

第6章 グループ会社関係における信用補完と表明保証責任について

前 田 重 行

I 親会社による子会社債権者に対する信用補完

1 総説

企業結合関係を有するグループ会社において、子会社がグループ外の企業（特に金融機関）から信用供与を受ける場合に、グループ内の親会社が子会社のために保証を行うことが多いが、しばしば正式な保証の代わりに保証類似行為により信用補完を行う場合が見受けられる。そのような信用補完のための信用類似行為としては、保証予約、経営指導念書が典型的なものであろう。親会社が正式な保証の代わりに保証予約や経営指導念書のような保証類似行為により信用補完を行う理由としては、親会社が正式保証を行い、保証債務を負担する場合には、親会社の決算に際してその貸借対照表上において、保証債務を偶発債務として取り扱うことになること（保証債務については、貸借対照表において注記しなければならない（会社計算規則103条5号、財務諸表等規則58条）、および保証債務の額によっては、取締役会の決議が必要になること（会社法362条4項2号）などから、これらの取扱を回避したいという点が挙げられてきている（小林啓文「保証類似行為の実務上の論点」子会社救済と取締役の責任（別冊商事法務No.172（1995年）2頁、吉田光碩「保証予約について」法律時報68巻4号（1996年）74頁以下参照）。さらに金融機関の場合には他の融資金融機関とのバランスを維持する必要性から正式保証を避け、その代わりに保証類似行為を行うこと等の点も挙げられている（後記3（2）参照）。

ただ近年財務諸表等規則における開示規制では、保証類似行為については、開示の強化の方向にあり（偶発債務の範囲についての解釈による拡大）、正式保証の代わりに保証類似行為を行った場合でも、正式保証に準じて開示の対象になる場合も生じうると考え得る。

また保証類似行為については、その法的効果が問題とされてきており、親会社が子会社のために保証類似行為を行った場合には、その法的効果として保証債務あるいは損害担保責任と同様の責任が生ずるのか、あるいはそのような責任は生ぜず、単に親会社が道義的責任を負うに

留まるのか議論されてきている。特に、融資先等の親会社が融資をした銀行等の金融機関に交付した経営指導念書については、当該銀行にとってはどのような法的効果を有するか、あるいは、いかなる意味を持つのかという点が問題となる。すなわち、第一には、保証責任と同様の責任を追及できるのか、第二には、そのような保証類似行為が当該銀行に対する銀行監督上どのように取り扱われるのかという点である。

2 保証予約

(1) その意義

保証予約とは、債務者の親会社またはその他第三者が債務者のために、債権者に対して将来債権者から請求された場合または一定の事由が生じた場合等には、保証債務を負担するという契約を指すものと考えられている。このような保証予約は契約として有効であり、後述のタイプに応じて保証契約締結の請求により契約締結の義務を負ったり、予約完結権の行使等によって保証契約が成立し、保証予約をした者は、保証債務を負担することになる。

保証予約の形態としては、i 債権者による保証契約締結の請求がなされた場合に、保証予約をした第三者に保証契約を締結する義務が生ずるタイプ（保証契約締結義務型保証予約）、ii 債権者の予約完結権の行使により保証契約が成立するタイプ（予約完結権行使型保証予約）、iii 停止条件としての一定の事由が生じた場合に、自動的に正式の保証契約が効力を生ずるというタイプ（停止条件付保証契約）の三つのタイプがあるといわれている（吉田・前掲75頁、日本公認会計士協会監査委員会「債務保証及び保証類似行為の会計処理及び表示に関する監査上の扱い」（報告第61号、平成11年2月22日）3頁、渡辺博巳「保証類似行為と保証契約の成立およびその効力」ジュリスト1154号（1999年）118頁等参照）（なお小林・前掲3頁は、上記の類型にさらに上記のiiを細分類して予約完結権の行使に条件を付すタイプと付さないタイプがあることを指摘する）。

(2) 保証予約の法的効果と法規制における取扱

① 保証予約に対する法規制上の扱い

保証予約はその契約上定められた条件が成就した場合や契約の相手方の意思表示がなされた場合には、保証債務を発生させることになる。ただ前記（1）のii、iiiのタイプの場合は、保証予約をした者の意向に関わらず保証債務を負担する可能性が存在しており、保証債務に準じたものとして扱われるが、実質的には保証債務と同様に扱われるべきであろう。これに対して、前記iのタイプは保証債務が生ずるためには、保証予約をした者の新たな意思表示が必要であ

る点において、前記 ii、iii のタイプとは異なるが、契約の相手方の諾否の自由はなく、保証契約を締結することは義務づけられている以上、やはり保証債務の負担と同様に扱われることになる。

保証予約に関しては、会社法上も後述する裁判例において会社法362条4項2号の借財と解されており、その額によっては取締役会の決議が必要となる。また、保証予約は開示規制の面でも保証債務と同様または準じたものとして扱われている。すなわち、保証予約は、金融商品取引法における財務諸表等規則上も保証債務に準じ、偶発債務として貸借対照表に注記されることが必要であると解されている（財務諸表等規則58条、日本公認会計士協会監査委員会・前掲報告3頁）。また会社法における開示規制においても同様であると考えられる（会社計算規則103条5号の偶発債務として扱われることになろう）。

その他、銀行監督規制上は、事業会社の保証予約がその財務諸表上に注記されているか、または注記されていなくても、法的に保証と同様の効力を有することが明らかで、内部手続を経ていることが確認でき、かつ当該会社が十分な保証能力を有するものについては、正式な保証として扱われることになる（金融庁「金融検査マニュアル（預金等受入金融機関に係る検査マニュアル）」（平成23年7月）、リスク管理等編、資産査定管理態勢の確認検査用チェックリスト 自己査定（別表1）1、債権の分類方法（5）保証等による調整 ③ 保証予約及び経営指導念書）。したがって、債権者たる銀行に対してなされた事業会社の保証予約は、銀行監督上当該金融機関においては通常は正式保証と同様に取り扱われることになろう。

② 保証予約に関する会社法における取締役会決議の必要性について

過去の下級審裁判例においては、いずれも保証予約は保証債務を負担することを内容とするものとして、平成17年改正前商法260条2項2号（現行会社法362条4項2号）にいう借財と解されている（東京地判平成9年3月17日金法1479号57頁、東京地判平成10年6月29日金判1048号、東京高判平成11年1月27日金判1062号12頁）。したがって、保証予約に基づいて負担することになる保証債務の額が多額の場合には、会社法上取締役会決議が必要となる（会社法362条4項2号）。負担する債務が多額であるか否かについては、一律に決めることはできず、当該借財の額が債務を負担することとなる会社の資本金、負債総額および経常利益等に占める割合、当該借財の目的、借入をする場合の従来の取扱い等の事情を総合的に判断して決めるほかはない（前田重行「商法260条2項2号の「多額ノ借財」と銀行の注意義務」金法1489号（1997年）9頁）。また多くの会社では、一定額以上の債務を負担する場合には定款または取締役会規則で取締役会の決議を要するものと定めている。それゆえ、株式会社が子会社関連会社の債務に関して保証予約をする場合には、当該保証予約によって負担しうる可能性のある債務額が当該会社にとって会社法362条4項2号の定める多額の場合には、取締役会の決議が必要とな

る（取締役会設置会社の場合）。また上記規定の定める多額でない場合であっても、定款規定によって取締役会決議を必要とする額の場合には、やはり取締役会決議が必要となる。多くの企業に貸付をしている金融機関は、貸付先に対する債権回収を確実にするため当該貸付先の親会社や関連会社による保証予約を受ける場合が考えられるが、このような場合には、当該保証契約締結についての相手企業の実態の取締役会決議の必要性の有無および必要な場合には取締役会決議を経ていることを確認することが必要となる。

ところで株式会社が、会社法362条4項2号に違反して、取締役会決議を経ずに、債務を負担する取引を行った場合には取引の効力が問題となる。必要な取締役会決議を経ずに行われた取引行為の効力に関する判例としては、平成17年改正前商法260条2項1号の重要な財産の売買を取締役会決議を経ずに代表取締役が単独で行った事案に関する最判昭和40年9月22日（民集19巻6号1656頁）がある。同判決は、このような取引行為も会社の内部的意思決定を欠くに留まるから、原則として有効であって、ただ、相手方が取締役会決議を経していないことを知りまたは知り得べかりしときに限って無効であるとしている。そして、平成17年改正前商法260条2項2号の定める多額の借財に関しては、前記の下級審裁判例および福岡高裁那覇支判平成10年2月24日（金判1039号3頁）が、上記最判を先例として、取締役会決議を経ずに多額の借財を行った場合でも原則として有効であるが、当該取引の相手方が右決議を経していないことを知りまたは知りうべかりしときに限って無効であるとしている。したがって保証予約についても同様に解されることになる（前記裁判例参照）。

ただ学説においては、取締役会決議のないことを知らなかった取引の相手方をなるべく広く保護すべきであり、判例のように取引の相手方の善意につき過失がある場合にまで無効を主張できるとするのは、取引の相手方に広く調査義務を負わせることとなり、取引の相手方の保護に欠けることになるから、行き過ぎであるとする批判がなされてきている（前田（重）・前掲9頁以下参照）。そして学説上は、必要な取締役会決議を経していない取引行為につき、会社が取引の無効を主張できるのは、取引の相手方が取締役会決議を経していないことにつき悪意の場合および善意であっても重過失ある場合に限るべきであるとする考え方（龍田節「会社法 大要」（2007年）114頁、今井宏「代表権の制限と取引の安全」民商法雑誌93巻臨時増刊号（1）（1986年）166頁、稲葉威雄＝上柳克郎ほか「〈座談会〉改正商法260条の銀行実務はいかにあるべきか」金法1013号（1983年）28頁〔稲葉威雄〕）が有力である（前田（重）・前掲11頁参照）。会社の代表取締役が取締役会の決議を経ないで取引行為を行ったとしても、それは法律上要求されている取締役会の監督機能が適切に果たされていなかったことにも原因があるわけであり（竹内昭夫・判例商法Ⅰ（1976年）233頁）、相手方が過失で決議を経していないことを知らなかったということだけで取引行為を無効にするのは適切ではなく、むしろ取引の相手方の保護と会社の利

益保護との間の適切なバランスをとるうえでは、取引の相手方が著しく注意義務を欠く場合に、会社はこの者にとり取引の無効を主張できると解するのが妥当であろう（前田（重）・前掲金法1489号11頁）。したがって、会社は必要な取締役会決議を経ない保証予約については、取締役会決議を経ないことにつき悪意または善意であっても重過失ある相手方に対してのみ無効を主張しようと解すべきことになる。

3 経営指導念書

(1) その意義と形態

経営指導念書は、その名称も経営指導念書の他に単なる念書、確認書、覚書等の名称が使われており、その内容は多様であるため、一義的に定義することは困難である。経営指導念書については、実務上の使われ方やある程度共通した内容から見ると、企業グループ内の企業が金融機関等から債務の返済猶予や新たな融資を受けるに際して、当該企業グループの親会社等が当該金融機関等に対して正式の保証を行う代わりに、当該債務者会社の経営支援、経営指導等を行うことを約したり、融資を受けることまたは債務の存在を認識しているということ、債務の履行につき指導することもしくは迷惑をかけないことなどの内容を有しているのが通常であるが、中には保証債務の負担を約したものと判断されうるようなものから、単に道義的な責任のみを負うに留まるものまで種々あり得る。

(2) 経営指導念書が利用される理由

実務において従来から経営指導念書が利用されてきている理由としては、次のような理由が挙げられてきている。すなわち、i 開示規制の回避を図るため、ii 会社の内部手続上の理由、iii 法令上の制限や行政的規制からの理由、iv 複数の融資銀行間の融資残高のバランスを維持するため、v 債務者である関連会社が保証や連帯保証を受けるには一定のコストがかかることについての考慮等の理由である（並木茂「判批」金融法務事情1526号（1998年）19頁参照）。経営指導念書の差入れの理由が開示規制の回避にあるという点（上記i）については、前記のように会社が子会社等のために保証や保証予約をした場合には、会社法や金融商品取引法によって貸借対照表に開示されることになるためこれを避けることが意図されている場合である（後述の（5）①における裁判例iii、iv、vi参照）。これは、おそらく経営指導念書の差入れの多くが、後述のように債務負担を意図したものと認められていないことを反映しているものといえよう。上記iiの会社の内部手続上の理由という点は、会社が関連会社等のための保証または保証予約をする場合には、保証等による債務負担額によっては、取締役会決議が必

要となるので、これを避けるためということが考えられる。後述の裁判例では、経営指導念書の差入れが取締役会決議を避けるためであるかどうかは不明であるが、会社内部の手續としての取締役会決議を経していない事実が指摘されている（後述の（５）①における裁判例ivおよびvi）。上記２（１）iiiの法令上の制限や行政的規制からの理由に関しては、その例として後述の裁判例においては当時の中小企業等協同組合法による債務保証を行うことについての制限を回避するために行われたものと認定されている事案が存在する（（５）①における裁判例v）。また、上記ivの融資銀行間の融資残高のバランスを維持し、債権者たる銀行間を公平に扱う必要性から、債務負担行為そのものとはいえない経営指導念書が差し入れられる場合も考えられる（（５）①における裁判例iii参照）。

（３）開示規制および銀行監督法上の扱い

① 開示規制

経営指導念書の差入れと開示規制との関係では、経営指導念書の差入れが、金融商品取引法に基づく財務諸表等規則上の偶発債務に当たるか否かが問題となる。この点に関しては、経営指導念書が、その内容あるいは差入れの経緯その他の状況から実質的に債務保証義務または損害担保義務を負っていると認められるものについては、債務保証または保証予約と同様に考え、偶発債務に含め、財務諸表等規則58条により貸借対照表上の注記が必要になると解されている（日本公認会計士協会監査委員会・前掲報告3頁）。このような扱いは、会社法上の開示規制についても同様に考えられる。

