

徳川幕府刑法における共犯処罰（二） —その判例法理と刑事責任観—

代 田 清 嗣

第一章 序論

第二章 頭取・同類（以上本誌第 268 号）

第三章 頭取なき同類

第一節 頭取の不存在

第二節 同類全員が実行行為を共同した場合

第三節 同類の一部が実行行為以外の加功をなした場合

第四節 盗における頭取なき同類の特殊性

第五節 小括（以上本号）

第四章 人殺における共犯処罰

第五章 結論

第三章 頭取なき同類

第一節 頭取の不存在

前章において述べたとおり、同類は広義の用法において、頭取を含めた共犯者全体を示す語として用いられた。そしてこの広義の用法のうちには、頭取の存在を認定せず、主たる共犯関係が同類のみによって形成される場合もあった。

「頭取なき同類」とも称すべきかかる共犯類型の特徴は、同類全員が等しく正犯の刑に処される点にある。したがって、前章に掲げた文政十二・大坂無宿定吉外壺人、盗いたし候一件のごとく、御定書中に頭取・同類の規定がある犯罪類型においても、全員が頭取の刑に処されている場合には、事実上この頭取なき同類の類型に該当すると言えよう。

石塚英夫氏は、かかる共犯類型を「共同正犯的処分方式」と位置づけた。一方で同氏は、「当時、共犯は頭取・同類をもっとも典型的なばあいとし〔中略〕首・従、正犯・従犯の関係において把握され、処理されていた」¹⁾との見解から、共同正犯的処分方式がそのような共犯処罰の原則と「矛盾する」²⁾ものであると捉えている。そしてこのような矛盾が生じる理由につき、以下のごとく述べるのである。

しかしこのような喰い違いも、結局、御定書を起点とする徳川刑法の主観主義的刑法への転換の不完全さに由来するものであった。すなわち、御定書は徳川刑法の性格を変化させたけれども、同時に、法典としての御定書は極めて不完全なものであったから、これに洩れた犯罪類型については依然もとのまま（共犯者を同罪にする）処分方式が残存していたと考えられるからである。事実、後期における徳川刑法には以上の二つの立場が並存していたのであり、原則として御定書に正犯・従犯の関係をみとめているばあいに限ってそのような区別がなされたのであって、かかる区別なきときは大体共同正犯的な扱いを示しているのである³⁾。

しかし、本稿ではすでに前章において、頭取・同類の分類が主観態様を直接の基準とするものではないことを明らかにしてきた。また、御定書に頭取・同類の規定がない場合にも両者の区別をする例が少なからず見いだされ、同様に御定書に規定ある場合にも頭取・同類を区別しない事例があることも確認された。したがって、石塚氏による上記の理解は、再検討の必要があろう。

そこで、以下本章では、頭取なき同類が如何なる理由によって、如何なる場合に適用される共犯類型であるかを検討する。

第二節 同類全員が実行行為を共同した場合

頭取なき同類となる場合として第一に挙げられるのが、同類全員が実行

1) 前掲石塚「共犯（二）」p.188。
2) 前掲石塚「共犯（二）」p.190。
3) 前掲石塚「共犯（二）」pp.190-191。

行為を共同した場合である。

寛政六寅年御渡
火附盗賊改

長谷川平蔵伺

- 一 神田松下町貳丁目・小左衛門店・吉右衛門寄子・松五郎、盗いたし候一件、

神田松下町貳丁目

小左衛門店

拾壺番組人宿

吉右衛門寄子

松五郎

外五人

右之もの儀、出火之節、御門外ニ持出し有之米、水打中間・仲ヶ間共と馴合、盗取、売拂、右代銭、配分いたし、不残、酒食ニ遣捨候段、不届ニ付、重敲之上・宿・吉右衛門え引渡、

此儀、松五郎・外五人とも、盗之始末ハ、同様之ものニ御座候処、右之内、喜三郎・安五郎両人は、吟味ニ相成候を承、自訴いたし候砌、別紙を以、長谷川平蔵、申上候得共、盗悪事ニ付、自訴ニ不拘、手元ニ有之品を、与風、盗取候、拾両以下之御定ニて、一同、入墨敲申付・宿・吉右衛門え引渡、

評議之通済⁴⁾

上記の一件では同類の語は用いられていないが⁵⁾、仲間と「馴合」のうえ盗を行った例であり、評議の対象となっている六名全員が「盗之始末ハ、同様之もの」として、御定書の規定に則り、等しく入墨敲を申付けられている。また、

4) 古類集拾壺（六七三）。

5) 前章において指摘した、頭取・同類の語が使われずとも共犯者間に科刑の差を設けることがあった場合と同様、同類なる語が使われずとも、共犯者を等しく正犯の刑に科すことがあった証左である。

寛政六寅年九月

御勘定奉行

松平伊豆守殿御差図

根岸肥前守懸

一 下総国二子村ニ而捕候無宿源蔵外式人一件

上総国白井無宿

源 蔵

浅草無宿

長 吉

羽州沖之原無宿

太 郎 吉

右之もの共儀、村方を欠落致、又者再応御仕置ニ成候後入墨を彫紛し、或ハ御構之地江立入、下総国二子村ニおゐて忠次郎を打擲いたし、懷中之品可奪取旨、同類共申合、忠次郎持居候竹杖奪取打擲いたし、或者所持之刃物ニ而疵付候段、不届至極ニ付三人共死罪、

右御仕置附

右、源兵衛長吉ハ入墨を彫紛し、又ハ御構之地へ立入候不届も有之候得共、山野村忠次郎を打擲いたし盗可致旨、同類共申合、竹杖を奪取打擲いたし、又者同類之内所持之刃物ニ而忠次郎へ疵附候段、重之不届ニ御座候、御定書ニ、盗ニ入刃物ニ而人ニ疵付候もの盗物持主へ取返候とも獄門、但忍入ニ而無之候とも盗可致と存人ニ疵付候者死罪、と有之候間、右但書ニ見合死罪相当、追落之御定を見合候而も死罪ニ御座候間、三人共死罪、⁶⁾

なる一件は、用いている道具こそ異なるものの、「同類共申合」のうえ、各々が打擲した事例であり、やはり御定書規定に則り、三人とも死罪に処されている。これらの例では、盗や打擲といった行為を全員が共同したことを以て、頭取なき同類が認められていると言えよう。

尤も、同類全員が全く同じ行為に及んでいる場合には、単独犯が複数いる場合と、その処罰において変わるところはない。たとえば、

6) 「御仕置例撰述」初編五 (62)。

寛政八辰年御渡

町奉行

坂部能登守伺

一 入墨無宿・鉄五郎、御構場所え立入、祝儀と唱、金子乞取候一件、

神田松下町貳丁目

助右衛門店捨壺番組

人宿

吉右衛門寄子

大安事

安 五 郎

外 五 人

右之もの共儀、安五郎・吉五郎は、先達て不届有之、重敲ニ相成候身分にて、此度、御普請御手伝ニ付、人入口請負人共方え、追々ニ罷越、祝儀と唱、酒代貰受可申段、ねたり懸、安五郎ハ金壺両、吉五郎ハ壺両貳朱、喜代松ハ熊五郎分共壺両、伝蔵・清九郎ハ壺両ツ、善六ハ三分、ねたり取、尤、銘々申合候儀ニは無之旨、申口も相分り候得共、右始末、不届ニ付、御定之通、一同、入墨・敲、

此儀、当座之かたり事之御定、但書ニ引当候得は、入墨・敲ニ御座候得共、一件之内、鉄五郎評議ニ申上候通、不筋之祝儀金を故意候迄ニ付、右御定えは難引当、然共、不筋之金子を乞取候段は、不届ニ付、軽キ盗いたし候もの、軽キ取逃いたし候もの之御定ニ准し、敲、評議之通済⁷⁾

なる例では、「ねたり」を行った計六名について、「申合候儀ニは無之旨」が認定されているが、ひとつの事件として扱い、等しく処罰している。上記六名の具体的な行為態様までは不明であるが、いずれにせよ「申合」のない⁸⁾場合にも、同様の犯罪を行った者らを一括して裁いていたことが窺える。

7) 古類集九（五一四）。

8) 判例においては「申合」のほか「馴合」などの文言も共犯者間の意思疎通を示すと考えられる（古類集拾壺〈六三〇〉天明七・無宿・久蔵、盗いたし候一件、新類集拾式〈三三〇〉文化元・小石川無宿・入墨金次郎初筆、盗いたし候一件など参照）が、本件では「馴合」についての言及もないことから、行為者間の意思疎通はなかったものと考えられる。

しかし、頭取なき同類と、単独犯が複数いる場合とでは、明確な違いがみられる。すなわち、頭取なき同類においては、各行為者が実行行為のすべてを共同する必要がなかったのである。

明和九辰年御渡

火附盜賊改

中野監物伺

一 薩州無宿・茂助、盗いたし候一件、

薩摩無宿

茂 助

右之もの儀、無宿・藤助と馴合、伊勢参り躰之ものえ、錢無心、申懸、承引不致候由、兩人にて、寺之内・片陰え連行、突倒し、藤助、打擲いたし、腰ニ附居候錢貳貫文、無躰ニ奪ひ取、兩人にて配分致し、并無宿・喜代蔵・所持之錢四百文、同様申合、奪取、是又配分いたし、右錢不殘、遣捨候段、重々不届至極ニ付、獄門、

此儀、伊勢参り躰之もの并無宿・喜代蔵え、錢無心、申懸、承引不致候由、突倒・打擲致し、兩度とも錢奪取候始末、追落より品不宜候得共、衣類剥取候ニは、無御座候処、当二月、溜焼失之節、放遣し、無相違、立帰候旨、長谷川平蔵、申上候間、一等軽く、入墨・敲、評議之通済

越後無宿

勘次事

藤 助

右之もの儀、無宿、茂助と馴合、伊勢参躰之ものえ、錢無心、申懸、承引不致候由、寺之内・片陰え連行、突倒し、此もの、致打擲、腰ニ附居候錢二貫文、無躰ニ奪ひ取、兩人にて配分いたし、并無宿・喜代蔵・所持之錢四百文、同様申合、無躰ニ奪ひ取、是又、配分いたし、其外、町屋廓先ニ有之候錢壱貫五百文・売溜之錢貳百五拾文、盜取、又ハ、町家廓先にて、雪駄拾足程、盜取、錢八百文ニ売払、都合錢にて三貫七百五拾文程盜取、不殘、遣ひ捨候段、重々不届至極ニ付、獄門、

此儀、途中にて之小盜又は輕盜いたし候科も有之、且、伊勢参躰之

もの并無宿・喜代蔵も、此もの、打擲いたし、一件之内、茂助は、打擲不致候得共、同類之儀ニ付、御仕置軽重は、有御座間敷候間、是又、死罪可申付旨、被仰渡、可然ものニ御座候、然ル処、当正月十日、病死仕候旨、長谷川平蔵、申上候、
評議之通済⁹⁾

本件では、茂助と藤助が「馴合」のうえ犯行に及んでいるが、茂助は被害者たる「伊勢参り躰のもの」を「寺之内・片陰え連行、突倒し」たまでであって、打擲したのは藤助のみである。しかし評議では茂助も藤助の「同類之儀ニ付」同じ刑に処すべきであるとしている。また、

文政十二丑年御渡
日光奉行伺

一 日光一坊正範坊下男林蔵外壺人儀、人を殺盗いたし候一件

日光一坊

正範坊

下 男

林 蔵

右のもの儀、主人正範坊、金子等貯有之候趣承り居候ニ付、傍輩鉄五郎をも申勤、可盗取と存、発言いたし候処、同人も兼て右存念有之候由にて、被見咎候節は、半七を鉄五郎切殺し、左京ハ不声立様取計、若逃出し候ハ、切殺候様、鉄五郎申聞候ニ同意いたし、同人より刀受取置候処、半七・左京とも鉄五郎殺害いたし候節、手伝は不致候とも、正範坊居間え這入、納戸入口之襖戸、搔出し候にてメリ有之候を、薪割にて固辞放し立入、納戸ニ有之候衣類、并メリ無之銭箱ニ入有之候金錢、鉄五郎一同盗取、配分いたし候始末、不届に付、死罪、

此儀、盗発意のものにて、尤其品ニ寄、半七・左京とも可及殺害由は、鉄五郎存付にて、且半七外壺人を切殺候も、鉄五郎壺人之仕業ニ候得共、最初より右次第可及段申合、鉄五郎より刀請取置候儀ニ候上は、此もの手を下し候儀無之候共、右ニ差別は無御座候間、人

9) 古類集拾貳（六九三）。

を殺盗いたし候もの之御定にて、引廻之上、獄門、
評議之通済、¹⁰⁾

なる例も見られる。本件の林蔵は盗のみ行い、人殺は他の共犯者たる鉄五郎が行ったのであるが、事前に場合によっては人殺をも行うべき旨申合せ、刀を受け取っていたという事情から、御定書五十六条二項によって処断されている¹¹⁾。

