

徳川幕府刑法における刑の加重軽減（一）

石塚, 英夫
九州大学法学部助教授

<https://doi.org/10.15017/1539>

出版情報：法政研究. 33 (3/6), pp.305-339, 1967-03-25. 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刑の加重減輕（一）

石 塚 英 夫

- 一 序 説
- 二 刑の加重
 - I 常習犯
 - II 累 犯
 - 一 徳川刑法における累犯の意味
 - 二 刑の執行後の再犯（以上本号）
 - 三 刑の執行継続中の再犯
 - III 逃走による加重
- 三 刑の減輕
 - I 自首
 - II 自 白
 - III 牢屋焼失の際釈放後帰牢による減輕
 - IV その他の法律上の減輕
- 四 徳川刑法における刑の加重減輕の方法
- 五 結 言

一

徳川幕府刑法において刑罰を科することを仕置といい、また時に刑罰そのものをも仕置と称した。これらの刑罰は公事方御定書下巻の各刑罰規定と、その執行方法を総括的に規定した、全第百三条の「御仕置仕形之事」の条文により行われたのであるが、このばあい、現実の刑の適用にあたっては、御定書に規定された各犯罪の法定刑に各種の加重・減軽が行われることも多かったから、いわゆる処断刑が生ずることとなる。

本稿は、当時における刑罰規定の法定刑から処断刑の発生する、各種の刑の加重・減軽の原由ならびにその方法を、徳川幕府刑法の基本的な刑法典たる御定書を中心とし、あわせて判例等を参照しながら考察せんとするものである。

二

ふつう刑の加重というばあい、まず想起されるのは、併合罪、常習犯、累犯のばあいであろう。このうち、一人が数罪を犯し、しかもそれらが同時審判の可能性のあるときが、いわゆる併合罪（実在的競合）であるが、これについては徳川幕府刑法（以下「徳川刑法」と略称）は原則として吸収主義をとり、^(一)その数罪中一番重い犯罪について刑を論ずるのが建前であったから、刑の加重の問題は生じない。したがって問題は後の二者についてである。

ところで、徳川刑法は、既決、未決の囚人が逃走したばあいについて、現行刑法のごとく、これを独自の構成要件をもった犯罪とは考えず、^(二)これをすでに行われた犯罪の刑（これを徳川刑法は「本罪」といっている）^(三)の加重原由としていたから、刑の加重原由に関しては、この点の考察もさきの二つの問題に加えて検討してみなければならぬ。

以下、常習犯、累犯、逃亡による加重の三つに分かって順次考察してゆくこととしよう。

(一) 平松義郎博士・「徳川幕府刑法における犯罪の競合」(国家学会雑誌、第六九卷第一、第二合併号)参照。

(二) 周知のように、徳川幕府法上、牢は原則として未決の囚人を収容するところであったから、ここでいう逃走も一般には未決囚の逃走である。なお、ここで既決、未決の囚人の逃走というのは、通常の犯罪者を収容している牢からの逃走であり、このほか、再犯の可能性のある無宿者を強制収容して更生せしめんとする人足寄場から逃走するばあいがあり、このばあいは独立の逃走罪として処断した。すなわち、この種の逃走には、「初度ハ重敲」「二度目ハ入墨重敲」「三度ニ及ひ候ハ、遠嶋」のごとく、再犯、三犯についての規定もあり、もとより、これは単なる累犯の事例であり、後述、累犯の項で詳述する。

(三) たとえば、御定書第八五条「牢拔手鎖外シ御構之地江立歸候もの御仕置之事」に「寛保二年極 一、牢拔出候もの本罪相当より一等重ク可申付」、第百三条「追加延享二年極 一、自本罪一等重キ御仕置ハ可爲遠島以下事」のごとし。

I 常 習 犯

一 御定書は常習犯に関する一般的な規定をおいていなかった。ただ、各種の刑罰規定の中に個別的に規定しているのみである。

以下、常習犯関係の条文を列举してみると、

(1) 御定書第四二条「奉公人請人御仕置之事」

延享二年極

一 奉公人と馴合欠落致させ候請人

但二度以上ニ候は、請人死罪

重 敲

(2) 第五五条「三笠附博奕打取退無盡御仕置之事

追加、延享二年極

一 廻り筒にて博奕打候もの

過 料

但三度以上廻り筒いたし候もの中追放

(3) 第五六条「盗人御仕置之事」

寛保元年極

一 陰物買

入墨之上 敲

但年來此事ニかかり居候ものハ死罪

(4) 全第五六条

追加、寛保二年極

一 家藏え忍入舊悪に候共五度以上之度数盗いたし候もの

物不得取候共

引廻之上

死 罪

(5) 第六四条「巧事かたり事重キねたり事いたし候もの御仕置之事」

享保二十年極

一 巧成儀申掛度々金子等かたり候もの

金高雜物之不依多少

獄 門

寛保三年極

但不得物取候共前々度々物をかたり取或巧之品重キハ死罪

(6) 第七六条「あばれもの御仕置之專」

従前々之例

一 あばれ候而町所をさわかし候もの

敲之上
所 拂

寛保二年極

但所々にてあばれ候においてハ敲之上中追放

のごときものがある。

二 右掲各規定のうち、(1)、(2)、(4)はそれぞれ、「二度以上」「三度以上」「五度以上之度数」のごとく、犯罪の回数が規定されている。これらがいわゆる常習を示すものか、累犯を示すものか一寸あいまいであるが、^(三)少くとも(4)の「五度以上之度数」の「忍入之盜」が引廻之上死罪というのは、忍入之盜そのものが一度ですでに死罪になるものであるから、^(三)本条の規定が累犯加重の規定と考えられないことはいうまでもない。そこで(1)および(2)であるが、

I まず(1)については、本条は最初元文五年に「一 奉公人と馴合再應欠落致させ候請人死罪」のごとき形で草案がつくられ、さらに寛保元年に「一 請ニ立奉公ニ出し置候ものを誘引出し又候外江賣候もの 死罪」なる条文も追加されて伺出されたが、延享二年にいたって「十八ヶ條目(寛保元年追加のもの―筆者註、以下同)廿ヶ條目(元文五年草案のもの)畢竟同意之様ニ相聞候彌同事ニ候ハ、再應之字二度以上と書改十八ヶ條目ハ一向可除哉」^(三)なる見解のもとに、「請ニ立奉公ニ出し置候ものを誘引出し又候外江賣候もの死罪」なる草案は捨てられ、前掲元文五年案のもの

を、「再應」から「二度以上」に改め、一旦成案をみたが、その際さらに「是ハ御附札之趣奉承知候十八ヶ條目相除可申候然共本文之科一度之節ハ御咎無之候而ハ如何奉存候ニ付重敲ニ申付二度以上ニ候ハ、御下知之通死罪可然奉存候ニ付懸紙を以奉伺候」^(四)なる意見が出されて、結局冒頭に掲げたような御定書の規定が成立したものである。

本条成立の過程における右の事情を考えると、前記草案十八ヶ条目の根拠とされた左記の判例は注目に値する。

是ハ享保十七子年清水町與兵衛儀緑町四郎兵衛方ニ居候庄兵衛を欠落致させ所々江奉公ニ出し候此もの出居衆

(デイ) 小平次所爲之由申候得共小平次も致欠落其上庄兵衛欠落以後も途中ニ而庄兵衛方より錢を貰候得ハ小平次

所爲と申儀難立此もの誘引出し候同然之仕形不届ニ付死罪成候例を以相認申候」^(五)

