



民法239条1項の沿革：
イタリア法を継受したわが民法規定

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 公開日: 2009-08-25 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 大島, 俊之 メールアドレス: 所属:
URL	https://doi.org/10.24729/00001609

民法 239 条 1 項の沿革

—イタリア法を継受したわが民法規定—

大 島 俊 之

目 次

- I はじめに
- II イタリア旧民法
 - 1 イタリア旧民法710条の規定
 - 2 イタリア旧民法711条の規定
 - 3 イタリア旧民法711条の起草理由
- III ボアソナード草案
 - 1 ボアソナード草案602条の規定
 - 2 ボアソナード草案602条の起草理由
- IV わが旧民法
- V 法典調査会における議論
 - 1 法典調査会に提出された原案
 - 2 富井政章の説明
 - 3 磯部四郎の修正案
 - 4 法典調査会で可決された案
- VI わが現行民法
- VII イタリア現行民法
 - 1 イタリア現行民法922条
 - 2 イタリア現行民法923条
- VIII おわりに

I. は じ め に

本稿は、わが国の民法239条1項の沿革について論じるものである。民法239条1項は、次のように規定している。

わが現行民法 239 条 1 項 無主ノ動産ハ所有ノ意思ヲ以テ之ヲ占有スルニ因リテ其所有権ヲ取得ス

この239条1項は、イタリア旧民法に由来する規定である。

II. イタリア旧民法⁽¹⁾

1 イタリア旧民法710条の規定

まず、最初に、イタリア旧民法 710 条の規定を紹介する。この規定は、イタリア旧民法第 3 編の冒頭の規定である。

イタリア旧民法710条 ①所有権は、先占によって取得される。(La proprietà si acquista coll'occupazione.)

②物の所有権及び他の物権は、相続、贈与、又は合意の効果によって、取得され又は移転される。(Le proprietà e gli altri diritti sulle cose si acquistano e si trasmettono per successione, per donazione e per effetto di convenzioni.)

③また、所有権は、時効の方法によっても、取得される。(Possono anche acquistarsi col mezzo della prescrizione.)

ここでは、このイタリア旧民法710条の第1項に特に注目すべきであろう。

この規定とフランス民法との関係について簡単に述べておく。イタリア旧民法710条1項に対応するような規定は、フランス民法にはない。イタリア旧民法710条2項は、フランス民法711条を継受したものである。ただし、フランス法では、「債権の効果によって」となっているところを、イタリア法では、「合意の効果によって」と改めている。イタリア旧民法710条3項は、フランス民法712条を継受したものである。ただし、フランス法よりも、だいぶ簡略化している。

2 イタリア旧民法711条の規定

イタリア旧民法711条の規定を紹介する。

イタリア旧民法711条 所有し得る物であって、誰の所有でもない物は、先占によって取得することができる。狩猟又は魚撈の対象となる動物、埋蔵物及び放棄された動産についても同様とする。(Le cose che non sono ma possono venire in proprietà di alcuno, si acquistano coll'occupazione. Tali sono gli animali

(1) イタリア旧民法というのは、イタリア王国成立後、1865年に公布され、1866年1月1日から施行された民法を意味する。イタリアにおいては、一般に、「1865年民法」と呼ばれているものである。イタリアの民法の沿革については、大島俊之「イタリア民法典成立史の素描」大阪府立大学経済研究26巻3=4号143頁以下参照。

che formano oggetto di caccia o di pesca, il tesoro e le cose mobili abbandonate.)

このイタリア旧民法711条第1文こそが、わが現行民法239条1項の起源となった規定である。

3 イタリア旧民法711条の起草理由

次に、イタリア旧民法の制定(1865年)と同時に刊行された注釈書によって、イタリア旧民法711条の起草理由を紹介する。⁽²⁾

本条は、⁽³⁾パルマ公国民法562条・392条、⁽⁴⁾モーデナ公国民法620条・428条、⁽⁵⁾アルベルト民法682条に対応する規定である。オーストリア一般民法382条⁽⁶⁾は、次のように規定している。「あらゆる国家の構成員は、無主の物を、先占によって取得することができる。ただし、警察法がこの権限を制限せず、個々の構成員にこの権限が認められている場合に限る」。

⁽⁷⁾ナポレオン民法714条および⁽⁸⁾両シチリア王国民法644条においては、誰のも

(2) Arabia e Correa, *Codice Civile del Regno d'Italia con Commenti e Rapporti* (1865), pag. 468-469.

