

Tokyo Dispute Resolution and Crisis Management Newsletter

November 2018

Edition No. 29

In this November edition, we are delighted to present legal and industry updates from the firm’s global network of offices. The selection is based upon our experience of the wide variety of issues faced by our clients in their business operations and investments around the world.

We hope that you enjoy the edition, and would welcome the opportunity to discuss further any matters which impact your business today.



Chris Bailey
Partner, Tokyo

+81 (0)3 4510 5603
cbailey@kslaw.com



Oliver McEntee
Associate, Tokyo

+81 (0)3 4510 5620
omcentee@kslaw.com

King & Spalding received special recognition for the high number of leading construction lawyers across its global network, with three partners included in the list of global “top 25” construction lawyers.

Who’s Who Legal: Construction

In This Issue:

Lead Article.....	Page 1
Resources & Links....	Page 5
Our Team.....	Page 6

A Case Against One-Size-Fits-All Construction Contracts

Project development involves careful planning and clear contractual requirements on the front end to help ensure that the project is completed on time and within the budget. Key components of any successful construction project are selecting an experienced and capable contractor and entering into a well written and thought-out construction contract. In this article, we focus on the need to tailor a construction contract to the requirements of the particular contract by reference to the American Institute of Architects (AIA) forms of contract.

The importance of a well-drafted construction contract

From a developer’s perspective, a good construction contract should define the standards of performance expected of the contractor; present the developer with tools to measure performance to determine whether those standards are met; and effective remedies in the event they are not. A construction contract should also provide the developer advance notice of issues with progress of the work and costs. The best construction contracts motivate the contractor to perform in a timely, efficient and cost-conscious manner by aligning the contractor’s interests with those of the developer to the greatest extent possible. If it makes sense commercially, a developer may offer bonus compensation structures to encourage on-time and under budget performance. The imposition of liquidated damages for delay can also help ensure the project is completed on time and help compensate the developer for costs associated with delay that it might not otherwise be able to recover, such as lost revenue.

If the project goes smoothly and contractors and subcontractors encounter no major problems, a project can likely succeed with or without a good construction contract. It is when problems do arise (as they often do in construction) that a carefully drafted contract becomes important. A developer can do much to ensure its latest project is a success by devoting serious attention to its construction agreements. Without such attention, a developer may find itself, to one extent or another, at the mercy of the contractor.

Prior to engaging a contractor to perform construction work, a developer will often have already engaged an architect to start design work. Often, this “architect” does much more than design the aesthetics and architecture of the project. It also provides other design services ranging from civil and structural engineering to landscape design to permitting support services.

Tokyo Dispute and Crisis Management Newsletter

The developer relies on the expertise of the architect for advice in developing, designing and ultimately managing the construction of its project. This reliance often leads the developer to follow its architect's guidance and advice in selecting a form of construction contract to use with a selected contractor.

The perils of using unamended standard-form contracts

Architects and engineers will often point a developer to a suite of form documents published by the American Institute of Architects (commonly referred to as "AIA" documents), which are advertised as the most widely used construction contracts in the United States. Though these contracts are drafted by architects, they are reputed by the AIA to address commentary from all the major players on a construction contract, including contractors, subcontractors, developers and owners.

While the AIA markets their forms as a balance of the interests of the owner and its contractual counterparties, and can provide a framework on which a good construction contract may be built through modifications, the AIA's one-size-fits-all approach often does not adequately protect the developer when issues arise on a construction project. Many issues can and do arise from either misusing or overusing AIA forms. We touch on just a few of those issues here.

One of the biggest problems a developer faces in using the AIA forms is selecting the proper form for its project. Often when we discuss the project delivery system with our clients on the front end, we find that the contract provided to them is not well suited to what they envision. The AIA suite of documents provides dozens of construction contracts designed to be used for different project delivery systems. Commonly, whether through the advice of an architect or at the suggestion of a contractor, developers are presented with a draft agreement using an AIA form that does not align with the appropriate project delivery system.

If the "wrong" AIA form is ultimately used, confusion can ensue and the owner can be saddled with additional and unexpected costs. One common example of this is related to the A102 form, a form construction contract in which the contractor is compensated on a reimbursable basis with a cap on such reimbursement referred to as a "Guaranteed Maximum Price" or "GMP." The idea of a "guaranteed" maximum price is enticing to many, including financiers of projects, and under this project delivery system the developer may maintain all or a significant portion of the cost savings, while the contractor bears the risk of

completing the project within the GMP. However, an A102 form is appropriate only if the architectural drawings and specifications have been finalized or are nearly-finalized at the time the construction contract is being developed. If such documents have not been fully developed as of date of execution of the contract (which is often the case), then the GMP will have to be developed at a later date. If this is the case, an A133 form is more appropriate than an A102 form.

