

迅速な裁判手続による少数株主保護の確保

——ドイツにおける Spruchverfahrensneuordnungsgesetz の制定——

早川 勝

- 一 はじめに
- 二 裁判手続法制定の経緯
 - 1 会社の基本構造の変更と株主補償
 - 2 補償の具体化と手続上の問題
 - 3 新裁判手続法制定の経緯
- 三 制定法の内容
 - 1 改正の目的
 - 2 新制度の特徴
 - 3 個々の裁判手続
 - (1) 適用範囲（一条）
 - (2) 管轄権（二条）
 - (3) 申立権者、申立期間および申立理由、被申立人
 - (ア) 申立権者（三条）
 - (イ) 申立期間および申立理由（四条）
 - (4) 共同代理人（六条）
 - (5) 口頭弁論の準備（七条）
 - (6) 口頭弁論（八条）
 - (7) 手続の推進義務および手続推進義務違反（九条、一〇条）
 - (8) 裁判所の決定および和解（十一条）
 - (9) 即時抗告（一二条）
 - (10) 決定の効力と決定の通知（一二条）
 - (11) 費用（一五条）
 - (ア) 裁判所費用
 - (イ) 鑑定人の費用

迅速な裁判手続による少数株主保護の確保

迅速な裁判手続による少数株主保護の確保

同志社法学 五五巻七号 二 (一七六〇)

- (ウ) 共同代理人の費用
- (エ) 裁判外の費用
- (オ) 費用の支払い
- (12) 給付訴訟に関する専属管轄(一六条)
- (13) 非訟事件手続法の規定の適用(一七条)
- 4 小活―残された問題と制定法の評価
- 1 新法に対する若干の評価
- 2 残された問題―裁判手続における専門の検査士の役割
- (ア) 裁判所による鑑定人の選定と選任
- (イ) 裁判手続における専門の検査士の法的地位と判例による側面補助の必要性
- 五 結語に代えて
- 資料 新裁判手続法 (Spruchverfahrensneueordnungsgesetz, BGBl.2003,838) 試訳

一 はじめに

長期にわたる景気の低迷から脱却を目指す企業の結合・再編が盛んに行われている。その背後には、平成九年以降の度重なる商法改正による企業結合・再編に関する規制の整備・充実が多大な役割を担っている。平成九年の商法改正においては、合併に関する規定の合理化が図られると同時に事前および事後の開示を充実させ株主や債権者などの利害関係者の保護を強化した。株主の利害に直接かわる合併比率を例にとると、これは合併契約書に記載され、その理由(合併比率証明書)を事前開示書面で説明する。合併貸借対照表が作成され、合併契約書とともに総会の二週間前から各合併当事会社の本店に備え置かれる(商四〇八条ノ二)。さらに、一定の会社(書面投票制度・電子投票制度の適用がある会社)では、総会招集通知に添付される参考書類にも上述した内容が記載される(参考規則一三条一項一一号、八項、一四六条六項)。株主は、これらの資料によって合併決議についてその賛否を判断

できる。そして、合併に反対の株主には、法定された手続を履践すれば、所有する株式の買取請求権が認められる（商四〇八条ノ三）。存続会社において合併決議が不要な簡易合併の場合には、反対株主に簡易な手続によって同様に株式買取請求権が与えられている（商四一三条五項から七項）。合併登記がなされると（合併の日）、存続会社または新設会社は合併経過報告書などを本店に備え置く（商四一四条ノ二）。これは合併無効の訴えを提起するかどうかの判断材料となる。合併手続における株主保護は、最終的には、裁判所による調整や後見、つまり株式買取価格の決定の申立と合併無効の訴えによって実現される。この保護の仕組みと手続は、会社分割や株式交換などの他の組織再編行為にも同様に受け継がれている。

合併決議に反対の株主の株式買取請求権について^①は、資本の社外流出という問題があるが、株式買取価格の決定方法が公正であることが株主保護制度の核心である。その決定は、まず、当事者の合意に委ね、協議が調わないときに、裁判所に価格の決定を求めることができる（商二四五条ノ三三項・四項^②）。その手続は、非訟事件手続法による（同法一二六条二項、一三三条ノ六）。これに対して、合併無効の訴えは、会社訴訟の一形式として、商法が特別な規定を定めるが、裁判所は民事訴訟法が定める手続によって裁判する。株主保護に関する上述した二つの重要な制度は、裁判所における権利実現のための手続が異なっている。また株式買取請求権についても、価格の決定について当事者の意見が一致しないときにのみ非訟事件手続法によるのであり、株主であること、買取請求の適法性など権利関係の存否の確定問題については民事訴訟法の手続によるとする見解と価格決定手続を非訟事件とした立法趣旨を強調する立場から非訟裁判所の専属管轄であるとする見解が対立する^⑤。非訟事件手続法は、民事訴訟法と較

べて重要な構造上の特色があるが、⁽⁶⁾このような裁判手続における違いは、いざ権利行使する段階においては当事者には看過できない相違となる。

株式買取請求権の適用範囲をどんどん広げてゆく最近の立法は、あたかも新制度を正当化する要のような役割を担っているような印象を与える。それでは、果たして期待されているような効果を発揮しているのだろうか。問題は、終局的には、非訟事件手続法に基づく裁判所の価格決定が機能しているかどうか左右されると考えられるが、この点について、裁判所による公正な価格の決定が困難であること、さらに、それに高額の費用がかかる⁽⁷⁾こと、そのため、価格決定の申立をする株主が裁判費用を原則として負担することになり(商二四五条ノ三三項、非訟二六条)、資力のない少数株主には負担が大きいと指摘されている⁽⁸⁾。そうであるとすれば、株式買取請求権による株主保護は、当事者の協議が調わなければ、手続上の問題に直面し、実際には期待されているほどの効果があるか疑問がないとは言えない。

このような権利行使の手続上の問題は、ドイツにおいては熱い議論の末最近立法的な解決が図られた。それが、二〇〇三年九月一日に発効したSpruchverfahrensneuordnungsgesetz(新裁判手続法、以下新法という)⁽⁹⁾という法律である。少数株主の代償権および補償請求権の裁判上の権利行使を定める裁判手続の根拠規定は、これまで株式法や組織変更法において個別に散在していた。新裁判手続法は、これらの手続を一本化して、批判されていた手続の長期化を回避し、少数者の利益実現方法を見通し良くする工夫をこらしている。そのため、実務家からは、新法は、会社実務において非常に重要であると評価されている⁽¹⁰⁾。そこで、以下では、新法は一体どのような構造をもつ手続

法なのか、その目的、内容などについて紹介し、会社法や司法制度が異なる我が国において、裁判手続の段階における株主の権利実現のためになんらかの示唆を含んでいるか検討する。

(1) 昭和五年の商法改正の際に初めてアメリカの制度に倣って、当初、営業譲渡等（商二四五条ノ二・二四五条ノ五三項―五項、有四一条と合併（商四〇八条ノ三・四一三条ノ三五項―七項、有六三条一項）の場合にだけ導入された株式買取請求権は、その後、昭和四一年、平成二年、平成一二年、平成一三年の改正の際に買取請求原因が拡大された。現行法上は、営業譲渡等の場合のほか、株式譲渡制限のための定款変更（商三四九条）、株式交換・株式移転（商三五五条・三五八条五項―七項・三七一条二項）、会社の分割（商三七四条ノ三・三七四条ノ三五項―七項・三七四条ノ三三項・有六三条ノ三二項・六三条ノ六一項・六三条ノ七二項・六三条ノ九三項）、または組織変更（有六四条ノ二・六七条五項）の場合に認められている。さらに、制度趣旨が異なるが、端株・単元未満株についても買取請求権を利用できる（商二〇一条ノ六・二二一条六項）。

(2) 裁判所による価格決定方法については明文の規定はなく、株式価格の算定方法が一定していない。資本還元法（配当還元方式と収益還元方式）、市場価値法（類似業種比準方式と取引先例価格方式）、純資産価額法などの評価方法がある。判例は、閉鎖会社については国税庁の作成した相続税財産評価に関する基本通達に依存している。公開会社についても市場価格を単なる一要素とする立場に立つものと市場価格を基礎とするものがあるが、市場価格を基礎とする立場への傾斜が見られると指摘されている、江頭憲治郎「取引相場のない株式の評価」法学協会百周年記念論文集三卷（昭和五八年）四四五頁。

(3) 合併無効事由は、法定されていないため解釈による。株主にとって関心のある合併比率が著しく不公正な場合に、無効事由として無効の訴えを提起できるかどうかについては一致していない。提起できるとする見解（神田秀樹『会社法（四版）』（弘文堂・二〇〇三年）二二四八頁など）とできないという見解が対立している。提起できないとする見解は、反対株主には株式買取請求権があることを理由とする（江頭憲治郎『株式会社・有限会社法（二版）』（有斐閣・二〇〇二年）六四四頁注（2）、六六五頁注（2））。それに対して、提起できるとする説（神田秀樹『会社法（第四版）』（弘文堂・二〇〇三年）二五三頁）、さらに、

迅速な裁判手続による少数株主保護の確保

同志社法学 五五巻七号

六 (一七六四)

合併無効の訴えと株式買取請求権を同時に主張できる見解も有力である(龍田節『会社法(九版)』(有斐閣・二〇〇三年)一一・四一(四一四頁)。判例は、無効の訴えを認めていない(東京高判平成二・一・三一資料版商事法務七七号一九三頁、遠藤美光・判例百選(六版)一八〇頁(判例批評)。また、合併比率が不正であったことにより生じた損害について、株主は損害賠償の請求ができる。しかし、実際には、株主が合併比率が不正であるかどうか判断することは、容易ではないと思われる。現行法におけるその他の合併に関する問題の概要については、拙稿「企業結合・企業再編に関する法規制の現状と課題」同法二九四号一頁以下(二〇〇三年)参照。

(4) (三井哲夫) 伊東乾・三井哲夫編『注解非訟事件手続法』(青林書院、昭和六一年)四五五頁。鈴木忠一「株式買取請求手続の諸問題」『会社と訴訟(上)』(有斐閣・昭和四三年)一五九頁。

(5) 六戸善一『新注釈会社法(五)』(有斐閣・昭和六一年)二九八頁。

(6) つまり、非訟事件手続法では、職権主義(処分権主義の排除、職権探知主義(弁論主義の排除(同法二条、非公開の原則(同法二三条、裁判の既判力の欠如(通説)、裁判の羁束力(自縛性)の制限(同法一九条一項、二項)、簡易主義が支配する、入江一郎・水田耕一・関口保太郎『条解非訟事件手続法』(帝國判例法規出版社・昭和三八年)一五頁以下。なお、(伊東乾)前掲注四『注解非訟事件手続法』七頁以下参照。

(7) 長谷川雄一『注釈会社法(四)』一六五頁(有斐閣・昭和四三年)。

(8) 木俣由美「株式買取請求手続の再検討(上)——買取価格決定過程における公正の実現について——」商事法務一四六三号三三四頁(一九九七年)。

(9) 従前の拙稿における紹介では、「審査手続」という訳語を用いていた。異なる制度の下における専門用語のため、いかなる訳語が適切なかわからないので、以下では非訟事件における審理よりも上位の概念である「裁判手続」という訳語を便宜上当てることにする。

(10) Büchel, Neuordnung des Spruchverfahrens, NZG 2003, 793f.; Bungen/Mennicke, GG-Gesetzgebungsreport: Das Spruchverfahrensneuordnungsgesetz-Eine einheitliche, umfassende Regelung des Spruchverfahrens ab dem 1.9.2003, BB 2003,

2021ff.; Lamb/Schuck-Amend, Die Neuregelung des Spruchverfahrens durch das Spruchverfahrensneurechtsgesetz, DB 2003, 1259ff.; Tomson/Hammerschmitt, Aus alt macht neu? Betrachtungen zum Spruchverfahrensneurechtsgesetz, NJW 2003, 2572.; van Kam/Hirschmann, Das neu Spruchverfahrensgesetz-Konzentration und Beschleunigung einer bewährten Institution, DStR 2003, 1488ff. Wasmann, Gesellschaftsrechtliches Spruchverfahren: Wann gilt alles, wann neues Recht?, DB 2003, 1559f.

二 新裁判手続法制定の経緯

1 会社の基本構造の変更と株主補償

会社の基本構造の変更の場合、少数株主保護の法的措置は、ドイツでは、代償と補償および決議取消事由がある場合の決議取消請求権が中心となっている。持分の払戻を明文で原則として禁止しているので（ドイツ株式法五七条一項、以下株法と省略する）、任意な脱退を認める制度は例外として法定される必要がある。わが国では株式買取請求権による会社からの脱退を株主の任意に委ねるというのであるから法の建前はその出发点で異なっている。つまり、ドイツでは多数決議により会社の基礎的変更が行われ、会社の持分の構成が変わる場合には、総会決議に基づいて少数株主に対してそれに対応した相当額を補償する義務が発生するのである。具体的には、株主は、会社の基礎的変更の態様に応じて、会社に留まる場合には一度に金銭支払いまたは継続的な支払いを請求するか（補償）、あるいは会社から脱退する場合に金銭かまたは他の会社の持分を取得する（代償）。代償・補償が不相当に低額である場合には、基礎的変更と補償に関する決議の取消ではなく、補償額の決定を裁判所に求めることになる。した

がつて、代償額が相当でないか（株法三〇四条三項二文、株式法施行法五条四項一文、ドイツ組織変更法一四条二項、一九五二条二項、以下組変法と省略する）または、まったく提供されないかもしくは正規に提供されないこと（株法三〇五条五項二文、組変法三二条、二一〇条）を理由とする決議取消訴訟は提起することができないのである。しかし、このことは、少数株主の締め出し（株法三七f条一項三文）と編入（株法三三〇b条二項三文）の場合には妥当しない。

たとえば、合併の場合、一九九四年に単独法として一本化された組織変更法^⑪において、株主保護の手続が次のように規定されている。まず、合併によって消滅する会社の株主には、交換比率に従って存続会社の株式が割り当てられる。株式の交換比率は、分割契約書に記載され（組織法五条三項）、さらに、分割報告書に記載される（組変法八条一項）。交換比率の算定方法は、法定されていない。株式交換比率の相当性は、決議の前に、合併検査士が検査する（組変法九条二項）。この分割検査士の選任は、取締役が選任する場合と裁判所が任命する場合がある（旧組変法一〇条一項）とされていたが、今回の改正によって裁判所が選任することに統一された^⑫。検査士は、検査結果を検査報告書で報告し（組変法一二条一項）、提案された株式交換比率の算定方法については、株式交換比率の相当性に関する証明を検査報告書の末尾に付記する（同条二項）。合併は、登記によって効力が発生するが、登記申請の際に、いわゆる消極的表示をしなければならない（組変法一六条二項）。これは、登記申請する取締役が、登記裁判所に対して、合併決議に関する取消訴訟が提起されていないことを説明することによって登記の障害が存在しないことを証明するのである。この消極的表示の効果については議論があるが、消極的表示があると受訴裁判所が、

会社の申立に基づいて訴えの提起が登記の妨げにならないとの決定を下す場合などを除いて（組変法一六条三項）、合併の登記することができなくなる。株式交換比率が不当に低い場合には、合併決議の効力に影響を与えるのではなく（組変法一四條二項）、金銭による相当な補償を請求することが認められる（組変法一五條一項）。これに関する裁判手続は、既述したように、従前は別個に詳細に規定されていたが（旧組変法六編裁判手続三〇五條から三一二條）、今回、これらの手続が裁判手続（Spruchverfahren）法として単独法にまとめられた。組織変更法における合併手続の規定は、会社分割のような他の会社の基礎的変更¹³に準用されており、株主保護の典型的な手続を意味する。

このように、ドイツ法の下では、株式の交換比率の相当性の問題は、合併などの構造変更決議の取消の訴え（株法二四三條、二四八條）や決議無効の訴え（株法二四九條）と別個の裁判手続であるため、合併自体には反対ではないが、合併比率についてあまりに低率と考える株主が利用でき、この点についてはわが国よりも木目の細かい法的救済制度が設けられている。会社の側にも、交換比率の問題をネタにした嫌がらせや濫用的な訴えの提起がもたらす煩わしさから少しは解放されることになり、構造変更措置を早く実現できるという利点がある。¹⁴

2 補償の具体化と手続上の問題

それでは、少数者が補償額の相当性に関して利用できる裁判所手続はどのような手続になっているのであろうか。従来は、組織変更法および株式法において簡単な裁判手続が定められ、それは、「Spruchverfahren」または「Spruchstellenverfahren」と呼ばれていた。この手続は、従前は、つぎのような手続で行われてきたが、以下の問

題があった。つまり、代償（少数株主が会社から脱退する場合）や補償（少数株主として会社にとどまる場合）による少数株主の保護は、構造変更決議の取消訴訟とは別個に、裁判所の裁判手続によって提供された補償や代償の相当性を検査する手続によって図られる。裁判所は、通常の場合、企業評価に基づいて決定する。裁判所は、特別な部（商事部）が設置されている場合でも、専門家の鑑定に頼っている。専門家も企業のある一面の評価をするだけでなく、鑑定書の作成に多くの場合に非常に時間がかかる。一定の問題に関して当事者の意見が相違する場合、職権主義の下では、裁判手続においてさらに補充的な鑑定が求められ、そのことによってさらにまた時間がかかる。このように、企業側は、企図した構造変更を迅速に行うことができるのに対して、少数社員は、補償給付に関する決定に時間がかかり、その上費用もかかるという問題があった。⁽¹⁵⁾ 新裁判手続法は、これらの問題について「迅速化と集中規制」という標語の下で立法的解決を図ったのである。⁽¹⁶⁾

3 新裁判手続法制定の経緯

裁判手続は、決議取消訴訟と並んで、一九三六年に、当時の組織変更改法に初めて導入された。⁽¹⁷⁾ その後、一九六五年の株式法改正の際に、契約コンツェルンと編入において、さらに一九九四年の組織変更改法の大改正において適用範囲が拡大された。会社の種々の基本的構造措置における少数株主の法的救済手続として、裁判手続の重要度が高まったが、規定が散逸していることから生ずる利用の不便さ、この手続の不備、特に時間がかかりすぎることに⁽¹⁸⁾ついて批判が高まり、手続の迅速な進行が模索され始めた。⁽¹⁹⁾ このような努力が、組織的な検討へと引き継がれ、有価

証券保有保護同盟 (Deutschen Schutzvereinigung für Wertpapierbesitz e.V.) は、規定の問題点の不備の検討を著明な会社法学者に委ねるため作業部会を設置して、具体的な提案の策定を依頼し、その提案を公表した。⁽²⁰⁾ さらに、二〇〇〇年九月に、ライプツヒで開催された第六三回ドイツ法曹大会の経済法部会は、現行法の検討を立法者に要請することを過半数で決議した。⁽²¹⁾ その後、コーポレート・ガバナンス政府委員会は、二〇〇一年七月に公表された最終報告書で再審手続の改善を勧告した。⁽²²⁾ さらに、連邦通常裁判所は、最近、従来の立場を放棄して、組織変更の際における代償額に関する情報不足は、取消の訴えの方法ではなく、もっぱら裁判手続において質問しなければならぬ、と判示した。⁽²³⁾ 昨年の株式法改正による多数株主による少数株主の締め出し制度の導入 (株法三七七 a 条以下) を契機として、先述したように、締め出される少数株主に対する代償額の相当性の検査のために、少数者による裁判手続の利用可能性が増大する傾向にある。⁽²⁴⁾ したがって、裁判手続の不備はより深刻な事態となる。

