

タイトル	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
著者	酒井，博行
引用	北海学園大学法学部50周年記念論文集：247-272
発行日	2015-03-15

# 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

酒 井 博 行

## 第一章 問題の所在

弁護士会照会（弁護士法二三条の二）は、弁護士が受任事件に必要な事項を公務所・公私の団体に照会することを所屬弁護士会に申し出、弁護士会が審査のうえ相当と認めた場合に照会先に報告を求める制度であり、<sup>①</sup> 弁護士はこの制度により、必要な情報を第三者たる公務所・公私の団体から入手できる。弁護士会照会は、民事訴訟内で用いる情報<sup>②</sup>の入手、訴え提起に必要な情報（訴状の当事者欄の記載で被告を特定するための住所等）の入手や、強制執行段階で債務者の責任財産を探知するための情報<sup>③</sup>の入手等のために活用が考えられる。

弁護士会照会における照会先の報告義務は明文では規定されていないが、照会先は正当な理由がない限り報告義務を負うとするのが判例・学説<sup>④</sup>の立場であり、この義務は弁護士会に対する公的な、ないし公法上の義務とされる。しかし、<sup>⑤</sup> 弁護士法上は報告拒絶に対する制裁がないため、照会先が報告を拒絶する場合がある。そのため、報告拒絶への対処が課題となり、<sup>⑥</sup> 照会申出をした弁護士ないしその依頼者が照会先に対し、報告義務の確認の訴えや、報告拒絶へ

が不法行為に当たるとして損害賠償を求める訴えを提起する事案が近年増加している。

筆者は、弁護士会照会における照会先の報告拒絶に対する制裁がない現状の下で報告拒絶に対処する手段を確保し制度を実効化するという観点から、報告義務の確認の訴えの許容性や報告拒絶を理由とする損害賠償請求の可能性の探求を考えているが、本稿では報告義務の確認の訴えの適法性を検討する。

本稿では、まず報告義務の確認の訴えに関する従来の裁判例を概観し(↓第二章、次に裁判例を踏まえ、この訴えの適法性に関する問題につき、特に確認の利益に焦点を当てて検討する(↓第三章))。

なお、本稿では紙幅の都合等から、いかなる場合に照会先が報告義務を負うかという要件面は検討対象としないことをあらかじめお断りしたい。

(1) この制度は「弁護士照会」「二三条照会」等とも呼ばれ、本稿でも裁判例でこれらの呼称が用いられる場合はそのまま記すが、それ以外の部分では「弁護士会照会」の呼称で統一する。

(2) 筆者は、本来当事者主義が妥当する民事訴訟審理の実体面につき、現状は裁判所が主導する職権主義的運用となっているのではなく、いかとの問題意識から、当事者が主導的な役割を担う本来の当事者主義を実現すべきであると考え、そのための条件として、当事者・代理人弁護士が主張・立証に必要な証拠・情報を早期に相手方当事者・第三者から入手するための証拠・情報の収集手続の拡充が必要となる(この点につき、酒井博行「当事者主義的民事訴訟運営と当事者照会の制裁型スキーム化に関する一考察」民訴六一号(二〇一五年)一四七〜一五〇頁等)。弁護士会照会は、主張・立証に必要な情報を第三者たる公務所・公私の団体から入手する手段として、本来の当事者主義の実現に資する制度であると考えられる。

(3) 金銭執行につき、債務者に自らの財産を開示させる財産開示手続(民事執行法一九六条以下)があるが、対象となる債務名義が限られること、虚偽陳述等に対する制裁が過料にとどまること等から、実効性に疑問がある。また、現行民事執行法には債務者の財産情報を第三者に照会する制度がなく、加えて、預金債権の差押命令申立ての際に支店等を明確に特定しない申立てを最高裁が不適法

としたため(最〔三小〕 平成二三年九月二〇日〔民集六五卷六号二七一〇頁〕、最〔一小〕 平成二五年一月一七日〔判時二七六号二九頁、判夕一三八六号一八二頁〕)、特に債権執行の対象たる債務者名義の預金口座の存否等を弁護士会照会により金融機関に照会する必要性は高い。現行法での金銭執行の問題点やそれを踏まえた立法提案、特に財産開示手続の実効化、第三者照会制度の新設につき、三木浩一〔司会〕ほか〔座談会〕 債務名義の実効性強化に向けた展望』同編『金銭執行の実務と課題』(青林書院、二〇一三年) 二九九頁、執行法制研究会『民事執行制度の機能強化に向けた立法提案』三木編・前掲三五三頁。

(4) 最〔三小〕 判昭和五六年四月一日〔民集三五卷三三六二〇頁〕等。

(5) 飯畑正男『照会制度の実証的研究』(日本評論社、一九八四年) 一九六頁、新堂幸司『新民事訴訟法(第五版)』(弘文堂、二〇一一年) 三八九頁、高中正彦『弁護士法概説(第四版)』(三省堂、二〇一二年) 一一八頁、川嶋四郎『民事訴訟法』(日本評論社、二〇一三年) 四九五頁、梅本吉彦『民事訴訟法(第四版補正第三刷)』(信山社、二〇一三年) 一八一頁、高橋宏志『重点講義民事訴訟法(下)(第二版補訂版)』(有斐閣、二〇一四年) 八七頁等。

(6) 日本弁護士連合会では弁護士法二三条の二の改正案が策定され、二〇〇二年一月二二日の理事会にて「司法制度改革における証拠収集手続の拡充のための弁護士法二三条の二の改正に関する意見書」が採択されているが(この意見書は見直しが行われた上で、二〇〇八年二月二九日の理事会にて「司法制度改革における証拠収集手続拡充のための弁護士法二三条の二の改正に関する意見書」が再度採択されている)、この改正案では日弁連が報告拒絶者に対し催告することができることが明文化されている。改正案の概要等につき、石丸鐵太郎・上杉一美「弁護士会照会制度の改正運動などについて」自正六二卷一三三号(二〇一一年) 三二一〜三三三頁、高橋金一「弁護士法第二三条の二の改正について」自正六六卷一号(二〇一五年) 四四頁。

