

令和元年（ワ）第 [redacted] 号 新株発行無効等請求事件
原告 [redacted]
被告 [redacted]

令和2年（ワ）第 [redacted] 号 新株発行無効等請求事件
原告 [redacted]
被告 [redacted]

準備書面（7）

令和2年10月15日

東京地方裁判所民事第8部乙合議係 御中

原告ら訴訟代理人

弁護士 錦 織

[redacted]

同 津 留 崎

[redacted]

本準備書面の当初の目的は、被告証券会社の令和2年9月28日付準備書面（5）及び2つの意見書（乙44、乙45）への反論を行う予定であった。ところが本準備書面がほぼ完成し、「基準日」との関係で過去の臨時株主総会に関する追加証拠を併せて提出する直前に、被告証券会社より令和2年10月13日付準備書面（6）が提出された。また、上記過去の臨時株主総会に関する乙48の1～6が提出された。

更には、被告証券会社準備書面（6）には、「緊急の必要性」の存在について従来の主張を“時点修正”する内容が含まれている。

よって、本準備書面は、当初予定していた内容に若干の追加・修正を加

えて、以下のとおりとする。

序 はじめに

—被告証券会社の令和2年9月28日付準備書面（5）及び2つの意見書（乙44、乙45）を読んで—

1 これらの基本的特徴

これらを熟読吟味したが、基本的に新しい論点の提起は見受けられない。従前の主張の繰り返しか、せいぜいその補強である。また、会社法第206条の2の規定の本件への適用場面での具体的な記述や主張も若干見受けられるが、これとて格段新たな論点の提起というほどのものでもない。ただ、上記意見書には、被告証券会社の主張を擁護せんとする意識が働いたためか、この種の意見書としてはいささか“前のめり”の表現が散見されるのが、気になるところである。

2 乙44及び乙45（乙29）の論旨展開において見逃してはならない極めて重要なポイント

いずれにしろ、乙44及び乙45（乙29）を検討するにあたり、次の2点に格段の留意をはらう必要がある。

(1) 結局は原告の主張と同一の結論に帰すること（会社法第206条の2第4項違反は「無効原因」になり得ることを肯定）

要は、乙44も乙45（乙29）も、会社法第206条の2第4項の規定違反が新株発行無効原因にあたることを否定していないということである。

乙44の2頁は、「新株発行無効原因にあたらないと解することにも、新株発行無効原因にあたると解することにも、それぞれ、相当な根拠があるように思われる。」とし、ここでは、いずれが正当とも断言しない。

乙44の5頁の第2段落末尾は、かなりまわりくどい表現ながら、結局のところ「会社法第206条の2第4項違反が新株発行無効原因にあたる」と解することが適切である。」と肯定している。即ち、同項ただし書の要件を充足しているか否かの取締役会の「決定した過程及び内容に著しく不合理な点がある」場合には「無効原因にあたる」ことを肯定している。

また、乙29の11頁の第3段落及び乙45の2頁(2)最下段(乙29の結論を維持)及び乙45の10頁の第2段落後半部分は、「新株発行無効の訴えにおいて、裁判所は、」「取締役会の必要性・緊急性の判断に(会社・取締役間の利益相反の存在など)合理的な疑い」があればこれ(新株発行無効)を肯定すべきものとしていると解される。

被告証券会社が依頼した2名の意見書が結局は上記のような論旨を展開していることは極めて重要である。要は、会社法第206条の2第4項ただし書の要件を充足するか否かの取締役会の決定の“過程及び内容”に不合理な点があれば、その新株発行は無効となるということである。

原告らの見解と2名の意見書との違いは、せいぜい上記「ただし書」の要件を厳格に解するかどうかの違いであろう。この点は後述するとして、いずれにしろ、本件第三者割当増資は、これまで繰り返し述べたように、その決定「過程」及び「内容」とも不合理極まりないものであるとともに、不当な廉価で被告証券会社の支配権を売り渡すのと引き換えに、 らが自らの代表取締役の地位等の“横滑り”を画策した「利益相反」そのものである。まさしく、会社法第206条の2の規定の新設の背景・目的となった「取締役会が株式会社の支配者を選択する」という悪しき事例の典型というべきものである。

