

はしがき

本書は、旧著『家族法』（有斐閣、初版、1999、第3版、2010）を出発点として
いる。それゆえ『新・家族法』と題されているが、旧著の全面改訂版ではない。
しばらく前に刊行した『新基本民法7家族編』（有斐閣、初版、2014、第2版、
2025）、『民法読解親族編』（有斐閣、2015）や『家族と法——比較家族法への招
待』（左右社、2014）などで試みたことも考慮に入れつつ、直接には、2020年度
から21年度にかけて学習院大学法学部・法科大学院・大学院法学研究科博士
前期課程において行った講義をもとに、新たに執筆したものである。

旧著第3版に続く改訂を行うことができなかったのは、2010年代に入っ
てから家族法に関する法改正が相次いで行われたことなどによる。私が法制審議
会における立案に参加した民法の改正に限っても、成年年齢引下げ（審議：
2008-09年、改正：2018年）、親権（審議：2010年、改正：2011年）、相続（審議：
2015-18年、改正：2018年）、特別養子（審議：2018-19年、改正：2019年）、実親子
等（審議：2019-22年、改正：2022年）、離婚後養育等（審議：2021-24年、改正：
2024年）に関する改正が行われた。これらを中心とした一連の改正により、家
族法の姿はかなり変化した。本書第1編では、この近年の変化の検討を行って
いる。

旧著の初版はしがきでは、旧著の検討対象につき『『家族法』と題されてい
るが、その主たる検討対象は民法典の親族編であ（る）」としていた。本書に
おいても中心的な検討対象が民法典の親族編である点は変わらないものの（第
2編第2部）、相続編に関する説明を旧著よりも多少増やすとともに（第2編第3
部）、総則編の「人」の章に関わる説明を加えた（第2編第1部）。この間、著者
の関心が「人の法」を中心とした民法理論の構築に向かいつつあることによる。

同じく初版はしがきでは、執筆にあたっての留意点として「第一に、制度の
趣旨に対する理解を深めるように努めた。……第二に、さまざまな家族の形態
にできるだけ目を配るようにした。また、必要に応じて、一方で財産法との関
係、他方で社会保障法や税法などとの関係に言及した。……第三に、新しい家
族観の探究にも力を入れた」という3点を挙げていた。これらの点に関しては
基本的に旧著の姿勢を引き継いでいる。もっとも、様々な家族の形態への配慮

や新しい家族観についての考慮に関しては本書においても各所で常に留意したが、社会保障法や税法など隣接法領域における家族の取扱いについては、必要に応じて各所で触れたほかは、補論にあたる第3編においてその概略を述べるにとどめた。他方で、補論部分には家族法や家族法学の歴史につきやや立ち入った説明も追加したが、序章と合わせることによって本論部分の位置づけを図るとともに、これを外部（隣接諸法・歴史・理論）に向けて開放することを企図した。制度趣旨の「理解」を重視する点も変わらないが、個別の制度を超えてより広く家族法全体（さらには財産法を含む民法全体）に対する「理解」を獲得することを目指した。

総じて見ると本書は、家族法を素材として著者の民法理論を各論的・例示的に展開するものとなっている。すなわち、民法の一領域に関する標準的な概説書ではなく、様々な観点から著者の民法理論を示すための試論の一部をなすものであるが、この試論の全体像については、巻末に掲げた小文をご覧ください。

旧著については、初版（1999年）以来、有斐閣法律編集局学習書編集部長の藤本依子さんのお世話になってきたが、本書の企画・刊行についても藤本さんを煩わせた。実際の編集作業については、荻野純茄さんのお世話になった。また、法科大学院の開設（2004年）の時から今日まで私の研究をサポートして下さる私設秘書の伴ゆりなさんには、本書についても校正や統計の探索などをお願いした。さらに、東京大学においては家族法ゼミに出席し（1994年）、学習院大学では私の指導のもとで博士論文を完成させた（2022年）荒川英央さんにも試読等の労を執っていただいた。長年のご厚情に対して改めてお礼を申し上げる。最後に、本書執筆の導きの糸となった先達として、中川善之助（1897-1975）と Jean Carbonnier（1908-2003）の名を挙げて、改めて敬意を表したい。

追記 上記「はしがき」の冒頭でも述べたように、本書のもととなった講義は2020年度・21年度に行われたものであったので、2022年改正・24年改正に関しては、当時の現行法（今日から見ると改正前の旧法）をベースにして改正の必要性和改正案のありうる内容を示す形になっていた。その後、2023年8月の脱稿以前に2022年改正が実現したので、叙述の進め方は維持しつつ改正の結果を織り込んだ。続いて離婚後養育等に関する2024年改正が実現するに至ったので、こちらは校正

時に織り込んだ。

2024 年改正は公布後 2 年内に施行することとされており、本書刊行時には未施行であるが、本書においては改正後の規定を現行規定として掲げた（改正前規定は旧規定、2024 年改正前規定などとしている）。他方で、現在進行中の成年後見法の改正や遺言法の改正に関しては、改正作業が行われていることには触れているものの、その内容については立ち入っていない。平成期に作業に着手された改正によって現れた民法を「平成民法」と呼ぶとすれば、本書が対象とするのは平成民法の家族法であることになる。

2025 年 4 月

大村 敦 志

目 次

序 章	1
第1節 「家族法」の体系——本書の対象	1
第2節 「家族法」の歴史——本書の視点	12
第3節 「家族法」の理論——本書の目標	20

第1編 家族法の生成

序言——民法改正のシステムと本編の検討方法	36
第1章 婚 姻	43
第1節 婚姻——1996年改正案①	43
第2節 離婚——1996年改正案②	53
第2章 親 子	61
第1節 実子1——2003年改正案	61
第2節 実子2——2022年改正	73
第3節 特別養子——2019年改正	83
第3章 親 権	92
第1節 親権1——2011年改正・2022年改正	92
第2節 親権2——2024年改正	100
第4章 後見——1999年改正	114
第5章 相 続	123
第1節 相続人・相続分——1996年改正案③・2018年改正①	123
第2節 遺産分割——2018年改正②・2021年改正	133
第3節 遺言——2018年改正③	139
第4節 遺留分ほか——2018年改正④	145
結 章 残された立法課題と改正システムの将来	152

第2編 家族法の体系

序言 — 民法の体系と本編の構成	162
第1部 一般法としての「人の法」	166
第1節 人の存在（人格）——人の共通性	166
第2節 人の同定（アイデンティティ）——人の多様性	176
第3節 人の行為（成年者保護）——人の脆弱性	187
第2部 特別法としての「家族の法」	199
第1章 家族関係の内容	199
第1節 親権法・未成年後見法——未成年保護の法	199
第2節 夫婦関係法・親族法——成年者共助の法	242
第2章 家族関係の形成と解消	282
第1節 婚姻法——総合的な家族関係形成の法	282
第2節 親子法——垂直的な家族関係形成の法	338
第3節 共同生活の法——水平的な家族関係形成の法	358
補節1 家族法の再編——三つの試金石	366
第3部 補完法としての相続法——人の生命＝生活の法的延長	374
第1節 対象としての家名・家産	374
第2節 手法としての相続・恵与	383
補節2 家産から公共財へ——「財産」の変容	396
結 語 「家族」の再定義と「家族法」の方向性	398

第3編 家族法の周辺

序言 — 家族法の開放の必要性和本書の射程	406
第1章 周辺諸法	409

第1節	戸籍法	……410
第2節	家事手続法	……412
第3節	国際家族法	……417
第4節	憲法および家族公法	……418
第2章	歴 史	-----425
第1節	明治初期の家族法	……425
第2節	旧民法の家族法	……427
第3節	明治民法の家族法	……433
第4節	昭和民法の家族法	……438
第3章	理 論	-----443
第1節	家族法学の生成（理論の形成）——穂積重遠と中川善之助	……443
第2節	家族法学の更新（価値の転換）——川島武宜	……446
第3節	家族法学の展開（解釈の集成）——我妻栄	……451
第4節	家族法学の転換（進路の模索）——現代の学説	……454
結語1	遠心と求心の間で——概説書を書くということ	-----460
結語2	民法学者の領分——たそがれ時に考える	-----464

細目次

はしがき i

序 章1

第1節 「家族法」の体系——本書の対象1

はじめに 1

I 民法上の観点から 2

1 法典の編成 2

(1) 現行民法と旧民法 (2) 憲法上の家族・戸籍上の家族

2 法案・法学の観点 4

(1) 人事法案の発想 (2) 身分法から家族法へ

II 民法以外の観点から 5

1 国内の実体私法が国際法・手続法・行政法等を含むか
——問題先行の法・複合法領域としての家族法 5

2 家族の法か家族関係の法か——団体法との対比 6

III 本書の構成・その1——本論としての体系的な家族法論 6

1 実体私法としての家族法 7

(1) 「人の法」の一部としての家族法 (2) 清算手続の特則としての相続

2 家族法の効果と要件 8

(1) 未成年者の保護と成年者の共助 (2) 総合的關係・垂直的關係・水平的關係

3 家族法の内的構造理解 9

【余白——派生問題】9

用語 (1)実定法の中の「家族」／(2)「身分法」の概念と用例／(3)「家族法」の登場／(4)「家族」の法としての「家族法」

法理論 (1)家族法の位置づけ・構成——近代法と現代法／(2)家族法における後見法の位置づけ／(3)家族法における相続法の位置づけ／(4)家族法の特異性に関する考え方

第2節 「家族法」の歴史——本書の視点12

I 旧民法から明治民法へ 13

1 「民法」の模索 13

(1) 明治初期の状況 (2) 旧民法人事編・財産取得編の制定

2 「民法」の導入	14
(1) 民法典論争	(2) 民法親族編・相続編の制定
II 新民法（昭和民法）から最近の改正（平民法）まで	15
1 「民法」の変容	15
(1) 日本国憲法と応急措置法	(2) 前史としての大正改正要綱
2 「民法」の定着	17
(1) 平成期の改正	(2) 平民法の登場？
III 本書の構成・その2——序論としての生成的な家族法論	19
【余白——派生問題】	19
法理論——家族法の公法性・政治的性格（公事性）	
立法——旧民法と明治民法・現行民法の編成，家族法の位置づけ	
用語——改正民法の呼称と用語法	
第3節 「家族法」の理論——本書の目標	……20
I 家族の理論	21
1 家族の機能	21
(1) 生殖（種の再生産）	(2) 生産（群の維持）
(3) 生活（個の充足）	
2 家族の単位	22
(1) 核家族化＝家族の縮小	(2) 脱家族化＝家族の消滅？
3 家族の思想	23
(1) 社会の基本単位	(2) 関係の一態様
II 家族法の理論	24
1 家族法の特徴	24
(1) 個人と家族の間で	(2) 厳格性と許容性
(3) 複数の家族法	
2 家族法の変化	26
(1) 歴史と類型	(2) 基本的な価値
(3) 考察の枠組	
3 家族法の位置づけ	28
(1) 財産法と家族法	(2) 生活民法と取引民法
(3) 人の法と財の法	
III 本書の構成・その3——補論としての開放的な家族法論	29
序章の最後に	30
1 幾たびも異なる声で	30
2 「より少ない実定法」から「より陰翳のある実定法」へ	30
3 思想としての民法——典型としての家族法	32

