九　デジタル計装制御システム工事入札談合に係る損害賠償代位請求控訴及び同附帯控訴事件

大阪高等裁判所　平成１１年〔行コ〕第９４ないし９７号損害賠償代位請求控訴事件、平成１２年〔行コ〕第２１号、同第４９号同附帯控訴事件（原審　奈良地方裁判所平成８年〔行ウ〕第２号）

判　　決

東京都武蔵野市中町２丁目９番３２号

控訴人兼附帯被控訴人

第一審被告　横河電機株式会社

代表者代表取締役　内田　勲

訴訟代理人弁護士　田中克幸

同復代理人弁護士　北谷典香

東京都千代田区神田駿河台４丁目６番地

控訴人兼附帯被控訴人

第一審被告　株式会社日立製作所

代表者代表取締役　庄山悦彦

訴訟代理人弁護士　田淵智久

同　緒方延泰

川崎市川崎区田辺新田１番１号

控訴人兼附帯被控訴人

第一審被告　富士電機株式会社

代表者代表取締役　沢邦彦

訴訟代理人弁護士　狐塚鉄世

同　戸谷博史

東京都渋谷区渋谷２丁目１２番１９号

控訴人兼附帯被控訴人

第一審被告　株式会社山武

代表者代表取締役　佐　藤　良　晴
訴訟代理人弁護士　石　原　　修
同　大　西　宏　子
同　平　野　正　弥

奈良県生駒市俵口町４０９番地
被控訴人兼附帯控訴人
第一審原告　川　田　賢　司
訴訟代理人弁護士　松　葉　謙　三

奈良市川上町８７３－６９
被控訴人兼附帯控訴人
第一審原告　谷　　サユリ

奈良県大和郡山市新木町４６８－１
被控訴人兼附帯控訴人
第一審原告　田　原　隆　子

奈良市右京２丁目１－２　平城第２団地４６－２０５
被控訴人兼附帯控訴人
第一審原告　長　畑　　学
３名訴訟代理人弁護士　相　良　博　美
同　北　岡　秀　晃
同　峯　田　勝　次

主　　文

一　本件控訴について

1　第一審被告富士電機株式会社、同株式会社山武の本件控訴に基づき、原判決中同被告らに関する部分を次のとおり変更する。

㈠　第一審被告富士電機株式会社は、同横河電機株式会社、同株式会社日立製作所と連帯して、奈良県に対し、金４，０４０万円及びこれに対する平成８年３月５日から完済まで年５分の割合による金員を支払え。

㈡　第一審原告らの第一審被告富士電機株式会社に対するその余の請求を棄却する。

㈢　第一審原告らの第一審被告株式会社山武に対する請求を棄却する。

2　第一審被告横河電機株式会社、同株式会社日立製作所の本件控訴を棄却する。

二　本件附帯控訴について

第一審原告らの本件附帯控訴を棄却する。

三　訴訟費用の負担について

1　第一審原告らと第一審被告横河電機株式会社、同株式会社日立製作所、同富士電機株式会社との間に生じた訴訟費用は、第一、二審を通じてこれを２分し、その１を同被告らの連帯負担とし、その余を第一審原告らの負担とする。

2　第一審原告らと第一審被告株式会社山武との間に生じた訴訟費用は、第一、二審とも第一審原告らの負担とする。

事　　実

第一　当事者の求める裁判

一　第一審被告ら

1　本件控訴に基づき、原判決中第一審被告ら敗訴部分を取り消す。

2　第一審原告らの請求を棄却する。

3　本件附帯控訴を棄却する。

4　訴訟費用は第一、二審とも第一審原告らの負担とする。

二　第一審原告ら

1　本件附帯控訴に基づき、原判決中第一審被告らに関する部分を次のとおり変更する。

2　第一審被告らは連帯して奈良県に対し、金２億０，６２８万４，０００円及びこれに対する平成８年３月５日から完済まで年５分の割合による金員を支払え。

3　本件控訴を棄却する。

4　訴訟費用は第一、二審とも第一審被告らの負担とする。

第二　当事者の主張

一　原判決の引用、補正

1　引　用

㈠　当事者の主張は、次の二のとおり附加する外、原判決第二「事案の概要」欄（２頁３行目から３５頁５行目まで）中、第一審原告らと第一審被告らに関する部分記載のとおりであるから、これを引用する。

㈡　なお、第一審原告らは、当審において株式会社島津製作所に対する訴えを取り下げた。

2　補　正

ただし、次のとおり補正する。

㈠ 右引用部分中の「被告島津製作所」を「訴え取下前の第一審被告島津製作所」と改める。

㈡ 原判決１１頁３行目の「これを同視し得る」を「これと同視し得る」と改める。

二 当審附加主張

〈略〉

理　　由

第一 判断の大要

当裁判所は、大要次のとおり判断する。次の第二ないし第四でその理由を述べる。

一 事実の要点

1 当事者

第一審原告らは、いずれも奈良県の住民である。第一審被告らは、特定計装設備工事の施工業者である。第一審被告横河電機は、奈良県から指名競争入札の方法により、本件各工事（特定計装設備工事）を受注した。

