

英米の請負契約——若干の原則と問題——

中 村 絹 次 郎*

英米法系と大陸法系

世界の法体系の中で、もっとも重要な法体系は英米法系と大陸法系（ローマ法系）である。この両者は、基本的な一線を画して、独自の歴史と伝統を受けついで今日に至っている。

わが国の一般の法律学徒は、大陸法系に育まれてきているため、英米法系にはなじみが薄い。戦後においては、憲法を初めとして広く公法と私法の分野にわたって英米法の継受が行なわれた。ことに、建設工事の請負契約にも英米法的な原則が多分に取り入れられ、また取り入れられようとしており、わが国の請負契約を研究しようとする者にとって、英米のそれとの比較法的研究は、いっそうその重さを加えるに至った。

近代社会の契約原理

しかし、両法系の間には明らかに一線を画するものがあるといっても、近代社会の契約原理を支配する基本的なものにおいては、両者は全く共通の基盤の上になっっている。近代的な市民社会に基本的に共通する法原理を端的に表明したものは、ヘンリー・メインの「身分より契約へ」の発展であるとされる。封建的な社会関係においては、身分や地位がアプリオリ的に市民を拘束していた。それは、主として支配と服従の縦の関係であり、合意の優先や自由の支配する関係ではなかった。近代的市民社会は、契約をもって、すなわち、当事者の合意をもって何物にもまさる最高の法規範とすることによって、新しい時代を開いた。合意のみが当事者を拘束し、合意しないことによって当事者は拘束されないとする近代的な法規範は、英米法系やローマ法系の区別を超えて普遍的な法規範とされるに至った。この私的自治の原理は、当事者の意思の合致によって成立する「契約」という法的形式の確立によって実現された。この契約自由の原則とともに、「私的所有権の絶対の原則」が発展した。さらに、人は自己の行為に基づいてのみ責任を負うとする

自己責任の原則から、過失なくして責任なしとする「過失責任の原則」が生まれた。かくて、「契約自由の原則」と「私的所有の絶対の原則」と、さらに「過失責任の原則」の三原則が、あらゆる法系を超えて広く世界の近代私法の原理として確立されるに至った。請負は、契約であることに変わりはない。英米法のもとにおいても、基本的には、請負もこの三大原理を軸として成立していることは、いうまでもない。

英米法の国際的地位

アメリカの各州は、ルイジアナを除いて英法を継受している。日の没するところなしとして広く世界の各地域を植民地としてイギリスが支配した国々は、戦後独立国となったが、多年にわたる植民地支配の間に英法の支配が確立されている。このように考えれば、英米法系の支配する世界の分野は、その地域の広さにおいても、その人口の分布においても他の法系に比し圧倒的なものがある。この点からいって、世界的にみて、請負契約の法規範をもっとも広く支配しているものは英米法系の契約理論であるといえよう。英米法系の請負契約理論は、この意味からいって、世界的にみて、もっとも支配的な契約理論であるといえる。この事実を基礎として、次に述べる請負契約の国際化においても、英米法系が支配的な役割を演じていることも至極当然のことといえよう。

請負契約の国際化

国際化は、世界の平和と自由を条件として発展する。建設の分野においても、戦後、平和と自由を跳躍台として、すさまじい形で国際化が進行している。建設技術の国際的交流、建設市場の国際化、建設業者の海外進出、建設工事の国際的入札、建設コンサルタントの国際的進出。これらは、建設工事の請負契約の一般条項（約款）の国際的統一化を必至のものとしている。請負契約約款の国際化、国際的統一化は、貿易の自由化、経済一般の自由化を背景に加速度的にすすめられよう。この中で、すでに英米法の契約理論が主役を演じていることも事実である。海外から外国の有力建設業者が日本に進出して

* 全国建設業協会法令制度調査会委員
大阪府建設工事紛争審査会委員

くるのも、建設業の100%の資本自由化の日も近いだけに注目されるし、わが国の業者が建設の国際市場において外国業者とのはげしい入札競争に全面的にたちむかうのも遠い将来のことではあるまい。英米の請負契約理論を十分に理解していることの必要さは、職業上、実務上の必要からも倍加されよう。

