HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	民事判例研究
Author(s)	吉田, 邦彦
Citation	北大法学論集, 71(6), 327-343
Issue Date	2021-03-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/80749
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_71_6_09_Yoshida.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

判例研究

民　事　判　例　研　究

吉　田　邦　彦

弁護士法23条の２第２項に基づく照会に対する報告拒絶と弁護士会への不法行為の成否など（最判（第３小法廷）平成28年10月18日民集70巻７号1725頁（平成27年（受）1036号、損害賠償請求、一部破棄自判・一部破棄差戻し）、同平成（第２小法廷）30年12月21日民集72巻６号1368頁（平成29年（受）1793号、確認請求、破棄自判）[1]

１．事案の概要

本件事案は、別訴に由来するもので、平成22年（2010年）２月に訴外ＡはＢから株式購入代金名目で金員を詐取された（未公開株詐欺商法）。そこで、ＡはＢに不法行為に基づく損害賠償請求をし、同年９月16日に、損害賠償金支払いの訴訟上の和解が成立した。同23年（2011年）９月27日に、その代理人弁護士（実際には、同人が属する弁護士会Ｘ〔愛知県弁護士会〕）は、Ｂへの動産執行の準備として、Ｂの新住所などについて（同人の転居届に関する）弁護士法23条照会（厳密には、同法23条の２第２項に基づく照会だが、以下こう略する）を、Ｙ〔当時郵便事業株式会社。現在は、日本郵便株式会社〕に対して行った。

---

[1] 本判例研究は、2020年９月25日午後１時半から４時過ぎまでにわたり行われた北大民事法研究会（第217回北大民法理論研究会と共催のオンライン研究会）での報告を基にするものである。そこでは、瀬川信久・北大名誉教授をはじめ、岩川隆嗣・慶応大学准教授、本件に詳しい山本周平・北大准教授、司会の伊藤隼・北大准教授など、20人あまりの出席者からのご教示を得た。示唆を得たところはその都度記すが、新学期の貴重な時間を割いて参加してくださった諸氏にお礼申し上げる。

しかし同年10月にＹは拒否回答をした。そこで、Ａ（原告・控訴人）は、１万5250円余り、Ｘ（原告・控訴人・被上告人）は、30万380円余りの不法行為に基づく損害賠償請求をしたというのが、本件である。

これに対して、第１審（名古屋地判平成25年10月25日）は請求を棄却した。Ｙにおける守秘義務（郵便法８条２項）と公法上の報告義務（弁護士法23条照会に基づく）とは衝突し、「情報の秘匿性の程度や（国民の権利救済の実現のための）報告の必要性の程度等を踏まえた利益衡量による」とし、本件では、照会事項の報告義務は、守秘義務に優先し、報告を拒否したＹの対応には、「正当な理由を欠く」ところがあるとしたが（違法性の肯定）（1750－1751頁）、Ｙが照会に応じなかったことは過失があるとまでいえないとした（1753－1754頁）。

そこで、Ａ・Ｘは控訴した。原審（名古屋高判平成27年２月26日判時2256号11頁）は、１審判決をＸについて取り消し、主位的請求１万円及び遅延損害金の限りで認容した。理由はこうである。23条照会は、依頼者の私益を図る制度ではなく、事件の適切な解決で国民権利を実現する公益を図る制度であり、照会されたら、報告の公法上の義務を負う（1767頁）。そして郵便法８条２項の守秘義務との関係は、「報告による不利益と報告拒絶により犠牲にされる権利実現の利益との比較衡量」によるとされ（1770頁）、新住居所の電話番号以外は、報告義務が守秘義務に優越し、報告を拒絶するのは正当な理由を欠き、過失もあったとする（1773頁、1782頁）。なお、Ａの利益は事実上の利益に過ぎず、Ｘの利益（照会が実効性を持つ利益〔報告義務が履行される利益〕）が法的に保護される利益であるとして、Ｘの請求のみ認めている（しかも弁護士会の法律上保護される無形利益は、１万円とする（1786頁））。積極的判断だが、ここで既に公法・私法の二分論が出ていることに留意を要するだろう。

そこで、Ｙは上告受理を申し立てて、公法上の義務と不法行為とは一致しない等と述べた。

２．判旨

（１）（平成28年最判）一部破棄自判（Ｘの控訴棄却）（主位的請求（損害賠償請求）に関するＹの敗訴部分）・差戻し（予備的請求（報告義務確認請求）の部分）（木内道祥裁判長。岡部喜代子・大谷剛彦・大橋正春・山﨑敏充各裁判官）。

「弁護士法23条照会を受けた公務所又は公私の団体は、正当な理由がない限り、照会事項について報告すべきものと解され･･･［23条照会が上記公務所・公私

の団体の利害に重大な影響を及ぼし得ることに鑑み]」･･･「弁護士法23条の２は、上記制度の適切な適正な運用を図るために、照会権限を弁護士会に付与し」たのだとすると、･･･「(その権限は) 飽くまで制度の適正な運用を図るために過ぎないのであって、23条照会に対する報告を受けることについて弁護士会が法律上保護される利益を有するものとは解されない。」「23条照会に対する報告を拒絶する行為が、23条照会をした弁護士会の法律上保護される利益を侵害するものとして当該弁護士会に対する不法行為を構成することはないというべきである。」

