

## 秦漢姦淫罪雜考

著者	下倉 涉
雑誌名	東北学院大学論集. 歴史学・地理学
号	39
ページ	105-174
発行年	2005-03-15
URL	<a href="http://id.nii.ac.jp/1204/00024182/">http://id.nii.ac.jp/1204/00024182/</a>

秦漢姦淫罪雜考

下

倉

涉

## はじめに

近年公刊された『二年律令』は、たとえそれが当該律の全文でないとしても、第一級史料としての価値を減じることはない。その分析によつて、秦漢時代史は勿論のこと、中国史全体の究明に一段の飛躍が見られるであろうと、誰しもが期待しているはずである。

研究の方向性は種々考えられるが、まず第一に着手すべきは、漢律の復元作業であろう。既得の睡虎地秦律等を参照し、且つ、これまでに確認・収集された佚文をもあわせ用いれば、従来以上の成果が得られるであろうことは間違いない。かかる検討の結果は、秦漢法制史の解明に大きく貢献するであろう。そして、その裨益するところはこれに止まらない。復元した条文を唐律のそれと対照することによつて、唐律形成史研究も一層の進展が見込まれる。更に、唐代以降の律にまで対象を拡大して、その通時代的な変遷を明らかにすれば、刑法規定の比較を通じて各時代の特質をあぶり出すことも可能になるのではあるまいか。本稿の着想は、まさにこうした点にある。

比較を試みようとした場合、当然何らかの「軸」を設ける必要がある。まず思い浮かぶのは、律中の特定の法規に着目して、それを通史的に考察する方法である。いま少し限定すれば、具体的な事犯を取り上げ、その処罰規定に検討を加えるといった手法が考えられよう。ただし、その際、どのような犯罪を選ぶべきかという点に注意しなければならぬ。社会状況の違いによつて比較が困難であろうと予想されるものもある<sup>1</sup>。古今を通じて、罪の認定や刑の軽重等の基準にズレの少ない犯罪を選択するのが肝要であろう。本稿で対象とする姦淫罪は、その一つであ

ると思われる。

以下、第一節ではまず、行論上必要な範囲に限って、唐律における当該犯罪の刑罰規定について確認し、その上で明清律との相違点を指摘する。そして、かかる検討をふまえて、第二節以下では、『二年律令』を主たる材料としながら、沈家本・程樹徳による佚文収集の成果を活用しつつ、漢律における姦淫罪の処罰規定、並びにその魏晋期以降の変遷に関して考察を加える。宋代以降の法制史に暗く、しかも、出土史料を本格的に扱うのは初めてであるので、重大な過ちを犯しているかもしれない。諸先達の叱責を乞う次第である。

## 第一節 唐律以降の処罰規定

### a 唐律の場合

唐律の姦淫罪処罰規定は、『唐律疏議』卷二十六・雜律の二二二条から二二八条に見える。これらを戴炎輝<sup>(2)</sup>氏は「普通規定」と「特別姦罪」に大別する。この内、「普通規定」即ち一般規定に当たるのが、「良人相姦」(雜律・二二二条)であった。<sup>(3)</sup> 律中では「凡姦」と称され、「特別姦罪」に対する処罰は、通常これを基準に刑の加減がなされた。中でも、無夫の婦女(未婚女性)との和姦が基準中の基準で、刑は徒一年半。有夫婦女との和姦、および未婚女性を強姦した場合には、これに一等が加えられ、既婚女性の強姦には更に一等が加重された。

「特別姦罪」を戴氏は以下の六種に分類する。

#### ① 良賤相姦(雜律22・26)



- ② 家賤男姦主或其親屬〔雜律26〕
- ③ 親屬相姦〔雜律23～25〕
- ④ 監守內姦〔雜律28〕
- ⑤ 居父母或夫喪姦〔雜律28〕
- ⑥ 道冠姦〔雜律28〕

①は、身分が異なる者同士の姦淫罪で、男性当事者が賤民であれば、良人相姦（凡姦）に加等され、逆に良民男性であると減刑される。②は、私家の賤男（奴・部曲）が主やその親屬と姦通したケース。和姦の場合、相手が主とその妻子および期親（その妻を含む）である時は「絞」に処され、大功以下總麻以上の親（その妻を含む）ならば、流刑に当てられた。<sup>(5)</sup>③は、三条に分けて規定される。唐律において③が最も重視されていたためであろう。重大犯罪と目されていたことは、それが「十惡」中の「内亂」に入れられている点からも窺いしれる。<sup>(6)</sup>なお、その詳細については後述する。次の④は、監守の役人が部内の良民婦女と姦した場合の処罰規定で、凡姦に一等加刑された。⑤は、父母および夫の喪服期間中に子・妻が犯した姦淫罪で、これと、⑥の良民と道士・女冠・僧・尼との姦罪には、凡姦に二等が加重された。

以上の姦淫罪処罰規定では、和姦罪と強姦罪とに分けて、刑が定められている。強姦は、和姦に一等加とされ、科刑の対象は男性に限られた。一方、和姦罪は、触法者の首従を分かつたず、男女に同一の刑が科された。ただし、これは原則で、④の「監守內姦」の場合、婦女は凡姦を以て論じると定められ、また、⑤⑥でも、私通相手は凡姦扱

いとされた。<sup>(7)</sup>更に、『唐律疏議』雜律の二六条「奴姦良人」には

其部曲及奴、姦主及主之期親若期親之妻者、絞。婦女、減一等。

とあるから、②中の「主及主之期親若期親之妻」に対する科罰も「男女同罰」原則の例外であつた。<sup>(8)</sup>

二三〜二五条に見える③の「親屬相姦」について、和姦罪の刑罰に限定して考察を加えると(以下付図参照)、二三条の「姦總麻親及妻」は、總麻・小功・大功親間(その妻を含む)の姦淫罪に関する一般規定である。刑は徒三年。本条で注目すべきは、妻の前夫の女と異父同母姉妹とが含まれている点である。後者は小功親(ただし義服)であるが、<sup>(9)</sup>いずれの女性も異姓に他ならない。父系の原理・原則からいえば、両者とも異族に当たる。「特殊な間柄」といいえよう。<sup>(10)</sup>

続く二四条の「姦從祖母姑」と二五条の「姦父祖妾」では、具体的な親屬の名称を挙げて刑を定める。二四条に見える親屬名は、從祖母母姑・從祖伯叔母姑・從父姉妹・從母・兄弟の妻・兄弟の子の妻で、この内、從父姉妹と兄弟の子の妻が大功親、他は小功親に屬する。<sup>(11)</sup>本条は、小功・大功親の例外規定と見なしえよう。科される刑は、前条よりも重い流二千里であつた。次の二五条には「伯叔母・姑・姊妹・子孫之婦・兄弟之女」とあり、子孫の婦以外は全て期親に当たる。つまり、この条の対象は、傍系の期親と直系卑親の妻(子孫の婦)であつたと換言することが可能であろう。処分は「絞」と、二四条よりも更に重い。なお、二五条では表題に見える「父祖の妾」との私通も「絞」と定める。ただし、これは父祖の子を産んだ妾の場合であつて、子をなさない妾であれば、本条の刑から一等が減じられた。<sup>(12)</sup>また、「父祖所幸婢」との姦は、更に一等減刑された。

## b 明清律の場合——唐律との比較——

唐律において雜律の一部であつた姦淫罪処罰規定は、明清律になると、刑律中の「犯姦」篇としてまとめられる。唐律の七条を分割・統合した上で改題し、且つ、新たに「縱容妻妾犯姦」「誣執翁姦」「官吏宿娼」「買良為娼」の四条が追加された<sup>15</sup>。また、従来の諸条中に、「姦生男女」「嫁売姦婦」「非姦所捕獲及指姦」といつた姦淫罪発覚後の規定を付加する。更に関連する条項として、刑律の人命篇に「殺死姦夫」条も新設されたのである。

唐律と明律との異同について考えようとした際、有益な手がかりを与えてくれるのが、薛允升の著した「唐明律合編」である<sup>16</sup>。また、清律の理解に当たつては、沈之奇の「大清律輯註」が大いに参考になる<sup>16</sup>。以下、本項では、この両書の所論を参照しながら、唐律と明清律の相違点を確認する。なお、指摘は行論上必要な範囲に限定すること、再度断つておきたい<sup>17</sup>。

明清律でも、「良人相姦」は「凡姦」と称された。これが一般規定であつた点は、唐律と異ならない。しかし、その刑罰を見ると、基準中の基準であつた未婚女性との和姦の刑は、「杖八十」に改められている。単純に比較すれば、唐律の徒一年半よりも四等減じられたことになる。他の姦淫罪に關しても、加減される刑の等数は唐律のそれと同じであつたが<sup>18</sup>、基準となる刑罰が軽減されたため、實質的には減刑されたのと等しい。かかる唐律の輕罰化は、小竹文夫氏が「全体として明律の処分が軽くなつている」と概括されるとおり<sup>19</sup>、明律、そしてそれを繼承した清律の全体的な傾向であつたと考えられる。

ただし、例外も存在する。その一つが強姦罪であつた。明清律では、唐律になかつた「已成」（既遂）と「未成」

(未遂)の区別が設けられた。そして、良人相姦の刑を定めた明律の「犯姦」条に

強姦者、絞。未成者、杖一百・流三千里。

とある如く、既遂は原則「絞」で、未遂の場合は一等が減じられた。<sup>20)</sup>唐律に比べると、明清律の処罰は頗る重い。前者では和姦の罪と一等しか違わず、しかも和姦の刑に従って、その処分は大きく変動した。これに対して後者の場合は、基本的には処死に刑罰が固定されたのである。

強姦罪以外では「家賤男姦主或其親屬」にも相違点が見受けられる。前項で確認したように、唐律では、主とその妻子および期親(その妻を含む)との私通は「絞」に処され、大功以下總麻以上の親(その妻を含む)ならば、流刑に当てられた。以上に相当する明清律の処罰規定は、「奴及雇工人姦家長妻」条に見える。

凡奴及雇工人姦家長妻・女者、各斬「決」。若姦家長之期親若期親之妻者、絞「監候」、婦女減一等。若姦家長之總麻以上親及總麻以上之妻者、各杖一百流・流二千里。強者、斬「監候」。(以上は清律から引用)

家長の期親と總麻以上の親(ともにその妻を含む)に対しては、それぞれ「絞」「杖一百流・流二千里」が科された。いずれも唐律の刑罰とほぼ同じであるが、明清律では姦淫罪の処分を軽減する方向にあつたのだから、刑の据え置きは当該犯罪を厳しく処断しようとする立法意図の表れと理解できる。更に注目すべきは、家長の妻女に対する刑罰規定が独立して定められている点である。その刑は「斬決」と極めて重い。しかも、婦女一等減の適用範囲外となされている。妻女の処分は、唐律に比べると、二重に加重されているのである。

家賤男との不義だけではない。親屬相姦の罰則規定も厳罰を極める。唐律では三条に分けられていたが、明清律

では「親屬相姦」という表題の一条にまとめられる。しかし、①緦麻・小功・大功親間の姦淫罪に関する一般規定、②小功・大功親の例外規定、③期親および直系卑親の妻に関する規定——五服の制を根幹とする三段階の処罰規定はそのまま堅持された。しかも、そこには「同宗無服之親及無服親之妻」と姦した場合の規定が追加されている。刑は「杖一百」。これは凡姦よりも二等重い。そして、従来の三規定に関しても、①は「杖一百・徒三年」と唐律の刑罰が維持され、②③は「流二千里」「絞」から、それぞれ「絞」「監候」「斬」「監候」へと刑が引き上げられている。<sup>21)</sup>薛允升が『唐明律合編』卷二六・「親屬相姦」条の按語で

明律改流爲絞、改絞爲斬、總係求勝於唐律之意。

と指摘するとおりであろう。五服に基づいた親屬秩序の遵守を、明清人が唐人以上に求めた結果であるに違いない。唐律以降の趨勢について、桑原隲蔵は「内乱防範の法禁は、唐律より清律にかけて、儼然維持されて居た。否唐より明、明より清と、代一代寧ろ緊厳を加へて来た」と概括する。<sup>22)</sup>従うべきであろう。先の「家賤男姦主或其親屬」に関する考察をもあわせれば、親屬に関わる姦淫罪の処罰は、唐代以降、厳しさを増す傾向にあつたと総括しえるのである。

### c 強姦罪の刑罰

張中秋氏は、強姦罪の刑罰が原則「絞」に変更された時期を元代とする。<sup>23)</sup>『元史』卷一〇四・刑法志三・「姦非」に強姦有夫婦人者死、無夫者杖一百七、未成年者減一等、婦人不坐。

とあり、氏はこれを論拠とされるが、かくの如き理解は正しくない。以下、本項ではこの点について少しく考察を加えたい。

『元史』と同じ規定は、『元典章』中にも確認できる。例えば、卷四五・刑部七・諸奸・強奸・「強奸無夫婦人」条に次のように見える。

舊例、強奸者、絞。無夫者減一等。

周知の如く、「旧例」として示される刑法は金の泰和律を指す。よって、七野敏光氏が論じられるように、金代において既に強姦の処罰は「絞」となされていたのであった。<sup>23)</sup>ただし、「無夫」（未婚婦女）の一等減は、明清律には見えない規定である。<sup>25)</sup>

仁井田陞氏は、泰和律が「姦淫（強姦）罪を唐律より重科として扱う」理由について、「女真的固有法意識の反映があるかも知れない」と推論されるが、これも正しくない。<sup>26)</sup>『旧五代史』卷一四七・刑法志には以下のようにある。

「周太祖廣順」二年（九五二）二月、……、乃下詔曰「……。應有夫婦人被強姦者、男子決殺、婦人不坐。其犯和姦者、並准律科斷、罪不至死。……。」先是、「後」晉天福中敕、凡和姦者、男子・婦人並處極法。至是始改從律文焉。

右には「晋天福中」としか記されていないが、同書卷一一〇・周書一・太祖紀一には

廣順元年（九五二）春正月丁卯、……、制曰「……。今後應犯竊盜賊賊及和姦者、並依「後」晋天福元年（九三六）已前條制施行。……。」

と見える。天福元年は後晋の高祖・石敬瑭が即位した年であるから、同王朝の成立と同時に和姦・強姦ともに処死と刑法が改定されたと考えられる。そして、後周が創業された広順元年に、和姦の処罰のみ唐律の規定に戻されたのであった。

宮崎市定氏が概括されるように、唐末から五代の混乱期において、「容赦ない重罰」が勅によって定められた。<sup>(27)</sup> 姦淫罪の嚴罰化を命じた後晋の天福勅も、この一例であろう。後周の時、かかる峻法は緩和されたが、それは和姦の刑だけであつて、強姦罪を処死とする法規はそのまま繼承された。そして、この規定を北宋は引き継ぐことになる。「宋刑統」卷二六・雜律・諸色犯姦には、唐律の姦淫罪処罰規定に続いて

准「後」周廣順三年二月三日敕節文、「應有夫婦人被強姦者、男子決殺、婦人不坐罪。其犯和姦及諸色犯姦、並准律處分。」

と、前掲の後周広順二年勅が引用されている。右の傍照法に従つて、強姦罪は「男子決殺」と量刑されたに違いない。<sup>(28)</sup> ただし、この「男子決殺」は法定刑であつて、「統資治通鑑長編」卷三五九に

「神宗元豐八年（一〇八五）九月乙未、三省樞密院言「該配、合從開封府及軍馬司斷遣者、並依法配行。無軍名者、五百里以上、並配牢城鄰州、本州並配本城。強盜、或三犯竊盜、因盜配軍後再犯罪、若謀殺并以刃故傷人、放火・強姦、或人力姦主已成、造蓄蠱毒及教令人、并傳習妖教、故沈有人居止舟船、拒捕、已上於法合配者、并諸軍犯階級及逃亡應配千里以上、並依法配行。……。」從之。