2 課徴金納付命令の発付

公正取引委員会は、平成７年８月８日第一審被告らに対し、地方公共団体が指名競争入札の方法で発注した特定計装設備工事２７件（本件各工事を含む）について、第一審被告らが独占禁止法で禁止されている違法な談合をしたとして、課徴金納付命令を発した。

3 本訴請求

第一審原告らは、次のとおり主張して、第一審被告らに対し、奈良県に代位して、奈良県への損害賠償金の支払を求める本件住民訴訟を提起した。

㈠ 第一審被告横河電機の本件各工事の受注は、第一審被告らの違法な談合によるものである。

㈡ 奈良県は、第一審被告らの談合（共同不法行為）により、第一審被告横河電機との間で、不当につり上げられた高い価格で本件各契約を締結させられ、損害を被った。

㈢ ところが、奈良県は、第一審被告らに対し、不法行為による損害賠償金の支払を求めない。

㈣ そこで、奈良県の住民である第一審原告らは、奈良県に代位して、第一審被

告らに対し、奈良県への損害賠償金の支払を求める。

二　判断の要点

1　本案前の抗弁について

本件監査請求は適法であり、これを前提とする本件訴えも適法である。その理由は、以下のとおりである。

㈠　監査請求期間の制限規定の不適用

本件監査請求は、違法な談合に基づく損害賠償請求権を行使しないという財産管理を怠る事実を対象とするものであるから、法２４２条２項が定める監査請求期間の制限規定の適用はない。

㈡　正当な理由の存在

仮に、本件監査請求にも監査請求期間の制限規定の適用があり、同期間１年を徒過したと解されるとしても、本件については徒過したことに正当な理由（法２４２条２項但書）が認められる。

2　本案について

㈠　不正な談合行為の存在

第一審被告横河電機、同日立製作所、同富士電機は、奈良県が指名競争入札の方法で発注した本件工事①②（同富士電機は本件工事②のみ）について、他の指名競争入札者との間で不正な談合をしていた。これは奈良県に対する共同不法行為と認められる。

㈡　損害の発生、損害額

(1)　本件各工事は既設の特定計装設備工事の改良増設工事であるが、既設業者である第一審被告横河電機以外の指名業者も、受注して施工することが技術的、経済的に可能であった。

(2)　奈良県は、第一審被告横河電機、同日立製作所、同富士電機の共同不法行為（談合）により、次のイ、ロ（同富士電機はロのみ）の合計４，５７１万円の損害を被った。

イ　本件工事①の契約価格の５％に当たる５３１万円の損害。

ロ　本件工事②の契約価格の５％に当たる４，０４０万円の損害。

三　原判決の当否

1　原判決は、第一審被告ら４社に対し、損害賠償金４，５７１万円（本件工事①②双方）の連帯支払を命じた。

2　当裁判所の判断は、次のとおりである。

㈠　第一審被告横河電機、同日立製作所は、損害賠償金４，５７１万円の連帯支払義務がある。

㈡　第一審被告富士電機は、同横河電機、同日立製作所と連帯して、損害賠償金４，０４０万円（本件工事②のみ）の支払義務がある。

㈢　第一審被告山武は、損害賠償金の支払義務がない。

3　したがって、原判決中、第一審被告富士電機、同山武に関する部分は、同被告らの控訴に基づき変更を免れない。

第二　争いのない事実等

一　第一審原告らの立場、本件各契約の締結、本件課徴金納付命令の存在、本件監査請求の経過等については、原判決３頁５行目から同７頁２行目までに記載のとおりであるから、これを引用する。

二　なお、本件各工事についてはいずれも、第一審被告横河電機が落札後発注者（奈良県）側と打ち合わせをした際、発注者側は一部工事が不要ということになり、設計変更が行われた。その結果、本件各契約価格は、各落札価格よりも減額されることになった（弁論の全趣旨）。

第三　本案前の抗弁の検討

一　監査請求期間の徒過の検討

1　法２４２条２項の適用の有無

㈠　「当該行為」「怠る事実」と監査請求期間の制限

住民監査請求は、財務会計上の行為（当該行為）のあった日又は終わった日から１年を経過したときは、「正当な理由」がない限り、これをすることができない（法２４２条２項）。

このように法２４２条２項が監査請求期間を原則として１年と制限しているのは、「当該行為」（具体的には、法２４２条１項所定の公金の支出、財産の取得、管理、処分、契約の締結、履行、債務その他の義務の負担をいう）についての監査請求である。

「怠る事実」（具体的には、法２４２条１項所定の公金の賦課、徴収、財産の管理を怠る事実をいう）の監査請求については、監査請求期間の制限について規定していない。怠る事実については、財務会計上の行為のあった日又は終わった日という観念を入れる余地がないからである。

したがって、普通地方公共団体の住民が、当該普通地方公共団体において違法に財産の管理を怠る事実があるとして、法２４２条１項の規定により適当な措置を求めた住民監査請求については、同条２項が定める監査請求期間の制限の適用がない（最判昭和５３・６・２３判例時報８９７号５４頁）。