イギリスの土木技師協会 (Institution of Civil Engineers) が、コンサルタント技術者協会 (Association of Consulting Engineers) とイギリス土木建設業者連盟 (Federation of Civil Engineering Contractors) と協同して1945年12月作成し発表した、いわゆるI.C.E.約款 (General Conditions of Contract and Forms of tender, Agreement and Bond for use in connection with Works of Civil Engineering Construction) は、もっとも近代的な、もっとも公正な、もっとも正確でしかも明確な、土木約款に関する至高の作品として、世界的に著名である。このI.C.E.約款を母体として、国際的な、海外建設工事用の標準的な土木工約款として、いわゆる「海外約款」と「国際約款」が生まれた。これらの約款は、その公正さのゆえに土木業界の圧倒的な世界的規模にわたる支持を受けて、いまや広く世界各地の国際的な大型土木工事のための約款として使用されている。いふならば、I.C.E.約款は、英米法の請負契約理論を集約的に表現して世界の請負契約を支配している。この約款の理解と研究は、わが国の土木技術者にも強く要請されているといえよう。I.C.E.約款は、他の著名な国際的契約約款とともに、その原文に詳細な解説を加えて、かつてわたくしが、わが国に紹介しているのでここに詳論することは避ける^{a)}。わたくしは、イギリスやアメリカの場合のように、わが国の土木技術者が単に工事の技術的指導者たるの地位にとどまることなく、すすんで契約の公正な Judge and Interpreter として、その法律家的な役割をも十分にはたしうよう請負契約の法律実務についても、将来の国際化の時代に備えて、いっそうその理解を深められることを望んでやまない。

わたくしは、契約原理と外国の請負契約制度という広汎なテーマを与えられたが、もっぱら英米の請負契約理論を研究するわたくしにとって、このような広汎な問題に答えする資格はないが、以下、紙数の許すかぎり、英米の請負契約を支配する若干の原則と、これに関連する二、三の問題を指摘して、その責を果したいと思う。

イギリスとアメリカの請負契約制度の同一性の限界

アメリカ合衆国はイギリス法を継受しているから、原則的には英米を一括して英米法系と称することは、いっそうさしつかえはない。英米法系とローマ法系をきわだてて区別するものの一つは、前者が不文法的であるのに対して、後者が成文法的であることにあるといえよう。イギリス法は、判例・先例および慣習法を含めたコモン・ロー (普通法) とこれを補う衡平法 (Equity law) および議会制定法をいう。アメリカ法という場合、注意しなければならないことは、アメリカにはアメリカ法なるものは存しない。はなはだ逆説的ないいかただが、アメリカでは50の州が独立の国として一個の独立した法域をもっている。そのほかに、連邦法の体系が別にあるから、アメリカには単一のアメリカ法なるものではなくて、あるものは51の法域であり、われわれは、この51の法域に代表される法体系を、かりにアメリカ法といっているにすぎない。はやい話が、下請負者やその労務者または建設資材業者が、元請から、下請代金・労賃または材料代金の支払いを得られなかった場合は、彼らは、その不払いにかかる工事目的物に抵当権を最優先的に取得することとなるが、そのことを定めた職人留置権法 (Mechanic's lien) は各州ごとの制定にかかり、したがって、職人留置権法はアメリカには50あって、統一的な一個の留置権法なるものがアメリカにあるわけではない。

アメリカが英法系下に系列化しているとはいえ、イギリスとアメリカの私法のシステムが全く同一だということではできない。たとえば、請負における場合、公共工事の入札についていえば、イギリスはおおむね指名入札制をとっているが、アメリカは圧倒的に制限付公開入札制をとっている。そのために、当然の結果として、請負契約の保証制度も英と米とは全くちがった発展を見せている。しかし、この種の相違にかかわらず、ひとたび請負契約の内容にたちいたれば、それは英米法系として一括しうる程度に、ことに、基本的な点で多くの共通の基盤の上に立っていることはいうまでもない。

請負者独立の原則

請負者独立の原則 (Principle of independent contractor) は、建設工事の請負契約を貫く英米に共通したもっとも鮮明な原則といえよう。この原則は、わが国の請負契約においても基本的な原則として貫かれている。この原則が否認された契約は、請負契約の本質を奪われたものとして、請負契約ではなくなって、委任契約とな

a) I.C.E.約款等について、その原文、その詳細な解説等を望まれる方は、拙著「英米建設工事標準請負契約約款」(勁草書房刊)を、また、わが国の請負契約の法律的解説を体系的に試みつつ、外国の請負契約との国際的比較を企てものとしては拙著「建設工事請負契約要論」(清文社刊)とをあわせて参照せられたい。

