にする一方で、大谷は、予想される予定価格ぎりぎりの価格で応札をしたという談合行為（以下「本件談合行為」という。）があったものと認められ、これに反する大谷の陳述（丙6）及び証言は信用できず、他に上記認定を覆すに足りる証拠はない。

5 争点(5)（民法715条に基づく損害賠償請求権の成否）について

(1) 当裁判所も、本件談合行為には違法性があり、控訴人補助参加人には使用者責任が認められるものと判断する。その理由は、原判決の「事実及び理由」の「第3 当裁判所の判断」の5の(1)及び(2)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28頁14行目の「沖電気工業行動規範」を「沖電気行動規範」に改める。）。

(2) 損害発生の有無及び損害額

ア 損害発生の有無

控訴人及び控訴人補助参加人は、控訴人補助参加人の本件入札における落札価格は、予定価格の範囲内であり、損害の発生が認められない旨主張するところ、確かに、控訴人補助参加人の本件落札価格は予定価格の範囲内であった。

しかしながら、湯布院町は、地方公共団体として、その事務を処理するに当たっては、最小の経費で最大の効果を上げるようにしなければならない義務があるところ（地方自治法2条14項）、予定価格とは、地方公共団

体が、契約金額を決定する基準として、契約担当者が予め作成する見積価格であって、性質的には契約を締結できる価格の上限にすぎず、談合がなく、公正な競争入札が行われれば、より低廉な価格で本件請負契約を締結できた蓋然性が認められるならば、その場合に想定される落札価格と本件落札価格との差額相当額について、湯布院町は損害を被ったというべきである。

そして、前記認定のとおり、自社製機器の仕様が採用された業者があるとしても、コストや納期の点でその業者が有利な地位にあるだけで、談合がなければ、他の入札業者も自己の利益を勘案して入札に参加するものと考えられること、現に、松下電器や日本電気のように自社製機器の仕様が採用された業者を受注業者として優先させる慣例に従わない業者も存在したこと、東芝においても、入札金額を試算していたことなどからすれば、必ずしも自社製機器の仕様の採否だけで、他の業者が受注を断念するとは限らないこと、控訴人補助参加人が、本件工事の受注を希望したのは、視察に適した湯布院町における工事であり、他の自治体に対する宣伝効果が大きいことや、民間工事に比べて単価が高く、利益率が高い上、確実に工事代金がもらえるという利点があったことによる（甲8の17・8及び9丁目）ところ、かかる利点は他の業者にとっても共通するものといえること、本件現場説明会において控訴人補助参加人の仕様が多く採用されていることが判明した後であっても、本件入札参加業者の間において、応札金額についての連絡・指示が行われていたことなどからすれば、本件入札においても価格競争の可能性が十分あったものといえ、少なくとも、本件談合行為がなければ、大谷は、他社の受注意欲や応札金額を確実に知ることはできず、もっぱら予定価格のみを考慮して応札金額を決めるようなことはできなかつたものと推認される。

よって、本件談合行為がなく、公正な競争入札が行われれば、湯布院町

は、より低廉な価格で本件請負契約を締結できた蓋然性が高いものと認められ、その場合の想定落札価格と本件落札価格との差額相当額の損害が発生しているものと認められる。

イ 損害額

(ア) 湯布院町が被った損害を算定するためには、本件入札において、本件談合行為がなく、公正な競争入札がなされれば形成されたであろう想定落札価格の検討が必要となる。

(イ) この点、被控訴人は、全国の地方自治体で行われている入札改革の結果として、落札率が80パーセント程度まで改善されている事実に照らし、本件入札においても、公正な競争入札が行われれば、想定落札価格は予定価格の80パーセントになることが予想されるとして、落札率97.56パーセントとの差である入札予定価格の17.56パーセント相当の損害が発生している旨主張し、全国各地の競争入札における落札率低下を示す証拠（甲6、7）を提出する。

しかしながら、そもそも落札価格は、入札に係る工事の種類・規模・特殊性のほか、入札指名業者の数・規模・受注意欲、入札の行われた地域の特性、入札当時の社会経済情勢等、様々な要因が複雑に影響しあって形成されるものであるから、可能な限り当該事案に即して、想定落札価格を認定すべきであって、他の地方公共団体における指名競争入札について調査し、算出された平均落札率の値だけをもって、本件入札においても、同様の割合で落札価格の低下が予想され、想定落札価格が認定できるということとはできない。そして、平成12年から平成18年にかけて各地で行われた防災行政無線システムの入札結果でも、落札率が区々に分かれていることが認められるうえ（甲16の1及び2、弁論の全趣旨〔当審における被控訴人の平成19年5月31日付け「控訴理由書」に対する疑問・意見〕と題する書面添付の別表。ただし、訂正済みのも