本判決には、岡部喜代子裁判官と木内道祥裁判長の補足意見が付加されており、それは以下の如くである。

① (岡部補足意見)

23条照会は、弁護士が受任する事件処理のため、必要な事実の調査、証拠の発見収集を容易にし、事件の適正な解決に資することを目的とする。そして照会を受けた公務所、公私団体は、弁護士会に対する公法上の義務を負う。ただ、正当の理由があれば、全部･一部の報告を拒絶できる。(Y は、転居届の情報は、郵便法８条２項の「他人の秘密」に該当し、守秘義務を負う。)「照会を求める側の利益と秘密を守られる側の利益を比較衡量して、報告拒絶が正当であるか否かを判断する。」本件で、不法行為が成立することもあり得るが、「法廷意見の通り、弁護士会には法律上保護される利益が存在しないので、仮に正当な理由のない報告拒絶であっても弁護士会に対する不法行為は成立しない。」

＊「不法行為が成立しうる」としながら、「正当な理由のない報告拒絶でも不法行為は成立しない」とされるのは、いささか矛盾を孕む意見のように思われる[2]。

② (木内補足意見)

照会に対する報告義務に実効性を持たせる無形損害と (原審) が言うのは、そうした金銭給付を間接強制の範疇として捉えており、損害賠償制度と異質である。だから弁護士法23条照会による報告が得られなくとも、不法行為におけ

[2] なお、この点で、飯田伸一＝井筒聡美＝齋藤宙也＝福田英訓＝森田明「弁護士会照会を巡る裁判例の研究」神奈川県弁護士会･専門実務研究13号 (2019) 24頁は、前段は、依頼者などが法律上保護される利益主体となる余地を認めたと解されるとする。

る法律上保護される利益侵害ということはできない。

（２）（差し戻し審）（名古屋高判平成29年６月30日判タ1446号776頁、民集72巻６号1376頁以下）では、弁護士法23条照会に対する報告義務の確認請求の適否が問われ、一部認容した。

まず、報告義務は公法上の義務だとし、本件確認訴訟は、民事訴訟であるとし、損害賠償訴訟と併合することは認められるとする（1391頁、1393頁、1394頁）。また弁護士法23条照会は、国民の権利実現という公益を図る制度で、弁護士会と照会先の判断が食い違う場合には、司法判断により紛争解決を図るのが相当だとする（1395頁）。

そして「確認の利益」が認められる場合としては、以下の如く述べる。すなわち、確認請求が認容されると、報告義務の履行が期待でき、守秘義務違反の損害賠償請求を拒むことができて、紛争解決にとって有効であり、即時確定の利益が認められるとするのである（1386頁）。本件で、転居先の電話番号以外の情報は、憲法21条２項後段の「通信の秘密」でも、郵便法８条１項の「信書の秘密」でもなく、23条照会に対する報告義務は、守秘義務に優越するとする（1398頁、1404頁）。

これに対して、Ｙが上告受理を申し立てて、最高裁は受理した。

（３）（平成30年最判）破棄自判（請求棄却）（菅野博之裁判長、鬼丸かおる・山本庸幸・三浦守各裁判官の全員一致）。

23条照会は、弁護士会に相手方に対して報告を求める私法上の権利を付与していない。報告拒絶は、不法行為を構成しない（平成28年最判を引用する）。同拒絶について制裁の定めもない。〔従って、〕報告義務の確認判決が確定しても、専ら相手方の任意の履行を期待するほかはなく、法律上の紛争の解決に資するものではなく、23条照会をする弁護士会に確認判決を求める「法律上の利益」はない。（職権により）本件訴えは、却下すべきである。

３．評釈

（１）本判決の位置づけ

本件は、動産執行における債務者の住所を知るために、弁護士会が、弁護士

法23条照会によって、郵便局（郵便事業株式会社、その後日本郵便株式会社）に転居先情報を求めて、その照会を拒否したことについて、不法行為責任が問われたという事例である。それに対して、本判決は不法行為の成立について、消極判断して（平成28年最判）、かつ報告義務に関する確認訴訟について「法律上の利益」「訴えの利益」も無いとした（平成30年最判）初めての最高裁判決である。

これまで下級審で判断が帰一していなかった問題であり（学説も真二つに分かれている（これら一連の判決が下されても））、それを統一した判例上の意義があるといえよう。しかし、本判決には、演繹論理（概念論理）だけで答えている、いわゆる「概念法学」の憾みがあり、充分に説得的に実質論理が議論されているとは思われないという問題がある。平成28年最判は、平成30年最判の前提となっているようであり、まず前者に力点を置いて検討してみたい。

