

**23条照会における照会先による回答義務存在確認請求の可否および当否について**

【文献種別】 判決／名古屋高等裁判所

【裁判年月日】 平成29年6月30日

【事件番号】 平成28年(ネ)第912号

【事件名】 損害賠償請求控訴事件

【裁判結果】 一部認容、一部棄却(上告、上告受理申立て)

【参照法令】 弁護士法23条の2、民事訴訟法136条・143条・297条、行政事件訴訟法4条、日本国憲法21条、郵便法8条

【掲載誌】 判時2349号56頁、判タ1446号76頁、金判1523号20頁、金法2078号68頁

LEX/DB文献番号 25448826

**事実の概要**

1 X<sub>1</sub>が訴外Aに対し、X<sub>2</sub>弁護士会員Bを代理人として提起した損害賠償請求訴訟(以下「別件訴訟」とする)において成立した、AがX<sub>1</sub>に対し一定の金銭を支払う旨の訴訟上の和解を記載した調書(以下「本件和解調書」という)に基づくAに対する動産執行手続を行うため必要であるとして、Bは、弁護士法23条の2第2項に基づき(以下同項に基づく照会を「23条照会」と呼ぶ)、[1] A宛の郵便物について転居届の提出の有無、[2] 転居届の届出年月日、[3] 転居届記載の新住所(居所)、[4] 転居届記載の新住所(居所)の電話番号について(以下「本件照会事項[1]ないし[4]」とする)につき、Y(日本郵便株式会社=被控訴人)に対しX<sub>2</sub>を通じて照会した(以下「本件照会」とする)が、Yは回答を拒絶(以下「本件拒絶」とする)した。

2 X<sub>1</sub>・X<sub>2</sub>はYに対し本件訴訟を提起し、当初本件拒絶によるX<sub>1</sub>に対する不法行為に基づく損害賠償のみを求めた。第一審(名古屋地判平25・10・25判時2256号23頁)は、回答拒絶に正当な理由がある場合を除き23条照会に応じることは公法上の義務であり、また本件拒絶は正当な理由を欠くが、Yの過失を認定できないとして、X<sub>1</sub>の請求を棄却した。

3 控訴審において、X<sub>2</sub>は予備的請求として、「Yが、本件照会事項[1]ないし[4]について、X<sub>2</sub>に対し回答義務があること」の確認請求を追加した(以下「本件確認請求」という)。控訴審(名古屋高判平27・2・26判時2256号11頁)は、X<sub>2</sub>の主位的請求を一部(X<sub>2</sub>に対する損害賠償額1万

円のみ認定)認容したため、予備的請求に関して判断しなかった。

4 上告審(最判平28・10・18民集70巻7号1725頁)<sup>1)</sup>は、弁護士会のみには与えられる23条照会の権限は制度の適正な運用を図るために付与されるものにすぎないから、弁護士会は法律上保護される利益を有さず、23条照会に対する報告拒絶が弁護士会に対する不法行為を構成することはないとし、原判決を一部取り消して主位的請求を全て棄却すべきものとする一方、予備的請求である本件確認請求について「更に審理を尽くさせる必要がある」として、高裁へ差し戻した。本判決はその差戻後控訴審判決<sup>2)</sup>である。

**判決の要旨**

差戻審は、本件照会事項[1]－[3]について、YにはX<sub>2</sub>への報告義務があると確認し、その余の請求を棄却した(ナンバリングは解説者による)。

1 (1)「本件訴え……は民事訴訟であると解され、損害賠償請求訴訟とは同種の訴訟手続であるから、損害賠償請求に本件確認請求を追加的に併合することは許される(民訴法136条)。……本件拒絶に正当な理由があったか否かは、損害賠償請求が認められるか否かの判断の前提となっていた……から、損害賠償請求と本件確認請求とは、請求の基礎に同一性(同法143条1項)が認められ、控訴審における訴えの追加的変更には相手方の同意は要求されていない(同法297条、143条)から、X<sub>2</sub>が控訴審において本件訴えを追加的に変更したことは適法である。」

(2)「仮に、本件訴えが『公法上の法律関係に

関する確認の訴え』に該当する余地があるとしても、……両請求は請求の基礎を同一にするものにして、損害賠償請求に本件確認請求を併合することは、民法143条1項による訴えの追加的変更準じて認められるというべきであるし、……本件照会に対する報告義務の存否（本件拒絶の正当な理由の有無）は、第一審から審理の対象となっており、被控訴人が審級の利益を害されることはないから、行訴法41条2項、19条1項、16条2項の規定にかかわらず、被控訴人の同意を要しない……。」

