

Title	ドイツにおける建築家の証明責任：ドイツ民法六三五条における「客観的義務違反」と「過失」の証明問題を中心として
Sub Title	Die Beweislast des Architekten in Deutschland : unter besonderer Berücksichtigung der objektiven Pflichtverletzung und Verschulden im § 635 BGB
Author	日向野, 弘毅(Higano, Koki)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1992
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.65, No.7 (1992. 7) ,p.55- 74
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	研究ノート
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19920728-0055

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

ドイツにおける建築家の証明責任

——ドイツ民法六三五条における「客観的義務違反」と
「過失」の証明問題を中心として——

日向野弘毅

一 序

二 客観的義務違反

(一) 裁判例

(二) 学説

三 過失

(一) 裁判例

(二) 学説

四 結語

一 序

建築主の建築家に対する損害賠償請求訴訟において、その勝

敗を決するのは、請求権を根拠づける要件事実の証明責任の所在であるといっても過言ではない。

ドイツにおいて、建築家の設計あるいは建築指揮のミスにより建築物に瑕疵が生じ、それにより建築主が損害を被った場合、建築主が建築家の契約責任を追及する際には、BGB六三五条⁽¹⁾に基づく損害賠償請求権（瑕疵担保請求権）を行使するのが一般である（ドイツの判例・学説において建築家契約は原則としてすべて請負契約と解されている）。その場合、建築家の客観的義務違反、建築物の瑕疵、その瑕疵から生じた損害、それらの間の因果関係及び建築家の過失が、証明すべき要件事実として考えられる。そこで、本稿では、このうち、重要な意義を有

する「客観的義務違反」と「過失」につき、ドイツの裁判例及び学説が、その証明責任の所在をどのように解しているかをみていくことにする。

二 客観的義務違反

そもそも、義務違反の態様を「主観的義務違反」と「客観的義務違反」とに区別する考え方は、連邦通常裁判所(BGH)⁽³⁾がRaape⁽⁴⁾の学説に従って採用したものである。

連邦通常裁判所は、客観的義務違反の証明責任を注文者に課している。しかし、Raapeは、主観的義務違反と客観的義務違反との区別を、BGB六三五条に基づく損害賠償請求権についてはなく、積極的債権侵害に基づく損害賠償請求権について行っており、連邦通常裁判所Raapeの見解をBGB六三五条に基づく損害賠償請求権にも拡張して適用したものと考えられる。

Raapeは、請負契約の積極的債権侵害に関するライヒ裁判所の裁判例を列挙した後、注文者は請負人の行態(Verhalten)の客観的義務違反以上に何も証明する必要はないとし、請負人が必要な注意を尽くしたこと、つまり、請負人の行態に主観的義務違反がなかったことを証明するのは請負人の責務であるとす。

Stoll⁽⁷⁾は、このようなRaapeの見解に対して、「客観的義務違反」と「主観的義務違反」は時折、相互に密接に絡み合っ

ていることもあるとし、両者の区別は必ずしも明確になしえないことを示唆する。

以上、簡単に、客観的義務違反について述べたが、このようなことを念頭においたうえで、建築家の客観的義務違反に関する若干の裁判例をみてみることにする。

(一) 裁判例

本節では、建築家の客観的義務違反について判示した諸裁判例を年代順に概観する。

1 連邦通常裁判所一九五八年一〇月二三日判決(BGHZ 28, 251)

本件の事案は次のようなものである。すなわち、西風のために、クリンカー壁(硬質煉瓦の壁)が湿り気を帯びたが、その原因は明確には解明されなかった。連邦通常裁判所は、建築家の労務の結果、すなわち完成した建築物には瑕疵が存在する。それゆえに、建築家の給付には客観的に瑕疵がある。建築家は、客観的義務違反につき過失がないことを証明して自己を免責しなければならぬ、と判示した。

2 デュッセルドルフ高等裁判所一九六三年二月八日判決(O LG Düsseldorf, Schäfer/Finnern, Rechtsprechung zum privaten Baurecht, Z3. 01, Blatt 218)

本件の事案は次のようなものであった。すなわち、防水が不十分のために、雨水がバルコニーに入り込み、それにより、バ

ルコニーに隣接している部屋がずぶ濡れになった。ブリキ職人が、バルコニーに隣接する建築物に沿って防水工事を十分に丁寧には行わず、また、規則どおりに行わなかったのが、その原因であった。デュッセルドルフ高裁は、次のように判示した。建築家は自己を免責しなければならない。客観的義務違反及び建築家に課せられている現場監督義務の違反についての証明は、通常、建築物の瑕疵により、すでになされている。つまり、建築家の給付は、建築職人の給付のうちに具現される限りで、同時にまた、建築家の給付の瑕疵である、と。

3 連邦通常裁判所一九六七年一〇月二二日判決 (BGHZ 48, 310)

本件の事案は次のようなものであった。すなわち、平屋根の設計が建築の時点では、承認された技術水準に一致していたが、鉄筋コンクリート板の推力の作用により、平屋根にひび割れとひどい湿り気が生じた。連邦通常裁は、建築家の客観的義務違反を認め、損害原因は建築家の危険領域にあったので、建築家は客観的義務違反につき過失がないことを証明しなければならぬ、と判示した。

4 連邦通常裁判所一九七〇年一〇月二三日判決 (BGH BauR 1971, 58)

本件の事案は次のようなものであった。すなわち、高層建築物に十分な断熱が欠如しており、組積構造物の漆喰などにひび割れが生じた。設計は、設計図書の完成時には、承認された技

術水準に一致していた。建築家契約では、建築家の給付が、承認された技術水準に一致しない場合にのみ建築家は責任を負うと定められていた。連邦通常裁は、従来用いられてきた「客観的義務違反」という表現は誤解を招きやすく、むしろ問題なのは、設計にミスがあるかどうかであって、設計どおりに施工すると必然的に建築物に瑕疵が生じる場合には設計にミスがある、と判示した。

以上のべたように、1の判決は、完成した建築物を建築家の労務の結果であるとしたうえで、建築物の瑕疵の存在から直ちに建築家の客観的義務違反を認め、その義務違反につき過失がないことの証明を建築家に課している。2の判決は、建築物の瑕疵から建築家の客観的義務違反を認めているが、これを直ちに認めているのではなく、建築家の給付が建築職人の給付のうちに具現される限りで、という留保をつけている。つまり、建築職人の工事に対して建築家の現場監督義務が及ぶ場合に、という条件を付しているのであって、建築物の瑕疵、ひいては施工ミスのすべてにつき建築家の現場監督のミスを認めているのではないことがわかる。3の判決の場合は、平屋根の設計は建築時には、承認された技術水準に一致していたのだが、おそらく、建築主が訴えを提起した時点（より正確には事実審の口頭弁論終結時）では、建築技術水準に達していなかったものと考えられる。従って、訴え提起の時点で設計が建築技術水準に一致していない場合には、建築家には客観的義務違反があり、建

