

遺産分割の前提問題としての具体的相続分の性質

宮 崎 幹 朗

- 一 はじめに
- 二 具体的相続分の性質に関する学説の対立
- 三 裁判例の展開
- 四 具体的相続分および特別受益財産をめぐる確認訴訟の可能性
- 五 対内的関係と対外的関係の区別
- 六 結 び

一 はじめに

現在の日本における家事事件の紛争解決手段として、家庭裁判所における家事審判手続と通常裁判所における民事訴訟手続とが併存している。家事審判法九条などの法律によって、家事事件のうち特定の事件は家事審判事項と

され、それ以外の事件は訴訟事項として通常の民事訴訟で争うこととされている。さらに、家事審判事項も、失踪宣告のような完全に非訟的性格を有するいわゆる甲類審判事項と、財産分与などのような訴訟的性格を有する乙類審判事項に分類される。後者のいわゆる乙類審判事項に関しては、本来、紛争当事者の間で協議によって解決することを前提とし、当事者間で協議が成立しないか、協議ができないときに、紛争解決のために家庭裁判所への調停の申立がおこなわれ、調停が調わないときに、家庭裁判所へ審判を申し立てることができる。これに対して、家庭裁判所が広範な裁量権に基づいて当事者間に新たな法律関係を形成することになる。このとき、家庭裁判所は、紛争の解決のために、審判で争われた問題についての前提となる権利関係について審理し、判断した上で審判することになる。この前提としての権利関係を争う者はその権利関係の存否を通常の確認訴訟において争うことができるはずである。このとき、家事審判と民事訴訟との関係をどのように把握することになるのかという問題があった。

遺産分割に関しても、相続人間に争いが生じ、協議が整わない場合や、協議が不可能な場合には、当事者は家庭裁判所に家事調停を申し立てることができる。調停が成立しない場合には、家庭裁判所に遺産分割の審判を申し立てることができる。このとき、家庭裁判所は、遺産分割の前提となる遺産の範囲や相続人の地位などに関する争いがある場合でも、これらの相続に関する権利義務関係・法律関係に関わる前提問題について審理することができる。このように、家庭裁判所は、遺産分割の範囲や相続人の地位などに関する争いがある場合でも、これらの相続に関する権利義務関係・法律関係に関わる前提問題について審理することができる。どうかについては議論があった。家事審判手続は非訟事件の処理手続として、公開の裁判という訴訟手続によらない紛争解決方式であるため、裁判を受ける権利と公開・対審の裁判を保障している憲法三二条および八二条との関係をどのようにとらえるかが問題とされてきた。この点に関して、最高裁判所は、既存の権利義務の存否を確定する確認的裁判と、法律関係の変動が裁判によって生じる形成的裁判とを区別し、前者については純然たる訴訟事件として位置づけ、これについては公開・対審の訴訟手続を必要とするという。後者については、非訟事件として既

判力を認めず、この裁判があつても法律関係の前提である権利義務関係についてはなお訴訟で争う途が残されていることを理由として、家事審判手続を合憲とした。⁽¹⁾ 最高裁判所は次のように述べている。「遺産分割の請求、したがって、これに関する審判は、相続権、相続財産等の存在を前提としてなされるものであり、それらはいずれも実体法上の権利関係であるから、その存否を終局的に確定するには、訴訟事項として対審公開の判決手続によらなければならない。しかし、それであるからといって、家庭裁判所は、かかる前提たる法律関係につき当事者間に争いがあるときは、常に民事訴訟による判決の確定をまづはじめて遺産分割の審判をなすべきものであるというのではなく、審判手続において右前提事項の存否を審理判断したうえで分割の処分を行うことは少しも差支えないといふべきである。けだし、審判手続においてした右前提事項に関する判断には既判力が生じないから、これを争う当事者は、別に民事訴訟を提起して右前提たる権利関係の確定を求めることをなんら妨げられるものではなく、そして、その結果、判決によって右前提たる権利の存在が否定されれば、分割の審判もその限度において効力を失うに至るものと解されるからである。」

このような最高裁判所の判断によれば、特定の人が相続人であるかどうか、つまり相続権の存否、および特定の財産が遺産であるかどうかという遺産帰属性の確定は、遺産分割の前提となる権利関係であるから、当然確認訴訟の対象となる訴訟事項である。しかし、家庭裁判所が遺産分割の審判を行うにあたっては、相続人および遺産の確定を行う必要があり、家庭裁判所においてこれらの権利関係を確定させなければならない。したがって、家庭裁判所は本来は訴訟事項である相続人および遺産の確定も審判において判断できることになる。

さらに、家庭裁判所が遺産分割の審判を行うにあたり、これらの事項と並んで、特別受益財産の確定や具体的相続分の確定が必要となる場合がある。被相続人が相続人の一人に生前にある財産を贈与した場合に、その財産が民

法九〇三条の「特別受益」、つまり「婚姻・養子縁組のため若しくは生計の資本」としての贈与として行われたのかどうか、また、そのような贈与があったとしても、被相続人に持戻免除の意思表示があったかどうかが問題となることもあり、これらの問題をめぐって相続人間で争いが生じると、家庭裁判所はこの特別受益財産の範囲を確定し、具体的相続分を計算した上で、遺産分割の審判を行うことになる。このとき、特別受益財産の確定、具体的相続分の確定が遺産分割の前提問題の一つとして、訴訟事項であるのか、家庭裁判所が専権的に判断できる審判事項であるのかについて議論があり、具体的相続分の性質をどのように位置づけるかという問題と関連して、学説上の対立がある。これが訴訟事項であるとすれば、特別受益や具体的相続分の算定に相続人間の争いがある場合に、遺産分割の審判とは別に、通常の民事訴訟で争うことができることになり、審判の確定後でも再度訴訟で争うことも可能となる。学説では、具体的相続分の確定を訴訟事項とする立場と、審判事項とする立場が対立している。この対立は、根本的には「具体的相続分」をどのような性質のものとして理解するかにかかっている。すなわち、訴訟事項とする立場では、具体的相続分は遺産分割前から実体的権利として存在することになり、この立場は相続分説と呼ばれる。これに対して、審判事項と考える立場では、具体的相続分は遺産分割の審判により初めて形成される権利であることになり、遺産分割より前には明確な権利として存在しないものとなる。このような見解は遺産分割分説と呼ばれる。従来、前者の立場が通説的な地位を占めているものと理解されてきたが、民法九〇四条の二に規定される寄与分制度の創設に伴い、寄与分の算定が審判事項として規定されたこともあり、寄与分による法定相続分の修正と並んで、特別受益による法定相続分の修正も同様に審判によってのみなされるべきものと考えられる立場が次第に有力になってきている。

この問題に関する裁判例は下級審でわずかに見られるにすぎないが、それぞれ両説の立場に立つものと解される

判例が見られていた。しかし、最近、特定の財産が特別受益財産であることの確認を求める訴えについて、この訴えを確認の利益を欠くとして不適法と判断する判決が続き、最高裁判所も同様の判断を示すに至った。⁽³⁾ また、遺産を構成する個々の財産に対する具体的相続分に基づく共有持分確認を求めた訴訟や具体的相続分の確認を求めた訴訟についても、これを不適法とする下級審判決が出され、最高裁もこの下級審の判断を支持する立場を明らかにするに至っている。⁽⁴⁾ これらの裁判例では、特別受益の有無などの特別受益財産の確定や具体的相続分に関する事項は、本来非訟事件であり、家庭裁判所の遺産分割手続の中で判断される事柄であるとして、訴訟で争うことを否定したことになる。

本稿ではこの問題について検討してみる。

二 具体的相続分の性質に関する学説の対立

具体的相続分の確定に関する問題について、具体的相続分が法定相続分および指定相続分と同様に実体法上の権利としての「相続分」であるのかどうかについて、学説上の対立がある。

1 相続分説

伝統的な学説は、具体的相続分を法定相続分を修正する相続分としてとらえ、実際に遺産から取得しうる割合、遺産を承継する割合と理解してきた。実際の個別・具体的な特別受益財産の持戻しを経た上での具体的相続分の額の計算を待つことなく、具体的相続分は観念的には相続開始時に個々の遺産に対する実体的権利として存在するも

