

Title	訴訟信託禁止の制度趣旨再(2)
Sub Title	Reconsideration of the purpose of prohibition of legal proceedings trust (2)
Author	岡, 伸浩(Oka, Nobuhiro)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2012
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.22 (2012. 3) ,p.111- 129
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20120316-0111

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.

訴訟信託禁止の制度趣旨再考 (2)

岡 伸 浩

第1章 訴訟信託の意義と制度趣旨

- 1 はじめに
- 2 訴訟信託の意義
- 3 訴訟信託の構造
- 4 制度趣旨に関する争い (以上、前号)

第2章 立法当時の認識と従来の見解 (以下、本号)

- 1 諸説の概要
- 2 諸説の位置づけ

第3章 三百代言、濫訴・健訟の風潮助長による弊害防止に関する考察

- 1 三百代言の弊害防止
- 2 濫訴・健訟の風潮助長による弊害防止
(以下、続く)

(承前)

第2章 立法当時の認識と従来の見解

1 諸説の概要

本稿の第1章では、訴訟信託禁止の意義と制度趣旨につき、信託法制定過程での認識やその後の学説の主張を検討した。

これらの議論や学説の主張の概要は、次のとおりである。

(1) 三百代言の弊害防止とする見解

いわゆる三百代言の存在を前提に、三百代言による弊害を防止するため訴訟

信託を禁止したとする見解である¹⁾。三百代言による弊害防止とは、三百代言と呼ばれる者の活動によって、裁判の素人であり法的知識に乏しい当事者が不当に利益を搾取され、いわば喰い物にされることを防止することを意味する。訴訟信託は、三百代言が司法機関である裁判所を悪用して不当な利益を貪ることを防止するため禁止されるべきであり、この点に訴訟信託禁止の制度趣旨があるとするのである。沿革的に見て訴訟信託禁止の制度趣旨に関する最も根源的な理解であり、今日の学説にも大きな影響を及ぼしている。たとえば、近時の民事訴訟法学の基本書においても、「弁護士代理の原則や訴訟信託の禁止は、主として、いわゆる三百代言が跳梁することを防止するにある。いかがわしい三百代言が依頼者の利益を十分に保護しなかったり、依頼者を喰い物にすることを防止し、司法運営の周辺を明朗化する目的をもつ。」といった説明がなされている²⁾。

(2) 濫訴・健訟の風潮を助長することの弊害防止とする見解

三百代言の跳梁跋扈を放置すると濫訴・健訟の風潮を助長することになるとし、これによる弊害を防止するために訴訟信託を禁止したとする見解である。濫訴・健訟の風潮を助長するのは三百代言であるとして、上記(1)の見解と密接に関連して主張されている³⁾。

(3) 旧民事訴訟法127条の潜脱防止とする見解

大正15年改正前の旧民事訴訟法127条、特に同条2項の存在を前提に訴訟信託はこの規定を潜脱する手段であるから禁止されるべきであるとする見解である。すなわち、三百代言が当事者の代理人として訴訟進行した場合は、旧民事

1) 大正11年3月4日の衆議院委員会における池田虎二郎政府委員の答弁。山田昭編著『信託法・信託業法（大正11年）』（信山社・1991年）229頁以下。

拙稿「訴訟信託禁止の制度趣旨再考(1)」慶應法学第21号29頁以下。

2) 新堂幸司『新民事訴訟法（第5版）』（弘文堂・2011年）298頁。

3) 池田虎二郎政府委員の答弁・前掲注1)。拙稿・前掲注1) 44頁以下。

訴訟法127条に基づいて裁判所が退斥命令を発令し、これを排除できる。しかし、訴訟信託によって三百代言が当事者から係争物である権利を譲り受けて当事者本人として訴訟追行した場面では、同条があくまでも代理人としての訴訟追行に関する規律であるため、これを排除できない。このように訴訟信託は、旧民事訴訟法127条を潜脱する手段であるから、これを禁止したと主張するのである⁴⁾。

- (4) 他人間の訴訟に介入して司法機関を利用して利益を貪る行為の反公序良俗性を制度趣旨とする見解⁵⁾

この見解は、訴訟信託を司法機関を利用して利益を貪るための手段として位置づけ、当該行為の反公序良俗性を訴訟信託禁止の制度趣旨とする見解である。この見解が想定する「他人間の訴訟に介入して利益を貪る行為」の主体は、先の三百代言や事件屋と呼ばれる存在である。この点で三百代言の存在を前提にその弊害防止を制度趣旨と認識する上記(1)の見解と共通する。ただし、三百代言という主体を前提としつつも、他人間の訴訟に介入して司法機関を利用して利益を貪るという行為自体の有する反公序良俗性に着目する点に特色がある。

- (5) 他人の権利について訴訟行為をなすことが許されない場合に、それを信託の形式を用いて回避する場面を3つの類型に区別して理解する見解

他人の権利について訴訟行為をなすことが許されない場合に、それを信託の形式を用いて回避することを禁止する趣旨であり、そのような場面として以下の3類型があるとする見解である⁶⁾。

4) 大正11年3月22日の貴族委員会における池田虎二郎政府委員の答弁。山田・前掲注1)『信託法・信託業法(大正11年)』376頁以下。拙稿・前掲注1)46頁以下。

5) 田中實『信託法入門』(有斐閣・1992年)。田中實「訴訟信託について——戦後の判例を中心に」法学研究第32巻第4号。

6) 四宮和夫『信託の研究』(有斐閣・1965年)254頁以下。

- ① 非弁護士が弁護士代理の原則に反して他人のための訴訟行為をなす場合
- ② 非弁護士が弁護士法72条に違反して法律事務を生業として取り扱う場合
- ③ 他人間の法的紛争に介入し、司法機関を利用しつつ不当な利益を追求すると見られる場合

