

## 特別受益をめぐる確認の訴えの適法性

岡庭 幹司

## 1 はじめに

遺産分割それ自体は民法 907 条 2 項、家事審判法 9 条 1 項乙類 10 号、家事事件手続法 191 条以下・別表第二 12 項により家庭裁判所の審判事項とされているが、その前提となる事項に関して共同相続人間に争いのあるとき、これを家庭裁判所の審判手続によって確定するのか、それとも通常裁判所の訴訟手続によって確定するのか、という問題については、周知のとおり、最高裁昭和 41 年 3 月 2 日大法廷決定（民集 20 卷 3 号 360 頁）（以下「昭和 41 年最大決」という。）が、「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。」との判断を示した<sup>1)</sup>。それ以来、判例は、遺産分割の前提問題について種々の確認の訴えを許容してきた。すなわち、遺言無効確認の訴え（最一小判昭和 47 年 2 月 15 日民集 26 卷 1 号 30 頁）、遺産確認の訴え（最一小判昭和 61 年 3 月 13 日民集 40 卷 2 号 389 頁）、及び、相続人の地位を有しないことの確認を求める訴え（最一小判平成 22 年 3 月 16 日民集 64 卷 2 号 498 頁。なお、最一小判平成 16 年 7 月 6 日民集 58 卷

5号1319頁参照。)が、いずれも適法と認められている。

しかるに、こと民法903条の特別受益をめぐる紛争に対しては、判例は、その訴訟手続による確定に対して、極めて冷淡な態度を示している。すなわち、まず、最高裁平成7年3月7日第三小法廷判決（民集49巻3号893頁）<sup>2)</sup>（以下「平成7年最判」という。）は、特定の財産が被相続人から相続人に対して贈与された特別受益財産であることの確認を求めた訴えについて、確認の利益を欠くものとして不適法とした。次いで、最高裁平成12年2月24日第一小法廷判決（民集54巻2号523頁）<sup>3)</sup>（以下「平成12年最判」という。）は、特別受益を斟酌して算定した具体的相続分の価額又は割合の確認を求める訴えについて、やはり確認の利益を欠くものとして不適法とした。

このような判例の態度については、概ね肯定的な評価がなされている<sup>4)</sup>。そもそも昭和41年最大決の枠組み自体に対して、「裁判所による二重の処理を認めることは、被告の負担、訴訟経済、審判手続の安定性等を考えると無理がある。」<sup>5)</sup>との評すら、なされている。

しかしながら、非訟事件における当事者の手続保障は必ずしも十分とは言い難い。判例は、遺産分割審判に対して即時抗告がなされた場合において、抗告審が相手方に対し抗告状の副本の送達をせず、攻撃防御の機会を与えることなくして原審判を不利益に変更したとしても、憲法32条に違反するものではないとして特別抗告を斥け（最三小決平成21年12月1日家月62巻3号51頁）、一定の事情の下では、当事者が攻撃防御の機会を逸し、その結果として十分な審理が尽くされなかったとまではいえないとして許可抗告をも斥けた（最三小決平成21年12月1日家月62巻3号47頁）。このような状況<sup>6)</sup>の下では、非訟事件として一度審理されたからといって、その後訴訟を提起することを蒸返しと評価することはできない。実体法上の権利関係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とする昭和41年最大決は、なお、重要な意義を有している<sup>7)</sup>。この点、平成7年最判及び平成12年最判は、昭和41年最大決との関係で、必ずしも違憲の疑いを払拭

しきれていない<sup>8)</sup>。

さらに、「共同相続人が取得する遺産の共有持分権は、実体上の権利である」と明言する最高裁平成17年10月11日第三小法廷決定（民集59巻8号2243頁）<sup>9)</sup>（以下「平成17年最決」という。）の出現によって、平成12年最判と平成17年最決との整合性に対して疑問が呈されている<sup>10)</sup>。

そこで、本稿は、平成7年最判及び平成12年最判によって、特別受益をめぐる確認の訴えを適法とする余地が完全に否定されてしまったのかどうかを検討しようとするものである。