のとらえてきた。したがって、具体的相続分の確定は遺産分割の前提問題として、訴訟事項と位置づけてきた。⁽⁵⁾この立場が、いわゆる相続分説である。

この立場では、基本的には、次のように主張している。すなわち、相続人は相続開始時から被相続人に属した一切の権利義務を承継し、各共同相続人はその「相続分」に応じて被相続人の権利義務を承継するわけで、この場合の「相続分」はいわゆる具体的相続分である。この具体的相続分は、相続開始時に本来すでに確定しているものであり、法定相続分や指定相続分を修正して、相続人が現実取得する遺産に対する割合であると考え、その権利性および実在性を肯定する。また、具体的相続分に関する規定が、民法典中では、第五編第三章の「相続の効力」の第二節「相続分」の部分に規定されており、条文との整合性からも、具体的相続分が「相続分」であることが強調されている。つまり、共同相続人の中に、被相続人から生計の資本などの生前贈与や遺贈を受けた者がいる場合には、特別受益財産を持戻すなどして、具体的相続分に関する民法上の計算によって、各共同相続人が取得する相続分が定まり、この具体的相続分こそが結局の相続分であると考えることになる。したがって、具体的相続分は実体的権利として認められ、その存否について争いがある場合には確認の利益がある限り、確認訴訟の対象として認めべきとする。また、特別受益財産の確定は具体的相続分の算定のための「みなし相続財産」の範囲を確定するという実体法上の権利関係の確定の問題であると考えて、⁽⁶⁾特別受益財産の確定や具体的相続分の確定を民事訴訟において争いうる訴訟事項と考える。

このように、相続分説の立場では、具体的相続分は実体的権利として承認され、各共同相続人が具体的相続分の割合に基づいて遺産を共有すると考えることになる。そして、一般的に、即時確定の利益がある限り、訴訟によって権利関係を確定する利益が存ずるとして、具体的にいかなる訴訟が可能かは別として、訴訟で争う可能性を肯定

することになる。⁽⁷⁾

2 遺産分割分説

以上のような相続分説に対して、批判が出されてきた。

確かに、民法は、特別受益を受けた者に持戻しを義務づけているが、これをもとにして具体的相続分を算定したとしても、それによって特別受益者の本来の相続分に変更が生じるわけではなく、特別受益者が現実の遺産に対して有する「取得分」に変更が加えられるにすぎないとして、特別受益の持戻しは分割に際しての遺産の評価の場合に特別受益額を算入して相続人間の衡平を確保する制度であると位置づけて、具体的相続分の算定は遺産分割と密接不可分の関係に立ち、相続分よりは分割に接近するという主張があらわれ、強く支持されるようになった。⁽⁸⁾

その後、上記のような遺産分割と具体的相続分との関連性を前提として、鈴木祿弥と唄孝一は、具体的相続分を「遺産分割分」と呼び、法定相続分や指定相続分などの「相続分」とは概念的に区別する考えが提唱されるに至り、⁽⁹⁾以後、いわゆる「遺産分割分説」が次第に有力に主張されるようになった。⁽¹⁰⁾

この立場では、民法九〇三条の特別受益の持戻し計算は、法定相続分などの「相続分」の修正のために行われるのではなく、特別受益者が現実の遺産に対して有する持ち分ないしは取得分に変更を加えるための計算上の操作であると考えた。したがって、このような計算操作によって算定された「具体的相続分」は、遺産分割手続の過程で設定される遺産分割の基準であるにすぎないことになり、具体的な権利や法律関係と位置づけることはできないことになる。このように、この立場では、具体的相続分は実際には遺産分割において機能し、具体的相続分の計算は遺産分割審判の審理においてはじめて計算可能なものとなる性質のものとして、遺産分割において形成されると主

張する。このように考えれば、具体的相続分は遺産分割手続に際して明らかになるものであり、これを民法八九九条にいう「相続分」と同一視することはできないことになる。あくまでも、具体的相続分は持戻し計算によって算出される遺産分割のための分割基準であり、一定の数値であらわされる相続分の割合にすぎないから、それ自体は具体的権利義務ないし法律関係としての実質を有するものではない、などとして、遺産分割前の「具体的相続分」を実体的権利関係である「相続分」とみることを否定するわけである。また、取引の安全からみて、具体的相続分を相続分としてとらえることは、理論上も、実際上も妥当でないともいう。

また、一九八〇年の民法の一部改正により導入された寄与分制度との関係において、相続分説の難点が指摘されるようになった。すなわち、具体的相続分が特別受益と寄与分の双方によって法定相続分などを修正するものであることから、仮に特別受益の有無や価額が遺産分割前に確定するものとしても、寄与分の有無や価額が相続人間の協議か家庭裁判所の審判によって定められることとなっているため、遺産分割を待たなければ、具体的相続分を遺産分割前に確定することは困難になったと主張されている。したがって、相続人間の協議によってあらかじめ寄与分の価額が定まっている場合を除き、具体的相続分の確定は遺産分割によることになるというわけである。さらに、寄与分も特別受益もともに、最終的には、被相続人や相続人の資産、収入、家庭の状況などの一切の事情を考慮して確定されるもので、いわば、家庭裁判所の合目的な裁量によっておこなわれるべきものであるとして、その同質性を強調している。⁽¹¹⁾

この立場によれば、具体的相続分は遺産分割審判によって形成される分割の基準であり、遺産分割手続を離れて、遺産分割前に通常の確認訴訟の対象とはなりえないことになる。したがって、特別受益財産であることの確認は、具体的相続分の算定のための観念的操作にすぎず、「法律関係の単なる要素もしくは先決問題あるいは純然たる事実

にすぎない」と指摘し、権利義務の客体として位置づけられるものではなく、確認訴訟になじむものではないと考
 えることになる。⁽¹²⁾

3 折衷説

このような両説が根本的に対立する中で、「具体的相続分」をその両説のどちらでもない中間的なものとしてとら
 えようとする折衷的な見解があらわれている。

有地等は、具体的相続分を各相続人の持つ実体的権利であるとしながら、その権利性を相続人相互間の対内的関
 係において承認するにとどめ、対外的関係においては取引安全の観点から画一的処理が求められるため、法定相続
 分を前提とする処理が必要となり、具体的相続分に基づく各相続人の権利は制約を受けることになる⁽¹³⁾と理解する。
 すなわち、まず、法定相続分は生前贈与、遺贈、寄与分を含む相続財産全体に対する承継割合であると位置づけ
 上で、具体的相続分は相続開始時に存在する個々の相続財産に対する承継割合であり、各相続人が個々の相続財産
 に対して有する実体的権利としての持分であると指摘する。したがって、各相続人はこのような持分としての具体
 的相続分を処分できるし、全相続人について具体的相続分が明確にされれば、不動産に関しては具体的相続分に基
 づく登記も可能となり、さらに、具体的相続分に応じた共有持分の確認を求める訴訟も可能であると考えると述
 べている。しかし、次に、このようなことは相続人相互間にとどまり、第三者に対しては取引安全の観点から法定相
 続分による画一的な処理が要請されると指摘する。したがって、共同相続人の一人が遺産分割前に個々の相続財産
 上の持分権を第三者に譲渡した場合には、実際に譲渡された実体的権利は具体的相続分であるにもかかわらず、譲
 渡を受けた第三者は法定相続分に基づく権利を取得することになるとする。この場合、譲渡した相続人の具体的相

続分がゼロであったとしても、譲渡を受けた第三者の持分がゼロとなるわけではない。民法九〇九条の但書はこのような善意・無過失の第三者を保護の対象としており、取引安全の法理から規定されていると主張する。具体的相続分の権利性を承認しながら、取引安全の見地からその権利の主張の限界を指摘するものである。

また、鈴木禄弥は、順孝一とともに、かつて「遺産分割分」という用語を最初に主張したが、「具体的相続分」という用語を否定せず、これを特別受益と寄与分によって法定相続分ないし指定相続分を修正したものと位置づけ、遺産中の個々の財産の持分権が共同相続人の一人によって処分された場合、遺産と関連して共同相続人間に債権・債務が発生した場合、遺留分減殺が行われた場合、相続分譲渡がなされた場合などに、この「具体的相続分」を更に修正したものが「遺産分割分」であると指摘している。¹⁴この見解によれば、各相続人は遺産中の個々の財産に対して有する権利の割合は、原則として法定相続分率によるが、相続人の中に特別受益を受けている者がいれば、各相続人の有する「具体的相続分率」はその法定相続分率とは異なるものとなり、遺産中の個々の財産についてこの具体的相続分率に応じた割合の持分権を有することになり、この持分権を自由に譲渡することもできると解すべきことになる。¹⁵しかし、具体的相続分率に即応した遺産中の個々の財産上の持分権が法律問題の表面に顕在化することとはなく、かかる持分権の取引や差押えはもっぱら本来的相続分率である法定相続分率に対応して登場してくると主張している。¹⁶ここでは、具体的相続分と遺産分割分が区別され、具体的相続分を相続人間の持分権としてとらえるが、相続人間の協議が成立しているような場合を除いて、具体的相続分の割合に基づく登記も容易ではなく、対外的関係においてはこれを表面化することができないとしている。

