

〔最高裁判事例研究 四五九〕

平二八六（民集七〇巻七号一七二五頁）

弁護士法二三条の第二項に基づく照会に対する報告を拒絶する行為と同照会をした弁護士会に対する不法行為の成否

損害賠償請求事件、最高裁判所平成二七年（受）第一〇三六号、平成二八年一〇月一八日第三小法廷判決、一部破棄自判・一部破棄差戻

〔事実〕

X₁は、未公開株詐欺商法によりAから金員を詐取されたと主張し、弁護士Bに委任して、Aに対し不法行為に基づく損害賠償請求訴訟を提起した。この訴訟においては、AがX₁に損害賠償金を支払うこと等を内容とする訴訟上の和解が成立した。X₁は、この訴訟上の和解に係る和解調書を債務名義とする強制執行の申立てをBに委任し、Bはその準備のため、所属弁護士会X₂（愛知県弁護士会）（原告・控訴人・被上告

人）に対し、弁護士法二三条の第二項に基づき、①A宛ての郵便物に係る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、郵便事業を営むP（郵便事業株式会社）に同条第二項に基づく照会をすることを申し出た。X₂は同申出を適当と認め、Pに対し前記の事項について照会をしたが（以下「本件照会」という。）、Pはこれに応じない旨を回答し、報告を拒絶した（以下「本件拒絶」という）。

そこでX₁およびX₂は、Pを吸収合併し商号変更したY（日本郵便株式会社）（被告・被控訴人・上告人）に対し、本件拒絶が不法行為を構成する旨を主張し、損害賠償として、X₁に対し金一万五二五〇円および遅延損害金、X₂に対し金三〇万〇三八〇円および遅延損害金の支払を求める訴えを提起した。第一審判決（名古屋地判平成二五年一〇月二五日民集七〇巻七号一七三三頁¹）は、本件拒絶は正当な理由を欠き違法であるとしたが、Pがその根拠とした郵便法上の守秘義務（郵便法八条）と、本件照会に対する報告義務のいずれが優越するかは微妙な判断であることや、弁護士会照会に応じた

公務所の損害賠償責任を認めた最高裁判例（最三小判昭和五六年四月一四日民集三五卷三三六二〇頁）があることなど相応の事情が存したことから、本件拒絶に過失があるとまではいえないとして、X₁らの請求をいずれも棄却した。

第一審判決に対しX₁らが控訴した。X₂は控訴審において、従前の損害賠償請求を主位的請求とした上で、予備的請求としてYが本件照会につき報告義務があることの確認請求を追加した。控訴審判決（名古屋高判平成二七年二月二六日民集七〇巻七号三〇頁）²⁾は、X₁の控訴については棄却したが、X₂の控訴については、「法律上二三条照会の権限を与えられた弁護士会が、その制度の適切な運用に向けて現実力を注ぎ、国民の権利の実現という公益を図ってきたことからすれば、弁護士会が自ら照会をするのが適切であると判断した事項について、照会が実効性を持つ利益（報告義務が履行される利益）については法的保護に値する利益であるといふべきである」とした上で、「X₂は、本件拒絶により、本件照会が実効性を持つ（報告義務が履行される）という法的保護に値する利益を侵害され、国民の権利を実現するという目的を十分に果たせなかつたのであるから、これによる無形損害を被つたと認められる」と判示して第一審判決を取り消し、主位的請求を一部認容（金一万円および遅延損害金）した。

控訴審判決に対しYが上告受理申立てをし、最高裁判所はX₂の請求に係る事件を上告事件として受理した（なお、X₁の

請求に係る事件については、控訴審判決言渡後にX₁が死亡したため、X₁の相続人が上告および上告受理申立てをしたが、最高裁判所は上告棄却兼上告不受理決定をした。）。

〔判旨〕

以下の理由により原判決を破棄し、主位的請求についてはX₂の控訴を棄却する自判をし、第一審判決（請求棄却）が確定した。予備的請求については原審に差し戻した。

「二三条照会の制度は、弁護士が受任している事件を処理するために必要な事実の調査等を行うことを容易にするために設けられたものである。そして、二三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、照会された事項について報告をすべきものと解されるのであり、二三条照会を行うことが上記の公務所又は公私の団体の利害に重大な影響を及ぼし得ることなどに鑑み、弁護士法二三条の二は、上記制度の適正な運用を図るために、照会権限を弁護士会に付与し、個々の弁護士の申出が上記制度の趣旨に照らして適切であるか否かの判断を当該弁護士会に委ねているものである。そうすると、弁護士会が二三条照会の権限を付与されているのは飽くまで制度の適正な運用を図るためにすぎないのであって、二三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。したがって、二三条照会に対する報告を拒絶する行為が、

二三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ふべきである。」

「以上と異なる原審の判断には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反がある。論旨は理由があり、原判決中Y敗訴部分は破棄を免れない。」

なお、岡部喜代子裁判官、木内道祥裁判官の各補足意見が付されている。

〔評釈〕

判旨に賛成する。

一 本判決の意義

本判決は、弁護士法二三条の二による照会（以下「弁護士会照会」という。）をした弁護士会が、当該照会に対する報告を拒絶した団体に対し不法行為に基づく損害賠償請求訴訟を提起した事案において、弁護士会は弁護士会照会に対する報告を受けることについて法律上保護される利益を有しておらず、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旨を判示したものである。³⁾

弁護士会照会は、弁護士会が、所属する弁護士の申出があった場合に、公務所または公私の団体に対し、当該弁護士の受任事件について必要な事項の報告を求める制度であ

る。弁護士会は、適当でないとする申出については拒絶することができ（弁護士法二三条の二第二項）、照会を受けた団体等（以下「照会先」という。）も、正当な理由がある場合に報告を拒絶できることが異論なく認められている。そのため、弁護士会は照会申出の審査において、正当な理由の有無についても検討した上で弁護士会照会を発出している。しかし、照会の発出に先立ち弁護士会が照会先から意見を聴取する手続や、照会の発出に対し照会先が不服を申し立てる手続は、法律上存在しない。加えて、本件第一審判決が指摘するように、照会先が弁護士会照会に依りて前科に関する情報を報告した事案において、報告に係る秘密の帰属主体から照会先に対する損害賠償請求を認められた最三小判昭和五六年四月一四日民集三五卷三六二〇頁（いわゆる前科照会事件。以下「昭和五六年最判」という。）が存在することから、照会先も独自に正当な理由の有無を判断する必要性に迫られている。⁴⁾そのため、照会先の報告拒絶の当否をめぐり、照会先と、弁護士会照会を行った弁護士会、申出をした弁護士（以下「申出弁護士」という。）および依頼者との間で紛争となる事例が古くから頻発している。

依頼者や申出弁護士が、照会先による報告拒絶は正当な

理由を欠くと考える場合、依頼者が原告となつて、照会先に対し不法行為に基づく損害賠償請求訴訟を提起する事案が典型的であり、下級審裁判例も数多く存在する。これに対し本判決は、照会をした弁護士会が原告となつて照会先に対し損害賠償請求訴訟を提起した初めての事案において、最高裁判所が、弁護士会は照会先から報告を受けることについて法律上保護される利益（民法七〇九条）を有しない旨を判示したものである。本判決は、照会先による報告拒絶が弁護士会に対する不法行為を構成する可能性を一律に否定したものであり、弁護士会照会に対する報告拒絶をめぐる紛争について、今後に及ぼす影響は大きいものとみられる。

以下では先ず、照会先が弁護士会に対する報告義務を負うか否かを検討し、次に照会先による報告拒絶が弁護士会に対する不法行為を構成するか否かを検討する。

二 照会先は弁護士会に対する報告義務を負うか

1 報告義務の有無

所属する弁護士から照会の申出を受けた弁護士会は、その適否を判断した上で、照会先に「必要な事項の報告を求めることができる」（弁護士法二三条の二第一項後段、二

項）。このように、条文上は「報告を求めることができる」との文言で規定されていることや、報告拒絶に対する制裁が設けられていないことから、照会先は弁護士会に対する報告義務を負うか否かが問題となる。