以上から、同類全員がすべての実行行為に及ばずとも、犯行内容全体について共犯者間で合意がなされ、各人が行為を分担することによって当該犯罪が遂行されていると見られる場合には、その成立する罰条によって、同類全員を等しく処罰していたことが窺える。

ところで、御定書中に頭取・同類の規定をもたない犯罪類型について両者を区別するときには、発言・同意の別に依る場合が多かったことは、前章において確認したところである。しかし一方で、仮令発言人とこれに対する同意者が明らかな場合であっても、頭取なき同類として処罰される場合があった。

寛政四子年十二月

町奉行

鳥居丹波守殿御差図

池田筑後守掛

一 当時無宿福田周助かたり致し候一件

当時無宿

福田 周助

右之者儀、元寺社方同心相勤候節追放ニ相成候神職之もの方江罷越、金銭ゆすり可取旨、加地八郎申合、十手早繩を持、兩人共寺社奉行家来与偽名前取拵、宿々無銭之人足出させ、右神職方ニ而ねだり取候金子八郎江配分遣、又者壺人立、出家を捕六ヶ敷申懸金子かたり取候段、不届至極ニ付死罪、

10) 天保類集四拾四(一二八〇)。

11) なお本件は主人方での盗であり、また鉄五郎への科刑も明言されていないが、「右ニ差別は無御座候」とあることから、おそらく鉄五郎への科刑も林蔵と同じであったと考えられる。

当時無宿

加地 八郎

右之者儀、武士方相勤候節、主人より預り置候看板類品々盗致し質物
ニ入、代金遣捨欠落致し、其上無宿福田周助申旨ニ同意致し、寺社奉
行家来与偽名前取拵、宿々無銭之人足出させ、又者寺社方ニ而追放ニ
相成候神職之者方江罷越、六ヶ敷申懸金子かたり取配分いたし候始末、
不届至極ニ付死罪、

右御仕置附

右周助儀者、寺社奉行家来与偽、壹人立又者加地八郎申合かたりいた
し候間、御定書ニ、重キ御役人之家来与偽かたり致し候もの死罪、与
有之候ニ見合死罪与相伺申候、右八郎儀者、奉公致し候節主人より預
置候看板類盗取質入いたし候不届者、手元之盗ニ而入墨敲ニ相当候処、
周助申旨ニ同意致し、かたり取候金子配分取候段、全之同類ニ御座候、
かたり致シ候同類之御定者無御座候得共、忍入之外見等致し候ものも
同類之所ハ同様之儀ニ而、八郎義も周助ニ同意致し候上者、手元之盗
も御座候得共重キ方江附死罪、¹²⁾

この一件では、福田周助が加地八郎へ犯行を提案し、これに加地八郎が
同意しているが、兩名とも死罪に処されている。なお、兩名は、無宿とは
いえ元は武家の家来であり、苗字も許されているが、この点が評価に影響
を及ぼしたとは考えにくい。かかる事情のない無宿や町人についても、同
様の例がみられるからである。すなわち、

寛政五丑年八月

町奉行

太田備中守殿御差図

池田筑後守掛

一 無宿新太郎外式人ゆすり致シ候一件

当時無宿

新 太 郎

堀江町壺丁目

12) 「御仕置例撰述」初編十三（23）。

五人組持店

半六悴

幸 次 郎

当時無宿

安 五 郎

右之者共之内新太郎儀者、善太郎任相頼、怪敷品与乍心附切レ類品々
売払遣、礼金貰請遣捨、幸次郎儀者、右品々善太郎盜取候段同人の承
り候間、売先キ江参り金銭ゆすり可取旨發言致し、新太郎安五郎茂同
意致し、売先江罷越、彼是六ヶ敷申懸金子ゆすり可取旨致し候始末、
不届ニ付三人共入墨之上敲、

右御仕置附

右三人、申合候儀も御座候得共、兼而相巧候筋にも無御座候間、当座
之かたりニ御座候処、いまた金子ゆすり取不申候、ゆすり不得候迎も
御仕置ゆるみ申間敷、明和四亥年土屋越前守町奉行之節伺之上申付候、
当時無宿金次儀、本石町十軒店ニ而役方之者ニ候哉、米式俵車ニ積引
通候間、不斗悪心出鳥目ゆすり取可申旨存、無躰ニ行当、右車之輪ニ
而足之甲を被引歩行難成旨申、右町内の町人とも出会訳相尋候処、右
之通偽取拵申懸鳥目三百文呉候ハ、駕籠ニ而可参旨申達、右之跡形も
無之儀を取拵、右車引本船町吉兵衛店清吉江申聞、鳥目ゆすり取可申
与致し候段、不届之至ニ付入墨之上敲門前払申付候、右之内新太郎儀
者、最初怪敷品与乍心付売払遣候不埒も御座候得共、重キ方之右例見
合、三人とも入墨之上敲、¹³⁾

なる例でも、發言人と同意者とが明確に区別されているにもかかわらず、
三人とも同刑とされている。上に紹介した二件はそれぞれかたり、ゆすり
についてのものである¹⁴⁾が、かかる処罰は盗¹⁵⁾においても見られる。

発言・同意の別が明瞭である上記のごとき例が頭取なき同類に分類され

13) 「御仕置例撰述」初編十三(32)。

14) 本件のほか、古類集九(五二一)享和二・無宿・左七、かたり事いたし候一件
など。

15) 古類集拾壹(六〇七)天明五・途中にて相果候旅人・懐中之金子、奪取候無宿・
利八一件、天保類集式拾七(五八三)天保九・相州大矢部村文右衛門外若人、盗
いたし候一件。

るのであれば、頭取・同類を区別するか否かの基準は、この発言・同意の区別が可能かという点には求められなかったということになる。然りとすれば、その基準はどこに求められたか。

まず考えられるのは、同意の性質による区別である。判例には、発言人による他者の勧誘の態様が強引であった場合に、同意者の刑を減輕し得る旨を示したものがある。

文化元子年御渡
火附盜賊改

戸川大学伺

一 武州幸手宿之内荒宿・留吉初筆、盗いたし候一件、

〔中略〕

同 宿

百 姓

善左衛門忬

音 八

右之もの儀、正福寺え盗ニ入可申旨、留吉、申聞候込、鉄五郎俱々、同意いたし、鉄五郎儀は、立帰、入口メリ等、明ケ置候様、申合、則、留吉同道いたし、罷越候処、申合之通、右寺門、明キ有之候ニ付、立入、台所脇・湯殿入口戸、建寄有之候間、明ケ、又は物置所壁破え建懸有之戸を取退ケ、這入、味噌・麥等盗取、売払、配分可致と、預ケ置候段、不届ニ付、死罪、

此儀、盗之儀、留吉より押て申勧又は被申威、無余儀、同意いたし候にも無之候間、発言之ものニ同意いたし候込、差別は有之間敷候ニ付、前書、留吉同様、伺之通、死罪、

評議之通済、¹⁶⁾

上記の評議から考えれば、頭取・同類に区別されるのは同類の同意が任意性を欠くときであり、頭取なき同類とされるのは当該同意に任意性が認められる場合であるということになる。

16) 新類集拾壹（二八三）。

前章で明らかにしたように、頭取は当該共犯集団の中核にあって、他の共犯者が犯行に及ぶための環境・条件を整えた者であった。発言人による勧誘が強引であり、同意の任意性が疑問視される場合は、まさに当該発意者によって共犯集団が形成・維持されていると言えよう。したがって、かかる場合には特に発意者を頭取として重く処罰したものと考えられる。

しかし一方で、かかる判断基準には疑問も残る。第一に頭取・同類に区別される場合すべてに任意性がないという事は考えにくい。強訴徒党などでは、頭取らの「申威」によって当該犯罪に参加した場合も見受けられる一方、然らざる場合も同様に存在し、合意の任意性が影響を及ぼさないことは、前章において既に明らかにした。また、享和元・甲州若神子村・百姓・佐兵衛下男・彦兵衛、盗いたし候一件¹⁷⁾でも、「盗可致段、要次郎・梅次郎申勧、同道於不致ハ存寄有之旨、申聞、相断候ハ、氣荒之もの共ニ付、如何之儀、可致哉も難計候辻」同意した者について、その同意の態様を考慮することなく処罰している。

また、頭取・同類の規定ある場合には、必ず頭取が挙げられるものではないにせよ、なんらかの形で頭取が挙げられることが通例であることも考えなくてはならない。犯罪類型によって同意の任意性に一般的な強弱の傾向があるとは、やはり考えにくいのである。

以上の点に鑑みれば、同意の任意性のみによって、頭取・同類を区別するか否かを判断していたとは思われない。

次に考えられるのは、共犯者の人数の多少を基準とする区別である。前章に掲げた寛政六・南鞘町権次郎盗いたし候一件では、頭取の存在を認定すべき場合として「大勢申合」との条件を付けている。すなわち、共犯関係にある人数の多少によって、頭取・同類の区別をするか否かが決定され得るのである。

事実、前章において見たとおり、頭取・同類の規定を置かれた犯罪は、集団で行われる場合が多い。これに対して、頭取なき同類は、多くが二、三人によってなされている。集団の規模が大きくなれば、これを統率する者が必要とされ、また実際にそのような者が現れることは想像に難くない。かかる者は結果的に共犯集団を維持し、また当該集団が犯行に臨む環境・

17) 古類集拾貳（七六〇）。

条件を整えたことになり、頭取と評価される要件を備えている。

さらに、これも前章に述べたが、徳川幕府刑法においては、そもそも徒党を組むこと自体が犯罪であった。然りとすれば、共犯者が少数である場合と、ある程度多人数である場合とでは、当該集団の形成者の刑責も変動することが考えられる。

以上のことを考えれば、人数の多少という極めて単純なことが、頭取・同類の区別をするか否かの分水嶺となることにも、十分な理由があると言えよう。

尤も、この基準さえも、それのみによって十全に頭取・同類を区別するか否かを決定し得るものではなかったと思われる。押込盗や狼藉については、なお少人数による犯行について頭取・同類を区別する事例が散見され¹⁸⁾、必ずしも少人数による犯行が頭取なき同類として処理されたわけではない。

思うに、頭取・同類を区別するか否かは、上に掲げた同意の任意性や、共犯者の人数を考慮し、総合的に判断されたと考えべきである。

前章に掲げた寛政十二・神田無宿ほうかふり忠事当時無宿入墨忠次一件では、「右者発頭之者無之ニ而者難成所業ニ候処」なる文言がみられる。また、天保五・西紺屋町無宿入墨春行外壺人博奕其外悪事いたし候一件¹⁹⁾にも「発頭之もの無之候而は難成所業」ともある。これらの文言は、頭取・同類の区別をすべきか否かを、当該犯罪の具体的な態様から、評定所が判断していたことを示している。

畢竟、頭取・同類を区別するか否かは、当該犯罪の態様が頭取を必要とするものであったかという、循環論法的な基準に帰着したものと推測される。しかしながら、その判断を行うに際しては、同意の任意性や共犯者の人数の多少が一定の役割を果たしていたと考えられる。これらの考慮要素は、他の共犯者へ及ぼす影響力の大きさが問題となるという点において、頭取・同類類型における考慮要素と軌を一にするものと言えよう。したがって頭取なき同類は、石塚氏の述べるような、頭取・同類類型と矛盾するものではなく、同一の理論によって基礎づけられる、単なる場合分けに過ぎないのである。

18) 「刑例抜萃」第式卷五一号、「御仕置例撰述」初編五（18）など。

19) 天保類集式拾八（六〇一）。

第三節 同類の一部が実行行為以外の加功をなした場合

前節では、同類全員が実行行為を共同した場合について論じてきた。その一方で、当該共犯類型に属すると思われる事例には、同類のうち一部が実行行為に及ばなかった場合も見られる。

寛政六寅年八月

松平伊豆守殿御差図

脇坂淡路守掛

一 三州河部村百姓七郎左衛門を打殺候同国萩村曹桂寺看主仏先一件

辻岡太郎御代官所

三州宝飯郡萩村

曹洞宗

曹桂寺

看主

仏 先

右之もの儀、大鏡申合、三州宝飯郡妙見村少林寺境内土蔵戸口入り無之戸を明這入、衣類脇差打敷錠等盗取、其上同国河部村百姓七郎左衛門金子所持いたし居候間、打殺可奪取旨、大鏡申出候ニ同意いたし、止宿いたさせ、七郎左衛門を大鏡打殺、懐中より取出し候金子之内配分請、酒食遊興ニ遣捨候段不届至極ニ付、引廻し之上獄門、

