

徳川幕府刑法贓物罪補考

石塚, 英夫
九州大学法学部教授

<https://doi.org/10.15017/1647>

出版情報 : 法政研究. 39 (2/4), pp.1-51, 1973-06-30. 九州大学法政学会
バージョン :
権利関係 :

徳川幕府刑法贓物罪補考

石塚英夫

- 一 はしがき
- 二 盗物の世話をめぐる諸問題
- 三 陰物買と盗物買の関係について
- 四 むすび

一 はしがき

筆者は以前、「徳川幕府刑法における贓物罪」なる一篇を発表し、徳川幕府刑法の贓物罪についての概観を試みた。⁽¹⁾ その際筆者のとった方法は、当時の基本的刑法典たる公事方御定書下巻のうち、贓物罪に関連する基本的条文のすべてを同第五十六条「盗人御仕置之事」のなかから摘出し、⁽²⁾ それらにそれぞれ現行法における贓物罪の犯罪類型たる牙保、寄藏、故買、運搬の諸形態との一致を見出すことから出発して、これら御定書の各規定の成立事情やその内容を御定書研究の基礎史料たる科條類典⁽³⁾によって探り、同時に判例の検討を通じてこれを一層明確なものにするということにあった。この判例の追跡は、さらに御定書がその規定を欠いていた、贓物の收受に対する幕府裁判所の態度をも明らかにすることを可能ならしめるものであったから、徳川幕府刑法の贓物罪についていちおうの展望をうる

という所期の目的はある程度達せられたと思われるが、なにぶん極度の紙数制限のもとでの執筆という不本意な事情のため、意をつくせぬ点も多く、結果としてははなはだ不十分なものを感じざるをえなかった。

本稿はこのような事情と、その後の研究による旧稿への反省をもととして、再度徳川幕府刑法の贓物罪をとりあげ、旧稿の不備を補うとともに、これをいくらかでも発展させようとしたものであるが、本稿では旧稿執筆後の研究において、とくにその追及の不徹底さを痛感させられた、牙保、故買の二問題に焦点を絞り、あわせて当時の贓物罪の性格をもう一度考えてみたいと思う。

(1) 拙稿「徳川幕府刑法における贓物罪」(『法政研究』第二十五卷二・三・四合併号所収、以下、たんに「旧稿」と略称)。

(2) すなわち、御定書第五十六條「盗人御仕置之事」のなかに、

寛保元年極

一 盗物と乍存世話いたし配分ハ不取もの

寛保元年極

一 盗物と存預り候もの

寛保元年極

一 陰物買

但年來此事ニかかり居候ものハ死罪

従前々之例

一 陰物と乍存又買いたし候もの

追加、寛保三年極

一 盗物と乍存下直ニ買受候もの

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

敲

入墨之上敲

入墨之上敲

所拂

敲之上輕追放

但配分不取候ハ、敲之上所拂

とあるものがそれである。ここでこれらを贓物罪の基本的條文のすべて、といったのは、同じく御定書第三十八條「廻船荷物出賣出買並船荷物押領いたし候もの御仕置之事」のなかに、

追加、寛保三年極

一 遭難風打荷いたし候殘荷物を盜取候船頭と馴合浦證文差出配分取候名主

於其所 獄門

追加、同

一 同荷物自分土藏江入預り置配分取候もの

死罪

追加、同

一 同百姓之内重立持運ひ世話いたし配分取候もの

重追放

のごとき、特殊な態様の贓物罪についての規定が存在するからであるが、もとよりこれらは右掲各條文を一瞥しても明らかのように、難船という特殊な状態における行爲であり、一般的なものとは認め難いからである。なお、この問題については旧稿第三節ですでに論じたところでもあり、本稿では觸れない。

(3) 周知のごとく、公事方御定書は寛保二年（一七四二）、八代將軍吉宗のときに成立したが、御定書編纂に関する諸記録文書類はその後次第に散佚するおそれも生じたので、明和四年（一七六七）にいたり、これら御定書関係資料は御定書の各条毎に分類、一書に編纂された。これが科條類典といわれるもので、御定書各條の成立の由来、趣旨内容等々を知る手がかりとしてきわめて重要な史料である。なおこの点については、石井博士「日本法制史概説」三七五頁、同「第五江戸時代漫筆」一五九―一八〇頁参照。

二 盜物の世話をめぐる諸問題

一 旧稿でものべたように、御定書第五十六條「盜人御仕置之事」は贓物罪に関して六箇條の規定をおいている

が、このうち現行刑法でいう贓物の牙保に相当すると思われるものはつぎの一条である。

寛保元年極

一 盜物と乍存世話いたし配分ハ不取もの

敲

ここで盜物の「世話」とは、判例によれば、「盜物と乍存酒食ニ泥ミ賣拂遣又ハ追而賣拂遣可申と預り置⁽¹⁾くことや、「盜物と乍心附……………酒食ニ泥ミ品々質入又ハ賣拂遣⁽²⁾すことなどを指すものであった。したがって、ここで「世話いたす」とは、要するに、贓物たるの情を知って、その売買質入等の周旋をなす行為であったから、現行法にいう贓物の牙保に相当するものであったといつてさしつかえない。⁽³⁾

ところで、問題は御定書が本条の行為につき、配分をとらざるばあいに関してのみ規定し、配分をうけたるばあいの規定を欠いていたという点にある。このことにつき、本条成立の由来を記した科條類典の記述はまことに示唆に富む。すなわち、科條類典によれば、本条はまず、

一 盜物と存質物或賣拂候證人ニ立候もの

家財取上

所拂⁽⁴⁾

という形で立案せられたが、「……………證人ニ立候も世話いたし候も同様之儀」という理由で斥けられ、

一 盜物と乍存世話いたし配分又ハ禮錢貫候もの

重敲⁽⁵⁾

という形に改められた。しかるに、これについてもまた、「配分禮錢貫候得ハ盜人同然候得ハ當人御仕置ニ准候儀ニ付相除⁽⁶⁾」なる異論が出て、結局、冒頭に記したような規定の成立をみたものであるが、ここでとくに注目すべきは第二草案の否定されるに至った理由である。それによれば結局、配分あるいは礼錢を貰うということは盜人同然であるゆえ、窃盜本犯の御仕置に准ずべき筋合のものであるといっているのであるから、それは一見、配分あるいは礼錢を

受理した以上、もはやたんなる贓物の世話ニ牙保にとどまらず、窃盜本犯と共犯関係にあるものと認むべきであるとする議論、換言すればそれはすでに贓物罪の問題ではなく、窃盜の共犯として処理すべきだとの主張のようにもみえる点である。だが、このような印象は印象として、この文言をそのように読むのは当の立法者の意図からはむろん、その後の判例や評議の態度等から推しても正しくない。けだし、右の文言が盗人同然であるから「當人御仕置ニ准」ずべきことをのべていることから明らかなく、立法者はこのような贓物の世話人を窃盜の當人ニ行為者と峻別し、これの仕置に准ずべきことを主張しているにすぎないからである。したがって、第二草案の否定せられた真の意味も、元來配分をうけて贓物の世話をするのは盜賊本人とも同じような情状にあるものゆえ、その可罰的なるは当然と考えられたからにはかならず、その結果、逆に無償の周旋行為を規定することによってこの種のばあいを代表させるに至ったものであると考えるべきであろう。

それはともかく、判例法上両者の取扱いに関して差異のみとめられたのはきわめて当然のことであり、たとえば、安永六年・甲府城屋町與右衛門方紛失物一件の評議が「此儀……始末全盜物と乍存世話いたし配分取候ニ相當り申候、盜物と乍存致世話配分不取もの敲之御定有之候得共配分取候もの之御定ハ無之元文二巳年櫻田伏見町四郎兵衛寄子庄助儀傍輩彌助盜取候衣類配分可取心底ニて質物ニ置可遣と申合盜物之内帷子壹ツ貫候段不届ニ付重内本敲申付候例有之候間重内本敲」⁽⁷⁾（傍点筆者、以下同）のごとくのべているのはその一例であるが、ここでさきに陽の目を見なかつた第二草案の線で重敲の刑が科されているのは、本条成立の事情から考えて興味ぶかい。⁽⁸⁾

ただ、ここで問題になるのは、どの程度で配分を貫つたとされたかである。判例は概念上配分と礼錢とを區別していたにもかかわらず、その取扱いには差異を示していない。すなわち、文化七年・無宿善藏初筆盜いたし候一件の評議に、配分はとらず禮物として南簾銀壹片貫受けた事例につき、「此儀御定書ニ盜物と乍存世話いたし配分ハ不取も

の敲と有之此もの儀配分ハ不取申候得共禮物貫受候上は配分取候も同様ニ付……重敲⁽⁹⁾とあるごときその例であるが、これに対し、たんに「酒食ニ泥ミ」世話したにすぎぬものは大体御定書にいう「配分不取」ものとして処理せられていた。⁽¹⁰⁾

御定書の規定する意味・内容は大体以上のごとくであり、その法理は簡明のようであるが、実際にはしかく単純ではなかったものごとく、判例の上ではかなりの混乱がみられる。たとえば、盗物の世話をし、配分は貰わぬが礼錢を受取ったものについて、敲之上所拂を科したものととしては、寛政五年・上州信州村々ニ而召捕候無宿七之助外貳人一件⁽¹¹⁾、寛政六年・南翰町權次郎盗いたし候一件等⁽¹²⁾があり、同じく世話料を貰った事件につき、寛政四年・小普請福原織部中間傳助怪敷品賣拂候一件⁽¹³⁾、寛政五年・本堂大和守中間富五郎盗物取捌候一件⁽¹⁴⁾、寛政七年・脇坂淡路守家來深山與七盗いたし候一件⁽¹⁵⁾、寛政九年・神田新銀町新次盗いたし候一件等々⁽¹⁶⁾は敲之上江戸拂に處しており、さらに、寛政四年・野州鹿沼宿ニ而捕候無宿惣七一件⁽¹⁷⁾、寛政八年・信州無宿國藏盗いたし候一件⁽¹⁸⁾、寛政八年・作州原村ニ而捕候無宿德兵衛一件等⁽¹⁹⁾にいたっては入墨之上敲の刑に科しているといった状態である。

二 もっとも、このような同種の事例についての判決の喰い違いは、贓物罪成立の根源となった本犯との関係から生じた節もみられるのであり、そのことを示す好個の判例として、

文化二年・無宿熊八初筆盗いたし候一件

川越無宿

助五郎

右之もの儀熊八ニ出會候砌同人儀金子所持いたし居候を見込止宿可致段申勸メ止宿いたし旅籠并酒食代錢等拂貰ひ又は不相應之品故盗物ニも可有之と乍心付酒食代錢拂呉候迎右ニ泥ミ質入いたし遣右代金銀錢兩人ニて不殘遣捨候

段不届ニ付敲之上輕追放

戸川大學相伺候無宿熊八初筆盜いたし候一件之内無宿助五郎御仕置之當別紙之通根岸肥前守取調申上相當之例御座候上は伺之通敲之上輕追放にて可然哉ニ候得共熊八盜之始末を存知候て質入等いたし遣候ニも無之候得は家藏え忍入候盜人ニ被頼盜物持運候もの之御定的當ニは無之ケ様之罪狀は入墨敲等ニ相成候盜人之引合ニも可有之處夫をも右御定え引當候様にては本人より御仕置重り候筋ニ有之又本人之所業ニ寄候て輕重有之候も如何ニ付肥前守申上候趣打合評議仕可申上旨御書取を以被仰聞候

此儀御定書ニ盜物と乍存世話いたし配分ハ不取もの敲と有之助五郎儀は熊八に出會候砌同人金子所持いたし居候を見込止宿可致段申勸旅籠并酒食代錢拂貫又は不相應之品故盜物ニも可有之と乍心付酒食代錢拂呉候迎質入いたし遣代金銀錢兩人にて不殘遣捨候ものニ付右御定より品不宜候得共熊八盜之始末は不存事故本人之所業ニ寄御仕置輕重可有之罪狀ニ無之家藏え忍入候盜人ニ被頼雜物持運配分取候もの之御定相當とは難申候間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一橋添勘定澁谷大五郎召仕小もの藤八儀盜物と乍存金子借受可申ため衣類帶袴質入いたし遣代金之内三分借請不殘酒食ニ遣ひ捨候段不届ニ付敲と相伺評議之上重敲と申上其通相濟候例ニ見合助五郎儀重敲可申付旨被仰渡可然哉奉存候

評議之通濟⁽²⁰⁾

が挙げられる。すなわち、本件は被告が本犯の行為については全く知らず、贓物の質入だけをなしたものであるから、家藏忍入之盜人⁽²¹⁾に頼まれて贓物運搬をしたばあいの御定に引当て、これを敲之上輕追放に処するのは不当であり、しかもこのような贓物の世話という罪狀は本犯が家藏忍入之盜人のばあいに限らず、入墨敲に相当するような盜賊のばあいにも当然ありうるものであり、これをもし家藏忍入之盜のケースにあてはめて処断すれば、かえって盜

