

# 近代日本における妾の法的諸問題をめぐる考察(一)

西田真之

## 序

小論は、近代日本における妾の法的諸問題の状況を、関連する民法及び刑法の法文やその解釈、概説書等での法学者の評価、判例の動向、そして当時の新聞・雑誌のメディアでの論説を題材として、考察するものである。

近代以前の日本では、夫が正式な妻以外に別の女性を妾として関係を持つことが禁じられていなかったが、近代法典の編纂と併せ一夫一婦制の原則が法律で明文化されたことで、夫が妻以外に妾を有する行為及び妾との関係は法的に保護されることは認められなくなった。しかし、法典が施行された後にも妾は社会一般に見られたのみならず、法文上も妾を暗に容認する規定が設けられ、裁判例でも妻側の妾を有する夫に対する離婚請求を徐々に認容することとなったが、基本的には夫の蓄妾行為は処罰されず、暗黙の了解の下で妾が許容される状態が依然として続いていた。

こうした近代期の妾をめぐる法的議論を考察する研究はこれまでも発表されているが<sup>①</sup>、その動向を見ると専ら民法の領域から検討がなされている。民法上の観点からは、夫が正式な配偶者として妻以外に妾を有した場合に、重婚の禁止規定と抵触するの否かという問題、及び妾がいることを理由として妻側の離婚請求権が認められていたの否かという夫婦間の離婚事由が問題となり得るため、民法上の問題から妾に関する議論を一夫一婦制が規定されるに至った過程と併せて見ることは重要である。但し、そのみならず、妾の法的

問題は刑法上の観点からも考察を要する。即ち、妾を有している夫に対し重婚罪や姦通罪が適用されたのかという問題や、刑法中の親属<sup>2)</sup>に関する規定の効力が妾にも及んでいたのかという視点である。日本の刑罰典では妾の文言は用いられなかったものの、その後も夫の蓄妾行為を容認し得る状態が継続し、法改正の際に姦通罪の問題に関連する議論が行われていることから見ても、刑罰典の編纂期のみならずその後の過程も注視する必要がある。また、民法典が完成するまでは刑罰典で親属の範囲を規定していたが、この中に妾が含まれるのか、或いは親属に関する規定が妾にも適用されていたのか、という問題が生じる。近代期の妾に関する問題については、民事法、刑事法双方の領域から複合的に検討しなければならない。

さらに、近代期の法学者らが記した著作や論稿では、夫の蓄妾行為を認め得る法文について言及がなされている。妾をめぐる法的議論の動向を探ることは当該研究テーマにおいては不可欠であろう。法学者の意見以外にも、19世紀後半から20世紀前半にかけて発行された新聞や雑誌のメディアの中では度々妾をめぐる問題が議論的となっていることから、妾の社会実態や世論の傾向を考察し、当時の妾に対する意識動向についても検討を加える必要がある。特に、新聞や雑誌といったメディアの発達に伴い、メディア媒体で議会での立法案やその審議が報道されるようになるのと相俟って、法学者は専門書や議会の場の他にも、新聞や雑誌に論説を寄稿し、講演会の場で演説をする等、大衆向けに法律問題を述べる機会が増えてゆくことになる。妾をめぐる問題についても、メディアで妾の害悪や廃妾論、その法的諸問題が新聞や雑誌で取り上げられ、盛んに議論されている。近代期におけるメディア媒体の論説と立法にはある程度の関連性があったと考えられ、妾に対する法的及び社会的動向という面でも、メディアが果たした役割は決して小さくはなかったと思われる。

妾をめぐる法的諸問題の対応は、近代期の日本のみが直面したわけではなく、同様の問題は広義の東アジアにおいて独立国としての立場を堅持しながら法の

継受を行った中国やタイでも見られた。東アジアの比較法史の観点から、独立国と列強諸国の植民地支配を受けた国や地域との区別で以って検討する研究はこれまでのところ専門的に進められているとは言い難いが<sup>(3)</sup>、東アジアにおける近代法の継受の流れを分析する際には、独立国と植民地国という区分で分析を進める意義はあると考えられる。

そこで、小論ではこのような課題を意識しつつ、近代日本における妾をめぐる法的諸問題に関連して民法や刑法の規定を複合的に見た上で、条文の変遷や当時の法学者の著作等から法的に妾をめぐる問題がどのように考えられたのか着目し、併せて当時発行されていた新聞や雑誌を活用し、メディアの中での妾の扱われ方やその論評の模様にも焦点をあてることとする。

尚、ここで意味する「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、やや広い概念で以って定義しておく。これは、妾の法的問題が様々な観点から議論されているにもかかわらず、メディアの論稿では「側室」・「権妻」・「副妻」・「囲者」・「手掛」等の単語が登場し、また裁判例での妾をめぐる事件でも妾の正確な位置付けが示されず<sup>(4)</sup>、「妾」について長らく定義されてこなかったことによるものである。また、妾の居住形態についても附言すると、男性が妻以外に妾を有する場合にその居住形態として取り得るのは、妻も妾も同一の家に住む同居型、そして妻と妾は別々の場所に居住するという別居型の形式である。裁判例やメディアに登場する妾の生活状況を見ると、日本では別居型が主流であったと思われるが、但し、場合によっては同居・別居の双方の形式が混在していたようであり、妾の居住形態により妾と見做すか否かという判断がなされていなかった模様であることから<sup>(5)</sup>、妾の生活実態は一先ず妾を定義するのには考慮の対象から外しておく。また、日本における近代とは明治維新の1868年より第二次世界大戦終結までの1945年と捉える。

表記方法は、原則として次のように統一する。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ものは○、空欄部分については□と表記する。

## 1. 法文の規定

### (1) 民法典一重婚の禁止規定・夫婦の離婚事由規定一

日本民法における妾をめぐる議論の端緒は、江藤新平が民法会議の場で廢妾を建議したことに求められる。江藤は、明治5年(1872年)11月に廢妾の姿勢を示す伺を提示する。

#### 一 夫婦ノ儀ニ付伺<sup>6)</sup>

一夫一婦ハ天理自然ノ道理ニ本ツキシ性法ノ大旨ニ候処。従来ノ習俗一家ノ内、更ラニ妾ヲ畜養シ、遂ニ正妻ト同シク二等親中ニ列スルニ至ル。是レ名ヲ子孫繁滋ノ為ニスルニ仮ルト雖モ、畢竟一夫一婦性法ノ理ニ相背キ候。此ニ因テ妬忌互ニ生シ家門和睦ノ道ヲ破ル而已ナラス、甚シキハ正妻ヲ陵侮シ、或ハ際離ヲ醸スニ至ルモ亦往々有之。其ノ性法ニ悖ルコト不少。且又封建ノ制ヲ被廢一般郡県ノ治ニ帰シ候上ハ、華士族ト雖モ一家血属男女ノ外ハ皆雇人ニ有之。然ルニ妾ノ名義ヲ存シ、猶等親中ニ列シ候儀ハ無謂事ニ候。旁以自今妾ノ名義ヲ廢シ、一家ハ一夫一婦ト被相定度仍テ御布告案添此段相伺候也。

民法典編纂の際にはフランス法の影響を強く受けていたが、離婚法規もフランス法を参照したことが窺える。箕作麟祥が口訳した『仏蘭西法律書民法』（明治4年（1871年））では、第229条で「夫ハ其婦ノ姦通ヲ以テ原由ト為シ離婚ヲ訴フルコトヲ得可シ」、第230条では「婦ハ其夫ノ実家ニ女ヲ畜<sup>(ママ)</sup>ヒ置キシ時其姦通ヲ以テ原由ト為シ離婚ヲ訴フルコトヲ得可シ」と規定されており、夫が妾を家に蓄えた場合に妻には離婚を提起することが認められたが、明治10年（1877年）9月に民法編纂委員の牟田口通照及び箕作麟祥が大木司法卿に宛てて送付した『明治十一年民法草案』<sup>(7)</sup>でもそれぞれ第203条及び第204条で同様の文言が盛り込まれた。熊野敏三らが記した『民法草案人事編理由書』（出版年不明）によると、一夫一婦制を規定する条文として重婚の禁止規定が置かれると同時に、夫婦間の離婚事由は以下の規定が想定されていた。

#### 第41条

配偶者アル者ハ重ネテ婚姻ヲ為スコトヲ得ス（伊第五十六条、仏第四十七条）

#### 第131条

離婚ヲ請求スルヲ得ヘキ原由左ノ如シ

- 一 姦通又ハ太甚シキ不行跡（仏第二百二十九条第二百三十条）
- 二 同居ニ堪ヘサルヘキ暴挙脅迫及ヒ重大ノ侮辱（伊第五百十条、仏第二百三十一条）
- 三 重罪ノ処刑宣告并ニ窃盜、詐欺取財、家資分散、私印私書偽造及ヒ猥褻ノ罪ニ付重禁錮一年以上ノ処刑宣告（仏第二百三十二条）
- 四 故意ノ棄絶（伊第五百十条）
- 五 失踪ノ宣告

第41条の規定の理由としては、上記理由書では「本条ハ重婚ヲ禁スルモノニシテ一夫一婦ノ制ニ帰着スルモノナリ。此規則ハ或ハ旧来ノ習慣ニ反スルヤ

知ルヘカラスト雖モ、刑法中重婚ヲ罰スレハ既ニ之ヲ一変シタルモノト云フヘシ。』<sup>(8)</sup>と記されている。

第131条では離婚事由が夫婦平等に定められており、姦通も例外とはなっていない。その理由について、同書では以下のように記述している。「夫婦ハ互ニ信実ヲ守ルノ義務アルモノニシテ、是レ其義務ノ最モ重キモノナリ。故ニ夫婦ノ一方之ニ背キタルトキハ、其所為ハ他ノ一方ノ為メ離婚ノ原由タルモノトス。此規則ハ我国ノ慣習ニ反スルモノナレハ、或ハ駁撃ヲ来タス可シ。仏国法ニモ夫婦ノ間一ノ区別ヲ為シテ、夫ノ姦通ハ姦婦ヲ其家ニ置キタル場合ニ非サレハ離婚ノ原由ト為サス。然レトモ是レ如何ナル理由アリヤ。或ハ曰フ。諸国ノ風俗ニ於テ、婦女ハ貞操ヲ徳トシ其謹慎ナルヲ尊ヒ、夫ハ否ラスト。然レトモ、諸国ノ風俗真ニ此ノ如シトナスモ、是レ離婚ノ原由ヲ異ニスルノ理由ト為スニ足ラス。婚姻ハ双務契約ノ如キモノニシテ、夫婦互ニ信実ヲ守ルノ約束ナレハ、夫ハ最早自由ナラス。其婦ニ約スル信実ハ自由ニ不実ヲ為スノ権能アリト為スカ。或ハ曰フ。婦ノ姦通ハ夫ノ姦通ヨリモ其結果重大ナリト。然レトモ是レ重刑ヲ科スルノ理由ト為スヘキモ、離婚ハ刑罰ニ非スシテ、違約ニ関スルナリ。夫婦ノ間ニ於テ姦通ノ結果ヲ見レハ、等シク婚姻義務ノ違背ニシテ、軽重ノ別アルヘカラス。』<sup>(9)</sup>と、夫婦平等主義に立脚した理由を説明する。この夫婦間での離婚事由の平等規定は、京都始審裁判所による『日本民法草案人事獲得編』（明治21年（1888年））にも見られる。

この時期における法学者の著作でも、姦通を事由とする離婚法規定を夫婦平等にすべきことを指摘するものがある。例えば、鈴木券太郎編述『日本婚姻法論略』（帝国印書会社、1886年）では、離婚法制を整える際にその離婚事由として、「第一、双方何レニテモ一方重婚ノ場合アル時。第二、妻他人ト姦通ノ確証アル時。第三、夫他婦ト姦通シ且ツ妻ニ苛酷ノ取扱ヲ為シタル時。第四、夫妾ヲ妻ト同屋ニ置ク時。第五、双方何レニテモ一方五年間逃亡シテ音信ナキ時。第六、双方何レニテモ重罪ノ刑（即チ施体加辱ノ刑）ニ処セラレタル時」<sup>(10)</sup>を掲げる。

鈴木の見解では、「男子独り姦通ノ欲ヲ逞ウスルヲ許シ、之レヲ女子ニノミ(ママ)仮サザル如キハ、最モ野蛮ノ遺習ニシテ到底文明国ノ立法原則ニアルベカラザル筈ナリ。」<sup>(11)</sup>というもので、夫の姦通を認めることは文明国として採るべき立法原則ではないとの立場を示す。さらに、夫が妾を有する行為についても妻側の離婚事由として認めるべきであるとして、「今日トテモ蓄妾ノ制ハ表面之レヲ認メザル事ナレバ、向後ハ之レヲ認メザルコト更ラニモ云ハズ。之レヲ妻同居セシメテ、以テ婚姻法ノ主眼ヲ過ラシムルハ、一国ノ綱紀上決シテ黙々ニ附スル能ハザルモノナリ。」<sup>(12)</sup>と述べる。

しかし、重婚の禁止規定がその後の草案でも同じ文言で規定されていたのに比して、離婚事由をめぐる規定は徐々に夫婦間で離婚事由の差別化という現象が見られてゆくようになる。明治23年（1890年）の旧民法典では、次のように規定していた。

### 第31条

配偶者アル者ハ重ネテ婚姻ヲ為スコトヲ得ス。

### 第81条

離婚ノ原因ハ左ノ原由アルニ非サレハ之ヲ請求スルコトヲ得ス。

第一 姦通但夫ノ姦通ハ刑ニ処セラレタル場合ニ限ル

第二 同居ニ堪ヘサル暴挙、脅迫及ヒ重大ノ侮辱

第三 重罪ニ因レル処刑

第四 窃盜、詐欺取財又ハ猥褻ノ罪ニ因レル重禁錮一年以上ノ処刑

第五 悪意ノ遺棄

第六 失踪ノ宣告

第七 婦又ハ入夫ヨリ其家ノ尊属親ニ対シ又ハ尊属親ヨリ婦又ハ入夫ニ対スル暴挙、脅迫及ヒ重大ノ侮辱

第81条第1号の規定に従うならば、例え夫が妾を有していたとしても只その事由のみでは妻側から離婚を請求することはできず、夫が刑に処せられた場合にのみ妻は離婚を申し立てることが可能となる<sup>(13)</sup>。

