

# 近代中国における妾の 法的諸問題をめぐる考察

西田 真之

## 序

小論は、近代中国における妾の状況、特に法典編纂期を中心に妾をめぐる法的諸問題の議論に焦点をあて、関連する民事上・刑事上の条文の解釈及び法学者による評価、判例に登場する妾の扱われ方、さらに近代期に発行された新聞や雑誌のメディア媒体に寄稿された論説を手掛かりとして当時の妾に対する意見や動向を考察するものである。

近代中国における妾についてはいくつかの研究結果が発表されている<sup>(1)</sup>。他方で、近代中国の妾を取り巻く状況を法律上の観点から概観すると、法典には原則として「妾」の文言が用いられることはなく、夫と妻との夫婦関係のみを法律上の明文規定で認めていたものの、夫が妻以外に妾を有することについては可能な限り刑罰を適用することを避けるよう配慮がなされ、消極的ながらも妾を容認する姿勢で臨んでいたと言えるが、こうした視点から当時の妾をめぐる社会的動向も含めた詳細な分析は進められていない部分がある。また、このような近代期における妾の諸問題は、中国のみならず、日本やタイといった、列強諸国からの植民地支配を免れ、独立国としての地位を保持しながら西洋法を継受し、一夫一婦制の規定を盛り込んだ法典を整備した国々においても同様に議論されており、広義の東アジアにおいて比較法史の観点から妾の法的諸問題をめぐる考察を行うことも可能である。

そこで小論では、近代東アジアにおける妾を取り巻く法的及び社会的状況を比較検討する素地を整えるため、まずは近代中国を対象として妾の法的諸問題に関する規定を複合的に見た上で、条文の変遷や法学者の著作、裁判例から一夫一婦制と妾をめぐる問題やその整合性がどのように考えられたのかについて着目する。妾をめぐる法的議論として考察対象とするのは、民法上の観点として、重婚の禁止規定、及び夫が妾を有していることを理由に妻側の離婚請求が認められていたのか否かという夫婦間の離婚事由の規定を、また刑法上の観点として、重婚罪や姦通罪といった規定により妾を有していた夫に対し刑事罰を適用することが想定されていたのか、及び刑法典に規定されていた親属<sup>(2)</sup>に妾が含まれていたのか、という問題を中心に見る。さらに、近代期のメディアの発達に伴い、法学者が新聞や雑誌に様々な論説を寄稿してゆくが、その過程で妾をめぐる問題についても盛んに議論が行われていることから、当時発行されていた新聞や雑誌を活用し、議論の行方を概観する。

尚、ここで言う「妾」とは、同居・別居を問わず、ある男性が正式な婚姻儀式や手続きにより関係を結んでいる妻以外に、そうした儀式・手続きを経ることなく双方の許諾や同意の下で性行為及び扶養関係を有している女性、と定義しておく。やや広域な概念であるが、これは近代期において廢妾論が議論されていたり、裁判例の中に妾が登場しているものの、明確に妾の概念が定義されておらず、社会的に妾に類似する同様の表現が用いられていること<sup>(3)</sup>、さらに、今後東アジアにおける妾をめぐる動向を比較検討することも視野に入れ、広い概念で以て正式な配偶者として娶る妻とは異なる妾を定義するという趣旨に基づく。また中国の近代とは、1840年のアヘン戦争以降より1949年の中華人民共和国成立までと捉える。

表記方法については、原則として次のように統一する。国名は引用部分を除き「中国」と表記する。漢字は新字体で統一し、引用に際しては適宜句読点を附す。また年号に関しては西洋暦を用い、元号で示す場合には西洋暦も併記す

る。雑誌に掲載された論稿については〔執筆者「論題名」(『掲載誌』巻-号：発行年)]と略し、新聞記事は[[『新聞紙名』発行年.月.日]とする。合併号の場合は(巻-号=号)、複数の号に亘って記述がなされている場合は、「・」を用いて記す。文字の判別がつかなかった箇所は○と表示する。

## 1. 法文の規定

### (1) 民法典——重婚の禁止規定・夫婦の離婚事由規定——

まず民法典の中で関連する規定について確認しておく。1911年の大清民律草案では、重婚の禁止及び夫婦の離婚事由を以下のように規定していた。

#### 第 1335 条

有配偶者不得重婚。

(配偶者のあるものは、重ねて結婚することができない。)

#### 第 1362 条

夫婦之一造以左列情事為限得提起離婚之訴。

(夫婦の一方は、次に掲げる事情がある場合に限り、離婚の訴えを提起することができる。)

##### 一、重婚者

(1. 重婚をしたとき。)

##### 二、妻与人通姦者

(2. 妻が人と姦通したとき。)

##### 三、夫因姦非罪被処刑者

(3. 夫が姦非罪に因って、刑に処せられたとき。)

##### 四、彼造謀殺害自己者

(4. 相手方が故意に自己の殺害を謀ったとき。)

五、夫婦之一造受彼造不堪同居之虐待或重大之侮辱者

(5、夫妻の一方が相手方より同居に耐え難い虐待、或いは重大な侮辱を受けたとき。)

六、妻虐待夫之直系尊属或重大侮辱者

(6、妻が夫の直系尊属を虐待し、或いは重大な侮辱をしたとき。)

七、受夫直系尊属之虐待或重大侮辱者

(7、夫の直系尊属より虐待、或いは重大な侮辱を受けたとき。)

八、夫婦之一造以悪意遺棄彼造者

(8、夫婦の一方が悪意で相手方を遺棄したとき。)

九、夫婦之一造逾三年以上生死不明者

(9、夫婦の一方の生死が3年以上明らかでないとき。)

#### 第1364条

因第一千三百六十二条第一款至第八款所列情事而有主訴離婚權之人、須於明知離婚之事實時起、於六個月内呈訴之。若離婚原因事實發生後、已逾十年者、不訴呈訴。

(第1362条第1款乃至第8款に掲げる事情により離婚の提訴権を有する者は、離婚の事実を知った時より6か月以内に提訴しなければならない。若し、離婚原因の事実が発生して10年を経過した場合には提訴することができない。)

1915年の民律草案親属編でも上記の条文が設けられた。重婚の禁止規定が設けられたことは、「蓋シ一妻多夫ト一夫多妻トハ法律ノ許サザル所ナリ。故ニ既ニ夫アル者ハ重ネテ夫アルヲ得ス。已ニ妻アル者亦重ネテ妻アルヲ得ス<sup>(4)</sup>。」という考えに基づくものであった。また、妻の姦通を夫の離婚事由としているのは、「已ニ夫婦ヲ為シテ後ハ即チ貞潔ノ義務ヲ負ヘルニ、妻人ト通姦スルハ是貞潔ノ義務ニ反スルヲ以テナリ。夫貞潔ノ義務ハ夫婦両造均シク応ニ遵守ス

ヘシ。妻人ト通姦スレハ法律已ニ其夫ノ離婚ノ訴ヲ提起スルヲ許ス。夫ト人ト通姦スレハ姦ニ因テ刑ヲ受クルヲ除ク外其妻離婚ヲ請求スルヲ得サルハ、妻ヲ責ムルニ厳ニシテ、夫ヲ責ムルニ寛ナルニ似タリ知ラス。妻人ト通姦スルハ已ニ夫ノ名誉ニ於テ関スルアリ。且血統ヲ混和スルノ虞アリ。故ニ文明諸國ノ法律ハ凡ソ妻ノ人トノ通姦ハ常ニ夫ト人トノ通姦ニ視レハ其制裁時ニ厳ナリ<sup>(5)</sup>。」との理由が附されている。一方で、夫の姦通行為は刑に処せられない限りは妻側の離婚事由として認められていないことについては、「姦非ノコトハ廉恥ヲ喪失セル男子ニ非スンハ決シテ為スヲ肯セス。然ルニ夫即チ姦非ヲ為セル若シ未タ刑ヲ受ケサレハ、其妻タルモノハ明ニ其此ノ行為ヲ知ルト雖モ、而モ之ニ因テ離婚ヲ請求スルヲ得ス。惟既ニ所刑セラルレハ家門ノ玷タルノミナラス、<sup>(ママ)</sup>即チ社会公衆亦均シク認メテ罪惡ノ徒トナス。而シテ妻ノ名誉ニ於テ亦損害ヲ受ク。故ニ此時ニ在ツテハ直チニ其妻ニ離婚ノ訴ヲ提起シ得ルコトヲ許ス<sup>(6)</sup>。」と記されている。

民律草案では重婚の禁止規定を設け、重婚を犯した場合は相手方の離婚請求事由となっていることから、一夫一婦主義を採用していることは明白である。しかしながら、姦通を理由とする離婚請求は夫婦間で異なっている。妻が人と姦通した場合に夫は離婚の訴えを提起できるのに対し、妻側の離婚請求事由として認められているのは夫が刑に処せられた場合のみとなっていることから、法文上は夫が妻以外に妾を有していても妻側からの離婚事由としては認められていなかったことが示される。これらの諸規定は1925年の民国民律草案にも継承された。

1928年には新たな親属法草案が示され、重婚の禁止規定を定めながら、夫婦の離婚事由については次の規定が設けられることとなった。

#### 第27条

夫婦之一方、有左列情事之一者、其対造得向法庭請求離婚。

(夫婦の一方は、次の事情に該当するものがあるときには、法廷に対して離婚を請求することができる。)

一、重婚

(1、重婚をしたとき。)

二、犯姦

(2、姦通を犯したとき。)

三、不堪同居之虐待

(3、同居に堪えられない虐待があったとき。)

四、悪意之遺棄

(4、悪意の遺棄があったとき。)

五、不堪同居之悪疾

(5、同居に堪えられない悪疾があるとき。)

六、重大不治之精神病

(6、重大な不治の精神病があるとき。)

七、外出已満三年而生死不明

(7、外出し既に3年間生死が不明であるとき。)

八、被処三年以上之徒刑

(8、3年以上の徒刑に処せられたとき。)

第28条

對於前条第一款至第四款及第八款之情事，其受害当事人於事前同意，或事後宥恕，或知悉後已逾二年者，不得請求離婚。

(前条の第1款乃至第4款及び第8款の事情について、その害を受けた当事者が、事前の同意或いは事後に宥恕、又はこれを知った後に2年以上が経過した場合は、離婚を請求することができない。)

当該草案では、姦通を理由とする離婚事由が夫婦平等の規定へと改められた

が、国民政府法制局は、「○案根拠男女平等原則，所定離婚原因，於夫妻双方同様適用，而以夫或妻對於他方之過失行為及使婚姻目的不能貫達或難於貫達之事項，為構成離婚之原因<sup>(7)</sup>。」（(本案は) 男女平等原則に依り，離婚原因を夫婦双方に同様に適用することを定める。夫或いは妻の相手方に対する過失行為及び婚姻の目的を貫徹できない，或いは貫徹し難い事項については，離婚の原因を構成する。）と述べ、「犯姦」と規定することで夫婦間の差別を設けなかったことを説明する。また納妾については、「納妾之制，不独違反社会正誼，抑実危害家庭和平<sup>(8)</sup>」と，社会の正義に反するのみならず，家庭の平和を害するものであることを指摘する。

1930年12月には中華民法典が公布，翌年5月に施行された。当該法典（以下，30年民法と称す。）での関連する規定は下記の通りである。

#### 第 985 条

有配偶者不得重婚。

（配偶者のあるものは，重ねて結婚することができない。）

#### 第 1052 条

夫婦一方以他方有左列情形之一者為限得向法院請求離婚。

（夫婦の一方は，相手方に次の事情に該当するものがあるときには，法院に対して離婚を請求することができる。）

一，重婚者

（1，重婚をしたとき。）

二，与人通姦者

（2，人と姦通したとき。）

三，夫婦一方受他方不堪同居之虐待者

（3，夫婦の一方が相手方より同居に堪えざる虐待を受けたとき。）

四，妻對於夫之直系尊親屬為虐待或受夫之直系尊親屬之虐待到不堪為共

同生活者

(4, 妻が夫の直系尊親屬に対し虐待したとき, 或いは夫の直系尊親屬より虐待を受け共同生活に堪えざるとき。)

五, 夫婦之一方以惡意遺棄他方在繼續狀態中者

(5, 夫婦の一方が惡意を以て相手方を遺棄する繼續狀態にあるとき。)

六, 夫婦之一方意圖殺害他方者

(6, 夫婦の一方が相手方の殺害を意圖したとき。)