建築家が過失がないことを証明する段階で、設計が設計図書引き渡し時点（本件では、建築時であるが）建築技術水準に一致していたことを証明して自己を免責することを要求しているものと考えられる。4の判決の場合、設計は、設計図書の完成時の建築技術水準には一致していたのだが、おそらく、訴え提起時の建築技術水準には一致していなかったものと考えられる。連邦通常裁は、客観的義務違反という表現を用いず、設計どおりに施工がなされると必然的に建築物に瑕疵が生じる場合に設計ミスが認められるとする。

以上が、建築家の客観的義務違反に関する裁判例の概要であるが、次に、学説がこれをどのようにとらえているかみていくことにする。

（二）学説

建築家の客観的義務違反について、まず、Hess⁽⁸⁾は、設計ミスに関してBGB六三五条に基づく損害賠償請求権を行使する場合に、建築主が建築物の瑕疵及びその瑕疵の原因である設計ミスを証明する場合に期待不可能な困難は生じないが、建築指揮⁽⁹⁾に関しては別であるとす。つまり、Hessは、建築指揮のミスという建築家の客観的義務違反の証明を建築主に課すことは、建築主に過大な負担をかけるものであるとする。すなわち、実務では、建築指揮についての建築家の客観的義務違反の証明と過失の証明とは、通常、必ずしも区別できず、従って、建築

指揮のミスの証明は建築主に過失の証明に匹敵するほどの負担を与える。それゆえに、建築家の建築指揮のミスについて、客観的義務違反と過失の証明責任の所在を異にすると、建築主は、結果的に、建築家の客観的義務違反についてだけでなく、過失についても証明責任を負担することになる。実務においては、建築家の過失についての真偽不明は、通常、同時にまた、建築指揮に関する客観的義務違反についての真偽不明でもあり、従って、建築指揮のミスという請求権を根拠づける客観的な要件事実の論理的先決のために、過失についての証明責任転換にもかわらず、建築主の訴え棄却をもたらす。それゆえに、建築指揮についての客観的義務違反と過失の内容的重複は、統一的な証明責任の分配を容易に想起させる、と。

このように、Hessは、設計についての客観的義務違反の証明に関しては、一般原則に従って、これを建築主に課すが、建築指揮についての客観的義務違反の証明に関しては、これは実質的には過失の証明と異ならないとして、その証明困難を理由に、これを建築主に負担させるべきであるとする。確かに、設計についての客観的義務違反を証明するのはさほど困難ではない。何故なら、建築主は、通常、建築家から設計図書の引き渡しを受けており、訴え提起の時点で、承認された建築技術水準に一致しているかどうかの判断は比較的容易だからである。それに対して、建築指揮の場合、その内容は無形のものであり、設計図書のような形で後に残らない。また、建築指揮のミス

(客観的義務違反)を証明するためには、建築主は建築家が建築指揮の個々の段階でなすべき義務を措定し、これに反する具体的事実を証明しなければならぬが、これは実質的に過失の証明と異なるところはなく、建築主に過大な負担を課すものである。

このような考慮から、Hessは、建築指揮に関しては、過失だけでなく、客観的義務違反についても、その証明責任を建築家に負担させるのであるが、その説くところは傾聴に値するものの、客観的な要件事実についても建築家に証明責任を負担させることは疑問であるといえよう。

Baumgärtelは、建築家の任務の瑕疵ある履行によって惹起された建築物の瑕疵に基づき、建築家に対する損害賠償請求権については、建築主は、客観的にミスのある設計または不十分な建築指揮を証明しなければならぬとし、設計についても建築指揮についても、その客観的義務違反の証明責任を建築主が負担すべきであるとする。そして、このような立場から、Hessの見解を否定する。すなわち、Hessは、建築物の瑕疵が建築家の設計ミスに起因する限りで、客観的義務違反の証明責任を建築主に負担させることに賛成するが、建築指揮については、その客観的義務違反を証明するのは建築主にとってほとんど不可能であると考えている。Hessは、建築主の証明上の負担を軽減するために、この場合の証明責任を過失についてだけでなく、建築指揮のミスという客観的な要件事実についても転換さ

せようとしている⁽¹¹⁾。と、そして、客観的要件事実への証明責任転換の拡張は、原則として、債務者に対する責任の厳格化であると批判する。

このように、Baumgärtelは、Hessの見解を批判し、客観的要件事実への証明責任転換の拡張は、適用さるべき実体規範の目的を充たすためにそれが必要であると思われる場合にのみなされるべきである⁽¹³⁾とする。そして、建築指揮にミスがある場合の建築主の損害賠償請求権については、客観的要件事実への証明責任転換の拡張は必要ではないとし、建築指揮についての客観的義務違反の証明責任を建築主に課すべきであるとする。

Baumgärtelは、建築指揮のミスを建築主が証明する際の負担を軽減せしめる方策として、表見証明⁽¹⁵⁾を挙げ、建築物の瑕疵から、表見証明により、建築家の建築指揮のミスを認めた格好の裁判例として、連邦通常裁判所一九七三年四月二六日判決(BGH, Dar Betrieb 1973, 1846)を引用する⁽¹⁶⁾。事案は、ある建築物の一階の壁のコンクリートの品質が、定められた品質を著しく下回っていたため、現場監督を行った建築家の責任が問題となったというものである。連邦通常裁は、おおよそ次のように判示した。すなわち、コンクリートの濃度及び硬度がきわめてわずかである場合には、建築家の現場監督にミスがあったという⁽¹⁷⁾ことについて、定型的事象経過がガラスの材料を提供する。このような事情の下では、建築主は、必要とされる現場監督を建築家が個別具体的にどの程度怠ったのかを陳述する必要はな

い。むしろ、建築家の側で、建築家又はその履行補助者が現場監督の際に如何なる措置をとったかを陳述することにより表見証明を履すのは、建築家の責務である。そのためには、建築家がコンクリート工事をその履行補助者により監督させたという主張だけでは十分ではない、と。

確かに、この判決の事案のように、建築家の現場監督のミスが建築物の瑕疵から比較的容易に推認される場合には、表見証明が建築主の証明上の負担を軽減するであろう。しかし、たとえ表見証明により建築家の現場監督のミスが一応証明されたことになるとしても、専門知識を有する建築家が他の事象経過を証明して表見証明を履すのは必ずしも困難ではなく、だとすれば、表見証明も、建築主の証明負担軽減の方策として万能とはいえないであろう。

