

ドイツ債権法改正によって惹起された
企業買収実務における
法的不安定性の除去のための民法典改正について

渡邊 拓

一 序論

2002年1月1日にドイツにおいて施行された新民法典（新BGB）の444条には、売主が損害担保（Garantie）を引き受けていた場合には、その担保責任を免責もしくは制限するような合意を売主は援用することができない旨が規定されている。

新BGB

第444条（責任の排除）

売主が瑕疵を悪意で黙秘しあるいは目的物の性質（Beschaffenheit）の損害担保（Garantie）を引受けていた場合は、売主は瑕疵に基づく買主の権利を排除あるいは制限する合意を援用することはできない。

ところがこの規定により、従来、民法典の瑕疵担保責任を完全に排除しつつ、

一方で買収目的物たる企業の資産等の損害担保を引き受け、他方でそれを部分的に制限もしくは排除する、という手法によって構築されてきた企業買収契約実務独自の責任体系が根底から覆されるのではないかという疑念が実務家を中心に広がった¹⁾。ヴェストファーレンがZIP論文²⁾においてこのような実務における危険性を指摘して以来、この点に関して学界において夥しい論考が公表され、百家争鳴の観を呈していた。ダウンナー-リーブの表現を借りれば、ヴェストファーレンのZIP論文が出た後、「突然、ドイツにおけるM&Aの立場は危険に曝されたように思われる。論文の洪水が起こり、顧問弁護士は今日まで熱に浮かされたように回避策を探し求め続けている」かのような状態に至った³⁾。このような混乱に対して実務界からはBGB444条の修正を求める声も出始めた。本稿では、以上のようなドイツにおけるBGB444条の改正をめぐる騒動の顛末を簡単に紹介する⁴⁾。

二 CDU/CSUによるBGB444条の修正提案

以上のような実務界からの改正要求を受けて、2003年6月3日、野党CDU/CSUは「民法修正法案（企業買収の際の法的不安定性を除去するための法律）」（Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs (Gesetz zur Beseitigung der Rechtsunsicherheit beim Unternehmenskauf)）⁵⁾を連邦議会に提出した。

一 第444条を以下のように定める

「第444条 免責

瑕疵に基づく買主の権利を排除もしくは制限する合意を、売主は瑕疵を悪意で黙秘していた場合には援用することができない」。

二 第477条を以下のように改める

ドイツ債権法改正によって惹起された企業買収実務における法的不安定性の除去のための民法典改正について

第2項の次に以下の項を挿入する

「(3) 第443条の損害担保が買主の権利を基礎づける限りで、この権利は契約によって排除することができない」。

従来の第3項は第4項とする。

三 第309条を以下のように改める

第309条第8号の次に新しい項を付加する

「c) (性質損害担保に対する責任の排除もしくは制限)

約款の使用者が性質について損害担保を引き受けていた限りで、売買もしくは請負の際の性質メルクマールの瑕疵に基づく契約当事者の給付に代わる損害賠償請求権を排除もしくは制限するような約款規定」。

法案の提案理由によると、この法案は、前述した企業買収の際の責任法システムの法的不安定性を除去するために提案された。提案理由は、444条による責任制限の禁止によって、事後的に企業買収契約を解除することも制限できなくなるが、これは企業買収実務において受け入れ難いことであり、国民経済上も好ましいものではないという。なぜなら、企業の売却は、しばしば、企業あるいは企業の一部およびそれに伴って職場をも救う最後のチャンスであるという。確かに連邦司法省はその意見表明によって、責任制限は依然として可能である旨を表明したが、そのような拘束力のない意見表明では法的不安定性を取り除くことはできず、それよりも本法案が提案しているように制限が可能であることを明確に文章化する方が意義が大きいとする。そして、EU消費者売買指令の基準はこの法案によっても満たされ、さらに、法文の明確化は、企業買収の領域におけるドイツ法が国際的に後れを取らず、ヨーロッパ契約法の審議の際に模範的・指導的役割を果たすことに寄与するであろうと述べる。以前から、ドイツの売買法の不十分性は、企業買収契約がドイツにおいても、結局は、ほとんどアメリカ法の契約モデルに従って構想されるという事態にを引き起こ

していたが、債権法改正法はこのような傾向にいつそう拍車をかけ、それどころかこの間少なからず国際的な合併企業が、ドイツ売買法における法的不安定性のために企業買収契約において外国法の適用が合意されているということを主張しているという。これはドイツの視点から見れば望ましいことではないとして、法改正の必要性を訴える。