2 (1) 「確認の訴えが適法となるためには、確認の対象とされた法律関係ないし権利義務が具体的であるとともに、確認訴訟を選択したことが紛争の解決にとって適切であり、確認判決が紛争の解決にとって有効であること（即時確定の利益があること）が必要である……。」

(2) 「本件訴えで確認の対象とされたのは、具体的に特定された本件照会事項に対する被控訴人の報告義務であるから、対象の具体性は満たしている……。」

(3) (ア) 「23条照会制度の趣旨及び弁護士会に課せられた責務に照らせば、弁護士会が23条照会制度を適正かつ円滑に運営し、その実効性を確保することは、法的に保護された弁護士会固有の利益である……とともに、報告義務の存否（拒絶する正当な理由の有無）に関し、弁護士会と照会先の判断が食い違った場合には、司法判断により紛争解決を図るのが相当である……。」

(イ) 「本件確認請求が認容されれば、被控訴人がこれに応じて報告義務を履行することが期待できる……と認められる上、認容判決を受けた上での本件照会事項に対する報告であれば、YがAから守秘義務違反を理由として損害賠償を請求されても、違法性がないことを理由にこれを拒むことができる……。」

(ウ) 「そうすると、本件訴えには、即時確定の利益が認められる……。」

(4) 「『報告せよ』との給付判決を求めることができるかについては、……弁護士法には報告拒絶に対する強制履行の規定がない上、照会権限についても『報告を求めることができる。』と規定されるにとどまっていることからすれば、その許容性については疑義がある……。」 「また、本件最高裁判決により、本件拒絶に対する損害賠償請求

は否定されている。そうすると、X<sub>2</sub>が、訴訟手続を利用して本件照会に対するYの報告義務の存否の判断を得るには、確認の訴えという方法を採用よりほかない……。」

3 (1) 「23条照会の制度は、事件を適正に解決することにより、国民の権利を実現するという司法制度の根幹に関わる公法上の重要な役割を担っている……。そうすると、照会先が法律上の守秘義務を負っているとの一事をもって、23条照会に対する報告を拒絶する正当な理由があると判断するのは相当でない」。よって「正当な理由があるか……は、照会事項ごとに、……報告することによって生ずる不利益と報告を拒絶することによって犠牲となる利益との比較衡量により決せられるべきである。」

(2) 「守秘義務を負う照会先は、23条照会に対し報告をする必要があるか自ら判断すべき職責がある……」ので、「弁護士会の審査に不備があり得るとしても、Yにおいて、この職責を放棄し、常に守秘義務を優越させて報告を拒むことを肯定する理由にはならない……。」

(3) 本件照会事項に係る情報は「個人の内面に関わるような秘匿性の高い情報とはいえず、弁護士は受けた報告につき慎重な取扱いが求められていること等から「情報が不必要に拡散されるおそれは低い……。」一方「本件照会に対する報告が拒絶されれば、X<sub>1</sub>……は、司法手続によって救済が認められた権利を実現する機会を奪われることになり、これにより損なわれる利益は大きい。」

(4) 「本件においては、本件照会事項〔1〕ないし〔3〕については、23条照会に対する報告義務が郵便法8条2項の守秘義務に優越し、同〔4〕については、同項の守秘義務が23条照会に対する報告義務に優越する……。」

## 判例の解説

本判決は、23条照会における照会先による回答拒絶が弁護士会に対する不法行為となる余地を否定した前記最高裁判決によって、「更に審理を尽くさせる必要がある」とされた、差戻前控訴審において追加された予備的請求たる本件確認請求（事実の概要3）の可否および当否に関する。本判決は、①控訴審における訴えの追加的変更が認め

られること（判旨1）、②確認の利益が存在すること（判旨2）、③本件拒絶（の一部）に正当理由が認められないこと（判旨3）を判示し、Yの回答義務を一部肯定した。以下この順にポイントを絞って若干のコメントを試みる。

