

平成19年11月30日判決言渡 同日原本交付 裁判所書記官

平成18年（行コ）第20号損害賠償代位等住民訴訟控訴事件、同年（行コ）第27号同附帯控訴事件（原審・福岡地方裁判所平成12年（行ウ）第27号）

口頭弁論終結の日・平成19年7月11日

判 決

福岡市中央区天神一丁目8番1号

控訴人（附帯被控訴人） 福岡市長
吉田宏
辻井治

大阪市住之江区南港北一丁目7番89号

控訴人（附帯被控訴人） 日立造船株式会社
(以下「控訴人日立造船」という。)
同代表者代表取締役 古川実
同訴訟代理人弁護士 高坂敬三
間石成人
田辺陽一

兵庫県尼崎市金楽寺町二丁目2番33号

控訴人（附帯被控訴人） 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三丁目1番1号

控訴人（附帯被控訴人） 川崎重工業株式会社
(以下「控訴人川崎重工業」という。)
同代表者代表取締役 大橋忠晴
上記3社訴訟代理人弁護士 寺上泰照
岩下圭一

佐 藤 水 晓

東京都千代田区丸の内一丁目5番1号

控訴人（附帯被控訴人） JFEエンジニアリング株式会社
(旧商号・日本鋼管株式会社)

(以下「控訴人JFE」という。)

同代表者代表取締役	齊 藤 僕
同訴訟代理人弁護士	内 藤 潤
	中 島 菜 子
	墳 崎 隆 之
	厚 谷 裕 児
	谷 本 誠 司

東京都港区港南二丁目16番5号

控訴人（附帯被控訴人） 三菱重工業株式会社
(以下「控訴人三菱重工業」という。)

同代表者代表取締役	西 岡 喬
同訴訟代理人弁護士	島 田 邦 雄
	田 子 真 也
	筈 島 裕 斗 志

福岡市

被控訴人（附帯控訴人）

福岡市

被控訴人（附帯控訴人）

福岡市

被控訴人（附帯控訴人）

同 所

被控訴人（附帯控訴人）

福岡市

被控訴人（附帯控訴人）

被控訴人ら訴訟代理人弁護士

名 和 田 茂 生

田 中 久 敏

前 田 豊

小 宮 和 彦

大 神 昌 憲

井 下 顕

古 賀 穂

田 代 誠

佐 川 民

主 文

- 1 本件各控訴及び本件各附帯控訴を棄却する。
- 2 控訴費用は控訴人らの、附帯控訴費用は被控訴人らの各負担とする。

事 実 及 び 理 由

第1 本件各控訴及び本件各附帯控訴の趣旨

1 本件各控訴の趣旨

- (1) 原判決中控訴人ら敗訴部分を取り消す。
- (2) 被控訴人らの控訴人らに対する請求を棄却する。
- (3) 訴訟費用は第1, 2審とも被控訴人らの負担とする。

2 本件各附帯控訴の趣旨

- (1) 原判決を次のとおり変更する。

ア 控訴人日立造船、同タクマ、同川崎重工業、同JFE及び同三菱重工業は、福岡市に対し、連帶して、29億8288万円及びこれに対する平成13年3月30日から支払済みまで年5分の割合による金員を支払え。

イ 控訴人福岡市長が、控訴人日立造船、同タクマ、同川崎重工業、同JFE及び同三菱重工業に対して、福岡市が平成8年度に控訴人日立造船に請け負わせた福岡市臨海工場プラント建設工事の談合に関する不法行為に基づく前項記載の金額の損害賠償請求権の行使を怠る事実が違法であることを確認する。

- (2) 訴訟費用は第1, 2審とも控訴人らの負担とする。

第2 事業の概要等（以下、略称は原判決の表記による。）

1 事業の概要

本件は、福岡市が控訴人日立造船との間で請負契約を締結した福岡市臨海工場プラント建設工事の入札につき、福岡市民である被控訴人らが、上記入札は控訴人日立造船、同川崎重工業、同タクマ、同JFE及び同三菱重工業（控訴人5社）の談合によるものであり、これは福岡市に対する共同不法行為を構成すると主張して、地方自治法（平成14年法律第4号による改正前のもの。以

下同じ) 242条の2第1項4号に基づき、福岡市に代位して、控訴人5社に対し、不法行為に基づく損害賠償として、契約金額の10パーセントに相当する29億8288万円及びこれに対する訴状送達日の翌日から支払済みまでの民法所定年5分の割合による遅延損害金を連帶して支払うことを求め、同時に、同項3号に基づき、控訴人福岡市長を相手に、上記不法行為に基づく29億8288万円の損害賠償請求権の行使を怠る事実が違法であるとの確認を求めた事件である。

原審は、被控訴人らの控訴人らに対する請求を契約金額の7パーセントに相当する20億8801万6000円の限度で認容したので（遅延損害金については、請負代金の支払が完了した平成13年3月30日をもって損害の発生日と認め、同日以降の限度で認容した。）、控訴人らはこれを不服として控訴し、また、被控訴人らもこれを不服として附帯控訴した（上記遅延損害金についての不服申立てはない。）。

2 本件の前提となる事実は、以下のとおり付加訂正するほか、原判決「事実及び理由」の「第2 事案の概要」の「1 前提事実」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16行目の「同年8月3日付け」を「平成16年8月3日付け」と改める。
- (2) 同5頁17行目の後に行を替えて、以下を加える。

「公正取引委員会から指定された審判官は、独禁法54条2項に規定する措置の必要性の存否についてのみの審判手続を行い、平成17年公正取引委員会規則8号による改正前の公正取引委員会の審査及び審判に関する規則82条、83条に基づき、平成18年3月28日付で本件審決案と同趣旨の審決案を作成した。そして、公正取引委員会は、独禁法54条2項及び上記規則87条1項に基づき、同年6月27日付で、本件審決案及び上記平成18年3月28日付け審決案と同趣旨の審決をした。これに対し、控訴人5社は、

同年7月27日、東京高等裁判所に対し、上記審決の取消しを求める訴えを提起した。(甲ウ49, 50, 乙ホ12, 弁論の全趣旨)

(3) 同5頁25行目の「原告らの一部の者を含む」を「被控訴人らを含む」と改める。

3 本件の争点及びこれに対する当事者の主張は、原判決「事実及び理由」の「第2 事案の概要」の「2 争点」及び「3 争点に対する当事者の主張」に記載のとおりであるから、これを引用する。

第3 当裁判所の判断

1 争点1, 3について

当裁判所も、本件監査請求及び本件3号請求はいずれも適法と判断するものであって、その理由は、原判決「事実及び理由」の「第3 当裁判所の判断」の「1 争点1（地方自治法242条2項適用の有無）について」及び「2 争点3（本件3号請求に係る訴えの適法性）について」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16頁20行目から21行目までの「該当行為のあった日」を「当該行為のあった日」と改める。）。

2 争点4について

(1) 当裁判所も、本件入札は控訴人5社の談合によって行われたもので、これは控訴人らの福岡市に対する不法行為を構成するものと判断するものであって、その理由は、以下のとおり付加訂正するほか、原判決「事実及び理由」の「第3 当裁判所の判断」の「3 争点4（本件入札における談合の有無）について」に記載のとおりであるから、これを引用する。

ア 原判決19頁20行目の「住友重工業は1324トン」の後に「(同3.0パーセント)」を加える。

イ 同20頁8行目の「村松」を「松村」と、同21頁13行目から14行目までの「環境プランと」を「環境プラント」と、同17行目の「会合の出席者について」を「会合に出席したメンバーについて」と、同24頁1

1行目の「「A」を「B」で除して」を「「B」を「A」で除して」と、同26頁14行目から15行目までの「龍ヶ崎地方塵埃処理組合」を「龍ヶ崎地方塵埃処理組合」と、同16行日の「タクマ」を「控訴人タクマ」とそれぞれ改める。

ウ 同27頁1行目から2行目までの「1件が記載されており」の後に「(平成9年度の「M」欄にある「名古屋五条」)」を加える。

エ 同27頁13行目から同14行目までの「豊洲が同社発祥の地であることなどを理由に」を「その建設予定地が同社の豊洲工場の日と鼻の先にあることなどを理由に」と改める。

オ 同27頁23行目の「認められる」を「認められる」と改め、同24行日の「甲サ114ないし118」の後に「、乙共審A11」を加える。

カ 同28頁2行目の「被告5社による会合の出席者について」を「控訴人5社の会合に出席していたメンバーについて」と改める。

(2) 当審における控訴人5社の主張とこれに対する当裁判所の判断

ア 個別談合の事実の主張立証責任について

(ア) 控訴人日立造船、同タクマ、同川崎重工業（以下、この3社を併せて「控訴人3社」という。）及び控訴人三菱重工業の主張

個別談合の事実を認めるには、少なくとも、談合の日時、場所及び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と解すべきであるのに、本件においては、談合の日時、場所及び回数等の概括的な特定すらなく、また、具体的な談合内容が全く確定し得ないのであるから、個別談合の事実を認定することはできない。

(イ) 当裁判所の判断

個別談合の事実については、これが間接事実の積重ねによって推認することができるのであれば、上記主張のように個別談合の謀議の日時、場所及び内容等が認定できなくても、不法行為の成立を認めることはで

きるというべきである。本件においては、本件入札以前から控訴人5社の会合があつてこの会合で本件基本合意を含む個々の工事の談合が話し合われていたこと（この事実は、控訴人三菱重工業の本社従業員原田の供述調書（甲サ28、46）によって認められる。），平成7年9月28日ころ控訴人5社間で本件工事について控訴人日立造船が受注予定者と決定されていたこと（この事実は、溝口リスト（甲サ89）によって認められる。），原判決認定のとおり、現に本件入札においては、控訴人5社だけが指名業者となって控訴人日立造船のみが入札予定価格内で入札し、同社が99.97パーセントという著しく高い落札率で落札したこと、本件入札直前に談合情報が寄せられて当初の入札日が延期されることがあったこと、以上の事実が認められ、これらの事実を総合すると、控訴人5社が本件入札について談合を行ったことは優に推認できるというべきである。そして、①控訴人JFEの本社従業員林、控訴人タクマの本社従業員松村及び控訴人日立造船の本社従業員平野の供述調書（甲サ33、104、139）によって、上記控訴人5社の会合が真実存在していたと認められ、②控訴人JFEの大坂支社従業員山田昇（以下「山田」という。）、控訴人三菱重工業の中国支社従業員大森光生（以下「大森」という。）、同光永一成（以下「光永」という。）及び控訴人タクマの環境プラント本部長小林利三郎（以下「小林」という。）の供述調書及び審訊調書（甲サ42ないし45、47、49、102、108）によって、本件基本合意の情報が支社等にも引き継がれていたことが認められ、③控訴人JFEの社内リスト（甲サ58、60、62、63）、控訴人川崎重工業の社内リスト（甲サ155）及び控訴人日立造船の社内リスト（甲サ55）によって、平成9年9月11日ころ本件基本合意に基づいて控訴人5社間で受注調整が行われたことが認められ、④控訴人川崎重工業の溝口が所持していた2枚の書類（甲サ107）に