このように、具体的相続分の権利性を認めながら、その権利性を相続人間対内的関係に制限し、対外的関係においてはこれを区別するという立場として、折衷的な見解がある。

三 裁判例の展開

特別受益財産や具体的相続分の確定に関する訴訟としては、次のような判決が見られる。

1 特別受益財産・価額の確認を認めた裁判例

通常の民事訴訟において、特別受益財産またはその価額を確認した裁判例としてあげられるのは次のものである。第一に、大阪地裁昭和四〇年一月一八日判決である。⁽¹⁷⁾被相続人の離婚した前妻との間の子どもと後妻との間の相続争いに関する事案である。離婚時に被相続人が前妻および子どもたちに応分の財産を与えた際の「金銭一切の請求をしない」旨の約束が相続放棄の意思表示にあたるか否か、および離婚の際の分与財産が特別受益にあたるかどうか争われたものであるが、判決は請求しない旨の約束は離婚に伴う財産分与としてそれ以上のものを請求しない趣旨にとどまり、相続を放棄したものとはいえないと判断した上で、被相続人の子どもへの贈与が民法九〇三条にいう特別受益にあたることは明らかであるとしている。さらに、子どもたちおよび後妻への特別受益を斟酌して、各相続人の具体的相続分を算定している。ここでは、特に、具体的相続分の性質を考慮することもなく、また、特別受益財産の確定や具体的相続分の算定が審判事項か訴訟事項かを問題とすることなく、当然のように特別受益財産の価額を確定し、具体的相続分の算定を行っている。

次に、東京地裁昭和五〇年五月二一日判決があげられる。⁽¹⁸⁾この裁判では、被相続人である父親が生前に相続人の一人である長男に贈与した不動産が特別受益にあたるとして、他の相続人がその価額が被相続人の相続財産である

この確認を求める訴訟を提起したものである。判決は、生前贈与を受けたことを長男が認めたため、被告の自白ありとして原告の請求を認容している。この判決でも、具体的相続分の性質や特別受益財産の確定がいかなる性質かは議論されておらず、被告が事実関係を争わなかったために、結果的に原告の請求を認めて、生前贈与された不動産の価額がみなし相続財産であることを認めたにすぎない。

以上の二つの判決が特別受益財産を訴訟事項とみた裁判例として引用されているが、これらではいずれも積極的に具体的相続分の権利性を認めたり、特別受益や具体的相続分の確定が訴訟事項であると判断しているわけではない。しかし、少なくとも、特別受益財産の確定や具体的相続分の算定を通常訴訟でおこなうことを前提としなければ、このような判決は出ないはずであるから、その部分においては、これらの判決を相続分説の方に位置づけることができる。

2 特別受益財産の確認を否定した裁判例

特別受益財産の価額の確認や、特定の財産が特別受益財産またはみなし相続財産であることの確認を求めた訴訟に関して、このような確認訴訟を否定した裁判例としては、次のものがあげられる。

第一に、東京地裁昭和三十九年二月二〇日判決である。⁽¹⁹⁾被相続人の前妻の子どもと後妻の子どもとの相続争いで、後妻の子どもが、遺産の範囲の確認を求め、同時に被相続人からの前妻の子どもへの生前贈与が特別受益財産であるとして、その価額の確認を求めた訴訟である。判決は、原告の前半の請求は受け入れて、被相続人の遺産を確認したが、後半の請求は棄却した。判決は、次のように述べている。すなわち、「およそ確認訴訟の対象は権利、義務の存否、又は法律関係の存否に限られており、事実についての確認は証書真否確定等特に法律の認める場合に限ら

れることは明らかである。……民法九〇三条によれば、相続人中に被相続人から生計の資として生前贈与を受けたものがある場合は、その贈与物件価額はこれを相続財産の価額に加算して各相続人の具体的相続分を決定する旨を定めてある。したがって、贈与物件価格は相続人の遺産に対する具体的相続分の有無限度を決定する要件となることは明らかである。しかし右価格が定まったとしても、右価格はあくまでも事実であつて、相続人たる原告は右価格自体についてなんの権利義務関係、法律関係に立つことの判断にならないこともまた明らかである。」として、原告の請求が事実の確認を求めるもので、確認訴訟として許されないと判断している。この判決では、具体的相続分の算定そのものがいかなる性質であるかまでには触れていないものの、特別受益の価額の確定は事実の確認であるにすぎないとしている。

次に、東京地裁平成元年一〇月六日判決があげられる。⁽²⁰⁾この事案は、相続人間で特別受益の有無について争いがあり、遺産分割審判が申し立てられ、開始された後に、原告が被相続人から受けた被告らの生前贈与が特別受益にあたり、みなし相続財産であることの確認を求めて民事訴訟を提起したものである。被告らは、本案前に、特定の物件がみなし相続財産にあたるか否かは、遺産分割審判の前提事項として、家庭裁判所が審理し、判断できるものであり、既に遺産分割の審判手続が開始されている場合には、訴訟経済の見地から、遺産分割審判の前提事項はまず家庭裁判所の審判手続に委ねられるべきであり、審判を経ずに民事訴訟を提起することは許されないと主張した。また、被告らは、遺産分割審判において、原告の受けた生前贈与について争っており、同一の遺産分割事件において、一方の生前贈与が訴訟手続で審理判断され、他方の生前贈与が審判手続で審理判断されるといふことになり、不合理であるとも主張している。これに対して、原告は、特別受益者がいる場合には、各相続人は具体的相続分の割合で相続財産を承継するものであり、この具体的相続分は実体的権利であるから、訴訟事項である旨を主張して

いる。当事者のこのような主張に対して、判決は、次のように述べて、原告の請求を不適法として却下した。「共同相続人の具体的相続分は、その算定の前提として、被相続人の死亡により開始された相続について、各相続人の特別受益及び寄与分のすべての確定が必要不可欠であり、したがって、特定の相続人の特別受益、すなわち、特定の『みなし相続財産』の存否だけを既判力をもって確定したとしても、直ちに右具体的相続分の算定が可能となるわけのものではない。のみならず、民法九〇四条の二、家事審判法九条一項乙類九の二、家事審判規則一〇三条の三によれば、具体的相続分算定のための他の要件であり、特別受益と同じく法定相続分及び指定相続分の修正要素である寄与分については、当事者間の協議で定まらない場合、それは家庭裁判所の審判に委ねられ、しかも、その審判は、遺産分割と同時に行為されるべきものとされているから、協議により寄与分が定められた場合を除き、特別受益の有無・価額ないし『みなし相続財産』の存否が観念的に確定されたとしても、更に上位の概念であり、遺産分割に対し、より直接的な影響を及ぼす具体的相続分を、遺産分割前に、訴訟によって確認することが不可能であることは明らかである。……これらの諸点を総合して考えてみると、『みなし相続財産』という概念は、遺産分割にあたり、具体的相続分を算定するための観念的操作基準として認識すべきものであって、遺産分割の前提概念としてのみ意義を有するにすぎないと解さざるを得ず、私人間の権利義務の客体としてはこれを把握できないうえ、一般的には、その確定により、遺産分割当事者間の紛争の抜本的解決を期することができるものともいい難い。」と述べて、特定の財産が特別受益であることを確認しても、結局民法九〇三条一項所定の要件事実の確認を求めると帰着し、紛争解決機能の面からしても、確認訴訟の対象たる適格性を欠き、遺産分割の前提問題として、寄与分と同様に家庭裁判所の判断の対象となりうるにすぎないことを指摘している。この判決では、具体的相続分算定の前提としての特別受益財産の確定が遺産分割審判の対象であり、審判事項であることを明らかにしている。

続いて、東京高裁平成二年一〇月三〇日判決がある。⁽²¹⁾これは、前述の東京地裁平成元年判決の控訴審判決であるが、東京地裁判決と同様に、特定の財産が特別受益財産であり、みなし相続財産であることの確認を求める訴えを不適用とし、控訴を棄却した。その理由は次のとおりである。第一に、みなし相続財産は、現実に存在する相続財産ではなく、具体的相続分算定のための観念的な操作の所産であり、具体的相続分確定のための一つの要件にすぎないとして、みなし相続財産の範囲の確定を独立した権利義務の客体としてとらえることはできないということである。第二に、寄与分との関係において、特別受益財産の有無や価額の判断は遺産分割手続において審理判断されるべきものであることである。つまり、具体的相続分の確定のためには、各相続人の特別受益と寄与分の双方の確定が必要であり、当事者の協議が整わない場合には家庭裁判所において寄与分が定められ、しかも遺産分割手続と同時に行為されるものとされていることから、このような民法や家事審判法の規定の趣旨からすれば、寄与分と特別受益の有無および価額は、ともに法定相続分または指定相続分を修正するものとして、家庭裁判所が遺産分割の中で審理判断すべきものとし、「弁論主義による民事訴訟において確定することは予定していないものというべきである」という。第三に、特別受益の有無および価額の判断をする場合には、単に贈与の事実を判断するのではなく、婚姻、養子縁組および生計の資本としての贈与かどうかの判断を必要とするが、その判断のためには、被相続人の生前の資産や収入および家庭の状況、当時の社会状況など一切の事情を総合的に考慮しなければならないから、みなし相続財産の確定は本来的に非訟事件であり、したがって訴訟事項ではなく審判事項であるということである。その上で、「みなし相続財産の確定は、同じ遺産分割の前提問題である遺産の範囲、相続人の確定及び遺言の効力の事項と本質的に異なるものであり、みなし相続財産の確定を審判事項とすることと遺産の範囲についての確認訴訟を認める判例の立場となんら矛盾するものではない」としている。