とあるから、執行刑は「配軍」であつたと推測される。また、「慶元条法事類」卷第八〇・雜門・諸色犯姦・勅・雜

勅に

諸強姦者（女十歳以下、雖和亦同）、流三千里、配遠惡州。未成、配五百里。

とあり、法定刑もやがて処死から一等が減じられて、「流三千里」に引き下げられたと考えられる。<sup>29)</sup>

かかる改定が宋朝のいつの時点で行われたのかは、詳らかにしえない。そもそも、同王朝において強姦犯がどのように処分されたのか、今ひとつはつきりしないのである。目下のところ、詳細は不明とする他ないのだが、少なくとも如上の考察から、当該期における強姦の処罰は唐律のような和姦に一等を加重する変動型の刑罰ではなかった、と論断することは許されるであろう。和姦罪とは連動しない固定型の、しかも、和姦の刑よりもはるかに重い厳酷な刑罰を科す強姦処罰のあり方は、唐朝滅亡後の常制であり、明清律の規定はこうした五代以降の変遷を集大成したものに他ならないのである。

## 第二節 秦漢の処罰規定（1）——「凡姦」を中心に——

本稿の主題である秦漢時代の姦淫罪処罰規定について話題を転じよう。「はじめに」で断つたように、出土した『二年律令』を主な検討材料としながら、且つ、沈家本『漢律摭遺』と程樹德『九朝律考』の成果を活用しつつ、考察を進めていく。『二年律令』の引用に当たっては、『張家山漢墓竹簡』（文物出版社 二〇〇一）の整理に従って律名を示し、簡番号と釈文の頁数を掲げた。また、睡虎地秦簡は『睡虎地秦墓竹簡』（文物出版社 一九九〇）によった。なお、必要な場合以外は簡の区切れを明示しない。



a 和姦罪

二年律令・裸律（二九二簡・一五九頁）には

諸與人妻和姦、及其所與、皆完爲城旦舂。其吏也、以強奸論之。

と、人妻との和姦について定める。女性が未婚であった場合の規定は、出土した『二年律令』の中に見出せないが、同墓から発掘された『奏讞書』の案例二一——亡夫の葬儀期間中に寡妻が犯した密通事件に関する裁判記録——には、冒頭に以下の如くある（一八〇〜一八三簡・二二七頁）。

故律曰、(a) 死夫（？）以男爲後。毋男以父母、毋父母以妻、毋妻以子女爲後。律曰、(b) 諸有縣官事、而父母若妻死者、歸寧卅日。大父母・同產、十五日。(c) 勞（傲）悍、完爲城旦舂、鐵頰其足、輸巴縣鹽。(d) 教人不孝、次不孝之律。不孝者棄市。棄市之次、黥爲城旦舂。(e) 當黥公士・公士妻以上、完之。(f) 奸者、耐爲隸臣妾。捕奸者必案之校上。（後略）

本案例には紀年が記されていないため、正確な年代を確定することはできない。しかし、右に見える(a)〜(f)の六つの律文の内、(a) (b) (d) (e)の四条は『二年律令』中に該当する条文が確認される。(c) (f)は見当たらないが、後者の後半部分「捕奸者必案之校上」は、後に詳述するように、和姦犯を検挙する際の必須要件を示したもので、当規定は秦代に設けられ、それが漢代に継承されたと考えられる。よって、少なくとも(f)は、出土した簡牘中に見えないだけで、これと同内容の条文が(a) (b) (d) (e)の四条と同じく本来の二年律令中には含まれていたと見なしえるのである。おそらく、この(f)中に見える「奸者、耐爲隸臣妾」こそが、当該律の段階における未婚婦女との和姦に関する

刑罰規定であつたに違いない。

かかる想定が正しいとすれば、漢初の律でも女性の有夫・無夫によつて和姦罪の刑に差等が設けられていたことになる。そして、その具体的な刑罰は、未婚であれば「耐為諫臣妾」、既婚は「完為城旦舂」であつたと理解できる。また、一九二簡には「皆完為城旦舂」とある。和姦罪の処分は男女同罰が原則であつたのだろう。刑名を除くと、以上の点は唐律以降の規定と何ら異なるところはないのである。

一九二簡と全く同一の条文を敦煌懸泉置漢簡の中にも確認することができる。「敦煌懸泉漢簡釈粹」(上海古籍出版社 二〇〇一)の九頁に見える次の簡がそれである。

● 諸與人妻和奸、及所與□爲通者、皆完爲城旦舂。其吏也、以彊(強)奸論之。其夫居官〔以下断欠〕(H0112 ②: 8)

同書の「凡例」によると、簡番号の「II」は発掘された場所、「②」はその地層を表している。同所・同層から出土した簡の内、紀年を有するものは二五枚で、H0314 ②: 302 に見える「五鳳二年」(宣帝後期)が最も古く、下限はH0114 ②: 294 の「元始五年四月丁未」(平帝末年)である。元帝と成帝期のものが最も多く、前者は八簡、後者は一二簡となる。出土状況から考えると、右は前漢晩期に施行されていた律の佚文と想定される。既婚女性との和姦に関する二年律令の規定は、少なくとも前漢時代を通じて——つまり、文帝一三年の刑制改革以後も——変更されることはなかつたと見なしえるのである。

文献史料に目を転じると、『漢書』卷一六・高惠高后文功臣表・土軍式侯宣義の項に

建元六年(前一三五)、侯生嗣、八年、元朔二年(前一二七)、坐與人妻姦、免。とあり、また、『太平御覽』卷二〇一・封建部四・誅貶に引く、『東觀漢記』に

利取侯畢尋玄孫守姦人妻、國除。

と見える。沈家本は『漢律摭遺』卷八・雜律・「與人妻姦」の項(以下同書同卷同条の場合には項名のみ揭示)で前者を引き、程樹德は『九朝律考』卷一・漢律考四・律令雜考・「和姦」項(本書についても以下項名のみ揭示)において兩例を引用する。人妻、即ち既婚女性との和姦の事例に他ならない。

沈家本は「與人妻姦」の項で、右の他に『漢書』から次の記載を引く(卷一七・景武昭宣元成功臣表・岸頭侯張次公の項)。

以都尉從車騎將軍擊匈奴侯、從大將軍、益封、凡二千戶。五月己巳封、五年、元狩元年(前一二二)、坐與淮南王女陵姦、受財物、免。

そして、以上の兩事例を掲げた上で、沈は

按、『周禮』秋官司刑引『尚書大傳』「男女不以義交者、其刑宮。」古者、姦罪甚重、此二者、僅止免侯。蓋輕於古矣。稱淮南王女、似是無夫者、而「岸頭侯張次公」與土軍「侯宣生」之罪同、是漢時不分有夫・無夫矣。

と論じる。「漢の時、有夫・無夫を分かつた」という論断は、本項如上の考察に基づいて改められなければならない。「二年律令」等の存在を全く知らなかったのだから、致し方なしとすべきであろう。ただし、右の按語における問題は、この結論部分だけに止まらない。それを導き出すに当たって前提となされている諸点も疑わしい。「淮南王女」

という表現から当該王女を「無夫」と推定するのは些か無理があろう。また、宣生・張次公に科された刑罰が「免侯」であったとする点にも従いかねる。

沈家本は、『史記』『漢書』の諸表中に見える「免侯」を、諸侯に対する処罰——正確に言えば、本来科されるべき刑罰が侯位の剝奪によって免除された——の一つと見なす。そして、かかる理解に基づいて表中に記載される犯罪の罪名や刑の軽重等について判断を下している。例えば、「吏姦部民妻」の項で、『漢書』高惠高后文功臣表・成敬侯董濞の項の

元光三年（前一二三）、侯朝嗣、十二年、元狩三年（前一二〇）、坐爲濟南太守與城陽王女通、耐爲鬼薪を掲げ、その按語において

姦人妻前二事、僅此免侯、而成嗣侯爲鬼薪者、殆城陽歸濟南所監、故罪較重歟。

と述べる。「姦人妻前二事」とは先の宣生・張次公の事例を指す。この兩名が「免侯」であったのに董朝には実刑が科されているから罪が重かったのだろうと考えて、これを「与人妻姦」ではなく、「吏姦部民妻」の項に分類するのである。

沈家本はこの按語で「城陽煇濟南所監」と論じる。即ち、城陽国が濟南郡の監守下にあつたとするのだが、兩地の地理的な位置關係を確認すると、前者は後者の北にあり、その間には泰山郡の領域が横たわっている。つまり、城陽国と濟南郡は境域を接していないのである。沈の所論をすぐさま支持するわけにはいかない。また、「耐爲鬼薪」と実刑名が記されている点に沈は着目するのだが、『漢書』成敬侯董濞の項には、董朝の記載の後段に

元康四年(前六二)、漢玄孫平陵公乘詔復家。

とある。「免侯」とないだけで、實際は董朝も侯位を剝奪されたと思なさなければならぬ。

爵位と刑の減免との関係について、沈家本は誤解を犯している。富谷至・宮宅潔の両氏が論じられるように、秦漢時代においては削爵・奪爵によって自動的に全ての刑罰が免除されたのではない。また、布目潮瀨氏は「漢書」の列侯表を見て、死刑以下の「完城旦舂」「鬼薪」「司寇」「隸臣」の刑罰に処せられた者が散見するが、これは死刑の數に比して極めて少なく、死刑以下の刑罰は、「漢書」は多くの場合に記載を省略して、単に「免」と行政上の処分のみ記したのであろう」と指摘する<sup>(36)</sup>。列侯表の性格を考えれば、ここに書すべき必須事項は侯位の有無であつて、記述に当たつては削爵や奪爵といった爵位に関わる処分に力点が置かれたはずである。同時に科せられたであろう刑罰に関して記入の遺漏が存在するのは至極当然のことといえよう。宣生・張次公の事例では実刑名が省かれているに過ぎない。「国除」とある畢守の記載(前掲の「太平御覽」所引「東觀漢記」)も同じであろう。また、董朝に対する科刑がこれらよりも重かつたと断定することもできない。董朝に関する記述を、程樹徳は「和姦」の項に引くが、これこそが正しい分類であろう。以上掲げた文献史料中の諸例は、全て唐律における「凡姦」の和姦罪に相当すると私は考える<sup>(37)</sup>。

ただし、右の結論が正しいとすると、ここから新たな問題が生じてくる。上述したように、二年律令の規定では、未婚女性との和姦は「耐為隸臣妾」、既婚ならば「完為城旦舂」であつたと考えられる。ところが、董朝が科された刑罰は「耐為鬼薪」であつたと「漢書」には記されている<sup>(38)</sup>。この刑名の不一致をどのように整合的に解釈すべきか。

かかる疑問に対する解答は後の項で示すことにして、ここでは最後に以下の点についてのみ言及しておきたい。漢口重国氏<sup>(9)</sup>および富谷氏<sup>(10)</sup>によれば、隸臣妾の刑名は前漢武帝期を境に文献史料の上から姿を消す。文帝一三年の刑制改革によつて隸臣妾と鬼薪白粲はともに三年を刑期とする労役刑となつた。そのため、やがて前者は廃止され、三歳刑は後者に一本化されたと両氏は想定する。富谷氏によると、元狩五年(前一八)の紀年を有する『漢書』巻一六・高惠高后文功臣表の記載が、隸臣妾の存在を確認できる最後の事例であるから、董朝への科刑がなされた元狩三年の段階では、まだ同刑は廃されていない。しかし、この後、当該刑名の消滅に伴つて、未婚婦女との和姦に対する刑罰は、二年律令が定める「耐為隸臣妾」から「耐為鬼薪白粲」に切り替えられたであろうと推断される。

b 強姦罪

二年律令・裸律(一九三簡・一五九頁)には

強與人奸者、府(腐)以為宮隸臣。

とあり、強姦罪の刑罰は「腐為宮隸臣」であつたことがわかる。刑名から推測すると、肉刑である「腐」(宮刑)を施した上で、「宮隸臣」の労役に当てたと考えられる。また、「腐為宮隸臣」と「妾」字を欠くのは、唐律以降の規定と同様、男性のみが科刑の対象であつたためであろう。裸律(一九〇簡・一五八頁)に

奴取(娶)主・主之母及主妻・子、以為妻、若與奸、棄市、而耐其女子以為隸妾。其強與奸、除所強。

と見え、同じく裸律(一九一簡・一五八頁)にも

同産相與奸、若取（娶）以爲妻、及所取（娶）、皆棄市。其強與奸、除所強。とあるから、「所強」即ち被害女性が科罰されなかつたことは間違いない。<sup>41</sup>

ここで、前項所掲の裸律（一九二簡）と敦煌懸泉置漢簡（II0112②：8）を再度引用すると

諸與人妻和奸、及其所與、皆完爲城旦舂。其吏也、以強奸論之。

● 諸與人妻和奸、及所與□爲通者、皆完爲城旦舂。其吏也、以強（強）奸論之。（後略）

傍点部に「強奸」「彊奸」と見える。既婚女性との和姦に関する処罰規定に続き、且つ「其吏也」とあるのだから、傍点部は吏が人妻と私通した場合の罰則規定であろう。そして、この具体的な罪名は、沈家本が「吏姦部民妻」と名付ける姦淫の罪に違いあるまい。<sup>42</sup> 管轄内の人妻と密通した吏に対して、通常の和姦刑とは異なる罰を科す点、唐律の「監守内姦」と全く同じい。<sup>43</sup>

その「吏姦部民妻」の項で、沈家本は、本節a項に掲げた『漢書』成敬侯董渫の項の他に、『太平御覽』卷六三九・刑法部五・聽訟に引く『会稽典録』の次の記載を引用する。

謝夷吾、字堯卿、山陰人也。爲荊州刺史、行部到南魯縣、遇孝章皇帝巡狩、幸魯陽。……有詔勅夷吾、入傳錄見囚徒。……有亭長姦部民者、縣言「和姦」。上意以爲吏姦民何得言和、且觀刺夫決當云何。頃夷吾呵之曰「亭長、詔書朱幘之吏、職在禁姦、今爲惡之端。何得言和。」<sup>44</sup>

その上で、当該項の按語において

此唐律之監主於監守内姦條也。……南魯亭長不得言和、未知所處者何罪。或與成嗣侯同論。若以強姦論、則

無此法理也。

と述べるのだが、県令の「和姦」という論罪に対して、謝夷吾は「何得言和」と叱責を加えているのだから、強姦罪が適用されたと理解するのが穏当であろう。役人が権力を笠に着て部民に情交を強要する。こうした悪行は後を絶たなかつたはずである。章帝が「長吏以劫人而得言和」と疑念を抱くのも当然のことといえよう。二年律令が制定された時点でも、状況に違いはなかつたと想定して大過あるまい。「以強奸論之」という規定は、かかる実情に照らして定められた罰則であつたと推断しえるのである。

### c 罪の差等

再度確認すると、唐律において、有夫婦女との和姦は無夫とのそれに罪一等が加重された。また、強姦の場合は、各和姦罪にそれぞれ一等が加刑されたのであつた。凡姦の和姦罪・強姦罪は、未婚女性との和姦の処罰を基点として、刑の序列化がはかられていたのである。では、二年律令の段階ではどのような体系になつていたのであろうか。これは、各犯罪の刑罰がどのような関係にあつたかという問題に置き換えることができよう。以下、本項では、先学の成果に導かれながら、「耐為隸臣妾」（未婚女性との和姦）・「完為城旦舂」（既婚女性との和姦）・「腐為官隸臣」（強姦）の序列について考察を加えたい。

周知のように、睡虎地秦簡が発見される以前の段階では、秦代刑罰の序列は労役強度の高低に基づいて城旦舂・鬼薪白粲・隸臣妾の順になつていたと考えられていた。しかし、宮宅氏は、かかる理解を批判して以下のように論



