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(三・完)

石塚, 英夫
九州大学法学部助教授

https://doi.org/10.15017/1382

出版情報：法政研究. 27 (1), pp.15-36, 1960-07-31. 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（三・完）

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（以上二六巻一号）
五　差図
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（以上二六巻二号）
　　三（以下本号）　四
　Ⅱ　準共同正犯
七　むすび

Ⅰ　共同正犯的諸形態（承前）

三　共謀の上一人が実行し、他はその幇助をなしたるばあい。

このばあいのもっとも典型的な例として、窃盗の見張に関する判例を挙げることができる。以下、「盗賊之外見」と称せられた、窃盗の見張を中心として、この問題における裁判所の態度を検討してみよう。

(一)　盗賊之外見。イ、盗賊之外見が盗賊そのものと同視されたことは顕著な事実である。もっとも、このような法理は徳川刑法の当初から存したのではない。すなわち、前期の史料にはかかるケースは一つも見当らないし、さらに後期に入っても、天明八年までは判例の態度は統一されていないのである。(一)そのことは、つぎに掲げる天明八年の大坂城代伺による「盗賊外見之儀ニ付評議」の中の伺の文言にも明らかなところであるが、それはともかく、この評議によって盗賊之外見は明瞭に共同正犯としての扱いをうけることとなったのであり、(二)以後、本評議はこの種事件の準拠規定として登場することとなる。その評議とは、

天明八申年御渡

大坂城代伺

一　盗賊外見之儀ニ付評議

去月廿日御渡被成候堀田相模守書面一覧仕候處忍入盗いたし候もの死罪之御定ニ有之右盗賊と申合忍入之外見をいたし候もの同類ニ付死罪と相心得罷在候處大坂町奉行所先例區々ニ相見總て外見之ものは内え入候ものより一等輕申付來候由ニて先般松平石見守差出候忍入盗賊伺書外見之もの御座候ニ付相伺候處右外見無宿政次郎儀死罪之御差圖ニ付以來は戸明有之内え入候盗賊之外見之ものも一同申合盗いたし候事にて別ニ趣意無之候は内え入候もの外見之もの共ニ同罪ニ御定書ニ御座候通入墨之上重敲可申付哉と奉存候由尤右類之盗物持運等仕候もの科附ハ振候儀も無御座候得共右申上候趣は先例仕來とは乍申此度之御差圖ニ准し相改可申と奉存猶又彼地町奉行えも相尋候處前書政次郎御下知之趣ニ准し戸明候内え入候盗人之外見いたし候もの科附改候ても外ニ差支候筋も無御座候旨申聞候依之先例も御座候儀相改候事ニ付此段奉伺候段申上候

此儀先達て無宿政次郎評議書ニ申上候通盗之儀申合人家え参メり有之所を固辭明這入候節同類之内最初より外

見いたし又ハ雑物持運候ものハたとへ家藏え不忍入候とも無差別死罪ニて可然奉存則右政次郎も其通相濟候上は右ニ准し戸明有之内え這入候盗賊は死刑ニは無御座候得共是以最初より盗之儀申合同類之内にて外見いたし候ものハ外之趣意無之候ハヽ内え這入候ものと無差別同罪ニて可然哉ニ奉存候

申十二月

評議之通濟[三]

のごときものである。これは忍入之盗の外見は実行者同様死罪に、また、本犯が戸明之盗ならばその外見も本犯同様入墨重敲たるべきことを規定したものであって、これを要するに、窃盗の見張は、実行者と、「外之趣意無之候ハヽ内え這入候ものと無差別」同罪＝共同正犯たるべきことを宣言したものであった。惟うに、これは見張を実行の分担であると考えたためではなく、むしろその外見が自分自身の利益を追求する意思に発して、実行者を利用し、自己の犯意を遂げたにほかならぬから、実質的には実行者と変りなきものとされたのであろう。このことは、この種判例に必ず「最初より盗之儀申合候同類之内ニて……」とのべて[四]、共謀の点にアクセントをおいていること、あるいは、窃盗実行中片陰にひそんで往来を監視し、盗賊の渡した贓物を運搬した事件に関し、御定書における贓物運搬の規定[五]を援用した掛奉行の伺に対し、評議が被告らの共謀の事実を前提とし、「此儀御定書ニ家藏え忍入候盗人ニ被頼盗物持運配分取候もの敲之上軽追放但配分不取候ハヽ敲之上所拂と有之右は盗之儀は不申合盗賊家藏え忍入雑物持出候上ニて持運之儀を被相頼候ものえ可引當御定ニ可有御座哉……」とのべて、掛奉行の見解を斥け、盗賊之外見に相当するとした、天明八年無宿伊三郎一件[六]等に徴しても明らかであるが、同時に、われわれはここにおいてもまた、当時の共同正犯、いな共犯が客観的な事実そのものよりも、主観的な共同者の意思に重点をおいていたことを知りうるのである。[七]

