慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	〔最高裁民訴事例研究四六七〕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する義務があることの確認を求める訴えの適否 損害賠償請求事件、平成三〇年一二月二一日第二小法廷判決
Sub Title	
Author	大濱, しのぶ(Ōhama, Shinobu) 民事訴訟法研究会(Minji soshōhō kenkyūkai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2020
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.93, No.2 (2020. 2) ,p.117- 131
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20200228-0117

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

〔最高裁民訴事例研究四六七〕

平三〇3（民集七二巻六号一三六八頁・金判一五六七号八頁・判時二四一〇号二八頁・判タ一四六〇号五一頁）

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する義務があることの確認を求める訴えの適否

損害賠償請求事件、最高裁平成二九年（受）第一七九三号、平成三〇年一二月二一日第二小法廷判決、破棄自判

〔事　実〕

Aは、平成二二年二月、Bに対し、未公開株の購入代金名目で金員を詐取されたと主張して、不法行為に基づく損害賠償を求める訴訟（別件訴訟）を提起し、同年九月、Bとの間で、BがAに対し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をした。Aの代理人弁護士は、Bに対する（動産執行等の）強制執行の準備のため、平成二三年九月、所属弁護士会であるX（原告・控訴人・被上告人・被上告人）に対し、①B宛ての郵便物についての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、C（郵便事業株式会社）に弁護士法二三条の二第二項に基づく照会（以下「二三条照会」という）をするよう申し出た。Xは、上記の申出を適当と認め、平成二三年九月、Cに対し、上記の事項について二三条照会（以下「本件照会」という）をしたが、Cは、同年一〇月、これに対する報告を拒絶した（以下「本件拒絶」という）。このため、X及びAは、本件拒絶は不法行為に当たるとして、Cを吸収合併したY（被告・被控訴人・上告人・上告人）に対し、損害賠償を求める訴えを提起した。第一審（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）は、X及びAの請求を棄却したため、両名が控訴し、控訴審において、Xは、予備的請求として、Yが本件照会についてXに対し報告する義務があることの確認

請求（以下「本件確認請求」といい、それに係る訴えを「本件訴え」という）を追加した。差戻前控訴審（名古屋高判平成二七年二月二六日民集七〇巻七号一七五四頁）は、Aの控訴を棄却したが、Xに関する原判決を変更し、主位的請求の一部を認容するとともに、本件確認請求については、主位的請求が全部棄却である場合の予備的請求であるとして、判断する必要はないとした。これに対し、Aの訴訟承継人及びYが上告及び上告受理の申立てをし、Xも附帯上告受理の申立てをしたところ、Yの上告受理申立ては受理されたが、他の申立てはいずれも排斥された。そして、第一次上告審（最判平成二八年一〇月一八日民集七〇巻七号一七二五頁）は、「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」としたが、「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」から、「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」として、控訴審判決中、Y敗訴部分を破棄し、かかる部分についてXの控訴を棄却するとともに、本件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、原審に差し戻した。

差戻後控訴審（原審。名古屋高判平成二九年六月三〇日判タ一四四六号七六頁）では、（ⅰ）本件訴えが「公法上の法律関係に関する確認の訴え」（行政事件訴訟法四条）に該当するか、損害賠償請求に本件確認請求の追加的併合が許されるか、控訴審における訴えの追加的変更が認められるか、（ⅱ）本件訴えの確認の利益の有無、（ⅲ）本件拒絶の正当理由の有無等が争点となった。原審は、（ⅰ）については、「二三条照会が公法の性質を有する弁護士法により認められた公益を図る制度であることに照らせば」照会先の報告義務は「公法上の義務である」としつつも、本件訴えは、民事訴訟であるとした。その理由として、弁護士会は、行政過程の主体ではなく、二三条照会に関して公権力行使の権限を付与されているともいえないし、報告拒絶も行政過程上の行為とはいえないから、XとYとの紛争は「行政過程における紛争」とはいえないこと、公法上の法律関係に関する確認の訴えに準用される抗告訴訟の規定を本件の訴訟手続に準用する必要性も見いだせないこと等を挙げた。その上で、損害賠償請求と本件確認請求は、同種の訴訟手続によるから追加的併合は許されるし、請求の基礎に同一性が認められ、控訴審における訴えの追加的変更に相手方の同意は要求されないから、本件訴えの追加的変更は適法とした。（ⅱ）についても、後述のような理由で、肯定した。（ⅲ）の正当理由の有無については、比較衡量によるとし、上記照会事項①②③につき報告