離婚事由のこうした夫婦間の区別について、当時の法学者はどのように意識していたのだろうか。磯部四郎『大日本新典 民法釈義 人事編之部』（長島書房、1891年）では、「姦通ハ人倫破壊ノ最モ甚シキモノニシテ、夫婦ハ互ヘニ信実ヲ守ルヘシト盟約シタル至重ナル義務ニ違背シタルモノト云ハサルヘカラス。故ニ夫婦ノ一方カ姦通ヲ為シタルトキハ他ノ一方カ離婚ヲ請求スルノ原因ト為ルヘキモノトス。元來婚姻ハ双務契約ノ如キ性質ヲ有スルモノナルヲ以テ、姦通ノ事実アルニ於テハ夫婦互ヘニ離婚ヲ請求シ得ヘキハ当然ナリト云フヘシ。何トナレハ夫婦ハ互ヘニ信実ヲ守ルノ義務アリトセハ、其義務ハ平等タルヘクシテ軽重ノ差アルヘキモノニアラサレハナリ。然レニ婦ハ独リ貞操ヲ守ルヘシ、夫ハ謹慎ナラサルモ可ナリトスルカ如キハ不条理モ亦極マルト云ハサルヘカラス。故ニ婦カ姦通シタルトキハ夫ハ当然離婚ノ請求ヲ為シ得ヘキハ勿論、之ニ反シテ夫カ姦通シタルトキハ亦離婚ノ自由ヲ得セシメサルヘカラス。是レ第一号ニ於テ姦通ハ夫婦互ヘニ離婚ヲ請求スルノ原因タルヘキモノトシ、其区別ヲ立テサル所以ナリ。然レドモ姦通ハ本夫ノ告訴ヲ待テ之ヲ論スヘキモノナルハ刑法ノ原則ナルヲ以テ、婦カ夫ノ姦通ヲ離婚ノ原因トスル場合ハ其夫カ告訴ヲ受ケテ姦通ノ刑ニ処セラレタル場合ニ限ルヘキモノトス。是レ他ナシ。仮令ヘ婦カ夫ノ或ル婦ト姦通シタル事実ヲ認メタリトスルモ、其本夫ノ告訴ヲ受ケサルトキハ法律ハ姦通ヲ認メサレハナリ。」<sup>(14)</sup>と述べている。ここでは、夫婦は互いに誠実義務を負っており、それに反する行為は離婚事由として認められるべきであるので姦通による離婚事由は原則夫婦平等であり、妻が姦通した場合には夫に離婚請求の事由があるのと同様に、夫が姦通した際には妻の方にも離婚を請求する事由があることで夫婦平等の規定を原則として設けた所以であるとしつつも、刑法上の原則との兼ね合いにより但書で区別されている旨を指



摘する。

夫婦が相互に誠実でなければならぬとしつつも、日本では未だに夫の姦通と妻の姦通の意識やその結果が異なっていることや、夫の蓄妾行為を容認する慣習を有していることを理由とし、夫と妻とで差が設けられた点を強調するものもある。手塚太郎『日本民法人事編訳義』（図書出版会社、1891年）では、「元来夫婦ハ婚姻ノ当時終身ヲ約シ、偕老同穴ヲ契ルモノニシテ、其間相互ニ信実ヲ守ルベキハ一大義務ナリ。（略）婚姻ハ一ノ双務契約ナレハ、契約ヲ以テ信実貞操ナルベシト約シタルニ、独り婦ノミニ責任ヲ負ハシメ、夫ニ其責ヲ軽カラシメタルハ、大ニ其権衡ヲ失フベシト。然レトモ立法者ノ斯克定メタル所以ハ、我国習慣ノ美風ヲ存シ、併セテ害悪ノ多少ヲ慮リタルモノニシテ、婦ノ姦通ハ其害悪ノ及フ所実ニ重大ナルベキモ、夫ノ姦通ハ直接ニ害アルコトナク、只信実ノ約束ヲ破リタルニ過キサレハ、他ノ有夫ノ婦ト通シ姦通罪ノ宣告ヲ受ケタルモノニ非レハ之ヲ以テ原由トスルヲ得サルナリ。（略）故ニ婦ノ姦通シタルトキハ、姦通ノ一事ヲ以テ直チニ離婚ノ原因トナルベシト雖モ、夫ノ姦通シタル場合ナレハ姦通ノ刑ニ処セラレタル上ニ非レハ離婚ヲ請求スルヲ得サルモノトス。之レ均シク婚姻義務ニ違反シタル結果ナレトモ上述ノ理由ニヨリ夫婦間同一ナラサルナリ。」<sup>(15)</sup>と、特に血統の面で著しく不都合が生じる結果を招くために、婦の姦通行為を厳しく取り締まっている慣習に鑑みているものと説明する。井上操『民法詳解 人事之部 上巻』（宝文館、1891年）でも、「婚姻義務ノ違背ハ彼此同一ニシテ、男女ノ故ヲ以テ其軽重ヲ生スルノ理ナケレハナリ。然レトモ今日我国ノ民俗蓄妾ノ事ヲ恠マス。貴顯紳士ニ至テハ数人ノ妾ヲ<sup>(ママ)</sup>畜フ者アルハ滔々タル世間ノ状態ナリ。故ニ若シ夫ノ<sup>(ママ)</sup>蓄妾ヲ以テ離婚ノ原因ト為ストキハ、世間ノ婚姻大抵離婚シ得可キニ至リ、夫婦ノ結合ヲ強固ニセント欲スル法律ノ旨趣ハ却テ瀕々離婚ヲ生スルカ如キ反対ノ結果ヲ生スルヤ照然ナリトス。是ニ於テカ立法者ハ已ムヲ得シテ本項ノ如キ偏頗ノ規定ヲ設ケタリ。若シ夫レ男女同権ノ説他日實際ニ行ハルルニ至ラハ其改正ヲ要スルコト勿論ナ

り。』<sup>(16)</sup>と述べる。ここでも、民間に蓄妾が蔓延している状態であることを理由として離婚事由に差が設けられていることが示されている。熊野敏三・岸本辰雄合著『民法正義 人事編 卷之壹』[第6版]（新法註釈会，1893年）も「我国従来ノ慣習ヲ考フルニ，一夫一婦ノ制未タ十分確定スルニ至ラスシテ，正妻ノ外妾ヲ畜フルコトヲ公認セリ。故ニ恰モ一夫数婦ノ制ヨリ一夫一婦ノ制ニ移ルノ時代ニ当レルカ如シ。今日ト雖モ法律上僅カニ妾ノ名義ヲ廢シタル迄ニシテ，其結果ノ事実上猶ホ隠然存スルモノナキニアラス。』<sup>(17)</sup>と，社会上妾の存在を指摘した上で，「而シテ姦通ニ関シテ夫婦ノ間ニ大ナル差異ヲ設ケタル理由如何ト云フニ（略）我国今日ノ風俗ニ於テハ已ニ一夫一婦ノ習慣ヲ養成シタリト雖モ，妾トシテ他ノ婦人ト通スル事実ハ猶ホ盛ニ行ハレ，世人モ亦タ深く之ヲ尤メサルモノノ如シ。故ニ若シ，是等蓄妾ノ事実ノミヲ以テ婦ヲシテ離婚ヲ請求セシムルコトヲ得セシメハ，反テ一家ノ安全ヲ害シ社会ノ秩序ヲ破ルニ至ラン。是等数個ノ理由ノ存スルヨリシテ立法者ハ不公平ノ嫌ヒアルモ，之ヲ顧ミスシテ，本号ノ如キ規定ヲ設クルニ至リシナリ。』<sup>(18)</sup>として，蓄妾を理由とする離婚請求は社会の秩序を乱すとの理由を挙げる。

奥田義人講述『民法人事編（完）』（東京法学院，1893年）では，「苟モ姦通ヲ以テ離婚ノ原因トナスハ，婚姻ヨリ生スル重大ノ義務ヲ破ルニ因ルモノナリト云ヘハ，夫婦ニ因リテ斯ル区別ヲ生ス可キ理由アルヘカラサルハ勿論ナリ。本法ノ草案ニ於テ，此ノ区別ヲ設ケサリシハ真ニ至当ト謂ハサル可カラス。然ルニ，本法ニハ特ニ一ノ但書ヲ設ケ，姦通ヲ離婚ノ原因ト為スニハ夫婦ノ間区別アルモノトナシタルハ，惟フニ主トシテ蓄妾ノ風俗尚ホ存在セルニ因ルモノト知ラサル可カラス。』<sup>(19)</sup>として，蓄妾の影響により草案の段階で夫婦平等であった規定が不平等となったことを見る。森順正述『民法人事編』（和仏法律学校，1896年）は，「夫婦ハ互ニ信実ヲ守ルノ義務アルモノニシテ，之レ婚姻義務ノ尤モ重キモノナリ。（略）本項但書ノ一句ヲ加ヘタル所以ハ我国旧慣風俗ニ於テ女子ノ徳ハ貞操ニ在ツテ，其尊フ所ハ勸慎ナルニ在リ。夫ニ対シ必ラス若カ

ク厳格ナラストセリ。之レ婚姻義務ノ違背ニシテ輕重ノ別存スル所以ナリ。」<sup>(20)</sup>と述べ、姦通についての誠実義務違反という点では夫婦は同等に離婚事由を有するとしつつも、未だに夫が妾を蓄える行為が世間一般に広く見られ、婦女の貞操は男子よりも厳格であることを理由として夫妻間に区別が設けられたことを指摘する。

こうした夫婦間での差を批難する見解もあり、例えば中村進午講義『親族法完』（東京専門学校蔵版、1899年）では、「姦通の点に付き差等ある理由は、全く男尊女卑の余習に基くものと断言せざるを得ず。然れども此差等は理論上不公平にして女権の発達と共に早晚消滅す可きものなり。」<sup>(21)</sup>と評している。

さらに、明治31年（1898年）に施行された明治民法典では以下のように離婚事由が定められ、夫婦間での差別がより顕著となった。

#### 第813条

夫婦ノ一方ハ左ノ場合ニ限り離婚ノ訴ヲ提起スルコトヲ得。

- 一 配偶者カ重婚ヲ為シタルトキ
- 二 妻カ姦通ヲ為シタルトキ
- 三 夫カ姦淫罪ニ因リテ刑ニ処セラレタルトキ
- 四 配偶者カ偽造、賄賂、猥褻、窃盜、強盜、詐欺取罪、受寄財物費消、贓物ニ関スル罪若クハ刑法第七十五条、第二百六十条ニ掲ケタル罪ニ因リテ輕罪以上ノ刑ニ処セラレ又ハ其他ノ罪ニ因リテ重禁錮三年以上ノ刑ニ処セラレタルトキ
- 五 配偶者ヨリ同居ニ堪ヘサルノ虐待又ハ重大ナル侮辱ヲ受ケタルトキ
- 六 配偶者ヨリ悪意ヲ以テ遺棄セラレタルトキ
- 七 配偶者ノ直系尊属ヨリ虐待又ハ重大ナル侮辱ヲ受ケタルトキ
- 八 配偶者カ自己ノ直系尊属ニ対シテ虐待ヲ為シ又ハ之ニ重大ナル侮辱ヲ加ヘタルトキ

九 配偶者ノ生死カ三年以上分明ナラサルトキ

十 婿養子縁組ノ場合ニ於テ離縁アリタルトキ又ハ養子カ家女ト婚姻ヲ為シタル場合ニ於テ離縁若クハ縁組ノ取消アリタルトキ

姦通を理由とする離婚事由が同条第2号と第3号とで別々に規定されることとなり、夫と妻とではその離婚の訴える事由が明確に異なっている。この差別化が図られたことにつき、富井政章は法典を編纂する過程で「既成法典ニハ広ク「姦通」ト書テアリマス。「但夫ノ姦通ハ刑ニ処セラレタル場合ニ限ル」斯ウアリマス。斯ウ云フ風ニスルノナラバ別ニ処刑ト云フ離婚ノ原因ヲ置ク以上ハ夫ノ姦通ハ其中ニ籠ルノガ当リ前デアリマス。処刑ガナクシテ唯ダ姦通ト云フ事実丈ケテ離婚ノ原因ニ為ルノハ唯ダ妻ノ姦通丈ケノコトデアリマス。夫レガ實質上悪ルイト云フコトデアレバ夫レハ変ヘネバナラス。ドウモ悪ルイトシテモ今日ノ日本ノ慣習上其点ヲ改メルコトハ余程困難デアラウト思ヒマス。妻ノ姦通丈ケニ限りマシタ。夫ノ姦通ハ刑ニ処セラレタル場合ニ限り此次ノ第三号ノ中ニ這入ル。」<sup>(22)</sup>と発言している。

こうした事由について、例えば奥田義人は『民法親族法論 全』（有斐閣、1898年）にて「夫婦ハ互ニ誠実ノ義務ヲ負フ。然レトモ此義務ノ程度ハ、男女自然ノ性情ニ因リ、又我国従来ノ慣習ニ於テ夫婦同一ナルコトヲ得ス。妻ノ姦通ハ畜ニ子孫ノ血統ヲ混乱スルノ虞アルノミナラス、我風俗人情ニ於テ之ヲ責ムルコト夫ノ姦通ニ於ケルヨリ嚴ニシテ、且ツ直接ニ夫ノ名誉ヲ毀損セシムルコト大ナリ。是ノ如キ風俗人情ハ、独リ我国ニノミ特有ナルニ非ラス。諸文明国ニ於テ亦皆多少此差異ヲ認メサルモノナシ。是レ蓋シ男女自然ノ性格ニ基クモノニシテ、妻ノ誠実ノ義務ヲ以テ法律上夫ノ同一ノ義務ヨリ一層嚴ナラシムルノ理由ハ茲ニ基ク。故ニ夫ノ姦通ハ其之ニ依リテ刑ニ処セラレタル場合ノ外ハ離婚ノ原因トナラサルニ反シ、妻ニ在リテハ其單純ノ姦通ニ因リ離婚ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ヘキモノトナセリ。」<sup>(23)</sup>と言及する。妻が姦通した場合に血統

