

明治民法の「妻の無能力」条項と 商業登記たる「妻登記」

——明治立法期民・商法の相関性と相乗性の一端——

奥山 恭子

はじめに

I 妻の無能力規定と司法の対応

- (1) 明治民法規定
- (2) 司法の対応

II 翻って明治初期の立法経緯

- (1) 旧民法人事編 68 条
- (2) 第一次草案 104 条
- (3) 明治民法 14 条と梅謙次郎の行為能力論

III 妻登記とは

- (1) 商法典編纂・商業登記制定事情
- (2) 妻登記規定の背景
- (3) 官報に見る妻登記公告（記載事例）

—終りに代えて

はじめに

明治民法下において妻が無能力であったことは、戸主権強化の裏腹としての制度的意図によるとし、いわゆる「家制度」の根幹をなすものとして、よく知られているところではある。

しかし妻の無能力規定は、一定の財産行為等につき夫の許可を得ることを要するとするもので、夫の許可があれば妻たる立場でも独立して商業行為をすることは可能であった。しかも明治民法施行後に制定された商法では、無能力者が法律行為をする以上登記が必要として、「妻登記」が法定登記事項とされたことから、裁判所になされた妻登記の申請は、その許可の是非の結果とともに官報に記載され、さらに商行為の公示の必要性から地域の新聞紙上に掲載されることが必須と規定されていた。その結果明治民法施行下の妻の商業活動の申請事情は、現在も史料に読み取ることができる。

しかしながら民・商法施行以来の官報の妻登記記載を一見する限り、妻登記の頻出数には地域による偏りが大きいことがわかる。一般に妻登記の周知度は高くなかったと思われるが、その根底には妻の無能力制度に対する疑義も無関係ではない。そこで本稿では、明治民法上の妻の無能力規定とはどのような意図でおかれ、社会的にどのように機能していたのかについて、立法経過をたどりつつその制度を整理し、合わせて「妻登記」として妻が独自の商業活動をする道を作った商法の立法経緯についても史料を提示することを目的とする。明治民法および商法施行後の妻登記の収集分析がなされることで、今後地域史、女性史等の分野での研究成果に繋がることを期待する。

I 妻の無能力規定

(1) 明治民法規定

妻の無能力に関する規定は、婚姻の効果でも夫婦財産の項でもなく、明治 29 年施行の明治民法総則編「行為能力」の項に以下のように規定されたものである。

第14条 妻カ左ニ掲ケタル行為ヲ為スニハ夫ノ許可ヲ受クルコトヲ要ス

- 一 第十二条第一項第一号乃至第六号ニ掲ケタル行為ヲ為スコト
 - 二 贈与若クハ遺贈ヲ受諾シ又ハ之ヲ拒絶スルコト
 - 三 身体ニ羈絆ヲ受クヘキ契約ヲ為スコト
- 前項ノ規定ニ反スル行為ハ之ヲ取消スコトヲ得

同条1号に掲げる同法第12条1号ないし6号とは、準禁治産の規定であり、

第12条 準禁治産者カ左ニ掲ケタル行為ヲ為スニハ其保佐人ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス

- 一 元本ヲ領収シ又ハ之ヲ利用スルコト
- 二 借財又ハ保証ヲ為スコト
- 三 不動産又ハ重要ナル動産ニ関スル権利ノ得喪ヲ目的トスル行為ヲ為スコト
- 四 訴訟行為ヲ為スコト
- 五 贈与、和解又ハ仲裁契約ヲ為スコト
- 六 相続ヲ承認シ又ハ之ヲ抛棄スルコト、(七号以下略)とある。

すなわち明治29年公布の明治民法は妻に対し準禁治産規定を援用することにより、行為能力の制限を為したものであるが、この条項は施行以後の明治・大正期、昭和初期とも法学者からの種々の批判的見解に表明されているように、概ね不評であった。たとえば穂積重遠は大正9年から10年にかけて行った講義記録である『婚姻制度講話¹⁾』の中で、「(この制度は)制限ではない、保護だと弁護される。しかしそれは一個の人格として恥ずべき保護と言わねばならぬ。…(中略)…しかしてこれは女を弱きものとしての保護監督の規定ではなくして夫婦関係円満のための制度だというならば、未成年者、禁治産者および準禁治産者とならべて妻を無能力ということにしたのは、はなはだ不当である。

1) 文化生活研究会の講義録『文化生活研究』に多少の修補を加え刊行、大正14年6月26日、文化生活研究会刊

これは婚姻の効果に他ならぬのであるから、婚姻の章に規定すべきであった。さらにまた許可という用語はすこぶる不穏当である。なぜ同意としなかったのであろうか。この制度は充分の再考を要するのであって、私は大体において廃止説である」²⁾ (筆者による句読点付加、かな遣いに変更) との見解を述べている。

また昭和 2 年の「民法改正要綱」³⁾ でも、妻の無能力削除論が提示されている。改正要綱は臨時法制審議会の答申として発表されたもので、本来民法親族相続編中の「淳風美俗に副わざるもの」につき扱われたのであるが、総則規定に置かれた妻の無能力は夫婦財産制と密接に関わるどころから、改正要綱第 14 に、「1. 妻の無能力及び夫婦財産制に関する規定を削除し、これに代わるべき相当の規定を婚姻の効力のもとに設けること。2. 妻の能力は適当にこれを拡張すること。3. 夫婦の一方が婚姻前より有せる財産及び婚姻中自己の名に於いて得たる財産はその特有財産とするを原則とし、夫または女戸主がその配偶者の財産に対して使用及び収益を為す権利、及び夫の妻の財産に対する管理権を廃止すること」と記されている。

