



民法237条および238条の沿革：
イタリア法を継受したわが民法規定
(藤井定義/耳野皓三教授記念号)

メタデータ	言語: jpn 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/10.24729/00001616

民法237条および238条の沿革

——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573条
 - 2 イタリア旧民法575条
 - 3 イタリア旧民法576条
- III フランス民法
- IV ボアソナード草案
 - 1 ボアソナード草案281条の規定
 - 2 ボアソナード草案281条の起草理由
- V わが旧民法
- VI 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 梅謙次郎の説明
 - (1) 原案238条について
 - (2) 原案239条について
 - 3 土方寧・山田喜之助の原案238条削除説
 - 4 菊池武夫の原案238条削除説
 - 5 元田肇の原案238条修正説
 - 6 穂積八束の原案238条修正説
 - 7 高木豊三の原案238条修正説
- VII わが現行民法
 - 1 昭和33年改正前
 - 2 昭和33年改正後
- VIII イタリア現行民法
 - 1 イタリア現行民法889条
 - 2 イタリア現行民法891条
- IX おわりに

I はじめに

本稿は、わが国の民法237条および238条の沿革について論じるものである。民法237条および238条は、次のように規定している。

わが現行民法 237 条 ①井戸，用水溜，下水溜，又ハ肥料溜ヲ穿ツニハ牆界線ヨリニメートル以上池，地窖又厠坑ヲ穿ツニハ一メートル以上ノ距離ヲ存スルコトヲ要ス

②水樋ヲ埋メ又ハ溝渠ヲ穿ツニハ牆界線ヨリ其深サノ半分以上ノ距離ヲ存スルコトヲ要ス但一メートルヲ踰ユルコトヲ要セス

わが現行民法 238 条 牆界線ノ近傍ニ於テ前条ノ工事ヲ為ストキハ土砂ノ崩壊又ハ水若クハ汚液ノ滲漏ヲ防クニ必要ナル注意ヲ為スコトヲ要ス

これらの規定は、イタリア法に由来するものである。

II イタリア旧民法⁽¹⁾

わが国の現行民法237条1項の前半部分は、イタリア旧民法573条1項に由来し、わが現行民法237条1項の後半部分は、イタリア旧民法573条2項に由来する。わが現行民法237条2項の本文は、イタリア旧民法575条に由来する（237条2項の但書は、ボアソナード草案に由来する）。そして、わが現行民法238条は、イタリア旧民法576条に由来する（ただし、一部は、イタリア旧民法573条4項に由来する）。

まず、イタリア旧民法573条、575条および576条の規定を紹介する。

1 イタリア旧民法573条

イタリア旧民法573条 ①他人の壁又は共有の壁の近傍において、井戸，用水溜，污水溜，糞尿溜若しくは肥料溜を穿つことを望む者は、地方の条例に異なる定めがない限り、双方の土地の境界線と、井戸，用水溜，污水溜，糞尿溜

(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。

若しくは肥料溜の内壁の最も近い点との間に2メートルの距離を置かなければならない。(Chi vuole aprire un pozzo d'acqua viva una cisterna, un pozzo nero, od una fossa di latrina o di concime presso un muro altrui od anche commune, deve, quando non sia altrimenti disposto dai regolamenti locali, osservare la distanza di due metri tra il confine colla contigua proprietà ed il punto più vicino del perimetro interno del muro del pozzo d'acqua viva, della cisterna, del pozzo nero o della fossa di latrina o di concime.)

②下水管, 排水管, 雨水管, その他どのような配管設備についても, 境界線から少なくとも1メートルの距離を置かなければならない。(Quanto ai tubi di latrina, di acquaio o d'acqua cadente dai tetti, ovvero ascendente per mezzo di tromba o di qualsivoglia macchina, deve la distanza essere almeno di un metro dal confine.)

③上記の管の支管についても, 同じ距離を置かなければならず, この距離は, 常に, 境界線から管の外壁の最も近い点との間を計測する。(Eguale distanza sarà osservata per le diramazioni di essi tubi, e sarà sempre computata dal confine al punto più vicino del perimetro esterno del tubo.)

④しかし, この距離を置いていても, 隣人に損害が生じ得べき場合には, より長い距離を置き, そして隣人の所有権を保存するために必要な工作物を設置するものとする。(Qualora, osservate queste distanze, ne derivasse tuttavia danno al vicino, saranno stabilite maggiori distanze ed eseguite le opere occorrenti per riparare e mantenere riparata la proprietà del vicino.)

わが国の現行民法237条1項前半部分の起源は, このイタリア旧民法573条1項であり, わが国の現行民法237条1項後半部分の起源は, このイタリア旧民法573条2項である。

イタリア旧民法573条について, その制定(1865年)と同時に刊行された, ある注釈書は, 次のように説明している。⁽²⁾「本条の規定は, ナポレオン法典674

(2) Arabia e Correa, *Codice Civile del Regno d'Italia con Commenti e Rapporti* (1865), pag. 404.

条, アルベルト⁽³⁾民法597条, 両シチリア王国⁽⁴⁾民法595条, パルマ⁽⁵⁾民法525条, エステ家⁽⁶⁾民法564条およびローマ制定法……に対応するものである」。ナポレオン法典すなわちフランス民法674条については後に紹介するが, わが現行民法237条とは, それほど似ていない。

2 イタリア旧民法575条

イタリア旧民法575条 堀又は溝を穿つ場合には, 地方の条例に異なる定めがない限り, 他人の土地との境界線から, その深さと同じ距離を置かなければならない。(Non si possono scavare fossi o canali, se non osservando una distanza dal confine del fondo altrui eguale alla loro profondità, salve le maggiori distanze che fossero determinate dai regolamenti locali.)

