

〔下級審民事事例研究 七二〕

- 1 電気通信事業者が、特定の携帯電話番号の名義人の氏名及び住所、請求書送付先住所、連絡先電話番号についての調査嘱託に対し、回答を拒絶したことに正当な理由がなかったとされた事例
- 2 嘱託先が、正当な理由なく調査嘱託への回答を拒絶した場合における、訴訟当事者に対する不法行為の成立が否定された事例

3 右回答をすべき義務があったことの確認を求める訴えの適法性（消極）
東京高裁平成二四年一〇月二四日判決（平成二四年(ネ)四一一三号、回答義務確認請求控訴事件）
判例時報二一六八号六五頁、金融・商事判例一四〇四号二七頁
原審 東京地裁平成二四年五月二二日判決（判例時報二一六八号六七頁、金融・商事判例一四〇四号三五頁）

〔事案〕

X（原告、控訴人）は、A（別訴被告）ら九名に対して、運用実態のない架空の投資ファンドへの出資によって損害を被ったとして、損害賠償請求を提起しようとした。しかし、Aらの住所が不明であったことから、訴状副本および期日呼出状等を送付するため、電気通信事業者であるY（被告、被

控訴人）を嘱託先として以下の事項について調査の嘱託を受
訴裁判所に申し立てた。

その嘱託事項とは、Aが使用したとされる携帯電話番号につき、(1)名義人の氏名および住所、(2)電話料金請求書送付先住所等、(3)右電話番号以外の連絡先電話番号、(4)電話料金の支払い方法（口座引き落としであればその金融機関名）

を明らかにすることであった。裁判所は、Xの申し立てを認め、民法一五一条一項六号、同条二項および一八六条に基づきYに前記事項につき調査の嘱託を行った。これに対して、Yは、個人情報保護、通信の秘密の保持および企業秘密の非公開などを理由に回答を拒絶した。そのため、Aに対する訴状等の送達は公示送達によって行われた。

その後、Xは、Yが正当な理由がないにもかかわらず調査の嘱託に対して回答を拒絶したとして、Yに対して不法行為に基づく損害賠償請求訴訟を提起し（住所を把握することができなかったことによる経済的損失として一〇万円、慰謝料として一〇万円および調査嘱託の申し出に要した費用相当額一〇〇〇円の合計二〇万一〇〇〇円）、また中間確認の訴えとしてYが本件調査嘱託に回答すべき義務を負うことの確認を求めた。

原審は、まず、本件調査嘱託事項について、電気通信事業法四条二項の「通信に関して知り得た他人の秘密」に該当するとして、Yには秘密保持義務があることを認めた。その上で、当該秘密保持義務と調査嘱託に回答すべき義務のいずれが優先するののかについて検討し、前記(1)、(2)および(3)については、調査嘱託への回答義務が優先するものの、(4)については秘密保持義務が優先するとした。しかし、原審は、調査嘱託に対する回答義務に違反したとしても、調査嘱託の申立人であるXに対する不法行為は成立しないとした。その理由は、

調査嘱託に回答すべき義務は、嘱託先が嘱託を行った裁判所に對して負う一般公法上の義務であり、調査嘱託を申し立てた訴訟当事者に対して負うものではないとするものであった。そして、原審は、損害賠償請求を棄却し、また、Xによる中間確認の訴えについても、同様の理由から訴えの利益を欠くとして却下した。

これに対して、Xが控訴した。控訴に際して、Xは、中間確認の訴えの部分については、「本件調査嘱託に対し回答する義務があるとの確認」から「回答する義務があった」との過去の確認を求める訴えに交換的に変更した。また、Xは、前記嘱託事項(4)に関する部分については控訴審では請求しておらず、控訴審での審判対象は調査嘱託事項(1)、(2)および(3)に関する部分となった。

〔判旨〕 中間確認の訴えにかかる控訴を却下するとともに、控訴人のその余の控訴を棄却

1 不法行為の成否について

「被控訴人は、本件調査嘱託事項(1)から(3)までの調査嘱託に回答すべき義務があるのに、これをしなかった。控訴人としては、本件調査嘱託を通じて取得できた資料を基にAの住所を覚知するなどして有効な訴訟遂行を考えていたが、被控訴人からの本件調査嘱託に対する回答がなかったことにより、Aの住所を知ることができず、結局公示送達の方法により訴