七, 有不治之惡疾者

(7, 不治の惡疾があるとき。)

八, 有重大不治之精神病者

(8, 重大な不治の精神病があるとき。)

九, 生死不明已逾三年者

(9, 生死が3年以上明らかでないとき。)

十, 被處三年以上之徒刑或因犯不名譽之罪被處徒刑者

(10, 3年以上の徒刑に處せられたとき, 或いは不名譽の罪を犯したことにより徒刑に處せられたとき。)

第1053條

對於前條第一款第二款之情事有請求權之一方, 於事前同意或事後宥恕或知悉後已逾六個月或自情事發生後已逾二年者不得請求離婚。

(前條の第1款・第2款の事情に対して請求權を有する一方が, 事前の同意或いは事後に宥恕又はこれを知った後に6か月以上が経過, 又は事情が発生し2年以上が経過した場合は離婚を請求することができない。)

第1123條

家置家長。

(家には家長を置く。)

同家之人除家長外均為家屬。

(家を同じくする人は家長を除く外は均しく家属とする。)

雖非親属而以永久共同生活為目的同居一家者視為家属。

(親属ではない者でも永久に共同生活をする目的で一つの家に同居する者は家属と見做す。)

30年民法でも夫婦の離婚事由が平等に規定されていることにより、夫の納妾行為が妻の離婚提起事由として認められ得るようになっていたが、この背景には、1930年7月23日に立法院へ送付された中央政治会議第236次会議議決の「親属法継承法立法原則 親属法先決各点審査意見書」<sup>(9)</sup>の影響があると考えられる。同意見書によると、「妾之問題，無庸規定：妾之制度，亟應廢止，雖事實上尚有存在者，而法律上不容承認其存在。其地位如何，無庸以法典及單行法特為規定。」(妾の問題は規定する必要が無い。：妾の制度は速やかに廃止されなければならない。事実上尚も存在するが、法律上その存在を承認することはできない。その地位については法典及び単行法により特に規定する必要は無い。)ことに決せられた。

離婚事由が夫婦平等の規定となっていることに関する法学者の反応はどのようなものだったのだろうか。曾友豪は、離婚事由として規定されている人との姦通行為に夫の納妾行為が含まれることを指摘、さらに民法の施行後は妻が夫の娶妾行為を認めていない場合には、法院に対し離婚を請求し得るものであるとの見解を示している<sup>(10)</sup>。胡長清は、「前大理院判例及解釈亦皆承認妾制之存在，此種制度，不但為女權之障害，抑亦人道之大妨，亟應廢除，實所當然，故現行親属法起草之始，即以應否規定妾制，向中央政治會議請示，嗣經中央政治會議決定：『妾之問題，無庸規定』<sup>(11)</sup>。」(前大理院判例及び解釈ではいずれも妾制の存在を承認していたが、この種の制度は女権の障害となるばかりでなく、人道の点でも大きな妨げとなり、迅速に取り除かれなければならないのは当然である。故に現行の親属法が起草されてから妾制を規定すべきか否か、を中央

政治會議に請うたところ、中央政治會議は「妾の問題は規定する必要が無い。」と決定した。）と述べた上で、夫婦は相互に貞操義務を負わなければならない、「我国旧律惟妻犯姦，夫得請求離婚，而夫犯姦則否，此種規定，顯不平等，故現行民法則採平等主義，不因男女而設差別。所謂與人通姦，指與異性為婚姻以外之性交者而言，例如已有妻而納妾宿娼以及與人女并度之類是，至因姦構成刑法上之犯罪与否，則非所問<sup>(12)</sup>。」（我が国の旧律では妻が姦通を犯すと夫は離婚を請求し得るが、夫が姦通を犯した時は否定される。この種の規定は明らかに不平等である。故に現行民法では平等主義を採用し、男女による差別を設けていない。所謂人との姦通とは、異性との婚姻外の性行をするものを指し、例えば既に妻を有する者が妾を納め、娼妓を宿し、人と野合する類がこれに該当する。姦通が刑法上の犯罪を構成するか否か、は問うところに無い。）として、夫が妾を有する行為も離婚の適用範囲に含まれる旨の認識を示している。黄右昌も、「我国民法第一次草案，認妻與人通奸者，夫可提起離婚之訴。而夫與人通奸，則非因姦非罪被處刑者，不能成為離婚原因，男女之間，殊欠平允，（略）我国党綱上对内政策：亦明載確認男女平等之原則。故本法改正此点，以適合党綱，而除去男女之不平等。無論夫或妻與人通姦，对方均可提出離婚，實為我国法律之大進步。蓄妾可否提出離婚？民法上並無此項規定，唯審查意見書說明中。已主妾制亟宜廢止，並謂法律上不容承認其存在，則納妾之成為離婚原因，亦当然之解釋也<sup>(13)</sup>。」（我が国の民法第一草案は妻が人と姦通した場合、夫が離婚の訴えを提起できるように認めた。夫が人と姦通した場合には姦非罪で処刑されなければ離婚原因とはならず、男女間で公平性に欠けていた。（略）我が国の党綱の対内政策では男女平等の原則を明らかに記し確認している。故に、本法ではこの点を改正し党綱と適合させ、男女の不平等を取り除いている。夫或いは妻を問わず人と姦通した場合、相手方が離婚を訴え出ることが可能となっているのは、実に我が国の法律上の大きな進歩である。蓄妾については離婚を訴えることができるのか否か。民法にはこの項目についての規定が無く、唯審査

意見書に説明がされているだけである。既に妾制は速やかに廃止すべきとされ、法律上その存在は承認されておらず、即ち納妾が離婚原因となるのは亦当然の解釈である。)として、夫の蓄妾行為も離婚事由の解釈に含まれるとの解説を附している。

こうした夫婦間の離婚事由規定の平等化については、様々な方面から評されている。一例を挙げると、日本では中川善之助が草案から裁判離婚の事由が変化している現状について「新立法らしい新鮮味を見せたものといへよう<sup>(14)</sup>。」と評し、角田幸吉も「近代世思潮に則って、婚姻の尊重を強調し、夫婦本位の家族制を樹立して、婦人の地位を向上せしめ、あらゆるときと、ところとに、男女平等に関する規定を設けたことは、支那法制史上における画期的な、一大発展と云<sup>(15)</sup>」える旨を示す。中島玉吉は当該規定を取り上げ、「離婚原因の一たる犯姦に就いては、旧律は我民法と同じく、男子の犯姦は離婚原因とならず、女子の犯姦のみが離婚原因と認められて居ったのを、改めて平等となし、男子の犯姦を離婚原因となした<sup>(16)</sup>。」と述べている。英文の文献でも、Foo Ping-Sheung は離婚事由の夫婦平等化により男女の貞操が平等に求められ、廃妾となっている旨を指摘する<sup>(17)</sup>。Marc van der Valk は姦通行為による裁判離婚が夫婦平等となっている点を評価し<sup>(18)</sup>、H. Y. C. Hu も旧法から変化が加えられた点として、夫婦間の離婚事由が平等となった旨を挙げている<sup>(19)</sup>。また Jean Escarra も著書の中で、不誠実な行動による離婚事由は夫婦共に認められ、妾は法律上認められていないことを示す<sup>(20)</sup>。

このように、法文で姦通を事由とする夫婦の離婚請求権が平等に規定され、夫の蓄妾行為に対し妻側が離婚を請求し得る規定が盛り込まれたものの、離婚の提起期間について見ると、事前に事情を知り得た場合には6か月以内、事前や事後に知ったか否かを問わず事情が発生して2年以内を限度としており、依然として妻の立場からは離婚を提起するための制約があった。この点で注目されるのは、離婚提訴期間を定める法文の変化である。大清民律草案や1925年民

律草案では、離婚の事実を知った時より6か月以内に提訴しなければならず、離婚原因が発生して10年経過した場合は離婚の提訴ができないこととなっているのに比べ、1928年親属法草案や30年民法の規定では、離婚の原因となる事実が発生した時の離婚提訴期間の時効が2年以内へと大幅に短縮されている。さらに、30年民法の第1123条において、同じ家に同居して永久に共同生活をしている者は家属の一員と見做される旨の規定が置かれたことにより、妾は暗に家属構成員として含められ、夫が妻以外の女性と関係を有することが法文上認められ得る解釈となっていることを指摘するものもあった。胡長清は、妾は明文で規定されていないことを示しつつも、当該規定を根拠として「但現行法上亦有其相当之地位，即妾為準家属之一員<sup>(21)</sup>」（但し、現行法上相当の地位を有し、即ち妾は家属の一員に準ずる。）と見做されるものであり、Werner Leviも、当該条項に基づき未だに妾は家属の一員とされ、妾制度が暗に認められている点、さらに離婚請求権は第1053条による制約を受けており、よって妻が反対しなければ現実には妾制度が継続する状態にある点を示している<sup>(22)</sup>。

このように、夫婦の離婚事由規定の変遷を見るならば、当初の草案では姦通をめぐる離婚請求の条文について夫婦間で差が設けられていたが、1928年親属法草案以降は男女平等原則に基づく離婚事由規定が設けられていることから、法文上は夫の納妾行為は妻の離婚請求として認容されてゆくようになったことが分かる。しかしその一方で、30年民法では離婚事由の時効期間が短縮され、さらには妾を暗に家属構成員として含め得る条項が盛り込まれたことにより、依然として夫が妻以外の女性と関係を有することを容認している姿勢が示される。

## (2) 刑法典——親属・姦通罪・重婚罪——

次に、刑法典の関連する規定について見てゆこう。1907年の大清刑律草案の第一草案では、第278条「凡和姦有夫之婦處四等以下有期徒刑。其相姦者亦同。」

(凡そ、有夫の婦の和姦は4等以下の有期徒刑に処する。その相姦者も亦同じ。)、第279条「凡成婚之人重為婚姻者処四等以下有期徒刑。其知為成婚之人而与婚姻者亦同。」(凡そ成婚の人と重ねて婚姻した者は4等以下の有期徒刑に処する。成婚の人と知り婚姻した者も亦同じ。)の規定が設けられた。この内、姦通罪の規定では有夫の婦の和姦のみを処罰し、無夫の婦は刑罰を科しておらず、旧律とは異なっていた点については各督部からの強い反発を受けたが、第二次草案の第289条でも「凡和姦有夫之婦。処四等或五等有期徒刑。其相姦者亦同。」(凡そ、有夫の婦の和姦は4等或いは5等の有期徒刑に処する。その相姦者も亦同じ。)と、無夫の婦に対する処罰は盛り込まれなかった。そこで廷杰の提議により暫行章程が附則として設けられることとなり、第4条第1項にて「犯第二百八十九条之罪為無夫婦女者、処五等有期徒刑、拘役或一百円以下罰金。其相姦者亦同。」(第289条の罪を無夫の婦女と犯した者は、5等の有期徒刑、拘役或いは100円以下の罰金に処する。その相婚者も亦同じ。)と規定された。

こうした姦通罪に関する処罰規定は、資政院の場でも妾に関連する問題として取り上げられており、文獻は第39号議場の席上で「現在民法尚未規定有妾無妾。然按之立憲通則、則斷乎不応有妾、而卻為我國事實上之所必不能免。譬如民法不認有妾而納妾是妾、即等於無夫婦女、而非正式之婚姻、即等於和姦。若刑律定入無夫姦有罪一條、則將來納妾也應有罪了<sup>(23)</sup>。」(現在民法では尚も妾の有無を規定していない。しかし、立憲の通則上断じて妾を有してはならないが、我が国では事実上これは致し方ない。もしも民法で妾を有することを認めずに妾を納めた場合は、即ち妾は無夫の婦女となり、正式な婚姻ではなく、即ち和姦となる。若し刑律で無夫の姦通罪の条文を定めたならば、即ち将来は納妾も有罪となる。)と発言している。

辛亥革命の後、1912年3月に公布された暫行新刑律では、次のように規定された。

第289条

和姦有夫之婦者処四等以下有期徒刑，或拘役。其相姦者亦同。

(有夫の婦と和姦をした者は4等以下の有期徒刑，或いは拘役に処する。その相姦者も亦同じ。)

第291条

有配偶而重為婚姻者処四等以下有期徒刑，或拘役。其知為配偶之人而与為婚姻者亦同。

(配偶者を有しながら重ねて婚姻をした者は4等以下の有期徒刑，或いは拘役に処する。その配偶者のいることを知り，婚姻した者も亦同じ。)

