

徳川幕府刑法における刑の加重減軽（二・完）

石塚, 英夫
九州大学法学部助教授

<https://doi.org/10.15017/1561>

出版情報：法政研究. 34 (5/6), pp.51-101, 1968-03-20. 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（二・完）

石 塚 英 夫

一 はしがき

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（以上第三十三卷三十一六合併号）

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 自訴・白状

II 牢屋焼失の際釈放後帰牢による減輕

III その他の法律上の減輕

四 むすび

論 說

三 刑の執行継続中の再犯

前述のごとく、徳川刑法には自由刑として、遠島、追放刑のごとき、一種の無期刑的な刑罰が多かったが、追放刑

に処せられると、武士ならば浪人、庶民ならば無宿となって各地に分散するので治安維持上からも好ましくなかったのであるが、他面、彼らにとっても生活上やむをえず、御搆場所（立入禁止地域）に立戻って、再び咎を重ねるといふことが少なくなかった。ところで、このような再犯は前項でのべたような再犯とは異なり、刑そのものが終了しておらず、未だ継続中であるにも拘わらず、さらに罪を重ねたものであり、本項はこうした形態の再犯と、その刑の加重の実態を考察してみたいと思う。

ところで、刑の執行継続中の再犯といっても大別二通りある。一は、前述のごとく、追放刑の受刑者が御搆場所に立入って行ふ再犯であり、二は、追放地においてなされる再犯である。

I 御搆場所立歸の上の再犯

御定書におけるこの種の再犯に関する規定は左のごとくである。

第八十五条「牢拔手鎖外シ御搆之地江立歸候もの御仕置之事」

(1) 延享二年極

一 御搆之地ニ致徘徊候上惡事いたし候もの

入墨以上ニ可申付惡事

ニ候ハム 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

(2) 同

一 入墨を拔御構之地立歸候もの

入墨之上前之御仕置
より一等重ク可申付

但入墨以上ニ可申付惡事いたし候ハ、死罪

(3) 追加、寛保三年極

一 一端追放に成其後御構場江立歸りあはれ候もの
以下、順次検討する。

イ、(1)は同じく第八十五條の「従前々之例、一、御構之地ニ徘徊いたし候もの 前之御仕置より一等重ク可申付」なる規定の特殊なばあい、すなわち、御構之地徘徊の上の再犯について規定したものである。したがって両規定を綜合してみると、まず御構之地を徘徊したものは、前の御仕置より一等重い刑を科するが、^(二)そこでさらに犯罪を重ねたばあい、その再犯の行為が入墨以上に相当すれば死罪、入墨に当らない再犯ならばやはり前の御仕置より一等重ク申付けるにとどまっている。いいかえると、追放刑に処せられたものが、御構之地を徘徊することも、徘徊の上再犯をなし、その再犯の相当刑が入墨に当らないばあ^(三)いも、ともに前の刑より一等重い仕置が科されるのみであって、両者の間に差はないということになる。これはけだし、徳川刑法上、「御構之地徘徊」ということそれ自体がすでに犯罪であり、一種の（あるいは広義の）再犯なのであって、御構之地徘徊の上の再犯が、前述の程度のものであれば、たんなる御構場徘徊と同程度に扱ってさしつかえないと考えていたことを示すものであるうか。

とはいえ、本条が御構之地徘徊の上の再犯を、ともかく前の刑より一等重ク処罰すると規定していることは、さき

に累犯の項でのべた、入墨以後盜以外の悪事をしたものは重敲という規定によって、その悪事が重敲かまたは重敲以下の罪のばあい、やはり重敲に処して、必ずしも刑の加重をみるとは限らなかつたのは非常に相違していることに注意しなければならぬ。

さて上述のように、御構之地徘徊の上の再犯は、それが入墨相当のものであるか否かによって、死罪か前仕置の一等加重にとどまるかが決したのであり、実に「入墨以上ニ可申付悪事」か「入墨ニ可申付程之悪事ニ無之」かは、死生を分かつ重大な分岐点であつたのである。ところで、ここで「入墨以上ニ可申付悪事」というのを、入墨以上の重い犯罪と即断してはならない。^(三)この点を説明するものとして、天保二年・南品川宿無宿鐵五郎外壹人御構之地江立入博突其外悪事いたし候一件評議はきわめて有益である。曰く

別紙南品川宿無宿鐵五郎外壹人御仕置附ニ博突いたし候不届ハ入墨可相成悪事ニハ無之段申上候處右博突ハ三度以上廻り筒いたし候もの之御定ニ而中追放ニ相當右中追放ハ入墨程之悪事ニハ無之哉且押而金子借受可申と居込罷在候處被召捕候儀ニ付召捕ニ不相成候ハ、事を逐可申候得共畢竟召捕ニ相成候故事を不遂次第右之譯ニ而も事を不遂方江附可申哉之旨御尋ニ御座候

此儀御定書ニ

一 御構之地ニ致徘徊候上悪事いたし候もの

入墨以上ニ可申付悪事ニ候ハ、

死罪

入墨ニ可申付程之悪事ニ無之者ハ

前々御仕置より一

等重ク可申付

右之通有之入墨以上ニ可申付と有之候ハたとへハ再犯之悪事追放或ハ遠島など各入墨より以上ニ相當り候事之様ニも相とれ御尋之趣御尤ニ御座候得共右入墨以上と御座候ハ入墨又者入墨敲等都而入墨附候罪科之儀ニ而入墨ニ可申付程之悪事ニ無之と有之候ハ右入墨之内ニ可申付悪事ニ無之者と申御趣意ニ相心得前々より御仕置相伺候儀ニ而入墨以上と御座候儀入墨付キ不申悪事ニ而も入墨より以上ニ相當り候悪事と申御趣意ニハ相心得不申候依之今般之鐵五郎儀も御構之地江立入中追放ニ相當り候悪事致し候ものニ而入墨ニ可申付悪事ニハ無御座候間前之御仕置より一等重く可申付と有之方江寄重追放と相伺候儀ニ御座候且召捕ニ相成候故事を不遂もの之儀取調候處此度例に申上候羽州山村百姓利八儀も吟味書之趣ニ而ハ是又被召捕候故事を不遂ものにて矢張鐵五郎同様之趣意ニ御座候間鐵五郎儀も右例同様事を遂候ものよりハ御仕置相弛ミ可然哉ニ奉存候^(四)

この評議からも明らかなように、「入墨以上ニ可申付悪事」というのは、再犯の悪事が追放とか遠島等のごとく、刑罰としては一般に入墨より重刑とされるものを科せられる犯罪であっても、これに該当せず、「入墨又者入墨敲等都而入墨附候罪科」を指すものであり、したがって「入墨ニ可申付程之悪事ニ無之」とは、刑罰制度の上で入墨以下の刑とされているものはもちろん、入墨以上の罪科と考えられているものであっても、入墨の附かない罪科（たとえば入墨之上重追放というのではなく、たんなる重追放）をいうのである。^(五)

以上、本条にいう「入墨以上ニ可申付悪事」、「入墨ニ可申付程之悪事ニ無之」の意味を探ってきたが、ここで注意すべきは、御構場立入の上の再犯が「入墨ニ可申付程之悪事ニ無之」のものであっても、それらのすべてに前の御仕置より一等重い刑を科するとは限らなかつたということである。たとえば、江戸拂ののち御構場所へ立入り、遠島相当刑たる博奕筒取をしたものに関する、天保八年・大渡村無宿伊兵衛御構場所江立入博奕いたし候一件評議は、

此儀御構之地江立入候段ハ御構之地ニ徘徊いたし候上悪事いたし候もの入墨以上ニ可申付悪事ニ候ハ、死罪入墨。

二可申付程之惡事ニ無之ハ前之御仕置より一等重可申付と有之御定ニ而江戸拂ぐ一等重江戸拾里四方追放ニ相當博奕筒取いたし候方ハ博奕打筒取并宿遠嶋と有之御定ニ見合重方江付伺之通遠嶋

評議之通濟^(六)

とのべて、本罪は入墨相当の悪事ではないから、いちおう、前の仕置より一等重い江戸拾里四方追放に相当するが、ただこの再犯の悪事は遠島にあたるものであるので、重い方へ付けて遠島と評議したのである。同様に、入墨中追放ののち、御搦場所へ立入り、養女を虐待して死に至らしめ、且死体を遺棄した事件に関する、天保九年・下谷山崎町貳丁目清次郎店甚之助事入墨三郎兵衛御搦場所江立入不届之取計いたし候一件評議も、

此儀御仕置附ニ大草安房守申上候通御定書ニ御搦之地ニ徘徊いたし候上悪事いたし候もの入墨以上ニ可申付悪事ニ候ハ、死罪入墨ニ可申付程之悪事ニ無之ハ前之御仕置より一等重可申付と有之此もの犯科之次第入墨以上ニ可申付悪事無之候間右御定江ハ難引當吟味書之趣ニ而ハ……猶又四谷傳馬町藤吉娘四才ニ相成候きを貰受養置候内同人脾胃相煩多食いたし病症ニ可障と申諭候得共不聞入節ハ此もの短慮之生質故前後之辨も無之右きを拳ニ而敲或ハ灸所之無差別灸治いたし追々疲勞相募候而も陸々薬用も不爲致相果候得共困窮ニ而葬候手當無之死骸箱江入夜中竊ニ取捨病氣ニ而里方江預置候趣ニ申偽罷在候由ニ付寛政九巳年村上肥後守町奉行動役之節伺之上御仕置申付候目付支配無役森本吉左衛門儀願届も不致きを妻ニいたし親類書江書出置八年以前小太郎を金子三兩添貰受養育いたし候處實子出生いたし厄介多ニ相成身上難取續其上小太郎儀盲目之上手足も不相叶食事ハ勿論兩便等迄人手ニ掛リ候間何歟ニ付此もの身之取廻し邪魔ニ相成聊怪我爲致候ハ、元ニ成可相果連當三月中妻きん江申含小太郎着候衣類之裾を炬燵之中江入爲置右火移兩足とも焼爛苦痛致シ翌日相果候段非業之いたし方ニ而輕も御扶持被下候身分ニ而別而不届ニ付死罪申付候例ニ見合今般之三郎兵衛ハ金子添貰受候儀ハ勿論素より可殺心底

ニ而仕成候儀ニ無之尤身分ハ違候得共右ニ差別ハ有之間敷候間右例より品輕伺之通遠嶋

評議之通濟^(七)

とのべ、本件は「入墨ニ可申付程之悪事ニ無之」ものとしつつも、なお再犯が遠嶋に相当する悪事であるということ、前の刑の一等加重である重追放ではなく遠嶋に処している。

このように、再犯の刑が前科の刑の一等加重したものでより重いときはそれによることとしていたから、本条の適用も、再犯の刑が前科の刑と同等か、あるいはそれ以下のばあいに限られていたといわざるをえない。

ロ、つぎに(2)の但書は入墨を抜いた上で御構之地へ立帰り悪事したものにつき、その悪事が入墨以上ニ可申付ものならば死罪に処する旨規定する。御構場立入の上の再犯が入墨以上のとき、死罪に処するという限りにおいて、本条但書は(1)と同断であり、とくに意味はない。のみならず、現実に入墨に相当する犯罪は概ね窃盗であるが（もともと、初犯で入墨になるのは戸明之盗以上の盗）、ただこのばあい、仮に再犯の罪が盗であるならば——たといどのような軽微な窃盗でも——入墨後の盗は死罪という、盗の再犯の大原則^(八)が存在するから、その限りにおいてやはり無意味な規定といわざるをえない。もっとも、盗以外でも入墨にあたるものとしてかたり事があるが、これまた盗類似のものとして、入墨後のかたりは死罪というのが判例の一貫した態度^(九)であってみれば、この規定の存在する意義はいよいよ少ないといえるであろう。事実、現実の仕置例においても、本条但書を援用した事例はほとんどなく、実質的な意味も少ないので、ここではこの程度にとどめておき、引続き最後の(3)の考察に移ることとしよう。

ハ、(3)はその構成要件が、「一端追放ニ成其後御構場江立歸」と「あはれ候」の二つから成立している。

まず、「一端追放ニ成其後御構場江立歸」というのは、前述(1)の「御構之地ニ致徘徊」と一見同じように思われるが、厳密には同じではない点に注意しなければならない。すなわち、本条は「一端追放ニ成」とあり、一旦追放に

