

徳川幕府刑法における共犯処罰（一）  
—その判例法理と刑事責任観—

代 田 清 嗣

第一章 序論

第一節 先行研究

第二節 問題提起

第二章 頭取・同類

第一節 頭取と同類の関係

第二節 御定書に規定ある場合の頭取・同類

第三節 御定書に規定なき場合の頭取・同類

第四節 頭取不明の場合の取扱いと強訴・徒党の特性

第五節 頭取・同類と律にみえる共犯規定

第六節 小括（以上本号）

第三章 頭取なき同類

第四章 人殺における共犯処罰

第五章 結論

第一章 序論

第一節 先行研究

石井良助氏によれば、「戦国時代より江戸時代初期にかけては、客観主義的な刑法思想が一般的であった」が、「それが八代将軍吉宗のときの刑政改革によって、主観的要素がそこに注入された。〔中略〕こういうわけであるから、寛保時代の刑法における基本的なものは客観主義的で、その

上に主観主義的なものが築かれたのである。」<sup>1)</sup>

石塚英夫氏は「徳川幕府刑法における共犯」<sup>2)</sup>において、石井氏の理解について、「共犯の研究においてこのことを首肯しうる」と述べている。すなわち同氏によれば、「共犯においてもまた、他の徳川刑法一般の傾向と同じく、御定書制定の前後を境として、客観主義的なものから主観主義的なものへと推移してゆく過程がみられる。〔中略〕したがって、後期における共犯の処分方法は主観主義的刑法観で貫かれていた」のである<sup>3)</sup>。

そもそも、石塚氏以前の共犯についての研究は概説的なものに止まり、体系的、網羅的なものとは言えなかった。

牧健二氏は、「共犯に関しては主犯と従犯とを分ち後者は前者よりも一等級軽かつた。共犯者多数あるときは、主謀者を頭取と云ひ他を同類と云つた。前者の方が固より重く処罰を受け、又は之が代表的に罰せられた。」と指摘している<sup>4)</sup>。

また、小野清一郎氏は、中田薫氏による、一般予防主義と特別予防主義の両者を兼ね備えていたという徳川幕府刑法についての分析<sup>5)</sup>を、「大体において正当である」とした上で、「中田博士は指摘して居られないが、特別予防的又は主観主義的として注意すべきは、徳川刑法において教唆犯が本犯よりも重く処罰されたといふことである。」と述べている<sup>6)</sup>。

牧氏、小野氏による記述は、徳川幕府刑法を概観するための、極めて簡潔な説明に止まっている。一方で以下に掲げる高柳真三氏や石井氏は、概説書の中ではあるが、具体的事例も参照しつつ、より詳細に解説している。

- 
- 1) 石井良助「刑罰の歴史(日本)」(『日本刑事法史〔法制史論集第一〇巻〕』所収、創文社1986年〈初出『刑罰の歴史〔法律学体系法理学論篇一三四b〕』日本評論社1952年) p.79。
  - 2) 『法政研究』26巻1号(一)、同2号(二)、27巻1号(三・完)、九州大学法政学会1959-1960年。
  - 3) 前掲石塚「徳川幕府刑法における共犯(三・完)」p.33(以下、前掲石塚「共犯(三・完)」p.33の如く略す)。なお、石塚氏は自身の述べる主観主義を「客観主義的枠内での」と位置づけ、「徳川刑法が一般に事実主義的であったということと矛盾する」ものではないとしている(前掲石塚「共犯(三・完)」pp.34-35)。
  - 4) 牧健二『日本法制史概論』(完成版、弘文堂書房1939年〈初版1935年) p.375。
  - 5) 中田薫「徳川刑法の論評」(『法制史論集』第三巻上所収、岩波書店1971年〈初出『法学志林』18巻4号、法政大学1916年) p.730。なお、中田氏自身は、共犯について特に言及していない。
  - 6) 小野清一郎「日本刑法の歴史的発展」(『刑罰の本質について・その他』所収、有斐閣1955年〈初出『国家学会雑誌』55巻9号、同11号、国家学会事務所1941年) pp.394-395。

高柳氏は、共同正犯、教唆犯、従犯という三類型を項目として立て、それぞれに該当する法現象があったかを論じている。このうち特に共同正犯については、殺人罪について「準共同正犯として処分したとも見うる」事例<sup>7)</sup>を挙げたうえで、しかしながらこれ以外に共同正犯的処分はなかったであろうと推測している。同氏が例外として挙げたその一事例は、複数行為者の同じ行為のうちいずれから結果が発生したか不明であるとき、その行為者らに本来の刑から一等減輕した遠島を科したものである。したがって高柳氏自身、この事例は、共同正犯的觀念の顕れとみるよりも、因果関係の不明確さによるものであると評価しているのである<sup>8)</sup>。また同氏は、「普通は頭取と同類或いは荷担人に分け、後者の刑を軽くする方式をあてはめた」<sup>9)</sup>とも述べ、頭取・同類が一般的な共犯類型であることを示している。

石井良助氏は、頭取・同類、手伝・荷担、教唆について言及し、頭取に対して同類が軽く処罰されること、共同正犯の觀念は発達していないが、頭取が複数認められる場合にはこれを同一の刑に処したことなどを示している<sup>10)</sup>。高柳氏が準共同正犯的事例とした例にも触れているが、高柳氏同様、因果関係の不明確さが原因であると論じている。

高柳氏、石井氏の解説は、たしかにそれ以前の記述と比べれば、語彙の説明や事例を含めた考察によって、共犯の全体像を描いたものと評価できる。しかし両氏の解説は結局、「公事方御定書」下巻およびこれにかんする史料、すなわち「科条類典」や「御定書ニ添候例書」などにみられる、共犯に関する記述についての解説でしかないのである。

石塚氏は先に掲げた論文の中で、「徳川場幕府刑法の解明が御定書の説明で足りる、と即断してはならない」<sup>11)</sup>として、裁判例を中心に徳川幕府

7) 「御定書ニ添候例書」（「棠蔭秘鑑」利卷所収）六十六、宝暦二・兩人ニ而石を投打殺候処何レ之石中り因果候哉不相分もの御仕置之事。なお、本稿における本史料を含めた「棠蔭秘鑑」の引用・参照はすべて、司法省蔵版・法制史学会編・石井良助校訂『徳川禁令考』（創文社 1960-1961 年）別巻による。

8) 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「徳川時代刑法の概観」『司法資料』別冊 9 号、司法省調査部 1942 年〉）pp.387-396。

9) 高柳真三『日本法制史（一）〔有斐閣全書〕』第四版（有斐閣 1952 年〈初版 1949 年〉）p.344。

10) 石井良助『日本法制史概説』（創文社 1960 年〈初版、弘文堂書房 1948 年〉）pp.491-492。

11) 前掲石塚「共犯（一）」p.23。

刑法を解明することの意義を強調している<sup>12)</sup>。同氏は同論文において、「頭取・同類」、「従犯的諸形態」、「差図」、「共同正犯的処分形式」と項目を立て、裁判例から得られる情報を基にそれぞれを検討している。その内容はおおよそ以下のとおりである。

まず頭取・同類については、これを「当時の共犯の中核をなすもの」と位置づけた上で、両者の区別は「多分に相対的な」もので、「共犯者間の比較において主働的地位にあったか、従的地位にあったかによって首従を分ったものにすぎなかった」としている。そしてその具体的な区別の基準は「発意ないし発言の事実にもとめ」られ、これがある場合には頭取、同意者である場合には同類と考えられたとしている。

次に従犯的諸形態については、手引が「他人の犯罪を容易ならしめる行為」、手伝が「あらかじめ共謀の上犯罪に加功すること」、荷担は方法の如何を問わず、「他人の犯罪をたすけること」であったと分析している。その上で、それらが従犯とされる根拠はいずれも「行為の差異によらずして、犯意の濃淡の差に求められた」としている。

差図について、差図者が正犯の刑を科されたのは、「立法者が当該犯罪実行の事実よりもその実行に原因を与えることの方を重視していた」からであると、また被差図者が差図者より刑を減輕される理由は「被教唆者の犯意が通常教唆者に比して稀薄であると考えられたからであった」としている。

共同正犯的処分方式については、従来その存在が否定されがちであったが、実際には広汎に認められた処分方式であったと指摘する。石塚氏によれば、行為者全員が構成要件の全部を充たす場合は勿論、そうでなくとも、共謀の上現場へ同行すれば、共同正犯的処分がなされていたと論じている。さらに窃盗の外見（見張り）や雑物持運（盗物運搬）など、幫助行為を果たした者についても、窃盗の実行者と同罪とされる場合があった。それらには徳川前期に由来する客観主義的色彩の濃いものもあるが、同時に主観主義的刑法観を基盤とするものもみられるとしている。

12) 尤も、裁判例の検討による徳川幕府刑法の解明という手法は、石塚氏の提唱によるものではない。高柳真三「徳川時代における幼年者の刑事責任能力」（『法学』10巻3号所収、東北帝国大学法学会1941年）や石井良助「わが古法に於ける少年保護」（『少年法全国施行記念少年保護論集』所収、司法保護研究所1944年）、平松義郎「徳川幕府刑法に於ける窃盗罪 - 判例による近世刑法史の研究 - （一～三・完）」（『国家学会雑誌』65巻5-7合併号、11・12号、66巻5-7合併号所収、国家学会事務所1952年）などにおいて、既に先例を用いた研究がなされている。

以上の検討から、石塚氏は冒頭の主観主義的刑法観に基づく共犯処罰という見解を示しているのである。同氏によってなされた各類型の定義はおおよそ妥当なものであると考えられる。また、それまでその存在が消極的に考えられていた共同正犯的処分方式について、裁判例からその存在を明確にした功績は大きい。

## 第二節 問題提起

ところで石塚氏は共犯の研究にあたって、「今日の刑法」との差異を意識している。すなわち、総則的規定をもたなかった徳川幕府刑法の中には「構成要件の中ですでに複数人の加功を前提としている〔中略〕いわば必要的共犯ともみるべきもの」があるため、「今日の刑法学にしたがって共犯を任意的共犯のばあい限定してしまうと、これら一連の共同的犯罪が考察の対象から脱けてしまい、ひいては当時の刑法の特質も見失われてしまう」<sup>13)</sup>と指摘しているのである。また頭取・同類の区別についても「構成要件的な実行行為の観念を媒介として正犯か幫助犯かを決する、今日の共犯観念と異な」<sup>14)</sup>ることを指摘している。

しかし、石塚氏による主観主義的刑法観に基づいた共犯処罰という理解もまた、今日の主流である、西欧近代刑法学的な枠組みを出るものではない。先にも述べたとおり、石塚氏の主張する客観主義から主観主義への推移という理解は石井氏の理解に基づいているが、このような考え方はそもそも、中田薫氏によって示された結果責任主義から過罪責任主義へという図式に基づくものであろう。中田氏の示したこの図式は、西欧法の歴史的発展を前提としたものであって、同氏はこれを徳川幕府刑法にあてはめたのである<sup>15)</sup>。それゆえ、結果主義、主観主義という枠組み自体、日本の法観念を正確に把握するのに適当なものであるかは、再考の余地がある。

事実、詳しくは次章以降に個別の問題として述べるが、石塚氏は自身の結論から外れる法理については、徳川幕府刑法の未発達に由来するものと断じ、十分に検討してはいない。また、同氏が取り上げていない例には、

13) 前掲石塚「共犯（一）」p.25。

14) 前掲石塚「共犯（一）」p.44。

15) 前掲中田論文 pp.740-744。

同氏の理解と一致しないものも少なからず存在する。徳川幕府刑法本来の解釈や運用を探るためには、そのような法理・先例をも視野に入れた理解が肝要である。

本稿はかかる問題意識に基づき、徳川幕府刑法における共犯処罰の判例法理と、その背景にある刑事責任観の解明を目的とする。この目的のもと、まずは頭取、同類なる語に注目し、両者を区別する場合（第二章）と区別しない「頭取なき同類」の場合（第三章）、そして下手人という特殊な刑罰をもつ人殺の共犯処罰（第四章）を対象として、おもに正犯の決定方法を巡る判例法理、そしてそれらが如何なる刑事責任観に基礎づけられているかを考察する。

上記の目的のもと利用する史料は、「御仕置例類集」<sup>16)</sup>を始めとする、「公事方御定書」<sup>17)</sup>（以下特に断らない限り下巻を指し、御定書と略す）制定以後の先例集を中心とする。また、可能な限り御定書成立以前の史料も検討対象とする<sup>18)</sup>。

## 第二章 頭取・同類

### 第一節 頭取と同類の関係

従来論じられているとおり、頭取・同類は共犯者間に刑の差を設ける類型として、徳川幕府刑法において広く用いられていた。

御定書成立以前における頭取・同類の用例として、石塚氏は、江戸町奉行所所蔵の牢帳を基に編纂された「御仕置裁許帳」<sup>19)</sup>や、御定書成立直前に編まれたとされる私撰の法律書である「律令要略」<sup>20)</sup>の記述を挙げてい

16) 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。

17) 「棠蔭秘鑑」元巻（上巻）亨巻（下巻）所収。

18) 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るとともに、適宜読点を施した。欠字・平出はともに一字を明けて示した。筆者による註記は〔 〕で示した。