### 一 控訴審における追加的変更の可否（判旨1）

23条照会に対する回答義務の確認請求が（仮に可能であるとして）通常の民事訴訟と「公法上の法律関係に関する確認の訴え」（いわゆる実質的当事者訴訟。行訴法4条後段）のいずれに当たるかは学説・裁判例<sup>3)</sup> 上争われているところ、本判決はこれを民事訴訟であるとする。民事訴訟と解すれば、おそらく同じく民事訴訟である不法行為に基づく損害賠償請求訴訟への追加的変更によるその併合を認めやすいのかもしれない。一方で本判決は、本件を実質的当事者訴訟だと理解した場合でも、民訴法143条1項による訴えの追加的変更準じて、Yの同意を要することなく<sup>4)</sup> これに併合することができるとしている。結局のところ、本判決は本件を民事訴訟または実質的当事者訴訟のどちらと理解しても同様の結論になるとするものである。さらにいえば、本件ではすでに最高裁判決によって、損害賠償請求についての棄却判決が確定しているため、もはや同請求が係属していない差戻審で損害賠償請求との併合の可否を議論する必要性は薄かったともいえる。よって、本件における民事訴訟との性質決定の意義は割り引いて理解すべきであろう。

### 二 いわゆる確認の利益（判旨2）

次いで、確認の訴えである本件確認請求を適法とするために、本判決は①対象選択の適否、②即時確定の利益と③方法選択の適否という3つの要素に分けて検討している（判旨2(1)）が、うち②の検討の前半（判旨2(3)（ア））は、「X<sub>2</sub>には法的保護に値するほどの具体的かつ現実的な法的地位はない<sup>5)</sup>」とのYの主張を、23条照会の実効性確保が弁護士会固有の利益であり、弁護士会・照会先間の判断の齟齬を司法判断により解決する必要性から否定するものである。比較的抽象度の高いこの判示が即時確定の利益に関わる問題とするかは別にして、回答拒絶の当否につき司法判断の機会を必要とするこの判断自体の重要性は、より具体的なレベルで確認の利益の有無にかかわる①②

（とくに後半）③の検討前に指摘しておくべきであろう。

①につき、本判決は対象の具体性を問題とする。本案の問題としても23条照会との関係で照会事項の具体性は必要と解されている<sup>6)</sup> が、ここでは、あくまで確認の訴えを適法とするための対象の具体性が要求されている。両者につき必要な具体性・特定性の程度が一致するのかどうか、本判決からは判別できないが、本件照会事項に関していえば、より具体化する余地は乏しく、照会内容についてYが防御に困難を覚えるとも考えにくいから、この観点から確認の利益を否定することは、本判決も述べるとおり適切でない（判旨2(2)）。

次に、②即時確定の利益に関しては、前述した点に加えて、「本件確認請求が認容されれば、被控訴人がこれに応じて報告義務を履行することが期待できる」点（判旨2(3)（イ）前半）、また「認容判決を受けた上での本件照会事項に対する報告であれば、YがAから守秘義務違反を理由として損害賠償を請求されても、違法性がないことを理由にこれを拒むことができる」点（判旨2(3)（イ）後半）を即時確定の利益を認める根拠として挙げている。少なくとも後者は、将来提起されるかもしれないAからYへの守秘義務違反を理由とする損害賠償請求に本判決の既判力が当然には及ばないことを前提とすると、この理由をもって直ちに即時確定の利益を認めることはやや無理がある。

最後に、③方法選択の適否について、本判決は、損害賠償請求と、報告そのものの給付請求の2つの代替手段に対し消極的判断を加えることで確認請求を認める必要性を根拠づけようとするが、とくに後者には疑問が残らう。すなわち、本判決は、⑦弁護士法に報告拒絶に対する強制規定がなく、23条照会の照会権限が「報告を求めることができる」という規定であることから、給付の訴えの許容性には疑義が残る、④仮に給付の訴えを認めても、民事執行手続による公法上の義務の履行は実現できないという。しかし、⑦は給付の訴えに「疑義」を示すに止まり、④もまた、執行可能性は給付の訴えの適法性に必ずしも影響しないという見解<sup>7)</sup> も有力であるから、給付の訴えを当然に不可能とするものではない。もっとも、執行不可能な給付の訴えと確認の訴えの間の選択はさほど違いをもたらさないことを前提に、本判決は、確認訴訟を選択したX<sub>2</sub>の判断を尊重したに