しかし後述するように経営指導念書の実態や裁判例で債務負担についての法的効力が否定されてきていることから考えると、従来からの形態で作成され、差し入れられてきている経営指導念書の場合には、上述のような開示規制の対象には当然にはならないようにも思われる。むしろその記載内容、作成経緯から差入れ側の実質的な債務負担の意思が是認され、差入れ側が債務保証義務や損害担保義務を実質的に負うものとして、開示規制上偶発債務とされる例はほとんどないのではないか。

② 銀行監督法上の扱い

銀行監督法においても、一般事業会社の経営指導念書がその財務諸表上に注記されているか、または注記されていなくても、法的に保証と同様の効力を有することが明らかで、内部手續を経ていることが確認でき、かつ当該会社が十分な保証能力を有するものについては、正式な保証と扱われることになる（金融庁・前掲金融検査マニュアル参照）。したがって、一般事業会社から銀行に差し入れられた経営指導念書は、銀行監督法上当該金融機関においては、上記の条件を満たすものは、正式保証と同様に取り扱われることになろう。しかしこの点も前記①と

同様に、実際上経営指導念書が正式な保証と扱われる場合は少ないであろう。

(4) 会社法上の扱い

経営指導念書を差し入れても、それが法的効果を持たず、差し入れた会社になんら法的責任を生ぜしめない場合には、当該会社にとっては特に問題は生じないが、差し入れた会社に保証債務の負担が認められた場合には、会社の内部手続を経ていない点が次の問題となる。すなわち、負担した債務の額が多額な場合には、取締役会決議が必要となるが、決議を経ていない場合には、その債務負担の効力が問題となる。また、差入会社の取締役の責任も問われることになろう。

(5) 経営指導念書による責任とその裁判例

① 経営指導念書についての裁判例

親会社や金融関係企業の母体行は、種々の理由によりその子会社や関連会社のために子会社等の債権者に対して子会社・関連会社の債務の履行の猶予、弁済期の延長あるいは新たな融資を要請するに際して経営指導念書を差し入れてきているが、このような経営指導念書の差入れによって、念書を作成し差し入れた親会社や母体行は、差入れの相手方に対していかなる責任を負うのであろうか。この点に関しては、従来から一連の裁判例が存在する。いずれの裁判例も経営指導念書の法的責任を認めていない。以下、これらの裁判例を紹介し、分析、検討することにする。

i 東京地判平成9年4月28日 金判1040号48頁

事実の概要：リース会社Aは、X銀行と有価証券貸借契約を締結し、有価証券を借入していたが、経営が悪化し、X銀行に対する債務の履行が困難になった。このため、Aの母体行であるY銀行がAの債権者である金融機関に支援を要請し、再建計画を協議していた。そしてYは、X銀行との間でもAの債務の返済の猶予を受けることにつき協議を行い、その結果、AがX銀行からAの借入有価証券の返済相当額についての新規融資を受けることとなり、その際に、Y銀行は、X銀行に対して、Aの借入有価証券については期日到来まで契約金利の利払いを遵守させ、期日に返済する旨の確認書を差し入れた。その後、Aが倒産し、借入有価証券の返済ができず、債務不履行になったため、X銀行が当該確認書により連帯保証が成立したとして、確認書を差し入れたY銀行に対して連帯保証人の責任を迫及した。

判旨：請求棄却。確認書中の「期日にご返済申し上げます」という文言は、Y銀行が自ら返済することを約したかのように読めないこともないが、このことがY銀行の連帯保証の約束であるとすると、確認書中にある「期日到来まで契約金利の利払いを遵守させる」との文言はい

かにも不自然であり、Y銀行が他の関連会社の債務についてX銀行に対して保証した契約書と対比しても、銀行間の連帯保証書としては、表現があまりにも不明確であるとして、確認書が連帯保証を約束したものとは認められない。また本件確認書は、返済について責任を負ってほしいとのX銀行の求めに応じて作成されたものではなく、その主眼は新規融資の方にあり、X銀行の関心も返済金の処理や、新規貸付金の利息にあったものと認められるとして、確認書作成の経緯からも連帯保証を約束したものとは認められないとして請求を棄却した。

ii 東京地判平成11年1月22日 金判1078号44頁

事実の概要：株式会社Y₁銀行が、その関連会社であるAファクター会社の債権者Xに対して、Aの債務の存在を認識し、Y₁銀行がAファクター会社の経営改善を支援し、Xに対する債務履行には迷惑をかけないように十分配慮する旨の経営指導念書を差し入れ、Xから弁済期の変更を受けた。Y₁銀行側は、何度か上記経営指導念書については、実質的には保証書と同じであると発言したが、Xからの債務保証であることの再度の確認の要請に対しては、これを否定し、上記念書はAに対する経営指導により債務の返済を確実に行わせることを約束するものにすぎないと返答した。結局、A会社は約定の弁済ができなくなり、期限の利益を喪失した。Xは、Y₁に対して、上記念書により連帯保証または損害担保契約が成立したと主張しAの残存債務相当額の支払いを求めるとともに、Y₂銀行に対してもY₁からの営業譲渡に伴い併存的債務引受を受けたものとして同額の支払いを求めている。

判旨：請求棄却。当該経営指導念書については、その文言、内容上も、差入れの経緯から見ても連帯保証とは認められないと判示した。

iii 東京地判平成11年6月28日 判時1703号150頁

事実の概要：株式会社Y銀行が、その関連会社であるA株式会社の債権者であるX信用農業協同組合連合会に対して、A株式会社の経営計画遂行には責任をもって臨み、一切の迷惑をかけないことを確約する旨の念書を提出し、Xから債務の履行期限の延長を受けた。その後A株式会社が破産し、債務不履行になったため、Xが念書により損害担保契約が成立しているとして、Y銀行に対して損害金の支払いを請求した。

判旨：請求棄却。Y銀行による当該念書の差入れについては、有価証券報告書等に保証としての注記を行うことを避け、かつ債務者たるA会社に対する他の債権者との公平を保つために行われたものであり、しかも保証は実質的なものであっても受け入れられないという従来からの一貫した姿勢に基づいてなされたものであるから、銀行側の経営責任・監督責任を意味するものに過ぎないとして、上記念書による損害担保契約の成立を否定した。

iv 東京地判平成11年9月30日 金判1085号39頁

事実の概要：事業会社であるY株式会社がその関連会社であるA会社の債権者であるX銀行

に対して、A会社の債務につき、将来債務不履行が生じないよう、責任をもって管理・監督するとともに債務の履行が完了するまでの間はX銀行の同意を得ずに重要な変更は行わず、A会社の債務の履行が困難と判断されたときは、X銀行との協議によりX銀行が必要と判断する万全の対応策をY株式会社が講ずることを確約する旨の経営指導念書を差し入れ、A会社の債務につきX銀行から弁済の猶予を受けた。その後、A会社が破産し、A会社の債務不履行が生じたため、X銀行が上記経営指導念書は保証予約であり、そうでないとしても債務不履行発生防止債務を定めたものであるとして、第1次的に予約完結の意思表示による保証債務の履行の請求、第2次的に債務不履行による損害賠償請求を行った。また予備的請求として上記念書の差入れにより、当該事業会社の債務不履行を発生させないものと誤信させ、貸出金利を引下げさせたことが不法行為に当たることから、当該不法行為に基づく損害賠償の請求もした。

判旨：請求棄却。判旨は、まず法律効果を発生させる文書においては、記載自体から要件、効果が一義的に確定されるよう明確に記載されるべきであるが、当該念書においては、銀行が負担する義務内容に関しては、抽象的表現に留められ、一義的に明確化されていないことから、それ自体から直ちに特定の効果を確定することは困難であり、このような場合には、念書差入の経緯等を総合して判断すべきであると判示した。そして、判旨は、本件念書については、Y株式会社が保証債務についての有価証券報告書等による開示を懸念し、債務保証をすることに消極的であり、債権者たる銀行団からの再三の保証差入の要求に対してこれに 응 ぜず、結局妥協の産物として、X銀行以外の銀行から提示された念書から連帯保証の文言を削除し、責任内容を曖昧にする趣旨で加除訂正の上作成されたものであり、さらに念書を差し入れたY株式会社がA会社の債務額との関係で保証予約をすれば取締役会決議が必要であるが、当該決議はされていないし、X銀行からの議事録の要求もされていないこと等を考え合わせると、当該念書は保証予約を意味するものとはいえない、と判示した。また判旨は、本件念書には、将来債務不履行が生じないよう、責任をもって管理・監督することを確約する旨の記載があるが、この記載内容自体、はなはだ抽象的であり、念書を差し入れたY株式会社の負担すべき具体的な義務が明確化されていないことから、債務不履行発生防止義務という法的債務を負担させたものとは認められないと判示した。さらに判旨は、Y株式会社の不法行為責任も否定した。

v 東京地判平成12年4月17日 金法1609号56頁

事実の概要：Y信用組合は、その関連会社であるリース会社Aの経営状況が悪化したことによりAの債権者であるX金融会社に対する対応が必要となったが、法令（当時の中小企業等協同組合法）上の制限により債務保証をすることが制限されていたため、X金融会社に対して、Aに関する経営指導念書を差し入れ、それによりAが弁済の猶予を受けた。同念書の内容は、Y信用組合がAの経営指導・育成を行うことを表明し、さらに同社の債権者に対する金銭消費

貸借約定書に基づき、一切の債務についても、同約定書の各条項をAに遵守させ、Y信用組合はAの債務につきX金融会社に一切の迷惑をかけない旨を表明するものであった。しかしAはX金融会社に対して債務の弁済をしないまま整理されてしまったため、X金融会社が、念書の差し入れにより、A会社が貸付金の返済ができない状況に至ったことを停止条件としてY信用組合が支払いを担保する旨の合意が成立していたと主張して、弁済が得られなかった残元本額等の支払いをY信用組合に求め、さらに予備的請求として念書の提出が欺罔行為に当たり、不法行為責任が生じたとしてYに損害賠償を請求した。

判旨：請求棄却。判旨は、念書の記載は単に迷惑をかけないという日常用語が記載されているだけで、責任内容および要件についての記載はなく、Aからの別の書簡にY信用組合が責任をもって返済するという文言がある点もAとY信用組合は別法人であり、X金融会社もそのことを前提として交渉を行っていたのであるから、両社の法律関係を定めるについて斟酌することはできない。本件念書は支払担保約束を表示したものとみることとはできず、本念書の作成・提出の経緯によってもY信用組合が支払担保の意思を表示したものと見るべき根拠はない。さらに判旨は、Y信用組合がAの債権者であるX金融会社に支払担保の意思を有する旨を誤信させたものと認めることもできないと判示した。

vi 東京地判平成12年12月20日 金判1115号50頁

事実の概要：A証券会社がその関連会社であるB株式会社の債権者であるY銀行に対して、B株式会社が融資を受けるに当たり、債務の履行を延滞なく行えるよう、B株式会社の経営に対する指導・監督を行い、Y銀行に迷惑をかけないように配慮し、B株式会社の経営上に重要な変化のある場合には、事前にY銀行に連絡・相談する旨の念書を差し入れた。A証券会社は念書差し入れに際しては、同社の取締役会決議を経ず、かつ有価証券報告書にも記載しなかった。その後、A証券会社およびB株式会社は倒産し、A証券会社の破産管財人Xが同会社のY銀行に対する預金債権のうち一部の支払いを請求したのに対して、Y銀行がB株式会社の倒産により同社に対する債権の回収ができなくなったことによる損害について上記念書に基づき発生したA証券会社に対する請求権と上記預金債権とを対等額で相殺したと主張した。

判旨：Xの請求認容。判旨は、以下のように判示して、念書につきY銀行が主張した保証の成立、損害担保契約の成立および指導・監督等の作為義務の発生に関して、いずれも否定した。すなわち、判旨は、本件念書では保証の文言が一切使用されていないこと、A証券会社がB株式会社のY銀行に対する債務を保証したと認めるに足る明確な記載は全く見当たらないこと、念書には迷惑をかけないように十分配慮するという文言があるが、配慮といった漠然とした記載では保証することを約したとはいえないし、損害を補填することを約したともいえないこと、B株式会社の経営に常に関心を払い、指導・監督・育成を行う所存であるという記載も、作為

義務の内容を特定しておらず、指導・監督・育成する作為義務を負担したとはいえない、と判示している。また本件念書差入れの経緯から見ても、本件念書が人的担保としての効力を認めることはできない。さらにA証券会社がY銀行に差し入れた他の保証書に関しては、いずれも取締役会決議を経ており、かつ有価証券報告書に記載されていることから見て、本件念書は、A証券会社においては上記保証書とは異なる性格の文書として取り扱われていたものと見るべきである。判旨は以上のように判示し、Y銀行の相殺の主張を退け、Xの請求を認容した。

