

平成19年4月11日判決言渡 同日原本領収 裁判所書記官 大石智

平成18年(回)第12号, 同第273号 損害賠償代位請求控訴, 同附帯控訴事件
(原審・さいたま地方裁判所平成12年(回)第4号)

平成19年2月14日口頭弁論終結

判 決

東京都千代田区丸の内1丁目1番2号

控訴人兼附帯被控訴人 (以下「控訴人」という。)

JFEエンジニアリング株式会社

(旧商号 日本鋼管株式会社)

同代表者代表取締役

齊 藤 脩

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

埼玉県上尾市

被控訴人兼附帯控訴人 (以下「被控訴人」という。)

同訴訟代理人弁護士

佐々木 新 一

同

立 石 雅 彦

同

中 山 福 二

同

難 波 幸 一

同

野 本 夏 生

同

南 雲 芳 夫

同

新 穂 正 俊

同

池 本 誠 司

主 文

- 1 原判決中、控訴人敗訴部分を取り消す。
- 2 被控訴人の請求及び被控訴人の附帯控訴をいずれも棄却する。
- 3 訴訟費用は、1、2審を通じて被控訴人の負担とする。

事 実 及 び 理 由

第1 控訴の趣旨

- 1 原判決中、控訴人敗訴部分を取り消す。
- 2 被控訴人の請求を棄却する。
- 3 訴訟費用は、第1、2審とも被控訴人の負担とする。

第2 附帯控訴の趣旨

- 1 原判決中、被控訴人敗訴部分を取り消す。
- 2 控訴人は、上尾市に対し、17億1600万円及びこれに対する平成12年3月17日から支払済みまで年5分の割合による金員を支払え（原審認容分を含む。）。
- 3 訴訟費用は、第1、2審とも控訴人の負担とする。

第3 事案の概要

- 1 本件は、埼玉県上尾市の住民である被控訴人が、上尾市が控訴人との間で締結した西貝塚環境センター建設工事請負契約は、控訴人を含む入札参加業者らが談合した結果控訴人が応札して落札した上で締結されたものであり、上尾市は、これにより談合がなければ形成されたであろう適正価格と契約代金額との差額相当額の損害を被ったから、控訴人に対し不法行為による損害賠償請求権を有しているにもかかわらず、その行使を違法に怠っていると主張して、平成14年法律第4号による改正前の地方自治法（以下「地方自治法」という。）242条の2第1項4号に基づき、上尾市に代位して、怠る事実に係る相手方である控訴人に対し、34億4000万円の損害賠償を求めた事案である。

原審は、8億8580万円及びこれに対する遅延損害金の限度で被控訴人の

請求を認容し、控訴人が控訴し、被控訴人が附帯控訴している（なお、一審原告池本誠司は、当審において、訴えを取り下げている。）。

- 2 基本的事実関係、争点及び争点に関する当事者の主張については、次のとおり付け加えるほか、原判決「事実及び理由」の「第2 事案の概要」1から4まで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7頁3行目の「172万」を「172億」に、同8頁12行目の「なお、」から同頁13行目の末尾までを「なお、公正取引委員会は、平成18年6月27日、別件審判事件について審決をした。」に、同頁19行目の「である。」を「であり、このうち本件工事を除く30件について個別の証拠があるとして個別談合を推認した。」にそれぞれ改める。

3 控訴人の当審における補充的主張

(1) 上尾市長の怠る事実の不存在

被控訴人の主張する損害賠償請求権については、当初から5社は違法行為の存在を全面的に争っており、このような状況下で上尾市長が上記請求権の提訴を見合わせているとしても、何ら違法な「怠る事実」と評価されるべきものではない。また、仮に、地方公共団体の債権の存在が明確であり、当該債権を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は、地方公共団体の長に裁量があると解すべきである。そして、①別件審判手続において審査官から提出された証拠は、いずれも実質的証拠としての価値がなく、本件工事についての言及がなく、個別談合があったとは認められないことは明らかであるし、②独占禁止法26条2項は、同法25条による損害賠償請求権の消滅時効期間を審決が確定した日から3年と規定しており、審決の確定を待ってからかかる請求権を行使することが可能であることからして、先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であるとは到底いえない、③同法25条は、無過失損害賠償責任であるから、主張立証責任の負担も軽く、同法84条の