この点につき立法過程の議論を参照すると、昭和二六年第一〇回国会参議院法務委員会における弁護士法の一部改正法案に関する審議において、弁護士照会制度の新設を提案した委員は、弁護士会照会は、単に訴訟における当事者の利益保護ではなく公正な裁判の判決結果を得ることに眼目があるとして、報告義務やこれに違反した場合の制裁規定については、官公署は法規に従つて行動するものであり、照会に応じない場合には自らが行政処分を服するから不要である旨の説明を行つていた。⁽⁶⁾他方、弁護士会照会の運用が開始された直後の時期において、行政庁は弁護士会照会に対する報告義務について否定的に解しており、日弁連ですら報告義務の存在を明言していなかつた。⁽⁸⁾

しかし、岐阜地判昭和四六年二月二〇日判時六六四号七五頁が、「基本的人権を擁護し、社会正義を実現することを使命とする（弁護士法第一条）弁護士の職務の公的性格の特殊性に鑑み」、照会先は原則として報告義務を負う旨を判示したことを嚆矢として、その後の下級審裁判例は、

いずれも弁護士会照会制度の公共性を根拠に、照会先の報告義務を肯定する結論を採っている。学説も、弁護士会照会制度の公共性⁽¹⁰⁾や、制裁規定がない裁判所の調査嘱託（民法一八六条）についても、通説が嘱託先の調査義務を認めていることを根拠として、照会先の報告義務を肯定する見解が現在では多数説⁽¹²⁾である。これに対し、制裁規定を欠くこと⁽¹³⁾、公共的性格は照会先の報告義務に直結しないこと⁽¹⁴⁾、照会の主体が裁判所ではなく弁護士会であるため調査嘱託と同一に論じられないこと⁽¹⁵⁾を理由に報告義務を否定する論者が、少数ながら存在する。

2 報告義務の内容

裁判例および多数説が肯定する報告義務は、照会先がいかなる場合も報告をしなければならないとするものではなく、正当な理由がある場合には報告を拒絶できると解している（報告拒絶をめぐる裁判例のほとんどは、具体的事案における正当な理由の有無を争点とするものであり、その判断枠組みについても議論の余地はあるが、本評釈では立ち入らない）。加えて前述のとおり、弁護士会照会を受けて行った報告であっても、照会先は報告に係る秘密等の主体に対し損害賠償責任を負う可能性があるため、照会先は正当理由の有無を自ら検討しなければならぬ立場にある。

そうであるとすれば、照会先が照会を受けた最初の段階で負う義務は「応諾検討義務」と呼称すべきものであり、応諾を検討した結果正当な理由があると判断した場合にはじめて、照会事項について弁護士会に対し報告をすべき義務を負うことになる。

3 報告義務の性質

近時の裁判例は、照会先が負う報告義務を「公的義務」⁽¹⁹⁾あるいは「公法上の義務」⁽²⁰⁾と述べる傾向があり、学説にも同様のものが散見される。⁽²¹⁾とはいえ、公的義務と明言しない裁判例や学説と比較して、義務の根拠や内容に差異があるとはうかがわれない。⁽²²⁾

公法上の義務と解することで生じ得る違いとしては、報告拒絶を私法上の「権利又は法律上保護される利益」（民法七〇九条）の侵害と構成することが困難になることや、報告義務の確認を求める訴えが、行政訴訟である公法上の法律関係に関する確認の訴え（行訴法四条）となることが考えられる。⁽²³⁾しかしながら、公法上の義務と解するか否かが必然的に結論を左右したとみられる裁判例は見当たらない。⁽²⁴⁾すなわち、前者の点に関しては、先行裁判例において、報告の拒絶について照会先に損害賠償請求をした原告はすべて依頼者または申出弁護士であり、いずれにせよ報告義

務に係る法律関係の主体ではない。また、後者の点に関し
て、依頼者が照会先に対し報告義務確認訴訟を提起した事
案の裁判例である東京高判平成二十三年八月三日金法一九三
五号一八頁は、公法上の法律関係に関する確認の訴えと
して請求を認容した第一審判決を取り消し、確認の利益を
欠くことを理由に訴えを却下する判決をしており、当該訴
えが公法上の法律関係に関する確認の訴えにあたらぬ旨
は傍論として述べているにすぎない。²⁶⁾

4 本判決の検討

判旨は、照会先は「正当な理由がない限り、照会された
事項について報告をすべきものと解される」と判示してお
り、報告義務を負うとは述べていない。しかし、岡部裁判
官による補足意見は、弁護士会照会に対する報告義務が
「公法上の義務」であると述べていることから、判旨も照
会先が公法上の報告義務を負うとする見解を採るものとみ
られる。

ここで、民事訴訟法が規定する他の証拠や情報収集のた
めの諸制度と比較すると、簡易な証拠調べ方法の一つとさ
れる調査嘱託については、前記1のとおり調査義務を認め
る見解が多数説である。また、裁判所が関与しない当事者
照会（民訴法一六三条）についても、照会先は正当な理由

がない限り回答義務を負うとする見解が多数説である。調
査嘱託では当該事件の受訴裁判所が嘱託の主体である点が、
また当事者照会では照会の主体である当事者と相手方の
間に訴訟法律関係が存在する点が、弁護士会照会とは異
なっている。しかしながら、調査嘱託や当事者照会は、事
件の適切な処理のために、制裁を伴うことなく調査や照会
への協力を求めるという基本的な性質において弁護士会照
会と共通しており、弁護士会照会について報告義務を認め
ても、これら周辺制度との均衡を失するものではない。ま
た、報告義務の性質については、弁護士会照会が公正な裁
判の実現という公共的利益のために、公共的性格を有する
弁護士会が主体となって照会を行う制度であることから、
照会先が負う報告義務は公法上の義務と解するべきである。²⁸⁾
したがって、私見は前記の部分の判旨について賛成する。

三 照会先による報告拒絶は弁護士会に対する不法行為を構成するか

1 依頼者や申出弁護士に対する不法行為の成否

照会先による報告拒絶が、照会を行った弁護士会に対す
る不法行為を構成するか否かについては、本件訴訟が提起
されるまでほとんど議論されていなかった。裁判例におい

でも、照会先に対し損害賠償請求訴訟が提起された事実のほとんどが依頼者を原告とするものであり、申出弁護士が原告となった事案もわずかに存在するが、弁護士会が原告となった事案は本件以外には見当たらない。⁽²⁹⁾

依頼者の照会先に対する損害賠償請求を認容する判決が確定した裁判例として、公刊物に掲載されているものは京都地判平成一九年一月二四日判タ一三三八号三三五頁（慰謝料請求一五万円を認容）および名古屋高判平成二三年七月八日金法一九八八号一三五頁（第一審判決のうち、依頼者による慰謝料等請求一万五二五〇円を認容した部分を維持したが、申出弁護士による請求を認容した部分を消滅し請求棄却の自判をした。）⁽³⁰⁾がある。また、結論としては照会先に過失がないこと等を理由に損害賠償請求を棄却したが、報告拒絶が依頼者や申出弁護士に対する不法行為を構成する場合があり得ることを一般論として認めた裁判例も存在する。⁽³¹⁾しかし、これらの裁判例は、弁護士会が照会先から報告を受けることにつき「権利又は法律上保護される利益」（民法七〇九条。以下「保護法益」という。）を有するか否かについては言及していない。⁽³²⁾学説にも、照会先の報告義務が公的義務であることを前提に、報告拒絶が依頼者に対する不法行為を構成し得る旨を述べるものがある