この見解は、上記(3)、(4)の見解と同様に訴訟信託が本来他人の権利について訴訟行為をなすことが許されない場合に、これを脱法的に行う手段として用いられることに着目する。

そのうえで、上記(3)、(4)の各見解の主張する内容をより具体化し、「他人の権利について訴訟行為をなすことが許されない場合にそれを信託の形式を用いて回避する」場面として、上記①②③の3つの類型を提示した点に意義がある。このうち③の類型は、先に紹介した(4)説とほぼ同様の内容である。これに対し、①、②の類型は、その主体を三百代言よりも広く非弁護士とするものであり、弁護士代理の原則違反と弁護士法72条違反を別個の類型として抽出した点に特色がある。

- (6) 訴訟を行うために信託形式をかりて行う脱法ないし不法な訴訟行為を排除することを制度趣旨とする見解⁷⁾

この見解は、信託の形式をかりて行う脱法ないし不法な訴訟行為の排除という点に着目し、訴訟信託がこれらの訴訟行為に利用されることから禁止すべきとする。訴訟信託を脱法ないし不法な訴訟行為の手段ないし受け皿として捉える点に特色がある⁸⁾。

7) 桜田勝義「判例にあらわれた訴訟信託（その一）」判時453号・判例評論No.94、「同（その二）」判時474号・判例評論No.100、「同（その三）」判時492号・判例評論No.106、「同（その四・完）」判時498号・判例評論No.108。

8) この見解を主張する桜田勝義教授は、弁護士が訴訟信託を行った場合にも訴訟信託の禁止は適用されるとする（桜田・前掲注7）89頁）。

2 諸説の位置づけ

これらのうち上記(1)から(3)は、旧信託法の立法過程において認識されていた内容である。これに対して、(4)以下は、これら立法当時の制度趣旨に関する認識を踏まえて、その後主張された諸学説であり、両者はややその系譜を異にすると評価できる。そこで本稿は、以下、これら各々の主張のうち(1)から(3)の三百代言や濫訴・健訟の風潮助長による弊害防止や旧民事訴訟法127条の潜脱防止についての議論を検討し、その後、これらの認識を踏まえて展開された(4)以下の諸学説の主張内容について、それぞれ考察を加えることとする。

第3章 三百代言⁹⁾、濫訴・健訟の風潮助長による弊害防止に関する考察

1 三百代言の弊害防止

(1) 三百代言の語源

① 訴訟信託禁止の制度趣旨は、先に紹介したように旧信託法制定当時の政府委員の認識では、三百代言の弊害防止という点にあった¹⁰⁾。

しかし、この三百代言の弊害を防止するという要請は、果たして現代司法のもとでも、いまだに立法当時と同様の意味で妥当するであろうか。この点を考察するため立法当時の時代背景を踏まえて、立法事実を探ることとしたい。

② 三百代言の語源について、瀧川政次郎氏は、6つの説を挙げる¹¹⁾。訴訟信託禁止の制度趣旨を考察するに際し、三百代言の意味内容を検討するため次

9) なお、山田昭『信託立法過程の研究』（勁草書房・1981年）122頁は、「訴訟信託の禁止は、大正7年11月1日付草案から登場するが、『池田文書』の書入れによれば、その立法趣旨は、「三百退場健訟ノ弊」とされており、「信託法案説明書と同旨である。」と指摘する。

10) 山田・前掲注9) 121頁は、「信託法案の検討は、信託制度が財産を他人名義に移すことにとまなうダークな側面、すなわち財産隠匿や脱法的行為に利用されやすいという信託自体に内在する問題に、目が向けられてゆく。」として、大正7年10月以降は、信託の問題点であるダーク・サイド対策もふくむ信託制度自体の検討が、立案の中心課題に据えられたことを指摘する。

11) 瀧川政次郎「三百代言」自由と正義第2巻第6号39頁（昭和26年6月1日発行）。

なお、瀧川政次郎『公事師・公事宿の研究』（赤坂書院・1984年）87頁以下に詳しい。

のとおり紹介する。

まず第一は、明治の初め、まだ代言人制度が定着しなかったときに健訟の風を煽り立てた公事師の徒が、東京に三百人いたことに起因するという説である。第二は、明治初期の按摩の一回の治療代が上下三百文であったところ、代言人は上（裁判所）を揉んだり（紛糾させたり）、下（訴訟当事者）を揉んだり（擦った揉んださせる）する者であるから三百と呼ばれたとする説である。第三は、三百代言とは詩経にいう「礼儀三百威儀三千」から由来した言葉であり、代言人や弁護士は四の五のとよく屁理屈をいい、訴状の形式がどうのこうのと七面倒くさい「礼儀三百」の徒であることに由来するとする説である。第四は、明治初期に代言人制度が制定された当時、代言人は免許制でなかったため、人格低劣の徒が雲集して報酬も低下し、青銭三百文または米一升で事件を引き受ける者が登場したことから、これが三百代言と呼ばれたとする説である。第五は、明治6年の代人規則により、その日限りの当事者の代人として法廷に出席した当日代人の一日の旅費日当が三百文であったことから、この当日代人を三百代言と呼んだとする説である。第六は、日本では古来価値の少ないことを三文とか三百といい、三百代言は少額の報酬を得て依頼者のいうなりに唯々として働く代言人をいうとする説である。これら諸説の中から、同氏は、「三百とか三文とかいう数字は、少額の金額を意味し、その数字を冠するものは、すべて安っぽい」ということから、三百代言とは安代言人の意味と解すべきであるとして第六の説に賛成している¹²⁾。