昭和 2 年の臨時法制審議会の委員であった穂積は妻無能力条項の解説に際し、「この制度は…夫婦間の秩序すなわち家庭の円満を維持するという所期の目的を達し得ないのみならず、むしろ第三者に多大の迷惑を及ぼすものであること、ほとんど争い得ない。そこでこの制度はこれを全廃して、妻が如上の(民法 14 条規定の) 行為をなすにつき夫と相談するか否かは夫婦間の情義に一任すべきということが、有力に主張されうる。改正要綱はこの全廃説を採用しなかったが、その制度を充分緩和制限すべきものとした」との見解を提示している⁴⁾。

2) 同上 77 頁。

3) 民法規定中、我邦古来の淳風美俗にそわざるものありと認むるがいかん改正してしかるべきか、との政府の諮問に対し、臨時法制審議会が議決答申したもので、昭和 2 年 12 月 28 日に政府発表。穂積重遠「民法改正要綱解説 (一) 序言及び婚姻」穂積重遠・中川善之助責任編輯『家族制度全集 法律篇 I 婚姻』328 頁。

4) 同上 345 頁。

(2) 司法の対応

かように立法時以来不評の法文であり、しかも削除も指摘されている妻無能力制度につき裁判所はどのような事案対応をしたのであろうか。「されど法は法」なのか、あるいは法文はあれど実質的利害衡量がなされたのか、司法の機能の観点からも興味深いところである。

明治29年民法施行以降明治44上半期までの各裁判所の判例と、民刑局の回答および法曹会決議等も収集して編まれた『民法判決実例』⁵⁾に載った事例を見る限り、夫の取消権を広く肯定する印象はない。確かに条文がある以上、その文言に忠実に、妻が夫の許可を得ずに、自己の不動産に抵当権を設定し、登記を為した事案では、夫に抵当権設定行為の取消と登記の抹消請求を為し得るとした事案もある⁶⁾。

しかし事案数が多いのは、訴訟訴訟行為についての夫の許可の要不要を問うものであり、例えば訴訟の各審ごとに許可を取る必要があるかが争点となったケースでは、「每審各別ニ夫ノ許可ヲ得ルヲ必要トセス⁷⁾」と判示し、あるいは「夫ハ民法上妻ノ訴訟行為ニ付キ各審ヲ通シテ無制限ニ其許可ヲ與フルコトヲ得ルノミナラス民事訴訟法ニ於テモ審級毎ニ夫ノ許可ヲ證スル書面ヲ要スヘキ規定ナケレハ苟モ夫カ起訴ノ當時無制限ノ許可ヲ與ヘタル以上ハ妻ハ各審級ニ於テ有効ナル訴訟行為ヲ為シ得ヘキモノトス⁸⁾」として、総じて夫の許可は一度のみで足り審級ごとには不要との内容である。

訴訟に関連する個別の事項については、概ね夫の許可の範囲を狭く示す判決が多い。妻が子の法定代理人として訴訟を提起するには、夫の許可が必要かが

5) 巖松堂書店編集部編纂、大正元年7月巖松堂書店発兌、明治44年下半から大正3年までの追録を合わせて大正7年4月1日刊

6) 大審院民事第二部明治39年6月1日民録第12輯893頁(出典同上)

7) 大審院民事第一部明治33年12月6日民録第6輯11、36頁(出典同上)

8) 大審院民事第一部明治37年6月4日民録第10輯805頁(出典同上)

争われた事案では「夫ノ許可ヲ要セス」とし⁹⁾、競売申し立ておよび申し出につき、これを第三者に委任する件では、競売に関わる夫の許可があれば、妻は当該行為を他人に委任する際にはさらに夫の許可をとることは不要であるとす
る判決もある¹⁰⁾。

また妻が夫の許可を得ないで単準承認したという事例では、「民法第 14 条ハ妻カ夫ノ許可無クシテ単準承認意思表示ヲ為シタルトキハ夫ハ之ヲ取消ス事ヲ規定シタルニ止マリ法律ノ規定ニ因リ単準承認ノアリタリト同一ノ効果ヲ生シタル場合 (民法 1024 条、法定単準承認；筆者記) ニ於テ夫ハ尚ホ取消ノ方法ニ依リ其効果ヲ消滅セシメ得ヘキコトヲ規定シタルモノニアラス¹¹⁾」とする。妻の法定単準承認に対して、夫が民法 14 条を根拠に取り消すことはできないとの判示である。事柄上当然と思われる結論である。無能力規定の拡大解釈にあたるような、夫の許可の必要性を強調する判例は見当たらない。

ただし妻が許可を得ずになした行為に対する夫の取消権の行使は婚姻が解消した後も存続するかについては、大正 2 年の判例では夫の財産上の利益が害されているかぎり存続する¹²⁾とされていたものが、昭和 9 年には

「夫ノ許可ヲ得ズシテ為シタル法律行為ニ対スル取消権ハ婚姻関係ノ継続スル間ノミ存在シ婚姻解消トトモニ之ヲ失フト解スルヲ以テ正當トセザル可カラズ蓋シ法律ガ依テ以テ保護セントシタル婚姻関係ハ既ニ止ミタルニモ拘ラス取消権ノミハ舊ノ如ク尚存続スト云フコトノ極メテ不合理ナルハ多言ヲ俟タザレバナリ¹³⁾」

9) 大審院民事第一部明治 33 年 4 月 10 日民録第 6 輯 4、16 頁 (出典同上)

10) 大阪控訴院民事第二部明治 43 年 10 月 14 日法律世界第 78 号 8 頁 (出典同上)

11) 東京地方裁判所民事部明治 34 年 6 月 21 日法律新聞第 44 号 13 頁 (出典同上)

12) 大判大正 2 年 10 月 2 日民録 19 輯 866 頁 (石田文次郎「妻の無能力」穂積重遠・中川善之助責任編輯『家族制度全集 法律編 I』昭和 12 年河出書房、129 頁)

13) 大判昭和 9 年 12 月 22 日民集 13 巻 2245 頁

と判示するに至り、家庭安寧のためとの立法趣旨は拡大し得ないこと、ひいては無能力規定の限界が明示されたともとれる判決である。

そこで次項では、妻の保護にも取引の相手方保護にもならない妻の能力制限規定がなぜ置かれたのかにつき、旧民法典以降の各法典作成時の事情を踏まえつつ、各立法時の規定内容にさかのぼって検討することとしよう。