なつたものが再び御搦場へ立戻つた上での再犯を規定しているのに対し、(1)はたんに、「御搦之地ニ致徘徊」と規定していることであつて、たとえば江戸拾里四方追放であれ、江戸拂であれ、御搦場へ立入つて再犯をすればよいとされていたからである。いいかえると、江戸拾里四方追放も江戸拂も、ともに江戸拾里四方、江戸は御搦場所であるから、これに立入ることは「御搦之地ニ致徘徊」という構成要件は充足するが、江戸拂のものが再び江戸に立歸るとは、「一端追放ニ成其後御搦場江立歸」という構成要件は充足しない。けだし、江戸拂は追放ではないとされていたからである。

この点に關し、江戸拂ののち、江戸へ立歸つた上狼藉を働いたものに関する、文化十年・無宿伊之助御搦場所え立入奉行所吟味中之女を奪取候一件では、御搦場立歸の上あばれ候もの、というので死罪とした掛奉行伺、評議の見解に對し、これを疑問とする老中の御尋により再評議が行なわれている。

此儀再應評議仕候處御定書ニ一端追放ニ成御搦之地え立歸りあはれ候もの死罪と有之候ニ見合奉行所より預之ものと乍存爲奪取立退候始末はあはれ候ものよりも却つて品不宜哉ニ候得共此度之伊之助は前科江戸拂にて追放ニは無御座候間前書御定の當とも難見極依之先例相糺候處寛政八辰年曲淵先甲斐守御勘定奉行勤役之節手限伺之上御仕置申付候武州中和田村元名主倉之助事仁右衛門儀不届有之江戸拂御仕置ニ相成候後御搦場所え立入橋懸直之儀ニ付不埒之取計有之及出入裏判請候節も中和田村名主仁右衛門と返答書ニ認評定所并奉行所え罷出候段 公儀も不恐始末不届ニ付一旦追放ニ成御搦場所え立歸りあはれ候もの死罪之御定も有之 公儀を不憚始末はあはれ候よりは却て品不宜然共前科江戸拂にて追放ニは無之候間死罪ニは不及遠嶋程ニも可有之候得共死罪遠嶋之内ニ治定ニ可引當見定も無之候間死罪歟遠嶋歟と存候程之ものは吟味之上重キ追放ニ可申付旨之御書付も有之候間敲之上重追放と御仕置附いたし相伺候處伺之通御差圖相濟候例ニ見合候ては品不宜候間別紙之例をも見合遠嶋にて可

然儀と奉存候且入墨以上ニ可申付悪事ニ候ハ、死罪之御定心得方之儀は先年小田切土佐守町奉行勤役之節御尋有之委細御答書ニ申上候通私共儀は相心得罷在候間今般之伊之助は入墨以上之悪事にて死罪ニ相當り候ものニは無之儀と奉存候

御差圖

遠嶋ニ可成ものニ候得共御赦ニ付中追放^(二〇)

これによれば、「一端追放ニ成其後御構場江立歸りあはれ候もの」というのは、追放刑の受刑者がのちに御構場へ立歸った上での狼藉行為に適用さるべきもので、江戸拂は追放ではないから本条には該当しないとしたのであり、むしろこのばあいでも御構場立入の上の再犯が入墨以上のものであれば死罪であるが、本件のばあい、先例に照らしても遠島相当の行為であるから、これにも該当しないと結論したのである。このように、実質的には追放にはかならない江戸拂を、「江戸拂」という刑名を理由に、形式論理的に追放に非ずとして本条の適用を排除した幕府裁判所の見解は、是非はともかく、当時の裁判官の法解釈の一面を示すものとしてはなほだ興味ぶかい。

しからば、本条のもう一つの構成要件「あはれ候もの」とはどのように解釈されていたであろうか。判例によれば、軽追放ののち御構場所へ立歸り、母に合力を乞い、さらに家の修理ができたなら歸住したいなどと申懸け、拒絶されたので悪口し斧を持って屋根に登り立騒いだものにつき、本条を適用して死罪と伺った掛奉行の見解に対し、享和元年・無宿勝平御構場所え立入及不法候一件評議は「此儀一旦追放ニ成其後御構場所え立歸あはれ候もの死罪之御定ニ御座候得共此もの儀御構之地え立歸母え悪口および候上斧を持家根え上り候迄にて家作等損さし候儀無之懸下野守えも承合候處家作等打壊し候儀には無之然ル上はあはれ候とは難申哉……」^(二一)とのべて遠島と評議しており、また、入墨中追放ののち御構場所へ立入り、仲間と申合せて庖丁を懐中にし棒を持ってなぐり込みをかけた事件に關する、

文政十二年・神田大和町代地彌兵衛店源次郎寄子入墨徳次郎御構場所江立入及口論候一件評議も、此儀源次郎を可連戻と仙蔵徳兵衛申合右兩人ハ鳶口を持此ものハ庖丁を懐中いたし棒を持長兵衛彌八方江罷越候節仙蔵外壹人ハ入口戸打壞候儀も有之候得共此ものハ右躰之儀も無之候間一端追放ニ成其後御構場所江立歸あはれ候もの死罪と有之御定相當とも難申候ニ付……」とのべて、これまた遠島に処している。したがって、ここでいう「あはれ候もの」とは、刃物その他の得物をもって狼藉行為に及んだにせよ、器物損壞の事実がなければ、これに該当しないとされたものごとくである。

このような判例の態度は、その後さらに徹底せしめられ、追放後御構場所に立入り、遺恨により人を傷害する行為に及んでも、これに該当しないとすにいたっている。もっとも、この解釈には流石に異論もあったとみえ、天保三年・無宿常右衛門御構場所江立入悪事いたし候一件では、この点について再評議を行っている。すなわち、

此儀御構場所江立入口論等および疵付候類ニ而前之御仕置より一重く相成候例も御座候得共先例も一定仕候儀ニも無御座或ハ遠嶋ニ相成候例も御座候依之勘弁評議仕候處此度之如く御構場所江立入遺恨等之意味を以人ニ疵付候ものハ御沙汰之通戸障子諸道具等損さし候も品不宜様ニハ候得共全あはれ候ニハ無御座候間一端追放ニ成其後御構場所江立歸あはれ候もの之御定江も難引當候間享和二戌年石川左近將監御勘定奉行之節伺之上御仕置申付候無宿藤助儀先達而博奕いたし候依科中追放ニ相成相模國ハ御構之地と乍存立入酒狂之上同國厚木鎮守祭禮之節理不盡ニ神輿江手を懸同村忠藏其外之もの共ニ被致打擲安五郎宅前迄去候處同所ニ忠藏罷在候故待伏いたし候儀と心得當難可遁ため途中ニ而拾候庖丁を以同人江疵付候始末不届ニ付遠嶋申付候例ニ見合遠嶋

評議之通濟 (二三)

これによれば、狼藉の所行にて人を疵付けるのは、かえって戸障子、諸道具等を損壞する行為より悪質であり、「一

端追放ニ成其後御構場江立歸りあはれ候もの」に該当しないとするのはおかしいではないか、という見解もいちおうもつともではあるが、やはり本件のように遺恨等で人を疵付けるのは、いわゆる「あはれ候もの」とも違うとして、類似の先例をあげて本条の適用を排除したのであった。これを要するに、本条の「あはれ候もの」とは、器物損壊を伴うがごとき乱暴狼藉の行為を指したものであることが明らかであるが、判例は本条の適用にあたってはきわめて慎重であったことが窺われる。

以上、刑の執行継続中の再犯の中、御構場所に立戻ってなされたものにつき、御定書規定を中心として考察してきたのであるが、しからば御構場所外、すなわち追放地において行われた再犯のばあいはどうか。以下この点の考察を試みよう。

II 御構場所外での再犯

御構場所外での再犯に関して、御定書はなんらの規定もおいていない。しかし、科條類典によれば、前掲第八十五條の「一端追放ニ成其後御構場江立歸りあはれ候もの死罪」なる条文の成立過程において、一度は「一旦追放ニ成候以後刃物を以人を可害所存ニ而あはれ候者御構場内ニ候ハ、死罪、御構場所外ニ候ハ、遠島」なる草案が出されていたのであるが、立法上の便宜と、紛わしくなるという理由で削除され、結局前掲のごとき形で成立したという事情がある。^(二四)

しかるに、その後「御定書ニ添候例書」は前記御定書草案の根拠とされた判例を、その第十七條に採用し、これを御定書に準ずる法的拘束力をもつ先例としたのである。すなわち、例書第十七條「中追放ニ成候上脇差を抜あばれ候もの御仕置之事」に、^(二五)

寛保二戌年七月御仕置之例

上總國牛袋村

治部右衛門弟
宇右衛門

此宇右衛門儀先達而江戸表ニ而不埒有之中追放成候處其以後酒ニ醉親類同國野尻村十郎兵衛宅江參十郎兵衛方ニ居候宇右衛門伯母ニ不爲逢儀を憤り及口論脇差を拔あばれ候段不届ニ付重追放可申付哉と相伺

御差圖

此者此度ハ遠島重而ハ此類死罪可申付旨被仰渡候事^(一六)

とあるものがそれであり、追放地における狼藉行為を遠島に、さらにその再犯は死罪にすべきこととしたのである。これは前掲御定の御構場へ立帰っての狼藉に較べれば、明らかに御構場内の再犯が一等重いことが知られる。

もっとも、本仕置例を援用したと思われる判例は見当らない。それらを考えると、どうして一旦御定書では省いたものを、その後とり入れるにいたったのか、その間の事情を暗示する史料も見出せぬので不明である。^(一七)

(一) ここで「御構之地ニ徘徊」というのは、たんに御構之地に立入る、だけでもこれに該当する。これに対し、たとえば奉公人が主人の金品を取逃したばあい、その取逃の品を償うことにより、主人が助命願を出せば、これをみとめて「江戸に不罷在候様ニ可申渡事」(御定書第四十三条)とされていたが、このように、「江戸ニ不罷在様申渡」されたものは、江戸拂と違い、江戸は御構場所というのではないから、ここへ一時立入っただけでは本条の構成要件を充足しない。したがって、一時立入っても悪事がなければ処罰されなかったことに注意しなければならない。この点に関しては、天保類集五九(八)天保二・越後無宿米藏盗いたし候一件参照。

(二) これに対して、両者の間に差のないのはおかしいと主張した事例が存する。すなわち、新類集二七(一〇九七)文化二・無宿恵伯外貳人影灸と唱異躰之儀相弘候一件で中追放のち御構場所へ立入り、江戸拂相当の奇怪異説申觸人集めしたものにつき、一等重く重追放ではなく、二等重く、「敲之上重追放」と伺ったものがそれであり、掛奉行堀田豊前守はその

理由として、「……御搦場所え立入身分振候程之悪事いたし候もの前之御仕置より一重ク相成候例は有之候得共惠伯御仕置附ニ申上候通御搦之地え立入候上は縦令悪事不致候とも一重ク相成候處過料手鎖等ニ可相成輕キ悪事とも譯違ひ江戸拂ニも當り候悪事いたし悪事無之もの同刑ニ相成候儀は相當とも難申……」とのべているが、これに対し評議は「……豊前守申上候通御搦之地え立入候上は悪事不致候とも前之御仕置より一重ク相成候處身分振れ候程之悪事いたし同様ニ相成候儀は不穩且前書御答書之内ニ有之候富次郎は中追放ニ相成候後御搦之地え立入三度以上廻り筒簞博突いたし敲之上重追放相成候得共御搦之地え立入候上身分振れ候程之悪事いたし候段を以猶又一等重り候様ニ相成候ては御搦之地ニ徘徊いたし候上悪事いたし候もの之御定ニ振れ可申哉其上去ル巳年評議ニ御下ケ被成候池田筑前守火附盜賊改之節相伺候瀧馬室村無宿定五郎儀中追放ニ相成候後御搦場所え立入其上鴻巣宿法要寺持地之内野道ニて百錢貳百錢賭之簞博突廻り筒ニて兩度いたし其度々てら錢貫請又は本庄宿在郡村名不覺野田ニて名面住所不存もの五六人手合ニ加り廻り筒ニ而拾錢貳拾錢賭之簞博突數度いたし候段不届ニ付遠嶋と相伺評議之上重追放と申上其通相濟候例も有之候間旁以前書御定ニ見合重追放」として、御搦場へ立入り、身分振れ候程悪事をしたことをもって猶又一等重い刑を科することは、「御搦之地ニ致徘徊上悪事いたし候もの……」なる御定に違反するとのべ、これを斥けている。

(三) 御定書第百三條「御仕置仕形之事」によれば、当時の刑罰体系は死刑、遠島、重追放、中追放、輕追放、江戸拾里四方追放、江戸拂、所拂、重敲、敲、手鎖、過料、入墨等々があり、この中入墨は主として盜犯に科せられる刑罰であったが入墨之上重追放等の刑名からも知られるように、一般には遠島、追放刑の方が入墨より重刑と考えられていた。