すなわち、これによれば本件被告与兵衛は庄兵衛の請人となり、庄兵衛を方々へ奉公に出しては欠落させて利得を謀っていたものであり、奉公人誘引出しの常習犯であったことが知られるのである。前述のごとく、本件を基礎とした草案の規定は削除されてしまったけれども、その削除された理由は、御定書本条の「奉公人と馴合二度以上欠落させたもの」と実質的に同じであるという見解からもうかがわれるように、該犯罪の常習犯に関するものであることは明らかである。

II つぎに(2)の「廻り筒三度以上」の規定であるが、本条に関しては数多くの仕置例があり、その意味するところもそれら判例に明らかである。一、二例示すれば、

文化四年・御勘定奉行松平兵庫頭伺

一 無宿長兵衛品々悪事いたし候一件

田口五郎左衛門御代官所

飛州大野郡高山

壹之村雲竜寺借家

久左衛門
外 壹人
次郎作借屋
藤 十郎

右之もの共儀隱富興行可致旨久左衛門ハ發言傳左衛門藤十郎ハ同意いたし村内又作兵助宅ニおゐて興行いたし殊ニ久左衛門傳左衛門ハ村内甚助善助宅ニて廻り筒簞博奕度々いたし候始末一同不届ニ付久左衛門傳左衛門ハ中追放藤十郎ハ所拂

此儀久左衛門傳左衛門は隱富興行いたし候不届も有之候得共廻り筒簞博奕度々いたし候方重之不届ニ付廻り筒ニて三度以上博奕打候もの中追放と有之御定ニ見合伺之通中追放藤十郎は兵庫頭御仕置附ニ申上候前書長兵衛御仕置え引當候例之源左衛門ニ見合是又伺之通所拂

評議之通濟^(六)

寛政十年・日光奉行有田播磨守伺

一 日光大工町久兵衛博奕いたし候一件

日光西町之内
下大工町
家持
儀左衛門

右之もの儀去已六月中鉢石宿酒屋太郎兵衛同所大嶋屋彦兵衛宅え罷越貳拾四文賭之めくりかるた兩度いたし猶又久兵衛任申旨同人同道いたし^(ママ)愴慢原え參り芝地ニおゐて名前住所不存職人躰之もの共寄合廻り筒之源平博奕いたし居候迎久兵衛一同手合ニ加り廻り筒いたし候段不届ニ付重敲

此儀度々寄合博奕いたし候ニは無御座吟味書之趣ニては去巳七月中晝八ツ半頃より夕七ツ時過迄引續廻り筒博奕打候儀ニて三度以下ニ御座候間去ル寅年之御書付ニ見合伺之通重敲

評議之通濟^(七)

以上廻り筒博奕三度以上、すなわち度々行なつたものと、それ以下のもの仕置例を例示したが、^(八)右の例でもわかるように、本条の規定が博奕常習に関するものであり、しかもそれを三度以上、以下で区別していたことが知られる^(九)である。

III 以上、御定書における常習犯規定の度数に関する検討をしてきたが、つぎに前掲(3)の陰物買に関する常習のばあいを考察してみよう。

ここで陰物買とは贓物故買に関するものであることはいうまでもないが、単なる贓物故買に関しては、やはり同条に「追加、寛保三年極、一、盜物と乍存下直ニ買受候もの所拂」なる規定が存するのであり、ここでいう陰物買は贓物故買の常習者に対する規定であつたことに注意しなければならない。すなわち、この両者に関する幕府裁判所の見解は、寛政三年「陰物買と盜物と乍存買取候もの差別之儀ニ付評議」に明らかである、曰く、

此儀御定書ニ陰物買入墨之上敲但年來此事ニかかり居候ものハ死罪陰物と乍存又買いたし候もの入墨之上敲と有之右ハ盜物其外怪敷品と乍存兼て賣候ものと相對いたし置買取右品商賣を渡世同様ニいたし候ものを陰物買之御定え引當盜賊と存又ハ怪敷品と心付候て買取賣拂候ても當座之利徳而已ニ拘り渡世同様ニも不致類ハ盜物と乍存下直ニ買取候もの所拂之御定え引當可申儀と奉存候然處上吉田村西念寺門前借屋伊兵衛事丈左衛門ハ吟味書之趣ニても無宿躰之もの怪敷古着類等度々持參り盜之品ニても可有之哉と心付候得共下直之品々賣買ニいたし候ハ、徳用ニ可相成と存後ニは盜賊之由申聞候得共度々買取置商賣ニいたし候趣ニ付陰物買ニ相當り可申候得共年來か

より居り候ニは無御座^(一〇)(後略、文中傍点筆者、以下同じ)

これによれば、陰物買とは、あらかじめ賣渡人と相對しておいてから贓物故買をなし、しかもその売買を渡世同様にしているものの謂であり、これに對して、後者(これを当時「盜物買」といっている^(一一))は、故買を商売同様にしているわけではなく、単に一時的な利害で行なったものに適用することがわかる。したがって、陰物買が贓物故買の常習犯なることは明瞭であるが、本条にはさらに但書があり、「但年來此專ニかかり居候ものハ死罪」と規定されていることに留意しなければならぬ。

すなわち、前掲評議における伊兵衛專丈左衛門も度々盜品の故買をしていたことで陰物買と認定されておりながらも、「年來かかり居候ニは無御座」ということで、本条但書の規定ニ該当しないことが判旨されているのである。そこで本条但書でいう「年來此專ニかかり居候もの」とは具体的にどういうものを指すのであろうか。

前掲評議には、さらに引続きこの点について、つぎのような伺と評議がなされている。

盜賊無宿金藏初筆御仕置評議書之内陰物買年來此專ニ懸り居候と申は何年程より以上を年來と心得居候哉之旨御尋ニ御座候

此儀年來此專ニ懸り居候と申御定二年數之儀は無御座何年程より以上を年來と極メ候儀も無之尤陰物と存候品を重モノ引請渡世ニいたし候内ニも其始末ニ寄可申候得共先ツハ兩三年之專ニ候ハ、年來と申方ニは難引當儀と奉存候^(一二)

これによれば、その陰物買のばあいばあいにより一概にはいえないが、大体三年見当の期間の常習では年來かかり居候という但書の規定を適用できないとのべているから、同じく常習でも、時間的にかなり長期の継続を要件としていたものであることがわかるのである。^(一三)

三 以上われわれは、御定書における常習犯の規定を概観してきた。それによると、御定書は常習犯を、「二度以上」「三度以上」「五度以上之度数」「度々」「所々にて」等の言葉で表現し、概ね、刑の加重をもつてのぞんでいたことが知られるのであるが、ただ例外的に、とくに刑の加重を行わざる旨を明らかにした規定もあった。御定書第二二条「御留場にて鳥殺生いたし候もの御仕置之事」に、

