近代法시스템 繼受期 日本의 裁判所에서의 紛爭解決實踐*

林眞貴子**

목 차

Ⅰ. 시작하며
Ⅱ. 明治 初期의 民事裁判
1. 管轄 : 治外法權下의 2개의 法廷
2. 法源 : 法典 없는 시대의 재판
Ⅲ. 재판소에서의 민사분쟁에 대한 대응의 실태
1. 勸解 : 분쟁상태의 해소
2. 執行 : 身代限과 裁判執行
Ⅳ. 맺음말

[국문 요약]

본고의 목적은 민법전 성립 이전에 일본의 재판소에서 어떻게 민사분쟁을 해결하고 있었는지를 밝힘으로써 근대적 사법제도가 성립하는 프로세스의 일단을 검토는 것이다. 법전이 존재하지 않은 가운데 어떻게 서양근대적인 재판을 지향해나갔는가, 법률학도 미성숙한 상태에서 어떻게 법조양성을 하고 어떻게 재판소에 변호사・재판관을 공급하고 있었는가. 나아가 메이지유신 직후의 정세 불안, 경제 혼란 상태에서 나날이 분출되는 대량의 민사분쟁을 어떻게 해결하고 있었던 것일까? 明治初期의 재판소에서 민사분쟁의 해결은, 외국인을 원고로 하는 소송과 중대한 법적 사건을 제외하고, 우선은 재판소에서 행해지고 있던 勸解(調停과 유사한 절차)에 의해 처리되었다. 권해에서는 법규에 구애되지 않고, 양 당사자의 납득을 얻는 것을 중요시하였고, 특히 금전사건에 대해서는 분쟁해결을 현실적으로 해소하는 것－예를 들어 변제

* 본고는 한국법사학회와 서울대학교 법학연구소가 공동주최한 심포지엄에서 구두보고한 것을 문서화한 것이다. 보고의 기회를 주신 여러 선생님들께 감사의 말씀을 드린다.

** 近畿大學 敎授

의 완료를 권해의 장에서 행하는 것－이 추구되었다. 권해에서 대량의 민사분쟁을 처리하는 한편, 재판(판결절차)에서는 상대적으로 소수의 사건의 해결에 임하여 사실인정을 하고 이유를 붙인 판결을 내리려 하였다. 재판에서 성문법도 없고, 관습도 분명하지 않은 경우에는 條理로서 외국(주로 프랑스민법)의 법리를 원용하는 일도 있었다. 1879년부터는 조리에 위배하는 관습은 인정되지 않게 되었다. 이렇게 해서 법전이 성립하기 전에 실제의 재판에서도 조금씩 프랑스민법의 법리가 이해되어 갔던 것이다. 또한 司法省은 1880년부터 代言人(변호사) 자격시험을 엄정화하고, 자격의 고도화를 꾀했다. 1883년경이 되면, 勸解, 재판(판결절차), 집행철자가 점차 각각 정비되어 갔다. 1884년에 판사・검사는 시험임용이 되었다. 勸解 담당자는 제도시행 당초부터 판사보뿐이었으나, 1884년 이후는 공동체 내부의 명망가를 出仕로서 고용하였다. 각각의 절차의 구분과 그 담당자(법률가)의 구별은 서로 밀접한 관련을 내포하면서 정돈되어 갔다. 서양근대법의 계수에 관한 연구는 지금까지 法典繼受를 중심으로 이루어져왔다. 그러나 서양근대법 계수의 새로운 시각으로서 기존의 사회질서 속에서 재판 기타 분쟁해결제도, 집행제도, 법조양성, 사회일반에 대한 법교육, 법관념의 전환 등, 폭넓게 근대법을 작동시킨 시스템을, 어떠한 프로세시로 어떻게 계수해 왔는가 하는 것을 해명하는 것 역시 중요한 과제이다. 그리고 이러한 시스템들에 주목하면, 국가권력의 집중에 의한 재판절차의 합리화가 실은 법전편찬 이전에 상당한 정도까지 실현되고 있었음을 알 수 있을 것이다.

[주제어] 勸解, 民事訴訟, 代言人, 代人, 明治民事訴訟法, 司法制度의 近代化, 明治日本.

Ⅰ. 시작하며

이 글에서는 1875년부터 1890년까지를 주된 검토 대상으로 삼아 일본에서 민법전이 성립되기 이전의 민사분쟁 해결의 상태를 밝힘으로써 근대적 사법제도가 성립하는 과정의 한 一端을 검토하려고 한다.

1875년을 기점으로 설정한 이유는, 明治國家가 近世(江戶時代)에 각 領主(藩)가 分有하고 있던 행정권=사법권을 통일하고, 行政權에서 司法權의 分離, 法圈의 統一, 裁判權의 全國統一・一元化, 재판소기구의 체계화를 일응 실현한 해이기 때문이다. 그리고 민사와 형사의 분리, 재판의 공개 등 한층 더 재판의 근대화가 추진된 시기이기도 하다. 하지만 근대적 재판의 불가결한 한 요소인, 미리 정해진 룰(法)을 적용함으로써 분쟁을 해결하는 부분에서는 전혀 진전

이 없었으며, 近代 法典을 서양의 여러 국가로부터 계수하려는 방침은 정해졌지만 법전의 본격적인 기초도 시작되고 있지 않던 상황이었다. 법전이 존재하지 않는 가운데 어떻게 서양의 근대적 재판을 지향했으며, 법률학도 미성숙한 와중에 어떻게 법조인을 양성하고 또 재판소에 변호사와 재판관을 공급해 간 것일까? 더욱이 메이지유신 직후의 불안한 정세, 경제적 혼란상황 속에서 날마다 터져 나오는 대량의 민사 분쟁을 어떻게 해결해 갔던 것인가? 이 글에서는 이러한 문제의식을 가지고 民法典 繼受期(受容期)에 민사 분쟁이 실제로 어떻게 해결되고, 근대화되고 있었는지를 구체적으로 검토하고자 한다.

일본에서 서양근대법의 계수에 관한 연구는 현재까지 법전계수를 중심으로 이루어져 왔다. 민법전의 구체적 조문인 母法을 밝히고, 모법의 조문과의 차이를 논의하고, 사회에의 정착을 문제로 다루거나 법전 계수의 정치과정을 밝혀왔다.[1] 이들 관점이 중요하다는 점은 말할 필요도 없다. 하지만 더 나아가 서양근대법의 계수에 대한 새로운 시각으로서 기존의 사회질서 속에서 법전뿐만 아니라 재판 기타 분쟁해결제도, 집행제도, 법조양성, 일반인에 대한 법교육・법관념의 전환 등과 같이 보다 폭 넓은 관점에서 일본에서 근대법을 작동하게 한 시스템이 어떠한 과정을 거쳐, 어떻게 계수되어 왔는지를 밝히는 것 또한 중요한 과제가 될 것이다.[2]

1) 林眞貴子, 「日本における「法の継受」に關する理論的研究の檢討」, 水林彪 編著. 『東アジア法研究の現狀と將來—伝統的法文化と近代法の継受』(國際書院, 2009)를 참고하기 바란다.

2) 判決原本의 보존・이용 운동의 가운데 메이지초기의 재판 실태에 관심이 향해져 왔다. 林屋礼二・青山善充・石井紫郎 編, 『図說判決原本の遺産』(信山社, 1998)과 林屋礼二・青山善充・石井紫郎 編, 『明治前期の法と裁判』(信山社, 2003)에 실린 각 논문, 林屋礼二, 『明治期民事裁判の近代化』(東北大學出版會, 2006) 등.

Ⅱ. 明治 初期의 民事裁判

1. 管轄 : 治外法權下의 2개의 法廷

우선 논의의 무대를 설정하자. 1875년에는 大審院을 정점으로 하여 上等裁判所(나중에 控訴裁判所, 控訴院), 地方裁判所(始審裁判所), 區裁判所(治安裁判所) 등의 재판기구가 정비되었다. 일본에는 ① 각국 영사가 맡고 있던 영사재판법정(민사/형사)과 ②일본의 재판소(민사・행정/형사/민사사건에 대한 勸解)가 있었다. 일본인 원고는 일본에 주재하는 각국 영사관에 원고로서(일본의 司法省의 添書를 받아서) 민사재판을 제기하고 있었는데, 이 글에서는 ①의 각국 영사에 의한 영사재판과, ② 중에서 행정사건, 형사사건에 대해서는 생략할 것이다. 다만 ②에서 일본 재판소를 이용한 외국인 원고에 의한 민사재판에 대해서 언급할 것이다. 당시의 영사재판 시스템은 형사사건뿐만 아니라 민사사건의 취급에 관련해서도 여러 문제가 있었다.[3] 일본인이 원고가 되어 일본에 거주하는 외국인에게 소를 제기하는 민사사건은 그 재판관할이 일본의 재판소에 없었고, 일본인 원고는 해당 외국인의 영사관에 제소해야만 했다. 그러나 외국인을 원고로 한 민사재판에 대해서는 일본의 재판소에서 소를 수리하고 있었다.[4] 더욱이 외국인인 원고가 일본의 재판소에 제소한 경우, 그 항소심에 대해서는 피항소인이 될 수 있었다.[5] 일본정부는 외국인 원고가 일본의 재판소에서

---

3) 加藤英明, 「領事裁判の硏究—日本における一」(1)・(2, 完), 名古屋大學 『法政論集』 84, 86(1980).

4) 영사재판연구는 당연하게도 형사사건과 더불어 민사를 취급하는 경우에도 일본인이 외국영사관에 출소한 사건을 중심으로 다루어 왔다. 이러한 연구 상황 가운데 외국인에 의한 日本法廷의 이용에 관해 구체적으로 다루고 있는 것으로, 瀧川叡一, 「東京開市場裁判所の設置とその判決例」, 『日本裁判制度史論考』(信山社, 1991) 등이 있다. 또한 근년의 영사재판연구는 영사재판소가 설치된 나라의 국내법정과의 관계를 중시하게 되었다. 일본법정에 관한 구체적인 분석은 아직 행해지고 있지 않지만, Turan Kayaoglu, *Legal Imperialism : Sovereignty and Extraterritoriality in Japan, the Ottoman Empire, and China* (Cambridge University Press, 2010), pp.66~103 등.

5) 修好通商條約에 기초하여 明治元年 11月 19日(1890년 1월 1일)에 外國人居留地(・築地外人

Total number of litigations by nationality: 1879–1898

	a total number of litigations [cases of foreign plaintiffs in Japanese courts]	a total number of litigations [cases of Japanese plaintiffs in consular courts]	a total number of people in Japan
America	148	604	14,551
Britain	468	1,239	28,253
Russia	14	91	1,846
Holland	16	61	1,486
France	150	246	5,724
Portugal	31	101	1,825
Germany	335	311	7,963
Swiss	62	23	1,063
Belgium	6	18	345
Italy	6	47	677
Denmark	30	35	1,049
Sweden=Norway	4	25	555
Spain	6	21	450
Austria=Hungary	9	21	898
Qing China	581	825	79,913
Total	1,866	3,668	–

〈표 1〉 일본재판소(외국인원고)의 민사소송과 사법정(일본인원고)의 민사소송

居留地)가 東京開市場에 설치되었다. 東京府는 東京開市場內의 運上所에서 외국인에 관한 행정사무와 함께 외국인이 원고가 되어 일본인을 피고로 하는 민사소송과, 외국인을 피해자로 하는 경우의 일본인에 대한 형사소송(內外交涉訴訟)을 취급하였다. 사법성 설치 후에도 동경부는 재판권을 주장하고 종전대로 築地運上所에서 외국인관계소송을 취급하여, 太政官이 1872년 1월 20일 「今般 東京開市場裁判所로 개칭하고 사법성 관원이 出張하여 同所의 事務를 取扱한다」(제33호 포고)고 포고할 때 까지 그 관할을 가졌다. 따라서 1872년 1월에 사법성의 관할이 된 동경개시장재판소는 1875년 7월 10일에 東京裁判所에 병합되어 폐지되기까지 약 3년 반 동안 설치되었다(瀧川叡一,「東京開市場裁判所の設置とその判決例」, 『亞細亞法學』 23-2(1989), 1~29면. 나중에 瀧川叡一, 앞의 책(주5)에 수록). 이와 같이 메이지 최초의 시기부터 일본에서는 내외교섭소송을 적극적으로 취급하였다.

소송을 제기하는 것을 인정하고 있었다.[6] 일본의 민사판결원본 중에는 거류지의 외국인・外國商社를 원고로 하는 소송기록을 볼 수 있다. 뿐만 아니라 일본의 재판소는 외국인간의 재판도 인정하고 있었던 사실을 판결원본을 통해 알 수 있다. <표 1>에서 볼 수 있듯이, 약 20년 간 일본의 지방재판소 제1심은 약 1,866건의 외국인 원고에 의한 소송을 다루었다. 이 건수가 그렇게 많은 것은 아니지만, 일본의 재판소에서 실제 민사분쟁을 처리함으로써 일본의 재판관・代言人(변호사의 전신), 소송당사자들은 외국 상인이나 외국의 법률가와 만나고, 직접 서양 근대의 민사소송을 접하게 된 것이다. 이러한 외국인 원고의 소송을 다루는 재판소에는 서양 법학에 소양을 가진 재판관이 배치되었다.[7]

2. 法源 : 法典 없는 시대의 재판

1) 1875년 이전

메이지 가장 초기의 일반적인 재판은 에도시대의 '法'이나 判例를 준수하여 이루어졌지만,[8] 메이지 정부가 발한 布告나 布達도 순차적으로 재판의 기준이

---

6) 1873(明治6)년 6월 13일에 太政官 제205호 포고 「外國人訴訟規則」이 布達되었으나, 같은 해 6월 19일에 각 公使와 "談判"을 해야 하는 것을 이유로 시행이 보류되었다. 그러나 1877년 6월 9일 이후 영국인은 영사관을 통해 일본의 재판소에 대해 항소할 수 있고 지방재판소에도 출소할 수 있었다. 이 점에 관해서는 藤原明久, 「明治8年司法改革と對外關係」, 『神戶法學雜誌』 36-4(1987), 616~617면 참조.

7) 國際日本文化硏究센터 소장 <民事判決原本데이터베이스>를 검색하면, 외국관계소송을 담당한 재판관이 매우 한정된 인원수임을 알 수 있다. 구체적으로는, 池田弥一을 중심으로, 山本正己, 兒玉武寬, 小杉直吉 등이 담당하고, 그 후에 目賀田種太郎, 相馬永胤, 高木豊三, 木村惟孝, 春日肅, 柳田直平 등이 담당하였다. 메이지 前期의 사법관에 관해서는, 田中亞紀子, 「明治前期司法官資料に關する一考察」(1, 2・完), 『阪大法學』 53-5(2004), 289~312면, 53-6(2004), 253~277면 참조. 그 제도에 관해서는, 蕪山巖, 『司法官試補制度沿革一續・明治前期の司法について』(慈學社, 2007) 참조.

8) 慶応3 丁卯 12月22日 第27 "德川內府宇內之形勢ヲ察シ政權ヲ奉歸候ニ付 (中略) 德川祖

되었다. 이 시기의 민사재판은 우선 하급재판관(解部)이 訴狀을 검사하여 소장의 수리・불수리를 결정했다(目安糺, 메야스 타다시). 이 검사는 매우 엄격하여, 소장은 수리되기 힘든 상황이었다. 비록 수리가 되어 재판으로 이어지더라도 대개의 분쟁은 熟議解訟이라고 하는 '和解'에 의해 해결되었고 판결을 내리는 경우는 드물었다.