賊本人の刑より重くなる脅れすら生ずる。そもそも盜賊本人の所業の如何によって贓物罪の刑の輕重が左右されるのもどうかと思われるから慎重に評議するように、という老中の指令により、結局、盜の始末を知らずに世話したものであるから、盜賊本人の所業によって本件の御仕置の輕重は決定できないし、ましてや家藏忍入之盜人に頼まれて贓物運搬をしたものに関する御定書の規定を援用するのは不当であるとして、重敲と評議決定したものであった。

惟うに、本件は最初から贓物運搬とは全く無関係な牙保に関する事例であるにもかかわらず、これに家藏忍入之盜人に頼まれての贓物運搬の規定を持出したところにそもそも無理があるのであるが、⁽²²⁾それはともかく、本件において示された老中見解の御書取の内容こそ、当時の贓物罪が内蔵していた重要課題をまことに的確に指摘したものとわざるをえない。

しかるに、これを受けた評定所の評議の過程では、わずかに町奉行根岸肥前守が私見として、「……尤忍入ニ無之盜人ニ被頼盜物持運候もの之御定は無御座盜物持運遣し候ものは全く盜賊之同類ニ無之候ニ付盜之始末不申合もの故本人盜人之御仕置輕重ニ寄盜物持運遣し候もの之御仕置差別は有御座間敷哉ニ奉存候⁽²³⁾」とのべ、贓物運搬の事例をとりあげながら、贓物運搬罪が盜賊本人との共謀のないことを前提とする以上、当然竊盜の内容についても立入った認識をもちえず、したがって本犯の種類によって、その刑の輕重も左右されないのではあるまいか、と主張していることが、間接的ではあるが問題の核心に迫った見解として注目を惹く程度で、結局これも評定所としての評議という形では生かされず、前述のような歯切れの悪いものとなってしまったのであった。

この曖昧不徹底さは、結局この問題に対するなんらの指針をももたらすに至らず、事柄はいよいよ錯綜し、判例の混乱をそのまま放置するという結果となってしまうたのであり、そうした状態を窺知しうる、文政元寅年十月の書付を長文をいとわず左に掲げることとする。

怪敷品と乍心附世話いたし候もの御仕置當之儀評議仕候趣申上候書付

書面評議仕申上候通相心得可申旨被仰聞承知仕候

寅十一月廿八日

評定所一座

……儀久兵衛持參相頼候品盜物ニも可有之と乍心附酒食ニ泥ミ賣拂遣配分ハ取不申候得とも右代金錢之内ニ而酒食被振舞爲禮物錢貰受候不届ニ有之右躰之罪狀御仕置當り前々より至而紛敷文化ニ丑年評議ニ御下ケ被成候戸川大學火附盜賊改勤役之節相伺候川越無宿助五郎儀熊八出會候砌同人儀金子所持いたし居候と見込止宿可致段申勸止宿いたし旅籠并酒食代錢等拂貰又ハ不相應之品故盜物ニも可有之と乍心附酒食代錢拂呉候逆右ニ泥ミ質入いたし遣し右代金錢兩人ニ而不殘遣ひ捨候段不届ニ付……伺之通敲之上輕追放ニ而可然哉ニ候得共熊八盜之始末を存知候而質入等いたし遣候ニも無之候得ハ家藏江忍入候盜人ニ被頼盜物持運候もの之御定的當ニハ無之ケ様之罪狀ハ入墨敲等ニ相成候盜人之引合ニも可有之處夫をも右御定江引當候様ニ而ハ本人より御仕置重り候筋ニ有之又本人之所業ニ寄候而輕重有之候も如何ニ付肥前守申上候趣打合評議仕可申上旨御書取を以被仰聞評議之上重敲と申上其通相濟候處去ル巳年評議ニ御下ケ被成候大林彌左衛門火附盜賊改勤役之節相伺候下總國取手宿番非人五郎兵衛儀民藏持參候品ハ盜物と乍心附世話いたし遣し候ハ徳用も可有之と賣拂又ハ質入いたし遣右盜取候反物之内爲禮物貰受候段不届ニ付重敲可申付處非人之儀ニ付相當之仕置可申付旨申渡穢多頭彈左衛門江引渡と相伺評議之上敲之上江戸拂可申付處非人之儀ニ付相當之仕置可申付處病死いたし候段追而申上候ニ付其段彈左衛門并一件之もの共江申渡と申上右ハ死罪ニ相當候盜人之引合ニ有之猶又去ル午年評議ニ御下ケ被成候大林彌左衛門右同斷之節相伺候淺草寺地中妙徳院地借傳兵衛店平藏方ニ居候松五郎儀宇之助相頼候髮差不正之品ニも可有之と乍心

附證人ニ相立賣拂遣配分ハ取不申候得共右代金之内禮物として南鐙銀一片貰受候段不届ニ付敲之上江戸拂と相伺評議之上重敲と申上其通相濟右ハ入墨敲ニ相當り候盜人之引合ニ有之然處去丑年評議ニ御下ケ被成候火附盜賊改安藤彈正少弼相伺候四ツ谷鹽町壹丁目宇八店佐兵衛儀長助直藏より被頼候品盜物ニも可有之と乍心附徳用ニ泥ミ米生蠟等賣拂遣し配分ハ取不申候得共右代金錢之内世話料貰受候段不届ニ付伺之通と申上并渡邊孫左衛門相伺候武州横濱村百姓忠七方ニ居候龜次郎儀岩吉外二人より被頼候品不正之品と乍心附利徳ニ泥ミ買取又ハ賣捌遣し配分ハ取不申候得共右品之内世話料貰受候段不届ニ付買取貰ひ受候品共取上敲之上所拂と相伺評議之上敲之上江戸拂と申上右兩様とも入墨敲又ハ入墨之上重敲ニ相當候盜人之引合ニ有之右之通度々之先例區々ニ付得と取調處右躰紛敷罪狀を此上先例而已を追ひ御仕置附候様ニ而ハ往々猶又混雜も可仕儀ニ付以來ハ本人之罪狀ニ寄御仕置不紛様極置申度先達而評議之上夫々御仕置當り取調申上候處怪敷品と乍心附世話いたし候もの御仕置當之儀盜賊本人之所業ニ不拘評議仕可申上旨今般御書取を以被仰聞候ニ付猶又再應評議仕候處前書去ル巳年之番非人五郎兵衛ハ死罪ニ相當候盜人之引合ニ而敲之上江戸拂と申上同年之松五郎ハ入墨敲ニ相當り候盜人之引合ニ而重敲と申上其通相濟候以來ハ多分右之振合を以御仕置申付候儀ニハ御座候得共今般御書取之御趣意ハ前書文化二丑年之無宿助五郎御仕置ニ付御渡被成候御書取同様之御趣意ニ而御尤ニ奉存候間別紙先例書拔之内其節評議申上候趣を以來ハ左之通

一 家藏江忍入候盜人任頼盜之始末乍存盜物世話いたし盜金錢之内貰受借受候ものハ家藏江忍入候盜人ニ被頼盜物持運配分取候もの之御定ニ准し敲之上輕追放

一 盜之始末ハ不存怪敷品と乍心附世話いたし盜金錢之内貰受借受候ものハ盜賊本人之所業ニ不拘文化二丑年之無宿助五郎例ニ見合重敲

但、右之内酒食被振舞候迄、而金、錢、貫、受、借、受、候、儀、も、無、之、品、輕、も、の、ハ、別紙先例書拔之内深川富吉町理三郎店太兵衛外二例ニ見合敲、

一 盜之所業敲ニ當候當人之引合ニ而盜物と乍存世話いたし禮物等貰受又ハ酒食被振舞候もの

是ハ盜賊本人敲ニ相當り候上ハ本人より御仕置重り候而ハ不相當ニ付敲又ハ品輕ものニ至候而ハ手鎖ニ而も可然品と可有御座候得共差當先例も相見不申其節々之始末ニも寄可申哉ニ付御仕置當り此節取極候而ハ難申上候

一 盜賊等之所業并衛又ハ被盜主も不相知候とも怪敷品と乍心附世話いたし候もの

是ハ盜人之所業治定不致候方穩ニ付前書同様之趣意ニも可有御座候得共是又差當り先例相見不申右御仕置當り此節差極候而ハ難申上候

右之趣ニ極置以來御仕置不紛様仕度奉存候區々之先例相改候儀ニ付先例書拔相添相伺申候以上

寅十月²⁴

右書付を一覽してまず考えさせられるのは、当時の贓物罪における窃盜本犯のウェイトの問題である。けだし、書付の内容を構成する評定所一座の評議は、終始贓物罪をその個々の事案の本犯との関係で把握し、これを処理するといふ方法をとっているからである。ただ、この点について老中は、今回の評議においてもさきの文化二丑年の評議と同様、盜賊本人の所業にこだわることなく評議するよう指示しているが、評定所評議はこれに対しても御趣意御尤といちおう尊重する構えはみせながら、依然として前述の姿勢は崩さず、その結果ついに贓物罪に関する四箇條の準則を導き出すに至っている。

以下、この準則を逐次検討してみると、まず第一条はいわゆる忍入之盜に関連する贓物の牙保について、これを

御定書の「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」という規定に准じ、敲之上輕追放に処すべきことを明らかにしたものであり、第二条は窃盜本犯の盜の始末は知らず、その贓物の牙保をなしたるものに関し、このばあい盜金錢の一部を貰受け、あるいは借受けたものは盜賊之所業にかかわらず、重敲、たんに酒食を振舞われたにすぎないものは同様、敲と規定したものである。これに対し、第三条は窃盜本犯の科刑が敲に相当するばあい、その贓物の牙保は盜賊本人が敲相当である以上、これより御仕置が重くなるというのは不当であるから、敲あるいは品輕きものにいたっては手鎖でも差支えないが、このようなケースには適当な先例もないことゆえ、臨機に適宜の処理をなすべき旨規定している。けだし、これは第二条との関連で、窃盜本犯の科刑が敲相当のばあい、これを第二条本文の規定にしたがって重敲に処するならば、盜賊本人の刑を上まわることになり、いかにも不当と考えられたからであって、このことは当時の幕府裁判所が贓物罪の科刑は少なくとも本犯のそれを超えるものであってはならぬと考えていたことを示すものであろう。

さて、以上の第一条ないし第三条は、すべて贓物牙保の行為者が行為のとき、本犯の盜の始末を知っていたにせよ、知らなかったにせよ、客観的には本犯の盜の始末そのものは明らかになっているばあいに関するものであった。しかるに、第四条は牙保の行為者がその盜の始末を知らないのはむろん、そもそも盜賊等の所業そのものが客観的にも明らかでないもので、盜賊の行衛、あるいは被害者すらも不明のようなばあいに関するものである。これに対し、本条は「是ハ盗人之所業治定不致候方穩ニ付……」とのべて、本犯の盜の始末が確定していない点だけ無難であるから、前条同様の線で比較的輕微な処理をするよう指示したものであり、これまた贓物牙保の行為を本犯との関連において処理する態度を貫いている。

以上、われわれは文政元寅年の評議を一通り考察してきた。それによれば、徳川幕府刑法の贓物罪において、ある

意味では劃期的な意義をもつ筈のこの文政元寅年評議も、その最後のいわば評議の結論部分に相当する四箇條の準則にいたるまで、贓物罪をあくまで本犯との関連で把握するというゆるぎない立場で終始していたことが明らかとなった。このように、評議が頑強に贓物罪をその前段階たる本犯と切離して取扱うという方法を採らなかった所以のものは何か。いまこれを俄かに臆断することは困難であるが、あるいは贓物罪そのものが、その性質上ほとんど必然的に窃盜罪と密着した形で生起する犯罪であるため、これらの処理にあたる幕府裁判所の現実的な判断が、こうした態度なり方法なりを、より合理的なものと感じさせたためでもあろうか。

それはともかく、ここに確定をみた贓物罪処理の指針は、その内容の当否は別として、この書付の標題のすぐ後に、「書面評議仕申上候通相心得可申旨被仰聞承知仕候」とあるごとく、以後この決定は「寅年評議」と称され、この種の問題に関する幕府裁判所の準則として採用せられることとなつたのである。⁽²⁵⁾⁽²⁶⁾

三 この評議に則つて処理された事例は枚挙にいとまがないが、⁽²⁷⁾われわれはここで本評議の性格に関し、その運用面にあらわれた一、二の問題点を指摘しておかねばならない、すなわち、

その第一は、本評議が必ずしも固有の贓物の世話に関する事例のみに適用されたものではなかつたということである。そのもつとも顕著な例としては贓物の牙保、故買、收受、寄藏といったもろもろの贓物罪を一時に行なつたものに関してもやはり本条を適用した、天保十年・今魚町無宿入墨利吉盗いたし候一件が挙げられる。すなわち、