よって、平成7年11月30日ころ本件基本合意に沿うように控訴人5社等の受注状況の指數が算定されたことが認められ、⑤溝口リスト（甲サ89）によって、平成7年9月28日ころ控訴人5社間で受注予定者が決定されたことが認められ、以上の証拠は、上記原田の供述調書の供述内容を裏付け・補強し、同時に、上記談合の事実の推認を補強するものである。

イ 控訴人三菱重工業の原田の供述調書（甲サ28、46。以下「原田調書」という。）について

(ア) 控訴人5社の主張

i 原田調書は、以下のとおり、審査官の不当な取調べにより作成されたもので、任意性がない。

原田調書は、審査官が立入調査を行った平成10年9月17日当日、原田を公正取引委員会に半ば強制的に同行して作成された。また、取調べの方法も、①審査官が、「証拠はある。全部わかっている。」「明日、明後日もきてもらうことになる。」「益々、立場が悪くなる。」などと述べ、原田に強い圧迫感を与えたものであった（甲サ166）、②「3社会、5社会という会合があるだろう。」「大型、中型に分けて年1回やっているだろう。いわゆる談合というやつですよ。」といった、審査官による強引な誘導も行われた（甲サ183）、③審査官による立入検査の際に、原田は審査官から「ほんの10分ほど話を聞きたい。」と言われて公正取引委員会に赴いたが、実際には午前11時ころから夜8時ころまで（午後は1度も休憩を取らずに）取調べがなされた（乙ヘ4・56～60頁）、④審査官は取調べの際に原田に対して「そんなに否認ばかりしていると、明日もあさっても取り調べるぞ。」などと申し向けた（乙ヘ4・58～59頁）、⑤黙秘権の告知はなかった（乙ヘ4・58頁）、⑥「原田の部下が証拠を破ろうと

しているところを公取委担当者が見付けて差し押された。」旨の審査官による虚偽の誘導があった（乙へ4・59～60頁），⑦訂正の中立てができることも告げられなかった，という信じ難いほど不当な取調べが行われた。

ii 原田調書は、審査官の作文又は強い誘導によって作成されたものであって、信用性がない。その理由は以下のとおりである。

a 原田調書には、控訴人5社が平等になるように受注調整を行っていたとの記載があるが、平成6年度から平成10年9月17日までの間における受注実績をみると、控訴人口立造船が4680トン、同タクマが4733トン、同三菱重工業が4198トン、同JFEが3881トン、同川崎重工業が3042トンであって、トップの控訴人タクマと5位の控訴人川崎重工業との間には1691トンもの差があり、受注金額も827億円もの差が生じているのであって、実際には受注調整は存在しなかった。

b 原田調書（甲サ28）には、原田が課長職に就任した時期は平成6年4月と記載されているが、実際に原田が控訴人三菱重工業の環境装置一課長に就任したのは平成8年4月のことであり、それまでは主務という役職で、営業責任者クラスの立場にはなかった（乙共審C3）。同調書は、およそ間違いようのない自分自身の職歴に関する記載からして客観的事実に反する極めていい加減な内容であり、到底信用することはできない。

c 原田調書（甲サ28）には、原田がごみ処理プラントの官公需部門の営業の実質的な責任者として受注物件及び販売価格等を決めていると記載されているが、控訴人三菱重工業では、課長職でさえ、1億円未満の黒字工事についてのみ決裁権限があるにすぎず、1件当たりの受注金額が高額なごみ焼却炉建築工事については、どのよ

うな案件にいくらで入札するといったことを決定する権限は一切なかったのであるから、原田が他社の営業責任者クラスの者と、受注予定者を決めるということはおよそ不可能なことであった（乙共審C12）。

(イ) 控訴人3社の主張

原田調書には任意性及び信用性がない。

i 原田調書以外の原田の供述調書及び審訊調書

原田は、原田調書以外に30通近くもの供述調書又は審訊調書を作成されているが、これらの調書では、一貫して談合の存在を明確に否定している（甲サ161ないし176, 179ないし189, 乙ヘ4・55頁）。これらの調書は、原田調書の作成以後に作成されたものであって、公正取引委員会の立入検査当日に行われた極めて不当な取調べによる異常な精神状態から解放され、冷静かつ正直に心の内を明かすことが可能となった状態であったと考えられ、十分に信用性が認められる。

ii 控訴人5社以外の者への協力要請

原田調書（甲サ46）には、控訴人5社以外の者が一緒に指名された場合チャンピオンはその指名業者と個別に会って自社が受注できるように協力を求めていると記載されている。しかし、以下の事実からすると、上記の原田調書の記載には信用性がない。

a 控訴人5社と同等又はそれ以上にストーカ炉の建設工事の入札で指名を受けている佐原製作所及びクボタは、弁護士法23条の2に基づく照会に対し、控訴人5社から受注予定者決定の協力要請を受けた事実、協力に応じた事実及び協力の見返りとして控訴人5社の協力を得てごみ焼却炉建設工事を受注した事実のいずれも存在しないと回答している（乙共審C5, 6の各1・2）。

- b 甲サ107にある「堺」工事は、控訴人5社とクボタが指名競争入札に参加して行われたものである（乙共審A12）が、支出予算額272億3000万円に対し、控訴人タクマ、同JFE、同川崎重工業及び同三菱重工業が250億円台ないし260億円台で、控訴人日立造船が219億8000万円で、クボタが183億8000万円でそれぞれ入札し、クボタが落札したものであって、少なくとも、控訴人5社がクボタに対して受注調整の協力を要請していないかったことは明らかである。
- c 控訴人JFEの山田が作成したとされるメモ（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。」と記載されており、原田調書の記載とは異なっている。

iii 受注予定者の決定方法

原田調書（甲サ28、46）には、受注調整対象工事の区分について「400トン以上の大」「200トン以上の中」「200トン未満の小」の3項目とし、受注予定者を決める基本について「各社が平等に受注する」「1日のごみ処理能力で計算しており、各社が受注するごみ処理プラントの処理能力の合計が平等になるようにチャンピオンを決める」という方法であると記載されている。ところが、①控訴人JFEの山田のメモ（甲サ35）及び供述調書（甲サ44）には、受注調整対象工事の区分について「400トン以上の大規模物件」「400トン未満の中規模物件」「准連工事」の3項目とし、受注予定者を決める基本について「比率は5者イープン（20%）。20%のシェアを維持する方法は、受注トン数／指名件数」とあると記載されている。また、②控訴人タクマの小林の供述調書（甲サ45）には、受注調整の方法について、「当社の焼却炉の技術がまず発注者に認められる」こと、すなわち、「当社に対して市町村等から満足や信用を得

ることができた」ことを「メーカー各社に認知いただければ、協力を得られるチャンスがある」と記載されている。このように、受注予定者を決める基本的方法、受注対象物件の区分という基本合意の中でも最も重要かつ根本的な核心部分についての供述内容が全く矛盾している。

IV 受注実績等

指名実績についていいうと、平成7年度から平成9年度にかけては、荏原製作所及びクボタの指名率も50パーセント台ないし70パーセント台に上昇し、平成9年度においては、控訴人川崎重工業の指名率は、クボタの指名率を下回り、荏原製作所と同率であった（甲サ29, 149）から、必ずしも、控訴人5社とそれ以外のプラントメーカーとの間に歴然とした格差が存在したわけではない。

(イ) 控訴人三菱重工業の主張

原田調書は、その任意性及び信用性に疑問がある。

原田の供述は、原田調書のほかに、平成11年3月以降に作成された多数の調書があり、特に、審査官による取調べの状況について供述した甲サ165, 166, 168ないし170, 182ないし189が存在するところ、原田調書作成の後に作成された調書こそが、冷静を取り戻した原田がより任意に実情を供述したものである。また、原田が取調べ状況を控訴人JFEの林に報告した内容が記載された甲サ36(4枚目)には、審査官に「言わされた」という記述があるが、これは、原田が審査官に無理に（意に反して）供述させられたことをうかがわせる。

(エ) 当裁判所の判断

i 上記(ア)i, (イ)i, (ウ)iの主張（原田調書の任意性等）について

原田調書は公正取引委員会が旧独占禁止法の規定に基づいて立入検査等の審査を開始した平成10年9月17日（甲ア1, 甲サ140,

166) の1回だけの身柄拘束もない状態での事情聴取により作成されたものであり、しかも、原田は原田調書の内容を読み聞かされた後にその末尾に署名指印していること（甲サ182）からすると、原田調書は原田が任意に供述したことが録取されているものと推認することができる。事情聴取の経過を供述する甲サ165、166（いずれも平成11年7月8日付け審訊調書）、182～189（同月9日から同月26日までの日付けの審訊調書）、乙ヘ4（福島訴訟における平成15年4月15日実施の証人尋問調書）によっても、審査官が違法・不当な事情聴取を行ったとまでは認められない。そうすると、甲サ176（平成11年7月26日付け審訊調書）及び乙ヘ4のうち原田調書の内容に反する供述部分は採用できない。また、控訴人三菱重工業は、甲サ36（甲サ33、140により、控訴人JFEの林が原田から平成10年9月17日の事情聴取の内容を聞いて書き留めたメモと認められる。）の4頁に「言わされた」という記述があることをもって無理に（意に反して）供述させられたことがうかがわれると主張する（ウ）が、その記述に統いて具体的な談合の方法等が記載されていることに照らせば、審査官の事情聴取の方法等を非難するものではなく、今後の対応のために、隠すことができなかった事項をメモに残したと解するのが自然である。同記述部分のみを捉えて不当な事情聴取の証左とする控訴人らの主張は採用することができない。

ii 上記ア) ii a, イ) iv の主張（受注実績等）について

控訴人5社が平等になるように受注調整を行うといつても、各社の受注能力、地方公共団体の意向及び控訴人5社以外のプラントメーカーの参入等といった諸々の事情によって受注実績が等しくなるとは限らないし、見方を変えると、このような事情があるにもかかわらず、控訴人5社の受注実績はかなり近接しているということもできる。ま

た、控訴人3社は、指名率につき控訴人5社とそれ以外のプラントメーカーとの間に歴然とした格差があったわけではないと主張し((イ)iv)，指名率とは指名業者となった工事件数の全工事件数に対する割合をいうものと解される（甲サ149）が、その指名率が控訴人5社とそれ以外のプラントメーカーとの間に歴然とした格差がなかったからといって、控訴人5社間に受注調整がなかったということはできない。

iii 上記(ア)ii b の主張（課長の就任時期）について

原田調書（甲サ28）には、2頁に「平成8年4月環境装置一課長に就任し、現在に至っております。」と記載される一方で、5頁に「私は、課長職となった平成6年4月以降、以前環境装置一課長であった小倉に代わりその会合に出席するようになりました。」と記載されているが、上記調書は「課長」と記載せずに「課長職」と記載されている上、証拠（甲ウ41・16頁、乙共審C12・4頁）によれば、原田は平成6年4月に主任から主務に昇格したところ、主務は待遇面で課長と同格とされており、その際、当時の課長であった小倉から控訴人5社の会合のメンバーに紹介されたことが認められるのであって、原田調書の上記記載部分をもって虚偽ということはできない。また、原田が自らの担当職務を述べるにつき、正確性を欠くものがあったとしても、そのことが原田調書の信用性を揺るがせるに足るものとはいえない。

iv 上記(ア)ii c の主張（原田の決裁権限）について

証拠（乙共審C3）によれば、控訴人三菱重工業環境装置部企画グループでは、課長の決裁権限は1億円未満の黒字工事にとどまることが認められる。しかしながら、証拠（甲サ164、乙共審C3）によれば、客先からの見積照会書の権限について、課長は10億円未満の