会社法第206条の2の規定につきどのような解釈に立とうとも、本件第三者割当増資が「無効」であることは見解の一致するところであろう。

(2) 「基準日」について全くふれていないこと

会社法第206条の2の規定の新設は「公開会社における支配株主の異動を伴う募集株式の発行」にあたって「株主総会の承認」の決議を要求している。ところで、後述するように、

「この承認は、総株主の議決権の10分の1以上の議決権を有する株主から反対の通知があった場合に必要となるものであるが、反対通知が実際に集まる前であっても、それが集まった場合に備えてあらかじめ株主総会の承認を得ておくことは妨げられないと解される。」

とされている（立法担当者らによる坂本三郎ほか「平成26年改正会社法の解説（IV）」商事法務No.2044，4頁以下，7頁（注46））（なお，江頭憲治郎「株式会社法（第7版）」764頁注（8）も同一の見解）。

このような立法当局者による解説は、「支配株主の異動を伴うような第三者割当増資」は「株主総会の承認を得ること」がこの規定の核心的要素であることを物語っている。

しかして、会社法第206条の2第4項ただし書に定める「緊急の必要」がある場合に限りかかる株主総会決議による承認を省略出来ることからすると、本件第三者割当増資の強行にあたって株主総会を開催するいとまもないほど期間的に切迫してたかどうかは、決定的に重要な点である。この点、原告らは、急遽株主総会を開催する十分な時間的余裕があったと主張しているのである。

ところが、被告証券会社は、そのことを真正面からは否定せず、いや、実質的には原告らの主張を肯定しつつ「基準日」なるものを持ち出し、「最短で株主総会を開催できるのは同年2月4日（月曜日）となる。」（被告証券会社の令和元年12月4日付準備書面（1）13頁）、「それを待っているわけにはいかなかった」などと苦し紛れの主張をするに至った。

そうであれば、「株主総会を開催するいとまがなかった」という被告証券会社の主張にとって、この「基準日」こそその主張を維持する最後の砦となるはずである。

しかし、乙44にせよ乙45（乙29）にせよ、「基準日」について何らふれるところがない。もし「基準日」なる被告証券会社の主張が会社法上許容しうるものであれば、「株主総会の開催には長期間（少なくとも50日程度）を要する」という意味で、このことが決定的に重要な意味を持つはずである。しかるに、乙44も乙45（乙29）もこのことに全くふれようとしない。「基準日」なる被告証券会社の主張が、会社法上余りに無理筋だからではないか。

以上を念頭に置きつつ、被告証券会社の準備書面（5）及び上記2つの意見書につき、主要な点にしぼって問題点を指摘する。なお、被告証券会社の準備書面（5）のほとんどは、乙44及び乙45（乙29）に依存しているので、これら意見書と重複する限りはあえて準備書面（5）の引用はしない（併せて被告証券会社の準備書面（6）への言及も必要最小限度にとどめる）。

第1 会社法第206条の2第4項の規定違反が新株発行「無効原因」となるか否かについて

1 乙44及び乙45（乙29）の結論

必要性・緊急性の判断（過程や内容）に、（会社・取締役の利益相反など）合理的な疑いが認められれば、「無効」となることについては、乙44及び乙45（乙29）もこれを肯定していることは前述した。

2 最判平24. 4. 24について

乙45は、「最判平24. 4. 24は」「非公開会社に関する判断であり

(㊸)」,「本件とは関係がない(㊹)」という。

上記㊸は当然といえればあまりに当然のことであり,原告らも“百も承知”のことである。原告ら準備書面(4)13頁,21頁もそのことを明らかにしている。

問題は,上記㊸から一足跳びに上記㊹に行くかどうかということである。原告ら準備書面(4)は,度重なる商法や会社法制改正の歴史のなかにこそ一連の最判とその“変遷”を理解すべきだと強調している。その意味で,原告ら準備書面(4)は,最判平24.4.24を平成26年会社法改正の“前史”として理解すべきことを指摘しているのであり,最判平24.4.24と平成26年改正による会社法第206条の2の新設は,「支配株主の異動を伴う募集株式の発行(第三者割当増資)」にあたり「既存の株主の利益保護」を重視すべきとする点に“共通の法理”を見出すことが出来ると述べているのである。

