

弁護士会照会（弁護士法第23条の2）に対する 報告義務があることの確認を求める訴訟の確認の利益

（最判平成30年12月21日民集72巻6号1368頁）

林 誠 吾

第1 事案の概要

1 事実関係の概要

本件の基礎となる事実関係は以下のとおりである。

X1は、A弁護士に対し、Bに対する債務名義（和解調書）に基づく強制執行手続を依頼した。A弁護士は、同債務名義に基づいて動産執行等の強制執行手続を採ることを検討し、Bの住居所の調査を行ったが、Bが住民票上記載されている住所に居住していないことが判明した。

そこで、A弁護士は、弁護士法23条の2第1項に基づき、自らが所属する弁護士会であるX2（愛知県弁護士会）に対し、Y（日本郵政株式会社）に対する、①B宛の郵便物に係る「転居届」の提出の有無、②「転居届」が提出されているとすればその届出に係る年月日、③「転居届」に記載されている債務者の新住所、④「転居届」に記載されている債務者の電話番号を照会することを申し出た。

X2は、A弁護士の申出を相当と認め、弁護士法23条の2第2項に基づき、Yに対し、上記①ないし④の各照会事項につき報告を求めたところ、Yは、本件照会には回答できない旨の報告を行った。

これを受け、X2は、Yに対し、Yの報告拒絶に

は正当な理由がないことは明らかであり、本件照会に対する報告がなされなければ、X1は、Bが占有する動産の所在を把握することができず、この他にBが占有する動産の所在を把握しうべき有効な代替手段もないことから、本件照会は必要かつ相当なものであるなどの記載をした通知書を送付した。

この通知書を送付しても、Yの態度が変わらなかったことから、X1、X2は、Yに対し、Yによる報告拒絶がXらに対する不法行為を構成するとし、損害賠償請求訴訟を提起した。

2 本判決に至るまでの過程

本件は、原告（愛知県弁護士会）が被告（日本郵政株式会社）に対し、原告が行った弁護士法23条の2第2項に基づく照会（以下、「本件照会」という。）を拒絶したことが、原告に対する関係で不法行為（民法709条）に該当するとして、損害賠償請求を求める訴訟であった。

名古屋地判平成25年10月25日金法1995号127頁⁽¹⁾（以下、「第1次第1審」という。）が原告の損害賠償請求を棄却したのに対し、原告は、控訴するとともに、この段階で、被告が本件照会に報告する義務があることの確認を求める訴え（以下の記述において、「本件確認の訴え」ということがある。）を予備

(1) 第1次第1審の評釈として、加藤新太郎「判批」NBL1089号86頁、山口斉昭「判批」民事判例10号102頁等がある。

的に追加した（原告の被告に対する不法行為に基づく損害賠償請求が主位的請求、被告が本件照会に報告する義務があることの確認を求める訴えが予備的請求という位置付けである。）。

名古屋高判平成27年2月26日判時2256号11頁⁽²⁾（以下、「第1次控訴審」という。）は、第1次第1審と異なり、原告の被告に対する損害賠償請求を（一部）認容し、また、それゆえ、原告の被告に対する予備的請求について判断をしなかった。

第1次控訴審の判断について被告が上告受理申立てを行ったところ、最判平成28年10月18日民集70巻7号1725頁⁽³⁾（以下、「第1次上告審」という。）は、被告による上告を受理して、一転して原告の被告に対する損害賠償請求（主位的請求）を棄却した上、予備的請求についてさらに審理を尽くさせるため、当該請求に関する部分のみを高裁に差し戻した。

最高裁からの差し戻しを受けた後の名古屋高判平成29年6月30日判タ1446号（以下、「第2次控訴審」という。）は、本件確認の訴えに係る確認の利益を積極的に解し、郵便法上の守秘義務によって報告を拒絶する正当な理由があるとする被告の主張を採用せず、原告の本件確認の訴えを認容した。これに対して被告が上告したところ、最判平成30年12月21日民集72巻6号1368頁（本判決。以下、「第2次上告審」ということがある。）は、本件確認の訴えに係る確認の利益を消極に解し、原判決を破棄して、本件確認の訴えを却下した。

このように、本件については、被告が原告（弁護士会）からの照会を拒否したことが原告に対する関係で不法行為を構成するか、という点が、第1次第1審から第1次上告審まで中心的な争点であり、本

件確認の訴えに係る判断については、第1次控訴審が主位的請求を認容した関係で、第2次控訴審、そして、本判決（第2次上告審）に委ねられることとなった。

相手方が弁護士会に対し報告を拒絶したことが、依頼者、弁護士又は弁護士会との関係で不法行為として評価されるかという問題については、これまで複数の裁判例が公刊されているところであり、⁽⁴⁾下級審においても判断が複雑に分かれていた問題である。

