

徳川幕府刑法における刑事責任の
本質について（二・完）
—「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（以上前号）

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（以上本号）

第三章 怪我

第一節 公事方御定書成立以前

本章も、まずは御定書成立以前からその検討を始めたい。しかし、この時期の怪我の用法にかんする史料は極めて少ない。先行研究では、「御仕置裁許帳」に収められた事例群が取り上げられているが、それらを除いて、怪我を問題としている事例は、管見の限り見出すことができなかった⁸⁷⁾。

さて、「御仕置裁許帳」に収められた事例群については、先行研究によってその特徴が端的に示されている。すなわち、石塚英夫氏によれば、怪我として扱われる事件は「被害者に対して故意ないし遺恨がないにもかかわらず発生した」⁸⁸⁾のものであり、その中には、酒に酔って娘を突き倒したところ、桶に当たって死亡した場合⁸⁹⁾や、忍び入った盗人と思ひ込み、妻を殺害した事件⁹⁰⁾も含まれている。また、怪我の認められる場合は、動物殺も含めその多くが赦免になっている。そして、この赦免の多くが被害者方の宥免願によるものであることから、石塚氏は当時の私刑主義的思想の強さを指摘するのである⁹¹⁾。かかる見解は、現在確認できる史料によれば、妥当なものであると考えられる。

ところで、上記事例群を概観すると、車や牛馬の通行に際して発生した事例（以下では便宜上、交通事例と呼ぶ）が全体の約半数に及ぶことが確認できる。尤も、その発生件数は動物殺に偏っており、人殺の事例群ではその割合は極めて低くなる。しかし、交通事例が、この時期において怪我の認定される主な類型のひとつであったことは窺える。

交通事例は、「御仕置裁許帳」を見る限りすべて赦免を受けている。しかし、その後幕府では、このような事例に厳しく対処するようになる。すなわち、享保元年四月の触書では、従来「あやまちより出来候事二而、故ありて殺し候」ではないから罪に問わないできたが、「近来此等之類度々

87) 「公法纂例」乾（二五一）元禄二・馬損には、「あやまち」の語が見られるが、本事例は「御仕置裁許帳」九卷一四五（七一八）と同一の事件である。

88) 石塚・前掲註 4、p.419。

89) 「御仕置裁許帳」二卷三四（一五八）。

90) 同上四卷七八（三三三）。

91) なお、谷口眞子氏は、このような傾向を被害者遺族の感情を重視したものという見解を示している（谷口・前掲註 3、p.116）。

に及ぶのは「下賤之輩其つゝしみなき故」でもあろうから、以後は「たとひあやまちより出来候而人を殺シ候共、一切に流罪に行はれ、事の躰ニよりて、猶又重科にも行はるへき者也」としている⁹²⁾。更に享保十三年九月には、以下のような触書も出される。

覚

一牛車大八車地車并荷馬等引通候儀、往來之障りニ不罷成様ニ、前々も度々相触候処、就中去ル寅年急度相触候処、近キ頃又候猥ニ相成、往來人之人をよけ不申、我儘ニ引通り候付、頃日も神田佐久間町壱町目久次郎店仁兵衛、神田相生町伝右衛門店清六と申もの、兩人から車を引、牛込払方町通り候節、同町四郎兵衛悴新八と申拾五歳ニ成候者江車を引掛、新八相果候、畢竟先年より度々触書之趣忘却いたし候故之儀、旁不屈至極ニ付、仁兵衛ハ死罪、清六ハ遠島被仰付候、自今車引馬士等、此趣を急度相守可申候、此以後往來之もの江我儘いたし、怪我人等於有之ハ、当人共ハ重御仕置被仰付、人之召仕ニ而候ハ、其主人并家主五人組名主迄、それハ、ニ御咎メ可被仰付候、雇ひ候もの方ニ而も、念を入候様ニ弥可申付候、僮末之儀も候ハ、可為越度、此段町中地借り店借り召仕等迄委細可触知者也、

九月⁹³⁾

本史料は、享保元年の触書と比較すると、車引馬士等が往來人を顧みず「我儘ニ引通」っているという点が強調され、車引きが死罪、遠嶋に処された事例を挙げている。二つの触書から、行為者側の問題が意識されるに伴い、科刑も嚴重になっていくという過程が窺われる。

ところで、この享保十三年の触書では、「雇ひ候方」について「念を入」という言葉が用いられている。また、前章第一節に掲げた「享保度法律類寄」では、「馬士引馬車にて人に疵付」た場合の規定が不念の項におかれている。

然るに、「御仕置裁許帳」の中、すなわち少なくともこの史料の編纂時期とされる宝永期には怪我として扱われていた交通事例が、享保期までに

92) 「徳川禁令考」後集第三 p.456。

93) 同上 pp.456-457。なお、踊り字のうちくの字点を「ハ、」に代えた。

は不念に分類されていったものと考えられる。尤も、このような傾向は享保期に突然現れたものではない。貞享・元禄期の交通事例では伺書に不念の語が散見され⁹⁴⁾、この変遷の萌芽が、既にこの時期にあった事を確認できるのである。

ともあれ、このような変遷を踏まえて考えれば、おそらく享保十三年の触書を基に起こされたであろう御定書七十一条三十六項乃至三十八項⁹⁵⁾は、怪我よりも不念を想定した規定であると言うことができよう⁹⁶⁾。このように、御定書成立以前における怪我の適用例は、それ以後のものとは多少その範囲を異にしていたのである。

第二節 公事方御定書成立以後

第一項 御定書七十四条以外の怪我の用例

御定書成立以後の怪我について、先行研究では七十四条三項についての考察を中心としている。しかし、怪我の用例はこの規定にかんするもの以外にも見られるのであり、これらについても検討する必要があると考える。