を乱す虞を危惧して、夫と妻との間で離婚事由を区別したことを指摘するものは他にも見られる。掛下重次郎講述『親族法講義』（和仏法律学校、1900年）では、「夫婦ハ互ニ貞操ヲ守リ、誠実ナラサル可カラサルニ、妻カ他ノ男ト通スルハ婚姻ヨリ生スル重大ナル義務ニ背クモノナルカ故ニ、法律カ姦通ヲ以テ離婚ノ原因ト為シタルハ当然ナリ。姦通ハ配偶者ノ孰レカ為シタルトモ同シク婚姻ヨリ生スル義務ノ違背ナレハ、夫婦ノ間ニ差異ヲ設ケル理ナシト云フ者アランモ、吾邦従来ノ慣習トシテハ夫カ其妻ノ外ニ妾ヲ蓄フルコトヲ許セトモ、有夫ノ婦カ他ノ男ト通スルコトヲ許サザルヲ以テ、此点ニ付キテハ夫婦同一ナル能ハス。（略）且ツ妻ノ姦通ハ血統ノ混乱ヲ生スルノ虞アリテ、夫ノ姦通ヨリ其弊害重大ナルヲ以テ、姦通ハ夫ニ対シテハ夫カ他ノ有夫ノ婦ト通シ刑ニ処セラレタル場合（第三ノ原因）ノ外ハ離婚ノ原因タラサルモノト為シタリ。而シテ姦通ハ、妻ニ対シテハ妻カ之ニ因リテ刑ニ処セラレタルト否トヲ問ハス離婚ノ原因タルナリ。」<sup>(24)</sup>と指摘する。また、坂本三郎講述『親族法』（早稲田大学出版部、出版年不明）でも、「妻カ夫以外ノ男子ト通シタルトキハ之ヲ姦通ト云フ。姦通ヲ離婚ノ原因トシタルハ二個ノ理由ニ基ク。一ハ夫婦誠実ノ義務ニ背クコト、二ハ子孫ノ血統ヲ乱スコト是ナリ。（略）欧州諸国ノ法律ニ於テハ夫カ妻以外ノ女子ト通スルトキ尚之ヲ姦通トシテ離婚ノ原因トナセトモ、我邦ニ於テハ従来婦女子ハ男子ノ為メニ玩弄視セラレタルノミナラス、子ナキ妻ハ一方ニ於テハ離婚ヲ強要セラレ、他方ニ於テハ副妻ヲ置クノ口実トセラレタルヲ以テ、今俄カニ欧州ニ於ケル立法例ニ則トリ難ク、数次帝國議會ニ於テ或一部ノ代議士カ夫ノ姦通ヲモ刑罰及ヒ離婚ノ原因トナサントノ議案ヲ提出スレトモ、常ニ否決セララルハ蓋シ時勢ノ已ヲ得サルモノナリト謂ヘキナリ。」<sup>(25)</sup>として、離婚事由を夫婦平等のものとするには慎重な意見を表明する。他にも、男女間の生理的差異、特に妻の貞操義務違反は血統を乱す虞があることを要因として夫婦の間の差が設けられていることが複数の著作で挙げられている<sup>(26)</sup>。中には、夫婦平等の誠実義務違反を区別すべきではないが、現在の社会状態においては

夫婦を平等に扱い難く、即ち妻の姦通は血統の乱れにもつながる行為のため、こうした区別を設けざるを得ない点を強調するものもある<sup>(27)</sup>。

但し、多くの学者は姦通を理由とする夫婦間の離婚事由の規定を平等とすべきであることを主張した。『民法修正案参考書 親族編・相続編 附民法修正案正文並法例修正案不動産登記法案国籍法案各参考書正文』（八尾書店、1898年）では、「既成法典ニハ夫ノ姦通ヲ刑ニ処セラレタル場合ニ限り之ヲ離婚ノ原因トセリ。是レ頗ル理由ニ乏シキ所ナリ。若シ姦通ハ夫婦ノ義務ヲ破ルコト尤モ甚タシキヲ以テ之ヲ離婚ノ原因トスルカ、然ラハ敢テ刑ニ処セラルルト否トヲ問フノ要ナシ。」<sup>(28)</sup>と、指摘したのを始めとして、岡村司講述『民法親族編 完』（京都法政大学、1903年）でも「夫ハ自由ニ処女寡婦ト私通スルコトヲ得ヘク、夫婦共同ノ家屋ニ妾ヲ蓄フルコトモ亦固ヨリ為シ得ラルル所ナリ。（略）夫婦ノ間極メテ不公平ト為ス。此ノ不公平ハ我カ社会道德ノ尚ホ極メテ低下ナルコトヲ証明スルモノニシテ、今日ハ誠ニ已ムコトヲ得サランモ、早晚必ス消滅セサルヘカラサルナリ。」<sup>(29)</sup>と、夫婦間で離婚事由が区別された現状を批難する。岡村は「法律上一夫一妻ノ主義ヲ貫徹スヘキモノトセハ、夫婦ヲ待遇スルコトハ必ス平等ナラサルヘカラス。」<sup>(30)</sup>として、夫婦で平等の規定とするよう唱え、「例ヘハ夫カ妾ヲ夫婦共同ノ家屋ニ蓄フルカ如キハ、今日ノ我カ社会見解ニ於テハ未タ侮辱ト為サザレトモ、他日必ス之ヲ重大ナル侮辱トスルノ時アルヘシ。」<sup>(31)</sup>と、夫が妾を蓄える行為は将来的には第813条第5号に該当する行為に含めて解釈するよう意見を示している。梅謙次郎も『民法要義 卷之四』（和仏法律学校、1899年）において、「唯妻ニ限り此義務ヲ負ハシメ、夫ニハ同一ノ義務ヲ負ハシメサルハ頗ル不公平ト謂ハサルコトヲ得ス。（略）我邦ニ於テハ、従来法律上妻ノ外ニ妾ナルモノヲ認め、之ヲ以テ二等親ト為スニ至レルヲ以テ、今俄ニ欧米ノ進歩シタル主義ニ依リ難キモノアルヘシト雖モ、此不公平ハ遠カラサル将来ニ於テ必ス廃止セラルヘキヲ信ス。」<sup>(32)</sup>と、夫婦間で平等とすべきことを述べ、且つ夫の蓄妾行為を妻側からの侮辱とし第5号に抵触する行為と見

做す点についても、「例へハ現今ニ於テハ、夫カ妻ト同居スル場合ニ於テ、其家ニ妾ヲ蓄フルモ妻ハ本号ノ適用ニ依リテ離婚ノ訴ヲ提起スルコトヲ得サルコト多カルヘシト雖モ、社会ノ進歩スルニ従ヒテ必ス本号ノ適用アルモノトスルニ至ルヘシ。」<sup>(33)</sup>と、肯定的に捉えている。その後も、「道義上ヨリ觀察スレハ二者ノ過失ニ輕重アルコトナシ。夫婦ハ互ニ忠実ナラサル可ラスシテ此義務ハ彼此其程度ヲ異ニスヘキモノニアラス。(略)離婚ノ制度ハ配偶者ノ利益ニ基ク。而モ其利益ハ彼此平等ナリ。故ニ双方ニ同一ノ訴権ヲ与フルヲ以テ立法上正当トス。」<sup>(34)</sup>との意見や、「婚姻ノ本質ハ夫婦ノ共同生活ニアリ。夫婦ノ共同生活ヲ不可能ナラシムル事實ハ、其ノ夫側ニ存スルト妻側ニ存スルトヲ問ハス、離婚原因トシテ之ヲ認メサルヘカラサルハ理論上明白ナル所ナリ。若シ妻ノ姦通カ夫婦相愛相信ノ道ニ背キ共同生活ヲ破壊スルモノトスレハ、夫ノ姦通モ亦然ラサルヲ得ス。然ルニ其ノ一ヲ責メ他ヲ不問ニ付スルハ没理ノ甚シキモノト云フヘシ。」<sup>(35)</sup>として、夫婦間の平等化を説く論説が多く見られた。

こうした民法上での差を是正すべきことを積極的に説いた代表的論者に穂積重遠がいる。穂積は一貫して刑法上の改正は時期尚早であるとしながら、民法上の規定に関しては、夫婦の誠実義務違反という点では平等であるとして、離婚事由を夫婦間で平等にすべきであることを主張する<sup>(36)</sup>。その上で、民法第813条の第2号と第3号を対等なものとするべく修正を加えた私案を発表、離婚事由として「配偶者ガ姦通ヲ為シタルトキ」との文言に改めるべきことを提議する<sup>(37)</sup>。その後、大正14年(1925年)5月には臨時法制審議会の場で離婚の原因につき討議が行われた<sup>(38)</sup>。離婚原因の規定では、「(一)妻ニ不貞ノ行為アリタルトキ」,「(二)夫ガ著シク不行跡ナルトキ」,とされ、夫婦間での区別が設けられていたが、これに対し美濃部達吉が「此離婚ノ原因ノ、一ト二ト区別サレテ居リマスノヲ、二ヲ削ツテ一ニ「夫又ハ妻ニ不貞ノ行為アリタルトキ」ト致シタイト云フ修正デアリマス。詰リ妻ノ姦通ガ離婚ノ原因トナルト同様ニ、夫ノ姦通モ離婚ノ原因ニシタイト云フ希望デアリマス。(略)夫ハ不品行ノ行

為ガアツテモソレハ社会道德ニ反シナイ、法律ガ之ヲ放任スルヤウナコトガアツテハナラナイ、離婚原因トシテハ少クトモ之ヲ原因トシテ見ル、ト云フ希望デアリマス。」<sup>(39)</sup>との修正意見を提案した。穂積も従来夫の姦通と妻の姦通とで区別されてきたが、「ソレハ如何ニモ社会ノ道德ノ上カラ見テモ、其儘デハ宜クナイト云フコトノ、段々皆様ノ御意見ガ一致シマシテ、ソコデ「夫ガ著シク不行跡ナルトキ」ト云フ規定ガ茲ニ入ツタ。元ノ規定ニ依リマスルト、「夫ガ姦淫罪ニ因リテ刑ニ処セラレタルトキ」ト云フノヲ、拵ゲテ「夫ガ著シク不行跡ナルトキ」ト云フコトニナリマシタ。(略) 貞操観念、我国ニ於テ当然ノコトデアルトサレルコトハ固ヨリ守ル可キデアリマスガ、我国ノ男子ガ今日ノヤウニ貞操観念ノ欠如シテ居ルノハ、我国将来ノ為メニモ実ニ憂フ可キコトデ、之ヲ救フ一助ニモナル、斯ウ云フ間接ノ効果カラ言ツテモ、美濃部先生ノ御提案ニ依ルコトガ理想デアルト思ヒマス。」<sup>(40)</sup>との賛同の意を表明している。阪谷芳郎はこの発議に対し第2号の「著シク」の文言を削除すれば事足りるのではないかと提案し、美濃部もこれに応じたため、新たに「著シク」の文言を削除した修正案が示された。しかしながら、この修正案に関して松本丞治が妻の場合は血統の問題が生ずることからも、「著シク」ト云フ文字ハ、私ハ絶対ニ之ヲ存置スルコトガ必要デアラウ。世上ノ観念デ、少シバカリノ不行跡ト云フコトデハ、夫妻共ニ之ヲ原因トスルコトハ穩当デナイヤウニ考ヘル。」<sup>(41)</sup>と訴え、関直彦も「ドウモ淳風美俗ト行ヒタイガ、甚ダ不十分、真ニ悪習慣、ドウシテモ之ハ仕方ガナイ。遺憾ナガラサウハ參ラス。全ク根底カラ、教育ノ力ニ依リ、或ハ宗教ノ力ニ依リ、社会ノ道德ト云フモノヲ改善シ、社会ノ悪習慣ヲ全ク改善シタ後デナケレバ、到底現在ニ於キマシテ、言フベクシテ行フコトガ出来ヌモノデアル。(略) 若シ此「著シク」ト云フ字ヲ取ツテシマツテ、不行跡ノ事実サヘアレバ直グ離婚ノ訴ヲ起スコトガ出来ル、ト云フヤウナコトニ成行キマスルト、今日ノ社会組織ト云フモノヲ破壊スル程ノ原因ニナリハシナイカ。之ハ甚ダ悲シム可キコトデアリマスルケレドモ、法律ハ何レモ其当時ノ習



慣風俗、或ハ教育ノ程度ニ応ジテ行ハレ易キモノデナケレバナラヌ。」<sup>(42)</sup>と述べる等の異論も出され、修正案の提議に賛同した者が5名のみであったため、反対多数により離婚原因における夫婦平等の是正ということにはならなかった。

昭和2年（1927年）12月に臨時法制審議会が議決答申した民法改正要綱では、離婚の原因を下記のように定めることが提議されたが、夫婦間の差別の是正には至らなかった。

#### 第十六 離婚ノ原因及ビ子ノ監護

一、離婚ノ原因ハ大体ニ於テ左ノ如ク定ムルコト。

（一）妻ニ不貞ノ行為アリタルトキ。

（二）夫ガ著シク不行跡ナルトキ。

（三）配偶者ヨリ甚シク不当ノ待遇ヲ受ケタルトキ。

（四）配偶者ガ自己ノ直系尊属ニ対シテ甚シク不当ノ待遇ヲ為シ、又ハ配偶者ノ直系尊属ヨリ甚シク不当ノ待遇ヲ受ケタルトキ。

（五）配偶者ノ生死ガ三年以上分明ナラザルトキ。

（六）其他婚姻関係ヲ継続シ難キ重大ナル事情存スルトキ。

二、前項第一号乃至第五号ノ場合ト雖モ、総テノ関係ヲ綜合シテ婚姻関係ノ継続ヲ相当ト認ムルトキハ、離婚ヲ為サシメザルコトヲ得ルモノトスルコト。

三、子ノ監護ニ付テハ「第十四ノ二」ニ準ズルコト。

第1号と第2号での夫婦間の差別が残された点については、「改正要綱は現行法より一步を進めながらやはり差別観に立脚した。（略）現行法より一步進めて居るには相違ないが、「著シキ不行跡」と云ふ程度ならば現在でも判例上「悪意ノ遺棄」とか「重大ナル侮辱」とか云ふ原因中に含ませられて居るのであるから、事実上現在よりも改良されたことにならず、又反対に「著シカラザル不行跡」ならば天下御免と云ふ感じも起り得て、どうも充分理想的でないと思

ふ。』<sup>(43)</sup>や、「現行法が夫の姦通を何等問題にしなかつたに比すれば一進歩であるが、故意に言葉を使ひわけ、依然として妻との間に差別を設けている。夫の著しからざる不行跡は離婚原因とならぬかといふ非難も起るのであつて、未だ保守主義を脱していない提案である。』<sup>(44)</sup>と、これを批判する声も上がっている<sup>(45)</sup>。

このように、夫婦の離婚事由を中心とした民法典の規定の変遷やその解釈をめぐる法学者の意見について概観してきたが、重婚の禁止規定が草案の段階より常に置かれていたのに比して、夫婦の離婚事由をめぐる規定に関しては法文の変化が見られる。当初の民法草案では、夫婦の姦通を理由とする離婚事由が平等に規定されていたにもかかわらず、旧民法から明治民法へと編纂される過程で夫婦間の差が設けられることとなった。これは主に妻の姦通は夫の名誉に関係し、さらに血統を乱す虞が大きいという理由に基づくものであった。こうした夫と妻との役割の差に鑑みてその規定を支持する見解もあったが、多くは民法上の夫婦間の差を是正すべきことを説いていた。夫婦間の差別を平等化させるための機運は高まり、改正要綱でも議題に上ったものの、夫婦間の差は維持されたままであった。

## （2）刑法典—親属・姦通罪・重婚罪—

続いて、刑法典における妾に関する規定、特に姦通罪・重婚罪での扱われ方、及び法学者の意識の変遷という観点から着目する<sup>(46)</sup>。また、刑法典の親属例に妾の文言を規定するか否かが刑法典編纂の際に元老院の場で議論されているので、その過程も併せて整理しておく。