（2）下級審の対立（及び実務家・研究者の見解の分断）――その事案類型的考察

①（事案の紹介）下級審は、本件原審と同様に、照会拒絶の不法行為ないし報告義務について、積極的な判断を下したものが従来多く[3]、類似案件で近時のものとしては、東京高判平成22年９月29日判時2105号11頁（動産執行との関係で債務者の転居情報についての23条照会。郵便事業会社による転居届に関する情報の報告拒絶。守秘義務は報告義務に劣後し、拒絶に正当な理由はないとするが、東京弁護士会には無形の損害があっても、個々の弁護士及び依頼者は反射的利益があるだけで法的保護に値する法益侵害はないとする）（加藤新太郎裁判長）がある。

その他事案を広げると、岐阜地判昭和46年12月20日判時664号75頁（不動産強制競売での債務者所有不動産の調査。市長が報告を税務上支障があるとして、拒絶。報告義務を認めるが、請求棄却）、最判昭和56年４月14日民集35巻３号620頁（労働者の解雇事件で、当該労働者に対して、会社側弁護士が、その前科・犯罪歴の照会。区長が前科報告し、同労働者が名誉・プライバシー侵害による損害賠償を求めたもの。最高裁は、前科などの報告は違法な公権力行使としたが、報告それ自体を否定するわけではない）、大阪地判昭和62年７月28日判時

[3] 同旨、日弁連調査室編著・条解弁護士法（５版）（弘文堂、2019）179頁。

1289号94頁（仕事中の発作死について労災認定との関係で医療機関への23条照会が拒否された事例。直接回答請求することはできず、端的に損害賠償請求によるべきだとする（傍論））、広島高裁岡山支部判決平成12年５月25日判時1726号116頁（金融機関の当該預金者の預金取引情報の報告が、不法行為になるかが問われた。報告につき、不法行為責任を免れる（担当者の過失がない）とする）、京都地判平成19年１月24日判タ1238号325頁（相続人からの遺言執行状況に関する、司法書士（遺言執行者）への23条照会。報告義務があるとし（被相続人や受遺者への守秘義務から拒めない）、損賠責任肯定）、大阪高判平成19年１月30日判時1962号78頁（銀行を照会先とした、預金口座を有する者の名称、住所に関する照会。顧客への守秘義務との関係で報告できない旨の回答。報告しないのは、公的義務に違反するが、個々の弁護士・依頼者の権利侵害ではなく、法的に保護されたものでも無いとする）、名古屋高判平成23年７月８日金法1988号135頁（消防署の救急活動に関する照会。消防署長が回答拒否。照会先の回答義務を肯定し、弁護士・依頼者への不法行為を認める）、大阪高判平成26年８月28日金法2024号94頁（稼働実態のないものへの給与支給の会社代表取締役の責任が問われる中で、税理士法人への実態に関する弁護士会照会。そして照会に応じた税理士法人への守秘義務違反の損害賠償訴訟。一部認容）などがある）。

他方で、弁護士会の報告を受ける利益は「反射的利益」ないし「法的保護に値しない」として、消極的判断をしたものとして、名古屋高判平成25年７月19日金商1430号25頁（ゴルフクラブ会社への資格保証金返還請求権（これには別件判決が出る）を執行債権とする債権差押え申し立てを担当した弁護士（弁護士会）からの同社のブランドクレジットカード会社への23条照会。これに対する守秘義務を理由とする回答拒否。それに関する損害賠償請求がなされたのに対して、１審（名古屋地判平成25年２月８日金商1430号29頁）同様に、弁護士には、「法律上保護される利益」がなく、法的利益の違法な侵害がないとする）、福岡高判平成25年９月10日判時2258号58頁（離婚訴訟で、就業先の調査のために、健康保険協会を照会先として報告申し立て。回答・報告拒否について、１審（広島地判平成25年４月９日金判1440号47頁）は、依頼者の給与債権執行に関する利益（法的に保護される利益）が害されたとしてその慰謝料請求を認容したが、本判決は依頼者の法益侵害・不法行為を否定する）、東京地判平成27年３月27日判時2260号70頁（詐欺商法の不法行為による損害賠償請求権に基づ

く、敷金返還請求権の差押命令。債務者の賃貸住宅の管理会社に対する債務者情報の照会。個人情報だとして回答拒否。弁護士会の照会制度による利益は事実上の利益で、法律上保護されないとする)、東京地判平成28年２月４日自保ジャーナル1975号187頁（自動車事故で自賠法上の請求事件との関係で保険会社に対する弁護士会照会。同社が故意・過失による不実情報の回答をしたことについての不法行為訴訟。私的紛争当事者の弁護士紹介にかかる報告を得ることの利益は、事実上の利益で、特段の事情ない限り、不法行為にはならない）等があり、分かれていた。

