

## 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

竹中 智香

最高裁判所平成七年三月七日第三小法廷判決

(平成三年(オ)第二五一号・相続財産の範囲確認請求事件——棄却)

民集四九卷三号八九三頁

## 【事実】

訴外Aが昭和四五年一月二六日に死亡したため、Aの子であるXとY<sub>1</sub>、Y<sub>4</sub>が相続した。昭和四七年一〇月に、Y<sub>1</sub>、Y<sub>4</sub>はXに対して、Aの遺産分割を求める審判を申し立てたが、昭和六二年一月二四日に該審判を取り下げた。一方、Xは、Y<sub>1</sub>、Y<sub>4</sub>が申し立てた審判とは別に、Y<sub>1</sub>、Y<sub>4</sub>に対して遺産分割審判を申し立てるとともに、Aが生前にY<sub>1</sub>、Y<sub>2</sub>、Y<sub>3</sub>三人に対して宅地ないし居室を生計の資本として生前贈与しているが、Y<sub>4</sub>がこれらの生前贈与があったことを争っているとして、これらの生前贈与

がAの「みなし相続財産」にあたることの確認を求めて提訴した。なお、第一審判決後にY<sub>1</sub>が死亡したため、Y<sub>1</sub>の相続人四名が訴訟を承継し、被告人は七名となっている。

第一審判決である東京地裁平成元年一〇月六日判決は、以下の理由からXの請求を却下した。すなわち、『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

え、一般的には、その確定により、遺産分割当事者間の法律上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。」「してみると、『みなし相続財産』であることの確認を求めるとは、それを、当該事件の被告が『みなし相続財産』の価額を遺産に持ち戻すべき地位にあることの確認を求めると言い替えてみても、結局は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、かつ、紛争解決機能の面からしても、確認訴訟の対象たる適格を欠くものというべきであり、専ら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得るにすぎないと解するのが相当である。』

Xの控訴に対して、原審である東京高裁平成二年一〇月三〇日判決は、以下の理由から控訴を棄却した。〔略〕『みなし相続財産』とは、被相続人の死亡時の相続財産に贈与の価額を加えたものであるから、現実に存在する相続財産ではなく、具体的相続分を確定するために行う観念的操作の所産、換言すれば、具体的相続分確定のための一つの要件にすぎないのである。』「遺産分割の手続が家庭裁判所の専権事項であることと併せ考えると、ある財産が右の『みなし相続財産』に該当するか否かの判断は、(略)具体的相続分確定のための一つの前提としての意義を有するにすぎず、『みなし相続財産』を私人間の独立した権利義

務の客体として捉えることはできないものといわなければならない。』「共同相続人の具体的相続分を確定するためには、各相続人の特別受益及び寄与分の双方の確定が必要であるが、寄与分は、当事者の協議ができないときは家庭裁判所が審判において定めるものとされ、しかもそれは、遺産分割と同時に行われるものとされている(略)。このような法の規定の趣旨に照らせば、寄与分と同様に法定または指定相続分を修正する要素として位置付けられている特別受益の有無及び価額についても、法は、家庭裁判所が遺産分割の中で審理判断すべきものであり、弁論主義による民事訴訟においてこれを確定することは予定していないものといふべきである。』(略)特別受益の有無及び価額を判断するにあたっては、単に贈与の事実止まらず、婚姻、養子縁組及び生計の資本に關しての贈与であるか否かの判断を要するが、そのためには、被相続人の生前の資産、収入及び家庭状況並びに当時の社会状況等の一切の事情を総合的に考慮しなければならないのであるから、みなし相続財産を確定するということは、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わなければならない。』

これに対して、Xは、以下の理由から上告した。(一)「みなし相続財産」の確認は家事審判事項として家事審判法九条に列挙さ

れていないことから訴訟事項である、(二)具体的相続分の確定には特別受益と寄与分の確定が必要であるとするが、寄与分の規定をその施行以前の本件相続に適用するのは違法であり、またXは特別受益の価額の確認を求めていない、(三)本件訴訟はYらが当該財産の価額を計算上遺産に持ち戻すべき地位にあることの確認を求めるものであるから、法律関係の存否の確認を求める訴えであるということができ適法である、(四)以上より本件訴訟は訴訟事項とされる訴訟であり、原判決は公開の法定で裁判を受ける権利を侵害していることから憲法八二条一項に違反する。

【判旨】 上告棄却。

「民法九〇三条一項は、共同相続人中に、被相続人から、遺贈を受け、又は婚姻、養子縁組のため若しくは生計の資本としての贈与を受けた者があるときは、被相続人が相続開始の時に置いて有した財産の価額に右遺贈又は贈与に係る財産(以下「特別受益財産」という。)の価額を加えたものを相続財産とみなし、法定相続分又は指定相続分の中から特別受益財産の価額を控除し、その残額をもって右共同相続人の相続分とする旨を規定している。すなわち、右規定は、被相続人が相続開始の時に

て有した財産の価額に特別受益財産の価額を加えたものを具体的な相続分を算定する上で相続財産とみなすこととしたものであって、これにより、特別受益財産の遺贈又は贈与を受けた共同相続人に特別受益財産を相続財産に持ち戻すべき義務が生ずるものでもなく、また、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。そうすると、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、現在の権利又は法律関係の確認を求めるものということはできない。