19) 石井良助校訂『近世法制史料叢書 1』復刊訂正版（創文社 1959 年〈初版、弘文堂書房 1938 年〉）所収。

20) 石井良助校訂『近世法制史料叢書 2』復刊訂正版（創文社 1959 年〈初版、弘文堂 1939 年〉）所収。なお、石塚氏の挙げる例以外にも、たとえば、二九「地頭え強訴、其上致徒党逃散之百姓」四三〇条、三八「御法度之宗旨」五三一条、五三二条、五四二条、五五「盗人」七〇一条、五九「関所破、人勾引」七三八条などが挙げられるが、これらは多くが編纂過程の御定書法文を採録したものである（高塩博「『律

る<sup>21)</sup>。これらのほか、長崎奉行所の判決記録である「犯科帳」<sup>22)</sup>中に、いくつかの用例がみられる。頭取については、「頭人」<sup>23)</sup>「張本人」<sup>24)</sup>などの語も散見されるが、共犯者間で最も重い刑に処されるという点で共通している。

しかし、具体的にどのような判断によって頭取・同類が区別されたかを窺知し得る例は少なく、わずかに「頭取にて大勢悪人共をも引入候」<sup>25)</sup>や「荷物奪取候企仕〔中略〕船に乗罷出候頭取」<sup>26)</sup>などの文言がみられるのみである。しかし上記文言から、他者を犯行に引き入れた行為や犯罪の企図などが頭取の評価に際して考慮されたことが窺える。

御定書中の頭取・同類についての規定としては、五十六条五項「盗可致と徒党いたし人家江押込候もの」、同条十五項「御林之竹木、申合盗伐いたし候もの」、七十五条「婚礼之節石を打候もの御仕置之事」が挙げられる。しかし、御定書中には、頭取のみ規定され同類の規定を欠く条文、または同類のみが用いられ頭取が用いられない条文もある。これらの条文について理解するためにも、まずは頭取と同類の関係を明らかにしておくことが重要である。

まず、同類のみ言及がある条文について考える。五十五条「三笠附博奕打取退無尽御仕置之事」二十四項および二十五項における、「三笠附点者同金元并宿」や「博奕打筒取并宿」を訴えた者につき「同類たりといふ共其科を被免御褒美銀貳拾枚」とする規定<sup>27)</sup>や、五十八条「悪党者訴人之事」がこれに当る。尤も、博奕については筒取が事実上頭取に当ると考えられ<sup>28)</sup>、必ずしも頭取が観念されなかったとは言えない。しかし少なくとも、頭取なる類型がなくとも同類なる類型が存在し得ることは明らかである。また、御定書に規定のない場合ではあるが、頭取と同類との関係について、以下の事例も挙げられる。

---

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—』〈『國學院法學』52巻3号所収、國學院大學法学会2014年〉註(43)〈pp.61-62〉参照。

- 21) 前掲石塚「共犯（一）」註（一三）および（一五）（pp.36-37）。  
 22) 本稿における本史料の引用・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。  
 23) 「犯科帳」第一冊（192）、同第二冊（56）など。  
 24) 「犯科帳」第二冊（79）、同（82）など。  
 25) 「犯科帳」第二冊（11）より長右衛門ほか四人についての記述。  
 26) 「犯科帳」第三冊（25）より惣兵衛についての記述。  
 27) なお、取退無尽については「頭取」の語がみられ、五十五条が全く頭取の規定を欠いていたわけではない。  
 28) 石井良助『第三江戸時代漫筆 盗み・ばくち』（明石書店1990年〈初出『時の法令』425-439号、法令普及会1962年〉）p.97。

享和元酉年御渡

火附盜賊改

池田雅次郎伺

一 神田無宿・忠五郎事・忠次、盗いたし候一件、

神田無宿

ほうかむり忠事

忠五郎当時

忠 次

右之もの儀、中追放ニ相成候後も、御構場所、不立去、呉服屋え罷越、調物いたし候躰にて、品々為差出、帯地盗取、或は上野山下人立場・通り町往来にて、町人躰之もの・腰ニ挟ミ居候羽織又は女・差居候銀簪、抜取、或ハ同類馴合、町家入口戸、メリ有之処、固辞明這入、錢盗取、又ハ見世手元ニ有之衣類・鼻紙袋ニ入有之金銀、盗取、或は往来にて、町人躰之ものえ突当り、口論いたし懸ケ、打擲いたし、右之紛レニ、衣類奪取、又ハ旅人躰之ものを取巻、懷中之金入候鼻紙袋、奪取、剩、旅人は、土手より突落し、前書之品々は、預ケ置・錢借受又ハ売拂、右代錢・盗取或は奪取候金銀錢とも、馴合候節は、配分いたし、不残、酒食ニ遣捨候段、不届に付、死罪、

此儀、御構場所、不立去、同類馴合、メリを固辞明、盗いたし、其外、品々之不届、有之候内、浅草並木町辺より、旅人躰之もの之跡より附参り、本所押上土手、往来無之場所にて、同類一同、取巻、懷中之金子、奪取、旅人は、土手より突落、逃去候始末は、追剥いたし候ものニ候処、同類之内、藤五郎儀、旅人躰之もの、金子数多、所持いたし候様子、最初見受、可奪取旨、発言いたし候上は、頭取ニ相当り、此ものハ、藤五郎発言に同意いたし候ものに付、同人江引当候御定、追剥いたし候もの并人家江押込・盗いたし候者、両様に見合、同類ニ相当り候間、伺之通、死罪、

評議之通済<sup>29)</sup>

29) 「御仕置例類集」古類集拾貳之帳七〇一。なお、以下では古類集拾貳(七〇一)の如く略す。

本件では、まず頭取が藤五郎である旨示されているが、その際、この者も「同類之内」であるとされている。そして、忠次は藤五郎に「同意」したとして同類と評価されている。後者の同類については、御定書五十六条九項「追剥いたし候もの」および同条五項「人家江押込・盗いたし候もの」を参照して死罪と評価したと考えられるため、頭取とは区別された同類であると考えられる。

以上から、同類には頭取を含めた共犯者全体を指す広義の同類と、頭取およびその他の共犯類型を除いた狭義の同類があったと考えられる。後に述べる頭取なき同類も、この広義の同類の一種であろう。

次に、頭取のみが規定されている条文について考える。二十八条「地頭江対し強訴其上致徒党逃散之百姓御仕置之事」や、七十六条「あはれもの御仕置之事」がこれに当るが、これらの条文においても、頭取より刑を減輕される者は想定されている。強訴であればそれらは村役人層と惣百姓に分けて規定されているし、七十六条では、荷担という言葉によって示されている。したがってこれらの条文は、本来頭取・同類双方を規定する条文と趣旨は変わらないものの、なんらかの理由で同類と規定することを避けたものであると考えられる。各類型にそれぞれ如何なる理由があったのかは必ずしも明らかでないが、少なくとも強訴・徒党については、同類の中でもさらに身分によって刑を加減するのが適当であると判断されたためと考えられる。

以上を踏まえれば、御定書に規定されている犯罪のうち、頭取・同類という区分によって論ずることができるのは、頭取・同類双方を規定する場合と、頭取とその他の共犯類型を規定する場合とである。また、御定書に規定はないものの、頭取・同類という区別を行っているものもある。本章で検討する対象は以上である<sup>30)</sup>が、これに加え、御定書規定にかかわらず、頭取が観念されず、同類のみで主たる共犯関係が形成される場合があり得る。これは次章で検討する。

30) なお石井良助氏は、「謀計之者」なる語が頭取とともに主謀者を示したとしている（前掲石井『日本法制史概説』p.491）。これは御定書百二条に「惣而僉議事有之時、同類又ハ加判人等之内より早速致白状、依之謀計之者共相願におみてハ、右早速白状之者ハ、自本罪相当一輕ク可申付事、」とあるのを根拠としたものと思われるが、同類が必ずしも従犯を示すものでない以上、謀計之者が頭取と同様に処罰される存在であったかは疑問が残る。なお、日本大辞典刊行会編『日本国語大辞典』（小学館 1972-1976 年）によれば、謀計とは「謀書・謀判をはじめ、謀略をめぐらした犯罪の総称」であり、かかる理解からも、同氏の説は首肯できない。

## 第二節 御定書に規定ある場合の頭取・同類

### 第一項 強訴・徒党

強訴・徒党は、頭取・同類を区別する、最も代表的な犯罪類型と言えよう。すなわち当該犯罪類型は領主権力への反抗という重大な犯罪であり、これを裁くための判例法理も発達したのである。

#### (1) 頭取

まず、強訴・徒党における頭取の要件を示した例を挙げておく。

寛政五丑年五月

御勘定奉行  
曲淵甲斐守懸

松平越中守殿御差図

一 肥後国天草郡村方之内百姓共義借銀返済方之儀騒立候一件

松平主殿頭御預り所  
肥後国天草郡  
志梯村  
百 姓  
勘 七

右之もの儀、借銀押而年賦ニ可済与相企、大勢ニ無之候而ハ、銀主共承請間敷与存附、馬場村弁右衛門江及対談、兩人ノ村々之もの共へ申勸候ノ事起り、貞吉申合、銀主共居宅可打崩趣建札いたし、右ニ付村々之ものとも大勢相集、銀主共方江罷越及狼藉候段、徒党之頭取ニ相決、不届ニ付遠嶋、

右御仕置附

右、地頭江対し強訴徒党之百姓頭取死罪之御定ニ見合、此ものハ地頭江対し候儀も無之、品軽く御座候間、遠嶋、

馬場村  
百 姓  
弁右衛門

右之もの儀、借銀押而年賦ニ可濟儀を、勘七相企及相談而節、尤之旨及答同意致し、兩人申談、村々之もの江申勸候故、貞吉外耆人も申合、銀主共右宅可打崩趣建札等いたし、殊ニ銀主とも方江一同罷越候節之儀等、村々之もの共江品々申談、大勢為騒立候始末、徒党之頭取も同然之儀不届ニ候得共、発言いたし候ニは無之、其場江も不罷出候ニ付、中追放、

打田村

百 姓

末 吉

馬場村

同

貞 吉

右之もの共儀、借銀押而年賦ニ可濟を、勘七・弁右衛門申談候ニ同意いたし、差当り催促不請ためニ候迎、兩人申合、銀主共居宅可打崩趣所々江建札いたし大勢為騒立、一同銀主共方江罷越及狼藉、徒党之頭取ニ差続候始末不届ニ付、兩人共中追放、

右御仕置附

右、頭取ニ差続候もの御定ニは無御座候得共、頭取ハ凡一なども軽く御仕置附いたし来り候間、勘七ハ一等軽く、中追放、<sup>31)</sup>

この一件において弁右衛門は、末吉・貞吉との申合などを通じて大勢を騒ぎ立てさせたことから頭取も同然とされながら、「発言いたし候ニは無之其場江も不罷出候ニ付」との理由により、なお頭取たる勘七より一等軽く、「頭取ニ差続」と評価された末吉・貞吉と同様中追放到に処されている。すなわち、頭取たるには①発言と②現場性のいずれか、または双方が求められたと考えられる。

この例からも、発言者（発言人）<sup>32)</sup>を頭取とする傾向があったことは間違いない。しかし、要件①の必要性については、以下の如き例もみられる。

31) 「御仕置例撰述」初編十八（86）。なお、本稿における本史料の引用・参照はすべて、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）により、( )内の数字は各冊ごとの号数を示す。

32) 石塚氏は頭取という類型の根底に、律の「造意者」の観念を見（前掲石塚「共犯（一）」p.44）、「発言者」なる語を用いている。しかし本例を含め、裁判例上多く使われているのは「発言」である。よって以下では特に断らない限り、犯意の形成者は発言人と称する。

安永三午年御渡  
御勘定奉行  
石谷備後守  
川井越前守 伺  
一 飛州村々、地改赦免之儀ニ付、及強訴候一件、  
〔中略〕

同人御代官所  
同郡川上郷新宮村  
百 姓  
藤 十 郎

右之もの儀、地改、致難渋、品々之願を企、伊兵衛方ニて相談之節、  
同人、発言いたし候手段ニ、同意いたし、宮村寄合ニても、重立取計、  
一躰、村々之ものをも申勸候始末、頭取同様之仕方、不届ニ付、死罪、  
此儀、吟味書之趣ニては、宮村寄合にて、諸事、重立取計、頭取ニ  
相当候得共、前書、頭取共ニ見合候ては、品軽方ニ御座候間、伺之  
通、死罪、  
評議之通済、<sup>33)</sup>

藤十郎は伊兵衛の発言に同意したものであるが、「村々之ものをも申勸」  
なる点が評価され「頭取ニ相当候」とされている<sup>34)</sup>。然るに、頭取として  
評価されるにあたり、発言が必ずしも求められていなかったことが分かる。  
また、要件②について、

安永六酉年御渡  
京都町奉行  
赤井越前守伺  
一 江州築瀬村・外拾八ヶ村之者共、致徒党、及狼藉候一件、  
〔中略〕

33) 古類集五(二三四)。

34) なお、この者はほかの頭取らよりは刑を減輕されているが、後に見るように本件における「頭取ニ差統」への科刑は遠嶋乃至申追放であったから、この者が「頭取」として処罰されたことは明確である。

同 村

組頭三右衛門忬

百 姓

仁 兵 衛

右之もの儀、他領・和田外式ヶ村之堤近辺え、百姓共大勢集り候節、見合候躰ニ候迎、竹之先え紙を附、振廻し、一同取懸り、蛇籠可切崩旨、致差図、立木伐倒、或は箭を焚、蛇籠を焼候儀共、於場所、重立取計候段、不届ニ付、死罪、

