

Title	訴訟信託禁止の制度趣旨再考(4)
Sub Title	Reconsideration of the purpose of prohibition of legal proceedings trust (4)
Author	岡, 伸浩(Oka, Nobuhiro)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2013
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.25 (2013. 3) ,p.93- 119
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-20130321-0093

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 (4)

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、第21号)
 - 第2章 立法当時の認識と従来の見解
 - 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 (以上、第22号)
 - 3 考察 (第23号)
 - 第4章 明治23年民訴法127条2項の潜脱防止に関する考察 (以下、本号)
 - 1 訴訟信託禁止の制度趣旨との関係
 - 2 旧旧民訴法127条改正の経緯
 - 第5章 現行信託法における訴訟信託禁止の立法過程の検証
 - 1 はじめに
 - 2 法制審議会信託法部会事務局
 - 3 日本弁護士連合会意見書
 - 4 検討
 - 第6章 訴訟信託禁止と弁護士代理の原則の関係
 - 1 弁護士代理の原則の意義
 - 2 弁護士代理の原則の変遷と訴訟信託禁止
 - 3 訴訟信託における受託者と弁護士代理の原則の関係
 - 4 小括
- (以下、続く)

第4章 明治23年民訴法127条2項の潜脱防止に関する考察

1 訴訟信託禁止の制度趣旨との関係

三百代言の弊害防止や濫訴・健訟の風潮の助長防止と並んで、歴史的、沿革的観点から大正15年改正前の明治23年民訴法（以下、便宜上、「旧旧民訴法」と表記する）127条2項の潜脱防止という点が訴訟信託禁止の制度趣旨とされることがある。旧旧民訴法127条は、以下のように規定する（下線は、著者による）。

明治23年民訴法

第二百二十七條 裁判所ハ相當ノ演述ヲ爲ス能力ノ缺ケタル原告若クハ被告又ハ訴訟代理人若クハ補佐人ニ其後ノ演述ヲ禁シ且新时期ヲ定メ辯護士ヲシテ演述セシム可キコトヲ命ス可シ

② 裁判所ハ裁判所ニ於テ辯論ヲ業トスル訴訟代理人若クハ補佐人ヲ退斥セシムルコトヲ得此場合ニ於テハ新时期ヲ定メ且退斥ノ決定ヲ原告若シクハ被告ニ送達ス可シ

③ 本條ノ規定ニ從ヒ爲シタル命令ニ對シテハ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス

④ 辯護士ニハ本條ノ規定ヲ適用セス

この規定と訴訟信託禁止の関係は、次のように説明できる¹⁾。

すなわち、訴訟信託禁止の立法当時、旧旧民訴法127条2項は、三百代言に対する対策として三百代言が訴訟代理人として法廷に現れた場合、裁判所が退斥命令を発することを認めていた。これは、三百代言が本人の訴訟代理人として出廷することにより生じる弊害を除去する手段であったといえる。ところが、この旧旧民訴法127条2項は、三百代言が訴訟代理人として出廷した場面を規律するものであったため、三百代言が本人の訴訟代理人としてではなく、

1) 拙稿「訴訟信託禁止の制度趣旨再考(1)」慶應法学第21号（2011年）48頁以下。

本人から係争物を譲り受けるなどしてみずから当事者である原告本人として出廷した場合は、もはや同条項の退斥命令では防止できないこととなる。このような結論は三百代言による訴訟追行を防止しようとした同条項の趣旨を潜脱するものであり、明らかに不合理である。そこで、三百代言が信託の受託者として訴訟上の当事者の地位を取得して訴訟追行することを禁止し、もって旧旧民訴法127条2項を潜脱することを防止する点に訴訟信託禁止の制度趣旨を見出すことができるとするのである。

2 旧旧民訴法127条改正の経緯

- (1) まず、現行民訴法は、旧旧民訴法127条と同様の規定を有していないことから、この経緯について確認する必要がある。

大正11年の旧信託法制定時の旧旧民訴法127条は、大正15年の民訴法改正(以下、「旧民訴法」と表記する)を経て旧民訴法135条に引き継がれ、その後、平成8年改正を経て現行民訴法155条が規定されている。そこで、旧旧民訴法127条が大正15年に改正され旧民訴法135条として規定された経緯、とりわけ訴訟信託禁止との関係では、旧旧民訴法127条2項と同様の規定が設けられなかった根拠を探ることとする。

- (2) 大正15年に旧旧民訴法127条が旧民訴法135条に改正された際に、旧旧民訴法127条2項に相当する規定は設けられなかった。その経緯について、民事訴訟法中改正法律案理由書²⁾は、改正案である135条について、次のとおり説明する(下線は、著者による)。

「本條ハ當事者、代理人又ハ輔佐人ニ對スル陳述ノ禁止ニ關スル規定ニシテ現行法第二百二十七條第一項ト其ノ趣旨ヲ同シクス現行法第二百二十七條第二項ハ代

2) 松本博之ほか編『民事訴訟法〔大正改正編〕(4) 日本立法資料全集13』(信山社・1993年)147頁以下。

理及輔佐ノ許可ノ取消（第七十九條、第八十八條）ニ依リテ目的ヲ達スルコトヲ得ルヲ以テ其ノ必要ナク又第四項ハ當然ニシテ規定ヲ要セサル所ナリ

大正14年6月16日の民事訴訟法改正調査委員会第51回では以下のように審議されている³⁾（下線は筆者による）。

- 原嘉道君 此百二十七條ですが、之は前の總會の時に許可を取消せば宜いではないかと云ふことになつた、それを採用せずして之れで宜いと云ふ御説明が聴取れなかつた。
- 松岡義正君 許可を取消すとすると既往に遡及して取消された者の爲した行爲が無効となると云ふことになる。
- 原嘉道君 さうすると退廷を命ずるのは將來に向つて許可せぬと同じ效力を生ずる。
- 松岡義正君 さうです、既往の分迄はやらなくても宜い。
- 原嘉道君 將來に向つて許可を取消すとした方が宜くはないか
- 山内確三郎君 此前から質問がありまして辯護士でない者が輔佐人になり訴訟代理人として出て来て居るときには裁判所の許可を得ることになつて居るが、之は取消せるか、或は御質問に對して取消せると云ふことに答へてあつたが、今此點の規定を見ますと取消すことを得と云ふことを明らかにした何等規定はないのであります、之は明文を要する、隨つて七十四條に第二項において「前項ノ許可ハ何時ニテモ之ヲ取消スコトヲ得」〔、〕 輔佐人に付ては第八十二條の第一項の末尾に「此許可ハ何時ニテモ之ヲ取消スコトヲ得」と云ふことを規定する、さうして此許可を取消すべきことを明かにする必要があると思ひます、さう云ふことに御修正を願ひたいと思ひます。