工事に限られているのに、実際には、原田は、本社ではほとんどすべてのごみ処理施設建設工事の見積額を出し、支社についても最終的には自分で見積額を決定してその金額で見積書を提出するよう指示していたことが認められ、このような事実に照らすと、原田が、社内規定とは異なって、ごみ焼却炉建設工事の受注調整について実質的な権限を有していたとしても不思議ではない。

v 上記(i) ii a の主張（弁護士照会）について

自らも談合の疑いをかけられるおそれがある事項についての照会であることに照らすと、桂原製作所及びクボタが弁護士照会に対しいずれの事項も存在しない旨の回答をしたからといって、控訴人5社からの協力要請等がなかったとはいえない。

vi 上記(i) ii b の主張（「堺」工事）について

控訴人5社は、「堺」工事についてはクボタに受注調整の協力を要請していないことが明らかであると主張するが、協力要請が常に成功するとは限らないのであって、その主張は採用することができない。

vii 上記(i) ii c ・ iii の主張（受注予定者の決定方法等）について

原田調書と、山田のメモ・供述調書及び小林の供述証書との内容の不一致を指摘するものであるが、原田が控訴人5社の会合の出席メンバーであったのに対し、山田及び小林はそのメンバーではなく、同人々が供述する本件基本合意の内容は前任者等からの引継ぎの内容であること、いずれも秘匿すべき事項であるから、それぞれが独自に作成することに照らすと、この引継ぎ事項と原田調書との間に多少の食い違いがあったとしても、むしろ自然ともいえるのであり、原田調書に信頼性がないということはできない。

ウ 会合の出席メンバーである控訴人J F Eの林（甲サ33）、控訴人タクマの松村（甲サ104）及び控訴人口立造船の平野（甲サ139）の供述

調書（以下「林調書等」という。）について

(ア) 控訴人5社の主張

林調書等には、本件基本合意なるものや、受注調整行為についての供述は一切記載されておらず、林調書等は、肝心の本件基本合意に関しては、原田調書と何ら一致している点はない。そもそも、ごみ焼却炉メーカーの営業担当者は、ごみ焼却炉メーカー等で構成する社団法人全国都市清掃会議及び社団法人日本環境衛生工業会（現名称は社団法人日本環境衛生施設工業会）の賛助会員幹事会、企画運営委員会、ごみ焼却炉分科会、リサイクル分科会等の会合において打合せ等を行う機会があり、また、こうした公的機関での会合以外にも、業界紙からの広告依頼への対応、廃棄物見本市等の毎年度実施イベントへの対応等に関する打合せを業務上の必要に応じて行っていたものであって、林調書等にいう会合は受注予定者決定等を目的とする会合ではなかった（甲ウ43・19頁以下、乙共審B20・9～13頁）。

(イ) 当裁判所の判断

証拠（林調書等、甲サ166）によれば、控訴人5社の会合はほぼ同一メンバーで遅くとも平成5年ころから行われ、公正取引委員会の立入調査前の平成10年9月14日を最後に開かれていないことが認められる。なるほど、林調書等には会合の目的等は記載されておらず、甲ウ44（平成15年2月25日に実施された控訴人タクマ従業員松村の参考人調書）、甲サ105（控訴人川崎重工業従業員松江の平成11年3月11日付け供述調書）及び乙共審A8（松村の平成15年2月14日付け陳述書）には、控訴人5社の会合は受注予定者の決定を目的としたものではなかった旨が記載されている。しかしながら、会合の出席メンバーの地位、会合の頻度及び会合が開かれていた期間等に照らすと、この会合の議題が控訴人3社の主張するような範囲にとどまっていたとする

のは不自然というべきであり、単なる打合せのためのものであったとの控訴人5社の主張は採用することができない。

エ 会合の出席メンバーではない控訴人J F Eの山田の供述調書(甲サ44。以下「山田調書」という。), 控訴人三菱重工業の大森の供述調書及び審訊調書(甲サ42, 43, 49, 102。以下「大森調書」という。), 同控訴人の光永の供述調書(甲サ47, 108。以下「光永調書」という。)及び控訴人タクマの小林の供述調書(甲サ45。以下「小林調書」という。)について

(ア) 控訴人5社の主張

i 山田調書

a 山田調書は、以下のような審査官による不当な取調べにより、審査官の都合のよい内容になった。

(a) 平成10年9月18日の取調べは午前9時30分から午後10時ころまで、全体で（昼食をはさんで）12時間以上という長時間にわたって行われた過酷なものであった（甲サ154）。

(b) 審査官は山田の供述を誘導しようとし、これに対して山田が抵抗したり、抵抗しきれず審査官の誘導するままに供述調書が作成された（甲サ154・3頁）。

(c) 審査官は取調べの際に「この調書は裁判に提出しない。」「取調べは今後行わない。」などと言って、山田に対し調書に押印するよう申し向けた（乙共アB13・3頁）。

b 山田調書に引用されている甲サ35のメモは、山田が大阪支社の環境プラント営業室長に着任した直後で、まだごみ処理施設の営業活動に関する知識もないころに作成されたものであり、かつ、ほかの営業担当者から聞いた内容をメモにまとめた典型的な再伝聞証拠であって、山田調書の証拠価値は著しく低い。

- c 甲サ35のメモには、「比率は5社イーブン（20%）」とか「20%のシェアを維持する方法は、受注トン数／指名件数」等の記載がみられるが、実際には控訴人5社の受注実績は平等になっていない。
- d 甲サ35のメモには、「エバラとクボタが準メンバー」とある一方で、「その物件に5社以外のメンバーが入った時は、タタキ合いとなる。」との相矛盾する記載もある。
- e 受注予定者を定める基準について、原田調書には処理能力の合計を基準にしていた旨の記載があるのに、甲サ35のメモには「20%のシェアを維持する方法は、受注トン数／指名件数」と記載され、対象物件の区分についても、原田調書には、ごみ処理施設の1日の処理能力が400トン以上が大、200トン以上400トン未満が中、200トン未満を小として3つに分けていた旨の記載があるのに、甲サ35のメモには「①大（400t以上）、②その他全連（399t以下）、③准連」との記載があって、矛盾している。そもそも、入札談合における基本合意の内容とは、すなわち「どのように受注予定者が決定されていたか」に尽きるところ、本件においては受注予定者を決める基準及び対象となる物件の分類基準は、受注予定者の決定方法の核となるものであるから、原田調書と山田調書とは根本的に相違しているということができ、言い換えれば、仮に控訴人5社で受注調整が行われていたのであれば、各社の営業担当者がこのような基本的な点で間違えるはずはない。

ii 大森調書、光永調書

大森及び光永は、控訴人三菱重工業に入社以来一貫して広島造船所（現在は広島製作所。以下同じ）又は中国支社に属し、本社で勤務したこととはなかった。大森調書は、平成8年3月1日付けで中国支社に

赴任し、そのわずか1か月後の同年4月に、業界について十分な知識を有しない時点で、前任者の中原から引継ぎを受けた際に聞いた事項を供述するものであって、内容を十分に理解することができないまま、中原の話（これも、再伝聞又は再々伝聞である。）を聞いたものであり、信用性の極めて乏しい伝聞証拠にすぎない。光永調書は、その供述内容は、ほとんどが前任者から引継ぎを受けたというものであり、不確かな再伝聞又は再々伝聞の羅列にすぎないか、自身の推測することを述べるにすぎない。また、甲サ108の供述の基礎になっている甲サ37は、光永が平成元年4月にごみ焼却施設の営業活動に携わるようになったときに、前任者の宮本から引き継いだ文書であり、光永自身はそこに書かれている以上のことを見知らぬのであるから、その供述に証拠としての価値はない。

iii 小林調書

小林は、小林調書が作成されるわずか3か月前の平成10年6月に控訴人タクマの環境プラント本部本部長に着任したばかりであり、小林調書の内容も部下からの伝聞にすぎないから、本件との関連性は著しく低い。その内容をみても、受注調整の方法について、「当社の焼却炉の技術がまず発注者に認められ」、「当社に対して市町村等から満足や信用を得ることができた」ことを「メーカー各社に認知していただければ、協力を得られるチャンスがある」と記載されているが、これらは原田調書にある本件基本合意の内容（メーカーに対する発注者の評価等は考慮要素となっていない。）とは明らかに異なる。

(イ) 控訴人3社の主張

大森調書（甲サ42）は、その記載内容から「ゴミ焼却施設について」供述していることは分かるが、「ゴミ焼却施設」といっても、本件基本合意の対象とされているストーカ炉以外にも、流動床炉等他の種類の方

式によるごみ焼却炉の市場も存在するから、この記載内容だけでは、ど的方式のごみ焼却施設を意味しているのかさえ明らかではなく、そのような供述調書におよそ証拠価値を認めることはできない。

(ウ) 控訴人三菱重工業の主張

山田調書及び山田作成のメモ（甲サ35）と原田調書とでは、受注調整の対象とされる工事区分と受注予定者の決め方について大きな食い違があるところ、入札談合における基本合意の内容は、いかなる方法で受注予定者が決定されていたかに尽きるものであり、このように、受注予定決定対象物件の区分、受注予定者の決定の仕方及びアウトサイダーの取扱いという基本合意の中で最も重要な要素について供述が決定的に相違しているのであるから、少なくとも、原田又は山田のいずれかの供述は信用性を欠如するものである。

(エ) 当裁判所の判断

i 上記(ア)i a の主張（山田の取調経過）について

山田調書は平成10年9月18日の1日だけの身柄拘束もない状態での事情聴取により作成されたものであり、しかも、山田は山田調書の内容を読み聞かされた後にその末尾に署名指印していることからすると、山田調書は山田が任意に供述したことが録取されているものと推認することができる。事情聴取の経過を供述する甲サ154（山田が同月22日に作成したと思われる報告書）によっても、審査官に違法・不当な事情聴取があったとまでは認められない。

ii 上記(ア)i b・ii・iii, (イ)の主張（山田調書等の信用性）について

山田調書は、山田が、平成8年7月控訴人JFEの大坂支社機械プラント部環境プラント営業室上下水道チーム主査から同環境プラント営業室長に就任し、その年の秋か冬に、本社営業部の営業部長等から引継ぎを受けたことを供述するものである（甲サ35はその

