

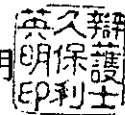
株式会社商事法務 御中

調査報告書

平成 22 年 3 月 31 日

NBL 編集倫理に関する第三者委員会

委員長 久保利英明



委員 堀部政男



委員 田中早苗



目次

| | | |
|-----|---------------------------------|----|
| 第1 | NBL編集倫理に関する第三者委員会の設置及び調査の実施 | 1 |
| 1. | NBL編集倫理に関する第三者委員会の設置の経緯及び委員会の構成 | 1 |
| 2. | 当委員会の任務・調査事項 | 1 |
| 3. | 当委員会の調査方法 | 2 |
| 第2 | 本件記事掲載の経緯 | 2 |
| 1. | 2009年10月12日 | 2 |
| 2. | 2009年10月13日 | 3 |
| 3. | 2009年10月14日 | 4 |
| 4. | 2009年12月4日 | 4 |
| 5. | 2009年12月5日 | 5 |
| 6. | 2009年12月6日 | 5 |
| 7. | 2009年12月11日以降 | 6 |
| 第3 | 先行する金判判決コメントとの類似性 | 6 |
| 第4 | 過去における類似案件 | 8 |
| 1. | 貸レコード業者仮処分事件 | 8 |
| 2. | 銀行間訴訟事件 | 9 |
| 第5 | 本件記事掲載の原因・背景事情 | 10 |
| 1. | 動機 | 10 |
| 2. | 記事を編集部名義とすることについての明確な基準の欠如 | 10 |
| 3. | 現NBL編集長の判断の不適切さ | 11 |
| 第6 | 事実の評価と再発防止策を含む提言 | 11 |
| 1. | 編集権の確立とその責任について | 11 |
| 2. | 読者の信頼の確保というミッションを果たすために | 12 |
| 3. | 内容の中立性と著者名の開示について | 13 |
| 4. | 「編集部名義」の原稿が意味するもの | 13 |
| 5. | 編集基本方針の確立と編集倫理綱領の策定 | 14 |
| 6. | 編集ガイドライン作成についての提言 | 14 |
| 7. | 他誌記事のモニタリング体制 | 15 |
| 8. | 読者の声を生かす制度の構築 | 16 |
| 9. | 研修・教育制度と人事制度 | 16 |
| 10. | 編集者の心構えの伝承と検証を行う全誌横断的な組織態勢と場の設定 | 16 |
| 第7 | 将来に向けて | 17 |

添付資料

- ・ 編集部「東証売買システムの不備によるみずほ証券の取消注文の不処理をめぐる損害賠償請求訴訟の検討」NBL920号（2010年1月1日号）68頁～76頁

第1 NBL編集倫理に関する第三者委員会の設置及び調査の実施

1. NBL編集倫理に関する第三者委員会の設置の経緯及び委員会の構成

株式会社商事法務（以下「会社」という。）が発行するNBL920号（2010年1月1日号）68頁～76頁にかけて、「東証売買システムの不備によるみずほ証券の取消注文の不処理をめぐる損害賠償請求訴訟の検討」と題する編集部名義の記事（添付資料参照。以下「本件記事」という。）が掲載された。

本件記事は、原告をみずほ証券株式会社、被告を株式会社東京証券取引所とする損害賠償請求事件（以下「本件訴訟」という。）について、2009年12月4日に東京地方裁判所において言い渡された判決（以下「本件判決」という。）の内容について解説・論評するものであった。

2010年2月上旬、会社は、本件記事の内容は、①本件記事より先に公刊されていた金融・商事判例1330号（2009年12月15日号）における本件判決に関する判決コメント（以下「金判判決コメント」という。）の内容と類似していること、及び②編集部名義の記事にしては、その立場が訴訟の一方当事者の立場に偏りすぎていることに気付き、社内調査を実施したところ、本件記事は、本件訴訟の一方当事者の関係者が執筆していたことが判明した。

会社は、かかる事態を重大なものと受け止め、本件記事の掲載に至る経緯や原因、会社における責任の所在等を明らかにすべく、外部の専門家・有識者から構成される第三者委員会として「NBL編集倫理に関する第三者委員会」（以下「当委員会」という。）の設置を決定した。

当委員会の委員は、以下のとおりである。

委員長 久保利英明（弁護士・大宮法科大学院大学教授）

委員 堀部政男（一橋大学名誉教授（情報法・メディア法））

委員 田中早苗（弁護士・マスコミ倫理懇談会「メディアと法」研究会アドバイザー）

なお、当委員会は、当委員会による調査の補佐のため、当委員会の直属として以下の者を選任した。

調査事務局長 野宮 拓（弁護士）

2. 当委員会の任務・調査事項

会社から依頼を受けた当委員会の任務・調査事項は、以下のとおりである。

- (1) 本件記事の掲載に至る経緯・原因等の事実解明
- (2) 本件記事の掲載に関する会社の責任
- (3) 再発防止策の提言

当委員会は、上記の任務を引き受けるにあたり、第三者委員会としての会社からの独立性の確保等の観点から、①調査報告書の起案権・編集権は当委員会にあること、②調査報告書は外部に公表すること、③当委員会の調査に会社は全面的に協力することを条件とし、これらの3点について会社から承諾を得た。

3. 当委員会の調査方法

当委員会は、調査にあたっては、①本件記事及び金判判決コメントを含む、本件訴訟に関する他の法律専門雑誌の記事内容の検討、②本件記事の掲載に至るまでの会社関係者と執筆者ら間のやり取りの検討、③現在及び過去のNBL編集部関係者を中心とした会社役職員からのヒアリング、④本件記事の執筆者らから任意に提出された事実経過報告書の検討及び執筆者らからの要請による同人らのヒアリング等を実施した。

また、これに加え、⑤過去の類似案件の記事の検証、⑥会社の組織体制・社内体制に関する関係資料の検討、⑦会社の広告料収入に関する資料の検討等を行った。

なお、会社は、NBLのほか、旬刊商事法務と資料版/商事法務の2誌を発行しているが、①この2誌の記事についてはそれぞれ商事法務編集部及び資料版/商事法務編集部に編集権があり、本件記事が掲載されたNBL編集部の編集権とは別個独立の存在であること、②調査にかけられる時間的制約から調査対象は自ずと限定せざるを得ないことから、旬刊商事法務及び資料版/商事法務についても、本件記事と同様の問題が存するかについては調査対象とはしていない。

もっとも、万が一、旬刊商事法務又は資料版/商事法務の編集した記事において、本件記事と同様の問題点が見られるときは、本調査報告書において指摘する再発防止策が基本的に妥当すると考えられるから、同編集部においてもそれを参考にすべきであるとする。

第2 本件記事掲載の経緯

当委員会による調査の結果、本件記事掲載に至る経緯は、概ね以下の通りであったと認められる。

なお、本件記事の掲載については、NBL編集部においてはNBL編集長が執筆者らとの窓口となり、またその掲載を決定しており、その他のNBL編集部員は、原稿の校正の段階で形式的に関与するに止まり、執筆者らとのやり取りにおいては実質的な関与はしていない。

1. 2009年10月12日

2009年10月12日の夜、本件訴訟の一方当事者の代理人（以下、場合に応じて「執筆者」又は「執筆者ら」という。）が、連名で、NBL編集長に対して、「重要判決の掲載に関しまして」と題する電子メールを送付した。同メールは、本件訴訟の判決期日が2009年12月4日に指定されたことを知らせるほか、以下の記述を含むものであった。

「本件訴訟は、……法的な面でも、証券取引所の負う義務内容、システム発注者の責任、免責規定の有効性やその範囲、過失免責における除外されるべき『重過失』の意義や、過失相殺の適用の有無など、様々な新奇性^{〔原文ママ〕}に富む論点を含んでおります。そのため、原告側だけでも優に10名を超える証券取引法及び民法の、我が国の権威の学者の先生方のほか、システム論の専門家の意見書等も多数提出しており、本件の判決は（どのような結論・内容になるのかは分かりませんが）様々な研究材料を提供するものと考えております。」

「どのような結論になろうともどちらか(ないしは双方)から控訴がされることはほぼ必定であろうと見込まれますところ、控訴審の審理をより充実したものとするためにも、判決内容がいち早く公刊物に掲載され、判決に関して各方面から様々な議論がなされるのが望ましいものと考えているところです。」

「しかるところ、判決時期を考えますと、年末の迫った時期であり、分量的にも相当のものとなるかと思われましたことから、予め、貴誌におかれての掲載記事のご予定との掲載のご意向の有無や時期に関しまして、お伺いできればと考え、このようにご連絡申し上げている次第でございます。」

「ご掲載を頂けるようでしたら、判決文につきましては、受領次第速やかに貴社にお送りし、また、いち早くご掲載頂くべく枠囲みのコメント部分も(もちろん極めてニュートラルな要点のまとめとして)ご用意させて頂きたいと考えております(もとより他の方にご用意頂いても差し障りはございませんが、内容が極めて複雑なものであり、争点も多岐にわたるために、判決書をお受取りになられて、その内容をご覧頂いてご執筆頂くには時間を要することが想定されますので、上記のとおり、こちらでのご準備を申し出させて頂く次第です。)」

執筆者らによれば、この電子メールは、本件判決が持つと考えられる法的な意義にも鑑みて、学者・実務家等の法律関係者に知らしめるべく早期に判例雑誌等に掲載されるのが望ましいと考え、会社がNBLにおいて本件判決を掲載する意向が確認できれば、NBLの紙面を確保してもらうべく送ったものであるとのことである。なお、枠囲みのコメント部分の準備を申し出たのは、本件訴訟の規模や手続の経緯等からして本件判決が膨大なものになることが予想され、その内容も大部で複雑になるであろうと考えられたことから、本件判決を読んで枠囲みのコメント部分を作成するというのでは迅速に掲載することが難しいのではないかと考えたためであるとのことであった。ただし、執筆者は、上記メールのとおり、枠囲みのコメント部分を準備する場合は「極めてニュートラルな要点のまとめ」として提供する旨申し出ており、また、執筆者ら以外の者が準備することも差し支えない旨を明言していた。

2. 2009年10月13日

翌10月13日午前、NBL編集長から執筆者らに対して、①本件判決は、NBLにおいても報道・解説必須との認識を持っている、②判決文そのものの掲載については、どのような対応が可能かNBLのほか旬刊商事法務、資料版/商事法務の各編集部と調整のうえ検討させてもらいたい、③会社窓口を旬刊商事法務編集長に一本化して対応させてもらいたい旨を電子メールにて返信した。

これに対して、執筆者らは、同日午後3時29分、NBL編集長に対して、上記返信について礼を述べるとともに、本件判決の解説記事に関し、極めてニュートラルなものとしての事案及び論点の要点のまとめを執筆者らにて準備できるので検討してもらいたい旨の電子メールを送信した。