【余白——派生問題】33

人文諸学 (1) 家族の社会学・人類学・霊長類学・認知科学／(2) 「家族」が映す
「人」——ホモ・エコノミクス／ホモ・リプロダクティブからホモ・アフエク

トッスへ
統計——世帯構成の変化 法理論 (1)外国の家族法理論／(2)家族法と民法

第1編 家族法の生成

序言——民法改正のシステムと本編の検討方法36

I 民法の体系 36

1 旧民法典から現行民法典へ 36

2 家族法の概要 37

(1) 家族法の位置づけと内容 (2) 親族扶養と清算手続——本編の対象外

II 民法改正のシステム 38

1 家族法の改正 38

(1) 大正改正要綱と戦後改正（昭和民法）

(2) 最近の改正（平成民法）——本編の対象

2 民法改正の手続 39

III 本編における検討の進め方 41

【余白——派生問題】41

比較法——諸外国における家族法立法

立法学 (1)債権法改正との対比／(2)家族法立法における継続性の確保

第1章 婚 姻43

第1節 婚姻——1996年改正案①43

I 基本——婚姻法の概観 43

1 婚姻法の範囲——三つの婚姻法 43

2 婚姻の要件（731条～749条） 43

(1) 婚姻障害——行為規範と裁判規範 (2) 届出と意思——内縁との関係

3 婚姻の効果（750条～762条） 44

(1) 人格面——夫婦の義務と家族の氏

(2) 財産面——別産制の原則と日常家事債務・婚姻費用

II 先端——婚姻の要件と効果 45

1 1996年改正案の内容と現状 46

2 婚姻の要件——婚姻障害 46

- (1) 婚姻年齢・再婚禁止期間 (2) 補論——重婚・近親婚など

3 婚姻の効果——夫婦の氏 48

- (1) 選択的夫婦別氏制度 (2) 反対論の危惧と今後の展望

補論——家族法から「人の法」へ 50

【余白——派生問題】51

比較法 (1)婚姻障害の取扱い／(2)子の「氏」の問題／(3)戸籍法の改正——韓国の場合／(4)婚姻法改正における特殊と普遍(土着と外来)

学説 (1)1996年改正案に関する文献／(2)氏に関する文献

戸籍実務 (1)別氏夫婦の戸籍記載／(2)呼称上の氏概念

立法過程 (1)1996年改正の審議途中で現れた改正事項／(2)成年年齢引下げの立法過程

第2節 離婚——1996年改正案② ……53

I 基本——離婚法の概観 53

1 離婚法の時差 53

2 離婚の要件(763条～765条, 770条) 54

- (1) 離婚の種類 (2) 協議離婚 (3) 裁判離婚

3 離婚の効果(766条～769条, 771条) 55

- (1) 子の監護 (2) 財産分与 (3) 夫婦の氏・子の氏

II 先端——離婚の要件と効果 56

1 離婚の要件——破綻主義への傾斜 56

- (1) 有配偶者の離婚請求 (2) 離婚原因としての別居

2 離婚の効果——扶養から清算へ 57

- (1) 財産分与の性質と基準 (2) 2分の1ルールを導入

3 補論 59

- (1) 立法案と裁判実務——先取的解釈

- (2) 別居の制度化と夫婦財産制の変容

【余白——派生問題】60

学説——離婚原因・離婚給付に関する文献

立法政策 (1)欧米離婚法改正の目的と背景／(2)最近検討された婚姻法の改正

戸籍実務・裁判実務と統計 (1)婚氏続称／(2)別居期間／(3)子の親権・財産分与

第2章 親 子 ……………61

第1節 実子1——2003年改正案 ……61

I 基本——親子法の概観 61

1 二つの実親子関係——婚姻と親子の関係 61

2	嫡出子（772条～778条の4）	62
(1)	嫡出推定	(2) 嫡出否認の訴え
3	非嫡出子（779条～789条）	63
(1)	認知	(2) 認知の訴え
II	先端——生殖補助医療と親子法	64
1	議論の発端	64
(1)	新旧の生殖補助技術——人工授精と体外受精	(2) 親子法上の問題
(3)	根津事件	
2	議論の展開	65
(1)	二つの審議会——厚生科学審議会と法制審議会	(2) 法制審での議論
(3)	その後の状況	
	【余白——派生問題】	68
	用語 (1) 嫡出子の概念と用語／(2) 1942年改正	
	法理論 (1) 親子関係の確定——成立か確立か／(2) 認知されていない子／(3) 認知と 嫡出推定の対比／(4) 実子と養子の関係	
	社会状況 学説——2003年改正案に関連する文献	
	立法政策 (1) 2003年案の甲案・乙案／(2) 学会会議の提案／(3) 2020年生殖補助医 療特例法	
	比較法——フランス法における生殖補助医療に関する文献 (1) 1990年代の状況／ (2) 最近の状況	
	実務——赤ちゃんポストをめぐる	
	第2節 実子2——2022年改正	……73
I	基本——親子法の変容	73
1	嫡出推定制度の変容	73
(1)	推定されない嫡出子	(2) 推定の及ばない子
2	嫡出否認制度の変容	74
(1)	親子関係不存在確認の訴え	(2) 合意に相当する審判
II	先端——無戸籍者問題と親子法	75
1	2019年法制審の課題——二つの研究会	75
2	無戸籍者問題とは何か	75
(1)	無戸籍者問題としての300日問題	(2) 通達による対応
(3)	嫡出推定への疑問	
3	選択肢の内容	77
(1)	否認権者の拡大・提訴期間の延長	(2) 嫡出推定の内容の見直し
(3)	嫡出推定の前提の見直し	
4	選択肢の評価	78
(1)	嫡出推定の位置づけ	(2) 生殖補助医療の位置づけ

(3) DV と別居の位置づけ 79

【 余白——派生問題 】 80

法理論 (1) 予定された変則 = 準正 / (2) 嫡出推定と戸籍の関係 / (3) 親子法における価値

実務 (1) 推定されない嫡出子 / (2) 合意に相当する審判

判例 —— 性別変更と嫡出推定

学説 —— 「300 日問題」・無戸籍問題に関する文献

人文諸学 —— 無戸籍問題に関する文献

比較法 —— 嫡出推定 / 否認に関する外国法

立法政策 (1) 法制審における議論 / (2) DV と別居

第 3 節 特別養子——2019 年改正 ……83

I 基本——養子法の概要 83

1 普通養子 (792 条～817 条) 83

(1) 効果——親子関係の創出 (2) 要件

2 特別養子 (817 条の 2～817 条の 11) 85

(1) 効果——親子関係の切断 (2) 要件

II 先端——児童虐待とその他の問題 85

1 背景 85

(1) 動因としての児童虐待 (2) 普通養子法の問題点

2 立法 87

(1) 条文——実親子関係切断のための手段化

(2) 運用——普通養子法との整合性の確保

3 評価 88

(1) 特別養子の変質 (2) 普通養子の問題点

【 余白——派生問題 】 89

学説——養子法に関する文献

実務 (1) 家族の統合性・開放性 / (2) 2 段階手続論

隣接諸法——普通養子の非・家族性 歴史——弱体化された普通養子の効力

比較法 (1) 台湾・韓国の場合 / (2) ドイツ・フランスの場合

法理論——体系的解釈の再興

第 3 章 親 権 ……………92

第 1 節 親権 1——2011 年改正・2022 年改正 ……92

I 基本——親権法の中心 92

1 親権の内容 92

(1) 監護教育 (権) (2) 財産管理 (権)

2	親権の帰属ないし行使	94
(1)	嫡出子の場合	(2) 非嫡出子の場合
(3)	親権者の決定と変更	
II	先端——児童虐待への対応	95
1	虐待対応の経緯——見直し条項と研究会	95
2	親権の喪失と停止	95
(1)	親権停止の創設	(2) 未成年後見の微調整
3	懲戒権規定の廃止案——2022 年改正へ	98
	【余白——派生問題】	99
	立法政策——婚姻・親子と親権・後見	立法過程——研究会等の推移
	法理論 (1)子の氏と親権の関係／(2)親権の義務性／(3)「子の利益」概念の性質変化	
	隣接諸法——児童虐待防止法に関する文献	
	第 2 節 親権 2——2024 年改正	……100
I	基本 親権法の周辺——離婚後の監護	101
1	親権と監護（権）	101
(1)	監護者の決定	(2) 非監護者の権限——1996 年改正案から 2011 年改正へ
2	扶養義務と監護費用	102
(1)	扶養義務の程度と根拠	(2) 婚姻費用と監護費用
3	補 論	102
(1)	非嫡出子の場合	(2) 連れ子の場合
II	先端——共同親権とその他の問題	103
1	共同親権への賛否両論	104
2	養育費の定型化・実効化	105
3	派生問題	106
(1)	協議離婚・養子縁組の半司法化	(2) 事実上の別居から法律上の別居へ
(3)	非嫡出子への拡張	(4) 親権概念の整理
4	小括——「子ども中心主義」をめぐる	109
(1)	「子の利益」と子の自律	(2) 「子の利益」と親の自由・権利
	【余白——派生問題】	110
	用語——「身上」とは何か	
	法理論 (1)扶養請求権と養育費（分担）請求権／(2)子の扶養請求権に関する明文規定／(3)親権と監護権	
	立法政策 (1)権利の優先性／(2)連れ子養子に関する立法論／(3) 809 条の書き換え——「嫡出子の身分」／(4)親子法立法において対立する二つの主張	

I 基 本 114

1 民法における成年後見制度 114

- (1) 行為能力の制限 (2) 成年後見人等の権限・義務
- (3) 成年後見人等の選任・監督

2 特別法における成年後見制度 115

- (1) 任意後見契約法 (2) 後見登記法

II 先端——成年後見の privatisation (民営化＝私事化) 116

1 成年後見改革の背景 116

- (1) 高齢化への対応：制度の利用可能性
- (2) 障害者の権利：ノーマライゼーションと自己決定
- (3) 後見の脱家族化：裁判所の役割の変化

2 成年後見改革のその後 118

- (1) 実質面：身上配慮と居宅保護 (2) 形式面：立法技術の変容
- (3) 手続面：民法典の浸食と混乱

【余白——派生問題】120

立法政策 (1) 少子高齢化対策／(2) 「特別代理人」的な後見人は考えられないか？
解釈論 (1) 「同意」と「意思の尊重」／(2) 「生活」に関する「事務」／(3) 親権者・後見人の権限に含まれない事項
法理論 (1) 行為規範・組織規範としての成年後見／(2) 親族会／(3) 成年後見制度と戸籍

第5章 相 続123

第1節 相続人・相続分——1996年改正案③・2018年改正①123

I 基礎——単独相続から共同相続へ 124

1 明治民法から昭和民法へ 124

- (1) 家督相続と遺産相続 (2) 応急措置法による対応

2 その後の変化 125

- (1) 直系尊属の相続権 (1962年改正) (2) 配偶者相続分の拡大 (1980年改正)

II 先端——相続分の変遷 126

1 前 史 126

- (1) 平成7年(1995年)決定と1996年改正案
- (2) 平成25年(2013年)決定と2013年改正

2 配偶者の相続分 127

- (1) 当初案の考え方 (2) 途中案の考え方 (3) 相続分から持戻し免除へ

3 配偶者の居住権 130

- (1) 配偶者居住権 (2) 配偶者短期居住権

【余白——派生問題】131

比較法——各国の相続権

法理論 (1)「潜在的共有制」の問題点（離婚と死別のギャップ）／(2)配偶者居住権の位置づけ

歴史／解釈論——特別受益の変遷 立法政策——従来の婚姻住宅保護

第2節 遺産分割——2018年改正②・2021年改正 ……133

I 基礎——相続紛争の温床 133

1 遺産分割の過程 133

- (1) 相続人の増減：承認と放棄 (2) 遺言による代替：「相続させる旨の遺言」
(3) 具体的相続分の計算：特別受益と寄与分 (4) 遺産分割：基準と効果

2 遺産分割の前後 135

- (1) 遺産共有の対象 (2) 「相続と登記」

II 先端——預貯金債権の処理 136

1 問題の所在 136

- (1) 判例の状況 (2) 仮払い

2 問題の展開——遺産分割過程の制御 138

- (1) 分割前の処分 (2) 法定相続分の意義

【余白——派生問題】138

解釈論——「相続させる遺言」（特定財産承継遺言）（その1）

立法政策——所有者不明土地 (1)相続登記に関する問題／(2)遺産分割の促進

銀行実務——預貯金債権の取扱い

第3節 遺言——2018年改正③ ……139

I 基礎——各種の遺言 139

1 遺言の方式 139

2 遺言の内容 140

3 遺言の効力 140

4 遺言の執行 141

II 先端——使いやすい遺言制度へ 141

1 形式的な側面 141

- (1) 方式の緩和 (2) 遺言書保管制度 (3) 導入の経緯——足し算の改正

2 実質的な側面——遺言執行者の権限の明確化 143

【余白——派生問題】143

社会状況 (1)遺言増加の背景／(2)遺言書保管制度の由来

解釈論 (1)包括受遺者（990条）と相続人／(2)遺贈と死因贈与（554条）／(3)遺言

解釈における「真意」の尊重
法理論——異文化と遺言
判例——「相続させる遺言」（特定財産承継遺言）（その2）
立法政策——遺言のデジタル化

第4節 遺留分ほか——2018年改正④ ……145

I 基礎——遺留分 145

- 1 遺留分の意義 145
- 2 遺留分の計算 146
- 3 遺留分の請求 147

II 先端——制度の変質へ 148

- 1 遺留分の金銭債権化——家産の後退 148
- 2 特別寄与料の新設——非相続人の登場 148

(1) 制度の前提 (2) 制度の内容 (3) 制度の含意

【余白——派生問題】150

立法政策 (1)遺留分の後退（遺言自由の拡大）／(2)金銭化の力学／(3)「親族」の力学／(4)遺留分に関するその他の制度構想
社会状況——相続人の配偶者（長男の嫁）問題
法理論——財産分与・寄与分・特別寄与料の共通原理