此儀、吟味書之趣にては、発端之頭取ニは無之候得共、及狼藉候場所にて、重立取計候ものニ御座候、去ル午年、御仕置相済候、飛州にて騒立候百姓共一件之内、片野村・吉左衛門儀、地改、及難渋、宮村え徒党いたし、殊ニ、陣屋・門前え大勢相詰候御、重立、百姓共え差図いたし、為致進退、不法之雑言を申、及強訴候始末、頭取同様之仕方、不届ニ付、死罪ニ相成候例ニ見合、伺之通、死罪、  
評議之通済<sup>35)</sup>

なる例がみられる。仁兵衛は「発端之頭取」ではないが、現場で「百姓共へ差図」した点が評価され、「頭取同様」と評価された先例に基づき死罪に処されている。一連の記述では仁兵衛本人を頭取とは明言しておらず、また科刑も本件で「頭取ニ相決」とされた五郎右衛門らより一段軽くなっている。しかし、同じく本件で「全之差続ニ御座候」と評価された清八・三右衛門が遠嶋に処されていること、また御定書では頭取を死罪と規定していることを考えれば、仁兵衛も五郎右衛門・吉兵衛らとともに、事実上頭取として処罰されたと考えて差支えないであろう。

然りとすれば、本件の評議からは、頭取としてまず想定されるのは「発端之頭取」であるが、現場での差図なども、科刑上は区別されるものの、評価としては等しく頭取の範疇に属するものと考えられていたことが窺える。

以上の例から、頭取の認定に当たっては、なんらかの形で他者を犯行に導き、または彼らの犯行を容易にしていることが評価されていたと考えられる。

---

35) 古類集五（二三六）。

然りとすれば、発言人が頭取とされる理由も、単に最初に犯意を形成した者であるためではなく、それによって他者を犯罪に誘引した点が重視されたと考えるべきであろう。

このような頭取の認定基準は、頭取が責任を負う範囲についても影響を及ぼしている。

文化二丑年御渡  
御勘定奉行  
松平兵庫頭伺

一 常州村々百姓共、及徒党候一件、

上杉兵部知行  
常州信太郡小池村  
百姓  
勇 七

右之もの儀、水戸往還、牛久・荒川沖両宿、困窮ニ付、差村一同、村柄糺之儀、申渡有之、人馬助合候様、相成候ては、可及難儀哉と推量、村々より積金いたし、牛久宿領主え差出、貸附ニいたし、利金を以、人馬相雇、差出候ハハ、難儀薄く可有之哉、と見込、近村々之もの共を、最寄女化原え相集メ、及相談之上、奉行所え願出候積、村内・吉十郎と示談および、牛久宿問屋・次左衛門、家名を麻屋と申来、人馬助合之儀は、同人、願候事故、村々ニても弁可罷在哉と存、麻屋願之儀ニ付、一会いたし候間、男たるへきもの、女化原え可罷出旨、最寄村々・高札場等え無名之張札いたし、又は不参之村々えは、人数催促之儀、廻状差出、人数相集り候得共、一躰、人氣騒立、願之趣意、可及相談躰ニ無之、次左衛門は、人馬助合之儀を、惣代ニ成、願出、久野村長兵衛・阿見村権左衛門も、右ニ馴合、私欲可致巧を以、増村いたし、人馬助合之儀を相願候杯、推量疑之儀共、口々申之、桂村・平右衛門、発言いたし、或は誰申出候と申儀も無之、大勢押寄、次左衛門外式人宅ヲ打潰シ候次第は、仮令、申勸候儀無之候とも、第一、御法度相背、初発村々、集会之儀、相企候故、右始末ニ成行候段、則、徒党頭取ニ相決、不届至極ニ付、存命ニ候ハハ、於其所・獄門、

但、彼地え捨札為建、

此儀、吟味書之趣にては、牛久宿・次左衛門外式人宅を可打毀旨、申勸、又は女化原え寄集候もの共、一同、罷越、打毀候二は無之、差村一同、人馬少、宿方え正人馬差出候儀、難儀ニ付、村々より、高掛りを以、積金いたし、貸附、右利足を以、人馬相雇、助合候ハ、可然存候得共、村役人え申聞候ては承知いたす間敷存、数ヶ村之儀ニ付、容易ニ寄合候儀も難致、女化原え集會いたし、及相談候積、吉十郎え申談候上、麻屋願之儀ニ付、一会いたし候間、六拾歳以下・拾五歳以上、男たるへきもの、女化原え可罷出旨、之張札いたし、又は不參之村々えは、廻状差出候処、人氣騒立候故、後悔いたし、穩二は不相候とも、不法之儀、無之様、一旦、差留候趣ニ付、松平兵庫頭、御仕置附二申上候、羽州沼澤村・医師寿仙より、品軽、相聞候得共、集會之儀、相企、張札いたし、或は不參之村々えは無名之廻状等差出候より事起、騒立候上は、何れにも、徒党頭取は難遁ものニ付、右寿仙ニ見合、伺之通、存命ニ候ハ、於其所・獄門、但、彼地え捨札為建可申、

評議之通濟

〔中略〕

久世大和守領分

同郡桂村

百姓

兵右衛門

右之もの儀、牛久・荒川沖両宿、困窮 付、差村一同、村柄糺之儀、申渡有之、難儀ニ存居候節、麻屋願之儀ニ付、一会いたし候間、女化原え可罷出旨、無名之張札有之、人馬助合之儀を相談いたし候儀と心得、女化原え罷越候得共、重立、右躰之儀、申出候ものも無之、被欺候儀と心外ニ相成、着到を改、不罷出・村々えは、集會之儀、廻状差出候後、小坂村名主・忠左衛門外壺人、罷成、積金いたし、人馬相雇、差出候積、願可遣間、追て否申聞候迄、相待居候様、申聞候を、不承請、廻状戻り次第、牛久宿え罷越候杯相答、又は牛久宿間屋・次左衛門外式人馴合、私欲可致巧にて増村いたし、人馬助合度趣、相願候段、難心得杯、数ヶ村之もの共、推量疑之儀共、申之候節、次左衛門宅を可打潰旨、発言いたし、大勢ニ先立、牛久宿え押寄、同人宅打潰候始

末、酒乱にて前後不弁由之申分ハ難立、徒党頭取ニ差続候いたし方、不届ニ付、遠嶋、

此儀、兵庫頭、御仕置附ニ申上候、羽州山寺村・松之助外忒人は、穀屋共を可打毀、旨、村内善三郎・任申、同意之上、申継、其外藤蔵外忒人等差図ニ任候ものニ有之、此ものは、集会之張札有之故、女化原え罷出候処、重立、人馬助合之儀、相談いたし候ものも無之候迄、誰より差図請候にも無之、寄集り候もの之着到を改、不參之村々えは、廻状等差出し、又は次左衛門宅、可打潰旨、発言いたし、大勢ニ先立、押寄、同人宅を打潰候ものにて、例よりは品不宜、相聞候得共、初発集会之儀、企候ものにも無御座候間、徒党之頭取とは難申、右例同様、伺之通、遠嶋、

評議之通済〔下略〕<sup>36)</sup>

本件では、集会を催した勇七が頭取とされているが、集会の席で提案された「打毀」については、この者の発言ではなく、兵右衛門の発言と認定されている。それでも勇七は、その行為「より事起、騒立候上は、何れにも、徒党頭取は難通ものニ付」獄門と処断されている。一方で「次左衛門宅、可打潰旨、発言いたし、大勢ニ先立、同人宅を打潰候」兵右衛門は、「初発集会之儀、企候ものにも無御座候間、徒党頭取とは難申」とされている。

本件は、徒党の頭取がその後の具体的な行動についても責任を負わされたものと解される。明和七年の高札に、

何事ニよらすよろしからさる事に百姓大勢申合せ候をととうとなへ〔中略〕前々より御法度ニ候条右類之儀これあらハ居村他むらにかぎらず早々そのすじの役所江申出へし<sup>37)</sup>

とあるように、徳川幕府刑法においては、目的の如何を問わず徒党自体が可罰的であり、その形成者が頭取として処罰されるのはごく自然なことである。しかしその頭取は、その後の打毀しという実力行使についても、

36) 新類集五（一一二）。

37) 高柳真三・石井良助『御触書天明集成』（岩波書店 1936年）四十七卷三〇一九号（一）。

主観態様の如何にかかわらず、責任を負わされている。おそらくその理由は、頭取によって形成された徒党が、同時にその後の実力行使の主体となるためであり、かかる主体を形成し当該実力行使に向けた重要な役割を果たしたという評価から、一連の犯行全体に対して頭取と認定されるのであろう。

## （2）頭取ニ差統

先に掲げた寛政五・肥後国天草郡村方之内百姓共義借銀返済方之儀騒立候一件のなかで、末吉・貞吉は「頭取ニ差統」にあたと評価されていた。また弁右衛門についても、評議において明確に認められたわけではないが、御仕置附での評価を否定せず末吉・貞吉と同様中追放に処しているのであるから、事実上「頭取ニ差統」と評価されたものと考えられる。この頭取ニ差統（以下差統とする）という共犯類型について石塚氏は、御定書にこそ規定されていないものの、その成立以前以後を問わず用いられた観念であるとし、それはこの種の犯罪における役割の多様さに対処するためであったとしている<sup>38)</sup>。然らば、差統と評価されるのは如何なる者であったか。

先の末吉・貞吉について考えると、差統にあたと評価される根拠は二段階に分けられるように思われる。それはまず、頭取と弁右衛門からの「申談候ニ同意」したこと。そしてこれを受けて「所々江建札」し、「大勢」を「騒立」させたことである。

このうち、同意について、発言人を頭取とする場合には、発言人に最初に同意した者を差統とする場合がある<sup>39)</sup>。しかし、末吉・貞吉は厳密には最初の同意者ではなく、弁右衛門に続いて同意した者であるから、これに当てはまらない。したがって差統にも、意思の形成順序とは異なる、なんらかの認定基準があることになる。

先に掲げた安永三・飛州村々、地改赦免之儀ニ付、及強訴候一件や、安

38) なお石塚氏によれば、御定書には規定されなかった差統がその後復活するのは「御定書ニ添候例書」七十八、明和九・領主地頭屋敷門前江大勢相詰致強訴候もの御仕置之事によってである（前掲石塚「共犯（一）」p.32）。しかし、寛延三年の御書附には既に「頭取并差統事を工候もの」と差統についての言及がみられる（布施弥平治編『百箇条調書』〈新生社 1966-1968年〉巻三十四 p.2331）。同氏は差統が御定書に規定されなかった理由を「これを不要と判断したのか、あるいは条文の簡明をたつとんだのか」（前掲石塚「共犯（一）」p.32）と推測しているが、御定書制定からそれほど時期を経ないうちにこの語がみられることから、後者の理由が妥当であると思われる。

39) 古類集五（二四六）など。

永六・江州築瀬村・外拾八ヶ村之者共、致徒党、及狼藉候一件では、差続と評価された者の多くが、自らの村や他村に「申勸」めて、村の者らを当該犯罪に参加させていたことが確認できる。特に安永三・飛州村々、地改赦免之儀ニ付、及強訴候一件では、以下の評議が興味深い。

同人御代官所

同 村

百 姓

茂 七

外 壱 人

右之もの共儀、地改、致難渋、及強訴、品々之願を企、宮村寄合之最初より、頭取共ニ同意いたし、不法之儀共、取計候始末、不届ニ付、兩人共、中追放、

此儀、一件之内、頭取共は、他村迄、一同ニ申勸候もの共にて、差続候もの共も、他村まで申勸候もの共は、右頭取伝次郎・又四郎ニ見合、遠嶋ニ相当可申候処、此もの共、吟味書之趣にては、他村迄申勸候とハ相聞不申、差続之内にてハ、品軽ク御座候間、遠嶋より一等軽ク、伺之通、兩人とも、中追放、

評議之通済

上記評議では、他村にまで「申勸」を行った者とは差続の中でも重く処罰される旨が示されている。頭取においてもそうであったが、その者の行為態様もつ影響力の強さによって、同じ差続であっても、科刑に多少の加減がみられるのである。

ところで、先に見た藤十郎も、同意者であるという点では茂七らと同様である。しかし藤十郎は頭取と評価されており、両者の違いが問題となる。

茂七らが「宮村寄合之最初より」の同意であったのに対し、藤十郎はこの寄合の以前から、すなわち差続と評価された者たちより先に頭取と共謀している。本件においてこの「宮村寄合」は、多くの村が当該犯行に参加する契機となった重要な寄合であると考えられるため、これ以前から同意していた者と以後に同意した者とを分けて評価したと考えられる。先にも見たとおり、藤十郎は他の頭取より「品軽方」と評価されており、茂七について

の科刑も含めて、頭取・差続の科刑が柔軟に加減されたことが確認できる。  
一方、同じ一件のうちには、以下のような評議もみられる。

同人御代官所

同郡灘郷下岡本村

名主

平兵衛

外壺人

右之もの共儀、飛州村々之地改、及難渋、町方村・名主次兵衛・大沼村・名主久左衛門、任申旨、所々寄合え出、右兩人、江戸え出候跡之取メリ方、雑用金之世話、并江戸表吟味之様子、申遣候節、此もの宛名之書状にて、可遣間、夫々、相届候様、申聞候二、致同意、頭取ニ差続、取計候始末、不届ニ付、兩人共、遠嶋、