の。]) , 仕様によっては、一社に有利な場合もあるし、数社が対応可能な仕様であって、各入札業者間での競争が激化する場合もあるとも考えられるから、被控訴人の上記主張は採用できない。

(ウ) もっとも、前記のとおり、本件入札及び本件請負契約による代金支払により、湯布院町に損害が発生していること自体は認められ、その損害額の算定のためには多種多様な価格形成要因を斟酌せねばならないところ、損害の性質上、その額を立証することは極めて困難といわざるを得ないことから、個別具体的な想定落札価格の認定ができない場合は、民事訴訟法248条を適用して、湯布院町が被った損害を認定することとする。

(エ) a そこで、検討するに、証拠(甲8の8・14, 15及び40丁目、証人大谷)によると、①控訴人補助参加人においては、本件工事の入札の6日前である平成12年12月12日、事業部が、本件工事に関し、同月11日の湯布院町における本件現場説明会で入手した金抜き仕様書に基づき、合計でFC1億2496万5517円、送価1億4925万1930円と見積ったシステム原価見積仕様書(甲8の8・40丁目、以下「本件原価見積仕様書」という。)を作成したこと、②本件原価見積仕様書は、AからDの4段階の価格確度で、Dという低いランクに位置づけられているものの、その見積りには、設計部門(システム技術第2部)が関与し、無線機器、システム試験、システム取り纏め、周辺機器、工事・調整、技派の各項目に分けて、項目毎に見積りを出して総計を算出する手法が用いられており、本件入札後の同月19日には、価格承認欄(「システムまとめ」)に、「熊山」の押印がされ、その後株式会社沖電子コミュニケーションシステムズにおいて、「湯布院見積書」のファイルの一部として保管されていたこと、③控訴人補助参加人においては、入札に参加する場合、事業費

300.0万円以上の案件では、本社で入札判定会議が行われ、営業担当者、営業部部長、事業部担当者、事業部長が参加し、控訴人補助参加人における原価積算と、営業担当が把握している落札予測金額とを対比し、10パーセント以上の利益が見込まれれば、落札に向けて行動することになっており、本件工事についても、入札判定会議は、本件原価見積仕様書の送価1億4925万1930円（以下「本件見積原価」という。）を基に、1億円以上の利益が見込まれることから落札に向けて行動することに決定したこと、④上記のとおり、利益率が高いことから、本件工事の入札価格については、現地で担当している大谷に任されることになり、大谷は、控訴人補助参加人と共に湯布院町に防災無線システム提案書を提出するなどの営業活動を行っていたダゴ通信から、予定価格を2億5000万円と聞いていたこともあり、入札価格を2億4950万円と決めたこと、⑤大谷は、本件見積原価をもって、本件工事を完成させられる価格であり、この金額以上で受注すれば、差額は利益になる旨本件刑事事件の捜査段階において供述していたことが認められる。

また、中島や有永は、控訴人補助参加人が本件入札参加業者として指名を受けることや、談合による話合いが可能となるような指名業者を選定すること等につき、吉村町長へ働きかけるよう依頼した江藤に対して、吉村町長への口利きの報酬として、事前に受注金額の5パーセントを報酬とする旨約しており、本件入札後、販売手数料名目で合計1575万円を支払ったこと（甲8の7・28ないし31丁目、8の8・20ないし29丁目、47ないし56丁目、8の17・11ないし20丁目、8の18・13ないし17丁目、証人大谷）、ダゴ通信も、談合で重要となる発注者の意向取付活動をしてもらっていたとして、控訴人補助参加人は、同社に対しても現地調査費用などの名目

で謝礼を支払っており、同社に対する支払金額は合計4800万円に消費税を加算した5040万円に上ること（甲8の7・11ないし14，21，22及び29丁目，8の8・28丁目，証人大谷）が認められる。

b これに対し、控訴人補助参加人は、ダゴ通信に支払ったのは2100万円だけであると主張するが、大谷は、本件供述調書のみならず、証人尋問においても上記事実を認めており、信用性が認められる反面、控訴人補助参加人は、支払稟議書が2100万円の分しかないから、2100万円しか支払っていないというにすぎず、控訴人補助参加人の上記主張は採用できない。

c また、控訴人補助参加人は、電気興業が、各社の見積書を提出させ、この各社の見積価格の中で、各機器毎に、最も低価格のものを抽出し、この抽出した価格をさらに8割に減ずることによって、設計価格を2億7360万2490円と求め、湯布院町長が、その裁量によって、上記設計価格からさらに減額した2億6850万円（消費税込み）を予定価格とし、入札が実施されることによって、予定価格を下回る応札価格2億4950万円で控訴人補助参加人が落札したのであるから、控訴人補助参加人に不当な利益を得る余地など無かった旨主張する。