長崎今魚町

紋作借家

丈助

右之もの儀無宿入墨利吉と質入之儀被相頼釜并買取鍋ハ盗之品ニも可有之と乍心附釜貳ツ代錢五百文ニ質入遣鍋壹

ツハ代、錢貳百文ニ買取たはこ入壹ツ貫、受賣拂代錢六拾四文遣捨其上盜物ニも可有之と乍存品々預り置候始末不届ニ付買取鍋并預り置候品とも取上重敲

此儀怪敷品と乍心附世話いたし候もの御仕置當之儀ニ付文政元寅年評議いたし申上候書面之内盜之始末ハ不存怪敷品と乍心付世話いたし盜金錢之内貰受借受候もの盜賊本人之所業ニ不拘重敲と有之ニ見合買取并預り置候品爲持可置筋ニ無之候間伺之通買取并預り置候品とも取上重敲

評議之通濟⁽²⁾

ここにいたっては、この評議二条にいう「世話いたす」とは牙保はもとより、故買、寄藏、收受等もろろの、本犯の被害者たる所有者の物に対する追求権を困難ならしめる一切の行為を包括的に規定しているものとさえ感ぜられるのである。

第二は第一の傾向とは全く逆に、本評議の適用にあたっては贓物の世話という行為は必ずしも必要要件とはされなかつたという点である。いかえると、この評議二条の規定する構成要件はすでにみてきたように、「贓物の世話」をし、「盜金錢を貰受借受」けるという二項目から成っていたのであるが、このうち第一のものを全然欠いていても本条の適用を認めるといふのであるから問題はきわめて大きいといわざるをえない。すなわち、文政六年・上總無宿恕元盜いたし候一件之内品川步行新宿新助御仕置評議に、

此儀怪敷品と乍心附世話いたし候もの御仕置當り之儀ニ付去ル寅年評議仕申上候内盜之始末ハ不存怪敷品と乍心附世話いたし盜金錢之内貰受借受候ものハ盜賊本人之所業ニ不拘重敲但右之内酒食被振舞候迄ニ而金錢貰請借受候儀も無之品輕キものハ敲と申上其通相心得可申旨被仰聞候ニ見合此ものハ盜物世話いたし賣拂又ハ質入等いたし候儀ハ無之候得共恕元を盜賊と乍心附俱々酒食遊興いたし旅籠并酒食代拂貰其上金子貰請候ものニ候上ハ右本

文と差別有之間敷伺之通重敲

評議之通濟⁽²⁹⁾

とあるがごときその一例で、ここでは贓物の世話はしなくとも、旅籠代、酒食代を盗人から支払って貰い、さらに贓物たる金子まで貰受けた以上、評議二条本文の規定するところとなんら差別はないといいきっている。もとより裁判所のこのような態度も、たとい贓物の世話はしなくとも盗金銭を貰受けるのであれば、それはそれでいちおう贓物の收受の一形態とみられぬこともないから、前述第一の裁判所の傾向からすればこれをもって本評議二条本文の規定にあてはめることも肯けないこともないかもしれない。

しかるに、判例はこの立場をさらに発展させて、贓物の世話はもとより、盗金銭の貰受借受の事実もなく、たんに盗賊より酒食を振舞われたただけのものに対しても、独特の論理を展開して評議二条但書の規定を適用している。すなわち、つぎのごとし。

文政十一年・三河町裏町藤八召仕辰藏取逃いたし候一件

南新堀貳丁目

彌八店

重藏方二居候

久五郎

右之もの儀辰藏を金子取逃いたし候ものとハ不存同人儀重藏方江参り酒給候節相手ニ成候様申聞候迎知人ニも無之ものと酒給合其上辰藏儀多分之金子所持いたし候趣申聞料理茶屋江参り酒食可振廻旨申候ニ付怪敷儀とハ乍心附附随ひ度々酒食等被振舞候段金錢等徳用いたし候儀ハ無之候得共右始末不届ニ付敲

此儀去ル寅年怪敷品と乍心附世話いたし候もの御仕置當之儀ニ付評定所一座評議仕申上候書面貳ヶ條目盜之始末ハ不存怪敷品と乍心附世話いたし盜金錢之内貫受借受候ものハ盜賊本人之所業ニ不拘重敲但右之内酒食被振舞候迄ニ而金錢貫受借受候儀も無之品輕ものは敲と申上候但書ニ見合此ものハ怪敷品と乍心附世話いたし候儀ハ無之候得共一昧右但書之儀ハ世話いたし候廉之有無ニ不拘盜金錢之内と乍心附酒食振舞請候もの之心得ニ而既御書拔例之當時無宿半兵衛儀も今般之久五郎同様之ものニ候處其節評議之趣も世話いたし候廉之有無ニ不拘右但書ニ見合敲と申上候儀ニ而右之外ニも去ル午年評議ニ御下被成候長井五右衛門火附盜賊改之節相伺候三河町三丁目庄五郎方ニ居候市平儀紋次ニ出會候砌酒食可致由申聞候得共金錢持合無之旨相斷候得ハ同人所持いたし候間一緒ニ參り候様申候迎任其意調物いたし候節金子多分所持いたし候ニ付怪敷儀と乍心附同道いたし駕籠賃旅籠酒食代拂貫候段不届ニ付重敲と相伺評議之上伺之通と申上候例も有之候間旁前書但書ニ見合伺之通敲

評議之通濟³⁰

いうまでもなく、この仕置例の骨子は評議ニヶ条目但書を、贓物の世話の有無にかかわらず、その支払に用いられる金錢が盜金錢たるの情を知らず酒食を振舞われただけのものを指すと解する点にある。ところで、本条但書というのは、

但右之内酒食被振舞候迄ニ而金錢貫受借受候儀も無之品輕ものハ敲

というものであって、ここに「右之内……」とあることによつても明らかのように、これは本文規定の構成要件のなかの、盜金錢を貫受借受という行為にまではいたらぬ、ただ酒食を振舞われた程度の品輕きものと考えるのが通常であらう。したがって、これは直接金錢に關係のない牙保の行為を規定したものとみるべきであるのに、本件評議は但書を本文から独立させて、たんに情を知つて盜人から酒食の振舞をうける行為と限定してしまつてゐる。これは明ら

かに無理な解釈といわざるをえないが、すでに二条目本文の構成要件のなかから「贓物の世話」を除いてしまった幕府裁判所の考え方からすれば、その但書の構成要件からも同じようにこれを排除してしまうことにはさして躊躇を感じなかったものであろう。

だが、あらためて考えてみるまでもなく、そもそも贓物罪において牙保が有償に行われたか否かは、その成立にはなんら関係のない副次的な要素でしかない筈である。もちろん、すでにみてきたように、徳川刑法にあっては、牙保が有償で行われたか否かは、その犯罪の成立のつぎにくる大きな問題ではあった。しかもなお、牙保罪の成立不成立という基本問題にたちかえって、事柄の本質をみるならば、有償無償の問題は所詮二次的な事柄でしかないといわざるをえない。この本来二次的な問題であるべき盗金銭の貰受借受という事実が、本体であるべき牙保の行為から独立して、贓物罪そのものの成立要件であるかのごとくなくなってしまった⁽³¹⁾という歴史的事実は、制定法の判例による修正変容という、もっとも典型的な法の推移変遷の姿をわれわれにみせてくれた好個の事例といえることができる。

四 以上、われわれは贓物の牙保について一通り考察してきたが、最後にその特殊なばあいとして、牙保の客体たる贓物が特殊な意味をもつため、特別な取扱いをうけたばあいについてのべておこう。

すなわち、牙保の客体たる贓物が公儀の物であるばあいに関し、天保七年・牛込拂方町利八店八助事松五郎外貳人不届之取計いたし候一件評議には、

此儀吟味書之趣ニ而ハ儀助當番之節御不用反古類之由申聞賣拂呉候様都合拾壹度頼受候間度々之儀故追而ハ如何と心附候得共同人ニハ世話ニ相成候間斷もいたし兼承受其後御下男組頭小堀新兵衛ヲ尋受候迄押隠罷在候由ニ有之御仕置附ニ筒井伊賀守申上候怪敷品と乍心附世話いたし候もの御仕置當り之儀ニ付文政元寅年之評議濟ハ一通り之盗品取扱候もの之儀ニ而今般之儀ハ賣拂遣候反古類

公儀御品之段兼而辨居殊數度頼受如何と乍心附猶取扱禮錢貫受候ものニ付右評議濟江ハ難引當候間文化元子年評議ニ御下被成候大坂町奉行相伺候當時無宿平七事源藏儀死亡佐兵衛ヲ賣拂之儀相頼候品

御城内之銅物を同人盜取候儀ニも可有之哉と乍心附引受佐七江賣拂遣代錢之内徳用取候段旁不届ニ付存命ニ候ハ、敲之上重追放と相伺評議之上存命ニ候ハ、入墨之上敲と申上其通相濟候例ニ見合此ものハ相違之儀申立候廉も有之候得共右ニ而御仕置重り候筋無之候間例同様入墨之上敲

評議之通濟⁽³²⁾

とあるが、これは文政元年寅年の評議にしたがって重敲と伺った掛奉行の見解を、該評議は「一通り之盜品取扱候もの之儀」について規定したものであるとなし、本件は賊物が公儀の物であつて、「一通り之物」ではないから適用できないとし、入墨之上敲を申渡したものである。

同様に、特別な場所にての窃盜⁽³³⁾による賊物を取扱った事件に關する、天保九年・神田松枝町金五郎方ニ居候外八外六人御場所柄ニ而盜いたし候一件評議も、

此儀吟味書之趣ニ而ハ當三月十四日西丸炎上ニ付前書外八外四人を燒銅物類取片付人足ニ口入いたし其砌右銅類買取間敷旨嚴敷町觸有之候處外八儀燒銀持參賣拂呉候様相頼候節右御場所ニ而盜取候儀と相察候得共世話料ニ泥ミ賣拂遣候由ニ付紀伊守申上候例之直藏ニ見合強而輕重も有御座間敷候間例同様伺之通入墨之上中追放

評議之通濟⁽³⁴⁾

とのべて、やはり入墨之上中追放を申渡している。

このように、賊物が通常の物（「一通之品」）でないばあい、その世話をする行為も一般の仕置、すなわち文政元寅年の評議はその適用を排除されたのである。⁽³⁵⁾

- (1) 御仕置例類集、古類集、拾三之帳（以下たんに「古類集十三」のごとく略稱して引用）（七九八）寛政十二・三十間堀七丁目三右衛門元抱非人當時無宿常藏盗いたし候一件。
 - (2) 古類集十三（八〇〇）寛政十二・品川無宿ひきまと小僧長次盗いたし候一件。
 - (3) ここでいう贓物の牙保には、自分が直接世話するのではなく、人が盗物の質入等贓物の牙保を行わんとするのに助力する行爲も含まれる。たとえば、續類集十三（九）文化十二・無宿田右衛門盗いたし候一件評議で「此儀外之不埒も有之候得共梅藏江印形貸遣し同人儀政藏外壹人ニ被頼候連多分之品質入いたし候を胡亂ニ乍存其分ニいたし置候段重モ之不届ニ付盗物と乍存世話いたし配分不取もの敲と有之候御定ニ准し敲」とのべて、胡亂に思いながらも、贓物罪の行爲者が質入するのに自分の印形を貸してやる行爲も本条に該当するとしたのはその一例である。
 - (4) 徳川禁令考後集第三（以下「徳禁後三」のごとく略称）一九三頁。科條類典によると、本草案は「是者享保十九寅年本所表町三右衛門と申もの盗物質物證人ニ相立候段不届至極ニ付家財取上追放」なる先例により立案されたものである。
 - (5) 徳禁後三、一九三頁。
 - (6) 徳禁後三、一九四頁。
 - (7) 古類集十三（七八九）安永六・甲府城屋町與右衛門方紛失物一件。
 - (8) けだし、ここで援用されている元文二巳櫻田伏見町四郎兵衛寄子庄助一事件というのは、第二草案立案の際の根拠となった先例であるからである（徳禁後三、一九三頁）。すなわち、科條類典によればその先例というのはつぎのごとし。曰く、是者元文二巳年櫻田伏見町四郎兵衛寄子庄助傍輩彌助盜候衣類配分可取心底ニ而質物ニ置可遣と申含盜物之内帷子壹ツ貫候段令白狀不届ニ付重敲申付
 - (9) 新類集十四（三九五）文化七・無宿善藏初筆盗いたし候一件。同様に、贓物の世話をして配分は取らなかったが、本犯から金を借りたものにつき、配分取候も同様として重敲に処した、撰述格例初篇六ノ下（十八）寛政五・上州高崎ニ而召捕候無宿儀兵衛權次盗いたし候一件参照。なお、贓物の世話をして世話料を貰ったものを同様重敲に処した、古類集十三（七九六）寛政十・大坂廻船榮久丸之積請候商荷物盗取候一件、新類集十四（三九六）文化九・上州藤岡町藤吉盜賊之宿いたし候一件等も同趣旨とみられる。
- これに対し、新類集十四（三九七）文化十一・無宿安五郎盗いたし候一件評議は、「此儀質入いたし遣候品は盜物とハ

