

# Tokyo Dispute Resolution and Crisis Management Newsletter

September 2017

Edition No. 18

In this September 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](mailto:cbailey@kslaw.com)



**Oliver McEntee**  
Associate, Tokyo

+81 (0)3 4510 5620  
[omcentee@kslaw.com](mailto: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**

## Construction Disputes Update:

### *Risk Allocation and the Availability of Non-Contractual Claims*

#### *Introduction*

The fact pattern is all too common in complex commercial construction cases. Following extensive negotiations, an owner and a contractor execute an integrated contract addressing the parties' various rights and obligations and attach a schedule identifying a date of completion. No sooner than the ink dries do the construction problems become apparent—labor and materials shortages, deficient construction, necessary rework. It is soon obvious that the contractor will not meet the schedule, and the owner suspects it never could. The project limps along toward completion with the parties eyeing litigation.

Eventually, the owner sues the contractor for breach of contract, fraudulent inducement, and negligence. Discovery confirms the owner's hunch that at the time the parties executed the contract, the schedule date was at best aspirational and at worst utterly impossible, and the contractor knew it. But the contractor-turned-defendant is not worried about the owner's claims—the contract contains favorable limitations on liability, a liquidated-damages clause, and a merger clause, and the economic loss rule will protect him from the owner's tort claims. Or will it?

#### *Non-Contractual Claims and the Economic Loss Rule*

In the United States, the economic loss rule is generally described as a judicially created doctrine prohibiting tort actions if the only damages suffered are economic losses. In practice, courts have generally applied the rule in three circumstances:

- (1) when the loss claimed in tort is the subject matter of a contract between the parties;
- (2) when the plaintiff asserts products liability claims and the defect harmed the product only and not people or other property; and
- (3) when the parties did not have a contract and the claim does not seek recovery for damages to a person or property.

The exact contours of the rule can be difficult to articulate, and courts and commentators are candid regarding the confusion present in the doctrine. It seems the only thing that can be said with certainty about the economic loss rule is that its scope and application are uncertain.

Even stating the rule is a challenge, as some jurisdictions have only recently adopted the rule and others restrict the rule to particular claims or industries, have renamed the doctrine in certain contexts, have carved exceptions to the doctrine, or have contracted previous expansion of the rule. And the confusion is hardly static, with countless court opinions attempting to clarify and refine the doctrine.

A comprehensive review of the theoretical and historical underpinnings of the rule is beyond the scope of these remarks, but primary and secondary authority is replete with judges and scholars attempting to explain the rule. Generally, at the core of applying the rule in contract cases lies the courts' attempt to maintain a line between tort law and contract law and to ensure that neither party receives a better bargain than originally made.

The rationale for the rule is that parties to a contract can and should allocate the risks of nonperformance (and any attendant negligence) by negotiating the terms of the contract. The rule also recognizes that the Uniform Commercial Code and contract law are designed to remedy disappointed expectations under contracts, and that the doctrine provides a limitation on liability, which improves certainty and predictability for the up-front risk allocation and for insurance purposes.

When the economic loss rule is applied to a contract dispute, the difference in ultimate relief can be significant. If the rule bars tort claims, the parties are limited to the remedies in the contract, which often contains limitations on liability, exculpatory clauses, or a liability cap, or all three. In contrast, a tort claim would yield the full extent of the plaintiff's damages and significantly increase the defendant's (and his insurer's) exposure.

### *Complex Doctrine Meets Complex Construction*

The economic loss rule is particularly relevant in the construction setting, where the parties rely on sophisticated contracts between many parties to allocate costs for changed specifications or conditions during the project.

In these cases, the rule arises frequently when a plaintiff asserts a negligence claim for construction defects against a contractor with whom he had a contract or when the defendant seeks to bar a stranger to a contract from claiming losses that did not result from injuries to person or separate property.

In those cases, the rule generally bars the plaintiff from asserting tort claims unless the contractor's negligence led to personal injury or damaged property (beyond the property being constructed). And some courts, based in part on public policy, have rejected the rule's application in particular circumstances, such as the construction of residential homes.