際に山田が作成したメモ）。大森調書は、大森が、平成8年4月控訴人三菱重工業の中国支社機械一課主務から同課課長に就任した際、前任者から引継ぎを受けたことを供述するものである。光永調書は、光永が、平成元年4月控訴人三菱重工業の中国支社化学環境装置課（現在は機械一課）に配属になった際、引継書類である甲サ37及びその引継事項について供述するものである。小林調書は、小林が、平成10年6月控訴人タクマの業務本部本部長から環境プラント本部本部長に就任した際、環境プラント本部営業部長から引き継いだことを供述するものである。以上の事実は、上記各調書によって明らかであるところ、これらの事実からは、支社を含めた各社のストーカー炉の担当部署で、控訴人5社間での受注調整があるとの引継ぎがなされてきたことが認められるのであって、本件全証拠によっても、これらの供述の信用性を疑う事情は認められない。なお、大森調書（甲サ42）には、「当社では、ゴミ焼却施設の焼却炉の方式としてストーカー炉の受注に力を注いでおります。」との記載があり、大森がストーカー炉のことを供述していることは明らかである。

iii 上記ア) i c の主張（受注実績）について

上記イ(エ)iiで判断のとおり、控訴人5社が平等になるよう受注調整を行うといつても、各社の受注能力、地方公共団体の意向及び控訴人5社以外のプラントメーカーの参入等といった諸々の事情によって受注実績が等しくなるとは限らないから、受注実績が等しくなかったとしても、控訴人5社間に受注調整がなかったとはいえない。

iv 上記ア) i d の主張（「タタキ合い」）について

山田のメモ（甲サ35）に記載されている「タタキ合い」という意味については必ずしも明確ではないが、指名を絞り込むことができなかった場合を指すと推認され、控訴人5社以外の会社との調整

の場合もあり得るところであり、したがって、「エバラとクボタが準メンバー」との記載と矛盾しているとはいえない。

v 上記(ア)i e・iii, (ウ)の主張（受注調整の方法）について

原田調書と山田のメモ・供述調書及び小林の供述証書との内容の不一致を指摘するものであるが、上記イ(エ)viiのとおり、原田が控訴人5社の会合の出席メンバーであったのに対し、山田及び小林はそのメンバーではなく、同人らが供述する本件基本合意の内容は前任者等から引継ぎを受けたものであることに照らすと、この引継事項と原田調書との間に多少の食い違いがあったとしても、これらの調書に信用性がないということはできない。

才 控訴人J F Eが所持していたリスト（甲サ58, 60, 62, 63）、控訴人川崎重工業が所持していたリスト（甲サ155）及び控訴人日立造船が所持していたリスト（甲サ55）について

(ア) 控訴人5社の主張

i ごみ焼却炉建設設計画及びその受注状況に関する情報は、各社の営業担当者が自社の営業活動を進めるに当たって収集する情報であり、その情報源としても、各自治体への訪問によって得られる情報や「環境設備計画レポート」（乙共審B14）、「環境設備情報」（乙共審B15）、「ウェイストマネジメント」（乙共審B16）及び「環境新聞」（乙共審B17）等の業界紙が主要なものであって、情報源自体が限られたものにならざるを得ないのであるから、そのような共通の情報源をもとに各社が作成したリストが必ずしも一致する部分を含んだ内容となることは、むしろ当然の結果である。

ii 原判決は、平成9年9月ころに作成された甲サ155に手書きで控訴人5社を表すとみられるアルファベットの文字が記載された14工事が、その後に作成された甲サ55, 58には記載がない（或いは工

事名が抹消されている。) ことを根拠の1つとして、控訴人5社が平成9年9月11日ころ会合を開いて大型工事、中型工事及び小型工事についてリストアップを行い、各工事の情報を交換した上で、受注希望表明の対象となる工事を確定し、受注希望表明がなされ、受注予定者の決定をしたことがうかがわれると認定しているが、甲サ155に日付けの記載はないのであるから、その作成年月日を平成9年9月ころと推認することに何らの合理性もない。甲サ55の作成者である遠藤の供述(甲ウ42・35~37頁、乙共審A7・3~4頁)によれば、甲サ55が談合とは全く無関係に純粹な営業活動の一環として作成されたものであることは明らかである。

iii 平成9年9月より後に作成されたものと認められる控訴人JFEが所持していたリストである甲サ50や控訴人タクマが所持していたリストである甲サ51には、甲サ155でアルファベットを付された工事名が記載されている。

(イ) 当裁判所の判断

i 上記(ア)iの主張(工事の一致)について

控訴人5社は、甲サ55等は、単なる営業活動の一環として作成された物件リストにすぎないと主張する。しかしながら、原判決22頁8行目から同24頁1行目までのとおり、これらのリストは、単に工事が一致するにとどまらず、「9/11 大・中・小 対象物件確定」等のメモ書きがあったり、控訴人5社を表すアルファベットが書き加えられたり、アルファベットが書き加えられた工事についてはその後のリストから削除されているのであって、これらの事実によると、上記各リストは営業活動を目的として作成されたのではなく、受注調整を目的としていたものと認めるのが相当である。甲ウ42(控訴人日立造船の元従業員であった遠藤の平成14年12月17日実施の参考

人調書) 及び乙共審 A 7 (遠藤作成の同月 6 日付け陳述書) のうち、上記認定に反する部分は採用できない。

ii 上記(ア)ii の主張 (甲サ 155 の作成日) について

甲サ 62, 63 は平成 9 年 9 月 11 日付けで作成されているところ、これらのリストと甲サ 155 の分類の仕方や区分ごとの工事名が一致していることからすると、甲サ 155 は甲サ 62, 63 の作成時期と同じころに作成されたものと推認することができるのであって、上記認定を覆すに足りる証拠はない。なお、平成 9 年 9 月 11 日当時においても、本件基本合意に基づいて控訴人 5 社間で受注調整が行われていたと認められることにより、原田調書の供述が裏付け・補強されるのであって、本件入札における談合の事実を認定するに当たって関連性がないということはできない。

iii 上記(ア)iii の主張 (甲サ 50, 51) について

甲サ 50 は控訴人 J F E の平成 10 年 5 月 8 日付け「年度別物件一覧表」であり、甲サ 51 は控訴人タクマの同年 8 月 31 日付け「引き合い物件情報」であって、いずれも、各社の本社が営業活動のために地方公共団体の発注予定の物件につき支店等からの情報を取りまとめたものと認められ (甲サ 53)，仮に甲サ 155 のアルファベットが書き加えられた 14 工事が甲サ 50, 51 に記載されているとしても、これをもって、甲サ 155 に関する上記認定を左右することはできない。

力 控訴人川崎重工業の溝口が所持していた 2 枚の書類 (甲サ 107) について

(ア) 控訴人 5 社の主張

甲サ 107 は、控訴人川崎重工業の従業員が独自に 7 社全体の受注状況を把握しようとしたものにすぎず、入札前に「受注調整結果」等を前

提に記載されているものではない。したがって、この書類からは、受注調整行為が行われたことは推認できない。甲サ107が、控訴人5社の談合で各社が受注均等が実現できているか点検するためにチェックしていたというのであれば、控訴人5社間で受注予定者を決定した案件すべてを対象として数値化した書類1枚があれば足りるはずであり、甲サ107のように、控訴人5社の全部又は一部と荏原製作所及びクボタの双方又はいずれかが入札に参加し、7社のうちいずれかが受注した工事のみを対象に数値まで計算する必要はないはずである。

(イ) 当裁判所の判断

甲サ107は、控訴人川崎重工業のストーカ炉の営業担当者が控訴人5社或いはこれを含む7社のストーカ炉の受注に関して工事のトン数を加算した数値を算出していたものであって、本件基本合意があったことをうかがわせるものである。従業員が独自に集計したとの主張についてみても、従業員が独自に集計したとする意図・目的は明らかでなく、直ちにこれを採用することはできない。

キ 溝口リスト（甲サ89）について

(ア) 控訴人5社の主張

溝口リストは、1企業の1担当者が作成した「受注予想を記載した書面」にすぎない。その理由は以下のとおりである。

i 溝口リストとほぼ同時期に作成された控訴人川崎重工業の内部資料である甲サ52においては、平成8年度ないし平成10年度に発注が見込まれるごみ焼却施設建設計画数の合計は153件とされ、平成11年度以降を含めると231件とされている。これに対し、溝口リストに記載されている工事は、平成8年度ないし平成10年度の3年年度分の合計68件、平成11年度及び平成12年度以降を含めても92件にすぎない。また、甲サ29では、平成8年度以降公正取引委員会

の立入検査が行われた平成10年9月までの間に発注された全連及び准連ストーク炉建設工事は全部で43件あるのに対し、溝口リストに記載されているのは22件（ストーク炉に限らなければ36件）にすぎず、約半数の21件もの物件が記載されていない。以上のとおり、溝口リストには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。

ii 溝口リストに記載された平成8年度以降公正取引委員会の立入調査が行われた平成10年9月までに実際に発注された全連及び准連ストーク炉の工事22件についてみても、そのうち18工事は溝口リスト記載の会社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いない。また、同期間に実際に発注された全連及び准連ストーク炉建設工事は43件であるが、溝口リスト記載の会社と実際の受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パーセント程度にとどまり、ストーク炉に限らず溝口リストに記載された工事のうち公正取引委員会の立入調査が行われた平成10年9月までに発注された36件をみても、同リスト記載の会社と実際の受注者が一致しているものは19件にとどまり、受注予想の確率は五分五分でしかない。以上のとおり、溝口リストは、その受注予想確率が全物件との関係でみれば低く、業界動向を調査予想した社内資料としての域を出ない。

iii 既設物件の更新又は増設工事の場合、既設物件の受注業者は当該物件等に関する情報を有していることから、当該更新又は増設工事を受注する可能性は他社に比べて高く、それを予測することは比較的容易であるところ、溝口リストに記載の会社と実際の受注者が一致している18件のうち、13件は既設物件又は増設工事であり、新設物件は、名古屋（五条川）、福岡、札幌、宇城、置賜の5件のみであった。し

かも、上記5件のうち名古屋（五条川）、宇城、置賜の3件は、控訴人5社以外のアウトサイダーも入札に参加した物件であり、また、上記13件についても、湖北広域のみが控訴人5社の入札物件であり、残りの12件は、すべてアウトサイダーも入札に参加した物件であった（甲サ29）。さらに、この12件のうち児玉郡の物件については、アウトサイダーが入札に参加したことに加え、落札率も90パーセント未満であり、公正取引委員会においても違反対象物件に含めていかなかった。