同日午後5時19分、NBL編集長は、以下の内容の電子メールを執筆者らに送付し、NBLでの非頭名でのニュース解説を執筆者らに依頼した。

「判決文そのものの掲載につきましては、その可否も含めまして[旬刊商事法務編集

長] を窓口に検討させていただきます。

それとは別途に、判決の内容をニュートラルな記述によるいわばニュース解説として NBL の 12 月 15 日号で速報できないかと考えております。

つきましては、次のような要領にてご寄稿をお願いすることができますかどうかご検討いただければ幸いです。

NBL での第一報としてきわめてタイトなスケジュールでのご執筆と非頭名でのご寄稿という勝手なお願いでございますが、お力添えを賜ることができますれば有り難く存じます。

テーマ・内容：東京地判平成 21・12・5 ^{〔原文ママ〕} みずほ証券 vs. 東証事件

掲載誌面：NBL12 月 15 日号（実際の発行日も同日）スクエア欄

原稿字数：3,000 字（組上がり 2 頁）または 6,400 字（組上がり 4 頁）

ご脱稿締切：12 月 7 日（月）午前中

校正グラ(pdf)送付：12 月 8 日（火）午 3 時頃まで ^{〔原文ママ〕}

著者校締切 ^{〔原文ママ〕}：12 月 9 日（水）午前 10 時（同日は 12 月 15 日号の校了

〔出張校正〕日です）

著者目の表示：編集部とする」

NBL 編集長が「非頭名」、「編集部名」での寄稿を依頼したのは、依頼原稿が非頭名を原則とするスクエア欄に掲載される中立的なニュース解説であったからとのことであった。

3. 2009 年 10 月 14 日

執筆者らは、翌 10 月 14 日午前 5 時 4 分、電子メールにて、かかる依頼を承諾した。その後、本件判決が言い渡されるまで、NBL 編集部と執筆者らとの間では、本件記事掲載に関して何らのやり取りもされなかった。

4. 2009 年 12 月 4 日

2009 年 12 月 4 日、本件判決が言い渡され、判決書正本を入手すると、執筆者らは、その写しを NBL 編集長及び旬刊商事法務編集長に対して、バイク便で届けた。NBL 編集長は、その後、同日午後 4 時 34 分、執筆者らに宛てて、以下の内容の電子メールを送信し、改めて寄稿の依頼をした。

「下記のいずれかでのご寄稿につきましてご対応いただくことができますかどうかご検討いただければ幸いです。

1 案：12 月 15 日号スクエア欄で判決の概要を速報

字数=3,000 字

原稿締切=12 月 8 日（火）午前 10 時（9 日が校了日〔出張校正〕です）

2 案：1 月 1 日号に解説を掲載

字数=9,000 字（組上がり 6 頁）以内

原稿締切=12 月 11 日（金）午前 10 時

1 案・2 案とも執筆者名の表示（頭名とするか匿名とするかなど）についてはご相談

のうえ決めさせていただきたいと存じます。」

執筆者らは、その後、NBL 編集長に本件判決の更正決定を送付した。

5. 2009年12月5日

翌12月5日午前9時44分、執筆者らは、NBL 編集長に対して、以下の内容の電子メールを送付し、編集部名義での第2案の解説を準備させてもらいたい旨連絡した。

「弊職らと致しましては、第1案と第2案の何れかということでしたら、第2案の1月1日号での解説を準備させて頂ければと存じております。」

「もともと、本件訴訟は非常に論点が多岐に亘っており、9000字では必ずしも全てを十分に解説できない可能性もありますことから、もし貴誌のスペースが許すようでしたら、12月15日号で6000字程度、1月1日号で9000字程度で前編・後編の解説特集という形で寄稿させて頂くというのも意義があるのではと存じております。是非とも、ご検討頂ければ幸いです。」

「なお、上記解説につきましては、代理人弁護士名で掲載するのは難しいものと考えておりますため、貴誌編集部の名前で掲載させて頂ければと存じております。」

執筆者らが、NBLの編集部名義での掲載を希望したのは、①従前のNBL編集長からの電子メールにおいては「非頭名でのご寄稿という勝手なお願いでございますが」と記載されていたため、NBL編集長は非頭名を想定していると考えられたこと、②本件判決について控訴する場合には控訴理由書すら提出していない段階で本件記事が公表されることになるところ、控訴審での主張が決まっていない時点において、頭名で当事者代理人としての意見を述べることはできないし、むしろ客観的な解説を目指すものとして非頭名で掲載されることを想定していたため、とのことであった。この12月の段階でのNBL編集長からの電子メールによる寄稿依頼においては、10月時点での寄稿依頼とは異なって「ニュートラルな立場での解説」という要請はなされておらず、また、この他にNBL編集長と執筆者らの間で電話その他の手段により何らかのやり取りがなされたことはないとのことであったが、NBL編集長も、執筆者らも、本件記事においてはニュートラルな立場での解説を行うという認識であったとのことである。

執筆者らからの上記検討依頼に対して、NBL編集長は、同日午後5時5分、字数を12,000字として1月1日号に一举掲載、脱稿締切を12月11日（金）午前10時とする折衷案を、執筆者らに電子メールにて打診した。

6. 2009年12月6日

これに対して、執筆者らは、翌6日午後8時49分、以下の内容の電子メールを送信し、当該折衷案を受諾した。

「既に様々な報道もなされているところですが、本件訴訟の法的な論点につきましては、必ずしも正しく取り上げられておらず、弊職らとしましては、ご提案賜りました形式・字数にて貴誌にご掲載頂ければ、より理解を深めることに資するものと存じて

おり、今後論評等が間違った前提のもとにされないようにするためにも、喜んでお請
けする次第です。」

7. 2009年12月11日以降

12月11日正午過ぎに、執筆者らから、NBL編集部に対して、本件記事の原稿が電子メールにて入稿された。NBL編集部担当者が、同日午後5時33分に、執筆者らに対して校正刷りを送付した。その後、NBL編集部担当者と執筆者間において校正刷り・再校正刷りについてのやり取りがなされ、12月16日に校正が完了したが、本件記事の原稿についてNBL編集部からなされたコメントは、見出し番号や字句の表記の修正・統一等の形式面に留まり、原稿内容についてコメントがされることは一切なかった。

NBL編集長によれば、執筆者らから初稿を受け取り目を通したときの第一印象は、原稿がかなり一方当事者の立場に偏っているというものであったが、何度も目を通していくうちに、システム提供者の責任論についての議論が活発になるべきであるとの自己の思いと相俟って、そのような印象は薄れていったとのことである。

そして、本件記事は、予定通りNBL920号（2010年1月1日号）に掲載され、早いところでは2009年12月25日頃に読者の手元に届けられた。

第3 先行する金判判決コメントとの類似性

当委員会において、金判判決コメントの内容と本件記事の内容を照合した結果、本件判決を批判するポイントやその内容において多くの類似性が認められた。以下に代表的な箇所のみを併記する。

(下線部は同一箇所を示す)

| | 金判判決コメント | 本件記事 |
|---|---|---|
| 1 | 本判決では、被告が個別の取消注文に応じてこれを処理する義務を負っていたとする原告の主張について、通常の注文処理過程において被告としてなす具体的な行為は、取引参加者が入力した注文を処理する反応をするような被告売買システムを提供することであり、被告が機械の反応とは別個に具体的な行為を行うことが予定されていないことを理由として、媒介行為（注文の処理の行為）の存在および個別の取消注文を処理する債務の存在を否定している。 | 本判決では、東証が個別の取消注文に応じてこれを処理する義務を負っていたとするみずほ証券の主張について、通常の注文処理過程において東証としてなす具体的な行為は、取引参加者が入力した注文を処理する反応をするような東証売買システムを提供することであり、東証が機械の反応とは別個に具体的な行為を行うことが予定されていないことを理由として、媒介行為（注文処理の行為）の存在および個別取消注文処理債務の存在を否定している。 |
| 2 | また、本判決では「重過失」の意義に関し、判例が「ほとんど故意に近い著しい注意欠如の状態」を指すものと一貫して解していることを前提に、本件免責規定における重過失の意義も同様である旨判示しているが、この点には大きな疑問がある。 | また、免責がされない「重過失」の範囲についても、本判決では単に判例が「ほとんど故意に近い著しい注意欠如の状態」を指すものと一貫して解しているとの理解を前提に、本件免責規定における「重過失」の意義も同様である旨判示しているが、この点も疑問があ |

| | | |
|---|---|--|
| 3 | <p>例えば、本判決が引用する最三判昭和 32・7・9 民集 11 巻 7 号 1203 頁においては、「重大な過失とは、通常人に要求される程度の相当な注意をしないでも、わずかの注意さえすれば、たやすく違法有害な結果を予見することができた場合であるのに、漫然これを見すごしたような、ほとんど故意に近い著しい注意欠如の状態を指すものと解するのを相当とする」と判示されているところ、「故意に近い」という定義と「著しい義務違反」という定義とは対立関係にあると理解されており、実際には「故意に近い」という認識を問題にするのではなく、著しく注意欠如している結果認識を欠いていることを問題にして「重過失」を認定している事例も多く、当該規定の趣旨に従って何れと解するかを考えていくべきと論じられているところである（道垣内弘人「重過失」法教 290 号 35 頁以下、同『「重過失」概念についての覚書」能見善久ほか編『民法学における法と政策』537 頁以下。）。仮に、債務不履行の免責規定において「故意に近い」という定義にあてはめて考えるならば（上記判例は、不法行為責任に関するものである）、敢えて債務を履行しないような場合のみが免責されないこととなり、これでは合意に基づいて各当事者が債務を負う意味が全く失われるように思われる。</p> | <p>る。</p> <p>たとえば、本判決が引用する最三判昭和 32・7・9 民集 11 巻 7 号 1203 頁においては、「重大な過失とは、通常人に要求される程度の相当な注意をしないでも、わずかの注意さえすれば、たやすく違法有害な結果を予見することができた場合であるのに、漫然これを見すごしたような、ほとんど故意に近い著しい注意欠如の状態を指すものと解するのを相当とする」と判示されているが、「故意に近い」という定義と「著しい義務違反」という定義とは対立関係にあると理解されており、実際には「故意に近い」という認識を問題にするのではなく、著しく注意欠如している結果、認識を欠いていることを問題にして「重過失」を認定している事例も多く、当該規定の趣旨に従って何れと解するかを考えていくべきと論じられているところである（道垣内弘人『「重過失」概念についての覚書」能見善久ほか編『民法学における法と政策』（有斐閣、2007）537 頁以下、同「重過失」法教 290 号（2004）35 頁以下。）。</p> <p>そもそも債務不履行の免責規定において「故意に近い」という定義に当てはめて考えるならば（上記判例は、不法行為責任に関するものである）、あえて債務を履行しないような場合のみが免責されないこととなるが、そうすると、契約上「債務」を負っている意義は何らなくなってしまうのではないだろうか。</p> |
| 4 | <p>「遅くとも約定株式数が発行済み株式数の 3 倍を超えた午前 9 時 33 分 25 秒頃の時点では、……借株による決済の可能性も最早失われた」と判断しているが、なぜ、発行済株式数の 3 倍を超えた時点で初めて重過失になる（逆に言えば、3 倍を超えるまでは特段の対応をしなくても重過失とならない）のかという理由は示されていない。また、本判決は、午前 9 時 33 分 25 秒頃に売買停止の立案がなされていれば、その後の決済や売買停止オペレーションの実行に要する時間 1 分程度を考慮しても、午前 9 時 35 分頃までには売買停</p> | <p>「遅くとも約定株式数が発行済株式数の 3 倍を超えた午前 9 時 33 分 25 秒ころの時点」で「借株による決済の可能性も最早失われた」として判断しているが、どのような根拠で「発行済株式数の 3 倍」が決済可能かどうかの基準になり、また、東証が証券取引所として、売買停止を検討すべき機序となるのかの合理的な理由は何ら示されていない。</p> <p>また、第 3 に、午前 9 時 33 分 25 秒頃に売買停止の立案がなされていれば、その後の決済や売買停止オペレーションの実行に要する時間 1 分程度を考慮しても、午前 9 時 35</p> |