2) 1875~1890년

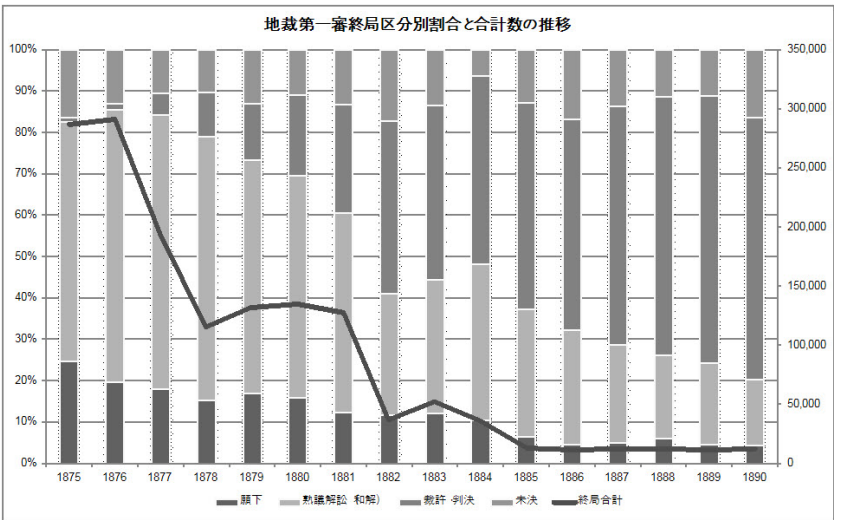
민사소송을 가능한 한 수리하지 않는다는 방침은 1877년이 되면 완전히 바뀌게 된다.[9] 이에 앞서 1875년에는 민사소송에서의 부첨인[差添人]이 필요하지 않게 되어 에도시대의 관행은 변화하게 되었다.[10] 나아가 정부와 사법성은 주로 화해(熟議解訟)에 의해 해결해 왔던 것을 고쳐서 판결을 내림으로써 종국을 하도록 해 나갔다. <그림 1>를 참고하기 바란다. 막대그래프는 아래로부터 願下(취하), 熟議解訟(화해), 判決, 未決의 순으로 해당 년도의 終局 결과의 비율을 나타내며, 선 그래프는 합계수의 건수로 표시한 것이다. 판결에 의한 終局은 1875～77년까지는 거의 없지만, 그 후 서서히 증가하여 1882년 이후는 40%에 접근하며 1886년 이후는 50%를 넘어서고 있다. 근세(에도시대)의 민사분쟁은 부교쇼(奉行所)의 안팎에서 '나이사이(內濟)'(和解)에 의해 종결되는 경우가 많고 '裁許'라고 불리는 판결문서가 작성되는 일은 드물었다. 경계분쟁 등의 토지 사건에서는 裁許가 이루어지는 경우도 있었으나, 금전 사건에서는 거의 없었다고 해도 좋을 것이다. 또한 <그림 2>를 보면, 일본의 재판소에 제기된 외국인 원고에 의한 재판의 경우, 終局에서의 판결이 차지하는 비율이 일본인

先ノ制度美事良法ハ其儘被差置御変更無之候"(도쿠가와 막부와 천하의 형세를 보아 정권을 봉환함에 있어(중략) 도쿠가와 선조의 제도로서 아름다운 일과 좋은 법은 그대로 두고 변경이 없을 것임).

9) 明治10年 司法省 丁第29號 達. 鈴木正裕, 『近代民事訴訟法史・日本』(有斐閣, 2004).

10) 明治8年 太政官 第13號 布告, 明治7年 太政官 第75號 布告도 참조.

원고에 의한 소송보다 높음을 알 수 있다. 메이지 정부와 사법성 입장에서 근대적 재판이란 외형적으로는 판결을 내림으로써 終局하는 것이고, 사법성도 그러한 운용을 지향하고 있었다고 생각된다[11].



〈그림 1〉지방재판소 제1심 종국구분별 비율과 합계수

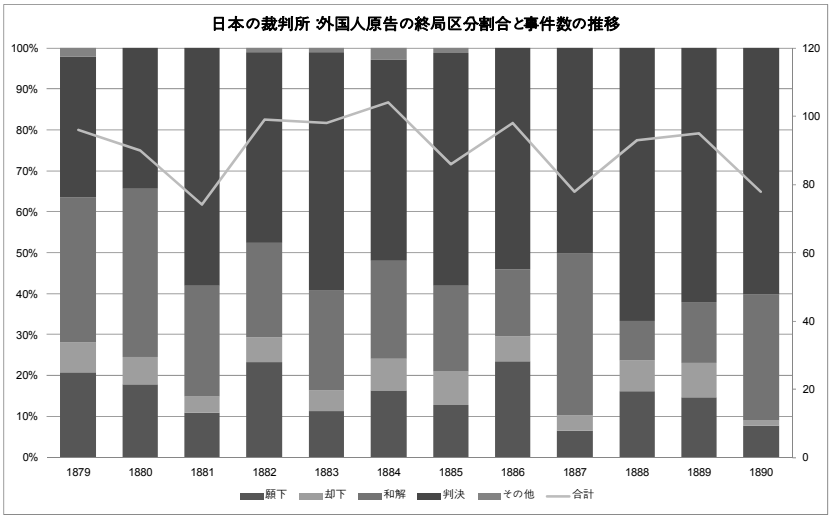
林屋礼二・菅原郁夫・林眞貴子 編著.『統計から見た明治期の民事裁判』信山社, 2005)에 의해 작성.[12]

그런데 民法典도 없는 상황에서 무엇에 기초하여 판결을 내렸던 것일까?[13] 1875년 太政官 제103호 布告 '裁判事務心得'에 의해 法源은 제시되고 있었다.

11) 예를 들어,「委員修正民事訴訟規則」(商事法務硏究會,『日本近代立法資料叢書』24卷) 106면 등, 민사소송법 입법과정에서의 논의에서 나타나고 있다.

12) 林屋礼二・菅原郁夫・林眞貴子・田中亞紀子 編著,『統計から見た大正・昭和戰前期の民事裁判』(慈學社, 2011)도 참조.

13) 지방재판소・고등재판소의 메이지 초기의 민사판결원본을 활용한 연구가 근년 진전하고 있다. 林屋礼二・青山善充・石井紫郎 編, 앞의 책(주 2)을 효시로, 林屋礼二・石井紫郎・青山善充 編, 앞의 책(주 2)에 수록된 논문들, 林屋礼二, 앞의 책(주 2) 등을 참고하기 바란다.



〈그림 2〉 일본의 재판소 : 외국인 원고 소송의 종국 결과의 유형별 비율과 사건수

그 가운데 "제3조 民事裁判에서 成文의 法律이 없으면 慣習에 의하고, 관습이 없으면 條理를 推考하여 재판한다"고 하는 규정은 특히 유명하다. 法源은 메이지 이후에 太政官이나 各省에서 발한 布告・布達 등의 성문의 법률이며, 보충적 法源으로서 관습이 있으며, 관습이 명확하지 않는 경우에는 조리로써 판단하게 되었다. 이어지는 제4조에서는 재판관이 한 판결의 法源性을 부정하고, 제5조에서는 각 省이 내린 지령의 法源性을 부정하여, 어느 것도 재판기준으로서 "一般의 定規"로 삼아서는 안 된다고 하였다. 여기서 성문법주의를 채택하였음이 분명해 진 것이다.

그렇다면 무엇이 '관습'이었을까? 무라카미 카즈히로(村上一博) 교수는 질의(伺)와 그에 대한 지령들을 검토하고, 1875~1879년 당시의 관습이란 정부 간 혹은 정부와 인민 간에 "그 지방청이나 재판소에서 시행되고 있던 관습"이고 민간에서 시행되고 있던 관습을 뜻하지 않았으나, 1879년 2월 25일 司法省 丁第9號 達에 의해 관습이 뜻하는 내용이 바뀌어서, "民法上 人民의 慣行이 認

許”하는 것 및 “종래 官民간에 慣行하는 例”로서 “條理에 거스르지 않는 것”을 가리키는 것이었음을 밝혔다.[14] 관습의 의미하는 내용이 이렇게 변화한 데에는 보아소나드의 견해가 영향을 주었을 가능성이 있다. 보아소나드는 “성문법이 존재하지 않는 경우, 관습에 衡平法 이상의 권위를 인정해야 하는가?”하고 질문하고, “어떤 사건에 대해 성문법이 존재하지 않는 경우, 일지방의 관습(usage provincial) 혹은 단순한 국지적인 관습이라도 이를 존중하는 것이 自然이며, 별반 이유도 없는데도 이를 무시하는 것은 위험할 것이다”[15]라고 답했다. 이어서 일방 당사자에 의해 주장된 관습이 다른 당사자에 의해 부인되는 경우에 대비하여, “enquéte par turbe”라 불리는 일종의 관습조사제도가 프랑스에 있으며 일본도 이와 유사한 조사제도를 만들 필요가 있고, 재판소의 古紀錄, 옛날의 재판관과 마을(町)의 古老의 의견을 참작하는 것이 유용할 것이라고 말하고 있다. 또한 어떤 사항의 세부적인 점에 대해 분명한 관습(coutume fixe)이 존재하지 않는 것이 확실하면, “형평법(équité), 자연법(droit naturel)이 적용되어야 한다”는 것은 의문의 여지없다고 말한다. 그리고 마지막으로 재판관이 관습의 존재를 인정하였으나 그 관습이 형평법에 반한다고 생각하는 때에 보아소나드는 형평법이 나쁜 관습에 우선해야 한다고 하였다.[16] 메이지시기에 équité는 ‘情義’로 번역된 경우도 있고 혹은 ‘條理’로도 변역되었다.

그렇다면 ‘조리’란 무엇인가? 이 점에 관해서는 많은 논의가 있지만, 보아소나드의 자연법사상이 미친 영향을 부정할 수 없을 것이다. 판결원본 속에는 조리로서 프랑스민법이나 자연법강의를 원용하고 있는 예, 일본의 민법초안을 원용하고 있는 예도 있다. 후쿠시마 마사오(福島正夫)교수는 “성문법이 없는 때에는 외국의 法理를 참조하여 그 조리로 인정하는 것에 의거하여 판결한다”고

14) 村上一博, 「裁判基準としての「習慣」と民事慣例類集」, 『同志社法學』 49-5(1998), 291~294면.
15) 「成文法が存しない場合、慣習に衡平法以上の權威を認めなければならないか」(성문법이 존재하는 않는 경우, 관습에 형평법 이상의 권위를 인정해야 하는가?)(1875年6月2日), 『ボアソナード答問錄』(法政大學出版局, 1978) 22면. 村上一博, 위의 글 참조.
16) 위의 책, 23~25면, 위의 글 참조.

한 판결을 소개한 바 있다.[17] 이와 같이 성문법주의를 원칙으로 하면서도 관습마저 분명하지는 않은 사례에서 프랑스 등의 외국의 법리를 이용함으로써 민사분쟁 해결의 근대화・서양화 하고 있었다.

이 시기 일본의 재판소나 사법성에서도 자신들의 사회에 존재하는 equity를 발견하고 定意해 간다는 발상은 없었고, 또한 사법성이 1877년에 관행조사를 실시하여 편찬한『民事慣例類集』과 1880년의『全國民事慣例類集』은 법전편찬에 이용되지 않았을 뿐만 아니라, 재판에서 관습을 인정하는 때에 이용되는 일도 거의 없었다.[18] 법학을 배운 재판관이나 변호사도 거의 없는 상황 속에서 布告・布達에 기초하여, 때로는 외국 법리를 감안하면서 판결문을 쓴다고 것은 상당히 어려운 일이었을 것이다. 당시의 판결문에는 모두 오른쪽 윗부분의 난외 여백에 裁判所長의 調印이 찍혀 있다. 일정한 수준의 판결을 내리기 위해, 판결문을 쓴 재판관은 선고에 앞서 재판소장의 검열을 받도록 되어 있었던 것 같다.[19]

---

17) 福島正夫,『日本資本主義の發達と私法』(東京大學出版會, 1988) 44면 주 11. 조리에 관해서는 大河純夫,「明治八年太政官布告第一〇三號『裁判事務心得』の成立と井上毅」,『立命館法學』205・206, 227, 234(1989~1994); 村上一博,「(口頭報告要旨) 明治前期における「條理」裁判とフランス法の影響」,『法律論叢』67-1(1994), 321~329면 참조. 植田信廣,「豆田區裁判所明治11年3月30日裁判申渡書〈地所賣買破約事件〉」,『図說判決原本の遺産』(信山社, 1993), 35면; 深谷格,「明治前期の廣島裁判所における條理裁判とフランス民法」,『西南學院大學法學論集』37-1(2004); 深谷格,「明治前期熊本裁判所における條理裁判とフランス民法」,『西南學院大學法學論集』38-3・4(2006)는 프랑스민법과 자연법강의가 원용된 예를 소개하는데, 프랑스민법의 원용을 명시적으로 부정한 판결을 소개한 것으로서, 山中至,「熊本始審裁判所明治18年11月17日判決<遺跡相續屆書連印ヲ要ムルノ訴訟〉」,『図說判決原本の遺産』(信山社, 1998), 40면이 있다. 조리를 법의 계수로서 포착하고 나아가 법전 성립 후 조리의 역할에 관해 초점을 맞춘 연구로서, 小澤奈々,「「條理」の法思想史」, 鈴木ほか 編著,『法の流通』(慈學社, 2009), 781면 이하.

18) 村上一博, 앞의 글(주 14), 336~339면. 실제 판결원본 속에서 민사관례유집을 원용하고 있는 예는 거의 발견되지 않는다.

19) 小林智,「司法の近代化と自律的法解釋の整備」,『HERESETEC』, 2-2(2008)에 인용된, 高橋文之助,「裁判所構成法實施五十年に際し所感を述ぶ」,『法曹會雜誌』17-11 등 참조.

3) 訴訟援助者 : 代言人과 代人

근대법적 소양을 갖춘 법률가가 거의 없는 상황은 재판관뿐만 아니라 代言人(1893년 이후에는 변호사)에서도 마찬가지였다. 1876년 '代言人規則'(司法省甲第一號 布達)이 제정되어 대언인이 면허제가 되었고, 1880년에는 '改正代言人規則'에 의해 본격적인 시험제도가 도입된 후에도 代言人만이 법정에서 소송대리를 한다는 직무의 독점은 성립하지 않았다. 대언인에게 인정되고 있던 것은 '代言人'이라는 호칭을 사용하는 것과 "業으로서" 법정에서 대리를 할 수 있다는 것뿐이었다. 1872년부터 1893년까지는 일정한 제한은 있으나, 무자격이면서 소송대리를 업으로 하는 사람들－하시모토 세이이치(橋本誠一) 교수는 이들에게 無免許 代言人이라는 이름을 붙였다－도 역시 법정에서 대리를 할 수 있었다.[20] 자격이 있는 代言人에 의한 법정에서의 소송대리 독점이 진전되지 않았던 이유 중 하나는 대언인의 수가 절대적으로 부족한 것이었다. 메이지 초기부터 1889년까지는 재판관의 수가 대언인의 수보다 많았다. 대언인 수의 부족을 메꾸면서 재판을 지체 없이 진행시키기 위해서는 무자격이라도 재판사무에 정통한 자의 존재가 불가결했다. 메이지 시기의 일본에서는 대언인 자격을 갖지 않는 사람이 '하나의 사건에 한하여' 代人으로서 법정에서 소송대리를 하고 있었다. 이는 대심원에서도 행해지고 있었다.