追加、従前々之例

一 隠鳥を賣買いたし候もの

雙方共ニ
過 料

但度々賣買いたし候共同斷

とあるものがそれであるが、科条類典朱書によれば、本条本文は享保十六年、同二十年の判例を、但書は元文元年の仕置例(二四)をそれぞれ基として制定されたものであることが知られる。これらはいずれも隠鳥の売買について、一回の犯行も常習もともに過料に処した事例であり、おそらくここでは隠鳥の売買が常習のばあいでも、とくに刑の加重を行なう必要をみとめなかったものと思われるが、御定書の上に、何故とくに、常習のばあいにも刑の加重を行わざる旨を規定する但書をおいたのか理由は明らかでない。

それはともかく、右にのべたところはあくまで例外であり、一般的には常習犯は刑の加重を伴うものであったのであるが、すでにみてきたとおり、御定書の規定する常習犯は、賭博その他必ずしも多くはない。そこで当時の刑法は、常習犯罪に対する刑の加重をこれらのばあいにはのみみとめていたかどうかである。いいかえると、前掲御定書の規定は単に例示的に数条をおいていただけなのであるか、という点の問題になる。

いうまでもなく、ある犯罪を常習的に行なうということは、なにも右の事例にのみとどまるということはありません。

い。ところが、実際の判例をしらべてみると、すでにみてきた御定書に規定のあるもののほか、いわゆる常習犯としての加重は必ずしもみとめていないように思われる。その理由として考えられるのは、第一に、当時の刑罰体系の中において、死刑または遠島といった極刑が多かったために、犯罪の常習性による刑の加重ということがあまり問題にならなかったこと、第二に、常習的犯罪においても、その犯罪回数を問題にすることより、それによる侵害法益の大小という点を問題にしていたこと等である。

とくに後者のばあい、たとえば窃盗罪のごとき財産犯において、雑物拾両以上、以下といった区別によって、一度の犯行でもこの額に達すれば死罪に処せられるし、^(一五)常習的にこれを行なっても贓品の額がこれに達しなければ「入墨之上重敲」といった方法がとられていたことがそれである。^(一六)もとより、一度目の犯行が軽微で、「敲」のみですんだ窃盗犯が、二度目には「入墨」、三度目には「死罪」といったような制度も存したけれども、これはいうまでもなく累犯に属する問題で本節の課題ではない。

このようにみえてくると、常習という犯罪行為の反覆による危険性を問題にするものは、前述したような小範囲にとどまり、同じく常習でも財産犯等侵害法益の大小を量れるものについては、この結果を客観主義的に観察して判断を下すのが当時における刑法の考え方であったということができるとはなからうか。

(一) 高柳真三博士は、これらを累犯の事例として挙げておられるほか、陰物買や、後述の隠鳥を度々売買したものに關する規定もまた累犯として扱われておられる。高柳博士「徳川時代刑法の概観」八五—八八頁。

(二) 御定書第五六条は
享保五年極

一家内江忍入或土藏杯破り候類

金高雜物之不依多少
死罪

延享元年極

但晝夜ニ不限戸明キ有之所又ハ家内ニ人無之故手元ニ有之輕キ品を盜取候類入墨之上重敲と規定する。

本条本文はいわゆる「忍入之盜」で、但書の規定する窃盜と違ふ点は、概ね締りのある処へ侵入して窃盜するものであるから忍入之盜あるいは固辞明之盜等と呼ばれて、死罪相当の犯罪であり、但書の方はたとい忍入しても戸が明いているとか、戸が建寄せてあるだけで締りのない家へ入って窃盜するもので「戸明之盜」或は「建寄之盜」等と呼ばれて入墨重敲の刑に処せられることになっていた。なお、これらの点に関する詳細は、平松義郎博士「徳川幕府刑法に於ける窃盜罪」(国家学会雑誌第六四卷五、六、七合併号、同六四卷一一、一二合併号参照)

(三) (四) 徳川禁令考後集第二卷(以下「徳禁後二」のごとく略称)四二四―四二五頁。

(五) 徳禁後二、四一八頁。

(六) 御仕置例類集、新類集七之帳(以下単に「新類集七」のごとく略称して引用)(一六四)文化四・無宿長兵衛品々悪事いたし候一件。

(七) 古類集八(三八三)寛政十・日光大工町久兵衛博奕いたし候一件。

(八) 御定書は、「廻り筒にて博奕打候もの過料、但三度以上廻り筒いたし候もの 中追放」と規定しているが、寛政六年に賭博罪全般の刑を加重している。すなわち、寛政六年三月十五日の書付は「博奕御仕置御定之内當分左之通」として、その中で廻り筒については「廻り筒ニ而博奕打候もの 重敲」と改正されている(棠蔭秘鑑、貞、七十一)。

(九) 「廻り筒にて博奕打候もの 過料、但三度以上廻り筒いたし候もの 中追放」というばあいのは、いうまでもなく、一つの賭場で何度というのではなく、日を替えて何度という意味である。この点につき、註(七)所引の寛政十・日光大工町久兵衛博奕いたし候一件。

久兵衛

右之もの儀御法度相背大久保原茅野ニおゐて名前住所不存職人躰之もの共寄合百文賭にて源平と唱候廻り筒之博奕いたし居候迎手合ニ加り三四度廻り筒いたし右之もの共申合猶又捨慢原え同町儀右衛門申合罷越六拾文賭にて右同様博奕拾五六度廻

り筒いたし其上次郎八任頼中禪寺湯元道草原萱野等にて長半博奕之筒取手傳いたし金壹分錢五百文貫請其上住所名前不存江戸職人共酒給ニ罷越候節於宅^(内本)三宿錢等ハ不貫請候とも一同手合いたし六拾賭にて廻筒之ちよは一博奕七度いたし又は貳拾四文賭之めぐりかるた打候段不届ニ付重追放

此儀黄紙ニ廻り筒博奕三四度又は拾五六度或は七度いたし候趣認候得共吟味書之趣にては右は一場宛之度數にて日を替候度數ニは無之全之度數ハ大久保原にて七ツ半時頃より六ツ時頃迄壹度^(マ)慢原にて八ツ時頃より七ツ半時頃過迄壹度宅にて壹度都合三度ニ御座候其外住所不相知次郎八筒取いたし候節任頼手傳いたし金壹分錢五百文貫請候儀も有之頭取手傳之御定は勿論差當り例も相見不申候得共右は取退無盡鬨振世話やき家財取上江戸拂之御定ニ准し可申哉右之外めぐりかるたいたし候儀も有之候得共三度以上廻り筒いたし候科重ニ付右御定ニ見合重キ方え附中追放

評議之通濟

(一〇〇) 古類集三(一七二) 寛政三・陰物買と盜物と乍存買取候もの差別之儀ニ付評議。

(一一) 当時、單なる(常習犯でない) 贓物故買を「盜物買」といった。このことは、前註所掲の評議がまた別の個所で「陰物買と盜物買と之差別ニ付評議」なる標題で載せられていることから明らかである(徳禁後三、二三八―二三九頁)。

(一二) 註(一〇〇) 所引評議。もっとも、註(一〇〇) の評議は寛政三年二月になされたもので、それからさらに何が出されて、同年三月に行われた評議である。

(一三) これらの点については、拙稿、「徳川幕府刑法における贓物罪」(法政研究二五卷二・三・四合併号) 参照。

(一四) 本条但書(隱鳥売買常習) の根拠とされた判例とは左のごとし。

「度々取次賣渡候もの之例」

元文元辰年十二月南茅場町善右衛門方ニ居候佐兵衛儀出所不知鳥を度々取次所々江賣渡不届ニ付過料三貫文申付

(一五) 前述のごとく、徳川刑法は忍入之盜のごときは直ちに死罪に処すべきこととしたが、窃盜の態様が右に比較して軽いものについては、贓品の額によってその刑の方法も相違した。

