

## 建設契約における瑕疵責任ルール\*

DEFECT LIABILITY IN CONSTRUCTION CONTRACTS\*

大西正光\*\*・小林潔司\*\*\*・大本俊彦\*\*\*\*

by Masamitsu ONISHI\*\*, Kiyoshi KOBAYASHI\*\*\*, and Toshihiko OMOTO\*\*\*\*

### 1. はじめに

建設プロジェクトでは不確実な自然条件や複雑多岐にわたる工程、その他多くのリスクが存在する。このため、契約で決められた条件、仕様で構造物を完成できない場合が起こりうる。発注者によって注文された建造物が設計仕様に応じていないというリスク事象は瑕疵（Defects）という形で認識される。建設契約における瑕疵責任のあり方は国・地域によって大きく異なる。わが国における民法では、請負契約によって発生した瑕疵について請負者が無過失責任を負う。一方、英米のアングロサクソン法の下では、工事の受注者は工事に用いる材料の瑕疵に対しては無過失責任を負うが、施工（workmanship）による瑕疵に対して過失責任を負う。換言すれば、受注者はある一定の注意水準さえ満たしておけば、瑕疵責任を問われることはない<sup>1)</sup>。

このように日本の民法と英米のアングロサクソン法では、瑕疵責任の取り扱い方が大きく異なる。仮に、日本と英米の建設契約環境がまったく同一であり、かつ一方の瑕疵責任ルールが他方のルールより効率的（より小さい取引費用で契約を遂行することが可能）であれば、長期的にはいずれかの一方のルールのみが用いられることになろう。しかし、現実には、国によって異なる瑕疵責任ルールが長期にわたって採用されてきた。その背後には、それぞれの国において異なった契約環境が存在し、それぞれの契約環境の下で異なる瑕疵責任ルールを採用することが合理的となるような制度補完的条件（特定の制度的条件の下で特定のルールが合理的となるような制約条件）が存在することを示唆している<sup>2)</sup>。

不法行為における過失責任ルールが加害者、もしくは被害者の事前の注意水準に及ぼす影響に関しては、すでに法経済学の分野で膨大な研究の蓄積がある<sup>3)~5)</sup>。標準的な不法行為モデルの知見に基づけば、責任ルールのタイプ（過失責任か、無過失責任か）は当事者の注意行動の効率性に影響を及ぼさない。損失が発生した場合に、損失が最

終的に誰に帰属するかという点のみが異なることになる。本研究では、わが国の建設契約の特徴の1つが民法典（さらに、建設業法）に規定されている「信義則」にあることに着目する。その上で、信義誠実の原則に則った契約関係が存在する環境においては、無過失責任ルールに基づいた瑕疵責任の方が、過失責任ルールに基づく場合よりも効率的であることを示す。さらに、信義則が存在しない契約関係を前提としたときに、過失責任ルールに基づいた瑕疵責任の方が効率的であることを示す。

以上の問題意識の下に、本研究では瑕疵責任に関する契約モデルを定式化し、瑕疵責任ルールが契約当事者の行動に及ぼす影響を分析することとする。以下、2. では、日本の民法典と英国法の下での瑕疵責任の違いについて考察し、本研究における分析の視点を明確にする。3. では、信義則を前提とした契約モデルを定式化する。次に、4. において、信義則の存在を想定しない契約関係における契約モデルを定式化し、5. では契約関係の相違が瑕疵責任ルールの効率性に及ぼす影響について考察する。

### 2. 本研究の基本的考え方

#### (1) 従来の研究概要

不法行為法における過失責任に関しては膨大な法学研究がある<sup>6)</sup>。法経済学の分野においても、不法行為に対する賠償ルールの効率性に関して研究が進展している<sup>3)~5)</sup>。そこでは法制度・ルールが加害者・被害者の事前の注意水準に及ぼす影響を分析し、不法行為の発生を効率的に抑止しうる法制度・ルールを探求することを目的としている。本研究では、法経済学アプローチを採用することにより、建設工事における瑕疵の発生を効率的に抑止しうる瑕疵責任ルールを検討することを目的とする。

法経済学における代表的な不法行為モデルとして、加害者の一方的な注意行動に着目した事故モデル（一方注意モデル）が提案されている<sup>3)~4), 7)~9)</sup>。一方注意モデルでは、加害者が事前予防的な注意水準に要する費用と、事後的に発生する事故による損失を最小にするような注意水準を最適な注意水準と定義するとともに、加害者に最適な注意水準を選択するようなインセンティブを与える責任ルールを効率的ルールと呼ぶ。伝統的な一方注意モデルでは、1) 当事者がリスク中立的、2) 行政費用を無視、3) 当事者は公布されている法的基準を完全に知って

\*キーワード：計画基礎論、施工計画・管理

\*\*学生員 工修 日本学術振興会特別研究員

京都大学大学院工学研究科都市社会工学専攻博士後期課程

（〒606-8501 京都市左京区吉田本町 TEL・FAX 075-753-5073）

\*\*\*フェロー会員 工博 京都大学大学院工学研究科都市社会工学専攻

（〒606-8501 京都市左京区吉田本町 TEL・FAX 075-753-5071）

\*\*\*\*正会員 工博 英国・米国公認仲裁士（〒182-0023 調布市染地2-

8-3-B-1005 TEL 0424-89-5509, FAX 0424-89-5519）

おり、4) 裁判所は誤りなく法的ルールを運用し、5) 当事者は各自の行動の持つ危険性に関して正確な情報を持っているという前提条件の下で、過失責任の注意義務水準を最適注意水準に法的措置を通じて定めることができれば、過失責任ルールと無過失責任ルールのいずれもが効率性を達成することができるという結論が導かれる。その後、一方注意モデルに対して、被害者の事故回避努力を考慮したり、上述の前提条件を緩和した各種の不法行為モデルが開発され、責任ルールの差異が当事者の注意水準に及ぼす影響が多角的に検討された<sup>10)-14)</sup>。さらに、訴訟費用、裁判費用を明示的に考慮したような不法行為モデルも開発され<sup>15)-18)</sup>、不法行為の効率的な抑止策に関する知見が蓄積されている。