第1次上告審は、相手方による報告拒絶が弁護士会に対する関係で不法行為を構成しないことを明言した判例であり、その意味で極めて重要な意義を有するものであるが、本稿では、不法行為の成否に関する裁判例及び学説については、必要な範囲で参照するとどめ、主として、弁護士会照会制度に関する報告義務の確認の訴えの適法性について検討することとする。

第2 争点並びに第2次控訴審及び第2次上告審の判断

1 第2次控訴審における争点

第2次控訴審における争点としては、本件確認の訴えに係る確認の利益という点のみならず、本件訴えが行政事件訴訟法4条に定める「公法上の法律関係に関する確認の訴え」に該当するか、（本件訴えが「公法上の法律関係に関する確認の訴え」に該当するとした場合）X2のYに対する損害賠償請求訴訟に本件確認の訴えを追加的に併合することは許されるか（いわゆる「逆併合」の可否）等、多岐にわたるが、以下では、本件確認の訴えに係る確認の利

(2) 第1次控訴審の評釈として、木村健太郎「判批」金法2022号6頁、石毛和夫「判批」銀行法務21・798号121頁等がある。

(3) 第1次上告審の評釈として、齋藤毅「判批」ジュリ1504号100頁、中務正裕「判批」金法2067号30頁、伊藤眞「判批」金法2053号1頁、我妻学「判批」金商1538号8頁等がある。

(4) 近年のものに限って見ても、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23年8月3日金法1935号118頁、東京高判平成25年4月11日金法1988号114頁、名古屋高判平成25年7月19日金判1430号25頁等がある。

益の有無について判断した部分を中心として整理する。

2 第2次控訴審の判断

第2次控訴審は、次のように述べて、本件確認の訴えに係る確認の利益を肯定した。

まず、「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）が必要であると解される」（下線部は筆者が付した。以下、引用部分について同様である。）とした上、「本件確認請求が認容されれば、Yがこれに応じて報告義務を履行することが期待でき」るし、「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…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、X2は、本件確認請求が棄却されれば、同一の照会事項による23条照会はしない旨明言しているから、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って有効であると認められる」ため、本件確認の訴えには即時確定の利益が認められるとした。

そして、方法選択の適否については、「一般に給付訴訟が可能な場合には、給付判決を得た上でそれを執行する手続に移行すればよいから、確認の利益は認められないものの、「公法上の義務である23条照会に対する報告義務に基づき、23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」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。』と規定されてい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」るし、そもそも第1次上告審により「本件拒絶に対する損害賠償請求は否定さ

れている」のであるから、「X2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にないと考えられる。」として、方法選択の適否についても肯定した。

さらに、第2次控訴審は、次のように付言もしている。すなわち、「X2が本件確認請求の認容判決を得たとしても、結局のところ、Yの任意の履行に委ねるしかなく、「そのような強制力を背景としない確認の訴えを認めることが相当であるかという問題もあるもの、」「本件照会に対するYの報告義務の存否について現に紛争が生じている上、そもそも本件照会は、（債務者に対する）強制執行手続をするために必要不可欠な同人の住居を把握して、訴訟上の和解に基づくX1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、Yの任意の履行に委ねるしかないとはいっても、認容判決がなされれば、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、債務者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といえることができる。そうすると、強制力を背景としないからといって、本件訴えを否定する理由はない」。

3 第2次上告審（本判決）の判断

このような第2次控訴審（原審）の判断に対し、第2次上告審（本判決）は、次のとおり述べて、本件確認の訴えの確認の利益を否定する判断をした。

弁護士会照会制度は、「弁護士の職務の公共性に鑑み、公務所のみならず広く公私の団体に対して広範な事項の報告を求めることができるものとして設けられたこと」などからすれば、弁護士会に23条照会の相手方に対して報告を求める私法上の権利を付与したもといはず、23条照会に対する報告を拒絶

する行為は、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（最高裁平成27年（受）第1036号同28年10月18日第三小法廷判決・民集70巻7号1725頁）。

「23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も照らすと、23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、専ら当該相手方による任意の履行を期待するほかないといえる。」

「そして、確認の利益は、確認判決を求める法律上の利益であるところ、上記に照らせば、23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から、23条照会をした弁護士会に、上記判決を求める法律上の利益はないというべきである。」

「本件確認請求を認容する判決がされればYが報告義務を任意に履行することが期待できることなどの原審の指摘する事情は、いずれも判決の効力と異なる事実上の影響にすぎず、上記の判断を左右するものではない。」

