

弁護士会照会に報告する義務と確認の利益

瀨
崎
録

はじめに

弁護士会照会^①とは、弁護士法二三条の二に基づき、弁護士会が、所属弁護士からの申出により、公務所または公私の団体に対し、必要な事項の報告を求める照会をすることである。この制度は、弁護士が基本的人権を擁護し社会正義を実現するという公的責務を負っていることにかんがみて、弁護士が受任している事件について、訴訟資料を収集し、必要な事実の調査および証拠の発見収集を容易にし、その職務活動を円滑に執行処理するための制度的手段として昭和二十六年の弁護士法の一部改正により新設された^②。

弁護士法二三条の二は、照会先の報告義務について明示しておらず、強制力や罰則等の定めもない。照会先が照

会に漫然と応じたことが国家賠償法上違法と判断された先行判例^③があることもあり、金融機関等を中心として、口座名義人の同意が得られないことや顧客に対して負っている守秘義務等を理由として照会先が報告を拒否する例が生じている。このような報告拒否をめぐる紛争が損害賠償請求訴訟として、あるいは照会に対する義務存在確認訴訟として近年多数提起されている。これらの一連の判例においては、弁護士会照会に対する報告義務の存否、義務に反して報告を拒否することの弁護士会あるいは依頼者本人に対する不法行為の構成いかんがおもな問題とされてきた。

これらの問題について、近時、以下で参照する損害賠償請求についての最初の最高裁判決である最(三小)判平成二八年一〇月一八日(以下、本件最高裁判決という。)およびその差戻審である名古屋高判平成二九年六月三日(以下、本件差戻し後の高裁判決という。)が示された^④。差戻審までの裁判所の判断によれば、(a)不法行為に基づく損害賠償を求めた弁護士会には、照会先の報告拒否による損害賠償を求める法律上保護すべき利益はなく、したがって不法行為は成立しないこと、(b)本件では、弁護士会照会に対して照会先が照会事項の一部について報告義務を負うこと、の二点が示された。特に(b)の点については、このような義務存在確認請求に確認の利益があるかが問題となるどころ、差戻審である名古屋高裁は、確認の利益の有無を判断するに際して、①弁護士会照会に対して「報告せよ」との給付判決を求めうるか疑義があること、②報告拒否に対する損害賠償請求は否定されていること等を根拠の一部として、確認の利益を肯定している。

民事訴訟においては、近年、確認訴訟に多くの機能を見出し、確認の対象ないし利益が拡大する傾向にある。たしかに、このような拡大傾向そのものは紛争解決に対する社会的要請にに応じて肯定すべきものである。しかし、筆者は、弁護士会照会への報告義務確認請求に確認の利益を認めることには慎重であるべきであり、本件確認請求に

確認の利益が認められるか否かについては、再度検討が必要ではないかと考えている。というのも、これらの弁護士会照会をめぐる一連の訴訟の背景には、弁護士会照会に対する報告が拒否される状況を改善し、当該制度による情報収集に実効性をもたせたいという目的があることには異論がないからである。現に、本件最高裁判決には、本件訴えが制度に実効性をもたせることを企図したものであることを前提とした補足意見が付されており、このように制度に実効性をもたせることは損害賠償請求制度の目的からずれていくとの指摘がなされている。

本稿では、弁護士会照会に実効性をもたせるという目的が、損害賠償制度のみならず、確認の利益の判断においても影響を及ぼしていることをまず指摘したい。そのうえで、弁護士会照会における報告義務存在確認訴訟の確認の利益に関する問題の検討を通じて、制度に実効性をもたせるという機能を確認訴訟に認めることについても若干の考察を行いたい。

考察に際して検討すべき問題として、以下の点が考えられる。第一に、弁護士会照会に対する報告拒否が不法行為を構成するというためには、弁護士会を主体とする場合以外でもいくつかの解決すべき課題があり、一般的にその成立には消極的な見解が多いが、そのことが報告義務確認訴訟における確認の利益の判断に影響するのかが問題となる。第二に、損害賠償請求訴訟や報告義務確認訴訟の意義、特に確認判決が紛争解決に対してどのような意義を有するのかについて検討する。第三に、本件最高裁判決では弁護士会に対する不法行為を構成することは否定されたが、差戻し後の最高裁でも判示されたように、確認の利益も否定される場合、弁護士会照会を実効性あるものにするための方策はどのようなものがあるのかが問題となろう。以下では、まず、本件最高裁判決を概観し、まず第一の問題の検討を行う。

一 弁護士会照会への報告拒否の弁護士会に対する不法行為の成否

1 最高裁判所平成二八年一〇月一八日第三小法廷判決⁽⁵⁾

弁護士会照会への報告拒否をめぐる紛争には、弁護士会が原告となる場合と依頼者本人が原告となる場合（あるいは両者が原告となる場合）がある。このうち、本件最高裁判決は、報告を拒否する照会先の当該行為が弁護士会の法律上保護される利益を侵害するといえるか否かについて判断を示したものである。

(1) 事案の概要

X₁は弁護士Aを訴訟代理人として、Bに株式購入代金名目で金員を詐取されたと主張して、Bを相手方として不法行為に基づく損害賠償を求める訴訟を提起した。訴訟では、Bとの間で、BがX₁に対して損害賠償金を支払うことなどを内容とする訴訟上の和解が成立した。しかし、Bはこの和解における支払期限までに支払をせず、その後も支払いをしようとしなかったため、X₁の代理人弁護士Aは、Bに対する強制執行手続を行うため、所属弁護士会X₂に対し、(ア) B宛ての郵便物に係る転居届の提出の有無、(イ) 転居届の届出年月日、(ウ) 転居届記載の新住所（居所）および(エ) 転居届記載の新住所（居所）の電話番号について、郵便事業を行うYへの弁護士会照会を申し出た。

X₂弁護士会は、この申出を相当と判断し、Yに対し、前述の事項について弁護士会照会をしたが、Yは、本件照会には応じかねる旨を記載した報告書をX₂に送付した。X₂は、照会を受けた公務所又は公私の団体は、照会をした弁護士会に対して、法律上報告する公的義務を負うことや、弁護士会照会について報告すべき義務は郵便法八条二

項の「郵便物に関して知りえた他人の秘密」としての守秘義務に優越するとの東京高判平成二二年九月二九日判決⁶に触れ、本件照会に対する報告拒否に正当な理由がないこと、動産執行を行うためには本件照会のほかに代替手段もなく本件照会が必要かつ相当なものであることを記載した通知書をYに送付して、本件照会に報告することを求めた。しかし、Yは前記東京高裁判決を根拠として転居届等に係る照会には応じかねる旨の回答をした。

そこで、X₂および照会申出弁護士の依頼者であるX₁は、Yに対して、Yが本件弁護士会照会に対する報告を拒否したことは、X₁およびX₂に対する不法行為を構成すると主張し、その損害賠償として、X₁が一万五二五〇円、X₂が三〇万〇三八〇円の支払い等をそれぞれ求める訴えを提起したのが本件である。