Additionally, a fixed price contract may actually best serve the developer's interests and needs, in which case an A101 is more appropriate. Another common pitfall is using a form designed to be used between an owner and general contractor in a transaction between an owner and a different project participant, such as a project manager. The ensuing confusion is easily avoidable.

Separating the design and construction packages

Another item for the developer to consider prior to selecting a contracting form is whether to separate contractual responsibility for design services from contractual responsibility for construction. There are design-build AIA forms that hold the contractor responsible for both the design and construction, while most other AIA forms separate the design and construction responsibilities on a project. This is a commercial or risk allocation decision on which the developer should make an intelligent and fully-informed choice. While separating design from construction may be familiar to many developers, this option often leaves the developer in the middle of two disputes (one with its contractor and the other with its architect) if a defect in the work arises later on. By making one contractual counterparty responsible for both design and construction, the owner can often avoid significant additional costs and the distraction of an expensive legal battle. At the same time, it can be significantly more expensive to use a design-build or similar approach and it may be difficult to find a contractor willing to bear such risk. Alternative approaches may also be considered, such that the conceptual design is performed by the architect, but the design-builder assumes full responsibilities for any errors or omissions in the drawings and specifications. The correct choice depends on the circumstances.

Apart from these high-level concerns, developers must be equally aware of the language in its form contracts. Often that language does not fulfill the developer's vision for the management of the project and creates unwanted scenarios when disputes arise. This is particularly true where a developer uses the AIA form

Tokyo Dispute and Crisis Management Newsletter

documents without much thought towards tailoring the form language to its interests.

Specific issues arising under the AIA forms

For one example, the unmodified AIA form contracts place the architect in the role of an “Initial Decision Maker.” The practical implication of this is that the developer must turn to the architect in often critical situations prior to making important decisions. One example is if the contractor makes a claim against the developer for additional costs or schedule relief. Under form AIA language, if a contractor submits a claim, the architect must first review and decide upon its validity without “partiality” to the developer or to the contractor. While the developer may expect the architect to be devoted to the developer’s interests, placing the architect in the role of initial decision maker creates the opportunity for a conflict of interests. This is especially problematic if the basis of the dispute is the architect’s own faulty design. If the architect is at fault, it may be inclined to accept the contractor’s claim in order to avoid additional costs under its own architect agreement. This automatic third-party review by the architect also increases the time required to submit disputes to formal dispute resolution procedures and introduces a third party into the claims process with its own time commitments, schedule constraints, and (potentially) its own biases. All of this leads directly to additional costs. Architects are also typically paid on a reimbursable basis without a cap, meaning the developer will incur expenses for these services without a contractual limit.

The contractor’s scheduling obligations

AIA form documents also do not include detailed submission requirements for construction schedules (i.e., critical path method schedules) as construction progresses. Without modification, the AIA form documents merely require a contractor to submit a construction schedule at the beginning of the work (without any specified level of detail required) and do not include requirements to update that initial schedule. Without detailed schedules, if claims arise with respect to a delay, the developer will be left in an inferior position to the contractor to reject such claims because it will not have the information necessary to truly evaluate the merits of the claim. To avoid being left at a serious disadvantage, a developer should ensure its construction contracts include detailed as-built and look ahead schedule submission requirements. While most contractors of any level of sophistication keep schedules to track their work, construction schedules can often be influenced and (to

varying extents) manipulated later in an attempt to justify a claim. Requiring the contractor to submit detailed schedules at regular intervals preempts such gamesmanship and can provide significant leverage in a schedule-related dispute down the road. In short, detailed schedules reduce the potential of incurring additional costs or delays.

Broad termination rights

Another pitfall is that the AIA forms provide the contractor with broad termination rights, broader than the contractor actually needs. These unnecessary termination rights only provide the contractor additional bargaining power when making and negotiating claims later for additional costs. For example, the AIA contracts permit the contractor to terminate its construction contract if work is stopped for 60 days, regardless of the length of the project or whether the contractor is actually impacted by the stoppage. This could occur if the developer is unable to get a certain land permit in place by a certain period of time (a situation over which the developer has relatively little control). This could leave the developer with two unwelcome choices: either retain a replacement contractor at the last minute, likely at a significant premium over the negotiated contract price, or adjust the contract price through a change order to keep the contractor at bay, knowing the contractor still has a right to terminate. Either choice will lead to unrecoverable and significant additional costs.

