

鎌倉幕府の〈検断〉に関する覚え書き(一)

植田, 信広
九州大学法学部助教授

<https://doi.org/10.15017/1947>

出版情報：法政研究. 58 (4), pp.1-32, 1992-03-26. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：



鎌倉幕府の〈検断〉に関する覚え書き(一)

植 田 信 広

はじめに

本稿の目的は、鎌倉幕府が犯罪と刑罰に対して取った態度、とりわけ鎌倉幕府は如何なる行為を犯罪とみなし、これに対して如何なる刑罰をもって臨んだかという問題について、主として御成敗式目を始めとする鎌倉幕府の立法史料⁽¹⁾及び幕府の判決史料⁽²⁾(そのなかでも主として鎌倉幕府の裁許状)を素材として検討することである。

より具体的には、(一)鎌倉幕府はその立法において如何なる行為を犯罪とみなし、これに対して如何なる制裁を加えるべきことにしていたか。(二)幕府は様々な刑事事案の発生に際して、実際には如何なる制裁をもって臨んだのか。また、そこに見られる幕府の態度は幕府の当該刑事事案に関する立法の内容と如何なる関係にあったか。言い換えれば、幕府の刑事立法は実際の裁判の場においてどの程度実効性を有していたか。(三)上記(二)の問題に関して、鎌倉幕府の裁許状の検討を通じて引き出される結論には、裁許状以外の史料にみられる犯罪処断事例についての検討結果と比較し

てどんな特徴が見られるか、等々の論点について考察してみようと思う。

いふなれば、まず、鎌倉幕府の立法について、そこにおける犯罪と刑罰の対応関係のカタログとでもいうべきものを可能な限り詳細な形で抽出提示し（第一章）、次に、この「カタログ」が実際の取引ならぬ刑事事案の解決に際して、どの程度の機能を果たしていたかをその理由とともに検討してみよう（第二章）というわけである。

ところで、中世刑事法史⁽³⁾に関する研究はこれまでも少なからぬ蓄積があったが、特に近年、この問題について社会史的な観点から鋭く斬り込んだ学問的挑発に富む好著『中世の罪と罰⁽⁵⁾』が刊行されて以後は、あたかもこれをきっかけにするかのように多くの注目すべき業績⁽⁶⁾が現われ始めている。しかし他方、目を中世前期、それも鎌倉幕府の刑事法に転ずると、これに関する研究はいまだ非常に少ないことに気付く⁽⁷⁾。さらにこれら鎌倉幕府法に関する研究の内訳を見ると、その大半は刑罰体系もしくは刑事手続についての研究であって、幕府法における個々の犯罪についての検討を主眼とするもの、いふなれば鎌倉幕府の刑法各論的な研究はわずか数篇を数えるにすぎない⁽⁸⁾。

このように従来個々の犯罪についての検討作業から鎌倉幕府の刑事法にアプローチした業績が意外に少ない理由としては、さしあたり、①殺害、刃傷、盗みといったいわばありきたりの犯罪については、それらに対する幕府法令上の制裁の内容に関する限り、比較的明確に規定されていて、特に改めて研究する必要が感じられないこと⁽⁹⁾、②逆に、例えば路次狼藉⁽¹⁰⁾や大袋⁽¹¹⁾などといった中世社会独特のいかにも興味をそそる犯罪については関連史料に乏しいこと、③一方、個々の犯罪事例に対する当該社会における制裁の実態を本格的に解明するためには、膨大な史料群のなかから関連史料を渉猟し、困難な整理作業を行なわねばならないだろうこと、などがあげられよう。

本稿もまた、鎌倉幕府における犯罪と刑罰について、その実態面にまで踏み込んで十全に解明しえたという自信は毛頭ない。にもかかわらず、本稿における作業に何がしかの意義があるとすれば、それは、①幕府の刑事関係法令の規定する犯罪の全てについて、これを一定の分類基準⁽¹²⁾のもとに分類整理し、あくまで試論の域を出るものではないが、

鎌倉幕府の刑事法規全体に関する体系的見取図を提示しようとしたこと、②主として幕府の裁許状に限ってではあるが、実際の刑事事案に対する幕府の態度をトータルに解明しようとしたこと、等の点にあるのではないかと筆者は考えている。⁽¹³⁾

最後に、本論に入る前にもう一点だけ付言しておきたい。それは本稿における「犯罪」及び「刑罰」という用語の定義についてである。一般に、「犯罪」とは、構成要件に該当し、違法・有責な行為⁽¹⁴⁾であり、「刑罰」とは犯罪に対する法律上の効果として行為者に科せられる法益の剝奪(制裁)を内容とした処分をいう⁽¹⁵⁾とされる。しかし、石川晶康氏がつとに指摘しているように⁽¹⁶⁾、近代的刑法概念を知らない鎌倉幕府法について、上記の「犯罪」「刑罰」概念をそのままあてはめて分析作業を行なうことはあまり生産的でないように思われる。中世においては、違法行為一般を犯罪行為とそれ以外の行為とに峻別することも、制裁一般を刑罰とそれ以外の制裁とに峻別することも極めて困難だからである。こうした問題関心から、石川氏は鎌倉幕府法における制裁のあり方を検討した論稿において、「何らかの非難さるべき行為一般」、すなわち違法とされている行為全般に目を向け、こうした「違法に対するものであって、何らかの法益の剝奪を指示していると看做し得る規定の全て」を幕府の制裁規定と捉えてこれを分析対象とするという方法をとっている。⁽¹⁶⁾ 本稿もまたこれとほぼ同様の視角から幕府法における違法行為とこれに対する制裁について分析しようとするものである。要するに本稿は、近代的刑法概念に照して厳密な意味で「犯罪」「刑罰」と規定しうる事象のみに限定して考察するのではなく、広く鎌倉幕府法においては、如何なる行為が幕府による制裁を受けるべき、非難さるべき行為(中世的可罰的違法行為とでもいうべきか)とされていたか。また、そうした制裁としてはどのようなものがあつたか」という問題について検討しようというわけである。

一 鎌倉幕府の検断(違法行為とそれに対する制裁)に関する立法とその分類

以下、本論では違法行為(以下、便宜犯罪とも呼ぶ)とそれに対する制裁(以下、便宜刑罰とも呼ぶ)に関する鎌倉幕府の成文法規をその犯罪行為の性格の相異に応じて、便宜次の十三種類に分類し検討を加えることにする。

A 生命・身体を害する罪、B 人身の自由を侵す罪、C 財産に対する罪、D 国家・社会の平穩を害する罪、E 国家の統治作用を害する罪、F 訴訟・裁判に関する罪(自力救済行為に関する罪を含む)、G 身分的秩序を害する罪、H 土地所有秩序・収取関係秩序を害する罪、I 性的道德秩序を害する罪、J 博奕の罪、K 宗教者及び宗教的秩序に関する罪、L 経済的秩序を害する罪、M その他の罪。

早速Aから順に検討を始めることにする。なお、以下の検討に際しては、(i)犯人自身に対して如何なる制裁が加えられるかはもちろん、(ii)縁坐・連坐の有無や程度、(iii)財産没収を伴う場合の没収財産の帰属如何、(iv)当該犯罪行為に対する幕府の評価(重罪視しているか軽罪視しているか、またそもそも当該行為を犯罪視する理由等)などの点にも留意しながら考察を進めることにしたい。

A 生命・身体を害する罪

これを殺害、刃傷、殴人(打擲)の三種の罪に大別することができる。

①殺害の罪

まず、殺害行為に対する制裁について規定した幕府法令をその立法年代順に列举して検討してみよう。

嘉祿三年(一二二七)立法の鎌倉幕府追加法補遺第五条(鎌追補五)¹⁷⁾によれば、「謀叛殺害人」つまり謀叛あるいは

殺害の罪を犯した者の「資財所従」は「守護所」の支配に帰すべきこと、また、その犯人跡の「田畠住宅」は「預所地頭」が共同で支配すべきことが規定されている。要するに、殺害犯人の財産は当然に犯人の手から没収されるべきものとされる。⁽¹⁸⁾

次に、鎌追三二(一二三二)は「強盜殺害人」つまり強盜あるいは殺害犯について、その「張本」を「断罪」し、「餘党」については在京中の鎮西御家人や守護人に預けて鎮西に下し遣わすよう規定している。ところで、ここにいる「断罪」の語には、幕府法上、「広い意味で罪を断ずること」、「端的に死罪を指す」という二様の用法があり、⁽¹⁹⁾いずれの意味で用いられているのか直ちに判断できないケースも少なくないが、「餘党」に対する制裁と対比して、ここでは「死罪」の意味に解釈して間違いないだろう。⁽²⁰⁾

次に、式目一〇(一二三三)は、「その場の偶発的な争い」や「酒席での酔いまぎれに」、「思いがけざる事の成行きで」⁽²¹⁾殺害を犯した者を死罪もしくは流刑に処した上で、所帯を没収するものと⁽²²⁾し、この場合の父子の間の縁坐の有無について、両者間に共謀関係が認められなければ縁坐責任を問わないと規定している。一方で本条は、子孫が日頃父祖と敵対関係にある者を殺害した場合には、父祖はたとえ事情を知らずとも縁坐するとする。本条はさらに、殺害の動機が他人の所職・財宝を奪うためであった場合、犯人の父親が事件に関与していない証拠が明白ならば、縁坐責任を問わないとも規定している。

