

独占禁止法違反行為と損害賠償請求訴訟 — 近年の入札談合事例を概観して —

和泉澤 衛

- 1 はじめに
- 2 民法 709 条等による損害賠償訴訟
- 3 独占禁止法 25 条による損害賠償訴訟
- 4 主要な論点と課題
- 5 おわりに

1 はじめに

最近、いわゆる損害賠償請求について、独占禁止法違反行為・入札談合に起因する事案の判決や報道に接することが多くなってきている。個々の判決に関しては、それぞれの判例批評などで詳しく論じられているところであるが、近年における全体の状況を概観して、現状・問題点と課題を整理してみることにしたい¹⁾。とりわけ、入札談合に関しては、独占禁止法上の入札談合事件（不当な取引制限）や刑事事件（競売入札妨害・受注関連の贈収賄）の具体的摘発に端を発して、それらの情報や関係資料を活用して損害賠償請求訴訟を提起する例がほとんどであって、秘密裡に行なわれる談合・カルテルに対して被害者たる私人（発注者）が何らの支援材料もなくその損害の回復に「独力で挑戦」を試みることは困難な状況であることは周知のとおりである。してみると、原告の立証活動上それらの情報・資料が証拠としてどのように機能しているか、判決における具体的な

独占禁止法違反行為と損害賠償請求訴訟

評価の状況はどうかなどを比較・分析することも今後の対応を考察する上で有用と思われる。もちろん、損害賠償の訴訟事件については、各事案に応じた背景や立証への取組状況などが異なりそれぞれ個性があつて、一律に論じることが適当でない面もあるが、ある程度事例も集積してきており、焦点として浮上する事柄には共通するものがあると考えられる。

独占禁止法違反行為に起因する経済的被害に対する民事的規律による回復については、不当利得返還請求訴訟や出荷停止措置等の無効確認訴訟等の形式もあり得るところであつて現に一部みられるものの、損害賠償請求訴訟によることが一般であろう。

損害賠償請求訴訟には、民法 709 条訴訟のほか、独占禁止法第 25 条によるものがある。入札談合について、前者では、被害者（発注者である官公庁）自らが提起する場合と平成 14 年改正前の地方自治法（旧地方自治法）第 242 条の 2 第 1 項第 4 号に基づくいわゆる住民代位訴訟による場合がある。独占禁止法 25 訴訟に関しては、無過失損害賠償・東京高裁専属管轄・公正取引委員会への求意見制度・公正取引委員会の行政命令（排除措置命令・審決）確定後の提起が訴訟条件・除籍期間は確定後 3 年間といった特徴がある²⁾。なお、いわゆる石油価格カルテル事件に関する鶴岡灯油・民法 709 条訴訟および東京灯油・独禁 25 条訴訟に係る最高裁判決については、既に多く論じられているところであり³⁾、ここでは、それ以後の状況について触れてみたい。また、様々な取引上の紛争に係る損害賠償請求において、その理由の一つに独占禁止法上の不公正な取引方法・独禁 19 条を挙げるものもあるが、不公正取引は多様な行為類型に分かれ、かつ、個々の事実関係も錯綜したものとなつているところ、それをも含めて論じることが紙幅と筆者の能力を超えるので、主として入札談合の事例に限ることとする。

入札談合の場合、独占禁止法上の「違反行為（不当な取引制限）」と損害賠償請求上の「不法行為（侵害行為）」との間にズレがある（独占禁止

法違反との混同を避ける趣旨で、不法行為法上の違法性に関しては「侵害行為」と呼称して区別することにする。)。これは、独占禁止法では、一つ一つの個別の入札（個別物件）における競争回避行動それ自体ではなく、継続的に発注される工事について一連の入札に参加する事業者の間でその基本となる談合ルール（基本合意）を形成・共有して相互に事業活動を拘束するという競争制限行為が違反とされ（個別物件に係る調整はその実施に過ぎないとされ）、一方、民事上の不法行為・損害賠償では、当該個別物件で侵害行為（個別談合）が行なわれたかどうかの立証こそが鍵になっているからである。法制・目的や保護法益の違いと割り切ることができないのは、独占禁止法違反入札談合の立証において、各個別物件（個別物件のすべてではない）の調整行為の実態を間接事実として基本合意の存在の証明・推認の一助とする方法が用いられており、それが有力な手法となっているからである⁴⁾。個別物件の談合の被害者たる発注者（もちろん原資は税金なので最終被害者は納税者・国民）、特に、間接事実の対象とならなかった個別物件の原告とすれば何を手掛かりに侵害行為にアプローチしていったらよいのであろうか。

2 民法 709 条等による損害賠償訴訟

(1) 概況

ア 独占禁止法違反事件に起因する民法上の損害賠償請求訴訟について、入札談合を中心に、平成になって以降の20年間の状況をみると、独占禁止法違反事件数では22事案程度となっている（全国的・広域な入札談合事案では地区ごとに提起がなされており、提訴件数は70件を超える。）。そのほとんどが旧地方自治法の住民代位訴訟である。発注者自らが原告となったものは、前半期は米国政府によるもの1事案であったが、後半期（平成11年以降）に入ると5事案・6件みられるようになり、加えて最近では、後述のゴミ処理施設談合・民法709条訴訟において、既に提起されている

独占禁止法違反行為と損害賠償請求訴訟

住民代位訴訟のほか、平成 18 年以降、自治体自らが原告となるものがこれまで 6 件みられるようになってきている（入札談合事件の場合、件数の表記が複雑になるので、本稿では独占禁止法上の入札談合違反事件を事案ないし事件と総称し、個別の提訴・判決については判別しやすいよう適宜書き分けることとする。なお、判決については、正確には、主文上は一部認容であるが、便宜上、単に認容などと略記することがある。）。

このように損害賠償請求訴訟が増加してきた背景には、権利意識や税金の無駄遣い阻止の気運の高まりもあるが、公正取引委員会が「独占禁止法違反行為に係る損害賠償請求訴訟に関する資料の提供について」（平 3 年 5 月 15 日）として、文書送付嘱託（民訴 226 条）等を通じて、必要な資料の提供を求められた場合には、事業者の秘密などの事項を除きいわゆる違反行為の存在・相当因果関係・損害額の立証に関する資料の提供を行なうとしたことがあると考えられる⁵⁾。このほか、最近では、入札談合を抑制する観点から、贈収賄のみならず競売入札妨害（刑法 96 条の 3）によって受注便宜等の談合関連行為の刑事摘発が増加していることもあろう。

イ 侵害行為の捉え方 民法 709 条の損害賠償請求訴訟であるので、まず、「侵害行為」についてみることにする。

端的な事例は、米軍厚木基地談合・損害賠償請求訴訟である⁶⁾。本件は、米国政府が米軍厚木基地における建設工事の競争入札につき入札談合により損害を被ったとして関係業者に対して損害賠償請求訴訟を提起したが、1 審 2 審とも敗訴したものである。1 審の判決では、独占禁止法上の不当な取引制限成立の要件としては談合の基本的・抽象的合意で足りるとしても、不法行為制度においては、原告は、被告に対する請求原因事実として、①ある工事について受注予定者が事前に合意されていたこと、②当該合意にその被告が参加していたこと、③その合意で決定された受注予定者、④入札においてその受注予定者が落札したことをいずれも主張立証しなければならなかった。2 審においても、予備的請求のうち入札案件の一部で

ある55件について談合行為の成立は認められるが当該損害は他の業者が控訴人に支払った和解金により既にその全額がてん補されており理由がないとした上で、主位的請求について、1審同様の判断を示した⁷⁾。もっとも、このケースは、原告は基本合意があれば包括的に各物件に係る不法行為に当たるとの主張をしたのであるが、基本合意の成立も立証不十分であり、かつ、個々の物件における談合内容と損害額を具体的に主張すべきとの裁判所の釈明にも応じなかったという経過のものであり、基本合意の存在が認められるときの個別物件に係る主張立証の範囲を画定する先例とはいえないが、同判決では、個別物件の入札参加業者間で事前に受注予定者が決定されていたことが不法行為の要件事実であるという問題と、主張の具体性の問題とは別個の問題であり、原告は、どの工事について入札参加業者間における受注予定業者の決定があったかを明らかにしそれについて個別に受注予定業者を決定するための話し合いが行われたことを主張立証すれば足りるというべきとしている。

その後の入札談合・民法709条訴訟においても、基本合意と個別物件調整の関係については、上記判決の考え方が踏襲されている。そうすると、個々の物件における侵害行為の存在につき、どの程度の主張立証があれば認められるところとなるのかが重要な問題となるが、実際の判決をみるとかなりの差異があつて、議論の分かれるところでもある。