このような状況に対応すべく、法務省は、二〇〇一年一月二七日、裁判手続に関する参事官草案を公表した。⁽²⁵⁾ この草案について各界より意見表明がなされた。ドイツ弁護士会の商法委員会の意見は公表されている。⁽²⁷⁾ 法務省は、二〇〇二年五月一六日に公聴会を開催し、これらの意見を参考に再検討し、連邦内閣政府は、二〇〇二年六月一二日、草案を決定し、政府草案が連邦議会で、二〇〇三年五月二三日に可決成立し、五月二三日に公布され、⁽²⁸⁾ 同年九月一日に発効した。⁽²⁹⁾

それではどのように手続が改善され、また簡易化され、それによって時間が短縮されることになるのであろうか。次章以下で新法の内容について概観したい。

迅速な裁判手続による少数株主保護の確保

同志社法学 五五巻七号

二二 (一七七〇)

(11) 本法の邦訳として拙訳「ドイツ組織変更法」同法二五六号二三四頁以下(一九九八年)がある。

(12) 今回同時改正された組織変更法一〇条は、次のように改正されている。合併検査士は、代表機関の申立があるときは、裁判所が選任する(二項)。合併検査士は、代表機関の共同の申立があるときは複数またはすべての権利の担い手のために共同で選任されることが出来る(二項)。非訟事件手続法は、以下の項において別段の定めをしていない限りにおいて、本手続に適用する(三項)。州政府は、統一的判例の確保に役立つ場合には、複数の地方裁判所の地区に関する法令(Rechtsverordnung für die Bezirke mehrerer Landgerichte)によって、地方裁判所の一つに委ねることが出来る。州政府は、州司法部(Landesjustizverwaltung)に権限を委譲することが出来る(四項)。決定に対して、即時抗告をすることが出来る。即時抗告は、弁護士が署名した抗告状の提出によつてのみすることが出来る(五項)。高等裁判所は、抗告について裁判する。非訟事件手続法二八条二項と三項の規定は、準用する。再抗告をすることはできない(六項)。州政府は、統一的判例の確保に役立つ場合には、複数の高等裁判所の地区に関する法令(Rechtsverordnung für die Bezirke mehrerer Oberlandesgerichte)によって、抗告に関する裁判を高等裁判所の一つまたは州の最高裁判所に委ねることが出来る。州政府は、州司法部(Landesjustizverwaltung)に権限を委譲することが出来る(七項)。

(13) これについては、拙稿「ドイツにおける会社分割規制―株式会社分割規制を中心として―」同法四八巻五号九四頁以下(一九九七年)、同「ドイツにおける有限会社分割規制について」同志社法学四九巻一、二頁以下(一九九七年)、泉田栄一「会社分割―比較法的考察―」小島康裕教授退官記念『現代企業法の新展開』八九頁以下(信山社二〇〇一年)など参照。

(14) 裁判手続の開始は合併などの構造変更措置を阻止させることがないのに対して、決議取消の訴えは、事実上、かかる措置の実施を延期させる効果を有する。合併の登記は、既述したように、決議取消訴訟が提起されていない場合にのみ認められるからである(株法二九条五項、組織一六条二項)。

(15) 平均すれば五年間かかっているが、個別的にはもっと長期になる場合がある。Begründung, Regierungsentwurf(Begr. RegE), BT-Drucksache(BT-Drucks.), 15/371, 11「Sinatoo株式会社」の場合には、一七年間を要しているが、それも和解によつて終了した。新裁判所の裁判が七年経過後に終了していない場合でも憲法上はなお許される(hinnehmbar)とする連邦憲法裁判所の判例

- (SN/Stiemens 判決) がある。BeyrG v. 26. 4. 1991, NJW 1999, 2582=ZIP 1999, 999, 弁護士報酬については、高額の場合には五万マロに達する。Tomson/Hammerschmitt, (Fn.10.) NJW 2003, 2573.
- (16) 二〇〇一年二月二〇日の有価証券公開買付および買収法 (BGBI.5:3822) による「少数株主の締め出し制度」の導入以後、少数株主の締め出しがすでに数多く実施されており、主要株主による少数株主に対する代償の相当性を決定する裁判手続の重要性がますます増大してきている。Beyr. RegE, BT-Drucks. 15371, 11. 少数株主の締め出し制度については、拙稿「多数株主による少数株主の会社からの締め出し——コンツェルン規制の目的と少数者保護のあり方——」同法二八八号一頁以下 (二〇〇二年) 参照。裁判手続を利用すれば多くの場合に補償額は、約四八%増額するといわれる。Tomson/Hammerschmitt, (Fn.10.) NJW 2003, 2572; vgl. van Kam/Hirschmann, (Fn. 10.) DStR 2003, 1488.
- (17) 3. DVO vom 2. 12. 1936 zum Gesetz über die Umwandlung von Kapitalgesellschaften vom 5. 7. 1934, RGBI I, 1003.
- (18) Neye, (Die Reform des Spruchverfahrens) NZG 2002, 23; Beyerle, BB 1978, 784f. Lutter=Bezenberger, Für eine Reform des Spruchverfahrens im Aktien- und Umwandlungsrecht, AG 2000, 433ff. 以下に引くのは、拙稿「裁判手続における少数株主の保護——ドイツにおける裁判所決定手続の改正の動向——」同法五三九号一頁以下 (二〇〇二年)。
- (19) その方法として、たとえば、当事者による手続の進行に対する自己責任の強化や評価問題に関する証明の重要性に関する要件の明確化が提案された。Bilda, Zur Dauer der Spruchstellenverfahren, NZG 2000, 298ff.
- (20) Lutter/Bezenberger, (Fn.18) AG2000, 433f. 以下に引くのは、私的なもので非常に詳細な提案であるが、Lutter 教授が株式法改正問題作業委員会の顧問であることを考えると、相当な影響力を有したものと想像される。この提案については、拙稿・前掲 (注18) 同法五三九号一頁以下。
- (21) 決議一一号、一二号、www. dft. de; Beschluss des 63. DJT, DB 2000, 2109.
- (22) 報告書の三章「株主と投資者」では、特に合併の場合の企業評価の裁判手続を明確にすべきであると勧告する。Baums (Hrsg.), Bericht der Regierungskommission "Corporate Governance", 2001, BT-Drucks. 14/7515 Rdmr. 169ff. 本報告書に引くのは、拙訳「業務の執行・監督。株式法の現代化——ドイツ『コーポレート・ガバナンス政府委員会』報告書」ワールドワイドビジネス

レビュー三巻一号一三六頁以下(二〇〇二年)がある。

- (23) BGH-Urteil vom 29. 1. 2001, BGHZ 146, 179=NJW 2001, 1428=NZG 2001, 574=DB 2001, 471. =BB 2001, 275 m. Anm. Luttermann, 382 (MEZ判決); BGH-Urteil vom 18. 12. 2000, BB 2001, 485=DB 2001, 319f. (Aqua-Butzke判決) によつて、取引所相場を基準にすることに関して、判例は、企業の収益価値が取引所相場を超える場合には、これが基準となるので手続の実質的な簡易化に導かないと判示する、BYerfG, NJW 1999, 3769=NZG 1999, 931; BGH, NJW 2001, 2080=NZG 2001, 603.

わが国においても、最高裁判所は、商法二四五条ノ三第三項による株式買取価格の決定は、非訟事件の裁判であつて、非訟事件手続法により審理裁判することは合憲である(憲法三三条、八二条)と判示する(前田製菓定款変更事件) 最決昭和四八年三月一日民集二七巻二号一六一頁、判時七〇〇号一一九頁、民商七一卷二号三四三頁。反対、関俊彦『株式評価論』(商事法務研究会・一九八三年) 一一〇頁以下。

- (24) Gesetz zur Regelung von öffentlichen Angeboten zum Erwerb von Wertpapieren und von Unternehmensübernahmen vom 22. 12. 2001, BGBl. I S. 3822. 主要株主は、会社の株式の最低九五%を有するとき、少数株主を代償 (Abfindung) と引き換えに株式会社または株式合資会社から締め出すことができる。代償の相当性の検査のために、裁判手続が、少数株主のために開かれている(株法三三七条上)。この場合、代償の相当性を担保するために、裁判所は専門の検査士を選任しなければならない。

- (25) 連邦通常裁判所は、会社が総会決議に基づいて取引所法上の正規の上場廃止 (Delisting) を申請する場合に、会社または主要株主が少数株主に対して株式所有権の完全な価値 (現金代償) を提供する義務が憲法一四一条一項から認められるとし、その相当性の検査によつて裁判手続を利用せざることを (Macrotron判決) BGH v. 25. 11. 2002, BGH, NJW 2003, 1032; BB 2003, 806=DB 2003, 544=DSR 2003, 990=WaM 2003, 533. 評釈 ユーリッ Adolf/Tievers, BB 2003, 797; K. Schmidt, NZG 2003, 601; Pfäfer/Anders, NZG 2003, 459; Greyhalter/Ganssler, NZG 2003, 313. があつて。詳細については参照 Burgens, Aktienrechtlicher Schutz beim Delisting?, NJW 2003, 1642; Kramer/Tihesi, Delisting nach der Macrotron-Entscheidung des BGH, AG 2003, 225; Holzbom, BGH verschafft Delisting-Voraussetzungen- § 58 BörsO Frankfurter Wertpapierbörse vor dem Hintergrund des Macrotron-Urteils des BGH-, WaM 2003, 1105; Wilsing/Kruse, Börsenrechtliches Delisting nach Macrotron-Anmerkung zur Entscheidung des BGH vom 25. 11.

20002=WM 2003, 533; WM 2003, 1110. 取引所への上場を廃止し、いわゆる閉鎖会社になる場合、当該会社の株主にも株式買取請求権を認める方向で検討する³⁰⁾とはわが国でも課題となる。

- (26) Referentenentwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des gesellschaftsrechtlichen Spruchverfahrens (Spruchverfahrensneuordnungsgesetz), WPK-Mitt. 2002, 36-37. www.bnj.bund.de; NZG 2002, 25ff. 本草案は、六部から構成され、一部が、Gesetz über das gesellschaftsrechtliche Spruchverfahren (Spruchverfahrensgesetz - SpruchG) であり、二部は関連する株式法の改正、三部は株式法施行の改正、四部は組織変更法の改正を扱う。Neye, (Fn.) NZG 2002, 23f; ders., (Fn.) DStR 2002, 178f. これにこづは、拙稿「ドイツにおける会社法上の裁判手続法参事官草案（試訳）」ワールドワイドビジネスレビュー 四巻一号四〇頁以下（二〇〇二年）。

- (27) Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins (DAV) zum Referentenentwurf eines Spruchverfahrensneuordnungsgesetzes, NZG 2002, 119ff.

- (28) RegE Spruchverfahrensneuordnungsgesetz, BR-Drucks. 82/7/02=BT-Drucks. 15/371 vom 29. 1. 2003.; Bundesregierung, Neye, ZIP 2002, 2097f.)

三 制定法の内容

1 改正の目的

裁判手続の特徴は、異なる利益の衝突だけではなく、最初から必要な情報が当事者間で相違していることである。³⁰⁾このような状態の下で進行する手続を定める裁判手続法の改正の目的は、理由書によれば、次のように簡潔にまとめられよう。

まず、新しい規制は、従来の規制の不備を除去しようとする。最大の目的は、あまりにも時間がかかりすぎるとされてきた手続にかかる時間を平均的に著しく短縮し、持分所有者の法的保護を大幅に改善することにある。その場合これまでに実証されていた要素は、とくに、裁判所の商事部の権限、共同代理人の制度、決定がすべての持分所有者のためにかつすべての持分所有者に対して効力を有する（絶対的効力、Inter-omnes-Wirkung）ことは、維持されるべきである。民事訴訟法による純粋の当事者訴訟（Parteiprozess）に変更することは、手続の基礎の完全な変更となり意味がない。個別的には、まず、構造変更措置（企業契約、編入、組織変更）において、裁判所が専門の検査士（Sachverständigen Prüfer）（経済検査士）を選定し選任する制度の導入、つぎに、裁判手続における鑑定人（Sachverständigen）の役割を企業の全体的な評価ではなく個別問題に的を絞った専門的な判断を求めることに明確化すること、さらに、職権探知主義（Amtsermittlungssatz）に立ち返る場合に同時に当事者の手続推進義務（Verfahrensförderungspflichten）を導入すること、最後に、裁判の費用の問題について、手数料を増額し同時に裁判所費用の上限を定めることによって費用に関する新規定を設け、さらに裁判所費用と裁判外費用との間の区別を明確化して費用の分配を改めることが挙げられている³¹⁾。

新法は、従来のように株式法と組織変更法における二重の規制をやめて、見通しができ、それによって規定の適用を容易にするために、一七か条からなる独自の新たな手続法としてまとめられた。非訟事件手続法の適用は維持され（新裁判手続法一七条、以下条文だけの場合には本法を示す）、さらに手続に提出主義（Beibringsgrundsatz）などの民事訴訟法の規定が裁判手続法に導入されている。

2 新制度の特徴

裁判手続は、多数の法律の改正によって一段と見通すことができなくなってきた。関連規定は散逸しており、株式法（三〇四条から三〇六条、三三〇条b、三三七条f）においても組織変更法（三〇五条から三一二条までの規定）および非訟事件手続法（EGG）において別々に規定されていた。ばらばらの規制を相互に参照しているために、法の規制状況は見通しが悪く、そのため使い勝手が良くなかった。一九九五年に大改正された組織変更法では、六編で広範な規制を設けているが、これらの規定は組織変更の分野に関連している。したがって、これらの規定を株式法で定められている適用事例に拡大することは、体系上の問題が生じ、また技術的にも難しい。その逆のことも成り立つ。以上の理由から、裁判手続を特別な手続法とする単独法が制定された。

従来、手続に時間がかかりすぎていた理由については、つぎのような手続上の問題が指摘されている。つまり、従来は、非訟事件手続法の原則に従っており、そのために同法一二条に基づく職権探知主義が裁判所による事案の包括的な骨の折れる説明を強いていた。これによれば、すべての当事者の利益を正當に評価する客観的な裁判（*Entscheidung*）が確保されるという反面、手続の時間を非常に長引かせることになる。時間がかかるのは、裁判所が職権探知主義の立場から説明に先だって作成された企業評価、報告書などの、通常はいわば周辺でのみ利用される手続において作成された専門家の鑑定書（*Sachverständigengutachten*）に依存していることもその理由であった。さらに、鑑定書の作成は、書類の閲覧に関する長く続く中間の争いおよび企業の証明資料に利用されることによって遅れた。新法では、特別の手続法を制定し、これらの点を改めていた。さらに、申立人が費用の負担

險をあまり負担しなかったことも理由とされている。⁽³²⁾そこで、新制度の下では、費用の決定は、費用法(Kostenordnung)に従って行われることになった。すべての費用の債務者は、従来は、企業だけである。ただし、裁判所が衡平の考慮(Biligkeitserwägungen)によって異なる判断をしたときは、この限りではない。決定については高等裁判所に即時抗告できる。再抗告は、明文をもって排除される。

3 個々の裁判手続

以下では、新法にまとめられた手続の進行順序に従って、わが国で主張されている立法論にも可能な範囲で触れながら、その内容について個別に検討することにする。

(1) 適用範囲(一条)

いかなる場合に裁判手続を利用することができるかについて一条が規定する。これは、株式法と組織変更法における関連規定をまとめたものである。株式法に由来するものとして、支配契約および利益供与契約の場合における局外株主の補償および代償(株法三〇四条および三〇五条)、株式会社の場合における脱退株主の代償(株法三二〇条b)、株式が総会の決議によって主要株主に譲渡された場合における少数株主の金銭代償(株法三二七条aから三二七条fまでの規定)である。これに対して、権利の担い手の組織変更の際に持分所有者に支払われる追加支払いまたは金銭代償(組変法一五条、三四条、一七六条から一八一条までの規定、一八四条、一八六条、一九六条または二二二条)は、組織変更法に由来している。規定の文言の上では適用事例が確定的であるが、他の事例にも類推適

用されると解されている。⁽³³⁾

これに対して、わが国では、株式買取請求権を有する者は、商法の規定が定めている。すなわち、会社の基本構造に関する総会決議に反対する株主（商二四五条ノ二等）、譲渡制限株式の譲渡について会社が買取を指定した者および譲渡した株主（商二〇四条ノ四一項、二〇四条ノ三一項）、市場価格のない端株の所有者（商三〇条ノ六三項、二二〇条ノ七三項、二〇四条ノ四一項、二〇四条ノ三一項）および市場価格のない単元未満株式の所有者（商三二条ノ二三項、二二一条六項）で、売買価格について協議が調わないときに裁判所に対して買取価格の決定を求めることができる。一定の決議事項に反対する株主は、決議前に反対の表示を会社に通知し、総会で決議に反対しなければならない等商法上の要件を満たさなければ株式買取請求権を取得することができない。これに対して、議決権の行使と直接関係のない端株、単元未満株式の所有者は直接に権利を有する。制度趣旨が異なるためである。

(2) 管轄権（二条）

裁判管轄について、二条は、従来散在していた規定をまとめて、次のように定める。まず、申立権限を有する持分所有者が持分を有している権利の担い手の住所がある地区の地方裁判所が管轄権を有すると定め（一項）、従来と同様に、管轄を地方裁判所とする。弁護士協会の商事法委員会は、高度の知識と経験を積んだ専門の裁判官が手続を迅速に処理できること、および地方裁判所の決定が高等裁判所に抗告されることを考慮して、高等裁判所の管轄とすることを提案した。⁽³⁴⁾しかし、この提案は受け入れられず、再抗告の裁判所に関する非訟事件手続法の規定（二八条二項）が参考とされた。⁽³⁵⁾

合併の場合や支配企業が例外的に二重の住所を有する場合、異なる裁判所の管轄地に住所を有する複数の譲渡する権利者が申し立てる場合には、裁判が複数の地方裁判所に重疊的に係属するので（非訟四条・五条、管轄問題を明確にする必要があり、実務では重要な規定である。これについては、複数の地方裁判所に管轄権がある場合または一つの事実関係（sachliche Zusammenhang）に基づく裁判手続（Spruchverfahren）が複数の地方裁判所に係属している場合には、複数の管轄裁判所に関する非訟事件手続法の規定（四条）の規定を準用する（二項）。管轄裁判所について争いがあるかまたは明確でない場合には、場所管轄の決定に関する非訟事件手続法の規定（五条）を準用する（二項）。

さらに、裁判所に商事部が設置されている場合の裁判長の権限について明定される。列举されている裁判長の権限は、口頭弁論の準備に関する規定を若干補充する。商事部の裁判長は、①手続の移送、②公告に関連する事項、③申立の許可に関連する問題、④証拠調べのために準備されたすべての措置および口頭弁論の準備に関する七条の場合における準備措置、⑤六条の共同代理人場合、⑦業務費用（Geschäftswert）、費用、手数料および立替金、⑧強制執行の一時停止、⑧手続の併合、について裁判する（三項）。裁判長は、当事者が了承する場合、上記の事項以外の事項についても商事部に代わって裁判することができる³⁶⁾。