不法行為モデルは直接的な契約関係にない加害者と被害者の間で生じた損失の発生の帰属ルールを対象としている。これに対して、瑕疵責任は契約当事者の間に発生する問題であり、交渉を通じて瑕疵による損失の帰属を事前に決定することが理論的には可能である。しかし、事前の契約の段階で瑕疵の発生に関する規定を詳細に交渉したり、契約条項として具体的に記述することは実質的に不可能である。瑕疵責任は、契約の中に明示的に記述されなかつたり（暗黙のうちに民法典や契約約款に従うことが想定される）、契約の中に負担ルールのみが記述される不完備契約<sup>19)-21)</sup>とならざるを得ない。瑕疵責任に関する完備契約が記述できないため、瑕疵責任は「損失の帰属を明らかにするルールをどのように規定するか」という問題に帰着される。したがって、瑕疵の発生を損失（事故）の発生に置き換え、発注者を被害者、請負者を加害者と解釈すれば、一方注意モデルを用いて瑕疵責任ルールの設計問題にアプローチすることが可能となる。しかし、建設工事の場合、生起しうる瑕疵の内容が極めて複雑・多岐に亘るため、瑕疵の認識や判断において高度な工学的知識が必要となる。このため瑕疵責任を議論する場合、発注者、請負者の技術力の有無や両者の間の信頼関係といった伝統的な不法行為モデルでは考慮されなかつた要因を明示的に考慮することが必要となる。このような観点から、本研究では不法行為論における一方注意モデルを拡張し、発注者と請負者の技術力や信頼関係の有無が望ましい過失責任ルールに及ぼす影響を分析することとする。

## (2) 日英における瑕疵責任の差異

瑕疵責任に関する条項は通常、契約内に規定されるが、契約の運用は工事が行われる国の法（適用法；Governing Law）に支配される。したがって、現実にどのような瑕疵責任ルールが適用されるかは、工事が実施されている当該国の適用法に左右される。当然ながら、契約内に責任ルールが規定されていない場合は、適用法によって権利義務関係が決まることになる。わが国における瑕疵責任の適用法は民法典である。一方、英国における適用法は

コモンローであるが、瑕疵責任に関する責任ルールは民法とコモンローでは大きく異なる。

建設契約に関する一般的な定義は存在しないが、日本の法制度の下では、建設契約は「請負」と見なされる。請負契約とは「請負者がある仕事を完成させることを約束し、発注者がその仕事に対して報酬を与えることを約束すること」と定義される。請負者は何が起こるとも工事完成の義務を負う。法治国家においては、通常「契約の自由」が認められているが、契約の解釈・運用、不履行や違反の際の当事者の権利・義務等は全て適用される法の支配を受けることとなる。わが国では請負は民法においても、632条から642条に債務不履行の要件や完成した仕事に対する欠陥があったときの修補請求権または損害賠償請求権等の規定が存在する。民法第634条に請負者の瑕疵責任について

仕事の目的物に瑕疵あるときは注文者は請負人に対し相当の期限を定めてその間この修補を請求することができる。ただ瑕疵が重要でない場合においてその修補が過分の費用を要するときはこの限りにあらず（民法634条1項）

と定めており、また

注文者は瑕疵の修補に代わりまたはその修補と共に損害賠償を請求することができる（民法634条2項）

としている。しかし、

前の規定は仕事の目的物の瑕疵が注文者により提供された材料の性質または注文者による指図より生じたときはこれを適用しない。ただし、請負者がその材料または指図が不適当であることを知りながらこれを告げなかった場合をのぞく（民法第635条）

という条項により、注文者が原因となる瑕疵については請負者はその責任を免れることを保証している。公共工事請負契約約款（以下、GCWと略す）<sup>22)</sup>の第37条は民法の請負契約の規定に整合のとれた形で、請負者による瑕疵の際の発注者の権利を規定している。

わが国の民法と英国法における瑕疵責任に関わる重要な相違点は表-1に示すように「引き渡し時の明白性」と「責任ルール」の2点に集約される。「引き渡し時の明白性」は瑕疵の対象をどのように認識するかの問題である。わが国の民法（あるいは、GCW）では、請負者は建造物の引き渡し時において発注者が気づくことが困難な隠れたる(latent) 瑕疵に対して責任を持つ。それだけではなく、当然気づくべき明白な(patent) 瑕疵であっても（発注者が引き渡し時に瑕疵を認識しなくても）、事後に発注者がそれを認識した場合に請負者は瑕疵責任を負うことになる。一方、英国法では、引き渡し時に明白な瑕疵については、当然発注者はそれを認識すべきものと見なされる。仮に、引き渡し時に受注者（英國の場合は建設契約は請負契約でないため受注者と呼ぶ）に対して瑕疵に対する修補・損害賠償を請求しなければ、発注者が修補請求権あるいは損

表-1 適用法における瑕疵責任

	日本（民法）	英国（コモンロー）
責任ルール	無過失責任 (施工、材料とも)	過失責任(施工) 厳格責任(材料)
引き渡し時の 明白性	明白な瑕疵 隠れたる瑕疵	隠れたる瑕疵のみ

害賠償請求権を放棄したものと見なされる。したがって、受注者は隠れたる瑕疵のみについて瑕疵の責任を負うことになる。

次に、「責任ルール」は瑕疵がもたらす損失の帰属ルールを意味する。わが国の民法では、瑕疵の原因が材料にあると施工 (workmanship) にあろうと、請負者は無過失責任を負い、瑕疵がもたらす損失はすべて請負者に帰着する。請負者の瑕疵責任を判断するにあたり、「施工時に妥当な注意が払われたか」、「妥当な原材料が使用されたか」という問題は考慮されない。一方、英国法の下では瑕疵の原因が材料、施工のいずれにあるかにより、受注者の責任について重要な差異が生じる。受注者は材料に関しては無過失責任を負う。材料は取引しうる品質で、契約における条件を満足し、またもしその目的を請負者が知っているならば、その意図された目的に沿うものでなければならない。この点については、英國法と民法の間で差異はない。しかし、英國法の場合、受注者は施工に関して過失責任を負うことになり、妥当な水準の技能や注意義務のみが受注者に要求される。なお、英國法では、これらの受注者にとって義務は、法が認める默示の条件 (Implied Term) と解釈される。