さらに、東京高裁平成四年五月二八日判決も、同様に、特定の財産がみなし相続財産に属することの確認を求め訴訟であり、前掲の二判決と同様の立場を示している。⁽²²⁾判決は次のように述べている。「民法九〇三条一項にいう『みなし相続財産』とは、被相続人が相続開始時に有した相続財産に相続人が被相続人から贈与を受けた財産の価額を加えたものであるから、それは、法規定の中に定立された具体的相続分確定のための一つの要件ないし要素にすぎず、いわば共同相続人の具体的相続分算定の操作過程において、観念的に把握され考慮されるべき抽象的要素でしかなく、現実存在する相続財産についての具体的存在物ないし具体的権利ではないと解するのが相当である。」また、共同相続人の具体的相続分の確定のためには、家庭裁判所の遺産分割審判の過程において各相続人の特別受益および寄与分のすべてを確定することが必要不可欠であるから、特定の特別受益、みなし相続財産の存否だけを民事訴訟による判決で確定したとしても、共同相続人間の遺産分割に関する紛争が抜本的に解決されることにはならないことを強調している。

続いて、東京高裁平成二年判決の上告審判決として、最高裁平成七年三月七日判決があり、⁽²³⁾第一審判決および第二審判決と同様、特定の財産が特別受益財産であることの確認を求める訴えは確認の利益を欠くものとして不適法であるとされた。民法九〇三条一項の趣旨を考慮した上で、特別受益財産の遺贈または贈与を受けた共同相続人に特別受益財産を持ち戻すべき義務が生じるものではなく、特別受益財産が相続財産に含まれることになるものでもないことを指摘し、ある財産が特別受益財産に当たることの確認を求める訴えは、現在の権利または法律関係の確認を求めるものとはいえないと判断した。さらに、ある財産が特別受益財産であることが確定しても、それは具体的相続分を算定する過程において必要とされる事項に過ぎず、相続分をめぐる紛争を直接かつ抜本的に解決することにはならないことをあげ、特定の財産が特別受益であることの確認を求める訴えは確認の利益を欠くものとしてい

る。

下級審における判断の違いは、次第に集約され、特に平成以降の下級審判決において、特定の財産が特別受益財産に当たるかどうかは遺産分割審判手続において遺産分割の前提問題として審理判断されるものであり、この手続を離れて訴訟で別個に争うことができるものではないことが明らかにされ、この立場は最高裁においても踏襲され、従来の通説的な立場に否定的な立場に立つことが明確となった。これら判決においては、特に、特定の財産が民法九〇三条一項にいう「特別受益」にあたることが確定しても、これだけでは各相続人の具体的相続分が確定するわけではなく、具体的相続分算定のための操作にすぎないことや、寄与分が審理事項とされていることとの関係で、特別受益のみを訴訟において確定しても遺産分割をめぐる紛争が終局的に解決されるわけではないことが指摘されている。ここでは、遺産分割手続の合理性の面から、特別受益財産をめぐる争いを寄与分と同様に遺産分割手続中で一回的に解決することが望ましいとしているわけである。しかし、これらの判決においても、具体的相続分の性質そのものは明らかにはされていない⁽²⁴⁾。

3 具体的相続分の性質について

前記のような特別受益財産の確認を求める訴訟のほかに、直接に具体的相続分の価額や割合の確認を求める訴訟があらわれている。

大阪地裁平成二年五月二八日判決の事案は、遺産分割協議をめぐる相続人間の争いの中で、相続人の一人である被告が被相続人から受けた遺贈および生前贈与の価額が民法九〇三条一項により算定される具体的相続分を超えるため、二項によりその相続分を受けることができないと主張して、他の相続人が、被告は相続財産について具体的

相続分による相続持分権を有しないことの確認と被告が所持している相続財産の引渡を求めたものである。判決は、最高裁判平成七年判決などの前述の判決と同様に、民法九〇三条一項の趣旨を寄与分について定めた民法九〇四条の二第一項とともに法定相続分または指定相続分を修正するものとしてとらえ、「このような特別受益の持戻しあるいは寄与分による法定相続分又は指定相続分の修正は、遺産分割手続の一環として行われるものであって、その結果算出されたいわゆる具体的相続分は、遺産分割における分配基準としての割合にすぎず、遺産分割の過程においてのみ機能する観念的性質のものであって、遺産分割前の段階で具体的相続分（あるいはこれに基づく共有持分）が独立に処分の対象となるなどこれについて具体的な権利義務関係が成立する余地はないというべきである。」と述べて、相続財産を構成する個々の財産に対する具体的相続分に基づく共有持分の有無を確認の訴えの対象とすることは許されないと判断した。この判決では、具体的相続分を遺産分割の際の分配基準にすぎないものとして、遺産分割前には具体的権利義務関係は成立しないとして、遺産分割説の立場を明らかにしたものといえる。

続いて、広島高裁岡山支部平成一〇年一〇月二九日判決も同様の判断を示している。⁽²⁶⁾この訴訟では、家庭裁判所における遺産分割審判が確定した後、審判による具体的相続分の算定に不服を持つ相続人が自己の具体的相続分の確認を求めたものである。この第一審判決は、前述の大阪地裁平成二年判決を引用して、原告の請求を却下した。控訴審においても、同様の判断を示している。判決は、具体的相続分も法定相続分等と同様に遺産に対する権利割合を示すものと考えられないでもない」と述べているが、「具体的相続分は、遺産分割手続において法定相続分等に特別受益及び寄与分による修正を加えて各相続人の具体的取得分を算定する過程で認定されるものであるから、遺産分割手続の一環としてなされる計算上の分配基準であり、遺産分割の過程においてのみ機能する観念的なものというべきであって、具体的相続分について遺産分割手続を離れて独立に権利性を認める実益は認め難い。また、具体

的相続分を確定するためには、相続人、法定相続分等及び相続財産の範囲の確定のほか、相続財産の相続時の価額の算定、共同相続人中に被相続人から遺贈又は贈与を受けた者があつた場合は、それらが特別受益に該当するか否か、いわゆる特戻免除の特約の有無、特別受益財産の評価が必要となる。特別受益に該当するか否か或いはいわゆる特戻免除の特約の有無の判断に当たっては、当該財産の内容・価額、各共同相続人の生活状況、被相続人の意思、各相続人間の公平等一切の事情を考慮して、後見的に裁量権を行使して合目的な解決を図るのが相当である場合が多い。さらに、共同相続人中に民法九〇四条の二により寄与分を定める必要のある者があつた場合、具体的相続分を定めるためには、寄与分の有無・程度を確定する必要があるが、これを訴訟手続で確定することはできないから、通常は家庭裁判所の審判によってなされる寄与分の確定がない限り、訴訟上具体的相続分を確定することができないことになる。右のような事情を総合考慮すると、遺産分割の前提としての具体的相続分は、遺産分割の前提事項として一般に認められている相続人や遺産の範囲等とは性質を異にし、遺産分割手続における計算上の分配基準にすぎず、民事訴訟の対象としての適格性を有するものではないと解するのが相当である」と判断して、具体的相続分を遺産分割の分配基準と位置づけている。

この事案は上告され、最高裁判成一二年二月二四日判決が出されている。⁽²⁷⁾ 最高裁も、第一審および第二審判決の結論を支持して、具体的相続分の具体的権利性を否定している。この判決でも、具体的相続分を「遺産分割手続における分配の前提となるべき計算上の価額又はその価額の遺産に対する割合を意味するものであつて、それ自体を実体法上の権利関係であるということはでき」と判断している。この判決は、前記の平成七年の最高裁判決の延長線上にあるものといえ、具体的相続分の価額または割合の確認を求める訴えを不適法とするともに、平成七年判決において残されていた具体的相続分の法的性質の問題について分配の前提となる計算上の価額または割合と

理解して、実体法上の権利性を否定し、いわゆる遺産分割分説を採用したことになる。これによって、判例上は、具体的相続分の法的性質については、遺産分割説が定着するものと考えられ、特別受益あるいは具体的相続分の確認は訴訟事項ではなく、審判事項と位置づける見解が肯定された。

このような裁判例の判断の傾向は、特に、民事訴訟としての確認訴訟に比して、紛争解決手段として家事審判手続によることが合理的であり適切であるという判断が背景にあるものと考えられる。また、民事訴訟で争いうることを認めると、いったん遺産分割審判がおこなわれた後であっても、再度遺産分割を蒸し返すことが可能となり、このような訴訟が認められると、遺産分割手続の安定性が損なわれるという配慮があるものと思われる⁽²⁸⁾。このような判例の態度について、学説は遺産分割分説の立場からこれを支持するものと、相続分説の立場から批判するものとに分かれている。さらに、そのような対立に加えて、具体的相続分の法的性質論には触れず、あるいは具体的相続分の権利実在性を認めながらも、遺産分割手続の非訟的性格、特別受益や寄与分の有無および価額の判断に関する合目的裁量性を強調し、具体的相続分ないし特別受益の確認を求める訴えの適法性を否定する立場が見られるようになっており、近時の議論は錯綜した状況にある⁽²⁹⁾。