The rule is also likely to be invoked when a party asserts a claim for fraudulent inducement of a construction contract. While many courts have determined that a claim for fraudulent inducement survives application of the economic loss rule, courts nevertheless struggle to define when a precontract misrepresentation is sufficiently distinct from the contract to sanction a separate and independent tort claim. For example, some courts have looked at the timing of the representation, allowing the fraudulent inducement claim so long as the representations were made prior to contracting, while others have looked to the substantive terms of the contract, barring the fraudulent inducement claim if the representation was intertwined with the contract.

Even without the added complication of the economic loss rule, fraudulent inducement claims can be tricky. Courts in New York, as well as some other jurisdictions, struggle with determining when a statement of present intent to do a future act (for example, a contractor's representation that he will meet a schedule date when he knew he could not) is sufficient to state a claim for fraudulent inducement, and other courts have considered when a merger clause or express disclaimer is sufficient to preclude reasonable reliance on such statements.

A similar challenge can be seen in claims for negligent misrepresentation.

### *Recent Lessons in Texas: Whole Foods*

In only one of countless examples, last month the Court of Appeals of Texas affirmed application of the economic loss rule to bar a subcontractor from recovering on a common-law fraud claim against an owner.

In *Levco Construction, Inc. v. Whole Foods Market Rocky Mountain/Southwest L.P.*, No. 01-15-00620-CV, 2017 WL 3429939 (Tex. App.—Houston [1st Dist.] Aug. 10, 2017, no pet. h.), the court considered claims asserted among Whole Foods, its general contractor, and a subcontractor arising out of the

delayed construction of a new Whole Foods store in Houston, Texas.

Among the claims, the subcontractor asserted a claim totaling \$2.2 million against Whole Foods for fraud based on Whole Foods' alleged failure to provide proper construction documents during the bidding process while requiring the subcontractor to perform work without proper permits and with defective designs and plans. *Id.* at 7. The subcontractor alleged that Whole Foods' demand that subcontractor personnel be on site while construction plans were changing prevented the subcontractor from staffing other projects and eventually put the subcontractor out of business. *Id.*

Following a bench trial, the trial court concluded that the subcontractor established all elements of common-law fraud against Whole Foods with regard to the accuracy and sufficiency of the plans and specifications provided during the bid process but limited damages to the amount due under the subcontract agreement with the contractor and awarded the damages directly to the subcontractor's surety. *Id.* at 11–12.

On appeal, the Texas Court of Appeals affirmed, holding that the construction contract between Whole Foods and the contractor and subcontractor agreement between the contractor and the subcontractor barred the subcontractor from recovering from Whole Foods on its fraud claim. *Id.* at 12.

The court first observed that the economic loss rule “precludes recovery in tort for economic losses resulting from a party's failure to perform under a contract when the harm consists only of the economic loss of a contractual expectancy.” *Id.* (quoting *Chapman Custom Homes v. Dallas Plumbing*, 445 S.W.3d 716, 718–19 (Tex. 2014) (per curiam)).

Examining the “source of the defendant's duty and the nature of the claimed injury,” the court concluded that Whole Foods' duty to provide construction documents flowed exclusively from its contract with its contractor—which disclaimed all implied or express warranties regarding contract documents; expressly stated that any deficiency in documentation would not create a cause of action against Whole Foods for breach of warranty, misrepresentation, or fraud; and provided a mechanism for extra time or compensation as a result of errors in the documents upon timely written notice. *Id.* at 13. The

subcontract also stated that the subcontractor would not be entitled to damages or additional costs “as the result of any act or failure to act” by Whole Foods unless Whole Foods was first liable to and paid damages to the contractor. *Id.*

The court held that the subcontractor's claims were essentially a complaint that Whole Foods violated its contractual obligations and that Whole Foods actions could not be evaluated separate from the parties' agreements. *Id.* Because the “subject matter of the dispute”—the accuracy of documents and the remedy for expenses or delays caused by deficiencies in the documents—was addressed in the parties contracts and the nature of the injury—damages incurred in performing obligations under the subcontractor agreement—flowed from the contractual relationships among the parties, the economic loss rule applied to bar the subcontractor's fraud claims against Whole Foods. *Id.*

The court accordingly affirmed the trial court's damages, which were limited to the amount shown at trial to be owed under the subcontractor agreement out of the retainage that Whole Foods owed its contractor. *Id.* at 14.

