

論 説

徳川幕府刑法における共犯処罰（三・完） —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（以上前号）
- 第四章 人殺における共犯処罰
 - 第一節 共犯処罰と下手人
 - 第二節 御定書の規定による場合
 - 第三節 御定書の規定によらない場合
 - 第四節 小括
- 第五章 結論

第四章 人殺における共犯処罰

第一節 共犯処罰と下手人

前二章においては、頭取と同類、そして頭取なき同類という共犯類型に着目してきた。これらの共犯類型は、頭取または同類なる語が用いられない場合も含めて、多くの犯罪類型においてみられ、共犯処罰の最も典型的な類型であったと考えられる。

一方、それらの共犯類型とは異なる共犯処罰も存在した。その一つに、人殺における共犯処罰が挙げられる。

人殺における共犯処罰を考える際重要なのは、下手人という刑罰の存在である。この刑罰については、先行研究によってその特殊性質が明らかにされている。

平松義郎氏によれば、刑罰としての下手人は、「通例之人殺」すなわち、身分的に等価である者を、通常の方法によって殺害した場合に科されるものであり¹⁾、「単に生命だけを奪えば足るという〔中略〕当時としては、最も軽い、最小限の死刑」であった²⁾。そして「下手人の特質は、〔中略〕被害者の死と引替に殺されるという代償性にあり、これを以て被害者（側）の復讐感情を満足させる（「遺恨を晴らす」）ことを主たる目的としたことに存する」³⁾。したがって、「共犯でも下手人は一人に限るのである」⁴⁾。なお、加害者との被害者との間に身分関係がある場合や、殺害方法が毒殺（毒飼）や「辻切」の場合には「品替り候」人殺であり、下手人とはならなかった⁵⁾。

平松氏と同様の指摘は、牧英正氏によってもなされている。同氏は下手人の特性を、その歴史的経緯も含め詳細に明らかにしているが、それによれば徳川幕府刑法においては「人を殺した者は、其身も相果べきもの、というのが大前提である。しかるに、人を殺しながら存命の故に、公儀から殺し遣わされるというのが筋」⁶⁾であった。そしてまた、御定書成立前後、「一名の殺人に対して下手人一人という原則があ」ったとも指摘している⁷⁾。このような傾向は、以下本稿において掲げる諸例にも現れており、御定書成立以後の徳川幕府刑法において一貫したものであったと考えられる。

それゆえ、「通例之人殺」において第一にその責を負うのは下手人であり、これは当該犯行が共犯によってなされた場合でも変わらない⁸⁾。すなわち、人殺のいわば「正犯」に相当する者（後述するように、徳川幕府刑法においてはこれを「当人」と称した）は、下手人に処されている者であると考えべきであろう。

1) 平松義郎「下手人について—近世刑法史雑感」（『江戸の罪と罰〔平凡社ライブラリー〕』所収、平凡社2010年）pp.106-107（初出、「近世法制史雑感—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）。

2) 同上 p.105。

3) 同上 pp.105-106。

4) 同上 p.113。

5) 同上 pp.106-107。

6) 牧英正「下手人という仕置の成立」（日本大学法学会編『法制史学の諸問題 布施弥平治博士古稀記念論文』所収、日本大学法学会1971年）p.108。

7) 同上 p.129。

8) 尤も、先にみたとおり、徒党による人殺はこの限りでなかった（本稿第二章第二節第三項参照）。

しかし、かかる特性を徳川幕府刑法における共犯処罰の全体の中に組み込んだ研究は、従来なされてこなかった。後述するように、平松氏は人殺に見られる共犯処罰を、その犯罪類型の特性との関係において概観するに止まっていた。また石塚英夫氏は下手人の特性にはそれほど着目せず、人殺も他の犯罪類型と同様に扱っている。そこで以下本稿では、下手人を決する方法およびその根拠に着目して、人殺における共犯処罰の在り方を再検討し、それが共犯処罰の全体像の中で如何に位置づけられるか考察してゆく。

第二節 御定書の規定による場合

下手人を決定する方法としてまず挙げられるのが、御定書の規定を根拠とするものである。御定書七十一条「人殺并疵附等御仕置之事」には、共犯による人殺において下手人とされる場合について、以下の三ヶ条を置いている。

〔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

〔二十七項〕

元文五年極

- 一 差図いたし、人を殺させ候もの 下 手 人

〔三十項〕

従前々之例

- 一 大勢にて人を打殺候時初發に打懸候もの 下 手 人

平松氏はこれらの規定を挙げたうえで、「以上の諸規定にあらわれた当時の共犯論の特徴は、結果発生に対して原因力を与えた、その起点を最も重い責任者としたことにある」とし、「事件の発端、きっかけを作った者を厳罰に処することによって、ひとびとを威嚇し、犯罪発生を未然に防ごうとする点、一般予防主義につながる」と論じている。また同氏は、

二十六条但書や「一個の死に二個の下手人はないとしている」事例⁹⁾から、「共犯でも下手人は一人に限るのである」とも指摘している¹⁰⁾。

一方石塚氏は、差凶については「立法者が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」¹¹⁾とするものの、基本的には人殺における共犯処罰も「行為者の犯罪に対する主観的な態度＝犯意を重視する、いわば素朴主観主義の刑法観を中核とするものであった」¹²⁾との理解に基づき、「殺人を欲するもの＝本人」¹³⁾であると論じている。

これらのうち、二十六項但書は「当人致欠落、不出」、すなわち本来の下手人が見つからなかった場合の規定であるから、ここではひとまず措くとして、問題となるのは二十七項の「差凶」に関する規定、および三十項の「初発打懸」に関する規定である。本稿では便宜上、三十項、二十七項の順に検討したい。

第一項 初発打懸

石塚氏はその論文の中で、「初発打懸」について「徳川刑法の共犯においてはかなり重要な点である」としつつも、多くを検討していない¹⁴⁾。先にも述べたとおり、共犯処罰においては主観的な要素が重視されていたとする同氏の理解においては、「初発打懸」のごとき客観的事実に基づいた正犯の決定方法は例外的な規定に止まるであろう。

しかし実際には、当該結果発生を欲する者、すなわち石塚氏の言う「本人」がかなり明確な場合でも、「初発打懸」規定の適用を考えている事例がある。

天明元丑年御渡

日光奉行伺

9) 後掲古類集拾五(九八四)天明元・信州祢津東町・伝之助下男・喜助を及殺害候一件、平松氏は同例の「老人之為二、兩人、下手人に相成候例、差当、相見不申候」なる記述を引いている。

10) 前掲平松「下手人について」pp.112-113。

11) 前掲石塚「共犯(二)」p.54。

12) 前掲石塚「共犯(一)」p.60。

13) 前掲石塚「共犯(一)」p.52。

14) 前掲石塚「共犯(一)」p.52。

一 野州和泉村・弥兵衛忒・直吉、人を殺候一件、

日光御領

下野国都賀郡和泉村

百姓弥兵衛忒

直 吉

右之もの儀、與左衛門え、藤右衛門、遺恨有之、可討果所存ニ候間、助太刀頼度旨、申聞、先達て、藤右衛門より借請候金貳両、返済不致、強て断ニも難及、同意いたし、去ル戌九月廿四日、藤右衛門宅にて、富七一同申合、同夜、與左衛門方え罷越、藤右衛門儀、與左衛門え初太刀切懸倒レ候所を、押続、富七・直吉俱々、與左衛門并妻きち・忒兩人を切殺、藤右衛門方え立帰、清右衛門呼寄、富七、組伏候処、藤右衛門、切附、富七兩人にて、切殺、其節、直吉儀ハ、軒下ニ罷在、手伝不致由、申候得共、藤右衛門、致自滅、富七儀ハ、逃去・行衛不相知上は、忒人之申口にて、難取用、孰ニも、藤右衛門・富七俱々、與左衛門始妻子とも切殺、為礼物、金八両貳分貳朱貫受、其上、吟味之節、品々申偽候儀共、重々不届至極に付、死罪、