訟を遂行せざるを得なかつた。その意味で控訴人の有効な訴訟遂行の権利が侵害されたとみる余地もある。確かに、調査嘱託に対する嘱託先の回答義務は、前記のとおり当該調査嘱託をした裁判所に対する公法上の義務であり、調査嘱託の職権発動を求めた訴訟当事者に対する直接的な義務ではないので、上記公法上の義務に違反したことが直ちに上記訴訟当事者に対する不法行為になるというものではない。しかし、調査嘱託の回答結果に最も利害を持つのは調査嘱託の職権発動を求めた訴訟当事者であるところ、この訴訟当事者に対しては回答義務がないという理由のみで不法行為にはならないとするのは相当ではないといふべきである。したがって、調査嘱託を受けた者が、回答を求められた事項について回答すべき義務があるにもかかわらず、故意又は過失により当該義務に違反して回答しないため、調査嘱託の職権発動を求めた訴訟当事者の権利又は利益を違法に侵害して財産的損害を被らせたと評価できる場合には、不法行為が成立する場合もあると解するのが相当である。」

「控訴人作成の調査嘱託申出書には、本件調査嘱託の目的が記載されているが、本件調査嘱託においては単に本件調査嘱託事項のみが記載されているだけで、その目的の記載はない。これを受け取った被控訴人としては、本件調査嘱託の目的が判明しない以上、秘密保持等のために回答を拒否したとしてもやむを得ないと考えられる。したがって、本件調査嘱託事

項(1)から(3)までについては、被控訴人に回答すべき義務があったのではあるが、上記の点からして、被控訴人の当該義務違反が故意又は過失により行われ、その結果調査嘱託の職権発動を求めた訴訟当事者の権利又は利益を違法に侵害して財産的損害を被らせたとまで評価することはできない。」

2 中間確認の訴えの確認の利益

控訴審は、中間確認の訴えを求めた確認の利益について、原判決に記載のとおりであるとして、以下のように述べた原審の判断を維持している。「確認の訴えについて訴えの利益があるというためには、原告の権利又は法律関係について危険又は不安が現に存在し、かつ、それを除去する方法として、原告と被告との間でその権利又は法律関係について確認することが有効かつ適切であると認められることが必要であると解される。かかる理は、通常の確認の訴えと中間確認の訴えとで何ら異なるところはない。」「これを本件中間確認の訴えについてみると、本件中間確認の訴えにおいて確認の対象とされた被告が本件調査嘱託に対して回答すべき義務は、被告が別件訴訟係属裁判所に対して負う一般公法上の義務であり、原告に対して負う義務ではない。本件調査嘱託に対して被告が回答することによる利益は、原告にとつては反射的利益にすぎないのであって、被告が回答しないことよつて原告の権利又は法律関係について危険や不安が現に存在するとはいえない。」

〔評釈〕判旨結論に賛成する

一 本判決の意義

本判決は、訴訟当事者が裁判所に対して調査嘱託を職権で発動することを求め、それに基づき裁判所の調査嘱託が行われたところ、嘱託先が回答を拒絶した場合に、訴訟当事者に対する関係で不法行為が成立するか、また、その際に、調査嘱託に回答する義務について中間確認の訴えの利益が認められるか否かが問題となった事案である。同様の問題は、弁護士法二三条の二に基づく照会に対する回答を照会先が拒絶した場合に、当該弁護士会に所属する弁護士との関係で不法行為が成立するか否かという形で生じており、近時、調査嘱託ないし弁護士照会に対する回答拒絶の問題に関する下級審裁判例がいくつか下されているところである。⁽¹⁾

本判決は、結果として不法行為の成立および中間確認の訴えの利益を否定したが、調査嘱託に対する回答拒否が不法行為となりうることを肯定した。これまで下級裁判例は、回答義務は裁判所に対する公法上の義務であることを前提に、訴訟当事者に対する不法行為の成立の余地はないとしてきたが、本判決は、調査嘱託という制度において正当な

理由なくして回答が拒絶された場合に、事後的救済の可能性を肯定した点で注目し値すると思われる。

二 嘱託先の義務

まず、調査の嘱託がなされた場合に、嘱託先には回答義務があるのか否かが問題となる。本件の調査嘱託は、民事訴訟法一五一条一項六号に基づくものであり、同条二項が準用する同法一八六条は、「裁判所は、必要な調査を官庁若しくは公署、外国の官庁若しくは公署又は学校、商工会議所、取引所その他の団体に嘱託することができる。」と定めている。この制度は、官庁もしくは公署または学校などの団体が職務上または業務上保有する客観的情報について、裁判所による簡易かつ迅速な情報収集を可能にするものである。もつとも、この規定が裁判所の権限を定める形式を採用していることから、裁判所の権限を定めているだけであり、嘱託先の義務を定めたものではないと説く見解がある。⁽²⁾しかし、嘱託を受けた国内の団体は、正当な事由のない限り、当該調査嘱託に対して回答すべき義務を負うものと従来から解されており、⁽³⁾また、裁判例においても、たとえば、大阪高裁平成一九年一月三〇日判決は、銀行が裁判所から口座開設者の氏名住所などの個人情報⁽⁴⁾の回答を