また、後に説明するように江戸時代からの訴訟代理の禁止が改められ、明治5年の司法職務定制（太政官無号達）の制定により代言人は初めて認められた。もっとも司法職務定制には、代言人の資格要件等に関する定めがなかった。そのため、江戸時代から存在していた公事師¹³⁾等が代言人と称して活動した。このような、いわばもぐりである無免許代言人が青銭三百文、玄米一升という低価格で事件を引き受けたため、質の低い代言人が三百代言という蔑称と呼ば

12) 瀧川・前掲注11)「三百代言」39頁。

れたのである¹⁴⁾。

以上の諸説が存在するも訴訟信託禁止の制度趣旨を考察するに際して本稿では、さしあたり、三百代言とは、三百文という安価な費用でやとわれた下賤な代言人を意味すると理解しておく。

(2) 代言人¹⁵⁾の歴史

弁護士は、明治26年の弁護士法制定以前は代言人と呼ばれており、その他、弁護士を呼称するものとして、三百代言ないし三百のほか状師、大法師、対談師等と呼ばれることもあった¹⁶⁾。代言人の多くは専門知識が乏しく、多少法律知識のある者が片手間仕事として代言業務を行っていたこと、代言人の多くは自己の利益を計るため、やたら訴訟を教唆して健訟の風潮をもたらしたこ

13) 松井康浩『日本弁護士論』（日本評論社・1990年）3頁は、「公事師は旅館（公事宿）の主人で、訴訟のために上京して来る投宿客に対し、訴訟の手續などを教えたが、それは宿泊客勧誘の手段としての性格を強くもっていた。……国民は、公事を嫌い、公事人から報酬をもらって代人として出頭する公事師を卑しい者とみていた。しかし、訴訟手續に明るい公事師の一部を便利として、幕府も次第に公認するようになり、冥加金（営業税）をとったり、渡世株（営業権）を認めるようになった。こうして、公認公事師ともぐり公事師が存在するようになった。」と説明する。

また、高中正彦『弁護士法概説〔第3版〕』（三省堂・2006年）2頁は、「公事師とは、公事（訴訟）のために江戸に出府したり京都・大阪の奉行所に向いた者を宿泊させる宿屋（公事宿）の主人や手代が出自であって、聞き知った奉行所内の手續等を宿泊者に伝授したり、書類の作成を代行していた。」とし、「当初の代言人に対する社会的評価が低かった原因として、公事師から代言人になった者の存在があることは確かなようである。」と指摘する。

14) 松井・前掲注13) 4頁以下は、「無免許代言人によって、いわゆる『三百代言』……の弊害が出た。」と指摘し、「訴訟をすることを嫌う風潮が強い世状にあったから、その代言をする者は蔑視され、しかも、誰でも、代言人になれるというわけであるから、このような弊害が生じたのであろう。免許代言人制度は、この弊害を除去し、代言人の質の向上をめざしたものである。」とする。

なお、高中・前掲注13) 2頁。

15) 代言人とは、フランスの「アヴォカ＝Avocat」を直訳したものとされる。福原忠男『弁護士法』（第一法規出版・1970年）2頁。

と、代言人の多くは品性の低劣なものであったことから批判の対象となっていたとも指摘されているが¹⁷⁾、その評価は必ずしも一義的ではない¹⁸⁾。この代言人の歴史は、以下のような経緯を辿る。

① 明治5年司法職務定制

代言人誕生の歴史は、明治の初頭に遡る。明治新政府は、欧米諸国に対抗しうる近代国家の基盤を整備するため司法の面でも改革を進めた¹⁹⁾。明治4年7月司法省が設置され明治5年8月「司法職務定制」(太政官無号達)が定められ、これによって訴訟における代理人たる代言人制度が創設された²⁰⁾。同職務定制43条は、「各区代言人ヲ置キ自ラ訴フル能ハサル者ノ為メニ之レニ代リ其訴ノ事情ヲ陳述シテ枉冤無カラシム」と規定し、代言人の職務を定めた。代

16) 椎橋隆幸「明治期における弁護士像の検討」法学論集(鹿兒島大学法文学部)第10巻第2号109頁以下(1975年)。同論文は、明治時代の弁護士像を明治20年、30年代の法律雑誌を中心に検討したものであり、明治期の弁護士像の実態を浮き彫りにしている。とりわけ、三百代言という蔑称に代表される弁護士に対する悪いイメージの原因について諸説を分析する。

椎橋教授は、「三百代言はモグリであって、能力不足のために依頼者に迷惑をかけたり、正規の弁護士から依頼者を奪ったりすることがあった。そこで、各地の弁護士会でもモグリ退治をするのであるが、三百代言は一向になくならない。ということは三百代言には一定の支持者があったものと考えられる。時間と金のかかる訴訟を廉価で三百代言に引き受けて貰う者も多かったであろう。資力がなく著名な弁護士に事件を依頼できない者の要求を三百代言が一定程度実現させていたのではないかと思われる。」と指摘する。

17) 椎橋・前掲注16) 111頁。同教授は「代言人に対する批判はこれらに限られるわけではないが、そのいづれかまたは全部を指摘する主張が多く、しかも似かよったものも多いので、右の三つの論点にまとめても大きな間違いはないと思われる。」と説明し、「代言人の悪いイメージは代言人の学識の不足、訴訟教唆、品性の低劣、それに官尊民卑思想に原因することも多く、それらは決して無視されてはならないが、それ以外の原因による面も強いことを見逃してはならないと思う。」とする。