一般に判例解釈にあたり,肯定判例と否定判例(ときには折衷判例)を形式的・機械的に二分するのではなく,そこに可能な限り共通の法理や判断基準・判断枠組みを見出すよう追求することが肝要である。それは判例解釈の基本であると言わなければならぬ(ちなみに,原告訴訟代理人が若年の頃接したある最高裁刑事判例の調査官解説に,「多数意見のみならず,少数意見や補足意見をも総合してこそ正しい判例解釈が出来る」との含蓄ある指摘に接したが,このことも全く同旨である。)

この点,加藤貴仁ほか「座談会・平成26年会社法改正の検討」ソフトロー研究第24号(2014年)51頁以下は,次のように議論を展開している。

「田中:…(最判平成24年04月24日民集66巻6号2908頁)。そうだとすると,公開会社においても,新株発行が支配に影響するときは株主にとって重要だから株主総会の決議

が要求される。それが株主の通常の意味なんだという形で、決議を欠く新株発行の効力についても、非公開会社と同じルールになるという可能性もあり得なくはないと思うんですが。」(同 97～98頁)

「藤田：従来、株主総会決議を欠いても無効原因はないとされてきたのは、有利発行の事例なのですね。既存株主の経済的損失なので、これは役員 of 第三者責任等で補填させて、募集株式の発行の効力自体は動かさないという考え方もあり得る。これに対して、支配権の異動については募集株式の発行の効力を否定しないと救済にならない。非公開会社において株主総会を欠く第三者割当をすれば無効原因があると考えられていますが(最判平成24年04月24日民衆66巻第6号2908頁)、法律上守られている—今回の改正で守ることとした—持株比率への侵害が問題となっているという意味で、有利発行のケースよりはむしろそちらに近いと考えるわけですね。」(同100頁)

つまり、最判平24.4.24は非公開会社の判例だからとしてそこで思考停止したり、公開会社と非公開会社を形式的・機械的に二分してこと足れりとしてはならないということである。

我々法曹は、あくまで、不透明・不明瞭な第三者割当増資が横行したこと、これが従来是とされてきた授權資本制の濫用であったこと、それが我が国の資本市場の不透明さとして国の内外から激しく批判を浴びたこと、これが我が国の証券市場・資本市場の不健全さとして「改革」の対象となったこと等々を片時も忘れてはならない。ときとして保守的といわれる我々法曹といえども、“時代を超越”しいつまでも同じ地点にとどまっていたてはならないのである。

3 新株発行の性格づけについて

被告証券会社の準備書面（５），乙４４及び乙４５（乙２９）の中には、「新株発行が会社の業務執行に準ずるもの」かどうか、或いは「支配株主の異動を伴う募集株式の割当ては『会社の基礎の変更』にあたる」かどうか論じられている。

しかし、新設された会社法第２０６条の２は、立法過程における様々な議論を経たうえ、最終結論として「通常決議（普通決議）」（第５項）を要するものとしているのであり、上記のごとき性格づけについての見解の差異が、会社法第２０６条の２の立法趣旨に重大な解釈の違いを見出したり、本件の結論に影響を与えるものではない。たとえば、平成２３年２月２３日「法制審議会会社法制部会・第１０回会議議事録」における前田委員の発言は、

「親会社が出現するような第三者割当ては、実質的には組織再編に近い影響を株主は受けることとなりますので、株主総会決議を要するという考え方に賛成でございます。」

と述べたうえで

「議決権の過半数という形式基準を採らざるを得ないのではないかと思います。」

と述べている（同議事録２３頁）。

つまり、どのような解釈をするにせよ、取締役会が会社の支配権を株主から奪ってしまうような本末転倒、倒錯は許されず、「会社の支配権の問題については株主が決定する」という大原則から会社法第２０６条の２のごとき規定を新設することに、参加したほとんど全ての委員や幹事が賛成している（同議事録静委員・２２頁，前田委員・２３頁，濱口委員・２４頁，田中幹事・２４頁，奈須野幹事・２５頁，中東幹事・２６頁，神作幹事・２６頁，藤田幹事・２７頁など）。ちなみに、藤田幹事の上記発言は、