しかし、上記認定のとおり、本件見積原価は1億4925万1930円であり、大谷は、これよりも10パーセント以上の利益が見込まれれば、落札に向けて行動することになっていると供述しているから、本件見積原価に10パーセントを加えた1億6417万7123円以上の落札価格であれば、落札に向けて行動することになる。なお、証人竹内伸光は、入札判定会議において、原価積算と、営業担当が把握している落札予測金額とを対比し、10パーセント以上の利益が見込まれれば、落札に向けて行動することになっているということはない

旨証言する（証人竹内伸光〔当審〕56, 57項）が、入札判定会議が、営業が独自の判断で入札をした結果、原価を大きく割り込んで、結果的に業績を悪くしたことを踏まえて行われるようになったものであり（同6項）、また、自治体の入札については、幾らなら発注者が買ってくれるか、その価格で粗利がどこまで確保できるかという考え方をする（同39項）とも証言しており、粗利がどの程度確保されれば入札に参加し受注して利益が出せるかという観点を重視しているものと認められるところ、すべての案件が一律の10パーセントと定まらないまでも、経験則上その程度と大谷が判断して供述したとしてもあながち不自然ではないし、反対に竹内伸光も、どの程度の割合の粗利を考慮しているのかを具体的に述べていないこと、本件落札価格の2億4950万円は、本件見積原価からすると、約67パーセントの粗利（ $2億4950万円 \div 1億4925万1930円 \approx 1.671$ ）となること、控訴人補助参加人が落札した防災行政無線設置工事において、入札予定価格に対する落札額の割合（落札率）が、68パーセントや54.98パーセント（甲16の1及び2）というのも認められることからすると、控訴人補助参加人は、本件落札価格によって、多額の利益を得られたものと認められ、さらに、控訴人補助参加人は、本件工事に関し、江藤に1575万円、ダゴ通信に5040万円（ただし、ダゴ通信については、営業活動のほか、本件工事施工地域における電波実験などの現地調査を行っており、同社への支払金の中には、それらの報酬や実費も含まれていることが窺われる〔甲8の17・4及び5丁目、証人大谷〕から、ダゴ通信に支払われた報酬の全額を適正な競争入札が行われていれば不要であったものとみることもできないが、相当額は、発注者の意向取付活動の報酬であったと認められる。）を支払っているのであるから、少なくとも江藤に対する157

5万円を控除してもなお利益が上がるものとして、本件落札価格が設定されていることは明らかであって、控訴人補助参加人の上記主張は採用できない。

d なお、控訴人補助参加人は、江藤に対する1575万円の支払は、共通費用として、正当な社内規定に基づいて支出されたものであり、かつ、控訴人補助参加人は、江藤から騙されて支出を強いられたものであることも加味すべきであるから、同金額が控訴人補助参加人の不当な利得であり、かつ、控訴人が被った損害額であると算定することはできない旨主張するが、江藤に対する1575万円の支払は、本件工事に関して贈賄がなく、適正な競争入札がなされておれば不要であった金員であるから、それを不当利得とか控訴人の被った損害とまで認定しなくとも、少なくとも、この額を控除した金額であっても、控訴人補助参加人は入札可能であったものと認めることには問題はないものと解する。

e もっとも、本件見積原価をもって、本件工事を完成させられる価格であるとしても、これは、工事に直接要する費用にすぎず、入札価格との差額が全て控訴人補助参加人の利益となるものとは認められず、共通費用を考慮しなければならないのみならず、控訴人補助参加人が談合により不当に利益を得たという場合には控訴人補助参加人に認められる適正な利益をも積み上げる必要があるが、適正な利益とは、談合のない公正な競争入札下での入札価格による利益ということになり、結局のところ、本件見積原価から本件工事の適正な価格を算定しその差額を控訴人の損害とみることは困難といわねばならない。

(オ) ところで、湯布院町の損害は、談合がなく適正な競争入札が行われた場合に想定される落札価格と本件落札価格との差額であるから、控訴人補助参加人が、贈賄や談合のために要した費用がそのまま不当利得であ

るとか、控訴人の損害であるともいえないものである。

また、前記のとおり、東芝においては、本件工事の仕様で概算価格を約3億3000万円と算定し、その1割は内容を精査して減額が可能で、さらにそこから1割の圧縮は不可能ではないので、2億7000万円までの受注は可能であると考えていたが、2億4650万円の入札価格では採算割れが確実であり、同金額では入札することはできないとして、本件工事の受注を最終的に断念したことが認められる（前記認定事実、甲9の2・20丁目）。