18) 代言人時代の諸問題については、古賀正義「日本弁護士史の基本的諸問題」古賀正義編『講座 現代の弁護士 3 弁護士の業務・経営』(日本評論社・1970年)。特に48頁以下に詳しい。

19) 第一東京弁護士会会誌編集委員会編『われらの弁護士会史』(第一東京弁護士会・1971年) 1頁以下。

20) 当時の代言人は、民事訴訟に限って認められたものであり、刑事訴訟については、明治15年1月治罪法の施行に至るまで制度的に許されていなかった(福原・前掲注15) 4頁)。

言人の職務内容は、明治6年7月の「訴答文例並附録」(太政官第247号達)²¹⁾によって、さらに具体化された。ここにおいて弁護士の前身である代言人やその職務が歴史のうえにその姿をあらわしたことになる²²⁾。もっとも、司法職務定制はいまだ代言人を職業として公認するものではなかった。代言人は、事件ごとに当事者本人から裁判所に対して情願し、これを裁判所が許可して初めて当該事件の代言人として代言できるとされていた²³⁾。また、明治5年の代言人制度は、代言人に資格制限を設けていなかったため²⁴⁾、従来、悪評の絶えなかった公事師²⁵⁾がそのまま代言人になることが多く、諸種の弊害が生じ²⁶⁾、当時の無資格の代言人は三百代言と呼ばれた²⁷⁾。

② 明治9年代言人規則

その後、代言人の質的向上の要請等から代言人の資格制限をする必要性が認識された。これを受けて明治9年2月22日、あらたに代言人規則²⁸⁾を制定し、代言人を免許制にすることに改めた²⁹⁾。明治9年代言人規則は、「凡ソ代言人

21) 民事訴訟の書式集ともいべきものとされる(高中・前掲注13)2頁)。

22) 第一東京弁護士会・前掲注19)2頁は、この点につき「それまでの日本には、訴訟代理という観念は存在しなかった。公事師がいて法廷に出入りした事実があったが、これはあくまで補佐人である。本人に代わって権利を主張する代言人の制度がこのときにできたことは、先進国の外形をまねただけのものであったにしろ、画期的な変革であったわけである。」と説明する。

23) 福原・前掲注15)3頁。

24) 第一東京弁護士会・前掲注19)3頁は、「盲聾無策の徒」および「未成年者」以外は誰でも代言人の業につくことができたとする。

25) 公事師は、訴訟を忌み嫌った徳川時代、とくに幕末に自然発生的に生じた公認または非公認の附添人であったが、出入師とも呼ばれ、ひとびとの冷視と蔑視のままであったとされる(潮見俊隆「日本における在野法曹の系譜」潮見俊隆編著『日本の弁護士』(法学セミナー増刊・日本評論社・1972年)1頁以下)。

26) 第一東京弁護士会・前掲注19)3頁。福原・前掲注15)3頁。

27) 潮見・前掲注25)2頁は、「当時の代言人は、『詞訟を教唆し権利を売買し裁判の遷延を図り利の在る所風儀体面の何たるを顧みず青銭三百文又は玄米一升の報酬にて代言を引受くる者多く遂に三百代言といへる諺を生ずるに至れり』といわれている。」と説明する。

28) 明治9年2月22日司法省布達甲第1号。

タラントスル者ハ先ツ専ラ代言ヲ行ハント欲スル裁判所ヲ示シタル願書ヲ記シ所管地方官ノ検査ヲ乞フヘシ地方官之ヲ検査スルノ後状ヲ具シテ司法省ニ出ス然レ後其許スヘキ者ハ司法卿之レニ免許状ヲ下付ス」（1条）として検査による免許制を採用した。このように明治9年代言人規則は、代言人の資格要件として免許制を導入し、代言人に対して検査を実施することとし、明治初期の質の低下した代言人に対して、質的チェックを試みようとした点で意義がある。この検査の内容は、「代言人ヲ検査スルハ左ノ件々ニ照スヘシ」とし、「一、布告布達沿革ノ概略ニ通スル者、二、刑律ノ概略ニ通スル者、三、現今裁判上手續ノ概略ニ通スル者、四、本人品行並ニ履歴如何」といった事項を掲げている（2条）³⁰。免許状を付与された代言人は、司法省と各裁判所の代言人名表に登録された（4条）。もっとも、明治9年代言人規則は、「告達諸規則ノコトニ付裁判官ニ向テ旨趣ヲ陳述スルヲ得ヘシト雖モ其是非及ヒ立法ノ原旨ヲ論議スルヲ得ス」と規定し（11条）、代言人が立法趣旨や立法の是非を議論することを禁止し、代言人の言論を制限していた点も見過ごすことはできない。さらに「訴廷ニ於テ国法ヲ誹議シ及ヒ官吏ヲ侵凌スル者」（14条1号）、「訴廷ニ於テ臆察詐偽ノ弁ヲ為ス者」（14条2号）、「相手方ヲ悪言凌罵シ其面目名譽ヲ汚ス者」（14条3号）、「謝金ヲ前収シ又ハ過当ノ謝金ヲ貪ル者」（14条4号）、「他人ノ貸借取引等ノ詞訟ヲ買取り自己ノ利ヲ図ル者」（14条5号）、「詞訟ヲ教唆スル者」（14条6号）、「故ラニ時日ヲ遷延シテ訴訟本人ノ妨害ヲ為ス者」（14条7号）に該当する者は、裁判官によってただちに譴責、停業、除名に処することとし、代言人の行動を監視監督するための規定も用意している。これらの規定からも推察できるように明治9年代言人規則は、明治絶対主権国家における代言人統