민사판결원본 데이터베이스에서 확인되는 1890년까지의 판결 549,101건 중에 원고대리인을 代人에게 의뢰하고 있는 사건수는 129,494건, 피고대리인을 代人에게 의뢰하고 있는 사건이 111,790건이고, 이 가운데 원고대리인과 피고대리인이 모두 代人에게 의뢰된 사건은 45,578건이다. 자격이 있는 代言人에게 원고대리인을 의뢰한 사건은 111,697건, 代言人에게 피고대리인을 의뢰하고 있는 사건수는 73,013건이며, 이 가운데 원고대리인, 피고대리인 모두 代言人에

20) 橋本誠一, 『在野「法曹」と地域社會』(法律文化社, 2005); 三阪佳弘, 「近代日本の地域社會と弁護士－三阪佳年代の滋賀縣域を題材として」, 『法と政治』 62-1(2001), 631면 이하 등.

게 의뢰하고 있는 사건은 38,272건이었다. 하급심에서 친족이나 雇人 등 일반적인 代人에서 무면허 대언인(영업으로서의 대인)을 어떻게 추출할 것인지가 과제로 남지만, 1873년부터 1890년 무렵의 민사재판에는 유자격자인 代言人과 무면허이면서 소송대리를 업으로 하는 代人이 공존했다는 실태를 확인할 수 있다.[21]

III. 재판소에서의 민사분쟁에 대한 대응의 실태

근대적 재판이란 양 당사자의 주장을 법에 기초하여 판단하여 판결을 내림으로써 해결하는 작업이라고 사법성은 파악하고 있었다고 여겨지지만, 그러한 재판으로 대량의 분쟁을 해결하는 것은 당시에는 불가능했다. 법학적 소양을 가진 재판관은 적고 또 대언인(변호사)도 적었으며 애당초 법전도 없었기 때문에, 사법성은 날마다 일어나는 분쟁을 적극적으로 선택하여 해결하고, 더 나아가 소송증가에 대한 대책으로서 재판소에 調停과 유사한 제도—勸解(간카이)—를 신설했다.[22]

---

21) 橋本誠一, 「大審院法廷における代言人・代人－1875~1880年－」, 『法政研究』 14-3・4(2010)는, 대심원에서 무면허 대언인의 수 등을 밝혔다.
민사판결 데이터베이스를 검색하면, 1873년부터 1883년까지는 소송사건의 42.2%에서 47.6%를 代人(무면허 대언인)이 담당했고, 代言人에 의한 사건수임은 21.7%~29・4%였다. 그 외는 본인소송이다. 그런데 1884년이 되면 代人이 수임하는 비율은 약 33%까지 내려가고 그 후로는 40%가 넘는 일이 없다. 반대로 代言人 수임사건수의 비율이 높아져서 1885년에 33.8%를 시작으로 해서 30%대가 되고, 그 후로는 내려가지 않는다. 1888년에 代言人 수임사건수가 대인의 그것보다 많아지게 되자, 그 후 양자의 비율이 역전된 적이 없었다. 1890년에는 代人이 32.2%인 데 비해, 代言人은 33.2%이다. 1883년부터 1884년 사이에 법정에서 代人이 도태가 일어나고 있었을 가능성은 있지만, 이를 상세히 해명하기 위한 방법론과 더불어 앞으로의 과제이다. 代言人에 관해서는, 奥平昌道, 『日本弁護士史』(嚴南堂, 1912); 岩谷十郎・村上一博・三阪佳弘, 『日本弁護士協會錄事　明治編別卷　解說・目錄』(ゆまに書房, 2008) 등 참조.

22) 이하의 서술은 모두 林眞貴子, 「明治前期日本・勸解制度にあらわれた紛爭解決の特徵」, 川口由彦 編著, 『調停の近代』(勁草書房, 2011)에 의거하고 있다.

1. 勸解 : 분쟁상태의 해소

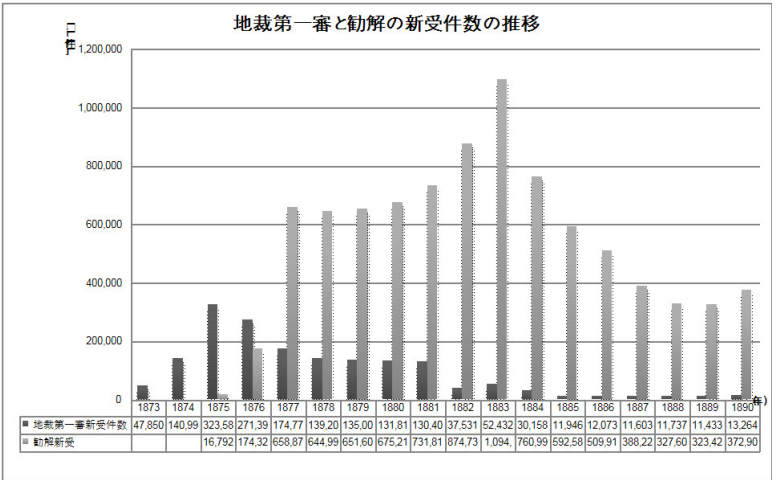
1) 도입목적

勸解는 소송 증가에 대한 대책으로서 먼저 1875년 9월에 東京府 아래의 區裁判所에 설치되고, 같은 해 12월 28일부터 전국에 행해지기 되었다. 재판과 비교하면 신청이 훨씬 간단하다. 권해는 증거서류를 첨부할 필요 없이 구두 신청을 인정하였고, 소송비용도 저렴하였다(1884년까지 무료). 본인이 출두해야 하며, 원칙적으로 대리인을 세우는 것은 인정되지 않는다. 권해에 관한 규정은 '裁判支廳假規則'(후의 '舊裁判所仮規則') 속에 있었다. 그 제6조에는 "무릇 민사에 관계된 詞訟은 금액의 다소, 사안의 경중에 관계없이 詞訟人의 情願에 맡겨 支廳에서 권해한다. 단, 권해는 반드시 定規에 구애되지 아니한다"고 하였으며, 제7조에는 "권해를 청하는 자는 소장을 작성하지 아니하고 곧바로 증거서류를 가지고 해당 지청에 出願해야 한다"고 하고 있다. 제8조에는 本人出頭原則이 규정되어 있었다. 1883년부터는 재판을 하기 전에 먼저 권해를 행하는 것이 의무화 되었다. 권해는 에도시대의 內濟와는 달리, 재판소에서 判事補(하급재판관)가 당사자를 호출하여 그 주장을 듣고 화해를 이끌어내도록 노력하는 분쟁해결제도로서, 프랑스법을 계수한 것이라고도 말해진다.[23] 이처럼 간단한 절차에 의한 "정규에 구애되지 않는" 분쟁해결이 재판소에서 행해졌던 것

23) 勝田有恒, 「紛爭處理法制繼受の一斷面－勸解制度が意味するもの」, 『國際比較法制硏究 ①』(1990), 41-42면에서는, "이러한 프랑스의 裁判組織法과 민사소송법에 관한 지식에 기초하여, 메이지 초기의 재판제도와 그 밖의 개별 입법이 이루어져가고 있었는데, 권해에 대해서도 裁判支廳仮規則 제8조에서 본인출두를 의무화하고 부득이 한 경우에는 代人으로서 친척을 인정하고, 첨부인[差添人]에 대해서는 규정하지 않았다. 이는 '訴答文例' 이래의 당사자의 자주적 판단을 권해에서도 존중한 것으로, 첨부인은 물론 대서인과 대언인도 권해에서 배제되고 있었다. 이는 실로 프랑스의 권해입법의 정신을 본받은 제도였다. 재판관이 화해를 권장한다는 conciliation의 번역어 '勸解'가 일본의 제도로서 정착하였다고 볼 수 있을 것이다"라고 하고 있다.

이다. 勸解前置(재판을 하기 전에는 먼저 될수록 권해를 시도한다는 규정, 1883년 이후는 勸解前置强制)에 의해, 특히 勸解 사건수가 증가하고 또한 소송건수를 감소시키는 데에 어느 정도는 기여했다고 생각된다.[24]

<그림 3>에서 알 수 있듯이, 메이지 시기 민사분쟁의 해결은 주로 勸解에 의해 처리되고 있었다.



	1873	1874	1875	1876	1877	1878	1879	1880	1881	1882	1883	1884	1885	1886	1887	1888	1889	1890
■ 地裁第一審新受件数	47,850	140,99	323,58	271,39	174,77	139,20	135,00	131,81	130,40	37,531	52,432	30,158	11,946	12,073	11,603	11,737	11,433	13,264
■ 勧解新受			16,792	174,32	658,87	644,99	651,60	675,21	731,81	874,73	1,094.	760,99	592,58	509,91	388,22	327,60	323,42	372,90

〈그림 3〉 지방재판소 제1심사건과 勸解사건의 신수의 추이

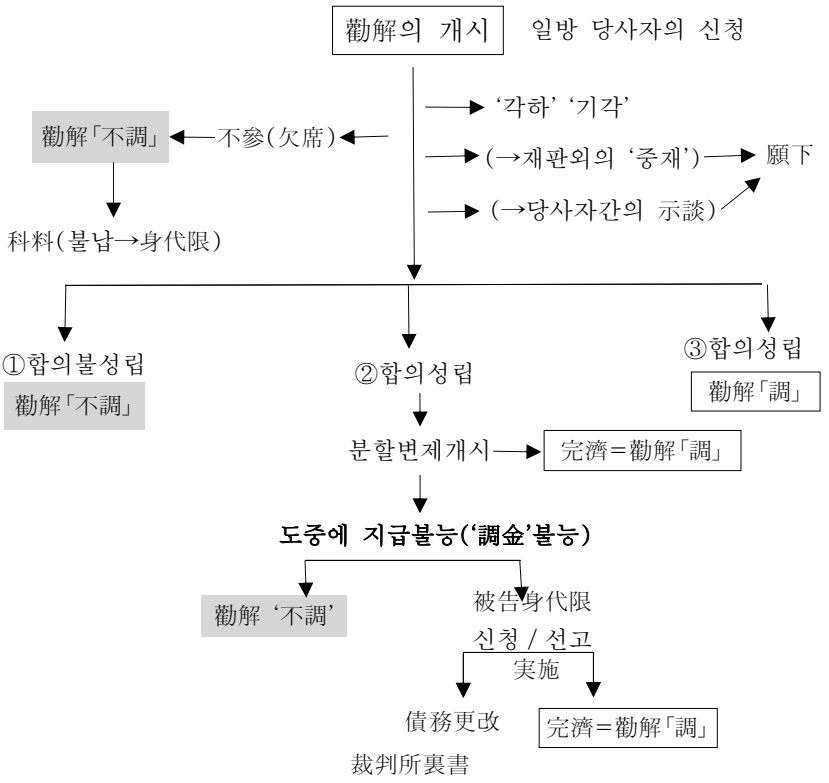
2) 분쟁상태의 해소

권해에서는 어떠한 분쟁해결이 행해지고 있었을까? 권해의 종국은 調나 不調이다. 판사보의 화해 권유에 의해 양 당사자가 서로 양보함으로써 화해하거나(調) 혹은 합의에 이르지 못하고 不調가 된다. 뿐만 아니라 권해에는 양 당사

24) 染野義信, 『近代的轉換における裁判制度』(勁草書房, 1988) 참조.

자가 합의를 하더라도 '調'가 되지 않는 경우가 있었다. <그림 4>의 ②번 선이다. 권해에는 양 당사자가 채무의 존재나 변제방법 등에 합의하였다고 하더라도 실제 변제가 이루어지지 않으면(종종 완전히 변제하지 않거나 하면) 調가 되지 않았던 것 같다. ②번 선은, 주로 대여금(貸金), 외상대금(賣掛代金), 집세(家賃金) 등 금전채무를 둘러싼 분쟁을 사건유형으로서 염두에 두고 있다. 금전관계사건은 권해의 장에서 변제(분할변제)를 하도록 하여, 그 완료를 '調'라고 하고 있었고, 권해의 장에서 화해가 성립해도 채무자가 실질적으로 변제를 하지 않으면 '不調'가 되었다.

〈그림 4〉 勸解의 節次



민사판결 원본에 철되어 있는 판결문에는 권해 도중에 담당관의 說諭로 분할변제를 약속했으나 기한을 경과해도 변제할 수 없었기 때문에 勸解不調로 되었다고 기재되어 있는 경우가 있다. 예를 들면, 권해 도중에 담당관의 설득에 의해, 금액 중 절반을 10월 31일에 지급하고 잔금은 11월 25일에 지급할 것을 쌍방이 승낙했지만, 절반의 금액을 지급할 수 없었기 때문에 권해는 不調가 되었다는 것이다. 이 재판의 판결에서는, 재판에서도 연기를 요구하는 피고에 대해 이상과 같은 경위로 勸解不調가 되었음을 서술하고 피고의 항변을 배척하고 있다. 이 판결이 보여주듯이, 권해에서 금전사건을 다루는 경우에는 변제할 금액을 결정한 후에 실제로 판사의 면전에서 변제를 하여 그것이 완제될 때까지를 해결로 파악하여, 완제함으로써 '調'가 되고 있었다. 권해의 서식집 등을 보면, 원고는 권해를 행하여 '청구한 금액 중 ○○엔을 수취하고 잔금 ○○엔은 포기'하는 것이 미리 기대되고 있었음을 알 수 있다. 즉 권해에서의 해결이란, 단순한 화해가 아니라 실제로 변제금을 청구하여 수취하고, 나머지 채무를 포기하는 것이다.

권해에서 변제할 수 없는 경우에, 피고 스스로가 身代限(신다이카기리. 전재산에 대한 강제집행=파산)을 신청하는 경우도 있다. 판결 원본 중에 철해지고 있던 "身代限言渡"에는 替當金[立替金]청구 권해사건에 대해서, 피고가 원고가 요구하는 금액 24원 48전 6리를 체납하고 있었음은 틀림없으나 변제할 수 없기 때문에 身代限으로써 변제하고 싶다고 신청했으므로 바로 身代限으로 변제한다("調金을 이행할 수 없으므로 身代限에 의한 변제를 희망하는 취지로 신청한 후에는 곧바로 身代限으로써 변제하는 것이 가하다")는 것이었다.[25]

그렇다면 권해로 身代限이 행해졌으나, 身代限으로도 합의한 금액을 변제할 수 없었던 경우는 어떻게 되었을까? 그러한 경우에는 잔존 채무에 대한 새로운

25) 判決コード10100023-00107(國際日本文化研究センター民事判決原本データベース). 본 데이터베이스에는 19건의 勸解身代限 선고서가 있다. 이 점에 관해서는 拙稿, 「勸解制度選好の要因」, 『近畿大學法學』 51-1(2003), 143~146면에서 상세하게 논하고 있다.

