

はじめに

本書は、民法の家族法の条文を理論と実務の双方の観点から説明するものであり、家族法のうち、親族法（民法第四編）を扱っています。

本書の特徴は次の点にあります。まず、第1に、多くの家族法の教科書は、既に作られている民法の条文に即して説明をしています。本書では、条文ごとに、それが作られてきた経緯を説明しています。その経緯が分かれば、その条文が置かれている理由も分かりますし、それが現在の実情に合わなくなっている場合には、当然、変更されるべきこともすぐに理解ができるようになります。言い換えれば、民法の条文を金科玉条とするのではなく、時代や状況が変われば、当然に条文も変更できる性質のものであることが分かるようになってくるのです。このように条文を成り立たせている現実の社会状況（これを「立法における臨床の場」と呼びます）から法というものを考えようということです。

本書の第2の特徴は、その条文が実際にどのように利用されているのか、あまり利用されていないのかにも触れている点です。実際の実務で、その条文がどのように利用されているのかが分かると、その条文をどのような場合に、どのように使えばよいのかが分かってきます（これを「運用における臨床の場」と呼びます）。条文の機能や問題点を理解するだけでは実際にその条文を使いこなすことはできません。それは薬の効能や副作用については理解しているが、実際にどのような病気に使ってよいのかが分からないのと同じです。その治療法は、その病状を改善するのに役立つわけではないが、もっとこちらの治療法がよいという場合があります。同じように、法的な臨床＝紛争の場面でも、どのような解決法がよいのか、どのような条文を使えばよいのかは、すぐには分かりません。個々の条文の意味が分かっている、どのような具体的な場面でどの条文がどのように役に立つのかが分からないと、実際の紛争場面ではなかなか使いこなすことができません。また、条文の趣旨が分かっていると、どうすれば、紛争の発生を未然に防止すればよいのかも分かりません。

そこで、本書では、それぞれの条文が、どのようにして生まれてきたのか、

はじめに

そして、どのような紛争場面＝臨床的場面を想定しており、どのように役に立つのかという観点からも説明しようと考えました。その条文の趣旨と作られた経緯と想定される具体的な場面が分かれば、なぜ、その条文が置かれているのかもとてもよく分かるようになります。

本書は、若手弁護士、司法書士など法関連業務に携わる専門家、家庭裁判所の調停委員やADRに関与する方々が、具体的紛争に出会ったとき、どのような条文をどのように生かして解決することができるのかが分かるようにするために役立つ本を作りたいという出版社とお話からできあがりました。また、専門家ではない一般の方が民法の条文をご覧になり、その意味がよく分からないという場合にも役立つようにしたいということも考えて執筆したものです。本書を読むことによって、個々の紛争に出会ったとき、民法のこの条文の使える場面であるということの頭に浮かべることができるようになり、よく分からない条文の趣旨が、そういうことを言いたかったのだと分かるようになれば、望外の喜びです。

また、法学部や法科大学院での家族法の講義では、民法にはこういう規定があり、その要件、効果はどのようなものなのかについては教えていますが、なぜ、そのような条文が置かれているのか、具体的にどのような場面でその条文が使われるのかまで丁寧には教えていません。しかし、法律実務や司法試験で必要とされているのは、具体的な臨床的事例をみて、どの条文を使ってどのように解決するのがよいのかのリーガル・センス、リーガル・マインドです。短答式試験では、家族法の問題も提出されますが、そのほとんどは、条文の知識で解決できる問題です。具体的な事例をみて、これが第何条の問題かが分かれば、解決できる問題がほとんどです（拙稿「司法試験の問題と解説 2014」別冊法学セミナー参照）。そもそもなぜそのような条文が民法に規定されているのか、その制度の実質的な趣旨はどこにあるのか、それが分かれば、どのような臨床的場面で、その条文が使われるのか、そのまま適用して問題がないのかなどの推論ができるようになります。

なお、本書では、民法の条文が形成されるプロセスに言及することにより、それぞれの条文がなぜそこにあるのかを探究する観点から、しばしば、現行の民法典から更に明治期に遡って、ボアソナードの旧民法から明治31年に制定

された明治民法親族編にも言及し、その起草理由にも辿ることにします。一般に、ボアソナードを中心として起草された旧民法に対し、明治31年6月21日法律第9号として制定され、昭和22年12月22日法律第222号により全面改正されるまでの民法第四編・第五編を明治民法と呼んでいます。これらの資料については、名古屋大学「明治期の民法の立法沿革に関する研究資料の再構築」を参考にさせていただいています。本書は条文ごとに気軽に読んでいただける内容となっていますので、家族法に関心のある方であれば、必ずしも専門的知識がなくても、興味深くお読みいただけるのではないかと思います。また、所々にコラムを入れて、個別的な条文には直接かかわらないテーマについて、より理解が深まるように工夫をしていますので、併せてお読みいただければ幸いです。また本書（親族編）に引き続き、相続編（民法第5編）についても出版の予定であり、併せてお読みいただければ、家族法の全体像をより良く理解することができるようになると思います。

なお、本書は、私が招聘研究員として帰属し、かつ、私も研究メンバーとなっている早稲田大学臨床法学教育研究所の日本学術振興会科学研究費・基盤研究(B)・課題番号15(H)03305・研究課題「法専門職教育の再定義と臨床法学教育の研究」の一部となるものです。

平成27年12月

大塚正之

(凡例)

梅・民法要義卷之4：梅謙次郎『民法要義』卷之4を指しています。梅謙次郎は、明治民法の起草者の1人で、この『民法要義』は、明治民法の最も定評のある解説書とされており、本書ではしばしば言及しています。

判例百選1~51：水野紀子・大村敦志・窪田充見編『家族法判例百選〔第7版〕』別冊ジュリストNo.193 2008/10に掲載されている判例の番号です。重要な判例として、ほとんどすべてに言及しています。