次に、式目一一は、夫が当座の口論以外の原因によって殺害という「重科」を犯した場合、その妻はこれに縁坐して所領を没収されると規定している。

次に、式目一四は、「殺害以下重科」を犯した代官をその主人がかばい、後日犯罪事実が判明すれば、主人の所領を没収すべきこと、及び代官本人は「召禁」すべき旨規定している。なお、「清原宣賢式目抄」によれば、ここでの「召禁」は禁獄つまり拘禁刑に限定されない一般的な「イマシムル」の意味で、殺害の場合の「斬刑」や流罪をも含む概

念だといふ⁽²³⁾。同史料の述べるとおり、主人が所領を没収されるのに対して殺害の実行犯たる代官が拘禁刑といふのはいささか不自然であり、従うべき解釈だと思われる。

次に、鎌追一六二(一二四一)は、たとえ犯人が検非違使庁の管轄に属する者であっても、「重犯之輩」は身柄を関東に送って「所当罪科」すなわち相当の刑罰に処すべき旨の規定があるからには、殺害人についても同様の取り扱いをせよと六波羅探題に伝えている⁽²⁵⁾。

次に、鎌追一七五(一二四二)は、「殺害、山賊、海賊、夜討、強盜、窃盜、刃傷、放火、殴人等」の犯罪行為については、「御式目」の規定にまかせて、死罪、流罪もしくは所帯の改易に処すべき旨定めている。ところで、これらのうち、山賊、海賊、夜討に対する制裁については「御成敗式目」にその規定がみられないし、他方、この時期において「式目」の語は「御成敗式目」を指すばかりでなく、単に規定とか道理とかいった一般的な意味でも用いられていた⁽²⁶⁾。したがって、ここでの「御式目」も幕府法上の諸規定の意に解しておいてよいだろう。問題はここに列挙されたすべての犯罪に対して死罪、流罪もしくは所帯没収という刑罰が対応するのかどうかであるが、(もしそうだとすれば、式目一〇についての上述の解釈も直ちに再考を迫られる)必ずしもそう解する必要はなからう。なぜなら、後述のとおり、例えば式目一三の「殴人」に対する制裁規定には死罪は含まれていないからである。したがって、本条は、殺害以下殴人にいたる犯罪について、それぞれに関する幕府の制裁規定に応じて処罰するよう求めたものであって、その結果、ある犯罪については死罪が、別のある犯罪については流罪や所帯没収が科されうることを単に示したにすぎないと解釈しておけばよからう。

鎌追二〇〇(一二四二)は、鎌倉在住の僧徒の従者が「刃傷・殺害」に及べば、その主人を「過怠」に処すと規定する。なお、過怠とはあやまちの代償として科される金銭、財物、労務(寺社・橋の修理等)などのことである。本条は下手人たる従者に対する処罰について明示的にはなんら規定していないが、笠松宏至氏の推測どおり、「厳刑に

処せられること」は間違いなからう。⁽²⁷⁾

鎌追二八三(一二五三)は、「刃傷・殺害人」について、式目一〇を援用するかたちで、犯人の身柄のみを「召禁」すべきであって、父母・妻子・親類・所従等の縁坐、連坐責任を問わない旨規定している。式目一〇の規定との整合性を考えれば、ここでの「召禁」も式目一四におけると同様、死罪、流罪をも含む広義の「イマシムル」の意味に解すべきであらうか。なお、本条は「諸国郡郷庄園地頭代」を名宛人として、地頭代等による非法な領民支配をチェックするために出された法令であることから、主として凡下身分の者による殺害に対する制裁を念頭においた規定と考えられる。

鎌追三三〇(一二六〇)は殺害に対する刑罰自体について規定したものではなく、殺害犯の釈放に関する規定である。これによれば、従来は(逮捕拘禁後)十年経過すれば、殺害犯をその所犯の軽重を勘案して釈放していたが、諸国の飢饉が深刻なため、今年に限り、特段の事情がない限り、十年という期限と関係なく釈放措置をとるとされる。⁽²⁸⁾このことから、当時、殺害に対して拘禁刑が科される場合もあったことが読み取れるが、殺害に対して拘禁刑を科すべき旨の規定自体は見当たらない。

鎌追五三二(一二八四)は、守護人及び西国派遣の使節の両者宛に出された「夜討・強盗・山賊・海賊・殺害」の罪科に関する命令である。ここでは犯人の身分が御家人である場合と非御家人・凡下である場合に分けて規定され、前者については、犯人の身柄を六波羅に召し進め、その所領を注進すべきこと、後者については、罪状の軽重を勘案して、両者が協議の上処断すべき旨定められている。ここでの所領注進は所領没収刑を前提にしたものと予想されるが、御家人たる犯人の身柄に対する制裁の如何は本条のみからは不明である。

鎌追七〇四(一三〇三)は「殺害・刃傷・打擲」について、(侍身分については)式目に規定済みということを確認した上で、凡下身分の者について、殺害は斬罪に処すと規定した。鎌追七〇四・七〇九は同時に立法された一連の法

規であるが、そこでは殺害は悪党・謀書と並ぶ「重科」に分類され、釈放の対象となった窃盗・刃傷・博奕・謀略以下の「軽罪」とは処遇を異にすることとなっていた。

ここで殺害の罪に対する制裁についてまとめておこう。

(イ) 殺害の実行犯に対する制裁規定は、鎌倉期を通じて、「死罪もしくは流刑に処した上、所領を没収する」というのが基本だったと考えられる。また、犯人が複数の場合には、「張本」とそれ以外の「餘党」とで扱いを異にし、前者をより重く罰することとされていた。ただし、鎌倉後期には、犯人の身分の相違に応じて異なる制裁措置をとるとする法令も現われ、御家人と区別して、「非御家人凡下」身分の者に対する制裁の如何を守護等の裁量に任せたり（鎌追五三二）、侍身分と区別して、「凡下」身分の者については一律に斬罪と定めたりしている（鎌追七〇四）⁽²⁹⁾。

(ロ) 縁坐や連坐の有無や程度については、同じ殺害でも犯行の動機、犯人との身分的關係の如何等によって様々なケースがあった。⁽³⁰⁾ 例えば父子間では、日頃父祖と敵対関係にある者を子孫が殺害すれば父祖も縁坐する（同罪か）が、これ以外のケースは共謀性が認められねば縁坐しない。妻は夫が当座の口論以外の動機で殺害の「重科」を犯せば、縁坐して所領を没収される。連坐については、従者の罪は主人に懸けないというのが幕府法の原則であったが、⁽³¹⁾ 代官による殺害の場合、主人は犯人たる代官を召し進めれば罪に問われないが、これをかばった主人は連坐して所領を没収される。また、鎌倉在住の僧侶の従者が殺害を犯せば、主人たる僧侶は連坐して過怠に問われる。

(ハ) 殺害犯から没収した財産の帰属については、「資財所従」を守護所の支配下に置き、「田畠住宅」を預所・地頭の共同支配下に置くとされている以外、詳細は不明である。

(ニ) 一般に殺害は「悪党、殺害、謀書以上重科」（鎌追七〇九）とも言われるように、犯罪のなかでも重科とみなされていたが、さらにその動機が偶発的な争いによるものか否かによって大きく二種類に大別され、このうち後者のタイプの殺害が特に「重科」とみなされていたらしい。犯人自身に対する制裁においては、両者の間に大きな違いはみら

れないが、後者のタイプの殺害は縁坐・連坐責任を問われ、前者は責任を問われない等の違いがみられる。他方で、凡下身分の者による殺害については、その動機の如何を問わず、「父母・妻子・親類・所従」への縁坐連坐を問われなかったと解すべきであろう(鎌追二八三)。

ところで、殺害に関する幕府法の規定を上記のように整理できるとすることは、あるいは、鎌倉幕府法の効力についてその徹底した限定性を主張し、ひいては幕府法の非体系性、非整合性を説く笠松宏至氏の有力な見解⁽³²⁾と抵触することになるかもしれない。氏によれば、中世にはそもそも「矛盾なく整合して生き続けなければならない近代法的な意味での『法』」は存在しておらず、鎌倉期の「ある特定時点において、一体如何なる法が規範として用いられていたかを知ることは、まったく困難というほかない⁽³⁴⁾」ということになるからである。筆者もまた、鎌倉幕府法が氏の指摘するような側面を有していることを否定するものではない。しかし、本稿では氏の指摘にもかかわらず、ある特定時点における幕府法上の規範の内容は推測可能だという前提のもとに論述するという方法をとった。例えば、ある事柄について、幕府が時間をおいて内容を異にする二つの立法を行っていたとする。笠松氏によれば、一回目の立法から二回目の立法までの間の期間に如何なる規範が通用することになっていったかは、他に傍証のない限り全く不明とされるが、本稿はこうした見方に徹することはせず、反証のないかぎり、二回目の立法以前は一応一回目の法が通用していたものとみなす立場に立っている。そうでなければそもそも本稿の叙述作業が進められないということもあるが、笠松氏の所論自体、極論にすぎるとも思われるからである。

以下、刃傷以下の罪についても同様の方法で整理することにする。

②刃傷の罪⁽³⁵⁾

刃傷の罪に対する制裁規定としては、式目一〇(一二三二)、鎌追一七五(一二四二)、同二〇〇(一二四二)、同二八三(一二五三)、同七〇四(一二三〇三)、同七〇九(一二三〇三)などがある。