過去の法律関係であっても、それを確定することが現在の法律上の紛争の直接かつ抜本的な解決のために最も適切かつ必要と認められる場合には、その存否の確認を求める訴えは確認の利益があるものとして許容される(最高裁昭和四四年一月九日第一小法廷判決・民集二六卷九号一五—三三頁参照)が、ある財産が特別受益財産に当たるかどうかの確定は、具体的な相続分又は遺留分を算定する過程において必要とされる事項にすぎず、しかも、ある財産が特別受益財産に当たることが確定しても、その価額、被相続人が相続開始の時に置いて有した財産の全範囲及びその価額等が定まらなければ、具体的な相続分又は遺留分が定まることはないから、右の点を確認することが、相続分又は遺留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。また、ある財産が特別受益財産に当たるかどうかは、遺産分割申立事件、遺留分減殺請求に関する訴訟など具体的な相続分又は遺留分の確定を必要とする審判事件又は訴訟事件における前提問題として審理判断されるのであり、右のような事件を離れて、その点のみを別個独立に判決によつて確認する必要もない。

以上によれば、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相当である。」

### 【研究】

#### 一 本判決の意義

遺産分割審判は相続分に従つて実行されるため、相続分の算定は、相続人や遺産の範囲の確定とともに遺産分割を行う際的前提問題とされる。遺産分割は家事審判法九条一項乙類一〇号により審判事項とされるが、その前提問題である相続人や遺産の範囲の確定は訴訟事項とされ、家庭裁判所の審理判断とは別個に訴訟を提起することができる。<sup>1)</sup> 一方、相続分の算定は、以下のようになされる。まず、被相続人の遺言によつて相続分が指定されている場合にはこれに従い(民法九〇二条)、遺言による指定がない場合には法定相続分による(民法九〇〇条)。さら

に、指定相続分・法定相続分は、相続人間に特別受益者がある場合には民法九〇三条・九〇四条によつて、寄与者がある場合には民法九〇四の二条によつて修正される。寄与分の算定が家事審判法九条一項乙類九の二によつて審判事項であると規定されているのに対して、特別受益の算定に関しては、家事審判法にも民法にも規定がないことから、審判事項か訴訟事項かが学説において争われてきた。これに関する判例は下級審判決が数件存在するだけであったが、本判決は、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と判示した初めての最高裁判決であり、今後の遺産分割実務に与える影響は大きいと思われる。

#### 二 民法九〇三条をめぐる学説と判例の動向

本判決の検討に入る前に、民法九〇三条の問題をめぐる従来<sup>2)</sup>の学説と判例の動向を概観することとする。民法九〇三条は、被相続人から遺贈または生前贈与などによつて「特別受益」を受けた相続人がいる場合には、特別受益を被相続人が相続開始時に有していた財産に加えたものを「みなし相続財産」とし、民法九〇〇条・九〇一条によつて算定された相続分から特別受益を控除し残った分をその者の相続分とする。このような特別受益

を持ち戻す制度（以下、「特別受益持戻制度」という）は、相続人間の衡平をはかるための制度であるが、その沿革は、被相続人の意思を諸子を平等に扱うであろうと推定するローマ法と、諸子均分相続を確保しようとするゲルマン法に見ることができ<sup>(2)</sup>。わが国には、明治民法典起草の際に導入されたが、従来、わが国の相続法にはこのような慣習がなかったため、特別受益持戻制度が本来の機能を果たすことは少なく、むしろ反対に、民法九〇三条にもとづいた「特別受益証明書なし」「相続分皆無証明書」などによって、実質的な単独相続が行われてきた。<sup>(3)</sup>

民法九〇三条に関しては、先にも述べたように、特別受益者の相続分（具体的相続分）の算定が審判事項であるか訴訟事項であるかについておもに争われてきたが、本判決で問題となったのは、特別受益の確定ないしみなし相続財産の確定である。「特別受益とは共同相続人が被相続人から受けた遺贈または婚姻・養子縁組・生計の資本のための贈与のことであるが、「具体的相続分」とは、「みなし相続財産」から「特別受益」を差し引いてさらに「寄与分」によって指定相続分・法定相続分を修正した相続分のことであり、特別受益の算定と具体的相続分の算定とは別の概念である<sup>(4)</sup>。筆者は、特別受益ないしみなし相続財産の確定は具体的相続分を算定する際の前提問題であると考えるため、特

別受益ないしみなし相続財産の確定と具体的相続分の算定の問題は別異であると考え。しかし、この問題は従来、具体的相続分の算定の問題の中で検討されてきていることから、以下において紹介することとする。

具体的相続分ないし特別受益の確定を訴訟事項と解する見解（訴訟事項説）と、審判事項と解する見解（審判事項説）の相違は、民法九〇三条によって算定された具体的相続分を、具体的権利または法律関係と見るか（以下、「相続分説」<sup>(5)</sup>）、遺産分割の過程で設定される一種の分割基準と見るか（以下、「遺産分割分説」<sup>(6)</sup>）というの相違から生じるものである。従来の説的見解であった相続分説は、民法九〇三条・九〇四条が民法の第三章「相続の効力」第二節「相続分」に置かれていることに、その根拠を求めている<sup>(7)</sup>。したがって、「具体的相続分は指定相続分又は法定相続分を修正する相続分であり、それは被相続人の権利を承継する割合である」から、「具体的相続分こそが真の相続分であり、結局の相続分であるとして、具体的相続分に実体的権利性を承認し、したがって、その存否に争いがあるときは、民事訴訟を提起することができる」と解する<sup>(8)</sup>。一方、遺産分割分説は、有地亨教授が民法九〇三条の立法過程の検討を通して、民法九〇三条が第二節「相続分」に置かれているものの「分割ノ公

平ラ保タシメル』役割を果し、分割と密接な不可分の関係に立ち、相続分の決定よりはむしろ分割に接近すると云いうる」としたことに端を発している。<sup>9)</sup>その後、鈴木祿弥教授・唄孝一教授によつて「遺産分割分」との呼称がつけられ、主に実務家を中心に有力に主張されるようになった。この見解においては、具体的相続分を持戻計算によつて算出される遺産分割の分配基準とし、一定の数値で表される相続分率にすぎないとする。