②（事案類型的整理）事例として、（ａ）報告することの不法行為が問われる場合（昭和56年最判、平成12年広島高判岡山支判、平成26年大阪高判）と、報告しないことの不法行為が問われる場合があり（本件は後者。他に、昭和46年岐阜地判（市長。×）、昭和62年大阪地判（医療機関。○）、平成19年京都地判（司法書士。○）、平成22年東京高判（郵便事業会社。○）、平成23年名古屋高判（消防署長。○）、平成25年福岡高判（健康保険協会。×）、平成27年東京地判（賃貸住宅管理会社。×）、平成25年名古屋高判（クレジット会社。×）、平成28年東京地判（保険会社。×）など）、（ｂ）照会先・照会内容として、行政への前科情報、金融機関などへの信用情報、執行との関係での債務者の住所などが問われる場合（本件は最後者）、（ｃ）依頼者との関係での不法行為が問われる場合と弁護士会との関係での不法行為が問われる場合などに分かれる（本件は、始めは両方が問われたが、後者に関心が絞られた。それで良いかという問題がある）。そして上記の考察からしても、本件との類似事案での積極的判断は、従来の動向として認められたということを確認しておきたい（しかし積極論で安定しておらず、予断を許さない状況であった）。

③（論者の分断）これに対応して、論者の見解も分断している。すなわち、本判決後は、消極説の論者も増えている（若手に多い。山本准教授、村上・酒井（一）・栗田各教授など[4]）。詳細なものも多いが、思考枠組みは、本判決に沿っ

[4] 例えば、山本周平・判評685号（2016）11－12頁（本件原審に関するもの。当時から限定的不法行為理解を展開する）、本判決に関する、村上正子・新判例解説 Watch17号76頁、酒井一・法学教室435号145頁、栗田昌裕・民商法雑誌153巻４号573－574頁、

ている。なお、本判決の担当調査官（齋藤毅調査官）でも弁護士会は無形損害を受けたと評価できるとしていて[5]、本判決の立場と矛盾している（その意味で、わけがわからない）のが興味深い。

これに対して、従来の有力論者は、積極説であり（伊藤真教授、加藤新太郎教授ら）[6]、これらの所説は、（本判決以前から）一貫して複数の論考で積極論を説かれている論客であることに注目しておきたい。

（３）本判決の論理（不法行為否定の判断）の特質

不法行為否定の論理を見てみると、（ⅰ）第１に、要に23条照会の弁護士会の利益は法的保護に値しないとするもの（多数意見〔法廷意見〕）、（ⅱ）第２に、報告義務と郵便法上の守秘義務との比較衡量による（不法行為になり得るとする）（岡部補足意見。もっとも、同裁判官は、第１の立場を支持する如くである）、（ⅲ）第３に、23条照会に対する報告義務に間接強制的に実効性を持たせることはできないとする（木内補足意見）ものである。

そして、第１のものは、結論しか述べておらず（強いて探せば、「（弁護士会照会の）制度の適正な運用を図るため」の部分がそうであるが、だからといって、「報告を受けることについて」「法律上保護される利益を有するものとは解されない」と言うのみなので、理由は書かれているとは思われない）、第２のものが説得的であろう。しかし岡部裁判官とて、途中から（矛盾をはらむ形で）第１に合流されるので、不可解である。積極説の論者からすれば、第１、第３の論理は、無力であり、第２の論理は積極論を認める論理であり、結局物別れで、実質的議論の帰着点が説得的に得られていないとみるべきである。

なお、積極論・消極論を問わずに、通底している理解として、第１に、23条照会にかかる報告義務は、「公法上の義務」ということであり、第２に、弁護

工藤敏隆・法学研究（慶応大学）90巻10号（2017）119－120頁。

[5] 齋藤毅「時の判例」（平成20年最判に関するもの）ジュリスト1504号（2017）101頁。

[6] 例えば、伊藤眞「弁護士会照会の法理と運用――二重の利益衡量からの脱却を目指して」金法2028号（2015）15頁以下、とくに20－21頁（無形の損害があるとする）、加藤新太郎・現代消費者法31号（2016）（本件原審の検討）87頁（山本・前掲（注４）評釈が、名目的損害賠償は理論的に認められないが、法益侵害がある以上不法行為を否定できないとされるが、その通りだろう）。また、森島昭夫「弁護士会照会に対する報告拒絶と不法行為責任」自由と正義66巻１号（2015）28頁以下、32頁。

士会の利益だけを切り離すという「分断志向」の思考様式である（実際の被害者である、動産執行をし損ねた金銭債権者Aの利益と切り離されているということである）。実際には、Aの法的利益は軽々に無視できるものではなく（本件原審では、あっさりとAの利益は事実上のものと切って捨てる性質決定にも概念法学的な割り切りがあり、反省が必要である）、弁護士法23条照会はそうした権利実現のために、各弁護士会は、それを支援するための制度的運用をしているというわけであり、公私未分離のものとみるのが素直であろう。卒然と公法・私法とを峻別し、公法的義務だから不法行為はあり得ないとする。不法行為法上保護される利益ではないとする演繹的な筋の運びは、説得的ではなく、再検討が必要である。実際には、次述のように、本報告義務には、公私ミックスしており、無造作に分けるべきではないからである。