明治3年（1870年）に定められた新律綱領の五等親図において、妾は妻と共に二等親に位置付けられた。同時に新律綱領では犯姦律が設けられ、「凡和姦ハ。各杖七十。夫アル者ハ。各徒三年。若シ媒合。及ヒ容止シテ。通姦セシムル者

## 近代日本における妾の法的諸問題をめぐる考察（一）

ハ。犯人ノ罪ニ。一等ヲ減ス。強姦スル者ハ。流三等。未タ成ラサル者ハ。一等ヲ減ス。因テ折傷スル者ハ。絞。婦女ハ坐セス。十二歳以下ノ幼女ヲ姦スル者ハ。和ト雖モ。強ト同ク論ス。」と規定が置かれた。明治6年（1873年）の改定律例でも同様に犯姦が規定され、第260条で「凡和姦夫アル者ハ各懲役一年、妾ハ一等ヲ減ス。若シ媒合及ヒ容止シテ通姦セシムル者ハ、犯人ノ罪ニ三等ヲ減ス。強姦スル者ハ懲役十年、未タ成ラサル者ハ一等ヲ減ス。因テ折傷スル者ハ懲役終身、婦女ハ坐セス。十二歳以下ノ幼女ヲ姦スル者ハ、和ト雖モ強ト同ク論ス。」と定められた。

明治10年（1877年）に刑法編纂委員司法大書記官の鶴田皓より大木喬任司法卿に提出された刑法草案では以下のように規定された。

### 第187条

前二条ノ罪ヲ犯シタル者、若シ左ニ記載シタル本犯ノ親屬ニ係ル時ハ其罪ヲ論セス。

- 一 本犯ノ配偶者
- 二 本犯及ヒ配偶者ノ祖父母父母
- 三 本犯ノ子孫及ヒ其配偶者
- 四 本犯ノ兄弟姉妹伯叔父姑舅姨姪甥及ヒ其配偶者
- 五 配偶者ノ兄弟姉妹伯叔父姑舅姨姪甥
- 六 妻ノ前夫ノ子

### 第393条

有夫ノ婦姦通シタル者ハ三月以上二年以下ノ重禁錮、十円以上四十円以下ノ罰金ニ処ス。其相姦スル者亦同シ。

有夫姦ハ本夫ノ告訴ヲ待テ其罪ヲ論ス。若シ本夫先キニ其姦ヲ縦容シタル時ハ告訴ノ効ナキ者トス。

### 第394条

配偶者アル者重ネテ婚姻ヲ為シタル時ハ、六月以上三年以下ノ重禁錮十円以上五十円以下ノ罰金ニ処ス。

まず親属であるが、本草案では妾の文言が明記されていないため、妾は親属の範囲には含まれないこととなる。また姦通罪に目を向けると、新律綱領や改定律例と同様にその処罰対象を「有夫ノ婦」のみを想定していたことが示され<sup>(47)</sup>、そして重婚罪の処罰規定が置かれていたことより刑法上でも一夫一婦制に則っていたことが分かる。

しかし、新律綱領で妾を妻と同じ二等親と扱っていたにもかかわらず、刑法草案ではその文言や解釈について何も示されなかったために、妾の文言廃止をめぐる議論がなされることとなった。明治12年（1879年）3月25日の法制局議案にて、妾の文言廃止の主要な3点の理由が掲げられている。まず、「男子妻妾ヲ並迎スルハ本邦ノ習俗ニシテ従来法律ニ公認ス」るものであったが、この状態は「正妻ノ権利ヲ妨害シ、これは「天理ニ違ヒ人情ニ反スル」ものであること、外国の法律でも「一夫兩婦ヲ有スルヲ認ルモノナ」く、条約改正を行う上で「締盟各国ノ律ニ公認セサルモノヲ我法律ニノミ公認イタシ候テハ恐クハ外国人ノ信服上ニモ關係可致」こと、さらに「妻ト妾トハ其名ヲ異ニスルモ其實夫ニ対スルノ義務職掌ニ於テハ同一ノモノニ付、若シ妾ヲ公認スルトキハ二重婚ヲ禁スルノ精神ニ矛盾スヘシ。」として、刑法上の重婚を禁止する条文と抵触し、さらに民法上難題が出てくる虞を指摘する<sup>(48)</sup>。これに対して同月には「妾名廃存ノ儀ニ付大書記官尾崎三郎外三名建議」が示され、古来からある妾制度を廃止することは「世態人情ニ適セサルヘシ」として反対意見が述べられている。まず、「欧米ノ法律ハ果シテ皆天理人情ニ適ストスルカ」、妾は我が国の基準で以って判断すべきであり、欧米の尺度をそのまま当てはめるべきでないこと、欧米諸国の制度とは異なり「正妻ノ出ニアラストイヘトモ皆之ヲ子孫兄弟伯叔トシ、子孫モ亦其父祖ノ姓ヲ冒シ其家督ヲ繼承スルヲ得」るもの

で、そのため長らく妾を公認してきたのであり、「此制度風俗タルヤ国初以来数千年上下一定ノ通則ニシテ動カスヘカラス」こと、さらに重婚に関する規定について、「夫レ妻ハ自ラ妻妾ハ自ラ妾ナリ。名分判然元ト混淆ヲ容レス。二重婚ト異ナ」るものであり、重婚に違背するわけではないことを挙げ、欧米と日本とでは制度風習が異なることを強く主張する一方で、「但シ妾ヲ二等親ニ置ク穩当ナラサルニ似タリ。改正修正ヲ加ルモ亦可ナリ。」と、柔軟に対応する意見も表明している<sup>(49)</sup>。

続いて、刑法草案審査総裁柳原前光より太政大臣三条実美に明治12年（1879年）に提出された刑法修正案では、以下のように規定された。

#### 第114条

此刑法ニ於テ親屬ト称スルハ左ニ記載シタル者ヲ云フ。

- 一 祖父母父母夫妻
- 二 子孫及ヒ其配偶者
- 三 兄弟姉妹及ヒ其配偶者
- 四 兄弟姉妹ノ子及ヒ其配偶者
- 五 父母ノ兄弟姉妹及ヒ其配偶者
- 六 父母ノ兄弟姉妹ノ子
- 七 配偶者ノ祖父母父母
- 八 配偶者ノ兄弟姉妹及ヒ其配偶者
- 九 配偶者ノ兄弟姉妹ノ子
- 十 配偶者ノ父母ノ兄弟姉妹

#### 第353条

有夫ノ婦姦通シタル者ハ六月以上二年以下ノ重禁錮ニ処ス。其相姦スル者亦同シ。此条ノ罪ハ本夫ノ告訴ヲ待テ其罪ヲ論ス。但本夫先ニ姦通ヲ縦容シタル者ハ告訴ノ効ナシ。

第 354 条

配偶者アル者重ネテ婚姻ヲ為シタル時ハ六月以上二年以下ノ重禁錮ニ処シ、五円以上五十円以下ノ罰金ヲ附加ス。

本修正案においては親属の範囲をより明確にしたが、依然として妾は親属には含まれていない。そこで、これらの規定に妾の文言を附加すべきか否かという問題が元老院の刑法草案審査の場で審議されることとなった。明治 13 年（1880 年）4 月 2 日の刑法草案審査の第二読会（第 174 号議案）の席上において、柴原和が「我皇統ノ天壤ト極リナク綿々繼承スル所ノモノハ妾ノアルヲ以テナラスヤ。若シ之ヲ廢スルトキハ皇統ノ關係極テ大ナリ。（略）此ノ如キ数百年來ノ風俗ヲ顧ミス一朝之ヲ破ラントスルハ実ニ忍ヒサルモノナリ。（略）遽カニ風俗ヲ變セントセハ忽チ国家ノ安寧ヲ害スルニ至ラン。故ニ本官ハ本按ニ妾ノ字面ヲ掲ケテテ千古ノ風俗ヲ留メントス。」<sup>(50)</sup>と発言したことにより妾の存廃問題が浮上することとなった。この場では、村田保が「所謂妾ト指スモノハ概ネ賤婢ナリ。固ヨリ親属ニアラス。」<sup>(51)</sup>と反対意見を述べるに留まったが、4 月 6 日の第三読会ではさらに妾規定存置論者と廃止論者との間で議論の応酬がなされた。柴原が「若シ妾ヲ廢セハ或ハ皇胤ヲ無窮ニ伝フルコトヲ得サルヲ恐ル。人民モ亦祖先ノ血食セサルニ至ラン。（略）窃ニ案スルニ妾ハ欧米諸國ノ取ラサル所ナルヲ以テ、条約改正ニ際シ各國ニ対スルノ語柄アル可シト雖モ、各國ニ対スルノ処置ハ本邦固有ノコトヲ主張シテ可ナリ。」<sup>(52)</sup>として、皇統の継続との観点から日本固有の事情により第 114 条に妾の文言を附加すべきことを述べる。こうした柴原の意見に賛同する者が多く、例えば大給恒は「妾ノ名ヲ存スルヲ可ナリト信セリ。何トナレハ本朝ハ古來擅權ノ大臣ナキニアラスト雖モ、未タ神器ヲ覬覦スル者ナシ。是畢竟皇胤ノ一系連綿タルニヨルニアラスヤ。（略）然ルニ妾ノ名ヲ廢セハ勢ヒ侍妃ノ制ヲ廢スルニ至ラン。」<sup>(53)</sup>と述べ、伊丹重賢も「意フニ国体風俗人情ニ於テモ「妾」ノ字ハ刪除ス可ラス。若之ヲ刪除

セハ、苟モ道徳ヲ懐ク者寧ロ子ナキ妻ヲ去ルモ私生ノ子ヲ設クルヲ好マスシテ終ニ其継続ヲ絶ツニ至ル可シ。』<sup>(54)</sup>と、両者ともに風俗の観点から妾規定を存置させるべきことを主張する。福羽美静や水本成美、斎藤利行も賛成の立場を表明した。

これに対し、細川潤次郎は「蓋シ妻ハ夫ノ対等ナリ。妾ハ等ノ下リタルモノナリ。故ニ夫妻ニ恭敬ヲ蓋シ之ニ奉仕セサル可ラス。（略）均シク是同等権利ノ人類ヲ以テ数等下リタル種属ト看做サザルヲ得サルヲ以テナリ。本官ハ人權ヲ重スルヨリ之ヲ法律ニ明認スルコトヲ欲セス。（略）本官ハ妾ヲ法律上ニ置クハ万々不可ナリトス。』<sup>(55)</sup>と、反対意見を述べる。楠田英世も「妾ナルモノハ夫ト称スルコトヲ得ス。呼テ旦那様ト云ヒ妻ヲ奥様ト云フ。即チ一生奉公ノ女ナリ。（略）今ニシテ妾ヲ廢スルハ必ス以テ適度ニ至レリト認メタルニアラスト雖モ、是人民ヲ文明ニ導クノ端緒ナルノミナラス、一生奉公ヲ為スヲ可トスルカ如キ法律ヲ設クルハ国家ノ瑕辱ナリ。本官固ヨリ之ヲ不可ナリトス。』<sup>(56)</sup>と訴える。但し、楠田の発言から当時は完全に妾を廃止することは意図されていなかったことが窺える。こうした趣旨は他の論者も同調しており、例えば鶴田皓も「本条ニ妾ノ字ナキモ之ヲ以テ妾ヲ廢スト云フニアラス。』<sup>(57)</sup>と、あくまでも法文上妾の文言を規定することに反対しているに過ぎない。他にも、神田孝平は「抑モ妾ノ字ヲ刪リシハ重大ナル理由アルユヘナリ。惟フニ其重大ナル者ハ本邦ノ独立安寧ニアリ。故ニ法律ハ務メテ万国ト平均ヲ得サル可ラス。然ルニ妾ハ万国俱ニ賤ム所ノモノナリ。今之ヲ法律ニ掲クルトキハ万国対等ノ權ヲ得ヘカラスシテ、終ニ独立安寧ヲ保スル能ハサルノ原因トナル可シ。是ヲ以テ本官ハ一歩ヲ進メ、本朝亦彼一夫一婦ノ正道ニ倣ヒ、断然妾ヲ廢シテ万国ト併立ヲ謀ラサル可ラサルモノトス。』<sup>(58)</sup>と、条約改正の面から廃止論を主張し、村田保が「或ル議官ハ古昔ハ妾ハ尊キモノナリト云ト雖ドモ、今ヤ太タ賤シ。若シ本条ニ妻妾ト連ネ記スルトキハ、却テ古昔ヨリモ之ヲ尊信スルニ至ラン。且本刑法中ニ重婚ノ罪アリ。若シ妾ヲ妻ト同掲スルトキハ彼レニ矛盾スルナリ。

（略）其万一妾ヲ刑法ニ掲載セハ、外国人ノ甚タ卑視スル所ノ所謂「コンキバイン」ノ語トナリテ、禽獸ト同一視スルニ至ラン。仍テ妾ヲ親屬中ニ編入スルハ到底不可ナリ。」<sup>(59)</sup>と、重婚罪と抵触する虞を指摘する等、妾の規定を廃止すべき旨が論じられた。採決の結局、柴原の修正案の提議に賛成したのが12名の多数ということで、第114条に修正が加えられることとなった。

4月16日には第三読会の続きが開催されたが、そこでは第114条の案が示された。第1号にて「祖父母父母夫妻妾」と規定し、妾を親属の範囲に含めることを明記したのである。これについて、水本成美は「然ルニ妾ヲ以テ親屬ト為ス可キヤ、雇人ト為ス可キヤ、ト言フニ、往昔ハ君臣ノ別アルヲ以テ之ヲ雇人ト為スモ可ナリト雖ドモ、今ヤ然ラス。（略）独り妾ノミヲ終身雇ト為サントスルモ、是レ法律ノ許サザル所（略）妾ヲ雇人トスルハ最モ不可ナリ。故ニ之ヲ親屬ニ列シ法ニ依テ籍ヲ送り、重妻ノ地位ヲ与フルトキハ其生子亦恃怙アルヲ以テ、公然之ヲ当該官庁ノ帳簿ニ登記スルモ支障ナカルヘシ。（略）畢竟本邦古来聘妾ノコトハ歴々法律ニ掲載セシヲ今俄然其名ヲ削り去テ、法律ノ外面ヲ飾ルハ内省耻ツヘキノ至リナリ。且此法律ヲ改正スルモ妾ヲ廢スルノ精神ヨリ起リシモノニアラス。然ルニ今旧律ニ反シ、翻然之ヲ削り以テ布告スルニ至ラハ、外人或ハ云ハン。日本ハ妻ノ外一種奇怪ノ配偶者アリテ、殆ント牛馬ト等シク之ヲ淫役ニ供セシム。」<sup>(60)</sup>と述べ、妾を親属に列するように修正を加えたことを説明、大給恒も賛意を示したが、妾に関する論議の急先鋒であった柴原や福羽が欠席したことにより<sup>(61)</sup>、決議の結果妾規定の存置に賛成するものが8名の少数であったため、修正案は否決され原案通りとなった。引き続き、妾に関するその他の条文の審議も同時に行われ、姦通罪及び重婚罪の規定を以下のように修正する案が出された<sup>(62)</sup>。