過ぎないと考えることもできるかもしれない。

### 三 本件における開示の可否（判旨3）

#### 1 照会ごとの比較衡量の採用

本判決は、本件のように23条照会の回答拒絶が、照会先のもつ郵便法8条2項に基づく守秘義務（以下「守秘義務」とする）に依拠して行われる場合には、報告によって生ずる不利益と拒絶によって犠牲となる利益の比較衡量を、照会事項ごとに行う必要があるとの見解を示した（判旨3(1)）。守秘義務より23条照会に対する報告義務（以下「報告義務」とする）が優越するかが照会事項ごとに定まるのでは、YがAに守秘義務違反を理由に損害賠償を請求される可能性等、Yが不安定な立場に置かれることになるから、守秘義務を報告義務に優越させるべきとのYの主張<sup>8)</sup>に対しては、「司法制度の根幹に関わる（判旨3(1)）」23条照会の制度趣旨および「守秘義務を負う照会先は、23条照会に対し報告をする必要があるか自ら判断すべき責務がある」ことをもって退けている（判旨3(2)）。

しかし、この差戻審の判断は、本案事件の当事者でない第三者に過ぎない照会先が、守秘義務が優先するかの判断を誤った場合に秘密主体から損害賠償請求をされる危険をもたらすことになり、結果として23条照会の運用そのものを危うくしかねない。なぜなら、前記最高裁判決のもと報告拒絶によってもはや損害賠償責任を問われることのない照会先は、結局、秘密主体からの事後の責任追及の方を恐れて照会請求により消極的態度を採る可能性があるからである。本判決は、判旨2(3)(イ)等<sup>9)</sup>において、YがAから守秘義務違反を理由に損害賠償請求されても、違法性の欠如を根拠にこれを免れられると判断しているようである。しかし前記二②後半で述べたように、弁護士会・照会先間での確認判決の既判力は秘密主体・照会先間の後訴には及ばないので、懸念は完全に解消<sup>10)</sup>されないのではないか<sup>11)</sup>。

#### 2 比較衡量による本件の検討

判旨3(3)によれば、本件において報告によって生ずる不利益とは、Yが所持するAの開示される予定のない情報が不必要に拡散されるおそれ、報告拒絶によって犠牲になる利益とは、報告拒絶されるとX<sub>1</sub>が動産執行の機会を奪われることとされる。そして、本件照会事項の〔1〕－〔3〕

については動産執行をするのに知る必要性が高いので報告義務が優越し、〔4〕については、住所を知るために電話番号を知ることが間接的な手段であるから守秘義務が優越するとした。

### 四 おわりに

本件では郵便法35条に基づく転居届の開示が検討されている。いわゆる宅急便等の輸送サービスでも転居届と同種のシステムが用意されているため、それらにも本判決の主旨が及ぶ可能性がある。ただし、上記三1に述べた照会先のもつ秘密主体からの事後の責任追及の懸念からすれば、Yによる開示が今後円滑になる保証はない。

#### ●—注

- 1) 本解説では、X<sub>1</sub>の死亡による訴訟承継人もX<sub>1</sub>と同一主体として扱う。
- 2) 本判決を検討したものに、加藤新太郎「判批」NBL1109号(2017年)68頁、上田竹志「判批」法セ754号(2017年)108頁がある。
- 3) 例えば、伊藤眞「弁護士照会の法理と運用——二重の利益衡量からの脱却を目指して」金法2028号(2015年)6～23頁。
- 4) ここでも、追加的変更は民訴法143条1項を根拠に許されるものであること、実質的にも本件拒絶の問題は第一審から議論されているのでYの審級の利益を害するおそれがないことから、控訴審における請求の追加につき被告の同意を要求するかにみえる行訴法の規定にかかわらず、この場合でも被告の同意は不要であるとされている。
- 5) 判時2349号65頁。
- 6) 日本弁護士連合会調査室編『条解弁護士法(第4版)』(弘文堂、2007年)165頁、また東京弁護士会調査室編『弁護士照会制度(第4版)』(商事法務、2013年)29頁は、照会事項はできる限り特定するよう指摘している。
- 7) 新堂幸司『民事訴訟法(第5版)』(弘文堂、2013年)265頁、高橋宏志『重点講義民事訴訟法 上[第2版補訂版]』(有斐閣、2013年)350頁、伊藤眞『民事訴訟法(第5版)』(有斐閣、2017年)176頁。
- 8) 前掲注5)67頁。
- 9) 前掲注5)65頁、66頁。
- 10) 照会先を保護する方法として補助参加が考えられる。伊藤・前掲注3)23頁参照。
- 11) 23条照会の照会先は公務所または公私の団体に限定されていることを踏まえると、この程度リスクは、照会先が負いうる公共的な責務の範囲内だとの考えも可能かもしれない。