求められた場合には、銀行は開設者本人の同意があるか否かにかかわらず裁判所に回答する公法上の義務を負うとした。⁽⁵⁾この点については、調査嘱託の制度を有効ならしめるためにも回答義務を肯定する立場が妥当であると解する。もつとも、この義務は調査嘱託がなされた団体等が嘱託を行った裁判所に対して負う一般公法上の義務であり、当該申立てを行った訴訟当事者に対して負うものではないと解される。

つぎに、本件の回答拒否がこの公法上の義務に違反するか否かであるが、被告は、本件調査嘱託事項は、「通信の秘密」(憲法二二条二項後段、電気通信事業法四一条一項)や「通信に関して知り得た他人の秘密」(電気通信事業法四二条二項)に該当するため、これらの本件調査嘱託事項に関して被告は秘密保持義務を負うこと、また、秘密保持義務は調査嘱託に対する回答義務に優先するため、被告の調査嘱託に対する回答拒絶には正当な理由があると主張していた。そこで、電気通信事業法がどのような規定を置き、またどのような内容を有しているのか確認する。電気通信事業法は、四一条一項において「電気通信事業者の取扱中に係る通信の秘密は、侵してはならない。」とし、同条二項は、「電気通信事業に従事する者は、在職中電気通信事業

者の取扱中に係る通信に関して知り得た他人の秘密を守らなければならない。その職を退いた後においても、同様とする。」と定める。同条一項は、憲法二二条二項の規定を受けて電気通信事業者の取扱いに係る通信の秘密を保護するものとされ、⁽⁶⁾その趣旨は、「通信が人間の社会生活にとって必要不可欠なコミュニケーション手段であることから、憲法二二条第二項の規定を受けて思想表現の自由の保障を有効ならしめる」ことにあると説かれる。⁽⁷⁾また、電気通信事業法四二条「第二項は、電気通信事業に従事する者に関する第一項の適用範囲を明らかにするとともに、電気通信事業に対する利用者の信頼保持の観点から、電気通信事業に従事する者に対し、第一項より広い範囲の守秘義務を、職務上の義務として課したものとされる。⁽⁸⁾そして、電気通信事業法四二条一項にいう「通信の秘密」の範囲は、「通信内容はもちろんであるが、通信の日時、場所、通信当事者の氏名、住所・居所、電話番号などの当事者の識別符号、通信回数等これらの事項を知られることよって通信の意味内容が推知されるような事項すべてを含む」とされ、⁽⁹⁾また、第二項の「通信に関して知り得た他人の秘密」とは、「通信の秘密」のほかに、「通信当事者の人相、言葉の訛や契約の際に入手した契約者の個人情報、営業秘密、料金滞

納情報、電話帳掲載省略電話番号等、個々の通信の構成要素とはいえないが、それを推知させる可能性のあるものを「含む」とされる⁽¹⁰⁾。他方、通信の受信者や発信者の氏名は同法四条二項の「通信に関して知り得た他人の秘密」に該当するとの見解も唱えられている⁽¹¹⁾。しかし、いずれにしても、四条の秘密については、他の法令に基づき正当に行われる行為によって秘密を外部に提供する場合には、本条に違反するものではないとされている⁽¹²⁾。

本件では、裁判所は、調査嘱託事項は電気通信事業法四条二項の「通信に関して知り得た他人の秘密」に該当するものとしたものの、嘱託先は調査嘱託に回答する義務を負うとした。本判決が回答義務を一般論として肯定したのであるならば、その点は賛成である。なぜならば、調査嘱託は民事訴訟法一八六条に基づく証拠調べ手続に関する制度であることから、法令に基づく正当な行為によって外部に提供されているといえるため、回答義務は一般的には肯定されるからである。もっとも、調査の嘱託がなされた場合に、すべて回答しなければならぬわけではない。嘱託先としては、回答に際して第三者のプライバシー保護などを考慮する必要があるため、嘱託先に回答すべきか否か判断する機会を与える必要がある。そのためにも、少なくとも調査

嘱託の目的を示すべきであり、そのような手段が講じられていない場合には、義務違反を問うことは難しいと思われる。

三 調査嘱託に対する回答拒絶と不法行為

原告は、被告が本件調査嘱託に対する回答を拒絶したことによって、法律上保護された原告の利益が侵害されたと主張している。そこで、嘱託先が調査嘱託の回答を拒絶したことが、調査嘱託を申し立てた訴訟当事者との関係で不法行為を構成するか否かを検討する。