29) 代言人の免許の条件としては、地方行政庁ごとに一定の検査を行うことを定め、これに合格した者についてのみ代言人の免許を与えることとしていた（第一東京弁護士会・前掲注19）3頁）。

30) 明治9年代言人規則が公布され、明治9年4月1日に最初の代言人検査が行われ、全国各府県でわずかに34名が合格したが、その大部分は士族出身であり、それまで代言人を職業としているものであったとされる（潮見・前掲注25）3頁）。

制の強化策としても位置づけることができるのである³¹⁾。もともと、訴訟信託禁止の制度趣旨との関係では、上記の代言人の除名等に係る規定に、「他人ノ貸借取引等ノ詞訴ヲ買取り自己ノ利ヲ図ル者」(14条5号)、「詞訴ヲ教唆スル者」(14条6号)、「故ラニ時日ヲ遷延シテ訴訟本人ノ妨害ヲ為ス者」(14条7号)といったいわゆる三百代言の弊害として指摘されている事項が列挙されている点は、特に注目すべきである。明治9年代言人規則以降の免許代言人以前の無免許代言人が他人から訴訟を買い受け利益を貪り、訴訟を教唆し、訴訟の妨害行為を行うといった弊害をもたらしていたことから、これに対する対策としての規定が用意されたといえる³²⁾。

③ 明治13年代言人規則

その後、明治9年代言人規制の不備を補う形で明治13年5月13日に代言人規則が根本的に改正された³³⁾。この明治13年代言人規則は、後に弁護士法³⁴⁾が制定されるまでの間、約13年にわたって施行されることになる。

明治13年代言人規則は、「代言人ハ法令ニ於テ代言ヲ許サレタル詞訟ニ付テ原告又ハ被告ノ委任ヲ受ケ其代言ヲ為ス者トス」(1条)として、代言人を訴訟における原告または被告からの委任を受けて代言を行う者と定義した。また代言人の資格要件に関して「代言ノ業ヲ為サント欲スル者ハ第四款ニ掲クル所ノ手續ニ依リ定式ノ試験³⁵⁾ヲ経テ司法卿ノ免許ヲ受ク可シ」(2条)と規定し、代言人は所定の試験を経て、司法省による免許を受けることが必要であることを明らかにし、「免許ヲ受ケシ代言人ハ大審院及ヒ諸裁判所ニ於テ代言ヲ為スヲ得」(3条)とし、免許を受けていない代言人の代言を禁止することを

31) 潮見・前掲注25) 3頁。

32) 潮見・前掲注25) 3頁。

33) 明治13年5月13日司法省布達甲第1号。

34) 明治26年3月4日法律第7号。旧弁護士法と呼ぶこともある(福原・前掲注15) 653頁)。なお、昭和8年5月1日法律第53号を旧弁護士法と呼ぶこともある(福原・前掲注15) 660頁)。

35) 試験の科目については、28条が「民事ニ関スル法律」(1号)、「刑事ニ関スル法律」(2号)、「訴訟ノ手續」(3号)、「裁判ニ関スル諸規則」(4号)を規定している。

明らかにした。代言人は、「代言免許ヲ願フ者ハ第二十九条ノ書式ニ倣ヒ願書ヲ作り現住戸長又ハ区长ノ奥印ヲ受け履歴書ヲ添へ其所轄ノ検事ニ差出シ定式ノ試験ヲ受ク可シ」（26条）とされ、検事の監督下に置かれ、代言免許出願者に対して従来地方行政庁でまちまちになっていた資格試験を改め、司法省から送られてきた問題について検事が試験を行うこととされた。また、これまで所属以外の裁判所へ出廷できないという地域制限を撤廃して、全国のどこの裁判所でも代言できることとされた³⁶⁾。さらに、「免許ヲ受ケシ者ハ必ス第二款ニ掲クル所ノ代言人ノ組合ニ入りテ其規則ヲ守ル可シ若シ一時他管ニ出テ代言ヲ為ストキハ其地組合ノ規則ヲ遵守ス可シ」（5条）として、免許を受けた代言人は、地方ごとの組合に加入してその規則を遵守することとした。代言人は地方裁判所本支庁の所属ごとに組合を作り、必ずこれに加入すべきとし、この組合は代言人組合と呼ばれた。代言人組合は現在の弁護士会の前身となるものであって³⁷⁾、自主的な運営を義務づけられた。明治13年5月には東京代言人組合を作るための呼びかけが行われ³⁸⁾、種々の経緯の後、組合規則を制定して明治13年7月31日設立認可され東京弁護士会³⁹⁾の前身である東京代言人組合が結成された⁴⁰⁾。

また、明治13年代言人規則は、代言人の懲戒事由として、「代言人左ノ条件

36) もっとも、代言人規則の改正を経ても、裁判所における代言人の扱いは従前と大差なく、「代言人を呼出す場合には、たんに何日に出頭すべしというだけで、件名はもとより、時間も記載せず、午前執務時間のはじめに出頭し、午後おそくまで待つこともしばしばであり、用務は終了しても係官の認印がないかぎり退出することができない状態であった。このような状態を改善するために、東京代言人組合は、「御願書」を裁判所長あてに提出したが、その大部分は却下されるしまつであった。」とされる（潮見・前掲注25）4頁以下）。