しかし、裁判所による専門の検査士の選任およびいかなる場合に選任するかについては、この規定は適用されない³⁷⁾ので、手続が完全に集中化されているのではない。

わが国では、管轄は会社の本店所在地の地方裁判所に属する（非訟事件手続法二二六条一項。以下非訟と省略す

る）。複数の決定申請がある場合には、併合される（非訟一三二条ノ六第三項・一三三条ノ二第三項）。併合されずに別々の決定がなされた場合、価格が異なっているといずれの決定も独立性を有するので有効である。⁽³⁹⁾

(3) 申立権者、申立期間および申立理由、被申立人

(ア) 申立権者（三条）

申立権限があるのは、一定の局外株主および離脱株主である。申立人は、申立のときに株主でなければならないかどうか、総会の決議の時点あるいは公示の時にさらに法定の申立期間の間は株主でなければならないかという問題については、申立の時に株主であることを要するとする弁護士会の提案を受け入れて立法的に解決した。したがって、申立後に株式の取得をしても申立権限はない。編入（株法三二〇b条）と締め出し（株法三三七e条）の場合には、商業登記簿への登記時に申立人が株主であったかどうかが基準とされる（三条二二号）。脱退株主は、申立のときにはもはや株主ではないので申立権限がない。⁽⁴⁰⁾ 申立人はその資格を申立の際に証券によってのみ証明しなければならない。これは、裁判実務からの提案を受け入れたものである。これによって、証人など時間のかかる証拠調べは回避され迅速に手続を進行できる。株主は、銀行の寄託証明書（Depotauszug）、または現物の株券の提示によって、簡易な方法で申立期間内に自己の株主の地位を証明することになる。⁽⁴¹⁾

わが国では、株式買取請求権を有する株主は、総会の決議の時と解されており、会社が売買価格の決定を裁判所に申立ることができるかどうかについては見解が一致していない。⁽⁴²⁾

(イ) 申立期間および申立理由(四条)

裁判所の決定の申立期間は、従来の二ヵ月の期間から三ヵ月に伸張される。申立は、原則として、企業契約等一定の構造変更措置の登記が公告されたものとみなされる日から三ヵ月以内のみ行うことができる(四条一項)。申立期間の変更に鑑みて、さらに実務の強い要請によつて従来可能であった二ヵ月以内の附帯申立ができないことになった。従来定められていた裁判所の申立の公告も不要になるので、明らかに著しく時間が縮減される。⁽⁴³⁾

さらに、申立期間内に申立理由を述べることを義務づける。これは、現行法の重要な変更と拡大である。申立理由として、①被申立人の名称(四条二項一号)、②申立権限(三条)の主張(二項二号)、③構造措置の態様および一条に基づき裁判所が決定すべき補償に関する事項(二項三号)、④口頭弁論の準備(七条三項)のための書類から明らかになる限りにおいて、補償に対する基礎として算出された被申立人の企業価値に対する具体的な異議(二項四号一文)および⑤所有する持分の数(二項四号三文)が最低限の記載事項として列挙されている。理由を述べる義務の核心は、代償または補償の評価の基礎となった被申立人の企業価値に対し、特に評価に対する具体的な非難をしなければならぬことで、そのことが明確に要件として新たに定められた。⁽⁴⁴⁾ この要件を満たすためには、被申立人が補償給付額の算出に関する書類、特に、取締役報告書および専門家鑑定人の審査報告書において述べるような被申立人の企業価値の決定に向けたものでなければならぬ。⁽⁴⁵⁾ 理由の記載のない申立は、直ちに却下される。⁽⁴⁶⁾ 申立人が、申立の時に主張する理由がこれらの取締役や検査士が作成した書類を利用できないことを疎明して、謄本の付与を同時に請求する場合には、理由の申立期間は、申立によつて相当の期間延長することができる。裁判所は、

評価非難の内容に関する要求にあつては、手続推進義務（九条）の基準に従つて、申立人の情報収集の特別な困難さを配慮しなければならない。この場合には、要求は、あまり強すぎてはならない。⁽⁴⁷⁾ 申立理由を説明する義務の明定は、裁判手続を迅速にする適切な手段でかつ情報のアンバランスという利害状態に適合するものである。⁽⁴⁸⁾

申立人が所有する持分の数は、申立理由書から明らかになる。連邦弁護士報酬規制法（Bundesgebührenordnung für Rechtsanwälte（BRAGO））の改正によつて手続代理人の費用の算定に関する目的物の価値（Gegenstandswert）の決定が容易になる。

（ウ）被申立人

被申立人は明定されている（五条）。従来は列挙した条文（株法三〇四条、三〇五条、三二〇b条、三二七条f）から間接的に理解できたにすぎず、誰が被申立人となるかについて明確性に欠けると従来指摘されていた。適用範囲に関して定める一条に対応して、それぞれ企業契約の相手方（四条一号）、主会社（同条二号）、主要株主（同条三号）および譲受会社または組織変更後の会社（同条四号）と定められた。締め出しの場合には、解釈上の争いがあったが、締め出された株主は、会社でなく、締め出した主要株主だけを相手とすると定めたので法的安定性が高められることになった。⁽⁴⁹⁾ また組織変更の場合には従来の規定を引き継いでいるが、民法上の組合については、組合員（組変法三〇七条二項）だけでなく組合に対してもできる。⁽⁵⁰⁾

これに対して、わが国では、総会決議の日から六〇日以内に価格の協議が当事者間で調わないときは、株主はその期間経過後三〇日以内に裁判所に対して価格の決定を申請する（商二四五条ノ三第三項）。したがって、決議の日か

ら九〇日の期間が徒過すれば買取請求は効力を失う(商二四五条ノ四)。その場合には、請求が不適法として却下される。⁽⁵¹⁾

価格決定の申請は、口頭でもできるが、通常の場合、書面でなされる。記載事項は、法定されており、申立の趣旨および原因たる事実の記載が要求される(非訟九条一項三号)。原因たる事実として、株式買取請求権を取得した事情、協議が調わなかった経緯、当事者双方が主張する価格が記載される。⁽⁵²⁾しかし、申立の具体的理由の記載は要求されていない。具体的理由の記載を要求するには、価格決定に関する十分な情報の提供が必要となろう。

(4) 共同代理人

共同代理人は、手続に参加しない局外株主および持分所有者の法定代理人であり、この制度が有効であることは実証済みである(株法三〇六条四項、組合法三〇八条)として六条において維持されたものである。

共同代理人の選任は裁判所が行う。その選任は、手続の促進のためおよび参加しなかった持分所有者の利益をできるだけ早い時期に確保するためにできるだけ早い時期にしなければならないことを明確にする(一項一文)。⁽⁵³⁾

相当な補償と代償の両方の決定が申立られる場合にも、原則として、一人の共同代理人だけを選任することが新たに明定された(一項三文前段)。このため、手続が実質的に単純化され、費用負担が軽減される。従来の規制は、離脱した持分所有者および会社に残まる持分所有者は、原則として、常に異なる共同代理人によって守られるべき異なる利益を有するという考え方に基礎づけられていた。これに対して、新法においては、結局、すべての申立人が給付を会社から受け取るという目的の同一方向性を出発点としている。⁽⁵⁴⁾しかし、具体的事情に基づいて、すべて

の申立権者の権利を守ることを確保できないことが明らかになるときは、それぞれの申立について一人の共同代理人を選任しなければならない（一項三文後段）。さらに、申立権者の権利を守ることが別の仕方では確保されている場合には、まったく行わないことができる（一項四文）。

共同代理人の選任は電磁式官報で公告する。定款で公告について別の会社公告紙もしくは電子媒体を定めている場合は、申立は、これらによって公告しなければならない（一項五文⁵⁵）。

共同代理人は、被申立人に対して、現金の立替金の補償と自己の活動に対する報酬とを請求できることが明定された。これについては、連邦弁護士報酬規制法の規定（一一八条）が準用される（二項一文）。複数の被申立人は、連帯債務者として責任を負担する。裁判所は、立替金と報酬額を決定する（二項二文⁵⁶）。

共同代理人は、申立の取り下げ後も手続を継続することができる。この場合には、共同代理人は申立人と同視される（三項⁵⁷）。

(5) 口頭弁論の準備

裁判手続における口頭弁論の準備と実施は、新法の中核の一つである⁵⁸。これに関する決定的な規定は七条であり、参事官草案（八条）の意見照会に対して寄せられた意見に基づいて改善している。理由書よれば、包括的な規定は、従来の手続の経過に相応しており、手続の構造をより精確にする。申立書は、民事訴訟法の規定に従い、被申立人だけでなく共同代理人に対しても遅滞なく送達される。答弁期間と再々抗弁期間は、統一的に最低二週間で、長くて三ヵ月以内である。秘密保持規定は不利益な結果から保護する。さらに、裁判所による専門の検査士

(sachverständigen Prüfer) の選任が義務づけられた。実務における鑑定人 (Sachverständigen) が果たす役割の評価が高まり、個別問題に対する専門的判断が重視されることになる。⁽⁵⁹⁾

七条は、裁判手続がどのように進行するか決定するもので、手続を早める⁽⁶⁰⁾。準備手続は、七条によればつぎのような内容に組み立てられている。まず、裁判所は、被申立人と共同代理人に遅滞なく申立人の申立書を送達する(二項)。共同代理人は、裁判所が設けた一ヵ月から三ヵ月の期間内に書面によって答弁する義務を負う。返答書によつて、特に、補償額、追加払額または金銭代償額もしくはその他の代償額に関する意見を提出しなければならない(二項)。これは、理由書によれば、民事訴訟法の口頭弁論のための早期一回期日に関する規定(二七五条)、書面による事前手続に関する規定(二七六条)および答弁・再抗弁に関する規定(二七七条)に倣ったものである。当事者手続(Parteiverfahren)の諸要素を導入したために、裁判所の職権探知義務がかなり制限されている。裁判所は、期限を設定する場合に、問題の範囲と困難さをかなり考慮しなければならない。最低二週間および三ヵ月という期間の上限は、通常の場合には十分である。しかし、特に例外的な場合には、期間の延長が認められる。手続の促進という優先的な目的を考慮して、ここではもちろん厳格な基準が目指されなければならない。⁽⁶¹⁾被申立人は、申立書の送達後に、株式法および組織変更法上作成しなければならない企業契約に関する報告書、編入報告書、主要株主に対する株式の譲渡に関する報告書または組織変更報告書および専門の検査士により検査された場合には、当該検査報告書も裁判所に提出しなければならない。申立人または共同代理人は、これらの書類の複写を遅滞なくかつ無料で提供するように請求することができる(三項)。理由書によれば、これらの書類は、裁判手続のためによ

り高い証明価値をもち、裁判所が決定を下す基礎として役立つ。今後は、鑑定人に対する補充的な鑑定委託は残っている争点を解明することに絞ることが見込まれるので、手続の迅速化に役立つ⁽⁶²⁾。

意見書は、申立人と共同代理人に送付しなければならない。申立人と共同代理人は、一ヵ月から三ヵ月を超えない裁判所が定めた期間内に答弁書および他の書類に対する異議を書面で申立なければならない⁽⁶³⁾（四項）。他の当事者は、裁判所が定めた一定の期間内に被申立人の陳述に応答しなければならない意見書を自由に利用でき、手続の促進を図ることができる。共同代理人の書面は、申立人の異議だけでなくすべての異議を申し立てることができるので、この異議を手続の目的とすることが期待できる⁽⁶³⁾。

さらに、裁判所は、準備措置として、当事者に提出した申立書の補充または説明ならびに記録を提示させることができる。とくに、説明については期限を設けることができる。当事者は、手続の各段階において、適時にかつ完全に説明するように努めなければならない⁽⁶⁴⁾（五項）。

裁判所は、最初の期日前にすでに先決問題を解明するために、とくに、その後の証拠調べの種類と範囲について鑑定人（Sachverständige）による証拠調べを口頭弁論の準備のために命じるか、またはそれに関する専門の検査士の意見書の提出を求めることができる⁽⁶⁵⁾（六項）。これらの一連の規定（五項、六項および七項）は、実質的に、期日の準備に関する民事訴訟法の規定（二七三条）および証拠決定に関する規定（三五八 a 条）にならっている。裁判所は口頭弁論の前にすでに鑑定人に委託できる⁽⁶⁵⁾。口頭弁論後の証拠調べを場合によって早めに、また事後に引続いて行われる鑑定書の作成時間をできるだけ短縮するために、先決問題を専門的に見直しさせるのである。裁判所は、

専門的な問題について解答させるために、もちろん鑑定人を口頭弁論にも呼び出すことができる。鑑定人が返答すべき証明問題を十分に具体的に定式化するには時間が非常にかかるという実務におけるこれまでの経験が、この規定の背景となっている。裁判所は、専門的に過大な要求をしていることを自覚しており、用心のために「総括的な」鑑定委託を行っている⁽⁶⁶⁾。鑑定人は、裁判所の決定に代替するものでなく、強力に影響を与えることができるが、それだけである。最終的決定は常に裁判官に留保されていなければならない。しかし、裁判官は、手続の対象 (Verfahrensgegenstand) を出来るだけ早くかつ十分に限定するために、非常に広範囲に鑑定人の特別な専門的知見を利用できる。証拠調べを具体的にかつ明確化できればできるほど、それだけ作成される鑑定書は迅速かつ正確に決定的な点を取り扱うことができる⁽⁶⁷⁾。鑑定証拠に関する民事訴訟法の諸規定 (四〇二条以下) が適用される。

裁判所が選任した鑑定人の任務の遂行または裁判所の決定に重要な被申立人の書類は、申立人または裁判所の請求があるときは、遅滞なく提出しなければならない⁽⁶⁸⁾。重要な書類とは、たとえば、被申立人が依頼した評価鑑定意見書および委託を受けた経済検査士が準備した証明書である。被申立人が要求するときは、重要な理由に基づく秘密保持、特に工場の機密、事業所の秘密、営業の機密を保持するために秘密遵守が必要である場合には、書類に対し意見を述べることができる申立人の利益と比較衡量して、そのような書類の利用を申立人に禁ずることができる⁽⁶⁹⁾。秘密保持の重要性から新たに設けられた規定である⁽⁷⁰⁾。そのような書類が被申立人の保護された秘密とみなしうる事実を含む限りにおいて、書類は鑑定人と裁判所だけが利用できる。裁判所は、決定に役立つ書類であっても、この事実を決定において触れることによって公にすることはできない⁽⁷¹⁾。被申立人が委託した評価鑑定書、

経済検査士が準備した書類などの重要な書類を裁判所と裁判所が選任した鑑定人に提示する義務は、手続の進行にとって重要である。⁽⁷²⁾ 被申立人の書類の提出義務は強制金の支払い義務という制裁によって確保される（八項）⁽⁷³⁾。

わが国では、裁判所は、価格決定の裁判をする前に取締役（委員会等設置会社の場合には執行役）および申請をした株主の陳述を聴くことが要求されている（非訟一三二条ノ六第二項）。これは、手続の主体である当事者に対して、事件について意見を述べる機会を与えるべきことを定めたもので、証拠方法としての審問を意味しないと解されている。裁判の資料として聴くだけであって、その陳述に拘束されるものではない。⁽⁷⁴⁾ しかし、裁判所は、陳述を証拠方法として利用することは自由である。⁽⁷⁵⁾ 迅速に手続を進めるために、裁判所が裁判の前に大いに利用することが望まれている。

(6) 口頭弁論（八条）

口頭弁論（*mündliche Verhandlung*）に関する八条以下の規定は、裁判手続の新たな構想の本質的な核心的要素を定めるものである。その構想よれば、口頭弁論を原則とし、可能な限りただ一度の期日で解決されるべきことになる。口頭弁論の実施は義務で、裁判外で活動した専門の検査士は、裁判手続において鑑定人に選任され、専門の証人として尋問できる。⁽⁷⁶⁾ そのため、裁判所の「必要な補助者」の役割をし、手続の進行において種々の利点がある。⁽⁷⁷⁾

裁判所は、書面による返答を求めることができる。口頭弁論のための準備として、申立書が被申立人に送付されるので、被申立人は、裁判所が決定した期間内に答弁する義務を負う。申立人と共同代理人は、被申立人の意見書に対して意見を述べなければならない。申立人は、遅くともこの段階において、被申立人が提供した給付額の相当性

についていかなる点において、かついかなる理由に基づいて問題とするか具体的に述べる義務を負う。したがって、その後は単に相当でないという主張、あるいは詳細な理由を述べていない主張は不十分となる。⁽⁷⁸⁾

規制の改正の非常に重要な関心事は、鑑定評価人 (sachverständigen Prüfer) の知見 (Sachkunden) を裁判手続において強力に役立てることにある。口頭弁論においては、鑑定人は、通常、専門の証人 (Zeugen) として審尋される。被申立人は、作成された検査報告書を利用でき、裁判所は、補充的な解説と説明を求めることができる。裁判所がさらなる専門家の関与を必要とみなす場合には、口頭弁論の前に先決問題の解説と同時に委託する。

つぎに、八条において定める具体的な手続の進行を少し詳細に個別的に検討する。まず、裁判所は、口頭弁論に基づいて裁判する義務を負う。口頭弁論はできるだけ早く行わなければならない（一項）。裁判手続では口頭弁論が原則となる。従来は、口頭弁論の実施は非訟事件手続法によって完全に裁判所の自由に委ねており、行われないこともしばしばであったといわれる。⁽⁷⁹⁾しかし、原則をこのように定めたのは、良く準備された口頭による期日は基本的問題の解明には書類だけの交換よりもはるかに効率的で実質的問題を明らかにするのに役立つことができるという認識に基づいている。したがって、この規制も手続の促進に貢献する。⁽⁸⁰⁾

裁判所は、一定の場合（七条三項二文）に、事実関係の解明のために専門家を聴取する必要があると考えるときは、すでに関与した専門の検査士 (sachverständigen Prüfer) の出頭を命じる。申立人の申立、被申立人の答弁ならびに当事者のさらなる書面による陳述 (Vorbringen) は、呼出状とともに委託した鑑定評価人に通知しなければならない。裁判所は、個々の問題について鑑定評価人の口頭または書面による解答を命じることができる（二項）。

書類を裁判所に提出する検査士が口頭弁論の早い段階で出頭することが原則となる（二項）。しかし、裁判所が口頭弁論からさらなる解明が期待できないという結論に到達する場合には例外となる。場合によっては、一定の問題の鑑定意見についてさらなる補充的な鑑定人を容易に委託し、かつ速やかに委託できる。その場合、専門の検査士に、まず最初に書面で、その後に初めて口頭で尋問することが合理的であることがある。別の鑑定人が裁判所によって選任され、すでに期日に呼び出された場合には、当該鑑定人は前の検査士に質問することができる。しかし、裁判所は早く関与した専門の検査士を鑑定人に選任することも原則的に可能である。検査士は事実関係をすでに知っておりかつすでに評価の問題に詳細に取り組んでいるからである。他方で、裁判手続は、正当と判断された企業評価の結果について鑑定評価人が検査する役割も果たしている。しかし、この場合には、自己の評価を自ら訂正するのであるから、殆どの場合に一定の「阻害閾（Hemmschwelle）」がある。裁判所は、選任の決定の際に、このことを慎重に考量しなければならない。⁽⁸¹⁾

裁判手続における口頭弁論の実施について重要な民事訴訟法の規定の適用が指示される。⁽⁸²⁾これによって職権探知主義が提出主義に取って替わられる。事実に関する陳述義務を定める民事訴訟法の規定（二三八条三項）は特別な意味をもつ。当事者は状況に関して完全かつ真実に陳述する義務を負う。⁽⁸³⁾

