

# 토쿠가와(徳川) 일본의 민사재판\*

오오히라 유우이치(大平祐一)\*\*

※번역 金白暻\*\*\*

## 목 차

- I. 서론: 토쿠가와 일본의 지배체제와 재판관할
- II. 代官所의 민사재판
  - 1. 민사재판의 실제 모습
  - 2. 재판의 한 특징으로서의 內濟
  - 3. ‘재판은 무료였다’
- III. 法源
  - 1. 서설
  - 2. 제정법(성문법)
  - 3. 비제정법(불문법)
- IV. 지방관의 ‘재판’의 성격
  - 1. 막스 베버의 ‘카디 재판’의 개념과 그 적합성
  - 2. 시가 슈조(滋賀秀三)의 ‘教諭的 調停’과 그 적합성
- V. 맺음말: 토쿠가와 일본의 민사재판의 성격

## [국문 요약]

토쿠가와 일본에서 다이칸(代官)은 막부의 지방관으로서 관할 내의 민사·형사사건을 심리했다. 다이칸에게는 판결 결정권이 없기 때문에 심리가 종결되면 판결 원안을 작성하여 상급기관에 품신한다. 상급기관의 지령에 기초하여 판결 선고를 행하고 당사자로부터 수락서를 제출토록 하여 판결은 종료된다. 재판에서는 나이사이(內濟)-제삼자의 중개에 의한 분쟁 해결-가 중시되었는데, 심리 중에 나이사이를 권유하는 경우가 적지 않다. 그 배경 요인으

\* 본고는 2017년 6월 24일 서울대학교 규장각한국학연구원에서 진행된 한국법사학회 주최 ‘근세 동아시아에서의 민사재판 실태와 성격’ 심포지움 발표문에 약간의 수정을 가한 것이다. 심포지움에서는 발표자인 沈羲基 교수, 종합토론의 발표자 文竣暎 교수, 鄭肯植 교수를 비롯해 많은 교수 및 참석자 분들로부터 귀중한 의견과 지적을 받았다. 이에 충심으로 감사의 뜻을 표하고자 한다.

\*\* 立命館大学 명예교수

\*\*\* 서울대학교 대학원 법학과 박사과정(수료); ataraxia326@naver.com

로는 여러 가지가 생각되지만, 支配者의 裁判觀 문제도 고려함이 좋을 듯하다. 토쿠가와 일본의 민사재판은 무료였고, 소송수수료라는 관념은 존재하지 않았다. 민사재판은 지배자가 무상으로 행하는 시혜적 행위에 다름 아니었다. 그 때문에 인민의 소가 반드시 재판소에 수리되어 심리된다는 보장은 없었다. 나이사이가 많이 이용된 배경에는 이와 같은 지배자의 재판관의 영향도 생각해 볼 수 있다.

재판을 할 때 판단의 기준이 된 것으로는 법령, 법전, 시키타리(仕來), 선례(판례), 중앙의 각종 기관의 처결, 조리 등이 있었다고 생각된다. 실정적인 법규나 선례로 처리할 수 없는 사안의 해결에는 ‘道理(條理)’가 큰 역할을 했다.

토쿠가와 일본의 민사재판을 객관적인 기준이나 증거에 구속됨 없는 재판이라고 보는 견해는 토쿠가와 일본의 法과 國制의 원리적 측면을 지적한 것이라 할 수 있다. 재판을 둘러싼 이와 같은 상황은 이윽고 변화되어, 판례집, 법전의 편찬, 법령이나 중앙의 각종 재판기관의 처결의 집적이 나타나게 되었으며, 재판관은 이것들을 재판의 기준으로 이용하게 된다. 그러나 위에서 말한 원리적 측면이 사라진 것은 아니었다. 시가 슈조(滋賀秀三) 교수는 청대 중국의 재판을 ‘敎諭的 調停’이라고 불렀다. 토쿠가와 일본의 재판은 판결에 대한 당사자의 동의(수락)를 얻어 재판을 종결시킨다는 점에서는 청대 중국과 마찬가지로 ‘調停的’이었다. 그러나 동의 없이 재판을 종결시킬 수 있는 점에서는 ‘裁判的’이었다. 왜 이렇게 되었는가에 대해서는 국가권력의 존재양식 등을 검토할 필요가 있을 것이다.

토쿠가와 막부는 법에 구속됨 없는 권력이라는 성격을 가지면서도 현실에서는 각종 법령, 법전, 선례 등에 의거한 재판을 전개해 갔다. 그러나 반드시 법의 기계적 적용에 의해서가 아니라 가장 타당하다고 생각되는 해결을 선택함으로써 ‘형평’의 실현을 도모하고자 했다.

[주제어] 민사재판, 나이사이(内濟), 소송수수료, 재판의 기준, 道理, 판결에 대한 동의

## I. 서론: 토쿠가와 일본의 지배체제와 재판관할

토쿠가와 일본에서는 토쿠가와 幕府의 쇼군(將軍)에게 전국의 領主[다이묘(大名)·하타모토(旗本)]가 臣從하고 있었다. 토쿠가와 막부의 전국 지배 하에 다이묘·하타모토가 각각의 領地를 지배하였다. 그들의 지배지를 총칭하여 ‘시료(私領)’라 부른다. 전국에 산재하는 막부의 직할령을 ‘고료(御料)’라 부르는데, ‘다이칸(代官)’이 막부의 지방관으로서 이를 다스렸다. 다이칸이 다스리는 고료를 ‘다이칸쇼(代官所)’라 부른다.

다이묘·하타모토는 자신의 영지 내에서 모든 민사·형사사건에 대해 심리(吟味)하고 판결을 선고할 수 있다. 다만 하타모토는 死刑 이상의 형에 대해서는 막부에 품신할 필요가 있었다.

다이칸은 代官所 내의 민사·형사사건에 대해 심리할 권한이 있다. 그러나 판결을 자신이 결정하여 선고할 권한은 없다. 모두 상급기관인 칸쥬부교(勘定奉行)에 품신하여 그 지령에 따라 판결을 선고한다. 이와 같은 재판 방식을 필자는 ‘품신·지령형 사법(伺・指令型司法)’이라 이름 붙였다.<sup>1)</sup> 그리고 1794년(寛政6) 이후 도박죄의 처벌에 관하여 특례로서 다이칸에게 어느 정도의 판결결정·선고권(手限仕置權)이 부여되었다. 다이묘나 하타모토, 다이칸의 지배지 내의 사건이 아닌 복수의 지배지에 걸쳐있는 사건에 대해서는 막부 중앙의 재판소(奉行所・評定所)가 재판권을 가진다.

## Ⅱ. 代官所の 민사재판

### 1. 민사재판의 실제 모습

#### 1) 私인에 의한 出訴

민사재판은 사인이 메야스(目安)라는 訴狀을 제출함으로써 시작된다. 출소에는 무라(村)의 나누시(名主)의 오쿠인(奥印)이 필요했다. 名主는 쉽게 오쿠인을 해서는 안 되었는데, 이는 소송을 억제하고 가능한 한 민간에서 분쟁을 해결시키기 위해서였다.

#### 2) 소장 수리·불수리의 결정

소장 내용을 심사하여 내용에 문제가 있다고 보이면 해당 소장은 수리되지 않는다. 소장이 수리되면 소장에 裏書(싸인)가 부여된다.

#### 3) 소장 송달과 회답서의 제출

소장에 裏書가 부여되면 원고(소송인)는 그 소장을 피고(상대방)에게 송달

1) 大平祐一, 『近世日本の訴訟と法』(東京: 創文社, 2013), 第1章 「伺・指令型司法」 참조.

한다. 소장을 수취한 피고는 출정일 전에 다이칸쇼에 회답서를 제출한다.

#### 4) 심리

소정 일자에 원·피고가 출정하여 법정(다이칸쇼)에서 심리가 개시된다. 심리할 때에는 ‘나이사이(内濟)’가 장려되었는데, 나이사이에 대해서는 후술하기로 한다.

#### 5) 긴미즈메(吟味詰)

다이칸이 쌍방의 주장을 듣고 심리가 충분히 이루어지면 쌍방에게서 調書(口書)를 받는데, 이를 긴미즈메(吟味詰)라 한다.<sup>2)</sup> 긴미즈메의 조서에는 쌍방의 주장과 이에 대한 다이칸의 판단이 기재되고, 이에 대해 쌍방이 승낙하는 형식을 취한다.

