

徳川幕府刑法における刑事責任の
本質について（一）
——「不念」と「怪我」を手掛かりに——

代 田 清 嗣

第一章 序論

第一節 先行研究

第二節 問題の所在及び本稿の目的

第二章 不念

第一節 公事方御定書成立以前

第二節 公事方御定書成立以後

第三節 小括（以上本号）

第三章 怪我

第一節 公事方御定書成立以前

第二節 公事方御定書成立以後

第三節 怪我と不念との関係

第四節 怪我とあやまちとの関係 —小括にかえて—

第四章 刑事責任

第一節 結果責任・過罪責任

第二節 身分責任

第三節 事実主義的側面

第五章 結論

第一章 序論

第一節 先行研究

中田薫氏によれば、徳川幕府刑法は、結果責任主義から過罪責任主義へ移行する過渡期であった。同氏はまず、徳川時代の刑法では有意犯と無意犯とが明確に区別されていたと論じる。そして、有意犯には、予謀の有無に応じて「巧」「不斗」という区別があるとする。一方の無意犯はこれを「あやまち」又は「怪我」と称していたが、この無意犯が更に、今日の過失犯に相当する「不念」と、偶然の出来事である「不斗」に区別されていたとする。以上のことから同氏は、過失犯と偶然の出来事とは一応区別されていたものの、無意犯の中から偶然の事故を除外する程には、徳川時代の刑法は進歩していなかったと主張するのである¹⁾。中田氏以降の研究も、多少の違いはあるものの、基本的にはこの主張を踏襲し、現在に至っていると見てよい。高柳真三氏は、当時の刑事責任は、無過失無責任という原則に依っていたが、特に過失殺人について、鉄砲玉が意図せず人に当りその人を死に至らしめた場合、軽微ながらも刑を科しているのは、結果責任主義の表れであると分析する²⁾。石井良助氏は、犯罪の成立には故意または過失が必要であったとした上で、巧・不斗が故意を、不念・怪我が過失を、それぞれ表す語として用いられていると述べている。その上で、過失犯について、不念が重過失を、怪我が軽過失をそれぞれ意味すると論じている。また、全くの事故の場合が「不慮」という言葉で表され、遅くとも宝暦期にはこれが過失犯から除かれているとも論じるのである³⁾。

1) 中田薫「徳川刑法の論評」(『法制史論集』第三卷上所収、岩波書店 1971 年〈初出『法学志林』18 卷 4 号、法政大学 1916 年) p.729 以下。

2) 高柳真三「江戸幕府刑法略説」(『江戸時代の罪と刑罰抄説』所収、有斐閣 1988 年〈初出『司法資料別冊』第 9 号、司法省調査部 1942 年) p.377 以下。

3) 石井良助『日本法制史概説』(改版、創文社 1960 年〈初版、弘文堂 1948 年) p.490 以下、同『第四江戸時代漫筆 人殺・密通』(明石書店 1990 年〈初版、井上図書 1964 年) p.75。この論旨と同様のものとして、杉山晴康『日本法制史概論』(成文堂 1980 年) p.328、谷口眞子『近世社会と法規範 名誉・身分・実力行使』(吉川弘文館 2005 年) pp.114-116。なお、大平祐一氏は、近世前半期において、犯罪の意思なき場合を無罪としたと指摘する(大平「近世の刑事裁判と『無罪』」〈太田知行ほか編『民事法学への挑戦と新たな構築』所収、創

このような故意、過失の分類についての研究がなされる中、特に不念と怪我については、石塚英夫氏の「徳川幕府刑法における過失犯」⁴⁾において、当時の用例を検討することで、当時の主観要素の考慮方法が概観されている。この研究が、この分野における現時点での最も詳細なものであろう。その内容をまとめれば以下の通りである。

まず怪我について、これとあやまちという語とは同義であると述べている。その上で、怪我の成立には故意の不存在が絶対の要件であったが、過失の有無には重点が置かれておらず、事実無過失に近いものも「怪我」とされていると指摘する。しかしながらこれと同時に、「行為者の注意義務違反を怪我、あやまちとする常識的な考え方に立つ」と分析している。

ついで不念については、これが責任の有無、ひいては刑罰の有無を決するメルクマールであったと述べている。そして過失概念としての不念の根底をなすものは「注意義務の違反、すなわち不注意」であり、この語を「過失犯成立の要件として理解し、使用するのが、徳川刑法においてもっともふつうであり、基本でもあった」とする。更に、不念は、「当然、無過失無責任の思想を表明するものであり、先に高柳氏によって指摘された、公事方御定書下巻（以下本文では御定書と略す）第七十四条における無過失責任的規定や、「現実の問題としては過失犯を否定する不念の消極的側面を示す事例は少く〔中略〕これを肯定する判例が圧倒的に多い」という事実を認めつつも、なお全体としては無過失無責任の傾向にあったと主張するのである。

更に近年、古城正佳氏は、高柳氏、石井氏、石塚氏の三説を比較検討した上で、石塚氏の見解に立脚しつつ、怪我が故意の不存在を示し、不念が過失の存在を示すとの見解を立てている⁵⁾。同氏の見解は、先学が踏襲してきた、怪我に注意義務違反的性格があるという立場を、その論拠となる史料の再検討によって批判した点で重要である。

一方、このような結果責任主義から過罪責任主義へという構図とは別に、当時の刑法における刑事責任が身分責任であったとする見解もある。

文社 2008 年) p.1097 以下)。

4) 『法政研究』 25 卷 2-4 合併号 (九州大学法政学会 1959 年) p.299 以下。

5) 古城正佳「米沢藩刑法における過失犯」(審法研究会編『大名権力の法と裁判』所収、創文社 2007 年) pp.377-392。

平松義郎氏によれば、近世においては身分秩序と法秩序が密接不可分であった。個人はその身分秩序により常に身分相応の意識や行動を要求され、これに違反する行為は時として犯罪として処罰の対象となったのである⁶⁾。平松氏は、身分責任によって処罰された事例として、武士の盗や博奕が庶民より重く処罰されたことや、芝居小屋に雇われ三味線を弾き長唄を唄った武士が追放刑に処せられた事件を挙げている。また、高柳真三氏らは、一部の不作為犯の成立根拠を、この身分責任に求めている。高柳氏によれば、不作為犯の成立根拠には、親子・主従という身分責任、地域共同体内での互助義務、封建政府の方針に協力させようとする政策的理由が挙げられる。親子・主従という身分責任による不作為犯の類型としては、子や使用人が、親や主人の身に危難のふりかかった際、これらの者を救助しなかった場合が挙げられる⁷⁾。

このような、身分責任によって刑事責任を説明しようとする見解は、近世に特有の封建制的身分秩序と法とを関連付ける点で興味深い。事実、後述する「御仕置例類集」でも、武士や僧侶神官、女性や穢多非人といった身分による分類がなされている。このことから、刑事責任と身分が関係していたことは明らかであろう⁸⁾。しかし、上記の結果責任主義や過罪責任主義に比べると、その具体的かつ体系的な研究はあまり進んでいないのが実態である。

6) 平松義郎「近世法」（朝尾直弘ほか編『岩波講座日本歴史 11 近世 3』所収、岩波書店 1976 年）p.366 以下。

7) 高柳真三「江戸時代の不作為犯」（前掲註 2『江戸時代の罪と刑罰抄説』所収）pp.26-27。なお、石井良助氏は、不作為犯の成立根拠について、親子・主従という身分と、隣人・当該町村に警戒義務を課し、社会秩序維持を図る目的としている。（石井・前掲註 3『日本法制史概説』p.491）これは高柳氏の主張する成立要件の二番目と三番目を同じものとして扱っているものと解し得る。

8) なお、このような視点に基づいた研究として、塚田孝『近世日本身分制の研究』（社団法人兵庫部落問題研究所 1987 年）、曾根ひろみ「近世日本の刑事法制とジェンダー」（三成美保編『ジェンダーの比較法史学』〈大阪大学出版会 2006 年〉p.211 以下）、小島信泰「近世後期における浅草寺の僧侶処罰」（『創価法学』36 巻 1 号〈創価大学法学会 2006 年〉p.1 以下）、市川訓敏「『御仕置例類集』に見る親族間の犯罪」（『関西大学法学論集』64 巻 3・4 合併号〈関西大学法学会 2014 年〉p.53 以下）などが挙げられる。

第二節 問題の所在及び本稿の目的

ところで、近代刑法学において、故意・過失は、主観的構成要件の一つとされ、両者の区別は、犯罪事実の表象・認容の有無に求められている。より具体的には、自己の行為のもたらす結果について、行為者が認識・認容していた場合には故意とされ、この認識・認容を欠く場合には過失とされるのである。更に、過失については、以上のような消極的要件のほかに、積極的要件として、行為者の不注意、つまり注意義務違反が要求される⁹⁾。

このような近代刑法学の理解を踏まえて先行研究を読み直せば、上に挙げた不念や怪我という語は、いずれも、犯罪事実の表象・認容が欠如し、且つ行為者に不注意が存在するという、主観態様を評価するための語であるということになる。上に掲げた先学たちも、おおよそこのような理解に立っているものと思われる。

しかし、従来の研究で取り扱われている判例は、不念や怪我という語の用いられている判例全体から見れば、一部分に過ぎない。殊に、不念については、殺人や傷害の罪によって説明される場合がほとんどである。他の犯罪類型で同語の用いられている例も数多く残っているが、それらはほとんど検討の対象とされていない。また怪我についても、この語はそもそも殺人や傷害に特有の語ではあるが、なお検討されていない用例は存在する。然るに、それらの従来は扱われてこなかった用例についても、なお同様の概念が妥当するかについては、検討の余地があるように思われる。

そこで本稿では、先行研究では触れられてこなかったものも含めて、不念や怪我の用例を挙げ、これらの語が如何なる意味で用いられていたのかを、より総合的に解明する。そしてその結果に基づいて、これらの語に関する従来の研究成果を再検討し、そこから見えてくる、当時の刑事責任について考察することを目的とする。

この目的のもと、今回の検討では、徳川幕府刑法に関する各種制定法ならびに判例を用いる。判例集の中で特に分析の対象とするのは、「御

9) 団藤重光『刑法綱要各論』第三版（創文社1990年）p.340以下。

仕置例類集¹⁰⁾である。江戸時代の刑事判例集¹¹⁾として最も重要なものとして扱われるこの史料は、それ故に先行研究でも多用されているが、なおその内容には検討の余地が残されているものと考ええる。更に、これ以外の史料も可能な限り扱い、不念や怪我の用例を挙げ、考察を行う¹²⁾。

第二章 不念

第一節 公事方御定書成立以前

石塚氏は前掲論文において、御定書成立¹³⁾以前の不念には触れていない。しかし、この時期の用例も少数ながら残されている。先ずはこの時期の用例から検討する。

第一項 御仕置裁許帳・元禄御法式

「御仕置裁許帳」¹⁴⁾は、江戸牢屋入牢舎の記録である町奉行所所蔵の牢帳より、後の「例」となるべき事例を選出、類別編纂したものである。掲載事件の年代は明暦三年より元禄十二年に互っており、寛永期に編纂されたものと推定されている¹⁵⁾。