(四) 徳禁後、四、一四八―一五〇頁。

(五) いま本条にいう「入墨以上ニ可申付悪事」、「入墨ニ可申付程之悪事ニ無之」ものの具体的な事例を拾うと、前者は概ね窃盜罪、かたり、取逃等がこれに該当し、後者はこれらを除くその他の大部分の犯罪がこれに相当するが、判例の上でとくに目立つのは賭博罪である。

なお、ここで「入墨以上ニ可申付悪事」として窃盜罪を挙げたが、むろんすべての窃盜罪が入墨以上であったのではない。すなわち、初犯入墨以上の盜罪としては戸明之盜、建寄之盜、手元之盜などであり、途中之盜の初犯は敲であったからこれに入らない。もっとも、盜および贓物牙保の科により敲之上江戸拂になったものが、御搦場所へ立入り途中之盜をした事件につき、この悪事は盜の再犯にあたるものであるから入墨相当であり、したがって御搦場所徘徊の上、この種の

盜(盜の再犯)をしたものは「入墨以上ニ可申付惡事」をなしたもののゆえ死罪である、という特異な論理を展開した判例がある。すなわち、新類集二七(一〇九六)文化二・芝無宿鐵五郎初筆盜いたし候一件評議に曰く、

此儀吟味書之趣ニては先達て往來之盜并盜物と乍存質入いたし遣右代錢之内配分取候依科敲之上江戸拂ニ相成候と有之候間一旦敲ニ成候上輕盜いたし候もの入墨之御定ニて入墨ニ相當り候處御搦場所え立入候と之儀ニ付御搦之地ニ徘徊いたし候上惡事いたし候もの入墨以上ニ可申付惡事ニ候ハ、死罪と有之御定ニて死罪

評議之通濟

これによれば、盜の前科あるものが、御搦場立入の上で再び盜―それがいかなる輕微な盜であれ―を行えば、前科との關係で、盜の再犯として入墨に相當するから、このばあいの盜はすべて「入墨以上ニ可申付惡事」になるというのである。けだし、御搦場立入の上の惡事を、前科とは、獨立させて入墨以上、以下を考えるのか、前科との關係で考えるのかの違いにより、このような相違が生じたのであるが、後者の見解をとった判例は本件のほかには見当らない。

(六) 天保類集五九(二七) 天保八・大渡村無宿伊兵衛御搦場所江立入博突いたし候一件。同旨、天保類集五九(三四) 天保十・無宿平次郎外拾五人博突いたし候一件、天保類集五九(十二) 天保三・無宿主水博突いたし候一件。

(七) 天保類集五九(二九) 天保九・下谷山崎町貳丁目清次郎店甚之助事入墨三郎兵衛御搦場所江立入不届之取計いたし候一件。

(八) 第二節IIの二参照。

(九) 第二節IIの二注(一七)参照。

(一〇) 新類集二七(一〇九四) 文化十・無宿伊之助御搦場所え立入奉行所吟味中之女を奪取候一件。

(一一) 古類集二六(二〇〇八) 享和元・無宿勝平御搦場所え立入及不法候一件。

(一二) 天保類集五九(三) 文政十二・神田大和町代地彌兵衛店源次郎寄子入墨德次郎御搦場所江立入及口論候一件。

(一三) 天保類集五九(十一) 天保三・無宿常右衛門御搦場所江立入惡事いたし候一件。同旨、新類集二七(一〇九三) 文化元・無宿清三郎儀御搦場所ニて人ニ疵附候一件。

(一四) 德禁後、四、一三四頁。

（二五）科條類典朱書によれば、御搦場所外之例として、寛保二戌年八月の上總國牛袋村宇右衛門の一件を挙げている（徳禁後四、一二九頁）。

（二六）徳禁後、四、三五七頁。

（二七）ここで述べた御搦場外での再犯と類似したものに遠島者の再犯がある。すなわち、御定書第八十四條「遠島者再犯御仕置之事」は

従前々之例

一 遠島もの島にて死罪以上之悪事いたし候におゐては 死罪

但同類又ハ於其島ねたり事い~~ま~~し或ハあばれ候類之もの島替

と規定する。この中、本文は島における再犯が死罪以上の悪事であるから、死罪になるのは当然であるが、但書は本文の規定する死罪以上の悪事の同類、すなわち従犯と、ねだり等の行為をしたものを「島替」に処することとしている。これはこれまでみてきた再犯の加重とは趣を異にしており、実質的には同等の処分をしようとどまっていることを意味するが、ともかくこのような再犯者の危険性から島替によって、これを現在の島から隔離するという趣旨でもあろうか。いずれにせよ、御搦場徘徊の上の入墨以上の再犯者を死罪に処したのに較べれば、非常に寛大な態度といわなければならないが、本条本文が島にての死罪以上の悪事を死罪と規定したこととの権衡から、このような規定をおいたとも考えられるであろう。それはともかく、本条は刑の加重を課題とする、本項の問題とはなりえないのでこれ以上触れない。

Ⅲ 逃走による加重

前述のごとく、徳川刑法は、既決、未決の囚人が逃走したばあい、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)すでに行われた犯罪の刑（徳川刑法はこれを本罪と称した）の加重原由としていた。以下には

刑の加重原由としての逃走の問題を少しく考察してみたいと思う。

刑の加重原由としての逃走につき、百箇條第八十五條「牢拔手鎖外シ御構之地江立歸候もの御仕置之事」はつぎのごとく規定する。

(1) 寛保二年極

一 牢拔出候もの

本罪相當より一
等重ク可申付

(2) 寛保二年、延享元年極

一 手鎖外シ候もの

過怠手鎖ニ候ハ、定之日數より

一倍之日數手鎖

吟味之内掛置候ものに候ハ、

百日手鎖

寛保二年極

但手鎖外シ致欠落候ハ、本罪之相當より一等重ク可申付

(3) 寛保二年極

一 宿預ケ之もの欠落いたし候ハ、

本罪相當之御仕置より一等重ク可申付

右の諸規定の中、(2)、(3)については、その適用の上でほとんど問題がなく、また實際の仕置例も少ないので省略したが、以下には(1)の牢抜について検討する。

科條類典によれば、本条ははじめ寛保元年に、

是ハ享保三戌年牢屋敷焼失之節小盗いたし候付入牢申付置候處欠落いたし候もの先格を以遠島ニ伺候處此類死罪可仕段被仰出候ニ付牢拔出候ものも右ニ准し可申付候科無之吟味之内牢舎之ものハ可爲遠島候段元文三年

何之趣相認候處左之通御附紙を以被仰渡候

牢屋燒失之節欠落もの之事

是ハ牢屋欠落いたし又小盜にても致候事候哉左も無之候ハ、死罪ニハ及間敷候惣而此一件文言惡敷紛敷候間可除。

右之通御下知有之候間元文四未年伺帳ニハ其科之品ニより一等重キ御仕置可申付由相認申候得共當酉十一月手鎖外し致欠落候もの死罪ニ而可有之段猶又被仰渡候左候得ハ牢拔出候ものも死罪ニ可申付儀ニ奉存候午年御附紙之趣も御座候ニ付猶又奉候伺候^(三)

なる伺とともに、「一、牢拔出候もの 死罪」のごとき草案を提出したのであるが、その後

「一 牢拔出候もの

右相當より一等重ク可申付

右牢拔手鎖外御仕置件之通たるへき哉此儀に付度々之御書付ニ而紛敷候間彌致評議今一往可申上事^(三)

なる指示により、評議の結果、一旦、「一、牢拔出候もの 本罪より二等重ク可申付」の形で決定をみたが、さらにこれも改められ、結局前掲(1)のごとく成立したものであった。

さて、本条は「牢拔出候もの 本罪相當より一等重ク可申付」と規定する。これはいうまでもなく、牢から逃走したものに付き、その逃走者の本来受けるべき刑罰をさらに一等加重する、という趣旨である。もっとも、ここで「本罪相當より一等重ク可申付」というのは、刑の加重一般についての原則を示した、御定書第百三條「御仕置仕形之事」の中の、「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」なる規定により、刑の加重を行なうのは遠島以下に限られていたのであり、本罪死罪相當のものを牢抜により、さらに一等加重(たとえば引廻之上死罪の

ごとく) することのなかつたのはむろんである。(四)

しかるに、本罪が盗により入墨重敲のばあい牢抜したものを一等加重して死罪に処するか否かでは判例に二通りある。すなわち、はじめ判例は文化八年・駿府馬場町政五郎盗并牢抜いたし候一件ではこれを肯定して死罪と判決したが、^(五) つづく文化九年・無宿千代吉盜又は牢抜いたし候一件ではこれを肯定して死罪とした評定所一座評議を、老中は疑問ありとして、再評議、再々評議を命じ、いずれも却下してさらに再審議をなさしめている。すなわち、文化九年

・無宿千代吉盜又は牢抜いたし候一件評議は、最初、

此儀此もの本罪ハ御定書ニ晝夜ニ不限戸明キ有之處又は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に見合入墨之上重敲ニ可相當然ル處牢抜いたし候ものに付牢拔出候もの本罪相當より一等重く可申付と有之御定并去未年評議ニ御下ケ被成候駿府町奉行相伺候……儀……晝入口戸建寄又は明キ有之候寺院百姓家三軒ニて人不居合留守躰ニ付有合候衣類拾貳品盜取偽を以質入いたし候代錢貳貫九百貳拾四文酒食ニ遣捨其上御仕置を遁度存相牢半藏任申馴合三吉ハ同意不致迎聲立動キ不成様兩人ニて縛り牢を拔出逃去候始末重々不届至極に付死罪と相伺評議之上伺之通と申上其通相濟候例ニ見合此ものは牢屋近邊出火ニ付囚人共一同牢鞆をえ差出混雜之紛レ鞆を逃去候ものニ付牢抜之趣意は格別例より輕ク相聞候得共牢屋類燒之節放シ遣不立歸逃去候とハ譯違ひいづれ牢抜いたし候ものニハ無紛牢抜いたし方ニて輕重差別を附候筋ニは有之間敷儀故前書御定并例をも見合死罪可申付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え可申渡^(六)

とのべて、入墨重敲の一等重きは死罪、という盜賊御仕置段取にしたが^(七)って死罪としたのであるが、これに対し、老中は「盜賊御仕置段取により入墨重敲の一等重きは死罪というのは、いちおうもつとものように思えるが、これは『生死之境』のことで『不輕儀』である。盜賊筋には遠島、追放がないというが、以前は盜賊筋でも遠島、追放はあ

たし、近来では牢屋類焼の折放遣して立帰ったものや、幼年のものなど一等輕きは遠島に処せられているから、遠島、追放には処せられないといつても、ばあいによるものではなからうか。その上御定書にも、一等重キは遠島以下たるべし、とある。これは要するに、滅多に死罪を申渡さないという趣旨にほかならない。また牢屋類焼の折放遣して立帰らぬものと差別無く、本罪を科するだけにとどめると、牢内取締にも影響するといふが、立帰らぬものにしても、立歸るべしという申渡を守らぬ点においては、これまた取締に不拘とはいえないのである。しかも本件のばあい、牢屋類焼という非常のばあい不凶やったことで兼て巧んでメリを破ったのとも違い、犯情も至って輕い。なお、入墨重敲より死罪までの間に段取がないというならば、一等重キは死罪という御定もないのである。これらを考えると、本件はなんらの加重もせず本罪のまま申渡すか、本罪より加重するのが正当だとしても入墨之上追放か遠島というところが適當なのではあるまいか」と指摘して、さらに評議を命じている。

その結果、今度は全員、「入墨重敲の一等重キは死罪」という、これまでの合議の線を崩して、これを否定する方向で苦心の解釈を試みている。その中、とくに興味のある、松平兵庫頭、曲淵甲斐守連名の回答を左に掲げる。曰く、

此儀盜賊御仕置之儀は入墨重敲之上は追放遠嶋等ニは不被處直ニ死刑ニ被處候儀と一統相心得候儀ニ付既ニ先達て右御仕置段取之儀一座評議之上申上候儀ニて累年右之心得ニ罷在因ては數度之先例も右ニ泥ミ候儀ニ可有之哉此度も先例ニ基候て死罪と申上候得共猶又御尋ニ付熟察仕候趣左ニ申上候