| | |
|---|--|
| <p>止が可能であったと述べているが、単純に「1分」を考慮すれば、午前9時34分25秒が売買停止義務違反の基準時となるはずであり、なぜ午前9時35分が売買停止義務違反の基準時になるのか合理的な説明はなされていない。</p> | <p>分頃までには売買停止が可能であったと述べているが、単純に「1分」を考慮すれば、「午前9時34分25秒」が売買停止義務違反の基準時となるはずであり、なぜ「午前9時35分」が売買停止義務違反の基準時になるのか合理的な説明はなされていない。</p> |
|---|--|

しかし、NBL 編集部は、2010年2月上旬まで、本件記事の内容が、本件記事に先立って公開された金判判決コメントに類似していることには全く気付かなかった。

本件記事と金判判決コメントが類似しているということは、本件記事と金判判決コメントの間に著作権侵害の問題が生じ得ることを意味する。しかしながら、当委員会は、金判判決コメントの執筆者が誰であるかについては、金融・商事判例の出版社を調査する立場になく、また、本件記事の執筆者らは金判判決コメントの執筆の有無については回答を差し控えた。したがって、当委員会は、本件記事の執筆者と金判判決コメントの執筆者が同一者であったか否かを認定することはできず、それ故、本件において著作権侵害があったか否かについては確定できなかった。

第4 過去における類似案件

当委員会は、本件記事が1回限りの特殊な事案であるのか、それともNBLにおいては日常的に行われている当たり前の事案なのかを検証する必要があると考えた。

そこで、当委員会は、現在及び歴代のNBL編集長に対して、係属中の訴訟に関してなされた編集部名義又は非頭名の判例解説であって、その原稿の執筆者が当該訴訟の一方当事者の関係者であるものが他にないかヒアリングをしたところ、現NBL編集長から、以下の①貸レコード業者仮処分事件及び②銀行間訴訟事件は、いずれも係属中の訴訟の一方当事者の関係者が執筆したものであって、自己が関与した記事である旨の回答を得た。

また、当委員会は、以下の2つの事件については、訴訟の他方当事者の関係者からNBL編集部に対して記事内容についてクレームがなされていることに着目し、2000年以降の編集部名義又は非頭名の判例解説をデータベースで抽出し、具体的な記事を提示したうえで、それらについて訴訟当事者の関係者からクレームがなされたものがないか改めてヒアリングを実施したが、2000年以降は、銀行間訴訟事件を除いて存在しなかった。

1. 貸レコード業者仮処分事件

現NBL編集長のヒアリングによれば、イニシャルによる記事ではあるものの、NBL367号(1986年12月15日号)4頁の「再燃した『貸レコード』問題●東京地裁昭61・11・20仮処分決定はレコード会社側の実質的敗訴か!?!」という記事は訴訟の一方当事者の関係者が執筆しており、さらには同記事については訴訟の他方当事者の関係者からクレームがなされた結果、NBL編集部は謝罪広告を掲載した。

かかる記事は、「A」というイニシャルで「トピックス欄」に寄稿されたものである。「A」は、題材とされた仮処分事件の債務者である貸レコード業者の代理人であったところ、その記事内容は、債務者に対して一部処分禁止を命じた仮処分決定を実質的には債権者の敗訴などと評価するものであった。

この記事は、現 NBL 編集長が NBL 編集部員であったときに企画を担当した記事であって、同氏は、当時、貸レコード業者側からの問題提起をしたかったため、係争中であつたにもかかわらず貸レコード業者の代理人に対して執筆を依頼したということであつた。それに対して、貸レコード業者の代理人も自らの主張を述べたいということがかかる執筆依頼を引き受けた。当時の NBL 編集長は、この企画を同氏に任せていたため、原稿掲載時には誰が執筆者であるかは知らなかった。

その後、かかる記事を執筆したのは債務者代理人であることを、債務者代理人自身が記者会見の席で自ら明らかにしたため、債権者関係者から NBL 編集部に対して抗議が寄せられた。

かかる抗議に対しては、当時の NBL 編集長が対応し、その結果、NBL373 号（1987 年 3 月 15 日号）57 頁において以下の謝罪広告を掲載している。

本誌 367 号（昭和 61 年 12 月 15 日号）トピックス欄掲載の「再燃した『貸レコード』問題」は、現在裁判所において係争中の事件の一方当事者（貸レコード業者）からの資料提供ならびにその主張を、編集部の責任において、そのまま掲載したものであり、読者各位はじめ事件関係者の方々に、同記事が第三者の論評であるかのよう誤解を生じさせたことをお詫びいたします。

編集部

この事件に関して、現 NBL 編集長は当時の NBL 編集長から口頭で注意を受けたに止まり、何らかの正式な社内処分を受けたことはないとのことである。

当委員会は、この貸レコード業者仮処分事件では、訴訟の一方当事者の代理人がその立場を秘して記事を執筆したことにより、NBL 編集部が謝罪広告を掲載する事態までに至っていることから、他にこの種の謝罪広告を掲載した記事はないかを確認したが、特に見当たらなかった¹。

2. 銀行間訴訟事件

銀行間訴訟事件に関する記事は、最近の NBL のスクエア欄に掲載された編集部名義の記事であって銀行間の訴訟提起を取り上げた記事である。

この記事については、その掲載後、訴訟の一方当事者である B 銀行の関係者から、記事内容

¹ 他に当事者の関係者からクレームを受けて社告を掲載した記事としては、判例解説ではないものの、NBL909 号から 914 号にかけて 4 回にわたり連載された久永眞著「フィクション 信託譲渡された貸金債権の金利引き直しと過払金紛争の顛末」がある。同連載は、当初から「本稿はフィクションであり、すべての記述は実在する団体・人物と一切の関わりがないことをおことわりします」との断り書きがなされていたが、当該連載が題材にしていた実際の事件の当事者の関係者から、NBL 編集部に対して、実際の事件関係者からの情報漏洩が疑われるような記事掲載は不適切である等のクレームがなされた。これを受けて、NBL 編集部は、NBL914 号 85 頁において「本稿は、貸金業法適用債権の集合譲渡と多量交錯譲渡をめぐって起こり得る対抗要件問題をはじめとする法律上・実務上の問題点を検討するために、実際の事件（以下「特定案件」という）に素材を求めて描いているものですが、①作者は過去および現在、特定案件に関与する主体（個人、団体等。以下「特定当事者」という）とは、まったく無関係の者（部外者）であることを表明保証します。②本稿は作者が自身の知見に基づき創作したフィクションであり、作者は本稿を著すに当たり特定当事者からの情報提供はいっさい受けていないことを表明保証します。NBL 編集部」との詳細な断り書きを掲載した。

が A 銀行の主張のみを取り上げており、B 銀行に対して何ら反面取材を行っておらず一方的である等の抗議が編集部に対してなされた。

この記事は、訴訟の一方当事者である A 銀行の関係者が執筆しており、それにもかかわらず、編集部名義にしたのは、当該執筆者が非頭名を望んだからであった。この記事は NBL 編集部が企画したものであって、直接担当したのは現 NBL 編集部員であるが、編集長は現 NBL 編集長であり、現 NBL 編集長は、訴訟の一方当事者の関係者が執筆することについて了解していた。

第5 本件記事掲載の原因・背景事情

1. 動機

本件記事の掲載を決定した現 NBL 編集長によれば、NBL においては事件の速報性を重視しており、本件記事についても、NBL が本件判決を他誌に先駆けて第一報として掲載することができる考え、掲載を決定したとのことである。

また、現 NBL 編集長は、本件記事の原稿に初めて目を通したときには、その内容が一方当事者の立場に偏っているとの印象を抱いたものの、システム提供者の責任についてもっと議論されるべきとの自己の常日頃からの思いもあったため、本件記事の内容については特に執筆者との間でやり取りをすることなく掲載したと述べている。

これらの「タイムリーな情報提供」や「独自の視点からの問題提起」が動機であったことは、後述するように、NBL がジャーナリスティックでタイムリーな情報提供を標榜する雑誌であることからすれば、理解可能なもので、それ自体が非難されるべきものではない。

なお、現 NBL 編集長が、執筆者らからは本件判決のみの提供を受け、判例解説自体は第三者に依頼するということをしなかったのは、会社あるいは NBL 編集部と執筆者ら間のこれまでの関係等に配慮した可能性も抽象的には存するものの、会社から入手した会社の広告料収入に関する資料の検討や関係当事者のヒアリング結果からは、会社又は NBL 編集部と執筆者ら間の便宜・利益供与又は関係配慮等を疑うべき事情は特には認められなかった。

2. 記事を編集部名義とすることについての明確な基準の欠如

本件記事の掲載に関する主たる原因は、現 NBL 編集長の速報性重視、世間の耳目を集めている事件について他誌に先駆けて解説したいとの思いが、自らの判断を誤らせたところにある。しかしながら、NBL 編集部において、いかなる場合にどのような名義で記事掲載をしてよいのかという明確な基準が欠如していたことも、本件記事掲載の一因となっていることは否定できない。

現在及び過去の NBL 編集部関係者からのヒアリング結果によれば、これまでの実務において、編集部名義は少なくとも以下の場合に用いられてきたとの共通認識が認められる。