IV ストーカー炉の建設は、控訴人5社とも専用の工場等を保有しているわけではなく、多くの下請業者を使用した現地組立てで行われるものであり、5社といえども、年間5、6件が最大の受注許容量であるから、各社とも、他社の営業活動の進捗状況等を注視して、自社の受注条件（自社の達成すべき予算や公募条件、立地条件等）に合致する工事に受注目標を絞り込んで集中的に営業するのである（甲ウ43、甲サ123）。このように各社が濃淡をつけた営業活動を行っていれば、他社が特に営業活動を注力している物件は、自社の営業活動を通じて自然と認識するところとなり、当該物件については、営業活動に注力している企業が積算上有利となり、落札する可能性が高いことは容易に予測し得る。そうであれば、控訴人川崎重工業が、同業他社において営業を重点的に行っていた物件について、当該企業が落札する可能性が高いと判断し、その旨を受注予想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である。

V 溝口リストの記載内容には、実際の発注・受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。具体的には、「S」欄に記載されている工事（手書きの記載は含まない。）と平成6年度から公正取引委員会の立入検査が行われた平成10年9月までの全連及

び准連ストーカー炉の実際の発注・受注状況（甲サ29）とを比較すると、溝口リストの「S」欄に記載されている79件のうち、少なくとも58件については甲サ29には一切記載がなく、その余の21件についても、トン数について8件、発注年度についても6件が甲サ29の記載内容と異なっている。

vi 溝口リストで「T」と記載されていた「東京都（中央地区清掃工場）」工事を控訴人日立造船が落札したことについて説明できない。原判決の認定は、甲サ111、112、114ないし118によるものであるが、以下のとおり、これらにはいずれも実質的な証拠価値はない。

a 甲サ111は、控訴人JFEの加藤が所持していたものであるが、加藤は控訴人5社の会合の出席メンバーではなく、「東京都（中央地区清掃工場）」工事の直接の担当者ですらない。甲サ111自体も、個人的な走り書きのメモにすぎない。また、甲サ114も、その所持者が控訴人5社の会合の出席メンバーではないことから、同様のことがいえる。

b 甲サ112、115、116には、当該書面における記載が受注調整についてのアウトサイダーへの協力要請や「東京都（中央地区清掃工場）」工事に関する記載であることを示すものは全くない。

c 甲サ117には、断片的な記載しかなく、控訴人5社からアウトサイダーに対する協力要請の有無、またこの協力要請にアウトサイダーが応じたか否かについて明確な記載はない。

(イ) 控訴人3社の主張

i 溝口リストは、単に、控訴人川崎重工業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。

a 溝口リストは、「S」欄と流動床炉の「F」欄が一体となって構

成された表であるから、「S」欄と「F」欄でことさら区別して判断することなく、溝口リストに記載されている92件の工事全部について検討し、総合的に評価を行うのが極めて自然かつ合理的な証拠評価である。そうすると、溝口リストに記載されている控訴人5社のうち控訴人日立造船、同タクマ及び同三菱重工業の3社は、同リストが作成されたとされる平成7年9月当時、まだ流動床炉市場には本格的に参入していなかったから、少なくとも、いまだ流動床炉市場に本格的に参入すらしていない会社同士の間で既に流動床炉市場で多くの受注実績を持つ先行大手メーカー（石川島播磨重工業、荏原製作所、三井造船株式会社、株式会社神戸製鋼）を差し置いて談合の話合いを行い、受注予定者を決定して一覧表に記載することはあり得ない。そして、溝口リストに記載されている控訴人5社のうち平成7年9月当時に流動床炉市場に参入していなかった3社が平成8年度以降に流動床炉市場に参入していることからすれば、少なくとも、溝口リストの「F」欄の記載は、まさに、控訴人川崎重工業の担当者が平成7年9月時点において営業活動を通じて得られた翌年度以降の3社の流動床炉市場への参入情報をもとに、これら3社の流動床炉市場に参入していくことを想定して受注予想を記載したものにすぎない。

b 溝口リストで「T」と割り振られていた「東京都（中央地区清掃工場）」工事を控訴人日立造船が落札したことについて説明できない。原判決の認定は、上記工事の営業活動に全く関係しない者のダイアリーやノートの断片的な記載（甲サ111、112、114ないし118）を都合よく解釈してつなぎ合わせた想像たくましいストーリーの創作といわざるを得ない。その理由は以下のとおりである。

- (a) 甲サ111は、控訴人JFEの加藤が所持していたものであるが、加藤は控訴人5社の会合の出席メンバーでも何でもない者であり、その記載内容をみても、石川島播磨重工業の発祥の地が「豊洲」ではないにもかかわらず（乙共審A11）、「豊洲」が石川島播磨重工業の発祥の地であるなどという明白な誤りが記載されていることからも明らかだとおり、全く信憑性がない。
- (b) 甲サ115ないし117は石川島播磨重工業の佐野のダイアリーであるが、「東京都（中央地区清掃工場）」工事に関する記載は、いずれも佐野自身が直接体験した事実ではなく、自らの想像によって考え出したか、何人からの伝聞又は再伝聞に係る事実を誇張して記載したものであり、その証明力は極めて低い。
- (c) 「東京都（中央地区清掃工場）」工事を控訴人日立造船が落札したことは本件基本合意と矛盾するものである。なぜなら、控訴人5社の受注機会を均等にするべく同工事の受注予定者を「T」に決定したにもかかわらず、アウトサイダーである石川島播磨重工業が同工事の受注を希望したからといって、同工事を同社に受注させるというのであればまだしも、受注予定者ではない控訴人5社のうちの他社に受注させてしまったのでは、控訴人5社の受注機会の均等化などおよそ実現不可能であり、当初の受注予定者の決定が全く無意味なものとなるからである。
- c 溝口リストには、「大阪一舞洲」「大阪一平野」「大阪一東淀」の各工事が記載されているが、これらの案件は、溝口リストが作成されたとされている平成7年9月当時から、談合を行うことが可能な「最も低い価格で入札した者が受注するという競争入札」による発注ではなく、純粹な技術提案審査方式により選定されたメーカーとの間で特命随意契約を締結するという特殊な発注になることが見込

まれていたものであり（乙共審A14の1ないし7、15の1ないし5），そのような談合をすることが不可能な工事名が記載されていること自体，溝口リストの記載が受注予定者を決定していた工事を会社別に一覧表にしたものではないことを端的に示している。実際，平成9年3月発注の舞洲工場，平成11年3月発注の平野工場とも，純粋な技術審査によりメーカーが選定され，その上で特命随意契約を締結する方法がとられており，談合が行われていないことは客観的に明白である。

ii 溝口リストの平成8年度「H」欄には「福岡市 900」という記載があるが，これが本件工事をいうものとは断定できない。その理由は以下のとおりである。

- a 平成7年ころの福岡市発注のごみ処理施設の整備計画としては，本件工事のほかに，「新東部工場」「南部工場」「第5工場」「福岡アイランド工場」の各工事が存在していた。
- b 溝口リストの「S」欄に記載されている工事（手書きの記載を含む。）全81件のうち，客観的に工事の特定が可能なものについて，実際に発注されたトン数とは異なったトン数が記載されており，発注年度も違っている（控訴人タクマ及び同川崎重工業の平成16年12月7日付け準備書面8末尾添付の表「甲第89号証（1枚目）の記載と平成6年度から平成10年度までの全連及び准連ストーカ炉の実際の受発注状況（甲サ第29号証）との比較」参照）。

(イ) 控訴人三菱重工業の主張

溝口リストは，その表題にもあるように，控訴人川崎重工業における受注予測を記した社内資料にすぎない。

i 溝口リストが受注調整の結果を記載したリストだとしたら，その後に作成された物件リストには当該工事は記載されないのが自然である

が、甲サ24添付資料、甲サ50、51、123、甲サ179添付資料（これらも平成8年から平成10年にかけて作成された控訴人5社のリストである。）には、これらの記載が散見される。例えば、甲サ179添付資料は、控訴人三菱重工業の「97／上期 受注計画工事表（秘）3頁」と題する資料であるが、これは、同控訴人の受売利（受注・売上・利益計画）作成の原資料とするために各部課が作成し提出した資料（同調査表は横浜製作所環境装置一課が作成）であり、これらが基になって全社（ごみ焼却炉事業を所掌する機械事業本部に限らない。）の年間受注計画等が作成されるのであって、営業部門において、このような資料の中に他社が受注予定者となっているといわれる案件（札幌市第5清掃工場が同調査表に挙がっているが、溝口リストでは「T」欄に記載されている。）を記載するはずがない。

ii 溝口リスト中の当該工事22件中、「日南市」工事、「久居」工事、「函南」工事、「東京－中央」工事の4件は、甲サ29の実際の落札者と不一致が生じているが、溝口リストが受注予定者リストだとすると、本来、不一致が生じるはずはない。

iii 溝口リストを社内資料として作成する以上、同一の表の中で、かつ、何の注記もない状態で、「S」欄に記載された工事と「F」欄（流動床炉）に記載された工事の趣旨が違うなどということは、経験則上あり得ない。「S」欄に受注予定者決定工事が記載されているのであれば、「F」欄の記載の趣旨も同様であり、「S」欄が控訴人川崎重工業の社内予想を記したものであれば、「F」欄もやはり社内予想を記したものというべきである。また、溝口リストには控訴人5社それぞれの「F」欄に工事名が記載されているが、控訴人日立造船が流動床炉を初めて受注したのが平成8年9月入札の新潟県両津市（40トン／日）で、流動床炉の指名に初めて入ったのが同年3月入札の宮崎県

東臼杵農林振興局の物件（5トン／日）である。したがって、溝口リストが作成された当時、控訴人日立造船は流動床炉市場に参入できていなかったのであり、指名に入るのも大変であったはずの同控訴人が平成8年度に3件、平成9年度に2件といった流動床炉の工事の受注予定者となっていると解釈することは極めて無理がある。

IV 溝口リストには、将来にわたって受注調整が不可能な純粹な技術提案審査方式による発注が見込まれていた「大阪－舞洲」「大阪－平野」「大阪－東淀」の各工事が記載されている。通常の指名競争入札においては、入札時点で金額の争いとなるが、技術提案審査方式は、技術的な評価能力を持つ大都市の自治体が採用することが多く、そのときの計画にふさわしい機種を選定しようとする場合に用いられる。大手5社といつても各社のごみ焼却施設はそれぞれ異なった特徴を有し、例えば、発注者が複数の清掃工場を保有している場合、同じタイプの炉ではなく様々なメーカーの炉を使ってみたいというケースがあり、また、炉の構造の違いだけでなく、発電機やダイオキシン対策等を考慮したシステム全体で評価することも多い。したがって、単にごみ処理能力等の仕様を示して競争入札を行う発注方式とは異なり、技術提案審査方式では、まずは発注者が重視している評価のポイントに合致するメーカーが選定され、その後に価格交渉を進めて特命随意契約に至るのであって、価格が第一条件となるものではない。

(エ) 当裁判所の判断

i 上記(ア)iないしv, (ウ)iiの主張（受注予想確率等）について

平成8年度から平成10年度に実際に発注された工事のうち、溝口リストが控訴人5社に割り振ったストーク炉建設工事は、平成8年度において12件中10件が、平成9年度において9件中7件が、平成10年度において1件中1件が的中し、しかも、的中しなかつ