これらを整理してみると、

(イ) 実行犯に対する制裁規定は殺害の場合に準ずる、すなわち死罪もしくは流刑に処した上で所帯を没収する（式目一〇）というのが基本のようである。ただし、殺害犯と同様、鎌倉後期には犯人の身分の相違に応じて制裁を異にするようになり、犯人が凡下身分の場合は伊豆大島に流罪ということになった（鎌追七〇四）。

(ロ) 縁坐については、殺害の場合と同様、偶発的な争いを原因とするときは父子、妻ともにその責めを負わない。犯人が凡下身分の場合、動機の如何を問わず縁坐・連坐責任を問われなかったらしいこと、鎌倉在住の僧侶の従者による刃傷の場合、犯人の主人が連坐して過怠に処されることも殺害同様である。

(ハ) 刃傷犯からの没収財産の扱いについての明文の規定は特に見当たらない。

(ニ) 「悪党、殺害、謀書以上重科」に対して「窃盜、刃傷、博奕、謀略以下軽罪」とされ、釈放措置の対象とされる（鎌追七〇九）など、刃傷は軽罪と評価されていたようである。

③ 殴人（打擲）の罪

殴人の罪に関する制裁規定には、式目一三、鎌追一七五、同二八八（一二五三）、同七〇四などがある。

(イ) 式目は犯人が侍の場合と郎従以下の場合に分け、前者については「所帯没収。所帯がなければ流罪」とし、後者についてはその身柄を「召禁」とする。ここでの召禁は、侍身分の場合の制裁が殺害、刃傷の罪に比べて軽いことからみて、式目一四の召禁の場合とは異なり、単なる拘禁刑の意味と解すべきであろう。なお、拘禁刑執行に際しては、鎌倉市中の侍所管轄の獄舎や守護所の牢などの拘禁施設収監や特定の御家人への委託監禁などの方法がとられたが、後者の方法が一般的だったらしい。³⁶ このように身分に応じて制裁を異にする原則は殴人に関する幕府法を一貫している。乾元二年（一二〇三）の鎌追七〇四は、凡下身分の者に対する拘禁刑の刑期を六十日と定めている。なお、「土民」（凡下身分）による殴人は、被害者に疵がなければ免責（鎌追二八八）とされた。

(ロ) 縁坐・連坐に関する規定は見当たらないが、凡下身分による刃傷に際して、縁坐・連坐ともに追及されないことからみて、少なくとも凡下身分による殴人の縁坐・連坐責任が問われることはなかったとみてよからう。

(ハ) 没収所帯の帰属についての規定も見当たらない。

(ニ) 殴人は殺害等の重科との対比において軽罪と意識されていたことは間違いないが、他方で、打擲の被害者はおうおうにしてその恥をそぐために相手の殺害を図るものだととして、その原因となる殴人の罪は軽くないとも言われている(式目一三) 点に注意すべきであろう。

B 人身の自由を侵す罪

これに相当するものとして人身売買及び人勾引(誘拐)の罪があるが、その制裁規定には、建久八年十二月三日前右大將家政所下文案⁽³⁷⁾に見える「可令停止売買人事」なる条項、鎌追一五(一二二六)、同一一〇(一二三九)、同一一二(一二三九)、同一一四(一二三九)、同一一五(一二三九)、同一四二(一二四〇)、同一五六(一二四〇)、同一七八(一二四二)、同二四四(一二四五)、同二八六(一二五三)、同三〇四(一二五五)、同三〇九(建長年中?)、同三九三(一二六一)、同六二五(一二九〇)、同七〇九(一二三〇三)、同七三三(年代未詳)、同七三六(年代未詳)等がある⁽³⁸⁾。

これらによれば、幕初以来、人勾引については終始一貫して、また人身売買については、寛喜三年(一二三一)の飢饉以後延応元年(一二三九)の鎌追一一〇立法までの期間、飢饉を理由に一時的に特別に許可されていたのを除いて、一貫して禁圧の対象とされていたことがわかる。なお、ここで注意しておかなければならないことは、人身売買の禁止という場合、その対象には百姓等一般自由身分の者ばかりでなく、奴婢・下人・所従等の非自由身分の者も含まれるか否かという点である。これについては、既に磯貝富士男氏が鎌倉幕府には奴婢・下人・所従身分の者の売買

を禁止する意図がなかったことを明らかにしており、本稿もこの見解に従う。⁽³⁹⁾ また、人を誘拐する行為については、律令では自由身分の者を誘拐する行為を「略人」と呼んでこれを遠流に処し、他人の奴婢・下人・所従を誘拐する行為を「略奴婢」と呼んでこれを強盗になぞらえるなど、両者の法的性質の違いを明示的に規定しているが、幕府法令の場合、「人勾引」の語しか用いられていないため、「人勾引」の語をもって両者ともに一括して禁圧の対象としているのか、いずれかを限定的に指すのか必ずしも明確でない。これについては、幕府法にいう人勾引は両者ともに含むという牧英正氏の有力な見解があるが、⁽⁴¹⁾ 法的性質を異にするはずの両者に対する刑罰が区別されないのはいささか不自然であることから、幕府法令のいう「人勾引」は自由身分の者の誘拐を念頭においたものと理解するほうが自然であろう。⁽⁴²⁾

人身売買及び人勾引については、禁止文言のみでそもそも制裁文言を欠くもの（鎌追一一四、同七三三）、犯人の逮捕や犯人のリストの提出を守護等に命ずるのみのもの（鎌追一五、同一一〇、同一四二、同一五六）、犯人を「重科」に処す、「罪科」に処す、あるいは「断罪」といった抽象的科罪文言しかないもの（建久八年十二月三日前右大将家政所下文案、鎌追一七八、同三〇九、同三九三）等、具体的な制裁内容が不明な規定が少なくない。⁽⁴³⁾ このためこれに対する制裁規定の動向を詳細に跡づけるのは難しいが、牧英正氏の指摘のとおり、⁽⁴⁴⁾ 業として専門に人身売買を行なう「人商人」の横行にともなって、制裁も強化されていったことは間違いない。

具体的には、当初は、人身売買の場合、被売者を解放した上で、売買当事者から売買代金を没収し、これを「祇園清水寺橋」の修理（鎌追二四四）や鎌倉大仏の铸造費用にあてる（鎌追三〇四）などとしていたが、後には、「鎌倉中」の「人商人」は鎌倉から「追放」し、「諸国」のそれは「守護人」に「科断」させる（鎌追三〇九、同三九三）というように、犯人の人身に対する制裁がはっきり打ち出されるようになる。人勾引については、建長五年の鎌追二八六に「犯人の身柄を「召禁」⁽⁴⁵⁾し、再犯者については妻子も縁坐する」旨の規定がある。さらに、鎌倉末期の正応三年

(一二九〇)には、人身売買を行なった人商人の顔には火印を捺すとされた(鎌追六二五)⁽⁴⁶⁾。その後、乾元二年(一三〇三)には、人身売買のために人勾引を業とする者を盗賊に準じて処罰するとしている(鎌追七〇九)。ここで盗賊に準ずるといわれていることの意味について、石川晶康氏は「盗賊に準ずる」⁽⁴⁷⁾強盗に準ずる⁽⁴⁸⁾と断罪と解釈した上で、ここにおいて人商人に対する刑罰が追放・火印刑から死刑に変更されたと述べている。したがうべき見解であろう。

C 財産に対する罪

幕府法の規定する財産に対する罪の二大類型は強盗と窃盗であるが、このほか、逃亡した他人所有の奴婢・下人・所従等を取り込んで返還しない行為、牛馬盗人、自己の牛馬によって他人の田畠作物に損害を与える行為等を取り締まる規定もこれに含まれよう。強盗と窃盗の区別については、ある式目注釈書が「賊盗律」を援用しながら、強盗は威力をもって人の財物を奪うもので、窃盗は威力なくしてひそかに人の物を奪うものだとして説明しているように、ほぼ現在における両者の区別に対応するとみてよい。両者の犯罪としての軽重については、後述のとおり、律令の場合と同じく、強盗のほうがかなり重い罪とされている。以下、強盗に対する制裁から検討するが、その前に、強盗もしくは窃盗の語を用いず、単に「盗賊」(鎌追二二、同三五)、「盗犯」(鎌追二二、同二九、同一六一)、「盗人」(同二六三)なる表現を用いてこれに対する制裁を規定している法令の解釈について触れておきたい。注(48)で述べたように、幕府法のなかでこれらの語は強盗・窃盗の両者を含む盗犯一般の意味で用いられるケースが最も多い。しかし、結論から先にいえば、ここであげた事例に関する限り、所従による「盗犯」が主人に連坐しない旨規定した鎌追一六一を除き、あとはすべて窃盗に限定して用いられていると理解してほぼ間違いないと思われる。まず、鎌追二一、二二、二九、二六三はいずれも盗犯に対する制裁をその盗んだ財物の額に応じて規定した条項であるが、このような規定が適用されるのは窃盗に限られたと考えられる。なぜなら、建長五年(一二五三)に同時立法された十三か条の追加法