一 盜賊ニ通り之罪狀ニ有之候得は申上置候段取之通りニて可然候得共外牢拔之科相混候間段取通之御仕置當りにては相當仕間敷哉ニ奉存候事

一 牢拔出候者本罪相當より一等重ク可申付と有之候此。一。等。と。有。之。候。は。一。通。り。一。等。重。り。候。儀。ニ。可。有。之。然。ニ。當。時。盜。賊

御仕置之一等と心得候は入墨敲等より直ニ數等を越候て死罪ニ引當候儀にて牢拔出候もの一等重くと有之最初之御趣意之一等とは相違可仕奉存候事。

一 死刑ニ可相成盜賊ニても孝心之故を以遠嶋追放等ニ被宥候例數多有之候上は入墨重敲より重り候節も同様之趣意ニ可有之哉既ニ先年之盜賊御仕置遠嶋追放等ニ相成候例も有之候事

一 御林之竹木盜伐いたし候もの頭取重追放頭取ニ准候者中追放と有之盜賊御仕置ニ追放無之とも難申候事

一 遠嶋ニ可相成者牢拔致候も一等重御仕置ハ遠嶋以下たるへきとの御定ニてやはり遠嶋ニ可被處入墨重敲之もの牢拔致候迎被處死罪ニ候は嚴刑ニ過可申奉存候事

一 千代吉所業手強致方ニも無之本罪ニ可被居置候哉ニも候得共遠嶋以下之本罪之者ニ候上は被居置候ては牢拔之御仕置立不申且は以後之御取締ニも相拘り可申奉存候事

右ケ條を以申上候通之趣意ニて何レ死罪相當ニは有之間敷本罪ニ被居置候も御定ニ振可申奉存候依之御仕置當之儀は入墨之上所拂追放等之内ニ此度御定被置候方ニ可有御座哉御仕置改り候姿ニ御座候間差定難申上奉存候(八)

まことに理路整然たる見解であり、漸く老中もこれらの意見を綜合して「存命ニ候得は入墨之上江戸拂」と差凶して落着いたのであった。

惟うに、本条の「本罪相當より一等重ク可申付」というのは、単純にいちおう予定されている刑を一等加重するということである。したがって、本罪の種類が盜であろうとゆすりであろうと、それらには無關係に、その法定刑より一等重ク申付けるということなのである。しかるに本件は、この牢拔による加重を、たまたま被告が盜犯であることに眩惑されて、盜罪における一等加重と混同したことから生じた混乱であり、まことに兵庫頭・甲斐守提出の右意見書指摘のごとく、「牢拔出候もの一等重ク可申付」とある御定書の趣旨とは相違するものといわなければならぬ

い。

(一) もっとも、遠島者の島拔は例外である。けだし、百箇條第八十四條「遠島者再犯御仕置之事」は、

寛保二年極

一 島を逃候もの

於其島

死罪

と規定し、これを独自の逃走罪として処断しているからである。

(二) 徳禁考、四、一二五頁。

(三) 徳禁考、四、一二五―一二六頁。

(四) たとえば、古類集二六(二〇六三)安永九・無宿清左衛門盗いたし候一件。判決全文を示せば、

柴村藤三郎御代官所

甲州八代郡市川大門村

百姓藤右衛門伴

當時無宿

清左衛門

右之もの儀三年前村方にて小盗仕其後同類雪松申合所々え忍入衣類反物盗取不届ニ付先達て入牢申付置候處其後牢拔仕候儀重々不届至極ニ付引廻し之死罪

此儀吟味書之趣にては所々にて盗いたし候内兩度は垣を潜り這入衣類其外盗取其上牢抜いたし候ものニ御座候牢拔出候もの本罪より一等重く可申付御定有之候間伺之通引廻し之上死罪ニても可有御座候得共一等重キ御仕置は可爲遠嶋以下御定も有之此ものは忍入之盗ニて本罪死罪ニ相當り候ニ付引廻しニ不及死罪

評議之通濟

(五) 新類集二七(一一二九)文化八・駿府馬場町政五郎盗并牢抜いたし候一件。

(六) 新類集二七(一一三〇)文化九・無宿千代吉盗又は牢抜いたし候一件。

(七) 徳川刑法上、盜賊の刑罰は通常の死刑―遠島―追放……といった刑罰体系とは異なる独自の刑罰体系によって行なわれていた。すなわち、文化三年に確定せられた、「盜賊御仕置段取」というものがこれで、文化三寅年「盜賊御仕置段取評決之事」によれば、死罪―入墨重敲―入墨敲―入墨―重敲―敲―それ以下の刑という「段取」になっており（徳禁後四、二九〇頁）、文化九年の評議（前掲註(6)所引判例評議）において評定所が「盜賊御仕置ハ遠嶋追放等ニは不被處且盜人御仕置段取ハ去ル寅年申上候通入墨敲直ニ死罪ニ被處候儀」となし、また文政九年の評議（天保類集七（十四）文政十二・上早見村無宿喜左衛門牢屋類焼之節放遣立歸候ニ付御仕置有方之儀評議）では「盜刑死罪之弛ミハ入墨敲ニて盜賊御仕置段取之儀入墨敲之一等重きは入墨之上重敲」といつているように、盜罪には遠島追放を科さない建前をとっていた。なお、この点に関する詳細は、平松博士「徳川幕府刑法に於ける窃盜罪」（国家学会雑誌第六五卷十一・十二合併号）の第三章を参照されたい。

(八) 前掲註(六)所引判例。

三

徳川刑法において刑の減輕理由とされたものは比較的多い。

まず犯罪に内在する刑の減輕理由としては、幼年者、乱心者等の限定責任能力による減輕、未遂減輕、あるいは不正侵害に対する反撃のごとき違法性に関する減輕等があるが、このほか特異なものとしては、百箇條第百條に、「名目重相聞候共事實におゐて強而人之害ニ不成ハ罪科輕重格別之事」として形式的には重罪であっても、実害のないときは、その刑を減輕すべきこととしたもの等が挙げられる。

これに対して、犯罪の外にある―ことに犯罪後に生じた―事由が減輕理由とされることも少なくない。徳川刑法における、この種の減輕理由としては、イ自訴、ロ白狀、ハ「牢屋焼矢之節放手遣立歸候」による減輕がもつともふつうであるが、なおこのほか、きわめて特殊な事例として、御定書第六十五條の規定する、従者・子の告発による主人・

親の刑の減輕がある。

以下本節においては、自訴・白狀による減輕、牢屋焼失の際釈放後帰牢による減輕を中心とし、ついで前記御定書第百條による減輕、第六十五條の規定による減輕を一括して、その他の法律上の減輕として、順次考察してゆくことにする。

（一） 徳川刑法において、幼年者、乱心者は責任無能力者ではなく、限定責任能力者であった。この点に関し、御定書第七十

九條「拾五歳以下之者御仕置之事」、第七十八條「亂氣ニ而人殺之事」参照。

（二） 幼年者、乱心者の刑の減輕、未遂による減輕等は、それぞれ刑事責任能力、未遂犯の問題として、別個に取扱われるべきものであるから、ここでは除外する。

I 自訴、白狀による減輕

一 自首は当時自訴と称したが、これに関する直接的な規定は御定書の中には存在しなかった。すなわち、御定書はその第五十八條「悪黨者訴人之事」の条文の但書に「但惣而罪科之者を訴出におゐてハ同類たりといふ共其科を被免候事に候條其趣を以可致作略事」とのべて、犯罪を訴出たばあいは、たとい同類でもその刑を免ずる旨を規定するにとどまったので、御定書が自訴に刑の一般的減輕事由をみとめたのかどうかはしばしば問題になった。

すなわち、まず盜犯については、寛政三年「自訴いたし候盜賊之儀ニ付評議仕候趣申上候書付」は、

（前略）此儀ノリ有之所明ケ這入盜いたし右品賣拂質入等いたし候後吟味ニ相成候を承自訴いたし候もの之例差當り相見不申候得共親兄弟主人等之難儀を存自訴いたし候とも譯違ひ盜物賣先等之儀より吟味ニ相成候を承り訴出たとひ致後悔候由申立候とも御仕置ゆるみ候ハ、盜いたし候とも自訴仕候得は重キ御仕置ニは不相成儀と存候様罷成候ハ、右類自然と出來可仕其上舊惡御定ケ條之内ニも人家え忍入候盜人ハ舊惡ニ候とも御仕置相伺可申と

有之舊惡にてさへ御仕置はゆるみ不申間後悔いたし候由にて自訴仕候とも御仕置ゆるみ候筋ニは有御座間敷哉ニ奉存候^(一)

といい、第一に盜賊が盜物の売先などから吟味になったことを知り、たとい後悔して自訴したとしても、これの刑を減輕すれば自訴さへすれば窃盜を働いても重い罪にならないと思ひこむようになるであろうこと、第二に忍入之盜などのばあい、旧惡であっても刑を免ぜられることもないのに、自訴したことによって御仕置をゆるめるのは不都合であることなどから、盜賊の自訴は認め難いのではないかと評議しているが、さらに翌寛政四年の、「盜賊自訴之儀評議」は、

一 盜賊者自訴致し候而も御仕置弛不申事^(二)

とのべて、はっきりこれを否定する態度を示している。

これに対し、博突についてははじめ寛政六年・武州下高輪村新左衛門店八五郎博突いたし候一件評議は「此儀本罪重敲之ものニ御座候處自訴いたし候ものニ付一等軽く五十日手鎖^(三)」と判決して自訴による減輕をみると、さらに寛政九年五月の町奉行の傳達も、

博突打候もの自訴之儀自訴より起吟味ニ相成候ものハ御仕置も軽く可相成者勿論之儀ニ候吟味取懸候節欠落いたし吟味中自訴いたし候ものニも假令ハ最初ハめぐり博突と申立候處自訴ニ而篤博突之儀顯候杯と申様成類何れにも自訴故吟味も明白ニ分り御仕置も相立候もの杯ハ仕儀次第自訴ニ相立御仕置軽く可相成候得共一通捕方之節迄去吟味中自訴いたし候類者自訴には不相立御仕置軽くハ不相成方ニ相心得候様被仰渡候^(四)

とのべて、やはりこれを当然のこととして肯定している。

しかるに、同じく寛政九年・深川永代寺門前仲町文次博突いたし候一件評議は「此儀吟味書之趣にては文次博突

手合之ものニ候處同人被召捕吟味ニ相成候趣承り自訴いたし候ものニ付自訴ニは難相立御仕置ゆるみ候筋ニは有御座間敷候間去ル寅年之御書付ニ見合重敲（五）とのべて、自訴をみとめて一等軽く五十日手鎖と伺った掛奉行の見解を斥け、本罪通り重敲としたのに対し、老中はこれまで博奕の自訴について一等軽く処断すべき評議を行なつた例もあるので、いま一度自訴者の取扱ひについて評議せよと命じている。これに対する評定所一座の評議は、

此儀自訴いたし候もの御仕置寛み候儀ハ御定者無御座盜物質ニ取又者買取候もの之御定ニ町觸之節於訴出候ニハ其品取上不及咎と有之候得共右者自訴之引當ニハ難相成僉議事有之時同類又ハ加判人之内より早速致自訴謀計之もの共相顯ニおゐてハ本罪相當より一等軽く可申付旨之御定も御座候間自訴いたし候もの有之節右自訴ニ付外不埒之者相顯候類者勿論其趣意右御定ニも引合候ものハ自訴之もの御仕置之儀ハ一等軽く申付候心得ニ罷在候然處博奕之儀ハ御法度之儀相辨罷在右御法度を背博奕致し右手合之内より露顯可致様子ニ候得ハ追々右手合之者ハ自訴さへ致候得ハ御仕置ゆるみ候儀と存量り訴出ゆるかせにも相成可申候近年別而過料手鎖之分をも敲重敲ニ申付候様嚴重ニ被仰出候御趣意ニも相違仕候間都而右博奕之儀ハ自訴之もの申口より吟味ニ相成或者重立候もの之御仕置相立候類者右御定見合取計吟味ニ相成候を承り訴出候分ハ自訴ニハ不相立方御取（六）ニも可然哉と評議仕申上候儀ニ御座候

のごときもので、ここで評定所一座は「自訴いたし候もの御仕置寛候儀は御定は無御座」との見解をとりつつも、百箇條の第百二條に「一、惣而僉議事有之時同類又ハ加判人等之内より早速致白狀依之謀計之者共相顯ニおゐてハ右早速白狀之ものハ自本罪相當一等軽く可申付事」という自白に関する規定から類推して、自訴者も刑を減輕することがあるが、博奕に関してはその発覚前の自訴はみとめ、発覚後の自訴はみとむべきでないという意見をのべたのであった。しかるに老中はこれに対し、「書面先例も有之候間是迄之通都而右類自訴相立候積相心得可申（七）」とのべて、自訴