- ① 編集部自らが取材し、執筆した原稿
- ② 法案の要綱解説など官公庁の担当者が執筆した原稿

①については当然のことであるが、②については、未だ国会提出されていない法案の要綱について担当官公庁がその名前を出して解説を行うことは立場上できないが、実務界の要請に応じて NBL その他の法律専門誌において解説を掲載する場合は、官公庁の部署名あるいは実際

に執筆をした担当者の個人名を出さずに編集部名義とする旨の慣行があったようである。

しかし、人によっては、上記に止まらず、執筆者が顕名を望まない場合は、便宜的に「編集部名義」とする者もあり、現 NBL 編集長もその例外ではない。顕名を望まない場合、あるいは顕名にできない場合とは、原稿の題材の当事者あるいはそれに近い者、類似事件の関係者などが執筆者である場合が典型であって、その場合には、便宜上「編集部名義」としていたようである。

このように、如何なる場合に原稿に編集部名義を付してよいのかについては会社において明確な基準がなかったために、編集長個人々々によって異なっていた。そして、会社においては、後述するとおり、編集倫理綱領や研修制度も存在していなかったため、かかる判断は、当該個人の独自の判断に依存することになった。このことが本件を引き起こした一因となっていることは否定できない。

3. 現NBL編集長の判断の不適切さ

現 NBL 編集長によれば、訴訟の一方当事者の関係者に執筆を依頼する場合には、その内容の中立性に配慮するよう依頼しており、著しく中立性を欠く場合を除き、訴訟当事者の関係者の執筆にかかる記事を非顕名あるいは編集部名義で掲載してもよいという価値判断があった。かかる判断については、多くの歴代 NBL 編集長が疑問を呈しており、現 NBL 編集長の判断は異例ないしは不適切であったと言わざるを得ない。

また、NBL 編集部が、本件記事内容の偏りについて十分検討を行った形跡はない。実際には、現 NBL 編集長は、本件判決を速報として掲載することのみを考え、執筆者らから初稿が上がってもその内容について何ら問題点を指摘することはなかった。それどころか、NBL 編集部の誰一人として、本件判決をきちんと読んだ者はいなかった。それ故、執筆者らからの本件記事に係る原稿が著しく中立性を欠くか否かを検証することはおよそ不可能であった。

現 NBL 編集長も認めるところであるが、そもそも、本件記事は単なる判例紹介ではなく「判例解説」であって、判決に対する評価が伴う以上、執筆者らの立場や主義・主張が記事に投影されることは不可避である。すなわち、判例解説の執筆を訴訟の一方当事者の関係者に依頼しておきながら、その中立性を確保することは至難の業であって、現 NBL 編集長の考え方は、現実を直視しない机上の空論であったと言わざるを得ない。

第6 事実の評価と再発防止策を含む提言

1. 編集権の確立とその責任について

一般に雑誌は、その編集権は編集部にあり、その長である編集長が記事の内容について全責任を負い、経営者が関与するのは人事面や経営面に限るとされている。そして、今回、社内関係者に対するヒアリングにおいても「雑誌の編集権は編集部にある」という認識で一致していた。

しかし、今回、本件記事の編集にあたっては、本来、全責任を負うべき編集長自らが実務処理をしていることから、編集権を編集部ではなく経営者が持つようにするか、あるいは外部の学者など有識者を含めた編集委員会を新たに設けて、編集委員会が編集権を持つとする制度に改変すべきかが検討の対象となる。

確かに、日本の新聞社は、経営者が編集権を握っている。また、法律雑誌の中には編集委員

会制度によるところもある。

しかし、この問題を考えるにあたっては、まず、NBLがどのような雑誌なのかを検討する必要がある。

NBLの創刊号巻末には、「『創刊のことば』に代えて」と題する文章が掲載されている。そこには「ビジネスの核心をなす法律問題を独自の視点により専門に扱う新しいジャーナリズムの新生にあたたかいご支援を期待するものであります」と記載されている。また、最近の広告用のパンフレットには「NBLはビジネス（事業活動）に関する最新の法律情報をお伝えする専門誌です。企業活動のさまざまなビジネスシーンで対応を迫られる各種の法律問題をとりあげ問題解決（ソリューション）の道標となる実用的な情報をタイムリーにお届けします」と記載されている。ここには、伝統的な法律雑誌とは一線を画す雑誌を発行するのだという強い意思が見て取れる。

このように、NBLはジャーナリストックでタイムリーな情報提供を標榜する雑誌といえるが、このような性格の雑誌には、編集における創造性、創造性、機動性が強く求められる。それらの特性を発揮するには、編集者の自由は最大限尊重されなければならない。個々の編集記事について、経営者が介入すれば、編集者の自由な発想の妨げになるし、編集委員会制度によれば、機動性が欠け、タイムリーな情報提供という目的が阻害される。さらに、編集権を経営者や編集委員会に移すことは、現実の編集実態や、社団法人商事法務研究会からの長年にわたる伝統にもそぐわないといえる。

したがって、当委員会は、編集権をNBL編集部に止めつつも、本件を契機に、2度と本件のようなことがないような対応策を検討することが肝要であると考えている。

2. 読者の信頼の確保というミッションを果たすために

上記の通り、個々の記事についての編集権が編集部にあるとしても、それは、編集権の付与＝フリーハンドを当然に意味するものではなく、経営者が雑誌一般の編集に一切関わらないということの意味するものではない。経営者は会社として出版業務に関わる編集基本方針や編集倫理綱領等を定めたり、再発防止策を講じることはできる。

しかし、実際、会社には、編集基本方針や編集倫理綱領が存在せず、さらには編集倫理に関する研修制度がないことからどのような行為が編集倫理上禁止されるのか、編集にあたってはどのような点に配慮すべきかということが共有されていなかったといえる。したがって、本件のように編集長自らの不適切な判断を防止するためにも、経営者が編集基本方針や研修制度を定める責任があるといえる。

また、編集権が編集部にあるとしても、責任を伴わない自由はあり得ない。編集の自由を守るためにも責任ある編集が求められ、特に編集部名義の原稿に関する具体的な編集ガイドラインの策定も必要である。

そこで、会社が、今後、このような編集基本方針等を定めるにあたっては、もう一度、NBLは誰のための雑誌なのか、どのような雑誌を目指すべきなのかを社内全体で確認する必要がある。

そもそもNBLは読者のための雑誌であり、NBL編集部は読者に責任を負う。そして、NBLのミッションは、識者の多様な言論を紹介し、読者の理解や読者自身の意見形成を手助けすることにある。それにもかかわらず、紛争の一方当事者の関係者から判例解説の記事を受け取り、編集部名義で誌面に掲載することは、読者の意思決定のために適切な材料を提供したといえず、読者に対し責任を果たしたとはいえない。

また、現代はインターネット時代である。ニュース、判例ばかりではなく、多くの識者の意見が容易に取得できる時代である。そのようなインターネット時代に、読者がNBLを購読する理由は、情報の海の中で、NBLが取り上げるテーマは読むべき価値があると考えているからに他ならない。そうであれば、今回の現NBL編集長の行動はこのような読者の信頼に沿う行動だったとは到底いえない。

NBLは誰のための雑誌なのか、どのような雑誌を目指すべきなのか。これらの問いは編集にあたっての根源的な問いである。本件を機に社長を先頭に全社員が真剣に討議し結論を出す必要がある。

3. 内容の中立性と著者名の開示について

現NBL編集長は、本件記事の内容は多少中立性を欠くとはいえ、著しく中立性を欠くものでないので、紛争の一方当事者の関係者が執筆する判例解説でも掲載してもよいと考えた旨供述している。

しかし、当委員会は、本件記事の内容が中立であるか否かにかかわらず、紛争の一方当事者の関係者作成の判例解説記事を編集部名義で誌面に掲載することは問題だと考えている。

いくら解説記事の内容が中立的な内容であったとしても、執筆者が紛争の一方当事者の関係者であることを知ったうえで記事を読めば、読者は、その内容に偏見がないかなど記事内容と距離をおきながら慎重に注意して読むであろう。つまり、紛争の一方当事者の関係者が執筆者であることが明らかな場合とそれを秘して編集部名義で掲載されている場合とでは同じ内容の原稿であっても読者が原稿を読んだときとは異なる印象を持つものである。読者の読み方、捉え方、印象などが異なることは明らかであり、判例解説記事の執筆者が紛争の一方当事者の関係者であることを秘して掲載することは、読者をあざむいたことになるといえる。

他方、当委員会は、紛争の一方当事者の関係者が執筆する判例解説記事を一切掲載してはならないといっているわけではない。企業法務の実務において問題となっている法的論点を時宜に合った方法で取り上げるためには、自ずとその情報源が当該事件の関係者に限られてくる。したがって、そのような問題点を取り上げ、広く実務界に問題提起をするためには、執筆者が係属中の訴訟当事者の関係者であることは論文掲載を否定すべき理由とはならない。しかし、かかる場合には、他人名義や編集部名義を用いるのではなく、堂々と立場を明らかにし頭名で著して世に問題を問うべきである。

4. 「編集部名義」の原稿が意味するもの

今回、編集部名義で本件記事を掲載したことは、編集部が、紛争の一方当事者の関係者の意見と全く同じであることを表明したことになる。

この点、現NBL編集長は、本件を取り上げた理由として以前からシステム提供責任に関心があり、問題提起をしたかったからと述べるが、同編集長は当該執筆者らの主張に必ずしも同調していたわけでもなかった。しかも、本件のNBL編集部には本件判決を読んだ者もおらず、他方当事者の主張や裁判所の判断を理解していたわけでもない。それにもかかわらず、紛争の一方当事者の関係者の見解を編集部自身の見解として発表してしまったのである。つまり、編集部が内容に責任を持ち得ない原稿を編集部名義で掲載してしまったといえる。

読者は、NBLという雑誌に対し、ニュー・ビジネス・ローという世界での羅針盤たる役割を期待している。そして、「編集部名義」の原稿がその具体的な方向性を示してくれることに

期待している。それにもかかわらず、係属中の訴訟の一方当事者の関係者が執筆した本件記事（判例解説）を、訴訟とは何ら利害関係のない「編集部」が執筆したかのように装ったことは、NBL 読者の期待や信頼を裏切るものであって、編集倫理に悖るといわざるを得ない。

このような行為は編集部名義の原稿に対する信頼感、ひいては NBL という雑誌そのものへの信頼感の喪失にもつながりかねない。まさに、本件によって「NBL の危機」を巻き起こしてしまったことを強く認識すべきである。

5. 編集基本方針の確立と編集倫理綱領の策定

そもそも会社には編集基本方針など編集倫理に関する一切の書面もなく編集長の交代にあたっては口頭の引継ぎもなかった。

経営者は、編集長を選任するにあたり、長年の編集経験があるので、編集倫理が身につけているものだと前提に立っていたといえる。確かに、現 NBL 編集長以外の編集長経験者にヒアリングをすると、一様に今回の事案は問題であるという考え方をもち、相応の編集倫理は身につけていると感じた。しかし、それはどのような理由から問題なのかと尋ねても明確に答えたものは少なかった。このように編集長経験者であってさえも、会社においては、編集倫理やジャーナリズムの原則について深く考え、明確な結論に達する機会がなかったように見受けられた。