結 章 残された立法課題と改正システムの将来 ……………152

I 養子法の再検討 152

- 1 成年普通養子の受容 152
(1) 遺産承継型 (2) 家族形成型
- 2 成年普通養子の転換 153
(1) 相続人契約 (2) 共同生活契約

II 家族法改正の総括 154

- 1 目的：家族の支援 154
(1) 家族の多様性 (2) 支援の重層性
- 2 手法：立法の理論 154
(1) 合意形成型の改正観 (2) 限定効力型の制度観
- 3 基本認識：規範の生成 155
(1) 法を創出する力 (2) 法を成形する力

III 改正システムの将来 156

- 1 システムの特性 156
(1) 自律性・継続性の確保 (2) 多様性・開放性の維持

2 システムの環境 157

- (1) 立法論の多層化 (2) 立法資料の整備・検討

【余白——派生問題】157

比較法——家族（相続）に関する契約

立法論 (1)生活と相続の関連づけ／(2)医療・葬儀はどうするか／(3)契約化に伴う
問題点／(4)どんなモデルがあるか

法理論 (1)立法学と家族法学・家族法実務／(2)家族・家族法立法の哲学／(3)家族
の対極・究極としてのともだち

家族法立法学 (1)指針／(2)技術

第2編 家族法の体系

序言——民法の体系と本編の構成-----162

I 民法の体系 162

1 財産法・家族法から人の法・物の法へ 162

2 「人の法」からの体系化 162

- (1) 小さな変更 (2) 大きな変更

II 本編の構成 163

1 「人の法」との関係 163

- (1) 「人の法」の全体像 (2) 「人格」の多層性

2 「家族の法」の位置づけ 164

- (1) 強い家族と弱い家族（養育家族と共生家族）
(2) 固い家族と緩い家族（法定家族と自然家族）
(3) 短い家族と長い家族（世帯家族と血統家族）

【余白——派生問題】165

学説——教科書・判例教材の編成 理論——法定家族と自然家族

第1部 一般法としての「人の法」

166

第1節 人の存在（人格）——人の共通性 ……166

I 人の効果とその前提 166

1 「人であること」の効果 166

- (1) 私権の享有（権利能力）——権利義務（法律関係）の帰属
(2) 人格権——断片から包括へ

2 「人であること」の要件 168

- (1) すべての人——権利能力平等の原則 (2) 人以前と人以後——出生と死亡
- (3) 人以外——法人

3 「人であること」の意義 170

- (1) 人から法主体（法人格）へ (2) 主体から主体＝客体へ
- (3) 人・物の二分法からn分法へ

II 人への法律関係帰属の確認方法 171

1 家族関係 171

- (1) 戸籍の存在 (2) 戸籍の特徴

2 財産関係 172

- (1) 不動産の場合 (2) 不動産以外の場合

【余白——派生問題】173

法理論 (1)権利能力と人格権／(2)権利能力平等の原則／(3)民法における人間像の
変化／(4)出生・死亡の概念／(5)民法における人・物二分法
人文諸学 隣接諸法 (1)民法と国籍法／(2)戸籍と民法 法実務——押印廃止

第2節 人の同定（アイデンティティ）——人の多様性 ……176

I 抽象的な同定——同定の指標 176

1 届出・登記等の本人確認 176

- (1) 署名または記名押印 (2) 身分証明書（本人確認資料）
- (3) 戸籍に関する本人確認制度

2 戸籍・住民票の役割 178

3 小括——法律関係・法主体の自明性から非自明性へ 179

II 具体的な同定——人の属性・個性 180

1 要件としての人の属性 180

- (1) 住所・氏名・年齢・性別 (2) 不在者の財産管理——死亡へのプロセス
- (3) 財産としての氏名

2 個性としての人の属性——人格権の新たな局面 182

- (1) 平等の貫徹 (2) 差異の承認 (3) 自由の要求

3 小括——人格権の二面性／多様性の二面性 183

【余白——派生問題】184

人文諸学 (1)個人の同定／(2)家族と血統
隣接諸法 (1)年齢の計算／(2)性別の変更／(3)戸籍法・不動産登記法
判例 (1)氏名の読み方／(2)命名権と命名の自由
法理論——民法とマイノリティ
用語——女子・婦人・女性 法と文学——不在者の帰還

第3節 人の行為（成年者保護）——人の脆弱性 ……187

I	原則——意思主義と行為能力	187
II	例外——成年後見制度	187
1	全体像	187
(1)	未成年後見と成年後見	(2) 法定後見と任意後見契約
(3)	審判による保護者の選任	(4) 意思無能力との関係——事実上の代理人の行為
2	法定後見	189
(1)	効果——行為能力の制限と保護者の権限	(2) 類型——成年後見・保佐・補助
(3)	要件——申立てと審判	(4) 登記——戸籍からの独立
3	任意後見契約	192
(1)	特殊な契約——裁判所の援助	(2) 公正証書と公証人
4	思想の転換	193
(1)	財産から人格へ	(2) 家から本人へ
(3)	家族から社会へ	
(4)	未成年者から高齢者へ	
III	補足1——不法行為の場合	195
1	過失責任主義と責任能力	195
2	監督者の責任	195
IV	補足2——扶養と介助	195
1	前提としての自活・自立	195
2	例外としての扶養・介助	196
	【余白——派生問題】	196
	法理論 (1)「人の法」としての成年後見法／(2)契約と制度／(3)「高齢者法」(あるいは「障害者法)」という法領域	
	解釈論——任意後見といわゆる身上監護	統計——成年後見制度の利用状況
	立法 (1)高齢者と住宅／(2)「心身」と「生活」の登場／(3)「人」は法人を含むか	
	用語——享有と行使／受動市民と能動市民 (1)／(2)日常・日用とは何か	
	比較法——日仏の公証人	

第2部 特別法としての「家族の法」	199
--------------------------	-----

第1章 家族関係の内容	199
--------------------	-----

第1節 親権法・未成年後見法——未成年保護の法	199
--------------------------------	-----

小序1 親権法・未成年後見法の位置づけ——親子法の基本構造	199
--------------------------------------	-----

小序2 親権法・未成年後見法の変遷——われらの子ども	200
-----------------------------------	-----

I 過去の位置づけ	200
------------------	-----

1	親の支配権（旧民法）	200
2	親の権利・義務（明治民法）	201
II	現在の位置づけ	202
1	親の権利・義務（昭和民法）	202
2	親の義務と権限（平民法）	202
第1	監護教育と子の人格権	— 203
I	監護教育の内容	203
1	序論——親権の対象（818条1項）	203
2	総則規定（820条）	203
3	各則規定（821条～823条）	204
II	監護教育の限界——子の人格権	205
1	本人の権利（797条1項, 780条, 臓器移植法等）	206
2	本人の保護（797条2項）	206
3	補論——特則とその運用（833条）	206
III	監護教育の費用	207
1	負担者（828条）	207
2	分担の方法（760条・766条）	208
IV	監護教育の外側	208
1	子の氏（790条・791条）	208
2	子の名（戸52条1項）	208
	【余白——派生問題】	209
	用語——子・児童・こども	
	法理論（1）国家・親・子の関係／（2）認知されていない子／（3）監護教育と財産管理 の間——子どもの人格権	
	歴史／比較法——成年・未成年の二分法	
第2	財産管理と親子間の相続権	— 211
I	出発点——未成年者の行為能力	211
II	財産管理の権限	212
1	原則	212
	（1）包括的権限（824条本文） （2）共同代理（825条）	
2	例外	212
	（1）子の行為（824条ただし書） （2）第三者が無償で子に与えた財産（830条）	
III	財産管理の規律	213
1	規定の内容（824条, 826条～832条）	213

- (1) 利益相反行為 (2) その他

2 後見との比較 (853条～855条, 859条～866条・869条) 214

IV 血族相続権 215

1 子の相続権 (887条1項) 215

- (1) 均分相続の原則 (2) 本位相続と代襲相続

2 尊属の相続権 (889条1項1号) 217

3 兄弟姉妹の相続権 (889条1項2号) 217

【余白——派生問題】217

歴史／法理論 (1)「家」と親権・相続権／(2)親権後見統一論／(3)状況・地位の濫用／(4)相続の根拠

解釈論 (1)子どもの同意が必要な場合／(2)830条をめぐる問題／(3)未成年後見人の監護の費用

第3 親権の帰属と行使 —— 219

I 親の地位 219

1 親権親と非親権親 (819条) 219

- (1) 婚姻中 (新818条2項) (2) 離婚後 (819条1項～3項)
(3) 婚姻外 (819条4項) (4) 養子縁組 (新818条3項)

2 監護親と非監護親 (766条) 221

- (1) 監護親の権限・権利 (766条1項, 797条2項前段)
(2) 非監護親の権限・権利 (766条1項)
(3) 補論——親固有の権限・権利 (817条の6)

3 親権親・監護親の変更 (819条6項, 766条3項) 222

4 小括——用語整理の必要性 223

II 監護をめぐる問題 224

1 問題別の検討 224

- (1) 子の奪取 (2) 親子交流 (3) 監護費用 (養育費)

2 状況別の検討 226

- (1) 離婚後の監護 (2) 別居中の監護 (3) 再婚後の監護

【余白——派生問題】228

解釈論／立法論 (1)養子の場合の親権等／(2)「親権に服する」と「親権を行う」：親権概念の整理 (その1)／(3)親権親・監護親決定の基準／(4)親権親・監護親の合意による変更可能性／(5)監護親の代理権

用語／立法技術 (1)818条の書き換え／(2)824条の2の追加／(3)817条の12第1項の追加

法理論 (1)試金石としての転養子／(2)補助線としての「家」／(3)「両親」の解体？

判例——人身保護手続の後退？ 法理論——別居の認定：別居に関する諸問題

比較法——共同親権 歴史——「共同親権」の歴史 (その1)

第4 親権の制限と補完 — 233

I 民法による制限等 (834 条～837 条) 233

1 制限等の種類 233

(1) 親権喪失 (2) 親権停止 (3) 管理権の喪失 (4) 親権・管理権の辞任

2 制限等の手続 234

II 児童福祉法による制限等 235

1 制限の前提 235

(1) 措置 (児福 27 条 1 項 3 号) (2) 一時保護 (児福 33 条)

2 制限の根拠 235

(1) 法律の授權 (児福 47 条 3 項 4 項, 33 条の 2 第 2 項 3 項)
(2) 緊急の必要 (児福 47 条 5 項, 33 条の 2 第 4 項)
(3) 親の権利とその制限 (児童虐待 12 条, 12 条の 4)

第5 未成年後見 — 236

I 未成年後見の開始 237

1 開始事由 237

2 未成年後見人の決定 237

3 補論——児童相談所長の親権代行 238

II 未成年後見の特色——親権・成年後見との対比 238

【余白——派生問題】239

法理論——民法と家族行政法の交錯 (1)民法における検察官の位置／(2)親権制度の適切な運用／(3)民法の基本原則の追加・上書き

学説——親権法 (民法) と児童福祉法 (こども法)