この点、原審は、調査嘱託に対して回答すべき義務は、嘱託先が当該調査嘱託をした裁判所に対して負う一般公法上の義務であり、当該義務は調査嘱託を申し立てた当事者に対して負うものではないことから、嘱託先が当該調査嘱託に回答しないことで、当該調査嘱託を申し立てた訴訟当事者に対する不法行為が成立する余地はないとしている。これまでの下級審裁判例も、これと同様の立場をとっている⁽¹³⁾。これに対して、控訴審は、調査嘱託に回答する義務は「訴訟当事者に対する直接的な義務ではない」としたが、回答義務があるにもかかわらず回答しないことによって、調査嘱託を求めた当事者の権利や利益を侵害した場合には

不法行為に基づく損害賠償を認める場合がありうるとの判断を下した。

たしかに、調査嘱託は、裁判所と嘱託先との間の訴訟法律関係に基づく公法上の義務であり、その限りで訴訟当事者と嘱託先との間には、直接的な権利義務関係はないといえる。しかし、原告は、調査嘱託の回答結果を得ることができなかったために、別件訴訟において公示送達によらざるを得なかった。そもそも調査嘱託の申立てを行ったのは、原告が、被告から、別訴被告の住所などに関する情報を入力し、もって損害賠償請求訴訟を提起しようとしたものであり、調査嘱託を行うのに最も利害関係を有していたのは原告である。そして、嘱託先からの嘱託回答の拒絶に際して一番の不利益を被るのも、裁判所ではなく訴訟当事者である原告である。この場合に、訴訟当事者は裁判所に対して調査嘱託の職権の発動を求めたにすぎず、訴訟法律関係としては裁判所と嘱託先との公法上の一般的義務が生ずるのみで、嘱託事項について回答されなかったことによる調査嘱託申立人たる当事者の不利益は保護に値しないとすることは、調査嘱託の制度利用者の不利益に堪がみて妥当ではない。また、調査嘱託の制度を有効ならしめるためにも、正当な理由なくして回答を拒絶する場合には、不法行為の

成立が認められると解すべきであろう。その意味で、控訴審裁判所が、嘱託先の調査嘱託に対する回答義務は訴訟当事者に直接負うものではないとしても、訴訟当事者との関係で不法行為が成立する余地を認めたことは評価に値する⁽¹⁴⁾。

なお、控訴審裁判所は、本件調査嘱託では単に調査嘱託事項だけが記載されているだけでその目的の記載がなかったことから、被控訴人には調査嘱託の目的が判然としないため秘密保持等のために回答を拒否したとしてもやむを得ないとした。たしかに、調査嘱託の回答を拒否するか否かを嘱託先が判断するためには、調査嘱託の目的を相手方に知らせる必要があると考えられるが、この点については、実務上、嘱託先に送付される調査嘱託書には目的の記載がないのが一般的であったとされている⁽¹⁵⁾。これまでは、不法行為が成立する余地がないとの前提の下で運用がなされていたのであれば、そのような扱いであっても問題は生じてこなかったといえる。しかし、本判決を前提とするならば、嘱託先への嘱託書の記載を実務上改めることが求められよう。

四 中間確認の訴えにおける訴えの利益

(1) 即時確定の利益の必要性

原告は、調査嘱託について回答がなされなかったことに對する賠償請求のほかに、回答義務があったことの確認を求め、中間確認の訴えを提起している。原審は、通常の確認の訴えと中間確認の訴えとは確認の利益について異なることはないとして、即時確定の利益を求めており、控訴審裁判所もこれを前提としておりと考えられる。以下では、この点について検討する。

中間確認の訴えが適法とされるための要件は、①当事者間に訴訟が係属し、かつ事実審の口頭弁論終結前であること、②当事者間に法律問題について争いがあり（係争性）、本来の請求の全部または一部の判断の前提となる法律関係につき（先決性）、積極的または消極の確認を求め、③確認の請求が本来の請求と同種の訴訟手続であること、④他の裁判所の専属管轄に服していないこと、とされている⁽¹⁶⁾。

このうち、②の要件をめぐっては、中間確認の訴えでは確認の利益が必要とされるか否かについて議論がある。この点について、必要説は、中間確認の訴えが確認訴訟の形式をとる以上は区別を設ける必要はないとして、確認の利益を要求する⁽¹⁷⁾。これに対して、不要説は、当事者間で争いがあり、本来の請求の全部または一部の判断の先決関係に