② 裁判例の分析検討

上記に示した従来の裁判例において、経営指導念書から生じうる責任としては、差入れを受けた債権者側から多様な法的責任が主張されてきている。すなわち、経営指導念書から生ずる責任または義務として主張されてきている内容は、保証人または連帯保証人としての責任、保証予約上の義務、損害担保契約上の義務、債務不履行発生防止義務、指導・監督・育成する作為義務などである。経営指導念書に関して主張されているこれらの法的責任の有無につき、上記の裁判例では、念書の記載内容・文言および念書差入れの経緯という二つの面から、判断している。最初の念書の記載内容・文言に関しては、いずれのケースにおいても、念書の記載内容・文言が曖昧であり、一義的に保証等の義務の負担を示すものとはなっていないとして、経営指導念書による責任を否定してきている。念書の多くでは、その記載内容に「一切ご迷惑をおかけしません」という文言が使われており、この点について、責任を追及する債権者側は、債務の保証または損害担保の意思が表明されているとするが、裁判例の多くは、この文言は、単なる日常用語にすぎず、漠然としており、法的効果を発生させるようなものではないと判断してきている（前記①における裁判例vおよびviの判旨。同旨の判断を示すものとして、落合誠一「判批」ジュリスト1233号（2002年）129頁参照）。また、前記①の裁判例iのケースでは、「期日にはご返済申し上げます」という表現があり、この点をとらえれば、保証債務を負担したかのような印象を受けるが、判旨は、念書の記載内容における他の文言との矛盾を指摘して、その記載についても連帯保証の趣旨を否定している。前記①に挙げた従来の裁判例は、念書の記載からは、念書に基づく法的責任は一切認めてきていない。この点は、従来の裁判例で取り上げられてきている念書の記載においては、差入人が一定の法的責任を負うことを認めることについて、明確な文言がなく、その主たる内容は多様な意味に解される抽象的な文言から構成され、曖昧かつ漠然とした内容に留まっていることから、法的判断としてはやむを得ない判断といえよう（もっとも前記裁判例の中には、経営指導念書の文言から保証の趣旨が読み取れるとする見方（三上徹『経営指導念書の効力』金法1581号（2000年）139頁）も存在する。特に前記①の裁判例iにおいては、保証または損害担保契約の効力が認められるべきではなかったかという見解（三上・前掲の他に並木・前掲金法1526号14頁以下、野口恵三「判批」NBL639

号（1998年）67頁、渡辺・前掲ジュリスト1154号118頁参照）も少なからず存在する。これに対して、前記①の裁判例 i に関しては、判旨に賛成して、保証等の効力を否定する考え方としては、秦光昭「経営指導念書の効力」銀行法務21、560号（1999年）46頁などがある。従来の経営指導念書については、その内容・文言からは、いわば道義的責任を負うことについては読み取れるものの、それ以上の法的な責任まで読み取ることは困難な場合が多いと考えられる。

ただ裁判例では、念書による責任の発生可否の判断については、念書の文言からのみの判断に終始しているわけではなく、念書の交付に至るいきさつを考慮して、責任の有無を判断してきている。すなわち、責任の有無についての判断に際しては、念書の交付の経緯や当事者の発言・行動内容を総合的に考慮してきており、これらの総合的考慮から念書交付に際しての当事者の意思内容を判断する態度をとってきている。特に、差入れ側の実質的な保証意思ないしは損害担保責任の負担の意思が念書の交付に際して存在するか否かの判断に際しては、差入れに際しての当事者間の交渉内容、差入れ側の思惑、差入れ側の念書作成・交付についての手続などが重視されているようである。これらの要素のうち、念書の交付に際しての差入れ側の発言内容については、上記①における裁判例 ii の事案では、念書を差し入れた被告会社の役員が何度か、念書を実質的な保証書と同様であると発言しており、この点を重視すると、念書の交付の経緯から念書の差入れにより保証債務の負担の意思が存したと判断することが可能ではなかったかとも思われるが、その後において原告側からの保証書であることの確認の要請に対しては、これを否定し、保証とは異なる別の趣旨で確認書を交付したと言明している点も含めて総合的に判断する限り、保証債務の負担が否定されることはやむを得ないのかも知れない。また上記ケースでは、念書を差し入れた側において、念書の交付に際して内部的な機関決定（取締役会の決議等）がなされていない点も考慮されているようである（その他①における裁判例 iv および vi のケース参照）。もちろん、保証債務等の債務の負担を行う場合に、常に債務者側にとって取締役会決議が必要となるわけではなく、負担する債務額の大きさにより異なるが、念書差入れの対象となっている関連会社等の念書差入れ先に対する債務の負担額との関係で念書が保証債務等の債務負担を意味する場合には、念書差入れ側の取締役会決議が必要とされるにもかかわらず、決議を経ない場合には、念書により責任を負うか否かに関する判断に際しては、消極的な方向にかなり影響することになる（①における裁判例 iv のケース参照）。そのほか、念書交付の経緯との関係では、債務負担をした場合の外部への開示や監督機関への報告等を考慮して、あえて債務負担を避けるために念書の交付という方法が用いられてきており、このような点も差入れ先が相手方に念書を交付してもそれによつては、債務負担をするという意思を有しないという判断に際して斟酌される要素であるともいえよう。

③ 経営指導念書による責任

上記①および②で検討してきたように、経営指導念書の交付によっていかなる法的責任が生ずるかは、必ずしも明らかではなく、経営指導念書によって生ずる法的責任を統一的に説明することは困難であるとともに、そもそも法的責任が生ずるのか否かという点も不明確である。むしろ従来の裁判例を見る限り、経営指導念書による法的責任はほとんど否定されてきている。その理由としては、念書における文言が抽象的であり、内容が曖昧であることから、一定の法的責任の発生の要件、責任内容を明確に示しておらず、かつ念書交付の経緯からも当事者の責任負担の意思が把握し得ないという点が挙げられてきている。念書におけるこの責任発生の不明確さは、債務者の信用状況に問題が生じている場合に、その解決に際して本来債務保証や保証予約のように責任が明確に発生する契約の締結の代わりに、あえて明確な内容を有しない書面の交付によって、局面の打開を図ったり、あるいは一定の状況の処理を行おうとするものであることから、生じてくるものである。特に、債務者の関係企業等が、債務者の債務についての責任を負うことを避けつつ、相手方に自己の誠意を示そうとする趣旨にそって、念書を作成・交付するものであることから、念書の内容は曖昧なものにならざるを得ず、念書差入れの当事者にとって玉虫色の内容となり、自己の思惑に応じた都合のよい解釈がなされることになる。したがって、経営指導念書については、それにより差し入れた者が相手方に対して、いかなる責任を負うのかは、一義的に決定することはそもそも困難である。念書の作成・交付の実態が以上のような状況にある限り、従来の裁判例が示してきたような念書についての判断は法的判断としてはやむを得ない判断といえよう。いわば従来から使われてきた念書の形態を前提とする限り、経営指導念書からは道義的責任を負うことについては読み取れるものの、それ以上の法的な責任まで読み取ることは困難な場合が多い（従来における経営指導念書に関して保証等の債務負担の効力を否定するものとしては、秦・前掲銀行法務21、560号51頁、田原陸夫「「経営指導念書」とその法的効力」金法1590号（2000年）5頁、萩原秀紀「判批」判タ1036号（2000年）85頁、森下哲朗「経営指導念書の将来」ジュリスト1230号（2002年）95頁以下、同「判批」ジュリスト1235号（2002年）97頁および吉田光硯「経営指導念書」椿寿夫・堀龍兒・河野玄逸編・法人保証・法人根保証の法理（2010年）298頁以下、がある。これに対して、経営指導念書の法的効力を積極的に是認する方向を示す考え方としては、渡辺・前掲ジュリスト1154号118頁以下、椿久美子「保証予約および経営指導念書の法的効力」椿寿夫・伊藤進編著・法人保証の研究（2005年）146頁、同「民法典に規定がない概念⑫ 損害担保契約の多様性と指導念書・請求払無因保証（下）」NBL782号（2004年）65頁、堀龍兒「「経営指導念書」とその法的効力」私法判例リマークス21号（2000年）37頁がある。上記の椿・前掲論文では、経営指導念書を保証類似の人的担保と位置づけるとともに経営指導念書における支援表明の趣旨を弱いものから強いものと段階的に類型化し、弱い支援表明以外には一定の法的責任を認めるべきであるとす

る（椿・前掲NBL782号37頁参照）。

Ⅱ 表明保証責任

1 総説

近年実務界において契約上用いられてきている表明保証条項における表明保証とは、企業買収における株式譲渡契約などにおいて、契約当事者の一方（売主）が他方（買主）に対して、売却する企業における権利関係、事実関係の存否や開示事項の正確さおよび作成の適切さ等を契約において表明し、これを保証し、その表明・保証した事項につき損害補償責任等の担保責任を負うことを意味している。

このような表明保証が企業買収等の契約に際して用いられるのは、企業買収や事業譲渡等に際しては、事前に関与企業に対するデューディリジェンス（買収監査あるいは精査）が通常行われるが、デューディリジェンスは買主の義務ではなく、買主の権利として行われるもので（後記2（1）①の裁判例参照）、売主の協力により行われる。しかし売主側から提供される資料・情報の完全さ、正確性に限界があり、その精査のための時間も限られている。これを補充するものとして売主が契約に表明保証条項を盛り込み、これに反した場合の損害補償条項等の担保責任条項も併せて定めることになる。

近年表明保証条項は、上記の企業買収における株式譲渡契約や事業譲渡のみならず融資契約や保証契約など多方面の取引契約に際して用いられてきている。特に、企業買収に伴う株式譲渡契約に際して、表明保証が行われる場合が多くなってきており、実務上企業買収等の契約においては表明保証条項が定められるのが一般的になってきている。このことを反映して、後記で紹介する表明保証条項に関する裁判例の大部分は企業買収に関する事案である。このような実務における表明保証条項の利用が広がっているにもかかわらず、表明保証責任の内容や、責任発生要件については、必ずしも統一的に理解されているわけではなく、種々議論がなされてきている。また、最近の民法債権法改正における議論の中でも表明保証についての明文規定を設けるかどうかについても議論が生じてきている（商事法務編・民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理の補足説明（2011年）249頁参照）。

以下本稿では、表明保証条項についての裁判例を紹介し、表明保証条項違反の法的効果としていかなる責任が生じるのか、またその責任発生要件等について検討することにしたい。

2 表明保証責任をめぐる裁判例とその検討

(1) 裁判例

① 東京地判平成18年1月17日 金判1234号6頁、金法1770号99頁

事実の概要：消費者金融業を営む株式会社であるXは、消費者金融を事業とする株式会社であるAの株主Y₁、Y₂、Y₃からA会社株式の全てを譲り受けることとし、平成15年12月18日これらの者との間で株式譲渡契約を締結した。譲渡契約書には、Y₁らおよびAが下記の事項を表明、保証する旨の条項が記載されていた。すなわち、表明・保証条項には、i Aの財務諸表が完全かつ正確であり、一般に承認された会計原則に従って作成されたこと、ii Aの財務内容が添付された貸借対照表のとおりであり、簿外債務等が存在しないこと、iii すべての貸出債権について、その融資残高が正確に記録されており、帳簿、記録等がすべて正確で、貸出債権の状況を正確に反映していること、iv Aにおいては法令、定款等により必要とされる手続は完了しており、重大な違反は存在しないこと、v 本契約に至る前提として行われたXによるAの財務内容、業務内容等に関する事前監査においては、通常の株式譲渡契約において信義則上開示されるべき資料および情報が漏れなく提示、開示されたことならびにそれらの資料および情報は真実かつ正確なものであること、が記載されていた。また契約書には以上の表明、保証に違反した場合の損害補償に関する条項も定められていた。

ところで、Aにおいては、上記譲渡契約締結前の平成14年11月に、当該年度の決算内容が予想よりも悪く、損失計上することとなったため、その決算対策として、同社の和解債権処理に関して、今まで元本の弁済に充当していた和解契約に基づく返済金を利息の弁済に充当することにした。その際、財務部から貸倒引当金の計上の必要性および監査法人にも相談すべきである旨が指摘され、さらに財務部員から同部課長に監査法人に利益操作と評価される可能性もあることを指摘する文書が提出された。しかし、Aは、監査法人の回答を待たずに、上記和解債権処理を実施し、これに基づき帳簿を作成した。その際、同額の元本についての貸倒引当金の計上はしなかった。監査法人Tは、Aの期中監査を実施した際、上記和解債権処理の実施により、より多くの貸倒引当金の計上が必要であり、その計算式を検討することを指摘したが、AはTとの委任契約を解消し、監査法人をTからB監査法人に変更した。Bは期中監査を行い、本件和解債権処理による利息の弁済への充当を前提としない貸倒引当金を計算し、適正意見を表明した。期末の決算書には、本件和解債権処理は注記されなかった。

なお、XはAの全株式を取得するに際して、C会社に依頼してデューディリジェンスを実施した。同デューディリジェンスにおいては、Cは期中における監査法人の交替を異例なことと重視し、その理由を調査したが、担当者等が正確な理由を説明しなかったため、上記交替の正

確な理由を把握し得なかった。

以上の事実の下に、Xは、次のように主張して、Y₁～Y₃に対して、表明保証条項違反による損害補償として3億529万余円を請求し、本訴を提起した。すなわち、本件和解債権処理は、企業会計原則等の一般に承認された会計原則に違反しており、かつ貸借対照表および損益計算書に注記されておらず、開示規制に違反している等の点から、譲渡契約における表明保証条項に違反している。このような契約違反の措置である本件和解債権処理がなされたことにより、和解債権について入金があれば本来減少すべき元本が利息の弁済に充当されたことで減少せずに残り、不当な利息充当額と同額が貸借対照表上不当に資産計上されていることになるところ、不当な利息充当額（不当な資産計上額）は2億7500万余円であったから、この金額とシステム修正の費用、本件訴訟追行のために必要となった意見書作成等を依頼したCへの支払金額および弁護士費用の合計額3億529万余円の損害を被った。