GCWにおいて請負者の瑕疵責任は民法と整合的に規定されているが、日本の法律の下では、瑕疵責任は任意規定であり、当事者の合意によって限定・除外することが可能である。このような特別な合意を行わない限りにおいて、瑕疵責任期間の間は、発注者は発見された瑕疵が資材に関する欠陥に起因するものか、あるいは仕上がりに関する欠陥によるものかに関わらず請負者にその瑕疵を修補させたり、請負者から損害賠償を受け取る権利を有する。さらに、発注者が瑕疵の根拠やそれが請負者の怠慢によるものであるという因果関係を立証する必要もない。民法の請負契約規定においては、瑕疵責任期間は一般的に1年間、構造物や特に土地に付随したものあるいは土地（例：池の掘削、堤防など）に関しては5年間であると規定されている。さらに、建造物が石、土、レンガや金属により作られている場合には瑕疵責任期間は10年間に延長される。なお、この期間は通常の時効期間（10年）の間で契約当事者が合意することができる。例えば、四会連合約款（以下、GCC）では、木造の構造物に関しては瑕疵責任期間は1年間に、石・金属・コンクリート造りのものに関しては2年間に短縮される。しかしながら、仮にこういった瑕疵が請負者の信義に反する行為により生じた場合、瑕疵責任期間はそれぞれに対して5

年、10年に延長される。またGCWではこれらの年数を空欄で設けてあり、GCCと同様に構造物の種類に応じて1年あるいは2年を例示している。

一方、英国において用いられるICE (the Institution of Civil Engineers) 契約約款<sup>23)</sup>では、工事完成後に通常1年間の維持補修期間 (maintenance period) が規定されている。この期間において発見された瑕疵については、受注者が絶対的な責任をもって修補あるいは損害賠償することが義務づけられる。ただし、これは出訴制限期間という意味での瑕疵責任期間(defect liability period) を意味するものではなく期間終了後に欠陥工事に対して損害賠償を請求する発注者の権利を減じるものでもない。1980年に公布された時効法 (Limitation Act) により、受注者の責任は通常契約においては完成後6年間、捺印契約 (a contract under seal) では12年間であり、発注者は受注者の欠陥工事に対して法的な行動を起こしても良いとされる。

### (3) 日本型請負契約と信義則

わが国の請負契約の特殊性は、発注者と請負者の間に「信義則」が存在していることを前提としている点にある<sup>20),21)</sup>。民法典の第1編第1条の2では「権利の行使及び義務の履行は信義に従い誠実に之を為すことを要す」とある。すなわち、契約当事者の相互信頼を基盤とする「信義則」に基づいて、契約遂行に付隨して生じる紛争、対立を解決しようとする。GCWでは、建設工事による紛争を「契約書またはこの約款に定めない事項については、必要に応じて甲乙が協議して定める」と規定している<sup>22)</sup>。相互信頼を契約の基盤としている日本の建設業界では契約変更や紛争の解決方法について明確に記述せず、相互が立場を尊重しながら納得する方向を見いだすことを想定している。わが国の請負契約では発注者が契約変更に関して主導的な役割を果たす。請負者は信義則に基づいた建設工事の主体であり、ホールドアップ問題、モラルハザード問題を引き起こさないことが要請される<sup>20)</sup>。わが国では発注者と請負者の長期的な関係が継続するため、このことが両者間に働く信義則の実効性を保証している。発注者は国民の代弁者として社会的厚生の最大化を目指す主体であり、発注者側の私的な利害関係に基づいた機会主義的行動を行わないという信頼関係が樹立されていることが暗黙の内に想定されている<sup>1)</sup>。

小林等<sup>20)</sup>は、GCWにおける「信義則」を「発注者、請負者の双方が契約遂行に関わる十分な知識と能力を持つこと」を前提とし、その上で契約の当事者に情報の非対称性を利用したモラルハザードを行うことを禁止した社会的慣習と解釈できることを理論的に示している。契約当事者にモラルハザードに対する誘因が強く働く契約関係では、契約の権利義務関係を忠実に実現するために仲裁庭等による最終的な司法的拘束力を準備しなければならず、立証費用や司法費用等の取引費用が発生する。契約

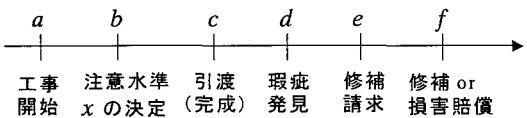


図-1 論理的な順序関係

当事者の双方が信義則に忠実に従うことが保証されている場合、契約の権利義務関係を実行するための取引費用を大幅に節約でき、効率的な契約遂行が可能となる。さらに、発注者と請負者の長期的な契約関係が、契約当事者が信義則を遵守するための拘束力として機能してきた。このような信義則の存在の有無が、わが国と英米における瑕疵責任ルールの違いに大きな影響を及ぼしていると考えることができる。以上の問題意識の下に、3. では信義則が成立する契約関係における瑕疵責任ルールを、4. では信義則が成立しない環境におけるルールについて分析することとする。

### 3. 信義則を前提とした瑕疵責任モデル

#### (1) モデル化の前提条件

現実の建設工事における瑕疵の発生とその修補の過程は極めて複雑である。契約当事者の知識も不完全であり、必ずしも合理的に行動するわけではない。発注者と請負者の間に完全な信頼関係が形成されているわけでもない。ここでは、瑕疵責任問題においてありうべき多様性を捨象し、わが国のGCWが想定している信義則に基づいた請負契約の理念形を簡単な瑕疵責任モデルとして定式化する。

建設契約における瑕疵の発生とその回復に関わる各事象の時間的な順序関係を図-1に示している。時点  $a$  で建設契約が締結され工事が開始される。請負者は施工時（時点  $b$ ）において注意水準  $x$  を決定する。時点  $c$  において工事完工物は発注者から請負者に引き渡される。時点  $d$  において瑕疵の発生の有無とその規模が確定する。工事終了時点  $e$  において、発注者が瑕疵の発生を認識した場合には請負者に対して瑕疵の修補を請求する。時点  $f$  で請負者は瑕疵を修補（もしくは損害賠償）する。時点  $b$  において請負者は瑕疵の発生を確定的には予測できない。しかし、請負者は施工時の注意水準  $x$  と事後的な瑕疵の発生確率  $p(x)$  に関して正確な情報を有しているものとする。ただし、 $x$  は連続変数であり、金銭タームで表現されている。さらに、瑕疵の発生確率  $p(x)$  は  $dp/dx < 0$ ,  $d^2p/dx^2 > 0$  を満足すると仮定する。契約当事者（発注者、請負者）は、ともにリスク中立的であると仮定する。通常、請負者が負う瑕疵リスクは無視できないポテンシャルを有し、請負者はリスク回避的に行動すると考えることもできる。しかし、請負者のリスク回避性を考慮しても以下の議論は修正されない。記述の簡便化を図るために、契約当事者のリスク中立性を仮定する。