(カ) そして、各地で行われた防災行政無線システムの入札結果では、落札率が区々に分かれていることが認められ、また、本件工事の仕様は、控訴人補助参加人に多分に有利な仕様となっており、東芝もコスト面から落札を断念せざるを得ない状況であったこと、反対に、控訴人補助参加人は、江藤やダゴ通信に合計で6615万円を支払っていること、その他本件における口頭弁論の全趣旨及び証拠調べの結果を総合的に考慮すると、損害額は、本件工事の入札予定価格の2億5571万4285円（消費税抜き）の5パーセントに相当する1278万5714円とするのが相当である（民訴法248条）。

6 争点(6)（不当利得返還請求権の成否）について

被控訴人は、談合行為による落札は、公序良俗に反し、違法無効であって、これに基づく本件請負契約も、公序良俗に反し、実際に湯布院町に多額の損害ないし損失を生じさせるものであって、違法無効であり、本件落札価格は2億4950万円であるところ、原価計算した見積額は1億4925万1930円であるから、受益はその差額1億0024万8070円で、控訴人補助参加人は、これに6分の利息を付して返還すべき義務がある旨主張する。

しかし、本件請負契約は、湯布院町が設定した入札予定価格よりも低額で締結されており、暴利行為に該当すると解する余地はないところ、談合行為によ

る落札が違法であるとしても、それにより、控訴人と控訴人補助参加人との間の本件請負契約を公序良俗違反として私法上無効としなければならないかについては疑問があり、また、仮に無効であったとしても、防災行政無線設置工事に直接要する費用以外の金額すべてが不当に利得されたものと見ることはできず、不当利得額は、本件落札価格と適正な市場価格との差額、すなわち、談合なく適正な競争入札がなされていれば形成されたであろう想定落札価格との差額とならざるを得ないから、結局、不法行為に基づく損害請求における損害額と同額となるものであって、争点(5)において認定した額よりも大きい金額を主張する被控訴人の主張は採用できない。

7 争点(7) (債務不履行に基づく損害賠償請求権の成否) について

被控訴人は、控訴人補助参加人には、契約締結過程において、法的に適正な過程で受注金額の設定がなされるよう公正な競争関係を確保して契約をなすべき義務が存するといえるから、この契約締結に付随する義務に違反して契約内容に比して不当に過大な金額支払義務を湯布院町に負わせ、損害を与えた旨主張するが、契約締結過程における控訴人補助参加人の不公正な行為(談合)が、債務の不履行となるものとは認められないし、また、仮に認められたとしても、その損害額は、本件落札価格と談合なく適正な競争入札がなされていれば形成されたであろう想定落札価格との差額となるところ、結局、不法行為に基づく損害賠償請求における損害額と同額とならざるを得ないものであるから、争点(5)において認定した額よりも大きい金額を主張する被控訴人の主張は採用できない。

8 争点(8) (消滅時効) について

当裁判所も、本件においては、控訴人補助参加人は消滅時効の主張をなし得ないものと判断する。その理由は、原判決の「事実及び理由」の「第3 当裁判所の判断」の6に記載のとおりであるから、これを引用する。

9 争点(9) (地方自治法242条の2第1項3号に基づく請求について、違法な

怠る事実の有無) について

- (1) 当裁判所も、控訴人には、控訴人補助参加人に対する損害賠償請求権の管理につき、違法に怠る事実があるものと判断する。その理由は、後記(2)のとおり付加するほかは、原判決の「事実及び理由」の「第3 当裁判所の判断」の7に記載のとおりであるから、これを引用する。
- (2) これに対して、控訴人は、談合の事実及び損害額の確定につき、裁判所の公定的判断を待つ必要があった旨主張するが、この主張によれば、住民訴訟が提起され、裁判所による判断がなされない限り、地方自治体は、自ら損害賠償請求を行う義務がないことになって不合理であるし、監査委員は、本件刑事事件記録から談合が行われた事実を認定しているのであるから、損害額についても、裁判所の判断を待たずとも過去の裁判例等から損害額を算出することは可能であったというべきであり、本件訴訟が提起されて、裁判所において、談合の事実及び損害額が確定されなければ、控訴人補助参加人に損害賠償請求ができないというものではないから、控訴人の上記主張は採用できない。

- 10 以上によれば、被控訴人の各請求のうち、被控訴人が控訴人に対し、控訴人補助参加人に使用者責任に基づく損害賠償金1278万5714円及びこれに対する不法行為の日である平成12年12月18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請求することを求めるとともに、控訴人が控訴人補助参加人に対する上記金額の損害賠償請求権の行使を怠ることの違法確認を求める部分は、いずれも理由があるからこれらを認容し、その余は理由がないから棄却すべきである。

よって、原判決を変更し、主文のとおり判決する。

福岡高等裁判所第2民事部

裁判長裁判官 石 井 宏 治

裁判官 太 田 雅 也

裁判官 澤 田 正 彦

これは正本である。

平成20年6月19日

福岡高等裁判所第2民事部

裁判所書記官 松本俊一