ロ、ところでこのばあい、贓物の配分をうけることも共同正犯たるの要件とされたのであろうか。具体的な事例はほとんどこれをうけたものの記録のみであるが、外見にして配分を得なかった、若干の判例を拾ってみると、前記天明八年無宿伊三郎一件評議は「……今般之政次郎盗物配分は不致内被捕候得共吟味書之趣ニては猶豫有之候得は配分も可致趣意と相聞然上は配分不取候とも差別は有御座間敷」[八]といい、また文化十二年肥後國天草郡流人甚吉一件の虎吉に関する評議にも「此儀吟味書之趣ニ而は甚吉盗取候品同類直八引受可賣拂遣旨申聞右品同人受取候上立別レ候趣ニ有之然ル上は直八賣拂候得は配分も可致趣意と相聞甚吉盗いたし候節山中右往來之様子此もの見張罷在候上は配分未取候とも全く之同類ニ付……」[九]とあり、さらに文政二年甲州西保中村三藏外三人一件の權左衛門については「……尤同人（実行者三藏―筆者註）盗取候品配分は不取得候得共素々配分可受積同類申合外見いたし……三藏手間取候故先江立歸……其後同人ニ出合配分之儀及催促候ものニ付配分取候も同様之趣意ニ而前書萬次郎（同じく外見をして配分をうけた共犯―筆者註）と差別は有之間敷」[一〇]なる評議がみられ、同様に本件で「盗ニ入可申旨三藏申合貳朱配分貰受候積ニ而」外見した共犯の與兵衛も「此儀三藏盗取候品配分は不取得候得共素々配分可取積同類申合三藏盗いたし候内土藏戸前外ニ罷在候ものニ而同類ニ無相違候間」[一一]なる理由で、配分はうけなかったにも拘わらず、それぞれ実行者と同一の責任を負わしめている。そこでいちおう、贓物の配分を取得したか否かは盗賊之外見の法律的効果には関係がなかったといってさしつかえないであろう。しかし、右に引用した判例の文言からも明らかなように、それが差別をうけなかった所以は、「素々配分可受積」のところ、なんらかの障礙で果せなかったにすぎないからであり、もし外見の者にして配分取得の意思を全然欠くようなばあいには、もはや共同正犯としては扱わなかったと考うべきであろう。[一二]

ハ、まえにものべたように、盗賊之外見を共同正犯的に扱ったのは、その犯意において実行者とえらぶところがな

いということにあったから、一旦盗の申合せをして、しかも外見までした以上、実行者の具体的な行為がどのようなものであろうと、それが盗の範囲内ならやはり同罪とされたのである。たとえば、文化九年坂本町壹丁目勝五郎盗いたし候一件に

坂本町壹丁目
藤兵衛店
勝五郎

右之もの儀無宿松五郎申勸メ候ニ同意いたし無宿常五郎一同申合三拾間堀四丁目伊右衛門宅入口ニ往來を心附外見いたし右松五郎外壹人は内え這入金子拾七兩貳分幷證文等を盗取候哉其儀は不存候得共黒塗之箱ニ入候鼈甲櫛笄髪差計盗取候由ニて此ものえ相渡候間一同逃去候旨申之候得共松五郎外壹人行衛不相知上は一己之申口ニて金子幷貸金證文盗取候儀不存由は難取用既右櫛笄髪差は金五兩ニ質入いたし配分いたし候始末不屆ニ付死罪

此儀（中略）手元ニ有之品を與風盗取候類金子は拾兩より以上死罪之御定有之與風之出來心ニても死刑ニ相成今般之勝五郎は最初より盗之儀申合外見いたし候ものニて縱拾兩以上之品同類共盗取候儀を不存候とも盗取候品之内配分いたし候ものニ候上は根岸肥前守申上候別紙例ニ見合伺之通死罪

評議之通濟（一三）

とあるごときがそれで、これは結局、実行者が見張に窃取額を少額に偽り、これに相応する配分をしたが、実は拾七両余も盗んでいたもので、この際、外見のものは、たといその事情を知らなかったにせよ、実行者の窃取額全部についての責任を負わさるべきであり、したがって死罪相当とされた事例であった。

しかし、実行者の行為が共謀の範囲外と思われるものについては責任をまぬかれた。たとえば、盗の申合せの上外見を分担したところ、家屋への侵入が困難なため、実行者が独断で放火して侵入しようとしたばあいにつき、放火窃盗

の罪はもとより、通常の盗賊之外見の責任さえもなしとした例がある。すなわち、文化三年石川村無宿条八一件の評議に「此儀附火之儀は不申合候とも一旦外見之儀は同意いたし候ものニ付天明八申年盗賊外見御仕置之儀ニ付評議仕申上其通相濟候ニ見合外見いたし候ものは盗賊と同罪可相成處前書条八儀〆り有之難立入候迚附火いたし候上は〆りを固辭明盗ニ入候とは趣意も違ひ左候得は此もの外見之儀は申合候迄之不屆ニ付条八同罪ニは難相成（中略）重敲之上兄傳吉え引渡可申處病死いたし候段追て申上候ニ付其旨可存段一件之もの共え可申渡」[一四]とみえるものがそれであり、共謀の域を越える共犯者の行為については共同正犯をみとめていないのである。

(二)　以上、われわれは徳川刑法において共謀の上一人が実行し他がこれの幇助をなしたる事例として盗賊之外見をあげ、これが共同正犯として処理されていたことを論証してきた。しからば、盗賊之外見以外のばあいは如何。