わが国の現行民法237条2項本文の起源は, このイタリア旧民法575条である。イタリア旧民法575条について, その制定(1865年)と同時に刊行された。ある注釈書は, 次のように説明している。⁽⁷⁾「本条に対応する規定は, アルベルト民法599条およびエステ家民法566条しかない」。

3 イタリア旧民法576条

イタリア旧民法576条 ①上の距離は, 境界線から最も近い堀又は溝の淵から, 境界線までを計測する。そして, この淵は, 斜面にして傾斜を付けなけれ

(3) 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。

(4) 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。

(5) 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。

(6) エステ家民法というのは, モーデナ公国(イタリア北部の小国で, パルマ公国の東隣)の民法を意味する。イタリア王国成立前, モーデナ公国は, エステ家が支配していたからである。

(7) Arabia e Correa, *op. cit.*, *loc. cit.*

ばならない。斜面がない場合には、人工的な支持物を設けなければならない。
(La distanza si misura dal ciglio della sponda dei fossi o canali più vicina al detto confine. Questa sponda deve inoltre essere inclinata a tutta scarpa, e in mancanza di scarpa, essere munita di opere di sostegno.)

②他人の土地との境界線が、共有の溝上にある場合、又は共有の私道上もしくは通行権の存在する私道上にある場合には、距離は、上記の淵から、共有の溝の淵までの間、又は新しく設ける溝若しくは堀に最も近い道路の淵までの間を計測する。斜面に関する規定は、この場合にも適用する。(Ove il confine del fondo altrui si trovi in un fosso comune ovvero in una strada privata, ma comune o soggetta a servitù di passaggio, la distanza si misura dal ciglio anzidetto al ciglio della sponda del fosso comune, ovvero al margine o lembo esteriore della strada più vicino al nuovo fosso o canale, ferme le disposizioni relative alla scarpa.)

わが国の現行民法 238 条の起源は、このイタリア旧民法 576 条の規定である(一部は、イタリア旧民法 573 条 4 項に由来する)。なお、イタリア旧民法 576 条について、その制定(1865年)と同時に刊行された、ある注釈書は、次のように説明している。⁽⁸⁾「本条に対応する規定は、アルベルト民法 600 条およびエステ家民法 567 条しかない」。

III. フランス民法

フランス民法には、次のような規定がある。

フランス民法 674 条 共有に属すると否とを問わず、牆壁の近傍において、井戸又は糞尿溜を穿つ者は、(中略)この点に関する特別の規則又は慣習によって定まる距離を置かなければならない。また、隣人に害を与えないように、規則又は慣習によって定まる工作物を設置しなければならない。(Celui qui fait creuser un puits ou une fosse d'aisance près d'un mur mitoyen ou non est obligé à laisser la distance prescrite par les règlements

(8) Arabia e Correa, *op. cit.*, pag. 405.

et usages particuliers sur ces objets, ou à faire les ouvrages prescrits par les mêmes règlements et usages, pour éviter de nuire au voisin.)

この規定は、わが民法237条・238条と同一の事項について規定しているものではあるが、わが民法237条・238条の起源と言えないことは明らかであろう。

IV ボアソナード草案

ボアソナードは、上のイタリア旧民法573条、575条および576条の規定を参照して、281条を起草した。まず、ボアソナード草案281条の内容を紹介する。

1 ボアソナード草案281条の規定

ボアソナード草案281条 ①自己の土地に、井戸、用水溜、家事排水溜又は糞尿溜を穿つことを望む所有者は、境界線よりも少なくとも6尺の距離を置くことを要する。ただし、土砂の崩壊又は水の滲漏を防ぐために必要な工事を行うことを妨げない。⁽⁹⁾〔フランス民法674条、イタリア民法573条〕。(Le propriétaire qui veut creuser dans son fonds, soit un puits ou une citerne, soit une fosse pour recevoir des eaux ménagères ou des matières fécales ou stercorales, doit laisser une distance d'au moins six pieds de la ligne séparative; sans préjudice des travaux nécessaires pour empêcher l'éboulement des terres ou les infiltrations. [674; C. it. 573.])

②乾燥し、覆いのある地窖については、この距離は、3尺に減ずる。(La distance sera réduite à trois pieds, s'il s'agit d'une cave sèche et couverte.)

③水路に供した溝又は堀に関しては、この距離は、その深さの半分とする。ただし、3尺を越える必要はない。堀は、斜面にして、境界線に対して傾斜をつけるか、又は石造若しくは木造の支持物を設けなければならない。〔イタリア民法575条～577条〕。(S'il ne s'agit que d'une rigole, d'un caniveau ou d'un simple fossé, destinés au passage des eaux, la distance devra

(9) Boissonade, *Projet de Code Civil pour l'Empire du Japon*, 2 éd., vol. 1, p. 506 には、参照条文として、フランス民法874条と表記されているが、これは誤りであって、674条が正しいと思われるので、筆者(大島)の責任で訂正した。

être être égale à la moitié au moins de leur profondeur, sans qu'elle doive néanmoins excéder trois pieds; le fossé devra, en outre, être taillé en talus du côté de la ligne séparative ou soutenu par un revêtement en pierre ou en bois. [C. it., 575 à 577.]