증서가 작성되어 그 증서에 재판소가 배서[裏書]했던 듯하며, 그 배서한 문서도 판결원본 중에 철되어 있다. 이를 보면, 피고(채무자)는 채무액 17원 91전 30리 가운데 身代限에 의해 55전을 지불할 수 있었지만, 잔금 17원 36전 30리는 지불할 수 없었기 때문에 피고 본인은 물론 상속인까지 재산이 회복되는 대로(身代持直次第) 변제한다는 내용의 증서이고, 재판소가 그것에 배서를 했던 것 같다.[26] 이렇게 '재산이 회복되는 대로(身代持直次第)' 잔존 채무를 지급한다는 증서가 작성된 경우 해당 권해가 調가 되었는지, 不調가 되었는지는 현시점에서는 명백하지 않지만, 아마도 '不調'였기 때문에 증서배서가 되었을 것이다. 중요한 점은 권해에서는 대여금의 변제에 대해서 변제액, 변제방법, 변제기한 등에 합의하여 그것을 調書로 기재하는 것뿐 아니라, 실제로 권해의 장에서 몇 차례에 걸쳐 분할 변제가 이루어지고 변제가 지체되면 不調가 되었던 것이다.

하지만 이와 같이 권해의 장에서 身代限까지 행하여 채무를 변제시키는 분쟁해결은 1883년 11월의 사법성지령 이후에는 없어지게 되었다. 身代限을 행하는 경우에는 권해는 일단 不調로 하여 재판에 의해 처분해야 할 것인지, 권해에서 피고가 身代限으로써 변상하고 싶다고 신청한 경우에는 어떻게 처리하면 좋을지를 묻는 질의에 대해, 사법성은 권해는 不調로 하고 다시 出訴를 하게 한 후에 처분해야 한다고 지령했다.[27] 1884년 이후의 판결원본을 보면, 권해의 장에서 피고(채무자)가 身代限 처분에 동의한 경우에는 그 뜻을 勸解不調証에 기재하고 不調로 하는 식으로 변화되고 있었던 것 같다. 이 不調書는 재판

26) 判決コード60520006-00020(國際日本文化硏究センター民事判決原本データベース). "증서 배서안. 앞면에 기재한 (元利) 금원 17엔 91전 30리를 지급한다는 취지로 권해를 신청한 채무자(負債主) A는 물론 그 상속인에 이르기까지 재산이 회복되는 대로 변제해야 함. 明治14년 7월 8일"(証書裏書案. 表書之 {元利} 金員十七円九拾壹錢三十厘相拂旨勸解願出ル來負債主A示談之上身代限ヲ以テ濟方致度旨申出ルニ付所有物賣拂代金五拾五錢受取殘金十七円三拾六錢三十厘負債主Aハ勿論其相續人ニ至ル迄身代持直次第濟方可致モノ也明治十四年七月八日).

27) 『民事令訓集』(神戶大學人文社會科學系図書館所藏), 208~209면. 본 자료를 열람한 때에 故藤原明久 敎授로부터 도움을 받았다. 이 자리를 빌려 감사의 뜻을 표하고 싶다.

을 할 때에 소장에 첨부된다.

그리고 1884년의 다른 원본에서는 피고가 변제할 수 없는 경우에, 권해의 장에서 피고재산의 가압류가 이루어지고 있었음을 알 수 있다. 카케가와(掛川) 治安裁判所의 1884년 판결원본 중에는 <1884년(明治17) 勸解命令 掛川治安裁判所>라는 서류철이 들어 있다. 어떤 한 사건에 대해서 치안재판소의 판사보가 낸 '명령서'와, 원고가 재판소에 제출한 '피고재산가압류신청서'(被告財産差押願), 재판소의 명령서에 대한 '수령서'(御受書) 2통(원고와 피고 쌍방이 낸 것)의 세 종류의 서류 4통이 편철되어 있다. 재판소는 대여금청구 권해사건의 명령서 가운데 피고는 수차례 연기를 했으나 도저히 돈을 마련할 방법이 없이 시일을 끄는 것을 반복할 뿐이기에, 피고 소유의 동산과 부동산에 대해서 원고 청구의 금액에 충당되는 만큼 "가압류할 것을 담당 戶長 및 원·피고 또는 피고의 친척, 이웃의 보증인[隣保]이 입회한 가운데 그 財産調書를 작성하고 쌍방이 연서한 조서를 오는 7일까지 해당 청에 제출할 것"이라고 하여 재산조서를 작성할 것을 명하였다. 이 명령서가 나오기 3일 전에 원고가 재판소 앞으로 '피고재산가압류신청서'를 제출하였다. 이렇게 직접적인 身代限 처분을 할 수 없게 된 1884년 이후에는 권해의 장에서는 피고재산의 조서가 작성되고 있었던 듯하다. 이것이 전국적으로 행해지고 있었는지 여부는 확실하지 않다.

이상에서 본 것처럼, 권해에서는 대여금 사건에 대해서는 권해계속 중에 변제(분할변제)를 행하도록 하고 그 완료를 '調'로 하는 분쟁처리방법을 시행하고 있었다. 권해에서는 양 당사자의 채무의 존재 및 변제와 변제방법에 대한 합의가 성립한 것만으로는 '調'가 되지 않고, 채무자가 실제로 변제하지 않으면 '不調'가 되는 시스템이었다. 권해의 시대에 대여금 사건에서의 '調'란, 調金=채무자가 실제로 변제하는 것이자, 그 변제가 완료되었음을 표시하고 있는 면도 있었다. 변제가 종료한 것에 대해서 쌍방이 잘 이해함으로써 분쟁상태의 해소를 지향한 제도였던 것이다.[28] 공권력이 변제의 완료(또는 일부변제, 잔존 채무의 포기)에까지 단속적으로 관여하면서, 분쟁의 종결을 끝까지 확인하려고 했다고 할 것이다.[29]

2. 執行 : 身代限과 裁判執行

메이지 초기 일본의 집행제도의 불비에 대해서는 영국을 중심으로 여러 나라가 비난을 하여서 중요한 문제점으로 지적되고 있었다.[30] 일본인끼리의 분쟁에서는 지금까지 보아온 것처럼 권해에 의해 해결하고 있었고, 이른바 채무명의를 확정하면서 집행도 이루어지고 있었으므로 문제가 적었다고는 해도, 민사재판에서는 강제집행이 행해지더라도 상환이 불가능한 점이 문제가 되고 있었다.

---

28) 이러한 분쟁해결방식은 에도시대의 切金(키리가네, 키리킨. 대여금을 일정 기간 내에 분할 변제시키는 것. 역자) 절차를 연상시킨다. 評定所(에도막부시대의 최고 재판기관)에서의 切金 변제의 실제에 대해서는, 神保文夫, 「近世私体系の轉換」(一), 『名古屋大學法政論集』 459면에 인용되어 있는, 布施弥平治 編, 『百箇條調書』 第七卷(新生社, 1967), 2472면 등 참조.

29) 이러한 방식의 해결의 이미지는 메이지 초기의 권해뿐 아니라, 1932년의 金錢債務臨時調停法에서도 볼 수 있지 않을까? 금전채무임시조정법의 "調停에 갈음하는 재판"이 규정된 문화적 배경이 있는 것은 아닐까? 물론 메이지 초기의 권해에는 공권력에 의한 집행체제의 불비를 보완하는 제도라는 의미도 있어서 일괄적으로 昭和 初期와 비교할 수 없음은 말할 나위 없다. 그러나 무엇을 해결='調'로 할 것인가, 그 해결에 필요한 도구를 구비하게 하는 것(심리적 강제력 등)이 무엇인가 하는 것은 역시 분명히 문화적 문제가 아닐까 한다.

30) 예를 들어, barrister로서 일본에 와서 1885년부터 사법성의 외국인고문이 된 커크우드는, 身代限의 서류서식 등에 대해 의견서를 내어, "身代限은 단지 재판상의 부채를 償却하지 않을" 뿐 아니라, 그 揭示期限이 60일로 짧은 등, 채권자의 권리를 충분히 보호할 수 없다고 지적하였다.(「カークウッド意見書綴込」, 20~21면, 法務大臣官房司法法制調査部 監修, 『日本近代立法資料叢書22現行民事訴訟手續ニ對するカークード氏意見書 / 現行民事訴訟手續及カークード氏意見書 / 民事訴訟法草案議案意見書 / 法律取調委員會民事訴訟法草按議事筆記』(商事法務硏究會, 1985). 커크우드(William Montague Hammett Kirkwood, 1850~1926)의 이력에 대해서는, 末木孝典, 「司法省顧問カークウッドと明治政府」, 『日本歷史』 759號(2011年8月), 55~71면 참조. 그 밖에 커크우드는 「부채자의 身代限처분 및 公賣의 건 의문에 관한 의견」(「負債者身代限處分公賣ノ件疑問ニ付意見」, 같은 「カークウッド意見書綴込」, 49~50면)을 저술하고, 「재산압류에 관한 문의」(「財産差押ニ關スル問」, 같은 글, 41~42면)에서는 先取權者와 2번 이하의 권리자의 공평성을 담보하는 방안에 대해 의견을 진술하고 있다. 보아소나드는 1883년에 의뢰받은 재산압류법초안(財産差押法草案)을 기초하였으나 시행되지는 않았다. 그 내용에 대해서는, 三ケ月章, 「ボアソナードの財産差押法草案における執行制度の基本構造」, 『民事訴訟法硏究第六卷』(有斐閣, 1987[1970]), 三ケ月章, 「テッヒョーの訴訟法草案における執行制度の基本構想」, 『民事訴訟法硏究第六卷』(有斐閣, 1987[1971]) 참조. 또한 園尾隆司, 『民事訴訟・執行・破産の近現代史』(弘文堂, 2009) 참조.

			1876	1877	1878	1879	1880	1881	1882	1883	1884	1885	1886	1887	1888	1889	1890	1891
身代限	処分件数		10078	10832	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
	訴訟件数		17492	18281	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
	配賦済件数		-	-	6436	5607	4757	3670	5689	11256	14682	6823	5895	4535	3251	2241	2169	497
	原告件数		-	-	19393	17882	16171	12269	16774	32410	38977	15979	12989	10021	7571	5526	5065	1101
	被告件数		-	-	9585	9301	8707	7224	10296	19068	22614	10221	8592	6797	5174	3855	3696	672
	負債主人員	人	10866	12599	10881	9935	9855	7789	12191	22442	27493	12483	10742	8756	6663	5353	4477	814
	債主人員	人	先取権アリ	-	3942	2525	2092	1536	2419	6591	10794	5098	4915	4219	2549	1803	1354	344
			通常	-	15337	15046	14229	11023	15261	25961	40499	12699	9637	7294	5876	4900	4270	904
	負債高	円	3360821.846	3817470.503	1984641.439	1417074.5	1282344.246	1049948.306	1624175.558	3538100.477	4711980.635	2874006.839	1821289.217	2306366.913	1462164.561	853143.908	769827.394	174266.032
	償還高	円	456210.189	637112.054	425228.453	347617.328	386135.687	239614.306	342502.89	733404.402	1047515.698	635918.329	394059.467	410537.535	249863.488	179667.112	160667.392	36907.095
	償還率		13.57%	16.69%	21.43%	24.53%	30.11%	22.82%	21.09%	20.73%	22.23%	22.13%	21.64%	17.80%	17.03%	21.06%	20.87%	21.18%
裁判執行	始審 治安裁判所合計	執行願下	-	-	-	-	-	-	-	3067	2621	940	1064	1110	1773	2051	2702	2170
		棄却	-	-	-	-	-	-	-	186	358	88	218	254	343	452	1882	490
		熟和	-	-	-	-	-	-	-	43020	47966	20237	15128	15365	16686	15913	19199	2305
		強迫[執行]	-	-	-	-	-	-	-	5947	7082	4226	2508	3033	3986	4664	5092	456
		身代限遣し	-	-	-	-	-	-	-	-	314	113	7855	6718	6013	5804	5324	7
		他庁遣し	-	-	-	-	-	-	-	243	250	38	-	-	-	-	-	-
		計	-	-	-	-	-	-	-	52483	56691	25647	26793	26480	28801	28884	34199	6639
		未決	-	-	-	-	-	-	-	16731	9511	6315	5477	4932	4762	5162	7074	消滅1221

注）1883年の身代限件数からは、本庁と治安裁判所の合計数を掲載した。
1886年から強迫という終局区分は強制となる。
1890年の棄却件数は東京控訴院管轄内で545件、大阪地方裁判所管内で645件など、全体としての急激な増加による。

〈표 2〉身代限과 재판집행

사법통계를 보면, 1883년까지는 재판집행을 구하는 공식적인 절차는 없고 판결절차 가운데 재판집행을 구하는 소를 다시 제기했고 있었음을 알 수 있다. 1883년에 재판집행절차가 생겨났지만, <표 2>에서 보듯이, 재판집행의 대부분은 '熟和'에 의해 종국하고 있음을 알 수 있다. 설령 승소판결을 얻었다고 하더라도, 새로이 집행을 청구할 필요가 있고, 더욱이는 그 과정에서 화해하지 않을 수 없었던 상황이 짐작된다. 이에 반해, 身代限은 이른바 전 재산에 대한 강제집행이고 현재의 파산에 상당하는 에도시대 이래의 절차이다. 메이지 초기는 재산의 일부에 대한 강제집행을 할 수 없었다. 다만 身代限 처분을 한 경우의 상환율이 20%대라는 것은, 메이지 초기라는 상황을 생각할 때 결코 낮은 수치라고는 생각할 수 없다.

이러한 상황 속에서 외국인 원고가 요구한 것은 가압류 등의 보전절차를 정비하는 것이었다. 그러한 판결이 몇 건이 있다. 예를 들어, '재판선고서 民第1號 임치품 반환 및 대여금 청구 일건'(항소인 : 영국 상인 로베르트시야아르진,

제임스존스톤케스위크(외 5명), 항소인 代言人 가빈 히네스,[31] 피항소인 : 後藤象二郎)의 1878년 2월22일 판결에서는 원고인 영국 상인들은 임치한 물품의 '압류'(差押)를 요구했으나, 도쿄재판소는 피고를 심문도 하지 않고 그런 일(임치품의 압류)은 할 수 없다고 거부하였고 본건은 그에 불복한 항소심이었는데, 항소를 각하한 판결(10100001-0048-02)이다. 이러한 가압류청구는 메이지초기의 외국인 원고에 의한 소송의 한 특징이지만, 어느 것이나 각하되고 있다. 보전절차는 독일민사소송법을 계수한 1890년의 메이지 민사소송법에 의해 정비되었다. 법전에 의한 해결을 기다려야 했던 것이다.

Ⅳ. 맺음말

1875년부터 1890년까지의 민사분쟁 해결은 외국인을 원고로 하는 소송이나 중대한 법적 사건을 제외하고는 우선 재판소에서 이루어지고 있던 권해에 맡겨졌다. 권해에서는 법규에 구애하지 않고 양 당사자의 납득을 얻는 것을 중요시하였고, 특히 금전사건에 대해서는 분쟁상태를 현실적으로 해소하는 것－예를 들면, 변제의 완료를 권해의 장에서 하는 것－이 지향되었다.

권해로 대량의 민사분쟁을 처리하는 한편, 재판(판결절차)에서는 상대적으로 소수의 사건만 해결되었고, 사실인정을 하여 이유를 첨부한 판결을 내리려고 했다. 재판에서는 성문법도 없고 관습도 분명하지 않는 경우에는, 조리로서 외국(주로 프랑스민법)의 법리를 원용하는 경우도 있었다. 1879년부터는 조리에 위배하는 관습은 인정하지 않는다고 하였다. 이처럼 법전이 성립하기 이전에, 실제 재판에서도 조금씩 프랑스민법의 법리가 이해되고 있었다.