II 翻って明治初期の立法経緯

(1) 旧民法人事編 68 条

明治民法の妻の無能力規定の誕生の経緯を探るには、まづは旧民法人事編に遡ることになる。旧民法典人事編は一般に、司法省法律顧問ボアソナードの立案にかかるとして、ボアソナード法案とも称されるが、実は明治 12 年に司法卿大木喬任がボアソナードに民法典草案の作成を依頼したのは財産編のみであり、人事編および財産取得編は日本人の法律取調報告委員が起草したものであることはすでに先学も明らかにするところであり、ここでは本稿に関する範囲でその経緯を見ていく。

星野通が著した「明治 20 年 10 月以降舊民法典成了時までの編纂経過」¹⁴⁾の中から、適宜関連箇所のみ抽出すれば、

「人事編は前掲磯辺『民法編纂の由来に関する記憶談』にもある様に主として報告委員熊野敏三が起草し、財産取得編中相続、贈与、遺贈、夫婦財産契約の諸部分は報告委員磯辺四郎が中心となり起草したのである」

とあり、また

「典拠とすべき既成草案が殆ど無かったと言われるだけに、起草委員の苦

14) 星野通『明治民法編纂史研究』明治 18 年初版、復刻版『日本立法資料全集 別巻 33』93 頁以下。

二次資料として大久保泰甫＝高橋良彰『ボアソナード民法典の編纂』雄松堂出版、1999、91 頁。

労は一しほだったろうと思はれるが、草案は従来通り財産法、取引法部分が自然法学的立場よりフランス民法を母法として編纂されたのであり、証拠編、債権担保編も財産取得編、財産編同様フランス法に拠ったわけであるが、身分法たる人事編、身分関係を基礎として生ずる財産移動関係を規制する法たる財産取得編相続の部分等は、よく本邦古来の美風良習たる家族制度を参酌し、一方よき西洋的なるもの個人主義的なるものを適当に調和せしむるため邦人委員の手によって起草が行われたのである」

とある¹⁵⁾。

ちなみに上記「本邦古来の美風良習」については、「大木司法卿が民法典編纂の材料に供せんがためとして、委員を各地に派遣し、民間慣行の成例に渉るものを採録せしめて之を類集」させ、明治 10 年、13 年に刊行された『民事慣例類集』に集約された¹⁶⁾ことは周知のとおりであるが、前出星野は、地方を巡回して慣行の調査を行う任に当たった者の非常な努力にもかかわらず、調査結果が法文に生きることはまれであったらうとの記述をしている。「西欧個人主義文化を吸収しつつ急速に開化発展しつつあった所謂自由民権思想勃興期に個人主義西洋法典を模倣して行われた法典編纂においては、封建時代以来の舊慣習など顧みることは事実上不能に近いことであり、(中略)客観的には立法者により(旧慣習が)省みられる価値を有していなかった」のであらうと記載する¹⁷⁾。

さて、日本人法学者の手になったものの、古来日本の風習に依拠するもので

15) 前掲星野 98 頁。

16) 風早八十二解題『全国民事慣例類集』日本評論社、昭和 19 年、1 頁。

17) 前掲星野 77 頁。同書中、調査蒐集の件りにおいて、「(民事慣例類集作成のための慣例の調査は)主として外国人によりて起草された草案においては、ただ邦人起草にかかる人事、財産取得編の相続の部等で家督相続その他の慣例が参照されたに過ぎず(以下略)」ともあり、まったく無益との批判は妥当しないことが推測できる。

もないとすると、旧民法人事編の法案の範としたものは何であったか、そして妻の無能力規定とはどのような規定内容であったかの検討が次の課題となる。

旧民法人事編では、妻（同法の用語では「婦」）の能力につき、婚姻の効力の節に以下のように規定する。

「第六十八条 婦ハ夫ノ許可ヲ得ルニ非サレハ贈與ヲ為シ之ヲ受諾シ不動産ヲ讓渡シ之ヲ擔保ニ供シ借財ヲ為シ債権ヲ讓渡シ之ヲ質入シ元本ヲ領収シ保證ヲ約シ及ヒ身体ニ羈絆ヲ受クル約束ヲ為スコトヲ得ス又和解ヲ為シ仲裁ヲ受ケ及ヒ訴訟ヲ起スコトヲ得ス」とし、次条には

「第六十九条 夫ノ許可ハ特定又ハ総括ナルコトヲ得但総括ノ許可ハ証書ヲ以テ之ヲ与フルコトヲ要ス 夫ハ夫婦財産契約ニ依リテ与ヘタル総括ノ許可ト雖モ之ヲ廢罷スルコトヲ得」と。

人事編起草にかかわった熊野敏三の手による解説「民法正義」の条文義解¹⁸⁾から、妻の能力に関する立法意図を、要点のみ抜粋し要約すると、以下のようである。

まず婦(妻の意)の無能力は未成年者、禁治産者とは異なるものであること。後二者は裁判上と裁判外とを問わず、すべての行為をなす能力を持ち合っていないが、婦の場合は本条に列記した行為をなす能力を有しないのであり、列記以外の行為は夫の許可を得ずに行為をなす。それゆえあるときは能力者とし、あるときは無能力者とするもので論理上不当のようにも思われるが、法律の目的は最も重要なまたは危険な行為を禁じて、婦の能力を制限することにある。

との記述の後、第 68 条に列記した各行為につき、なぜ許可を要するかの根拠を述べている。同書によれば、

18) 民法正義人事編卷之壹(明治 24 年 12 月 1 日刊)熊野敏三著。復刻版『民法(明治 23 年)正義 人事編 卷之壹(上下) 日本立法資料全集 別巻 63、信山社、平成 8 年』294 頁以下。