㈡　「当該行為」と表裏一体の関係に立つ「怠る事実」の監査請求

(1)　普通地方公共団体において違法に財産の管理を怠る事実があるとして、法２４２条１項の規定による住民監査請求があった場合でも、同監査請求が、当該普通地方公共団体の長その他の財務会計職員の特定の財務会計上の行為を違法であるとし、当該行為が違法、無効であることに基づいて発生する実体法上の請求権の不行使をもって財産の管理を怠る事実としているものがある。

このような住民監査請求については、当該怠る事実に係る請求権の発生原因たる当該行為のあった日又は終わった日を基準として、法２４２条２項の規定を適用すべきものと解するのが相当である。

(2)　何故ならば、法２４２条２項の規定により、当該行為のあった日又は終わった日から１年を経過した後にされた監査請求は不適法とされ、当該行為の違法是正等の措置を請求することができないものとされている。

ところが、監査請求の対象を、当該行為が違法、無効であることに基づいて発生する実体法上の請求権の不行使という怠る事実として構成することにより、法２４２条２項の定める監査請求期間の制限を受けずに当該行為の是正等の措置を請求し得るものとすれば、法が同項の規定により監査請求に期間制限を設けた趣旨が没却されるからである（最判昭和６２・２・２０民集４１巻１号１２２頁）。

(3)　すなわち、「当該行為」についての監査請求期間が満了した後も、当該行為と表裏一体の関係に立つ、当該行為によって生じた地方公共団体の実体法上の請求権の行使を怠る事実について、いつまでも適法に監査請求を提起できるとするのは不合理である。

そこで、このような怠る事実については、表裏一体の関係に立つ当該行為と同一の監査請求期間の制限規定が適用される。

㈢　法２４２条２項の適用の有無

(1)　本件監査請求及び本訴請求の法的構成

第一審原告らは、本件監査請求及び本訴請求の法的構成として、次のとおり主張している。

イ　本件監査請求は、第一審被告らが談合という共同不法行為を行って、奈良県に損害を与えたにもかかわらず、奈良県が損害賠償請求を怠っていることを理由とするものである。

ロ　すなわち、本件監査請求の対象は、談合という共同不法行為を理由とするものであり、請負契約という財務会計行為の違法、無効を理由とするものではない。

(2)　本件監査請求が「当該行為」の監査請求と表裏一体関係の有無

イ　本件監査請求では、第一審被告らによる共同不法行為（談合）の有無と、それと相当因果関係のある奈良県の損害の有無、程度が問題とされている。奈良県の財務関係職員は、第一審被告らによる共同不法行為（談合）により騙された被害者側の人間である。第一審原告らは、本件監査請求、本訴請求では、騙された奈良県の財務関係職員の違法を問題としていない。

ロ　談合という違法行為と、請負契約の違法とは別の法的行為である。業者が普通地方公共団体の請負工事の入札において談合すれば、それだけで普通地方公共団体に対する違法行為が完了する。

すなわち、普通地方公共団体は、談合により決められた業者と決められた金額で請負契約を締結するのであるが、請負契約締結前に業者が談合していたことが発覚し、そのために請負契約が締結されなくとも、業者の談合という違法行為が完了する。

ハ　例えば、普通地方公共団体が、業者に談合されたために請負工事の入札のやり直しを余儀なくされ、その結果、請負工事が遅延したりして余分に経費を要した場合は、普通地方公共団体の損害となり、談合した業者にその損害賠償義務が生じる。

普通地方公共団体が談合により不当に高くなった金額で請負契約を締結した場合は、高くなった請負代金額が普通地方公共団体の損害となる。

このように、業者による談合という不法行為が成立するには、請負契約の締結が不可欠の前提ではない。

ニ　また、業者が談合をした場合、談合に加わった業者すべてが不法行為による損害賠償義務者となる。ところが、談合により請負代金が不当につり

上げられ、金額が高いために請負契約が違法となっても、債務不履行による損害賠償義務者は、請負契約の当事者だけである。

住民監査請求において、談合という不法行為が問題となっている場合は、業者が談合したかどうか、業者の談合により普通地方公共団体に損害が生じたか否かが監査の対象となる。請負代金が高いために請負契約が違法であるかが問題となっている場合は、請負代金が違法に高いかどうかが監査の対象となる。

ホ　以上のとおり考察を進めてくれば、次の(イ)の「怠る事実」の監査請求（本件監査請求）が、次の(ロ)の「当該行為」の監査請求と表裏一体の関係にはないことが明らかとなる。

(イ)　奈良県が、第一審被告らの談合（共同不法行為）により不当に高くなった金額による請負契約（本件各契約）を締結させられたことによる損害について、談合をした業者（第一審被告ら）に対する損害賠償請求権の行使を怠っていることを理由とする監査請求。

