九州大学学術情報リポジトリ
Kyushu University Institutional Repository

徳川幕府刑法における共犯(二)

石塚, 英夫
九州大学法学部助教授

https://doi.org/10.15017/1368

出版情報：法政研究. 26 (2), pp.47-78, 1959-12-05. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

徳川幕府刑法における共犯（二）

石塚英夫

一　はしがき
二　わが共犯法制の歴史的考察
三　頭取と同類
四　従犯的諸形態（以上前号）
五　差図
　Ⅰ　前期における教唆犯
　Ⅱ　御定書以降の教唆犯
　Ⅲ　教唆犯の特質
六　判例法にみえたる共同正犯的処分方式
　Ⅰ　共同正犯的諸形態
　　一　二（以上本号）三　四
　Ⅱ・準共同正犯
七　むすび

五

徳川刑法においては教唆のことを「頼み」「差圖」「申勸」「申含」等と称していたが、これらはともに「人をして犯罪実行の決意を生ぜしめる」ことであって、ただ習慣的に犯罪の種類に応じてそれらの語を使いわけていたにす

ぎない。[一] いいかえると、これらはいずれも教唆犯として法的には同一の効果を有したのであって、ここでは従犯のごとく用語による取扱いの差異は問題とはならない。しかも教唆そのものは徳川刑法の他の部門と同様時期による変動はまぬかれえなかったのであるから、本章の考察はまずこの点を中心に展開させてゆきたいと思う。

（一）一般に殺人罪に関しては「差圖」を、放火罪については「頼み」を、そしてそのほかの雑多な犯罪には「申勸」をつかっていたようであるが、もとよりそれは絶対的なものではない。

I

前期における教唆犯の取扱いは甚だ明確を欠いている。もとより、教唆が可罰的であったことはいうまでもないが、正犯との関係でその取扱いがまちまちであったのであり、ある一定の原則といったようなものは見出せない。たとえば、その顕著な例として放火罪のばあいを考えてみると、徳川刑法上これが火罪に処せられていたことは御定書制定以前といえどもほぼ確実なところであるが、[一] その教唆犯については御仕置裁許帳は大別つぎの四通りの判例を記録している。

(1) 被頼て火附したものを火罪とした例[二]

(2) 同、流罪に処した例[三]

(3) 教唆者、被教唆者ともに獄門に処せられた例[四]

(4) 教唆者火罪、被教唆者獄門の例[五][六]

これらの間に裁判所の固定した態度を見出すことはもとより困難であるが、右四種の中では(1)のばあいがもっとも多く、したがって本期においては被教唆者＝正犯と教唆犯とを同視する傾向がつよかったといえるかもしれない。

ところで、この傾向は実は放火犯に限られたのではなかったのである。すなわち、放火罪以外のものについてみると、まず人を頼んで縁者を捨てさせた事件に関し、

寛文二年寅二月六日

壹人彌五左衛門　是ハ長谷川藤右衛門中間、此者之相聟所左衛門相煩、雉子町吉兵衛店八左衛門所ニ罷在候を、此彌五左衛門ニ被頼、兩国橋へ捨、其上貳ケ所切付候由、宿八左衛門申ニ付、爲穿鑿之、評定所より入、

右之者、同寅二月十九日朽木與五郎方え渡り、死罪

寛文二寅二月三日

壹人八左衛門　是ハ雉子町吉兵衛店之者、所左衛門と申者久々相煩候之處ニ、相聟長谷川藤右衛門内彌五左衛門何方えも捨候えと頼候故、相出居衆之者共幷三河町三丁目權右衛店彌兵衛出居衆長兵衛と、右之所左衛門を孤ニ包、兩國橋え捨申ニ付、穿鑿之内籠舎、

右之者、同月十九日井上河内守方え渡り、死罪

同日

壹人彌兵衛　是ハ三河町三丁目權右衛門店之者、右之八左衛門ニ被頼、所左衛門を兩國橋え持參、捨置候、其上所左衛門を貳ケ所切付申候ニ付、穿鑿之内入、

右之者、同寅二月十九日井上河内守方え渡り、死罪(七)

のごとき仕置例がみられる。ここでなによりも注意すべきは教唆者と被教唆者はもとより、被教唆者にさらに依頼されて、第一の被教唆者とともに実行したものにいたるまで一率に死罪とされていることである。また、元禄御方式には

〔九〇〕

一、被頼て人を殺者、并頼む者之類

死罪(八)

とある、すぐその後に「師より弟子を殺ス頼人被頼者共、死罪之筈之處、弟子惡人ニて譯立、追放もあり」(九)と記されている。同様に女房を人に頼んで切殺させた事件についても、依頼者、被依頼者ともに解死人とした判例(一〇)がみえており、これらを通じてみると放火罪以外では一様に教唆者、被教唆者を同罪に処していたことがわかる。それゆえ、徳川前期の教唆犯は、放火罪についてはばらばらであるが、その他の犯罪では教唆者も被教唆者も同様に扱う傾向がみられ、その間に一貫したものが見出せない。なぜそのようなことになったかといえば、それは結局成文法のなかったことに帰せられるように思われる。しかし全体としてみれば不統一というほかなかったにせよ、とにかく、教唆者、被教唆者を同一にみなす傾向のつよかったことは本期の共犯観念が当時の徳川刑法全体の傾向とともに未だ事実主義的であったことを示すものと考えてよいであろう。

さてこのような判例の不統一も次第に統一の方向に向ったもののごとく、すでに律令要略には御定書とほぼ同様の規定がみられるにいたっているから、(一一)すでにその頃までには慣習法は御定書の規定する形とほぼ一致するまでに整備されていたことが知られるのである。

(一)　元禄御法式には

〔九七〕

一　火を付ける者之類、火罪

のごとくみえている(近世法制史料叢書第一、四五七頁)。しかし稀にではあるが、御仕置裁許帳は放火に獄門、死罪が科さ

れた仕置例を載せている（御仕置裁許帳六の「火を付る者之類、幷投火仕者之類」の項参照）。

（二）御仕置裁許帳六（四九九）、寛文二年寅二月五日・壹人女まさに関する判例。なお同書の六（四七一、四七五）を参照。

（三）御仕置裁許帳六（四六一）、寛文七年未正月晦日・壹人女たまに関する仕置例。

（四）御仕置裁許帳六（四六三）、寛文八年申二月七日・壹人女こま及び壹人小室六大夫に関する仕置例。

（五）御仕置裁許帳六（四七〇）、延寶九年酉四月十六日・壹人女さし及び同年四月廿二日・壹人宇右衛門に関する判例。

（六）なお元　御方式〔九七〕は、前掲のもののほか「火付道具を持候計、又は人に被頼、火を付候類ニ死罪、流人」のごとき例を載せている（近世法制史料叢書第一、四五六頁）。

（七）御仕置裁許帳五（三六四―三六五）。なお元祿御方式〔八九〕に

一　被頼て人を捨る者之類　死罪

とあるを参照（近世法制史料叢書第一、四五六頁）。

（八）元祿御方式〔九〇〕（右同書、四五六頁）。

（九）惟うにこの文言は延寶三年・南大工町壹丁目野田宗作が浪人山崎新六を頼んで不良の弟子井村宗順を殺害させた事件についての判例によってなされたものであろう（御仕置裁許帳五（三六六）参照）。

