

# 企業買収契約における表明・保証違反と重過失免責

——東京地裁平成 18 年 1 月 17 日判決を素材として——

渡邊 拓

## 第一章 日本法における議論

### I. 問題の所在

近時、東京地裁における裁判例を契機として、企業買収契約における表明・保証の位置づけに関する議論が盛んになってきている。本稿では、まず、議論の契機となった東京地裁平成 18 年 1 月 17 日判決を概観し、その後、日本法における表明保証責任の位置づけ、東京地裁判決に対する評価を概観した後、瑕疵担保責任において重過失免責についての明文の規定を有するドイツ法の議論を紹介し、最後に、若干の日本法への示唆を行う。

### II. 東京地裁平成 18 年判決

東京地裁平成 18 年 1 月 17 日判決（判時 1920 号 136 頁）<sup>(1)</sup>

#### 【事実関係】

X は、消費者への貸金業務その他の金融業等を目的とする株式会社である。Y<sub>1</sub> は、観光事業、不動産の売買、賃貸等を目的とする株式会社、Y<sub>2</sub> は、観光事業、ホテル、旅館等を目的とする株式会社、Y<sub>3</sub> は、Y<sub>1</sub> の代表者であり、訴外 A 社の代表取締役である。訴外 A 社は、金銭の貸付け及びその仲介、消費

者への貸金業務等を目的とする株式会社であり、その資本の額は10億円であって、株式会社の監査等に関する商法の特例に関する法律1条の2第1項1号所定の大会社に相当し、同法2条1項により、監査役の監査のほか会計監査人の監査を受けることが義務付けられていた。

訴外A社の財務部は、平成14年11月7日、第28期（同年4月1日から平成15年3月31日まで）において、営業利益がよくなり、赤字決算となるとの予測を出したことから、訴外A社営業本部は、決算対策用として、もともと元本の弁済に充当していた債務者からの和解契約（和解債権）に基づく返済金を利息の弁済に充当することを考案し、訴外A社営業本部から同社の全店、全部門に宛てた、平成14年11月25日付け連絡、通知文書（以下「本件通達」という。）により、和解債権の返済金の充当方法について、元本優先から利息優先に切り替えるように指示し、訴外A社の全店、全部門にこれを実施させたが、同額の元本についての貸倒引当金の計上はしなかった（以下、この処理を「本件和解債権処理」という。）。本件和解債権処理は、平成15年3月期の訴外の決算書に注記されなかった。

XはYらとの間で、訴外A社の買収の話を始め、第一次、第二次のデューデリジェンスを経た上で、平成15年12月18日、Yらが保有する訴外A社の全株式を、Xへ譲渡する旨の合意をした。本件株式譲渡契約の約定のうち第9条に、「担保責任」として「1項 被告らは、前条により規定された表明、保証を行った事項に関し、万一違反したこと又は被告らが本契約に定めるその他義務若しくは法令若しくは行政規則に違反したことに起因又は関連して原告が現実に被った損害、損失を補償するものとし、合理的な範囲内の原告の費用（弁護士費用を含む。）を負担する」との定めがおかれていた。

本件は、Xが、本件和解債権処理は本件表明保証に違反していると主張して、Yらに対し、本件表明保証責任の履行として合計3億529万3523円及びこれに対する本件株式譲渡契約締結の日の翌日である平成15年12月19日から支払済みまで商事法定利率年6分の割合による遅延損害金を連帯して支払うこと

を求めたのに対し、Yらが、Xは、本件和解債権処理について悪意であったか、又は重大な過失によってこれを知らずに本件株式譲渡契約を締結したのであるから、Yらは本件表明保証責任を負わないなどと主張してこれを争っている事案である。

### 【判旨】

東京地裁は、「企業会計原則第一の一は、企業会計は、企業の財政状態及び経営成績に関して、真実な報告を提供するものでなければならないと定めているところ、本件和解債権処理は、元金の入金があったのに利息の入金として計上する点でこの規定に違反している」等の理由から、本件和解債権処理は本件表明保証に違反していると認定した上で、Xの悪意についても否定した。さらに重過失の問題については一般論として、「本件において、Xが、本件株式譲渡契約締結時において、わずかの注意を払いさえすれば、本件和解債権処理を発見し、Yらが本件表明保証を行った事項に関して違反していることを知り得たにもかかわらず、漫然これに気付かないままに本件株式譲渡契約を締結した場合、すなわち、XがYらが本件表明保証を行った事項に関して違反していることについて善意であることがXの重大な過失に基づく」と認められる場合には、公平の見地に照らし、悪意の場合と同視し、Yらは本件表明保証責任を免れると解する余地があるというべきである」とするが、本件においては、結論において、「企業買収におけるデューディリジェンスは、買主の権利であって義務ではなく、主としてその買収交渉における価格決定のために、限られた期間で売主の提供する資料に基づき、資産の実在性とその評価、負債の網羅性（簿外負債の発見）という限られた範囲で行われるものである。前記のとおり、アーンストアンドヤングは、本件のデューディリジェンスにおける営業貸付金の評価については、修正純資産法を採用し、一般的な手法である一部DCF法及び営業権（のれん）の考え方を採用して、将来金利収入及び将来元本返済の合理的な見積額（将来キャッシュフロー）を算定し、その現在価値を求めることとしており、和解債権については、和解内容のとおり返済がなされているか否

かの確認も行わず、上記生データについても、和解債権については、一般的なフォームを知るために数通の合意書を提出させるにとどめ、サンプリングで抽出された35件全部について照合を行うことはしなかったのであるが、このことについては特段の問題はない。また、Aが監査法人による監査を受けていたことからすると、アーンストアンドヤングがAの作成した財務諸表等が会計原則に従って処理がされていることを前提としてデューディリジェンスを行ったことは通常処理であって、このこと自体は特段非難されるべきでない。アーンストアンドヤングは、Aの監査法人の変更の理由についても、ビーエー東京及びBに対して確認しており、トーマツに確認しなくてもそれが重大な落ち度であるということとはできない。本件においては、取り分け、前記のとおり、A及び被告らが原告に対して本件和解債権処理を故意に秘匿したことが重視されなければならない。以上の点に照らすと、原告が、わずかの注意を払いさえすれば、本件和解債権処理を発見し、被告らが本件表明保証を行った事項に関して違反していることを知り得たということとはできないことは明らかであり、原告が被告らが本件表明保証を行った事項に関して違反していることについて善意であることが原告の重大な過失に基づくと認めることはできない」と判示し、Xの請求を認容した。

### Ⅲ. 企業買収契約における表明保証条項の機能

企業買収契約における表明保証条項の機能としては、①売主の表明・保証は、買主が当該取引で取得する売買の目的物につき、売主が負う担保責任の内容を特定する機能を有する、②売主の表明・保証が正確であることは通常、買主がクロージングを行う前提条件とされるため、株式買取契約締結後クロージング前に買主が売主の表明・保証違反を発見した場合は、買主は対象案件から手を引くことができる。また、買主としては、売主の表明・保証違反を挺子として売買代金の値引き交渉を試みる事が可能となる場合もある、③表明・保証条項をドラフトする過程で、売主は各条項の対象となる事項につき確認を行い、

表明・保証違反となり得る事項については表明・保証の対象から外してもらうべく買主に開示するという手順が踏まれる、というものとされている<sup>(2)</sup>。

#### IV. 表明・保証条項の位置づけ

江平亨弁護士は、表明・保証条項は、英米法において発展した概念であって、日本の民商法には存在しない概念であり、アメリカについていえば、表明・保証条項は、統一商法典（U.C.C.）における明示的保証（express warranty）に相当し、また、表明・保証条項に付随する補償規定も、日本の民商法には存在しない損害填補責任であるとされる<sup>(3)</sup>。しかし、日本法にはない概念であったとしても、日本法に準拠した契約書において用いられる以上、日本法の中に位置付けられる必要があり、また、海外における議論を参考にするにせよ、結局は日本法に従って解釈されることになる<sup>(4)</sup>。

では、表明・保証条項を日本法において位置付けるとすれば、どのように考えるべきであろうか。

この点について、潮見佳男教授は、表明保証条項について、「①当該条項に表示された一定の事項について表意者がその真実性を保証したときに、このことが表意者の債務の内容を構成しているということ（真実性保証義務。結果債務の一種である（ただし、保証された結果が何かは、前述した契約の解釈を経て確定される）、②したがって、当該事項と真実とが食い違っているときには、表明保証違反という表意者の債務不履行が認められること、③そして、この場合に表明保証違反という債務不履行により相手方に生じる損害について、表意者は、補償を記述した条項により填補を義務付けられることが帰結される」とされ、「いずれにせよ、この枠組みによったときにも、表明保証は損害担保契約ないし損害担保約束であると捉えられることとなる」と位置付けられる<sup>(5)</sup>。

高橋美加教授は、「表明保証条項はまさに債務者たる売主が当事者間で合意した事項の真実性や正確性といった事実状態を保証する典型的な結果債務といえ、そこからの逸脱が即、債務不履行を構成するというのであれば、表明保証