不存由ニ候得共度々相頼如何之儀と心附候上は強て相頼候迎質入いたし遣し酒代錢貫ひ請候段一ト通ニ盜物と不存質入いたし遣し禮錢貫ひ請候ものより八品不宜然なから酒代錢貫ひ受候とも配分請候とは譯違可申享和元酉年評議ニ御下ケ被成候岡部内記火附盜賊改勤役之節相伺候淺草東仲町庄兵衛店忠助儀清花ニ被頼八十八賣拂候品致世話候積對談いたし同道罷越候處八十八儀衣類帶火事羽織等不相應之場所より持出し相頼候ニ付全盜物と乍心附八十八より貸錢貫ひ受又は清花え貸置候給物代錢返し吳可申旨申聞候ニ泥ミ右品々請取持歸り右之内賣拂遣殘之品は追々賣拂遣し可申と預り置候段不届ニ付預り置候品取上敲と相伺評議之上伺之通と申上其通相濟候例ニ見合酒代錢取上敲」とのべて、酒代を貫つたは配分の受領にならぬとした。

(10) たとえば前掲註(1)(2)所引判例のごとし。ただし、全く同様のケースでありながら、敲と伺つた掛奉行の見解を斥けて重敲を科した例もある。すなわち、古類集十三(七九四)寛政七・當時無宿庄助盜いたし候一件のつぎの仕置例をみよう。

小船町貳丁目

源兵衛店

平十郎

右之もの儀不正之品と乍心附酒食ニ泥ミ反物帶地買取賣拂又ハ質入いたし或ハ預ケ置金子借請遣し右金子之内世話いたし爲貸附候段不届ニ付敲之上家主源兵衛え引渡

此儀盜物と乍存世話いたし配分ハ不取もの敲之御定ニ見合此もの儀は酒食ニ泥ミ世話いたし候段趣意不宜候間重敲之上家主源兵衛え引渡

評議之通濟

(11) 撰述格例初篇六ノ下(二三)寛政五・上州信州村々ニ而召捕候無宿七之助外貳人一件。なお、本件は贓物の世話をし配分はとらず礼錢を受けたケースに関するが、通常の判例と趣を異にし、御定書本条のほか、御定書ニ添候例書二十の左の仕置例をも合わせ援用して処断している。

盜物と不存質ニ置遣禮金取候もの御仕置之事

寛保三亥年閏四月御仕置之例

浅草誓願寺門前

權七

此權七儀盜物とハ不存由申候得共住所も無之郡右衛門儀衣類品々持テ參質ニ置與候様ニ申付商元手可賣出所も不糺質置主ニ成質代金之内壹分三百文貫候段不届ニ付敲之上所拂可申付哉と相伺其通被仰渡候事すなわち、判決全文を示せば、

安藤對馬守殿御差圖

御勘定奉行根岸肥前守懸

堀屋文右衛門代官所

武州兒玉郡本庄宿

百姓

熊次郎

右之もの儀友七持參いたし候品ハ盜物之由乍承宿内彌三郎方江質入いたし遣禮錢三百文貫受候段不届ニ付敲之上所拂

右御仕置附

右盜物と乍存世話いたし配分不取もの敲と有之配分之筋ニハ無御座候得共友七の錢三百文貫受候不埒も有之御定書ニ添候例書之内淺草誓願寺門前權七儀盜物とハ不存由申之候得共住處も無之郡右衛門儀衣類品々持參質ニ置與候様申ニ付商元手可賣ため出所も不糺質置主ニ成質代金之内壹分三百文貫候段不届ニ付敲之上所拂申付候例有之候間右兩様を見合敲之上所拂

(12) 撰述格例初篇六ノ下(二六) 寛政六・南鞘町權次郎盜いたし候一件。本件も前註(11) 所引仕置例同様、贓物の周旋をし商元手錢として金を借りうけたものにつき、例書二十を援用して敲之上所拂を申渡したものである。

(13) 撰述格例初篇六ノ下(十四) 寛政四・小普請福原織部中間傳助怪敷品賣拂候一件。

(14) 撰述格例初篇六ノ下(二一) 寛政五・本堂大和守中間富五郎盜物取捌候一件。

(15) 撰述格例初篇六ノ中(二十) 寛政七・脇坂淡路守家來深山與七盜いたし候一件。

(16) 撰述格例初篇六ノ中(十) 寛政九・神田新銀町新次盜いたし候一件。

- (17) 撰述格例初篇六ノ上(二三) 寛政四・野州鹿沼宿ニ而捕候無宿惣七一件。
 (18) 古類集十三(七九五) 寛政八・信州無宿國藏盗いたし候一件。
 (19) 撰述格例初篇六ノ中(六) 寛政八・作州原村ニ而捕候無宿徳兵衛一件。
 (20) 新類集十四(三九一) 文化二・無宿熊八初筆盗いたし候一件。
 (21) これは通常忍入之盗と呼ばれる盗賊であり、御定書第五十六條「盗人御仕置之事」は、これについてつぎのごとく規定している。

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

なお、御定書は通常の窃盗罪を「輕き盜」「途中之盜」「手元之盜」「忍入之盜」「戸明之盜」等に分かつて規定しているが、なかでも「忍入之盜」と「戸明之盜」はその區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、「メリ薄キ所え這入」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、両者を分かつメルクマールとしての「メリの厚薄」をめぐる論議は被疑者の「死生之境」を決するものとして重大な意味をもったのである。窃盗罪に關する詳細は、平松義郎教授「徳川幕府刑法に於ける窃盗罪」(國家學會雜誌第六十五卷五・六・七號、同十一・十二號)を参照。

- (22) ただし、これに対しては本文記載の川越無宿助五郎一件の仕置例のすぐ後に、別紙という形で担当奉行のつぎのごときい分が載せられている。

川越無宿

助五郎

右盜物と乍心附質入いたし遣候而已ニ候得は盜物と乍存世話いたし配分は不取もの敲之御定ニ相當候處此ものは熊八金子所持いたし候を見受申勸止宿爲致旅籠代酒食代錢拂貫ひ盜物所々え質入いたし遣し代金錢も熊八兩人ニて遣捨候上は盜人ニ被賴盜物持運ひ配分取候も同様ニて盜物と乍存世話いたし配分取候もの之御定ハ無御座候間家藏え忍入候盜人ニ

被頼盗物持運ひ候もの之御定ニ准し伺之通敲上輕追放

根岸肥前守

もつとも、これに対して本文記載のごとき老中の意見もあつたので、さらに、

川越無宿

助五郎

右御仕置當り之儀盗人ニ被頼盗物持運ひ配分取候も同様之趣意ニも可有御座と見込右御定ニ准し伺之通敲之上輕追放にて可然哉と申上候處忍入ニ無之盗人ニ被頼雜物持運ひ遣し候ものは御仕置差別も可有之哉助五郎は全く盗物持運ひ遣し候ものニも無之候間右御定相當ニも有之間敷段被仰聞御尤奉存候然處助五郎儀ハ……ものニ一通り之盗物と乍存質入又は賣拂之世話いたし禮錢等貰受候ものとも品違ひ可申候哉然共御尋之通盗物持運ひ遣し候もの之御定相當とも難申候ニ付猶例をも取調候處別紙之通類例も御座候間右ニ見合候ても伺之通敲之上輕追放被仰付候方ニ可有御座哉ニ奉存候

根岸肥前守

とのべ、いくつか類似の先例を挙げて反論を試みている。すなわち、安永二巳年・牧野大隅守掛の千助事松五郎外壹人一件、寛政元酉年・根岸肥前守掛の野州那須郡小木澤村百姓源兵衛一件、寛政三亥年・池田筑後守掛の加藤不存一件等で、いずれも本件同様家藏忍入之盗人に頼まれての贓物運搬とは全然関係はないが、全体の罪状の重さを測ってみると同程度であるという判断が、この条文准用を主張する根拠となっているようである。

(23) 前註(20)所引仕置例。

(24) 徳禁後三、二四四―二四七頁。

(25) この評議はもっぱら「盗之始末」「盗物」「盗金錢」などと規定しているが、これはいうまでもなく贓物罪の本犯としては盗がもつともふつうであるからこのように規定しただけのことであり、そのいわんとするところは、要するに贓物の世話に関する罰則についてである。したがって、本犯が「かたり事」であっても、本規定の適用を妨げるものでないことはいうまでもない。この点につき、續類集十三(二十)文政四・無宿又助かたり事いたし候一件評議に、「此儀御仕置附ニ榊原主計頭申上候通去ル寅年評議仕申上其通相心得可申旨被仰聞候怪敷品と乍心附世話いたし候もの御仕置ケ條之内盜之

始末ハ不存世話いたし盗金錢之内貰受借請候ものハ盜賊本人之所業ニ不拘重敲と有之尤此もの質入いたし遣し候品ハ盜物ニハ無之かたり取候品ニ候得共右伺濟ニ准し伺之通重敲」とあるを参照。これに対し、本犯が取逃のばあいはその贓物は盜金錢と異なり、これを弁償すれば主人の助命願によって本人の仕置も宥められる筋合のものであるが（御定書第四十三條「欠落奉公人御仕置之事」）、これが贓物として第三者となんらかの關係をもつにいたるとき、その第三者に引合は本犯の科刑とは無關係に通常の贓物罪を構成する。この点につき、續類集十三（三七）文政九・本船町長次郎店源兵衛召仕與吉取逃いたし候一件の左の仕置例をみよ。

當時無宿

半兵衛

右之者儀當六月十八日國許江可立歸と存御當地出立いたし候途中知人與吉ニ出會候處同人儀も歸國いたし候由ニ付道連ニ相成與吉儀道中所々ニ而酒食遊興等ニ多分之金子遣捨其度々振舞受候故怪敷儀と存候得共金子之出所等も不相糺附隨ひ遊興いたし候段不埒ニ付引取人平藏江相渡三十手鎖

此儀御答附ニ榊原主計頭申上候日本橋藏屋敷六兵衛店長吉召仕長助評議之趣ニ而八藤兵衛身分不似合金子遣捨候を不審ニ存承り候處取逃之金子之由申ニ付驚一旦立歸主人江申聞候ものニ候得共最初無謂質物受出し貰所々ニ而遊興いたし候迄不心附趣一通り之不念より品不宜候間伺之通三十日手鎖と申上其通相濟候儀ニ有之右は質物受出し貰又は酒食振舞受候節は怪敷儀と不心附多分之金子遣捨候故追而心附相尋候處藤兵衛儀取逃之金子之由申聞候儀ニ而今般之半兵衛は素より怪敷儀と乍心附振舞受候ものニ候間例之長助江ハ難引當尤怪敷品と乍心附貰受借又は酒食振舞受候もの之儀去ル寅年評議濟も有之候處右は盜物之儀取逃之品は債人有之主人助命御願候得ハ本人御仕置宥ミ候譯故猶先例相糺候處天明三卯年評議ニ御下ケ被成候大坂町奉行相伺候北濱貳丁目鹽屋次郎兵衛支配借家紙屋宇兵衛下人伊八主人懸先より銀子取逃いたし候一件之内内本町太郎左衛門町藤屋徳兵衛支配借家美濃屋嘉右衛門儀伊八ハ被頼雇賃貰候ニ相迷疑敷品と乍心附金銀預り歸候段不届ニ付敲と相伺評議之上盜物と存預り候もの敲と有之御定ニ見合貰受候南鑛貳片取上伺之通敲と申上其通相濟候例有之其節之主謀伊八ハ取逃之品債人有之主人願之通助命申付大坂三郷ニ罷在間敷旨申渡候ものニ候得共引合之儀ハ前書之通御仕置ニ差別無御座候間右例之伊八并去ル寅年評議濟貳ケ條目但書ニ酒食被振舞候迄ニ而金錢貰受借受候儀も無之品輕ものハ敲と有之ニ見合旁敲

評議之通濟

(26) この二条本文の「盗金錢貫受借受」と、同但書の「酒食被振舞候迄にて」との区分については、贓品処分の金錢を本犯ともども全部酒食に費消したものに對し、「……一跡之始末右但書之酒食振舞受候ものとハ譯違ひ配分受候も同様之趣意ニ付」とのべ、右本文規定を適用した、續類集十三(三十)文政八・千住宿壹町目佐吉方ニ居候大吉盜物取扱候一件評議や、同じくこれが「一ト通ニ候得ハ右御仕置箇條之但書引當可申ものニ候得共」、これをはるかに超えた本件のばあいにはもはや本文規定に該当するとした、續類集十三(三三)文政九・當時無宿與助取逃いたし候一件評議等に、そのスタンダードな見解が窺われる。

なお、盗金錢ではなく、本犯の窃取した物品を借用することも、「盗金錢貫受借受」に相当するものとされた。この点については、續類集十三(十)文政三・甲州無宿傳藏盜いたし候一件参照。

(27) たとえば、續類集十三(十二)文政元・無宿長兵衛盜いたし候一件、同十三(十四)文政二・無宿非人辰五郎盜いたし候一件、同十三(十六)文政三・當時無宿市助盜いたし候一件、同十三(十八)文政三・無宿源吉盜いたし候一件、同十三(十九)文政四・小石川白山前町方吉方ニ居候古着買健次郎盜物買取候一件など。

(28) 天保類集三十(二四)天保十・今魚町無宿入墨利吉盜いたし候一件。

(29) 續類集十三(二四)文政六・上總無宿恕元盜いたし候一件之内品川歩行新宿新助御仕置評議。同旨、同十三(三六)文政五・山王町伊助店半八方ニ居候紋次盜いたし候一件。