此儀、次兵衛・久左衛門、任申旨、所々寄合え出、右兩人、江戸え出候跡々、取メ方等いたし、全、頭取ニ差続候ものと相聞候間、前書、次左衛門ニ見合、伺之通、遠嶋、

評議之通済

この二名は、頭取が「兩人江戸表え出候跡」の「取メ（り）方」を務めた事によって、差続と評価されている。ここでの「取メ（り）」が何を示すかは明らかでないが、語義から全体のまとめ役と考えて大過ないであろう。然りとすれば、この者もまた、共犯者全体のための役割を負っていたと評価されたものと考えられる。

以上の例をみるに、差続も頭取と同様、他者を犯行に誘引し、または彼らの犯行を容易にする行為態様によって認定されたものと考えられる。両者を評価するにあたり、「(重立) 取計」なる言葉を用いる例が散見される<sup>40)</sup>。そして頭取と差続の区別は一般的な基準に依るのではなく、個別の事情に応じて設定されており、頭取から差続へ段階的な科刑も認められていたのである。

40) 本文に掲げた例のほか、古類集五（二三八）、「御仕置例撰述」初編十八（84）、同（85）など。

(3) 同類

上記の頭取・差続に対して、同類とは如何なる存在であったか。前掲の諸例を見ると、頭取らに従って徒党に参加し、強訴や打ちこわし等を行った者たちであることがわかる。それらのうち、前掲安永三・飛州村々、地改赦免之儀ニ付、及強訴候一件には、

同人御代官所  
同国大野郡灘郷  
拾ヶ村  
外六拾ヶ村  
名 主  
三 拾 七 人  
百 姓  
式千六百七拾六人

〔中略〕

右之もの共儀、村々頭取之もの共、何様、申威候とも、不致承引、其旨相届可申処、最初、頭取共之任申、難立願書ニ、惣代之もの共、印形いたし、又は跡より強訴ニ加り、騒立、猶又宮村寄合え、百姓共、代ル々罷出、及徒党候段、不届ニ付、名主は、忝人、過料錢拾貫文ツヽ、百姓共ハ、御定之通、銘々、村高二応し・過料、

此儀、吟味書之趣にてハ、頭取共ニ被申威、百姓共、騒立、村役人方ニも不及儀にて、地改、致難洪候所存ハ無之旨、有之、右、名主共は、御定書、強訴・徒党之名主ニは相当不申、組頭も、高山町之外村々は、百姓之内より年番ニ相勤候故、惣百姓人数之内え入、奉伺候趣、御仕置附・書付ニ有之候間、伺之通、名主ハ、忝人、過料錢拾貫文ツヽ、百姓共ハ、強訴徒党之ヶ條・惣百姓之御定にて、是又、伺之通、村高二応し・過料、

評議之通済

とあり、「印形」「跡より強訴ニ加り、騒立」などが同類とされる根拠となっている。本件は「頭取共ニ被申威」という事情があるが、この点は同類の成否に特段の影響を及ぼさなかったものと考えられる。すなわち、前掲文化二・常州村々百姓共、及徒党候一件には、

同人御代官所

外拾八給

同国信太郡

上吉原村

外三拾八ヶ村

百姓

貳千貳百六拾九人

右上吉原村・外三拾八ヶ村・百姓共儀、麻屋願之儀ニ付、一会いたし候間、女化原え可罷出旨、無名之張札有之、麻屋と有之候は、牛久宿問屋・次左衛門家名故、人馬助合之儀ニ付、相談可有之哉、と存、村役人共、制候をも、不取用、女化原え罷出、又は不罷出・村々えは、廻状到来いたし候迎、夫々徒党ニ加り、其上、推量疑を以、牛久宿次左衛門・久野村長兵衛外壺人、馴合、人馬助合之儀ニ付、私欲可致巧ニ候杯、口々申之、兵右衛門・申之、或は誰、発言いたし候と、申候も無之、一同押寄、長兵衛外式人宅を打毀候始末ニ相成候段、古池村勇七・桂村兵右衛門・取計より事起候儀とは乍申、徒党ニ加り候もの共は、勿論之儀、不罷出もの共も、既ニ同様之心底ニ相成、右を不差留段、不屈ニ付、村高に応し過料、

此儀、地頭江対し強訴、其上、徒党いたし、逃散之百姓、御仕置御定ヶ條之内、惣百姓、村高ニ応し過料、と有之ニ准し、伺之通、村高ニ応し過料、

評議之通済

細川長門守領分

外壺給

同国河内郡

手代木村

外拾五ヶ村

百姓

三百三拾三人

右手代木村・外・拾五ヶ村・百姓共儀、東郷之内、女化原え、近村々之もの共、会合いたし候趣、相聞、右は同所え可罷出旨、無名之張札いたし、不罷出・村々えは、押寄、家居打潰候杯、風聞有之、怖敷候

迎、村役人共、制候をも、不相用、抜々、女化原え罷出、久野村長兵衛・外式人宅、打潰候節も、東郷之もの共一同、罷越し候始末、徒党ニ加り候もの共は勿論之儀、不罷出候もの共も、既、同様之心底ニ相成、罷出候もの共を不差留段、一同、不届ニ付、村高二応し過料

此儀、前書、上吉原村・外三拾八ヶ村・百姓共同様、伺之通、村高二応し過料、

評議之通済

とあり、積極的に参加を決めた前者の村々と、他村からの圧力に怖気づき参加した後者の村々とが等しく処罰されている。また本件では、実際に徒党に参加しなかった者についても、参加者を「不差留」点を以って参加者と同様に処罰している。

頭取らとの違いを意識して論ずるならば、同類とは、当該集団犯罪において不可欠ではあるが、中核的な役割を果たしてはおらず、用意された場に加わった共犯者、およびこれらの者の犯行への参加を止めなかった者<sup>41)</sup>であるということができよう。この点、石井氏が同類の説明において用いた「参加」という表現は首肯できるものである。

## 第二項 押込

御定書五十六条五項には「盜可致と徒党いたし人家江押込候もの 頭取、獄門、同類、死罪」<sup>42)</sup>なる規定が置かれている。

本規定における「徒党」は、強訴・徒党のように多人数での犯行であることを要しなかった。文化七・無宿・千代吉、盗いたし候一件<sup>43)</sup>では、千代吉は喜八と馴合、盗に入った先で「兩人ニて義然を手込ニいたし」ているが、押込の規定が適用されている。

押込の適用された例はあまり残されておらず、如何なる要件によって頭

---

41) この点、参加を止めようとした者は、仮令それが功を奏さずとも刑を免除した例がある。古類集五（二四一）天明四・徒党いたし、家宅打損候一件における小浜村外八ヶ村庄屋年寄百姓共らがそれであり、「村役人共ハ、取鎮候得共、力ニ及び不申儀ニて、一同徒党ニ加り候ニは無御座候間、庄屋・年寄共ハ、御咎之不及沙汰」とある。

42) 『徳川禁令考』別巻 p.98。

43) 新類集拾壹（二七三）。

取・同類が認定されたのかを十分に明らかにすることは難しい。しかし以下に掲げる事例から、いくつかの特徴が看取される。

(1) 頭取

押込の頭取について、まずは以下の一件を確認しておきたい。

寛政四子年御渡

火附盜賊改

松平左金吾伺

一 無宿・忠次郎、盗いたし候一件、

上州無宿

こかねいやろう

忠次郎

右之もの儀、同類馴合又ハ壱人立、上野国沖ノ村・百姓家、戸メリ固辞明、脇差抜、押入、衣類・金銭、奪取、無宿・豊吉所持之印形、借受、下野国梁田郡上洪垂村・百姓・源次郎印形之由、申偽、同国同郡塩嶋村・質屋・三次郎方え、質入いたし、又は、同国稲荷山・中江田村・由良村・百姓家・居宅、戸メリ固辞明、或は、留守を見懸ケ、メリ無之戸、明、盗ニ入、衣類・金銭等品々、盗取候段、不届至極ニ付、町中引廻し之上・獄門、

此儀、奪取候品、質入いたし候節、豊吉所持之印形を借受、源次郎印形之由、申偽候は、都て、盗物質入いたし候節、有合判等を以、証人或は其身之印形ニ用ひ候も同様ニ付、謀判之御定えは引合申間敷、押込之科、重モ之不届ニ御座候、然ル処、吟味書之趣ニては、同類え申勸候儀は、相見不申候得共、此もの儀、豊吉・幸次郎と馴合、沖ノ村・武右衛門宅・裏口戸メリを、此もの固辞明、帯し候脇差を抜、声立候ハハ、可切殺旨、呼び、一同押込候旨、申之、幸次郎申口も、致符合、最初より之働、頭取ニ御座候間、人家江押込候もの、頭取、獄門、之御定ニて、獄門、

評議之通済<sup>44)</sup>

---

44) 古類集拾壱（六三六）。

本件の評議では、同類への「申勸」は認められないが、犯行における「最初より之働」が頭取に該当するとしている。すなわち評定所は、頭取を認定するにあたり、他者への勧誘の有無のほか、犯行時の行為も評価の対象にしていると考えられる。

火附盗賊改の刑事判決録である「刑例拔萃」<sup>45)</sup>にも、犯行時の行為を評価し、頭取を認定した例がみられる。

文化六巳八月十一日進達  
「廿五」  
同月十九日  
大林弥左衛門掛り  
「三百八十八番」  
土井大炊頭殿御差図  
上総無宿  
直次郎

此者儀、百姓家戸建寄有之所江明這入、衣類盗取、又者往來人被捕、脇差を抜掛錢取、相渡候ハ、可切殺旨申威し、持居候錢無鉢ニ奪取、或者同類馴合頭取に成、抜身を持押込、金子不差出候ハ可切殺与申、貯無之様子ニ付、着致候夜着、蒲団剥取、又者同類助太与口論致し、其分ニ差置候而者後難ニも可相成与、外同類之者申合助太を切殺、所持致し候脇差、錢盗取、前書奪取走路錢、質入、売払、配分致候金銀共、不残酒食ニ遣捨候段不届至極ニ付、引廻之上獄門、<sup>46)</sup>

上記事例のうち、押込に関する記述では、「同類馴合頭取に成」とある。これは頭取が他の共犯者を募ったのではなく、まず共犯者が集合（「同類馴合」）し、然る後にこの者が頭取となって押し込んだことを示すと考えられる<sup>47)</sup>。また、以下のような例も見られる。

45) 服藤弘司『火附盗賊改の研究 史料編』（創文社 1998 年）「序言」p.1 参照。なお、以下本史料の引用はすべて本書による。

46) 「刑例拔萃」第貳卷五九号。なお号数は服藤氏による一連番号による。

47) なお、服藤氏は上記のとおり読点を挿入しているが、後掲の例と同様「同類馴合、頭取に成抜身を持押込」とすると、行為に際しての頭取である可能性がより強調される。

文化三寅十月廿三日進達  
「十七」

十一月廿日

土井大炊頭殿御差図

荒尾但馬守掛り

「九十九番」

矢田村

無宿入墨

永 蔵

此者儀、入墨之上重敲、又者重敲御仕置附相成候後も悪事不相止、同類馴合、所々町家、百姓家入口戸メ有之処固辞明押外し、或者焼拔掛金を外し、抜刃を持頭取押込、家内之者を縛置、声立候ハ、可切殺旨申威し、衣類、帯、袴、反物、切地、刀、脇差、金銀錢、風呂敷、雜物奪取、殊ニ見咎声立候ものへ手疵為負、又者人通有之不得這入逃去、或者往来ニ而医師躰之者へ突当り、帯居候脇差を無躰ニ奪取、其外同類馴合、在々数ヶ所江盜ニ入、品数不覚盜取、前書之品共、其度々売払又者預置、金銀借受、盜取候金銀錢共配分致、元主人皆膳金子貯可在上へ發取致し、頭取押込、自分者面躰被見候故闇所ニ忍居、岩五郎、与一江差図致、右皆膳を縛り置、金子有所責問セ、既ニ岩五郎儀皆膳江手疵為負候上者、自分疵付候も同様之始末、重々不屈至極ニ付、引廻之上磔、<sup>48)</sup>

上記のうち冒頭の百姓家への押込については、「同類馴合」の後、「抜刃を持頭取押込」んだことが認定されている。ここで注目すべきは、本件における「頭取」の用法が、これまで挙げてきた例におけるそれとはやや異なることである。これまでの例では、頭取は共犯類型の一つとして扱われていた。これに対し本件では、押込の態様そのものを頭取と表現している。すなわち本件における「頭取」は「頭を取る」という動詞的用法であり、この用例からは、押込の際の行動に着目して、共犯類型としての頭取が認められたことが窺える。

然らば、「頭取押込」とは具体的に如何なる行為態様を示すものであったか。この点を明示した例は管見の限り見られないが、上記諸例において

---

48) 「刑例抜萃」第式卷五一号。

「家内之者を縛置」や「可切殺旨申威し」といった事実が認定されていることから、かかる態様が評価されたものと推測される。これらは押込の中核的行為であるのみならず、他の共犯者による盗の実行を容易にさせ、犯行を円滑に遂行させる効果をもつ。然るに、当該犯罪類型においても、当該犯行における役割の大きさが、頭取の認定に際して考慮されていたと考えられる。

(2) 同類

押込の同類につき、寛政四・三州矢作村にて捕候盜賊一件<sup>49)</sup>では、「同類之内ニは、表ニ罷在、奪取候品を、取次持運候もの等、其働は、品々可有御座」として行為に種々の態様を認め、実際に「一同ニハ不立入候」者を同類としている。