四 具体的相続分および特別受益財産をめぐる確認訴訟の可能性

前記二説の対立が問題となる場合は、まず、特別受益財産の範囲・価額や具体的相続分の価額・割合の確定を、遺産分割審判とは別に訴訟で争うことができるかどうかという点であり、つまり、確認訴訟の対象となるかどうかという問題である。第二に、遺産分割前の相続分の譲渡の問題に関連して、特別受益の持戻し計算を行った結果、

ある相続人の具体的相続分がゼロになったり、法定相続分の割合を下回った場合の問題である。⁽³⁰⁾ 具体的な相続分がゼロになった相続人が遺産分割前にその法定相続分の割合に基づきその持分権を第三者に譲渡した場合である。

相続分説の立場では、相続開始時にすでに特別受益財産の持戻しによって各相続人の具体的相続分は定まっており、これを前提として遺産分割が行われるわけだから、具体的相続分の確定は当然に遺産分割のための前提事項と理解すべきことになる。したがって、昭和四一年最高裁大法廷決定の立場からすれば、特別受益財産の確定や具体的相続分をめぐる争いを民事訴訟においておこなうことを認めることになる。その場合に、具体的にどのような訴訟が可能であるか、どのような訴訟ならば確認の利益が認められるかが問題となる。これについては、さまざまに考えが示されている。⁽³¹⁾ この確認訴訟の形態に関する考えについて、同じ相続分説の立場の中でも差異が生じている。たとえば、これについて、特定の相続財産に対する具体的相続分による共有持分確認訴訟が可能であるとか、特定の特別受益財産の価額が持戻しの対象となる「みなし相続財産」であることの確認を求める訴訟であるとか、⁽³²⁾ 特定の財産が生計の資本としての贈与であることの確認を求める訴訟や特別受益財産の価額の確認を求める訴訟の可能性などが指摘されている。⁽³³⁾ また、遺産全体に対する各共同相続人の具体的相続分の確認を求める訴訟などが考えられている。⁽³⁴⁾ その他、逆に、遺産全体または特定の遺産について、特別受益を受けた特定の相続人の具体的相続分がゼロであることの確認を求める訴えや、特定の財産が持戻しの対象とならない財産であることの確認を求める訴えなども考えられている。⁽³⁵⁾ しかし、このような考えについては、それぞれ難点が指摘されている。たとえば、特定財産に対する具体的相続分による共有持分確認の訴えについては、単に共有持分の割合だけを判決主文であらわしても、具体的相続分の割合が主文に表示されなければ既判力が生じないという批判がある。⁽³⁶⁾ 特定の財産が特別受益で

あることの確認を求める訴えに対しては、一方で、持戻し義務の確認を求めるものとして、確認の利益を認めるべきとしてこれを支持する見解もあるが、⁽³⁸⁾他方で、事実の確認を求めるものにすぎないという批判もある。⁽³⁹⁾また、特定の財産の価額が持戻しの対象となる「みなし相続財産」であることの確認については、遺産分割の前提としての具体的相続分の算定のための「みなし相続財産」の範囲の確定として実体法上の権利関係の確定ととらえることができるとする見解があるが、⁽⁴⁰⁾これは具体的相続分算定のための特別受益か否かという要件事実の確認であり、権利義務の確認ではないという否定的な指摘もある。⁽⁴¹⁾このように、それぞれの見解について賛否があり、遺産分割分説から批判が寄せられ、疑問点が指摘されている。

遺産分割分説の立場からは、特別受益財産の確定や具体的相続分の価額等の確定は遺産分割手続において行うことになるから、これらに関する争いを通常の確認訴訟において争うことはできず、確認の利益は否定されることになる。このような見解によれば、確認訴訟の可能性を肯定する見解に対して、次のような批判がある。仮に、特別受益や具体的相続分の価額等の確認を訴訟において求めたとしても、確認訴訟の問題について、訴訟において当事者が主張・立証しなかった事柄について裁判所は判断できないから、訴訟で問題とされなかった別の特別受益や持戻し免除の遺言が発見されたりした場合に、後の遺産分割審判においてこの問題が取り上げられると、これを無視することはできず、遺産分割審判における家庭裁判所の職権主義の下では、従前の訴訟における確定判決が意味を持たなくなるとして、⁽⁴²⁾通常訴訟における判決の既判力が非訟事件である家事審判を拘束することに對する疑問が強く主張されている。

さらに、遺産分割分説が指摘するような観点も踏まえて、特別受益の確定が訴訟事項か審判事項かを決するのは、特別受益や具体的相続分の性質論から導き出されるのではないとして、性質論の当否は別として遺産分割審判手続

の構造から確認訴訟の可能性に疑問を示して、遺産分割手続による一回的解決を望ましい制度と位置づけ、合理的・
 妥当な結論を導きだそうとする見解があらわれ、そのような家事審判手続の実務的な発想に基づく傾向が強くなっ
 ている。⁽⁴³⁾若林昌子は、「特別受益の確定が訴訟事項か審判事項かを決するのは、特別受益が所定の要件事実の存否に
 かかわる確認的事項であるか、あるいは裁量的に形成された事項であるかのみによって結論づけられるのではなく、
 遺産分割審判の手続構造から結論が導かれるといった方が適確であろう」として、遺産分割審判における特別受益
 やみなし相続財産および具体的相続分の認定は、寄与分の確定手続とは異なり、裁判所の単なる裁量的事項ではな
 く、特別受益等の要件事実を認定した上で導き出されるもので、裁判所の裁量の入る余地はないと指摘した上で、
 特別受益は遺産分割の過程における一つの要件に過ぎないから、これを訴訟事項とすることはもちろん、調停事項
 とすることもできないと述べている。⁽⁴⁴⁾このように、特別受益や具体的相続分の法的性質を問題とすることなく、特
 別受益が遺産分割審判の過程で家庭裁判所において審理判断されるといふ遺産分割審判の構造を強調して、特別受
 益や具体的相続分の確定を訴訟事項とすることに批判的であるのが、実務の大勢であるといえる。また、梶村太市
 は、特別受益財産やみなし相続財産の確認や具体的相続分の存否確認を求める訴訟の可能性を検討した上で、特別
 受益の持戻しや具体的相続分の確定を民事訴訟で解決する方法はないとして、家庭裁判所の遺産分割手続と同時に
 審理判断されるべきものであり、これによって当事者間の紛争の解決が図られるべきことを指摘し、この結論につ
 いて、「遺産分割分説からはもちろん、相続分説にたつても同様の結論となるといふべきである」と述べている。⁽⁴⁵⁾こ
 のような手続論を重視した理論については批判も強く、具体的相続分の法的性質や特別受益の持戻しを規定した民
 法九〇三条の意義を十分に考慮することなく、単に遺産分割手続の実務的感覚のみから結論を導き出すような解釈
 論が妥当かどうか、疑問が残る。⁽⁴⁶⁾

このような裁判所の実務的な傾向に対して、同様に、具体的相続分の法的性質の論議は別にしながら、確認訴訟における判決の紛争解決機能を重視して、特別受益財産の確認を求める訴えについて確認の利益を認める立場もあらわれている。たとえば、川島四郎は、みなし相続財産や具体的相続分等の性格から、論理必然的に手続の振り分けを決めることは妥当でないと指摘し、家事審判手続か訴訟手続かについて疑わしい場合で、当事者の一方が望むときには、より慎重な手続の利用可能性を開く方向で検討すべきであるように思われると述べて、さらに、みなし相続財産の実体的権利性を肯定した上で、遺産確認の訴えの適法性を認めた最高裁昭和六一年三月一三日⁽⁴⁷⁾判決を引用して、この遺産確認判決が自動的に即時の紛争解決を導くことから確認の利益が肯定されたのではなく、遺産分割手続をその後円滑に進めるための契機を与えるという「事件の文脈における確認判決の機能」に照らして、確認の利益を肯定したものととらえている。⁽⁴⁸⁾このように最高裁昭和六一年判決を評価して、みなし相続財産の確認が判決手続という慎重な手続で行われることによって、その点に関して既判力による確定が得られれば、当該紛争の不可抗争性を獲得することができ、その点に関する「争点解消」が確保されることによって、遺産分割手続の進行が円滑化する蓋然性が高いと主張している。ここでは、川島は裁判所の「争点解消」・「法的情報提供」機能を強調している。この場合に、川島は、特別受益の確認をめぐる争いを、遺産分割の前提となる「みなし相続財産」の確認に関する紛争ととらえ、みなし相続財産の請求以外の申立については、裁判所の積明権の行使によって、訴えの変更を促すべきと主張している。⁽⁴⁹⁾

確認の利益に関する民事訴訟法の原則からすれば、一般的に、現在の権利または法律関係は確認訴訟の対象として肯定され、過去の権利または法律関係については、現存する紛争にとって抜本的・直接的な解決にとって有効な場合に限られることになる。また、ある一定の法律要件に該当する事実の存在または不存在は、確認訴訟の対象と