（一〇）御仕置裁許帳四（三三一）、元祿七戌十二月廿五日・壹人中村萬右衛門及び同十二月廿七日・壹人藤沼又八に関する仕置例。なお殺してくれと頼まれ継子を川へ突落した事件につき、祖父、実母ともに江戸十里四方追放の例も存する（御仕置裁許帳二（一六〇））。

（一一）律令要略四九は殺人の教唆に関し

〔六二八〕

一　手ニ掛不殺といへとも、致發端、人を頼、爲殺候者　死罪（中田本「下手人」に作る）

〔六二九〕
一　右被賴、人を殺候もの　　遠嶋、
また放火罪については、同五三に
〔六五五〕
一　人ニ被賴、火を附候もの　　死罪
但、賴候もの火罪
とみゆ。なお前記殺人罪に関しては同六三、「人殺」の項にも重ねて記されているが、この方は文言まで御定書と一致している（近世法制史料叢書第二、三四六―三五六頁）。

Ⅱ

一　後期にいたり教唆犯の一部は御定書の上に規定せられて、その確固たる基準をもつこととなった。すなわち、百箇条第七十条「火附御仕置之事」の中には

寛保二年極
一　人に被賴火を附候もの　　死罪
従前々之例
但賴候もの火罪

と規定されている。本条はその肩書によっても明らかなように、本文は寛保二年二月廿九日の御下知によって決定をみたものであり、但書は「只今迄之取計を以相認」(一)めたものであったが、その但書の根拠となった判例が草案には朱書で示されている。曰く、

是ハ享保八卯年富澤町平四郎儀堀江町久兵衛娘と密通致し罷在火事紛ニ右娘を連退候巧ニ而堀江町平七召使庄助を頼右久兵衛居宅後江爲致投火火を附候同然ニ付頼候平四郎引廻之上火罪被頼候庄助も同罪ニ罷成候(二)

したがって、ここでは依頼者も被依頼者もふつうの放火正犯と同じく火罪に処せられている。いうまでもなく、これは前期にかなりみられた処分方法であるが、法典は被教唆者に関してはこれを採らなかった。しかし、前記のようにすでに律令要略では御定書と同じ規定をおいているのであるから、むしろこの判例以後の慣習法に御定書がしたがったと考える方が順当であろう。いずれにせよ、御定書が放火依頼者を放火正犯と同じ火罪に処することにしたのは、教唆者を正犯に準じたものとして取扱ったものとみることができる。これに反して、被依頼者、すなわち正犯を普通正犯に科する刑よりも一段軽く処断しているのは、被教唆者に自らの犯罪をなすとの意思が――ふつうの正犯に較べて――稀薄であると考えられたからであろう。

つぎに教唆の例として挙げられるのは第七十一条「人殺竝疵附等御仕置之事」の中の左の規定である。

元文五年極

一　差圖いたし人を殺させ候もの　　下手人

同

一　差圖を請人を殺候もの　　遠島

これも草案の朱書によれば、差図者については

是ハ元文四未年奥州羽田村清之丞と申もの常々人柄悪敷同村市十郎市郎治儀左衛門と口論いたし右遺恨を以三人之もの宅江火を可附抔と申觸し候故其分ニ差置候而ハ村中迷惑ニ付右三人之もの共近村之もの共を相頼申合候内市十郎儀左衛門發端にて清之丞を殺呉候様ニ市郎治江相頼殺させ候ニ付市十郎儀死罪御仕置之例を以相認申候但

儀左衛門ハ牢死(三)

という判例に基いたものであり、被差図者の方についてはそのすぐ後に

是ハ右奥州羽田村市十郎儀左衛門ニ被頼市郎治儀清之丞を致殺害候得共外ニ巧候事無之ニ付遠島申付候例を以相認申候(四)

とみえている。すなわち、差図をしただけで直接手を下すにいたらなかったものの方が死罪の差図をうけ、殺人をなした方は遠島に処せられるにとどまっているのは、実行者をもって「被頼……致殺害候得共外ニ巧候事無之」ものと断じたからにほかならない。

すなわち、上記二罪における御定書の態度は、立法者が犯罪実行の事実よりもその実行に原因を与えることの方を重視していたことを物語るものであり、このことはとりもなおさず、差図者、依頼者を通常の正犯と同視し、被差図者、実行者を前者の従犯的なものとして考えていたことを示すものであろう。(五)

さて以上は御定書にみえる教唆犯の概観であるが、実のところ御定書はこのほかにも甚だ特殊なばあいについてではあるが教唆に関する規定を設けていた。すなわち、密通の男が相手の女にその夫を殺すことを教唆するばあいに関する、御定書第四十八条「密通御仕置之事」の中の

従前々之例

一　密夫致し寶之夫を殺候女　　引廻之上　磔

但寶之夫を殺候様ニ勸候歟又ハ致手傳殺候男獄門

なる規定がそれであり、これはさきにのべた教唆犯の処分方法とは全然趣を異にしたものである。惟うに、当時の封建道徳は主従・親子とならんで夫婦もまた上下の関係において把握していたから、夫を殺害することはいわば逆罪と

も考うべきものであり、[六] しかもその動機が密通にあるに及んでは、もはや右にみたような主観主義的な共犯観念をあてはめる余地はない、と考えられたからであろう。それゆえ、本条は特殊な事情による例外的な規定と理解すべきであり、その基本が前記二条にあったことは疑いない。

（一）（二）德禁後五、一三五頁。

（三）（四）德禁後五、一八七―一八八頁。

（五）教唆者・被教唆者を正犯・従犯的関係として理解していたことは、救律第九条の

一、差圖を請人を殺候もの御仕置輕重ニ應シ救免可申付事

なる規定に対する立法理由を説明した別冊の左記記述によっても明らかである。曰く、

是者親之差圖請人を殺候もの之外先例不相見候得共御定書ニ差圖いたし人を殺させ候もの下手人差圖を請人を殺候もの遠島と有之差圖を請人を殺候ハ人殺之手傳並手引いたし候ものと同等之御仕置ニ而强而差別可附品も無之候間右ニ見合評議之上相認申候（德禁後六、四八〇頁）

（六）妻が夫を殺害することが、いわば逆罪に等しかった点に関しては、たとえば古類集二九（二二七七）寛政十・泉州磯上村仁右衛門密夫いたし候一件における林大學頭の「夫を殺し候母は母なからも弑逆のものにて……」に始まる、御尋御書取之御答を参照せよ。

二

しからば御定書の規定しない教唆犯の事例はどのように扱われていたのであろうか。判例を整理すると、まず

㈠ 教唆者は自ら実行したのと同様に扱われたばあいが目につく。これはいうまでもなく、御定書のそれと同じ立場のものである。たとえば、人を差図して古主を疵付けた、文化三年矢向村無宿永藏一件では、差図者は自ら疵付けなくとも、前掲の「差圖いたし人を爲殺候もの　下手人」なる百箇条の規定の趣旨が類推されて、古主を疵付けたものの正犯の刑、すなわち、引廻し之上磔の刑[一]に処せられており、[二] 同様に、人を差図して押込をさせた、文化十一年上

州下野田村一郎右衛門一件は自ら押込んだのと同断であるとし、(三) さらにまた文化十三年の肥前國長崎村伊之助外四人一件でも、窃盗の際人を差図して発見者を殺させたものに対して、人殺之上盗の御定(四)が適用せられている。(五) それゆえ、これらをもってみれば判例は放火、殺人の二罪以外の犯罪についても、右二罪に示した御定書の処分方法を踏襲していたといえるであろう。