此儀、御定書ニ、大勢にて人を殺候時、初発ニ打懸候もの、下手人、と有之、吟味書之趣にては、與左衛門并妻きち・忒兩人を切殺候砌、夜陰之儀故、誰を、誰切殺候、と申儀は、覚不申旨、直吉申口ニ相見候間、初発打懸り候もの之差別は、有御座間敷、人を殺候もの、下手人、之御定ニ御座候得共、三人申合、夜中家内え押込、闇討ニいたし、殊ニ藤右衛門より礼金八両貳分貳朱貫受候段之不届ニも御座候間、差当り、例は相見不申候得共、引廻し之上、死罪、

書留焼失¹⁵⁾

この一件では、藤右衛門なる者が被害者の一人たる與左衛門に対して遺恨を抱いており、殺害を企図する際に直吉らに助太刀を頼み、與左衛門及びその妻子を殺害した点がおもな犯罪として取り上げられている。石塚氏の見解に立てば、ここでは明らかに藤右衛門が「本人」であり、ほかの者は「従犯」的立場にあると言えるであろう。しかし評議では、最終的には

15) 古類集拾五（九八三）。

その適用が退けられているとは言え、まず「初発打懸候もの」は誰かという点が問題とされている。また、以下のごとき例も見られる。

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、其上相違之儀申立候一件、
牧野式部知行
武州足立郡原馬室村
百 姓
丑 太 郎

右之もの儀、無宿・三次郎と、致口論候節、富五郎・定五郎・辰之助、立入取扱、引分候後、盗賊之由、声を懸ケ、三次郎を、大勢ニて打擲いたし、誰、打殺候、と申儀は、不相分候得共、此もの口論より事起候儀故、難儀可相懸と、三次郎・定五郎・辰之助三人を、盗賊之趣ニ取拵、相違を申立候段、人殺之発端人ニ無紛、不届ニ付、死罪、

此儀、吟味書之趣ニては、無宿・三次郎を盗賊之由、此もの声立候間、追々駈集候もの共之内、異名おさむらいと唱候浪人、棒ニて打懸り候ニ付、此もの并名前不知もの共、一同、棒ニて敲、縛り候段後、三次郎、相果候、と有之候間、大勢ニて人を打殺候時、初発打懸り候もの之御定ニて、右浪人ハ下手人ニ相当可申候得共、当人行衛、不相知旨、朱書ニ申上候ものニ付、人殺之手引いたし候もの之但書ニ、殺候当人、致欠落、不出ニおゐてハ、下手人之御定ニも相当、其上、盗賊之由、声立追駈候故、大勢立向ひ候は、差図いたし、人を殺させ候ものニ准し可申、いつれえ引当候ても、下手人ニ可有之処、其身之悪事可顕を厭ひ、盗賊之趣、取拵候不届も御座候間、伺之通、死罪、

評議之通済¹⁶⁾

上記一件では、伺において丑太郎が「人殺之発端人」であることが認定

16) 古類集拾五（九九一）。

されている一方、評定所評議においてはまず、「異名おさむらいと唱候浪人」が「初発打懸」規定により下手人に処されるべき旨判示されている。すなわち、当該犯行のきっかけとなった「発端」と、具体的な行為を率先した「初発打懸候もの」とが明らかである場合には、まず後者を下手人として処罰するのである。

上記二例のほかにも、「初発打懸」規定の適用が否定された例も含めれば、「初発打懸候もの」が誰かという点に言及する事例は極めて多い¹⁷⁾。そのため、人殺において「初発打懸候もの」は、当該結果を欲した者より重視されていたと考えられるのであり、「殺人を欲する者＝本人」を原則と位置づける石塚氏の見解には首肯できない。下手人の決定に際しては、犯意という主観態様よりも、誰が最初に行為に及んだかという客観的な事実が重視されていたと考えるべきであろう。

ところで以上のように考えたとき、複数人による殺害の場合で、誰の行為によって当該死亡結果が生じたか明らかである場合には、当該行為者が下手人とされるのか、あるいはその場合にも「初発打懸」規定が適用されるのかという疑問が生じる。この点については、以下の一件が参考になるように思われる。

天保三辰年御渡

長崎奉行伺

一 長崎南馬町清太郎外三人、人を殺候一件

長崎南馬町

馬之助

右之もの儀、同町辰之助其外之もの共、一同借請候錢、銀主方え月賦ニ可相済分、辰之助壱人我意を申、差出不申候旨、亀太郎方にて承、町内老分平蔵方え参り、相咄候処、同人・弥助同道掛合ニ可参申旨、罷出候間、若口論等ニ可相成も難計存、跡より参見可申と、清太郎方え参り相咄、同人同道にて罷出候途中、直次郎ニ出会、右之趣相咄、

17) 本文に掲げた諸例のほか、続類集拾六（六〇八）文政三・小網町壱町目庄助店勘右衛門倅金太郎外三人儀、無宿万五郎を打擲いたし、同人相果候一件など。また人殺以外の例として、古類集拾五（九九九）安永五・河州新喜多新田惣助を打擲いたし候一件、同式拾壱（一五六九）天明六・御定番・稲垣長門守組同心共、芝居木戸番を打擲いたし、縛候上、連帰候一件。

同道いたし、辰之助方門口迄参、外にて承候処、辰之助儀老分之ものえ我儘不法之挨拶申募候ニ付、奇怪ニ存、腹立之余、打擲可致と、此もの・清太郎・直次郎一同表戸押放し、立入候処、辰之助表え逃出候ニ付、三人一同取掛、拳を以辰之助を打擲、同人妻つる取支候をも打倒、其上同人家内諸道具打破取荒、既辰之助儀は相果候始末ニ至候段、理不尽之いたし方、旁不屈ニ付、中追放、

此儀、前書清太郎は、丸木を以辰之助を打擲および、疵付、右疵にて同人相果候故を以、伺之通、下手人と申上候趣にて、此ものは、直次郎俱々拳にて及打擲候ものニ付、先例相糺候得共、相当之例相見不申、安永九子年、先曲淵甲斐守町奉行勤役之節、伺之上御仕置申付候、天王町代地五人組持店喜太郎外式人儀、牛御前祭礼之節、本所亀沢町覚左衛門店藤七より、下柳原同朋町文治郎店左兵衛悴平八外式人、一同花小出シ持ニ被相頼、祭礼前日足揃ニ付罷越、本所松坂町式丁目次助店幾之助其外之もの共、出し重く相見候間、助可申旨、幾之助儀、出しを持歩行候節、町家軒より出有之竿え当、出し倒れ損し候処、幾之助儀、怪我之躰ニいたし、態と損し候儀と相察、幾之助覆ニ成候ニ付、平八儀、初発木切にて頭を敲候節、長十郎拵懸候ニ付、平八え荷担いたし、一同折重り強打擲いたし、右疵にて長十郎相果候上は、三人とも不屈に付、中追放申付候類例、并兼て人を可殺と申合候儀も無之、同輩之もの鬪諍難見捨、助力いたし候もの、中追放、と有之御定ニ准、伺之通、中追放、