規定に基づき公正取引委員会から損害額に関する意見が出され、損害額の主張立証も被控訴人側に有利であるから、審決が確定するまで損害賠償請求訴訟の提起を見合わせることは十分な合理性がある。さらに、住民訴訟に関する地方自治法の下では、違法な当該行為又は「怠る事実」がなければ、仮に地方公共団体に実質的に何らかの損害賠償請求権が発生していたとしても、住民訴訟の手段によって住民が代位請求することはできないと解すべきである。原審は、地方自治法242条に定める要件の順序を逆にして、本件不法行為に基づく損害賠償請求権が認められると先ず判断して、その請求権を行使しないのは違法な怠る事実にあたるから住民訴訟で代位請求できるとしているが、まず、「怠る事実」の有無として、地方自治体の財産の管理行為の一環としての請求権の行使の是非が判断されるべきであり、財産の管理とは無関係に損害賠償請求権の不行使を住民訴訟で争うことはできないというべきである。

そして、住民訴訟の要件としての「怠る事実」の存否の判断基準時は、抗告訴訟と同様に、監査委員が監査を行ったときと解するのが相当であり、本件では、平成11年12月27日の時点においては、まだ、別件審判手続が開始されて間もなく、上尾市は、その帰趨を予想できない状況にあったことは明らかであるから、公正取引委員会の審決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) 本件基本合意の認定についての証拠評価の誤り

原審は、誤った証拠評価に基づき、現実には存在しない本件基本合意を認定したものである。

ア 三菱重工の原田の供述調書（甲サ28, 46）は、審査官が本件について立ち入り検査を行った平成10年9月17日に同人を公正取引委員会に半ば強制的に同行して作成したもので、取調べも審査官による強引な誘導、虚偽の誘導などによる不当な方法で行われたもので、任意性がなく証拠能

力を欠くものである。

- イ 原田の供述は、会合に出席していなかった者でも知りうる情報の供述であり、客観的事実と矛盾する内容が多く含まれており、その内容は再伝聞証拠にすぎず、矛盾や齟齬を含み信用性に欠ける山田供述等をもって裏付けがあるとはいえないし、原田供述と山田供述とは、基本合意の受注予定者を決める基準や対象となる物件の分類基準等において、看過し得ない相違点が多数あり、重要な証拠価値を有しない関係者の供述によっては供述の信用性は補完されないから、信用性のないものである。
- ウ 受注調整のための会合の存在を疑わせるとされた証拠は、本件工事との関連性を有するものではなく、5社の担当者が受注調整の会合に関する記載であることを示すものではない。
- エ 5社の間で、将来発注予定の工事に関して受注予定者の決定が行われたことを窺わせるとされる証拠は、一企業の一担当者が作成し受注予想を記載した書面（甲サ89）や、受注予定者が決定されていたとの推論ができない書面（甲サ82, 84, 85, 155）にすぎない。
- オ 5社の間で入札価格等の連絡が行われたことを窺わせる証拠とされたもの（甲サ124, 125, 128～132）は、いずれも、入札された時期よりも後に作成されたもので、その記載内容からみても、本件基本合意の存在を立証する証拠とはなりえないものである。
- (3) 被控訴人の主張する個別談合の請求原因事実の不特定
- 請求原因事実は、訴訟物を構成し、当事者の攻撃防御の対象として、裁判所の審理の対象として、具体的に特定されることが必要であるが、被控訴人の個別談合の事実の主張は、時期について、平成6年4月以降の入札期日前、仮にしからずとも、平成6年4月以前の近接した時期、場所について、東京都内ないしその近傍、合意内容について、本件工事をリストアップし、控訴人は本件工事について受注希望を表明し、5社は本件工事について控訴人を