結論からいって、われわれはこのばあいにも同様の法理がみとめられていたように考えているのであるが、なにぶん史料が少い。すなわち、寛政十年無宿久八一件評議が「此儀……盗いたし候科ニて入墨ニ成候後其身と盗は不致候とも外無宿共盗取候金銭貰ひ請殊ニ……無宿久七途中之盗可致ため此もの醫師躰ニ成久七は供躰ニて歩行候儀を申合候は同類ニ有之盗いたし候も同様ニ御座候間入墨ニ成候以後又候盗いたし候もの死罪之御定ニて重キ方え附伺之通死罪」[一五]とのべ、また、寛政十年無宿妙貞一件評議に「此儀吟味書之趣ニては附火いたし騒之紛れ盗可致旨無宿清吉申勸候ニ同意いたし宿根村新田百姓彦四郎物置軒下ニ有之松葉え清吉附火いたし候節同人差圖ニ任せ此ものハ莚を持陰ニいたし罷在同類ニ御座候天明四辰年桑原伊豫守御勘定奉行之節手限伺之上御仕置申付候無宿和吉儀盗賊之同類ニ相成配分等取人殺之手傳いたし候不屆も御座候得共附火いたし盗可致旨道心者新藏兩人と申合嘉兵衛居宅前え三人一同参新藏同心者兩人ニて附火いたし候節一同罷在候迄ニ候得共存命ニ候ハヽ町中引廻し之上火罪可申付ものニ候段申渡候例ニ見合町中引廻し之上火罪申付五ケ所え科書捨札爲建之」[一六]とあるごときが、このばあいに関するほとんどすべて

である。(一七)

それはともかく、この二件はともに共同正犯をみとめているのであり、いまこれに反する例は見出すことができない。なお、一人が共犯者を手引し、肩にのせて塀を乗越えさせ、したがって後者のみが盗の実行をした事例では、両者とも獄門に処せられているが、(一八)前述盗賊之外見との権衡からしても、けだし当然であろう。これを要するに、徳川刑法は共同犯罪にはなによりもまず、共謀による共同意思を重視したため、現実の行為は必ずしも実行行為そのものたるを要しなかったということができよう。

(一)　たとえば古類集十一（六六三）安永三・無宿新助盗いたし候一件はこれを否定する立場をとる。すなわち、

三河國幡豆郡矢田村
百姓長兵衛悴
無宿
嘉　七

右之もの儀所々ニて盗仕其上同類申合罷越候節内えは入不申候得共配分取之不屆ニ付死罪

此儀吟味書之趣ニては百姓家臺所ニ有之鎌貳挺盗取其薪之上ニ干有之候布子壹ツ盗取其外宇左衛門新助常八喜右衛門次兵衛七兵衛申合法輪寺え這入候節此ものは外ニ罷在松向村百姓家え藤八喜右衛門常八次兵衛七兵衛申合忍入候節も是又外ニ罷在兩度共盗物持運ひ配分取候ものニ御座候　御定書ニ家藏え忍入候盗人ニ被頼　盗物持運配分取候もの敲之上輕追放と有之薪之上ニ干有之候布子を盗取候は敲程之科ニて百姓家臺所ニ有之候鎌を盗取候は手元ニ有之候品を盗取候ものニ御座候間晝夜ニ不限戸明有之處又ハ家内ニ人無之故手元ニ有之輕き品を盗取候類入墨之上重敲之御定ニ御座候間重キ方え付入墨之上重敲

評議之通濟

なお古類集十二（七五一）安永二・板垣村喜四郎盗物買取候一件参照。

(二)　盗賊の外見に関する判例は、古類集十二（七五一―七六〇）、新類集十三（三六六―三七六）、續類集十二（六―十）、天

保類集十二（五―十二）。

なおこの評議の結果、盗賊之外見は盗の実行者と完全に同視されるにいたったから、八箇所の中、七箇所まで外見をし、ただ一度だけ家内に侵入したものについても、「五度以上の忍入の御定」（御定書第五十六条）が適用されて、引廻之上死罪が科せられている（古類集十二（七五六）寛政十・上州倉賀野宿ニて捕候無宿利兵衛盗いたし候一件）。

（三）古類集三（一六〇）天明八・盗賊外見之儀ニ付評議。

（四）ちなみに一例を示せばつぎのごとし。

新類集十二（三七一）文化二・駿州無宿長太郎、初筆盗いたし候一件

駿州無宿
彌助

右之もの儀無宿長太申合江尻宿旅籠屋貳軒ニて外圍竹垣并路次口兩人ニて押明ケ長太儀は内え這入懸鐵又はしんさし有之戸を押明旅人之衣類金子等盗取候節此もの儀は外見いたし居長太持出候衣類金子等分ケ取右品着破又は賣拂代錢とも金六兩三分貳朱錢貳貫百文酒食ニ遣捨候始末重々不屆至極ニ付死罪

此儀天明八申年評議ニ御下ケ被成候堀田大藏大輔大坂御城代之節申上候外見之儀最初より盗之儀申合候同類之内ニて外見いたし候ものは外之趣意無之候ハヽ内え這入候ものと無差別同罪ニ可申付哉と相伺評議之上伺之通と申上其通相濟候例ニ見合伺之通死罪