義務を認め、本件確認請求の一部を認容した。

（ii）を肯定した理由の概要は、以下のようである。「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Yの報告義務であるから、対象の具体性は満たしている」。即時確定の利益については、次のようにいう。「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」。「本件においては、本件拒絶により、そのようなX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、X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旨のYの主張は採用することはできない（なお、Yは、二三条照会に基づく報告義務は、具体的な法的義務を定めたものではなく、倫理的な指針としての意味しか有しないとも主張するが、二三条照会制度の趣旨に照らし、採用することができない。）」。「そして……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こと……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、Xは、本件確認請求が棄却されれば、同一の照会事項による二三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」から、即時確定の利益が認められる。方法選択の適否については、「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……。仮に、給付訴訟が可能であるとしても、民事執行手続によって公法上の義務の履行を実現することはできないと解されるし、行政庁ではない弁護士会が行政代執行による義務の履行を求めることはできない。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、X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るよりほかない」。以上のような原判決に対し、Yが上告受理を申し立て、受理された。

〔判　旨〕

破棄自判（訴え却下）

二三条照会「の制度は、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、弁護士会に二三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、二三条照会に対する報告を拒絶する行為は、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」（本件第一次上告審判決）。「これに加え、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も照らすと、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、専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、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から、二三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、二三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の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」。

〔評　釈〕

本判決の結論には賛成するが、理由には賛成できない。

一　本判決の意義

本判決は、二三条照会に対する報告義務があることの確認を求める訴えの適法性に関する最高裁の初の判断であり、弁護士会による報告義務の確認を求める訴えについて、確認の利益を否定したものである。近年、二三条照会の照会先が報告を拒絶する場合、二三条照会の申出をした弁護士の依頼者（以下「依頼者」という）又は当該弁護士（以下「申出弁護士」といい、依頼者と併せて「依頼者等」という）が、照会先に対し、損害賠償請求や報告義務の確認の訴えを提起するケースが目立つようになり、損害賠償請求の可否や報告義務の確認の訴えの適法性に関し、下級審裁判例には対立がみられた。本件は、弁護士会が、照会先に対し、損害賠償請求及び報告義務確認請求をした初めての事案とみられるものであり、その帰趨が注目されていた。最高裁は、本件の第一次上告審判決で、照会先は、正当な理由がない限り、報告をすべきものとしたが、報告を拒絶

する行為が、二三条照会をした弁護士会に対する不法行為を構成することはないとして、弁護士会による損害賠償請求を否定し、差戻後の本判決では、弁護士会による報告義務確認の訴えを不適法とした。この二つの判決により、最高裁は、二三条照会に対する報告拒絶につき、弁護士会を当事者とする訴訟によって救済を図る途をほぼ閉ざしたことになろう。二三条照会に対する報告義務確認の訴えは、民事訴訟か行政訴訟（公法上の法律関係に関する確認の訴え）かについては争いがあり、本判決は、民事訴訟であることを前提とした判断とみられるので、行政訴訟としての報告義務確認の訴えの適法性については、最高裁の立場は明らかではない。[1] また、依頼者等による報告義務確認の訴えの適法性についても、最高裁の立場は明らかではない。とはいえ、いずれの点についても、本判決及び本件の処理を通して、最高裁の消極的な態度が示唆されているように思われる（後述**四**参照）。

二　裁判例

二三条照会に対する報告義務の確認の訴えの適法性に関する従来の裁判例は、原判決を除けば、依頼者等が原告となっているものであり、①大阪地判昭和六二年七月二〇日判タ六七八号二〇〇頁、②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、③その控訴審である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、④東京地判平成二四年一一月二六日判タ一三八八号一二二頁、⑤その控訴審である東京高判平成二五年四月一一日金法一九八八号一一四頁がある。[2]