た4件についても、うち3件（「日南市」「久居」「函南」）は、控訴人5社以外のクボタが受注し（これらのケースでは、受注予定者からの協力要請が成功しなかった可能性もある。）、うち1件（「東京都（中央地区清掃工場）」）は、原判決27頁6行目から同24行目のとおり、当初石川島播磨重工業が受注を希望していたが、協議の結果、控訴人日立造船が受注予定者となったという事実に照らすと、溝口リストは、平成7年9月28日当時発注が見込まれたストーカ炉建設工事について、控訴人5社間で受注予定者を決定した結果が記載されたものと認めるのが相当である。これに対し、控訴人5社は、発注見込みの全工事を網羅していないとか、発注された全工事に対する予想確率が低いとか、溝口リストの予想確率であれば通常の営業活動でも予測できると主張するが、受注調整の対象となつた工事が発注見込みの全工事でなければならない理由はないし、また、溝口リストの受注予定者の記載が将来の3か年度分であることからするとその的中率は著しく高く、単に受注予想を記載しただけのものとはいえないのであつて、上記主張にあるような事実があったからといって、溝口リストに関する上記認定を左右することはできない。

ii 上記アvi、イi bの主張（「東京都（中央地区清掃工場）」）について

控訴人5社は、控訴人JFE従業員加藤が作成した甲サ111（ノート）や石川島播磨重工業従業員佐野が作成した甲サ115ないし117（日記帳）には証拠価値がないと主張するが、これらの書証に、控訴人タクマの環境プラント本部専務取締役統括本部長が作成した甲サ112（手帳）、控訴人三菱重工業の環境装置一課主務が作成した甲サ114（手帳）及び甲サ118（佐野の平成11年1

月25日付け供述調書)を併せると、容易に、原判決27頁6行目から同24行目のとおりの事実を認定することができる。これに対し、控訴人3社及び控訴人三菱重工業は、加藤が「豊洲」を石川島播磨重工業の発祥の地と誤解している点を指摘するが、石川島播磨重工業は加藤にとって他社であった上、石川島播磨重工業の豊洲工場が「東京(中央地区清掃工場)」の建設予定地の近くにあったこと(甲サ118、乙共審A11)に照らすと、甲サ111の記載内容すべての信用性を失わせるほどの誤解とまではいえない。また、控訴人3社は、石川島播磨重工業を排除後、当初予定の控訴人タクマではなく控訴人日立造船に受注させるのでは控訴人5社の受注機会の均等化は図れないと主張するが、控訴人5社にとってはアウトサイダーを排除してその後調整をすれば足りるのであるから、上記主張は採用できない。

iii 上記(イ)i a, (ウ)iiiの主張(流動床炉)について

溝口リストの流動床炉に関する部分(「F」欄)が、受注予定者を記載したものか(控訴人3社及び控訴人三菱重工業が主張する)、控訴人日立造船、同タクマ及び同三菱重工業の3社が流動床炉市場に参入したのが平成8年度以降であったとしても、その前年度において受注予定者となることが不可能であったといえるかは断定できないものの、受注予想をしたにすぎないのか、いずれともいえないと、だからといって、溝口リストの「S」欄の記載に関する上記認定を左右することはできない。

iv 上記(イ)i c, (ウ)ivの主張(技術提案審査方式)について

技術提案審査方式であっても、控訴人5社がその技術提案の内容を調整することにより、受注調整を行うことは可能であると考えられ、溝口リストに技術提案審査方式が見込まれた工事が含まれてい

たとしても、溝口リストに関する上記認定を左右することはできない。

v 上記(i)iiの主張（本件工事）について

溝口リストには、「H-S」欄の平成8年度に「福岡 900」と記載されている。一方、溝口リスト（平成7年9月28日付け）と同時期ころに作成されたと考えられる控訴人川崎重工業の平成7年8月付けリスト（甲サ52）には、福岡市発注のごみ処理施設建設設計画として、平成8年度に「福岡市（900）S」、平成10年度に「福岡（アイランド）（300）」、平成11年度に「福岡（第5）（600）」と記載されている。これらを対比すると、溝口リストの「福岡 900」と甲サ52の「福岡市（900）S」とは同一工事と認められ、さらに、当時は、福岡市発注のごみ処理施設として甲サ52に記載の3工事が計画されていたことが認められる（なお、控訴人JFEのリスト（甲サ50）には、平成12年度に「福岡市（東部）900.0」、平成14年度に「福岡市（南部）900.0」が記載されているが、同リストは平成10年5月8日に作成されたものであるから、溝口リスト作成当時に計画されていた工事とは認められない。このことは、平成9年6月ころの作成と推認される甲サ153にも、「福岡市／第」と「福岡市／ア」しか記載されていないことと整合する。）。ところが、控訴人タクマ名古屋支店の平成10年8月31日付けリスト（甲サ51）には、福岡市発注のごみ処理施設建設設計画として、「全連・大型」の平成13年度に「福岡市（第5）900」と、「全連・中型」の同年度に「福岡アイランド300」と記載されているだけで、甲サ52の「福岡市（900）S」は記載されていないので、この工事は当時既に発注が終了していたものと認められる。そして、本件工事は福岡市

臨海工場プラント全連900トンの建設工事であって、平成8年9月19日に請負契約が締結されていたのであるから、甲サ52の「福岡市(900)S」、すなわち溝口リストの「福岡 900」は本件工事に該当するものと認められる。

vi 上記(ウ)iの主張（溝口リスト作成後のリスト）について

甲サ50、51は前記オ(イ)並のとおりの資料であり、甲24添付資料は控訴人川崎重工業の平成10年3月26日付け「全国規模別主要案件表」であって、いずれも、各社の本社が営業活動のために地方公共団体の発注予定の物件につき支店等からの情報を取りまとめたものと認められる（甲サ24、53）。甲サ179添付資料は控訴人三菱重工業の「97／上期 受注計画工事表（秘）」であって、同控訴人が受注を見込まれるごみ処理施設の建設計画につき、関係する各課で受注金額・対応利益額等を集約し配布されたものであることが認められる（甲サ179）。甲123は控訴人JFEの「平成10・11年度 重点及び準重点物件について」と題する資料であって、通常の営業活動のために作成されたものであることが認められる（甲ウ43・29～32頁）。以上のとおり、これらの各リストは、いずれも、通常の営業活動等のために作成された正式な社内文書であるから、仮に溝口リストの後に作成されたこれらのリストに受注予定者が決定した工事が記載されていたとしても、溝口リストに関する上記認定を左右することはできない。

ク 本件入札に談合情報が寄せられたことについて

(ア) 控訴人3社及び控訴人三菱重工業の主張

本件入札は、談合情報が寄せられたために、当初の入札日時を延期し、福岡市の財務局において、入札参加業者及び関連業者4社の全9社に対し、個別に、他業者との間で落札者や入札価格等に関して、事

前に会合や電話等による話合いを行った事実等がないかについての事情聴取を行い、談合を排除するためにできる限りの対応をした上で談合の事実はないと判断し、後日改めて入札が行われたのである（甲4）から、談合情報が寄せられたことは、談合が行われたことを推認させるものではなく、むしろ、談合が行われていないことを強く推認させるものである。

(イ) 当裁判所の判断

談合情報が寄せられたということは、談合の疑いを持つ者或いはこれに関与した者がいた可能性があるのであるから、談合を推認させる間接事実の1つとなる。

ケ 本件入札で落札者以外の応札価格がいずれも予定価格を上回ったことについて

(カ) 控訴人3社の主張

競争入札において、落札業者以外の入札参加者の応札価格がいずれも入札予定価格を上回っているなどということは、競争入札において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は談合の存在を推認させるものではない。確かに、入札予定価格が事前公表されていたにもかかわらず、落札業者だけが入札予定価格を下回る金額で応札し、それ以外の入札参加者がすべて入札予定価格を上回る金額で応札したというのであれば、落札業者以外の入札参加者応札価格がいずれも入札予定価格を上回っているという事実から談合の存在が疑われるという推認も成り立つと思われるが、本件入札においては、入札予定価格は事前に公表されておらず、また、これを事前に入手していたと認められる証拠もないのだから、そのような推認の前提を欠いていることは明らかである。

(イ) 控訴人三菱重工業の主張

本件入札において予定価格は非公表であったことから、控訴人日立造船以外の4社は予定価格を読み違え、結果として入札金額が予定価格を上回ってしまったというにすぎない。結果として入札金額が予定価格を上回ったということは、個別談合を推認させる証拠とは到底いえない。

(ウ) 当裁判所の判断

控訴人5社等のプラントメーカーは、仕様書等を基にした積算、発注者に提出した見積り及び直近の同種工事での落札額等を参考に、かなりの程度予定価格を予測できるのではないかと考えられ、入札業者の1名だけは予定価格内で入札したのに、その他は予定価格を超えて入札したという事実は、談合があったことを推認させる間接事実の1つになるというべきである。

コ 本件入札で落札率が著しく高かったことについて

(ア) 控訴人JFEの主張

ある入札案件において落札率が高いという事実は、当該入札案件において談合が行われたことを裏付ける事情とはなり得ない。すなわち、一般に、予定価格については入札当日に作成されて直ちに封緘され開札の際に開封されるという手続きがとられ、事前に予定価格が漏れる事はないのであるから、仮に本件入札における落札率が高率であったとしても、それは結果的にそのような事実が生じたにすぎないのであって、本件入札に際して談合行為が行われたことを推認される間接事実になり得るものではない（乙ホ9）。特に、各社の価格積算精度が向上し競争が激化する中で、いかに予定価格に近い金額で、かつ、予定価格をオーバーせずに一番低い札を入れるかについては、まさに営業担当者の経験と手腕によるのであり、他社との熾烈な競争を行っているのが実態である。

現に、受注調整行為がないとされている案件についても落札率が高い案件が存する（甲サ29）。例えば、平成6年7月20日に入札の行われた太田市が発注した工事は、控訴人5社が入札に参加し、控訴人5社以外のクボタが落札したが、その落札率は99.7パーセントであった。同年8月8日に入札の行われた背振共同塵芥処理組合の工事は、控訴人5社以外の川崎技研が落札しているが、その落札率は93.39パーセントであった。平成9年5月28日に入札の行われた南高南部衛生福祉組合の工事は、控訴人5社のうち4社が参加し、控訴人5社以外のユニチカが落札したが、その落札率は95.60パーセントとなっている。

(イ) 控訴人3社の主張

控訴人日立造船の落札率は99.97パーセントであったが、落札率は、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って、単なる事後的な入札結果にすぎないことからすれば、その高低をもって談合の事実を推認することはできない（乙ホ9・2頁）。現に、控訴人5社のいずれもが入札に参加していない（アウトサイダーのみが入札に参加した）ストーカ炉建設工事における落札率をみると、平成12年5月29日に入札が行われた佐賀市発注のストーカ炉建設工事は、荏原製作所が落札率99.31パーセントで落札しており、また、同年1月24日に入札が行われた東京都発注の多摩川清掃工場のストーカ炉建設工事は、石川島播磨重工業を代表構成員とするJV（特定共同企業体）が落札率98.41パーセントで落札している（乙ハニ11）。特に、本件入札の場合、控訴人日立造船は、本件工事について福岡市から参考見積を依頼された業者である（甲4）から、予定価格と近い金額で入札したからといって、そのこと自体何ら不自然ではなく、落札率が高いことが談合の事実を推認させるものではない。