時点  $c$  において工事完工物が請負者から発注者に引き渡される。発注者は工事完工物を点検し、瑕疵が発見されれば直ちに請負者に修補を請求することになる。現実には点検時において全ての瑕疵が顕在化することではなく、ある程度の時間を経て顕在化する瑕疵も存在する。ここでは時点  $d$  は工事完工物の点検時または瑕疵担保期間中のある時点であるとする。瑕疵責任期間中の時点  $d$  において瑕疵が顕在化した場合には、発注者は 1) 瑕疵を無償で修補する、2) 損害賠償を支払うといった 2 つの方法で瑕疵の回復を請求することができる。いずれの場合においても、瑕疵の回復のために請負者は金銭的損失を負うことになる。瑕疵が発生した場合に生じる請負者の損失額を  $D$  で表し、損失額  $D$  が確率分布  $F(D)$  に従って発生するものと仮定する。本研究では、請負者が意図しない瑕疵の発生について扱っている。これは、請負者は瑕疵の因果関係については事前に特定できないことを意味する。したがって、請負者はある特定の種類の瑕疵について注意するということはできず、注意水準が損害額に関する分布に影響を与えない。請負者の注意水準  $x$  は、瑕疵の発生確率に影響を及ぼすが、瑕疵による損失額  $D$  の大きさには影響を与えないものとする。さらに、本モデルでは発注者と請負者の双方が瑕疵判断に関わる十分な知識と能力を有しており、発注者と請負者の双方が事前の段階（時点  $b$ ）において、効率的な注意水準に関する意思決定ができると考える。また、瑕疵が発見された時点  $d$  において、発生した瑕疵の内容に関して発注者と請負者は共通認識を持つと考える。したがって、発注者が請負者の責に帰することができない損害によって発生した損害について請負者に補償を請求することはない。本モデルにおいては、発注者、請負者の双方が合理的であり、いずれの当事者も誠実に自らの責任を率先して履行するという意味で、私的なレントの獲得を目的とした戦略的行動をとらないと考えている。このような仮定を設けることは、契約当事者に過度の合理性と信頼性を要求しているように思える。しかし、本論文では現実の建設工事の契約当事者がこのような完全な合理性を有していると主張しているわけではない。あくまでも、GCWが想定している瑕疵責任の理念形を数学モデルとして表現するために、このような契約当事者の合理性を仮定していることを改めて断っておく。

#### (2) 効率的注意水準

瑕疵責任ルールの効率性を検討するためのベンチマークとして、施工時における請負者の社会的に最適な注意水準を求める。社会的に最適な請負者の注意水準は事後的に発生する瑕疵による損失の期待値と注意水準を達成するための費用の総額を最小化するような水準として定義される。簡単のために割引率を無視すれば、社会的最適化問題は

$$\min_x \left\{ x + p(x) \int_0^\infty D dF(D) \right\} \quad (1)$$

と表される。社会的最適な請負者の注意水準は式(1)の  $x$  に関する 1 階の最適化条件

$$1 + p'(x^*) \int_0^\infty DdF(D) = 0 \quad (2)$$

を満足するような  $x^*$  として定義される。ただし、 $p'(x^*) = dp(x)/dx|_{x=x^*}$  である。仮定より、2次の最適化条件は自動的に成立する。ここで注意すべきことは、社会的最適化問題(1)において、請負者の注意水準  $x$  の下で発生する瑕疵は、瑕疵責任期間中にすべて顕在化する（発見される）と仮定している点にある。起こりうるすべての瑕疵が瑕疵責任期間中に顕在化し、それに対して請負者が修補義務を負う場合、請負者は起こりうるすべての瑕疵を念頭にいれて自らの注意水準を決定することになる。すなわち、潜在的な瑕疵はすべて請負者の行動に内部化されており、式(2)で決定される注意水準  $x^*$  の効率性が保証される。しかし、瑕疵が瑕疵責任期間以降に顕在化する可能性がある場合は、請負者は修補義務を負わなくともすむ瑕疵が存在する可能性を考慮しながら注意水準を決定するだろう。この問題は瑕疵責任期間の長さを決定する場合に重要な論点となるが、本研究では責任ルールの構造と注意水準の関係に焦点を絞っており、工事により発生したすべての瑕疵は瑕疵責任期間中に発見されると仮定する。

### (3) 無過失責任による瑕疵責任モデル

わが国の請負契約では、発注者と請負者の間に「信義則」が存在し、工事完了後に発見される瑕疵に対して請負者は無過失責任を負う。発注者が瑕疵を発見すれば、その修補もしくは賠償を請負者に命ずる。このような契約関係の中で、発注者と請負者の間に信義則が成立するためには、発注者には瑕疵を認識する十分な能力が備わっており、かつ公正な立場から工事完工物の欠陥が瑕疵であるかどうかを判断することが前提条件となる。また、請負者は発注者が提示した瑕疵の現状回復請求に対して誠実に努力することが想定されている。もちろん、請負者が発注者の瑕疵修補請求に疑義を持つ場合、外部の法的機関に訴えることにより瑕疵責任から逃れる可能性も存在する。しかし、発注者と請負者が十分な瑕疵判断能力があり、それぞれが信義則に基づいて誠実にそれぞれの職務を遂行するという理想的な契約環境においては、そもそも瑕疵責任に関わる紛争が発生する可能性はない。本研究では「信義則」を「契約当事者が各自の権利義務を誠実に履行し、戦略的行動を禁止する」社会的慣習と定義し、発注者は正確かつ公正に瑕疵の修補を請負者に請求し、請負者は常に誠実に瑕疵の回復に努めるものとする。このような契約関係において無過失責任ルールを適用した場合、請負者が選択する戦略的行動は