評議之通済、¹⁸⁾

この一件では、複数いる行為者のうち清太郎なる者による、「丸木を以辰之助を打擲」という行為が、被害者を死に至らしめたとの認定から、清太郎を下手人に処している。一方で「初発打懸」については、引用された判例のうちに記述が見られるのみであり、特に論点となっていない。したがって、他の共犯者と比較して、ある者が特に結果を惹起する危険のある行為に及んでいる場合には、打懸の順序にかかわらず、当該行為者を下手人としたものと考えられる。

18) 天保類集三拾五(八七二)。

また、文政十二・下谷三之輪町髪結久兵衛弟子午次郎外壺人、人を殺候一件¹⁹⁾の「覚」には、「御定書ニ、大勢ニて人を殺候時、初発ニ打掛り候もの、下手人と有之ハ、畢竟何れ之疵ニて、相果候とも難決故ニ可有之候」との記述も見られる。この点からも、誰の行為によって結果が生じたか明らかである場合には、「初発打懸」規定は適用されず、当該結果を発生させた者を下手人としていたと考えられる。

このような、結果発生に向けた因果性を求める姿勢は、「初発打懸」規定の適用にも現れている。すなわち、御定書の規定は「打懸」と行為を中心に行っているが、判例のうちには、行為と発生結果との間により強い関連を求めているものがある。たとえば、前掲天明元・野州和泉村・弥兵衛倅・直吉、人を殺候一件において、「藤右衛門儀、與左衛門え初太刀切懸倒レ候」との事実が認定されながら、「誰を誰打殺候と申儀は、覚不申」ために同規定の適用を退けているのは、少なくとも與左衛門以外の者（「妻きち・倅兩名」）については、誰の行為によって死亡したのか明らかでない以上、藤右衛門にその責を負わせるべきではないとの考えに基づくものであろう。また、

享和元酉年御渡

長崎奉行

肥田豊後守伺

一 肥前国長崎本五嶋町・宇兵衛、糺船いたし候一件、

長崎本五嶋町

松次郎

右之もの儀、糺船は、前々より堅差留置、猶又、近来は、於他領も、相催問敷旨、追々厳敷申渡有之、当年も差留置候処、不相守、町内宇兵衛外式人申合、世話いたし、当五月五日、町内之糺船ニ乗組、罷出、沖合ニて、肥前国深堀船と糺合、勝負未相決打、向方之船、本五嶋町船之先を乗廻、心外ニ候迎、深堀船え、多人数、權を持、乗移り、名前不存、向方乗組之ものを、打擲いたし候節、最初此ものより打掛候二付、乗組之ものも、大勢、權を以、打擲いたし、既、深堀之もの之

19) 天保類集三拾四（八三六）。

内、疵人も有之、兩人は、海中ニ沈、相果候始末ニ至候段、不届ニ付、下手人、

此儀、深堀之ものを打擲いたし候節、最初、此ものより打懸り候得共、海中ニ沈、相果候は、此ものニ被打候ものとも不相決候間、大勢にて人を殺候時、初発ニ、打懸り候もの、下手人、之御定えは難引当、御定ニ添候例書、奥州仏浜村・百姓長作養子・甚兵衛・百姓利三郎儀、酒狂之上、下桜井村・利右衛門と及口論、兩人、石を以、利右衛門え打付候処、当り所悪敷、利右衛門、相果候ニ付、甚兵衛は下手人、利三郎は遠嶋、と相伺、兩人共遠嶋、と御差図有之候儀も有之、去ル子年、曲淵甲斐守、御勘定奉行之節、手限伺之上、御仕置申付候、武州芝村・百姓市右衛門弟・徳次郎儀、往来にて、治助外四人え悪口申掛、及口論、双方申募、治助を、大勢にて打擲いたし、誰打殺候と申儀は、不相分候得共、徳次郎、口論仕掛候より事起り、一同取掛り、打擲いたし、治助、相果候上ハ、徳次郎発端人ニ無紛、不届ニ付、下手人、と相伺、遠嶋と御差図有之候をも見合、遠嶋、

評議之通済²⁰⁾

なる一件においても、伺の中で「最初此もの〔松次郎〕より打掛候」と認定され、評議でもこれを認定する一方、「海中ニ沈、相果候は、此ものニ被打候ものとも不相決候」との理由から、「初発打懸」規定の適用を退けている。したがって、「打懸」とは、単なるきっかけでは不十分であり、当該結果を発生させ得る、直接的な行為であることが求められたと考えられる。本件に引用された「去子年」（寛政四年）の判例に見られるごとく、単なるきっかけに過ぎない場合は「発端人」として扱われるが、この「発端人」については次節において検討する。

ところでこのように考えると、先にふれた「初発打懸」規定についての平松氏の理解には、修正の余地があるように思われる。すなわち、たしかにこの規定は「結果発生に対して原因力を与えた」者に責任を負わせるものであり、「因果関係論を以て責任論に替えている」²¹⁾との同氏の指摘は正鵠

20) 古類集拾五（九九五）。

21) 前掲平松「下手人について」p.113。

を射ている。しかし一方で、その「原因」は必ずしも「事件の発端、きっかけ」と合致するものではない。本規定ではあくまで「結果を発生させ得る危険性をもつ行為」に最初に出た者を処罰の対象としているのであって、そのような危険性を欠く原因力は射程外であったと考えられるのである。

第二項 差図

先に掲げたとおり、御定書の規定によれば、人殺の差図者は下手人、被差図者は遠嶋とされる。すなわち差図者こそが当該結果発生に対し第一に責を負うのである。

先にも述べたが、この処罰方針につき、平松氏・石塚氏はいずれも、結果発生の原因を重視したものであるとしている。両氏によるかかる理解は、規定の文言を読む限りにおいては妥当なものであるように思われる。

しかし、原因を与えた者すべてが当該規定を適用され、正犯の刑に処されたわけではない。

天明元丑年御渡

阿部備中守伺

一 信州祢津東町・伝之助下男・喜助を及殺害候一件、

松平市正知行

信州小懸郡祢津東町

百姓

長 蔵

同人知行

同郡西町

百姓

幸 助

右長蔵儀、あきと喜助、密通之証拠有之候ハ、離縁不致以前、いたし方も可有之处、離縁いたし候後、無間も、喜助、女房二貫候由之風聞、有之候由、兼て、密通之証拠も無之儀を、得と糺も不致、疑を以、幸助を頼、途中ニ待受、喜助を及殺害候段、不届ニ付、下手人、幸助儀も、喜助とあき、密通いたし候由は不承、証拠無之候得共、あきを、

長蔵、離縁いたし候上は、難心得、最初、長蔵方えあきを仲人いたし、心外ニ候迎、致闊討候外無之旨、長蔵え申聞、金子貰受、喜助を、長蔵、切殺候節、手伝候段、不届に付、遠嶋、