(ウ) 控訴人三菱重工業の主張

予定価格の推定に際しては、提示された仕様書等を基に自社で行った積算、発注者に提出した見積り、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ことになるが、その結果、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ことはできない。

(エ) 当裁判所の判断

談合入札の場合には、1社が入札予定価格により近い価格で入札し（予定価格は公表されていない場合にもある程度予測できると考えられることについては、上記ケ(ウ)）、他の入札参加者は上記入札価格を上回る価格で入札するものであるのに対し、談合のない競争入札の場合には、入札予定価格を超えない範囲で他の入札参加者よりも安い価格で入札しようとするのであるから、経験則上、談合入札の場合に落札率が高くなるのは明らかである。したがって、落札率が著しく高い事実は談合を推認させる1つの間接事実になるというべきである。

3 爭点5について

(1) 当裁判所も、本件入札における福岡市の損害額は本件工事の契約金額の7パーセントに相当する20億8801万6000円と認めるのが相当と判断するものであって、その理由は、原判決「事実及び理由」の「第3 当裁判所の判断」の「4 爭点5（損害の発生及び損害額）について」に記載のとおりであるから、これを引用する。

(2) 当審における当事者の主張とこれに対する当裁判所の判断

ア 控訴人JFEの主張

予定価格については、積算ソフトを用いることで、地方公共団体等の発注者が決定する予定価格とメーカーが算出する価格が近似する状況にある

(乙ホ9) ことからすれば、適正な競争が行われた場合にも、高い価格で落札されることは十分にあり得るのであるから、談合行為の有無と落札価格の多寡とは必ずしも相関関係にはないので、被控訴人らは、談合行為の存在によって落札価格が引き下げられたことを立証する必要があるが、そのような立証はされていない。

イ 控訴人3社の主張

原判決が福岡市の損害額を本件工事の契約金額の7パーセントと認定した根拠は、平成6年4月1日から平成10年9月17日までの間に、地方公共団体が指名競争入札等の方法により発注したストーカー炉建設工事についての、控訴人5社のうちのいずれかが受注した物件の平均落札率96.6パーセントと控訴人5社以外の者が受注した工事の平均落札率89.8パーセントとの差が6.8パーセントであることだけであると思われるが、以下の事実からすると、上記7パーセントをもって損害とすることに何らの根拠もない。

(ア) 上記期間の平均落札率が最も高いのは控訴人5社以外のクボタであり、その平均落札率は、控訴人5社のうちのいずれかが受注した物件（予定価格が不明なものを除く。）の平均落札率である96.6パーセントよりも高い98.6パーセントであった（甲サ29、146）。

(イ) 本件入札の行われた平成8年度に地方公共団体が指名競争入札等の方法により発注したストーカー炉に建設工事の平均落札率をみると、被控訴人5社以外の者が受注した工事の平均落札率は97.86パーセントであるのに対し、控訴人5社以外の者が受注した工事の平均落札率は96.07パーセントとなり、その差はわずか1.79パーセントにすぎない（甲サ29、平成18年6月21日付け控訴人タクマ及び同川崎重工業準備書面1（控訴理由書）添付の表「平成8年度に地方公共団体が指名競争入札等の方法により発注したストーカー炉の建設工事の平均落札率」

参考)。

(ウ) 公正取引委員会が控訴人5社に対して排除勧告を行ったことなどを原因とする指名停止措置等により、控訴人5社のいずれもが入札に参加していない（アウトサイダーのみが入札に参加した）ストーカ炉建設工事における落札率をみると、平成12年5月29日に入札が行われた佐賀市発注のストーカ炉建設工事は、住原製作所が落札率99.31パーセントで落札し、また、同年1月24日に入札が行われた東京都発注の多摩川清掃工場のストーカ炉建設工事は、石川島播磨重工業を代表構成員とするJV（特定共同企業体）が落札率98.41パーセントで落札している（乙ハニ11）。

ウ 控訴人三菱重工業の主張

適正な競争が行われた場合にも、予定価格に近い価格で落札されることは十分にあり得ることである。例えば、平成6年7月20日に入札の行われた太田市が発注した工事は、控訴人5社が入札に参加し、控訴人5社以外のクボタが落札したが、その落札率は99.7パーセントである。同年8月8日に入札の行われた背振共同塵芥処理組合の工事は、控訴人5社以外の川崎技研が落札しているが、その落札率は93.39パーセントである。平成9年5月28日に入札の行われた南高南部衛生福祉組合の工事は、控訴人5社のうち4社が参加し、控訴人5社以外のユニチカが落札したが、その落札率は95.60パーセントである。したがって、談合行為の存在が認定されたとしても、損害の発生及び談合行為と損害との因果関係が証明されたことにはならないから、さらに、実際の契約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立証がなされたとはいい得ない。

エ 被控訴人らの主張

(ア) 利潤追求を図る企業が、公正取引委員会からの排除勧告や課徴金等の

制裁の危険を冒してまで、受注調整行為をするのは、そこに企業としての利益があるからこそである。したがって、受注機会の均等化が図られないままに、本来の自由競争が行われれば、受注価格は自然と低落すると考えるのが経験則にかなうものであり、その場合の差額が発注者の損害なのである。この点につき、控訴人5社が落札していない工事（アウトサイダーが落札した工事）に談合がなかったという証拠はなく、少なくとも、平成6年4月以降平成10年9月までの間は、控訴人5社間の第一次談合の後に、アウトサイダーとの間の第二次談合が行われていた蓋然性のほうが高い。

(イ) 福岡市の損害額は、少なくとも、契約金額の10パーセントが妥当であり、さらに、どんなに少なく見積もっても8パーセントを下らない。その理由は以下のとおりである。

i 原判決は、平成6年4月1日から平成10年9月17日までの間に、地方公共団体が指名競争入札等の方法により発注したストーカ炉建設工事についての、控訴人5社のうちのいずれかが受注した工事の平均落札率96.6パーセントと、控訴人5社以外の者が受注した工事の平均落札率89.8パーセントとの差が6.8パーセントであることから、福岡市の損害額を本件工事の請負契約金額の7パーセントと認定しているが、控訴人5社の談合によって福岡市が被った損害額は、本件入札の落札率99.97パーセントから上記89.8パーセントとの差10.17パーセントとなるはずである。

ii 「東京都（中央地区清掃工場）」工事については、入札予定価格295億7300万円であった（甲サ29）ところ、控訴人JFEは、JVを組んだ佐藤工業と協議しつつ、眞の競争入札になった場合には、215億円程度の価格で入札を行うことを検討していた（甲サ111）。また、アウトサイダーである石川島播磨重工業は、JVを組む

大林組との協議を踏まえ、240億程度の入札を行うことを検討していた（甲サ117）。かかる215億ないし240億円の入札価格は、予定価格の約73ないし81パーセントであり、控訴人5社の談合がなく、各社が自由競争を行った場合には、現実に、かかる金額による落札になった具体的可能性があった。本件入札においても、談合がなければ、実際の契約金額よりも、少なくとも、15パーセント相当額は低額の価格での発注をすることができたはずである。

iii 全国の地方公共団体においては、入札参加業者との間の損害賠償の予定ないし違約金条項として、契約金額の10パーセントから20パーセントが設定されているが、これは、それまでの経験則と談合事例の調査研究に基づいて規定されているものであって、談合がなされれば少なくとも10パーセント程度の損害が生じると多くの地方公共団体が認めていることを示している。福岡市は、契約金額の20パーセントに相当する損害賠償を原則とした上で、「損害額が10分の2に相当する額を超える場合において、福岡市が当該超える額の支払を請求するときは、当該超える額をえた額」を賠償するように定めているのであり（甲21），契約金額の20パーセントですら控えめなものであり、少なくともそれに相当する額の損害が発生する蓋然性が高いという前提に立つものである。

iv 平成15年度以降に発注された4件のストーカ炉工事（控訴人日立造船が3件、同タクマが1件を落札）の落札率は平均63.9パーセントと相当低くなっている（甲ウ50の別紙2平成18年3月28日付け審決案27頁）ところ、受注調整行為がなく受注に際して活発な競争が行われれば、入札価格はこの程度まで下がることを意味し、さらにいえば、受注調整行為によって30パーセント以上入札価格が高くなり、その分だけ発注者に損害を与えていたのである。

v 平成17年の旧独占禁止法の改正によって、課徴金の算定率が6パーセントから10パーセントに引き上げられている。その経緯は、公正取引委員会が過去に調査した事件によると、違反行為の前後の価格を比較した場合、平均して16.5パーセントの差があり、約9割の事件で8パーセント以上の差が存在する結果になっていたことから、不当利得額を8パーセントと考えた上で、不当利得額の25パーセント程度の割増しの10パーセントを課徴金の算定率にしたというものである（甲26・21頁・23頁）。したがって、福岡市の損害額はどんなに少なく見積もっても契約金額の8パーセントを下らない。

オ 当裁判所の判断

(ア) 控訴人5社の主張について

i 損害の発生と因果関係

公共工事の指名競争入札において企業が談合を行うのは、経験則上、自由な価格競争によるよりもより高い価格で落札を受けることを目的としているものと認めるのが相当である。このことは、公正取引委員会の審査官の指摘（甲ウ50の別紙2平成18年3月28日付け審決案4頁、甲サ26）を待つまでもなく、利潤追求を目的とする企業が、独占禁止法の規定する排除勧告や課徴金の制裁といった危険を冒してまで談合を行うのは、上記のような利益を得られるからにはかならないからである。控訴人5社は、他の入札例を挙げて、談合のない入札においても落札率は高いと主張するが、そこに挙げられている入札件数は必ずしも多数のものとはいえないし、各入札例において談合がなかったともいい切れないのであって、このような入札例があるからといって、上記経験則は覆されない。そうすると、本件入札において談合が行われたと認められる以上、発注者は、この談合によって、本来の自由競争が行われた場合の価格と受注価格との差額相当の損害を被

ったことが推認できるというべきである。

ii 損害額

原判決32頁20行目から同33頁1行目までのとおり、控訴人5社が談合を行っていたと認められる平成6年4月1日から平成10年9月17日までの間の、地方公共団体が指名競争入札等の方法により発注したストーカ炉建設工事の平均落札率は、控訴人5社のうちのいずれかが受注した工事について96.6パーセントで、控訴人5社以外の者が受注した工事について89.8パーセントであり、その差は6.8パーセントであった（以下「参考割合①」という。）。そこで、本件入札における談合によって福岡市が被った損害額は、これを基本とし、公正取引員会が過去に調査したカルテル・入札談合事件を基に推計した結果、違反行為の前後の価格は平均して16.5パーセントの差があり、約9割の事件で8パーセント以上の差が存在したという事実（甲26。以下「参考割合②」という。）をも斟酌して、契約金額の7パーセントである20億8801万6000円と認めるのが相当である。