このような怪我の用例には、二つの類型がある。その第一は、これを負傷の意味で用いているものである。御定書では「怪我致させ」との文言で用いられ⁹⁷⁾、類似の表現として「疵附(付)」⁹⁸⁾「手疵負せ」⁹⁹⁾や「為手負」¹⁰⁰⁾などの語が見られる。これらの語の区別は必ずしも明らかでないが、「怪我致させ」は、先に述べた車引や牛馬牽などについての規定で用いられており、その特殊性が窺われる。

第二の類型は、偶発的な事故であることを示すものである。具体的な用例として、以下のものが挙げられる。

94) 「御仕置裁許帳」八卷一四四(七〇六)貞享四・十兵衛・四郎兵衛一件、同(七一二)元禄三・長兵衛一件など。

95) 「徳川禁令考」別巻 pp.111-112。

96) この点古城氏は、享保元年の触書の上に依り、三十六項はあやまちを前提とした規定であるとしている(古城・前掲註5、pp.386-387)が、首肯できない。

97) 御定書七十一条三十七項、同条三十九項。

98) 御定書七十一条標題、同条二十九項など。

99) 御定書七十一条四十項乃至四十二項など。

100) 御定書七十一条二項、同条五項など。

寛政六寅年御渡
御勘定奉行
根岸肥前守伺

一 武州原馬室村・丑太郎、口論いたし、其上相違之義申立候一件、
牧野栄吉知行
武州足立郡荒井村

百姓
源六

右之もの儀、無宿・三次郎・定五郎・辰之助共盜賊之趣、申立候間、
申口を合呉候様、丑太郎ニ被頼、一旦、相違を申立候段、不埒ニ付、
過料錢三貫文

此儀、安永七戌年、道中奉行、伺之上、御咎申付候、武州新会村・
政右衛門儀、忠兵衛変死いたし候は、松平加賀守・足輕、打擲いた
し候故之儀と、風聞も有之、喜右衛門・七右衛門吟味相願候を、見
留候ものも無之間、忠兵衛、怪我ニて落馬いたし相果候儀と存候旨、
申立候ハ、事軽可済旨、六郎右衛門、申談候ニまかせ、吟味之節、
其旨、申立候段、有躰ニ無之、不埒ニ付、過料錢三貫文申付候例ニ
見合、伺之通、過料錢三貫文、

評議之通済¹⁰¹⁾

この一件での怪我が負傷の意味でないことは、「怪我ニて」が「相果」
ではなく「落馬」にかかっている点から明らかであろう。そして「誰かに
落馬させられた」という状況を想定している訳でもないのであるから、御
定書七十四条三項の規定する怪我ともまた異なっている。以上の点を踏ま
えれば、ここでの怪我は、落馬が偶発的な事故であったことを示す言葉で
であろうと考えられる。また、以下の一件でもこのような用例が見られる。

101) 古類集九（四七五）。

寛政五丑年御渡

道中奉行伺

一 東海道大井川にて、駿府紺屋町・久蔵、流死いたし候一件、

辻甚太郎御代官所

遠州榛原郡金谷宿河原町

川越

権 七

外四人

右権七・惣左衛門儀、既ニ留川ニも可相成程之増水ニ候処、久蔵外式人之もの、川支にては難儀之趣、申聞候迎、川会所えも不相届、久蔵を手引越いたし、同人、流死いたし候始末ニ相成、殊ニ、流死之ものを、存命之積り、口書、差出候段、旁、不埒ニ付、過料錢五貫文宛、源次・権四郎・清左衛門儀、大井川、出水にて留川ニも可相成程之増水ニ候処、久蔵外式人之もの、川支にては難儀之趣、申候迎、川会所えも不相届、一同越立、仲ヶ間之もの手引越いたし候久蔵、流死いたし候始末ニ相成、殊ニ、流死之ものニ候処、事軽く相濟候様いたし度、久蔵親其外一同、検使之ものえ相願、存命之口書・印形、差出候段、不埒ニ付、過料錢三貫文、

此儀、吟味書之趣にては、川越共、最早川留ニ可相成と存候節、旅人三人、罷越越立之儀申談候間、及断候得共、強て相頼、未、留川ニも無之、怪我等可有之程之儀ニは不相見候間、久蔵左り之手を権七、組、右之手を惣左衛門、組、渡越候節、深場え踏込候ニ驚候哉、久蔵、右之手を放し、左之手を組候権七え取附、兩人共沈、久蔵、流死いたし候、と有之、一同越立候もの之内、兩人は、無難ニ渡越候間、其節之始末は、怪我ニも可有之候得共、留川ニも可相成程之増水ニ付、畢竟、怪我等可有之も難計候間、川会所にては既ニ断候、と相聞候処、川越共申口之趣にてハ、怪我等可有之程之儀ニは不相見、と有之候得共、容易ニ難渡儀とハ、川越共も相弁可罷在儀ニ付、不慮之過チとハ難申候間、全、怪我と治定いたし候儀ニも有之間敷、龐忽之取計と相聞候得共、肥前守、例ニ申上候、越後国一本杉村惣左衛門儀も、水勢烈敷、事ニ風立候ハ、達て可及断処、渡船いたし候始末は、同様之趣意にて、右川越共ハ、外不埒も御座候間、伺

之通、権七・惣左衛門ハ、過料錢五貫文宛、源次・権四郎・清左衛門は、同三貫文宛、
〔下略〕¹⁰²⁾

この一件の文中での「不慮之過チとハ難申候間、全、怪我と治定いたし候儀ニも有之間敷」という文言は、御定書七十四条を想定していると考えられる。一方、「怪我等可有之程之儀ニは不相見」とあるのは、川越中に事故が起きる可能性についての言及であると考えられる。従って後者の怪我については、偶発的な事故の意味で用いられていると言えよう。