①は、依頼者が、勤務中に死亡した親の診療を行ってきた病院を被告として、その診療録等に関する二三条照会に対し弁護士会に報告をすること及び損害賠償を求めた訴訟に、申出弁護士が参加し、上記報告を求める権利を自らが有することの確認を求めた事案である。①判決は、二三条照会は照会事項の報告請求権を弁護士会に専属させる趣旨であり、参加人は上記報告請求権を有しないし、報告拒否により、仮になんらかの損害を被ったとしても、その場合には損害賠償請求等の方法によって救済を求めるべきであり、それによらずに上記報告義務を参加人と原告ら及び被告との間で確認しておくべき法的利益が参加人にあるとは到底認められず、参加人の訴えは確認の利益を欠くとした。②③は、依頼者の妻（死亡）を搬送した消防署の救急活動に関する二三条照会に関するものであり、依頼者及び申出弁護士が、消防署長による報告拒絶が違法であることの確

認（及び報告の義務付け・損害賠償）を求め、市を被告として行政訴訟を提起した事案である。②判決は、二三条照会が私的団体も照会の相手方とすることができるものであることから、依頼者等と被照会者の関係は「公法上の法律関係」には該当しないとして、訴えを不適法とした。また、このような訴えは、損害賠償請求によること以上に、紛争解決にとって有効・適切であるとはいえないから、民事訴訟としても確認の利益を欠くとした。この判断を③判決も是認する。

④⑤は、依頼者であって、債務名義（執行証書及び取立訴訟の仮執行宣言付判決）を有する債権者が、銀行を被告として、債務者等の預金口座に関する二三条照会に対し報告義務があることの確認（及び損害賠償）を求めた事案である。④判決は、被告は「公法上の義務として」照会事項の報告義務を負い、その義務違反により、債務名義を有する原告の強制執行による権利実現が妨げられていることを強調する。そして、二三条照会に対する報告が「国民の実効的な権利救済の実現のために不可欠であり」、照会を受けた者が報告をしないことに正当な理由がなく、報告義務を負うと解される場合において、報告をしないときは、依頼者は、公法上の法律関係に関する確認の訴えとして、報告義務の確認を求めることができるとし、「国民の実効的な権利救済を図るべき司法制度の機能からみて」このような場合には、確認の利益が認められることは当然であるとし、訴えを適法とした。しかし、⑤判決は、確認の利益を否定する。理由は、概ね次のようである。二三条照会に基づく法律関係は、弁護士会と照会先に係るものであり、照会先が報告義務を負うとしても、弁護士会に対する「一般公法上の義務」にすぎず、報告をすることによる利益は、依頼者にとっては「反射的利益にすぎない」から、報告の拒絶により、依頼者の権利又は法律関係に危険や不安が現に存在するとはいえない。また、依頼者は法律関係の当事者ではなく、事実上の利害関係にすぎない者が他人間の法律関係について即時確定を求める利益を有するとはいえない。仮に、依頼者において上記のような危険又は不安があるとすれば、その除去のためには、損害賠償請求等による方がより有効・適切である。⑤判決は、以上のように述べ、なお、本件確認の訴えは、私人の私人に対する報告義務の確認を求めるものであり、かつ、控訴人（銀行）の報告拒絶を公権力の行使に当たる行為とすることはできないから、「公法上の法律関係に関する確認の訴え」とみる余地はないとする。