## 第二章 裁判例

弁護士会照会に対する照会先の報告義務の確認の訴えに関する公判裁判例は、現在下級審裁判例が七件ある。なお、ここで紹介する裁判例は全て、報告義務の確認請求と報告拒絶を理由とする損害賠償請求等が併合されている事案、照会先に対する損害賠償請求訴訟内で報告義務の中間確認の訴えが提起された事案に関するものである。

①大阪地判昭和六二年七月二〇日（判時一二八九号九四頁、判夕六七八号二〇〇頁）

【事案の概要】

亡Aの子Xら（原告）からAの死亡に関する事件処理を受任したZ弁護士（参加人）は、労災死亡認定申請の判断資料に供するため、Y医療法人（被告）に対するAの診療経過等に関する照会を大阪弁護士会に申し出、照会がなされたが、Yは回答を拒絶した。Xらは大阪弁護士会に代位してYに対し照会事項につき同弁護士会に回答することを請求し、また、損害賠償を請求した。この訴訟にZが独立当事者参加をし、ZとXら・Yとの間で照会事項につき同弁護士会に代位して同弁護士会に回答することを求める権利を有することの確認、および同弁護士会に代位してYに対し照会事項につき同弁護士会に回答することを請求した。

【判旨】

大阪地裁は、照会先は原則として回答義務を負うものの、正当な事由があれば回答を拒否し得るとしたが、弁護士法二三条の二は照会先に照会事項の回答を請求する権能を弁護士会に専属させ、一般私人はもとより弁護士も直接に照会先に特定の事項につき回答を請求するいかなる権利も有さず、一般私人も弁護士も弁護士会に代位して照会先に対し弁護士会宛に回答を請求することも許されないとし、XらのYに対する回答請求に係る訴えとZの参加に係る全ての訴えを却下し、Xらのその余の請求を棄却した。Zの参加請求中、確認請求に関する判示は次の通りである。

「…ZのXら及びYに対する右回答請求権の確認請求にかかる訴えの部分は、ZがYに対して直接または大阪弁護士会に代位して右回答請求をする権利を有することがなく、かつ、Yが大阪弁護士会に右照会に対する回答をしないことによって、かりに弁護士であるZが受任した事件の処理に支障を生じてなんらかの具体的損害（権利侵害）を被むるといったことがあって、それがYの責に帰すべきものであるとしても、その場合にはZはYに対して端的に損害賠償

償請求をするなどの方法によって救済を求めるべきものであり、それによらずにYが大阪弁護士会に対して右回答義務を負うことをZとXら及びYとの間で確認しておくべき法的利益がZにあるとは本件における全資料を総合しても到底認められないから、確認の利益を欠いた不適法な訴えといふべきである。」

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参照）

【事案の概要】

帝王切開手術中に高次医療機関への救急搬送が必要となり、搬送後に死亡したAの夫X<sub>1</sub>（原告）の委任を受けたX<sub>2</sub>（弁護士（原告））は、医療過誤訴訟提起の際の方針を判断するため、B（岐阜中消防署長）に対する、亡Aの搬送に係る救急活動内容に関する照会を愛知県弁護士会に申し出、照会がなされた。Bは照会事項の一部につき回答したが、その余につき回答を拒絶した。XらはY市（岐阜市。被告）に対し、Bの回答拒絶が違法であることの確認（行政事件訴訟法四条・三九条）、Bに対する回答の義務付け（同法三条六項二号・三七条の三）、および国家賠償法一条一項に基づくXらへの損害賠償を求めた。

【判旨】

岐阜地裁は、回答拒絶の違法確認の訴え、回答の義務付けの訴えを却下したが、被照会者が正当な理由なく回答を拒絶し、申出弁護士の業務遂行の利益や依頼者の裁判を受ける権利ないし司法手続により紛争を解決する利益が侵害されたと評価し得る場合には被照会者が損害賠償責任を負うことがあり得るとしたうえで、Bの回答拒絶には正当な理由がないとしてXらの損害賠償請求を認容した。回答拒絶の違法確認の訴えに関する判示は次の通りである。

「…弁護士照会制度は、弁護士会が、所属弁護士による申出に基づき、公務所又は公私の団体に照会して必要な事項

の報告を求めることができる制度として規定されており、公務所ないし公的団体のみならず、私的団体をも照会の相手方とすることができるものであるから、公務所ないし公的団体に対して弁護士照会がされた場合であっても、照会者（又は照会申出者）と被照会者とは公法上の法律関係に立つと認めることはできない。したがって、照会者（又は照会申出者）と被照会者との関係は、行政事件訴訟「法四条にいう『公法上の法律関係』には該当しないから、本件回答拒否が違法であることの確認の訴えは、不適法である。

なお、念のため、本件回答拒否…が違法であることの確認の訴えが民事訴訟として適法であるかどうか検討するに、このような訴えによることは、本件回答拒否が違法であることを理由とする国家賠償法一条一項に基づく損害賠償請求によること以上に、紛争解決にとって有効ないし適切であるということとはできないから、同確認の訴えは、民事訴訟としても確認の利益がなく、不適法である。」

③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）

**【事案の概要】**

裁判例②の控訴審判決である（Xらが控訴、Yが附帯控訴）。

**【判旨】**

名古屋高裁は、原判決のうち回答拒絶の違法確認の訴えを却下した部分に対するXらの控訴につき、原判決をほぼ引用し控訴を棄却した。なお、回答の義務付けの訴えを却下した部分に対するXらの控訴も棄却されたが、Xらの損害賠償請求を認容した部分に対するYの附帯控訴については、X<sub>2</sub>の請求を認容した原判決を取り消し、これを棄却すべきものとした（X<sub>1</sub>に対する附帯控訴は棄却）。

④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、金判一四一四号三一頁、金法一九六四号一〇八頁）<sup>①</sup>