### *The Takeaway: Consider the Economic Loss Rule at All Stages of a Project*

*Levco* demonstrates the significant effect the economic loss rule can have on claims in litigation, but it also demonstrates that the doctrine is relevant not only to litigation practitioners but to drafters and negotiators as well.

First, parties and attorneys negotiating complex construction projects should be vigilant with respect to oral and written representations during negotiations and should not rely blindly on a merger clause to wash away the sins of aggressive negotiations.

Second, the importance of a choice-of-law clause should not be overlooked. While parties should select the law of the state with a reasonable relationship to the contract, or the law of a state authorized by statute, such as *New York General Obligations Law §5-1401*, it is important to know which of the available jurisdictions is most favorable to the client's position.

Third, while drafting the contract, parties should ensure that the allocation of risk in the contract reflects the possibility that the economic loss rule will not bar subsequent tort claims and that the contract includes the core representations and warranties upon which the

parties relied or expressly disclaims any such representations or warranties.

Finally, in litigation, parties seeking extracontractual damages should tailor their pleadings with an eye toward a likely economic loss rule challenge and be prepared to meet the stricter particularity standards demanded of fraud claims. A prefiling analysis of the quirks of the economic loss rule and fraudulent inducement jurisprudence in the jurisdiction in which the plaintiff plans to file is advisable. And, as the deluge of state supreme court cases in the past five years shows, the doctrine can change quickly and significantly. Therefore, after filing, ongoing monitoring of the doctrine in the applicable jurisdiction is prudent.

If nothing else, parties in litigation should anticipate that application of the economic loss doctrine to their particular dispute is unlikely an easy or predictable exercise.

*This article is adopted from an article published in the New York Law Journal.*

#### **About the Authors**

Mike Stenglein (partner) and Samantha Ade (senior associate) are members of King & Spalding's Engineering and Construction Disputes Practice in the Austin office.

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

**Construction:** Thinking Beyond the Dispute Resolution Provision in Construction Disputes

**Hurricane Harvey:** The Impact of Force Majeure on the Oil and Gas Supply Chain

**Construction:** Discovery Management For Construction (Or Other) Projects

**Hurricane Harvey:** Don't Get Short Changed on Your Insurance Recovery for Property Damage and Business Interruption Losses

**Construction:** Building a Favorable Project Record During Construction Disputes

**European Data Protection:** UK House Of Lords Issues Report On Post-Brexit EU Data Transfers

**UK Litigation:** The UK Shorter Trials Scheme Intended to Trim Time and Costs: Tried & Tested

**Sanctions:** Anticipated Changes To Russian Sanctions

**Trial Tips:** The Preparation and Effective Delivery of a Closing Argument

**Sanctions:** Trump Administration Expands Iran Sanctions

### King & Spalding News

**Firm Recognition:** Best Lawyers in America Recognizes Over 100 King & Spalding Lawyers in 2018 Rankings

**Lawyer Recognition:** John Bowman Honored With Institute for Energy Law's Lifetime Achievement in Energy Litigation Award