なお、独占禁止法の違反事実を認定した公正取引委員会の審決は、損害賠償請求訴訟において「事実上の推定」の効果があるが、審判審決とそれ以外の審決では推定の程度に高低があるとされている⁸⁾。

ウ 相当因果関係 入札談合における損害との因果関係については、工事の請負金額が談合により不当につり上げられ、公正な競争が確保されていたならその金額は低額になったものとするならば、談合という不法行為によりその差額分の損害が発生するものというべきであるとされている⁹⁾。入札談合については、その性格から受注価格の低落防止のため競争

独占禁止法違反行為と損害賠償請求訴訟

を回避する行動であることが内包されており、通常、損害発生との因果関係には問題はないであろう。ただし、その入札で談合がなく、公正な競争が行なわれたときに形成されたであろうという価格は実在するものではない。類例を示せば、価格引上げカルテルによって実際に値上げが行なわれた状態ということではなく、価格維持カルテルによって値段が下がらない状態に相当するものといえよう。

エ 損害額の算定 上記のように、損害は発生しているとしてもその額の算定は容易とはいえず、多くの場合、談合が行なわれずに自由な競争により形成されたであろう価格（想定落札価格）と実際の落札価額（現実落札価格）との差額相当分の損害を被ったものというべきであるが、各種の諸事情を総合考慮すると損害の性質上その額を立証することが極めて困難であり、民訴 248 条を適用して損害額を認定するというものとなっている。

オ 住民訴訟上の怠る事実 住民訴訟の場合には、入札談合により自治体側に損害があるにもかかわらず損害賠償を請求しないとの不作為を「怠る事実」があるものとして、監査請求を経て、代位訴訟（新・地方自治法では、履行請求訴訟）に至るのであるが、所定の期間制限の適用を受けるものかどうかについては一応の決着がみられるものの¹⁰⁾、怠る事実の存否については、ごみ焼却施設談合・民法 709 条住民代位訴訟では後述のとおり下級審の判断は一部において現状分かれている。

(2) ごみ焼却施設談合・民法 709 条住民代位訴訟¹¹⁾

ア ごみ焼却施設（ストーカー炉）談合・民法 709 条住民代位訴訟には、いくつかの特色がある。公正取引委員会の排除措置勧告を被疑事業者 5 社が不服として審判手続が長期間にわたって行なわれ（審判開始決定：平 11 年 9 月 8 日、審判審決：平 18 年 6 月 27 日、当該審決取消請求訴訟の東京高裁・請求棄却判決：平 20 年 9 月 26 日、上告受理申立て中・未確

定)¹²⁾、独禁旧69条(平成17年改正前。現行法では70条の15。)による審判記録の閲覧謄写により原告が入手し損害賠償請求訴訟に顕出している詳細な資料がほぼ共通であり、審決前に各地で住民代位訴訟が並行的に提起され、いわば先行して不法行為・損害賠償の成否が判断される状況であり、同一の訴訟事件でも1審と2審の判断が異なるものがあり、係属中のものがほとんどであって最高裁まで争われる見込みであることなどである。

このほか、最近では、発注者が原告となって損害賠償請求訴訟を提起するものもみられる¹³⁾。

イ 訴訟の概況　　ごみ焼却施設談合・民法709条住民代位訴訟は13件ある。このうち、4件がいずれも原告勝訴で確定しているが(註11の③・⑦・⑩・⑫)、9件は係属中である(上告受理申立て中:7件、高裁係属中:2件)。

未確定のものうち、現状で請求棄却判決となっているものは3件あり、個別談合の立証不十分とするものが2件(②・⑬)、地方自治法上の怠る事実に該当するとは言いえないとするものが1件(⑧)となっている。

また、いずれも未確定であるが、同一事件で1審と2審で判断が異なるものは3件あり、原告の逆転勝訴1件(⑪)、逆転敗訴2件(②・⑧)となっている。なお、原告が連続敗訴のものとして、1審では違法に怠る事実なしとしていたものを2審ではまず判断として個別談合立証不十分とし損害賠償請求権を有しているとは認められないとしたもの(⑬)がある。

ちなみに、公正取引委員会の審決は、5社は、受注機会の均等化を図るため、基本合意として、1) 建設計画が判明した工事(物件)について各社が受注希望の表明を行ない受注予定者を決定する、2) 5社以外の者が入札に参加する場合には受注予定者は自社が受注できるよう5社以外の者に協力を求める、3) 受注すべき価格は受注予定者が定め受注予定者以外の者は受注予定者がその定めた価格で受注できるよう協力する、というものである。関連する供述・物証のほか、平成6年4月から平成10年9月

までの間に具体的証拠から5社が受注予定者を決定したと推認される工事は少なくとも30件あることなどから、違反行為期間中、過半について受注予定者を決定してこれを受注することにより、ゴミ処理施設発注の取引分野における競争を実質的に制限した、というものである。

この審決で基本合意存在の間接事実とした工事30件と民法709条住民代位訴訟の対象である個別物件を比較すると、合致するものは8件であり（認容判決確定済：③。係属中のうち現状で、認容：①・④・⑤・⑨・⑪、棄却：⑧・⑬。）、30件以外のものが5件となっている（認容判決確定済：⑦・⑩・⑫。係属中のうち現状で、認容：⑥、棄却：②。）¹⁴⁾。一概にはいえないが、審決認定の30件と明確な相関関係があるとは見受けられない。

入札参加業者の状況をみると、審決の名宛人5社の範囲内のみであるものが6件（②・⑥・⑦・⑨・⑩・⑫）、5社以外の者が参加しているものが7件（①・③・④・⑤・⑧・⑪・⑬）となっている。

なお、それぞれの判決では、怠る事実には当たらないとして棄却した場合を除いて、基本合意については証拠からその存在を認定している。

ウ 侵害行為 個別物件に関する侵害行為の存否の認定については、いわゆる温度差があつて、例えば、同一の証拠状況と思われる⑪の案件については、1審では、5社の間における受注予定者決定は認められるものの、アウトサイダー4社に対する協力要請やこれに応じた事実は認めるに足らず、指名業者間で競争関係が排除されていたとは認めがたいとして請求棄却したが、2審では、アウトサイダー4社に関して、まず2社について受注調整を窺わせる事情が認められることなどからこれはアウトサイダーとの調整に係る概括的な供述等を裏付けるものとし、また、他の2社についても本件同様の指名業者の構成となった別の物件において5社とアウトサイダーとの受注調整を窺わせる証拠があったとした上で、本件入札が全国的な違反行為の期間中のものであること、高い落札率であること、本件落札企業以外の入札参加企業の入札価格が予定価格を超えていることなどから、

5社とアウトサイダーとの間においても談合行為があったと認めるのが相当とし、認容の判断を示した。これは、証拠評価の違いに起因するものと考えられる¹⁵⁾。

また、②の案件は、1審では、証拠を仔細に検討した上で、全国的な違反行為の期間中の工事については原則として受注調整の対象となったとみるのが相当で、特に5社のみが参加し落札したものについては、別の物件(26件)にみられるような個別的な特定に係る証拠がないとしても、特段の事情がない限り受注調整行動ありと推認され、本件の1回目・2回目の入札価格の状況などから、そうした談合行為で落札したものとして、認容の判断を示したが、2審では、それらにつき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した上で、控訴人が個別談合の成立に対する反証活動を行なったのに対し、立証責任を負う被控訴人が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立証活動をしない以上、個別談合の成立は未だ認めるに足りず真偽不明といわざるをえないとして、原告敗訴とした。これは、証拠評価の違いもさることながら、前出の米軍厚木基地談合訴訟のように、立証責任のある立場の者が相手方の反証活動や裁判所の態度に対してさらなる主張立証に努めることがないときには、民事訴訟の性質上こうした判断に至るといふ側面もあるのではないかと思われる。

このほか、認容判決では、当該個別物件の調整に係る証拠(5社間の調整物件を列記したと考えられるリストに記載があるなど)を根拠とするものの、個別談合を直接裏付ける証拠はないが、他の物件における調整の実態を踏まえ、入札価格の状況や落札率などから本件個別談合を推認するものなどがある。

一方、棄却判決では、アウトサイダーの協力についての具体的な立証が必要であるが当該協力が行なわれたと認めるに足らず、受注予定者を定め

る仕組みが成就しないことになるので、本件談合の成立も認めることができないというべきとするものがある（⑬・2審）。

いずれにしても、当該個別物件の調整に係る直接的な証拠がある場合は別としても、基本合意の枠組みを念頭に置いて、個別調整が行なわれたとみられる他の物件との類似性や本件入札における入札価格の状況・落札率などを手掛かりとして、枠組みどおりの受注調整が本件で存在したと推認できるかどうか判断する形式と思われる。少なくとも、基本合意の存在と何らかかわりなく個別物件における受注調整を独自に認定する手法ではない。