〔「異議ナシ」と叫ぶ者あり〕

- 委員長（河村讓三郎君） さう決定致します。
- 山内確三郎君 第百二十七條の規定は特に退廷を命ずると云ふことが元になつて其結果辯論續行の爲めに新时期を定むると云ふことを本人に通知する

3) 松本ほか・前掲注2) 39頁以下。

と云ふことに規定してあるのです、之は訴訟代理人又は輔佐人は許可を取消せることが明らかになつたので其結果は本人が出頭して居るならば直ちに辯論をして宜い、本人が出頭して居なければ新期日を定めて本人に通知すると云ふことが當然の結果となると考へますから削除して可なるものではないかと考へます。

〔「異議ナシ」と叫ぶ者あり〕

- 委員長（河村讓三郎君） それではさう決めます、之は削除致します。

上記の審議の要点は、弁護士でない者が訴訟代理人となるには、裁判所の許可を要することとされていたものの、大正15年改正にむけての審議の過程で74条2項、82条1項で当該許可を取り消すことができる旨の明文の規定を用意し、従前の旧旧民訴法127条の規定の必要性が消失した以上、同規定を削除するという点にある。

- (3) ところで、ここで議論の対象とされていた74条2項、82条1項は、旧民訴法（大正15年4月24日法律第62号）では79条および88条として規定されている。その経緯を確認すると、以下のとおりである。

- ① まず、改正民訴法案（第2案）⁴⁾では、74条、82条は以下のように規定されていた。

74条

法令ニ依リテ裁判上ノ行為ヲ為スコトヲ得ル代理人ノ外弁護士ニ非サレハ訴訟代理人タルコトヲ得ス但シ簡易裁判所ニ於テハ許可ヲ得テ弁護士ニ非サル者ヲ訴訟代理人ト為スコトヲ得

82条

当事者又ハ訴訟代理人ハ裁判所ノ許可ヲ得テ輔佐人ト共ニ出頭スルコトヲ得
輔佐人ノ陳述ハ当事者又ハ訴訟代理人カ直ニ之ヲ取消シ又ハ更正セサルトキ

4) 松本ほか・前掲注2) 241頁以下。

ハ自ラ之ヲ為シタルモノト看做ス

以上の規定から明らかなとおり、簡易裁判所の場合を除き（上記74条ただし書）法令による訴訟代理人のほかは、弁護士でなければ、訴訟代理人にはなれないという弁護士代理の原則を採用し（上記74条本文）、裁判所の許可を得て、当事者または訴訟代理人は補佐人とともに出頭できるとされていた（上記82条1項）。しかし、この段階では、先の許可の取消しに関する規定は、設けられていなかったのである。

- ② その後の改正民訴法案（第3案）（大正13年9月）⁵⁾では、以下のとおり、上記第2案の内容を維持しつつ条文番号のみが変更され、76条、84条として規定されるに至っている。

76条

法令ニ依リテ裁判上ノ行為ヲ為スコトヲ得ル代理人ノ外弁護士ニ非サレハ訴訟代理人タルコトヲ得ス但シ簡易裁判所ニ於テハ許可ヲ得テ弁護士ニ非サル者ヲ訴訟代理人ト為スコトヲ得

84条

当事者又ハ訴訟代理人ハ裁判所ノ許可ヲ得テ補佐人ト共ニ出頭スルコトヲ得
補佐人ノ陳述ハ当事者又ハ訴訟代理人カ直ニ之ヲ取消シ又ハ更正セサルトキ
ハ自ラ之ヲ為シタルモノト看做ス

上記の各規定からも明らかなとおり、この段階でもやはり許可の取消しに関する規定は設けられていない。先に紹介した大正14年6月16日の民事訴訟法改正調査委員会第51回での山内確三郎氏による「此許可を取消すべきことを明かにする必要があると思ひます、さう云ふことに御修正を願ひたいと思ひます。」との74条2項、82条1項の末尾に規定を設ける修正の必要がある

5) 松本ほか・前掲注2) 281頁以下。

旨の発言は、上記第3案をもとになされたものと推察される。

- ③ その後の改正民訴法案(第4案)(大正14年10月)⁶⁾では、実際に制定された旧民訴法と同じく、79条と88条に許可の取消しの規定が設けられるに至っている。なお、条文番号は、76条が79条に、84条が88条に変更されている。これは、大正14年6月16日の委員会での協議を踏まえて、立法作業によって条文が追加されたことが関係するものと推察できる。具体的規定は、以下のとおりである(下線は、筆者による)。

79条

法令ニ依リテ裁判上ノ行為ヲ為スコトヲ得ル代理人ノ外弁護士ニ非サレハ訴訟代理人タルコトヲ得ス但シ簡易裁判所ニ於テハ許可ヲ得テ弁護士ニ非サル者ヲ訴訟代理人ト為スコトヲ得

前項ノ許可ハ何時ニテモ之ヲ取消スコトヲ得

88条

当事者又ハ訴訟代理人ハ裁判所ノ許可ヲ得テ輔佐人ト共ニ出頭スルコトヲ得此ノ許可ハ何時ニテモ之ヲ取消スコトヲ得

輔佐人ノ陳述ハ当事者又ハ訴訟代理人カ直ニ之ヲ取消シ又ハ更正セサルトキハ自ラ之ヲ為シタルモノト看做ス

- ④ その後、現行民訴法は、以下のとおり旧民訴法と同様の規定を受け継いでいる。これらの改正を経て、旧旧民訴法127条は、代理および補佐の許可の取消しの規定である旧民訴法79条(特に2項)、同88条(特に1項後段)によって、もはや必要性がないと判断され、その役割を終えて削除されたという経緯が明らかとなる。

なお、現行民訴法54条、同60条は以下のとおり規定する(下線は、筆者

6) 松本ほか・前掲注2) 358頁以下。

による）。

（訴訟代理人の資格）

第五十四条 法令により裁判上の行為をすることができる代理人のほか、弁護士でなければ訴訟代理人となることができない。ただし、簡易裁判所においては、その許可を得て、弁護士でない者を訴訟代理人とすることができる。