それまでの刑律草案と同様に姦通罪の処罰対象を有夫の婦のみに限っていたが、1914年に定められた暫行刑律補充条例では第6条第1項にて「和姦良家無夫婦女者処五等有期徒刑，或拘役。其相姦者亦同。」(良家の無夫の婦女と和姦をした者は5等の有期徒刑，或いは拘役に処する。その相姦者も亦同じ。)との規定が設けられることとなった。無夫の婦も対象となっていることについて、趙鳳喈は「中国以前和姦之罪，無問婦女有無丈夫，均可成立。及民国成立，頒布暫行新刑律（民国元年三月十日），其第二八九条規定（略）如此，則和姦無夫婦女者，不為罪矣，与近代多数国家之立法例頗適合。嗣於民国三年，頒布暫行新刑律補充条例（第六条），仍列入和姦無夫婦女之罪，又復昔日之刑罰觀矣<sup>(24)</sup>。」(中国の以前の和姦罪は婦女の夫の有無を問わず，均しく成立していた。民国が成立し暫行新刑律が頒布され（民国元年（1912年）3月10日），第289条に規定する。（略）ここでは無夫の婦女の和姦については罪とはしておらず，これは近代の多くの国々の立法例と適合するものである。民国3年（1914年）に頒布された暫行新刑律補充条例（第6条）にて，無夫の婦女の和姦が罪に含まれるようになり，以前の刑罰観に戻っている。）と指摘する。謝越石は，「律惟尊重夫權。以維持家道<sup>(25)</sup>。」(律は夫權を尊重し，以って家道を維持する。)

と述べた上で、「則直接妨害夫権。破壊家道。即間接違背善良風俗。紊乱公共秩序<sup>(26)</sup>。」（直接には夫権を妨害し、家道を破壊する。間接には善良の風俗に違背し、公共の秩序を紊乱する。）との理由に基づき、当該規定が設けられたことを説明する。

さらに、当該条例により妾に刑律の法的効力が及ぼされることとなった。まずは暫行新刑律が規定していた親属の範囲について見てみよう。

## 第 82 条

称尊親属者为左列各人。

（尊親属とは次の者をいう。）

一、祖父母，高曾同。

（1，祖父母，高祖父母。）

二、父母。

（2，父母。）

妻於夫之尊親属与夫同。

（夫の尊親属は妻においては夫と同じである。）

称親属者，為尊親属及左列各人。

（親属とは，尊親属及び次の者をいう。）

一、夫妻。

（1，夫妻。）

二、本宗服凶期服以下者。

（2，本宗の服親凶で期に服する以内の者。）

三、外親服凶小功以下者。

（3，外親の服親凶で小功以内の者。）

四、妻親服凶總麻以下者。

（4，妻の服親凶で總麻以内の者。）

五、妻為夫族服凶期服以下者。

(5、妻の夫の服親図で期に服する以内の者。)

六、出嫁女為本宗服凶大功以下者。

(6、嫁に出た娘の本宗の服親図で大功以内の者。)

本条の解釈について、当時の概説書によると「夫妻」で言うところの「妻」とは「妾」に及んではならず、「妻之与妾，名分各殊。不容通假<sup>(27)</sup>。」(妻と妾の名分は異なっており、仮借してはならない。)とし、妾は当該条項に含めることが出来ない旨が説かれている。こうした点から、刑律の文言上、妾は親属の範囲に含まれていなかったと考えられるが、暫行刑律補充条例では以下のように定められた。

#### 第12条

刑律第八十二条第二項及第三項第一款称妻者於妾準用之。第二百八十九条称有夫之婦者於有家長之妾準用之。

(刑律第82条第2項及び第3項第1款で妻と称する者はこれを妾にも準用する。第289条で有夫の婦と称する者はこれを家長の妾にも準用する。)

本条例第一条第二款称夫之尊親属者於妾之家長尊親属準用之。第五条称妻子孫之婦及同居卑幼之婦於己之妾子孫之妾及同居卑幼之妾準用之。第八条称卑幼者於卑幼之妾準用之。

(本条例第1条第2款の夫の尊親属と称する者は、これを妾の家長の尊親属にも準用する。第5条の妻や子孫の婦及び同居している卑幼の婦と称する者は、これを妾や子孫の妾及び同居している卑幼の妾にも準用する。第8条の卑幼者と称する者は、これを卑幼の妾にも準用する。)

当該条項により、妻の文言が妾にも準用され、妾は親属の一員として法的に

承認されることとなった。親属範囲に関する規定は、親属容隠や親属相盗で規定されていたところの親属の概念を示していたものとして注目されるが、具体的な裁判事例においても、「同一家長之妾，苟係同為家属，自应依抛刑律補充条例認為其有親属關係。」（同一家長の妾は、仮に同じ家属であるならば、刑律補充条例に依拠して、その親属の関係があると認められる。）（4年統字第353号 [1915年]）と判示されていることから、暫行刑律補充条例により親属に関連する法文の効果が妾にも及んだものと考えられる。謝越石は、刑律では婚姻の平等主義に基づき重婚が禁じられ、妾は正式に配偶者ではなく、妻に関する規定は妾に適用できないことになっているにもかかわらず、当該条文が盛り込まれたことで妾の法律上の地位が確定されたものとなったことを示す<sup>(28)</sup>。陳顧遠も当該規定により妾の存在を明文で承認したものであると指摘する<sup>(29)</sup>。

その後も刑法修正草案が編まれたが、1928年の中華民国刑法（以下、28年刑法と称す。）では、親属の範囲、重婚罪及び姦通罪について、下記のように規定された。

## 第11条

称親属者謂左列各親。

（親属とは次の者をいう。）

一、夫妻。

（1、夫妻。）

二、四親等内之宗親。

（2、四親等内の宗親。）

三、三親等内之外親。

（3、三親等内の外親。）

四、二親等内之妻親。

（4、二親等内の妻の親。）

第254条

有配偶而重為婚姻，或同時与二人以上結婚者，處五年以下有期徒刑。其知情相婚者，亦同。

(配偶者を有する者が重ねて婚姻をし、或いは同時に2人以上と結婚した者は5年以下の有期徒刑に處する。その情を知って相婚した者も亦同じ。)

第256条

有夫之婦与人通姦者，處二年以下有期徒刑。其相姦者，亦同。

(有夫の婦で人と姦通した者は、2年以下の有期徒刑に處する。その相姦者も亦同じ。)

まず親属の範囲であるが、法文には妾の文言が含まれておらず、さらに暫行刑律補充条例のように妻の規定を妾に準用するための条項が設けられていなかったことから、28年刑法において妾は親属に含まれるものとしては想定されていなかったと考えられる<sup>(30)</sup>。

姦通罪の処罰対象を「有夫之婦」に限っているが、このことについて郭衛は「惟刑法上對於有夫之婦獨無科罰之明文。殊失男女平等之旨。殆以處於今日家庭制度之下。尚係以夫為家庭之主。為保持家庭之秩序起見。不得限制妻之通姦行為。另一理由則為免除血統之混亂。亦不得取此種限制<sup>(31)</sup>。」(刑法上有夫の婦を罰する明文しか無いのは、男女平等の趣旨に失する。今日の家庭制度の下では、尚も夫は家庭の主で、家庭の秩序を維持する見地からは妻の姦通行為を制限せざるを得ない。他の理由としてあるのが血統の混亂をなくすためであり、この種の制限を取らざるを得ない。)との見解を示す。しかし、小野清一郎は「然るに今や日本及び中華民國の刑法は夫の婚姻上の権利を保護せんとする近世立法の個人主義的精神に触れて、しかも、恰も其の個人主義的精神の要求する男女の平等を完全に無視している。此はひとり個人主義的立場に於て婦女に対する不正義であるばかりでなく、社会の風教乃至文化そのものを重ん

ずる立場に於て決して満足すべき立法とはいへない。将来の立法に於ては夫の姦通も亦少くとも其の婚姻及び家庭生活の秩序を危くするが如き場合に於て可罰なるものと為すべきである<sup>(32)</sup>。」と、批判する。蔣鳳子も「在男女平等的法律上、「有夫之婦」下必須加以「有婦之夫」，否則失去平等之本意，故宜修正<sup>(33)</sup>。」（男女平等の法律においては、「有夫之婦」の下に必ず「有婦之夫」を加えなければならぬ。そうでなければ、平等の趣旨が失われるのであり、故に修正すべきである。）と述べ、条文の文言を修正すべき旨を説く。

1935年には新たな刑法（以下、35年刑法と称す。）が施行され、親属の範囲を定める条文は置かれなかったが、重婚罪及び姦通罪の規定は以下のように定められた。

#### 第 237 条

有配偶而重為婚姻，或同時与二人以上結婚者，處五年以下有期徒刑。其相婚者，亦同。

（配偶者を有する者が重ねて婚姻をし、或いは同時に2人以上と結婚した者は5年以下の有期徒刑に処する。その相婚者も亦同じ。）

#### 第 239 条

有配偶而与人通姦者，處一年以下有期徒刑。其相姦者，亦同。

（配偶者を有する者で人と姦通した者は、1年以下の有期徒刑に処する。その相姦者も亦同じ。）

重婚罪については、一夫一婦主義に違背するものとして草案の段階より一貫して処罰規定が設けられていた。但し、妾との関係では重婚罪が否定されることは、多くの法学者が指摘するところである。謝越石は「有配偶者。指已有成婚及現時存在之夫或妻而言。未婚夫婦，不包括之<sup>(34)</sup>。」（配偶者とは、既に成婚及び現時点での夫或いは妻を指す。未婚の夫婦はこれに含まれない。）と述べ、

郭衛も「重婚者。有配偶而重為婚姻也。所謂有配偶者。指已經與人成婚。其婚姻關係尚在存続中者而言<sup>(35)</sup>。」（重婚者は配偶者を有している者が重ねて婚姻をするものである。所謂配偶者を有していることは、既に人と成婚し、その婚姻關係が尚も存続している者のことを指す。）と見ている。

35年刑法より姦通罪の規定は夫婦平等に処罰されるように改められ、夫の納妾行為は刑事罰に問われ得るものとなったが、改正作業の過程では立法院において様々な観点から議論的となった<sup>(36)</sup>。1934年10月25日の審議では、刑法修正案第234条にて「有配偶而與人通姦者，處三年以下有期徒刑，其相姦者亦同。」（配偶者を有する者で人と姦通した者は、3年以下の有期徒刑に処する。その相姦者も亦同じ。）と規定されることとなった。本条文について、楊公達が「本条理論上不能成立，因離婚手續至繁，如與人通姦即犯罰，則中國二万万之男子或三万万犯罪，故主本條刪去。」（本条は理論上成立しない。離婚手続きが煩雑であり、仮に人との姦通行為を犯罪としたならば、中国の2或いは3万もの男子が罪を犯すことになる。故に本条の削除を主張する。）と指摘したのを皮切りに、黃右昌や孫維棟も現行の第256条の規定を維持し、修正案第234条の削除を求め、傅秉常は「各國犯淫多採英美辦法，認此為民事問題，夫婦發生不和，最多為離婚，毋庸想定離婚後仍加處罰。」（各國の犯淫では多くは英米法を採用し、民事の問題とする。夫婦の不和が生じると多くは離婚し、離婚後に処罰を加えることを想定するに及ばない。）と主張した。これに対し、劉克儁は「現行法對有婦之夫與人相姦，不加處罰，有背男女平等之旨，故主修正。」（現行法は有婦の夫が人と相姦した場合処罰を加えないが、男女平等の趣旨に違背する。故に修正を主張する。）と訴えた。主席の孫科より表決が求められ、委員69名の内40名が修正案の削除の賛成し、姦通罪の男女平等規定は削除されることに決せられた。31日には焦易堂による「恢復現行刑法第二五六條，但減其徒刑為一年，以代替被刪之修正案第二三四條文」（現行刑法第256条を戻す。但しその徒刑を減らし1年とし、以って修正案第234条を削除し代替させる。）との提議が二読

会を通過し、11月1日に三読会が開催されることとなった。会の冒頭で、秘書長の梁寒操より各婦女団体の刑法修正案第234条を再議すべきとする旨の請願が報告された後、再議の是非が問われ、劉克儁、陶玄、周一志は再議を主張したが、程中行、史尚寛、楊公達は既に審議が十分尽くされたことを理由に反対意見を表明した。主席が再議についての表決を採ったところ、賛成者は陶玄、蔡煊、鐘天心、周一志等12名の少数であったため否決された。この結果、三読会を経た後には第239条で「有夫之婦与人通姦者、処一年以下有期徒刑、其相姦者亦同。」（有夫の婦で人と姦通した者は、1年以下の有期徒刑に処する。その相姦者も亦同じ。）と規定されることとなった。