解釈論 (1)「意に反して～できない」と「同意を得なければならない」／(2)「妨げてはならない」／(3)「親権者」と「親権を行う者」：親権概念の整理 (その 2) ／(4)親権親死亡の場合

歴史——「共同親権」の歴史 (その 2)

第2節 夫婦関係法・親族法——成年者共助の法 ……242

小序1 夫婦関係法の位置づけ——カップルの多様性へ — 242

小序2 夫婦関係法の変遷 — 243

I 婚姻と親子関係の連動 243

1 様々な制度 (772 条・818 条 2 項, 817 条の 3) 243

2 隠された連関・失われた連関 (明民 732 条・民応措 3 条) 243

II 家との関係・親族との関係 244

1 団体から個人へ——「家」から夫婦関係へ 244

2 制度から契約へ——単一・固定から複数・選択へ 245

3 部分から原点へ——親族関係 245

第1 夫婦の共同生活と相互の人格権 —— 246

I 夫婦の義務——婚姻の人格面での効力・その1 (752条) 246

1 義務の種類 246

(1) 同居・協力・扶助義務 (2) 貞操義務

2 義務の性質 247

(1) 性関係と生活関係 (2) 裁判規範と行為規範

3 義務の追加 248

(1) DV防止法の制定 (2) 民法への取り込み

II 夫婦の氏——婚姻の人格面での効力・その2 (750条・751条) 248

1 夫婦同氏の原則 248

(1) 原則の由来 (2) 原則の動揺

2 夫婦別氏の提案 249

(1) 別氏案の背景 (2) 別氏案の内容 (3) 別氏案への反対 (4) 別氏案の現状

3 夫婦別氏の展望 250

(1) 別氏論争の意味 (2) 別氏論争への対応

4 夫婦の氏の周辺問題 251

(1) 子の氏 (2) 死別後の氏

III その他の権利義務 252

1 配偶者の子との関係 252

(1) 普通養子 (2) 「連れ子」

2 配偶者の生死との関係 252

(1) 医療行為への同意 (2) 葬儀・埋葬の決定

【余白——派生問題】253

法理論 (1)親族の位置づけ／(2)家族関係における「暴力」／(3)氏の多様性／(4)通称使用について／(5)家族法における義務違反と「法化」

学説／人文諸学 (1)氏に関する研究／(2)DVに関する研究

解釈論／立法論——相互尊重義務

第2 夫婦の財産関係と相互の相続権 —— 255

I 婚姻の効力と夫婦財産制——扶助義務と婚姻費用分担義務の関係をを中心に 255

1 現在の見方 255

2 別の見方 256

(1) 過去の見方 (2) 将来の見方

II 費用の分担——日常生活の共同性 256

- 1 夫婦間での婚姻費用分担義務（760条） 256
- 2 第三者に対する日常家事債務の連帯（761条） 257

III 財産の帰属——財産関係の選択可能性 258

- 1 法定財産制としての別産制（755条・762条） 258
 - （1）婚姻継続中の別産 （2）婚姻解消時における清算
- 2 約定財産制の可能性（756条～759条，旧754条） 259
 - （1）夫婦財産契約の対象 （2）夫婦財産契約の締結と登記
 - （3）夫婦財産契約の変更禁止とその例外 （4）夫婦間の契約取消権
- 3 夫婦財産制の適正化 260
 - （1）法定財産制の変更 （2）約定財産制の定型化
 - （3）夫婦財産契約の限界と拡張

IV 配偶者相続権 261

- 1 配偶者相続権の由来（890条） 261
- 2 夫婦財産制と配偶者相続権の関係（900条） 261
- 3 住宅に関する特則（903条・1028条） 263

【余白——派生問題】263

解釈論（1）「予告」とは何か？／（2）影響関係と契約の効力

比較法（1）フランス・ドイツの夫婦財産制／（2）諸外国の配偶者相続分

学説——夫婦財産制に関する文献 実務／統計——夫婦財産契約の利用状況

立法政策（1）（共有制の導入に関する）1980年改正案・2018年改正案の違い／（2）
居住の保護の限界

第3 内縁関係——264

I 序——内縁の発生 264

II 内縁保護法理の発展 265

- 1 法理の登場 265
 - （1）婚姻予約判決と特別法 （2）準婚理論
- 2 法理の背景 266
 - （1）大正改正要綱 （2）中川理論

III 内縁保護法理の現状 267

- 1 事実婚保護の主張 267
- 2 自由結合の承認？ 268

IV 内縁保護法理の限界——死別の場合 268

【余白——派生問題】269

法理論——夫婦以外の共助関係

歴史／社会状況——内縁の実態（戦前・現在） 隣接諸法——社会法と家族
用語 (1)「事実婚」の意味（戦前）／(2)「準婚」の意味
社会状況／法理論——カップルの多様化

第4 成年養親子関係 —— 272

- I 養子の基本的な効果 272
- II 日本の養子——多様な利用形態 272
- III 養子の濫用的利用 273
 - 1 法律の対応 273
 - 2 判例の対応 273
 - (1)「妾養子」 (2)「節税養子」

第5 親族関係 —— 274

- I 親族の概念 275
 - 1 法概念としての親族 275
 - (1) 範囲の限定 (2) 範囲の相対性
 - 2 社会実態としての親族 275
 - (1) 725 条に関する立法論 (2) 730 条に関する立法論
- II 親族の効果としての扶養義務 276
 - 1 親族扶養の特殊性 276
 - (1) 潜在的義務の顕在化 (2) 抽象的義務の具体化
 - 2 親族扶養の問題点 277
 - (1) 婚姻費用・養育費との関係 (2) 生活保護との関係
- III 親族に関するその他の問題 278
 - 1 親族の義務・権限と権利 278
 - 2 親族関係の発生と終了 279
 - 3 親族関係の将来 279
 - (1) 親族扶養の自然債務化 (2) 親族関係の柔軟化
 - 4 小括——家族の大小と家族の新旧 280
 - 【余白——派生問題】281
 - 法理論——養子の分化 裁判実務——婚姻費用・養育費の算定表
 - 統計——生活保護の現状
 - 人文諸学／社会状況——ベーシックインカムについて

第2章 家族関係の形成と解消282

第1節 婚姻法——総合的な家族関係形成の法282

小序 婚姻法の位置づけ——婚姻と憲法 —— 282

I 婚姻の位置づけ 282

1 家族と契約・団体——人と人との関係の諸類型 282

2 婚姻家族とその他の家族——家族の諸類型 283

II 婚姻・婚姻法の特徴 284

1 婚姻の特徴 284

(1) 社会の基礎単位としての婚姻 (2) 総合的な家族関係としての婚姻

2 婚姻法の特徴 286

(1) 行為規範としての婚姻法 (2) 公序法としての婚姻法

第1 婚姻意思と届出 —— 288

I 実定法的な説明 288

1 届出の必要性 (739 条) 288

(1) 届出の手続 (2) 届出の効果

2 意思の必要性 288

(1) 婚姻意思の内容 (2) 婚姻意思の存在

II 歴史的・理論的な説明 290

1 儀式婚 (事実婚) から届出婚 (法律婚) へ 290

(1) 文明国と一夫一婦制 (2) 内縁保護法理と大正改正要綱

2 市民法としての婚姻法 (家族法) 292

(1) 民法 742 条の再読 (2) 「中川理論」の再考

【余白——派生問題】 294

法理論 (1) 自助・共助・公助／(2) 婚姻と契約の対比・その 1——序／(3) 婚姻と契約の対比・その 2——成立と内容／(4) 婚姻と契約の対比・その 3——成立に必要な意思の範囲／(5) 婚姻と契約の対比・その 4——類型の機能／(6) 婚姻と契約の対比・その 5——成立に必要な意思の存在時／(7) 婚姻と契約の対比・その 6——成立要件と有効要件／(8) 婚姻と団体の対比・その 1——内縁と権利能力なき社団／(9) 婚姻と団体の対比・その 2——家団論／(10) 中川理論の再検討／(11) 国際結婚に関する法的規律・諸問題

歴史／戸籍実務 (1) 届出制度の変遷／(2) 本人確認制度と不受理申立て

歴史／法思想 (1) フランス法・旧民法との対比・その 1——婚姻の公事性／(2) フランス法・旧民法との対比・その 2——婚姻の証明

第2 婚姻障害 —— 298

I 婚姻障害の種類 298

1 婚姻適齢・再婚禁止期間 (731 条・旧 733 条) 298

(1) 必要性 (2) 立法論 (3) 現状

2 重婚・近親婚 (732 条・734 条～736 条) 300

- (1) 必要性 (2) 立法論 (3) 現状

3 未成年者の婚姻(旧 737 条) 300

- (1) 制限の理由 (2) 制限の消滅

II 婚姻の取消し 301

1 取消しの要件(743 条～旧 746 条・747 条) 301

2 取消しの効果(748 条・749 条) 302

III その他の「婚姻障害」 302

1 健康状態 302

2 同性婚 302

- (1) 「禁止」の根拠 (2) 「保護」の可能性

【余白——派生問題】 303

歴史 (1)再婚の一般的禁止／(2)「家ニ在ル」子の処遇

立法政策 (1)婚姻適齢——婚姻の自由と強制婚／(2)失踪宣告との関係——後婚優先／(3)重婚禁止(一夫一婦制)と同性婚——共通点と対立点／(4)近親婚の範囲比較法 (1)近親婚の範囲——日本と韓国／(2)不適齢婚・近親婚の処遇——日本とフランス／(3)フランス法における婚姻同意権(祖父母等への拡張)

法理論 (1)規定の配置——婚姻障害と取消し／(2)婚姻と契約の対比・その 7——離婚・解除と無効との関係／(3)婚姻と契約の対比・その 8——取消しの要件・効果

第 3 父性推定と父性否認 —— 306

I 二つの親子関係の非対称性 306

1 父子関係 306

2 母子関係 306

- (1) 書かれざる原則 (2) 原則の明文化へ

II 嫡出推定制度の基礎 306

1 嫡出推定(772 条・773 条) 306

- (1) 父性の推定 (2) 懐胎時期の推定 (3) 重複の回避
(4) 「推定されない嫡出子」と準正

2 嫡出否認(774 条～778 条) 309

- (1) 否認の当事者 (2) 否認の要件 (3) 否認の効果
(4) 「推定の及ばない子」と法定別居

III 嫡出推定制度の改正 311

1 問題の所在 311

- (1) 無戸籍者の問題 (2) 生殖補助医療の問題

2 解決の方向性 312

- (1) 嫡出推定・嫡出否認の見直し (2) 生殖補助医療に関する見直しなど

(3) その他の問題——認知無効の訴えの期間制限

3 小括に代えて——最近の判例をめぐって 314

【余白——派生問題】316

法理論／法思想 (1)母子関係と父子関係／(2)婚姻と親子(父子)の関係／(3)父子関係についての民法の(従来の)考え方／(4)父子関係についての別の考え方／(5)親子法の底流にある変化

立法政策 (1)嫡出推定＋否認制度の問題点・その1——提訴権者・提訴期間／(2)嫡出推定＋否認制度の問題点・その2——条文と判例のズレ／(3)子の固有の否認権を認めるか／(4)嫡出否認後の不当利得返還請求

歴史——身分占有制度と「社会的親子関係」

判例／学説——親子関係不存在確認の訴え 社会問題——無戸籍問題

法改正過程 (1)改正案1——嫡出子の範囲拡大／(2)改正案2——別居の制度化／(3)改正案3——届出に関する例外の拡大

比較法——フランス法・ドイツ法との比較(報告書(親子)[フランス法につき石綿、ドイツ法につき長野]による)