右御仕置附

右、御定書二人を殺し盗いたし候もの引廻之上獄門と有之、七郎左衛門を及殺害候者大鏡ニ候得とも、可打殺旨申合止宿為致、殊ニ金子配分請候上者御仕置弛ミ候儀者有之間敷候ニ付、御定之通引廻之上獄門、²⁰⁾

上記の例において仏先なる者は、七郎左衛門が被害者となった後段の犯行については、人殺や盗の実行行為に携っておらず、単に実行者である大鏡の「申出候ニ同意いたし、止宿いたさせ」、大鏡の盗んだ「金子之内配分請」たのみである。しかし、御仕置附ではそれらの行為を以て「御仕置

20) 「御仕置例撰述」初編十一 (6)。

弛ミ候儀は有之間敷」として、御定書の該当罰条によって処断している。また、以下のごとき例も挙げられる。

寛政十年年御渡
火附盜賊改

池田雅次郎伺

一 無宿・妙真儀、無宿・清吉、附火いたし候同類ニ相成候一件

越後無宿

妙 真

右之もの儀、無宿・清吉、勤候迎、同意いたし、百姓・彦四郎宅、物置所軒下ニ積 有之候松葉え、清吉、火拵いたし附火いたし候砌、筵を持、陰ニいたし、附火為致、燃立候ニ付、盜可致と、彦四郎宅え、清吉俱々這入候処、同人、被捕押候様子を見受、逃去候段、不届ニ付、死罪、

此儀、吟味書之趣ニては、附火いたし、騒之紛れ、盜可致旨、無宿・清吉、申勸候ニ、同意いたし、宿根村新田・百姓・彦四郎・物置軒下ニ有之松葉え、清吉、附火いたし候節、同人差図ニ任セ、此ものハ、筵を持、陰ニいたし罷在候同類ニ御座候、天明四辰年、桑原伊予守、御勘定奉行之節、手限伺之上、御仕置申付候、無宿和吉儀、盜賊之同類ニ相成、配分等取、人殺之手伝いたし候不届も御座候得共、附火いたし、盜可致旨、道心者・新蔵兩人と申合、嘉兵衛居宅前え、三人一同參、新蔵同心者兩人ニて附火いたし候節、一同罷在候迄ニ候得共、存命ニ候ハ、町中引廻し之上・火罪、可申付ものニ候段、申渡候例ニ見合、町中引廻し之上・火罪申付、五ヶ所え科書捨札、為建之、

評議之通済²¹⁾

本件では、「一同罷在候迄ニ候」者についての判例を引き、附火に際して「筵を持、陰ニいたし」た者を火罪に処している。本件における実行行為者への科刑については記されていないが、火罪が本来は、御定書七十条

21) 古類集八（四三四）。

一項「火を附候もの」、および同条二項但書「頼候もの」にのみ適用される刑であることを考えれば、本件の妙真および判例中の和吉が実行行為者と同様に処罰されたと考えて間違いないであろう。

これらの例は、同類の行為に実行行為性が全くないという点において、前節において参照した諸例とは一線を画す。また発言などの特筆すべき役割も確認できない。そのため、これらが頭取なき同類に分類されることは、一見奇異にも感じられる。

しかし、このような処罰は前節の諸例と比べて、全く異質なものであるというわけではない。

天明五巳年御渡

山田奉行伺

一 途中にて相果候旅人・懐中之金子、奪取候無宿・利八一件、

無宿

駕籠舁

利 八

外 壱 人

右之もの共儀、越後柏崎町・岸本弥八郎より、山田一ノ木町・笠井右近家来・西尾左次右衛門方え差越候、飛脚・村田與左右衛門・乗候駕籠を、松坂之内・塚本にて、継替、途中ニおゐて、與左右衛門、相果候処、同類申合、懐中之金子奪取、配分いたし候段、不届ニ付、死罪、此儀、差当り、相当之例、相見不申候得共、相果候旅人・懐中之金子、奪取候は、片輪もの所持之品を盗取候ニ准し可申哉ニ付、片輪もの所持之品を盗取候もの、死罪、之御定ニ見合、伺之通、死罪、評議之通済

無宿

藤 八

右之者儀、利八・十助、任申、同意いたし、途中ニおゐて相果候旅人・懐中之金子、奪取、配分いたし候段、不届ニ付、死罪、

此儀、前書、利八外壱人、任申ニ、同意いたし候は、全之同類ニ御座候間、伺之通、死罪、

評議之通済²²⁾

この一件は、盗の実行行為を共同した者についての判例であるが、このうち藤八についての評議では、同類と認定するにあたり、犯行について同意した点が重視されている。

尤も、上記一件は実行行為の共同を前提とした評価であって、一概に同意が最も重視されたものであるとは言い得ない。しかし、実行行為以外の方法によって加功した場合でも、「忍入之盗人と申合、罷越候は、全、同類」²³⁾ や「途中之盗可致ため〔中略〕申合候は、同類ニ有之」²⁴⁾ など、同類として認定する際に、申合などの意思の疎通を重視する例は散見される。さらには「固辞明這入候節、申合・参候もの共は、其節之働ニ不拘、死罪と相伺来り」²⁵⁾ なる文言も見られる。

石塚氏は「共謀の上多少とも積極的な行動（たとえば実行者と同行するなど）をとれば共同正犯とみとめられたのではないか」²⁶⁾ と分析しているが、以上の点から考えれば、このような分析は一見正しいようにも思われる。そしてこのような理解を前提とすれば、頭取なき同類の認定にあたって、実行行為の有無や加功態様の如何は問題とされなかったと考えるのが自然である。

しかし実際の判例を見る限り、上のごとき例は、附火と盗に限って見られるものである。その他の犯罪類型では、実行行為でなくとも当該犯行に必要な不可欠と考えられる加功をなした者が、かかる認定を受けている。たとえば、

文化十四年御渡

大坂町奉行伺

一 天満船大工町・藤吉、巧事いたし候一件、

天満船大工町

22) 古類集拾壹（六〇七）。

23) 古類集拾貳（七五二）天明七・板橋無宿・三之助坊主、盗いたし候一件。

24) 古類集貳拾六（二〇四三）寛政十・無宿・久八、入墨御仕置ニ相成候後、途中之盗いたし候一件。

25) 後掲古類集拾貳（七五三）天明八・無宿・伊三郎、盗いたし候一件、

26) 前掲石塚「共犯（二）」pp.197-198。

松本屋隆敬支配借屋
和泉屋太兵衛同居弟
唯七事
藤 吉
当時無宿
七兵衛事
恒 三 郎

右之もの共儀、知ル人之名前ニて銀子可借入と申合、相巧、恒三郎儀、卯八を欺、印形写取、謀判を拵、藤吉より、世話人・連判人等をも偽、かたり事を以、銀主え及応対、謀書・謀判之証文ニて銀子掠取候段、重々不届至極ニ付、兩人共、存命ニ候得は、大坂三郷町中引廻し之上・獄門、

此儀、謀書取拵候ものは、恒三郎ニ候得共、最初より巧之儀、申合候上は、藤吉も同様之趣意ニ付、謀書又は謀判いたし候もの、引廻し之上・獄門、と有之御定ニ見合、伺之通、兩人共、存命ニ候ハ、大坂三郷町中引廻し之上・獄門、
評議之通済²⁷⁾

なる一件では、藤吉について「最初より巧之儀、申合候」という点を評価して、謀判をなした恒三郎と同様であると評議されている²⁸⁾。しかし認定事実によれば、藤吉も「世話人・連判人等をも偽」という点で加功している。

ところで先行研究によれば、謀書謀判が犯罪として成立するためには、当該行為が「欲心をもって」すなわちなんらかの利得を目的としてなされたものであることが要件とされる²⁹⁾が、かかる目的を達するためには、形式的な実行行為である謀書・謀判そのもの以外にも、様々な形での加功が考えられる。それらの加功は、場合によっては実行行為と同様、当該犯行

27) 新類集八(一九四)。

28) なお本件事例について石塚氏は、申合に関する部分のみを引用して「共謀による共同正犯」について「はっきり肯定の立場をとっている」事例と評している(前掲石塚「共犯(二)」p.196)が、本文で述べるとおり藤吉の具体的な行為にも目を向けるべきであろう。

29) 石塚英夫「徳川幕府刑法における謀書謀判」(『法政研究』45巻3・4合併号所収、九州大学法政学会1979年) pp.368-369、同p.373。

に不可欠な要素となり得る。然りとすれば、そのような加功をなした者をも、同類として実行行為者同様に処罰することはあり得るであろう³⁰⁾。

本件における藤吉による加功も、単に謀判の作成のみではなし得ない「謀書・謀判にて銀子掠取」という行為に深く関与するものであったから、恒三郎と同様に処断することが適当であると判断されたものと考えられる。また、

文政七甲年十二月廿七日
松平和泉守殿御差函
石川主水正掛

船橋
九日市村
無宿
権 蔵
外壺人

右之者共儀密通之上夫婦之契約いたし其上養育料可貪取と下総国当代嶋村市郎兵衛外壺人を相欺無宿之身分押隠しきさ儀出産後乳も相応に出候杯申偽金壺両三分相添右市郎兵衛小児権次郎を貰請追而育差支候迎兩人申合権次郎を同国平田村地内江背負参り同人口中江権蔵儀食物を押し咽ヲ押殺害いたし死骸を捨置逃去候始末不届至極に付兩人共引廻之上磔³¹⁾

30) なおこの点については、謀書謀判の共犯ではなくかたりの共犯にあたるのではないかとの批判が考えられる。徳川幕府刑法における犯罪の競合に対する処理の基本は吸収主義であった（平松義郎「徳川幕府刑法における犯罪の競合」『国家学会雑誌』69巻1・2合併号、国家学会事務所1955年）参照）から、謀書謀判によってかたりをなしたる場合には刑のより重い謀書謀判によって処断された。共犯についても、本件のように最初から、すなわち謀書謀判の段階から共謀していた場合には、当該加功がかたりにのみ寄与するものであったとしても、謀書謀判によって裁かれていたものと考えられる。いずれにせよ本件では、藤吉も謀書の部分に関わっていると考えられるため、謀書謀判の同類として処罰されたものと考えて差し支えない。

31) 『徳川時代裁判事例続刑事之部〔司法資料第273号〕』（司法省調査部1942年）pp501-502、取財を図り人ノ子を乞養して殺害せし者。なお石塚氏は本事例を評釈して、「全体として共謀共同の関係にあ」としたが、本文に示した理由から、実行行為以外の加功をなした者に、より重要な役割があったと考えるべきであろう。

なる一件では、人殺の実行行為者である権蔵と、実行行為以外の加功をなした者であるきさとが等しく処罰されているが、これはきさがいなければ小児である権次郎を貰い受けることが叶わなかったためであると考えられる。本文中には市郎兵衛外壺人を欺くために「出産後乳も相応に出候杯申偽」とあることから、少なくとも貰い受けた時点で権次郎は乳児であったと考えられる。然りとすれば養母たるきさの存在は不可欠であったはずであり、結果的に本件犯行もきさがいなければ不可能であったということになるであろう。したがって、きさに対する科刑は、実行行為者たる権蔵と等しくあるべきと評価されたものと考えられる³²⁾。

このように、附火・盗以外の犯罪類型においては、実行行為以外の加功をなした者であっても、その加功が本件犯行に必要な不可欠な役割であると認められる場合には、同類として実行行為者と同刑に処されるのである。

然りとすれば、附火・盗においては何故、行為の態様を問わない同類の認定が行われたのか。この点を考えるに際して、附火についてかかる認定を行った例が、盗を目的とした犯行であることを指摘しておきたい。先に掲げた寛政十・無宿・妙真儀、無宿・清吉、附火いたし候同類ニ相成候一件は、盗について同意したうえでのことであったし、文化元・無宿・藤左衛門初筆、附火いたし候一件³³⁾にも「約諾之通、藤左衛門、附火いたし候故之儀と乍存、右出火二よって盗いたし候は、おのつから、藤左衛門同意之所業に相成火を附候もの、之御定ニも准し可申科にて、重之不屈ニ御座候」なる文言がみられる。管見の限り、盗以外の目的による放火で実行行為以外の加功をなした者の刑責にふれた例は見られないため、比較による実証は困難である³⁴⁾が、これらの例や、次節において述べる盗の特殊性に鑑みれば、盗を中心とした犯罪の場合には、共犯者の行為態様を問わず同類としたと考えることには、一定の説得力があるように思われる。

32) なお、詳しくは次章において述べるが、通常の人殺に対する科刑は下手人である。本件は、「養育料可貪取」という目的が先行しているためこのような処分となっている点に注意を要する。

33) 新類集七(一八一)。

34) なおこの点、「刑例拔萃」第壹卷一〇号、享和元・附火致候手伝呉候様申間候二付、同道罷越、手伝不致見受罷在候ものは、盗とは関係なく附火の現場へ同道した長七を、五十日手鎖に処している。しかし長七は「火拵致し候節」を見ていたのみで、「目間見合逃帰候」とあるから、上に掲げる実行行為以外の加功をなした者と単純な比較はできない。