【事案の概要】

A株式会社に対する執行証書、Bに対する仮執行宣言付判決を有するX（原告）から受任したC弁護士は、強制執行・詐害行為取消訴訟等の措置を講ずるため、Y銀行（被告）に対する照会を東京弁護士会に申し出た。同弁護士会は、B名義の預金口座の有無、口座がある場合の支店、口座番号等についての照会、A名義の預金口座の有無、口座がある場合の支店、口座番号等、各口座から第三者に対する送金の有無および送金先等につきYに照会したが、Yは報告を拒絶した。XはYに対し、Yが本件各照会につき東京弁護士会に対し報告する義務があることの確認を求め、併せて、慰謝料を請求した。

【判旨】

東京地裁は、照会先は原則として報告をすべき公法上の義務を負うとしたうえで、Yの報告拒絶には正当事由がないとした。そして、報告義務の確認請求につき確認の利益を認め請求を認容したが、Yの故意・過失を否定し慰謝料請求を棄却した。報告義務の確認の利益に関する判示は次の通りである。

「Yは、本件各照会の照会事項につき、公法上の義務として東京弁護士会に対し、照会事項の報告義務を負っている。そして、Yがこの義務に反して報告しないことの直接の結果として、XはA及びBに対する強制執行による権利の実現が妨げられている。したがって、Xは、Yが公法上の義務を履行しないことによつて債務名義による債務者に対する権利の実現が妨げられているのであるから、Yによる権利実現の妨害を排除して権利救済を受けるため、Yに対し、照会事項につき東京弁護士会に対する報告義務が存することの確認を求めることができると解するのが相当である。

本件各照会に対する報告がないためXが強制執行のために必要な情報を得ることができないことは、国民の権利救

済の観点から見過ごすことができないXに対する重大な権利侵害につながると評価することができ、照会事項の報告を受けることは、Xの実効的な権利救済の実現のために不可欠である。弁護士会照会の照会事項の報告が、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、弁護士会に対する報告義務を負うと解される場合においては、照会を受けた者が照会事項について報告しないときは、弁護士会に照会を申し出た弁護士に対して当該照会事項に係る法律事務の委任をしていた当事者は、弁護士会照会制度によって保護されるべき権利の救済を求めため、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）として、照会を受けた者を被告として、弁護士会に対する報告義務の確認を求めることができると解される。

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、このような場合に報告義務の存否について判決をもって法律関係を確定することが、その法律関係に関する法律上の紛争を解決し、当事者の法律上の地位の不安、危険を除去するために必要かつ適切である場合であることは明らかであり、確認の利益が認められることは当然である。

⑤東京高判平成二五年四月一日（金判一四一六号二六頁、金法一九八八号一一四頁）<sup>②</sup>

【事案の概要】

裁判例④の控訴審判決である（Yが控訴、Xが附帯控訴）。

【判旨】

東京高裁は、原判決のうち報告義務の確認請求を認容した部分に対するYの控訴を容れ、確認の利益を否定して原判決を取り消し、訴えを却下した。また、慰謝料請求を棄却した部分に対するXの附帯控訴を棄却した。報告義務の



⑥東京地判平成二六年七月二二日（金判一四五二号五〇頁①事件）

⑦東京地判平成二六年八月七日（金判一四五二号五〇頁②事件）

【事案の概要】（※両裁判例の事案の概要はおおむね共通するため、まとめて記す）

Aらを被告とする訴訟で損害賠償請求を認容する確定判決を得たX<sub>1</sub>（裁判例⑥原告）、Bらを被告とする訴訟で損害賠償請求を認容する確定判決を得たX<sub>2</sub>（裁判例⑦原告）両名の訴訟代理人であったC弁護士は、各確定判決に基づく強制執行の準備のため、Y（一般社団法人全国銀行協会。裁判例⑥⑦被告）が設置・運営する全国銀行個人信用情報センター（センター）に対する照会を東京弁護士会に申し出た。同弁護士会はセンターにAらの登録情報、Bらの登録情報の報告を求めたが、センターは報告を拒絶した。X<sub>1</sub>はYに損害賠償を請求し、中間確認の訴えとして、YがAらに係る照会事項につき東京弁護士会に対し報告する義務があること、またはあつたことの確認を求めた（裁判例⑥）。X<sub>2</sub>は、報告拒絶のためBらに対する強制執行ができず、財産的・精神的損害を被つたとして、Yに損害賠償を請求し、YがBらに係る照会事項につき東京弁護士会に対し報告する義務があること、またはあつたことが損害賠償請求権の存否の先決問題であるとして、中間確認の訴えとしてこれらの義務の確認を求めた（裁判例⑦）。

【裁判例⑥判旨】

東京地裁は、弁護士会照会に係る権限は弁護士会のみであり、申出をした弁護士および依頼者は照会先に報告を求める権利を有しないことはもとより、報告を求めるにつき法律上の利益を有していると認めることもできず、Yの報告拒絶がX<sub>1</sub>の法律上の利益を侵害するとはいえないとして損害賠償請求を棄却した。中間確認の訴えは却下されたが、この点に関する判示は次の通りである。

「∵Yが本件照会に対して報告を拒否したとしても、X<sub>1</sub>の法律上保護された利益を侵害するものとは認められないも

のであって、このことは、Yが東京弁護士会からの本件照会に対して義務を負うか否かに左右されるものではない。したがって、Yの東京弁護士会に対する報告義務の有無は、X<sub>1</sub>のYに対する不法行為に基づく損害賠償請求権の存否の先決関係に立つ法律関係に当たると解することができないから、本件中間確認の訴えは、いずれも不適法として却下すべきものである。」

【裁判例の判旨】

東京地裁は中間確認の訴えを却下したが、この点に関する判示は次の通りである。

「弁護士会照会制度は、…照会の主体を弁護士会、その相手方を公務所又は公私の団体とするものであり、その法律関係は弁護士会と公務所又は公私の団体との間の公法上の権利義務関係である。