第二項 御定書七十四条の適用例

然らば、七十四条に規定される怪我は、如何なる性格をもつものであるか。詳細は後述するが、七十四条三項が適用される場合の一つに、行為者が対象としていない相手へ結果が生じてしまったときが挙げられる。このような場合、被害者は勿論、行為者も当該結果発生を望んでいないという点で、その発生結果は偶発的であると言えよう

然りとすれば、同規定は、偶発的な事故による死亡結果であっても、その結果を惹起した相手がいる場合にはこれを処罰するための規定であると理解できる¹⁰³⁾。では、具体的にどのような要件が揃ったときに、生じた結果を偶発的な事故であると判断していたのか。

文政九戌年御渡

御勘定奉行

石川主水正伺

一 江州鮎川村与惣吉外三人、無宿喜七と口論いたし、取支ニ立入候同村重兵衛を右喜七及殺害候一件

102) 古類集拾五（一〇四四）。なお、同九（四七四）参照。

103) このように考えると、七十四条の題、および規定の仕方の特殊性にも意味があるように思われる。同条は「怪我にて相果候もの相手」という規定になっているが、これは他の規定と比較すると極めて特殊であることがわかる。すなわち、他の規定では「盗人」「博奕いたし候もの」など、裁かれる対象とその行為が中心に据えられているが、本条は「被害者の相手」という間接的な規定の仕方なのである。然るに、ここでの怪我もまた、行為者の態様を示す語ではなく、被害者が偶発的な事故によって死亡したということを示す語であると考えられる。

無宿

喜七

右之もの儀、勢州崎村猪之助妹せつと密通之上、夫婦ニ可相成旨申合、同人甥浅之助一同欠落いたし、右村人別にて、家内一同旅稼いたし候もの之由、江州鮎川村伊惣次を申欺、同人世話を以、同村兵右衛門方え相雇貰、其上右村地内におひて、酒狂之上、村内与惣吉外三人と口論いたし、所持之小刀を振廻し、可殺心底ニ無之候とも、取支ニ立入候同村重兵衛え過チにて疵附、右疵にて同人相果候始末、不届ニ付、遠島、

此儀、意趣遺恨等有之、可殺心底にて仕成候とは訳違ひ、全過チ之段相違無之候間、御仕置附ニ、石川主水正申上候例并宝曆十辰年土屋越前守町奉行勤役之節、伺之上御仕置申付候、谷中感應寺門前浅草山川町小兵衛店吉兵衛儀、酒狂にて住所不知五郎八と口論之上、切殺可申と庖丁を持出候節、取押候此もの方ニ居候七兵衛ニ疵附、七兵衛儀、右疵にて相果驚入候旨申之、七兵衛え対し遺恨等有之右始末ニおよひ候儀ニは無之旨申之、尤求候儀ニは無之、全怪我ニ無相違相聞候得共、いつれニも右疵にて七兵衛相果候上は、不届ニ付、遠島申付候例をも見合、伺之通、遠島、

評議之通済、

[下略]¹⁰⁴⁾

この一件について、伺は「過チにて疵附」と記している。これに対し評議では、「怪我ニ無相違」と評価した類例を引用した上で、「伺之通、遠島」との結論を出している。あやまちと怪我が、石塚氏の述べる如く事実上区別なく用いられていたか否かについては後述するが、少なくともこの一件ではあやまちと怪我が同一に扱われたと見てよい。

さて、この一件の伺においては「可殺心底ニ無之」という点が、そして評議においては「求候儀ニは無之」という点が、それぞれ怪我を認定する要因となっているものと考えられる。これらはいずれも、行為者が当該結果の発生を求めていなかったことを示している。このような文言は他の判

104) 続類集拾六（六二四）。

例でも散見されるものである¹⁰⁵⁾。

本件と引用された類例について考えれば、被害者は行為者を抑えようとしていた者であり、口論の当事者ではない。特に類例では、被害者たる七兵衛に対する遺恨が行為者になかったことが明示されている。このように、実際の被害者が行為者の想定と異なっていた場合には、怪我が認められるのである。また、以下のような例も見られる。

天保七申年御渡
町奉行

筒井伊賀守伺

一 岩代町佐七店喜右衛門元雇勇次郎儀、松嶋町豊吉え為疵負、右疵ニ
て同人相果候一件

〔中略〕

御仕置附ニ伊賀守申上候例

文化五辰年、根岸肥前守町奉行之節、伺之上申付候、桜田伏見町与兵衛店平七方ニ居候五郎兵衛儀、有馬左兵衛佐方雇陸尺いたし、同渡世与助方にて、同人方ニ居候源右衛門・佐兵衛佐陸尺鉄五郎・桜田備前町久蔵一同酒給合候節、鉄五郎と及口論、一旦其座立出候得共、鉄五郎申分心外ニ候迎、手元ニ有之庖丁を懐中いたし、鉄五郎え疵付可申と立出候砌、久蔵儀組付抱留候節、可振放と揉合候砌、右懐中之庖丁、久蔵え当、疵付相果候儀にて、可殺心底ニは無之、怪我之段相違無之候得共、右始末不届ニ付、遠島、¹⁰⁶⁾

この一件は、最終的な科刑が遠嶋となっており、厳密に言えば御定書七十四条の適用例とは言えない。また、平七は庖丁を懐中するに止まり、未だこれを使用するには至っていない。従って、平七には久蔵を庖丁で殺害したという具体的な行為が欠けており、この点が怪我の認定において重視された可能性も否定できない。しかし、「可殺心底」についての記述が