Broad rights to change orders

Another key shortcoming of the AIA forms is that they do not include an exhaustive or exclusive list of situations in which the contractor may be entitled to a change order. Instead, the AIA forms leave open-ended the circumstances in which a contractor can make change order claims, effectively allowing contractors to bring claims for almost any reason. At a minimum, this drives up administrative costs and burdens associated with directing the construction contract.

Other weaknesses of AIA forms include:

AIA forms require the developer to release one hundred percent of any withheld retainage at substantial completion. A better approach is to retain some portion of the withheld retainage until final completion, to motivate the contractor to complete its punchlist work in a timely fashion and to protect the developer in the event such punchlist work is delayed or left incomplete. Releasing retainage at final

Tokyo Dispute and Crisis Management Newsletter

completion also gives the developer some leverage in ensuring that warranty work is completed diligently. While that leverage lasts only until final completion, it can still be helpful as many defects appear shortly after substantial completion.

AIA forms restrict the developer's right to withhold payment to the reasonable judgment of the architect. If left unmodified, AIA forms provide that a developer may only withhold payment "to such extent as may be necessary in the [a]rchitect's opinion to protect the [o]wner from loss for which the [c]ontractor is responsible." A developer's right to withhold should be based on its own reasonable judgment. AIA forms also restrict withholding rights to "repeated" failures of the contractor to carry out its work in accordance with the contract, among other situations, but do not include withholding rights for any other breach of the contract. Broad withholding rights are one of the developer's most effective tools to motivate timely and efficient performance.

AIA forms make the owner, not the developer, responsible for paying deductibles on the builder's risk insurance policies. This creates an incentive every developer should hope to avoid, where the party in the best position to prevent damage to the work, the contractor, is not financially responsible at all for damage to the work caused by accidents or outside forces. Without an incentive directly affecting the contractor's bottom line to protect the work, the developer will end up paying out more on its builder's risk policy than it otherwise would.

Conclusion

This very short list alone should be cause for concern for developers planning to use an AIA form, or any other standard form contract, for their latest construction endeavor. Without careful thought and modification to standard forms, developers can find themselves in a difficult position in a delayed and over-budget project, even if developers signed a contract with a "guaranteed maximum price." Project development requires detailed attention to all aspects of your latest construction agreement.

About our Engineering and Construction Disputes Practice

King & Spalding's Engineering and Construction Disputes Practice is nationally and internationally recognized for its ability to try the most difficult, high-stakes cases and win. We specialize in energy-related projects and represent some of the world's largest enterprises in disputes concerning pipelines, gas plants, power plants, refineries, offshore platforms, wind farms, LNG facilities, and other oil and gas infrastructure projects.

Our teams of experts have in-depth experience in the construction and engineering industries, with many of our lawyers having dual qualifications as engineers or architects. We have over 50 construction lawyers in the firm based in our worldwide network of offices, giving King & Spalding one of the broadest and deepest benches of construction and engineering lawyers in the world.

We help our clients achieve the resolutions that are most beneficial to their business goals. We are trusted with bet-the-company disputes ranging from \$10 million to beyond \$10 billion by some of the world's largest enterprises in international litigation, arbitration and mediation and before dispute boards.

King & Spalding lawyers also work as "Project Counsel" with clients during the execution of their projects to manage issues as they arise, ensuring that our clients' interests are fully protected and they are in the best position possible to amicably resolve issues. This work often includes assisting clients in evaluating and assessing claims, recommending and managing external experts (for example, in schedule and quantum analysis), and reviewing correspondence to ensure that interests are fully protected in line with agreed-upon strategies.

Resources & Links

The following links provide access to further King & Spalding Dispute Resolution and Crisis Management publications.

Legal Updates

Cryptocurrency in Japan: Moves towards self-regulation - will the US or Other Countries Follow Suit?

Construction - Watch Online: Adrian Cole speaks on quantum and assessment of damages in construction disputes

The Next Shoe Drops: SEC Makes Clear Crypto Exchanges Must Register

Corporate Monitors in Criminal Cases: New DOJ guidance

Congress and Cryptocurrency: The Elephant in the Room

Sold Down the River?: Corporate guilty pleas as evidence against individual defendants

ABC Issues in FDI: Beware FCPA Risks When Courting Foreign Investments

Echoes of the Brand Memo: Agencies Issue Statements Limiting the Use of Guidance Documents

Investigations Round-up: Transatlantic Business Crime and Investigations Column

Document Disclosure in Arbitration: Limits on power to compel third-party disclosure