立法院の審議を経た後、多くの婦女団体は姦通罪が婦女のみの処罰規定となっていることを批難する声明を発表し、男女平等に処罰することを求める活動を行っている<sup>(37)</sup>。婦女文化促進会、婦女共鳴社等の団体は立法院院長に再度審議するよう訴えると共に、11月5日に黎劍虹、鄧季生、唐国楨等20名を委員とする、法律上の平等を求めるための同盟会を組織することを決議している。7日には同盟会の徐闔端、劉蘅諍等10数名が、立法院で通過した有夫の婦のみを処罰することを規定した刑法修正案を矯正するよう中央政治会議へ請願を行った。さらに、同盟会は新聞界を招き声明を発表、劉巨全主席、曹孟君、唐国楨、劉蘅諍、王俊英、李峙山、鄧李悝、黄人中等の人々が意見を報告し、世論に対し刑法修正案の公平な批評を求めた。他の婦女団体も相次いで活動を行っており、上海の婦女界では11日に会議を開催し、中華婦女社、婦女同盟会、婦女節制会、婦女協進会等の代表者、胡瑛、陳婉貞、呂蘊、卜振華、王立明、陳令儀、邱希聖、楊志豪、金光楣、王瑞竹、平寄塵、温恭嗣等20数名が参加し、各団体が請願のための人員を上京させることを討議した。婦女協進会、婦女同盟会、中華婦女社、婦女節制会、女青年会、女青年協会等の各婦女団体は11日から13日にかけて、人員を派遣し、中央政治会議や立法院等へ請願を行った。さらに14日には、楊志豪等の5名は北京の婦女代表の劉巨全、曹孟君、鄧季悝、

李峙山、唐国楨等の立会いの下で中央政治会議へ請願、交通部長の李家驊、監察院秘書長の王陸一、中委の謝作民、司法院長の居正、行政院秘書長の褚民誼、中委兼立法委員の焦易堂等、各人へ再議するよう直接働きかけた。結局、中央政治会議は14日に第433次会議を開催し、刑法第239条については男女平等原則に基づき立法院で再議することに決せられた。この決定により11月29日に開催された立法院の第84次例会にて再議されることとなり、その際には当該規定は不要であるとの意見や、民法で相手方に対して離婚を請求するようになっていることで足り、刑法で規定するに及ばないといった意見も出されたが、採決の結果により男女平等に姦通罪を適用し処罰する規定が置かれることとなった。この改正について、Robert C. W. Sheng は姦通罪を男女平等に問い得るものとなったことを特徴として挙げている<sup>(38)</sup>。その一方で、Francis S. Liu は男女平等の法へと転換したとしながら、各国の性に対する道徳観念は異なっていることを指摘、社会教育を通じての変化を行うべきことを主張する<sup>(39)</sup>。Meredith P. Gilpatrick は、妾はその法的立場を失った一方で、妾制を廃止するための強行法規が置かれなかった点を指摘している<sup>(40)</sup>。

35年刑法と同時に公布された中華民国刑法施行法の第9条では「刑法第二百三十九条之規定於刑法施行前非配偶而以永久共同生活為目的有同居之關係者不適用之。」(刑法第239条の規定は、刑法施行前に配偶者では無くして永久に共同生活を為す目的で同居している関係者にはこれを適用しない。)と定められ、刑法典施行前の男女関係には効力が及ぼされないこととなった。本規定も1935年3月15日の立法院の審議で議論の的となっている。劉克儁が「本条規定、在補救新刑法施行前已納妾者之辦法」(本条の規定は、新刑法施行前に既に納妾者であった者を救うものである。)と説き、黄石昌は「民法一一二三条、对妾之身份、已有規定、主刪去」(民法第1123条にて既に妾の身分の規定があり、削除すべきである。)と主張、陳長蘅は「規定此条太難看、我們並不承認納妾制度、民法条文既可救濟、加入此条、不啻畫蛇添足」(本条は非常に不格好な

規定である。我々は、納妾制度を承認しておらず、民法の条文で既に救済をしている。この条文を加えることは、あたかも蛇足をつけるようなものである。)と指摘する等、意見が相次いだ。が、条文の削除に賛成した者は僅か3名であったので、そのまま通過することとなった<sup>(41)</sup>。当該規定により、姦通罪で以って納妾者が一律に処罰されない現状について、Jean Escarraは民法典に規定されていない妾を刑法上承認するものであることを指摘している<sup>(42)</sup>。

35年刑法では時効期間についての修正も施されている。28年刑法の時効期間を定める条文によると姦通罪の時効は10年と定められていたが、35年刑法下においては3年となっている。姦通罪の処罰対象に夫が含まれるようになると同時に、刑期が短縮され、また姦通罪に関する時効期間も大幅に短縮されている点は、注目に値する修正と言えよう。

## 2. 判例の状況

次に、妾が登場する判例について、特に、夫が妾を有していた場合、民法上の観点からは夫の納妾行為が妻の離婚事由として認められ得たのか、刑法上の観点からは罪として見做され得たのか、という点に着目する<sup>(43)</sup>。

最初に、妾との関係は婚姻とは捉えられていなかったことは明白である。そもそも重婚罪の成立は、2年非字第58号[1913年]「未成立正式婚姻、即不能謂犯重婚罪。」(正式な婚姻が成立していないものは、即ち重婚罪を犯したと謂うことはできない。)や、2年統字第16号[1913年]「重婚罪之成立、必已举行相当婚娶礼式為要件。」(重婚罪の成立には、必ず相当の婚礼を挙げることを要件とする。)、5年非字第22号[1916年]「重婚罪之成立以有配偶、而重為婚姻者為要件。」(重婚罪の成立は配偶者を有し、重ねて婚姻した者を要件とする。)の案件で示されている通り、正式に婚礼を挙げることや、相当する儀式を執り行うことが要件として挙げられていた。3年上字第432号[1914年]「婚姻成立必

經習慣上一定之儀式。其經一定儀式而成婚者，乃新刑律重婚罪成立之要件。」(婚姻の成立には必ず習慣上の一定の儀式を経なければならない。その一定の儀式を経て成婚者となり，新刑律の重婚罪の成立要件となる。) という判例からも，重婚罪の成立要件として婚礼の儀式が求められていたことが分かる。妾を娶る際には妻と異なり婚礼を挙げてはならなかったので<sup>(44)</sup>，夫と妾との関係では重婚罪の要件を満たさないこととなる。裁判の場でもその立場が堅持されており，2年10月18日司法部批趙蓉呈[1913年]「查刑律重婚罪。指有妻更娶妻而言。妾非正式婚姻。与重婚罪並無關係。」(査するに刑律の重婚罪は，妻を有している者が更に妻を娶ることを指す。妾は正式な婚姻には無く，重婚罪とは関係が無い。)，6年非字第151号[1917年]「娶妾不得謂為婚姻，故有妻復納妾者不成重婚之罪。」(妾を娶ることは婚姻とは言えず，故に妻を有し妾を納めたものに重婚罪は成立しない。)として，娶妾行為は重婚罪と抵触しないことを明確にしている<sup>(45)</sup>。

では，家庭内の妾は法律上どのように認識されていたのだろうか。3年上字第1078号[1914年]では，「凡為人妾媵者与其家長雖無法律上婚姻關係，然苟事实上可認為家屬之一人者。」(凡そ妾とその家長は法律上婚姻関係に無いとは雖も，事实上家屬の一人として認めることができる。)として，妾を家屬の構成員と見做している。同様の判決例は他にも見られ，4年上字第1691号[1915年]「妾媵為家屬之一員。」(妾は家屬の一員である。)，4年上字第2052号[1915年]「為人妾者現行法例上既認家屬之一人，即其得有私產自田容疑。」(人の妾となる者は現行法例上既に家屬の一人と認められ，即ち私産を有することには疑いは無い。)，7年上字第922号[1918年]「妾為家屬之一員。應与其家屬同受相當之待遇。」(妾は家屬の一員なので，その家屬と同じく相当する待遇を受けなければならない。)，8年上字第724号[1919年]「妾僅為家屬之一員，不能為家之尊長。」(妾は家屬の一員に過ぎず，家の尊長となることはできない。)等がある。

妾との関係が成立するための要件については，5年上字第1534号[1916年]

では、「妾之身分。凡以永続同居為其家属一員之意思。与其家長發生夫婦類同之關係者。均可成立。法律上並未限制其須備何種方式。」(妾の身分は、凡そ永続してその家属の一員として同居する意思を為し、その家長と夫婦と同類の關係が発生する者に均しく成立する。法律上必ず形式を設ける制限は無い。)と見ている。また、7年上字第186号[1918年]でも、「妾与家长間名分之成立。必具備如何要件。在現行律並無規定明文。依拋条理正当解釋，須其家長有認該女為自己正妻以外之配偶，而列為家属之意思，而妾之方面，則須有入其家長之家為次於正妻地位之眷屬之合意。始得認該女為其家長法律上之妾。若僅男女有曖昧同居之關係，自難認其家長与妾之名分。」(妾と家長との間に名分が成立するためには、如何なる要件を具備しなければならないのか。現行の律では明文の規定は無い。条理の正当解釋に依り、その家長が当該女を自己の正妻以外の配偶者として家属とする意思を為し、妾の方にもその家長の家に入り、正妻の地位の下の眷屬になるとの合意があることで、初めて当該女はその家長の法律上の妾として認められ得る。もし、単に男女の曖昧な同居關係があるのみでは、家長と妾の名分を認め難い。)と、その判断基準を示す。

このように、娶妾行為は正式な婚姻關係を構築することとは見做されず、妾はあくまでも家属の一員に過ぎないものとされていた。8年上字第106号[1919年]「現行法令採用一夫一婦之制，如家長与妾之關係自不能与夫婦關係同論，蓋納妾之契約實為無名契約之一種，其目的專在發生妾之身分關係与正式之婚約其性質顯不相同。」と、現行法令は一夫一婦制を採用していること、そして納妾契約は無名契約の一種であり、妾の身分關係の發生と正式の婚約とはその性質が明らかに異なっていることから、妾との關係は夫婦關係とは異なるものとして捉えている。夫婦關係とは見做されない以上、5年上字第840号[1916年]の判決のように、「家長与妾之關係，与夫婦關係不同。此種關係雖亦發生於一種契約，而其性質及効力既与婚姻有別。則關於此種契約之解除，自不能適用離婚之規定。」(家長と妾の關係は夫婦關係と異なっている。この種の關係は一種

の契約が発生するとは雖も、その性質及び効力は婚姻とは別である。すなわち、この種の関係の解除には離婚の規定を適用させることができない。)、つまり妾との関係においては夫婦間の離婚規定を適用することはできないこととなる。9年統字第1298号[1920年]「家長与妾之関係、不適用夫婦離異之規定。」(家長と妾の関係には夫婦の離婚の規定を適用できない。)や、17年解字第176号[1928年]「妾与家长之関係、發生於一種契約、離婚規定、妾不適用。」(妾と家長の関係は一種の契約関係で発生し、離婚の規定は妾には適用できない。)でも、その姿勢が打ち出されている。

他に妾の存在を肯定する判決として、19年上字第2198号[1930年]では、「妾之制度、既沿於旧有習慣、在家長置妾之時、即認為家属之一員、願負扶養之義務、則嗣後苟非有相当之事由、而僅憑家長一方之意、請求脫離關係、自不応率予准許。」(妾の制度は既に古くからの習慣により、家長が妾を置く時には家属の一員と認められ、扶養の義務を願えば、その後相当の事由を有していなければ家長の一方的な意思によりこの関係の離脱を請求することは許されない。)がある。20年上字第688号[1931年]では、民法第1123条に基づき、「以永久共同生活為目的、而同居一家之人、均為家属。」(永久に共同生活をする目的で一家に同居する人は、均しく家属とする。)との判決が示され、21年院字第735号[1932年]でも「妾雖為現民法所不規定、惟妾与家长既以永久共同生活為目的同居一家、依民法第一千一百二十三条第三項之規定、應視為家属。」(妾は現在の民法では規定されていないと雖も、妾と家長が永久に共同生活を為す目的で家に同居する時は、民法第1123条第3項の規定に依り、家属と見做されなければならない。)とされた。