② 前項の許可は、いつでも取り消すことができる。

（補佐人）

第六十条 当事者又は訴訟代理人は、裁判所の許可を得て、補佐人とともに出頭することができる。

② 前項の許可は、いつでも取り消すことができる。

③ 補佐人の陳述は、当事者又は訴訟代理人が直ちに取り消し、又は更正しないときは、当事者又は訴訟代理人が自らしたものみなす。

⑤ 大正15年改正によって旧旧民訴法127条2項と同様の規定が設けられなかったのは、旧民訴法79条1項でいわゆる弁護士代理の原則が採用されたこと、同条2項で弁護士以外の訴訟代理人が裁判上の行為をなすことの許可をいつでも取り消すことができる旨が明文化されたこと、また、旧民訴法88条1項後段で補佐人が当事者または訴訟代理人とともに出頭することのできる許可はいつでも取り消すことができる旨が明文化され、その必要性が消失したことによる。

すなわち、裁判所は、裁判所において弁論を業とする訴訟代理人および保佐人を退斥させるという方法を採らずとも、許可の取消しによって同様の効果を得ることが可能となったことから、もはや旧旧民訴法127条2項の必要性が消失し、同条項は現行民訴法に引き継がれていない。これに対して、三百代言対策であった旧旧民訴法127条2項の必要性を消失させた許可の取消しに関する規定は、現行民訴法54条2項、60条2項に引き継がれている。よって、現行信託法の解釈として、訴訟信託禁止の制度趣旨を

旧旧民訴法127条2項の潜脱防止に求めることは、もはや合理性を喪失しており、妥当でないと解すべきである。

(4) 旧民訴法135条から現行民訴法155条

ところで、訴訟信託禁止との関係では、旧旧民訴法127条2項は解消されているが、旧旧民訴法127条1項は、旧民訴法135条に引き継がれている。

旧民訴法

第135条 裁判所ハ訴訟関係ヲ明瞭ナラシムル為必要ナル陳述ヲ為スコト能ハサル当事者、代理人又ハ輔佐人ノ陳述ヲ禁シ弁論続行ノ為新期日ヲ定ムルコトヲ得

- ② 前項ノ規定ニ依リテ陳述ヲ禁シタル場合ニ於テ必要アリト認ムルトキハ裁判所ハ弁護士ノ附添ヲ命スルコトヲ得
- ③ 訴訟代理人ノ陳述ヲ禁シ又ハ弁護士ノ附添ヲ命シタルトキハ本人ニ其ノ旨ヲ通知スルコトヲ要ス

なお、上記の旧民訴法135条は、平成8年の改正を経て現行民訴法155条に引き継がれている。現行民訴法155条は、当事者等が弁論能力を欠く場合、裁判所はその者の陳述を禁じ、必要に応じて弁護士の付添いを命じることができる旨を定める⁷⁾。弁論能力とは、法廷において現実に訴訟行為、特に弁論をするための資格をいい、口頭弁論期日や弁論準備手続期日などにおいて主張や陳述をする能力を意味する⁸⁾。これは、旧旧民訴法127条にいう演述能力に相当する。ところで、民訴法は、この弁論能力とは別に訴訟能力という概念を用意している。訴訟能力とは、その名において訴訟行為をなし、または訴訟行為の相手方たり得る能力をいう⁹⁾。訴訟能力の有無は、民訴

7) 秋山幹男ほか『コンメンタール民事訴訟法Ⅲ』（日本評論社・2008年）323頁。

8) 伊藤眞『民事訴訟法（第4版）』（有斐閣・2011年）132頁。

9) 伊藤・前掲注8) 125頁。

法上の特別の定めがある場合を除いて、民法の行為能力を基準とする（現行民訴法28条）。主張や陳述も当事者の訴訟行為に含まれることから、訴訟能力は弁論能力と重なり合う部分が多い¹⁰⁾。訴訟能力が当事者本人を保護するためのものであるのに対し、弁論能力は、主として訴訟手続の円滑迅速な進行を図り司法制度を健全に運営するためのものである¹¹⁾。

このように現行民訴法155条の趣旨は、裁判所がいかにかに釈明を行っても当事者、法定代理人、訴訟代理人または補佐人の口頭弁論期日または弁論準備手続期日における陳述が不明瞭のままでは、円滑かつ迅速な訴訟追行が妨げられることから、このような事態を回避する点にある。これらの者が弁論能力を欠き、訴訟関係を明瞭にするために必要な陳述ができないと認められれば、裁判所は陳述を禁止し、口頭弁論または弁論準備手続の続行のため新たな期日を定めることができる。すなわち、現行民訴法155条は、弁論能力が現実に訴訟追行できる能力ないし資格を意味し、訴訟の円滑かつ迅速な処理という公益上の要請に基づき、現実の訴訟追行の資格を一定の者に限る概念であることを前提に、弁論能力を欠く者に対する措置を定めた規定である¹²⁾。先に指摘したとおり、現行民訴法155条は、旧民訴法135条を受け継いだものであり、沿革的にはさらに旧民訴法135条の前身である旧旧民訴法127条を継承したものである。現行民訴法155条の意義は、弁論能力を欠く者に対する裁判所の措置を定めた点にあり、もはや三百代言に対する防御策としての意味合いは消失し、弁論能力を欠く者に対する対応を定めた点にその意義を見出すことができるのである。

- (5) 以上の考察から明らかなおとおり、訴訟信託禁止の制度趣旨として立法当時認識された旧旧民訴法127条2項の潜脱防止という点は、もはや現行の信託法の下における訴訟信託禁止の制度趣旨とは解されないのである。

10) 伊藤・前掲注8) 132頁。

11) 新堂幸司『新民事訴訟法（第5版）』（弘文堂・2011年）164頁。

12) 秋山ほか・前掲7) 323頁。

第5章 現行信託法における訴訟信託禁止の立法過程の検証

1 はじめに

- (1) 現行信託法10条の訴訟信託禁止の規定は、平成18年の改正における立法過程において、主として本文にただし書を付して、「正当の理由がある場合は、この限りでない」と規定すべきか否かが議論された。最終的に正当理由による除外規定の導入は見送られ、立法化には至らなかった¹³⁾。
- (2) 法制審議会信託法部会第1回(平成16年10月1日)における「信託法制研究会報告書」では、「訴訟信託は、訴訟を行わせることを主たる目的とすることができないものとする。ただし、そのような信託行為をすることについて正当な理由がある場合は、この限りでないものとする」として、「正当な理由」を禁止の除外理由とする趣旨のただし書を付加すべきか否かが議論された。このように、立法過程における議論の中心は、「正当な理由がある場合」には、例外的に訴訟信託を許容する旨のただし書を創設するか否かという点にあったものの、この過程においても訴訟信託禁止の制度趣旨(旧信託法11条)をどのように理解すべきかという点に議論が及んでいる。

法制審議会信託法部会第27回(平成17年12月16日)ではパブリック・コメントに対する意見の概要として、訴訟信託の禁止について、「現行法11条の規定の趣旨を維持し、信託は、訴訟行為をさせることを主たる目的とすることができないものとする。」ことについて、パブリックコメントに寄せられた意見について「賛成する意見があった一方で、これに反対する意見も相当数あった。」と説明されている。