#### 6) 판결품신서(吟味伺書)의 제출

긴미즈메가 종료되면 다이칸은 긴미즈메의 調書를 기초로 判決原案을 작성하여 상급기관인 칸쵸부교(勘定奉行)에 품신한다. 이것이 판결품신서(吟味伺書, 긴미우카가이가키)이다. 그 내용은 ① 소장과 회답서의 요지, ② 법정에서 소송인(원고)과 상대방(피고)이 한 주장, ③ 관계자의 증언, ④ 소송인·상대방의 긴미즈메 문언, ⑤ 판결 예상안 등으로 이루어진다.<sup>3)</sup>

#### 7) 칸쵸부교에 의한 지령(즉 판결)

다이칸이 제출한 판결품신서의 내용을 근거로 칸쵸부교가 지령을 내리는데, 이것이 판결이다. 대부분 다이칸이 작성한 판결 원안에 기초하여 지령이 내려진 것으로 생각된다. 당사자에게 꽤빚한 점이 있을 경우 다이칸은 ‘이 자들에 대해 책망을 분부하시겠습니까?’라고 품신하나, 刑을 구체적으로 품신

2) 安藤博, 『徳川幕府県治要略』(東京: 青蛙房, 1965), 343면.

3) 水利科学研究所監修·荒川秀俊校注, 『公裁録』(東京: 地人書館, 1963), 244~248면. 그 가운데는 판결 원안이 없는 판결품신서(吟味伺書)도 보인다(『聞伝叢書』卷8, 滝本誠一編, 『日本經濟大典』25(東京: 明治文獻, 1971), 722, 723면).

하지는 않으므로 칸쵸부교는 이에 대해 ‘이러저러한 형을 명한다’고 지령을 내린다.<sup>4)</sup>

칸쵸부교의 지령(판결)의 일례를 들면 다음과 같다. 이는 막부의 御料 통치를 다이칸에게 대신 위임한 이른바 ‘다이묘아즈카리도코로(大名預所)’에서 품신한 것에 대해 칸쵸부교가 내린 지령이다. 같은 어료를 통치하는 자에 대한 지령이므로 다이칸의 경우도 같다고 보아도 좋을 것이다. 그 요지를 기재하면 다음과 같다.<sup>5)</sup>

소송인(원고) 信州 이마무라 츠네사부로(今村常三郎, 상대방(피고) 同村 산지로(三次郎) 借金出入(차용금관계 민사소송, 譯者)의 품신에 대한 칸쵸부교의 지령(판결) 書面, 츠네사부호가 산지로에게 제기한 차용금 소송에 대한 판결품신의 취지는 잘 알았다. 츠네사부로의 부친이 산지로의 부친에게 연리 2할로 돈을 빌려 준 것은 틀림없으므로, 定例대로 이자는 1할반으로 수정하여 원리금 42냥 2푼, 은 14돈 2푼 5리를 츠네사부로에게 30일 내에 변제할 것을 산지로에게 명한다. 산지로에게는 裁許請證文의 제출을 명하고, 위 기한 내에 변제가 끝나지 않을 경우는 1개월에 3푼 2주(朱)씩 분할하여 변제할 것을 명하며, 매월 한 번씩 날을 정하여 아즈카리도코로(預所)의 관청(役所)에 지참시켜 소송인에게 건넨다. 분할변제금을 상대방이 지참할 때마다 잔금을 기한대로 변제한다는 취지로 명한 데 대해 승낙서(請書)를 쓰게 한다. 裁許請證文은 별지대로 주의하여 작성하기 바람. 이상.

安藤彈正少弼 (勘定奉行)

여기서는 차금증서에 1할반의 이자를 넘은 이자는 1할로 수정할 것, 변제는 30일 이내에 행할 것, 판결에 대해서는 裁許請證文의 제출을 명할 것, 30일 이내에 변제가 끝나지 않을 경우에는 분할변제를 명할 것, 분할변제금(切金)은 매월 한 번 지급할 것 등, 막부의 법전인 「쿠지가타 오사다메가키(公事方御定書)」(이하 「오사다메가키」로 약칭)와 법령에 기초하여 판결이 선고되

4) 甲斐叢書刊行會編, 『甲斐叢書』1(東京: 第一書房, 1974), 382면.

5) 荒川秀俊, 앞의 책, 66, 67면.

었음을 알 수 있다.<sup>6)</sup>

#### 8) 다이칸에 의한 판결 선고

다이칸은 칸쵸부교가 내린 지령을 민사재판의 당사자에게 선고한다. 판결 문은 당사자에게 건네주지 않으므로 당사자가 제출하는 재허청증문이 판결 문을 대신하게 된다.

#### 9) 裁許請證文 제출

판결이 선고되면 당사자는 판결 수락 서약서라고 할 수 있는 講證文 즉 ‘裁許請證文’을 제출하고 그 사본을 소지한다. 재허청증문의 내용으로, ① 쌍방의 주장, ② 이에 대한 당국의 판단(평가), ③ 이에 입각한 판결, ④ 그 판결을 수락하고 준수한다는 취지의 문언 등이 기재되어 있다. 이하에서는 재허청증문의 일례로서 토지 경계를 둘러싼 재판의 재허청증문을 소개한다.<sup>7)</sup>

한 통의 문서를 제출하여 말씀 올립니다.

저희의 민사소송사건(出入, 데이리)을 심리하신바, ‘소송인은 …라고 주장하나, 그 주장은 채용하기 어렵다. 상대방도 …라고 주장하나, 그 주장은 성립하기 어렵다. 이에 따라 앞으로 소송인은 …에 대해서는 ○○을 경계로 하고, □□은 츠치다 무라(土田村)가 지배하며, △△은 상대방과 상의한 뒤 지금처럼 그대로 두고, 코시모토무라(越本村)와의 경계에 대해서는 …을 경계로 하며, 그 외에 ××의 장소는 상대방이 지배하도록 하라’고 분부하였습니다.

첫째, 토쿠라무라(戸倉村)의 사무책임자(役人)들은, 무라 안의 자가 주의사항(心得)과 다르게 계쟁지(論所)에 대해 공작한 것은 사무책임자들이 명한 바가 용의주도하지 못하였기 때문으로, 껄뻐하므로 엄히 꾸짖어 두었습니다.

위의 분부하신 취지를 모두 잘 알고 받들었습니다. 만약 앞으로 이를 위배하는

6) 分割弁済金(切金)의 지급에 관해서는, 吉田正志, 『仙台藩金銀出入処理法の研究』(東京: 滋学舎, 2011), 112, 113면 참조.

7) 荒川秀俊, 앞의 책, 243, 244면.

경우에는 책망을 분부하시기 바랍니다. 이에 따라 請證文을 올립니다.

1821년(文政4) 巳年 12월 일

當御大官所 上州利根郡土田村戸倉村

村役人 惣代

年寄

訴訟方

倉右衛門

花崎村針山新田

村役人惣代

年寄

新左衛門

越本村

村役人惣代

年寄

相手方

藤右衛門

御吟味ニ付ケ被召出候\*

同郡築地村

名主

八兵衛

何之誰様(다이칸의 이름)

御役所

\* 譯註, 재판심리를 위하여 소환됨이라는 뜻임.

이 재허청증문에 따르면 「오사다메가키」나 법령, 선례 등에 의해 판결이 이루어진 것이 아니라 다양한 요소를 고려하여 가장 타당하다고 생각되는 형태로 판결이 이루어졌다고 보아도 좋을 것이다.

## 2. 재판의 한 특징으로서의 內濟

### 1) 內濟의 중시

토쿠가와 일본의 민사재판에서는 나이사이(內濟)가 중시되었고, “나이사이가 사적 분쟁의 원칙적인 해결 방법이 되었다.”<sup>8)</sup> 나이사이란 민사분쟁이 발생했을 때 제3자가 사이에 들어와 쌍방의 주장을 듣고, 쌍방이 납득할 수 있는 형태로 분쟁을 해결하는 것이다. 제3자가 개입하여 설득하고 조정안을 제시하므로 현행법에서 말하는 調停에 가깝다. 제3자는 다이칸이나 부교가 아니라 민간인으로서 지역의 유력자인 경우가 많다. 나이사이는 좁은 의미로는 사건이 재판소에 계속된 이후의 나이사이를 말한다. 그러나 재판소에 계속되기 전에 제삼자가 개입하여 쌍방을 화해시키는 것도 사례에서는 나이사이라 부르기도 하는데, 이것이 넓은 의미의 나이사이이다.