NBL が取り扱う企業法務や訴訟の分野は、最も利害関係が対立する事象を題材とするのであるから、その点については十分配慮を行うべく、編集基本方針や編集倫理綱領を定める必要があった。また、NBL 編集部においては、上記のとおり、過去において貸レコード業者仮処分事件について謝罪広告まで行っているにもかかわらず、その教訓が編集部内において共有され伝承されて来なかった。

そこで、会社において、編集基本方針や編集倫理綱領等を策定し、社内に編集倫理の理解を浸透させるとともに、今後、編集長選任においては、当該基本方針等を理解している者を選任する必要があると考える。

6. 編集ガイドライン作成についての提言

(1) 編集部名義の原稿に関する従来の取扱いの問題点

前述したとおり、会社には如何なる場合に原稿に編集名義を付すかについては明確な基準もなかったために、かかる判断は個々の編集長自身の倫理観や経験に依存し、それぞれの編集長によってその取扱いが異なっていた。

そして、本件においては、編集権を持ち、記事内容について全責任を負うべき編集長自身が自ら担当者となり、本件記事を掲載していることからすれば、編集長以外の編集部員も問題点を発見できるように編集倫理綱領だけではなく、編集部名義の記事の取扱いに関する具体的な編集ガイドラインの策定が必要である。

さらに、ガイドラインが制定されれば、外部にも公表し、実施状況について読者からのモニタリングを受けるべきである。

(2) 編集ガイドラインの作成上の注意点

ただし、編集部名義の原稿の取扱いに関する編集ガイドラインの策定にあたっては、以下の点に注意する必要がある。

それは、編集ガイドラインは、編集基本方針等をさらに具体化したものであり、編集権に深くかかわる問題であることから、経営者から編集部へとといったトップダウンで決定すべきではないということである。原案策定にあたっては、編集部に在籍中の者や編集部以外の者でもかつて編集部に所属していた者の中からしかるべき者が中心となり議論を重ね、策定し、原案について他の編集部員の意見を聴取するなどして、編集ガイドラインを作成すべきである。その際、編集者は単なる社員ではなく、特別の知識と倫理によって支えられるプロフェッション・専門職であるという認識を持ちつつガイドラインの策定に関わるべきである。

(3) 当委員会からの編集ガイドライン作成上の具体的提案

参考までに、「編集部名義」の記事に関する編集ガイドラインについて、当委員会としての意見を述べる。

- ① 紛争の一方当事者の関係者を判例解説の執筆者とする場合は、頭名とし、その立場を明記する。
- ② その他、外部者による原稿を編集部名義の記事として掲載することは極力避け、頭名化する努力をする。
- ③ 頭名化できない場合は、「法務省関係者」、「法曹関係者」等、なるべく執筆者の背景が分かる表示をするか、イニシャルやペンネームで表示する方法を採るなど編集部名義は極力使用しない。
- ④ 編集部名義を利用するにしても、執筆者に利用されないよう、慎重に対応する。すなわち、執筆の依頼の際は、依頼の目的、原稿の希望内容などについて明確に伝える。電子メールだけのやりとりは極力避けて、面談等のコミュニケーションを取るよう努める。提出された原稿については、厳格に内容を点検し、不適切な場合は編集部が書き直すか、掲載を断る。
- ⑤ 頭名・非頭名にかかわらず、外部の第三者に執筆を依頼するときは、執筆者に二重投稿でないことを確認する。

7. 他誌記事のモニタリング体制

本件記事は、その内容が先行する金判判決コメントの内容と類似していた。それは、著作権侵害のおそれもあったということを意味する。

本件においては、金判判決コメントが公刊されたのは2009年12月15日頃と推察されるため、会社が金判判決コメントの内容について直ちに気付いたとしても、本件記事の出版を止めることはできなかったと思われる。また、現時点までNBL編集部に対して金判判決コメントについての著作権侵害を訴える者は現れていないので、著作権侵害の点についてはこれ以上踏み込まない。

NBLは企業法務の専門誌であることから、これまでは持込原稿についても著作権侵害のおそれなどは全く想定せずに運用を行ってきたと考えられる。しかし、これからは万が一の事態にも備えるべく、会社としても、著作権侵害のおそれがある記事を掲載することを未然に防止

するため、他の法律雑誌の内容を定期的に検討する態勢を構築する必要がある。

8. 読者の声を生かす制度の構築

従前の貸レコード事件では他方当事者の関係者によるクレームが端緒となり、当時のNBL編集部が、一方当事者の代理人によって書かれた当該記事をあたかも編集部が書いた記事のように誤解させたことを誌面で謝罪した。

しかし、この問題は、当時のNBL編集部において処理してしまい、経営者にも伝えられなかった。結局、現NBL編集長は当該記事の担当者であったものの当時懲戒処分を受けるわけでもなく、また、NBL編集部内でも当該事案をテーマとする反省会や研修等が実施された形跡もない。仮に、このときいったい何が問題であったかについて十分検討されていれば、本件は起こり得なかったといえる。したがって、今後、読者等からの声に社内でも何らかの対応をしたときは、将来に活かすために、記録化し、研修等を通じて社内でも問題を共有化し、それを編集基本方針の改定や新たなガイドラインの作成につなげるなど、フィードバックできる仕組みの構築を検討すべきである。

また、本来、読者等からの苦情や意見は、編集を見直すきっかけを与えてくれるものである。このような観点から、読者窓口や後述の編集オンブズマン制度など自主的苦情処理機関を設置し、読者からの苦情や意見を吸い上げ、経営者も把握できる制度を構築することが必要である。

そして、このような読者窓口等を設置した場合は、設置したことが読者に分かるように公表するべきである。

9. 研修・教育制度と人事制度

会社は新入社員に外部のエディタースクールの講座を受講させているが、同講座には編集倫理に関する講座は含まれておらず、また、社内においてこれを補完するような研修も行っていない。また、その他の編集部員についても特段、研修を実施してこなかった。

そして、貸レコード事件でも、反省会を開かず上司から部下に対する教育指導もなされなかったことから、歴代のNBL編集長には、編集倫理についてもOJTにおいて教育していこうという明確な意識が欠けていたと判断せざるを得ない。

そもそも倫理の問題は、座学による研修ではなかなか理解ができない面もあり、本来、上司が仕事をしながら部下に対しその都度、編集倫理を教え示すことが大切である。今後は、新入社員や編集長も含めた他の編集部員にも編集の自由の意義、編集倫理の向上、プロフェッション（専門家）意識の向上を目指した社内研修も必要であることはもちろんのこと、上司の責務として、OJTにおいても編集倫理について教育指導を施す必要がある。そして、研修などを通じて、編集倫理についての素養をもつ人材等を編集者に登用し、他方、部下に対して編集倫理について教育を施すことが上司の責務だと認識し、それを実行し得る人材を編集長に登用するなど教育・研修制度と人事制度とをリンクさせる仕組みを検討する必要がある。

10. 編集者の心構えの伝承と検証を行う全誌横断的な組織態勢と場の設定

会社では、1998年まで「情報交換会」を週1回開催していた。そこは、創業者が中心になり、担当者が1週間の新聞全紙を読み、興味あるテーマをピックアップし、ストレートニュースの記事を書き、皆で検討する会合であった。そして、あわせて取材のやり方や資料収集の方

法等も広く学べる場でもあった。この情報交換会について、元 NBL 編集長の一人は入社当時、情報交換会に出席し「強烈な印象を受けた」と語っている。そして、「編集に関する基本的なことを習得でき、とても役立った」とも述べている。

しかし、情報交換会は、創業者が会社を引いた後、後継者らを責任者として実施されたが、1998 年には取り止めとなってしまった。その後、9 年間、元 NBL 編集長の 1 人を中心にテーマ設定型の情報交換会を水曜日の昼休み実施し、2009 年 4 月までは、火曜か水曜のどちらかの午前中、開催されることとなった。そして、かかる体制になってからも、当初は、編集者全員が出席していたものの、その後、出席率が悪くなり、結局、2009 年 4 月に情報交換会は終了してしまっ

た。当該元 NBL 編集長の発言からうかがい知れるのは、当初の創業者を中心とした「情報交換会」は活気に満ちていたものであったのに対し、時の経過とともに、次第に上層部からも、編集者からも冷ややかに見られるようになっていき、2009 年 4 月には、とうとう無用な存在であると社内で結論づけられてしまったということである。

現 NBL 編集長は、情報交換会では編集倫理に関して話された記憶がないと述べているが、本来ならば、このような場で編集倫理についても語り合うべきであった。たとえば、前述の銀行間訴訟事件において反面取材を行わなかった問題や、報道された他社での編集倫理に関する問題をテーマとして取り上げるべきであった。

今回、何人かの編集長にヒアリングをしたが、編集部名義で紛争当事者の判例解説を載せることには全員が消極的であった。仮に、今までにこのような意見を現 NBL 編集長が聞いていたならば、本件の事態は未然に避けられたと思われる。

今後は、このような共通の関心事について議論でき、編集者の心得を語り継ぐ場を設定することが必要である。そして、その会合では、意識的に編集倫理の問題も扱うべきである。そうすれば、社内での編集方針、編集倫理を共有化することができ、また、仮に、各編集員が困難に遭遇したときに先輩編集者からアドバイスを受けることもできる。さらに、何らかの誘惑にかられ、編集倫理に反することをしてしまいそうになったとき、そのようなことをしたら社内の編集者仲間の名誉を傷つけることになるのではと、自制する方向に働くこともある。また、このような議論の場が作られるならば、社内の自己満足に陥らないためにも定期的に外部の講師を招き、議論することも必要となろう。

第7 将来に向けて

今回、当委員会は、提言において、あえてコンプライアンスという言葉を使用しなかった。それは、本件が編集倫理やジャーナリズムの価値や原則の問題であり、ひいては編集の自由、出版の自由に関わる問題であるからである。このような問題は、コンプライアンスという言葉が日本で頻繁に使用される以前からの問題であり、他の会社と同様に抱えるコンプライアンス上の問題ではなく、出版社、新聞社などジャーナリズムをつかさどるメディアに、特有の、そして昔から繰り返し問われてきた問題だからである。

しかし、残念ながら、会社は、こういった問題に関し、真剣に取り組む姿勢がなかった。しかし、今後、もし本件のようなジャーナリズム、編集倫理に関する問題が発生したときは、自主的、自律的に対応できる社内組織で解決することが望ましい。たとえば、編集部から独立している編集オンブズマンを選任したり、社内調査委員会の設置（ただし、お手盛りとの批判を受けたくないよう第三者も委員の一員として参加するもの）などの工夫である。