(2) 損害賠償請求についての裁判所の判断

第一審（名古屋地判平成二五年一〇月二五日⁷）は、本件照会事項（ア）ないし（ウ）について報告すべき義務は、これらについてYが負うべき守秘義務に優越するとして、本件照会事項の全部について報告を拒否したYの対応には正当な理由を欠くところがあったとした。しかし、Yに課せられた守秘義務と報告義務のいずれが優越すると解すべきかについての判断は、弁護士法や郵便法等の関連諸規定の趣旨を踏まえた解釈を前提とし、各照会事項ごとに情報の秘匿性の程度や報告を受ける必要性の程度等を踏まえた利益衡量に基づく微妙な判断とならざるを得ないから、その判断が事後的に誤りとされたからといって、直ちに過失があるとすることは酷であり、相当でないといふべきであるとして、本件において、郵便法八条二項の守秘義務を負っているYが本件照会に対して報告できない旨の報告をしたことに相応の事情が存したことは否定できず、Yに過失があるとまではいえないとして、原告らのいずれの請求も棄却した。これに対してXらが控訴した。

X₂は、控訴審において、損害賠償請求を主位的請求とした上で請求を拡張し、予備的請求として、Yに本件照会に対して報告義務があることの確認請求を追加した。

原審（名古屋高判平成二七年二月二六日⁽⁸⁾）は、弁護士会照会をする権限はその制度の適正な運用を図るために弁護士会のみ与えられていることを挙げ、弁護士会が弁護士会照会の適切な運用に向けて力を注ぎ、国民の権利の実現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もつ利益（報告義務が履行される利益）は法的保護に値する利益であるというべきであるとして、不法行為の成立を一部認めた。これに対して、Yが上告、上告受理申立てをした。

上告審は、X₂の法律上保護される利益の侵害の有無については、以下のように判示して原判決を一部破棄し、Xの控訴を棄却した。なお、予備的請求に関する部分につき本件を原審に差し戻した。「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否する行為が、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うべきである。」

2 不法行為の成否

一般的に不法行為に基づき損害賠償義務が認められるためには、権利又は法律上保護される利益の侵害および侵害行為の存在、故意又は過失、損害およびその額、侵害行為と損害の間の因果関係が認定される必要がある。このうち、弁護士会照会を受けた照会先が報告を拒否したことによる不法行為の成否については、権利又は法律上保護される利益の侵害、あるいは損害およびその額の要件が充足されるかがおもに問題となる。

(1) 義務の存否

前述の最高裁判決および弁護士会照会に関連する一連の裁判例においては、照会先の報告義務は、照会先が弁護士会に対して負っている義務であり、「公法上の」あるいは「公的な」義務であると表現されている。岐阜地判昭和四六年一月二〇日⁹⁾は、弁護士会照会における照会先の報告義務を法的義務とし、その後、最三小判昭和五六年四月一四日の第一審判決である京都地判昭和五〇年九月二十五日も、照会先は正当な理由がない限り照会に応ずる法的義務があり、弁護士法二三条の二にその根拠があるとした¹⁰⁾。その後の下級審裁判例においても、一般的に、当該義務を公法上の義務として表現するものが見られる。ただし、その意味するところを明らかにしていないものもあり、「公法上の」義務あるいは「公的な」義務といった用語の意義は、必ずしも統一されてはおらず、明らかではないように思われる¹¹⁾。

この点について、学説には、(a) 公法上の義務という観念は、少なくとも弁護士会照会に対して報告すべき義務としては、依頼者個人に対する具体的な権利義務ではないという以上の積極的な意味づけはないとする見解¹²⁾と(b) (一般) 公法上の義務という概念を民訴法の規定以前の存在として憲法の定める統治機構に根差すものと位置

づけたうえで、公法上の義務という場合、わが国の裁判権に服するすべての人が負担する「裁判権行使への協力義務」がまず指定され、次いで、これが例えば裁判所の証拠決定のような段階を経て具体的義務として義務者に課せられるという構造として説明する見解¹³⁾がある。一連の判例や裁判例においては、(a)のように解する意図で用いられた場合もあると思われる。ただし、弁護士会照会に対する報告義務に限らず、たとえば証人義務なども含めて、公法上の義務に基礎をおくものは他にも少なからず存在する。したがって、報告義務が公法上の義務であると位置づけることの意義については、明確に意識されているか否かはおいておくとしても、理論的には整理しておく必要がある。その分析としては(b)の見解のように整理することが適切であると考ええる。

ただ、いずれの見解においても、当該義務が私人に対する義務ではないとする点は共通している。その場合、「公法上の」という意味が国家に対する義務であることを意味するとすれば、例えば、公法上の義務に基礎をおく証人義務について、証人が正当な理由なく証言を拒んだ場合や、同じく公法上の義務があるとされている調査嘱託の相手方が報告を拒否した場合のように、第三者がこの義務に違反した場合であっても、第三者の当該行為によって当事者が損害を被り、かつ第三者に故意又は過失があれば、不法行為が成立する余地があると解される¹⁴⁾。ただし、実際に不法行為が成立するためには課題も多い。以下では不法行為成立の余地について概観する。

(2) 報告義務と照会先の守秘義務との関係

金融機関等の照会先が取引に際して入手した顧客等の情報は、照会先の営業等のために利用されるものであり、場合によっては業務委託先の企業など第三者への提供が予定されている。このため、正当な理由があるときは守秘義務が免除される。照会に報告することは、個人情報保護法二三条一項一号にいう「法令に基づく場合」に該当し、

同法一六条一項で「本人の同意を得ないで……取り扱ってはならない」との規定の例外として位置づけられる。したがって、照会に報告したことによって常に同法違反の問題が生じるといふ関係にはない¹⁵⁾。実際には、この点はやや過小に捉えられ、報告拒否につながっていると解することもできよう。

ただし、照会に対する報告義務と照会先の守秘義務とが競合することはありうる。この場合に、金融機関などの照会先の守秘義務の存在が報告義務を免除する正当な理由にあたるかが問題となる。報告義務の方が金融機関等の守秘義務に常に優先するという考え方を採れば、照会先の守秘義務は、報告により被る不利益から顧客を守る営業政策的なものに過ぎないとして、照会先が守秘義務を根拠に報告を拒否することは許されないことになる。反対に、金融機関の守秘義務が報告義務に優先するという見解を採れば、特に照会先が金融機関である場合、金融機関が顧客に関する情報を秘密として保持し、これを厳守して営業を展開することは金融機関の事業基盤であり、照会に報告しなかつたとしても弁護士法の趣旨にも反せず、報告義務違反の余地はないことになる¹⁷⁾。しかし、本件の差戻審をはじめ、裁判例の多くは、照会先が当該照会事項について報告義務を負うか否かは弁護士会照会の有する公共的利益と報告を拒否することによって得られる法的利益の比較衡量により決まるとの立場に立っており、学説も、多くはこれを支持している¹⁸⁾。したがって、公法上の義務に基礎をおく弁護士会照会に必ずべき義務について、照会先が個別の事案において報告義務を負うか否かは、このような比較衡量により判断されることになる。しかし、弁護士会照会の制度それ自体には、証人義務と証言拒絶事由の關係に該当するような、照会先が個々の事案において報告義務を負うか否かの判断を求める手続が設けられていない。このため、このような比較衡量による義務の有無の判断が不法行為の成否の判断に内包され、あるいは義務確認訴訟というかたちで個別に判断が求められているという状況が生じている¹⁹⁾。その結果、不法行為の成立の余地があるか否かが回答義務確認訴訟における確認の利益