---

31) Gavin Parker Ness(1843~1943)는, 1871년 6월 6일에 미들 템플에서 바리스터 자격을 취득하고 1873년에 일본에 와서, 영사재판소뿐만 아니라 일본의 재판소에서도 소송대리를 하고 있었다. England & Wales, National Probate Calendar(Index of Wills and Administrations), 1858~1966 Record for Gavin Parker Ness.

나아가 司法省은 1880년부터 代言人(변호사) 자격시험을 엄정화하고, 자격의 고도화를 꾀했다. 代言人으로 합격한 자가 부족한 상태였기에, 무자격이지만 재판사무에 정통한 무면허 대인법자도 법정에서 소송대리를 할 수 있게 했었다. 1883년부터 1884년 사이, 법정에서 무면허대인이 다소 도태되고 있었을 가능성은 있으나, 이를 상세하기 밝히는 것은 앞으로의 과제이다.

1883년은 또한 권해에서 身代限(파산)처분을 폐지한 시기이기도 하다. 이 시기에 권해, 재판(판결절차), 집행철자는 각각 구분되어 정비되고 있었다. 1884년에 판사, 검사는 시험임용이 되고, 1886년의 '裁判所官制'에서 처음으로 執行吏가 설치되었다. 반대로 권해 담당자는 판사보뿐이었지만, 1884년 이후는 공동체 내부의 명망가를 出仕로서 고용할 수 있도록 했다. 각각의 절차의 구분과 그 담당자(법률가)의 구별은 밀접한 관련을 가지며 정돈되어 갔다. 이러한 과정들을 살펴보면, 국가권력의 집중을 통한 재판절차의 합리화는 법전편찬 이전에도 어느 정도 실현되고 있었음을 알 수 있다.

근대적 민사소송법이 시행된 1891년에 권해는 폐지되었다. 민사소송법에서는 보전절차, 집행절차도 조문화되고, 금전사건에는 독촉절차를 이용할 것이 예정되어 있었다. 하지만 근대적 재판의 지표로서 법률의 적용을 꼽는다면, 역시 좀 더 시간이 필요했다. 민법전의 시행은 1898년, 상법전의 전면 시행은 1899년이었다. 그리고 이들 실체법전은 비교법의 산물이지만, 해당 법전을 편찬할 때 재판에서 인정되어 왔던 관습이나 메이지초기 이후의 판례를 검토한 흔적은 보이지 않는다. 시민생활 가운데 태어난 준칙, 관행, 그리고 판례에 입각하고, 더 나아가 국제적인 채권법의 동향에도 대응할 수 있는 내실 있는 법전의 편찬은 이번의 민법개정을 기다려야 했었다고 정리할 수 있겠다.

번역 : 文竣暎
(부산대학교 법학전문대학원 부교수)

▌참고문헌

『ボアソナード答問錄』, 法政大學出版局, 1978.
加藤英明, 「領事裁判の硏究—日本における—」(1)・(2,完), 名古屋大學『法政論集』 84・86, 1980.
橋本誠一, 「大審院法廷における代言人・代人—1875～1880年—」, 『法政硏究』 14-3・4, 2010.
_____, 『在野「法曹」と地域社會』, 法律文化社, 2005.
大河純夫, 「明治八年太政官布告第一〇三號『裁判事務心得』の成立と井上毅」, 『立命館法學』 205・206, 227, 234, 1989～1994.
藤原明久, 「明治8年司法改革と對外關係」, 『神戶法學雜誌』 36-4, 1987.
三阪佳弘, 「近代日本の地域社會と弁護士—三阪佳年代の滋賀縣域を題材として」, 『法と政治』 62-1, 2001.
鈴木正裕, 『近代民事訴訟法史・日本』, 有斐閣, 2004.
_____, 『近代民事訴訟法史・日本2』, 有斐閣, 2006.
瀧川叡一, 「東京開市場裁判所の設置とその判決例」, 『日本裁判制度史論考』, 信山社, 1991.
_____, 『明治初期民事訴訟の硏究—續・日本裁判制度史論考—』, 信山社, 2000.
_____, 『日本裁判制度史論考』, 信山社, 1991.
_____, 「東京開市場裁判所の設置とその判決例」, 『亞細亞法學』 23-2, 1989.
林屋礼二, 『明治期民事裁判の近代化』, 東北大學出版會, 2006.
林屋礼二・菅原郁夫・林眞貴子 編著, 『統計から見た明治期の民事裁判』, 信山社, 2005.
林屋礼二・菅原郁夫・林眞貴子・田中亞紀子 編著, 『統計から見た大正・昭和戰前期の民事裁判』, 慈學社, 2011.
林屋礼二・石井紫郎・青山善充 編, 『明治前期の法と裁判』, 信山社, 2003.
林眞貴子, 「勸解制度選好の要因」, 『近畿大學法學』 51-1, 2003.
_____, 「明治期日本・勸解制度にあらわれた紛爭解決の特徵」, 川口由彦編 著, 『調停の近代』, 勁草書房, 2011.
_____, 「民事訴訟法－民事訴訟に關する史的硏究を中心に」, 石川一三夫・中尾敏充・

矢野達雄 編,『日本近代法制史研究の現狀と課題』, 弘文堂, 2003.

_____,「訴訟法制」, 山中永之佑 編,『新・日本近代法論』, 法律文化社, 2002.

_____,「日本における,「法の継受」に關する理論的研究の檢討」水林彪 編,『東アジア法研究の現狀と將來—伝統的法文化と近代法の継受—』, 國際書院, 2009.

蕪山巖,『明治前期の司法について[補正版]』, 私家藏版, 1992(1988).

_____,『司法官試補制度沿革—續・明治前期の司法について』, 慈學社, 2007.

法務大臣官房司法法制調査部 監修,『日本近代立法資料叢書 22 現行民事訴訟手續ニ對するカークード氏意見書／現行民事訴訟手續及カークード氏意見書／民事訴訟法草案議案意見書／法律取調委員會民事訴訟法草按議事筆記』, 商事法務研究會, 1985.

福島正夫,『日本資本主義の發達と私法』, 東京大學出版會, 1988.

山中至, 「熊本始審裁判所明治18年11月17日判決<遺跡相續届書連印ヲ要ムルノ訴訟>」,『図說判決原本の遺産』, 信山社, 1998.

三ケ月章, 「テッヒョーの訴訟法草案における執行制度の基本構想」, 『民事訴訟法研究第六卷』, 有斐閣, 1987(1971).

_____,「ボアソナードの財産差押法草案における執行制度の基本構造」,『民事訴訟法研究第六卷』(有斐閣, 1987[1970]),

三阪佳弘,「近代日本の地域社會と弁護士—900年代の滋賀縣域を題材として」,『法と政治』64卷1號, 2011.

小林智,「司法の近代化と自律的法解釋の整備」,『HERESETEC』, 2-2, 2008.

小澤奈々,「「條理」の法思想史」, 鈴木ほか 編著,『法の流通』, 慈學社, 2009.

勝田有恒,「紛爭處理法制継受の一斷面—勸解制度が意味するもの」,『國際比較法制研究①』, 1990.

植田信廣,「豆田區裁判所明治11年3月30日裁判申渡書<地所賣買破約事件>」,『図說判決原本の遺産』, 信山社, 1993.

深谷格,「明治前期の廣島裁判所における條理裁判とフランス民法」,『西南學院大學法學論集』37-1, 2004.

_____,「明治前期熊本裁判所における條理裁判とフランス民法」,『西南學院大學法學論集』38-3・4, 2006.

岩谷十郎・村上一博・三阪佳弘,『日本弁護士協會錄事明治編別卷解說・目錄』, ゆまに書房, 2008.

染野義信,『近代的轉換における裁判制度』, 勁草書房, 1988.

奧平昌道,『日本弁護士史』, 嚴南堂, 1912.

園尾隆司,『民事訴訟・執行・破産の近現代史』, 弘文堂, 2009.

田中亞紀子,「明治前期司法官資料に關する一考察」(1, 2・完),『阪大法學』53-5, 2004.

村上一博,「(口頭報告要旨) 明治前期における「條理」裁判とフランス法の影響」,『法律論叢』67-1, 1994.

_____,「裁判基準としての「習慣」と民事慣例類集」,『同志社法學』49-5, 1998.

England & Wales, National Probate Calendar(Index of Wills and Administrations), 1858~1966 Record for Gavin Parker Ness.

Turan Kayaoglu, *Legal Imperialism : Sovereignty and Extraterritoriality in Japan, the Ottoman Empire, and China*, Cambridge University Press, 2010.

<日文要約>

近代法システム継受期の日本の裁判所での紛争解決實踐

林真貴子*

本稿は、民法典成立以前に日本の裁判所ではどのようにして民事紛争を解決していたかを明らかにすることを通じて、近代的な司法制度が成立するプロセスの一端を検討しようとするものである。法典が存在しない中でどのようにして西洋近代的な裁判を目指していくのか、法律學も未成熟の中でどのようにして法曹養成を行い、いかに裁判所に弁護士・裁判官を供給していくのか。さらには、維新直後の世情不安、経濟の混亂狀況の中で、日々沸き起こる大量の民事紛争をどのようにして解決していったのだろうか。明治初期の裁判所での民事紛争解決は、外國人を原告とする訴訟や重大な法的事件を除いて、まずは裁判所で行われていた勸解（調停に類似する手續）によって担われた。勸解では法規に拘泥せず、兩当事者の納得を得ることを重要視し、特に金錢事件については紛争狀態を現實に解消すること－たとえば、弁濟の完了を勸解の場で行うこと－が目指された。勸解で大量の民事紛争を處理する傍ら、裁判（判決手續）では相對的に少數の事件の解決にあたりつつ、事實認定を行って、理由を付した判決を出そうとした。裁判において、成文法もなく習慣も明らかではない場合には、條理として外國（主にフランス民法）の法理を援用することもあった。1879年からは、條理に違背する習

* 近畿大學 教授

慣は認められない、とされた。こうして、法典が成立する以前に、實際の裁判においても少しずつ、フランス民法の法理が理解されていったのである。さらに司法省は、1880年から代言人（弁護士）の資格試驗を嚴正化し、資格の高度化を図った。1883年頃になると、勸解、裁判（判決手續）、執行手續は次第に整ってきた。1884年に判事檢事は試驗任用となった。勸解の担当者は制度施行当初から判事補だけであったが、1884年以降は共同体内の名望家を出仕として雇い入れた。それぞれの手續の區分とその担当者（法律家）の區別とは密接な關連を内包しつつ整除されてきた。西洋近代法の継受に關する硏究はこれまで法典継受を中心に行われてきた。しかし、西洋近代法継受の新たな視角として、既存の社會秩序のなかで、裁判その他の紛爭解決制度、執行制度、法曹養成、一般への法教育・法觀念の轉換など、幅廣く近代法を作動せしめるシステムを、どのようなプロセスでいかに継受してきたのか、ということを明らかにすることもまた重要な課題である。そして、それらのシステムに注目すると、國家權力の集中による裁判手續の合理化が、實は法典編纂以前に相当程度まで實現していたことがわかるのである。

[キーワード] 勸解, 民事訴訟, 代言人, 代人, 明治民事訴訟法, 司法制度の近代化, 明治日本

접수일 : 2012.8.28., 심사일 : 2012.9.19.-10.3., 게재확정일 : 2012.10.3.

近代法システム継受期の日本の裁判所での紛争解決実践*

林真貴子**

目 次

Ⅰ. はじめに
Ⅱ. 明治初期の民事裁判
1. 管轄：治外法権下の二つの法廷
2. 法源：法典なき時代の裁判
3. 訴訟援助者：代言人と代人
Ⅲ. 裁判所における民事紛争への対応の実態
1. 勧解：紛争状態の解消
2. 執行：身代限と裁判執行
Ⅳ. おわりに

Ⅰ. はじめに

本報告は、1875年から1890年までを主たる検討の対象として、日本における民法典成立以前の民事紛争解決の態様を明らかにすることを通じて、近代的な司法制度が成立するプロセスの一端を検討しようとするものである。

* 本稿は、韓国法史学会とソウル大学法学研究科共催のシンポジウムでの口頭報告を文書化したものである。報告の機会をお与え下さった諸先生方に感謝申し上げたい。
** 近畿大学

1875年を起点として設定する理由は、明治国家が近世（江戸時代）には各領主（藩）が分有していた行政権＝司法権を統一し、行政権からの司法権の分離、法圏の統一、裁判権の全国統一・一元化、裁判所機構の体系化を一応実現した年だからである。そして民事と刑事の分離、裁判の公開など、更なる裁判の近代化が進められた時期でもある。しかしながら、近代的な裁判には不可欠な要素の一つであるところの、予め定められたルール（法）の適用によって紛争を解決するという点については全く進まず、近代法典を西洋諸国から継受しようという方針は定められていたものの、法典の本格的な起草も始まっていない状況にあった。

法典が存在しない中でどのようにして西洋近代的な裁判を目指していくのか、法律学も未成熟の中でどのようにして法曹養成を行い、いかに裁判所に弁護士・裁判官を供給していくのか。さらには、維新直後の世情不安、経済の混乱状況の中で、日々沸き起こる大量の民事紛争をどのようにして解決していったのか。本報告ではこのような問題意識をもって、民法典継受期（受容期）において実際に民事紛争がどのように解決され、いかにして近代化されていったのかを具体的に検討したい。

日本では、西洋近代法の継受に関する研究はこれまで法典継受を中心に行われてきた。民法典の具体的な条文の母法を明らかにし、彼我の条文の異同を議論し、社会への根付きを問題とし、あるいは法典継受の政治過程を明らかにしてきた[1]。これらの視角が重要であることは贅言を要しまい。そのうえで、西洋近代法継受を考える新たな視角として、既存の社会秩序のなかで、法典のみならず、裁判その他の紛争解決制度、執行制度、法曹養成、一般への法教育・法観念の転換など、幅広く近代法を作動せしめるシステムを、どのようなプロセスでいかに継受してきたのか、ということを明らかにすること

1) 林真貴子「日本における「法の継受」に関する理論的研究の検討」（水林彪編著『東アジア法研究の現状と将来―伝統的法文化と近代法の継受』国際書院、2009年）を参照されたい。

もまた重要な課題なのではないかと考えている[2]。

Ⅱ. 明治初期の民事裁判

1. 管轄：治外法権下の二つの法廷

まず、議論の舞台を設定しよう。1875年には、大審院を頂点として上等裁判所（のちに控訴裁判所、控訴院）、地方裁判所（始審裁判所）、区裁判所（治安裁判所）などの裁判所機構が整備された。日本には、①各国領事が行っていた領事裁判法廷（民事／刑事）と②日本の裁判所（民事・行政／刑事／民事事件につき勧解）があった。日本人の原告は、在日本の各国領事館に、原告として（日本の司法省の添書きをもらって）民事裁判を提起していたが、本報告では①各国領事による領事裁判と②のうち行政事件、刑事事件については割愛する。しかし、②の日本の裁判所を利用した外国人原告による民事裁判については言及したい。当時の領事裁判システムは、刑事事件のみならず、民事事件の取り扱いをめぐっても様々な問題があった[3]。日本人が原告となって、日本に居住する外国人を訴える民事事件については、その裁判管轄は日本の裁判所にはなく、日本人原告はその外国人の領事館へ提訴しなければならなかった。しかし、外国人を原告とした民事裁判については、日本の裁判所で訴えを受理していたのである[4]。さらに、外国人原告が日本の