に対してかかる區別を行わず、これまで通りすべて自訴をみとめることとなすべき指令を与えたので、ここに自訴の効力を確立するにいたっている。^(八)

さて上述したところにより、徳川刑法は盜罪については自訴をみとめず、博奕についてはこれをみとめる方針であったことが明らかとなったが、しからば右以外の犯罪のばあいはどうか。御仕置例類集には、「自訴并ニ白狀等之部」と題して、自訴に関するおもな仕置例を挙げているが、いまこれを中心としてこの問題を検討してみると、特殊な例外を除き、^(九)あとは概ねこれを肯定する態度を示していたことが知られる。たとえば、人殺の手傳をしたのち後悔して自訴したものについての、寛政三年・護持院領常州筑波郡筑波町の虚無宿登々一件、^(一〇)文政十年・相州三崎西之町清助人殺之差圖いたし候一件、^(一一)過失殺人事件についての寛政九年・武州日影村源兵衛一件、^(一二)傷害についての安永四年・當時無宿小太郎一件、^(一三)器物損壞についての天明六年・元大工町市五郎一件、^(一四)また贓物故買に関する、天保元年・無宿豊吉船積荷物盜取候一件、^(一五)同じく牙保についての寛政十一年・神田多町勝治方ニ居候定藏盜物取捌候一件、^(一六)さらに贓物たるの情を知らず世話したものに關する、安永四年・當時無宿吟右衛門盜いたし候一件、^(一七)文化九年・無宿吉藏盜いたし候一件等々の「盜物怪敷品取扱訴出候類」に蒐められた一連の仕置例、^(一八)あるいは島拔ののち自訴して死罪を宥され遠島とされた、寛政三年・常州小目村治十儀を申立候無名御箱訴一件等々概ね自訴に刑の減輕の効力をみとめているのである。

これを要するに、当時の裁判所は自訴に關して盜罪とその他の犯罪とでその取扱いを異にし、後者についてはこれを肯定する傾向にあつたといふことができるであらう。^(一九)

以上の考察により、自訴に刑の減輕の効力をみとめるのがふつうであつたことを知りえたが、當時はそのほか自白にも刑の減輕をみとめるばあいが存した。つぎにこの問題を考えてみよう。

二 自白は當時白狀を稱した。周知のように、當時の刑事訴訟たる吟味筋にあっては、白狀が重んぜられたから、

しばしばこれを求めて拷問が行われたが、^(二三)ここで刑の減軽原由たりうる自白として問題にするものは、これらの自白のすべてではない。

すなわち、御定書第百二條「僉議事有之時同類又ハ加判人之内より早速及白狀もの之事」に、

追加 延享二年極

一 惣而僉議事有之時同類又ハ加判人等之内より早速致白狀依之謀計之者共相顯ニおるてハ右早速白狀之ものハ自本罪相當一等輕ク可申付事

のごとく規定している自白がそれであり、僉議事のある際、共犯の中からいち早く白狀し、その白狀によって主謀者等の犯罪が発覚するようなばあい、このような白狀をしたものは自らの本罪相当よりも一等軽く御仕置すべしというものである。したがって、自白が右の要件を充足する限り、犯罪の種類の如何を問わず、すべて刑の減軽原由とされたことはいうまでもない。たとえば、博奕事犯における白狀につき、享和元年・御作事方定小屋御門番人竹田唯七めぐりかかるたいし候一件評議は、

此儀僉議事有之時同類又ハ加判人之内より早速及白狀候もの之御定を以一等軽く相伺候得共此もの儀は芝邊途中ニて紙屑買よりめぐり札買取置竹田唯七外四人罷越候節めぐりかかるた相初候本人にて同類又は加判人之譯にも無御座其上右御定は謀計之もの相顯候節之ものニ可引當儀ニ可有御座めぐりかかるたいし候段ハ謀計と申程之儀ニ無御座候間土佐守見込之趣承候處濱御庭方之内ニて博奕有之趣風聞ニ付相探吟味可仕段并伊兵部少輔先達て申聞品々勘弁之上利助儀は前書十右衛門續合之ものニて利助も博奕ニ携候趣ニ相聞候故召捕吟味いたし候處御家人共手合ニてめぐりかかるたいし候段早速及白狀吟味も相分り向後之御取締も附候間一等輕ク相伺候段申聞然ル上は博奕之訴人は其身舊惡をも相改候ニおるては御褒美可被下旨度々被仰出候御趣意ニも可准ものニ御座候間伺之通五十日手鎖

評議之通濟 (二四)

とのべ、また盗に入り人を殺した事件における白狀に關し、文化十三年・肥前國長崎村船津浦伊之助外四人唐船江盜ニ入其上唐人を海中江投込爲及溺死候一件評議も「此儀頭取は一件之内伊之助ニ而此ものハ同類ニ付伊之助を輕く盜可致と徒黨いたし人家江押込候もの頭取獄門同類死罪と有之御定之段取ニ見合外國人之存意を不恥ものニも御座候間引廻し之上死罪相當ニ可有御座候處早速有躰及白狀右ニ付一同之惡事速ニ相分候由……惣而僉議事有之時同類又ハ加判人等之内を早速白狀いたし依之謀計之もの共相顯ニおるてハ右白狀之ものハ本罪相當を一等輕く可申付事と有之御定ニ見合一等輕キ御仕置ニ可相成ものニ有之……」(二五)とのべ、本罪引廻之上死罪を白狀により遠島と判決してゐる。

なお、本條の自白はその自白により共犯の犯罪が明るみに出るといふことにより刑の減輕の効力をみとめたものであるが、このような作用は往々自訴のばあいにもありえたのであり、事実自訴により犯罪の全貌が明るみに出た事件の自訴者に本條を適用したケースもある。たとえば、

寛政八年・攝河泉播村々之もの共賄路差出候一件

……
兵助

右之もの儀……旁不届ニ付輕追放可申付哉之段可相伺處未數ケ村之もの共え吟味不相懸内致後悔最寄手代共え取次相贈又は手代共より差戻候金子之口々委細申立自訴いたし此もの依申立村々無殘吟味行届候ニ付咎之不及沙汰

此儀一件之内嶋屋源兵衛同様之ものニ御座候得共吟味之趣承自訴いたし候ものニ付僉議事有之時同類又ハ加判人之内より早速及白狀候もの之御定ニて自本罪相當一等輕ク江戸拂ニ准し大阪三郷拂

評議之通濟 (二六)

のごときはその一例であり、そのほか前記博突自訴に関する評議の中で、「……：僉議事有之時同類又ハ加判人之内より早速致自訴謀計之もの共相顯ニおゐてハ本罪相當より一等級可申付旨之御定も御座候間自訴いたし候もの有之節右自訴ニ付外不埒之者相顯候類者勿論其趣意右御定ニも引合候ものハ自訴之もの御仕置之儀ハ一等級申付候心得ニ罷在候」とのべて、本条の白狀を自訴と混用していること、しかも本条の白狀同様自訴によって共犯が発見されたときは、本条の類推により、このような自訴にも刑の減輕の効力をみとめているのである。それはともかく、自訴に内在する右のごとき作用のゆえでもあろうか、本条の白狀はしばしば自訴と混同して用いられた節のあったことを附言しておく。

- (一) 公案比事、三十
- (二) 古事類苑、法律部三、七〇〇頁。
- (三) 古類集二五（一九八〇）寛政六・武州下高輪村新左衛門店八五郎博突いたし候一件
- (四) 徳禁後、三、一六二頁。
- (五) 古類集二五（一九八一）寛政九・深川永代寺門前仲町文次博突いたし候一件。
- (六) 博突自訴之儀ニ付申上候書付（徳禁後三、一六三—一六四頁）。
- (七) 徳禁後、三、一六三頁。
- (八) ただこのばあい、自訴のみとめられるのは、行為のち後悔して自首したもの、あるいは共犯が逮捕され吟味になったことを知って自首して出たもの等であり、共犯が逮捕されるときその場を逃去り、のちになって自首して出ても自訴としてはみとめなかった。この点につき、古類集二五（一九八四）寛政十二・武州神戸村直右衛門其外之もの共賭的いたし候一件、同二五（一九八五）享和元・上州小平村百姓富八博突いたし候一件、同（一九八七）享和二・音羽町喜左衛門店勝五郎博突いたし候一件等参照。
- (九) 殺人ののちの自訴に關し、古類集二五（一九五六）寛政十二・小日向西古川町伊之助儀音羽町六丁目仁兵衛を及殺害候

一件評議は「……再應評議仕候處仁兵衛横合より棒を以伊之助え打懸り候は見留候ものも有之由一件申口符合いたし或ハ人を殺候ものにて自訴いたし候故を以御仕置弛ミ候も如何にて一躰伊之助不得止事及口論打合候譯も無之たとへ仁兵衛最初より之相手ニ無之候とも益太郎は仁兵衛同町之もの故益太郎持候貫を伊之助引合打折候節仁兵衛横合より棒を以打懸り候は益太郎ニ荷擔いたし候ニ相當相手ニ無之とも難申候間人を殺候もの下手人之御定にて下手人」とのべて、これを否定しているのが、盗以外で自訴のみとめられなかったほとんど唯一の例である。

(一〇) 徳川時代裁判事例刑事之部九九五―九九七頁、人の造意に與し人殺の手傳をなすの後自訴せし者。

(一一) 天保類集五七(一) 文政十・相州三崎西之町清助人殺之差圖いたし候一件。

(一二) 古類集二五(一九五五) 寛政九・武州日影村源兵衛猪鹿打候翦玉ニ中り同國本郷村勘左衛門下人清藏相果候一件。

(一三) 徳川時代裁判事例續刑事之部二二九頁。

(一四) 天保類集五七(十) 天保元・無宿豊吉船積荷物盗取候一件。

(一五) 撰述格例後篇五ノ上(三) 寛政十一・神田多町勝治方ニ居候定藏盗物取捌候一件。

(一六) 古類集二五(一九五七) 安永四・當時無宿吟右衛門盗いたし候一件。

(一七) 新類集二六(一〇七六) 文化九・無宿吉藏盗いたし候一件。

(一八) ただこのばあいでも、買主、証人の印形をとらず無判の質物をとったばあいは、自訴しても刑の減輕はなかった。たとえば古類集二五(一九七三) 寛政十二・五郎兵衛町杵右衛門店番組人宿久助寄子脩藏盗可致と這入又は盗博奕等いたし候一件参照。

(一九) 公案比事四十三、寛政三・常州小目村治十儀を申立候無名御箱訴一件。

(二〇) 自首するつもりで出頭する途中逮捕されたものについても、自訴をみとめた事例がある。古類集二五(一九九七) 寛政六・寄場人足御仕置一件評議参照。

(二一) なお人足寄場逃走後の自訴に関しては特別規定がある。すなわち、

寛政十二・寄場御仕置附

一 圍を破り又は乗越逃去候ハ、遠嶋、但後悔致し立歸候ハ、重敲。

一 構外江出罷逃去又ハ使先より逃去候もの 初度ハ重敲、二度目ハ入墨重敲、但後悔致し立歸候ハ、三十日手鎖

追加、文政四年

一 追放申付候上人足寄場江遣候もの圍を破り又は乗越逃去候ハ、死罪、但自訴いたし候ハ、重敲之上前之御仕置より一等重く可申付事。

一 入墨又は敲之上重追放申付寄場江遣候もの逃去自訴いたし候ハ、遠嶋（棠蔭秘鑑、貞八十五）

(二三) もっとも拷問は無制限に行われたのではなく、その行わるべきばあいは、いちおう限定されていた。すなわち、御定書第八十三條「拷問可申付品之事」によれば、人殺、火附、盜賊、関所破、謀書謀判の証拠が分明であるにもかかわらず白状せず、また同類の中に白状するものがあってもなお白状しないもの、および他罪の詮議中に死罪に相當する犯罪が判明したものに限り行われるのであり、そのほかの犯罪について拷問するには奉行の評議を必要とすることと定められていた。この点につき、石井博士・日本法制史概説四八一―四八二頁参照。