列記事項の第一、贈与をすることは一家の経済上最も重大な行為だからであり、贈与の受諾は他に損害が無くとも婦が独自に他人の贈与を受けることは、善良な風俗の許さないところだからである。ただし慣習上の贈物や義捐金の類いは除く；

列記の第二、不動産の譲渡、書入れ、質入については、不動産および元本は最も重要な財産で、これを処分する行為は婦の困窮を来し、家政を危うくする恐れがあるからであり、その他の動産は婦自身が夫の許可無く譲渡または質入も可能である；

第三の元本を領収することは、管理行為であって財産を失うことが無いようにも思えるが、領収した後にこれを浪費する恐れがある。もしこれを禁じなければ、元本の譲渡を禁じたところで無益になるであろう；

第四の借財をし、保証をすることについては、これが最も危険な行為であること、他言を待たない。不当の利得、不正の損害より生じた義務を負担するのは、もちろんだが、不当の弁済はこの限りではない。婦は正当な弁済であっても自ら領収することができないからである；

第五の身体に羈絆を受ける約束については、例として他家に奉公し、劇場寄席に出勤するが挙げられるが、その理由は婦の、夫に服従する義務と抵触するからである。ただし自宅で裁縫又は遊芸の指南を約するようなことは自由である；

第六の和解・仲裁を受けることについては、これが処分行為の中で最も重大なものだからである。それゆえ法律は和解・仲裁の目的として、動産であるか不動産であるかを区別してはいない；

第七の訴訟を起こすことについて、これが最も危険な行為であること、言うを待たない。それゆえ法律は占有訴権であると、本権訴権とを問わない。ただし法律は起訴を禁ずるのみである。被告たる場合は原告の訴権を防ぐ道が無いからである；

との解説がある。なお人事編 69 条には「夫ノ許可ハ特定又ハ総括ナルコトヲ

得但総括ノ許可ハ証書ヲ以テ之ヲ与フルコトヲ要ス 夫ハ夫婦財産契約ニ依リテ与ヘタル総括ノ許可ト雖モ之ヲ廢罷スルコトヲ得」として、夫婦財産契約の存在を前提とした文言が並んでいる。

ちなみに旧民法では財産取得編において、夫婦財産契約として

第 1837 条「夫婦タラントスル者ハ其財産ニ関シテ風俗ヲ壞ラス若クハ公ケノ秩序ヲ害セサル契約ハ適意ニ之ヲ為スコトヲ得但シ風俗ヲ壞リ若クハ公ケノ秩序ヲ害スル約件アルトキハ其約件ハ無効トス」

と規定し、また財産共通、所得共通についてはそれぞれ

第 1844 条「法定ト約束トヲ問ハス財産共通ハ婚姻ノ公式後直チニ始マリ契約ヲ以テ其開始ノ時ヲ変更スルコトヲ得ス」

第 1846 条「所得共通ノ財産ハ左ノ如シ

- 一 婚姻公式ノ時夫婦ノ現ニ所有シ若クハ将来ニ所有スヘキ動産及ヒ不動産ヨリ婚姻中ニ生シタル果実及ヒ産物
- 二 夫婦ノ協同若クハ各自ノ労働ニ因テ婚姻中ニ得タル物
- 三 本条第一及ヒ第二ニ掲クル所得ニ因テ得タル物」

との規定を置いており、これとの関連で 69 条の意味が生じ、妻の財産行為等を夫の管理下に置かせようと意図した無能力制度の存在意義もあつたことになる。

ところが明治民法では唯一婚姻中に妻が自己の特有財産の管理を回復することができるとする第 432 条

「管理ノ失当ニ因リ夫又ハ入夫カ婦ノ特有財産又ハ戸主タル婦ノ財産ヲ危険ニ置クトキハ婦又ハ戸主タル婦ハ自ラ其財産ヲ管理セント請求スルコトヲ得」と、あるいは夫婦間の贈与に関する夫権の行使とその特例についての第 367 条「夫婦間ノ贈与ハ何等ノ約款アルニ拘ハラズ婚姻中贈与者随意ニ之ヲ廢罷スルコトヲ得贈与ノ廢罷ハ第三者ニ対シテ効力ヲ有セス但贈与ノ登記ニ廢罷ノ訴状ヲ附記シタル後ニ受贈者ノ遺産所持者ヨリ贈与財産ニ付キ物権ヲ取得シタル第三者ニ対シテハ此限ニ在ラス」を規定するのみである。

明治民法が妻の無能力規定を夫婦財産の制度と関わらせることはなく、総則

編に規定したことで、妻は一般的無能力者となり、このことが後述商業登記の際にも問題となる。なおほぼ同時期に制定された商業登記に関する非訟事件手続法では、夫婦財産登録が明文化されていること、後述のとおりである。

(2) 第一次草案 104 条

以上が旧民法人事編、婚姻の効力に関する第 68 条の「義解」、すなわち起草者による立法意図の解説である。ただし同条は起草当初の草案とは異なり、法律取調委員会での再調査¹⁹⁾、さらにその後の元老院での上奏案策定、内閣での修正を経て、明治 23 年に公布に至ったものである。当初のものは、婚姻の効果の第 2 款に第 104 条「婦の無能力」として、

「婦ハ夫ノ允許ヲ得ルニ非サレハ贈与ヲ為シ又ハ受諾シ不動産ヲ移付シ書入シ又ハ質入シ借財ヲ為シ元本ヲ讓渡シ質入シ又ハ領収シ保証ヲ約シ及ヒ使役ノ賃貸ヲ為スコトヲ得ス並ニ右諸般ノ行為ニ関シテ和解ヲ為シ仲裁ヲ受ケ及ヒ訴訟ヲ起スコトヲ得ス」