判旨：請求認容。i 本件和解債権処理は企業会計原則、金融商品会計に関する実務指針およびその他一般に承認された会計原則に違反しており、株式譲渡契約にも違反している。また本件和解債権処理については決算書類に注記して、開示しなければならないにも関わらず、注記しておらず、株式譲渡契約に違反している。したがって、Y₁らは本件表明保証した事項に違反している。

ii またY₁らは、Xに対して株式譲渡契約締結前に本件和解債権処理を開示していないのであるから、表明保証条項に違反しており、XはAがXの子会社となった後の調査によって本件和解債権処理の事実を知るまでは知らなかったのであるから、表明保証を行った事項について違反があることについては、Xは悪意であったということはできない。

iii XがY₁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、Y₁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。しかし、企業買収におけるデューデリジェンスは、買主の権利であって義務ではなく、本件デューデリジェンスにおいて、実施機関が採用した方法の下で、適切に監査が行われており、かつ本件では、特にAおよびY₁らが和解債権処理を秘匿したことが重視されるべきであることを考慮すると、Xの善意につきXの重過失に基づくものとは認められない。

iv 本件では、株式譲渡契約における株式の譲渡価格は本件和解債権処理によって、本来減少すべき元本が貸借対照表上不当に資産計上されており、その不当計上額が譲渡価額に不当に水増しされたものというべきである。したがって、Y₁らは本件表明保証責任に基づき同額を補償する義務を負う。これに加えて、システム修正費用および本件訴訟追行にかかった費用は、本件保証表明した事項に違反したことに関連して発生した合理的な範囲内の費用ということが

できるから、本件表明保証責任に基づきY₁らが負担すべきである。弁護士費用も同様である。

② 東京地判平成18年10月23日 金法1808号58頁

事実の概要：金銭貸付業務を業とするY株式会社は、電気製品等の販売等を業とするX株式会社との間で、YがXから保証料の支払いを受けて、Xに対してXの第三者に対する売掛債権につき連帯保証をするという基本的合意（本件基本契約）に達した。本件基本契約には、主債務者が金融機関または手形交換所の取引停止処分を受けた場合には保証責任が生じると定められており、保証対象は保証事故発生時の主債務者に対して生じていた債権の元本とする旨が定められていた。そして本件基本契約には、XはYに対して個別契約（連帯保証契約）の対象となる適格債権（Yの保証対象となり得る債権）の各主債務者との取引に関して、主債務者がXに対して負担する一切の債務について、遅滞なくこれまで履行がなされ、現在もなされていることについて、個別契約の成立した時点においていずれも真実に相違ないことを表明保証する、ただしYが承諾書において特に認めた場合はこの限りではないとする旨が定められていた。またYは個別契約成立後においても上記の表明保証した事項が、真実に相違ない状態を維持し続けることとする旨も定められた。さらに、本件基本契約には、個別契約成立後主債務者に生じた債務の支払遅滞、本件基本契約およびその他の契約において定められている当該契約の終了原因たる事由が生じたときは、XはYに通知しなければならず、かつXは主債務者との間で取引をしてはならず、さらに債権保全に必要なかつ適切な措置を講ずることが定められている。また本件基本契約には、基本契約および個別契約の成立時点において、Xに上記表明保証に違反する事実が存在したときは、Yの連帯保証責任は生ぜず、かつ基本契約および個別契約に定めるXの義務につき違反または不履行の事実が存するときは、連帯保証の対象となる適格債権のうち、それらの違反または不履行が関連する適格債権につき、YはXに対する保証責任を免れるとする条項も定められていた。

XとYはこの基本契約に基づき主債務者ごとの個別の連帯保証契約を締結した。これらの個別の連帯保証契約のうち、Sを主債務者とする個別契約については、当該契約成立時点で、XのSに対する債権に関してはすでにSが履行遅滞に陥っていき、かつその時点以降においてXはSから約束手形の差替えとして小切手3通を受領し、手形交換に回し、Sが不渡処分を受けるに至ったが、これらの事実については、XはYには通知しなかった。その後Sについては取引停止処分が発生したので、XはYに対して保証事故に係る保証履行の請求として、当該保証事故発生時におけるXのSに対して有していた元本債権額2590万円余りの支払いを請求し、本訴を提起した。Xの主張に対して、YはXが上記Sに対して有する債権が履行遅滞に陥っていた事実を告げず、かつSの取引停止処分に関与していたにもかかわらず、Yが確認するまで、Yにその事実を告げなかったのは、表明保証義務違反があり、Yは上記保証事故に係る保

証履行責任を負わないと主張した。Xはさらに予備的請求として、損害賠償請求をYに行っているが、その理由として、以下の点を挙げている。すなわち、基本契約の締結に際して、XはYから、履行遅滞のある債権については保証しないこと、Xに履行遅滞がないことを表明保証する義務が課せられていることについて説明を受けていなかった。したがってYは顧客に対する説明義務違反がある。またXは本件基本契約においては、滞留債権も保証されるものと考えていたので、滞留債権がある主債務者に対しては、本件基本契約にある条項がそのまま適用されて、Yに保証責任が発生しないか、免責されるのであれば、Xの各個別契約の申込には要素の錯誤があるから本件個別契約は無効である。それにもかかわらず、XはYとの間で3回も個別契約を締結し高額の保証料を払ったにもかかわらず保証金を得られなかったため、支払済み保証料相当額の損害を被った。

判旨:主位的請求および予備的請求のいずれも請求棄却。判旨はまず、以下の事実を認定した。すなわち、Sを主債務者とする個別契約については、当該契約成立時点で、XのSに対して有する債権はすでに履行遅滞に陥っていき、XはYにこの事実を通知しておらず、Xからの保証履行の請求を受けたYからの資料提出の要求に対して、すぐに提出せず、その間の確認に対して、Xの会計担当者は支払遅延はない旨回答した。さらにその後のYにおける検討の結果Sの履行遅延の状況が判明し、これをXに確認したところ、本件個別契約締結の時点で、すでにSのXに対する支払いは滞っており、滞留債権が存在していたことを認めた。以上の事実認定に基づき、判旨は、Xが本件基本契約における表明保証、通知義務に違反したことは明らかであるから、Yは本件個別契約に係る保証債務の責任を負わないというべきであると判示した。また判旨は、Yの担当者は、本件基本契約の締結に際して、Xに対して、基本契約の内容や保証対象債権などの重要事項について重ねて説明しており、Yに説明義務違反、損害防止義務違反の事実は認められないと判示し、さらにXが本件基本契約の締結に際して、表明保証義務、通知義務の内容や保証対象債権などにつき錯誤に陥っていたことも認められないと判示した。

③ 東京地判平成19年7月26日 判タ1268号192頁

事実の概要：外食産業等を業務とするX株式会社は、コンピュータ等に係るコンサルティングを業務とするY₁株式会社（東京証券取引所1部上場会社）からその子会社であるK株式会社の買収を持ちかけられ、それに応じることとした。買収の対象となったKは居酒屋チェーン等の飲食店の経営を業としており、経営不振に陥っていたため、親会社であるY₁がXに業務提携等の相談をしていたが、結局Xが企業買収を行うこととなった。Xによる企業買収の実施のため、Xは、Kの株主であるY₁、Y₂株式会社ならびにY₁およびY₂両社の代表取締役Y₃と株式譲渡に係る基本契約（本件基本契約）を締結し、Y₁、Y₂の有する株式を取得した。上記の株式譲渡

に係る基本契約には、以下のようなKのXへの企業譲渡の実現の前提および方法が定められていた。すなわち、Y₁らはKをXに譲渡する前提としてKの財務体質改善のためにKの減資および過剰債務の整理を行い、かつKの事業譲渡に必要な処理の完了を支援する。そして上記の具体的な実施方法として、Kの全株式を対象とする減資を実施すると同時にY₁を割当先とする第三者割当増資を実施し、これによりいったんKをY₁の全額出資子会社とした後、Y₁が引き受けた増資新株全株をXに譲渡するものとする。また上記増資によって払い込まれた資金により、Kの借入金の弁済や未払金の支払いに充てるとともに、さらに事業譲渡処理のためにKの店舗の閉鎖に伴う処理の費用に充てる。そのほか、Y₃はKの債務についての物上保証人として代位弁済を行い、Kに対する求償権は放棄する。最後に当事者の合意した譲渡日に、Y₁は譲渡代金500万円と引き換えにKの増資新株全部を引き渡す。また本件基本契約にはY₁らがXに対して以下の事実が真実かつ正確であることを表明し、保証する旨の表明保証条項が定められていた。すなわち、本件契約の締結、履行が法令や他の契約に抵触していないこと、Kの設立、資本構成等が適法かつ定款違反がないこと、本件株式についての権利を有効にXに譲渡しうること、Kの財務諸表の内容が重要な点において正確であり、所定日現在のKの財産状況および対応する会計期間の営業成績を公正かつ正確に示すものであること、財務諸表の日付以後Kの財務内容、資産状況、事業および今後の業績に重大な不利益あるいは悪影響を及ぼす事実が発生しておらず、または発生することが合理的に予想されないこと、その他資産・負債、雇用関係、訴訟等についても問題がないこと、Xまたはその会計士等に提供、開示された情報等は全て真実かつ正確であり、重要な事項についての情報が欠けていないことである。そして上記表明保証条項に違反した場合には、Y₁らはXに対してそれに起因して生じる損害を補償することとし、損害には損害回復のために必要とした費用を含むものとする。

XとY₁らは上記の基本契約に基づき、平成16年3月30日にKの株式の譲渡契約を締結した。その後XはY₁らによるKの財産状況についての本件基本契約前の説明は実際の価値よりも高く見せかけたもので、真実保証に反し、表明保証責任を負うべきで、同契約における補償条項により損害補償責任を負うものであると主張して、3億2009万余円の損害補償を請求し、本訴を提起した。Xの主張するY₁らの表明保証責任についての具体的な内容は、Kの店舗の閉鎖損が説明よりも過大になっている、店舗の営業保証金に対する質権の存在が示されていなかった、店舗の賃貸借期間が終了することを示さなかった、売掛債権が回収不能になっている事実を秘した、出店を予定していたショッピングセンターが倒産に至る可能性が高かった事実を秘していた等の点である。

判旨：一部請求認容。i 判旨は、まず本件基本契約における表明保証条項の意味について以下のように判示した。すなわち、企業買収の可否や買収対価の決定に際しては、当該対象企

業の保有資産や負担している債務の状況等を正確に把握し、それに基づいて企業価値やその将来性を的確に判断する必要がある、このような情報は企業の譲渡人側が十分に把握しているのに対して、譲受人側は十分に把握することのできないものであるから、譲渡人側から譲受人側に対して、十分かつ正確な情報開示がなされる必要がある。本件基本契約における表明保証条項は、このような情報開示の重要性にかんがみ、Y₁らが十分かつ正確な情報開示を行ったことを保証するとともに、情報開示が不十分なためXに損害が生じた場合には、損害補償を行うことを定めたものである。もっとも上記のような買収対象企業の財産、負債状況等を把握するための事項を完璧に、かつ全く誤りなく開示することはきわめて困難であるうえ、企業価値やその将来性の判断に当たって、買収企業の状況を細大漏らさず把握する必要があるとまでは必ずしもいえないし、考え得る全ての事項を情報開示やその正確性に関する保証の対象とするのは非現実的であり、その対象は自ずから限定されてしかるべきである。具体的には、基本契約の表明保証条項は、企業買収に応じるかどうか、その対価の額をどのように定めるかといった事柄に関する決定に影響を及ぼすような事項について、重大な相違や誤りがないことを保証したもので、その保証に違反があった場合に損害補償に応じることを定めたものと解すべきである。本件契約書における表明保証条項における各開示事項に関して重要な点において正確であること、重大な不利益が存在しないこと、重要な事項について記載が欠けていないことを、それぞれ保証する旨を定めているのは、その趣旨に基づくものである。

ii 判旨は、以上のように本件表明保証条項の趣旨の理解に基づき、Y₁らが提供した情報に重大な相違や誤りがあったのかどうかという点につき、一定の店舗の閉鎖損についての説明には店舗の賃貸借契約の中途解約による違約金1945万5000円の存在について説明しなかったのは説明義務違反であると判示したが、他のX主張の表明保証条項違反の点については全て否定し、結局Y₁らはXに対して、上述の1945万5000円のみ損害補償義務を負うものと認めるとともに、弁護士費用相当金として190万円の支払義務を認めた。

④ 東京地判平成19年9月27日 金判1278号6頁

事実の概要；原告Xは自動車販売の仲介斡旋等を目的とする株式会社であり、東京証券取引所2部上場会社である。被告Y₁はコンピュータネットワークに関するコンサルティング等を業とする株式会社で東証マザーズの上場会社である。Y₁はXから同社への出資要請を受けたので、Xに対するデューデリジェンスを行った。その後XとY₁は出資方法等の協議を経て、資本提携契約および業務提携契約（以後両者を合わせて本件各提携契約という。）を作成し、両社の取締役会の承認を受けて本件資本提携契約を平成17年8月25日に締結し、次いで同年9月1日に本件業務提携契約を締結した。本件資本提携契約には、X、Y₁がそれぞれ相手方に対して表明保証を行うことについての条項が定められていた。XのY₁に対する表明保証については、14

項目におよぶ詳しいものとなっているのに対して、Y₁のXに対する表明保証については、Y₁がXに対し、本件資本提携契約の締結および履行につき、法令および社内規則上必要とされる一切の手続を履践していること、本件資本提携契約の締結および履行につき、規制当局の許認可が要求されることはなく、法令、規則、社内規則、第三者との契約に違反するものではないこと、Xの従業員の処遇については、一定期間内は、これを変更しないことの3項目について規定するに止まっている。そして本件業務提携契約書には、表明保証責任の規定は設けられていない。

ところでY₁の取締役であり、本件各提携契約締結後にはXの取締役も兼任していた被告Y₂、被告Y₃および被告Y₄が、各提携契約締結の翌年である平成18年1月になって証券取引法違反の疑いにより逮捕され、同年2月から3月にかけて同法違反により起訴され、翌年有罪判決を受けている。またY₂らが共謀してY₁について本件各提携契約締結の数年前から粉飾決算を行っていたことも判明した。これらの事情の下で、Y₂らはY₁およびXの取締役を退任した。またY₁については、東証の上場が廃止された。