第四節 盗における頭取なき同類の特殊性

前節に少し述べたとおり、盗における頭取なき同類の認定は、他の犯罪類型におけるそれよりも広い範囲に認められたように見受けられる。本節においては、かかる特殊な取扱いが生じる理由を探るとともに、その取扱いの下限、すなわち盗において頭取なき同類が認められず、これより刑を減輕される場合についても検討する。

第一項 天明八年の評議の意義

盗における共犯処罰は、先行研究でも注目されている。すなわち石塚氏は、共同正犯的処分方式中第三の類型を「共謀の上一人が実行し、他はその幫助をなしたるばあい。」として、その典型的な例として「盗之外見」に関する天明八年の評議を挙げている。尤も同氏は、盗之外見以外の犯罪類型でも「同様の法理が認められていたように考えている」³⁵⁾のであるが、その根拠としているのは前節に掲げた寛政十・無宿・久八、入墨御仕置ニ相成候後、途中之盗いたし候一件と、寛政十・無宿・妙真儀、無宿・清吉、附火いたし候同類ニ相成候一件であるから、やはり盗を中心とした犯罪においてかかる取扱いがなされたと考えるべきであろう。

さて、石塚氏が挙げた天明八年の評議を、ここで改めて確認しておきたい。

天明八申年御渡

大坂城代伺

一 盗賊外見之儀ニ付評議、

去月廿日、御渡被成候、堀川相模守・書面、一覽仕候処、忍入盗いたし候もの死罪、之御定ニ有之、右盗賊と申合、忍入之外見いたし候もの、同類ニ付、死罪と相心得罷在候処、大坂町奉行所・先例、区々ニ相見、総て、外見之ものは、内え入候ものより、一等軽申付来候由にて、先般、松平石見守差出候、忍入盗賊・伺書、外見之もの御座候ニ付、相伺候処、右外見・無宿・政次郎儀、死罪之御差図ニ付、以来は、

35) 前掲石塚「共犯（三・完）」p.20。

戸明有之内え入候・盗賊之外見之ものも、一同申合、盗いたし候もの、共ニ同罪ニ、御定書ニ御座候通、入墨之上・重敲可申付哉と、奉存候由、尤、右類之盗物、持運等仕候もの科附ハ、振候儀も無御座候得共、右申上候趣は、先例仕来とは乍申、此度之御差図ニ准し、相改可申と奉存、猶又、彼地・町奉行えも相尋候処、前書、政次郎御下知之趣ニ准し、戸明候内え入候・盗人之外見いたし候もの科附、改候ても、外ニ、差支候筋も無御座候旨、申聞候、依之、先例も御座候儀、相改候事ニ付、此段、奉伺候段、申上候、

此儀、先達て、無宿・政次郎・評議書ニ申上候通、盗之儀申合、人家え参、メリ有之所を固辞明、這入候節、同類之内、最初より外見いたし、又ハ雜物持運候ものハ、たとへ、家藏え不忍入候とも、無差別、死罪ニて可然奉存、則、右政次郎も、其通、相濟候上は、右ニ准し、戸明有之内え這入候・盗賊は、死刑ニは無御座候得共、是以、最初より盗之儀申合、同類之内にて、外見いたし候ものハ、外之趣意無之候ハ、内え這入候ものと、無差別、同罪ニて、可然哉ニ奉存候、

申十二月

評議之通濟³⁶⁾

この評議のもととなった「無宿・政次郎」についての一件は、以下のとおりである。

天明八申年御渡

大坂町奉行

松平石見守伺

一 無宿・伊三郎、盗いたし候一件、

無宿

政次郎

右之もの儀、伊三郎、盗仕候節、片陰ニ忍ひ、往来ニ心を付罷在、同人、盗取相渡候品々、請取、持退候段、不届ニ御座候間、敲之上・軽追放

36) 古類集三(一六〇)。

此儀、御定書ニ、家藏え忍入候盗人ニ被頼、盗物持運、配分取候もの、敲之上・輕追放、但、配分不取候ハ、敲之上・所払、と有之、右は、盗之儀は不申合、盜賊、家藏え忍入、雜物持出し候上ニて、持運之儀を、被相頼候ものえ、可引当御定ニ御座候哉、尤、科條類典、相糺候処、右元例ハ無之、評議之上、相極り候趣ニ御座候、都て、人家え参り、メリ有之所を、固辞明這入候節、申合・参候もの共は、其節之働ニ不拘、死罪、と相伺来り、今般之政次郎、去ル巳年、評議ニ御下ケ被成候、佐渡奉行・相伺候、佐州辰巳村ニて捕候無宿・専次郎一件之内、同国瀧脇村・伊七事・伊兵衛儀、専次郎と兩人、青柳村・市十郎方え罷越、門口懸鉄を外し、専次郎、内え入、品々盜取、此ものハ、門口ニ罷在、内え這入不申候得共、申合・罷越・盜物配分取候ものニ付、専次郎と趣意ハ同様之ものニ御座候間、伺之通、死罪と申上、其通、相濟候例も有之、盜物配分は不致内、被捕候得共、吟味書之趣ニては、猶予有之候得は、配分も可致趣意と相聞、然上は、配分不取候とも、差別は有御座間敷、伊三郎申合、盜ニ参り、片陰ニ忍罷在、往来ニ心を付、罷在候上は、忍入之同類ニ無相違、且、松平石見守、差出候、兩例とも、相当ニ御座候得共、御定ニ寄、評議仕候ては、前書之通ニて可有御座哉ニ付、堀田相模守見込之通、石見守伺之通ニてハ、相当仕間敷、依之、死罪、
評議之通濟³⁷⁾

本件評議の中では「都て、人家え参り、メリ有之所を、固辞明這入候節、申合・参候もの共は、其節之働ニ不拘、死罪、と相伺来り」と記され、これに相当する判例も参照されている。このことから、少なくとも評定所の中では、この評議がなされた時期、既にかかる法理が定着しており、本評議の内容は、大坂町奉行所の判例が区々であったのを統一したに過ぎないものと思われる³⁸⁾。

尤も、他の犯罪類型における同類が、実行行為以外の加功の中でも重要

37) 古類集拾貳（七五三）。

38) この点石塚氏は、「天明八年までは判例の態度は統一されていない」としているが、大坂町奉行所に限るならばともかく、徳川幕府刑法全体についての理解としては不十分である。

度の高い行為に及んだ者について認定されているのに対し、盗においては行為態様の如何を問題としない旨明記していること、また実際に外見や雑物持運といった、必ずしも必要不可欠とは言えない加功態様について、一般に同類とすることを示したという点において、本件評議が重要な意味をもつことには変わらない。

なお、本件評議によって確認されたかかると法理は、本件において問題となっている「忍入之盗」のほか、「戸明之盗」³⁹⁾や「戸建寄有之盗」⁴⁰⁾においても見られ、盗の態様を問わず広く認められていたことが分かる⁴¹⁾。また、外見以外の行為態様について、以下の例が挙げられる。

明和九辰年御渡

大坂城代伺

一 入墨重敲ニ成候上、盗物と乍存、貰受又は預り置候もの、御仕置之儀ニ付評議

去月十九日、御渡被成候、久世出雲守書面、一覽仕候処、盗賊引合之もの御仕置之内、無宿・越前之六兵衛・戎之忠兵衛・堺之忠兵衛と申もの共、先達て、メリ無之所え入、盗仕候ニ付、入墨・重敲申付候ものニ御座候処、右越前之六兵衛・戎之忠兵衛儀、盗物と乍存、盗物預り置候ニ付、軽追放可申付哉之旨、彼地町奉行、相伺候、入墨ニ成候上、又候盗いたし候もの死罪、外之悪事いたし候もの重敲、之御定ニ御座候、入墨敲・入墨重敲之再犯も同様、相心得可申哉、右越前之六兵衛・戎之忠兵衛・堺之忠兵衛儀ハ、外之悪事と申二も無御座、盗ニ携、再犯同前之ものニ御座候間、死罪ニは有御座間敷哉、併、全之盗いたし候よりハ、品も軽可有御座哉、御仕置治定難仕、以来、為心得、相伺候旨、申上候、

此儀、御定書ニ、入墨ニ成候上、又候盗いたし候もの死罪、外之悪

39) 天明八年以前のものでして前掲『百箇条調書』卷四十六 pp.3124-3126、明和七・松田彦兵衛相伺置候無宿蓮長初筆御仕置伺書之内、下総無宿清左エ門。以降のものとして、古類集拾式(七五九)、統類集拾式(三八〇)文化十二・肥後国天草郡ニ罷在候流人甚吉盗いたし候一件など。

40) 一例として、「刑例抜萃」第四卷一四九号享和三・麻布永坂町儀右衛門店勘五郎方ニ居候市兵衛一件。

41) なお、「忍入之盗」「戸明之盗」「戸建寄有之盗」など、盗の態様の違いについては、前掲平松「徳川幕府刑法に於ける窃盗罪(一～三・完)」参照。

事いたし候もの重キ敲、と有之候間、入墨敲・入墨重敲之再犯も同様、相心得可申旨、被仰渡、可然哉ニ奉存候、

一、越前之六兵衛・戎之忠兵衛儀、先達て、メリ無之所え入、盗いたし、入墨重敲、相成候処、盗物と乍存、分ケ口貫請候と有之、分ケ口取候もの、盗人之同類にて、外之悪事にては無御座候間、入墨ニ成候上、又候盗いたし候もの之御定え引当、死罪可申付旨、被仰渡、可然哉ニ奉存候

一、堺之忠兵衛も、前書、兩人同様之不屈にて、先達て、入墨重敲ニ相成候処、盗物と乍存、盗物預り置候と有之、盗物と乍存、預り候もの敲、と有之、軽キ盗いたし候もの同様之御定にて、外之悪事ニは有御座間敷候間、是又、同様之御定にて、死罪可申付旨、被仰渡、可然哉ニ奉存候、

辰六月

評議之通済⁴²⁾

本件は天明八年以前のものであり、また累犯に関する評議であるため、これまでの例とは罪質において多少異なるところがあるが、盗の同類についての評議であることは変わらない。そして本件で注目すべきは、堺之忠兵衛なる者である。この者は「盗物と乍存、盗物預り置候と有之」という、盗に際しての行為ではない、いわば贓物罪にあたる行為に及んだ者であるが、そのほかの者らと「同様之不屈」であるとして、同刑に処されている。この一例からは、盗の現場での加功に止まらず、事後的な加功をも等しく処断するという、幕府の姿勢が看取される⁴³⁾。

第二項 盗における頭取なき同類の処罰根拠

ところで、石塚氏は、外見・雑物持運が同類とされる理由について、前述した徳川幕府刑法の不完全さに由来するとの理解とは区別し、「自分自

42) 古類集四（一八九）。

43) 尤も、本件のごとき取扱いは天明八年以降確認できない。天明八年の評議には、同類として扱われる範囲を確定したという意義もあると言えよう。なお事後的な加功については、本節第三項に詳述する。

身の利益を追求する意思に発して、実行者を利用し、自己の犯意を遂げたにはかならぬから、実質的には実行者とかわりなきものとされた」⁴⁴⁾ ために生じたものであると説明している。すなわち同氏は、この法理が「主観主義的色彩の濃いもの」であり、頭取・同類に区別する共犯類型と、その根幹において共通していると理解しているのである。

しかし、このような法理が判例によって認められていたのであれば、石塚氏が指摘する、御定書の条文の不完全さに由来する客観主義的な共同正犯的処分方式というものは、そもそも存在し得ないように思われる。同氏の挙げる共同正犯的処分方式の認められる判例には、御定書に共犯の規定を置かない犯罪類型についてのものが多く存在する。それらの犯罪における共同正犯的処分方式が、如何なる理由によって客観主義的な方式と主観主義的な方式とに分かれるのかを明らかにしない以上、石塚氏の理論は説得力をもたない。

また実際の例を見ても、行為者が「自己の犯意を遂げた」と解し得るような記述は見当たらない。仮に共謀を以てこの点を認めるのであれば、頭取・同類に区別する共犯類型においてなぜ両者の科刑に差が生じるのかという問題が生じるであろう。

さらに本稿では、先に述べたとおり、このような法理が盗と盗を目的とした附火についてのみ見られるものであることを明らかにしたが、それゆえ、石塚氏の理解を前提とすれば、何故かかる犯罪類型についてのみこのような法理が認められるのかという疑問が生じる。