じる。「睡虎地秦律において犯罪内容の軽重によって刑が遞減する場合、城旦舂→隸臣妾という関係は見られるもの、鬼薪白粲がそのなかに組み込まれたものはない」。有爵者といった特権保有者が城旦舂に該当する罪を犯した場合、「原則的には鬼薪白粲に当てられて労役に服することにな」つていた。つまり、城旦舂・鬼薪白粲・隸臣妾という直線的な体系が存在したのではなく、身分の高下に対応する城旦舂—鬼薪白粲と罪の軽重に対応する城旦舂—隸臣妾との二系統に分かれていたのである。そして、かかる刑罰の体系は、文帝の刑制改革まで基本的には変わらなかつたと氏は想定される<sup>(45)</sup>。

二年律令では、女性の未婚・既婚によつて和姦の刑は「耐為隸臣妾」と「完為城旦舂」とに分けられていた。宮宅氏の見解に従えば、これは、罪の軽重に基づいた区分であろう。そして、その差は、唐律以降の規定と同様「罪一等」であつたと想定される。つまり、同系列で軽重の差一等の刑罰が科されたのである。犯行の様態（男女双方の合意に基づく不義密通）が同一であり、その違いは当事者女性の夫の有無という一事だけであつたことが、かかる処分を二年律令の立法者が定めた根拠であつたと推断されるのである。

これに対して強姦は加害者による一方的な犯罪である。では、その処罰である「腐為宮隸臣」は、刑罰体系の上でどのような位置にあつたのか。

「腐為宮隸臣」という刑名は、睡虎地秦簡・「二年律令」を通じて、前項に掲げた一例しか確認できない。しかし、これが強姦の刑であることに留意すると、先ず注目すべきは次の收律（一七四〜五簡・一五六頁）である。

罪人完城旦舂・鬼薪以上、及坐奸府（腐）者、皆收其妻・子・財・田宅。其子有妻・夫、若爲戸・有爵、及年

十七以上、若爲人妻而棄・寡者、皆勿收。坐奸・略妻及傷其妻以收、母收其妻。

傍点部「坐奸腐者」の「奸」は「強奸」であり、「腐」は「腐爲宮隸臣」を指しているに違いない。宮刑受刑者に科される労役刑は通常「宮隸臣」であつたため、「腐」と略記されたのではあるまいか。

滋賀秀三氏によれば、春秋時代以前では「刑罰の種類として身体毀損刑（肉刑）が重きをなしていた」。そして、「肉刑を受けた者は、公室や貴族の宮廷において特定の役務に使役せられ、もつて不具となつた身の余生を終るのを常とした」のである。あくまでも肉刑が主刑であり、刑徒に科された労役は、不可分ではあるが、副次的な要素であつたといえよう。この当時、宮刑を受けた者は「刑臣」として賤視され、後宮の取り締まりや君主身辺の賤役に使役されていた（同氏指摘）。「宮隸臣」とは、春秋時代に宮刑受刑者が担わされた、かかる賤役に淵源をもつ、極めて古いタイプの刑役であつたと推察される。事例が一例だけしか確認できないのは、この刑名が既に消えゆく運命にあつたことを意味しているように思われてならない。

先に推測した如く「坐奸腐者」の「腐」が「腐爲宮隸臣」であつたとすると、それは「收」罪を併科される下限の刑として「完城旦舂・鬼薪」の二刑と併記される関係にあつたことになる。そして、「腐爲宮隸臣」の刑罰体系における位置を考えるに当たつて見逃せないのが、左の告律（二二七〜三三三簡・一五一頁）である。

告不審及有罪先自告、各減其罪一等、死罪黥爲城旦舂、城旦舂罪完爲城旦舂、完爲城旦舂罪……  
薪白粲及府（腐）罪耐爲隸臣妾、耐爲隸臣妾罪……耐爲司寇、司寇・遷（遷）及黥顔（顔）類罪贖耐、贖耐罪罰金四兩、贖死罪贖城旦舂、贖城旦舂罪贖斬、贖斬罪贖黥、贖黥罪贖耐、耐罪……  
□金四兩罪罰金二

兩、罰金二兩罪罰金一兩。令・丞、令史或偏(徧)先自<sup>120</sup>得之、相除。<sup>121</sup>〔……〕は断欠部分、英数字は簡番号、「二」は簡の区切れをそれぞれ表す。

京都大学人文科学研究所・三国時代出土文字資料の研究班「江陵張家山漢墓出土二年律令」訳註稿 その(二)<sup>122</sup>(以下「人文研訳注」と略称)が解説するように、右は告不審と自首に関する規定であつた。いずれの場合も告した罪から一等減と定める。

断欠部分が多く、しかも重要な箇所が欠落しているのだが、傍点部によると、告発ないしは自首した罪が「腐罪」であつた場合、「耐為隸臣妾」に減刑されたと推察される。この「腐罪」が「坐奸腐者」の「腐」であり、且つ、その具体的な刑名が「腐為宮隸臣」であつたと見なしえるならば——その可能性が高いと私は考えるが——、それと「耐為隸臣妾」との刑の差は一等であつたことになる。「完為城旦舂」と「耐為隸臣」<sup>123</sup>とが労役強度の高低に基づく差等であつたのに対して、「腐為宮隸臣」と「耐為隸臣妾」は宮刑(肉刑)付加の有無という、異なつた系統における刑の上下差と位置づけられる。そして、これは、両刑罰に対応する二種類の姦淫罪、即ち強姦と未婚婦女との和姦が罪の差一等の關係にあつたことを意味するに他ならない。

「腐為宮隸臣」と「完為城旦舂」は平行の關係にあり、しかも、ともに「耐為隸臣妾」との差「罪一等」の刑であつたと推断される。そして、かかる三刑の序列は、それぞれの刑罰に対応する各姦淫罪の軽重の差を示していることになるわけだが、強姦の刑については、更に検討を要する問題点が残されている。唐律では和姦と同様に強姦罪においても、被害女性の未婚・既婚を基準に刑に差等が設けられていた。かかる刑罰の差は、二年律令の強姦処罰に

も設定されていたのであろうか。これは前項でふれた「吏姦部民妻」の具体的な刑罰の問題でもある。

この点について、私は今のところ以下のように考えている。即ち、人妻を襲った場合、それとの和姦の刑に罪一等が加重されたと仮定すると、既婚女性との私通は「完為城旦舂」に処されたのだから、強姦の刑罰はそこに宮刑が加えられて「腐為城旦舂」となされた可能性が最も高い。しかし、出土した「二年律令」の中に強姦罪に関する処罰規定は前項の裸律（一九三簡）しか確認できない。また、右の推論を些かなりとも裏付けられるような材料も見いだせない。かかる現状を無視するわけにはいかないであらう。現時点では、加害対象が既婚女性であっても、その刑罰は「腐為宮隸臣」であったと理解しておくのが穩当であるかに思われる。つまり、明清律において強姦罪の処分は原則「絞」であったように、被害女性の未婚・既婚を区別することなく、強姦犯（ただし凡姦相当の場合のみ）は一樣に「腐為宮隸臣」に処されたと想定しておきたい。

思うに、歴史を遡ると、元來、姦淫罪を犯した者は専ら腐刑に処された。そして、その刑徒は宮内の賤役に從事させられたのであった。有名な「尚書大伝」の記載「男女不以義交者、其刑宮」は、こうした古の記憶を言説化したものであろう。やがて時代が下り、刑罰制度の整備・改変が進むと、和姦罪は労役を主とする処罰の体系の中で処理されるようになる。強姦犯にのみ宮刑が科せられ、その正式な刑名は「腐為宮隸臣」となされたが、その來歴から「腐罪」と略称される場合もあったのである。つまり、「腐為宮隸臣」は、まさに強姦罪専用の刑として、二年律令の刑罰体系の内に残存していたのであろう。二年律令・具律（八八簡・一四六頁）に

有罪當黥、故黥者劓之、故劓者斬左止（趾）、斬左止（趾）者斬右止（趾）、斬右止（趾）者府（腐）之。（後略）

とあるから、同律において肉刑としての宮刑は、通常初犯に科されることはなかったと推察される。ところが、強姦の場合はそれが法定刑となされていたのである。当該事犯と腐刑との間に対応の關係が存在した可能性は極めて高いと思われるのである。<sup>(19)</sup>

宮刑は、文帝の肉刑廃止以後も依然として行われていた。ただし、その執行例は死刑の代替刑といった特殊なケースばかりであるから、刑制改革の結果、「腐罪」は正規の刑罰体系の外に置かれるようになったと見なしえる。<sup>(20)</sup>「腐為宮隸臣」という古いタイプの刑罰がこの時完全に廃止されたとは言いがたいが、刑制改革の結果、強姦罪の刑罰に変更が加えられたことはほぼ間違いないと私は考える。和姦罪と同様、強姦の処罰も労役刑の体系の内に組み込まれたのではあるまいか。具体的な刑名を知る術はないが、おそらく、「腐為宮隸臣」と「耐為隸臣妾」との差等に基づいて、和姦に一等を加重した刑が当てられた。そして、この時、婦女の有夫・無夫を区別する唐律の祖型が案出されたものと推察されるのである。

さて、ここで、a 項に掲げた『漢書』高惠高后文功臣表・成敬侯董濞の項の記載を再度引用しよう。

元光三年、侯朝嗣、十二年、元狩三年、坐爲濟南太守與城陽王女通、耐爲鬼薪。

董朝に科された和姦の刑は、なぜ「耐爲鬼薪」であったのか。本項の考察をふまえると、先に保留しておいたこの疑問に対して、次の如き解答が想定できる。即ち、密通相手の城陽王女は既婚者であったのだろう。有夫婦女との和姦であるから、董濞の刑罰は、本来ならば「完爲城旦」であった。しかし、彼が有爵者であったため「耐爲鬼薪」に処されたのではあるまいか。<sup>(21)</sup>

かかる推測が正しいとすれば、鬼薪白粲は、元狩三年段階においても依然として、被刑者の身分を考慮して当てられる特殊な刑であったことになる。文帝の刑制改革以後も、同じ労役三年の刑として鬼薪白粲と隸臣妾とが併存されていた意味を考えてみる必要がある。文帝一三年の改革をへた後も、鬼薪白粲が本来有していた性格は、直ぐには失われなかった。その本源的な属性が完全に払拭された結果、刑期を同じくする隸臣妾が不要になったのであるまいか。隸臣妾刑の消滅期が武帝代であったのならば、その治世こそが、刑罰原理の転換という文帝期を転機とした一大改革の完成期であったに違いないと予想されるのである。

### 第三節 秦漢の処罰規定（2）——関連条文の検討——

#### a 「捕奸者必案之校上」

本項表題の条文は、前節a項で確認したように、「奏讞書」案例二一の冒頭に見える律文である。池田雄一氏は、本条の「案之校上」について、「校上」は「交上」であり、「奸の現場」の意であるとされた上で、「之を交上に案べ」と訓読する<sup>(32)</sup>。また、学習院大学漢簡研究会は、池田氏の解釈に従って「姦を行った現場で犯人を取り調べる」と翻訳する<sup>(33)</sup>。従うべきであろう。表題の条文を現代風に訳せば、「和姦犯を検挙する際には、現行犯逮捕であることを要す」となるに相違あるまい。

ここで『奏讞書』案例二一の内容を紹介しておく、本件に関連する律の引用に続いて事件のあらましが記され、その後、廷尉府における審議の過程が記載されている。被疑者は丁の妻の甲。夫が病死して、その埋葬がまだ済ん

でないのに、他男の丙と棺の傍らで情交するに及んだ。その現場を目撃した丁の母がお上に訴え出たのである。寡婦の密通事件に他ならない。県の上申を受けて、廷尉の劾以下三〇人からなる集議が開催され、議論の結果、

〔前略〕當之、妻尊夫、當次父母、而甲夫死、不悲哀、與男子和奸喪旁。致之不孝・腐（傲）悍之律二章、捕者・雖弗・案・校・上、甲當完爲春。告杜論甲。

とある如く（一八七〜八簡・二二七頁）、甲の罪は「完爲春」と量刑された。ところが、出張から戻ってきた廷史の申が、この判決に異議を唱える。以下、申と穀等との間で問答が行われ、最終的には穀等が自分たちの非を認めることになる。

その最後の遣り取り取りは次のようであった（一九四〜六簡・二二七頁）。

〔前略〕「申」曰「廷尉・史議皆以欺死父罪輕於侵欺生父、侵生夫罪<sup>①</sup>圍於侵欺死夫、□□□□□□□□與男子奸棺喪旁、捕者弗案校上、獨完爲春、不亦重辱（乎）。」穀等曰「誠失之。」

また、直前の論議には

〔前略〕有（又）曰「夫爲吏居官、妻居家、日與它男子奸、吏捕之弗得、<sup>②</sup>圍之、何論。」穀等曰「不當論。」と見える（一九三〜四簡）。右の「吏捕之弗得」は、「捕者弗案校上」を言い換えた表現であるに違いない。しゅうとめの告発だけで、「案之校上」（現行犯逮捕）という要件を満たしていなかったことが、本密通事件の審理を複雑なものになさしめた最大の要因であったと考えられる。結審の部分を欠くが、池田氏が推測されるように、甲は無罪放免となされたのであろう。<sup>③</sup>

現行犯逮捕を和姦犯檢挙時の必須条件とする法規は、睡虎地秦簡・封診式（九五簡・一六三頁）に

奸 爰書・某里士五（伍）甲詣男子乙・女子丙、告曰「乙・丙相與奸、自畫見某所、捕校上來詣之。」

とあるから、秦律段階で既に設けられていたと推断される。また、前掲の懸泉置漢簡には

●諸與人妻和奸、及所與□爲通者、皆完爲城旦舂。其吏也以強（強）奸論之。其夫居官……

とある。先の『奏讞書』案例二一（一九三〜四簡）に「夫爲吏居官」と見える点に着目すると、「其夫吏官」に続く右の断欠部分は、「妻居家、日與它男子奸、吏捕之弗得」とあつた後、「不當論」といつた文言で締めくくられていた可能性が高いと思われる。このように補つて誤りないとするれば、漢律においても「案之校上」が和姦犯檢挙の必要条件と定められていたことになる。前節a項で指摘したように、出土した『二年律令』中に該当する条文を見出すことはできない。しかし、かかる事實は、同律における当該規定の不在を意味するわけではない。『奏讞書』案例二一の冒頭に掲載されている律文「捕奸者必案之校上」と同一の条規が、本来の二年律令には含まれていたと見なすべきであろう。

では、こうした現行犯逮捕を必須とする法規は、秦漢時代にのみ設けられていた当該期特有の規定であつたのだろうか。答えは否である。明律の刑律・犯姦・「犯姦」条には

其非姦所捕獲及指姦者、勿論。若姦婦有孕、罪坐本婦。

とあり、荻生徂徠は『明律国字解』で「姦所捕獲とは、密通の場所にてからむるなり。指姦とは、密通すると風説するばかりなるをいふ」と解説する。「姦所捕獲」が「案之校上」と同義であることは贅言を要すまい。清律にも同



文が確認される。

時代を遡ると、『元典章』卷四五・刑部・諸奸・和奸・「和奸有夫婦人」条に

舊例「和奸者、奸所捕獲爲理。」

とある。「旧例」とあるから、これは金代泰和律の律文に違いない。また、同書同卷の諸奸・指奸には「非姦所捕獲勿論」という表題が付された案件も見える。「和姦犯は現場で逮捕しなければ不問」と定める律則は、金から元、そして明清へと継承されたのである。更に、『名公書判清明集』卷一二・懲惡門・「吏姦」条の冒頭には

夫告妻姦、官司所當施行。但登時不捕、久方有訴、妻已棄離、又復該赦、方且併他事冒罷論訴、官司雖欲盡情追究、不可得也。

とある。「登時」とは「即刻」「即時」の意。即ち、傍点部は「夫が密通した妻と問男を現場で直ちに捕まえなかつた」と訳される。南宋でも現行犯逮捕が必要となされていたことが窺えるのである。