Xは、以上の事実の下で次のように主張して、Y₁、Y₂、Y₃およびY₄に対して損害賠償を請求した。すなわち、会社が、企業買収により他社を子会社化する場合には、当該子会社の信用は親会社となる買収者の信用に極めて大きく左右されるから、買収対象会社が買収者の有する知名度や信用を利用しようとしていた場合には、買収者はその信用を著しく低下させるような行為を行っていたことにつき、買収対象会社に対して資本・業務提携契約を締結する際に当該違法行為を告知する義務があり、契約上条項として明示されていなくても、信義則上買収者は信用に深く関わる違法行為を行っていないことについて表明保証責任を負っている。Y₁らは本件各提携契約の締結前に本件粉飾決算等の違法行為をXに告知する義務があり、これをしなかったことは表明保証義務に違反する。また、XはY₂ら被告3人は本件粉飾決算等の違法行為を認識または認識し得た場合には、Xの取締役としての忠実義務によりXに損害を与えないようにするため、本件提携契約を解消する義務、Xの商号をY₁の子会社化を表すような商号に変更することを阻止する義務があり、この義務に違反している。XはY₁らが上記の義務違反があったため、商号変更に伴う費用や損害および逸失利益等を合わせた損害として16億7395万余円を被ったとして、同相当額の損害賠償をY₁らに対して請求した。

判旨：請求棄却。 i 判旨はまず判断基準として次のように判示した。企業間の買収には私的自治の原則が適用され契約締結に当たっての情報収集等は、契約当事者の責任において各自が行うべきもので、情報収集等が不十分であったために当事者の一方が不利益を被ったとしても当該当事者が自ら負担するのが原則である。企業買収において資本・業務提携契約が締結される場合にも、上記の原則が適用され、特段の事情がない限り、これを修正して相手方当事者

に情報提供義務や説明義務を負わせることはできないと解するのが相当である。

ii 判旨は、以上の一般論に続き、本件事案においてはX、Y₁はともに東証上場会社であり、両社間に構造的な情報較差があるとは認められないから、本件各提携契約は対等な当事者として締結されたものと解することができ、契約締結に当たっての情報収集や分析は、原則として各当事者のそれぞれの責任において行うべきものであったといえると判示した。さらに判旨は、上記判旨 i の特段の事情の有無に関して、次のように判示した。すなわち、本件提携契約においては、XのY₁に対する表明保証責任の規定が多数の項目にわたって定められていたのに対して、Y₁のXに対する表明保証責任の内容はわずか3項目に過ぎず、しかも財務内容に表明保証責任は定められていないことから、XとY₁は本件提携契約の締結に当たっては、Y₁の財務状況を買収対象会社であるXに対し表明保証する必要がないと理解していたものと認定するのが相当である。またXは、本件提携契約により、Y₁の有する知名度、信用を利用しようとしていたことが窺えるが、本件提携契約にはこのようなXの期待を保護する条項や、Y₁が知名度、信用を維持することを義務づける条項がないこと、交渉経過において、Y₁の知名度、信用の維持を特に問題にしたとの事情も認められないし、またY₁側においてY₁の財務内容をことさら隠して、これに乗じて本件提携契約を締結したような事情は認められない。したがって、XにY₁の有する知名度、信用を利用する期待があったからといって、そのことから、Y₁らに本件各提携契約締結前に、Y₁の決算内容等を明らかにしなければならない法的義務までを導き出すことは困難である。判旨は以上のように判示して、本件においては、Y₁に粉飾決算等の事実があったとしても、Y₁らが本件各提携契約締結前に、Xに対して当該事実を告知しなければならない義務があったとする特段の事情は認めることはできず、したがって、Y₁らの本件提携契約締結前の責任の存在を前提とする損害賠償請求は、いずれも前提を欠き理由がない。

iii 判旨は、さらに本件各提携契約締結後においても、Y₁らが、表明保証責任に反して本件粉飾決算等の重大な違法行為を行っている事実をXに申告すべき義務があったというXの主張に対して以下のように判示して否定している。Y₁の財務状況における表明保証責任が定められていないことから、Xの主張するような申告義務は契約内容になっていない。またこのような申告義務は、上記に判示した申告義務と同一内容の義務と解せられることから、本件各提携契約締結前において告知義務が認められない以上、契約締結後になって、同一内容の義務が発生すると認めることは困難である。判旨は、以上のように判示して、本件各提携契約締結後の責任の存在を前提とする損害賠償請求は、いずれもその前提を欠き理由がないと判示した。

iv 判旨は、そのほかのXの主張するY₁の不法行為責任、Y₂ら3名のXの取締役としての善管注意義務違反を理由とする責任については、すべてこれを退けている。

⑤ 東京地判平成22年3月8日 判時2089号143頁

事実の概要：上場会社で印刷業等を事業目的とするX株式会社は印刷および印刷紙器類の製造、販売等を事業目的とするY₁株式会社の買収を考え、同社の株式を保有するY₂グループの中心であるY₂株式会社のT常務取締役および同グループの構成員であるY₅と協議し、Y₂グループからその保有するY₁の全株式を譲り受けることとし、譲渡代金は10億円とする等の点を確認した。そして、TはXの要請に応じて、Y₁作成の実績予算対比表、Y₁の平成19年9月30日現在の事業報告書（本件事業報告書）および決算書の補足説明等を記載した書面を提供した。さらにTは専門機関に依頼して作成したY₁の株価算定書（本件株価算定書）およびY₁の保有する土地（本件土地）についての不動産鑑定書（本件不動産鑑定書）をXに交付した。その後、XとY₂との間で、Y₂および同社を中心とするグループの構成員（Y₃～Y₈までの6人）が保有するY₁の株式全部を譲り受けるための基本的合意書を取り交わした。そしてXは同合意書に基づき、Y₂をはじめとするこれら株主と株式譲渡契約を締結した。この株式譲渡契約書6条には、本件株式譲渡契約締結日および譲渡日において契約書6条各号の事項を表明し保証する旨定められており、同条にはXがY₂から交付を受けた平成19年9月30日現在の修正貸借対照表（本件修正貸借対照表）を含むY₁の株価算定と企業価値（以後株価算定書という）の重要な点において虚偽がないこと、平成19年9月30日以降、Y₁の財政状態に悪影響を及ぼす重要な事実が生じていないこと、Y₁の平成19年9月30日現在の修正貸借対照表について引当不足が存在しないことが定められていた。さらに本件株式譲渡契約書15条では、上記6条によりY₂が表明保証した事項に関して、虚偽があり、または重大な事項が不正確であった場合には、直ちに本件株式譲渡契約を解除できる旨も定められていた。

以上の経緯の下で、XとY₂らとの間で本件株式譲渡契約が実行され、XはY₁の株式を譲り受け、株主名簿の名義書換を行った。その後Xは、Y₂が表明保証した点には虚偽があり、かつY₁の財政状態に悪影響を及ぼす重要な事実が生じていると主張して、本件株式譲渡契約を解除し、譲渡代金相当額5億9949万余円の支払いをY₂らに請求するとともに、Y₁に対してY₂らから取得しその株主名簿上X名義になっている株式につき、XからY₂、Y₃、Y₄およびY₅に株主名簿上の名義書換を請求して、本訴を提起した。Xが主張するY₂らの表明保証に反するとする点は、まず本件株価算定書には以下のような重要な点において虚偽があったという主張である。すなわち、i 平成20年9月期の営業利益がマイナス1580万円とされていたが、実際はマイナス5420万円超であること、ii 本件株価算定書における計算にはY₁の規模リスクプレミアム、非流動性ディスカウント等が考慮されていないから本件株価算定書の重要な点に虚偽があったこと、iii 本件修正貸借対照表には本件土地の価格が10億9千万円とされていたのに、Xが改めて依頼して作成した不動産鑑定書によれば4億9千7百万円の価値しかないということ、iv 本件株価算定書には4億円超の無形固定資産が存在すると記載されているが、実際は存在しないこ

と、v 本件株価算定書における税引後営業利益欄に営業利益欄記載の営業利益と同一金額が記載されており、このことは株価算定の根拠となるフリーキャッシュフローの数字に大きな違いが生じる点である。

次にXは、Y₂らの表明保証に反することとなるY₁の財政状態に悪影響を及ぼす重要な事実が生じたとして、そのような事実として、i 上記営業利益が予想額マイナス1580万円が実際はマイナス5420万円超と過大となった点、ii 上記の本件不動産価格に関して、仮に本件土地の価値が10億9千万円とした本件鑑定書が当時の実情を反映したものであるとしても、大幅に下落していることや無形固定資産が存在しないこと、さらには退職金債務の引当不足が存在すること等を考え合わせれば、平成20年11月1日時点でY₁は実質的に債務超過となっていること、Y₂らは株式譲渡契約書においてY₁にはその事業に関して引当不足は発生していないと表明し、保証したにもかかわらず、Y₁においては従業員の退職給与引当についての大幅な不足が生じており、これはY₁の財政状態に悪影響を及ぼす重要な事実であり、表明保証に反する。

判旨：請求棄却、反訴請求認容。i 判旨は、Y₂らの表明保証責任に関して、本件株価算定書の重要な点において虚偽があったか否かについて、以下のように判示してこれを否定した。イ 本件事業計画において記載されている営業利益は、Y₁の中期計画における予測にすぎず、予測と実際の営業利益との間に齟齬があったとしても、本件株価算定書に虚偽記載があったと認めることはできない。ロ また本件株価算定書における株価算定に当たり、規模リスクプレミアム等の判断基準の考慮の可否および考慮する場合の考慮の程度は、株価の評価の妥当性の問題であり、株式譲渡に当たり、株価や企業価値をどのように評価するかは、当事者の間の交渉の中で折衝すべき事項で、本件株価評価の妥当性については、本件譲渡契約書におけるY₂らの表明保証の対象にはならない。ハ さらにXの主張する本件土地の評価額の違いについては、本件土地の価値についての評価の妥当性の問題であって、本件譲渡契約書の表明保証の対象にはならない。ニ Xがその存在を否定する無形固定資産については、Y₁はそれを有していたことが認められるし、当該無形固定資産の評価額について根拠がないとする点も、評価の妥当性の問題である以上、表明保証の対象にはならない。ホ 本件株価算定書における税引後営業利益欄に営業利益欄記載の営業利益と同一金額が記載されていた点についても、営業利益から税金を正確に控除して株価を算定したとしても一株あたりの株価は本件株式譲渡契約における譲渡代金を大きく上回ることから、株価計算書に上記のように正しい税引後営業利益により計算した株価が記載されていたとしても譲渡代金の合意には影響を及ぼさなかったと認めるのが相当である。

ii 次に判旨は、Y₂らの表明保証責任に関してY₁の財政状態に悪影響を及ぼす重要な事実が生じていたというXの主張について、以下の通りこれを退けた。すなわち、イ 事業計画にお

いてマイナス1580万円と予想された営業利益が実際にはマイナス5420万円であったということは、財政状態そのものを示しているだけで、財政状態に悪影響を及ぼす具体的な事実を主張していないし、Y₁が前年に行った大型投資に伴う減価償却費の増加を考慮すると、実際の営業利益は前年度と比べて減少していない。また事業計画における営業利益の数値はあくまでも予測ないし計画に過ぎないことを考えると、Y₁の財政状態に悪影響を及ぼす重要な事実が生じたことまでは認められない。ロ 譲渡契約書に定められている表明保証条項は、XがY₁の資産や債務の状況について十分かつ正確に把握するのが困難なためにY₁の株式を全て保有するY₂らにY₁に関する正確な情報が開示されていることを表明し保証させたものであるが、Y₁に関する考え得る全ての情報について細大漏らさず表明保証の対象とするのは株式譲渡人側に過大な負担を課すものであって相当でないし、かつ株式譲渡契約の締結に当たりそのような全ての情報を把握しなければならないものではない。したがって社会的な不動産市況の下落のようなY₁の資産に固有に生じるようなものではない、一般普遍的な事象については本契約書の表明保証の対象とはならない。そして仮に本件土地の価格が下落していたとしてもそれは社会的な不動産市況の下落等の一般的普遍的な事象に伴うものであると推測されるから本件表明保証の対象にはならない。ハ さらに無形固定資産の評価や退職金引当金の引当不足に関するXの主張についても、それがY₁の財政状態に悪影響を及ぼす重要な事実があったとはいえ、したがってこれらの事情を基礎とする実質的な債務超過になるとしても、本件表明保証に違反したものと認めることはできない。ニ そのほかY₁の従業員の退職金総額について引当金を計上していないということも、法令改正による措置として取崩しを行った結果であり、この点はY₂からXに開示されており、表明保証の対象にはならないと解するのが相当である。

iii 判旨は、以上のように判示して、Y₂らが本件株式譲渡契約書に定める表明保証条項に違反したものと認めることはできず、株式譲渡契約上の解除原因を欠くので解除は認められない（なお本件では、Y₅、Y₆、Y₇およびY₈が反訴を提起しており、これらの反訴請求は認容されているが、この点は省略する）。

⑥ 東京地判平成23年4月19日 金判1372号57頁

事実の概要：原告X株式会社は被告Y株式会社からYの完全子会社であるA株式会社の全発行済株式を譲り受けることとし、そのための覚書を両者間で締結した。そして覚書に基づき、XはYからAの財務諸表等の開示を受け、さらにX会社役員およびXから依頼を受けたMコンサルティング会社がAの企業調査を行った。その後XとYは、予め定められた実行日にYはXにAの全発行済株式を売渡す旨の契約を締結した。そして上記株式売却の実行のための前提条件として、Aが一定の増資をし、Yがこれを引き受け払込みを行うこと、YがAに対する債権の放棄を行うことが定められるとともに、実行日までにAの事業、財産、財政状態または経営