のなかで、鎌追二八二は「山賊・海賊・夜討」と並ぶ「重犯」たる「強盜」の制裁について規定する一方、同二八四で別途に「窃盜事」と題する一条を立て、これについて盗んだ財物の額に応じた制裁を規定しているからである。同じことは、鎌追二二を子細に検討すればよりはっきりする。同条は前段部分で強盜の張本を「断罪（＝死罪）」と規定し、後段部分で「盜犯」について、その贓物の多少に応じて、盗んだ額の「一倍」弁償から身柄の逮捕にいたるまでの段階的な制裁を規定しているが、もし、この「盜犯」に強盜も含むとすれば、本条は「強盜は死罪とするが、贓物の額の少ない「小過」に匹敵する強盜は一倍弁償でよい」などという妙なことを述べていることになりかねないからである。次に、鎌追三五についていえば、「盜賊」はその身柄を逮捕するだけで、その所領は没収しないとすることが、一方で、式目一一に夫が「強盜」という「重科」を犯せば、その妻はこれに縁坐して所領を没収されると規定されていることからみて、幕府法上、強盜本人の所領が没収されないことになっていたとは考えにくい。ここでの「盜賊」も強盜を含まないと解する所以である。なお、鎌追一六一については、「懸所従咎於主人否事」という事書からみて、所従による犯罪一般が主人に連坐するか否かを問題にした規定と解すべきで、ここで具体例としてあげられた「盜犯」も当然に強盜・二盜を含むとみるべきであろう。

①強盜の罪

以上のような理解に誤りがなければ、鎌追二二、式目一一、同三三、鎌追八六、同一六一、同一七五、同二五二、同二八二、同三三〇、同五三二、同七〇五等がもっぱら強盜の制裁に関して規定したものだということになる。以下、これらについて整理してみる。

(イ) 寛喜三年（一二三二）に、強盜犯人を「張本」と「餘党」とに分け、前者を「断罪」＝死罪、後者を鎮西に遣わす（＝流罪か）と規定したが（鎌追二二）、翌年には式目三三が「強盜及び窃盜については「断罪」の先例がある。その先例に背いて科刑を猶予してはならない」と規定した。問題はここでの「断罪」の解釈である。上述のとおり、「断

罪」の語には、「広い意味で罪を断ずること」、「端的に死罪を指す」という二様の用法があったが、笠松宏至氏の指摘どおり、ここで窃盗についてもすべて死罪としてみるとみるのは無理があり、とりあえず、ここでの「断罪」は広義の罪を断ずることの意に解釈するのが妥当であろう。もっとも、仮にそう解釈しても、式目三三は一般的に強盗や窃盗の罪を断ぜよというわけではなく、断罪の先例に従えといっているわけだから、強盗については、鎌追二二に代表される〈張本は死罪、餘党は流罪〉という先例に従えという趣旨だと解釈する余地も充分あるといえよう。実際、強盗に関するその他の幕府法令をみても、こうした解釈が自然なように思われる。なぜなら、強盗について法令に任せて処断するよう求めた鎌追一七五、特に「懲肅」を加えるとする同二五二、重科なので「罪科に処す」とする同二八二、身柄の逮捕を命じた同三二〇、同五三三等の一般的抽象的な制裁規定を別にすれば、鎌追八六(一二三五)は強盗の張本を断罪〓死罪とし、「枝葉之輩」を夷嶋(エゾガシマ)⁽⁵²⁾に流罪にすると規定している。また、鎌追七〇五(一三〇三)は〈夜討・強盗・山賊・海賊〉の犯人は「断罪」〓死罪と定めていたはずなのに、実際は大部分が流刑に処されるために弊害が生じている。そこで今後は斬罪とする。侍身分の犯人については斟酌の上処断する〓と規定している。

これらのことから、幕府法令上の強盗犯人の身柄に対する刑罰は、〈張本は死罪、餘党は流罪〉というのが原則だったが、鎌倉末期になって、〈強盗はすべて斬罪。ただし侍身分は例外〉という方針が打ち出されたと整理することができよう。

このほか、鎌倉後期に、強盗犯人の身分の相違に応じて異なる制裁措置をとるとする法令が現われ、御家人と區別して、「非御家人凡下」身分の者に対する制裁の如何を守護等の裁量に任せたり(鎌追五三二)、侍身分と區別して、「凡下」身分の者については一律に斬罪と定めたりしている(鎌追七〇五)のは殺害の場合と同様である。

財産刑についての明文の規定は見当たらないが、式目一一が強盗の妻の所領を没収することとしていること、鎌追五三二

が強盜の所領の注進を命じていること等からみて、強盜は身柄に対する制裁と同時に当然に自分の所領を没収されることになっていたのであろう。

(ロ) 縁坐に関しては、式目一一が夫の強盜の罪によって妻の所領を没収すると規定している。連坐については、鎌追一六一が一般に所従の咎は主人に懸らないとしている。

(ハ) 没収所領の帰属に関する規定は見当らない。

(ニ) 強盜が「謀叛・殺害・山賊・海賊・夜討」と並ぶ「重科」(式目一一)であったことはいうまでもない。

② 窃盜の罪

これに関する制裁規定としては、鎌追二一、同二二、同二九、同三五、式目三三、鎌追一六一、同一七五、同二六三、同二八四、同七〇六、同七〇九、同七三五等がある。

(イ) すでに石川晶康氏⁽⁵³⁾、笠松宏至氏⁽⁵⁴⁾等が簡潔に整理しているとおり、窃盜に対する制裁はその「贓物」の額の多少に応じて決められるのが原則であった。「贓物」の額が軽微な場合は、被害者への「一倍(現在の二倍分)弁償」や「科料」にとどめ、犯人の身柄を安堵するが、一定額を越えると、「一身之咎」に行なうというのである。より具体的には、 $\langle$ 「錢百文 $\sim$ 二百文」以下の「輕罪」は、被害者に対して「一倍」の弁償をさせるが、犯人の身柄は安堵する。他方、「三百文以上之重科」は「一身科」 $\parallel$ 犯人の身柄に対して制裁を加える。 $\rangle$ (鎌追二二)⁽⁵⁵⁾とか、 $\langle$ 「錢三百文以下」は「一倍」の弁償をさせ、犯人の身柄は安堵する。「三百以上五百文以下」の場合、「贓物」を被害者に返還させた上、「科料二貫文」を取る。「六百文以上重科」は「一身之咎」を加える。 $\rangle$ (鎌追二八四)などと規定されていた。「強窃二盜罪科事」についてその「断罪之先例」にしたがうよう求めた式目三三や「殺害・山賊・海賊・夜討・強盜・窃盜・刃傷・放火・殴人等」について、法令に任せて「或死罪流罪、或改易所帶」に処すよう求めた鎌追一七五も、この原則を否定するものと考えする必要はなからう。⁽⁵⁶⁾なお、「一身之咎」の具体的内容が何を指すかは必ずしも明らかではな

い。笠松宏至氏が指摘しているように、鎌追七〇六の規定から、乾元二年当時窃盗に対して「配流」「禁獄」等の自由刑が科されていたことが知られるが、「一身之咎」をこれら自由刑に限定して理解する必要はなく、とりあえず死罪も含む広い意味での犯人の身柄に対して科される刑罰とみるのが自然な解釈ではなからうか。

このほか、鎌追二六三(一二四八)や同二八四(一二五三)が、再犯者に対してはたとえ贓物が小額でも一身の咎を科すとして累犯加重の原則を打ち出していることにも注意すべきである。

ところで、贓物の多少による科罪という原則は鎌倉末期の乾元二年になって大幅に改変された。窃盗について、贓物の多少を問題にすることなく、「初度」は火印を顔面に捺し、三か度に及べば死罪。ただし侍身分の者は一度目から「遠流」に処す(鎌追七〇六)と規定されたのである⁽⁵⁸⁾。

犯人に対する財産刑については、所領没収には及ばないとされている(鎌追三五)。

(四) 縁坐・連坐については、たとえ犯人自身が重科として一身の咎を受けようとも親類・妻子・所従、及び事情を知らない犯人の「家主」の罪責は問わない(鎌追二一)という原則が貫かれていた。従者の罪が主人に連坐しない(鎌追一六一)のは強盗について述べたとおりである。

(ハ) 科料を徴収したような場合(鎌追二八四)、これをいかなる用途に用いたか等は不明である。

(ニ) 窃盗が重罪とされていたか軽罪とされていたかという問題については、幕府法における「重科」「重犯」「重罪」「軽罪」等の用語の定義がきわめて曖昧で、その用法も多義的であるため、いづれかに断定するのは困難な面もある。

例えば、「悪党・殺害・謀書以上重科」と対比する形で「窃盗・刃傷・博奕・謀略以下軽罪」とよばれる(鎌追七〇九)一方で、贓物の額の多い窃盗は「重科」(鎌追二一、二二、二九、二六三、二八四)ともいわれているからである。しかし、幕府法が「謀叛殺害並山賊海賊夜討強盗等重科」(式目一一)、「重犯山賊海賊夜討強盗輩」(鎌追二八二)のように重科にあたる犯罪を列举する際に、窃盗が含まれている事例がないこと、及び強盗と比較した場合の相

対的な刑罰の軽さをみれば、やはり幕府法上、窃盗は軽罪と評価されていたとみるべきであろう⁽⁶⁰⁾。そして、こうした窃盗Ⅱ軽罪評価を前提とした上で、窃盗のなかにも贓物の多少によって罪の軽重の差があるとされていたと解釈すべきではあるまいか。