わが国においては、価格決定が非訟事件とすることが妥当であり、この事件が非訟事件手続法に従って裁判されることは判例・通説が認めるところである。価格決定の裁判の性質が、決議の日における価格を裁判によって遡って形成するもので、価格決定は、当事者間に成立した売買契約の代金額を決定する意味において双方のために必要

な裁判であり、この裁判は当事者の協議による合意に代わるものであるから、実質的には、強制調停、強制的仲裁制度に類似する制度であると解している。⁽⁸⁴⁾ 既述したように、民事訴訟事件においては、必要的口頭弁論、弁論主義、一般公開主義の原則が妥当するのに対して、非訟事件手続の場合には、非公開主義、非口頭主義、職権探知主義に服する。しかし、本質が非訟事件であっても、二当事者が対立し当事者関係が形成される場合、訴訟事件として民事訴訟法の手続によることは憲法上も問題もなく、立法技術上可能でありかつ容易であるとされる。⁽⁸⁵⁾

裁判所は株式の公正な価格を決定しなければならない。しかし、問題は、会社側が公正な株式価格を定めることができる多くの資料を圧倒的に有していることである。この場合、専門家の鑑定が大きな役割を果たす。非訟事件の場合には、裁判所が職権によって（非訟一一条）証拠調べをすることができるので、独自の判断で鑑定を命じることができ⁽⁸⁶⁾る。鑑定申請がない場合には問題となるとして、会社がその費用を負担する方向で立法的に解決することが望ましいとされる。⁽⁸⁷⁾ しかし、訴訟手続によると、手続の遅延と費用の増大をもたらす原因となり、一般公開に拠ることが真実発見を困難にするとの正当な指摘がある。⁽⁸⁸⁾ 指摘されているこれら問題の解決を目指したのが新裁判手続法における口頭弁論を原則とした趣旨であり、公開主義から生ずる問題について秘密厳守規定を定めている。

(7) 手続の推進義務および手続推進義務違反（九条、一〇条）

手続を持続的に引き締めるという改正の主たる目的は、すべての当事者に対する手続を迅速化するために新たに設けられた手続推進義務および手続推進義務違反（九条、一〇条）の規定における原則に現れている。これらの規定も新法の中核である。

手続推進義務は、内容上は広範に攻撃防御方法の提出の時期に関する民事訴訟法の規定（二八二条）にならつて、一般的義務として定められている。したがって、裁判所だけが遅滞なく円滑に期日を決めて審理するだけでなく、当事者もできるだけ早く手続が終了できるようにする義務を負う。

そのために、民事訴訟法の規定にない、推進義務に違反した場合には、裁判所が制裁を課することができる。これによって手続推進義務の遵守が担保される。これは、非訟事件手続法上の原則にならっていた従来の裁判手続と異なる新たな規制である。⁽⁸⁹⁾

手続推進義務に関する九条の規定は、一般的推進義務（一項）、口頭弁論の書面を適時に準備する義務（二項）、および許される責問を適時に陳述する義務（三項）について定める。すなわち、各当事者は、口頭弁論および書面による準備においては、手続の各段階に従い、慎重かつ手続の促進を考慮した手続の進行に相応するように、早めに自己の申立ならびに自己のさらなる陳述をしなければならない（一項）。他の当事者または口頭弁論に出席している専門の検査士が事前に問い合わせがなければ説明できないという主張の提出は、口頭弁論の前に必要な問い合わせをできるように、準備書面によって早めに通知しなければならない（二項）。口頭弁論における説明には当事者でもない専門の鑑定人も含まれることが注目される。⁽⁹⁰⁾ 被申立人は、裁判所が設けた期間内に、申立の許可に関する責問（*Adgen*）を主張しなければならない（三項）。

手続推進義務に違反した場合に関する規定（二〇条）は、手続推進義務の実効性を確保する。それによれば、法定期間経過後に表明された意見もしくは答弁は、その許可が法的争いの解決を遅延しない場合にまたは当事者が遅

滞を弁明する場合に限って認められる（一項）。適時に行われなかった陳述は、許可が手続の処理を遅らせかつ遅滞について弁明がなされない場合には拒否される（二項）。職権主義について規定する非訟事件手続法の規定（一二条）は、その限りにおいて適用されない（三項）。時期に遅れた責問は、遅滞について十分に弁明する場合にのみ認められる（四項）。

本条について、理由書はつぎのように説明する。当事者が手続推進義務を守るために、時機に遅れた提出の却下に関する民事訴訟法の規定（二九六条）に倣い、裁判所が制裁を課することができる。このことは、従来、完全に非訟事件手続法の原則によって特徴づけられていた裁判手続の構造の革新を意味する。従来は、職権探知主義に基づいて、主張された事実が調査されていないかまたは重要である限り、陳述について調査義務があった。⁽⁹¹⁾しかし、新制度の下では、遅滞が当事者によって弁明されない場合には、裁判所が時機に遅れて陳述された事実の主張を一般的に拒否することができる。職権探知義務に関する非訟事件手続法の規定（一二条）の適用を明文をもって排除し（三項）、職権探知主義を制限しているの、裁判所が決定に重要であると考えても、そのような状況を顧慮する必要がない。裁判所は、当事者が客観的理由に基づいて陳述できなかった事実の調査をしないということとはできない。⁽⁹²⁾

一項の場合にも二項の場合にも、簡単な弁明でも時機に遅れた提出として拒否される。このことは、既述した時機に遅れた陳述の拒絶に関する民事訴訟法の規定（二九六条一項）における規制に相応する。新法一〇条二項は、単なる過失があれば拒否できるのに対して、民事訴訟法二九六条二項では重大な過失が必要である。したがって、

適時に行われなかった陳述は、手続を遅延させ、弁明もない場合には拒否される。手続を迅速に処理するためには、手続が著しく遅延していた従来の経験から、当事者の行態には、民事訴訟の場合と異なり、より高度の要件を設けることが必要と考えられたのである。そのような規定は、怠慢な訴訟当事者に対する決定的な結果に対する厳格な例外的性格をもつ。いずれにしても当該当事者が問題について重要な点を述べる十分な機会を有していたのに無駄に時間が徒過してしまった場合に、例外が認められる。当事者が自己の訴訟推進義務に違反し、この違反が、手続の遅滞の原因となっていなければならない。つまり、手続推進義務違反と手続の遅延との間には因果関係が存在しなければならない。⁽⁹³⁾ 裁判所は、これについて自己の裁量に基づいて判断しなければならない⁽⁹⁴⁾（二項）。

裁判所が時機に遅れたとして拒絶できる陳述および職権によって調査しなければならない事実に関する詳細な定義は、すでにこれまで妥当している法律上の規制に基づいてかなり手懸かりを提供する判例に基づいている。⁽⁹⁵⁾ 法律の規定から正確な限界を引き出すことができないので、裁判所が具体的な個別事例において行うことができるにすぎないからである。

当事者による書類の適時提出も手続推進義務の一部である。これが行われなるときは、裁判所は、民法上の証明妨害に関する原則を適用できる。決定において重要な事実を確定できない場合は、瑕疵のある申立に相応する評価を決定の基礎にすることができる。⁽⁹⁶⁾

それでは新法による手続の促進化とは当事者にとってどのような手続となるのか。最後に、申立人の側に立つて、一連の義務と関連する手続について簡単に整理するとつぎのようになる。申立人は、申立の理由を述べ、提供

された補償額が相当でないことを具体的に立証しなければならない(四条二項)。そのために、補償の基礎となった企業価値に関する書類が被申立人から申立人に送付される。送付されない場合には、裁判所に対して書類を請求することができる(七条三項)。申立人は、一定の期間内に意見を表明しなければならない。裁判所が決定する最大限三カ月の期間は除斥期間であり(二〇条)、期間を守らなければ、裁判所は申立を拒絶する。これらの一連の手続によって従来の長引いた裁判手続が短縮されるのである。

(8) 裁判所の決定および和解(一一條)

裁判所の決定については、株式会社法(三〇六条二項、九九条三項一文)および組織変更法(三〇七条五項一文)の規定を継承している。しかし、当事者の合意があれば訴訟上の和解によって裁判手続を終了できることを明文規定によって認め、和解(gütlich Einigung)を考慮することが裁判所の義務であるとしている。支配的見解は、裁判手続においては裁判上の和解はできず、申立を取り下げて、手続を一致して処理したものと宣言する必要がある、と主張していたが(裁判外の和解)⁽⁹⁷⁾、最近改正された和解による争いの解決に関する民事訴訟法の規定(二七八条一項)に相応して立法的解決を図った。⁽⁹⁸⁾

一一條はつぎのような内容を定める。裁判所は、理由を付した決定(Beschluss)によって裁判する(entscheiden)(一項)。裁判所は、手続の各段階で和解を考慮しなければならない。すべての当事者の合意が成立する場合には、これについて記録する。民事事件における和解に関する記録に適用される諸規定(民訴一六〇条以下の規定)を準用する(二項)。決定(Entscheidung)または和解に関する記録は当事者に送達する(三項)。裁判上の

和解は、当事者が裁判所に対する書面によって裁判所の和解提案を受諾することによってもすることができ(四項)。

和解による新たな解決を定める規制について、理由書は、つぎのように説明する。これは、原則的に常に望ましいものでかつ最も早く、そしてもっとも効率的に法的な平和を回復することができる。したがって、申立人、被申立人および共同の代理人が同意する場合には、将来は、手続の「本当の (echte) 終了」も和解によって可能となる。規制は、増加額の清算に関する非訟事件手続法の規定(五三a条)に倣っている。和解提案の受諾は、和解

に関する民事訴訟法の規定(二七八条六項⁽¹⁰⁾)に相応する。和解が成立すれば決定 (Beschluss) によって確定する。和解は、調書で表示され、強制執行に関する一般原則(民訴七九四条一項一号)によって強制執行することができる。⁽¹¹⁾

(9) 即時抗告(一二条)

法政策的には、手続の促進を優先して、法的保護の可能性を制限することが正当化されよう。そのため、「コーポレート・ガバナンス」政府委員会は、法的救済手段を純粹の法律抗告として形成すべきことを推奨した⁽¹²⁾、しかし、これに対しては、意見照会に対して寄せられた意見や政府草案に関する聴聞会において原則的な異議が主張され、手続の促進効果があるかどうか疑問とされた⁽¹³⁾。そのため、そのような制限を設けず、従来の規定を変更せずに、即時抗告に関する一二条の規定は、つぎのように定めている。裁判所の決定に対して即時抗告が認められる。抗告の方法については、弁護士が署名した抗告状の提出によってのみ申立てる(一項)。抗告については、高等裁

判所が裁判し、再抗告は認められない(二項)。

抗告手続に関する特別な規定は定められていないので、従来と同様に、即時抗告に関する非訟事件手続法の規定(二二条以下)が適用される。⁽¹⁰⁾ 抗告状は、送達後二週間内に提出しなければならない(民訴五六九条一文・二文)。この二週間の期間は除斥期間である。

わが国においては、価格決定の裁判については、申請人が即時抗告をすることができる(非訟一三二条ノ六第三項・二二九ノ四)。さらに、申立人でない会社も即時抗告をすることができると解されている。⁽¹¹⁾

(10) 決定の効力と決定の通知(二三条)

決定の効力に関する二三条によれば、最初に定められた代償額と引き換えにすでに会社を離脱した旧持分所有者も裁判所が引き上げた代償額に合わせることを請求できる。これは、株式法(三〇六条二項、九九条五項)および組織変更法の規定(三二一条)を継受し、支配説の見解に従ったものである。⁽¹²⁾ 一三条は、つぎのように規定する。決定は、既判力をもって初めて有効になる。決定は、最初に提供された金銭代償またはその他の代償と引き換えに当該の権利の担い手からすでに退社している持分所有者を含むすべての者のためにおよびすべての者に対して効力を有する(inter omnes)。

つぎに、裁判所の既判力のある決定は、従前と同様な規制(株法三〇六条六項および組変法三二〇条)に従って一定の者によって公示(Bekanntmachung)される。和解の場合と異なり、決定には強制執行権限がない。公示について、一四条は、共同代理人の公示と同様な方法(六条一項四文と五文)によって、各場合に公示義務を負う者をつ

ぎのように明定する。それによれば、局外株主が申立権を有した会社の取締役（二号）、主会社の取締役（二号）、会社の主要株主（三号）、すべての譲り受ける権利の担い手または新たな権利の担い手もしくは新しい法形式の権利の担い手の法定代理人（四号）が公示しなければならぬ。少数株主を締め出す場合には、公示は当該の会社の取締役によってではなく、主要株主によってなされる。持分譲渡は、主要株主の経営と利益のために行われたからである。公示は、将来は電磁式連邦官報において行われることになる⁽¹⁰⁷⁾。

(11) 費用（二五条）

費用の規制は、申立人および共同代理人の立証責任と同様に、改正の重点である。費用に関しては、従来の規制を受け継ぐ内容のものもあるが、審議の過程において大幅に修正されている⁽¹⁰⁸⁾。裁判費用については、費用法（Kostenordnung）の規定が適用され（二項一文）、費用の計算は、同法の規定（一八条一項）にもとづく業務費用が基準となる。業務費用は、原則として、裁判所の決定によって要求される全額によって定められる（二項二文⁽¹⁰⁹⁾）。以下では、それぞれの費用に分けて新規定を少し詳細に検討する。

（ア）裁判所費用

裁判所費用は、今後も、原則として、被申立人が負担する（一項・二項）。さもないければ、費用の危険のために裁判手続が申立権者によって利用されなくなる恐れがあるからである。権利濫用事例の場合には衡平に基づき例外とされる⁽¹¹⁰⁾。費用法（Kostenordnung）が適用される。従来と異なり（株法三〇六条七項、組変法三一二条一項）、第一審（ersten Rechtszug）手続では、手数料全額が徴収される。本案において裁判上の決定がなされる場合には、全

手数料の四倍となる(一項六文)。引き上げによって州の経済的負担が軽減される。

業務価額は費用の基準となる。業務費用は、裁判所が職権で、最低二〇万ユーロで、七五〇万ユーロを越えない額の範囲で定める(二項二文、三文)⁽¹¹⁾。

価格の決定は申立期間の終了の時である(二項三文)。従来は裁判所の決定の時が基準とされてきた。この新しい規制によって、裁判所は申立の時に株式数を確定すればよいことになった。

裁判所費用の債務者は、従来と同様(株法三〇六条七項、組織三二条四項)、被申立人である(二項)。しかし、衡平の原則によって、申立人にも費用の全額もしくは一部が課せられる。この場合、被申立人と申立人は連帯債務者として支払義務を負う。⁽¹²⁾

(イ) 鑑定人の費用

被申立人は、立替金の補填に十分な前払金の支払義務を負う(三項一文)。裁判所が委託する鑑定書(gerichtliche Sachverständigengutachten)の費用が高額なので誰がそれを負担するか問題が生ずる。費用法によれば、鑑定人の委託は前払金の支払がなされたかどうかによる。しかし、この費用法の規定は適用されない(三項二文)。被申立人が支払わないことによって手続を停止させることを防ぐためである。⁽¹³⁾

(ウ) 共同代理人の費用

共同代理人の立替払いと報酬については、従来は法律規定を欠いていたために統一的な裁判所の取扱がなされてこなかった。そこで、共同代理人の費用も、被申立人が負担するという明文規定を設けた(六条二項)。申立人が

他の申立権限者の利益を確保するために費用を負担する理由は存在しないからである。⁽¹⁶⁾ 手続に参加していない持分所有者の利益を守る共同代理人は、ほとんどの場合に弁護士がなるので、連邦弁護士報酬規制法の規定（二一八条）の準用が重要になった。裁判所費用について基準となる業務費用の制限は、共同代理人の報酬の額に対しても間接的に効果がある。⁽¹⁷⁾

（エ）裁判外の費用

裁判外の費用に関しては、弁護士料に関する業務費用の決定は、判例にならない、⁽¹⁸⁾ 裁判所費用に関する業務費用と異なる決定をしなければならない（連邦弁護士報酬規制法八条一 a 項）。複数の申立人がいる場合には、業務費用は、所有する持分の割合に応じて配分される。頭数による配分は、申立人の異なる経済的利益を考慮しないからである。申立人が持分数を通知しない場合には、一持分を有するにすぎないものとして五〇〇〇ユーロとされる。⁽¹⁹⁾ 一人の申立人を代理する弁護士料に対する対象価額（Gegenstandwert）は、裁判所費用に適用される業務費用の一部に相应し、被申立人の持分数の全申立人の持分総数の割合から明らかになる。弁護士が複数の申立人に依頼される場合には、個々の申立人に割り当てられる価額を合計する。⁽²⁰⁾

（オ）費用の支払い

費用の支払いに関する新規定は、申立人の費用を被申立人が原則として負担するとしていた従来の規制（株法三〇六条七項、組合法三二二条四項）を改めて、これを例外とする。新法では、申立人が、原則として、自己の費用を負担し、裁判所が、手続の結果を考慮して衡平に沿う場合に、全部または一部を被申立人が弁済するように命じる

(二五条四項)。申立人の費用負担の危険の増加は、拙速な申立もしくはふざけた申立を思いとどまらせる効果をもつ。⁽¹¹⁹⁾

裁判所による費用支払命令は、衡平に基づいて行われる。これに関する基準は、簡単には見い出せない。理由書によれば、つぎのような指針が挙げられている。被申立人の給付額が増加しない場合には、申立人が自己の費用を負担しなければならない。それに対して、この給付額が裁判所の決定によつて著しく引き上げられる場合には、被申立人が申立人の費用を全額支払わなければならない。その中間領域、つまり極く僅かな増額の場合には、費用の分割を考慮することができる。しかしながら、このことは、個別事例によるのであり、申立人が評価の詳細に関する包括的な情報を有していないという状況を考慮しなければならない。したがって、裁判所は、その限りにおいて、個別状況が多様であるので、その決定においてあまりにも制限されるべきでない。⁽¹²⁰⁾

わが国では、申立人が、原則として、裁判前の手続および裁判の告知の費用を負担する(非訟二六条)。このことが、株主が裁判の申立を利用しない原因となるとして、既述のように会社が原則的に負担すべきであり、金額の合意および価格決定に対して不誠実な株主に例外的に費用を負担させるとする立法論が主張されている。⁽¹²¹⁾これに対して、現行法の解釈論として、既述した価格決定の裁判の特質から非訟事件手続法の総則規定(費用の負担に関する二六条、関係人の費用負担を定める二八条)の適用は否定されるとして、裁判所が衡平の原則に従い具体的な事件毎に手続費用の負担者を決定するとの見解がある。⁽¹²²⁾しかし、それでは裁判所の裁量の範囲があまりにも広すぎないか懸念される。そこで、裁判所の裁量は公平の原則に支配され、考慮すべき具体的な事情として、協議が調わな

った原因、会社は真面目に価格算定の資料を提出していたか、株主がふっかけているのか、また当事者の主張価格と決定価格との相違の程度、上場会社か非上場会社などの考慮事項が、アメリカ法を参考に列挙される。⁽¹²⁾