(3) パルマ公国は、イタリア北部の小国である。スタンダール晩年の名作「パルムの僧院」で知られる。パルム (parme) という呼び方はフランス式であり、イタリア語では、パルマ (parma) という。

(4) モーデナ公国は、イタリア北部の小国で、パルマ公国の東隣に位置する。イタリア王国成立前、モーデナ王国は、エステ家が支配していたので、モーデナ公国民法のことをエステ家民法と呼ぶこともある。

(5) アルベルト民法というのは、イタリア王国成立前のサルデーニヤ王国の民法のことをいう。サルデーニヤ国王カルロ・アルベルトにちなんで、アルベルト民法と呼ぶことが多い。

(6) オーストリア一般民法382条については、イタリア語訳からではなく、ドイツ語文から翻訳した。ドイツ語文は、次のとおりである。Freistehende Sachen können von alle Mitgliedern des Staates durch die Zueignung erworben werden, sofern diese Befugnis nicht durch politische Gesetze eingeschränkt ist, oder einigen Mitgliedern das Vorrecht der Zueignung zusteht.

(7) ナポレオン民法すなわちフランス民法714条は、次のような規定である。「①何人にも属さず、すべての者が利用することができる物がある。②その享有の方法は、警察法によって定める。」

(8) 両シチリア王国は、ナポリ王国とシチリア王国が合邦してできた国であり、イタリア南部の広大な地を占める。

のでもなく、誰もが使うことができる物があり、警察法によって、その使用方法を定めるものとされている。

上の諸民法は、無主の物は国家に属するのが原則であり、個人に属するのは例外であるとして、先占を一般的な所有権の取得方法として認めていない。しかし、今日では、ローマ法と同様に、先占を所有権取得の主要な方法の 1 つに加えるべきであろう。

先占には、3 種類のものがある。第 1 は Venatio (狩猟)、第 2 は Occupatio bellica (戦争上の先占=国際法上の先占)、第 3 は Inventio (発見) である。第 3 の発見は、今日、無主の物、放棄された物、埋蔵物にも拡大されている。民法は、国際法上の先占を除いて、第 1 の狩猟と第 3 の発見について規定するものである。

III. ボアソナード草案

1 ボアソナード草案602条の規定

ボアソナードは、上に紹介したイタリア旧民法711条を参照して、草案602条を起草した。まず、ボアソナード草案602条を紹介する。この602条は、財産取得編の冒頭の条文である。このような位置に置かれている点にも、イタリア旧民法の影響があるように思われる。

ボアソナード草案 602 条 先占とは、無主の動産を自己の所有とする意思をもって最初に占有することによって、所有権を取得する方法をいう。[イタリア民法711条参照]。(L'occupation est un moyen d'acquérir la propriété des choses mobilières sans maître, par une prise de possession originaire, avec intention de se les approprier. [Cod. it., 711])

2 ボアソナード草案602条の起草理由

ボアソナードは、草案 602 条の起草理由について、次のように述べている⁽⁹⁾。ただし、ボアソナードは、603条および604条の起草理由も併せて述べているので、だいぶ長いものとなっている。以下では、603条および604条のみに関連する部分の紹介は省略する。

不動産についても、先占によって取得することができる旨が、主張される

(9) Boissonade, *Projet de Code Civil pour l'Empire du Japon*, t. 3, p. 8 et s.