遺産分割分説によれば、具体的相続分はそれ自体具体的権利ないし法律関係ではなく、したがつて遺産分割を離れて民事訴訟で既判力をもつて確定することはできないと解するため、具体的相続分に関するあらゆる確認の訴えは否定されることになつて、つまり、本件で争われた特別受益財産の確認を求める訴えについても、特別受益財産を具体的相続分の算定の際の観念的な操作基準としてしか認識しないため、訴えの利益は否定される。

これに対して、具体的相続分に実体的権利性を認める相続分説は、具体的相続分に関する確認の訴えを以下の四つの類型に分類して、その可能性を検討する。すなわち、第一に、総遺産に対する各共同相続人の具体的相続分の確認の訴え、または特別受益者(被告)が総遺産について具体的相続分がゼロであるこ

との確認の訴え、第二に、特定の相続財産に対する具体的相続分による共有持分の確認の訴え、第三に、特定の財産が生計の資本としての贈与(特別受益)であることの確認、および特別受益財産の価額の確認の訴え、第四に、特定の財産(特別受益財産)がみなし相続財産であることの確認の訴え、の四つの類型である。<sup>11)</sup>これら四つの類型は、さらに、具体的相続分の確認に関する訴え(第一と第二の類型)と、特別受益の確認に関する訴え(第三と第四の類型)とに、大きく分けることができよう。これは相続分説の中でも見解が分かれるが、特別受益の確認に関する訴え(第三と第四の類型)に関しては肯定する見解が多い。山崎賢一教授と梶村太市判事は第三と第四の類型に訴えの利益を認め、伊藤昌司教授は、第三の類型を持戻請求権の行使形態に最も近い訴訟形態と分析して、その訴えの利益を否定することとは不当であるとする。<sup>13)</sup>これに対して、具体的相続分の確認に関する訴え(第一と第二の類型)に関しては、相続分説においてもこれを認める見解は少ないが、野田愛子判事は第二の類型に訴えの可能性を認めている。<sup>14)</sup>

裁判例として現れたのは、第三・第四と第一の類型である。

東京地裁昭和三十九年二月二〇日判決(下民集一五卷二号三〇〇

頁）は、特別受益として贈与された物件の価額の確認を求めたもので、第三の類型にあたるが、東京地裁は、「民法第九〇三条によれば、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格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つたとしても、右価格はあくまで事実であつて、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、特別受益財産の確認を求める訴えを棄却した。第四の類型として、東京地裁昭和五〇年五月二二日判決（判例タイムズ三二六号二五二頁）がある。この事案では、原告が贈与された土地の価額が相続財産とみなされることを請求したのに対して、東京地裁はこれを認めた。ただし、被告側がXの主張事実を自白しており、欠席裁判として判決が言い渡されていることから、先例としての価値に疑問がもたれている。第二の類型については、相反する判決が下されている。大阪地裁昭和四〇年一月一八日判決（判例時報四二四号四七頁）では、調停離婚の際に財産分与として付与された不動産を特別受益とみるか否かが

争われたが、大阪地裁は当該不動産は特別受益にあたるとして民法九〇三条一項・九〇〇条一・四号にしたがつて相続分を計算したうえで、共同相続人が持分各三分の一の共有権を有することの確認を認めた。これに対して大阪地裁平成二年五月二八日判決（家裁月報四三巻四号七四頁）では、相続財産を構成する個々の物件に対して具体的相続分にもとづく共有持分の有無の確認が求められたが、大阪地裁は、具体的相続分は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るとして、確認の利益を否定した。その後、本判決の第一審判決である東京地裁平成元年一〇月六日判決、原審判決である東京高裁平成二年一〇月三〇日判決や東京高裁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）が、みなし相続財産であることの確認を求める訴えには確認の利益がないと判示した。

以上の判決において共通しているのは、特別受益か否かが争われたのが、おもに土地・家屋などの不動産であり、通常、審判のレベルにおいて特別受益か否かが争われることの多い学資や保険金などの不動産以外の財産ではない点である。これらの判決に見られるこうした共通点は、特別受益か否かが争われる対象が不動産かそれ以外かによる取扱いの区別の可能性を示しているといえるのではなからうか。欠席裁判であることから先

例としての価値に疑問がもたれる前掲東京地裁昭和五〇年五月二一日判決を除けば、民法九〇三条をめぐる裁判で確認の利益を認めただのは前掲大阪地裁昭和四〇年一月一八日判決のみであるが、この判決では、原告らの母に付与された財産分与による不動産を母がその受取を拒否したために原告らが受け取っていることから当該不動産を特別受益としており、実際には遺産範囲の確定の問題であったといえよう。

### 三 本判決の検討

以上の学説・判例の動向の検討を踏まえて、以下の順序で、本判決について検討を加えていくこととする。まず(一)において、本判決の理論構成を整理したうえで、(二)において、本判決の第一の理由にあげられている持戻義務の性質について検討して、特別受益財産ないしみなし相続財産が具体的相続分を確定するための観念的操作ではなく、具体的な相続財産として存在する可能性を示す。次いで(三)において、みなし相続財産の算定が訴訟において可能か否かを、特別受益と寄与分とを対比させて示すとともに、(四)において、みなし相続財産の確認と遺産の範囲の確認の類似点を指摘する。最後に(五)において、このようにして算定されたみなし相続財産を訴訟において確定

