



Title	ドイツ新債務法四四四条と企業買収
Author(s)	田中, 宏治
Citation	阪大法学. 2006, 55(5), p. 1-16
Version Type	VoR
URL	<a href="https://hdl.handle.net/11094/54904">https://hdl.handle.net/11094/54904</a>
rights	
Note	

*The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA*

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

The University of Osaka

# ドイツ新債務法四四四条と企業買収

田 中 宏 治

## 序 文

第一章 旧法からの問題提起

第二章 新法においての変化

要 約

## 序 文

「ドイツ新債務法における特定物売買の今日的課題」(民商二三卷一号(二〇〇五年一〇月))では、ドイツ新債務法(二〇〇二年施行)における今日的課題として、特定物売買の二つの具体的論点を取り上げた。その次の「ドイツ新債務法における買主自身の瑕疵修補」(阪法五五卷三・四号(二〇〇五年十一月))では、買主自身の瑕疵修補によって売主が支出を免れた利益の償還請求権を巡る論争を紹介した。本稿はそれらに続く第三論文として、企業買収における売主の担保責任の免責を巡るドイツ法の議論を紹介することを目的としている。

企業買収という具体的かつ実務の関心が高い領域であったために、実務（立法）の対応も早く、既に学界の通説を採用する形で改正法が施行され、問題は解決している。その意味では既に、これから紹介する論争は、今日的（aktuell）ではない。しかし、学説の対立がいかなる考え方の違いに由来するものであったのか、を振り返って明らかにしておくことに本稿はその存在意義を見出すものである。

順序としては、旧法を説明しつつ問題を提起してから（第一章）、新法における変化とその解釈学説を紹介する（第二章）ことにしたい。結論から先に言えば、現在は通説の立場が明文化されている。それまでは、結論の妥当性のために縮小解釈を唱える通説に、文理解釈を唱える反対説が対立していた。（また、通説の中でも、私的自治の原則を四四四条から読み取る多数説に、四四四条の文理に忠実に強行法規性を正面から認めようという少数説が対立している。）

前二稿におけると同様にここでも、私はドイツ民法学の状況を紹介することだけを意図している。拙稿を通じて、わが国の民法学の論争に加わろうという意図は無い。なお、本稿執筆の最終的な動機付けとなったのは、これから随所に引用する渡邊拓助教授の優れた業績に大いに啓発されたことに他ならない。<sup>1)</sup> 予め言及して感謝したい。

なお、以下で引用する法律はいずれもドイツ連邦共和国法である。

## 第一章 旧法からの問題提起

### 一 企業・企業買収とは

企業は民法典中の用語ではない。通常の定義としては、企業とは、物（営業設備・商品倉庫など）、権利（金銭債権・特許など）及びその他（暖簾・債務<sup>のれん</sup>など）からなる取引の目的である。そういった——個々の物や権利という個別財産から成る——組織的財産（いわゆる客観的意義の企業、すなわち「資産」asset）だけでなく、企業という経済活動自

体（いわゆる主観的意義の企業、すなわち「企業」<sup>1)</sup> „Unternehmen“<sup>2)</sup>それ自体）が取引の目的となる。そして、このような企業を目的とする売買契約、つまり企業買収では、譲渡される経済活動全体は、譲渡される個別財産の単純な総和以上の価値をもち、それゆえにこそ一体として譲渡されるという特徴がある。

組織的財産としての資産 („asset“) 全部を譲渡することによる企業買収契約（つまり資産取引 („asset deal“)）及び契約から生じる債務は、特別なものではない。買収契約は譲渡の合意で足りる。つまり、一個の諾成契約である。しかし、資産それ自体を一括して移転することはできない。資産を移転するためには、資産を成す個別財産を個別に譲渡することが必要である。したがって、買収契約は一個でも、そこから生じる債務は一個ではない。資産を成す個別財産ごとに、それらを移転する債務が生じる。具体的には例えば、動産所有権が合意と引渡しにより譲渡され、不動産所有権が合意と登記により譲渡され、債権が譲渡され、指図証券が裏書され、債務が引き受けられ、ノウハウが伝えられ、顧客が紹介されなくてはならない。<sup>3)</sup>