用語 (1)「嫡出子の身分」とは何か／(2)「できちゃった婚」から「おめでた婚(ことぶき婚)」へ

統計——婚姻届の提出時期

第4 離婚の要件——321

I 離婚の類型——統計 321

II 協議離婚 322

1 現行法 322

(1) 離婚届 (2) 不受理申立制度

2 立法論 323

III 裁判離婚 324

1 現行法 324

(1) 離婚原因の内容 (2) 離婚原因の分類

2 立法論 325

(1) 破綻主義の徹底——別居 (2) 有責主義の特例——暴力

【余白——派生問題】326

歴史／比較法 (1)近代離婚法の変遷／(2)日本の離婚法の特徴

立法政策 (1)昭和62年(1987年)大法廷判決から1996年改正要綱へ／(2)離婚法の問題点・その1——裁判所の介入／(3)離婚法の問題点・その2——別居の制度化／(4)離婚法の問題点・その3——DVへの対応／(5)精神病離婚に関する規律の推移

第5 離婚の効果——327

I 夫婦関係 328

1 基本的な関係 328

(1) 人格上の効果 (2) 財産上の効果

2	派生的な関係	330
(1)	氏	(2) 姻族関係 (3) 慰謝料
II	親子関係	331
1	序——変わらないこと／変わること	331
2	親権者の決定・監護に関する事項	331
III	補論	332
1	死亡との対比	332
2	別居との対比	332
IV	小括——離婚法の重点移動	333
1	子どもの処遇	333
(1)	共同決定	(2) 養育費と親子交流
2	暴力の制御	334
(1)	格差の考慮	(2) 規律の合理化
	【余白——派生問題】	335
	歴史——夫婦の財産関係の変遷	
	法理論 (1)離婚の効果・その1——財産関係以外の効果(夫婦)／(2)離婚の効果・その2——財産関係以外の効果(子ども)／(3)子どもの養育の構造と離婚立法政策 (1)財産分与・その1——「2分の1」ルール／(2)財産分与・その2——扶養部分／(3)財産分与・その3——対象財産／(4)離婚後の子どもの養育・その1——親権と監護(決定と養育)／(5)離婚後の子どもの養育・その2——再婚に伴う問題／(6)離婚後の子どもの養育・その3——親子交流とその制限／(7)離婚後の子どもの養育・その4——養育費の履行確保	
	統計——婚氏統称の利用状況	学説——離婚と慰謝料

第2節 親子法——垂直的な家族関係形成の法 ……338

小序 親子法の位置づけ——多にして一 —— 338

第1 婚姻外の親子関係 —— 338

I	認知	339
1	認知の領分(779条)	339
(1)	認知の対象	(2) 認知の主体
2	認知の種類(780条~784条, 787条)	340
(1)	任意認知	(2) 強制認知
3	認知の周辺——準正(789条)	342
II	認知の無効・取消し(785条・786条)	343
III	小括	344
1	婚姻による親子関係との対比	344

2 親子法の一元化? 345

【余白——派生問題】345

用語法——「嫡出でない子」 実務 (1)虚偽の出生届/(2)戸籍と実体

立法政策——認知に関する法改正

法理論——婚姻による親子・婚姻外の親子

第2 未成年子の養子縁組 —— 347

I 序——二つの養子 347

1 日本の養子——統計から 347

2 養子の分類——要件効果から目的へ 348

II 特別養子縁組 349

1 出発点 349

(1) 養親の上からの養子 (2) 実務上の扱い (3) 「実子」あっせん

2 当初の制度 351

(1) 効果 (817条の9~817条の11)

(2) 形式的要件 (817条の2~817条の5, 817条の8)

(3) 実質的要件 (817条の6・817条の7) (4) 問題点

3 現在の制度 353

(1) 改正の理由 (2) 改正の内容

4 制度趣旨の変容 354

III 普通養子縁組 354

1 現行法 354

(1) 効果 (809条・810条) (2) 要件 (792条~798条)

(3) 特徴 (799条・800条, 802条以下, 811条以下)

2 立法論 355

(1) 問題点 (2) 改正の方向性

【余白——派生問題】356

比較法

法理論 (1)特別養子と普通養子の整合性/(2)後見人と被後見人の養子縁組 (794条) /(3)死後離縁 (811条6項)

立法政策 (1)未成年普通養子の整備の必要性/(2)成年に達した後の子からの離縁

統計——特別養子縁組における子の年齢

第3節 共同生活の法——水平的な家族関係形成の法 ……358

小序 共同生活の法の位置づけ——家族のメタ公序 —— 358

第1 パートナiership契約 —— 358

1 ヨーロッパの立法——フランスのPACSを中心に 358

2	日本におけるパートナーシップ保護——自治体による試み	359
第2	成年者間の養子縁組	— 360
1	成年養子の目的と機能	360
2	成年養子の成立と解消	360
3	具体的な検討——同性カップルの場合	361
第3	事実状態としての夫婦・養親子	— 362
1	回顧的な意思と投企的な意思	362
2	組合との対比・組合からの離脱	362
第4	立法論——養子縁組から家族契約へ	— 363
1	必要性——「嫁養子」に即して	363
2	共同生活契約——PACSを参考に	364
3	相続契約——「節税養子」への対応	364
	【余白——派生問題】	365
	法理論——同居の現実性と仮想性、あるいは「仮想家族」	
	立法論 (1)共同生活契約／(2)相続契約／(3)支援人契約	
	補節1 家族法の再編——三つの試金石	……366
第1	生殖補助医療	— 367
	(1) 養子から生殖補助医療へ——自然・半自然・人為	(2) 親子関係に関する問題点
	(3) 2020年改正までの経緯と残る問題点	(4) カップルの関係から見た問題点
第2	同性カップル	— 369
	(1) 同性カップルと社会——禁止から承認へ	(2) 現在の法状況
	(3) 立法論的な選択肢	
第3	氏と戸籍	— 371
	(1) 夫婦別氏から進んで——それでも親族は残る？	(2) 戸籍の個人化
	(3) 祭祀と追悼の分化	
	【余白——派生問題】	372
	立法学 (1)夫婦別姓の実現／(2)同性カップルの法的処遇	

第3部	補完法としての相続法——人の生命＝生活の法的延長	374
-----	--------------------------	-----

	第1節 対象としての家名・家産	……374
I	相続の意義——法人格の消滅	374
II	相続の対象	375

- 1 家督相続と遺産相続 375
- 2 相続財産と祭祀財産 375
- Ⅲ 相続の特色 376
 - 1 包括承継としての相続 376
 - 2 相続放棄・財産分離など 377
- Ⅳ 相続と相続以外 377
 - 1 相続されない財産 377
 - 2 相続以外の方法による財産移転 378
- Ⅴ 相続の機能——家族と相続 378
 - 【余白——派生問題】380
 - 比較法／歴史 (1)相続と社会主義／(2)相続と福祉国家
 - 法理論 (1)相続法の位置づけ／(2)血統家族・婚姻家族と相続／(3)包括承継としての相続／(4)被相続人の意思（と生活保障，家産維持・補償）／(5)相続による地位の承継／(6)人格・財産と債務の関係／(7)祭祀財産
 - 法思想 (1)個人財産か家産か——家産の「乗り物 véhicule」としての個人／(2)相続の目的／(3)タテの家族——将来世代の法としての相続法

第2節 手法としての相続・恵与 ……383

第1 共同相続と遺産分割 —— 383

- Ⅰ 前提——単独相続から共同相続へ 383
- Ⅱ 本論——分割の過程 384
 - 1 分割前——遺産共有 384
 - 2 分 割 384
 - (1) 具体的相続分の算出 (2) 遺産の分割
 - 3 分割後——遺産分割の効力 385
- Ⅲ 補論——共同相続に対する視点 386
 - 1 被相続人の視点——「遺言と恵与」の序として 386
 - 2 相続人の視点——権利としての相続／防壁としての遺留分 386
 - 3 第三者の視点——「相続と登記」問題 388

【余白——派生問題】388
 法理論 (1)所有権と配偶者居住権（1028条以下）の比較／(2)遺留分権利者の範囲

第2 遺言と恵与 —— 389

- Ⅰ 家督相続と遺言法 389
 - 1 遺言の性質・対象 389
 - 2 遺言の方式・保管 390

3 遺言の効力・執行など	391
II 遺産相続と恵与法	392
1 恵与の種類・機能	392
2 恵与の規律・限界	392
III 補論——対価的相続観と遺言・恵与	393
1 対価的相続観とは何か	393
2 脱相続人化と相続人化	394
(1)「相続させる遺言」と遺言信託	(2) 包括遺贈と相続人指定
【余白——派生問題】	395
法理論 (1)相続と遺言の関係／(2)遺産構成の変化／(3)遺産分割の外での財産移転 ／(4)遺留分の性質変化	
補節 2 家産から公共財へ——「財産」の変容	……396
1 相続編の改正——遺産分割の促進	396
2 物権編の改正——共有に関する規律と不動産管理命令の新設	396
3 まとめ——不在者の財産管理から所有者不明・管理不全の場合の不動産管理へ	396
結 語 「家族」の再定義と「家族法」の方向性	……398
I 「家族」とは何か	398
1 「家族」に対する見方	398
(1) 家族の縮小化と関係化	(2) 家族の多元性と典型性
2 「家族」の位置づけ——契約でもなく、団体でもなく	399
(1) 人と人との関係	(2) 家族関係の特徴
II 「家族法」はどこに向かうか	401
1 「家族法」の対象——二つの関係化	401
(1) 第一のシナリオ（汎家族化）——「広い家族」（多様な家族）から「より広い家族」へ	
(2) 第二のシナリオ（再家族化）——「狭い家族」（婚姻家族）から「より狭い家族」へ	
(3) さらに、第三のシナリオ（非家族化）として——「見えない家族」へ	
2 「家族法」の位置づけ	403
(1) 第一のシナリオ——現代法としての「家族法」	
(2) 第二のシナリオ——「人の法」としての「家族法」	

第3編

家族法の周辺

序言——家族法の開放の必要性和本書の射程	406
----------------------	-----

- 1 構造・生成と周辺 406
- 2 周辺としての歴史・理論・隣接諸法 407

【余白——派生問題】408

学説——概説書の内容

第1章 周辺諸法	409
----------	-----

第1節 戸籍法 ……410

- 1 昭和の戸籍法 410
 - (1) 家から夫婦へ (2) 住民基本台帳の独立

2 平成の戸籍法 411

- (1) 公示から公証へ (2) 変化の兆候

第2節 家事手続法 ……412

1 家事事件手続法・人事訴訟法 412

- (1) 審判事件 (2) 訴訟事件

2 民事執行法 413

- (1) 養育費・扶養料など (2) 子の引渡し

【余白——派生問題】414

法理論 (1)家庭裁判所の法としての家族法／(2)家庭裁判所と人の財産管理と生命・身体保護／(3)個人情報の開示と不開示／(4)家族法における裁判所の命令／(5)家事手続法に関する文献

実務 (1)特別養子・別氏夫婦と戸籍記載／(2)戸籍と外地人／(3)戸籍と漢字／(4)家庭裁判所調査官／(5)実務家による概説書等

統計——家事調停 歴史——身分登記簿の廃止 比較法

学説——戸籍法に関する文献 人文諸学——戸籍に関する文献

歴史——家事審判法の制定史

第3節 国際家族法 ……417

1 国際私法——多文化の要請 417

- (1) 概観 (2) 方式と外国判決

2 国際条約——普遍性の要請 418

- (1) 概観 (2) 原理と協働

第4節 憲法および家族公法 ……418

- 1 憲法——価値と方法 419
2 行政法——支援と補完 419
3 税法——優遇・中立・抑制 420
4 刑法——不介入と介入 420

【余白——派生問題】 422

法理論 (1)国際家族法の概念／(2)国際家族法に関する文献／(3)憲法と家族に関する文献／(4)家族法領域における違憲判断の特色／(5)人身保護法の特色と得失／(6)社会保障法・租税法の家族法への影響／(7)刑法と家族に関する文献
統計／実務——国際家族法の諸問題
立法／政策——家族行政法の体系化と民法
実務 (1)社会保障／(2)租税／(3)警察／(4)国際機関
隣接諸学と家族・家族法 (1)社会学／(2)心理学／(3)歴史学・人類学／(4)自然科学