---

2)　判決原本の保存・利用運動の中で、明治初期の裁判の実態に関心が向けられるようになっていった。林屋礼二＝青山善充＝石井紫郎編『図説判決原本の遺産』（信山社、1998）、林屋礼二＝青山善充＝石井紫郎編『明治前期の法と裁判』（信山社、2003）所収の各論文、林屋礼二『明治期民事裁判の近代化』（東北大学出版会、2006年）など。

3)　加藤英明「領事裁判の研究―日本における―」（1）（2・完）名古屋大学『法政論集』84号、86号（1980）。

4)　領事裁判研究は当然のことながら、刑事事件とともに民事を扱う場合であっても、日本

裁判所に提訴した場合、その控訴審については被控訴人となり得た[5]。日本政府は外国人原告の日本裁判所における訴訟提起を認めていたのである[6]。日本の民事判決原本の中には、居留地の外国人・外国商社を原告とする訴訟記録が見られる。さらに、日本の裁判所は外国人同士の裁判も認めていたことが判決原本からわかる。図１に示したように、約20年間に日本の地方裁判所第一審は約1866件の外国人原告による訴訟を扱った。この件数は決して多いものでないかもしれないが、日本の裁判所において、実際の民事紛争処理を通じて、日本の裁判官・代言人（弁護士の前身）、訴訟当事者たちは、外国商人や外国の法律家と接し、直接に西洋近代の民事訴訟に触れることに

人が外国領事館に訴え出る事件を中心に扱ってきた。このような研究状況の中で、外国人による日本法廷の利用について具体的に扱ったものとして、滝川叡一「東京開市場裁判所の設置とその判決例」（『日本裁判制度史論考』信山社、1991）などがある。なお、近年の領事裁判研究は慮時裁判所がおかれた国の国内法廷との関係を重視するようになっている。日本法廷についての具体的な分析はまだ行われていないものの、Turan Kayaoglu, *Legal Imperialism : Sovereignty and Extraterritoriality in Japan, the Ottoman Empire, and China*, Cambridge University Press, 2010, pp.66~103など参照。

5) 修好通商条約に基づいて明治元年11月19日（1869年1月1日）に外国人居留地（築地外人居留地）が東京開市場におかれた。東京府は、東京開市場内の運上所において、外国人に関する行政事務とともに、外国人が原告となって日本人を被告とする民事訴訟と、外国人を被害者とする場合の日本人に対する刑事訴訟（内外交渉訴訟）とを扱った。司法省設置後も、東京府は裁判権を主張して従前通り築地運上所で外国人関係訴訟を取り扱い、太政官が1872年1月21日「今般改テ東京開市場裁判所ト称シ、司法省官員出張同所事務取扱候条」（第33号布告）と布告するまで、その管轄を有した。したがって、1872年1月に司法省管轄となった東京開市場裁判所は、1875年7月10日に東京裁判所へ併合され廃止されるまでの約3年半設置されていた(滝川叡一「東京開市場裁判所の設置とその判決例」（亜細亜法学23巻2号[1989]）1-29頁、のち滝川叡一『日本裁判制度史論考』（信山社、1991）所収）。このように明治の最初期から日本では内外交渉訴訟を積極的に扱ってきたのである。

6) 1873（明治6）年6月13日に太政官第205号布告「外国人訴訟規則」が達せられたものの、同年6月19日は各公使へ「談判」をしなければならないことを理由として施行見合わせとなった。しかし、1877年6月9日以降、英国人は英領事を通じて日本の裁判所に対して控訴をすることができ、また地方裁判所へも訴え出ることができた。この点について、藤原明久「明治8年司法改革と対外関係」（『神戸法学雑誌』36巻4号（1987））616~617頁参照。

なったのである。このような外国人原告の訴訟を扱う裁判所には西洋法学の素養ある裁判官が配置された[7]。

Total number of litigations by nationality: 1879–1898

	a total number of litigations [cases of foreign plaintiffs in Japanese courts]	a total number of litigations [cases of Japanese plaintiffs in consular courts]	a total number of people in Japan
America	148	604	14,551
Britain	468	1,239	28,253
Russia	14	91	1,846
Holland	16	61	1,486
France	150	246	5,724
Portugal	31	101	1,825
Germany	335	311	7,963
Swiss	62	23	1,063
Belgium	6	18	345
Italy	6	47	677
Denmark	30	35	1,049
Sweden=Norway	4	25	555
Spain	6	21	450
Austria=Hungary	9	21	898
Qing China	581	825	79,913
Total	1,866	3,668	–

【図1】日本裁判所(外国人原告)の民事訴訟と領事法廷(日本人原告)の民事訴訟

*『帝国統計年鑑』に基づき作成した。

7)　国際日本文化研究センター所蔵「民事判決原本データベース」を検索すると、外国関係訴訟を担当した裁判官は非常に限られた人数であることがわかる。具体的には池田弥一を中心に、山本正己、児玉武寛、小杉直吉などが担当し、その後に目賀田種太郎、相馬永胤、高木豊三、木村惟孝、春日粛、柳田直平などが担当した。明治前期の司法官については、田中亜紀子「明治前期司法官資料に関する一考察」(1、2・完)　(『阪大法学』53巻5号289~312頁、53巻6号253-277頁、2004)　参照。その制度については、蕪山巌『司法官試補制度沿革－続・明治前期の司法について』(慈学社、2007)　参照。

2. 法源：法典なき時代の裁判

1) 1875年以前

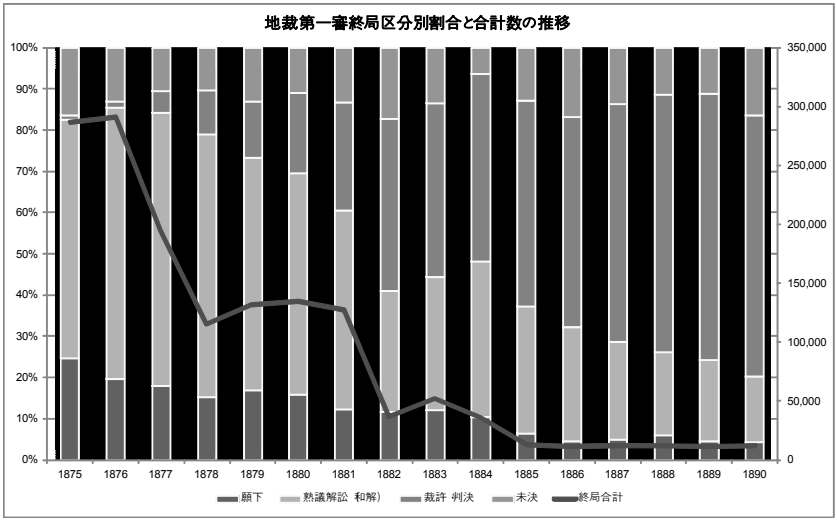
明治最初期の一般の裁判は、江戸時代の「法」や判例を順守して行われたか[8]、明治政府の出した布告や布達も順次、裁判の基準となった。この時期の民事裁判は、まずは下級裁判官（解部）が訴状検査を行い、訴状の受理・不受理を決定した（目安糺）。この検査は大変厳しく、訴状は受理されにくい状況にあった。たとえ受理されて裁判となっても、ほとんどの紛争は熟議解訟と呼ばれる「和解」によって解決され、判決が出されることは稀であった。

2) 1875~1890年

民事訴訟をできる限り受理しないという方針は1877年には完全に改められた[9]。これに先立ち1875年には民事訴訟における差添人（付き添い）は不要とされ、江戸時代の慣行は改められていた[10]。さらに、政府・司法省は、民事裁判を主に和解（熟議解訟）によって解決してきた点を改め、判決を出すことで終局するようにしていった。図２を参照していただきたい。棒グラフは下から願下、熟議解訟（和解）、判決、未決の順に、その年の終局割合を示してあり、線グラフは合計数の件数を示している。判決による終局は1875～77年まではほとんど見られないが、その後徐々に増え、1882年以降は40%近くなり、1886年以降は50%を超えている。近世（江戸時代）の民事紛争は、奉行所の内外で内済（和解）によって終結となることが多く、裁許と呼ばれる判

8) 慶応3丁卯12月22日第27「徳川内府宇内之形勢ヲ察シ政権ヲ奉帰候ニ付(中略)徳川祖先ノ制度美事良法ハ其侭被差置御変更無之候」。
9) 明治10年司法省丁第29号達。鈴木正裕『近代民事訴訟法史・日本』(有斐閣、2004)。
10) 明治8年太政官第13号布告。明治7年太政官第75号布告も参照。

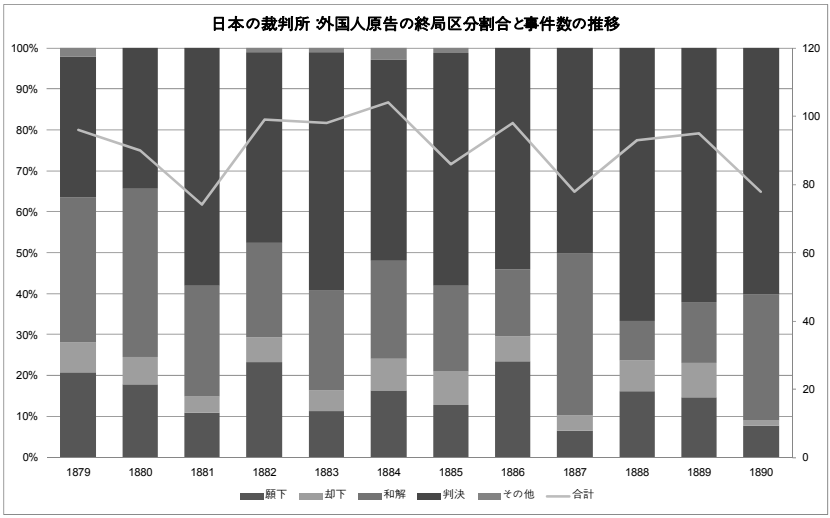
決文書が出されることは稀であった。境界争いなど土地事件では裁許が出されることもあるが、金銭事件ではほとんどなかったと言ってよいだろう。なお、図3をみると、日本の裁判所に提起された外国人原告による裁判では、終局区分に占める判決の割合が日本人原告による訴訟よりも高くなっている。明治政府・司法省にとって近代的な裁判とは、外形的には判決を出すことによって終局するものであり、そのような運用を目指していったと考えられよう[11]。



【図2】地方裁判所第一審終局区分別割合と合計数

林屋礼二＝菅原郁夫＝林真貴子編著『統計から見た明治期の民事裁判』（信山社、2005年）より作成。[12]

11)　たとえば、「委員修正民事訴訟規則」(商事法務研究会『日本近代立法資料叢書』24巻)106頁など、民事訴訟法の立法過程での議論に現れている。



【図3】日本の裁判所：外国人原告訴訟の終局区分別割合と事件数

しかし、民法典もない状況で、何に基づいて判決を出していたのだろうか[13]。1875年の太政官第103号布告「裁判事務心得」によって、法源は示されていた。その「第三条民事ノ裁判ニ成文ノ法律ナキモノハ習慣ニ依リ習慣ナキモノハ条理ヲ推考シテ裁判スヘシ」は、とくに有名な規定である。法源は、明治期以降に太政官や各省によって出された布告・布達等の成文の法律であり、補充的法源として習慣があり、その習慣が明らかではない場合に、条理を用いて判断するということになった。つづく第4条では裁判官が為した判決（言

12) 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、2011年)をも参照。

13) 地裁・高裁の明治初期の民事判決原本を用いた研究が近年、進展してきた。林屋礼二＝青山善充＝石井紫郎編『図説判決原本の遺産』(信山社、1998年)を嚆矢として、林屋礼二＝石井紫郎＝青山善充編『明治前期の法と裁判』(信山社、2003年)所収の諸論文、林屋礼二『明治期民事裁判の近代化』(東北大学出版会、2006年)等を参照されたい。

渡）の法源性を否定し、第5条では各省の出す指令の法源性を否定し、いずれも裁判基準としての「一般ノ定規」とはしてはならないとした。ここに成文法主義を採ることが明確にされたのである。

それでは、何が「習慣」であったのか。村上一博教授は伺－指令の検討から、1875～1879年における習慣とは、政府間あるいは政府と人民の間で「その地方庁や裁判所で施行されてきた習慣」であり、民間で行われてきた習慣を意味しなかったが、1879年2月25日の司法省丁第9号達によって、習慣の意味内容が変わり、「民法上人民ノ慣行認許」するもの、および「従来官民ノ間ニ慣行スル例」であって「条理ニ背戻セサル者」を指すようになったことを明らかにされた[14]。このような習慣の意味内容の変化にはボアソナードの見解が影響している可能性がある。ボアソナードは、「成文法が存在しない場合、慣習に衡平法以上の権威を認めなければならないか」と問われ、「ある事がらについて成文法が存しない場合、一地方の慣習(usage provincial) あるいは単なる局地的な慣習であっても、これを尊重するのが自然であり、さしたる理由もないのにこれを無視することは、危険であろう」と答えた[15]。続けて、一方当事者によって主張された慣習が他方当事者に否認されるような場合に備えて、「enquéte par turbe」と呼ばれる一種の慣習調査制度がフランスにはあり、日本もこれと類似した調査制度を組織する必要があり、裁判所の古い記録・かつての裁判官・町の古老の意見を参酌することは有用であろう、と述べている。さらに、ある事がらの細部の点について、はっきりした慣習 (coutume fixe) が存在しないことが確実になったならば、「衡平法(équité)、自然法(droit naturel)が適用されるべき」であることは疑いを入れない、という。そして、最後に、裁判官が慣習の存在を認めたが、その慣習が衡平法に反すると考えるとき、ボアソナードは

14) 村上一博「裁判基準としての「習慣」と民事慣例類集」(同志社法学49巻5号)291～294頁。
15) 「成文法が存しない場合、慣習に衡平法以上の権威を認めなければならないか」1875年6月2日『ボアソナード答問録』(法政大学出版局、1978)22頁。村上前掲論文参照。

衡平法が悪しき慣習に優位するべきである、とする16)。明治期にはéquitéは「情義」と訳される場合もあり、あるいは「条理」とも訳された。

では、「条理」とは何か。これには多くの議論があるが、ボアソナードの自然法思想の影響は否定できないであろう。判決原本の中には、条理としてフランス民法や自然法講義を援用している例や、日本の民法草案を援用している例もある。福島正夫教授は「成文法ナキトキハ外国ノ法理ヲ参照シ其条理ト認ムルモノニ依リ判決ス」とした判決を紹介された17)。このように、成文法主義を原則としつつ、習慣も明らかにはならない事例ではフランス等外国の法理を用いることによって、民事紛争解決の近代化・西洋化を行っていたのである。

日本のこの時期の裁判所にも司法省にも、自らの社会におけるequityを発見し定義していくという発想はなく、また司法省が1877年に慣行調査を実施して編纂した『民事慣例類集』や1880年の『全国民事慣例類集』は、法典編纂に利用されなかっただけでなく、裁判において習慣を認定する際に用いられるということもほとんどなかった18)。法学を学んだ裁判官や弁護士もほとんどい