③その他の罪

逃亡した他人所有の奴婢・下人・所従等を取り込んで返還しない行為については、当該奴婢・下人を元の主人に返還させた上、「過怠」に処す旨の規定（鎌追一八一）がある（一二四二）。他方、かくまっていた他人所有の逃亡下人を逃がしてしまう行為に対しては、その下人の代価を弁償させるにとどめて、その他の制裁は加えない（鎌追七一九）とされている（年代未詳）。逃亡下人に対する支配権を侵害する行為に対して、幕府として制裁を加えるべきか否かについて一定していなかったといえよう。因みに、平安末もしくは鎌倉初期に成立した明法家の法書「法曹至要抄⁽⁶¹⁾」の「勾引人事」条によれば、「奴婢之類」を勾引すれば「強窃盗」に比すとされる。また、戦国家法たる「塵芥集」一五〇条は、他人の相伝の下人を取り込んで返さなければ「盗人の罪科たるべきなり」と規定している。幕府法の予定する制裁は、その前後の時期の成立にかかるこれらの規定と比較してかなり軽いわけだが、その理由が違法の程度自体が軽微と判断されたためか、幕府が領主間の下人支配をめぐる紛争に介入するのを避けようとしたためか等については、差し当たり不明とせざるをえない。

牛馬盗人については、鎌追二八六（一二五三）が「初犯は犯人の身柄を『召禁』し、再犯については妻子も縁坐する」と定めている。

自己所有の牛馬によって他人の田畠作物に損害を与える行為については、（故意に）牛馬を放って「土民作物草木」に被害を与えた場合、損害を弁償させた上で、「過怠」に処す（鎌追一八七）、（牛馬が暴れて田畠や山野を荒らすのは牛馬の所有者の責任なので、被害者に対して損害の二倍の弁償をさせる）（鎌追一八九）等の規定がある。

D 国家・社会の平穩を害する罪

ここでは「謀叛」「闘諍合戦」「夜討」「山賊」「海賊」「放火」「悪党」等に対する制裁規定について検討する。

① 謀叛の罪

謀叛に対する制裁関連規定には、鎌追二(一二二二)、鎌追補五(一二二七)、鎌追二九(一二三一)、同三四(一二三一)、式目九(一二三二)、同一一、同一六、一七、鎌追六二(一二三三)、同一四九(一二四〇)、同二五五(一二四七)、同二五六(一二四七)等がある。このうち、式目一六、一七は「謀叛」の語を用いてはいないが、「京方合戦」即ち承久の乱に際して朝廷方に味方した者についての規定である。しかし、鎌倉期において、幕府内部における幕府の敵対勢力は悉く謀叛の名を着せられたという指摘もあり、⁽⁶²⁾ 謀叛の罪に含めて扱うのが適当と考え、ここで取り上げることにする。

これらによれば、〈謀叛人に対する刑罰はあらかじめ決め決めがたいので「且は先例に任せ、且は時議により」処断せよ〉(式目九)というのが基本原則であった。その上で、承久の乱や宝治合戦といった現実の謀叛事件の発生その他の必要に応じて、その都度個別の具体的な制裁規定が定められたものであろう。

ところで、ここで問題になるのは「時議」によれという場合の「時議」という語の意味内容如何ということである。これについては、従来は「その時々具体的な状況」を指すと解釈されてきたが、⁽⁶³⁾ 最近、佐藤進一氏によって、「個別特定の社会集団における最高権力者の意思」を意味し、より具体的には將軍の判断を指すという新解釈が提示された。⁽⁶⁴⁾ その上で、佐藤氏は、式目九条は謀叛人に対する制裁について「先例のある部分は先例に従い、先例のない部分だけは將軍の判断によれ」と規定したものだとして述べている。⁽⁶⁵⁾ 氏の解釈は当該期史料における「時議」「時宜」「時儀」も同様)の用例の詳細な検討に裏打ちされたもので、説得力に富んでおり、本稿もしばらくこの説にしたがう。⁽⁶⁶⁾

以下、謀叛に対する制裁規定を整理すると次のとおりである。

(イ) まず、犯人自身に対する刑罰については、式目一六が「京方合戦後、運よく関東の追及を遁れ、最近になってその事実が発覚した者については、その所領の五分の一を没収するにとどめる。彼が御家人身分でなければ罪責を追及しない」旨定めている。なお、本条から、京方合戦の者に対する本来の刑罰は「死罪の上、所帯没収」だったことも知られる。謀叛人の「資財所従」は守護所の進止とし、「田畠住宅」は預所と地頭がともに沙汰するとの規定（鎌追補五）もあることから、謀叛人の「資財所従」「田畠住宅」はともに没収されることになっていったといえよう。

(ロ) 縁坐・連坐については、「謀叛夜討類」は窃盗の場合と異なり「不可寛宥」として、「親類妻子所従」に対してその住居居住を保証しないという鎌追二九、夫の謀叛によって妻の所領を没収するという式目一一、京方合戦の父子間の縁坐につき、西国の住人に限り、父子のいずれかが京方に参加していれば、反証のないかぎり互いに縁坐させるという式目一七、宝治合戦の三浦氏方の主な親類、兄弟は縁坐により逮捕するが、三浦氏が京都に常駐させていた雑掌や諸国の代官、所従等は連坐しないという鎌追二五五等がある。縁坐責任の追及は厳しく、連坐の追及は比較的軽いといえようか。

(ハ) 謀叛人から没収した財産の帰属については、鎌追補五が「資財所従」を守護所の支配下に、「田畠住宅」を預所・地頭の共同支配下におくと規定している。このほか、鎌追六二は、たとえ謀叛人跡でも守護人が犯科人跡の所領田畠を没収してはならないと規定している。

(ニ) 謀叛は「重科」（鎌追三四、式目一一）とされていたことはいうまでもない。

② 闘諍合戦の罪

これについては、鎌追四四五が「本所一円庄園」において「闘諍合戦」をする者があれば、本所に事情を申し入れて「炳誠」を加える」と規定している。

③ 夜討の罪

笠松宏至氏が的確に述べているように、夜討とは、その目的の如何を問わず、夜中に集団で他人の住宅に侵入する行為のことである。⁽⁸⁷⁾これに関する制裁規定には、鎌追二九(一二三一)、式目一一(一二三二)、鎌追八六(一二三五)、同一七五(一二四二)、同二五二(一二四五)、同二八二(一二五三)、同三二〇(一二五八)、同三六八(一二六一)、同四〇五(一二六一)、同五三二(一二八四)、同七〇五(一二三〇三)等がある。

夜討について法令に任せて処断するよう求めた鎌追一七五、特に「懲肅」を加えるとする同二五二、同三六八、同四〇五、重科なので「罪科に処す」とする同二八二、身柄の逮捕を命じた同三二〇、同五三二等の一般的抽象的な制裁規定を別にすれば、鎌追八六は夜討の張本を断罪[〓]死罪とし、「枝葉之輩」を夷嶋(エゾガシマ)に流罪にすると規定している。また、鎌追七〇五は[〓]「夜討・強盗・山賊・海賊」の犯人は「断罪」[〓]死罪と定めていたはずなのに、実際は大部分が流刑に処されるために弊害が生じている。そこで今後は斬罪とする。侍身分の犯人については斟酌の上処断する[〓]と規定している。

以上から、夜討の犯人の身柄に対する刑罰は、強盗について上述したところと全く同様で、[〓]張本は死罪、餘党は流罪[〓]というのが原則だったが、鎌倉末期になって、[〓]夜討はすべて斬罪。ただし侍身分は例外[〓]という方針が打ち出されたと整理することができる。

このほか、鎌倉後期に、犯人の身分の相違に依じて異なる制裁措置をとるとする法令が現われ、御家人と区別して、「非御家人凡下」身分の者に対する制裁の如何を守護等の裁量に任せたり(鎌追五三二)、侍身分と区別して、「凡下」身分の者については一律に斬罪と定めたりしている(鎌追七〇五)のも殺害、強盗の場合と同様である。

財産刑、縁坐・連坐及び没収財産の帰属に関しても、強盗について述べたところとほぼ同様である。縁坐・連坐については、鎌追二九に「謀叛夜討類」の親類妻子所従はその居住を安堵しないとの規定があるが、「謀叛夜討類」とは強盗も含む重科一般を指すと考えれば、この点も強盗の場合と同じということになろう。

④山賊・海賊の罪⁽⁶⁸⁾

これに関する制裁規定には、式目一一（一二三二）、鎌追一七五（一二四二）、同二二七（一二四四）、同二五二（一二四五）、同二八二（一二五三）、同三二〇（一二五八）、同三六八（一二六一）、同四〇五（一二六一）、同五三二（一二八四）、同七〇五（一二三〇三）、同七二一（年代未詳）等がある。