受注予定者として決定した、という極めて抽象的なものであり、原審が、これを安易に肯認しているのは、誤りである。

(4) 個別談合についての事実認定の誤り

一般的に、談合参加者においては、①基本合意、②個別談合、③実行という3段階を経ることになる。本件で、仮に原審の認定した本件基本合意が認められるとしても、その拘束力や基本合意における調整手続の詳細は全く認定されていないから、これをもって、個々の工事が原則として本件基本合意の対象となったとはいえないのであり、本件では、別件審判手続において審査官が主張する対象期間中の工事87件のうち、個別談合を推認した案件は30件にとどまり、原判決においてもわずか26件にとどまるから、本件基本合意に基づき原則として個別談合が行われていたとは到底推認し得ない。

本件工事においては、1回目の入札では発注者の予定価格以下での入札がなく、2回目の入札の際、1回目の最低入札価格が発注者から開示され、その価格でも予定価格を上回ることが明らかにされているから、2回目の入札価格は自ずと1回目の最低入札価格をやや下回る価格に収束することになるのであり、また、落札率が100%に近似することも何ら不自然ではなく、2回目の最低入札価格と予定価格に大きな差がなく、予定価格の172億円に端数がないことからすれば、各入札参加業者が1回目の最低入札価格173億7000万円をやや下回るように入札した場合に予定価格と入札価格が一致することも十分あり得ることである。したがって、2回目の入札における各入札価格の差が小さいことは当然であり、このことは入札価格を連絡していたことを窺わせる事情にはなり得ないのであり、他社の入札価格が全くわからないからこそ、1回目の入札価格に多額の差が生じ得るのであるから、これらの経過事実は、本件工事においては受注調整行為がなかったことの証左である。

4 被控訴人の附帯控訴についての主張

原審は、損害について、契約額の5%であると認定し、その余の被控訴人の請求を棄却したが、上尾市の被った損害は、少なくとも契約額の10%は下回らないというべきである。

第4 当裁判所の判断

1 控訴人の上尾市長の怠る事実の不存在の主張について

控訴人は、被控訴人の主張する損害賠償請求権について、当初から5社は違法行為の存在を全面的に争っており、公正取引委員会の審決も確定していない等の状況下で上尾市長が上記請求権の提訴を見合わせているとしても、何ら違法な「怠る事実」と評価されるべきものではなく、また、訴訟要件である「怠る事実」の有無の判断の基準時は提訴時である、と主張する。

ところで、地方公共団体の債権については、その長が、政令の定めるところにより、その督促、強制執行その他その保全及び取立てについて必要な措置をとらなければならない（地方自治法240条2項）、債権を行使するか否かについての裁量の余地は極めて乏しいものと解され（地方自治法施行令171条以下。なお、法96条1項10号参照）、長が、法施行令171条の5に定める場合でないのに、相当期間債権を行使しないときは、それを正当とする特段の事情のない限り、違法になるというべきである。ところで、不法行為による損害賠償請求権は、通常の契約に基づく債権とは異なり、その請求権の発生原因事実の主張、立証が複雑かつ困難な場合がある。特に、本件訴訟の「怠る事実」の対象となる債権は、独占禁止法違反を理由とする不法行為（民法709条）に基づく損害賠償請求権であって、本件のように債務者とされる相手方が違法行為の存在を全面的に争う場合には、請求権の発生原因事実の主張、立証責任を負う原告にとって、その主張、立証は、必ずしも容易ではない状況があり、提訴した場合相当程度敗訴の危険性も考慮せざるを得ない場合もあること、独占禁止法違反事件について、公正取引委員会の審決が確定し、その内容によっては、その後、無過失損害賠償責任である独占禁止法25条に定める損害