このように、ボアソナード草案281条1項本文は、イタリア旧民法573条1項の規定を、ある程度修正して、承継したものである。ボアソナード草案281条1項但書は、イタリア旧民法573条4項にある程度の修正を加えて、承継したものである。また、ボアソナード草案281条2項は、イタリア旧民法573条2項に、かなりの修正を加えて、承継したものである。さらに、ボアソナード草案281条3項前半部分の本文は、イタリア旧民法575条に大幅な修正を加えて承継したものである（イタリア旧民法では深さと同じ距離を置くべきものとしているが、ボアソナード草案では、深さの半分の距離を置くべきものとしている）。ボアソナード草案281条3項前半部分の但書は、ボアソナードの独創に基づくものである。ボアソナード草案281条3項後半部分は、イタリア旧民法576条1項2文および3文を、わずかに修正して承継したものである。

2 ボアソナード草案281条の起草理由

ボアソナードは、草案281条の起草理由について、次のように説明している。⁽¹⁰⁾

本条も、また、相隣者間における相互的な義務について規定するものである。すなわち、本条は、所有者としての自由をある程度制限して、土地の価値を減少させるような相互の損失、良き隣人関係を害するような相互の損失を防ぐことを目的とするものである。

第1項は、井戸および水溜に関する規定である。井戸とは、地下水脈まで穿った円形の空洞をいう。井戸の場合、水の滲漏は、危険だとは考えられない。なぜなら、井戸の水面は、かなり低いからである。隣地を害する危険として考えられるのは、井戸の崩壊である。特別に固い地質でない限り、井戸は、木で囲われているのが普通である。そこで、本条は、境界線

(10) Boissonade, *op. cit.*, p. 507 et s.

から離すべき距離として、比較的短い距離（6尺）しか要求していない。水溜とは、雨水あるいは泉の水を集めたりするために設けられた空洞をいう。地下水脈がない場合あるいは非常に深いところにある場合などに、設けられることが多い。

水溜の場合には、井戸の場合よりも、水の滲漏の危険性が高い。なぜなら、水溜の水面は、地表面と同じ高さまで上昇する可能性があるからである。また、水溜の場合には、井戸の場合よりも、崩壊の危険性が高い。なぜなら、そのサイズが大きいからである。しかし、本条は、境界線から離すべき距離として、井戸の場合よりも、長い距離を要求してはいない。土地の広さの関係から、そうすることが常に可能とは考えられないからである。おそらく、その側壁は、いっそう強固なものにされるであろう。雨が少なく、土地が乾燥しているフランスの地方では、水溜は、たいへん普及している。一般に、円形であり、側壁および天蓋は、石造りである。外気に触れないので、水を新鮮に保つことができる。

日本では、水が豊富なので、このような水の保存手段は、それほど必要ではないかもしれない。しかし、いろいろな場合を考えて、このような規定を置いておくのが賢明であろう。

第1項の但書は、不潔な物を集めるために設けられた溜に関する規定である。このような溜は、例えば、土地の位置関係から、公の下水道に家事排水を流すことができない場合に、ゆっくりと漏れ出させることを目的として設置されることがある。あるいは、後日、肥料として用いるために、動物の糞や人糞を蓄えるために設置されることがある（原注a）。この場合、隣人に害を与える滲漏は、適切な防止策によって、防ぐことができよう。乾燥した地窖については、距離を半分にした。なぜなら、この場合には、滲漏の危険性がないからである。

第3項は、覆いのない小さな堀・溝に関する規定である。その深さは、場合によって様々であろう。本条は、滲漏の危険を避けるために、その深さの一定割合（半分）の距離を離させることにした（原注b）。また、崩壊の危険を避けるために、斜面にするか、支持物を設置することを義務づけた。もしも、斜面の傾斜角度が問題となった場合には、裁判所は、45度以内の

角度を要求することができるであろう。

いうまでもなく、距離は、溜、溝または堀の最も近い点から、計測する。なお、ポアソナードは、次のような注を付けている。

(原注 a) フランス民法(674条)は、「糞尿溜 (une fosse d'aisance)」と規定しているが、イタリア民法(573条)は、「肥料溜 (un cloaque)⁽¹¹⁾」を付け加えている。日本民法草案では、fécale という語は人の糞便について用い(人糞は、日本では農業用の肥料として広く使われている)、stercorale という語は動物の糞便について用いる(ラテン語の糞 stercus に由来する)。

(原注 b) イタリア民法は、日本民法草案によりも、厳しい要求をしている。すなわち、その深さと同じ距離だけ境界線から離すことを要求している。わたくしは、第1版においては、深さに関係なく要求される最大距離を6尺としていた。しかし、この第2版においては、この距離を3尺にすることを提案している。なぜなら、斜面または支持物が常に存在するからである。

V わが旧民法

わが旧民法財産編261条は、ポアソナード草案281条にならい、次のように規定している。

旧民法財産編 261条 ①自己ノ土地ニ井戸、用水溜、下水溜又ハ糞尿坑ヲ穿タントスル所有者ハ分界線ヨリ少ナクトモ六尺ノ距離ヲ存スルコトヲ要ス但土砂ノ崩壊又ハ水液ノ滲漏ヲ防クニ必要ナル工事ヲ為ス可シ

②乾燥シテ覆蓋アル地窖ニ付テハ右距離ヲ三尺ニ減ス

③水路ニ供シタル石樋又ハ溝渠ニ付テハ右距離ハ少ナクトモ其深サノ半分ニ同シキコトヲ要ス然レトモ三尺ヲ踰ユルコトヲ要セス

④右溝渠ハ分界線ノ方ノ崖ヲ斜ニ削下シ又ハ石垣若クハ木柵ヲ以テ之ヲ支持

(11) ポアソナードは、イタリア旧民法のフランス語訳を使用したようであり、イタリア旧民法の引用に際しても、フランス語を用いている。ポアソナードの使用しているフランス語 un cloaque の元になったイタリア語は、una fossa ... di concime (肥料溜) ではないかと思われる。