(30) 天保類集三十(二五)文政十一・三河町裏町藤八召仕辰藏取逃いたし候一件。

(31) もっとも、本文でのべているのはあくまで贓物の牙保を中心に考えたものであり、牙保をいちおう度外視し、ひろく贓物罪全体の問題として眺めれば、盜物の世話はしなくとも盗金錢を貫受けることは確実に収受到に相当するであろうし、また借受けることや酒食を振舞われることも、それぞれ寄藏や收受といえなくもない。

(32) 天保類集三十(十四)天保七・牛込拂方町利八店八助事松五郎外貳人不屈之取計いたし候一件。

(33) これは「御場所柄之盜」と稱せられたもので、徳川將軍家や朝廷の神聖、權威、防禦、財産等に関するところ著しき場所での盜、ないしかかる物の盜は、メリの厚薄や窃取金高の多少を論ぜず無條件で死刑に処せられた。「御場所柄之盜」に関する詳細は、平松義郎教授「徳川幕府刑法に於ける窃盜罪(二)」(國家學會雜誌第六十五卷第十一・十二號九〇―九四頁)

参照。

(34) 天保類集三十(二十) 天保九・神田松枝町金五郎方ニ居候卯八外六人御場所柄ニ而盗いたし候一件。
 (35) もつとも、贓物が「一ト通之品」(通常の物)でないばあい、一般の贓物罪より刑の重かったのはべつにこの評議以後に限られたわけではない。たとえば新類集十四(三八九) 文化元・松平日向守召仕中間死失佐兵衛盗いたし候一件。

三 陰物買と盗物罪の關係について

一 御定書第五十六条は故買に関してつぎの三条を規定している。

寛保元年極

一 陰物買

入墨之上 敲

但年來此事ニかゝり居候ものハ死罪

従前々之例

一 陰物と乍存又買いたし候もの

入墨之上 敲⁽¹⁾

追加、寛保三年極

一 盗物と乍存下直ニ買受候もの

所拂

ここで「陰物」というのは贓物のことであり、「陰物買」とは、要するに贓物故買のことを意味する。⁽²⁾ ちなみに、陰物なる用語は故買罪においてのみ使用されたものであり、一般に贓物を示す用語としては、旧稿にもふれたように「盗物」「盗之品」「盗取候品」「不正之品」等々が用いられていた。⁽³⁾

さて、右のうち、前二者が贓物の故買、およびそのものからさらに情を知って買受けたものの罰則を規定し、⁽⁴⁾ 両者を同一に取扱う趣旨のものであったことはむろんであるが、しからば第三項は如何。故買を「贓物を有償で収得する

行為」と規定すれば、第三項もまさしく故買に相当するわけであるが、それでは第一項の陰物買と第三項の「盜物と乍存下直ニ買受候もの」とでは如何なる相違がみとめられたのであろうか。この点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ゝ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賊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ム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ゝり居候ニは無御座然處右盜賊共を度々爲致止宿候不届も有之右は惡黨ものと乍存宿いたし又は五七日ツ、逗留爲仕候もの重キ追放之御定ニ見合重キ方え附伺之通重追放相當可仕哉と評議仕候儀ニ御座候（後略）⁵⁾

これによると、陰物買とはあらかじめ売渡人ニ本犯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、これに反して後者は、故買にそのような事前の工作を行わず、またこれを商売同様にもしない、いわば一時的な利害で行動したものに適用するものなることが知られる。⁶⁾ もっとも両者の差異を行為の常習性にもとめてはならない。けだし、法は陰物買に關し、とくに「年來此事ニかゝり居候ものハ死罪」なる但書を設けて、陰物買の常習犯に対しては特別の態度をもつてのぞんでいたからである。すなわち、前掲評議における伊兵衛事丈左衛門も度々（常習的に）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、「年來此事ニかゝり居候ニは無御座」という理由で、本条但書の規定に該当しないことが判旨されているからである。

しからば本条但書にいう「年來此事ニかゝり居候もの」とは具体的にどういふ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事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

此儀年來此事ニ懸り居候と申御定ニ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事ニ候ハム年來と申方ニは難引當儀と奉存候⁽⁷⁾

これによれば、本条但書はたんに「年來」とあるのみで、何年以上と定めておらず、したがって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ゝり居候という但書の規定は適用できないというのであるから、同じく常習といつても時間的にかなり長期の継続を要件としていたものなることが知られる。

二 さて、かかる評議がなされていたにもかかわらず、その後も両者の差異に関する判断は当時の裁判官たちをししば迷わせたものらしい。⁽⁸⁾ 右の評議から十年後の、つぎの判例はこの間の事情を物語るものと思われる。すなわち、

享和二年・市ヶ谷平山町忠兵衛店貞順事入墨彌兵衛盜いたし候一件

四ツ谷仲町

五人組持店

古着屋

文次

（前略）大河内善兵衛相伺候市ヶ谷平山町忠兵衛店貞順事入墨彌兵衛初筆盗いたし候一件之内四ツ谷仲町五人組持店古着屋文次御仕置之儀評議之上先例ニ見合所拂と申上候處右は盗物と乍存下直ニ買取候もの之御定ニ見合候ては所拂ニ可有之候得共陰物買入墨之上敲陰物と乍存又買いたし候もの入墨之上敲之御定も有之去ル亥年初鹿野河内守掛りニて入墨之上敲申付候例も有之殊ニ此度之文次ハ古着屋渡世いたし商賣筋ニて盗物ニも可有之と乍心附利徳ニ泥ミ買取候始末ハ陰物買之方え寄可然哉前書所拂之御定は商賣筋ニも無之買取候もの之儀ニも可有之哉先例區々ニ付得と評議いたし可申上旨被仰聞候

此儀寶曆十四申年三笠附取退無盡之儀ニ付御定書掛りえ御尋有之候節評議仕候書面之内ニモ陰物買之儀呉服屋杯ハ商ひ物を手代共取出し候ニ付兼て申合置調候を陰物買と申候右同様之品ニても兼て申合置候儀も無之不斗調候得は陰物買と申名目にてハ無之候右之通同様之儀ニても家業同前ニいたし候得は名目違御仕置も輕重御座候哉と相聞候旨朱書ニ申上去ル亥年評議仕申上候甲府勤番支配相伺候盜賊無宿金藏初筆吟味書之内中州都留郡上吉田村西念寺門前借屋伊兵衛事丈左衛門外三人儀陰物買ニは相當り申間敷哉之段御尋御座候ニ付評議之上御定書ニ陰物買入墨之上敲但年來此事ニかゝ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は盗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ニいたし候ものを陰物買之御定え引當盗物と存又は怪敷品と心附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は盗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旨翌子年申上候儀も御座候ニ付再應評議仕候處盗物と乍存下直ニ買取候もの之御定と陰物買之御定とは其もの之商賣筋ニ寄候儀とも難申候間當座之利徳ニ泥ミ盗物ニも可有之と乍心付買取受候類ハ盗物と乍存下直ニ買取候もの之御定ニ見合不正之品持來候を兼て申合置買取賣捌候儀を渡世同様ニいたし候類ハ陰物買之御定ニ寄候方ニ可有御座哉ニ付今般之文次儀ハ度々ニ買受賣拂候得共當座之利徳ニ泥ミ候儀と相聞兼て

賣人と相對いたし置候て買取賣拂候儀を渡世同様ニいたし候儀ニも無之候間盜物と乍存下直ニ買取候もの之御定ニ見合所拂ニて可然哉ニ奉存候

評議之通濟⁽⁹⁾

本件は古着屋が同商賣以外のものから買うときは兩判、すなわち証人の判もとって買入れるべきであるのに、無判で、しかも盜物と心付ながら度々に買ったという事案である。ここでも陰物買と盜物と乍存下直に買取候ものとの差異につき、前掲寛政三年の評議同様二つの基準を挙げているが、ここでとくに問題にしている点は、当事者が古着屋等の業者たるばあいはどうかということである。これに対し、たとい業者が度々故買をなしたとしても、事前に申合をしてなされたものでない限り、やはり單純な盜物買でしかないと判旨しているのは、もとより行為者がそのような業者である必要のないことのみならず、故買者がかかる業者であることで当然に陰物買の行為者とされることもなかつたことを示すものといえよう。

三 以上、陰物買と盜物と乍存下直ニ買受候ものとの差異につき、当時の幕府裁判所の基本的な考え方を検討してきた。そこでさらに、この両者の性格をいま少しはつきりさせるために、以下具体的な仕置例をいくつか挙げて総合的に考察してみることとしよう。

I 陰物買とされた事例

イ 文化十年・南新堀貳町目重藏儀船積之品拔取候一件

南小田原町壹丁目

嘉右衛門店

市兵衛

外貳人

右之もの共儀重藏駟合醬油拔取候儀ハ無之候得共重藏儀船積醬油壹樽之内より五合壹升程宛拔取可賣拂間買取呉候様申候ニ同意いたし右拔取候醬油下直ニ買取賣拂賣徳取又は自分遣ひニいたし且半四郎より森右衛門を相手取及出訴候趣ニ付森右衛門申ニ任セ金貳兩貳分同人え相渡内濟申談候始末不届ニ付入墨之上敲

此儀盗いたし候節之同類ニは無御座候得共兼て重藏と駟合追々ニ拔取候醬油買取商賣之品ニ相用又は賣拂徳用取候もの共ニて當座之利潤ニ迷ひ盜物と乍存下直ニ買取候ものトハ趣意違ひ候間陰物買入墨之上敲と有之御定ニ見合伺之通入墨之敲

評議之通濟

但 御誕生御祝儀之御赦ニ御免¹⁰⁾

口 文政九年・中之郷竹町利兵衛店松五郎事坊主清之助盗いたし候一件

馬喰町三町目

伊兵衛店

半三郎方ニ居候

七右衛門

右之もの儀怪敷品と乍心附徳用ニ泥ミ清之助外三人方衣類脇差其外度々ニ三百八拾品代金四拾四兩貳分ニ買取賣拂又ハ質入いたし都合三拾三兩壹分貳朱四百文程徳用取其上清之助ニ被頼丁子賣捌遣候段不届ニ付入墨之上敲
此儀御仕置附ニ伊賀守申上候三拾間堀四町目利八店紙屑買徳兵衛并陰物買之御定をも見合年來かゝり居候ものニも無之候間伺之通入墨之上敲

評議之通濟

御仕置附ニ伊賀守申上候例

文化十三年岩瀬伊豫守町奉行之節伺之上申付候三拾間堀四町目利八店紙屑買徳兵衛儀去亥十二月以來渡世先ニ而無宿長藏方拵附脇差并帶壹筋買取猶又賣拂候品有之候ハ、不目立様内ニ持參可致旨申聞置追々ニ同人より盜物と乍察直段下直ニ付格別利潤も可有之と徳用ニ泥ミ多分之品買取又ハ置主ニ成質入いたし遣シ世話料貰受右買取候品々は賣拂質入いたし金六兩壹分貳朱五貫八百文餘賣徳取不殘酒食雜用等ニ遣捨候段不届ニ付入墨之上敲(註)

ハ 天保十年・武州無宿入墨常藏外三人盗いたし候一件評議

此儀吟味書之趣ニ而ハ不正之品と乍存利欲ニ泥ミ榮助等任申衣類品々買取置段取極内金相渡殘金ハ賣拂次第遣候積ニ而品物受取置其後猶又持參いたし候衣類をも可買取と存候内夜明ケ候間預り置候處右之もの共被召捕候由承右品三日町彌助外三人方江持運隱置候由ニ付當座之利得ニ迷ひ盜物と乍存下直ニ買取候ものとハ意味違陰物買入墨之上敲但年來此事ニかゝり居候もの死罪と有之御定之方江寄可申ものニ而尤此ものハ年來かゝり居候儀ニハ無之候ニ付享和元酉年評議ニ御下被成候岡部内記火附盜賊改之節相伺候淺草田原町壹丁目七兵衛店徳兵衛方ニ罷在欠落いたし候三次儀吉五郎外貳人盜取候品之届次第下直ニ賣拂可申間夫々江賣捌呉候様任相頼利徳ニ泥ミ同意いたし配分ハ取不申候得共追々盜取候品々預り置右之内買取賣拂又ハ質入いたし殘之品ハ追々賣捌可申と所持いたし居候内右之もの被召捕吟味ニ相成候ニ付店相仕廻或ハ欠落いたし前書所持いたし候品之内預ケ置兄彌兵衛方ニ罷在候處店受人徳兵衛尋來候ニ付一旦逃去候得共彌兵衛儀も入牢いたし所詮逃去候とも遁得申間敷と存自分と訴出未前書之始末申陳候ため所持いたし候品途中江預ケ置候始末巧候致方旁不届ニ付入墨重敲之上元店受人徳兵衛

江引渡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ハ逃去候儀ハ無之候得共一躰之始末強而差別も無御座候間右例同様入墨之上重敲