賠償請求訴訟を提起することにより、その主張、立証等が、同審決が確定する前に不法行為に基づく損害賠償請求訴訟を提起する場合に比べて容易となり、しかも、不法行為に基づく損害賠償請求権を行使する場合と同様の効果を得ることができることになるという特別な状況もある。そうすると、本件のような損害賠償請求訴訟の提訴については、訴訟となった場合の主張、立証の困難さ、勝訴の見通し、他の同種請求権行使の条件成就の有無、見通しを踏まえた方法の比較選択、提訴の時期、条件の判断等の諸々の不確定要素を踏まえた裁量的判断が必要となる上、訴訟の結果により、そもそも請求権を行使したことの当否が翻って定まることにもなり、訴訟により請求が認容されれば、請求権を行使しなかったことは権利行使を怠ったともいえるが、他方で、訴訟の結果請求が棄却されれば、権利の行使を怠ったとは必ずしもいえないこともあり、訴訟の本案の帰趨をもって、提訴の当否等を判断せざるを得ないという側面があることは否めない。そうすると、住民訴訟の訴訟要件としての違法な「怠る事実」の有無を判断するに当たっては、本件のように、地方自治体はその行使を怠っているか否かが問題となる債権が不法行為による損害賠償請求権であって、それが明らかに成立しないような債権又はその主張、立証がおよそ困難である債権とまではいえないときには、上記のような債権の特殊性に鑑み、請求原因として主張される不法行為が発生した後、相当期間が経過していれば、当該自治体はその債権を行使するか否かについて、一定程度の考慮要素や考慮期間等を示して検討中であることを表明して権利の行使を留保している場合でない限り、当該自治体は同債権を行使しないものと推定され、かつ、債権を行使しないことが、住民訴訟の代位請求の要件としての権利の行使を違法に「怠る事実」がある場合に該当し、訴訟要件は充足すると解するのが相当である。

これを本件についてみるに、証拠に照らしても、被控訴人が主張する違法行為である本件工事の入札が行われた平成6年8月11日以降、相当期間が経過しており、本件訴訟が提起された平成12年1月26日当時においても、上尾

市が、控訴人に対する本件工事についての談合の不法行為に基づく損害賠償請求権を行使するか否かを検討中である旨の表明があったとは認められない（また、平成18年6月27日、公正取引委員会による審決がされた後も、上尾市が、上記請求権の行使について見解を表明したことは窺われない。）から、上尾市は、本件訴訟で被控訴人が代位して行使する損害賠償請求権について、それを行使しないものと認められ、代位行使の要件となる権利の行使を違法に「怠る事実」がある場合に該当すると解するのが相当である。

- 2 争点2のうち、5社の本件基本合意の有無についての認定判断は、原判決「事実及び理由」の「第3 当裁判所の判断」2(1)及び(2)（原判決40頁7行目冒頭から同75頁22行目末尾まで）並びに同(4)ア及びイ（原判決79頁5行目冒頭から同82頁18行目末尾まで）記載のとおりであるから、これを引用する。ただし、同75頁21行目から次行にかけての「事実が優に認められるというべきである」を「ことが認められる」に改める。

控訴人は、当審においても、本件基本合意に係る各証拠につき弾劾する主張を繰り返すが、前記引用に係る原判決説示のとおりであるから、採用できない。

- 3 本件工事の談合の事実主張の特定について

控訴人は、被控訴人の個別談合についての事実の主張が請求原因として不特定である旨を主張するが、談合が密室で行われ、当事者以外の第三者にその時期、場所、合意内容等を具体的に特定して主張を求めることが困難であること等に照らすと、その時期、場所、合意内容についての主張は、平成6年4月以降の入札期日前、仮にしからずとも、平成6年4月以前の近接した時期に、東京都内ないしその近傍において、本件工事をリストアップし、控訴人は本件工事について受注希望を表明し、5社は本件工事について控訴人を受注予定者として決定した、という程度の特定でも、請求原因事実の主張としては許容すべきであり、これをもって、主張としての特定が欠けるとまではいえないというべきである。

4 本件工事の談合の有無について

そこで、以下、本件工事の受注調整による談合の有無について判断する。

- (1) 平成6年4月から公正取引委員会による立入検査が行われた平成10年9月17日までの間に地方公共団体等により発注され、指名競争入札等の方法により入札が行われたストーカ炉建設工事（原判決別紙1の87工事）のうち、各証拠において特定され、上記のような方法による談合が行われたことが窺われるのは、原判決76頁3行目以下同頁末尾までに記載された26の工事である。