以上の問題を解決するためにこの法案は、損害担保責任の制限あるいは排除の禁止を、従前はAGBG11条11号に規定されていた状況に対応しているEU指令と調和して、消費者売買の領域に限定し、さらに具体的に合意された損害担保の内容に限定する。瑕疵の悪意の黙秘に基づく責任の制限もしくは排除の禁止については従前の通りとする⁶⁾。

これに対し、与党及び連邦司法省も444条が全く問題がなく修正の必要がないと考えていたわけではないが、野党の修正法案は起草者の意図を大きく越えるものであると批判する。連邦議会における本法案の第一読会において、SPDの議員であるランプレヒトも、444条の解釈を巡って、「法的不安定性が現に存するのであれば、我々はその点について議論するにやぶさかではない」と述べつつ、「しかし、野党の法案は、444条を消費者売買に限定することで、それを大きく越え、444条をすべての売買契約および請負契約に適用させるつもりである起草者の意図に明確に反している」と野党の法案を批判する⁷⁾。また、連邦司法省政務次官のハルテンバッハも、野党の提出したこの法案は、解釈問題を大きく越えているとして非難する。この法案は、批判のある文言「wenn」を「soweit」に置き換えるだけでなく⁸⁾、不明確で相反する形での損害担保の制限の禁止を消費者売買に限定する。このことは、消費者売買以外の場合、たとえば企業買収契約の場合に、不明確で相反する形での制限を無制限に認めるという帰結に至る。これはこれまでの判例および法実務の継続的形成を意図した起草者の意図に明確に反しているとする⁹⁾。

しかし、実務家はこの法案に対して諸手をあげて賛成している。たとえば、ザイプト／ライヒェは、「法案によって提案されている新しい規定は無条件で

ドイツ債権法改正によって惹起された企業買収実務における法的不安定性の除去のための民法典改正について歓迎されるべきである。なぜなら、法案は、企業買収および資産買収契約の領域において試みられている独立的損害担保約束を用いた責任体系の継続にとっての法的安定性をもたらすからである」と述べている¹⁰⁾。

三 連邦司法省の修正提案

金融サービスの際の通信販売契約についての規定の改正法
(Gesetz zur Änderung der Vorschriften über Fernabsatzverträge bei
Finanzdienstleistungen)¹¹⁾

第1条 第6号

444条, 639条においては、「wenn (場合は)」の文言を「soweit (限りで)」に置き換える。

CDU/CSU 草案の審議中の2004年1月14日に連邦司法省は、不正競争防止法(UWG)の改正法案の中に、BGB444条, 639条の「wenn」を「soweit」に置き換えるという修正案を差し込んだ、いわば「便乗的」改正案を突如として法務委員会に提案した¹²⁾。この修正は、BGB444条, 639条の「wenn」の文言は「soweit」の趣旨で読むべきであるという連邦司法省の従来からの見解に沿った提案である¹³⁾。その後、連邦司法省は「便乗先」をUWGから、金融サービスの際の通信販売契約についての規定の改正法案(Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Vorschriften über Fernabsatzverträge bei Finanzdienstleistungen (BT-Drucks. 15/2956))に「乗り換え」、その1条6号に、「BGB444条と639条の、『wenn』の文言を各々『soweit』に置き換える」ことを提案した¹⁴⁾。

法案の理由書によれば、まず冒頭で、「この修正は通信販売指令の国内法化には必要ない」と「便乗」的改正であることを断りつつ、法案の目的を「引き受けられた(独立的あるいは従属的)損害担保の合意された責任範囲が明確で

あり、契約の他の箇所で、不意打ち的あるいは不透明な方法で制限されない限りで、BGB444条、639条は合意された責任制限と抵触しないということを明らかにする」点にあるとする¹⁵⁾。その上で、現行のBGB444条はこれまでの企業買収実務と抵触するかのような誤解が時折なされるが、債権法改正の立法者はそのようなことを意図していたのではないとし、「提案されている宣言的な明確化は、このような解釈問題について最後に残った疑問を一掃することに寄与する」と述べる¹⁶⁾。444条の趣旨目的はもっぱら矛盾行為を回避することにあるとあり、損害担保の内容および範囲が当初から限定されている場合には444条とは抵触しないという見解は、完全に支配的であるにもかかわらず、少数説によれば、法的不安定性はまだ残っているという。それゆえ、法的明確性を形成することを意図して、BGB444条と639条の各々の「wenn」の文言を「soweit」に置き換えることが提案された。この提案によって、（1）要件の面で損害担保の種類および額を内容的に（例えば、損害担保に基づいて発生する請求権の責任額に関してあるいは時間的に）限定することが明確に許容され、（2）法律効果の面で、免責あるいは責任制限をすることは、損害担保が引き受けられた（場合によっては種類および額を限定された形で）範囲内においてのみ禁じられる、という点が明確になるという¹⁷⁾。そしてこの損害担保の内容および範囲は契約解釈の方法で確定される¹⁸⁾。さらに、444条のような規定の必要性は、消費者売買や約款規制の領域のみに存するのではなく、「企業間で個別に合意された損害担保が個別的な付随合意によって不透明あるいは不意打ち的な方法で制限されたような案件の際にも、債権法改正の立法者と一致して、そのような振る舞いに対抗する規定の必要性は依然として存する」とする¹⁹⁾。結局、2004年12月に法案は原案通り可決・成立した²⁰⁾。