尤も、頭取以外の共犯者が全員同類とされたわけではない。

寛政二戌年五月

町奉行

鳥居丹波守殿御差図

初鹿野河内守懸

一 三田同朋町喜右衛門盗いたし候一件

浅草西仲町平兵衛店

市助方ニ居候

佐 吉

右之者儀、元次郎・喜右衛門、永見寺江押込盗いたし候処、趣ハ不申聞候故不存候得とも、元次郎酒振之上、口論之仕返しニ参候間荷担致呉候様申ニ同意いたし、一同永見寺へ押込、台所ニ臥り居候中間共を、元次郎・喜右衛門威し候而蚊屋引外し冠セ置、此者ニ刀之鞘を持附添居候様任申、附添罷在候内、元次郎・喜右衛門儀金銭盗得候段、不届ニ付遠島、

右御仕置附

右、例差当相見不申候、此者儀、加藤元次郎申ニ致同意、最初は口論之仕返しと存荷担いたし連立参候処、永見寺江忍入候而ハ全盗ニ

---

49) 古類集拾貳(七五四)。

入候儀と心付候得共、逃去候ハ、遺恨を含可申と当惑いたし罷在旨ニ候得共、右始末押込之同類同様ニ有之、附添罷在候内、元次郎・喜右衛門金銭盗得候処、其後遊女買揚可呉と申候節、盗金之内と相察断申、何ニ而も配分請不申、全盗ハ不申合義ニ付、一件之内惣吉ニ見合一等軽、遠島、<sup>50)</sup>

本件の佐吉も、刀の鞘を持って実行行為者に「附添」っていたのみであるが、御仕置附では「押込之同類同様」と評価している。しかし実際には、佐吉は配分を受け取っておらず、また「申合」もなかったため、一等軽く遠嶋とされているのである。

すなわち、押込に関与した頭取以外のすべての者を同類として等しく処罰したわけではなく、配分や「申合」など、その者が共犯関係の中にあったと評価できる一定の基準を満たさなければ、通例の同類より刑が減輕されたものと考えられる。尤も、事例のうちには「配分可致与存候処、人音いたし候ニ付、捨置逃去候段不届ニ付、死罪」<sup>51)</sup>などと、配分の有無のみによって刑の軽重を決めることを否定したものもあり、主たる基準は「申合」すなわち事前の共謀に求められたのであろう。

### 第三項 人殺・狼藉

御定書七十六条「あはれもの御仕置之事」には、以下の二箇条がみられる。

〔第三項〕

追加

寛保三年極

- 一 遺恨等を以拾人以上結徒党、狼藉之上人を殺候におゐてハ  
頭取 獄 門

50) 「御仕置例撰述」初編五（18）。

51) 「刑例抜萃」第参卷八〇号、寛政十・浅草無宿繁蔵一件。このほか、前掲寛政四・三州矢作村ニ而捕候盜賊無宿幸吉外壱人一件にも同旨の記述がある。また押込以外の盗についてではあるが、天保類集貳拾七（五五八）天保二・神田久右衛門町貳丁目代地治兵衛寄子首次郎外貳人、盗いたし候一件など。なお、これらの例はいずれも配分を「受け取ることができなかった」事例であって、「はじめから受け取るつもりがなかった」場合に如何なる処理がなされたかは窺知し得ない。

但、人ニ疵付候におゐてハ、頭取死罪、尤人殺疵付共ニ荷担人、  
中追放、

〔第四項〕

追加

同

一 同狼藉いたし、諸道具等損さし候におゐてハ

頭取 重キ追放

但、荷担人、所払、<sup>52)</sup>

これらの規定の特徴の一つは、「拾人以上」という要件である。御定書四十八条「密通御仕置之事」中の「押而不義」のように「大勢」との文言を含む規定や、強訴・徒党のように犯罪の性質上大勢となる場合はあるが、本規定はさらに明確に、拾人以上との要件を設けている。この要件は、実際の運用にあたっても意識されていた。すなわち、寛政八・信州八幡村通庵方え押込及狼藉候、無宿忠五郎一件<sup>53)</sup>では、最終的な処断こそ本規定に即してなされたとみられるが、評定所から「十人以上之徒党ニも無御座」との理由で本規定の適用を退ける意見が示されている。

また、安永八・勢州塩浜村之もの共、東海道四日市宿獵船を追散、乗組之内、変死いたし候一件<sup>54)</sup>では、当該「あはれもの」規定を参照し獄門に処すべきであるとの阿部備中守（正綸、寺社奉行）らの意見に対し、土岐美濃守（定経、寺社奉行）らが「追払可申旨、村方之もの共え、同人、申継候迄之儀ニ付、徒党を結候と申程之義には有御座間敷」下手人が相当との意見を出し、老中差図は下手人となっている。同時期の強訴に関する事例である前掲の安永六・江州築瀬村・外拾八ヶ村之もの共、致徒党、及狼藉候一件では、「追々申次セ」なる態様で徒党の形成を認めており、当該規定の適用に際しては、徒党であるか否かの判断がより慎重になされたと考えられる<sup>55)</sup>。

52) 『徳川禁令考』別巻 p.115。

53) 古類集拾五（一〇三〇）。

54) 古類集拾五（九八一）。

55) そのほか、この規定の適用を退ける旨明言した例として、古類集拾五（一〇二三）天明七・堺表・町家え、大勢入込、家宅諸道具打損候一件（「遺恨等有之、兼て申合、又ハ頭取有之、荷担いたし候ものニも無之」として否定した）などが挙げられる。

以上のように、当該規定の適用は慎重になされているが、それは後述する下手人との関連によるものと考えられる。共犯による人殺については、当該規定とは別に御定書七十一条に、「大勢にて人を打殺候時初発に打懸候もの、下手人」なる規定があり、これとの区別を明確にするために、より重い刑を科す本規定の要件を厳格にしたものであろう。実際、狼藉については、共犯者が二人であった場合にも前掲七十六条四項を適用しており<sup>56)</sup>、厳格な適用は人殺に特有のものであったと考えられる。

(1) 頭取

当該犯罪類型における頭取の特徴を示す事例として、以下のものが挙げられる。

天保二卯年御渡  
町奉行  
筒井伊賀守伺  
一 深川中島町勘太郎其外之もの共、及狼藉候一件  
深川中島町源八店  
勘 太 郎  
外 忒 人

右之もの共儀、口論打擲之儀ニ付ては、近來別て嚴敷申渡置候処、相背、去寅五月十一日、定吉方にて酒給候上、料理茶屋嘉兵衛方え罷越、酒食差出候様申聞候処、惣吉相断候を心外ニ存、勘太郎、茶碗等惣吉え投付、打懸り候に付、富次郎・由蔵と掴合、安五郎・定吉罷越相宥、同人儀此もの共は引返し、嘉兵衛方え罷越候処、入口戸をメ、立入候儀成兼候間、格子を打壊候砌、猶又定吉罷越、相制候に付、一同勘太郎方え立戻候処、万吉外拾人浜祭ニ付、寄合居候間、右始末相咄、近辺之もの共え外聞不宜、其上安五郎取扱ニ立入候得共、挨拶ニも不參候間、同人嘉兵衛宅打壊、憤を可晴旨、勘太郎申聞候処、一同同意いたし、銘々木切を持、嘉兵衛・安五郎宅え罷越、家財等打壊、亦八家根え上り、瓦を投散し、相手不知、惣吉・富次郎え疵付候仕儀ニ相成、

56) 新類集（五七一）享和三・備中国倉敷村・庄助宅にて、無宿・幸八外老人、及狼藉候一件。

殊亀次郎は、右吟味中、手鎖預ケ申付置候処、同十二月廿三日夜、小伝馬上町より出火之節、風烈にて飛火之程難計存候由、手鎖之儘、無断立出、火鎖相帰可申と存候折節、持病之積気差発、延引いたし、難立戻、近辺立廻り居候段、旁三人とも不届ニ付、勘太郎ハ存命ニ候得は、重敲之上重追放、鉄五郎ハ敲之上、軽追放、亀次郎ハ敲之上、中追放此儀、吟味書之趣にては、最初口論之節、安五郎・定吉相宥候ニ任、一旦立帰候後、猶又仕返し可致旨、勘太郎申聞候ニ付、鉄五郎・亀次郎同意いたし、嘉兵衛宅格子を打壊、其砌も、定吉相制候間、勘太郎宅え一同立戻候節、浜祭ニ付寄合居候万吉外拾人え、口論之始末相咄、嘉兵衛并安五郎宅をも打壊、憤を可晴旨、又候勘太郎申聞、其場ニ居合候もの共、并右定吉も同意いたし、嘉兵衛外壱人宅え一同罷越、及狼藉、惣吉・富次郎え疵付候次第ニ相成、且亀次郎儀、手鎖預ケニ相成候内、去寅十二月廿三日夜、小伝馬上町より出火之節、風烈にて町内風下ニ相成、飛火之程難計存し、洲崎土手通りえ立退、火鎖候後、相帰可申と存候折節、持病之積気差発ニ付、手当いたし、翌廿四日昼九半時比、少々快相成候得共、同日朝は封印改日限ニ付、右舂延引いたし帰兼、近辺立廻り居候処、同月廿七日被召捕候由にて、手鎖を外し候儀は無之趣ニ有之、御定書ニ、

一 遺恨等を以拾人以上結徒党、狼藉之上人を殺候ニおゐては、頭取、獄門、但、人ニ疵付候ニおゐてハ、頭取死罪、尤人殺疵付ともニ、荷担人、中追放、

右之通有之、然ル処、御尋御答書ニ、筒井伊賀守申上候にては、惣吉・富次郎疵受候は、聊之儀にて、打破候疵ニは無之、腫色付候迄にて、早速常舂ニ相成、殊疵付候は、勘太郎仕業と申こも無之由ニ付、猶勘弁評議仕候処、勘太郎儀、惣吉外壱人え疵付候と之見居は無之候とも、大勢之もの共屋根え上り、瓦を投散候砌、疵付候儀ニ付、いつれ右人数之内よりし成候儀にて、勘太郎頭取、右始末およひ候上は、則同人疵付候にも相当可申哉、殊ニ右御定書ニ、頭取又は荷担人之内等より、疵付候儀之差別は勿論、疵之多少ニ寄、御仕置附候儀も無之、〔中略〕勘太郎ハ、頭取候ものニ付、存命ニ候ハ、死罪、〔中略〕

評議之通済、〔下略〕<sup>57)</sup>

本件では、他の共犯者に家の打ちこわしを提案した頭取は、実際にこれに参加してはいるものの、その結果付随的に発生した傷害結果については、発言もしていなければ傷害行為を行っている訳でもないことが認定されている。にもかかわらず評議では、御定書の規定を直接適用し、頭取に死罪を命じているのである。このように当該結果の原因となった者を頭取とする考え方は、強訴・徒党における「徒党之頭取」の取扱いと同様のものであると考えられる。

また、徒党人殺について、文化十三・於遠州三方ヶ原、無宿平蔵と同辰五郎及及鬪諍、池町権之助人違にて殺害ニ逢候一件<sup>58)</sup>は、実際に徒党を組んでいた際には死傷者がなかったため七十六条三項の適用を避けているが、「結徒党、其上平蔵外壺人を遺恨ニ存候より事起り、荷担人之内、人違にて権之助を殺害いたし候次第ニ至り候方、重々不屈」として、徒党の頭取である辰五郎を死罪に処している。ここでも、徒党の頭取が、当該徒党を組んだために付随的に発生した結果についても責任を負うという構図が看取される。

(2) 頭取ニ差続

強訴・徒党と同様、集団による人殺や狼藉についても、差続を認定することがあった。このうち人殺については、寛政三・江州田井村百姓、徒党人殺一件<sup>59)</sup>に記述がみられる。同一件のうち右衛門は、「頭取・清左衛門ニ差次、結徒党、作右衛門を敲殺し置、内証にて事済候義、重立、取扱」などとして死罪との伺が出されていたが、評定所評議においては「作右衛門を殺し候節、其場え罷越、俱々敲候間、人殺之手伝いたし候もの、遠嶋、之御定をも見合、頭取ニ差続候ものニも御座候間、遠嶋可申付」と評価されている。すなわち、集団の形成や犯行時、犯行後の「取扱」から差続であることが認められていると同時に、現場で殺害行為に加わったことから「人殺之手伝」、すなわち御定書七十一条三十一項をも参照し、科刑を決定

57) 天保類集三拾五（八八一）。

58) 続類集五（一二六）。

59) 古類集拾五（一〇一三）。

しているのである。先に徒党人殺の適用を否定した例として参照した、安永八・安永八・勢州塩浜村之もの共、東海道四日市宿獵船を追散、乗組之内、変死いたし候一件でも、「差続打倒」した者を、「手伝」規定を適用し遠嶋に処すべしとの評議があり、老中差図も遠嶋となっている。このように、集団による人殺における差続は、人殺の共犯のうち最も刑が重いもののひとつである「手伝」規定と関連付けられていたと思われる。

一方、狼藉については、文化六・野州今市宿・清右衛門外拾壱人、及狼藉候一件<sup>60)</sup>のうち、安兵衛、卯之助が「頭取差続候もの」と評価されている。このうち安兵衛についての記述を掲げると、以下のとおりである<sup>61)</sup>。