条項は現在の我が国の民法上の債務不履行構成にもきれいに乗るといえる」とされ、「この見解からは瑕疵担保責任も契約不適合に関する規律として扱われ、特約による無過失責任の可能性を論じる必要性はない」とされる。そして、「問題は当該条項の法的性質論というよりも、この表明保証条項が真に「結果債務」であったのか、契約当事者の意思解釈として売主にどこまでの、そしてどのような「結果」について責任を問うことを求めていたかにあるように思われる」として、表明保証責任をいわゆる結果債務・手段債務論の結果債務として位置付けられる<sup>(6)</sup>。

これに対し、金田繁弁護士は、日本の法制度下における表明保証の法的性質について、まず、債務不履行責任との比較を行い、「「契約違反」との概念は、必ずしも債務不履行と同義ではない。表明保証違反に基づく責任は、契約書上のさらなる義務の存在やその不履行、故意・過失といった要素を前提としてはおらず」、…「表明保証した行為自体に基づくものであるから、これを債務不履行責任と同一に解することは困難と思われる」とされ、さらに、保証債務履行責任との比較においても、「表明保証の「保証」は英米法上の warranty に相当し、当事者自身の約束を意味するのに対し、民法上の保証債務は英米法上の guarantee ないし surety に相当し、主たる債務者の債務履行について第三者が責任を負うことの約束を意味する。よって、両者の性質は似て非なるものである」として、結局、「日本の法制度上での表明保証違反に基づく責任は、債務不履行や保証債務といった民法上の債務を前提とするものではなく、本来は、違反当事者の主観的事情を問わずして発生し得るものと解されていることから、むしろ、特約に基づく担保責任の一種と解するのが妥当であると解される」と結論づける<sup>(7)</sup>。もっとも、表明保証と瑕疵担保責任の相違点として、①表明保証の対象となる事項の範囲が契約の目的物だけにとどまらず、民法上の瑕疵担保責任と比べて、対象とする範囲が広範である、②民法上の瑕疵担保責任と比較すると、補償の範囲が信頼利益にとどまらない、請求する側の善意・無過失が要件とされない点などにおいて、保護の要件・効果が拡大している、

③表明保証違反に基づく責任の内容には、広い意味では、クロージングの前提条件を欠く要素になることや、ローン契約における期限の利益喪失事由になることなども含まれるのであって、民法上の瑕疵担保責任のように、損害の賠償（補償）や契約解除だけにとどまらない、の3点を挙げ、「以上に照らせば、表明保証違反に基づく責任は、民法上の瑕疵担保責任と比較すると、特約により、保護の対象・範囲を拡大しているものと位置付けることができる」とされる<sup>(8)</sup>。

## V. 本判決に対する評価

本判決がデューディリジェンスとその不履行および買主の重過失との関係について述べた点について、学説及び実務においてその評価は分かれている。

### 1) 潮見佳男教授の見解

潮見佳男教授は、一般論としては、表明・保証の相手方が当該事実を知らなかったことに重過失がある場合について、「錯誤（民法95条ただし書）におけるのと同様に、相手方は表明された事項が真実であることに対する信頼の保護を主張するに値する地位にあるとは言えず、表明保証条項に基づく権利主張は権利濫用・信義則により封じられるのが適切である」<sup>(9)</sup>とされる。しかし、本件における具体的な処理において重過失を認めなかった点については、重過失とはいえ、それが過失の一種である以上、Xの側に行為義務違反と評価するに値する行為が存在していることが前提であるとされ、「本件では、デューディリジェンスはX側に義務付けられた行為ではないのであるから、ここにXの行為義務違反、したがって過失を認めることはできない。デューディリジェンスを実施しなかったからといって、Xの行為は違法行為（過失行為）と評価されないのであるから、重過失判断の前提を欠く」として、「それにもかかわらず、「過失」という評価に値しないときでもXからの損失補償請求を否定したいというのであれば、もはや「故意に比する重過失」などという枠組みを用いずに、端的に権利濫用・信義則による処理に依拠すればよい」と結論づける<sup>(10)</sup>。

## 2) 高橋美加教授の見解

高橋美加教授は、「買主による情報の知・不知を第一義的な問題としているように見える「悪意・重過失」の枠組みでは、検討対象の多様性を正当化しにくいばかりか、ドラフティング実務をいたずらに混乱させるように思われる。実質的には同じことではあるが、当事者の具体的行為態様を見る必要があるのは、あくまで契約内容の意思解釈としてどこまでの「結果」を保証したものを事後的な紛争処理時に詰めなければならない場合であることを明確にした方が良いように思われる」として、買主の主観的態様として重過失を考慮することに慎重な態度を採られる<sup>(11)</sup>。

## 3) 金丸和弘弁護士の見解

金丸和弘弁護士は、デューデイルジェンスは買主の権利であって義務ではなく、限られた期間で、限られた資料に基づき、限られた範囲で行われるものにとすぎず、買主に注意義務を認めるべき根拠がないため、デューデイルジェンスにより当該事実を発見できなかった場合には、仮にこの点について過失があったとしても、補償請求は否定されないとする。これに対して、デューデイルジェンスにより表明保証違反の事実を発見できなかったことに重大な過失がある場合については、一般論として「たとえば、売主が買主の要求に応じて提供した資料の中に、表明保証に違反する事実が明確に記載されており、一見すれば当該事実が判明するような場合、売主としては、買主は当該事実を認識しているとの前提で合意に至ることはあり得るところである。ところが、実際には買主は当該事実を認識せずに合意していたというのは、売主の立場から見ると、民法95条の錯誤の場面に類似しているといえよう。そうすると、善意の買主といえども重大な過失（同条ただし書参照）があり、売主が買主も当該事実を認識しているとの前提で合意したのはやむを得ないと認められる場合には、信義則あるいは権利濫用の法理等に基づき、買主は補償請求をなし得ないと解することも合理性があろう」と結論づける<sup>(12)</sup>。



#### 4) 岡内真哉弁護士の見解

これに対して、岡内真哉弁護士は、表明・保証条項を債務不履行責任の要件および効果に関する特約と捉えつつ、重過失の問題については、「買主の重過失は抗弁となるか」という問題を立て、具体例を挙げつつ詳細に検討されている。

##### a) デューデューリジェンスの不履行ないし不完全な履行の問題

「デューデューリジェンスにおいて開示される情報は膨大であり、短期間に書類やデータを分析して対象企業の価値を把握し、問題点を発見しなければならない。情報に近い位置にあるのは、対象企業および対象企業の株主である売主であり、売主サイドは、将来、表明保証の対象となる事項について、単にそれを見れば問題点を発見することが可能な書類を買主候補者に渡せば済むものではなく、買主候補者に端的に告知する必要があると思われる。売主が支配している対象会社がデューデューリジェンスにおける義務（将来表明保証の対象となる事項の告知）を十分に履行しなかった場合に、売主を補償責任から免れさせる必要はないように思われる」とされる。また、「M&Aや流動化案件においては、主観的要件も含め、要件および効果に関して当事者間でシビアな交渉を行い、その結果、買主の故意・過失を補償請求の阻害事由としない条項で合意に至るのである。売主側は、買主に告知した事項については表明保証の対象から除外するよう求めるチャンスがある。とすれば、表明保証の対象から除外されていない以上、当事者の合理的な意思は、少なくとも買主の無重過失を補償請求の要件としないことに決定したものと考えられ、当事者の合理的な意思に反してまで、契約条項にない要件を創設することにはかなり躊躇を覚える」とされる。さらに、「表明保証において除外されなかった事項については、当該事項が真実であるとの前提に基づいて価格決定がなされていると考えられる。売買契約締結までに表明保証違反の事実を買主に告知していれば、当該事実を考慮して減額していたはずであり、補償請求を認めないと売主は不当な利益を享受することになる。仮に減額した価格で合意していれば、買主に損害が無い

として損害賠償請求が棄却されることになると思われるので、買主の重過失を抗弁事実としなくても不都合な事態が生じる可能性は低いと考えられる。かかる観点からも、補償請求を認める方が公平に資するように思える」と述べる。