の判断に影響する状況へとつながっていると考えられる。

(3) 照会先の報告拒否により侵害される権利又は法律上保護される利益の主体

① 弁護士会に対する権利侵害の余地

従前の裁判例においては、「照会によって報告を求める権利ないし利益」を判断の対象として、おもに照会申出弁護士およびその依頼人（あるいはその一方）が原告となり、損害賠償を求める訴えを提起することが多くなされてきた。しかし、本件では、弁護士会が原告となった初めての事案であった。

本件の差戻し前の控訴審は、弁護士会が弁護士会照会制度の適切な運用に向けて実現に力を注いできたことなどを理由に、弁護士会照会が実効性をもつ利益、言いかえれば「報告義務が照会先によって履行される利益」を弁護士会の法的に保護されるべき利益として肯定した。しかし、本件最高裁は、弁護士会はあくまで適正な制度運用のために権限を付与されているだけの存在であり、法律上保護される利益を有するものには当たらないと判示して、弁護士会は法律上保護されるべき利益の主体とはなりえないことを理由に不法行為の成立の余地を否定した²⁰⁾。弁護士法二三条の二は、その立法の経緯²¹⁾に照らすと、弁護士会が権利主体となることは、たしかに立法の時点では意図されておらず、また、弁護士会は報告を受けた場合にも当該報告を申出弁護士に伝達するか否かにつき裁量を有していないため、実体的な利害関係にもないということ²²⁾が法益を否定した理由であると解される。

② 申出弁護士あるいは依頼者本人に対する権利侵害の余地

他方で、申出弁護士やその依頼者について、裁判例は、弁護士会照会の制度が適正に運用された結果による「反

射的利益」 「事実上の利益」に過ぎないとして、権利又は法律上保護される利益の主体として認めてこなかった。²⁴⁾ 弁護士会照会の照会権は制度上弁護士会にのみ与えられているものだからである。しかし、本件最高裁によって弁護士会が法的利益の主体たることが否定されたことを受けて、今後の判例の動向としては、①弁護士が報告を受けることによる適正な事件処理をする利益や、依頼者の権利保護を受ける利益が肯定されるという方向が残されたことになる。とりわけ、報告拒否により侵害される依頼者本人の利益については、本件最高裁判決を受けて、これを認める方向に一步近づいたと解することができよう。ただし、照会に対する報告義務が公法上の義務に基礎をおく関係上、不法行為の成否とは直接結びつかないとして、②結果的にいずれの法律上保護される利益も否定されるという結論も理論的にはなお排除できない。²⁵⁾ 本件の差戻し前の控訴審は、依頼者の受ける利益は事実上の利益であるとして、その法益侵害を否定したが、この点については上告がなされていないため、最高裁の判断は示されていない。今後は、類似の事案において、この点が問題となると思われる。仮に、いずれに対する法益侵害も否定された場合に、報告義務確認訴訟においてかかる事情も考慮して確認の利益の有無が判断されるのが問題となる。

二 義務確認訴訟の確認の利益

前述の通り、本件最高裁は、差戻し前の控訴審裁判所が、主位的請求について、弁護士会に対する損害賠償額一万円のみを認定する一部認容判決をした部分を取り消して、主位的請求をすべて棄却し、弁護士会照会に対する報告拒絶行為が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不法行為を構成することはないと判示した。ただし、差戻し前の控訴審において予備的請求として追加された照会に報告義務があることの確認

請求については「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。これを受けて、差し戻し後の高裁では、①本件確認の訴えの性質⁽²⁶⁾、②損害賠償請求に確認請求の追加的併合をすることの可否⁽²⁷⁾、③本件訴えについての確認の利益の有無、④本件報告拒否に正当理由が認められるかについて判断がなされた。

以下では、これらの争点のうち、③本件訴えについての確認の利益の有無についての判示部分を参照しながら、確認の利益について若干の考察を行う。

1 名古屋高判平成二九年六月三〇日⁽²⁸⁾

差し戻し後の控訴審は、照会事項とされた（ア）B宛ての郵便物に係る転居届の提出の有無、（イ）転居届の届出年月日、（ウ）転居届記載の新住所（居所）および（エ）転居届記載の新住所（居所）の電話番号のうち、（ア）から（ウ）について、Yには弁護士会に対する報告義務があることを確認し、その余の請求を棄却した。また、本件確認請求を適法であるとする判断の枠組みとしては、すでに確立している確認の利益の有無を判断する際の枠組みを用いて、対象選択の適否、即時確定の利益、方法選択の適否について判断を行った。

まず、対象選択の適否については、「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）が必要であると解される」「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」として、本件請求の対象選択の適否を認めている。

次に、即時確定の利益については、「二三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

会が二三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いうことができるとともに、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と解される。……後述するとおり、控訴人が本件確認請求を選択したことが紛争の解決にとって適切であると認められるところ、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ことは、控訴人が主張する通りであると認められる上、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、被控訴人がB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し、……「本件照会事項に対する報告義務の存否に関する紛争は、判決によって収束する可能性が高いと認められ、本件紛争の解決にとつて有効であると認められる」として、即時確定の利益も肯定した。

最後に、方法選択の適否についても、以下のように判示して方法選択の適否を満たしていると判断している。「公法上の義務である二三条照会に対する報告義務に基づき、二三条照会に対する報告を拒絶する照会先に対して『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というほかない。」……「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、控訴人が訴訟手続を利用して本件照会に対する被控訴人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探るよりほかないと考えられる。」……「そもそも本件照会は、Bに対する強制執行手続をするために必要不可欠な同人の住居所を把握して、訴訟上の和解に基づくAないしその訴訟承継人の権利の実現を図るという司法制度の実効性に関わる照会であるから、かかる紛争に対する司法判断が認

められないという結論は相当とは解されない。しかも、被控訴人の任意の履行に委ねるしかないといっても、認容判決がされれば、その履行の蓋然性が見込まれる上、本件照会に対する報告に関し、Bからの損害賠償請求も阻止することができることに照らせば、本件紛争をめぐる問題の抜本的解決につながる……。」