しかし、異なる見解が事案の中から次第に表れ始める。18年院字第7号[1929年]では、「妾之制度雖為習慣所有、但与男女平等原則不符。」(妾の制度は習慣であるものの、男女平等の原則とは符合しない。)と示されている。20年院字第647号[1931年]では、「民法一千零五十二条重婚者為請求離婚原因之一、

然娶妾者是否重婚」(民法第 1052 条で重婚者は離婚を請求する原因の一つとなるが、娶妾者は重婚となるか否か。)との意見が出された際には、(甲)「娶妾非婚姻、前大理院有判例自不能謂為重婚」(娶妾は婚姻ではなく、前大理院の判例では重婚としていない。)と、従来通り娶妾は重婚に該当しないと否定する見方もあったものの、(乙)「前大理院判例係因新刑律補充条例第十二条承認妾制、現該条例已經總理廢止、而新民法並不承認妾制、娶妾實違反一夫一婦制度之原則、其害甚於与人通姦、民法所以規定重婚為離婚原因之一原為確保夫妻關係、如娶妾不為重婚、則妻不得請求離婚、實於妻大有妨害、而妻与人通姦或重婚夫得請求離婚殊欠公平、似有違黨綱及約法所定男女平等之法文。」(前大理院判例では新刑律補充条例第 12 条により妾制が承認されていたが、現在当該条例は既に廢止されている。新民法では妾制は承認されておらず、娶妾は実は一夫一婦制度の原則に違反するものである。それは人と姦通する甚だしい害である。民法で重婚を離婚原因の一つとして規定するのは夫婦關係を確保するためである。もしも娶妾を重婚としないならば、即ち妻は離婚を請求できず、これは実に妻にとって大きな妨げとなる。妻が人と姦通或いは重婚をしたならば夫は離婚を請求し得るのでは殊に公平性に欠け、黨綱及び約法で定める男女平等の法文と違背する。)との見解も示された。

21 年院字第 770 号 [1932 年] では、より踏み込んだ判断が下されている。当該判決では、「民法親屬編無妾之規定、至民法親屬編施行後、自不得更以納妾為締結契約之目的、如有類此行為、即属与人通姦、其妻自得依民法第一千零五十二条第二款請求離婚。如妻不為離婚之請求、僅請別居、自可認為民法第一千零一条但書所称之正当理由。惟在民法親屬編施行前業經成立之納妾契約、或在該編施行後得妻之明認或默認而為納妾之行為、其妻即不得拋為離婚之請求。」(民法親屬編には妾の規定が無く、民法親屬編施行後は納妾を締結する契約をしてはならず、仮にこれに類する行為があれば即ち人と姦通することとなり、その妻は民法第 1052 条第 2 款により離婚を請求することができる。もし妻が離婚を

請求せず、僅かに別居を請うのであれば、民法第1001条但書で言うところの正当な理由となる<sup>(46)</sup>。但し、民法親属編施行前に既に成立した納妾契約、或いは当該編の施行後に妻の明認或いは黙認の得られた納妾行為については、妻は離婚を請求することはできない。)とし、夫が妾を娶ることを姦通行為と見做し、妻側からの離婚提起事由として認めた。22年再字第5号[1933年]もまた「民法親属編施行後、夫納妾而与之同居者、即属与人通姦。其妻自得依民法第一千零五十二条第二款請求離婚。」(民法親属編施行後、夫が妾を納め之と同居する者は、即ち人と姦通することとなる。その妻は民法第1052条第2款に依り離婚を請求し得る。)と、妾を娶ることを姦通と見做し、妻は夫の娶妾行為を理由に離婚を請求し得ることを認めた。

夫が妾を有する行為は妻側からの離婚事由と認められるようになったが、依然として妻側の制約はある。26年上字第794号[1937年]では、「夫之与妾通姦、実為納妾必然之結果。故妻對於夫之納娶已於事前同意者、依民法第一千零五十三条之規定、即不得以夫有与妾通姦之情事、請求離婚。」(夫と妾の姦通は、実に納妾の必然の結果である。故に妻が夫の納妾につき事前に同意した者は、民法第1053条の規定に依り、夫が妾と姦通している事情により離婚を請求することはできない。)との判断が下されている。その後、32年上字第5726号[1943年]では、「夫納妾後実行連続与妾通姦者妻之離婚請求権即陸續發生。民法第一千零五十三条所定六個月之期間、應自妻知悉該夫与妾最後之通姦情事時起算。同条末段所定之二年期間、亦應從最後之通姦情事發生時起算。」(夫が納妾後に妾との姦通を連続して行った際には、妻の離婚請求権は6か月続いて発生する。民法第1053条で定める6か月とは、妻が当該夫と妾との最後の姦通の事情を知った時より起算しなければならない。同条末段で定める2年間についても、最後の姦通の事情が発生したときより起算しなければならない。)との判断が下され、妾を有している夫に対する妻の離婚請求権についての起算期間の要件が従前よりも緩和されている。

但し、24年上字第1229号[1935年]の「刑法第二百五十四条所謂重婚及相婚、均指正式婚姻而言、如未正式結婚、縱令事実上有同居關係、仍難成立該罪。」(刑法第254条で言う所謂重婚及び相婚は、均しく正式な婚姻を指すのであって、もし正式に結婚していなければ例え事実上同居の關係があつたとしても当該罪が成立することは難しい。)という判断が下されていることから窺われるように、妾と關係を有している夫に対して妻側からの離婚請求は徐々に柔軟に認められるようになったものの、夫の納妾行為を刑罰で処罰する程のものとは基本的に想定されていなかったことが窺える。

### 3. メディアの論説

次に、近代期中国における妾についての社会的動向を当時のメディアの記録から探ってゆく。

#### (1) 妾の実態と改革意見

新聞記事では、北京で失踪した妾を尋ねる「尋妾広告」(『申報』1920.1.23)や、南京で夫が妾を納めるにあたり妻がそれを了承するための条件が提示されたとする「納妾也有条件」(『申報』1920.5.23)等が見られ、また大都市では3割から4割ほど婢妾がいたとする記事もあり(羅敦偉「婢妾的实际解放——家庭改革实际問題之一——」『家庭研究』1-2:1921年)、当時相当数の妾がいたことが示される。

妾に関する意見としては、蓄妾の廃止を説く見解が多く見られた。杜亜泉の「論蓄妾」(『東方雜誌』8-4:1911年)では、蓄妾により家庭内で弊害が生まれることを理由に挙げ、さらに一夫一婦制に基づく男女の分配が均しくなければ、必ずや社会の平和を破壊することにつながるため、蓄妾を取り除くべきことを訴える。甯誨「一夫一婦主義之提倡」(『進歩』11-1:1916年)でも、一

夫一婦制は家庭の円満につながることで、円満でない家庭では妻は妾がいることで恐怖を感じ、鬱積し神経病を患う弊害があることを指摘する。

こうした妾を一定の制限の下で承認すべきとの意見もあった。王超然「妾的問題」(『婦女雑誌』14-3:1928年)では、男女平等の原則の観点から納妾行為を否定しながらも、特殊な事例では制限を設けた上で納妾を認めるべきことを説く。具体的には、政府若しくは政府の経費による民間組織によって機関を設立、仮に納妾を希望する際には、当該機関に赴き署名捺印で以って同意していることを示し、対する機関はその特殊な関係の必要性和可能性を詳細に調査した上で、個々人は上下関係にはないことを定め、もし認可を経ずに自ら妾を納めた者については厳しく取り締まる、という手続きを提言する。

しかし、妾制の齎す害悪を強調した上でその廃止を訴えかける論稿が多く寄稿された。1922年には『廢妾号』が発刊され、妾の要因やその弊害、廢妾のための方法を検討する諸論稿が掲載されている。章錫琛の「廢妾論的淺薄」(『晨報六週紀念増刊』(1924年)では、蓄妾制度は家庭の平和を破壊するのみならず、女子の人格を蔑視し、男女平等という観点からも打破されなければならないことを述べる。麥惠庭の『中国家庭改造問題』(商務印書館、1934年)でも、納妾による弊害を女権の問題や夫妻と妾との関係、さらには經濟上の側面から説明する。新聞記事でも妾によって齎される害悪を報道している点が注目される。傲菊「納妾的習慣应当永遠革除」(『申報』1922.12.10・17)では、納妾は中国人の悪習慣であることを指摘した上で、納妾を改めるための直接的な手法として「法律上規定明文。」、例えば婦女を妾とする行為については相当の懲罰を与えるための法文上の明文規定を置くこと、及び「嚴禁妓寮。」として妾の發生要因となっているものを廢止とするために父母が女兒を妾とした場合については法律上の制裁を受けさせるように娼寮を禁止すること、間接的な方法には「發揚新教育。」として、男性には納妾が不正なことであり、女子には妾は恥であることを明確に認識させるように新しい教育を提唱すること、及び「提倡女子

職業。」として普通に女子が自活できるようにさせるように女子の職業を提唱すること、を列挙する。

廢妾を達成するための具体的な運動も積極的に行われていた。天笑「廢止婢妾大運動」(『星期』41:1922年)では、全国の女子団体が婢妾廢止の連合会を組織し、妾を廢止するための大綱が定められ、「今後中華民國的人民。永不得有妾之名称。」(今後中国の人民は、妾の名称を有してはならないこと。),「自民国某年始。無論何人。永不得娶妾。」(民国某年より、何人を問わず妾を娶ってはならないこと。)等の項目が決せられ、北京、天津、漢口、上海、香港の各都市に婢妾を廢止するためのデモ行進が広まりつつあることが記されている。また、黄琨珉「全国廢禁婢妾協會」(『星期』46:1922年)は、全国廢禁婢妾協會の中央本部に設置されていた「陳列所」・「教養院」・「女傭介紹所」の機關を説明し、その働きかけを伝えている。例えば「教養院」では、婢妾を救護し、女子に自立するための知識を身に付けさせる施設として、いくつかの科が設置され、工芸科では、刺繡、裁縫、造花、紡織等を、普通科では、家政学、家庭簿記、家庭医薬学、看護学、児童教育管理法等を、銀行簿記科では銀行学、簿記学等を、商業科では商業の知識や簿記、速記等を、美術科では絵画、彫刻、撮影等を学び、電報電話班は電報局や電話局に務めるための訓練を受けることとなっていた。新たに入学することが難しいような婢妾妓はまず3か月間予備班で学ぶことになり、宿舍、食堂、浴室、図書館、娛樂室、体育館、プール等の設備を用意していた。また協會の方針として、現在の婢妾を廢除し、再び蓄婢納妾が起きないように方策を講じること、そのために官庁と協力し、全国の蓄婢納妾の実数及び婢妾の姓氏・年齢・出生地・妾となった年月日等を調査の上、公表することを訴える。こうした妾の実態を調査しながら、妾廢止の手法が模索されていたことについては、他にも浙江省婦女協會が第三次全省代表大会開催に合わせて「凡納妾蓄婢者不得為本党予備黨員」の一案を提出し、予備黨員となることを希望する者に対しては厳密に家庭状況を調べ、納妾を有して

いる者は一律に拒絶することや、予備黨員となった者が後に納妾の事情があったことが発覚した時にはその黨員資格を取消すこと、等が提議されていることも示される（『納妾蓄婢者不得為予備黨員』『婦女共鳴』民国19 - 29：1930年）。

## (2) 妾の問題に関する法的考察

法律に基づき蓄妾の弊害を取り除く方法に言及する論稿は各メディアに寄せられている。例えば、符致遠「蓄妾問題」（『婦女周刊』民国14 - 19：1925年）では、「法律上須按女子的年齡，而規定一定的聘金：而對於娶妾的娶金，又須特別加重。」（法律上女子の年齢により一定の結納金の支払いを規定すること。：妾を娶る場合は結納金の金額を高くすること。）とし、具体的には18歳の女子を妻とする場合の結納金は200元、妾とする場合は200元以上とすることを提言する。符論稿に対して、林独清の「我読符致遠君の『蓄妾問題』後的意見」（『婦女周刊』民国14 - 20・21：1925年）は、結納金の価格設定ではなく、より実行力のある法改正を行うべきことを主張する。まず、憲法では「女子参政権須男子一律平等」として参政権を男女平等にすることで女子が発展する可能性を広げ、女子の職業範囲を拡大することや、「女子職業地位須加特別保障」として妊娠期間のように労働できない期間に特別な保障を与え、女子が自活できるようにすること、民法では「夫権之廢除」として民律草案で妻の行為や能力が制限されている規定を廢除し男女平等に改めること、及び「婚姻制度之改良」として結婚や離婚、繼承制度を改良し男女平等とすること、刑法では「和姦罪男女不平等之修改」として姦通罪の規定を修正すること、さらに「刑律補充條例第十二條之廢止」として妾の身分を保障している刑律補充條例第12條を削除して納妾者を重婚罪として処罰すること、「違警罰法第四十三條之修改」として娼妓から妾となる事例を避けるために、「暗娼」のみを罰している違警罰法第43條を「明娼」をも罰するように文言を修正することを指摘する。さらに、民法上の離婚事由規定及び刑法の姦通罪の改正を訴えており、具体的な案とし