13) 小野傑「訴訟手続における受託者・信託財産・受益者の関係——訴訟信託と任意的訴訟担当の関係に関する立法過程の議論を参考として——」東京大学法科大学院ローレビュー Vol.4 (2009年) 146頁以下。

- (3) そこで、本稿では、法務省「信託法の見直しに関する検討課題」、法制審議会「信託法の見直しに関する検討課題(1)」、金融法委員会の中間論点整理、日本弁護士連合会による「現行信託法第11条（訴訟信託の禁止）改正についての意見書」を踏まえて、現行信託法の立法過程における訴訟信託禁止をめぐる議論、とりわけ訴訟信託禁止の制度趣旨に関する議論について検討を加えることとする。

2 法制審議会信託法部会事務局

- (1) 法制審議会信託法部会事務局は、旧信託法11条の訴訟信託禁止の趣旨について、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ると解する有力説（以下、「事務局見解」という）を紹介し、そのような「許されない場合」として、以下の3つを掲げている。
- 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みられる場合
- (2) 事務局見解は、これらの①、②および③について、①および②が信託を脱法的に利用しようとすることを禁じようとするものであるのに対して、③は、明らかな脱法的行為であるともいい難いとして、直接民法90条によって規律すれば足りるとする。そのうえで、訴訟信託禁止の制度趣旨との関連で検討すべき対象は、①および②であり、訴訟信託を禁止した旧信託法11条の立法趣旨は、①および②の脱法事例の場合を禁止することにあると考えられるとする。事務局見解によれば、訴訟信託禁止の制度趣旨は、上記①および②の脱法事例の場合を禁止することであり、旧信託法11条の訴訟信託禁止の規定は、旧信託法10条（脱法信託の禁止）において禁止される脱法事例の具体的例示として規定したものであるとするのである。

- (3) 以上の事務局見解の訴訟信託禁止の制度趣旨の理解は、すでに検討した四宮教授の見解¹⁴⁾に依拠し、これを前提として議論を進めるものといえる。

事務局見解は、脱法信託の禁止を定めた旧信託法10条¹⁵⁾と旧信託法11条を連続性をもって捉え、訴訟信託の禁止は、脱法信託における脱法事例の具体的例示として機能すると位置づける点に特徴がある。事務局見解は訴訟信託禁止の制度趣旨について、弁護士代理の原則、弁護士法72条に反する脱法事例を禁止するものであるとし、他人間の法的紛争へ介入し、司法機関を利用しつつ不当な利益を追求する場合に「信託」という形式を利用する場面については、民法90条により直接規律すれば足りると捉えるのである。

3 日本弁護士連合会意見書

- (1) 平成17年1月21日付にて、日本弁護士連合会は「現行信託法第11条（訴訟信託の禁止）の改正についての意見書」（以下、「日弁連意見書」という）を公表した。日弁連意見書は、法制審議会で検討対象として議論されていた訴訟信託禁止を「正当な理由」ある場合を除外する旨のただし書を付すか否かに関する問題として捉えたうえで、結論として「『正当理由ある訴訟信託』が法第11条による禁止の例外である旨のただし書きを設けることには反対である。」とする。もっとも、日弁連意見書は、検討の過程で事務局見解が立脚して議論を進める訴訟信託禁止の制度趣旨について疑問を呈している。そこで、本稿では、訴訟信託禁止の制度趣旨に関する議論を中心に日弁連意見書について検討を加えることとする。

14) 四宮和夫『信託法 [新版]』（有斐閣・1998年）144頁以下。なお、拙稿・前掲注1）55頁以下。

15) 旧信託法の下でも、旧信託法10条は、「法令ニ依リ或財産権ヲ享有スルコトヲ得サル者ハ受益者トシテ其ノ権利ヲ有スルト同一ノ利益ヲ享受スルコトヲ得ス」と規定して、脱法的信託を禁止している。なお、現行信託法9条は、「法令によりある財産権を享有することができない者は、その権利を有するのと同一の利益を受益者として享受することができない」と規定し、これを承継している。

(2) 事務局見解の立法趣旨の理解に対する日弁連の意見

- ① 日弁連意見書は、事務局見解の旧信託法11条の立法趣旨の理解についての疑問を提起する。具体的には、まず、事務局見解は、旧信託法11条の立法趣旨として指摘される3つの理由のうち、第3の「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部分」については、直接民法90条により規律すれば足りるとすることを前提としているが、日弁連意見書は以下のとおり、かかる前提には疑問があるとし、民法90条で規律すべきとする事務局見解に反対する。

その理由は、以下のとおりである。

- ② まず第1に、信託の形式を利用して、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ことは、単に公序良俗に反する行為（民法90条に反する行為）というだけではなく、受託者の利益を犠牲にしても受益者の利益を追求すべきという信託の本質にも反するものであるから、信託法上これを禁止する趣旨の規定を置くことには相応の意味があり、必ずしも民法90条によって解消されるべき問題ではないという点である。
- ③ 第2に、民法90条に反する行為は、それ自体、違法行為として無効であるから脱法性を問題にするまでもなく、信託行為としても無効と解されるが、これらの類型の行為についても、（確認的にであれ）禁止されるべき信託に含まれるものとして信託法に規定したとしても特段の不都合はないという点である。

民法90条は、いわゆる一般条項であり、弁護士法72条にしろ、同73条にしろ、あるいは、民訴法54条1項にしろ、公序良俗違反と見るべき行為の禁止を具現化した規定であるともいい得るものであり、弁護士法72条、73条を潜脱する信託や民訴法54条1項を潜脱する信託と、その他の公序良俗に反する信託との間に絶対的な相違があるわけでもない指摘するのである。

- ④ 第3に、訴訟信託禁止の制度趣旨についての事務局見解の理解に対し

て、そもそも訴訟信託禁止の制度趣旨が事務局見解の指摘する3つに尽きるかという点についても、さらなる検討が必要であると指摘する。

4 検討

- (1) 事務局見解は、訴訟信託禁止の制度趣旨について、四宮教授の見解¹⁶⁾に基づいて分析をする。

この点に関して、日弁連意見書は、訴訟信託禁止の制度趣旨について四宮説の指摘する3つの場面に尽きるかについて疑問を呈し、訴訟信託禁止の制度趣旨が事務局見解の拠って立つ四宮説の主張に限定されるべきものとは解されないと指摘し、相手方の抗弁を封殺することを目的とする債権譲渡（人的抗弁の切断を企図した「隠れた取立委任裏書」による手形の裏書譲渡など）を許容しない趣旨で訴訟信託を禁止したと解することや、専門的知識・能力を欠く受託者の拙い訴訟行為により受益者の利益が害される事態を未然に防止したと解する余地があることを指摘している。本稿は、後に検討するように訴訟信託禁止の制度趣旨が四宮説の主張する弁護士代理の原則や弁護士法72条の潜脱防止にあるとすることには疑問であり、日弁連意見書の指摘に賛成する。