ウ 相当因果関係 各判決において、侵害行為の存在が認定されたものについて、損害との相当因果関係が特段の問題とされたものはない。

エ 損害額 認容判決の場合、損害額の算定は落札価格（契約価額）の5%から8%となっている。民訴248条により認定しているものであるが、その額・率にすることとした根拠ないし事情については、様々である。

8%としたもの（③・2審、⑪・2審）においては、公正取引委員会が過去の違反事例について実証的に不当利得を推計したところ、売上額の平均16.5%程度、約9割の事件で8%以上の不当利得が存在するということに言及して、少なくとも8%の不当利得があったと推認するのが相当としている。7%としたもの（⑨）においては、平均落札率について、5社のいずれかが受注した工事（96.6%）とそれ以外の社が受注した工事（89.8%）の差が6.8%であり、これと公正取引委員会の上記数値（8%）を斟酌して7%と認めるのが相当としている。6%としたもの（⑥・2審）においては、各種のいわゆる価格の下落率の事例に関する数値を列挙した上で（最低が6%台）、総合考慮すると6%に相当する額と認めるのが相当としている。このほか、5%ないし5.77%としている判決も、5社の場合とそれ以外の者が含まれた場合における落札率の差に言及しているものが多い。

要するに、公正な競争によつたならば形成されたであろう想定落札価格を具体的に確定することは困難なので、現実落札価格との差について、他の事例や平均数値等を参照しつつ、弁論の全趣旨から「率」をもって総合認定するというものとなっている。

オ 怠る事実 13件のうち、いわゆる怠る事実には当たらないとしたものが、2件ある(⑧・2審、⑬・1審)。⑧の案件においては、1審は認容判決であったが、2審では、独禁25条に基づく損害賠償請求には、不法行為に基づく損害賠償に比較して、多大な訴訟経済上の利点があるのみならず、審決が確定すれば主張立証が容易になることが明らかなどとした上で、発注者(市長)が審決の確定まで損害賠償請求権を行使しないでの選択をすることが違法な怠る事実と認めることはできないとした。また、⑬の案件の1審は、公正取引委員会の審判の帰趨が明らかでないことや立証に関する困難性・リスクなどに言及した上、不法行為に基づく損害賠償請求権の行使を差し控えていることは市長としての合理的裁量の範囲内とし、違法に怠っていると認めることはできないとした。なお、この1審の判断は、前述のとおり2審では、順序として個別談合の立証について先に判断し、立証不十分であり損害賠償請求権を有しているとは認められないとした。

なお、このほかの判決では、怠る事実の該当性はありとしている。

(3) その他の民法709条訴訟等

ア 独占禁止法違反行為関連 上記以外の独占禁止法違反入札談合に係る民法709条訴訟については、まず、発注者が原告となったものが、平成11年以降、5事案6件あるが、ほとんどすべてが和解で終了している¹⁶⁾。いずれも、継続的に一連の入札を実施する発注者である。

住民代位訴訟の状況をみると、多くが全国的な入札談合に係る当該自治体に関する物件を対象としたものとなっている。棄却・和解・認容と区々

独占禁止法違反行為と損害賠償請求訴訟

であるが、例えば、認容判決では、前出の米軍厚木基地談合判決よりも前の時期であるが、デジタル計装システム工事談合・民法 709 条住民代位訴訟では、課徴金の納付命令の対象工事であれば、談合がなかったとの格別の事情がない限り談合があったと認めるのが相当とした事例がある¹⁷⁾。継続的な一連の発注に係る住民代位訴訟としては、上川農業土木談合・民法 709 条住民代位訴訟では、基本合意を認定の上、個別物件の受注調整については、本件がいわゆる官製談合であるところ、入札に至るまでの調整の具体的手順とそれを表す書証・証言などをもって、発注者があらかじめ選定した本命業者が受注できるよう本件工事における入札談合をしたとして、認容した判決がある¹⁸⁾。

なお、独占禁止法違反入札談合事案については、いずれも、文書送付嘱託等に基づき、公正取引委員会から資料が提供されている。

イ 刑事事件関連 競売入札妨害罪等に端を発する損害賠償請求訴訟については、個別物件における談合の状況が比較的明確であることから、侵害行為の立証において格別の問題が生じることはないと思われ、また、現に入札談合が行なわれれば公正な競争の場合に比し落札価格が高止まりのものとなるのも当然ともいえよう。損害額の算定が問題となる余地があるが、一般的には、他の場合と同様に、民訴 248 条を適用し想定落札価格と現実落札価格との差分を認定する手法となろう。なお、談合調整金の額や捜査機関が事業者に再度積算させた結果を参考にした事例もある¹⁹⁾。

ウ その他の損害賠償請求訴訟 独占禁止法違反や刑事事件に起因しない入札談合の損害賠償請求訴訟については、例えば、次のものがある。村田町土木談合・民法 709 条住民代位訴訟では、町発注の工事（5 件）につき入札参加業者のうちの 1 名から談合価格連絡を示す資料を得て、それを基に損害賠償請求したものであるが、裁判ではそれぞれ関係者からの証言を求めるなどして、入札前に入札参加業者による受注調整のための話合いが行なわれ受注予定業者が受注できるようそれぞれの入札価格を決定し、

いずれの工事もそのとおり落札したことが高度の蓋然性をもって推認できるとした上で、本件談合は、民事上も明らかに自由競争のルールを逸脱した違法な行為というべきであるとして、認容の判断を示した（損害額：民訴248条・5%）²⁰⁾。

また、津幡町・民法709条住民代位訴訟では、1審は、津幡町において従来より談合が行なわれやすい環境が整っていたこと、本件入札の落札率が高いこと、入札前に寄せられたの談合情報の信用性が高いことなどから、何らかの形で入札業者の間で談合行為が行なわれたことが立証されたとして、談合行為の存在を認め、認容の判断をしたが、2審では、落札率が高いことなどを総合しても、本件入札に関し事前に入札参加業者の間で特定の者が受注できるよう合意していたのと事実を推認するには十分ではないというべきとして、原告敗訴とした²¹⁾。

3 独占禁止法25条による損害賠償訴訟²²⁾

(1) 独禁25条訴訟の現況

独占禁止法は第25条でいわゆる無過失損害賠償の規定を設けている。その実質的な意味は、独占禁止法違反行為が故意によらない場合などは通常想定しがたいので「無過失」という点ではなく、違反行為で損害を受けた私人がこの規定を通じて法目的の実現に参加する制度としての機能を有しており、現代的視点からすると、公正取引委員会による行政処分のみならずそれを補完するものとして、違反行為抑止や法運用全体の積極的展開・強化につながるところにあるものと考えられる。

一方、平成になって以降の20年間をみると、独禁25訴訟の数は15事案15件であり、その間の違反行為の審決数に比し決して活発とはいえないであろう。もちろん、前記のとおり民法709条による損害賠償請求訴訟で提訴されているものもあるし、昭和の時代（7事案9件）と比べれば増加しているとはいえようが、いずれにしてもその状況について概観してみ

ることとする。

まず、独禁 25 条訴訟の結果であるが、現在係属中の 2 事案を除き、大部分が和解等で終了しており、判決に至ったものは 5 事案に過ぎない。判決は、認容 4 事案・5 件、棄却 2 事案・2 件となっている（同一事案内で被告により認容と棄却の判決が併存する場合を含む。請求棄却の案件は、提訴前に当事者間で既に別途の裁判上の和解があったというもの 1 件、および、談合事案における一部被告会社の破産に係るもの 1 件である。）。

独禁 25 条訴訟提訴の基礎となる違反行為の類型をみると、入札談合 9 件、私的独占 3 件、不公正取引等 3 件であり、大部分が入札談合となっており、いわゆる価格カルテル事件はみられない。

原告については、入札談合事案では発注者となっている。このほかについては、原告は、それぞれ、排除・排斥型の違反行為の場合はその対象となった事業者、不当表示の場合は競争事業者の関係団体、優越的地位の濫用の場合は取引先事業者であり、当該違反行為による経済的影響ないし被害が直接的に及ぶであろうことが明らかな立場の者がほとんどとなっている。