#### b) 重過失の抗弁の問題

さらに、要件事実的側面から、「買主の重過失が規範的要件であるため、重過失を補償請求の抗弁として認めると、如何に売主側が立証責任を負担しているとしても、買主側の反証活動の負担が大きく、また結論を下すのに長期間を要してしまい、場合によってはその間に売主の資産が散逸する危険もあることである。契約書作成の現場においては、可能な限り将来の紛争を防止し、仮に紛争が発生した場合にも迅速に解決できるように条項を工夫するのであり、重過失を抗弁として認めること自体によって生じるこのような事態（紛争の長期化だけでなく、紛争自体を惹起することにもなりかねない）は、契約締結当時の当事者の意思に反するばかりか、公平にも反すると思われる」とされる。そして、譲渡価格に影響しない、または影響の有無が不明である表明保証事項について、買主が容易に知り得た場合にも補償請求を認めることは、当該事件のみを見れば妥当性に欠けるとの考え方も十分あり得るとされるつつ、「そもそも重過失が具体的に如何なる状況において認められるのか、議論が十分なされているとは言い難い。真実の情報が開示されていた場合などが該当するとするのが主要な見解であると思われるが、如何なる情報が開示されていれば将来表明保証の対象となる事項を容易に知り得ることができるのかの立証（特に買主側の反証）には困難が付きまとう。おそらく買主の重過失を要件として要求する説は、表明保証事項を直接に知り得る情報を開示しているケースを想定していると思われる。とすれば、売主はかかる情報を開示しつつ表明保証の除外をせず、かつ当該事項は譲渡価格の減額に結び付かないにもかかわらず、買主から補償請求がなされ、しかも損害算定方法について合意があるため、そのままでは一定額の補償請求が認められる場合に、買主の重過失を抗弁としない説を採用した場合の不当な結果が発生することになる。かかるレアケースを想定し

て重過失を抗弁とすれば、より一般的な事例においては買主の重過失の抗弁を反証する負担が買主に課されることになるが、これは妥当とは思えない。表明保証条項を直接に知り得る情報を開示するのであれば、当該事項を表明保証から除外する手続も簡単であり、簡単な手続すら怠った売主に対する補償請求を認めてもさほど不都合とも思えない」とし、最終的に、「重過失が認められる場合が今後明確化し、補償請求を否定した方が妥当な事例が具体的に想定されれば見解を変更する可能性はあるが、現時点においては、買主の重過失を抗弁とすべきではないと考えられる」と結論づける<sup>(13)</sup>。

## VI. 日本法における議論の小括

### 1. 東京地裁平成 18 年判決の提起した問題点

#### 1) 表明・保証責任の位置付け

まず、東京地裁平成 18 年判決が提起した問題点として、日本法における表明・保証責任の位置づけの問題がある。この点に関しては、損害担保約束や結果債務の一種として位置づける見解と、瑕疵担保責任に関する特約と解する見解がある。もっともこれらの立場の相違は、そもそも瑕疵担保責任と債務不履行責任の関係をどのように理解するのかにかかっており、表明・保証責任の法的性質自体についての見解の相違はそれほどないといえる。

#### 2) デューディリジェンスと取引慣行

次いで、日本法において、企業買収の際にデューディリジェンスを実行することが取引慣行といえるのかどうか、そして、その不履行ないし不完全履行が重過失として評価されるのかという点については、未だ十分な検討がなされていないといえる。

### 3) 重過失による免責の根拠

さらに、東京地裁平成 18 年判決は買主に重過失がある場合には表明保証責任を援用できないという一般論を述べるかのように見えるが、果たして、日本法においてこのような買主の重過失による売主の免責が法的に正当化されるのであろうか。潮見教授によれば、瑕疵担保については、隠れた瑕疵という要件によって、通説は、買主が瑕疵について善意・無過失であることを求めている<sup>(14)</sup>。つまり、日本法の場合には、買主が軽過失の場合であっても売主は瑕疵担保責任を結果的に負わない。そうすると、東京地裁平成 18 年判決が、なぜ、重過失の債権者は保証責任を追及できないという一般論を述べたのか、また、その論理はどこから導かれうるのかがそもそも問題となる。重過失免責について明文の規定を欠く日本法において、東京地裁平成 18 年判決は「公平の見地に照らし、悪意の場合と同視し」て重過失の抗弁を認めるが、「公平」というのみで果たして十分なのであろうか。重過失による免責の根拠についてさらなる検討が必要である。

### 4) 重過失と保証責任

最後に、たとえ買主に重過失があったとしても売主が保証を与えていた場合には、売主を免責する余地はないのではないか、という問題もあり得る。この点に関しては日本法においてほとんど議論がなされていない。

次章では、買主に重過失がある場合に、売主の瑕疵担保責任の免責を認める明文の規定を有するドイツ法の検討を通じて、これらの問題点に対する一定の示唆を得たい。ドイツ法を参照する理由としては、ドイツにおいても、アメリカからの影響で、企業買収におけるデューディリジェンスが、かなりな程度普及しており、デューディリジェンスと瑕疵の認識に関するドイツ民法 442 条の関係についての議論がかなり積み重ねられており、日本法におけるこの問題を考える際に興味深い示唆を得ることができるものと考えられるからである。

もつとも、日本法には、そもそも、重過失の場合には売主が瑕疵担保責任を免れるという条文は存在しない以上、ドイツ法の議論をそのまま日本法に当てはめることはできない。しかし、東京地裁平成18年判決の提起した問題点は、ドイツ法における企業買収とBGB442条を巡る議論と問題状況を共通にしており、今後の日本法における検討の指針を得るという点では有益であると考えられる。

- (1) 浜辺陽一郎「国際M&A取引における表明保証条項の事務上の諸問題」国際商取引学会年報2010年12号60頁注30によれば、本件は控訴審において和解が成立したとのことである。
- (2) 西村総合法律事務所編『M&A法大全』（商事法務・2001）523頁以下（新川麻執筆）。青山大樹ほか「不実表示等と表明保証」NBL919号9頁以下も参照。
- (3) 江平亨「表明・保証の意義と瑕疵担保責任との関係」弥永真生ほか編『現代企業法・金融法の課題』（弘文堂、2004）86頁。
- (4) 江平・前掲86頁以下。
- (5) 潮見佳男「表明保証と債権法改正論」銀法719号24頁以下。青山大樹「英米型契約の日本法的解釈に関する覚書（下）」NBL895号75頁も「表明保証条項・補償条項は、一般的には、損害担保契約を成立させるものと解するのが適当である」とする。
- (6) 高橋美加「表明保証条項違反に関する雑感」立教法学76号155頁。
- (7) 金田繁「表明保証条項をめぐる実務上の諸問題（上）」金法1771号45頁以下。堂園昇平「表明・保証をめぐる東地平18.1.17」金法1772号5頁も、同旨。
- (8) 金田・前掲47頁。
- (9) 潮見・前掲銀法22頁。
- (10) 潮見佳男「消費者金融会社の買収に際しての表明保証違反を理由とする売主の損害補填義務」金法1812号70頁。青山大樹弁護士も、一般論としては、「表明保証を損害担保契約と解する立場からは、結論が演繹的に導かれる問題ではないが、実務上は、表明保証の相手方が悪意・重過失である場合には、一般法理等を根拠に免責が肯定される可能性がある」と解しておくことが必要であろう」と述べる（青山・前掲NBL895号80頁）。
- (11) 高橋・前掲159頁。
- (12) 金丸和弘「M&A実行過程における表明保証違反」NBL830号4頁以下。牧山市治「消費者金融会社の企業買収における売主の表明保証違反について売主が買主に対する損害賠償義務を負うとされた事例」金法1805号39頁以下、も同旨か。
- (13) 岡内真哉「表明保証違反による補償請求に際して買主の重過失は抗弁となるか」金判

1239号3頁以下。浜辺陽一郎弁護士も、「国際M&Aの契約書においては完全合意条項が設けられていることが多いので、そうした場合に、当事者間で合意した内容を超えて、裁判所が重過失を論じることを許容することには大いに疑問があり、実務的にはこれらの抗弁を認めるべきではないだろう」として、重過失の抗弁を認めることには反対される（浜辺・前掲60頁）。金田繁弁護士も、「裁判所がデューディリジェンスの態様を逐一検討したのも、被告らの主張にのっとって原告寄りの事実認定を丁寧に行う趣旨に過ぎなかったかも知れない。これらを善解すれば、本裁判例は、被告らの主張内容を一定程度斟酌した、いわゆる事例判決と見ることもできる。いずれにせよ、本裁判例だけをもって、表明保証違反につき悪意や重過失の場合における責任追及が、裁判所の運用として一般に認められないものと解するのは、やや早計である」とされる（金田繁「表明保証条項をめぐる実務上の諸問題（下）」金法1772号40頁）。若松亮「アルコ事件」判タ1259号69頁以下も同旨。