소송을 제기할 경우 소장에 名主의 奥印이 필요하나 名主가 안이하게 奥印을 하지 않았음은 위에서 기술하였다. 名主는 넓은 의미의 나이사이에 의해 분쟁이 해결되기를 바랐던 것이다. 막부 중앙의 부교쇼(奉行所) 관리의 매뉴얼라고 할 수 있는 『메야스타다시요쇼(目安糺要書)』 제21조 「訴狀 조사에서 주의할 점(訴狀糺心得之事)」에는 ‘出訴를 못하게 한다는 것은 아니다. 그러나 심리를 한다는 것도 아니고, 소송인을 說諭하여 자연스럽게 出訴를 그만두게 하면 그것이 가장 좋다고 되어있다.’<sup>9)</sup> 이 같은 발상은 다이칸쇼 관

8) 平松義郎 「近世法」朝尾直弘ほか編, 『岩波講座日本歴史』 11-近世3(東京: 岩波書店, 1976), 363면. (同論文은 나중에 平松, 『江戸の罪と罰』(東京: 平凡社, 1988)에 수록됨). 內濟에 관해서는 大平祐一, 앞의 책, 第2編 第3章 「内濟と裁判」 참조. 代官所の 審理에서 內濟로 끝내도록 說諭된 것에 관해서는 石井良助·服藤弘司編·本間修平担当, 『青山秘録』(東京: 創文社, 2002) 168号, 178면 참조.

9) 大平祐一, 『近世日本の非合法的訴訟』(東京: 創文社, 2011), 89면.



리에게도 있지 않았나 생각된다. 출소를 단념하여 넓은 의미의 나이사이로 분쟁이 해결된다면 그보다 더 좋은 일은 없기 때문이다. 訴를 줄인다는 의미에서 調停이 주목되었다는 鄭肯植 교수의 지적은 일본의 나이사이에도 꼭 들어맞는다.

소장이 수리되면 다이칸쇼에서 심리가 개시되나, 심리 중에 나이사이가 진행되는 일이 적지 않다. 나이사이가 이루어지면 나이사이의 합의문이라고 할 수 있는 스미쿠치쇼문(濟口證文)을 당사자가 제출하여 이를 승인 받는다. 당국에게는 중요하다고 생각되지 않는 카네구지(金公事, 금전관계소송을 말함, 譯者)에 대해서는 심리의 장기화도 마다 않고 나이사이를 진행했다고 한다.<sup>10)</sup>

## 2) 內濟가 중시된 이유

나이사이가 민사분쟁의 원칙적인 해결방법이라 여겨진 이유에 관해 히라마츠 요시로(平松義郎)는 다음의 점을 들고 있다.<sup>11)</sup>

- ① 法規的 裁斷보다는 개별적·구체적 해결을 선호하는 법감정
- ② 공동체적 관습질서의 우위
- ③ 사회질서에 있어서 조화의 존중이라는 유교적 이념
- ④ 私法의 미발달
- ⑤ 재판기관의 불비와 비능률
- ⑥ 막부의 지역적 이해관계에 대한 불간섭주의

이상의 점은 모두 이해할 수 있는 측면이 있으나, 필자는 그 외에 분쟁 유형에 대한 공권력의 평가라는 문제도 있다고 생각한다. 예컨대 카네구지(금전관계소송)나 나카마고토(仲間事, 訴權이 인정되지 않는 채권채무소송, 譯者)의 불수리 등이다. 더 나아가 재판소가 판단하기 어려운 문제에 대해서

10) 本間修平, 『御代官要書(一)』, 『白門』 38-2(中央大学通信教育部事務局, 1986), 17면.

11) 平松義郎, 앞의 글, 363면.

는 가급적 판결을 회피하고자 한다는 문제도 있다. 예컨대 논의 물싸움(水論)은 그 대표적인 예일 것이다. 그리고 보다 근본적으로는 다음에 기술하는 支配者의 裁判觀이 있었다고 생각된다.

### 3. ‘재판은 무료였다’

토쿠가와 막부의 민사재판은 무료였다. 즉 소송수수료를 받는 일은 없었다. 다이묘가 지배하는 藩 가운데는 재판할 때 쿠지센(公事錢, 소송수수료, 譯者)을 내게 하는 번도 약간 있었다.<sup>12)</sup> 원·피고 쌍방에게 일정한 돈을 쿠지센으로서 번에 제출토록 하는 것이다. 그리고 승소한 측의 쿠지센은 돌려주고 패소한 측의 쿠지센은 몰수한다. 이를 통해 소송을 억제하고자 하였다. 그러나 이윽고 이들 번의 대부분에서 빠른 시기에 쿠지센을 징수하는 제도는 폐지되었다. 그 이유는 확실치 않으나 쿠지센이 당당히 소송을 제기하기 위한 수단으로서 관념되는 것을 꺼려하여 폐지되었다는 것도 한 가지 이유로 지적되고 있다.

이처럼 토쿠가와 시기는 기본적으로 민사재판이 무료였다고 해도 좋을 것이다. 토쿠가와 일본에서 민사재판은 지배자가 무상으로 행하는 시혜적 행위에 다름 아니었던 것이다. 지배자의 시혜적 행위인 까닭에 사람들의 訴가 반드시 재판소에 수리되어 재판된다는 보장은 없었다. 민사분쟁의 해결을 위해 재판관이 나이사이를 많이 이용한 배경에는 이와 같은 支配者의 裁判觀이 있었다고 생각된다.

12) 公事錢에 관해서는 吉田正志, 「近世の公事錢に関する一試論—二本松藩の事例を中心にして—」51-5(東北大学法学会, 1987) 참조.

### Ⅲ. 法源

#### 1. 서설

法源이란 현대 법률학에서는 ‘재판에 있어서 판결의 정당화 이유로서 준거하는 것이 적절하다고 인정되는 일반적 기준’을 의미한다. 구체적으로는 제정법(성문법), 비제정법(불문법)으로 구분되는데, 후자에 관해서는 관습법, 판례법, 조리 등이 일반적으로 거론된다. 일본에서는 판례의 先例 拘束的 效力이 명문상 제도적으로 보장되지는 않으나 실무상 무시할 수 없는 중요한 역할을 수행하고 있고, 판례를 보충적 법원으로 보는 유력한 견해도 있다.<sup>13)</sup>

그럼 토쿠가와 일본은 어떠했을까. 토쿠가와 일본에 대해 현대와 같은 의미에서 法源을 논하는 것이 가능한가라는 근본적 문제에 관해서는 지금 여기서 다루지 않고, 여기서는 ‘法源’을 우선 막부의 재판에서 ‘판결의 기준이 된 것’이라는 정도로 이해해 두기로 한다.

다이칸쇼의 재판에서 무엇이 法源이었는가를 논할 경우 유의할 점이 있다. 다이칸은 위에서 기술한 바와 같이 사건의 심리는 담당하지만 판결결정권은 기본적으로 가지지 못했다. 심리권은 가지나 판결결정권은 가지지 못한 다이칸에 대해 무릇 法源을 논하는 것이 가능할까. 法源은 다이칸이 아니라 판결결정권을 가진 상급기관(칸쵸부교)의 재판에 대해 논해야 하지 않을까. 이 점에 관해서는 다음과 같이 생각할 수도 있을 것이다.

다이칸은 심리를 마친 후 판결에 대해 상급기관에 품신하게 되나, 그 품신서(긴미우카가이가키)는 단지 심리에서 밝혀진 사실을 열거하여 ‘어떻게 할까요?’라고 상급기관에 품신하는 것이 아니라, 사실인정을 거친 다음 판결의 原案이 되는 안을 작성하여 ‘이런 식으로 할까요?’라고 상급기관의 판단을 바리는 성격의 것이다. 즉 주요 논점에 대한 다이칸의 판단이 드러나고, 이에 대해 상급기관에 품신하는 형식을 띤다. 실질적인 판결원안이 다이칸에 의해

13) 以上은 田中成明, 『現代法理学』(東京: 有斐閣, 2011), 78~87면, 同 『法学入門』(東京: 有斐閣, 2005), 17~26면에 의함.