が、⁽³³⁾それらが弁護士会に対する不法行為の成否をどう考えるかは必ずしも明らかではない。⁽³⁴⁾

他方で、照会先から報告を受けることについて、依頼者や申出弁護士には保護法益や違法性が存在しないとして、同人らに対する不法行為の成立を全面的に否定する裁判例や学説も存在する。⁽³⁵⁾とりわけ近時の裁判例には、弁護士会照会の権利や利益の主体は弁護士会であり、申出弁護士や依頼者は反射的利益を有するにすぎないとする、いわゆる反射的利益論を採用するものが散見される。⁽³⁷⁾反射的利益論に対しては、反射的か否かは相対的問題であり、保護に値するか否かの結論を述べたにすぎないと⁽³⁸⁾の批判があるが、この理論を弁護士会に保護法益を認める根拠として用いることも可能である。⁽³⁹⁾例えば、東京高判平成二二年九月二九日判時二一〇五号一一頁は、反射的利益論によつて依頼者の照会先に対する損害賠償請求を否定しつつ、傍論として、「二三条照会の適正な制度運用につき一定の責任ある立場に立つ東京弁護士会が、適正な権限行使を阻害されたことにつき、無形の損害を受けたと評価することもできる」と述べ、弁護士会が保護法益を有することにつき肯定的なニュアンスが看取される。⁽⁴⁰⁾

2 弁護士会は保護法益を有するか

(1) 学説

弁護士会が照会先から報告を受けることにつき保護法益を認める見解は、照会先が弁護士会に対し公法上の報告義務を負うこと、および公法上の義務違反が私法上の利益の侵害を生じさせる可能性があることを前提に、⁽⁴¹⁾ 弁護士会が弁護士会照会制度の運営主体として適時に報告を受ける利益⁽⁴²⁾や、弁護士会照会が実効性を持つ利益⁽⁴³⁾が法的保護に値する利益であると解している⁽⁴⁴⁾。

これに対し、保護法益を有しないとする見解は、① 弁護士会照会は基本的人権の擁護や社会正義実現という公益のための制度であり、報告拒絶による弁護士会の私法上の利益の侵害は認められないこと、⁽⁴⁵⁾ ② 弁護士会照会制度の趣旨や手続構造上、弁護士会は照会内容について独自の利害関係を有さず、照会権限が付与されているのは制度の適正な運用を図るためにすぎないこと、⁽⁴⁶⁾ ③ 不法行為制度を通じて弁護士会照会の実効性を高めようとすることは当を得ないこと、⁽⁴⁷⁾ ④ 報告義務違反について不法行為責任を認めることは、制裁規定がないことと整合性を欠くこと、⁽⁴⁸⁾ ⑤ 本来の紛争との関係では第三者である照会先に対し、正当化できない過度の負担を生じさせることを根拠とする⁽⁴⁹⁾。

(2) 検討

(a) 公法上の義務違反と保護法益

民法七〇九条の「他人の権利又は法律上保護される利益」の意義を、ここで確認しておく。この文言は、いわゆる民法現代語化に関する改正（平成一六年法律第一四七号）の際に、改正前の「他人ノ権利」から変更されたものである。この変更について、改正法の立案担当者による解説は、旧七〇九条の基本構造を改めることなく、厳密な意味では権利とはいえないようなものの侵害でも不法行為が成り立ち得るといふ判例上繰り返し確認されてきた実質的規範を条文に反映させるといふ目的の下、「法律上保護される利益」という文言を加えたものと説明している⁽⁵⁰⁾。ここにいう「判例上の実質的規範」とは、加害行為による侵害の対象は、厳密な意味で「権利」とはいえなくとも、「法律上保護される利益」であれば不法行為が成立するとの理論であり、いわゆる大学湯事件判決（大審院大正一四年一月二八日民集四卷六七〇頁）以降、現在まで判例理論として維持されている⁽⁵¹⁾。

学説においても、不法行為の中核となる客観的要件は違法性であって権利侵害はその一徴表にすぎないとする見解（違法性徴表説⁽⁵²⁾）が提唱され、さらに、違法性の判断枠組

みについては、被侵害利益の種類と侵害行為の態様との相関関係によるとの見解（相関関係理論⁽⁵³⁾）によって後に具体化され、これらの見解がかつては通説を形成していた。しかし、一九七〇年代以降の学説においては、違法性概念の役割を否定し過失に一元化する説や、権利侵害概念を再評価する説など多様な見解が現れ、「百家繚乱⁽⁵⁷⁾」あるいは「混乱⁽⁵⁸⁾」とも評すべき状況に至っている。また、民法現代語化改正についての立案担当者の意図が前記のとおりであったとしても、「権利」と並列的に「法律上保護される利益」を文言に加えたことで、権利侵害（あるいは違法性）要件の解釈に変化が生じる可能性も指摘されている⁽⁵⁹⁾。

以上のとおり議論はあるが、いずれにせよ「権利又は法律上保護される利益」は開かれた一般的概念であり、公法上の義務違反であることのみをもって保護法益の侵害がないと直ちに結論付けることはできないと思われる⁽⁶⁰⁾。この点については、岡部裁判官による補足意見も、「二三条照会に対する報告義務が公法上の義務であることからすれば、その義務違反と民法上の不法行為の成否とは必ずしも一致しないとはいえるが、正当な理由のない報告義務違反により不法行為上保護される利益が侵害されれば不法行為が成立することもあり得る」と述べている。

(b) 弁護士会が照会の主体であることの趣旨および背景

弁護士法は議員立法として昭和二四年の第五回国会で成立したが、制定時には弁護士会照会の規定は存在しなかった。弁護士法案の国会での審議過程においては、当初の法案を一部修正する案も審議され、その修正の中には個々の弁護士を主体とする事実の調査および証拠の収集に関する規定も含まれていたが、最終的に修正案は否決され、当初の法案が可決された⁽⁶¹⁾。

弁護士会照会は、弁護士法の昭和二六年改正によって、弁護士が受任している事件について必要な事項を、弁護士会が公務所または公私の団体に対し報告を求める制度として加えられ、現在に至っている。弁護士法制定時に廃案とされた案からの主要な変更点の一つに、照会の主体が個々の弁護士から弁護士会に変わった点があるが、その趣旨は、照会先による報告が秘密やプライバシーをある程度侵害することが予測されるため、照会に慎重を期し濫用を防止することにありとされている⁽⁶²⁾。このことに加えて、報告を求める事項は申出弁護士の受任事件の処理に必要な事項であり弁護士会が実質的利益を有しないことは、弁護士会は保護法益を有しないとの評価につながりやすい。しかしなが

ら、弁護士会が所属弁護士による申出についてその可否を審査し自ら照会を行うことは、弁護士法によって付託された職務であり、その公共的意義を強調すれば、弁護士会が照会の主体であることに積極的意味を見出すことも可能であろう。したがって、弁護士会照会制度の趣旨や構造のみからは、弁護士会の保護法益の有無は直ちに結論付けられないものと思われる。

(c) 弁護士会の具体的な保護法益

照会先が報告義務を履行することで保護される利益について、誰が主体となるかはとりあえず措きつつ、侵害により生じる損害との関係から具体的に検討する。まず、財産上の利益の侵害としては、①照会手続の費用の支出や、②給付訴訟で請求認容判決を得る機会や強制執行によって回収する機会を失ったことが考えられる⁽⁶⁵⁾。これらを弁護士会について見ると、①については、回答拒絶によって発生した費用を申出弁護士や依頼者が負担する場合には、弁護士会に経済的損失は生じない⁽⁶⁶⁾。また、②については依頼者固有の利益であり、弁護士会について経済的損失の発生は認められない。よって、弁護士会に財産上の保護法益を認められることは困難である。