- (14) 潮見・前掲金法1812号69頁以下。

## 第二章 ドイツ法における議論

### I. ドイツの企業買収契約における保証責任とデューディリジェンス

#### 1. 企業買収契約と保証責任

ピコによれば、そもそも、2002年1月1日に施行されたドイツの新しい民法典（BGB）は、とりわけ、従来のドイツ法は国際取引における契約規範として「極めて評判が悪い」という（正当な）認識に基づいて行われた。（前々世紀に成立した）ドイツの民法規範は、確かに、ドイツ国内においてはきわめて定評があるが、国際的、特に、英米市場の慣行および要求に答えることはできなかった<sup>(15)</sup>。そして、フォン・ギールケ／パッシェンによれば瑕疵担保責任法もまた、企業買収契約にとってはきわめて不十分であるというのがこれまで実務の認識であった。すなわち、企業買収の形態によって適用される条文が異なっていた。会社の資産の売買（Asset-Deal）は「物」の売買であるとして旧BGB459条以下の物の瑕疵担保責任の規定が適用された。これに対して、会社の持分の売買（Share-Deal）は「権利」の売買であるとして、旧BGB433条以下の権利の瑕疵担保責任規定の対象となった。しかし、企業の持分の全部または大部分（少なくとも75%以上）が買収されて企業の経営の実質的な支配権を得る場合には物的瑕疵担保責任の対象となる、などかなり複雑であった<sup>(16)</sup>。さらに、ピコによれば、BGB改正によって除去されることが望まれていた、これまでの企業買収の際の瑕疵担保法システムの不十分さは、主として、通説によれば、あるべき性質との相違が企業の価値あるいは企業の適性に全体として影響を与えた場合にのみ瑕疵に基づく請求権が考慮されるという点にも存していた（全体としての重大性の理論）。貸借対照表についての正しくない言明は物の瑕疵を構成しなかった。企業の個別的な客体あるいは項目の瑕疵が企業の収益に持続的に悪影響を与える場合、すなわち、その経済上の基礎にダメージを与える場合にのみ、瑕疵担保法が適用され得た。瑕疵担保責任から導

かれる解除や代金減額（Wandlung und Minderung）は、企業買収の際には問題が多く、実務上も全く用いられなかった。これに対して、損害賠償請求権は、保証された性質の欠如の場合にのみ主張され得た。売買目的物の性質についての誤った言明に基づく契約交渉の際の過失に基づく損害賠償請求権は、瑕疵担保責任規定によって排除されていると判例は見なしていたのに対して、企業買収の際の売上高や貸借対照表の要素についての誤った言明の場合には、そのような請求を認めていた。なぜなら、判例はそのような事実を企業の性質とは扱っていなかったからである。そして、判例によって、旧瑕疵担保規定の適用領域が狭く限定されたことは、契約締結上の過失の原則を再び見直す余地を開いた。契約締結上の過失に基づく請求は、それゆえ、たとえば、（i）貸借対照表に引当金の計上を怠る、（ii）企業の債務の不完全な帳簿記載、（iii）誤った売り上げおよび収益についての言明、等の場合に生じ得た。そして、時効の面についても、契約締結上の過失には30年の消滅時効が適用されたのに対して（BGB195条）、売買法上の瑕疵には、6ヶ月という短期消滅時効のみが適用された（旧BGB477条）。従来の瑕疵担保法システムのこのような不十分さが、M&A実務をして、瑕疵担保法システムを通常は排除し、私的自治の原則から契約上瑕疵担保－責任法体系を独立的損害担保とその責任の効果（旧BGB305条）により作り上げるという方向に走らせた<sup>(17)</sup>。

トリーベル／ヘルツレによれば、企業買収契約における典型的な損害担保約束は、①性質保証（売主損害担保約束）、②法律効果の合意、③その他の売主の責任の排除、④時効規定という要素から構成されるという<sup>(18)</sup>。このような損害担保約束は、企業買収契約の契約時から譲渡期日までに生じる不利な変化のリスクを限定し、それゆえ、買主にとって売買代金の決定要素ともなるという。より具体的には次のような例を挙げる<sup>(19)</sup>。



不確実性の損害担保	不利な変化のリスクを買主にとって不利にならないようにすることを売主が性質保証する。
貸借対照表の損害担保	貸借対照表の損害担保の言明の際には、売主は通常、年度末決算の正しさ、および決算書類の作成の際の規則どおりの簿記の原則の遵守を表示する。この場合、限定的損害担保と無条件の損害担保が区別されなければならない。限定的損害担保は規則どおりの簿記の原則の遵守（GoB）を性質保証する。無条件の損害担保は、具体的な支払い能力についての責任を基礎づける。この損害担保は規則どおりの簿記の性質保証と共に、貸借対照表連続性の原則にしたがい多くの貸借対照表が作成されていることの保証も含む。
自己資本の損害担保	自己資本の損害担保は特定の時点において一定額の自己資本が存在していることの契約上の約束である。
資産の損害担保	企業体の設備、持ち分の種類および立地条件、企業に対する関係、並びに資産および人員の状態に関係する。それには、部分的に決算には現れないが、経済的な意味を有するその他の法律関係についての言明も含まれる。これは例えばライセンス契約、競業禁止、処分権の制限の不存在などである。
将来の状況についての約束	売主は、譲渡期日までに一定の関係——例えば、採算の取れない企業部門の閉鎖——を行わなければならないということについて責任を負う。

以上のように旧 BGB 下での企業買収実務は複雑であると同時に損害担保を用いることで柔軟に対応することもできた。しかし、2002年の改正によって新たに BGB に導入された 442 条 1 項 2 文<sup>(20)</sup>では、買主に重過失があった場合でも売主が損害担保を引き受けていた場合には免責を主張できない旨の規定があり、これが企業買収実務に対してどのような影響を与えるのかが問題となった<sup>(21)</sup>。

以下では、最初に、BGB442 条の立法過程の検討から条文の立法趣旨を明らかにし、次いで、企業買収契約における保証責任、デューディリジェンスと BGB442 条の関係についての学説の立場を概観する<sup>(22)</sup>。

## II. BGB442条

### BGB442条

(1) 契約締結時に買主が瑕疵を認識していた場合には、瑕疵に基づく買主の権利は排除される。買主が重過失により瑕疵を認識しなかったときは、売主が瑕疵を悪意で黙秘していたかもしくは目的物の性質（Beschaffenheit）について損害担保を引受けていた限りで、買主は瑕疵に基づく権利を主張しうる。

(2) 登記簿に登記された権利は、たとえ買主がそれについて悪意であったとしても、売主はそれを除去しなければならない。

BGB442条によれば、買主が契約締結時に瑕疵を認識していた場合には、その限りで、瑕疵担保請求権は排除される。売主が損害担保（Garantie）を与えていなかったかあるいは悪意で行動していなかった限りで、買主の重過失の場合も同様である。それゆえ、もし検査義務がなければ、損害担保の存在を問題にすることなしに、買主は重過失の非難を免れうるという意味で、買主の検査義務の存在が重要である。そして、その文言によれば「瑕疵に基づく」請求権を包摂する、BGB442条1項2文の規定は、売主の過失を要件とする請求権にも妥当する。このことは、その欠如について買主に損害担保（Garantie）を与えていないあるいは悪意の説明義務違反のもとに約束された瑕疵を買主が重過失で見落としていた場合には、契約締結上の過失に基づく請求権も存在し得ないということの意味する<sup>(23)</sup>。

## III. 旧 BGB460条（現行442条）の起草過程

### 旧BGB460条

買主が売買契約締結の当時、売買の目的物の瑕疵を知っているときは、売主は、その瑕疵について責を負わない。買主が重大な過失により、第459条第1項に掲げる種類の瑕疵を知らない場合においては、売主は、その欠点を知らながら告げなかった場合にのみ、その責めに任ずる。但し、売主が欠点の不存在を保証した時は、この限りではない。

2002年のドイツ民法改正前の旧BGBにおいては、現行442条に相当する条文は460条に規定されていた。この立法過程では、以下のような議論が行われ

ていた。

## 1. 部分草案 24 条

旧 BGB460 条の起草のたたき台となったキューベルの手による部分草案 24 条は次のように規定していた。

### 部分草案 24 条

契約締結時に譲受人が認識していた瑕疵について譲渡人は責任を負わない。譲受人が認識していなかったが、通常の注意<sup>(24)</sup>を尽くせば認識できた瑕疵について、譲渡人はその不存在について保証していた場合のみ責任を負う。

理由書においては、部分草案 24 条が、通常人が取引においてなすべき注意を払って気づき得た瑕疵についても同様に譲受人は責任を負わないと定めている点について、「法は、譲受人を彼の自己の過失から守る契機を持たない、そして、これは、取引を著しく害することなしには、できない。それは、いかなる者も、取引において適切であるべきであるという一般的な法観念と一致する」という理由を述べる。しかし、他方で、「譲受人には何ら目的物の特別の検査あるいは調査も強制され得ず、物が通常あるいは契約によって前提とされた性質を持っているということを信用できなければならない。譲受人に高度の注意義務を課すことは法律上の責任義務と矛盾する」と述べる。さらに、性質保証との関係については、「物を取得するつもりのあるいかなる者も、譲渡人が譲受人に瑕疵のないことを保証していた場合には、個別的な場合において、そのような瑕疵に配慮し、そのような注意を尽くす義務から解放される。保証でもって、譲渡人に検査義務が生じる。それゆえ、譲受人はそれを信頼してもよい。譲渡人が譲受人に特に保証した物の性質についても、譲受人が保証の際に性質の不存在を知らなかった場合には、譲渡人は譲受人に責任を負わねばならない」と述べる。これに対して、譲受人が、性質が存在しないということを知っていた場合には、「彼は保証を完全には真剣に受け取ってはいないし、譲受人がそれについて責任を負うべきであるということを見て取ることはできない。つま