- (2) さらに事務局見解の特色は、四宮説を前提としたうえで、四宮説が訴訟信託として禁止した3つの場面のうち、前記2(1)③の場面は、直接民法90条によって解決すべきであると指摘する点にあるが、日弁連意見書も指摘するように、この点もやはり疑問があるといえよう。

すなわち、民法90条はいわゆる一般条項であり、信託法を始めとする個々の条文の規律の根底に民法90条の精神を踏まえたものが存在するからといって、直ちに民法90条の規律に持ち込めば対応可能であるとする論理展開には飛躍があるといえよう。この論法によれば、例えば権利濫用（民法1条3項）

16) 四宮・前掲注14) 144頁以下。

や信義誠実の原則（民法1条2項）といった一般条項についても、同様の議論となる余地が生じることになるため疑問であり、賛成し難い。

- (3) 問題となるのは、事務局見解の掲げる①および②の各場面である。そこで、事務局見解の拠って立つ訴訟信託を禁止した旧信託法11条の制度趣旨が、①弁護士代理の原則の潜脱防止や、②弁護士法72条の脱法防止という点にあるといえるか否かを考察する必要がある。

以下では、訴訟信託禁止と弁護士代理の原則との関係、弁護士法72条との関係について、それぞれ考察することとする。

第6章 訴訟信託禁止と弁護士代理の原則の関係

1 弁護士代理の原則の意義

では、訴訟信託の禁止の制度趣旨は、弁護士代理の原則（民訴法54条）の潜脱防止にあるといえるであろうか。

- (1) 弁護士代理の原則とは、訴訟委任に基づく訴訟代理人は、原則として弁護士でなければならないという建前をいう（民訴法54条1項本文）。この原則によれば、訴訟代理人となり得るのは原則として弁護士のみとなる。

弁護士代理の原則から、現行民訴法では、民事訴訟においては弁護士でなければ訴訟委任に基づく訴訟代理人とはなり得ない。弁護士代理の原則の意義について、「三百代言などの不明朗な職業の発生を一般的に防止するとともに、具体的には法律に暗い本人の利益保護を確実にし、かつ、手続進行の円滑化を目的としたものである。」と説明する立場¹⁷⁾や「資格および登録に厳しい弁護士のみが訴訟代理人たりうるよう資格を限定したことは、訴訟の技術性・専門性を重視し、かつ、弁護士でないいわゆる事件屋などの介入を

17) 新堂・前掲注11) 183頁。

排除することを目的としている」と説明する立場¹⁸⁾、「法律制度や多分に技術的な訴訟手続に精通していない当事者が不測の損害をこうむらないよう、その利益保護を確保すると同時に、法律家の関与により訴訟手続の円滑な進行を図ろうとするものである。」と説明する立場が存在する¹⁹⁾。

- (2) なお、簡易裁判所においては裁判所の許可を得て弁護士以外の者を訴訟代理人とすることができる（民訴法54条1項ただし書）。

簡易裁判所の事件は軽微であることから、事件ごとに弁護士でない者や、司法書士でない者を訴訟代理人とすることができるとしたものである²⁰⁾。

2 弁護士代理の原則の変遷と訴訟信託禁止

- (1) まず、訴訟信託禁止と弁護士代理の原則に関する立法の経過を検証することとする。

訴訟信託禁止が規定された旧信託法（大正11年4月21日法律第62号）の施行日である大正12年1月1日当時は、すでに大正15年改正前の旧旧民訴法（明治23年4月21日法律第29号）が施行されていた。この旧旧民訴法の下では、現行民訴法54条のような訴訟委任による訴訟代理人は弁護士に限るという弁護士代理の原則は現在のような形では採用されていなかった点に注意する必要がある。

すなわち、大正11年当時の旧旧民訴法63条は明治23年に制定されたままであり、弁護士代理を原則としつつも（1項）、弁護士がいない場合には、親族または雇人をもって訴訟代理人とし、それもないければ他の訴訟能力者をもって訴訟代理人とするという内容であった（2項）。具体的には、以下のよう規定していた（下線は、筆者による）。

18) 秋山幹男ほか『コンメンタール民事訴訟法 I [第2版]』（日本評論社・2006年）525頁。

19) 上野=松本『民事訴訟法 [第6版]』（弘文堂・2010年）108頁。

20) 新堂・前掲注11) 187頁など。なお、森脇純夫「弁護士強制制度・弁護士代理の原則」ジュリスト増刊『民事訴訟法の争点』（2009年）67頁。

旧旧民訴法63条

- 1 原告若クハ被告自ラ訴訟ヲ爲ササルトキハ辯護士ヲ以テ訴訟代理人トシテ之ヲ爲ス
- 2 辯護士ノ在ラサル場合ニ於テハ訴訟能力者タル親族若クハ雇人ヲ以テ訴訟代理人ト爲シ若シ此等の者ノ在ラサルトキハ他ノ訴訟能力者ヲ以テ訴訟代理人ト爲スコトヲ得
- 3 區裁判所ニ於テハ辯護士ノ在ルトキト雖モ訴訟能力者タル親族若クハ雇人ヲ以テ訴訟代理人ト爲スコトヲ得

このように旧旧民訴法63条は、本人訴訟以外の場合、訴訟代理人は弁護士とする旨の弁護士代理の原則を採用しつつも（同条1項）、弁護士に依頼できない場合には、親族、雇人、それもない場合には訴訟能力者でありさえすれば他人による代理を認めていた（同条2項）。結果として、弁護士代理の原則とはいいつつも、最終的には訴訟能力さえあれば誰でも訴訟代理人となることができることとされていたのである。ところで、旧信託法（大正11年4月21日法律第21号）は、大正12年1月1日に施行されている。この当時は、明治23年に制定された旧旧民訴法のもとで、弁護士代理の原則は存在していたものの（旧旧民訴法63条1項）、すでに検討したとおり、その内実は極めて緩やかなものでしかなく、最終的には、訴訟能力を有する者でありさえすれば訴訟代理人となり得るといふ程度のものにすぎなかったのである（旧旧民訴法63条2項）。訴訟信託禁止は、大正11年の旧信託法制定とともに信託法に導入されたものであるが、大正11年当時のわが国には、旧信託法が訴訟信託を禁止してまで、その潜脱を防止すべき内実を備えた弁護士代理の原則は存在していなかったのである。