$$\min_x \left\{ x + p(x) \int_0^\infty DdF(D) \right\} \quad (3)$$

と定式化される。すなわち、請負者の行動モデルは社会的

最適化モデル(1)と一致し、請負者は自発的に社会的に最適な注意水準を選択することが保証される。

### (4) 過失責任による瑕疵責任モデル

つぎに、瑕疵責任ルールとして過失責任を適用した場合を考えよう。過失責任ルールの下では、請負者が適正妥当な水準の注意義務（善管義務）を怠った場合に限り瑕疵の修補義務を持つ。請負者が適正妥当な水準以上の注意義務を払っていれば、瑕疵責任から逃れることができる。いま、発注者が判断する適正注意水準を  $z$  としよう。請負者の注意水準  $x$  が適正注意水準  $z$  より大きい場合、請負者に瑕疵修補義務は存在せず注意費用  $x$  のみを負担すればいい。しかし、注意水準  $x$  が適正水準  $z$  以下であれば、請負者は期待費用  $x + p(x) \int_0^\infty DdF(D)$  を負担しなければならない。したがって、過失責任ルールの下で、請負者が選択する戦略的な注意水準  $x^{**}$  は

$$\min_x \begin{cases} x & x \geq z \text{ のとき} \\ x + p(x) \int_0^\infty DdF(D) & x < z \text{ のとき} \end{cases} \quad (4)$$

を解くことにより求まる。この問題の最適解は  $x^{**} = z$  となる。いま、発注者が社会的最適化問題(1)の最適解  $x^*$  を適正な注意水準  $z$  として採用することが保証されれば、過失責任ルールを用いても請負者の効率的な注意水準を導くことが可能となる。発注者が瑕疵を発見し、かつ請負者の行動に過失があると判断した場合、請負者は瑕疵を修補する義務を負う。したがって、注意費用と期待瑕疵損失のみに着目した場合、無過失責任ルールと過失責任ルールのいずれを採用しても効率的な契約遂行が可能となる。しかし、以上の結論には、いくつかの限定事項が存在する。第1に、注意水準に関しては、発注者より請負者の方が多くの情報を持っている。このような状況の中で、発注者が請負者の注意水準の適正さを正しく判断することが可能であるかが問題となる。発注者が請負者の適正な注意水準を正確に判断できない場合、過失責任ルールの効率性は保証されなくなる。第2に、以上のモデルではそれぞれの責任ルールを適用するための行政費用を無視している点があげられる。無過失責任ルールを採用した場合、瑕疵責任を決定するために必要な費用は瑕疵の因果関係（発注者側に起因した瑕疵ではないこと）を立証する行政費用で十分である。しかし、過失責任ルールを採用した場合、因果関係を立証する費用に加え、請負者が決定した注意水準を立証する費用がさらに必要となる。以上のことを考慮に入れれば、信義則が成立する契約関係においては無過失責任ルールの方がより効率的であると考えられる。

### 4. 信義則を前提としない瑕疵責任モデル

#### (1) モデル化の前提条件

発注者と受注者の双方が発見された欠陥が瑕疵によるものかどうかを明確に判断できたとしても、受注者に瑕

疵の修補責任を現実に履行するためには最終的に外部の法的機関に訴えざるをえないが、そのためには多額の司法費用が必要となる。受注者は発注者が司法的解決を断念することを事前に予想すれば、受注者が戦略的に発注者による瑕疵の修補請求に応じないという事態も起こりうる。このような両主体の瑕疵責任を巡る戦略的行動をゲームの木を用いて図-2に示すように表現することができる。

信義則が成立しない場合、受注者は発注者による瑕疵修補請求に対し、その後の発注者の戦略を勘案しながら自らの利得を最大化する戦略を採用する。ノードAにおいて受注者が発注者による瑕疵修補請求を拒否した場合、発注者はその請求を第3者（例えば、仲裁廷）の判断に委ねるか取り下げるかを判断する（ノードB）。ここでは、簡単化のために、発注者、受注者の双方とも発見された瑕疵が正当なものかどうかを知っていると仮定しよう。さらに、両者が瑕疵に対して完全情報をもち、契約当事者の判断は第3者の判断と一致すると考えよう。したがって、図-2に第3者判断の機会を導入するのは、受注者に瑕疵修補を行使させるための実効性を担保するためである。ノードBにおいて、発注者は紛争に勝つことが判っている場合にのみ、紛争を仲裁に発展させる。その場合、発注者は利得  $D - c_p$  を、受注者は利得  $-D - c_a$  を獲得する。ここで、 $c_p$ 、 $c_a$  は発注者、請負者の紛争費用である。ノードBで瑕疵修補請求を取り下げた場合、両者が獲得する利得は互いに0である。図-2のゲームの部分ゲーム完全均衡解を後向き帰納法により求めることができる。読者の便宜を図るために、紛争解決ゲームの均衡解を求める過程を付録に示すこととする。紛争解決ゲームの部分ゲーム完全均衡解を整理すると受注者の戦略は、

$$\begin{cases} \text{瑕疵修補に応じない} & D < c_p \text{ の時} \\ \text{瑕疵修補に応じる} & D \geq c_p \text{ の時} \end{cases} \quad (5)$$

のようになる。すなわち、瑕疵による損害が微少な場合 ( $D < c_p$  が成立する場合)、発注者が瑕疵の修補請求を行っても、受注者は修補請求に応じない。すなわち、仮に受注者が発注者の修補請求を拒否したとしても、発注者が紛争を発展させる意思のないことを知っている。そのため、発注者が修補請求を行っても、受注者は仮に紛争が発生しても発注者が請求を取り下げるなどを知っているため、はじめから修補請求には応じないのである。

## (2) 無過失責任ルールによる瑕疵責任モデル

信義則が存在しない契約関係の下では、受注者は  $D \geq c_p$  のときのみ、瑕疵の修補請求に応じる。このような状況の下で無過失責任ルールを適用した場合、受注者の戦略的行動は

$$\min_x \left\{ x + p(x) \int_{c_p}^{\infty} D dF(D) \right\} \quad (6)$$

で表現される。式(6)に含まれる積分の積分範囲が式(3)