すなわち、御定書第五六条

享保五年、寛保元年極

金子ハ拾兩より以上雜物ハ
代金ニ積拾兩より以上ハ

一 手元ニ有之品を與風盜取候類

死 罪

金子ハ拾兩より以下雜物ハ
代金ニ積拾兩より以下ハ

入 墨 敲

(一六) たとえば、古類集十一(六四二)寛政八・駿州無宿五兵衛盜いたし一候件。

駿州無宿

五 兵 衛

右之もの儀父五兵衛病死後十八歳迄祖母一同暮居秣苅ニ出候迎不斗家出いたし近在雇人并宿稼等ニて渡世相送當三月中より惡心起り富士郡本市場村百姓家を初メ村々百姓家え都合八度忍入衣類賣拂候代錢とも都合四貫百七拾四文酒食ニ遣捨候始末重々不届之至ニ付引廻し之上死罪

此儀吟味書之趣ニてはいつれも晝中メリ等無之場所え入都合九ヶ所ニて盜いたし候ものニ御座候勿論メリ無之場所ニて盜いたし候類にも事実ニおゐてハ巧成仕方其外メリを明ケ入候盜人よりも不届之所業有之分ハ御仕置附いたし可申上旨去ル丑年之御書付をも見合評議仕候處度々之盜ニハ候得共巧成仕方格別不届之所業ハ無御座盜取候品之内賣拂候拾貳品ニて代錢三貫七文餘ニ有之相殘ル貳拾貳品は賣拂候品よりもいつれも相劣り少分之品ニて拾兩以下ニ相當(内本)候筋ニ御座候間晝夜ニ不限戸明有之處又ハ家内二人無之故手元ニ有之輕キ品を盜取候類入墨之上重敲と有之御定ニて入墨之上重敲

評議之通濟

II 累 犯

一 常習犯に対する御定書の態度は、大体上述のごときものであったが、しからは累犯に対してはどうであったであらうか。

徳川刑法は累犯のことを再犯と称したが、累犯に關しても御定書は一般的な規定そのものは設けていない。周知のように、現行刑法上累犯というのは、刑法でとくに規定されている累犯としての要件を備えているために、累犯とし

て刑を加重されるもののみを指しているのであるが、ここで取扱う累犯は、同一人が数個の犯罪を累積的に犯すばあいの、広い意味での累犯である。けだし、徳川刑法には近代的な懲役刑の制度がなく、生命刑たる死刑を除けば、自由刑としては一種の無期刑としての性格をもつ、遠島・追放刑か、刑の執行が極く短時間で終了してしまう敲または入墨といった身体刑が主であったため、後者のばあいとはともかく、前者については刑の執行の継続中の再犯をも問題にせねばならぬからであり、事実こうしたばあいをまた刑の加重理由とみなしていたのである。それゆえ、累犯を今日の刑法上の累犯のごとく限定してしまうと、徳川刑法の累犯はその大半が脱落してしまい、ひいてはその特質も見失われてしまうからである。

かくて本節は、いわば広義の累犯を問題にするのであるが、徳川刑法の刑罰の性格上、刑の執行終了後の再犯と、刑の執行継続中の再犯との二つのばあいに分けて考えてみることにしたい。

★ 御定書第八四条は「遠島者再犯御仕置之事」と規定し、當時の刑事判例集たる御仕置例類集にも「同罪再犯之類」あるいは「所不正之唐物取扱候部、再犯之類」のごとき分類の存すること、さらにまた當時の判例の文言にもしばしばみえている。たとえば「……再犯之ものニ御座候間七右衛門は居町拂之上万次郎方え立入間敷旨申渡又兵衛は再犯ニ無御座候間右七衛門子年之科ニ見合百日押込」(古類集二六一—二〇五五・天明五・泉屋吉左衛門家督讓渡差滞候一件)あるいは「……今般之一件賣買之いたし方趣意は違候趣ニ御座候得共再犯も同様ニ御座候」(古類集二六一—二〇五六・天明八・米賣買之儀ニ付不正之取取計いたし候一件)。

二 刑の執行が終了したる後の再犯

前述のごとく、敲、入墨のごとき身体刑は刑の執行が短時間に終了するものであり、この種の刑の執行終了後の再犯は、むしろ本来の累犯とも称しうべきものであろうが、これに対する徳川刑法の態度はどうか。

以下、御定書にみえるこの種の累犯、寄場仕置にみえる累犯、さらに隠売女の累犯の三つに分けて順次考察してゆ

こう。

I 御定書の規定する、この種の累犯規定は左のごとくである。

(1) 第五条「評定前箱え度々訴狀入候もの之事」

追加、寛保元年極

一 度々箱訴いたし手鎖ニ成候處差免候以後又候訴狀入候もの

町在共ニ
江戸拂

従前々之例

但宿預又ハ手鎖申付置候處願不相止候ものも同斷

(2) 第五六条「盗人御仕置之事」

従前々之例

一 一旦敲ニ成候上輕盜いたし候もの

入
墨

(3) 第八五条「牢拔手鎖外シ御構之地江立歸候もの御仕置之事」

追加、享保六年極

一 入墨ニ成候以後又候盜いたし候もの

死
罪

延享二年極

但外之惡事いたし候ハ、重敲

以上の規定の中、(1)については、まず問題がない。

そこで(2)および(3)の規定であるが、これは窃盜の再犯に関する規定である。

まず(2)については、本条は第五六条の

享保五年極

一 輕キ盜いたし候もの

敲

從前々之例

一 途中ニて小盜いたし候もの

敲

なる規定により敲に処せられたものの再犯に関する規定であるが、(3)の本文は(2)の規定により入墨に処せられたもの、または初犯の窃盜で入墨敲乃至入墨重敲に処せられたものが、さらにまた窃盜の罪を重ねたばあい、死罪に処するといふ趣旨である。

ここで「又候盜」と規定している以上、前犯も窃盜であることは明白であるが、このばあいの窃盜は、必ずしも嚴密な意味の窃盜である必要はなかったものらしく、たとえば、寛政六年・悪箠を拵入墨之上重敲ニ成猶又惡事いたし候もの御仕置之儀ニ付評議は、「此儀御定書ニ入墨ニ成候後又候盜いたし候もの死罪と有之惡箠拵候ものも利欲ニ拘り人を欺候は盜賊ニ類し候仕形ニ御座候間右科ニて入墨重敲ニ相成候後盜之惡事ニ候ハ、死罪ニも相成可申哉ニ候得共右御定但書ニ外之惡事いたし候ハ、重敲と有之候間盜外之惡事ニ候ハ、右惡事之始末ニ寄御仕置附可申儀ニ付惡事之始末不相決候ては凡ニも相極候て難申上奉存候」とのべ、悪箠を作る行為は利欲に拘り人を欺く行為で盜賊同然であるから、その科で入墨之上重敲になった以上、そのものがさらに窃盜をしたばあいは本条の適用ありとしているのである。このように「又候盜」の前犯である盜は嚴密な窃盜である必要はなく、窃盜類似のものであれば足りたのであるが、このことは同時に、「又候」の「盜」のばあいにも妥当していた。すなわち、明和九年・入墨重敲ニ成候