X<sub>2</sub>は、本件照会の実質的な主体は申出をした弁護士及び依頼者であると主張するが、Yが本件照会事項について報告義務を負う場合であっても、当該義務はYが東京弁護士会に対して負う公法上の義務であり、X<sub>2</sub>に対する義務ではないから、Yが本件照会事項について報告することによるX<sub>2</sub>の利益は、法律上の利益とはいえない。

よって、仮に、Yに本件照会事項について東京弁護士会に対する報告義務違反が認められても、それによりX<sub>2</sub>に対する不法行為上の義務違反が認められるわけではない。他方、Yに上記義務違反が認められないとしても、そのことによってX<sub>2</sub>の個別具体的な権利の侵害がおよそ認められなくなるとまではいえない。そうすると、Yが本件照会事項について弁護士会に対して報告すべき公法上の義務を負うか否かの判断は、Yが本件照会事項について報告を拒否した行為がX<sub>2</sub>に対する不法行為を構成するかどうかの判断との関係で、先決関係にあるとはいえない。

したがって、本件中間確認の訴えについては、いずれも訴えの利益が認められないというべきであるから、…不適法として却下を免れない。」

なお、本判決は、照会先は原則として弁護士会に報告をする公法上の義務を負うとしつつ、Yの報告拒絶には正当な理由があるとして、X<sub>2</sub>の損害賠償請求を棄却した。

- (1) この判決に関する論稿として、渡邊迅「三崎拓生「弁護士会照会の報告拒否に対する法的救済措置」NBL九九六号(二〇一三年)三六頁、伊藤眞「民事訴訟の目的再考」新堂幸司監修・高橋宏志「加藤新太郎編『実務民事訴訟講座(第三期)第一巻』(日本評論社、二〇一四年)五〇～五六頁、評釈として、黒田直行「判批」JA金融法務五〇六号(二〇一三年)四八頁。
- (2) この判決に関する論稿として、伊藤眞ほか「(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(二〇一四年)四五～四六頁、「松下淳一発言」、四九～五一頁、「伊藤ほか発言」、伊藤・前掲本章注(1)五〇～五六頁、評釈として、石毛和夫「判批」銀法七六〇号(二〇一三年)五六頁、藤田広美「判批」債管一四二号(二〇一三年)一二二頁、黒田直行「判批」JA金融法務五二四号(二〇一四年)四四頁、今津綾子「判批」リマークス五〇号(二〇一五年)一二二頁。

### 第三章 検討

#### 第一節 公法上の法律関係に関する確認の訴えか、民事訴訟法上の確認の訴えか

弁護士会照会の報告義務に関する確認の訴えは、行政機関に対して提起されることがあり、また、それ以外の場合でも、照会先の報告義務は公的な、ないし公法上の義務とされる。そのため、この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)として認められるか否かが問題となる。

この点につき裁判例②③は、弁護士会照会は私的団体も相手方にできるため、公務所・公的団体に対する照会の場

合も照会者・照会申出者と照会先とが公法上の法律関係に立つとは認められないとして、報告拒絶の違法確認の訴えは公法上の法律関係に関する確認の訴えとして不適法であるとした。

他方、裁判例④は、報告義務を負う照会先が報告をしない場合には、依頼者は公法上の法律関係に関する確認の訴えとして、照会先を被告として弁護士会に対する報告義務の確認を求めることができるとした。これに対し、控訴審判決たる裁判例⑤は、傍論で、ここでの確認の訴えは私人たる依頼者Xが私人たる照会先Yに対し報告義務の確認を求めるものであり、かつYの報告拒絶が公権力の行使に当たる行為とすることはできないため、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した。

このように、報告義務に関する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か否かにつき、積極に解するのは裁判例④のみであり、裁判例②③⑤は消極に解する。この点に関して、一般に弁護士会照会および照会に対する報告は行政処分等の行政特有の諸行為に関わるものではないため、報告義務に関する確認の訴えは、公法上の法律関係に関する確認の訴えとすることはできないと考えられる。<sup>1)</sup>

## 第二節 即時確定の利益

確認の利益が認められるためには、原告の権利・法的地位に危険や不安が現存し、その解消のために確認判決の取得が必要かつ適切であることが求められる。この即時確定の利益の前提として、確認判決により保護されるべき原告の法的利益の存否が問題になる。

この点につき裁判例①は、弁護士ZがYに対し直接または弁護士会に代位して回答を求める権利を有しないことを理由に確認の利益を否定した。また、裁判例⑤は、弁護士会照会を行う主体は弁護士会であり、これに基づく法律関

係は弁護士会と照会先との間に係るものであり、Yが報告義務を負うとしてもそれは弁護士会に対する一般公法上の義務であり依頼者Xに対する直接の義務ではないため、Yが報告することによるXの利益は反射的利益にすぎず、事実上の利害関係を有するにすぎないため、Xの権利・法律関係につき危険や不安が現存するとはいえ、即時確定の利益を有するということはできないとした。

他方、裁判例⑤の原判決たる裁判例④は、報告義務の確認請求を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、この訴えの利益は民事訴訟の確認の利益が基本となる。<sup>(2)</sup>この点につき裁判例④は、Yが弁護士会に報告しなかったことの直接の結果としてXのA・Bに対する強制執行による権利実現が妨げられており、XはYによる妨害を排除し権利救済を受けるため、Yの報告義務の確認を求めることができるとし、このような場合に報告義務を確認することが、法律上の紛争を解決し当事者の法律上の地位の不安・危険を除去するために必要かつ適切であることは明らかであるとする。

このように、裁判例①⑤が報告義務の確認により保護されるべき弁護士・依頼者の法的利益を否定するのに対し、裁判例④は依頼者の法的利益を肯定するが、この問題をどう考えるべきであろうか。

まず、弁護士会照会では個々の弁護士に照会権は認められず、<sup>(3)</sup>弁護士会への照会申出権のみが認められる。したがって、裁判例①が弁護士による照会先に対する回答請求権の確認の訴えを却下する際、弁護士が直接照会先に回答を求める権利を有しないこと、弁護士が照会・回答請求を照会先に行うことを弁護士会に求める権利を有さず、弁護士会に代位して回答請求をする権利も有しないことを根拠とするのは、その限りで妥当である。