これに対して、企業が商社会社 („Handelsgesellschaft“) であれば、事情は異なる。もう一つの譲渡方法が存在するからである。企業の譲渡は、持分 („shares“) 全部の譲渡だけで完結する〔持分取引 („share-deal“)〕。したがって、株式会社であれば、株式は裏書によって譲渡され（株式会社法六八条一項前段、有限会社であれば、持分は公正証書による契約によって譲渡される（有限会社法一五条三項））。

つまり、企業買収の方法は厳密には二種類ある。一方で、売買契約の目的が資産であれば、買収契約からは資産を構成する個別財産の移転債務が生じるのに対し、目的が持分であれば、その持分の移転債務が生じる点で異なるのである。他方で、売買契約自体は、いずれも企業買収という一つの契約である点では同じである。

資産取引であるか、持分取引であるかを問わず、ある売買契約が企業買収であるためには、その売買契約の目的

がそもそも企業でなくてはならない。その判断の決め手となるのは、もちろん当事者意思である。当事者の意思が「生きている有機体」(„lebendiger Organismus“)<sup>(3)</sup>としての企業を譲渡の目的としているかどうかである。判例における判断基準はこうである。資産取引については、「経済的観点 („wirtschaftliche Gesamtbetrachtung“)」から決する<sup>(4)</sup>。これに対して、持分取引については、持分が全部 („sämtlich“)<sup>(5)</sup>譲渡されるときに限られると言つ。

こうして、譲渡される目的が、企業であるときに、資産取引であれ持分取引であれ、その企業としての——単なる個別財産の総和を超える——価値の担保、という問題が出てくるのである。

## 二 企業買収における担保

右のような基準で企業買収と判断された売買契約においては、売買目的の企業に瑕疵があるときは、どうなるのだろうか。企業は、右に見た通り、有体物 (körperlicher Gegenstand) ではないので、物 (Sache) ではない (九〇条)。したがって、物の瑕疵ではなく、特別の準用規定も存在しないために、瑕疵担保責任は生じないようにも見える<sup>(6)</sup>。しかし、判例は、この場合に瑕疵担保責任が生じる、と言う。つまり、旧四五九条以下の規定が適用された<sup>(7)</sup>。旧法では、次の通り規定されていた。

旧四五九条① 物の売主は、買主に対し、危険が買主に移転した時に、目的物が物の価値又は通常の若しくは約定の用法での使用可能性をなくす又は減らす欠陥 (Mangel) が無いことについて責任を負う。価値又は使用可能性の減少が著しくなければ、これを考慮しない。

② 売主は、危険移転の時に、物が保証された性状 (zugesicherte Eigenschaft) を備えることについても責任を負う。

第一の瑕疵の判断基準としての一項の欠陥 (Fehler) とは、目的 (物) のあるべき性質 (Soll-Beschaffenheit)<sup>(8)</sup> とそのである (現実の) 性質 (Ist-Beschaffenheit) との食い違いである。<sup>(9)</sup> そして、企業買収における右の性質の食い違いは、あくまでも企業を成す個別財産についての性質の食い違いが、「企業全体の価値及び有用性」を損ねるときに、企業自体に「欠陥」があると理解されてきた。<sup>(10)</sup> つまり、あくまでも企業を成す個別財産について、「あるべき」と「現実の」性質が比較されることを通して、企業の欠陥の有無が判断されるのであり、企業それ自体についてこのように比較されるわけではない。例えば、営業所の賃借権の移転ができなかったときや、<sup>(11)</sup> 枠組足場の建設企業の買収における枠組足場に重大な欠陥があったときは、<sup>(12)</sup> 企業そのものに欠陥があると判断されたけれども、税理士事務所の買収にともなう雇用関係が移転した従業員が犯罪を常習とする者であったことは企業それ自体の欠陥ではない、<sup>(13)</sup> と判断されている。

第二の瑕疵の判断基準としての二項の保証された性状 (zugesicherte Eigenschaft) を備えていないことは、例えば、将来 (「現在」はもちろん含む) の売上げや収益についての保証がその典型である (第一の瑕疵の判断基準としての欠陥にはならない)。<sup>(14)</sup> 先例として、クリーニング店の売上げの予測がこれにあたりとされたものがある。<sup>(15)</sup> これに対して、過去の売上げや収益についての不実表示はこれに当たらない。弁護士事務所の買収において、過去三年間にわたる売上げについての不実表示があったとしても、保証された性状を備えていないことにはならないと判示された。<sup>(16)</sup> そして右の瑕疵の判断基準のいずれか (欠陥 (二項)・保証された性状を備えていないこと (二項)) を満たすことによって物の瑕疵 (Sachmangel) が存在すると認められれば、瑕疵担保責任として、解除又は代金減額が買主に認められた (旧四六二条)。もし、その瑕疵が二項の瑕疵 (保証された性状を備えていないこと) であるときは、右に加えて損害賠償をも請求できるのであった (旧四六三条)。