### 第353条

妻妾姦通シタル者ハ六月以上二年以下ノ重禁錮ニ処ス。其相姦スル者モ亦同シ。



此条ノ罪ハ本夫ノ告訴ヲ待テ其罪ヲ論ス。但本夫先ニ姦通ヲ縦容シタル者ハ告訴ノ効ナシ。

第 354 条

夫アリ若クハ妻アル者重ネテ婚姻ヲ為シ及ヒ妾ノ他人ト婚姻ヲ為シ又ハ他人ノ妾ト為リタル時ハ六月以上二年以下ノ重禁錮ニ処シ、五円以上五十円以下ノ罰金ヲ附加ス。

両条共に妾を規定内の文言に含めることが提議されたが、親属例に妾が規定されないことに決せられたため、当該修正案を可としたものはおらず、全会一致で原案が採択された。刑法典の中から妾の文言が消滅したことにつき、井上操『刑法述義 第一編総則』（出版社不明、1883年）では、「此親属例ハ、刑法限ノモノニシテ、民事ニ就テハ勿論、刑事ニ就テモ、他ノ特別法ニ関シテハ、適用スヘキモノニアラス。故ニ今妾、従祖祖父姑、（祖父ノ兄弟姉妹）従祖伯叔父姑、（従祖祖父ノ子即チ父ノ従兄弟姉妹）ノ如キハ刑法中ニ於テハ、親属ニ入ラスト雖モ、他事ニ於テハ、旧法旧慣ニ従ヒ、親属ニ入ルヘキナリ。」<sup>(63)</sup>や、「又妾ハ、親属例ニナキヲ以テ、親属ニアラス、又法律ノ認ムル所ニモアラスト思フ者アレドモ、是レ大ナル誤ナリ。唯刑法ニ於テ、之ヲ親属中ニ加ヘサルノミ。一般ノ法律ニ於テハ、固トヨリ認ムル所ナリ。刑法中ニモ、已ニ庶子ノ名アレハ、刑法ト雖モ、亦之ヲ認メタルナリ。故ニ刑法外ノ事ニ就テハ、妾ハ、旧法ノ如ク、二等親ニ位スヘキ者ナリトス。」<sup>(64)</sup>と言及しているように、妾が法律上規定されなくなったにもかかわらず、その存在を肯定する記述があることは注目に値するが、法文上は親属例の中に妾は明記されず、妾は親属には含まれないこととなった。

こうした親属に関する規定は親属容隠や親属相盗といった法文の効果が及ぼされる範囲として示されていた。例えば、明治 15 年（1882 年）刑法においては、「囚徒逃走ノ罪及ヒ罪人ヲ藏匿スル罪」として、第 151 条及び第 152 条で以下

のように規定されていた。

#### 第 151 条

犯罪人又ハ逃走ノ囚徒及ヒ監視ニ付セラレタル者ナルコトヲ知テ之ヲ蔵匿シ若クハ隠避セシメタル者ハ十一日以上一年以下ノ輕禁錮ニ処シ二円以上二十円以下ノ罰金ヲ附加ス。

若シ重罪ノ刑ニ処セラレタル囚徒ニ係ル時ハ一等ヲ加フ。

#### 第 152 条

他人ノ罪ヲ免カレシメンコトヲ図リ其罪証ト為ル可キ物件ヲ隠蔽シタル者ハ十一日以上六月以下ノ輕禁錮ニ処シ二円以上二十円以下ノ罰金ヲ附加ス。

これに対し、親属がこれらの罪を犯した場合の条文も設けられていた。

#### 第 153 条

前二条ノ罪ヲ犯シタル者犯人ノ親属ニ係ル時ハ其罪ヲ論セス。

概説書においても、当該条項の親属の範囲は第 114 条で掲載されている者である、との解説がなされている<sup>(65)</sup>。

また親属相盗は、第 377 条で以下のように規定された。

#### 第 377 条

祖父母父母夫妻子孫及ヒ其配偶者又ハ同居ノ兄弟姉妹互ニ其財物ヲ窃取シタル者ハ窃盜ヲ以テ論スルノ限ニ在ラス。

若シ他人共ニ犯シテ財物ヲ分チタル者ハ窃盜ヲ論ス。

当該規定も刑法草案審査の第三読会（第 174 号議案）で議論がなされた。そ

の際、第1項を「祖父母父母夫妻妾子孫及ヒ其夫妻又ハ同居ノ兄弟姉妹互ニ其財物ヲ窃取シタル者ハ窃盜ヲ以テ論スルノ限ニ在ラス」と規定するよう修正意見が出され、妾も文言に盛り込まれていたが、採決により修正案は否決された。これらの諸規定での文言やその修正意見に鑑みると、明治15年（1882年）刑法典に規定されていた親属容隠や親属相盜の条文における「親属」には妾が含まれることが想定されていなかった点が窺える<sup>(66)</sup>。

その後の改正を経て刑法典内で親属の範囲を定める規定はなくなった<sup>(67)</sup>。改正の後には、刑法典の中には親属の範囲を定める条文は設けられず、代わりに民法典の中で「親族」を定める規定が置かれたが<sup>(68)</sup>、依然として明治40年（1907年）刑法典では下記の規定が置かれていた。

#### 第105条

本章ノ罪ハ犯人又ハ逃走者ノ親族ニシテ犯人又ハ逃走者ノ利益ノ為メニ犯シタルトキハ之ヲ罰セス。

#### 第244条

直系血族、配偶者及ヒ同居ノ親族又ハ家族ノ間ニ於テ第二百三十五条ノ罪及ヒ其未遂罪ヲ犯シタル者ハ其刑ヲ免除シ、其他ノ親族又ハ家族ニ係ルトキハ告訴ヲ待テ其罪ヲ論ス。

親族又ハ家族ニ非サル共犯ニ付テハ、前項ノ例ヲ用ヒス。

これらの条文で規定されている「親族」とは、民法典で定められていた「親族」と理解されていた<sup>(69)</sup>。この「親族」には「配偶者」が含まれていたが、当時の概説書では「配偶者」とは正式に婚姻届出をした者であり、内縁関係を含むものではない、と解説されていることから<sup>(70)</sup>、妾は刑法上において上記のような刑が免除される対象とはなっていないと考えられる。

当時の法学者は姦通罪を妻のみの特有な刑罰として見ていることについても

様々な観点から論じている。織田純一郎註釈『刑法註釈』（出版社不明、1880年）では、有夫の婦のみを処罰する姦通罪につき「本条ハ亭主持ノ婦人が密通シタル場合ヲ云フナリ。婦人ノ尤モ尊ム可キハ貞操ニシテ、一旦人ノ妻トナレバ其夫ニ一身ヲ任スルヲ世界ノ通義ト為セリ。（略）然ルニ有夫ノ婦人ニシテ他ノ男ニ情ヲ通ズルハ婦人ノ徳義ニ背クノ尤モ甚シキモノニテ、再ビ社会ノ婦人ト同等ノ交際ヲ為シ難キ程ノ事ナレバ之ヲ罰シタルナリ。」<sup>(71)</sup>と、註釈する。有妻の夫についての言及はなく、姦通罪を男子に適用することは想定されていなかったようである。ボワソナードも草案の起草段階で、「有夫ノ婦ノ姦通シタルトキハ夫ノ姦通シタルトキヨリモ更ラニ其刑ヲ重クシタルハ、是レ蓋シ主トシテ婦ノ姦通ハ夫ノ家族中ニ夫ノ血統ニアラサル兒子ヲ入ルルトノ危険ニ基キタルモノナリト雖モ、唯此理由アルノミニアラス。尚ホ其他夫ノ身ニ侮辱ヲ加ヘ、夫ノ権利及ヒ其品位ヲ擯斥スルノ危険アリテ存スルモノナリ。」<sup>(72)</sup>としており、「婦ノ姦通罪ハ社会ト公ケノ秩序トニ対シ犯セシモノタルハ勿論ナリト雖モ、更ニ夫ノ権利及ヒ其家族ノ利益ヲ大ニ害シテ犯セシモノナリ。」<sup>(73)</sup>と、妻のみを処罰するのは夫の血統を乱す虞がある点を強調する。

こうした姦通罪を妻のみを処罰する根拠を血統の乱れによるものとして説明するものは他にも見受けられる。例えば、宮城浩蔵『刑法正義 下巻』[第5版]（講学会、1895年）にて、「本条ハ有夫姦ノ罪即チ姦通罪ヲ規定ス。姦通罪トハ有夫ノ婦カ貞操ヲ破リ他ノ男子ト姦通シタル所為ヲ謂フ。是ヲ以テ夫ハ他ノ女子ト通スルモ本条ノ罪ヲ成サス。何故ニ夫ノ通淫ヲ罰セサルヤ。之ヲ詳言スレハ、一旦偕老同穴ヲ約シタル夫婦ノ間ニ於テ独リ婦ノミ姦通ヲ罰セラレテ、夫ハ毫モ刑法上ノ責任ヲ受ケサルハ甚タ背理ノ事ト謂ハサルヲ得サルカ如シ。而ルニ我刑法ノ独リ婦ノミヲ罰シテ夫ヲ問ハサルハ何ソヤ。曰ク、婦貞操ヲ破リ他ノ男子ト姦通スレハ、其者ノ種ヲ孕ミ為メニ血統ヲ乱ス無キヲ保ス可カラスシテ、著大ナル危険ヲ其夫ニ与フト雖モ、夫ノ通淫ハ婦ニ対シテ此等ノ危険ヲ与ヘス。且我国ノ習慣ヲ見ルニ古来夫ノ通淫ヲ以テ、甚シキ非行ト見做サスシ

テ、独り婦ニ対シテノミ之ヲ責ムルコト刻ナルヲ以テ、立法ノ際遽ニ其慣習ヲ変スルヲ得サルヲ以テ、終ニ本条ノ如ク規定シタルノミ。』<sup>(74)</sup>と、妻の姦通行為は家の血統を乱す甚大な危険行為であること、また慣習上夫の姦通を非行と見ず、妻の姦通の責任のみを問うており、その慣習を急遽変更すべきではないことを理由に、姦通罪は原則として女子のみを処罰対象とする旨を説明する。亀山貞義も『刑法講義 卷之二』（講法会、1898年）で、「有夫ノ婦ニシテ他ノ男子ト媾合スルトキハ啻ニ其夫ニ対シテ負フ所ノ貞節ノ義務ニ戻リ、其夫ニ扨拭ス可カラサル汚辱ヲ与フルノミナラス、他ノ血統ヲ混シ、其家ノ秩序ヲ紊乱スルノ恐アリ。』<sup>(75)</sup>と指摘、さらに当該規定が婦人のみを処罰していることについて、「蓋シ我国ハ古来家族制度ノ主義ヲ取り、男子ハ其家ノ長ニシテ、而シテ妻ハ唯其一家族タルニ過キス。故ニ其権利ニ於テ既ニ差等アルノミナラス、数千年来自然ノ感情ニ於テ夫カ他ノ女子ト戯ルルモ、人敢テ之ヲ怪マス。又其妻ノ名誉ヲ害スルコトナキモ、一朝妻カ他ノ男子ト姦スルトキハ忽チ其夫ハ一般ノ指弾ヲ受ケ拭フ可カラサルノ汚辱ヲ被ルニ至ル。況ンヤ夫カ他ノ女子ト姦スルモ敢テ其家ノ血統ヲ紊ルコトナキモ、妻ノ姦通ハ他ノ血統ヲ混シ、其家系ヲ乱ルノ恐アルニ於テオヤ。左レハ我国ニ於テハ夫ノ男女同権ノ説ノ如キハ固ヨリ認ム可カラサルモノニシテ、随テ此刑法ノ規定ハ其当ヲ得タルモノトス。』<sup>(76)</sup>と、血統の乱れを防止するとの観点から妻のみを処罰する正当性を説く。

しかしながら、その一方で姦通罪の規定を修正すべきとの意見を主張したのも存在する。鈴木券太郎は「余輩ハ夫ノ他女ニ姦通ノ確証アルトキハ刑法第三百五十三条ニ於テ有夫ノ妻姦通ノ場合ヲ罰スル如ク、亦同様ニ有妻ノ夫姦通ノ場合ヲ処断セラレンコトヲ迄切望スルモノタリ。是レ蓋シ法律ハ一視同仁ヲ以テ社会ヲ処スベキ所以ノ理ニ適フモノナレバナリ。（略）顧フニ我政府民法編纂後ハ、必ズヤ刑法第三百五十三条ニ於テ、女子ノ有夫姦ヲノミ処罪スルノ条ヲ更改シテ、男子ノ有妻姦ヲモ均シク処罰スルナラン歟。実ニ此ノ制裁ナクバ、仮令ヘ口ニ法律ハ男女ヲ同視スルモノト定ムルモ、其効果シテ何レニアル

ヤヲ解スルニ苦マントス。』<sup>(77)</sup>と、姦通行為の規定も男女平等に処罰を適用させるように改めるべきことを説いている。勝本勘三郎は、著書『刑法析義 各論之部 下巻』（講法会、有斐閣書房、1900年）の中で、夫婦間の制限は留保しながらも男女平等に姦通罪の処罰規定を適用すべきことを主張する<sup>(78)</sup>。勝本勘三郎著・勝本正晃編『刑法の理論及び政策』（有斐閣、1925年）でも、男女の「其ノ天性堪へ難キモノト堪へ易キモノトヲ同一ニ罰スヘシト云フハ所謂強弱ヲ揣ラスシテ同一ノ重荷ヲ負ハシムルモノ、不公平ニアラスシテ何ソヤ。故ニ姦通罪ハ男子ニ輕クシテ女子ニ重クスルヲ可トスヘシ。況ンヤ女子ハ内ヲ守ルヘキモノ、若シ其貞操ヲ紊サハ家庭ニ及ホス悪影響ハ外ニ働ク男子ニ比シテ多大ナルヘキハ固ヨリ言フヲ待タサルニアラスヤ。害ヲ社会ニ及ホス程度、男ト女ト苟モ差異アリトスレハ、此間刑ノ輕重アル決シテ怪シムニ足ラサルナリ。』<sup>(79)</sup>として、「妻ヲ罰スルカ如ク夫ヲモ亦之ヲ罰スベシ。只タ其間多少ノ輕重ヲ參酌スヘシト云フニアリ。吾人ノ提案ノ要旨ハ「姦通ヲ慣行シテ妻ヲ冷遇シタルモノハ之ヲ罰スヘシ」ト云フニアリキ。」<sup>(80)</sup>と、妻を罰するように夫も罰すべきこと、しかしその一方で夫婦間の輕重は存置すべきことを主張する。