以上のように、依頼者等が原告となっている二三条照会に対する報告義務の確認の訴えについて、従来の裁判例のうち、④判決は公法上の法律関係に関する確認の訴えとして適法とするが、他はいずれも訴えを不適法としている。不適法とする裁判例は、確認の利益を否定する理由として、損害賠償請求による方が有効・適切であることを挙げる点では、共通するが、それ以外の理由づけは、一様ではない。弁護士会が原告となっている本件訴えとの関係で、とくに注目されるのは、⑤判決が、照会先の報告義務は、弁護士会に対する「一般公法上の義務」にすぎないとした上で、依頼者は、報告を受けることについて反射的利益・事実上の利害関係を有するにすぎず、即時確定を求める利益がないとする点である。一方、本件の原判決は、弁護士会には、二三条照会制度を運営し、その実効性を確保するという固有の利益があり、報告を受けることについて法的に保護すべき利益があるとみる。なお、原判決が、報告義務の確認の訴えは公法上の法律関係に関する確認の訴えには該当しないとした判断に関しては、後述三で触れる。

三　学　説

従来、学説では、二三条照会に対する報告義務の確認の訴えの適法性に関する議論は、乏しかった。しかし、近時の裁判例の動き、とくに本件第一次上告審判決を機に、その評釈を中心として、(i) 本件訴えの適法性、換言すれば、弁護士会が原告となる場合の報告義務確認の訴えの適法性が問題とされるようになり、積極説が多数説とみられる。積極説には、報告義務が公法上の義務であることを理由に、公法上の法律関係に関する確認の訴えとして適法とするもの[3]、民事訴訟として適法とするもの[4]、民事訴訟か行政訴訟かについては明示せず、適法とするもの[5]がある。理由をみると、積極説と消極説の対立点は、主に次の二点にあるようにみえる。第一は、政策的な観点であり、積極説は、二三条照会制度の実効性の確保・強化（あるいは確認訴訟の紛争解決機能）を重視するのに対し、消極説[6]は、二三条照会を任意の協力を基礎とする簡易な情報収集手段と位置付け、他の情報収集制度との均衡・役割分担を重視する。第二は、確認判決によって保護される（報告拒絶により危険・不安が生じている）原告すなわち弁護士会の法的利益についてであり、消極説は、これを想定し難い（弁護士会は報告事項に関して直接の利害関係を有するわけでない）とするのに対し、積極説は、弁護士会には、二三条照会制度の運営主体として適時に報告を受ける利益がある

（抽象的との批判があり得るとしても、具体的な法的利益である）とする。

なお、（ii）依頼者（等）が原告となる報告義務確認の訴えの適法性に関しても、依頼者（等）の利益について考え方が対立する。[7] 依頼者（等）は報告を求める実質的な主体であることから、報告を受けることについての依頼者（等）の利益を実質的なものとして重視し、確認判決により保護されるべき具体的な法的利益であるとみる立場と、[8] 上述二の⑤判決のように、報告義務は弁護士会と照会先の法律関係に関するものであるから、報告を受ける依頼者（等）の利益は反射的（間接的又は事実上の）利益にとどまるとの立場がある。[9]（i）につき積極説に立つものも、依頼者の利益を反射的利益にとどまるとの立場に立てば、[10]（ii）につき消極説に立つことになる。

二三条照会に対する報告義務の確認の訴えは、公法上の法律関係に関する確認の訴えか、民事訴訟かという議論については、公法上の法律関係に関する確認の訴えをどのように解するかという問題のほか、二三条照会に対する報告義務が公法上の義務であるということの意味が問題になる。この報告義務が公法上の義務であることは、一般に承認されているとされ、[11] その根拠としては、二三条照会が公益に係るものであることや弁護士会の公共的性格が挙げられる。[12] 報告義務の確認の訴えは民事訴訟であるとする立場の中でも、上記積極説に立つものは、報告義務が行政処分等の行政特有の諸行為に関わるものではないこと等を理由とするのに対し、[13] 上記消極説に立つものは、ここにいう公法上の義務とは「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）はないようである」という。[14]

原判決が、報告義務の確認の訴えは公法上の法律関係に関する確認の訴えには該当しないとした判断に関しても、便宜上、ここで触れておく。原審において、報告義務の確認の訴えが、公法上の法律関係に関する確認の訴えか民事訴訟かが争点となったのは、前者であるとすれば、民事訴訟に実質的当事者訴訟を併合すること（いわゆる逆併合）の可否、また、控訴審における訴えの追加的変更には相手方の同意を要するとの判例（最判平成五年七月二〇日民集四七巻七号四六二七頁）との関係が問題になることに起因する。原判決の上記判断については、行政法の学者から概ね肯定的な評価が示されている。[15] まず、原判決が、二三条照会に対する報告義務が公法上の義務であるということと、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