ってしまうかも知れない。また、雇用契約になってしまっ
て、発注者の直営施工の色彩が強くなる。

請負者は、「仕事ノ完成ヲ約スル」ものであり、相手
方は「其仕事ノ結果ニ対シテ」報酬を与えるものである
(民法第 632 条)。請負においては、完成された仕事の
結果が契約の目的となるものであって、そのこれを完成
する過程は問題の本質ではない。施工の過程は、請負者
の責任において決定し施行せらるべき筋合いであって、
技術者による工事監理もこの原則を破るものではない。
請負者は独立の企業者として、その企業的労務を組織し
て工事の完成にあたる。発注者と請負者の関係は、使用
者と使用人の関係ではない。また代理の関係でもない。
この原則が、もっとも鮮明なわかりやすい適用の例をみ
せるのは不法行為においてであって、発注者は、請負者
の犯した不法行為に対しては、その注文または指図に過
失がないかぎり(民法第 716 条但書)賠償の責に任ずる
ものではない。発注者は、請負者の不法行為については
使用者としての一種の無過失責任を負担することはない
(民法第 715 条)。不法行為以外においてこの原則の適
用をみれば、① 請負者の都合によって仕事が未完成の
まま中止された場合は、彼は本来ならば報酬請求権を持
たない、② 工事の完成以前においては、天災等の不可
抗力による、いっさいの損害や物価の変動によるすべての
危険を負担する、③ 工事の完成が契約の目的とされ
るから、施工の過程において請負者は、本来自由に、し
かし自己の責任において下請に出すことができる。

これが、請負者独立の原則の具体的な内容であるが、
不法行為については被害者の救済を厚くする見地から、
判例は、下請の犯した不法行為について注文者たる元請
の責任を民法第 715 条によって使用者の責任としてこれ
を追及しており、法律行為の面では、標準約款にみられ
るように多くの特約(独立の原則の例外規定)を設けて、
一方においては発注者の指図権を強化したり、他方にお
いては、不可抗力や物価変動のリスクを発注者の負担と
している。これは、衡平の原則や事情変更の原則や信義
則からくる修正であって、本質的には、請負契約が請負
契約たるためには、請負者独立の原則が契約を支配して
いる事実を否認し得ないし、日本の場合も含めて、この
ことが英米法系下における請負契約を支配する基本的な原
則であることに、いまでも変りはないといえる。

設計契約と監理契約の法律上の性質

設計のミスや監理(Supervision)のミスによって第三
者や注文者に不測の損害を与える事件が多く発生するよ
うになって、最近、改めて設計や監理に関する契約の問題
が表面化してきた。まず、設計契約の法律上の性質と

しては、設計図書の完成と引渡しを目的とするがゆえ
に、これを請負と解する説がある。わたくしは、この説
を一応とっている。また、これを委任と解すべしとする
説もある。監理契約については、委任説と雇用説とがあ
る。日本では、建築家協会は、設計・監理を委任として
取り扱っている。英米においては、監理技術者を注文者
の代理人(Agent)としていることから、委任説をとっ
ているのが一般である。このように、設計と監理の契約
の法律上の一般的な性格については、とくに、日本とド
イツでは異論が多いこともあって、ドイツ法学界では、
設計・監理の建築家契約を、もっとも世話のやける子
(Sorgenkind)と称している。本来は当該の契約条項に
よって、その契約の性格は定められるべき筋合いであろ
うが、わが国の設計・監理契約のモデルとして建築家協
会の定めているものは、当事者の権利義務を少なくとも
英米流に詳細に規定していなくて、その意味からはきわ
めて不完全なもので、それはいうならば、単純な報酬規
程にすぎない。設計と監理の重要性にかんがみて、設計
・監理契約の当事者の権利と義務を明確かつ、包括的に
定めた契約の設定が望ましい。

わたくしは、設計契約は、その内容は具体的な当該の
契約条項の定め方のいかんによって、請負となったり、
委任となったり、雇用となったりする場合があるであろ
うが、一般的には設計契約は、技師がプロフェッショ
ナルの立場から、注文者の示すスケマチック・デザインに
基づいて設計図書を完成することを引き受けた請負契約
なりと解し、その契約は、請負者独立の原則の支配を受
けるものとするのが適当ではないかと考える。このこ
とは、設計ミスによって第三者に損害を与えた場合、当
該の設計者は、民法第 715 条にいうところの被用者(使
用人)ではなく、したがって、注文者は設計者の設計の
ミスに対しては民法第 715 条による使用者の責任をまめ
かれる。すなわち、注文者は、請負者たる設計者の不法
行為に対しては、その注文または指図につき過失なきか
ぎり責任なしとする民法第 716 条の規定によって、設計
ミスにより第三者に与えた損害は、もっぱら設計者がこ
れを負い、注文者は原則としてその責任を負わないとす
る解釈が、事態と当事者の意思に、もっとも適合してい
るものとわたくしは考える。

監理契約の法律上の性質も、具体的には当該の個々の
契約の内容によって定めるべき筋合いのものであるが、
たとえば、日本住宅公団が注文者である工事において住
宅公団の工事事務所長のもとに監理技師が直属してその
指揮を受けて監理にあたるような場合は、当該の監理契
約は、むしろ雇用と解さるべき場合があるだろうが、一般
的には、監理事務の処理を委任した委任契約と解せられ
よう。監理技師の監理のミスによって第三者に損害を与え