しかし、弁護士会照会の際に弁護士・依頼者と照会先の間で直接の法律関係が成立しないとしても、報告義務の確認判決により保護されるべき弁護士・依頼者の法的利益が認められるか否かは別途問われるべきであろう。この点に

関して、現在公判裁判例は裁判例④⑤のみであり、学説の議論も端緒についたばかりである。<sup>④</sup>ただ、照会先の報告拒絶を不法行為とする依頼者・弁護士による損害賠償請求において、報告拒絶により侵害される依頼者・弁護士の法的利益が認められるか否かにつき下級審裁判例の蓄積があり、学説でも議論の展開がみられるため、報告義務の確認の利益を考察する際にも、この点の検討から示唆を得られると考えられる。

報告拒絶に基づく照会先の不法行為責任が問われた下級審裁判例では、一方で、(a)照会権限を有するのは弁護士会であり弁護士には照会権限がないこと、報告がなされることによる弁護士・依頼者の利益は事実上の利益ないし反射的利益にすぎないこと等を理由に、報告拒絶による弁護士・依頼者の法的利益の侵害はないとする裁判例がある。<sup>⑤</sup>他方で、(b)照会権限を有するのは弁護士会であるとはいえ、照会による自己の法的利益の実現や享受を求めている実質的な主体が弁護士・依頼者であること等を理由に、報告拒絶が弁護士・依頼者の法的利益の侵害に当たるとする裁判例がある。<sup>⑥</sup>また、学説でも前記の(a)説を採る立場<sup>⑦</sup>と(b)説を採る立場<sup>⑧</sup>とが対立しているが、これらの点を踏まえて、以下考察を進めていきたい。

この問題の考察の際には、弁護士会照会が照会権を弁護士会にのみ認め、弁護士には照会申出権のみを認め、弁護士会を介して報告の結果を得ることができるとする点をどう評価するかが重要である。弁護士法二三条の二は一九五一年の弁護士法一部改正により新設された規定であるが、この規定の沿革を振り返ることで考察の手がかりを得ることにしたい。<sup>⑩</sup>

現行弁護士法が制定されたのは一九四九年であるが、同年の第五回国会での弁護士法案の審議の際、二三条に「弁護士は、その職務を執行するため必要な事実の調査及び証拠のしゅう集を行うことができる。但し、相手方は、正当の理由がある場合には、これを拒むことができる」との一項を挿入する修正案が参議院法務委員会に提出された。この

提案の趣旨は、「現在自由に委されておる事実の調査及び証拠の蒐集というものを、権利として確立しようという」ものであった。<sup>11)</sup> この修正案は参議院法務委員会・本会議で可決され、衆議院に回付された。これに対し衆議院では、弁護士にこのような権利まで認めることは相当ではないとして、修正案に同意せず修正前の原案を再議決・可決した。しかし、弁護士の事実調査・証拠収集権を立法化したいとの要求は続き、一九五一年の第一〇回国会で弁護士法一部改正案が審議された際、現行の二三条の二を挿入する修正案が参議院法務委員会・本会議で可決され、衆議院も回付された修正案に同意し可決したため、弁護士会照会制度が新設されるに至った。なお、現行弁護士法制定時に提案された弁護士の事実調査・証拠収集権に関する規定案が現行法二三条の二の規定に変更されたのは、個々の弁護士が直接相手方に向いて事実調査・証拠収集をなし得るとすれば、檢察官類似の権限を付与するものであるし、憲法上の令状主義に照らしても行き過ぎであるとの批判を考慮した結果である。<sup>12)</sup>

この沿革を踏まえ、一方で、弁護士会照会が個々の弁護士に事実調査・証拠収集の権限を認めず、弁護士会を介する規律を採っていても、弁護士会が権利主体となることを積極的に意図していたわけではなく、個々の弁護士の権限を正面からは規定しないことに重点があったのではないかと解する立場が考えられ、この立場からは、報告に実質的な法的利益を有するのは弁護士・依頼者であるとの理解が導かれる。他方、弁護士会照会が弁護士会にのみ照会権限を認め、個々の弁護士は照会申出権のみを有し、照会先の報告義務も弁護士会に負うものとの理解を形式的に徹底すれば、報告についての弁護士・依頼者の利益は反射的利益ないし事実上の利益に過ぎないとの理解が導かれる。

この点を検討すると、弁護士法二三条の二の沿革をみても、弁護士に職務執行のための事実調査・証拠収集手段を認めることに主眼が置かれており、現行の弁護士会照会でも、照会は弁護士会が照会先に報告を求める形でなされ、かつ弁護士会が照会申出の適否・照会の可否を判断するといえ、照会事項は弁護士の受任事件に必要な事項であり、

弁護士会は個々の照会事項につき利害関係を有しない。したがって、照会先の報告拒絶により不利益を被るのは弁護士・依頼者であり、それ故、弁護士・依頼者には報告義務の確認判決により保護されるべき法的利益が認められると解すべきである。

それでは、報告義務の確認判決により保護されるべき法的利益としていかなるものが考えられるのであろうか。まず、依頼者の法的利益であるが、依頼者が提起した報告義務の確認の訴えを適法とし、請求も認容した唯一の公判裁判例たる裁判例④は、確認判決により保護されるべき依頼者の利益が何かを明確に述べていない。しかし、判旨の全体からみて、「照会により強制執行のために必要な情報を得て、強制執行により実効的な権利救済を受ける利益」<sup>14</sup>が、依頼者の利益として想定されていると考えられる。学説では、強制執行の場合の差押えの対象たり得る責任財産を確保する利益や訴訟の場合に事実や証拠を探知して審理に提出し適正な判断を受ける利益を挙げるものがある<sup>15</sup>。