37) 第一東京弁護士会・前掲注19）4頁以下。

38) 星亨の呼びかけと東京代言人組合の結成について、第一東京弁護士会・前掲注19）6頁以下。

39) 代言人組合から東京弁護士会設立の経緯等については、安達元之助編『東京辯護士會史』（東京辯護士會事務所・1935年）に詳しい。

40) 第一東京弁護士会・前掲注19）9頁。

ヲ犯ス時ハ輕重ヲ量リ第二十三條及ヒ第二十四條ニ依テ懲罰ス可シ」(22条)とし、「訟廷ニ於テ現行ノ法律ヲ誹議スル者」(1号)、「訟廷ニ於テ官吏ニ對シ不敬ノ所業ヲ為ス者」(2号)、「訟廷ニ於テ相手方ヲ凌辱罵詈シタル者」(3号)、「詞訟ヲ教唆シタル者」(4号)、「証拠ト為ル可キ者ヲ捏造シタル者」(5号)、「他人ノ詞訟ヲ買取り自己ノ利ヲ圖ル者」(6号)、「強テ謝金ヲ前収シ又ハ過當ノ謝金ヲ貪リタル者」(7号)、「故ラニ時日ヲ遷延シ詞訟本人並ニ相手方關係人ノ妨害ヲ為シタル者」(8号)、「議會組合ノ外私ニ社ヲ結ヒ号ヲ設ケ營業ヲ為シタル者」(9号)⁴¹⁾、「議會ニ於テ定メタル取締規則ヲ犯シタル者」(10号)を挙げ、懲戒として、譴責、停業および除名と規定した(23条)。「第二十二條ノ懲罰ヲ受ケタル者アルトキハ其旨ヲ裁判所ノ控所ニ揭示ス可シ」とした(25条)。このうち、4号、6号などといった懲戒事由は、特に今日の訴訟信託禁止の制度趣旨に影響を及ぼした内容であると考えられる。

41) これ以前の代言人の多くは、便宜商社、法律学舎、明法社、法律研究所といった名称で結社を設けていたが、いずれも解散することとなった(潮見・前掲注25)4頁)。

もともと、その後、これらの結社は明治15、16年ごろから復活したとされる(色川大吉「明治の精神 自由民権運動と代言人」現代法ジャーナル1973年1月号44頁)。この代言人による結社ともいべき存在は、明治初期の自由と平等の思想と法律学の普及という点で大きな影響を及ぼす存在であったといえる。

松井・前掲注13)6頁は、この当時の民間の学舎につき「……なかでも島本仲道らは、1874(明治7)年に高知で立志社を結成し法律研究所を設立、同年さらに東京に北洲社を設立した。大井憲太郎らは、1877(明治10)年に講法学舎を設立、高橋一勝・目賀田種太郎らは、1880(明治13)年に専修学校(専修大学)を設立、岸本辰雄らは、1881(明治14)年に明治法律学校(明治大学)を設立、大隈重信は、1882(明治15)年に東京専門学校(早稲田大学)を設立、同年、薩埵正邦らは東京法学校(法政大学)を設立、岡山兼吉・増島六一郎らは1885(明治18)年に英吉利法律学校(中央大学)を設立して、法思想の普及と代言人の養成に努力した。大隈、増島、薩埵を除けばすべて代言人であり、このほかに、この事業に協力し貢献した代言人は多数いる。代言人制度は、民衆の権利意識の昂揚がなければ発達しない。民衆とともにある制度である。」と指摘する。もともと、1880(明治13)年代代言人規則によって私的結社が禁止され、北洲社その他が解散を余儀なくされたことは、上記のとおりである。

(3) 民衆のニーズとイデオロギー

このように代言人は、明治9年代言人規則から明治13年代言人規則を経て、一定の有資格者としての地位を付与された⁴²⁾。しかし、現実には明治5年代言人規則によって試験を受けずに代言人となった者もその職業に就くことが許されており、無免許代言人と呼ばれた。この無免許代言人は、免許代言人に比べて圧倒的にその数が多く、江戸時代の公事師、出入師の流れを汲み、その性格は一般に下劣であり三百代言の悪罵が浴せられ、明治13年代言人規則後も無免許代言人は跡を絶たなかった⁴³⁾。

もっとも、当時の民衆には三百代言に対する一定のニーズが存在していたという側面も否定できない⁴⁴⁾。明治30年代に入り、弁護士は、自己の職業階層の質の向上を図るべく三百代言を排除しようと努めたものの無免許代言人の横行を招いたとされる。その背景には、三百代言に対しては、民衆からの一定のニーズが存在していたことも否定できない。椎橋隆幸教授は、明治20年代から30年代の弁護士の社会的地位や活動実態を踏まえて、伝統的に訴訟嫌いの感情を持ち、慣習的な紛争解決方式に親しんできた民衆の問題を明治20年代、30年代の弁護士達が十分に汲みあげることができたかについて疑問を提起し、特に当時の弁護士による三百代言排斥にむけての運動は、エリート弁護士の自己防衛策であり醜い部分を切り捨てるという面と、三百代言と顧客の獲得競争をしていた弁護士がそれに同調したという面が強く出ている運動と理解できるとする⁴⁵⁾。

42) 先にもふれたように、明治初期から中期にかけての代言人の司法における地位は、甚だ低かった。この点について、大野正男「職業史としての弁護士および弁護士団体の歴史」大野正男編『講座 現代の弁護士 2 弁護士の団体』（日本評論社・1970年）22頁は、その理由として、「わが国司法の発達過程で司法官僚機構の確立に重点がおかれ、弁護制度の意義についての認識がきわめて低かったこと、官尊民卑の社会的傾向が強かったことに主要な原因がある。」とし、代言人階層自体、公事師から承継され、一部の人を除いては、秀れた人材に乏しく、司法における官尊民卑の傾向を裏づけ、これを一層助長したとする。