た場合は、それが雇用と解されれば、注文者は民法第715条によって、原則として、監理技師の不法行為について監理技師とともに不法行為の責を負うことは明らかであろう。それが、委任と解される場合も、一般的には、監理技師とともに、注文者も当該の不法行為による第三者の損害賠償の請求から無条件にのがれうるものと解しにくい。

監理技師の職責

監理技師が注文者の組織の中に属する者である場合は、彼は注文者との雇用契約に基づいて注文者の使用人として工事の監理にあたる。監理技師が注文者の委託に基づいて当該工事の監理の目的のために選任された場合は、彼は委任契約に基づいて注文者の代理人として工事の監理にあたる。このような場合における監理技師の職務なり責任は、請負者にもこれを明示して、その同意をとりつけておく必要があるから、監理技師の義務や権限は当該の請負契約の一般条項において、これを明らかにしておくのが一般である。四会連合協定にかかる工事請負契約約款は、その第6条において、その職責を明らかにし、それは、いずれも、注文者に代って行なうものとして、彼が注文者の代理人として、注文者から与えられた代理権に基づいて、その権限を行使することを明らかにしている。民間土木工事のための専用の約款がわが国にはないが、たとえば、民間土木工事のためにも使用されるものとされている中央建設業審議会の作成にかかる民間建設工事中用標準請負契約約款の(甲)の第6条および同じく(乙)の第3条にも、四会連合約款と同じ趣旨の規定をおいている。これらの約款の規定によって明らかにされていることは、注文者の代理としての監理技師の職責は、要約していえば、注文者を技術的に代理し、かつそれにとどまっていて、それ以上には出ていないという点では、英米の監理技師の職責なり機能なりとは明らかに異なるものがある。英米においては、監理技師は彼が注文者の技術的代理人であることにとどまることなく、すすんで彼に法律家的な役割を負擔させて、彼が請負契約の第一次の解釈者であり、紛争の第一次の判定者(Judge)たるの役割を負うものとしている。他の約款についても大体同様であるが、I.C.E. 約款によれば、監理技師の役割は大きく次の3個に分類できる。第一は、注文者の利益の保護者としての役割(As a guardian)、第二は、出来高の証明書の発行責任者などとして証明者の役割(As a certifier)、第三に、注文者の代理人たるの立場を離れて、彼は注文者と請負者の両当事者の間にたつて、その間に契約上の紛争が発生したときは、公平共私な立場にたつて判定者ないしは裁判者とし

ての役割を演ずる(As a judge)。すなわち、彼は契約上の紛争については第一次的裁判者の役割を果たす。これが、わが国の監理技師の役割と大きく異なるものの一つである。監理技師は、したがって、請負契約約款の正しい解釈を下すことによって、当事者の権利と義務を明らかにして紛争の解決にあたる。注文者と請負者は、契約または工事の施行について当事者間に意見の対立や紛争が発生したときは、まず、その処理と解決を監理技師に付託する。

技師の決定は、最終的であって工事が完成するまで両当事者を拘束するものとされる。もっとも、技師の決定に不服な当事者は、仲裁によって別途解決を求め、当該の仲裁判断が確定判決と同様の拘束力を持つに至る。以上のことに関連して、わたくしがここでいいたいことは英米においては、監理技師は単に技術上の注文者の代理人たる立場にとどまることなく、契約の公正な解釈者、紛争の公正な第一次の裁定者としての役割、法律家的な役割を負擔して、契約上の紛争の解決に大きな役割と機能を果たしているということである。

わが国の場合、該当の約款の規定はないが、建築家たと土木技術者たとを問わず、いやしくも工事監理の業務に従事する者は、請負契約の法律関係についての理解を深めて、事実上、紛争の裁定者としての役割を果たすことが期待される。

請負契約における不可抗力

わたくしどもは、工事目的物が不可抗力によって損害を受けた場合、契約条件の変更が発生したり、発見されたりした場合、および物価の変動によって請負者の工事費用が増減する問題を請負契約上の危険負担と称する。

請負契約上の危険負担は、民法上いわれるところの危険負担とは全く問題が異なる。民法上、危険負担といわれるものは、債務者(請負においては請負者)の責に帰し得ない事由によって契約上の債務の履行が不可能となった場合、相手方に、反対給付(請負においては請負代金)を請求する権利があるか否かに関する問題である(民法第534条~536条)。請負契約上の危険負担は、当事者の責に帰し得ない事由によって、それが発生したものであること、そのような危険の発生が契約締結の当時予見ができないこと(Unforeseeability)、その予見できないことに当事者の過失がなかったことの要件を必要とする点では、民法上の危険負担と類似しているが、請負における危険負担は、履行不能(Frustration)を前提とするものでない点で両者は全く異なるものがある。