評議之通濟

（五）御定書第五十六条

寛保二年極

一　家藏江忍入候盗人ニ被頼盗物持運配分取候もの　　敲之上輕追放

但配分不取候ハヽ敲之上所拂

なお、本条と盗賊之外見との関係についての詳細は、拙稿「徳川幕府刑法における贓物罪」（法政研究第二五巻二―四合併号一四一頁以下）参照。

（六）古類集十二（七五三）天明八・無宿伊三郎盗いたし候一件評議。なお撰述格例初篇五ノ下（二四）寛政九・上州野州之内ニ而捕候盗賊一件の仕置例の中にも同旨の先例がみえる。

（七）かように外見は盗の共謀あって、はじめて共同正犯たりえた。しかし盗の申合せはしても、その後―外見の際―共同の意思を失えば、やはり盗賊之外見とはみなさなかったのである。たとえば撰述格例初篇五ノ下（七）のつぎの判例をみよ。

寛政七卯年九月

安藤對馬守殿御差圖　　町奉行　小田切土佐守懸

一　四谷無宿文五郎事由藏盗致候一件　　當時無宿　専　靜

右之者儀町人躰之者懐中之錢抜取其上吉五郎吉平喜太郎と盗申合右三人之者共建寄有之開戸を押明ケ這入候節此者は怖敷相成開戸之際ニ扣罷在同類共盗取候破衣壹ツ貰受猶又右之者共ニ被連清傳寺門際迄罷越手合之者共塀を乗越忍入候節怖敷存門外ゟ逃去此もの抜取候錢六百五拾文ハ酒食ニ遣捨同類ゟ貰受候衣着破り候儀共不屆ニ付入墨之上重敲

右御仕置附

右差當り相當之例相見不申候得共吉五郎吉平喜太郎建寄在之開戸を押明ケ立入候節見咎を可請と怖敷存開戸之際ニ殘り罷在尤三人之者共盗取候破衣壹ツ貰受候得共其後も右三人之もの共に被連清傳寺門際迄罷越候處怖敷相成右之者共忍入候後門外ゟ逃去候儀ニ而破衣壹ツ貰請候外配分等取候儀も無之同類之もの忍入候時致心配外見致し居候趣意ニは無御座候間死罪相當之者ニも無之乍然一旦は盗心懸ケ三人之者共一同罷出候者ニ而壹人立途中之小盗致し候儀も御座候間旁入墨之上重敲

（八）前掲註（六）所引判例。

（九）　續類集十二（十四）文化十二・肥後國天草郡ニ罷在候流人甚吉盗いたし候一件。
（一〇）（一一）　續類集十二（十八）文政二・甲州西保中村三藏外三人盗いたし候一件。
（一二）　それゆえ、盗賊之外見が共同正犯たりうるためには、少くとも外見のものの配分受領の意思を必要とするけれども、盗の申合せは当然共謀者の財物領得の意思を示すものであるから、その点で余程確たる証拠でもない限り、配分受領の意思の不存在は推定されなかったであろう。
（一三）　新類集十三（三七五）文化九・坂本町壹丁目勝五郎盗いたし候一件。
（一四）　新類集十三（三七二）文化三・石川村無宿桑八初筆附火いたし候一件評議。
（一五）　古類集二六（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。
（一六）　古類集八（四三四）寛政十・無宿妙貞儀無宿清吉附火いたし候同類ニ相成候一件。
（一七）　もっとも、共犯の窃盗を確実ならしめるため、（自室を留守にして）別室にいる男のところへ出向き、雑談して彼の帰室を遅らせることを分担したものにつき、共謀の上古着屋で口論しかけ、その隙に仲間に窃盗させたものに対して、（正犯の）入墨重敲を科した先例を援用して、入墨重敲に処した判例がある。このばあい、それぞれの実行者の処分についての記録はないが、盗の性質から判断して、前者と同じく入墨重敲であったとはまず疑いないところであるから、これまた、一人の実行と他の幇助行為を共同正犯としたケースといえぬことはない（撰述格例初篇五ノ下(十四)寛政八・小普請能勢吉三郎中間喜助盗致候一件参照）。
（一八）　撰述格例初篇五ノ下（九）寛政八・表坊主桑德御場所柄ニ而盗致候一件の御仕置附参照。ちなみに本件の窃盗が死罪でなく、獄門とせられたのは「御場所柄之盗」のゆえである。

四　さて、以上により、徳川刑法が共同正犯に関し、御定書にはなんらその形跡をとどめていないにもかかわらず、判例によってこれに類する法理をかなり広汎に展開させていたことを明らかにしえたかと思う。

そこでいま、一、二、三の類型に分って論じたところをふりかえって、それらの間の関係を検討してみるに、既述のごとく、一がむしろ前節までの成文法規定に洩れたことによって生じた、いわば前期の遺制的性格のものであったのに反し、二・三にみえる法理は主として後期にいたって生じた、主観主義的色彩の濃いものであったことに気付く。それは外形上、正犯・従犯関係をとっていた、頭取・同類、当人・荷担人、教唆者・被教唆者等々と対立し、共同正犯的な形態をとってはいるけれども、ともに主観主義的刑法観を基盤とする点で共通している。換言すれば、叙上の共同正犯形式は、御定書の知らなかった法理であるけれども、実は御定書の刑法主義を根底として判例がうみ出した法理にすぎないのであり、両者は一つの統一的な刑法観より出たものであったことを知らねばならない。