10) 本稿における本史料の引用・参照はすべて、石井良助編『御仕置例類集』（名著出版 1971-1974 年）による。

11) 尤も、本史料は正確には評定所の評議記録であり、単なる判例集とは性格を異にするものである。しかし、後の参考になる事例が選集、類別編纂されており、かつ少数意見も含めて評議内容が詳細に記録されている点で、実質上判例集と称して差し支えなく、本史料は幕府刑政の実情を知る格好の史料であると言えよう（前掲註 10 の序ならびにまえがき、および『国史大辞典』〈吉川弘文館 1971-1997 年〉「御仕置例類集」の項〈平松義郎執筆〉参照）。

12) なお、本稿における文献・史料等の引用に際しては、旧漢字・変体仮名等は一部を除き概ね現行通用のものに改めた。また、筆者が翻刻した史料については適宜説点を附すとともに、引用元である活字史料に施された説点についても若干の修正を加えた。筆者による註記は〔 〕で示した。

13) なお本稿では、御定書の成立時期を、法文が定まったとされる寛保二年三月とする（平松義郎『徳川禁令考』・『公事方御定書』小考（二）〈『創文』197 号所収、創文社 1979 年〉p.24、高塩博『公事方御定書』の編纂過程と『元文五年草案』について〉〈『国学院法学』48 巻 4 号所収、国学院大学法学会 2011 年〉p.21 参照）。

14) 石井良助校訂『近世法制史料叢書』（復刊訂正版、創文社 1959 年〈初版、弘文堂書房 1938-1944 年〉）第一所収。

15) 同上、p.1 参照。

本史料のうち、「入牢之者を預り、首を為縊る者」と題された部に、以下の判例が見られる。

貞享三寅年五月廿五日

老人女ぢう 是ハ赤坂裏伝馬町式丁目四郎右衛門店須田太郎兵衛女房、夫太郎兵衛義穿鑿之儀有之、当二月十九日籠舎申付候処、籠内ニテ相煩候ニ付、養生之内預り度由妻子訴訟ニ付、当月廿一日預ケ遣候処、右太郎兵衛今日首縊相果候由、訴訟来ル付、檢使遣、召寄、遂穿鑿候処ニ、自身首縊候ニ無紛候、不念成ル故、家主儀ハ閉門申付、悴庄太夫儀ハ漸十歳ニ罷成候故、太郎兵衛従弟四ツ谷伝馬町壺丁目半兵衛店長兵衛ニ預ケ遣、此者儀ハ夫太郎兵衛仕形不屈ニ付、上り屋ニ入、¹⁶⁾

そしてこの判例を基にした「元禄御法式」では、「一入牢之者を預り首を為縊申者 不念一通り故入牢之上赦免」なる一条がある¹⁷⁾。

判例では、牢の者を預かった者として念を入れて監視すべきところ、これを怠ったという趣旨で不念が用いられていると解し得る。一方御法式では、「一通り」という言葉がどのような意味をもつものか明らかではないが、判例と照らし合わせれば、監視義務の懈怠のほかには非難すべき点がなかったという意味であると解し得る。

第二項 公法纂例

「公法纂例」乾¹⁸⁾は、享保二年正月に評定所が類焼した際焼け残った、「『評定所古来御仕置書拔』三冊」と同系統の判例集であり¹⁹⁾、「貞享・元禄ごろの幕府評定所の判決を集め」²⁰⁾ たものである。本史料にもいくつかの不念の用例がみられるので、それらの内から特に刑事事件の性格の強い例を挙げておきたい²¹⁾。

16) 「御仕置裁許帳」十卷一八三（八六二）。

17) 元禄御法式の成立過程については石井・前掲註 14、第一 p.3。条文は同 p.463 所引。

18) 東京大学総合図書館蔵。南葵文庫旧蔵書。

19) 平松・前掲註 6、p.341。

20) 前掲註 11 『国史大辞典』「公法纂例」の項（石井良助執筆）。

21) 本史料が民事・刑事を分離していない判例集であることは、その収録内容か

論所人殺

日野豊後守殿御出座式日跡立会

元禄三年六月廿二日

- 一 鍋島刑部知行所、下総国山野辺村与、浅野伊左衛門知行所、同国与倉村、野論ニ付於論所打合、山野辺村百姓式人蒙疵、其夜相果候由申出ニ付令穿鑿処、山野辺村之者以強勢任人数、非分之野境相立候儀、与倉村之者及鬪論候、其上被打伏候もの其場ニ不差置之、引取候以後相果其節茂、与倉村之者ニ死骸不為見之段々不念之致方、其上打候相手を差妻子等雖申之、手元見届候証拠無之上者強而不及沙汰、雖然於論所及鬪論打合致候儀為不屈ニ付、与倉村助六、長蔵、過急令牢舎旨、絵図裏書ニ書載裁許、但右兩人午七月十一日出牢、右出座²²⁾

本件では、山野辺村の百姓二名が鬪論中に疵を負い、その夜の内に死亡した事件について、「被打伏候もの」をその場に差し置かず、また死亡した際もその死骸を相手である与倉村の者に見せなかったことを以て不念としている。

廻船盜荷物

本湊町与太夫店十右衛門与、紀州古座清水村市右衛門、徳右衛門、鏡荷物之出入遂穿鑿処、通四町目左兵衛荷物、従大坂積廻候処、熊野浦ニ而致破船、荷物少茂不取上旨申来候処、左兵衛荷物之内鏡荷物、紀州古座浦市右衛門方々本湊町十右衛門方江送遣候処、十右衛門右之訳不存、手代与兵衛ニ為持江戸鏡屋江弘ニ出候を左兵衛見付、与兵衛并鏡共二十右衛門ニ預置訴之ニ付、十右衛門ニ尋候処、右市右衛門方々送候荷物ニ而、何方々出候荷物共不存由申之、市右衛門者大坂船頭八太夫方々次郎右衛門与申もの買取候を、紀州橋杭村松右衛門肝煎ニ而、次郎右衛門方々買取候由申之、其上八太夫方々松

ら明らかである。

22) 「公法纂例」乾(四〇)。なお、通し番号は神保文夫『『御仕置部類』系評定所判例集』(『名古屋大学法政論集』156号所収、名古屋大学法学部1994年) p.532以下の(表1)による。

右衛門方へ遣候状ニ、鏡荷物之儀細引之拾ひ荷物之由、買候者方江申呉候様頼由申ニ付、松右衛門方右之状市右衛門方江遣候、然者最寄左兵衛荷物積下候節、八太夫盗取候由相聞候、其上右鏡海中江入候鏡ニ而者無之由ニ候へ者、旁以八太夫仕方不届ニ付、申四月十四日牢舎申付、外之者共ハ其通ニ而相帰ス、然処於牢内八太夫拷問之上白状申候ハ、下人孫兵衛義、橋杭江懸り候荷物拾ひ取候由申之ニ付、同五月十四日孫兵衛召出令詮議処、申分難立間是又令牢舎候、且右荷物肝煎候松右衛門儀呼ニ遣候処、致病死ニ付、同六月十四日次郎右衛門召出、八太夫孫兵衛と対決申付候処、曾而不存旨雖申之、疑敷間次郎右衛門牢舎、紀州藤川浦庄屋清六、同国串本浦庄屋甚六、同浦肝煎新作儀、右荷物盗物与不存浦手形出候由雖申之、不念之仕方不届ニ付、同六月廿五日牢舎、同国清水浦市右衛門義、松右衛門方右之盗物買取、疑敷事有之間同日牢舎申付、右荷物者八太夫水主、左次太夫、長次兵衛、兩人盗取孫兵衛ニ為持、橋杭村松右衛門方江銀四拾目ニ売候由、孫兵衛致白状候間、左次太夫、長次兵衛、召出遂詮議候処、左次太夫者孫兵衛申通致白状候、長次兵衛者申争候得共、左次太夫白状之上者同類ニ無紛候、且又大坂ニ而浦手形出候六兵衛、三郎兵衛義、召出相尋候処申分立候間、其通ニ而相返候、然処左次太夫申十一月、長次兵衛西二月、新作同月、次右衛門同六月、甚六同九月、五人共牢死、

右出座²³⁾

この一件では、荷物が盗物であるとは知らずに浦手形を出したことが不念であるとされている。これは「盗物を扱う」という結果の発生を認識していないという点で、過失犯的であると言えよう。しかし、このような事例の存する一方で、

語取雑物

- 一 本船町式町目治兵衛、麻荷物拾式箇徳左衛門語取候内、式箇ハ武

23) 同上（八二）。なお、本事例には年月日の記述がないが、同系統の史料「公裁一件」から、元禄五年四月四日のものであると確認できる（神保・前掲註22、p.544以下の（表2）参照）。

州小板村武左衛門方江預置、拾箇は相州宿村嘉左衛門方ニ差置、同村権兵衛口入二而、同村佐五左衛門方江代金九兩貳分式朱ニ相払、右金之内五兩徳左衛門ノ請取、致欠落付遂兪義候処、佐五左衛門も証人不取之、売主手形も取らず買取候段不念ニ付、貳兩為致損、殘金三兩ハ、口入権兵衛、并宿武左衛門兩人ニ而返済可仕旨手形申付ル、口入権兵衛は、行衛も不知もの之荷物致口入、佐五左衛門ニ為買取候段不届ニ付、手鎖申付候、

右出座²⁴⁾

なる事例も見られる。この一件では、「語取雑物」を買い取ることに
 についての行為者の認識如何には触れていない。不念の認定に当たっては、
 買取に際して、証人もなく、売主の手形も取らなかった点が問題とされ
 ているのである。かかる犯罪類型については、次節第二項において詳し
 く検討するが、不念が結果発生認識と必ずしも結びついていないこの
 ような用例にこそ、この語の特徴があるように思われる。

第三項 享保度法律類寄

「享保度法律類寄」では、不念という語が一つの項目を立てて扱われ
 ている。本史料は、徳川吉宗が座右に備え置くために作成させた、簡単
 な刑罰法規集であり、評定所や勘定奉行所の記録をもとに条文化したも
 のである²⁵⁾。その条文数から見ても、本史料に、あらゆる犯罪を網羅的
 に記す目的があったとは思われない。そのような中でお掲載されてい
 る行為は、やはり当時重視されていたか、或いは頻発していたものであ
 ると推測できる。その規定の全文を掲げれば以下の通りである。