成績について重大な悪影響を及ぼすいかなる変化も生じていないこと、および実行日までにYに本契約上の義務に重大な悪影響を及ぼす違反がないこと、ならびにこれらについてのYの表明が重要な点において正確であることが定められた。そして、ここでの重要な点とは、違反がAの事業、経営、資産、義務もしくは債務またはその見通しに重大な悪化を生じさせる影響を意味するものとされた。さらにYはXに対して、以下の点についてそれが真正かつ正確であることを表明し、保証した。すなわち、YまたはAが当事者である契約のいずれにも違反せず、取消、期限の利益の喪失または終了等の原因となることはなく、またAの重要な契約についてXに未開示のものはないこと、Aが他から債務不履行の発生についての通知がないこと、財務諸表が一般に公正妥当と認められる会計基準に準拠して作成され、重要な点で正確かつ公正に表示していること、直近の財務諸表に示されている時点以降、Aの事業、経営、財産状況等に重大な悪影響を及ぼす可能性のある債務・義務等は負担していないことを表明保証した。そしてYは上記の表明保証についての違反の場合には、Xに生じた損害につき補償する旨を表明保証条項の中に盛り込んでいる。

XとYは以上のような契約を締結した後、その実行日にA株式がYからXに譲渡された。しかしその後、AがM会社から注文を受け製作、納入する予定であった機械製造装置4台がいずれも解約され、AがMから受領していた2台の代金の8割に相当する8240万円は返還されたが、この返還された代金の一部はすでにAの売上金の一部としてXに交付されたAの財務諸表における試算表に計上されていた。またYはこのA・M間の機械装置の売買契約により、Mから約定代金額の8割の入金は得られるとの見通しにたち、本件契約に先立って、Xにもそのように説明していた。

以上の事案のもとで、Xは、以下のように主張して、Yに対して表明保証違反による損害賠償を請求した。すなわち、上記機械装置の売買契約が解除され、売買代金が得られなかった点につき、Aの債務不履行が発生していたにもかかわらず、これをXに告知せず、事実と異なる説明をしたこと、およびAがMから受領した8240万円は、仮受金として負債計上すべきであったにもかかわらず、売上金として計上しており、公正妥当な会計基準に合致していないことは、Yの表明に反する。また本件譲渡契約においては、Aの赤字はYが全面的に負担し、Xはこれを引き継がないことが基本的条件であったが、機械売買契約の解除によって、8240万円の返還を余儀なくされ、さらに未受領の代金の支払いを受けられなくなったのであるから、これらは回収不能代金として計上し、Yが負担していたはずである。したがって、Xは、上記代金相当額につき損害を被った。

判旨：請求棄却。 i 判旨はまず、本件契約に先立って、Yは本件機械装置の売買により、Mから約定代金額の8割の入金は得られるとの見通しをXに説明していたが、それと同時に、

Yは、上記説明後、Xに対して、実行日前において、AがMから注文を受けていた機械装置の一つが性能面の問題から解約がほぼ確定的になってきていること、他の機械装置も現状では納入が困難な状況にあることを具体的に説明していたことも認められると認定した。そして判旨は、上述の点から、本件機械売買契約にかかる潜在的な危険の一端が発現したのであるから、これがさらに拡大することも予想された以上、Xは本件契約の実行を繰り延べ、契約条件を見直すことも十分に可能であったにもかかわらず、予定通り本件契約を実行したものであると判示した。

ii また判旨は、Xが主張するような、本件機械売買契約が解除されることのない旨の説明がなされていたという点および8240万円の入金が代金の一部入金ではなく単なる資金繰りのための入金であったことを認識しながらこれを意図的に隠蔽していたという点も、YのXに対する説明の内容においてそのような事実はないと否定している。

iii 次に判旨は、Xが本件契約では、Yに一切の追加の運転資金を要しないこととするものであったにもかかわらず、本件機械売買契約の解除により、契約実行後Xの負担が増加したことは、Yの表明保証の違反であると主張している点に関して以下のように判示した。すなわち、本件契約実行後に発現するリスクの責任は、本来Xが負うべきものであり、その前提として正確な情報開示に基づく的確な企業価値が求められ、表明保証により正確な情報開示が契約上Yの義務として定められていたのであるから、「本件において、本件機械売買契約の帰すうをめぐってYが表明保証上の責任を負うか否か、すなわちYの本件契約上の表明及び保証が重要な点で正確であったと認められるか否かは、結局のところ、Xが本件契約を実行するか否かを的確に判断するために必要となる本件機械売買契約に係る客観的情報が正確に提供されていたか否かという観点から判断すべきことになる」そして本件において、Yが表明保証の対象たる事項について「重要な点で」不実の情報を開示し、あるいは情報を開示しなかった事実は認められず、財務諸表上の記載も一般に公正妥当と認められる会計基準に反していたとは認められないし、また本件において契約実行日前におけるYのXに対する補足説明等を併せて判断すると、Xが本件契約を実行するか否かを判断するに必要な情報は提供されていたものと認められ、Yが本件契約上の義務に違反したものであったとは認められない。

⑦ 大阪地判平成23年7月25日 金判1375号34頁

事実の概要: Xはコーヒー等の販売等を目的とする株式会社であるが、株式会社であるM(後述のS株式会社の株式の保有会社)の全株式を取得するために、平成17年9月13日同株式の全部を保有するY₁~Y₅との間で株式譲渡契約(本件株式譲渡契約)を締結し、同会社の全株式を譲り受けた。Y₁らはXとの間で、本件株式譲渡契約締結に際して、売主であるY₁らは買主であるXに対し、本件株式譲渡契約締結日およびクロージング日(平成17年10月1日、以下これら

の日を併せて各基準日という。)において、下記に列挙する事実が真実かつ正確であることを表明し保証する旨合意し、かつY₁らはクロージング日後に、Mに偶発的な損害が発生し、当該発生的事实またはその原因たる事実が上記表明保証違反に該当するときは、Xに対して直ちに当該損害を補償する旨を合意した。そして上記の表明保証の対象となる事項として本件株式譲渡契約書に定められた事項は次の通りである。i Mは財務諸表に記載されていない債務は負っていない(表明保証条項i)。ii Mは税務上の処理等に必要な納税申告書等を税務当局に適法かつ適時に提出している(表明保証条項ii)。iii Mが支払うべき税金は全て支払済みである(表明保証条項iii)。iv すでに開示された問題を除き、Mと税務当局との間でなんら紛争または見解の相違は生じておらず、売主の知り得る限り、そのおそれもない(表明保証条項iv)。v 売主の知り得る限り、売主が買主またはその代理人に開示したMに関する情報は、いずれも真実かつ正確である(表明保証条項v)。vi 本件株式譲渡契約の内容に関して、買主の判断に影響を及ぼす可能性があり、かつ売主が重要であると認識していた情報は全て買主に開示済みである(表明保証条項vi)。以上の表明保証条項に続いて、本件株式譲渡契約書においては、次の免責条項が定められている。すなわち、イ 売主が、クロージング前に、買主に明示的に表明保証の違反の事実を開示した上で、本件株式を譲渡した場合には、売主は買主に対して表明保証義務を負わない(免責条項イ)。ロ 買主が売主に事前の相談なく処理した結果、買主に損害が発生した場合には、売主は買主に対して表明保証義務を負わない(免責条項ロ)。

ところでMは、平成19年4月18日から税務当局の税務調査を受け、法人税の申告漏れがあると指摘された。この経緯は次の通りである。すなわち、S会社株式145万株を保有するY₁が、その保有株式を信託銀行に信託し、信託受益権を金銭配当を受領する権利(収益受益権)と信託元本を受領する権利(元本受益権)とに分け、収益受益権を公益目的でN財団法人に取得させ、元本受益権を自己が取得するという計画(本件信託計画)を立て、実施した。その後、Y₁らが保有するS会社株式を税制上の理由からすべてMに集約することとし、Y₂~Y₃は平成14年11月22日に自己名義のS会社株式を1株あたり1168円でMに売却した。Y₁も平成15年3月14日に自己が有する元本受益権を配当受領権のない株式として評価し、これを1株あたり648円で合計9億3960万円でMに売却した。その後、上記信託契約が合意解約(本件合意解約)され、信託元本である株式および現金がMに交付され、収益受益権は消滅したものとされた。MはY₁から取得した元本受益権については、配当受領権のない株式として評価された9億3960万円で資産計上し、本件合意解約後も、収益受益権の消滅による経済的利益(本件経済的利益)は、資産であるS会社株式の評価換えにより生じた評価益にすぎず、法人税法により益金不算入とされるべきであるから、これをMの法人税課税所得の計算に際して益金の額に算入しなかった。

なおY₁の本件信託計画の実施に際しては、事前に税務当局に問い合わせし、本件信託計画の実行により直ちに課税されることはないが、信託期間が長期にわたる信託契約を結び、その受益権を元本受益権と収益受益権に分けた上で、信託契約設定当初に、低く評価された元本受益権を関係者へ贈与または譲渡し、その後信託期間中にもかかわらず信託契約を解消するという行為については、信託解約時に何らかの形で課税するという方向で検討しており、留意していただきたい、という回答を得ている。

ところが、前記のようにMに対しては税務当局の税務調査があり、上記S会社株式についての経済的利益は法人税課税所得の計算に際して益金に算入すべきであるのに、算入しなかった点につき法人税の申告漏れがあると指摘された（本件指摘）。Mの代表取締役であったY₁は、本件指摘をXの取締役Kから平成19年4月18日に伝えられたので、X本社を訪れ、Kらに本件信託計画に関して契約の締結から解約に至る経緯を説明し、本件経済的利益は評価益に過ぎず、本件指摘には課税根拠がないと主張した。そこでKは税務当局に本件経済的利益は評価益に過ぎず、益金として課税されるべきではないことを主張し、何度か協議したが、結局税務当局からMが修正申告に応じなければ更正処分をする方針が伝えられた。このため、Xのグループ経営会議においてこれ以上税務当局とは争わず、修正申告に応じ、納付税額を圧縮するよう交渉する方針に決定した。なお同会議にはY₁らの関係者は一人も参加していなかった。そしてKは、Y₁に税務当局との対応はX側で行い、当局とは争わないことにしたので理解してほしいと伝えた。その後XはY₁らに接触することなく、修正申告を行い、2億3259万1550円の法人税および住民税を納付した。以上の経緯の下で、XはY₁らに対し、Y₁らの本件表明保証違反により、上記納税額および税理士報酬支払額の合計額2億3493万8771円の補償金の支払いを請求して、本訴を提起した。Xの主張する表明保証違反の点は以下の通りである。本件経済的利益はMの法人税課税所得の計算上、平成16年12月期の事業年度の益金の額に算入されるべきであることを前提として、Y₁らは表明保証条項i～iiiに違反する。また譲渡契約締結日および実行日において、Y₁らは本件合意解約により税務当局から本件指摘を受けるおそれがあることを知り得たことから、表明保証条項ivに違反する。さらにXは本件譲渡契約の締結に先立ってMのデューデリジェンスを行い、その際のY₁への質問に対して、同人は偶発債務は存在しないと回答したが、これは上述の点から見て表明保証条項vに違反する。またXのMに対するデューデリジェンスにおいて本件合意解約に伴う課税可能性について説明しなかったことは、表明保証条項viに違反する。これに対してY₁らは、Xの主張を争うとともに、本件には免責条項イおよびロが適用され、免責される旨の抗弁を主張した。

判旨：請求棄却。i 判旨はまず、Y₁らが表明保証条項i～iiiに違反しているという点については、その理由として挙げている本件経済的利益を法人税課税所得の計算上益金の額に算入

すべきであったにもかかわらず、算入しなかったということに関して、その扱いが適法なものではないと認めるまでの十分な主張・立証がないとして否定した。

ii 次に判旨は、Y₁らが本件表明保証条項iv、vに違反しているという主張について以下のように判示した。すなわち、各基準日後にMと税務当局との間で本件経済的利益への課税の可否について見解の相違が生じたことは明らかであり、本件信託計画の課税関係に関するY₁らの問合わせに対して、税務当局の担当官から本件のような信託契約の解約による経済的利益にはなんらかの形で課税することを検討しているので留意するよう注意喚起されており、この結果Y₁らは税務当局により本件指摘がなされるおそれを認識し得たのである。その結果上記課税の可否についての見解の相違が生じるおそれがあることを知り得たのであるから、表明保証条項ivに違反する事実が認められる。

さらにY₁らは各基準日において税務当局がMに対して課税し得るとの見解を有するおそれを認識し得たのに、本件デューデリジェンスを担当した弁護士に、Mには偶発債務は存在しないと回答したことは、売主が買主に開示したMの情報の正確さに欠けているから表明保証条項vにも違反している。また表明保証条項viの違反に関しては、Y₁らは各基準日に税務当局がMに対して課税する見解を有するおそれを認識し得たとはいえ、実際に認識していたわけではないから「認識していた情報」と規定する表明保証条項viに違反するものではない。

iii 判旨は以上のようにY₁らは表明保証条項iv、vに違反する事実が認められるが、これらの責任はY₁らの抗弁で主張されているような免責条項によって免責されるかという点について、以下のように判示した。すなわち、Y₁は平成17年8月8日、Xに対しMの決算報告書や税務申告書を含む各種資料を交付し、同月22日に本件デューデリジェンス担当の弁護士に本件信託契約の締結から解約に至るまでの事実経過を直接説明するとともに本件信託契約の契約書、解約合意書および本件信託契約の事前検討資料である議事録を手渡していたところ、同議事録には、税務当局に問い合わせた際に示された担当官の見解が記載されており、その記載内容において示された課税可能性が生ずる行為は、まさに本件信託の合意解除の形態と全く同一であり、いやしくもデューデリジェンスに携わる専門家であれば、Y₁の上記説明を受け、本件議事録を一読すれば、税務当局による本件指摘の可能性を認識し得たものというべきである。したがって、Y₁による上記説明、決算書、議事録等の資料の交付は、Xのために本件デューデリジェンスを受託した担当者が、税務当局による本件指摘の可能性を認識し、Mの資産価値に影響を及ぼす事情の存在を直ちに理解するに十分な開示であったと認められる。それゆえ、Y₁らには免責条項イにより免責が認められる。