## 三 契約締結上の過失

では、過去の売上げや収益についての不実表示（記載）は、法律上はどのように評価されたのだろうか。これは、判例上、——明文のない——契約締結上の過失の一つとして評価されてきた。<sup>⑮</sup>つまり、不実表示という売主の過失行為を理由に、買主に損害賠償請求権が認められてきたのである。そして、その損害賠償請求権の期間制限は、三〇年の消滅時効期間に服した（旧一九五条）。すると、六月の短期消滅時効期間（旧四七七条一項前段）に服する担保責任よりも売主の責任は重くなる、という差違を生じさせていたのである。

結局のところ企業買収は、旧法においては、瑕疵があれば担保責任が、そうでなければ——売主の過失を要件に——契約締結上の過失責任が生じる、と区別されてきたのである。<sup>⑯</sup>

そうすると結果的に、次のような事態が生じた。つまり、企業買収では、瑕疵の判断基準が厳しくなり売主の瑕疵担保責任の生じる範囲が狭くなればなるほど、契約締結上の過失責任が生じ得る領域は広がり、その結果、売主の負う責任は重くなったのである。これが典型的に現れたのが、売上げ・収益についての不実表示の評価においてであった。つまり、（本来誰にも予測・保証ができるはずのない）将来の売上げや収益についての不実表示は、それが保証されて初めて、担保責任を生じさせた（旧四五九条二項）のに対して、（本来売主が責任を負うべき）過去の売上げや収益についての不実表示は、瑕疵ではないとされ、——もしその不実表示がなければその買収契約は締結されなかったであろうときは——<sup>⑰</sup>売主に過失さえあれば契約締結上の過失として重い責任を生じさせたのである。しかも、実務においては、過失の存在が否定された（売主が無過失と認められた）ために契約締結上の過失責任が否定された裁判例は無く、右の違いはますます顕著に、ますます売主の責任は重くなっていたのである。<sup>⑱</sup>

#### 四 実務

しかし、企業買収実務において、右に述べた瑕疵担保責任や契約締結上の過失責任、つまりは法定責任がそのまま発生し、それが問題とされることは稀であった<sup>(22)</sup>。むしろ、企業買収実務においては、①「相当の注意 (due diligence)」及び②特約による責任、という二つの段階で契約内容——そこから生じる約定責任——こそが決め手となったからである<sup>(22)</sup>。つまり、売買の目的たる企業の情報提供について払われるべき売主の注意が右の「相当の注意」であり、これがいわば売主の責任の下限を定め、その注意が払われなかった場合の責任として特約による責任が、いわば売主の責任の上限を定めていたのである（通常は契約の解消は合意されない<sup>(23)</sup>）。

### 第二章 新法においての変化

#### 一 新法

二〇〇二年の債務法改正によって、企業買収における売主の担保責任の状況は、どう変化したのだろうか。二〇〇四年改正法によって、四四四条が再改正されているために、現時点の状況は、債務法改正直後の状況とはまた異なる。当時は、「BGHの判例も存在しないため、状況は流動的なままであ<sup>(24)</sup>」ったと言えよう。流動的ではあったけれども、学説状況は概ね次のようなものであった、と私としては纏めたい。

新法では、売主の担保責任としての法律効果を定める規定は、そのほとんどが、債権総論及び契約総論における一般給付障害（わが国では債務不履行にあたる）の規定を準用している<sup>(25)</sup>。それは、新法では、売主は瑕疵なき目的物を給付しなければならないことに由来する（四三三条一項後段）。そのために、瑕疵ある目的物の給付は給付障害（債務不履行）となるからである<sup>(26)</sup>。