上盜物と乍存貰受又は預り置候もの御仕置之儀ニ付評議は、「越前之六兵衛戎之忠兵衛儀先達てメリ無之所え入盜いたし入墨重敲相成候處盜物と乍存分ケ口貰請候と有之分ケ口取候もの盜人之同類ニて外之惡事ニては無御座候間入墨ニ成候上又候盜いたし候もの之御定え引當死罪可申付旨被仰渡可然哉ニ奉存候^(八)」とのべて、窃盜の科で入墨重敲になつたのち、他人の窃取した贓物を情を知つて收受したものに付き、盜同然の行為として本条の適用ありとしており、さらに同事件において、盜物と知りながらこれを寄藏したものについても「堺之忠兵衛も前書兩人同様之不届ニて先達て入墨重敲ニ相成候處盜物と乍存盜物預り置候と有之盜物と乍存預り候もの敲と有之輕キ盜いたし候もの同様之御定ニて外之惡事ニは有御座間敷候間是又同様之御定ニて死罪可申付旨被仰渡可然哉ニ奉存候^(九)」なる評議がなされているところをみれば、再犯の盜もまた純然たる窃盜そのものに限られたわけではなく、窃盜類似と判断されるようなものであれば本条の適用を免かれなかつたのである^(一〇)。

さて、以上の考察でも明らかごとく、入墨以後の盜は死罪となるのであるが、すでに掲げた御定書の本条には入墨後の盜の規定のほかに、「但外之惡事いたし候ハ、重敲」なる但書が附されている。そこでこの但書の規定を理解するために、いちおう本条全体の成立過程を辿つて考えてみることにしよう。

さて本条は本文が「追加、享保六年極」とあり、但書は「延享二年極」となっているが、実は最初、「一 入墨ニ成候以後又候惡事いたし候もの 死罪」という形で立案されたもので、科条類典朱書によれば、「是者享保六年三月町觸を以相認候^(一一)」とあるから、当初は入墨後の再犯はすべて死罪という趣旨であつたことが知られる。しかるに条文審理の過程で、まず「惡事と斗ニ而ハ如何左之通可改哉^(一二)」なる御附札があつて、「一 入墨ニ成候以後又候盜いたし候もの死罪」のごとく改正され、ついで延享二年にいたつて「是ハ御附札之趣奉承知候然共再犯盜いたし候計之御仕置ニ而ハ外之惡事いたし候節之御仕置洩候間但書懸紙之通相認可申哉奉伺候^(一三)」という意見が出されて結局これが採用され、前

掲(3)の御定書本条が成立したのであった。

この間の経緯をみると、最初享保六年の町触によって、入墨以後の再犯はすべて死罪としたのであるが、単に悪事といっても極く軽微なものもあり、そうでないものもあり、それではあまりに漠然とし過ぎるという趣旨でもあるうか、入墨後の窃盗のみを死罪と一旦限定して規定したのである。これは当時窃盗罪の社会的危険性が他種の犯罪に較べて大であると考えられていたためで、前述の軽微な窃盗でも三犯で死罪という原則は大体このとき打出されたのであるが、しかし、これでは入墨以後の窃盗以外の再犯を処罰する規定がなくなってしまうという当然な意見が出され、結局前記のごとく成案をみたのである。

以上本条成立の過程を考察してきたが、これでも明らかのように、本条但書の規定は、いうまでもなく、入墨以後の盗以外の再犯に関する規定であり、もとより、この但書により処断された事例は多いのであるが、それと同時にこの但書の規定する「(盗の)外之悪事」についての認定についていろいろ問題のあったこともすでに述べたところから明らかであろう。^(二五)

ところで、本条但書は入墨以後盗以外の悪事をしたものを重敲に処する旨規定しており、後述の御構場所徘徊の上入墨に相当しない悪事を働いたばあいに「前之仕置より一等重ク可申付」という規定とは異^(二六)なっている。したがって、本条但書の再犯は前犯の一等加重を規定したものではなかったが、しかしまた、再犯における盗以外の悪事のすべてを重敲に処するものではなかつたことに注意しなければならぬ。たとえば、盗の前科で入墨重敲の後盗賊に頼まれて賊物の運搬をした事件につき、

文化六年・無宿常次郎初筆盗いたし候一件

京都無宿

入 墨

喜 三 郎

右之もの儀去辰十二月中盗いたし候依科入墨之上重敲御仕置ニ相成候後無宿常次郎源兵衛ニ出會常次郎より被相頼盗品とは不存候得共衣類壹品當地剛屋町半七方え又頼いたし代錢壹貫五百文ニ質入いたし遣又は右兩人四ツ足町ニて脇差四腰盗取候由申聞右脇差壹腰嶋田宿迄持参り呉候様被相頼承知いたし旅籠代相拂貫候始末不届ニ付輕追放

此儀盗物と不存衣類質入いたし遣候不埒も有之候得共入墨後常次郎外壹人ニ被頼盗物持運ひ遣旅籠代錢拂貫候段重も之不届ニ有之御定書ニ入墨ニ成候以後又候盗いたし候もの死罪但外之悪事いたし候ハ、重敲家藏え忍入候盗人ニ被頼盗物持運ひ配分取候もの敲之上輕キ追放と有之并先例相糺候處去ル辰年間宮筑前守御勘定奉行之節手限伺之上御仕置申付候當時無宿六兵衛事市右衛門儀居村を欠落いたし候後盗いたし候依科入墨之上敲御仕置ニ相成可便方無之所々徘徊いたし空腹ニ付食物其外手元ニ有合候品も有之候ハ、可盗取心底ニて百姓家軒下ニ伺罷在候段不届ニ付重敲申付候例をも見合評議仕候處此もの犯科盗いたし候ニは無之盗物持運候ものニ付右貳筆目之御定ニ見合敲之上輕追放

評議之通濟^(一七)

とあるがごときはその一例であり、入墨以後盗以外の悪事をしたものは重敲であるが、本件は重敲より重い、盗物運搬の科があるのでその相当刑である敲之上輕追放に処せられたものである。^(一八)したがって入墨以後の再犯が重敲相当のものであれば、むろん重敲を申渡している。すなわち、

文化五年・野州無宿なお初筆博突いたし候一件

長門無宿

忍 秀

右之もの儀入墨重敲御仕置ニ相成候後も惡事不相止本所在村名不覺野田ニて名住所不存百姓躰之もの一同手合ニ加
り廻り筒にて貳三拾錢賭之筭博奕兩度いたし候段不届ニ付重敲

此儀吟味書之趣ニては盜致し候依科入墨之上重敲ニ相成候後廻り筒博奕いたし候得共右故御仕置重り不申候間寛
政六寅年之御書付ニ見合伺之通重敲

評議之通濟^(一九)

このように、本条但書の再犯は刑の一等加重でもなければ、また盜以外の再犯をすべて重敲に処すべきことを規定
したものでない。しからば全然無意味な規定であつたかというところではない。それはすでにのべたように盜以外
の再犯を死罪にしないと規定していたことと、もう一つは重敲より軽い再犯をも重敲に処する規定であつたからであ
る。たとえば、