請負契約が請負者の責に帰し得ない事由によって履行不能となるような事態は、あまり事例としては多くない

せいもあって、わが国でも英米でも履行不能に関する定めを約款の中に設けている例はほとんどなく、このような場合の解決は、一般の私法の原則によることとしている。ただし、I.C.E. 約款は、戦争その他の原因によって契約の履行が不可能となった場合の規定をおいている。このような場合は、注文者は工事の既成部分の請負代金相当額を支払って当該の未完成工事の引渡しを受けるものとしている。

当事者の責に帰し得ざる契約目的の達成不能いわゆる Frustration の処理は上述のとおりであるが、当事者の責に帰し得ざる天災等の不可抗力によって工事目的物が損害を受けた場合、当該の損害は当事者のいずれが負担するのか、契約の履行が不可能となったわけではなく、すなわち、工事そのものの完成は可能な場合であるからこれは履行不能の問題ではない。不可抗力による損害とその再建費用、あとかたづけの費用、手待ち費用を当事者のいずれの負担とするかの問題であって、請負契約上の危険負担の問題とされていることは、上述のとおりである。

天災等の不可抗力による損害の処理については、イギリスとアメリカとは原則としてその方針を異にしている。アメリカの場合は、一般に、請負契約約款において天災等不可抗力に起因する損害の負担の関係については何の規定もおいていない。請負者は、工事の完成を約束した者であって、工事完成の以前における不可抗力による損害や物価変動による危険は、約款の中で特別の定めをしていないかぎりには請負者の負担すべきものとされる請負者独立の原則に照らしてみても、約款の中に特別の合意が明示されていないアメリカ系の約款の場合は、天災等の不可抗力による損害は請負者の負担すべきリスクとされている。この種のリスクを注文者は負担しないから、請負者は、建築工事だと土木工事だとを問わず、これを建設工事保険 (Contractor's all risks insurance) に付保することによって、危険の分散と解消をはかるのを一般とする。保険料は、注文者の予定価格に積算される。

イギリスの場合は、アメリカの場合と多少趣を異にする。まず、イギリス政府約款は、注文者としてのイギリス政府が、その損害を負担すべき天災等の不可抗力について明確にこれを限定的に列記し、その列記された不可抗力によって生じた損害は、これを「承認された危険」 Accepted risks——として注文者が負担するものとしている。その限定的に列記された危険は、火災・大風・洪水・地震の天災 (Acts of god) のほか、暴動・内乱・戦争を含むゼネラルストライキや悪天候などは、この列記の中に含まれていない^{b)}。

I.C.E. 約款は、オール・リスクの工事保険制度を導入

して、前記のイギリス政府の Accepted risks を付保可能な危険 (Insurable risks) と付保不可能な危険 (Uninsurable risks) とに分類して前者の危険は請負者においてこれを保険に付してその危険を軽減すべきものとし、後者の、付保不可能な危険を「除外された危険」 (Excepted risks) として注文者がこれを負担するとする原則を打ちたてて、保険との関連において明快で合理的な解決を企図している。C.A.R. 保険と略称されるオール・リスクの工事保険は、I.C.E. 約款のこの条項によって大規模に発売されるに至った。建築工事用の標準約款たるイギリスの R.I.B.A. 約款は、注文者が地方公共団体の場合は、注文者が不可抗力による危険を負担するものとし、民間工事の場合は、付保の義務を注文者と請負者のいずれが負担するかは、当事者のネゴによってそのつど決すべきものとしている。ただし、このことは新規の建築工事の場合のことであって、既存の建物の修繕工事の場合は、当然のことながら、注文者が付保すべきものとしている。不可抗力による損害については、アメリカの場合は明らかに請負者負担としているが、I.C.E. 約款の場合のように、付保不可能なリスクは注文者がこれを負担する旨の規定はない。付保不可能なリスクとしては、暴動・騒乱などがあり、付保不可能ながゆえに、これを注文者の負担すべき危険とする旨を明記した I.C.E. 約款は、アメリカの場合に比し、はるかに合理的な規定といえよう。

ひるがえって、わが国の場合は、C.A.R. 保険の制度がまだ全面的に約款の中に取り入れられるに至らず、官公庁用の標準約款 (第 23 条) においても、四会連合約款 (第 17 条) においても、不可抗力による損害は、これを注文者が負担することを明らかにしているが、オール・リスク保険を契約に導入することによって、この危険負担の問題を合理的に解決するまでには及んでいない。これは、とくに土木工事について、C.A.R. 保険が、わが国において十分成育し発展していないことにも起因しており、外国保険への再保険も含めて土木工事に関する安定した保険料率による C.A.R. 保険の創設が切実に望まれるところである。