「したがって、23条照会をした弁護士会が、その相手方に対し、当該照会に対する報告をする義務があることを確認を求める訴えは、確認の利益を欠くものとして不適法であるというべきである。」

第3 評釈

1 本判決の意義等

弁護士法23条の2は、いわゆる「弁護士会照会制度」⁽⁵⁾を定める規定である。

個々の弁護士は、自らが所属する弁護士会に対し、依頼者から受任する事件に関して必要な事項につき公務所または公私の団体に報告を求めることを申し出ることができ（弁護士法23条の2第1項）、申出を受けた弁護士会は、その申出を適当と認める場合には、前記必要な事項について公務所または公私の団体に照会し報告を求めるというものである（同条第2項）。

この弁護士会照会制度は、弁護士が個々の受任事件について——裁判所やその他公権力を当てにしないという意味で——自立的に必要な事実の調査を行い、訴訟等において提出すべき証拠資料を収集するための手段として極めて重要な意味を有している。⁽⁶⁾

弁護士会照会制度は、このように、個々の弁護士から申出を受けた弁護士会が、まず当該申出が相当かどうかを判断し、相当と判断すれば、弁護士会が主体となって、相手方（照会先の意味であり、以下同様に用いる。）⁽⁷⁾に対して報告を求める、という構造となっている。

そして、このような弁護士会照会制度の構造ゆえに、相手方が弁護士会からの照会に報告する義務があるか否かという点に関し、紛争が生じてきた。

すなわち、弁護士会照会制度に基づく照会に相手方が報告を拒絶したとしても、弁護士法やその他の法令上、回答拒絶に対する制裁規定はない。それゆ

(5) 弁護士法23条の2に基づく照会は、他にも「23条照会」などと呼ばれることもあるが、本稿では、判例等の引用部分を除き、「弁護士会照会制度」ないし「弁護士会照会」と呼ぶこととする。

(6) 佐藤三郎＝加藤文人＝京野垂日編著『弁護士会照会ハンドブック』1頁（一般社団法人金融財政事情研究会、2018）

(7) 弁護士会照会制度の手続の流れについては、佐藤ほか・前掲(6)22頁～36頁が詳しい（特に23頁）。

え、弁護士会が弁護士からの申出を相当と認め、相手方に対して報告を求めたものの、相手方が弁護士会に対する報告を拒絶するなど、弁護士会と相手方との間で生じた判断の相違が契機⁽⁸⁾となって、依頼者、弁護士、または弁護士会の相手方に対する損害賠償請求訴訟や報告義務の確認の訴えといった形となって、法的紛争となるのである。

本判決も、このような類型の事案に関するものであるが、弁護士会照会制度における弁護士会から相手方に対する照会について、相手方が報告義務を負うことの確認を求める訴えに係る確認の利益の存否について、最高裁として初めて応答したものであるという意味で、実務上のみならず、理論上も極めて重要な意味を有する⁽⁹⁾。

2 本判決の位置付けと問題意識

前述のとおり、本判決は、弁護士会照会制度における弁護士会から相手方に対する照会について、相手方が弁護士会に対し報告義務を負うことの確認を

求める訴えに係る確認の利益の存否について、最高裁として初めて応答したものである。

依頼者や弁護士が相手方に対して報告義務の確認の訴えを提起した事例については、下級審裁判例がいくつか存在し、かつ、その下級審裁判例の間でも判断が分かれていたところであったが⁽¹⁰⁾、本判決により、第1次上告審によって弁護士会が相手方に対し報告義務を果たさなかったことを理由とする損害賠償請求を行う可能性も閉ざされてしまったこと⁽¹¹⁾と相まって、最高裁判所としては、少なくとも、弁護士会と相手方との間で生じる弁護士会照会制度に係る報告義務の存否に係る紛争には一切関与しない（＝司法的救済を与えない）という姿勢を明確にしたともいえるから⁽¹²⁾、今後の弁護士会照会制度の具体的運用の在り方に与える影響は極めて大きい。

3 相手方の報告義務について

確認の訴えは、請求の内容である権利関係について、原告が被告に対し、その存在又は不存在の確認

(8) 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6頁（2015）は、この判断の相違について、報告を拒絶する正当な事由があるかどうかは、報告によって得られる当事者＝弁護士の利益と、報告を行うことによって失われる不利益（秘密情報に係る情報など）との利益衡量によって判断すべきであることを前提として、まず弁護士から照会の申出を受けた弁護士会が利益衡量を行い、さらに重ねて、相手方がその利益衡量をしなければならないという「二重の利益衡量」が原因となっていると指摘する。