は認められないことになる。⁽⁵⁰⁾このような理解からすれば、原則的には、特定の贈与が特別受益であることの確認は、過去の事実の確認にすぎないということになるから、確認訴訟の対象とはならないことになる。しかし、過去の事実の確認であつても、確認の利益が認められる場合もあり、現在の遺産分割をめぐる相続人間の紛争を直接的・抜本的に解決するために必要であれば、確認訴訟の対象性は否定され⁽⁵¹⁾ない。また、最近の学説の中では、事実の存否の確認についても、即時確定の利益がある限り、確認の利益を認めようとする見解もある。⁽⁵²⁾これらの観点からすれば、特別受益の確認を求めるとも可能と考えることもできる。また、特別受益財産の持戻しを前提とするみなし相続財産の確認や、みなし相続財産の範囲の確定を前提とする各相続人の具体的相続分の価額または割合の確定は、遺産分割をめぐる争いを即時に、直接的または抜本的に解決するために必要であれば、確認の利益を有することになる。この点について、特定の贈与が特別受益であることを確認しても、それによつて具体的相続分が直ちに確定するわけではなく、遺産分割をめぐる紛争を直接かつ抜本的に解決することにはならないから、確認訴訟になじまないことになると考えるのが、前掲の最高裁判平成七年判決などの指摘である。⁽⁵³⁾

したがつて、相続分説の立場から、確認訴訟としてどのような型の訴訟を認めるかという問題が残されているといえる。この点に関して、西原諄は、特別受益の有無をめぐる争いを持戻請求権の存否に関する争いとしてとらえ、「この権利発生要件を具備しているか否かの認定に裁量が伴うとしても相続開始時には客観的に定まっているのであつて、その結果は直接相続財産の持分権の内容に反映される。特別受益の有無は、現在の所有権の帰属を問題にしているわけではなく、過去における贈与が民法九〇三条の要件を具備しているか否かを問題にするから過去の法律関係であるが、同時に、遺産分割において相続財産を各相続人に配分帰属させる基準であり実体法上の持分権の内容である具体的相続分に現に直接影響を及ぼすから、『単なる事実』であるとか『遺産分割過程の一要素ないし要

件』として捉えるよりも、むしろ実体法上の持戻請求権の存否として構成すべきである」と述べている。⁽⁵⁴⁾ 相続人間に特別受益をめぐる紛争が生じている場合に、各相続人の間で問題となるのは、究極的には、どの贈与が特別受益に当たるかやその価額の算定、さらに持戻し免除の意思表示の有無という個別的問題ではなく、それらの諸問題を踏まえた上で、どの相続人に特別受益の持戻し義務があり、あるいはないのか、そして他の相続人に持戻し請求権があるか否かという点であると考えられることになる。このような持戻し請求権または持戻し義務の存否を民事訴訟で審理・判断することは、単に事実の確認を求めたものではないといふべきである。⁽⁵⁵⁾ 持戻し請求権を実体法上の権利として位置づければ、十分に評価されるべき指摘であろう。

五 対内的関係と対外的関係の区別

特別受益の持戻しを行った結果、具体的相続分の額がゼロになったり、法定相続分を下回ることになった相続人が、法定相続分に基づく持分権を譲渡した場合の問題がある。相続分説の立場では、具体的相続分は相続開始時に定まっていることになるから、たとえば具体的相続分がゼロの相続人は譲渡すべき相続分を有さなかつたことになり、本来ならば、譲受人は持分権を取得することはできないはずであるし、第三取得者は譲渡した相続人の具体的相続分の割合で権利を取得できるにすぎないことになる。⁽⁵⁶⁾

しかし、判例によれば、共同相続人の一人が、相続財産に含まれる不動産について勝手に単独名義の登記を行い、これを第三者に譲渡した場合に、他の共同相続人は自己の法定相続分については登記なくして第三者に対抗できる⁽⁵⁷⁾から、逆に見れば、遺産分割前の共同相続関係においては、譲受人は、譲渡した相続人の法定相続分の範囲につい

ては権利を取得できることになる。また、遺産分割後には、各相続人は法定相続分と異なる権利を取得した場合に
 は、遺産分割後に当該不動産の持分権の譲渡を受けた第三者に対抗するためには、民法一七七条という對抗要件と
 しての登記が必要であることになる。⁽⁵⁸⁾つまり、具体的相続分がゼロの相続人から法定相続分による相続不動産の持
 分権の譲渡を受けた譲受人であっても、その登記を行うことによって結果的に譲渡人の法定相続分の割合に基づき
 権利を取得することができる。また、相続人の債権者は、相続財産に含まれる不動産について、債務者である相続
 人の法定相続分の割合に基づく持分権を差押えることができ、相続人による共同相続登記がなされていない場合で
 あっても、代位による共同相続登記を経た上で、差押えの登記をすることができる。このような持分権の譲渡や差
 押えを各相続人が防止するためには、判例の立場を前提とする限り、各相続人は自己の具体的相続分の割合に基づ
 く個々の不動産に対する持分権について、遺産分割前であっても、何らかの登記を必要とすることになるが、この
 ような登記は共同相続人全員の合意がなければ事実上不可能であると指摘されている。⁽⁵⁹⁾また、具体的相続分が「計
 算すればいつでも弾き出されうるもの」⁽⁶⁰⁾であり、不動産登記の実務上、特別受益の証明書によって具体的相続分の
 割合による登記も認められるとしても、⁽⁶⁰⁾具体的相続分の割合に基づく登記の申請を行う際に求められる証明書の作
 成も困難であるし、そのような証明書が提出できなければ、当該の不動産についての具体的相続分の割合による持
 分権の確認を求める訴訟によって確認判決を経て、登記の申請を行うほかないことになる。⁽⁶¹⁾このような観点
 から、相続分説では、理論的にも手続的にも十分に説明できないとして、批判されている。しかし、本来は実体的
 な権利関係を公示すべき不動産登記の実務的観点から具体的相続分の権利性を否定するというのは、本末転倒であ
 るという指摘もある。⁽⁶²⁾

遺産分割分説では、具体的相続分は遺産分割手続によって形成されることになるために、遺産分割までは各相続

人はその法定相続分を譲渡することができることになる。このような観点から、遺産分割分説の正当性を指摘するものもある。⁽⁶³⁾この立場から、具体的相続分がゼロの相続人であっても、法定相続分を保有するものとみて、第三者保護を図ることが可能であるということになる。⁽⁶⁴⁾また、遺産分割後は各相続人はその得た権利を登記しなければ第三者に対抗できないとする判例法理から、対外的関係においては、法定相続分が一種の公信力を有するものとみて、第三者保護を強調する見解もある。⁽⁶⁵⁾しかし、折衷説のように、具体的相続分の権利実在性を肯定しつつ、取引安全の見地から、相続人間の関係とは別に第三者との対外的関係を区別して、説明することも可能である。⁽⁶⁶⁾そのため、民法九〇九条但書の規定があることになる。この問題を相続財産に対して利害関係を有する第三者の保護の問題ととらえるならば、必ずしも具体的相続分の法的性質いかによつてその結論が変わるとは限らないはずである。いずれの立場に立つとしても、取引安全の保護と実体的権利関係をどのように調和させるかという問題として考慮することが可能である。具体的相続分の確定に関する確認訴訟の適否が具体的相続分の法的性質を別にして論じられることが許されるのであれば、法的性質とは別に取引安全や第三者保護を論じることと許されるはずであろう。

六 結 び

具体的相続分の性質をどのようにとらえるかという問題に関連して、学説および判例を概観してきた。特に、この問題が確認訴訟の適否の問題として議論され、従来、いわば通説的立場としてとらえられてきた相続分説に対して、最近の判例の流れは指摘したように遺産分割分説の立場に傾いている。このような傾向に対して、相続分説の立場からの批判も強いが、家事審判の実務的観点からは肯定的にとらえられている。また、このような実務的観点

からは、確認訴訟の適否の問題を具体的相続分の性質の問題としてとらえるのではなく、家事審判の紛争解決の合理性から理解しようとしている傾向を示している。さらに言えば、家事審判実務からの指摘は、具体的相続分の性質について、その実体的権利性そのものの適否を問題としているものではなく、遺産分割審判の合理性・妥当性を確保するための手法というべきことになる。