2 確認の利益の判断について

本件の差戻し後の控訴審も、これまでの判例同様に、対象選択の適否、即時確定の利益、方法選択の適否の三つの要素からなる判断枠組みに沿って確認の利益の有無を判断した。対象選択の適否については、確認対象の具体性を紛争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）との関係で検討している。本件では、具体的に特定された照会事項に対する被控訴人〔Y〕の報告義務が確認対象とされており、具体性は満たしているとの判断により対象選択の適否を認めている。次に、即時確定の利益については、原告の法的地位に危険や不安が現に存在するか、および確認判決を得ることが紛争解決にとって有効適切かにつき、それぞれ判断している。前者について、「二三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、弁護士会が二三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」とし、報告拒否に正当な理由があるか否かの判断が弁護士会と照会先とで食い違った場合には司法の判断により解決すべきであると判示した。ここでの原告の法的地位に対する危険や不安とは、弁護士会照会に実効性ある報告が得られないことがこれにあたりと解される。本来、この要件は、具体的な危険や不安の存在が必要であるところ、一般的抽象的な危険、不安に止まっている。これは、弁護士会を主体として確認請求をする以上、依頼者が主体となる場合以上に直接的な損害が認めにくく、これ以上の具体的な危険や不安を挙げるのが困難であったと推測される。しかも、差戻し前に最

高裁判決が損害賠償請求についての判断に際して、弁護士会は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ではないとして弁護士会が被侵害利益の主体となることを否定したことは異なる判断をしている点も疑問である。⁽³⁰⁾

確認判決を得ることが紛争解決にとつて有効適切であるかという点についての判断では、①本件確認請求が認容されれば、照会先の任意の履行が期待できること、②判決により義務が確認された上での報告であれば、照会先が守秘義務違反としてのちに損害賠償を請求したとしても違法性はないことを理由にこれを拒むことができること、③確認請求が棄却された場合は、同一の照会事項による照会は行わないと当事者が述べていることを理由として、本件確認訴訟について判決を得ることが紛争解決にとつて有効適切であると認めている。しかし、①および③は、本件に固有の事情であり、かつ、あくまで事実上そのような期待ができるというにとどまるものである。さらに、本件照会先に報告義務の存在を確認する旨の判決がなされたとしても、その判決の既判力はのちの守秘義務違反としての損害賠償請求には及ばず、②についても本判決の根拠とするには無理がある。⁽³¹⁾ そうすると、本件差戻審においては、即時確定の利益は認められないとの判断も十分あり得たのではないかと思われる。実際に、本件差戻審の上告審としての最高裁判決である最(二小)判平成三〇年二月二日では、「二三条照会に対する報告の拒絶について制裁の定めがないこと等に照らすと、二三条照会の相手方に報告義務があることを確認する判決が確定しても、弁護士会は、もっぱら当該相手方による任意の履行を期待するほかはない」とし、「二三条照会の相手方に報告義務があることを確認する判決の効力は、上記報告義務に関する法律上の紛争の解決に資するものとはいえない」ことを理由に、確認の利益を欠くとの判断をしている。⁽³²⁾ この判決の詳細な検討は他日に委ねざるを得ないが、本稿の論旨と重なる結論であると考えられる。

さらに、本件差戻審は、方法選択の適否の判断において、本件で「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疑義があること、最高裁判決によってすでに本件報告拒否に対する損害賠償請求は否定されていることを理由として、他に代替手段がないことから確認訴訟によるほかないとして、その必要性を認めた。従来は報告義務確認訴訟に対しては、不法行為に基づく損害賠償請求によるべきであり、方法選択の適否を満たさないとされてきたが、本件では先に示された最高裁判決によって損害賠償請求がすでに棄却されており、確認訴訟によって報告義務の存否についての判断を求めることを認める必要があった。⁽³⁵⁾

二 確認訴訟の機能

1 義務確認訴訟の確認の利益

弁護士会照会に対する報告拒否をめぐる一連の訴訟においては、弁護士会照会に対する報告義務の確認訴訟には、照会に対する報告拒否への対処あるいは弁護士会照会の実効化を促すためのいわば活用策の一つとして期待される傾向があるように思われる。⁽³⁴⁾ また、そもそも履行確保の手段として不法行為による損害賠償請求の意義に疑問を示し、原告の目的は報告義務の有無を明らかにすることにあり、これが明確になれば照会先も守秘義務違反についての懸念がなくなることから、両当事者の法的地位の改善に寄与するなどの意義が確認訴訟にあるとする見解もある。⁽³⁶⁾ このほか、積極的に活用策との位置づけはしないまでも、いわば次善の策として、現状ではこのような義務確認訴訟の必要性を肯定する見解もある。この見解は、同じく公法上の義務に根拠をおく証人義務等と比較して、たとえば証言拒絶権についての判断のように、当該義務と衝突する利益との比較衡量を行う判断プロセスを弁護士会照会

がもたないという構造上の問題を指摘し、この判断のために報告義務確認訴訟の必要性を肯定する。⁽³⁵⁾

これに対して、弁護士会照会における報告義務確認について、確認の利益を認めることに消極的な見解もある⁽³⁷⁾。この立場は、具体的報告義務の存否について既判力ある判断を得たところで、それによって報告を強制することは不可能であることが根拠の一つとなると解される。⁽³⁸⁾

確認の利益をめぐるこのような見解の対立は、弁護士会照会に実効性をもたせるという目的を確認の利益の判断に影響させるべきか否かという問題であるといえることができる。一般的に、確認訴訟の機能をどの範囲まで認めるべきか否かは長く議論されてきた問題であり、弁護士会照会の報告義務確認訴訟に確認の利益を認めうるかという問題もかかる確認訴訟の機能の限界事例の一つとして位置づけることが可能である。⁽³⁹⁾以下では、この点について若干の検討を行う。

2 確認訴訟の機能の拡大について

弁護士会照会に対する報告義務の存否を確認する判決は、紛争解決にどれほど寄与するのだろうか。この点を考察するにあたっては、弁護士会照会に対する報告義務の存在を確認するといふ場合に、どのレベルの義務の存在を確認対象としているのかを明確にする必要がある。というのも、弁護士会照会に対する報告義務の存在確認請求に確認の利益があるか否かが議論される際には、どのレベルにおける義務の確認を求められているのが統一されないまま議論されていることがあるように思われるからである。弁護士会照会に対する報告拒絶が問題とされるようになり、これをめぐる訴訟が散見されるようになった当初は、そもそも当該照会に対する報告義務の存否自体が問題であった。このような状況を反映して、当初の裁判例においては、一般的抽象的なレベルにおいて、弁護士会照

会に対する報告義務の存否をまず判断することにやや重点が置かれていたと解される¹⁰⁾。なお現在では、裁判例および学説において、照会先は正当な理由がある場合を除いて、報告義務を負うとの理解で一致している¹¹⁾。