不念

一渡舟にて溺死のもの有之節、不念の船頭は流罪、右請負人も品によ
 り同罪、馬士引馬車にて人に疵付候は、宰領共流罪、右主人へは

24) 同上(二七七)。本事例も前の事例と同様、「公裁一件」から元禄二年のもの
 であると確認できる。

25) 『徳川禁令考』(司法省蔵版・法制史学会編・石井良助校訂、創文社1959-
 1961年。なお、以下では単に「徳川禁令考」とする。)別巻p.415。

療治代分限に応し可為出、疵付候者於相果は、馬士車引宰領共に死罪、右の主人は分限に応し過料、〔第一項〕

一辻番所見通し場所にて白昼に被切殺候もの有之節、不見届番人、并手負人を見損し通し、又は辻番所前をあはれ通候を其分にいたし置、往還のものへ疵付させ候番人の類、流罪、又は入墨の上敲五十、請負人は過料、〔第二項〕

一相手不知横死の者の死骸を内証にて渡候もの、請取候もの、流罪、〔第三項〕²⁶⁾

法律類寄の目次は「逆罪并不仁」にはじまり、火附、盗賊、人殺……と犯罪の類型毎に分類されている。このことから、ここでの不念は犯罪類型の一種として捉えられていたことが窺える。一方でこの規定の中に「不念の船頭」とあることから、不念が行為者の何らかの態様を示す語としても用いられていたことがわかる。つまり、このような行為者の態様こそが、この類型において処罰されるべきものなのである。

では、その処罰されるべき不念という態様は、具体的には如何なることを示していたのか。第一項の文面からは読み取れない。

ところで第二項では、辻番所に詰める番人は「被切殺候もの」などと示された対象を、見逃してはならないという義務を設定し、その義務を怠った場合の科刑が規定されている。また第三項も、「内証」という言葉を「町役人などに報告すべきところこれをしなかった」という意味に解するならば、義務の懈怠と言える。然らば第一項も、これと同様に考えることができるであろう。その義務は具体的に明示し得るものではなく、おそらく舟や馬を安全に操るといふ包括的な義務であると考えられる²⁷⁾。

第四項 犯科帳

ここまで挙げてきた史料は、幕府中枢および江戸において作成されたものであったが、地方において作成された史料は如何であるか。長崎奉行所

26) 同上 p.7。

27) なお、御定書における水主、車引き、馬士の過失殺人についての先行研究として、石井・前掲註3『第四江戸時代漫筆 人殺・密通』p.67以下。

の刑事判例集である「犯科帳」²⁸⁾には、寛文六年より慶応三年までの膨大な事例が収められており、御定書成立以前の事例も多く残されている²⁹⁾。この「犯科帳」で、不念という語が最初に見られるのは貞享五年である。

長崎袋町 中村与左衛門悴

一 八郎右衛門 年式拾七 辰八月五日籠舎

右八郎右衛門儀、当八月五日、百四拾番積戻り船、船道具為修復、唐人陸江上り候節小宿仕候処、右之船出帆之刻、林普と申唐人之沓之下ニ銀子壺枚隠罷在候処、検使之者改出之候付遂兪議候処、不念之段誤入申分ケ無之付、辰十月廿五日、長崎十里四方追放申付之、若立帰候は、可令死罪旨申含之、

附 厳有院様十三回御忌ニ付大赦被行候付、申ノ四月八日追放赦免³⁰⁾

ここでの不念は、唐人が銀子を持ち出さないようにするための注意を怠った事を指していると思われる。また、宝永五年には

本石灰町

一 甲斐九郎左衛門

右九郎左衛門儀、立帰之者自分借屋ニ居申候を不申出、出来鍛冶屋町乙名中尾喜兵衛、人改ニ而見出し訴出候ニ付、召出遂兪議候処不念ニ相極候ニ付、子五月十八日閉戸申付、七月四日差免之、³¹⁾

なる例も出されている。ここでは、立帰之者、おそらく追放刑に処されその所に居ることが許されない者が、自分の借家に居ることを申出なかったことが、「不念ニ相極候」根拠になっている。

ところで、上の二例では、裁きを受けている者が、問題となっている事態(唐人の靴底に銀子が入っていたことや、立帰の者が借家に居ること)

28) 本史料の引用・参照はすべて、森永種夫編『犯科帳』(犯科帳刊行会 1958-1961年)による。なお、読点は筆者による。

29) 前掲註 11『国史大辞典』「犯科帳」の項(宮本由紀子執筆)参照。

30) 「犯科帳」第一冊(188)。

31) 同上第三冊(81)。

を知っていたか否かは問題とされていない。特に後者では、その文面から考えるに、九郎左衛門が「立婦之者」であることを知っていた可能性が高く、それにもかかわらずその旨を申告しなかったことが不念とされているのである。然るに、この二例では、その者の認識如何にかかわらず、当該結果不発生に向けた行為を怠り、他者の告発によって当該結果が露顕した点について、不念なる言葉が用いられていたと考えられる。

更に、これは御定書の成立時期にかかる判例となるが、延享元年の裁判例には以下のようなものがある。

元西上町之者 西山村住居 彭城義藤太妻之親
一 河辺遊仙 亥九月廿九日所預後三十日入牢
子四月四日出牢過料三貫文申付指免之

右之者、致不義候娘を預り置、九月廿八日令他行留守ニ而、娘儀家出いたし、松森天神社内水茶屋ニ而貞之進と密通いたし居候を、夫義藤太見届、貞之進は討留候、娘儀は逃失候ニ付討漏候由、不義之娘預り置、他行いたし留守故娘家出いたし、右躰之儀仕出シ候畢竟不念故之儀、始末不届ニ付、娘尋之儀稠敷申付置候処、不尋出候付三十日入牢申付、親類共江尋申付候得共、娘行衛弥不知候付、出牢之上過料三貫文申付指免之、此已後娘尋出候は、召捕可罷出之旨申付之、〔下略〕³²⁾

この事例では、他者による告発についての記述はなく、専ら「娘が外出しないようにすべきところ、自身が外出したことで当該結果を発生させた」という点が問題とされている。これは、先に法令についての検討の中で触れたように、管理責任が問われているものであると思われる。本史料の中には、このほかにも管理責任の懈怠が不念とされている裁判例が散見される³³⁾。

以上、この時期における各史料での不念の用例を概観した。それら用例の多くは、行為者に何らかの義務が課されているときに、その懈怠を

32) 同上第十四冊（28）。

33) 同上第三冊（84）、第六冊（17）など。

示すものであった。更に、主に「犯科帳」の記述からわかるように、時としてこの語は、実際の犯罪行為には関与していない、管理者の責任を問うものでもあったのである。

第二節 公事方御定書成立以後

御定書成立以後の史料では、不念の用いられている犯罪類型は広がりを見せ、また採録される判例の数も飛躍的に増大している。これを以て一概に、御定書成立以後、不念の概念が拡張したということにはならないが、不念が刑事法において重要な位置を占めていたことは窺える。以下では、不念の用いられる代表的な犯罪類型について検討する。

第一項 等閑又は麁忽

「御仕置例類集」には「等閑又は麁忽之部」と題された判例群がある。様々な犯罪をまとめたこの類型³⁴⁾には、不念の用いられている例もまた幅広く収録されている。従ってこれらを検討することにより、不念の最も一般的な用いられ方を窺うことができるであろう。以下では、本史料の分類に従い、各犯罪類型における不念の用例について検討してゆく³⁵⁾。

この部において不念の用いられる犯罪類型は、二つの群に大別できる。

第一の群は、他者の犯罪行為について、これを認識しながら何らかの行為にでなかった場合である。具体的には、「盜賊之手懸不訴出類」「變死人怪我人有之を不訴出類」「博奕等有之を其儘ニ差置候類」などがこれにあたる。

(一) 盜賊之手懸不訴出類

まず、「盜賊之手懸不訴出類」について見ると、ここで不念を主に用

34) 「御仕置例類集」凡例によれば、「等閑又ハ麁忽之部ハ、都て何所業によらず、物事をゆるかせになしたると不行届と心得違なるもの等を集て一部となし、其罪名又は其品等を以、類をわかつ。」ものである。

35) 尤も、この部において不念が用いられている例は全体の半数ほどである。しかし、不念の語が見られる例とほとんど同様の例でこの語が見られない場合もある。そこで本稿では、不念の語が実際に用いられている例を中心に上げつつ、用いられていない例についても、これと同様の例で不念が認められていれば参照に値するものとして取り上げている。

いているのは、盗物の取戻行為についてである。ここに一つ例を挙げる。

天明五巳年御渡

佐渡奉行伺

一 佐州辰巳村にて召捕候、無宿・専次郎、盗いたし候一件、

〔中略〕

盗人と直対談ニは無之、被盜取候品を内証にて取戻候不念迄にて、盗人を逃し遣候ニハ無御座候間、浄外五人とも、叱り、評議之通済³⁶⁾

この例とほぼ同様の文章を用いる例は散見される³⁷⁾。それらの例では、二つの点が問題となっているようである。第一は、盗物を「内証にて」取り戻した点である。例の文言からも、この点が不念の有無を決する基準となっていたと思われる。ではこの「内証」とは如何なる状態を示していたのか。他の判例の中には、「訴も不致」³⁸⁾や「村役人ニも不相届」³⁹⁾といった記載が見られる。また、被害届が受理されると、奉行所から、手懸りがあれば訴出のべき旨申し渡されるのである⁴⁰⁾。すなわち、盗品を発見した際に、これを村役や役所に届け出ないことが内証とされたと言える。思うに、盗品はそれ自体、盗犯を捕まえるための重要な手懸りである。従って、たとえ盗まれた当の被害者であっても、これを勝手に取り戻すことはできなかつたのであろう。犯罪の被害者は、自己の法益の回復よりもまず、犯罪捜査や犯人摘発に協力する義務を負っていたのである。盗品を然るべき手続きを経ずに取り戻す行為は、この義務を怠ったものとして不念があるとされたと考えられる。

このような考え方は、盗難に遭った際、被害届を出さなかつた事案にも反映されている。

36) 「御仕置例類集」古類集拾六之帳、一〇五七号。なお、以下では古類集拾六（一〇五七）のごとく略す。

37) 古類集拾六（一〇六一）寛政五・駿州無宿・清八、盗いたし候一件、同（一〇六三）寛政十・野州無宿・吉弥、附火いたし候一件など。

38) 古類集拾六（一〇五五）天明五・京橋無宿・吉五郎、盗いたし候一件。

39) 古類集拾六（一〇五三）天明元・盗いたし附火を仕懸置候一件。

40) 平松義郎『近世刑事訴訟法の研究』（創文社 1960 年）p.604。

文化二丑年御渡
駿府町奉行伺
一 無宿・金五郎、盗いたし候一件、

東海道
駿州丸子宿
家 持
旅籠屋
忠兵衛

右之もの儀、紛失品有之候は、聊之品ニ候共、宿役人え申聞、可訴
出処、無其儀、不行届不念ニ付、叱り、
此儀、不念迄ニ付、伺之通、叱り、
評議之通済、⁴¹⁾

被害届を提出することは、捜査の端緒となる重要な行為であり、当時はこれが義務付けられていた⁴²⁾。つまり、ここでも問題となっているのは義務とされている行為に懈怠があったという点であり、不念の不作為犯的な性質を裏付けるものと言えよう。