ことがある。

たしかに、個々の地方の土地が、人口に比して、きわめて広大であり、耕作可能な土地が多く存在する場合には、個人は、勝手に耕作可能な土地を占拠することができるであろう。そして、自己の土地を囲い、改良した場合には、他の人々に優先して、その土地を保持する正当な権限が認められることになる。他の人々も、他の土地を占拠して、同様の権限を持つことができる。このような状況においては、最初に占有する人が、良い土地を得ることになる。最初に占有することが最も有利であっても、それが最も困難であり、最も危険であるならば、最初に占有した人をうらやむことはないであろう。

きわめて原始的な時代には、土地の占有についてこのような事態が、広く存在したであろうということを認めるにしても、おそらくは、氏族間の紛争、後には民族間の紛争によって、そのような所有権は破壊されたであろうと思われる。征服した土地は、勝利の報酬である。勝利者側のリーダーは、最も豊かで広い土地を自分に留保しておいて、残りの土地を自軍の兵士達に分け与えたであろう。戦争に基づくこのような占拠も、所有権取得原因であり、「先占」と呼ばれる。しかし、このような占拠は、前の例の場合よりも正当性が少ないものであって、同一の名称で呼ぶべきものではない。なぜなら、このような占拠は、「無主の物を最初に占有」したのではないからである。

文明が進歩し、また人口が増加した社会においては、無主の土地があり、先占によってそれを取得とするということを想定することは、もはや困難である。

さらに、現在の多くの民法は、特定の者に属さない不動産の所有権は国家に属するものとしている（フランス民法 539 条・711 条，日本民法草案 26 条）。したがって、高い山中の土地、または水もしくは砂が入ってくるために耕作することができないために、誰も所有したことの無い土地であっても、先占者は、権利を取得することができない。このような土地を所有するためには、国家から譲渡を受けなければならない。不毛であるために、所有者が放棄した土地についても、同様である。

先占は、不動産について適用しえないとしても、動産についてはかなり広く適用することができる。

3つの要件を満たすことが必要である。第1の要件は、所有権を主張する者が、所有する意図をもって目的を実際に占有していることである。第2の要件は、物がほんとうに無主の物であることである。第3の要件は、特別法が、所有権取得を禁止または制限していないことである。

602条は、これらの要件のうちの前2者の要件について規定している。603条は、第2の要件について特定の場合に適用される。第3の要件は、604条から出てくる。以下、これら3つの要件を別々に取り上げることにする。

第1の要件について。本条が要求している占有は、普通の占有と異なるものではなく、2つの要素、すなわち体素 (*corpus*) と心素 (*animus*) を必要とする。このことについては、すでに述べた (v. art. 193 et le Comment., t. 1, p. 321 s., nos 252 s., et p. 346-347, nos 279 s.)。ここでは、他人の物の占有が問題となっているのではないので、悪意ということは問題とならない。また、占有のもつ時効上の効果が問題となっているのでもないので、占有の公然性とか占有の期間とかも問題とはならない。

第2の要件について。目的物は無主物 (*res nullius*) でなければならない。したがって、いままで一度も所有されたことのない物であるか、または以前の所有者が所有権を放棄した物であることが必要である。

無主物の主要な例は、地上、空中または水中に自然に生息する野生動物である。ここでは、2つの要素が問題となる。すなわち、「野生 (*sauvage*) の動物」ということと、「自然に (*en liberté*) 生息する」ということである。

このような動物は、狩猟または魚撈によって先占することができる。⁽¹⁰⁾ただし、元来は野生の動物であっても、他人が捕獲し、飼育している動物は、たとえ善意であっても、先占することができない。例えば、野生の鳩を捕獲して、鳩小屋で飼育しているが、通常、近隣に放し、小屋に帰ってくるというような状態にある場合がそれである。近隣の人々は、その鳩を捕獲

(10) —原注 a— Boissonade, *op. cit.*, p. 11. 「ラテン語では、獣については *venatio* を用い、鳥類については *aucupatio* を用い、そして魚類については *piscatio* を用いる」。

することができない。飼育されている孔雀、鹿、猪などについても同様である。隣地の林の中を行ったり来たり (*ire et redire*) させている場合も同様である。このような動物は、無主の物ではない。捕獲された野生の動物が逃げ出すということがある。このような場合でも、無主の物にはならない。したがって、元の捕獲者が、再捕獲する意思を有し、そのための努力をしている限り、それを捕獲した別の者は、所有者とはならない。