張本を断罪＝死罪とし、「枝葉之輩」を夷嶋（エヅガシマ）に流罪にするという規定（鎌追八六）の対象に山賊・海賊があげられていないことを除けば、強盜・夜討について述べたことはすべて山賊・海賊の場合にも当てはまる。要するに、山賊・海賊の身柄に対する具体的な制裁規定は、〈夜討・強盜・山賊・海賊〉の犯人は「断罪」＝死罪と定めていたはずなのに、実際は大部分が流刑に処されるために弊害が生じている。そこで今後は斬罪とする。侍身分の犯人については斟酌の上処断する」という鎌追七〇五のみということになる。しかし、山賊・海賊は本来は死罪という鎌追七〇五の文言、及び幕府法においては夜討・強盜・山賊・海賊の四罪はほとんどの場合一括して同一の制裁の対象とされるのが例であったこと等を勘案すれば、明示こそされていないが、鎌追八六の制裁対象に山賊・海賊も含まれていたと解釈する余地は充分あるのではなからうか。

なお、海賊については、その船を没収し、海賊を逮捕した者に与えるという規定（鎌追七二一）にも注意すべきであらう。

⑤放火の罪

これに関する制裁規定には、式目三三（一二三二）、鎌追一七五（一二四二）、同二八五（一二五三）、同七〇八（一二三〇三）等がある。

九つもの罪に関する概括的な制裁規定たる鎌追一七五を別にすれば、放火に対する具体的な制裁文言は、「盜賊」に準拠するという規定（式目三三、鎌追七〇八）と「強盜」に準ずるという規定（鎌追二八五）の二種に分かれる。と

ところで、上述の如く、幕府法にいう「盗賊」「盗犯」「盗人」等の用語には、強盗・窃盗の両者ともに指す、強盗を指す、窃盗を指すという三様の用法があり、ここでの「盗賊」も直ちにそのいずれの用法であるかを断定するのは難しい。しかし、式目三三にいう「盗賊」については、窃盗について論じた箇所でも明らかにしたように、乾元二年に窃盗に対する制裁のあり方が大幅に改変される以前は、窃盗に対しては贓物の多少による科罪という原則が保持されていたことから考えて、強盗の意に解するのが自然であろう。放火について、贓物の多少に相当するような事情を想定することとは困難だからである。次に、鎌追七〇八にいう「盗賊」についても、注(48)に述べたような理由でやはり強盗の意に解すべきであろう。要するに、放火に対する制裁は一貫して強盗に対する制裁に準ずるものとされていたといえよう。

⑥「悪党」行為の罪

鎌倉期の「悪党」の語には、(一)悪賊・わるものといった超歴史的な用法と、(二)鎌倉中・末期頃から広汎に出現する反体制的な武士団その他の武装集団、あるいは彼らによる暴力行為自体の呼称、の二義があった。⁽⁶⁹⁾ 幕府法にいう「悪党」の中核をなしているのは後者であるが、この意味での悪党の存在形態及びその歴史的評価については、既に、戦前以来の膨大な研究の蓄積がある。⁽⁷⁰⁾ とりわけ戦後の中世史学は「悪党」を歴史的に如何に評価すべきかという問題を、一貫して荘園制の本質評価、ひいては中世社会の性格規定にとつての重要なテーマと位置付け、これについて繰り返し論争を続けてきたといえることができる。こうした研究史を通じて問題にされてきた論点は多岐にわたるが、特に主要な論点は、「悪党」という現象を荘園体制に反抗し、地域的な封建制を下から形成しようとする発展的な動きと見るか、それとも鎌倉末期社会の構造的矛盾が生み出す社会的頹廃現象ととらえるかという点にあったといえよう。⁽⁷¹⁾

鎌倉幕府法において如何なる行為が如何なる理由において犯罪と看做されたかを解明しようとする本稿の叙述を豊かなものとするためにも、本来ならここで悪党の研究史を全面的に検討する必要があるが、残念ながら、現在の筆者にはその作業を行なうまでの用意がない。したがって、さしあたりここではあくまで鎌倉幕府が具体的に如何なる行

為を指して「悪党」と看做していたか、及び幕府法令がこれに対して如何なる制裁を加えることにしていたかという問題について、先行研究の成果にも依拠しながら、簡単に整理して提示するにとどめたい。

さて、幕府法の悪党に対する制裁規定には、式目三二（一二三二）、鎌追二一八（一二三九）、同一八八（一二四二）、同二六八（一二五〇）、同三二〇（一二五八）、同三六八（一二六一）、同四〇五（一二六一）、同四一二（一二六二）、同四一三（一二六二）、同四一六（一二六二）、同四六〇（一二七三）、同五三三（一二八四）、同五三五（一二八四）、同六五五（一二九六）、同七〇九（一三〇三）、同七二八（年代未詳）、鎌参補二一（一三二四）等がある。

いまこれらの規定についてみると、その大半は一般的に悪党の逮捕もしくは鎮圧を命じたもので、多少なりとも悪党に対する具体的制裁内容について触れたものは、悪党の「打止」（＝殺害か）を命じた鎌追六五五、悪党跡所領が没収すべきものとされていたることを示す同二六八、同四一三、鎌参補二一等、ごくわずかにすぎない。この他、悪党を殺害・謀書と並ぶ重科と規定する鎌追七〇九、悪党であるとの風聞のある者については、確たる証拠がなくとも逮捕するよう命じた同五三三等も興味深いが、制裁方法について述べたものというわけではない。なお、鎌追四一二は好んで悪党を召し仕う者を処罰する旨の規定であり、同一八八は、悪党が宿泊していた家の家主の罪責について、事情を知らなければ連坐させない旨の規定である。

ここで早速問題となるのは、第一に、幕府法令にいう「悪党」は超歴史的な用法におけるそれを指すのか、それとも鎌倉期特有の用法におけるそれを指すのか、第二に、そのいずれの場合であれ、「悪党」とは具体的に如何なる行為を指すのかということであろう。第一の点については、この語は「幕府が（承久の）乱後に確立した国家体制秩序を乱す国家的犯罪人を意味する語として使用しはじめた法的用語であり、幕府は幕末に至るまでそのような意味でこの語を使用」したとする山陰加春夫氏の説がある。⁽⁷²⁾ 筆者もおおむね氏の見解に賛同するものであるが、一方で笠松宏至氏が指摘するとおり、式目三二にいう「悪党」等、比較的早い時期の幕府法令には超歴史的な用法と解す余地のある

事例が存在することも否定できない。要するに、幕府法令上の悪党をすべて山陰説の如く解するのは無理ということになるが、他方で、式目制定以前の段階においてすでに、武力に訴えて荘園支配に抵抗する者を指して、幕府が「悪党」と呼んでいる事例があることも明らかにされている⁽⁷⁴⁾。また、幕府法令に即していえば、少なくとも鎌追二六八以降の法令にいう「悪党」の語はほぼ例外なくこれと同様の意味合いで用いられているといつてよい。だとすれば、結局、この語は当初は両義的に用いられていたが、少なくとも一三世紀半ば以降の幕府法令においては、ほぼ反体制的武装集団による暴力行為の意に限定されるようになったといえようか。

次に、では具体的に如何なる行為が「悪党」とみなされたのかについてであるが、上述の如く、悪党なる語は超歴史的用法、鎌倉期特有の用法のいずれについても、それ自体きわめて広い意味内容を有する抽象的な犯罪概念であつて、そもそもある特定の犯罪行為の態様に限定的に対応する語ではないといわなければならない。実際、当時悪党行為とみなされた犯罪行為の事例についてみても、「夜討、強盜、山賊、海賊⁽⁷⁵⁾」はもちろん、「作麦刈取、民屋追捕、年貢課役一向抑留、謀書による土民悩乱、墓堀⁽⁷⁶⁾」等々、枚挙にいとまがないほど多岐にわたっているからである。実際に、幕府の法廷において悪党行為が問題とされた場合、幕府がこれに対して如何なる態度をとったかについては、次章以下の課題である。

【注】

(1) 現在まで伝わる鎌倉幕府の成文法規は、佐藤進一・池内義資編『中世法制史料集』第一巻(岩波書店、一九五五)にほぼ網羅されている。本稿も立法史料については全面的に本書に依拠している。

(2) 判決史料については、本稿では、鎌倉幕府の裁許状を集大成した瀬野精一郎編『増訂・鎌倉幕府裁許状集』上・下(吉川弘文館、一九八七)を最も主要な検討素材とした上で、『吾妻鏡』その他の史料に見られる判決史料をも参照するという方法

をとった。その理由は、本稿ではその検討対象を鎌倉幕府の刑事事案に対するすべての判決事例（処断事例）にまで広げて考察する用意がなく、主たる検討対象を裁許状として残存している判決史料に見られる限りでの幕府の刑事事案に対する態度に限定せざるをえなかったからである。