ス可シ

この旧民法財産編261条は、ポアソナード草案261条を翻訳したものである。1項但書の「工事ヲ為ス可シ」という部分は、「工事を行うことを妨げない」とした方が翻訳としては正確であろう（ただし、「工事ヲ為ス可シ」の方が、イタリア旧民法576条1項3文あるいは573条4項には近い）。2項については、特段の問題はない。3項については、「石樋」の部分は、フランス語の *rigole* 翻訳であろうが、「石樋」とする必要はなく、「樋」とするのが翻訳としては正確であろう。3項は、ポアソナード草案261条3項の前半部分を翻訳したものである。4項は、ポアソナード草案261条3項の後半部分を独立させて、1つの項としたものである。

VI 法典調査会における議論

法典調査会の明治27年7月3日の会議に提出された原案の238条および239条は、次のとおりであった。法典調査会では、明治27年7月3日と6日の両日にわたって議論され、様々な見解が主張された。しかし、結果的には、あらゆる修正意見は否決された。すなわち、法典調査会では、原案通りに可決されたのである。

1 法典調査会に提出された原案

原案238条 ①井戸、用水溜、下水溜又ハ肥料溜ヲ穿ツニハ牆界線ヨリ六尺以上、地窖又ハ厠坑ヲ穿ツニハ三尺以上ノ距離ヲ存スルコトヲ要ス

②水樋ヲ埋メ又ハ溝渠ヲ穿ツニハ牆界線ヨリ其深サノ半分以上ノ距離ヲ存スルコトヲ要ス但三尺ヲ踰ユルコトヲ要セス

原案239条 牆界線ノ近傍ニ於テ前条ノ工事ヲ為ストキハ土砂ノ崩壊又ハ水若クハ汚液ノ滲漏ヲ防クニ必要ナル工事ヲ為スコトヲ要ス

このように、この原案は、旧民法財産編261条の規定を2か条に分割している。原案の238条1項の前半部分は、旧民法財産編261条1項の本文を承継したものである。原案の238条1項の後半部分は、旧民法財産編261条2項に修正を加えて承継したものである。原案の238条2項は、旧民法財産編261条3項に修正を加えて承継したものである。原案の239条は、旧民法財産編261条1項但書

に修正を加え、さらに、旧民法財産編261条4項の趣旨を加味したものである。

2 梅謙次郎の説明

(1) 原案238条について

原案238条について、梅謙次郎は、次のように説明している。⁽¹²⁾「此箇条ハ既成法典財産編第二百六一条第一項ヨリ第三項ニ至リマス迄ニ聊カ修正ヲ加ヘマシタ」。その修正点は、3つである。

第1点。⁽¹³⁾「其一ツノ点ハ既成法典ニハ第二項ニ『乾燥シテ覆蓋アル地窖ニ付テハ右距離ヲ三尺ニ減ス』ト斯フナツテ居リマス、通常此地窖ト云フモノハ私共是迄解シテ居ル所デハ水ノ這入ツテ居ルモノノ種類ニハ這入ラヌダラウト考ヘテ居リマスガ覆蓋ノアルノハ特別ノコトデアリマスガ縦令ヒ覆蓋が無フテモ乾イテ居ルモノデアリマスレバ水ノ溜ツテ居ルモノニ比ブレバ危険ガ少ナイ、水ノ溜ツテ居ルモノハ落ちルト危険ガアリマスケレドモ水ガナケレバ只土ガ幾分カ下ニ落ちルダケノコトデアリマス、夫レデ此方ハ距離ガ短カクシテアルノデ蓋ノ有ルト無イトヲ問ハナイコトニシマシタ」。

第2点。「夫レカラ第二ニハ厠坑ト云フコトヲ加ヘタ前ニハ糞尿坑ト云フモノガアリマシタガ、其糞尿坑ノ中ニハ主トシテ茲ニアル肥料溜ヲ入レルコトニ見ヘル、随分田舎杯デ肥料ヲ溜メテ置キマス所ハアレハ甚ダ危険デモアルシ不潔デモアツテ随分隣家ノ迷惑ニナルモノデアリマスカラ少クモ六尺位ハ遠ザケテ貫ハヌト困マル雪隠ノコトニ付テハ……從來ハ隣地ノ傍ニ持ツテ往ツテ雪隠ヲ設ケルコトハ構ハヌ様デアリマス、夫レニ付テ慣習ガアルカト思ヒマシテ民事慣例類集ヲ調べテ見マシタガ一向見当リマセヌ、尤モ色々ナ建物ノ種類ノ中ニ便所ガ一緒ニナツテ居ルモノモアリマシタケレドモ特ニ雪隠ニ付テ距離ヲ必要トスルト云フコトハナカツタノデアリマス、之ニ付テハ殆ド從來慣習ガナイト云フコトハ確カデアラウト思フ、既ニ三尺ノ距離ヲ置イテ建テルニシテモ往々不便ヲ感ズル人ガアラウト思ヒマスカラ夫レヲ元ノ通り六尺ニシテ置イテハ

(12) 『法典調査会民法議事速記録』（商事法務研究会版）1巻978頁下段。以下では、この速記録については、ページ数だけを示して引用する。

(13) 978頁下段には、「第三項」と記されているが、これは誤りであって、「第二項」が正しいと思われるので、筆者（大島）の責任で訂正した。

東京ノ如キ^(ママ)地面ノ高イ所デハ困マルト思ヒマスカラ是レハ私ノ考ヘデ特ニ三尺ヲ減ラシマシタ」。

第3点。「夫レカラ原文ノ第三項ニハ『水路ニ供シタル石樋又ハ溝渠』ト斯ウ云フ風ニアリマシテ，是レハ石ノ樋丈ケ規定シテアツテ木ノ樋ノコトハ何共ナイ，或ハ溝渠ノ中ニ這入ルカ知ラヌガ若モ木樋ガ溝渠ノ中ニ這入ルナラバ石樋モ矢張り這入ラナケレバナラス，又石樋ガ幾ラカ距離ヲ置カナケレバナラスナラバ木樋モ矢張り距離ヲ置カナケレバナラスト思フ然ウ云フ訳デアリマスカラ是ハ⁽¹⁴⁾廣ク水樋トシマシタ」。