右之もの儀、近年、宿内馬持共、及困窮候間、森友村地境・中内橋打壊候ハ、会津商荷物、宿内え可相懸、左候ハ、格別助成ニも可相成段、清右衛門・申旨に同意いたし、清右衛門・卯之助と申合、馬持之ものえ申勸、若、不得心之ものは、駄賃稼、差留候杯、申候処、一同承知いたし候ニ付、宿外地蔵前え寄集候上、中内橋え罷越、右橋打壊候始末、不届ニ付、中追放

此儀、清右衛門・任申、及狼藉候始末は、頭取に差続候ものニ御座候、御定書ニ、遺恨を以、拾人以上、結徒党、狼藉いたし、諸道具損さし候もの、頭取、重キ追放、但、荷担人、所払、と有之、頭取差続候もの之御定は無御座候得共、清右衛門ニ見合、品軽方ニ御座候間、同人より一等軽く、軽追放、

評議之通済

本件では、「発意」した清右衛門に同意した安兵衛・卯之助が差続、彼ら三人の「申勸」に同意した伊右衛門外八人は荷担人とされている。然るに、頭取と差続との区別は発意か同意かによっているが、頭取・差続と同類との区別は、他者を犯行に勧誘したか否かによっていると言えよう。

以上から考えるに、人殺における差続の取扱いには「手伝」規定の援用というやや特殊な事情が介在するものの、本質的には他者の誘引などによ

60) 新類集拾七（五七二）。

61) 卯之助については、安兵衛の直後に記載があるうえ、両者の文面はほぼ同様のものである。

り、犯行に向けた条件・環境を整えた点が重視され、差続が認定されたとみられる。

### （3）同類

先に掲げた寛政三・江州田井村百姓、徒党人殺一件のうち常八外五人についての評議では、「作右衛門変死之儀、内証にて事済し候不埒も有之候得共、作右衛門を川え敲込可申旨、清左衛門、発言および候二、同意いたし候科、重にて、遺恨等を以、拾人以上、結徒党、人を殺候もの荷担人之御定ニ引当候ては、中追放ニ相当り、人殺之手伝いたし候もの之御定にては、遠嶋ニ相当り可申処」とある。本例ではその他の事由から結果的に「右二ヶ條之御定ニも難引当」とはされているものの、発言に同意したことが重視されている。

尤も、同意したからと言って荷担人とされたわけではない。同じ一件のうち次郎兵衛は、「申合之場所えは罷出候得共、作右衛門被殺候跡え参り、其儀ニ携り不申、手伝ハ勿論、荷担いたし候程之儀も無之」とされており、なんら具体的な行為にでていない場合には、荷担人とはならなかったことが窺える。

## 第四項 その他の犯罪類型

御定書に規定のある頭取・同類のうち、ここまでに取り上げた三犯罪類型以外については、その適用例が極めて少なく、十分な検討はできない。しかしこれらのうちにも、頭取などについてある程度具体的な役割を示した記述がみられる。たとえば、御定書五十六条十五項「御林之竹木、申合盗伐いたし候もの」について、「科条類典」に以下の例が収められている。

享保十九寅年十一月申渡

れ一 備中阿賀郡土橋村<sup>狐ヶ丸</sup><sub>横池</sub>御林木盗伐候百姓共御仕置一件

小林孫四郎保木佐太郎元御預り所狐ヶ丸御林江百姓共大勢入込、松来盗伐旨、御林守并庄屋年寄共作州倉敷陣屋江致注進付、彼地差置右

兩人手代差遣、遂吟味、伺之上、御仕置之儀左之通申渡、

備中国阿賀郡土橋村

百姓

阿 久

右之もの、御林之木盜伐取候致頭取、外之もの共をも誘引、畢竟此  
ものより事起り、重々不届ニ付、出牢之上、重キ追放申付、

同国同村百姓

作 助

右同断百姓次郎兵衛悴

十 三 郎

右同断百姓

次郎兵衛

関三十郎領分

同国同郡草間村

六兵衛甥右同断百姓

助太夫

雇召仕候もの

六

右之もの共、阿久御林之木盜取薪可致旨申、作助を誘引候付、十三郎  
次郎兵衛、六を段々誘引、阿久共ニ五人ニ而松木伐取焼捨候由、畢竟  
阿久と一同いたし、御林之木盜伐取、不届ニ付、出牢之上、追放申付、

右同断

同村百姓

過料五拾貫文

三 拾 七 人

右之もの共、誰勸候儀も無之、頭取も不存候得共、御林ニ薪伐取候も  
の有之を及見聞、不苦儀と心得違、伐取候由雖申、御林之木盜取、不  
届に付、手鎖村預申付置候処、三拾七人ニ而過料五拾貫文申付、  
〔下略〕<sup>62)</sup>

本件において頭取と認定された阿久は、他者を犯行に誘引し、本件犯行

---

62) 『徳川禁令考』後集第三 pp.213-214。

を惹起した点が評価されている。また、阿久に誘われた作助以下四名も、「段々誘引」によって共犯者集団を形成したことが認定されている。御定書規定では、頭取が重追放、頭取二准し候ものが中追放、同類が過料と規定されているから、彼らは頭取に准し候ものに相当すると考えられる。

一方、百姓三拾七人は、御定書規定によれば同類に相当するが、頭取らとなんら共謀をしておらず、ここまで見てきた同類とはやや異なる<sup>63)</sup>。しかしいずれにしても、彼らは阿久らの行為を見聞きし犯行に臨んでいるのであるから、阿久らが犯行に向けた環境・条件を整えた者であると評価され、それゆえに百姓三十七人と比較して重く処罰されたと考えられる。

このほか、頭取・同類とは直接関連しないものの、御定書六十四条一項はかたり事につき「人を誘引申合候もの」を「贓物金壹両以上ハ死罪」とする要件の一つに組み込んでいる<sup>64)</sup>。一方誘引された者について御定書に規定はないが、「当座之かたり」に准じて処罰された先例<sup>65)</sup>があり、事実上誘引した者よりも低く評価されたと考えてよい。

以上の例からも、御定書規定において、頭取同類のように共犯者の科刑に差を設ける場合には、他者を犯行に誘引する事を重視していたことが窺える。

### 第三節 御定書に規定なき場合の頭取・同類

ここまで検討してきた例は、いずれも御定書の規定によって処罰するというものであった。しかし、たとえば

寛政六寅年四月

町奉行

松平伊豆守殿御差図

池田筑後守懸

一 南鞘町権次郎盗いたし候一件

63) ここまでの検討を踏まえるに、同類が事前の共謀を要しなかったとは考えにくい。おそらく本件は御定書規定の元例であるため、厳密には同類ではないものの、科刑を定める際の参考とされたのであろう。

64) 『徳川禁令考』別巻 p.104。

65) 「評議物留帳」（平松義郎監修・京都大学日本法史研究会編『近世法制史料集』第一巻所収、創文社 1973 年）六拾貳番、明和元・八町堀水谷町甚兵衛方二居候喜八外九人御仕置之儀評議仕候趣申上候書付。

稲葉町源兵衛店

専 次 郎

右之もの儀、頭取、夜中往来人を捕理不尽ニ打擲いたし、懷中之金子奪取、又は錢財布可奪取と致し候節、辻番人立出候故逃去り、或は権次郎頭取ニ馴合町家へ押込候節、外見いたし、猶又此もの頭取、往来之女を捕無躰ニ不義いたし、其上壺人立、町家戸明キ有之処へ這入、又ハ竿ニ干有之衣類品々金子等盜取、剩同類其外知人申合、式三錢賭之廻り筒賽博奕宿いたし、宿錢取之候始末、重之不屈ニ付獄門、

右御仕置附

右、御定書ニ、追落いたし候者、死罪、と有之、盜可致と徒党致し人家へ押込候者、頭取獄門、同類死罪、と有之候、此もの、町家へ押込候節頭取ニは無之、追落并無躰ニ不義いたし候節も頭取ニ御座候所、追落し之御定ニ頭取ハ無御座候得とも、大勢申合追落し致候節ハ、何レニも頭取之差別可有之、左候得は、壺人立致し候節死罪ニ候得は、右押込之頭取ニ見合、其上強淫之節も頭取候得は、旁獄門、  
〔下略〕<sup>66)</sup>

とあるように、御定書に頭取の規定なき追落のごとき犯罪類型でも、「大勢申合追落し致候節ハ何レニも頭取之差別可有之」との御仕置附がなされているように、御定書に規定なき場合にも、頭取・同類は認められたのである<sup>67)</sup>。

然らば、かかる場合の頭取・同類は如何に区別されたか。安永二・巧を以、江戸表之ものえ、証文引渡、評定所裏判願受候一件<sup>68)</sup>では、発言人である五郎右衛門（吟味中に病死）が「発当人」であり遠嶋に処されるべきであったと考えられている一方、余の者の刑は減輕されている。五郎右衛門以外については、「発言仕候儀ニは無御座」や「申候ニ同意いたし」など、同意者であることが示されており、これが刑を減輕される根拠になったと考えられる。このように、発言人か同意者かを基準として科刑に差を設け

66) 「御仕置例撰述」初編五（59）。

67) 上記の例のほか、古類集拾式（七〇三）。また、頭取・同類という語を用いずとも、共犯者間で科刑に差を設ける場合があったのは、石塚氏の既に指摘しておりである（前掲石塚「共犯（一）」p.40）。

68) 古類集九（四八二）。

る例は散見される<sup>69)</sup>。

一方で、以下の如き例もみられる。

寛政十二申年十二月十六日進達  
「十三」 池田雅次郎掛り  
西五月廿九日 「七百弍番」  
戸田采女正殿御差図  
一神田無宿ほうかふり忠事当時無宿入墨忠次一件  
浅草入墨  
無 宿  
藤 五 郎

此者儀、中追放ニ相成候後、御構場所不立去、浅草御蔵前往来ニ而、町人躰之者肩ニ掛居候羽織外シ取、又候同類馴合、町家入口戸ノ有之処固辞明、或者錠をねち切這入、衣類、銭盜取、又者往来ニ而町人躰之者江突当、口論致掛打擲致し、右之残衣類、金銀、鼻紙袋奪取、或者旅人躰之者を取巻、懐中之金入候鼻紙袋奪取、剩旅人を土手ノ突落し、前書之品々ハ売払又者質入致貫、或者所持致、右代金銀銭、盜取又者奪取候金銀共、馴合候節者配分致不残酒食ニ遣捨候段不届ニ付、死罪与相伺、御下知、獄門、

吟味書之内忠次、亀五郎、喜太郎、万吉、吉五郎、金次窺之通死罪、

池田雅次郎殿

評定所一座

先達而御伺有之候、神田無宿ほうかふり忠事忠五郎、当時入墨忠次初筆致盜候一件、采女正殿評議ニ御下被成候御吟味之内、忠次儀者、藤五郎、亀五郎、万吉、金次、吉五郎、喜三郎一同、浅草並木町兩替屋ニ而、旅人躰之者銭調居、金子数多所持致候様子ニ付可奪取与存し、旅人之跡ハ附参、本所押上土手を外、往来人無之ニ付、一同取巻、紐ニ而、首ニ掛居候懐中之鼻紙入無躰ニ奪取、旅人者上手ノ突落し逃去、右鼻紙入之内ニ有之候金弍拾兩三分、配分致候与有之、藤五郎外五人

69) 「御仕置例撰述」初編十三（34）寛政五・神田富山町喜兵衛ゆすり致候一件、古類集八（三六八）寛政八・撰河泉播村々之もの共、賄賂差出候一件など。

申候も同様ニ付、右者発頭之者無之ニ而者難成所業ニ候処、其段御吟味書ニ而者相分不申候、御仕置当評議難決候間、委細御申聞有之様存候、

酉二月

答書、下札左之通

御書面、かんだほうかふり忠事忠五郎、当時入墨忠次外六人之者共、兼々申合手荒之盜致し、日々一同連立徘徊致、浅草並木町辺両替屋ニ而旅人躰之者錢調居、金子数多所持致し様子藤五郎見受、右金子可奪取与、同人発頭与申二者無之候得共発言致、一同跡の附参、本所押上土手ニ而取巻、忠次儀、右旅人紐ニ而首ニ掛居候金入候鼻紙袋奪取候処、盜賊与声立候二付、亀五郎、喜平兩人ニ而、土手の旅人を突落し逃去、右鼻紙袋之内金貳拾兩貳分者、配分致候旨申立候、

酉三月

池田雅次郎<sup>70)</sup>

本件は先に掲げた享和元・神田無宿・忠五郎事・忠次、盗いたし候一件についての記述である。御仕置例類集の記述から既に明らかのように、藤五郎は発言人である故に頭取と認定され処罰されている。

本史料からは、当該一件において藤五郎を頭取と認定する過程が窺える。それによれば、まず評定所が本件について、「発頭之者」を挙げよと火附盜賊改に問い合わせている。これに対する火附盜賊改からの答書には、藤五郎は「発頭」ではないが「発言」であると記されている。すなわち火附盜賊改の回答の中では、「発頭」と「発言」とが区別されているのである。評定所の考えがこれと合致するものであったかは明らかでない。しかしこの文面からは、頭取が「発言」によって直ちに認められるものではないとの認識が窺える。