する利益が果たしてあるのか否かを検討する。なお、本判決では、みなし相続財産の確認ないし特別受益財産の確認が求められていることから、これらの確認の利益についてのみ検討し、具体的相続分の確認の利益については検討しない。

#### (一) 本判決の理論構成

本判決は特別受益財産の確認を否定する理由として、第一に、特別受益者には特別受益財産を相続財産に持ち戻す義務はなく、特別受益財産が相続財産に含まれることにはならないから、特別受益財産であ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、第二に、過去の法律関係であっても、現在の法律上の紛争の直接かつ抜本的な解決のために最も適切かつ必要と認められる場合には、確認の利益があると認められるが、特別受益財産であることの確定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すぎず、特別受益財産であることが確定しても、その価額、被相続人が相続開始時に有していた財産の全範囲およびその価額などが定まらなければ具体的相続分は定まらない、第三に、特別受益財産であるか否かの確定は、具体的相続分の確定を必要とする審判事件または訴訟事件における前提問題であるか

ら、その点のみを別個独立に判決によって確認する必要がある、の三点にあげている。

本最高裁判決と第一審判決・原審判決とでは、以下のような相違が指摘できる。第一審判決・原審判決が、みなし相続財産を具体的相続分の算定のための観念的操作基準と解して、私人間の権利義務の客体にはなり得ないとし、さらに、特別受益の算定は寄与分の算定と同様に家庭裁判所で審理判断するものであり、したがってみなし相続財産の確定は非訟事件であるから訴訟事項ではなく審判事項であるのに対して、本最高裁判決は、特別受益財産の確認が現在の権利・法律関係の確認を求めるものではないとしたうえで、特別受益財産が確定したとしても現存する紛争の直接かつ抜本的解決に有効適切とはいえないとして、過去の権利・法律関係の確認を求める利益を否定した。すなわち、第一審判決・原審判決が特別受益財産の確定の権利性そのものを否定したのに対して、本最高裁判決は現在の権利・法律関係であることは否定したものの、過去の権利・法律関係であることは否定せず、ただ特別受益財産が確定したとしても現存する紛争の直接かつ抜本的解決に有効適切とはいえないとして訴えの利益を否定したのである。<sup>16)</sup> また、第一審判決・原審判決が、特別受益を寄与分と同様に解して、みなし相

続財産の確認を非訟事件とし審判事項であると明示しているのに対して、本最高裁判決はこれらの点を明示することなく、審判事件または訴訟事件の前提問題にあるから別個独立に確認する必要がある、とするにとどまっている。

なお、後掲の佐上評釈も指摘するように、原告が第一審以来みなし相続財産の確認を求めており、第一審・原審においてはみなし相続財産の確認の利益について判示しているのに対して、本判決においては特別受益の確認について判示されていない。<sup>17)</sup>

## （二）持戻義務の性質

民法九〇三条一項の規定により、特別受益財産の持戻は価額持戻と規定されている。沿革的に見れば、現物持戻が原則であったが、それは農耕生活を送っている時代にあつては相続人間の衡平をはかるために現物持戻が最良の方法であつたからである。<sup>18)</sup> しかし、「使用価値を目的とする具体的な相続財産から交換価値の集積としての相続財産への進化の対応形態であり、それは同時に、古代社会から近代社会への相続の変遷をたどる必要の必然の運命でもあつた」と指摘されるように、今日では価額持戻を原則としている立法例がほとんどである。そうした中

で、価額持戻を原則としつつも、相続人の意思による現物持戻を例外的に認めているフランス民法(八五八条・八五九条)のよ  
うな立法例も見受けられる。

ところで、民法九〇三条によると、「遺贈」または「婚姻、養子縁組のためもしくは生計の資本としての贈与」が特別受益にあたる。わが国においてすべての生前贈与が特別受益とされなかつた理由として、第一に、あらゆる贈与を特別受益とみなすと計算が複雑になること、第二に、被相続人の通常の意味を推察すると少額の贈与は特別受益とはみなされるべきではないこと、があげられている。一方、フランス民法においては、原則としてすべての生前贈与が特別受益とされ、例外として哺育、教育見習、修業の費用、軍装に関する通常の費用、婚姻に関する費用、慣例的な贈与(八五二条)などが特別受益にあたらないとされている。わが国においては、挙式費用や学資、扶養料などが特別受益にあたるか否かに関して争われることが多いが、フランス法においては、これらの生前贈与は特別受益にあたらないことになる。わが国の民法は、フランス民法のように特別受益とはならない例外的な生前贈与を規定していないことから、挙式費用や学資、扶養料を特別受益から除外することはできないが、挙式費用や学資、扶養料などの生前贈与と、それ以外の生

前贈与、つまり不動産の生前贈与との取扱いを別異にする根拠とはなりうると思われる。さらに、近時のわが国で見られる土地価格の異常な高騰という状況は、こうした状況に対応するための方策として価額持戻だけでは十分ではなく、均分相続を貫徹するために、とくに不動産を別異に扱うこと、すなわち具体的な権利・法律関係として取り扱うことを必要としているのではないか。

以上のように、生前に贈与された不動産について特別受益か否かが争われている場合、みなし相続財産は、具体的相続分を確定するために必要な観念的操作というだけではなく、具体的権利・法律関係とみなすことが可能であり、みなし相続財産の確定は遺産の範囲の確定に類似していると考えることができると思われる。<sup>20)</sup>

### (三) 特別受益と寄与分

(二)においてみなし相続財産の確定が遺産の範囲の確定に類似していることを提示したが、実際に訴訟においてみなし相続財産の算定が可能か否かについて、以下において検討する。