ては離婚事由として「彼造与人通姦者」へと修正することで、妻にも均しく離婚の訴えを提起できるようにすること、姦通罪の規定に「有婦之夫」の文言を加えることで夫にも姦通罪の成立を認めること、を提起し、夫婦平等の法規とすべきことを説く。

その後も、妾を廃止するための改革として法文で廢妾を明文化させること、民法上の夫婦間の離婚事由や重婚と納妾との関係について、刑法上の側面からは納妾行為を重婚罪として問い得るものとするか、等多くの論説が各誌に掲載されている。

まず、妾制を直接的に廃止するための法規定を置くべきことを論述するものとしては、楊禧「読王世杰君中国妾制与法律書後」（『語絲』106：1926年）がある。楊は、「民国某年某月某日（譬如說民国十六年一月一日）以後所娶之妾，不適用暫行刑律補充条例第十二条之規定。」（民国某年某月某日（例えば民国16年（1927年）1月1日）以後に娶った妾は、暫行刑律補充条例第12条の規定を適用しない。）或いは、補充条例第12条第3項として「本条規定，於民国某年某月某日以後所娶之妾，不適用。」（本条の規定は民国某年某月某日以後に娶った妾には適用しない。）の条文を設けることを提議する。

社英「起草民法应注意之点」（『婦女共鳴』民国18-1：1929年）でも男子が妾を娶ることを明白に禁止する規定の必要性が指摘されていたが、より強制的に妾を廃止すべきことを提言していたのは金石音である。金は「二十年婦運之一大工作——廢妾」（『婦女共鳴』民国20-41：1931年）において、廢妾の単行法令を迅速に頒布し全国で断行すること、さらに民法や刑法を修正し、また納妾を嚴重に処分できるようにすることを示している。この内、単行法令については「論現行法上之妾制」（『婦女共鳴』5-2：1936年）にて、未だに妾を認容するようになっている現行法上の諸問題を挙げ、次のような廢妾法草案を起草し、明文で以って妾を廃止すべきことを訴える。

第1条

本法所称妾者，指違反一夫一妻制原則之類似婚姻關係之男女結合也。

(本法で妾とは、一夫一婦制の原則に違反し、之に類似する婚姻關係の男女の結合を指す。)

本法所称娶妾者，指男子於妻外復与其他女子為類似婚姻之結合也。

(本法で娶妾者とは、男子が妻の他に更にその他の女子と婚姻に類似する結合をすることを指す。)

第2条

凡廢妾後，有妾或娶妾之人，處三年以上七年以下有期徒刑。

(凡そ廢妾の後に、妾を有し、或いは妾を娶った者は、3年以上7年以下の有期徒刑に處する。)

本条之未遂罪，罰之。

(本条の未遂罪はこれを罰する。)

第3条

凡廢妾後与人為妾者，處五年以下有期徒刑。

(凡そ廢妾の後に人の妾となる者は、5年以下の有期徒刑に處する。)

第4条

凡逼令子女娶妾或与人為妾者，處二年以上五年以下有期徒刑。

(凡そ子女に妾を娶らせる、或いは妾となるよう強制した者は、2年以上5年以下の有期徒刑に處する。)

第5条

凡為妾之媒介或代付身價者，處六月以上三年以下有期徒刑。

(凡そ妾を媒介し、或いは代理で身体金を渡した者は、6か月以上3年以下の有期徒刑に處する。)

第6条

意圖破壞他人婚姻，而教唆或幫助男女与人為類似婚姻之結合者，處六月以

上五年以下有期徒刑。

(他人の婚姻を意図的に破壊し、教唆或いは幫助により男女と人とを婚姻に類似する結合をした者は、6か月以上5年以下の有期徒刑に処する。)

第7条

意図營利、為人作妾之媒介、或以房屋供人為娶妾之用者、処六月以上三年以下有期徒刑。

(營利を意図し、人の妾となるよう媒介し、或いは人に娶妾のための家屋を供した者は、6か月以上3年以下の有期徒刑に処する。)

以犯前項之罪為事業者、処三年以上七年以下有期徒刑。

(前項の罪を犯した事業者は、3年以上7年以下の有期徒刑に処する。)

第8条

因人娶妾或与人為妾而前往道賀或餽贈礼物者、処六月以下有期徒刑。

(妾を娶る、或いは人の妾となるにあたり赴いてお祝いを述べる、或いは贈り物をした者は、6か月以下の有期徒刑に処する。)

第9条

公務員犯第二条至第八条之罪者、加倍処刑。

(公務員で第2条乃至第8条の罪を犯した者は、刑罰を倍加える。)

第10条

公務員庇護他人犯第二条至第七条之罪者、処二年以上五年以下有期徒刑。

(公務員で第2条乃至第7条の罪を犯した者を庇った者は、2年以上5年以下の有期徒刑に処する。)

第11条

犯本法之罪者、得依刑法第三十六条及第三十条之規定、褫奪公權。

(本法の罪を犯した者は、刑法第36条及び第30条の規定に依り、公権が剥奪される。)

第12条

除本法之規定外，刑法及其他特別法之不相抵触者，仍適用之。

(本法の規定を除く外，刑法及びその他の特別法に抵触しないものは，これを適用する。)

### 第13条

本法自公佈之日施行。

(本法は公布の日より施行する。)

本草案の特徴として，妾を娶る者と人の妾となる者の刑罰を区分したこと，さらに妾を紹介する第三者をも処分できるようにしたことが挙げられている<sup>(47)</sup>。

次に，民法上の問題についてである。民律草案の段階で離婚事由が夫婦間で区別され，夫が妾を有することが可能となっていた点は批判されている。喬峯「中国的離婚法」(『婦女雜誌』8-4:1922年)は，夫婦の離婚事由の規定を見ると妻の責は重く夫の責は軽くなっており，男子は必ずしも貞潔を守る必要がないことになっており，法律上納妾が承認されていることにつながっている旨を示す。周大年「離婚的条件」(『婦女雜誌』14-11:1928年)も，姦通行為は愛情を破壊するものであり，夫が妻の姦通を理由に離婚できるのであれば，妻も亦当然に夫の姦通を理由に離婚できるようにすべきであると論じる。30年民法で夫婦の離婚事由が平等に定められたことについて，劉朗泉「婚姻法中婦女的地位」(『婦女雜誌』17-2:1931年)では，一夫一妻の婚姻原則に照らし，男子が正妻の外に妾を蓄えることは許されず，また蓄妾の制度は夫婦間の貞操と感情を破壊するだけでなく，婦女人格を蔑視し，婦女の地位を墮落させ，現代の潮流と合致しないものであることから，規定の平等性を評価する。彭素夫による「對於現行民法離婚制度之批評」(『社会科学月報』1-4:1937年)も，夫妻の一方が人と姦通行為を行った際には法院に対して離婚を請求できるようになったことで男女間が完全に平等となり，蓄妾制度の廃止につながることの

意見を紹介する。

法律上、夫と妾との関係は重婚を構成するものではなかったが、例えば張肇鐸「重婚与納妾」（『申報』1923.1.4）のように、夫と妾との関係は異性との結合である以上、実質的にはこれを重婚として見るべきと説くものがあった。社英「婚姻中之重婚与離婚問題」（『婦女共鳴』民国19-13：1930年）でも、妻を有している夫が更に妻を娶った場合は重婚となるが、仮に妾を娶った場合は重婚とはならず、こうした男子の片面的な利益を保障する法律は現代では受け入れられるものではなく、男女の地位は平等でなければならない旨を指摘する。また、周大年の「畸形婚姻下の妾制」（『婦女雜誌』16-3：1930年）も、大理院判例や最高法院の解釈において妾制の名残が示されていること、しかしながら立法上男女平等の原則が採られていることから妾制を廃止する必要があり、娶妾行為を重婚として論じることを説く。宗文「蓄妾の商権——一個值得討論的家庭問題——」（『申報』1932.11.10）においては、蓄妾を法律により是正するにあたり、「應該在法律上規定取消蓄妾制度的明文，凡此後男子一概不許娶妾，否則以重婚論。」（法律上、蓄妾制度を取り消す明文を規定し、今後の男子は全て娶妾を許さず、そうでなければ重婚を以て論ずべきである。）と主張する。陳蔭萱「男女平等与妾の問題」（『女子月刊』1-6：1933年）や、林宗芳「我国民法對於婚姻の規定」（『女子月刊』1-10：1933年）では、重婚と娶妾は実際には少しも異なる所が無く、女権を蹂躪するのみならず人道にも違背することを指摘する。

さらに、娶妾を刑法上の問題として処罰対象に含める意見も説かれている。例えば、遺生「我国法律上妾之身分」（『申報』1923.12.1）は、重婚罪の解釈では重婚者とは有妻者が再び妻を娶ることを指すので、妾を置くことは重婚とはならないが、重婚罪の規定は夫婦が貞操を維持するための規定であるものの、妾を置く行為は男子が貞操を破壊するものであり、重婚罪が空文となっている旨を批判する。こうした重婚罪の規定が機能していない点について、時鋒「重

婚罪法律果之探討」(『北平週報』84:1934年)では、重婚罪の構成要件では婚礼を行わず同居している男女は法律上正式な婚姻とは認められないために、納妾を奨励する結果となっていることを問題の一つとして挙げている。尤宗乾「論重婚罪」(『国立広西大学週刊』2-3:1940年)でも、例え同居している事実があっても配偶者としては認められないこと、また民法第1053条に基づき2年間で離婚請求権が消滅するために実際のところ重婚罪の増加につながっていることを示している。こうした問題に関しては、施毓真「修改刑法声中之一点貢獻」(『婦女共鳴』1-7=8:1932年)は、娶妾行為については明文で禁止する必要性を訴えた上で、刑法に娶妾者を重婚者と同等に論ずる規定を設ける、或いは別に専条を立てて処罰することは、女子の人格を高める上で必要となる旨を説いている。こうした納妾を刑法典での重婚罪と見做すことについては婦女団体でも求めており、女権運動同盟会が刑法に「納妾以重婚罪論」(納妾は重婚罪を以て論じる。)の条文を加える提議をしたことが記されている(蔣曉光「中国婦女運動之史的關係」(『婦女共鳴』民国19-30:1930年)、錢一葦「中国二十三年来婦女運動的檢討」(『女子月刊』2-8:1934年))。

姦通罪の修正意見についても指摘がなされており、榮羣「女界亟宜注意修正刑法問題」(『婦女共鳴』1-7=8:1932年)では、重婚罪の解釈によると娶妾は重婚には該当しないこと、姦通罪は「有婦之夫」には対象が及ばず、完全に片務的な規定となっていることを指摘する。廢妾法草案を掲げている金石音は姦通罪の条項の修正も訴えている(「對於修改刑法的管見」(『婦女共鳴』2-4:1933年))。金は有夫の婦の場合と同様に有婦の夫についても姦通行為を犯罪として成立させることが当然の論理であるとし、そのために「有婦之夫或有夫之婦、與人通姦者、處二年以下有期徒刑、其和姦者、亦同。」或いは「有配偶而與人通姦者、處二年以下有期徒刑、其和姦者亦同。」へと条文の文言を修正するよう示す。さらに、納妾に対する直接的な処罰規定を設けるために、新たに「有妻而納妾者、處二年以上五年以下有期徒刑。納妾至二人以上者、處三年

以上七年以下有期徒刑。」(妻を有し妾を納めた者は、2年以上5年以下の有期徒刑に処する。妾を2人以上納めた者は、3年以上7年以下の有期徒刑に処する。)との罪名を加えることを提議する。京市婦女界も納妾を刑法上の罪として条文に盛り込むことを検討していた様子が伝えられている(『京市婦女 請修改刑法』『申報』1933.8.15)。