原田が平成6年4月以降出席した5社の受注調整のための会合は、事柄の性質上それ以前から行われており、原田は本社主務ないし課長として三菱重工を代表して出席し、原田が前任者を引き継いだとみるのが自然である（そうでなければ、5社の間で、平等となるよう工事を分け合う方法、希望表明の仕方、複数業者が同一工事を希望したときの処理方法等について、いきなり平成6年4月の段階あるいはそれ以降の近い段階で初めて5社の合意が成立したなどとするには到底考え難い。）。そして、甲サ125によれば、平成7年5月9日に入札が行われた佐渡広域市町村圏組合に係る工事では、入札予定者とされたと考えられる川崎重工において、残りの入札指名業者である日立造船、タクマ、三菱重工、控訴人に対し、1回目から3回目までの入札金額を連絡していたとみられ、同様の見積金額や入札金額の教示や指示をしていたことの証拠は、平成10年8月31日入札の賀茂広域行政組合（甲サ124）、同年6月2日入札の米子市（甲サ128）、同日以降の青森西海岸（甲サ129）、大宮（甲サ130）、萩（甲サ131）、防府（甲サ132）にもみられるところ、このような工事の見積金額や入札金額まで5社の間で打ち合わせるなどの緊密かつ周到な協力関係は到底一朝一夕に形成され得べきものでないこと等に照らすと、5社のストーカ炉に関する談合は、少なくとも原田が会合に出席した平成6年4月以降はもちろん、そ

れ以前の一定の時期から継続的に行われてきたものであると推認しても不合理とはいえない。原判決引用にかかる前説示のとおり、甲サ37は三菱重工の光永が平成元年4月ころに前任者から引き継いだ文書であるところ、それには「**協**有 受注機会均等化(山積)・・極力5社のメンバーセットが必要(他社介入の時は条件交渉を伴う。)」との記載があり、この推認を裏付けるものである。

そうすると、少なくとも平成6年4月以降平成10年9月17日までの間のストーカ炉の建設工事についても、極めて規模が小さい場合は例外として、原則的に5社の受注調整の対象となった可能性があるものと一応いうことができる。さらに、本件工事は、処理能力300トンの全連ストーカ炉の建設工事であるから、5社は受注調整の対象としていた工事とみても不思議ではない。また、本件工事の受注状況をみても、指名を受けた5社のみが入札に参加し、予定価格(なお、本件入札においては入札書比較価格)172億円のところ、1回目の入札で控訴人が最低入札価格であったものの、予定価格を上回り、2回目の入札で控訴人172億円、タクマ172億5000万円、三菱重工172億7000万円、川崎重工172億7500万円、日立造船172億8000万円の入札の結果、控訴人が落札業者となったことが認められるところ、落札率100%すなわち落札価格と地方公共団体の一応の基準たる予定価格が完全に一致し、控訴人と他の4社の価格差は2回目の入札で最大8000万円にとどまっていたというような、談合があったことを一見推測させるような客観的状況が存在する。

- (2) しかしながら、本件工事については、それが5社の受注調整の対象となり、談合があったことを直接的に示すような本件工事に係る記載のあるノート、メモ、手帳、社内文書などの書証は一切本件訴訟には提出されていないのである(ちなみに、公正取引委員会による平成18年6月27日付け審決(平成11年(判)第4号)が引用する平成16年3月29日付け審決案におい

て、平成6年4月から平成10年9月27日までの間に指名競争入札の方法により入札が行われたストーカ炉の建設工事のうち、具体的な証拠から、5社が受注予定者を決定したと推認される工事として認定された30工事の中にも、本件工事は含まれていない。)

そして、前記の本件工事について談合を疑わせる客観的状況についてみても、まず、本件工事の予定価格と控訴人の2回目の入札額が一致していることは、1回目の入札では予定価格以下で入札した業者がなかったため、2回目の入札が行われた経過に照らすと、むしろ、予定価格が事前に入札業者に漏洩されていたような状況がなかったこと、予定価格の推測が困難な工事であったことを推認させる事情であって、入札額と予定価格が一致していることが談合があったことを推認させる事情にはならないというべきである。