(二四) 古類集二五(二〇〇四) 享和元・御作事方定小屋御門番人竹田唯七めぐりかるたいたし候一件。

(二五) 續類集三二(十九)・肥前國長崎村船津浦伊之助外四人唐船江盜ニ入其上唐人を海中江投込爲及溺死候一件。

(二六) 古類集二五(二〇〇三) 寛政八・攝河泉播村々之もの共賄路差出候一件。なおこの仕置例で、何が「……委細申立自訴いたし此もの依申立村々無殘吟味行届候ニ付咎之不及沙汰」としたのは、本件被告の自訴を犯罪の告発とみなし、第五十八條「悪黨者訴人之事」の規定を適用したものであるが、ここでは犯罪そのものはすでに発覚しており、捜査もしくは取調の段階に入っていたものであるから、被告の行為は明らかに自訴である。

(二七) 註(六) 所引判例参照。

II 牢屋焼失の際釈放後帰牢による減軽

一 牢屋焼失の節放チ遣し立歸りしことによる減軽に關し、御定書第八十五條は

寛保二年極

一 牢屋焼失之節放チ遣不立歸もの

同

一 右焼失之節放ち遣立歸候ハ、

不立歸不及咎
本罪相當之仕置可申付

本罪相當より一
等輕ク可申付

と規定する。いうまでもなく、当時の牢は既決、未決の囚人を収容する施設であったが、これが焼失の際避難の暇なく、いわゆる爛額燃眉の危険にさらされたときは、人命保護の見地から囚徒を釈放した。これを切放という。

この切放の際、囚獄石出帶力は各牢の囚人に対し、

途中神妙ニ分散不致差圖の場所へ立退可申尤申渡相守立退候得は先格有之銘々御仕置格別の御宥怒も可有之尚私
よりも其段急度相願可遣間心得違不仕差圖の場所へ參着可仕(二)

と申渡すのが例であったが、本条はこの切放の際、囚獄の申渡に背き、そのまま逃走したものについて、(牢拔とは違うので)そのことにより刑の加重を行うことはせず、本罪そのままの刑をもって論ずること、また申渡を守って立歸ったならば、本罪相当より一等減輕すべきことを規定したものである。ところで本条は、右の規定の形式からも明らかのごとく、その適用にあたっては、犯罪の種類を問わず一律に減輕の対象としていたから、前述自訴が盜罪においてこれを否定していたのと大きな相違をなしている。

以下、本条の適用により刑の減輕された仕置例を、本罪が礫、火罪などの死罪より重い犯罪のばあいと、本罪が死罪以下のばあい、に分けて概観することとしよう。

二 本罪が死罪より重い刑罰のばあい。

前述のごとく、本条による減輕は犯罪の種類を問わず、すべての犯罪に適用された。したがって、その本罪も磔、火罪、獄門以下もろもろの種類にわたっていたことは当然であるが、ここでとくに注目されるのは、このような一般に死罪以上の重罪とされていた本罪の減輕においても、刑の減輕の原則を示した百箇條第百三條の「自本罪一等輕キ御仕置之事、死罪ハ遠島重追放」なる規定が拡張されて準用され、本罪死罪のばあい同様、遠島たるべきものとされていたことである。

すなわち、本罪磔のものが牢屋類焼の節切放たれ、のち帰牢した事例につき、明和九年・其所ニて磔ニ可成もの牢屋類焼之節立歸候儀ニ付評議は、

此儀御尋之通於其所磔之本罪ニて一等輕く遠嶋ニてはゆるミ過候得共御定書ニ一等輕キ御仕置死罪は遠嶋重追放と有之磔火罪獄門之一等輕キ御仕置別段之御定無御座候さん外三人は關所山越いたし候ニ准候科之ものニて一旦御法度背候得共牢屋類焼之節放遣牢屋敷之申渡を相守立歸候もの共ニ御座候間大隅守伺之通遠嶋被仰付可然哉ニ奉存候

評議之通濟^(三)

とのべ、御定書は磔、火罪等の一等輕キ御仕置について別段何の定めもなく、たしかに、磔の本罪で一等輕く遠島では「ゆるミ過」のようでもあるが、ともかく牢屋敷の申渡を守って立歸ったものであるから、ということと遠島と評議しているし、同様に、本罪引廻し之上火罪のものに関する、明和九年・附火いたし候もの牢屋類焼之節立歸候儀ニ付評議も、

此儀爲可致盜火を附候ものニ御座候間監物伺之通引廻し之上火罪相當ニ御座候處牢屋類焼之節放遣立歸候間御定

之。通。一。等。輕。可。申。付。も。の。二。御。座。候。一。等。輕。キ。御。仕。置。死。罪。は。遠。嶋。重。追。放。之。御。定。ニ。て。火。罪。之。一。等。輕。キ。御。仕。置。別。段。ニ。は。無。御。座。候。得。共。火。を。附。候。も。の。を。遠。嶋。又。は。入。墨。敲。ハ。相。當。り。申。間。敷。別。紙。類。例。を。見。合。趣。意。同。様。ニ。も。可。有。之。哉。ニ。付。遠。嶋。ニ。准。し。永。牢。可。申。付。旨。被。仰。渡。可。然。哉。ニ。奉。存。候。

評議之通濟^(三)

とのべ、牢屋類焼の節立歸った以上「御定之通」一等減輕せねばならぬが、一等輕キ御仕置死罪は遠嶋重追放の御定はあるが、火罪の二等輕キ御仕置については規定がなく、かといって放火犯人を遠嶋または入墨敲というのも相当しないから、遠嶋に准じて永牢を申付くべきであるとしている。

これらはいずれも、本罪が一等輕キ御仕置について、御定書に規定のない死罪より重い極刑に相当するものであるが、このようなばあいでも牢屋立歸による減輕においては一等減輕の規定が拡張され、ともかく死刑を避けるため數等輕い遠嶋またはそれに准ずる永牢にまで減輕したものであった。したがって、本条の一等減輕は原則として、一等減輕という意味であり、一等減輕してもなお死刑というばあいは、遠嶋になるまでそれ以上の減輕をもするという趣旨であったと解される。^(四)

三 本罪が死罪以下のばあい。

本罪死罪以下の刑の減輕は、御定書第百三條「御仕置仕形之事」にみえる

追加、延享二年極

一 自本罪一等輕キ御仕置之事

但都而右之輕重ニ可心得事

死罪ハ 遠嶋重追放
遠嶋ハ 中追放

なる規定により、ほぼ機械的に処理せられていた。たとえば、寄場逃亡の科により死罪のところ、帰牢により減軽せられ、死罪の一等輕キは遠嶋、重追放であるから重追放と伺うべきであるが、前科にすでに重追放があるという理由で遠嶋に処せられた例、^(五)かたり事、謀書のゆえをもって死罪たるべきものが減軽せられて重追放とされたもの、^(六)身分を詐り公用の人馬駕籠を不法に使用した廉で死罪たるべきものが重追放に減軽せられた例、^(七)旗本の身分でありながら狼藉を働き傷害に及んだことにより、遠嶋たるべきものが中追放せられた事例、^(八)あるいは狼藉の上器物損壞の廉で敲之上所拂のものが減軽されて敲とされた例等々、ことごとく右の原則にしたがって一等輕く、すなわち二段下の刑にまで減軽せられていたのである。

もっとも、右のごとき通常の刑罰体系に規定のない、武士特有の刑罰についてはその減軽の方法につき、とくに議論の行われたことがある。たとえば本罪御扶持召放の御家人につき、一等減軽して五十日押込と伺った掛奉行の見解に対し、御扶持召放を一等減軽して五十日押込はゆるみ過ではないかという疑問が出され、評議の結果御扶持召放より輕い刑といえ、^(九)「其身一代切之小普請入」ということになるが、これでは一段輕いだけで一等輕いということにはならず、閉門、逼塞といった刑もあるけれども輕キ御家人のばあいは押込でもよいのではないかという意見が出、結局、五十日押込ということで落着している。^(一〇)ここでも冒頭に掲げた第百三條の原則通り、一等減軽というのは二段下の刑に減ずることであり、一つ下は「一段輕」だけであるとして斥けていることに注意しなければならない。

ところで、以上のべてきた第百三條による刑の減軽の原則は、当時の一般的な刑罰体系を念頭において建てられたものであり、これが独自の刑罰体系をもっていた盗罪のばあいは、本条とは別の盜賊御仕置段取にしたがって減軽の行われたことはいまでもない。むしろ、そのばあいでも、一等輕くというのが二段下の刑にまで減軽するという原則は守られてはいるが、盜罪独特の複雑な再犯の問題とも絡んで少々厄介な取扱いを示していることも事実なので、

以下この点について若干検討してみよう。

さて、盗罪により死罪たるべきものが、一等減輕されるばあい、盜賊御仕置段取によれば死罪の一等輕キは入墨敲であるから、たとえば忍入之盜、固辞明之盜などにより死罪のものが一等減輕されるときは入墨敲とされたのはいうまでもない。^(二)しかるに、このばあい同じく盜による死罪でも、それが入墨以後の又候盜、すなわち盜再犯による死罪のごとく、前科に入墨のあるばあいは特別の取扱いを示したのである。たとえば、文化三年・御仕置相決候囚人牢屋敷類燒之節放遣立歸候ニ付御仕置評議は、

此儀御定書ニ入墨ニ成候以後又候盜いたし候もの死罪と有之ニ見合死罪相當之ものニ付明和九辰年評議ニ御下ケ被成候中野監物火附盜賊改之節相伺候芝無宿入墨長吉儀盜いたし入牢いたし病氣ニ付溜預ニ成候處溜内囚人と申合及騒動候ニ付入墨之上中追放ニ成猶亦盜不相止御構場所不立去小盜いたし金貳分と錢拾六貫六百文盜取候ニ付死罪と相伺評議之上伺之通死罪相當ニ御座候處牢屋類燒之節放遣し立歸候ものニ御座候牢屋燒失之節放遣し立歸候ハ、本罪相當より一等輕く可申付旨之御定ニ准入墨敲相當可仕哉ニ御座候處先達て入墨ニ成罷在候ものニ付重敲申付先達て之御構場所え立入申間敷旨可申渡段被仰渡可然哉と申上其通相濟候例有之此ものは前科ニ追放は無之入墨有之候間右例ニ見合重敲

評議之通濟^(三)

とのべて、盜により死罪のものが一等減輕されれば通常入墨敲になるのであるけれども、入墨以後の又候盜によって死罪となるべきものの減輕においては、すでに前科で入墨を科されているものであるから、ここで重ねて入墨を附することなく、たんに重敲としたのである。^(三)

なおこのばあい、同じく盜再犯により死罪となるばあいでも、たんに入墨重敲後の盜というのではなく、入墨之上

中、追放後の盜のごとく、追放が加わっているばあいは、入墨後の盜再犯同様、重敲に処した上、「先達て之御搆場所え立入申間敷」とか、あるいは「重敲申付是迄之御仕置可相守」とかのごとく、前科の追放もそのまま附随した。すなわち、文政十二年・越後國無宿入墨徳藏御搆之地江立入盜いたし候一件評議

此儀御搆場所江立入候不届も有之候得共盜再犯之方重之不届ニ付入墨ニ成候以後又候盜いたし候もの死罪と有之御定ニ見合死罪相當之ものニ御座候處牢屋敷類焼之節放遣立歸候ハ、本罪相當より一等軽く可申付旨有之御定并文化三寅年牢屋類焼之砌放遣し立歸候囚人共之内盜賊御仕置弛方段取一座相談之上取極申上候書面をも見合入墨敲ニ相當候間今般評議いたし申上候別紙同人相伺候小菅村無宿元能事由五郎同様最初之入墨ニ不拘猶又入墨申付相當ニ可有御座候ニ付死罪可申付處牢屋類焼之節放遣立歸候間入墨敲申付先達而之御搆場所徘徊いたす間敷旨申渡

御差圖

死罪可申付處牢屋類焼之節放し遣立歸ニ付重敲申付是迄之御仕置可相守^(二四)

ところで、盜における減輕が上述のごとく本罪死罪ではなく、引廻し之上死罪のばあいには多少問題があり、判例の態度も二つに分かれている。すなわち、天明八年・南傳馬町貳丁目勤八方ニ居候常五郎盜いたし候一件はこれを盜賊御仕置段取にしたがって、入墨之上重敲としたが、一方、文化四年・菅ヶ谷無宿常松事谷五郎外三人盜いたし候一件では、一般御仕置段取にしたがって減輕し遠島と判決している。惟うに、前者は一件が盜罪に関するものなることに着眼したためであろうし、後者は、本罪が引廻し之上死罪という盜賊御仕置段取にない「引廻し」の附加されていることから、これを盜賊御仕置の埒外とみなしたことによるものである。

いずれにせよ、徳川刑法における刑の減輕が盜と盜以外の犯罪とで、それぞれ異なる御仕置段取にしたがって行われていたこと、しかも問題は多く盜罪に関する刑の減輕において生じていたことが知られるのである。