四 修正に対する評価

このように、債権法改正と企業買収実務をめぐる一連の騒動は、BGB444条

ドイツ債権法改正によって惹起された企業買収実務における法的不安定性の除去のための民法典改正についてと639条の「wenn」を「soweit」に置き換えるという「最小限の侵襲による治療（minimal-invasive Therapie）」²¹⁾によって一応の決着が付いた。ザイプトはこの修正によって「私的自治のもとで、売主場合によっては経営者が独立的損害担保約束を行い同時にそれを金額的、時間的あるいは法律効果の側面で制限するという、契約実務において伝統的に合意されてきた責任体系は有効であるということについての疑いを少なくとも払拭する」という²²⁾。他方、ダウナー-リープは、このような改正は「確かに進歩ではある。もっとも、改正後の文言が最善の方法かどうかは疑問の余地はある」と若干の懸念を表明する²³⁾。また、ヴェストファーレンは、仮に責任制限が約款によって行われた場合には、結果的にBGB305条以下の約款規制のルールと抵触するおそれがあるという点を指摘する²⁴⁾。

やはり、今回の修正によって、実際に企業買収実務における法的不安定性が除去されるのかどうかは、BGHによる確定判例が出るまで待たなければならないのかもしれない。

【謝辞】 本研究は、平成16年度科学研究費補助金（若手研究（B））ならびに全国銀行学術研究振興財団2004年度助成金の研究成果の一部である。また、資料の収集に際してにケルン大学法学部のBarbara Dauner-Lieb教授並びにその研究協力者にご協力いただいた。ここに記してお礼に代えたい。

1) もっとも債権法改革法案の審議過程において、所管庁である連邦司法省は、新法に潜んでいるこのような潜在的な危険を認識してはいなかったようである（Barbara Dauner-Lieb, Schuldrecht aktuell 2003 – Entwicklungstendenzen und Probleme zwei Jahre nach der Rechtsreform, in: Dauner-Lieb/Heidel/Ring, ANWALTKOMMENTAR BGB, S. 7）。というのも、当時の連邦司法大臣ドイプラー-グメリンは、「この法案によって実務家の活動は極めて容易になり、企業家からもアメリカ流の方式の契約、すなわちすべての詳細について繰り返し新たに定義しなければならないような契約を締結する手間を省く」と述べているからである（Herta Däubler-Gmelin, Die Entscheidung für die so genannte Große Lösung bei Schuldrechtsreform, NJW 2001, 2281, 2289）。

2) Friedrich Graf von Westphalen, Ein Stein des Anstoßes: § 444 BGB n.F., ZIP 2001, 2107.