Locherは、連邦通常裁判所がRaabeの説に従って行っている、客観的義務違反と主観的義務違反という区別は不適切であると、両者はしばしば相互に区別しえないことをその理由とする。Locherは、また、客観的義務違反という言葉自体の矛盾を指摘する。すなわち、そもそも義務の履行は期待可能性を前提とし、義務違反は主観的な異なる能力を前提としている。それに対して、客観的な要求は「規範」と呼ぶことはできるが、「義務」と呼ぶことはできない、と。そして、Locherは「自己の見解が正当であることの根拠として、前掲4の判決（BGH BauR 1971, 58）を引用し、この判決で連邦通常裁判が客観的義

務違反という表現が誤解を招きやすいものであると判示し、以後、この表現を避けている点を指摘し、建築主が証明しなければならぬのは、客観的義務違反ではなく、あくまで設計又は現場監督のミスであるとする。

確かに、Locherの指摘はもつともであり、客観的義務違反という表現は必ずしも明確ではないが、例えば、先に紹介したBaumgarten⁽¹⁸⁾は、建築家の客観的義務違反を客観的にミスのある設計又は不十分な建築指揮と把握しており、Locherも結果的にはこれと軌を一にする見解を有しているのであって、客観的義務違反という表現に拘泥することには、必ずしも意味はないといえよう。

以上、三者の学説を紹介したが、まず、Hessは、建築家の建築指揮についての客観的義務違反の証明は実質的には過失の証明と異ならず、従って、客観的義務違反の証明は建築主にとって過大な負担であることを指摘した点で注目すべき見解といえるが、客観的義務違反の証明責任を証明上の負担軽減の見地から直ちに建築主に負担させる点で疑問があるといえよう。また、Baumgartenは、Hessと同様の問題意識を有してはいるものの、表見証明を唯一万能の解決策と考えている点で誤謬を犯しているといえる。また、Locherは、客観的義務違反という表現にのみとられ、HessやBaumgartenのような問題意識はもちあわせておらず、些か論理の展開が不十分であるといえよう。

これに対して、諸裁判例は、建築物の瑕疵の存在から直ちに建築家の現場監督のミスを認めるなど、少々理論的には粗雑なものがあるが、結果的には建築主の証明上の負担軽減に寄与しているといえよう。

三 過失

前章では、BGB六三五条における客観的義務違反の証明問題について論じたが、本章では、過失について、論じることにする。

BGB六三五条に基づく損害賠償請求権の要件である過失の証明責任の分配に関しては、裁判例及び学説において対立がみられる。すなわち、圧倒的多数の裁判例は、積極的契約侵害について発展してきた危険領域説¹⁹⁾に従い、損害原因、すなわち仕事の瑕疵が請負人の危険領域に由来する場合に、建築家の過失の証明責任を転換し、これを建築家に負担させている。学説の多くも、危険領域説をとる判例の見解に与しているが、過失の証明責任の所在に関しては、判例と同様にこれを建築家にあるとするものの、危険領域説には反対する学説もある。

これに対して、一部の裁判例・学説は、過失の証明責任を建築主に課している。

それでは、以下に、建築家の過失の証明責任に関する裁判例及び学説を紹介するが、その中には、請負人一般に関して論じ

る部分と建築家に関して論じる部分とが混在しているものもあるが、建築家契約は連邦通常裁判所の比較的最近の判決²⁰⁾により、原則としてすべて請負契約と解されることになったので、請負人一般に関することも建築家にあてはまりうる、ということができ、従って、そのような観点から紹介することにする。

(一) 裁判例

それでは、まず、過失の証明責任を建築家に負担させることを認める諸裁判例をみていくことにする。

1 連邦通常裁判所一九五八年一〇月三日判決 (BGHZ 28,

251)

本件の事実関係は必ずしも明らかではないが、判決理由から推測するとおおよそ以下のとおりである。すなわち、X (原告、建築家Aの相続人) がAの報酬を請求したところ、それに対して、Y (被告、建築主) が反対債権を請求するとの抗弁を提出した。争われているのは、この反対債権の存否である。反対債権は、建築家契約 (設計及び建築指揮から成る。) 違反に基づく損害賠償請求権であった (本判決当時、設計及び建築指揮から成る建築家契約は、請負契約ではなく、雇傭契約と解されていた²¹⁾)。その後、連邦通常裁判所は、一九五九年一月二六日の判決²¹⁾で、この種の建築家契約を請負契約であると判示した。その契約違反の内容は次のようなものであった。すなわち、数日間の強い降雨と西風により、Yの住宅の西側の壁の内側に湿っ

た箇所が生じた。この壁に使用されているクリンカー（高温で十分に焼成した煉瓦）は、圧縮及び霜害に強く、また、天候の影響と酸に対する耐性があったが、その反面、防水能力がわずかであったため、水分がこの壁に浸透するのは容易であった。そこで、Yは、A（建築家）の労務には瑕疵があったとして、Xに対し、雇傭契約の積極的債権侵害に基づく損害賠償請求権を反対債権として相殺に供するとの抗弁を提出した。

これに対して、連邦通常裁判所は、まず、おおよそ次のように判示する。建築家が契約上の給付を客観的に相応に履行しなかったことを建築主が主張する場合には、建築主がその証明責任を負担するが、この証明は、「労務の瑕疵ある結果」、すなわち「完成した建築物の瑕疵」によって、ほとんどつねになされている。何故なら、建築家の任務は、そのような契約の場合に、専門的な設計及び建築職人の注意深い監督によって、あらゆる点で申し分のない建築物が生じるといふ結果をもたらすことだからである、と。

そして、Xは、問題の壁はあらゆる予防措置を講じて建築されていると主張したが、その主張の誤りは証明されておらず、従って、建築家の過失は否定されねばならない、と控訴裁判所が判示していることを連邦通常裁判所は非難し、控訴裁判所は証明責任の判断を誤ったとする。連邦通常裁判所は、その理由として、建築家の給付に客観的に瑕疵のあることが確固としている場合には、建築家はその給付の瑕疵につき過失のないことを証

明しなければならぬからであるとする。同裁判所は、建築家契約が請負契約であるか雇傭契約であるかは判断する必要はなく、いずれにせよ、過失の証明責任は建築家が負担するとした上で、それを建築家に負わせる根拠として、危険領域説をもちだす。すなわち、請負契約の場合に、注文主の危険領域外にあり、また、通常、その専門知識外にある事柄に関する証明を行うことを注文主に期待できないのと同様に、このことは、雇傭契約における雇主にも期待できない。これは、建築家契約のような、特別な専門知識を前提とするサービスが問題となる場合に特に当てはまる、と説く。

本判決は、建築家の客観的義務違反の証明は労務の瑕疵ある結果、すなわち完成した建築物の瑕疵によってほとんどつねになされているとし、そのうえで、危険領域説に基づき、過失の証明責任を建築家に課している。