ところで、上記三例は御定書に「規定ある罪」の教唆の例であったが、右のごとき態度はさらに御定書に全然規定を欠く犯罪についてもあてはめられたもののようである。すなわち、文化元年京都町奉行伺、當時無宿浪人津田郁次儀兄え對し及不法候一件評議は「此儀吟味書之趣ニては此ものは津田十藏兄ニ候得共妾腹ニ付父丹下存寄を以弟十藏を兄ニいたし丹下跡式は右十藏相續いたし候由ニ有之左候得は此もの實は兄ニ候とも右之通丹下存寄を以相定置候上は全く兄え對し不法之差圖いたし候ニ相當り明和四亥年土屋越前守町奉行勤役之節手限伺之上御仕置申付候當時無宿牛久保玄達儀兄玄庵久離之儀を相託可申心底ニ候ハ、いたし方も可有之處求候て酒給候上玄庵方え罷越し理不盡ニあはれ茶碗等打こわし玄庵衣類を着し其外脇差を帯し彼是過言等申懸候儀とも兄玄庵え對し不法之仕方(中略)不屆之至ニ付輕追放申付候例ニ見合此ものは十藏歸國之儀不承知ニ候ハ、權威を以連出吳候樣又は手込いたし候ても不苦旨再應源兵衛え相頼候而已ニて其身罷越あはれ候儀等は無之候得共兄え對し不法の差圖いたし候段は例同樣之趣意ニ付伺之通存命ニ候ハ、輕追放」(六) とのべ、被告は自ら兄に対し不法を働いたのではないけれども、人に差図して実行させた以上自ら実行したると変りなく、「兄に對して不法を働いたものは輕追放」なる先例により軽追放を科している。このことは結局、教唆者は自ら犯したら科せられるであろうごとき刑罰を科せられる、ということに帰するように思われる。

それではこれらのばあい、被教唆者はいかなる責任を負わされていたであろうか。第一例については不明であるが、(七) 第二例の上州下野田村一郎右衛門一件では、被教唆者・上州無宿勇吉に対し、「此儀前書一郎右衛門（この事件の教

唆者――筆者註）評議ニ申上候御定ニ同類死罪と有之候間伺之通死罪」(八)なる評議がなされており、また、第三例の肥後國長崎村船津浦伊之助外四人唐船江盗ニ入其上唐人を海中江投込爲及溺死候一件における被教唆者・丑之助に関する評議には「此儀追駈參候唐人を海中江投込候段ハ善次郎差圖ニ随ひいたし成候儀ニ付唐船江乗移り荷物盗取候段重之不屆ニ而……」(九)とあり、さらに最後の當時無宿津田郁次一件の被教唆者・灘屋源兵衛に関しては「此儀吟味書之趣ニては此ものハ大坂町奉行組之もの捕もの等有之節組之もの召使候もの之由吟味書朱書ニ申上平日事馴候故を以郁次相頼候趣ニ付穩ニ十藏を連出來候上は不埒之節は無之候得共權威を以何樣にもいたし連出來呉候樣郁次相頼候ニ泥ミ所持之脇差十手を差捕方之躰ニ仕成大坂表上意之趣申僞津田十藏罷在候こと方え罷越候ものニ有之去ル寅年小田切土佐守手限伺之上御仕置申付候武州金杉村七郎兵衛方ニ居候熊吉儀喜右衛門と商ひ物員數之儀ニ付申爭一旦立別候處金錢可取心底ニは無之候得共酒ニ給醉候紛猶又同人を捕威候ハヽ可面白と存盗賊之旨申捕候處權六參り掛取扱候ニ付同人も怪敷由を申兩人とも自身番屋え連參加役長谷川平藏家來小田切喜十郎召使之旨無跡形も名前を申僞り町役人え可預旨申聞候始末不屆ニ付輕追放申付候例ニ見合品輕く御座候間伺之通十手取上大坂を搆山城國中拂」(一〇)なる評議があり、これまた人に依頼されてなしたという事情が考慮されて正犯の刑より減軽された責任を負わされている。すなわち、被教唆者は普通正犯より一等減軽されていることが知られるのである。(一一)

以上考察したところにより、徳川刑法の教唆犯に対する基本的な態度が御定書にみられたものと同一であったことが明らかとなった。ところで、さきにものべたように徳川刑法が教唆犯に関して、教唆者を正犯、被教唆者を従犯のごとく扱ったことの意味は、一つには教唆者が被教唆者の行為を通じて自己の犯意を実現するものであるということにあった。そこで教唆行為が右のような意味をもち、しかもその犯罪が教唆者にとって違法性なく、したがってまた可罰性もないときには当該犯罪の被教唆者（実行者）もまた不可罰的であるとしたものに、明和八年奥州大久保村變

死人一件[一二]があり、さらにまた、通常の刑より軽かるべきであるとした、寛政元年上州國定村大助一件等[一三]も見出されることを附言しておこう[一四]。

(二)　これまでのべてきたところは教唆犯において教唆者を正犯の刑に処したばあいであった。しかし仮に種々の事情で教唆者を正犯の刑に処さないばあいでも、とにかく、被教唆者よりは重く罰するという傾向はみられるのである。かような例は多いのであるが、一、二例示すれば、

(1)　寛保二戌年七月

出家俗人江勸メ旅商人殺候もの

松平隱岐守御預り所

豫州宇摩郡小川山村之内

中之内

道心

戌三月九日於御預り所入牢　　真念

右真念儀自分申口より事起り榮助岩右衛門善六と及口論助四郎儀ハ善六を致打擲候ニ付追而怨可致哉と存且借候米之催促を遁レ并預居候銀子徳分ニ可致ため道心者之身として助四郎を勸メ善六を爲殺候段重々不屆ニ付於其所獄門ニ申付

八郎右衛門悴

戌三月九日於御預り所入牢　　助四郎

右助四郎儀善六を打擲いたし可相返銀子之催促を可遁ため真念任申旨善六を殺候段重々不屆ニ付死罪申付[一五]

(2)　文化六年丹波國下竹田村惣兵衛初筆巧事いたし候一件

右之もの儀彌三右衛門不致雇馬候付馬持共難儀ニ候迚惣兵衛より兼て相頼候とは乍申穢多頭共牽通候牛ニ被突致氣絶候躰ニ取拵候始末不屆之至ニ付所拂

此儀前書惣兵衛ニ被頼申懸いたし候ものニ付同人ニ見合品輕御座候間伺之通所拂

評議之通濟(一六)

ところで、このように被教唆者の責任を教唆者のそれより軽くしていたのは、被教唆者の犯意が通常教唆者のそれに比して稀薄であると考えられたからであった。それゆえ、被教唆者においてもその犯罪に関し特別の意思をもっていたばあいには例外がみとめられていたのである。たとえば、某に遺恨をもつある男に相談をかけられた際、「殺すより仕方あるまい」なる助言をしたのは人殺の差圖にあたるけれども、このばあい、被差図者の方でももともと遺恨をもっていたのであり、彼こそ「當人」にほかならない。したがって通常の被差図者とは同視できず、両人とも下手人たるべきであるが、一人殺されて二人下手人になった先例はないとの理由のもとに、差図者は死罪、被差図者は下手人とされた、天明元年信州禰津東町長藏一件(一七)がある。しかもなお、このばあい教唆者の方を一等重く処罰していたことは、たとい形式的にもせよ、教唆者なりとされた以上正犯よりは重く罰すべきであると考えられたからにほかならない。