**Lawyer Recognition:** Christopher Wray Sworn in As New FBI Director

**Firm Recognition:** Benchmark Litigation recognized Tracie Renfroe as one of the top women in U.S. litigation

**Case News:** King & Spalding Secures \$320 Million ICSID Arbitration Victory in Argentine Nationalization Dispute

**Case News:** King & Spalding Scores Ground Breaking Arbitration Win on Behalf of Radio Music License Committee

**Office Launch:** Former U.S. Attorney Zachary Fardon Joins King & Spalding to Launch the Firm's Chicago Office

**Partner Additions:** Four Additional Litigators Join King & Spalding's New York Office

### The Tokyo Disputes Team



**Chris Bailey – Partner**  
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



**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



**Donny Low**  
New York & Australia  
Anti-trust & Investigations



**Hanna Azkiya**  
Indonesia  
Bahasa Indonesia



**William Panlilio**  
New York  
Filipino



**David Park**  
Australia  
Korean



**Jia Lin Hoe**  
England & Singapore  
Mandarin



**Kevin Lim**  
Singapore  
Mandarin



**Xiaomao Min**  
China  
Mandarin



**Alex Lo**  
New York  
Mandarin

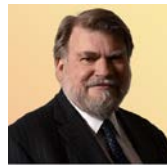
### Global Disputes Leaders



**Reggie Smith**  
Houston



**John Savage QC**  
London



**James Castello**  
Paris



**Adrian Cole**  
Middle East



**Ed Kehoe**  
New York



**Mike Stenglein**  
Austin



**Jan Schaefer**  
Frankfurt



**Ilya Rachkov**  
Moscow

\* Registered Foreign Lawyer

本9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  
[cb Bailey@kslaw.com](mailto:cb Bailey@kslaw.com)



Oliver McEntee  
アソシエイト  
東京オフィス

+81 (0)3 4510 5620  
[omcentee@kslaw.com](mailto:omcentee@kslaw.com)

キング&スパーディングは、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

**建設紛争に関する最新情報:**

**リスク分担及び契約に基づかない  
請求申立の可能性**

**はじめに**

複雑な商業不動産の建設案件では、いつも事実パターンはあまりに共通している。施主と建設業者は、膨大な交渉の後に両者のあらゆる権利義務を定めた総合契約を締結し、竣工日を特定した工程表を添付する。インクが乾くやいなや、建設上の問題が明らかになる。労働力と資材の不足、不完全な建設工事、必要な再工事である。ほどなく、建設業者が工期を守れないことが明らかとなり、施主はいつまでもたっても終わらないのではと疑う。プロジェクトは竣工に向けてもたつき、両者は訴訟を視野に入れる。

結局、契約違反、詐欺的勧誘、過失に基づき施主は建設業者を訴える。証拠開示により、施主の予感どおり両者が契約を締結した時点で予定期日は良くてせいぜい願望であり、最悪はまったく不可能であったこと、そして建設業者はそれを知っていたことが確認される。しかし、被告となった建設業者は、施主の請求申立については気にしない。契約には有利な責任限定条項、確定損害条項及び完結条項(完全合意条項)が含まれており、経済的損失ルールが施主の不法行為請求から建設業者を守ってくれる。果たして、そうだろうか?

**契約に基づかない請求申立及び経済的損失ルール**

米国では、経済的損失ルールは一般に、被った損害が経済的損失のみである場合には不法行為訴訟を禁止するという、裁判によって作られた法理であると説明される。実際、裁判所が本ルールを一般に適用してきたのは以下の3つの状況においてである。

- (1) 不法行為に基づき請求された損失が、当事者間の契約の主題である場合、
- (2) 原告が製造物責任請求を主張し、瑕疵が人やその他の財産ではなく当該製造物のみに損害を与えた場合、及び
- (3) 当事者間に契約がなく、請求申立が人又は財産への損害の賠償を求めない場合。

本ルールの正確な形状を明快に説明するのは困難であり、裁判所や解説者も、本法理に存在する混乱については率直に認めている。経済的損失ルールについて確信をもって言えるのは、その範囲と適用が不確かであるということだけのようである。

それに加え、本ルールの趣旨も定義しづらいと考えられるものである。いくつかの裁判管轄では、本ルールを採択したのはごく最近であり、別の裁判管轄では、本ルールの適用を特定の請求又は産業に制限しており、一定の背景においては本法理の名称を変え、本法理に対し例外を付し、又は本ルールのそれまでの拡大を縮小しているとおりである。そして、混乱はほとんど留まるところを知らず、裁判所の数えきれない意見は本法理を明らかにし、洗練しようと試みる。

本ルールの理論的及び歴史的根拠の包括的な検討は、本稿の範囲外であるが、判例法および学説においては、本ルールを説明しようと試みる裁判官や研究者が存分に存在する。一般に、本ルールを契約案件に適用することの真の意味は、不法行為法と契約法との間の一線を維持し、いずれの当事者も当初締結された取引よりも得をしないことを徹底しようという裁判所の努力である。