(3) 本稿で「中世」という場合、さしあたり鎌倉・戦国期の期間を念頭に置いている。

(4) 代表的な業績として、ここでは牧健二「初期武家法に於ける所領没収の制度（一）（四）」（『歴史と地理』二三―一、四、五、六）、細川亀市「日本中世寺院法に於ける刑法」（『法学志林』三五―四、五）、鈴木止一「興福寺衆中について」特に検断を中心にして」（『歴史地理』八二―二）、同「統興福寺衆中について」（『歴史地理』八二―六）、同「興福寺講衆について」特に検断を中心にして」（『史淵』三〇・三一合併号）、石井良助「鎌倉時代の裁判管轄」（『法学協会雑誌』五七―九、一〇）以下、石井良助①と略称）、同「刑罰の歴史（日本）」（同『日本刑事法史』、創文社、一九八六↓以下、石井良助②）、佐藤進一「鎌倉幕府訴訟制度の研究」（畝傍書房、一九四三）、牧英正「鎌倉幕府の没収刑の一考察」幕府の没収刑と律令の贖銅制の関連について」（『法学雑誌』五一―二↓以下、牧英正①）、同「鎌倉幕府の国家的権力と幕府法の刑罰体系」（法制史学会編『刑罰と国家権力』、創文社、一九六〇↓以下、牧英正②）、同「下手人という仕置の成立」（『布施弥平治博士古稀記念論文集』、巖南堂、一九七一↓以下、牧英正③）、羽下徳彦「検断沙汰おぼえがき」（『中世の窓』四、五、六、七↓以下、羽下①）同「中世本法における検断の一考察」訴訟手続における当事者主義について」（石母田正・佐藤進一編『中世の法と国家』、東京大学出版会、一九六〇↓以下、羽下②）、同「室町幕府初期検断小考」（宝月圭吾先生還暦記念会編『日本社会経済史研究・中世編』、吉川弘文館、一九六七↓以下、羽下③）、同「故戦防戦をめぐって」中世的秩序に関する一素描」（『論集・中世の窓』、吉川弘文館、一九七七↓以下、羽下④）、同「刈田狼藉考」（『法制史研究』二九↓以下、羽下⑤）、勝俣鎮夫「中世武家密懷法の展開」（同『戦国法成立史論』、東京大学出版会、一九七九）、石川晶康「鎌倉幕府検断法における『預』について」（『国史学』九一↓以下、石川①）、同「鎌倉幕府法に於ける『一倍弁償』規定」（『日本歴史』三二三↓以下、石川②）、同「鎌倉幕府法に於ける制裁の区分」（『国学院雑誌』七七―一〇↓以下、石川③）、小田雄三「路次狼藉について」（『年報中世史研究』六）をあげておく。

(5) 網野善彦・石井進・笠松宏至・勝俣鎮夫『中世の罪と罰』（東京大学出版会、一九八三）

(6) 例えば、清田善樹「中世の大和における住屋放火」（『奈良国立文化財研究所創立三十周年記念論集』、一九八三）、志賀節子「中世後期における本所検断についての一考察」（『日本史研究』二七四）、同「中世後期荘園村落と検断」村落『自治』の再検討」（『歴史学研究』五六九）、酒井紀美「中世社会における風聞と検断」（『歴史学研究』五五三）、同「名を籠め

- る」(網野善彦・笠松宏至・勝俣鎮夫・佐藤進一編『ことばの文化史・中世2』、平凡社、一九八九)、海津一郎「中世社会における『囚人預置』慣行と西国地頭の村預けを中心に」(『日本史研究』二八八)、藤木久志「村の検断と褒美」(永原慶二・稲垣泰彦・山口啓二編『中世・近世の国家と社会』、東京大学出版会、一九八六)、石井進「罪と破」(朝尾直弘・網野善彦・山口啓二・吉田孝編『日本の社会史』第五卷、岩波書店、一九八七)、瀬田勝哉「神判と検断」(同前所収)、村岡幹生「一五・六世紀の薬師寺の寺辺郷検断」(『史学雑誌』九七一)、古沢直人「鎌倉幕府法の変質」(『史学雑誌』九七一六)、用をめぐって」(『史学雑誌』九七一三)、坂井孝一「入勝」考(中世奈良の検断に関する考察」(『史学雑誌』九七一六)、山本幸司「恥辱と悪口」式目悪口罪ノート」(網野善彦・笠松宏至・勝俣鎮夫・佐藤進一編『ことばの文化史・中世2』)等。なお、筆者もこの間、『名字を籠める』という刑罰について、『大乘院寺社雑事記』を手がかりにして」(『法政研究』五三一)、中世後期の奈良の盗人検断について、『大乘院寺社雑事記』を手がかりにして」(『法政研究』五五二四合併号)の二篇を公けにした。
- (7) 注四く六所掲のうち、牧健二論文、石井良助①②、佐藤進一論著、牧英正①②、羽下①⑤、勝俣論文、石川①②③、小田論文、網野善彦ほか『中世の罪と罰』、海津論文、古沢論文、山本論文等。
- (8) 前注所掲羽下⑤、勝俣論文、石川②③、小田論文、網野善彦ほか著『中世の罪と罰』、古沢論文、山本論文等。
- (9) 例えば、すでに佐々波敷佐次郎『続日本刑事法制史』(有斐閣、一九七二)五〇頁以下には、御成敗式目及び鎌倉幕府追加法にみえる各種犯罪とこれに対する制裁の内容が列挙的に紹介されている。
- (10) 小田前掲論文参照。
- (11) 石井良助「古法制雑考(一)」(『国家学会雑誌』五一―六)、保立道久『中世の愛と従属』(平凡社、一九八六)第一部等参照。
- (12) 本論の叙述に明らかなように、ここでの分類基準は近代刑法にいうところの保護法益と、筆者の理解する限りでの中世社会特有の保護法益(例えば、「身分的秩序を害する罪」)を折衷的に取り入れ、さらには保護法益というよりも犯罪行為の態様自体を基準に分類項として立てたもの(「博奕」等)まで含むささか体系性に欠ける便宜的な性格のものである。より体系的な分類作業は他日を期すはかない。因みに、鎌倉幕府の法令全体を対象に、これを「対寺社関係法」「対朝廷・幕府法」の二つに分類する(「訴訟法」「検断法」「家族・相続法」「主従関係法」「売買貸借・流通関係法」「奴婢雑人法」の八分野に分類し、幕府法の特徴を探ろうとした業績に、古沢直人「鎌倉幕府法ノート、その分類と特質」(『三浦古文化』三八)がある。本稿第一章は、ある意味で古沢氏の八分類の一である「検断法」についてその細分類を試みたものだといってもよい。
- (13) 植木直一郎『御成敗式目研究』(岩波書店、一九三〇)第二編第五章「式目に拠る判決例」、『古事類苑』法律部一などに

は、御成敗式目や追加法による処断事例が収集列举されており、参考になるが、そこではそれらの事例が体系的に整理されているわけではない。

(14) 『新法律学辞典(第三版)』(有斐閣、一九八九)「犯罪」「刑罰」の項参照。

(15) 石川③、三〇頁以下。

(16) 同前。

(17) 注(1)所掲『中世法制史料集』第一巻所収。以下、同書所収史料は御成敗式目第〇条↓式目〇、鎌倉幕府追加法↓鎌追、鎌倉幕府追加法補遺↓鎌追補、鎌倉幕府法参考資料↓鎌参、鎌倉幕府法参考資料補遺↓鎌参補のごとく略記する。

(18) 本条の直接の立法趣旨は、没収後の犯人の財産を誰に帰属させるか(いわゆる検断得分)について定めるところにあるが、当然のことながら、その前提として、殺害犯人に対して財産没収という制裁が科されることも読み取れるわけである。

(19) 『中世政治社会思想』上(岩波書店、一九七二)二五頁頭注参照。

(20) 室町期の式目注釈書「清原業忠貞永式目聞書」(池内義資編『中世法制史料集』別巻、岩波書店、一九七八)が式目三三の注釈のなかで、本条の「断罪」を「死罪」と説明していることもその傍証となろう。なお、鎌倉幕府の死刑の方法が専ら斬によったことにつき、牧英正②、六六頁参照。

(21) 『中世政治社会思想』上、一三頁頭注。

(22) 同前、及び「清原業忠貞永式目聞書」の式目一〇の注釈は、当該箇所を「死罪、流刑、所帯没収のいずれかに処す」の意とするが、牧健二「初期武家法に於ける所領没収の制度(一)」、四八頁は本文のごとく解している。文理上は後者の解釈が自然ではなかろうか。

(23) 『中世法制史料集』別巻、四七三頁。

(24) 鎌追一一七参照。

(25) このほか鎌追三二九も「殊重科張本」は関東に送致し、「軽罪」は六波羅で処断すべき旨規定している。後述の如く、幕府法は殺害以外にも「謀叛・山賊・海賊・夜討・強盗」等々を重科とみなしているが、これら重科の者はみな関東に送致した上で処断する方針だったのであろう。

(26) 『中世政治社会思想』上、一〇頁頭注。

(27) 同前、一四一頁頭注。

(28) 本条の、年記をいわず「当年所犯」を放免するという文言は難解で、あるいは今年発生した殺害犯に限って釈放するの意

にも解しうるが、それではいかにも不自然に感じられるので、とりあえず本文のように理解した。

(29) 鎌倉幕府の刑罰体系が犯人の身分を基準にして編成されていたという点については、牧英正②がつとに指摘している。

(30) 幕府法のなかには、「犯罪」一般について、事情を知らない犯人の「三族」や「家主」への縁坐・連坐を否定する立法(鎌追一八八)もあるが、幕府法がそれで一貫していたわけではない。一言でいえば、「鎌倉時代においては、縁坐の制も連坐の制も存するが、これを制限する傾向にあった」(石井良助②、五二頁)という指摘につきるが、本稿ではその具体相を少し詳しくみてみようというわけである。