King & Spalding News

Market Recognition: Best Lawyers Again Recognizes King & Spalding as a Leading Law Firm

Market Recognition: King & Spalding Earns Multiple Rankings in Chambers UK 2019 Guide

Arbitration Victory: K&S Clients Prevail In ECT Arbitration Against Spain

Enforcement Success: K&S partners secure freezing order in Federal court to enforce US\$500 million award

Professional Recognition: Jeff Telep Elected President of the International Trade Commission Trial Lawyers Association

Pro Bono Engagement: King & Spalding London Assists JUSTICE To Update Its Guidance On The Criminal Appeal System

New Hire: Investigations Partner Robert Dedman joins in London

New Hires: Four Partners Join King & Spalding with Regulatory Expertise from FINRA

Tokyo Dispute and Crisis Management Newsletter

Global Contacts (with links to curricula vitae)

The Tokyo Disputes Team



Chris Bailey
England & Japan*
Head of Tokyo Disputes



Oliver McEntee
English Barrister
Japanese



Flora Jones
London Desk
Italian & Spanish



John McClenahan
Australia & Japan*
Tokyo Managing Partner

The Asia Disputes Team



John Savage, QC
England & France
Queen's Counsel



Wade Coriell – Partner
Texas
Energy



Elodie Dulac – Partner
France & Cambodia*
Investor Treaty



Emerson Holmes – Partner
English Barrister
Construction



Simon Dunbar – Partner
New York & England
Commercial



Manuel Bautista, Jr.
New York & Philippines
Commercial



Donny Low
New York & Australia
Anti-trust & Investigations



Jia Lin Hoe
England & Singapore
Mandarin



Adam Gregory
Australia
Construction



Hanna Azkiya
Indonesia
Bahasa Indonesia



David Park
Australia
Korean



Xiaomao Min
China
Mandarin

Construction Disputes Partners



Reggie Smith
Houston



John Savage QC
London



James Castello
Paris



Adrian Cole
Middle East



Ed Kehoe
New York



Mike Stenglein
Austin



Jan Schaefer
Frankfurt



David Kiefer
New York

本11月号では、当事務所のグローバル・ネットワークから法務・業界アップデートをお届け致します。このトピックは、全世界で当事務所のクライアントがその業務や投資において直面した広範な問題に関する当事務所の経験に基づき選択されました。

本号がお役に立つことを願い、今日において皆様のビジネスに影響を及ぼす事項について更に意見交換をさせていただく機会を心待ちにしております。



クリス・ベイリー
パートナー
東京オフィス
+81 (0)3 4510 5603
cbailey@kslaw.com



オリバー・マッケンティ
アソシエート
東京オフィス
+81 (0)3 4510 5620
omcentee@kslaw.com

キング&スポールドリングは、全世界で「トップ25」に入るパートナー3名を含む、主導的な建設専門弁護士を擁する国際的な法律事務所の一つとして特別な評価を受けています。

Who's Who Legal: Construction より

本号：

本文..... 1頁

資料&リンク.... 5頁

当事務所チーム..... 6頁

汎用的な建設契約について留意すべき点

プロジェクト開発においては、プロジェクトが期限内に予算内で確実に完了するよう、初期段階において慎重な計画と明確な契約上の要件の設定が実施されます。建設プロジェクトを成功させるための鍵となる要素は、経験豊富で有能な請負業者の選定と、よく練られ熟慮された建設契約の締結です。本稿では、米国建築家協会（AIA）の契約様式（フォーム）を参考にして、特定の契約の要件に合わせて建設契約を調整する必要性に焦点を当てます。

考え抜かれた建設契約の重要性

不動産開発業者の観点からすると、優れた建設契約とは、請負業者に期待されるパフォーマンスの基準を規定し、その基準が満たされているかどうかを判断するためにパフォーマンスを測定するツールを開発業者に与え、満たされていない場合には効果的な救済方法も与えているものです。また、建設契約は、工事の進捗状況と費用について、問題が開発業者に事前に通知されるものでなければなりません。最良の建設契約とは、請負業者の利害を可能な限り開発業者の利害に沿わせることにより、請負業者が適時、効率的かつコスト意識の高い方法で遂行することを促すような契約です。商業的に妥当であれば、開発業者は、予定通りの予算内でのパフォーマンスを動機付けるために、ボーナス報酬体系を提供してもよいでしょう。遅延に対して約定損害賠償を課すことは、プロジェクトが期限内に完了することを確実にするのに役立ちますし、また、逸失利益のような、通常は回収できない可能性のある遅延に伴う費用を開発業者に補償する手助けとなりえます。