(12) 給付訴訟に関する専属管轄（一六条）

裁判手続は決定によって終了するが、この決定は形成的性質を有する。したがって、被申立人が決定された額を任意に給付しない場合には、申立人は、被申立人に対して強制執行をすることができない。そのため、権限のある民事裁判所における給付訴訟の提起がどうしても必要であるとされる。⁽¹³⁾しかし、民事裁判所は、多くの場合、裁判手続の裁判所と一致しない。直接に裁判手続において給付訴訟の可能性を導入することは体系の破壊につながるの⁽¹⁴⁾で考慮することができない。付随手続もまたは事後手続も実務の観点から適切でない。⁽¹⁵⁾

そこで、一六条は、給付訴訟の場合の管轄について、一審手続の裁判所および二条によって手続に関与した同じ審査機関（Sachkörper）は、裁判手続において決定された補償、追加支払または代償の給付の訴えについて専属的管轄権を有する、と規定する。本規定は、参事官草案では規定されておらず、実務からの提案が採用されたものである。このように、裁判手続に関連して給付の訴えのための特別な管轄規定が設けられたので、決定（Sachentscheidung）によらずに和解によって終了した場合でも、一審手続においては、同一の裁判所と同一の機関が先行する裁判手続において獲得した専門知識を別の訴訟手続において利用できることになる。⁽¹⁶⁾

(13) 非訟事件手続法の規定の適用（一七条）

裁判手続は、当事者訴訟の諸要素を明文の規定をもって導入している。しかし、一般規定においては、新法で何

ら別段の規定がない限りにおいて、非訟事件手続法の規定を手続に適用する、旨規定されている（一七条一項）。したがって、従来と同様に（株法三〇六条二項、九九条一項および組織三〇七条一項）、原則として、非訟事件手続法的な手続が維持されている。

4 小活—残された問題と制定法の評価

1 新法に対する若干の評価

新法は、種々の法律に散逸していた諸規定をまとめて単独の裁判手続法を制定した。これにより手続法がわかりやすくなりかつ利用しやすくなったことには異論がない。それでは、これまで時間がかかった裁判手続を新たに手続構造を改善することによって大幅な短縮を試み、それと共に少数株主の法的保護の充実を図ることに成功したのであろうか。新たな構造上の変更としては、とくに手続期間を縮減し、職権主義を制限し（手続推進義務、代償額の相当性に対する責問に根拠のある理由を要求すること、裁判所が選任する専門の検査士の地位を専門家の証言として扱うこと）によって強化すること、さらに、費用に関する規定を改め、また費用の分配を定めたことがあげられよう。しかし、新法によって審査に関する会社法上の裁判手続上の問題がすべて立法的に解決されたのではなく、その目的に沿って運用する裁判所の判例の積み重ねがさらに必要であることを前節ですでに指摘した。それでは新法に携わる実務側からはどのように評価され、どのような期待が抱かれているのであろうか。手続法の真価は色々の角度から利用する経験の積み重ねによって検証される。その意味で、制定後間もないときに全体的な評価を下すことは難

しいが、最後に、以下でこの点について若干の文献における指摘に触れることにする。

まず、新法が裁判手続に対して積極的な影響、特に長くかかる手続をかなり迅速に処理するのに役立つことは確かであるという評価がある⁽¹⁷⁾。手続の簡素化と短縮化は、法律だけで実現することができない。しかし、裁判所や手続の参加者は、そのような法律が存在するだけで円滑な手続に対する励みとなる。とくに、手続推進義務の懈怠に対する制裁の可能性および従来の争点の立法的解決は歓迎されている⁽¹⁸⁾。

さらに、先述した裁判所による契約や合併の際の検査士に関する裁判上の選任の問題についてつぎのように指摘される。手続上は、選任されてもその地位に留まっており、証拠方法 (Beweismittel) でもなく協力も義務づけられない。しかし、裁判上の鑑定人を不要とすることにはならない。検査報告書は、それが裁判所と当事者に対して納得できる理由を付しておれば、手続を緩和するのに役立つ⁽¹⁹⁾。うまくゆけば、裁判上の鑑定人の役割は専門の検査士の報告書の監査に重点を移すことができるものと期待される⁽²⁰⁾。しかし、この期待に応えるには、裁判手続で客観的に証言する事実上独立した検査士を選任する必要がある。さらに、異議に対する具体的で実質的な理由づけの強制という大枠な規制を厳格に適用すれば、裁判所は実際に根拠のある裁判手続に対して十分に時間をかけることができ、手続の促進に役立つことになる⁽²¹⁾。新たに規定された裁判所費用が申立人にとって阻止閾となるかどうかは疑問である。手続からの逃避を抑止するには、裁判所が原則を例外にして、労働裁判のように裁判所費用も企業に課すことが望ましいとされる⁽²²⁾。

確かに、手続の質的水準は法律によってだけ確保されるものでなく、その運用に携わる資質を備えた裁判官の役

割も重要であり、その制度的な養成が必要となる。

2 残された問題——裁判手続における専門の検査士の役割

迅速な裁判手続は、職権探知主義の制限、共同代理人、すべての当事者の手続推進義務などの規定によって実現されることになる。⁽¹³⁾ とくに、この点について専門の鑑定人が裁判手続において果たす役割が重視されていることが注目される。しかし、鑑定人は期待された手続の迅速化に貢献できるのであろうか。この点に焦点を当ててもう一度制度の仕組みと問題について検討することにする。

(ア) 裁判所による鑑定人の選定と選任

裁判所が少数株主に対する代償額または補償額の相当性を検査し決定するとき、裁判所が専門の検査士の検査結果に依存する度合いは極めて高い。すでに触れたように、対象とすべき問題が明確でないために企業価値に関する鑑定人の鑑定は企業のある部分をとらえているものに過ぎないことが往々であった。裁判所はそのような鑑定のためにかかる時間と費やす費用に悩んできた。もしこの裁判手続に会社もしくは主要株主が株主総会に提出した専門の検査士 (sachverständiger Prüfer) の検査報告書を利用できることになれば、裁判所の苦悩の一部は解消される。かかる観点から、既述の「コーポレート・ガバナンス」政府委員会は、裁判手続をする裁判所が鑑定評価人 (sachverständiger Prüfer) の選定と選任をする制度の導入と鑑定評価人の役割を変更することを勧告した。⁽¹⁴⁾ つまり、評価鑑定人は、いかなる点で検査が必要であるか具体的な理由を説明するのである。さらに、鑑定評価人が会社に

対して報酬を請求できること、裁判所が鑑定評価人の費用と報酬額を決定することを勧告している。この勧告は、連邦議会の財務委員会の要請によって、少数株主の締め出し制度を導入した株式法改正において採用された（三二七c条一項二文）。しかし、新法には採用されなかった⁽¹³⁵⁾ので、株式法や組織変更法の規定において不統一なものになっている⁽¹³⁶⁾。そこで、裁判所による鑑定人の選定および選任権限を新法二条において規定し、事後の申立に対しても権限を有することを明定すべきである、とする立法論が主張されている⁽¹³⁷⁾。

従来の裁判所の経験によれば、契約の検査士の検査結果は、裁判所が後で手にする鑑定書のそれよりも通常会社側に有利になっている。裁判所が企業の利益に合わせていない検査結果をえるには、鑑定評価人の選定の段階が重要となる。少数株主の締め出し制度の導入後に形成されてきた実務によれば、まず鑑定人の選任を申請した企業が選定し、裁判所がそれをそのまま選任している。したがって、規制が成功するには、事後にたやすく論駁されることのない証言能力のある検査報告書を提出する資質を有する中立的な経済検査士（Wirtschaftsprüfer）を企業が選定することが可能であるということにかかっている⁽¹³⁸⁾。

取締役は代償額または補償額の相当性を報告書において説明し、理由づけなければならない（株法二九三b条一項、三二七c条二項、組変法八条一項、一二七条）。この場合に必要な企業の評価は、通常の場合に決算検査士（Abschlussprüfer）が行っている。締め出し制度の導入後に、実務においては、決算検査士と鑑定評価人が同時に活動し、評価の問題について協議するという形になってきた。だから、鑑定評価人は、取締役報告書の検査をするために初めて活動を始めるのではないのである。このことは鑑定人制度に対する信頼問題に直結している⁽¹³⁹⁾。

(イ) 裁判手続における専門の検査士の法的地位と判例による側面補助の必要性

裁判所は、専門の検査士 (sachverständiger Prüfer) の出頭を命じ (八条二項一文)、申立理由およびその答弁から明確になった問題について書面による返答を命じることによって (八条二項三文)、専門の検査士を裁判手続に取り込むことができる。裁判上の鑑定人の鑑定書 (gerichtliche Sachverständigengutachten) は、専門の検査士の報告書によつてあまり説明を要しない点に縮減することが可能となる。しかし、だからといって、多数の手続において裁判上の鑑定書 (gerichtliche Gutachten) が不要になるわけではない。裁判所は検査士を審尋できるが、裁判所は、証拠資料として利用できる場合に限り、検査士の鑑定書と審尋の結果を決定の基礎にできるにすぎない。裁判所が鑑定評価人を選任しても、独立的証拠調べ手続に関する民事訴訟法の規定 (四八五条) による手続と比較できるような裁判上の証拠調べではない。検査報告書は、もともと会社または主要株主のために作成されるのであり、裁判所のためではない。検査士は、持分所有者に対して責任を負っており (株法二九三d条二項、組変法二一条二項一文)、彼らから報酬をえて、企業に対し説明義務を負っているのである (株法二九三d条二項、組変法二一条二項⁽¹⁸⁾)。

裁判所は、専門の検査士を裁判上の鑑定人を選任して、鑑定人の証明の仕方で尋問の結果を決定の基礎にできる。しかし、この方法は、裁判手続は検査士が証明した企業評価の結果を検査するものであるため、鑑定人として選任された検査士は自分が作成した鑑定結果を鑑定する⁽¹⁹⁾という不都合な結果を導くことになる⁽¹⁹⁾。事実関係の解明に鑑定証人 (sachverständige Zeugen) としての審尋が必要であると思われる場合には、裁判所は、専門の検査士の出頭を命じることができる (八条二項)。したがって、これによれば、検査士を鑑定証人として尋問することが可

能であると考えられる。しかし、この場合、鑑定証人は特別な知見 (Sachkunde) に基づく過去もしくは事態の認知について証言する (民訴法四一四条) のでないため、企業評価に関する一部について証明できるにすぎない、という批判がある。つまり、企業評価に関する鑑定的大部分は、鑑定人の認知ではなく、企業データを判断する専門知識によっているものであるからである。そうであれば、鑑定証人としての尋問は、重要な点について問題とならないことになる⁽¹⁸⁾。

さらに、専門の検査士 (sachverständiger Prüfer) が鑑定証人 (sachverständiger Zeuge) でも裁判上の鑑定人 (gerichtlicher Sachverständiger) でもない場合には、検査士に出頭を命じる裁判所の権限の問題が生ずる。裁判所の鑑定評価人 (sachverständiger Prüfer) の選定・選任権に付随している権限ではないからである。裁判所は欠席について民事訴訟法の規定のような制裁権限 (三八〇条および四〇九条) を有していない⁽¹⁴⁾。このような制限された状況の下では検査士が果たす役割は大きくはないので、裁判上選任された契約・合併検査士は呼び出しを拒否することはできないと解すべきであり、鑑定のために裁判上の鑑定人に提示される問題を説明する役割だけは鑑定評価人の口頭または書面による審尋に割り当てるような方向に進むべきであることが強調されている⁽¹⁵⁾。

- (29) BGBl. I2003, 838; Neye, (Fn.18.) NZG 2002,23f.; derselbe, Die Reform des Spruchverfahrens, DSifR 2002, 178f; derselbe, Spruchverfahrensneuordnungsgesetz-Regierungsentwurf eines Gesetz zur Neuordnung des gesellschaftsrechtlichen Spruchverfahrens mit einer Einführung ZIP 2002, 2097f.

- (30) Neye, Auf dem Weg zu einem neuen Spruchverfahren-Ein Zwischenbericht-in:FS. f. Wiedemann, 2002, S. 1139; Puzkajter,

迅速な裁判手続による少数株主保護の確保

同志社法学 五五巻七号 五〇 (一八〇八)

Diagnose und Therapie von aktienrechtlichen Spruchverfahren-Einige Anmerkungen aus der richterlichen Praxis zum geplanten

Spruchverfahrensneurechtsgesetz, ZIP 2003, 520.

- (31) Begr. RegE, BT-Drucks. 15/371, 11f. vgl. Neye, (Fn.18.) NZG 2002, 23f; derselbe, Die Reform des Spruchverfahrens, DStR 2002, 178f.

- (32) Bilda, (Fn.19.) NZG 2000, 296; Lutter/Bezenberger, (Fn.18.)AG 2000, 433; Puschke/er, (Fn.10.)ZIP 2003, 518f; Lamb/Schluck-Amend, (Fn.10.) DB 2003, 1259. ⁵⁰⁵多くの当事者数と弁護士との非強制制、および、商事部の裁判長も企業評価の正確な点について信頼できず、外部の評価人の助けを借りる点、裁判手続において情報をえるのが困難なことも手続が長引く理由とされる、van Kann/Hirschmann, (Fn.10.) DStR 2003, 1488.

- (33) 法務委員会の決議勧告が根拠となる、BT-Drucks. 15/838, 16.の勧告は、既述した二〇〇二年一月二十五日の連邦通常裁判所のマクロトン判決が新法の審議中に下されたという事情によるもので、法務委員会も上場廃止の際に支払われるべき少数株主に対する代償額の事例を挙げているにすぎない。マクロトン判決が、非上場会社への組織変更や非上場会社との合併の結果、株式が上場廃止となるいわゆる「無血の上場廃止 (kalten Delisting)」の場合にも及ぶかどうかはまだ検討の余地がある、van Kann/Hirschmann, (Fn.10.) DStR 2003, 1490. 全財産の譲渡による株式会社会社の解散の事例 (株法一七九 a 条) を合定する判例があるが、類推適用が認められるとする見解が主張されている、Bungert/Mennicke, (Fn.10.) BB 2003, 2022.Fn. 10. 25. なお、二〇〇三年七月一に廃止される複数議決権株式 (Mehrstimmrechte) の補償についても裁判手続が適用される (株式法施行法五条五項)。

- (34) Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltsvereins (DAV), DAV-Stellungnahme zum Referentenentwurf des Spruchverfahrensneurechtsgesetzes vom Januar 2002, NZG 2002, 120; DAV-Stellungnahme zum Regierungsentwurf des Spruchverfahrensneurechtsgesetzes vom Februar 2003, ZIP 2003,552-553. 同前 Tomson/Hammerschmitt, (Fn.10.) NJW 2003, 2573; Bungert/Mennicke, (Fn.10.) BB 203, 2023.

- (35) 高等裁判所に係属している裁判が多く手一杯で提案を受け入れるだけの事務処理能力がなく、Neye, (Fn.29.) ZIP 2002, 2097. ⁵⁰⁶さらに、裁判所の構成にも合致しない、という理由が挙げられている、Neye, (Fn.30.) FS f. Westermann, 1132. ⁵⁰⁷そのため、専門

- 家から構成される審査機関 (Spruchkörper) を設けて効率的に利用することが有用である。Puzklier, (Fn.10) ZIP 2003, 520.
- (36) vgl. Begr. RegE, BT-Drucks. 15/371, 12f. 機能的な権限よりも、権限を有する裁判長が変更なく係属して裁判を担当することがより重要である」と指摘されている。Bunger/Mennicke, (Fn.10) BB 203, 2024.
- (37) 専門の監査士の選任は、株式二九三条 三二七 c 条二項、組織変更法一〇条に基づいている。
- (38) Büchel, (Fn.10) NZG 2002, 794.
- (39) 鈴木・前掲(注・四) 一五四頁以下。しかし、決定された価格がかけ離れている場合、株主平等原則と抵触する危険があるとされる。木俣・前掲(注・八) 商事法務一四六四号三一頁。
- (40) しかし、申立基準に関する三条二文の規定は、組織変更の場合について規定する一条四号の場合に明確でないと批判されている。Bunger/Mennicke, (Fn.10) BB 203, 2025. 申立期間中に持分を取得した場合、取得者は、係争物の譲渡に関する民事訴訟法の規定(二六五条二項一文)が適用されるので、訴訟遂行権限を有しなく、Tomson/Hammerschmitt, (Fn.10) NJW 2003, 2574.
- (41) Begr. RegE, BT-Drucks. 15/371, 13; Büchel, (Fn.10) NZG 2002, 794.
- (42) 商法二四五条ノ三第三項は株主のみの自由意思に委ねているとして、規定上価格決定の申立権は会社にないとするのに対して、(鈴木・前掲(注・四) 一五二頁以下)、有力説は、その理由は明確でないとする、(大隅・大森『逐條改正会社法解説』(有斐閣・昭和二六年) 一二五頁)。多くのアメリカ州法の考え方を参考にして、係属した数個の申請事件が併合されなかったときに異なる内容の決定がなされると株主平等の原則に反することになること、費用負担の問題と申立資格者と密接な関係があり、会社側が申し立てることには法政策上の観点から好ましいことから、積極的に肯認する見解が主張されている、木俣・前掲(注・八) 商事法務一四六四号三一頁。さらに、会社は、会社資本の流出につき重要な利害を有していることを考慮すれば、後者の見解が正当である。
- (43) Begr. RegE, BT-Drucks. 15/371, 13; Begründung, ZIP 2100, 2101. Neye, (Fn.30) S. 1113.
- (44) 従来は実質的な理由がなくても一言触れていれば、時間と費用のかかる検査手続を行うことができた。Begr. RegE, BT-Drucks. 15/371, 13. 従来は職権主義から提出原則 (Beibringungsgrundsatz) への交替である。Tomson/Hammerschmitt, (Fn.10) NJW

2003, 2574. 具体的な異議の本身は明確ではないが、総括的なものでは足りない。裁判所が厳格な基準を設けることになる、Lamb/Schuck-Amend, (Fn.10.) DB 2003, 1264.) かし、独立の中立的な検査士を実際に選任できるか疑問であるとする実務側からの問題提起もある。Puskajler, (Fn.10.) ZIP 2003, 520f.?

- (45) 被申立人の企業価値に対する異議という文言は明確でない、と批判される。締め出しと合併の場合には、申立人が参加している会社の企業価値が、また代償(株法三〇五条二項三号)の場合には、支配企業の価値だけが基準となり、これらの場合にはもっぱら予測される将来の収益が決定的である(株法三〇四条)からである。したがって、問題となっている補償額に決定的な算定の基礎に対して具体的異議が述べられた場合には、判例は、申立を認めるようにすべきであると主張される、van Kann/Hirschmann, (Fn.10.) DStR 2003, 1490.

- (46) Begr. RegE, BT-Drucks. 15/371, 13. 申立人は、従来は、投資の専門家かまたは有価証券保有保護同盟であり、弁護士もほぼ同様の弁護士であった。実務経験からすれば、理由の記載を十分に期待できるが、「少数株主の締め出し」制度の導入によって審査の申立の増加が見込まれるので、今後と同様かどうかはまだ予測できないとされる。また、従来の鑑定内容は、企業価値の決定についても企業の一断面に及ぶにすぎないものであった。しかし、今後は、たとえば工場地の評価などに関して申立人が述べた具体的異議に関連した鑑定でよいことになり、その結果、明らかに時間と費用が節減される。しかし、報告書に基づいて別の異議が出されるとこれについての鑑定が必要となり、規定が有する意味はその限りで限定的である、という指摘がある。裁判所は、申立人の異議を採り上げて審査しなければならないからである、Büchel, (Fn. 10) NZG 2002, 795-6.