以上の石塚氏の理論への疑問と、本稿におけるここまでの成果を踏まえれば、かかる法理が認められる理由は、盗という犯罪の特性と関連することが考えられる。

44) 前掲石塚「共犯(三・完)」p.17。なお同氏のかかる説明には、現行刑法との関連がみられる。すなわちこの文言からは、いわゆる「練馬事件」(最高裁昭和33年5月28日大法廷判決、刑集12巻8号p.1718)の判旨「共謀共同正犯が成立するには、二人以上の者が、特定の犯罪を行うために、共同意思の下に一体となって互に他人の行為を利用し、各自の意思を実行に移すことを内容とする謀議をなし、よって犯罪を実行した事実が認められなければならない。〔中略〕直接実行行為に関与しない者でも、他人の行為をいわば自己の手段として犯罪を行ったと言う意味において、その間刑責の成立に差異を生ずると解すべき理由はない。」との文言を想起することができるのである。石塚氏の論文はこの判決の翌年から連載を開始しており、現在に至るまで共謀共同正犯に関する重要判例として取り上げられる当該判決が、同氏に影響を与えた可能性は否定できない。

この点につき、まず御定書における盗の共犯についての特性が挙げられる。御定書五十六条「盗人御仕置之事」を見ると、手伝や荷担のごとき、単独正犯に科すより軽い刑に処される「従犯」的類型がそもそも規定されていないことに気付く。また具体的な事例を見ても、これらの語はほとんど見られない。

然して、同条に規定された「従犯」的共犯類型は手引のみである。しかしこの規定にもまた、盗にのみ見られる特性がある。

四十八 密通御仕置之事

〔二項〕

同〔従前々之例〕

一 密通之男 死 罪

〔六項〕

追加

寛保三年極

一 夫有之女江密通之手引致候もの 中 追 放

〔九項〕

追加

寛保元年極

一 主人之妻と密通いたし候もの
男ハ 引廻之上 獄 門

〔十項〕

従前々之例

一 主人之妻江密通之手引いたし候もの 死 罪

〔十八項〕

寛保元年極

一 主人之娘と密通いたし候もの 中 追 放
但、娘ハ手鎖かけ、親元江引渡

〔十九項〕

寛保元年極

一 主人之娘江密通之手引いたし候もの 所 払

五十六 盗人御仕置之事

〔六項〕

享保五年極

- 一 家内江忍入、或ハ土蔵杯破り候類
金高雑物之不依多少 死 罪

〔七項〕

従前々之例

- 一 盗人之手引いたし候もの 死 罪

〔十一項〕

享保五年

寛保元年極

- 一 手元ニ有之品を与風盗取候類
金子ハ拾両より以上、
雑物ハ代金ニ積、拾兩位より以上ハ 死 罪
金子ハ拾両より以下、
雑物ハ代金ニ積、拾兩位より以下ハ 入 墨 敲

七十一 人殺并疵附等御仕置之事

〔二十五項〕

従前々之例

- 一 人を殺候もの 下 手 人

〔二十六項〕

寛保二年極

- 一 人殺之手引いたし候もの 遠 嶋
但、殺候当人致欠落、不出におゐてハ、下手人⁴⁵⁾

以上は、御定書中の手引規定と、その正犯との規定を並べたものである。ここから、他の共犯類型においては実行行為者に比べて刑が減輕されている当該共犯類型が、盗についてのみ、「忍入之盗」または十両以上の盗の正犯と同様、死罪と規定されていることが分かる。したがって、盗の手引

45) 『徳川禁令考』別巻 pp.89-110 より抜粋。

は、他の共犯類型におけるそれとは異なり、実際には従犯としての取扱いを受けなかったと言えよう。

このように、盗における手引が死罪となる理由について、石塚氏は、御定書制定の際に参照された元例が、「忍入之盗」の共同正犯と同一であるとみられるような事例であったためとしているが、そもそもなぜそのような事例を元例としたのかという疑問が残る。むしろ、手伝や荷担といった類型を規定せず、手引についてもかかる元例を採用したということが、盗において正犯より軽く処罰される者を極力減らすという意図を含んでいるのではないかと思われるのである。然りとすれば、同様の意図から、行為態様の如何を問わず同類と認めたと考えることは可能であろう。

盗という犯罪の特性として次に挙げられるのが、さまざまな刑の減輕事由の対象から除かれていることである。これは特に「忍入之盗」に顕著であり、御定書によって旧悪免除の適用を受けないことが規定されている⁴⁶⁾ほか、文化八年の触書⁴⁷⁾から推測するに、赦の適用も認められなかった⁴⁸⁾のである。

また、自訴による刑の減輕を受けないことも挙げられる。

寛政三亥年、松平和泉守殿御書取御渡

一 自訴いたし候盜賊之儀ニ付評議、

去月廿六日、御渡被成候御書取、一覽仕候処、メリ有之処、明ケ這入、盜いたし、右品売払・質入いたし候後、右盜物吟味有之趣、承、後悔いたし、盜ニ入候所之名主え、右悪事申立、致自訴候もの、右躰死罪ニ可成盜人、自訴いたし候ニ付、御仕置ゆるミ候例有之候哉、但親・兄弟之難儀を承、自訴いたし候例は有之候段、被仰聞候、

此儀、メリ有之所、明ケ這入、盜いたし、右品売払、質入等いたし

46) 細川亀市「徳川幕府法における公訴の時効」(『史的研究 日本法の制度と精神』所収、青葉書房 1944年) 参照。

47) 遠国奉行および火附盜賊改へ「可被仰渡趣」に、以下のとおり記されている。

一 盜賊かたり之類

右飢渴又は貧困ニ迫り、其外与風之出来心にて盜いたし候類、仮令メリを破り候て、死罪に可相成ものニ候ても、赦ニ可被相伺候、然共三度ニおよひ、右及始末候もの并一旦御仕置ニ相成、再犯之ものは、出来心とは難申間、赦ニ難成候、(高柳真三・石井良助編『御触書天保集成 下』〈岩波書店 1941年〉百一卷 六三五六号)

48) 隈崎渡「盜罪重視と恩赦の限界—日本法制史の場合—」(『法学新報』61卷3号、中央大学 1954年) pp.5-6 参照。

候後、吟味ニ相成候を承、自訴いたし候もの之例、差当り相見不申候得共、親・兄弟・主人等之難儀を存、自訴いたし候とも訳違ひ、たとひ致後悔候由、申立候とも、御仕置ゆるミ候ハ、盗いたし候とも、自訴仕候得は重キ御仕置ニは不相成儀と存候様罷成候ハ、右類自然と出来可仕、其上、旧悪御定ヶ条之内ニも、人家え忍入候盗人ハ、旧悪ニ候とも、御仕置相伺可申と有之、旧悪にてさへ、御仕置はゆるミ不申間、後悔いたし候由にて自訴仕候とも、御仕置ゆるミ候筋ニは、有御座間敷候哉ニ奉存候、

亥十一月

〔書留なし〕⁴⁹⁾

上記の御書取から、「忍入之盗」は、親兄弟への迷惑を考えて自訴した場合を除き、自訴による減軽を認められなかったことが窺える。この御書取は、外見・雑物持運についての天明八年の評議と比較的近い時期に出されているため、当時の盗に対する幕府の考え方を知り得る史料として重要である。

これらの減軽事由のほかにも、盗の処罰にはさまざまな特例があり、「幕府が盗みにいかに手を焼いていたか、またいかに重科をもってこれを禁絶しようとしていたか」⁵⁰⁾を示している。

ここで改めて、盗の共犯処罰に目を向ける。そもそも盗は、単独でもなし得る犯罪であるが、複数人が結集しこれを行うことも少なくないと考えられる。実際に、盗の共犯事例は、本稿に挙げた例をはじめ数多く残されている。

増加する盗賊に頭を悩ませていた幕府は、かかる盗の特性をも踏まえ、仮に、盗に携わった共犯者を果たした役割の重要度によって区別すれば、先に掲げた寛政三年の御書取にもあるように、「盗いたし候とも〔中略〕重キ御仕置ニは不相成儀と存候様罷成候ハ、右類自然と出来可仕」と考えたのではあるまいか。そしてそのような状況を避けるために、盗に携わつ

49) 古類集式(一一六)。なお文末の〔〕部は引用元による。

50) 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、井上書房1963年、原題『第三江戸時代漫筆 ばくちその他』) p.10。なおこの点につき、同書 pp.7-13 参照。

た者を、その加功態様によらず、「盗の共犯集団の中にいた」という点を以て、一律に処罰しようとしたのではないかと考えられる。

また、かかる特殊な取扱いを認めた時期にも注目すべきであろう。外見についての評議がなされた天明八年、赦についての御書取が出された寛政三年は、天明の飢饉による社会の混乱と、そこからの脱却を図っていた時期に位置する。天明の飢饉によって庶民は貧窮に陥り、これに伴って犯罪が増加したことが推測される。実際、寛政二年には、松平伊豆守（信明、老中）より「盗賊御仕置、年来相定有之間、自然と、下々軽重之次第、相弁候様にも可相成哉、近来盗賊数多之様ニも有之候得ハ、旁、暫之間、延享四卯年被 仰出候趣ニ相成候ても可然哉、評議仕、可申上旨」の御書取⁵¹⁾が出されている。「延享四卯年被 仰出候趣」は、盗、かたりの類をほぼ一律に死罪とする旨の「盗賊御仕置之事并右ニ付雅楽頭殿口上覚書」⁵²⁾のことであり、この御書取は、これを踏襲し厳罰化を図るものであった。評議の結果この提案は否定されるのであるが、評定所も「近来、盗賊、多相成候」事実を認めており、特にこの時期に、増加する盗賊への対策は喫緊の課題であったと思われる。天明八年の評議や寛政三年の御書取も、このような社会情勢にあって、増加する盗賊への有効な対策を模索する中で出されたものであったと考えられる。

以上の検討をまとめれば、盗における頭取なき同類についての特殊な取扱いは、石塚氏の述べるような主観的態様を基準としたために生じたものではなく、盗を重視した幕府の刑事政策を直接の理由とするもので、盗を行った集団の一掃を目的として、彼らを一律に同刑に処すという、団体責任的処分とも言えるものであった。そして天明末から寛政初期にかけて出された盗についての特殊な取扱いに関する幕府の決定は、その時期の社会的情勢に大きく影響されたものと考えられる。

第三項 盗において同類より刑を減輕される場合

ここまでは、盗の同類が極めて広範に認定されていたことを指摘してきた。しかしながら、盗について全く同類より軽い刑に処す共犯類型がなかつ

51) 古類集三（一六三）。

52) 『徳川禁令考』第三 pp.223-224。

たわけではない。先ほどから繰り返し述べているように、盗の処罰は、共犯集団の構成員を等しく処罰するという方針が採られていた。したがって、共犯集団の範囲を確定することが重要になってくる。そしてその範囲から外れた者は、おのずと同類より軽い刑に処されることになったのである。

(1) 家蔵江忍入候盗人ニ被頼、盗物持運、配分取候もの

かかる場合として第一に挙げられるのが、盗物の運搬である。御定書五十六条には、

〔十四項〕

同〔寛保二年極〕

一 家蔵江忍入候盗人ニ被頼、盗物持運、配分取候もの

敲之上 軽 追 放⁵³⁾

なる規定がみられる。「忍入之盗」につき、頼まれて盗物を運搬した場合には、「忍入之盗」の同類ではなく、本規定によって処断されるのである⁵⁴⁾。しかし一方で、先に掲げた天明八年の評議は、「雑物持運」をも対象としたものであったから、当該規定との関係が問題となる。

この点、天明八年の評議のもととなった、天明八・無宿・伊三郎、盗いたし候一件の評議では、「荷持」すなわち先に掲げた御定書規定について、「盗之儀は不申合、盗賊、家蔵江忍入、雑物持出し候上にて、持運之儀を、被相頼候ものえ、可引当」ものであるとしている。すなわち、運搬役を引き受けたのが盗の犯行前である場合には同類として死罪に処され、犯行後である場合には荷持規定により敲之上軽追放に処されるのである。

尤も、上記のごとき荷持規定の適用要件は、その場で偶然依頼されたということではない。

53) 『徳川禁令考』別巻 p.99。

54) なお、本条は規定どおり「忍入之盗」にのみ適用され、「戸明之盗」などにおいて同様の共犯者がいる場合には重敲に処された。続類集拾弐(三九七)文政二・奥州無宿庄兵衛初筆盗いたし候一件、同(三九八)文政三・無宿源吉盗いたし候一件参照。

享和元酉年四月

御勘定奉行

安藤対馬守殿御差図

菅沼下野守懸

一 野州越堀宿ニ而捕候無宿吉蔵外唄人盗いたし候一件

無宿

寅 松

右之者儀、無宿吉蔵申合盗いたし候儀ハ無之候共、同人任申、伊王野村野合ニ相待罷在、衣類其分吉蔵持参り盗取候品之由申之、其上同人任申背負参り、殊右品之内相渡候を着用いたし、又ハ宿銭等も吉蔵ニ払貰、供鉢ニ相成附添歩行候始末、不届ニ付、敲之上軽追放、