（4）事案適合的な素直な法的構成

再度本件の事案に立ち返り、事案適合的な本件不法行為事例の処理の仕方を考え直してみたい（本判決はおよそ弁護士会照会に一般的な議論（演繹論）を展開しているが、不法行為事例の鉄則として、事案適合的な処理ができるならば、それを目指すべきで（この点は、林誠司教授も研究会で同意された）、その方が手堅いといえるのではないか）。そして本件の《事案類型》は、前述下級審の動向を見たときに整理したように、「郵便局による」「弁護士法23条照会の回答・報告拒否」により（依頼者の）「金銭債権の動産執行が空振りに終わった」という場合であり、金銭債権侵害という債権侵害（経済的損失）について、弁護士会照会に対応しない郵便局の不法行為責任が問われているということになる。

これに対して、本判決は、「およそ弁護士照会一般の制度的問題として」不法行為が論理的に認められるかとして消極判断しており、問題の立て方が、一般的な様相で、事案判決のように読めないのは、本件を《手続問題》としたからではないか。考えてみると、本件の評釈類は、――不法行為法事例なのに――殆ど民事訴訟法研究者によっているという異様さもあり、そこには上述の分断志向、つまり弁護士法の枠だけで考えて、民事訴訟法事案と性質決定するという狭隘志向が見られると思われる[7]。

[7] この点で、かつて札幌民事実務研究会（2017年２月16日に開催）で、この問題につ

繰り返しになるが、本件不法行為の直接の被害者は、金銭詐欺に遭い、不法行為上の損害賠償請求権で訴訟上の和解も得ながら、郵便局の転居先情報の提供の拒絶に逢い、動産執行で金銭回収し損ねたという状況である。法理的には、「債権侵害」で、「金銭債権侵害型」で、プラスアルファーの事情として、その権利実現のために、「23条照会にもかかわらず、転居先の報告が拒否されて、侵害を受けた」という「特殊取引義務違反型」の一バージョンという位置づけがなされる（「特殊取引義務」導出においては、岡部補足意見の前半部分の「比較考量枠組み」で良いであろう）。本件では、頑迷に拒んでいる節もあり、重過失に近いが、正当な理由なしに報告義務が拒絶されて、そのために、執行債権が害されている。

欧米でよく見られたのは、会社の信用状況が銀行に照会されて、それに答えられずに（または間違った情報提供で）金銭債権が害されたという類型であり、過失不法行為（不実情報提供型（negligent misrepresentation）である（リーディングケースは、Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd., [1964] A.C. 465 (1964) である）[8]。比較法的には、かなり確立されている債権侵害類型なのに、本件原審で「事実的利益に過ぎない」と切り捨てたところに、我が国の債権侵害（経済的不法行為）法理の未成熟さを物語る。しかもこれに23条照会の実務の蓄積が関わっていたのならば、またとない法理形成のチャンスだったわけである。

こうした基礎となる不法行為（しかも本件では、本来の被害者であるAからの請求がなされていた）との関係では、23条照会の弁護士会の役割は「副次的サポート」であり、その制度的な後押しにより、通常金銭債権の債権侵害成

いて、酒井博行教授が報告されたときに、民法（不法行為法）の見地から私が発言したら、高見進名誉教授（民事訴訟法）から「何故民法の研究者が発言するか」とのリアクションを戴いた時も、この種の感想を抱いた。

[8] これについて詳しくは、吉田邦彦・債権侵害論再考（有斐閣、1991）393頁以下、651頁以下参照（「特殊取引義務違反型」と類型づける）。さらに、佐藤正滋「過失に基づく不実表示についての一考察」学習院大学法学研究年報４（1968）、松本恒雄「英米法における情報提供者の責任（１）（２・完）――不実表示法理を中心として」法学論叢100巻３号、101巻２号（1976～77）、岡孝「情報提供の誤りについての第三者への責任」一橋論叢76巻４号（1976）、同「情報提供者の民事責任（１）（２・未完）」法学志林76巻２号、78巻４号（1978、1981）など参照。

立には、「付加要件」が必要なのに、本件の場合には、23条照会の《介在》により《特殊取引義務》が回答者側には、形成されているという見方もできる（そしてそのことがあながち、権利実現のために問題ではない）のである（それが、ここでの照会制度の有機的な把握である）（吉田）。

それなのに、弁護士会の23条照会による利益・不利益を孤立的に浮き立たせ、それが法的に保護されるべきか否かという点のみだけ、議論しようとしているところに、そもそもの問題の立て方が間違っていると思われる（吉田）（代表的民法（不法行為）学者の森島教授なども評釈者と類似の見方をされていることに注意しておいて良いだろう[9]）。

その点で、飯畑正男弁護士が、23条照会の実務の定着が重要だと思うがゆえに、そのような損害賠償での争い方が必ずしも妥当ではないとされる[10]。従って、本判決が作り出している判例法理は、同弁護士が憂える照会制度への悪影響としてうけとめるべきである（同弁護士は、損害賠償請求が合目的的でないとするが、本判決のように、同請求を無造作に否定し、照会の効力を弱めることが合目的的だとは決していえない。事案の実質的被害者の権利保護に照会が実効的になるような、被害者の請求と有機的な損害賠償制度の運営が求められていると私は考える。なお、同弁護士は、依頼者の損害賠償請求との関連で、因果関係に問題があるとするが、債権侵害に関する薄弱な考え方があり（もっとも損害は、弁護士会などよりも実質的で大きいことは否定しない）、再考が求められるであろう。だから、同弁護士を消極説の筆頭にあげるような平板な整理の仕方には、疑問がある。