また、照会先の報告拒絶に係る不法行為責任に関する裁判例では、報告拒絶により侵害される依頼者の法的利益につき、司法制度による紛争解決を適切に実現する利益<sup>16</sup>、遺言執行者たる司法書士の報告拒絶に関する事案で、相続人たる依頼者が遺留分減殺請求権を円滑に行使する利益を挙げるものがある<sup>17</sup>。また、学説では、裁判を受ける権利<sup>18</sup>、照会により回答を得る利益が挙げられている<sup>19</sup>。さらに、照会先の報告拒絶により侵害される弁護士の法的利益につき、依頼者のために事務処理を円滑に遂行する利益<sup>20</sup>、受任事件の処理に必要な調査等を行う利益を挙げる裁判例があり、学説では、照会により回答を得る利益を挙げるものがある<sup>21</sup>。

そもそも、弁護士会照会は受任事件につき訴訟係属ないし訴訟提起の意図の有無にかかわらず利用可能であり、民事訴訟と関係する場面でも、訴え提起前、および強制執行の準備段階等の利用が考えられ、さらに行政訴訟や刑事弁護等のための情報の入手にも用いられる<sup>22</sup>。したがって、報告義務の確認判決により保護されるべき依

頼者の法的利益として、前記の裁判例・学説で挙げられるものも含め、具体的事案に依りて多様なものが想定され、また、弁護士の法的利益として、依頼者と別次元のものも想定される。しかし、筆者は、依頼者・弁護士を問わず、また具体的な事案の相違を捨象してもなお全ての事案に共通し、かつ確認判決による保護に値する法的利益として、照会により報告を得る利益を想定できると考える。すなわち、まず依頼者は弁護士会照会を通じ、訴状が適法なものとされるに足りるよう被告を特定すること、主張・立証に必要な証拠・情報を入手すること、強制執行の対象財産探索のための情報入手すること等、ひいては司法制度による紛争解決や実効的な権利実現等を目指し、行政訴訟や刑事訴訟の文脈ではまた違った目的が想定され得る。また、弁護士は弁護士会照会を通じ、受任事件の処理に必要な調査等を行うこと、依頼者のために事務処理を円滑に遂行すること、ひいては前記の依頼者の目的達成のために代理人として助力することを目指す。そして、ここで挙げた依頼者・弁護士の目的達成につき、具体的な事案ごとに多様な利益が想定され、また、捉え方次第では抽象度の高い利益（裁判を受ける権利に係る利益等）も想定される。そのため、このような多様な利益を報告義務の確認判決により保護されるべき利益とすると、事案によっては要保護性に疑問が呈される可能性もある。しかし、依頼者・弁護士の様々な目的の実現のための共通の第一段階として、個々の（受任）事件につき必要な事項に関する弁護士会照会に係る報告を照会先より得ることが考えられ、しかも、この報告を得る利益は報告義務の確認判決による保護に値する具体性を備えた法的利益であると考えられる。故に筆者は、照会先の報告拒絶により危険・不安にさらされる、依頼者・弁護士が自らの（受任）事件に必要な照会事項に関する報告を得る利益の保護のため、報告義務の確認の訴えにつき即時確定の利益が認められるべきであると考える。

### 第三節 手段選択の適否

確認の利益が認められるには、他の法的手段ではなく確認の訴えを選択したことが適切であることも必要とされる。この点につき裁判例①は、照会先Yの回答拒絶により弁護士Zの受任事件の処理につき何らかの具体的損害を被ることがあったとしても、ZはYに対し損害賠償請求等の方法により救済を求めるべきであるとして、回答請求権の確認の利益を否定する。また裁判例⑤は、照会先Yの報告拒絶により依頼者Xの権利等につき危険・不安が生じたというのであれば、その除去のためには、Yの報告義務の確認の訴えによるよりも、報告拒絶が違法であることを理由とする損害賠償請求等による方がより有効かつ適切であるとして、報告義務の確認の利益を否定する。なお裁判例②③は、報告拒絶の違法確認の訴えが民事訴訟として適法か否かを傍論で判断しており、ここでは、報告拒絶が違法であることを理由とする損害賠償請求によること以上に確認の訴えによるものが紛争解決にとつて有効なし適切であるといえないから、この訴えは民事訴訟としても確認の利益がないとする。

このように、報告義務の確認の利益を否定する裁判例は一樣に、損害賠償請求の方が報告義務の確認の訴えよりも弁護士・依頼者の法的利益についての危険・不安の除去や紛争解決にとつて有効・適切であるとして、確認の訴えの選択を不適切であるとするが、この点をどう考えるべきであろうか。

そもそも、確認の訴えによることの適否が確認の利益の判断要素となるのは、確認の訴え以外により適切な紛争解決手段が存在する場合にはその手段によるべきであり、確認の訴えはそれ以外に適切な紛争解決手段が存在しない場合のみ補充的に認められるべきであることを根拠とするが、その前提として、確認の訴えとそれ以外の紛争解決手段との目的の共通性が要求されると考えられる。しかし、報告義務の確認請求と報告拒絶を理由とする損害賠償請求

とでは、目的が共通しない場合が多いのではない。まず、多くの場合、報告義務の確認の訴えは、依頼者の権利・法的利益の実現・保護、弁護士への委任事件についての円滑な事務処理の遂行の前提として、照会先からの弁護士会に対する報告を通じて必要な情報を入手するための第一歩として、照会先の報告義務につき既判力のある判断を得るために提起されていると考えられる。それに対して、損害賠償請求の訴えは、照会先の報告拒絶により依頼者等が必要な情報を入手できなかったことにより被った損害の事後的な填補を目的とする。この場合、報告義務の確認の訴えと損害賠償請求の訴えとは、そもそも目的自体が異なる。そのため、報告義務の確認の訴えによる法的利益の保護や紛争の解決が、損害賠償請求の訴えによってより適切に達成されるとの関係は認められない<sup>23)</sup>。それ故、損害賠償請求の訴えをより適切な手段として選択すべきことを根拠として報告義務の確認の利益を否定する裁判例の立場は、妥当性を欠くと考えられる。