(2) 違反・侵害行為の存在、相当因果関係、損害額の評価

ア 違反行為（基本合意）の存在・認定については、独占禁止法違反審決等が確定した後の提訴を条件とする制度の性格上当然ともいえようが「(独占禁止法) 違反行為ではない」とするものは見受けられない。違反事実を認定した審決の損害賠償請求訴訟における「事実上の推定」については独禁 25 条訴訟も同様と考えられており、これまで上記でみてきた流れからすれば、損害賠償請求として個別の入札に関してそれが侵害行為に当たるかどうか焦点となるところである。

広島市水道工事談合・独禁 25 条訴訟（註 22 の⑦）では、被告 26 名のうち 1 名を除いて認諾・和解しており、判決はこの被告 1 名のみを名宛人

としている。判決では、まず、認諾等をした事業者について、基本合意に基づき、受注予定者を決定し受注予定者が受注できるようにすることを続けたことなどを認定した上で、次いで、この被告1名を含む事業者について、基本合意に基づき、あらかじめ受注予定者および受注すべき価格を決定し、各入札の実施の際には、入札に参加した者のうち、受注予定者は受注すべき価格での入札を、受注予定者以外の者は自ら落札することのないよう受注予定者よりも殊更高い価格での入札を行なって、受注予定者が受注できるようにしていたものと推認できるとした。

すなわち、基本合意の存在のみならず、事業者が自社が参加する各入札において相互に基本合意に基づいてそうなるように実施したことの全体を捉えているものと思われる。そして、判決は、このように基本合意に基づき入札に参加することは、不当な取引制限に該当し、独禁3条に違反するとしている。簡略化すれば、基本合意の存在のみをもって独占禁止法上の違反行為が成立することはそれとして、それに基本合意のメンバーが実際に参加する各入札において基本合意を実施したという行動を含めたところで、独占禁止法に違反することに変わりはないということなのであろう。

確かに、入札談合による金銭的な損害は個別の入札・契約から生ずることから、その入札で侵害行為が成立しているか否かが問題となるのであるが、逐一の個別物件調整の具体的事実関係を直接に探る手法というよりは、談合行為が共同行為性・相互性を有することを念頭に、基本合意のメンバーがそれを各入札において実施していることの相応の立証をもって、侵害行為の存在・成立を認定（推認）する手法といえよう。本件でいえば、1名を除いて談合メンバーが消極的意味ではあるが自白をしている状態、かつ、この否認1名も基本合意のメンバーの一員であることは認定済みであるときに、この否認1名が参加した入札について、他の入札参加者については基本合意どおりに実施したと認めているに等しいので、結局、基本合意に基づく実施とみることができるのではないかという合理的な推論過程

に入り、それを確信できるかの問題ということになる。

また、被告は入札に参加していない物件についても連帯して賠償責任を負うべきとの主張を原告がしたことに対してであるが、判決は、基本合意は入札に参加する場合の談合の基本的枠組みを定めるに止まるものであって、それだけでは、基本合意参加者全員に個々の入札における談合が成立したものと認められず、個々の入札においてその入札参加者が基本合意に基づく談合を行なって初めて競争の実質的な取引制限が実現するものといわざるを得ないとし、また、被告が入札参加者になっていない物件において、基本合意に参加していること自体から他の入札参加者らの個別談合行為に加担したと評価することはできないとした。なお、判決は、被告が参加した入札については、自らが落札者になったか他の事業者が落札者になったかにかかわらず、違反行為（独禁3条）をしたものであって、他の入札参加者と連帯して賠償責任を負うとしている。このことは、基本合意はその実施をもって侵害行為となり、賠償責任は当該入札に参加して基本合意に基づいてその実施をした者全員に及び得るということを示しているものといえるのではないか。そうであるとすると、少なくとも独禁25条訴訟では、侵害行為を含めた広義の違反行為という概念で基本合意とその実施を捉えている証左ともいえる。ただし、論理としての概念の捉え方の問題か、独禁25条の条文上の表現なるがゆえの特殊性なのかは、議論の分かれるところであろう。

このほか、町田市公共工事談合・独禁25条訴訟（⑧）では、認諾・和解をしているもの以外の被告を名宛人として、当該被告が受注した物件を掲げた上で、本件違反行為（原告が発注する公共工事の指名競争入札等において、他の事業者と共に、話し合いにより受注予定者を決定し受注予定者が受注できるようにすることにより、上記工事の取引分野における競争を実質的に制限していたものであって、独禁2条6項に該当し同3条の規定に違反する）があったことを審決により推認することは許されないとの被

告の主張に対して、前提となる事実および弁論の全趣旨から本件違反行為があったことを認めることができるとした。これも、基本合意に基づいて話し合いにより受注予定者を決定し受注予定者が受注できるようにして上記各工事（被告受注工事）を受注していたことを全体として捉えているものと思われる。

イ 相当因果関係については、ここに示した独禁25条訴訟の限りにおいては、特段の問題はみられない。

ウ 損害額の算定については、判決に至った件数が少ないので一般的傾向とまではいえないが、独禁25条訴訟の場合、民訴248条を適用するのではなく、できる限り損害額を明らかにしようとするものがみられる（認容判決4事案5件のうち、明示的に民訴248条を適用したものは1事案1件）。

独占禁止法違反入札談合の民法709条訴訟をみると、多くの場合、想定落札価格と現実落札価格との差額相当分の損害を被ったというべきだが、各種の諸事情を総合考慮すると損害の性質上その額を立証することが極めて困難であり、民訴248条を適用して損害額を認定するというものとなっている。

もちろん、それで特段の支障があるわけではないが、例えば、独禁25条訴訟の判決（⑦）では、損害は違反行為により形成された現実落札価格から想定落札価格を差し引いた額とした上で、違反行為が終了した直後の落札価格が違反行為の影響を受けない自由な競争による価格と認められ、かつ、相当数の落札があり違反行為の直後の落札価格を合理的に算定することができるときは、経済的要因等に変動がない限り、その価格（違反行為の終了直後の落札価格）をもって想定落札価格とすることが合理的であるとしている。ちなみに、この場合の想定落札価格は、落札率でみると86.2%であり、損害額は、物件ごとに、それで算定した金額と現実落札価格との差額ということになる（談合によって実際の落札率が高くなるほど、

損害額は大きくなる。)

エ 独禁 25 条訴訟が提起された場合には、裁判所は公正取引委員会に対して意見を求めなければならないとされている（独禁 84 条）。条文上は、「損害の額について」となっているが、具体的金額という趣旨ではなく、当該違反事件における損害額の算定の方法について専門的な見地から、裁判所の参考となる意見書を提出するということである。入札談合事件に関するこれまでの意見書をみると、違反行為の内容、因果関係の有無、損害額の算定の方法に関するものをその内容としており、損害額の算定については、いわゆる前後理論（違反行為中の落札価格の水準と違反行為終了後において談合によらないものと考えられる場合の落札価格の水準を比較する）を基準に損害額を算定することが適当としている²³⁾。

4 主要な論点と課題

(1) 基本合意と個別物件の関係

ア 独占禁止法上の入札談合にかかわる損害賠償請求訴訟について、これまでの流れをみると、一面的に過ぎるかもしれないが、いわゆる侵害行為の成立に関しては、次のように整理できるのではないか。

全国的な入札談合事件があつて、地域的な一部分を取り上げて（地元発注分を切り取って）損害賠償請求訴訟が提起されたが、侵害行為ありといえるかは、当該個別物件に係る証拠の濃淡や裁判所の証拠評価の違いなどによって、成否は一樣ではなかった。

米軍厚木基地談合訴訟の判決で、要するに、基本合意ではなく各個別物件に係る証明の有無であるとの判断が示された。これは、原告が基本合意があればその余の主張立証は不要との立場であり、かつ、基本合意の存在の立証も不十分であつて、請求棄却となつたが、その過程で各個別物件のうち具体的調整の事実が認められるものは侵害行為と捉えることができるとの判断とその適用も示された（ただし、既に別途の和解金によりてん補

済み)。その後、これがリーディングケースとされた（基本合意の存在の有無にかかわらず）。

独占禁止法違反入札談合があつて、継続的な一連の入札を実施する発注者が原告として損害賠償請求をしたものはほとんど和解となっている（これを成功とみるかどうかは別として、少なくとも原告敗訴のケースはない）。他方、住民代位訴訟に代表される全国的な入札談合事件の1物件のみを対象とする損害賠償請求については、成否は当該個別物件としての固有の主張立証にかかつており、成績は必ずしも良好とはいえない状態であつた。