105)「徳川時代裁判事例刑事之部」(『司法資料第 221 号』1936 年) pp.953-954、宝暦七・材木運搬之際過て人に触死に致せし者、「御仕置例撰述」(石井良助編『近世法制史料集』〈雄松堂フィルム出版有限会社 1967 年〉) 初篇十一 (60) 寛政十・武州下渋谷村半右衛門悖岩右衛門怪我ニ而人を殺候一件など。

106) 天保類集三拾四 (八四八)。

見られる点、そして被害者が平七の想定と異なっていたという点では、この一件も先に掲げた文政九年の例と同種のもので解し得るのである。

以上の例によれば、怪我はたしかに、「可殺心底」などの行為者の内心の態様を評価することで認定されている。しかし、「可殺心底」でなければ、死亡結果について怪我が認められていたわけではない。

文政二卯年御渡
御勘定奉行
榊原主計頭伺
一 無宿平内品々悪事いたし候一件

雪見川徳次郎事
無宿
平内

〔中略〕平内儀、むね打ニいたし可遣旨及差図候ニ相違無之候とも、右故常次郎逢殺害候上は、自身と常次郎え疵付遺候所存之処、案内ニ深疵為負及死候次第二成候と同様之趣意ニ可有之、然ル上は安永六酉年曲淵先甲斐守町奉行動役之節、伺之上御仕置申付候、当時無宿甚三郎儀、万助え遺恨有之候由、小刀を以三ヶ所疵付、右疵にて万助相果候は不届ニ付、下手人申付候例有之、右吟味書之趣にては、万助申分を心外ニ存、疵付遺恨可晴と、所持之小刀懐中いたし罷出、途中にて万助え疵付、同人相果候と有之、最初可殺心底ニ無之、相手及死候趣意は同様にて、一躰之始末も品不宜候間、例同様、下手人、
評議之通済、¹⁰⁷⁾

この一件は、犯行を「差図」した者についてであるが、これを実行犯と同様に扱っている¹⁰⁸⁾。そしてその者について、単に傷害の意図（疵付遺候所存）しかなかったとしても、相手が死亡した場合には、故意による殺人罪と同様、下手人を科す旨を示しているのである。このような判断は、「差

107) 続類集拾六（六〇二）。

108) なお、「差図」にかんする研究として、石塚英夫「徳川幕府刑法における共犯(二)」(『法政研究』26巻2号所収〈九州大学法政学会1959年〉p.169以下)が挙げられる。

図」の場合のみに留まらない。「疵付、遺恨を可晴と、所持之小刀懐中いたし罷出」たところ、途中で目指す相手に会ったので「疵付」け、その者を死亡させたという事例でも、故意犯と同様下手人が科されている¹⁰⁹⁾。

この点については、更に以下のような判例も見られる。

天保元寅年御渡
道中奉行伺

一 東海道南品川宿次兵衛抱飯売女みねえ、芝二本榎上行寺門前五兵衛
悴岩次郎、疵為負候一件

芝二本榎上行寺門前
家持
五兵衛悴
岩次郎

右のもの儀、南品川宿次兵衛方え止宿之上、同人抱飯売女みねを酒之
相手ニ相雇、熟酔いたし、猶酒調差出呉候様、同人え相頼候処、差留
候ニ付、威候て酒可為差出と存、其場ニ有合候剃刀振廻し候故、過チ
とは乍申、みね疵受候次第ニ至り、殊ニ其節同人倒候を見請、相果候
儀と心得、自殺可致覚悟ニて、右剃刀を以咽其外え疵付、為及騒動、
尤みね疵所ハ追て癒寄候得共、全快不致内、持病之積気差発、相果候
仕儀および候段、不届ニ付、軽追放、

此儀、御仕置附ニ曾我豊後守申上候例之、甲州道中内藤新宿半三郎
店勘太郎弟定吉は、ちよ自害仕損、苦痛之上、手伝呉候様申聞候ニ
付、助り申間敷と存、同人咽え疵付候儀ニて、逆も不助ものと存候
故之儀ニハ候得共、手を下し疵付、三田同朋町忠兵衛店吉五郎方ニ
居候三右衛門は、口論之上、八五郎え疵付候ものニ有之、今般之岩
次郎は剃刀振廻し候節、過チニてみね疵受候儀ニ付、右兩例とは聊
差別可有之哉と、猶先例相糺候処、差当的当之例相見不申、依之勘
弁評議仕候処、みね疵受候次第、過チとハ乍申、岩次郎ニ過酒為致
間敷と、差留候を、威し之為ニ候とも、剃刀振廻し候は、不法之始
末ニて、不慮之怪我ニて無之、求て疵付候も同様之趣意ニ有之、み

109) 新類集拾七（五六二）文化十・無宿・嘉七儀、浅草平右衛門町・吉五郎と口論
之上、疵附、右疵にて吉五郎相果候一件の評議で示された、安永六年の類例。

ね儀余病ニ無之、右疵ニて相果候ハヽ、岩次郎御仕置下手人ハ難遁ものニ可有之、然上は、右両例ニ見合、差別附候品ニは有御座間敷候間、伺之通、軽追放、
評議之通済、¹¹⁰⁾

この一件では、剃刀を振り回したのは威しのためであると認定されており、相手に傷害さえ負わせるつもりはなかったことを認定している。それにもかかわらず、その疵が原因で死んでいれば、「求て疵付候も同様」であるとして、怪我を認定せず、故意犯と同様に下手人を科しているのである。

ここまでの例から考えれば、行為者が被害者を目標として何らかの行為に及び、それによって被害者が死亡してさえいれば、行為者の具体的な意図如何によらず、下手人を科すように思われる。