次に、免責条項ロの趣旨は、買主が、売主の表明保証違反とは関係なく、自らの事情によって損害を発生または拡大させた場合に、売主に転嫁させることを防止するところにあることを

考えると、買主に発生した損害が売主の表明保証条項違反に起因することが客観的に明らかである場合には、損害の発生を売主に報告する程度であっても、免責条項口という事前相談に当たすが、当該損害が主として買主側の事情により発生または拡大したものではないかと疑われるような場合には、買主は売主に対して損害の発生経緯や根拠につき十分な説明をするなどして、売主と協議しない限り、事前相談を行ったとはいえないと解すべきである。判旨は以上の理解の下に、本件においてはX側およびY₁も本件指摘の課税根拠の有無については相当程度の疑問を有していたにもかかわらず、X側が一方的に修正申告を行い、税額を確定し、さらに不服申立の機会を放棄したのは、その行為によりXの主張する損害は、X側の事情により発生したのではないかと疑われる場合に該当する。したがって、X側は、Y₁らに十分説明し、協議しなければ、免責条項口という「事前相談」を行ったことにはならないものというべきである。それにもかかわらず、X側は、Y₁らに事前に十分な説明することなく、かつY₁らが参加していないグループ経営会議でY₁らが課税根拠に疑問を有していることが明らかである修正申告を行うことを決定し、本件指摘にかかる法人税等を納付するに至ったものであるから、「Xによる上記一連の行動は、「買主が売主に事前相談なく処理した結果、買主に損害が発生した場合」に該当するといふべきである」と判示した。以上により、判旨はY₁らの表明保証違反の点は免責されることになるとして、Xの請求を棄却した。

(2) 裁判例の分析・検討

① 前記(1)に表明保証に関する裁判例を紹介したが、これら裁判例において表明保証違反による損害補償等の請求が肯定されたものは、7件中2件(前記①および③)のみで、他はすべて請求が否定されている。もっとも請求が否定された事案の中で⑦の裁判例では、表明保証違反が認定されているが、免責条項の適用を認め、結果として表明保証違反による損害補償の請求を否定している。裁判例における具体的な事案を見ると、7件のうち5件は企業買収であり、他の2件のうち1件は、直接には資本提携および業務提携の事案であるが、実質的には子会社化のための企業買収の事案といえる。残り1件は、金融会社による事業会社の売掛債権に対する保証契約の締結に関する事案である。このように裁判上現れてきている表明保証をめぐる紛争に関しては、企業買収の事案が目立っている。この点については、裁判例③が指摘しているように、企業買収に際しては買収の可否や対価の決定に際しては、対象買収企業の資産や債務の状況を正確に把握し、それに基づいて的確に企業価値やその将来性を判断しなければならないが、このような情報は企業の売主側が的確に把握しているのに対して、買主側は十分に把握することができないものである。このため売主側は買主に十分かつ正確な情報開示をしなければならず、表明保証はこのような情報開示の重要性を考慮して、十分かつ正確な情報開示

がなされたことを保証するものである。したがって、企業買収が行われる場合には、買収監査（デューディリジェンス）とともに、表明保証が行われるのが通例であるが、このような表明保証の対象はかなり広く、種々の事実の存否や真实性のみならず一定の事実の評価や事象の発生の可能性等にも及ぶことがあり、クロージング後になって、表明保証された事実についての認識の違いや期待との異なりが表面化する場合が多いからと思われる。

② 企業買収等における株式譲渡契約等に定められる表明保証条項の内容としては、基本的合意ないしは具体的な株式譲渡等の契約締結に際して開示された買収対象企業の貸借対照表等の財務内容が正確であり、一般に承認された会計原則に従って作成されていること、債権債務関係が正確に説明され、簿外債務や偶発債務が存在しないこと、当該会社自体が法令定款に違反しておらず、必要とされる手続を完了していること、および基本的合意ないしは譲渡契約締結後において会社の財政ないしは経営に悪影響を及ぼす重要な事実が生じていないこと等が定められるのが一般的である。表明保証条項に関しては、このような一般的な内容の他に、当該事案において当事者が特に重視する問題との関係で、当該事案固有の表明保証条項も見受けられる。具体的には、企業買収とは異なり、金融会社による事業会社の売掛債権に対する保証契約の締結に関する事案では、連帯保証の対象となる売掛債権の主たる債務者と表明保証をした債権者との関係、特に主たる債務の履行状況や主債務者の信用状況等が表明保証の対象となっている（前記（1）裁判例②）。また前記（1）の裁判例⑦の事案は、企業買収の事例ではあるが、被買収企業に生じた経済的利益に対する法人税課税の有無が懸念されたため、売主側の表明保証条項は、課税や税務当局との関係に関する事項が主たる内容となっている。さらに、企業買収の事例において売主のみならず買主側も相手に対して表明保証している例が見られる（前記（1）裁判例④）。もっともこの事案では売主側の表明保証条項が相当詳細に定められているのに対して、買主側の表明保証条項は簡単で、かつ当該提携契約の締結およびその履行が支障なく行われることについての表明保証にすぎないものとなっている。これはおそらく買主、売主の双方の関心事を反映したものであるとともに当事者の経済力の較差等を反映したものであろうか。そして実務上表明保証条項が定められる場合には、表明保証に違反した場合にはそれによる損害を補償する補償条項等の担保責任条項が定められるのが通常であり、上記裁判例の多くの事案においても、表明保証に反した場合に発生する損害の補償についての条項が定められている。もっとも、前記（1）の裁判例のうち、⑤の事案では、表明保証違反の効果として契約についての解除条項が定められている。

③ 表明保証条項が定められる場合としては、前記の通り企業買収のケースが多く、前記に紹介した裁判例も大部分企業買収のケースである。このような企業買収においては、表明保証が一般化しているように、当事者間にとって種々の情報を得ることが重要であり、特に買主側に

としては買収の可否の判断や対価の妥当性を判断するための企業価値の評価等のために買収対象企業についての十分かつ正確な情報の取得が不可欠である。もっともこのように企業買収に際しての情報収集が必要かつ重要であるといっても、この点に関しては、前記（１）の裁判例④は、企業買収には私的自治の原則が適用され、上記のような必要とする情報の収集は、契約当事者が各自の責任において自ら行うべきもので、情報収集が不十分であったり、収集した情報が不正確であったため、一方の当事者が損害を被ったとしても、それは当該当事者自らが負担するのが原則であるとしている。

このように考えてみると、契約条項に表明保証の定めがない場合には、当然当事者の一方に表明保証義務が生じることはないわけである。前記（１）の裁判例④が、上記の文脈の下に、契約上表明保証が定められていない場合には、表明保証義務が生じないことを明らかにしている。すなわち、特段の事情がない限り当事者の一方に情報提供義務や説明義務が生じることはないとしている。おそらくここでいう情報提供義務や説明義務は契約一般における付随義務として要求される程度を越えた情報提供等の義務を指すもので、まさに表明保証がされた場合の情報提供義務等を指すものと考えられる。もっとも特段の事情が存在する場合には別異に解釈しうることも述べているが、この特段の事情がいかなる場合をいうのかは、必ずしも明らかではない。

しかし他面では、前記（１）の裁判例④が一般論で述べているように、企業買収に際しては売手側と買手側との間に、大きな情報較差が存在するのも事実である。すなわち、売手側は当該対象企業の企業価値や将来性を判断する上で必要な当該企業の資産状況や債務の負担状況等を正確に把握しているのに対して、買手側はそのような重要な情報を把握していない。したがって、買手側は、必要な情報をもっぱら売手側から取得せざるを得ず、企業買収を公正・公平に行わせるためには、買主側にこのような重要な情報を十分に確保させる上で売手側から十分かつ正確な情報開示がなされなければならないことになる。このような適切な情報開示を確保し、その正確性を担保するために表明保証の制度が考えられたわけである（前記（１）裁判例③）。いわば企業買収のような取引に際しては、当事者間に大きな情報較差があり、私的自治の原則の下においてこのような大きな情報較差を当事者の契約により埋める努力が、契約における表明保証条項の存在ということになろう。

④ ところで契約に表明保証条項が存在する場合に、その表明保証義務を尽くしたといえるためには、いかなる事実をどの程度開示することが必要かという点が問題となる。この点については、前記（１）の裁判例③は、一般論として、企業買収において買収対象企業の財産・負債状況を把握するための事項を完璧に、かつ全く誤りなく開示することはきわめて困難である上、企業価値や企業の将来性の判断に当たって、買収対象企業の状況を細大漏らさず把握する必要

があるとはいえないし、考え得る全ての事項を情報開示やその正確性の保証の対象とするのは非現実的であると指摘している（前記（１）裁判例③）。そして表明保証条項の趣旨としては、その対象については自ずから限界があり、企業買収に関しては、買収に応じるかどうか、その対価の額をどのように定めるかといった事柄に関する決定に影響を及ぼすような事項について重大な相違や誤りがないことを保証したものと解すべきであるとする（前記（１）裁判例③）。表明保証の定め方については、取引の種類や内容あるいは当事者の主たる関心に応じて種々あり得るが、ただ表明保証違反の有無の判断に際しては、裁判例においては取引を行うか否か、対価をどのように決めるかといった取引についての基本的判断に影響を及ぼすような事項について開示がなされたか否か、開示事項に重大な虚偽や誤りがないかといった点を問題としてきている。結局、単なる事実の不開示や誤った開示ではなく、取引当事者の基本的決定に影響を及ぼすような重要な点を問題としている（前記（１）裁判例③、⑤および⑥）。さらに裁判例のなかには、一定の数値や評価についての妥当性の問題については、表明保証の対象にはならないと判示するものもある（前記（１）裁判例⑤）。

以上のように各裁判例を見てくると、表明保証条項に反するか否かについての判断に際しては、開示・告知しなかった事実があった場合や伝達した数値や状況が算定方法等により異なった数値になる場合あるいは契約の実行日（クロージング）の後に変動した場合などにつき、それが表明保証に反するかどうかの具体的判断に際しては、重要性の有無という判断基準を設定するとともに、さらに算定方法は表明保証の対象ではないし、評価の妥当性も表明保証の対象にはならない等の判断基準を設定して、表明保証違反の判断を行う上で一定の制約を設けているように思われる。そうだとすると、裁判例は、契約に表明保証条項が定められていても、その違反の判断に際しては、かなり厳しく限定的な態度をとってきているようにも思われる。この裁判例の態度は、おそらく企業買収等の契約に際しての必要な情報収集は基本的には当事者自身の責任の下に行うべきものであること、当事者間に情報較差があるためにそれを埋める必要があり、そのために表明保証の制度があるが、それは私的自治の原則の例外であることから、なるべくその適用範囲は限定的に解するのが妥当であるということ、および表明保証が契約に盛り込まれる場合には、表明保証を受ける側が契約締結に際してできるだけ有利な立場をとるため、その条項の内容は広範囲な領域をカバーするため詳細なものになると同時に、他面では抽象的な内容となっていることなどを考慮したものといえる。換言すれば、このような表明保証条項については、その必要性や重要性の有無により認定し、かつ対象範囲を絞って解釈しない限り、買手側に有利になりすぎ、その反面売手側に過大な負担をかける恐れがあることを考慮したものとも考えられる。

⑤ なお表明保証に関して、その責任を問う場合についての主観的要件が問題となった事案と

して、前記（１）の裁判例①があり、そこでは表明保証条項違反につき善意であっても、それが重大な過失に基づく場合には、公平の見地に照らし悪意の場合と同視し、表明保証を行った者は、表明保証責任を免れると解する余地があるとして、相手方に悪意・重過失がある場合には、表明保証責任は免責されると解している。また、表明保証責任につき免責条項による免責を認める裁判例もあり（前記（１）裁判例⑦）、免責される場合として表明保証に反する事実を事前開示している場合または表明保証を受けた一方の当事者が他方の当事者と事前の相談をせずに処理した場合には表明保証責任を負わないとする場合である。前記裁判例ではいずれの免責事由も認められているが、後者の免責事由における事前の相談については、表明保証を受けた側の損害が表明保証条項違反に起因することが明らかな場合には、損害の発生を相手側に報告する程度であっても、事前相談にあたるが、当該損害が主として表明保証を受けた側により発生または拡大したと疑われる場合には、相手方に事情を十分説明して、協議しない限り事前相談を行ったとはいえないと判断しており（前記（１）裁判例⑦）、免責の要件として事前相談が定められている場合の判断基準を示したものとして、注目される。

3 表明保証に関する諸問題

（１）表明保証違反の効果

表明保証違反の法的効果としては、従来から表明保証の相手方に対して表明保証違反によって生じた損害の補償請求や契約解除あるいは代金調整の請求などが認められてきている。これらの法的効果は、表明保証違反があれば当然に発生するわけではなく、それらの請求が認められる直接の根拠は、表明保証条項に付随して定められている損害補償条項等の担保責任の特約の適用によるものと考えられる。したがって、表明保証違反の効果として、いかなる効果が生じるかという点は、表明保証違反に備えて、同条項に付随的に定められる損害補償条項等の担保責任条項の内容如何によるわけである。

表明保証を担保する条項としては、従来から損害補償条項が一般的であり、このような補償条項による損害補償請求は、債務不履行責任としての損害賠償請求に類似するが、債務不履行責任が故意・過失を要件とするのに対して、表明保証違反の場合の損害補償請求は一般に故意・過失のような主観的要件を問題としないと解されてきており（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（2006年）45頁、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（2006年）3頁、渡邊博巳「表明保証」椿寿夫・堀龍兒・河野玄逸編・法人保証・法人根保証の法理（2010年）369頁）、かつ表明保証違反の場合の補償請求の対象となる損害の範囲も債務不履行における相当因果関係によって画