(2) 原案239条について

原案239条について，梅謙次郎は，次のように説明している。⁽¹⁵⁾

「是レハ既成法典財産編第二百六一条ノ第一項ノ但書ト第四項トヲ拵ヘタモノデアリマス，格別精神ニ於テ変ルコトハアリマセヌ」。修正点は，次のとおりである。

「只此二百六一条ノ方ハ或ル適用ダケヲ示シテアツタノデ即チ一項ノ但書ニアル『土砂ノ崩壊又ハ水液ノ滲漏ヲ防クニ必要ナル工事ヲ為ス可シ』ト云フコトハ井戸，用水溜，下水溜，糞尿坑杯ニ付イテノ適用ヲ設ケタノデアアル，夫レカラ第四項ニ『右溝渠ハ分界線ノ方ノ崖ヲ斜ニ削下シ又ハ石垣若クハ木柵ヲ以テ支持ス可シ』ト云フ事ガアリマス，斯様ニ細カク規定シテ置キナガラ⁽¹⁶⁾水樋ニ付テハ別ニ規定シテ置カヌト云フノハ却テ不完全デハアルマイカト思ヒマス，夫レデ文字ハ廣クナル様ナ字ニシテ細カイコトハ法文ニハ掲ゲヌト云フ趣意デ斯様ニ原文ヨリ簡單ニナツタノデアリマス」。

3 土方寧・山田喜之助の原案238条削除説

土方寧は，原案238条を削除すべきだとして，次のように述べている。⁽¹⁷⁾

(14) 979頁上段には，何度か「木樋」という語が出てくるが，11行目の「木樋」に誤りであって，「水樋」が正しいと思われるので，筆者（大島）の責任で訂正した。

(15) 979頁下段。

(16) 979頁下段12行目の「木樋」は誤りであって，「水樋」が正しいと思われるので，筆者（大島）の責任で訂正した。

(17) 982頁上段。法典調査会の議論が，明治27年7月3日と6日の両日にわたった

「此二百三十八条デアリマス、法文ノ上カラ見マストキハ田舎ト市街地ノ区別ハナイ様デアリマスガ實際ハ家屋ノ沢山アル所ノ場合ニ多ク適用ヲ見ル訳デセウガ、然ウ云フ場合ニ例ヘバ雪隠ガアリマス是レハ必ズ自分ノ土地ノ牆界カラ三尺以上ノ所ニ設ケナケレバナラスト云フコトニシテハ困マルコトガアリハシナイカト思フ、今日何処デモ然ウ云フ様ナコトハ一般ニ行ハレルト云フコトハ余程六ケシイト思フ、夫レカラ又二項ニハ溝渠ヲ穿ツト云フコトガアリマス随分此溝渠ト云フモノハ自分ノ土地ノ牆界線ノ傍ニ設ケルコトモアルカラ自分ノ土地ノ牆界カラ三尺幅ガナケレバナラスト云フコトハ余程困マルト思フ、是等ノコトハ私ハ一般ノ衛生トカ行政トカ取締ノ方ニ譲ルコトニシテ民法ニ極メテナクテモ宣カラウト思フ、之ニ反シテ二百三十九条⁽¹⁸⁾ニ掲ゲテアリマス工事ヲ為ス為メニ隣地ノ者ニ害ヲ及ボス場合、例ヘバ大ゲサ^(ママ)ノ地形ヲスル為メニ穴ヲ設ケテ夫レガ為メニ隣地ヘ崩壊ヲ来タスト云フ様ナ場合ハ是レハ当然土地ト土地トノ關係カラシテ定マルノデアリマスカラ此条ノ規定ハ必要ト思フ、夫レデ幸ニ諸君ノ御賛成ガアレバ私ハ此二百三十八条ハ行政法ノ取締ニ譲ルト云フ主義デ削ツテ仕舞ツテ然ウシテ二百三十九条ヲ二百三十八条トシテ斯ウ云フコトニシタイノデアリマス、『牆界線ノ近傍ニ於テ工事ヲ為ストキハ隣地ノ崩潰ヲ防クニ必要ナル注意ヲ為スコトヲ要ス』是丈ケハ土地ト土地トノ關係カラシテ自分ノ土地ノ上ニ工事ヲ施ス為メニ隣ノ方ノ地面ガ崩レテ来ル様ナコトガアツテハナラヌカラ夫レデ工事ヲ為ストキハ隣地ノ崩壊ヲ防グニ必要ナル注意ヲ為スコトヲ要スト斯ウ云フ事ニシタイ」。

山田喜之助は、原案238条を削除すべきだとして、次のように述べている。⁽¹⁹⁾

「二百三十八条ハ是非是レハ削ツテ仕舞ハナケレバナラスト困リマス、(中略)衛生ノ事ニ関スル雪隠トカ溝渠トカ云フコトハ無論衛生規則ノ所デ十分ニ

め、土方寧は、同趣旨の発言を二度繰り返している。本稿で引用したのは、3日の発言の方だけである。6日の発言は、991頁下段に収録されている。

(18) 982頁上段には、「二百三十八条」と記されているが、これは誤りであって、「二百三十九条」が正しいと思われるので、筆者(大島)の責任で訂正した。

(19) 982頁下段以下。法典調査会の議論が、明治27年7月3日と6日の両日にわたったため、山田喜之助は、同趣旨の発言を三度繰り返している。本稿で引用したのは、3日の発言の方だけである。6日の発言は、990頁下段および993頁下段に収録されている。