(9) 本判決の評釈として、作田寛之「判批」ジュリ1543号92頁、加藤新太郎「判批」NBL1141号101頁、伊藤眞「判批」金法2115号14頁、名津井吉裕「判批」金法2121号74頁、内海博敏「判批」重判令和元年度（ジュリ増刊1544号）120頁等がある。

(10) 東京地判平成24年11月26日判タ1388号122頁は、依頼者が相手方に対し提起した、相手方が弁護士会に対し報告義務があることの確認の訴えを、公法上の法律関係に関する確認の訴えであると解した上で、確認の利益を肯定した（ただし、控訴審である東京高判平成25年4月11日金判1416号26頁は、一転して確認の利益を否定している。）。また、名古屋高判平成23年7月8日金法1988号135頁は、依頼者と弁護士が相手方に提起した報告義務の確認の訴えについて、不適法であるとして却下している。

(11) 伊藤・前掲注(9)16頁

(12) この点に関し、第1次上告審の岡部喜代子裁判官は、「23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ころである。しかし、法廷意見の述べるとおり、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」との補足意見を述べており、依頼者ないし弁護士と相手方との間の紛争においては、不法行為が成立する余地がある（少なくとも弁護士会のように法律上保護される利益がないとまで判断するものではない）と解することもできる。この点について、加藤新太郎「弁護士会照会最高裁判決と『それではどうしたらよいか』問題」自由と正義70巻11号18頁も、「『弁護士会照会に対する報告拒絶が弁護士ないしその依頼者に対する不法行為を構成するか』という問題は、最高裁で判断されていない事項である。」と指摘する。

という権利保護形式で本案判決を求めるものであるから、⁽¹³⁾ 確認の訴えの訴訟物は、原告が主張する特定の権利義務又は法律関係の存否ということになる。

このような理解からすれば、本件確認の訴えの確認の利益の有無を判断する上では、まず、相手方の弁護士会に対する「報告義務」が観念しうるのかという点が問題となるが、この点については、弁護士会照会制度に基づく照会を受けた相手方が公法上の報告義務を負うことについては、学説・判例ともほぼ一致した見解である。⁽¹⁴⁾

第1次上告審（法廷意見）は、「23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するを容易にするために設けられたものである。そして、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、照会された事項について報告をすべきものと解される」（圏点は筆者が付した。以下、引用部分について同様である。）と述べているところであり、筆者もこれに賛成する。

4 第2次控訴審と本判決の分析

第2次控訴審及び本判決は、上記のように、相手方が弁護士会に対し照会事項について報告すべき公法上の義務を有することを前提としつつも、確認の利益の有無という点で判断が正反対に分かれた。

そこで、以下では、第2次控訴審及び本判決がそれぞれの結論に至った理由を、より踏み込んで検討してみたい。

(1) 第2次控訴審の論理構造の分析

ア 第2次控訴審は、まず、「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」と述べ、確認の利益の有無を判断するための枠組（判断枠組）を示している。

確認の訴えは、理論上、ありとあらゆる権利・法律関係（果ては事実関係に至るまで）について提起することが考えられるが、当然、司法資源は有限であるから、既判力を有する判決による解決を真に必要とする紛争かどうかなどの観点から、絞り込みが行われる。⁽¹⁵⁾ この絞り込みを行う作業が、確認の利益の有無の検討ということに他ならない。

確認の利益の有無に関する判断枠組については、論者によって整理の仕方は様々であるが、学説上、一般的には、①対象選択の適否、②確認の訴えによることの適否（方法選択の適否）、及び③即時確定の利益（原告の地位に対する不安ないし危険が現実として生じており、紛争として成熟しているか否か）という観点から判断するものとされている。⁽¹⁶⁾

第2次控訴審は、「確認訴訟を選択したことが紛争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）」と表現しており、上記の整理でいう「方法選択の適否」及び「即時確定の利益」を総称して「即時確定の利益があること」と捉えているようにも読むことができる。もっとも、性質上無限定な確認の訴えに関する

(13) 伊藤眞『民事訴訟法』167頁（有斐閣、2020）

(14) 飯畑正男『照会制度の実証的研究』196頁（日本評論社、1984）、高中正彦『弁護士法概説』118頁（三省堂、2012）など。

(15) 新堂幸司『新民事訴訟法』270頁（弘文堂、2011）など。

(16) 新堂・前掲注(15)270頁、高橋宏志『重点講義民事訴訟法（上）』165頁（有斐閣、2013）。このほか、伊藤・前掲注(13)185頁は、権利保護の資格の有無及び権利保護の利益の有無を判断すると整理する立場であるが、紛争解決手段としての確認判決の有効性という観点から確認の利益の有無を判断する立場であると解され、整理の仕方は異なるものの、考慮要素は同様であると解される。