とされていたものであり、これがいわゆる旧民法人事編第一次草案である。

この第一次草案と公布された人事編第 68 条との違いは主として 2 点あり、その一つは、草案中第 104 条の文言中にあった「並びに右諸般の行為」の部分が削除されている点である。この点につき、立案者熊野敏三は上記の義解の中で、人事に関する訴訟については、妻も単独で起訴することができることを理由として起草したことを述懐している。つまり人事に関する訴訟とは、例えば夫に対する婚姻無効、離婚または禁治産、准禁治産を請求することなどであろうから、もしこの場合も許可が必要とするならば、夫は多分許可を与えないであろう。その場合妻は権利を行うことができなくなる。それゆえ原案では「並びに右諸般の行為」と限定することで、列記したものの以外のその他の行為につ

19) 「民法草案人事編再調査 (完)」復刻版 法務大臣官房司法法制調査部監修、日本近代立法資料叢書 16、商事法務研究会、平成元年、7 頁。

いては、妻は夫の許可を受けず訴権を行使し得るとして、人事に関する訴権を除いていたのである。

つまり熊野の見解では、妻の無能力は列挙された事項に限定され、その他の事項については、行為能力を有すると解され、しかしこれが後に民法草案人事編再調査により、覆されることになったものである。熊野が記した「義解」中にその理由が掲げられている。

〔(明治 23 年に公布された) 民法がこの数語を削除したのは、精神の変更ではなく、財産権についてはことごとく許可を要するという意味である。夫が心神喪失状態であれば、喪心した夫の許可を要求する理が無いと同様、配偶者に禁治産の請求訴権をあたえるべきことを推知するに足る。²⁰⁾〕
としている。ある種の妥協とも読み得る。さらに原案（第一次草案）と公布条文との違いの第二は、妻の無能力が第三者との関係のみならず、当事者間においても必要であるとの観念から、草案においては

第 111 条 夫婦ノ間ニ於テ利益ノ相反スル行為ヲ為サントスルトキハ婦ハ
裁判所ノ允許ヲ得ルコトヲ必要トス

裁判所ノ允許ヲ得サル行為ノ無効ハ婦又ハ其承権人ニ非サレハ之ヲ請求ス
ルコトヲ得ス

裁判所ハ婦ノ請求ニ依リ其行為ノ確認ヲ為スコトヲ得

と規定したものである。しかしこれも元老院において削除されている²¹⁾。

ちなみに第一次草案の依拠する参考立法は、同条の理由書²²⁾、および日本

20) 注 18、300 頁。

21) 名古屋大学法学研究科 Sato Tomoya 氏作の『明治民法情報基盤 Article Hisotry』は旧民法人事編第一次草案から明治民法公布までの条文の推移を Web 上で一覧確認し得る。

22) 民法草案理由書上巻 法律取調委員 熊野敏三起稿（早稲田大学リポジトリ大隈重信関係資料）95 頁

注 9、53 頁

近代立法資料叢書の復刻版中の「民法草案人事編九国対比」²³⁾によれば、フランス民法第 215, 217, 226 の各条、オランダ民法 165, 173, 163 の各条、イタリア民法第 134 条、その他デンマーク、ロシア、英国等²⁴⁾が記載されている。

第一次草案起草当時の訳出原語訳をそのままのカナ漢字交じりの文字にして以下に掲げると、

フランス民法 215 条は、「婦は、公の商人なるとき、または財産を共通せず、または財産を分離した時でも、夫の許可なくして裁判所において訴訟を為すことを得ず。……」として、いかなる夫婦財産制のもとでも妻の訴訟能力が制約されることを規定している。

イタリア民法 134 条は、「妻たる者はその夫の認可を得なければ、不動産物件を贈与し転付しまたは領受し、あるいは他人の保証人となり、またこれらの行為に関して協約をしあるいは告訴を起すことができないものとす

る」とあり、第一次草案の作成にイタリア法がもたらした影響が大であったことが分かる。

(3) 明治民法 14 条と梅謙次郎の行為能力論

旧民法の各編が修正を行うため明治 29 年 12 月 31 日まで施行延期となった後、新たに明治民法の修正起草作業のため、明治 26 年 3 月 15 日勅令第一号により、法典調査会が設けられ、総理大臣伊藤博文が総裁となって、民法商法その他の附属法律の調査審議が行われた。民法・商法については穂積陳重、富井政章、梅謙次郎の三氏が起草委員となり、明治 29 年 4 月に総則・物権・債権

23) 「民法草案人事編九国対比」法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書 16』民法草案人事編(完)平成元年 2 月商事法務研究会

24) その他ドイツ、スイス、スペイン、ベルギーの各国法にも妻の行為能力制限がなされている事につき、注 21

の前3編のみが法律第89号として公布された。

ここであらためて確認すべきは、同法典調査会起草委員であった梅謙次郎が「民法要義卷之一」²⁵⁾の序論中で、

「本法ハコレヲ五編ニ分チテ、……今度發布セラレタルハ民法ハ前三編ノミニシテ、他ノ二編ハ今尚ホ法典調査会ニ於テ起草中ニ在リ、故ニ本書ハ先ツ發布セラレタル前三編ノミニツイテ論ス。」とし、

「親族編ニ於テハ財産権ナラサル親族権ニ関スル規定ヲ掲ケタリ」²⁶⁾とした部分の含意である。この文章に続く梅の説明を要約すると、親族権の結果として財産権を生ずることもあり、その財産権には前2編（物権、債権）の規定を適用するのが原則ではあるが、多少特別な規定が必要なことも無いわけではない、とある。

このことが、妻の無能力の規定が他の親族編規定から切り離されて総則編におかれたことと無関係とは言い難い。その検証として、以下に梅の「行為論」を引用する。

同じく『民法要義』第一編「総則」中の第一章「人」の第二節「能力」において、梅の行為論を抜粋要約し、現代語にて紹介すると、

「従来日本ではフランス法の語例に従って行為能力のみを能力と称してきた。これが慣例となっているので、本節でも「能力」をこの意味で用いる。しかしドイツ法では、能力 (capacité, Fähigkeit) を権利能力と行為能力とに二分する。行為能力も権利能力と同じく人は皆これを有するのが原則である。事実上権利を行使することができない者と、法律が特に無能力者 (incapable, unfähig) とする者がいて、その者のみが行為能力を有していない。そこで本節ではどのような人が能力を具有するかを規定せずに、どのよ