一方、わが国の前記の両約款の不可抗力条項は、不可抗力についての正確な定義を試みていないため、往々にして、それは天災 (Acts of god) に限定して理解されているくらいがあるが、両約款は、いずれも「天災その他」としているから、それが自然的不可抗力にとどまることなく、暴動、デモ、騒乱、航空機の落下など、人為的な不可抗力を含むいわゆる Force majeure であることは明らかであるとしても、両約款の場合、当事者の責に

b) この点に関する詳細については、拙著「欧米の建設業と請負契約制度」の中の英国政府約款を参照されたい。

帰し得ざる事由によるものは、すべて包含されるべきものと解すべきや否や、したがって、たとえば、ストライキ、デモ、異例の悪天候なども不可抗力の中に包含するものと解されるものか否か、イギリスの Accepted risks 等との関連上、疑義なしとしない。今次の官公庁用標準約款の民間側三団体による改正案の作成にあたって、わたくしもその責任者の一人となったが、不可抗力条項においては、まず、いわゆる足切り制度（損害額が請負代金額の $x/100$ に達しないかぎり注文者は、その損害を負担しないとする原則）を廃止し、さらに不可抗力が人為的なものを含むことを明らかにした。この改正案によって、たとえば、具体的な例をあげれば、工事の施工に、なんらかの理由によって（たとえば日照権の妨害など）反対する近隣の市民がデモ隊を組織して工事の施工を阻止する挙に出た場合は、それが入札の当時予見し得なかった場合は、条件変更条項に基づいて工期の無償延長、手待ちなどによる損害賠償請求権を請負者に認めうるることとなるほか、そのデモ隊が現実に工事目的物を破壊したような場合は、不可抗力条項によって請負者の注文者に対する損害賠償の請求権を認めることが約款の解釈上可能となると、わたくしは考えている。いずれにせよ、わが国の不可抗力条項は、規定としてはきわめて正確さと明確さを欠いていることだけは事実である。約款（Condition of contract）は一種の法であり、法たる約款に求められるものは、まず何を措いても正確さ（Precision）と明確さ（Clarity）と、加うるに簡潔であること（Simplicity）でなければならない。

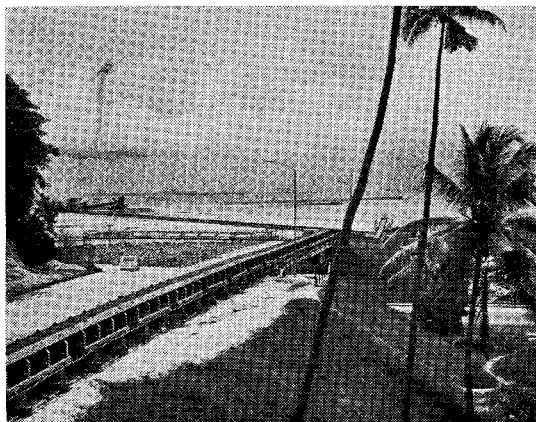
契約条件の変更

英米の請負契約においては、契約書類（Contract documents）が重要視される。契約書類とは、契約を構成する書類であって、契約書類とされるもののみが当事者を拘束し、したがって、契約書類とされないものは、当事者を拘束する力をもたない。何が契約書類とされるか

は、約款の冒頭に限定的に明記されるのを一般とするが、一般的にいて、契約書（Agreement）と図面と仕様書および約款が契約書類とされる。例外的には、たとえば、入札公告関係の書類が契約書類とされたり（アメリカの民間土木工事事用約款たる A.G.C. 約款など）、仕様書は契約書類ではないとされたり（R.I.B.A. 約款における数量契約制の場合）することがある。契約書類が相互に矛盾し符合しない場合の処理のために、契約書類相互間における効力の優先関係が問題となるが、契約書が最優先の効力を持ち、契約書の規定と一致しない他の契約書類は、そのかぎりにおいて後者は無効となる。特別の合意によって明らかにされていないかぎり、仕様書が図面に優先することは、英米のコモン・ロー上の確定された原則である。

図面は工事の量を、仕様書は工事の質を規定する。約款は、契約の履行の条件を定めるもので一種の特別仕様書とされる。ある一定の事項を仕様書に書き入れるかまたは約款に盛り込むかは、したがって、便宜上の問題であって、理論的に区別しうるものではない。設計図書（図面と仕様書）の起草は技術者の責任であり、約款の起草は、法律家の起草にかかることを一般とする。

人は、一般に、約款の重要性を無視ないしは軽視してとくに請負代金の額と契約履行の条件を定めた約款との間にある緊密な連動性に注意を払わない傾向がある。簡単にいえば、契約の条件を定めた約款の規定がフェアであって比較的に入札者に有利になっておれば、請負代金の額は安くすむであろうし、逆の場合は、勢い請負代金の額は高からざるを得ないという両者の連動性が十分に注意されていない。はやい話が、物価の上昇や不可抗力によるリスクが請負者の負担とされているような約款の場合は、そのリスクの分だけ、請負代金は、いきおい高くならざるを得ないであろう。約款の諸条項が公正であるとか片務的であるとかを、請負代金の額との関連なしに議論することは、それ自体として理論的には、こっ