次に、本件工事の2回目の入札においては、8000万円の金額の幅に5社が入札価格を入れる中で、2回目も最低価格で入札した控訴人が落札しているが、1回目の入札で予定価格以下の入札がなかったため、最低入札価格自体は公表された上で、引き続き2回目の入札が実施されたのであるから、5社ともに、公表された最低入札価格を下回る入札価格を入れざるを得ない状況になるところ、受注調整による談合が成立しなかったとすれば、各業者とも工事を落札して一定程度の利益を上げることを見込む以上、1回目の最低入札価格を大幅に下回る価格で入札することは必ずしも容易な状況にあるとはいえないのであるから、5社がそれぞれ会社の実情等を総合的に検討した上で落札をめざして2回目の入札を行えば、その入札価格は、1回目の最低入札価格をわずかに下回る金額の範囲に集中することになること自体は極めて自然であるから、本件では、2回目の入札において各業者の入札価格の価格差が縮小するのは当然想定される事態であって、5社による受注調整の結果、予め控訴人が入札するという談合が成立していなかった場合であっても、本件工事の2回目の各社の入札価格の価格差の縮小、一定範囲の価格帯

への集中は、当然生じ得る事態ということになるから、2回目の5社の入札価格の状況は、必ずしも受注調整による談合の成立を推認させる事情といえるものでもない。

また、本件工事の入札においては、発注者である上尾市が、その判断に基づき、控訴人をはじめとする5社を入札指名業者として選定し、指名競争入札としたのであるから、その入札に5社以外のアウトサイダーが参加していないことを根拠に受注調整による談合を推認するのは相当ではない。なるほど入札資格者が5社に絞り込まれると、5社の間で連絡が取り易くなるかもしれないが、それは可能性の議論にとどまるものというべきである。

(3) のみならず、証拠（甲2、乙24～26、証人佐藤正憲）によれば、控訴人の本件工事の入札については、以下のような具体的な経過が認められる。

佐藤は、控訴人に入社後、昭和54年7月以降主として環境エンジニアリング業務に携わり、ストーカ炉の営業活動に関与していたが、平成4年4月1日から控訴人環境エンジニアリング・環境プラント営業部総括スタッフとして営業活動し、平成6年7月1日からは同部第1営業室総括スタッフとして埼玉、栃木及び九州などを担当地域としてごみ焼却炉の営業活動を行っており、本件工事も担当した。ごみ焼却炉の建替えについては、国の補助金交付の関係から竣工後15年以上経過することを要するとの認識の下に、業界紙の記事、自治体関係者等の情報を収集してその建替工事の時期を予測しており、本件工事についても、入札の約2年前から上尾市の担当者との面談等の営業活動を開始し、ストーカ炉として発注されることが決定された入札の約1年前から精力的に営業を開始し、控訴人の二回流方式のストーカ炉の構造が、焼却性能が良いことや排気ガスの処理に関し抑制効果が高いこと等の優位性があるとして、入札指名業者の指定や落札に向けて上尾市の担当者に自社製品の宣伝、働きかけを行い、上尾市から参考引合として見積設計図書を作成を依頼され、見積書、見積設計書を提出していた。佐藤は、本件工事