- (2) では、当時の弁護士代理の原則が、このような極めて緩やかな規律に止まっていた理由はどこにあるのであろうか。

この根拠は、明治23年当時のわが国における弁護士の数に関連するといえ

表 1

明治	9年	10年	11年	12年	13年	14年	15年	16年	17年	18年	19年	20年	21年
弁護士数	174	457	577	677	799	818	914	1015	1029	1060	1037	1051	1120
明治	22年	23年	24年	25年	26年	27年	28年	29年	30年	31年	32年	33年	34年
弁護士数	1075	1345	1233	1423	1594	1562	1589	1578	1540	1464	1577	1590	1647
明治	35年	36年	37年	38年	39年	40年	41年	42年	43年	44年	45年		
弁護士数	1727	1844	1908	2008	2027	2026	2006	1994	2008	2020	2036		

よう。具体的に当時のわが国における弁護士数の推移を一覧すると表1のようになる²¹⁾。

表1からも明らかなおと、明治23年の民訴法制定当時、わが国における弁護士の数は、わずか1345人であった。この数字の持つ意味をより具体的に検討するために明治23年当時の弁護士1人あたりの国民数という観点から検討してみたい。

総務省統計局ホームページ (<http://www.stat.go.jp/>) に記載の「男女別人口・人口増減及び人口密度(明治5年～平成21年)」によれば、明治23年当時のわが国の人口は3990万2000人である。当時の弁護士数が1345人であることから、弁護士1人あたりの国民数は2万9667人となる。

旧旧民訴法が制定された明治23年当時のわが国は、訴訟委任に基づく訴訟代理人を弁護士でなければならないという弁護士代理の原則を採用しようとしても、絶対的に弁護士数が足りない環境の下にあったのである。当時のわが国にはわずか1300人余りの弁護士しか存在しておらず、旧旧民訴法63条は弁護士に依頼できない場合には、親族、雇人、それもない場合には訴訟能力者である他人の代理を認めるとし、少なくとも訴訟能力があればよいとする極めて大きな例外を許容する限度でしか弁護士代理の原則を受け入れることができなかつたのである²²⁾。

21) 林屋礼二他編著『統計からみた明治期の民事裁判』(信山社・2005年)76頁。

表 2

大正	元年	2年	3年	4年	5年	6年	7年	8年	9年	10年	11年	12年	13年
弁護士数	2109	2256	2486	2665	2795	2947	2957	2992	3435	3568	4284	5412	5648
大正	14年	15年	昭和 2年	3年	4年	5年	6年	7年	8年	9年	10年	11年	12年
弁護士数	5871	6048	6346	6597	6409	6599	6807	7053	7075	7082	7075	5976	5811
昭和	13年	14年	15年	16年	17年	18年	19年	20年	21年	22年			
弁護士数	4866	5527	5498	5325	5231	5197	—	1994	5753	—			

- (3) その後、訴訟信託禁止の規定を含む、旧信託法制定時である大正11年当時のわが国における弁護士数は、表2のとおり、大正7年で2957人、大正11年で4284名であった²³⁾。

では、旧信託法制定時の大正11年当時のわが国における弁護士数をもとに弁護士1人あたりの国民数を算出してみよう。

大正11年の上記統計によれば当時の人口は5739万人であり、弁護士数は4284人であることから、弁護士1人あたりの国民数は1万3396人となる。

さらに、民訴法改正のあった大正15年当時の人口は6074万1000人であり、弁護士の数が6048人であることから、弁護士1人あたりの国民数は1万43人となる。弁護士数は旧旧民訴法制定時である明治23年の1345名の4倍強（約4.49倍）となっていたのである。

その後、大正15年の民訴法改正によって、弁護士代理の原則を以下のように規定するに至っている。

22) 内田武吉「弁護士制度の一側面」早稲田法学73巻2号（1997年）8頁は、明治23年の民訴法制定時には弁護士の数が絶対的に少なく、弁護士強制主義の基盤に欠けていた点、旧旧民訴法63条が「弁護士のあらざる場合においては、訴訟能力者たる親族、もしくは雇い人をもって訴訟代理人となし、もしこれらの者あらざるときは、ほかの訴訟能力者をもって訴訟代理人となすことを得」として、要するに、訴訟能力がありさえすれば訴訟代理人となることができるという時代であった点を指摘する。

23) 林屋礼二・菅原郁夫・林真貴子・田中亜紀子編著『統計から見た大正・昭和戦前期の民事裁判』（慈学社出版・2011年）95頁。

大正15年改正による旧民訴法79条

- 1 法令ニ依リテ裁判上ノ行為ヲ為スコトヲ得ル代理人ノ外弁護士ニ非サレハ訴訟代理人タルコトヲ得ス但シ簡易裁判所ニ於テハ許可ヲ得テ弁護士ニ非サル者ヲ訴訟代理人ト為スコトヲ得
- 2 前項ノ許可ハ何時ニテモ之ヲ取消スコトヲ得

このように、わが国において弁護士代理の原則が実質的な内実を有する法制度として誕生したのは、まさに大正15年の民訴法改正を経た時点であったのである²⁴⁾。しかし、この大正15年当時には、すでに大正11年制定の旧信託法が先行して存在し、そこには訴訟信託禁止の条項が設けられていたの

- (4) 大正15年民訴法改正によって弁護士代理の原則が実質的な内実を有するに至ったのは、わが国における弁護士数の増加と密接に関連している。

すなわち、貴族院特別委員会議事（大正15年2月19日）²⁵⁾によれば、その理由は、政府委員（池田寅二郎）によって次のように説明されている。

大正一五年二月二日貴族院民事訴訟法中改正法律案外一件特別委員小委員会

24) 大正15年民訴法の弁護士代理の原則の際の立法理由について、民事訴訟法中改正法律案理由書は、79条は「法令ニ依リテ裁判上ノ行為ヲ為スコトヲ得ル代理人ノ外辯護士ニ非サレハ訴訟代理人タルコトヲ得ス但シ區裁判所ニ於テハ許可ヲ得テ辯護士ニ非サル者ヲ訴訟代理人ト為スコトヲ得 前項ノ許可ハ何時ニテモ之ヲ取消スコトヲ得【理由】本條ハ訴訟代理人ノ資格ヲ定メ支配人又ハ船長ノ如ク法令ニ依リテ訴訟代理ヲ為スコトヲ認メラレタル者ヲ除キテハ辯護士ニ非サレハ訴訟代理人タルコトヲ得サルモノト爲シ唯例外トシテ辯護士ニ非サル者ハ區裁判所ニ於テ特ニ許可ヲ得タル場合ニ限り訴訟代理人トナルコトヲ得ルモノト爲シタリ」とし、この改正経緯について、上田徹一郎『当事者平等原則の展開』（有斐閣・1997年）118頁は「大正15年の改正の要点は、『弁護士ニ非ラザル者ノ訴訟代理ヲ制限』する趣旨と指摘する。