2 連邦通常裁判所一九六四年五月二五日判決（BGHZ 42, 161）

本判決の事案は以下のとおりである。すなわち、Y（被告、有限会社）は、X（原告）を含む複数の人々と、区分所有建物を建築させる契約を締結した。Xは、入居後、防音に瑕疵があるとして、訴えを提起した。

連邦通常裁判所は、Yは住宅建築を委託された建築請負人ではなく、むしろ、設計及び建築指揮を委託された建築家に類する立場にあったとし、従って、Yは建築物のすべての瑕疵にて

はなく、建築家の仕事の瑕疵にのみ責任を負うとした。そして、Xは、建築家の仕事の瑕疵、つまり、Yがその義務に客観的に違反したこと、及び、その結果、床の防音工事がドイツ工業規格(DIN)の定める水準に達していないことを証明しなければならぬとし、それに対して、Yは、客観的に確固としている義務違反につき、例外的に責任を負う必要はないということにつき証明責任を負うと判示した。

本判決は、Yは建築請負人ではなく、設計及び建築指揮を委託された建築家に類する立場にあったとしたりえて、Xは、Yの客観的義務違反、建築物の瑕疵及び両者の間の因果関係につき、それに対してYは過失の証明責任をそれぞれ負担するとする。

3 連邦通常裁判所一九六七年一〇月二二日判決 (BGHZ 48, 310)

X(原告、建築家)はY(被告、建築主)に対し、仕事の報酬を訴求したところ、Yら(被告)は、屋根の設計ミスに基づく損害賠償請求権をもって相殺するとの抗弁を提出した、という事案である。

連邦通常裁判は、まず、設計については、それが一九五六年当時(設計完成時あるいは設計図書を引き渡し時と思われる)に承認されていた建築技術水準に一致していたことを認めつつ、問題なのは、建築物に必然的に移行する瑕疵が設計に存在していたかどうかだけであるとしたりえて、後の認識と結び付けて

考えた場合に、建築物における損害から明らかなように、Xの作成した設計図書には誤謬があったとして、建築家の設計ミス(客観的義務違反)を認めた。要するに、設計が設計時(正確に言えば、設計完成時または設計図書の建築主への引き渡し時)の一般に承認されていた建築技術水準に一致していたとしても、訴え提起時(より正確に言えば、事実審の口頭弁論終結時)の建築技術水準をみたしていなければ、建築家の設計ミス(客観的義務違反)が認められるということである。

次に、同裁判所は、Yが、Xの客観的義務違反を証明したならば、今度は、Xは、その義務違反につき責任を負う必要はないということを証明しなければならないとし、過失の証明責任についておおよそ以下のように判示する。すなわち、損害原因はXの危険領域にあった。そのような場合に、連邦通常裁判所は、積極的契約侵害について、過失が問題となる限りで、自己を免責することは請負人の責務であるという判断を下した(特に、BGHZ 29, 288, 290)。本民事部は、確かに、明確には強調していないけれども、同一の原則を諸判決(BGHZ 28, 251; 42, 16; VersR 1965, 803)で、BGB 六三五条の損害賠償規定に適用した。ところで、積極的契約侵害の場合に、過失の証明責任を誰が負うのかという問題の答えは、大体において、利益状態によってなされている。注文者は、損害を知っており、損害を判断することができる。しかし、請負人の危険領域においてのみ生じた、過失に関する事実関係については異なっている。この

事実関係の証明は、通常、注文主にとって困難であり、これを注文主に期待することはできない。それに対して、請負人は、より良い、より完全な展望を有する。請負人は、損害を客観的に惹起した限りに於いて、その事実関係を説明し、証明不存在の結果を担うのに、「より適して」いる。このような考慮は、B G B 六三五条に基づく損害賠償請求権にもそのまま当てはまると。

本判決は、明確に危険領域説を採用し、この説を、積極的契約侵害に基づく損害賠償請求権についてだけでなく、B G B 六三五条に基づく損害賠償請求権についても適用する。本判決は、建築家の設計ミスについての客観的義務違反の証明は、その設計が訴え提起時（正確には、事実審の口頭弁論終結時）の一般に承認された建築技術水準に一致していないという証明で足りるとして、建築主がこの証明に成功した場合、今度は、その客観的義務違反につき過失がないとの証明は、建築家が負担するとする。そして、その過失の証明責任の所在については、危険領域説に依拠する。

以上が、過失の証明責任を建築家に負担させることを認める裁判例であるが、次に紹介する裁判例は、これを建築主に負担させることを例外的に認めるものである。

4 カールスルーエ高等裁判所一九六三年五月二四日判決（O LG Karlsruhe MDR 1963, 759）

本判決に関しては、判決要旨と Schmalz の評釈しか掲載さ

れていないので、事実関係は必ずしも明らかではないが、それらから推測するとおおよそ以下のとおりである。X（原告、建築主）は、Y（被告、建築家）に、ある建築物の建築につき、設計、最高指揮及び現場監督を委託した。完成した建築物には瑕疵があった。すなわち、囲壁と地下室の床組の防水処理が不十分であり、また、排水設備も欠如しており、地下水を防ぐその他の措置は何も施されていないかった。

カールスルーエ高裁は、本件の建築家契約を請負契約であるとしたうえで、B G B 六三五条の枠内では、証明責任の転換をもたらすB G B 二八二条⁽²⁾は準用されないとし、過失の証明責任を建築主たるXに課す。

本判決の評釈をした Schmalz は、建築家の過失の証明責任について以下のように説く。すなわち、B G H は、一九五七年二月一日の判決（BGHZ 23, 286）で、B G B 六三五条の枠内における証明責任の問題を明らかに留保している。積極的契約侵害に基づく損害賠償請求権については、損害原因が請負人の危険領域にある場合に、証明責任は転換される。これとは反対に、B G B 六三五条は、概念上、損害原因が請負人の危険領域に由来することを前提としている。それにもかかわらず、この場合に、立法者が証明責任の転換を定めなかったのであるとすれば、原則が維持され、従って、請求をなす者が請負人の過失について証明責任を負う。もちろん、請求をなす者は、諸事情の許す限りで表見証明の原則を利用できる、と説く。このよ

うに、Schmalz は、BGB 六三五条の過失の証明責任を建築主に課す本判決の立場に賛成する。

以上みたように、1、2、3の判決は、過失の証明責任を建築家に課している。いずれも危険領域説を根拠としているという点では一致している。1の判決は、建築主はその危険領域及び専門知識の埒外にある事実関係について証明を行うことは不可能であるとして、危険領域説を採用する。2の判決は、「危険領域」という表現は用いていないものの、危険領域説に依拠していることは明らかである（3の判決—BGHZ 48, 310の判決理由中に、2の判決が危険領域説に立つものであることが明示されていることからこのことは伺われる）。3の判決は、危険領域説に立つことを明示し、その根拠として、建築主と建築家のそれぞれの利益状態の衡量を挙げ、建築家は、損害を客観的に惹起したがゆえに、事実関係を解明し、証明の不存在の結果を担うのに「より適して」とする。