「支配権の移転については、たとえ友好的なものであっても、株主が関与すべきものだと考えており、理論的にはそういう整理でいくべきなのだと思います。」

といみじくも指摘している。

なお、加藤貴仁ほかの前掲「座談会・平成26年会社法改正の検討」51頁以下では、

「しかし、そのときの話と今とは大分違っています。」

違っているのは、大きく言うと2つあります。1つは組織再編並びでとは考えてなくて、持株比率が大きく移動する場合には株主の意思を問うという発想であるということ（神田・同94頁）

とか、

「支配権の異動をもたらすようなエクイティ・ファイナンスは組織再編並びで見なければいけないという発想が、どこかの段階でちょっと違った発想—支配権の異動について株主の承諾（通常決議）を得るべきである—to 轉換したという指摘も重要だと思います。」（藤田・同95頁）

と指摘されている。

つまり、「組織再編」かどうかという観点から自動的に会社法第206条の2の解釈原理がもたされるわけではないということである。

4 小括

いずれにせよ、「取締役が会社の支配者を決定する」という異常にして不健全な倒錯を、開かれた我が国資本市場においても許さないというのが、会社法第206条の2の新設の根幹であることを忘れてはならない。そして、そのことがこの規定の解釈原理としても最も重要であることを看過してはならない。

このことは、次の2つの論点（「ただし書要件の解釈」の問題及び「無効」原因たりうるかという問題）を考えるうえでも基本である。

第2 会社法第206条の2の第4項ただし書の定める「要件」の主張・立証責任について

1 乙44及び乙45（乙29）の結論

前述したように、いずれもこの要件を充足したとする取締役会の決定の「過程及び内容」に不合理な点があれば「無効」となるとする点で、原告らの主張と異なるところはない。

2 「基本的に取り締役会の決定を尊重すべし」とする考え方

ただ、乙44や乙45（乙29）が、前項以上に更に進んで、上記要件の充足判断にあたって「裁判所は基本的に取り締役会の判断を尊重すべし」と主張せんとするものであれば（そうであるかどうか必ずしも明らかではないが）、それは明白な誤りである。たとえば、乙44は、4頁の（4）の第2段落において「その判断が安易に事後的に不適切なものであるとされ、その結果、新株発行が無効とされることは、…会社法の枠組みとは適合しない。」というが、およそ裁判所が「安易に」判断することはない。いかなる法の規定であれ、またそれが「事前審査」であれ「事後審査」であれ、法は裁判所が適正に判断することを前提にしている。

また、乙44や乙45（乙29）がどのように考えているかは必ずしも明らかではないものの、これが「ただし書の要件を充足しているという取締役会の決定の過程及び内容は適法であることが推定される」「そうでないというのはこれに異を唱える株主側で主張・立証せよ」という趣旨で、主張・立証責任の転換を要求するといっているのであれば、断じて認めがたい。これは当該条項の「本文」と「ただし書」の関係における主張・立証責任の分配の基本原則を否定するものであって、理論的に間違っているからで

ある。それよりも何よりも、このような解釈によって、取締役会の決議を追認するのが原則であるかのように主張することは、これまで繰り返し述べた会社法第206条の2の規定の立法趣旨を根底から否定するものだからである。

いずれにせよ、「尊重」と「追認」とが紙一重であるとしたら、それは司法の自己否定である。そんなことを肯定したら、取締役会が株式会社の支配株主を選択・決定することに再び途を招いてしまうことは見易い道理である。それではいったい何のための会社法第206条の2の新設なのか。グローバル化された世界市場の中で「異常な第三者割当」として我が国の現状が国際社会から厳しい批判を浴びたことを、よもや忘れてはなるまい。