II

一　以上の叙述より明らかなごとく、徳川刑法には、共同犯罪を正犯・従犯の二つに分けて処理する御定書方式とその補充的意味で共同正犯的処分を示した判例法とが存在した。が、現実には、例外的にではあるが、このいずれにもあてはまらぬ処分形式も見出されるのである。たとえば、殺人罪に関して、事実上共同者のいずれの行為が結果に対して因果関係をもつか明らかでないばあい、その結果を包括して各自単独に責任を負わしめることなく、正犯の刑たる下手人より一等減じてともに遠島に処する方法のごときがそれで、いわば準共同正犯ともいうべきものである。そこで以下、この問題について若干触れてみたいと思う。

二　最初に、われわれは百箇条、第七十一条のつぎの規定に注目しておきたい。

従前々之例

一　大勢ニて人を打殺候時初發ニ打掛候もの　　下手人

いうまでもなく、本条は、多数の人が殺人をしたところ、その中の誰の行為が結果に対して因果関係をもつかわからないばあいに、最初に手を下したものをもって殺人罪の正犯とみなす規定であったから、(二)この規定によれば初発に手を下したものがわからないときは解決法がなかったわけである。しかもこのような事件は存外多かったであろうからその処理が問題となる。以下にのべる、例書六十六の仕置例は、これに対する一つの回答をなす。

例書六十六「両人ニ而石を投附打殺候處いつれ之石中り相果候哉不分もの御仕置之事」には

寶暦二申年九月御仕置之例

百姓長作養子　甚兵衛
奥州佛濱村　百姓　利三郎

此者共儀甚兵衛養父長作方江下櫻井村理右衛門度々參り博奕打候様長作江勸候儀を甚兵衛不屈ニ存重而參間敷旨申候より及口論候處理右衛門儀中直りニ酒給可申旨申出し其節同村利三郎參合候間三人連立同村酒屋江罷越酒を給三人共醉候而同村濱邊江罷越候節理右衛門最初之儀を申出し抓合甚兵衛利三郎石を以理右衛門江打付候處中り所惡敷理右衛門相果候間両人ニ而死骸を埋メ石を投附候砌闇夜之儀故何レ之石中り相果候哉之旨両人共申之ニ付甚兵衛儀ハ下手人利三郎儀ハ遠島可申付哉と相伺

御差圖
両人共
遠島(三)

とみえる。ここで奉行が、事件のそもそもの発端である筈の甚兵衛を下手人、（偶然の共同者たる）利三郎を遠島と

伺ったのは、両者をそれぞれ正犯・従犯とみなしたためであろう。これに対し、老中の差図がこれを斥けて両人ともに遠島に処しているのは、各自の罪が正犯より一段軽いことをみとめたものであろうか。

それはともかく、この規定は、第一に、共同して殺人をした際、各人の行為と結果の因果関係が不明ならば下手人をまぬかれたこと、第二に、それらは同罪たるべきこと、以上の二つを内容とする。そこでこの二点について判例を拾ってみると、

まず第一のものについては、寛政四年武州芝村ニ而變死致し候無宿治助一件、(三)享和元年肥前國長崎本五嶋町宇兵衛一件、(四)文政十二年下谷三之輪町髪結久兵衛弟子午次郎外壹人一件、(五)等々。また、第二点については、上記文政十二年の判例のほか、文政元年日向國鹿野田村之もの共一件の千左衛門に関する「……いたし方も可有之處無其儀此もの幷市五郎彌市三人ニ而木切竹切を以金兵衛を打擲いたし夜分之儀ニ而初發誰打疵付候とも不相分素ゟ意趣遺恨等にて可打殺心底ニは無之候得共疵所惡敷候哉翌日暮時頃相果候段不屆ニ付中追放申付候數例ニ見合強而輕重も有之間敷候間伺之通中追放」(六)なる評議、あるいは天保七年播州須加院村直七外七人一件の「……今般之直七外七人は吟味書之趣ニ而は忠次郎立騒候節誰發意と申儀無之初發打懸り候ものも夜中故互ニ見留不申何レも難捨置存打倒候砌疵付右疵ニ而相果候儀ニ而頭取候もの無之候ニ付……伺之通一同三十日手鎖」(七)なる評議等に踏襲されており、結局、これが絶対的な規範であったことは否定できない。

このように例書の見解はその後の判例に多大の影響を与えていたのであるが、しからば、これに全然疑問が感ぜられなかったかというと、そうでもない。天保二辛卯年八月九日、大目付石谷備後守に差出された、左の質問がそれである。

人を殺し候者ハ、必死刑ニ被レ行候義ハ、天下之御通法ニ而可レ有ニ御座一と相心得申候、然處或ハ兩人ニ而人を

殺し、或ハ三人ニ而人を殺し、其次第前後甲乙少しも無レ之候はゞ、兩人ニ而も、三人ニ而も、同様死罪ニ可レ被レ行筈之義ニ御座候哉(八)