各婦女団体は35年刑法の姦通罪の改正をめぐり、雑誌や新聞にもその主張を訴えかけている。その際、1924年1月に中国国民党第一次全国代表大会で宣言された対内政策第12項の「於法律上・経済上・教育上・社会上・確認男女平等之原則、助進女権之發展<sup>(48)</sup>。」(法律上・経済上・教育上・社会上男女平等の原則を確認し、女権の發展を進める。)に違背することを根拠に、例えば立法院委員の王孝英女士は、姦通罪の条文は民国初期の旧法規に依拠し社会に合致しないことを指摘、草案の審議中より男女平等に姦通罪を適用すべきことを強調していた(『法律平等之爭戰』(『女子月刊』2-12:1934年))。

その一方で、姦通罪を刑事上の問題とすべきでないことを説く論者もいた。例えば、「通姦罪処罰問題 王寵恵博士談片」(『婦女共鳴』3-11:1934年)や「夫或婦姦問題 王寵恵談科罪範圍 取法各国法律規定於民法内」(『申報』1934.11.12)の記事によると、法学者の王寵恵は姦通罪の規定が男女平等に違背することを指摘しつつも、「但此次京滬各地婦女団体要求對於有婦之夫与人通姦者亦科以同等之罪、在事实上、亦難以实行、蓋因此項法律实行之後、娶妾者固皆刑事犯也、我国娶妾者達百分之三十以上、是則以全国之監獄、盡禁此有婦之夫与人通姦罪者、尚嫌不足矣、本人以為有夫之婦或有婦之夫犯通姦者、可規定於民法範圍之内、不必視為刑事犯、」(但し、首都や各地の婦女団体が求めているように、有婦の夫と人との姦通も同等の罪を科すことは、事実上実行し難い。というのも、仮にその規定の法律が実行されたならば、娶妾者は刑事犯ということになる。我が国の娶妾者は3割以上に及び、全国の監獄は有婦の夫と人との姦通罪に違反した者だけで不足するくらいがある。有夫の婦或いは有

婦の夫が姦通を犯した場合には、民法の範囲内で規定すべきで、刑事犯とする必要は必ずしもない。)と述べ、姦通罪は男子に適用すべきでないことを表明する。兪承修は「和姦罪之立法問題」(『法令周刊』242:1935年)にて、夫婦の犯姦は婚約の解約や離婚の原因となり、その際相手方が賠償を受けることで民事上の制裁を受けることとなり、更に刑罰を加えるのは実益にならないこと、未だに納妾の風が衰えておらず、娼妓も禁止され絶やされていないため、もし男女同罪とすると事実上混乱をきたすこと、また姦通の結果については民法で既に規定されているために完全に放置されていないこと、等を理由として挙げ、慎重な意見を述べている。虹「新刑法第二三九条」(『津匯月刊』民国23-2:1934年)でも、男女平等の原則に照らすのであれば民法上の解決に止め、刑法上の罰則規定を設ける必要は無く、もし中国の風俗習慣に鑑みるならば夫の婦のみの処罰規定とすることが実現可能である旨を訴える。

こうした男子へ刑罰を適用させることについての慎重論は他にも見受けられる。悟「修正刑法与姦通罪」(『法律平等之争戦』(『女子月刊』2-12:1934年))は、男女平等を実現するためには姦通罪の処罰規定を廃止するか、若しくは男女同等に処罰する規定を設けることとなるが、いずれも難しいとする。前者の立場を採る場合は人との姦通行為を黙認し社会道徳の墮落を促進させることとなり、仮に後者の規定を置くと納妾を禁止することとなるが現実社会に則していない点を指摘する。夢蕉「對於新刑法二三九条修正之我見」(『法律平等之争戦』(『女子月刊』2-12:1934年))でも、立法院委員の見解としては男女双方を均しく罰せず刑事責任の問題とはせずに、僅かに民法中の規定に依拠し双方が離婚の訴えを提起できるようにするもので足りるとの見解と、配偶者を一律に処罰する見解があるが、前者の方が賛同を得やすいことを述べる。その理由として、監獄に入ると最早感情の回復は無いこと、そして夫に刑事責任を加重させるのは実質上必ずしも家庭の幸福を斡旋するものではなく、不測の事態に発展する可能性もあるため、単に民事上の違約の問題と認め、一方が離婚の訴

えを提起することを可能とするのが有益であることを挙げる。

立法院委員も男子にも姦通罪を適用することについては、積極的に評価している訳では無かったような記事が散見される。焦易堂は従前の姦通罪の規定でも相姦者も同様に処罰するよう規定していることから、既に男女平等となっている点を指摘しており（「焦易堂談 男女通奸刑律平等」（『申報』1934.11.18））、立法院委員の馬超俊も姦通は元来私人の道德問題であるとの立場を表明している（「馬超俊 談刑法通姦罪 中政会已決定原則交復議 通姦完全為私人道德問題」（『申報』1934.11.18））。多くの立法院委員が有夫の婦、或いは有婦の夫が姦通を犯した場合には均しく罪を科すべきではない、との見解を示していた旨が報道されていることから、男女を平等に処罰しない方向で議論がされていた様子が窺える（「<sup>(ママ)</sup>複議中 新刑法通姦罪 将来結果不出兩途」（『申報』1934.11.19））。

また、35年刑法が公布された後にも、現実に当該規定を実行することの難しさを説いているものがある。蔭萱「写在新刑法施行時」（『女子月刊』3-8：1935年）では、経済関係に鑑みると大多数の婦女は夫から離脱することができず、夫の犯罪行為を取って告発することは無いこと、女子が夫の犯罪行為を告訴すると自己の名誉に影響する可能性を考慮すること、さらに民法の規定により夫婦の一方が人と姦通した場合に他方は法院に対して離婚を請求できるものの、現在の習慣では妻が夫と人との姦通を理由に離婚を請求した上で他人と結婚することは大逆無道とされていること、等の諸点が指摘されている。

以上のように、中国のメディアの論説では妾を有することによる弊害が指摘され、納妾を改善するための提言、例えば妾を廃するための直接的な規定の設置や廃妾法案が編まれ、民事上及び刑事上の問題を改善するための方法が各誌で検討されている。しかしその一方で、法学者の意見としては妾を納めている夫に対し刑事罰を適用することについては消極的な意見が表明されていたことが分かる。

## 結

近代中国の妾をめぐる状況を今一度法規の面から整理すると、民法における重婚の禁止規定や刑法での重婚罪の規定が草案の段階より設けられていたことから、一夫一婦制を採用していることが確認できる。姦通を理由とする離婚事由は、当初の草案では夫婦間の差が設けられ、夫の納妾に対する妻の離婚請求権は認められてはいなかったが、徐々に夫婦間の差別が是正されてゆき、30年民法では離婚請求権は夫婦間で平等となっていた。また、35年刑法では夫にも姦通罪の処罰規定が適用されることに決したことで、法律上は夫の納妾行為が民事及び刑事双方の問題として扱われ得ることとなった。

判例でも妾をめぐる状況の変遷が示されている。民国初期の事例では妾との関係が認められるための判断基準を示し、妾の存在を肯定する。しかしながら、民法典が施行される時期と前後して妾を納めることは男女平等に違反する行為として見做されるようになり、妾との関係は姦通行為に該当するものとして、妻の離婚請求権が徐々に容認されてゆくようになった。

妾制に対する厳しい批判は当時のメディアの論稿でも見られるものである。廃妾のために法的手段のみならず、女性教育の普及による方法を取ることや妾を納めている者に対する党员資格の剥奪といった政治的制裁を加えることが検討されている。雪菲の「納妾制度之廢止」(『申報』1934.5.17)で、「「妾」事実上是等於一只猫一只狗。」(「妾」は事実上猫や犬と同等である。)と表現されていることから、妾に対する社会的地位の低さが廢妾論の影響の一つとして指摘できる。加えて、夫婦間及び男女間の平等が強く意識されていたことが挙げられる。この背景には、国民党の政綱において男女間の平等が明記されたことを受け、例えば1926年の中国国民党第二次全国代表大会での婦女運動の決議にて、法律面で実施することとして、「制定男女平等的法律」(男女平等の法律を

制定すること。),「根拠離婚結婚絶対自由原則,制定婚姻法。」(離婚結婚を完全に自由とする原則に基づき,婚姻法を制定すること。)が指摘されていることから<sup>(49)</sup>,男女平等の意識が高まったと同時に,妾を有することは女権の発展に反することが強調されるようになった点が挙げられよう<sup>(50)</sup>。こうした社会における納妾に対する議論と相俟って,法文や判例では妾を公には認めない姿勢が広まりつつあったと考えられる。

しかし,依然として妾を暗に承認するような規定が設けられていたことから見て,妾を完全に排除することは想定されていなかったような節がある。北洋政府の司法部が公布した納妾限制条例には,「原配至四十歳無出者,方准納妾。」(配偶者が40歳となっても子どもが生まれなかった場合は,妾を納めることができる。),「須経父母允許,元配同意。」(父母の許可と配偶者の同意を経なければならない。),「納妾須在警察所注册,貼印花四十元。」(妾を納める場合には警察署へ登録し,40元の印花税を払わなければならない。),「如違上項手續者,处二千元之罰金。」(以上の手続きに違背した者は,2千円の罰金に処せられる。),といった規定が盛り込まれていた<sup>(51)</sup>。当該条例は施行されることはなかったが,こうした動きからも妾を厳禁とするのではなく,専ら制限することが目的であったことが示される。

また,廢妾へ消極的であったという動向の根拠の一つとして指摘できるのが,30年民法第1123条で定められていた家属の範囲である。妾を納める行為は姦通行為と見做されるため,そのことを理由とする妻の離婚請求権は法文上でも判例の中でも認められることとなったが,依然として夫が妾を有し得る状況となることには変わりなかった。さらに,その離婚請求権の提訴期間は男女双方が相手方に対して姦通を事由とする離婚を請求できるよう規定が改められるのに伴い,その期間が短く設定され,依然として妻への制約は大きいままであった。また,妾との関係は法的には婚姻関係とは異なっていたので,重婚,即ち結婚を重ねている状態とは見做されず,判例でもその立場が示されていることが確

認される。対するメディア内に寄稿されている論説では、納妾と重婚との間には実質的には差は無く、妾との関係を重婚として捉えるべきことが説かれ<sup>(52)</sup>、さらには刑法上の重婚罪を構成するものとして見る意見も示されていた。夫の納妾に対する処罰条項を設けることも積極的に説かれており、姦通罪の規定をめぐる立法院の攻防がメディアを通じて明らかになるにつれ、特に婦女団体が夫への姦通罪の適用を認める主張を明らかにしている。

しかしながら、その一方で立法院委員を中心に姦通罪を刑事上の問題とせず、あくまで民事上の問題に止めるべきとの立場が示され、有夫の婦のみに刑罰を科すこと、或いは男女平等に刑罰を科さない方向での議論がなされ、男子への処罰適用には慎重な意見が説かれている。35年刑法では姦通罪を男女平等に規定することとなったが、刑法施行法で例外規定が用意され、刑法が施行される以前に既に妾との関係が成立していた場合は罪に問われることは無かった。また、28年刑法と35年刑法を比較すると、姦通罪の刑期及び時効期間が短縮されており、夫に対する刑事罰を可能な限り回避させようとする姿勢が垣間見える。こうした点から見ると、立法面では一夫一婦の原則を整えた法典が整備され、形式上は夫と妻との関係のみを認めているが、その一方で法文の解釈では夫が妻以外に妾を有することを許容する規定が盛り込まれ、消極的には妾制が維持されており、一種の一夫一婦容妾制の体裁が取られていたと言えよう。

小論では、あくまでも妾自身の法的問題を考察することを主眼としたため、妾の子どもについては検討の対象から外した。これは、妾が子ども儲けた場合に相続法との兼ね合いでやや複雑な問題が発生したと思われるため、一先ず妾の動向を考察するという趣旨によるものであったが、妾の子をめぐる問題点については今後の課題とする。また近代期の日本やタイにおける妾をめぐる問題や議論の動向、及びその比較検討については、それぞれ稿を改めて論じることとしたい。その際、小論では近代民法及び刑法における親属規定と清律におけ

る服制との比較について言及することが出来なかったが、妾に関連する親属の概念やその範囲についての問題は、特に日中比較という観点からは重要な意味合いを有するものでもあるので、こうした点については近代日本における妾の諸問題を論じると併せて、改めて検討を加えてゆくこととする。