確かに、遺産分割をめぐる紛争を一回的に合理的に解決するという点からすれば、家事審判でも争いうるだけではなく、通常の民事訴訟でも争いうるとするのは不合理であるともいえる。現実には、一方で遺産分割審判が継続している状況で、民事訴訟が提起されれば審判手続をそのまま続行することが困難になることは明白であるし、いったん遺産分割審判が確定した後には、再度、民事訴訟で争うことになれば、遺産分割審判の安定性が損なわれるという批判も理解できる。しかし、このような観点を強調すれば、特別受益がある場合の具体的相続分の確定だけではなく、相続人の確定や遺産の範囲の確定も、家事審判においてのみ審理判断できるものとすべきことになる。特別受益や具体的相続分が確定しても、これのみでは遺産分割に関する紛争が解決するわけではないとする判例の指示によれば、同様に、特定の人が相続人かどうかの判断や特定の財産が遺産に属するかどうかの判断がおこなわれ、これだけが確定しても遺産分割をめぐる争いが決着するわけではないはずである。遺産分割の安定性や紛争解決の一回性・合理性を強調すれば、相続権をめぐる争いや遺産の範囲に関する争いも、訴訟事項とすることは不相当となるはずである。⁶⁷⁾家事審判手続の効率的運営という観点から見れば、訴訟と非訟という二重の裁判手続そのものが不合理であるということになりかねない。

遺産分割をおこなう場合に、相続人の確定や遺産の範囲の確定のほかに、遺産分割の基準として「相続分」が必要となることは否定できない。遺産分割の協議を行うにしても、調停や審判がなされるにしても、特別受益がある

限り、現実の分割の基準はいわゆる「具体的相続分」であることになる。仮に、鈴木祿弥や高木多喜夫の指摘にしたがって「遺産分割分」や「遺産分割取得分」を具体的相続分と別に観念したとしても、⁽⁶⁸⁾具体的相続分の算定は民法の規定によって定まった方法によって行われる。その結果を踏まえて、一切の事情を考慮して遺産分割分が形成され、遺産分割が行われるとしても、少なくとも民法九〇三条にしたがった計算は遺産分割の前提として必ず必要である。その意味では、具体的相続分の確定は遺産分割の前提問題であり、遺産分割において形成されるにすぎないものとはいえない。そして、その計算は民法九〇三条によって規定されており、家庭裁判所の裁量によって自由に左右されるものではない。家庭裁判所は、この具体的相続分を前提として、一切の事情を考慮して遺産分割の審判を行いうるが、一切の事情を考慮して行うのは具体的相続分の確定ではないはずである。具体的相続分をどのように理解するかは、これが実体法上の概念である限り、この算定を規定した民法九〇三条を含む「相続分」の節の論理構造にしたがうべきであることになる。⁽⁶⁹⁾

また、第三者との関係に関しては、相続人間の内部的関係と対外的関係を分けて、取引安全の配慮をすることは可能であると考えから、⁽⁷⁰⁾具体的相続分の実体的権利性を肯定したとしても、第三者の保護は民法九〇九条但書によって図れるものと思われる。

〈註〉

- (一) 最高裁判所大法廷昭和四一年三月二日決定(最高裁民事判例集二〇巻三号三六〇頁)。最高裁判所は、夫婦同居および婚姻費用分担に関する事件についても、同様の判断を示している。最高裁大法廷昭和四〇年六月三〇日決定(最高裁民事判例集一九巻四号一〇八九頁、一一一四頁)。

- (2) 東京地裁平成元年一〇月六日判決(判例タイムズ七一〇号二二四頁)、東京高裁平成二年一〇月三〇日判決(判例時報一三六八号七〇頁)、同平成四年五月二八日判決(判例タイムズ八〇三号二二六頁)。
- (3) 最高裁平成七年三月七日判決(最高裁民事判例集四九卷三三〇号八九三頁、判例タイムズ九〇五号二二四頁)。
- (4) 大阪地裁平成二年五月二八日判決(判例タイムズ七三二二二八頁)、広島高裁岡山支部平成一〇年一〇月二九日判決(判例タイムズ一〇〇二二四三頁、最高裁平成二二年二月二四日判決判例時報一七〇三三〇号一三七七頁)。最高裁判決は、広島高裁岡山支部判決の上告審判決である。
- (5) この立場に立つものとして、次のものがあげられる。宮井忠夫「遺産分割の前提問題にかんする紛争と家事審判」民商法雑誌五三巻三三〇号三六四頁(一九六五年)、野田愛子「遺産分割と家事事件の実務・その3」ジュリスト三三三〇号一〇五頁(一九六五年)、篠清「分割前の遺産の処分と滅失」小山昇ほか編「遺産分割の研究」(一九七三年)二二七頁、吉本俊雄「遺産分割前になされた個々の財産上の持分権の譲渡」ジュリスト六〇六号一一四頁(一九七六年)、岩井俊「特別受益となる贈与(金銭)の評価時期(上)」ジュリスト六二〇号一一七頁(一九七六年)、山崎賢一「具体的相続分は「相続分」か「遺産分割分」か」ジュリスト六九七号一三〇頁(一九七九年)、同「訴訟事項と審判事項の限界」『現代家族法大系1』(一九八〇年)二六四頁、同「遺産分割と前提事項の判断」谷口知平・加藤一郎編『新版・判例演習民法5』(一九八四年)二四八頁、梶村太市「遺産分割と特別受益」沼邊愛一ほか編『家事審判事件の研究(2)』(一九八八年)六八頁、稲田龍樹「遺産分割に当たり特別受益の持戻しをしない旨の合意の手続的効力」家庭裁判月報三五卷二二二二二頁(一九八三年)、伊藤昌司「相続と登記」有地亨編『現代家族法の諸問題』(一九九〇年)四一頁、同「持戻し請求権と訴訟」判例タイムズ七四三三六四頁(一九九一年)、同「疎んじられる具体的相続分」判例タイムズ一〇一六号七八頁(二〇〇〇年)、西原諄「特別受益・具体的相続分確認の許否」判例タイムズ七七一号六二頁(一九九二年)など。
- (6) 石川恒夫「特別受益の範囲」川井健編『判例と学説4 民法3』(一九七六年)二五九頁。
- (7) 前掲・岩井俊「特別受益となる贈与(金銭)の評価時期(上)」ジュリスト六二〇号一一七頁、前掲・山崎賢一「具体的相続分

は「相続分」か「遺産分割分」か」ジュリスト六九七号一三四頁。なお、具体的相続分の確定を求める訴訟は、共同相続人全員において合一に確定する必要性があるため、必要的共同訴訟と解することになる。

(8) 有地亭「特別受益者の持戻義務(二)」民商法雑誌四〇巻三号二五頁(一九五九年)。

(9) 鈴木禄弥「喂孝一」『人事法』(一九七五年) 九四頁。

(10) この立場に立つものとして、田中恒朗「遺産分割の前提問題」判例タイムズ三二二号三二頁(一九七五年)、同「遺産分割の前提問題と民事訴訟(下)」ジュリスト六〇九号二二四頁(一九七六年)、同「遺産分割手続の前提問題」『現代家族法大系5』(一九七九年) 五四頁、高木多喜夫「遺産分割と登記」奥田昌道ほか編『民法学7』(一九七六年) 二六九頁、同「口述相続法」(一九七八年) 一七九頁、安倍正三「具体的相続分に関する争い」島津一郎ほか編『新版相続法の基礎』(一九八一年) 一五七頁、山名学「遺産分割における特別受益の確定」ケース研究二二一号一六三頁(一九八七年)、司法研修所編『遺産分割事件の処理をめぐる諸問題』(一九九四年) 一七頁以下〔田中壮太・岡部喜代子ほか〕などがあげられる。

(11) 特に、たとえば、前掲・山名「遺産分割における特別受益の確定」ケース研究二二一号一六二頁。

(12) 前掲・田中恒朗「遺産分割手続の前提問題」『現代家族法大系5』 五四頁。

(13) 有地亭「遺産の管理」谷口知平ほか編『新民法演習5』(一九六八年) 二二三頁、谷口知平ほか編『新版注釈民法(7)』(一九八九年) 二一五頁「有地亭」。なお、田中恒朗「具体的相続分は「相続分」か「遺産分割分」か」東海法学七号二頁以下(一九九一年)は、具体的相続分の権利性の実在性そのものは否定しないものの、共同相続人間の動的安全とは別に、第三者が関与する動的安全の観点からの考慮が必要であることを強調しており、折衷説に位置づけることができる。また、光本正俊「特定の財産がいわゆる特別受益財産であることの確認を求める訴えの適否」民商法雑誌一一三巻四・五号三〇八頁以下(一九九六年)は、具体的相続分の権利性を認めるものの、共同相続人間の実質的公平を確保するための限られた遺産分割の主体・対象においてのみ機能する分配基準に過ぎないと指摘する。