しかし、動物が上の 2 つの要素（すなわち、野生動物であるということと、自然に生息しているということ）を満たす場合には、捕獲者が自己の土地において捕獲したか、他人の土地において捕獲したかを問わない。さらに、後者の場合において、捕獲者が、土地所有者の承諾を得ていなかったとき、さらには、土地所有者の制止を振切って捕獲したときも、同様である。これらの場合には、捕獲は不法行為であり、土地所有者の耕作を妨害するなど、損害を生じさせた場合には、責任が生じる。しかし、それでも、土地所有者は、捕獲者が捕獲した獲物の所有者ではない。なぜなら、その獲物は、「無主物」であったのであり、誰のものでもなかったからである。

このような結論は、ローマ法においても認められていたのであり、現在の判例によっても承認されている。しかし、そのことを、本草案の中で、明示的に規定することが必要とは考えない。なぜなら、非難されるべき行為を無効とはしない旨を法律中に規定することは危険だからである。603 条において、例外的な場合に禁じられる旨を規定することにした。このような規範は容易に認めることができよう。（後略）

IV. わが旧民法

わが旧民法財産取得編 2 条は、ボアソナード草案 602 条にならい、次のように規定していた。

わが旧民法財産取得編 2 条 先占ハ無主ノ動産物ヲ己レノ所有ト為ス意思ヲ以テ最先ノ占有ヲ為スニ因リテ其所有権ヲ取得スル方法ナリ

この規定が、上に紹介したボアソナード草案 602 条のフランス語文を翻訳したものであることは明らかであろう。

V. 法典調査会における議論

1 法典調査会に提出された原案

法典調査会の明治27年9月11日の会議に提出された原案の238条1項は、次のとおりであった。

原案238条1項 無主ノ動産ハ所有ノ意思ヲ以テ之ヲ占有スルニ因リテ其所有權ヲ取得ス

2 富井政章の説明

富井政章は、次のように説明している。⁽¹¹⁾

「本条ハ取得編第二条ニ当リマス唯少シク文章ヲ修正致シマシタ……文章ニ付キマシテハ原文ニハ『最先ノ占有』ト云フ辞ガアル是レハ無主物ト云フコトト衝突スルト思フ最先ノ占有デナケレバナラス是ハモウ先占ノ目的物が既ニ無主物デナケレバナラヌト云フコトト全ク同ジコトデアリマス夫故ニ之ヲ省キマシタ『其所有權ヲ取得スル方法ナリ』トアリマスガ是ハ少シク法文ノ体裁トシテハ如荷デアラウカト思フテ本案ノ如クニ書キ替ヘマシタ」。

3 磯部四郎の修正案

磯部四郎は、「占有」を「先占」に改めるという修正案を提出した。⁽¹²⁾

「私ハ本条ノ第一項ニ付テ修正案ヲ提出致シマス即チ『所有ノ意思ヲ以テ之ヲ先占スルニ因リテ』ト云フコトニ改メタイ」。

このように、ごく些細な語句の修正であるが、磯部対富井・梅の間で何度も論争している。採決の結果、磯部の修正案は否決された。

4 法典調査会で可決された案

磯部四郎の修正案の他は、ほとんど議論はされず、法典調査会では、原案どおりに可決された。

VI. わが現行民法

わが現行民法239条1項は、法典調査会で可決された案と一言一句同じである。

(11) 『法典調査会民法議事速記録』（商事法務研究会版）2巻2頁下段。

(12) 『法典調査会民法議事速記録』（商事法務研究会版）2巻8頁上段。

わが現行民法 239 条 1 項 無主ノ動産ハ所有ノ意思ヲ以テ之ヲ占有スルニ因
リテ其所有權ヲ取得ス

VII. イタリア現行民法

1 イタリア現行民法922条

イタリア旧民法710条の規定は、イタリア現行民法では922条に承継されてい
る。

イタリア現行民法922条 所有權は、先占、発見、添付、加工、附合又は混
和、取得時効、契約の効果、死亡を原因とする相続、その他法律の規定する原
因によって、取得する。(La proprietà si acquista per occupazione, per inven-
zione, per accessione, per specificazione, per unione o commistione, per usu-
capione, per effetto di contratti, per successione a causa di morte e negli al-
tri modi stabiliti dalla legge.)