(31) 『中世政治社会思想』上、一五頁頭注。

(32) 笠松宏至『日本中世法史論』(東京大学出版会、一九七九)第一章参照。

(33) 同前、一八頁。

(34) 同前、九頁。

(35) 「清原業忠貞永式目聞書」の式目一〇注釈によれば、刃傷とは「杖等ヲ以テ出血コトテハ無ソ、殺人ト思テ以剣傷クル事ソ」とある。

(36) 海津一朗前掲論文、九頁以下参照。

(37) 『鎌倉遺文』第二卷九五〇号文書(以下、『鎌遺』二一九五〇の如く略記)

(38) 鎌倉幕府法における人身売買禁止立法については、牧英正『日本法史における人身売買の研究』(有斐閣、一九六一)九二頁以下に詳しい。本稿の叙述もこれに多くを負っている。

(39) 磯貝富士男「日本中世奴隸法の基礎的考察」(『歴史学研究』四二四)

(40) 「賊盗律」四五、四六。

(41) 牧英正前掲書、八五頁。

(42) このように言ったからといって、幕府法が他人の奴婢等の誘拐や売買を容認していたなどというつもりは毛頭ない。幕府法が「人勾引」という際の「人」のなかには奴婢等は含まれていなかったのではないかというだけのことである。他人の奴婢等の誘拐・売買については、幕府法のなかに所見こそないが、公家新制にいう「勾引諸人奴婢売買要人輩」(治承二年七月十八日太政官符)に相当する、自由身分の者の誘拐とは別類型の犯罪としてとらえられていたのではあるまいか。因みに、鎌追一五六、同二四四はともに、「人倫売買」の被売者を「本主」に返さず「放免」すべき旨定めている。この場合、もしここでの売買の対象に誘拐された奴婢等も含むと想定されていたら、これを放免するのでなく、本主に返還する

場合についての規定も盛り込まれてしかるべきだったろう。にもかかわらず、被売者を当然に放免するとしているのは、「人倫売買」禁止に関する規定もまた、自由身分の者の売買のケースのみを前提にしていることを示しているのではあるまいか。

(43) 因みに、人身売買に関する制裁に限らず、こうした一般的抽象的な科罪文言について、幕府自身も問題を感じていたことを推測させる史料に鎌追一五八(一二四〇)がある。同法は「可被行罪科由、被載下御下知状事」なる事書のもとに、「右自今以後者、可書載子細於分明之由、仰鎌倉奉行人等畢」と述べている。断定的な解釈は慎まねばならないが、その趣旨は「今後、下知状に科罪文言を載せる場合には、「罪科に行なわるべし」式の抽象的な表現は止めて、具体的な刑罰の内容について明記すべし」という点にあったのではあるまいか。

(44) 牧英正『人身売買』(岩波書店、一九七二)三四頁以下。

(45) 同条に「就寛宥之儀、可召禁其身許也」とあること、「法曹至要抄」の「勾引人事」条に「使庁之例、或令候獄舎並政所屋而已」とあること等からみて拘禁刑であろう。

(46) 年代未詳だが、鎌追七三六も同旨。

(47) 石川②一六頁。

(48) ちなみに、鎌追七〇九と同時立法の鎌追七〇五、七〇六によれば、強盗は斬罪、窃盗は「初度は火印を顔に捺す。三か度に及べば死罪」とされている。また、幕府法にしばしば登場する「盗賊」「盗犯」「盗人」等の用語(式目三二、三三、鎌追三、二一、二二、二九、三五、一〇〇、一二二、一六一、二五二、二六三、三〇五、三九二、三九四、四〇五、七〇八、七〇九等)は、一般に強盗・窃盗の両者ともに含む概念として用いられるか、そうでなければ窃盗を指す場合が多い。したがって、ここでの「盗賊」も実は直ちに強盗のみを指すと断定できるわけではない。石川氏は特にその解釈の根拠をあげていないが、筆者の理解によれば、同じく同時立法の鎌追七〇八が、放火に対する制裁を「盗賊」に準ずると規定していることが上記の解釈の有力な根拠になると思われる。なぜなら、鎌追二八五で放火は強盗に準じて禁圧すると明言されており、また、管見の限り、放火に対して火印刑をうたった例はほかにないことから、鎌追七〇八の「盗賊」は強盗とみるのが最も自然であり、同時立法の同七〇九の「盗賊」も同様に解釈すべきだと思われるからである。

(49) 牛馬盗人は抽象的には強盗・窃盗の一形態といえようが、幕府法においては、これらと並ぶ独立した犯罪類型として規定されている。

(50) 「関東御式目」(『中世法制史料集』別巻所収)四八頁。

- (51) 『中世政治社会思想』上、二二五頁頭注。
- (52) 大石直正「外が浜・夷島考」(『関見先生還暦記念・日本古代史研究』、吉川弘文館、一九八〇)によれば、中世において、夷嶋＝北海道は日本国家の東の境界＝外が浜の外に位置づけられた特殊な境域であって、国に害をなす者を追却するところだったという。
- (53) 石川②、一一頁以下。本論文は、幕府法における「一倍弁償」規定の事例を網羅的に検討した業績としても重要である。
- (54) 笠松宏至「盗み」(前掲『中世の罪と罰』所収)七四頁以下。
- (55) 鎌追二二、同二九も同旨。
- (56) 鎌追一七五は九種類もの罪に関する概括的な制裁規定であり、ここにあげられた罪は必ず死罪、流罪、改易のいずれかに処すことが予定されていたとまで考える必要はあるまい。
- (57) 『中世政治社会思想』上、六七頁頭注。
- (58) 以上の窃盗に対する刑罰の変遷については、石川②、一一頁以下に詳しい。
- (59) 三浦周行『統法制史の研究』(岩波書店、一九二五)九八二頁、『中世政治社会思想』上、四四一頁補注等参照。
- (60) 因みに、幕府法とは対照的に、日本中世の在地の慣行においては「窃盗重罪観」のほうが主流であったという点については、笠松前掲「盗み」参照。
- (61) 『国史大辞典』「法曹至要抄」の項参照。
- (62) 田中修實「平安末く鎌倉初期における謀叛について」(『日本史論叢』六)五三頁。
- (63) 『中世政治社会思想』上、一三三頁頭注参照。
- (64) 佐藤進一『日本中世史論集』(岩波書店、一九九〇)三二〇頁以下、同『時宜』論のための予備的検証」(『年報中世史研究』一一)参照。
- (65) 佐藤前掲書、三三二頁。
- (66) もっとも、佐藤説に全く疑問の余地がないわけではない。というのは、氏自ら注意しているように、他方に少数ながら「時議(時宜・時儀)」＝「その時々具体的な状況」の用例も存在するのであり(前掲論文、四九頁)、実際、幕府法令のなかにはその意味に解釈するほうが適当と思われる事例もあるからである。例えば、狼藉発生の際の「同意与力之科」について規定した式目五〇条には、九条と同様に、その科の軽重はあらかじめ定めがたいので「時宜」によるべしとの規定があるが、ここでの「時宜」に関する限り、將軍の意思の意味に解釈するよりも、「その時々具体的な状況」の意に取るほ

うがより自然なのではあるまいか。あるいは式目が「時議」と「時宜」の両語を厳密に二義に使い分けていたためだ考えられなくもないが、この点の検討については他日を期すしかない。

- (67) 笠松宏至「夜討ち」(前掲『中世の罪と罰』九九頁。なお、夜討という行為の性格を全面的に解明するためには、本来、笠松論文の如く、合戦の際の戦術としての夜討のように必ずしも犯罪視されない夜討についても検討の対象とすべきであるが、本稿では考察の対象を犯罪としての夜討に限定せざるをえなかった。

- (68) 鎌倉幕府による海賊禁圧政策については、網野善彦「鎌倉幕府の海賊禁圧について」鎌倉末期の海上警護を中心に」(『日本歴史』二九九)に詳しい。

- (69) 『中世政治社会思想』上、四三五頁補注、永原慶二ほか編『中世史ハンドブック』(近藤出版社、一九七三)五五頁以下参照。

- (70) ここでは、その代表的な業績として、中村直勝『荘園の研究』(星野書店、一九三九)、石母田正『中世的世界の形成』(東京大学出版会、一九五七)、黒田俊雄「悪党とその時代」(同『日本中世封建制論』、東京大学出版会、一九七四)、小泉宜右「伊賀国黒田庄の悪党」(稲垣泰彦ほか編『中世の社会と経済』、東京大学出版会、一九六二)、佐藤和彦『南北朝内乱史論』(東京大学出版会、一九七九)第二部、網野善彦「悪党の評価をめぐって」日本中世研究史の一断面」(『歴史学研究』三六二)、山陰加春夫『悪党』に関する基礎的考察」(『日本史研究』一七八)、新井孝重『中世悪党の研究』(吉川弘文館、一九九〇)等をあげるにとどめる。

- (71) 網野前掲論文、二九頁。因みに、網野氏は、この論稿において、同時に、従来の悪党研究が長年にわたり上記の対立図式を克服し得ないままである研究状況自体を問題とし、その原因は、悪党自体が本来有している二面性を直視し、これを統一的に把握するために格闘するという努力を怠ってきた、研究者の側の歴史と社会に対する姿勢のありかたにも求めらるゝと指摘している。

- (72) 山陰前掲論文、三九頁。

- (73) 『中世政治社会思想』上、四三五頁補注。

- (74) 山陰前掲論文、三頁以下参照。

- (75) 鎌追三二〇、同三六八、同四〇五等。

- (76) 小泉前掲論文、三三九頁参照。

(未完)