右御仕置附

右、御定書ニ、家蔵へ忍入候盗人ニ被頼盗物持運配分取候もの、敲之上軽キ追放、と有之、吉蔵盗取候衣類之内着用いたし、又ハ宿銭等も同人ニ為払候始末ハ、配分取候も同様に御座候間、右之御定ニ見合、敲之上軽追放、⁵⁵⁾

本件における寅松は、「野合ニ相待罷在」、吉蔵の持ってきた盗物を運搬し、盗物である衣類を着用したまたは宿銭等について便宜を受けている。したがって寅松は、吉蔵が実際に物を盗み出す前から彼と意思を通じている。ここで仮に、其場での偶然の依頼にのみ刑の減輕を認めるとすると、寅松は盗の同類として処断されることになる⁵⁶⁾。

寅松が荷持と評価されている理由を考えるに、この者が吉蔵と「申合盗いたし候儀ハ無之」と認定されている点に関係しているように思われる。本件において寅松は、「相待罷在」と「背負参り」と両方の行為につき、それぞれ吉蔵の「任申」ていることが認定されている。然りとすれば、寅松はたしかに犯行前から吉蔵と意思を通じてはいたものの、盗物運搬という具体的な行為について両者の意思疎通がなされたのは盗の行為後であるから、荷持規定によって処断するのが適当であると評価されたものと考えられる。

55) 「御仕置例撰述」後編四(25)。

56) 尤も実際には、本件において「申合」があったとしても、現場への同行がないために同類とはみなされなかったと考えられる。この点については本項(2)において述べる。

したがって、上記の基準は実質的には、具体的な行為について事前に「申合」がなされていたかという点に求められたと考えられる。

このような、「申合」の有無によって同類より刑を減輕するか否かの区別は、かなり徹底して行われたと思われる。

寛政九巳年八月

御勘定奉行

戸田采女正殿御差図

間宮筑前守懸

一 上州野州之内ニ而捕候盜賊一件

無 宿

松 之 助

右之もの儀、盗いたし候儀は無之候とも、無宿市蔵弥助任申、盜物持運ひ配分貫請候故不届ニ付、御定之通敲之上輕追放、

御差図

敲之上江戸払

右御尋ニ付御答

此儀、御尋之通盜物と存意ニ而盜之始末不相分、若、家蔵へ忍入盜取候品ニ無御座候得者、右御定者無之間、本文之御定ニ見合品輕可有御座哉ニ候処、盜賊行衛并被盜主不相知上者、輕重いつれとも難決候得ども、与風使ニ被頼候ニも無之、兼而附添歩行候盜賊ニ被頼盜取候品持運ひ、配分取候節も、右盜賊より借受候錢相返候程之儀ニ付、同類同様ニ相聞、家蔵江忍入候盜賊と乍存、他ニ居被頼候ものよりも却而品不宜、事實之处者、家蔵へ忍入候盜賊ニ被頼盜物持運ひ候ものも同様と見込、右御定之通敲之上輕追放与申上候得共、猶又御書取之趣相含、先例等相糾再勸勤弁仕候処、明和五子年、牧野大隅守町奉行之節伺之上御仕置申付候、下谷山伏町半七店利左衛門儀、浅草西福寺墓所人離之所ニ而、町人躰之ものより盜物ニ可有之と乍心附、徳用も有之故強而住所も不相尋、蒔絵印籠并衣類とも都合拾六品、代金壺兩三分式朱ニ買取候由申候得共、右町人躰之もの名前住所不相知、引合之証拠無之上ハ、申口難立用不届ニ付、敲之上輕追放申付候類例も有之、趣意ハ同様ニ御座候間、盜賊行衛不相知上は、松之助儀敲之上輕追放と申上候儀ニ御座候、

再御尋ニ付御答

此儀、家蔵江忍ひ入候盗人ニ被頼盗物持運び候もの、敲之上軽追放与有之御定者、科条類典之内元例も無之、評議之上相極り候儀ニ有之、家蔵へ忍入候盗賊と申合表ニ罷在、往來之心ヲ附、盜取候品々請取持運び候類者、去ル申年、一座評議之上死罪と申上其通相濟候、右者盜もの持運び候とも、同類之儀ニ付死罪ニ而可然、御定書ニ敲之上軽追放と有之者、盜之儀ハ不申合、盜賊家蔵へ忍入盗物持出候上ニ而、持運び之儀を被頼候ものへ可引当儀者、其節も評議仕申上候間、松之助儀も右御定ニ寄せ、敲之上軽追放と御仕置附候得共、再応御尋之上猶又御書取之趣ニ而勘弁仕候処、直蔵弥助儀任相頼、衣類脇差大島村新蔵方へ持参り売払、右代錢直蔵へ相渡、賃錢二百文貰ひ受候ものニ而、盜ものと乍存世話いたし配分ハ不取もの敲、盜ものと存預り候もの敲、盜ものと乍存下直ニ買取候もの所払、之御定をも見合候処、御渡被成候、無宿中村勘六御仕置之当り相当ニ可有御座間、江戸払被 仰付可然と奉存候、⁵⁷⁾

本件における松之助は、「兼而附添歩行候盜賊ニ被頼盜取候品持運び」、すなわち日頃から盜賊と同道しており、その盜賊から「持運び」を頼まれた例である。本件につき、評定所は二度の「御尋」を受けており、最終的には御定書五十六条二十一項、二十二項、三十一項を参照し江戸払と回答している。またこれに対する老中差図も敲之上江戸払となっているから、本件は厳密には荷持規定の適用例ではない。しかし最初の「御尋」の眼目は、同類となるか荷持規定の適用を受けるかという点にあり、「再御尋ニ付御答」の記述に見られるように、評定所はこの点につき、荷持規定は事前の「申合」なく、盜賊が盗物を持ち出した後に運搬を頼まれた場合に適用されるべきであると立場から、松之助も荷持規定の適用を受けるべき旨評議している。

したがって、盜の同類として処罰されるには、具体的な犯行について「申合」が無ければならず、本件における松之助のごとく、仮令日頃から同行している者が実行行為者であっても、その「申合」を欠けば同類より刑を減輕されたのである。

57) 「御仕置例撰述」初編五（81）。

(2) 盗之儀申合、其場えは不罷越、配分受候もの

盗の共犯者が同類より刑を減輕される第二の場合は、「申合」の後、現場へは赴かず、配分のみ受け取ったというものである。「御仕置例類集」では、特に続類集および天保類集に「盗之儀申合、其場えは不罷越、配分受候もの」なる項目が置かれ、この種の関与についての例が収められている⁵⁸⁾。

文化十二亥年御渡

松前奉行伺

一 無宿源助外式人盗いたし候一件

松前馬形新町

家主富五郎店

松 之 助

右之もの儀、源助・清太郎申合、松之助ハ相残、源助・清太郎兩人、町家離板葺窓格子を取放し這入、箆笥錠前を固辞明ケ、衣類刀脇差其外盗取、配分いたし候段、不届ニ付、死罪、

此儀、去ル子年松平兵庫頭御勘定奉行之節、伺之上御仕置申付候、無宿松五郎儀、無宿藤兵衛・力蔵盗可致旨申聞候ニ同意いたし、右兩人并無宿藤五郎儀、野州酒主村太郎右衛門方ニて、衣類脇差等盗取候節、途中藪蔭にて相待罷在、非人無宿光蔵・勢五郎俱々右品請取持運遣し、金式朱配分受候始末、不届に付、敲之上輕追放申付候例ニ見合、敲之上輕追放、

評議之通済、⁵⁹⁾

本件における松之助は、申合を除き、盗にかかわる行為は一切していない。しかし、評議で参照されているのは、現場以外の場所で実行行為者を

58) このことは、古類集・新類集の時期にかかる犯行への関与がなかった、あるいは処罰されなかった事を意味しない。古類集、新類集などにもかかる事例は見られる(古類集式拾(一五二〇)享和元・宗対馬守家来・中江登・小もの熊蔵、盗いたし候一件など)。続類集・天保類集では当該項目以外にも新設された項目があるが、いずれも判例検索の便を図るためのものであると思われる。

59) 続類集拾式(三八六)。なお、石塚氏は本件につき「天保類集二九(二一)天保七・肥後国今留村乙吉外式人盗いたし候一件〔本稿においても後掲〕の長吉に関する評議の中にみえるのみである。」としているが、見落としてである。

待ち、「雑物持運」をした者についての事例である。

ところで、当該判例は文化十二・無宿平八外一人盗いたし候一件⁶⁰⁾においても引用されているが、こちらは荷持の事例への引用であり、当該判例が御定書五十六条十四項の適用例と、本項目における減輕事由との双方に引用されていたことが分かる。

以上の事例の相互関係を見るに、御定書五十六条十四項の適用と現場へ同行しなかったことを理由とする刑の減輕とには密接な関係が窺える。そしてこの関連性から、頭取なき同類として実行行為者と同刑に処すか、これより刑を減輕するかを決する最大の要素は、具体的な加功態様ではなく、申合の有無と現場への同行の有無とであったということが看取される。これは、盗における頭取なき同類の認定に際しては、加功態様の如何が問われないという、前節において得られた知見とも合致するものである。

なお、ここで現場への同行という場合には、盗の実行行為開始時点でその現場にいることを指したと考えられる。このことは、そもそも天明八年の評議において、同類と認定するにあたって「最初より」との文言が見られることから推測し得る。また実際の事例として、

享和元酉年御渡

火附盜賊改

池田雅次郎

一 宗対馬守家来・中江登・小もの熊蔵、盗いたし候一件、

宗対馬守家来

三和八右衛門小ものにて

欠落いたし候

佐 七

右之もの儀、武家方小もの奉公いたし候砌、同家中小もの・熊蔵儀、盜可致旨、申勸候由、同意いたし、右熊蔵儀、同人主人方にて、衣類・帯・脇差・雑物、盜取候節之始末ハ、不存候得共、呼ニ参り候砌、罷越、右品々、俱々持出、欠落いたし、兩人にて所持いたし候段、不届

60) 続類集拾貳（三九六）。なお、本事例における罪質はすりであると思われ、共犯の行為態様もやや特殊であるが、例類集上は「盜賊ニ被頼、盜物持運び遣候類」なる項目に分類されている。

ニ付、敲之上・軽追放、

此儀、去ル寅年、評議ニ御下ケ被成候、長谷川平蔵・火附盜賊改勤役中、申上候、江川町・御喜右衛門寄子・三太郎儀、奉公いたし候砌、兼て盜可致と申合、勿論、右場所えハ不罷越候得共、盜取候品、孫八より受取、金助方え持參、質入いたし貫、配分取可申、と同道いたし、罷出候段、不届ニ付、入墨・重敲と相伺、評議之上、敲之上・軽追放と申上、其通、相濟候例ニ見合、伺之通、敲之上・軽追放、

評議之通濟⁶¹⁾

なる一件が確認できる。本件において佐七は「呼ニ参り候砌、罷越」と認定されていることから、最終的には盜の現場に足を運んだのではないかと考えられるが、評議では現場へ同行しなかった者についての判例⁶²⁾を参照している。このほか、前掲文化十二・無宿源助外式人盜いたし候一件において参照されている判例も「途中藪蔭にて相待罷在」者の刑を減輕しており、終始現場へ赴かなかつたことまでは必要なく、実行行為者が盜を開始する時点で現場へ同行していなければ、当該実行行為者らより軽い刑に処されたものと考えられる。

また、このような事例の処罰に際しては、問題となる者が現場へ同行しなかった理由も問われなかつた。上記の松之助は、自主的、あるいは計画的に現場へ行かなかつた者であるが、一方で、以下のごとき事例が見られる。

天保九戌年御渡

長崎奉行伺

一 西浜町無宿入墨虎吉、盜いたし候一件

筑前無宿

長 蔵

右之もの儀、無宿喜助外二人にて、大浦清吉方ニ止宿いたし罷在、當時行衛不知久平と、盜之儀申合、清吉方罷出候処、途中にて腹痛いた

61) 古類集貳拾（一五二〇）。

62) この判例は、「刑例抜萃」第九卷二九三号、寛政六・盜致与申合、場所江者不罷越、盜物受取質入致、配分取候ものである。

し、打臥罷在、翌朝東中町友次郎方え参候処、久平罷在、昨夜盗取候品之由申間、衣類拾七品配分いたし候ニ付、貰受、其儘所持いたし罷在候始末、不届ニ付、入墨之上、重敲、

此儀、吟味書朱書之趣にては、久平行衛相知不申候得共、同人より此もの配分受候品は、今鍛冶町五兵衛方土蔵切破、盗取候衣類之由ニ候間、文化十二亥年、評議ニ御下被成候、松前奉行相伺候、松前馬形新町町家家主富五郎店松之助儀、源助・清太郎申合、松之助は相残、源助・清太郎兩人、町家離れ板蔵窓格子を取放這入、箆筭錠前を固辞明ケ、衣類・刀・脇差其外盗取、配分いたし候段、不届ニ付、死罪と相伺、評議之上、敲之上、軽追放と申上、其通相済候例ニ見合、敲之上、軽追放、