また、弁護士・依頼者には照会先に対する照会権・報告請求権は認められないため、弁護士・依頼者が報告を拒絶する照会先に対し民事訴訟を通じて報告を求める場合、報告義務の確認請求という、直接の給付請求権が認められる場合には迂遠と思われる手段を採らざるを得ない。そして、この点からも、報告義務の確認の訴えにつき手段の選択として不適切であるが故に確認の利益を否定するとの立場は採り得ないと考えられる。

#### 第四節 報告義務の中間確認の訴えの適法性

裁判例⑥⑦では、報告拒絶を理由とする照会先に対する損害賠償請求訴訟内で提起された報告義務の中間確認の訴えの適法性が問題となっている。この点につき裁判例⑥⑦ともに、照会先の報告拒絶により原告たる依頼者の法律上の利益が侵害されるわけではなく、照会先の弁護士会に対する報告義務違反が依頼者に対する不法行為を構成しない

ため、報告義務の有無は依頼者の照会先に対する損害賠償請求権の存否の先決問題たり得ないとして、報告義務の中間確認の訴えを不適法とする。

中間確認の訴えの要件の一つとして、訴訟中で争われている法律関係の成立・不成立が本来の訴訟の目的たる権利・法律関係の全部または一部に対し先決的關係にあり、その判断が本来の訴訟の全部または一部の勝敗に影響を与えるものであることが求められる。<sup>25</sup>この点につき、照会先の弁護士会照会に対する報告による依頼者等の利益を事実上の利益ないし反射的利益とする、報告拒絶による依頼者等の法的利益の侵害自体があり得ず、照会先の報告義務が依頼者等の損害賠償請求権の存否の先決問題となり得ないことになる。しかし、筆者は照会先が弁護士会に対し照会事項につき報告することによる弁護士・依頼者の利益は法的利益であると解すべきと考え、このように解すると、報告拒絶による依頼者等の法的利益の侵害が認められ、照会先の報告義務が依頼者等の損害賠償請求権の存否の先決問題たり得、この点から、報告義務の中間確認の訴えは適法と解すべきである。もつとも、照会先の報告義務が認められても、損害賠償請求が棄却される可能性もある(照会先の報告拒絶につき故意・過失が認められない場合など)。しかし、中間確認の訴えの対象たる法律関係の成立・不成立が本来の訴訟の勝敗に与える影響の程度については、理論上一般的に本来の訴訟の勝敗に影響を及ぼすものであれば足りるとする抽象的先決性説が判例・通説の立場であり、<sup>26</sup>この立場を採り、かつ照会先の報告拒絶により依頼者等の法的利益が侵害されるとの立場を採れば、報告拒絶を理由とする損害賠償請求訴訟における報告義務の中間確認の訴えの適法性は認められると考えられる。

(1) 室井方ほか編『コンメンタール行政法Ⅱ行政事件訴訟法・国家賠償法(第二版)』(日本評論社、二〇〇六年)七一頁「浜川清」は、国民の権利に影響を及ぼすが処分性の認められない行政特有の諸行為に関わる確認の訴えであれば、行訴法四条に基づく確認訴訟に



- 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（二〇〇六年）二二頁、本多・前掲本章注（5）一三二頁、(10)京都市地判平成一九年一月二四日（判タ一三三八号三二五頁）、(11)東京地判平成二三年九月一六日（金法一九二四号一一九頁。本章注（5）裁判例（5）の原判決）、(12)名古屋地判平成二五年二月八日（金法一九七五号一一七頁、金判一四三〇号二九頁参照。本章注（5）裁判例（7）の原判決）、および第二章本文の裁判例②③④。また、本章注（5）裁判例（6）は、弁護士と依頼者が損害賠償を請求した事案で、依頼者の法的利益の侵害を認める。
- (7) 宮川・前掲本章注（5）五五頁、升田・前掲本章注（6）二六頁。
- (8) 近衛・前掲本章注（5）一五頁、前田・前掲本章注（5）五七頁、小野寺・前掲本章注（5）一三八〜一四〇頁、本多・前掲本章注（5）一三三頁、岩藤・前掲本章注（5）三五頁。
- (9) 栗田隆「判批」関法六三卷二号（二〇一三年）一五八頁は、調査嘱託における回答拒絶との関係で（参照されているのは弁護士会照会に関する裁判例・学説であるが）、(a)説のような見解を「反射的利益説」、(b)説のような見解を「実質的利益主体説」と呼ぶ。
- (10) 弁護士法二三条の二の沿革に関しては、飯畑・前掲第一章注（5）四〜一二頁、日本弁護士連合会調査室編著・前掲本章注（3）一五九頁参照。本文の以下の記述もこれらの文献に多くを負う。
- (11) 飯畑・前掲第一章注（5）五頁に、会議録より抄録された、修正案提出者である松井道夫委員の説明が引用されている。
- (12) 日本弁護士連合会調査室編著・前掲本章注（3）一五九頁。
- (13) 伊藤ほか・前掲第二章注（7）四九頁「松下発言」。
- (14) 伊藤・前掲第二章注（1）五四頁。
- (15) 第二章本文の裁判例②③。
- (16) 本章注（6）裁判例（10）。ただし、この事案では遺言執行者の相続財産目録作成・交付義務（民法一〇二一条一項）も同時に問題となっていた点に留意する必要がある。
- (17) 前田・前掲本章注（5）五七頁。
- (18) 小野寺・前掲本章注（5）一三九頁。
- (19) 第二章本文の裁判例②③。
- (20) 本章注（6）裁判例（12）。
- (21) 小野寺・前掲本章注（5）一三九頁。