これに対して、4の判決は、BGB 六三五条の枠内では、BGB 二八二条は準用されないとし、過失の証明責任を建築主に課す。しかし、これはあくまで例外的な裁判例であるといえる。

(二) 学説

前節では、裁判例の見解をみたが、ごく一部の例外を除き、大多数の裁判例は、危険領域説に立脚し、過失の証明責任を建

築家に課していることがわかった。そこで、本節では、過失の証明責任に関する諸学説の見解をみていくことにする。

学説は、過失の証明責任を建築家に課すものとこれを建築主に課すものとに分かれる。前者は、さらに、危険領域説に与する見解、危険領域説に反対する見解、危険領域説に類する説など、多岐に分かれている。それでは、以下、これらの学説をみていくことにする。

1 過失の証明責任を建築家に課す学説

過失の証明責任を建築家に課す学説は多数をしめるが、その理由づけは様々である。危険領域説に立つもの、これに立脚しないものなど、いろいろである。そこで、まず、危険領域説に与する学説を紹介する。

(1) Hees の見解

Hees は、建築家の過失の証明責任について、おおよそ次のようにいう。すなわち、一般的諸原則によれば、建築主は、客観的にミスのある設計及びその設計ミスと建築物の瑕疵との間の因果関係並びに建築家またはその履行補助者の過失をも証明しなければならぬ。建築主は、通常、建築家の作成した設計図書を所有しているので、設計ミス及びそれと建築物の瑕疵との因果関係の証明を建築主に求めたとしても、これは建築主に対する期待可能な要求ではない。他方、建築主は、建築家の領域及びこの領域内で生起することの全貌を把握することはできないので、建築家の過失をも証明しようとする建築主の試みは、

経験上しばしば、克服しえない困難に逢着する。過失の問題におけるこのような証明窮乏状態の危険は、不能及び遲滞の場合に關しては、法規の定める証明責任転換（BGB二八二条及び二八五条²⁴）により考慮されている。従って、これらの法規のうち一般的な法思考を認め、それを積極的契約侵害にも適用することは容易に理解される。これは、実際、ずっと以前から、有力な文献の立場である。その立場に従えば、債権者は、客観的義務違反についての証明責任を負い、他方、債務者は、主観的義務違反の不存在を証明しなければならない。連邦通常裁判所も、BGB二八二条及び二八五条の、積極的契約侵害への準用を、確かに一般的にはないが、おそらくライヒ裁判所の判例に従い、寄託・請負・雇傭・接客・貸借の各契約の場合に次の制限つきで認めた。すなわち、債務者が注意義務に違反したという推論を事実関係が正当化し、損害原因が債務者の危険領域に属しているという制限である。この前者の制限は言うまでもなく矛盾している。つまり、事実関係が注意義務違反の推論を許容する場合には、注意義務違反は表見証明の原則により既に証明されている。従って、証明責任の問題について語る余地はまったくない。それに対して、第二の制限は、既に示唆した決定的な観点を示している。債務者だけが、自己の危険領域の全貌を把握し、争いのある事実関係を説明できる。従って、債権者ではなく債務者が、事実関係を説明し、証明不存在の結果を担うのに「より適して」おり、危険領域による証明責任分

配は公平の要請するところである。連邦通常裁判所は、積極的契約侵害について、損害原因が債務者の危険領域に属する限りで過失に關して債務者が証明責任を負うという結論を導き出すが、それは正当である。むしろ、この証明責任転換を特定の契約類型に限定する理由は明らかではない。以上のことから、建築主は設計のミス（客観的義務違反）を、これに対して、損害原因が自己の危険領域に属する建築家は積極的契約侵害の主観的要件事実の不存在を証明しなければならない、と。

このように述べた後で、Hess²⁵は、証明責任分配に關する利益状態は、積極的契約侵害の場合も瑕疵担保（BGB六三五条）の場合も同一であり、従って、前者について述べたことは後者にも妥当するとして、BGB六三五条の過失の証明責任を危険領域説に従って建築家に課す。しかし、これはあくまで設計ミスに關する場合であり、建築指揮に關して、Hessは、過失だけでなく、そのミス（客観的義務違反）の証明責任をも建築家に課すべきであるとす。Hessによれば、その根拠は以下のとおりである。すなわち、実務においては、建築指揮についての過失と建築指揮のミス（客観的義務違反）とは、通常、到底厳密には区別しえない。従って、建築指揮のミスの証明の建築主にとっての困難さは、過失の証明の困難さに劣るものではない。実務上、過失の問題に關する真偽不明は、通常、同時にまた建築指揮のミスに關する真偽不明であり、従って、過失の証明責任の転換にもかかわらず、建築指揮のミスという請求

権を根拠づける客観的な要件事実が論理的に優先するがゆえに、訴えの棄却をもたらすことになる。それゆえに、建築指揮に關する客観的義務違反の証明と過失の証明の内容的重複は統一的な証明責任分配を想起させる、と。

結論として、Hess⁽²⁷⁾は、建築家は、設計ミスについては過失の不存在を、それに対して、建築指揮のミスについては、さらに、建築施工の十分な監督（客観的義務違反の不存在）をも証明する必要があるとする。

確かに、Hessの説くように、建築指揮のミス（客観的義務違反）とこれについての過失という二つの要件事実は内容的に重複・交錯していて厳密には区別できず、従って、前者の証明は建築主にとってかなりの負担になりうる。このことは、設計のミスの証明の場合と比較してみれば明らかである。すなわち、建築主は、通常、建築家から設計図書を引き渡しを受けており、その設計が訴え提起時（正確には、事実審の口頭弁論終結時）の一般に承認された建築技術水準に一致していたかどうかを証明するのはさほど困難ではない。それに対して、建築指揮というのは無形の勞務であり、設計における設計図書のような形では後に何も残さないで、建築指揮にミスがあった場合、そのミス（客観的義務違反）を証明するのはきわめて困難である。つまり、建築主は、建築指揮の個々の段階での建築家のなすべき義務を指定し、それに反する具体的事実を証明しなければならぬのである。これは、実質的には過失の証明と異ならない

といえる。従って、建築指揮のミスの証明の困難さを説く点で、Hessの見解は傾聴に値するが、しかし、だからといって、建築指揮についての客観的義務違反の証明責任を直ちに建築家に負担させてよいかは疑問である。