るか否かの問題を切り離していることについて、ここにいう公法上の義務について厳密な検討がされていなかったことからみて、適切であるという。次に、原判決の判断は、実質的当事者訴訟を、行政処分以外の行政過程の行為に対する救済手段とする考え方によるもので、公法上の法律関係に関する確認の訴えが実質的当事者訴訟の例示として加えられた平成一六年の行政事件訴訟法改正の趣旨を踏まえたものとする。また、原判決について、いわゆる機能的アプローチ（公法・私法の区別により実質的当事者訴訟と民事訴訟を区別するのではなく、実質的当事者訴訟の手続を適用するのにふさわしい法律関係を実質的当事者訴訟の対象とすべきものとする）を用いた貴重な例ともいう。

四　本判決の検討

本判決は、弁護士会による報告義務の確認を求める訴えは確認の利益を欠くとするが、その理由づけは、必ずしもわかりやすいものではない。[16] 本判決の匿名コメント[17]は、「確認の利益は確認判決を求める法律上の利益であるとした上、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が報告義務に関する法律上の紛争の解決に資するとはいえないこと」を理由とするものであり、「当事者間の紛争が確認判決に制度上認められた法的な効力によって解決され得るものであることを要するという趣旨」とする。また、報告義務の存在を確認する判決が確定しても、弁護士会は専ら任意の履行に期待するほかはない旨の判示に照らすと、「確認判決に当事者間の紛争を解決する法的な効力が何ら認められない場合に、専ら当事者が確認判決に従うであろうという事実上の期待のみを理由として確認の利益を認めることはできないという趣旨」であって、「紛争の前提ないし一部分が確認判決の法的な効力によって解決され得るような場合に、確認の利益を否定する趣旨ではない」と説明されている。

本判決に対しては、確認訴訟の紛争解決機能を狭めるものとして、強い批判がある。前記積極説の論者はもちろんのこと、[18] 前記消極説の論者も、「確認の訴えの意義は確認判決を得た当事者の行動を方向づけることで紛争の解決や未然防止を可能とする点にあるから、本判決が任意履行への期待を一切評価しなかった点には賛同できないし、確認の利益の判断において一般化すべきものでもない」という。[19] 私見も、こうした批判に賛成である。[20] また、批判の一つとして、従来の最高裁判例は、確認判決に従い、任意に履行することが期待できるとの事情を前提に確認の利益を認め

ているから、本判決はこれと抵触するのではないかとの批判があり、上記判例の一例として、「遺留分権利者から遺留分減殺請求を受けた受遺者等が、民法一〇四一条所定の価額を弁償する旨の意思表示をしたが、遺留分権利者から目的物の現物返還請求も価額弁償請求もされていない場合において、弁償すべき額につき当事者間に争いがあり、受遺者等が判決によってこれが確定されたときは速やかに支払う意思がある旨を表明して、弁償すべき額の確定を求める訴えを提起したときは、受遺者等においておよそ価額を弁償する能力を有しないなどの特段の事情がない限り、上記訴えには確認の利益がある」と判示した最判平成二一年一二月一八日民集六三巻一〇号二九〇〇頁が挙げられている。[21] 本判決の匿名コメントは、前掲平成二一年最判については、価額弁償すべき額を確定する判決が確定した後も「価額弁償がされずに遺留分権利者が改めて訴訟を提起することになったとしても、当該訴訟における価額弁償の額の判断は上記確定判決の既判力による拘束を受ける旨の指摘もされている（市川多美子「判解」平成二一年度最判解〔民事篇〕（下）一〇三八頁）」としており、[22] 前掲平成二一年最判は、紛争の一部が「確認判決の法的な効力によって解決され得るような場合」に当たるということのようであるが、この説明は、形式論的な辻褄合わせの感が拭えない。