もう一つは、「照会等により回答を求める権利ないし利

益」など、報告を受けること自体を利益とする構成であり、侵害によって生じる損害としては精神的損害または無形損害が考えられる⁽⁶⁷⁾。これを弁護士会について見ると、弁護士会は報告内容自体に利害関係を有しないことから、保護法益があるとすれば弁護士会照会制度が実効性を持って運用される利益であり、この侵害によって生じる損害を無形損害と構成することができる⁽⁶⁸⁾。なお、無形損害の意義については、最一小判昭和三十九年一月二八日民集一八卷一号一三六頁が、数理的に算定できるものが有形損害すなわち財産上の損害、それ以外の損害が無形損害であるとした上で、「あくまで純法律的観念であつて、前述のように金銭評価が可能であり、しかもその評価だけの金銭を支払うことが社会観念上至当と認められるところの損害」と判示している。

弁護士会の保護法益が前記の内容であるとすれば、結局は、弁護士会照会の実効性を確保する手段として、照会先に弁護士会に対する損害賠償責任を課すことの可否に帰着する。そこで、この点を以下で検討する。

(d) 弁護士会照会の実効性を確保するための損害賠償の当否

民法学説⁽⁶⁹⁾において、慰謝料ないし無形損害⁽⁷⁰⁾の制裁的要素

を許容する見解は比較的古くから主張されていたが、時代が進むにつれて、不法行為法の機能として損害填補だけでなく抑止や制裁を並置する見解が現れ、最近では不法行為の抑止を主たる制度目的に据える学説も存在する。⁽⁷³⁾

しかし、加害者に損害賠償責任を課すことにより不法行為に対する制裁や抑止の効果が現実には生じ得ることは否定できないとしても、不法行為制度の主たる機能や目的があくまで損害の填補にあると解される以上（最二小判平成九年七月一日民集五一卷六号二五七三頁参照）、填補すべき実質的な損害が存在しないにもかかわらず、制裁や抑止の目的で損害賠償を課すことは、解釈論としては採り得ないと思われる。⁽⁷⁴⁾ また、仮に不法行為の抑止を主たる目的とする見解に立脚したとしても、前述のように、照会先は報告すべきか否かについて個別事案毎の微妙な判断を強いられる制度構造となっており、しかも、報告に係る秘密等の主体から損害賠償責任を追及されるリスクを負っていることに照らすと、弁護士会による事後的な損害賠償請求に抑止の効果を期待できるかは疑問であらう。⁽⁷⁵⁾

(3) 小括

以上の理由により、弁護士会は照会先から報告を受けることにつき保護法益を有しないと解する。

3 本判決の当否

判旨は、弁護士会照会について弁護士会に付与された権限は「飽くまで制度の適正な運用を図るためにすぎない」とした上で、「二三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」と判示し、損害賠償請求を一部認容した原判決を破棄している。判旨が弁護士会の保護法益を否定した結論は妥当であるが、弁護士会照会制度の趣旨および構造は弁護士会の保護法益を論理必然的に否定し得ないと解する私見（前記2(2)(b)）によれば、判旨の理由付けは必ずしも十分でないようにも考えられる。⁽⁷⁶⁾

しかし、木内裁判官による補足意見は、X₂の保護法益の侵害を否定する理由として、不法行為制度は義務に実効性を持たせることを目的とするものではなく、義務に実効性を持たせるための金銭給付は間接強制の範疇に属するものであり損害賠償制度とは異質である旨を説示している。本件の第一審判決や控訴審判決における当事者の主張の摘示を見る限り、X₂に無形損害が生じる根拠として、報告拒絶の抑止の必要性は明示的に主張されていないようであり、弁護士会照会の実効性を不法行為制度で確保することの当否について、補足意見での言及にとどまったことはやむを得

得ないと思われる。

したがって、私見は判旨の結論および理由に賛成する。

四 残された課題

1 依頼者や申出弁護士に対する不法行為の成否

本判決は、照会先から報告を受けることについて弁護士会の保護法益を否定したため、正当な理由のない報告拒絶であっても、弁護士会に対する関係では不法行為が成立する余地は一切ないことになる（岡部裁判官による補足意見を参照）。

他方で、照会先による報告拒絶が申出弁護士や依頼者に対する関係で不法行為を構成するか否かについて、本判決は判断していない。⁽⁷⁷⁾前記二一のとおり、制裁規定を欠くが、多数説によれば囑託先が公法上の調査義務を負うとされる調査囑託においても、調査拒絶について依頼者に対する関係で不法行為の成立を認める見解があり、私見は弁護士会照会についても同様に解してよいと考える。⁽⁷⁹⁾しかし、具体的事案における保護法益や損害、あるいは故意や過失の立証に成功するか否かの問題がなお残ることになる。⁽⁸⁰⁾

2 弁護士照会の実効性確保のための方策

弁護士照会制度の実効性確保という観点からすると、

依頼者、申出弁護士または弁護士会が原告となって、照会先に対し報告義務の確認の訴えを提起する方法がより直截で適切な手段であるし、報告拒絶について故意や過失の立証が不要であることから効果的と考えられる。⁽⁸²⁾

本件予備的請求は⁽⁸³⁾このような確認の訴えであり、差戻控訴審において、本件照会のうち①転居届の提出の有無、②転居届の届出年月日、および③転居届記載の新住所（居所）について、YがX₂に対し報告義務を負う旨を確認する判決がされた（名古屋高判平成二九年六月三〇日金商一五二三号二〇頁）。

とはいえ、照会先が報告を拒絶すべき正当な理由については、照会先に個別事案毎の利益衡量を要求する制度である以上、報告義務確認の訴えの方法を採っても結局は事例判決にすぎず、当該事案における報告義務不履行の是正を超えて将来的な実効性を期待することには、やはり限界があると思われる。⁽⁸⁴⁾

そこで、より建設的な方法として、弁護士会における照会申出に対する審査精度の向上はもちろん、金融機関や通信事業者のように頻繁に照会を受ける照会先との間で弁護士会が協議の機会を持ち、照会先が回答可能な事項の仕分けや、照会によって照会先が報告に係る秘密の帰属主体が

ら責任追及を受けた場合の対応等⁽⁸⁵⁾について共通認識を形成する努力が求められることになるだろう⁽⁸⁶⁾。

(1) 評釈として、田原洋介「弁護士会照会への対応と法的責任」銀法七八二号二七頁(二〇一五年)、小野浩奈ほか「個人情報保護をめぐる最近の判例」専門実務研究(横浜弁護士会)九号四八頁「小野」(二〇一五年)、山口斉昭「判批」現代民事判例研究会編『民事判例X二〇一四年後期』一〇二頁(日本評論社、二〇一五年)。

(2) 評釈として、木村健太郎「判批」金法二〇二二号六頁(二〇一五年)、石毛和夫「判批」銀法七八九号六八頁(二〇一五年)、梶村寛道「判批」NBL一〇五八号六八頁(二〇一五年)、山口斉昭「判批」早法九一卷三号一八一頁(二〇一六年)、山本周平「判批」判評六八五号八頁(判時二二八〇号一五四頁)(二〇一六年)、加藤新太郎「判批」現代消費者法三二号八二頁(二〇一六年)。

(3) 評釈として、安西明子「判批」新・判例解説Watch二〇号一八九頁(二〇一七年)、吉岡伸一「弁護士会照会をめぐる裁判例と最高裁平成二八年一〇月一八日判決の与える影響」銀法八〇九号二三頁(二〇一七年)、石毛和夫「判批」銀法八二二号一五頁(二〇一七年)、加藤新太郎「弁護士会照会に対する照会先の報告拒絶による不法行為の成否」NBL一〇八九号八六頁(二〇一七年)、同「判