---

[9] 森島・前掲（注６）32頁なども依頼者の利益に注目する。この点、伊藤・前掲（注６）21頁は依頼者の利益が実質的中心としながらも、消極的になるのは不思議であり、弁護士会の利益を前面に出そうとされるのは、民訴学者による偏りか。

[10] 飯畑正男・照会制度の実証的研究――弁護士法23条の２（日本評論社、1984）252頁（弁護士会敗訴の判決を受けると、照会制度は瓦解する。照会制度を守り育て、その実行を確保し、確固不動のものとするには、弁護士・弁護士会の地道な努力、慎重な対応が必要だとする）は、そのような孤立的構成の問題点を指摘するものとして、捉えるべきものであろう。

（５）最後に――報告義務の確認の利益の判断（平成30年最判）及びそれを巡る法制度構想について

①　（平成30年最判の問題）既に見たように、23条照会にかかる報告義務の確認訴訟の適否という平成30年最判の判断は、平成28年最判の論理的帰結として説かれている。しかし28年最判が、弁護士会の利益だけを孤立的に切り取って、その要保護性という問題の立て方が、そもそも本末転倒で、それ故にそこで示される消極的判断が、必ずしも「煮え切らない形」で示され（担当調査官が、無形損害はあると積極的判断を示すところにそれは示される）、しかもそれが営々として築かれた23条照会の実務に悪影響をもたらすならば、由々しきことである。しかも加藤新太郎教授などこの問題を一貫して論じられた方が[11]、終始「積極論」にたたれるのは、同教授の危機感からであろうと推察され、最高裁の演繹的な概念論理だけでは、いつまでも「物別れ」状態であり、これでは故平井宜雄博士が説く「議論」による解決[12]ではなく、「権威」による解決になりかねないことも憂慮される。

この点〔確認の利益の有無〕についての従来の議論も――不法行為の成否に対応して――分かれていた。否定的な下級審判決があり（名古屋高判平成23年７月８日金法1988号135頁、東京高判平成25年４月11日金法1988号114頁（反射的利益があるに過ぎないとして、損害賠償も否定する））、他方で、積極論は学説上有力であった（伊藤眞教授ら）[13]。

最高裁の論理を辿れば、弁護士会の照会に対する報告義務からの利益は要保護性がないとし（23条照会の部分だけを切り取って、利益を薄めていることの

[11] 例えば、平成28年最判につき、平成28年度重要判例解説〔民法８〕、NBL1089号、同30年最判につきNBL1141号、判評738号等の同教授の解説参照。

[12] この民法解釈方法論については、さしあたり、平井宜雄・法律学基礎論の研究（著作集Ⅰ）（有斐閣、2010）155頁以下、198頁以下参照。

[13] 伊藤眞「弁護士照会の今後」金法2115号（2019）19－20頁、酒井博行・民事手続と当事者主導の情報収集（信山社、2018）314頁、同「弁護士会照会に対する報告義務の判断構造」高橋（宏）古稀・民事訴訟法の理論（有斐閣、2018）108－109頁（応諾検討義務を論ずる）など参照（なお消極説として、今津綾子教授（法学教室463号）が挙げられるが、彼女でも、照会を巡る紛争には救済を与えないという最高裁の一貫した態度があるとしつつ、任意履行への期待を一切評価しないのは。賛同できないとされる（136頁））。

帰結である)、その演繹論理的結果として、被照会者の報告義務は、「事実上のもの」と性質決定され、その演繹論理の帰結として、報告義務確認の利益は否定される。しかしこれでは、論理自足的・自己満足的な演繹分析だけであり、その原審が実質的利益として挙げてきた確認の利益論とすれ違い状態にあると思われる。

② (制度考量その１――弁護士会照会の効力を弱めるべきか？(その法社会学的妥当性)) もっと視野を広げて、有機的に取引的不法行為の意義を比較法的に捉え、取引関係・執行関係の合理化に23条照会は意義深い形で関わってきたその実務の営為[14]にもっと謙虚に臨むべきではないか。この一連の最高裁判決で弁護士会照会の効力を弱めることの法社会学的な妥当性はどこにあるのか、そのリアリティに疑問が残る[15]。他方で、郵便局サイドは、転居先情報について情報開示することに(電話番号は、プライバシーないし守秘義務との関係で別扱いするとして)、いかなる不都合があったのか、ここまで二度にまでわたり、最高裁まで執拗に争う実際上の根拠はどこにあったのか、教えてもらいたい。そしてそれが取引実務、司法実務に与える悪影響との利益考量をどう考えたら良いのか、演繹論理だけで説得力無いままにはねつけるのではなく、関係者総意で、この問題に取り組む必要があるように思われてならない。