43) 滝川・前掲注11)『公事師・公事宿の研究』74頁。

44) 椎橋・前掲注16) 129頁。

(4) 三百代言の評価

わが国では、大正11年に旧信託法制定を迎えるに至るのであるが、立法に際して認識された三百代言の弊害防止という命題は、それに止まるものではなく、三百代言とその排斥運動の持つ当時の弁護士の自己防衛や顧客獲得競争というイデオロギー的側面にも支えられていたという実態が存在したといえよう⁴⁶⁾。

かかる様相のもとで三百代言とは、多くの場合、無資格の代言人を指し、また質の悪い代言人の意味で用いられ、公には、社会的に排除されるべき存在と

45) 色川・前掲注41)は、三百代言をより積極的に評価し、「……そこからインチキ者、うそつき、パテン、サギ師の類の者を『三百代言』というようになったと一般にいわれます。しかし、それは明治時代の一般の人の受けとり方とは著しく違う。それは俗説であり、のちの東京大学の法科を出たような連中が勝手にこしらえたあげた(原文ママ)悪質な概念です。じつは、『三百代言』とはそういう意味ではなかった。日本の民衆は非常に心が広く、『三百代言』という言いまわしの中に、非常にユーモラスないろいろな意味を含めていたのです。」(42頁)、「当時の『代言人』とは、いわゆる裁判とか訴訟に集中する、狭い意味での弁護士活動ではなく、江戸末期以降の世間師がやっていたような、幅の広い民衆の世話役活動、共同体内のもめごとの調停や民衆の生活上の指導ということに、仕事の大きなウェイトを置いていた……。」(44頁)、その土地にぴったりと足をつけ、住民の紛争解決にたずさわっていた人々、これは代言人の免許をとっていないもぐりのいわゆる「三百代言」の類であったかもしれないが、人々の生活権を守っていたのだと思うと指摘している(47頁)。

さらに色川大吉「明治の精神〈続〉自由民権運動と代言人」現代法ジャーナル1973年2月号では、明治期の自由民権時代における日本の人権確立の歴史のなかで「代言人が果たした大きな役割にわれわれは誇りを持たざるをえません。」とし(67頁)、「三百代言の精神に戻れ」として、民衆から非常に広範な支持を受けた三百代言といわれるものの中にあつた固有の慣習法的なものに対する熟練、博識や伝統精神を再度、見直すべきであるとする(73頁)。

46) 明治13年5月13日に改正代言人規則が制定され、代言人は地方裁判所本支庁の所属ごとに組合をつくり、必ずこれに加入すべきとされた。これと同時に組合以外に「私ニ社ヲ結ビ号ヲ設ケ営業ヲ為」すことが禁止された(22条9号)。それ以前は、代言人は代言社と呼ばれる私塾兼代言事務所を開く者が少なくないとされていたが、これらの代言社が禁止されたことになる。このことも当時、代言社が自由民権運動の温床となることを恐れた政府が各所に濫立した代言社を禁止し、組合を結成させて統合して監督しようとしたものであるとの指摘もなされている(第一東京弁護士会・前掲注19)5頁)。このように代言人は、時の政府や政治経済の影響を受けつつその姿を変容している。

認識されていた⁴⁷⁾。訴訟信託禁止の立法に際しても三百代言は、悪質な代言人や無資格の代言人を意味し、社会に弊害をもたらす排除すべき存在として認識されていたのである。

2 濫訴・健訟の風潮助長による弊害防止

(1) 濫訴・健訟の意義と歴史的考察

三百代言の弊害防止と密接に関連して主張されるものとして、三百代言によって濫訴・健訟の風潮が助長されることを防止する点に訴訟信託禁止の制度趣旨を求める立場がある。

ここにいう「濫訴」とは、文字通り、濫用的に訴訟を提起することであり、本来の正当な理由なく訴えを提起することを意味する。では、「健訟」とは、何を意味するのか。

もともと「健訟」の語は、前近代中国の北宋時代の文献から登場したとされ、訴訟が盛んに行われ激しい状態という意味で理解されている⁴⁸⁾。北宋時代の健訟の原因に、交通の要衝の発達による治安悪化、土地売買の活発化による紛争の激化、人口増による移民社会の特徴等が挙げられ⁴⁹⁾、健訟は社会経済の環境の悪化により発生すると考えられ、当時の（塩の）闇取引等の経済犯罪が健訟を生んだと理解されていた。健訟の風潮が高まるとその地域は「難治」、すなわち治安が悪い地域と評価された⁵⁰⁾。健訟は、民間に訴訟の手續やテクニックに詳しい「健訟之徒」を生み出していった。この「健訟之徒」は、訴状の代筆屋の書舗戸から生まれ他人の依頼を受けて専ら訴訟を起こす民間人である⁵¹⁾。北宋時代には、「胥吏が民衆を使って多くの訴訟を持ち込み、県令

47) 椎橋・前掲注16) 110頁以下。

48) 翁育瑄著・遠藤隆俊附言「北宋の『健訟』——墓誌を利用して」高知大学学術研究報告第56巻。なお、宮崎市定「宋元時代の法制と裁判機構——元典章成立の時代的・社会的背景」『宮崎市定全集11』（岩波書店・1992年）177頁以下。

49) 翁・前掲注48) 37頁。

50) 翁・前掲注48) 35頁参照。

に嫌気をおこさせる」、「胥吏が民をそそのかして多くの案件を持ち込ませている」という状況に至り、当時の行政官は、『健訟』の風潮のもとで、山積みとなった訴訟にいかに対応するかが目前の課題となり、官僚にとっては健訟を防ぎ訴訟の量を減らすこと、訴訟の混乱原因とみなされる胥吏・豪族・「健訟之徒」の関与を排除することが重要とされたということである⁵²⁾。「健訟」の風潮は容易には抑えられず、その後の南宋の時代まで続いたとされている。