される損害賠償額より広く定められる場合が多いようである（岡内・前掲金判1239号3頁、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・山田剛志・大杉謙一編・現代企業法・金融法の課題（2004年）90頁参照）。

他方、表明保証違反の場合の損害補償請求は瑕疵担保責任における損害賠償請求にも類似しており、この点を強調する考え方によれば、表明保証違反による補償請求や解除の請求は瑕疵担保責任における損害賠償請求あるいは解除とも考えられるわけである（表明保証責任について、瑕疵担保責任の枠組みで判断し、瑕疵担保責任に関する民法規定の準用の可能性を肯定する考え方としては、江平・前掲89頁参照）。しかし、すでに指摘されているように、表明保証違反は契約の目的物の瑕疵に止まらず、広い範囲における事項についての真実性が否定される場合の問題であり、違反の効果の発生原因が瑕疵担保責任の場合と比べて広範囲におよぶ（金田・前掲金法1771号47頁参照）。さらに表明保証違反の効果の発生については、表明保証の相手方の無過失は要求されないし、表明保証違反の効果としての担保責任による補償の範囲は、民法の瑕疵担保責任よりは広く定められている（金田・前掲金法1771号47頁参照）。また瑕疵担保責任の特則ともいべき商人間の売買における目的物受領後の遅滞のない検査義務と瑕疵発見の場合の通知義務（商法526条）は、商人間の表明保証であっても表明保証自体に関しては存在しない（岡内・前掲3頁参照）。このように考えてくると表明保証違反において生じる契約上の効果としての損害補償請求や解除請求は瑕疵担保責任の場合に認められる損害賠償請求や解除の請求とは異なったものと考えられる。

以上のように、表明保証責任の効果は、債務不履行責任や瑕疵担保責任の効果とは異なったものとも考えられるが、ただ表明保証責任の効果は特約条項による効果と考えられることから、表明保証責任を債務不履行責任あるいは瑕疵担保責任と構成し、その特約として定められた条項に基づく効果として考えることも可能であろう。けだし、債務不履行責任および瑕疵担保責任のいずれも任意規定である以上、その法定の効果とは異なる効果を生じしめるための特約条項を設けることも可能であることから、表明保証条項に付随する担保責任条項をこれら債務不履行責任等の特約条項とみることも可能だからである（表明保証責任を債務不履行責任と構成する考え方としては、岡内・前掲金判1239号3頁、吉岡伸一「表明・保証責任について」岡山大学法学会雑誌58巻2号（2008年）114頁があるが、前者岡内説は違反当事者の故意・過失は要求されないとする）。しかし表明保証責任としての損害補償請求の発生およびその内容の確定に関しては、上記のように表明保証責任の法的性質から演繹的に導かれるというよりは、むしろその法的性質如何にかかわらず、特約としての担保責任条項自体から導かれると考えられる以上、表明保証責任の効果も、端的に独立した損害担保の特約による効果として捉え、表明保証とそれに付随する担保責任条項を包括して、特約に基づく担保責任あるいは独立の損害

担保契約として構成する考え方（金田・前掲金法1771号47頁、48頁、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（2008年）75頁、渡邊・前掲法人保証・根保証の法理369頁以下、潮見佳男「表明保証と債権法改正」銀行法務21、719号（2010年）24頁以下。ただし、潮見・前掲銀行法務21、719号24頁以下は、表明保証違反を債務不履行と解し、損害補償は債務不履行を理由として生じる損害担保約束の効果であるとする）が自然であろう。

なお表明保証条項に付随して定められる担保責任条項には損害補償だけではなく、解除や代金調整のための条項も存在し得る。これらの条項が定められている際の表明保証違反の場合には、表明保証の相手方は売買等の解除あるいは代金調整（減額請求）を他方の当事者に請求し得ることになる。ただ、代金価格の調整については、企業買取に関する株式の売買において、売主が買主に表明保証を行った場合を考えると、企業買取を目的とした株式の売買において1株の価格について改めて評価し直すことを意味することになる。この場合に1株あたりの価格が企業の純資産をベースに定められており、表明保証違反が企業の資産価値や債務額の真実性に反する場合であれば、後日においても資産や債務額の修正値を企業評価の修正に反映させて1株あたりの価格を修正することも可能である。このような修正を行った例としては前記（1）の裁判例①が挙げられる。すなわち前記裁判例①は、表明保証違反による補償請求が認められた事案であるが、そこで認められた補償額は結局1株あたりの対価の減額修正を意味している。いわば企業価値としての純資産額の修正に応じて株式の譲渡価額の変更がなされた場合であるともいえる。このような変更は、まさに株式譲渡価額が買取対象会社の簿価純資産額を基準として定められたことにより、容易に認定されたわけである。したがって同事案のような株式譲渡価額が単純に簿価純資産額のみを基礎として定められていないような事案（多くの事案が該当しよう）については、同裁判例におけるような資産の修正に応じてそのまま単純に株式譲渡価額を修正するわけにはいかないであろう（金丸和弘「M&A実行過程における表明保証違反」NBL830号（2006年）6頁参照）。1株あたりの価格が企業の純資産だけではなく、事業の将来性やその他種々の要素を反映させて決定されている場合には、表明保証違反が存在する事項によっては、代金調整のための株式価格の修正は困難であり、簡単には代金調整請求を是認するわけにはいかないことにもなる。

また表明保証条項に付随する担保責任条項に契約の解除が定められている場合には、表明保証違反の場合には、契約解除が認められる。担保責任条項に解除の定めがない場合でも、表明保証責任を債務不履行責任あるいは瑕疵担保責任と解す場合には、その法的効果として契約解除が認められると解することができるが、損害担保契約と解す場合には解除は認められないことになろう。

実務上は、一般に表明保証違反に基づく解除権が定められる場合も多いようであるが、解除

条項が定められている場合にも、大型案件の場合においては、契約実行後は解除が制限される場合も多いことが指摘されている（金田・前掲金法1771号50頁）。おそらく、大規模な企業買収等の契約実行後、経営状況や資産の状態が変更されている場合に、契約解除により契約実行前の状態に原状回復することは、かなり困難な面があることが考慮されているからであろう（企業買収のための株式譲渡契約においては、クロージング後に対象会社の内容が大きく変わってくることから、解除による原状回復は困難であり、クロージング後は補償責任による処理が一般的であると指摘されている（西村総合法律事務所編・M&A法大全（2002年）540頁以下参照）。また解除条項に基づく解除であっても、契約実行から相当期間を経過した後の解除は、広範囲な第三者との間の利害関係に影響するおそれがあり、特に解除条項に解除し得る期間についての制約が設けられていなくても、法的安定性の維持という観点から、一定の制限が認められるべきであろう（金田・前掲金法1771号50頁は、実行後から著しく期間が経過した後の解除権の行使は権利濫用等により制約が課される可能性もあることを指摘する）。

（2）契約当事者の主観的要件

① 従来から、表明保証を行った者が、表明保証違反の責任を負うことに関しては、表明保証者の故意・過失の有無は問題とされないと解されてきており、表明保証責任は、もっぱら表明保証違反という客観的事実の存在のみによって生じることになると考えられている（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（2006年）937頁、岡内・前掲3頁等参照）。表明保証が契約当事者間の情報較差を埋め、契約の相手側についての情報取得を補完する制度であり、表明保証違反の場合の効果としての担保責任が、表明保証違反によってそのような補完機能による利益を得られなかった契約当事者の一方に対する是正措置である以上、違反の場合の担保責任の効果の発生については、表明保証違反という事実のみで足り、違反者の主観的事情をあえて問題にする必要はないと考えられるわけである。換言すれば、表明保証がリスクの公平な分担を図るという制度であれば、その違反の法的効果を考える上で、当事者の主観的事情は問題にならないというわけである（金田・前掲金法1772号37頁参照）。もっとも、上記のように考えると、表明保証条項に同条項違反の責任を無過失責任である旨をあえて明示的に定めたような場合に、そのような規定の有効性を裁判所が額面通り認めるかどうかについては、わが国の過失責任主義や伝統的な契約法理から疑問とする見解（金田・前掲金法1772号38頁以下）もないわけではない。

② 表明保証違反についての表明保証の当事者の主観的要件に関しては、前記のように実務上契約書における表明保証条項では、問題としない定め方がなされてきており（金田・前掲金法1772号37頁）、表明保証を行った側の故意・過失は表明保証違反の法的効果の発生の要件とさ

れてきていない。しかし、表明保証違反を追及する相手方側に関しては、少なくとも表明保証違反の事実を認識している場合には、その事実を前提として取引を行うことや買取価格を決めている以上、当該表明保証の相手方が悪意の場合には補償請求をなさないことは当然であるという主張がなされてきている（森倫洋「M&A契約における表明保証違反に関する補償請求」金判1235号（2006年）1頁、水島治「判批」立命館法学307号（2006年3号）301頁、金丸・前掲金法1771号5頁）。確かに表明保証が取引における当事者間の情報較差を埋めるため、あるいはそのためのデューディリジェンスに対する補完のために行われる以上、表明保証の相手方が悪意の場合にまで表明保証責任を表明保証を行った者に負わせる必要性はないであろう。前記裁判例においても、悪意の場合には保証責任を免れ得るという考え方が示されている（前記2（1）裁判例①）。

他方、表明保証違反についての当該表明保証の相手方の善意が過失による場合には、表明保証を行った者は表明保証責任を免れ得ないとする点については、ほぼ異論のないところであり、表明保証について相手方にも何らかの注意義務が認められればともかく、そのような注意義務が存在しない以上、知り得べき場合であっても、相手方に責任追及が可能であると考えるのが妥当であろう（金丸・前掲金法1771号6頁参照）。

ただ表明保証責任を追及する側に重過失がある場合に表明保証した者は表明保証責任を免れることになるかという点については、考え方は分かれている。裁判例では、前記2（1）の裁判例①が、企業買収における売主が表明保証を行った事項に関して違反していることにつき、買主の善意が重過失に基づく場合には、公平の見地から悪意の場合と同視し、売主は表明保証責任を免れると解する余地があると述べ、買主が善意であっても重過失がある場合には、買主は表明保証違反につき規定に定めのある担保責任の追及はできないとしている。学説上も表明保証の相手方に重過失がある場合には、信義則あるいは権利濫用の法理に基づき、相手方は表明保証違反による担保責任を追及し得ないとする考え方（金丸・前掲金法1771号6頁、水島・前掲302頁、青山・前掲NBL895号80頁）、あるいは契約条項で明示的に買主の帰責事由の有無を問わず主観的要件を排除している場合はともかく、そうでない場合に、悪意・重過失のある相手方は、その限度で表明保証違反に対する担保責任の追及が妨げられるという主張（渡邊・前掲法人保証・法人根保証の法理375頁）がなされている。これに対して、企業買収等の契約交渉に際しては、売主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ことを契約交渉の中で求める機会があるにもかかわらず、これを行わなかったことは、無重過失を補償請求の要件としないこととしたと解するのが当事者間の合理的意思であり、かつ重過失を補償請求に対する抗弁として認めると、買主側の反証活動の負担が大きくなることを理由として、重過失の場合に補償請求が認められないこととすることに消極的な考え方も主張されている

(岡内・前掲金法1239号3頁)。

上記のように見解は分かれているが、重過失の有無が問題となるのは、結局表明保証をした者から開示された情報や交付された資料あるいは説明から容易に認識し得るにも関わらず、相手方がわずかな注意を払わなかったため、一定の事項や状況を知り得なかった場合であると考えられる。したがってこのような場合には、表明保証をした当事者は、すでに表明保証を実行するプロセスにおいて、必要な開示を行い、要求される資料を提供することによって、自己の義務は十分果たしているのであり、それにもかかわらず相手方の事情により必要な事項や状況を認識し得なかった相手方側から、あくまでも善意であることを理由として担保責任の追及を受けざるを得ないとするのは妥当ではないであろう。また表明保証責任が当事者間の公平なリスクの分配である以上、相手方に重過失がある場合にまで損害補償請求等の担保責任の追及を認めるのは、このようなリスク分配機能を無意味なものにしてしまうことになろう。

以上のように考えてくると、表明保証責任に関して、表明保証の相手方に悪意または重過失がある場合には、当該相手方による表明保証責任についての損害補償請求等の担保責任の追及は、表明保証を行った当事者からの抗弁によって阻まれることになり、相手方には損害補償請求を行うことは認められないことになる。ただ従来から表明保証責任に関しては、主観的要件を問題としないものと一般的に理解され、かつそのことが表明保証が行われる場合の当事者間の合理的意思であると考えられてきていることを考慮すると、信義則等の適用により悪意・重過失を表明保証を行った側の当事者の抗弁事由として認めるとしても、それはかなり限定された場合と考えざるを得ないであろう。さらに表明保証責任の主観的要件については、表明保証条項違反について全体につき、ひとまとめに主観的要件を決めるのは無理であり、具体的な表明保証条項に応じてその違反について主観的要件を考察すべきであるとする考え方も主張されており(高橋美加・「判批」ジュリ1353号(2008年)138頁)、表明保証責任と主観的要件の問題を考察する上で、傾聴に値する考え方である。表明保証の相手の悪意・重過失を当該表明保証を行った側の当事者の抗弁事由として認めることを基本としつつも、このような考え方を考慮して、個別具体的な表明保証条項に応じて、悪意・重過失の有無の判断基準を考えるべきか、あるいは端的に悪意・重過失を抗弁事由として認めるか否か自体を個別具体的な表明保証条項に応じて考えることにするのか、さらに検討の余地があるのではないか。