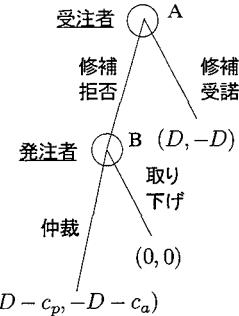


図-2 瑕疵責任に関わる解決メカニズム

とは異なることに注意されたい。最適な注意水準は、1階の最適条件より、

$$1 + p'(x^\circ) \int_{c_p}^{\infty} D dF(D) = 0 \quad (7)$$

を満足する  $x^\circ$  として求まる。このとき、受注者が戦略的に選択する注意水準  $x^\circ$  と社会的最適な注意水準  $x^*$  の間には

$$x^\circ \leq x^* \quad (8)$$

が成立する。すなわち、無過失責任ルールの下で実現する受注者の努力水準は社会的最適な水準より過小となり、請負者の効率的注意水準は実現されない。無過失責任ルールが適用されるため、受注者の注意水準  $x^\circ$  とは無関係に、発注者が発見した瑕疵はすべて修補の対象となりうる。しかし、信義則が存在しないため、発注者はすべての瑕疵の修補を受注者に強制することはできない。受注者は  $D < c_p$  が成立するような軽微な瑕疵の修補請求に応じず、紛争に発展する可能性のある規模の大きい ( $D \geq c_p$  が成立する) 瑕疵に対してのみ修補請求に応じる。

## (3) 過失責任ルールによる瑕疵責任モデル

過失責任ルールが適用され、適正な注意水準  $z$  が社会的通念として与えられているとしよう。さらに、適正な注意水準が発注者と受注者、および司法の間で共通知識になっているとしよう。この場合、受注者の戦略的行動は

$$\min_x \begin{cases} x & x \geq z \text{ のとき} \\ x + p(x) \int_{c_p}^{\infty} D dF(D) & x < z \text{ のとき} \end{cases} \quad (9)$$

と表される。いま、適正な注意水準  $z$  として社会的最適水準が選択される ( $z = x^*$  が成立する) 場合、問題(9)の最適解  $x^\circ$  は  $x^\circ = x^*$  となる。したがって、過失責任ルールを適用することにより、受注者の効率的注意水準を確保することが可能となる。実際に瑕疵が発生した場合、受注者の注意水準が適正かどうかが問われることになる。瑕疵紛争が発生した場合、当事者の間で図-2に示したような交渉が行われる。仮に、紛争が仲裁裁（裁判）まで発展し、受注者が勝てば瑕疵の修補は行われない。逆に、負ければ、瑕疵の修補が行われる。過失責任ルールが適用され

表-2 瑕疵責任ルールの効率性比較

信義則 の有無	瑕疵責任 ルール	注意水準	修補対象と なる瑕疵
有	無過失責任	効率的	$[0, \infty)$
	過失責任	効率的	$[0, \infty)$ (過失のある時)
無	無過失責任	過小	$[c_p, \infty)$
	過失責任	効率的	$[c_p, \infty)$ (過失のある時)

た場合でも、紛争に発展しないような規模の小さい瑕疵に関しては、請負者が発注者がそれを紛争に発展させる意思がないことを予測し、瑕疵の修補請求には応じない。

## 5. 信義則の有無と瑕疵責任ルール

### (1) 瑕疵責任ルールの効率性比較

表-2はこれまでの分析結果を整理し、信義則の有無、瑕疵責任ルールとそれらの契約関係の下で実現する請負者（受注者）の注意水準と請負者（受注者）が修補請求に応じる瑕疵の内容を示している。表-2に示すように信義則が成立する場合、無過失責任ルール、過失責任ルールのいずれを適用しても、請負者の効率的注意水準を達成することが可能である。しかし、3.で言及したように、過失の有無を立証するために立証費用等の取引費用が発生するため、無過失責任ルールを用いることにより効率的な契約執行が可能となる。一方、信義則が成立しない契約関係の下では、無過失責任ルールよりも過失責任ルールの方が効率的である。しかし、前述したように、過失責任ルールを採用した場合、受注者が注意水準を立証するための費用が追加的に必要となる。したがって、無過失責任ルールと過失責任ルールの効率性の優劣を比較するためには、無過失責任ルールの下で実現する過小な注意水準がもたらす社会的費用と過失責任ルールを採用した場合に発生する取引費用の大小関係を比較した上で総合的に判断する必要がある。このとき、注意水準が損害額の発生分布の形状に与える影響も考慮しなければならないであろう。信義則が成立し、かつ無過失責任ルールが適用される場合、軽微な瑕疵も含めてすべての瑕疵が修補の対象となる。過失責任ルールの場合にも、発注者が請負者の注意水準に過失があると判断されれば、軽微な瑕疵も含めてすべての瑕疵が修補の対象となる。一方、信義則が存在しない場合、請負者は軽微な瑕疵の修補に応じず、規模の大きい（仮に紛争に発展させた場合により費用が高くなる）瑕疵のみが修補されることになる。修補対象となる瑕疵のみに着目すれば、わが国の請負契約のように発注者の公正な瑕疵請求に対して請負者が無過失責任を負うルールを適用することにより、より瑕疵が少ない工事完工物を実現することが可能となる。しかし、意図されない瑕疵の期待修補費用は、入札の段

階で工事価格に反映されるため、結果的に建設費用が増加することになる。言い換えれば、わが国の請負契約は、より高い建設費用を負担しても、瑕疵の少ない完成度の高い工事完工物を実現させるメカニズムを内蔵している。一方、アングロサクソン法は工事費用の観点より妥当と判断される瑕疵を許容し、建設費用を抑制するメカニズムを有している。しかし、瑕疵の発生に伴うコンフリクトを解決するために、多くの行政費用、司法費用が発生し、結果的に総事業費を増加させる危険性も含んでいる。