この改正がもたらす帰結として、次の変化が生じた。従来、担保責任として損害賠償が認められるためには、保証された性状（旧四五九条二項）を備えていないことが必要であった（旧四六三条）のに対して、今や、瑕疵がありさえすれば損害賠償請求が可能となったのである（四三七条三号）。しかも、消滅時効期間が六月（旧四七条一項前段）から二年（四三八条一項三号）に変更されたことも大きな変化である。

他方、契約締結上の過失の要件効果についての大きな変更はない。唯一の重要な変更点は、消滅時効期間の変更である。三十年（旧一九五条）から三年（一九五条）に大幅に短縮されることになった。

企業買収自体に関しては、新法においてもやはり、「企業」は、民法典中の用語となっているわけではない。しかし、旧法とは異なり、物の瑕疵についての規定はその他の目的（sonstige Gegenstände）にも準用されることが明示された（四五三条一項）ために、担保責任の規定の企業買収への適用が明示されることになった。

企業買収において問題となる売上げ・収益の保証については、次の通りの取り扱いとなった。つまり、将来についての保証に関しては、旧法では保証（Zusicherung）があつてはじめて担保責任が生じたのに対して、新法では、性状（Eigenschaft）の保証という旧四五九条二項が無くなったために、将来についての保証は——従来は保証された性状（zugesicherte Eigenschaft）として取り扱われてきたところ——、新法では、——次に述べる——四四三条の目的〔物〕の性質（Beschaffenheit）の保証（Garantie）<sup>(27)</sup>を理由に買主の権利を生じさせることになる。<sup>(28)</sup>（他方、過去の売上げ又は収益についての不実表示は、旧法と同じく、契約締結上の過失となる。）<sup>(29)</sup>

#### 第四四三条【性質及び耐用性の保証】 ④売主又は第三者が、目的物の性質（Beschaffenheit）、又は目的物が特定の期間

特定の性質を備えること（耐用性）の保証（Garantie）を引き受ける場合には、保証のときは、買主は、法定の請求権にかかわらず、保証から生じる権利を、保証の（意思）表示及びその広告において表明した条件で、保証を引き受けた

者に対し、行使することができる。〔……〕

結局、新法においても旧法においてと同様に、①売主の担保責任と②契約締結上の過失責任との組み合わせによって解決されることになる。しかし実務においては、旧法においてと同様、①「相当の注意 (due diligence)」及び②特約による責任、という二つの段階での契約内容が決め手となるため、右の法定責任としての二つの組み合わせがそのままの形で売主の責任として残ることは、まずないと言ってよい。<sup>(30)</sup> その意味でも、企業買収に改正法が及ぼしている影響はごく小さいのである。

## 二 四四四条

ところが、四四四条を巡る論争によって、あたかも改正法が企業買収に大きな影響を及ぼしたかの如き印象が与えられることがある。けれども、ドイツの学説状況を全体として見れば、違った印象、つまり四四四条を巡る議論は大きな問題ではない、という印象を私は受けるのである。二〇〇二年改正直後の四四四条は次のような体裁であった。――

**再改正前第四四四条【免責】** 売主が瑕疵を悪意で黙秘した、又は目的物の性質 (Beschaffenheit) の保証 (Garantie) を引き受けたときは (wenn)、売主は、瑕疵があるときの買主の権利が生じないとする又は制限を受けるとする合意を主張することができる。

新法のこの条文は、旧法の次の三つの条文の後継である。<sup>(31)</sup>

旧第四四三条 売主が瑕疵を悪意で黙秘したときは、第四三三条から第四三七条まで及び第四三九条から第四四二条までの規定による権利の瑕疵があるときの売主の担保責任を生じさせない又は制限する合意は無効である。

旧第四七六条 売主が瑕疵を悪意で黙秘したときは、物の瑕疵があるときの売主の担保責任を生じさせない又は制限する合意は無効である。

旧普通契約約款法規制法第二一条 一一号 【保証された性状の責任】 売買、請負又は物品供給契約において、民法第四

六三条、第四八〇条又は第六三五条の規定による保証された性状を備えないことを理由に生じる約款使用者に対する損害賠償請求権を生じさせない又は制限する〔普通契約約款中の〕規定〔は無効である〕。