(2) Gantenの見解

Ganten⁽²⁸⁾は、明確に危険領域説を採用し、この説は、請求の相手方の危険領域にあり、それゆえに請求権者が容易に近づけない事実の証明を行うことを請求権者に期待してはならないということを出発点としている、と説く。そして、危険領域説が、特殊な契約の範囲内で如何なる適用領域を有しているかは争いがあるが、それが請負契約法の領域において妥当することは確実であるとし、客観的義務違反及びこの義務違反と生じた損害との因果関係の証明責任は建築主に、過失の証明責任は建築家にあるとする。

以上みたように、HessもGantenも危険領域説に立脚して過失の証明責任を建築家に課すが、次に紹介する学説は、危険領域説に類する説である。

(3) Locherの見解

Locher⁽²⁹⁾は、判例の用いる危険領域という概念が何を意味するのかは、そもそも不明確であり、もしこの概念が空虚な文句ではないというならば、損害原因が契約で義務づけられた定型的な勞務に由来するというものでは決して十分ではありえない、と説く。そして、むしろ、さらに建築家の特別な保護領域

が存在するか、あるいは契約上義務づけられた定型的な給付を越える危険源が作出されている必要があるとし、契約上義務づけられた建築家の給付の瑕疵を既に特別の危険範囲に由来しているものとみなそうとするならば、これは原則として、仕事の請負人、高度のサービス提供義務を負う者及び業務管理者に対する「免責の義務づけ」に帰着せざるをえない、と説く。

さらに、Locherは、危険領域による証明責任分配をまさに公平の要請であると考えているHessの見解に反対し、建築家は建築主よりも事実関係をより良く解明しようというHessの論拠は、このような証明責任を決して正当化するものではなく、誰が請求権を行使しているかを顧慮せずに、ある事柄をより容易に解明しうる者がまさにそれゆえに解明義務、ひいては証明義務を負担すべきである、ということはドイツ法体系には無縁のことである、と説く。そして、また、仕事の請負人はすべて、瑕疵のない仕事を行わねばならず、危険の支配可能性という要請に服している、建築家による危険の支配可能性という思考も証明責任のために列挙しえない、と説く。

そのうえで、Locherは、Diederichsenの見解に賛同し、ある者が特別の危険状態を作出し、その内部で、この危険状態に適した(定型的な)損害が生じている場合には、その者は、この「損害への近き」に基づき、損害が自己の責任領域に属さないことにつき証明責任を負う、という考え方に与する。

結論として、Locherは、危険状態はつねに必要なであるが、

義務づけられた給付から定型的に生じる危険状態では十分ではないとし、また危険領域説については、損害原因が瑕疵ある仕事に帰着する場合、その損害原因が債務者の危険領域に由来するということは、本来、自明の理であるとする。

以上のように、Locherは、まず、「危険領域」という概念はそもそも不明確であるとしたうえで、従来の危険領域説は自明のことをいっているにすぎないと批判する。そして、従来の危険領域説が要求していた、損害原因が契約上義務づけられた定型的な労務に由来するという条件では不十分であるとし、さらに、ある者が特別の危険状態を作出し、その内部で、この危険状態に適した(定形的な)損害が生じている場合、という条件を付け加えたうえで、この場合には、その危険状態の作出者がその「損害への近き」のゆえに過失の不存在につき証明責任を負うという。つまり、「義務づけられた給付から定型的に生じる危険状態を越える特別の危険状態」及び「その特別の危険状態から定形的に生じると考えられる損害の発生」という二つのメルクマールを提示したうえで、これらの前提要件が充たされた場合に過失の証明責任が建築家に課されるというのである。

しかし、Locherのいう「建築家の特別な保護領域」及び「契約上義務づけられた定形的給付を越える危険源」、また、Diederichsenが提唱しLocherの援用する「特別の危険状態」といった諸概念は必ずしも明確ではないし、また、もし仮に、これらの概念を明確に把握しえ、建築主がこれらの証明に成功

した場合には、それにより既に建築家の過失も証明されており、もはや過失の証明を問題とする必要はなくなるといふことが多いのではないか。従って、このような点で、Loeberの見解には問題があるといえよう。

(4) Bindhardt = Jagenburg の見解

Bindhardt = Jagenburg⁽³¹⁾は、積極的契約侵害に基づく損害賠償請求権とB.G.B.六三五条に基づくそれにおいて過失の証明責任の所在を同一に解し、これを建築家に負担させる。この論者は、建築家の過失の証明責任転換の根拠をB.G.B.二八二条の法思考、及び建築主の擷取領域の埒外にあり、通常また、その専門知識外にあるが、まさに建築家の支配下にある事柄の証明を建築主には期待できないという考慮を挙げる。

この論者は、危険領域説にも触れ、建築家は事実関係を解明し証明不存在の結果を担うのに「より適して」といふという根拠の下に危険領域説に与し、損害原因が契約上義務づけられた定型の労務に由来するということでは十分ではなく、特別の危険状態が作出され、その内部で、この高められた危険状態に適した(定型的な)損害が生じている場合のみ、この損害への近さに基づき建築家が過失の証明責任を負うと、Loeberの見解に賛意を示している。

Bindhardt = Jagenburg のいう「擷取領域」と「危険領域」との相違は必ずしも明らかではないが、Loeberの見解に賛意を示していることからみて、従来の危険領域説をそのまま受け

入れているのではなく、一定の条件のもとにこれを採用しているものと考えられる。

(5) Soergel の見解

Soergel⁽³²⁾は、まず請負人一般に関して、B.G.B.六三五条に基づく損害賠償請求権と積極的契約侵害に基づくそれにつき証明責任の分配を同一に解する。すなわち、注文主は請負人の客観的義務違反、仕事の瑕疵、損害及び三者間の因果関係を、それに対して請負人は、過失の不存在及び他人の過失に責任を負う必要がないことを証明しなければならない、とする。もっとも、客観的義務違反が確定すれば、そのことからすれば過失も証明されたことになるし、また、客観的義務違反、仕事の瑕疵及び損害の三者間の因果関係の問題については、表見証明が卓越した役割を演じるという。

Soergelは、次に、請負契約一般ではなく、特に建築家契約に関しては、建築主は、建築物の瑕疵及びその瑕疵から生じている損害が建築家の義務領域に起因し、建築家がその義務に違反したがゆえに生じたことを証明しなければならず、それに対して、建築家は免責証明をする必要があると説く。

つまり、Soergelは、建築主が証明すべき客観的要件として、まず、建築物の瑕疵及びその瑕疵から生じた損害が建築家の義務領域に起因することを挙げる。しかし、Soergelのいう「義務領域」が何を意味するのかが必ずしも明らかではないし、また、仮にそれを明確に把握できたとして、建築主が建築物の瑕