絞り込みを、確認判決をすることが当事者間の紛争を解決するにあたって必要かつ有用であるかという観点から行う立場からの説示であると解され、一般的な学説による整理と軌を一にするものであろう。

イ 上記の判断枠組に従えば、まず、対象選択の適否が問題となるが、第2次控訴審は、この点について「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認められる。」と簡単に説示している。

対象選択の適否は、民事訴訟が現在の法律上の紛争の解決・調整を図るといふ制度であることを前提として、確認の訴えで審理の対象とすべきは現在の権利又は法律関係の存否であるということから導かれる考慮要素であり、⁽¹⁷⁾主として過去の事実関係又は過去の法律関係の確認を確認の訴えから除外するために働くものである。

本件確認の訴えに関していえば、確認の対象となっている（訴訟物となっている）のは、公法上の義務である本件照会事項に対するYのX2に対する報告義務という現在の法律関係であり、対象選択が適切と認められる。

ウ そうすると、第2次控訴審が示した判断枠組で問題となるのは、方法選択の適否及び即時確定の利益が認められるかということになる。

第2次控訴審は、結論として即時確定の利益を肯定しているが、その結論を導くにあたって、まず次の点を説く。

まず、弁護士会照会制度の下においては、相手方は弁護士会に対して報告義務を負い、報告を拒絶する相手方に対し報告を促す権限と責務

を負うのは、弁護士会照会制度の照会権限を有する弁護士会そのものであるから、弁護士会照会に対する報告義務の存否に係る紛争の主体は、弁護士会と相手方であることを指摘する。

そして、弁護士会照会制度は、弁護士が事件を適正に解決することにより国民の権利を実現し、弁護士の受任事件が訴訟事件となった場合には、当事者の立場から裁判所が行う真実発見と公正な判断に寄与する結果をもたらすという「公益を図る制度」であり、相手方には公法上の報告義務が生じ、正当な理由がない限り、相手方は報告を拒むことはできないと解される⁽¹⁸⁾ところ、報告義務の存否について弁護士会と相手方の判断が食い違った場合でも、常に照会先の判断が優先されるのであれば、結局、報告の拒絶を自由に許すこととなり、公益を図る制度たる弁護士会照会制度がその使命を果たすことが困難となる。

それだけでなく、上述のとおり、弁護士会には弁護士会照会制度を適正に運用する権限と責務があるのであるから、報告義務の存否について弁護士会と相手方との間に見解の相違が生じたときは、司法判断により紛争解決を図るのが相当である、と述べる。

第2次控訴審が、この説示に続けて、「本件においては、本件拒絶により、そのX2の利益に対する現在の危険ないし不安が問題となっているのであるから」と述べていることからすると、即時確定の利益を肯定する上で必要となる、「原告の利益に対する現在の不安ないし危険の存在」を認定するためには、弁護士会照会制度の趣旨にまでさかのぼって検討する必要があると考えたものと解される。

このような弁護士会照会制度の制度趣旨につ

(17) 新堂・前掲注(15)270頁

(18) この点について、第1次上告審の岡部喜代子裁判官補足意見は、「23条照会に対する報告義務の趣旨からすれば上記報告義務に対して郵便法上の守秘義務が常に優先すると解すべき根拠はない。」と述べている。

いては、学説上も通説的見解⁽¹⁹⁾であり、大阪高判昭和51年12月21日下民集27巻9～12号809頁も、「(弁護士会照会制度は) 弁護士が受任事件について訴訟資料を収集し、事実を調査する等その職務活動を円滑に執行処理するために設けられた規定であって、弁護士が、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ものであることに鑑み、右照会の制度もまた公共的性格を有し、弁護士の受任事件が訴訟事件となった場合には、当事者の立場から裁判所が行う真実の発見と公正な判断に寄与するという結果をもたらすことを目指すものである」と述べていることからしても、異論は見られないところであろう。

第2次控訴審は、このような意味でX2の利益に対する現在の不安ないし危険が存在することを念頭に置いて、①「本件確認請求が認容されれば、Yがこれに応じて報告義務を履行することが期待でき」るし、②「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…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、③X2は、本件確認請求が棄却されれば、同一の照会事項による23条照会はしない旨明言しているから、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って有効であると認められる」ため、本件確認の訴えには即時確定の利益が認められるとした。