しかしその一方で、以下のような事例も存在する。

享和三亥年御渡
御勘定奉行
石川左近将監伺

一 上総国井尻村・幸助儀、堂守祐道と及口論、同人相果候一件
高木伊勢守御預
與力給知
上総国望陀郡井尻村
百姓
幸助

〔中略〕先例相糺候処、宝暦十二午年、安藤弾正少弼、御勘定奉行勤役之節、手限伺之上御仕置申付候、上総国埴谷村・百姓忠右衛門弟・忠八儀、無宿・五兵衛と及口論、掴合、善九郎、押人ニ立入、三人とも畦より踏外し田之中えすへり落候儀ニて、五兵衛を、忠八殺候儀ニは無之、勿論、五兵衛儀、常々不埒もの之由ニは御座候得共、口論之相手ニて、怪我ニ候とも、五兵衛相果候上は重追放、と相伺、右御仕

110) 天保類集三拾四（八六〇）。

置附に、御定書ニ、怪我にて與風疵付、其疵にて相手死候もの、吟味之上、過ニ無紛、并怪我人之親類存念相尋候上、中追放、但、吟味之上不念之儀有之は、一等重く可申付事、と有之、右忠八儀は、與風疵付、相手死候とは違ひ、口論之上、搦合候得共、双方とも、刃物等は持不申、可殺所存ニは無之、畦より踏外し、すへり落候節、五兵衛儀、杭木又は筈等ニも当り候哉、疵付相果候儀ニ候得は、右疵附候儀、不求儀にて、怪我同様之儀ニ御座候、右御定ニ似寄可申哉、殊ニ、五兵衛儀、常々不埒ものにて、同人兄并妻とも、怪我同様之儀にて申分無之旨、申之候、併、口論搦合候上之儀ニ付、前書御定但書之趣を以、重追放と申上、伺之通、御下知有之候〔下略〕¹¹¹⁾

この一件では、行為者と相手との間に口論や搦み合いという不法があり、これまでの例から考えれば、たとえ傷害の意図さえなかったとしても、故意犯と同様に扱われるように思われる。ところが実際には、最終的な科刑こそ、御定書七十四条三項但書に照らして、一等重く重追放としているが、文中では「怪我ニ候」「怪我同様」と、怪我であることを明確に認めている。

このような取扱いの差は何を根拠としているのであろうか。勿論、喧嘩口論の場合には、どちらの仕掛けた不法か明らかでなく、一方的に相手を攻撃している例とは一線を画すということもあるであろう。しかし、下手人の科される事例に、喧嘩口論によって相手を疵付け、死に至らしめた場合も含まれているのであれば¹¹²⁾、この説明は決して十分なものとは言えない。ここでは、上の例に書かれた、「刃物は持不申」という点、そして上記文政二年、天保元年の両例で、いずれも刃物が用いられている点に注目したい。

徳川幕府刑法において、犯罪に刃物を用いることは、時として刑の加重根拠となるものであった。御定書には、以下のような規定が見られる。

111) 新類集拾七（五五五）。

112) 平松義郎「近世刑法史雑感—下手人について」（『別冊ジュリスト・法学教室』5号所収、有斐閣1962年）p.151。

五十六 盗人御仕置之事

〔中略〕

享保七年極

一盗ニ入、刃物ニ而人に疵付候もの 盗物持主江取返候共 獄門
追加

従前々之例

但、忍入にて無之候共、盗可致と存、人に疵付候もの、死罪
〔三項〕

享保七年極

一盗ニ入、刃物ニ而無之、外之品ニ而人に疵付候もの 右同断
死罪
〔四項〕

〔下略〕¹¹³⁾

ここでは、同様の窃盗時の傷害結果でも、刃物を使ったか否かによって刑が変わっている。ここにおいて刑の軽重を決定するメルクマールとなっているのは、実際に生じた傷害結果そのものではなく、行為のもつ危険性ということになるであろう。同様の規定は、「巧事かたり事重キねたり事いたし候もの」においても見られる¹¹⁴⁾。

然らば、このような規定はなぜ設けられているのか。「科条類典」の「盗ニ入」についての記述では、刃物を使った場合「家内之者可切殺心底ニ候間、疵之多少ニよらず、此類は獄門」¹¹⁵⁾と説明している。「巧事」については制定理由が明らかではないが、おそらく窃盗におけるそれと同様であろう。実際には、刃物を持っていたからと言って必ず「可殺心底」があるとは言えない。にもかかわらず、外形的行為から、行為者の主観を推定す

113)「徳川禁令考」別巻 p.98。

114) 六十四 巧事かたり事重キねたり事いたし候もの御仕置之事

〔中略〕

寛保三年

延享二年極

一惣而催促ニ逢、或ハ預ケ候もの等届来候人を疵付、

又ハ打擲いたし候もの

但、刃物にて疵付候ハ、死罪〔四項〕

中追加

〔下略〕(同上、p.104)。

115)「徳川禁令考」後集第三 p.204。

るのである。

先に述べた判例も、このような規定と同様に考えることができよう。刃物を相手に向けた段階で、そこには「可殺心底」が認められるのであり、たとえ行為者本人がその他の意図で当該行為にでていたとしても、そこから生じた相手の死亡結果については、故意殺人と同様に刑を科されるのである。

第三項 怪我の用法

以上の検討から、怪我とは第一に、当該結果の発生を誰も望んでいないこと、すなわち偶発的な事故であることを示す語であると言える。御定書七十四条に規定された怪我也このような意味で使われているが、当該結果発生に直接的に関与した人物が「相手」として処罰されるのである。行為者も結果発生を望んでいないのであるから、被害者に対する「意趣遣恨がない」ことが怪我の示すところであるとした石塚氏や古城氏の指摘は、この点においては妥当である。