プロジェクトが円滑に進み、請負業者や下請業者が大きな問題に直面しなければ、建設契約が優れたものあるうがなかろうが、プロジェクトが成功する可能性は高くなります。注意深く起草された契約書が重要になるのは、（建設においてはよくあることですが）問題が生じたときです。開発業者は、最新のプロジェクトが成功するよう、建設契約に真剣に注意を払うことで多くを成し遂げられます。そのような注意を払わないことにより、開発業者は、大なり小なり請負業者に翻弄されるおそれがあります。

請負業者に建設工事を依頼する前に、開発業者は設計作業を開始するために既に設計者に依頼している場合が多いでしょう。多くの場合、この「設計者」は、プロジェクトの美観や構造を設計する以上のことを行います。土木・構造工学から、造園設計、そしてサポートサービスの許可に至るまで、その他の設計サービスも提供します。

東京オフィス 紛争解決・危機管理ニュースレター

開発業者は、プロジェクトの開発、設計、そして最終的な建設管理における助言を、設計者の専門知識に依存しています。このように依存することによって、開発業者は、選定された請負業者との間で使用する建設契約の様式を選択する際に、設計者の指導と助言に従う場合が多くなります。

標準契約書を修正することなく使用することの危険性

設計者と技術者は、開発業者に対して、米国建築家協会が発行する一連の標準約款（一般に「AIA」文書と呼ばれています。）をよく提示してきます。AIA文書は、米国で最も広く使用されている建設契約として宣伝されています。これらの契約は設計者らによって起草されたものですが、AIAは、請負業者、下請業者、開発業者および所有者を含む建設契約に関するすべての主要な関係者からの意見を取り込んだものであると評しています。

AIAは、所有者とその契約相手の利害のバランスを図ったものとして同協会の書式を売り込み、修正により、優れた建設契約が構築される枠組みを提供することができますが、AIAの汎用的なアプローチでは、建設プロジェクトに問題が発生したときに開発業者が適切に保護されない場合も生じます。AIAフォームの誤用または過剰な使用のいずれかによって多くの問題が発生する可能性があり、実際に発生しています。ここでは、そのような問題のいくつかについて触れます。

開発業者がAIAフォームを使用する際に直面する最大の課題の一つは、プロジェクトに適したフォームを選択することです。初期段階においてクライアントとプロジェクト実施システムについて協議する際に、クライアントに提示された契約が、思い描いているものにあまり適していないことが多々あります。AIAの一連の文書では、様々なプロジェクト実施システムに使用されるように意図された数十件の建設契約が提供されています。設計者のアドバイスによるものであれ、請負業者の提案によるものであれ、開発業者に対して、適切なプロジェクト実施システムにそぐわないAIAフォームを用いた契約書草案が提示される場合がよく見受けられます。

「誤った」AIAフォームが最終的に使用された場合、混乱が生じ、所有者は予期せぬ追加費用を背負わされかねません。一般的な例として挙げられるのがA102フォームに関連するものであり、この建設契約のフォームでは、請負業者は、「最大保証金額」または「GMP」と呼ばれる支払上限額に基づき、実費精算

式で報酬を受けます。最大金額が「保証」されるということは、プロジェクトの資金提供者を含む多くの当事者にとって魅力的であり、このプロジェクト実施システムの下では、開発業者がコスト削減の全部またはかなりの部分を維持することが可能である一方、請負業者はGMPの範囲内でプロジェクトを完了するリスクを負います。しかし、A102フォームは、建設契約が確定される時点で建築図面・仕様書が完成しているか、ほぼ完成している場合にもみ適しています。よくあることですが、当該文書が契約締結日時点で十分に策定されていない場合には、GMPは後日設定されなければなりません。この場合には、A133フォームの方がA102フォームよりも適しています。

さらに、固定価格契約は、実際には開発業者の利益とニーズに最も資するものであり、その場合、A101がより適しています。もう一つのよくある落とし穴は、所有者とプロジェクト管理者などの別のプロジェクト参加者との間の取引において、所有者とゼネコンとの間で使用されることが意図されたフォームを使用してしまうことです。その混乱は容易に回避することができます。