- 3) Dauner-Lieb, Schuldrecht aktuell 2003, S. 7.
- 4) BGB444条の制定過程ならびにその企業買収に与える影響については、拙稿「帰責事由として性質保証と損害担保——ドイツ債務法改正における損害担保責任の導入とその企業買収業務に与える影響を中心として——」静法8巻3・4号143頁以下を参照。本稿においても前稿と若干重複する部分のあることをあらかじめお断りしておく。
- 5) BT-Drucks. 15/1096, S. 1 ff.
- 6) BT-Drucks. 15/1096, S. 1 ff. 法案提出議員の一人であるレットゲンによれば、この法案は、ハイデルベルク大学教授のトーマス・プファイファーの提案（Thomas Pfeiffer, Editorial, ZGS 2003, 161）をベースに作成された（Norbert Röttgen, Zeit für Korrekturen beim Unternehmenskauf, NJW-Editorial Heft 26/2003）。
- 7) BT-Plenarprotokoll 15/56, S. 4737 f.
- 8) このような、連邦司法省側のBGB444条と639条の「wenn」を「soweit」に置き換えるという解決に対して、ティーセンは「損害担保の際の免責禁止は今後も誤解されやすい文脈であり続けるであろう。売主が特定の性質を損害担保していた限りにおいて、彼は『買主の瑕疵に基づく権利』を排除もしくは制限できなくなろう」と予測する。というのも、売主がいくら限定された損害担保を与えるつもりであっても、買主はBGB437条以下の法定の瑕疵担保権を完全に保持しているのであり、その限りで抵触が起こるとする（Jan Thiessen, Garantierte Rechtssicherheit beim Unternehmenskauf? - Der Gesetzentwurf zur Änderung des § 444 BGB, ZRP 2003, 274）。また、ドイツ弁護士協会もその意見表明において、「この修正は確かに重要な解釈の指針を与えることはできるが、法規定という意味においてはそれは問題を何ら解決できない。」という。なぜなら「そのような修正では、責任が引き受けられる限りにおいてのみ損害担保は存在し、あるいはその裏返しとして、結果に対する責任が排除もしくは制限される限りにおいてのみ、損害は存在しないということが明確にされているに過ぎないことになり、結局、444条は「純粹にトートロジーあるいは抽象的な規定でしかないということの意味する」と述べる（Stellungnahme des Deutschen Anwaltsvereins zum CDU/CSU-Entwurf, Nr. 43/03, August 2003, S. 4 (<http://www.anwaltverein.de/03/05/2003/43-03.pdf>））。
- 9) BT-Plenarprotokoll 15/56, S. 4741 f.
- 10) Seibt/Reiche, Beschränkung der Garantiehaftung beim Unternehmenskauf und § 444 BGB: Klarstellung durch Gesetzentwurf, DB 2003, 1561. ドイツ弁護士協会も大筋では本法案を支持する（Stellungnahme des Deutschen Anwaltsvereins zum CDU/CSU-Entwurf, Nr. 43/03, August 2003, S. 3）。
- 11) BGBl. I 2004, S. 3102, 3103.
- 12) Christoph H. Seibt, Rechtssicherheit beim Unternehmens-, Beteiligungs- und Anlagenverkauf: Analyse der Änderungen bei §§ 444, 639 BGB, NZG, 2004, 801 f. その驚きは、CDU/CSUの議員であるレットゲンの「昨日——もう一度言おう:昨日!——すなわち法務委員会の報告についての議論の前日、連邦司法省から不正競争に対する法案についての、BGB444条と639条の周辺的な修正を意図した文書（Formulierungshilfe）が出てきた」という言葉に表れ

ドイツ債権法改正によって惹起された企業買収実務における法的不安定性の除去のための民法典改正について
ている (BT-Plenarprotokoll 15/86, S. 7653)。

- 13) Stellungnahme aus dem Bundesministerium der Justiz zu § 444 BGB, ZGS 2003, 307, 309.
- 14) BT-Drucks. 15/3483 S. 50 ff.
- 15) BT-Drucks. 15/3483 S. 50.
- 16) BT-Drucks. 15/3483 S. 50 f. このように、本修正法の目的は従来からの司法省の見解を確認するためのだけのものであり、実体としての法状況を変更するものではないという点は、新債権法施行日 (2002年1月1日) から本修正法の施行日 (2004年12月8日) までの間の期間についての経過措置の規定が存在していないことから明らかである (AnwK-BGB/Büdenbender, § 444 Rn. 27.)
- 17) BT-Drucks. 15/3483 S. 51 f. このように、立法理由において要件面だけでなく法律効果の面においても制限の内容の明確化が行われたのは、法務委員会における専門家公聴会においてこの点が強く求められた結果であるという (Seibt, a. a. O., NZG, 2004, 802)。これによって、前注(8)のティーセンやドイツ弁護士協会の批判を回避できるという。
- 18) BT-Drucks. 15/3483 S. 52.
- 19) BT-Drucks. 15/3483 S. 52. この点について、法務委員会の公聴会において専門家はCDU/CSU草案の方向性を支持した。その理由として、(1)BGB444条、639条の第二要件の意味が不明確である、(2)すでにBGB133条、157条の解釈規定もしくは138条、242条の一般規定を用いて矛盾行為の法原則は適用可能である、(3)加えて、買主場合によって注文主の保護の必要性の観点において原則的構造的に様々な事実関係を一律に扱うのではなく、法政策的に、売主場合によっては企業に責任を問うことについて、(a)悪意と損害担保の引き受け、(b)消費者売買と一般的売買、請負契約、(c)約款と個別合意、の間を区別すべきである、という意見が出されたが、これは実現しなかった (Seibt, a. a. O., NZG, 2004, 803)。
- 20) BGBl. I 2004, S. 3102 ff.
- 21) Thiessen, a. a. O., ZRP 2003, 274.
- 22) Seibt, a. a. O., NZG, 2004, 803.
- 23) Dauner-Lieb, Drei Jahre Schuldrechtsreform, Anwaltsblatt 2004, 597, 599 Fn. 29.
- 24) Friedlich Graf von Westphalen, Wenn das „wenn“ zum „soweit“ wird, ZGS 2004, 281.