往ケルト思ヒマス、外国ノ事ハ一向私ハ存ジマセヌガ東京杯デハ番地ト云フモノハ一番地ト云フモノガ随分広イノガアリマスガ此処デ言フ牆界線ト云フノハ番地ハ同ジ一番地デモ家ガ変ハツテ居レバ夫レヲ以テ牆界線ニシナケレバナラヌガ、僅カ二十坪三十坪位ノ家屋ガ沢山アリマス、夫レニ持ツテ往ツテ井戸ハドウシナケレバナラヌ雪隠ハドウシナケレバナラヌト云フコトデアルト、夫レコソ座敷ノ真ン中ニ井戸ヲ掘ラナケレバナラヌト云フ様ニナリマスカラ是非是レハ削ツテ仕舞ツタ方ガ宣イト思フ、現ニ井戸ノ如キ下水ノ如キハ今日ハ寧ロ之ヲ牆界線ニ持ツテ往ク傾キガアツテ、一ツノ井戸ヲ二軒デ使ウト云フコトハ往々アルノデアリマスカラ然ウ云フ様ナモノハ牆界線ノ真ン中ニ持ツテ往ク、或ハ自分ノ家ニ近イ所ニ設ケテ置クト云フ事ハ多数ノ様デアリマス、又下水杯ハ自分ノ家ノ前ニ附ケル習慣ニナツテ居ルガ夫レヲ今度六尺位距離ヲ置カナケレバナラヌ事ニスルト一本ノ下水デ済ムモノヲ二本ノ下水ヲ捲ヘナケレバナラヌト思ヒマスカラ是非削ルコトヲ望ミマス」。

上のような主張に対して、梅謙次郎は、次のように述べて、原案 238 条削除説を批判した。⁽²⁰⁾

「固ヨリ之〔原案 238 条の規定〕ガ出来マスト不便ヲ感ズルト云フコトハ初メヨリ覺悟シマシタガ其不便ヲ感ジテモ尚ホ此ノ規定ガ必要ト思ヒマシテ設ケタノデアリマス……此規定ノ出来タノハ衛生上ノ問題デハナクシテ……衛生ノ方デ規定ガ出来ルダラウト云フコトハ丸デ……見当違ヒナコトデハナイカト思フ、モウ一ツハ東京辺リデハ一ツノ地面ニ一ツノ家ガ建ツテイルノデハナクシテ一ツノ地面ノ中ニ幾ツモ家ガ建ツテ居ルノデアリマスカラ若シ必要デアルト云フコトデアレバ斯ウ云フ風ナ規定デハイカヌ、……ト云フ仰セデアリマシタガ、……是レハ詰リ土地ガ他人ニ屬シテ居ラヌ以上ハ土地所有者ガ契約上如何様ニ制限スルコトモ出来ル、土地ヲ人ニ貸ストキハ勝手ノ条件ヲ以テ貸スコトモ出来ル、又家ヲ建テル為メニ隣ノ或ル一部分ノ地面ヲ借り様ト云フ時分ニ自分ノ勝手ノ条件ヲ以テ借りルコトモ出来ル、夫故ニ土地ヲ借り様ト云フ人ト其土地ノ所有者トノ契約デ以テ茲ニ規定スルモノヨリモツト余計ナコトヲ規定スルコトガ出来ル、又是レガ不便デアレバ丸デ別ノコトヲ定メルコトモ出来ル、

(20) 992頁下段以下。

又定メヌコトモ出来ル、夫レハ自由デアリマス、此案ニハ契約デ規定スベキコトヲ一切規定シテナイ夫レハ契約ノ自由デドウニデモ出来ルカラ夫レハ宣シイ積リデアリマス」。

4 菊池武夫の原案238条削除説

菊池武夫は、次のように述べて、原案238条を削除すべきだと主張した。⁽²¹⁾

「私ノ考ヘデハ専ラ斯ウ御極メニナリマシテハ大変實際ニ差支ヘルダラウト云フ恐レガアル、(中略)是非井戸トカ厠ノ類下水溜ノ設ケ方ガドウ云フ風ニナツテ居ルカト申シマスト幾ラモ今度定メヤウト云フ規則ニ違ツテ居ルモノデアラウト思フ、而シテアツタガ為メニ是迄別段ドウ云フ苦情ノアルト云フコトモ承ハラヌ様ニ思ヒマスガ、其処へ持ツテ来テ新ニ斯ウ云フ規則ヲ設ケマストドウモ所謂平地ニ波ヲ起スト云フガ如キ結果ヲ来スダラウト信ズルヨリ外ハナイノデ御座イマス」。

これに対して、梅謙次郎は、次のように反論した。⁽²²⁾

「是迄ハ規定ガナイカラ恐ラク我慢シテ黙ツテ居ツタモノデアラウト思フ、……雪隠井戸溝杯ニ於キマシテハ或ル地方杯ニ於テハ隣地ノ承諾ヲ得ナケレバ然ウ云フモノヲ牆界線ノ近傍ニ設ケルコトハ出来ヌト云フ慣習ノアルト云フコトガ民事慣例類集ニ見ヘテ居リマスガ左モアルベキコトト思ヒマス、……不自由ヲ感ジツツモ別ニ規定ガナイカラ仕方ガナイカラ黙ツテ居ツタト思フ」。