「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って有効で

ある」との結論は、上記①ないし③が根拠となっている。このうち、③については、あくまでも本件に関する個別事情であり、一般化は難しいとの評価も見られるところであるが⁽²⁰⁾、上記のような公益的性格を有する制度たる弁護士会照会制度を運用する主体であり、かつ、司法制度の一翼を担う法曹たる弁護士の自治団体(弁護士法31条参照)である弁護士会としては、仮に報告義務の存在を司法判断により否定されれば、その判断を尊重する蓋然性は極めて高いと言って差し支えない。それゆえ、一説示の書きぶりは個別事情を考慮したようにも読むことができるものの—他の事例にも当てはまる一般的な論拠と位置付けても(評価しても)誤りではないと解される⁽²¹⁾。

また、①については、弁護士会照会制度の相手方として想定されているのは「公務所又は公私の団体」であるところ、「公」の団体であれば当然裁判所による司法判断は尊重するであろうし、「私」の団体であっても、弁護士会照会の相手方として指定されるのが「公」の監督を受ける金融機関や通信事業者であることからすれば、任意の履行が期待できるといってよい⁽²²⁾。

②については、確かに、確認の訴えの既判力が及ぶのはあくまでも弁護士会と相手方との間に過ぎず、被告に対し守秘義務違反を理由として損害賠償請求を行う第三者(本件でいえばB)と相手方との間に既判力は及ばないため、即時確定の利益を肯定する根拠としては弱いとの指摘もある⁽²³⁾。この指摘自体は、既判力論に照らせばもつともであるが、少なくとも相手方と第三者との間の後訴において、相手方の弁護士会に対する報告義務の存在を認める確定判決

(19) 高中正彦『弁護士法概説』118頁(三省堂、2012)など。

(20) 酒井博行『民事手続と当事者主導の情報収集』314頁(信山社、2018)

(21) 伊藤・前掲注(9)19頁

(22) 酒井・前掲注(20)314頁、伊藤・前掲注(9)19頁。手賀寛「判批」リマークス60号110頁も同旨か。

(23) 今津綾子「判批」判評714号17頁、竹部晴美「判批」新・判例解説Watch2018年10月号155頁

が存在することが審理に影響を与えることは否定しがたいところである。

エ 第2次控訴審は、このように即時確定の利益を肯定した後、方法選択の適否についてのはめを行っている。

まず、「一般に給付訴訟が可能な場合には、給付判決を得た上でそれを執行する手続に移行すればよいから、確認の利益は認められない」と述べる。これは、確認の利益の有無を判断する上で方法選択の適否が考慮要素となること⁽²⁴⁾の理由として、一般的に承認されているところである。

そうすると、弁護士会が相手方に対して、照会事項について報告を求める給付訴訟を提起することができるかどうか⁽²⁵⁾が問題となる。

この点について、第2次控訴審は、①'弁護士法には報告拒絶に対する強制履行の規定がないことや、弁護士法23条の2第2項の文言が「報告を求めることができる」という記載ぶりにとどまっていることから、給付訴訟の「許容性については疑義がある」と述べ、②'仮に給付の訴えが可能であったとしても、公法上の義務であるところの報告義務の民事執行手続における実現可能性や、弁護士会による行政代執行による履行強制の可能性にも疑問があり、③'さらには、第1次上告審によって本件照会に係る報告拒絶を理由とする損害賠償請求が否定されていることに触れ、「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探るよりほかない」と結んでいる。

一連の裁判でX2（愛知県弁護士会）の訴訟代理人弁護士となっていた石川恭久弁護士の論説によれば、本件確認の訴えを予備的請求とし

て追加する段階で、訴えの変更申立書に「高裁が本件では『…報告せよ』との給付の訴えが可能であるから本件の確認の訴えには確認の利益がないとの判断をすることに備えて『裁判所がそのような判断をされる場合には直ちに給付の訴えに訴えを変更するので釈明していただきたい』と記載した」とのことであり、当初から、⁽²⁵⁾弁護士会の相手方に対する給付訴訟の可能性については意識がなされていたことになる。

どのように考えるべきかであるが、まず、判例や通説の立場によれば、給付判決を得ても給付の実現が不可能または著しく困難であるからといって、直ちに訴えの利益が否定されるとは解されていない。⁽²⁶⁾

この判例・通説の立場を本件に敷衍すると、「弁護士会照会に対して報告せよ」との給付の訴えについては、強制履行の規定がなく、履行実現の強制手段がないとしても、直ちに訴えの利益は否定されないという帰結となる。

この帰結からすると、仮に、弁護士会が照会先に対して「弁護士会照会に対して報告せよ」との給付の訴えが提起できるのであれば、確認の訴えという手段を選択することの適切さに疑義が生ずることとなる。

第2次控訴審は上記のとおり給付訴訟の許容性については疑義があると述べているのであるが、判例・通説の立場を踏まえると、かかる給付訴訟の訴えの利益を認めることもできるとも考えられるのであり、このように考えると、第2次控訴審が確認の利益を認める根拠として挙げている上記①'や、仮に給付の訴えが可能であったとしても履行実現の強制手段がないこと（上記②'）が、確認の訴えが方法選択として適切であるとの結論の理由になるか、という疑問