り、譲受人も、そのようなものであるということを知っているなにか不能なもの約束である」とする。そして、重過失によって譲受人が瑕疵が知らなかった場合については、「重過失（culpa lata）が譲受人に責任を負わせるかどうかの問題は、総じて、事案の状況、特に対象物の性質にも依っている。それに対して、その性質についての対象物の検査が取引において通常ではない場合、譲受人に一定の注意深さを要求する、一般的な取引準則は、検査の不実行および瑕疵に気付かなかつたことを理由に、譲渡人を責任義務から免れさせない」と述べる<sup>(25)</sup>。

## 2. 第一草案 382 条

### 第一草案382条

契約締結時に譲受人が認識していた瑕疵について譲渡人は責任を負わない。

譲受人が重過失の結果認識していなかった瑕疵について、譲渡人が、瑕疵の不存在について保証していたか、もしくは、瑕疵を認識しつつ譲受人に黙秘していた場合にのみ<sup>(26)</sup>、譲渡人は責任を負う。

続いて、第一草案の理由書においては、譲受人が瑕疵を認識している場合の責任については、「契約締結時に譲受人が、物を検査せねばならないことおよび、検査を怠ったことについての規定は必要ない。第一草案 382 条の規定で十分である」とする。そして、譲受人が重過失によって瑕疵を認識しなかった場合には、「譲渡人が瑕疵の不存在を保証した、あるいは譲渡人が瑕疵を知りかつそれを黙秘していたときには、重過失による不認識のような譲渡人の責任を排除する事情は、譲受人を害さない」。確かに、「一般的な法慣習によると、取引においては、いかなる者も注意を払うべきであるという規範が妥当する」が、「この目を見開いておく義務は、譲受人の僅かの過失が譲渡人の責任義務を排除するほどに高度なものである必要はない」。その一方で、「この義務は、譲渡人の特別の保証および譲渡人の悪意に対しては後退する」と述べる<sup>(27)</sup>。

そして、続く、帝国司法省準備委員会の議論においては、第一草案 382 条 1

項について、買主が契約締結時に認識していた瑕疵について売主は責任を負わないという草案の立場は、委員会の多数意見によって承認された。これに対して、売主が瑕疵の不存在を保証していた場合には、たとえ買主が認識していた瑕疵であっても売主は責任を負わされるという提案がなされたが、そのような提案は極端であるとして容れられなかった。理由は、そのような場合には、通常、買主の側から意識的に売主を性質保証へ誘引しており、かつ、買主が瑕疵を認識しているということを売主が知っていたならば、売主は性質保証を与えることはなかったであろうということを想定することは正当化される、というものである。また、2項についての委員会の多数意見は、重過失の結果、買主が認識していなかった瑕疵に基づく売主の責任は、売主が瑕疵の不存在を保証したか、もしくは瑕疵を悪意で黙秘していた場合にのみ規定されるべきであると考えた。この点については、瑕疵を黙示的に考慮することで価格が適切に安く定められ、従って、買主も瑕疵の存在に気づいていたということを想定することが承認される場合においても、売主に自ら明白な瑕疵を明確に指摘することを強いることによって、草案は売主に不当な困難性をもたらしてしまうという考慮が決定的であった<sup>(28)</sup>。

### 3. 第二草案 398 条

#### 第二草案398条

買主が契約締結の際に瑕疵を認識していた場合には、売主は売却された目的物の瑕疵について責任を負わない。買主が397条1項の瑕疵を重過失の結果、認識していなかった場合には、売主は瑕疵の不存在を保証していなかった限りで、売主は瑕疵を悪意で黙秘していた場合にのみ責任を負う。

第二委員会では、買主の重過失による売主の免責について、「売買契約を締結する者は、重過失の場合にのみ見逃しうるような目的物の瑕疵が、買主から隠れていなかった場合には注意深く事を進めるのを常とする。それゆえ、売主が隠れていない瑕疵を有している物を買った場合には、売主は瑕疵のない物と

してではなく、瑕疵のある物としてそれを売ったと同じ意味で買主はそれを買うつもりであるということのを売主は推定する権利がある。重過失がなければ気づかなければならなかった瑕疵を買主が援用することを法が拒否するということは、それでもって、取引の利益のために、いわゆる「意思のドグマ」を法は制限しているのである」という説明がなされた<sup>(29)</sup>。

#### 4. BGB442条1項の立法趣旨

以上のようなBGB442条（旧BGB460条）の立法過程から、同条の立法趣旨をどのように理解するのかについては争いがある。

##### 1) 旧BGB460条1文（買主による瑕疵の認識）

買主が売買契約締結の際に瑕疵を認識していたことによって、瑕疵担保責任が排除される理由として、様々な説が唱えられている。瑕疵を認識しつつ売買契約を締結した買主は、それによって、瑕疵担保責任を放棄していることを理由とする（瑕疵担保責任の放棄）説<sup>(30)</sup>、旧BGB460条1文の中に、自己矛盾行為の禁止の具現化を見いだす説<sup>(31)</sup>、買主に対する厳格な瑕疵担保責任による保護は、買主が目的物に瑕疵がないことについての正当な期待を裏切られた場合にのみ正当化されると考え、このことは、買主が瑕疵を認識している場合には当てはまらないという説<sup>(32)</sup>、瑕疵担保責任の排除は取引慣行に反する行為に対する制裁であるという説<sup>(33)</sup>、などがある。

これに対して、ケーラーは、これらの見解を批判し、旧BGB460条1文は、契約の履行および瑕疵担保の際のコストとリスクを避けることについて、売主の利益の保護および合理的な買主の利益の保護も目的としている。瑕疵担保責任排除のサンクションは、契約締結の前に瑕疵を認識している買主に、契約交渉の際にすでにその利益を守ることを強いている、ということを挙げる<sup>(34)</sup>。

## 2) 旧 BGB460 条 2 文（買主の重過失による不認識）

第一草案の理由書によれば、この規定は、買主には少なくとも、「買主は目を見開け」という義務が課されるという、伝統的な「買主注意せよ」の原則の残滓として立法されたものである<sup>(35)</sup>。

これに対して、フーバーは、このような「買主注意せよ」、「目を見開かぬものは財布を開く」という法政策的義務は、法が重過失の場合しか買主に不利益を与えておらず、買主に一般的な検査義務を課していないことにも現れているように、今や、時代遅れで、克服されている。そして、第 2 文の正当化の根拠は、一つには、第 1 文の買主の認識の証明の困難性を軽減する点にあるという。たとえば、中古品の取得の際に、たとえ明白な瑕疵であっても、その売買を後悔している買主が、あとから、彼は何も見ておらず、何も気付かなかったと主張する場合に、第 2 文によって、認識がなくとも重過失であるとして売主の免責を導くことができる。さらに、第 2 文は、中古品の取得および類似の場合における責任排除に関する証明責任を軽減する。すなわち、買主がそれほど詳細に検査していない中古品を売った売主は、一般的に、買主はその物を現状有姿で買うつもりであるということを前提とできる。しかし、この現状有姿の売買の立証が困難な場合も、第 2 文が役に立つ。結局、この場合も、自己矛盾行為の原則が登場する。なぜなら、中古車、中古の家、中古のピアノの買主で、何ら注意を払わずに、明白な瑕疵を見逃していた者が、後にそれに不具合があったからといって、瑕疵を帯びていることを援用するということは許されない。

さらに、フーバーは、以上のような証明責任の軽減という正当化根拠でもって、旧 BGB460 条第 2 文の例外事由である、「性質保証（Zusicherung）」（現行の損害担保（Garantie））が与えられた場合の売主の帰責についても説明する。すなわち、性質を保証した売主は、それによってまさに、その物を検査しなければならない義務から買主を解放する。なぜなら、買主は売主の保証を信頼してよからである。目的物が保証された性質を欠いているので、売主は保証を守ることができないことを買主が知っているにも関わらず、買主が売主から保

証を与えてもらうことが許される場合というのは、まったく通常ではなく、本来買主が悪意である場合にのみ考えられる。そのような事情が存在するということの証明責任は、当然売主に課される。よって、第2文によって導入された証明責任の軽減は、保証の場合には適当ではなく、黙示の責任排除も保証の場合には問題とならないとする<sup>(36)</sup>。

以上のような見解に対して、ケーラーは、いずれの見解も旧BGB460条の正当化理由としては十分ではないとして、法と経済学に依拠して、旧BGB460条の目的は、不要な取引コストを避ける点にあるという。ケーラーによれば、売主の利益において、しかし、しかるべく理解された買主の利益においても、契約の履行およびそれに続く瑕疵担保の際に生じるコストとリスクが避けられるという<sup>(37)</sup>。