設計工事と建設工事の分割

契約フォームを選択する前に、開発業者が考慮すべきもう一つの項目は、設計サービスに対する契約上の責任と建設に対する契約上の責任を分離するかどうかについてです。設計兼建設AIAフォームは、請負業者に設計と建設の両方について責任を負わせるものであり、その他のほとんどのAIAフォームは、プロジェクトの設計と建設の責任を分離しています。これは、開発業者が十分な情報に基づいて賢明な選択を行うべきビジネス上またはリスク配分上の決定です。設計と建設を分離することは、多くの開発業者にとって馴染みのあるものであるものの、この選択肢では、後に工事の欠陥が発覚した場合、開発業者を2件の紛争（一つは請負業者と、もう一つは設計者との間の紛争）に巻き込むこととなります。設計と建設の両方に責任を負う契約上の相手方当事者を一者にすることによって、所有者は多額の追加コストを回避し、高価な法律闘争による混乱を避けることができる場合があります。同時に、設計兼建設または同様のアプローチを用いることにより費用が増大する可能性があり、そのようなリスクを負担する意思のある請負業者を見つけることは困難な場合もあります。別のアプローチとして、コンセプトの設計を設計者によって実施させる一方、設計兼施工者に対して図面および仕様書の誤りまたは脱落に係る全責任を負わせるという方法もあります。状況に応じて、正しい選択をする必要があります。

東京オフィス 紛争解決・危機管理ニュースレター

このようなハイレベルな懸念とは別に、開発業者は、その契約フォームの文言にも同様に注意を払わなければなりません。多くの場合、文言によって、プロジェクトの管理に関する開発業者のビジョンを完全に表現することはできず、紛争が発生したときに望ましくない筋書きをたどることになります。これは、開発業者がフォーム中の文言を自らの利害に合わせて調整するための検討をすることなくAIAフォームを用いた場合に特に当てはまります。

AIAフォームの下で生じる具体的な問題

例えば、無修正のAIAフォーム契約は、設計者に対して「当初意思決定者」の役割を担わせます。このことは、開発業者が、しばしば重大な状況において、重要な意思決定を下す前に、設計者の意向を確認しなければならないことを実質的に意味しています。例えば、請負業者が開発業者に対して追加費用またはスケジュールの緩和を請求する場合があります。AIAフォーム上の文言では、請負業者が何らかの請求を行う場合、まず設計者が、開発業者または請負業者に対して「不公平」なく、かかる請求の有効性を検討し、決定しなければなりません。開発業者は、設計者が開発業者の利益を優先することを期待する一方、設計者に当初意思決定者の役割を担わせることにより、利益相反が生じる可能性があります。紛争の根拠が設計者自身の設計の欠陥である場合に特に問題となります。設計者に過失がある場合、設計者は、自身の設計契約に基づく追加費用を回避するために、請負業者の請求を受け入れる傾向があります。このように第三者検討が設計者によって自動的にされるため、紛争を正式な紛争解決手続に付託するのに要する時間を増加させ、自らの時間的な約束、スケジュール上の制約、および（潜在的に）独自のバイアスを持つ第三者をクレーム処理に関与させることとなります。これらはすべて、直接追加コストにつながります。また設計者には、通常、上限なしの実費精算式で支払が行われます。つまり、開発業者は、契約上の制限なしに、これらのサービスの費用を負担することになります。

請負業者のスケジュール提出義務

また、AIAフォーム文書には、建設の進捗に応じた工事スケジュール（クリティカルパス工程スケジュール）の詳細な提出要件は、含まれていません。調整しない場合には、AIAフォーム文書では、請負業者に対して単に工事開始時に工事スケジュールの提出が要求されているにすぎず（どこまで詳細に記載すべきか規定されていません。）、当初のスケジュールを更新する要件は含まれていません。詳細なスケジュールがな

ければ、遅延に関してクレームが発生した場合、開発業者は、当該クレームの正当性を真に評価するのに必要な情報を得られないため、当該クレームを拒絶する上で請負業者より不利な立場に置かれます。深刻に不利な立場に置かれることを避けるために、開発業者は、自らの建設契約に、詳細な現況および将来のスケジュールの提出要件が含まれるよう確保しなければなりません。いかなる熟練レベルの請負業者も大抵、作業を追跡するためにスケジュールを記録しているものの、工事スケジュールは、クレームを正当化するために、後に影響を受け、（様々な範囲で）操作されることもしばしばです。請負業者に定期的に詳細なスケジュールを提出させることにより、このような駆け引きが阻止され、ゆくゆくスケジュールに関連する紛争において大いに役立つ可能性があります。要するに、詳細なスケジュールによって、追加コストや遅延が発生する可能性が減少します。