疵及び損害が建築家の義務領域に起因することを証明しえた場合には、通常一挙に、建築家の客観的義務違反及びその義務違反と建築物の瑕疵との間の因果関係も証明されたことになるのではないか。だとすれば、建築物の瑕疵と損害が建築家の義務領域に起因することの他に、建築家の客観的義務違反及び義務違反と瑕疵との間の因果関係の証明を建築主に求めてもあまり意味がないであろう。

また、建築家の客観的義務違反の証明を直ちに建築主に求めることにも若干の疑問がある。設計のミスについてはともかく、建築指揮のミスの場合には問題がある。既に述べたように、建築指揮についての客観的義務違反の証明は実質的には過失の証明と異ならないのであり、従って、建築主に過大な負担を与えるものである。Seegelの見解はこの点に関する考慮を欠いており、その意味で問題があるといえよう。

以上紹介した *Locher*, *Bindhardt* // *Jagenburg* 及び *Seegel* の各見解は、いずれも危険領域説をそのまま採用せずにこれを修正したもの、あるいは危険領域説に類似する説であり、いずれにせよ危険領域説を全面的に否定したものではなかった。しかし、次に紹介する学説は危険領域説を真っ向から否定するものである。

(9) Baumgarten の見解

Baumgarten⁽⁸³⁾ は、まず請負人一般の過失の証明責任については、請負人の危険領域においてのみ生起する、過失に関する事

実関係の証明は通常、注文主にはほとんど不可能であり、かつ期待しえない、ということによって過失の証明責任転換を根拠づける判例の見解を非難する。その理由として、*Baumgarten* は、損害原因、つまり仕事の瑕疵は通常、請負人の危険領域に配分されうるので、危険領域説による証明責任転換の制限は実際には何ら制限を意味せず、従って、危険領域思考をもちだすのは余計なことであるということを挙げる。そして、仕事の請負人の負う義務は結果に関連しているので、請負人は BGB 二八二条の基本思想に基づき（少なくともこれを類推して）、瑕疵に存する不履行につき過失がないことに関する証明責任を負担しなければならないとする。

Baumgarten⁽³⁴⁾ は、さらに建築家の過失の証明責任については、建築物の瑕疵が、確固とした生活経験及び定型的事象経過に基づき建築家の設計ミスまたは現場監督のミスに帰せられる場合にのみ建築家に過失の証明責任を課す *Locher* の見解は説得力がないとし、建築主が建築家の客観的義務違反を証明した場合には、「証拠への近さ」という観点から建築家は過失の証明責任を負担しなければならないとする。

Baumgarten は、このように危険領域説を無用なものであるとしてこれをとらず、履行すべき義務が結果に関連しており証拠に近いという観点から、過失の証明責任を建築家が負担すべきものとする。*Baumgarten* の説くところは傾聴に値するが、如何なる理由づけによるかが、たんに建築家に過失の証明責任

を負担させたところで建築家の責任に固有の問題は解決しないのである。既に繰り返した述べたが、設計ミスの場合とはかく、建築指揮（現場監督）については、そのミス（客観的義務違反）の証明と過失の証明とは実質的には異なるのであって、この点に配慮せずに建築家の過失の証明責任を論じてみても、あまり意味がなく、建築主の証明上の過大な負担はそのまま放置されることになる。従って、もう少しきめの細かい議論が必要であるといえよう。

(7) Schmalz の見解

Schmalz⁽³⁵⁾ は次のような見解を有している。すなわち、建築主が B G B 六三五条に基づく損害賠償請求権を行使する場合、建築家の客観的義務違反及びその義務違反と建築物の瑕疵との間の因果関係を証明しなければならない。建築物の瑕疵それ自体は、まだ建築家の客観的義務違反を意味せず、建築家は建築物の瑕疵の原因である設計または現場監督のミスを証明しなければならぬ。これに対して、建築家は、B G B 二八二条の準用により、その客観的義務違反につき過失がないことを証明する必要がある、と。

このように、Schmalz は、たんに B G B 二八二条の準用により過失の証明責任を建築家が負担すべきであるとしている。Schmalz もまた、現場監督についての建築家の客観的義務違反の証明の孕む問題について考慮しておらず、この点で不適切であるといえよう。

以上紹介した諸学説は、その理由づけはともかく、いずれも過失の証明責任を建築家に負担させるという点では一致していた。次に紹介する学説は、これら大多数の学説とは異なり、建築家の過失の証明責任を建築主に負担させることを認めるものである。

2 過失の証明責任を建築主に課す学説

以上紹介した諸学説とは異なり、Ludwigs⁽³⁶⁾ = Ludwigs は、過失の証明責任を建築主に負担させるべきであるとす。すなわち、過失の確定のためには、まず第一に、建築家が、その任務領域に属する義務に違反したかどうかの証明が必要である。そして、そのような義務違反が存在する場合には、しばしば表見証明により建築家の過失についての証明がなされたことになる。その結果、建築家はこの表見証明を覆さねばならない、と説く。そして、そのような表見証明が確定されえない場合には次の証明責任規則が適用されるとす。すなわち、積極的契約侵害に基づく損害賠償請求権に関して、建築主は、損害原因が建築家の責任（危険）領域にあることを証明する必要があり、その際には、原則として、瑕疵の客観的存在ないし給付に客観的にミスがあることの証明が必要十分であるとし、建築主がこの証明に成功した場合、B G B 二八二条の類推適用により、建築家は過失の証明責任を負担するとす。

しかし、この論者は、この証明責任規則は、B G B 六三五条に基づく損害賠償請求権には適用されないとす。この場合に

は過失の証明責任を建築主に負担させる。

このように、Ludwigs = Ludwigs は、積極的契約侵害の場合にはBGB二八二条を類推適用して過失の証明責任を建築家に負担させるが、BGB六三五条に因しては、それを建築主に負わせる。しかし、前者はともかく、後者についてはその理由は明らかではない。

以上みたように、BGB六三五条に基づく損害賠償請求権における建築家の過失の証明責任に関しては、大多数の学説は、理由づけはそれぞれ異なるものの、これを建築家が負担すべきものとしている。

四 結 語

以上述べたように、本稿では、BGB六三五条に基づく損害賠償請求権の要件である「客観的義務違反」と「過失」につき、その証明責任の所在が建築家と建築主のいずれにあるのかに因してドイツの裁判例・学説を概観し検討した。「客観的義務違反」につき、裁判例においては、この証明責任の所在は建築主にあるとするもの、建築物の瑕疵の存在から建築家の「客観的義務違反」が証明されたものとみなしているものも見受けられ、建築主の証明上の負担軽減に配慮しているようである。学説もその大部分が、「客観的義務違反」の証明責任は建築主にありとしている。このような学説の大方の見解に対して、Hess