そこに、ごみ焼却施設談合の住民代位訴訟が並行的に提起された。それぞれの判決を整理すると、①断片的な証拠からではあるが基本合意の存在は認定できる、②問題は当該個別物件における侵害行為の成否なのだが、個別物件に係る断片的証拠をそのまま当てはめるだけではそれが本件物件についてのものかどうかで結果が変わる、③断片的証拠のうち基本合意の内容を示す供述等があるがそれは基本合意をどう実施するかを示したものである、④本件個別物件の入札について基本合意の実施と捉えることができるかという意味で他の物件における関係企業の行動（それを示す証拠）を比較検討する、⑤本件個別物件は基本合意の実施であるとみること（その関係）につき高度の蓋然性があるとの確信を持ちうるかを判定する、という構造になっていると思われる。認容か棄却かは、基本合意とその実施という関係をどの程度厳格に捉えるかの違いに依拠するともいえる。

また、広島市水道工事談合・独禁25条訴訟では、基本合意とその実施を全体として捉えて、独占禁止法違反行為でもあり不法行為としての侵害行為でもあるとしているのではないかと窺われる判断も出ている。もちろん、全体として捉えているように見えても侵害行為となるのはそのうちの実施部分（個別談合）に限られるとの見方もできるし、独禁25条特有の事情に過ぎないともいえようが、基本合意とその実施との関係を捉える一

つの考え方であることに相違ないであろう。

ひるがえって、仮に、ごみ焼却施設談合の損害賠償請求が共同での訴訟であったとしたら、どう考えるのであろうか。数多くの物件を対象とするのであるから、基本合意の実施とみることが明白なものから困難なものまでであるとすれば、その分水嶺の位置およびその理由こそが焦点になってくるのである。

イ 基本合意とその実施 基本合意とその実施という視点からみると、当該基本合意にかかわるのではないかとみられるそれぞれの個別物件に関して（要するに、期間的に基本合意成立からそれが消滅するまでの物件につき）、実施状況が完全・完璧なものである場合を一方の極とし、基本合意の対象外であることが明らかな場合をもう一方の極として、その間に各事案の実施状況が分布していると考えることができよう。

そうすると、その逐一を当該個別物件に係る固有・直接的な資料・証拠によって立証することが可能である場合は別論として、独占禁止法違反行為たる基本合意の立証手法の道筋を逆にたどって、各物件の実施状況をみたときに、何故完璧なのか、何故基本合意の対象外であることが明らかなのかなどに関して、典型的なケースを分析し、それを基に個別物件に係る侵害行為性の有無を解明するアプローチがあるのではないか。

ウ 官製談合 まず、実施状況が完璧であるものの典型例としては、いわゆる官製談合の場合が挙げられよう。受注すべき者・本命業者について官から情報（内意）が示きたとき、業者側とすれば、それが受注競争回避と業者の共存共栄につながるものであるからこそ、談合であることを承知・自覚した上で、着実にその実現を図るという構造なのである。要するに、官が入札参加指名をするかどうかの権限を有し、かつ、個別物件ごとに受注予定者についての内意が示されるという状況の下では、業者側にとっては利益確保の観点から、当該内意（指図・帮助・関与等）を順守尊重することが基本合意の形成・維持の実質的中核になっているというもので

あって、その実施は完璧なものになるのである。見逃してならない点は、基本合意が各物件入札参加業者において相互に共同して実施されるということである。俗に表現すれば、コインの表面は「受注予定業者が落札する」であり、裏面は「他の指名業者はそうなるように協力する」ということである。しかし、すべての個別物件について、その相互連絡等の詳細が物的証拠として逐一残っているとは限らないであろう。そうすると、侵害行為としての個々の物件における調整の存在を立証する手法は、基本合意の存在に加えて、実施状況として、官製談合特有の受注調整の具体的な作業手順を明らかにし、当該発注者に係る物件全体がこうした一連の調整作業を経ることを示し、実際そうであったとみることができるというものになると考えられる（前出の上川農業土木談合・住民代位訴訟の判決は、この一端を示しているものといえよう。）。また、損害賠償請求として、基本合意とその実施を全体として捉えて、独占禁止法違反行為でもあり侵害行為でもあるとする方法もあろう。

エ たたき合い 次に、明らかに基本合意の対象外と認められる典型例は、いわゆる「たたき合い」物件であろう。本来であるならば、公正で自由な競争の下で行なわれた入札を一方の極として比較すべきなのであるが、基本合意とその実施という観点から、ここではたたき合いを取り上げることにする。

たたき合い物件は、過当競争の現われであって行き過ぎたものを検討の対象とすることは適当ではないとの指摘にも一応の説得力はあろうが、採算を度外視した違法・不当なダンピングでない限り、基本合意との関連でいえば、競争を回避する談合とは異なるという意味において、入札参加業者間で受注競争が行なわれた場合を示しているといえよう。一般的には、アウトサイダーが入札に参加しているときにたたき合いになる場合があるとういことであろうが、そのときに、談合メンバー内では受注予定業者を定めて当該受注予定者とアウトサイダーの間で争う姿なのか（メンバーの

中では入札参加者間の協力は依然として機能している。)、談合メンバーであっても受注意欲のある業者はすべて争う姿なのか、個別にみれば各種の形態があろう。

例えば、全国的に発注される大型工事については、一連の物件のすべてを1社のみが受注することは一般的ではないので、それぞれに受注獲得のチャンスがあるという前提で、企業の戦力的行動の観点から単純化したケースを考えてみる。各企業において、①協調の選択をするかしないか、および、②社内での積算や請負業務に係る準備を整えコストぎりぎりでも受注獲得したいとする能力と意思という意味での受注意欲の有無、を区分としてマトリックスを描いた場合、繰り返しの発注が行なわれるときには、受注意欲ありで協調するという関係のとき利益の最大化が見込まれる。受注意欲なし（本気で獲得しにいくことはしない）の場合は、協調する・しないにかかわらず自社の入札価格が入札参加者の最低価格になるとの行動は生じにくいであろう（なお、自社が受注意欲のある物件の際に他社の協調行動を期待するには、自社が受注意欲のないときでも協調のシグナルを発しておくことは有用）。また、受注意欲があり・協調はしないという関係が続く場合には、いうまでもなく価格の下落を招く結果となる。

仮に、こうしたことで一定のメンバーの間に競争回避行動（共存共栄）のルールが成立したとしても、「競争的な」アウトサイダーが入札に参加する場合には十分ではない。上記と同様に、協調の関係（アウトサイダーの協力）が構築できればよいが、アウトサイダーは恒常的に入札参加するわけではないので、アウトサイダーにとって協調による期待利益と現実の受注利益とのバランスが取れない物件の場合にはたたき合いが発生する可能性が大きくなる。そして、その場合には、メンバー間の共存共栄のルール（基本合意）が働かない対象外のものになるということである。もちろん、アウトサイダーが入札参加すれば必ずたたき合いになるということではなく、企業の戦略的行動の観点から、上記の条件の場合には、たたき合

いになる蓋然性が高いということである。

いずれにしても、たたき合いの場合、まず、入札価格に反映してくるので、それを資料として分析することになる。この場合、協調関係が既に形成されているメンバーの行動として、内部で定めた受注予定業者のみが競争的アウトサイダーと争ったのか、メンバーのうち受注意欲のある者はすべて争ったのかもそこに現われてくると考えられる。なお、受注意欲については、たたき合いの場合は、ある程度入札価格でみるができるかもしれないが、一般の入札の場合で、入札価格のみを指標とすることだけでは不十分なときは、その企業の受注獲得に向けた準備や積算の状況もみる必要がある。

ちなみに、ごみ焼却施設の全入札（平成6年度から同10年度の87件）の結果をみると、顕著に落札率の低いもの（80%を下回るもの）が6件みられる。いずれもアウトサイダーが参加している物件で、うち、アウトサイダーが落札しているものは4件となっている。これで直ちに他の物件では協調関係があるとは到底いえないので、ここでは、基本合意の対象外となった物件が存在しているとの推定が可能である点を指摘するに止める。ただ、このたたき合いとみられる物件の詳細は明らかでないが、落札率の分母となる予定価格の設定・算定自体に原因があるのか、基本合意に基づく個別物件の調整がこのような場合には失敗するという具体的ケースなのか、いずれにしても、基本合意の当該物件における実施という比較をするに興味ある材料として、検討する価値があるのではないかということである。

オ 協力の態様・相互性 入札において受注予定者が受注できるように協力する方法として、受注予定者を除きその他の入札参加者は入札を途中辞退するというものがある。事例としては、防衛庁石油談合事件がある（もっとも、これは、不当利得返還請求として提訴されているものである。）²⁴⁾。この事件の基本合意は、各社の受注数量の割合が前年度の各社の