文化六年・佐州相川新五郎町幸作初筆博奕いたし候一件

元江戸水替

入墨幸次郎專

當時銀山金穿大工

佐州相川新五郎町住居

幸作

右之もの儀於江戸表盜いたし候不届ニ付入墨之上敲御仕置相成銀山水替水足差下ニ相成候處水替新兵衛え手疵爲負
候ニ付敷内追込咎相成候處去辰正月以来十度人集かるた博奕宿いたし手合ニも加り候始末不届ニ付重敲

此儀吟味書之趣ニては於宅相催候かるた博奕之儀は三文又は六文賭之由ニ有之候間右は寛政六寅年之御書付ニ見
合敲ニ相當り候得共此ものは一旦入墨ニ相成候上之儀ニ付入墨ニ成候以後又候盜致し候もの死罪但外之惡事いた

し。候。ハ。重。敲。と。有。之。但。書。之。御。定。ニ。見。合。重。キ。方。え。附。伺。之。通。重。敲

評議之通濟^(二〇)

以上、入墨以後の盜以外の再犯についての但書の規定を考察してきた。それによると、本条但書は、入墨以後の盜以外の再犯につき重敲と規定しているが、この種のすべてを重敲に処したのではなく、再犯の刑が重敲以上のものであればこれを適用し、また一方、重敲以下の罪科のものであれば本条但書の規定によって重敲の刑が科せられたのである。

II 寄場御仕置における累犯

ここで寄場御仕置というのは、いうまでもなく、人足寄場に收容されている人足の寄場よりの逃亡、その他の犯罪行為に関する仕置を定めたものである。

周知のように、人足寄場は寛政二年（一七九〇）に、火附盜賊改長谷川平蔵の建議によって、時の老中松平定信が、無罪の無宿者に生業を与え善導して甦生せしめんとする目的をもって江戸佃島と常州筑波郡上郷村に設立した刑事政策的な施設であったが、実際には場内の待遇が悪いため、逃亡するものが少なく、その他いろいろと犯罪を重ねるものが多かった。

寛政九年、老中戸田采女正の発した「寄場御仕置附」^(三二)なる書付は、これらについてかなり網羅的な規制をしたものであるが、いまこの中で累犯に関するものを拾ってみると、

一 寄場内仕業ニ出置候處人之目合見合逃去候もの

但一旦入墨敲ニ相成候後又候逃去候もの死罪

入墨之上如元
寄場に差置

一 寄場使先より取逃致候もの

金高雜物とも壹兩以上は
死罪
金高雜物とも壹兩以下は
入墨一重敲

但一旦入墨重敲ニ相成候以後又候逃去候ハ、死罪

一 寄場使先より逃去候もの

重敲

但右同断

一 寄場ニ而盗いたし候もの

金高雜物とも拾兩以上は
死罪
金高雜物とも拾兩以下は
入墨敲

但一旦入墨敲ニ相成候後又候盗致候もの死罪

のごとくである。

しかし、実際にはこうした犯罪をなかなか禁遏することができなかつたとみえ、寛政十二年六月には、やはり戸田采女正から町奉行え寄場御仕置について諮問している。これに対する町奉行小田切土佐守、根岸肥前守の評議は、

寄場御仕置之儀入墨有無を以分候儀寄場江遣候者ハ多分入墨有之間此所ニ而階級を立候而ハ十二七八も死罪ニ可相成哉左候而ハ御仕置弛ミ候詮薄く可有之哉ニ付只今迄之通入墨之有無ニ不拘圍を破候と構外江出し置逃去候も

の二色ニ定候方ニ可有之哉其外委細御書取を以御尋之趣御尤ニ奉存候間評議仕候處御書面之通ニ而差支候儀も有御座間敷至極可然奉存候(三三)(後略)

とのべ、寄場に収容されるほどのものは多くは入墨の前科のあるものであり、寄場における犯罪について、前科の入墨の有無をもって論ずるならば、十中七、八までは死罪になり、それでは御仕置を弛めた意味もなくなるから、従前通り、寄場の囲を破って逃走したか、構外へ作業等のために出しておいたときに逃亡したかの二つに分かって論ずべきだと主張している。

それはともかく、同年六月、寄場御仕置は一部改正をみている。

一 圍を破り又は乗越逃去候ハ

遠 嶋

一 構外江出罷在逃去又ハ使先より逃去候もの

初 度 ハ 重 敲
二 度 目 ハ 入 墨 敲

一 右同斷三度ニ及ひ候ハ

遠 嶋(三三)

のごとくであり、圍を破っての逃走が死罪から遠島に弛められたのは、前掲寛政九年の寄場御仕置附とでは大きな変化であるが、ここで何よりも興味深いのは、構外へ出しておいたものまたは使先からの逃亡につき、初度は重敲、二度目は入墨重敲、三度目は遠島のごとく、累犯を一回毎に規定していったことである。

このように、寄場逃走の累犯は段階的に刑が加重せられ、そのほか前記寛政九年の寄場御仕置附においても寄場使先からの取逃や寄場にての窃盜等は初犯、再犯と刑の加重をみたのであるが、これら人足どもの寄場収容前の前科、とくに入墨と寄場仕置とが、前掲評議の主張するように切離して扱われたものかどうか、適切な仕置例も見出せぬので明確なことはわからない。

しかしながら、彼らが寄場を逃亡してから後の犯罪に関しては、はっきり寄場の仕置とは別に考えられていたのである。すなわち、

寛政十二年・人足寄場逃去候科にて入墨ニ成候後又候寄場逃出輕盜いたし候もの之儀ニ付評議

寄場入墨

無宿

彦七事

次助

右之もの儀岡部内記火附盜賊改加役之節同人組廻り之もの召捕相糺候處常州上郷村寄場逃去盜いたし候ものニ付同人より伺之上私方え引渡候間吟味仕候處甲州出生にて無宿ニ相成候後去ル辰年五月坂部能登守町奉行之節同人方え被召捕甲州道中府中宿にて夜具盜取候依科敲之上人足寄場え差入ニ相成候得共其後同年六月使先より逃去所々徘徊いたし罷在同八月猶又池田雅次郎組廻り之ものニ被召捕寄場逃去候依科寄場ニおゐて入墨之上重敲御仕置ニ相成如元寄場ニ罷在候處去ル巳年御代官竹垣三右衛門方え引渡ニ相成常州上郷村小屋場ニ罷在候得共農業いたし候儀を難儀ニ存去未七月日不覺同郡今鹿嶋村地内荒地起返場所え農業罷出候節番人并外人足共之目間を見合右野先より逃去夫より江戸表え罷出奉公稼いたし候積り横山町貳丁目常右衛門方え目見ニ罷越候節手元ニ有之女小袖三品盜取逃去盜物之趣は押隠し品川宿喜太郎店吉兵衛方ニ居候藤兵衛を頼右吉兵衛ニ質入いたし貫候處其後同所ニおゐて岡部内記組廻り之ものニ被召捕候旨申之候間去ル巳年町奉行え被仰渡候寄場人足御仕置箇條書ニ寄場逃去盜いたし候もの死罪と有之ニ見合外人足共爲見懲上郷村寄場ニおゐて死罪可被仰付哉奉伺候

此儀前科之入墨は寄場逃去候科にて之儀ニ有之盜之惡事にて相成候ものニは無之間此度上郷村寄場逃去候上横山町常右衛門方え見見ニ罷越候節手元ニ有之女小袖三品盜取候科は盜之惡事にて敲ニ相成候前科も有之一旦敲ニ成