此儀、吟味書之趣ニては、幸助方え、長蔵参り、了簡ハ無之哉之段、長蔵え、幸助、申聞候得共、離縁いたし候上は、致方無之、幸助、了簡ハ無之哉、と及挨拶候ニ付、喜助を闊討ニいたし候外ハ、手段、無之旨、申聞、長蔵も、尤と存、左候ハ、闊討ニ可致候得共、忝人ニては、無心元、金壹歩可遣候間、手伝いたし呉候様、幸助え、長蔵、相頼候、と有之、幸助は、致差図候ものニも相当り可申候間、差図いたし、人を殺させ候もの、下手人、差図を請、人を殺候もの、遠嶋、之御定ニ見合候ては、却て、幸助は、下手人ニも可有之哉、然共、喜助え、遺恨含候当人ハ、全、長蔵ニて、其上、初発打懸り候ものニ御座候間、是又、下手人は難遁、然ル時は、忝人之為ニ、兩人、下手人に相成候例、差当、相見不申候間、猶又、相考候処、あきと喜助、密通いたし候哉、と相疑、遺恨を含候は、長蔵ニて、幸助ハ、遺恨有之間敷哉ニ候得共、闊討いたし候外ハ、手段無之旨、幸助、申聞候より事起り、喜助を、長蔵、及殺害候始末ニ相成候間、幸助は、遠嶋ニては軽く可有御座哉ニ付、長蔵ハ下手人、幸助は死罪、

評議之通済²²⁾

この一件では、幸助に対し「差図」規定を適用する可能性についてふれながら、なお、「遺恨含候当人」は被差図者たる長蔵であるから、この者を下手人とする旨判示されている。そして下手人を二人とるという判例はないため、「幸助、申聞候より事起り、喜助を、長蔵、及殺害候始末ニ相成候」という事実を重視し、差図者たる幸助は死罪に処すと判断しているのである。

したがって、平松氏・石塚氏の指摘する原因となった事実を重視する姿勢は、「差図者を被差図者より重く処罰する根拠」としてはたしかに機能していると言えよう。しかし一方で、本件で下手人に処されているのは被

22) 古類集拾五（九八四）。

差図者であるから、両氏の理解は、「差図者に正犯の刑を科す根拠」としては不十分であると言わざるを得ない。

然らば、「差図」規定は如何なる根拠によって、差図者に正犯の刑を科すのか。この点につき、以下の例を挙げる。

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

右之もの儀、角力渡世いたし歩行、上総国本納村善左衛門養子ニ成候後、同國小関村死失百姓金蔵娘ゑつを執心いたし、同人を貰受度旨、金蔵後家むなえ度々申込候処、此ものえは難呉旨断およひ、下総国宮川村皆吉え呉遣し候を心外ニ存、ゑつを可奪取と、無宿源太郎外五人相語ひ、銘々抜刃を持、夜中皆吉宅え押込及狼藉、一同逃去、無宿ニ成、箇所度数不覚、野田原中等ニて籬博奕之筒取貸元いたし、口之子と唱、錢取之渡世同様ニいたし、其上捕方役人ニ被見咎候節々、手合之もの共一同逃去候得共、右は無宿常次郎差口ニよつて及露顯候儀と心得、博奕渡世之差障ニ相成候を遺恨ニ含、同人を見当次第ニ、むね打ニいたし可遣旨、無宿糸右衛門・市五郎・三次郎え差図いたし候ニ付、右之もの共、常次郎を殺害いたし候次第ニ至り、又は同国片貝村権三郎宅ニて、同人并無宿文五郎其外名住所不存、旅漁師共手合ニて、廻筒籬博奕相催、被捕候砌、可逃去と所持之懐剣を抜、捕方役人案内のものえ手向いたし候段、旁不届ニ付、遠嶋、

此儀、常次郎を見当り次第むね打ニいたし可遣旨、糸右衛門外式人え差図いたし候を、右之もの共、常次郎を及殺害候由之申立ニて、糸右衛門外壺人申口ニも、平内申口之通、差図受候と有之候得共、右差図を背殺候と申儀は、駢と不申立、尤右申口をも替、吟味未相決内、糸右衛門外壺人とも病死いたし候儀ニ有之、乍去むね打ニいたし可遣と之儀、平内差図受候由、糸右衛門外壺人一旦申立、殊平

内儀、再応牢問之上も可殺旨及差図候儀ニハ無之段申立候上は、全く人殺之差図いたし候もの同様とハ難申、併主計頭御答書ニも申上候通、平内儀むね打ニいたし可遣旨及差図候を、糸右衛門外式人過チ殺候と之儀も治定仕兼候儀にて、死生之境紛敷ものニ有之、依之再応勘弁評議仕候処、平内儀、むね打ニいたし可遣旨は、自身と常次郎え疵付遣候所存之処、案外ニ深疵為負及死候次第ニ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勤役之節、伺之上御仕置申付候、当時無宿甚三郎儀、万助え遣恨有之候由、小刀を以三ヶ所疵付、右疵にて万助相果候は不屈ニ付、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、疵付遣恨を可晴と、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、²³⁾

この一件は、差図者が意図した内容以上の結果が被差図者の行為によって発生してしまった場合の処理を巡るものである。評議は差図者たる平内が殺害までは差図しなかったことを認定したうえで、平内の刑責は「自身と常次郎え疵付遣候所存之処、案外ニ深疵為負及死候次第ニ成候と同様」であるとしている。すなわち本件記述によれば、差図者はその者自身が行為に及んだと同視し得るゆえに正犯の刑に処されるのである。

反対に、被差図者は、あくまで差図者の道具として実行行為に及ぶゆえに、正犯とはならないのである。したがって、被差図者にも犯行に出るなんらかの動機、すなわち遣恨がある場合には、純然たる被差図者としては扱われなかった。例として以下の一件が挙げられる。

明和八卯年御渡

御勘定奉行

安藤弾正少弼伺

一 奥州大久保村変死人一件、

23) 続類集拾六(六〇二)。

藤本甚助御代官所

奥州伊達郡松澤村

百姓藤右衛門下男

六 郎 次

右之もの儀、六三郎ニ遺恨有之候由、庄次郎、申間候ニ任セ、友右衛門俱々、遺恨を可晴と申合、最初、割木を以、六三郎え打懸り候始末、不埒に付、三十日手鎖、

此儀、主人同様之もの之差図にて、六三郎を、割木にて初棒打候間、筋、宜候ハ、御咎ニは不及程之儀ニ御座候得共、其身も遺恨有之、友右衛門俱々、右遺恨可晴と、庄次郎、申付候を幸ニ、手伝いたし、殊ニ殺候後、逃去候段、主人同様之もの之差図にて人を殺候にてハ無御座候、然共、六三郎、兼て不法ものにて、親類共、下手人御免之儀、申立候間、通例、人殺之手伝いたし候もの、遠嶋、之御定より一等輕、申追放、然ル処、当二月廿九日、為類焼之節、放遣候処、逃去候由、彈正少弼、申上候、尋出候得は、本罪、

評議之通濟

〔下略〕²⁴⁾

上記一件は主人の命を受けて「人殺之手伝」をなした者についての評議であり、純然たる「差図」規定の適用例ではないが、被差図者の科刑について重要な点を示している。すなわち、主人の差図によって人を殺した者について、主人からの差図ならば無罪ともなるべきところ、当該被差図者も被害者に対し遺恨を持っていたという理由で刑に処されているのである。

本件は差図者・被差図者がともに被害者に対して遺恨をもっていた場合であり、被差図者のみが遺恨をもち、差図者には遺恨がなかった場合が、前掲天明元・信州津東町・伝之助下男・喜助を及殺害候一件である。