受注実績の割合に見合うものとなるように物件ごとの受注予定者を決定し、受注予定者以外の者は受注予定者が受注できるよう協力するというものである。その実施において、受注価格を引き上げるため、当初の入札では受注予定者以外の者は途中辞退をして入札を不調とし、新たな入札において受注予定者が受注できるようにしていたというものである。指名を受けて入札に参加した後において途中辞退することは、一般的には考えられず特殊なケースと思われるが、いわゆる協力についてこうした外形的な行動から判定できる場合もあるということである。

入札において途中辞退するのか最後の1名になるかは一目瞭然としても、ある物件の入札のときに、その入札参加者が受注予定者が受注できるよう協力しているのかどうかは、談合の場合でも競争である場合でも、落札した業者の入札価格よりも高いということだけであって、外形からは判然としない。個々の物件の協力業者とみられる者の入札価格の状況について、統計的に分析することも有用であるが、当該企業にとって前出の受注意欲の状況はどうかをみても考えられる。基本合意の下では、受注意欲があっても受注予定者の地位を獲得しなければ協力する側に回らざるを得ないのであるから、結局、協力する立場のときは受注意欲の有無にかかわらず、その入札の受注予定者よりも高い入札価格を提示することになる。他方、受注予定者となった場合は、自社の採算上可能な限り有利で、かつ、予定価格を超えない水準を目指すことになる（入札に際して、受注予定者の入札見込価格等の価格連絡があるときや発注者の予定価格が事前に判明しているときには、より有利に作用する。）。談合メンバーの中でこの立場が入れ替わるといことが、相互に繰り返されるのである。

建設工事の場合、発注される物件は同一ではないので、発注側の予定価格の算出の方法が各物件を通じて全く同一である場合は別論として、落札率や他の入札参加者の入札価格の乖離状況等の比較では不十分というときには、その企業について、受注予定者（落札者）となった場合とそうでな

い場合とで、積算や受注獲得に向けた準備の状況等に差異があるのかどうかを比較することも一つの方法であろう（ただし、容易に積算の内訳表を作成できるときや事前の価格連絡等があつて落札価格と協力業者の入札価格が常に接近しているときなどは、さらなる掘り下げが必要になってくる。）。

(2) 損害額の算定

損害額の算定については、これまで既に多くの議論・研究がなされている²⁵⁾。本稿では、不法行為の損害賠償とは性質が異なるが、別の点に目を向けてみることにする。

公共工事等の契約において、受注企業が課徴金納付命令・刑事談合罪等適用を受けそれが確定した場合には、一定の違約金を発注者に支払う旨の特約条項が設けられるようになってきており、違約金の水準は、国（国土交通省）の場合で請負契約金額の10%、地方公共団体の場合もほぼそれに沿うものとなっている²⁶⁾。この違約金が、損害賠償の予定（民法420条1項）であるという場合、裁判所はその額を増減できないことになる。これまで、公共入札談合に係る損害賠償請求として提訴されたものの多くはこの特約条項の設定前のものと思われるが（係属中の訴訟では損害額算定という問題は残るということでもあるが）、今後は、この特約条項が実質的に「作用」してくるということである。

この違約金条項に関して、論点は多々あろうが、例えば、実際の損害額に比べて、その率（10%）が低い場合や高い場合はどう考えればよいかである。民法上の損害賠償の予定という前提の下では意味のある疑問とはいえないが、入札談合防止の観点からすると、損害額が10%を超える場合には不十分と思われる。もっとも、自治体によっては、この特約の中に、実際の損害額がこの算定率（10%）を超えるものである場合には超過分の請求もできるとする条項を設けており、実際の事例の蓄積をみながら論ず

べき事柄かもしれない。なお、本来の損害額はもっと少ないという場合にあっては、「談合をしなければいいだけである」との声が聞こえてきそうである。いずれにしても、入札談合と損害額の算定というこれまでの課題に新しい要素が加わってきているということである。

(3) 間接取引（メーカーの価格カルテルと消費者の損害）

入札談合の場合には、損害賠償請求訴訟の過程で相当因果関係の認定につき特段の問題はないとしてきたが、それは原告が直接の取引先という関係だからなのであって（代位の場合も含む。）、逆にいうと、例えば消費財メーカーの価格カルテルに関して、間接の取引先である消費者からの損害賠償請求訴訟の提起については、東京灯油・独禁 25 条訴訟および鶴岡灯油・民法 709 条訴訟の判決で提示された課題が依然として残っているということである（平成 8 年の民事訴訟法改正で民訴 248 条が設けられたが、同判決に伴う解決すべき課題は損害額の立証・認定の問題に限られるわけではない。）。

この点について、消費財のメーカー段階の価格カルテルの場合における間接購入者による損害賠償請求と直接購入者のそれとの比較において、間接購入のときは途中の流通段階での転嫁に関する立証（メーカーの価格カルテルと購入者の損害との相当因果関係）が付加されるとしても、それ以前に、どちらも共通に、カルテル後のメーカー出荷段階の価格（現実出荷価格）が自由な競争が行なわれた場合に形成されたであろう価格（想定出荷価格）に比べて高いものになっていることの証明に関する議論をしなければならないとの指摘がある²⁷⁾。

簡単のため、メーカーが価格維持カルテルを行なった場合を例とする。損害賠償請求の視点からなので、まず侵害行為の成立であるが、価格が下がるべきものが独占禁止法違反行為によって下がっていない、または、「当該違反行為」プラス「その実施」によって下がっていないとの主張立証が

求められることになろうが、直接購入者の場合、購入価格（メーカーの現実出荷価格）に変動がない事実を示すことは容易であるとしても、それが（自分の購入分が）カルテルまたはその実施によって下がっていないのであることを個別具体的に証明しろと真剣に求められたら、かなりの困難が伴うことになろう。価格カルテルの場合は、カルテル合意（入札談合の基本合意に相当）の認定に個別取引の実施状況という間接事実を積み上げることは考えにくいので自分の購入分に係る個別具体的な証拠はない（当社として値段は下げないことにしましたとの通告でもあれば別かもしれないが、価格が変わっていないという外形事実が存在するだけである。）。したがって、カルテル合意の内容に沿った外形となっているならば「実施した」とみるべきという関係付けは、通常人が疑いを差し挟まない程度に真実性の確信を持ち得るものなのである、などと応えることになろう。それで十分なのだと思う。間接取引の場合には、流通段階の分だけ、これを「積み上げる」ということなのではないか（正確には、上流から検討をしていくので、むしろ「積み下がる」ということになるのだが。）。前提が価格維持カルテルで、捉え方が差額説であるとすれば、末端の消費者至るまで各段階の取引価格が変わっていない場合には、まず、メーカーの侵害行為は成立し、残されるものは相当因果関係と各段階における購入者のそれぞれの損害額の認定ということになる。モデルが単純過ぎるので、どこまで応用がきくかは検証していないが、それこそ統計的手法で、平均的な想定出荷価格の推定からはじまって、流通各段階で被ったとみられる損害（影響）の配分の推定をしていくというアプローチになるのではないか。なお、メーカーが賠償する額は、想定出荷価格と現実出荷価格の差額相当分、その1倍しか支払われないのであるから、分配を算定することに要するコストと実際の分配額との比較予想も重要となろう。

5 おわりに

以上みてきたように、入札談合の場合、それぞれの損害賠償請求訴訟の対象たる取引（物件）の範囲がまちまちであったことに起因するのであろうが、個別物件における侵害行為の成立をそれぞれ個別にみるという道を歩んできた。入札談合（基本合意）は、独占禁止法でいう一定の取引分野というエリアで、共同して相互に事業活動を拘束するものなのであるから、談合メンバーの行動（実施状況）は自身達の中では個々の不満はあるとしても全体としてはバランスがとれたものとなっているはずであろう。原告が一連の入札を継続的に行なう発注者で、被告もその発注物件に関して基本合意を形成しているメンバーの全員という構造のときは、実施状況全体を比較検討するという発想は容易に出てくるが、原告は基本合意の対象範囲内のうち1物件だけを取り上げる立場で、被告は全員が否認業者という場合には、別の物件との比較は、基本合意という架け橋を経由して始めてなし得るのである。その糸を繰り返し束ねていけば、全体を比較検討しているに等しい状況になろう。物件個々に談合（侵害行為）をしたという事実を個別具体的証拠で証明できる場合がほとんどではないので、基本合意をその物件で実施した、あるいは基本合意に基づきこの物件でも実施したとする場合、実施したと認定された物件は論理的には他の物件に係る証明に有利にも不利にも働き得るのであるが、集積していけば、基本合意の実施とみることの基準（指標）となっていくのである。