(24) 兼子一（原著）・松浦馨ほか『条解民事訴訟法』（弘文堂、2011）778頁

(25) 石川恭久「愛知県弁護士会と日本郵便との訴訟の経緯と意義」自由と正義70巻11号9頁

(26) 判例につき最判昭和41年3月18日民集20巻3号464頁、学説につき新堂・前掲注(15)265頁など

も生じないではない。

むしろ、理由の重み付けとしては、③'が大きいに思われる。すなわち、すでに第1次上告審が弁護士会の相手方に対する損害賠償請求を否定している以上、弁護士会と相手方との間の紛争について裁判所が司法的救済を与えるためには、もはや報告義務に係る確認の訴えという類型を認めるしかないという実質的な考慮があるように思われるのである。

オ 以上のように、第2次控訴審は、確認の利益の有無を判断する枠組を示した上で、対象選択の適否、方法選択の適否及び即時確定の利益を個々にあてはめて結論を導いているということができる。

(2) 本判決（第2次上告審）の論理構造の分析

本判決は、結局、第2次控訴審（原審）の判断を覆して破棄・自判としたのであるが、その論理構造を辿ると次のとおりである。

ア まず、本判決は、第1次上告審を引用して、弁護士会照会制度は「弁護士の職務の公共性に鑑み、公務所のみならず広く公私の団体に対して広範な事項の報告を求めることができるものとして設けられたことなどからすれば、弁護士会に23条照会の相手方に対して報告を求める私法上の権利を付与したものとはいえず、23条照会に対する報告を拒絶する行為は、23条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」と述べる。

さらに、「これに加え、23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、専ら当該相手方による任意の

履行を期待するほかな」く、「そして、確認の利益は、確認判決を求める法律上の利益であるところ、上記に照らせば、23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から、23条照会をした弁護士会に、上記判決を求める法律上の利益はない」と述べる。

そして、上記でみたように、第2次控訴審が即時確定の利益を肯定する根拠の一つとして挙げていた「本件確認請求を認容する判決がされればYが報告義務を任意に履行することが期待できることなどの…事情は、いずれも判決の効力と異なる事実上の影響にすぎ」ないと断じている。

イ この判旨をどのように理解するかであるが、本判決は、確認の利益＝確認判決を求める法律上の利益であると定義し、本件確認の訴えの判決の効力は、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直接の理由として、確認の利益＝確認判決を求める法律上の利益がない、という論理構造となっている。

ここでいう「判決の効力」とは、既判力を指していることは間違いない。そうだとすると、本判決は、本件確認の訴えの判決によって生じる既判力（報告義務の存否の判断に係る既判力）をもってしても、X2とYの法律上の紛争を解決するものではないと判断していると理解することができる。

その理由は、「上記に照らせば」という文言を具体的にどの部分にかからしめているかにもよるが、⁽²⁷⁾判旨を素直に読み進めれば、「上記」

(27) 内海・前掲注(9)121頁は、「『上記』とは具体的に何を指すのかについては…確認判決が確定しても弁護士会は専ら相手方の『任意の履行を期待するほかない』という命題に収斂する一続きの記述とみるか、『これに加え』の前後（等）で複数の要素が語られているとみるかによって読解に偏差を生じる余地があるようにも思われる」と指摘する。

とは、「23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、専ら当該相手方による任意の履行を期待するほかな」ということを指しているということになる。

つまり、本判決は、既判力を有する確認判決が確定したとしても、不法行為に基づく損害賠償請求も認められない以上、結局、X2としては、Yによる任意の履行を期待するほかないのであり、それは法律上の紛争の解決に資するとはいえないから、確認の利益はない、との結論導いているといえる。

(3) 第2次控訴審と本判決を分かちもの

ア 以上のような第2次控訴審と本判決の論理構造を比較すると、両者の結論の分水嶺は、本件確認の訴えの「判決の効力」の捉え方にあると理解することができると思われる。

第2次控訴審は、即時確定の利益を肯定する文脈で、「本件確認請求が認容されれば、Yがこれに応じて報告義務を履行することが期待でき」ことや、「本件確認の訴えが棄却されればX2が再度の照会を行わないことを明らかにしていること」を掲げ、さらに方法選択の適否を肯定した後、続けて「Yの任意の履行に委ねるしかないといっても、認容判決がなされれば、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、債務者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ということが出来る」と述べている。