以上を要するに、御定書の「差図」規定が差図者を正犯の刑に処すべき旨規定しているのは、差図者自身が犯行に及んだのと同視し得るためであり、その具体的な根拠は遺恨をもって犯行に及んでいたことに求められたと言えよう。遺恨は人殺という犯罪の要件として極めて重要なものであ

24) 古類集拾五（一〇一一）。

た。たとえば下手人となる七十一条二十五項と、七十四条三項「怪我にて与風付ケ、其疵二而相手死候もの」との区別でも、遺恨の有無が重要な考慮要素となっていたのである²⁵⁾。

第三節 御定書の規定によらない場合

前節においては、御定書の規定するところにより下手人が確定される場合を概観してきた。然らば、それらの規定が適用できない場合は、如何なる方法により下手人を特定するのか。以下では「初発打懸」規定の例外としての「発端」、そして「差図」規定の例外としての「遺恨なき差図」事例について取り上げ、この点についての徳川幕府刑法の考え方を明らかにする。

第一項 発端

前節においては、御定書の「初発打懸」規定が、殺害結果の発生に最も寄与した者が確定できない場合に、最初に結果を惹起し得る行為に出た者を下手人とする趣旨のものであることを確認した。然りとすれば、御定書規定の求める「初発打懸候もの」も確定できない場合には、如何なる処理がなされていたか。

この点につき、前掲享和元・肥前国長崎本五嶋町・宇兵衛、糺船いたし候一件では、松次郎の刑責を、二件の判例を参照しつつ論じている。このうち、「御定書ニ添候例書」から引かれた例は以下のごときものであった。

宝暦二申年九月御仕置之例

奥州仏浜村

百姓長作養子

甚 兵 衛

25) 石塚英夫「徳川幕府刑法における過失犯」(『法政研究』27巻2-4号所収、九州大学法政学会1961年)、拙稿「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 —」(『法政論集』264号所収、名古屋大学大学院法学研究科2015年)参照。

百姓

利三郎

此もの共儀、甚兵衛養父長作方江下桜井村理右衛門度々参、博奕打候様長作江勸候儀を甚兵衛不屈ニ存、重而参間敷旨申候より及口論候処、理右衛門儀、中直りニ酒給可申旨申出し、其節同村利三郎参合候間、三人連立同村酒屋江罷越、酒を給、三人共酔候而、同村浜辺江罷越し候節、理右衛門最初之儀を申出し抓合、甚兵衛利三郎石を以理右衛門江打付候処、中り所悪敷、理右衛門相果候間、兩人ニ而死骸を埋、石を投付候砌、闇夜之儀故、何レ之石中り相果候哉之旨兩人共申之ニ付、甚兵衛儀は下手人、利三郎儀は遠嶋可申付哉与相伺、

御差図

兩人共遠嶋、²⁶⁾

すなわちこの判例は、二人が共に石を以て被害者に打ち付け殺害したが、いずれの行為によって結果が生じたか分からないという場合に、両者を遠嶋とする旨示したものである²⁷⁾。いずれの行為が「初発」であったかについての記述はなされていないが、「甚兵衛利三郎石を以」との記述を見る限り、「初発打懸」も確定できなかったものと推測される。一方、当該事例の発生経緯をたどれば、甚兵衛と被害者との口論が端緒であると目される。評議において甚兵衛が下手人とされているのは、このような事情を勘案した結果であろう。ところで、本件の処断は最終的に老中による遠嶋という差図で決着しているのであるが、評定所による評議結果はやや異なるものであることに注目したい。

また、引用されたいま一つの判例は以下のごときものである。

寛政四子年六月

御勘定奉行

戸田采女正殿御差図

曲淵甲斐守懸

26) 「御定書ニ添候例書」六十六、宝暦二・兩人ニ而石を投付打殺候処何レ之石中り相果候哉不相分もの御仕置之事。

27) なお第一章においてふれたとおり、高柳真三氏・石井良助氏はいずれも、この例を評して、因果関係が不明確ゆえに生じたものであり、共同正犯的処罰の存在を示すものではないとしている（本稿第一章第一節参照）。

一 武州芝村ニ而変死いたし候無宿次助一件

萩原弥五郎御代官所

武州足立郡芝村

百姓

市右衛門

徳次郎

右之もの義、往来ニ而、治助外四人悪口申懸ケ、及口論双方申募、治助を大勢にて打擲いたし、誰打殺候と申義ハ不相分候得共、此もの口論仕懸候より事起り、一同取懸リ打擲いたし治助相果候上ハ、此もの発端人ニ無紛、不届ニ付、下手人、

御差図

遠嶋

右御仕置附

右、無宿治助を打殺候者、誰仕業とも不相分候得共、此もの発端人ニ付、大勢ニ而人を打殺候時初発ニ打懸候もの之御定ニ見合、下手人、²⁸⁾

この一件では、多人数による打擲があったが「誰打殺候と申義」が確定できない場合に、口論をしかけた徳次郎を、「初発ニ打懸候もの之御定ニ見合」、下手人に処すべしとの御仕置附がなされている。

ここで注目すべきは、徳次郎が打擲に際して実際に「初発打懸」であったとは認定されていない点である。すなわち、本件の記述は「打殺」という結果に着目したものとなっているが、これは前節において述べたように、「結果を惹起し得る行為」と解すべきであり、実際には「初発打懸候もの」が確定できない事例であると考えられる。

したがって本件は、「発端人」を「初発ニ打懸候もの」の代わりとして下手人に処すべき旨の御仕置附がなされ、これに対し老中が遠嶋との差図を与えた事例であると考えられる。そしてそれゆえに、同様に「初発打懸候もの」が確定できなかった享和元・肥前国長崎本五嶋町・宇兵衛、糺船いたし候一件に判例として引かれたのである。

さて、上に掲げた宝暦二年・寛政四年の両例はいずれも、当該犯罪のきつ

28) 「御仕置例撰述」初編十(55)。

かけとなった者——特に後者の例ではこれを「発端人」と称した——を遠嶋に処すという結論に至っている。そしてこれらを参照した享和元・肥前国長崎本五嶋町・宇兵衛、糶船いたし候一件では、松次郎を、「初発打懸候もの」ではないにせよ、「最初此ものより打掛候二付、乗組之ものも、大勢、權を以、打擲いたし」、その結果死者が出ている以上、当該結果に対し責任を負うべきとして、遠嶋に処している。したがって本件も判例と同様、この者を「発端人」と同様に位置づけてその刑責を問うたものと考えられる。

以上のことから考えるに、当該犯罪のきっかけを作出した「発端人」は、仮令具体的な犯行に携わっていても、そのみを以て下手人とされることはなかった。むしろ「御定書ニ添候例書」六十六の例に見られるように、行為態様が等しければ、他の行為者と差別なく処罰されたのである。

しかし一方で、特に宝暦二年・寛政四年の両事件においては、評定所が下手人に処すべしと評議しているのに対し、老中による差図は遠嶋となっている。評定所がかかる結論に至った背景には、下手人という刑罰の特徴があるように思われる。前掲寛政四・武州芝村ニ而変死いたし候無宿次助一件の御仕置附にもあるように、評定所評議では「発端人」を「初発ニ打懸候もの之御定ニ見合」下手人としている。この記述からは、「初発ニ打懸候もの」が不明である場合には、その代りに、当該犯行の原因を作出した「発端人」を下手人とすべきとの発想が窺われる。すなわちここにもまた、一人の被害者に対して下手人を一人とるという、下手人という刑罰の特性が反映されているのである。