(2) 国家政策的観点

濫訴・健訟の風潮助長による弊害防止を訴訟信託禁止の根拠とすることに関し、信託法制定当時のわが国をめぐる特殊な背景事情に着目する必要がある。信託法制定当時のわが国は、国家が戦争に突入する時期を迎え、国家が総力をあげて国民を戦争にむけて集中させることが至上目的であり、国家政策的に国民が一丸となって、いわば外敵に勝利することが至上目的とされた時代であった。国内で健訟の風潮が生じることは、統治者から見れば回避すべき問題であったのである。国の内部で国民同士が紛争を抱えていたのでは、外敵にむけて一丸となって戦争に集中すべき状況と相容れないということであろう。わが国では当時、濫訴・健訟の風潮が国民の間に広がることは、国家の遂行目的を妨げるものとして問題視されたのである。健訟の風潮などはあってはならないこととして把握されていたといえよう。

(3) 大正初期の信託会社の実態との関係

さらに、わが国の大正初期の信託会社の状況とそれに対する取締りの要請も大きく影響している。信託法が制定された大正初期の時代背景として、当時の信託会社が訴訟信託によって不正を行っていたという背景も重要である。明治

51) 当時、人民が訴訟を提起するには訴状を提出することが必要とされ、訴状には書式があるので、多くの手数料を支払って代書人に依頼するのを常とし、その代書人またはその店は、書舗ないし書舗戸、状舗、書状人などと称せられていた(宮崎・前掲注48) 211頁。

52) 翁・前掲注48) 37頁。

末期には信託会社と称するものは500近くに上ったと推定されるが、そのほとんどは無尽会社ないしは高利貸的な銀行類似会社であり、銀行が相手にしない小商工業者、農民、都市細民等下級階層を対象とする下級金融機関だった⁵³⁾。当時の信託会社の問題点として、適当な庶民金融機関が存在しない中において、信託会社を含めた下級金融機関は、その利便性は評価されながらも、反面、詐欺や不正を行う不健全な活動を行い、次第に社会問題化していった。わが国における明治期から大正初期にかけての信託会社は、その多くが高利の金貸し業者であり、無尽会社や銀行類似会社等と実態的にあまり差はなく、むしろ実態的にみれば共通であるこれらの業者がみずから好む名称をつけたにすぎないとみるべきであると指摘され⁵⁴⁾、訴訟事件の代理を行い、相手方の無知を利用し、不正を行っていたと評されていた⁵⁵⁾。このような状況のもとで信託会社に対して取締りを強化し、これを監督するための立法の必要性が認識され⁵⁶⁾、明治末期から具体的な検討が開始されるに至っている。信託法の立案と当時の信託会社問題の関連について、明治40年代に立案された「庶民金融対策」は、信託会社を『銀行類似ノ業務ヲ行ヒ、無智ノ民衆ヲ欺瞞スル者』として取締りの対象としている。この信託会社に対する取締りの要請は、「信託法の原点となり、大正11年に信託法規の成立をみるまで、信託法立法事由の一つとして踏襲されていった。」とされる⁵⁷⁾。先に述べたように、当時の信託会社

53) 山田・前掲注9) 269頁。

54) 山田・前掲注9) 15頁。

55) 山田昭氏は、「訴訟信託禁止の背景として見逃せないのは、大正初期の信託会社が訴訟事件の代理をおこない弊害をもたらしていた事実である。」と指摘する（山田・前掲注9) 123頁）。

56) 山田・前掲注9) 19頁。

57) 山田・前掲注9) 132頁は、大正7年7月から9年5月までの「約2年間に設立された信託会社は92社で1社平均の資本金は約2百万円、計画中のものは64社で、その平均資本金は約650万円であって、戦中戦後にかけて大規模信託会社が続々と設立され、又は設立されようとしていた」とし、その業務内容は、金銭貸付が依然として多く、内容不明の代理業務や仲介業務を加えると固有信託以外のいわゆる附随的業務の比重がかなり高く、高利貸資本との関連も指摘している。

は、訴訟を悪用し、不正を行う存在であり、このような信託会社に対する取締りの要請こそが信託法や信託業法制定の「原点」であり⁵⁸⁾、大正11年の信託法立法は、信託一般が財産の隠匿や脱法的行為として利用されやすいことから、これを回避するとともに、当時の信託会社取締りの必要等に裏付けられていたといえる。訴訟信託の禁止の規定を含む信託法10条以下の信託目的の制限規定は、信託のもつ「ダーク・サイド対策」として、信託会社を利用しまたはこれと通謀して、財産を隠匿し、あるいは他の権利者を害する等の行為を抑止するという面にむけられていた⁵⁹⁾。これらの背景を捉え、先に紹介したように四宮教授は訴訟信託禁止の規定の性質を端的に大正初期の特殊事情を背景にもつ政策的規定である⁶⁰⁾と位置づけている。

このように、濫訴・健訟の風潮助長による弊害防止という要請は、当時のわが国における政策遂行、訴訟観を踏まえたイデオロギー的側面、そして信託会社による不正の防止という現実の社会的要請が複合して強調されたという状況を見過ごすことはできないのである。 (以下、続く)

58) 山田・前掲注9) 19頁。

59) 山田・前掲注9) 272頁。

60) 四宮和夫『法律学全集 信託法〔新版〕』(有斐閣・1989年) 142頁。