### (2) 契約における瑕疵責任条項の役割

以上の分析結果に基づけば、わが国の公共工事請負契約款であるGCWと、ICEや海外の国際工事でよく用いられるFIDIC(Federation Internationale Des Ingénieurs Conseils)等のアングロサクソン系の契約約款において、瑕疵担保条項が果たす役割が本質的に異なることが理解できる。GCWにおいては、建設契約の請負者は完成度の高い工事完工物を実現することが求められる。契約約款における瑕疵責任条項は、文面通り請負者に瑕疵を修補させることを目的としており、条項自体に請負者の注意水準を望ましい水準に誘導する意図はない。瑕疵の発生を抑制する努力は、請負者の自己努力に委ねられている。請負者の自発的努力により、効率的な注意水準は自動的に確保される。このような瑕疵責任システムが機能するためには、まず発注者が瑕疵の内容を正確に判断し、瑕疵の修補を公正な立場から請負者に請求する能力を有していることが前提となる。さらに、請負者が発注者の瑕疵判断の正確さ（仮に、発注者の瑕疵修補請求に対して意義申し立てを行っても発注者の判断が最終的な司法判断と一致する）を信頼していることが要請される。その結果、瑕疵責任に関わる紛争の発生が抑制され、効率的な建設契約の実行が保証される。このような瑕疵担保条項の強制力を担保するため、請負者は瑕疵修補に対して無過失責任を負うことが要請される。しかし、無過失責任ルールが適用されるため、請負者は軽微な瑕疵までも修補義務を負うことになり、上述したように結果的に建設工事費が増加することになる。一方、ICEやFIDIC等のアングロサクソン法系の契約約款は、発注者が瑕疵判断を行える能力を持つことを想定しておらず、受注者は自らの私的利潤を最大化し、かつ瑕疵紛争の解決において戦略的行動を採用しうる主体であることを念頭に置いている。したがって、契約約款に記述される瑕疵条項は、瑕疵の発生に対する請負者の修補条件を指示するだけではなく、請負者の注意水準を一般社会通念に照らして適正な水準に誘導する意図を同時に持っている。Cooter and Ulen<sup>4)</sup>が指摘するように、契約の中に瑕疵責任条項を盛り込むことは、発注者と受注者がともに施工に関する適切な注意水準に対して事前にコミットメント(commitment)を取り交わす行為に他ならない。このようなコミットメントを通じて、契約当事者の戦略的行動や機会主義的行動を可

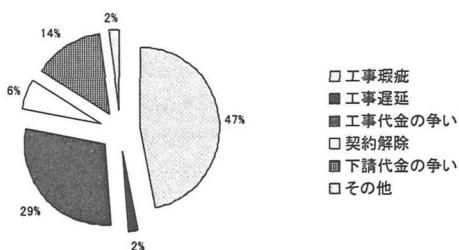


図-3 日本における契約紛争の原因<sup>27)</sup>

能な限り抑制しようとする意図を持っている。

### (3) わが国の建設契約に対する問題提起

一般に、瑕疵は「工事完工物の品質が契約により定められた要求を満たしていないこと」と定義される。法や契約約款には瑕疵責任ルールが明示的に記述されているが、瑕疵を判定するための具体的な基準は示されていない。そのため、実際に発生した工事完工物の欠陥が瑕疵であるかどうかを一意的に判定することは困難である場合が多い。図-3にはわが国の契約紛争の実態を示しているが、瑕疵を巡る紛争が非常に多いことが理解できる。GCWモデルは、発注者が瑕疵を過不足なく公正な立場から瑕疵を判定できることを想定している。しかし、現実には請負契約は相当程度に不完備であり、わが国の契約環境においても、瑕疵の判定には曖昧な部分が介在せざるを得ない。無過失責任ルールに基づいた瑕疵責任関係が成立するためには、発注者と請負者の双方に瑕疵判断に関する十分な知識が備わっており、契約当事者が信義則を誠実に遵守することが前提となる。しかし、発注者側が十分なin-house技術者を確保できない場合や民間部門が発注者となるような新しい契約形態においては、信義則を前提とした瑕疵責任ルールが効率的に機能しなくなる危険性がある。一方で、信義則を前提としない瑕疵担保契約においては、工事完工物の品質水準が低下したり取引費用が増加するという問題がある。今後、わが国の契約環境の変化に対応した瑕疵責任ルールのあり方を検討するために、発注者側の瑕疵認識能力の限界や請負者の戦略的行動を考慮したような瑕疵責任ルールの設計に関する規範的研究が必要になると考える。

## 6. おわりに

本研究では、日本の民法典と英米のアングロサクソン法とでは、建設工事で発生する瑕疵に対する責任ルールがまったく異なることを指摘した。その上で、瑕疵責任のルールが請負者（受注者）の施工時の注意水準に及ぼす影響を分析するために法経済学における一方注意モデルを拡張した瑕疵責任モデルを定式化した。さらに、日

本と英米の契約関係の本質的な相違点を、発注者と請負者（受注者）の間にある信義則にある点を指摘し、信義則を前提とする契約関係、前提としない契約関係における瑕疵責任モデルを定式化し、請負者（受注者）に社会的最適な注意水準を確保するインセンティブを与えるような責任ルールを求めた。その結果、信義則が成立することを前提とした場合には無過失責任ルールが、信義則を前提としない場合には（紛争解決のための取引費用が大きくならない限りにおいて）過失責任ルールが望ましいことを理論的に明らかにした。以上の知見は、わが国の民法典では無過失責任ルールが、英米のアングロサクソン法では過失責任ルールが適用されているという経験的事実と一致している。以上の分析を通じて、本研究では建設契約における瑕疵責任ルールの違いが、請負者（受注者）の注意水準に及ぼす影響に関する重要な知見を得ることができた。今後の研究課題に関しては、5.(3)においてとりまとめたが、本研究の枠組みに関しても以下のようないくつかの課題が残されている。第1に、本研究では行政費用、司法費用を無視して、瑕疵責任ルールの効率性を分析した。瑕疵責任ルールの効率性を総合的に評価するためには、取引費用、行政費用を明示的に考慮したような瑕疵責任モデルを定式化する必要がある。第2に、信義則が成立しない環境における望ましい瑕疵責任ルールを検討するためには、非効率な注意水準がもたらす社会的費用を計測する必要がある。第3に、瑕疵責任に対して過失責任ルールを用いる場合、適正な施行上の注意水準を決定する基準を設定する必要がある。今後、国際的建設市場における瑕疵責任紛争の実態に関する実証分析を通じて、適正な注意水準に関する経験知見を蓄積することが必要である。