(イ) 被控訴人らの主張について

i 被控訴人らは、参考割合①について、控訴人5社のうちのいずれかが受注した工事の落札率96.6パーセントを、本件入札における落札率99.97パーセントに置き換えて、差は10.17パーセントとなると主張する。しかしながら、参考割合①が比較の対象をそれぞれの落札率の平均値としたのは、落札率が偶然性等の特殊事情の影響を受けていることも否めないので、その影響を極力排除するためであるから、本件入札だけの落札率を使用するよりも、参考割合①のほうが、より現実の損害額を把握するのに適しているものと考えられる。

ii 被控訴人らは、10パーセントの根拠として、「東京都（中央地区

清掃工場)」工事の例、地方公共団体の違約金条項、平成15年度以降に発注されたストーク炉工事の落札率を主張するが、いずれも本件入札との関連性は乏しく、採用できない。

並 被控訴人らは、参考割合②に従い、福岡市の損害額はどんなに少なく見積もっても8パーセントを下らないと主張するが、参考割合①の数値は本件入札との関連性がより強いことに照らすと、参考割合②よりも参考割合①のほうが本件における損害額の把握に適しているものと考えられる。

4 争点6について

(1) 当裁判所も、控訴人福岡市長は違法に上記損害賠償請求権の行使を怠っているものと判断するものであって、その理由は、以下のとおり付加訂正するほか、原判決「事実及び理由」の「第3 当裁判所の判断」の「5 争点6(控訴人福岡市長の違法な怠る事実の有無)について」に記載のとおりであるから、これを引用する。

ア 原判決33頁15行目の「個々の談合」から同18行目の「れていることなどから」までを「談合の事実の有無のみならず、談合が既になくなっていると認められる場合にも、特に措置が必要と認められるかなど、排除措置命令の可否・内容も審理されていることなどから」と改める。

イ 同34頁1行目から2行目までの「平成16年10月28日」の後に「(被控訴人らから上記事件記録に関する証拠説明書が提出された日)」を加える。

(2) 当審における控訴人らの主張とこれに対する当裁判所の判断

ア 地方自治法242条の2第1項3号、4号所定の「怠る事実」について

(ア) 控訴人福岡市長の主張

「怠る事実」の対象として、不法行為による損害賠償請求権が問題とされる場合、行為態様、違法性評価及び因果関係等について、単に端緒

的に問題とされるにとどまる事案から、客観的に明白で相手方も争わないほど具体的かつ明白な内容の請求権として認識される程度にまで至ったもの、或いは関係機関の有権的認定・判断の確定により法的に形成・存在するに至ったものまで千差万別にあり得る。したがって、当該事案についていつどのような法的・具体的状況において、訴権ないし請求権として行使するか否か、また、すべきか否かについては、事案の状況によってその間にいわば幅があり、権限者には、事案によって訴権ないし請求権行使に係る裁量があるというべきである。そして、本件は、権限者において、所轄関係機関の手続によって収集された種々の資料を入手できる程度やその内容・評価、相手方の係争態度の有無・程度及び関係手続の存否・進行程度等から総合判断し、その裁量判断により請求するかしないか、しないとしてどのような請求態様とするかを決することが妥当とされる場合に当たるのであって、控訴人福岡市長が独立・専門機関である公正取引委員会の手続を経た審決結果の確定を踏まえて損害賠償請求に係る作為を決することとした裁量判断には、なお合理性があるというべきである。

(イ) 控訴人5社の主張

貸付金債権等の存在が明確な債権ならともかく、損害賠償請求権という存在自体不明確な債権については、債権行使することを前提とした場合でも、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解すべきである。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、それを日本国内で唯一所管している公正取引委員会の判断を尊重し、審決が確定するのを待ったからといって、その対応が違法であるなどと評価することはできない。福岡市が民法709条に基づき29億8288円の損害賠償請求訴訟を提起をするとすると、訴状への貼用印紙額だけでも699万円にものぼるが、

審決の確定後であれば、福岡市は無過失責任を規定する独禁法25条に基づく損害賠償請求権の行使が可能となり、しかも、同法84条に基づいて公正取引委員会から損害額に関する意見が出されるのであるから、訴訟を起こすまでもなく、訴訟外で損害賠償請求の交渉が成立する可能性も高く、そのような場合には、これらの無駄な支出は一切必要ない。これらからすると、公正取引委員会の審決を待って同法25条に基づく損害賠償請求権を行使するという控訴人福岡市長の判断は裁量の範囲内の合理的なものであることは明らかである。

(ウ) 当裁判所の判断

地方自治法240条2項、同法施行令171条以下の規定に照らすと、地方公共団体の長には、債権について、同法施行令171条の5に定める事由がない限り債権の行使をするかしないかの裁量権がないのは明らかであるから、長が正当な理由もないのに相当の期間債権の履行請求をしないときは、財産の管理を怠るものとして違法になるというべきである。本件においては、原判決33頁23行目から同34頁13行目のとおり、控訴人福岡市長が控訴人5社に対して損害賠償請求権を行使しないことは債権の管理を怠っているものとして違法というべきである。

イ 「怠る事実」の違法性判断の基準時について

(ア) 控訴人福岡市長の主張

住民から3号請求に係る訴訟のみが提起されているときは、あくまで「執行機関の不作為の違法を確認・宣言し、これによって作為義務の履行を促し損害を填補させ、財務会計上の違法状態の是正を図る」という制度趣旨が一貫して追求されることになるが、同時に4号請求に係る訴えが提起されているときは、3号請求の制度趣旨ないし機能は、「執行機関の不作為の違法を判決により確定・宣言し、これを住民に明らかにすることにより、執行機関等の公有財産のあり方をただす」ことにあり、

執行機関等の「作為義務の履行を促す」という点は、その内容たる損害賠償請求権の住民による裁判上の代位行使にとって代られることになると解すべきである。したがって、その場合には、3号請求における「怠る事実の違法確認」は、4号請求に係る訴えが提起されるまでの控訴人福岡市長の「損害賠償請求権不行使の違法確認」であるべきである。

(イ) 控訴人5社の主張

「違法に怠る事実」が認められるか否かの判断の基準時は、遅くとも、住民監査請求に対する判断がなされたときであり、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、その後に生じた事由如何にかかわらず、住民訴訟は棄却されるべきである。なぜなら、住民監査請求に対する判断が下された時点で考慮されていなかった事由により「違法に怠る事実」が存在すると判断されるような場合は、実質的にみて、監査委員による監査が行われていなかったに等しく、住民訴訟としての要件として住民監査請求を経ることを求めている地方自治法の趣旨に反するからである。この点、一般に抗告訴訟では、違法性判断の基準時は処分時であるとされているが、これは、抗告訴訟が行政処分に対する事後審査をその本質とすることを理由としており、処分後に事実状態の変化があった場合には、まず、行政庁が当該変化した事実に基づいて第一次判断権を行使すべきであって、これを待たずに裁判所が処分後の事実状態に照らして処分の違法性を判断することは、行政庁の第一次判断権を侵すものであり、抗告訴訟の本質に反すると解されるからである（最高裁昭和28年10月30日判決・行裁集4巻10号2316頁、最高裁昭和34年7月15日判決・民集13巻7号1062頁参照）。本件訴訟は、地方自治法に基づく住民訴訟であって、抗告訴訟ではないが、行政の不作為の違法をただすという趣旨であることや、第一次的には住民参政の観点から監査委員の判断を仰ぎ、裁判所の判断はその後になさ

れるという点では抗告訴訟と同一であるから、住民訴訟における「違法な怠る事実」が認められるか否かの判断の基準時は、監査委員が監査を行ったときと解するのが相当である。そして、本件では、福岡市監査委員が監査を行った平成12年7月5日時点において、平成16年3月29日付けの本件審決案が存在しなかったことはもちろん、本件審判の審判記録を閲覧謄写することもできなかつたのであるから、本件請求は棄却されるべきである。

(ウ) 当裁判所の判断

控訴人福岡市長は、本件のように、3号請求と4号請求が同時になされているときには、3号請求における「怠る事実の違法確認」は4号請求に係る訴えが提起されるまでの控訴人福岡市長の「損害賠償請求権不行使の違法確認」であるべきであると主張する。しかしながら、旧地方自治法上、3号請求を4号請求との関係で補充的なものと解する根拠はなく、両請求に係る訴えの併合提起は適法であると解する以上（最高裁平成13年12月13日判決・民集55巻7号1500頁参照）、4号請求に係る訴えが併合提起されているというだけで、3号請求における「怠る事実」の違法性判断の基準時を限定的に解するという根拠は見当たらない。したがって、控訴人福岡市長の上記主張は採用できない。

また、「怠る事実」の違法性判断の基準時は民事訴訟の一般原則どおり事実審の口頭弁論終結時と解するのが相当である。控訴人5社は、住民訴訟に住民監査請求の前置が求められていることや、抗告訴訟では処分時の事実状態で判断すべきとされていることを理由に、監査委員が監査を行ったときをもって、「怠る事実」の違法性判断の基準時とすべきであると主張する。しかしながら、住民訴訟において、住民監査請求の前置を求められている理由は、違法・不当な財務会計行政によって住民全体の利益が害されるような事態が生じた場合、まず監査委員に監査の

機会を与えることにより事件を自主的に解決させることが、地方自治の本旨からいっても財務会計事務の専門的・技術的性格からいっても適切であり、また、そのことによって事件の簡易迅速な処理も期待でき、併せて裁判所の負担を軽減させることもできる、といった政策的な理由にすぎないのであって、単に監査請求の前置が定められているからといって、「怠る事実」の違法性判断の基準時を監査委員が監査を行ったときと解しなければならない理由はない。また、抗告訴訟については、これが行政処分に対する事後審査をその本質とするため、処分後に法令或いは事実状態の変化があった場合には、行政庁が変化した事情に基づいて第一次判断権を行使すべきであって、これを待たずに裁判所が処分後の法令或いは事実状態に照らして処分の違法性を判断することは、行政庁の第一次判断権を侵すものであって抗告訴訟の本質に反すると解されているのであるが、住民訴訟において、監査委員の第一次判断権なるものは到底観念することはできず、抗告訴訟と同列に論じることはできない。したがって、控訴人5社の上記主張は採用できない。

5 以上のとおりであって、その他の当審で取り調べた証拠によっても、これらの認定・判断を覆すことはできない。

第4 結論

よって、本件各控訴及び本件各附帯控訴はいずれも理由がないから、これを棄却することとする。

福岡高等裁判所第4民事部

裁判長裁判官

牧

弘二

裁判官 川久保政徳

裁判官 増田隆久

こ れ は 正 本 で あ る 。

平成 19 年 11 月 30 日

福岡高等裁判所第 4 民事部

裁判所書記官 田 上 昭