これによれば、前掲諸例のごときばあいにおいても、まさしく共同正犯的処分を是認しようとするものであった。これに対し、大目付はなんら特別な説明を付さず、例書六十六の仕置例を書き記して回答としているにすぎない。それゆえ、例書のごとき処分方法がいかなる理由にもとずくものであるかは明らかにせられていないのである。

(一) 初発に打かかったことが明瞭でもこの規定の適用を排除した例がある（享保元・肥後國長崎本五嶋町宇兵衛羅船いたし候一件、後出、註(四)参照。けだし相手も複数人であり、殺された人が、果してこのものに打たれたものかどうか不明だからという理由による。

(二) 徳禁後、六、四三七―四三八頁。

(三) 撰述格例初篇十ノ下にみえるつぎの仕置例。

寛政四寅年六月

戸田采女正殿御差圖　　御勘定奉行　曲淵甲斐守懸

一　武州芝村ニ而變死致し候無宿治助一件

萩原彌五兵衛御代官所
武州足立郡芝村
百姓市右衛門弟
德次郎

右之もの義、往來ニ而治助外四人悪口申懸ケ及口論雙方申募治助を大勢ニ而打擲いたし誰打殺候と申儀ハ不相分候得共此もの口論仕懸ケ候より事起り一同取懸打擲致し治助相果候上ハ此もの發端人ニ無紛不屆ニ付下手人

御差圖

遠　嶋

右御仕置附

右無宿治助を打殺候者誰仕業とも不相分候得共此もの發端人ニ付大勢ニ而人を打殺候時初發ニ打懸り候もの之御定ニ見合下手人

（四）古類集十五（九九五）享和元・肥前國長崎本五嶋町宇佐羅船いたし候一件。判決全文を示せば

長崎本五嶋町
松　次　郎

右之もの儀羅船は前々より堅差留置猶又近來は於他領も相催間敷旨追々嚴敷申渡有之當年も差留置候處不相守町内宇兵衛外貳人申合世話いたし當五月五日町内之羅船ニ乗組罷出沖合ニて肥前國深堀船と羅合勝負未相決内向方之船本五嶋町船之先を乗廻心外ニ候迚深堀船え多人数權を持乗移り名前不存向方乗組之ものを打擲いたし候節最初此ものより打掛り候ニ付乗組之ものも大勢權を以打擲いたし既深堀之もの之内疵人も有之兩人は海中ニ沈相果候始末ニ至候段不屆ニ付下手人

此儀深堀之ものを打擲いたし候節最初此ものより打懸り候得共海中ニ沈相果候は此ものニ被打候ものとも不相決候間大勢ニて人を打殺候時初發ニ打懸り候もの下手人之御定えは難引當御定書添候例書奥州佛濱村百姓長作養子甚兵衛百姓利三郎儀酒狂之上下櫻井村利右衛門と及口論兩人石を以利右衛門え打付候處當り所悪敷利右衛門相果候ニ付甚兵衛は下手人利三郎は遠嶋と相伺兩人共遠嶋と御差圖有之候儀も有之去ル子年曲淵甲斐守御勘定奉行之節手限伺之上御仕置申付候武州芝村百姓市右衛門弟德次郎儀往來ニて治助外四人え悪口申掛及口論雙方申募治助を大勢ニて打擲いたし誰打殺候と申儀は不相分候得共德次郎口論仕掛候より事起り一同取掛り打擲いたし治助相果候上ハ德次郎發端人ニ無紛不屆ニ付下手人と相伺遠嶋と御差圖有之候をも見合遠嶋

評議之通濟

（五）天保類集三四（三）文政十二・下谷三之輪町髪結久兵衛弟子年次郎外一人人を殺候一件。本件は二名による殺人事件である

が、例書の例と異なり、初発に打かかったものは明瞭であるのに、いずれの行為によって死んだのかがついに決定できぬまま、結局、例書の規定にしたがったものである。判決全文を示せば

下谷三之輪町
家主髪結
久兵衛弟子
午次郎
外壹人

右之もの共儀三郎右衛門方ニ而酒給合居候節知ル人傳次郎外壹人儀辰五郎方ニ居候吉五郎外壹人と口論いたし候を伊之助外壹人取扱内濟爲致候處當人共は聊申分無之由申候を住所不知吉五郎儀了簡難成由ニ而右仕返しと三之輪町江押懸參り候趣及承傳次郎外壹人江荷擔いたし午次郎儀ハ脇差を帶右途中迄罷越候處住所不知吉五郎儀出刃庖丁を振廻し駈參り候間右脇差を抜放し後ロ方額左江懸切付猶脊方左脇腹江懸ケ爲疵負候得は振向庖丁を振上打懸り候故逃去候後萬五郎儀竹鎗を以左乳之上を突候得は其儘相果候仕儀ニ相成候段右は何レ之疵ニ而相果候とも難決右始末不屆ニ付兩人とも遠嶋