従って、このような義務懈怠の域を超えて、犯罪捜査を阻害する能動的な行為があった場合には、その取扱いをいささか異にしていたようである。御定書五十六条「盗人御仕置之事」には、

追加

寛保四年極

一盗人を召捕、雜物取返、内証ニ而逃し遣候もの 当人
名主 叱
但、死罪ニ可成盗人を内証ニ而逃遣候ハヽ、名主当人、輕キ過料、
〔二十九項〕⁴³⁾

41) 新類集拾八(五九二)。同種の例として、同(五八八)文化元・駿州藤枝宿河原町・源蔵、盗いたし候一件のうち、伝三郎・平兵衛・十兵衛についての記述が挙げられる。

42) 石井良助『第三江戸時代漫筆 盗み・ばくち』(明石書店1990年〈初版、井上図書1963年) p.12。

43) 『棠蔭秘鑑』亨(「徳川禁令考」別卷所収) p.100。なお以下では、御定書を含め、棠蔭秘鑑の引用は本書による。

との規定が見られるが、但書に見られる盗物の価値による刑の加重は、窃盗犯を逃した場合に特有のものであり、窃盗犯以外からの盗物の取戻しには見られない。そして、この条文の適用例では、不念は使われていないのが通例である⁴⁴⁾。犯人を逃がすという行為は、もはや犯人摘発への協力義務懈怠という域を超えた、犯罪を後押しする能動的な作為とみなされたのであろう。

（二）博奕等有之を其儘ニ差置候類

この類型における不念の用法を知る好例が、以下の一件である。

文化七午年御渡

佐渡奉行伺

一 佐州貝塚村・六之助、博奕又は盗いたし候一件、

佐州賀茂郡青木村

百姓

儀右衛門

右之もの儀、六之助・與三右衛門・三四郎博奕いたし候ハ、御差度之儀ニ付、早速差留、其上ニも不取用候ハ、可訴出処、無其儀、見物いたし罷在候段、不念ニ付、急度叱り、

此儀、吟味書之趣ニては、皆川村・喜助方え立寄、六之助其外之もの共、博奕いたし候を、見物いたし候、と有之、去ル子年、評議ニ御下ケ被成候、甲府勤番支配相伺候、甲府一條町・與兵衛方ニ罷在候左仲次儀、実仙坊え罷越、博奕は不致候得共、右場所え立入、博奕相催候を見請候上は、その旨、可訴出処、無其儀、等閑之始末、不念ニ付、急度叱り、と相伺、評議之上、伺之通と申上、其通、相濟候例ニ見合、伺之通、急度叱り、評議之通濟、⁴⁵⁾

44) 例として古類集拾六（一〇五四）天明四・無宿・武左衛門、盗いたし候一件、新類集拾八（五八六）享和三・相州沢井村・忠左衛門弟・音松、盗いたし候一件、同（五九〇）文化二・無宿・久蔵事・弥助、盗いたし候一件。なお、例外として古類集拾六（一〇五六）天明五・紀州無宿・茂八、盗いたし候一件。尤もこの例でも、伺では不念とされているが、評議結果には不念とは書かれておらず、最終的には不念が認められなかった可能性が高いと考える。

45) 新類集拾八（六〇九）。

ここで不念とされているのは、博奕が行われている事実を知ったとき、何らかの「取計方」があるところ、これを怠ったことであろう。具体的には、まず自力でやめさせようとし、それを相手が聞き入れなかった場合には訴出るべきであると示されている。尤も、一般の人がやめさせようとしたところで、博奕を打っている者がそれに容易に従うとは考えにくい。従って、事実上は警察機構に通報すれば足り、自力でやめさせなければならないという義務は形式的なものであった可能性もある。いずれにしろ、行われている博奕を放置することは、その目撃者としては許されず、摘発に向けた作為義務が課されていたと言える。

これまで考察してきた事例群では、行為者の過失を基礎づける、犯罪事実の表象・認容が欠如していたとは言えないであろう。なぜなら、盗物を届け出なく取り戻したり、行われている博奕を放置したりする者は、それによって他者の不法な行為を見逃すことになるという結果を確定的に認識し、その上でなお当該行為にでていると評価できるからである。むしろ、この類型の中で不念として処罰の対象となっているのは、何かしらの作為義務が発生している場合にこれを怠ったことであると言える。

第二の事例群は、他者の犯罪を認識していなかった場合である。「御仕置例類集」の分類では、「博奕等有之を不存類」「巧事取捨等を不存類」がこれにあたる。

「博奕等有之を不存類」には、以下のような事例がある。

寛政三亥年御渡

火附盜賊改

長谷川平藏伺

一 二葉町・文右衛門店・彦右衛門寄子・文次、棒引宿いたし候一件、
二葉町文右衛門店
五番組人宿

彦右衛門

右之もの儀、文次え、留守宅頼置、他出いたし候砌、三次郎事・治兵衛、筒取いたし、御法度相背、紋紙棒引博奕有之候処、留守中之儀とは乍申、常々申付方も可有之処、無其儀、既二宅貸遣し、博奕宿為致候段、不届二付、所払、

[下略]⁴⁶⁾

この一件では不念という言葉は使われていない。しかし、留守宅で博奕が行われていた場合に住人に不念を認める他の例⁴⁷⁾と照らし合わせて、この例も事実上不念を認めたものと見て間違いのないであろう。

右の一件及び類似した留守中の事例を見ると、被告人が博奕の行われていることを認識する可能性はほぼない。つまり、具体的な予見可能性に基づく注意義務違反が認められるような事情はないと言えるであろう。にもかかわらず、気づかなかったことに責任を求めているのはなぜか。

本文中では、不念の存否を判断するにあたり、「常々申付方も可有之」なる記述が見られる。このような「申付方」の懈怠を表す文言が、この犯罪の判例においては定型句のごとく用いられている⁴⁸⁾。すなわち、日頃から博奕等が行われないう、相手に教諭し、或は見回りなどもすべきところ、これを怠ったが故に、不念とされているのである。

更にこの類型では、処罰される対象が重要な意味をもってくる。彼らは、土地・建物の管理者のほか、町年寄、組頭、及び近隣の住民である。特に管理者や町役らは、支配機構の末端を担う立場として、自己の管理する領域及びそこにいる人々に、博奕など違法行為にでないよう、きちんと言い含めておくことが求められたのであろう。判例にも「村役をも乍相勤、平日心附可申処」⁴⁹⁾といった文言が見られ、このことを示している。そのような義務を怠った点こそ、不念の成立根拠であると考えられる。

尤も、町役に対するこの犯罪における処分は、一概に決められるものでもなかったようである。建物などのない野外での博奕について、文化

46) 古類集拾六（一〇八七）。

47) 新類集拾八（六一七）文化五・無宿・由兵衛初筆、博奕いたし候一件、続類集拾八（七一四）文政二・甲府金手町助右衛門盗又は博奕いたし候一件、天保類集三拾七（九五三）文政十一・大坂関町浄安寺圭明外拾貳人、博奕いたし候一件など。

48) 古類集拾六（一〇九〇）寛政四・長五郎屋敷・佐助店欠落いたし候、当時無宿・藤八忰藤次郎、博奕又は盗いたし候一件、同（一〇九一）寛政四・芝二葉町麵類社氏宿・茂右衛門、留守之節、博奕有之候一件など。

49) 新類集拾八（六一四）文化四・甲州上村・五助初筆、博奕いたし候一件。同様の文言を用いるものとして、新類集拾八（六二〇）文化七・佐州貝塚村・六之助、博奕又は盗いたし候一件も挙げられる。

五年の「野州無宿・なを初筆、博奕いたし候一件」には、以下のような記述が見られる。

御定書ニ、廻り筒ニて博奕打候もの、中追放、と有之、所役人御咎之儀は相見え不申、併、寛政六寅年之御書付以来、博奕御仕置、嚴重ニ相成候儀ニ候得共、所役人迄、右ニ准し可取計儀とも不相聞、尤、今般、前書、新部村役人御咎之儀ニ付、再応、先例相糺候処、御咎之有無、区々ニ有之候上は、以来、所役人共御咎有無之儀は、催候場所又は其事実ニ寄り、其度々取計、尤、諸向伺評議之節も、右ニ准し候様、可仕成、と奉存候、依之、心得方之儀、相伺申候、⁵⁰⁾

この問題については、上記評議結果の出される以前から「町外藪中にて之博奕ニ有之、殊、数度之儀ニも無之上は、不存段、強て不念とも難申哉ニ候得共」⁵¹⁾と、処罰に消極的な態度がとられていた。しかし、上記評議の出された結果、

文政二卯年御渡
火附盜賊改
長井五右衛門伺
一角山村無宿吉五郎初筆盗いたし候一件
武州比企郡
小川村
名主
宗左衛門
外壱人

〔中略〕

此儀、野田等ニて、博奕有之候を不存所役人御咎之儀、去辰年評議之上、御咎有無先例区ニ付、催候場所又は其事実ニ寄、其度々取計候積り、伺之通可仕旨被仰聞、其以来野田等ニて一通りニ博奕いたし候を不存迄之村役人ハ御咎不申付候間、書面村役人共も咎ニ不及、

50) 新類集拾八 (六一六)。

51) 新類集拾八 (六一一) 文化元・無宿・長蔵初筆、盗いたし候一件。

御差図
掛伺之通
〔下略〕⁵²⁾

とし、このような場合の所役人の刑責を限定することを明示したのである。これは、より実効性のある支配圏に、上記のような義務を課す範囲を限定したものと解し得る。このことも、この犯罪において事前の「申付方」が重視されており、作為義務違反の性質をもつものであることを示している。

以上が、この犯罪類型における、不念の有無を判断する基準である。次に、科刑に注目したい。科される刑罰の多くは急度叱り或いは叱りであるが、中には所払や、一定期間土地を召上げるといったものもある⁵³⁾。このような処罰は一部の場合に限られるが、先述した「博奕等有之を其儘ニ差置候類」と比較すると厳しい科刑である。博奕という不法な行為のあったことを知らなかった方が、知っていてこれを見逃した場合より重く処罰されているということは、行為者の認識がある故意犯罪を、これのない過失犯罪より重く処罰するという原理とは相容れないものがある。むしろ、両者の刑の軽重は、偶然に博奕を阻止すべき立場に置かれたか、継続的に博奕の起こらぬようすべき立場にあったかという違いに求められると考える。

ここまで、等閑又は僥忽と称される様々な犯罪類型を概観し、その中で使われる不念の内容を検討してきた。そこから、この不念が、なすべきことをなしたか、ということを経験とし、これを怠った場合、つまり一種の作為義務違反を捉える概念であったことが明らかになった。

第二項 盗物怪敷品取扱

然らば、不念には石塚氏の述べるような注意義務違反、つまり主観的態様を評価する要素が全くなかったかということ、そうではない。いくつ

52) 続類集拾八（七一七）。

53) 例として、古類集拾六（一一〇〇）寛政六・本石町四丁目・善六店・平八、博奕いたし候一件のうち、名主伝右衛門についての評議、続類集拾八（七〇七）文化十四・京橋水谷町半兵衛、第附と唱候賭事いたし候一件、天保類集三拾七（九六二）天保十・無宿平次郎外拾五人、博奕いたし候一件など。