批」平成二八年度重要判例解説八一頁(二〇一七年)、酒井一「判批」法教四三七号一四五頁(二〇一七年)、齋藤毅「判解」ジュリ一五〇四号一〇〇頁(二〇一七年)、川嶋四郎「判批」法七七五二一〇頁(二〇一七年)、中務正裕「判批」金法二〇六七号三九頁(二〇一七年)、黒田直行「判批」JA金融法務五五五号五〇頁(二〇一七年)、高橋眞「判批」現代消費者法三五号六八頁(二〇一七年)、我妻学「判批」リマークス五五号四六頁(二〇一七年)。

(4) 伊藤眞「弁護士会照会の法理と運用——二重の利益衡量論からの脱却を目指して——」金法二〇二八号一九頁(二〇一五年)は、報告拒絶をめぐる問題の本質は「二重の利益衡量」、すなわち弁護士会照会については、利益衡量に基づく判断の主体として弁護士会と照会先の二種類が存在し、照会先が独自に利益衡量に基づく判断をしなければならず、報告を拒絶すれば弁護士会との関係で、報告をすれば秘密帰属主体との関係で法的責任が生じ得るという立場におかれていることにあるとする。

(5) 弁護士会照会制度の立法過程や施行直後の時期における議論の経過について、石川寛俊「弁護士の照会請求権——弁護士法二三条の二をめぐって——」自正三五卷二号四八頁(一九八四年)、飯畑正男「照会制度の実証的研究」四頁(日本評論社、一九八四年)、日弁連調査室編『条解弁護士

法」一五九頁（弘文堂、第四版、二〇〇七年）。

(6) 第一〇回国会参議院法務委員会会議録第二二号における鬼丸義齊委員発言【<http://kokkai.nd.go.jp/SENTRAKU/saugin/010/0488/main.html>】(二〇一七年七月二六日閲覧)。

(7) 前科につき、自治省行政課長の愛知県総務部長あて回答・昭和三十六年一月三一日自治行発七号(自治研究三七卷六号一七七頁(一九六一年))、課税台帳につき、自治省法務局長あて内閣法制局第一部長回答・昭和三十八年三月五日内閣法制局一発第六号(「内閣法制局意見年報」一〇卷一七頁(一九六五年))は、弁護士会照会に対し報告を行った場合は守秘義務に違反することとなるため、拒絶すべきとの解釈を採っている。

(8) 石川・前掲注(5)五〇頁によれば、日弁連意見書が回答義務を明言したのは、日弁連司法制度調査会「弁護士法二三条の二に関する意見書」(昭和五八年七月一五日理事會承認)(自正三四卷一〇号一一八頁(一九八三年))所収が最初であったとされる。

(9) 昭和五六年最判は、照会先の報告義務について明言していないが、原判決(大阪高判昭和五一年二月二一日民集三五卷三三六四七頁)が弁護士会照会制度の公共性や照会先の報告義務に関する一般論を述べた部分を、少なくとも明示的には排斥していない。担当調査官による判解(平

田浩「判解」最高裁判所判例解説民事篇(昭和五十六年度)二五八頁(一九八五年))は、弁護士会照会制度について、「基本的人権を擁護し社会正義を実現するという弁護士会の使命(弁護士法一条一項)の公共性がその基礎にあると解される。これを単に依頼者の私益のためのものとして把握することには疑問があり、本判決はそのような立場をとってはいない。」とする。

(10) 梅本吉彦「弁護士会照会制度の現代的意味」自正六二卷一三号二頁(二〇一一年)は、報告義務の根拠をより仔細に分析し、憲法三二条の裁判を受ける権利は、国家の統治権に服する者の裁判協力義務を基盤としてはじめて成り立つものであり、弁護士会照会もこれに含まれるとする。

(11) 小海隆則「調査嘱託一門口正人編集代表『民事証拠法大系第五卷』一四七頁(青林書院、二〇〇五年)、松浦馨ほか編『条解民事訴訟法』一〇六八頁(松浦馨・加藤新太郎)(弘文堂、第二版、二〇一一年)、秋山幹男ほか「コンメンタル民事訴訟法Ⅳ」一三三頁(日本評論社、二〇一〇年)、賀集唱ほか編『基本法コンメンタル民事訴訟法2』一六九頁「西口元」(日本評論社、第三版追補版、二〇一二年)、伊藤真『民事訴訟法』三七九頁注27(有斐閣、第五版、二〇一六年)、高田裕成ほか編『注釈民事訴訟法(4)』一六四頁「濱本亭子」(有斐閣、二〇一七年)。裁判例として、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、東京高判平成二四年一〇月二四日判タ一三九一号二四一頁など。

反対説として、長谷川卓「ケーススタディ金融機関の守秘義務・裁判所からの嘱託」金法一八〇二号二四頁（二〇〇七年）。

(12) 福原忠男『増補弁護士法』一二二頁（第一法規出版、一九九〇年）、飯畑・前掲注（5）一八二頁、日弁連調査室・前掲注（5）一六六頁、梅本吉彦「民事訴訟手続における個人情報保護」曹時六〇巻一〇号八三頁（二〇〇八年）、新堂幸司『新民事訴訟法』五五五頁（弘文堂、第五版、二〇一一年）、高中正彦『弁護士法概説』一一八頁（三省堂、第四版、二〇一二年）、高橋宏志「重点講義民事訴訟法下」八七頁（有斐閣、第二版補訂版、二〇一四年）、須藤典明「金融機関と弁護士会照会」銀法七六七号八頁（二〇一四年）、三木浩一ほか『民事訴訟法』一九九頁（三木）（有斐閣、第二版、二〇一五年）、加藤・前掲注（3）NBL八六頁。

(13) 升田純「弁護士法二三条の二所定の照会、民事訴訟法一八六条所定の調査嘱託に対する報告義務違反と不法行為の成否」金法一七七二号二五頁（二〇〇六年）。

(14) 額田洋一「弁護士法二三条の二照会について」山梨学院ロージャーナル一〇号九六頁（二〇一五年）。

(15) 中原利明「判批」金法一八二二号六五頁（二〇〇七年）。

(16) 裁判例（東京高判平成二二年九月二九日判タ一三五六号二二七頁、大阪高判平成二五年八月二八日判タ一四〇九号二四一頁など）の多くは、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判断すべきとしており、本判決の岡部裁判官の補足意見も同旨を述べる。ただし、比較衡量によらない裁判例も散見され（広島高裁岡山支判平成二二年五月二五日判時一七二六号一六頁、大阪地判平成一八年二月二二日判時一九六二号八五頁、大阪高判平成一九年一月三〇日判時一九六二号七八頁）、比較衡量説を採る裁判例や学説も具体的な考慮要素については必ずしも見解は一致していない（この点を指摘するものとして、本多正樹「判批（大阪高判平成一九年一月三〇日）」ジュリ一三七三号一三三頁（二〇〇九年））。

(17) 報告による照会先の損害賠償責任に関する判例・裁判例および学説を網羅的に検討したものととして、酒井博行「弁護士会照会に対する報告と照会先の損害賠償責任」北園五二巻二号九九頁（二〇一六年）がある。最近の下級審裁判例として、大阪高判平成二六年八月二八日判タ一四〇九号二四一頁は、税理士が弁護士会照会により報告を求められた事項につき、税理士が弁護士会照会に係るものとして報告を拒絶できる正当な理由があったにもかかわらず報

告を行った場合には、納税義務者に対し不法行為責任を負うとした。

(18) 加藤・前掲注(3) NBL八八頁。

(19) 岐阜地判平成二三年二月一〇日金法一九八八号一四五頁(「公的義務」、大阪高判平成一九年一月三〇日判時一九六二号七八頁(「公的な義務」)。

(20) 東京高判平成二二年九月二九日判時二一〇五号一一頁、名古屋高判平成二三年七月八日金法一九八八号一三五頁、東京高判平成二五年四月一日金商一四一六号二六頁。

(21) 新堂・前掲注(12) 五五五頁、須藤・前掲注(12) 八頁、梅本・前掲注(10) 八三頁、加藤・前掲注(3) NBL八六頁、伊藤・前掲注(4) 一五頁。