此儀御定書ニ大勢ニ而人を打殺候時初發ニ打懸候もの下手人と有之右は多人數一同ニ而打殺候節初發ニ打懸り候ものを下手人と定被置候儀ニ付右御定的當とは難申御仕置附ニ榊原主計頭申上候御定書江添候例書之奥州佛濱村甚兵衛外壹人は投付候何レ之右中り相果候と之治定は勿論最初投付候ものも暗夜之儀ニ而不相分下手人難決場合を以兩人とも遠嶋ニ相成候儀ニ而今般之午次郎外壹人儀は最初疵爲負候は午次郎ニ候とも追而萬五郎竹鎗を以吉五郎左リ乳之上を突候處其儘同人相果候上は萬五郎仕留候姿ニ而却而同人儀下手人ニ而も可然哉ニ相聞候得共素方何レ之疵ニ而及死候と之治定は無之多人數ニも無之候上は最初打掛候故而已を以午次郎儀下手人ニ相成候而は事實ニおゐて相當とも難申畢竟多人數ニ而及殺害候節は初發打掛候もの下手人ニ相成其余ニ至り候而は始末次第ニ而段々御仕置弛ミ候樣之事實も可有之儀ニ候得共兩人ニ而之儀ニ候上ハ御仕置附ニ主計頭申上候例之肥後國佐伊津村利藏勘左衛門儀も初發打懸り候ハ同人ニ候得共追而利藏儀荷棒を

以打擲いたし候故相手之もの一旦氣絶いたし候及仕儀併同人及打擲相果候とも治定不致候間前書甚兵衞外壹人江引當兩人とも遠嶋ニ相成候例的當ニ御座候間伺之通兩人とも遠嶋ニ而相當可仕然候處牢屋類燒之節放遣立歸候ものニ付追而主計頭申上候通兩人とも中追放

評議之通濟

（六）續類集十六（六）文政元・日向國鹿野田村之もの共廻國修行者を打擲いたし追而右修行者相果候一件評議。

（七）天保類集三四（十四）天保七・播州須賀院村直七外七人儀亂心之ものを手荒之取計いたし候一件評議。

（八）古事類苑、法律部、二、八二三頁。

三　ところで、前記御定書の規定にしても、また、例書にみえる仕置例にしても、殺人に関して共同正犯関係を否定するものであることにおいては変りはない。しかも、かような処分方法が徳川刑法の共同正犯に対する基本的態度でなかったことは、すでに前節で考察したところからも明らかであり、したがって、これらはいわば例外に属するものということができる。

しからば、なぜに裁判所はかような例外をみとめたのであろうか。その合理的な理由を見出すことは困難であるが、事柄が普通殺人罪に関するものであるので、左に掲げる天明元年信州禰津東町傳之助下男喜助を及殺害候一件は、この問題の解明にある示唆を与えてくれるように思われる。

松本市正知行
信州小縣郡禰津東町
百姓　長　藏
同人知行

同郡西町
百姓　幸　助

右長藏儀あきと喜助密通之證據有之候ハヽ、離縁不致以前いたし方も可有之處離縁いたし候後無間も喜助女房ニ貰候由之風聞有之候迚兼て密通之證據も無之儀を得と糺も不致疑を以幸助を賴途中ニ待受喜助を及殺害候段不屆ニ付下手人幸助儀も喜助とあき密通いたし候由は不承證據無之候得共あきを長藏離縁いたし候上は難心得最初長藏方えあきを仲人いたし心外ニ候迚致闇討候外無之旨長藏え申聞金子貰受喜助を長藏切殺候節手傳候段不屆ニ付遠嶋

此儀吟味書之趣ニては幸助方え長藏參り了簡ハ無之哉之段長藏え幸助申聞候得共離縁いたし候上は致方無之幸助了簡ハ無之哉と及挨拶候ニ付喜助を闇討ニいたし候外ハ手段無之旨申聞長藏も尤と存左候ハヽ闇討ニ可致候得共壹人ニては無心元金壹歩可遣候間手傳いたし呉候樣幸助え長藏相賴候と有之幸助は致差圖候ものニも相當り可申候間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嶋之御定ニ見合候ては却て幸助は下手人ニも可有之哉然共喜助え遺恨含候當人ハ全長藏ニて其上初發打掛り候ものニ御座候間是又下手人は難遁然ル時は壹人之爲ニ兩人下手人ニ相成候例差當相見不申候間猶又相考候處あきと喜助密通いたし候哉と相疑遺恨を含候は長藏ニて幸助ハ遺恨有之間敷哉ニ候得共闇討いたし候外は手段無之旨幸助申聞候より事起り(内本)喜助を長藏及殺害候始末ニ相成候間幸助は遠嶋ニては輕く(内本)可有御座哉ニ付長藏ハ下手人幸助は死罪

評議之通濟(一)

すなわち、この事件では御定書の規定をあてはめると、下手人が二名でることになるが、一人殺されて二人下手人になった先例はない、という理由から差図者を死罪、本人を下手人に処している。

さて、評定所をして、御定書の規定を拡げてまでかかる方法を採らせたものは、たんに先例がないということ以上のもの、すなわち、「一人殺せば一人が下手人」という、きわめて単純かつ非合理的な観念の存在を想像せしめないであろうか。われわれは、このように考えることによってはじめて、御定書にみえる前掲の規定も、また、それに関連する例書の仕置例の意味も容易に理解できるように思われるのである。