작성된다고 해도 좋을 것이다. 이와 같이 본다면 다이칸이 무엇을 기준으로 재판을 했는가라는 점이 우리의 흥미를 끈다.

## 2. 제정법(성문법)

### 1) 법령

민사사건의 처리에 관한 법령이 막부에서 나온 것이 있다. 예컨대 1737년(元文2)의 「오보에(覺)」는 칸핫슈(關八州, 關東의 8개 國, 譯者) 및 이즈노쿠니(伊豆의國)의 무라들에 포고된 법령으로서, 私領의 무라들에는 근처 다이칸으로부터 통지되고 있으나, 이 「오보에」에서는 일정한 年數를 경과한 質地에 관한 소송에 관해 그 수리·불수리 요건을 제시하고 있다.<sup>14)</sup> 1723년(享保8) 8월의 「오카키즈케(御書付)」에는 “質地事件 재판에 관해서는 이번에 개정되어 별지대로 다이칸에게 포고한다”고 되어있어, 앞으로도 이전처럼 流質을 인정한다는 식으로 재판할 것 등이 다이칸에게 포고되었다.<sup>15)</sup> 1793년(寬政5)의 법령 말미에는 “앞의 내용을 에도(江戶)에 있는 다이칸에게 통지할 것”이라고 되어있다. 기재된 내용은 傷害에 관한 민사재판(疵付出入, 키즈츠키 데이리)에서 나이사이를 인정할 때의 절차이다.<sup>16)</sup> 1842년(天保13) 10월의 법령은 금전대차의 이자(利足, 키키아시)를 종래의 1할 5푼에서 1할로 인하할 것을 명한 것으로서, 법령 말미에 재판상 처리에 실수가 없도록 하라는 주의서가 붙어있다.<sup>17)</sup> 이들 법령이 다이칸의 재판에서도 판단의 기준이 되었을 것임은 상상하기 어렵지 않다.

다만 “토쿠가와 막부의 재판은 반드시 항상 ‘御大法’에 준거한 것은 아니다”<sup>18)</sup>라고 이야기되고 있고, 토쿠가와 막부의 재판은 “당사자의 주장과 기성의 법 양쪽으로부터 독립된 재판이 가능”했던 것이다.<sup>19)</sup> 이는 원리적 문제

14) 荒井顯道編·瀧川政次郎校訂, 『牧民金鑑』下(東京: 刀江書院, 1969), 787, 788면.

15) 荒井顯道, 위의 책, 786면.

16) 荒井顯道, 앞의 책, 672면.

17) 荒井顯道, 앞의 책, 798, 799면.

18) 中田薰, 『法制史論集』第3卷下(東京: 岩波書店, 1935年 初版, 1971), 863면.

로서 염두에 둘 필요가 있다. 다만 이 원리적 측면은 재량권이 강한 중앙의 재판관인 3부교(三奉行)나 막부 상층부에 대해서는 적합하지만, 중간급 관료인 다이칸에 대해서는 법령을 묵수하는 자세가 강했다고 생각된다.

## 2) 법전

재판의 기준이 되는 제정법으로서 통상 머리에 떠오르는 것은 법전이다. 토쿠가와 막부의 법전은 「오사다메가키」(「쿠지가타오사다메가키」)이다. 토쿠가와 막부의 지방관인 다이칸이 막부의 법전인 「오사다메가키」를 재판의 기준으로 삼았다고 생각하면 매우 이해하기 쉽다. 그러나 그렇게 생각하는 것에는 조금은 유보가 필요하다.

우선 첫째로, 「오사다메가키」는 쇼군, 로쥬(老中), 3부교 등 막부의 요직밖에 볼 수 없었고, 다이칸은 공식적으로는 볼 수 없었다는 점이다. 법전을 보지 않고 법전에 준거하여 재판한다는 것은 상상하기 쉽지 않다. 다만 「오사다메가키」는 시대와 함께 은연중 베껴져 유포되어 갔다. 소송관계자의 시중을 드는 ‘쿠지야도(公事宿)’나 무라의 名主 측에도 그 사본이 있었다고 이야기 될 정도이므로, 다이칸 측에도 그와 같은 것이 있었다 하여 이상할 것은 없다.

둘째로, 설사 「오사다메가키」의 사본·유포본을 다이칸이 입수할 수 있었다고 해서, 그럼 그것으로 현실의 민사분쟁을 모두 처리할 수 있었는가 하면 그렇지 않았다고 할 것이다. 왜냐하면 「오사다메가키」의 중심은 형사규정이고 민사규정은 극히 적기 때문이다. 이처럼 적은 수의 민사법규를 보충한 것이 법조관료가 직접 만든 각종 법률서이다.

「오사다메가키」가 法源으로서 사용되었음은 두말할 나위가 없으나, 「오사다메가키」를 제정법으로 분류하는 데는 조금 주저되는 바가 있다. 왜냐하면 「오사다메가키」는 공포된 법전이 아니라 재판관인 부교나, 재판관을 보좌하는 법조관리가 집무를 위해 사용한 내부자료 같은 것으로서, 과거의 재판을

19) 水林彪, 「近世の秩序と規範意識」, 相良亨ほか編, 『講座日本思想史』3, 秩序(東京: 東京大学出版会, 1983), 126면.

자세히 조사하고 조문화하여 만든 것이기 때문이다. 따라서 「오사다메가키」는 형식상으로는 제정법이지만 실질적으로는 判例法·法曹法으로 보아야 할 지도 모른다.<sup>20)</sup> 그러나 법전을 비제정법(불문법)으로 분류하여 설명하는 것은 독자에게 혼동을 일으킬지도 모르므로 여기서는 편의상 제정법으로 분류하여 설명하였다.

### 3. 비제정법(불문법)

#### 1) 관습

‘시키타리(仕來)’ 즉 관습에 관계된 사안이 소송으로 제기된 경우 다이칸이나 부교는 그것이 법에 반하지 않는 한 그 ‘시키타리’에 따라 재판했다고 이야기되고 있다.<sup>21)</sup> 사람들 사이에 오랜 기간 행해진 관습을 다이칸쇼의 판결 기준으로 언명하여 사용한 사건은 아직 보이지 않으나, 奉行所(評定所)에서 서민의 관습(시키타리)을 존중하여 판결을 내린 사례는 있다. 단 관습이 부교쇼의 판결을 구속했다고 보는 것은 너무 나간 것인 듯하다. 부교쇼는 당해 분쟁을 당해 관습에 의거하여 해결하는 것이 타당하다고 생각될 때는 관습을 판결의 근거로 들고 나온다. 그러나 당해 관습이 당해 사안에 대해서는 채용할 수 없다고 생각되면 관습은 아주 간단히 무시된다. 전통적 사회이므로 관습이 가지는 무게는 현대보다 현격하게 컸다고 생각되지만, 공권력은 서민의 관습에 묶여있지 않고 관습으로부터 자립해있었다. 이런 의미에서 ‘관습법’은 존재하지 않았다고 해도 좋을 것이다.

단 이런 관습(시키타리)을 부교쇼 내에서의 관행이라는 존재양태로 파악하면 그것이 가지는 의미는 크다. ‘○○에 대해서는 지금까지 △△라는 식으로 취급해왔으므로’라고 하여 구체적 재판 사례를 처리하는 경우가 적지 않다. 예컨대 오사카마치(大坂町) 부교쇼에서는 채무자가 채무를 이행할 수 없는 경우 채권자에게 채무자의 재산을 넘겨주지만, 채무자의 가옥·대지·전

20) 平松義郎, 앞의 글, 342면.

21) 中田薰, 「古法雜觀」, 『法制史研究』1(法制史学会, 1952), 42면.

답이 다른 자에게 먼저 質入된 때에는 그 質物을 취한 자에게 가옥·대지·전답을 넘겨준다는 ‘시키타리’가 있었다.<sup>22)</sup> 지방에 따라 사정이 다르다고 생각되므로 토쿠가와 일본에서는 “지방의 사정에 따른 부교쇼의 오랜 시키타리(절차 관례)에 의해 재판하는 것이 허용되었다.”<sup>23)</sup> 각종 법률서에 보이는 많은 민사 규정은 이러한 부교쇼의 관행을 수록한 것이라 할 수 있다. 다이칸쇼도 상급기관인 부교쇼의 관행, ‘시키타리’에 따라 민사재판에서 판단을 행했다고 생각된다. 부교쇼의 관행이라 할 수 있는 ‘시키타리’와의 관계에서 선례가 문제되는데, 이에 대해서는 다음에 설명한다.