本ルールの論理的根拠は、契約の両当事者が、契約の条件を交渉することにより、契約不履行（及び付随する過失）のリスクを分担することができ、分担すべきであるという点である。本ルールはまた、統一商事法典及び契約法は、契約に基づく裏切られた期待を救済するように策定されていること、及び本法理が責任の限定を定めていることを認識しており、これにより直接的なリスク分担及び保険の目的での確実性及び予測可能性が改善される。

契約紛争に対し経済的損失ルールが適用された場合、最終的な救済における差異は重大である。本ルールが不法行為請求を禁止するならば、当事者らには契約に定める救済しか適用されないが、これにはしばしば責任の限定、免責条項若しくは責任限度、又はこの3つすべてを含む場合がある。これに対し、不法行為請求では、原告が最大限度の損害賠償を手に入れる場合があり、被告の（そしてその保険会社の）リスクを大幅に増加させる。

### 複雑な原則と複雑な建設の出会い

経済的損失ルールは、建設にまつわる背景では特に関係が深い。建設環境では、当事者らは、プロジェクト期間中の仕様や条件の変更のための費用を分担するために、多数の当事者間の複雑な契約に依存する。

これらの事案では、原告が、契約した相手である建設業者に対し建設瑕疵により過失請求を主張する場合や、人もしくは別の財産への被害により生じたも

のでない損失を、契約の部外者が請求するのを被告が禁止することを求める場合には、本ルールがしばしば登場する。

かかる事案では、本ルールは一般に、建設業者の過失が、人身傷害又は（当該建設物以外の）財産損害へとつながった場合を除いて、原告が不法行為請求を主張することを禁じる。また、裁判所によっては、一部は公序に基づき、住宅建設の場合のように特定の状況における本ルールの適用を否認したところもある。

当事者が建設契約の詐欺的な勧誘に対する請求を主張する場合にも、本ルールが発動される場合がある。多くの裁判所は、詐欺的勧誘に対する請求は経済的損失ルールの適用範囲から除外されていると判断している一方、判例では契約前の不実表明と契約そのものとの関連性が十分でないことを理由に、別個独立した不法行為に基づく請求の可能性を容認すべきか否かについての基準は依然として曖昧である。例えば、一部の裁判所は、表明の時期に注目して、その表明が契約前になされたものである限り詐欺的勧誘に基づく請求を認めており、一方で、他の裁判所は、契約の実質的な条件に注目して、その表明と契約がしっかり連動している場合には、詐欺的勧誘に基づく請求を禁じている。

経済的損失ルールの複雑性を加えなくても、詐欺的勧誘に基づく請求は扱いにくいものとなり得る。ニューヨーク州及び他のいくつかの裁判管轄の裁判所は、将来的行為を約束する現在の意思表示（例えば、建設業者が、予定を守れないことを知りながら守ると言う場合の建設業者の表明）が、詐欺的勧誘に基づく請求を提起するに十分である場合を定めることに苦心してきて、また他の裁判所は、かかる表示への合理的な信頼・依拠を、完結条項や明示的免責条項が阻む場合を考察している。

過失による不実表示に対する請求においても、同様の難題が見受けられる。

### テキサス州における最近の教訓：Whole Foods

数えきれない事例のほんの一例であるが、先月、テキサス州控訴裁判所は、詐欺事案において不法行為に基づく施主に対する下請業者の損害賠償求を排斥し、経済的損失ルールの適用を支持した。

*Levco Construction, Inc. 対 Whole Foods Market Rocky Mountain/Southwest L.P.*, No. 01-15-00620-CV, 2017 WL 3429939 (Tex. App.—Houston [1st Dist.] 2017年8月10



日、no pet. h.)の事件において、裁判所は、テキサス州ヒューストンにおける Whole Foods の新店舗の建設遅延により生じた、Whole Foods、そのゼネコン及び下請業者の間で主張された請求を審査した。

請求のうち、下請業者は、Whole Foods が入札過程において適正な建設文書を提供しないまま、適正な許可も得ず、瑕疵のある設計及び図面に基づき下請業者に施工を要求したとの主張に基づき、Whole Foods に対し詐欺に基づくとして総額 220 万ドルの請求を主張した。同上、7 頁。下請業者は、建設図面が変更されている間に Whole Foods が下請業者の人材を現場に配置しておくよう要求したことにより、下請業者は他のプロジェクトに人材配置をすることができず、結果として下請業者を失業させたと主張した。同上。