第2章 歴史 ……………425

第1節 明治初期の家族法 ……425

- 1 前史 425
2 明治4年民法決議 426

第2節 旧民法の家族法 ……427

- 1 第一草案 428
2 正文 430

第3節 明治民法の家族法 ……433

- 1 明治民法 433
(1) 背景：法典論争から見た明治民法 (2) 内容：応急措置法から見た明治民法
2 大正改正要綱の特色 436
(1) 背景：臨時教育會議と穂積私案 (2) 内容：家の再編と弱者保護

第4節 昭和民法の家族法 ……438

- 1 昭和民法 438
(1) 背景：憲法24条 (2) 内容：男女平等と家の残存
2 昭和戦後期の改正 439
(1) 背景：法制審議会民法部会と仮決定・留保事項
(2) 内容：相続法改正(1962年・80年)

結びに代えて——転換点としての1987年 440

【余白——派生問題】441

理論——家族法の歴史に関する文献 (1)日本法制史(近代以前・近代以後)／(2)明治期(特に前期)の家族法／(3)大正改正要綱の家族法／(4)昭和戦後期の家族法改正

第3章 理論443

第1節 家族法学の生成(理論の形成)——穂積重遠と中川善之助443

1 家族法学の誕生 443

- (1) 研究の端緒——穂積『離婚原因の研究』
- (2) 家族法の体系化——穂積『親族法大意』『親族法』

2 家族法学の成長 444

- (1) 家族法の独自性——中川『身分法の基礎理論』
- (2) 家族法学の学問化——中川『略説身分法学』『新訂親族法』

第2節 家族法学の更新(価値の転換)——川島武宜446

1 イデオロギーとしての家族制度 446

- (1) 家族法改正の推進——川島『結婚』『家庭の法律』
- (2) 家族法の焦点化——川島『日本社会の家族的構成』
- (3) 相続慣行の解明——川島編著『農家相続と農地』

2 民法への理論的統合——川島『民法(三)』 449

第3節 家族法学の展開(解釈の集成)——我妻栄451

1 家族法学の統合——我妻『親族法』 451

- (1) 資本主義法理論から見た家族法
- (2) 解釈法学としての家族法学

2 家族法学の充実——我妻編『戦後における民法改正の経過』 454

- (1) 立法学から見た家族法
- (2) 歴史研究としての家族法学

第4節 家族法学の転換(進路の模索)——現代の学説454

1 家族法学の複線化 455

- (1) 外国法研究の広がり——島津一郎・有地亨, 久貴忠彦・伊藤昌司
- (2) 立法への提言——中川高男・米倉明, 新井誠
- (3) 家族法の役割——二宮周平・水野紀子・窪田充見

2 家族法学の今後の課題——家族法から見た民法学 456

【余白——派生問題】457

理論 (1)穂積・中川・我妻・川島の家族法学／(2)民法典以前の家族法学／(3)戦前

の家族法学／(4)戦後の家族法学／(5)現代の家族法学
社会学・人類学——家族に関する実態調査 出版——家族法と「講座もの」

結語 1 遠心と求心の間で——概説書を書くということ460

I 概説書の位置づけ 460

1 概説書とは何か 460

(1) 注釈書と体系書 (2) 民法書とその他の概説書

2 フォーラムとしての概説書 461

(1) 教科書と体系書 (2) 誰のための・何のための概説書？

II 求められる民法書は？ 462

1 メタ・フォーラムとしての大体系書 462

2 もうひとつのフォーラムとしての理論書 462

【余白——派生問題】462

学説——議論空間の多層化へ (1)その他の概説書／(2)注釈書／(3)雑誌

結語 2 民法学者の領分——たそがれ時に考える464

I 複数の職分——講壇・研究室・議席 464

1 教授——より広く、講壇から語る 464

2 研究者——より深く、研究室で探る 465

3 有識者——より遠くから、議場で説く 465

II 単一の職責——理論家という立場 466

巻末付録

付録 1 参照条文等 ——467

- (1) 応急措置法 467 (2)a 1996年改正案 468 (2)b 2003年改正案 472
(3) 2007年法務省民事局長通達 473 (4)a 2016年成年後見利用促進法 474
(4)b 2016年成年後見事務円滑化法 475 (5) 2020年生殖補助医療特例法 476
(6) その他——各種の改正指針 479

大正改正要綱 (1925/27) (479)／仮決定・留保事項 (1955/59) (487)／
家族法に関する指摘事項 (2010) (500)

付録 2 法制審議会 ——502

- (1) 法制審議会民法部会身分法小委員会審議経過 (平2・11・27民参印) 502
(2) 法制審議会への諮問一覧 (家族法関連) 504

付録3 書式・計算表 — 505

- (1) 婚姻届・離婚届・認知届・養子縁組届 506
- (2) 戸籍記載例・住民票記載例 514
- (3) 印鑑登録原票・本人確認資料（運転免許証） 517 (4) 養育費計算表 518

付録4 統計 — 520

- (0) 世帯構成 520
- (1-1) 婚姻数・離婚数・出生数・死亡数・認知数・養子縁組数 521
- (1-2) 婚姻と同居開始・子の出生 529
- (1-3) 国際結婚 531
- (1-4) 離婚の種別、別居期間、親権・財産分与 535
- (2-1) 成年後見・保佐・補助と任意後見契約 539
- (2-2) 後見人の内訳 540
- (3-1) 児童虐待通報件数・DV相談件数 541
- (3-2) 親権制限・未成年後見の申立数 543
- (4) 婚氏統称号件数 547
- (5) 性別変更件数 548
- (6) 生殖補助医療実施件数・出生数 550
- (7) 高齢者の割合 551
- (8) 自筆証書遺言検認数・遺言書保管数・公正証書遺言数 554
- (9) 夫婦財産契約登記件数 555

付録5 調査 — 556

- (1-1) 夫婦別姓 世論調査 556
- (1-2) 同性婚 558
- (2) 離婚後養育に関する実態調査、世論調査 560
- (3) 養子縁組に関する実態調査 569

事項索引 579

条文索引 594

判例索引 611

あとがきに代えて — 「たそがれ時の民法学」へ 615

序 章



第1節 「家族法」の体系——本書の対象

はじめに

2020年は、新型コロナウイルスが世界を覆い尽くす年となった。各国はそれぞれに対応策を講じたが、フランスは早期に強力な都市封鎖を行って話題になった。マクロン大統領は3月16日の声明で、移動や接触を減少させる措置をさらに強化すると述べて、(すでに実施されていたカフェ・レストラン・映画館・ディスコ等の閉鎖に加えて)「屋外での集まり」や「家族や友人の集い」のほか、(公園や路上で友人と出会うことも含めて)散歩までも禁止した。「家庭の範囲を超えたこの種の接触を最大制限する」というのである。

ここで興味深いのは、「家族 famille の集い」と「家庭 foyer の範囲」という類似の言葉が使い分けられ、「家族」に会ってはならないとされる一方で、家庭内で会うのはしかたがないとされた点である。典型的には、別居している祖父母やその他の親族と会うことは禁ずるのに対して、同居している父母や兄弟姉妹と会う(接触する)ことは認めざるを得ないということだろう。しかしながら、父母であっても別居していれば会ってはいけないのだろうし、遠い親戚であっても(さらにはホームステイの学生であっても)同居していれば会わないわけにはいかない。こうして見ると、「家族」あるいは「家庭」¹⁾とは何か、ということ¹⁾は直ちに明らかなわけではないことがわかる。

翻って考えてみると、「家族」を対象とする「家族法」とは何か、それは法体系の中にどのように位置づけられるかという問題も、実は必ずしも答えがはっきりしない問題である。本節ではまず、本書の検討対象と叙述の進め方を明

1) ここでの famille は famille lignagère (血統家族)、foyer は famille ménagère (世帯家族)と呼びかえることもできる。第2編序言も参照。

らかにするために、家族法の体系について説明したい。本書は民法・民法学に関する試論（エッセイ *essai*）の一部をなすものとして書かれているので、まずは民法上の観点から考察し（Ⅰ）、続いて民法以外の観点からの検討も加え（Ⅱ）、その上で、本書が提示する家族法の体系の概略を示したい（Ⅲ）。

Ⅰ 民法上の観点から

1 法典の編成

（1）現行民法と旧民法 現行民法典は1898年（明治31年）に施行されたものであるが、これに先立ち、1890年（明治23年）に近代日本最初の民法典が公布されていた。旧民法典と呼ばれるものである。²⁾ 今日、一般には、現行民法典の第4編親族第5編相続が「家族法」と呼ばれているが、旧民法典でこれにほぼ対応するのは、人事編と財産取得編の第13章以下（夫婦財産制や相続に関する部分）であった。この家族法部分は当時からそれ以外の部分とは区別されており、それ以外の部分がフランスから招いた法学者ボワソナードによって起草されていたのに対して、日本人によって起草された。

現行民法と旧民法の家族法部分は「ほぼ対応する」と述べたが、完全には重なりあわない。特に重要なことは、旧民法人事編には家族に関する規定（「家族の法」）だけでなく、たとえば、能力や住所、国籍や身分証書に関する規定など人に関する規定（狭い意味での「人の法」）が含まれていたことである。言い方を変えると、家族法は人事編（広い意味での「人の法」）に組み込まれていて、その一部とされていたのである。³⁾

現行民法が施行された後50年を経て、1948年には家族法部分を全面改正する新法が施行された。家族法の歴史については次節で概説するが、⁴⁾ ここでは次の2点だけを指摘しておく。第一に、この全面改正によって家族法部分の内容は大きく変わった。第二に、それにもかかわらず、第4編親族第5編相続の部分の体系は、重要な一、二の例外を除いて、ほとんど変わらなかった。最大の

2) 現行民法典と旧民法典の編纂過程、それぞれの家族法部分の特徴については、本書第3編第2章第2節第3節1を参照。

3) 「人の法」という考え方、「人の法」と「家族法」の関係については、本書序章第3節を参照。

4) 家族法の歴史については本書第3編第2章でやや詳しく述べる。

変化は戦後改正によって「家」の制度が廃された点にあったが、これに伴って、⁵⁾ 第4編親族から第2章「戸主及ヒ家族」が削除された。その結果、民法典から「家族」——戦前の旧規定では「戸主ノ親族ニシテ其家ニ在ル者及ヒ其配偶者」が「家族」であるとされていた（明民732条）——という用語が消えることとなった。

つまり、今日では家族法と呼ばれている部分の対象範囲は必ずしも定まっているわけではなく（狭義の「人の法」を含みうる）、また、現行民法には「家族」という用語は存在しないのである（「家族」は直接は登場しない）。

(2) 憲法上の家族・戸籍上の家族 では、実定法上「家族」に関する規定は全く存在しないのかと言えば、そうではない。家族に関する規定で最もよく知られ、かつ、最も重要でもあるのは、次のように定める憲法24条2項である。「配偶者の選択、財産権、相続、住居の選定、離婚並びに婚姻及び家族に関するその他の事項に関しては、法律は、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して、制定されなければならない」（下線は大村）。もっとも、憲法は「個人の尊厳と両性の本質的平等」を原理として「家族」に関する法律を定めることを求めるだけで、「家族」とは何かについては何も定めていない。

では、私たちの「家族」イメージには法的な裏づけはないのかと言うと、全くないわけではない。戦前には戸主とその家族（これらの人々が家を形成する）が同一戸籍に記載されていたので、「家族」とは同一戸籍に記載された人々であった。このイメージは戦後も法意識として残存したものと思われる。すなわち、戦後の戸籍法においては、同一戸籍に記載されるのは夫婦と未婚の子であるとされたため、これが「家族」⁶⁾であると受け止められてきたものと思われる。しかし、今日では、一般の人々が戸籍を目にする機会も減っており、今後、このような意識は薄れていくことも考えられる。

以上のように、憲法には「家族」という用語があり、戸籍に由来する「家族」意識も存在するものの、「家族」とは何かを明示する実定法は存在しない（「家族」の語を用いる法律は少なくないが、臓器移植法など「家族」に重要な役割を担わせる法律においても「家族」は定義されていない）。