なお、教唆者がさらに被教唆者とともに犯罪の実行をなせば、現行刑法上共犯の競合として共同正犯をもって論ずることになるが、徳川刑法においては共同正犯とするほか(一八)、頭取として処理することの多かったことはすでに頭取の項（第三章第一節）で論じたところであるからここではくりかえさない。

(三)　さて、以上の原則的な処分方法に対し、ごく稀にではあるが例外的措置のみとめられた判例がある。その第一

例は人を教唆して墓の蓋石を窃取させた、享和三年芝青松寺門前町熊次郎一件であり、教唆者惣兵衛に関する評議によれば「此儀（中略）全盗之差圖いたし候もの故於事實熊次郎外壹人より却品不宜併一躰盗之所業事を巧又は手荒成儀ニも無之間右之もの共より御仕置重候方ニは有之間敷哉ニ付」(二九)なる理由で、被教唆者熊次郎と同じく入墨重敲の刑に処せられている。これによると、その犯罪の模様はとくに危険なものではないから教唆者を区別する必要はないというのであるが、果していつもかかる軽微な犯罪については教唆犯に関する一般的な原則は行われなかったのであろうか。この種の判例が少いので明確ではないが、すでにみた事例（たとえば本節(二)所掲の文化六・丹波國惣兵衛一件）等よりして、わたくしはむしろこれを消極に解したいと思う。

第二例は全員が関所山越の正犯の刑に処せられた、明和八年の仕置例(三〇)である。惟うに、関所山越は当時の治安上きわめて危険な行為とされたのであり、刑法上もこれが違反には極刑をもって臨んでいたのであるから、そのときの被教唆者の主観的意思がどうあろうと、まずなされた行為そのものの責任が問われねばならなかったのではあるまいか。したがって、このようなばあいには当時の教唆犯を貫く主観主義的な刑法観は一擲されて、事実主義的、一般予防主義的立場に帰ってゆかざるをえなかったと考えられる。かくて、前期においては一般的にみられた事実主義的傾向が後期にいたって、わずかにこの種のものにみられるにすぎなくなったということは注目に値いするであろう。

（一）公事方御定書下巻第七十一条

寛保元年極

一　古主を殺候もの　　晒之上　磔

同

一　同爲手負候もの　　引廻之上　磔

（二）新類集二九（一二〇三）文化三・矢向村無宿永藏元主人宅え押込同類え及差圖手疵爲負候一件。判決全文を示せばつぎのごとし。

矢向村
無宿
永藏

右之もの儀入墨之上重敲又は重敲御仕置ニ相成候後も惡事不相止同類馴合所々町家百姓家入口戸〆り有之處固辭放し或は燒拔懸鐵を外シ拔刄を持頭取押込家内之ものを縛り置聲立候ハヽ可切殺と申威し衣類帶袴反物裁地刀脇差金銀錢風呂敷雜物奪取殊ニ見咎聲立候ものえ手疵爲負又ハ人通り有之這入不得逃去或は往來ニて醫師躰之ものニ突當り帶し居候脇差無躰ニ奪取其外同類馴合在々數ケ所え盗ニ入品數不覺盗取前書之品共其度々ニ賣拂又ハ預ケ置金銀借受盗取候金銀錢とも配分いたし元主人皆膳金子貯可有之迚發言いたし頭取押込自分は面躰被見知居候故闇キ所ニ忍罷在岩五郎與市え差圖いたし右皆膳を縛り置金子有所責問既岩五郎儀皆膳え手疵を爲負候上は自分ニて疵付候も同樣之始末重々不屆至極ニ付引廻し之上磔

此儀品々盗惡事いたし候不屆も御座候得共吟味書之趣ニてハ元主人皆膳金子貯居候儀と存家内勝手存居候事故押込金子可奪取段發言いたし同類岩五郎與市一同皆膳宅え押込此ものは面躰を被見知候故闇き所ニ扣居差圖いたし岩五郎與市は拔刄を持聲立候ハヽ可切殺旨申皆膳を縛り金子有所相尋金錢奪取候得共猶も金子可有之間責問候樣差圖いたし候故岩五郎儀皆膳え疵付候趣ニ有之右始末重之不屆ニ御座候御定書ニ古主を殺候もの晒之上磔同爲手負候もの引廻し之上磔と有之此ものハ疵付候樣差圖いたし候ニも無之候得共拔刄を持可切殺旨申金子有所を尋金錢奪取候ものえ猶も金子可有之間責問候樣差圖いたし候ハ疵付候樣差圖いたし候も同樣ニ付差圖いたし人を爲殺候もの下手人之御定をも見合古主え爲手負候もの引廻之上磔之御定ニて伺之通引廻之上磔

評議之通濟

（三）新類集九（二三三）文化十一・上州下野田村一郎右衛門金子奪取候一件。

（四）公事方御定書下巻第四十六条

従前々之例

一　人を殺盗いたし候もの　　引廻之上獄門

（五）續類集十（十一）文化十三・肥前國長崎村船津浦伊之助外四人唐船江盗ニ入其上唐人を海中江投込爲及溺死候一件。

（六）新類集二二（八六八）文化元・當時無宿浪人津田郁次儀兄え對し及不法候一件評議。

（七）本件被教唆者に関しては、新類集十一（二七一）に記載があるが、彼はこのほかにも押込の頭取その他数々の犯罪を重ねており、この事件固有の刑は不明である。

（八）前掲註（三）所引判例の上州無宿勇吉に関する部分参照。

（九）前掲註（五）所引判例の丑之助に関する評議。

（一〇）新類集十（二四四）文化元・當時無宿浪人津田郁次儀兄え對し及不法候一件。

（一一）御定書にみえる教唆の二ケ条を根拠として、どこまでも被教唆者は教唆者よりも刑を軽くすべきであると主張した判例がある。すなわち、享和三年小石川白山大道通長五郎召使權兵衛初筆盗いたし候一件の再評議に曰く、

此儀主人土藏ニ錢有之間盗ニ入候樣申勸候ニ同意いたし右之もの共（教唆者、權兵衛・由兵衛―筆者註）手引にて右兩人部屋え參り五半時頃迄咄居裏口より案内いたし候ニまかせ立寄セ有之土藏之戸を明這入盗いたし候始末同類と見極評議仕候得共猶又御尋之趣を以再應評議仕候處御定書ニ差圖いたし人を爲殺候もの差圖を受人を殺候もの之御仕置輕重之差別も有之人ニ被頼火を附候もの幷頼候もの御仕置之儀も是又差別御座候間盗いたし候樣申勸候權兵衛由兵衛は盗人之手引致し候もの之御定ニて死罪六助儀は戸明之盗之御定ニて別紙例も御座候間伺之通入墨之上重敲申付可然奉存候（新類集十二（三〇二））

なお續類集十六（三三）文政七・中山道高崎宿ニおゐて召捕候伏見宮家來今井主殿不筋之取計いたし候一件参照。

（一二）古類集十五（一〇一一）明和八・奥州大久保村變死人一件評議に「此儀主人同樣之もの之差圖ニて六三郎を割木ニて初棒

打候間筋宜候ハ、御咎ニは不及程之儀ニ御座候得共……」とみゆ。

（一三）古類集十一（六三三）寛政元・上州國定村大助盗いたし候一件の評議に「……悪事いたし候悴を殺候親は無疎筋ニ御座候間右親ニ被頼及殺害候ものハ重キ御咎ニ及申間敷哉」とある。なお古類集二八（二二二八）寛政九・美作國楢原下村百姓小右衛門悴傳内丹次儀兄小十郎を及殺害候一件評議を参照せよ。