また、寛政十二・京都松植町・茂右衛門、当海道筋にて、品々不埒之取計いたし候一件<sup>71)</sup>において

浅草東仲町

弥助店

庄右衛門

70) 「刑例拔萃」第貳卷四七号。

71) 古類集九(五一八)。

〔中略〕

此儀、茂右衛門ニ同意いたし、申合候得共、宿々より金子取候は、茂右衛門、重立取計候儀にて、兼て申合候儀も無之間、茂右衛門より一等軽く、軽追放にて相当可仕処、不正之金銭配分いたし候は、利欲ニ拘り候ものニ付、伺之通、入墨之上・軽追放、

〔中略〕

御差図、入墨之上、軽追放、

とあるように、本件において最も重く処罰される茂右衛門は、単に庄右衛門らの同意を取り付けたのみならず、実際の犯行において「重立取計候」ことも考慮されている。

以上からは、御定書に規定なき頭取・同類も、御定書に規定ある場合と同様、発言のみならず、広く共犯関係内における役割の重要性によって判断されていたものと考えられる。

さらに、当該共犯関係における位置づけを考慮するという傾向は、同類同士の科刑に軽重をつける場合にも用いられた。

前掲安永二・巧を以、江戸表之ものえ、証文引渡、評定所裏判願受候一件において、同意者のうち十郎兵衛については、「五郎右衛門・喜七申合候手段、委細ニ不存ものニ御座候間」、ほかの者より軽い刑に処されている。また、前掲寛政十二・京都松植町・茂右衛門、当海道筋にて、品々不埒之取計いたし候一件では、同意者のうち庄右衛門について、「兼て申合候儀も無之間、一等軽く」処断すべしとの評議がみられる。これらの例では、犯行計画段階での関与が考慮要素となっている。計画段階では携らず実行にのみ寄与した場合には、計画段階から関与していた共犯者より果たした役割が低いと考えられたためであろう。このように、共犯者に加わった時期によって科刑に差をつけるということは、しばしば行われていた<sup>72)</sup>。

以上、御定書に規定なき場合の頭取・同類について検討してきた。それによれば、両者を区別する基準は御定書に規定ある場合と大きく異なることはなく、発言・同意を含め、当該行為者が共犯者間において如何なる役

72) 本文に掲げた例のほか、古類集九（四六二）享和二・遠州無宿・左門、似セ勸化いたし候一件、続類集九（二六九）文政元・摂州今林村宗左衛門其外之もの共、巧を以御貸附銀借受候一件など。

割を果したかに求められたと考えられる。また、押込においてみられる、「申合」などを基準として同類間で科刑に差をつけるという法理も、同様に用いられていた。したがって、御定書に規定があるか否かによって、その法理が大きく異なることはなかったと言えよう。

#### 第四節 頭取不明の場合の取扱いと強訴・徒党の特性

御定書に規定ある場合にも、頭取が不明の場合はあった。かかる場合、当該共犯者らは如何なる取扱いを受けるか。

強訴・徒党について「御定書ニ添候例書」には、

七十八 領主地頭屋敷門前江大勢相詰致強訴候もの御仕置之事  
明和八卯年五月

一頭取

遠 嶋

但、頭取不相分候ハヽ、門訴いたし候もの共之内、宗門人別帳突合、筆頭之もの、遠嶋、〔下略〕<sup>73)</sup>

なる規定がみられる。強訴・徒党についての御定書規定中、頭取は死罪であり、御定書規定と上記例書が全く同種の事件を想定していたとは考えにくい。しかしいずれにせよ、権力機構に対する反抗を中核とするこの種の犯罪類型につき、頭取が不明の場合でも、共犯者の中から少数の者を重く処罰する旨の規定がおかれたのである。

強訴・徒党の頭取・同類は、先に見たように「申勤」などを考慮要素に「取斗」の有無によって区別されるものであったから、おそらく上記例書における「頭取不相分」も、そのような者が認められない場合を指したものと思われる。

一方、押込については、以下の例が挙げられる。

文政十二丑年御渡  
佐渡奉行伺

---

73) 『徳川禁令考』別巻 p.176。

一 大坂無宿定吉外壱人、盗いたし候一件

水替小屋場内下世話

大坂無宿

清豆の

安次郎事

定 吉

外 壱 人

右之もの共儀、酒食可致金銭無之逆、人家え押入、盗可致旨申合、夜中小屋場犬潜より抜出、相川壱丁目勝右衛門後家のよ居宅表入口脇板戸を、用意いたし候消炭にて火拵いたし、兩人にて忝ヶ所焼抜、手を差入閤貫を外し、力待立入、門口潜戸掛金を外し遣し、定吉を引入、声立候ハ、可打殺旨申威、力待は、起出候のよを土間え突倒、前歯打折、与四蔵を捻伏、もくをも申威、案内為致、銭七貫文盗取、兩人にて酒食ニ遣捨、其上窪田村三七郎方にて、同様消炭にて火拵いたし、力待入口板戸を焼抜、掛鉄を外し、定吉一同立入、手元ニ有之斧・鎌を兩人にて持、臥居候蔵次郎を引起、声立候ハ、可打殺旨申威、縛候て柱え縊付、三七郎を捕、案内為致、銭三百文定吉盗取候後、取落し、右蔵次郎逃出候を、力待斧を持追駈出候途中にて、可捕押と立帰候蔵次郎・三十郎と打合、殺候て可遁去と、兩人え斧にて所々疵付、定吉は逃去節、六太郎ニ出逢組合、一同深田え落入、上ニ相成、同人を水中え押込、殺候て可遁去と、喉え摺疵付候始末、不届至極ニ付、兩人とも、獄門、

此儀、御定書ニ、盗可致と、徒党いたし、人家え押込候もの、頭取獄門、同類死罪、と有之候得共、此もの共は、誰頭取と申儀も無之、兩人申合、押込いたし候ものニ付、寛政九巳年根岸肥前守御勘定奉行勤役之節、伺之上御仕置申付候無宿義英外壱人儀、豆州三島宿誓願寺本堂入口戸を明、蠟燭を灯し這入、台所ニ有之割木を持、声立候ハ、可打殺旨申威し、住持下男とも縛置、袈裟衣衣類并下男所持之脇差其外、都合式拾貳品・銭四百文余盗取、空腹ニ相成候逆、台所囲炉裏にて、火を焚食事いたし、着居候衣類ハ脱捨、盗取候衣類を着替、逃去候始末、不届至極ニ付、兩人共、獄門申付候例、并其上力持ハ刃物、定吉は刃物ニハ無之候得共、喉え摺疵付候儀も有之

候間、文化七午年評儀ニ御下被成候、大林弥左衛門火附盜賊改勤役之節相伺候無宿千代吉儀、百姓家寺庵等入口之戸メリ有之処押明ケ、又ハ壁を破り潜入、建寄有之戸を明ケ、明キ有之処より這入、衣類・帯・脇差・金銀錢其外品々盜取、其上無宿喜八と馴合、慈光寺隠居義然方え罷越、日影村より參候由申偽、戸を明ケさせ、義然立出候処、喜八儀、無軀二抱、表え引出し押伏候ニ付、此もの、所持之小刀を咽え当、声立候ハ、可突殺旨申威、金子有所相尋候処、金子ハ無之、衣類勝手次第持參候様申候ニ付、喜八儀、猶又真田紐にて口を可割といたし候処、人殺之由声立、咽え当候小刀を掴層牢ニ付、其儘右小刀を咽え突立、手疵を為負逃去、前書之品は、所持いたし、或は質入売払、右大盜取候金銀錢とも不殘遣捨候段は、不届至極ニ付、獄門と相伺、評議之上伺之通と申上、其通相濟候例をも見合、疵付候逆、右にて御仕置重り候儀は無之候間、伺之通、兩人とも、獄門、評議之通濟、<sup>74)</sup>

これによれば、共犯者は差別なく頭取の刑に処されている。石塚氏は本事例から、「頭取の不明な徒党押込は全員頭取の処罰をうけた」とし、先の強訴に関する「添候例書」七十八但書をも合わせて、頭取が不明の場合でも「頭取・同類の規定があればその区別がなされたことには変りなかった」との見解を示している<sup>75)</sup>。

しかし、石塚氏のこの理解には検討の余地がある。押込にかんする上記の例は、あくまで「誰頭取と申儀も無之」ことが前提とされている。同氏が本件と「同旨の例」であるとする、天保六・無宿栄次郎外四人、押込い

74) 天保類集貳拾五(四八三)。

75) なお、石塚氏は頭取が不明である場合の取扱いとして、上記二類型のほか、船荷物の押領に関する事例から、「共犯者の地位に着目してその中の一人に頭取に准ずる扱いをしてもものがある」と指摘する。しかしこの犯罪類型については、御定書上、頭取・同類ではなく、「船頭」「上乘」「水主」との区別がなされている。また実務においても、「楫取・水主之内発意ニても、船頭同意いたし候上は、獄門、発意之方死罪ニ相成」(天保類集貳拾三(四五三)天保十・撰州御影村治八郎船乗組のもの共、御廻米之内盜取候一件)とあり、身分関係によって科刑が区別されていることが分かる。すなわち船頭が不在中の犯行について「楫取」を重く処罰するという取扱いは、本来重く処罰される者が「不明」なのではなく「不在」の場合に誰を処罰するかという問題である。したがって上記二類型とは一線を画すと考えるべきであろう。

たし候一件<sup>76)</sup>およびその中で先例として挙げられている諸例にも同様の文言が確認できることから、押込の共犯者に対し全員を同じ刑に処す場合には、頭取は観念されていないと言えよう<sup>77)</sup>。

尤も、先に掲げた「添候例書」七十八但書も、宗門人別帳中筆頭の者を頭取とは明言していない。しかし、こちらは本来の頭取が不明である場合、然々の者を頭取の刑に処せと書かれており、かつこの者は人別帳毎に一人と少数である。したがって、共犯者全員を同刑に処す押込における対応とは、その性質を異にすると考えるべきであろう。

然りとすればなぜ、両者は同じ頭取についての問題でありながら、異なる取扱いを受けるのか。前者については、後述する頭取なき同類との関係が問題となると思われる。御定書に規定なき場合でも頭取・同類を区別し得ることは先にみたとおりであるが、然らざる場合、すなわち、頭取が観念されない、同類のみによる共犯関係もあり得た。そして頭取・同類を区別する場合、頭取が正犯の刑に処され、余の者は刑を減輕されるのに対し、頭取なき同類の場合には、同類全員が単独正犯に科されるべき刑に処されるのである。

頭取不明の場合の押込は、この頭取なき同類と同様、全員が同類として同刑に処されたと考えられる。実際、

文政七午年御渡  
火附盜賊改  
大林弥左衛門伺  
一 無宿・千代吉、盗いたし候一件、

大指村無宿  
千代吉

右之もの儀、百姓家・寺庵等、入口之戸メリ有之処、押明ケ、又は壁を破り潜入、建寄有之戸を明ケ、明キ有之処這入、衣類・帯・脇差・金銀錢・其外品々、盜取、其上、無宿・喜八と馴合、慈光寺隠居・

76) 天保類集式拾八（六〇四）。

77) 「刑例抜萃」第式卷四三号、寛政十・寺方入口戸押外し這入、僧を縛り衣類剥ぎ取り候ものでも、余の者への科刑が明らかではないが、「同類馴合、誰頭与申儀者無之」との記述がみられる。

義然方え罷越、日影村より参候由、申偽、戸を明ケさせ、義然、立出候処、喜八儀、無躰ニ抱、表え引出し押伏候ニ付、此もの、所持之小刀を咽え当、声立候ハ、可突殺旨、申威し、金子有所、相尋候処、金子ハ無之、衣類、勝手次第、持参候様、申候ニ付、喜八儀、猶又、真田紐にて口を可割といたし候処、人殺之由、声立、咽え当候小刀を掴候に付、其儘、右小刀を咽え突立、手疵を為負、逃去、前書之品ハ所持いたし或は質入・売払、右代・盗取候金銀錢とも、不残、遣捨候段、不届至極ニ付、獄門、

此儀、慈光寺隠居・義然方え盗に可入旨、無宿・喜八申合、兩人にて義然を手込にいたし候始末、誰、頭取、と申ニも無之趣ニ相聞候間、盗可致と、徒党いたし、人家え押込候もの、頭取、獄門、盗ニ入、刃物にて人ニ疵付候もの、盗物持主え取返候とも、獄門、と有之兩様之御定ニ見合、伺之通、獄門、

評議之通済<sup>78)</sup>

なる例では、「誰頭取と申ニも無之」と、これまで掲げてきた例と同様頭取の存在を観念していない。そして押込の規定と共に、盗先での刃物による傷害行為について規定した御定書五十六条三項を参照し、獄門に処している。すなわち、頭取が判明しない押込については、単独正犯の規定をも参照して、共犯者をその規定によって処罰していたと考えられるのである。

さて、押込についての頭取不明の場合の処理が、頭取なき同類に近いものであるとすれば、一方の前掲「添候例書」七十八但書は、当該犯罪類型において頭取・同類の区別を堅持するものと言えよう。そしてこのような姿勢には、当該犯罪類型、すなわち強訴の特性が関係していると考えられる。

強訴・徒党は多くの場合在方で発生しており、行為者も多くは農民である。また、御定書は幕府刑法であるから、その適用範囲はまず幕府領が想定される。すなわち、強訴・徒党において処罰の対象として第一に想定されているのは、幕府領の農民ということになろう。ところで彼ら幕府領の農民は、幕府にとっては年貢を徴収する対象である。然るに彼らの多くを追放刑以上に処すということは、在方の生産者人口を減らし、ひいては幕