かの犯罪類型では、不念は主観を考慮し、注意義務違反を基準としているように思われる。

これから述べる「盗物怪敷品取扱」という犯罪類型⁵⁴⁾では、取り扱った物が盗物と知っていたか否かによって、科刑に差を設け、また判例の編纂上も分離している。このことから、主観態様が評価されていたことは疑いない。本稿では不念の用例を探るため、特に、盗とは知らずに買い取った場合、同じく質に取った場合を挙げ、検討する。

(一) 買取について。御定書五十七条「盗物質ニ取又ハ買取候もの御仕置之事」では、盗品をそれと知らずに買い取った場合について、以下のように規定する。

享保六年

元文五年極

一盗物与不存、反物其外買取候もの、其色品取返、被盜候もの江相返、代金ハ買主不念候間、可為致損金候、証人取候而買取候ハ、証人ニ代金買主方江為相渡可申候事、〔第二項〕

〔中略〕

同

一盗物と不存、買取売払候節は、売先段々相糺、代金を以買戻させ、被盜候者江為相返、盗人より初発買取候もの之損金ニ可申付事、

〔第三項〕⁵⁵⁾

この規定では、盗品を買い取った場合には買主に不念があると、買主の行為等に触れることなく書かれている。後の一条である「初発買取候もの」についても、最初の買主に不念があるという前の規定を前提としたものであろう。

では、実際に本条を適用した例では、如何なる取扱いがなされていたのか。以下の例からこれを検討していく。

54) なお、当該犯罪類型についての先行研究として、石塚英夫「徳川幕府刑法における贓物罪」(『法政研究』25巻2-4合併号〈九州大学法政学会1959年〉p.135以下)が挙げられる。

55) 「徳川禁令考」別巻p.101以下。

文化四卯年御渡

甲府勤番支配伺

一 当時無宿・清右衛門初筆、盗いたし候一件、

甲州西青沼村

仁兵衛

右之もの儀、米買取候ハヽ、出所も得と相糺、買取可申処、無其儀、清右衛門・任申、米買取候段、不行届不念ニ付、買取候米取上可申処、酒造米ニいたし候に付、代銀取上、

此儀、御定書ニ、盗物与不存、反物其外買取候もの、其色品取返し、被盜候ものえ相返し、代金は、買主不念に候間、可為致損金、と有之二見合、買取候米、取上可申処、酒造米ニいたし候上は、伺之通、買取候節之代銀取上、評議之通済、⁵⁶⁾

この一件では、買い取った品を既に使っているため、金銭による弁償を指示しているが、それ以外の点については、御定書の規定を引用し、ほぼ機械的に当てはめただけである。このような例はこの犯罪において最も多く見られる処理の仕方である⁵⁷⁾。この中で、買主に不念のある根拠については「得と出所も不相糺」という文言が使われている。つまり、買主として当該売買の対象となっている物が盗品でないかを十分確認すべきであり、これを怠ったことが不念とされたと考えられる。

(二)質取について。盗品をそれと知らずに質に取った場合については、御定書五十七条に以下のような規定が見られる。

享保六年

元文五年極

一 盗物と不存、証人取之、如通例質ニ取、吟味之上、盗物之儀不存訊ニ決候ハヽ、証人ニ元金為償、質物取返し、被盜候もの江相渡可申事、

56) 新類集拾五（四六〇）。

57) 古類集拾四（八六八）安永二・盜賊無宿・喜八・銀右衛門一件、同（八六九）安永三・無宿・弥助事・伝助并市ヶ谷無宿・新八一件など。

但 証人も御仕置ニ成、金子可差出掛り無之候ハ、質屋可為致損金候、尤証人無之、或不念之質取方ニ候ハ、質屋為致損金、其上咎可申付事、〔第一項〕

〔中略〕

従前々之例

一 忝人兩判、或証人無之質物を取候もの 其品取上 過料
〔第六項〕⁵⁸⁾

この規定では、証人を取らなかつたか、或いは「不念之質取方」がある場合には刑責に問われる旨が示されている。ここでまず問題となるのは、ここでの「不念之質取方」や「定法之質取方」というのが何を示しているかという点である。

安永二巳年御渡

火附盜賊改

長谷川平蔵伺

一 世田ヶ谷無宿・清蔵、盗みいたし候一件、

芝宇田川町横町

甚兵衛店

質屋

清兵衛

芝宇田川町

清次郎店

質屋

與左衛門

右之もの共儀、清吉・太七持参いたし候質物故、無宿清蔵・盜物とハ不心附候得共、出所も不相糺、其上、置主・証人、名前計ニて、追て兩印取可申と存知、清兵衛四度、與左衛門兩度、無判ニて、質物、取置候段、重々不埒ニ付、質物取上、兩人共、過料五貫文宛、此儀、忝人兩判、或ハ証人無之質物を取候もの、其品取上、過料

58) 「徳川禁令考」別巻 p.101 以下。

之御定ニ准し、質物取上・過料銭三貫文宛、

〔中略〕

質取方不念之御咎、忝人両判又ハ無印にて質物取候ものも、始末ニより少々宛之輕重ハ可有御座候処、清兵衛・與左衛門儀は、清吉清吉・太七兩人共、常々、主人之質物・自分之質物等をも取扱、能存罷在候もの故、盜物とハ心附不申段、無相違、相聞申候間、質物取上・過料銭三貫文ツ、可申付旨被仰渡可然哉之段、先達て評議仕り申上候義ニ御座候、然処〔中略〕在方と違ひ、御当地にて、組合有之質屋共、其趣意を弁罷在、無印にて質物取候は、別て不埒ニ御座候間、清兵衛・與左衛門儀、過料銭五貫文ツ、可申付旨、被仰渡可然哉ニ奉存候、再評議之通濟、⁵⁹⁾

この判例が、「不念之質取方」の最も典型的な例を示していると言えよう。すなわち、町方で質を取るに際し、置主・証人のいずれか一方が、他方の判まで持参、押捺した場合（忝人両判）、或いは置主・証人いずれの判もない場合（無印）⁶⁰⁾に、不念を認めるのである。このような質の取り方について、御定書で過料を科す旨規定されていることは、先に掲げた条文の通りである。より具体的には、忝人両判の場合には過料三貫文、無印の場合には同五貫文となる。このような不念の認定とそれに対する科刑が、この犯罪の処理として最も頻繁に見られるのである⁶¹⁾。

しかしながら、このような行為態様のみが処罰の対象となったわけではない。ほかにも不念が認められたものはある。

寛政五丑年御渡

火附盜賊改

59) 古類集拾三（八〇六）。

60) なお、判例では、無印のほかに無判という言葉も用いられているが、両者は特に区別されていなかったと考えられる。よって本稿では無印で統一する。

61) 古類集拾三（八一〇）寛政五・草加無宿・万吉、盗いたし候一件、同（八一）寛政六・大鋸町七兵衛店・新六、盗いたし候一件、同（八一五）寛政九・大阪無宿・平吉、盗いたし候一件、「評議物留帳」（平松義郎『近世法制史料集』第一卷〈創文社1973年〉所収）六拾忝番（明和元・神田永井町兵助店庄助方二居候相馬右門事浪人神田左次馬盜賊一件評議）など。

長谷川平蔵伺

一 浅草大護院門前・嘉兵衛事・半右衛門、盗いたし候一件、

浅草猿屋町

四郎兵衛店

質屋市左衛門手代

儀兵衛

右之もの儀、質物に取置候品は、半右衛門・彦兵衛、銜取候品ニ有之処、其儀ハ不存候とも、右兩人・任申旨、置主・証人両印、取置候とハ乍申、山形屋半六方より請取参り候品之由、申聞候ハ、右半六方をも、一通り、承札可申処、無其儀、不行届段、不念ニ付、右品取上、叱り、

此儀、置主・証人両判取置候間、質屋定法ニ背候儀は無御座候ニ付、定例之通、置主・証人より、半分ツ、質代為償可申儀ニ候得共、置主・証人共、御仕置ニ相成候間、質ニ取候品取上・質代損金、可申付処、吟味書之趣ニては、三度ニ質物取候内、兩度は、置主所持之品之由、申候得共、最初之質物は、山形屋半六と申・呉服屋より受取参り候由、申候ハ、其訳相札、答之始末に寄、半六えも懸合可申処、無其儀段、不念ニ御座候間、伺之通、質物取上候上・叱り、
評議之通済、⁶²⁾

この一件では、置主・証人双方から印を取っているため、本来ならば置主と証人に質代金を償わせるべきとやっていることから、御定書の規定に照らし、この印を取るという行為が「通例之質取方」であることが確認できる。しかし、更に注意を尽くせた場合、過料は科されないが、なお不念があったとして「叱り」に処せられているのである。

従って、この犯罪における不念とは、単に法規によって定められた行為義務を怠ったことではなく、当該状況においてなし得る最大の結果回避措置を行わなかったことに求められていると言ってよい。それは行為者の置かれた具体的な状況や、予見可能性に基づいた結果回避義務の措

62) 古類集拾三(八〇九)。

定であったと言えよう。この点は更に次に掲げる判例によっても裏付けられる。

文政六未年御渡

山田奉行伺

一 無宿衆之助盗いたし候一件

藤堂和泉守領分

勢州多気郡東黒部村

百姓

太郎兵衛

右之もの儀、盗物とは不存とも、得と出所も不相糺、中村源六悴衆之助より、衣類拾品木綿切地九品、質ニ取候段、不念ニ付、質代損失、

此儀、所住所之ものにて、身元存候ものは不及受人、質物取置候儀、質屋共前々より仕来之由、吟味書朱書ニ申上候ニ付、質取方ニおゐてハ、別に御咎附申間敷候間、伺之通質代損失、評議之通済、⁶³⁾

この判例では、在方での質取につき、身元の判っている者が置主になる場合に、請人を取らない慣習があれば、これを支持するという判示がなされている。これは「知っている人だから大丈夫であろう」という予見可能性の低下を考慮に入れているものと見ることができる。すなわち、行為者の具体的な主観態様を評価した判例であると言える。

ここまで見てきた不念は、盗物を取り扱うという、結果を回避するための行為を怠ったことを示していると思われる。その結果回避行為は、「置主・証人両印取之」を基本としながらも、行為者の予見可能性に基づいて、個別に設定されるものであった。然りとすれば、ここで用いられている不念は、結果回避行為にでなかったという客観的状況のみならず、その背後にある行為者の不注意という主観的態様をも含めて捉えるものである。その点において、この類型における不念は確かに過失犯的