ある法律関係について確認訴訟が申し立てられていれば、確認の必要性は認められるのであり、それとは別に確認の利益（とくに即時確定の利益）を要求する必要はないと説く⁽¹⁸⁾。思うに、たとえば、中間確認の訴えの対象となる法律関係について、すでに既判力ある判決を得ている場合には、中間確認の訴えを認める必要はなく、その意味では確認の利益を要求する意義はあると考えられる。しかし、中間確認の訴えにおいては、即時確定の利益は必要ないと考える。なぜならば、当初の請求について訴えの利益が認められる場合には、中間確認の訴えの対象について、もはや別個に即時確定の利益を要求する必要がないと考えられるからである⁽²⁰⁾。つまり、先決的法律関係について即時確定の利益を要求することで、当該先決的法律関係について別訴提起によらざるを得ない事態を招くよりも、むしろ本来の訴訟が提起されたことを契機として、中間確認の訴えによって関連請求をまとめて審理することにより、効率的に関連紛争を解決することを認めるべきである。またそのような扱いは、不必要な訴訟提起を排除する確認の利益の制度趣旨に反することもないといえる。したがって、中間確認の訴えについて、即時確定の利益をも要求した裁判所の判断には疑問がある。

(2) 中間確認の訴えの対象としての権利

裁判所は、本件中間確認の訴えで確認の対象とされた、被告が本件調査嘱託に対して回答すべき義務は、被告が裁判所に対して負う一般公法上の義務であって原告に対して負う義務ではなく、本件調査嘱託に対して被告が回答することによる利益は、原告にとつては反射的利益に過ぎないとして、確認の利益を欠くと判断した。

中間確認の訴えにおいては、他人間の法律関係であつても、⁽²¹⁾確認の対象として許されると解されている。⁽²²⁾しかし、⁽²¹⁾中間確認の訴えは、すでに係属している訴訟手続を利用して訴えを提起することから、併合要件(民法一三二六条)を充たす必要がある。そのため、当初の訴えと中間確認の訴えは同種の手続であることが求められる。⁽²³⁾

本件で求められている回答義務の確認は、裁判所と嘱託先との法律関係であるため、原告からすれば他人間の法律関係といえるものの、そのこと自体は中間確認の訴えを妨げるものではない。しかし、この調査嘱託に回答すべき義務は公法上の義務に属する。⁽²⁴⁾そして、本件で問題となった義務について確認を求める場合、その訴えは、「公法上の法律関係に関する確認の訴え」(行訴法四条後段)に該当すると考えられる。そのため、両者の手続は同種ではない

ことから、中間確認の訴えの要件を充たさないとした裁判所の判断は支持される。

(3) 中間確認の訴えの対象としての事実

確認の利益につき、通常の確認訴訟と中間確認の訴えとは相違はないとする裁判所の立場からすると、通常の確認の訴えにおいて証書真否確認の訴え(民法一三四条)⁽²⁵⁾や事実の確認について確認の利益が認められている以上、⁽²⁵⁾中間確認の訴えの対象としての権利または法律関係に該当しないと判断された場合には、さらに事実の確認が認められるか否かを裁判所は検討すべきであつたといえる。

本件で原告が申し立てた中間確認の内容は、嘱託先の回答義務の確認を求めるものである。回答義務違反は不法行為が認められるための要件を構成することになるため、回答義務の存在を求めることは、回答を拒否する正当事由が存在であつたことを求める事実の確認(過去の事実の確認)として、中間確認の訴えの対象となりうるとも考えられる。そこで、中間確認の訴えにおいて事実を確認の対象にすることができるのか否かを検討する。

民事訴訟法一四五条一項が、「裁判が訴訟の進行中に争いとなっている法律関係の成立又は不成立に係るとき」と

していることから、法律関係の存否に限り中間確認の訴えが認められるのか、あるいはそれに限られないとするのか議論がある。この点については、中間確認の訴えの対象は権利または法律関係に限られ、事実の確認はもとより証書真否確認の訴え（民事訴訟法一三四条）も許されないとする見解がある⁽²⁶⁾。他方で、先決的關係にある過去の事実関係や法律関係について争いがあり、これらの事実関係や法律関係を確認することが現在の紛争解決に資するならば、通常の確認訴訟と同様に確認の利益を肯定すべきであるとして、事実についても中間確認の訴えの対象となりうるとする見解も主張されている⁽²⁷⁾。この立場は、中間確認の訴えも確認訴訟である以上は、通常の確認訴訟の場合と扱いを異にする必要はないとの考えによるものと思われる。この問題については、中間確認の訴えの対象は権利または法律関係に限定され、事実は含まれないと考える。その理由として、まず、中間確認の訴えは、訴訟物たる権利または法律関係の前提となる法律関係について既判力を生じさせることを目的とした制度である点に求めることができる。すなわち、訴訟物である法律関係についてのみ既判力が生じるのが原則であるところ（民訴法一一四条一項）、訴訟物の前提となる先決的法律関係について当事者間で事後的に争