このように夫にも姦通罪の処罰を拡大させるべきことを指摘するものもあったが、多くは姦通罪の男女不平等の規定は、夫と妻とでは特に血統の乱れとの観点からその影響と結果が異なる点を強調し、その正当性を説明する。その後、刑法の改正案がいくつか作成されるが、明治23年（1890年）改正案、明治28年（1895年）改正案、明治30年（1897年）改正案、明治33年（1900年）改正案、明治34年（1901年）改正案、明治35年（1902年）改正案のいずれも<sup>(81)</sup>、「有夫ノ婦」のみを処罰対象としていた<sup>(82)</sup>。結果として、明治40年（1907年）の刑法典では、次のように姦通罪を規定し、妻のみを処罰する規定が存置された。

#### 第183条

有夫ノ婦姦通シタルトキハ二年以下ノ懲役ニ処ス。其相姦シタル者亦同シ。

前項ノ罪ハ本夫ノ告訴ヲ待テ之ヲ論ス。但本夫姦通ヲ縦容シタルトキハ告訴ノ効ナシ。

姦通罪を妻のみの刑罰としていることに関しては、従来通り家の血統保護という観点からこれを支持する意見が根強かったが<sup>(83)</sup>、夫婦不平等の規定を血統のみの問題とは見るべきでない旨の記述もなされてくるようになる。大場茂馬の『刑法各論 下巻』[増訂第3版]（中央大学、1912年）では、姦通罪の性質について「姦通罪トハ婚姻関係ヲ害スル罪ナリ。故ニ本罪ヲ構成スルニハ其害セラル可キ婚姻関係ノ存在スルコトヲ必要トス。第三者カ既婚ノ夫又ハ婦ト性交ヲ為シ、以テ婚姻ニ依リ成立シタル夫婦関係ヲ害スルヲ以テ本罪ノ性質ト為ス。然レトモ我刑法ノ認ムル姦通罪ハ有夫ノ婦カ他ノ男子ト性交ヲ為スニ依リ成立スルモノナリ。故ニ有婦ノ夫カ他ノ女子ト性交ヲ為スノ行為ハ之ト同一ノ性質ヲ有スルニ拘ラス、我刑法上ニ於テハ姦通罪ニ非ス。」<sup>(84)</sup>と指摘する。徳岡一男の『刑法各論』（非凡閣、1935年）においては、姦通罪を「論理的には尠くとも男女平等の取扱がなされて然るべきではなからうか。」<sup>(85)</sup>との意見を述べていることから、妻のみに処罰する規定に対して懐疑的な見方が広がっていた様子が見て取れる。

こうした姦通罪の規定を男女平等の観点から修正を加えるべきことが提議されてゆくようになるが、男女平等化を積極的に説いたのが瀧川幸辰である<sup>(86)</sup>。瀧川は一貫して夫婦の姦通を平等に処罰しないという主張であり、以下のように説く。まず、姦通罪をめぐる各国の立法例では、刑法で姦通を犯罪と見ない例（イギリス）、夫婦の姦通を平等に処罰する例（ドイツ）、夫婦を処罰するが夫婦間に差が設けられる例（フランス）、妻の姦通のみ罰する極端な不平等主義の例（日本）となっていることを見た上で、日本のような不平等主義は妻の貞操義務は血統の混乱を防止することを理由として説かれているものの、立法例の傾向は次第に平等主義へと向かいつつあること、さらに婦人の地位が向上し、婚姻関係において

## 近代日本における妾の法的諸問題をめぐる考察（一）

男女の平等を要求するまでに至っていること、男女平等の原則が婚姻制度の基礎でなければならないことから夫婦平等主義が正当であることを訴える。しかしながら、婚姻の誠実義務は精神的なものであり、婚姻を解消した後にまで刑罰を科することは不都合が生ずること等を勘案し、姦通は夫婦共に刑法上処罰すべきではないとする。また、実際に姦通罪や重婚罪が含まれている「猥褻、姦淫、重婚の罪」により第一審で有罪に科せられた女性の比率が非常に少ないことから<sup>(87)</sup>、離婚した上で更に告訴してまで妻を訴えようとする夫があまりいないとの事実が示されるので姦通をむしろ犯罪としない方が好ましいだろう、との意見も寄せている。

このような婦女のみを処罰する姦通罪に対する批判的な見解が寄せられたことも一因となったと思われるが、昭和2年（1927年）には司法省による刑法改正予備草案（以下、予備草案と称す。）が示され、妻のみを処罰する規定となっていた姦通罪を以下のように修正する改正案が明らかとなった。

### 第248条

配偶者アル者姦通シタルトキハ二年以下ノ懲治ニ処ス。其ノ相姦シタル者亦同シ。配偶者ノ悪意ノ遺棄ニ因リ家庭ノ共同生活ヲ為スコト能ハサル者、前項ノ罪ヲ犯シタルトキハ其ノ刑ヲ減輕又ハ免除スルコトヲ得。

前二項ノ罪ハ配偶者ノ告訴ヲ待テ之ヲ論ス。但シ配偶者姦通ヲ縦容シ又ハ宥如シタルトキハ告訴ノ効ナシ。

予備草案では従前の「有夫ノ婦」から「配偶者アル者」へと文言が改められ、姦通罪の適用範囲は夫にまで含まれることとなったが<sup>(88)</sup>、昭和15年（1940年）の改正刑法仮案（以下、仮案と称す。）では再度修正が加えられた。

### 第324条



妻姦通シタルトキハ二年以下ノ懲役ニ処ス。其ノ相姦シタル者亦同ジ。

前項ノ罪ハ夫ノ告訴ヲ待チテ之ヲ論ズ。

#### 第 325 条

夫他ノ婦女ト私通シ其ノ関係継続中悪意ヲ以テ妻ヲ遺棄シ、又ハ之ニ対シテ同居ニ堪ヘザル虐待若ハ重大ナル侮辱ヲ加ヘタルトキハ、二年以下ノ懲役ニ処ス。情ヲ知りテ相通ジタル者亦同ジ。

前項ノ罪ハ妻ノ告訴ヲ待チテ之ヲ論ズ。

#### 第 326 条

配偶者姦通若ハ私通ヲ縦容シ、又ハ之ヲ宥恕シタルトキハ告訴ヲ為スコトヲ得ズ。悪意ヲ以テ配偶者ヲ遺棄シタルトキ亦同ジ。

仮案では妻の場合は「姦通シタルトキ」、夫は「他ノ婦女ト私通シ其ノ関係継続中悪意ヲ以テ妻ヲ遺棄シ、又ハ之ニ対シテ同居ニ堪ヘザル虐待若ハ重大ナル侮辱ヲ加ヘタルトキ」と、夫婦間で区分を設けている。妻が夫以外の男性と関係を有すると姦通罪に問われるのに対し、夫の場合は条件が附加されていることについて、大竹武七郎は日本の国民性や環境を考察して制定し、道徳感情に則した結果であることを述べている<sup>(89)</sup>。仮案では夫婦平等の規定ではなくなっているものの、旧来の女子のみを処罰対象としている姦通罪の規定を修正し、男子にも刑罰を問得るような規定が盛り込まれた点で多くの法学者により評価されたが<sup>(90)</sup>、実際には男子を罰する姦通罪の規定は施行されることなく、戦後の刑法改正により姦通罪は廃止された<sup>(91)</sup>。

最後に重婚罪の解釈を整理しておこう。重婚罪の規定は各草案や明治 40 年（1907 年）刑法典で規定されていたが、各法学者の意見は夫と妾との関係には重婚罪は適用し得るものではないとのものであった。ボワソナードによると、男子が「法律上慣習上并ニ適正ノ婦ニ於テモ夫婦同居ノ家ニ妾ヲ入ルルノ允許アル事」<sup>(92)</sup>があるため、日本では重婚罪が成立する例が少ないことを指摘する。

これは妾を娶ることは婚姻ではないために重婚として問われないことを端的に示している。宮城浩蔵も重婚罪につき、「我国ハ古来一夫一妻ノ制度ニシテ、男カ妻アルニモ拘ハラス他ノ女ト婚シ、女カ夫アルニモ拘ハラス他ノ男ト婚スルハ、共ニ許サザル所ナリ。我国夫ハ妾ヲ蓄ヘテ罰ナキニヨリ、外人往々我国ニ一夫多妻ノ制度ヲ存スト評スル者アリ。是レ實際ヲ知ラサルノ説ナリ。妾ハ正妻ニ非ス。唯所謂召使ヒト称スヘキ者ニシテ、法律上毫モ権利ヲ有セサルナリ。我国ノ制度ハ一夫一妻ナリ。故ニ一夫多妻、若クハ一婦数夫ノ兇者アラハ、我国ノ秩序ヲ紊リ、風俗ヲ壞ルヲ以テ、之ヲ罰セサルヘカラス。是レ本条ノ設アル所以ナリ。」<sup>(93)</sup>との解説を附し、妾は妻としての地位にないために重婚罪が成立しない旨を説いている。

明治40年(1907年)刑法典の成立後も、同様の見解が散見される。原田清は、「配偶者トハ法律上正式ノ婚姻ヲ為シタル男女ノ一方ヨリ他ノ一方ヲ指ス語ナリ。夫ヨリ見レハ妻ハ配偶者ニシテ妻ヨリ見レハ夫ハ配偶者ナリ。法律上ノ夫婦関係アルコトヲ要スルヲ以テ、内縁ノ夫婦又ハ妾ノ如キハ配偶者ニ非ス。本罪ハ配偶者カ他ノ者ト更ニ婚姻ヲ為シタル場合ニ成立ス。」<sup>(94)</sup>と、妾は配偶者に該当しないことを明示する。山岡萬之助も、重婚罪の行為は「重ねテ婚姻ヲ為シタルヲ要ス。茲ニ所謂婚姻トハ民法上ノ形式ニ従ヒタル夫婦関係ノ謂ニシテ事實的ナル夫婦生活ヲ指スモノニアラズ。故ニ妾ヲシテ同居セシムルガ如キ背徳行為モ未ダ以テ本罪ヲ構成スルニ足ラズ。」<sup>(95)</sup>と記述する。重婚罪は正式な婚姻関係を重ねて行った際に適用されるものであるので、妾とは婚姻の手続きを経ない以上、重婚罪を適用するものとして解釈がなされていなかったことは明白である。

以上、刑法典の妾に関連する親属・姦通罪・重婚罪の諸規定を中心にその文言の変遷や解釈を概観してきた。新律綱領では妾を妻と同等の二等親に位置付けたものの、明治15年(1882年)刑法では紆余曲折の末、妾の文言が法文上

には盛り込まれなかったため妾は法的には消滅したが、その一方で法文の解釈や当時の法学者の著作からは未だに妾の実態を許容し得ることが示されていた。明治15年（1882年）刑法の編纂過程では草案段階で妾規定の存否について討議され、結局は妾の文言は明文上の規定として設けられることはなかったが、姦通罪の規定は「有夫ノ婦」を対象とし、例え夫が妾を有していたとしても刑罰の対象とは見做されていなかったことから、暗黙の了解の内に妾が広く公認されていたことを窺わせる。姦通罪に関しては、明治40年（1907年）刑法に至るまでに数回の改正案が提出されたものの、いずれも姦通罪の処罰対象を「有夫ノ婦」、即ち妻のみに限っていた。その理由は妻が夫以外の男性と関係を有した場合に血統を乱す虞があり、その点で夫が姦通行為を行う場合は齎す結果が異なることを根拠とするものであったが、この規定によるならば、例え夫が妻以外に妾との関係を有していたとしても、それは姦通として見做されないこととなり、夫は処罰を受けず、蓄妾行為を暗に認め得ることにもつながっていた<sup>(96)</sup>。重婚罪は、解釈上夫と妾との関係は婚姻ではない以上は重婚とはならない旨が明示されていた。つまり、これらの規定により夫の蓄妾行為は刑法上の罪として問われることはなかったのである。

但し、夫と妾との関係を重婚罪として問い得るものではないとの立場が堅持されていたのに対し、姦通罪の規定方法に関しては徐々に法学者の意識の変化が見られ、夫も誠実義務を負っていることから妻のみを処罰することに関して批判的な見解が寄せられ、男女を同等に扱うべきことが説かれ始める。しかし、夫婦間の差別をなくすよう意見が述べられてはいるが、夫にも姦通罪の処罰規定を適用する考えが主流になっていた訳ではないことには留意しなければならない。むしろ、瀧川幸辰が夫婦間を平等に処罰しないことを訴えていたことに代表されるように、男女双方を処罰しない、即ち姦通罪の処罰規定を刑法典から取り除くとの観点から夫婦間の区別を排斥する考えを説く論者が多かったのである。この考えについては、三宅正太郎・青山道夫著の『親族法・相続法』

### 近代日本における妾の法的諸問題をめぐる考察（一）

（非凡閣，1934年）では、「姦通が平等に離婚原因となるならば，夫婦はそれで一応自己の目的を達し得るのであつて，それ以上に非行者に対し国家の刑罰権を乞ふやうなことは避けたが良いとするのであらう。寧ろ姦通を以て平等に離婚原因たる主張を，もっと称導すべきではなからうかと考へる。」<sup>(97)</sup>と言及されている。小野清一郎も、『刑法講義 各論』（有斐閣，1928年）の中にて「婚姻の信義を破ることは，夫たとと妻たとを問はず非難さるべきである。（略）近世の個人主義的人格主義的思想に基く男女平等の思想は，姦通の点に於ても男女を同様に取扱ふことを要求するに至つたのである。しかし，一方に於ては姦通の如き親族間に於ける信義の問題は国家の法律，殊に刑法を以て干涉すべき事柄にあらずとする考へが有力である。」<sup>(98)</sup>と記述しているように，あくまでも民法上の平等に止め，これを刑法上の処罰に含めるべきではない，との考えが広く受け止められていた様子が見て取れる。姦通罪を改正する際にも，一度は予備草案で男女双方を姦通罪の処罰対象として規定したにもかかわらず，仮案に至っては夫と妻とで異なる規定を設け，完全な平等主義を採用するには至っていないことから，夫側にまで処罰の対象を広げることには否定的であったという姿勢が窺える。

ここに興味深い統計結果を示しておきたい。〔表1〕は，1928年に学生を対象になされた姦通罪に関する意識調査の結果である<sup>(99)</sup>。

〔表1〕姦通罪に関する学生の意識調査

姦通罪に関する学生の意見（回答総数 294）	
(1) 不罰主義（夫婦平等の関係において離婚原因とすべきである）……………	107
(2) 平等処罰主義……………	57
(3) 不平等処罰主義（夫に軽く、妻に重くすべきである）……………	27
(4) 単独処罰主義（妻の姦通のみを犯罪とすべきである）……………	71
(5) 平等主義（罰するにせよ、罰しないにせよ、夫婦を平等に取扱うべきである）……………	5
(6) いずれも現行刑法よりはよい……………	27