(ロ)　奈良県の財務関係職員が不当に高額な金額による請負契約（本件各契約）を締結したことによる請負契約上の違法についての監査請求。

(3)　小　括

以上によると、本件監査請求は、「当該行為」と表裏一体の関係に立つ「怠る事実」の監査請求ではなく、純然たる「怠る事実」の監査請求であり、法２４２条２項所定の監査請求期間の制限規定の適用がない。それ故、１年の監査請求期間の徒過を理由とする第一審被告らの本案前の抗弁は理由がない。

2　正当な理由の有無

以上の１の判断とは異なり、第一審被告らが主張するとおり、仮に本件監査請求について法２４２条２項本文の適用があり、本件監査請求期間の起算点が本件各契約の締結日（本件契約①は平成５年３月９日、本件契約②は平成６年２月２１日）であるとしても、次のとおりその徒過につき正当理由がある。

(一)　すなわち、この場合にも、本件監査請求（平成７年１１月２７日付）は、法２４２条２項但書所定の正当理由があるものと認める。

(二)　その理由は、原判決４８頁９行目から５９頁７行目までに記載のとおりであるから、これを引用する。ただし、次のとおり補正する。

(1)　前示原判決中の「被告ら五社」を「第一審被告ら四社」と改める。

(2) 原判決５２頁１行目の「乙一〇、一六」の次に「、もっとも、この新聞報道は、上水道（あるいは浄水場）を下水道（あるいは下水処理場）と誤記している。」を加える。

(3) 同５８頁４行目の「井上」の次に「(ただし、井上弁護士は、控訴審では第一審原告らの代理人となってない)」を加える。

㈢ 以上によると、仮に本件監査請求が１年の監査請求期間を徒過した後にされたものとしても、同期間を徒過したことに正当な理由があるから、法２４２条２項但書により本件監査請求は適法なものと認められる。

いずれにしても、第一審被告らの本案前の答弁は理由がない。

二 違法に怠る事実の有無の検討

1 第一審被告らは、本案前の抗弁として、奈良県には「違法に怠る事実」はないと主張している。

2 しかし、訴訟要件の判断に当たっては、第一審原告らの主張の事実からその当否を判断すべきものであって、その実体的存否によってこれを決すべきものではない。それは請求の当否という本案の判断そのものだからである。

そして、第一審原告らは、奈良県は第一審被告らに対して談合という不法行為に基づく損害賠償請求権を有しているにもかかわらず、奈良県知事はこれを行使しないと主張している以上、これに従って一応損害賠償請求権が存在するものと措定して考えるべきものである。

そうだとすると、奈良県が本件においてこの損害賠償請求権を行使していないことは明らかであって、これが法２４２条の２第１項４号の代位請求の要件である怠る事実が存在するというべきである。

3 その理由は、原判決６０頁１行目から６３頁５行目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６０頁１行目の「法二三七条」を「法二三七条一項」と改める。

七五七

4 よって、第一審被告らの前示１の本案前の抗弁も理由がない。

第四 本案の検討

一 山手会会員による談合行為の有無の検討

1 第一審被告らは、遅くとも平成元年１月から平成６年３月まで、山手会と称する談合組織を設け、地方公共団体が指名競争入札の方法により発注する特定計装設備工事について、受注価格の低落防止を図るため、不正な談合行為を繰り返し

ていた事実が認められる。

2　その詳細については、原判決６５頁３行目から同７０頁８行目までに記載のとおりであるから、これを引用する。ただし、同原判決中の「被告ら五社」「五社」をいずれも「第一審被告ら」と改める。

二　本件入札と不正な談合の検討

1　不正な談合

㈠　第一審被告らは、山手会では、受注予定者を決定したり、落札価格の低落防止を目的とする不正な談合はしていないと主張する。

㈡　しかし、前示一で原判決の引用、補正により認定したとおり、山手会では、地方公共団体発注の特定計装設備工事を競争によって受注することを避け、受注予定者を決定したり受注価格の調整をしたりして、落札価格の低落防止を目的とする不正な談合をしていたことが認められる。

このことは、次の各証拠からも明らかである。

(1)　第一審被告横河電機のＩＡ営業統括本部室課長の島村胖は、公正取引委員会審査官に対する供述調書（略）の中で、次のとおり認めている。

山手会では、受注予定者を決定したり、受注価格の調整をしたりして、落札価格の低落防止を目的とする不正な談合をしていた。

(2)　株式会社島津製作所が公正取引委員会に提出した山手会の憲章（基本ルール）を記載した文書（略）には、「取組み姿勢（概念）」の表題で、「取り合いの場ではなく、秩序を持たせ価格を維持することが目的」と記載されている（略）。

この山手会の憲章（物的証拠）からも、山手会では、競争によって受注することを避け、受注予定者を決定したり受注価格の調整をしたりして、落札価格の低落防止を目的とする不正な談合をしていたことが裏付けられる。