評議之通済、⁶³⁾

上記一件は、行為者らと現場へ向かおうとしたが、途中で腹痛を催し結果的には現場へ同行しなかった例であるが、前掲文化十二・無宿源助外式人盗いたし候一件を引用し、これと同様に処罰している。さらに、

天保七申年御渡

長崎奉行伺

一 肥後国今留村乙吉外式人、盗いたし候一件

高木作右衛門御代官所

肥後国天草郡今留村

百姓

長 吉

右之もの儀、村内佐金太外三人、盗之儀申合、崎津村祐右衛門方土蔵え忍入盗可致と、去未正月廿九日夜一同罷越候処、飼犬吠懸り候故、不得盗立帰、猶又同二月廿五日夜、衆吉参り、崎津村庄屋竜太郎方土蔵え忍入、盗いたし候積ニ付、可参旨申間候処、其節親病氣ニ付、難参旨相断、其後佐金太参り、竜太郎方土蔵え忍入、盗取候金子之内、金式兩三分・丁銀三百五拾匁七分配分いたし候由申、差出候を請取、

63) 天保類集式拾九（三六一）。

右之内金貳兩三分は、酒食雑用等ニ遣捨、其余ハ所持いたし罷在候始末、不届ニ付、死罪、

此儀、吟味書之趣にては、村内佐金太外三人申合、崎津村祐右衛門方土蔵え可立入と、同所外廻り垣根を佐金太破懸候処、犬吠候ニ付、空敷逃去、其後同人より、同類之内高浜村彗吉を以、右崎津村竜太郎方土蔵え忍入候積、手都合いたし候間、可参旨申越候得共、親藤六病氣ニ付、相断候処、翌日佐金太罷越、メりを破り盗いたし候趣申聞、右盗金銀之内、配分呉候を請取候由ニ有之、前書盗可致と仕成候段は、寛政元酉年、初鹿野河内守町奉行勤役之節、伺之上御仕置申付候無宿勘蔵儀、身持放埒にて、主人方出奔いたし、其儀ハ押隠し、知人源蔵を相頼、中間奉公いたし罷在候処、瘡毒にて身骨痛、難相勤候ニ付、又候欠落いたし、無宿ニ成、給続兼候由、不斗悪心出、盗可致ため、元主人松平甲斐守屋敷は、様子存居候ニ任せ、右下屋敷外圍竹垣を押破り、立入候処、犬吠候ニ付、同家中長屋床下え這入罷在、被捕候儀にて、何にてても不得盗候旨申立候得共、右始末不届ニ付、入墨之上、重敲申付候例ニ見合、入墨之上、重敲ニ相当、同類之もの共盗いたし候節之始末乍弁、配分受候方は、文化十二亥年、評議ニ御下被成候、松前奉行相伺候松前馬形新町松之助儀、源助・清太郎申合、松之助は相残、源助・清太郎兩人、町家離れ板倉窓格子を取放し這入、箆箆錠前を固辞明ヶ、衣類・刀・脇差其外盗取、配分いたし候段、不届に付、死罪と相伺、評議之上、敲之上、輕追放にて相当可致処、前書賊刑之入墨は、難免趣意ニ付、入墨之上、輕追放、

評議之通済、⁶⁴⁾

なる一件では、親の看病を理由に犯行への関与そのものを断っている長吉に対し、上に掲げた文政十二・無宿源助外貳人盗いたし候一件を参照し、これと同様に処断している。

本件は一見、おもに問題とされる「崎津村庄屋竜太郎方土蔵」への盗について「申合」を欠いているようにも思われる。しかし本件では、これに

64) 天保類集貳拾九(六三〇)。

先行して「崎津村祐右衛門方土蔵」への盗が計画されており、こちらでは長吉も「申合」のうえ現場へ同行している。その際形成された共犯集団が、「竜太郎方」への盗に至っても維持されていると考えられたのであろう。後の盗に勧誘してきた衆吉が「同類之内」とされていることから、このような考えが看取される。そしてそれゆえに、後の盗について、関与する意思がなくとも「同類⁶⁵⁾」のもの共盗いたし候節之始末乍弁、配分受候方」を以て、実行行為者らより刑を減輕すべきと評価されたものと考えられる。

以上の三例は、いずれも現場へ同行しなかったという点では同様であるが、その理由は区々であり、犯行あるいはその計画に及ぼす影響にも差がある。しかし評議ではそのような違いは意識されず、いずれも同様の評価を受けている。

一方、一旦現場に同行しさえすれば、その後の態様や、実際に果たした役割には着目せず、同類として処罰されたものと考えられる。

文政二卯年御渡

甲府勤番支配伺

一 甲州西保中村三蔵外三人盗いたし候一件

御代官野田松三郎支配所

甲州山梨郡市川村

百姓庄右衛門弟

万次郎

右之もの儀、去ル子年七月中茂右衛門後家たけ方え参り盗いたし候間参り呉候様、三蔵・与兵衛申聞候節、及断候得共、達て相頼候途同意いたし、権左衛門一同申合罷越候処、留守之様子ニ付、三蔵ハ戸明キ有之候土蔵え這入、与兵衛ハ戶外ニ居、此もの権左衛門は外見いたし、三蔵儀衣類拾四品盗取逃去、右品之内式品配分として貰受、残之品ハ質入いたし遣し候始末、不届ニ付、入墨之上重敲、

此儀、天明八申年盗賊外見之儀ニ付、評議いたし申上候書面之内、戸明有之内え這入候盗賊は、死刑ニは無御座候得共、是以最初より盗之儀申合候同類之内にて、外見いたし候ものは、外之趣意無之候

65) ここでの「同類」は、頭取なき同類ではなく、犯行に携わった者全員を指す、広義の同類であると考えられる。

ハ、内え這入候ものと無差別同罪にて可然旨申上、其通相濟候ニ見合、本人三蔵は吟味中病死いたし候得共、其節同人盜之始末は、戸明之盜にて、盜取候品も金高二積り、拾兩以下に付、昼夜ニ不限戸明有之処、又ハ家内二人無之故、手元ニ有之輕キ品を盜取候類之御定にて、伺之通、入墨之上重敲、
評議之通濟、

同郡西保中村

権左衛門

右之もの儀、去子年七月中茂右衛門後家たけ方え参り、盜いたし候間参り候は配分可呉旨、三蔵・与兵衛申聞候ニ同意いたし、万次郎一同申合罷越、不人居合候ニ付、三蔵儀戸明キ有之候土蔵え這入、与兵衛は戸前外ニ居、此もの万次郎外見いたし居候処、手間取候故、主人伝左衛門方え立帰、其後三蔵ニ出会、盜取候品配分いたし呉候様申候得共、呉不申、又は元主人木小屋え這入、白米盜取、或は知ル人の方え参り、座敷ニ有之候帶老筋盜取候始末、旁不届ニ付、入墨之上重敲、
此儀、手元之盜いたし候不届も御座候得共、元主人伝左衛門方にて盜いたし、又ハ茂右衛門後家たけ方にて、三蔵盜いたし候節外見いたし候方、重モ之不届ニ有之、尤同人盜取候品配分は不取得候得共素々配分可受積同類申合外見いたし、三蔵手間取候故、先え立帰、其後同人ニ出会、配分之儀及催促候ものニ付、配分取候も同様之趣意にて盜之始末も、吟味書之趣にては、同人方え罷越候処、土蔵続木小屋ニ白米貳呎有之候を見受候故這入、盜取候と有之、メリ等有之場所とは不相聞候間、伺之通、入墨之上重敲、
評議之通濟、

右

市川村

百姓所左衛門養子

当时无宿

与兵衛

右之もの儀、去ル子年七月三蔵と酒給合候上、当時茂左衛門後家たけ方え盜ニ入可申旨三蔵申、金貳朱配分貰受候積にて、権左衛門・万次郎一同申合罷越、三蔵儀は戸明キ有之土蔵え這入、此ものは戸前外ニ

居、同人衣類盜取逃去候後、三蔵ニは行逢不申、配分ハ不貰受候とも、最初より盜之儀申合候之上ハ、同類ニ無紛、不届ニ付、入墨之上重敲、此儀、三蔵盜取候品配分は不得取候得共、素々配分可取積、同類申合、三蔵盜いたし候内、土蔵戸前外ニ罷在候ものにて、同類ニ無相違候間、一件之内、万次郎同様伺之通、入墨之上重敲、評議之通済、⁶⁶⁾

この一件のうち、権左衛門は外見の役割を担いながらも犯行途中でその現場を離れ、与兵衛は現場へ同行したのみで特段の役割を担っていないことが認定されているが、いずれも「戸明之盜」の実行行為者と同様、入墨之上重敲に処されており、特に与兵衛は、同類との評価を受けている。尤も与兵衛については、「土蔵戸前外ニ罷在」こと自体が外見と同様の役割を果たし得るとも考えられるが、留守宅の蔵へ盗に入っているのであるから、万次郎や権左衛門らの外見のみで足りると思われる。然りとすればやはり与兵衛は、特段の役割を担っていないにもかかわらず、同行したことのみを以て同類と評価されているということになる。

以上から、同類と評価されるためには、申合のうへ現場へ同行することを要し、現場へ同行しなかった場合には同類より刑を減輕されていたことが分かる。

尤も、先に掲げた御定書五十六条十四項が、少なくとも天明八年以降はほぼ一貫して適用されているのに対し、現場へ赴かなかつた者の刑を減輕するか否かについては、必ずしも一貫していない。以下この点を少し詳しく検討する。

そもそも、現場へ同行しなかったという点を考慮する姿勢は、江戸時代前半において既に認められる。延宝七年には、

生所 豊後日田之内 ふとた村之者之由
一 五兵衛 未二年廿五 未十月十八日籠舎
此者、未十月十五日之夜、桜馬場さし又左衛門家内ニ忍入候処ニ捕之候由訴候ニ付、搦寄、遂穿鑿候処ニ宿も無之、同月九日穢多伝兵衛致

66) 続類集拾貳（三八四）。

手引、浦上村庄屋小左衛門家内見置之、同夜忍入衣類品々盗取、其外数ヶ所ニ而令竊盗、しち物等ニ入置候、肝煎之者迄及白状候、早速死罪可申付者ニ候得共、来夏異国船入津之節は徒者所々より入込候は、見知候同類為穿鑿、先籠内ニ差置之候、

- 一 右五兵衛、当夏同類白状無之ニ付、申閏八月十三日令斬罪首獄門ニ掛置之候、

生所 筑前中野郡おさ村之者之由

- 一 喜三郎 未二年三拾六 未十月十八日籠舎

此者、未十月十五日之夜、桜馬場さし又左衛門家内ニ忍入候五兵衛同類之由ニ而、捕之候ニ付、搦寄遂穿鑿候処ニ宿も無之、右又左衛門所、又ハ同月九日之夜、浦上村庄屋小左衛門所江、五兵衛忍入候節も荷持ニやとはれ、盗之場江は不相越、二三町も外ニ罷在候旨及白状候ニ付、五兵衛と引合遂吟味、其上致拷問候得共、右之通之申口双方替儀無之候、此者五兵衛同前ニ先籠内ニ差置之候、

- 一 右喜三郎儀、嚴有院様御法事被行大赦候間、重科之外可令赦免之旨、御奉書到来ニ付、死罪致赦免、向後此表来候は斬罪可申付之旨相含之、申六月晦日長崎十里四方追放之申付候、

生所 筑前上床郡しわ村之者之由 本石灰町八郎右衛門家内ニ有之候

- 一 八兵衛 未二年三拾壺 未十月十八日本石灰町中ニ預置之

此者、未十月九日之夜、浦上村庄屋小左衛門家内ニ忍入候同類之由盗人五兵衛令白状候ニ付而召寄之、訴人ニ引合遂穿鑿候処ニ、九日之夜ハ何方江も不出候旨、八兵衛宿主隣家之者迄数多証人有之、盗之場へは不相越候段分明ニ候得共、常々盗物と乍存知しち物等之肝煎いたし候儀は無紛様ニ相聞江、不屈者ニ候間、重而此表へ来候は死罪可申付之旨相含、未十一月十五日長崎十里四方令追放候、

新高麗町 高橋市左衛門後家借屋

- 一 善太郎 未二年廿七 未十一月二日籠舎

此者、盗人五兵衛同類之由相聞江候ニ付、召寄之遂穿鑿候処ニ、五兵衛と致入魂、彼者手前不如意之節は其身きかへなとしち物ニ入令助力、

其上盗物と乍存知しち物等之取扱いたし、不届者ニ候得共、終ニ盗之場へは不相越候段、吟味之上分明ニ候、依之死罪令赦免、重而此表江来候は斬罪可申付之旨相含之、未十二月朔日長崎十里四方令追放之候、