当委員会は、今回、改めて NBL という雑誌の意義を考えた。そのなかで、NBL の創刊号巻

末にあった「ビジネスの核心をなす法律問題を独自の視点により専門に扱う新しいジャーナリズムの新生」という NBL 宣言ともいうべき高らかな宣言に出会った。

現 NBL 編集長は、この NBL 宣言を誤解していたとしか思えない。同編集長にとって、本件記事の掲載は、システム提供責任という新しい問題点を独自の視点からタイムリーに切り込むことが目的だったにもかかわらず不適切な手法を用いる結果となった。

しかし、先人たちが NBL という雑誌に託したのは、新しいジャーナリズムといっても、あくまでジャーナリズムの原則を踏まえた新しいジャーナリズムの新生であり、読者の信頼感を何よりも大切にすることに変わりはなかったはずである。

その先人たちの熱い思いを受け継ぐ精神はまだ社内に残っているはずである。会社には、本調査報告書の提言を踏まえ、自主自律の精神を発揮し、NBL は誰のための雑誌なのか、どのような雑誌を目指すべきなのか、そのために編集倫理はどうあるべきかという、これらの問いに対する答えを示してもらいたい。当委員会は、あの NBL 宣言のような熱い新生 NBL の再生を心から期待するものである。

以上

東証売買システムの不備によるみずほ証券の取消注文の不処理をめぐる損害賠償請求訴訟の検討

編集部

I はじめに

東京地方裁判所は、平成21年12月4日、みずほ証券株式会社の株式会社東京証券取引所に対する、いわゆるジェイコム株誤発注事件をめぐる東証売買システムの不備に関する訴訟について、東証に107億1,212万8,508円の支払を命じる判決を言い渡した。

本判決の概要については、旬刊商事法務1885号のNews欄をご参照いただきたいが、本件は、平成17年12月8日、みずほ証券が東証マザーズ市場に新規に上場されたジェイコム株式会社株式にかかる委託注文を執行する際、「1株 610,000円」の売り注文を、「610,000株 1円」の売り注文と誤入力して東証に発注し、その約1分半後に取消注文を行い、その後も複数回にわたって取消注文を行ったものの、東証の売買システムの瑕疵により取消処理がなされなかったことから、取消注文後もみずほ証券が反対注文により自己対当させるまでの間、(取消しがなされていれば成立しなかったはずの) 売買が成立し続け、その結果、株式会社日本証券クリアリング機構が、その約定数から通常の株券の受渡しによる決済が著しく困難になったとして、同業務方法書に基づき決済条件の改定(いわゆる強制解合)により差金決済を行うこととした結果、みずほ証券が総額約407億円余りの売却損を被ったという事案につき、みずほ証券が原告となって、東証を被告として、取引手数料や弁護士費用相当損害金などを含めて

約416億円の損害賠償を求めた訴訟である。

本判決は、マスコミ等でも東証が多額の損害賠償を命じられた事件として大きく報道されたが、さまざまな論点・問題点を含むもののように思われる。

II 東証の負う義務・証券取引所の役割について

1 本判決において認められている東証の義務・義務違反行為

本判決は、東証売買システムの瑕疵により取消注文が処理されなかったこととの関係で、個別の取消注文を処理する義務の存在は否定したものの、取消注文を制度として採用していたことを根拠に、東証が取消注文が実現されるような市場システムを提供する義務(市場システム提供義務)を負うものと判断した。その上で、本判決では、東証は、自ら定めたその業務規程上、取引参加者が行う注文につき、東証売買システムにより処理するものと定めていたことから、一次的には、東証は取消処理が実現されるような売買システムを提供すべき義務(コンピュータシステム提供義務)を負っていたものであり、売買システム上での取消処理が実現されないという不具合が存したことについては、不具合の解消は可能であった以上、債務の履行が不完全であるとして、売買システム(コンピュータシステム)の提供の面において義務違反を認めている。

他方で、コンピュータシステムにより取消

注文が処理されない場合の代替措置に関するルール等の設定について（取消注文が実現できない場合に約定の成立を一時的に止めるというルール、取消注文が実現できずに約定が成立してしまっただけの場合に事後的な取消しを認めるというルールなど）は、東証にルール制定に関する裁量があることを理由に義務の存在自体を否定している。

その上で、売買停止については、「売買の状況に異常があると認める場合又はそのおそれがあると認める場合その他売買管理上売買を継続して行わせることが適当でないとする場合」の売買停止措置（業務規程29条3号）との関係で、決済に問題が生じかねない状況を認識しながらも、その点についての具体的な検討を欠いたことによる売買停止権限の不行使が、市場参加者との関係において違法となると判示し、他方、「売買システムの稼働に支障が生じた場合」の売買停止措置（同条4号）については、システムに支障があったにもかかわらず、取消注文の有無を確認すべき義務がないことを理由に売買停止措置の不行使を何ら義務違反としなしていないとしている。そして、前者について、遅くとも約定株式数が発行済株式数の3倍を超えた午前9時33分25秒頃には、売買停止の立案を決定すべきであり、これがなされていれば、その後の決済や売買停止オペレーションの実行に要する時間1分程度を考慮しても、午前9時35分頃までには売買停止が可能であったとして、売買停止権限の不行使の点に義務違反、違法性を認めている。

2 本判決の問題点

(1) 個別の取消注文を処理する義務を負っていないとしている点の分析

本判決では、東証が個別の取消注文に応じてこれを処理する義務を負っていたとするのみならず証券の主張について、通常の注文処理過程において東証としてなす具体的な行為は、取引参加者が入力した注文を処理する反応をするような東証売買システムを提供することであり、東証が機械の反応とは別個に具体的な行為を行うことが予定されていないことを理由として、媒介行為（注文処理の行為）の

存在および個別取消注文処理債務の存在を否定している。

しかしながら、ここでは、そもそも東証売買システムによりなされる注文の付合せ処理を東証の行為とみるのかどうか問題なのであって、それが単に「機械の反応」に過ぎず、東証の行為は予定されていないというのは先にありきの結論を述べるだけで理由づけを欠いているように思われる。すなわち、コンピュータシステム化される以前においては、注文の付合せは、証券取引所の立会場で実際に「人」（東証においては、かつての才取会員）が行っていたものであり、かかる人のしていた処理がコンピュータシステムでなされるに過ぎない。コンピュータシステム化は、一般的には業務を効率化・迅速化するために行うものであり、当該システムの行う処理はこれを設置している法人の業務そのものとみるのがごく素直な見方であって、当該システムの設置・管理者である法人が人にやらせていたことを機械にさせているに過ぎないのではないだろうか。少なくとも、「機械の反応」を当該機械を設置・管理している人（法人）の行為とみるべきものか否かが検討されて然るべきであり、このことは翻って、東証が取引所有価証券市場開設者として、どのような責務を負い、機能を担っているかという面から検討されるべきものであるように思われる。

なお、上記の点に関して、金融商品取引法2条8項10号が、証券会社がコンピュータシ

目次

- I はじめに
- II 東証の負う義務・証券取引所の役割について
 - 1 本判決において認められている東証の義務・義務違反行為
 - 2 本判決の問題点
- III 取引参加者規程15条の免責規定の適用について
 - 1 免責規定の適用に関する本判決の判断
 - 2 本判決の問題点
- IV 過失相殺の適用の可否について
 - 1 過失相殺の適用についての本判決における判断
 - 2 本判決の問題点
- V まとめ

システムを使用して有価証券の売買の媒介を行うことを予定したPTS（私設取引システム）を規定していることには留意を要すると考えられる。PTSは当該システムで売買の媒介をしていると位置づけられているのであって、上記の条文は、システムによる処理を単なる「機械の反応」ではなくPTSを開設している証券会社の行為そのものとみることを前提にしていると解されるからである。

いずれにしても、証券取引所が取消注文をシステムを通じて処理しているのではないかどうか、その処理について義務を負うものではないかどうかは、証券取引所の機能・役割を考える上でも、また、現代のシステム化社会におけるシステム提供者の責任を考える上でも、より慎重に検討されるべき重要な論点ではないかと思料される。

(2) 取消処理が実現されるようなコンピュータシステムを提供する義務と売買停止義務との関係

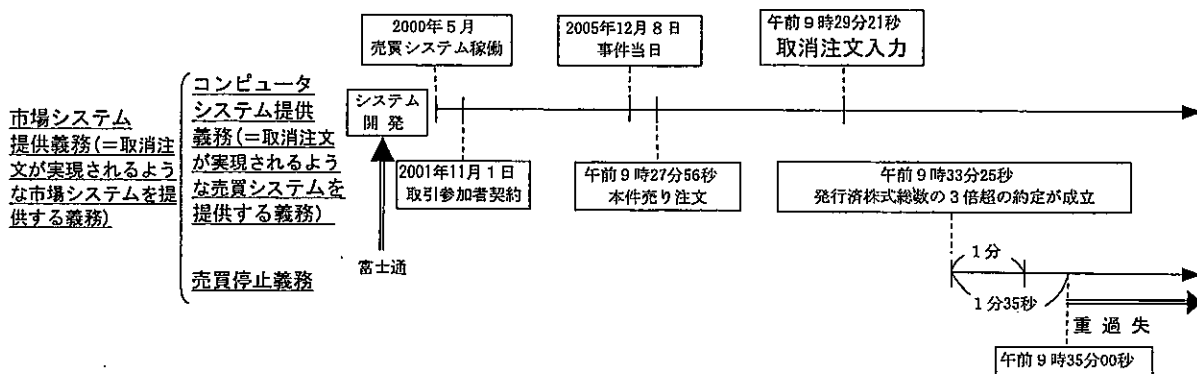
次に、本判決においては、取消処理が実現されるようなコンピュータシステムの提供の点における債務不履行と、売買停止義務違反の両方が重なった時点で「重過失」であると判断し、売買停止義務違反が生じた午前9時35分の段階で東証に「重過失」があるものと認定し、同時刻以降に生じた損害についてのみ東証の賠償責任を認めているが、判決文からは、売買停止義務違反と取消処理が実現されるようなコンピュータシステムを提供する

義務との関係が判然としないように思われる。

すなわち、売買停止義務は、本判決において、「システム提供義務」の中の「売買管理」の問題として検討されているものであるが、この「システム提供義務」について、本判決では、東証において取消注文制度が採用されている中で、東証は「取消注文が実現されるような市場システムを提供する義務」を負っていたものとされているのである。その上で、かかる「取消注文が実現されるような市場システムを提供する義務」として、まず、「取消処理が実現されるようなコンピュータシステムを提供する義務」があり、その点の義務違反を認め、次にシステム不備がある場合の代替措置に関するルール設定義務は否定した上で、売買管理面で東証には売買停止義務があったとし、その違反を認め、売買停止義務違反の生じた時点をもって、「取消注文が実現されるような市場システムを提供する義務」の「重過失」としているのである。