（一四）被害者が札つきの悪党で指名手配中の人物であったものを差図して殺させた事件につき、本罪下手人であるがこれをゆるめて重追放とした例もある。天保類集三五（一）文政十・相州三崎西之町清助人殺之差図いたし候一件。

（一五）徳禁後五、二五三―二五六頁。

（一六）新類集十（二五三）文化六・丹波國下竹田村惣兵衛初筆巧事いたし候一件。

（一七）古類集十五（九八四）天明元・信州補津東町傳之助下男喜助を及殺害候一件。

（一八）たとえば古類集十五（一〇三〇）寛政八・信州八幡村通庵方え押込及狼藉候無宿忠五郎一件、新類集十二（三一三）文化四・大久保出雲守足軽ニて欠落いたし候古田善吉初筆口論之節取落し候品拾取候一件、同十一（二七一）文化五・無宿榮次郎初筆盗又ハ人ニ疵附候一件等。

（一九）新類集十三（三六六）享和三・芝青松寺門前町伊右衛門弟子熊次郎初筆盗いたし候一件。ちなみに本件被教唆者に対する仕置は、同十二（二七八）にみゆ。

（二〇）司法資料第二百七十三號、徳川時代裁判事例續刑事之部、五七三―五七六頁。

三

以上は徳川刑法における教唆犯が正犯との関係でどのような取扱いをうけていたかの考察であった。以下角度を変えて、教唆者は自己の教唆行為につきいかなる範囲まで責任を負わされたかについて若干触れてみたい。

惟うに、この問題は結局、被教唆者＝正犯の行為と教唆行為との齟齬という点に帰着する。しかし、実をいえばこの問題に関する判例はきわめて少い。いまこれらの判例を年代順に検討してみると、まず

寛政八辰年二月

松平伊豆守殿御差圖

一　神田無宿吉次人殺一件

町奉行
小田切土佐守懸

日本橋無宿
ろ組之
新　次

（前略）　相牢丹次義我儘致候ハ、其段申立候様可致處無其儀懲之爲ニ候迚相牢囚人共江丹次を打擲いたし候様申含既吉次義咽をメ其外之もの共俱々致打擲丹次儀相果候及仕儀候上は不屆ニ付遠島

右御仕置附

右追々御搆場所江立入中追放ニ相成候處尚又御搆場所江立入廻り筒ニ而簑博奕度々致候不屆も御座候處相牢丹次を懲之爲打擲いたし候様相牢吉次其外之もの共江申含既吉次義丹次口を割可申と致し咽をメ候上一同打擲致同人相果候仕義およひ候段別而不屆ニ御座候得共殺害致候様申含候義ニは無之差圖致し人を爲殺候もの下手人之御定ニ見合品輕御座候間遠島

なる仕置例では、打擲せよと教唆したところ誤って殺してしまったものであるが、被教唆者の殺人行為に対してまでは責任を負わしめていない。

しかるに、元主人宅え押込、金品の在所をいわせるため仲間をして元主人を脅迫させたところ、彼が元主人を手負わせた、文化三年の矢向無宿永藏一件（前節註(2)参照）の評議は「此ものハ疵付候様差圖いたし候ニも無之候得共抜刃を持可切殺旨申金子有所を尋金錢奪取候ものえ猶も金子可有之間責問候様差圖いたし候ハ疵付候様差圖いたし候も

同様ニ付」[二]という理由で、教唆者をして教唆行為の範囲を（少くとも形式的には）越えた被教唆者の行為全部につきその責任をみとめている。

このような態度はさらに文政二年無宿平内一件にも受けつがれ、ここではもっと鮮明な形で理論づけられている。すなわち、本件は暴行の教唆者が自己の教唆の結果として不測の殺人を発生させた事案に関するもので、評議はこれについて「此儀（中略）再應勘辨評議仕候處平内儀む手打ニいたし可遣旨及差圖候ニ相違無之候とも右故常次郎逢殺害候上は自身と常次郎江疵付遣候所存之處案外ニ深疵爲負及死候次第ニ成候と同様之趣意ニ有之然ル上は安永六酉年曲淵先甲斐守町奉行勤役之節伺之上御仕置申付候當時無宿甚三郎儀萬助江遺恨有之候迚小刀を以三ケ所疵付右疵ニ而萬助相果候上は不屈ニ付下手人申付候例有之右吟味書之趣ニ而は萬助申分心外ニ存疵付遺恨可晴と所持之小刀懐中いたし罷出途中ニ而萬助江疵付同人相果候と有之最初可殺心底ニ無之相手及死候趣意は同様ニ而一躰之始末も品不宜候間例同様下手人」[三]とのべて、たとい直接の教唆はしなくとも、それは畢竟、殺意をもたず単に暴行を加えたところ、意外にも相手を死に至らせたのと同じであり、このばあいやはり殺人罪に問われるのであるから、本件も下手人相当というものであって、その論旨は整然としている。

それはともかく、われわれは被教唆者の行為と教唆行為との齟齬に関連して全く相反する判例の存在することを知った。しかも前述のごとく、このような事例に属する仕置例は少いのでいまにわかに明確な結論は出し難いけれども、第二、第三例が年代的にもずっと後のものであること、さらにはこれらが評定所の評議であったことなどを思い合わせると、この問題に対する幕府裁判所の見解の推移もある程度推知されるように思われる。

（一）撰述格例初篇十一ノ二（一）寛政八・神田無宿吉次人殺一件。なお本件被教唆者・なまぶけ吉次は牢内の殺人のゆえをもって死罪を科せられている（同上判例参照）。

（二）前節註（二）所引判例参照。

（三）續類集十六（八）文政二・無宿平内品々悪事いたし候一件評議。

Ⅲ

最後に本章で明らかになしえた事柄を要約すれば、第一に教唆犯においても前期は事実主義的な傾向がつよかったが、大体、御定書制定の前後を境として主観主義的な線へと移行してゆき、そうして後期にはわずかに当時治安警察上重大な危険性をもつと考えられた関所山越の犯罪にだけ前期的な名残をとどめるに至ったこと。第二に御定書は教唆犯に関しわずか二ケ条の各則的規定をおくのみであったけれども、その規定の趣旨は多く判例の上にくみいれられて後期における慣習法的地位を確立したこと。大体以上の二点につきようかと思う。

ところで、このように御定書以後の幕府刑法が教唆犯において教唆者を重視する傾向が圧倒的であったことは、すでにみてきた頭取・当人とならんでこれを共同犯罪における正犯として考えたことを意味するが、同時にこれらが律の造意者の流れをくむ一連の「發意者」にほかならなかったことも注意さるべきであろう。

六

われわれは前三章において、御定書の規定を基礎とし、それに判例をまじえながら徳川刑法における共犯の法理法制を一通り概観した。それによれば、当時、共犯は頭取・同類をもっとも典型的なばあいとし、教唆犯にいたるまで、首・従、正犯・従犯の関係において把握され、処理されていたことが明らかとなった。このことは、とりもなおさず、共同正犯的観念を否定するものであったが、しからば徳川刑法は共同正犯的な取扱いを全然示さなかったか、