広い解約権

もう一つの落とし穴は、AIAフォームが請負業者に、請負業者が実際に必要とするよりも広い、広範な解除権を与えているということです。これらの不必要な解除権は、請負業者に対して、後に追加費用の請求を行い、交渉する際に追加的な交渉力を与えるものにすぎません。例えば、AIA契約は、プロジェクトの継続期間にかかわらず、または請負業者が実際に停止の影響を受けているかどうかにかかわらず、作業が60日間停止された場合、請負業者が建設契約を解除することを許可しています。このような問題は、開発業者が一定期間までに土地に関する許可を取得できない場合（これは開発業者にとってなかなか制御できない状況です）に発生する可能性があります。これにより、開発業者には好ましくない2つの選択肢が残される可能性があります。おそらくは交渉された契約価格よりもかなり高い割増金額で、最後になって代替の請負業者を確保するか、請負業者が解除権を握っていることが分かっているため、当該請負業者をつなぎとめるために発注変更を行って契約価格を調整するかのいずれかを迫られるのです。どちらの選択も、回収不能な多額の追加コストを生じさせます。

仕様変更への権利の幅広さ

AIAフォームのもう一つの重要な欠点は、請負業者が注文変更をする権利を有する可能性のある状況について網羅的または排他的なリストが含まれていないことです。その代わりに、AIAフォームは、請負業者が注文変更を請求できる状況に制限を設けず、ほぼどのような理由であろうと請負業者がかかる請求を行うことを実質的に可能にしています。このことにより、少なく

東京オフィス 紛争解決・危機管理ニュースレター

とも、建設契約の指示に関連する管理コストと負担が大きくなります。

AIAフォームのその他の弱点として、次の事項が挙げられます。

AIAフォームでは、開発業者は、ほぼ完了した時点で、留保されていた金額の100%を支払うことを要求されます。より望ましいアプローチは、留保されていた金額の一部を最終的な完成まで留保して、請負業者に対して、期限どおりにパンチリスト作業を完了するよう促し、パンチリスト作業が遅れたり不完全であったりした場合に開発業者が保護されるようにする形です。また、留保されていた金額の支払を最終完成時に完了することは、開発業者にとって保証対象工事が確実に完了されるように確保する上でも役立ちます。この方法を利用できるのは、最終的な完成までの期間に限られますが、多くの欠陥は、実質的な完了後間もなくして表面化するため、この方法は依然として有用であるといえます。

AIAフォームでは、開発業者が支払を保留する権利が、設計者の合理的な判断の範囲に制限されています。

AIAフォームは、修正しないままにしておいた場合、開発業者は「請負業者が責任を負うべき損失から所有者を保護するために必要と設計者が判断する範囲」でしか支払を保留することができないと規定しています。開発業者が保留する権利は、開発業者自身の合理的な判断に基づくべきです。また、AIAフォームでは、保留する権利が、契約に従った工事の遂行を請負業者が「繰り返し」失敗した場合などに制限されていますが、その他の契約違反により保留する権利は含まれていません。保留を行う幅広い権利は、開発業者にとって、期限どおりの効率的なパフォーマンスを促すための最も効果的なツールの一つです。

AIAフォームでは、開発業者ではなく所有者に対して、建設工事保険契約における控除免責金額を支払う責任を負わせています。この場合、工作物への損害を防止する上で最適の立場にある当事者である請負業者が、事故または外部の力によって引き起こされた工作物への損害に対して全く金銭的責任を負わないこととなることから、どの開発業者も避けたいと望むはずですが、工作物を保護するために、請負業者の最終的な損益に直接影響が及ぶような動機付けがなければ、開発業者は、建設工事保険契約に基づき、本来より多額の支払をさせられることとなります。

結論

以上リストアップした事項はほんの数項目ですが、それらは、開発業者がAIAフォームあるいはその他の標準契約フォーム契約を自らの今後の建設案件において考慮すべきものです。開発業者は、標準契約フォームを慎重に考慮し、修正しなければ、「最大保証金額」で契約を締結しても、プロジェクトの遅延や予算超過により困難な立場に置かれることがあります。プロジェクト開発においては、最新の建設契約のあらゆる側面に細心の注意を払う必要があります。

キング&スポールディングの土木建設紛争プラクティスについて

King & Spaldingの土木建設紛争プラクティスは、非常に困難な、ハイステークの裁判案件におけるその能力で国内及び海外でも認識されています。メンバーは、エネルギー関連プロジェクトを専門とし、パイプライン、ガスプラント、発電所、製油所、オフショア・プラットフォーム、風力発電所、LNG施設及びその他の石油・ガスのインフラ・プロジェクトに関する訴訟において世界の大手企業のいくつかを代理しています。