確認対象とされている報告義務は、一般公法上の、あるいは公的な義務と表現される。このことが意味することを、当該義務が構造的に民訴の規定以前の一般的な義務があり、これが一定の判断を媒介として具体的に第三者に課される義務であると理解すれば、一連の訴訟においては、民訴の規定以前の一般的な義務が存在することを確認することを求めているものと解することもありうる。前述の最高裁判決の差戻審において、本件確認の対象が公法上の義務であるため、行政訴訟か民事訴訟かが争点の一つとされたが、この争点は、確認対象となる義務をこのような民訴の規定以前の一般的な義務と捉えるか否かの分岐について判断したものと解することができる。

そうすると、差戻審は、当該義務を確定することは民事訴訟の範疇である旨を判示しており、このレベルでの義務そのものは抽象的に存在することを所与の前提として、次の段階として、具体的な義務の存否の判断に進んだものと解される。このように、抽象的な報告義務の存在を前提として、さらに具体的に当該事案において報告義務があるか否かを判断するという構造は一連の類似の裁判例においても採用されている¹²⁾。

もっとも、仮に抽象的なレベルにおける義務の確認のみが確認対象たる義務であるとしても、そのことを確認し、既判力を生じさせることに理論的な意義を見出すことは、今日では難しいように思われる。たとえば、同じく公法上の義務を根拠とする証人義務と比較した場合に、一般抽象的にある者が証人義務を負うことそれ自体の確認は、そのことを既判力をもって確定する意義は乏しい。このことは、公法上の義務に基礎をおく調査嘱託に対する回答義務および弁護士会照会への報告義務についても同様と解される。証人義務の場合には、公法上の義務に基礎をおく証人義務が証拠決定によって第三者に具体的義務として課された際に、証言拒絶事由というかたちで義務が免除

される事項に該当するか否かの判断プロセスが設けられているため、第三者に課された証人義務の存否の判断は、証言拒絶事由に当たるか否かの判断プロセスに吸収されることになる。これに対して、弁護士会照会に対する報告義務は、公法上の義務に基礎をおく点では証人義務と共通するものの、証人義務における証拠決定のように一般抽象的なレベルにおける義務が具体的な義務として発現し、これと衝突する利益との関係を判断する段階が制度の構造的に欠けており、報告義務の存否について照会を申し出た弁護士あるいは弁護士会と照会先との間で食い違った場合に、照会先に当該照会事項について義務があるか否かという点について判断するプロセスも制度構造的に存在しない。そのため、この部分を具体的な事案における照会先の報告義務確認訴訟というかたちで訴訟によって確認せざるを得ないことになる。このことは、本件差戻審のなかでも判示されているところである。⁽⁴⁵⁾しかし、証人義務との比較において既に述べたとおり、一般抽象的な「公法上の義務」が具体化する段階や、第三者の具体的な義務の存否について判断するプロセスを欠いているという制度的な問題によって生じる事情を、確認の利益の判断のなかに包含しなければならぬことの説明にはなり得ていないように思われる。

本件最高裁判例の事案では、義務の存在を肯定する判決があれば、相手方代理人が応じることが期待できるやり取りが不法行為の成否をめぐる一連の訴訟のなかで何われた事案であった。⁽⁴⁶⁾したがって、確認判決が確定した場合、当該事案においては照会先からの報告の履行が期待できた。ただし、このような期待は事実上の期待にすぎない。そのため、権利救済や紛争解決のための手段としてはやや心もとなく、仮に相手方が応じない場合には、やはり救済も紛争解決も果たされないことになるおそれ存在する。そうであれば、このような場面における確認判決が紛争解決のためにもつ意義がなお認められるのかは疑問である。

弁護士会照会をめぐる一連の訴訟は、損害賠償請求訴訟であれ、報告義務確認請求訴訟であれ、当該制度の実効

性の確保を図り、報告拒否を回避し、情報等の入手を円滑にするという目的がその背景にあり、むしろ弁護士会照会への報告の実効化こそが本質的な目的であるといえよう。このことは、本件最高裁および差戻し後の控訴審やその上告審において、照会制度の適正かつ円滑な運用および報告を受ける利益が誰に帰属する利益なのかを議論していることや、前述の本件最高裁の本内裁判官の補足意見でも触れられていることから明らかである。一連の訴訟は、不法行為の成否や確認の利益の有無を検討しながらも、そのなかで前述の目的をどの局面に包含することができるかということが解決すべき問題だと実質的には認識されている。これは、当該制度が照会に対する報告拒否についての制裁規定がないことにより生じている問題を、本来の目的とは異なる損害賠償制度や確認訴訟に含めることで解決を得ようという、いわば実務による工夫である。加えて、確認訴訟の機能拡大を認める近年の傾向なども相まって、確認の利益を認める見解を支えていたと解される。しかし、このような制度の問題や弁護士会照会の実効化の促進をいわば確認訴訟によって賄うことには、そもそも無理がある。⁽¹⁷⁾

本稿も、一般的な意味において、紛争解決に対する社会的要請に必ずべき意義が民事訴訟にあり、これに応答する可能性を確認訴訟の機能に見出すこと自体を否定するものではない。しかし、弁護士会照会に対する報告拒絶をめぐる一連の訴訟を、やや俯瞰して前述のように解することができると思えば、弁護士会照会に対する報告義務の存在の確認請求に確認の利益を肯定することには慎重であるべきだと考える。特に、前述の差戻し後の名古屋高裁による確認の利益を肯定するに至る根拠には、前述の通り、いくつか疑問の余地もある。⁽¹⁸⁾ 確認訴訟の機能の拡大傾向を過度に促す一因とはなることは避けるべきである。⁽¹⁹⁾ 本稿のこの結論は、確認請求について、初めての判断を示した最高裁判決の考え方および結論とも一致するものだと考える。

四 弁護士会照会の実効化

本件最高裁判決が弁護士会を主体とした不法行為の成立を否定し、その確認請求もその後の最高裁判決が否定したことにより、弁護士会照会の実効化のための今後の方策として、依頼者本人を原告とした損害賠償請求訴訟が選択されることは、当該制度に報告拒否に対する制裁の定めがないことからすれば当然の流れであろう。本稿も、この方向を否定するものではない。ただし、その場合に依頼者本人が原告となつて、弁護士会照会に対する報告義務の確認を求めてきた場合には、やはり確認の利益が否定される可能性が高いと考えられる。弁護士会に対しては報告拒否による不法行為を構成することはないとの最高裁判決がなされた以上、少なくとも論理的には、依頼者本人に対する不法行為に基づく損害賠償請求の途が認められる可能性が高く、まずは損害賠償請求によるべきとして、確認訴訟によって報告義務の存在を確認する必要性がないからである⁵⁰。

しかし、より抜本的な当該制度の実効化のためには、前述の通り、損害賠償請求訴訟や確認訴訟によって制度の問題の解消を図るには無理が生じており、もはや立法により解決を図るべき時期に來ていると考ええる。具体的には、証人義務が具体的に発現した場合の証言拒絶権についての判断に該当するような、弁護士会照会に対して報告すべき具体的義務について、これと衝突する利益との比較衡量による判断を照会先が求めることができる手続を設けるべきであろう。具体的には、照会先が照会に対して報告を拒否できる事項を定め、照会先が報告を拒否した場合は、具体的な義務の存否について司法による簡易迅速な判断を得られる手続を創設することも考えられる⁵¹。