というと決してそうではない。(二) いな、むしろ、判例の上ではかなり広汎にみとめられていた、とさえいうことができるのである。そこで以下には、この種の事例に属する判例を、(1) あらゆる共同者がそれぞれ構成要件の全部をみたしたばあい (2) 共謀の上一人が実行したばあい (3) 共謀の上一人が実行し、他はその幇助をなしたるばあい、の三型に大別して考察してみることとする。

(一) 高柳真三博士は、徳川刑法の共犯に関し「共同の犯罪、共同正犯関係に立つものに対する處置について、御定書乃至幕府の態度を想見しうるのは、殺人罪に関する一箇の判例（例書六十六の仕置例。後述Ⅱ参照―筆者註）のあるのみであって、その他の場合において如何に處分せられたかは明らかでない。しかし御定書の中に共同正犯の観念を明示した規定はなく、また裁判所においてもこれに相當する處分方針を確立してゐなかったことは、略確かであると考へられる」（高柳博士「徳川時代刑法の概觀」四一―四二頁）とのべておられる。

Ⅰ

一　あらゆる共同者がそれぞれ構成要件の全部をみたしたばあい。

このばあいに各人が共同正犯としての責任を負うべきはきわめて当然のことのように思われるが、それがそうでなかったことはすでにくりかえし論じたとおりである。

しかしながら、実際には前記したところとは別に、この種のばあいに共同正犯的取扱を示したことが甚だ多かったのである。たとえば、前期にあたる延寶五年十月廿八日の判決に、

貳人　七兵衛
　　六兵衛　　是ハ上野町池之端唐物屋源右衛門下人

此者共、當十三日之夜主人源右衛門を切付、同女房を切殺シ、家財盗取、欠落仕候を、六兵衛請人徳右衛門

肾長三郎と申者追欠參、上州坂本村ニて捕え、宿次ニて板橋村之者共送リ屆來ル付、牢舎、

右貳人之者、已十一月晦日於淺草磔、(一)

とみえ、さらに、これと同時に縁座した七兵衛の父親加左衛門に対する仕置例には「（上略）此者悴七兵衛と申者、東叡山池之端唐物屋源右衛門召使ニて有之處、其身傍輩六兵衛と申者と兩人申合、主人源右衛門を當月十三日之夜切倒、云々」(二)とあるから、共同して主殺をなしたものが共同正犯として処断されたこと明瞭である。もっとも、このような処分の仕方はむしろ前期においてはふつうのことに属し、あえて異とするに足りぬかもしれない。

しかしかかる事例は御定書制定の後にも数多くみられる。たとえば、天明五年無宿利八一件(三)、寛政六年松五郎一件(四)、同じく寛政六年の無宿源藏外貳人一件(五)、文化元年武州留吉一件(六)、文政九年博多町金助外壹人一件(七)、天保五年品川無宿新八外壹人一件(八)等々、ほとんど枚挙にいとまなき位であるが、一般に共同正犯的事例には「同類申合」(九)「……と馴合」(一〇)「兩人申合」(一一)「同類馴合」(一二)「同類共申合」(一三)「一同申合」(一四)のごとく、まず共謀の事実をあげてあるのが常であり、その結果、「同罪」(一五)「……同様之ものニ付」(一六)「……同斷ニて」(一七)「同類ニ有之」(一八)「全之同類ニて」(一九)等の判断がなされて共同正犯の責任を負わされているのである。すなわち、当時共同正犯は以上の用語をもっていいあらわされていたことを知りうるが、もとより同罪になったことで、ただちに共同正犯の観念の存在を肯定する根拠とはなしえないかもしれない。しかし、われわれは近代刑法における共同正犯の観念を当時にみとめんとすることは無意味であると思うし、また、そのように主張する意図ももたない。けだし、ここでは「共同正犯的」事例の存在を示せば足りるからである。

ところで、このことは当然前章までにのべたところと矛盾する。しかしこのような喰い違いも、結局、御定書を基点とする徳川刑法の主観主義的刑法への転換の不完全さに由来するものであった。すなわち、御定書は徳川刑法の性

格を変化させたけれども、同時に、法典としての御定書はきわめて不完全なものであったから、これに洩れた犯罪類型については依然もとのまま（共犯者を同罪にする）処分方法が残存していたと考えられるからである。事実、後期における徳川刑法には以上の二つの立場が並存していたのであり、原則として御定書に正犯・従犯の関係をみとめているばあいに限ってそのような区別がなされたのであって、かかる区別なきときは大体共同正犯的な扱いを示しているのである。それゆえ、徳川刑法のこのような態度は律がとくに規定なきばあいは原則として首従を分って処理していたのと逆の方法をとるものといいうべく、この点徳川刑法の共犯観念が多分に律の影響をうけており、かつ、その処分の方法にもかなりの類似点を見出すにもかかわらず、両者の重要なる差異として見逃がしてはならぬところであろう。

（一）（二）御仕置裁許帳二（十五）。

（三）古類集十一（六〇七）天明五・途中ニて相果候旅人懐中之金子奪取候無宿利八一件。

（四）古類集十一（六七三）寛政六・神田松下町貳丁目小左衛門店吉右衛門寄子松五郎盗いたし候一件。

（五）撰述格例初篇五ノ下（五）寛政六・下總二子村ニ而捕候無宿源藏外貳人一件。

（六）新類集十一（二八三）文化元・武州幸手宿之内荒宿留吉初筆盗いたし候一件。

（七）天保類集二五（一）文政九・元長崎今博多町金助外壹人盗いたし候一件。

（八）天保類集二五（十三）天保五・品川無宿新八外壹人人を殺盗いたし候一件。

（九）前掲註（三）所引判例参照。

（一〇）前掲註（四）所引判例参照。

（一一）たとえば徳川時代裁判事例續刑事之部、五五一―五五二頁。

（一二）たとえば古類集十二（七五二）天明七・板橋無宿三之助坊主盗いたし候一件など。

（一三）前掲註（五）所引判例参照。
（一四）續類集十（五）文政三・神田白壁町金八其外之もの共日光表於御修復所銅類不正之取計いたし候一件評議。
（一五）たとえば天保類集二七（四九）天保九・相州大矢部村文右衛門外壹人盗いたし候一件。
（一六）新類集十二（三〇五）文化元・無宿万吉初筆盗いたし候一件。
（一七）たとえば御仕置裁許帳五（三七六）。
（一八）古類集三六（二〇四三）寛政十・無宿久八入墨御仕置ニ相成候後途中之盗いたし候一件。

二　共謀の上一人が実行したるばあい。

これは現行刑法上共謀による共同正犯とよばれて問題のあるところであるが、徳川刑法においてもこれをみとめた事例は多い。

前期にあたる貞享二年十月十五日の仕置例には、

壹人　長　助

右之者、木綿賣を殺候節、手傳不仕候由申候え共、前方四人ニて申合、其上此者屋敷ニて殺候上ハ、三人之者同罪ニ申付

同月廿五日牢屋ニて斬罪、四ツ谷於笹塚ニ獄門(一)

のごとくみえており、これは強盗殺人の共謀はしたけれども実行には加わらなかったものについて、共同正犯としての責任を科したばあいであるから、いわゆる共謀による共同正犯の事例と考えてよいであろう。もっとも、このような処分が当時の一般的な見解であったかどうか、判例は本期に関して唯一つしかないのでいささか疑わしく感ぜられないでもない。