本判決は、報告義務の存在を確認する判決の既判力が、第三者の照会先に対する損害賠償請求に及ばないことを重視していると思われるが、[23] しいていえば、第三者からの損害賠償請求についても、この「確認判決の法的な効力によって解決され得るような場合」が、全く想定できないわけではない。前記積極説からは、報告義務確認訴訟において、報告により秘密が明らかになったとして照会先に損害賠償請求をする可能性がある者に対して訴訟告知をすることにより、敗訴して報告をした場合、拒絶する正当な理由がないことに参加的効力を生じさせることが考えられるとの指摘がある。[24] 本判決の論理が匿名コメントのいうようなものであるとすると、上記訴訟告知がある場合には、確認の利益が認められるということになるのであろうか。

もっとも、私見は、前記消極説に与し、本判決の結論には賛成する。本判決もいうように、二三条照会は、弁護士の職務の公共性に鑑み、広く公私の団体に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制度であり、消極説がいうように、任意の協力を基礎とする情報収集手段として位置付けられるものと考える。二三条照会に対する報告義務が公法上の義務であるということについては、

一般的・抽象的な義務にとどまり、裁判所により存否を確定することが相当であるような具体的な義務ではない、ということではないか、⑤判決が「一般公法上の義務」というのも、このような趣旨ではないかと思われる。[25] また、弁護士会は二三条照会制度の運営主体として報告を受ける利益があるといえるにしても、これは抽象的な利益にとどまり、依頼者等も、報告を求める実質的な主体であるにしても、照会権限を有しないのであって、報告を受けることにつき、間接的な利益を有するにとどまるように思われる。すなわち、弁護士会も依頼者等も、報告の拒絶により不安にさらされる利益は、法的に保護されるべき具体的な利益とまではいえないように思われる。そうすると、二三条照会に対する報告義務の確認の訴えについては、確認の対象が具体的な権利又は法律関係ではなく、法律上の争訟（裁判所法三条一項）に当たらないのではないか、[26] あるいは、そうまではいえないとしても、上述のことから、即時確定の利益を欠くということになるのではないかと思う。

二三条照会に対する報告義務の確認の訴えの適法性に関し、本判決後に残された問題は、㋐この訴えが民事訴訟であるとして、原告が依頼者等の場合はどうか、また、㋑公法上の法律関係に関する確認の訴えの場合はどうかということである。私見としては、上述の理由から、いずれの場合も不適法と解するが、最高裁はどのような立場をとるのであろうか。本判決及び本件に関する対応に鑑み、憶測すると、報告を拒絶する行為が依頼者等に対しても不法行為を構成しないとする立場をとるならば、[27] ㋐については、本件訴えと同様、確認の利益は否定されることになろう。本件でAの訴訟承継人の上告及び上告受理申立てが斥けられていることからすると、最高裁は、上記不法行為の成立に消極的な立場をとっているのではないかとも思われる。㋑については、公法上の法律関係に関する確認の訴えにおいても確認の利益が問題になるところ、この訴えには、取消判決が関係行政庁を拘束する旨の規定は準用される（行訴三三条一項・四一条一項）にしても、対世効を認める規定（同三二条）は準用されないことからすると、民事訴訟の場合と同様、行政訴訟としても、報告義務の確認の訴えについて確認の利益は認められないのではないかと思われる。なお、原判決及びその評価に鑑みると、そもそも、報告義務の確認の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解することは、かなり難しいのではないかと思われる。

二三条照会の実効性確保の対策としては、一般に説かれ

るように、協議や協定を通じて、任意の協力を得ることが求められよう。[28] また、強制執行のための情報取得に関しては、最近の民事執行法の改正により、財産開示の申立てに必要とされる債務名義の種類の制限が外される（改正後の民執法一九七条一項柱書）と共に、第三者からの情報取得手続が新設されている（同二〇四条以下）。もっとも、本件で問題になった動産執行のための債務者の住居所の情報は対象外であり、立法による手当てを更に検討する必要がある。[29]