おわりに

一連の訴訟が弁護士会照会の実効性確保を理論的な問題のどの局面で吸収すべきかと問題であるという視点にたつて、前述のように解した場合、当該制度の実効性の確保をどのように実現するかという課題が残る。この点については、報告拒否行為が照会申出弁護士あるいは依頼者本人に対する権利侵害および違法性の要件を充足して、不法行為が成立することも可能性としては考えられよう。ただし、より根本的には、申出弁護士あるいは依頼者本人に対する不法行為が成立しえたとしても、このことが弁護士会照会に対する回答が得られる実効性の担保になりうるかは不確定である。

このような状況を受けて、各弁護士会では、本件のような訴訟に先行し、あるいはこれと並行するかたちで、金融機関や郵便・通信事業者などとの間で、実務的な実効性確保のための工夫が多くなされている⁽⁸²⁾。これらは、積極的に評価すべき取り組みであると考えるが、問題をこのような実務における工夫のみに委ねておくべきではない。弁護士会が弁護士法二三条の二について、報告義務の存在を明文化する方向で立法を求めており、立法措置の内容はこれに限るものではないが、当該制度については、もはや立法的措置が必要な段階にあるのではないだろうか。その前提として、一連の訴訟が意味する照会に対する報告の実効性確保に対する要請は、本質的には不法行為の成否の問題でも確認の利益の問題でも解消できないものであるということを一度肯定する必要があると考える。また、その際は、同じく公法上の義務として分類される調査嘱託等についても考慮することが必要であろう。

註

- (1) 弁護士会照会のほか、二三条照会と呼ぶ場合もある。本稿では、引用する場合を除いて、弁護士会照会という呼称を用いる。
- (2) 東京弁護士会調査室編『弁護士会照会制度（第五版）』（商事法務、二〇一六）三頁以下。
- (3) 最判昭和五六年四月一四日民集三五卷三号六二〇頁。ただし、これは、前歴等の照会を受けた自治体が漫然とこれに報告したことについて、「市区町村長が漫然と弁護士会の照会に応じ、犯罪の種類、軽重を問わず、前科等のすべてを報告することは、公権力の違法な行使にあたる」とされた事案であり、照会先がこの判例に過度に依拠し、また個人情報保護に對する要請も相まって不当に報告を拒絶している例についての指摘もある。ちなみに、個人情報保護法との関係では、照会された内容に個人情報等が含まれる場合であっても、個人情報保護法一六条三項一号に規定する「法令の規定に基づく場合」に該当し、同法一六条一項で「本人の同意を得ないで……取り扱ってはならない」と規定されていることの例外とされていることから、報告をしたことがただちに個人情報保護法違反になるわけではない。この点について、たとえば星野豊「弁護士会照会と情報の保護」Information Network Law Review 一六号（二〇一八）一頁以下のほか、山口齊昭「弁護士会照会に対する照会先の不法行為責任について——二つの高裁判決を契機に——」早稲田法学九一卷三号（二〇一六）一八頁以下、岩崎政明「弁護士会照会に対する報告と守秘義務違反」横浜法学二四卷一号（二〇一五）三頁以下など。
- (4) 本稿の脱稿直前に差戻し後の上告審として、弁護士会照会に対する照会先の報告義務確認請求についての最高裁判決として、最（二小）判平成三〇年一月二二日が出された。この判決は差戻し後の高裁判決を破棄し、確認の利益を否定するものであった。時期的に本稿の検討に十分に反映させることは難いため、この判決の内容についての検討は別の機会に行うこととせざるを得ないが、この判決の結論は本稿の結論と一致するものである。可能な範囲で本稿においても触れることとする。なお、この最高裁判決を損害賠償請求について判断した最高裁判決と区別するため、「差戻し後の最高裁判決」という。

- (5) 民集七〇卷七号一七二五頁。
- (6) 判時二一〇五号一一頁。
- (7) 判時二二五六号二三頁。
- (8) 判時二二五六号一一頁。
- (9) 判時六六四号七五頁。
- (10) 判時八一九号六九頁。
- (11) 弁護士会照会ではないが、類似の制度として、やはり報告義務の根拠が公法上の義務にあると説明される調査囑託についても、これに対する報告義務を公法上の義務とする裁判例として、たとえば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や大阪高判平成一九年一月三〇日判時一九六二号七八頁があるが、同様に公法上の義務の意義は明確ではない。
- (12) 伊藤眞「民事訴訟の目的再考」高橋宏志・加藤新太郎編『実務民事訴訟講座〔第三期〕第一卷』（日本評論社、二〇一四）五三ページ、今津綾子「判批」私法判例理マックス五〇号一二三頁。
- (13) 福本知行「裁判権に服する者の一般公法上の義務という観念について」加藤哲夫・本間靖規・高田昌宏編『現代民事手続の法理』上野泰男先生古稀論文集（弘文堂、二〇一七）六五頁参照。
- (14) 調査囑託に対する報告拒否が問題となった事案であるが、前掲注（一）東京高判平成二四年一〇月二四日は、一般論として不法行為の成立を肯定した（ただし当該事案としては不法行為の成立は否定している）。また、証人義務に違反した場合の不法行為の成立の余地を認める見解としては、兼子一原著『条解民事訴訟法〔第二版〕』（二〇一一）一〇八三頁（松浦馨Ⅱ加藤新太郎著）、秋山幹男ほか『コンメンタール民事訴訟法Ⅳ』（二〇一〇）一五二頁などがある。
- (15) 山口・前掲注（3）一八一頁、小野寺健太「判批」早稲田法学八三卷二号一二七頁注14など。
- (16) 飯畑正男『照会制度の実証的研究』（日本評論社、一九八四）一二七頁のほか、裁判例としては、たとえば、大阪高判平成一九年一月三〇日金法二二六三号二五頁は、金融機関を照会先とする事例において、金融機関は照会等に関する具体的な

事情を確認する必要はなく、常に照会等に報告する義務を負うとの立場を採用している。同様の見解を採るものとして、岡本雅弘「判批」金法一七九五号四頁など。

(17) たとえば、升田純「判批」金法一七七二号二七頁がある。

(18) 本件差戻審では、「照会先が法律上の守秘義務を負っているとの一事をもつて、二三条照会に対する報告を拒否する正当な理由があると判断するのは相当でない」としたうえで、「報告義務の存否（拒否する正当な理由の有無）に關し、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」とし、本件においては、照会事項の一部は二三条照会に対する報告義務が郵便法八条二項の守秘義務に優越するとしている。

(19) たとえば、酒井博行「弁護士会照会に対する報告義務の判断構造」高田裕成ほか編『民事訴訟法の理論』高橋宏志先生古稀祝賀論文集（有斐閣、二〇一八）八七頁、近衛大「判批」金法一二六七号一五頁のほか、小野寺・前掲注（15）一三三頁。