63) 続類集拾四(四五六)、同種の例として古類集拾三(八一七)寛政十・勢州山田町にて召捕候無宿・団蔵、盗いたし候一件。

性格をもつものであると言えよう。

しかし、このような、具体的な予見可能性に基づいた結果回避義務を設定するという姿勢が見られる一方で、以下のような事例も存在するのである。

文化七午年御渡

火附盗賊改

大林弥左衛門伺

一 無宿・入墨栄次郎初筆、盗いたし候一件、

深川元町

善兵衛店

質屋

源七

右之もの儀、質物為請戻候金銀銭は、権之助・盗取候金子ニ有之処、其儀は不存、右質物、不正之品ニは無之候得共、定法相背、最初、忝人両判之質物、取置候段、不埒ニ付、為請戻候質代、元利とも取上・損失之上・過料三貫文、

此儀、質取方不念之質屋・御咎之儀ニ付、寛政九巳年之御書取ニ見合、為請戻候質代は、盗金ニ候とも、質物は盗物ニ無之上は、質代取上候に不及、忝人両判之質物取候処を以、過料銭三貫文、評議之通済、⁶⁴⁾

この一件では、盗物を取り扱った場合でないため、質代の取り上げは免除されているものの、質の取り方が忝人両判であることを理由として、過料を申付けている。このような態度は次の判例でより明確に示されている。

天保六未年御渡

火附盗賊改

柴田七左衛門伺

64) 新類集拾四(四一六)。

一 外田ヶ谷村無宿嘉右衛門、盗いたし候一件

武州埼玉郡

外田ヶ谷村百姓にて

質屋

久見

右之もの儀、質物ニ取、其後入替遣し、又は為受戻候品は、盗物或は不正之品ニは無之候得共、嘉右衛門任申旨、得と出所も不相礼、証人無之、無判之質物取、其後入替遣し、或ハ為受戻候段、不埒ニ付、為請戻候質代元利取上、過料三貫文、

此儀、吟味書之趣ニては、盗物と不存、白米三斗六升入壺俵、金貳分之質ニ取候後、大豆四斗并利銭百五拾文取之、右白米入替遣し候処、又候元利受取、右大豆も為受戻候由ニ有之候得共、質屋御咎之儀ハ、品物之正不正ニは無之、質取方不念を以、御咎ニ相成候儀故、質取方不念之質屋御咎之儀ニ付、寛政九巳年之御書取并質品為受戻候節は、質代元利取上候度々之先例ニ見合、伺之通、為受戻候質代元利取上、過料銭三貫文、評議之通済、⁶⁵⁾

これら二つの例、特に後者の一件で明示されているように、この犯罪類型の処罰根拠は質屋として行うべき質の取方を怠ったことであり、もはや「盗物怪敷品」を取り扱ったことについての注意義務違反は問題とされていないのである。かかる方針の転換は、両態様の交錯する文化・文政期を経て、徐々になされていったと考えられる。

また、在方の質取方については、以下のようにその処理方針が変更される。

天保二卯年御渡

山田奉行伺

一 無宿与助、盗いたし候一件

紀伊殿領分

65) 天保類集三拾卷（六九八）。

勢州度会郡

川端村百姓

甚右衛門

右之もの儀、山田中島町林兵衛より、質入いたし候衣類、盜物とは不存候とも、得と出所も不相糺、同人任申旨、証人も無之品、容易ニ質ニ取候段、不念ニ付、質ニ取置衣類取上、質代金損失、

此儀、吟味書朱書之趣ニては、神領内町在質屋共組合有之、質物取方不念等有之候得共、質代金損失之上、過料申付、神領外近郷私領之分は、住所名前等も兼々存罷在候ものよりは、証人無之、質物取候仕来ニて、吟味之上、盜物ニ相決候類、質代金損失申付候迄ニて、過料ハ不申付趣ニ有之、依之、先例相糺候処、明和元申年、評議ニ御下被成候、山田奉行相伺候、勢州中世古町質屋玉田権右衛門・正木権兵衛儀、出所も不相糺、反物類質物ニ取置候節、証人等之糺不相見候ニ付、伺之上、山田奉行え懸合、相糺候処、右質屋共儀、質物持參候三左衛門・五郎兵衛は、平生質使いたし、慥成ものニ付、出所等改候儀無之由、権右衛門・権兵衛申之、右質物受人等も無之、印形辻も同様之儀、質使いたし候ものは、質屋最寄ニ極り居、其もの壱人之応対ニて相済、出所等改候儀無之段、仕来之由は、質屋共吟味之上、申口迄之儀ニ有之趣ニ候間、評議之上、権右衛門・権兵衛共、質物は、小吉親吉兵衛受戻、被盜主え相返候得共、出所も不相糺、証人も無之質物取候段、不埒ニ付、過料錢三貫文宛と申上候例、并寛政九巳年、評議ニ御下被成候、山田奉行相伺候、紀伊殿領分勢州川端村質屋七右衛門儀、兼々致心易候伊八、并小八女房さよ任相頼、盜物とは不存候得共、証人も不取置、質物取置候段、不埒ニ付、質物、質代金損失と相伺、其節評議之趣、同年九月、御渡被成候御書取ニ見合、在方質屋之儀ニ付、質物取上、過料錢三貫文と申上、其通相済候例有之候処、其後山田奉行相伺候一件之内、質屋共儀、盜物与不存、質物取候節、所住居之ものニて、身元存候ものハ、不及受人、質物取候儀、質屋共前々より仕来之由、吟味書朱書ニ申上、評議之上伺之通と申上、其通相済候例も有之、尤其節々、評議之趣ニては、神領と私領兩様ニ取扱候趣意難相分、右躰先例区々ニ付、

猶勘弁評議仕候処、奉行所におゐて吟味いたし候上は、私領仕来二任、両様ニ取扱候も如何ニ付、証人無之、或は不念之質取方ニ候ハ、質屋為致損金、其上咎可申付と有之御定、并寛政九巳年之御書取等二見合、前書明和・寛政両度之評議済候仕候ニ付、今般之甚右衛門儀も、質物取上、過料銭三貫文、評議之通済、⁶⁶⁾

この一件では、これまで認めてきた証人不要の慣習を排除し、知人である等の予見可能性を基礎づける行為者の主観態様は一切考慮せず、置主・証人の両印を取ったか否かのみを問題としているのである。この一件で否定された判例が、先に掲げた文政六年の「無宿・糸之助、盗いたし候一件」であることは、同例に「此御咎当、以来例ニは不相用積、天保二卯年山田奉行伺、無宿与助一件之内、勢州川端村質屋甚右衛門評議之節取極り候事、」なる朱書が附されていることから明らかである。

以上、時代を追って判例を検討してきた。その結果、寛政期の判例では、具体的な予見可能性に触れ、不念を否定した事例が見られた。その点において、「盗物不存質ニ取」という類型での不念は過失犯的性格を帯びたものであったと言える。

しかし、文化・文政期を境に、この過失犯的性格は姿を消し、特定の行為に出たか否かを問題とする、不作為犯的なものへ推移していったのである。

ではなぜ、このような傾向が見られるのであろうか。そこには寛政九年の御書取の影響があると考ええる。

寛政九巳年九月七日

質取方不念之質屋御咎当り之事

〔中略〕

一 壹判、或ハ壹人両判之質物取候質屋 質物取上、過料三貫文、
一 無判ニ而質物取候質屋 質物ハ取上、過料五貫文、

〔下略〕⁶⁷⁾

66) 天保類集三拾壹（六九〇）。

67) 「御書付類」（「棠蔭秘鑑」貞）八十三（「徳川禁令考」別巻 p.227）、「徳川禁

御定書五十七条一項但書が、単に「不念之質取方」とのみ示し具体的な行為を規定しなかったのに対し、この御書取では、具体的な処罰の対象となる行為を明記している。この御書取を正面から受け取れば、これらの行為が不念なのであって、それ以外の要件を特に設ける必要はない。事実この御書取には、「盗物怪敷品取扱」という要件すらないのである。従ってこのような質の取り方をした者は、その結果盗物を扱ったか否かにかかわらず、処罰されることになったのである。

更にこのような規定が影響力をもった背景について考えると、そこには、御定書条文の解釈を極力排除し、機械的な適用こそが望ましいとする、裁判役人らの考えがあるように思われる。そもそも御定書は、類推・拡張解釈を許されており、むしろこれに拘泥しないことが望ましいとされていた。しかし実際はその逆であり、寛政年間に三奉行が

畢竟御定書は御政事の大綱を定被置候事と相心得罷在候間、決而死物の取扱には至り申間敷、然し律義に右御定に因循いたし候方は害少く可有御座哉、其趣意は御仕置筋取扱候奉行諸役人とも賢愚は不及申、其氣質の寛旨強弱も御座候事故、御定を放れ、銘々の見込を以、御仕置附等仕り候事は、甚しき弊も出来可仕哉に奉存候⁶⁸⁾

と述べているように、裁判役人の主体的な判断は、極力避けるべきと考えられていたのである⁶⁹⁾。

さて、この犯罪類型を過失犯類型として扱うのであれば、予見可能性の判断が非常に大きな意味をもつことになる。しかし、盗物であることに気づき得たかという可能性についての判断は、最終的には奉行や実際の取り調べに当たる者が自己の裁量においてなすよりほかにない。このような判断はまさに、「銘々の見込を以、御仕置附等仕り候事」であり、裁判役人が忌避するものであろう。一方で、買い取る者、質に取る者が一定の作為義務を果たしたかという判断は、客観的になせるものであり、

令考」後集第三 p.270。

68) 三浦周行「江戸時代の法制」(『続法制史の研究』第7刷、岩波書店1925年〈第1刷1925年〉所収) p.1341。

69) 平松・前掲註40、p.564。

裁判役人が解釈する余地はない。その点において、寛政九年の御書取は、裁判役人にとって非常に有用な規定であり、御定書の規定ではないものの、大きな影響力をもったものと推測される。その結果として、この犯罪類型は、義務懈怠のあった場合に責任を負わせるという、不作為犯的性格を強くすることになったと考えられる。

このような性格を裏付けるように、この類型では、作為可能性自体が否定される場合には、不念もないとする判例も見られる。盗金と知らず自己の債権の返済を受け、また借りた者に関する判例がこれである。文化五年の「小石川原町・米次郎初筆、盗いたし候一件」における再評議を例に挙げ、これを説明しよう。その中には以下のような文が見られる。

〔上略〕衣類・諸道具とも違、金銀は日用之品、其上、盗金之有無見極も無之、取引いたし候度々、出所不相相は、一統之儀、事実ニおみて、不念とは難申候間、〔中略〕御咎は無之積、併、身元不慥成もの又は身分不相応之金子等、何之心附も無之、借受候類は、其始末次第にて、御咎之儀、其時々、評議いたし申上候積、評議決ス、⁷⁰⁾

つまり、貨幣のように、当該物が盗物であるか否か確定することができない場合には、不念はないとされるのである。この事は、同じく文化五年の「都て、盗金を以、買取候品、売主ニ不念は無之候故、損失等之不及沙汰」⁷¹⁾なる文言からも確認できる。金銭が盗まれたものであるか否かについては、唯一の手段として渡した者に問いただすという方法が考えられなくはないが、金額が「身分不相応」であるなど、追及の糸口がない限り、働いて稼いだなどと言いつけられるであろう⁷²⁾。そうなれば、追及の実効性は全くないといっても過言ではない。