我が国の証券取引市場を健全化することは、国際標準に合致することである。これに反するような解釈をし、“先祖返り”したり、改正法を“骨抜き”にすることなど断じて許されない。

(なお、乙44が6頁「注6」で引用する森本滋教授の所説も、わざわざ「利益相反関係が認められない経営陣の合理的な判断」と二重に限定を加えているから、結局主張・立証責任を転換したことにはならないであろう。)

第3 会社法第206条の2第4項ただし書の要件の本件への適用について—金融商品取引法の規制と証券会社の特性との関連で—

1 乙44及び乙45

(1) 共通点

会社法第206条の2第4項ただし書は、

「当該公開会社の財産の状況が著しく悪化している場合において、当該公開会社の事業の継続のため緊急の必要があるとき」と定めるが、これがどのような場合をいうかにつき、乙44も乙45も金

融商品取引法の規制を受ける証券会社等であるか否かを重要な要素として考慮すべきとしている。証券会社等の金融商品取引業者等が一般の事業会社と区別して考えられるべきは、「業法」との関係で当然といえども余りに当然である。

(2) 相違点

しかし、乙44と乙45とでは重要な差異がある。

乙44は、

「必要な資金調達が間に合わず、当該会社に係る銀行業・保険業の免許が取り消され得るような財産の状況となること、若しくは金融商品取引業の登録が抹消され得るような財産の状況となること、又は、業務停止等を命ぜられ得るような財産の状況となることは、かえって株主の利益を害する（株主の期待に反する）結果となる。」

という（7頁，第1段落）。ここでは、業法との関係で「免許の取消」「登録の抹消」や「業務停止」の場合を想定している。まことに正当な指摘である。

しかし、乙45は、この点の主張がいささか異なる。即ち、

「業法上、自己資本比率等が当該事業を継続するために必要な財務指標の基準として示されているのであれば、当該基準を下回る蓋然性が認められることは、当該公開会社の財産の状況が著しく悪化している場合にあたると解すべきである。」（4頁，最下段落）

と、「蓋然性が認められる」ことで足りるとしているのである。「蓋然性」などというのは、その用語の意味自体からして極めて曖昧模糊としている。会社法第206条の2第4項ただし書の「著しく悪化」とか「事業継続のための緊急の必要性」をかくも曖昧な概念にすり替えてしまうことは許さ

れない。かかる「蓋然性」なる曖昧な判断基準によって、それこそ「安易に」取締役会決議が「追認」されてしまうのであっては、何のために会社法第206条の2の規定が新設されたか分からなくなってしまう。会社法第206条の2は、「株主総会の承認」が大原則であり、非常例外の場合に「取締役会決議」で足りるとしている。これを再び逆転させて“先祖返り”し、この規定を“潜脱”，“換骨奪胎”，“骨抜き”にしてはならないのは、絶えず我々法曹が帰らなければならない原点である。

2 本件への適用

(以下中略)

第4 「仮処分の時間的制約」なる論旨について

1 乙44と乙45の差異

乙45は、わざわざ「仮処分の時間的制約を根拠に新株発行無効事由となり得ることを認める学説の検討」なる標題の項目を立ててあれこれ論ずるとともに、あまつさえ本件への具体的適用についてまで言及している（乙45，9頁）（後者の点は、後述のようにいささか“勇み足”であろう。）。

乙44は、この点につき何の言及もない。乙45のように“まずは仮処分に依るべし”との前提に立たないのかもしれない。

2 会社法第206条の2第4項の規定に違反し「株主総会の承認」を得なかったことが「新株発行無効事由」となるかという論点との関連

このことは既に前記第1で述べたところでもある。そして、乙45のみならず乙44も、会社法第206条の2第4項ただし書の要件充足についての取締役の「判断の過程及び内容」に不合理な点があれば当該「新株発行は無効」になるとする点では原告らと見解が一致していると述べた。

そうすると、乙45がわざわざこのような命題を立てて論ずることと上記一般論とはどのような関係に立つのであろうか。乙45を読む限り必ずしも明らかではないが、乙45の見解は下記のように整理されると“推察”される。