夫側にまで処罰の対象を広げることに賛成する意見もある程度見られるものの、依然として夫を処罰させるべきではない、と見る見解が多い。意識調査の結果の面から見ても姦通罪は夫側を処罰するまでのものとは見られておらず、民事上のみの平等規定に賛成するものが主流であったことが分かる。

註

- (1) 代表的な研究成果として次のものが挙げられる。初期の頃の業績としては、高柳真三「妾の消滅」（『法学新報』46-9：1936年）、同『明治初年に於ける家族制度改革の一研究—妾の廃止—』（日本法理研究会、1941年）があり（前者は、高柳真三『明治前期家族法の新装』有斐閣、1987年に再録され、後者は1940年10月12日に法曹会館において開催された日本法理研究会第一回講演会での講演速記の記録として、「明治初年に於ける家族制度改革の一例—妾の廃止—」の題目で、『法曹会雑誌』（19-1：1941年）に所収されている）、刑典草案の審議段階における妾の議論に注目したものとして、手塚豊「元老院の「妾」論議」（『法学セミナー』15：1957年）・同「鶴田皓の「妾」論」（『法学研究』38-9：1965年）がある（両論稿は、手塚豊『明治民法史の研究（下）』（手塚豊著作集第8巻）、慶應通信、1991年に再録されている）。石井良助「明治初年の婚姻法—とくに法律婚主義と妾について—」（中川善之助他編『結婚 家族問題と家族法Ⅱ』酒井書店、1957年）は、明治民法施行上での法律婚主義と妾について検討したものである（同論稿は、石井良助『日本婚姻法史』（法制史論集第2巻）創文社、1977年に再録されている）。明治初期の妾の実態的側面を考察したものとしては、浅古弘「明治前期における妾の身分—戸籍記載を通して」（『法律時報』47-13：1975年）・同「明治初年における娶妾資格」（『早稲田法学会誌』26：1975年）がある。熊谷開作「法典編纂期における妻妾論」（高梨公之教授還暦祝賀論文集刊行発起人会編『高梨公之教授還

## 近代日本における妾の法的諸問題をめぐる考察（一）

暦祝賀 婚姻法の研究（上）婚姻制度論』有斐閣、1976年）は、民法典編纂期の妾議論に焦点をあてたものである（同論稿は、熊谷開作『日本の近代化と「家」制度』法律文化社、1987年に再録されている）。法典編纂により発生した論議以外の点から妾の問題に着目したものとしては、小山静子「明治啓蒙期の妾論議と廃妾の実現」（『季刊日本思想史』26：1986年）や、金津日出美「明治初年の「妾」論議の再検討—「近代的一夫一婦制」論をめぐって—」（馬原鉄男、岩井忠熊編『天皇制国家の統合と支配』文理閣、1992年）の研究がある（後者は、永原和子編『日本家族史論集5 家族の諸相』吉川弘文館、2002年に再録されている）。近年最も精力的に研究成果を発表されているのは村上一博氏であり、同氏の「明治前期における妾と裁判」（『法律論叢』71-2=3：1998年）・「明治後期における妾と裁判」（『法律論叢』75-2=3：2002年）（両論稿は、村上一博『日本近代婚姻法史論』法律文化社、2003年に再録されている）・「明治前期の民事判決例にみる妾の法的地位」（屋敷二郎編『夫婦』（法文化（歴史・比較・情報）叢書⑩）国際書院、2012年）といった一連の研究成果では、明治民法施行前後に亘る妾に関連する判決例が丹念に整理され、妾契約の実態やその効力、妾をめぐる紛争の実態に迫っている。

- (2) 小論では、初期の刑法典で「親属例」と表記されていたことに倣い、便宜上「親属」と表記する。
- (3) この問題につき、拙稿「法史学から見た東アジア法系の枠組みについて—一夫一婦容妾制の成立過程をめぐって—」（『法律科学研究所年報』32：2016年）及び、拙稿「近代東アジア比較法史の枠組みについての一試論」（岩谷十郎編『再帰する法文化』（法文化（歴史・比較・情報）叢書⑭）国際書院、2016年）にて検討を試みた。

非西洋諸国の独立国での法継受史を比較検討の可能性について、Tamara Loos氏はタイにおける一夫一婦制導入にあたり日本・トルコ・中国の状況に言及しており（Tamara Loos, *Subject Siam: Family, Law, and Colonial Modernity in Thailand* (Cornell University Press: Ithaca, 2006.)), また Kanaphon Chanhom氏も日本・トルコ・中国の3か国の状況を題材としながら、タイ刑法典の編纂過程について概観する（Kanaphon Chanhom, *Codification in Thailand During the 19<sup>th</sup> and 20<sup>th</sup> Centuries: A Study of the Causes, Process and Consequences of Drafting the Penal Code of 1908*, (A dissertation submitted in partial fulfillment of the requirements for the degree of Doctor of Philosophy, University of Washington, 2010.)). こうした諸国の関連性については、過去に Jean Escarra, *Chinese Law and Comparative Jurisprudence*, La Librairie Francaise: Tientsin, 1926. にも部分的に言及されている。

植民地国を対象とし、オランダ領東インドやイギリス領海峡植民地、アメリカ領フィリピンの法体制を中心に概観したものとしては、『南洋各植民地立法制度』（南洋叢書第38巻）南洋協会台湾支部、1924年がある。M.B. Hooker, *A Concise*

*Legal History of South-East Asia*, Clarendon Press: Oxford, 1978. の研究はより広範囲に亘る地域を対象とし、東南アジアにおける法領域をイギリス法圏、フランス法圏、オランダ法圏、スペイン・アメリカ法圏と、その宗主国の影響を受けた法圏の枠組みとして概観しており、植民地国の法領域として捉える視座を示す。

- (4) 岩田新は著書において、「判例に現れた妾といふものの概念は甚だ判然しない」と指摘する。岩田新『判例婚姻予約法解説』有斐閣、1935年、66頁。

日本の判例で妾を定義したものでは、「おもうに、妾若しくは二号という概念は今日必ずしも明確ではないのであるが、通常、「法律上の妻又は事実上の妻でなくして、主として妻帯の男性から経済上の援助を受けて、これと性的結合関係を継続する女」をいうものと観念してあやまりないであろう。」(最高裁昭和29年(あ)3497号 [1957.9.27 第2小法廷判決])と、その判断基準が示された。

- (5) 一例として、ある男性の下に「本妻の外に<sup>(ママ)</sup>只置てさへ下されば能いと云ふ妾二人あり、皆なかよく同居して暮せり、本妻にハ子なし、二人の妾に女子一人づつあれども本妻を母と呼<sup>(ママ)</sup>ばせて産たる妾をバ名<sup>(ママ)</sup>を呼び捨にさせたり本妻ハ二人の女子を可愛がること実子の如し(略)其妻ハ<sup>(ママ)</sup>少しも嫉妬の念なくして亦よく亭主を助けて活計を謀れり、妾二人ハ能く主婦の意に順ひて水を汲み飯を焼き掃除をするなど下婢雇女の如し」(『東京日日新聞』1875.3.10)という状況が記されていることから、同居の形式も皆無ではなかったことが窺える。

- (6) 向井健『民法口授』小考『慶應義塾創立百年記念論文集 第一部・法律学関係』慶應義塾大学法学部、1958年、505頁。

- (7) 同草案は、『民法草案 全』(和装本)として東京大学法学部研究室図書室に所蔵されている。離婚の規定については「明治9年7月22日、8月2日竣草」との文字が残されている。

尚、同草案は星野通解題『明治十一年民法草案』松山経済専門学校商経研究会、1944年に再録されている。

- (8) 熊野敏三他起稿『民法草案人事編理由書』(和装本)出版年不明、42頁。  
 (9) 同上、12頁。  
 (10) 鈴木券太郎編述『日本婚姻法論略』帝国印書会社、1886年、58-59頁。  
 (11) 同上、60-61頁。  
 (12) 同上、63-64頁。  
 (13) 東京大学法学部研究室図書室に所蔵されている我妻文庫の和装本『民法人事編』(出版年不明)によると、以下のように規定されている。

第39条

近代日本における妾の法的諸問題をめぐる考察（一）

配偶者アル者ハ重ネテ婚姻ヲ為スコトヲ得ス

第 103 条

離婚ノ原因ハ左ノ如シ

- 第一 姦通但夫ハ婦ニ対シテ凌辱ヲ加フル場合ニ限ル
- 第二 同居ニ堪ヘサル暴挙、脅迫及ヒ重大ノ侮辱
- 第三 重罪ニ因レル処刑
- 第四 窃盜、詐欺取財又ハ猥褻ノ罪ニ因レル重禁錮一年以上ノ処刑
- 第五 悪意ノ遺棄
- 第六 失踪ノ宣告
- 第七 婦又ハ入夫ヨリ其家ノ尊属親ニ対シ又ハ尊属親ヨリ婦又ハ入夫ニ対スル暴挙、脅迫及ヒ重大ノ侮辱

重婚の禁止規定は同じ文言で規定されているのに対し、姦通を事由とする離婚の夫婦間の規定の表現が異なっている。

- (14) 磯部四郎『大日本新典 民法釈義 人事編之部』長島書房, 1891年, 299-300頁。
- (15) 手塚太郎『日本民法人事編釈義』図書出版会社, 1891年, 215-217頁。
- (16) 井上操『民法詳解 人事之部 上巻』宝文館, 1891年, 195-196頁。
- (17) 熊野敏三・岸本辰雄合著『民法正義 人事編 卷之壹』〔第6版〕新法註釈会, 1893年, 156頁。
- (18) 同上, 361-362頁。
- (19) 奥田義人講述『民法人事編(完)』東京法学院, 1893年, 264-265頁。
- (20) 森順正述『民法人事編』和仏法律学校, 1896年, 150頁。
- (21) 中村進午講義『親族法 完』東京専門学校蔵版, 1899年, 163頁。
- (22) 明治29年(1896年)1月8日開催の第149回法典調査会における席上での発言による。法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会民法議事速記録 六』(日本近代立法資料叢書6)商事法務研究会, 1984年, 375頁。  
尚, その時点での法案の文言では第2号が「妻カ姦通ヲ為シタルトキ」, 第3号が「配偶者カ婚姻ニ姦淫罪ニ因リテ刑ニ処セラレ又ハ他ノ罪ニ因リテ重禁錮一年以上ノ刑ニ処セラレタルトキ」というものであった。
- (23) 奥田義人『民法親族法論 全』有斐閣, 1898年, 224頁。同氏による姦通を理由とする離婚事由の夫婦間の差別化に関する説明は, 奥田義人講述『親族法 完』中央大学, 出版年不明, 398-399頁にも見られる。
- (24) 掛下重次郎講述『親族法講義』和仏法律学校, 1900年, 140-141頁。
- (25) 坂本三郎講述『親族法』早稲田大学出版部, 出版年不明, 280-281頁。
- (26) 葉師寺志光『日本親族法論 上巻』南郊社, 1939年, 582頁。堀内節『親族法



近代日本における妾の法的諸問題をめぐる考察（一）

要義』精興社書店，1940年，281頁。

- (27) 河邊久雄講述『親族法講義』日本大学出版部，1930年，179-180頁。
- (28) 『民法修正案参考書 親族編・相続編 附民法修正案正文並法例修正案不動産登記法案国籍法案各参考書正文』八尾書店，1898年，102-103頁。
- (29) 岡村司講述『民法親族編 完』京都法政大学，1903年，505頁。
- (30) 同上，507頁。
- (31) 同上，513頁。
- (32) 梅謙次郎『民法要義 卷之四』和仏法律学校，1899年，216頁。
- (33) 同上，221-222頁。
- (34) 柳川勝二『日本親族法要論』清水書店，1924年，237頁。
- (35) 中島玉吉『民法釈義 卷之四 親族篇』金刺芳流堂，1937年，451-452頁。
- (36) 穂積の意見は数多くの論稿の中で示されている。一部を掲げると，穂積重遠「離婚制度に付て」（『統計集誌』459，1919年，3-13頁），同『親族法大意』〔第7版〕（岩波書店，1920年），「雑報」（『法学協会雑誌』41-5，1923年，151-152頁），同『離婚制度の研究』（改造社，1924年），同『婚姻制度講話』（文化生活研究会，1925年）等がある。
- (37) 穂積重遠「相対的離婚原因（離婚原因論の五）」『法学協会雑誌』41-8，1923年，25頁以下。
- (38) 討議の様子は，『臨時法制審議会総会議事速記録』臨時法制審議会，1925年に掲載されている。また，堀内節編著『統家事審判制度の研究 附家事審判法関係立法資料補遺』（日本比較法研究所資料叢書（4））日本比較法研究所，1976年，775頁以下にも再録されている。
- (39) 前掲（註38）『臨時法制審議会総会議事速記録』333頁。
- (40) 同上，335-336頁。
- (41) 同上，338頁。
- (42) 同上，339頁。
- (43) 穂積重遠「民法改正要項<sup>(ママ)</sup>解説（二）」『法学協会雑誌』46-5，1928年，92-93頁。
- (44) 三宅正太郎・青山道夫『親族法・相続法』（大衆法律講座 第4巻）非凡閣，1934年，159頁。
- (45) 中川善之助も当該規定の差について，夫婦で平等に責任を負わせることが有力となりつつも，それでも現状を維持する思想もあり，依然として用語の上では不平等思想が残されている旨を指摘する。中川善之助『妻妾論』中央公論社，1936年，66-67頁。
- (46) 姦通罪の規定をめぐる変遷やその学説を整理した研究として，林弘正「姦通罪についての法制史の一考察—「刑法竝監獄法改正起草委員会決議条項（刑法各則編第二次整理案）」の成立から「改正刑法仮案」の成立に至る経緯—」『法学新報』

近代日本における妾の法的諸問題をめぐる考察（一）

106-5=6・9=10・11=12, 2000年がある。同稿は、林弘正『改正刑法仮案成立過程の研究』（成文堂、2003年）にも所収されている。

- (47) 姦通罪の規定については、ボワソナード著、森順正・中村純九郎訳『ボワソナード氏刑法草案註釈』（司法省、1886年）では、当該草案の註釈書として以下のように記しており、フランス刑法の影響を受けていることが窺われる。