さらに、評定所の見解には、「発端人」と、御定書七十一条二十六項に規定される「手引」との類似性も影響を及ぼしていると考えられる。

この点につき、まずは「手引」についての以下の一件を確認しておきたい。

寛政五丑年御渡

火附盜賊改

長谷川平蔵伺

一 上総国寺谷村・半七、人殺之手伝いたし候一件、

上総国市原郡

寺谷村百姓

半 七

右之もの儀、酉之助・相勤候ニ任セ、博奕可致と、七平宅え罷越候処、筒元源蔵、不罷越候ニ付、相別れ罷帰候砌、右源蔵、酉之助ニ遣恨有之、殺害いたし候間、帶し居候脇差、取呉候様、任相頼、奪取、持出し候処、被追詰候ニ付、右脇差、被取戻候節は、殺害被致候儀も可有之、と存、右脇差にて切倒、尤源蔵ニ被頼候由申之候得共、脇差之儀は、取呉候様被相頼候得共、致殺害候儀は、被頼候儀無之処、初太刀にて切倒し候上は、遣恨之筋は違候得共、殺害いたし候当人も同様之儀、不届ニ付、下手人、

此儀、吟味書之趣にては、源蔵ニ被頼、酉之助・側ニ差置候脇差を、奪取、持出し候処、酉之助、跡より追駈参り候間、右脇差にて、酉之助を切倒候処、声立候ニ付、源蔵も駈付、其儘、脇差捨置、逃去候跡にて、源蔵儀、酉之助を殺害いたし候、と有之、初太刀ニ切倒候とも、全、殺害いたし候当人ハ、源蔵にて、此ものハ、人殺之手伝いたし候ものニ付、右御定にて、遠嶋、

先達て、評議仕、申上候、長谷川平蔵相伺候、上総国寺谷村半七・御仕置之儀、源蔵ニ被頼、酉之助脇差を奪取、殺安キ様ニいたし候は、人殺之手引いたし候にも当り可申哉、源蔵行衛、不相知上は、旁、右之御定ニ寄り候方ニハ無之哉、今一応、評議いたし、可申上無旨、被仰聞候、

此儀、御書取之通、酉之助脇差を奪取、殺安キ様ニいたし候は、人殺之手引いたし候にも相聞候段、御尤ニ奉存候、依之、再応評議仕候処、酉之助を可殺旨、申候は、源蔵にて、其節、殺安キ様ニ脇差を奪取可遣旨、半七、申出候は、手引ニ相当り可申候得共、酉之助、脇差を帶し居候ては、相叶不申間、何卒、右脇差を取呉候様、源蔵、相頼候ニ任セ、奪取遣し候儀にて、可殺と存附候も、脇差を奪取置度旨心附候も、源蔵ニ有之、半七ハ、源蔵頼ニ任セ、奪取遣し候間、全手伝ニ相当り可申儀と奉存候、

一 源蔵、欠落いたし候上は、半七儀、下手人の方にも可有之哉とも、評議仕候得共、源蔵逃去り候ニ付、半七申口、難取用と之吟味詰りは無御座、吟味書ニ認候通之始末、全、無相違と見極、平蔵、

申上、尤、下手人と相伺候趣意は、最初二切倒候処而已を以、御仕置附、仕候儀と相見候間、本文ニ申上候通、手伝ニ相当り候上は、右之御定には、当人逃去候節之差別も無御座候間、いつれ、下手人ニは相当り申間敷哉、と評議仕候儀ニ御座候、御差図、下手人²⁹⁾

以上の再評議の中では、人殺の実行行為前の幫助行為につき、自らの発案により行った場合には「手引」にあたるが、殺害の実行行為者から頼まれた場合には「手伝」となるという評定所の意見が見られる。一方「発端人」も、自身がきっかけとなって当該犯罪が発生したという点では、自ら当該犯行の契機となっているとも言い得るであろう。そのため評定所は「発端」を、「手引」と類似の構造をもつ犯罪への加功であると理解していたのではなかろうか。

ところで、御定書中の「手引」規定但書では、当人が欠落した場合にその者に代わって「手引」した者を下手人とする旨定めている。評定所は「手引」と類似の構造をもつ「発端人」についてこの規定を援用することで、本来下手人となるべき「初発に打懸候もの」の代わりに処罰するという判断に至ったと考えられるのである。

実際、前掲寛政六・武州原馬室村・丑太郎、口論いたし、其上相違之儀申立候一件の評議では、「人殺之発端人」とされる丑太郎への刑責を問うにあたり、「初発に打懸候もの」である「異名おさむらいと唱候浪人」の行方が知れないために、「手引」規定但書を適用する旨示している。本件は「初発に打懸候もの」が判明しているにもかかわらずその者を処罰できない場合であり、また丑太郎は被害者らを「盗賊之趣ニ取締」など、当該犯行へのかなり積極的な関与が認められるため、より「手引」規定を適用しやすい事例であった。しかし評定所はかかる援用を、「初発に打懸候もの」がそもそも確定できない場合の「発端人」に対しても、同様に行ったものと考えられる。

然らば、このような評定所の見解に対し、老中はなぜ遠嶋との差図を出したのか。また前掲享和元・肥前国長崎本五嶋町・宇兵衛、糺船いたし候

29) 古類集拾五（一〇一五）。

一件において、評定所はそれまでの見解を変更し遠嶋との評議を出しているが、これは如何なる理由によるのか。

判例集などにおいては老中の差図についてその根拠などを示していないため、これを明らかにすることは極めて困難である。ここでは評定所の見解との対比から導かれる推測を述べるに止める。すなわち老中の差図は、あくまで当該共犯者による行為と結果との関係を重視したものと思われる。したがって、前掲寛政六・武州原馬室村・丑太郎、口論いたし、其上相違之儀申立候一件の丑太郎のように、被害者らを「盗賊之趣ニ取拵」などして他者に被害者らへの加害をけしかけた場合は格別、然らざる場合には、「発端人」として問われるべき範囲においてのみ責任を負わせるべきと考えたのではないか。

一方、評定所の見解が変更された理由としては、何らかの理論的決着をみた結果とも、また単に参照した例の最終的な処断を重視した結果とも考えられる。しかし管見の限り理論的決着をみたと目すべき判例は確認できない。また単に参照した例の科刑に則ったとしても、それ以前の評議結果も掲げている以上、なんらかの理由で差図を優先したと考えるべきであろう。したがってその理由は、なにかしら現実的な理由によるものであると考えられる。

本稿では以下の一件を引いて、その根拠を明らかにしたい。

寛政八辰年御渡

火附盗賊改

森川源五郎伺

- 一 深川六間堀代地町・伊兵衛方ニ居候・惣吉、博奕又は人を殺候一件、
上州無宿
源蔵事
当時深川六間堀代地町
家持伊兵衛方ニ居候
惣 吉

右之もの儀、賽博奕筒元いたし候砌、妨いたし候儀を遺恨ニ存、半七相頼、酉之助帯居候脇差、奪取貰、右脇差ニて酉之助を殺害いたし、右脇差は、所持いたし、其後、半七え呉遣し、死骸ハ溜井え投込、不

存躰ニいたし居候得共、露頭可致儀を恐、欠落いたし候後も、悪事不
相止、定七宅ニて、九兵衛筒元いたし候節、百銭・貳百銭賭之賽博奕
手合、両度いたし、又は野田ニて、廻り筒賽博奕、数度いたし候段、重々
不届至極ニ付、町中引廻し之上・獄門