裁判官審理に続き、予審法廷は、入札過程において提供された図面及び仕様の正確性及び充分性に関して、Whole Foods に対する不法行為に基づく詐欺のすべての要素を下請業者は証明したと結論付けたが、損害額を、建設業者との下請契約に基づき支払われるべき金額に限定し、下請業者の保証人に対する直接の損害賠償を裁定した。同上、11-12 頁。

控訴審において、テキサス州控訴裁判所は、Whole Foods と建設業者の間の建設契約、及び建設業者と下請業者の間の下請契約は、下請業者が詐欺請求に基づき Whole Foods から損害回収することを禁じているとして、予審決定を支持した。同上、12 頁。

裁判所は最初、経済的損失ルールが、「被害が契約上の期待された経済的損失のみである場合に、一方当事者による契約不履行の結果としての経済的損失を、不法行為に基づき回収することはできない」とした。同上。(Chapman Custom Homes v. Dallas Plumbing, 445 S.W.3d 716, 718-19 (Tex. 2014)を引用) (裁判所意見)

裁判所は、「被告の義務の出所と請求された損害の性質」を検査した結果、建設文書を提供する Whole Foods の義務は、その建設業者との契約からのみ生じたものであり、その契約は、建設文書に関する一切の黙示又は明示の保証を否認し、ドキュメンテーションのいかなる欠陥も、保証、表明の違反又は詐欺による、Whole Foods に対する訴訟原因とはならないことを明示的に述べており、文書のエラーの結果生じた超過時間や追加報酬に関しては、適時の書面通知に基づくメカニズムを定めていた。同上、13 頁。下請契約はさらに、下請業者は、Whole Foods がまず建設業者に対し責任を負い損害賠償を支払わない限り、Whole Foods

による「作為又は不作為の結果として」損害賠償や追加費用を受領する権利はないと述べていた。

裁判所は、下請業者の請求が基本的には Whole Foods がその契約義務に違反したこと、及び Whole Foods の行為が当事者らの合意とは区別して評価できないものであるとの主張であると判断した。同上。「紛争の主題」、すなわち文書の正確性及び文書の欠陥により生じた費用又は遅延の救済が、当事者らの契約において取り扱われており、被害の性質、すなわち下請契約に基づく義務の履行において生じた損害は、当事者らの間の契約関係から生じたものであるため、下請業者による Whole Foods に対する詐欺請求を阻むために経済的損失ルールが適用された。同上。

したがって、裁判所は、予審法廷の損害額を支持し、Whole Foods がその建設業者に対して負う留保金から、下請契約に基づき負うものとして予審法的で示された金額に限定した。同上、14 頁。

#### 学んだ教訓：プロジェクトのすべての段階で経済的損失ルールを考慮せよ

Levco 事件は、訴訟において経済的損失ルールが請求に対して持ちうる重大な影響を証明したが、本法理は、訴訟弁護士のみならず、契約起案者及び交渉者にとっても意味深いことも証明した。

第一に、複雑な建設プロジェクトの交渉を行う当事者ら及び弁護士は、交渉の間の口頭及び書面による表明にも常に注意を払うべきであり、積極果敢な交渉で犯した罪を洗い流すために、完結条項に盲目的に依存すべきではない。

第二に、法の選択条項の重要性を看過してはならない。当事者らは、契約と合理的な関係のある州の法律、又は、ニューヨーク州一般債務法 (New York General Obligations Law §5-1401) のような制定法により承認される法律を選択すべきであるが、可能な裁判管轄のうち、依頼者の立場から、いずれの管轄が最も有利であるかを知ることが重要である。

第三に、契約作成の間に、当事者らは、契約におけるリスク分担が、経済的損失ルールがその後の不法行為請求を禁止しない可能性を反映すること、及び契約においては当事者らが依存した主要な表明及び保証が含まれる、又はかかる表明若しくは保証を明示的に否認することを確認すべきである。