評議之通濟⁽¹²⁾

II 盜物買と認定された事例

イ 文政三年・非人頭善七手下喜左衛門抱非人ニ而欠落いたし候喜助盜いたし候一件評議

此儀吟味書之趣ニ而ハ喜助外壹人儀古雪踏三十八足兩度ニ持參買取吳候様申聞候ニ付怪敷品ニも可有之と心附候得共直段下直ニ買取賣拂候ハ格別之利徳も可有之と右ニ泥ミ買取候と有之兼て盜物可買取積り約束いたし置引受候儀ニハ不相聞全當座之利徳ニ泥ミ買取候ものニ付盜物と乍存下直ニ買取候もの之御定并文化元子年評議ニ御下ケ被成候長崎奉行相伺候長崎今紺屋町市郎兵衛儀無宿庄助任申盜物と乍心附衣類道具等を拾三品追々ニ買取右之内貳品ハ被取上殘之品々往來之もの江賣拂徳用錢四百五拾六文取之遣捨候段不届ニ付右錢取上所拂と相伺評議之上徳用錢取上ニ不及所拂と申上其通相濟候例をも見合伺之通所拂可申付處非人之儀ニ付相當之仕置可申付旨申渡穢多頭彈左衛門江引渡

評議之通濟⁽¹³⁾

ロ 天保六年・無宿入墨彌助盜いたし候一件評議

此儀盜物と乍存下直ニ買取候もの所拂と有之御定書并去ル申年評議ニ御下被成候京都町奉行相伺候建仁寺新地玉水町伊兵衛借家小兵衛儀怪敷品と乍心附定七任頼徳用も可有之と存當五月以來鶴吉盜取候着類六拾六品都合代金七兩三分貳朱拾壹貫三百文程ニ買取右代金錢之内鶴吉受取ニ罷越候節直ニ同人江も相渡右之内三拾貳品所持罷在其餘賣拂徳用錢不殘遣捨候段不届ニ付買取所持罷在候品取上所拂と相伺評議之上伺之通と申上其通相濟候例をも

見合伺之通買取所持いたし候品取上所拂

評議之通濟⁽¹⁴⁾

ハ 天保十年・因幡町甚兵衛盜いたし候一件評議

此儀吟味書之趣ニ而ハ去戌十一月十八日甚兵衛儀所持品之由衣類其外拾五品持參賣拂度旨申聞候ニ付相違も有之間敷と存仲間定法相背無判ニ而買取猶又同廿一日以來追々多分之品持參いたし候ニ付身分不相應ニ而怪敷品と心附候得共徳用も可有之と存度々ニ衣類其外百五拾壹品買取不殘賣拂徳用取候由ニ付御仕置附ニ紀伊守申上候例之七右衛門と粗始末ハ似寄候得共盜物と乍存下直ニ買取候もの所拂之御定も有之候上ハ類例而已ニ而ハ治定難致依之勘辨評議仕候處右ハ陰物買入墨之上敲と有之御定之准例ニ而今般之勘兵衛犯科之とき類品數等之姿迄ニ泥ミ右例ニ寄候而ハ一躰之意味違候間先例相糺候處享和二戌年……古着屋文次儀彌兵衛刃右衛門ヲ買取候品盜物ニも可有之と乍心附利徳ニ泥ミ其上同商賣之外ハ兩印取之買取可申處無其儀無判ニて買取賣拂又ハ見世賣いたし或ハ所持いたし候段不屈ニ付所持之品并見世賣いたし候品ハ代金銀を以賣出徳用之分とも取上所拂と相伺評議之上所持之品取上賣拂候分ハ代金爲償候ニ不及所拂と申上御尋有之其節再應評議之趣ニ而ハ寶曆十四丑年御定書掛江御尋有之陰物買之儀ニ付心得方申上并寛政三亥年評議ニ御下被成候甲府勤番支配相伺候甲州上吉田村西念寺門前借屋伊兵衛事丈左衛門外三人御仕置當是又再應評議之上陰物買と盜物と乍存下直ニ買取候もの之辨別申上候儀も有之右等ニ見合盜物と乍存下直ニ買取候もの之御定と陰物買之御定とハ其もの之商賣筋ニ寄候儀と難申候間當座之利徳ニ泥ミ盜物ニも可有之と乍心附買取候類ハ盜物と乍存下直ニ買取候もの之御定ニ見合不正之品持參候を兼而申合置買取賣拂候儀を渡世同様ニいたし候類ハ陰物買之御定ニ寄候方ニ可有御座候哉ニ付右文次儀ハ度々買取賣拂候得共當座之利徳ニ泥ミ候儀と相聞兼而賣人と相對いたし置候而買取賣拂候儀を渡世同様ニいたし候儀ニ

も無之候間盜物と乍存下直ニ買取候もの之御定ニ見合所拂と申上其通相濟候由ニ付右ニ見合相當之ものニ候間例
同様所拂

評議之通濟⁽¹⁵⁾

以上、陰物買、盜物買のそれぞれにつき、そのめぼしい判例を若干拾ってみた⁽¹⁶⁾。いまこれらを総合的に考察してみると、この両者の性格にかなり注目すべき点が見出される。

すなわち、われわれはさきに寛政三年の「陰物買と盜物と乍存買取候もの差別之儀ニ付評議」にしたがって、陰物買を「あらかじめ売渡人ニ本犯と相對しておいてから賊物故買をなし、しかもその売買を渡世同様に行っているもの」とし、盜物買は「故買にそのような事前の工作を行わず、またこれを商売同様にもしない、いわば一時的な利害で行動したもの」と規定した。そこで、右に掲げた諸仕置例をこれに對照させながら検討してみると、まず陰物買の諸判例には、「重藏儀船積醬油壹樽之内より五合壹升程宛拔取可賣拂間買取與候様申候ニ同意いたし右拔取候醬油下直ニ買取賣拂賣德取⁽¹⁷⁾」、「……猶又賣拂候品有之候ハ、不目立様内ニ持參可致旨申聞置追々ニ同人より盜物と乍察直段下直ニ付格別利潤も可有之と徳用ニ泥ミ多分之品買取⁽¹⁸⁾」、「不正之品と乍存利欲ニ泥ミ榮助等任申衣類品々買取置段取極内金相渡殘金ハ賣拂次第遣候積ニ而品物受取置其後猶又持參いたし候衣類をも可買取と存候内……」⁽¹⁹⁾等のごとく、その故買にことごとく事前の相對が加わっているのに対し、一方、盜物と乍存下直に買取候ものとされた仕置例では、「……怪敷品ニも可有之と心附候得共直段下直ニ買取賣拂候ハ、格別之利徳も可有之と右ニ泥ミ買取候と有之兼て盜物可買取積り約束いたし置引受候儀ニハ不相聞全當座之利徳ニ泥ミ買取候ものニ付⁽²⁰⁾」とのべて、事前の約束のなかったことを強調している。しかも、常習的かつ故買の額の多大なる点で陰物買と認定された先例に類似するというところで、陰物買に相當するのではないかという疑問の出された、天保十年・因幡町甚兵衛盜いた

し候一件においても、「度々ニ衣類其外百五拾壹品買取不殘賣拂徳用取候由ニ付御仕置附ニ紀伊守申上候例之七右衛門と粗始末ハ似寄候得共盜物と乍存下直ニ買取候もの所拂之御定も有之候上ハ類例而已ニ而ハ治定難致依之勘辨評議仕候處右ハ陰物買入墨之上敲と有之御定之准例ニ而今般之勘兵衛犯科之とき類品數等之姿迄ニ泥ミ右例ニ寄候ハ而一昧之意味違候間……」⁽²¹⁾と答えて、本件は（その故買に相對の事實のない）單純な盜物買であり、故買の度数とか品數等の外觀の類似を以て陰物買とみなしてはならないと主張しているがごときをみれば、兩者の性格の相違は明瞭である。

すなわち、陰物買は故買を常習的に行なうことでもなく、また買入れた贓物の額が多であることでもなく、要するに事前の約束、いかえると、あらかじめ本犯と盜物の買入れについて予約しておき、しかるのちに故買をする、ということにその本質があつたのである。⁽²²⁾しかりとすれば、われわれがさきに行なつた陰物買に関するいちおうの説明は、その後段の「しかもその売買を渡世同様に行っているもの」という部分が不要なものとなり、たんに「陰物買とは、その贓物の買入行為が本犯との事前の相對によつて行われる故買をいう」というように、修正して考えなければならぬ。⁽²³⁾このことは、とりもなおさず事前の相對という要件を欠く通常の贓物故買は盜物と乍存下直ニ買取候ものとして取扱われることを意味する。⁽²⁴⁾

もつとも、このように陰物買は常習性を必要要件とするものではなかつたけれども、陰物買に相当するような故買は元來故買としては反社会的性格のつよいものであり、多くのばあい常習的になりがちであつたから、それはまた渡世同様の觀を呈したことも想像に難くない。だが、常習性そのものは、仮にすべての陰物買にみられる現象であつたとしても——むろん、現実は違つていたが——、それは陰物買にとつてはいわば常素でしかなく、決してその要素ではなかつたという点に注意しなければならない。

四 以上、贓物故買における陰物買と盗物と乍存下直に買取候もの、盗物買との関係について一通りの考察をしてきた。そこで以下には故買における客体の問題を少しく考えて、本節をおわることとしよう。

われわれは、すでに贓物の牙保においてその客体とする贓物の種類によって、その取扱いにも差別のあることをみてきた。しからは故買のばあいはどうか。この問題に關し、「御場所柄ニ而盜取候品」の故買につき、「盗物と乍存一、通、り、之、品、下、直、ニ、買、取、候、も、の、と、ハ、差、別、も、可、有、之、哉」なる疑問の出されたのに対し、天保九年・神田松枝町金五郎方ニ居候外八人御場所柄ニ而盜いたし候一件評議は、

此儀……御場所柄持參候儀と乍存買取候事實ニ付盗物と乍存一通り之品下直ニ買取候ものとハ差別も可有之哉と先例相糺候處去ル申年評議ニ御下被成候筒井紀伊守相伺候牛込拂方町清兵衛店紙屑買金次郎儀去未閏七月廿七日以來松五郎方買取候反古類ハ御廣敷ニ而紛失いたし候品ニ有之處其儀ハ不存候とも同人儀度々持參多分之反古故追而ハ如何之儀と心付承候處御廣敷ニ而御不用之品故取捨ニ成候由申聞候得と糺も不致右躰之品無判ニ而買取其後買戻ニ相成候始末不届ニ付右代金錢取上所拂と相伺評議之上伺之通と申上其通相濟候例有之右之通御場所柄之御品ニ而も別段御仕置不重上ハ此ものも盗物と乍存下直ニ買取候もの之御定ニ見合候方相當可致一躰盗物買取候犯科ニ次第有之盗人ニ馴合買取候ものハ陰物買之御定ニ而入墨之上敲ニ相成候儀ニ有之御場所柄之御品ニ候迎右御定江引當候而ハ混雜可致御仕置附ニ紀伊守申上候例之日光鉢石宿藤兵衛井同人御仕置附之神田松下町次郎吉ハ盗物と乍存下直ニ買取候もの之御定江可引當を陰物買之御定ニ寄取調候儀と相聞既御尋御答書ニ紀伊守申上候通陰物買と盗物と乍存下直ニ買取候もの之差別ハ享和二戌年評議仕申上置候通り之次第ニ付此ものハ前書盗物と乍存下直ニ買取候もの之御定并例之金次郎ニ見合燒銀取上所拂

評議之通濟⁽²⁵⁾

とのべて、本件同様、「公儀御品」の故買に關する、天保七年・牛込拂方町利八店八助事松五郎外貳人不届之取扱いたし候一件の金次郎につき、單純な盜物買として所拂の刑を科した先例⁽²⁶⁾を援用し、このように「御場所柄之御品ニ而も別段御仕置不重上ハ」此ものも盜物と乍存下直に買取候ものの御定により、所拂が相当であるとしている。が、ここでとくに注目されるのは、「一躰盜物買取候犯科ニ次第有之盜人ニ馴合買取候ものハ陰物買之御定ニ而入墨之上敲ニ相成候儀ニ有之」とのべ、本犯と馴合⁽²⁷⁾つて買った事実がなければ、たとい「御場所柄之御品ニ候迎右御定江引當候而ハ混雜可致」と論じていることである。ここにおいても、故買罪には陰物買と盜物と乍存下直に買取候ものとの二種類があつて、それ以外にはないこと、しかも兩者を分かつメルクマールは、前述のように本犯との事前の約束によつて故買をしたか否かである筈であり、それ以外の「御場所柄之品」といった、売買された贓物の種類による刑の差別があつてはならないことを明言しているのである。

(1) 科條類典朱書によれば、本条は左の先例により成立したものである。

是者享保十九寅年橋町四丁目市兵衛儀住吉町市兵衛方より度々衣類脇差等陰物と乍存買取所々遠國之旅人江賣渡不届ニ候得共又買ニ有之ニ付入墨之上五十敲之例を以相認申候(德禁後三、一九五頁)