の入札に当たり、平成6年4月ころ、平成6年度の「上尾市一般会計・特別会計予算書および予算説明書」（以下「予算書」という。）を閲覧し、「継続費」の表に款「衛生費」、項「清掃費」、事業名「環境センター建設事業」の平成6年度から平成9年度までの「総額」として181億円が計上されていることを調べ、予定価格が予算から数%の範囲内で減額となるいわゆる歩切りがあるので、これを目安に、控訴人の技術部門が算出した見積もり原価を基に、事前に最低価格の枠について上司の許可を得ている第1営業室長松本と打ち合わせた上で、入札価格を決定したこと、佐藤は、入札前日の夜も松本と打ち合わせを行い、1回目で落札者が決まらずに入札が続いた場合の入札価格についても、決裁を得ている最低価格枠の限度でその場で対応することを確認した。本件工事の入札については、上尾市から、新聞に談合情報が入ったので確認したいとの呼出しが控訴人にもあり、佐藤が対応し、そのような事実はない旨を返答し、誓約書を提出していた。本件工事の入札当日である平成6年8月11日、松本と佐藤らは上尾市役所に赴き、佐藤が、金額を設定し、それに複数の歩切り率に応じて減額した各金額をA5判の大きさの紙に記載した歩切り表を予め作成して持参し、各社2名のみ入札会場への入室が許可されるため、松本と佐藤が入札会場に入った。1回目の入札は、歩切りを4%として想定し、上記181億円の約4%減に当たる173億7000万円の札を入れ、同金額が最低入札金額となったが、落札者はいない旨が上尾市の担当者から告げられた。入札中は入退室が禁止されており、短時間のうちに引き続き2回目の入札が実施された。公表された1回目の最低金額がどの業者のものかという説明は上尾市の担当者からなかったものの、控訴人の入札であったことを認識した松本と佐藤は、持参した前記の歩切り表を使用して、入札会場にいる他社の担当者に知られないように筆談のようにして、1回目の入札価格173億7000万円から億単位の金額を1つ下げ、億単位未満の金額を思い切って丸めた172億円の金額（歩切りを5%

とした金額に近いものである。) で再度入札することを決め、2回目の入札を行ったところ、控訴人が落札した。その当時、佐藤らは、控訴人の2回目の入札価格が上尾市の予定価格と一致していることを知らず、佐藤は、本件工事の入札には談合はなかったとの認識をもっている。

そうすると、控訴人の本件工事の入札に至る経過や入札期日当日の具体的な状況をみる限り、控訴人の入札価格の決定過程について特段不自然な点はなく、1回目の入札では落札者が決まらず、2回目の入札となった際の控訴人の入札価格の決定過程においても、予め談合により各社が入札する金額を定め、控訴人が落札することが定まっていたことを窺わせるような不自然な状況はうかがわれないのである。

- (4) 以上のとおり、本件工事の入札における談合を直接的に証明するような証拠は一切存在せず、また、本件工事の入札における各業者の客観的な入札価格や入札の経過、結果をもって、談合があったことを優に推認することができるとまではいえないのみならず、前記認定の控訴人の本件工事の入札担当者の認識、行動、入札価格決定の過程に特段不自然、不合理な点がうかがわれないのである。そうすると、本件工事において、5社による受注調整が行われ、個別談合が成立し、予め複数回の入札が行われることも想定して各社が入札価格を事前にすべて控訴人が指示して定めていたもので、入札期日の現場に臨んだ控訴人担当者は、予め談合により控訴人が落札することが定まっている状況を知らされておらず、その認識がなかったにすぎなかったという経過であった可能性があることは否定できないものの、前記の状況に照らせば、本件工事についての個別談合を優に推認させる事情や状況があるとまではいえず、受注調整による個別談合が成立していた高度の蓋然性があるとしてこれを認定するには未だ疑問が残るといわざるを得ない。そして、本件工事の個別談合の成立について立証責任を負わない控訴人側が証人申請等をして控訴人の本件工事の入札の現場における実際の過程に特段不自然な点が

ないことを立証し、個別談合の成立に対する反証活動を行ったのに対し、個別談合の成立につき立証責任を負う被控訴人は、本件基本合意が認められるのであるから、本件工事の個別談合についてこれ以上立証はないとして、その立証活動をしない以上、民事訴訟である本件訴訟において、本件工事の個別談合の成立についてはいまだこれを認めるには足りず、真偽不明であるといわざるを得ない。

第5 結論

よって、被控訴人の本件請求は棄却すべきものであるから、これと結論を異にする原判決を取り消し、被控訴人の請求及び附帯控訴をいずれも棄却することとし、主文のとおり判決する。

東京高等裁判所第17民事部

裁判長裁判官 南 敏 文

裁判官 安 藤 裕 子

裁判官 生 野 考 司