ところで、七十四条三項に規定される怪我が認められる場合は、大きく二つに分けられる。

その第一は、被害者が行為者の意図した対象と異なる場合である。殺害した相手が人違いだった場合や、行為者を脇から抑えようとしていた者を殺害してしまった場合などがこれにあたる。この場合、刃物を用いた行為であっても、怪我が認められる。

第二は、行為者が狙った相手に結果が及んでいるものの、その行為に刃物が用いられていない場合である。この場合、行為者が発生させようとしていた結果の内容は問われない。たとえ行為者の目的が相手を威すことに留まっていたとしても、刃物によって人を殺害している以上、殺人の故意犯と同様に処罰するのである。

ここで注目すべきは第二の場合である。この場合、生じた結果の内容が意図したものと異なる場合の処理は、行為者の意図という主観態様よりも、行為のもつ危険性という客観的事実を中心に、怪我を認めるか否かが決せられていたということになる。

このような、行為の危険性と科刑との関係については、既に複数の先行研究において指摘されている。このうち高柳真三氏は、御定書七十一条

三十六項及び同条三十八項に規定された科刑が単純故意殺人より重いことを、その社会的危険性の大きなる故と分析している¹¹⁶⁾。

しかし、今回の検討と高柳氏の指摘は、おのずと性格を異にするものであろう。本章第一節において述べた通り、同規定は不念を前提としたものであると考えられるが、文面に怪我や不念といった主観態様に関する規定はない。従ってこの規定の趣旨は、そのような主観態様についての評価とは別に、客観的要素としての行為の危険性を評価することによって、刑を加重するというものであろうと考えられる。一方で、今回検討してきた判例においては、怪我の認定に際して、「求めていなかった」という点を表面上の基準としながら、その判断の過程において行為の危険性を考慮している。つまり、行為者の主観態様を評価しているという体裁を取りつつ、内実においては必ずしもその限りでなく、客観的要素による修正が働いているのである。

本稿の論旨により近いのは、平松義郎氏による指摘であろう。同氏は、徳川幕府刑法においては「行為の中にあらはれたる犯罪的意思の強弱を判断して可罰の度を決した」と指摘し、窃盗罪においても「一定の行為が『巧』『与風』の徴憑として決定され、これあるときには一定の刑罰を科すことがあつた」と論じている¹¹⁷⁾。平松氏のこのような指摘は窃盗罪の研究において補足的になされたにすぎず、その後もこのような点を正面から扱った研究は見られない。本稿では、故意の不存在の場合、或いは故意と過失の区別が問題となる場合に、平松氏が言及したような認定方法が用いられていたことを証明したことになる。

第三節 怪我と不念との関係

上述したように、判断基準の問題はあるものの、怪我とはひろく故意のない場合を示す言葉である。従ってそこには当然、不注意によって発生した結果も含まれている。実際、明らかに不注意な行為について、怪我の認

116) 高柳・前掲註2、p.364。

117) 平松義郎「徳川幕府刑法における窃盗罪」（『国家学会雑誌』65巻5-7合併号所収、国家学会事務所1952年）p.42。

定のみに止まった判例も存在する¹¹⁸⁾。然りとすれば、怪我のみが用いられる注意義務違反事例と、更に不念が認められる注意義務違反事例とがあることになり、どのように区別されていたのかが問題となる。

「重い不念」と怪我との区別は、不念についての検討の中でも述べたが、行為そののみを観察した場合に、それが非難に値するか否かという点によると考える。「重い不念」が認められた事例は、行為自体が相当程度の危険性を有しており、通常ならば行わないようなことを行ったものである。それゆえ単なる不注意による結果発生よりも非難の程度は大きい。しかし、行為者は被害者に対して何ら不法を仕掛ける意図はない。先に挙げた寛政十年の虎蔵一件では、「正気を附可申」と、むしろ良いことをしているつもりでさえいる。従って、怪我の有無の認定で言われるような「意趣遺恨」は全くなく、故に故意犯とは言えない。そこで、これを不念とし、怪我より刑を加重したものと考えられる。

一方で、「軽い不念」と怪我との区別はどのようになされたのであろうか。こちらの特徴は、反復継続して行っている者故に課し得る注意義務という点にあった。すなわち、一般人に課し得る注意義務違反は怪我の問題となり、行為者の立場から何らかの注意義務が特に導かれる場合には、その違反が「軽い不念」となったものと考えられる。現行の我が刑法では、業務上過失は通常の過失の加重類型である。しかし、徳川幕府刑法においては、御定書七十四条三項の怪我が中追放であるのに対し、「軽い不念」の場合には手鎖刑や叱りが科されているのであり、通常の注意義務違反の方が刑は重くなっている。このような科刑の差は、課される注意義務が一般人に対するそれより厳しくなる以上、その義務に懈怠があったとしても、科刑は怪我の場合より軽くあるべしと考えられたために生じたものであろうと推測される。

このように、怪我と不念とは明確に区別されていたと考えられる。しかし注意しなければならないのは、不念の認められる事例でも、怪我の存在がその前提にあるという点である。石井良助氏は両者の関係について、怪我が軽過失を、不念が重過失をそれぞれ示すと論じた。しかし、これでは一方が成立すれば他方は成立しないということになる。従って同氏の見解

118) 一例として、前掲註 103「徳川時代裁判事例刑事之部」p.990、天明八・姦通之女を船中にて挑み過て溺死せしめし者。

は正確ではないと考える。怪我と不念との関係については、石塚氏や古城氏の見解が妥当であろう。すなわち事件の処理に当たっては、故意の不存在を認めた上で、更に何らかの特殊な要件を充たす場合には、不念を認めて刑の加重減軽を行ったものと考えられる。