四 以上牢屋焼失の節放遣立歸ったことによる刑の減輕の実態を一通り概観した。そこで最後に、本条による刑の減輕と、再犯との特殊な関係について簡単に触れて本項を了りたいと思う。

この点については、第一に、本条の減輕が再犯者に適用されるばあい、その減輕による科刑は前科の刑以下であつてはならないとされていたこと、第二に、本条により減輕されたものが再犯をしたばあい、再犯の科刑の基礎とされるのは、前科の刑ではなく、前科において減輕されて科刑された刑であつたと、ということである。

まず第一点については、文政十二年・淺草無宿兼五郎入墨を消御搆之地江立入博突いたし候一件評議に、「此儀吟味書之趣ニ而は入墨を消紛し御搆場所江立入博突いたし并勝錢之代り怪敷品と乍心附衣類等受取置候ものニ付入墨を抜御搆之地江立歸候もの入墨之上前々御仕置より一等重く可申付但入墨以上ニ可申付惡事いたし候ハ、死罪と有之御定ニ見合今般之兼五郎は入墨以上ニ可申付惡事ニは無之候間如元入墨之上重追放ニ而相當可仕處牢屋敷類焼之節放遣立歸候ものニ付牢屋焼失之節放遣立歸候ハ、本罪相當より一等軽く可申付と有之御定ニ而如元入墨之上輕追放ニ相當候處前科中追放之ものニ付右御仕置引下候而ハ難申付候間……」^(二七)とあることから窺われるように、減輕による科刑が前科の刑より軽いのは不当であるとしていたことが明らかであるが、同様の態度は文政十二年・上總國下

植野村恒吉方ニ居候國八御搆場所江立入候一件においても、前科中追放で御搆場へ立入の上入墨以下の惡事をした廉で一等重く重追放となるべきところ、牢屋類焼の節立歸ったことにより一等減輕されて輕追放とするのは、前科より輕くなり不当であるとし、「是迄之御仕置相守御搆場所徘徊致間敷段可申渡」と評議しているもの等にもみられるところであつた。^(二八)

つぎに第二の点については、文政十二年・淺草新寺町本藏寺地内次助抱非人金藏盜いたし候一件評議がすこぶる明快に説明している。曰く、

此儀先達而牢屋類焼之節放遣立歸候ニ付手鎖相當之仕置可申付旨穢多彈左衛門江引渡ニ相成候後猶又犯科之もの
 ニ候得共前科敲之罪狀ニ候とも手鎖ニ相弛候上ハ今般之儀敲之盜再犯之罪科ニ可相成筋ニ無御座候間前科ニ不拘
 途中ニ而小盗いたし候もの敲と有之御定ニ而伺之通敲可申付處非人之儀ニ付相當之仕置可申付旨申渡穢多彈左衛
 門江引渡

評議之通濟（二九）

すなわち、前科が盜により敲のところ、牢屋焼失の節立歸ったことにより一等減軽されて手鎖となったのち、敲相當
 の途中之盜再犯に及んだものに対し、前科で減軽をうけて手鎖となった以上、盜再犯の罪科に問うべきではないとし
 たものであり、ここでははっきり、前科において一旦減軽をうければ再犯のばあいは減軽をうけた刑を前提として考
 えるべきことをのべているのである。

- (一) 日本近世行刑史稿、上、三〇三頁。
- (二) 古類集二（一〇九）明和九・其所ニて磔ニ可成もの牢屋類焼之節立歸候儀ニ付評議。
- (三) 古類集二（一〇八）明和九・附火いたし候もの牢屋類焼之節立歸候儀ニ付評議。同旨、徳川時代裁判事例續刑事之部一
 ○六一一〇七頁、文化三・遺恨を以て小屋を焼拂ひし處牢屋類焼之節相違なく歸來せし者。
- (四) なお、本罪獄門にして遠島に減軽せられた例として、新類集二（五〇）文化三・御仕置相決候囚人牢屋敷類焼之節放遣
 立歸ニ付御仕置評議における権次郎一件評議。
- (五) 徳川時代裁判事例刑事之部七八二一七八三頁、文政十二・死罪相當之囚にして牢屋焼失の際申渡を守り減等せられし者。
- (六) 徳川時代裁判事例刑事之部九一八一九二二頁、文政十二・呉服物衾取其上詐偽を以て屢駕籠訴及ひしニ付死罪に處せら
 るへきに牢屋延焼放たれし時復歸せしに依り宥せられし者。
- (七) 徳川時代裁判事例刑事之部八四九一八五〇頁、安永二・官吏を詐稱し宿驛にて無賃の人馬を使用せし科死罪相當なるに
 牢屋并溜延焼放たれし時復歸せしに付宥せられし者共。

(八) 徳川時代裁判事例刑事部之部九七一―九九四頁、安永元・旗本の身分市店於て暴動の末人を傷せし科流刑相當なるに牢屋延焼放たれし時復歸減等せられし者共。

(九) 徳川時代裁判事例續刑事部之三二四頁、牢屋類焼之節放遣立歸候類。

(一〇) 古類集(一〇七) 明和九・御扶持方可被召放御家人牢屋類焼之節立歸候儀ニ付評議。左のごとし。

……儀先達て御扶持召放と相伺置候處牢屋類焼之節放遣立歸候ニ付一等輕く五十日押込可被仰付哉之段申上候處右は御家人之儀御扶持召放候本罪にて一等輕く五十日押込にてはゆるみ過候儀ニは無之哉之段大隅守え御尋有之御答書差上候得共可右御仕置當評議仕可申上旨被仰聞候

此儀御家人之御定は無御座候得共遠嶋ニ可成もの牢屋類焼之節放遣立歸候得は百姓町人同様御定之通一等輕く中追放ニ相成候間夫より輕キ御仕置ニ可成もの迎も同様ニ可有之候哉御家人にて御扶持召放より輕キハ其身一代切之小普請入被仰付候得共是迎も一段輕ニ御座候間一等輕く可申付御定えは相當不申閉門逼塞等之御咎も御座候得共輕キ御家人は日數之多少ハ格別押込にて相當可仕候哉勿論御奉公筋ニ拘候惡事ニ候ハ、差略も可有御座候得共大橋惣左衛門柳長十郎ともニ御奉公筋ニ拘り候儀ニハ無之段大隅守申上其上大隅守御答書之内ニ申上候町人所拂ニ可相成もの立歸三十日押込被仰付候ニ見合候得は兩人とも百日ニも及不申大隅守伺之通五十日押込被仰付可然哉ニ奉存候

評議之通濟

(一一) 新類集二(五〇) 文化三・御仕置相決候囚人牢屋類焼之節放遣立歸候ニ付御仕置評議における當時無宿高槻鹿右衛門一件。

(一二) 前註(一一) 所引判例における、麴町無宿入墨金次郎一件。

(一三) したがって、初犯が死罪相当の忍入之盜、固辞明之盜でなくとも、前科に入墨なく、御構場立入の上入墨以上の惡事、すなわち盜をしたことにより死罪とされたばあいの一等減輕は、初犯死罪の盜のばあいと同じ取扱いを示した。たとえば天保類集五九(十五) 天保四・清村無宿七衛門盜いたし候一件参照。

(一四) 天保類集六〇(六) 文政十二・越後無宿入墨徳藏御構之地江立入盜いたし候一件。

(一五) 古類集十一(六三二) 天明八・南傳馬町貳丁目勘八方ニ居候常五郎盜いたし候一件。もっとも、本件においては、忍

入之盜五度以上の科で引廻し之上死罪のものゝ減輕につき、入墨之上重敲と伺った掛奉行の見解に対し、評定所評議は明和九年の先例によつて遠島と評議したが、老中はこれを斥け、「掛り伺之通」と差図して落着したという経緯がある。すなわち、判決全文を示せば、

南傳馬町貳丁目

文右衛門店勘八方

ニ被雇居候

市左衛門倅

常五郎

右之もの儀大坂無宿庄七事大坂入墨忠五郎盜可致旨申勸候連同意いたし申合町家所々ノリ有之所路次或は堀を乗越入壁を切破ノリを明ケ又は戸をこち明ケ都合五ヶ所え忍ひ入或は戸明キ有之所え這入金銀衣類反物其外品々盜取候段重々不届ニ付町中引廻し之上死罪御仕置可申付哉之段可奉伺ものニ御座候得共牢屋敷類焼之節放遣候處早速立戻候ニ付入墨之上重敲親市左衛門え引渡

此儀家藏え忍入舊惡ニ候共五度以上之度數致盜候もの物不得取候共引廻し之上死罪之御定ニて本罪引廻し之上死罪ニ相當り候得共牢屋敷類焼之節立歸り候ものニ御座候明和九辰年牧野大隅守町奉行勤役之節伺之上御仕置申付候淺草無宿入墨庄兵衛事庄五郎儀去々寅九月中致盜候依科重敲門前拂ニ相成候後惡事不相止同十月中旬以來町名并ヶ所不覺晝又は夜中町家入口錠捻切戸を固辭明ケ這入衣類其外物數五拾六品盜取同夜中町家四ヶ所入口戸ニ錠おろし有之ひち坪を拔或は錠捻切這入衣類其外拾七品盜取壹品ハ淺草日輪寺門前十兵衛店次郎兵衛え遣し相殘候品々同所東仲町家持質屋八左衛門方え知ル人相頼致質入又は賣拂都合金貳兩貳分と貳拾三貫文餘之内五百文下谷山崎町壹丁目佐右衛門店新八事喜助方ニ居候金七事甚八え遣し相殘候金錢不殘遣捨候段不届至極ニ付引廻し之上死罪可申付處牢屋類焼之節放遣し候砌申渡を相守立歸候ニ付遠嶋申付候例ニ見合遠嶋

御差圖

掛り伺之通

(一六) 撰述格例後篇四ノ下(六)文化四・菅ヶ谷無宿常松事谷五郎外三人盗いたし候一件。判決全文を示せば、

平村無宿

仙吉

右之もの儀穢多無宿谷五郎と申合上州東平井村円満寺并同國村々之百姓家ノ有之戸を固辭明或ハ押外シ都合拾ヶ所ニ而衣類金錢其外盜取候始末不届ニ付御定之通引廻し之上死罪と可相伺處牢屋類焼之節放遣立歸候間遠嶋

右御仕置附

右本罪引廻し之上死罪ニ相當之處牢屋類焼之節放遣立歸候ものニ付明和九辰年牧野大隅守町奉行勤役之節伺之上御仕置申付候淺草無宿入墨庄兵衛事庄五郎昨寅九月中盗いたし候依科重敲門前拂ニ相成候後惡事不相止同十月中旬以來町名并所不覺置又ハ夜中町家入口錠捻切戸を固辭明ヶ這入衣類其外物數五拾六品盜取且夜中町家四ヶ所入口ニ錠前落し有之壁坪を拔或ハ錠捻切這入衣類其外拾七品盜取壹品ハ淺草日輪寺門前十兵衛店次郎兵衛江遣し相殘候品々同所東仲町家持質屋八左衛門方江知人相頼質入いたし又ハ賣拂都合金貳兩貳分と貳拾三貫文餘之内五百文下谷山崎町壹丁目佐右衛門店新八事喜助方ニ居候金七事甚ハ江遣し相殘金錢遣捨候段不届至極ニ付引廻し之上死罪可申付處牢屋類焼之節放遣し候砌申渡を相守立歸候ニ付遠嶋申付候例ニ見合遠嶋

ここでも、前註(一六)の評議同様明和九年の先例を援用して遠嶋としており、天明八年判決と真向から対立している。

(二七) 天保類集五九(二)文政十二・淺草無宿兼五郎入墨を消御構之地江立入博奕いたし候一件。

(二八) 天保類集五九(四)文政十二・上總國下植野村恒吉方ニ居候國八御構場所江立入候一件、同旨、天保類集五九(六)

文政十二・熊谷無宿長兵衛長脇差を帶御構之地江立入候一件。

(二九) 天保類集六四(十)文政十二・淺草新寺町本藏寺地内次助抱非人金藏盗いたし候一件。

III その他の法律上の減輕

一 御定書第百條の規定による減輕。

百箇條第六十八條「似せ秤似せ枴似せ朱墨拵候もの御仕置之事」には
寛保二年極

一 似せ秤拵候もの

引廻之上

獄門

但掛目違無之におゐてハ中追放

同

一 似せ枴拵候もの

引廻之上

獄門

但入目違無之におゐてハ中追放

という二條を設けているが、さらに第百條「名目重相聞候共事實におゐて強而人之害ニ不成ハ罪科輕重格別之事」の中に、

追加

一 舛秤私ニ造り候共輕重大小本様ニ無相違ハ他之損失無之故其咎メ輕キ事

として、たとい似秤似枴をつくったにせよ、その輕重大小が真物と同じであるならば第三者に損失はないのであるから、その刑を減輕すべきであると規定している。これは似秤似枴製造に対する、第六十六條の規定が当然予想している直接の被害の不發生を、客観主義的、結果責任主義的立場から眺めた結果に由来する一つの修正とみとめられるものである。同様の観点のもとで同じく第百條の中に、