5) 家の廃止についても次節で述べる。

6) 本書第3編第1章第1節1を参照。

2 法案・法学の観点

(1) 人事法案の発想 家族法部分を民法典の一部とするという考え方は必ずしも絶対的なものではない。日本においても、戦前・戦中には家族法部分を「人事法」という独立の法律にして、民法典から独立させるという案も検討されていた（財産法については、スイス法は債務法を民法典から独立させている）。なぜ家族法部分の独立が図られたのか、また、旧民法の人事編と範囲を異にするにもかかわらず、なぜ人事法という名称が用いられたのか、など不明な点は多い⁷⁾。それにしても、家族法部分の独立は、家族法を民法以外の分野に開いていく契機を含んでいた（実際のところ、人事法案の第1編親族の末尾に置かれた補則には手続法的な規定が置かれていた）。

(2) 身分法から家族法へ 「家族法」という用語は、戦前は別の意味を持っていた。すなわち、婚姻に関する法（第4編第2章、旧第3章）を婚姻法と呼ぶのと同じく、明治民法における「家族」に関する法（第4編旧第2章）を家族法と呼んでいた。これに対して、第4編親族・第5編相続を総称するには親族・相続法というほかになく（今日でもこのような用語法が残っており、「親族・相続法」と題する概説書は少なくない）、別の用語を用いる例は少なかった。ところが、ある時期から親族編・相続編をあわせて「身分法」と呼ぶ用語法が現れた。より古い用例もないわけではないが、1930年代の中川善之助による一連の著作がこの用語を普及させたものと思われる。

戦後も身分法という用語はしばらくの間は用いられていた。しかし、ある時期から「身分法」に代えて「家族法」と呼ぶ用例が現れるようになり、今日ではこれが一般的な用語法となっている。言い換えるならば、今日における「家族法」は、親族法・相続法を「身分法」と総称したことを契機として生まれた用語法であると言える。もっとも中川自身は、身分法の中核をなす身分とは「親族関係」「家族関係」「婚姻関係」「親子関係」の四つ⁸⁾であるとしており、後見や相続は身分法に付随するものと位置づけていた。この発想は、今日において家族法の体系を考える際の手がかり（出発点）となりうる。

7) 人事法案およびその前身としてのいわゆる大正改正要綱については、本書第3編第2章第3節2を参照。

8) 中川の身分法理論については、本書第3編第3章第1節2を参照。

II 民法以外の観点から

1 国内の実体私法か国際法・手続法・行政法等を含むか

——問題先行の法・複合法領域としての家族法

家族法を民法から独立させるという考え方は、ある意味では現代的な考え方であると言える。家族に関する問題は民法だけに關係するものではないし、民法だけで解決できるものでもないからである。家族法を民法の一部（歴史的には最重要の一部）とする考え方は、家族の問題を「国内」の「実体」「私法」の問題としてとらえようという発想に立つものであるが、このことは一方で、国際法（国際私法を含む）の問題を除外すること、他方で手続法や公法（刑事法も含む）を除外することを意味する。

反対に、これらの諸法を含めて家族法を考えると、家族法とは「家族に関する法の総体」と定義されることになる。これは、消費者法や環境法など現代的な法領域において採用されている「問題先行（問題中心）型」の定義であり、この定義を採用すると、「複合法領域」⁹⁾としての家族法が現れることになる。これは一つの考え方ではあるが、本書ではこの考え方は採用せず、国内実体私法（＝民法）としての家族法の観点に立つ。

その理由は消極・積極の両面にわたる。まず消極的には、紙幅・能力の面で余裕がないことを挙げなければならない。民法について立ち入った検討を行う時間と労力を確保するために、諸法における家族の取扱いに着目するアプローチそのものは重要であることを確認・強調しつつ、本書においては必要最小限の範囲で、ハーグ条約実施法や児童虐待防止法、戸籍法や家事事件手続法・人事訴訟法などの関連規定に触れるにとどまる。¹⁰⁾より積極的には、家族の問題を（形式的には民法典とは別立てにすることは考えられるとしても）民法の中心問題として、すなわち、社会の基本原理をなすものとして、詳しく論ずることが必要であることが挙げられる。特に、戦後日本の家族法（民法の家族法部分）と比べたとき、内容の面のみならず体系や方法の面においても「新しい家族法」が出

9) 大村（2010）では、大村・消費者法とともにこの観点を参酌している。なお、このような考え方に付き、大村「民法と民法典を考える」第3章、大村・新・民法総論を参照。

10) 隣接諸法については、簡単な叙述にとどまるが、本書第3編第1章を参照。なお、内容が古くなったが、大村（2010）の第4章「家族支援／家族管理の法」も参照。

現しつつある今日において、この家族法を総体として理解するためには、時間と労力をかけて取り組むことが必須となる。

2 家族の法か家族関係の法か——団体法との対比

家族法とは「家族の法」であるというのは同語反復のようにも聞こえるが、そこには実は、家族をひとつのまとまりとして把握するという暗黙の前提がある。このことは、団体法とは「団体の法」であると述べる場合と対比してみると、理解されるであろう。

近年では、団体法は変化の兆しを見せており、「団体の法」から「団体形成のための法」へと視点の転換が図られつつある。¹¹⁾ 人権の用語で表現すれば、「結社の自由（権利）」から「結社への自由（権利）」へ、ということになる。同様に、「家族の法」を「家族形成のための法」に転換する、あるいは、「家族の自由（権利）」から「家族への自由（権利）」へ、とすることも考えられる。すなわち、家族を集合体としてとらえるのではなく、家族を構成する個人の側からとらえるのである。

実定法を見ても法理論を見ても、この考え方は十分に説得力を持ちうる。たとえば、「親族」は民法上はひとまとまりの集合体ではなく、各個人から見た関係である。民法は親族の範囲を定めているが（725条）、それは各個人につき定まるものであり、夫の親族と妻の親族とは重なる部分はあるものの、重ならない部分もある。夫婦（父母）と子が「家族」であるという場合も同様で、自分自身を子とする「家族」と自分自身を親（父または母）とする「家族」は一致しない。また、中川善之助は「身分」とは「法的関係」とであると理解しており、夫婦関係・親子関係が個人と個人の関係であることを明示していた。こうした考え方は、（個人としての）（狭義の）「人の法」の延長線上に（個人と個人の関係としての）「家族法」を位置づける考え方につながる。

Ⅲ 本書の構成・その1——本論としての体系的な家族法論

以上をふまえて、本書の検討対象と叙述の順序について説明しておこう。こ

11) 大村『『結社の自由』の民法学的再検討・序説』を含む日本私法学会シンポジウム資料（NBL 767号、2003）を参照。

れは、本書で展開する家族法の体系を予め概観することでもある。

1 実体私法としての家族法

(1) 「人の法」の一部としての家族法　すでに見たように、本書では実体私法としての民法の（重要な）一部をなすものとして家族法をとらえるが、その場合の出発点は個人としての「人」であり、家族法は「人の法」の展開、あるいは「人の法」の特則（特別法）と位置づけられる。そこで本書ではまず、一般法としての「人の法」を取り上げて、その中心部分をなす法人格と人の同定について基本的な考え方を示した上で、それとの関係で成年後見制度を位置づける。

注意すべきは、このような考え方は家族や家族法を否定して、個人や民法一般に還元することを意味するものではないということである。家族関係は、その他の関係（契約関係や団体関係）と並ぶ個人間の基本的な法的関係の一つであるが、¹²⁾歴史的にはそのうちの最重要なものであっただけでなく、理論的にも典型的なものの一つであると考えられる。本書では理論的には、特別法としての家族法を一般法である「人の法」との関連で説明するが、同時に、歴史的な経緯にも十分な注意を払い、伝統的な家族から個人が析出しつつなお個人にとって家族関係が重要なものであり続けているという現状を直視したい。日常生活に根ざした家族法には、環境との相互関係のなかでゆっくりと変化する部分が少なくない考えるからである。中川が指摘した「事実の先行性」は個々の家族のあり方だけでなく、制度としての家族法のあり方にも当てはまるのである。¹³⁾

(2) 清算手続の特則としての相続　「人の法」の一部としての家族法という考え方に立つならば、家族であることに基づく相続権の発生は、家族の効果の一つとして家族法に含まれることになる。これに対して、相続のメカニズムそのものは、ある意味では手続的・法技術的な細則（別の意味では独立した一連のメカニズムの一つ）であるということになる。このことは、ある人が死亡した

12) 大村・市民社会Ⅰ序章Ⅱ，同Ⅱ結章Ⅰ。

13) 家族法の基礎理論としての「事実の先行性」論については、なお、本書序章第3節および本書第3編第3章第1節2を参照（大村（2010）も参照）。より一般的には、大村・新・民法総論を参照。

場合（法技術的には法人格＝法主体としての地位が消滅した場合）に、相続人となる家族がいない場合や相続人となる家族が一人の場合を考えてみると、よくわかる。

法人と対比するならば、法人が解散する場合（一般法人148条・202条）が個人の死亡の場合に相当するが、法人については解散後には清算手続がとられることになる（同206条）。同様に、個人の死亡の場合にも相続人がいなければ一種の清算手続がとられる（民951条以下）。また、相続人が一人であればその人がすべての財産を承継するが（同896条）、この場合は遺産分割等の手続は不要である。つまり、遺産分割に関する諸規定は、清算に代えて相続という特殊な処理がされ、かつ、相続人が複数である場合に適用される特則（細則）なのである。この細則はそれ自体は重要なものではあるが、技術性・応用性の高いものであるので、本書ではその概要を示すにとどめる。

2 家族法の効果と要件

(1) 未成年者の保護と成年者の共助 中川が挙げていた四つの身分関係のうち、狭い意味での身分（家族）関係（親子関係・婚姻関係）につき、本書ではまず効果に着目する。具体的には、未成年者保護のための制度として親子関係（親権）を位置づけ、成年者共助のための制度として夫婦関係（夫婦間の義務、法定財産制）を位置づける。

学説においては、従来、民法は財産法（「財の法」）を中心に考えられてきたので、財産法との関係で家族法の特殊性をどのように理解するかが論じられてきた。その際には、親子関係を重視する見解（私的扶養説）と婚姻関係を重視する見解（家族財産法説）があったが、本書の未成年者保護・成年者共助というのは、そのそれぞれに対応する。

(2) 総合的關係・垂直的關係・水平的關係 婚姻という制度の特徴は親子関係と夫婦関係を同時に規律する（妻が産んだ子は夫の子になる。772条）点にある¹⁴⁾。本書ではこの点を踏まえて、家族関係の要件についてはまず婚姻の成立（および解消）について説明をする。続いて、これらの関係が別個独立に成立する場合として、一方で婚姻によらない親子関係を、他方で親子関係とは切り離

14) 大村・第1章。なお、性同一性障害と嫡出推定に関する最高裁決定（最決平25〔2013〕・12・10民67-9-1847百選〔37〕判例集〔46〕、特に寺田補足意見）。

された内縁関係などを取り上げる。近年、社会的な注目を集めている同性カップルの法的処遇の問題などもここで扱う。

3 家族法の内的構造理解

家族法の概説書は、実定法としての家族法（民法典の家族法部分と関連判例）に関する説明を中心としている。実定法の説明にあたっては、個別問題への関心が高いのに比べて、家族法を全体として理解しようという関心は必ずしも高くはない。私自身はこれまで複数の概説書を書いてきたが、そのそれぞれで異なる編成を試みることを通じて、家族法の構造に関する理解を深めようとしてきた。本書の本論をなす第2編「家族法の体系」は、その結果を反映したものとなっている。