5 元田肇の原案238条修正案

元田肇は、厠についても、境界線から6尺離すことにすべきだとして、次のように述べている。⁽²³⁾

「私ノ只今持ツテ居マス所ノ事務所デアリマスガ、三尺位ノ距離デ以テ雪隠ガ台所ノ先ニ建テラレタノデ平素非常ニ迷惑ヲシテ居ル感ジガアリマスガ、法典デ一定ノ距離ト云フモノヲ御定メニナルナラバ六尺迄離スコトガ出来ルト云フコトニナラヌト^(ママ)大キニ不都合ヲ生ジ様カト思ヒマス、建テル者ノ方カラ申シ

(21) 995頁下段。

(22) 995頁下段以下。

(23) 981頁上段以下。

マスレバ三尺ノ距離デ建テラルレバ大変便利デアリマセウガ、又建テラルレ隣地ノ者カラ見マスレバ非常ニ迷惑スルノデアリマス、是レカラ段々総テノ者ニ付キ改良ヲシテ往クトキデアリマスカラ成ルベク斯ウ云フコトハ寛ニシテ置キタイト思フ」。

これに対して、梅謙次郎は、次のように反論している。⁽²⁴⁾

「元田サンノ御話シデハ雪隠杯ハ三尺デハ困マルマダ足ラナイ六尺位ニシテ貰ハナケレバ困マルト云フコトデ私共矢張り自分一己ノ便不便カラ考ヘタラ其方ガ便利カトモ思ヒマスガ併シ是レハ……双方ノ便利ヲ考ヘテ見ナケレバナラス、夫レデ此方カラ言ヘバ隣ガ牆界線ノ際ヘ雪隠ヲ設ケルト云フコトハ甚ダ望マシクナイケレドモ又向フノコトヲ考ヘテ見レバ夫レヨリ引込マセテハ建築上不便ヲ感ズル様ニナリマスカラ夫レデ據ロナク大概双方ノ利益ヲ見計ラツテ拵ヘタ積リデ、既成法典杯ニハ雪隠ハ六尺トナツテ居ツタノヲ夫レデハ如何ニモ日本ノ慣習上差支ヘルト思ヒマシテ三尺トシタノデアリマス」。

6 穂積八束の原案238条修正説

穂積八束は、原案238条を宅地の場合のみに関する規定にすべきだとして、⁽²⁵⁾次のように述べている。

「此法典デハ地面ノ種類ヲ定メテ宅地デアルトカ畑地デアルトカ市街地デアルトカ云フ様ナ文字ハ余リ見受ケマセヌガ、外ノ国ノ法律デハ地面ニ然ウ云フ様ナ種類ガ附ケテアル、此土地ハ宅地デアルトカ此土地ハ畑地デアルトカ云フコトハ法律上極メラレルコトガ随分アルコトト思フ、然ウスルト斯ウ云フ様ニ牆界線カラ三尺距離ガナケレバ穴ヲ掘ルコトガ出来ナイ或ハ糞溜ヲ掘ルニハ六尺ナケレバイカヌト云フコトハ畑ヤ何カヲ持ツテ居リマシテ帯ノ様ナ細長イ土地ヲ持ツテ居リマスト何処ニモ糞溜ヲ拵ヘルコトガ出来ヌト云フ面倒ガアリハセヌカト思フ斯フ云フ事ノ必要ハ恐ラク今ノ宅地ニ起ル事ト思フ甲乙接シテ居ル地面ノ宅地ニ起ルコトト思ヒマスガ、イツソ宅地ノ事ニシテハドウカト思ヒ

(24) 996頁上段。この発言は、直接的には、土方寧・菊池武夫の原案238条削除説に対する反論として出てきたものであるが、内容的には、元田肇の見解に対する反論が含まれている。

(25) 981頁下段。

マスガーツ御考ヲ伺ヒタイ」。

これに対して、梅謙次郎は、次のように述べて、宅地についてのみ適用するという考えを批判した。⁽²⁶⁾

「土地ノ所有者ハ自分ノ土地ヲ宅地ニシヤウト畑地ニシヤウト夫レハ勝手ニ出来ル、今日畑地デモ明日宅地ニスルコトモ出来ル夫レト同ジニ宅地ヲ畑地ニスルコトモ出来ルカラ民法ノ上カラ宅地ト云フコトニ極メルコトハ出来ヌト思フ」。

7 高木豊三の原案238条修正説

高木豊三は、次のような原案238条修正説を主張した。⁽²⁷⁾

「第一項ハ斯ウ云フ原案ニ修正ガ出来ヌモノデアラウカト考ヘル『井戸又ハ地窖ヲ穿ツニハ牆界線ヨリ六尺以上ノ距離ヲ存スルコトヲ要ス』斯ウシタイ、此地窖ト云フモノヲ三尺ノ方ヘ御廻シニナツタノハ蓋シ水ガ無イカト云フノデアリマセウガ随分穴蔵トカ趨室トカ或ハ果物屋ニハ椽ノ下ニ窖ヲ掘ツテ置キマスガ是レガ深サニ制限ガナイカラ随分深イモノガ掘レル然ウスレバ之ヲ六尺ニシテモ差支ナイト思フ、又厠ノ如キハ……衛生上ノ方カラ出テ来ルコトデアラウト考ヘル……肥料溜トカ又ハ下水溜ト云フ様ナモノハ茲ニ規定セズニ是レハ行政ノ方ノ取締規則ニ譲ツタ方ガ宣イ」。