- (47) 申立人が入手できる情報は限られている。したがって、提出された書類によって補償額の相当性の問題について手懸かりがえられない場合には、申立人がこのことを指示すれば、申立は十分に理由づけられているものと主張される。Lamb/Schuck-Amend, (Fn.10.) DB 2003, 1264. 判例によって具体化されるべき要求可能な最低要件を満たさない申立は、将来は、許されないものとして却下される。Begr. RegE, BT-Drucks. 15/371, 13; Begründung, ZIP 2002, 2101.

- (48) Tomson/Hammerschmitt, (Fn.10.) NJW 2003, 2574.

- (49) Bunge/Mennicke, (Fn.10.) BB 2003, 2025, Fn. 48 u. 49.

- (50) 連邦通常裁判所の新判例、BGHZ 146, 341=NZG 2001, 405; zit.nach Begr. RegE, BT-Drucks. 15/371, 13; Begründung, ZIP 2002, 2101; Büchel, (Fn.10) NZG 2002, 795; Bunter/Mennicke, (Fn.10) BB 203, 2025.
- (51) 鈴木・前掲(注・四)一五二頁。
- (52) 鈴木・前掲(注・四)一五四頁。
- (53) これは手続の迅速化に役立つ。参事官草案にはなかった「早い時期に」という文言を入れることになった、Neye, (Fn.) ZIP 2002, 2098. しかし、実務において、共同代理人が手続を促進するか、および手続上の費用が増大するため被申立人にも費用が増えるという問題がある。共同代理人が選任されれば、ある申立人が高額の支払額を提示されて申立を撤回しても、手続に加わっていない持分所有者のために手続を続行できるので(三項)、裁判手続の濫用の問題や不平等な扱いが防止される。さらに、申立人が指摘していなかった異議の理由を共同代理人が補充できる場合もある。この制度は、結果的には、提出義務(Behringungspflicht) によって職権探知主義を定めた非訟事件手続法の規定(二条) にもとづく原則を制限することであり、手続の成果について申立人が自己責任を負う、Büchel, (Fn.10) NZG 2002, 797. さらに、内容上の問題が話し合われる場合にのみ共同代理人の活動があるにすぎないとして、その場合にのみ共同代理人の選任が認められるとする制限的な見解も主張されている。共同代理人の費用を企業が被申立人として原則として負担し、申立しなかった局外株主の利益になるか疑問があるからである、Bunter/Mennicke, (Fn.10) BB 203, 2025.
- (54) Begr. RegE, BT-Drucks. 15/371, 14; Begründung, ZIP 2002, 2101.
- (55) 二〇〇二年七月一九日の「透明化法および開示法(いわゆるコントラック法)(BGBl. I, 2681)」によって電磁式連邦官報が導入された(株法二五条、一六二条。共同代理人の選任の公告も、将来はもっぱら電磁式連邦官報において行われることになろう。インターネットのアドレスは: www.bundesanzeiger.de である。会社は、連邦官報の個人バージョンを株式法二五二条二文の意味における別の会社公告紙として定めることができ、これを定めた場合は、一項五文による公告は、その公告紙に掲載されることになる、Begr. RegE, BT-Drucks. 15/371, 14; Begründung, ZIP 2002, 2101.
- (56) 弁護士が圧倒的多数の事例において共同代理人として任命されているので、弁護士費用法の規定の準用は便宜である。報酬、迅速な裁判手続による少数株主保護の確保

立替金の処理は、実務の要望に基づいて、Neye, (Fn.10.) 2002, 2098; Begründung, ZIP 2002, 2101.

- (57) この規定は、組織変更法の改正の際に導入され(株法三〇六条四項一〇文、組変法三〇八条三項)、「買い占め (Auskauf)」の回避について有効であることが実証されている。Begr. RegE, BT-Drucks. 15/371, 14; Begründung, ZIP 2002, 2102.

- (58) これによって、長くかかりすぎる手続の期間を非常に短縮でき、持分所有者の法的保護を著しく改善するという法の目的が実現される。Neye, (Fn.29) zip 2002, 2098; Begr. RegE, BT-Drucks. 15/371, 14; Begründung, ZIP 2002, 2102. 申立人と被申立人との間の不均衡な情報量が利害の中心をなす。種々の意見が寄せられたが、異なる利益を実質的に評価するには発注手続 (Vergabeverfahren) における書類の閲覧に関する競争制限法 (GWB) の規定 (一一一条) が参考になる、とされる。derselbe, (Fn.30.) S.1134.

- (59) Begr. RegE, BT-Drucks. 15/371, 14.

- (60) 従来、裁判手続が長引いた主たる理由は、既に簡単に触れたように、裁判所には企業評価という難しきかつ慣れない問題と必要な証拠調べるための鑑定書の作成という問題の複雑さにもある、とされる。Bilda, (Fn.19) NZG 2000, 296f; Puzkajler, (Fn.10.) ZIP 2003, 521; Lamb/Schuck-Amend, (Fn.10.) DB 2003, 1259. 新規定の真価は、裁判所と当事者が本来当然の手続の進行を直接に法律に依拠できるように、つまり実質的に明確化を図っている点にある。Büchel, (Fn.10.) NZG 2002, 797.

- (61) Begr. RegE, BT-Drucks. 15/371, 14; Begründung, ZIP 2002, 2102 - 2103. 商事部の裁判長が、期限を設ける (二条三項四号)、裁判官による期間設定なので、重大な理由があれば伸張が可能である (民訴二二四条二項)。Büchel, (Fn.10.) NZG 2002, 797. しかし、裁判所が定めた期間内に申立に対する意見を実際に表明できるかどうか経験上問題である、とする指摘もある。Bunger/Mennicke, (Fn.10.) BB 2003, 2027.

- (62) 構造措置に関する総会決議の際に取得できなかった書類も、裁判所の命令によって被申立人から無料で複写を与えられる可能性がある。Begr. RegE, BT-Drucks. 15/371, 14-15; Begründung, ZIP 2002, 2102-2103. しかし、請求があったときに申立人が複写を提供するのではなく、すでに最初の段階で共同代理人に送付する方が目的であると指摘される。なお、裁判所は複写の提供にも期限を設けることが必要。Büchel, (Fn.10.) NZG 2002, 797-798.

- (63) Büchel, (Fn.10.) NZG 2002, 798.
- (64) 手続を引き締めて進行させるために、裁判所は、全体として、遅滞なく手続を実施するように顧慮しなければならない、Begr. RegE, BT-Druks. 15/371, 15; Begründung, ZIP 2002, 2102-2103.
- (65) しかし、民事訴訟法三五八 a 条に倣う六項からは、明確になった証明問題について、申立人が口頭弁論の前に裁判所の鑑定を委託できるような可能性を裁判所に付与しているという点まで導きだすことができるか問題であるとして、実務側から行き過ぎであると指摘されている、Büchel, (Fn.10.) NZG 2002, 798.
- (66) Begr. RegE, BT-Druks. 15/371, 15; 裁判所が口頭弁論の前に鑑定人に委託できることにより、口頭弁論前の時間を利用して、期日には処理を解決されうるとの期待もある、Tomson/Hammerschmitt, (Fn.10.) NJW 2003, 2574.
- (67) Begr. RegE, BT-Druks. 15/371, 15; Begründung, ZIP 2002, 2102-2103. 締め出し制度における手続に倣って、合併、編入などの従来の制度が統一された。その場合には、会社の申立によって検査士が裁判所によって選定・選任される。そのことによって検査士の企業からの独立性が確保されることになる。したがって、本来なら、裁判所が選任した検査士が鑑定人とみなされるべきことになる。従来の実務では合併検査士が裁判上の鑑定人に任命され、そのため「鑑定書の鑑定 (Obegutachten)」を必要としなかったと指摘されている、Bungert/Mennicke, (Fn.10.) BB 2003, 2028. それに対して、今後は、手続には二通りの進行の仕方が考えられるとされる。まず、裁判所は、意見書の到達後に期限を設けたり命令を下して、未解決の問題を説明する期日に、裁判所の鑑定を求めるようにする仕方である。他の方法は、期日前に争いのある問題を精選して説明し、専門の検査士の書面による意見を求め、裁判所の鑑定人を選任する方法である。どちらの方法をとるかは、個別事例における裁判官の選択に任される、Büchel, (Fn.10.) NZG 2002, 798. しかし、独立の中立的な検査士を実際に選任できるか疑問視する実務側からの問題提起もある、Puskajler, (Fn.10.) ZIP 2003, 520f.
- (68) 書類の提出を申立人の請求によって認めることは、文書提出命令に関する民事訴訟法の規定 (二四二条一項) との比較においても体系に反するとする批判がある、Bungert/Mennicke, (Fn.10.) BB 2003, 2029. 同旨、DAV-Stellungnahme, (Fn.34.) ZIP 2993, 555.
- (69) 競争制限禁止法の規定 (七二条二項) を志向している。

- (70) 保護は、被申立人だけであり、選任された鑑定人には当てはまらない。 Büchel, (Fn.10.) NZG 2002, 798.
- (71) このように、裁判所が重要書類については承知しているが、事情によってはそれらを利用できないという奇妙な結論について満足のゆく解決は、将来の裁判所の判例に委ねられることになる。 Lamb/Schuck-Amend, (Fn.10.) DB 2003, 1263.
- (72) Begr. RegE, BT-Drucks. 15/371, 15. 77で要求される「その他の書類」の提出（七項）と「記録の提出」（五項）との関係が不明確であるため、被申立人にとっては重要な問題となると指摘される。 Burger/Mennicke, (Fn.10.) BB 2003, 2027. さらに、政府草案が「委託された経済検査士の準備作業書類」を提出すべき書類として挙げているが（Begr. RegE, BT-Drucks. 15/371, 15.）これらの書類は被申立人が利用することができないものであり、問題であると指摘される。 Burger/Mennicke, (Fn.10.) BB 2003, 2029.
- (73) 二万五〇〇〇ユーロから五万ユーロの範囲内で具体的な額が決定される（刑事訴訟法（EGStGB）六条一項、非訟三三条一項・三項の準用）。
- (74) 入江・前掲（注六）二〇〇頁。
- (75) 陳述を聴かないでした裁判は手続上の瑕疵となる。この瑕疵は、抗告審で陳述を聴けば治癒される。鈴木・前掲一五六頁。
- (76) 裁判所は、裁判手続において鑑定人の活動を指揮できることから、検査士の裁判所による選任を強行的にすべきであるとする主張がある。しかし、そのためには検査が独立して行われることが重要であり、さらに、裁判所がその選任を企業の提案に盲目的に従っているというこれまでの実務が改められる必要がある。 van Kann/Hirschmann, (Fn.10.) DStR 2003, 1492.
- (77) Tomson/Hammerschmitt, (Fn.10.) NJW 2003, 2574.
- (78) Begr. RegE, BT-Drucks. 15/371, 15.
- (79) Begr. RegE, BT-Drucks. 15/371, 15; Büchel, (Fn.10.) NZG 2002, 798. 意見照会に対して、裁判実務では、口頭弁論の実施を義務とした参事官草案は合目的ではなく柔軟性を維持すべきという意見が圧倒的であった。とされる。 Neye, (Fn.30.) 1135.
- (80) Begr. RegE, BT-Drucks. 15/371, 15; Begründung, ZIP 2002, 2103.
- (81) Begr. RegE, BT-Drucks. 15/371, 15; Begründung, ZIP 2002, 2103. 評価とされる可能性自体に対する疑問もあふ。 Puskajler, (Fn.10.) ZIP 2003, 520.

(82) 事実説明義務・真実陳述義務に関する一三八条の規定、裁判官の釈明義務に関する一三九条の規定、口頭弁論に関する二七九条二項と三項および相手方の陳述に対する提出期限に関する二八三条の規定である。新民事訴訟法二七九条は、一方当事者が和解弁論に出席しないかまたは和解弁論が奏功しない場合には、引き続き口頭弁論（早期第一回手続の期日または主要弁論期日）が直接に行われる。行われない場合には、口頭弁論期日を遅滞なく決定しなければならない（二項。主要期日においては、証拠調べが争訟弁論に直接に引き続いて行われる（二項）。裁判所は、証拠調べに続いて、改めて事実と争点、および既に可能である限り、証拠調べの結果を当事者と審議しなければならない（三項、と定める。

(83) 非訟事件手続法による争訟的手続に関する判例は、これまですでに裁判所が原則として争われていない事実を職権で調査することを強制されないことを承認したが、このことは法定されなかった。非訟事件手続法は口頭弁論に関して具体的な規定を定めていないので、その限りにおいて訴訟の和解的解決に関する民事訴訟法二七九条二項と三項および相手方の提出に対する陳述の期間に関する二八三条の規定が適用される。これも手続の引き締め役に立つ、Begr. RegE, BT-Drucks. 15/371, 15-16; Begründung, ZIP 2002, 2103.

(84) 鈴木・前掲（注・四）一六三頁以下、一八四頁。これに対して、弁論主義を基調とする通常の訴訟手続によって主張・立証をつくさせる方がよいとする主張もある、由比宏忠、「株式買取決定の裁判」法学紀要二卷三五頁（一九八〇年）、関・前掲（注・二三）一九九頁以下。ただし、その場合でも法的基準の明確化が必要であることが正当に強調される、浜田道代「株式の評価」北沢正啓教授還暦記念『現代株式会社の課題』（商事法務研究会・一九八六年）四五二頁以下。

(85) 鈴木・前掲（注・四）一六八頁。

(86) 江頭憲治郎「取引相場のない株式の評価」法協百周年記念論文集三卷（一九八三年）四五六頁。大阪地裁第四民事部における株式価格決定事件の審理では、争点の解明に必要な事項に限定して鑑定を実施した事案があるとされる。その場合には、時価純資産法、収益還元法、配当還元法などの方式を選択し、諸状況を勘案して各方式のウェイト付けをして組み合わせた価格の加重平均を求める併用方式によって算定した価格を基準にして話し合う方法がとられている。なお、商事非訟事件の新受件数は平成一三年六二一件、平成一四年六八五件で、そのうち株式価格決定事件は、一三年が九件、一四年が二二件である、永井裕之「大

阪地裁における商事事件の概況」商事法務一六五八号七頁以下(二〇〇三年)。

- (87) 木俣・前掲(注・八) 商事法務一四六四号三一頁。なお、深見芳文「アメリカ会社法に於ける株式買取請求権制度」法学論叢六四巻五号七二頁以下(一九五八年)参照。

- (88) 鈴木・前掲(注・四)一六八頁以下。

- (89) Begr. RegE, BT-Drucks. 15/371, 16; Begründung, ZIP 2002, 2103-2104.

- (90) Büchel, (Fn.10.) NZG 2002, 799.

- (91) 当事者が自ら陳述しない状況は、それが当事者に有利なときでも職権によって調査する必要があるとする立場に立つ判例がある。BGH, NJW 1988, 1839; LG Düsseldorf, AG 2001, 373.

- (92) Begr. RegE, BT-Drucks. 15/371, 16.

- (93) Begr. RegE, BT-Drucks. 15/371, 16.

- (94) 申立人は陳述の提出を遅延しても共同代理人や他の申立人が適時に提出すれば直接の影響を受けない。これに対して、被申立人は制裁の効果を常に負担する。しかし、裁判所は、鑑定書(gerichtliche Gutachten)がなければ補償額を知ることができないので、鑑定人の鑑定書(Sachverständigengutachten)を求める。したがって、裁判実務においては、被申立人の遅延はほとんど生じない。と指摘されている。Büchel, (Fn.10.) NZG 2002, 799.

- (95) LG Düsseldorf, AG 2001, 373; LG Dortmund, NZG 2002, 343; zit.nach Begr. RegE, BT-Drucks. 15/371, 16.

- (96) Begründung, ZIP 2002, 2104.

- (97) 非訟事件手続法においては、当事者が非訟事件の対象を処分できる場合にのみ和解でき、裁判手続では和解できないと解されてきた。和解が直接の当事者間でのみ効力を有し、すべての持分所有者のためにかつすべての持分所有者に対するものでないからである。Hüfner, AktG, 5. Aufl. (2002), § 306 Rdnr. 18.

- (98) しかし、民事訴訟法二七八条二項から五項までの規定は参考になれない。Büchel, (Fn.10.) NZG 2002, 799.

- (99) Begr. RegE, BT-Drucks. 15/371, 16.

(100) 改正された和解に関する同条六項の規定は、裁判上の和解は、当事者が裁判所の書面による和解提案について裁判所に対して書面によって承諾することによって終了することができる。裁判所は、第一文に基づいて終了した和解の成立と内容を決定によって確定する。第一六四条を準用する、と定める。

(101) Begründung, ZIP 2002, 2104; Buchel, (Fn.10.) NZG 2002, 799; van Kann/Hirschmann, (Fn.10.) DSrR 2003, 1492.

(102) 株法九十九条三項二文も同様に法律抗告に制限している。しかし、「抗告は、法律違反にのみとくることができ。民事訴訟法五七四条一項と四項ならびに五七五条から五七七条までの規定を準用する」と定めた参事官草案の文言は削除された。

(103) Begr. RegE, BT-Drucks. 15/371, 16; Begründung, ZIP 2002, 2104. したがって、参事官草案の修正は、改めて事実を解明して、地方裁判所の事実の確定の瑕疵を訂正できるとして歓迎されている。Buchel, (Fn.10.) NZG 2002, 799. しかし、反対の見解も主張されている。van Kann/Hirschmann, (Fn.10.) DSrR 2003, 1493.

(104) 従属的附帯抗告 (unselbstständige Anschlussbeschwerde) の許容性、抗告時の申立人の資格要件、共同代理人の抗告権限について規定が設けられていないことについて規制の不備が指摘されている。Buchel, NZG 2002, 800. 支配的見解は、申立に基づいて下された命令が問題であるとして、原則として、申立人だけが抗告できると解する。共同代理人は、例外的に申立人と法律上同視される場合に (六条三項) 抗告できる。したがって、申立の取り下げ後となる、van Kann/Hirschmann, (Fn.10.) DSrR 2003, 1493. Fn. 66.

(105) 実際に申立人とならなかった者は、他の申立人に対する却下の裁判について抗告できないとする規定を (非訟二〇条) 解釈上考えることができる。会社も株主と同様に価格決定に利害を有し、申立後は会社も申立人と同旨とされるべき地位を有するからである、鈴木・前掲 (注・四) 一六一頁以下。

(106) Hüfner, AktG, 5. Aufl. (2002), § 305 Rdnr. 32.

(107) Begr. RegE, BT-Drucks. 15/371, 17; Begründung, ZIP 2002, 2104.

(108) 業務費用 (Geschäftswert) は、申立権限のある者全部が補充的に取得する額である。たとえば、株式毎の補充代償額に株式数をつけた額である (つわゆる差額方式)。van Kann/Hirschmann, (Fn.10.) DSrR 2003, 1493. Fn. 69. 業務費用は、共同代理人の報酬

の基準にもなる(六条二項三文)。業務費用は、従来は、費用法の規定(三〇条)に従って、裁判所の裁量によって決められていた。参事官草案で定めていた「業務費用は、費用法三〇条一項によって決定される。業務費用は、最高限一〇〇万ユーロである。業務費用は、職権で確定しなければならない。第一審手続(Rechtsszug)には、完全な手数料(vollen Gebühr)額の四倍の額が徴収される。第二審手続には、同じ手数料が徴収される。原告が成功する場合も、同じである。申立または原告が、決定が下される前に取り下げられる場合は、手数料の全額だけを徴収する。」という条項は削除された。削除される前の文言について、立法担当者³³は次のように説明していた。業務費用の一〇〇万ユーロへの上限の設定、裁判所費用においてだけでなく、連邦弁護士報酬法の対応する規定に関連して、手続代理人の手数料に対しても効果を生ずる。このことは、被申立人にも申立人にも意味をもつ。なぜなら、裁判所外の費用は、将来は、原則として、申立人自身が担うべきであるからである。この限定された費用のリスクは、期待することができ、また拙速で濫用的な申立を防ぐことになる。被申立人による部分的あるいは完全な費用の弁済は、裁判所が給付額の増加を相手方に義務づける場合には、もちろん適切であると思われる。具体的な確定は裁判所に委ねられるが、立法は、これについての手懸かりを定める。Neye, (Fn.29) ZIP 2002, 2099.