降って前期末の律令要略をみると

〔五〇一〕

一、密夫と申合、本夫を殺候女ハ

引廻之上獄門

本夫を可殺と申合候密夫

同　獄門(二)

なる規定がある。この中密夫は単に本夫を殺害せんと共謀しただけであるのに、正犯たる密通の妻と同じく獄門の刑に処せられているのは共謀による共同正犯をみとめるもののごとくである。しかるに同じ律令要略の〔五〇四〕に、

一、致密通、實之夫を殺候妻

引廻之上磔(三)

とあるので、密通の上共謀して本夫を殺した妻は単独でなすよりかえって刑が軽減されていることがわかる。けだし、密夫との共謀による行為は密夫の教唆を（すくなくとも潜在的には）予想させるものがあるに反し、単独の犯行のばあいはその決意をなすにいたった行為者の反道徳的人格の重大さが考慮されたものと思われる。それはともかく、行為者も単なる共謀者も区別しなかったという意味で、律令要略〔五〇一〕の規定はいわば準共同正犯ともいうべきものであった。

しかしながら、御定書はこの律令要略の規定を採用しなかった。その理由とするところは明らかでないが、後期の判例には積極消極両様のものが存在するのである。すなわち、

(一)　窃盗罪については、

イ、窃盗を申合せたがその実行には加功せず配分だけ収受したものに関する、享和元年熊藏一件の評議は、正犯同様入墨重敲の刑を科すべきやとの伺に対し、「此儀去ル寅年評議ニ御下ケ被成候長谷川平藏火附盗賊改勤役中申上候江川町沖右衛門寄子三太郎儀奉公いたし候砌兼て盗可致と申合勿論右場所えハ不罷越候得共盗取候品孫八より受取金助方え持参質入いたし貰配分取可申と同道いたし罷出候段不届ニ付入墨重敲と相伺評議之上敲之上輕追放と申上其通相濟候例ニ見合伺之通敲之上輕追放」[四]とのべて、共同正犯たることを否認して敲之上輕追放にとどめた先例を援用している。これは当時評定所のかなり固定した見解であったとおぼしく、しばしば共同正犯的処分をみとめた伺を評定所が却下するケースがみられる。たとえば、文化十二年無宿源助外貳人一件では、三人共謀の上二人で出掛け固辭明之盗をした際、残留者についても実行者同様死罪と伺ったのを却下して、文化元年の先例にしたがい敲之上輕追放としており[六]、さらにこの例による天保七年肥後國今留村乙吉外貳人一件[七]、及び天保九年西濱町無宿入墨虎吉一件[八]はそれぞれこのような共謀者を敲之上輕追放にしている。この中、天保九年の例は盗を申合せ出掛けたところ、途中で腹痛をもよおしたため現場へは行かなかったが配分は貰受けた事例であり、その事情は単純な共謀者にとどまらないのであるが、裁判所はかかる差異までは問題としていなかったものらしく、共謀して盗に出掛けたが途中で仲間を見失いやむなくとどまっていると、すでに仲間は窃盗をしてきたので贓物の配分を受けた事例においても同様敲之上輕追放にとどめている。[九]

ロ、しからば盗の申合せをして現場まで行ったが（実行はせず）見咎められて逃走したため、未だ配分を受けていない共同者はいかに処理せられたであろうか。天保二年神田久右衛門町貳丁目代地次兵衛寄子音次郎外貳人盗いたし候一件は、共犯者の一人たる仙藏に対し、

右のもの儀同類申合盗可致と百姓家入口建寄有之戸を明ケ這入候處被見咎何ニ而も不得盗逃去又ハ音次郎吉五郎同道いたし候途中武州平尾原ニ而たはこ商いたし候もの荷箱を脊負先え參候ニ付右荷箱引出しニ有之賣溜錢可盗取旨申合音次郎儀後口之方よりメり無之右引出しを明ケ内之錢奪取候處見咎被聲懸候得は逃去右錢は音次郎所持いたし未配分は取不申候得共右始末不届ニ付入墨之上重敲

但宿次兵衛江引渡

此儀盗ニ入候節被見咎物不得取逃去候段は前書音次郎同樣敲ニ相當同人外壹人申合途中之盗いたし候方重モ之不届ニ有之吟味書之趣ニ而は音次郎申聞候ニ同意いたし同人錢奪取候節ハ此もの幷吉五郎は其場江罷越候迄ニ而被見咎一同逃去候途中被召捕兩人ともいまた配分は不取由ニ有之先例相糺候處差當リ相當之例相見不申依之勘辨評議仕候處盗申合候上ハ配分は不取候とも御仕置可相弛筋ニは有之間敷盗之次第は的例ニ無之候得共去ル卯年評議ニ御下被成候甲府勤番支配相伺候甲州市川村所左衛門養子當時無宿與兵衛儀去ル子年七月三藏と酒給合候上當村茂右衛門後家たけ方江盗ニ入可申旨三藏申合貳朱配分貰受候積ニ而權左衛門方次郎一同申合罷越三藏儀ハ戸明キ有之土藏江這入此ものは戸前外ニ居同人衣類盗取逃去候後三藏ニは行逢不申配分は不貰受候とも最初ゟ盗之儀申合候上は同類ニ無紛不届ニ付入墨之上重敲と相伺評議之上伺之通と申上其通相濟候例も御座候間前書音次郎同樣入墨重敲申付宿次兵衛江引渡

評議之通濟(一〇)

とのべて、これを実行者と同視している。ところで本件評議はもっぱら共謀の点を強調し、最初より共謀の事実あれば配分の有無に関せず同類であると論じているが、盗の申合せをして、(現場へ行かず)配分だけ収受したものが実行者より一等減ぜられていたことはすでにみたとおりである。それゆえ、本件との差異は現場に行ったか否かにこそも

とめられるべきであるが、おそらく評議は当面の問題処理に眼を奪われて、むしろ第二義的な配分の問題のみをとりあげたものと思われる。すなわち、筆者は、窃盗の共謀者は盗の現場へ行ったか否かで大きくその取扱いを異にしたものと考えているが、結果的に現場へ行かなかった限り、現場へ行く意思を有したか否かまでは問わなかったであろうことは、前掲天保九年の判例等に徴しても明らかであろうと思う。それはともかく、これらの事例において、すくなくとも単なる共謀のみでは共同正犯をみとめなかったことは疑の余地なきところであった。しかるに、同じく盗罪でも、

(二)　特殊な盗罪については、共謀による共同正犯をみとめた形跡がうかがわれる。このような例としては、二人共謀の上一人が強盗殺人をなし、他はその配分をうけた事例に関し、これをともに御定書の「人を殺盗いたし候もの引廻之上獄門」なる規定に該当するとした、寛政六年三州萩村曹桂寺佛先一件(一二)あるいは、難船ニ事寄積受米を密賣した事件で、共謀者の一人は病気のため直接実行しなかったにもかかわらず差別なしとされた、天保二年攝州大坂佐野屋平左衛門船乗組之もの共一件等(一三)があげられる。惟うに、前者はその犯罪態様の凶悪性のゆえに、また、後者はその侵害法益が単なる私益にとどまらなかったことのゆえにとられた特別な措置ででもあろうか。これに対し、