## 2) 관례

재판상 선례(관례)는 그것이 당해 민사재판에 대해 판단을 하는 재료가 된다고 재판관(부교)이 판단하면 사용된다. 그러나 비슷하게 보이지만 당해 사건을 판단하는 재료가 아니라고 생각될 때 그 선례는 사용되지 않는다. 민사재판에서는 관례법의 발달이 거의 보이지 않았다고 이야기 된다.<sup>24)</sup> 민사사건의 재판례 중에서 결론에 이르는 법적 추론과정을 설명하는 판결이유(ratio decidendi)를 추출하여, 그것이 선례구속성을 가지는 규범으로서 고양되어 가는 프로세스가 보이지 않았기 때문일 것이다. 확실히, 남아있는 적은 수의 민사판례집인 『사이쿄도메(裁許留)』를 보면 이런 인상을 지울 수 없다.

다만 이 점에 대해서는 조금 유보해야 할 것이 있다. 무릇 「오사다메가키」 자체도 그 조문 옆에 ‘예전부터의 例’, ‘예전대로’라고 기재된 것이 적지 않다. 선례가 집적되어 규범이 되었음을 알 수 있다. 위에서 기술한 ‘시키타리’는 ‘○○에 대해서는 지금까지 △△라는 식으로 취급해왔다’라는 식으로 요건과 효과가 어느 정도 명확하게 되어 있다. 따라서 재판의 기준으로 사용되었다. 그렇다면 왜 부교쇼의 ‘시키타리’가 재판상 중시된 것일까. 그것은 ‘○○에 대해서는 △△라는 식으로 취급’하는 것이 반복하여 행해졌기 때문일

22) 荒川秀俊, 앞의 책, 84면.

23) 中田薫, 앞의 글, 40면.

24) 平松義郎, 앞의 글, 342면.

것이다. 즉 그와 같은 선례가 몇 번이나 반복되어 왔던 것이다. 선례가 일정한 구속성을 가진 규범을 산출하는 경우도 있었다고 할 수 있을지 모른다. 민사의 선례가 가지는 의미에 대해서는 좀 더 검토해볼 필요가 있다고 생각된다.

### 3) 조리

“條理란 사회생활에서 상당히 많은 수의 사람들이 승인하는 道理이자 이치”로서, “재판관이 구체적 사건에 입각하여 적절한 판단 기준을 형성하기 위한 실마리라고도 부를 수 있는 것”<sup>25)</sup>이다. 일본에서는 재판관이 제정법, 관습법, 판례법에 따라 판결을 내릴 수 없다고 판단한 때는 조리에 따라 재판하는 것이 인정된다. 그럼 토쿠가와 일본은 어떠했을까. 토쿠가와 일본의 재판에서 ‘오사다메가키’, 법령, 선례, 시키타리, 법률서, 효조쇼(評定所)의 습坐評議, 부교의 토리키메(取極), 로주의 지령 등 다양한 것이 재판의 판단 기준으로 사용되었다. 그러나 「오사다메가키」의 조문이나 단행 법령에서 민사재판의 기준이 되는 것은 한정되어 있다. 법률서 중에는 「쿠지소쇼 토리사마키(公事訴訟取捌)(민사소송취급, 譯者) 유포본처럼 꽤 많은 양의 민사 규정을 가지고 있는 것도 있으나, 그래도 세상에서 일어나는 민사분쟁은 다양하여 한정된 규정으로 모두 처리할 수는 없다. 선례, 시키타리, 評定所의 합좌평의, 기타 재판 시에 이용할 수 있는 것은 모두 이용하지만, 그렇다고 해서 모두 처리할 수 있는 것은 아니다. 그렇다면 재판 담당자는 자신이 판단하지 않으면 안 된다. 재판담당자는 당사자의 주장을 듣고 사물의 도리를 분명히 하여 가장 타당하다고 생각되는 해결책을 판결로서(다이칸의 경우는 判決案으로서) 제시하게 될 것이다. ‘도리’를 기준으로 한 재판이라 해도 좋을 것이다.

다음 사례는 도로 폭의 확장을 둘러싼 민사분쟁에 관한 다이칸의 판결품 신서(吟味伺書)’와 이에 대해 내려진 칸조부교의 지령(판결)이다.<sup>26)</sup> 다이칸

25) 田中成明, 앞의 『現代法理学』 88면.

26) 甲斐叢書刊行會, 앞의 책, 380, 381면.



의 판결품신서에 입각하여 행해진 지령으로서, 다이칸의 품신과 기조는 거의 같았음을 엿볼 수 있다. 사안은 소송인이 도로폭이 좁아 백성의 생업에 지장이 있다고 하여 통용하는 도로의 폭을 종전처럼 9척으로 넓히고자 한다고 주장하고, 상대방이 현재 그 도로는 자신의 가옥 부지 안에 있다고 주장하며 다투게 되어 다이칸쇼에 출소한 사건이다. 본건을 심리한 다이칸은 긴미즈메(吟味詰) 후에 판결품신서를 칸쵸부교에게 제출하였다.

다이칸의 판결품신서에는 ① 쌍방의 주장은 성립하지 않으므로 도로에는 쌍방 모두 손을 대지 말고, 소송인이 통행하여도 상대방에게는 지장이 없다는 취지로 분부를 내리는 것이 어떠한가, ② 분쟁의 원인이 된 ‘割地制’(무라안 토지의 공유와 재분할 제도)에 기초한 地所를 소송인과 절[寺]이 소지하고 있는데 그 地所의 처리는 어떻게 해야 하는가, ③ ‘割地’한 地所를 所持하고 있는 소송인과 절은 껄뽀하므로 책망을 받아야 하는가라는 세 가지 점이 기재되어 있다. 이 판결품신서에 대한 칸쵸부교의 지령(판결)은 다음과 같다.

판결품신서의 취지는 잘 알았다. 소송인은 통용도로가 상대방에 의해 좁아진 것이라면 수년 동안 그대로 방치하는 일은 없었을 것이다. 도로폭은 종래 9척 정도였다는 주장은 증거도 없다. 상대방은 앞의 도로는 이전에 절에 부탁하여 붙인 것이라 하나, 그와 같은 전언은 없고 현재의 주지(住職)가 그렇다고 말할 뿐이므로 신용할 수 없다. 쌍방의 가옥 부지를 계산해 보면 檢地帳(토지대장, 譯者)에 비해 상당한 여분이 있고, 도로가 원래 가옥 부지 안에 있었다는 주장은 쌍방 모두 채용할 수 없다. 따라서 앞으로 도로는 종래의 도로라고 알고, 소송인이 통행해도 상대방에게 지장은 없으며, 상호 현재 상태에 손을 대서는 안 된다고 판결을 선고한다.

이상이 다이칸의 판결품신서의 ①에 대한 회답이자 칸쵸부교의 지령(판결)의 중심 부분이다. 판결품신서의 ②, ③에 대해서는, 분쟁의 원인이 된 소송인과 절이 소지한 地所에 관해 칸쵸부교는 같은 지령 가운데서, 같은 地所가 割地에 기초한 것이므로 양자를 엄히 꾸짖음과 동시에 같은 地所에 대해 양자가 상의한 다음 어느 일방을 地主로 정할 것을 선고하고 있다.

이상이 도로 폭을 둘러싼 민사분쟁에 관한 다이칸의 판결품신서와 칸쵸부교의 판결이다. 여기서 어떤 법에 기초하여 도로 폭 문제에 판결이 내려진 것은 아니다. 분쟁의 원인이 된 割地의 地主決定의 건에 이르러서는 소송인과 관계자의 상의에 맡기고 있다. 다이칸이나 부교는 쌍방 주장의 근거를 검토·음미하면서 ‘도리’에 기초하여 가장 타당하다고 생각되는 해결책을 보여 주었다고 해도 좋을 것이다.

재판담당자가 의거하는 ‘도리’는 세간의 풍습, 습속 그 자체가 아니라 그것에 입각하면서도 온갖 요소를 고려하여 구체적 타당성이 있는 결론을 도출하는 관념이라고 해도 좋을 것이다. 이혼 후 자녀의 귀속에 대해 어느 다이묘의 가신이 막부의 칸쵸부교에 문의한 것으로 다음과 같은 것이 있다.<sup>27)</sup>

「다이묘 가신의 문의」

이혼할 때 자녀는 아들 딸 모두 남편 측에 두는 것이 부케(武家, 사무라이의 家, 譯者)나 마치카타(町方, 도시나 변화한 곳, 譯者)에서는 통례라고 들었습니다. 농촌에서는 아들은 남편에게, 딸은 아내에게 나누는 것이 통례입니다. 이는 규정이 있는 것입니까?