は建築指揮（現場監督を含む）についての「客観的義務違反」の証明は実質的には「過失」の証明と異ならないという点を鋭く指摘し、「客観的義務違反」の証明責任は建築家が負担すべきであるとする。Hessの指摘はまさに正鵠を得ているものの、客観的要件の証明責任を請求の相手方に負担させるという結論にはただちには首肯しえない。「過失」の証明責任については、裁判例・学説ともに、おおむねこれを建築家が負担すべきであるとする。

連邦通常裁判所は、一九八一年一〇月二二日判決⁽³⁷⁾で、建築指揮（現場監督）のみから成る建築家契約をも請負契約であると判示し、これにより、すべての建築家契約が原則として請負契約と判示されることとなった。⁽³⁸⁾ 建築指揮（現場監督）のみから成る建築家契約を請負契約と解すると、建築主が建築家の建築指揮（現場監督）の瑕疵を証明する場合、実際問題として建築物の瑕疵を証明すれば足りることになる。そうすると、建築物の瑕疵から建築家の建築指揮（現場監督）についての客観的義務違反が証明されたものとみなした裁判例も理解しうるし、また、Hessが行ったような、建築指揮についての「客観的義務違反」をその証明困難のゆえにこれを建築家に負担させるべきであるというような無理な解決策の提示をする必要もなくなるといえる。

本稿では、建築家の証明責任につきドイツの裁判例・学説を概観したが、我が国では、このような問題はまた裁判実務にお

いても学界においても論じられていないが、今後、建築家を被告とする訴訟の増加が見込まれること⁽³⁹⁾から、この問題も重要性を帯びてくるものと思われる。

- (1) BGB 六三五条「仕事ノ瑕疵ガ請負人ノ責ニ帰スベキ事情ニ基クトキハ、注文者ハ解除又ハ減額ニ代ヘテ不履行ニ因ル損害賠償ヲ請求スルコトヲ得。」訳文は、柚木馨「現代外国法典叢書」(2) 独逸民法 [II] 債務法 (昭和三〇年、有斐閣) 五八〇頁を参照。
- (2) 拙稿「建築設計監理契約の法的性質—ドイツの判例・学説を中心として—」慶應義塾大学法学研究會編「法学研究」第六四卷第五号 (平成三年五月) 四八頁以下参照。
- (3) Leo Raape, Die Beweislast bei positiver Vertragsverletzung, AcP 147, 217 f.
- (4) Horst Locher, Zur Beweislast des Architekten, Baur 1974, S. 298.
- (5) BGHZ 42, 16.
- (6) Raape, a. a. O., S. 277 f.
- (7) Hans Stoll, Die Beweislastverteilung bei positiven Vertragsverletzungen, Festschrift für Fritz von Hippel, 1967, S. 517 f.
- (8) Gerhard Hess, Die Haftung des Architekten für Mängel des errichteten Bauwerks, 1966, S. 106 f.
- (9) ハイニツを中心とする建築家の中心的業務は、「設計」(Planung) および「建築指揮」(Bauleitung) から成る。それぞれ法律(業務報酬規程)上の概念ではないが、ハイニツの文献⁽⁴⁰⁾では用いられる便宜上の用語である。特に、「建築指揮」という概念は、マイヒ裁判所 (Reichsgericht) が生み出したものであり、GOA の「最高指

揮」および「現場監督」を包摂する上位概念と解されている。

GOA (Gebührenordnung für Architekten = 建築家業務報酬規程) は、一九五〇年一月三日に制定され、建築家の業務として「設計業務」「最高指揮」(Oberleitung) および「現場監督」(Bauführung) を規定していた。一九七一年一月一日で、GOA が代わり、HOAI (Honorarordnung für Architekten und Ingenieure = 建築家・技師業務報酬規程) が施行された。

詳細については、前掲拙稿「建築設計監理契約の法的性質」四八頁以下を参照。

- (10) Gottfried Baumgarten, Die Beweislastverteilung für die Haftung des Unternehmers und des Architekten, Festschrift für Fritz Bauer, 1981, S. 213.
- (11) Ders., a. a. O., S. 213.
- (12) Ders., a. a. O., S. 213.
- (13) Ders., a. a. O., S. 213.
- (14) Ders., a. a. O., S. 213.
- (15) Vgl., Ders., a. a. O., S. 213 f.
- (16) Vgl., Ders., a. a. O., S. 214.
- (17) Locher, a. a. O., S. 298 f.
- (18) Baumgarten, a. a. O., S. 213.
- (19) 危険領域説については、藤原弘道「一応の推定と証明責任の転換」講座民事訴訟の証拠(昭和五八年、弘文堂) 二二七頁以下および同論文注(3)掲記の諸論文を参照。
- (20) BGHZ 82, 100.
- (21) BGHZ 31, 224.
- (22) BGB 二八二条「給付の不能が債務者の責めに帰すべき事由によるか否かにつき争ひのあるときは、証明責任は、債務者の負担とす。

- する。訳文は、椿寿夫・右近健男編「ドイツ債権法総論」(一九八八年、日本評論社)一四四頁を参照した。
- (23) Hess, a. a. O., S. 102 ff.
- (24) BGB二八五条「債務者は、その責めに帰すべきからざる事由により給付を行わない限り、遲滞に陥らなむ」。訳文は、椿・右近編・前掲書一五五頁を参照した。
- (25) Hess, a. a. O., S. 104.
- (26) Ders., a. a. O., S. 106.
- (27) Ders., a. a. O., S. 108.
- (28) Hans Ganten, Kriterien der Beweislast im Bauprozess, BaR 1977, S. 167 f.
- (29) Loeher, a. a. O., S. 298.
- (30) Uve Diederichsen, Fortschritte im dogmatischen Verständnis des Anscheinsbeweises, ZZP 81, S. 67.
- (31) Bindhardt/Jagenburg, Die Haftung des Architekten, 8. Aufl., 1981, §16 Rdn. 2 ff.
- (32) MünchKomm-Soergel, 2. Aufl., 1988, §635 Rdn. 99 f.
- (33) Baumgärtel, a. a. O., S. 214 f.; ders., Handbuch der Beweislast im Privatrecht, Band 1, 1981, §635 Rdn. 11.
- (34) Ders., Handbuch, §635 Rdn. 36.
- (35) Max Schnalzl, Die Haftung des Architekten und des Bauntennehmers, 4. Aufl., 1980, Rdn. 63.
- (36) Kurt, Ludwigs/Jürgen, Ludwigs, Der Architekt, 1964, S. 188 f.
- (37) BGHZ 82, 100.
- (38) 詳細については、前掲拙稿「建築設計監理契約の法的性質」四八頁以下を参照。

(39) 詳細については、拙稿「建築家の民事責任—設計監理契約の法的性質を中心として—」判タ七四八号(一九九一年四月)二二頁以下および前掲拙稿「建築設計監理契約の法的性質」四八頁以下を参照。