みなし相続財産は、相続当時被相続人が有していた財産に特別受益財産を加えたものである。したがって、みなし相続財産

の範囲を確定するためには、特別受益財産を確定しなければならぬ。原審判決の理由にも見られるように、特別受益財産の確定は寄与分の確定とパラレルなものととも具体的に相続分を算定する修正要件であると解して、両者を別異に考えることは難しく、特別受益財産の判断は家庭裁判所の合目的裁量で行うべきとの指摘が、多くの実務家からなされている。しかし、その一方で、寄与分は独立した審判事項であることから遺産分割審判においても裁判所は合目的裁量で判断するものであるが、特別受益財産は「法定相続分、特別受益の各要件事実を認定したうえで導き出されるものであつて、その過程において裁判所の裁量の入る余地はない」とする若林昌子判事の見解や、民法九〇三条と九〇四の二条を並列的にとらえて法定相続分・指定相続分の修正要素であるとする理解を、「法規の沿革や相続法全体の理論構造を無視した独断であつて、一つの立場からの横暴な決め付けであることを指摘しなければならない」とする伊藤昌司教授の見解も見受けられる。

では、持ち戻すべき特別受益に該当するか否かの認定基準はどのように解されているのであろうか。多くの学説は、「当該生前贈与が相続財産の前渡しとみられる贈与であるか否かを基準にしなが、相続人間の衡平を考慮して判断されるべきである」

とし、さらに実務においては、「被相続人の生前の資産、収入、家庭状況に照らして、総合的に決定されるべき」とされている。民法九〇三条は特別受益として、婚姻もしくは養子縁組のための（生前）贈与と生計の資本としての（生前）贈与をあげているが、特別受益にあたるか否かが問題となるものとして、挙式費用、学資などがある。こうしたものが特別受益にあたるか否かを判断することは、被相続人がどのような動機で付与したかを判断することであるから、特別受益の算定は典型的な非訟事件であり審判事項であるとする実務家の指摘もある。一方、川嶋四郎助教授は、「寄与分は、遺産分割手続中で、過去および現在の事実を総合的に評価して最適な寄与分を将来志向的に裁量により確定するのにふさわしいものであり、非訟的処理が妥当なものである」のに対して、「特別受益の確定は、特定事実に対する法適用という裁量性を帯びない法的判断が要請されるべき問題」と指摘する。

筆者は、特別受益の確定を具体的に相続分の算定のための前提問題として分けて考えており、特別受益と寄与分に関してパラレルに扱う必要はないと考える。たとえば、老後の面倒を見てもらうとか家業を継ぐために被相続人が存命中に相続人のいずれかに贈与した場合において、その贈与が特別受益にあたり

して持ち戻された後に寄与分であると認定されて、実質的には特別受益と寄与分が重複していたとしても、特別受益の確定と寄与分の確定は別個になすべきであろう。さらに、特別受益の認定基準は、被相続人の生前の資産・収入・家庭状況に照らして総合的に決定されるとしても、民法九〇六条による遺産分割の基準を考慮する際の判断基準に比べて、はるかに客観的で機械的に定められた基準によっても可能であり、特別受益は民法九〇三条に従って算定することが可能なのではないか。特別受益のこのような認定基準は、民法九〇四の二条に規定される寄与分の認定基準とは異なっており、その意味において特別受益と寄与分を並列にとらえることはできないと筆者は考える。とくに、本件のように、生前に贈与された不動産が特別受益にあたるか否かだけが争われている事案においては、生前贈与された不動産を特別受益として確定すればよいといえよう。

(四)みなし相続財産の確定を求める訴えと遺産の範囲の確定を求める訴えの類似点

遺産の範囲の確定は、遺産分割を行う際の前提問題であり、最高裁昭和六一年三月一三日判決(民集四〇巻二頁三八九頁)によつて、その確定を求める訴えの確定の利益が肯定されてい

る。では、遺産の範囲の確定が問題となるのは、どのような場合であろうか。一般的には、被相続人の名義になっているが、生前贈与あるいは売買によつて実質的には被相続人の妻の所有となっている場合や、被相続人の子の名義で取得されたが被相続人が全部あるいはその半分を出資しているため実質的には被相続人の所有である場合などがある。前掲最高裁昭和六一年三月一三日判決では、被相続人がその愛人に不動産を詐取されるのを回避するために、被相続人名義の不動産を長男・長女の夫名義にしたのであるが、これを利用して当該不動産を四女が自分名義にし、自ら取得した不動産であると主張したことから、当該不動産の帰属が争われた。

以上に見たような遺産の範囲の確定が問題となる場合のうち、被相続人の子の名義で取得されたが被相続人が全部あるいはその半分を出資しているため実質的には被相続人の所有である場合は、被相続人が生前に特別受益を付与している場合と、表裏一体の関係にあるといえよう。すなわち、名義を子にしておきながら、その取得価格の全部ないし半分を被相続人が支払った場合、実質的には被相続人が当該不動産を子に対して贈与していたとみなすことが可能である。一方、被相続人が相続人のすべて、または一部に不動産を生前贈与している場合にお

いて、相続人間で争われるのがその生前贈与が特別受益に当たるか否かに関するものであっても、不動産価額を被相続人が出資しているという観点から見れば、該不動産は被相続人の所有であるといえ、したがってこうした争いの実態は被相続人の遺産の範囲に関するものであると考えられる。

（五）みなし相続財産の確認を求める訴えには確認の利益があるか

一般に、現在の権利・法律関係には確認の利益があると解されているが、過去の権利・法律関係に関しては、現存する紛争の直接かつ抜本的解決に有効適切な場合、あるいは即時確定の利益がある場合にのみ確認の利益があると解されている。みなし相続財産は、被相続人の相続開始時の財産に特別受益を加えたものであることから、遺産分割時から見れば過去の権利・法律関係といえる。したがって、みなし相続財産の確認を求める訴えに確認の利益があるというためには、現存する紛争の直接かつ抜本的解決に有効適切な場合、あるいは即時確定の利益がある場合であることが必要である。