(20) 伊藤・前掲注（12）五四、五五頁も同様の指摘をする。

(21) どのような権利または利益の侵害があったといえるかについては、照会に報告がなされれば請求できたであろう金額といった財産権の侵害も考えられなくはない。ただし、この場合には報告拒否により生じた損害との因果関係を立証することが困難になるとの指摘がある。飯畑・前掲注（16）二五一頁。

(22) この点について、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過ぎないこと」は、弁護士会の法益を論理的に否定する根拠となりうるか疑問とする見解として、加藤新太郎「弁護士会照会に対する照会先の報告拒否による不法行為の成否」ZBL一〇八九号八八頁。伊藤眞「弁護士会照会制度の今後」金融法務事情二〇五三三頁。一頁。そもそも立法時は、個々の弁護士に調査権限を付与するというのが本条の原案であったのに対して、最終的に、個々の弁護士から所属弁護士会に対する照会申出を行い、申出を受けた弁護士会から照会をするという二段階構造を採用したという経緯がある。

(24) 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。ただし、依頼者についてのみ一部認容したものととして、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がある。これに対して、伊藤・前掲注(12)五三、五四頁は、放射的利益とは帰属主体の独自の利益ではなく、他の主体の権利や利益が保護されることによって保全されたり、実現されたりするにとどまるものであるから、裁判上の保護を与えるに値しないという文脈で使用されることが多いが、弁護士会照会では、依頼者は利益の帰属主体と考えられるため、係る概念を用いることが適切ではないとする。このほか、調査嘱託に受嘱託者が報告を拒否した場合の同様の問題についてはあるが、栗田隆「裁判所の調査嘱託に應ずる義務と義務違反の効果及び義務確認の訴えの適法性」関法六三卷二号(二〇一三)一五八頁も同様に嘱託申立人を実質的な利益主体とみることができるとする。

(25) 従来の裁判例も、前述の通り、依頼者を法律上保護されるべき利益の主体としてはむしろ否定してきた。たとえば、岐阜地判昭和四六年二月二〇日判時六六四号七五頁、東京高判平成二二年九月二九日金法一九三六号一〇六頁などがその例である。また、それ以外の問題としても、たとえば損害要件について、なかには申出弁護士およびその依頼者の精神的損害を主張する事案もあり、果たして損害が観念できるのかも問題である。この点について、本件差戻し前の控訴審は、弁護士会の法益侵害を肯定し、本件拒否により本件照会が実効性をもつ(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たことにより、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して、損害要件の充足も認めた。報告義務を公法上の義務に基づくとする以上、公法上の義務によって保護されているのが依頼者やその代理人たる申出弁護士の利益とすることは飛躍があるため、やはり損害は無形損害といわざるをえないだろう。想定される損害としては、一般的には、執行の前提として弁護士会照会を利用した場合に、報告が拒否されたことにより回収不能となった金額や遅延による精神的損害、照会に係る預金口座の名義人と思われる者の関係者から強迫的な取立てないし嫌がらせを受けたことによる精神的損害につき賠償を求める事例が見られる。ただし、このような損害を肯定できるかという点については、消極的な見解が多数である。そのため、これまでの多くの裁判例に見

- るような申出弁護士およびその依頼者本人が当事者となった場合でも、照会に対する報告拒否による不法行為の成立には、法律上保護される利益あるいは損害の少なくともいづれかの要件充足に問題が生じ、不法行為責任を肯定することは事実上不可能となる可能性もなお残る。
- (26) 弁護士会照会の照会事項に対する報告義務に係る確認の訴えは、行政事件訴訟法四条の「公法上の法律関係に関する確認の訴え」に該当するか否かが問題となったところ、当該確認の訴えは、行政過程における紛争とはいえず、行政過程の特質に応じた行政事件訴訟法の規定を準用する実益や必要性もないとして、「公法上の法律関係に関する確認の訴え」でなく、原則に戻り、民事訴訟であると解するのが相当であるとされた。
- (27) 前述の通り、本件確認の訴えは民事訴訟であり、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とした。
- (28) 提出された可能性のある転居届に関し、その有無、提出年月日、転居届記載の新住所（居所）について照会された場合には、照会先であるYは、郵便法八条二項に基づき守秘義務を負うが、弁護士法二三条の二に基づく報告義務が優越し、その報告拒否に正当な理由はないと判断された。
- (29) 判時二三四九号五六頁。
- (30) この点については、今津綾子「判批」判評七一四号一七頁〔判時二三七一号一六三頁〕がすでに指摘している。
- (31) 竹部晴美「判批」新新判例 Watch 二三三三三号一五三頁参照。
- (32) 最高裁 30 事件番号平成二九年（受）一七九三三号。
- (33) ただし、本件最高裁は、弁護士会には被侵害利益がないことを理由に不法行為の成立の余地を否定しており、弁護士会が損害賠償を請求することができない以上、本件においては、そもそも方法選択の適否について判断する必要はなかったように思われる。
- (34) たとえば酒井博行「弁護士会照会に対する報告拒絶と損害賠償請求の訴え」北研五一巻四号五一二頁。

- (35) 伊藤眞「民事訴訟の目的再考」前掲注(12)二九頁以下、特に五一頁以下。また、同「弁護士会照会の法理と運用」金融法務事情二〇二八号一九頁は、証言拒絶権および文書提出命令の場合は、いったん証言や文書の提出が命じられれば、証人がそれに従って証言をなし、または文書を提出したときに、たとえ、その内容が第三者の秘密に係る場合であっても、証言や文書の記載内容を開示したことの責任を秘密帰属主体から追及されるおそれは存在しないとされる。これに対して、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ている点を指摘する。このような状況で、現在の判例や裁判例は、弁護士会が照会に際して利益衡量に基づく判断をしたうえで照会を行っているとしても、さらに照会先が独自に利益衡量に基づく判断をすることが必要となっており、いわば「利益衡量の二重性」とも呼ぶべき構造になっていると指摘する。そして、このような構造のもとでは、立法を待つ間の措置としては、それぞれの利益衡量の結果として弁護士会と照会先の判断が食い違ったときに、報告義務存在確認訴訟の必要性を肯定する。
- (36) 村上正子「判批」新判例 Watch 一七号一七六頁。
- (37) 今津・前掲注(12)一二四頁。
- (38) 弁護士会照会への報告義務ではないが、類似の制度である調査嘱託に対する嘱託先の具体的回答義務の存否についての確認の利益について、町村泰貴「判批」私法判例リマックス四七号一七七頁参照。
- (39) 確認訴訟に多くの機能を見出す見解は、例えば、一見裁判所の関与が不当に思われる紛争の当事者にとつての利益調整の意義等も認め、「当事者の最後の拠り所」としての確認の利益といった表現のもとで確認の利益の機能を多面的に捉える。かかる見解として、たとえば村上正子「確認訴訟機能の多様化に関する一考察」伊藤眞先生古稀記念『民事手続の現代的使命』(有斐閣、二〇一五)六二九頁以下。このほか、確認訴訟の機能を分類、再構成の上で、確認訴訟に広範囲の機能を期待する考え方として、伊藤眞「確認訴訟の機能」判タ三三三九号二八頁がある。この見解は、確認訴訟の機能を①紛争の根本的解決を目的とした訴訟、②給付訴訟の代替的目的を持つ確認訴訟、③確認訴訟によつて紛争が全面的に解決することとが法制度上保障されている場合、④裁判の波及効果を求めて確認訴訟が提起される場合、⑤予防的目的を持つ確認訴訟、