候上輕盜いたし候もの入墨之御定も御座候處手元ニ有之品を與風盜取候類拾兩以下ハ入墨敲之御定ニ付右ニ相當候得共以前敲ニ成候上人足寄場え差入ニ相成罷在其後逃去候科ニて寄場ニおゐて入墨重敲ニ相成去ル巳年御代官竹垣三右衛門方え引渡ニ相成上郷村寄場ニ罷在候處去未七月農業先より又候逃去候ものニ付當三月町奉行取調申上伺之通御差圖相濟候寄場御仕置ケ條之内寄場逃去候もの貳度目は入墨重敲と相極り候ニ見合入墨重敲相當之ものニ御座候得共入墨有之ものニ付中川飛彈守え掛合相糺候處右は寄場限之入墨ニて形も違ひ居候旨申聞候然上は右入墨は不相用猶又入墨之上重敲申付元之如く上郷村寄場え遣可申旨被仰渡可然哉ニ奉存候

評議之通濟(二四)

とあるものがその例であり、盜の科で敲になった後寄場に入れられたものが逃亡し、その結果寄場で入墨重敲に処せられたところ、さらにまた寄場を逃亡した挙句窃盜を働いたものに対し、このばあい入墨重敲は寄場逃亡により科せられたものであるから、盜による入墨後の盜にはならないとし、したがって一旦敲になったのちの盜の再犯として入墨重敲が相当であるが、ともかく、すでに入墨の刑を寄場で科せられているのでどうかというので、関東郡代中川飛彈守に問合せたところ、件の入墨は「寄場限之入墨ニて（通常の入墨と）形も違」うという回答があったので、この入墨の前科は考慮に入れぬこととし、改めて前記盜の再犯相当刑である入墨重敲に処したものである。

この事例より、われわれは寄場御仕置と一般刑法との特殊な関係を見出すことができるのである。

Ⅲ 隠賣女の再犯

御定書は隠賣女の再犯に關し何等の規定もおいていない。すなわち、その第四七条「隠賣女御仕置之事」には

(1) 享保七年、延享二年極

(8) 延享元年極

一 地 主

五ヶ年之内家屋敷取上地代
店賃爲相納五ヶ年過候ハ、
元地主江可被返下

但外ニ罷在候共右同斷ニ取計ひ又候賣女置候ハ、幾度も同様ニ申付明地ニハ申付間敷候

(以下省略)

のごとく規定されている。このうち、隠賣女行為に直接関係のあるものは、(1)から(4)までであり、(5)以下の家主、五人組、名主、地主等に関するものは、一種の連坐規定であるから、ここでの直接の対象にはならない。

さて、このような隠賣女は風俗の紊乱を招くものであったから、當局もしばしばこれが禁止を命ずる書付を發しているが、^(三五)かかる違法行為はなかなか治まらなかつたものらしい。

すなわち、寛政三年の「隠賣女屋再犯之儀ニ付評議」は、

隠賣女屋共召捕之上咎中商賣いたし候もの咎差免し候後五ヶ年之内商賣いたし候もの并五ヶ年過元地主え被下候
後商賣始候もの共ニ其賣女屋共所拂家財闕所申付右建家跡追々火除地ニ相成候ては如何可有之哉兎角再犯不相止
哉ニ相聞候再犯之不止ハ畢竟建家等其儘有之候故之專ニ候右之所を以評議いたし可申上(後略)

なる老中松平和泉守の諮問に対して、三奉行が評議し、それぞれの意見を提出したものであるが、結局三奉行の意見の結論として、前掲御定書の条文を再掲して答申したのである。^(三六)

しかるに、右の評議にも拘らず、該犯罪は一向に減るどころか益々増加する傾向にあったので、寛政五年の書付をもってこの禁令を大改正し、かつ強化したのであった。すなわち、

寛政五丑年二月廿八日

松平和泉守殿

右京亮
筑後守
甲斐守

江御渡

隱賣女之儀御定も有之二付夫々御仕置申付候處近来猥ニ相成間もなく右商賣致し候ものも有之由如何成儀ニ候右躰之者何ケ度も同様之咎申付候而は再犯之者不相止候ニ付

一 隱賣女抱主

身上不殘建家共取上百日手鎖ニ而所江預隔日封印改再犯之節は身上不殘建家共取上江戸拂

一 隱賣女

親元江成共何方江成共當人勝手次第申付且吉原町より改出候分并片付方無之分共三ケ年之内吉原町江とらせ

遣可申候

一 請人人主

身上不殘建家共取上再犯之節ハ不殘建家共取上江戸拂

一 家主

御定之通申付

再犯之節は身上ニ應し過料之上家主取放

一 五人組

御定之通申付

再犯之節ハ家主取放

一名主

御定之通申付

再犯之節八名主役取放

一地主

御定之通申付

再犯之節八十ヶ年之内家屋敷取上地代店賃爲相納十ヶ年過候ハ、元地主江可被返下家作取拂ひ火除地ニ可相
成場所之儀は其度々伺之上可取計候(二七)

のごときものであり、隠賣女が近来猥りになり再犯が一向止まないのは、彼らを何度も同じ刑に処しているからであ
るとし、隠賣女抱主、請人、人主、家主、五人組、名主、地主等の再犯に対してはじめて刑の加重をみとめることと
したが、とりわけ、直接の関係者である隠賣女抱主と請人、人主の再犯には江戸拂という厳しい態度をもつてのぞむ
こととしたの注目すべきである。(二八)

(一) 本条・本文は寛保元年の左の仕置例により成立したものである。

下總国岩ヶ崎村百姓

四拾壹人總代

清左衛門

七左衛門

右之者度々難立儀を箱訴仕咎も可申付旨申渡置又候訴狀入候ニ付右咎之品在方百姓ニ而も江戸拂申付候例有之候故其段申上
候畢竟江戸徘徊差留候儀重而箱訴不仕ため之咎ニ付右之段申上候
一 重き咎之者ハ江戸拂之上住所之村方をも相拂候儀も御座候以上

酉五月

評定所一座

なお、本条但書は「本文ニ准取計候例を以相認申候とあるから、同様の趣旨であったことが知られる(徳禁後一、二九一頁)。

本条の規定による仕置例としては、たとえば新類集五(一一四)文化四・甲州江草村新左衛門箱訴いたし候一件評儀

野田松三郎御代官所

甲州巨摩郡江草村

新左衛門

右之もの儀村内無年貢之地所有之由且村役人共押て隠居爲致隠居料不相渡或は年貢取立過有之其外年貢二重ニ取立候杯品々相違之儀申立差越再三箱訴いたし候ニ付叱り又は叱り之上手鎖ニ相成候後も又候兩度迄箱訴いたし候始末不届ニ付居村并甲府を構江戸拂

(二) 御定書には以上のほか、「従前々之例、一、橋之高欄又ハ武家屋敷之鐵物外シ候もの 重ク敲」 「従前々之例、一、湯屋江參衣類着替候もの 敲」のごとき軽微な窃盜に関する規定があつて、いずれも重敲又は敲に処することとしているのであり、これらもまた本文掲載の盜同様に扱ふ趣旨であつたことはむろんである。