翻って、客体が他の同様の物と何らかの方法で区別できる場合には、より実効的な「糺方」がある。その第一が証人の存在である。買取・質取の両類型でも、証人を立てることが不念を否定する必要条件とされる。

70) 新類集拾六(五一九)。

71) 新類集四(九四)文化五・盗金にて調候品、取計方之儀、評議。

72) 身分不相応の金銭を受け取った不念があるとされた例として、古類集卷(一六八)安永五・盗金と不存、請取候呉服屋・旅籠屋共、右金子取上之儀ニ付評議。

これはつまり盗物でないことの客観的証明を得ることであり、最も基本的な「竊方」であったものと考えられる。また先述の通り、盗難事件の被害者は盗品を届け出ることが義務付けられているが、届け出のあった盗品については、質屋などに「品触」が回され、それと知ることができる⁷³⁾。従って、特に質に取る者は、その品触と照合することで盗物であるかを確認できるのである。これら証人を要求することや品触との照合といった具体的な作為は義務として捉えられ、これに懈怠があった場合には不念として、刑責に問うたのである。

ここまで、「盗物怪敷品取扱」という犯罪類型において不念の用いられた事例を概観してきた。その結果、本類型も基本的に作為義務懈怠をその処罰根拠としていることがわかった。尤も、寛政期までの質取事例においては、主観面を一定の範囲で考慮し、具体的な質取の妥当性を論じる場合もあった。しかしこれも寛政期以後、求められる客観的的行為のみが問題とされるようになる。つまり、過失犯的要素は薄れ、不作為犯の性格を強くしていったものと考えられる。

最後に、この犯罪類型について大平祐一氏の指摘に触れておきたい。「犯科帳」に、盗品とは知らずに質に取った者が無罪とされた、元文元年の事例が収められている⁷⁴⁾。大平氏は、この事例の翌年に成立した御定書が、かかる場合について「前々よりの例」として過料刑を定めているにもかかわらず、この事例が無罪になったことに注目している。その上で、仮に『盗品とは全く気づかなかったという質取主の言い分がはっきりしている』という理由で『無罪』を認めたのであれば、「中央の先例と異なる地方の慣習…〔中略〕…を政府中央が法的に認めた」可能性があると論じている⁷⁵⁾。「犯科帳」の記述では、証人の有無や盗品と気付くべき可能性といった詳細が不明であり、たしかに大平氏の指摘するような可能性も排除できない。事実、先に挙げた文政六年の例でも、証人を不要とする在方の慣習が、幕府中央でも考慮されていた。しかし、本稿における検討を前提とすれば、この事例の出された当時は、証人を

73) 品触について、平松・前掲註 40、p.665。また、この点に関する近年の詳細な研究として、坂本忠久『近世江戸の都市法とその構造』（創文社 2014 年）pp.164-190 参照。

74) 「犯科帳」第十一冊（21）。

75) 大平・前掲註 3、pp.1121-1123。

とっていないことが直ちに処罰事由となった訳ではなく、予見可能性を考慮した判断がなされていたのである。したがって、「盗品とは全く気づかなかった」という理由で無罪を認めるという判断は、幕府中央の先例と必ずしも異なるものではないと言えよう。

第三項 人殺疵附狼藉等

前項同様、結果発生について故意なき場合に不念の語を用いているのが、この類型である。御定書には、

七十四 怪我にて相果候もの相手御仕置之事

〔中略〕

寛保元年極

一怪我にて與風疵付ケ、その疵二而相手死候もの

吟味之上あやまちに無紛、并怪我人之親類存念相尋候上、
中追放

但、吟味之上不念之儀於有之ハ、一等重ク可申付事、〔第三項〕

〔下略〕⁷⁶⁾

なる条文が見られる。殺人や傷害に関する御定書の規定は細分化され多岐にわたるが、不念を用いているのはこの規定のみである。なお、御定書成立直前に編まれたとされる私撰の法律書「律令要略」にも、これと全く同じ文言がみられる⁷⁷⁾が、高塩博氏によれば、これも御定書から採録されたものである⁷⁸⁾。

ところで、判例の中には、不念を認めながら上記「一等重」い刑、すなわち重追放到処していない例も見られる。それらでは、手錠や叱りなど、かなり軽微な刑にとどまっていることから、上記規定但書に見られる不念とは区別して考える必要があると思われる。

まず、上記但書における不念（以下便宜上これを「重い不念」と称す

76) 「徳川禁令考」別巻 p.114。

77) 石井・前掲註 14、第二 p.345。

78) 高塩博「『律令要略』について—『公事方御定書』編纂期における私撰の幕府法律書—」（『国学院法学』52 卷 3 号所収、国学院大学法学会 2014 年）p.48 参照。

る)の用いられた例を検討する。この規定を直接に適用した例はさほど多くないが、一例として以下の一件が挙げられる。

寛政十年年御渡

長崎奉行伺

一 高木作右衛門中間・虎蔵、手荒之取扱いたし候一件、

高木作右衛門中間

虎蔵

右之もの儀、時津村にて、朋輩酒ニ酔伏候を、連帰度存、正気を附可申と、善蔵指居候脇差を取、鞘之儘頭を打、足にて踏付候儀、兼て遺恨等有之及仕儀候事ニは無之、朋輩之儀、殊ニ別て懇意にもいたし候事ニ付、遅成候ては、主人之手前を憚、一刻も早く連帰度存念にて、心迫、右之及始末候儀之旨申之、其段は無相違相聞候得共、畢竟酒酔之儀、致方も可有之处、手荒之取扱より事起り、善蔵即死いたし候段、不届ニ御座候得共、全過之儀ニ付、遠嶋、

此儀、当十一月、小田切土佐守、手限伺之上、御仕置申付候、吉川町、平右衛門店・長四郎儀、米澤町往還え商ひニ罷出候節、酒給、強酔出候处、往来之もの、行当り候由、相手も無之、申罵、殊ニ、所持之担棒を振廻、立騒候故、居合候米澤町壺丁目・伊兵衛店・忠兵衛え当り、同人月代之内え、三寸程之打疵壺ヶ所、出来候上、疔積差発、忠兵衛、相果候段、畢竟、此もの儀、右躰疵付候故之儀、不届ニ候得共、平日、意趣遺恨も無之、此ものえ対し申分無之旨、忠兵衛妻・悴共も申立、酒狂にて、相手も無之、振廻し候棒、過、忠兵衛え当り候段も、相違無之間、申追放、申付候例ニ見合、申追放、

当月十二日、評議仕、申上候、長崎奉行相伺候、高木作右衛門中間・寅蔵例ニ申上候長四郎儀は、振廻し候棒当り、全之過怪我ニ有之、此度之ハ、介抱いたし候節、脇差にて、鞘之儘、頭を打、其上、背中を踏候段ハ、御定之内、但書ニ、吟味之上、不念之儀、於有之ハ、一等重りと有之ニ見合、相当にては無之哉之段、御尋ニ御座候、

此儀、頭を打、背中を踏候段も、遺恨等有之儀ニは無之、素々、正気を付可申と、右仕儀ニおよひ候儀ニ付、長四郎ニ見合、申追

放と申上候得共、介抱いたし候心底ニ候共、右躰、手荒成取計方
いたし候段は、卒忽之儀ニ付、不念無之候とも難申候間、御尋之
通、怪我にて、與風疵付、其疵にて、相手死候もの、中追放、但、
吟味之上、不念之儀、於有之ハ、一等重ク可申付事、と有之御定
ニ見合、重追放可申付旨、被仰渡、可然哉ニ奉存候、
再評議之通濟、⁷⁹⁾

本件において類例として挙げられている長四郎の一件は、最初の評議
に対する疑義の中に書かれている通り、怪我を認定したものと考えられ
る。問題となるのは、この類例と、不念がないとは言えないとして重追
放が科された本件との違いである。一見すると、不念を認める理由は、
介抱の仕方が手荒であることに求められているように思われる。しかし、
怪我が認められた類例でも、行為は棒を振り回すというかなり手荒なも
のである。然りとすれば、両者の区別をこの点に求めることは妥当でない。

不念の認定が問題となっている再評議において特に強調されているの
は、行為の目的が酔った朋輩の介抱であるという点、そしてその行為が
手荒であった点である。このように読むと、介抱としての適切な行為で
なかった点が、不念を認めた理由であると考えられる。

このような「重い不念」に対して、七十四条三項本文に規定された中
追放より軽い刑を科す、いわば「軽い不念」とも称せるものの用例とし
て、以下の判例が挙げられる。

文政二卯年御渡

奈良奉行伺

一 和州土佐町平八伐木之節過ニ而繩踏切右伐木旅人こま江中同人相
果候一件

上村駿河守領分

和州高市郡土佐町

平八

右之もの儀、山内險阻之場所にて木を小伐いたし候事ニ候ハ、右

79) 古類集式拾壹（一五八三）、「徳川禁令考」後集第四 p.22 以下。

場所下ハ道筋ニ付、通行人も無之哉、殊樹木生茂り難見分事ニ候ハヽ、猶更通行人之手当方も可有之处、右木縄を以繫置候とハ乍申、既過にて縄踏切、木転落、旅人こまえ中、右にて相果候は不行届ニ付、所払、

此儀、御定ニ添候例書之内、但州生野銀山内新町勘兵衛下人惣兵衛儀、松木を背負、崖下通候節躓倒、負縄切、松木拔落候处、山之中腹にて薪取罷在候白口村仁兵衛女房さんえ、右松木不慮ニ当、外ニ不念之筋は不相聞候得共、さん相果候上は、惣兵衛儀、所払可申付哉と相伺、右は山之中腹ニさん可罷在とは曾て不存儀、其上躓倒負縄切、殊ニ崖よりさん相果候所迄は、式町程有之、一向ニ不念之筋無之ニ付、無構旨御差図有之、今般之平八儀、吟味書之趣にては、伐木いたし候場所は山中ニは候得共、右場所より拾間程下は道筋にて、往来人も有之場所故、不念之筋無之とも難申候間、右例えは難引当、享和二戌年評議ニ御下ケ被成候、大坂町奉行相伺候、摂州南平野町之内横町米屋徳兵衛借屋天王寺屋次兵衛儀、惣兵衛所持之畑地え井戸堀立候受負いたし候ハヽ、諸事入念可申处、右場所は山土にて埴り保宜候由、仮ケ輪を省略いたし、杵を入掘下ケ、右杵を胴築にて築せ候ニ付、全地響いたし土欠落、下段ニ罷在候佐吉え中り、相果候及仕儀ニ候段、右掘方佐吉其外之もの共申談、兼て之仕来にて、銘々覚悟之働方とは乍申、右躰変事出来いたし、此ものハ受負にて諸事差配いたし候身分にてハ、別て不届ニ付、遠嶋可申付哉之旨、可相伺候得共、全過ニ無相違、佐吉親類共も無申分旨申之候間、重追放と相伺、其節評議之趣ハ、仮ケ輪を省略いたし候段、右近辺は土埴り候故、仮ケ輪を不入仕来之土地柄之段は、一件申口も符合いたし入用可減ため、仮ケ輪を省略いたし候儀とも不相聞、全可欠落と不心附、不念迄之趣意を以、急度叱りと申上、其通相済候例有之、今般之平八儀、伐採候木品、樹木え藁縄にて繫置、追々小伐いたし候節、不斗すへり倒、繫置候縄を踏切候も、全過にて、既こま両親とも平八御仕置宥恕をも相願候得共、例之方は変死いたし候ものも、働方兼て心得罷在候儀之处、此度之儀は、往来道上之木を伐候儀ニ付、精々可念入を旅人相果候始末ニ至候段、例之次兵衛より品不宜候間、