つまり、第2次控訴審は、本件確認の訴えの「判決の効力」が、判決後の訴訟当事者（さらには相手方に対し損害賠償請求訴訟を行おうとする第三者）の行動に与える影響まで考慮した上で、確認訴訟の判決が当事者間の紛争の解決に資するといえるかを判断しているのである。

これに対し、本判決は、「本件確認請求を認容する判決がされればYが報告義務を任意に履行することが期待できることなどの…事情は、いずれも判決の効力と異なる事実上の影響にすぎ」ないと述べていることから窺えるように、専ら既判力そのものの効力によって当事者間の紛争が解決するか否かを判断するという立場から結論を導いたものと解される。

イ 第1次上告審によって弁護士会から相手方に対する損害賠償請求の途も閉ざされ、報告義務違反に何らの制裁規定もないことからすれば、確かに、本判決の指摘するとおり、既判力のある本件確認の訴えに係る確定判決があったところで、その既判力の効力自体から直ちに弁護士会と相手方との間の紛争解決が導かれるとはいえない。

この点、どのような状態を指して「紛争の解決」と表現・評価するかが問題となる。これは、民事訴訟法上、確認訴訟（の判決）にどのような機能を期待するかという、より根本的な問題でもある。

ある権利を主張する者がその権利の正当性を判決により認めてもらい、その相手方の意思にかかわらず強制的に権利を実現する状態を作り出す（相手方に義務を強制的に履行させる）ことこそが「紛争の解決」と表現・評価するのであれば、本判決の論旨は理解できる。仮に本件確認の訴えによりYのX2に対する報告義務を確認したとしても、報告そのものを強制的に履行させる法律上の規定はなく、また、報告義務を懈怠したことを理由とするX2のYに対する損害賠償請求訴訟も認容される可能性はないのであるから、YのX2に対する報告義務を確認したところで、Yにその履行を法律上強制させる手段はない。確定判決によってもYに履行を強制させる状態が作り出せないということは、Yが義務を履行するかどうかは、結局のと

ころYの自由な意思に委ねられてしまうことを意味するのであるから、わざわざ判決を行う必要もない、という捉え方である。

他方、第2次控訴審のように、確認判決が訴訟当事者等に与える影響まで加味すると、確認判決が持つ「紛争の解決力」はより広くなる。先に述べたように、本判決の訴訟当事者が、それぞれ弁護士会や日本郵政株式会社という公益性の高い、ないし公権力たる行政の監督に服する団体であることを踏まえると、確認判決がなされたとしても単なる事実上の影響を与えるに過ぎないとして軽んじるべきではない、との批判ももっともである。が、確定判決が持つ事実上の影響まで考慮するとなると（確定判決の持つ「紛争の解決力」を広く評価するとなると）、そもそも確認の利益が肯定される外延が曖昧となってしまうという問題もある。⁽²⁸⁾

司法資源が有限である以上、結局はどこかで線引きをしなければならないのであるが（そしてそれが確認の利益の持つ機能である。）、本判決は、一見して理解しやすい「判決の効力」＝確定判決の既判力それ自体によって当事者間の「紛争の解決」が図られるかという基準から判断したものと考えられ、一定の合理性があると考えられる。

第4 残された検討課題

報告義務の懈怠を理由とする弁護士会から相手方に対する損害賠償請求は第1次上告審により、報告義務の存否に係る確認訴訟は本判決によりそれぞれ

否定されるに至った。しかし、本判決も報告義務が一般的に存在することは否定されているわけではなく、それゆえ、加藤新太郎教授が正しく指摘するように、⁽²⁹⁾それでは報告義務の存否について弁護士会と相手方との間に判断の齟齬が生じた場合、どうしたらよいのかという問題が依然残されたままである。

この点については、弁護士会と相手方との間の協定の形でのソフトローによって上記のような判断の齟齬を回避する方向での解決などが提言されており、⁽³⁰⁾今後の検討課題としたい。

以上

(28) 弁護士会照会制度に基づく照会の相手方が、行政庁、金融機関や通信事業者など、公の団体ないし公の監督を受ける事業者に対してなされることが多いのはそのとおりであるが、弁護士法23条の2第1項は、相手方となりうる者を「公務所又は公私の団体」とのみ規定しており、条文上、法人であれば文言上は照会を行うことは差し支えない（実際、単なる私企業を照会の相手方としなければならないケースも実務上は散見される）。このため、事実上の影響を考慮して確認の利益の有無を判断するという立場を貫くと、相手方の属性に踏み込んで個別に確認の利益の有無を判断せざるを得なくなり、その結果として、裁判所の負担は増加することとなる。

(29) 加藤・前掲注(9)104頁

(30) 伊藤・前掲注(9)21頁