㈢　第一審被告らの前示㈠の主張は採用できない。

2　アウトサイダー

㈠　次の事実は、当事者間に争いがない。

(1)　山手会に参加していたのは、第一審被告ら４社と株式会社島津製作所だけである。他方、地方公共団体が発注する特定計装設備工事の入札において、第一審被告ら４社以外にも多数の大手電機メーカー等（アウトサイダー）が指名されていた。

(2) 現に、本件工事①では、第一審被告横河電機、同日立製作所以外に、明電舎、日新電機、三菱電機、沖電気工業が入札業者に指名されていた。また、本件工事②では、第一審被告横河電機、同日立製作所、同富士電機以外に、明電舎、日新電機、沖電気工業、シャープが入札業者に指名されていた。

(二) そして、第一審被告横河電機のＩＡ営業統括本部室営管部長であった嶺岸直は、別件事件の証人尋問の中で、次の趣旨の証言をしている（略）。

第一審被告横河電機が受注予定の特定計装設備工事で、山手会の会員以外の会社（アウトサイダー）が地方公共団体から入札参加の指名を受けていた場合には、同被告の方でアウトサイダーの会社に電話して、同被告が確実に受注できるように入札価格の連絡調整をしていた。

第一審被告横河電機も、平成１２年５月３１日付準備書面の１０頁で、同被告がアウトサイダーの会社とも価格連絡をしていたことを認めている。

(三) したがって、第一審被告横河電機は、奈良県から本件各工事の入札業者に指名されていた山手会以外の会社（前示(一)(2)のアウトサイダー）に対しても、同被告が確実に本件各工事を受注できるように、入札価格の連絡調整をしていたことが認められる。

3 無指名業者

前示２(一)(2)のとおり、本件工事①については、第一審被告富士電機、同山武が入札業者に指名されておらず、本件工事②については、第一審被告山武が入札業者に指名されていない。したがって、同富士電機は本件①工事の談合に加わっておらず、同山武は本件各工事のいずれの談合にも加わっていないものといわざるを得ない。

4 小 括

(一) 第一審被告横河電機、同日立製作所、同富士電機について

以上の一及び二の１ないし３の認定事実を総合すると、第一審被告横河電機、同日立製作所、同富士電機は、次の(1)(2)のとおり不正な談合をしていたのであり、これは奈良県に対する共同不法行為に当たると認められる。

(1) 本件工事①分

第一審被告横河電機は、同日立製作所及び他の指名業者４社と連絡を取り合い、奈良県発注に係る本件工事①について、指名業者間で公正な競争をすることにより落札価格が低下することを防ぎ、契約価格をつり上げて不当な

利益を図る目的の下に、予め落札者を第一審被告横河電機と取り決め、同被告が確実に落札できるように入札価格の調整をする談合をしていた。

(2) . 本件工事②分

第一審被告横河電機は、同日立製作所、同富士電機及び他の指名業者４社と連絡を取り合い、奈良県発注に係る本件工事②について、指名業者間で公正な競争をすることにより落札価格が低下することを防ぎ、契約価格をつり上げて不当な利益を図る目的の下に、予め落札者を第一審被告横河電機と取り決め、同被告が確実に落札できるように入札価格の調整をする談合をしていた。

㈡ 第一審被告山武について

前示３のとおり、第一審被告山武は本件各工事のいずれの談合にも直接加わっていないので、第一審原告らの同被告に対する本件損害賠償請求は、その余の点について論じるまでもなく、その前提において既に理由がない。

三 損害の発生、損害額の検討

1 他社の受注可能の検討

㈠ 第一審被告らの主張

(1) 本件各工事はいずれも、第一審被告横河電機が以前に施工した特定計装設備工事の改良増設工事である。

(2) 本件各工事には、既設のＤＤＣ装置及びＣＲＴ装置の機能追加工事、及び既設のシステムに新たなＣＲＴ装置又はＤＤＣ装置を増設する工事が含まれる。既設のＤＤＣ装置及びＣＲＴ装置を含むシステムは、いずれも第一審被告横河電機製である。

(3) 本件各工事のような特定計装設備工事については、業者毎にシステムに使用されているソフトウエアが異なる等のため、既設業者以外の業者には、既設設備の改良増設工事の施工が技術的、経済的に事実上不可能である。

それ故、もともと第一審被告横河電機だけが本件各工事を受注することができ、他社がこれを受注することは事実上不可能であった。

㈡ 検 討

(1) 島村供述の検討

〈略〉

(2) 本件課徴金納付命令を巡る第一審被告らの対応

イ　事実の認定

〈略〉

ロ　検　討

(イ)　課徴金納付命令の対象となった工事

課徴金納付命令の対象となったのは特定計装設備工事２７件であり、そのうちの２件が本件各工事である（略）。

山手会が談合の対象とする受注工事の８割強が既設工事の改良増設工事に関する分であるから（略）、課徴金納付命令の対象となった計装設備工事の大部分も既設工事の改良増設工事に関する分と推認できる。