(22) 近衛大「判批(大阪高判平成一九年一月三〇日)金商一二六七号一三頁(二〇〇七年)は、当該判決が判示する「公的義務」と、原審判決の「法的義務」を比較し、単に制度目的の観点から義務の趣旨を示したもので、義務の強度を弱めたものではないとしている。

(23) 伊藤・前掲注(4) 一五頁。

(24) 今津綾子「判批(東京高判平成二五年四月一日)リマークス五〇号一二四頁(二〇一三年)は、「裁判例にいう「公法上」あるいは「公的な」義務という整理に依頼者個人に対する具体的な権利義務でないという以上の積極的な意味づけ(弁護士会や照会先に公的性格を認める、照

会や報告を公権力の行使とみる等)はないようであり、あえて抗告訴訟と捉えるまでもないと思われる。」とする。

(25) 東京地判平成二四年一月二六日判タ一三八八号二三頁。

(26) 他方で当該東京高裁判決は、照会先の義務を「公的な制度上の義務」と判示している。また、本件差戻控訴審判決(後記四二)も、報告義務を公法上の義務としつつ、民事訴訟である確認の訴えの対象としている。

(27) 法務省民事局参事官室編『一問一答新民事訴訟法』(商事法務研究会、一九九六年)、竹田真一郎「当事者照会③照会を受けた側の代理人として」三宅省三ほか編『新民事訴訟法大系(2)』一八七頁(青林書院、一九九七年)、秋山幹男ほか『コンメンタール民事訴訟法Ⅲ』四三六頁(日本評論社、二〇〇八年)、松浦ほか・前掲注(11) 九七〇頁「上原敏夫」、賀集ほか・前掲注(11) 一一〇頁「田原睦夫」、伊藤・前掲注(11) 二八〇頁。

照会先は回答義務を負わないとする反対説として、井上治典「当事者照会制度の本質とその活用」竹下守夫編集代表『講座新民事訴訟法Ⅰ』二七二頁(弘文堂、一九九八年)、志知俊秀「当事者照会と訴え提起前における照会」門口正人編集代表『民事証拠法大系(5)』二七〇頁(青林書院、二〇〇五年)。

(28) 伊藤・前掲注(4) 一五頁。

(29) 弁護士会照会に対する報告拒絶に関する判例・裁判例や学説を網羅的に検討したものととして、酒井博行「弁護士会照会に対する報告拒絶と損害賠償請求の訴え」北園五一巻四号四五頁(二〇一六年)がある。また、高橋・前掲注(3)七一頁は、裁判例を照会先や照会事項ごとに整理している。

(30) ただし、これらの認容裁判例の事案は、依頼者が照会先に対する直接の開示請求権を有する事案であり(京都地判は相続人を依頼者とする遺言執行者に対する照会の事案、名古屋高判は照会先が消防署長であり条例に基づく開示請求が可能な事案)、一般化できないとの指摘がある(木村・前掲注(2)一二頁)。

(31) 依頼者を原告とするものとして、大阪地判昭和六二年七月二〇日判タ六七八号二〇〇頁、大阪地判平成一八年二月二二日、東京地判平成二四年一月二六日判タ一三八八号一二二頁。申出弁護士を原告とするものとして、名古屋地判平成二五年二月八日金法一九七五号一七七頁。

(32) ただし、名古屋高判平成二三年七月八日金法一九八八号一三五頁は、「弁護士法二三条の二がその照会の主体を弁護士会としたのは、所属弁護士による照会の必要性、相当性の判断を、弁護士を監督する地位にある弁護士会の自律的判断に委ねることをもって、弁護士照会制度の適正かつ慎重な運用を担保する趣旨であり、同制度によって情報

を得ることにより自己の権利の実現ないし法的利益を享受する実質的な主体は、申出をした弁護士及びその依頼者であるというべきである。」と判示しており、消極的なニュアンスが看取される。

(33) 前田陽一「判批(大阪高判平成一九年一月三〇日)判タ一二四九号五七頁(二〇〇七年)、小野寺健太「判批(大阪高判平成一九年一月三〇日)早法八三巻二号一三九頁(二〇〇八年)、本多正樹「判批(大阪高判平成一九年一月三〇日)ジュリ一三七三三頁(二〇〇九年)、城内明「弁護士会照会に対する回答義務」国民生活研究五三巻二号一〇三頁(二〇一三年)、森島昭夫「弁護士会照会に対する報告拒否と不法行為責任」自正六六巻一号三二頁(二〇一五年)、村上正子「判批(福岡高判平成二五年九月一〇日・東京高判平成二五年四月一日)新・判例解説 Watch 一七号一七五頁(二〇一五年)」。なお、岩藤美智子「判批(大阪高判平成一九年一月三〇日)金商一三三六号三五頁(二〇一〇年)は、不法行為の成立を肯定するが損害(額)の主張・立証の困難性を、渡辺森見「判批(福岡高判平成二五年九月一〇日)法研九〇巻二号一七頁(二〇一七年)は保護法益や故意・過失の立証の困難性を指摘する。

(34) 近衛・前掲注(22)一五頁は、弁護士会照会や調査囑託に対する回答拒絶が依頼者に対する不法行為を構成する

かについて、「弁護士会や裁判所に対する義務違反が第三者に対して損害を及ぼした場合として間接損害の問題であり、相当因果関係説の枠組みで処理すべきであったと思われる。」と述べており、直接の損害は弁護士会に生じることとを前提にするものとみられる。

(35) 岐阜地判昭和四十六年二月二〇日判タ二八三号二八頁(申出弁護士が原告の事案)、東京高判平成二三年八月三日金法一九三五号一八頁、東京高判平成二五年四月一日金法一九八八号一四頁、東京地判平成二六年七月二二日金判一四五二号五〇頁、東京地判平成二六年八月七日金判一四五二号五八頁、東京地判平成二七年三月二七日判時二二六〇号七〇頁。なお、大阪高判平成一九年一月三〇日金法一七九九号五六頁は、原則として不法行為の成立を否定しつつ、故意の回答拒否の場合には、依頼者の人格権侵害として不法行為を構成する余地を認める。

(36) 新堂・前掲注(12)五五六頁、宮川不可止「判批」(大阪高判平成一九年一月三〇日)金法一八〇一号五五頁(二〇〇七年)。升田・前掲注(13)二六頁も、報告拒絶が不法行為を構成することについて消極とみられる。伊藤・前掲注(4)二二頁は、「依頼者の利益は、実質的な意味で中心となるものであるが、法的な意味では、間接的なものといわざるを得ず、報告拒絶によって法律上保護される利益が害されるとはいいい難い。」とするが、「照会を必要と

する理由が十分に説明されているにもかかわらず、照会先がそれについて合理的検討を行うことなく報告を拒絶したことが、依頼者の人格的利益を侵害したとまで評価される事案であれば、検討の必要がある。(注44)とする。

(37) 東京高判平成二二年九月二九日判時二一〇五号二頁、名古屋高判平成二五年七月一九日金判一四三〇号二九頁、福岡高判平成二五年九月一〇日金法二〇二八号一頁。

(38) 藤田広美「判批」(東京高判平成二二年九月二九日)債管一四二号二四頁(二〇一三年)。

(39) 反対説として、山本・前掲注(2)一一頁は、反射的利益論を正当として依頼者に対する不法行為の成立を原則として否定しつつ(侵害行為の態様によっては不法行為の成立を認める余地はあるとする)、弁護士会にも法律上保護される利益は認められないとする。