【 余白——派生問題 】

用語

(1) 実定法の中の「家族」 定義ないし範囲画定を伴わない用例として、「家族〇〇費」（健康保険法）、「家族と家庭の役割」（学校教育法）、「家族」（児童福祉法、臓器移植法）、「家族の希望」（介護保険法）など。定義ないし範囲確定を伴うものとして、恩給法の「扶養家族」（前項ノ扶養家族トハ増加恩給ヲ受クル者ノ退職当時ヨリ引続キ之ニ依リ生計ヲ維持シ又ハ之ト生計ヲ共ニスル祖父母、父母、未成年ノ子及重度障害ノ状態ニシテ生活資料ヲ得ルノ途ナキ成年ノ子ヲ謂フ）（65条3項）やハンセン病家族補償法の「家族」（一 ハンセン病元患者の配偶者（婚姻の届出をしていないが、事実上婚姻関係と同様の事情にある者を含む。第十条第一項において同じ。）／二 ハンセン病元患者の一親等の血族／三 ハンセン病元患者の一親等の姻族その他これに準ずる者として厚生労働省令で定める者であって、当該ハンセン病元患者と同居しているもの／四 ハンセン病元患者の二親等の血族（兄弟姉妹に限る。）／五 ハンセン病元患者の二親等の血族（兄弟姉妹を除く。）であって、当該ハンセン病元患者と同居しているもの／六 ハンセン病元患者の二親等の姻族その他これに準ずる者として厚生労働省令で定める者であって、当該ハンセン病元患者と同居しているもの／七 ハンセン病元患者の三親等の血族であって、当該ハンセン病元患者と同居しているもの）（2条2項）などが興味深い。なお、臓器移植法ガイドラインは、「原則として、配偶者、子、父母、孫、祖父母及び同居の親族の承諾を得るものとし、これらの者の代表となるべきものにおいて、前記の『遺族』の総意を取りまとめるものとする」ことが適当である」としている。

(2) 「身分法」の概念と用例 「身分」という用語は、現行民法では「嫡出子の

身分」(789条, 809条)という形で残存している。これらの規定において、嫡出子の「身分」とは、嫡出子としての包括的な「地位」を指している。なお、旧民法人事編には、「身分取扱吏」(旧民人16条ほか)、「身分ノ占有」(旧民人93条ほか)、「身分ニ関スル事件(証書)」(旧民人289条)などの用例がある。旧民法の草案段階では「親子ノ分限」という用語が用いられていた(旧民法においても「国民分限」「日本人ノ分限」という用語は残存していた)。他方、講学上の用例を見ると、戦前の代表的教科書である穂積(1933)においては、「家族たる身分」「身分承継(身分相続)」「身分上の権利」などの表現が見出されるが、その用例は多くはない。これに対して、大胆な理論的教科書である中川・略説(1930)は、人の私生活を経済生活・保族生活に分けて前者に関する法を「財産法」、後者に関する法を「身分法」と呼んだ上で、「身分とは保族生活に於ける各人の社会的地位である」としている(同1-2頁)。中川・略説においては、親族関係・家族関係・婚姻関係・親子関係という4種の身分が観念されており、相続と後見は身分法以外に立つわけでないとされているものの、周辺的な位置づけがなされていた(4頁)。なお、中川の身分法概念は身分行為概念と密接に結びついているが、この点については第3編第3章第1節を参照。

あわせて次の2点を補記しておく。一つは、より古い用例について。明治16年(1883年)に出版されているアウステン原著・鳩山和夫講義・田島達策筆記『法理』の第3編第1章は「身分法(人ノ法) 普通法(物ノ法)」と題されており、「身分法」には「ロウ、ヲフ、ペルソンス」というルビが付されているが、本文中の「人ハ格段ナル身分ニ属スル」という文中の「身分」には「ステイタス」というルビが付されている。もう一つは、戦後に残る重要な用例について。戦後、民法改正案の立案は法制審議会民法部会によってなされてきた。同部会が常設部会であった時代には「財産法小委員会」と「身分法小委員会」が設けられていたが、審議会改革によって同部会が廃止されたのに伴い「身分法小委員会」も消滅した。

(3)「家族法」の登場 戦前においては、「家族法」は(家制度の下での)「家族」に関する法を指していたが、家制度の廃止によってこの意味での家族法は消滅した。他方、「身分法」という用語が上下関係を想起させることもあって、これに代えて「家族法」という用語が用いられることになったものと推測される。他方で、(親族・相続の双方ではなく)「親族法」を脱して「家族法」として純化させるべきだという主張もなされていた(川島武宜「民法典の『親族』概念」川島武宜著作集第11巻〔岩波書店、1986、初出、1950〕の「四 改正民法における『親族概念』——『親族法』から『家族法』へ」を参照)。

(4)「家族」の法としての「家族法」 ①広義の民法：民法およびその補助法・特別法として戸籍法・国籍法、任意後見契約法・後見登記法(1999年)、性同一性障害者特例法(2003年)、遺言書保管法(2018年)、②手続法として法適用通則法・

人事訴訟法・家事事件手続法, ③民法と密接に関連する法律として, 住民基本台帳法, 児童虐待防止法・DV防止法(2000年・01年), ④憲法のほか家族に関連する規定を有する条約・法律として女子差別撤廃条約・児童の権利条約, 人権A規約・B規約, ハーグ条約, 刑法・少年法, 児童福祉法, 学校教育法, 相続税法・所得税法, 臓器移植法・母体保護法などがある。

法理論

(1) 家族法の位置づけ・構成——近代法と現代法 近代の法(ナポレオン法典が典型)は, 民法・商法・刑法・民事訴訟法・刑事訴訟法からなる司法法(裁判ベースの法)を中心としていたのに対して, 現代の法を見ると, 労働法・環境法・消費者法など領域横断的な複合法(問題ベースの法)が重要性を増す。今日ではこの二種の法が混在する形で法典化も行政も行われている。その結果, ある規定をどこに置くか, どの官庁が所管するかという問題が生ずる(たとえば, フランスの法典について言えば, 消費者契約や家族に関するある規定を民法典と消費法典・家族法典のどちらに置くかという問題が生ずるし, 日本の官庁について言えば, ある規定を法務省と消費者庁・子ども家庭庁のどちらで所管するかが問題となりうる)。なお, この点については, 二つの法典の双方に規定を置く(二重帰属主義)という考え方もありうる(大村「民法と民法典を考える」第3章を参照)。

(2) 家族法における後見法の位置づけ 民法典の起草者・梅謙次郎は, 法典編纂以前には親権と未成年後見との区別ははっきりしなかったこと, 禁治産による成年後見は未成年後見に擬せられていたこと, 保佐は理論上は後見とは別のものであることなどを指摘していた(梅396-397頁)。すでに, (保佐を含む)成年後見は親権・未成年後とは異なるものと理解されていたとすることができる。その後, 1999年の成年後見法改正により, 従前の法定後見(配偶者がいれば当然に後見人になるという制度)が廃止された結果, 成年後見を親族編に置く理由は全く失われたとの指摘がなされた(広中俊雄「成年後見制度の改革と民法の体系(上下)——旧民法人事編=「人の法」の解体から一世紀余を経て」ジュリ1184号・1185号[2000])。

(3) 家族法における相続法の位置づけ 梅謙次郎は, 法典の編成につき親族編を物権編債権編の前に置くことを提案していた。その理由は「今日日本ノ有様ヲ見ルニ身分ノ事ト財産ノ事トヲ比較スルトキハ十中八九ハ重キヲ身分ニ置ケリ」(「第1会法典調査会総会議事録」一ノ一〇, 資料集成1856頁)という点に求められていた。これによると, 相続編は「身分ノ事」とは別に考えられていたことがわかる。他方, 後の学説には, 「相続は, 財産の法と親族=家族関係の法との両者の融合点である」(川島117頁), 「相続法とは, 人の死亡を機縁として生ずるかれの財産の承継に関する法として, すなわち, 財産取得の一態様を規律するものとして, これを把握することが, 妥当と思われる」(鈴木297頁)などとする見解が示されるに至っている。

鈴木は、「フランス民法では、相続は、所有権の取得の態様の一つとして考えられ（ている）」、「ドイツ民法典においては、その構成の編別は、わが民法とほとんど同じ……であるが、Familienrecht は、もちろん、相続法を含む概念ではなく、Familienrecht と Erbrecht とを統合する成熟した概念は、ドイツ法には存在しない」（294 頁）ことも指摘していた。

（4）家族法の特异性に関する考え方 財産法と家族法とを対置し、前者を一般法、後者を特別法と位置づける立場に立つとすると、特別法としての家族法の特异性をどこに求めるかが問題になる。戦後日本において有力だった見方は私的扶養説と家族財産法説の二つであった。前者は親子関係の説明に、後者は夫婦関係の説明に適しているものの、家族関係全体を包摂する説明であると言えない。これら二説に疑問を呈し、「『家族法と財産法との関係』という問題の立て方に問題があるというべきかもしれない」ことも指摘されている（広中俊雄「いわゆる『家族法と財産法との関係』について」同・民事法の諸問題〔創文社、1994、初出、1978〕267 頁）。本書においては、家族法を特別法として位置づけているが、その場合の一般法は財産法ではなく「人の法」である。この点については、第 2 編第 1 部で再説する。

（5）家族法の体系に関する様々な見方 家族法概説書の体系は著者によって異なる。同一の著者についてもシリーズごとに異なる編成がなされていることがある。私自身に関して言えば、『家族法講義』（教材版、有斐閣、1998）では効果から要件へ、親子から婚姻へという順序を採用していたが（本書はある意味でこの祖型に回帰している）、『家族法』（有斐閣、初版、1999）では類型別（婚姻家族・非婚家族・拡大家族……）の編成を行うとともに（本書にもこの発想は組み込まれている）、隣接諸法に関する叙述を加えた。そのほか、『雇用・福祉・家族と法』（放送大学教育振興会、2003、共著）では主体ごと（子ども・高齢者・カップル）、『新訂雇用・福祉・家族と法』（放送大学教育振興会、2007、共著）では場面ごと（効果・成立・崩壊・将来）の編成を、『文学から見た家族法』（ミネルヴァ書房、2012）では時代順の、すなわち社会・思想の歴史を意識した編成を、『新基本民法 7 家族編』（有斐閣、2014）では「女性と民法」という観点に立った（「人の法」を意識した）編成を、それぞれ試みてみた。なお、『家族と法』（左右社、2014）では、場面ごとではあるものの比較法に、『民法読解親族編』（有斐閣、2015）は条文順ではあるものの立法史に、それぞれ重点を置いてみた。

第 2 節 「家族法」の歴史——本書の視点

近代日本の民法改正の歴史において、家族法は常にその中心にあったと言え

著者紹介 大村 敦志（おおむら あつし）

1958 年 千葉県に生まれる
1982 年 東京大学法学部卒業
東京大学法学部教授を経て、現在、学習院大学法科大学院教授

主要著書

家族法（有斐閣，初版，1999，第3版，2010）
消費者・家族と法（東京大学出版会，1999）
民法読解総則編，親族編，旧民法財産編Ⅰ人権（有斐閣，2009，
2015，2020）
フランス民法（信山社，2010）
法学入門——「児童虐待と法」から「こども法」へ（羽鳥書店，
2012）
文学から見た家族法（ミネルヴァ書房，2012）
家族と法——比較家族法への招待（左右社，2014）
新基本民法1～8（有斐閣，初版，2014～2017，第2版，2019-，
第3版，2022-）
民法のかたちを描く（東京大学出版会，2020）
解説 民法（家族法）改正のポイントⅠ（有斐閣，共編，2024）

新・家族法——たそがれ時の民法学

Nouvelle vision sur le droit de la famille. Droit civil entre chien et loup.

2025 年 7 月 10 日 初版第 1 刷発行

著 者 大村敦志
発行者 江草貞治
発行所 株式会社有斐閣
〒101-0051 東京都千代田区神田神保町 2-17
<https://www.yuhikaku.co.jp/>
印 刷 株式会社精興社
製 本 牧製本印刷株式会社
装丁印刷 株式会社亨有堂印刷所

落丁・乱丁本はお取替えいたします。定価はカバーに表示してあります。

©2025, Atsushi OMURA.

Printed in Japan ISBN 978-4-641-23317-1

本書のコピー、スキャン、デジタル化等の無断複製は著作権法上での例外を除き禁じられています。本書を代行業者等の第三者に依頼してスキャンやデジタル化することは、たとえ個人や家庭内の利用でも著作権法違反です。

[JCOPY] 本書の無断複写(コピー)は、著作権法上での例外を除き、禁じられています。複写される場合は、そのつど事前に、(一社)出版者著作権管理機構(電話 03-5244-5088, FAX 03-5244-5089, e-mailinfo@jcopy.or.jp)の許諾を得てください。