第393条

適法ノ有夫ノ婦姦通ヲ為ストキハ三月以上二年以下ノ重禁錮ニ処ス可シ（仏刑、第三百三十七条第一項）

該軽罪ノ共犯ハ同一ノ刑ニ処ス（刑、第三百五十三条□仏刑、第三百三十八条）

第393条第2

姦通ノ起訴ハ夫ノ告訴〔又ハ夫ヨリ姦通ノ原因ニ因リ離婚又ハ贈与ノ廃止ニ於ケル民事上ノ訟求〕アルニアラサレハ発生セス

〔告訴及ヒ民事上ノ訟求ハ常ニ確定裁判ニ至ル迄ハ願下ケヲ為スコトヲ得可シ〕

〔夫若シ白痴ナルトキハ夫ノ最近親二名ノ參同シタル上ニテ後見人ヨリ告訴ヲ為シ又ハ之レヲ願下ケルコトヲ得可シ〕

〔確定裁判前ニ生シタル夫婦ノ和合夫ノ死去又ハ婦ノ死去ハ其婦及ヒ其共犯人ニ対スル起訴ニ終了ヲ附ス〕

夫若シ其婦ノ姦通ヲ教唆シ又ハ補助セシトキモ亦其告訴ノ効ナキモノトス（刑、第三百五十三条□仏刑、第三百三十六條、第三百三十七条第二項□民法、第三百八條、第三百九條）

東京大学法学部研究室図書室に所蔵されている、ボワソナード起案、磯部四郎訳『日本刑法草案直訳』（司法省、出版年不明）においても、第393条に同様の文言が設けられている。

- (48) 「親属例中妾ニ関スル議」内閣記録局編輯『法規分類大全 第一編』1890年、384頁。
- (49) 同上、386-387頁。
- (50) 明治法制経済史研究所編『元老院会議筆記 前期第八卷』元老院会議筆記刊行会、1964年、95-96頁。
- (51) 同上、96頁。
- (52) 同上、108頁。
- (53) 同上、109頁。
- (54) 同上、109頁。
- (55) 同上、111頁。

- (56) 同上, 112 頁。  
(57) 同上, 112 頁。  
(58) 同上, 113 頁。  
(59) 同上, 114 頁。  
(60) 同上, 116-117 頁。  
(61) この背景には政府の説得工作があったと見るものとして, 前掲(註1)手塚「元老院の「妾」論議」の研究を参照されたい。  
(62) 他にも第311条の修正が建議された。修正案では「本夫其妻妾ノ姦通ヲ覚知シ姦所ニ於テ直チニ姦夫又ハ姦婦ヲ殺傷シタル者ハ其罪ヲ宥恕ス。但本夫先ニ姦通ヲ縦容シタル者ハ此限ニ在ラス。」と, 「妾」の文言が盛り込まれていた。  
(63) 井上操『刑法述義 第一編総則』出版社不明, 1883年, 1312頁。  
(64) 同上, 1342頁。  
(65) 高木豊三義解『刑法義解』時習社・博聞社, 1881年, 440頁。  
(66) 小疇傳は親属相盗での「配偶者」トハ民法上ノ夫婦ト解スヘキナリ。」と指摘している。小疇傳『大審院判決引照批評 日本刑法論 各論之部』[第2版] 日本大学, 1906年, 798頁。  
(67) 村田保は1907年2月の第23回貴族院会議の席上で, こうした親属の関係を定める規定は刑法で定めるべきものではなく民法上で定めるものであること, 新律綱領編纂時には民法はないものの刑法上の親属関係の規定を設けなければならないことから, 親属例の条文が置かれたことを述べている。平沼駿一郎・倉富勇三郎・花井卓蔵監修, 高橋治俊・小谷二郎共編『刑法沿革綜覧』清水書店, 1923年, 1604-1605頁。  
また, 宮城浩蔵も「此親属例ハ民法人事編中ニ記載スヘキ者ニシテ刑法ニ規定スヘキ者ニアラス。然レドモ此刑法典編纂ノ当時ニ於テ民法ノ制定ナキニヨリ之ヲ此ニ規定セサル時ハ刑法典中親属ニ係ル者ノ処分ニ困難ナルヲ以テ姑ク之ヲ此ニ置キタルナラン。」と指摘している。宮城浩蔵『刑法正義 上巻』[第5版] 講法会, 1895年, 833頁。  
(68) 「親族」及び「家族」について, 民法では次の規定が置かれた。

第725条

左ニ掲ケタル者ハ之ヲ親族トス。

- 一 六親等内ノ血族
- 二 配偶者
- 三 三親等内ノ姻族

第732条

近代日本における妾の法的諸問題をめぐる考察（一）

戸主ノ親族ニシテ其家ニ在ル者及ヒ其配偶者ハ之ヲ家族トス。

戸主ノ変更アリタル場合ニ於テハ旧戸主及ヒ其家族ハ新戸主ノ家族トス。

- (69) 大場茂馬『刑法各論 上巻』[増訂第4版]中央大学, 1911年, 569頁。泉二新熊『日本刑法論 下巻(各論)』[訂正第38版]有斐閣, 1927年, 102-103頁。  
平井彦三郎『刑法論綱 各論』松華堂, 1934年, 62頁。大竹武七郎『刑法綱要 全』[増訂第11版]松華堂, 1944年, 322頁及び570頁。
- (70) 前掲(註69)大竹『刑法綱要 全』569-570頁。
- (71) 織田純一郎註釈『刑法註釈』出版社不明, 1880年, 432-433頁。
- (72) 前掲(註47)ボワソナード著, 森・中村訳『ボワソナード氏刑法草案註釈』532頁。
- (73) 同上, 536頁。
- (74) 宮城浩蔵『刑法正義 下巻』[第5版]講法会, 1895年, 738-739頁。
- (75) 亀山貞義講述『刑法講義 卷之二』講法会, 1898年, 511頁。
- (76) 同上, 511-512頁。
- (77) 前掲(註10)鈴木『日本婚姻法論略』61-62頁。
- (78) 勝本勘三郎『刑法析義 各論之部 下巻』講法会・有斐閣書房, 1900年, 229-230頁。同様の問題を指摘したものとして, 勝本勘三郎講述『刑法各論講義』和仏法律学校, 1900年, 769頁以下が挙げられる。
- (79) 勝本勘三郎著・勝本正晃編『刑法の理論及び政策』有斐閣, 1925年, 403-404頁(本書の姦通に関する論稿は, 勝本勘三郎「姦通ヲ論ス」『京都法学会雑誌』2-5, 1907年, 65-71頁を再録したものである)。
- (80) 同上, 406頁。
- (81) それぞれ, 以下のように規定されていた。

[明治23年改正案]

第343条

有夫ノ婦姦通シタル者ハ六月以上二年以下ノ有役禁錮ニ処ス。其相姦スル者亦同シ。

本条ノ罪ハ本夫ノ告訴アルニ非サレハ訴追スルコトヲ得ス。但本夫先ニ其姦通縦容シタルトキハ告訴ノ効ナシ。

[明治28年改正案]

第230条

有夫ノ婦姦通シタル者ハ一年以下ノ懲役ニ処ス。其相姦シタル者亦同シ。

前項ノ罪ハ本夫ノ告訴ヲ待テ之ヲ論ス。但本夫姦通ヲ縦容シタル者ハ告訴ノ効ナシ。

[明治30年改正案]

第234条

## 近代日本における妾の法的諸問題をめぐる考察（一）

有夫ノ婦姦通シタル者ハ一年以下ノ懲役ニ処ス。其相姦シタル者亦同シ。  
前項ノ罪ハ本夫ノ告訴ヲ待テ之ヲ論ス。但本夫姦通ヲ縦容シタル者ハ告訴ノ効ナシ。  
[明治 33 年改正案]

### 第 211 条

有夫ノ婦姦通シタル者ハ一年以下ノ懲役ニ処ス。有夫ノ婦ニ姦シタル者亦同シ。  
本条ノ罪ハ本夫ノ告訴ヲ待テ之ヲ論ス。但本夫姦通ヲ縦容シタルトキハ告訴ノ効  
ナシ。

[明治 34 年改正案]

### 第 211 条

有夫ノ婦姦通シタルトキハ二年以下ノ懲役ニ処ス。其相姦シタル者亦同シ。  
前項ノ罪ハ本夫ノ告訴ヲ待テ之ヲ論ス。但本夫姦通ヲ縦容シタルトキハ告訴ノ効  
ナシ。

[明治 35 年改正案]

### 第 211 条

有夫ノ婦姦通シタルトキハ二年以下ノ懲役ニ処ス。其相姦シタル者亦同シ。  
前項ノ罪ハ本夫ノ告訴ヲ待テ之ヲ論ス。但本夫姦通ヲ縦容シタルトキハ告訴ノ効  
ナシ。

- (82) 「有婦ノ夫」の処罰規定を設けるよう意見が示されたこともある。理由としては、「男子ト女子トハ其性質ニ於テ全然異ナル所アリ。随テ男子ノ姦通ハ女子ノ姦通ノ如キ害ヲ生スルコトナキハ事実ナリト雖モ、畢竟有夫姦ヲ処罰スルノ趣旨ハ、其主要ナル点ハ畜ニ私人ノ血統保維ノ一点ニ止マラス、公ノ秩序ヲ紊乱スル行為ナルヲ以テ、之ヲ不問ニ付スヘカラスト謂フニ在リ。果シテ然ラハ其行為ノ結果ニ多少ノ差異アリト云フ一事ヲ以テ、一ハ刑法上ノ犯罪トシ、一ハ全然之ヲ道德上ノ制裁ノミニ委スルハ聊カ公平ヲ失スル嫌ナシトセス。少クトモ或ル制限ノ下ニ於テ夫ノ姦通モ亦之ヲ処罰セサルヘカラス。」というものであった。

但し、「女子ハ体質上受胎ノ機能ヲ有シ、異性ノ交接ニ因テ生殖ヲ為スモノナレハ、夫以外ノ男子ト交接スルノ行為ハ直ニ血統ヲ紊乱スルノ結果ヲ生スルノミナラス、民法ノ規定ニ依ルモ妻カ婚姻中ニ生ミタル子ハ夫ノ子ト看做スノ推定アリ。随テ其姦通ヲ不問ニ付スルトキハ、一家ヲ擾乱スルノ結果ヲ生スヘシ。反之男子ノ姦通ハ単ニ道義ニ反スト云フノミニテ、如此弊害ヲ生スルコトナキヲ以テ、敢テ刑罰ヲ科スルノ要ヲ見ス。純理ノ上ヨリ論スルトキハ、婦ノ姦通ヲ処罰スル以上ハ夫ノ姦通ヲ不問ニ付スヘキモノニアラサルヘシト雖モ、今日ノ実情ニ於テハ、到底實際ニ行ハレサルノミナラス、制限ヲ付セントスルモ如何ナル制限ヲ以テ適当トスヘキ乎ハ、直チニ起ルヘキ難問ニシテ之ヲ解決セントスルハ容易ノ事業ニアラス。本問ハ立法院ニ於テモ度々起リタル議論ナレトモ、遂ニ成立セサル

近代日本における妾の法的諸問題をめぐる考察（一）

- ハ蓋シ実行ノ困難ナルヲ以テナルヘシ。」との点も挙げられていた。田中正身編著『改正刑法釈義 下巻』西東書房、1908年、770-772頁。
- (83) 新保勘解人『日本刑法要論 各論』敬文堂書店、1927年、246頁。前掲(註69) 平井『刑法論綱 各論』233頁。大竹武七郎『刑法綱要 総論・各論』松華堂、1934年、468頁。
- (84) 大場茂馬『刑法各論 下巻』[増訂第3版]中央大学、1912年、473頁。
- (85) 徳岡一男『刑法各論』(大衆法律講座 第6巻)非凡閣、1935年、182頁。
- (86) 戦前期の著作では、「夫婦平等の原則—夫の姦通と妻の姦通—」『経済往来』3-12、1928年、1-11頁(同稿は、瀧川幸辰『刑法雑筆』(文友堂書店、1937年)に「夫婦平等の原則」との題目で再録されている。)・『刑法講義』(弘文堂、1929年)・『刑法読本』(大畑書店、1932年)、戦後では『刑法学周辺』(玄林書房、1949年)・瀧川幸辰先生記念会編『瀧川幸辰 文と人』(世界思想社、1963年)等がある。
- (87) 『大日本帝国司法省刑事統計要旨』によると、「猥褻、姦淫及重婚ノ罪」により第一審で有罪に科されたのは、昭和16年(1941年)には男子：508、女子：34、昭和17年(1942年)には男子：564、女子：24、昭和18年(1943年)には男子：595、女子：44、であった。
- (88) 『東京朝日新聞』(1931.2.1・夕刊)において「妾を置く者に痛い刑法改正」との記事が掲げられ、「妻の承認なしに妾を囲つた場合は姦通罪の告訴が出来るやうにして女性を擁護することになる模様である。」と報道されている。
- (89) 「刑法改正の話(1)」『東京朝日新聞』(1940.5.21)。
- (90) この仮案についての評価は、『法律時報』12-7、1940年、2頁以下に牧野英一「刑法の改正における妥協と進歩」、小野清一郎「刑法に於ける道義と政策—改正刑法仮案に対する概括的批判—」、瀧川幸辰「改正刑法仮案の各則—刑法改正綱領を中心として—」、木村亀二「刑法草案各則の比較法的考察」の各論稿が寄せられている。牧野論稿は、牧野英一『改正刑法仮案とナチス刑法綱領』有斐閣、1941年に再録されている。
- (91) 有夫の婦に限って姦通罪が成立していた状況から姦通罪が廃止となったことに対し、玉城肇は「民法の上でも刑法の上でも姦通に対する制裁の差がとりのぞかれたのは、法制史の上から見ても女性の地位を向上せしめる上に一つの進歩だったことは確かである。」と評している。玉城肇「一夫一婦制の解剖—(附)姦通罪の廃止について—」『婦人の世紀』9、1949年、36頁。
- (92) 前掲(註47)ボワソナード著、森・中村訳『ボワソナード氏刑法草案註釈』551頁。
- (93) 前掲(註74)宮城『刑法正義 下巻』747-748頁。
- (94) 原田清『刑法通解 全』法令研究会、1911年、282頁。
- (95) 山岡萬之助『刑法原理』[訂正増補第8版]日本大学、1918年、620-621頁。

近代日本における妾の法的諸問題をめぐる考察（一）

- (96) 姦通罪の規定では内縁の妻や妾が正犯とはならず、夫が妻以外の女性と関係を有したとしても処罰対象とならないことが社会における妾の悪習につながっているとの指摘も示された。泉二新熊『改正日本刑法論』有斐閣, 1908年, 715頁。同様の指摘は、前掲（註69）泉二『日本刑法論 下巻（各論）』409-410頁にもある。
- (97) 前掲（註44）三宅・青山『親族法・相続法』143頁。
- (98) 小野清一郎『刑法講義 各論』有斐閣, 1928年, 138-139頁。
- (99) 前掲（註86）瀧川『刑法雑筆』153頁に掲げられている統計結果を基に作成した。同じ意識調査の結果は、前掲（註86）瀧川「夫婦平等の原則—夫の姦通と妻の姦通—」にも示されている。同稿によると、当該意識調査の結果は1928年3月に筆者の刑法講義に出席していた学生の意見に基づくもので、「姦通に関する立法例や学説を一応、説明したが、批評は一切差し控へて、学生に考慮の余地を与えたのである。」（11頁）との説明が附されている。