こうした規定を唐律中には見出せない。また、北宋代に関しても未詳である。しかし、如上の考察に基づけば、兩王朝においても同様の法規は設けられていた、と推測して間違いないであろう。かかる原則が立てられていた理由について、明の雷夢麟は次の如く解説している（『說律瑣言』卷二五・犯姦・「犯姦」）。

姦情無迹、易於誣執。若非姦所捕獲、是其事無憑、及指稱某與某通姦者、是其說無憑、皆勿論。

秦律で「捕奸者必案之校上」と定められて以来、以後一貫して、誣告による冤罪を防止するために現行犯逮捕が和姦犯檢舉時の必須要件となされ続けていたに違いない。

b 「殺死姦夫」

何休が『公羊伝』桓公六年条の注で引く漢律に

立子姦母、見乃得殺之。

とある。沈家本は『漢律摭遺』卷五・賊律三で右を引用し、その按語で

此即今殺姦之例也。「見乃得殺之」、頗與今姦所登時之例相近。

と述べる。沈がいう「今殺姦之例」とは、清律の刑律・人命・「殺死姦夫」条に見える次の規定に他ならない。

凡妻妾與人姦通、而「本夫」於姦所親獲姦夫・姦婦、登時殺死者、勿論。

この律文では、姦夫・姦婦を本夫が密通の現場で殺害した場合は殺人の罪を問わない、と定める。第一節のb項で確認したように、本条は明律において新設された律則であった。即ち、如上の条文は唐律に存在しないのである。

ただし、それは律の一条として明文化されていなかっただけに過ぎない。薛允升は『唐明律合編』卷一八・「殺死姦夫」条で

愚按、登時殺死勿論、即「夜無故入人家、主家登時殺死勿論」之意也。唐律無此名目、蓋統括於「夜無故入人家」之内矣。

と論じる。また、同書同巻の「夜無故入人家」条でも

唐律賊盜門、特立「夜無入人家」一條、凡殺死姦盜等項罪人、均應照此律科斷矣。

と述べる。薛の指摘に従うべきであろう。「唐律疏議」卷一八・賊盜律の第二二条「夜無故入人家」に

諸夜無故入人家者、笞四十。主人登時殺者、勿論。若知非侵犯而殺傷者、減鬪殺傷二等。  
とあり、この条の疏議に

問曰、外人來姦、主人旧已知委、夜入而殺、亦得勿論以否。答曰、律開聽殺之文、本防侵犯之輩。設令旧知姦穢、終是法所不容、但夜入人家、理或難弁、縱令知犯、亦爲罪人。若其殺即加罪、便恐長其侵暴、登時許殺、理用無疑。況文稱「知非侵犯而殺傷者、減鬪殺傷二等」、即明知是侵犯而殺、自然依律勿論。

と見える。夫が密通現場で間男を殺した場合、この「夜無故入人家」条が適用されて無罪放免となされたに相違あるまい。そもそも、明代の「問刑条例」刑律二・人命・「殺死姦夫」条附には

本夫拘執姦夫・姦婦而毆殺者、比依「夜無故入人家、已就拘執、而擅殺至死」律條科斷。

とあるから、明律の「殺死姦夫」条は「夜無故入人家」条から派生独立した規定であつたと見なしえるのである。ちなみに、『周礼』卷三五・朝士に

凡盜賊軍鄉邑及家人、殺之無罪。

とあり、ここに付された鄭司農の注には

鄭司農云、謂盜賊羣輩若軍共攻盜鄉邑及家人者、殺之無罪。若今時無故入人室宅廬舍、上人車船、牽引人欲犯法者、其時格殺之、無罪。

と見える。右によれば、「無故入人室宅廬舍、其時格殺之、無罪」と漢代の律では定められていたことになる。沈家本が「此唐律之夜無故入人家也」と指摘するように、<sup>(6)</sup>「夜無故入人家」条に相当する条文は、既に漢律段階で設けら

れていたと理解される。<sup>(65)</sup>

さて、睡虎地秦簡・『二年律令』に目を転じると、「殺死姦夫」に類する規定はどちらにも見出せない。しかし、『史記』卷六・秦始皇本紀が掲載する会稽刻石中の一文には、以下の如くある。

有子而嫁、倍死不貞。防隔内外、禁止淫泆、男女絜誠。夫為寄猥、殺之無罪。〔注：索隱「猥、牡豬也。言夫淫他室、若寄猥之豬也。猥、音加。〕

陳青鳳氏はこれを消律「殺死姦夫」条の原型と位置づける。<sup>(66)</sup>氏が理解されるとおりであろう。前項の「姦所捕獲」と同様「殺死姦夫」も、その淵源は秦代に求められると考えて大過ないと思われるのである。

#### 第四節 秦漢の処罰規定（3）——特別姦罪について——

##### a 「家賤男姦主」

第二節b項でも引用した二年律令・裸律（一九〇簡・一五八頁）に

奴取（娶）主・主之母及主妻・子、以為妻、若與奸、棄市、而耐其女子以為隸妾。其強與奸、除所強。

と見える。これは、奴が主およびその母・妻子を姦した際の刑罰規定である。和姦と強姦に分けて考察を加えると、前者の場合、奴は「棄市」に処された。唐律では「絞」、明清律では「斬」と定められていたから、その処罰は古代より一貫して処死であったと理解される。一方、主等には「耐為隸妾」が科された。<sup>(67)</sup> 奴の刑よりも軽いこと、即ち、

男女同罰の原則が適用されないという点では、唐律と同じい（第二節 a 項参照）。ただし、二年律令の刑罰「耐為隸妾」は、凡姦の、それも未婚女性との和姦に対する刑と一致する（第二節 a 項参照）。唐律が一等減刑であったのに対して、二年律令における処罰の格差は甚だ大きい。身分の差こそが立法に当たって最も考慮すべき優先事項となされていたのであろう。

妻子に話題を限定すれば、明清代になると、妻女も奴と同様に斬刑に処された。男女同罰の原理に基づいた、しかも唐律よりも更に重い刑が科されるようになったのである（第一節 b 項参照）。その処罰は、二年律令・唐律・明清律と時代が下るほど、重くなっていったと見なしえる。かかる各律の差を「妻」に焦点を絞って意義付けると、それは、妻の貞操義務を社会がどの程度要求していたかという、その度合いを示しているのではあるまいか。強要の度は徐々に増していったのであり、逆に時代を遡ると、妻の不貞を処罰すべき悪行と位置づける傾向は弱まっていたと予想されるのである。

次に強姦について。先の裸律に「其強与奸、除所強」とあるから、加害男性である奴だけが処罰されたと考えられる。具体的な刑名が記されていないのは、和姦の刑と同様「棄市」であったためであろう。前掲の裸律（二九一簡）にも

同産相與奸、若取（娶）以爲妻、及所取（娶）、皆棄市。其強與奸、除所強。

とあり、ここでも強姦の刑罰名が省かれている。理由は同じであったに違いない。

睡虎地秦簡に目を転じると、法律答問（七五簡・一一一頁）に

臣強與主奸、可(何)論。比毆主。一鬪折脊項骨、可(何)論。比折支(肢)。

と見え、「臣」即ち奴が主を強姦した場合、「主を毆るに比す」とある。主を毆打した奴に対して、どのような処罰が科されたかについては、秦簡・「二年律令」ともに条文を欠く。しかし、二年律令・賊律(三九簡・一三八頁)に父母毆笞子及奴婢、子及奴婢以毆笞辜死、令贖死。

とあるように、傷害致死において子と奴婢は等し並に扱われた。主—奴婢の関係は父母—子の関係に擬されていた可能性が高い。これを所与の前提とすれば、賊律(三五簡・一三八頁)に

子牧殺父母、毆詈泰父母・父母・段(假)大母・主母・後母、及父母告子不孝、皆棄市。〔後略〕

とあるから、主を毆った奴も、父母を毆打した子と同様「棄市」に処されたと理解される。そして更に、かかる処罰規定が秦律以来のものであったと仮定すると、同律の段階で既に、主を強姦した奴の処分は「棄市」となされていたことになる。

さて、以上の考察をふまえると、第二節c項の結論に補足説明を加えておくことが必要となる。即ち、「腐為宮隸臣」が強姦専用の刑であったと論じたが、これは一般原則であって、和姦の刑罰が「棄市」であった場合、同じ事件の強姦もそれに連動して同じく「棄市」に処せられたと見なさなければならない。こうした例外規定が設けられていた事実は、強姦≡腐罪という対応関係ですら、もはや自明のあり方ではなくなっていたことを意味する。法律答問では、強姦罪が毆打の罪に「比」されてもいる<sup>(68)</sup>。姦淫罪が専ら宮刑に処された時代は、もはや睡虎地秦律の段階においてでさえ遠き過去となっていたことが窺いしれるのである。

b 「居喪姦」

程樹德は本項の表題と同名の項目を立て、そこで以下の兩記載を引く。

元鼎三年(前一四)、王勃嗣、坐憲王喪服姦、廢徙房陵。【『漢書』卷一四・諸侯王表 常山憲王舜(景帝子)の項】

元光六年(前一二九)、侯季須嗣。十三年、元鼎元年(前一六)、坐母公主卒未除服姦、兄弟爭財、當死、自殺。【『同書』卷一六・高惠高后文功臣表・堂邑安侯陳嬰の項】

また、「禽獸行」の項で次の『史記』卷一九・惠景間侯者年表の記述を引用する。

元鼎元年、「隆慮」侯「陳」蟻坐母長公主薨未除服、姦、禽獸行、當死、自殺、國除。<sup>(6)</sup>

沈家本は、右の三例を「未除服姦」と題した項で掲げ、その按語において

漢法、居喪犯姦、其罪極重。諸侯王罪至廢徙、其他皆當棄市矣。

と述べる。

以上は唐律の「居父母喪姦」に当たる。沈が論じるように、王は「廢徙」、諸侯以下ならば「棄市」に処されたと考えられる。唐律では凡姦に二等加重と定められていたから(第一節 a 項参照)、沈が「其罪極重」と説く如く、漢律の処罰は唐律よりもはるかに重かつたと評しえよう。<sup>(7)</sup>

父母の喪服中における姦淫の他に、唐律では、夫の服喪期間に妻が犯した不義密通に対しても同等の刑を科した。周知のように、夫のための喪服は、父に対するそれと同格の斬衰であった。『儀禮』喪服篇には

婦人有三從之義、無專用之道。故未嫁從父、既嫁從夫、夫死從子。故父者子之天也、夫者妻之天也。

とあり、妻にとつて夫は、子における父と同様「天」なる存在と位置づけられていた。先の服喪規定がかかる觀念に由来すること、贅言を要すまい。こうした経義に基づいて、唐律では子と妻の「居喪姦」を一様に処罰するのである。

では、この「居夫喪姦」に関して、秦律・漢律はどのように定めていたのであるか。考察に当たつて格好の検討材料となすべきは、前節a項で紹介した『奏讞書』案例二一であろう。再度確認すると、本件は、亡夫の葬儀中に寡婦が犯した密通事件であつた。しかし、残念なことに、この案件の分析からは十分な結論を導き出せないのである。

冒頭所引の律が当該事案の処理に際して参照された条文であつたとするならば、ここには「居夫喪姦」に関わる律文が引用されて然るべきであろう。ところが、引かれていた律は次の如きであつた。

奸者、耐爲隸臣妾。捕奸者必案之校上。

右が「居夫喪姦」の罰則規定であつたとは、些か考えがたい。相当する条文は、本件が発生した当時未制定であつたと見なすべきであろうか。

しかも、ここで示されている刑は「耐爲隸臣妾」である。これは未婚女性との和姦の刑罰に他ならない。後世の常識からいうと、寡婦は既婚者である。少なくとも、亡夫の喪服期間中はそのように目されていた。よつて、本罪犯は、「居夫喪姦」でなければ、最低限有夫婦女との和姦として処分されたはずである。だが、引かれている律文が



これに対応しているとは思えないのである。

二年律令においては明らかに、女性の未婚・既婚によって和姦罪の輕重が分けられていた。従つて、既婚女性との和姦処罰規定が引かれていない事実を以て当該条文の不在を仮定すること、つまり、案例二二段階の律では有夫・無夫の区別が設けられていなかったと理解するのは、余程の明証がない限り、危険な想定といえよう。とすると、律文の引用が不適切であるという論断を除けば、考えられる可能性は次の一つしか残されていない。即ち、当該期では、寡婦を「有夫」と見なす社会通念が未確立であつた。そのため、夫と死別した婦女には「無夫」との和姦の処罰規定が適用されたのではあるまいか。彭浩氏は、案例二一の分析に基づいて、「女子甲的丈夫去世、兩人間的婚姻事实上就不復存在、女子甲也就不必為其死去的丈夫承担妻子的義務、并且可以自由改嫁」と論じられる。<sup>(25)</sup> 更なる検討を要するが、本案例からは、その当時、夫が死んでしまうと、寡婦と亡夫（あるいは婚家）との關係は相當微妙な状態になつたという印象を強く受けるのである。

「居夫喪姦」に関する規定は、睡虎地秦簡にも、また、『二年律令』中にも見出すことはできない。漢初以前では当該法規は未設であつた、と想像させる材料ばかりが集まる。その存否、および制定の時期については、秦漢時代における夫妻關係の問題とあわせて、今後の課題としておきたい。

c 親屬相姦

『資治通鑑』卷二二・漢紀一四・武帝後元二年秋七月条には

濟北王寬坐禽獸行自殺。

とあり、胡三省はここに

漢法、内亂者爲禽獸行。

と注を付す。「内亂」とは「親屬相姦」の意に他ならない。親屬相姦は「禽獸行」と見なされ、漢代でも凡姦より厳しく処罰されていたのである。<sup>(76)</sup>

親屬相姦に関する規定として、再三引用した二年律令・裸律（一九一簡）には次の如く見える。

同産相與奸、若取（娶）以爲妻、及所取（娶）、皆棄市。其強與奸、除所強。

兄弟姉妹間の姦淫は「棄市」。唐律・明清律ではそれぞれ「絞」「斬」と定められていたから、その処罰は一貫して処死であったことになる。また、右の条文によれば、同産間の結婚も同様に「棄市」であった。姦淫と婚姻とは同じ刑が科されたわけだが、唐律以降の規定でも總麻親以上の同姓婚は「姦を以て論ず」と定められている。<sup>(77)</sup>つまり、一九一簡の如き法規は、ほぼそのまま後代の律に繼承されていたと考えて大過ないのである。

文献史料に目を転じると、『漢書』卷一四・諸侯王表・代孝王參（文帝の子）の項に

地節元年（前六九）、王年嗣、四年、坐與同産妹姦、廢遷房陵、與邑百家。

とある。また、同書卷一五上・王子侯表上には、東平侯慶（城陽共王の子）の項に

元狩三年（前一二〇）、坐與姊姦、下獄瘐死。

と見え、更に、安城思侯蒼（長沙定王の子）の項には

侯壽光嗣、五鳳二年(前五六)、坐與姊亂、下獄病死。

とある。沈家本は「与姊妹姦」の項で右の三例を引き、その按語で

與姊妹姦、漢法極重、諸侯王廢徙、其他當棄市矣。

と述べる。沈が指摘するとおりであろう。かかる処罰のあり方は、前項の「居父母喪姦」と全く同じい。

同産相姦以外の事例としては、「史記」卷一八・高祖功臣侯者年表に

元鼎二年(前一五)、「汝陰」侯「夏侯」頗坐尚公主、與父御婢姦罪、自殺、國除。

と見える。また、同書卷一一八・淮南衡山列伝にも

「衡山王賜子」孝先自告反、除其罪、坐與王御婢姦、棄市。

とある。なお、衡山王賜の子・劉孝が処刑されたのは、武帝・元狩元年(前一二二)のことであった。<sup>(78)</sup>

沈家本は「史記」高祖功臣侯者年表の記載を「与父御婢姦」の項で引き、その按語において次の如く論じる。

父御婢與父妾宥有分別。此侯(ハ夏侯頗)畏罪自殺、在漢法不知科以何罪。

しかし、夏侯頗は罪を畏れて自殺したのではない。鎌田重雄・布目潮瀧両氏が論じるように、諸侯王の自殺は強制的自殺であったから、処死と断罪された結果、あるいはその可能性が高かった故に、服毒ないしは自刎したと理解しなければならぬ。<sup>(79)</sup> 事実、「漢書」卷三五・燕王劉澤伝には