(ロ)　予想される第一審被告らの対応

第一審被告らが前示(一)で主張するように、仮に既設業者以外の業者は既設工事の改良増設工事の施工が事実上不可能であり、既設業者だけが受注可能であるとしよう。

その場合は、第一審被告らが山手会の場で入札希望の有無、入札予定価格について連絡し合っていても、既設工事に関する分については、実質的な競争は存在しなかった。それ故、そのような行為は、「一定の取引分野における競争を実質的に制限する」（独占禁止法２条６項）行為とはいえず、独占禁止法７条の２第１項、同３条、同２条６項所定の「不当な取引制限」には該当しない筈である。

したがって、第一審被告らは、本件課徴金納付命令の内容を予め通知され、意見を述べたり証拠を提出できると告げられた時点で、公正取引委員会に前示(一)の意見を述べ、それを裏付ける証拠を提出していたであろう。そして、既設工事に関する分については、「不当な取引制限」に該当する行為をしていないと主張したに違いない。

また、本件課徴金の額は、最低の第一審被告山武でも２，３８５万円最高の第一審被告日立製作所では２億１，６７９万円と巨額であった（前示(二)(2)イ(イ)ｄ）。それ故、第一審被告らは、本件課徴金納付命令に対しても不服申立の手続（独占禁止法４８条の２第５項）をとり、前示(一)のとおり主張して、既設工事に関する分（８割強を占める）については、本件課徴金納付命令を争う筈だと思われる。

(ハ)　第一審被告らの現実の対応から推測される事実

ところが、不思議なことに、第一審被告ら4社は、1社もそのような手続をとっていない。事前通告に対し争う姿勢を示さなかったし、本件課徴金納付命令に対しても争わずに、直ちに課徴金全額を国庫に納付している（前示(二)(2)イ(ロ)）。

その理由について、第一審被告らは、こう主張する。山手会の場で受注予定者を決定していないものの、入札価格の連絡をしていたことは事実であった。それに加え、課徴金納付命令を争うことによる弁護士費用の負担や、制裁的意味合いでの公正取引委員会による刑事告発の可能性を考慮して、課徴金を納付したにすぎない、と。

しかし、既設業者以外の業者は、第一審被告ら主張のように、既設設備の改良増設工事の施工が事実上不可能であり、既設業者だけが受注可能であったとすると、同被告らが本件課徴金納付命令を争わず、直ちに課徴金全額を国庫に納付したことは、第一審被告らの前示弁解だけでは説明がつかない。

真実は、課徴金納付命令の対象となった工事中、本件各工事を含む既設設備の改良増設工事分についても、既設業者以外の業者も落札して受注することが、技術的、経済的にも可能であった。だからこそ、第一審被告らが山手会の場で不正な談合を行い、「不当な取引制限」に該当する行為をしていたのである。そこで、第一審被告らは、本件課徴金納付命令を争わず、直ちに課徴金全額を国庫に納付したと推認できる。

(ニ) 小　括

以上のとおり、第一審被告らの前示(一)の主張は、本件課徴金納付命令を巡る第一審被告らの対応に照らしても、採用することができない。

(3) 「水道施設設計指針・解説」の検討

イ　記載内容

〈略〉

ロ　検　討

(イ) 前示イの「水道施設設計指針・解説」は、浄水場等の水道施設に係るデジタル計装制御システムについて、各メーカー毎の製品の互換が不可能であることを前提とした記載にはなっていない。

すなわち、計装制御システムを統一することが望ましいとの記載はあ

るが（前示イ(イ)(ハ)）、むしろ、前示イ(ロ)、(ニ)ないし(ト)は、各メーカー毎の製品の互換が技術的にも可能なことを前提とする記載である。

(ロ) 第一審被告らは、浄水場等の水道施設に係るデジタル計装制御システムについて、他社が既設メーカーのシステムの改良増設工事をすることは、システムに使用されているソフトウエアが異なること等から技術的、経済的に事実上不可能であると主張する。

しかし、第一審被告らは、これを裏付ける客観的な技術文献を提出しない。ただ、第一審被告横河電機の技術部長（南浦清）が、第一審被告らの主張に沿った陳述をし（略）、証人として当審でその主張に沿った証言をしているだけである。

(ハ) これでは、前示イの「水道施設設計指針・解説」の記載内容に照らしても、第一審被告らの前示(一)の主張は採用することができない。

(4) 指名競争入札の検討

イ 法、同施行令の定め

(イ) 地方公共団体が締結する請負契約は、一般競争入札、指名競争入札、随意契約又はせり売りの方法による（法２３４条１項）。指名競争入札、随意契約又はせり売りは、政令に定める場合に該当するときに限り、これによることができる（法２３４条２項）。

(ロ) その性質又は目的により競争に加わるべき者の数が一般競争入札に付する必要はないと認められる程度に少数である請負契約を締結するときは、指名競争入札にすることができる（法施行令１６７条２号）。

(ハ) その性質又は目的が競争入札に適しない請負契約を締結するときは、随意契約によることができる（法施行令１６７条の２第１項２号）。

ロ 本件各請負契約の締結方法等

(イ) 本件課徴金納付命令の対象となった２７件の特定計装設備工事は、新設工事が２割弱、既設設備の改良増設工事が８割強である（略）。

前示２７件の工事発注者である地方公共団体は、そのすべてについて指名競争入札に付している。本件各工事についても、発注者である奈良県知事は指名競争入札に付している（略）。