追加

一 似せ藥種致商賣候ものハ死罪其外之似せもの人命ニかゝらざる儀ハ其咎メ輕キ事
 ということも定められている。

これらに対し、同じ第百条は、行為者の犯意その他の情状において、形式的な名目によるその犯罪の法定刑が重きに失すると解せられる際、これを減輕すべきこととして、

追加

- 一 極貧之もの其子を同輩之者之養子ニ遣候ハ賣候も同然ニ候故養父又外江賣候共人を勾引賣候とハ格別之事
- 一 人を殺候ものを圍置候者本人同然之罪科に候得共當座之喧嘩ニ而人を殺其ものに被頼義理を以圍置候類ハ咎輕キ事

- 一 惣而制禁を犯候もの有之時證據を以而爲可訴之謀書を認或人之作り名ニ判を押候類ハ欲心を以而人を欺候とハ格別之事

等の条文を設けている。

いまこれらを綜合してみると、本条は、第一に形式的には重科であっても、その行為による実害の不発生という事実を客觀主義的に觀察することに由来する減輕と、第二に犯意その他の情状において酌量が必要なりとみとめられ、またこれに対する法定刑が重きに失するというばあいには、これに減輕をほどこすべしとする、いわば主觀主義的な側面よりする減輕とを包括的に「名目重相聞候共事實におゐて強而人之害ニ不成ハ罪科輕重格別之事」という形で統一して規定したものなることが知られる。さて、本条はこれら各種の減輕規定を掲げつつ、しかも最後に、

延享元年極

右之類名目ニ不泥其主意を糺可致評議事

なる注意規定さえ設けているのは、科條類典により、

一 似せ薬種商賣之事

一 舛秤私ニ造ルもの之事

一 極貧之もの養子之事

一 人を殺候ものを圍置候者之事

一 惣而制禁を犯候ものを可訴ため之事

此五ヶ條御仕置付ケ是非を御尋之譯ニ而ハ無之候此條々々之御仕置御定ハ相極り有之候を名目に不泥主意を糺候得と譬ニ被書出たる御事ニ候。仕置御定書兼而渡し被置たる御役人別而心得之ため被載之事★

なる御附紙を法文化したものであることが知られるが、ただこの御附紙によれば、右の五ヶ條の犯罪は御定書各本条に規定したものであるが、名目に泥まず、その主意をよく吟味して裁判するよう、この五項目を「譬ニ被書出たる御事」であって、御定書適用にあたる裁判官のとくに注意すべき点として掲載されたものであったということである。いいかえると、本条に掲げた五項目の減輕規定はいわば例示的なもので、すべてこれに類する名目重き犯罪でも実害のないもの、あるいは情狀その他において斟酌すべきであると考えられるものは、充分それらの点を見極めた上で科刑すべきであるという趣旨に出るものであったことが窺われるのである。すなわち、本条はこうした事例について主観的にも客観的にも情狀酌量を行い、法律的に減輕をなすべきものなることを規定したものであるから、これは結局刑罰の目的たる一般及び特別予防の見地のもとで行なわれた、一種の斟酌であったと解される。

二 第六十五條による減輕

本条による減輕は、当時においてもきわめて特殊な事例に属する。すなわち、第六十五條「申掛いたし候者御仕置

之事」に、

延享元年極

一 主人親之惡事訴出候時之捌公儀江懸り候重キ品ハ可遂僉議若訴人之所申僞於無之ハ本人之御仕置相當より一
輕ク可相伺之訴人ハ本人より猶又輕ク御仕置可相伺事

但右之外私事訴出候共不可取上事

とあるものがそれであり、家來、従者、子が主人、親の公儀に対する重き犯罪を告發したばあい、告發された主人や親の刑を一等減輕するという趣旨であった。

元來、封建道徳をその支柱として採用していた徳川刑法は、主人、親を私事に関して告訴することは固く禁じており、また、告訴しても受理しない方針であったことは、右の但書にみるとおりであり、ただ、主人、親に非違の存し難儀するばあいは、同じく第六十五條の、

延享元年極

一 主人親非道之品有之而難儀之由申之宥免之事願出候ハ、名主五人組并親類之もの呼出し宜取計候様ニ可申付事の規定にしたがって宥免願なるものを差出すことを許すのみであった。

しかるに、このばあいでも主人、親が公儀すなわち政府に対する重大な犯罪を行なったときには、例外として従者や子の告發を許したのは、封建権力の利益のためには主従親子の封建道徳を基礎とした右の原則を破ることも、あえて許容したのである。その結果、訴えられた主人や親の刑が一等軽くなるということとは、おそらく公儀のために、あえて訴出た従者や子の行為の効果に基く、反射的恩恵とせられたのではなからうか。しかし他面、従者や子はその行為の違法性を阻却されることなく、ただ訴えられた主人、親の刑よりも軽い刑に処せられるにとどまったのであるか

ら、このような規定が現実にかなる効果を發揮しえたかを想像することは、かなり困難であると思われる。

いずれにせよ、きわめて特殊な例に属するとはいえず、本条の規定する、従者・子の告発による主人・親の刑の一等減軽、あるいは訴出た従者・子の処罰等は、封建社会の刑法としての徳川刑法の性格の一面をもっとも鮮明かつ直截に示すものとして注目に値する。

★ 徳禁後、四、二二九頁。

四

以上、われわれは徳川刑法の刑の加重・減軽のあり方を御定書、判例を中心として一通り概観してきた。

いまこれらを総括してみると、まず徳川刑法の刑の加重においてきわめて特徴的な点は、刑の加重というとき通常考えられる、常習犯、累犯、併合罪のうち、併合罪に関しては当時原則として吸収主義をとり、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ため、刑の加重の問題は起らなかったということ、第二に、今日の観念によれば逃走罪として独自の構成要件をもった犯罪である筈の、「牢拔」、「手鎖外シ欠落」、「宿預ケ之もの欠落」等が刑の加重原由としてかなり大きな比重を占めていたことである。

そこで、これらの刑の加重原由の特徴を概括してみると、まず常習犯においては、これを……度、……度以上、度々、年來……のごとく規定し、それぞれ加重した刑をその各本条の上に明定していたこと、また、累犯においても、二度目入墨、三度目死罪、あるいは入墨後の盗以外の再犯重敲のごとく、その加重の方法において今日のそれに較べればきわめて特色ある方法をとっていたことはたしかであるが、このばあいとくにわれわれの注意をひくのは、

当時の刑罰の特殊性に由来する、刑の執行継続中の再犯、すなわち追放刑受刑中の再犯による刑の加重という制度の存在したことである。

ところで、この刑の執行継続中の再犯に対する刑の加重は、既述のごとく

延享二年極

一 御構之地ニ致徘徊候上悪事いたし候もの

入墨以上ニ可申付悪事ニ候い、

死罪

入墨ニ可申付程之悪事ニ無之ハ、

前之御仕置より一重ク可申付

と規定して、御構場徘徊の上入墨に当たらない悪事をしたものを「前之御仕置より一重ク可申付」としているのに対し、一方、牢屋逃走による刑の加重は、

寛保二年極

一 牢拔出候もの

本罪相當より一重ク可申付

と規定し、両者の間に刑の加重の方法につき、かなり顕著な相違が存したのである。すなわち、前者は再犯の刑が加重の際の基準になるのではなく、前科の刑が基準なり、これより一重い刑を再犯の行為に科することとしていたのである。したがって、再犯の悪事が「入墨ニ可申付程之悪事ニ無之」ばあい、規定の上では同じ第八十五條の「一、御構之地ニ徘徊いたし候もの 前之御仕置より一重ク可申付」と変りなきこととなるが、これは御構場徘徊が当時

の觀念としてはすでに一個の犯罪であったことを考えれば、いちおうもつものようにも思われる。もつとも、このばあい再犯の悪事が入墨に相当しないばあいでも、判例法上その再犯の悪事が前科の刑を一等加重したものより重いばあいは、これによることとしていたことは、すでに考察したところから明らかであるから、本条は再犯の悪事が前科の刑と同等もしくはそれ以下のばあいのみ、実質的にもたんなる御構場徘徊と同じであったということが出来る。

それはともかく、当時の刑の加重が、……度以上とか、二度目……、三度目……とかのごとく、直接的に加重した刑を法文の上に明定したものと、「前之御仕置より一等重ク可申付」とか「本罪相當より一等重ク可申付」のごとく「一等重ク」という表現をとったものと二通りあったこと、しかも後者の、「一等重ク」もその加重の基準とされる刑が一方は前科の刑であり、他は再犯の刑であるという具合に二本建になっていたことにその特徴を見出すのである。

つぎの刑の減輕には、自訴、白狀、牢屋焼失の節放遣立歸ったことによるもの、御定書第百條「名目重相聞候共事實におゐて強而人之害ニ不成罪科輕重格別之事」による減輕、さらには第六十五條の規定による、従者、子に告發された主人、親の刑の減輕等があったが、このうち、自訴は御定書に規定を欠いたためしばしば問題になっており、一般に盜賊については否定され、その他の犯罪の自訴はこれをもとめる方針であったし、白狀は特殊な状況における自白のみを、その自白の効果に着目して法規の上で減輕すべきものとしたが、牢屋焼失の際釈放され帰牢したものは、やはり法規によっていかなるばあいにも一等減輕すべきものとされていたことを明らかにしているのである。

以上三者に較べると、後の第百條、第六五條の規定による減輕はかなり比重が小さい。けだし、前者はきわめて規定が漠然としており抽象的であるので、実際の判例の上でもあまり適用された事例のみられないこと、また、後者は規定の性格上、現実問題としてほとんど意味をもちそうに思われないからである。

それはともかく、これらは第百條のばあいを除き、概ね「一等輕ク可申付」という形をとるから、さきの加重のばあいと関連させて、最後に「一等重ク」、「一等輕ク」の意味を検討して本稿の研究を了りたいと思う。

御定書第百三條「御仕置仕形之事」はこの点につき、

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

重追放ハ

入墨又ハ敲候上

重追放

中追放ハ

重追放

輕追放ハ

中追放

但都而右之輕重ニ可心得事

追加、延享二年極

一 自本罪一等輕キ御仕置之事

死罪ハ

遠嶋

重追放

遠島ハ

中追放

但右同断

と規定する。

まず刑の加重に関して注意すべき第一点は、「自本罪一等重キ御仕置ハ可爲遠島以下事」とある点で、刑の加重の最高の限度を遠島までにとどめ、原則として加重の結果死刑にすることのない旨を規定しておることであり、第二点は加重において「一等」というのは、所拂は江戸拂、輕追放は中追放、中追放は重追放等々のごとく、後述減輕と異なり「一段」重い刑に引き上げる趣旨であったことである。

これに対し、減輕の方は、死罪は遠島重追放、遠島は中追放のごとく、一等輕クは二段減輕するという意味であった。ところですでに述べたように、本条の規定する加重減輕の段取は一般の御仕置に関するものであり、盜罪については別の御仕置段取があったから、刑の加重減輕においてもこれにしたがって行なわれたことは当然である。ただこのばあい、加重においてこの段取が適用されるのは、盜の累犯のばあいに限り、累犯以外の原由による加重には適用されなかったことに注意しなければならない。これに対して減輕のばあいは、すべてこの段取にしたがって行なわれるのであるから、死罪は入墨敲、入墨重敲は入墨のごとく、一等輕くは二段輕くの段取にしたがって減輕が行なわれたのである。

このように、当時の刑の加重減輕が等しく「一等」重ク、「一等」輕クと規定しながら、加重の一等は一段加重であるのに対し、減輕の一等は二段減輕とするということは、加重のばあいはこれを被告の利益のために消極的に、減輕のばあいも同じ理由でできるだけ積極的に適用することによって、全体的に苛酷であった徳川刑法の法定刑の峻嚴さをいくぶんなりとも緩和ないしは調節しようという趣旨であったとみなしうるが、またこの点にこそ、当時の刑の加重減輕の大きな役割が存したように思われる。

〔完〕