（1） 本判決の匿名コメント・金判一五六七号一一頁参照。なお、ここにいう本判決の匿名コメントは、金判同号八頁以下のほか、判時二四一〇号二八頁以下や判タ一四六〇号五一頁以下にも掲載されているが、以下、金判で引用する。

（2） このほか、依頼者が、二三条照会に対する報告拒絶を不法行為とする損害賠償請求訴訟において、中間確認の訴えとして、報告義務の確認を求めた事案の裁判例として、東京地判平成二六年七月二二日金判一四五二号五〇頁、同平成二六年八月七日金判一四五二号五八頁、同平成二七年三月二七日判時二二六〇号七〇頁がある。いずれも、報告義務の存否は、損害賠償請求権の存否の前提問題ではないとして、中間確認の訴えを不適法としている。

（3） 伊藤眞「弁護士会照会の法理と運用」金法二〇二八号（二〇一五年）二一頁（もっとも、同・後掲注（4）一八頁は、行政訴訟によることに消極的）、笠井正俊「判批」金法二〇七三号（二〇一七年）七七頁、栗田隆「判批」関法六七巻三号（二〇一七年）六五三頁。

（4） 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（二〇一五年）二五九頁以下及び二七〇頁、同『民事手続と当事者主導の情報収集』（信山社、二〇一八年）二九五頁以下（同「判批」新・判例 Watch 二五号〔二〇一九年〕一五七頁以下も参照）、加藤新太郎「判批」ＮＢＬ一〇八九号（二〇一七年）八九頁、同「判批」ＮＢＬ一一〇九号（二〇一七年）七一頁（同「判批」ＮＢＬ一一四一号〔二〇一九年〕一〇一頁以下も参照）、伊藤眞「弁護士会照会運用の今後」金法二一一五号（二〇一九年）一八頁及び一九頁、名津井吉裕「判批」金法二一二二号（二〇一九年）七五頁以下。川嶋四郎「判批」法セ七五一号（二〇一七年）一二〇頁は、民事訴訟が可能とした上で、「状況関係的に確認判決が規範的情報を提供できる場合には、その利益を認めるべきであろう」という（同「判批」法セ七七七号〔二〇一九年〕一二四頁は、消極説に好意

的にもみえる）。

（5）工藤敏隆「判批」法研九〇巻一〇号（二〇一七年）一二〇頁、安西明子「判批」新・判例Watch二〇号（二〇一七年）一九二頁（個別事案で弁護士会の具体的手続過程を審査すべきであるという）、上田竹志「判批」法セ七五四号（二〇一七年）一〇八頁（民事訴訟を前提とする趣旨か）等。

（6）飯畑正男『照会制度の実証的研究』（日本評論社、一九八四年）二五〇頁、今津綾子「判批」リマークス五〇号（二〇一五年）一二四頁、同「判批」判評七一四号一七頁、同「判批」法教四六三号（二〇一九年）一三六頁。竹部晴美「判批」新・判例Watch二三号（二〇一八年）一五五頁も同旨か（ただし、同・一五六頁は本判決の原審の結論に「反対なわけではない」という）。濱崎緑「弁護士会照会に報告する義務と確認の利益」熊法一四五号（二〇一九年）二六五頁以下。

（7）報告拒絶を不法行為とする損害賠償請求に関しても、同様の対立がある。伊藤・前掲注(3)二一頁、酒井・前掲注(4)『民事手続と当事者主導の情報収集』三〇四頁等参照。

（8）酒井・前掲注(4)『民事手続と当事者主導の情報収集』三一一頁等。

（9）伊藤・前掲注(3)二一頁。

（10）伊藤・前掲注(3)二一頁。

（11）伊藤・前掲注(3)一五頁、笠井・前掲注(3)七五頁。

（12）伊藤・前掲注(3)一五頁、同・前掲注(4)一七頁、工藤・前掲注(5)一一四頁。

（13）酒井・前掲注(4)『民事手続と当事者主導の情報収集』一九五頁以下。

（14）今津・前掲注(6)リマークス一二四頁。飯畑・前掲注(6)二五〇頁も、二三条照会に対する報告義務を抽象的なものという。なお、飯畑・前掲注(6)一八三頁以下に、二三条照会と類似する制度のうち、調査嘱託（民訴一八六条〔旧民訴二六二条〕）、刑事訴訟法上の捜査機関による照会（刑訴一九七条二項）及び裁判所による照会（同二七九条）に関し、報告義務の存否・根拠に関する学説の状況が示されている。