(109) この点に関する政府草案の規定は、上級審の支配的判例に従って Tonson/Hannenschnitt, (Fn.10) NJW 2003, 2575; Fn. 33; van Kann/Hirschmann, (Fn.10) DStR 2003, 1493; Fn. 69.

(110) Begr. RegE, BT-Drucks. 15/371, 17.

(111) 裁判実務では、従来、会社が提供した額と裁判手続で確定された給付額との差額に株式数を乗じて算出する方式を採用していたが、この方法では裁判手続において変更されないか、または変更が僅少の場合には業務価額がゼロになるという問題があった。そこで、州の経済的負担を考慮して、連邦参議院の提案によって、実務を重視すると同時に、一方で政府草案の額を倍に引き上げ、他方で七五〇万ユーロの上限を設けることで妥協が図られた。実務では、専門の鑑定人(評価人)が取引所相場を現金代償額と算定し、報酬が高額とならない場合には、二〇万ユーロの最低額が基準になるものと予測されている。Büchel, (Fn.10) NZG 2002, 802.

(112) Begr. RegE, BT-Drucks. 15/371, 17; Begründung, ZIP 2002, 2105.

(113) Begr. RegE, BT-Drucks. 15/371, 17; Begründung, ZIP 2002, 2105. しかし、裁判所は、補償の問題を説明しないと鑑定人に委託できないので、適用の排除は問題であると指摘されている。バイエルン高等裁判所によれば、被申立人が鑑定人の費用について合意しない場合には、裁判所は鑑定書なしに企業価値を評価できる。不正確さは証明妨害により被申立人が負担すべきからである、BayObLG, NZG 1998, 956=WM 1999, 1571 zit.nach Buchel, (Fn.10.) NZG 2002, 803.

(114) Begr. RegE, BT-Drucks. 15/371, 17.

(115) Begründung, ZIP 2002, 2105.

(116) OLG Düsseldorf, DB1997, 2477, OLG Düsseldorf, DB 2999, 1489; BayObLG, BB 2002, 1720. zit.nach Bunge/Mennicke, (Fn.10.) BB 2003, 2030. Fn. 95 u. 96.

(117) 連邦弁護士報酬規制法八条一a項四文、Buchel, (Fn.10.) NZG 2002, 803.

(118) 連邦弁護士報酬法八条一a項四文、vgl. Lamb/Schuck-Amend, (Fn.10.) DB 2003, 1262.

(119) Begr. RegE, BT-Drucks. 15/371, 17. つまり、分別のある持分所有者ならば申立ることがなかった申立を回避させることになる、Buchel, (Fn.10.) NZG 2002, 804.

(120) しかし、まったく無制限ではない。抗告裁判所は、地方裁判所の決定に関する理由付けについて法律上の誤りがあるかどうかについても審査するからである、Begr. RegE, BT-Drucks. 15/371, 18; Begründung, ZIP 2002, 2105-2106.

(121) 株式買取請求権の発生原因を会社側が作っていることから会社が負担するのも合理的であること、手続構成のためのサンクシヨンと捉えることが可能なことが主たる根拠とされる。具体的には、協議段階から個人的に依頼した鑑定人に対する報酬と費用、裁判所が評価を命じた鑑定人への報酬と費用が手続自体の費用であり、それ以外の鑑定費用、依頼した弁護士に対する報酬と費用は手続費用とはならない、木俣・前掲（注・八）商事法務一四六四号三二頁以下。

(122) 鈴木・前掲（注・四）一八五頁。

(123) 鈴木・前掲（注・四）一八七頁以下。いかなる範囲の費用が手続費用に含まれるかは、木俣提案と同様である、同・一九〇頁以下。なお、公正なる価格を著しく超えた価格で支払いがなされた場合には、その超過額につき取締役の責任問題が生じ、株主

代表訴訟の目的となりうる」とされる。同、一五一頁。

- (124) 会社の構造変更については異なる裁判所に訴えが提起されることが多い。例えば、持分所有者は構造変更に関する決議取消の訴えを提起できる。また、裁判手続を申立て、提供された補償額よりも高い補償額を決定してもらうことができる。さらに、債務者が補償額を給付しないかまたは一部の給付しかない場合には、給付訴訟を提起することになる。

- (125) Begr. RegE, BT-Drucks. 15/371, 18; Begründung, ZIP 2002, 2106.

- (126) Begr. RegE, BT-Drucks. 15/371, 18; Begründung, ZIP 2002, 2106; Büchel, (Fn.10) NZG 2002, 800.

- (127) とくに、新法は、従来の職権主義が提出主義原則に取って替られたため民事訴訟に近づいたという点が強調される、Tomson/Hammerschmitt, (Fn.10) NJW 2003, 2576.

- (128) Büchel, (Fn.10) NZG 2002, 804.

- (129) この意味において、裁判所による選任制度の有用性が強調される。Lamb/Schuck-Amend, (Fn.10) DB 2003, 1264.

- (130) Büchel, (Fn.10) NZG 2002, 804. 検査士が自己の検査の鑑定ができるか大いに疑いがあるが、一定の具体的な個別問題に限定すれば可能であるとされる。Lamb/Schuck-Amend, (Fn.10) DB 2003, 1262.

- (131) van Kam/Hirschmann, (Fn.10) DStR 2003, 1494.

- (132) van Kam/Hirschmann, (Fn.10) DStR 2003, 1494. しかし、申立人が費用負担の危険を負わないことが手続を長引かせた一因であったことも考慮する必要がある。

- (133) 申立人および共同代理人に対していかなる立証責任を負担させることができるか、および職権探知主義を制限しながらいかなる手続推進義務を課するのが適切であるかという問題は裁判手続における中心的問題であるとされる。そこで、参事官草案は、情報の可能性の改善を考慮して申立人および共同代理人の協働義務 (Mitwirkungspflicht) を慎重かつ無理のない範囲で拡大したのである。Neye, (Fn.29) ZIP 2002, 2098.

- (134) 拙訳・前掲注(二) ワールドワイドビジネスレビュー三巻一号一二七頁—一二八頁。

- (135) 参事官草案では、専門の検査士 (sachverständige Prüfer) を鑑定証人 (sachverständiger Zeugen) として裁判手続において

聴聞である (anhören) としていたが (同九条二項)、そうすれば、鑑定人として選任する可能性が排除されることになるという問題があることが指摘された。Neye, (Fn.30) S.1136-1137.

- (136) 組織変更法一〇条において合併検査士と分割検査士、さらに締め出しに関する株式法三二七c条二項二文は、二九三c条、二九三d条、商法三一九条、三二〇条および組織変更法一〇条三項から七項までの規定を指示しているが、手続全体を見通すにはかなりの専門能力を要するといわれている。

- (137) Büchel, (Fn.10) NZG 2002, 801.

- (138) Büchel, (Fn.10) NZG 2002, 801.

- (139) Büchel, (Fn.10) NZG 2002, 801.

- (140) 裁判所が検査士を審尋しても、証拠内容の決定に関する民事訴訟法の規定 (三五九条) による証拠内容として決定することができない。さらに、鑑定人による証明に関する民事訴訟法の規定 (四〇二条以下) は適用できない。鑑定人は民事訴訟法上の規定で定める鑑定書の作成などの義務 (四〇七条、四〇七a条) を負担せず、引受義務もない。裁判所は鑑定人の活動の指揮 (四〇四a条) を受ける。鑑定人の忌避に関する規定 (四〇六条) による忌避も排除されている。さらに、鑑定人が一定の資料を利用できるように命令する (四〇七b条) ¹。Büchel, (Fn.10) NZG 2002, 801.

- (141) 合併検査士の選任に関する組織変更法一〇条については、申立人が具体的な問題点について証明した場合には、専門の検査士の返答は十分ではなく、裁判上の鑑定人が企業評価をしなければならない (鑑定書の鑑定人)、と解されている。Lutter/Lutter, *UmwG*, § 10 *UmwG* Rdnt. 14.

- (142) Büchel, (Fn.10) NZG 2002, 802.

- (143) Büchel, NZG 2002, 802.

- (144) このため、Lutter/Bezebergerは、支配契約などが検査士によって検査されている場合には、裁判所が、裁判上の確認のために当該検査士に必要な説明と証明をするように命じることができるとの旨の非訟事件手続法の改正を提案をしていた。derselbe, (Fn.18) AG 2000, 445. しかし、専門の検査士の協力を法的義務にまで高める提案は採用されなかった。

迅速な裁判手続による少数株主保護の確保

同志社法学 五五巻七号 六四 (一一八三)

(145) Büchel, (Fn.10.) NZG 2002, 802. ならに、裁判所が、支配契約検査士および合併検査士を選任すれば、選任された後にはこれらの検査士の手続上の拘束が強くなるため、手続においてまったく新たに鑑定書を求める必要がなくなれば、手続の利用が増加するものと期待されている、van Kann/Hirschmann, (Fn.10.) DStR 2003, 1488.

五 結語に代えて

一 わが国における株式買取請求権の利用可能性は、度重なる商法改正毎に拡大してきている⁽¹⁴⁶⁾。それは、この制度の導入当初の多数の反対論が正当に指摘していたように、この権利が会社資本の（歯止めのかかない）流出という深刻な結果を招来する恐れが理論的に存在しているにも拘わらず、一方では、簡便な少数株主の保護手段として機能するという積極的評価とともに、他方では、会社の基本的構造の変更を巡る多数株主と少数株主との間の金銭的調整による解決方法の妥当性が承認されてきたことを意味しよう⁽¹⁴⁷⁾。さらに、長年の制度として存在感があるほか、法技術的にも反対株主の権利行使の方法が簡潔で判りよい仕組みとなっているということも無視できない。現在では、株式買取請求権は、単独企業だけでなく、企業結合関係における利害調整手段として有用な保護手段であることもすでに認識されている⁽¹⁴⁸⁾。

二 法制審議会会社法部会（現代化関係）は、平成二〇〇三年一〇月二二日に「会社法制の現代化に関する要綱試案（以下要綱案という）」を公表した。要綱案は、組織再編行為の際の議決権制限株主の株式買取請求権について規制を整備することも考慮している。つまり、定款をもって種類株主総会決議の省略を定めた場合、当該種類株主

は、合併等の再編行為に際して、株式買取請求権を有し、買取請求するための要件を現行法の方法に倣う内容の規定を設けることを提案する（第四部第三八法定種類株主総会、（二）商法三四六条の規定による種類株主総会（注二）および（三）議決権制限株主の買取請求権）。要綱案の補足説明によれば、この提案は、明文規定を設けて、組織再変行為に係る株主総会の決議について議決権を有しない種類の株式の株主、株主総会が開催されない簡易組織再編行為における議決権制限株式の株主、および種類株主の株主総会の決議に反対の議決権を行使した当該種類株主に対して株式買取請求権を認めることを明らかにすることを目的としている。⁽¹⁵⁾ 株式買取請求権の拡大に当たり考慮しなければならぬ要素として、神田教授は、当該行為が株主の権利に与える影響、株主が有している利害と蒙ることになる犠牲、他の方法による解決可能性の余地、株式買取請求権制度による解決が他の救済よりも合理的であること、関係者がこの権利によって受ける利益などの事項をあげられている。⁽¹⁶⁾ これらの諸要素を基礎にして、要綱案の提案を考慮すると、会社の基礎の変更によって伴って生じる自己の持分割合の変更、企業の将来性の劇的な変化による基礎とした投資判断基準の再考、投資回収可能性と回収方法の変更などの点で、議決権制限株式の株主が有する利益に対して少なからぬ影響が生ずる。他の法的措置による自己利益の防御方法も容易でないことを考慮すると、要綱案の提案は、少数者の救済措置の制度の一つとして備え置くことが望ましいものと考ええる。

要綱案は、さらに、合併について存続会社の株式でなく金銭の交付による合併を認める（合併対価の柔軟性）（第七組織再編関係）。この方法は会社分割、株式交換にも採用される。⁽¹⁸⁾ これは、合併も、実質的には、相手方の営業その他の権利義務を取得し、その対価を交付するという制度と捉えることが再編行為全体に関する整合的な理解で

ある、ということに基づいている。⁽¹⁵⁴⁾ この立法提案が導入された場合、対価の適正さ、つまり株式の評価などの問題が依然として重要な問題となる。交付される財産の対象が拡大されることによって、会社の営業その他の評価の問題が生じるからである。⁽¹⁵⁵⁾ その場合には、裁判所による最終的な決定が評価の公正さを担保することになる。そうであれば、評価に関する裁判所の役割は一層高められることになる。裁判手続が現代の社会・経済・技術の発展状況に適合して十分に反映していることが重要と思われる。

さらに、要綱案は、検討事項として、支配関係にある会社間における略式再編行為をする場合に、少数株主から支配株主または会社に対する株式の買取請求を認めるかどうかの問題があげている(第七三(注四))。ここでは、株式買取請求権は、被支配会社の少数株主が支配社員などの制度の濫用によって不当に害されない措置として位置づけられている。⁽¹⁵⁷⁾

三 しかし、利用の拡大にもかかわらず、権利行使の手続面での問題には手がつけられてこなかったため、依然として商法上の若干の規定と非訟事件手続法上のごく僅かな規定によって重要な制度を運営することになる。したがって、もし、拡大された株式買取請求権の行使が増大すれば、会社資本の流出の問題は別として、現行の法制度で対処できるか疑問なしとしない。これを比喩的に言えば、大量に発行された切符を手にした入場者が一度に会場に入ってくれば、実際の座席数を遙かに上回る観客で劇場はパンクしかねないことになる。

その意味において、ドイツの最近の立法的解決は注目される。裁判手続は、近時の株式法、組織変更法などの度重なる改正によって、その適用範囲が急激に拡大して重要性を増してきたにもかかわらず、従来の手続には時間と

費用がかかる上、解釈上も多くの問題が指摘されてきた。このような状況を背景として、立法による一挙の解決を目指して、職権主義などの手続上の構造を大幅に改変し、最近の判例の展開状況も採り入れたのが、ここで検討した新裁判手続法である。わが国の現在の法状況に触れながら、ここで紹介した新裁判手続法は、①会社の構造変更措置を実施する場合に、裁判所が、専門的検査人の選択と選任を一般的に行う制度の導入、裁判手続における専門家 (Sachverständigen) の役割の変更、つまり鑑定人には専門的な個別問題に的を絞った判断を求めること、②職権探知主義に同時に復帰する場合における当事者の手続推進義務の導入、最後に、③手数料の倍増と同時に裁判所費用の上限の導入による費用規定の新たな規制、および費用の分配における裁判所費用と裁判外の費用との間の区分の強化により、手続費用と迅速な手続の進行を可能とすることを主たる目的とした新しい手続法を制定した。このような革新的な新手続の採用とともに、従来と同様に、非訟事件手続法を基調にして、これまで積み重ねられてきた貴重な経験も配慮している。

四 頻繁な商法改正の度毎に株式買取請求権は、ますます増幅されその守備範囲が拡大してきているのは、制度導入当初の状況が変化し、この制度の重要性和有用性が一般に認識されてきた証左であろう。そのような傾向に一方では及び腰的に歓迎し、他方では実体法と手続法のアンバランスに懸念を抱きながら、本稿では、意に反していつの間にか手続法の領域に深くさまよい込む結果になった。しかし、せっかく定着しつつある少数株主保護制度が権利行使段階で額面どおり利用できないことになり、司法に対する信頼がもし薄れることになれば非常に残念なことである。ここに紹介したドイツの新裁判手続法がわが国にいかなる範囲で、どのような点が参考になるか即断す¹⁹⁾

ることは困難である。手続法の分野に及ぶことは、能力をはるかに超えた作業であったため単純な誤解や咀嚼不分な箇所が多々あるうかと思われる。専門家の方々からのご教示をえて、その慎重な検討は別の機会に委ねることにしたい。

(146) これに対して、公開会社においては、株主の株式買取請求権を会社支配者、経営者の利益相反が存在する基礎的変更に限定する見解がある、野田耕志「株式買取請求権の利用局面の再検討―アメリカ法における最近の理論状況について―」法学六四巻四号一二二頁以下(二〇〇〇年)。この見解は、株式買取請求権が会社支配者、経営者の利益相反取引から株主を救済する手段として機能するというアメリカの最近の議論を参考にするものである。なお参照、青木由希「アメリカ法における株式買取請求権の成立と展開―公開会社を中心として―」社会環境研究七号三五頁以下(二〇〇〇年)。しかし、株式買取請求権が機能する本来の舞台が閉鎖会社においてであり、さらに、その機能が利害調整だけでなく、会社の基礎的変更行為自体の公正さを担保することなどに鑑みれば、公開会社についてもこのような限定説は狭すぎよう、参照、神田秀樹「資本多数決と株主間の利害調整」法協九巻二号二九〇頁以下(一九八二年)。

(147) とくに、出資の払戻を認めることになり、資本維持に反するという点は、制度に内在する本質的問題であり正鵠をえた批判と思われる。したがって、この制度の廃止に対する実務界の強い要望を受け、法務省が昭和二十七年に行った意見照会では廃止の意見が多数を占めていたという当時の法状況からすれば過剰な反応も理解できる、神田・前掲(注・一四六)法協九八巻六号八一頁注(四)(一九八一年)、九九巻二号二九一頁以下、島本英夫「株式買取請求権について」同法一五巻四号一四頁以下(一九六四年)、長谷川・前掲(注・七)一五四頁、宍戸・前掲(注・五)二八三頁参照。

(148) この点の歯止めについて、買取請求の失効について定める商二四五条ノ四の規定を考えることができる。しかし、一挙に増水した洪水のように請求権の行使が大量になされたときに十分に支えられるか疑問なしとしない。なお、参照、宍戸・前掲(注・五)三〇一頁以下。

(149) 株式買取請求権制度の機能的長所として、当事者の立証問題が生じないこと、会社からの退去株主が買い手を捜すことが不要であり、市場性がある株式の場合にもその変動に左右されないこと、合併などの会社の構造的変更の公正さを担保すること、覆滅的效果を伴わない株主間の利害調整を図ることが挙げられる、神田・前掲（注・一四六）九九卷二号二九〇頁以下。