#### IV. ドイツにおける企業買収の際のデューディリジェンス

では、次に、BGB442条1項2文が企業買収の際にどのように問題となるかを見てみよう。フライシャーによれば、一般的に、例えば、中古車や不動産を購入しようとする者が、試乗や実地検分を行わなかった場合には、判例によれば、442条1項2文に基づいて、瑕疵担保請求権を喪失する。これに対して、企業買収の場合には、デューディリジェンスは、中古車や不動産の売買の場合の試乗や検分のように履行が容易ではなく、時間とコストがかかるという点が留意されなければならない。それゆえ、442条1項2文が適用されるかどうかは、デューディリジェンスが取引慣行として定着しているかどうかが決定的に重要となる<sup>(38)</sup>。

この点について、ドイツでも、企業買収を行う際には、デューディリジェンスを行うのが通常である。ある研究者の調査によれば、財務および税務のデューディリジェンスの普及率は、94.7%、法務上のデューディリジェンスは普及率は、89.8%、商業的なデューディリジェンスの普及率は84.9%に上っている<sup>(39)</sup>。このように、ドイツ法においても、企業買収の際にデューディリジェンスを行



うことはかなり普及しているといえる。

しかし、いかに広く普及し、遵守されている実務といえども、それがしばしば実行されない場合には、いまだ取引慣行として定着しているとはいえないと言われており<sup>(40)</sup>、これらのデータをもって取引慣行が存在していると言って良いのか、仮に取引慣行であるとしても、442条1項2文に定められている重過失が存在しているといえるのが問題となる。以下では、研究者であるヴェスターマン教授と、実務家であるミュラー弁護士、ベッチャー弁護士の見解を中心に、デューディリジェンスとBGB442条がどのような関係に立つのかをしてみる。

## 1. ヴェスターマンの見解

### 1) 企業の瑕疵に関する買主の重過失による不認識

ヴェスターマンによれば、「何ら特定の損害担保を与えられていない買主が、デューディリジェンスの枠内において与えられた説明や約束についての明白な矛盾や明白な瑕疵を見逃した場合にのみ、そのような重過失による不認識が認められる」という。「本来、デューディリジェンスは、買主にとっての注意義務の基準の厳格化に至るものではなく——このことは、ドイツ法の「買主注意せよの原則」よりもより強い規範においては異なりうる——、買主によって主張されている瑕疵が、デューディリジェンスにおいて自由に用いられ得る証拠資料のおおざっぱな校閲のみでも明白であり、その際に、照会するチャンスも存在していた、という指摘によって売主が自らを守る可能性をもたらす。もっともこのような可能性は、性質合意や説明義務の不履行によって奪われるものである。このような要件が存在する場合には、買主による解除あるいは減額を禁じられ、契約提携上の過失に基づく損害賠償請求権は排除されるか、もしくは過失相殺の抗弁によって減額される」<sup>(41)</sup>。

## 2) デューディリジェンスの不履行の結果

さらに、ヴェスターマンは、「買主が一定の措置を怠ったために、買主の重過失が認定されるのであれば、その場合には、取引についての法的義務が存在していなければならないはずであるが、明らかにそのような法的義務についての法律上の根拠は存在していない」という。しかし、これに対して、適切な取引慣行が存在しているということが主張され、この点については、少なくとも、財政と法的デューディリジェンスの極めて高い普及度が有利に働く。他方で、「取引慣行の存在についての判断が依拠しなければならない、経験上の根拠は幾分狭すぎると思われる」という。「ドイツでは、その種の売買からのリスクの限定にデューディリジェンスは適してはいるが、しかし、同時に必要性も認められ得ないのに対して、米国の場合、買主は、自らが講じる必要のある特別の安全対策をしていないならば、一般的には、企業の瑕疵に基づく請求権は何ら生じないので、米国の実務は、この場合、基準とはなり得ない、ということには私には正しいように思われる」という。そして、「買主が、買主もしくはその専門的助言者が調査の際に問題なく発見できたであろう、またしなかった事柄の援用を拒絶される、という危険を冒して、デューディリジェンスを実行することなく企業を買収することのリスクを受け入れてよいかどうかという評価問題が決定的である」という。そして、「デューディリジェンスの実行および評価についての自己の（あるいは報酬に対して考慮される）専門知識の十分ではない売買当事者にとって、それに対応した取引慣行が存在しているのか？」という疑問を呈し、「買主のデューディリジェンスの義務の承認は、すでに述べたように、デューディリジェンスを実行していたとしても援用することはできなかったような明白な瑕疵ではなく、その瑕疵を発見し、買主の決断にそれが影響を与える形で、その瑕疵を相当確実に判断できると言うことを期待して良いことが前提となろう」と述べ、デューディリジェンスの不履行による買主の責任については否定的な立場を採る<sup>(42)</sup>。

## 2. ミュラーの見解

### 1) デューディリジェンスの定義

ミュラーによれば、企業買収の前に買主は、通常は、包括的な監査を行う。このようないわゆるデューディリジェンスは、その起源を英米法に有している。正確には、「買主注意せよ」の法文にその起源を有している。それによると、あらかじめ売買目的物のあり得る瑕疵を念入りに探すことが買主の義務であった。買主がそれを行わなかった——そして、売主が自ら瑕疵の不存在について損害担保を与えていなかった——場合には、買主はあり得る瑕疵のリスクを買主のみが引き受けた。ドイツ瑕疵担保法はこのような理解を知らない、という。そして、ドイツにおけるデューディリジェンスの目的は、「可能な限り包括的に目的企業の全体像を取得し、あり得る瑕疵あるいはリスクを明らかにすることである」という。そして「実務において、ほとんどの場合、目的企業の会計事務、法的、特に契約法及び会社法上の状況、税務上の事情、そして、環境法上の状況が非常に重要である。デューディリジェンスによって、企業買収前の買主と売主との間の情報格差が減少する。買主は取得のリスクをよりよく評価でき、場合によっては、売買代金を下方修正できる。獲得された認識はさらに、契約書作成の際に助けとなる」と述べる<sup>(43)</sup>。

### 2) デューディリジェンスの不履行による責任

そして、ミュラーは、デューディリジェンスが履行されなかった場合の責任について、442条を手がかりに、以下のような考察を行う。

すでに見たように、BGB442条は、買主が重過失によって認識し得なかった瑕疵について、保証と悪意の黙秘の例外を除いて、売主を免責するが、判例・学説は一致して、442条は買主に一般的な売買目的物の検査義務を課す条文ではないとする<sup>(44)</sup>。また、HGB377条は検査義務を規定するが、企業買収には同条は適用されないため、デューディリジェンスの履行義務すなわち、企業買収の際の検査義務が存在するとすれば、条文上の根拠以外のものに基づかなか

ればならない。

この点に関して、ミューラーは、瑕疵が明白である場合、買主の側が特別の専門知識を有している場合と並んで、デューディリジェンスが取引慣行となっているにもかかわらず、それを無視した場合を挙げる。

では、企業買取の際にデューディリジェンスを行うことは取引慣行となっているのであろうか。

### 3) デューディリジェンスと取引慣行

この点については、ミューラーは「デューディリジェンスが広く浸透した実務であるという点については争いはない」とする。ただし、企業買取と判例によってこれまで判断されてきた事例を等置することには疑いが存するという。「例えば、試乗すること無しに中古車を買うことは重過失と見なされ、同じく、有名なオークションハウスは私人による著名な芸術家の作品の受け入れの際には、その真正について調査することが義務づけられていると見なされ」る。そして、その場合には、取引慣行の存在が認められ、旧 BGB460 条（現行 442 条）により買主の権利の喪失が認められる、という。そして、これらの場合においては、「売買目的物が瑕疵を有する場合には、典型的な特定の種類の瑕疵を有する（車が走らない、美術品が真正ではない）ことが多い」。これに対して、企業買取の場合には、「どのような瑕疵が典型的に企業に付着しているのか」…「想定されうる瑕疵の数が多数であるため、この間には誰も答えられない」という。「むしろ、企業の複雑な性質に鑑み、これまで判断された事例に基づいて、買主はその瑕疵担保請求権において日常生活の取引の場合よりもより強く保護されねばならないという結論が導かれうる」という。そして、取引慣行を基礎づけるためには、結局、具体的にどのような調査を行わなければならないのか、ということが買主にとって明確に認識されていなければならない。それに対して、デューディリジェンスの種類及び方法、対象及び範囲は、むしろ、大幅に、個別事例の事情に依拠している。さらに、複雑かつ常に変化する手続であるデューディリジェンスは、そのような具体的な調査義務が買主には

明確に認識しがたい、とする。その上で、「デューディリジェンスの取引慣行は、その輪郭は一般化して示され得ないという理由から承認され得ない。それゆえ、買主には原則としてデューディリジェンスの義務は何ら課せられない。従って、デューディリジェンスの不履行も、買主にとって、重過失とはならない(そして、過失相殺あるいは売主に対する説明義務違反ともならない)。すなわち、買主は瑕疵担保請求権を失わない」と結論づける。