78) 新類集拾壺(二七三)。

府財政に悪影響を及ぼす危険がある。したがって、強訴・徒党のように大勢の百姓が関係してくる犯罪では、頭取など一部の者を重科に処す<sup>79)</sup>一方で、余の者に科す刑を極力抑えることで、そのまま農業に従事させる意図があったのではないかと推測される。

かかる取扱いは贈賄罪にもみられる。たとえば寛政八・摂河泉播村々之もの共、賄賂差出候一件<sup>80)</sup>では、同意者の刑を減輕するにあたり、「多人数之儀ニも御座候ニ付」なる理由が挙げられているのである。これにより、伺では所払とされていた者らが過料刑などの、その村を離れず農業を継続できる刑に処されている。

さらに、門訴については、

寛政十年年七月

御勘定奉行

安藤対馬守殿御差図

根岸肥前守掛

一 下総国大房村百姓共門訴いたし候一件

藪主斗知行

下総国相馬郡大房村

百姓

拾四人

右之もの共儀、仮名主五郎右衛門支配難請候迎、地頭より申付候人別帳印形も、五郎右衛門取斗ニ而は難致旨申張、与三左衛門申談候ニ同意いたし、江戸表江出、地頭門前ニ相詰候段、一同不埒ニ付、過料錢三貫文ツ、

右御答附

右、明和八卯年之御書付ニ見合、三十日手鎖と可奉伺処、去ル子年、曲淵甲斐守御勘定奉行ノ節、手限伺之上御答申付候、下総国南中村外式ヶ村百姓共門訴いたし候一件、百姓共多人数ニも有之、其上百姓第一之農業手入次節ニも相成、差支可申儀ニ付、過料錢三貫文ツ、申付

79) この、少なくとも一部は重科に処すべきであるとの姿勢は、「見懲」を期待しているものであると考えられる。前章においてもふれたとおり、牧健二氏は頭取が「代表的に罰せられた」としている。同氏がこの点を意識して書いたかは不明であるが、表現としては的確なものである。

80) 古類集八（三六八）、同種の例として続類集六（一四七）が挙げられる。

候例ニ見合、過料錢三貫文ツヽ、<sup>81)</sup>

として、より直接的に農業との関連を論じた例もある。このように、在方を中心とする犯罪では、多分に政策的な意図に基づいた取扱いがみられるのである。

## 第五節 頭取・同類と律にみえる共犯規定

石塚氏は、「徳川幕府刑法における共犯の観念や処分方法には律に由来するとみとむべきものが多い」<sup>82)</sup>と指摘している。すなわち、唐名例律四二条にみえる「諸共罪者、以造意为首、随従者減一等。」なる規定が養老律に継受され、以降言葉を変えつつも近世に至るまで「共犯罪分首従」という観念が継承された。そのため、徳川幕府刑法における頭取の認定にも、「律における造意の観念の記憶があったのではないかと思われる」<sup>83)</sup>と同氏は論ずるのである。

石塚氏のこのような指摘は、発意ないし発言人を頭取と考える同氏の頭取・同類についての理解を前提とするならば、ごく自然に想起されるものであろう。しかし本稿では、ここまで一貫して、頭取の認定にあたって重視されていたのが、共犯集団内での役割の大きさであること、換言すれば、発意それ自体は頭取の中核的要件ではないことを明らかにしてきた。したがって、これら徳川幕府刑法における共犯類型と律の共犯規定との関係についても、見直す必要があると思われる。

さて、滋賀秀三氏によれば、「旧中国の刑律において、共犯は『首』と『従』(以下、首犯・従犯と称することとする)に分けて罪を論ずるのが原則であった。唐律名例第四二条、明清律名例・共犯罪分首従条に、『共に罪を犯す者、(先に)造意(したる一人)を以て首と為し(律に依りて断擬し)、随従する者、一等を減ず』(括弧内は清律の小注)とあるのが、その最も基本的な通則規定である」<sup>84)</sup>。

81) 「御仕置例撰述」初編十八(91)。

82) 前掲石塚「共犯(一)」p.25。

83) 前掲石塚「共犯(一)」p.44。

84) 滋賀秀三『中国法制史論集 法典と刑罰』(創文社2003年、初出「法制史の立場から見た現代中国の刑事立法」〈『法学協会百周年記念論文集第一巻』所収、有

このうち、当該規定において首とされる造意とは「読んで字の如く『意思を造（originate）する』こと、すなわち犯罪を遂行しようとする共同意思の形成および持続の上に最も主導的な役割を果たすことをいう」<sup>85)</sup>と同氏は指摘する。

すなわち造意とは、たしかに主観態様を評価するものであったけれども、かかる評価を行う理由、すなわち造意者を首犯とする理由は、当該態様そのものを重視したからではなく、当該態様が共犯集団の形成によって犯行に向けた環境・条件を整えたとして評価されたためであると言えよう。

然りとすれば、律において造意が首犯とされる理由は、徳川幕府刑法において発言人が重く処罰される理由と同じであると言える。つまり、頭取・同類の区別と、律における造意・随従の区別とは、意思形成以外の首犯を認めるかという違いこそあるものの、その根幹においては同様のものであると評価できるのである。

このような両者の類似性に鑑みれば、徳川幕府刑法における共犯処罰が、律における共犯規定の影響を受けている可能性は否定できない。

しかし、この意思形成以外の首犯を認めるか否かという違いは、決して些末なものではない。かかる差異は、首犯として処罰される者の人数という、共犯処罰の基本的形態に大きな影響を及ぼしているのである。

滋賀氏によれば、中国の律における共犯処罰は、「首従を分たず処罰する（つまり全員に法定刑そのものを科する）と規定された特定の罪を除いて、首犯は常に一人に限る——各共犯者を比較して最も主導的であった一人を首犯とする——ものであった。それは首犯概念にとって言うなれば概念内在的な自明の原則であった」<sup>86)</sup>。たしかに、造意なる語を厳密に解すれば、それは意思を形成した最初のひとりに限定されるはずである。

一方、徳川幕府刑法においては、頭取を複数認める場合があった。かかる方針は御定書成立以前からみられるものであり<sup>87)</sup>、現在確認できる事例

斐閣 1983 年) pp360-361。

85) 滋賀秀三「唐律における共犯」(『清代中国における法と裁判』所収、創文社 1984 年〈初出『ジュリスト別冊法学教室〔第一期〕8』有斐閣 1963 年) pp.387-388。

86) 前掲滋賀『中国法制史論集 法典と刑罰』p.361。なお同氏によれば、清律の小注には、「造意したる一人」と、造意者を一人に限定する旨明記されている(同書 p.360)。

87) たとえば「御仕置裁許帳」中元禄二年四月十二日の仁左衛門・久兵衛について

の中では、先に見た強訴・徒党でその傾向が顕著に現れる<sup>88)</sup>。発意・発言以外の要素によっても頭取を認め得るという方針に従えば、頭取がひとり限定されないのもまた、概念内在的とまでは言えずとも、極めて自然な事であると言えよう。

さらに、頭取・同類と律における共犯規定との違いについては、御定書制定期<sup>89)</sup>の明律注釈書にも特筆すべき点がみられる。

徳川吉宗の命により高瀬喜朴の著した<sup>90)</sup>「大明律例訳義」には、明名例律二九条「共犯罪分首従」について「人数多にて同じ罪を犯したる時には、その内の事をたくミいたしたる者を首とし、夫に一味し、附従ひたる者を従となし」<sup>91)</sup>との記述がある。

また荻生徂徠の「明律国字解」でも、同条について「造意とは、悪事をたくみたるを云なり」<sup>92)</sup>との注釈がつけられている。

これら注釈書では、造意のことを「たくミ(み)」と表現しているが、「たくみ」または「たくむ」という語は、造意以外にも、物事の成功を企図する態様を示す<sup>93)</sup>。つまり日本における当該条文の解釈自体が、中国におけるそれと違い、首犯を複数認めるものであったのである<sup>94)</sup>。

の記載には「右兩人之者、頭取ニて御堀之鯉鮒を取候者」とあり(前掲「御仕置裁許帳」一五一(七五〇))、また「犯科帳」中元禄五年の長右衛門外四人についての記載に、「右四人之者詮議之上抜荷物頭取にて」とある(「犯科帳」第二冊(11))。

88) 前掲安永三・飛州村々、地改赦免之儀二付、及強訴候一件、安永六・江州築瀬村・外拾八ヶ村村之者共、致徒党、及狼藉候一件のほか、安永七・紀州高野山学侶方寺領百姓共騒立候一件吟味伺書(前掲「百箇条調書」卷三十四 pp.2342-2384)など。

89) 御定書制定を含む徳川吉宗の刑政改革に際して明律が参照されたことは夙に知られている。この点についての代表的な研究として、小早川欣吾「明律令の我近世法に及ぼせる影響」(『東亜人文学報』第四卷第二号所収、京都帝国大学人文科学研究 所 1927 年)、高塩博「江戸時代享保期の明律研究とその影響」(池田温・劉俊文編『日中文化交流史叢書 第 2 卷 法律制度』所収、大修館書店 1997 年)、小林宏『日本における立法と法解釈の史的 研究 第二卷 近世』(汲古書院 2009 年)が挙げられる。

90) 高塩博「『大明律例訳義』について」(小林宏・高塩博編『高瀬喜朴著 大明律例訳義』所収、創文社 1989 年) pp.723-727。

91) 前掲『高瀬喜朴著 大明律例訳義』p.122。

92) 内田智雄・日原利國校訂『明律国字解』(創文社、1966 年) p.99。

93) 「たくむ」の語義については、「いろいろ考えてよい方法を見つけ出す。」や「計略をめぐらす。計画的にする。」などと説明する前掲『日本国語大辞典』や、時代はやや遡るが、「工夫する、あるいは、おもいめぐらす。」とした『日葡辞書』(土井忠生ほか編訳『邦訳日葡辞書』岩波書店 1980 年)などを参照。

94) また、同記述の冒頭に「人数多にて」とあることにも注目すべきである。当該条文は本来二人以上での犯罪を規定するものであると思われるが、「数多」なる語はより多くの人数を想起させ、頭取・同類の区別がおもに多人数での犯罪において適用された点と共通する。

このような解釈が、御定書の制定あるいはその後の運用に際してどれほどの影響を及ぼしたかは、必ずしも明らかでない。しかし少なくとも、それまでの頭取についての方針を維持させるための一助とはなっただであろうと推測される。

いずれにせよ、頭取・同類と律における共犯規定には共通の根幹が見出せるのであって、その点かかる共犯類型が律の影響の下に成立したものである可能性は高いと考える。一方でその具体的な要件は、造意という主観態様のみを考慮要素とした律に比べ、徳川幕府刑法の方がより実質的な役割の評価に重点を置いていたと言えよう。

## 第六節 小括

ここまで、頭取・差続・同類といった共犯類型について、それらの具体適用例に基づいて検討してきた。それらの用例の中には、石塚氏が頭取・同類を分ける基準として強調した発意・同意の別について言及したものが少なからず存在した。

しかし、そのような主観的態様の違いが、頭取・同類を区別する中核的な基準であったとは言い難い。意思形成の順序やその内容の如何にかかわらず頭取が認定される例も、同様にみられるのである。

両者を区別する基準として、様々な犯罪類型に一貫してみられるのは、他者への「申勧」すなわち犯行への勧誘や、当該犯行についての具体的な寄与を評価するというものであった。発意・同意の別は、その主観的態様の違いによって考慮要素たるのではなく、その意思の発露によって、他者を犯行へ誘引したか否かという形で評価の対象となったのである。

一方で同類にかんしても、単に同意した者を同類とする訳ではないことが明らかになった。すなわち、いくつかの例が示すように、「申合」などの犯行計画時点での関与がない場合には、犯行計画段階から関与している同類よりも刑を減輕されたのである。これも、犯行計画に携わっていることで、他の共犯者に影響を及ぼしている点を評価したものであろうと推測される。

このように考えると、頭取・同類の区別、そして頭取、同類の中での細かな科刑の差は、他の共犯者への影響力の程度によって決せられたと言えよう。頭取について考えれば、他者を犯行に誘引するという行為がこれに

当ることは言を俟たないが、犯行に向けた条件を整える行為や、犯行において重要な役割を果たすことも、ひいては他の共犯者の犯意を強め、当該犯行への参加を容易にする行為である。

すなわち、頭取・同類の区別に際しては、各行為者の行為態様や主観態様そのものよりも、それが他の共犯者、そして当該共犯者集団の間で如何なる意味をもっていたかという点が重視されていたのである。石塚氏は、両者の区別が「多分に相対的」であったとしているが、上記のような意味において、その表現は的確なものであった。

頭取・同類が徳川幕府刑法における共犯処罰の基本的形態であるとすれば、ここまで述べてきた、他の共犯者から見た行為者の刑責を評価する姿勢こそ、その基本的理念であると言えよう。そしてその基本姿勢は、従来論じられてきたところよりもさらに本質的な部分において、律にみえる造意・随従の区別と類似するものであった。

また本章では、頭取が不明の場合の処理についても一定の知見を得られた。すなわち先行研究による、なんらかの形で頭取・同類を区別するという理解は、強訴・徒党のような犯罪類型に限った事であり、その他の犯罪類型では両者の区別は絶対のものではなかった。そして頭取・同類の区別を堅持する理由は、その対象となる犯罪類型の特性と、そこから生じる幕府の政策に求められるのである。これは個別の犯罪類型が共犯処罰の法理に影響を及ぼした例と言えるであろう。(未完)