このように、イタリア旧民法710条とイタリア現行民法922条を比較すると、
現行法の方が詳細な規定になっている。いずれの民法においても、先占は、所
有權取得原因の第1番目に規定されている。

2 イタリア現行民法923条

イタリア旧民法711条の規定は、イタリア現行民法では923条に承継されてい
る。

イタリア現行民法 923 条 ①誰の所有でもない動産は、先占によって取得す
ることができる。(Le cose mobili che non sono proprietà di alcuno si acqui-
stano con l'occupazione.)

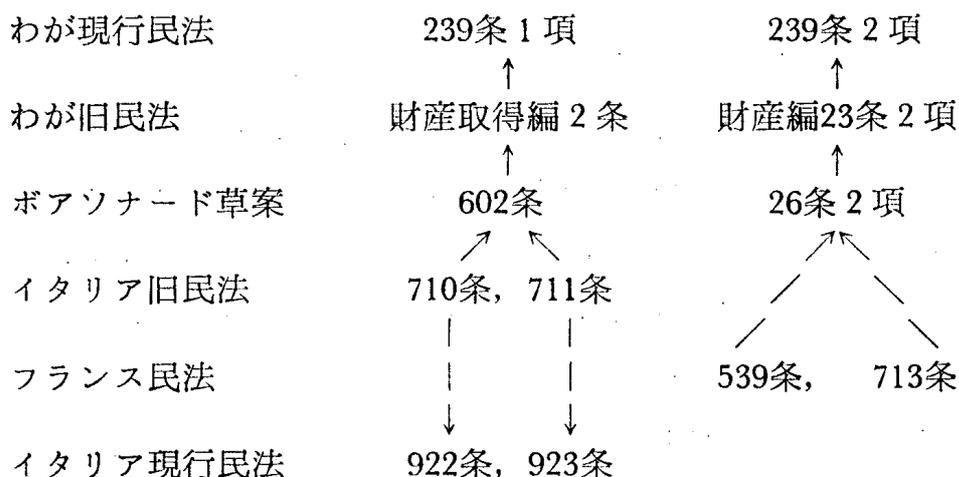
②放棄された物および狩獲又は魚撈の対象となる動物が、これに当たる。
(Tali sono le cose abbandonate e gli animali che formano oggetto di caccia o
di pesca.)

このように、イタリア旧民法711条とイタリア現行民法923条を比較すると、
両者の間には、わずかな違いがある。まず、形式上の違いは、イタリア旧民法
711条は、2つの文から構成されていたが、イタリア現行民法923条では、それ
が、それぞれ項として独立している。次に内容上の相違について。イタリア現
行民法923条1項においては、「物」を「動産」に改めている。2項においては

「埋蔵物」が削除されている。

VIII. お わ り に

本稿において明らかとなった民法 239 条 1 項の沿革、およびイタリア現行民法の対応関係を示しておこう。また、本稿においては全く無視してきたが、参考までに、わが現行民法 239 条 2 項の沿革をも示しておく。



今回取り上げた民法 239 条 1 項は、イタリア旧民法 710 条および 711 条に由来
 することが明白である。⁽¹³⁾しかし、わが国においては、このことは全く知られて
 いない。⁽¹⁴⁾本稿によって、民法 239 条 1 項の沿革に関する知識が深まることを期
 待したい。

(13) イタリア旧民法 711 条の起草段階においては、オーストリア一般民法 382 条が参照されてお
 り、オーストリア法が起源であるということも可能であろう。

(14) 例えば、注釈民法 (7) 271 頁～274 頁 (野村好弘教授担当部分) には、イタリア法・
 オーストリア法が母法であることについての記述はない。また、参照すべき外国法と
 して、イタリア法・オーストリア法が挙げられず、フランス法、ドイツ法およびス
 イス法が挙げられている。