VII わが現行民法

1 昭和33年改正前

昭和33年法律第62号によって改正される前の民法237条、および238条は、次のとおりであった。

わが現行民法旧 237 条 ①井戸，用水溜，下水溜又ハ肥料溜ヲ穿ツニハ牆界線ヨリ六尺以上池，地窖又ハ厠坑ヲ穿ツニハ三尺以上ノ距離ヲ存スルコトヲ要ス

(26) 981頁下段以下。

(27) 994頁下段。

②水樋ヲ埋メ又ハ溝渠ヲ穿ツニハ牆界線ヨリ其深サノ半分以上ノ距離ヲ存スルコトヲ要ス但三尺ヲ踰ユルコトヲ要セス

わが現行民法 238 条 牆界線ノ近傍ニ於テ前条ノ工事ヲ為ストキハ土砂ノ崩壊又ハ水若クハ汚液ノ滲漏ヲ防クニ必要ナル工事ヲ為スコトヲ要ス

この規定と、法典調査会で可決された案を比較すると、形式上の相違点は、条文番号が1つずれていることである。内容上の相違点は、237条1項の「地窖又ハ厠坑」の前に、「池、」が挿入されていることである。

2 昭和33年改正後

昭和33年法律第62号によって、「三尺」が「一メートル」に、「六尺」が「二メートル」に改められた。その結果、わが民法の現行237条は、次のとおりになった（238条には、改正箇所はない）。

わが現行民法 237 条 ①井戸，用水溜，下水溜又ハ肥料溜ヲ穿ツニハ牆界線ヨリ二メートル以上池，地窖又ハ厠坑ヲ穿ツニハ一メートル以上ノ距離ヲ存スルコトヲ要ス

②水樋ヲ埋メ又ハ溝渠ヲ穿ツニハ牆界線ヨリ其深サノ半分以上ノ距離ヲ存スルコトヲ要ス但一メートルヲ踰ユルコトヲ要セス

このような改正がなされた結果、メートル表示を採用しているイタリア旧民法の規定との類似性がいっそう明らかになった。

VIII イタリア現行民法

1 イタリア現行民法889条

イタリア旧民法 573 条の大部分は、イタリア現行民法 889 条に承継されている。

イタリア現行民法 889 条 ①境界の近傍において、井戸，用水溜，汚水溜，糞尿溜若しくは肥料溜を穿つことを望む者は、境界線上に区分壁があるときでも、境界線と、上記工作物の内壁の最も近い点との間に、少なくとも2メートルの距離を置かなければならない。(Chi vuole aprire pozzi, cisterne, fosse di latrina o di concime presso il confine, anche se su questo si trova

un muro divisorio, deve osservare la distanza di almeno due metri tra il confine e il punto più vicino del perimetro interno delle opere predette.)

②上水管, 下水管, ガス管, これに類する管, ならびにこれらの管の支管については, 境界線から少なくとも1メートルの距離を置かなければならない。(Per i tubi d'acqua pura o lurida, per quelli di gas e simili e loro diramazioni deve osservarsi la distanza di almeno un metro dal confine.)

③地方の条例に異なる定めがある場合には, この限りではない。(Sono salve in ogni caso le disposizioni dei regolamenti locali.)

このように, イタリア現行民法889条1項は, イタリア旧民法573条1項に, 表現上のわずかな修正を施して, それを承継したものである。イタリア現行民法889条2項は, イタリア旧民法573条2項および3項を合せて, 内容上・表現上の修正をしたものである。イタリア現行民法889条3項は, イタリア旧民法573条1項の一部を拡大したものである。なお, イタリア旧民法573条4項の規定は, イタリア現行民法には承継されていない。

2 イタリア現行民法891条

イタリア旧民法575条および576条の内容は, イタリア現行民法では891条にまとめられている。

イタリア現行民法891条 境界線の近傍において, 堀又は溝を穿つことを望む者は, 地方の条例に異なる定めがない限り, 堀又は溝の深さと同じ距離を置かなければならない。この距離は, 境界線から最も近い淵までの間を計測する。自然の斜面または人工の支持物についても, 同様とする。境界線が, 共有の溝上にある場合, 又は私道上にある場合には, 距離は, 溝の淵から淵までの間, 又は溝の淵から道路の淵までの間を計測する。(Chi vuole scavare fossi o canali presso il confine, se non dipongono in modo diverso i regolamenti locali, deve osservare una distanza eguale alla profondità del fosso o canale. La distanza si misura del confine al ciglio della sponda più vicina, la quale deve essere a scarpa naturale ovvero munita di opere di sostegno. Se il confine si trova in un fosso comune o in una

via privata, la distanza si misura da ciglio a ciglio o dal ciglio al lembo esteriore della via.)

このように、イタリア現行民法891条は、イタリア旧民法575条および576条を1か条にまとめたものである。

IX おわりに

本稿において明らかとなった民法237条および238条の沿革，および該当するイタリア現行民法の対応関係を示しておこう。

わが現行民法	237条① 前半	237条① 後半	237条② 本文	237条② 但書	238条	
	↑	↑	↑	↑	↗	↖
わが旧民法 財産編	261条① 本文	261条②	261条③ 前段	261条③ 後段	261条④	261条① 但書
	↑	↑	↑	↑	↑	↑
ボアソナード 草案	281条① 本文	281条②	281条③ 前半本文	281条③ 前半但書	281条③ 後半	281条① 但書
	↑	↑	↑		↑	↑
イタリア 旧民法	573条①	573条②	575条		576条① 2文・3文	573条④
	↓	↓	↓		↓	
イタリア 現行民法	889条①	889条②	891条1文		891条2文 3文	

今回取り上げた237条および238条は、イタリア旧民法に由来することが明確であるにもかかわらず、わが国においては、まったく知られていない。⁽²⁸⁾本稿によって、237条および238条の沿革に関する知識が深まることを期待したい。

(28) 例えば、注釈民法(7)267頁～268頁(野村好弘教授担当部分)には、イタリア法が母法であることについての記述はなく、参照すべき外国法として、イタリア法が挙げられずに、フランス法、ドイツ法およびスイス法が挙げられている。