また、基本合意にその実施を付加していくことで、当該入札談合の全体の姿、すなわち、独禁・民事両面での違法性を追求することも不可能ではないと考えられる。他方、独禁25条と民法709条とでは、扱い（捉え方）が違うということならば、故意過失の有無とは全く別の意味で、「道具」が違うということになり、民法709条の訴訟は茨の道を歩み続けることになってしまうかもしれないのである。

独占禁止法違反と損害賠償請求訴訟には、本稿で触れきれなかった問題が数多くある。それらは、次の機会に改めて論じることとしたい。

註

- 1) 東出浩一『独禁法違反と民事訴訟』(2001)、公正取引委員会事務総局編「入札談合の防止に向けて」(2006, 11) 74~85頁。各審判決は、裁判所サイト、公正取引委員会年次報告・審決集など参照(以下同様)。
- 2) 金井貴嗣ほか編『独占禁止法(第2版補正版)』(2008) 487頁。
- 3) 東京灯油・独禁25条訴訟:最判・昭62.7.2民集41・5・785、鶴岡灯油・民法709条訴訟:最判・平元12.8・民集43・11・1259。実方謙二・東海林邦彦執筆部分/厚谷襄児ほか編『条解独占禁止法』(1997) 465~484頁、白石忠志「独禁法関係事件と損害額の認定」/日本経済法学会『競争秩序と民事法』日本経済法学会年報19号(1998)など参照。
- 4) その典型事例として、ごみ焼却施設(ストーカー炉)入札談合・独占禁止法違反事件が挙げられよう。
- 5) 「独占禁止法違反行為に係る損害賠償請求訴訟に関する資料の提供等について」(平成3年5月15日事務局長通達第6号)、公正取引委員会HP参照。
- 6) 東京地裁:平14.7.15・平6(ワ)18372、東京高裁:平18.10.5・平14(ネ)4622、公正取引委員会審決集参照。
- 7) 2審では、表現を「個々の工事についてそれぞれ受注予定業者の決定がされたこと、個別の話合いに参加した業者、個別の話合いにおいて決定された受注予定業者、入札においてあらかじめ決定された受注予定業者が落札したことを主張立証しなければならない」と改めているように読めるが、この点、独占禁止法上の『合意』の用語と概念が特有のもの(専門用語・jargon)であり、入札談合事件において基本合意はともかく、『個別合意』なる呼称は不適切であることを意識したものか。
- 8) 前掲、東京灯油・鶴岡灯油の最判。前掲、金井・独占禁止法490頁。
- 9) 最判:平14.7.18・平13(行ヒ)104、判例タイムス1104号153頁。

独占禁止法違反行為と損害賠償請求訴訟

- 10) 最判：平 14. 7. 18・平 12 (行ヒ) 76～85、判例タイムス 1104 号 150 頁。
- 11) ごみ焼却施設談合・住民代位訴訟の状況は、次のとおり。項目の構成は、「事件の略称 / 提訴年月日 / 判決確定か係属中かの別 (確定判決の内容ないし係属裁判所) / 1 審・2 審等における判決等の骨子 (「最：未」は、上告受理申立て中の意) / 各判決日 / その他の特記事項 (損害の額・率の認定など)」である。いずれも、公正取引委員会審決集、全国市民オンブズマン連絡会議の HP (<http://www.ombudsman.jp/>) などの資料参照。
- ①いわき住民代位訴訟 / 平 11 年 4 月 27 日提訴 / 係属中 (仙台高裁) / 1 審：請求一部認容・2 審：未 / 1 審：H20. 1. 28 / 1 審：損害 5%
- ②上尾住民代位訴訟 / 平 12 年 1 月 26 日提訴 / 係属中 (最高裁) / 1 審：請求一部認容・2 審：取消 (原請求棄却)・最：未 / 1 審：H17. 11. 30・2 審：H19. 4. 11 / 1 審：損害 5%・2 審：全国的な談合は認められるが立証活動上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られない
- ③京都住民代位訴訟 / 平 12 年 2 月 10 日提訴 / 請求一部認容・確定 / 1 審：請求一部認容・2 審：変更 (損害増額)・最：不受理決定等 / 1 審：H17. 8. 31・2 審：H18. 9. 14・最：H19. 4. 24 / 1 審：損害 5%・2 審：損害 8%
- ④南河内住民代位訴訟 / 平 12 年 7 月 13 日提訴 / 係属中 (最高裁) / 1 審：請求一部認容・2 審：同左 (控訴棄却)・最：未 / 1 審：H19. 4. 14・2 審：H20. 4. 17 / 1 審・2 審：損害 5.77%
- ⑤東京住民代位訴訟 / 平 12 年 7 月 14 日提訴 / 係属中 (東京高裁) / 1 審：一部認容・2 審：未 / 1 審：H19. 3. 20 / 1 審：損害 5
- ⑥神戸住民代位訴訟 / 平 12 年 7 月 19 日提訴 / 係属中 (最高裁) / 1 審：請求一部認容・2 審：変更 (損害増額)・最：未 / 1 審：H18. 11. 16・2 審：H19. 10. 30 / 1 審：損害 5%・2 審判：損害 6%
- ⑦横浜住民代位訴訟 / 平 12 年 7 月 21 日提訴 / 請求一部認容・確定 / 1 審：請求一部認容・2 審：同左 (起算日変更)・最：不受理決定等 / 1 審：H18. 6. 21・2 審：H20. 3. 18・最：H20. 3. 31 / 1 審：損害 5%・2 審：同左
- ⑧尼崎住民代位訴訟 / 平 12 年 7 月 28 日および 12 月 27 日提訴 / 係属中 (最高裁) / 1 審：請求一部認容・2 審：取消 (原請求棄却)・最：未 / 1 審：H18. 11. 16・2 審：19. 11. 30 / 1 審：損害 5%・2 審：公取委の審決までは

損害賠償請求権を不行使とすることが地方自治法上の違法に怠る事実と認めることはできない

- ⑨福岡住民代位訴訟／平12年8月3日提訴／係属中（最高裁）／1審：請求一部認容・2審：同左（控訴棄却）・最：未／1審：H18.4.25・2審：H19.11.30／1審・2審：損害7%
 - ⑩多摩住民代位訴訟／平12年8月4日提訴／請求一部認容・確定／1審：請求一部認容・2審：同左（控訴棄却）・最：不受理決定等／1審：H18.4.28・2審：H18.10.19・最：H19.4.24／損害5%
 - ⑪米子住民代位訴訟／平12年8月9日提訴／係属中（最高裁）／1審：請求棄却・2審：変更（請求一部認容）・最：未／1審：H18.9.26・2審：H19.10.17／1審：アウトサイダーに対する協力要請等を推認させる具体的証拠はなく指名業者間で競争関係が排除されていたとは認めがたい・2審：アウトサイダーとの間においても談合行為があったと認めるのが相当・損害8%
 - ⑫豊栄（現・新潟市）住民代位訴訟／平12年10月6日提訴／請求一部認容・確定／1審：請求一部認容・2審：同左（控訴棄却）・最：不受理決定等／1審：H18.9.28・2審：H19.8.29・最：H19.12.25／損害5%
 - ⑬熱海住民代位訴訟／平12年10月20日提訴／係属中（最高裁）／1審：請求棄却・2審：同左（控訴棄却）・最：未／1審：H17.7.29・2審：19.11.28／1審：立証困難性等を考慮すると地方自治法上違法に怠っていると認めることはできない・2審：本件工事の個別談合を具体的に証明する証拠はなくアウトサイダーの協力が行なわれたと認めるに足る証拠も存在せず市が本件損害賠償請求権を有しているとは認められない
- 12) 審判開始決定：平11.9.8、審判審決：平18.6.27・平11（判）4、公正取引委員会審決集参照。本件の審決取消訴訟の判決は、東京高裁：平20.9.26・平18（行ケ）11～13、上告受理申立て中、判例集未登載。
- 13) ごみ焼却施設談合につき、自治体が損害賠償請求訴訟を提起しているものは、次のとおりである（原告の自治体名（提訴年月日））。①滋賀湖北広域行政事務センター（平18年11月16日提訴）、②名古屋市（平19年3月30日）、③一宮市（平19年3月30日提訴）、④盛岡市（平19年7月11日提訴）、⑤海部地区環境事業組合（平19年9月20日提訴）、⑥新城市（平19年11