16)「成文法が存しない場合、慣習に衡平法以上の権威を認めなければならないか」1875年6月2日『ボアソナード答問録』(法政大学出版局、1978)23~25頁、(15)頁参照。

17)　福島正夫『日本資本主義の発達と私法』(東京大学出版会、1988)42頁注11。条理については、大河純夫「明治八年太政官布告第一〇三号『裁判事務心得』の成立と井上毅」(立命館法学205=206、227、234号(1989~1994))、村上一博「(口頭報告要旨)明治前期における「条理」裁判とフランス法の影響」(法律論叢67-1(1994)321~329頁参照。植田信広「豆田区裁判所明治11年3月30日裁判申渡書<地所売買破約事件>」(『図説判決原本の遺産』信山社、1998)35頁、深谷格「明治前期の広島裁判所における条理裁判とフランス民法」(西南学院大学法学論集37-1(2004))、深谷格「明治前期熊本裁判所における条理裁判とフランス民法」(西南学院大学法学論集38-3=4(2006))はフランス民法や自然法講義が援用された例を紹介するが、フランス民法の援用を明示的に否定した判決を紹介したものとして、山中至「熊本始審裁判所明治18年11月17日判決〈遺跡相続届書連印ヲ要ムルノ訴訟〉」(『図説判決原本の遺産』信山社、1998)40頁がある。同条を法の継受として捉え、さらに法典成立後の役割について焦点を当てた研究として、小沢奈々「「条理」の法思想史－」(鈴木ほか編著『法の流通』慈学社、2009)781頁以下。

ないような状況の中で、布告・布達に基づき、時には外国法理を勘案しながら判決を書く、ということは非常に難しいことであったと思われる。この時期の判決書にはすべて右上欄外に裁判所長の認印が押されている。一定のレベルの判決を出していくために、判決を書いた裁判官は言渡の前に裁判所長の検閲を受けることになっていたようである[19]。

3. 訴訟援助者：代言人と代人

近代法的素養のある法律家がほとんどいない状況は、裁判官のみならず代言人（1893年以降は弁護士）においても同様であった。1876年「代言人規則」（司法省甲第一号布達）が制定されて代言人が免許制となり、1880年には「改正代言人規則」によって本格的な試験制度が導入された後も、代言人のみが法廷で訴訟代理を行うという職務独占は成立しなかった。代言人に認められていたのは、「代言人」という呼称の使用と「業として」法廷での代理ができるということのみである。1872年から1893年までは、一定の制限はあるものの、無資格でありながら訴訟代理を業とする人々―橋本誠一教授はこれらの人々を無免許代言人と名付けた―もまた、法廷での代理ができた[20]。資格を有する代言人による法廷での訴訟代理の独占が進まなかったことの理由のひとつには、代言人数の絶対的な不足がある。明治初期から1889年までは裁判官数の方が代言人数よりも多かったのである。このような代言人数の不足を補っ

18)　村上一博「裁判基準としての「習慣」と民事慣例類集」(同志社法学49巻5号)336~339頁。実際、判決原本のなかで民事慣例類集を援用している例はほとんど見受けられない。

19)　小林智「司法の近代化と自律的法解釈の整備」(『HERESETEC』2-2(2008))所引の、高橋文之助「裁判所構成法実施五十年に際し所感を述ぶ」(『法曹会雑誌』17巻11号)など参照。

20)　橋本誠一『在野「法曹」と地域社会』(法律文化社、2005年)、三阪佳弘「近代日本の地域社会と弁護士－1900年代の滋賀県域を題材として」『法と政治』　62巻1号(2011)631頁以下など参照。

て裁判を滞りなく進行させるためには、無資格であっても裁判事務に精通している者の存在が不可欠であった。明治期の日本では、代言人資格を持たない人々が「一事件限り」の代人として法廷で訴訟代理を行っていた。それは、大審院でも行われていた。

1890年判決分までの民事判決原本データベース549,101件には、原告代理人を代人に依頼している事件数が129,494件、被告代理人を代人に依頼している事件が111,790件あり、このうち原告代理人、被告代理人ともに代人に依頼している事件数は45,578件であった。資格を有する代言人に原告代理人を依頼している事件数は111,697件、代言人に被告代理人を依頼している事件数は73,013件であり、このうち原告代理人、被告代理人ともに代言人に依頼している事件数は38,272件であった。下級審において、親族や雇人など一般的な代人から、無免許代言人（営業としての代人）をどのように抽出するかは課題として残るが、1873年から1890年頃の民事裁判には、有資格者である代言人と、無免許でありながら訴訟代理を業とする代人とが共存していたという実態が窺える[21]。

---

21) 橋本誠一「大審院法廷における代言人・代人－1875~1880年」(法政研究14巻3＝4号、2010年)は大審院における無免許代言人の数等を明らかにした。
民事判決データベースを検索すると、1873年から1883年までは民事訴訟事件の約42.2%から47.6%を代人(無免許の代言人)が法廷での訴訟代理を受任し、代言人による受任は21.7%から29.4%であった。その他は本人訴訟である。ところが、1884年になると代人が受任する割合は約33%まで下がり、その後40%を超えることはない。反対に代言人の割合は上がり、1885年に33.8%と初めて30%台になり、その後に下がることはない。1888年に代言人の受任事件数の方が代人のそれよりも多くなると、その後両者の割合が逆転することはなかった。1890年には代人32.2%に対して、代言人は33.2%である。1883年から1884年の間に、法廷での代人淘汰が行われていた可能性があるが、詳細を明らかにするための方法論も含めて、今後の課題である。代言人については、奥平昌道『日本弁護士史』(厳南堂、1912年)、岩谷十郎＝村上一博＝三阪佳弘『日本弁護士協会録事明治編別巻解説・目録』(ゆまに書房、2008年)など参照。

Ⅲ. 裁判所における民事紛争への対応の実態

近代的裁判とは両当事者の主張を法に基づいて判断し、判決を出すことによって解決とする営為であると司法省は捉えていたと思われるが、しかし、そのような裁判で大量の紛争を解決することは当時においては不可能であった。法学的素養を持った裁判官は少なく、また代言人（弁護士）も少なく、そもそも法典もなかったのだから。司法省は日々起こる紛争を積極的に取り上げて解決し、さらには訴訟増加への対策として、裁判所において調停類似の制度―勧解（かんかい）―を新設した[22]。

1. 勧解：紛争状態の解消

1) 導入目的

勧解は、訴訟増加への対策として、まずは1875年9月に東京府下の区裁判所に設置され、同年12月28日から全国で行われることとなった。裁判と比較すると、申立ての簡便さが際立つ。勧解は、証拠書類を添付する必要はなく、口頭による申立てを認めており、訴訟費用も安価（1884年まで無料）であった。本人が出頭する必要があり、原則として代理人を立てることは認められていない。勧解に関する規定は、「裁判支庁仮規則」（のち「区裁判所仮規則」）の中におかれた。その第六条に、「凡民事ニ係ル詞訟ハ金額ノ多少事ノ軽重ニカカハラス詞訟人ノ情願ニ任セ支庁ニ於テ勧解スヘシ但勧解ハ必シモ定規ニ拘ハラサル者トス」とあり、第七条「勧解ヲ乞フ者ハ訴状ヲ作ルニ及ハ

22) 以下の記述はすべて、林真貴子「明治前期日本・勧解制度にあらわれた紛争解決の特徴」（川口由彦編著『調停の近代』勁草書房、2011年）に依っている。

ス直ニ証拠書類ヲ携ヘ該庁ヘ願出ヘシ」とある。第八条には本人出頭原則が規定されていた。1883年からは、裁判を行う前にまずは勧解を行うことが義務付けられるようになった。勧解は江戸時代の内済とは異なり、裁判所で判事補（下級裁判官）が当事者を呼び出して、その主張を聞いて和解に導くように努めた紛争解決制度であり、フランス法の継受とも言われている[23]。このように簡便な手続による「定規ニ拘ハラサル」紛争解決が裁判所で為されたのである。勧解前置（裁判を行う前にはまずはなるべく勧解を試みるという規定、1883年以降は勧解前置強制）によって特にその事件数は増え、また訴訟件数を減少させることにある程度は役立ったと思われる[24]。

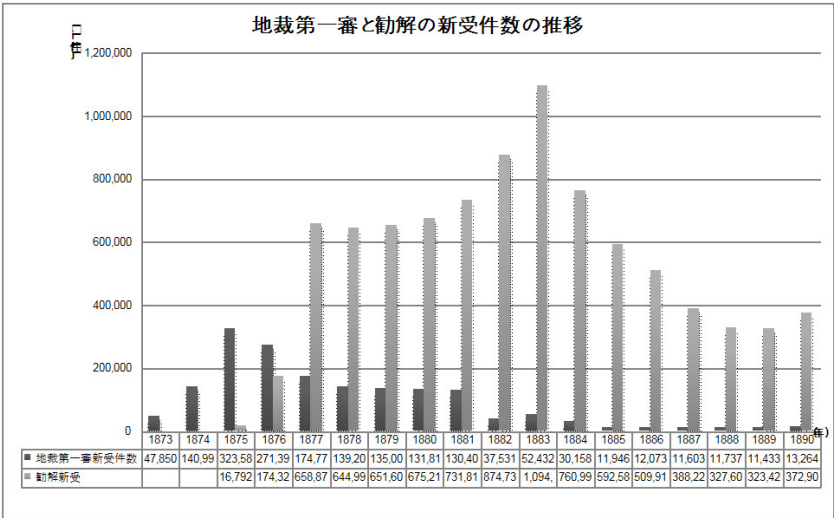
図４から、明治期の民事紛争解決は主として勧解によって処理されていたと言えるであろう。

2) 紛争状態の解消

勧解ではどのような紛争解決が行われていたのであろうか。勧解の終局は、調か不調である。判事補による和解の勧めによって、両当事者の互譲によって和解し（=「調」）、あるいは合意に至らず不調となる。これに加えて勧解には、両当事者が合意しても「調」とはならない場合があった。図５の②のラインである。勧解では、両当事者が債務の存在や弁済方法等に合意した

23) 勝田有恒「紛争処理法制継受の一断面－勧解制度が意味するもの」(『国際比較法制研究①』1990年)41-42頁には、「こうしたフランスの裁判組織法や民事訴訟法についての知識に基づいて、明治初期の裁判制度やその他の個別立法が行なわれてゆくが、勧解についても、裁判支庁仮規則第八条で本人出頭を義務づけ、やむを得ない場合には代人として親戚を認め、差添人については規定していない。これは「訴答文例」以来の当事者の自主的判断を、勧解でも尊重したのであって、差添人は勿論代書人や代言人も、勧解から排除されている。これはまさにフランス勧解立法の精神にかなった制度であった。裁判官が和解を勧奨するというconciliationの訳語「勧解」が日本の制度として定着したとみるべきであろう」とある。

24) 染野義信『近代的転換における裁判制度』(勁草書房、1988年)参照。

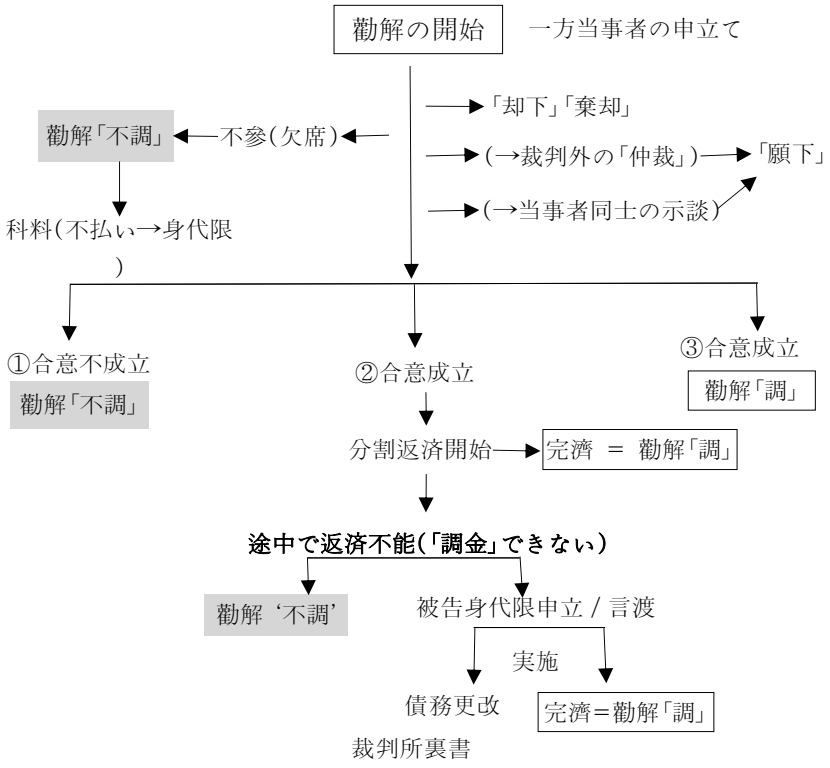


	1873	1874	1875	1876	1877	1878	1879	1880	1881	1882	1883	1884	1885	1886	1887	1888	1889	1890
■ 地裁第一審新受件数	47,850	140,99	323,58	271,39	174,77	139,20	135,00	131,81	130,40	37,531	52,432	30,158	11,946	12,073	11,603	11,737	11,433	13,264
■ 勧解新受			16,792	174,32	658,87	644,99	651,60	675,21	731,81	874,73	1,094,	760,99	592,58	509,91	388,22	327,60	323,42	372,90

【図4】地方裁判所第一審新受件数と勧解件数

としても、実際に弁済が為されなければ（しばしば完済しなければ）調とはならなかったようである。②のラインは事件類型としては主に、貸金、売掛代金、家賃金など金銭債務をめぐる紛争が念頭に置かれている。金銭関係事件は、勧解の場で弁済（分割弁済）を行わせ、その完了をもって『調』としていたのであり、勧解の場で和解が成立しても、債務者から実際に弁済がなされなければ『不調』となった。

民事判決原本に綴られた判決書には、勧解中係官の説諭により分割弁済を約束したが、期限を経過しても弁済ができなかったために勧解不調となったということが書かれている場合がある。たとえば、勧解中、係官の説諭により、半金を10月31日に差し入れ、残金は11月25日に支払うべきことを双方承諾したが、半金を入れることもできなかったので勧解は不調となったというものである。この裁判の判決では、裁判においても延期を求める被告に対して、以上のような経緯で勧解不調となったことを述べて被告抗弁を退けている。この判決が示唆するように、勧解において金銭事件を扱う場合には、返



【図5】勧解の手続図

済額を決定したのちに、実際に判事の面前で弁済を行い、それが完済するまでを解決として捉え、完済したことによって『調』としていた。勧解の書式集等をみると、原告は、勧解を行って『御願金高ノ内何十円請取残金何円ハ用捨』にすることが予期されていたことがわかる。つまり、勧解における解決とは、単なる和解ではなくて、実際に弁済金を請取り、残債務を放棄することなのである。