いが生じた場合に備えて、請求を拡張して既判力を生じさせる制度が中間確認の訴えである。この制度趣旨からは、中間確認の訴えの対象となるのは権利または法律関係に限られると解すべきことになろう。また、中間確認の訴えは、当初の訴えに従属する関係にあるという点において、通常の確認訴訟とは異なり例外的に認められた訴えということができるが、条文の文言からは証書真否確認（民訴法一三四条）の中間確認を認めることは困難であることから、事実の確認を認めることについても否定的に解さざるを得ない⁽²⁸⁾。さらに、証書真否確認の訴え（民訴法一三四条）が認められるのは、証書の真否を確定することにより、書面によって証される法律関係の安定を図ることに主眼があるといえるが、中間確認の訴えでは、当該法律関係が審判対象となつているため、書面の成立の真否について争わせる必要はないと考えられる。本件事案においても、不法行為事件で義務違反の事実を争わせれば十分であり、中間確認の訴えを認める実益に乏しいと考えられる。なお、わが国における中間確認の訴えの制度は、ドイツ民事訴訟法にその沿革を求めることができる。ドイツでは、民事訴訟法二五六条二項が中間確認の訴えを規定しているが、同項の解釈として、事実関係の確認を求める中間確認の訴えは許されな

いとするのが通説・判例の立場とされる⁽²⁹⁾。これまで述べたところから、本件の中間確認の訴えにおいては、調査嘱託の回答を拒否する正当事由の確認を求めるとは許されないと考える。

(4) 先決性の要件

なお、中間確認の訴えにおいて、本来の請求に対する先決関係的法律関係につき、現実には先決関係が認められることを要するののか、あるいは、たんに論理的な先決関係が存在するだけで足りるのかについては議論がある。本件では、裁判所は中間確認の訴えの対象適格を欠くと解したため、問題とはならなかったが、以下検討する。現実には請求に対する先決関係を要求する立場（具体的先決性説）⁽³⁰⁾は、中間確認の訴えの対象となる請求は当初の訴訟の結論を導き出すのに先立ち判断されることを必要とし、その判断が当初の訴訟の勝敗を左右する場合であることを必要とするものである。この見解は、中間確認の訴えが判決理由中の判断に既判力を生じさせるための訴えであることを重視して、現実に判断した先決的事項であることを求めるものである。しかし、現行法は適時提出主義を認めていることから、訴え提起時には現実に判断の対象となる先決的法律関係とみ

られていたものが、のちに別個の攻撃防御方法が主張された場合、現実に判断されるか否か不安定な状況におかれることがありうる。このような場合には、具体的先決性説では不都合が主する。たとえば、土地所有権に基づく土地明渡請求の訴えにおいて、被告が原告の土地所有権を争っているため、所有権確認の訴えを中間確認の訴えとして提起したところ、被告は当初は土地を占有していたことを自白したが、その後、占有を喪失したことを主張して争ってきた場合、裁判所は、被告の占有の喪失を認めるときには、所有権について判断するまでもなく原告の請求を棄却することができから、具体的先決関係性説によれば所有権確認を求める中間確認の訴えは却下されることになる。しかし、原告が、占有期間中の損害賠償を求めたいと考えた場合には、所有権確認の訴えについて判断を得ておくメリットがあると考えられる⁽³¹⁾。したがって、たんに論理的な先決関係があればよいとする立場（抽象的先決性説）が妥当である⁽³²⁾と考える。