独占禁止法違反行為と損害賠償請求訴訟

- 月8日提訴)。このうち、①については、平成20年9月25日、請求一部認容の判決が出された(大津地裁：平20.9.25・平18(ワ)742号、判例集未掲載)。
- 14) ⑤の東京住民代位訴訟では、損害賠償対象の4物件中1件が審決30物件と合致している。審決は各訴訟において原告から裁判所に証拠として提出されている模様である。なお、判決の時期が審決前であるものは6件のみで、いずれも1審段階であった。
- 15) 岩本論「個別入札の受注調整の立証と損害額額の認定手法」ジュリスト1352号138頁。
- 16) 大阪府が水道用薬剤談合事件に関して損害賠償請求(H11.4.22提訴、和解)。京都市が水道用薬剤談合に関して損害賠償請求(H11.11.9提訴、和解)。高槻市が水道工事談合に関して損害賠償請求(H14.3.28提訴、和解以外の被告に対し一部認容判決：大阪地裁・平18.2.22平14(ワ)3005号・4057号)。宮城県および仙台市がそれぞれ宮城県内の官公庁発注航空測量談合に関して損害賠償請求(H15.3.27提訴、和解)、三重県が測量業務談合に関して損害賠償請求(平16.8.20、和解)。それぞれ、公正取引委員会年次報告・審決集参照。
- 17) 奈良地裁：平11.10.20・平8(行ウ)2、判例タイムス1041号182頁。植村吉輝「入札談合における個別談合行為の立証と損害額の認定」ジュリスト1231号189頁。
- 18) 札幌地裁：平19.1.19・平12(行ウ)29、公正取引委員会審決集参照。
- 19) 東條吉純「入札談合における損害額の認定」ジュリスト1262号156頁、呉勇武「名古屋市ごみ焼却場入札談合住民訴訟控訴審判決」ジュリスト1260号231頁。
- 20) 仙台地裁：平18.2.21・平14(行ウ)27。日経コンストラクション・2008.4.28号・328頁。
- 21) 名古屋高裁：平19.1.15・平17(行コ)11・平18(行コ)1、裁判所サイト。高橋岩和「間接事実からの主要事実の推認―津島町談合住民訴訟事件」ジュリスト1348号236頁。
- 22) 最近20年間における独禁25条訴訟の状況は、次のとおり。項目の構成は、「事件の略称／提訴年月日／和解・判決等の区分(判決の場合はその年

月日)／違反行為の類型／違反行為の審決の種類／原告の状況／被告の状況
 その他の特記事項(記載がない場合は、被告は違反行為者)」である。いず
 れも、公正取引委員会年次報告・審決集参照。

- ①三浦生コン協組事件／平5年2月17日提訴／和解／不公正取引・一般指定
 15項／勧告審決／原告：競争事業者(員外者)
- ②東京都水道メータ事件／平10年4月14日提訴／和解／入札談合／勧告審決
 ／原告：発注者
- ③米軍横田基地談合事件／平11年9月29日提訴／和解／入札談合／課徴金審
 判審決・同審決取消訴訟請求棄却／原告：発注者／被告：協和エクシオ
- ④大阪市水道用薬剤談合事件／平11年10月23日提訴／和解／入札談合／勧
 告審決／原告：発注者／提訴件数としては2件・併合審理
- ⑤北海道新聞私的独占事件／平14年12月27日提訴／訴え取下げ(別途の民法
 709条訴訟・和解)／私的独占／同意審決／原告：競争事業者(函館新聞
 社)
- ⑥福島県航空測量談合事件／平15年3月31日提訴／和解／入札談合／勧告審
 決／原告：発注者
- ⑦広島市水道工事談合事件／平16年2月25日提訴／和解等25名・判決1名
 (請求一部認容判決：平18年2月17日)／入札談合／勧告審決および1名に
 ついては審判審決・同審決取消訴訟棄却／入札談合／原告：発注者／判決被
 告：岡崎管工(株)・損害額について現実落札価格から想定落札価格(落札
 率で86.2%)を差し引いた額で認定
- ⑧町田市土木工事談合事件／平16年7月20日提訴／和解等39名・判決13名
 (請求一部容認：平18年1月31日・12名および平19年3月23日・1名)／
 入札談合／勧告審決／原告：発注者／損害額：民訴248条適用(5%)
- ⑨茶せん原産国不当表示事件／平17年4月20日提訴／判決(請求一部認容：
 平19年3月30日)／景品表示法の不当表示／排除命令／原告：競争事業者
 (協同組合)／いわゆる無形損害を認定(80万円)
- ⑩インテル私的独占事件／平17年6月30日提訴／係属中／私的独占／勧告審
 決／原告：競争事業者
- ⑪警視庁道路標識工事談合事件／平17年10月28日／和解等／入札談合／勧
 告審決／原告：発注者

独占禁止法違反行為と損害賠償請求訴訟

- ⑫警視庁プログラム多段式信号機談合事件／平 18 年 2 月 3 日提訴／和解等／
入札談合／勧告審決／原告：発注者
- ⑬大阪市配水管工事跡舗装復旧工事談合事件／平 18 年 4 月 6 日提訴／和解 1
名・判決 3 名（請求一部認容：平 19 年 6 月 8 日・2 名および請求棄却〔破
産〕：平 20 年 1 月 15 日・1 名）／入札談合／勧告審決／原告：発注者／損害
額について現実落札価格から想定落札価格（落札率で 82.65%）を差し引い
た額で認定
- ⑭三井住友銀行金利スワップ契約事件／平 18 年 9 月 8 日提訴／判決（請求棄
却：平 19 年 11 月 16 日）／不公正取引・一般指定 14 項／勧告審決／原告：
融資先企業／棄却理由：既に別途の裁判上の和解が成立しており損害賠償請
求権は放棄されているというべき
- ⑮アンプル生地管私的独占事件／平 19 年 11 月 26 日提訴／係属中／私的独占
／審判審決／原告：生地管購入事業者。
- 23) 前掲番号：意見書提出日は、①：平 5. 10. 1、②：平 11. 2. 24、③：平
12. 1. 26、④：平 12. 1. 31、⑤：平 15. 7. 3、⑥：平 15. 9. 15、⑦：平 16. 5. 19、
⑧ 平 16. 11. 1、⑨：平 18. 12. 18、⑩：平 18. 5. 15、⑪：平 18. 7. 31、⑫：
平：18. 7. 31、⑬：18. 10. 18、⑭：19. 9. 21、⑮：未。それぞれ、公正取引
委員会年次報告・審決集参照。
- 24) 公正取引委員会の審決は、審判審決：平 19 年 2 月 14 日・平 11（判）7、
勧告審決：平 11 年 12 月 20 日・平 11（勧）25 号。刑事事件の判決は、東京
高裁・平 16 年 3 月 31 日・平 11（の）2 号。いずれも、公正取引委員会・審
決集参照。不当利得返還請求訴訟の提起については、防衛省：新聞発本文・
平 17 年 12 月 19 日参照。
- 25) 前掲、岩本論・ジュリスト 1352 号 138 頁。前掲、東條吉純・ジュリスト
1262 号 156 頁。藪口康夫「独禁法違反損害賠償請求訴訟における損害額の
証明」民事訴訟雑誌 48 号 220 頁、同「独禁法違反損害賠償請求訴訟におけ
る損害額の算定と証明」アルテスリベラレス（岩手大学人文社会科学部紀
要）69 号 87 頁、同「独禁法違反民事賠償訴訟における損害額の証明」判例
タイムス 868 号 40 頁。本城昇「回帰分析による独占禁止法違反行為損害賠
償請求訴訟における損害額の算定（上・下）」公正取引 489 号・491 号。伊
藤眞「独占禁止法違反損害賠償訴訟—因果関係および損害額の立証（上・

下)」ジュリスト 963号 54頁・965号 53頁。

- 26) 国土交通省：「入札契約適正化の徹底のための当面の方策について」（平15年4月15日発表）、「国土交通省直轄工事等における違約金条項の創設について」（平15年5月16日発表）。この中で、国土交通省は、「談合等の不正行為を行った受注者について、請負代金額の10分の1に相当する額を違約金（損害賠償額の予定）として発注者に支払わせる違約金条項を創設し、①独占禁止法第3条又は第3条第1項第1号に違反したことにより公正取引委員会が課徴金納付命令を行い、当該納付命令が確定したとき、②公正取引委員会により告発され、独占禁止法第89条第1項に規定する刑が確定したとき、③刑法第96条の3（競売入札妨害罪・談合罪）に規定する刑が確定したとき、に適用することとする。（平成15年6月1日以降の契約から）」としている。地方公共団体の違約金条項の状況については、公正取引委員会事務総局「公共調達における入札・契約制度の実態等に関する調査報告書」（2006.10）37頁。
- 27) 前掲、白石忠志・日本経済法学会年報19号（1998）132頁。