なお、ここで「……不届ニ候得共又買ニ有之ニ付」とあるのは、当時陰物買とその又買とでは科刑に段階のあつたことを示すものであろう。けだし、次註(2)でも示すごとく、御定書成立以前の貞享年代に陰物買を死罪に処した仕置例が若干みえているし、また御定書制定の過程においても、その草案では陰物買を死罪としているからである(德禁考三、一九五頁)。

(2) 陰物買については、すでに貞享年間に死罪に處した判例が若干御仕置裁許帳(石井良助博士編・近世法制史料叢書第一所収)にみえている(同書、三七〇頁)。たとえば、

貞享四年卯四月晦日

壹人六兵衛 是ハ畔柳助九郎組中間本郷丸山齋藤次右衛門地借此者陰物買ニテ喜兵衛并曲りおやしい長野七郎兵衛方より

品々賣申候由喜兵衛訴候ニ付今日捕方ニ遣候へハ此者召連來ル付遂穿鑿候處ニ右之者名ハ覺不申候へ共三人方より買取候儀紛無之由白狀申候右買取候品々同所御中間屋鋪之質屋與兵衛と申者召連出候處雜物之内着物一ツ取置候由申ニ付着物ハ與兵衛ニ預ケ右之雜物六兵衛虎之助ニ預ケ候由申ニ付此者儀ハかけ物買取候不届ニ付牢舎右之者卯十二月廿七日死罪

また元祿御法式（右同書所収）にも、
〔一八五〕

一 陰物を商賣仕者之類 死罪
とある（同書四六三頁）。

〔3〕 旧稿第一節参照。

〔4〕 「陰物と乍存又買いたし候もの」というのは、陰物買の当人から直接に買うのでなければこれに該らない。すなわち、陰物買の犯人から贓物が一旦第三者の手に渡り、しかるのち情を知ってそれを買受けても本条には該当しない。この點につき、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における、織右衛門關係の左の評議をみよ。

一 同國下吉田村織右衛門は前書丈左衛門買取候盜物之内を藤八より買取尤盜物と乍存買取候得共丈左衛門陰物買より直ニ買取候ニも無御座候間陰物之又買ニハ相當申間敷買取候趣意ハ甚兵衛源左衛門同様ニ御座候間是又盜物と乍存下直ニ買取候もの之御定ニ引當伺之通所拂相當可仕哉と評議仕候儀ニ御座候

もつとも後述するように、陰物買には通常の盜物故買と異なり、かなり厳格な要件を必要としたから、その陰物買からさらに情を知つての陰物の又買となると現実の問題としてはそう例も多くはなかったらしい、左に掲げるものはその乏しい実例の一つである。古類集十三（七七〇）安永六・本所無宿藤十郎似セ銀細工又ハ盗いたし候一件

神田大工町

伊左衛門店

源助方三居候

兵助

右之もの儀無宿藤十郎かんさし拔取賣拂候錢配分取或ハ同人拔取候櫛かんさし取次中買いたし候段不届ニ付入墨之上敲門前拂

此儀陰物買入墨之上敲之御定ニ見合同之通入墨之上敲門前拂
評議之通濟

同人店

源助

右之もの儀藤十郎拔取候品請取賣拂配分取或ハ盜物と乍存後難を恐兵助え中買致させ藤十郎拔取候櫛かんさし買受其上兵助被召捕候ニ付家主組合取拵赦免願として罷出候段不届ニ付入墨之上敲家主伊左衛門え引渡

此儀陰物と乍存又買いたし候もの入墨之上敲家主井五人組を拵訴訟ニ出候もの敲之御定ニて重き方え附伺之通入墨之上敲候て家主伊左衛門え引渡

評議之通濟

(5) 古類類三(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。

(6) この形態の贓物故買を前者の陰物買に対して、ときには「盜物買」と称したこともあるらしい。すなわち、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」なる標題のもとに載せられている(徳禁後三、二三八―二三九頁)のはその一例。

(7) 註(5)所引評議。

(8) この時点では、まだ陰物買と盜物と乍存下直ニ買受候ものとの差異をめぐる幕府裁判所の態度には統一性がみとめられない。たとえば、つぎに掲げる二つの仕置例などはその模様を示す好例といえよう。すなわち、古類集十三(七七六)寛政五・神田須田町貳丁目利兵衛店文次郎不埒之取計いたし候一件

神田須田町貳丁目續

利兵衛店

文次郎

右之もの儀馬士共盜取候米價下直ニ泥ミ買取賣拂又ハ飯米ニ遣ひ捨候段不届ニ付所拂

此儀盜物と乍存下直ニ買取候もの之御定ニては所拂ニ相當り候處吟味書之趣ニてハ淺草札差共より所々武家屋敷え積送り候馬士共途中ニて拔取候米と乍存下直ニ買取尤當三月二日より同廿二日迄之儀とハ申立候得共藤五郎外壹人之馬士ニも不限外ニも名前不存馬士共よりも同様買取所々え賣渡し徳用取候ものニ御座候間渡世ニいたし候も同様之儀ニて當座之利徳而已ニて之仕業とも品違陰物買ニ似寄候間右之御定ニ准し入墨之上敲

評議之通濟

古類集十三（七七七）寛政六・當時無宿松五郎盜いたし候一件

下谷山崎町壹丁目

佐右衛門店

權助

右之もの儀松五郎を盜賊と申候ハ兼て存罷在右之もの手疵を負候節は取始末いたし遣又は盜物と乍心附利徳ニ泥ミ下直ニ買取賣拂候段不埒ニ付所拂

此儀盜物と乍存下直ニ買取候もの所拂之御定も御座候得共吟味書之趣ニてハ水茶屋渡世いたし罷在松五郎其外面住所不存もの鼻紙袋銀かんさし等持參り買取與候様申候ニ付不相應之品故全盜物ニも可有之と心附候得共餘慶之利徳も可有之と度々ニ買取名面住所不存古着買え賣拂候と有之其始末陰物買も同様之趣意ニ付右御定ニ准し入墨之上敲

評議之通濟

この二例はともに、単純な盜物買として所拂と伺った掛奉行の見解を斥けて、陰物買の規定を適用したものであるが、いづれもその故買に売渡人との事前の相對の事実が存在したか否かについては全然触れていない。ただ第二例が、「其始末陰物買も同様之趣意ニ付」ときめつけるだけで、なぜに陰物買と認定したかの論拠が曖昧であるのは論外として、第一例で「渡世同様ニいたし候も同様之儀ニて當座之利徳而已ニて之仕業とも品違陰物買ニ似寄候間」と論じているのは、判決の当否はともかく、いちおう注目すべき見解ではある。

(9) 古類集十三（七八五）享和二・市ヶ谷平山町忠兵衛店貞順事入墨彌兵衛盜いたし候一件。この判例を援用して所拂を科した同種の事例としては、たとえば續類集十三（十三）文政二・本銀町四軒屋敷次兵衛店利兵衛方ニ居候清兵衛盜いたし候一件、同十三（二二）文政五・當時無宿松藏盜いたし候一件。

- (10) 新類集十四(三八七)文化十・南新堀貳町目重藏儀船積之品拔取候一件。
- (11) 續類集十三(三四)文政九・中之郷竹町利兵衛店松五郎事坊主清之助盗いたし候一件。
- (12) 天保類集三十(二三)天保十・武州無宿入墨常藏外三人盗いたし候一件。
- (13) 續類集三十六(三)文政三・非人頭善七手下喜左衛門抱非人ニ而欠落いたし候喜助盗いたし候一件。
- (14) 天保類集三十(十一)天保六・無宿入墨彌助盗いたし候一件。
- (15) 天保類集三十(二二)天保十・因幡町甚兵衛盗いたし候一件。
- (16) 本文に例示したものは陰物買と盗物と乍存下直に買取候ものとの關係をめぐって比較的錯綜した問題をもつものであり、兩者の差異を詳細に論じたものが多いが、一般には至極簡単に御定書の条文を適用(または先例を援用)して判決したものが多し。たとえば単純な故買に關する續類集十三(十)文政元・無宿入墨三次郎事才助盗いたし候一件の左の仕置例をみよ。

甲府青沼町

喜兵衛

右之もの儀欲にかまけ無宿才助持參り候盜物品々盜物とハ乍心附下直ニ付任申度々買取往來之もの江賣拂代銀遣捨候段
不届ニ付所持いたし候居風呂釜ハ取上所拂

此儀吟味書之趣ニ而ハ才助持參り候衣類又ハ居風呂釜等都合三度ニ買取候趣ニ而全ク當座之利潤ニ泥ミ仕成候儀と相
聞候間盜物と乍存下直ニ買取候もの所拂之御定ニ見合伺之通居風呂釜取上所拂

評議之通濟

- (17) 註(10) 所引判例。
- (18) 註(11) 所引判例。
- (19) 註(12) 所引判例。
- (20) 註(13) 所引判例。
- (21) 註(15) 所引判例。
- (22) もっとも、その故買についての事前の相對の段階で本犯はその品物が盜物であることを告げなかったが、故買行為者の方はそれを怪敷品と心付いており、しかもそれを承知で売買の約束をなしたるばあいにも陰物買の規定を適用した事例があ

る。判決全文を示せばつぎのごとし。

天保類集三十（十九）天保九・無宿覺次郎盜其外惡事いたし候一件

南品川海晏寺門前

清五郎店欠落いたし候

常五郎事

權兵衛

右之もの儀覺次郎持參候品ハ不正又ハ盜物ニ有之處其儀ハ不存候とも多分之品殊葵 御紋附等有之怪敷品と乍心附徳用ニ泥ミ追々ニ百拾貳品代金四拾貳兩七百九拾貳文ニ賣拂遣其度々徳用取都合九兩壹分壹朱七百九拾文餘不殘雜用ニ遣捨七品ハ所持いたし居候處覺次郎被召捕候趣承六品ハ宅江差置帶ハ着用欠落いたし候始末不届ニ付入墨之上敲

此儀吟味書之趣ニ而ハ在々市場ニ而古道具其外下直ニ買取可持參候間賣拂呉候様無宿覺次郎任申怪敷儀とハ心附候得共徳用も可有之と承知之旨相答置候後大小 并葵 御紋附小袖其外衣類等同人持參候間請取賣拂遣候由ニ而一通り怪敷品と乍心附買取又ハ賣拂遣候ものとハ譯違全賊心難遁陰物買之御定江可據罪科之ものニ付右ハ寛政三亥年陰物買と盜物と乍存買取候もの差別御尋之節盜物其外怪敷品と乍存兼 而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江引當來候旨申上置候儀ニ有之尤陰物買入墨之上敲但年來此事ニかゝり居候ハ、死罪之御定ニ候處今般之權兵衛八年來之惡事ニハ無之且 御紋附之品取扱又ハ欠落いたし候儀も有之候得共右ニ而御仕置重ク候筋ニハ無御座候間右御定本文ニ見合同之通入墨之上敲

評議之通濟

(23) 陰物買を本文のように規定すれば、「陰物というのは贓物のことであり贓物買とは要するに贓物故買のことである」と規定した本節冒頭の陰物についての説明も、つぎのように、すなわち、「陰物とは本犯と故買者との間にその売買に関して事前の約束の取交されているような贓物のことである」と規定し直さなくてはならない。

なお陰物買というのは、たとえば呉服屋などであらかじめ顧客が注文（あるいは指示）しておき、それに応じて手代共がその商品を取り出しておいたものを購入することをいったものであり、同様の商品でもそのような手続をふまず、店頭でふと見付けて買ったようなばあいは陰物買とはいわなかったという、古類集十三（七八五）享和二・市ヶ谷平山町忠兵衛

(24) 店貞順事入墨彌兵衛盗いたし候一件評議の説明は、贓物故買罪としての陰物買の性格を考ふる上できわめて示唆に富む。なお、御定書の「盗物と乍存下直ニ買受候もの」なる規定は、たんに贓物たるの情を知りながらこれを買うだけではなく、字義どおり「下直ニ」買うことが要件とされていたことを附言しておく。この点を指摘せる仕置例の全文つぎのごとし。

續類集十三(十五)文政三・無宿庄八盗いたし候一件

細手三条下ル五軒町

つね手代

喜兵衛

右之もの儀庄八盗取候品とハ曾而不存旨申候得共甚兵衛使之旨申度々同様之品持參不正之品ニても可有之哉と乍心附銅樋三本都合代金壹兩壹分貳朱五貫九百文ニ買取所持罷在候段不届ニ付所持いたし候品取上所拂

此儀吟味書之趣ニ而ハ當六月初旬丸太町河原町西江入町甚兵衛使之由ニ而知ル人庄八儀銅樋貳本持參拂物ニ候間買取吳候様申聞甚兵衛儀ハ是迄商ひ物取引もいたし候ことの儀實事と存銅樋目方壹貫目ニ付錢壹貫六百文替之相場合を以貳本代金壹分貳朱錢五貫五百文ニ買取候處其後庄八儀又候銅樋壹本持參前同様申聞買取吳候様相頼度々同様之品持參候儀不正之品ニ而も可有之哉と心附候得共知ル人之儀斷も難申前同様之相場合ニ而代金壹兩錢四百文ニ買取尤右之節々主人つね江ハ不申聞右銅樋不殘所持罷在候と有之全盜物と心附候儀ニ無之殊相當之直段ニ而買取候ものニ付盜物と乍存下直ニ買取候もの所拂之御定の當とも難申先例相糺候處相當之例相見不申候得共安永六酉年桑原能登守御勘定奉行勤役之節伺之上御答申付候上州高崎城下四ツ谷町八郎次儀住所も不存もの持參り候古着を出所も不糺度々溜其^{マツ}上盜物と乍承強而頼候連同様買取候不埒ニ付五十日押込申付候例有之右御答附ニ買取候品下直と不相聞……ニ付前書所拂之御定方一段軽く所持いたし候品取上五十日手鎖