此儀、吟味書之趣ニては、此もの、元源蔵と申候節遺恨有之酉之助
を、殺害可致と存、同人帯居候脇差を、奪取呉候様、半七え相頼、
承知いたし、内え入、無程、脇差を持、逃出候処、酉之助、跡より
追駈参候ニ付、右脇差ニて一太刀切付、脇差捨置、半七、逃去候ニ
付、此もの、右脇差を取、酉之助を殺害いたし候趣ニ御座候、然処、
其節、此ものは、欠落いたし、半七は、長谷川平蔵、火附盜賊改加
役之節、召捕候上、下手人可申付哉之段、相伺、評議ニ御下ケ被成
候ニ付、評議之上、遠嶋と申上候処、酉之助脇差を奪取、殺安キ様
ニいたし候は、人殺之手引いたし候ニも当り可申哉、源蔵行衛不相
知上は、旁、右御定え寄候方ニは無之哉之段、御尋有之候上、半七
を下手人ニ被 仰付、相濟候儀ニ御座候、其節、此もの、被捕候ハ、
全、下手人ニ相当り、半七は、人殺之手引いたし候もの之御定ニ准
し、遠嶋、ニ可相当処、此もの、逃去候ニ付、半七、下手人ニ相成
候儀ニ御座候、勿論、人殺之手引いたし候もの之御定・但書ニ当人
逃去候節之御定ハ、下手人、と有之、追て、当人、被捕候節之御定
は、無之候得共、遠嶋ニ相当り候半七、下手人ニ成候ハ、其節、此
もの、欠落いたし候故之儀ニ有之、殊ニ、酉之助を殺候当人之儀ニ
も御座候間、半七ニ見合候ては、格別品不宜候間、死罪、

評議之通濟³⁰⁾

本件は、前掲寛政五・上総国寺谷村・半七、人殺之手伝いたし候一件の
後日談とも称すべき事例である。すなわち、寛政五年当時は、欠落してい
た源蔵の代りに半七が下手人となったのであるが、当人である源蔵が発見
されたためのこの者の刑責を問うている。評定所は、本来なら「人殺之手
引」として遠嶋に処されるべき半七が下手人となった以上、源蔵はこれよ
り重く死罪とするのが適当であると評議し、「評議之通濟」となっている。

30) 古類集拾五（九九二）。

しかし本件は、御定書のもつ欠陥が露呈した一件と言えるであろう。この一件を受けて、安易に本来の当人を差し置いて下手人を確定すべきでないという考えが評定所に共有されたのではないかと考えられる。

ここまで、「初発打懸」規定の適用できない場合について概観した。そのような場合、問題の中心となったのは「発端人」の取扱いであった。この「発端人」については、最終的な科刑こそ他の行為者と同様に遠嶋に処される場合が多かったが、「初発に打懸候もの」の代りに下手人となる場合があり、また然らざる場合でも、評定所を中心にその果たした役割がある程度重視されていたと考えられる。

然らば「発端人」はなぜこのような評価を受けたか。それは当該犯行のきっかけであったからに外ならない。すなわち、前掲寛政四・武州芝村二而変死いたし候無宿次助一件の「此もの口論仕懸候より事起り、一同取懸り打擲いたし治助相果候上ハ、此もの発端人ニ無紛」なる文言、また前掲享和元・肥前国長崎本五嶋町・宇兵衛、糶船いたし候一件の「最初此ものより打掛候二付、乗組之ものも、大勢、權を以、打擲いたし、既、深堀もの之内、疵人も有之、兩人は、海中ニ沈、相果候」との文言に明確に現れているように、この者の行為がきっかけとなり、他の共犯者が犯行に及んだ点が重視されているのである。

かかる点を重視する姿勢は、おそらく「初発打懸」にも共通していると思われる。両者はともに、自己の態様を通じて他者を犯行に巻き込み、あるいは当該共犯者らに後続の行為を促したという点で、その態様に類似性が見出される。「発端人」が「初発打懸」の代りに下手人とされる場合があったのも、このような両者の類似性が意識されたためであろう。すなわち両者はともに、他者へ影響を及ぼすことによって犯行を実現したという点が評価され、他の共犯者に比してその刑責も重くなったと考えられる。

第二項 遺恨なき差図

前掲天明元・信州祢津東町・伝之助下男・喜助を及殺害候一件から、「人殺之差図」とは通常、差図者が被害者に対して遺恨をもち、彼の者を他者の手によって殺害した場合が想定されていたということが看取される。先にも少し述べたとおり、人殺の刑責を確定する際、遺恨という要件は極め

て重要な意味をもつ。

では、上記事例で差図者を死罪としたのには、如何なる理由があると考えられるか。

石塚氏はこの点につき、通常差図事例が被差図者を遠嶋、差図者を下手人とするその差に着目し、「たとい形式的にもせよ、教唆者なりとされた以上正犯よりは重く罰するべきであると考えられたからにほかならない」³¹⁾としている。しかし、差図者を正犯の刑すなわち下手人に処すことと、被差図者を下手人に処したうで差図者にこれより重い刑を科すこととは、その性質を異にするように思われる。前節においてみたように、差図者が下手人に処されるのは、その者が自ら犯行に及んだと同視されるためである。然りとすれば、被差図者が下手人に処される以上、被害者の死亡という結果を誰に帰責させるかという、人殺に対する処罰における最も中核的な問題には、既に決着がついている。そのうえでさらに差図者を死罪に処すということは、「通例之人殺」に対して下手人を科すときとは異なる刑事責任が問われているように思われる。

ここで改めて、牧氏による下手人についての考察に着目したい。同氏は下手人と死罪との区別について、J・コーラーによる内部的刑法と外部的刑法という枠組みを参照して、「『死罪』なる死刑は内部的刑法の範疇に属するものであり、『下手人』という死刑は外部的刑法の系譜をもつものであった」³²⁾と論じている。

下手人を外部的刑法の枠組みによって捉えると、当該下手人は被害者側にとって納得のいく人物でなければならない。通例の差図事例においては、その者は遺恨を以て差図した者であると考えられた。たしかに実際に被害者を殺害したのは被差図者であるが、差図者と被害者は、遺恨という、より根本的な部分でのつながりをもっており、当時の人殺に対する処罰においては、まさにその点こそが重視されたのである。したがって、本件のように遺恨と差図が離れた場合でも、被害者にとってより重要なのは、当該結果発生を欲する、遺恨をもつ者であると考えられたのであろう。それゆえ、遺恨ある被差図者が下手人に処されたのである。一方で差図者は、被差図者をして犯罪をなさしめたという社会的害悪が重視され、内部的刑法

31) 前掲石塚「共犯(二)」p.181。

32) 前掲牧「下手人という仕置の成立」p.132。

によって死罪となったと考えられる。事実、前掲事例では「幸助、申間候より事起り、喜助を、長蔵、及殺害候始末ニ相成候間」なる記述が見られ、差図者の行為によって被差図者が犯行に及んだ点を重視し、幸助を死罪に処している。このように、遺恨なき差図事例において差図者が死罪に処される理由は、他の共犯者をして犯行に至らしめたという、他者への影響力が評価されたためと考えられるのである。

第四節 小括

本章第一節において述べたとおり、人殺の共犯処罰については、石塚氏・平松氏による先行研究がある。そのなかで、石塚氏は差図について、また平松氏は御定書規定を評して、原因となる事実が重視されたと指摘している。たしかにこのような傾向は、本稿においてここまで検討してきた諸例からも窺える。