五 結論

以上に述べたところから、判旨結論に賛成する⁽³³⁾。

- (1) たとえば、京都地判平成一九年一月二四日判タ一三三
八号三二五頁、大阪高判平成一九年一月三〇日判時一九
六二号七八頁、東京地判平成二二年六月一九日判時二〇
五八号七五頁、東京高判二二年九月二九日判時二一〇五
号一頁、東京高判平成二三年八月三日金法一九三五号
一一八頁など。
- (2) 立法者がそのような立場であったとされることにつき、
谷口安平『福永有利編』『注釈民事訴訟法(6)』一七二頁
〔矢吹徹雄〕(有斐閣、一九九五年)。
- (3) 秋山幹夫ほか『コンメンタール民事訴訟法Ⅳ』一二三
頁(日本評論社、二〇一〇年)、伊藤眞『民事訴訟法(第
4版補正版)』三六八頁(有斐閣、二〇一四年)、上田徹
一郎『民事訴訟法(第7版)』四一六頁(法学書院、二〇
一一年)、笠井正俊『越山和広』新・コンメンタール民事
訴訟法(第2版)七八三頁(山田文)〔日本評論社、二
〇一三年〕、川嶋四郎『民事訴訟法』五〇〇頁〔日本評論
社、二〇一三年〕、兼子一ほか『条解民事訴訟法(第2
版)』一〇六八頁〔松浦馨』加藤新太郎)〔弘文堂、二〇
一一年〕、賀集唱』松本博之』加藤新太郎編『基本法コン
メンタール民事訴訟法(第3版追補版)』(2)一六九頁
〔西口元)〔日本評論社、二〇一二年〕、河野正憲『民事訴
訟法』四八五頁(有斐閣、二〇〇九年)、菊井維大』村松
俊夫』全訂民事訴訟法(Ⅱ)』四二八頁(日本評論社、一九
八九年)、齋藤秀夫ほか編『(第2版)』注解民事訴訟法(7)』
三一四頁(小室直人』吉野孝義)〔第一法規、一九九三
年〕、三ヶ月章『民事訴訟法』四二六頁(有斐閣、一九五
九年)。これに対して、松本博之』上野泰男』民事訴訟法
〔第8版)』四七六頁(弘文堂、二〇一五年)は、外国の
官署・公署が囑託先に含まれていることなどから、法的
義務を課しているのではなく、任意の協力を要請してい
ると解することも可能であると述べる。
- (4) 大阪高判平成一九年一月三〇日判時一九六二号七八頁。
(5) なお、弁護士法二三条の二に基づく照会(二三条照
会)についても、回答義務が認められている。高橋宏志
『重点講義民事訴訟法(下)』(第2版補訂版)』八七頁(有
斐閣、二〇一四年)。参照、日本弁護士連合会調査室編著
『条解弁護士法(第4版)』一六五頁(弘文堂、二〇〇七
年)。また、報告義務を認めている下級審裁判例として、
岐阜地判昭和四六年一月二〇日判時六六四号七五頁、
京都地判昭和五〇年九月二五日判時八一九号六九頁、大
阪高判昭和五一年二月二一日下民集二七卷九〇一頁、
八〇九頁、大阪地判昭和六二年七月二〇日判時一二八九
号九四頁、大阪地判平成五年一〇月二九日判時一四九九
号九二頁、広島高岡山支判平成二二年五月二五日判時一
七二六号二一六頁、大阪地判平成一八年二月二二日判タ
一一一八号二五三頁などがある。

- (6) 通信の秘密に関する憲法上の議論については、たとえば、以下の文献を参照。芦部信喜(高橋和之補訂)『憲法〔第6版〕』二二二頁(岩波書店、二〇一五年)、佐藤幸治『日本国憲法論』三二〇頁(成文堂、二〇一一年)、野中俊彦ほか『憲法I(第5版)』三九七頁(中村睦男)(有斐閣、二〇一二年)、樋口陽一ほか『注釈日本国憲法(上)』五〇七頁(浦部法穂)(青林書院新社、一九八四年)。
- (7) 多賀谷一照ほか「電気通信事業法逐条解説」三六頁以下(電気通信振興会、二〇〇八年)。
- (8) 多賀谷ほか・前掲注(7)三七頁。
- (9) 多賀谷ほか・前掲注(7)三八頁。
- (10) 多賀谷ほか・前掲注(7)四〇頁。
- (11) 宇賀克也・長谷部恭男編『情報法』六七頁(長谷部恭男)(有斐閣、二〇一二年)。
- (12) 多賀谷ほか・前掲注(7)四〇頁。もともと、ここでは、刑事事件を念頭に置いた議論とも考えられる。小向太郎『情報法入門〔第3版〕』七六頁(NTT出版、二〇一五年)も参照。
- (13) たとえば、大阪高判平成一九年一月三〇日判時一九六二号七八頁は、不法行為の成立を否定した。
- (14) なお、「特定電気通信役務提供者の損害賠償責任の制限及び発信者情報の開示に関する法律(平成一三年一月三〇日法律第一三七号)」(以下ではプロバイダ責任制限法と略記する) 四条は、インターネット上で不特定多数人に自己の権利を侵害されたと主張する者に、プロバイダに対して発信者の身元を特定できる情報の開示を認めている。このように、被害者とプロバイダとの間に契約関係がない場合にも開示を認めることとした実質的根拠として、弁護士照会制度や訴訟上の情報収集制度との比較から、公正な民事裁判制度を利用することを通じて社会一般が得られる利益の実現に資することが説かれている。町村泰貴「発信者情報開示請求権の法的性質」堀部政男監修『プロバイダ責任制限法―実務と理論―』別冊NBL一四一号一四七頁(二〇一二年)。本件では、プロバイダ責任法四条の適用はないものの、囑託先が被告の住所などの情報を有する唯一の存在であり、その情報なくしては訴状の送達をなしえなかったのであり、共通性が認められる。なお、山本和彦「提訴を容易にするための手続的方法」同一五〇頁以下も参照。また、プロバイダ責任制限法四条の解説については、総務省総合通信基盤局消費者行政課著『改訂増補版・プロバイダ責任制限法』五六頁以下(第一法規、二〇一四年)を参照。
- (15) 判例時報二二六八号六六頁のコメント部分。
- (16) 参照、上田・前掲注(3)五三七頁、川嶋・前掲注(3)七六四頁、河野・前掲注(3)六六一頁、小島武司「民事