本判決は、特別受益であることの確認は現在の法律上の紛争の直接かつ抜本的な解決のために最も適切かつ必要と認めるこ

とはできないとして、確認の利益を否定しているが、果たしてそうであろうか。遺産確認の訴えの適法性を認めた前掲最高裁判昭和六一年三月一三日判決は、「本件のように、共同相続人の範囲及び各法定相続分の割合については実質的な争いがなく、ある財産が被相続人の遺産に属するか否かについて争いのある場合、当該財産が被相続人の遺産に属することの確認を求めて当該財産につき自己の法定相続分に応じた共有持分を有することの確認を求める訴えを提起することは、もとより許されるものであ」としているが、本事案の場合も前掲最高裁判昭和六一年三月一三日判決が理由で述べているような状況にあるといえるのではない。当事者間の状況はさほど詳しくわからないが、判決文を見る限り、XY間で争われているのは、XY双方に被相続人から不動産の生前贈与がなされたか否かという点だけであり、共同相続人の範囲および法定相続の割合については争われていない。したがって、本事案においても、前掲最高裁判昭和六一年三月一三日判決と同様に、みなし相続財産が既判力を伴う判決によって確定されれば、遺産分割手続が長期間閉塞している状況が打破され、後に続く遺産分割を順当に進めることが可能になるのではないかと思われる。<sup>30)</sup>

一方、既判力の問題から、みなし相続財産の確認を求める訴

えを否定する見解もある。<sup>33</sup> すなわち、判決の言渡し後に、訴訟で争われた特別受益以外の特別受益や持戻免除をなす遺言の存在が明らかになった場合、みなし相続財産の確定を求める訴えを認めて判決を下しても、既判力を有するのは訴訟において争われた特別受益に関してであり、訴訟後に明らかになった特別受益には既判力が及ばないし、遺言の発見は再審事由(民事訴訟法四二〇条)にはならないから、みなし相続財産の確定を求める訴えには訴えの利益がないとする。しかし、原告が確認を求める特別受益以外の特別受益の存在や持戻免除の遺言の存在は、抗弁事実として被告が示し主張する事実を立証できない側が敗訴する、という民事訴訟の原則に従って行えばよいのではないだろうか。<sup>34</sup> 審判手続であるからといって、いつまでも特別受益の申立てができるとするのもおかしい話であるし、遺産分割審判の後に遺産の範囲が違っていたことが判明すれば、その遺産分割審判は無効になるのであるから、少なくとも前訴で争われた特別受益に関しては既判力が及ぶ判決の方が、安定度が高いといえよう。

#### 四 まとめ

本評釈は、相続人に不動産が生前贈与されている場合には、

特別受益の問題として処理するのではなく、遺産の範囲の問題として処理すべきであると考え、本件訴訟における確認の利益を肯定するものである。しかし、特別受益をはじめ遺産分割に関するさまざまな問題は、以下に述べるような遺産分割制度の構造自体の不整合から生じたものであり、これらの不整合が整備されない限り、根本的な解決は望めないといえよう。

遺産分割は、当事者の協議や合意を基礎にして解決されることが望まれる事項であり、争訟性があるものの、通常の訴訟における争訟性とは違って、身分関係または身分財産関係の特質から、個々の事件に応じた裁判所の裁量的判断にもとづいた処分が求められる事項であるとして、家事審判法九条一項乙類審判事項とされている。<sup>35</sup> 家事審判手続は非訟事件であるため、民事訴訟のような公開対審主義・当事者主義・厳格な形式性をとらず、非対審・非公開主義・職権主義・簡易迅速主義をとっていることから、審判には既判力がないと解されている。一方、遺産分割の前提問題は訴訟事項であるため、遺産分割の前提問題に関して別個に訴訟を提起することも可能であり、さらにその判決には既判力が伴う。つまり、遺産分割審判がなされたとしても、前提問題に関する判断には既判力が生じないため、遺産分割審判に不服がある者は、別個に訴訟を提起して、最終的

な権利関係の確認を得ることが可能であるし、本事実のように、遺産分割審判の進行中に、別個に訴訟を提起して判決を得てから、審判手続に臨むことも可能なのである<sup>37)</sup>。

遺産分割の内容を分断してその一部を地方裁判所へ吸収することを可能にしている遺産分割手続の構造に対して、次の二通りの考え方ができる。第一は、当事者があくまで争う前提問題については、その部分を家庭裁判所の遺産分割審判から切り離して、地方裁判所で判断すべきとする考え方である。前提問題に争いがある場合、かりになんとか審判までこぎつけたとしても、主張が認められなかった側は地方裁判所に訴えを提起してさらに争うであろうし、また、すでに訴訟で前提問題について争われているならば、事実上審判を中止して訴訟による確定を待たうえで手続を進行させなければならない<sup>38)</sup>。いずれにせよ家庭裁判所の審判を不服とする側が前提問題について別に訴訟を提起するのであれば、立証できない限り主張が認められないという弁論主義のもとで手続が進められる地方裁判所において審理判断した方が、紛争解決に役立つであろう。しかし、この考え方をとった場合、家庭裁判所の審判は事実上骨抜きにされてしまうし、また、同じ事案について、家庭裁判所でも地方裁判所でも審理判断するのは、訴訟経済の観点からみて