後述のとおり、コンピュータシステム提供の点については、本判決はバグがあるままに稼働させて取引参加者に提供している点を問題にしているものであり、本判決における「取消注文が実現されるような市場システムを提供する義務」と、「取消処理が実現されるようなコンピュータシステムを提供する義務」および「売買停止義務」との関係は、下記の【図】のようなものとして認定されていると理解される。

【図】判決における市場システム提供義務とコンピュータシステム提供義務および売買停止義務の関係



しかし、ここでまず疑問に思うのは、「市場システム提供義務」の内容は、「取消注文

が実現されるような市場システムを提供する義務」であるにもかかわらず、「取消注文

とはまったく無関係な事由で、時点的にも「取消注文」が東証売買システムに受け付けられた時点と何らかかわりのない時点をもって、「取消注文が実現されるような市場システムを提供する義務」の「重過失」を認めているということである。

すなわち、本判決では、その構成上は、「取消注文が実現されるような市場システムを提供する義務」についての債務不履行ないし不法行為を問題にしているとみられるのに、その結論においては、取消注文がなされた時点（午前9時29分26秒。1,822株の約定成立）とは何ら関係のない「発行済株式数の3倍」の約定成立時点（午前9時33分25秒。4万3,535株の約定成立。なお、本件銘柄の発行済株式数は1万4,500株）で、「取消注文が実現されるような市場システムを提供する義務」の「重過失」を認めており、「売買停止」において、「取消注文」との関係が何ら検討されていない。

少なくとも債務不履行の「重過失」について、何が「債務」かとの関係を抜きにして「重過失」の有無は論じられないはずであり、本判決は業務規程29条3号の「売買停止」をいかなる意味において「取消注文が実現されるような市場システムを提供する義務」と位置づけているのか不明であると言わざるを得ず、理論構成には甚だ疑問が残る。

(3) コンピュータシステム設置・管理上の義務

さらに、コンピュータシステム提供の点について、本判決は、東証は「取消処理が実現されるようなコンピュータシステムを提供する義務」を取引参加者に対する債務として負っていると解しながら、システム開発はシステム提供の前提行為の一部に過ぎないとし、「重過失」を根拠づける事実となり得るのは、市場システムの提供者としての東証の売買システムについての発注者としての役割だけとしている点も説得性を欠くのではないか。

債務者は、その債務の履行のために第三者を用いることによって、自らが契約によって負担している債務の内容を一方的に変更・縮

減することは認められないはずであり、第三者の行為によって債務不履行の状態が生じているとしても、債務者は自らの意思により第三者を債務の履行のために用いたのであるから、その第三者の行為によって不履行の状態が生じた以上は、自らが債務の履行を怠ったと評価されると解される（山本敬三「受託者の自己執行義務と責任の範囲——復代理制度と履行補助者責任論の再検討を手がかりとして」道垣内弘人ほか編『信託取引と民法法理』（有斐閣、2003）133頁、森田宏樹『契約責任の帰責構造』（有斐閣、2002）165頁～166頁参照）。

そうであれば、「取消処理が実現されるようなコンピュータシステムを提供する義務」において債務不履行（「不履行」という以上、過失の存在を内包するはずである）を認めながら、「重過失」の存在をこの面で認めない（売買停止義務違反時点で初めて認める）ことについて、より慎重な検討がなされて然るべきものであったように思われるが、少なくとも判決文からはこの点で「重過失」の存在を否定する分析が十分になされているとは見受けられない。

(4) コンピュータシステムに瑕疵がある場合の損害回避のルール設定の義務

上記(3)のとおり、コンピュータシステムの提供の点における「重過失」の有無の検討が十分でないのに加えて、「取消注文が実現されるような市場システムを提供する義務」というものを債務としてとらえた上で、コンピュータシステム提供について欠陥があり得ることを認識しつつ取引参加者に提供するのであれば、そのような欠陥から生じる損害を回避するルール設定をしないことは、果たして証券取引所の対応として妥当なのであろうか。換言すれば、システムに不備があると認識しつつそれを提供するならば、その不備のためのバックアップの措置を講じなくても本当に「重過失」がないといえるかという点についても本判決の判断は首肯し難いものがある。

本判決においては、取引ルールは何れも東証の市場における制度設計の問題であって、東証の広い裁量に委ねられる事項であること。

を理由として義務違反すらもないとしているが、どのような市場ルールを採用するかについて一定の裁量があるとしても、コンピュータシステム化しながら、そこにバグがあることを所与の前提としながら、バックアップ措置として何のルール策定もしないということが、「裁量」で説明できるのかは疑問であろう。この点は売買停止措置の発動に関する本判決の判断からみてもバランスが悪いように思われ、むしろ、コンピュータシステムの提供にとどまらない「市場システムを提供する義務」について分析するのであれば、「取消注文が実現されるような市場システムを提供する義務」としては、本件の後に東証において導入された事後約定取消制度（これは、世界中の先進国におけるほとんどの証券取引市場において導入されていたものである）のようなルール整備の問題が取り上げられて然るべきものであって、いつ発動されるかもわからない売買停止をもって「取消注文が実現されるような市場システム」に位置づけるのは無理があるという感を否めない。

Ⅲ 取引参加者規程15条の免責規定の適用について

1 免責規定の適用に関する本判決の判断

本判決においては、取引参加者規程15条（「当取引所は、取引参加者が業務上当取引所の市場の施設の利用に関して損害を受けることがあっても、当取引所に故意又は重過失が認められる場合を除き、これを賠償する責めに任じない。」）の免責規定の適用を肯定した上で、午前9時35分以降に発生した損害については、東証に「重過失」があるとして免責規定の適用範囲から除外している。

その中で、本判決は、これを適用する理由として、この規定が、東証が会員組織のときに定款で定められていた免責規定を踏襲したものであること、および、取引参加者規程の制定などを内容とする東証の株式会社化に伴う組織変更の際の理事会・特別委員会にみずほ証券の取締役が参加していたことから、みずほ証券が免責規定を承認していた（と評価

される）こと等を挙げている。また、「重過失」とは、判例上、「ほとんど故意に近い著しい注意欠如の状態」を指すものとされていると述べた上で、本条にいう「重過失」についてもこれを特に拡大・縮小すべき理由はないものとしている。

2 本判決の問題点

(1) 免責規定の適用根拠・適用範囲

約款等に規定される免責規定について内容の合理性が認められる限りにおいて適用を肯定する例はまああるが、本判決の理由づけからは、本件免責規定の制定当時、東証の理事または特別委員を派遣していた証券会社と派遣していなかった証券会社との間で、本件免責規定の適用の有無が異なりかねないように見え、適否の結論は措くとしても、その理由づけには問題があるように思われる。

また、本判決では「原告は、同システムを通じて発した注文が実現しなかったことによって生じた損害を請求しているのであるから、このような損害は、被告の『市場の施設の利用に関して』受けた損害であるというべきであり、本件免責規定による免責範囲に含まれる。」と述べているが、そうであれば、みずほ証券が売買停止義務違反を理由として不法行為に基づく損害賠償請求をしている部分に関しては、「同システムを通じて発した注文が実現しなかったことによって生じた損害」に当たらないように見え（むしろ適正な価格形成を阻害し、一見して真意に基づかない注文とわかる本件誤発注を認識したこと自体で売買停止すべきとしているものであって、取消注文処理がされなかったシステムの不備とは何ら関連性はない）、この点でも理由づけとしては不十分といわざるを得ないであろう。

(2) 「重過失」の意義

また、免責がされない「重過失」の範囲についても、本判決では単に判例が「ほとんど故意に近い著しい注意欠如の状態」を指すものと一貫して解しているとの理解を前提に、本件免責規定における「重過失」の意義も同様である旨判示しているが、この点も疑問がある。

たとえば、本判決が引用する最三判昭和

32・7・9民集11巻7号1203頁においては、
 「重大な過失とは、通常人に要求される程度の相当な注意をしないでも、わずかの注意さえすれば、たやすく違法有害な結果を予見することができた場合であるのに、漫然これを見すごしたような、ほとんど故意に近い著しい注意欠如の状態を指すものと解するのを相当とする」と判示されているが、「故意に近い」という定義と「著しい義務違反」という定義とは対立関係にあると理解されており、実際には「故意に近い」という認識を問題にするのではなく、著しく注意欠如している結果、認識を欠いていることを問題にして「重過失」を認定している事例も多く、当該規定の趣旨に従って何れと解するかを考えていくべきと論じられているところである（道垣内弘人『「重過失」概念についての覚書」能見善久ほか編『民法学における法と政策』（有斐閣、2007）537頁以下、同「重過失」法教290号（2004）35頁以下）。

そもそも債務不履行の免責規定において「故意に近い」という定義に当てはめて考えるならば（上記判例は、不法行為責任に関するものである）、あえて債務を履行しないような場合のみが免責されないこととなるが、そうすると、契約上「債務」を負っている意義は何らなくなってしまうのではないだろうか。むしろ、免責規定における合理的解釈としては、「債務」が課されている部分については、「債務」があることを前提に合理的な範囲に限定されるように免責規定の解釈がなされるべきもののように思われ、この点でも債務不履行を問題としている本件の中で、免責規定を「ほとんど故意に近い著しい注意欠如の状態」に限定して適用している本判決の構成には説得性がないように感じられる。

③ 債務と「重過失」の関係

前記のとおり、東証が負う債務は、「取消注文が実現されるような市場システムを提供する義務」であり、「重過失」についても、かかるシステム提供義務との関係でその不履行が重過失であるか否かが問題にされるべきであるものと思料される。

しかるに、本判決は、「重過失」の根拠事

実として、

- ①東証売買システムの完全無欠性の確認ではなく、認知できた不具合件数の推移からの推論によって、売買システムを提供するという判断を行って取消注文が奏功しない東証売買システムを取引参加者に提供した上、
- ②有価証券市場の運営を現に担っていた東証の従業員としては、その株数の大きさや約定状況を認識し、それらが市場に及ぼす影響の重大さを容易に予見することができたはずであるのに、この点についての実質的かつ具体的な検討を欠き、これを漫然と看過するという著しい注意欠如の状態にあって売買停止措置を取ることを怠った