25) 梅謙次郎『民法要義 卷之一 総則編』和仏法律学校、明法堂刊、明治29年6月 国立国会図書館デジタルコレクション

26) 同上3頁。

うな人がこれを具有しないかを規定する。

ドイツ法学は行為能力を有しない者を、無能力者と限定能力者（geschäftsunfähig in der Geschäftsfähigkeit beschränkt）の2種とするが、そのいわゆる無能力者は日本民法においては意思無能力者（willensunfähig）のみとなる。しかしながらこの場合においては、法律行為の要素たる意思を欠くことにより、法律行為が成立しないのであるから、あえて無能力者としてこれを規定することはしない。（中略）それゆえここでは、ドイツ学者のいうところの限定能力者のみに付き規定を設けた。

一般の無能力者のほか特別の無能力者もある。（中略）日本民法で認めた一般の無能力者は、未成年者、禁治産者、準禁治産者、妻である。」

とある。

梅の称する無能力の、一般と特別との分類は、前者がいわゆる法定無能力者であり、未成年者、禁治産者、準禁治産者、妻の4種がこれに当たるとし、他方特別の無能力者の例として、未成年後見の後見人は後見計算が終了するまでは当該被後見未成年者との契約を締結することができないこと、夫婦間の契約はいつでも取消することができること、破産者は破産債権者に対抗する行為を為し得ないことを例として挙げている。

すなわち一般と特別とに分けた意図は、特別は具体的事情に応じた一定条件下での行為制限がなされる場合を言わんとし、したがって能力制限に係る本質的部分ではない。本質は意思能力を有するにもかかわらず、法定の限定能力者とされる根拠にある。

そこで妻が無能力とされることをどのように説明するかが問われることになる。この点につき梅は、「民法要義巻之一」第1章「人」第2節「能力の項」の第14条以下の規定につき²⁷⁾、次のように説明する。

27) 同上11頁。

妻を無能力と規定することについては、

「婦人ハ婦人トシテ無能力ナルニ非ス 故ニ処女及ヒ寡婦ハ其能力ニ於テ男ト異ルコトナキヲ原則トス 唯妻ハ妻トシテ無能力ナリ 其理由ハ…家ニ二主アリテハ一家ノ整理ヲ為スコト能ハス故ニ今日ハ家ニ必ス戸主アリシカレトモ家族制ハ漸次親族制ニ進化シ来ルコト古今ノ沿革ニ徴シテ争ウベカラザルトコロナルガ故ニ 戸主ノ権ハ復昔日ノ如ク強大ナルコト能ハス、漸ク親権父権ノ発達ヲ見ニ至レリ……」

との、それまでの強大な戸主権と世界の法事情の変化を述懐した後、妻の無能力の基本方針を述べる。以下抜粋して現代語にて要訳すると、

「夫権は妻に対して行われる。新民法（明治民法：筆者記）においては、夫権は主として妻が重大な法律行為を行わんとする際に、夫の許可を受けさせることによってその行為能力を制限することで行われる。しかしその能力の程度は、準禁治産者に類するとはいえ、差異がある。準禁治産者はその財産を保護するためにこれを無能力とし、妻の場合は夫の権力に従わせようとするために無能力とするもので、その間に次のような差異を生ずる。

1. 準禁治産者は負担附の贈与又は遺贈を受諾するに場合にのみ保佐人の同意を要するが、妻は一切の贈与、遺贈を受諾する際に夫の許可を要するものとする。なぜならば他人より贈与、遺贈を受ける行為は、たとえ財産上では利益のみあり害はない場合でも品位上又は感情上、これを受けることを不可とする必要もある。その判断はすべて夫の意見に従うのでなければ、父権の行使がなされ得ないことに至るおそれがあるからである。

2. 「身体ニ羈絆（きはん）ヲ受クベキ契約」もまた、類似の理由により、準禁治産者には許しても妻には許さない。なぜならば夫は妻を自己と同居させる権利をさえ有する者であるにもかかわらず、妻はどうして夫の許可なく自己の身体に拘束を受け、夫の命に従って同居やその他の義務を果たすことができない状態に至るかもしれない契約を為すことができるであろうか。

3. これに反して第12条第8号及び第9号に掲げる行為（8号；新築、改築、

増築又ハ大修繕ヲ為スコト、9号；第六百二条ニ定メタル期間ヲ超ユル賃貸借ヲ為スコト）は、財産上の利害の観点からはやや重大なものに相違ないけれども、妻が独断でこれを為した場合に、あえて夫の権力をないがしろにする恐れがあるとまでは言えない。そのことがこれを本条には挙げてはいない理由である。ただし新築、改築増築のため借財を為し又は不動産もしくは重要動産の処分をする必要があるときは、特に夫の許可を受けるべきであることも、いうまでもない。

4. 同じ理由により、妻は準禁治産者のように法律に定めた行為以外のものに付いても夫の許可を受けるべきであるとするのが適当ではないことはもとより当然である。

以上の理由により妻といえども、もし準禁治産者の原因があるときには準禁治産を宣告する必要があることは明らかであり、ことに第 17 条の場合において妻は夫の許可を得ることは必要が無いとはいえ、もし準禁治産者なるときは第 12 条の行為に付いては必ず保佐人の同意を得なければならない。このことから西洋においては妻の準禁治産が非常に頻繁であるという(後略)。」

ちなみに第 4 にて説示の民法 17 条は、以下のように妻が夫の許可を得る必要のない場合を列挙する。

第 17 条 左の場合ニ於テハ妻ハ夫ノ許可ヲ受クルコトヲ要セス 1 夫ノ生死分明ナラザルトキ 2 夫ガ妻ヲ遺棄シタルトキ 3 夫ガ禁治産者又ハ準禁治産者ナルトキ 4 夫ガ瘋癲ノ為メ病院又ハ私宅ニ監置セラルルトキ 5 夫ガ禁錮 1 年以上ノ刑ニ處セラレ其刑ノ執行中ニ在ルトキ 6 夫婦ノ利益相反スルトキ