(150) まず、支配従属関係の成立する場合において認められる。つまり、この場合には、従属会社の株主が、支配会社に対して、自己の株式の買取を請求できる。買取価格は、支配従属関係の成立がなければその関係が成立した時点で有したであろう公正な価格である、江頭憲治郎『結合企業の立法と解釈』二四九頁以下、三三三頁（有斐閣・一九九五年）。つぎに、支配関係形成後においては、支配会社の影響力の行使によって従属会社に繰り返し損害が生ずる場合に、支配会社による従属会社の株式の買取という形態になる。買取価格については、損害がなければ株式が有したであろう公正な価格か、株式の発行価額に相当する金額に、株式の発行日から買取請求の日までの期間の日数に応じ年（一〇パーセント）の割合を乗じて計算した金額を加算した金額に相当する価格のいずれかを株主が選択できるとする非常に注目される提案である、江頭・同三一七頁以下、三三三頁。さらに、大量の新株が第三者に割り当てられることによって支配関係が形成される場合にもすでに必要であると提案される、木保由美「株式買取請求権の現代的意義と少数株主の保護」（二・一・完）論叢 四一巻四号三二頁以下（平成九年）、一四三卷二号八八頁以下（平成一〇年）。そのほか、上場子会社が親会社の影響力の行使によって上場廃止を決定する場合、上場子会社の株主が親会社か上場子会社のいずれかに対して株式の買取を請求する事例も考えられよう。

(151) 会社の基礎の変更が生ずる場合の経済的救済には、議決権を前提とすることは不要であるからである、法務省民事局参事官室『会社法制の現代化に関する要綱案補足説明』商事法務一六七八号六六頁（二〇〇三年）。

(152) 神田・前掲（注・一四六）九九卷二号二九二頁以下。さらに、会社資本維持の観点から、反対株主の保護と会社債権者および他の株主の保護の必要性との比較衡量も重要である、宍戸・前掲（注・五）二八五頁。

(153) 七一は、吸収合併、吸収分割及び株式交換の場合において、消滅会社等の株主に対して、存続会社等の株式を交付せず、金銭その他の財産を交付することを認めるものとするとし、今後さらに検討する問題点として三つの事項を挙げている。

(154) 法務省民事局参事官室・前掲（注・一五二）商事法務一六七八号一三〇頁。

(155) 江頭憲治郎・弥永真生「江頭憲治郎・法制審議会会社法部会（現代化関係）部会長に聞く―会社法制現代化の意義と課題」企業会計五六巻一・九頁以下（二〇〇四年）。

(156) 要綱案によれば、総株主の議決権の九割以上を保有している場合に、支配関係がある会社と認定される（第七三（注一））。浜田教授は、この基準に有益であると賛成される、浜田道代「会社法制現代化のあり方」企業会計五六巻二・四頁（二〇〇四年）。

(157) 法務省民事局参事官室・前掲（注・一五二）商事法務一六七八号一三二頁以下、松井智子「企業組織再編行為」企業会計五六巻二・五八頁（二〇〇四年）。

(158) とくに、昭和二五年の導入をきっかけとしてその直後にアメリカ法を参考に規制の不備を補うため種々の立法論の提案が検討された。たとえば、買取価格について当事者間における協議成立促進措置、買取価格評価の基準、その評価人の選任方法、会社による裁判費用の負担などに関する立法提案である、参照、長谷川・前掲（注・七）一六五頁、一六六頁。

(159) 行政訴訟の分野では、司法制度改革推進本部が、行政訴訟の改革の素案をまとめ、来春の通常国会に法案を提出すると伝えられている、二〇〇三年一〇月二四日付日本経済新聞。行政訴訟を起こしやすくするために訴えの要件を緩和し、訴訟手続を簡便にし、利用しやすくすることが企図されているが、その骨格は、①原告適格の拡大、②行政処分に対する義務づけ、差し止め訴訟、つまり国や自治体に対して行政行為を命じたり、事前に中止させたりする新型訴訟の導入、③書面による行政処分を下す場合、行政側からの出訴期間などの情報提供、④原告の所在地の地裁にも提訴できることを認める、⑤裁判所が行政側に訴えの対象となった行政処分の根拠や理由を書面で提出させる制度の導入にある。簡便な手続により簡易な利用を進めることは非訟事件の分野でも同様の課題であろう。その意味において、本稿で紹介したドイツにおける新裁判手続は、比較法的に興味のある素材を提供する。明確な手続を設けて誰にでもわかりやすくして裁判手続を迅速化することは、少数者だけでなく、それによって迅速な措置が可能になる企業にとってもメリットは少なくない。

〈資料〉新裁判手続法 (Spruchverfahrensneurechtsgesetz,

BGB. 12003, 838.) (試訳)

第一条 適用範囲

新法は、以下の事項に関する規定についての裁判手続に適用する。

- 1 支配契約および利益供与契約の場合における局外株主の補償 (Ausgleich) および代償 (Abfindung) (株式法三〇四条および三〇五条)
- 2 株式会社の編入の場合における脱退株主の代償 (株式法三二〇条 b)
- 3 株式が総会の決議によって主要株主に譲渡された場合における少数株主の金銭代償 (株式法三二七条から三二七条 f までの規定)
- 4 権利の担い手の組織変更の際に持分所有者に支払われる追加支払いまたは金銭代償 (組織変更法一五条、三四条、一七六条から一八一条までの規定、一八四条、一八六条、一九六条または二二二条)。

第二条 管轄

(1) 申立権限を有する持分所有者が持分を有している権利の担い手の住所がある地区の地方裁判所が管轄権を有する。前文の規定に基づき複数の地方裁判所に管轄権がある場合または一つの事実関係が前文の規定に基づく裁判手続 (Spruchverfahren) が複数の地方裁判所に係属している場合には、非訟事件手続法四条を準用する。二文に基づく管轄裁判所について争いがあるかまたは明らかでない場合には、非訟事件手続法五条を準用する。

(2) 地方裁判所に商事部 (Kammer für Handelsachen) が設置されている場合には、商事部が民事部 (Zivilkammer) に代わって裁判する。

(3) 商事部の裁判長は、以下の事項について裁判する。

- 1 手続の移送
- 2 公告に関する事項
- 3 申立の許可に関する問題
- 4 証拠調べのために準備されたすべての措置および七条の場合における準備措置
- 5 六条の場合
- 6 業務費用 (Geschäftswert)、費用、手数料および立替金

迅速な裁判手続による少数株主保護の確保

7 強制執行の一時停止

8 手続の併合

裁判長は、当事者が了承する場合、上記の事項以外の事項についても商事部に代わって裁判することができる。

(4) 州政府は、統一的判例の確保に役立つ場合には、複数の地方裁判所の地区に関する法律 (Rechtsverordnung für die Bezirke mehrerer Landgerichte) によって、地方裁判所の一つに委ねることができる。州政府は、州司法部 (Landesjustizverwaltung) に権限を委譲することができる。

第三条 申立権者

一条に基づく手続の申立は、つぎの者が、以下の場合にすることができる。

1 一号の場合には、すべての局外株主

2 二号および三号の場合には、離脱株主

3 四号の場合には、組織変更法の規定に掲げられた持分所有者

一号および三号の場合には、申立人が申立のときに持分所有者である場合に限り、申立をすることができる。株主としての地位は証券によって裁判所に証明しなければならない。

同志社法学 五五巻七号

七二 (一八三〇)

第四条 申立期間と申立理由

(1) 一条に基づく手続における裁判所の決定の申立は、以下の事項が公告されたものとみなされる日から三月以内にのみ行うことができる。

1 一号の場合には、商法典一〇条に基づき商業登記簿への企業契約の締結の登記または株式法二九五条二項に定められた変更の商業登記簿への登記

2 二号の場合には、商法典一〇条に基づき商業登記簿への編入の登記

3 三号の場合には、商法典一〇条に基づく譲渡決議の商業登記簿への登記

4 四号の場合には、組織変更法の規定に基づく商業登記簿への組織変更の登記。

期間は、二条一項二文および三文の場合には、最初の管轄裁判所に到達したときから進行する。

(2) 申立人は、前項に基づく期間内に理由を述べなければならない。申立理由は、つぎの事項を含まなければならない。

1 被申立人の名称

2 三条に基づく申立権の主張

3 構造措置の態様および一条に基づき裁判所が決定すべき

補償に関する事項

4 七条三項において掲げる書類から明らかになる限りにおいて、補償に対する基礎として算出された被申立人の企業価値に対する具体的な異議。申立人が申立の時に主張できなかった理由が右の書類を利用できないことにあると疎明するときは、七条三項に基づく謄本の付与を同時に請求する場合には、理由の申立期間は、申立があれば相当の期間延長することができる。

さらに、申立人が所有する持分の数が申立理由書から明らかにしなければならない。

第五条 被申立人

一条に基づく手続における裁判所の決定の申立は、以下の場合に、つぎに掲げる者に対して行わなければならない。

- 1 一号の場合には、企業契約の相手方
- 2 二号の場合には、主会社
- 3 三号の場合には、主要株主
- 4 四号の場合には、譲受会社または新しい法形式の担い手もしくは新しい法形式の権利の担い手。

迅速な裁判手続による少数株主保護の確保

第六条 共同代理人

(1) 裁判所は、申立人ではない申立権者のためにその権利を守るため早い時期に一人の共同代理人を選任しなければならない。選任された共同代理人は、法定代理人の地位を有する。相当な補償の確定と相当な代償の確定が申立られる場合には、具体的事情に基づいて、一人の共同代理人によつてすべての申立権者の権利を守ることを確保できないことが明らかになるときは、それぞれの申立について一人の共同代理人を選任しなければならない。一人の共同代理人の選任は、申立権者の権利を守ることが別の仕方で確保されている場合には、行わないことができる。裁判所は、共同代理人の選任を電磁式官報で公告しなければならない。一条一号から三号までの規定の場合には、局外株主または離脱株主が申立てることができる会社の定款、あるいは一条四号の場合には、譲渡する権利の担い手もしくは組織変更する権利の担い手の定款、パートナーシップ契約が公告について別の会社公告紙もしくは電磁式媒体を定めているときは、申立はこれらにおいても公告しなければならない。

(2) 共同代理人は、被申立人に対して、連邦弁護士報酬規制法 (Bundesgebührenordnung für Rechtsanwälte) を準用して、現

金の立替金の補償と自己の活動に対する報酬とを請求することができ。複数の被申立人は、連帯債務者として責任を負担する。裁判所は、立替金と報酬額を決定する。目的物の額 (Gegenstandswert) は、裁判所費用を規準とする業務費用である。裁判所は、代理人の請求があるときは、支払義務者に前払金の給付を命じることができる。民事訴訟法に基づく強制執行は、確定したときから行われる。

(3) 共同代理人は、申立の取り下げ後も手続を継続することができる。この場合には、共同代理人は、申立人と同視する。

第七条 口頭弁論の準備

(1) 裁判所は、被申立人と共同代理人に遅滞なく申立人の申立書を送達する。

(2) 裁判所は、被申立人に対し同時に書面による答弁を催告する。被申立人は、返答書において、特に、補償額、追加払額または金銭代償額もしくはその他の代償額について意見を表明しなければならぬ。裁判所は、意見表明に関して、少なくとも一月、かつ三月を超えない期限を設けなければならない。

(3) 被申立人は、さらに、申立書の送達後に企業契約に関する報

告書、編入報告書、主要株主に対する株式の譲渡に関する報告書または組織変更報告書を裁判所に提出しなければならない。支配契約もしくは利益供与契約、編入、主要株主に対する株式の譲渡または組織変更が専門の検査士によって検査された場合には、当該検査報告書も提出しなければならない。

裁判所は、申立人または共同代理人の請求があるときは、上に掲げた書類の複写を申立人または共同代理人に遅滞なくかつ無料で提供するよう被申立人に命じることができる。

(4) 二項に基づく意見書は、申立人と共同代理人に送付しなければならない。意見表明は、少なくとも一月、かつ三月を超えない期間で裁判所が定めた期限内に、答弁および三項で掲げた書類に対する異議を書面で申立てなければならない。

(5) 裁判所は、さらなる準備措置を命じることができる。裁判所は、当事者に対して書面による申立の補充または説明ならびに記録を提示させ、とくに一定の説明を要する事項に関する説明に期限を設けることができる。手続の各段階において、当事者が適時にかつ完全に説明するように努めなければならない。当事者は、すべての命令について知らされなければならない。

(6) 裁判所は、最初の期日の前にすでに先決問題の解明のため

に、とくにその後の証拠調べの種類と範囲について鑑定人による証拠調べを口頭審理の準備のために命じるか、またはそれに関する専門の検査士の書面による意見表明の提出を求めることができる。

(7)被申立人は、申立人もしくは裁判所の裁判長あるいは場合によっては裁判所が選任した鑑定人が要求するときは、裁判所の決定のために重要であるその他の書類を遅滞なく提出しなければならぬ。裁判長は、申立の相手方が要求するときは、重要な理由に基づく秘密保持、特に工場の機密、事業所の秘密、営業の機密を保持するために秘密遵守が必要である場合には、書類について意見を述べることができる申立人の利益と比較衡量して、そのような書類の利用を申立人に禁ずることを命じることができる。裁判長の決定に対して裁判所の判断を求めることができる。その決定は取り消すことができる。

(8)非訟事件手続法三三条一文と三文ならびに三項一文と三文の規定は、三項と七項に基づく申立の相手方の義務の履行に準用する。

迅速な裁判手続による少数株主保護の確保

第八条 口頭弁論

(1)裁判所は、口頭弁論に基づいて裁判しなければならない。口頭弁論は、できるだけ早く行わなければならない。

(2)裁判所は、七条三項二文の場合には、自己の自由な心証によれば、事実関係の解明のために専門家の証言としてその審尋が必要であると思料するときは、専門の検査士 (sachverständigen Prüfer) の出頭を命じなければならない。申立人の申立、被申立人の答弁ならびに当事者のさらなる書面による陳述は、呼出状とともに専門の検査士に知らせなければならない。裁判所は、役立つと思われる場合には、個々の問題について専門の検査士の口頭または書面による答弁を命じることができる。

(3)民事訴訟法一三八条と一三九条ならびに二七九条二項と三項および二八三条の規定は、口頭弁論の実施に準用する。

第九条 手続推進義務

(1)各当事者は、口頭弁論および書面による準備においては、手続の段階に従い、慎重かつ手続の促進を考慮した手続の進行に相応するように、自己の申立ならびに自己のさらなる陳述を早めに行わなければならない。

(2)他の当事者または八条二項の場合に口頭弁論に出席している鑑定評価人(sachverständigen Prüfer)が、事前に問い合わせをしなければおそらく説明することができない旨の陳述は、これらの者が口頭弁論の前に必要な照会ができるように、準備書面によって早めに知らせなければならない。

(3)被申立人は、七条二項に基づいて設けられた期間内に、申立の許可に関する責問を主張しなければならない。

第一〇条 手続推進義務違反

(1)法定期間(七条二項三文、四項)が経過した後初めて提出される意見表明もしくは答弁は、裁判所の自由な心証によって、その許可が法的争いの解決を遅延しない場合または当事者が遅延を許す場合に限り認められる。

(2)九条一項または二項に反して適時に行われなかった陳述は、許可が裁判所の自由な心証によって、手続の処理を遅延させかつ遅滞が弁明されない場合には、拒否することができる。

(3)非訟事件手続法一二条は、その限りにおいて適用しない。

(4)申立の許可に関連しかつ職権で考慮することができない時期に遅れた責問は、遅滞について十分な弁明がなされる場合のみ認められる。

第一条 裁判所の決定、和解

(1)裁判所は、理由を付した決定(Beschluss)によって裁判する。

(2)裁判所は、手続の各段階で、和解(gütliche Einigung)を考慮しなければならない。すべての当事者の合意が成立する場合には、これについて記録しなければならない。民事事件における和解に関する記録に適用される諸規定は準用する。執行は、民事訴訟法の規定にしたがう。

(3)裁判所は、決定(Entscheidung)または和解に関する記録を当事者に送達しなければならない。

(4)裁判上の和解は、当事者が裁判所に対する書面によって裁判所の書面による和解提案を受諾することによってもすることができる。裁判所は、前文によってなされた和解の成立と内容を決定(Beschluss)により確定する。民事訴訟法一六四条を準用する。決定書は、当事者に送付しなければならない。

第二二条 即時抗告

(1)一一条に基づく決定に対して、即時抗告をすることができる。抗告は、弁護士が署名した抗告状を提出することによってのみ申立てることができる。

(2) 高等裁判所が抗告に関して裁判する。非訟事件手続法二八条二項と三項を準用する。さらなる抗告は認められない。

(3) 州政府は、統一的判例の確保に役立つ場合には、複数の高等裁判所の地区に関する法令 (Rechtsverordnung für die Bezirke mehrerer Oberlandesgerichte) によって、高等裁判所の一つまたは州の最高裁判所に委ねることができる。州政府は、州司法部 (Landesjustizverwaltung) に権限を委譲することができる。

第一三条 決定の効力

決定 (Entscheidung) は、既判力をもつて初めて有効になる。決定は、最初に提供された金銭代償またはその他の代償と引き換えに当該の権利の担い手からすでに退社している持分所有者を含むすべての者のためにおよびすべての者に対して効力を有する。

第一四条 決定の通知

一条に基づく手続において既判力のある決定は、つぎの者が、以下の場合には、六条一項四文と五文の基準によって理由を付すことなく公示しなければならない。

迅速な裁判手続による少数株主保護の確保

- 1 一号の場合には、局外株主が申立権を有した会社の取締役
- 2 二号の場合には、主会社の取締役
- 3 三号の場合には、会社の主要株主
- 4 四号の場合には、すべての譲り受ける権利の担い手または新たな権利の担い手もしくは新しい法形式の権利の担い手の法定代理人。

第一五条 費用

(1) 費用法 (Kostenordnung) の規定は、以下においてなら別段の定めがない限りにおいて、裁判所費用に適用する。三条で掲げられたすべての申立権者が裁判所の決定に従い当初提供された額に加えた全額を請求できる額を業務費用とみなす。業務費用は、最低限二〇万ユーロでかつ最高限七五〇万ユーロである。価額決定の基準時は、申立期間が終了した日である(四条一項)。業務費用は、職権で確定しなければならない。第一審手続には、手数料の全額が徴収される。本案において裁判上の決定がなされる場合には、手数料は、手数料の全額の四倍に引き上げられる。これは、決定が一条四項二文に基づいて下されるにすぎない場合には適用されない。第二審手続には、同じ手数料が徴収される。抗告が奏功する場合

迅速な裁判手続による少数株主保護の確保も、同じである。

(2) 裁判所費用の債務者は、被申立人だけである。この費用は、衡平に相応する場合には、全部または一部を申立人に課すことができる。裁判所費用に対する被申立人の責任の適用は、これによって妨げられない。

(3) 被申立人は、立替金の補償に十分な前払金を支払わなければならない。費用法八条の規定は適用しない。

(4) 目的にかなった問題の解決のために必要であった申立人の費用は、手続の結果を考慮して衡平に沿う場合には、全部または一部を被申立人が弁済しなければならないことを裁判所が命じる。

第一六条 給付訴訟の場合の管轄

第一審手続の裁判所および二条によって内容に関する手続に関与することになった審査機関 (Sachkörper) は、裁判手続 (Spruchverfahren) において定められている補償、追加支払、または代償の給付の訴えについて専属的管轄権を有する。

第一七条 一般規定、経過規定

(1) 新法で何ら別段の規定がない限りにおいて、非訟事件手続法

同志社法学 五五巻七号 七八 (一八三六)
の規定を手続に適用する。

(2) 裁判所の決定 (Entscheidung) の申立が、二〇〇三年九月一日以前になされた手続については、この日まで準用される株式法および組織変更法の規定を適用する。抗告が二〇〇三年九月一日以後に申立られる抗告手続には、新法の規定を適用する。