戦後独立した国にも、長い植民地時代に英法の支配が確立している。
写真・大林組提供

ヤシの木の下で行なわれている建設工事

けいなことである。

注文者は、入札前に、工事に関連して入札価格に影響のあるすべての情報を入札者に与えることは、その情報が入札価格の決定の前提となり、また入札者にとっては工事施工上の Unknown factors を除去することに役立つから、それは、注文者の義務でもあり、また適切で包括的な情報が与えられれば、それだけ入札価格の引下げに役立つ。不安な、未知の要素の多い工事の入札価格が高つくことは、多くをいわずして明らかである。このことは、入札前において、注文者が守るべき当然のこととして英米の約款においても、これを明示しているものは一般には見あたらないが、たとえば、前記のアメリカの土木工事用の A.G.C. 約款は、発注者は、「工事現場付近における地表下の状態・地形図について持っているすべての情報または、その他必要とされる工事の量と質を入札者が正しく評価しやすくするような情報を入札前にすべての予想される入札者に周知せしむべきもの」としている。これを、かりに「注文者の情報提供の義務」というならば、これに対応するものが「請負者の工事施工条件の承認の原則」（英国政府約款第2条）である。すなわち、請負者は、注文者の与えた情報のほかに、工事の施工に関係のあるすべての条件をよく調査し、かつ十分にこれを知ったうえで入札したものとみなされる。知らなかったことを理由に契約締結後にクレームを申し立てることはできないとされる。この原則は、重要な入札上の原則として、とくに土木工事については Unknown factors が多いだけに、土木工事用の約款にはこれを明記しているものが多い。たとえば、I.C.E. 約款は、これを入札書の完全性の原則として掲げており (Sufficiency of tender), A.G.C. 約款は、これを請負者の工事熟知の原則 (Familiarity with works) と称している。わが国の約款例にはこの種の条項は全くないが、請負者独立の原則に照らしても、同じような原則が適用されるものと解してしかるべきである。

しかし、以上のような二原則、注文者の入札情報提供の義務にせよ、請負者の工事熟知の原則にせよ、工事の実情に照らして、これらの原則にもおのずから適用の限界があることは明らかである。ことに、地下の工事において、地下の土質等について、まず注文者が包括的で正確な情報を提供することは、一般には困難であるし、かりに、これを設計図書において示すこととした場合にも後日、設計図書に示された施工の条件と施工後に発見された実際の施工条件とが大いに相違することは、われわれのしばしば経験するところである。

また、請負者は、入札前に工事の施工に関するいっさいの条件を調査し、かつよくこれを熟知しているものとみなされても、調査費用の関係、入札期間の関係等の理

由から施工の条件について、すべて熟知したうえで入札しうるものでないことも一般的である。

これを救済するための条項が、契約条件の変更条項 (Changed conditions clause) といわれるもので、わが国の建設工事標準請負契約約款 (第16条) や四会連合約款 (第12条) において同趣旨の条項が設けられていることは、人の知るところである。もっとも、この両約款の条件変更に関する規定は、幼稚で未熟きわまる規定であって、統一的で包括的な条件変更条項の形式をととのえていない。これは戦後、進駐軍の工事契約において注文者たるアメリカの軍側から示唆され教えられたままに、きわめて未熟・不完全な形においてわが国の約款の中に混然と取り入れられたことによるものである。

条件変更は、主として地表面下の状態が設計図書に示されたものと異なった状態が発見された場合にかかるものであるから、土木工事に関係することが多く、英米の約款例においても I.C.E. や A.G.C. のような土木用約款に詳細な規定をおいている。また、この思想は、アメリカで発展したせいもあって、アメリカの場合は、連邦政府約款や A.I.A., A.G.C. の各約款に洩れなく規定されているが、イギリスの場合は、イギリス政府の統一約款には該当の規定がない。ただし、約款に該当の条項がなくとも、入札の基礎となった契約の条件が変更されたのであるから、事情変更の原則等の信義則上、請負者は工期の延長や請負代金の増額を要求しうるものと解すべきである。

条件変更は、約款例によって規定の範囲は異なっている。合衆国政府約款は、これを現場に発生した条件に限るとしており、A.I.A. は地下の状態の変更にかぎるとしている。しかし、条件変更は、一般的には入札の前提とされ、基礎とされた条件が施工の途中において変更された場合にもかかるものであるから、現場に限られたり、地表下の状態に限られたりするものでない。また、自然的な条件変更に限られるものではなく、人為的な条件変更にも適用されるべきである。たとえば、許可を得て適当なホーン数の工事騒音のもとに着工しても地域住民の反対と抵抗によって施工上の制約、たとえば施工時間を制限するのやむなきに至ったような場合は、明らかに当初、約定された契約条件の人為的変更として契約条件の変更の原則が適用され、請負者は、工期の延長や請負代金の増額の請求権を有するに至るはずである。また、それは、現場における条件の変更に限ることではない。日本には、そのような事態は一般には考えられないが、たとえば、日本の建設業者が請負ったカンボジア政府発注のダム工事において、施工の途中において1970年の米軍のカンボジア進攻作戦の開始に伴い、カンボジアは戦争状態を布告したが、そのために、工事用のトラックは徹