「燕王」定國與父康王姬姦、生子男一人、奪弟妻爲姬、與子女三人姦。……。至元朔中(前一二八)前一二三、

……、下公卿、皆議曰「定國禽獸行、亂人倫、逆天道、當誅。」上許之。定國自殺、立四十二年、國除。

とあり、燕王定国は「当誅」という判決が下された後、自害するに及んでいる<sup>(9)</sup>。また、前項所引の『史記』惠景間侯者年表にも、隆慮侯陳蟠について「禽獸行、当死、自殺、国除」と見える。つまり、父の御婢との姦淫の咎で夏侯顔にも死刑の宣告がなされたと推断されるのである。劉孝に科された「棄市」が、その具体的な刑名であったに違いない。

先の按語で沈は「父御婢与父妾宄有分別」と前置きする。第一節a項で確認したように、唐律では、父祖の子を産んだ妾と私通した場合、親属和姦の最高刑である「絞」に処された。そして、子のいない妾、所幸の婢の順に罪一等が逡減されたのである。伝統中国的な法的常識において、妾と婢を「分別」するのは当然のことであった。ところが、漢律の世界では、こうした通念は通用しない。御婢との和姦でさえ「棄市」に当てられたのである。妾は婢よりも身分が高かったのだから、それとの姦淫に「棄市」より軽い刑が科されたとは考えがたい。上掲の『漢書』燕王劉澤伝には「与父康王姬姦」と見える。燕王定国の罪名は「禽獸行」であるが、おそらく、父王の姫、即ち父妾との淫事だけで処死と断罪されたに相違あるまい。

ここで注目したいのが、次の二年律令・裸律（一九五簡・一五九頁）の記載である。

復兄弟・孝へ季へ父柏（伯）父之妻・御婢、皆黥爲城旦舂。復男弟子・孝へ季へ父柏（伯）父子之妻・御婢、皆完爲城旦。

冒頭の「復」について、『左伝』宣公三年には

【鄭】文公報鄭子之妃曰陳媯。

とあり、その注で杜預は漢律の佚文「淫季父之妻曰報」を引く。『二年律令』の整理小組は、この杜注を参照して、「復」は「報」と同義、と説く。「毛詩」邶風・「雄雉」序の疏にも以下の如く見える。

服虔曰、鄭子、文公叔父子儀也。報、復也。淫親屬之妻曰報。漢律「淫季父之妻曰報」。

後漢末の服虔は、「報」を「復」と解説した後、「親屬の妻を淫するを報と曰う」と説明する。「復」が姦淫の意であるならば、一九五箇の条文は、親屬相姦に関する規定であつたことになる。

とすると、本条で先ず着目すべきは、妻と御婢が一樣に扱われている点である。ここでは妾についてふれないが、『二年律令』における「妾」字の用例を調べると、「隸臣妾」「隸妾」と刑名を表す場合にしか、この字は用いられていない。後代の妾に相当する女性は、「下妻」「偏妻」というように、「妻」字の上に修飾語を冠して表現されている。「下妻」は後世の妾に当たり、「偏妻」は「別宅に住まう妾」の意と考えられる。本条の「妻」には、こうした「妻」も含まれているのかもしれない。

いずれにせよ、女性当事者が妻であっても、御婢であっても、その処罰は同じい。妾との淫事に対しても、同一の刑が科されたはずである。三者を区別しようとする意識を看取することはできないのである。そして、こうした科刑のあり方は、二年律令以後の漢律にもほぼそのまま継承されたに違いない。父妾との和姦は、御婢とのそれと同様「棄市」に処された。先の文献史料を用いた考察から、かかる結論を導き出しても、失当と非難されることはないであろう。

要するに、漢律における親屬相姦の刑罰規定では、妻・妾・御婢との姦淫を一樣に処罰したのである。これは、三

者の身分に応じて刑に輕重を設ける伝統中国的な刑法規定と明らかに異なる。指摘すべき第一の相違点といえよう。更に、上掲の一九五箇に分析を加えると、以上の他にも違いが存在することに気がつく。本簡に見える親屬を整理すると、次のようになる（御婢は省略）。

㉑ 兄弟の妻

㉒ 伯叔母（「季父伯父之妻」）

㉓ 兄弟の子の妻

㉔ 従父兄弟の妻（「季父伯父子之妻」）

この四者との淫事に関して、㉑㉒であれば「黥為城旦舂」、㉓㉔の場合には「完為城旦舂」に当てると定められている。唐律においては、第一節a項で確認したように、その処罰は㉑㉒流二千里、㉓㉔絞、㉑㉒流二千里であった。㉑は「無服」であるから、凡姦中の既婚女性との和姦とされ、徒二年に処されたと考えられる。これを刑の重さに従って並び替えると、㉑—㉒—㉓—㉔の順になる。これに対して、二年律令の区分は㉑㉒—㉓—㉔となっている。兩律の違いは一目瞭然であろう。二年律令の論理について目下のところ十分な説明はできないが、少なくとも、本条が唐律のような五服の制に則った規定でないことだけは間違いない。<sup>(4)</sup>

五服がその基本原理として本格的に導入されたのは、西晋の泰始律に始まる。同律について、『晋書』卷三〇・刑法志には

文帝爲晉王、患前代律令本注煩雜、陳羣・劉邵雖經改革、而科網本密、又叔孫・郭・馬・杜諸儒章句、但取鄭

氏、又爲偏黨、未可承用。於是令賈充定律、令與太傅鄭沖……等十四人典其事、……。重姦伯叔母之令、棄市。淫寡女、三歲刑。崇嫁娶之要、一以下媢爲正、不理私約。峻禮教之防、準五服以制罪也。凡律令合二千九百二十六條、十二萬六千三百言、六十卷、故事三十卷。泰始三年、事畢、表上。

とある。傍線部の「峻禮教之防、準五服以制罪也」は、泰始律編纂の基本姿勢を簡便に説明した一文に他ならない。そして、この前文の傍点部には「重姦伯叔母之令、棄市」と見える。沈家本は、これを引用した上で

〔唐律〕姦伯叔母者絞、亦沿於晉法、而改輕者。

と論じる。<sup>85</sup> おそらく、泰始律以前では、「黥爲城旦舂」（二年律令の刑罰）の流れをくむ髡鉗城旦刑に処されていたのであろう。<sup>86</sup> それが、唐律と同様の処死に引き上げられたのである。

「姦伯叔母之令」は、「五服に準じて以て罪を制」した律則改定の一例として、ここに掲げられているのであろう。「晋書」刑法志は伯叔母との和姦についてしかふれないが、この時に改正された規定はこれに止まらなかったはずである。兄弟の妻・兄弟の子の妻・従父兄弟の妻との場合に関しても、五服の制に準じて刑罰の組み替えが行われたと推断して大過あるまい。二年律令・裸律（一九五簡）の如き処罰規定は、泰始律の編纂時に抜本的な改定がなされたのであった。

## 第五節 異父同母兄弟姉妹の姦淫

睡虎地秦簡・法律答問（一七二簡・一三四頁）には、次のような記載が見える。

同母異父相與奸、可（何）論。棄市。

喬偉氏は、本条を引用した上で、「即兄弟姉妹之間通奸、均处以死刑」と述べる。<sup>(註)</sup>氏が指摘する如く、前節c項で掲げた二年律令・操律（二九一簡）と同様の規定は、睡虎地秦律の段階で既に設けられていたのであろう。「同産相姦は棄市」という律則を比付援引して、同母異父間の和姦罪にも同じ刑を科すべしと量定されたに違いない。

かかる処罰は唐律のそれと明らかに異なる。第一節で確認したように、唐律では、親兄弟姉妹の和姦は絞、異父同母であれば徒三年と、刑の軽重は隔絶していた。そもそも、父系原理に貫かれた同律において、姓の異なる兄弟姉妹を一樣に扱うなどということはありえようはずがない。秦律における類推解釈のあり方が右の如きであったのならば、当該律では同父・異父の違いを絶対的な差異とせず、両者を「兄弟姉妹」というカテゴリーで一括していたことになる。秦律と唐律とでは、立法者が寄つて立つところの親屬觀念に相当の隔たりが存したと考えざるを得ないのである。

出土した『二年律令』の中には、上掲の法律答問と合致する規定を見出すことはできない。しかし、これが直ちにかかる律文の不在を意味するとは思えない。拙稿で論じたように、前漢代において母後の異姓兄弟姉妹は、その親兄弟姉妹とほぼ同等の処遇を皇帝から受けていた。しかも、これを批判する言説は、前漢後期の成帝の一言しか



確認できない<sup>(88)</sup>。かような事実を然らしめた原因は、皇帝の縁戚という特殊な事情ではなく、法律答問から窺える血縁意識にこそ求めなければならぬ。「同父も異父ともに『兄弟姉妹』」とする血族観は、前漢一代を通じて社会的な通念であり続けたのである。そして、如上の観念が依然として存続していた当時にあつては、異姓同母の兄弟姉妹相姦に科された刑罰も、秦律段階と同じ「棄市」であつたと推断されるのである。

前稿では、前漢以前における異父兄弟姉妹の事例として、戦国秦の宣太后と魏冉の例を掲げておいたが、更に遡つて、『左伝』成公一一年に以下の如き記載が見える。

聲伯之母不聘、穆姜曰「吾不以妾爲姒。」生聲伯而出之、嫁於齊管于奚、生二子、而寡以歸聲伯。聲伯以其外弟爲大夫、而嫁其外妹於施孝叔。郤犇來聘求婦於聲伯、聲伯奪施氏婦以與之。

魯の文公の孫・子叔聲伯（公孫嬰齊）が、外弟を大夫に任じ、外妹の婚嫁先を決めている。これが史実であるならば、前漢代における異姓兄弟姉妹の絆意識は、春秋時代以来の遺風であつたことにならう。

また、関連して注目したいのが、次の『礼記』檀弓篇上の記述である。

公叔木有同母異父之昆弟死、問於子游。子游曰「其大功乎。」狄儀有同母異父之昆弟死、問於子夏。子夏曰「我未之前聞也。魯人則爲之齊衰。」狄儀行齊衰。今之齊衰、狄儀之問也。

同母異父昆弟の服喪について、子游は大功と推定し、子夏は、「我未之前聞也」と前置きした上で、魯人は齊衰に服していると答える。本条の正義は

同母異父昆弟之服、『喪服』無文、故子游疑之、「其大功乎」。「乎」是疑辭也。

と、「喪服無文」の故に子游も断定しかねたと解説する。確かに、「儀礼」喪服篇に該当する喪服礼の規定は見出さない。異父昆弟の服制に関する経書の所説は、右の檀弓篇の記載しか確認されないのである。

いうまでもなく、齊衰は親兄弟の服に当たる。北宋の張載が

同母異父之昆弟、狄儀服之、齊衰、是與親兄弟之服同。如此、則無分別。無分別、禽獸之道也。

と批判し、また、清の孫希旦も

齊衰者、以昆弟之服服之也。大功者、視昆弟降一等而服之也。然昆弟之名、從同父而生、一本之親也。同母異父昆弟、一爲繼父之子、一爲因母前所生之子。此雖名爲昆弟、實非昆弟也。

と論難する如く、<sup>(9)</sup>子夏の説くとおりであれば、同父・異父を「分別」せずに、「昆弟」という「名」の一致に基づいて、異姓兄弟が親兄弟と同格に扱われていたことになる。張載は「禽獸之道」と痛罵するが、檀弓篇の記述を虚心に読む限りでは、儒家が最重要視する喪服礼において、異父同母兄弟のための齊衰服喪は以後常制となされた、としか解釈のしようがない。これが当時の実情を正しく伝えている史料であるとなしえるならば、上述の血縁観念は春秋以降の中原地域でも異端視されていなかったと推断されるのである。<sup>(10)</sup>おそらく、現行の檀弓篇に見える「今之齊衰」という表現を、二年律令の立法者達が目にしたとしても、これに対して彼らは何の違和感も感じなかったに違いない。

しかし、やがて齊衰説を批判する論者が現れる。その所説は、「礼記」檀弓篇本条の正義、および「通典」卷九一の「大功成人九月」項に集められている。それをまとめると、以下のようになる。

A. 子游の大功説を支持する。「同父同母」の兄弟は齊衰であるが、「母を同じうする」のみであるから、服を一等降す。

B. 同居している場合（再嫁した母に付き従ったケース）は大功に服す。異居は無服。「異父」を「繼父」と読み替え、同居の繼父が齊衰であるから（別居の繼父は無服）、そこから一等を降すとする。

C. 同居であれば齊衰、異居ならば大功と唱える。

D. 小功と説く。母党親屬の服は外祖父母・従母の小功を極みとするため、これを超えるべきではないと論じる。

E. 「異族無屬」であるから無服。

A説は鄭玄、B説は王肅、C説は晋の淳于睿、D説は盧植、E説は曹魏の高堂崇が、それぞれ提唱する。

この内、B説は『孔子家語』卷一〇・曲礼子貢問第四十二に見える次の記載を論拠とする。

邾人以同母異父之昆弟死、將爲之服、因顔克而問禮於孔子。子曰「繼父同居者、則異父昆弟、從爲之服。不同居、繼父且猶不服、況其子乎。」

同書は王肅偽作の書といわれるが、『礼記』檀弓篇における異父昆弟の服制に関する所説の混乱は、孔子がこの件について確言していなかったが故に発生したと王肅は考えたのであろう。その見解をここに明示する。しかも、問答の相手は顔克であったとする。子游と子夏には師の正しい教えが伝わっていなかったただけだ、といわんばかりの記述になっているのである。檀弓篇の記載を相対化したいと王肅は強く願っていたのであろう。

『大唐開元礼』卷一三二は、異父同母兄弟姉妹の服喪を小功の義服と定める。これは先のD説と同じい。しかし、『通典』「大功成人九月」項の中で小功説を唱えているのは、盧植と譙周（後掲）の二名に止まる。主流は鄭玄のA説で、曹魏の趙怡、劉宋の庾蔚之、南斉の張融等がこれを支持し、内、庾蔚之と張融の兩名が王肅のB説を批判している。王肅はこの件でも鄭玄の解釈を論難するのだが、王肅も基本的には大功説を是としているから、結論における鄭・王の差異は小さい。つまり、『通典』所載の諸論を見る限りでは、子夏の言説を積極的に位置づけようとする淳于睿のC説は極めて例外的な位置にあり、大方の儒者は斉衰服喪を非礼と見なしていた。かかる所見に基づいて、いくつかの新見解が提示され、中には唐礼が定める小功説を唱える者もいたが、当該期では少数派に止まり、大勢としては子游の大功説を前提とする主張が優勢であったと理解できるのである。

ここでいう「当該期」とは、後漢後期から六朝期までを指す。前掲五説の提唱者の内で、最も生年が早いのは盧植（一三〇前後〜一九二）である。その師である馬融（七九〜一六六）に『喪服経伝注』と題する著作があるから、<sup>(95)</sup>師の教説に従って、盧植は『礼記』檀弓篇の記載に批判を加えたのであろう。齊衰説を論難する<sup>(96)</sup>學術界の風潮は、後漢中期に萌芽し、後期以降議論が本格化したと考えられる。そして、それが最も活発であったのは曹魏・西晋代であつたに違いない。各説の唱道された時期がこの期間に集中している事実は、かかる推論の至当さを証明している。こうした議論は、単に經学上の疑義を解決するためになされたものではない。『通典』「大功成人九月」項の注には、次の如き記載も見える。