(三) 本条は「是者享保二十卯年下谷山崎町勘助方居候六之助儀同類申合所々廣小路ニ而巾着を切又ハ下緒を抜キ腰錢等取候ニ付敲御仕置ニ成候處其後も惡事不相止巾着切腰錢盜取不届ニ付入墨之例を以相認申候」(徳禁後三、一九二頁)なる仕置例を基として成立したものであることが科条類典朱書により知られる。本条を援用した判例はもとより多いが、一、二挙げれば、古類集二六(二〇四六)寛政十一・本郷六丁目甚右衛門召仕寅松盜いたし候一件、徳川時代裁判事例・続刑事ノ部、天明八・赦宥出牢の後猶又往來人の携帶せる物品を度々盜取し者。

なお本条の適用に關し、被疑者が初犯の際は幼年者であつたばあいについては特例があつた。すなわち、古類集四(一八八)明和八・敲ニ當り候盜ニて非人手下申付候後又候盜いたし候もの之儀ニ付評議は

此儀六年以前盜いたし候依科敲可申付處穢多彈左衛門手下申付候は拾四歳之節之盜ニ付御定之通ニ御座候然ル處再犯いたし候ものニ御座候一旦敲ニ成候上輕盜いたし候もの入墨之御定ニ御座候得共盜いたし候もの大人之御仕置より一、二等輕可申旨之御定有之幼年之無宿非人手下ニ申付候も一、二等輕相當り可申處再犯入墨にてハ最初之御仕置一、二等輕可相成候詮無御座候

問伺之通敲相當之仕置可申付旨由渡穢多彈左衛門え引渡

評議之通濟

とのべ、初犯の盜の際、無宿の幼年者であったため、御定書第七九条の「追加、寛保二年極、一、拾五歳以下之無宿者途中其外にて小盜いたし候においてハ 非人手下」なる規定が適用されて非人手下に処せられたところ、さらに窃盜の科を重ねたものにつき、本条を適用して窃盜の再犯入墨とするならば、初犯の際に大人の御仕置より一等軽く申付けたのが無意味になるというので、これを排除し、あらためて敲を申付けたのである。しかるに類似の事例につき、古類集二六（二〇三二）天明三・無宿龜次郎盜いたし候一件は、

南新堀壹町目久兵衛店

佐平次甥

當時無宿

龜次郎

右之もの儀身持不埒ニ付叔父之方家出いたし致盜候科ニよつて過愈牢舎御仕置に成出牢以後盜不相止小船町兩國橋にて胴亂之内ニ有之候銀或は銀錢入候財布抜取候段不届ニ付敲之上叔父佐平次え相渡

此儀御定書ニ一旦敲ニ成候上輕盜いたし候もの入墨と有之此ものは先達て盜いたし候依科敲御仕置ニ可相成處幼年ニ付過愈牢御仕置ニ成候後又候盜いたし候ものニ御座候間右御定ニ見合入墨之上叔父佐平次え引渡

評議之通濟

と判旨し幼年の盜故一等軽く過愈牢に申付けたものの盜の再犯に対し明和八年の評議と同じく、敲と伺つたのに対し、大人の盜再犯の刑を適用したのである。

なお、その後、古類集二九（二二九六）寛政五・非人松五郎盜いたし候評議は、再び明和八年評議と同じ取扱いを示している。曰く、

此儀（中略）此ものは最初之盜敲ニ相當り候處其節は拾五歳以下ニ付非人手下ニ相成小屋欠落後又候途中之盜いたし長谷川平藏方え被捕敲可申付處非人之儀ニ付彈左衛門え引渡候處又々途中之盜いたし候ものにて尤外不埒も御座候得共盜之科重ニ付一旦敲ニ成候上輕キ盜いたし候もの之御定ニ引當入墨

（四）前節註（二）、（一五）参照。

なお、本条に關しては後述、本節三の「刑の執行継続中の再犯」の項を参照。

(二七) 新類集二七(一一一六)文化六・無宿常次郎初筆盗いたし候一件。

(二八) そのほか、入墨以後廻り筒博奕を数回したものにつき、中追放に処した、新類集二七(一一〇八)文化二・當時無宿

伊三郎初筆盗いたし候一件、新類集二七(一一一二)文化四・下總無宿金次郎初筆盗いたし候一件、および衞事をした科で

入墨之上敲御仕置になったのち、贓物故買をなし、盜賊と知りながらこれを止宿させたものにつき、重敲之上重追放を申渡

した、新類集二七(一一一〇)文化三・小石川龍門寺門前新七入墨を押隠罷在候一件参照。

(二九) 新類集二七(一一一四)文化五・野州無宿なお初筆博奕いたし候一件。

(三〇) 新類集二七(一一一五)文化六・佐州相川新五郎町幸作初筆博奕いたし候一件。なお、入墨以後めぐり博奕一度した

ものにつき、めぐり博奕一度は敲相当であるが、本条が適用されて重敲を申渡した、古類集二六(二〇四四)寛政十一・當時無宿伊藤直作盗いたし候一件参照。

(三一) 棠蔭秘鑑、貞、八十、寄場御仕置附。

(三二) 棠蔭秘鑑、貞、八十五寄場御仕置御尋ニ付猶又評議仕候趣申上候書付。

(三三) 棠蔭秘鑑、貞、八十五ノ内、寄場御仕置附。

(三四) 古類集四(一九九)寛政十二・人足寄場逃去候科にて入墨ニ成候後又候寄場逃出輕盗いたし候もの之儀ニ付評議。

(三五) 御觸書寶曆集成(一四八〇)延享三年正月、同天保集成(六三〇三)天明八年十月、同(六三〇四)寛政元年七月、

同(六三〇五)寛政四年四月の各書付。

(三六) 古類集四(一九一)寛政三・「松平和泉守殿御書取御渡」隱賣女屋再犯之儀ニ付評議。

(三七) 棠蔭秘鑑、貞、六十七、寛政五丑年二月廿八日書付。

(三八) たとえば、新類集二七(一一二五)文化十・野州今市宿作兵衛隱賣女渡世いたし候一件。

入墨以上ニ可申付惡事ニ候ハ、
死 罪
入墨ニ可申付程之惡事ニ無之ハ
前之御仕置より一等重ク可申付

日光御領

野州都賀郡今市宿

家持

作兵衛

右之もの儀去ル亥年隠賣女渡世いたし御仕置ニ相成其上去申八月嚴敷申付置候處宇都宮宿吉助抱飯賣女なかを雇置猶又隠賣女渡世いたし候不届ニ付身上不殘建家共取上江戸を搦日光御領拂

此儀寛政五丑年之御書付ニ隠賣女抱主身上不殘建家とも取上百日手鎖ニて所え預隔日封印改再犯之節は身上不殘建家とも取上江戸拂と有之尤宿方之儀ニ付先例をも相糺候處寛政十年年道中奉行伺之上御仕置申付候中山道深谷宿之内稲荷町もと屋甚五右衛門儀食賣女之名目ニて隠賣女渡世いたし候故一旦御咎請候後困窮ニ候迎又候御法度相背隠賣女渡世いたし殊過人數差置其上渡世向ニて儀七と及出入候節支配御代官ニて吟味中旅籠屋之内三軒ハ相減シ候積ニて致内濟候處早速爲相止も不致段旁不届ニ付身上不殘建家共取上江戸拂申付候例ニ見伺之通身上不殘建家とも取上江戸を搦日光御領拂

評議之通濟

〔未完〕