三十日手鎖、
評議之通済、⁸⁰⁾

この一件では、評議の対象となっている本件「平八儀」のほかに、例として「惣兵衛儀」と「天王寺屋次兵衛儀」という二つの事案が挙げられている。これらは両者とも不念を用いている例であり、それぞれ現存する史料に採録されている⁸¹⁾ため、これら三件を詳細に検討することが可能である。

まず惣兵衛の一件では、不念が否定されている。その理由は、「躓倒、負縄切」という行為態様が事故であったことと、行為者と被害者との距離が二町程と比較的長く、また被害者のいた地点が山の中腹だったこともあり、行為者が被害者のいる可能性を全く認識していなかったことにあるとされている。

一方で本件たる平八の一件では、惣兵衛一件に比して、行為者のいた地点から「拾間程下は道筋」であり、「往来人も有之場所」であるから、不念がないとは言えないとしている。

そこで評議では、天王寺屋次兵衛の一件を挙げる。ここでは、仮ヶ輪を省略したのは経費削減など利欲のためではなく、専ら慣習に依ったことを認めつつも、なお「土欠落」のないよう注意すべきであったとして、不念があるとされている。

これら一連の評価から考えると、ここでの「軽い不念」は、行為者の行為態様自体は特に問題のあるものではなかったが、客観的状況から、当該行為にでるに際してなお一層の注意が求められる場合に、この注意を怠ったということにあると考えられる。先に述べた「重い不念」との違いも、この「行為自体が非難に値するか否か」という点にあると言えよう。「重い不念」を認めた例では、脇差で叩く、足で踏みつけるなど、それ自体が「手荒」であり、容易に傷害結果を発生させ得る行為である。これに対して、「軽い不念」の存否が争われた事例では、木を切るとい

80) 続類集拾七（六六二）。

81) 惣兵衛一件は「御定書ニ添候例書」（「棠蔭秘鑑」利所収）七十二・山稼二出候節背負候松木抜落中腹二居候もの江当り相果候もの相手之事（「徳川禁令考」別巻 p.174）に、天王寺屋次兵衛一件は古類集拾五（一〇四五）享和二・撰州国分村・惣兵衛方ニて井を掘候もの、怪我ニて相果候一件、にそれぞれ所収。

う行為にそのような危険はなく、また躓いて木を繋ぎ止めていた縄を切ってしまうという行為も、それのみで直接人の死傷結果を惹起するものではない。同じく天王寺屋次兵衛一件でも、仮ヶ輪の省略は本来ならば人の死傷結果についての危険が存するところ、その危険が少ないという事情から仮ヶ輪を設けない慣習があったという特殊性を考慮し、その行為自体に危険はなかったとしているのである。ではなぜ、特に問題のない行為に非難を向け得るのか。そこには、行為者がその行為を反復、継続して行っているという特性が関係していると考える。先に述べた井戸堀りなどは職業として行っているものであり、また木の伐採という作業も、判決本文からは読み取れないものの、伐採した木の利用、或いは山林の保全といった目的から、反復継続して行っていたのではないかと推測できる。然りとすれば、職業や反復、継続して当該行為にでる者として、より責任ある立場が生ずる。そしてこの立場にふさわしい義務を果たさなかったことによって処罰されているのである。

このように考えてゆくと、「重い不念」も「軽い不念」も、「その者の置かれた立場にふさわしい行為に出なかった」という点では共通していることがわかる。ここで不念の用いられる他の犯罪類型をみると、不念が認められた際に科されるのは比較的軽い刑である。したがって「軽い不念」の方がより一般的な意味での不念に近いと言えよう。一方で「重い不念」は、「軽い不念」の際に考えられる義務違反に加え、明らかに結果の見えている行為にでた場合にこれを処罰するための規定として設けられたものではなからうか。いま、「軽い不念」が「重い不念」より先にあった用例であると特定できる史料はなく、この考えは推測に過ぎない。しかし、七十四条三項但書に規定された不念の特殊性について考えるとき、この仮説は十分に納得できるもののように思われる。

以上、この犯罪類型における不念の二つの意味について検討してきた。両者は行為者の置かれた立場での責任を果たさなかったという点で共通しているが、特に「重い不念」については、当該行為によって生ずる結果の予見が容易であるにもかかわらずこれを行ったという意味で、今日の過失犯に極めて近い構造であると思われる。従って、この点について先行研究の論旨は妥当である。しかし、それ以外の例について考えると、必ずしも注意義務違反が問題になっているとは言えない。このことは、

特に仮ヶ輪にまつわる天王寺屋次兵衛一件において顕著である。また、不念は故意のないことを前提として義務違反を論じており、故意の不存在については怪我がこれを示していると考えられる。

第三節 小括

以上、様々な犯罪における不念の用例を検討してきた。それらのうちには、過失犯的な意味で用いられる不念も確かに存在していた。文化・文政期以前の「盗物と不存質取候類」や、御定書七十四条三項但書の適用例がそれである。この限りでは、石塚氏ら先行研究の分析は妥当なものと言える。しかしこのような性格をもつ用例は一部にとどまる。御定書成立以前、以後を問わず、さまざまな犯罪類型の判例における不念の用例をも併せて考えると、むしろ不作為犯的性格の強いことが看取されるのである。然りとすれば、先行研究で言われてきた、不念が過失犯の一形態を指すものであり、故意過失を区別するものであったという考え、更には石塚氏の述べるような「無過失無責任の思想」を表すような概念であるという説明は、不十分なものと言わざるを得ない。

思うに、当時の観念としては、少なくとも不念という言葉では、注意義務と作為義務という二つの性質を区別してはいなかったのではないか。両者ともなすべきことをなさなかったという点では同じであり、それが内心の態様であるか、外的な行為であるかの違いにはさして重点が置かれていなかったように思われる。そのことを象徴するような例がある。

文化四卯年御渡

長崎奉行伺

- 一 長崎引地町・常次初筆、無宿・善之助え手疵為負候一件、
- 一番人・大次郎・要助・初五郎・重蔵・清兵衛儀、番屋ニ相詰罷在、町内ニて、常次外老人儀、無宿、善之助ニ行逢、同人、及不法候節、出会候様、呼立候得共、大次郎・要助・重蔵は、早速不出向、其外之もの共も、不存段、不念ニ付、叱り置可申段、吟味書・朱書ニ申上候、
- 此儀、不念迄ニ付、申上候通、叱り、

評議之通済、⁸²⁾

この判例では、「不存」という内心の状態も「早速不出向」という行為も、同様に不念としている。やはり、不念なる語は、当時の義務懈怠を包括的に捉えるものであったと言えよう。その言葉が各犯罪類型に当てはめられたとき、過失犯的性質を帯びるようになったとしても、そのことを以て不念全体が過失犯的であるとは評価できない。むしろ、そのような概念から出発したものであるだけに、行為者の置かれた状況においてすべきことは何であったかという点に重点が置かれ、その者の内心の状態の考慮は十分でなかったと見るべきである。そのことは、認識可能性のない他者の犯罪について、その者との関係性故に処罰される類型や、最も独自の発展を遂げ、過失犯的性質を強く帯びた、七十四条における不念の適用事例のうち、酒に酔った上でまっとうな判断ができない状態にあったとしても、行為の不適切性を根拠に不念を認めている一件において明確に表れているように思われる。

ここまでが、徳川幕府刑法における不念の概論であるが、不念のこのような用法は、少なくとも明治初期には未だ残存していたと考えられる。ここでは、「司法省日誌」によってこれを確認しておきたい。本史料には、明治六年より明治九年五月までの各府県、裁判所からの何とこれに対する指令、裁判所の申渡などが収められており⁸³⁾、明治初期の法務一般を知る上で有用である。

この時期の不念の用例の一として、明治八年の伺書が挙げられる。この一件は、酒造免許の更新にあたって、親族を代理人としてその手続きを依頼し、更新後の免許をその親族に預けたままにしておいたところ、更新された免許に書かれた酒造高が従来のものより下がっており、これに気づかず許された高以上の酒を造ってしまったというものである。酒造高が下がった原因は、免許更新にあたって書く願書について、代筆者が造高を聞き誤り、そのまま記載したことによるものであった。これについて、伺では、「彌十郎ハ鑑札持帰候ハ、早速亀寿作へ可相渡処無其

82) 新類集拾七(五八五)。

83) 『国史大辞典』(吉川弘文館、1979-1997年)「司法省日誌」の項(大日方純夫執筆)。

儀差置兩人共不念之旨申之一同申立ノ趣符合致シ事実隠造等取巧候儀トモ不相聞事情羸漏ニ出自然過造ニ陥リ候儀ニテ銘々不念ノ廉モ有之候」⁸⁴⁾として、免許の授受を怠った点を不念という言葉で表している。このことから、この時期においても不念がなすべきことをなさなかったことを示す語として機能していたことが窺える。

また、明治六年には

○宮内省廻り岸中録進退伺

司法省廻達第四十二号昨冬十一月廿八日教部省ヨリ順達有之候処同日御用納且御神事中ニ付遂ニ達落ニ相成既昨十一日外書類ノ内ヨリ見当不取敢外務省へ順達致候得共畢竟無念ノ至奉恐入候依テ進退奉伺候也

一月十三日⁸⁵⁾

といった記述も見られる。ここでは「無念」とされているが、内容は廻達の懈怠であり、不念と同じものとして考えてよいであろう⁸⁶⁾。

以上のように、不念或いは無念という語は、明治初期においても義務懈怠を示す語として機能していたのである。

84) 「司法省日誌」（復刻版、日本史籍協会『明治初期各省日誌集成』所収、東京大学出版会 1983 年）明治八年第四号（一月九日）pp.6-10。

85) 同上、明治六年第一月第十七号 p.11。

86) 不念の表記については、「御仕置例類集」や「御仕置例撰述」では「不念」ではほぼ統一されているが、その他の史料では出入筋・吟味筋を問わず「無念」の文字も散見されるのである（一例として、前掲註 61「評議物留帳」貳拾三番）。このことから、少なくとも文字上「不念」と「無念」は互換可能であったと考えられる。