しかし一方で、それらの先行研究には修正すべき点が多いことも、本稿の検討結果から明らかである。

第一に、石塚氏による「初発打懸」を巡る「殺人を欲するもの＝本人」という理解は、先にも指摘したとおり、正確なものとは言えない。複数行為者による人殺においては、誰が結果を発生させたかが第一に問われ、これが不明の場合には、犯意形成の順序にかかわらず「初発ニ打懸候もの」を下手人としたのである。石塚氏の上述の理解はむしろ、差図者が遺恨を持っていることを要件としている点において、差図規定により積極的に看取される。

第二に、先行研究では、共犯者のうち最も重く処罰される者が正犯であると考えられているが、これもやはり正確なものではないと言えよう。たしかに、先に検討した頭取・同類を区別する類型からも明らかなように、かかる考えは共犯処罰において極めて一般的に見られるものではある。しかし、遺恨なき差図者事例において、単独正犯に科される刑である下手人に処される被差図者と、死罪に処される差図者とが両立していることに端的に現れているように、人殺の共犯処罰においては、必ずしもその犯罪の「当人」が最も重く処罰されるわけではなかった。すなわち下手人に処される人殺の当人と、共犯処罰において重視される者とは必ずしも一致しな

いのである。

さらに、石塚氏・平松氏による原因となる事実の重視という指摘も、人殺の共犯処罰への理解としては、十分なものとは言えない。すなわち、本稿に掲げた判例の具体的な記述に着目すると、人殺の共犯処罰において重視されていたのは、原因となる事実そのものよりも、その原因によって他者を犯行に至らしめた点であったと考えられる。このように他者への影響力を評価する姿勢は、特に発端人や遺恨なき差図者の事例において明確に言及されているが、本論において述べたとおり、「初発打懸」の適用においても同様であったと考えられる。

一方、本章の検討結果によれば、差図規定の適用例においては、差図者が下手人とされる根拠は、自身が行為したと同視し得るという点に求められていたと考えられる。しかしこれについても、遺恨なき被差図者に実行させるという状況は、その者を自己の完全なる影響下においているとも評価し得るから、やはり他者への影響力を評価した結果とも言い得るであろう。

したがって、先行研究の成果は一部において妥当なものではあるけれども、人殺の共犯処罰の本質を捉えているとは言い難い。その本質とは、当該共犯者が他の共犯者に如何なる影響を及ぼしたかを評価の中核とするものであったのである。

第五章 結論

ここまで本稿では、頭取・同類、頭取なき同類、人殺における共犯処罰について、その判例法理とその背景にある処罰根拠を明らかにしてきた。その結果を見るに、この分野に関する従来の研究、特に石塚氏による成果は、必ずしも正確なものではないと考えられる。

序論において述べたとおり石塚氏は、客観主義的刑法観から主観主義的刑法観への変遷という構図の中で共犯処罰を捉え、特に御定書成立以後のそれが主観主義的刑法観に基づくとの見解を示した。しかし前章までにおいて概観したとおり、同類のうちから頭取を区別するにあたっては、犯意の形成順序のみならず実行行為段階での先導などにも重点が置かれ、特に集団の形成者でありさえすれば具体的な犯行への意思形成は必要とされなかった。また頭取なき同類については、各人の果たした役割がいずれも重

要であるとされるために、かかる共犯類型が認定されたのである。さらに人殺の共犯処罰においては、下手人の認定に際して遺恨という要素が重視される場合はあるものの、多くの場合、他の共犯者に実行行為を促すような役割を担った者が重く処罰されたのである。

また本稿では、以上のごとき検討結果から、徳川幕府刑法における共犯処罰の特徴をも明らかになし得たと思う。その特徴の第一に、各犯罪類型によって共犯処罰がさまざまであったという点が挙げられる。人殺の共犯処罰はその最たるものと言えるであろうが、そのほかにも、強訴・徒党の頭取不明の場合の処理や、盗において頭取なき同類が広範に認められた点など、いずれの共犯類型についても、その類型が適用される犯罪の特徴が反映されているのである。

尤も、徳川幕府刑法における共犯処罰が、全く各犯罪類型に左右され、統一的な法理をもたなかったわけではない。

第二章での検討結果によれば、同類から頭取を区別する基準は、発言その他の態様によって他者を犯行に誘引した点に求められた。また、第三章の検討から、頭取なき同類に認定されるのは、おもに当該犯行に必要な不可欠な役割を果した者であり、盗に対する適用においても、その範囲は他の共犯者への影響力を基準に決められていたことが明らかになった。さらに第四章で取り上げた人殺における共犯処罰でも、自らの態様によって他者の犯行を促した者が重視されていた。すなわち、共犯のうち重く処罰される者は、他者を犯罪遂行に向けるという役割を果した者であり、客観的あるいは主観的態様そのものより、当該態様によって如何に他の共犯者に影響を及ぼしたかの評価に重点が置かれたのである。換言すれば、共犯者集団内部での各行為者の位置づけが、当該行為者の刑責を決定する最も重要な要素だったのである。

ところで、このような共犯処罰に対する徳川幕府刑法の姿勢からは、身分責任的な刑事責任に対する観念を看取し得る。

平松義郎氏によれば、「近世の刑法は刑事責任をいわば『身分』責任としてとらえていた」。同氏によれば、ここにおける「身分」とは、「集団内の上下関係を示す」であり、「身分の秩序は、各人に日常所与の状況に

においてそれに相応する意識・行動を絶えず要求」するのである³³⁾。先に述べたような共犯処罰に対する姿勢は、各行為者の刑責を、共犯集団との関係に注目して決定するという点で、身分責任的な性格をもっていると考えられる。また、共犯のうち重く処罰される者の、他者を犯罪遂行に向けるという行為は、身分の秩序に基づく要求に対する、重大な違背であると考えられる。すなわち当該行為は、行為者自身のみならず、その影響を受けた他の共犯者の意識・行動をも、状況に相応しないものへと導いていると評価できるのである。

尤も、共犯者集団は、必ずしも上下関係によって結合しているわけではない。この点において、共犯処罰の基礎をなす刑事責任は、平松氏の示す身分責任と完全に一致するとは言い難い。然りとすれば、共犯処罰の基礎をなす刑事責任の観念は、各人の置かれた「立場」における適切な行為・意識の統御を怠ったことを刑事責任とする、立場責任とでも称すべき、広義の身分責任的な刑事責任観に立脚するものであると言えよう³⁴⁾。いずれにしても、共犯処罰の基礎をなす刑事責任の観念は、幕藩体制を支える身分制原理およびそこから導かれる秩序の枠組みと、密接な関連をもっていると考えられる。

以上、本稿では、徳川幕府刑法における共犯処罰について、特にその中核をなすであろう正犯の決定方法をめぐる判例法理と、その基礎をなす刑事責任観を明らかにしてきた。しかし、共犯処罰の全体をより体系的に解明するためには、従犯の種類や、人殺以外の犯罪類型における差図の性質などについても検討する必要がある。これらの論点については、他日稿を改めて論じたいと思う。

33) 平松義郎「近世法」（前掲『江戸の罪と罰』所収）pp.65-67（初出、浅尾直弘ほか編『岩波講座日本歴史 11 近世 3』岩波書店 1976 年）。

34) 前掲拙稿「徳川幕府刑法における刑事責任の本質について（二・完）」pp.224-226 参照。