- (22) 飯畑・前掲第一章注(5)七九〜一二三頁、東京弁護士会調査室編・前掲本章注(3)四一〜一九五頁、愛知県弁護士会編・前掲本章注(3)四八〜一七三頁に、弁護士会照会が用いられる事件類型ごとの照会例がまとめられている。
- (23) 松本博之Ⅱ上野泰男『民事訴訟法(第七版)』(弘文堂、二〇一二年)一五八頁「松本」、小島武司『民事訴訟法』(有斐閣、二〇一三年)二三三頁、川嶋・前掲第一章注(5)二四三頁、高橋宏志『重点講義民事訴訟法(上)』(第二版補訂版)『(有斐閣、二〇一三年)三六五頁等。
- (24) 伊藤・前掲第二章注(1)五四頁は、報告義務の確認の訴えで問題となるのは、照会で得られた情報に基づき責任財産を確保する利益や、事実や証拠を探知して審理に提出し適正な判断を受ける利益であり、それが事後的な損害賠償請求により救済できるとは考えられないとする。
- (25) 秋山幹男ほか『コンメンタール民事訴訟法Ⅲ』(日本評論社、二〇〇八年)二〇七頁。
- (26) 中野貞一郎ほか編『新民事訴訟法講義(第二版補訂二版)』(有斐閣、二〇〇八年)五二五頁「栗田隆」、秋山ほか・前掲本章注(25)二〇七〜二〇九頁等。

#### 第四章 むすびにかえて

ここまで弁護士会照会における照会先の報告義務の確認の訴えの適法性を検討してきたが、結論をまとめると、まず、報告義務の確認の訴えは、民事訴訟法上の確認の訴えとされるべきである。そして、この訴えにつき、弁護士・依頼者のいずれが原告となるとしても、報告拒絶により危険・不安にさらされる自らの(受任)事件に必要な報告を得る利益の保護のため、即時確定の利益が認められるべきである。また、この訴えは報告義務につき既判力のある判断を得ることにより報告を実現させるために提起され、報告拒絶による損害の事後的な填補を目的とする損害賠償請求とは別の目的を有し、加えて、弁護士・依頼者が民事訴訟を通じて報告を得るための最も直截な手段であるため、

手段選択に関しても適切である。故に、報告義務の確認の訴えには確認の利益が認められるべきである。なお、報告義務の確認の訴えが照会先の報告拒絶に係る損害賠償請求訴訟内で中間確認の訴えとして提起される場合も、報告義務の有無が損害賠償義務の先決問題となるため、この訴えは中間確認の訴えとしても適法とされるべきである。

筆者は、弁護士会照会の実効化の観点から報告義務の確認の訴えの可能性を論じてきた<sup>1)</sup>が、検討が不十分な点多々ある。また、本稿では報告拒絶を理由とする損害賠償請求の可能性を検討していないが、この点は別稿に委ね、本稿を閉じることにしたい。

(1) 報告義務の確認判決による弁護士会照会の実効化につき、他の制度とのバランスが問題となり得る。例えば、民事執行法上の財産開示手続では対象たる債務名義が限定され、かつ債務者のみが開示を求められるが、強制執行の対象財産探索のための弁護士会照会につき報告義務の確認判決を認めると、第三者がその義務を確定される対象となり、かつ債務名義も財産開示手続の対象たるものに限定されない。そのため、両者のバランスが問題となる。しかし、そもそも弁護士会照会は弁護士受任事件につき広範に情報収集を認める制度であり、財産開示手続も含め、他の証拠・情報収集手続の射程が及ばない場合で活用されることは織り込み済みなのではないか。また、効果面でも、報告義務の確認判決は報告義務を既判力で確定することとなり、財産開示手続における義務違反に対する過料の制裁のような、より徹底した効果を認めるわけではない(損害賠償の余地は別論である)。そのため、筆者は、報告義務の確認判決を認めても他の制度とのバランスが崩れることにはならないのではないかと考える。

また、今津・前掲第二章注(2)一二五頁は、民事執行法上の財産開示手続や民事訴訟法上の証拠・情報の収集手続が利用しづらいためであれば、それらをどう機能させていくかを考えるのが筋であり、弁護士会照会に過度の期待を寄せることは制度間の役割分担を見えにくくするリスクを伴うことに留意すべき旨を指摘する。この指摘は、弁護士会照会の実効化のための解釈論・立法論に対し消極的な文脈でなされているが、重要な指摘を含む。例えば、受任事件の相手方に対する弁護士会照会が許されるかという問題があり、学説では、民事訴訟法上の証拠・情報の収集手続(当事者照会、文書提出命令、証拠保全等)によるべきことを根拠として、消極に解する見解が多い(飯畑・前掲第一章注(5)六八頁(国・地方公共団体が相手方である場合につき留保がある)、日本弁護士連合会

調査室編著・前掲第三章注(3)一六四頁、新堂・前掲第一章注(5)三八九頁、高中・前掲第一章注(5)一一七頁、川嶋・前掲第一章注(5)四九五頁、高橋・前掲第一章注(5)八七頁等。実務上は、積極に解する単位会も存在する(例えば、東京弁護士会〔東京弁護士会調査室編・前掲第三章注(3)二一頁〕、愛知県弁護士会〔愛知県弁護士会編・前掲第三章注(3)三〇頁。相手方が国・地方公共団体である場合に限る〕)。この点につき、まさに制度間の役割分担の観点から、民事訴訟上の証拠・情報の収集手続が利用可能な場合はそれらの手続により相手方からの情報収集等を行うべきであり、この場合相手方に対する弁護士照会は許されないと考え方は成り立ち得るし、民法上の証拠・情報の収集手続に問題があるのであれば、まずそれらを実効化するための解釈論・立法論(文書提出義務の除外事由を限定的に解釈することや、当事者照会の回答拒絶に対する制裁を設けること等)を講じるべきであるといえる。しかし、筆者は一般論として、他の制度と弁護士照会との相違(紛争の相手方に対しての利用も想定されるか否か、訴訟係属や訴え提起の意図がなくても利用可能か否か等)やそれに伴う役割分担を踏まえた上で、報告義務の確認判決をはじめとする弁護士照会の実効化手段を講じることが、受任事件につき弁護士に一般的に認められる(他の手段の射程が及ばない場面でも利用可能な)情報収集手段をより充実させるという点から、検討されてしかるべきではないかと考える。