(ロ) 第一審被告らの前示(一)の主張によると、本件課徴金納付命令の対象となった２７件の工事中、既設設備の改良増設工事は既設業者だけが受注

することができ、他社がこれを受注することは技術的にも経済的にも事実上不可能である。

そうだとすると、そのような工事についての請負契約は、前示イ(ハ)のその性質又は目的が競争入札に適しない請負契約であるから、指名競争入札ではなく随意契約でなくてはならない。

何故なら、既設設備の施工業者以外は、これを受注することが技術的、経済的に事実上不可能であるから、入札しないか、入札したとしても、既設業者の入札価格に比べて極めて高額な価格による入札しかしないことが、明らかだからである。

(ハ) ところが、本件各工事の発注者である奈良県を初めとして、多数の地方公共団体が、既設工事分についても指名競争入札に付している。

これは、奈良県を初めとする多数の地方公共団体の担当者が、既設設備の改良増設工事であっても、既設業者以外の他の業者も、これを受注して施工することが技術的、経済的に可能と判断していたからに外ならない。

ハ 南浦清証言の検討

〈略〉

(5) 小 括

以上の(1)ないし(4)の検討結果を総合すると、本件各工事は既設の特定計装設備工事の改良増設工事であるが、既設業者である第一審被告横河電機以外の指名業者（5社ないし6社）も、受注して施工することが技術的、経済的に可能であったと認められる。それ故、第一審被告らの前示(一)の主張は採用できない。

とはいうものの、このような既設の特定計装設備工事の改良増設工事については、各社毎にシステムに使用されているソフトウエアが微妙に異なること等から、既設業者が他社に比べて技術的、経済的に比較的優位な立場にあることも否定し難い（略）。その限りでは、南浦清の陳述書（略）や、当審での証言も採用することができる。

2 損害の発生、金額の検討

(一) 判断の大要

当裁判所は、大要次のとおり判断する。

(1) 奈良県は、第一審被告横河電機、同日立製作所、同富士電機の共同不法行為（談合）により、次の損害を被った。

イ　第一審被告横河電機、同日立製作所による本件工事①に関する違法な談合（共同不法行為）により、本件契約①の契約価格の５％に当たる５３１万円（ただし、１万円未満切り捨て）の損害。

ロ　第一審被告横河電機、同日立製作所、同富士電機による本件工事②に関する違法な談合（共同不法行為）により、本件契約②の契約価格の５％に当たる４，０４０万円（ただし、１万円未満切り捨て）の損害。

(2) 本件損害賠償代位請求訴訟は、未だ第一審原告らの勝訴が確定していない。それ故、第一審原告らの訴訟代理人である弁護士に対する報酬は、奈良県の損害としては未だ発生していないので、弁護士費用の請求は理由がない。

㈡ 原判決の引用、補正

(1) 前示㈠の判断の理由は、次の㈢のとおり附加する外、原判決７５頁１行目から８２頁６行目までに記載のとおりであるから、これを引用する。

(2) ただし、原判決７９頁７行目の「並びに」から同頁８行目末尾までを削る。

㈢ 当審附加判断

(1) 談合による場合の落札価格

イ　法が定める指名競争入札

本件各工事に関する入札では、予め発注者である奈良県知事から予定価格と最低制限価格が定められていた（法２３４条３項、法施行令１６７条の１３、同１６７条の１０参照）。

そして、奈良県知事は、第一審被告横河電機ら６社ないし７社の指名業者間で公正かつ自由な価格競争が行われ、予定価格以下で最低の価格（ただし、最低制限価格以上の価格）で入札した者を契約の相手方として、請負契約を締結することを予定していた。

ロ　談合により歪められた入札

(イ) ところが、前示のとおり、第一審被告横河電機ら６社ないし７社の指名業者は、本件各工事の入札に先立ち、次のような違法な談合をしていた（前示二４㈠(1)(2)）。

指名業者間で公正な競争をすることにより落札価格が低下することを防ぎ、契約価格を予定価格ぎりぎりまでつり上げて不当な利益を図る目

的の下に、予め落札者を第一審被告横河電機と取り決め、同被告が確実に落札できるように互いに入札価格の調整（談合）をしていた。

(ロ) 島村胖（第一審被告横河電機のＩＡ営業統括本部室課長）も、公正取引委員会の審査官に対して、２回目の入札になった場合に備えて、２回目は１回目よりも１００万円位下げた価格で入札する、という打ち合わせまでしていたと供述している（略）。この供述からも、次の事実が認められる。

１回目の入札価格が予定価格を越え、落札できなかった場合に２回目の入札となる。その場合、山手会の会員各社は、２回目の入札では各社が１回目の入札よりも僅かに下げた価格で入札し、受注予定者が地方公共団体が定める予定価格ぎりぎりで落札して、最大の利益を得られるように画策していた。