右の通り、旧四四三条・旧四七六条は——旧普通契約約款法規制法第二一条と比較して——保証された性状を備えないときについての言及がない。けれども、判例によれば、保証された性状を備えないときにもまた免責の合意は認められていなかったのである。<sup>(32)</sup>つまり、旧法において既に、保証された性状について売主は責任を免れることができなかったのである。その意味では、四四四条は改正によって、普通契約約款法規制法第二一条の明文の規定の部分を民法典にも及ぼすという意義があったのである。<sup>(33)</sup>つまり、免責の合意が無効であるということは、一方で保証しておきながら他方でそれを免責するという矛盾した合意は法律上認められないという当たり前のことが言われているに過ぎない。逆から表現すれば、仮に、性状についての保証が当初から制限された形で合意されたのであれば、それは私的自治の原則にしたがって、——（無制限ではない）制限された保証が——そのまま認められるのである。<sup>(34)</sup>

例えば、一方で買取目的の企業の「将来の年間売上高は五十万ユーロと保証します」と保証（四四三条）しつつ、他方で、「仮に売上高が五十万ユーロに及ばなくても、三十万ユーロまでしか賠償責任を負いません」と合意して

いたと仮定しよう。この企業買収を全体として見れば、売主の保証（責任の上限）は、当初から三十万ユーロに制限されていたことになる。<sup>(35)</sup>つまり、四四四条は適用されないのである。要するに、契約の解釈が決定的に重要となる。<sup>(36)</sup>

そうすると、契約の解釈に基づいて帰結された売主の責任の内容が四四四条の存在によって修正される、すなわち、四四四条が性質の保証について強行法規としての効力を有する場面というのは稀であることになる。あるとしても、それは、性質の保証の合意とは別個に普通契約款類似の方法によって保証を制限する合意がなされる場合に限定される。<sup>(36)</sup>そして、四四四条についてのこの解釈が改めて「連邦法務省の民法第四四四条についての態度決定」でも明らかにされたのであった。<sup>(37)</sup>

これを条文の解釈という視点から見ると、「目的物の性質の保証を引き受けたときは（wenn）」という文言が、「目的物の性質の保証を引き受けたときは（wenn）」その限りで、（soweit）」と縮小解釈されていたことになる。<sup>(38)</sup>

それを受けて、現実の再改正作業では、——右の連邦法務省の態度決定の通り——「目的物の性質の保証を引き受けた限りで、（soweit）」という文言が採られたのであった。<sup>(39)</sup>改正箇所は、“wenn”が“soweit”に変更された一箇所だけである。結果的に現在の条文は次の通りになっている。——

**第四四四条【免責】** 売主が瑕疵を悪意で黙秘した、又は目的物の性質（Beschaffenheit）の保証（Garantie）を引き受けた限りで、（soweit）、売主は、瑕疵があるときの買主の権利が生じないとする又は制限を受けるとする合意を主張することができない。

## 三 論争の本質

したがって、四四四条が右の連邦法務省の解釈に従って解釈されていた限り、——仮に再改正がなかったとしても——改正法の実務への悪影響はなかったたのであり、その意味で、四四四条を巡る論争は仮象問題 (Scheinproblem) であったに過ぎない。<sup>(41)</sup> そう考える学説が通説だったたのであり、逆に、保証 (Garantie) を引き受けた以上はこれを制限する合意は一切無効だという反対説は少数説であつたに過ぎない。<sup>(42)</sup> 反対説によれば、右の設例での「三十万ユーロまでしか賠償責任を負いません」という合意の存在を売主は主張することができず、「売上高は五十万ユーロと保証します」という保証だけが残るため、五十万ユーロ全額について責任を負ったのである。

しかし、通説の中にも次のような論理の違いが存在している。——

第一の論理は——右の連邦法務省の見解の通り——四四四条は、約束は守られなければならないという私的自治の原則を表明するに過ぎない、という解釈であつた。<sup>(43)</sup>

これに対する第二の論理は、保証には「独立的 (selbständig)」・「従属的 (unselbständig)」の二種類があり、このうち「従属的」保証にのみ四四四条が適用されると言う。すなわち、独立的保証においてはその責任を売主自身が制限してよいと言う。<sup>(44)</sup> この第二の論理は、従属的保証については四四四条の強行法規としての性格を重視する点で第一の論理と異なる。そうして、悪意の黙秘の場合と合わせて、四四四条は一貫して強行法規であると解釈できるのがこの第二の論理の長所である。