(40) 本件訴訟について、X₂所属の弁護士が、「愛知県弁護士会がこのような訴訟を提起した理由は、これと同様の事案についての東京高判平成二二・九・二九が、…当時の郵便事業会社の報告拒否について違法だと認定したにもかかわらず、その後も報告拒否という態度を変えなかったもので、これは悪質といえるし、国民の権利救済もできないということ、愛知県弁護士会として損害賠償請求に踏み切った」旨を述べている(佐藤三郎ほか「座談会 地域金融機関における弁護士会照会制度の現状と課題」金法二〇

四〇号一二頁「富田隆司発言」(二〇一六年)。

(41) 伊藤・前掲注(4)二〇頁。なお、山口・前掲注

(2)二二六頁は、「二三条照会に対する報告が、依頼者等にとつて必須のものであつて、その拒絶によつて明らかに法益が侵害されるなどの場合は、公法上の義務とは一応別個のものとしての、その法益に向けられた民事上の義務が生じ、その義務違反によつて法益が侵害されたことによつて、不法行為が成立すると考えられる。」とする。

(42) 伊藤・前掲注(4)二二頁注46。加藤新太郎教授も、弁護士会が照会権限を付与されている理由が制度の適正な運用を図るためにすぎないことは、弁護士会に報告を受け法益がないとの結論を論理必然に導くのではない旨を指摘する(加藤・前掲注(3)NBL一〇八九号八八頁、同・前掲注(3)重判八二頁)。なお、伊藤教授は、依頼者の利益は「実質的な意味で中心となるもの」とするが、「法的な意味では、間接的なもの」であり、「報告拒絶によつて法律上保護される利益が害されるとはいふ難い」とする(伊藤・前掲注(4)二二頁。申出弁護士についても同旨とみられる(同一五頁))。

(43) 酒井・前掲注(29)四九八頁。酒井教授は、依頼者や申出弁護士については、照会先の報告義務違反のために情報を得られないことによつて侵害されることになる利益が、法的保護に値する利益と解している(同四九六頁)。

(44) ただし、山口・前掲注(2)二二六頁は、照会先は弁護士会照会制度によつて負う公法上の義務とは別に、報告拒絶により依頼者が不利益を負うことを知り、それを避けることができる地位に至つた照会先が、信義則上負う注意義務に違反した場合に、弁護士会自体の法益が侵害されたと解している。

(45) 山本・前掲注(2)二二頁。山口・前掲注(1)一〇五頁も、公法上の義務である照会先の報告義務の発動の判断が弁護士会に委ねられている旨を述べており、同旨とみられる。

(46) 齋藤・前掲注(3)一〇一頁。同旨と見られる見解として、須藤・前掲注(12)一二頁。伊藤真ほか「座談会 民事訴訟手続における裁判実務の動向と検討 第五回」判タ一三九七号四九頁「松下淳一発言」(二〇一四年)は、依頼者や申出弁護士に対する関係で不法行為が成立する可能性は認める。

(47) 山本・前掲注(2)二二頁

(48) 伊藤ほか・前掲注(46)四九頁「山本和彦発言」、川

嶋・前掲注(3)一二〇頁。

(49) 村上・前掲注(33)一七六頁。

(50) 吉田徹「筒井健夫編『改正民法の解説』一一五頁(商事法務、二〇〇五年)。

(51) 代表例として、内縁関係の不当破棄に関する最二小判

- 昭和十三年四月一日民集二二卷五号七八九頁や、昭和五六年最判などがある。
- (52) 末川博「権利侵害論」『権利侵害と権利濫用』四七三頁(岩波書店、一九七〇年)(初出:『権利侵害論』(弘文堂書房、一九三〇年)。
- (53) 我妻栄「事務管理・不当利得・不法行為」一二五頁(日本評論社、一九三七年)。
- (54) 平井宣雄「損害賠償法の理論」三九三頁(東京大学出版会、一九七一年)。
- (55) 代表的なものとして、幾代通「不法行為」一〇八頁(筑摩書房、一九七七年)、星野英一「故意・過失、権利侵害、違法性」同『民法論集・第六卷』(有斐閣、一九八六年)(初出一九七九年)、森島昭夫「不法行為法講義」二五一頁(有斐閣、一九八七年)。
- (56) 本文中で挙げた以外にも、権利侵害および違法性要件をめぐる判例や学説は多岐にわたって展開している。最近の網羅的研究として、山本敬三「不法行為法学の再検討と新たな展望」論叢一五四卷四〇五〇六号二九二頁(二〇〇四年)、前田陽一「不法行為における権利侵害・違法性論の系譜と判例理論の展開に関する覚書」平井宣雄先生古稀記念『民法学における法と政策』四四五頁(有斐閣、二〇〇七年)、櫻見由美子「権利保護と損害賠償制度について」平井古稀四八五頁、窪田充見編『新注釈民法(15) 債権
- (8) 二八五頁(有斐閣、二〇一七年)「橋本佳幸」。
- (57) 前田達明「不法行為法理論の展開」一頁(成文堂、一九八四年)。
- (58) 沢井裕「不法行為法学の混迷と展望」法ゼ二九六号七二頁(一九七九年)。
- (59) 道垣内弘人「民法七〇九条の現代語化と要件論」法教二九一号五七頁(二〇〇四年)、大塚直「民法七〇九条の現代語化と権利侵害論に関する覚書」判タ一八六号一六頁(二〇〇五年)、中田裕康「民法の現代語化」ジュリ一二八三号八六頁(二〇〇五年)、池田真朗編『新しい民法』一〇一頁「水野謙」(有斐閣、二〇〇五年)。
- (60) 伊藤・前掲注(4) 二二頁。
- (61) 石川・前掲注(5) 四八頁、飯畑・前掲注(5) 四頁、日弁連調査室・前掲注(5) 一五九頁。
- (62) その他、廃案とされた案では、弁護士が自ら相手方に赴いて調査等を行うことができること、相手方は正当な理由のある場合には拒絶できる旨の文言があったこと、および照会先に限定がなかったことが現行法と異なっていた。
- (63) 石川・前掲注(5) 五〇頁。
- (64) 弁護士会を主体とする損害賠償請求の可否について、従前の学説は、保護法益よりも損害の有無について議論するものが多かった(齋藤・前掲注(3) 一〇一頁)。
- なお、民法七〇九条の「損害」の意義につき、判例(最