評議之通濟

もつとも、下直に買わなかったにせよ、ともかく情を知りながら贓物を買うことが、やはり贓物故買たることは疑いなく、その可罰性を阻却するものでなかったことは、この仕置例およびそこに援用されている安永六年の上州高崎城下四ツ谷町八郎次一件の先例でも明らかである。

(25) 天保類集三十（二十） 天保九・神田松枝町金五郎方ニ居候卯八外六人御場所柄ニ而盗いたし候一件の勝五郎に關する評議。なお本件において、同様「御場所柄ニ而盗取候もの」の牙保をした彦兵衛は通常の牙保の刑より重く、入墨之上中追放に處せられている（前節註（34）所引判例）ことに注意。

(26) 天保類集三十（十四） 天保七・牛込拂方町利八店八助事松五郎外貳人不届之取扱いたし候一件の金次郎に關する評議。本件においても前節註（32）所引判例同様、「公儀御品」の牙保をした松五郎は通常の牙保の刑より重い入墨之上敲を科せられている。

(27) なお前掲註（22）所引判例天保九・無宿覺次郎盜其外惡事いたし候一件においても、故買の對象が「一ト通之品」でないばあいにつき、「且 御紋附之品取扱又ハ欠落いたし候儀も有之候得共右ニ而御仕置重り候筋ニハ無御座候間」と論ぜられていた点参照。

四 ちむすび

一 以上、われわれは徳川幕府刑法の贓物罪に關し、旧稿においてとくにその不備を痛感させられた牙保と故買をめぐる諸問題をかかなり詳細に検討してきた。

最後にこれらを総括しながら、牙保と故買の關係について、とくに牙保において顯著にみとめられた、これを本犯との關係で把握するという幕府裁判所の態度を中心に考察して本稿を終わりたいと思う。

二 すでにみてきたように、御定書の贓物の牙保に關する規定は、
寛保元年極

一 盜物と乍存世話いたし配分ハ不取もの

敲

この一条のみである。この条文の解釈をめぐる諸問題の検討は、すでに旧稿においてもその大体は果されており、本

稿は一層精密な形でこれを行なっている。ここではくりかえさない。ただ、ここではこの条文をめぐっての主たる論点たる配分の問題は、判例法の上で礼物、礼銭の概念、あるいは「酒食ニ泥ミ」の取扱いなどともに種々の議論を呼び、判例の混乱を招来する大きな素因ともなった基本的問題の一つであったが、これらは文政元寅年の評議によって、「金銭貰受借受」あるいは「酒食被振舞候迄ニテ」の二つの要素に整理され、以後の裁判例も全部これにしたがって判断されるようになったから、ここに牙保に関する前掲御定書の規定は実質的意味を失ってしまったということ指摘するにとどめておく。

しかしながら、文政元寅年の評議出現の意味は決して右につきるものではなかった。すなわち、これまでとかく判例の上で問題にされてきた、牙保の犯人を本犯の行為の態様ないしは科刑に即応させて処理をするという考え方に關し、以後の裁判に明確な指針を示したという事実である。この問題は元來、御定書の予定外の事柄であり、御定書に忠実であるならば全然問題となりえない事柄であっただけに、これを公然と認知した本評議の意義は大きいといわざるをえない。

そこで、このような文政元寅年の評議の意義はそれとして、ここにいたるまでに幕府裁判所がとりつづけてきたかかる態度を、ここでもう一度その出発点にたちかえって考えてみる必要がある。

すなわち、御定書は贓物罪の諸類型を規定するにあたり、「盗物と乍存世話いたし配分ハ不取もの」、「盗物と乍存預候もの」、「盗物と乍存下直ニ買受候もの」のごとく、その犯罪の特別構成要件を純然たる贓物罪の行為に限定してこれを定めている。これは贓物罪の規定のあり方としては至極当然のことであり、ここでは全くその贓物罪の本犯の行為の態様や科刑などは問題とされていない。

しかるに、御定書は右の一般的な規定のほかに、唯一つではあるが例外的な規定も設けている。贓物運搬に關す

る、

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

の規定がこれである。例外的なものではあったが、本条の牙保罪判例に与えた影響はきわめて大きく、前述の幕府裁判所の態度も本条と切り離しては考えられない。

ここで法がとくに贓物の運搬を忍入之盗に結びつけて規定したのは、忍入之盗が家藏等への強力手段による侵入によって行われる窃盗であり、それは概ね夜間に行われ、かつ大量の盗物が予想されるからであり、これに反して通常の窃盗、たとえば戸明之盗などは多くは昼間行われ、その贓物の量も前者に比してはるかに少ないのが常識であったから、これにはあえて運搬担当のものまで考える必要がなかったからであろう。もとより、このばあいでも運搬担当のものが全然ないわけではないが、それにはまず忍入之盗に関する贓物運搬を規定することによってこの種の規定を代表させ、以下これを基準としてその処理をはかるといふ方針だったのでないかと思われる。ところでこのような贓物運搬は、もとより盗の共謀はせず、盗本犯の窃盗実行後の贓物の運搬だけを依頼され、これを実行したものに關するが、事柄の性質上運搬者は多くは窃盗現場近くに待機し、これの終了をまって行動することになるから、その待機している状態はしばしば盗賊之外見と紛わしいものにもなりかねなかった。このことは贓物の運搬がしばしば本犯との共犯関係を疑わせられるような危険な立場にあったことを推測させるが、これはあらためて考えるまでもなく、贓物の運搬そのものが本犯の実行行為にほぼ接合した形で実行される可能性の多い犯罪であったからであり、この点、すでに本犯の窃盗が完全に終了し、時間的にも空間的にも距離をおいて実行される、牙保その他のばあいよりは本犯との関係ははるかに密接なものであったといえよう。御定書がとくに贓物の運搬に關してだけ、本犯との關連

をその規定のなかに取り入れ、他は純然たる贓物罪の行為のみをその構成要件とするような形態をとったのは、これを要するに以上のような理由によつたものと考えられる。

しかし、問題の本質を考へてみると、そもそも贓物罪が贓物罪たる所以は、本来本犯の行為とは直接関係なく贓物の牙保、寄藏あるいは故買等々をなすことにあり、したがつて贓物罪の科刑も本犯の行為の態様や科刑によつて左右されるものでない点にあつた筈である。この点贓物の運搬のばあいでも例外ではありえないから、前述の御定書の態度は論理的には正しくはないであらう。とはいへ御定書立法者の現実的な判断はそれはそれなりに意味のないことでもなく、いちおう首肯できるとしても、以後の幕府裁判所はこれを贓物の運搬に限定することなく、牙保の分野にまで拡大させていったのであり、このことは前述配分の問題をめぐる見解の不統一に加えて、事態を一層複雑なものにすることとなつたのである。その際しばしば前掲贓物運搬に関する御定書の規定が援用され、あるいはその規定を援用した先例が引合いに出されるなど、種々の議論を招いたのも、そもそも本犯と関連させて贓物罪を云々するという法理そのものが、徳川刑法のばあい、当初は贓物運搬のばあいにのみ予定されていたものであつたからである。文政元寅年の評議はこうした判例の混乱を終熄させ、これまでとかく雑然としていたこの法理に明確な形を与へ、確固たる原則へと発展させたものであつた。

さて、このように贓物の牙保なり、運搬なりをその本犯との関連で考へる傾向にあつた徳川刑法の贓物罪は、その本犯たる窃盜が特殊なもの、たとえば御場所柄之盜といったものであれば、容易にこれに左右されを運命にあつたことも論を俟たない。ただ、このばあい刑の加重の基準が前掲評議のそれに捉われない別の判断によつていた点が注目されるが、いずれにせよ、当時の贓物罪の牙保がその本犯の如何に左右される存在であつたという基調には変りはなかつた。

三 しからば右のような傾向なり態度は故買のばあいにもみられたものであろうか。答は否である。

すでに第三節でも述べたように、御定書は故買罪について三箇条の規定を用意していた。陰物買、陰物の又買、そして盗物と乍存下直に買受候もの、この三つである。この三箇条は整理すれば、要するに陰物買と通常の贓物故買の二種類の定型に帰着する。このばあい、陰物買という特殊な故買類型をめぐっては種々議論があり、ために判例もしばしば混乱におちいったが、ともかくも御定書を忠実に解釈し、これに適合させよう努力していた点では一貫していた。このことは、故買罪が最初から通常の故買と陰物買との二種類を明定していたこと、しかもあらゆる故買が結局この二つの定型のいずれかに帰せしめられるということにもその原因があったのかも知れない。

ところで、すでに指摘したように、故買における陰物買と盗物買との差異は、前者にその要件として故買に先立つ本犯との相対の存在を考えていたのに対し、後者はこの要素を欠くものとされていたから、両者の相違は窮極するところ、故買の方法に関するそれであったといえる。すなわち、法は如何なる方法で故買をしたかにつき、二種類の型をみとめていたにすぎないのであり、如何なる物を故買したかは問題にできなかったし、いわんや如何にしてその贓物が作り出されたかという、本犯の窃盜の態様などは全然考慮に入れていなかったのである。判例は忠実にこの法の趣旨を遵守したから、その故買の対象が「御場所柄之盜」によるものであろうと、またその贓物が「一通之品」でなからうと、一切これを斟酌しなかった。その徹底の仕方は、前節註(25)(26)でも指摘したように、同一事件における牙保と故買のそれぞれの処理の仕方にも明瞭にあらわれている。

しからば如何にしてこのような相違が生じたのであろうか。それは前述のごとく、故買に通常の故買、陰物買とかなりはっきりとした二定型があつて、他の要素を介入させる余地のなかったことも一因であらうが、やはり当時の幕府裁判所をつよく捉えていたのは、贓物罪としての牙保と故買が本来具有していたそれぞれの性格の相違に対する配

慮ということであつたであらう。

すなわち、前述のごとく、贓物罪をその本犯との関係において眺めるとき、一番密接した形をとるのは贓物の運搬であつたが、牙保はこれにつづくものであるとする判断である。けだし、牙保は贓物の売買・交換・質入等の媒介周旋をする行為であり、これはとりもなおさず本犯の実行行為後の本犯への協力行為であるといえるからである。これに対し、故買は本犯の協力者というよりは、むしろその取引の相手であり、贓物の運搬はもとより、牙保ともその趣を大いに異にするといえる。これを要するに、贓物の運搬、牙保には、それぞれ贓物の所在を移転させることにより、また贓物の法律上の処分を周旋媒介することによって、本犯の行為を完璧なものたらしめる協力者たる性格があつたのであり、これらを同類（共犯）とまではみないにしても、それに近いものとみる考え方があつたのではなからうか。しかりとすれば、当時の幕府裁判所は贓物の運搬、牙保をいわば事後従犯的なものと観ずる立場を捨て切れず、ためにこれを本犯の態様、種類等と分離して考えることもできなかったといえなくもないであらう。

いずれにせよ、われわれは徳川刑法の贓物罪がその運搬および牙保と故買とに關して、その本犯との関連をめぐつてきわめて対照的な取扱いを示していたことを知つた。このことは、前述のごとく当時の幕府裁判所が贓物罪としての運搬、牙保、故買をどのように理解していたかにかかわる問題であつたから、これはたんにその処理に際しての技術的な問題というよりは、贓物罪全体の性格にも關する問題であつたといわなければならない。

いまこれらを綜合して一つの展望を試みるならば、故買罪において通常の故買と陰物買の二つの定型を予定していたこともさることながら、たとえば贓物の運搬、牙保の処理にあつて、たえずその本犯の態様等に拘泥していた思考方法は、当時の贓物罪が未だ財産罪たる本犯から完全に独立性を確立するまでに至っていなかつたという印象をわれわれに与えるものであり、結局、徳川刑法の贓物罪がいちおうは整然としていた御定書の規定を始とし、複雑多岐

なその犯罪類型に対処して種々の興味ある法理を展開させておりながら、なお一面では未熟ないし不徹底な箇所を随処に残していたところに、その性格の一端を窺うことができるのであり、同時にこの点にこそわれわれは封建社会刑法としての徳川刑法の一つの限界を見出すのである。

★ 徳川刑法では、共謀の上窃盗の見張をなせば、実行者と共同正犯の関係にあるものとみなし、同罪に処した。古類集三（一六〇）天明八・盜賊外見之儀ニ付評議、および拙稿「徳川幕府刑法における共犯（三）」（法政研究第二七卷第一号一五頁以下）参照。