## 要 約

新法を文理解釈すると導かれる帰結に対して、縮小解釈という論理によって、結論の妥当性を獲得し、条文の正

当性を認めようというのが——連邦法務省も採った——通説であった。これに對して、そのような縮小解釈を否定する文理解釈が少数説として存在していた。さらに、現在は明文化された通説の中にも二つの論理がある。第一に、性質を保証した者はその責任を負うという私的自治の原則を四四四条は表現しているに過ぎないという論理と、第二に、四四四条の一貫した強行法規性を重視する論理である。前者が多数説である。

(1) 渡邊拓「帰責事由としての性質保証と損害担保」静法八卷三・四号(二〇〇四)一四三頁、同「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安定性の除去のための民法典改正について」横国一四卷一号(二〇〇五)五三頁。拙稿はこの二つの業績に呼応するものであり、その綿密な調査に付け加えられる事柄は本来無い。敢えて一つだけ挙げるとすれば、改正直後の学説分布状況について私は異なる印象を抱いていた。それを対照的に示すことが——あるとすれば——拙稿の存在意義ではないかと考えている。以下で私が「通説」「多数説」「少数説」と——拙速を厭わず——はっきり名付けているのはそのためである。しかし、その印象の違いは——管見によれば——研究手法の違いに由来するのである。私が専ら紹介・解説を念頭に置いてドイツ法学に取り組んでいるのに對して、渡邊助教は、御自身の壮大な日本法解釈論に踏み込んでおられるからである。いずれにしても、渡邊論文の高い価値は変わらないことを、それによる啓発への謝意とともに記しておきたい。

- (2) *Canaris, Handelsrecht*, 2000, § 8 Rdnr. 1.
- (3) *Canaris, Handelsrecht*, 2000, § 8 Rdnr. 24.
- (4) *BGH NJW* 2002, 1042, 1043.
- (5) *BGHZ* 65, 246ff.
- (6) *Canaris, Handelsrecht*, 2000, § 8 Rdnr. 21.
- (7) *Weirauch, NJW* 2002, 2511, 2512.
- (8) 性質 (Beschaffenheit) とは、判例によれば、「売買目的物の物質的な性質の他に、売買目的物の事實的、經濟的、社会的及び法的な外部との関係もまた、それが目的物の使用及び価値のために重要である限りは、性質たり得る」(*BGHZ*

70, 47, 49)。

- (9) *Musielak*, Grundkurs BGB, 6. Aufl., 1999, S. 263, RdNr 575.
- (10) *Weinauer*, NJW 2002, 2511, 2512.
- (11) BGH NJW 1970, 556.
- (12) BGH NJW 1979, 33.
- (13) BGH NJW 1991, 1223.
- (14) BGH NJW 1990, 1658.
- (15) BGH NJW 1995, 1547.
- (16) BGH NJW 1999, 1404.
- (17) これに関し、ヘイニにおける情報提供義務論については、潮見佳男『契約法理の現代化』（有斐閣、二〇〇四）一四一頁以下が正確である。
- (18) *S. Lorenz*, FS *Heldrich* 2005, 305, 310f.; *ders.*, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, S. 383ff.
- (19) 例として、BGH NJW 2001, 2163, 2165. 1) の判例によれば、買主は有効な契約を維持しつつ損害賠償を請求するか、契約を解消するかの („Rückgängigmachung des Vertrags“) を決める。契約締結上の過失の法律効果は、信頼利益の賠償に限られるのが原則であるけれども、判例上例外が認められてきたという点に、*S. Lorenz*, NJW 1999, 1001 参照。
- (20) *U. Huber*, AcP 2002, 179, 189f.
- (21) *U. Huber*, AcP 2002, 179, 193ff.; *Mertk*, BB 1995, 1041ff.
- (22) *Fleischer/Körber*, BB 2001, 841ff.
- (23) *S. Lorenz*, FS *Heldrich* 2005, 305, 314.
- (24) 渡邊・前掲静法八卷三・四号（二〇〇四）一九三頁。
- (25) そうでない規定は、完全履行（追完）請求権（四三九条）と、代金減額請求権（四四一条）だけである。
- (26) 詳しうて、*S. Lorenz*, NJW 2002, 2497ff.
- (27) „Garantie“ という言葉の邦語訳は難しい。渡邊論文では「損害担保」と充てておられる（前掲静法八卷三・四号（二〇