第四節 怪我とあやまちとの関係—小括にかえて—

怪我に関する検討の最後に、あやまちと怪我との関係について若干の考察をしておきたい。石塚氏によれば両者は同義であり、また今回の検討でも区別なく用いられている例が見られた。

しかし、先に挙げた天保元年の岩次郎一件では、両者が明確に区別されている。すなわち、岩次郎にみねへの傷害の意図がなかった点を「過チ」であったと認定している一方で、故意犯と同様に処罰する旨を示す際には、「不慮之怪我ニて無之」としているのである。言い換えれば、岩次郎の行為はあやまちではあるが怪我ではないということになる¹¹⁹⁾。かかる例は管見の限りこの一件のみであるが、この一例には大きな意味があると考ええる。

犯罪事実の表象・認容の有無は、通常ならば行為者の具体的な主観によって決するのであり、仮に怪我を単純に故意の不存在を示すものと捉えれば、あやまちと怪我とを区別する必要はない。先の事例で考えれば、行為者のあやまちを認めた時点で、すなわち怪我という法的評価が導かれるはずである。しかし、徳川幕府刑法における怪我の判断では、そのような主観面の考慮に加え、行為の危険性という客観的な要素も加味されていたのである。従って、行為者に故意がなくとも、なお故意犯と同様に処罰する場合には、あやまちではあるが怪我ではないということになり、両者に乖離が生ずるのである。

然りとすれば、あやまちと怪我とは、本来は明確に区別されていたものであり、ただ一般的には両者を区別する必要のある事件が少ないために、混同して用いられていたのではなかろうか。このように考えると、御定書

119) 尤も、「不慮之怪我」と単なる怪我との異同は検討を要するところである。しかしこの一件では結局「求候儀も同様」と故意犯として処罰することにしており、単なる怪我さえも認められなかったことは明らかである。従って、過チと怪我との間に乖離が生じていることに変わりはない。

七十四条三項における両者の使い分けにも納得がいくように思われる。すなわち、「吟味之上あやまちに無紛、并怪我人之親類存念相尋」という文言は、特に吟味において確認しておくべき事項であり、本罪を構成する要件の一部である。そして、これらの要件を確定した上、更に必要とされる客観的判断要素を加味し、なお故意犯と区別されるべきであると結論付けられれば、「怪我にて與風疵付ケ」なる法的評価としての文言が用いられ、これによって罪質及び刑罰が確定するのである。

尤も、先に述べたようにこのような区別は多くの事件ではあまり意味を持たず、両者が混同されていたであろうことは想像に難くない。その限りでは、石塚氏の述べるようなあやまちと怪我とが同義であるという見解も妥当である。しかし、体系的な検討としてはやはり不十分なものと言わざるを得ないであろう。そして、このように両者が区別されていたということは、必ずしも主観のみによって判断されていたのではないという、怪我の大きな特徴を表していると考えられる。

第四章 刑事責任

第一節 結果責任・過罪責任

ここまで、不念と怪我についてその用例を検討してきたが、その結果は、従来の見解と必ずしも一致するものではなかった。すなわち、不念は過失犯に限らず用いられており、怪我もまた、故意の不存在という主観態様のみを判断基準とするものではなかったのである。

勿論、徳川幕府刑法上、一部の犯罪において故意犯とそれ以外とが区別されていたことは明らかである。今回取り上げた類型でも「盗物怪敷品取扱」や「人殺并疵附」でそのことが確認できる。しかしこの事実は、かかる区別をしている犯罪類型があることを示すにとどまるのであり、「凡そ犯罪の成立には故意または過失を必要とした」と結論付けることまではできないと考える。

事実、特に今回の不念の検討から明らかな通り、その用例を全体的に観察すると、この語において行為者の主観態様をどの程度評価していたかは、個々の犯罪毎に区々である。御定書七十四条三項但書の用例においては、

故意の不存在が前提とされていた。一方で、「等閑又は兪忽」の類型では、故意、過失の別なくこの語が用いられ、ときに故意犯類型より過失犯類型を重く処罰するという場合もあった。また、怪我についても、先行研究における論拠となった「御定書ニ添候例書」七十二の考え方が、そのまま他の事例にも適用されたとは考えにくい。むしろ通常の怪我の認定では、外形的事実から「意趣遺恨がない」という要件を充たすか判断するという方法がとられていたのである。

このように見てゆくと、中田薫氏の示した結果責任主義から過罪責任主義へという構図の中で、徳川幕府刑法がどこに位置するかということも、一概には言えなくなってくるように思われる。主観態様がどの程度まで重く見られていたかは、各犯罪類型において個別に結論が出るにとどまるのであり、およそ主義と名の付くような統一的・体系的な主観考慮の傾向は存在しないように見受けられる。そもそも中田氏の示した図式は、古代ギリシャやフランク時代を例に挙げていることから明らかなように、西欧法の歴史の変遷を前提としたものである。しかし、かかる図式を徳川幕府刑法にあてはめてこれを論評するだけでは、日本における法の発展に何らかの特殊性があったとしても、それを十分に捉えることはできないであろう。

徳川幕府刑法における刑事責任の本質を明らかにするためには、「当時の裁判役人らが、如何なる行為を刑事上有責なものとして捉えていたか」という点を明らかにすることが重要である。本稿ではこの点に特に留意し、不念と怪我の用法を明らかにしてきた。

第二節 身分責任的

では、今回の検討から、徳川幕府刑法における刑事責任は如何なるものとして位置付け得るか。怪我についての検討からは、外形的事実に基礎づけられた主観の推定という特徴がみられた。しかし怪我は殺人や傷害といった場面でしか用いられておらず、これを以て、徳川幕府刑法全体がかかる刑事責任に依っていたとするのは早計であろう。一方で不念は、様々な犯罪類型で用いられており、そこにみられる傾向は、当時の刑法にある程度共通した観念であると思われる。