「칸쵸부교의 회답」

이혼 후 자녀의 귀속에 대해서 규정은 없습니다. 어찌되었든 당사자끼리 결정할 문제입니다만, 재판에 이른 경우 그 時宜에 따라 판결하면 좋을 것입니다.

이혼 후 자녀의 귀속에 대해서 규정은 없으므로 ‘시의에 따라’ 재판해야 한다는 회답은 분명히 법규에 기초한 재판이 아니라 그 당시의 상황을 종합적으로 판단하여 가장 타당한 해결책을 판결로서 내세우라는 ‘도리’에 따른 재판을 보여주고 있다. 세간의 통례가 반드시 부교쇼의 판단 근거가 되지는 않는다. 부교쇼에 의한 이 ‘도리에 따른 재판’이라는 자세는 다이칸쇼에서도

27) 石井良助・服藤弘司編・大平祐一担当, 『三聽秘録』(東京: 創文社, 2001) 88号, 148, 149면.

취해졌다고 생각된다.

다만 이 ‘도리’는 나카다 카오루(中田薫)가 말하는 것처럼 “사물의 조리라든가 자연의 법칙이라는 추상적 이론은 아니다. 실제 서로 다투는 당사자 쌍방의 실정에 대해 타당해야 할 구체적 사리이다. 환언하면 각자로 하여금 제 자리를 얻게 하는 형평의 원칙이 그것이다.”<sup>28)</sup> 이 ‘도리’는 미즈비야시 타케시(水林彪)가 지적하듯이 “국가 관리의 자유재량에 기초한 행정활동의 집적으로서의 법질서”에 다름 아니고, “권력적 질서 그 자체가 ‘도리’라는 가치평가를 획득한” 것이었다.<sup>29)</sup> 형평의 원칙에 기초한 구체적 타당성이 있는 재판이란 엄밀히 말하면 권력적 질서에 적합한 裁定이라고 할 수 있을지 모른다.

#### IV. 지방관의 ‘재판’의 성격

##### 1. 막스 베버의 ‘카디 재판’의 개념과 그 적합성

베버는 “실질적인 정의와 형평 또는 어떤 공리주의적 목적을 중시하고, 법이나 행정의 형식적 합리성을 무시하는 재판을 ‘카디 재판’이라고 부르고 있다.”<sup>30)</sup> 베버에 따르면 “家父長도 家産制的 支配者도 모두 카디 재판의 여러 원리에 따라 통치하고 결정한다.”<sup>31)</sup> “가부장제적 가산제는 ... 신민에 대해 자신을 신민의 ‘복지’의 보육자로서 정당화시키지 않을 수 없다.”<sup>32)</sup> 베버는 이와 같은 ‘복지국가’에서 군주와 신민의 관계를 아버지와 아들 간의 권위주의적 관계에 기초하고 있는 것으로 파악하고, 군주를 家産制國家의 ‘國父’로서 자리매김하고 있다.<sup>33)</sup> 그리고 ‘국부’로서의 가산제적 지배자의 법전이나

28) 中田薫, 앞의 책, 863면.

29) 水林彪, 앞의 글, 126, 127면.

30) マックス・ウェーバー著・世良晃志郎訳, 『支配の社会学』Ⅰ(東京: 創文社, 1968), 46면.

31) マックス・ウェーバー, 위의 책, 42면.

32) マックス・ウェーバー, 『支配の社会学』Ⅱ(東京: 創文社, 1968), 391, 392면.

33) マックス・ウェーバー, 위의 책, 392면.

제정법은 ‘복지국가’의 정신을 충족시키고 있고, 거기서는 사회윤리적 여러 원리와 사회적·공리주의적 여러 원리의 결합이 지배적이며, 무릇 법의 형식적 엄격함 같은 것은 모두 파괴되어 버린다고 말한다.<sup>34)</sup>

베버의 이론을 실마리로 토쿠가와 일본의 法과 國制를 장대한 스케일로 분석한 미즈바야시 타케시에 따르면 토쿠가와 일본의 민사재판은 “아버지에 의한 형제간 다툼의 裁定과 비슷하다. 가족내 분쟁을 權威的·教諭的으로, 형식적인 법적 여러 원리와 절차상의 확정적 형식에 구속됨 없이 해결하는 바의 저 家父의 권력이다.”<sup>35)</sup> 토쿠가와 일본은 재판에 한하지 않고 국가권력의 집행 양태 전반이 실은 가부장제적 성격을 가지고 있었다. 그것은 家父長制的 家(이에)의 原理의 국가 차원에서의 擴大·轉用에 의해 생긴 것이다. 이런 사회에서 우리는 家의 내부적 질서의 경우와 마찬가지로 분쟁 당사자도 재판관도, 무릇 모든 사람이 똑같이 그것에 구속되는 초월적 규범이라는 의미에서의 ‘법’이라는 것을 이야기할 수 없다.<sup>36)</sup> “토쿠가와 일본의 재판제도는 재판관이 객관적인 준칙이나 증거에 구속됨 없이 자신의 지혜와 재치에 따라 자유로이 사건에 대처하는 형태의 재판”이고, “管理的 裁判”이라고도 부를 만한 것이었다.<sup>37)</sup> 미즈바야시의 이런 지적은 토쿠가와 일본의 法과 國制의 원리적 측면을 정확하게 지적한 것이다. 이 점에 대해 생각하기 위해 다음의 에피소드를 소개한다.

17세기 전반의 명 부교로 이름난 오오카 타다스케(大岡忠相)가 어느 유학자에게 재판의 마음가짐에 대해 물어보았는데, 유학자는 ‘중요한 것은 폭넓은 지식과 깊은 통찰력이다. 규칙이나 법령은 사물의 경중을 어지럽히므로 그것에 구애되지 말기 바란다’고 하였다. 오오카 타다스케는 크게 감명을 받고 그것을 유념하였다고 한다.<sup>38)</sup> 여기서는 규칙이나 법령에 얽매이지 않고

34) マックス・ウェーバー, 위의 책(脚註30), 392면.

35) 水林彪, 「近世の法と裁判」, 木村尚三郎ほか編, 『中世史講座』4 中世の法と権力(東京: 学生社, 1985), 159면.

36) 水林彪, 위의 글, 159면.

37) 水林彪, 위의 글(脚註19), 123면.

38) 高塩博, 『日本律の基礎的研究』(東京: 汲古書院, 1987), 402, 403면.

도리에 기초하여 적절한 판단을 하는 것이 재판관이라는 裁判官像이 이야기되고 있다. 2대 쇼군 토쿠가와 히데타다(徳川秀忠)는 재판관의 자유로운 판단을 무디게 한다는 이유로 판례집의 편찬을 인정하지 않았다. 여기서도 같은 재판관 상이 보인다. 국가권력이 가부장제적 성격을 가지는 곳에서는 그 권력 행사는 家 내부에 있어서 家父의 권력과 마찬가지로 법이나 절차에 구속되지 않는다. 위의 일화는 그 점을 이야기한다. 家父가 가족을 돌보는 것과 마찬가지로 가부장제적 권력에 의한 재판도 인민을 돌본다는<sup>39)</sup> 관점에서 적절한 재판에 의한 분쟁 해결, 질서 유지를 지향하는 管理的 裁判이 된다.

이와 같은 토쿠가와 막부 초기의 상황은 이윽고 변화해 간다. 민사·형사 판례집 편찬의 움직임도 나오게 된다. 18세기 전반에는 기본 법전인 「쿠지가타 오사다메가키」가 제정된다. 재판에 관한 법령, 법률서, 評定所의 합좌평의, 부교의 토리키메가 축적되었다. 재판관은 이것들을 재판의 기준으로서 사용하게 되었고, 특히 형사재판에서는 선례주의가 확립되어 갔다.