③ (制度考量その２――報告者の負担(コスト)の問題) 不法行為法は、回答・報告者(照会先)に負担が重いとの議論があるかも知れない(山本周平准教授)[16]。しかも微妙な比較考量が問題とされる場合には、「過失」が否定されて、

---

[14] 例えば、前記研究会(注７)における札幌弁護士会綱森史泰弁護士によると、ここ３～４年の札幌での23条照会は、年間4000件に及ぶとのことである(飯畑・前掲書(注10)18頁では、京都・札幌・大阪の弁護士会の利用度は極めて高いとする)。さらに、全国的に、平成29年度(2017年度)の弁護士会照会の受付件数は、21万802件で、その内、報告拒絶は約3.9％で、無視が約9.4％とのことである。佐藤三郎ほか編著・弁護士照会ハンドブック(金財、2018)33頁参照。

[15] 同旨、加藤新太郎・NBL1141号104頁(判例は、こうした照会実務に悪影響を及ぼすことが懸念されるとする)、飯田ほか・前掲(注２)25頁(この価値判断は、23条照会制度を骨抜きにするも同然で、弁護士として納得できないとする)。

[16] 山本・前掲(注４)12頁。しかし、同准教授とて「比較考量」枠組みは支持される(同10頁。まだ最高裁の概念論が出る前のことである)。

不法行為責任が問責されるわけではない（同旨、酒井博行教授）[17]。またそういう法的不安定のコストは、確認訴訟で類型的に解消できるから（場合によっては、逆に《特殊取引義務》が明定されて、不法行為の積極的認定にも作用する）、さほど消極判断にまでシフトすることは必ずしもない。

なお、この点で同様の考慮から、弁護士照会における弁護士会の判断を一次的に考える（照会先は、弁護士会の示す判断（利益衡量）の合理性判断だけで足りるとする）という伊藤眞教授の構想[18]などは、弁護士会照会の意向を強めようとする動きであり、今最高裁でなされている方向とは真逆である。どうしたらよいのか、弁護士会照会制度の法政策的考察が、求められていると思われる。それなのに、今回の一連の最高裁のように、概念的割り切りで、――法制度的・法政策的考察なしに――弁護士会照会制度の意義を減殺することには疑問があるというべきだろう。

④ （制度考量その３――損害塡補論との関係（間接強制か））要するに、《弁護士会照会》の法社会学的評価如何で、結論は左右されることに我々は気づくべきであり、それが積極的であるのならば、それを拒否することへのサンクションをかけるという（間接強制的な）加害抑止は、《法と経済学》では屢々説かれることで（この点、森島教授）[19]、およそ押し並べて損害塡補に徹するべきであるとの木内裁判長の補足意見の不法行為理解は一枚岩的で、一面的な嫌いもあり、我が国の損害賠償制度も（アメリカほどではないが）やや柔軟化しつつある近時の不法行為法の動きからはいささか古いといえるのではないか。しかも本件で弁護士会からへの損害賠償請求は、懲罰的損害賠償というよりも、Ｙの不法行為性を宣言するような名目的損害賠償でもあり、間接強制とも言えないのではないか（この点、研究会における岩川准教授も同意見であった）。これにより、比較考量の優劣判断がなされ、回答者・報告者の法的安定性が確保さ

[17] 酒井（博）・前掲（注13）109頁参照。

[18] 伊藤・前掲（注６）金法2028号22頁参照（加藤新太郎教授もこれに左袒される。前掲（注６）消費者法31号（2016）88頁）。

[19] 森島・前掲（注６）33頁は指摘する。廣峰正子・民事責任における抑止と制裁（日本評論社、2010）を引かれるが、窪田教授や森田果教授の議論（窪田充見「不法行為と制裁」（石田喜久夫古稀）民法学の課題と展望（成文堂、2000）、森田果＝小塚荘一郎「不法行為法の目的――『損害塡補』は主要な制度目的か」NBL874（2008）など）も併せて見られるべきであろう。

れ、損害抑止に資することになるわけである。ここでも、議論の仕方がやや逆立ちしていると思われなくもない。

⑤ （制度構想その４――本不法行為の要件・効果）それでは、依頼者Ａとの関係での執行債権侵害の不法行為責任についても、いかなる要件で、いかなる賠償範囲で認められるかも課題となるので、論じておく。（ⅰ）まず要件論であるが、前述の英米との比較では、「不実情報」ないし「建物瑕疵」事例[20]との類比が何処までできるかが問題となり、弁護士会でも一定の評価（利益考量）を経て照会がなされているのにも拘わらず、黙殺・無視している内に、民事執行が不首尾に終わったという「不作為」は、不実情報の「作為」とは異なるとの判断もあり得るが（研究会における瀬川教授の指摘）、他方で、瑕疵ある建築物の報告をしなかった専門家の「不作為」責任が問責される事例とは類似するということはできよう。下級審分析で示した、これまでの報告義務の積極例の積み上げは大きく、本判決がそうした営為を反故にすることを恐れる。