勧解で弁済ができない場合に、被告自らが身代限（全財産に対する強制執行＝破産）を申し出ている場合もある。判決原本中に綴じられていた『身代限

言渡」には、立替金請求の勧解事件について、被告が、原告の要求する金額24円48銭6厘を滞納していたことは間違いないが、弁済できないので身代限によって弁済したいと申し立てるので、直ちに身代限によって弁済すべし（「調金不行届ニ付身代限済方致度旨申立ル上ハ直ニ身代限ヲ以テ済方ス可シ」）というものであった[25]。

では、勧解で身代限が行われたが、身代限によっても合意した金額を弁済できなかった場合はどうなったのであろうか。その場合には、残債務についての新たな証書が作られ、その証書に裁判所が裏書をしていたようであり、その裏書案も判決原本のなかに綴じられていた。これをみると、被告（債務者）は債務額17円91銭30厘のうち、身代限によって55銭を支払うことができたが、残金17円36銭30厘については支払えなかったので、被告本人はもちろん相続人に至るまで身代持直次第弁済をするという証書であり、その裏書を裁判所が行っていたようである[26]。このような「身代持直次第」残債務を支払うという証書が作成された場合に、勧解が調となったのか、不調となったのかは現時点では判然としないが、おそらくは「不調」であったからこそ証書裏書となったのであろう。重要な点は、勧解では貸金の返済について、返済額、返済方法、返済期限などに合意をして、それを調書にするというだけではなく、実際に勧解の場で数度にわたる分割返済が行われ、返済が滞ると不調になったということである。

---

25)　判決コード10100023-00107(国際日本文化研究センター民事判決原本データベース)。本データベース中には他に19件の勧解身代限言渡書がある。この点については拙稿「勧解制度選好の要因」(『近畿大学法学』51-1(2003年))143-146頁で詳しく論じている。

26)　判決コード60520006-00020(国際日本文化研究センター民事判決原本データベース)。「証書裏書案.
表書之〔元利〕金員十七円九拾壱銭三十厘相払旨勧解願出ル来負債主A示談之上身代限ヲ以テ済方致度旨申出ルニ付所有物売払代金五拾五銭受取残金十七円三拾六銭三十厘負債主Aハ勿論其相続人ニ至ル迄身代持直次第済方可致モノ也明治十四年七月八日」。

ところが、このように勧解の場で身代限まで行って債務を弁済させるという紛争解決は、1883年11月の司法省指令以後は行われなくなった。司法省は、身代限を行う場合には、勧解はいったん不調にして裁判によって処分をすべきであろうか、勧解において被告が身代限の上、弁償したいと申し出た場合にはどのように取り計らったらよいであろうか、という伺いに対して、司法省は勧解は不調として、更に出訴させた上で処分すべきであると指令した[27]。1884年以降の判決原本をみると、勧解の場で、被告（債務者）が身代限処分に同意した場合には、その旨を勧解不調証に記載した上で、不調とするように変化していったようである。この不調書は、裁判を行う際に訴状に貼付されるものである。

さらに、1884年の別の原本からは、被告が弁済できない場合に、勧解の場で、被告財産の仮差押えが行われていたことがわかる。掛川治安裁判所の1884年の判決原本のなかには「明治十七年勧解命令掛川治安裁判所」という綴りが入っていた。ある一つの事件について、治安裁判所の判事補が出した「命令書」と、原告が裁判所に提出した「被告財産差押願」、裁判所の命令書に対する「御受書」二通（原告と被告双方から）の三種類四通の書類が綴じられている。裁判所は、貸金請求勧解事件の命令書のなかで、被告は数回の延期をしたものの、到底、金策の途なく遷延を繰り返すに過ぎないので、被告所有の動不動産について原告請求の金額に充るだけ、「仮差押候条係リ戸長并ニ原被告又ハ被告ノ親戚隣保立会其財産調書ヲ製シ双方連書ノ調書来ル七日迄ニ調書ヲ当廳へ差出スヘシ」として、財産調書を作成することを命じたのである。この命令書が出される三日前に、原告から裁判所に宛てて「被告財差押願」が出されている。こうして直接的な身代限処分を行うことができなくなった1884年以降には、勧解の場では、被告財産の調書が作成されていたようであ

27) 『民事令訓集』(神戸大学人文社会科学系図書館所蔵)208~209頁。本資料の閲覧に際しては故藤原明久教授にご高配を賜わった。記して謝意を表したい。

る。これが全国的に行われていたかどうかは定かではない。

以上みてきたように、勧解では、貸金事件については勧解継続中に弁済（分割弁済）を行わせ、その完了をもって「調」とする紛争処理を実施していた。勧解では、両当事者の債務の存在及び弁済と弁済方法についての合意が成立しただけでは「調」とはならず、債務者から実際に弁済がなされなければ「不調」となるシステムだった。勧解の時代における貸金事件の場合の「調」とは、調金＝債務者が実際に弁済すること、であり、その弁済が完了したことを表していた面もあった。弁済が終了したことについて双方が了解することによる紛争状態の解消を目指した制度であったのである[28]。公権力が、弁済の完了（または一部弁済、残債務放棄）にまで断続的にかかわり、紛争の終結を見届けようとしていたといえよう[29]。

2. 執行：身代限と裁判執行

明治初期の日本の執行制度の不備については、英国を中心に諸外国から非難が出され、重要な問題点として指摘されていた[30]。日本人同士の紛争で

---

28)　このような紛争解決は、江戸時代における切金手続を想起させる。評定所における切金弁済の実際は、神保文夫「近世私体系の転換」(一)『名古屋大学法政論集』四五九頁に引用されている、布施弥平治編『百箇条調書』第七巻(新生社、一九六七年)二四七二頁など参照。

29)　この解決のイメージは明治初期の勧解のみならず、1932年の金銭債務臨時調停法にも見受けられるのではないか。金銭債務臨時調停法の「調停に代わる裁判」が規定された文化的背景があるのではないか。むろん、明治初期の勧解には公権力による執行体制の不備を補完する制度といった意味もあり、一概に昭和初期と比較できるものではないことは言うまでもない。しかしやはり、何をもって解決＝「調」とするのか、その解決に必要な道具立て(心理的強制力など)が何かはすぐれて文化的な問題ではなかろうか。

30)　たとえばbarristerとして来日し、1885年から司法省お雇い外国人となったカークウッドは、身代限の書類書式等について意見書を出し、「身代限は単に裁判上の負債を償却せざる」だけでなく、掲示期限が60日と短いなど、債主の権利を十分に保障できていない点を指摘した(「カークウッド意見書綴込」20~21頁、法務大臣官房司法法制調査部監修『日

は、今まで見てきたように勧解によって解決していたので、いわば債務名義を確定しつつ執行も行っていたようなものであるから問題は少なかったにせよ、民事裁判では強制執行が行われたとしても償還ができない点が問題となっていた。

			1876	1877	1878	1879	1880	1881	1882	1883	1884	1885	1886	1887	1888	1889	1890	1891
身代限	処分件数		10078	10832	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	
	訴訟件数		17482	18281	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	
	配賦済件数		-	-	6436	5607	4757	3670	5689	11256	14692	6823	5895	4535	3251	2241	2169	497
	原告件数		-	-	19383	17882	16171	12269	16774	32410	38977	15979	12889	10021	7571	5526	5065	1101
	被告件数		-	-	9585	9301	8707	7224	10296	19088	22614	10221	8592	6797	5174	3855	3696	672
	負債主人員（人）		10866	12599	10881	9935	9855	7789	12191	22442	27493	12483	10742	8756	6663	5353	4477	814
	債主人員（人）	先取権アリ	-	-	3842	2525	2092	1536	2419	6591	10794	5098	4915	4219	2549	1803	1354	344
		通常	-	-	15337	15046	14229	11023	15261	25961	40499	12698	9637	7284	5876	4900	4270	904
	負債高（円）		3360821.846	3817470.503	1984641.439	1417074.5	1282344.248	1049946.306	1624175.558	3538100.477	4711980.635	2874006.838	1821288.217	2306366.913	1492164.561	853143.908	769827.394	174266.032
	償還高（円）		459210.189	637112.054	425228.453	347617.326	396135.687	239614.306	342502.89	733404.402	1047515.686	635918.329	384059.467	410537.535	249963.498	179667.112	160667.392	36907.095
	償還率		13.57%	16.69%	21.43%	24.53%	30.11%	22.82%	21.09%	20.73%	22.23%	22.13%	21.64%	17.80%	17.03%	21.06%	20.87%	21.18%
裁判執行	始審・治安裁判所合計	執行繰下	-	-	-	-	-	-	-	3087	2621	940	1084	1110	1773	2051	2702	2170
		棄却	-	-	-	-	-	-	-	186	358	88	218	254	343	452	1882	490
		熟和	-	-	-	-	-	-	-	43020	47966	20237	15128	15365	16686	15913	19199	2305
		強迫（執行）	-	-	-	-	-	-	-	5947	7092	4226	2508	3033	3986	4694	5092	456
		身代限廻し	-	-	-	-	-	-	-	-	314	113	7855	6718	6013	5804	5324	7
		他庁廻し	-	-	-	-	-	-	-	243	250	38	-	-	-	-	-	-
		計	-	-	-	-	-	-	-	52483	58591	25647	26793	26480	28801	28884	34199	6628
		未決	-	-	-	-	-	-	-	16731	9511	6315	5477	4932	4762	5162	7074	消滅1221

注）1883年の身代限件数からは、本庁と治安裁判所の合計数を掲載した。
1886年から強迫という欄局区分は強制となる。
1890年の棄却件数は東京控訴院管轄内で545件、大阪地方裁判所管内で645件など、全体としての急激な増加による。

【図6】身代限と裁判執行

本近代立法資料叢書22現行民事訴訟手続ニ対するカークード氏意見書／現行民事訴訟手続及カークード氏意見書／民事訴訟法草案議案意見書／法律取調委員会民事訴訟法草按議事筆記』(商事法務研究会、1985))。カークウッド(William Montague Hammett Kirkwood, 1850~1926)の履歴については、末木孝典「司法省顧問カークウッドと明治政府」(『日本歴史』759号、2011年8月)55~71頁参照。そのほか、カークウッドは「負債者身代限処分公売ノ件疑問二付意見」(前掲「カークウッド意見書綴込」49~50頁)を著し、「財産差押ニ関スル問」(前掲「カークウッド意見書綴込」41~42頁)では先取権と第二以下の権利者の公平性の担保について意見を述べている。ボアソナードは1883年に請われて財産差押草案を起草したが施行はされなかった。その内容については、三ケ月章「ボアソナードの財産差押法草案における執行制度の基本構造」『民事訴訟法研究第六巻』(有斐閣、1987[1970]年)、三ケ月章「テッヒョーの訴訟法草案における執行制度の基本構想」『民事訴訟法研究第六巻』(有斐閣、1987[1971]年)参照。また、園尾隆司『民事訴訟・執行・破産の近現代史』(弘文堂、2009年)参照。

司法統計をみると1883年までは裁判執行を求める公式的手続はなく、判決手続のなかで裁判執行を求める訴えをさらに提起していたことがわかる。1883年に裁判執行手続ができたものの、図6に示したように、裁判執行の大半は「熟和」によって終局していることがわかる。仮に勝訴判決を得たとしても、新たに執行を求める必要があり、さらにはその過程で和解せざるを得なかった状況が窺える。これに対して、身代限は、いわば全財産に対する強制執行であり、現在の破産に相当する江戸時代以来の手続である。明治初期は財産の一部分についての強制執行ができなかったのである。ただし、身代限処分を行った場合の償還率20%台というのは明治初期という状況を考えた時、決して低い数字とは思えない。

こうした状況の中で、外国人原告が求めたことは、仮差押えなど保全手続の整備であった。このような判決はいくつかあるが、たとえば、「裁判言渡書民第00001号　預ケ品取戻并ニ貸金請求ノ一件」（控訴人：英国人商ロベルトシヤアルジイン、ジエムスジヨンストンケスウイク（他5名）、控訴人代言人ガビン・ヒーネス[31]、被控訴人：後藤象二郎）の1878年2月22日判決では、原告の英国商人らは預ケ品の「差留」を要求したが、東京裁判所は被告を尋問もせずにそのようなこと（預ケ品差押え）はできないと拒否し、本件はこれを不服とした控訴審であったが、それを却下した判決（10100001－0048-02）である。こうした仮差押請求は、明治初期の外国人原告による訴訟の特徴の一つであるが、いずれも却下されている。保全手続はドイツ民事訴訟法を継受した1890年の明治民事訴訟法によって整備された。法典による解決を俟たなければならなかったのである。

31) Gavin Parker Ness(1843～1943)は、1871年6月6日にミドルテンプルでbarristerの資格を取得し、1873年に来日、領事裁判所のみならず日本の裁判所でも訴訟代理を行っていた。England & Wales, National Probate Calendar (Index of Wills and Administrations), 1858～1966 Record for Gavin Parker Ness.

Ⅳ. おわりに

1875年から1890年までの民事紛争解決は、外国人を原告とする訴訟や重大な法的事件を除いて、まずは裁判所で行われていた勧解（調停に類似する手続）によって担われた。勧解では法規に拘泥せず、両当事者の納得を得ることを重要視し、特に金銭事件については紛争状態を現実に解消すること―たとえば、弁済の完了を勧解の場で行うこと―が目指された。

勧解で大量の民事紛争を処理する傍ら、裁判（判決手続）では相対的に少数の事件の解決にあたりつつ、事実認定を行い理由を付した判決を出そうとした。裁判において、成文法もなく習慣も明らかではない場合には、条理として外国（主にフランス民法）の法理を援用することもあった。1879年からは、条理に違背する習慣は認められない、とされた。こうして、法典が成立する以前に、実際の裁判においても少しずつ、フランス民法の法理が理解されていったのである。

さらに司法省は、1880年から代言人（弁護士）の資格試験を厳正化し、資格の高度化を図った。代言人（弁護士）の合格者は少なく不足していたので、無資格ではあるものの裁判事務に精通している無免許の代人業者もまた、法廷での訴訟代理ができるようにしていた。1883年から1884年の間に、法廷での無免許代人の淘汰が多少行われていた可能性があるが、詳細を明らかにするのは今後の課題である。

1883年はまた、勧解における身代限（破産）処分を廃止した時期でもある。この時期に、勧解、裁判（判決手続）、執行手続はそれぞれ区分され整ってきた。1884年に判事検事は試験任用となり、1886年の裁判所官制ではじめて執行吏が設置された。反対に勧解の担当者は判事補だけであったが、1884年以降は共同体内の名望家を出仕として雇い入れることを可能にした。それぞれの手続の区分とその担当者（法律家）の区別とは密接な関連を内包しつつ整除されてきた。こうしてみてくると、国家権力の集中による裁判手

続の合理化は法典編纂以前にある程度まで実現していたことがわかる。

さて、近代的な民事訴訟法が施行された1891年に、勧解は廃止となった。民事訴訟法には保全手続、執行手続も条文化され、金銭事件には督促手続の利用が予定されていた。しかし、近代的な裁判のメルクマールとして法律の適用を挙げるのであれば、なお暫しの時間が必要であった。民法典の施行は1898年、商法典の全面施行は1899年だったのである。そして、これらの実体法典は比較法の産物ではあるが、編纂にあたって、裁判の中で認定されてきた習慣や明治初期からの判例を検討した形跡はない。市民生活のなかから生まれた準則、慣行、そして判例をふまえた法典の編纂は、今次の民法改正まで待たなければならなかった、と整理できよう。