## 付録 信義則を前提としないモデルの均衡解

図-2のゲーム部分ゲーム完全均衡点を後向き帰納法によって求める。ノードBにおいて発注者は仲裁に判断を委ねた場合、発注者の利得は $D - c_p$ で、取り下げた場合は0であるから、 $D > c_p$ のときのみ発注者は仲裁に進む。 $D > c_p$ のとき請負者は、発注者が仲裁に進むことを前提として戦略を決定するので、このとき、瑕疵の修補を行う。一方、 $D \leq c_p$ のとき請負者は発注者が瑕疵の修補請求を取り下げることを前提とするため、瑕疵の修補を拒否する。すなわちゲームの部分ゲーム完全均衡解は $D > c_p$ のときノードAにおいて請負者は瑕疵の修補を行い、ノードBにおいて発注者は仲裁に進む。 $D \leq c_p$ のとき、ノードAにおいて請負者は瑕疵の修補請求を拒否し、ノードBにおいて発注者は修補請求を取り下げる。

## 参考文献

- Omoto, T.: A Comparative Study of the British and Japanese Construction Contract, MSc Thesis in Construction Law and Arbitration, King's College, University of London, 1992.

- struction Law and Arbitration, King's College, University of London, 1992.
- 2) 青木昌彦：比較制度分析に向けて，NTT出版, 2001.
  - 3) Shavell, S.: *Economic Analysis of Accident Law*, Cambridge University Press, 1987.
  - 4) Cooter, R and Ulen, T: *Law and Economics*, Harper Collins, 1988.
  - 5) Miceli, T.J.: *Economics of The Law: Torts, Contracts, Property, Litigation*, Oxford University Press, 1997, 細江守紀監訳：法の経済学，九州大学出版会, 1999.
  - 6) 内田貴：民法I, 東京大学出版会, 1994.
  - 7) Landes, W. and Posner, R.: *The Economic Structure of Tort Law*, Harvard University Press, 1987.
  - 8) Shavell, S.: Strict liability versus negligence, *Journal of Legal Studies*, Vol.9, pp.1-25, 1980.
  - 9) Shavell, S.: An analysis of causation and the scope of liability in the law of tort, *Journal of Legal Studies*, Vol.9, pp.463-516, 1980.
  - 10) Haddock, D. and Curran, C.: An economic theory of comparative negligence, *Journal of Legal Studies*, Vol.14, pp.49-72, 1985.
  - 11) Rea, S.: The economics of comparative negligence, *International Review of Law and Economics*, Vol.7, pp.149-162, 1987.
  - 12) Rubinfeld, D.: The efficiency of comparative negligence, *Journal of Legal Studies*, Vol.16, pp.375-394, 1987.
  - 13) White, M.: An empirical test of the comparative and contributory negligence rules in accident law, *Rand Journal of Economics*, Vol.20, pp.308-330, 1989.
  - 14) Curran, C.: The spread of the comparative negligence rule, *International Review of Law and Economics*, Vol.12, pp.317-332, 1992.
  - 15) Hylton, K.: The influence of litigation cost on deterrence under strict liability and under negligence, *International Review of Law and Economics*, Vol.10, pp.161-171, 1990.
  - 16) Miceli, T. and Segerson K.: Contingent fees for lawyers: The impact on litigation and accident prevention, *Journal of Legal Studies*, Vol.20, pp.381-399, 1991.
  - 17) Polinsky, A.M. and Rubinfeld, D.: The deterrent effect of settlements and trials, *International Review of Law and Economics*, Vol.8, pp.19-116, 1988.
  - 18) Png, I.: Litigation, liability, and incentive for care, *Journal of Public Economics*, Vol.34, pp.6-85, 1987.
  - 19) 柳川範之：契約と組織の経済学，東洋経済新報社, 2000.
  - 20) 小林潔司, 大本俊彦, 横松宗太, 若公崇敏：建設請負契約の構造と社会的効率性, 土木学会論文集, No.688/IV-53, pp.89-100, 2001.
  - 21) 大本俊彦, 小林潔司, 若公崇敏：建設請負契約におけるリスク分担, 土木学会論文集, No.693/VI-53, pp.205-217, 2001.
  - 22) 中央建設業審議会：公共工事標準請負契約約款, 改訂版, 1995.
  - 23) General Conditions of Contract 2nd ed., the Institution of Civil Engineers, 1995.
  - 24) Federation Internationale Des Ingeniers Conseils (Condition of Contract for Works of Civil Engineering Construction), Part I General Conditions, Forth Edition, 1987.
  - 25) 大本俊彦・小林潔司・大西正光：建設契約紛争における和解と仲裁, 土木学会論文集, No.693/VI53, pp.231-243, 2001.
  - 26) 大西正光・大本俊彦・小林潔司：国際建設契約における契約紛争の発生構造, 土木学会論文集, No.714/VI56, pp.191-204, 2002.
  - 27) 中央建設工事紛争審査会：平成11年度資料, 1999.
  - 28) 大本俊彦・小林潔司・大西正光：建設請負契約約款における紛争解決手続きの比較検討, 建設マネジメント論文集, Vol.9, pp.151-162, 2002.

---

#### 建設契約における瑕疵責任ルール\*

大西正光\*\*, 小林潔司\*\*\*, 大本俊彦\*\*\*\*

日本の民法では施工による瑕疵責任ルールに関して無過失責任を採用しているのに対し、英米のコモンローでは過失責任を採用している。本研究では、これらの責任ルールが合理的であるための制度補完的条件として、日本の建設契約の大きな特徴の一つである「信義則」に着目し、信義則が成立する前提においては無過失責任ルールがより有効であり、逆に信義則が成立しない前提においては過失責任が有効であることを指摘する。また、わが国の契約環境の変化に応じた今後の瑕疵責任ルールのあり方について考察する。

---

#### DEFECT LIABILITY IN CONSTRUCTION CONTRACTS\*

By Masamitsu ONISHI\*\*, Kiyoshi KOBAYASHI\*\*\*, and Toshihiko OMOTO\*\*\*\*

Under the Civil Law in Japan, the contractors shall be under strict liability for defective work, while they shall be under liability with negligence under the common law of England and the United States of America. In this paper, "good faith" which characterize the contractual environment of Japan is focused upon as the institutional complement condition. We point out that strict liability rule makes more efficient than negligence rule under the premise of "good faith". Moreover, we give some prospects as to the construction contracts in Japan.