以上が梅の、第 14 条規定根拠の説明である。そもそも梅の「能力」論は、ドイツ法に依拠した行為能論にあることが、梅自身の言葉で示されているように、妻の行為無能力は妻自身の能力いかんではなく、夫権に対する配慮に由来

することから、妻は原則として能力があり、限定された事情の下でのみ、能力が制限されるとするものである。

Ⅲ 妻登記とは

(1) 商法典編纂・商業登記制定事情

日本の初めての商法典は、明治23年商法である。ドイツ人ヘルマン・ロエスラー (Hermann Roesler) の起草により明治14年(1881)に編纂がはじまり、法律取調委員会での審議に付された後、元老院の議決を経て明治23年4月に公布された²⁸⁾。当初翌24年4月から施行の予定であったが、民法同様施行延期の議論がおき²⁹⁾、明治26年1月1日まで施行延期となった。

ちなみに延期派の主張理由は、起草者が明治政府の招いたドイツ人学者であることから、いわゆる民法典論争と同様、わが国固有の慣習を顧みないとするに加え、同23年に公布された民法典(旧民法)との不調和をいう声もあり、修正すべきとするものであった。

そこで法典調査会が民法に加え商法の修正法案を作成することになったが、修正法案は29年12月に至っても完了せず、商法典の施行延期は明治31年6月30日までとなった。明治30年には法案は成立したものの、帝国議会の解散により審議不能となり、結局新商法典の成立は明治32年(同年3月公布、6月施行。1899年法律第49号)である。

しかしこの間、会社設立に関する法規など、会社、手形、破産の部分については緊急を要するとして、すでに23年に公布されている商法典の一部を修正した上で、明治26年7月から施行された³⁰⁾。その他の部分についてはまた施行延期期日とされた明治31年6月30日までに成立しなかったことから、翌7

28) 西原寛一『商行為法』(法律学全集29、有斐閣昭和35年)

29) 明治23年12月「商法及商法施行条例施行期限法律」(1890年法律第108号)

30) 商法及商法施行条例中改正並施行法律 明治26年3月法律第9号

月 1 日から明治 23 年公布の商法典が自動的に施行されたため、明治 32 年 5 月までの間の商法典をもって、一般に旧商法と称されている³¹⁾。

なお新法典の前に先んじて施行された明治 26 年商法一部施行の中に商業登記簿 (明治 23 年法第 1 編編第 2 章) についての規定も含まれていたことから、商業登記に関しては明治 23 年 10 月 29 日に「商法ノ規定ニヨリ商業及ヒ船舶ノ登記公告ニ関スル取扱イ規則³²⁾」が制定されている。

現行商法典は明治 32 年 3 月 9 日公布され (法律第 48 号)、同年 6 月 16 日から施行された。商業登記に関する規定は、旧商法と同じように商法典中にも規定されている (第 3 章 9 ~ 15 条) が、手続規定は旧商法が上述の「商法ノ規定ニヨリ商業及ヒ船舶ノ登記公告ニ関スル取扱イ規則」であったのに対し、現行商法では「非訟事件手続法³³⁾」に定められ、商業登記手続きに関する規定もここにおかれることになった。ちなみに現在の非訟事件手続法には商業登記規定は存在しないが、これは昭和 38 年に商業登記法が制定されたことによる。

登記事項については、旧商法では、具体的に①商号登記簿、②後见人登記簿、③未成年者登記簿、④婚姻契約登記簿、⑤代務登記簿、⑥会社登記簿、⑦合資会社登記簿、⑧株式会社登記簿の八種がある³⁴⁾。

一方新商法では、具体的に①商号登記簿、②未成年者登記簿、③妻登記簿、④後见人登記簿、⑤支配人登記簿、⑥合名会社登記簿、⑦合資会社登記簿、⑧株式会社登記簿、⑨株合資会社登記簿、⑩外国会社登記簿の十種である。

31) 法務省民事局民事法研究会編『商法登記法等改正経過法令集』商事法務研究会刊平成 6 年 4 月、3 頁。

32) 明治 23 年司法省令第 8 号

33) 明治 31 年 6 月 21 日法律第 14 号

34) 旧商法 18 条「商号、後见人、未成年者、婚姻契約、代務及ヒ会社ニ関スル商業登記簿ハ当事者ノ営業所又ハ住所ノ裁判所ニ之ヲ備ヘ登記及ヒ之ニ関スル事務ハ其裁判所之ヲ行フ」

(2) 妻登記規定の背景

明治民法は妻の無能力を記す14条に続き、15条において「一種又ハ数種ノ營業ヲ許サレタル妻ハ其營業ニ関シテハ独立人ト同一ノ能力ヲ有ス」と規定する。他方商法第5条は「未成年者又ハ妻カ商業ヲ営ムトキハ登記ヲ為スコトヲ要ス」と規定する。妻登記の根拠条文は商法であるが、商法もまた民法同様施行延期され、妻登記が規定された商法条文が施行されたのは、明治民法施行後の明治32年6月16日であることを鑑みると妻登記は、民法に妻無能力が規定、施行されたことから、商法が夫の許可の公証を得る必要性にかんがみ、規定したものであることが明らかである。旧商法からの修正理由³⁵⁾には、

「無能力者ノ一タル未成年者ガ、法定代理人ノ許可ヲ得テ商業ヲ営ムニ付イテモ、亦登記ヲ必要トスルニ於イテハ、無能力者ノ一タル妻ガ、夫ノ許可ヲ得テ商業ヲ営ムニモ亦登記ヲ必要トスルハ当然ナリ。是レ本案ガ既成商法中ニ何等ノ規定ナキニモ拘ハラズ、之ガ規定ヲ加ヘタル所以ナリ」