（ⅱ）次に効果論（もっともこれは要件論と表裏である）として、何処までの賠償をみとめるかであるが、損害が間接的だから「事実的で法的保護に値しない」というのは、いささか粗雑であろう（債権侵害は、「非金銭債権事例」であっても、およそ広く間接的なのであり、従来は独特の「学説継受」事情から保護に消極的な比較法的に特殊日本的状況になってしまったことは、私が30年前に指摘したところであり[21]、その轍を踏むわけにはいかない）。

しかし他方で、「金銭債権事例」の場合には、平等主義（債権者平等の原則）との関係で、事実上失った執行債権額を請求できるかが悩ましい課題である（研究会における佐藤亮平君（学部学生）の指摘）。ただ、実質的に「責任財産毀損型」の金銭侵害型事例である詐害行為取り消し事案で優先主義的扱いが従来の判例でなされている（近時の債権法改正による揺り戻しはあるが[22]）ので、それとの類比で積極的判断もありうると思われる。）

⑥ （制度構想その５――「法と経済学」的瞥見）ともかく、本判決では、十分

---

[20] これらの類型の特質については、吉田・前掲書（注８）410－411頁参照。

[21] 吉田・同書34頁以下参照。

[22] この点の問題は、さしあたり、吉田邦彦「民法学と公共政策――近時の日本民法学変貌を踏まえて『債権法改正』を考える」北大法学論集70巻５号（2020）977頁以下、とくに984頁参照（沖野教授の立場に照準を当てる）。

な実質的議論もなしに、いささか概念法学的に、不法行為責任は否定されてしまったのは、遺憾だが、本判決の担当調査官の齋藤毅現裁判官によると、照会の必要性・相当性に関する審査体制が強化され、照会先との協議が進み、同裁判官によると、『このような運用改善で、正当の理由のない報告拒絶の事例が減少していくことが期待される』とある[23]。ここには、《責任が認められなくとも、効用が高められていく》という「コースの世界」を見る思いだが、しかしそれだけ「取引費用」（個別の合意を結ばなければならないという意味での取引コスト）はかかっているわけであり、「法と経済学」的見地からも、決して好ましい制度構想ではない[24]。さらに、本件のＡの経済的利益は失われており、所得分配上の帰結の相違（distributional difference）が出てくることも見逃すべきではない。やはり、弁護士会照会というこれまでの実務の積み上げの介在にも拘わらず、本件のような場合に経済的不法行為を大上段に（説得的根拠も示されないままに）否定・排斥していくことの実質的根拠は見つからず、やはり残念な事態だと言うほかはない。

---

[23] 最判解平成28年度（法曹会、2019）450頁、457頁注23（齋藤毅執筆）参照。長谷川卓＝木村健太郎「弁護士照会に関する三井住友銀行の取り組み」金法2022号（2015）などを引く。

[24] これとの関連で、最近の最判令和２年７月21日民集74巻４号1407頁は、写真メッセージが、ツイッター投稿（ツイート・リツイート）が重ねられる内に、写真撮影者の氏名部分がトリミングされたという事案（しかし表示画像をクリックすれば、氏名表示部分を見ることができる事例）で、その写真家が、ツイッター運営の会社に、氏名表示権侵害（著作権法19条）などを根拠に発信者情報の開示請求を行ったケースだが、最高裁は原審を支持して請求を棄却した（リツイート者が、氏名表示権を侵害しており、ツイッター運営者が侵害主体ではないというのである）。しかし、林恵一反対意見で述べられるように（1420－1421頁）、これではツイッター利用者に大きな負担を強いるものであり、侵害主体は、システム運営者であるツイッター社（本件被告）であると考えるべきであろう。つまり、そのような侵害主体の認定をした裁判例もあり（最判昭和63年３月15日民集42巻３号199頁（クラブキャッツアイ事件）（著作権侵害（演奏権侵害）が問われ、スナック経営者も歌唱主体になるとされた（カラオケ法理））。更に、最判平成23年１月20日民集65巻１号399頁（ロクラクⅡ事件）（利用者による地上波アナログ放送の転送について、転送業者も複製主体とする）参照）、ここに論じているＲ・コースの定理の『取引費用』との関係でも、林裁判官のような制度設計の方が、ヨリ効率的な構想であると言えるのではなかろうか。

平成28年最判については、齋藤毅調査官の解説（ジュリスト1504号、最高裁判例解説平成28年度〔19〕）、加藤新太郎教授の解説（重要判例解説平成28年度〔民法８〕、NBL1089号）、我妻学教授の評論（私判リ55号〔民法11〕）、さらには、酒井（一）・村上・栗田・工藤各教授の前掲解説・批評などがある。

また、平成30年最判については、作田寛之調査官の解説（ジュリスト1543号）（自説をあまり述べられない）のほかに、内海博俊教授の解説（令和元年度重要判例解説〔民訴３〕）、加藤新太郎教授のもの（NBL1141号、判評738号）、手賀寛教授の評論（私判リ60号〔民訴３〕）、今津教授の前掲解説などがある。