#### 4) デューディリジェンス実行の際の重過失

さらに、ミュラーは、デューディリジェンスは実行されたが、それが不完全あるいは注意を欠いたものであった場合について、特に、企業買収の際にデューディリジェンスを注意深く行えば、自ずと瑕疵が明らかになったであろう場合にもかかわらず、買主がそれを見逃してしまった場合について、そもそも、デューディリジェンスの実行の義務は存在しないとするため、「自由意思で調査を行い、そしてその際、単に不注意をしたに過ぎない買主が、なぜ、最初から検査を行わなかった買主よりも不利な地位におかれるのか」という疑問を提示し、「このようなことはつじつまが合わないであろう」という。さらに、「デューディリジェンスにもかかわらず瑕疵が発見できなかった買主であっても、その場合にはその調査の目的が達成されなかったということによってすでに報いを受けている」という。さらに、デューディリジェンスの実務においてもこのようなことは正当化されない、という。すなわち、「デューディリジェンスの実務というのはほとんどの場合、買主の顧問弁護士が2、3日のうちに、かなりのプレッシャーのもとに、ほぼ全ての法領域に関わる情報と証拠書類の山の前に座っているというものである。より強く集中し、注意をしたとしても、彼ら顧問弁護士が、素材の獲得と並んで、さらにそれを法的にあらゆる角度から徹底的に調査できるということは、まずあり得ない。むしろ、それどころか、顧問弁護士が大急ぎで40番目のファイルの3028頁を誤って見落とし、そしてそこには、企業用地の重大な環境汚染についての何らかの記載があった、ということさえも起こりうる。そして、その場合、それが重過失である、すなわち、

要請された最低限の注意の特別に重大な怠慢になるのでしょうか？ これは正しくないであろう」とする。

以上の点から、「デューディリジェンスの不履行は、原則として、442条1項により売主にとっての責任限定に至る、重過失ではない。デューディリジェンスを実行する取引慣行は存在しない。同様に、買主が確かにデューディリジェンスを実行したが、不完全もしくは注意を欠いて実行し、その結果、瑕疵が見つからないままであった場合でも、買主の瑕疵担保請求権の制限はほとんど問題とならない。買主が明白な瑕疵あるいは疑わしい事実にもかかわらず、さらに詳細に調査しなかった場合には、適切な（例外的な）場合において、このことは442条1項の重過失となりうる」と結論づける。

### 3. ベッチャーの見解

#### 1) ドイツにおけるデューディリジェンスの普及度と取引慣行

ベッチャーによれば、以前から、ドイツにおいて、デューディリジェンスを行うことは事実上普及しているにもかかわらず、それが取引慣行となっているのかという点については、何ら理論的な根拠なく疑問が投げかけられている状況にあったという。そこで、ベッチャーはこの問題について、理論的に、デューディリジェンスの取引慣行は存在するのか、そしてそれは442条の適用に影響を及ぼすのかという点について考察する。

まず、取引慣行とは、「取引に参加する者の範囲内において、事実上支配的な慣習であり、それは確実に、安定的なものでなければならない。その場合、慣習は、契約当事者に認識され、あるいは拘束力のあるものとして認識されている必要はない。慣習は法規範ではなく、解釈が決定に参与する事実上の要因である」と定義する<sup>(45)</sup>。そして、個別の売買契約について、たとえば、不動産、中古車、美術品、特に高価な物品の取得の場合などに、売買目的物の徹底的な検査義務を課す慣習が形成されているという。

ベッチャーによれば、デューディリジェンスの取引慣行の承認に反対する学説は、従来の実態調査は内容の乏しいデータベースに拠って立っているということを持ち出しているという。しかし、ベッチャーは、企業買収の実態調査によれば、「特に財務、税務、法務のデューディリジェンスはほとんどすべての企業買収（約90%）の際に行われており、従って確固たる十分な慣習である」と結論づける。

また、取引慣行の存在に反対する説は、「拘束力を持ってあるいは一般的に受け入れられているデューディリジェンスの範囲についての定めが何ら存在しない」という論拠を持ち出すが、「しかし、中古車売買、中古不動産および美術品の取得について、一般的に承認されている取引慣行についても、何ら確定した検査手続きが存在しているわけではない。中古車の買主は、試乗を行わなければならない、疑わしい点がある場合には美術品は検査されなければならないということが抽象的に求められるにすぎない」という。そして「詳細に検討してみると、様々なデューディリジェンスのリクエストリストは、それらの中心領域において、同じ資料を求めている。それゆえ、分析されたチェックリストにおいて、法務上のデューディリジェンスの実行にとって必要な資料が一致しているということが確定されうる。従って、法務上のデューディリジェンスの実行については、定式化された手続きが存在すると言うことが結論として確認されうる」とし、「さらに、財務と税務のデューディリジェンスの場合においても、一定の資料が必然的に検討されねばならない（年末決算、コスト計算、短期の損益決算、企業統計、ビジネスプランなど）。IDW (Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e.V.) は、この点について、ずっと以前から、利用されうるデータについて、指針と調査資料を仕上げていた。税務のデューディリジェンスでは、これまた同様に、重要な税の種類に関して、通常の税の説明、および前期の税務上の営業の審査および社会保障法上の資料が分析される」とする。そして、以上の点から、「何ら拘束力のある、あるいは一般的に承認されたデューディリジェンスの実行についての定めが存在しないという論

扱は、従って、それらの主要な領域については、論破される」と結論づける。

このように、ベッチャーは、デューディリジェンスの実行の取引慣行の存在は承認する。

## 2) デューディリジェンスの実行とBGB442条1項2文の重過失

では次に、仮に、取引慣行が存在するとすると、それがBGB442条1項2文の適用可能性についてどのような影響を与えるかについて、ベッチャーは、以下のような考察を行う。

まず、BGB442条1項2文の「重過失」について、「一般的な見解によれば、取引において要請される注意を甚だしい程度に欠き、最も簡単な当然の考慮を行わず、従って当該事例において、誰の目にも明らかであることを考慮しない場合に、重過失が存在する」と定義する。そして、中古車売買や中古不動産の売買を例にとり、中古車の買主の場合には、その義務は、中古車を検分し、試乗することに尽き、中古不動産の取得者についても、当該不動産を検分することに尽きている。このように、これらの取引類型においては、簡単な履行義務が問題となっている。これに対して、デューディリジェンスの実行は、「取得者にとって、高額のコストがかかる」とする。先の中古車や中古不動産の取引の場合には、そこに存在している検査義務は、取得者にとって、簡単で、コストの安い方法で履行可能だからである。

たとえば、私人の中古車取得者には検分と試乗のみで製造工場の調査は期待されていない。その場合のコストは、平均的な売買代金の0.9%以下である、という。これに対して、平均的なデューディリジェンスのコストは売買代金の約1.08%に上ることが明らかとなる、という。それゆえ、「重過失の非難を避けるために、「鑑定」に多大のコストを費やすことを企業買収者はなぜ強いらねばならないのか明らかではなく…、デューディリジェンスの不履行は、従来の判例の原則および実務の考察のもと、何ら、重大な注意義務違反ではない。譲受人がデューディリジェンスの実行を中止した場合であっても、取得者は譲渡人に対して重過失によって行為していない」と結論づける。



以上の考察から、最終的にベッチャーは、「企業買収前のデューデシリジェンスの実行は、今日のドイツでは、取引慣行である。しかし、この取引慣行を顧慮しないことは、瑕疵担保法の観点から、BGB442 条 1 項 2 文の免責に至らない。なぜなら、重過失の要件が存在しないからである。」と結論づける。

## V. ドイツ法のまとめ

以上検討したように、ドイツ法においては、デューデシリジェンスの実行が取引慣行となっているかどうかについては、争いがあるが、デューデシリジェンスの不履行もしくは不完全あるいは過失ある実行による瑕疵の不認識が BGB442 条 1 項 2 文の重過失に該当するかかどうかという問題については、一致して重過失には該当しないという立場を採る。

- (15) Gerhard Picot, Die Garantieproblematik nach § 444 BGB in der M&A-Praxis, in: Unternehmenskauf und Schuldrechtsmodernisierung, S. 69.
- (16) Von Gierke/Paschen, Mängelgewährleistung beim Unternehmenskauf, GmbHR 2002, 457 ff.
- (17) Picot, a. a. O., S. 71 f.
- (18) Triebel/Hölzle, Schuldrechtsreform und Unternehmenskaufverträge, BB 2002, 521, 528.
- (19) Triebel/Hölzle, a. a. O., BB 2002, 528.
- (20) たとえば、大陸法系の民法典において、スイス債務法 200 条、オーストリア一般民法典 928 条、フランス民法 1642 条、イタリア民法 1491 条などが同趣旨の規定をおいている (Holger Fleischer, Due Diligence und Best Knowledge beim Unternehmenskauf, in: Dauner-Lieb/Henssler (Hrsg.), Unternehmenskauf und Schuldrechtsmodernisierung, 2003, S. 107)。
- (21) 同様の問題は、新 BGB444 条についても生じた。この問題については、拙稿「帰責事由としての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実務に与える影響を参考にして—」法政研究 (静岡大学) 8 卷 3・4 号 177 頁以下、拙稿「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」横浜国際経済法学 14 卷 1 号 53 頁を参照。
- (22) もっとも、企業買収契約に民法の瑕疵担保責任の規定が適用されるのかどうかはそもそも問題となるが、ヴォルフ/カイザーによれば、「(新 BGB の) 立法者は、物および

権利と並んで、その他全ての対象物を含めることによって、企業買取契約にも、売買法の規定、とりわけ、瑕疵担保責任の規定を完全に適用する可能性を開くつもりであった」とする。(Wolf/Kaiser, Die Mängelhaftung beim Unternehmenskauf nach neuem Recht, DB 2002, 411, 420.)