(14) 鈴木禄弥『相続法講義』(一九八六年) 二二二頁。

- (15) 前掲・鈴木祿弥『相続法講義』一七二頁。
- (16) 前掲・鈴木祿弥『相続法講義』二四一頁以下。
- (17) 判例時報四二四号四七頁。
- (18) 判例タイムズ三二六号二五二頁。
- (19) 下級裁判所民事裁判例集一五卷二号三〇〇頁。
- (20) 判例時報一三四四号一四九頁、判例タイムズ七一〇号二二九頁。
- (21) 判例時報一三六八号七〇頁。
- (22) 判例タイムズ八〇三号二二六頁。
- (23) 最高裁判所判例集四九卷三号八九三頁、判例タイムズ九〇五号一二四頁。
- (24) 水上敏「特定の財産がいわゆる特別受益財産であることの確認を求める訴えの適否」法曹時報五〇卷三号二三九頁（一九九八年）は、最高裁判平成七年判決の判例解説においてこの問題を「残された問題である」としている。
- (25) 判例時報一三七〇号九五頁、判例タイムズ七三二号二一八頁。
- (26) 判例タイムズ一〇〇二号二四三頁。
- (27) 判例時報一七〇三号一三七頁。
- (28) たとえば、最近のものとして、松原正明「遺産分割と特別受益をめぐる争いの確定」判例タイムズ九九六号一三五頁（一九九九年）、雨宮則夫・小林崇ほか「遺産分割に関する最近の争点(1)」自由と正義五〇卷二号八〇頁（一九九九年）などがあげられる。
- (29) 前掲・司法研修所編『遺産分割事件の処理をめぐる諸問題』一九頁以下「田中壮太ほか」。
- (30) 前掲・谷口知平ほか編『新版注釈民法(7)』二一五頁「有地亭」。
- (31) これらの検討については、たとえば、前掲・山崎賢一「訴訟事項と審判事項の限界」『現代家族法大系1』二六七頁以下、前掲・田中恒朗「具体的相続分は『相続分』か『遺産分割分』か」東海法学七号三四頁以下、梶村太市「特別受益の持戻しと確認訴訟の

適否」家庭裁判月報四四卷七号二六頁以下（一九九二年）など。

(32) 前掲・野田愛子「遺産分割」ジュリスト三三一号一〇五頁。

(33) 前掲・宮井忠夫「遺産分割の前提問題にかんする紛争と家事審判」民商法雜誌五三卷三号三六四頁。なお、東京地裁昭和五〇年五月二一日判決（判例タイムズ三二六号二五二頁）の事案はこの形をとっている。

(34) 東京地裁昭和三九年二月二〇日判決の事案はこの形である。

(35) 前掲・山崎賢一「具体的相続分は「相続分」か「遺産分割分」か」ジュリスト六九七号一三四頁。

(36) 前掲・梶村太市「特別受益の持戻しと確認訴訟の適否」家庭裁判月報四四卷七号一二頁。

(37) 山掲・山崎賢一「訴訟事項と審判事項の限界」『現代家族法大系1』二六八頁。

(38) 前掲・山崎賢一「訴訟事項と審判事項の限界」『現代家族法大系1』二六九頁。

(39) 前掲・安倍正三「具体的相続分に関する争い」島津一郎ほか編『新版相続法の基礎』一五九頁。

(40) 前掲・石川恒夫「特別受益の範囲」川井健編『判例と学説4 民法3』二五九頁。

(41) 前掲・山崎賢一「具体的相続分は「相続分」か「遺産分割分」か」ジュリスト六九七号一三六頁。

(42) 前掲・安倍正三「具体的相続分に関する争い」島津一郎ほか編『新版相続法の基礎』一五九頁。

(43) たとえば、前掲・松原正明「遺産分割と特別受益をめぐる争いの確定」判例タイムズ九九六号一三五頁、前掲・雨宮則夫・小林崇ほか「遺産分割に関する最近の争点(1)自由と正義五〇巻二号八〇頁。なお、梶村太市は具体的相続分の法的性質について従来相続分説の立場を支持していたが、前掲・梶村太市「特別受益の持戻しと確認訴訟の適否」家庭裁判月報四四卷七号一二頁では特別受益の確認を求める訴えは確認の利益を欠くとして不適法と述べている。

(44) 若林昌子「特別受益の確定」判例タイムズ六八八号四九頁（一九八九年）。

(45) 前掲・梶村太市「特別受益の持戻しと確認訴訟の適否」家庭裁判月報四四卷七号四五頁。

(46) たとえば、前掲・伊藤昌司「疎んじられる具体的相続分」判例タイムズ一〇一六号七七頁は、結果的には妥当かもしれない事例

と触れながら、「裁判所の都合に合わせた手続理論が実体法を蝕む。」と述べている。

- (47) 最高裁判事判例集四〇巻二号三八九頁。
- (48) 川島四郎『みなし相続財産』（民法九〇三条一項）の確定と確認訴訟の適否について「判例評論四〇二号一〇頁以下（判例時報一四二二号一五六頁以下、一九九二年）。
- (49) 前掲・川島四郎『みなし相続財産』（民法九〇三条一項）の確定と確認訴訟の適否について「判例評論四〇二号一二頁。
- (50) この問題に関しては、民事訴訟法上でも議論がある。最近の学説では、事実の存否の確認についても、即時確定の利益がある限り、確認の利益を認めようという見解もある。なお、確認の利益については、林淳「確認の利益」『民事訴訟法の争点（新版）』（一九八六年）一六六頁、松尾卓憲「確認の利益」『民事訴訟法の争点（第3版）』（一九九八年）一二六頁など。
- (51) たとえば、中野貞一郎「確認訴訟の対象」判例タイムズ八七六号九頁（一九九五年）など。
- (52) たとえば、野村秀俊「紛争の成熟性と確認の利益（七）」判例時報一二二九号一七頁（一九八七年）など。
- (53) 前掲・光本正俊「特定の財産がいわゆる特別受益財産であることの確認を求める訴えの適否」民商法雑誌一一三巻四・五号三〇四頁。
- (54) 前掲・西原諄「特別受益・具体的相続分確認の許否」判例タイムズ七七一号六二頁。
- (55) 前掲・梶村太市「遺産分割と特別受益」沼邊愛一ほか編「家事審判事件の研究(2)」七一頁、前掲・山崎賢一「訴訟事項と審判事項の限界」『現代家族法大系1』二六九頁。
- (56) 前掲・吉本俊雄「遺産分割前になされた個々の財産上の持分権の譲渡」ジュリスト六〇六号一一四頁、同「遺産分割と共有物分割との関係」『現代家族法大系5』三二頁以下。
- (57) 最高裁昭和三八年二月二二日判決（最高裁判事判例集一七巻一号二三五頁）など。
- (58) 最高裁昭和四六年一月二六日判決（最高裁判事判例集二五巻一号九〇頁）など。
- (59) 前掲・鈴木祿弥「相続法講義」二四二頁。

- (60) 前掲・岩井俊「特別受益となる贈与(金銭)の評価時期(上)」ジュリスト六二〇号一一八頁。
- (61) 前掲・田中恒朗「具体的相続分は『相続分』か『遺産分割分』か」東海法学七号二三頁、前掲・山名学「遺産分割における特別受益の確定」ケース研究二二一号一六五頁。
- (62) 前掲・梶村太市「遺産分割と特別受益」沼邊愛一ほか編「家事審判事件の研究(2)」六九頁。
- (63) 前掲・田中恒朗「具体的相続分は『相続分』か『遺産分割分』か」東海法学七号二三頁。
- (64) 前掲・高木多喜夫「遺産分割と登記」奥田昌道ほか編「民法学7」二六九頁。
- (65) 前掲・伊藤昌司「相続と登記」有地亨編「現代家族法の諸問題」四〇三頁以下、前掲・田中恒朗「遺産分割の前提問題と民事訴訟(下)」ジュリスト六〇九号一二四頁以下。
- (66) 前掲・谷口知平ほか編「新版注釈民法(初)」二二五頁「有地亨」、前掲・有地亨「遺産の管理」『新民法演習5』二二二頁。
- (67) たとえば、川島四郎は最高裁判平成七年判決に触れて、次のように指摘する。すなわち、「本来的訴訟事項も審判可能であると判示したとき、この『可能性』が、『必要性』を刺激し、やがて『望ましさ』や『妥当性』に摩り替えられ転化され、その方向が加速するのではないか、との一抹の不安を生み出したように思われる」と。前掲・川島四郎「『みなし相続財産』(民法九〇三条一項)の確定と確認訴訟の適否について」判例評論四〇二号一五頁。
- (68) 前掲・鈴木禄弥「相続法講義」二七二頁、前掲・高木多喜夫「口述相続法」四八頁。
- (69) 前掲・伊藤昌司「疎んじられる具体的相続分」判例タイムズ一〇一六号七九頁。
- (70) 前掲・有地亨「遺産の管理」『新民法演習5』二二二頁。

〔付記〕本稿を池尻都夫先生のご霊前に捧げたい。池尻さんは特に人事訴訟や家事審判に関する問題を中心に研究されてきたため、家族法を研究している筆者とは話題を共有することも多く、また年齢が近かったこともあり、親しくつき合わせていただいていた。池尻さ

人の死は筆者にとつても大きな衝撃であつたが、せめて池尻さんの研究に連なるようなものと考えて本稿を執筆した。不十分な内容ではあるが、追悼の意を込めて、本号へ掲載した。執筆が遅れたため、本号の刊行が大幅に遅れ、池尻さんのご遺族および編集委員にはご迷惑をかけたことをお詫びしたい。