とし、東証には人的な対応を含めた全体としての市場システムの提供について故意に近い注意欠如があると判示している。

しかしながら、②の事情は、前記Ⅱ2(2)でも述べたように、本件で認定されている業務規程29条3号に基づく売買停止義務では「取消注文」との関連性は何ら検討されていないのであり、仮にこれが「取消注文が実現されるような市場システムを提供する義務」とは性質の異なる義務違反行為であるとするれば、果たしてこれを「取消注文が実現されるような市場システムを提供する義務」における「重過失」の認定要素とできるのかは疑問がある（むしろ、その場合には、もはや「取消注文」とは無関係に、取引所有価証券市場開設者としての全般的な市場システム提供義務というものでも観念して、それについての「重過失」とみる方が自然であるように思われる。ただし、そうなると、「取消注文」が東証売買システムに受け付けられて本来処理されるべきであったという点の位置づけが余りにも希薄になり、注文・取消注文が瞬時に処理されることが期待されるはずの証券市場のあり方に対する適切な判断としては、そもそも姿勢が問われるものであろう）。

④ 「重過失」の認定時点

さらに、本判決で最も理解が困難なのは、「午前9時35分」の時点をもって東証の「重

過失」を認定している点である。

すなわち、(売買停止措置と市場システム提供義務の関係がそもそも不明なのは前述のとおりであるが、その点を措くとして売買停止義務違反ないしその「重過失」認定時点と考えたとしても、) 第1に、東証業務規程29条3号は「売買の状況に異常があると認める場合又はそのおそれがあると認める場合その他売買管理上売買を継続して行わせることが適当でない」と認める場合の「売買停止」について定めるものであり、「決済不能」かどうかを直接問題にしているものではない。むしろ「決済不能」なまでに売買を成立させてしまえばすでに売買管理上極めて不適当な事態が生じてしまっているのであり、そのような異常事態が結果として生じるまで売買停止義務違反がないということを述べているものだとすれば、売買停止の義務を認める意義がなくなってしまう。

第2に、「遅くとも約定株式数が発行済株式数の3倍を超えた午前9時33分25秒ころの時点」で「借株による決済の可能性も最早失われた」として判断しているが、どのような根拠で「発行済株式数の3倍」が決済可能かどうかの基準になり、また、東証が証券取引所として、売買停止を検討すべき機序となるのかの合理的な理由は何ら示されていない。

また、第3に、午前9時33分25秒頃に売買停止の立案がなされていれば、その後の決済や売買停止オペレーションの実行に要する時間1分程度を考慮しても、午前9時35分頃までには売買停止が可能であったと述べているが、単純に「1分」を考慮すれば、「午前9時34分25秒」が売買停止義務違反の基準時となるはずであり、なぜ「午前9時35分」が売買停止義務違反の基準時になるのか合理的な説明はなされていない。その上、売買停止のオペレーションに1分程度がかかるということについても具体的な認定・時間的な検証はまったくなされていない。このことは、本件において、取消注文時点(午前9時29分27秒)からみずは証券が反対売買をする時点(9時37分08秒)までの7分半余りの間に403億円もの売却損が生じたとされており、単純にみ

ても1分当たり50億円以上の売却損が生じていることからみて、余りに粗雑な認定というほかはないのではなからうか。

そもそも、「取消注文」時点のように、東証が何らかの行為をすべきなのかしなくてもよいのか外部的に認知できる時点を境にして「重過失」の有無の判断が分かれるのであれば理解できるが、刻々と売買が成立していく中で、午前9時34分59秒までは「重過失」ではないが、午前9時35分00秒になった途端に「重過失」になったという構成には余りにも無理があるように思われる。

これは、もともと、前記Ⅱ2(2)に述べたように「取消注文が実現されるような市場システムを提供する義務」を論じる中で、本来取消注文の実現の問題とは性質が異なるはずの業務規程29条3号に基づく売買停止を「重過失」認定における根拠として持ち出した点のロジックのねじれに由来した問題であると思われる。「取消注文」の処理ないしその実現のための体制整備義務の点から再考されるべきもののように思われる。

(5) 免責の範囲等

上記のとおり、そもそも義務との関係で「重過失」の認定時が再考されるべきもののように思われるものであるが、免責規定との関係では果たして「重過失」の前の時点までの損害は一切免責されて、その後のものは負担するという理解になるのかも検討されて然るべきであろう。単純に売買が成立し続ける状況の中である時点以前と以後とで損害を分配するというのが、規定の合理的解釈として正しいかという点については疑問がもたれるところであり、後で過失相殺をするかどうかは措くとしても、免責規定の解釈としては、重過失がある以上は全体に責任を負うとするのが合理的であるように思われる。

なお、些末ではあるが、コンピュータシステム提供の点で債務不履行を認めつつ、東証に支払われている手数料も売買停止の点で「重過失」となるまでの間は損害として認められずに免責され、東証が保持できるということもバランスを欠くように思われる。こうした点でも緻密さを欠いた判決といわざるを得

ないものであろう。

Ⅳ 過失相殺の適用の可否について

1 過失相殺の適用についての本判決における判断

本判決では、

①みずほ証券には、i)株数と株価とを間違えるという初歩的ミスをした上、ii)警告表示を無視するという著しく不注意な発注操作が行われただけではなく、iii)そのような単純な過誤による損害発生を防止するための発注管理体制等にも不備があり、その結果として、誤発注である本件売り注文による損害を発生させたものであるから、原告の過失も重大であるといわざるを得ない。

②東証は、i)世界有数の取引高を有する証券市場を開設するものであって(このことは、公知の事実である)、所定の機能を有する売買システムを取引参加者に提供すべきであったところ、ii)このようなシステムを提供する前提として、発注者としてなすべき回帰検査の確認を怠った上、iii)そのシステムの運用においても、担当者において、市場に混乱を来し得ることが明白であって売買管理上売買を継続して行わせることが適当でない可能性のある本件売り注文の存在を認識しながらも、その影響についての実質的かつ具体的な検討を行わないまま、売買停止の判断を遅滞させ、その結果として原告の損害を拡大させたものであり、このような不完全なシステムを根幹システムとして提供した被告の過失はより重大であるといわざるを得ない。

として、原被告の過失割合は、原告3割、被告7割と判断している。

2 本判決の問題点

(1) 過失相殺の適否

民法418条は「債務の不履行に関して債権者に過失があったとき」の過失相殺について規定するところ、「取消注文が実現されるような市場システムを提供する義務」としての

債務の不履行に関して、債権者に「過失」があるかどうかを検討されなければならないと考えられる。

しかるところ、本判決では「被告の債務不履行が継続中に、原告の重大な義務違反行為により損害を生じさせた」として、損害は「被告の重過失による債務不履行に、原告の重過失が競合して生じた」と判断しているが、みずほ証券による取消注文が現実になされるずっと前からシステムにバグが潜在していたことをもって、東証の取消注文の不履行の継続「中」に誤発注があったため、「取消注文が実現されるような市場システムを提供する義務」の不履行後の誤発注であるから過失相殺の考慮事由となるというのは余りに技巧的に過ぎるように思われる。

「取消注文が実現されるような市場システムを提供する義務」は取消注文があってこそ初めてこれに呼応した義務として発生するものであり、取消注文以前の誤発注については、かかる義務違反行為が生じる「前」の事由とみるのが自然であって、これを「取消注文」についての「市場システム提供義務」の不履行継続中の債権者側のミスというのはやはり無理があるのではないか。

(2) 過失相殺の割合

前記1記載の判決の理由からは、東証7割、みずほ証券3割という結論が導かれる理由は何ら明らかでない。この点も説得的なものと言い難いことは明らかであろう。

(過失相殺の適用の前提となる構成自体に関して疑問があることは上記(1)のとおりであるが、その点を措くとして)仮に過失相殺がなされるとした場合でも、損害の公平な分配という観点でいえば、取引参加者契約上どのような注意を果たすことがそれぞれ期待されていたか、あるいは(不法行為との文脈でみた場合も)取引所有価証券市場において一般にどのような注意を果たしていくことがそれぞれの役割として期待され、それぞれの注意義務からの乖離の程度やその損害への寄与がどのようなものであったかという観点からの分析がなされて然るべきであったのではなからうか。

そうした面からいえば、(東証の市場規模と

いう問題というより) 東証の開設する取引所有価証券市場において誤発注というものがどの程度許容されない事象として一般に認知されており、他方で、取消処理がなされないという東証売買システムの欠陥が市場関係者にとってどれほど許容され得ないものと認知されていたかということや、実際に類似の誤発注や類似のシステム障害があるのかないのか、あった場合にはどう対処されているのか等を踏まえて判断がなされるべきと思われるが、本判決ではそれらの考慮要素になりそうな事実に関しては特に認定されていない。

ただ、少なくとも、東証における取引ルールでは、誤発注には取消注文で対処することとなっていた(東証もそのように参加証券会社に指示していたとされている)ことが窺われ、取引参加者としては、取消注文が実現されることを前提に(あるいは、誤発注に限らず、通常の注文を出す場合にも後から変更・取消できることを前提に)発注管理体制の整備、発注のオペレーションを行うのは当然であったと思われる。そうすると、取消注文を実現できるシステムを提供していなかった東証において免責されない損害賠償責任を、取消注文の対象が誤発注であったことを理由に過失相殺するのはきわめて慎重であるべきであり、この点を大きな相殺事由とするのは甚だ公平を欠くように思われる。この点、たとえば、火災に対するスプリンクラーや火災報知器を提供している業者が、提供先が火事になった際にこれらが機能せず、本来機能していれば生じなかったはずの延焼部分につき損害を求めてきたのに対して、火事になったことを理由に過失相殺を主張できるのか、あるいは、車のエアバッグが機能せずに自損事故をした運転者が大けがをしたときに、車両メーカーはエアバッグがあればかすり傷で済んだ場合でも、運転者の運転上の過失を主張して過失相殺を主張できるのかということとの関係でも検討されて然るべきもののように思われる(もっとも、それに先だって、そもそも債務不履行との関係で過失相殺の適用の余地があるのかという(民法の要件上の)論点があることは上記(1)記載のとおりである)。

V まとめ

本判決は、訴額が400億円超と多額であった上に、東証を被告とするものであったために社会的な注目度も高かったが、法的な側面においても、証券取引所の負う義務の内容、システム発注者の責任、免責規定の有効性やその範囲、軽過失免責において除外されるべき「重過失」の意義、過失相殺の適用の有無など、さまざまな論点を含むものである。実際、本件訴訟においては、みずほ証券・東証の双方から、民法、商法・証券取引法の著名な学者による法律意見書が数多く提出されていた。

そうした中で、本判決は、前記にみたとおり、論理的にさまざまな課題を残すものとなっており、取消注文を実現できるような市場システムの提供に関して重過失があったとしながら、取消注文がいつなされても(さらにはなされなかったとしても)結論が変わらないかのようにみえる構成については疑問を持たざるを得ない判断となっている。

いずれにしても、上記のような各論点については目新しい問題が多々含まれており、今後、本判決を契機としてさらに議論が深化することが期待される。