25) 松本ほか・前掲注2) 377頁以下。

議事速記録第二号（下線部は筆者による）

○政府委員（池田寅二郎君） 訴訟代理人ノ章ハ餘リ改メタ點ガナイノデアリマシテ、唯、此七十九條デチヨット御注意ヲ御願ヒシタイノハ、七十九條ハ現行法ノ六十三條ニ相成ッテ居リマス、現行法ノ六十三條ニ依リマスレバ、其二項ニ於テ大體ハ辯護士ヲ以テ訴訟代理人トナスベキモノダト云フコトヲ一項ノ本則ニシテ居リマスガ、併シ「辯護士ノ存ラサル場合ニ於テハ」云々、辯護士ノ在ラザル場合ニ於テハ親族又ハ雇人ヲ以テ訴訟代理人トスル、ソレモナケレバ他ノ者ヲ以テ訴訟代理人トスルト云フヤウナ補則的ノ規定ガアリマスガ、併シ二十三年ノ當時ト今日ニ於キマシテハ、辯護士ノ普及ト云フモノガ著シキ相違ヲ見テ居リマスルノデ、今日ニ於キマシテハ茲ノ如キ規定ヲ設クルノ必要ハ無イト云フ所カラ、此二項ノヤウナモノヲ設ケマセヌデ、即チ辯護士ヲ以テ訴訟代理人トスルト云フコトヲ、地方裁判所ニ於テハ絶對ノ茲ニ法則トシタノデアリマス、勿論、法律ノ規定ニ依リマシテ、本人ノ爲ニ訴訟行爲ヲ爲シ得ルヤウナ者、例ヘバ支配人ノヤウナモノ是ハ其儘デアリマスガ、然ラザルモノデアリマスル以上ハ、訴訟代理人ト云フモノハ辯護士ヲ以テスルト云フコトニ致シタノデアリマス、ソレカラ區裁判所ニ付キマシテハ、訴訟能力者若クハ訴訟能力者タル親族雇人ヲ以テ訴訟代理人トスルト云フコトニナッテ居リマスガ、併ナガラ親族雇人ト云フモノニ餘程重キヲ置イテ居ルノデアリマシテ、是ナラバ當然訴訟代理人ニナレルト云フコトヲ意味シテ居ル、併ナガラ、サウ云フヤウナ資格ニ制限ヲ置クト云フコトヨリモ資格ハ無制限ニスル、適任者ヲ以テ、當事者ガ信任スル所ノ適任者ヲ以テ之ニ充ツルコトトシ、唯、其裁量ヲ裁判所ガ適當ニ致スト云フコトニスル方ガ、尙ホ適當デアラウト云フ所カラ、裁判所ノ許可ヲ得テ、辯護士ニ非ザル者ヲ訴訟代理人トスルト云フコトニ改メマシタ點ガ、先ヅ此現行法ニ對スル一ツノ改正ニナッテ居ルノデアリマシテ、其外、訴訟委任ノ範圍、訴訟委任ノ手續形式ノ如キモノハ、大體現行法ト變リハアリマセヌ、ソレカラ第八十二條ニ於キマシテ、數人ノ代表者ガアル場合ニ於キマシテハ、各自代表ト云フ法則ヲ決メタノデゴザイマス、……」

- (5) その後、平成8年民法改正によって弁護士代理の原則は、以下のとおり規定されている。

平成8年改正による現行民法54条

- 1 法令により裁判上の行為をすることができる代理人のほか、弁護士でなければ訴訟代理人となることができない。ただし、簡易裁判所においては、その許可を得て、弁護士でない者を訴訟代理人とすることができる。
- 2 前項の許可は、いつでも取り消すことができる。

これは、大正15年の改正による旧民法79条を踏襲したものである。

なお、平成23年3月時点の弁護士数は、3万485人であり、統計局の人口推計(平成23年10月31日現在)によれば、わが国の人口は1億2779万8000人であることから、弁護士1人あたりの国民数は4192人となる。

- (6) 以上の弁護士代理の原則の変遷の歴史の過程に照らして考察すると、大正11年制定の旧信託法の下での訴訟信託禁止は、明治23年制定の旧民法63条の存在を前提に立法されていたといえる。

ところが、すでに紹介したとおり、旧民法の下では、弁護士代理の原則とはいうものの、地方裁判所以上でも弁護士の在らざる場合には訴訟能力者たる親族・雇人それなき場合は第三者を代理人となし得るといって極めて大きな例外を認めざるを得なかった。このような規制のあり方に照応して、当時は三百代言の介入の余地もあったといえよう。

ところで、訴訟信託は、信託目的財産を委託者から受託者に移転することによって、受託者が当該目的物にかかる訴訟について本人として訴訟進行し得る余地が生じるから、弁護士代理の原則の潜脱となるといわれる。しかし、わが国において、実質的内実を備えた弁護士代理の原則が民事訴訟法に導入されたのは、大正15年改正を経た旧民法(大正15年4月24日号外法律第

61号)の時代からであったのである。旧信託法(大正11年4月21日法律第62号)制定の大正11年当時には、弁護士代理の原則とは名ばかりであり、弁護士がいない場合には訴訟能力さえ備えれば訴訟代理人たり得るという極めて緩やかな意味でしか導入されていなかった。旧信託法による訴訟信託禁止が制定された当時は、あくまでも弁護士代理の原則は、弁護士に依頼できない場合には親族や雇人を訴訟代理人にでき、それもない場合には訴訟能力者である他人を訴訟代理人とすることができるという限度での規律でしかなく、訴訟信託を禁止することによってその潜脱を防止すべき内実は有していなかったのである。ところが、このような状況にありながらも旧信託法立法当時、訴訟信託禁止を規定するに際しては、時系列的にも旧旧民法上の弁護士代理の原則(旧旧民法63条)を踏まえることしかできなかったのである。