- ① 会社法第206条の2第4項ただし書の要件を充足しないのに「株主総会の承認」を得ず取締役会の決議のみで新株を発行した場合、原則は「新株発行差止め」によるべきである。
- ② その場合、新株発行差止めの本訴に依るべしとするのはいかにも現実性がないから—これは原告ら訴訟代理人の注記である。念のため！—、現実問題としては「新株発行差止めの仮処分」に依るしかない。
- ③ 仮処分審理の制約からかかる仮処分命令が発令されなかった場合には、事後的に別途「新株発行無効の訴え」で判断してもよい。
- ④ 当該株主が仮処分債権者としてかかる仮処分申立を行う時間的制約がなかったのに仮処分申立てを行わなかったときは、それでも「新株発行無効の訴え」を提起して裁判所の判断を求めることが出来るが、その場合仮処分申立てをしなかったことは当該株主に不利益な事情として斟酌される。

しかし、このように“整理”してみると（決して乙44の“曲解”ではないと確信する）、幾重にも“反転”する回りくどい論旨展開の中にこの立論の弱点が内包されていることがわかる。

まず第1に、この立論は、結局のところ「新株発行差止めの訴え」によることも「新株発行無効の訴え」によることもその双方を許容するというものの、「差止めの訴え」が原則であって「無効の訴え」は例外的に認容されると主張しているように見える。「まずは仮処分に依るべし」とする

のは、まずは「新株発行差止めの訴えに依るべし」と理論的には同義である。ここで一貫しているものであれば、それはそれで一つの見解である。しかし、「仮処分申立ての時間がない」とか、「仮処分申立てが却下された場合」には、事後的に「新株発行無効の訴え」が許容されるというのは、法令解釈としてはいかにもご都合主義的であるばかりか、江頭教授説を意識する余り、論理の混乱に陥ってはいないか。

即ち、第2に問題とすべきは、「新株発行差止めの訴え」はともかく、実体法としての判断としてなされるべき「新株発行無効の訴え」の許容要件を徒に訴訟技術的ファクターないし訴訟法的要件にかからしめてはいないか。理論的にみて奇妙である。

そして、第3に、もっと根本的な問題は、「新株発行差止め」の「本訴（本案）」と「仮処分」の関係である。会社法第206条の2が定める「期間の制約」を考えると「新株発行差止め」の「本訴（本案）」による解決（救済）はどう考えても不可能である。そうすると自ずと「新株発行差止め」の「仮処分」によるしかないということになる。これは我が国民事訴訟法上どう考えてもあり得ぬ結論である。本訴（本案）が不可能だからいかなる場合でも絶えず「仮処分」によって解決するしかないというのであっては、「本訴（本案）」と「仮処分」の根本的關係を覆してしまう。仮処分はあくまで暫定処分であって、「本訴（本案）」が無力で役に立たないから、「仮処分」による解決を本旨とするなどということとはあり得ない。換言すると、仮処分はあくまで「本訴（本案）」が機能することを前提とするものであり、「本訴（本案）」がそもそも機能しないことを前提に「全ての場合に仮処分によるべし」とするのは、論理の破綻以外何ものでもない（「新株発行無効の訴え」を本案とし、「取締役会決議」の執行を差止める仮処分なら考えられるであろうが。）。

このように考えてくると、「新株発行無効の訴え」によることを端的に

許容し、乙44や乙45も自認する「取締役会の判断の過程及び内容の不合理性の有無」を端的に審査すれば足りるのではないか。

この点、前掲加藤貴仁ほか「座談会・平成26年会社法改正の検討」9頁以下が、興味深い議論を展開している。

即ち、田中前掲97～99頁が、非公開会社につき新株発行を「無効」とした最判平24.4.24と「同じルール」を公開会社の「新株発行の効力」についても適用するとしていることは前述した。