- ⑥包括的解決を目的とする確認訴訟、⑦個人的利益よりも社会的利益の実現を目的とする訴訟、⑧団体の内部紛争解決を目的とする訴訟の八つの類型に再構成する。
- (40) 関連する裁判例のうち、たとえば、前掲岐阜地判昭和四十六年二月二〇日や最三小判昭和五十六年四月一四日の第一審判決などは、一般的に照会先に報告義務があるか否かにも重点を置いて判断している。
- (41) 日本弁護士連合会調査室編「条解弁護士法〔第四版〕」(弘文堂、二〇〇七) 一六八頁、高中正彦『弁護士法概説〔第四版〕』(三省堂、二〇一三) 一一八頁のほか、笠井正俊「弁護士法二三条の二第二項に基づく照会に対する報告を拒絶する行為と照会をした弁護士会に対する不法行為の成否」金法二〇七三号七六頁など。
- (42) 報告義務を公法上の義務であるとして、当事者訴訟に位置づける見解として、笠井・前掲注(41) 七六頁、伊藤・前掲注(35) 一三頁がある。これに対して、酒井博行「弁護士会照会に対する報告拒絶と報告義務確認の訴え」北海学園大学法学部五〇周年記念論文集二五九頁、今津・前掲注(12) 一二二頁、川嶋四郎「弁護士会照会に対する報告拒絶行為と弁護士会に対する不法行為の成否」法セミ七五二〇頁、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」ZBL一〇八九号八九頁などは、通常の民事訴訟に位置づける。
- (43) 一連の裁判例に一致する点については、今津・前掲注(30) 一六頁も参照。
- (44) 福本・前掲注(13) 六四頁参照。
- (45) 差戻審の判決は、「このように報告義務の存否(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」と即時確定の利益の有無を判断するなかで言及している。また、方法選択の適否についての判断では、本件最高裁判決により、本件拒絶に対する損害賠償請求がすでに否定されていることから、訴訟手続を利用して報告義務の存否の判断を得るには確認の訴えによるほかないとも述べている。
- (46) 本件の当事者の主張によれば、照会先側の代理人の意見書には、「今後の弁護士照会に対する対応は、個別判決により照会に対する回答を行うべきとの判断が示されない限りは、郵便法八条二項を優先させざるを得ないと思います。」との記載が

あることを挙げ、本件確認請求が認容されれば、照会先代理人は本件照会に対し任意に報告する意向であることを示していた。また、照会先は、今後の対応方針を監督官庁である総務省に報告し、総務省は被控訴人に対し司法判断に従うことを求めるから、請求認容判決が確定すれば、照会先は報告義務を任意に履行することが考えられた（金法二〇七八号七六頁参照）。

(47) 本稿は、弁護士会照会に対する報告拒否に基づく損害賠償も同様に弁護士会照会の実効化を図るために請求されていると解するが、確認訴訟と比較して報告を促す機能がより期待できることから、損害賠償という選択肢を否定するものではない。特に、今後は依頼者本人による損害賠償請求が提起されることが考えられる。そして、一般的に証人義務や文書提出義務に第三者が違反した場合に、訴訟法内部でのサンクションとは別に損害賠償請求の余地がある以上、まずは損害賠償によるべきとして確認の利益は否定されることになろう。ただし、損害賠償請求によって照会制度の実効性を確保することに対して疑問を示す見解もある。たとえば、安西明子「判批」速報判例解説 *Wald* 二〇号一九〇頁、齊藤毅「判批」ジュリスト一五〇四号一〇二頁。

(48) 竹部・前掲注(31)四頁も、本件で確認の利益を否定することは事案において適切ではないとしながらも、即時確定の利益や方法選択の適否を肯定する過程についてはやや無理があると指摘する。今津・前掲注(30)一七頁も同様の指摘をする。

(49) 弁護士会照会に対する報告拒否に関する事案以外について、確認の利益が認められるか否かの限界事例を考察するものとして、村上・前掲注(39)六二九頁以下参照。

(50) 従来の議論では、確認の利益の有無について、弁護士会と依頼者本人のいずれが原告になった場合も同様に確認の利益がないとして、両者の区別なく、一律に論じられてきたように思われる。しかし、弁護士会と依頼者本人のいずれが原告となつてくるかによって、仮に同様に確認の利益を欠くとの結論に至ったとしても、その判断枠組みは異なることになろう。

(51) 同じく立法的提言をする見解として、たとえば、星野・前掲注(3)一三頁は照会先が情報の開示することによる問題

を回避することと第三者機関としての裁判所の関与が見込めるといふ利点を挙げ、非訟事件手続として判断する手続の創設を提唱する。

(52)

たとえば、依頼者が債務名義を取得した場合に、弁護士会を通じて当該銀行に対して照会をしたときには、当該銀行にある預金者の支店名、口座の種類などを回答することとする協定が結ばれる例が見られる。これにより、債務名義を取得したことを当該弁護士会が確認したことを前提に回答するため、リスクを相当解消できる。また、これらの協定には、万一、当該銀行が情報を開示したことにより損害賠償を求めて訴えられた場合には、弁護士会が訴訟参加するなどして、当該銀行に協力することなども加えられている例もある。詳しくは、吉岡伸一「弁護士会照会をめぐる裁判例と最高裁判平成二八年一月一八日判決の与える影響」銀行法務21、八〇九号二七頁。

このほか、古くは弁護士会照会の審査が緩やかな時代もあったようであるが、前掲最高裁昭和五六年判決により、弁護士会照会への回答が公権力の違法な行使とされ、損害賠償請求が認められたことを契機として、審査の厳格化をより図る工夫もなされている。具体的には、照会方法も照会事項だけを發送する目録方式から照会先に照会理由も發送する副本方式へと統一が図られるなど、照会先も当該照会が必要・相応性があり、報告義務があることを個別に確認できるようにするといった工夫などである。これらの取り組みについては、加藤文人「弁護士会照会の審査体制、審査基準、審査の際の留意点」自由と正義六六卷一三三頁、佐藤三郎ほか「弁護士会照会の審査の手続と体制について——五つの弁護士会の審査の実情の紹介——」金融法務事情二〇二二号一七頁以下、香月裕爾「弁護士会照会と金融機関の対応」銀行法務21、八二〇号四頁以下など参照。