不念の用法において中核をなすのは、先述の通り、「その場における適

切な行為をとらなかったこと」にある。そしてこの適切な行為というのは、行為者本人の置かれた状況によって決まるのである。このような考え方は、先行研究の紹介において述べた、身分責任に近いものであると考える。何となれば、かかる理解に従うときには、各人がその身分にふさわしい行為を義務として課され、これについての懈怠又は違反が処罰の対象となるが、これは不念の概念に極めて近いものであるからである。

ところで、平松氏によれば、「身分」とは社会集団における上下関係を指し示すものである¹²⁰⁾。先述の通り、従来の身分責任に関する研究は、武士と庶民や、親・主人と子・使用人といった関係、或いは女性・穢多非人といった刑法上特に分類される者を念頭においているものと考えられる。

一方で、身分は職分とは区別されていた、と同氏は述べる。しかし判例には、溺死人を出した場合の水主の事案につき「渡船乗馴候身分にて不念」¹²¹⁾と記されているものもある。つまり、水主という職業は身分として扱われており、その職業に従事する者としてなすべきこと、すなわち職分は、身分と同様、刑事責任を基礎づける要素となっていたことになる。そもそも職業は、身分秩序を形成する上での重要な要素の一つであり、これを抜きにして身分について考えることは不可能であろう。この点において、平松氏による、刑事責任の根拠となる「身分」についての定義には、不十分な点があると言わざるを得ない。

また、博突の行われている場に居合わせた者、泥酔した者を介抱する者などは、社会集団における上下関係に拘るものではない。故に同氏の述べるところによれば、これらある種の偶然によって得た立場は、身分には含まれないということになろう。今日の一般的な感覚としても、このような偶然その場に居合わせた場合にまで、これを身分と捉えることには違和感がある。しかし、これまで検討してきた判例では、そのような者にも、自己の置かれた状況に相応した行為を要求し、これに懈怠があった場合には不念があるとして処罰の対象としているのである。従ってこのような立場も、身分と全く同視されていたとまでは言えないが、少なくとも同様に処罰根拠として扱われていたと考えられる。

以上のように、不念からは、身分責任に類似した考え方が看取されるが、

120) 平松・前掲註 6、p.366。

121) 前掲註 81、古類集拾五（一〇四五）に類例として所引。

その責任を基礎づける「身分」については、平松氏の定義よりも広い範囲にこれを求めるものであったとすることができる。従って、徳川幕府刑法における刑事責任は、いわば「立場責任」とでも称すべき、広義の身分責任として捉えられていたと考えられる。

第三節 事実主義的側面

最後に、今回の検討から明らかになった、徳川幕府刑法のもつ事実主義的側面について言及しておきたい。怪我の認定における、行為のもつ危険性が主観態様の評価に影響を与えるという点もさることながら、不念の義務懈怠という認定基準も、行為者の立場という外形的事実から導き出されており、やはり事実主義の表れであると言えよう。このような側面のみによって当時の刑事責任を表すことにはやはり限界があるものの、かかる傾向があったことは否定できない。

ところで従来の研究では、このように事実主義的側面がみられる理由については、特に論じられることがなかったように見受けられる。強いて挙げれば、それは徳川幕府刑法の責任論が「近世のそれに比すれば稍や後れて」¹²²⁾ いるためであると理解されてきたのである。しかし、本稿の検討からはこの点について、以下の如き新たな見解を提示することができる。

「盗物怪敷品取扱」についての検討において述べたように、徳川幕府の裁判役人らが、主体的な判断を避け、御定書の機械的な適用を志向していたことで、客観的着事実が不念の認定基準として重要な役割を果たすことになったと考えられる。怪我についても、「意趣遺恨」の有無という目に見えない要件の認定にあたって、誰の目にも明らかな客観的事実を考慮要素に組み込むことで、その統一性を維持することができる。然るに、徳川幕府刑法における事実主義的側面は、法技術の一端として、裁判役人らが刑事事件を処理する上で必要としていた故にみられるものであると考えられるのである。

122) 中田・前掲註1、p.744。

第五章 結論

以上、不念と怪我の用法と、その中に顕れた徳川幕府刑法における刑事責任を明らかにしてきた。ここで改めて、それぞれの要点をまとめれば、以下の如くである。

不念は、御定書七十四条三項但書適用例以外の用例を見ると、行為者のおかれた立場での義務違反を包括的に捉えるものであることがわかる。そして同規定の適用例において見られる注意義務違反という性格は、あくまで各論の中で付与されたものに過ぎないことがわかる。

怪我は、第一義的には発生結果が偶発的な事故であることを示す言葉であり、単なる行為者の主観態様であるあやまちとは一応区別されていたと考えられる。七十四条三項は、その事故に被害者と相手がいる場合についての規定であった。そしてこの相手、つまり行為者にとっても偶発的なものであるということが認められる具体的な場合として、被害者に対して何かをしようという意図がないときと、行為が刃物を使ったものでないときが挙げられる。

そして、不念の用法からは「広義の身分」に基礎づけられた身分責任的な刑事責任が、怪我の用法からは事実主義的な刑事責任が、それぞれ看取されるのである。

本稿の結論は以上であるが、徳川幕府刑法の全体像を明らかにするには、他のさまざまな法現象についても検討していく必要がある。特に、従来不念や怪我と対をなす語として扱われてきた、巧や与風（不斗）は、刑事責任についての考察を深めるために重要であると考えられる。そしてかかる考察をなすにあたっては、先に述べた裁判役人らの意図のような、実務的、社会的な要因をも考慮に入れるべきである。そうすることで、当時の刑法の在り様をより明確にしていくことが可能となるであろうからである。