当所の専門チームは、建設土木業界に深い経験を持ち、当所の多くの弁護士は、弁護士資格以外にエンジニア又は建築士としての資格も有しています。当所の世界ネットワーク・オフィスには、50名を超える建設専門弁護士がおり、King & Spaldingを、世界で最も大規模な建築・土木担当弁護士を擁する事務所の1つにしています。

依頼者の事業目標にとって最大利益となるようなソリューションを達成するために依頼者を支援しています。国際的な訴訟、仲裁及び調停にて、また紛争解決機関において、世界のいくつかの大手企業による、1千万ドルから100億ドルを超えるような範囲の、社運を賭けた紛争を委任されています。

King & Spaldingの弁護士はさらに、依頼者がプロジェクトを実行する間に、問題が生じたときにそれを管理し、依頼者の利益が完全に保護されること、及び依頼者が問題を円満に解決するのを可能とする最善の立場にいることを確保するために、「プロジェクト弁護士」としての業務も行います。この業務にはしばしば、合意された戦略に沿って利益が完全に保護されることを確保するために、請求の評価及び査定において依頼者を支援し、(例えば、工程表分析及び定量分析などにおいて) 外部専門家を推薦し管理し、そのやりとりを検討することが含まれます。

リソース&リンク

下記のリンクから、King & Spalding による紛争解決および危機管理の発表内容にアクセスできます。

法務アップデート

日本における仮想通貨：自主規制の取り組み- 米国またはその他の国は同様の措置を講じるか？

建設：動画配信：Adrian Cole が、建設紛争における損害額の算定方式及び基準について語る

金融規制機関が次に注力する項目：SECが仮想通貨交換業者は登録しなければならない

刑事事件における企業の監視：米国司法省の新ガイダンス

米議会と仮想通貨：際どい問題となっている

会社の生贓：法人による有罪答弁が自然人に対する刑事手続において証拠能力を有するのか

海外直接投資における贈収賄問題：海外投資を勧誘する際の FCPA 上のリスク

ブランド・メモの理論の継続：法執行機関が手引書の拘束力を否定する姿勢を表明

社内調査のまとめ：英米法の社内調査・経済犯罪についてのニュース

仲裁における文書開示：第三者による開示の強要に関する権利の制限について

当事務所ニュース

市場認知度：Best Lawyers により、当事務所が優良法律事務所として再選出

市場評価：Chambers 2019 において、当事務所が複数のランキングにおいて選出

仲裁勝利：対スペイン ECT 仲裁において勝利

執行成功：当事務所のパートナー、連邦裁判所による凍結措置により 500 百万米ドルもの仲裁判断を執行

専門家認定：Jeff Telep、国際貿易委員会審判弁護士協会会長に就任

プロボノ：当事務所のロンドンオフィスが JUSTICE（公益機関）の刑事控訴制度案内書を更新

採用：捜査を専門とする Robert Dedman がロンドンオフィスにパートナーとして就任

採用：FINRA より、規制を専門とする 4 名のパートナーが当事務所に就任

東京オフィス 紛争解決・危機管理ニュースレター

グローバル担当者（経歴へのリンク付き）

東京紛争担当チーム



クリス・ベイリー
英国及び日本*
東京オフィス国際紛争 主任



オリバー・マッケンティ
英国法廷弁護士
日本語



フローラ・ジョーンズ
ロンドン
イタリア語及びスペイン語



ジョン・マクレナハン
オーストラリア及び日本*
東京マネージングパートナー

アジア紛争担当チーム



ジョン・サベージ QC
英国及びフランス
勅選法廷弁護士



ウェイド・コリエル
(パートナー)
テキサス
エネルギー



エロディー・デュラック
(パートナー)
フランス及びカンボジア*
投資協定



エマソン・ホームズ
(パートナー)
英国法廷弁護士
建設



サイモン・ダンバー
(パートナー)
ニューヨーク及び英国
商業



マヌエル・パウティサ
ニューヨーク及びフィリピン
商業



ドニー・ロウ
ニューヨーク及びオーストラリア
反トラスト及び捜査



ジア・リン・ホー
英国及びシンガポール
マンダリン



アダム・グレゴリー
オーストラリア
建設



ハンナ・アズキャ
インドネシア
インドネシア語



デイビッド・パーク
オーストラリア
韓国語



シャオマオ・ミン
中国
マンダリン

建設紛争担当 パートナー



レジー・スミス
ヒューストン



ジョン・サベージ QC
ロンドン



ジェームス・キャストロ
パリ



エイドリアン・コール
中東



エド・キーホー
ニューヨーク



マイク・ステングライン
オースティン



ジャン・シェーファー
フランクフルト



デイビッド・キーホー
ニューヨーク