○四〕一四七頁。「履行・損害担保」という訳(渡辺達徳「ドイツ債務法現代化法における帰責事由」判タ一二一六号〔二〇〇三〕二七頁注三)に強く共感するけれども、拙稿では差し当たり、「保証」と充てた。①訳語としての短さ、②「Garantie」の前身「Zusicherung」に本稿が「保証」を充てようとの整合性<sup>46)</sup>を理由とする。

(28) *Gaul*, ZHR 2002, 35, 46; *Gronstedt/Jürgens*, ZIP 2002, 52, 54; *Eidenmüller*, ZGS 2002, 290, 295。これに対して、新法でも契約締結上の過失責任が生じる場合がある主張をする。U. *Huber*, AcP 2002, 179, 226。一般的に、旧法の「性状 (Eigenschaft) の保証 (Zusicherung)」が、「性質 (Beschaffenheit) の保証 (Garantie)」に引き継がれることについて<sup>47)</sup> BT-Drucks. 14/6040 S. 210。

(29) *Grigoleit/Hersenthal* JZ 2003, 118, 125f.; *S. Lorenz*, FS *Heldrich* 2005, 305, 320。

(30) *S. Lorenz*, FS *Heldrich* 2005, 305, 322。

(31) BT-Drucks. 14/6040 S. 240。

(32) 旧四七六条の「*unvollständig*」*S. Lorenz/Ruttm*, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, 2002, RdNr 563; *S. Lorenz*, FS *Heldrich* 2005, 305, 323。判例<sup>48)</sup> 例<sup>49)</sup> BGH NJW 1999, 3481。

(33) *Canaris*, Karlsruher Forum, 2002, 85。

(34) *Canaris*, Karlsruher Forum, 2002, 85; *Damrau-Lieb/Thiessen*, ZIP 2002, 108, 114。

(35) *Canaris*, Karlsruher Forum, 2002, 86。

(36) *Canaris*, Karlsruher Forum, 2002, 85。

(37) Bundesministerium der Justiz, ZGS 2003, 307。

(38) *Canaris*, Karlsruher Forum, 2002, 86f。したがって、この解釈を縮小解釈、後述の少数説を文理解釈と分ける説明が適切である(渡邊・前掲静法八卷二・四号〔二〇〇四〕一八二頁以下が正しい)。

(39) 四四四条の再改正の経緯について、渡邊・前掲横国一四卷一号(二〇〇五)五三頁以下が詳細にして明快である。

*Brox/Walker*, Besonderes Schuldrecht, 30. Aufl. 2005, § 4, RdNr 32 をまた分かりやすく。

(40) *Triebel/Hölzle*, BB 2002, 521, 531。

(41) *S. Lorenz*, FS *Heldrich* 2005, 305, 323。



(64) *Graf von Westphalen*, ZIP 2001, 2107; ders., ZIP 2002, 545, 545; ders., ZIP 2003, 1179, 1179; *Hermanns*, ZIP 2002, 696, 700.

(65) *S. Lorenz/Riehm*, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, 2002, Rdnr 563; *Canaris*, Karlsruher Forum, 2002, 84; *Damrau/Lieb/Thiessen*, ZIP 2002, 108, 114; *Faust*, ZGS 2002, 271, 274; *U. Huber*, AcP 2002, 179, 238f.; *Müller*, NJW 2002, 1026, 1027; *Triebel/Holzle*, BB 2002, 521, 531; *Wolf/Kaiser*, DB 2002, 411, 419; *Ermann-Grunewald*, BGB, 11. Aufl. 2004, § 444, Rdnr 11; *S. Lorenz*, FS *Heldrich* 2005, 305, 324. 田口元嗣の文章について *Palandt-Putzo*, BGB, 64. Aufl. 2005, § 444, Rdnr 3.

(66) *Gronstedt/Jörgens*, ZIP 2002, 52, 57; *Eidemüller*, ZGS 2002, 290, 296; *Seibt/Raschke/Reiche*, NZG 2002, 256, 259f.; *Bergjan*, Die Auswirkungen der Schuldrechtsreform 2002 auf den Unternehmenskauf, 2003, 330f.; *Rittmeister*, Gewährleistung beim Unternehmenskauf, 2005, 196f. 渡邊・前掲靜法八卷三・四号(二〇〇四)一八二頁以下の解説が分かりやすい。