（15）北島周作「判批」リマークス五七号（二〇一八年）一一四頁以下。

（16）確認の利益の判断は、一般に、方法選択の適否・対象選択の適否・即時確定の利益の観点（ファクター）によって行われる。研究会では、本判決について、いずれのファクターを用いて、確認の利益を否定したか明らかでないことが一つの問題となった。筆者としては、即時確定の利益を否定したもののように思われるが、三木浩一教授からは、方法の適否が問題とされたのではないか

（確認の訴えという方法が不適切であると判断する場合、適切な方法を提示するのが通常であるが、本判決はこれを提示していない）との御教示を頂いた。本判決は即時確定の利益を否定したものとする見解として、酒井・前掲注(4)新・判例 Watch 一五六頁、加藤・前掲注(4)NBL一一四一号一〇三頁等。名津井・前掲注(4)七七頁は、本判決について、強制できない義務は義務ではないとする見解を採用したのではないか、そうすると、本来なら対象選択の適否を問題にすべきところ、二三条照会の存在意義を否定する意味合いが強くなるのを避けるため、確認判決の紛争解決機能の角度から確認の利益を否定する書き振りを採用した可能性があるとする。

(17) 金判一五六七号一一頁。なお、前掲注(1)参照。

(18) 加藤・前掲注(4)NBL一一四一号一〇四頁、酒井・前掲注(4)新・判例 Watch 一五八頁、伊藤・前掲注(4)二〇頁、名津井・前掲注(4)七七頁。

(19) 今津・前掲注(6)法教一三六頁。

(20) 給付の訴えにおいて、強制執行ができない場合でも訴えの利益を認めるのが、判例（大判大正八年一一月二六日民録二五輯二一二四頁等）・通説であるが、これは任意の履行を期待できるからであろう。

(21) 酒井・前掲注(4)新・判例 Watch 一五七頁。

(22) 金判一五六七号一〇頁。

(23) 本判決の匿名コメント・金判一五六七号一一頁は、原判決が、本件確認請求の認容判決により、Yが第三者から損害賠償請求をされても、違法性がないことを理由に拒むことができるということに対し、既判力が及ばないことから、疑問が呈されていたことに言及する。

(24) 笠井・前掲注(3)七七頁。なお今津・前掲注(6)判評一六五頁。

(25) 調査嘱託（民訴一八六条）については、内国の嘱託先は嘱託に応ずべき「一般公法上の義務」を負うのが通説とされる。高田裕成ほか編『注釈民事訴訟法第4巻』（有斐閣、二〇一七年）一六四頁〔濱本章子〕。

(26) 伊藤・前掲注(3)七頁は、報告義務確認訴訟に関する検討の対象は、狭義の訴えの利益というより、報告義務が具体的権利義務か、それをめぐる争いが法律上の争訟か、公法上の法律関係に関する確認の訴えに該当するかであるという。

(27) 報告を拒絶する行為が依頼者等に対する関係で不法行為を構成するかについて、本件第一次上告審判決の調査官解説は、私見としてではあるが、消極的な見解を示している（報告を受ける利益そのものが法律上保護される利益に当たるとの見解は、採用し難いとする。不法行為が成立する場合があり得るとの見解まで否定するものではない）。齋藤毅「判解」平成二八年度最判解民事篇四五

五頁。

(28) 伊藤・前掲注(3)二二頁、伊藤・前掲注(4)二一頁以下（仲裁の活用も提言する）、今津・前掲注(6)判評一六四頁、齋藤・前掲注(27)四五〇頁等。

(29) 研究会における御教示に負う。

〔追記〕 脱稿後に、今津綾子「判批」民商一五五巻五号（二〇一九年）一〇一五頁以下に接した。

大濱　しのぶ