그러나 초기의 재판관 상에 대한 추억은 사라지지 않았다. 기본 법전인 「오사다메가키」가 편찬된 후에도 쇼군이나 로주는 ‘오사다메가키는 일단 평균적 기준을 보여주는 것에 불과하다. 오히려 이를 떠나서 구체적 타당성을 도모할 것’이라고 재판소 관리에게 教諭하고 있다. 규칙·법령에 얽매이지 않고 도리에 기초한 적절한 재판이라는 이념은 면면히 살아있었던 것이다. 단 실무의 세계에서는 「오사다메가키」에의 구애, 先例主義에의 傾斜라는 경향이 특히 형사재판에서 현저했다.<sup>40)</sup> 민사재판에서는 「오사다메가키」의 민사 법규가 불충분하기도 하여 도리에 기초하여 개별적으로 구체적 타당성을 추구할 여지는 컸다.

## 2. 시가 슈조(滋賀秀三)의 ‘教諭的 調停’과 그 적합성

시가 슈조는 清代 中國의 민사재판에 대해, 私權을 주장하는 사건의 해결

39) 平松義郎, 앞의 글, 371면.

40) 以上은 平松義郎, 앞의 글, 368면에 의함.

은 행정 안에서 해소되지 않는다고 하는 원리적 인식 및 사권의 보장을 둘러싼 사건을 재판하기 위한 고유준칙으로서의 법체계, 재판소, 재판절차 등—즉 私法의 영역—이 청대 중국에는 존재하지 않았음을 지적하고, 민간의 분쟁을 해결하여 진정시키는 작업도 행정의 관념 하에 수렴되어 ‘백성의 부모’ 즉 질서와 복지를 전체적으로 보살피 주는 자인 知州·知縣이 중요한 직책으로 간주되었다고 기술하고 있다.<sup>41)</sup> 그는 이것을 표현을 바꾸어 “行政과 司法을 이념으로서 대비하는 경우의 司法理念이라는 것”이 청대 중국에는 존재하지 않았고, “국가의 司法業務가 거기서는 행정이념에 의해 영위되었다”<sup>42)</sup>고 한다. 그리고 거기서 행해지는 재판에 대해 그는 다음과 같이 말하고 있다. “官憲의 開明的 判斷과 그 強權을 최후의 기델 곳으로 삼아 구제를 바라며 나타나는 사람들에 대해 條理에 기초하여 가장 공정·타당하다고 생각되는 조치를 公權的으로 실시하고, 관헌의 위신과 징벌을 배경으로 강력하게 그 수용과 준수를 강요하는 것이었다.”<sup>43)</sup> 그는 청대 중국의 이와 같은 재판을 ‘調停的 裁判’이라 불렀다.<sup>44)</sup>

거기서는 說得的·教育的·教訓的 說諭가 전개되고, 법에 기초한 판결이 아니라 情理에 기초한 裁定이 이루어져 당사자로부터 재정을 승낙하고 준수한다는 취지의 서약서(遵結)를 받음으로써 비로소 재판은 낙착된다.<sup>45)</sup> 그러나 그것은 거듭 문제가 되고, 재정이 뒤집어질 가능성이 있으며,<sup>46)</sup> 몇 번이고 재정이 다시 문제되는 가운데 자연스레 낙착될 곳에서 낙착되어 당사자가 이윽고 다투지 않게 되는 형태로 재판은 끝난다.<sup>47)</sup> 시가는 이와 같은 청대 중국의 재판을 ‘教諭的 調停’이라고 부른다.<sup>48)</sup> 이와 같은 재판 유형은 토쿠가와 일본의 재판 양태와 유사한 바가 있다. 시가의 ‘교유적 조정’ 개념은 토

41) 滋賀秀三, 『清代中国の法と裁判』(東京: 創文社, 2002), 251면.

42) 滋賀秀三, 위의 책, 246면.

43) 滋賀秀三, 위의 책, 252면.

44) 滋賀秀三, 위의 책, 253면.

45) 滋賀秀三, 위의 책, 162, 174, 252, 253, 263면.

46) 滋賀秀三, 위의 책, 215면.

47) 滋賀秀三, 위의 책, 220면.

48) 滋賀秀三, 위의 책, 254면.

쿠가와 일본에서의 재판에 대한 분석에도 매우 유익하다.

그러나 시가 교수는 당사자의 동의(승낙) 없이 안건을 종결시키는 것을 재판, 동의(승낙)를 얻어 안건을 종결시키는 것을 조정으로 이해하고,<sup>49)</sup> 일본의 재판 종결의 방식이 전자에 가깝기 때문에 토쿠가와 일본의 裁許는 청대 중국의 斷보다도 “재판적 성격을 강하게 가진다”고 한다.<sup>50)</sup> 이에 대해 청대 중국의 법정에서의 재판은 재판관의 堂諭에 승복하여 양 당사자가 遵依結狀을 받음으로써 성립하는 구조가 보여주듯이, 재판관(長官)을 조정인으로 하는 和解에 다른 아닌 것이었다고 말했다.<sup>51)</sup>

이에 따르면 시가 교수가 ‘교유적 조정’이라고 부르는 중국의 재판은 재판관이 제시한 판단 즉 조정안에 당사자가 승복하는 것이라고도 할 수 있다. 이와 같은 견해는 일본의 재판에도 들어맞는다. 일본에서도 재판관의 裁許에 대해 당사자가 승복하고 서약서(裁許請證文)를 제출한다. 일본의 裁許 가운데 ‘교유적 조정’과 같은 측면이 엿보임을 알 수 있다. 토쿠가와 일본의 재판은 ‘재판적’임과 동시에 ‘조정적’인 것이었다.

청대 중국과 토쿠가와 일본의 이와 같은 차이는 沈羲基 교수가 지적하듯이 재판의 제도 설계 혹은 이념의 차이에 따른 것으로 생각된다. 이 점에 대해 지금 여기서 전면적으로 논할 수는 없으나 일단 재판의 종결 부분에 초점을 맞추어 설명해보고자 한다.

법정에서의 심리가 충분히 이루어지면 지방관은 재판조서를 작성한다. 여기에는 판결의 대략적인 방향이 이미 드러나 있다. 이 조서에 당사자는 승복하고 서명한다. 이 조서에 기초하여 지방관이 판결원안을 작성하고 상급기관에 품신하여 상급기관의 지령을 지방관은 판결로서 선고한다. 이에 대해 당사자로부터 승복 의사를 표시하는 연명의 서약서(裁許請證文)가 제출된다. 서약서에는 당사자뿐만 아니라 당사자 쌍방의 무라 책임자도 서명한다. 판결의 집행을 확실히 하기 위해서이다. 여기서 재판은 종료된다. 판결에 승복하

49) 滋賀秀三, 『続・清代中国の法と裁判』(東京: 創文社, 2009), 78면.

50) 滋賀秀三, 위의 책(脚注41), 254면.

51) 滋賀秀三, 위의 책(脚注49), 78면.

지 않고 서약서에 서명하지 않는 자는 처벌된다. 판결 불복이 있어도 상소는 인정되지 않았다.

상급기관의 관여, 2단계의 서명이나 공동체 책임자의 서명이라는 꼼꼼한 승복 장치, 그리고 승복 거부자의 처벌, 상소의 금지 이것이 토쿠가와 일본 민사재판 종결 부분의 제도 설계였다. 거기에는 국가의 재판은 지배자의 은혜에 따른 것이고, 판결에는 경외심을 품으며, 감사히 받아야 한다는 관념-한마디로 말하면 ‘존귀한 위광(御威光)’이라 불린 권력의 위신에 대한 畏怖·依存의 관념-이 있었다.<sup>52)</sup>

‘판결의 확장’이라는 관념이 들어맞는다는 의미에서 토쿠가와 일본의 재판은 기본적으로 시가 교수가 말하듯이 ‘재판적이었다.’ 단 판결에 대해 당사자, 공동체 책임자의 승복(수락)을 요구했다는 점에서는 교유적·조정적인 측면을 가지고 있었다고 할 수 있을 것이다. 다만 文竣暎 교수가 지적하듯이 ‘재판적’인가 ‘조정적’인가 하는 점은 그 정도로 큰 문제가 아니고, 문제는 왜 토쿠가와 일본의 재판 제도 설계가 이렇게 되어 있는가 하는 구조적인 문제일 것이다. 이 점은 국가의 권력구조의 존재양식이나 통치자와 인민들의 재판에 대한 관념 등을 포함하여 다시 검토해야 할 문제일 것이다.