(三)　知能犯的性格をおびた、謀書謀判の罪になると、はっきり肯定の立場をとっている。すなわち、文化十年天満船大工町藤吉巧事いたし候一件の評議は「此儀謀判取拵候ものは恆三郎ニ候得共最初より巧之儀申合候上は藤吉も同様之趣意ニ付」(一三)とのべて、ともに「謀書又ハ謀判いたし候もの　引廻之上獄門」(御定書第六二条)なる規定により処断しており、さらにこの判例を援用したものが文政年間の仕置例にもみえている。(一四)

大休以上が判例にあらわれた、この種の共犯形態の輪廓であるが、いまこれらにより、にわかにそのいずれが原則なるやを断ずることは困難であり、わずかに犯罪類型別の漠然たる傾向をしりうるにすぎない。

もっとも、当時の裁判所の見解では、犯罪実行のとき現実に下手しなくとも、全体として観てそれぞれが共謀共同の関係にあれば、やはり共同正犯としたもののごとくである。たとえば、

文政七申年十二月廿七日

松平和泉守殿御差圖

石川主水正掛

船橋九日市村

無宿　權藏

外壹人

右之者共儀密通之上夫婦之契約いたし其上養育料可貪取と下總國當代嶋村市郎兵衛外壹人を相欺無宿之身分押隱しきさ儀出産後乳も相應に出候抔申僞金壹兩三分相添右市郎兵衛小兒權次郎を貰受追而育差支候迚兩人申合權次郎を同國平田村地内江脊負參り同人口中江權藏儀食物押入咽ヲ押殺害いたし死骸を捨置逃去候始末不屆至極ニ付兩人共引廻之上磔(一五)

とあるものや、また、一人が窃盗を提案し、他がこれに同意、さらに成行によっては殺害して奪おうといい出したのに前者が同意し、凶器を受けとって二人ででかけたところ、後者は二人殺して盗をした事件の前者に関する評議に、「此儀盗發言之ものニ而尤其品ニ寄半七左京とも可及殺害由は鐵五郎存付ニ而且半七外壹人を切殺候も鐵五郎壹人之仕業ニ候得共最初より右次第可及段申合鐵五郎より刀請取置候儀ニ候上は此もの手を下し候儀無之候共右ニ差別は無御座候間」(一六)とのべられており、ともに「人を殺盗いたし候もの」の御定にて引廻之上獄門に処せられている。したがって、これらを綜合してみれば、単なる共謀だけならともかく、共謀の上多少とも積極的な行動（たとえば実行者と

同行する等）をとれば共同正犯とみとめたのではないかと思われる。

（一）御仕置裁許帳一五七（七七八）。

（二）（三）近世法制史料叢書第二、三三七頁。

（四）古類集二十（一五二〇）享和元・宗對馬守家來中江登小もの熊藏盗いたし候一件。なお、德川時代裁判事例續刑事之部八三頁参照。

（五）御定書は通常の窃盗罪を「輕き盗」「途中之盗」「手元之盗」「忍入之盗」「戸明之盗」等に分って規定しているが、中でも「忍入之盗」と「戸明之盗」はその区別をめぐって判例法上精緻な法理の展開をみた。すなわち、前者は、たとえば「錠を明ケ又はしんさしを外す」等の強力手段によって家内に侵入窃盗するもので死罪に処し、後者は、「〆り薄キ所え這入」って窃取するものであって入墨重敲に処することとしていたから、両者を分つメルクマールとしての「〆りの厚薄」をめぐる論議は被疑者の「死生の境」を決するものとして重大な意味をもったのである。本件の「固辭明之盗」とは、要するに、〆りのある戸口を固辭、明けて侵入窃取するものをいったから、「忍入之盗」の御定の適用をうけたことむろんである。なおこれらのほかに「建寄之盗」と称するものがあったが、容易にあけうる戸よりの侵入によるから「戸明之盗」の規定が適用された。窃盗罪に関する詳細は、平松助教授「德川幕府刑法に於ける窃盗罪」（國家學会雜誌第六十五卷五・六・七號、同十一・十二號）を参照。

（六）本件の記録は、天保類集二九（二一）天保七・肥後國今留村乙吉外二人（ママ）盗いたし候一件の長吉に関する評議の中にみえるのみである。

（七）前掲註（六）所引判例。

（八）天保類集二九（二二）天保九・西濱町無宿入墨虎吉盗いたし候一件の筑前無宿長藏に関する評議。

（九）天保類集二九（二〇）天保五・無宿政吉外貳人盗又は博奕いたし候一件。なお本件評議には盗を勧められて同意し、一緒に

でかけたが、途中で待っておれというのでそこにとどまり、やがて盗を了えてきた仲間から贓物の配分をうけたものにつき、敲之上輕追放に処した、文化七年龜井町長助店八番組人宿忠五郎寄子乙吉一件の先例をあげて、これに倣う旨のべている。

（一〇）天保類集二七（二四）天保二・神田久右衛門町貳丁目代地次兵衛寄子音次郎外貳人盗いたし候一件。

（一一）撰述格例初篇十一ノ一（六）に掲げる判例がそれである。

寛政六寅年八月

松平伊豆守殿御差圖　　脇坂淡路守掛

一　三州河部村百姓七郎左衛門を打殺候同國萩村曹桂寺看主佛先一件

佛先

右之もの儀大鏡申合三州寶飯郡妙見村少林寺境内土藏戸口〆り無之戸を明這入金子所持いたし居候内打殺可奪取旨大鏡申出候に同意いたし止宿爲致七郎左衛門を大鏡打殺懐中ゟ取出し候金子之内配分受酒食遊興ニ遣捨候段不屆至極ニ付引廻し之上獄門

右御仕置附

右御定書ニ人を殺し盗いたし候もの引廻し之上獄門と有之七郎左衛門を及殺害候は大鏡に候得共可打殺旨申合止宿爲致殊ニ金子配分受候上は御仕置弛ミ候儀は有之間敷哉ニ付御定之通引廻し之上獄門

（一二）天保類集二三（一）天保二・攝州大坂佐野屋平左衛門船乗組之もの共難船ニ事寄積受米之内密賣いたし候一件評議に「此儀一件之内長藏評議ニ申上候御定之水主ニ見合關五郎は煩ニは候得共同意いたし候上は差別有之間敷候間一同伺之通入墨之上重敲」とみゆ。

（一三）新類集八（一九四）文化十・天滿船大工町藤吉巧事いたし候一件。

（一四）續類集七（三）文政元・攝州今林村家左衛門其外之もの共巧を以御貸附銀借受候一件評議。この中、共犯榮助に関する評

議に「……嘉左衛門に同意いたし候ものニ而嘉左衛門家左衛門と強而差別ハ有之間敷右兩人同様謀書謀判いたし候ものゝ御定ニて……」とある点注意。

（一五）徳川時代裁判事例續刑事之部五五一―五五二頁。

（一六）天保類集四四（十）文政十二・日光一坊正範坊下男林藏外壹人儀人を殺盗いたし候一件。なおこのほか、古類集十二（六九三）明和九・薩州無宿茂助盗いたし候一件の越後無宿勘次郎藤助に関する評議に「此儀（中略）伊勢參躰之もの幷無宿喜代藏も此もの打擲いたし一件之内茂助は打擲不致候得共同類之儀ニ付御仕置輕重は有御座間敷候間……」とあるごときを参照。

（未　完）