また、藤田前掲98頁が

「改正法で要求されることとなった株主総会の承認決議を欠く募集株式の発行の効力は、従来の株主総会決議を欠く募集株式発行と同視していいかという問題ですね。」

と指摘し、同100頁が先に引用したように

「従来、株主総会決議を欠いても無効原因はないとされてきたのは、有利発行の事例なのですね。既存株主の経済的損失なので、…これに対して、支配権の異動については募集株式の発行の効力を否定しないと救済にならない。…有利発行のケースよりはむしろそちら（最判平24.4.24）に近い…」

と指摘しているところが核心を衝いている。

即ち、問題の核心は、新設された会社法第206条の2の立法趣旨・目的をいかに解するかということにある。この新設規定は取締役会が支配株主を勝手に選択するという不健全にして異常な事態を健全な資本市場から放逐することにある。かような会社法制度の本質を否定するような不法極まりない新株発行はこれを「無効」にして救済するしかない。

そして、ここでもうひとつ重要なことは、かかる不法な取締役会決議に対する支配株主への救済を、我が国民事訴訟法が用意する制度が“邪魔”をしてはならないということである。

新設された会社法第206条の2は、単に実体的要件を定めるだけでなく、「2週間前までに」（第1項本文）、「2週間以内に」（第4項本文）と極めて“窮屈な期間制限”を定めているのは何故だろうか。それは、要は同条第4項ただし書の「緊急の必要性」と均衡をとるためである。そうでなければもっとゆったりした期間を定めればよい。つまり、いずれにせよ“ことを急いで決めよう”というのが、この新設規定の“建て付け”なのである。

そうだとすると、この規定を無視して取締役会が“暴走”した場合に、我が国民事訴訟がそれにふさわしい救済手段を用意していなければならないはずである。

然らば、それが「新株発行の差止めの仮処分」なのであろうか（その「本訴（本案）」は論外として）。会社法第206条の2第4項の規定違反の新株発行に対し、上記の如く極めて窮屈な期間設定として制度設計された同条が、かかる仮処分を“一般的に”要求している（しかも「本訴（本案）」ではなく！—前述）などというのは、土台無理な話である（まずは「仮処分によるべし」という議論が“状況によって変わり得る”などという不確実・不確定な議論なら何をかいわんやであるが）。それはもはや“暴論”である。“一晚”で仮処分申立ての準備をすることが出来、“1日にして”裁判所が仮処分決定を出してくれるというのならそれでもよい。そんなことは“夢想”でしかなく、仮処分実務を知らない机上の空論である。会社法第206条の2がそんなことを想定・予定しているなどということはありません。いや、あってはならない。ましてや、今日のグローバル化した資本市場において海外からの資本参加は日常茶飯事である。否、むしろ海外からの投資を呼びこむことこそ我が国の資本市場の要求である。日本に存在する日本人の依頼者の場合であっても、本件の如き複雑・困難案件で短期的に仮処分の申立て準備を完遂し、あまつさえ裁判所をせかして仮処

分を発令させることなど果たして出来るであろうか。ましてや、かかる海外の依頼者 Client から委任状を取得することさえもときとしては相当日数を要する。

従って、前掲加藤貴仁ほか「座談会・平成26年会社法改正の検討」100頁において、

「藤田:あくまで差し止めの中でただし書きの要件の有無をきちんと判断するか、募集株式発行の無効原因について新たな考え方を導入するか」

という問題設定に対する回答は一義的に明快である。会社法第206条の2の期間制約という建て付けを我が国民事訴訟法の「本訴（本案）」の審理の実情に照らせば、前者は“不可能を強いる”ことになるからである。

江頭教授がこのことにつき「時間的余裕」や「時間的に株主の差止請求の機会がないこと」を論じられ（江頭憲治郎「株式会社法（第7版）」764頁（注9）、779頁）、これに同調する学説が多数あるのは、そのような意味であって、当然のことである。つまり、同教授・前掲書779頁が「時間的に株主の差止請求の機会がないこと」と言われるのは、あくまで「差し止めの本訴（本案）」のことである。だからといって「仮処分によるべし」とするのは、我が国民事訴訟法の構造を無視した議論である。端的に「無効の訴え」で判断すればよいのである。

3 本件の場合

(以下略)