あまりにも効率が悪い。第二の考え方は、審判事項である遺産分割は、その中身を分けることなくあくまで家庭裁判所が専属的に審理判断すべきとするものである。この考え方に従えば、第一の考え方をとった際に生ずる難点を回避することができるが、訴訟事項である前提問題を地方裁判所で審理判断する道を開ざすことは、審判が公開でなされないことから、憲法八二条一項に抵触することにもなりうる。

この問題に対して、本判決は、「特別受益財産であるか否かの確定は、具体的相続分の確定を必要とする審判事件または訴訟事件における前提問題であるから、その点のみを別個独立に判決によって確認する必要がある」として、第二の考え方をとることを明確にした。本判決に従うならば、かりに遺産分割の前提問題について訴訟を提起したとしても、別個独立の判決によってその点だけを確認する必要はないとして、確認の利益を否定するのであるから、訴えは却下されるはずである。したがって、既判力はなくとも、遺産分割審判だけが、遺産分割に関する唯一の審理判断方法となる。本判決は、遺産分割の前提問題に關しても家庭裁判所が独自に審理判断できるとした最高裁大法廷昭和四一年三月二日決定とともに、家庭裁判所が可能な審理判断の範囲を拡大したものと評価することができよう。

しかし、第一審判決がみなし相続財産であることの確認を求め、訴えを不適法として訴えを却下したのに対して、本判決は上告を却下していない点、さらに、原審判決においてみなし相続財産を確定することは本来的に非訟事件であり審判事項であると明示されているのに対して、本判決においては訴訟事項であるのか審判事項であるのかが明示されていない点から、みなし相続財産を確定する訴えが訴訟事項であることが、本判決によって完全に否定されたわけではなく、訴訟的処理の可能性も非訟的処理の可能性も残したといえる。これらの点は、本稿三(五)で示したように、本件のように相続人に不動産が生前贈与されている場合は、みなし相続財産の確定が遺産の範囲の確定と表裏一体となっている場合であり、訴訟事項として扱うか審判事項として扱うかの限界上に位置していることの証左なのではないかと思われる。

## 注

- (1) 最高裁昭和六一年三月一三日判決(民集四〇巻二号三八九頁)は、遺産確認の訴えを認めている。
- (2) 有地 亨「特別受益者の持戻義務」民商四〇巻一号五頁一八頁(一九五九年)、千藤洋三「フランス相続法の研究——特別受

益・遺贈——」(関西大学出版部、一九八三年)一一一—一四頁。

- (3) 千藤・前掲注(2)一頁、『民法講義8(相続)』(有斐閣、一九七八年)二二〇頁、右近健男「事実上の相続放棄」中川善之助先生追悼現代家族法体系編集委員会編『現代家族法体系5(相続?)』遺産分割・遺言等(有斐閣、一九七九年)一七八頁。

- (4) 特別受益の確認と具体的相続分の確認とを別の概念だと指定する見解として、山名学「遺産分割における特別受益の確定」具体的相続分ないし特別受益の確定は審判事項か訴訟事項か(「ケース研究二一—号一六一頁(一九八七年)、山崎まさよ・判例タイムズ七三五号二〇二頁)。

- (5) 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』(判例タイムズ社、一九七三年)二一八頁、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—四頁、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—三二頁(一九七九年)、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」民商法雑誌五三巻三三三—三三九頁、野田愛子「遺産分割」家事事件の実務その3」ジュリスト三三三—三三九頁、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果」(判批)家裁月報三五巻二二号一一九頁など。

- (6) 田中恒朗「遺産分割の前提問題」訴訟と審判の交錯」判例タイムズ三三二一頁（一九七五年）・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（一九九六年）・「遺産分割手続の前提問題」現代家族法体系5（有斐閣、一九七九年）三六頁・「具体的相続分は「相続分」か「遺産分割分」か」東海七号一頁（一九九一年）以上の論文はすべて、「遺産分割の理論と実務」判例タイムズ社、一九九三年に収められている、安倍正三「具体的相続分に関する争い」新版相続法の基礎（青林書院新社、一九七七年）一五七頁、山名・前掲注（4）一五七頁など。
- (7) 梶村太市「遺産分割と特別受益」沼部愛一ほか編『家事審判事件の研究（2）』（一粒社、一九八八年）六四頁以下参照。
- (8) 梶村・前掲注（7）六六頁。
- (9) 有地・前掲注（2）二三頁。
- (10) 鈴木禄弥Ⅱ 唄孝一『人事法2』（有斐閣、一九七五年）九四頁。
- (11) 山崎・前掲注（5）一三四頁。
- (12) 梶村判事は、一九八八年には肯定していたが、一九九二年の「特別受益の持戻しと確認訴訟の適否」（家月一頁以下）では見解を否定へと変更した。すなわち、みなし相続財産存否確認の訴えについては、「確認の対象資格を欠くか、仮にそれを肯定するとしても方法選択の点で即時確定の利益を欠き、結局確認の利益を欠くものとし不適法であるといわざるを得ないと思われる」とする。
- (13) 伊藤・後掲評釈六七頁。
- (14) 野田・前掲注（5）一〇五頁。
- (15) 山名・前掲注（4）一五九頁注七。
- (16) 佐上・後掲評釈一〇九頁。
- (17) 佐上・後掲評釈一〇九頁。光本正俊教授は、みなし相続財産を特別受益財産に読み替えて、本件を評釈している（光本正俊・後掲評釈七七〇頁）。
- みなし相続財産は、被相続人が相続開始時に有していた財産に、特別受益財産を加えたものであることから、みなし相続財産の確認と特別受益財産の確認とは意味合いが異なるのではないかと筆者は考える。しかし、みなし相続財産の確定を認める判決主文として、たとえば、「別紙目録記載の不動産（の価額）が相続財産とみなされることを確認する」というものが考えられるが（川嶋・後掲評釈（判例評論四〇二号）一五二～一五三頁）、この判決主文からは、被相続人が相続開始時に有していた財産に特別受益財産を加えたものであることは明らか