#### IV. 맺음말: 토쿠가와 일본의 민사재판의 성격

토쿠가와 일본의 법에 대해 많은 저술을 남긴 존 헨리 휘그모어(John H. Wigmore)는 토쿠가와 일본에서 법전은 공포되지 않았고 전문적 변호사도 존재하지 않았다고 지적하였다. 그러나 그렇다고 해서 토쿠가와 일본에서 재판관이 제멋대로 재판을 했다고는 할 수 없다. 토쿠가와 일본에서는 고도로 조직된 재판 시스템이나 관례에 의해 일본 고유의 법과 실무를 발전시켰다고 그는 말한다.

52) 平松義郎, 앞의 글, 371면.



이처럼 토쿠가와 일본의 재판을 평가한 휘그모어는 토쿠가와 일본의 司法精神은 당사자의 관계에 대해 폭넓게 고려하는 데 있고, 재판관이 목적으로 한 것은 각각의 사건에서의 총체적인 형평이었다고 말하고 있다. 그에 따르면 관습법이나 제정법이라는 법적 여러 규칙은 상황에 따라 유연하게 적용된 것이다.<sup>53)</sup> 휘그모어는 토쿠가와 일본 민사재판의 성격의 일면을 적절히 파악한 것이라 할 수 있다.

토쿠가와 막부는 가부장제적·가산제적 지배의 존재양식과 더불어 법에 구속되지 않는 권력이라는 근원적 성격을 가지면서도 현실에서는 각종의 법령, 법전, 재판례, 법조법을 발달시켜 이것들에 의거한 재판을 전개해 갔다. 그러나 현실의 분쟁은 다양하고 이들 재판 준칙이 커버할 수 있는 범위는 한정되어 있다. 이들 준칙으로 커버할 수 없는 부분은 도리에 기초하여 처리하였다. 서민의 관습(시키타리)도 그것이 의미 있다고 판단될 경우 재판의 판단 기준으로 사용되었다.

그러나 위에서 기술한 권력의 근원적 성격 때문에 법전을 비롯하여 위에서 기술한 재판 준칙이 재판의 규준으로서 반드시 채용된다는 보장이 있는 것은 아니었다. 토쿠가와 권력이 쌓아 올린 질서-이것이야말로 토쿠가와 막부에게 있어 가장 중요한 가치였다-의 관점에서 기존의 법을 그대로 적용하는 것이 주저되는 경우에는 반드시 법의 기계적 적용에 의하지 않고 가장 타당하다고 생각되는 해결 즉 도리에 의한 해결을 선택하는 것이 가능했다. ‘大法이라 하더라도 도리에 따라 사용하기 어려운 것이 있었던’ 것이다. 그에 따라 ‘형평’의 실현을 도모하고자 했다고 할 수 있다.

53) John H. Wigmore, *A Panorama of the World's Legal Systems* Volume 2(Saint Paul: West Publishing Company, 1928), pp.482~493.

## ■ 참고문헌

### 1. 史料

- 荒井顕道編・瀧川政次郎校訂, 『牧民金鑑』 下, 刀江書院, 1969.  
石井良助・服藤弘司編・大平祐一担当, 『三聽秘録』, 創文社, 2001.  
石井良助・服藤弘司編・本間修平担当, 『青山秘録』, 創文社, 2002  
甲斐叢書刊行會編, 『甲斐叢書』 1, 第一書房, 1974.  
水利科学研究所監修・荒川秀俊校注, 『公裁録』, 地人書館, 1963.  
滝本誠一編, 『日本經濟大典』 25, 明治文獻, 1971.  
本間修平, 「御代官要書(一)」, 『白門』 38-2, 中央大学通信教育部事務局, 1986.

### 2. 단행본 및 논문

- 安藤博, 『徳川幕府県治要略』, 青蛙房, 1965.  
大平祐一, 『近世日本の訴訟と法』, 創文社, 2013.  
高塩博, 『日本律の基礎的研究』, 汲古書院, 1987.  
田中成明, 『現代法理学』, 有斐閣, 2011.  
\_\_\_\_\_, 『法学入門』, 有斐閣, 2005.  
中田薫, 『法制史論集』 第3卷下, 岩波書店, 1971.  
\_\_\_\_\_, 「古法雜觀」, 『法制史研究』 1, 法制史学会, 1952.  
滋賀秀三, 『清代中国の法と裁判』, 創文社, 2002.  
\_\_\_\_\_, 『続・清代中国の法と裁判』, 創文社, 2009.  
平松義郎, 「近世法」, 朝尾直弘ほか編, 『岩波講座日本歴史』 11-近世3, 岩波書店, 1976.  
マックス・ウェーバー著・世良晃志郎訳, 『支配の社会学』 I, 創文社, 1968.  
水林彪, 「近世的秩序と規範意識」, 相良亨ほか編, 『講座日本思想史』 3, 秩序, 東京大学出版会, 1983.  
\_\_\_\_\_, 「近世の法と裁判」, 木村尚三郎ほか編, 『中世史講座』 4 中世の法と権力, 学生社, 1985.  
吉田正志, 『仙台藩金銀出入処理法の研究』, 滋学舎, 2011.  
\_\_\_\_\_, 「近世の公事銭に関する一試論-二本松藩の事例を中心にして-」 51-5, 東北大学法学会, 1987.  
John H. Wigmore, *A Panorama of the World's Legal Systems Volume 2*, West Publishing Company, 1928.

<Abstract>

## The Civil Trial in Tokugawa Japan

Ohira, Yuichi\*

In Tokugawa Shogunate, *daikan*, literally means lieutenant, was the local magistrate of the government. He had his own jurisdiction over civil and criminal cases occurred in his bailiwick. He tried those cases brought before him, but had no authority to decide. Instead, he should send his draft to the central officers for supervision. *Naisai*, literally means agreement-in-between, was a dispute resolution in the form of reconciliation mediated by a third party. The government gave it a position of most important and recommended way of dispute resolution. Indeed, both parties were even forced to rely on *naisai* outside of courtroom. There are many reasons for this. Most important one could be the image of civil dispute held by the government. It had another aspect as the suit economy from the governmental point of view as well. In Tokugawa Japan the court was free, without any fee. For, the civil pleas were theoretically treated as the grace of the ruler. Thus, the government had no obligation to receive every plea and make it the case in the court. I assume that this theory of 'justice of grace' was the greatest reason of the frequent use of *naisai* method among the people. They knew that stance of the government very well.

However, the government treated no small number of civil cases in the court,

---

\* Ritsumeikan University, professor emeritus

in fact. Were there any rules or principles of law to bind when the officers made their drafts of decisions? Yes, in a sense. Although they were not strictly binding, drafts were written on the codes of law, customs, by laws, precedents, agreements among the high officers, and even the justice or the reason itself. “Dori”, literally means the course of reason, worked as an important fountain of justice. Thus, the view that the judges were not bound by law in Tokugawa Japan, could make sense in a way. Indeed, it can even be said as a pointing view. However, in course of time, situation has changed. Cases were accumulated, a kind of law-reports appeared, and the fundamental code of *Kujikata-Osadamegaki*, literally means modus for the suits in the court, was established. Those worked as the binding resources for the reasoning, although the theory, that the justice is “of grace” given by the ruler and gives no right to the people, was prevailing. It should prevail, because it was the fundamental basement of the law and constitution of *Bakuhu* regime.

Professor *Syuzo Shiga* once called the civil trials of Ching era as a “didactic conciliation”. In Tokugawa Japan, the judges tried to make the parties to agree with the decisions. In that sense, the justice of Tokugawa Japan could be said as conciliatory as Ching. But the agreement or consent by the parties was not obligatory in Tokugawa Japan. Judges could order the parties to receive the judgement without any argument. So, we can say the civil justice of Tokugawa Japan was judicial, not conciliatory. I think we need to analyze further the reason for this from the constitutional aspect of the governmental power.

Tokugawa *Bakuhu* or the Tokugawa Government kept the theory that the ruler and the power of the state was not under the law. Even so, the governmental officials, especially the judicial ones, always tried to keep up with so many fountains of law. However, as the end of the officials to do this were to consider the decisions not by the ‘strict law’ but by the ‘equity’,

they had no need to be ‘bound’ by the resources for reasoning. I think this can be an answer to the question above.

**[Key Words]** civil trial, *naisai*(conciliation), fee(legal cost), resources for reasoning *dori*(justice or reason), consent to decision