附 此善太郎儀、書面之通牛込忠左衛門申付候処ニ、大村領令居住其上当所致徘徊再犯之者ニ候間、死罪可申付候得共、此度は令赦免候、重而当地江於立帰は急度可令斬罪之旨相含之、四月十日於籠屋ニ、左之小指を切、長崎十里四方追放之申付候、

穢多

一 伝兵衛 未二年廿四 未十一月朔日籠舎

此者、未十月九日、盗人五兵衛喜三郎二人致手引、浦上村之庄屋小左衛門家内ニ忍入候様子令窺候、其上盗物為分与、銀子拾勾取之、且又常々盗物取扱いたし候由、彼者共及白状候ニ付、召寄之遂穿鑿候処ニ、訴人申口之通紛無之候間、死罪可申付者ニ候得共、盗之場へは不相越候付、其段々ハ令赦免、重而当所江来候は斬罪可申付之旨相含之、未十二月朔日長崎十里四方令追放之候、⁶⁷⁾

なる一件がみられる。本件では実行行為者たる五兵衛を除き、盗の現場へは赴かなかった事が認定されており、彼らは五兵衛より刑を減輕されている。特に善太郎については、「盗之場へは不相越候〔中略〕依之死罪令赦免」とあるように、現場へ赴かなかったという点によって刑を減輕され、長崎十里四方追放に処されていることが分かる。

一方で、同じく長崎十里四方追放に処された喜三郎への評価を見ると、この者が当該刑に処される根拠は「厳宥院様御法事被行大赦」を受けたためとされており、現場へ赴かなかったことによっては死罪を免れていないことが分かる。

尤も、喜三郎、善太郎とも、減輕される前の科刑は死罪であり、これが獄門を含まないのであれば、この者らへの科刑はそもそも実行行為者たる五兵衛へのそれより軽いということになるであろう。しかしいずれにせよ、現場へ赴かなかったという点が刑責に影響を及ぼす場合と然らざる場合と

67) 「犯科帳」第一冊（101）。

があったことは疑いない。然らば、両者の違いは如何なる点によるものであるか。

喜三郎と善太郎との最も大きな違いは、その加功態様にある。すなわち喜三郎は盗物の運搬に雇われているのに対し、善太郎は盗物の質入などを行った者である。盗物の運搬は盗の実行行為そのものへの加功であるが、盗物の質入などは事後的な加功であり、贓物罪の範疇にあると考えられる。このような行為態様の性質の差が、現場へ赴かなかったという点を考慮するうえでの前提にあり、盗物運搬のような実行行為そのものへの加功をなした者はかかる要素による減軽を認めないが、質入などの実行行為とは区別される加功をなした者については減軽を認めるという判断に至ったと推測される。

「御仕置例類集」の採録対象となる時期においても、前掲享和元・宗対馬守家来・中江登・小もの熊蔵、盗いたし候一件をはじめとする、現場へ同行しなかったことによって同類より刑を減軽した例がある一方、たとえば前掲寛政六・三州河部村百姓七郎左衛門を打殺候同国萩村曹桂寺看主仏先一件では、同行しなかった者を実行行為者と同刑に処している。また、

享和三亥年御渡

火附盜賊改

大河内善兵衛伺

一 柳嶋町伝之丞方ニ居候・へん、盗ニ同意いたし候一件、

柳嶋町

伝兵衛店

伝之丞方ニ居候

へ ん

右之もの儀、武家方奉公いたし居候節、吉五郎知ル人ニ成、暇出候後、同人と密会およひ、其節、元主人屋敷え盗ニ入可申と、吉五郎、申候ニ付、差止メ候処、左候ハ、可切殺旨、申聞、髪剃を取出候間、怖敷相成、無余儀、同意いたし、吉五郎儀、元主人屋敷板塀を乗越し這入、隣家木戸潜を明ケ候ニ付、此もの儀も、其所より這入、屋敷内ニ忍び居候処、葛籠張文庫、盜取参り、内ニ有之衣類・帯・其外品々、取出し、俱々逃去、右品々は、吉五郎、任申旨、宿・伝之丞方江持参り、

同人妻・ゆかえは、所持之品之由、申偽、所持いたし或は姉たみえ預置候始末、不届ニ付、遠嶋、

此儀、吉五郎、罷越、同道いたし参り候途中、此もの元主人屋敷え盗ニ可入旨、申二付、差止候得共、左候ハ、可切殺候、申聞、髪剃取出し候故、怖敷相成、無余儀、同意いたし候故、吉五郎は、板塀を乗越し這入、隣家木戸潜りを明ケ候より、此ものも、立入、屋敷内ニ忍居候得共、吟味書之趣にては、外見又は手引いたし候儀とも相聞不申、吉五郎ハ、葛籠張文庫、盗参り候を、俱々持去り、右品々所持いたし或は預り置候ものニ付、去ル酉年、評議ニ御下ケ被成候、池田筑前守、火附盗賊改之節、相伺候、宗対馬守家来・三和八右衛門小者にて欠落いたし候佐七儀、武家方小者奉公いたし候砌、同家中小者・熊蔵儀、盗可致旨、申勸候込、同意いたし、右熊蔵儀、同人主人方にて、衣類・帯・脇差・雑物、盗取候節之始末は不存候得共、呼ニ参り候砌、罷越、右品々、俱々持出、欠落いたし、右兩人にて所持いたし候段、不届ニ付、敲之上・軽追放と相伺、評議之上、伺之通と申上候二見合、盗可致旨、申、同意いたし候趣意ハ、同様ニ御座候処、女之儀に付、五十日過怠牢之上・軽追放、
評議之通済⁶⁸⁾

なる一件では、現場に同行した者であっても、「外見又は手引いたし候儀とも相聞不申」ために刑を減輕する旨示されている。このような姿勢は、先に掲げた文政二・甲州西保中村三蔵外三人盗いたし候一件において示された、現場に同行してさえいれば加功態様の如何を問わず同類より刑を減輕するという姿勢とは、相容れないものであろう。

思うに、上記二例において現場への同行の有無が問題とされていない理由も、前掲延宝七年の例と同様であり、行為態様の違いが当該加功者の刑責に影響を及ぼしているのである。ただし、江戸時代前期の姿勢と異なり、この時期において重視されたのは、実行行為との関連性よりも、実行行為あるいは実行行為者を如何に助けたかという点であるように思われる。すなわち、実行行為には直接関係しない「止宿」をさせた者が実行行為者と

68) 新類集式拾三（九七三）。

同刑に処されているのは、宿を提供することが実行行為者にとって犯行現場へ向かう足がかりとなり、また犯行後にはその宿に自身や盗物を隠すことも可能であるため、当該加功態様が犯行にとって重要であると判断されたからであろう⁶⁹⁾。一方で、仮令同行していても、外見や手引など具体的な加功をなしていないと評価された場合には、実行行為者より軽く処断されたのである。

いずれにせよ、これら現場への同行を問題としない例は、寛政・享和期以外には管見の限り確認できず、「御仕置例類集」中に「其場二不罷越」の項目が設けられた時期には、専ら現場への同行の有無が重視されたと考えられる。

(3) 同類より刑を減輕する根拠

以上の諸例から、共犯者を頭取なき同類として実行行為者と等しく処断するか、これより軽い刑に止めるかの区別は、「申合」の有無と、現場へ同行したか否かによることが明らかになった。然らば、なぜ、両者の区別にこの二つの基準が用いられるのか。

「申合」の欠如は、犯行前に加功が約束されないことを示す。仮に「申合」があれば、実行行為者を含めた他の共犯者は、その加功に期待して犯行に臨むことができる。したがって「申合」には、それ自体によって当該共犯集団の犯行への意思を強化する効果があると言えよう。一方「申合」を欠く場合には、かかる効果が見込まれないため、当該共犯集団が犯行に臨むにあたっての環境・条件を整えるという点から、当該共犯者の重要度が低くなる。このような理由から、「申合」なく盗物を運搬した者は、「申合」のある場合よりも刑を減輕されるのである。

現場への同行の有無という点についても、同様に考えることができる。すなわち、現場へ同行すれば、その場で適宜実行行為者を補助することが可能である。また実行行為者を含めた他の共犯者にとっても、同行者の存

69) 御定書五十六条中、盗人宿泊させた者についての規定として、十二項、十三項および二十一項が挙げられるが、特に十二項「悪党者と乍存宿いたし、盗物売払又は質に置遣、配分取候もの、死罪」は手引と同様の科刑であり、また二十一項「軽キ盗人之宿いたしもの、所払」は同条十六項「軽キ盗いたし候もの、敲」より重く処罰されている。これらの規定からも、実行行為者を宿泊させるという加功態様が重く見られていたことが窺える。

在は、心理的に犯行を後押しするものであると考えられる。現場へ同行しないということは、そのような形での加功がないということであり、仮令離れた場所において事後に盗物の運搬などを担ったとしても、実行行為者が犯行に臨むに際しての寄与は低いものに止まる。それゆえ、かかる者に対する科刑は減輕されたのであろう。

これらを要するに、盗において頭取なき同類となるか、同類より刑を減輕される「従犯」的存在となるかは、実行行為者が犯行に臨むにあたっての物理的・心理的寄与の大きさによって決せられたと言えよう。それは換言すれば、他の共犯者が犯行に臨むことを容易にするという、他の共犯者への影響力を評価しているということになろう。

然りとすれば、寛政・享和期にみられる、現場への同行のみならずその具体的加功態様をも判断していた事例も、実行行為者への加功を評価したという点において、同一の原理に発するものであったと考えられる。

第五節 小括

以上、主たる共犯関係が同類によって構成される、頭取なき同類について検討してきた。ここで改めて、その要点を整理しておきたい。

まず頭取なき同類が認められる事例は、同類全員が実行行為を共同する場合と、同類の一部が実行行為以外の加功をなした場合とに大別される。このうち前者については、全員が実行行為の全部を等しく担う必要はなく、その一部を分担することで足りる。また犯意の形成順序が明確であっても、頭取・同類の区別をしない場合があり得た。頭取・同類を区別する場合と区別しない場合は、当該犯行が頭取を必要とするものであったか否かという基準によって分けられていたのである。

同類の一部が実行行為以外の加功をなした場合については、通例、同類と認められる者の加功態様が、犯行に必要不可欠であることを要した。しかし盗についてはこの限りでなく、共犯関係にある者をより広範に同類として処罰した。尤もその場合であっても、同類として処罰する共犯関係には一定の制約があった。その基準は当該加功態様の犯行に果たした役割を考慮するものであり、特に文化期以降は、申合と現場への同行との有無によって判断されたのである。

さて、本稿では以上のように検討してきたが、その結果を見るに、同類が実行行為にでたか否かによってこの共犯類型を区別する必要は薄いように思われる。すなわち頭取なき同類は、各行為者が当該犯行において重要な役割を果し、互いに影響を及ぼし合ったと認められる場合に適用される共犯類型であって、その具体的な役割が実行行為であったか否かは中核的な問題ではないのである。

一方、盗についてみられる頭取なき同類は、刑事政策的な意図から導入された団体責任的処分であった。かかる処分は一見すればたしかに、上記のごとき役割の重要性についての評価を放棄したものとも思われる。しかし、その処分の適用範囲には限界があったこと、そしてその限界が、他の共犯者への加功の程度に左右されていたことをも合わせて考えれば、なお役割重視の姿勢が当該共犯類型の根底にあったと言えるであろう。

さて、ここまで述べてきたことに鑑みれば、石塚氏による「共同正犯的処分方式」に関する理解は、不十分なものと言わざるを得ない。たしかに石塚氏の指摘するとおり、徳川幕府刑法において複数の主たる共犯者を同罪とする、共同正犯的な処罰がなされたことは間違いない。しかし「あらゆる共同者がそれぞれ構成要件の全部をみたしたばあい」⁷⁰⁾は頭取・同類を区別する場合と矛盾する、客観主義的刑法の残滓である一方、「共謀の上一人が実行し、他はその幫助をなしたるばあい」⁷¹⁾などは主観主義的刑法観に基づく処分であるとの同氏の理解は首肯できない。すなわち前者についてみれば、前節までに述べたとおり、頭取・同類を区別する類型と頭取なき同類とは矛盾するものではなく、ともに重要な役割を果した共犯者を重く処罰するとの方針に基づくものであり、頭取の存在を認定するか否かは、当該犯罪において頭取がいて然るべきか否かという、極めて抽象的な基準によっていたと考えられる。また後者についても、実行行為者と等しく処罰される者は、主観的態様によって認定されたものではないのである。(未完)

70) 前掲石塚「共犯(二)」p.189。

71) 前掲石塚「共犯(三)」p.15。