- 訴訟法』七三九頁(有斐閣、二〇一三年)、三木浩一ほか『民事訴訟法(第2版)』五二〇頁(有斐閣、二〇一五年)など。
- (17) 笠井⇨越山・前掲注(3)六六八頁(林昭一)、高橋宏志『重点講義民事訴訟法(上)〔第2版補訂版〕』三五九頁(有斐閣、二〇一三年)。
- (18) 岩松三郎⇨兼子一編『法律実務講座・民事訴訟編(2)』一九〇頁(有斐閣、一九五八年)、兼子ほか・前掲注(3)八四二頁(竹下⇨上原)、菊井⇨村松・前掲注(3)八七頁、齋藤秀夫ほか編『(第2版)注解民事訴訟法(6)』三三四頁(齋藤秀夫⇨加茂紀久男)(第一法規、一九九三年)。新堂幸司⇨福永有利編『注釈民事訴訟法(5)』二八三頁(清田明夫)(有斐閣、一九九八年)も参照。
- (19) 秋山幹男ほか『コンメンタール民事訴訟法(四)』二〇七頁(日本評論社、二〇〇八年)。
- (20) なお、ドイツにおいても、中間確認の訴えでは即時確定の利益は必要ないと解されている。Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, 37, Aufh. 2016, §256 Rdnr. 32.
- (21) 大判昭和八年六月二〇日民集一二卷一五九七頁。学説として、兼子ほか・前掲注(3)八四二頁(竹下⇨上原)。
- (22) 過去の法律関係が、中間確認の対象となりうるのかは争いがある。これを肯定するのは、大判昭和八年六月二〇日民集一二卷一五九七頁、東京地判昭和五年三月二日判時八三二号七一頁。学説も、過去の法律関係の確認であることの一事を以て中間確認の訴えを不適法とすることには、批判的立場が有力といえる。秋山ほか・前掲注(19)二〇五頁、伊藤眞「確認訴訟の機能」判タ三三九号二八頁(一九七六年)、河野・前掲注(3)六六二頁。これに対して、札幌高判昭和四〇年四月二三日判タ一七九号一四五頁は、過去の法律関係は中間確認の訴えとしては許されないとする。
- (23) 前掲注(16)を参照。
- (24) 前掲注(3)を参照。
- (25) 最判昭和三二年七月二〇日民集一二卷七号一三二四頁。
- (26) 秋山ほか・前掲注(19)二〇六頁、松本⇨上野・前掲注(3)一七〇頁、兼子一『新修民事訴訟法体系(増補)』三八〇頁(酒井書店、一九六五年)、兼子ほか・前掲注(3)八六二頁(竹下⇨上原)、河野・前掲注(3)六六二頁、新堂幸司『新民事訴訟法(第5版)』七七〇頁(弘文堂、二〇一一年)、三木ほか・前掲注(16)五二〇頁。
- (27) 伊藤・前掲注(3)六〇六頁、梅本吉彦『民事訴訟法(第4版)』七三八頁(信山社、二〇〇九年)。なお、川嶋・前掲注(3)七六四頁は、証書真否が中間確認の訴えの対象となることを認めるが、事実全般まで認める趣旨ではないと考えられる。
- (28) 兼子ほか・前掲注(3)八四二頁(竹下⇨上原)。

- (29) Stein/Jonas/Roth. ZPO. 22. Aufl. 2008. §256 Rdnr. 103.
- (30) 兼子・前掲注(26)三八〇頁、兼子ほか・前掲注(3)八四三頁〔竹下Ⅱ上原〕、齋藤ほか編・前掲注(18)三四〇頁〔齋藤Ⅱ加茂〕。
- (31) 秋山ほか・前掲注(19)二〇八頁。
- (32) 秋山ほか・前掲注(19)二〇八頁、伊藤・前掲注(3)六〇六頁、梅本・前掲注(27)七三八頁。
- (33) 本判決の解説・評釈として、上田竹志「判解」法七七〇〇号一三二頁(二〇一三年)、栗田隆「判批」法学論集六三卷二号一三九頁(二〇一三年)、丸山昌一「判解」NBL一〇〇一号七八頁(二〇一三年)がある。

芳賀 雅顯