と記されている。制度上の連携である。

さらに非訟事件手続法には、

第140条 各登記所ニ左ノ商業登記簿ヲ備ウ

- 一 商号登記簿
- 二 未成年者登記簿
- 三 妻登記簿
- 四 後見人登記簿

(五～十は支配人登記簿及び各会社登記簿につき略)

第141条 各登記所ニ商業登記簿ノ見出帳ヲ備ウ

とある。後掲のひな型がそれである。また同様に非訟事件手続法には

第167条 妻カ商業ヲ営ム場合ニ於テ登記ヲ申請スルニハ、申請書ニ營業

35) 現行商法は旧商法の修正という形で制定されたもので、法典調査会の作成により政府が帝国議會に提出した修正案には、修正理由が付されていた。注31、27頁。

ノ種類ヲ記載シ夫ノ許可ヲ得タルコトヲ証スル書面ヲ添付スル
コトヲ要ス但夫カ之ニ連書スルトキハ此限ニアラス

(第 2 項は未成年者に関する条項のため略)

妻カ夫ノ許可ヲ得ルコトヲ要セサル場合ニ於テ営業ノ登記ヲ申
請スルニハ申請書ニ其事由ヲ証スル書面ヲ添付スルコトヲ要ス

との規定がある。

登記の意義は、取引の相手方たる第三者保護にあることは言うまでもない。
従って非訟事件手続法は、公告の方法も記載している。

第 144 条 登記シタル事項ノ公告ハ官報及ヒ新聞紙上ニ少クモ一回之ヲナ
スコトヲ要ス

公告は之ヲ記載シタル最終ノ官報及ヒ新聞紙発行ノ日ノ翌日
之ヲ為シタルモノト看做ス

もっとも公告が登記の存在意義であることは旧商法でも異ならず、したがっ
て官報はまだ制度化されていなかったことから、「登記ハ其度新聞紙ヲ以テ速
ニ之ヲ公告スベシ (旧商法第 19 条)」との同様の規定は存在していた。ちなみ
に旧民法人事編に規定された婚姻契約についても「商号、後見人、未成年者、
婚姻契約、代務及ヒ会社ニ関スル商業登記簿ハ当事者ノ営業所又ハ住所ノ裁判
所ニ之ヲ備ヘ登記及ヒ之ニ関スル事務ハ其裁判所之ヲ行フ」とある。

「妻登記の終了は、民法の改正に伴うものであることはいうまでもなく昭和
22 年 12 月 22 日法律第 223 号「民法の改正に伴う関係法律の整理に関する法
律による商法の一部改正」により、「商法の一部を次のように改正する。第 11
条 第 5 条および 6 条中「又ハ妻」を削る」とされ、施行日である昭和 23 年
1 月 1 日以降、妻登記の名称も消えることとなった。

(2) 官報に見る妻登記公告 (記載事例)

——終りに代えて

筆者は沖縄近代法の形成過程の調査のため、数年来沖縄の史・資料の収集分

析をしてきた。沖縄では県政開始が他県より遅いものの、琉球処分と称して沖縄を統治下に置く明治政府の策がなされ、民法、商法ともに本土と同様に施行された。調査の中で、官報中に多くの沖縄県の妻登記に関する裁判所公告記事を見つけ、明治・大正期を含めた沖縄の近代の法の浸透の一端を知りうることを目の当たりにした。

なぜ沖縄県で妻登記が多く利用されるに至ったかについては未だ不明である。本土においても一般人はもとより、法律家の中にも知る者が少ないことを思えば、利用主体である妻の側に利便性があったのか、あるいは取引の相手方保護の機能としての社会的有用性があったのか、いずれにしても法社会学的調査の必要性を痛感している。

妻の無能力規定については、家制度下の政策に依るもので、もはや研究の意義無しとの声も聞こえるが、家制度を以ってわが国古来の伝統的よき習慣と喧伝する風潮もある現在、未来社会への警告のために振り返ってみる必要もある。

確かに法制度上は、無能力制度が存在し、夫の許可を以って取引をする以上は、対効力たる登記が必要であり、登記制度がある以上「妻登記」があつてしかるべきであり、民・商連繋のこの一連の流れに法枠組みの瑕疵はないとも考えられる。

しかし以下に掲げる沖縄県の妻登記数の記録に示すように、妻が裁判所に向いて許可を得て商業行為をしようとするのが日常的に行われていたとすれば、夫権のため、家内の平穩のため、ひいては「婦ノ無能力ハ公ノ秩序ニ関スルモノナレハナリ³⁶⁾」ともいわれた明治民法下の策を、逆手にとって商業活動をした逞しき妻たちの凄腕が、家制度の実態を見直す契機にもなろうかと期待する。

36) 注 18、303 頁

附 沖縄県内における妻登記の数（明治24年～昭和15年）
（官報記載による。実名、実住所のため数のみを提示する）

年	登記数	年	登記数
明治42年	2件	昭和2年	22
43	3	3	21
44	4	4	28
大正元年	3	5	54
2	2	6	26
3	3	7	30
4	2	8	29
8	2	9	25
9	1	10	11
11	4	12	18
12	2	13	13
13	20	14	8
14	27	15	4
15	21		

商業登記取扱手続 「妻登記」 登記用紙ひな形

(法務省局民事法研究会編商業登記法等改正経過法令集364頁より)

<p>紙數表紙ヲ除キ 枚</p> <p>地方裁判所長</p>	<p>附錄第三號</p> <p>妻登記憑</p> <p>區裁判所</p>
------------------------------------	--------------------------------------

號		第			登記	號		第			登記	
備		豫			所	備		豫			所	
	空比ノ年 月日及七 空比官印	三 營業所	二 營業ノ 種類	一 名 住ノ 住		空比ノ年 月日及七 空比官印	三 營業所	二 營業ノ 種類	一 名 住ノ 住			
減消		更			變			減消		更		
明治 年 月 日 登記												
明治 年 月 日 登記												