（一）古類集十五（九八四）天明元・信州禰津東町傳之助下男喜助を及殺害候一件。なお、本件については、前述第五章Ⅱの二を参照。

七

一　われわれは前節までにおいて、徳川刑法における共犯の諸形態を一通り考察しおえた。いまそれらを要約すれば、結局つぎの二点に帰する。

第一。共犯においてもまた、他の徳川刑法一般の傾向と同じく、御定書制定の前後を境として、客観主義的なものから主観主義的なものへと推移してゆく過程がみられる。

第二。したがって、後期における共犯の処分方法は主観主義的刑法観で貫かれていた。

以下、この二点について若干補足ないしは検討を加えて、本稿のむすびとなしたく思う。

二　まず第一点について。石井博士は、徳川刑法の発展の過程につき、御定書を境にして前期は客観主義的・一般予防主義的であり、これが御定書によって主観主義的要素を注入されて後期の刑法が成立つ、と説明しておられるが、(一)われわれもまた共犯の研究においてこのことを首肯しうるように思われる。(二)

（一）石井博士はこの点に関して、つぎのごとくのべておられる。

「筆者の理会するところによれば、戦国時代より江戸時代初期にかけては、客観主義的な刑法思想が一般的であった。（中略）それが八代将軍吉宗のときの刑政改革によって、主観的要素がそこに注入された。公事方御定書に見る「予心にて無弁」という文言は、こういう気運に乗って作成されたのであろう。しかし根本的な客観的な面が直ちにくずれたわけではない。この主観主義思想は従来の客観主義の基礎の上に築き上げられたのである。そして、その主観的傾向は同時に、縁坐制及び連坐制の批判となり、刑罰の目的については、一般予防主義の側に、特別予防主義の発達を促したのである。

こういうわけであるから、寛保時代の刑法における基本的なものは、客観主義で、その上に主観主義的なものが築かれたのである。だから、その立場としては、まず、犯罪的行為はすべて、処罰すべきことを前提とする。そして特殊の事情がある場合に、その刑が変化されるのである。変化されるだけで刑が免除されないのは、行為自身が処罰さるべきものだからである」（石井博士「刑罰の歴史」（法律学大系・法学理論篇所収）八七―八八頁）。

（二）　ただ、第二点のごとき傾向がいかにして生じたかの問題がのこる。この理由を法律技術的な面から説明することはある程度可能であろう（後述三参照）が、さらにその根本的な理由まで明らかにすることは困難である。しかし、それはすでに共犯のみならず、刑法そのものの問題をも越えた、当時の支配体制全体の問題になるので、ここでは触れない。

三

つぎに第二の、後期の共犯が主観主義的であったという点について。　後期の共犯をこのように規定することは、徳川刑法が一般的に事実主義的であったということと矛盾することとなろう。そこで最後に、両者の関係について考察してみることとする。

さて、徳川刑法が客観主義的であったというのは、石井博士も指摘されるように、なによりもまず、なされた行為が犯罪的行為であれば処罰すべきことを前提としていたことを指すのである。そして、かかる「素朴」客観主義が後期においても徳川刑法の大前提であったことはいうまでもないから、共同犯罪といえどもこれが一箇の犯罪として処罰の対象たるべきはもちろんであり、その限りでは、共犯も右の原則の例外ではないのである。ただ共同犯罪のばあ

い、共犯者のいずれがいかなる責任を負うべきかの問題を生ずるのであり、その責任の分担に関して各行為者の犯意ないしは当該犯罪に対する主観的な態度が重視されたのであって、この意味で主観主義的といったのである。したがって、その意味ではここにいう主観主義も、実は、右にのべた客観主義的原則の枠内での事柄であったのである。

しかしながら、この問題を右のように片附けてしまうのは、実は充分とはいえない。けだし、両者はそれ以上に密接な相互関係をもっていたように思われるからである。

上述のごとく、徳川刑法は犯罪的行為であれば、それが幼年者の行為であれ、乱心者のそれであれ、すべて処罰すべきことを前提とした。このことが犯罪による法益侵害に対して応報的に刑罰を科さんとする意図に出たものであることは論をまたぬところであるが、かように侵害法益を中心に刑罰を考えることは、同時に、ある種の法益侵害に対してはある一定の刑罰をもって充分とする考え方にもなる要素をもっている。それゆえ、共犯のように犯罪が複数人によって行われたばあいにも、その割合に刑罰は増大されることがなかったのであり、(二) かくて結果的には共同正犯を否定することともなったのであろう。換言すれば、徳川刑法の共犯が、現象的には正犯・従犯的処分形式をとり、その処分の規準として主観主義的なものをもとめたのは、もとより、発意者重視の傾向によることというまでもないが、他面、このように徳川刑法本来の素朴な客観主義に由来する面も存するのであって、これまで論じてきた主観主義的傾向も、実は、このような要素をも含んだ、原初的な主観主義であったといわなければならないのである。

（一）たとえば、普通殺人において下手人を一人に限定した諸判例（前述第六章Ⅱ）、あるいは「……當座之喧嘩より事件起り殊
両人重キ御仕置ニ被行候上ハ六人重き過料」申付く可き旨の松平伊豆守の差図によった仕置例（前述第四章Ⅱの四）等参照。

（完）