最後に、訴訟においては、契約外の損害賠償を求める当事者らは、経済的損失ルールの難題の可能性を視野に入れてその訴答文書を仕立てるべきであり、

詐欺請求において要求される、より厳しい詳細基準を満たす用意がなければならない。原告が提訴しようとする裁判管轄における、経済的損失ルール及び詐欺的勧誘に関する法律学的な同行を提訴前に分析しておくことが望ましい。また、過去5年間における州最高裁判所の膨大な事案が示すように、本法理は迅速かつ大幅に変化する場合がある。したがって、提訴後も、該当する裁判管轄における本法理を継続的に監視するのが賢明である。

少なくとも、訴訟の当事者らは、経済的損失原則がその具体的な紛争に適用された場合には、簡単な、又は予測可能な課題ではあり得ないと考えておくべきである。

この記事は、*New York Law Journal* に掲載された記事から採用した。

#### 著者について

Mike Stenglein (パートナー) 及び Samantha Ade (シニアアソシエート) は King & Spalding のオースティン事務所の土木建設紛争プラクティスのメンバーです。

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。

## リソース及びリンク

以下のリンクから、King & Spalding による紛争解決及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

**建設**：建設紛争における紛争解決規定を超えた考え方

**ハリケーン・ハービー**：不可抗力による事象が石油・ガスのサプライチェーンに及ぼす影響

**建設**：建設（またはその他）プロジェクトのためのディスカバリーマネジメント

**ハリケーン・ハービー**：物的損害と事業の中断による損失に対する保険を誤魔化されないために

**建設**：建設紛争において有利なプロジェクト記録文書の作成

**EU データ保護**：英国貴族院が EU 離脱後の EU データ転送に関する報告を発表

**英国訴訟**：時間とコスト削減のための英国の短期裁判制度：試行錯誤

**制裁**：ロシアの制裁措置に関する変更

**裁判のヒント**：最終弁論の準備と効果的な実施について

**制裁**：トランプ政権が対イラン制裁を拡大

### 当事務所ニュース

**事務所評価**：Best Lawyers America が、キング&スポールディングの弁護士 100 名以上を 2018 年度のランキングに選出

**弁護士評価**：ジョン・ボウマン (John Bowman) が、Institute for Energy Law のエネルギー訴訟賞の特別功労賞を受賞

**弁護士評価**：クリストファー・レイ (Christopher Wray) が、新 FBI 長官に就任

**事務所評価**：Benchmark Litigation により、トレイシー・レンフロア (Tracie Renfro) が米国訴訟のトップ女性弁護士に選出

**案件ニュース**：キング&スポールディングが、アルゼンチン国有化紛争で 320 百万米ドル ICSID (投資紛争解決国際センター) 仲裁勝利

**案件ニュース**：キング&スポールディングが Radio Music License Committee の代理人として勝訴

**オフィス設立**：元米国弁護士のザッカリー・ファードン (Zachary Fardon) が、キング&スポールディングのシカゴオフィス立ち上げ

**パートナー参画**：キング&スポールディングのニューヨークオフィスに、4 名の訴訟担当弁護士が参画

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・マッケンティアー  
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



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



ドニー・ロウ  
ニューヨーク及びオーストラリア  
反トラスト及び調査



ハンナ・アズキヤ  
インドネシア  
インドネシア語



ウィリアム・パンリリオ  
ニューヨーク  
フィリピン語



デイビッド・パーク  
オーストラリア  
韓国語



ジア・リン・ホー  
英国及びシンガポール  
マンダリン



ケヴィン・リム  
シンガポール  
マンダリン



シャオマオ・ミン  
中国  
マンダリン



アレックス・ロー  
ニューヨーク  
マンダリン

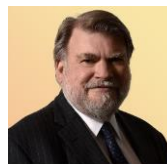
グローバル紛争担当 リーダー



レジー・スミス  
ヒューストン



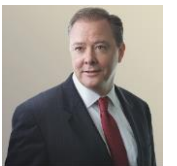
ジョン・サバージ QC  
ロンドン



ジェイムス・カステロ  
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



イリア・ラチコフ  
モスクワ

\* 外国法事務弁護士