- (7) なお、この点に関連して、「大正11年に改正される以前の旧民事訴訟法では、親族もしくは雇人を訴訟代理人となしうべき場合において、親族も雇人もいないときは他の者を訴訟代理人となしうることとし(第63条2項)、一方、弁論を業とする訴訟代理人もしくは補佐人を退場せしめうる規定(第127条2項)があった。この三百退場の規定は大正11年の改正で削除されたが、大正7年当時、民事訴訟法の改正案は法律取調委員会で審議中であったため、その改正を見越し、弁護士特権の確立をめざして設けられた規定のごとく考えられる。」との指摘がある²⁶⁾。つまり、訴訟信託禁止の規定は、民事訴訟法の改正を見込んでの弁護士特権の確立を目指して設けられた規定としての意義を有するものであると推察する立場である。

この推論が正当であると仮定すれば、訴訟信託禁止の規定は、弁護士特権の確立を目指した規定であるという新たな趣旨が持ち込まれることとなる。しかし、このような主張は、推論の域を越えず合理的根拠を見出し難く賛成できない。

26) 山田昭『信託立法過程の研究』(勁草書房・1981年)122頁以下。なお、拙稿・前掲注1)51頁注45参照。

3 訴訟信託における受託者と弁護士代理の原則の関係

さらに訴訟信託禁止の本質的な制度趣旨に弁護士代理の原則の潜脱防止がふくまれないことは、次の視点からも説明することができる。

- (1) まず、今日の通説的見解は、訴訟信託禁止は信託行為の受託者が訴訟代理人として弁護士に委任する場合も禁止の対象となると解している。

すなわち、旧信託法11条の適用については、訴訟を主たる目的とする信託である限り、受託者がみずから訴訟をする場合であることを問わないと解しているのである²⁷⁾。

従来主張されている訴訟信託禁止の射程範囲には、訴訟行為をなすことを主たる目的として財産の信託的譲渡を受けた受託者の訴訟追行において、当該受託者自身が（いわば本人訴訟として）訴訟行為を行う場面のみならず、受託者が自身の訴訟代理人として弁護士に訴訟追行を委任した場面もふくむと解されている。委託者の財産の信託的譲渡を受けた受託者がさらに訴訟行為を行うに際して弁護士を訴訟代理人として選任した場合も訴訟信託として禁止の対象とするのである²⁸⁾。その理由は、訴訟信託に該当するか否かは、あくまでも信託の設定行為時を基準に判断されるべきであり、その後に訴訟代理人として弁護士を選任したか否かは訴訟信託の成否に影響しないという点にある。

ところで、弁護士代理の原則との関係で見れば、訴訟信託における受託者

27) 大阪谷公雄「訴訟信託の抗辯」民商法雑誌2巻1号(1935年)60頁以下。同論文は訴訟信託禁止の根拠はその反公序良俗性に求めるべきであり、「健訟の弊を生ずるといふ事が、公序良俗に反する根本的理由」であるとする(同60頁)。なお、田辺光政「訴訟信託禁止の意義をめぐる学説」上柳克郎先生還暦記念『商事法の解釈と展望』(有斐閣・1984年)469頁以下。

28) 四宮和夫「信託法11条にいう訴訟行為の意義」『信託の研究』(有斐閣・1965年)251頁以下。「従来の判例は、信託的譲受人の訴訟行為は、自らなした場合であると、弁護士に依頼してなした場合であることを問わない」と説明し、受託者が弁護士を選任した場合であっても、訴訟信託禁止の対象となることに変わりはないと説明する。

が訴訟代理人として弁護士を選任した場合は、少なくとも当該訴訟における訴訟追行は弁護士が訴訟代理人として対応していることになる。もちろん財産の信託的譲渡を受けた受託者が選任した訴訟代理人弁護士は、あくまでも委託者ではなく受託者の訴訟代理人であるとはいえよう。しかし、弁護士代理の原則（民訴法54条）は訴訟代理人を選任する場合は弁護士でなければならないという原則である。その趣旨は、論者によって表現の違いはあるものの、いわゆる事件屋を排除して本人保護を図るとともに、円滑な訴訟手続を実現するという点にある。かかる趣旨に照らせば、訴訟信託における受託者が訴訟代理人を選任し、この訴訟代理人が弁護士であれば、本人である受託者は事件屋の排除という点からは保護されるし、さらには当該訴訟における円滑な訴訟手続の実現を図るといえる。したがって訴訟信託を受けた受託者が訴訟代理人として弁護士を選任した場合には、当該訴訟における訴訟追行の場面では、受託者の訴訟代理人である弁護士が対応している以上、弁護士代理の原則に違反はなく、この意味で、訴訟信託における受託者が訴訟代理人として弁護士を選任した場合は、弁護士代理の原則の趣旨は充足されているといえよう。

ところが、通説的見解によれば、このような場面も訴訟信託として禁止の対象となるのであり、ここに弁護士代理の原則を充足しつつも、訴訟信託として禁止される事態が生じる。このことは、訴訟信託禁止が弁護士代理の原則の潜脱を防止することを本質的な意味での制度趣旨と捉えていないことを意味するといえよう。

- (2) 訴訟信託によって、弁護士代理の原則が潜脱されるとすれば、委託者から信託目的物について信託的譲渡を受けた受託者本人が訴訟当事者となり、本人訴訟として訴訟追行する場面であろう。わが国では、弁護士強制主義が採用されていないため、かかる本人訴訟も許容される。

本来受託者が委託者の委託による訴訟代理人として訴訟追行するためには、弁護士代理の原則に照らして、弁護士の資格が必要である。ところが、

受託者が本人として訴訟追行をすることになれば、弁護士の資格のない者が実質的に見れば委託者の訴訟代理人として訴訟追行を行うことにほかならないといえる。弁護士でない受託者が本人として訴訟追行することによって、実質的に見れば、結果として弁護士代理の原則を潜脱するために利用される場面もあるといえよう。しかし、これは、一定の場面で訴訟信託が弁護士代理の原則を潜脱する用いられ方をするおそれがあるというに止まるといえよう。

- (3) 加えて、最判昭和36.3.14民集15巻3号444頁は、旧信託法11条にいう「訴訟行為」には、破産申立てや強制執行もふくむと判示するものの、これらの破産申立てや強制執行には、弁護士代理の原則の適用はないと解されている²⁹⁾。つまり、もともと弁護士代理の原則の適用がないと解されている破産申立てや強制執行も、これを行わせることを主たる目的とした訴訟信託は禁止の対象となると解されているのである。そうだとすれば、やはり弁護士代理の潜脱防止という点は、訴訟信託禁止の本質的な制度趣旨とは解されないのである。

4 小括

以上から、訴訟信託は、一定の場面で弁護士代理の原則を潜脱する用いられ方をするおそれがあるというに止まるというべきであり、その意味で弁護士代理の原則の潜脱防止は、訴訟信託を禁止することによって得られる一定の効果であるものの、本質的な意味で制度趣旨であるとはいえないのである。

29) 四宮・前掲注28) 251頁。