- (23) Harm Peter Westermann, Due Diligence beim Unternehmenskauf, ZHR 169 (2005), 248, 257 f.
- (24) 現行法では、「重過失 (grober Fahrlässigkeit)」となっている部分が、部分草案24条では「通常の注意 (gewöhnlicher Aufmerksamkeit)」という文言となっている。この点について、同条の理由書においては、通常の注意という言葉の後ろに「重過失」という意味のラテン語 (culpa lata) が補足されており、起草者の意図としては、これは、「軽過失 (geringer Fahrlässigkeit)」とは区別される意味での通常の過失という意味であったと思われる。その後、第一委員会において、「軽過失」という文言は誤解を招くものであり、軽過失以外の過失が想定されている場合には、「重過失」等の補足をすればよいということで、旧BGB460条の「通常の注意」も「重過失」に修正された (Jakobs/Schubert, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Band I, Recht der Schuldverhältnisse (§ § 241-432), 1978, S. 240 f.)
- (25) Franz Philipp Friedrich von Kübel, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1-Allgemeiner Teil, Abschn. I, Tit. 2. I. 3. c., 1882, S. 35, herausgegeben von Werner Schubert, Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Neudruck 1980, S. 415 f.
- (26) 第一委員会において、部分草案24条の第2項について、悪意の譲渡人は譲受人の注意の欠如を援用することはできないということを理由として、「あるいは譲渡人がその存在を認識しつつ譲受人に黙秘していた」という文言を追加することが提案され、承認された (Jakobs/Schubert, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Band II, Recht der Schuldverhältnisse (§ § 433-651), 1980, S. 128 f.)
- (27) Mot II, S. 226 f.
- (28) Jakobs/Schubert, a. a. O., (§ § 433-651), 1980, S. 130 f.
- (29) Mugdan, Protokolle der Kommission für die II. Lesung des Entwurfs des BGB, S. 925.
- (30) RGRK/Mezger, § 460 Rn. 1; Soergel/Huber, § 460 Rn. 3.
- (31) BGH MDR 1989, 727; Staudinger/Honsell, § 460 Rn. 1.
- (32) BGH MDR 1989, 727.
- (33) Jauernig/Vollkommer § 460 Anm. 1 a; Münchkomm/H. P. Westermann § 460 Rn. 1.
- (34) Helmut Köhler, Zur Funktion und Reichweite der gesetzlichen Gewährleistungsausschlüsse, JZ 1989, 761, 763.
- (35) Mot II, S. 226.

- (36) Soergel/Huber, Bürgerliches Gesetzbuch, 3. Bd., Schuldrecht II, § § 433-515, 12. Aufl., 1991, S. 1051, Rn. 4. この点については、後述のケーラーも同旨。
- (37) Köhler, a. a. O., 764. このようなケーラーの見解に対して、フーバーは「この経済的な分析の手法による 460 条の説明の試みは、実感として理解することが難しい。彼は、(推定的な) 規定の経済効果と規定の立法趣旨、すなわち立法者の意思を混同しているようである」と再批判をする (Soergel/Huber, § 460, S. 1049 Fn. 12.)。
- (38) Fleischer, a. a. O., S. 107 f.
- (39) Berens/Strauch, Due Diligence bei Unternehmensakquisitionen, WPg 2002, 511, 517.
- (40) Fleischer, a. a. O., S. 108.
- (41) Westermann, a. a. O., S. 261.
- (42) Westermann, a. a. O., S. 263 ff.
- (43) Klaus J. Müller, Einfluss der due diligence auf die Gewährleistungsrechte des Käufers beim Unternehmenskauf, NJW 2004, 2196.
- (44) RGZ 131, 343, 353; Soergel/Huber, Bürgerliches Gesetzbuch, 3. Bd., Schuldrecht II, § § 433-515, 12. Aufl., 1991, S. 1051, Rn. 7; MünchKomm/Westermann, 3. Bd., Schuldrecht BT I (§ § 433-606), 3. Aufl., 1995, S. 268, Rn. 7.
- (45) Lars Böttcher, Due Diligence beim Unternehmenskauf als Verkehrssitte, ZGR 2007, 20.

### 第三章 結びに代えて

では、最後に、ドイツ法の検討から得られた知見によって、日本法における表明保証を巡る問題点についてどのような示唆を得ることができるであろうか。

#### 1) 表明・保証責任の位置付け

ドイツ法における損害担保責任 (Garantiehaftung) についての検討が、いわゆる日本法における表明・保証責任といわれる一群の責任条項の解釈に、直ちに当てはまるものとはいえない。しかし、表明・保証責任といわれるものの中にも、「特にその内容が存すること、あるいは瑕疵のないことについての責任を引き受ける」旨の合意がその中核にあるものが存在し、それらについては、ドイツ法における損害担保責任に関する議論が示唆を与え得る。すなわち、保証がなされている事項について、違反が存する場合には、保証していたこと自体が帰責事由となり、損害賠償の請求が可能となる。さらに、保証をしていることによって、保証を与えた者は、それと矛盾する免責条項を援用することができなくなる。また、BGB442 条 1 項 2 文を参考にして、たとえ、買主に瑕疵の存在について重過失があったとしても、売主の側が保証を与えていれば、売主の免責は許されないと解する余地もあろう<sup>(46)</sup>。

#### 2) デューディリジェンスと取引慣行

さらにドイツでは、デューディリジェンスの不履行は重過失を基礎づけないとされている。日本法でも、まず、デューディリジェンスを行うことが、取引慣行となっているのかどうかを実証的に明らかにする必要がある。もっとも、デューディリジェンスが取引慣行であるとしても、直ちに、その不履行ないし不完全・不注意な履行が買主の重過失をもたらすものではないと思われる。ドイツ法における学説の検討からも明らかなように、仮に取引慣行であるとして

も、デューディリジェンスのコストや、作業の複雑性から、企業の瑕疵を見落としとしたとしても、通常は重過失であったということは難しいと思われる。この点において、東京地裁平成18年判決の重過失の認定についての判断はドイツ法における学説の傾向と一致するものといえる。しかし、ドイツ法においても指摘されているように、著しい瑕疵が明白な場合や、買主が特別に専門知識を有している場合には、例外的に、重過失が認められる可能性があり、今後は、どのような場合に例外的に重過失が存すると認定できるか、その基準の確定が検討課題となろう。

### 3) 重過失による免責の根拠

そして、東京地裁平成18年判決は、買主に重過失がある場合に買主は表明保証責任を追及できなと述べるが、その根拠については、「公平の見地に照らし、悪意の場合と同視」という理由を挙げるのみである。他方、ドイツ法においてはこの点について様々な見解が存しており、統一するところがない。やはり、日本法においても、旧ドイツ民法典第一草案の理由書が述べるように、「買主注意せよ」の原則が根底にあると考えるべきなのか、あるいは、証明の困難性の側面から根拠づけることも可能なのか、さらに検討を進める必要がある。

### 4) 重過失と保証責任

最後に、保証責任と重過失の関係については、すでに見たように、日本法は、BGB442条1項2文のような明文の規定を持たないが、売主が保証を与えた場合には、買主はそれを信頼してよいのであり、たとえ重過失であったとしても、そのような信頼を惹起した売主は、自らの保証責任を免れることはできないと考えるべきではないだろうか。

## 5) 今後の課題

以上、東京地裁平成18年判決が提起した表明・保証責任を巡る諸問題について、ドイツ法を参考に、一定の示唆を得ることができた。しかし、具体的な問題点の検討は不十分なままであり、今後はさらに、日本法における企業買収契約の契約責任の問題についてより実証的な研究を進めていく必要があると考えている。

## 追記

本稿は、2010年6月の横浜実務民事法研究会ならびに神戸大学民法判例研究会における報告に基づくものである。研究会の席上では、諸先生方より多くのご教示を賜った。ここに記してお礼に代えたい。

また、本稿は、科学研究費補助金「若手研究（B）研究課題番号：20730059」の研究成果の一部である。

- (46) 以上の点については、拙稿「ドイツにおける性質保証概念の展開」神戸47巻2号371頁以下、同「性質保証責任と免責条項の関係についての序章的考察」『民法学の課題と展望』石田喜久夫先生古稀祝賀論文集（成文堂）523頁以下、同・前掲法政研究8巻3・4号143頁以下、を参照。