(ハ) 現に、公正取引委員会が課徴金納付命令を出した特定計装設備工事２７件中、２回目の入札まで実施された４件（本訴で証拠が提出されている分）の入札価格（単位は万円）、指名業者名は、別紙(三)ないし(六)記載のとおりである。なお、別紙(五)(六)の予定価格は第一審原告ら代理人が推測した数値であり、証拠に基づき正確に認定したものではない（略）。

別紙(三)ないし(六)によると、すべての業者について、１回目と２回目の入札価格の差は僅かである。１回目と２回目では、２位以下の業者の順位はめまぐるしく変わっているが、１回目の入札で１番低い価格で入札した業者は、２回目の入札でも一番低い価格で入札し落札している。このことから、次のａないしｃの事実が分かる。

ａ 指名業者間で談合して、１回目の入札で本命業者が予定価格ぎりぎりで落札しようと試みたが、予定価格が最低入札価格よりも低かったため失敗した。

ｂ そこで、指名業者間で再度談合し、２回目の入札では、１回目の入札価格よりも僅かに下げた価格で入札している。

ｃ そして、本命業者が落札できるように、１回目の入札で１番低い価格で入札した業者（本命業者）は、２回目の入札でも一番低い価格で入札している。

ハ 本件各工事の入札

本件各工事の入札でも、第一審被告横河電機（本命業者）は、当初の意図どおり、１回目の入札で、本件工事①②の予定価格１億０，８２５万３，０００円、８億３，８１１万１，０００円をいずれもごく僅かに下回る１億０，７１２万円、８億３，４３０万円で落札することに成功している（略）。

(2) 談合しない場合の落札価格

イ 確かに、前示のとおり、本件各工事は、既設の特定計装設備工事の改良増設工事であり、各社毎にシステムに使用されているソフトウエアが微妙に異なる。そのようなこと等から、既設業者である第一審被告横河電機が、他社に比べて技術的、経済的に比較的優位な立場にあることは否定し難い（前示１㈡(5)）。

ロ しかし、本件各工事について、第一審被告横河電機が他の指名業者と前示２㈢(1)ロ(イ)の不正な談合をしていなければ、他社は、採算ラインぎりぎりで、場合によれば営業戦略上赤字受注覚悟の上で、採算ラインを割った低価格で入札していたかも知れない。

そのような懸念、不安があれば、第一審被告横河電機としても、本件各工事については、既設業者として他社に比べて技術的、経済的に比較的優位な立場にあるからといって、安閑とはしていられない。

何故なら、第一審被告横河電機は、前示２㈢(1)ハの本件各工事の落札価格のように、予定価格ぎりぎりで落札して、最大限の利益を上げることばかりを考えておれば、他の競争相手（指名業者）に本件各工事を自社よりも低価格で落札されて、足下を掬われかねないからである。

ハ したがって、第一審被告横河電機は、本件各工事の入札に際しても、そのような懸念、不安を払拭し、本件各工事を確実に落札する必要がある。そのため、前示２㈢(1)ハの本件各工事の落札価格（談合価格）よりも控え目にみても５％程度は低い価格で入札し、安全策を講じていたであろうことは、十分推認することができる。

第五 結 論

一 本訴請求の当否

以上によると、第一審原告らの本訴請求は、次の１、２の限度で理由があるからこれを容認し、その余は理由がないので棄却すべきである。

1　本件工事①に関する損害賠償金等

第一審被告横河電機、同日立製作所は連帯して奈良県に対し、不法行為による損害賠償金５３１万円、及びこれに対する平成８年３月５日（不法行為後の日）から完済まで民法所定年５分の割合による遅延損害金。

2　本件工事②に関する損害賠償金等

第一審被告横河電機、同日立製作所、同富士電機は連帯して奈良県に対し、不法行為による損害賠償金４，０４０万円、及びこれに対する平成８年３月５日（不法行為後の日）から完済まで民法所定年５分の割合による遅延損害金。

二　原判決、本件控訴、附帯控訴の当否

1　第一審被告横河電機、同日立製作所に対する請求分

前示一１、２と同旨の原判決は相当であり、本件控訴、附帯控訴は理由がないので棄却する。

2　第一審被告富士電機に対する請求分

㈠　前示一１、２と一部異なる（本件工事①に関する損害賠償金等も認容した）原判決は、変更を免れない。

㈡　本件控訴に基づき、原判決を本判決主文一１㈠㈡のとおり変更する。

㈢　本件附帯控訴は、理由がないので棄却する。

3　第一審被告山武に対する請求分

㈠　前示一１、２と異なる（本件工事①②に関する損害賠償金等を認容した）原判決は、変更を免れない。

㈡　本件控訴に基づき、原判決を本判決主文一１㈢のとおり変更する。

㈢　本件附帯控訴は、理由がないので棄却する。

三　よって、主文のとおり判決する。

大阪高等裁判所第１０民事部

裁判長裁判官　吉　川　義　春

裁判官　大　出　晃　之

裁判官　紙　浦　健　二