蜀譙周云「凡外親正服皆緦、加者不過小功。今異父兄弟、父没母嫁、所生者皆相報服。」

文中の「今」とは、譙周が生きていた三国・晋初を指しているのであろう。当時、確かに「所生者皆相報服」という喪礼——「所生」(同母)の兄弟のために「報服」(齊衰服喪する——が行われていた。かくの如き現状を譙周は批判しているのである。先のAとE説は、実際に履行されていた「不当」な礼の実践を本来のあるべき様式に矯正しようとする、こうした現実的な課題に根ざして発議されたものと位置づけなければならぬ。

更に『晋書』卷一九上・礼志上に見える摯虞の上表文について考察を加えてみよう。西晋の太康(二八〇〜九)初め、尚書郎の摯虞に対して、荀顛等が撰した新礼の得失を検討するよう命令が下った。その答申で、摯虞は「喪服最多疑闕、宜見補定」と論じた上で、以下のように述べる。

蓋冠婚祭會諸吉禮、其制少變。至于喪服、世之要用、而特易失旨。故子張疑高宗諒陰三年、子思不聽其子服出母、子游謂異父昆弟大功、而子夏謂之齊衰。及孔子沒而門人疑於所服。此等皆明達習禮、仰讀周典、俯師仲尼、漸漬聖訓、講肄積年、及遇喪事、猶尚若此、明喪禮易惑、不可不詳也。況自此已來、篇章焚散、去聖彌遠、喪制詭譎、固其宜矣。

「及孔子沒而門人疑於所服」の具体例の一つとして掲げられている「高宗諒陰三年」(『論語』憲問篇)は、諒闇心喪の制に関わる。西晋の泰始年間に武帝の除服の問題として、この喪礼が朝廷で議論の的になったことは、藤川正數氏が詳述するところである。また、次の「子思不聽其子服出母」は、異父昆弟の服喪と同じ、「礼記」檀弓篇上に見える説話である。鄭玄は当条に

礼、爲出母期、父卒爲父後者不服耳。

と注するが、『通典』卷九四・礼典五四・「為父後出母更還依己為服議」項によると、曹魏の嘉平元年（二四九）に次の如き事件が発生した。

魏嘉平元年、魏郡太守鍾毓爲父後、以出母無主後迎還、輒自制服。

「為父後者」である鍾毓が離縁された母の葬儀を執り行ったのである。この後、出母のための服をめぐって礼制上の論争が起るようになったのであった。<sup>99</sup>つまり、摯虞が掲げる「高宗諒陰三年」「子思不聽其子服出母」は、いずれも、当該期における具体的な礼実践のあり方と密接に関連した経文上の疑点であったと見なしえるのである。第三の例として示される異父昆弟の喪礼も、現実の礼制問題との関わりから挙例されたものに違いない。前段の推測が正しいことは、ここからも証明できるのである。

摯虞は続けて、鄭玄と王肅との間で学説が異なる喪服礼上の係争点を四つ掲げ、その上で以下のように荀頤の新礼を批判する。

喪服本文省略、必待注解事義迺彰。其傳說差詳、世稱子夏所作。鄭・王祖經宗傳、而各有異同、天下並疑、莫知所定。而顛直書古經文而已、盡除子夏傳及先儒注說、其事不可得行。及其行事、故當還煩異說、一彼一此、非所以定制也。

右において摯虞は、異父昆弟の服喪について何もコメントしていない。既にこの件に関しては決着済みと見ていたのであろう。<sup>99</sup>新礼の不備を指弾してはいるが、当該礼の定める異父昆弟のための喪礼に対しては、疑義を抱いていなかったのではあるまいか。先に論じたように、鄭王両説は基本的に大功説支持で一致していた。しかも、この上

表中に「尽除子夏伝」とあるから、荀顛等が子夏の齊衰説を採用していたとは考えがたい。新礼の成立を画期に、異父母兄弟の喪服礼は大功に落ち着いたと見なして大過ないであろう。

この新礼は、周知のように、曹魏極末の咸熙元年(二六四)、律令の編纂並びに官制の改革と同時に撰定が命じられた。行政法規である令典の作成は、当然官制の整備事業と密接な関連性を持つ。また、律典の改定が「準五服以制罪」を一つの方針として進められたのだから、新律と新礼の編集も不可分の関係にあったと理解される。礼則の変更は律則のそれとリンクしていたに違いない。前節で論じた二年律令・裸律(一九五簡)の規定と同じく、喪服礼の改正に伴って、律における異姓兄弟姉妹の相姦処罰規定も、従来の親兄弟姉妹間と同等の「棄市」から、大功親間相当の刑罰に引き下げられたと推断されるのである。

藤川氏は、「儀礼喪服篇に規定された喪服制度は、(中略)親族組織なり社会事情が変遷すれば、それに即応して、新しい解釈をうち出したり、或いは経伝そのものを批判するような新説が提出されることも、やむを得ないとしなければならぬ」と論じられる<sup>(四)</sup>。上掲の上表文で摯虞は「至于喪服、世之要用、而特易失旨」と述べるが、藤川氏の所説は、この一節の的確な解説と受け止めることができる。後漢末から魏晋期にかけての喪礼議論と西晋代における新礼の作成、そして後者と連関した泰始律の制定は、前後漢四百年間を通して徐々に進行していった家族・親族制度の変化が一段の到達点に至ったことを指し示す、一つの歴史的事象であったと評価しえるのである。

おわりに

陳寅恪氏は『隋唐制度淵源略論稿』の中で「司馬氏以東漢末年之儒學大族創建晉室、統制中國、其所制定之刑律尤爲儒家化」と述べる。そして、この所論を敷衍して祝総斌氏は、陳氏のいう「儒家化」とは「儒家經典中『礼』的精神和規範」であると説く。更に祝氏は、「晋律中体现儒家思想的主要内容」について検討を加え、当該律制定の主眼は「封建家族制度」の維持にあったと総括し、最後に本稿前掲の『晋書』刑法志の一節「峻礼教之防、準五服以制罪也」を引く<sup>(10)</sup>。つまり、両氏は、儒家の教義を根幹に据えようとした点に、中国律令変遷史における秦始律の画期性を求められるのである。

我が国においても、秦始律の成立は唐律につながる重要な転機として高く評価されてきた。ただし、これまでの研究は、律（刑法典）と令（行政法規）の機能分化といった、その形態的な革新性に関心が集中していたように感じられる。こうした討究の方向性とは別の角度から光を当てた時、その歴史的意義は、より一層立体的に描き出されるのではあるまいか。陳氏が説く「儒家化」、祝氏の指摘する「礼的精神和規範」、そして本稿でふれた「五服制的親屬観の導入」。このような律を支えた根本の原理についても検討を加える必要があると思われるのである。<sup>(11)</sup>

話題を姦淫罪の処罰規定に移そう。二年律令と唐律を比較した場合、両律の間で隔たりが大きいのは、第四節の a・c 項および第五節で取り上げた諸規定であろうと思われる。具体的には、奴と主ないしはその妻子との姦淫（第四節 a 項）、並びに親屬相姦（同節 c 項と第五節）に対する刑罰が、そうであった。これらは、当事者間に身分差が



存在するという点で一致する。

また、女性に関わる法規にも違いが見受けられる。例えば、奴と通じた主の妻女に対する処罰、第四節b項で考察を試みた「居夫喪姦」等が挙げられよう。そして更に、第三節で検討した関連条文の内にも、同様の差異が看取されるのである。

同節b項で最後に示した「史記」秦始皇本紀所掲の会稽刻石の一文を再度引用しよう。

有子而嫁、倍死不貞。防隔内外、禁止淫泆、男女絜誠。夫為寄猓、殺之無罪。(注：索隱「猓、牡豬也。言夫淫他室、若寄猓之豬也。猓、音加。」)

これが明清律「殺死姦夫」条の原型であることは間違いない。ただし、次の点に留意する必要がある。即ち、董家遵氏は、右を引いて「妻对于夫的犯姦、可以当他全豬一樣看待、殺之沒有罪過。這種規定和後世大不相同了」と述べる<sup>(4)</sup>。傍点部において、他婦と通じた夫を妻が殺しても罪なしと定めるのだが、このような妻を一人称とした表現の仕方は、董氏が正しく指摘する如く、後世における法規のあり方に比すれば、異例と評さざるをえない。男尊女卑・夫尊妻卑の原理に基づいていたと理解するのは不可能であろう。夫妻の関係、それに対する社会的通念が相当に異なっていたと想定できるように思われてならないのである。

「妻」だけではない。「母」の位置づけにも相違があった。それを窺わせるのが、前節で取り上げた異父同母兄弟姉妹の姦淫に対する処罰規定である。山田勝芳氏は、睡虎地秦簡の分析を通じて、当該時代では同母兄弟姉妹の絆が強かったと論じられる<sup>(5)</sup>。氏の指摘を受け、拙稿では、文献史料を用いて、同一の血縁意識——「母」を結節点と

する血縁的な絆意識——が前漢代でも濃厚に残存していたと推断した<sup>(16)</sup>。本稿の考察は、こうした前稿の結論を補強するものに他ならない。同母であれば、異父であつても、同産相姦と同等の刑が科された。法の上においても、異姓兄弟姉妹は親兄弟姉妹と同格に扱われたと理解されるのである。

このような異父同母の間柄を、山田氏は「同生」の関係と称する。睡虎地秦簡・秦律十八種に見える次の司空律（二五一〜二簡・五四頁）に基づいて、氏はかかる呼称を用いる。

百姓有母及同姓（生）爲隸妾、非適（謫）罪段（也）而欲爲冗邊五歲、母賞（償）興日、以免一人爲庶人、許之。●或贖罽（遷）、欲入錢者、日八錢。

ここで、異父昆弟の喪礼をめぐる論争に再度目を向けると、実は、その議論の内に「同生」なる表現を確認することができるのである。劉宋の庾蔚之は以下のように述べる（『通典』卷九一・「大功成人九月」項）。

自以同生成親、繼父同居、由有功而致服、二服之來、其禮乖殊。以爲因繼父而有服者、失之遠矣。馬昭曰「異父昆弟、恩繫於母、不於繼父。繼父、絕族者也。母同生、故爲親者屬、雖不同居、猶相爲服。王肅以爲從於繼父而服、又言同居、乃失之遠矣。」子游・狄儀、或言齊縗、或言大功、趨於輕重、不疑於有無也。家語之言、固所未信。子游古之習禮者也、從之不可乎。

「繼父同居」は王肅の所論を指すから、その直前の「同生成親」は鄭玄説の要約であると考えられる。右で庾蔚之は、王肅を激しく非難する馬昭の言説を引くのだが、その中で馬昭は、「同生成親」を「母同生、故爲親者屬」と的確に解説している。また、『礼記』檀弓篇上の疏も、鄭説について

鄭意以爲同母兄弟、母之親屬、服大功是也。所以是者、以同父同母則服期、今但同母、而以母是我親生、其兄弟是親者血屬、故降一等而服大功。

と説く。「同生」は「同母」の意に他ならない。「父」にこだわらる王肅と「母」に重きをおく鄭玄。結論において子の大功説を支持とする点では、両者の主張に大きな隔たりがあるとは思えない。しかし、その説明の論理は全くの好対照をなしていると評さざるをえないのである。王肅の所説が伝統中国的な父系優先の原理に忠実に従おうとした結果であつたとするならば、鄭玄流の解釈は、「母」を重視する血族観になおも縛られた、過渡的な觀念の産物であつたと位置づけるべきであるかのように思われてならない。

「同生」の關係、即ち「母」を結節点とする血縁的な絆意識は、当然、実母―実子の強い結びつきを前提とする。この点に関わる興味深い記述が『晋書』刑法志に見える。

正殺繼母、與親母同、防繼假之隙也。

右は曹魏・明帝期に編纂された魏律に関する記載である。この一条を内田智雄氏は、「漢代でも繼母殺害は、殺母の罪として大逆をもつて論ぜられた事例があるから、魏のとき初めて法律を改正して、繼母殺害を実母と同罪にしたわけではな」く、「従来漠然と殺母の罪として規定されていたものを、繼母の場合も実母と同罪にすることを明確にした」のであろうと解説する。氏がいうとおり、従来の不文律がこの時明文化されただけであつたのかもしれない。しかし、たとえそうであつたとしても、漢律の改定に伴って、血のつながらない繼母を親母と同格に扱うという一条が新たに付け加えられた事實は、魏律の革新的な点として評価すべきであらう。

睡虎地秦簡・法律答問（二七七〜八簡）には

「真臣邦君公有罪、致耐罪以上、令贖。」可（何）謂「真」。臣邦父母產子及產它邦而是謂「真」。●可（何）謂「夏子」。●臣邦父・秦母謂殿（也）。

とあり、工藤元男氏は右から、「夏子」即ち眞の秦人と認められるか否かは、偏に生母の身分にかかっていたと論じる。<sup>(9)</sup>ここでは明らかに実母―実子の間柄が最重要視されている。かような母子間の強固な血統觀念が、後漢末の段階までそのまま継続していたとは考えがたいが、程度は異なるものの親母を重視する母子関係は漢代を通じて重んじられていた。そして、それが曹魏代に、西晋初の「同生」相姦の処罰規定改定に先立つて、律のレベルにおいて明確に否定されたと推断されるのである。

さて、以上、姦淫罪の刑罰規定を糸口に雑駁な議論を行ってきた。本稿の考察をふまえて、家族・親属のあり方、並びに母・妻・女性の問題について、別の角度から二年律令の検討を行うべき段階に達したかに思われる。また、獲得した知見に基づいて、儒家流の言説を相対化しながら、『漢書』『後漢書』といった文献史料を再び読み返す作業にも取り組まなければならない。後日の課題としておきたい。

また、漢代だけではなく、魏晋以降の展開に関しても考察を加える必要がある。異父同母兄弟姉妹という非父系的な血縁者の扱いは、唐代に至ると、西晋の大功親から更に格下げされて、小功親相当となされる。<sup>(10)</sup>その異父昆弟の服喪を子游が大功と説いたと記す『礼記』檀弓篇の経文解釈においても、魏晋南朝では鄭玄の「同生成親」説支持派が大勢を占めたが、宋代以降になると、逆に、継父のための喪礼から説き起こす王肅の如き理解に主流が移る。<sup>(11)</sup>

親屬秩序の父系原理一元化へと向かう中国社会の長期的な趨勢から眺めると、魏晋期は一つの到達点に過ぎない。<sup>(1)</sup> 完成期に至るまでの具体的な経緯、そして、それに付随する種々の社会的・政治的諸現象も、今後究明すべきテーマの一つである。

(1) 例えば、窃盜罪は、贓物を計る単位が時代によって異なるため、比較が難しいと予想される。

(2) 『唐律各論』(成文出版社 一九八八、初出は一九六五) 下巻の六六一―六七七頁を参照。

(3) 戴氏は、『唐律疏議』卷六・名例律の第四七条「官戸部曲」に

諸官戸・部曲(稱部曲者、部曲妻及客女亦同)・官私奴婢有犯、本條無正文者、各準良人。と見えることから、「同色賤人相姦」の処罰は「良人相姦」に準じたとする(前掲著書六六二頁)。

(4) 原文は以下のとおり(雜律・二六条)。

其部曲及奴、姦主及主之期親若期親之妻者、絞。

律令研究会編『訳註日本律令八 唐律疏議訳註篇四』(東京堂出版 一九九四、以下「訳註四」と略称)は、本条の注で「主」について、「戸籍上一戸であり、同居共財生活を維持している一家におけるもの」で「将来家産分割が行われる際に、得分を持つ可能性のある者」と説明する。右の律文中に「主之妻子」と明記されていないが、この両者は「主」という表現の内に含まれていると考えられる。