かにはならないし、みなし相続財産が被相続人が相続開始時に有していた財産に特別受益財産を加えたものであることを明らかにする判決主文は考えにくい。したがって、みなし相続財産の確認と特別受益財産の確認の意味合いを別個に考える必要は、事実上存在しない。

- (18) 有地・前掲注(2)三四頁以下。  
 (19) 有地・前掲注(2)三五頁以下。  
 (20) 有地 亨「新版注釈民法(2)相続(2)」（谷口知平ほか編）（有斐閣、一九八九年）二二八頁以下。  
 (21) 持戻義務の性質について触れることなく、みなし相続財産の範囲の確定を遺産の範囲の確定と同様と解する見解として、川嶋・後掲評釈（判例評論四〇二号）一五五頁がある。また、みなし相続財産の確認を持戻義務の確認と同視してみなし相続財産の確認の訴えを肯定する見解に、梶村・前掲注(7)七一〜七二頁、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六一頁、山崎・前掲注(5)二三五頁がある。なお、梶村判事が、一九九二年の「特別受益の持戻しと確認訴訟の適否」（家月二六〜三六頁）において否定説へと変更したことは、前掲注(12)で触れた。

一方、遺産分割分説の立場から、田中教授は、「持戻し」は

具体的相続分算定のための操作の一過程にすぎないから、それ自体が共同相続人の権利義務の關係たるべきものとはいえない筈である」として、みなし相続財産であることの確認の訴えにおける確認の利益を否定する（田中・前掲注(6)「具体的相続分は「相続分」か「遺産分割分」か「遺産分割の理論と実務」二五二〜二五三頁。）

- (22) 山名・前掲注(4)一六二頁など。  
 (23) 若林昌子「特別受益の確認と訴訟事項か審判事項か」判タ六八八号四八頁（一九八九年）。  
 (24) 伊藤・後掲評釈六四頁。  
 (25) 有地・前掲注(20)二二八頁。  
 (26) 有地・前掲注(20)二二八頁。  
 (27) 民事判例研究会において、大津卓也判事にこの点の指摘を受けた。  
 (28) 川嶋・後掲評釈（判例評論四〇二号）一五五頁。  
 (29) 相続人のすべてに生前贈与されている場合には特別受益とみなす必要はないとした審判例として、東京高裁昭和四二年一月二一日決定（家裁月報一九卷六号五五頁）がある。  
 (30) 林淳「確認の利益」『民事訴訟法の争点（新版）』二六六頁、中野貞一郎「確認訴訟の対象と『事実』はどこまで対象適格をもつ

- か）判タ八七六号七頁以下（一九九五年）など。
- (31) 井上治典『民訴判決百選(第二版)』二一〇頁・『昭和六一年度重要判例解説』二二五頁、兼子・新堂・松浦・竹下『条解民事訴訟法』八〇九〜八一〇頁、林屋礼二・家裁月報三九卷八号二六頁、野村秀敏『紛争の成熟度と確認の利益(七)』判例時報一二二九号一七頁など。
- (32) 川嶋・後掲評釈(法学教室一八〇号)九九頁。なお、みなし相続財産の確認の訴えにおいても、遺産の確認訴訟と同様に、共同相続人の全員に判決を合一的に確定させる必要があることから、固有必要的共同訴訟であると解される(山崎・前掲注(5)一三五頁)。
- (33) 田中・前掲注(6)「遺産分割の前提問題と民事訴訟」遺産分割の理論と実務』五〇頁以下、安倍・前掲注(6)一五九頁。
- (34) 川嶋助教授は、「既判力の基準時まで提出すべき被告の抗弁事項であるので、既判力の時的限界との関係で、その主張は許されなくなるのではないか」とする(川嶋・後掲評釈(判例評論四〇二号)一五八頁)。
- (35) 西原諄『新版注釈民法(2)親族(1)』(青山道夫ほか編)(有斐閣、一九八八年)六四頁以下、石川恒夫『民法(8)親族(第三版増訂版)』(遠藤浩ほか編)(有斐閣、一九八八年)三一頁以下参照。
- (36) 山木戸克己『家事審判法(法律学全集38)』(有斐閣、一九六一年)五六頁。
- (37) なお、家庭裁判所による遺産分割の前提問題の審理判断と、前提問題について提起された訴訟との関係に関して、最高裁大法廷昭和四一年三月二日決定(民集二〇卷三号三六〇頁)は、家庭裁判所はつねに民事訴訟による判決の確定をまっただけで遺産分割審判をなす必要はなく、審理手続においてはじめて遺産分割審判をなす必要はなく、審理手続において前提問題を審理判断したうえで分割の処分を行っても差し支えないとし、この大法廷決定は家庭裁判所の実務において完全に定着しているそうである(山崎賢一「遺産分割と前提事項の判断」谷口・加藤編『新版判例演習民法』5「親族・相続」)(有斐閣、一九八四年)二四六頁)。しかし、遺産分割審判においてなされた前提問題の判断は、分割審判の前提事実として判断されるだけで、分割審判は分割の具体的内容について形成力を生じるものの、前提問題の判断に関しては既判力は生じない。
- (38) 実務では、このような方法をとるのが一般的のようである(野田・前掲注(5)一〇五頁)。
- (39) 西原・後掲評釈六七頁、佐上義和・後掲評釈一〇九頁。