- 1 古くには、趙鳳喈『中国婦女在法律上之地位』（商務印書館、1928年）があり、近年では、程郁『清至民国蓄妾習俗之變遷』（上海古籍出版社、2006年）、温文芳「晚清“妾”之地位及婚姻狀況——以〈申報〉1899 - 1909年“妾”之典型案例為中心」（『咸陽師範學院學報』22 - 3：2007年）、王紹璽『小妾史』（上海文芸出版社、2008年）、張仁善「尋求法律与社会平衡——論民国時期親屬法、繼承法对家族制度的变革」（『中国法学』2009年 - 3）等がある。日本語文献では、滋賀秀三『中国家族法の原理』（創文社、1967年）や、白水紀子『中国女性の20世紀 近現代家長制研究』（明石書店、2001年）が、英語文献では、Kathryn Bernhardt, “Women and the Law : Divorce in the Republican Period” in *Civil Law in Qing and Republican China*, (Kathryn Bernhardt & Philip C. C. Huang (ed.), Stanford University Press, 1994.) 等が挙げられる。
- 2 「親属」と「親族」とが同じ用語と見做されるのか否か、という問題があるが、ここではそこまでの分析にまで立ち入らず、当時の表記に従い「親属」の表記を用いる。
- 3 「側室」、「偏房」、「副室」、「如夫人」、「二相公娘」、「小家眷」等の別称が用いられていた。東川徳治撰『支那法制史研究』有斐閣、1924年、354頁。
- 4 『中華民國律草案理由訳文 第四編親属 第五編繼承』（南支那及南洋調査（第54輯）台湾總督官房調査課、1922年、44頁。
- 5 同上、71 - 72頁。
- 6 同上、72頁。
- 7 国民政府法制局擬「親属法草案之説明」『法律評論』264（6 - 4）、1928年、28頁。
- 8 同上、29頁。
- 9 同意見書は、『法学季刊』1 - 1：1930年、『法令週刊』6：1930年、『立法專刊』4：1931年、胡長清『中国民法親属論』（商務印書館、1936年）、Marc van der Valk, *An Outline of Modern Chinese Family Law*, (Herri Vetch-Peking, 1939.) 等の著作や雑誌の中に掲載されている。

- 10 曾友豪『婚姻法』（(王雲五主編『百科小叢書』内所収) 商務印書館, 1935年, 34頁及び40 - 41頁。
- 11 前掲(註9) 胡『中国民法親屬論』55頁。
- 12 同上, 195頁。
- 13 黄右昌『民法親屬積義』(現行法律積義叢書之一) 上海法学編訳社, 1933年, 125頁。
- 14 中川善之助『支那の婚姻法』(社会教育パンフレット第151輯) 社会教育協会, 1932年, 38頁。
- 15 角田幸吉「中華民國新婚姻法概説」『法曹会雑誌』12 - 1, 1934年, 78 - 79頁。  
同稿は, 角田幸吉『親族法論考』良書刊行会, 1937年に再録されている。
- 16 中島玉吉「支那の親屬法繼承法草案を読む」『法学論叢』21 - 4, 1929年, 510頁。  
同稿は中国語にも訳されており, 前掲(註9) 胡『中国民法親屬論』に所収されている他, 恵予訳「読中華民國法制局親屬法及繼承法草案」『法学季刊』1 - 1, 1930年, 105 - 113頁にも掲載されている。
- 17 Ching-Lin Hsia, James L. E. Chow, Liu Chieh, Yukon Chang (tra.), *The Civil Code of the Republic of China*, Kelly & Walsh, 1931, p.xxvii.
- 18 前掲(註9) Marc van der Valk, *An Outline of Modern Chinese Family Law*, p.114.
- 19 H. Y. C. Hu, "Marriage and Divorce in Chinese Civil Code with Reference to the Rules of Conflict of Laws" in *The Chinese Social and Political Science Review*, Vol. 22, No. 4, 1939, p.422.
- 20 Jean Escarra, *Chinese Law: Conception and Evolution, Legislative and Judicial Institutions, Science and Teaching*, Gertrude R. Browne (tra.), Henri Vetch Publications (Peking) and Library of the Sirey Collection (Paris), 1936, p.259.
- 21 前掲(註9) 胡『中国民法親屬論』55頁。
- 22 Werner Levi, "The Family in Modern Chinese Law" in *The Far Eastern Quarterly*, Vol. 4, No.3, 1945, pp.263-273.
- 23 『宣統二年第一次常年會資政院會議速記録 下編』出版社不明, 1910年, 89頁。
- 24 前掲(註1) 趙『中国婦女在法律上之地位』129 - 130頁。
- 25 謝越石『刑律通詮 分則』[修訂5版], 出版社不明, 1923年, 272頁。
- 26 同上, 273頁。
- 27 秦瑞玠編『新刑律積義』[第4版] 商務印書館, 1920年, 313頁。
- 28 謝越石『刑律通詮 附録』[修訂5版], 出版社不明, 1923年, 14 - 15頁。
- 29 陳顧遠著, 王雲五・傅緯平主編『中国婚姻史』(中国文化史叢書第1輯) [第3版] 商務印書館, 1937年, 69頁。

- 30 小野清一郎は、28年刑法での妾の位置付けがどのように解されているのか、は「差  
当り不明である。」と記している。小野清一郎『中華民国刑法 総則』中華民国法  
制研究会、1933年、55頁。
- 具体的な事例においても、19年上字第738号[1930年]では、「按妾不過為家屬之  
一員、不在刑法第十一条規定親屬之列、則其盜取某甲所有物、自不得以係某甲之妾、  
希圖倖免刑責。」(妾は家屬の一員に過ぎず、刑法第11条で規定するところの親屬で  
はないこと、よって某甲の所有する物を窃取した場合、某甲の妾は刑の責任を免れ  
ることはできない。)との判断が示されている。
- 31 郭衛『刑法学各論 下冊』(法学叢書之一)[修正第5版]上海法学編訳社、1932年、  
101 - 102頁。
- 32 小野清一郎『中華民国刑法 分則(下)』中華民国法制研究会、1935年、13 - 14頁。
- 33 蔣鳳子「修正中華民国刑法意見書——附草案——」『法律評論』264(6 - 4)、  
1928年、17頁。
- 34 前掲(註25)謝『刑律通詮 分則』281頁。
- 35 前掲(註31)郭『刑法学各論 下冊』111頁。
- 36 当時の状況については、周巍峙「首都婦女力爭法律平等運動」(『婦女共鳴』3 -  
11: 1934年)、「法律平等之爭戰」(『女子月刊』2 - 12: 1934年)等の論説で詳しく  
報じられている。
- 37 中央政府のみならず、省内でも婦女団体が積極的に活動を行っていたことが報じ  
られており、例えば浙江省で婦女会が納妾蓄婢者には選挙権と被選挙権を与えない  
よう呈した案件が伝えられている(周巍峙「納妾蓄婢者應剝奪選權」(『婦女共鳴』  
3 - 11: 1934年))。
- 38 Robert C. W. Sheng, "Revised Penal Code of China" in *The China Law Review*, Vol.  
7, No. 3-4, 1935, pp.137-143.
- 39 Francis S. Liu, "Adultery as Crime in China" in *The China Law Review*, Vol. 7, No.  
3-4, 1935, pp.144-147.
- 40 Meredith P. Gilpatrick, "The Status of Law and Lawmaking Procedure under the  
Kuomintang 1925-46" in *The Far Eastern Quarterly*, Vol. 10, No. 1, 1950, p.53.
- 41 「立法院通過 刑法施行法草案 对九条規定有所爭議」(『申報』1935.3.16)。周巍  
峙編「立法院通過刑法施行法草案」(『婦女共鳴』4 - 4: 1935年)。
- 42 前掲(註20) Jean Escarra, *Chinese Law: Conception and Evolution, Legislative and  
Judicial Institutions, Science and Teaching*, pp.316-317.
- 43 判例の調査にあたっては、黄荣昌編輯『司法法令判解分類彙要 第一冊・民例之部』

- (中華図書館、出版年不明)、周東白編『大理院判例解釈 新刑律匯覽』[増修再版](上海世界書局、1924年)、葛遵礼編『中華民国新刑律集解』[修正増訂第3版](会文堂書局、1928年)、楊鴻烈『中国法律發達史』(商務印書館、1930年)、朱鴻達主編『民国元年至十六年 現行法有効 大理院判決例全集』(世界書局、1933年)、郭衛、周定枚編輯『司法院法令解釋總集 第一集』(上海法學書局、1934年)、郭衛、周定枚編輯『中華民国六法理由判解彙編』(会文堂新記書局、1934年)を使用した。さらに、周家璧編、福本操訳『大理院關於民事習慣之判例及解釋集』(司法部総務司調査科、1935年)、『関東庁ノ法廷ニ現ハレタル支那ノ民事慣習』(司法部民事司、1936年)や、G. Jamieson, *Chinese Family and Commercial Law* (Kelly and Walsh Ltd., 1921.), V. A. Riasanovsky, *The Modern Civil Law of China Part 1.*, (Harbin, 1927.), M. H. van der Valk, *Interpretations of the Supreme Court at Peking: Years 1915 and 1916* (Sinological Institute Faculty of Arts University of Indonesia, Batavia: Indonesia, 1949.) 等も参照した。
- 44 前掲(註1) 滋賀『中国家族法の原理』554 - 555頁。前掲(註43) G. Jamieson, *Chinese Family and Commercial Law*, pp.45-46.
- 45 但し、20年院字第609号[1931年]の「娶妾若用正式結婚儀式。亦構成重婚。」(妾を娶るのにも正式な結婚の儀式をした場合は、重婚を構成する。)や、また21年院字第668号[1932年]での「已有配偶而又与人举行相当之結婚儀式。無論後娶者實際上是否為妾之待遇。均應成立重婚罪。」(既に配偶者を有している者が他者と結婚の儀式に相当するものを举行した場合、後に娶った者が実質的に妾の待遇にあるか否か、ということは何問わず、均しく重婚罪が成立する。)の判決のように、婚姻と同様な儀式により妾を娶った際には重婚罪に問われることが示唆されていた。
- 46 民法第1001条は、「夫婦互負同居之義務。但有不能同居之正当理由者、不在此限。」(夫婦は互いに同居の義務を負う。但し、同居できない正当な理由がある者は、この限りではない。)と規定されていた。
- 47 金石音の草案以前にも高維濬が廢妾法案草案を示している(高維濬「廢妾法案(附説明書)」『法律評論』7 - 52: 1930年)。当該草案は金の廢妾法案と似通っているが、両草案の関連性については現段階では不明である。
- 48 胡漢民編『總理全集 上』(民国叢書 第2編)上海書店、1990年(民智書局1930年版影印)、850頁。
- 49 著者不明『中国国民党重要政綱之研究』出版社・出版年不明、132 - 135頁。
- 50 当時の家庭内に妾がいることについての意識調査を見ると、陳鶴琴「学生婚姻問題之研究(続)」(『東方雜誌』18 - 5: 1921年)や潘光旦『中国之家庭問題』(新月

書店, 1928年)では、仮に妻が子どもを儲けなくとも妾を娶るべきではない、との意見が多く示されていた。

51 程郁『納妾 死而不僵の陋習』上海古籍出版社, 2007年, 116頁。

52 1950年の中華人民共和国婚姻法第2条では、「禁止重婚, 納妾。」(重婚, 納妾は禁止する。)と規定されたが, その際「重婚与納妾在事实上都是重婚。」(重婚と納妾は事実上何れも重婚である。)と記述されているものがあることから, 実質的な差はあまり認識されていなかった様子が窺える。王迺聰『婚姻法問題解答彙編』文化供应社, 1951年, 27頁。



# A Study on Legal Issues over Concubines in Modern China

by NISHIDA Masayuki

The monogamous system was specified in both Civil Code and Penal Code which were enacted in the 20<sup>th</sup> century in China. However, the word “concubine” was not used in them, and concubinage was never banned either. This fact has raised the arguments over concubines.

Some jurists and the noted-cases acknowledged concubinage. Moreover, they thought little of the penalization for a husband who had a sexual relationship with concubines. However, after the arguments about legal issues over concubines, some members of women’s organizations gave a statement that concubinage should be banned.

In conclusion, even after the monogamous system was specified in the Codes, the relationship between a husband and his concubines was not regarded as marriage, which resulted in the co-existence of monogamy with concubinage in modern China.