(5) ただし、賤民と婦女が流罪を犯した場合、「留住法」が適用され、流刑の代わりに杖と三年の徒役が併科された。律令研究会編『訳註日本律令五 唐律疏議訳註篇一』(東京堂出版 一九七八) 一六七頁参照。

(6) 『唐律疏議』卷一・名例律の第六条「十惡」に、「内乱」の注として  
謂姦小功以上親・父祖妾及與和者。

とあるから、「内乱」は即ち「親屬相姦」であった。

(7) 「唐律疏議」雜律・二八条の疏議に

假有監臨主守、若道士及僧、并男子在父母喪者、婦女以凡姦論。即女居父母喪、婦人居夫喪、及女官・尼姦者、並加姦罪二等、男子亦以凡姦論。

と見える。

(8) 「訳註四」一四六頁参照。なお、この場合、婦女は「絞」より一等が減刑され、流三千里に当てられるのだが、實際は留用法が適用され、杖一百・徒三年に換刑された。

(9) 「大唐開元礼」卷一三二・凶礼・五服制度。

(10) 律令研究会編「訳註日本律令六 唐律疏議訳註篇二」(東京堂出版 一九八四、以下「訳註二」と略称)二八三頁参照。

(11) 「儀礼」喪服篇では、兄弟の妻は無服とされたが、魏晉以降「嫂叔有服」説が礼学の主流となり、唐の貞観一四年(六四〇)に制定された貞観礼において、嫂叔は小功を以て服すると定められた(藤川正数「魏晉時代における喪服礼の研究」(敬文社 一九六〇)第六章参照)。滋賀秀三「中国家族法の原理」(創文社 一九六七)は、第一圖「本族の圖」の注(二五頁)で、「唐では嫂叔のみ小功」で「兄と弟婦の間は依然無服」と説明される。しかし、「通典」卷一三四・礼典九四・開元礼算類二九・五服制度の「小功成人義服」条には「嫂叔報」とあり、その注に「兄弟弟妻同」(「大唐開元礼」五服制度の「小功義服」条では「姊」を「嫂」に作る)と見えるから、嫂叔・兄婦ともにその服は小功であった。

(12) 親屬相姦と良賤相姦では、妾との姦は妻とのそれから一等減刑するが通則であった。「訳註四」一四三頁参照。

(13) この規定は二五条の疏議に見える。

(14) 小竹文夫「唐・明・清律の比較」(山崎宏編「中国の社会と宗教——東洋史学論集第二——」(不味堂書店 一九五四)参照。ただし、氏は最後の「買良為娼」条を挙げない。「娼」は売春婦。本条は、娼優や楽人が良人の婦女を妻妾として娶ること、また養女とすることを禁ずる。

(15) 姦淫罪の処罰規定については本書の卷二六に見える。なお、テキストには、懷効鋒・李鳴の両氏による点校本(法律出版社 一九九九年)を用いた。また、以下本稿所引の明律は同書によった。

- (16) 姦淫罪の処罰規定は本書の卷二五・刑律・「犯姦」篇に見える。なお、テキストには、懷効鋒・李俊の両氏による点校本（法律出版社 二〇〇〇年）を用いた。また、以下本稿所引の清律は同書によった。
- (17) 清代の姦淫罪処罰規定に関する專論として、陳青鳳「清代の刑法における婦女差別——特に傷害殺人・姦淫罪における——」（九州大学東洋史論集一八 一九九〇）、森田成満「清代に於ける性を巡る法秩序とその司法的保護」（星葉科大学一般教育論集二〇 二〇〇二）等がある。
- (18) ただし、「良賤相姦」と「監守内姦」は例外であった。前者において、唐律では、賤民男性と良民女性の和姦は凡姦に二等加えられ、逆に良民男性と賤民女性との場合は三等が減じられた。これに対して、明清律では、等しく一等が加減された（『唐明律合編』卷二六・「良賤相姦」）。また、「監守内姦」については、凡姦に一等加と唐律は定めるが、明清律では二等に加重されている（同書同卷・「姦部民妻妾」）。
- (19) 注(14)論文。
- (20) 強姦の既遂は「絞」が最低のラインで、親屬強姦等の場合は、後述するように「斬」と更に重い。
- (21) 桑原隲藏「唐明律の比較」（『桑原隲藏全集』第三卷 岩波書店 一九六八、初出は一九二八）も、当該規定に関する唐律と明律の比較を行っている。所掲の対照表を参照されたい。
- (22) 前注論文。なお、明清律でも親屬相姦は「十惡」中の「内亂」であった。
- (23) 「中国封建社会奸罪述論」（南京大学学報一九八七—三、後に楊一凡主編「中国法制史考証・乙編第一卷・律令考」（中国社会科学出版社 二〇〇三）所収）の表1参照。
- (24) 「元初強姦犯殺害の一裁判案件について」（法学論集〔大阪経済法科大〕四六 二〇〇〇）。ただし、『大金国志』卷三六・科条には刑法與舊不相遠、唯僧尼犯姦者死、強盜不論得財與不得財、並處死、強姦者斬、與古法異矣。と見える。仁井田陞「金代刑法考——金泰和律と唐律との比較——」上・下（『東洋史研究』一一・二 一九四四、後に同氏著「中国法制史研究 刑法」（東京大学出版会 一九五九）所収）によれば、右は金の皇統五年（一一四五）に頒行された皇統制（皇統新制）の規定に当たるとする。つまり、この段階では、強姦は斬刑に処されていたと考えられる。ところが、仁井田氏が窃盜の処分を例にし

て論じられるように、金朝では「科刑は時代と共に寛になってい」った。強姦罪の刑罰も「斬」から「絞」にゆるめられたのである。

(25) 注(24)七野論文が指摘するように、金律でも既遂・未遂に分けて強姦を処罰していたと考えられる。ただし、「元典章」卷四五・刑部七・諸奸・指奸・「男婦執謀姦奸」条には

舊例、即係強奸男婦未成者、絞。

とあり、ここでは「未成」も「絞」と定めている。

(26) 注(24)論文。ただし、氏は続けて「しかしこれとて(中略)中国風の考え方からしてそれほど突飛なものではない」と付言する。

(27) 「宋元時代の法制と裁判機構——元典章成立の時代的・社会的背景——」(宮崎市定全集一)「岩波書店 一九九二、初出は一九五四。

(28) 広順二年勅は「有夫婦人」についてしかふれず、「無夫」の規定は見えないが、おそらく、その場合は処死から一等が減じられたのであろう。もしそうであるならば、金の泰和律に既婚・未婚の別が設けられているのは、「宋刑統」所載の傍照法を参照した結果であるのかもしれない。

(29) この雑勅の解釈は、川村康「宋代主刑考」(法と政治四八——一九九七)の所説に従った。

(30) 「奏讞書」からの引用も「張家山漢墓竹簡」によった。

(31) 本案例については、李学勤「奏讞書解説(下)」(文物一九九五—三)、彭浩「談奏讞書中秦代和東周時期的案例」(同上)、若江賢三「秦漢律における「不孝」罪」(東洋史研究五五—二 一九九六)、張建国「関于張家山漢簡奏讞書的幾點研究及其他」(国学研究四 一九九七、後に同氏著「帝制時代的中国法」(法律出版社 一九九九)所収)、池田雄一「秦代の律令について」(中央大学文学部紀要〈史学科〉四二 一九九七)、小嶋茂稔「説江陵張家山出土「奏讞書」簡記」(アジア・アフリカ歴史社会研究二 一九九七)、宮宅潔「秦漢時代の裁判制度——張家山漢簡奏讞書より見た——」(史林八一—二 一九九八)、学習院大学漢簡研究会「秦代密通・盜傷事件——江陵張家山漢簡「奏讞書」を読む——」(学習院史学三九 二〇〇二)参照。

(32) 当該案件の年代について、彭・池田・宮宅の諸氏および学習院大学漢簡研究会は秦代説を唱え、これに対して、李・若江の両氏は



漢初とする。いずれの説も一長一短で、決め手を欠くように思われる。

- (33) (a) は置後律 (二七九〜三八〇簡・一八四頁)、(b) も同律 (三七七簡・一八四頁) に見える。また、(d) は賊律 (三五〜三七簡・一三八頁)、(e) は具律 (八三簡・一四六頁) にそれぞれ確認できる。

- (34) 『秦漢刑罰制度の研究』(同朋舎 一九九八) 第Ⅳ編。

- (35) 『秦漢時代の爵と刑罰』(東洋史研究五八一四 二〇〇〇)。

- (36) 「漢律体系化の試論——列侯の死刑をめぐって——」(東方学報〈京都〉二七 一九五七、後に同氏著『布目潮瀾中国史論集上』(汲古書院 二〇〇三) 所収)。

- (37) 『漢書』景武昭宣元成功臣表・岸頭侯張次公の項について確認しておく、本文で上述したように、沈家本は「称淮南王女、似是無天者」と論じるが、この所説には賛同しかねる。淮南王女が既婚であったことを完全に否定できる根拠は、今のところ見出せない。また、王女という身分が量刑に際して考慮された可能性は十分に考えられる。ただし、それは淮南王女の場合であって、張次公の論罪には全く影響しなかったと理解すべきであろう。

- (38) 注(23)張論文は、董朝の記載に基づいて和姦罪(おそらく未婚婦女とのそれ)の処罰を「耐為鬼薪」とする。また、喬偉「唐律研究」(山東人民出版社 一九八五) 二六八頁にも同様の指摘が見える。喬氏は論拠となる史料を明示していないが、おそらく張氏と同じであろう。

- (39) 「漢代に於ける強制労働刑その他」(東洋学報二二二 一九三六、後に同氏著『秦漢隋唐史の研究・上』(東京大学出版会 一九六六) 所収)。

- (40) 注(34)著書の二三七〜八頁。

- (41) なお、文献史料としては、『漢書』卷二五下・王子侯表下・庸釐侯談(城陽荒王の子)の項に 侯端嗣、永光二年(前四二)、坐強姦人妻、會赦、免。

とあり、右を沈家本・程樹德はそれぞれ「強姦人妻」「強姦」の項で引く。

- (42) このネーミングは、明清律の条名「更姦部民妻女」に基づいたと思われる。

(43) 本文後掲の按語で沈家本も、「吏姦部民妻」は唐律の「監守内姦」に当たると説く。ただし、「監守内姦」では、既婚だけでなく、未婚女性との和姦も処罰の対象とする。

(44) 程樹德もこの記載を「姦部民妻」の項で引く。

(45) 注(35)論文。

(46) 「中国上代の刑罰についての一考察」(石井良助先生還暦祝賀法制史論集)(創文社 一九七六、後に同氏著「中国法制史論集——法典と刑罰——」(創文社 二〇〇三)所収)。

(47) 東方学報(京都)七六(二〇〇三)。

(48) 注(34)富谷著書(三七九頁)は、「尚書大伝」中の「姦」を「昏姦」と解した上で、「不以姦交者」とは、正式な婚姻儀礼をふまない婚姻を意味するとされる。「姦」の正しい解釈は氏が指摘するとおりであるかもしれないが、「魏志」卷二・陳羣伝に見える肉刑復活論の一節には

若用古刑、使淫者下蠶室、盜者刖其足、則永無淫放穿窬之姦矣。

とある。これを「尚書大伝」所説の「決閹梁、踰城郭、而略盜者、其刑膺。男女不以姦交者、其刑宮」と引き合わせれば、前者が後者をふまえていること、一目瞭然であろう。「男女不以姦交」を「淫」「淫放」と見なす方が素直な解釈であろうと思われる。また、そもそも、注(11)滋賀著書(四六頁の注四〇)が「律は婚姻外の男女の情交をすべて姦罪としてこれに刑を科」したと述べるように、「不姦」なる男女の交わりの具体的な罪状名は「姦」(和姦)以外考えられない。

(49) 注(34)富谷著書(三七七―三八〇頁)は、宮刑に反映刑的性格は認められないとされるが、本稿の所論はかかる氏の見解を全面的に否定しようとするものではない。私も、二年律令(おそらく秦律も)の段階では、腐刑に同害刑的側面はなかったと考えている。

(50) 艾永明・銭長源「宮刑論二題」(蘇州大学学报一九九一一、後に楊一凡主編「中国法制史考証・乙編第二卷・刑制獄訟考」(中国社会科学出版社 二〇〇三)所収)、および陶広峰「漢魏晉宮刑存廢析」(法学研究一九九七―三、後に同前書所収)参照。なお、「史記」卷一〇・孝文本紀・文帝一三年五月条の索隱が引く北魏・崔浩の「漢律序」に

文帝除肉刑、而宮不易。

と見えるが、崔浩はここで、肉刑廃止後も宮刑のみは「不易」であつたと述べているに過ぎない。右の記述から、腐刑が文帝の刑制改革以後も依然として正規の刑罰体系内に位置づけられていた、と理解するのは行き過ぎた解釈といえよう。また、索隱は続けて西晉・張斐の所説「以淫乱人族序、故不易之也」(おそらく「隋書」卷三三・経籍志二に見える「漢晉律序注」の一節であろう)を引用するが、「人族序」をみだすといった場合、それは専ら和姦罪を指すであろう。和姦犯には二年律令段階でも腐罪は科されなかったのだから、張斐の説をそのまま信用するわけにはいかない。そもそも、張説は前後の文章が省かれており、どのような文脈でこうした発言がなされたのか全くわからない。班固の肉刑復活論(「漢書」卷二三・刑法志)中に

及傷人與盜、吏受賕枉法、男女淫亂、皆復古刑、爲三千章。  
とある如く、復活論者は「男女淫亂」即ち和姦罪に宮刑を施すべきだと主張するから、張斐は肉刑復活を支持する立場から如上の解説を著したのかもしれない。

(51) 注(37)で推測したように、「王女」という身分は、城陽王女の罪が減刑される要因となつたであろうが、一方の当事者である董深の処分には全く影響を及ぼさなかつたと考えられる。

(52) 注(31)論文。

(53) 注(31)訳注。

(54) 「張家山漢墓竹簡」の釈文では欠字を「輕」とするが、張建國氏および学習院大学漢簡研究会(いずれも注(31)所掲論文、訳注)が指摘するように、「重」字を補うべきであろう。

(55) 「張家山漢墓竹簡」の釈文では欠字を補っていないが、ここには「当」字が入るはずである。  
(56) 注(31)論文。

(57) 明清律では和姦を不問とする条件として「非姦所捕獲」の他に「指姦」を挙げる。「指姦」とは「和姦と告発する」の意(本文所掲の「明律国字解」を参照)。これを禁止するのは、「元史」卷一〇四・刑法志三・「姦非」に

諸指姦不坐。諸無夫婦人有孕、稱與某人姦、即同指姦、罪止本婦。  
とあるから、元代でも同じい。

(58) 「訳註二」三四六頁の註三参照。

(59) 清明集研究会「名公書判清明集（懲惡門）訳注稿 その二」（清明集研究会 一九九一）参照。

(60) 史金波等訳注「天盛改旧新定律令」（法律出版社 二〇〇〇）巻八・侵凌門にも

與他人行淫捕問法、一處住時捕及有知證等依法尋問、非一處住・無知證、則不許接狀尋問。

と見え、これを島田正郎「西夏法典初探（東洋法史論集第八）」（創文社 二〇〇三）は

「他人との行淫を捕え糾問するには、（両者が）一処に在る時捕えるか、知証が有るのであれば、法により糾問し、一処に在るに非ずとか、知証が無いとかであれば、接狀糾問は許されない。