発され、現地人夫は徴兵され、工事は一時施工困難にたち至った。しかも、発注者たるカンボジア政府は「注文者の都合による工事の一時中止」を命じたわけでもなかったもので、相談を受けた筆者は、条件変更条項が当該のダム工事用の契約約款にあることを確かめたうえで、当該の条件変更条項を理由として、ただちにクレームを注文者に書面をもって通告しておくべき旨を示唆したことがある。いずれにせよ、工事の大型化・複雑化に伴い、この項は今後大いに活用される余地が広い。この場合、とく条に世界的に著名な土木工事用の標準約款である I.C.E. 約款の条件変更に関する条項（第 12 条）は、土木工事の施工や施工の監理にあたるすべての人が参考とすべき条項である。いずれにせよ、それが契約の当初において予見し得ないこと（Unforeseeability）、予見し得なかったことに過失がなかったこと、設計図書に示された条件または設計図書に改めて示されていなくとも、当該工事について普通に起こりうること、および当該工事に固有のものとして一般に認められることと著しく異なる条件が発生または発見されたことが、条件変更のクレームの基本的な条件となる。

土木学会への提言

英米の請負契約制度について、まだ、説明をつくさない多くのことが残されているが、すでに与えられた紙数

もつきた。最後に、平素、わたくしが考えている意見を述べて土木学会への提言としたい。

1970 年代をきわだって特色づけるものは、建設業の国際化、土木工事の大型化と複雑化である。これに正しく対処すべき施策は、広汎にして多岐にわたるが、請負契約制度の整備もその重要な施策の一つとなる。わが国には、土木工事用の専用標準約款が全く存在しない。土木工事の専門の約款としては、イギリスには I.C.E. 約款があり、アメリカには A.G.C. 約款がある。わが国にも、土木工事用の約款が民間の衆知を集めてぜひ制定されなければならない[○]。しかも、それは、単にランプ・サム（総額確定契約）のための約款にとどまることなく、ユニット・プライス（単価契約）のための約款とコスト・プラス（実費精算契約）のための約款体系がすみやかに整備されねばならない。土木学会が、賢明なスポンサーシップのもとに、新しい時代の新しい変化に対応しうる、この種の一連の土木工事専用の標準約款であってしかも堂々と世界に問いうる権威ある約款体系の制定を決意されることを待望してやまない。

○ さきにも触れたが、欧米の請負契約制度一般およびイギリス、アメリカ、西ドイツおよびフランスの各政府約款等の詳細については、拙著「欧米の建設業と請負契約制度」（新建築社刊）を、英米の民間工事用約款の原文と解説については、拙著「英米建設工事標準請負契約約款」（勁草書房刊）を、わが国の請負契約を体系的に解説したものとしては、「建設工事請負契約要論」（清文社刊）を参照のこと。

● 新刊

コンクリート工学演習

監修 村田二郎〈東京都立大学教授・工博〉A5・320頁/定価1,200円

〈本書の特色〉●問題・解説・解答よりなり、解説にはこの種の問題は土木学会標準示方書、JASS, JIS, のどこを勉強すればよいか道しるべを与えている。●当然記憶しておくべき典型的なデータ・法則を網羅●参考文献を豊富にあげ理論的に簡明に解説し、短時日のうちにコンクリート工学全般を理解できる。コンクリート技士・主任技士の受験参考書。

異形鉄筋コンクリート設計法

■同研究会編 委員長 梅村 魁

高強度異形鉄筋を使用した鉄筋コンクリートの設計法について解説したもので、II編に分れ、第I編の基礎的研究を基盤として第II編において設計建物の地震に対する応答を様々の仮定の下に推定していく過程を、多数の実験例を示して述べてある。〈B5判・380頁/2400円〉

■講義と演習

土木施工学概論

矢野信太郎著 A5・446頁/定価1,800円

交通計画

八十島義之助/花岡利幸共著 A5・1,800円

土質力学

山口柏樹著 A5・308頁/定価1,300円

土木施工学

飯吉精一著 B5・定価1,500円

*前号掲載広告の中の「土木施工法」は「土木施工学」の誤りにつき、ここに訂正し深くお詫び申し上げます。



技報堂

東京都港区赤坂1-3-6・(電)585-0166