- 判昭和三十九年一月二八日民集一八卷一号一三六頁) および伝統的学説は、不法行為がなければ被害者が置かれていなくてはならぬ財産状態と、不法行為があったために被害者が置かれていられる財産状態との差額とする、いわゆる差額説を採る。これに対し、不法行為によって被害者に生じた不利益な事実と捉える損害事実説を採る論者の中には、権利または法律上保護される利益の侵害と、損害の事実を同視する見解もある(石田稔『損害賠償法の再構成』三五頁(東京大学出版会、一九七七年)、内田貴『民法Ⅱ債権各論』三八五頁(東京大学出版会、第三版、二〇一一年)。
- (65) 小野寺・前掲注(33) 一三六頁は、依頼者および申出弁護士についてこれらを指摘する。
- (66) 飯畑・前掲注(5) 二五一頁。
- (67) 小野寺・前掲注(33) 一四二頁。
- (68) 伊藤・前掲注(4) 二二頁、加藤・前掲注(3) NB L八七頁。なお、森島・前掲注(33) 三三頁も、弁護士会が損害賠償請求の原告となる場合の損害は、単なる出費を超える金額を算定することで安易な報告義務違反が割に合わないことを示すべきとし、同様の問題意識に立つものとみられる。
- (69) 不法行為法の目的や機能と、抑止や制裁をめぐる議論の史的展開について、廣峰正子『民事責任における抑止と制裁—フランス民事責任の一断面—』九頁(日本評論社、二〇一〇年)(初出:立命二九七号二二頁、同二九九号二七〇頁(二〇〇五年))、森田果『小塚莊一郎「不法行為の目的」NBL八七四号一〇頁(二〇〇八年)。
- (70) 慰籍料と無形損害の関係については諸説があるが(詳細につき、窪田・前掲注(56) 八六六頁「窪田充見」、結局のところは定義の問題であり、慰籍料を広く定義すれば無形損害と同義であるし、慰籍料を狭く定義すれば無形損害が慰籍料を包含する関係にある(三木浩一「民事訴訟法二四八条の意義と機能」同『民事訴訟における手続運営の理論』四七八頁(有斐閣、二〇一三年)(初出:井上治典先生追悼『民事紛争と手続理論の現在』(法律文化社、二〇〇八年))。
- (71) 代表的な見解として、戒能通孝「不法行為における無形損害の賠償請求権(一)・(二)・完」法協五〇巻二号一八頁(一九三二年)、同三号一六頁(一九三二年)、三島宗彦「損害賠償と抑制的機能(一)・(二)・完」立命一〇五一〇六号六六頁(一九七二年)、同一〇八二一〇九号一三八頁(一九三七年)、後藤孝典「制裁的慰籍料論」法時五二巻九号二三頁(一九八〇年)、齋藤修「慰籍料に関する諸問題」淡路剛久編『新・現代損害賠償法講座(6)』二二八頁(日本評論社、一九九八年)。
- (72) 代表的な見解として、四宮和夫「事務管理・不当利得・不法行為(中)」二六二頁(青林書院、一九八三年)、

淡路剛久「不法行為法における権利保障と損害の評価」一三頁(有斐閣、一九八四年)、森島・前掲注(55)四七四頁、平井宜雄「債権各論Ⅱ 不法行為」六頁(弘文堂、一九九二年)。

(73) 代表的な見解として、森田・小塚・前掲注(69)一〇頁は、わが国において抑止的機能と制裁的機能は必ずしも明確に区別されていないが、抑止を目的とする場合の制度設計は、「当該行為を一切許さないこと」ではなく、「適正な水準にコントロールすること」でなければならぬとする。

(74) 山本・前掲注(2)一二頁は、「本判決の認めた無形損害の賠償は、弁護士会照会の実効性を確保することを目的とする「名目的賠償」にはかならず、これを率直に承認する考え方もありうるが、わが国における従来の議論を前提とする限り、理論的には認めがたいもののように思われる。」とする。今津・前掲注(24)一二五頁も、報告事項につき直接の利害関係を有しない弁護士会には、依頼者における以上に損害を認めることが難しいとして、損害の認定につき消極とみられる。

(75) 安西・前掲注(3)一九二頁は、照会先に個別事案における照会事項ごとの利益衡量を要求する以上、損害賠償を認容したとしても事例判決にすぎず、照会先が納得してその後報告に応じるようになるわけではない旨を指摘する。

また、山口・前掲注(2)二二二頁は、本件原審判決について、「報告義務があることが認められ、報告拒絶が不法行為になることを明確にした点では、損害賠償額にかかわらず大きな意味があるともいえるが、一方で、二三条照会に依じて報告をすることにより照会先に生じるリスクが存在している限り、二三条照会が実効性を持つことにはならない」と指摘する。

(76) 加藤・前掲注(3)重判八二頁は、判旨の理論は論理的必然的なものとは思われないとする(ただし、加藤教授は、弁護士会の保護法益を認めるべきとする見解に立つ)。また、我妻・前掲注(3)四八頁は、強制執行手続において債務者の住所が必要不可欠であること等を指摘し、弁護士会の権利・保護法益を否定する際に、侵害行為の態様に關してもあわせて判断することが望ましかったとする。反対説として、川嶋・前掲注(3)一二〇頁は、損害論に立ち入ることなく画一的に法律上保護される利益がないと判断したことは、基準の明確性の点で優れているとする。

(77) 川嶋・前掲注(3)一二〇頁は、報告拒絶に対する依頼者や弁護士への損害賠償請求の成否は射程外であるとするが、「原審判断のように、依頼者は単に事実上の利益を有するにすぎないであろう」として消極に解している。これに対し、本判決により、依頼者や申出弁護士について法律上保護される利益がないと解することはもはやできなく

なつたとする見解もある(加藤・前掲注(3)重判八二頁、石黒清子「弁護士会照会制度の現状と課題」小林秀之「群馬県弁護士会編『証拠収集の現状と民事訴訟の未来』一二三頁(悠々社、二〇一七年)。

(78) 近衛・前掲注(22)一五頁。裁判例として、東京高判平成二四年一〇月二四日判時二一六八号六五頁は、「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ならないとするのは相当でない」としたが、嘱託先には故意・過失はなかったとして、結論としては不法行為の成立を否定した。

(79) 岡部裁判官による補足意見(前記三2(2)(a))は、「正当な理由のない報告義務違反により不法行為上保護される利益が侵害されれば不法行為が成立することもあり得る」とするが、判旨は弁護士会の保護法益を一律に否定しているため、依頼者や申出弁護士に対する不法行為の成否を述べたものとみられる(中務・前掲注(3)四九頁も同旨の指摘をする)。

(80) 酒井・前掲注(3)一四五頁。齋藤・前掲注(3)一〇二頁は、「報告の拒絶により依頼者の具体的な権利または法律上保護される利益が侵害されたという事実が認められない限り……依頼者との関係における不法行為の成立を

認めることはできないのであり、あとは基本的には事実認定の問題になるのではないかと思われる。」と述べ、依頼者等と弁護士会のいづれからの損害賠償も認められない可能性を示唆する。

(81) 酒井博行「弁護士会照会に対する報告拒絶と報告義務の確認の訴え」『北海学園大学法学部五〇周年記念論文集』二六六頁(二〇一五年)、村上・前掲注(33)一七六頁。

(82) 伊藤・前掲注(4)一二頁は、弁護士会が原告となる確認訴訟を適切とする。これに対し、酒井・前掲注(29)五一頁は、弁護士会が原告となる可能性は肯定するが、依頼者や申出弁護士が原告となる訴えがより適切であると

する。

(83) 川嶋・前掲注(3)一二〇頁は、本件の確認請求は実質的には中間確認的な性格の訴えであり、単純併合の事例であった旨を指摘する。

(84) 安西・前掲注(3)一九一頁。

(85) 主体が弁護士会か依頼者かを問わず、損害賠償義務が照会先にとって負担であることは確かであり、審査の強化と照会先の免責が一体的に実現することが理想的である。ただし、これらは他の情報収集制度との均衡にも配慮する必要がある、立法的課題というべきであろう。

(86) 同旨、村上・前掲注(33)一七六頁、川嶋・前掲注(3)一二〇頁、中務・前掲注(3)四七頁、我妻・前掲

注(3) 四九頁。伊藤・前掲注(4) 二二頁は、照会先と弁護士会の共同による取組を「判断主体の実質的統一」として、「ソフト・ロー」による問題発生の前予防と位置付ける。

先駆けとなった取組は、三井住友銀行と大阪弁護士会との弁護士会照会に関する協定の締結である(長谷川卓¹¹木村健太郎「弁護士会照会に関する三井住友銀行の取組み」金法二〇二二号二八頁(二〇一五年))。同様の取組は他の弁護士会や銀行にも広がり、二〇一七年一月時点において、三菱東京UFJ銀行とみずほ銀行も加えた三メガバンクが同様の対応を行っている(日本経済新聞二〇一七年一月二〇日朝刊四頁)。

【付記】 脱稿後、本判決の評釈として、齋藤毅「判解」曹時六九卷八号三三五頁(二〇一七年)、笠井正俊「判批」金法二〇七三号七四頁(二〇一七年)に接した。

工藤 敏隆