と訳す。西夏でも和姦は現行犯逮捕が原則となされていた。また、「指姦」も禁じられていたと考えられる。

(61) 程樹徳も「九朝律考」巻一・漢律考三・律文考で同文を引用する。

(62) 本条の詳細については、注(17)陳論文参照。

(63) 引用は、荻生徂徠「問刑条例国字解」によった。

(64) 「漢律摭遺」巻五・賊律三。また、薛允升も「唐明律合編」巻一八の「夜無故入人家」条で「周礼」朝士の本文と鄭司農注を引く。

(65) 「周礼」朝士の鄭司農注（本文所引の傍点部）に見える「上人車船、牽引人欲犯法者、其時格殺之、無罪」について、疏は

家人者、先鄭學漢賊律云「牽引人欲犯法」、則言家人者欲爲姦淫之事、故攻之。

と、「欲犯法」を「欲爲姦淫之事」と解説する。直前に「牽引人」とあるから、この場合の「姦淫」とは強姦を指すに違いない。

(66) 注(17)論文。

(67) 主の母との姦淫について唐律は規定を設けていない。この点に関しては「訳註四」一四五頁等を参照されたい。

(68) 吉田滋一「中國家父長制論批判序説」（中國史研究会編「中國專制國家と社會統合——中國史像の再構成Ⅱ——」文理閣 一九九

〇）は、この法律答問の条文について、「妻の貞操はたいして問題とされず、女性の主の身体への傷害事件としてのみ処理されている」と説く。上述したように、秦律段階では、妻の貞操義務を強要する度合いは極めて低かったと私も考える。ただし、法律答問の本条から氏の如き所論を導き出すことはできない。強姦事件で被害女性の貞操が問われることなど、そもそもありえようはずがない

からである。ここで問題とすべきは、強姦がなぜ「毆主」の罪に比付されているのかという点であろう。この疑問に対して、目下のところ明確な結論を得るに至っていない。様々な可能性が想定されるのだが、その一例を示しておくと、和姦罪と同じ「棄市」という処罰を前提とした上で、外傷を与えず、且つ一方的な加害であることから、「棄市」に相当する毆打の罪に比されたのではなからうか。

(69) 程は出典を「漢書」卷一六・高惠高后文功臣表・堂邑安侯陳嬰の項と誤る。「漢書」では「蝻」を「融」に作り、また、「自殺」の前後に「禽獸行、当死」「国除」の記述を欠く。

(70) ただし、沈は最後の「史記」の記載を「漢書」高惠高后文功臣表・堂邑安侯陳嬰の項より引く。

(71) 「廃徒」とは、所謂選蜀刑。死刑の代替刑で、廃位の上、蜀郡か漢中郡に遷徙された。久村因「前漢の選蜀刑に就いて——古代自由刑の一側面の考察——」（東洋学報三七—二一九五四）参照。

(72) 注(36)布目論文も、「棄市」に相当する罪を犯した場合、王は選蜀刑に換刑されたが、諸侯以下は規定どおりの刑が科されたと論じる。

(73) なお、沈家本は「未除服姦」の項で次の「漢書」卷三六・楚元王伝の記載も引用する。

王戊稍淫暴、二十年、爲薄太后服私姦、削東海・薛郡。

薄太后は景帝の祖母で、同帝の二年(前一五五)四月壬午に死去した(「史記」卷一一・景帝紀)。沈は、右を掲げた上で、先の按語の続きにおいて

楚王戊以國喪罪至削郡、禮法之嚴如此。

と論じるが、これは当時の諸侯王抑制政策と関連づけて解釈すべきであろう。

(74) 姦淫罪の処罰規定ではないが、「唐律疏議」卷一〇・職制律の第三〇条「匿父母喪」には

諸聞父母若夫之喪、匿不舉哀者、流二千里。

とあり、本条の疏議には

父母之恩、昊天莫報、荼毒之極、豈若聞喪。婦人以夫爲天、哀類父母。聞喪即須哭泣、豈得擇日待時。

と見える。

(75) 注(31)論文。

(76) ただし、『漢書』卷三八・高五王伝に

五鳳中(前五七、四)、青州刺史奏「番川王」終古使所愛奴與八子及諸御婢姦、終古或參與被席、或白晝使誘伏、犬馬交接、終古親臨觀。座子、輒曰「亂不可知、使去其子。」事下丞相御史、奏「終古位諸侯王、以令置八子、秩比六百石、所以廣嗣重祖也。而終古禽獸行、亂君臣夫婦之別、悖逆人倫、請逮捕。」有詔削四縣。

とあるから、「禽獸行」と目された事犯の範圍は、親屬相姦よりも広い。おそらく、夫婦・家族・親屬のあるべき秩序を乱す性犯罪が「禽獸行」と扱われたのであろう。

(77) 『唐律疏議』卷一四・戸婚律の第三三条「同姓為婚」、および明律の戸律・婚姻・「娶親屬妻妾」条参照。

(78) 『漢書』卷六・武帝紀・元狩元年条に

十一月、淮南王安・衡山王賜謀反、誅。黨與死者數萬人。

とある。

(79) 鎌田重雄「漢代官僚の自殺」(『漢代史研究』川田書房 一九四九)、および注(36)布目論文。

(80) なお、沈家本・程樹德は、この事例を「禽獸行」の項で引用する。

(81) 「復」については別解も考えられる。山田統「左伝所見の通婚關係を中心として見たる宗周姓制度」(『山田統著作集』四 明治書院 一九八二) および顧頡剛「由『烝』、『報』等婚姻方式看社会制度的變遷(上)」(『文史』一四 一九八二)は、「左伝」宣公三年の記載を婚姻の事例と見なす。両氏の理解に従えば、「報」、そして「復」も、ともに「めとる」の意であったことになる。ただし、山田氏が指摘するように、「報」の事例は、「左伝」中において本文所掲の一例しか確認できない。検討材料が乏しいため、その意味するところを明確にするのは難しい。また、本文で上述した如く、二年律令では、親屬和姦と同姓婚と同じ刑が科されていたと想定しえるから、どちらの犯罪であるかを確定しなくても、問題は生じないと思われる。よって本稿では、整理小組の注釈に従って、以下論を進めていきたい。

(82) 睡虎地秦簡では、「妾」字を女奴隸の意としても使うが、「二年律令」では専ら「婢」字が用いられている。ちなみに、睡虎地秦簡中に「婢」の用例を検出することはできない。

(83) 「偏妻」について、専修大学「二年律令」研究会「張家山漢簡『二年律令』訳注(二)——賊律——」(専修史学三五 二〇〇三)は、「はなれ」に住む第二婦人と解し(四二二～三簡の注①)、人文研訳注も「同居していない妻」の意とする(同簡の注①)。両訳注が引く二年律令・收律(一七六～七簡・一五七頁)に

夫有罪、妻告之、除于收及論。妻有罪、夫告之、亦除其夫罪。●母夫、及爲人偏妻、爲戸若別居不同數者、有罪完春、白粲以上、收之、毋收其子。内孫毋爲夫收。」

と見えるから、「偏妻」は、夫と居を異にしていた「妻」を指すと考えられる。ちなみに、注(11)滋賀著書(五五六頁)が引く「中國農村慣行調査」第三巻の問答によると、当時当地では「別居している妻(囲いもの)」を言い表す「やや上等の言葉」として「偏妻」という表現が用いられていた。

滋賀氏は同書の同頁で、右の他に二項の問答を掲げた後、「秘密の囲い女を「靠人」「糊藤」などと称して妾とは区別し、かつこれを姦通として非難する意識が現れている」と論じられる。また、唐代において、こうした男女の関係を指弾し且つその処罰を定めた詔(『唐大詔令集』巻一〇九・「禁別宅婦人詔」)が發布されていた事実を指摘する。家庭外に密かに情婦を囲う行為は、少なくとも唐以降、法的にも社会的にもあるまじき行為であると認識されていた。これに対して、二年律令では、上掲の收律、および置後律(三六八簡・一八三頁)の「疾死置後」規定に

〔前略〕其母適(嫡)子、以下妻子・偏妻子。

と定められている。「偏妻」が法律上認知されていた存在であったことは間違いない。

(84) 一九五簡中の「復」字について、一考を加えておきたい。本字の訓詁としてまず考えられるのは、「ふたたびす」である。女性当事者が他の同姓と既に性的関係を持っていたから、同じ婦女との情交を「復」と表現したのかもしれない。もしそうであるならば、二年律令においては、男性親属の配偶者との姦淫は「奸」ではなく「復」字によって表されていたことになる。また、「もとの状態にもどす」の意であった可能性も想定される。この場合、「復」は婚姻を指す。伯叔父・兄弟等が死亡したため、一旦は親属でなく

なつたが、その女性を自分が娶ることによつて、もとの関係を維持した。つまり、リビレット婚に類する婚姻であり、一九五簡はこれを禁じた条文であつたと理解される。後者の推測が正しいとすると、本規定の起源は相当に古い。統一以前の秦律にまで遡るものと予想される。

(85) 『漢律摭遺』卷八・雜律・「報伯叔母」項の按語。

(86) 滋賀秀三「法典編纂の歴史」(『中国法制史論集——法典と刑罰——』創文社 二〇〇三)は、「秦始律令の編纂は、先立つ魏の新律と令とを改定するというよりも、これを不完全と見て傍らに差し置き、もう一度漢代の文献にまで遡つて刪定をやりなおす作業であつた」と論じる。氏が指摘するとおりであつたのなら、改定の直接の対象とされたのは、漢律の「姦伯叔母之令」であつたことになる。

(87) 注(38)著書の二六八頁。

(88) 「漢代の母と子」(東北大学東洋史論集八 二〇〇二)。

(89) 衛湜「礼記集説」卷一八。

(90) 『礼記集解』卷九。

(91) 吉本道雅「檀弓考」(古代文化四四一五 一九九二)は、使用言語の分析を通じて、「礼記」檀弓篇の記述を「戦国初中期の史料」と位置づける。本稿で取り上げた記載の内、説話部分に関しては、往時の事実をほぼそのまま伝えていると私も考えたい。

(92) 淳于睿の経歴については未詳。「通典」「大功成人九月」項に「晋淳于睿」とあり、また、同書卷九四・礼典五四・沿革五四・凶礼一六・「為父後為嫁母及繼母嫁服議」項に「石苞問淳于睿」と見える。西晋代に活躍した儒者であらう。

(93) なお、「全三国文」卷三二は「通典」「大功成人九月」項の記載を高堂隆の所論として引く。

(94) 「通典」「大功成人九月」項が引く「孔子家語」の本条では「顔克」を「顔亥」に作る。

(95) 同書の書名は「隋書」卷三二・経籍志一・「礼」項に見える。なお、漢六朝期に著された喪服に関する著述については、注(11)藤川著書の八八〜九四頁を参照。

(96) ただし、盧植の唱える小功説が馬融の提唱に始まるかは定かでない。



- (97) 注(11)著書の第一〇章。
- (98) この論争の詳細については、注(11)藤川著書の第三章第二節を参照されたい。
- (99) 諒闇心喪の制も、秦始年間に解決を見ていた。また、「為父後出母更還依己為服」の礼議も、曹魏・嘉平元年以後再燃するが、それは劉宋代になつてからである(注(11)藤川著書の第三章第二節参照)。
- (100) 注(11)著書の三頁。
- (101) 「略論晋律之『儒家化』」(中国史研究一九八五—二、後に楊一凡主編「中国法制史考証・甲編第三卷・兩漢魏晋南北朝法制考」(中国社会科学出版社 二〇〇三)所収)
- (102) 堀敏一「晋秦始律令の成立」(東洋文化六〇 一九八〇、後に同氏著「律令制と東アジア世界」(汲古書院 一九九四)所収)は、西晋代に令典が整備された理由として、「儒家思想の影響をも考慮する必要がある」と指摘される。律とあわせて、令の原理についても考察を加えなければならぬ。
- (103) 「從漢到宋寡婦再婚習俗考」(中山大学文史学研究所月刊三一—一九三四、後に鮑家麟編「中国婦女史論集」(稻郷出版社 一九七九)所収)。
- (104) 「中国古代の『家』と均分相続」(東北アジア研究二 一九九八)。なお、以下に示す氏の所論は、全て同論文に基づく。
- (105) 注(88)拙稿。
- (106) 同氏編「訳注中国歴代刑法志」(創文社 一九六四)一一四頁の注三二。
- (107) 「睡虎地秦墓竹簡の属邦律をめぐって」(東洋史研究四三—一 一九八四、後に同氏著「睡虎地秦簡よりみた秦代の国家と社会」(創文社 一九九八)の第三章に改題の上収録)。
- (108) ちなみに、北宋の張載は、前節で引いた「礼記集説」卷一八の記述の中で  
 是知母而不知父、或以爲大功者、亦似太過。以小功服之可也。  
 と論じている。即ち、「礼記」檀弓篇の子游説をも批判して、小功を是とするのである。また、同じく宋人の游桂(同書同条)も  
 夫禮者、以情義言。情義者、要有所限止不可徧給也。母統于父、則不得不厭降于其母、厚于同姓、則不得不降殺于異姓。夫是以

父尊而母卑、夫尊而婦卑、君尊而臣卑、皆順是而爲之也。今子游欲以意爲之大功、此皆承世俗之失。と、「父尊母卑」の観点から大功説を痛烈に論難している。

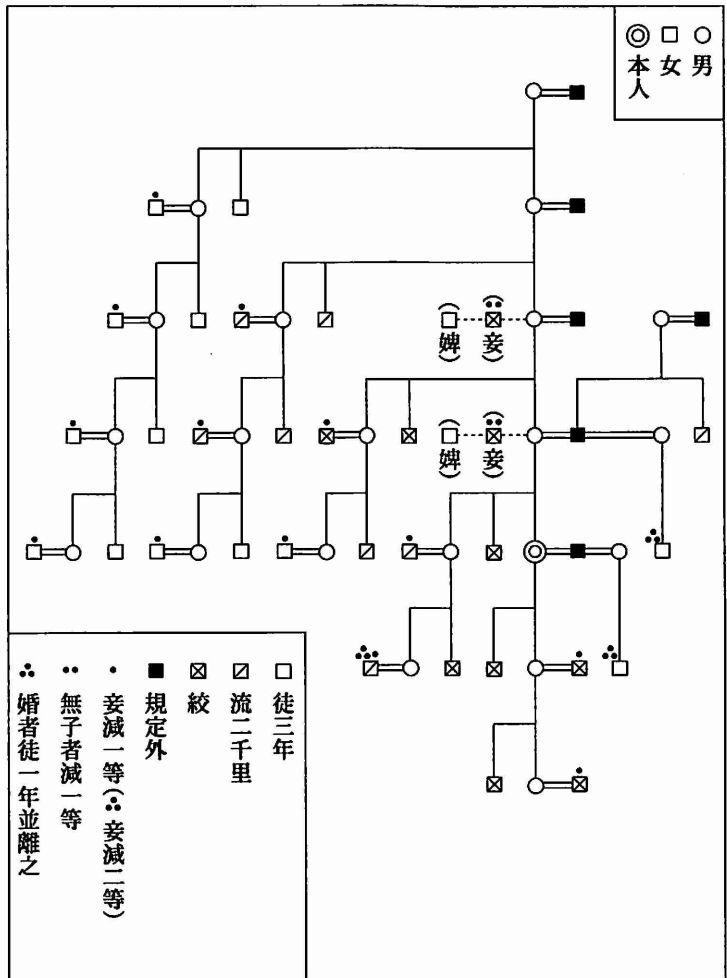
(109) 例えば、宋人の方愷は

禮、異父亦謂之繼父。繼父同居、則服期焉、服其父以期、則其子相爲服以大功、乃其稱也。と論じ（『礼記集説』卷一八）、また、清人・黄汝成も

爲父三年、則爲昆弟期、爲繼父期、則爲繼父之子大功、似合經例。

と説明する。（『日知錄集釈』卷六・「同母異父之昆弟」条の注）

(110) 山田勝芳氏も、中国における「家」の形成過程という観点から、同様の見通しを示す。



付圖 「唐律親屬相姦規定概念圖」  
 (伊藤勇人「雜律姦淫罪諸條の復原的考察」(國史學九一 一九七三)より転載)