## 2 平成7年最判及び平成12年最判の事案及び判旨

まず、本稿の検討対象とする判例について、その事実の概要及び判旨を紹介しておこう。

### (1) 平成7年最判について

事実の概要は、次のとおりである。

訴外Aは昭和45年11月26日死亡し、その子であるX（原告・控訴人・上告人）及びY<sub>1</sub>ないしY<sub>4</sub>（被告・被控訴人・被上告人）（以下単に「Yら」という。）がこれを相続した。Yらは、昭和47年10月、Xを相手方として、東京家庭裁判所にAの遺産の分割を求める審判の申立てをした。この手続において、Xは、昭和25年から昭和32年にかけてAからY<sub>1</sub>、Y<sub>2</sub>及びY<sub>4</sub>に対して生前贈与があった旨主張したが、Yらはこれを争ったようである。そこで、Xは、昭和62年になって、Yらを被告として、東京地方裁判所に本件訴訟を提起した。

Xの定立した請求の趣旨は、「XとYらとの間において、(一)別紙物件目録(一)〔省略〕記載の各物件は、同日録記載の日に訴外亡AからY<sub>1</sub>に、(二)別紙物件目録(二)〔省略〕記載の各物件は、同日録記載の日に訴外亡AからY<sub>2</sub>に、

(三) 別紙物件目録(三)〔省略〕記載の各物件は、同日録記載の日に訴外亡AからY<sub>4</sub>に、それぞれ贈与された民法903条所定のみなし相続財産であることを確認する。』(以下「本件請求」という。)というものである。

なお、Yらの主張によれば、Yらは、昭和47年になしていた前記遺産分割審判の申立てを、本件訴訟係属後である昭和62年11月24日に取り下げたようであり、また、これとは別に、XがYらを相手方として東京家庭裁判所に遺産分割審判の申立てをなし、この審判手続が進行中であつたようである。

本件訴訟において、Yらは、本案前の主張として次のように述べ、訴え却下を求めた。すなわち、①特定の物件が民法903条所定のみなし相続財産にあたるか否かは、遺産分割審判の前提問題として、家庭裁判所がこれを審理し、判断することができるころ、本件のように既に遺産分割の審判手続が開始されている場合にあつては、訴訟経済の見地からみて、当該審判の前提問題にあたる事項は、まず、家庭裁判所の右審判手続に委ねられるべきであり、その審判を経ずに、民事訴訟を提起することは許されない、②さらに本件においては、Xも亡Aから生計の資本として種々の財産の生前贈与を受けているが、Xが右生前贈与を否定するので、Yらは、Xが否定する生前贈与について、前記審判手続において、審理判断を求める予定であり、そうとすれば、同一の遺産分割において、一方の生前贈与については訴訟手続で審理判断されるが、他方の生前贈与については審判手続で審理判断されるということになり、極めて不合理・不都合である、という。

第一審<sup>11)</sup>は、Xの訴えを不適法として却下した。その理由は概ね以下のとおりである。すなわち、民法903条1項所定のいわゆる「みなし相続財産」という概念は、具体的相続分算定のための1つの要件ではあるが、共同相続人の具体的相続分を算定するには、その前提として、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、特定の相続人の特別受益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ではない。のみならず、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わ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、更に上位の観念であり、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は不可能である。「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訴えは、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訴えと言い替えてみても、結局は民法 903 条 1 項所定の要件事実の確認を求めるに帰着し、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。なお、「みなし相続財産」ないし特別受益の性格が以上説示のとおりであるとすれば、その点に関する審理手続は、法律上の実体的権利義務の存否を確定するための本来の訴訟事件手続に該当せず、非訟事件の本質を有する遺産分割手続の一部を構成するにすぎないから、当該手続が公開の法廷で行われないことについて、憲法 82 条 1 項に違反しない、という。

これに対して X が控訴したが、控訴審<sup>12)</sup>も控訴を棄却し、不適法却下の結論を維持した。その理由の骨子は、①民法 903 条の「みなし相続財産」<sup>13)</sup>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 1 つの要件にすぎず、「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、②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、当事者間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、遺産分割と同時にされるものとされている。このような法の趣旨に照らせば、寄与分と同様に法定又は指定相続分を修正する要素として位置づけられている特別受益の有無及び価額についても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を法は予定していない、③特別受益の有無及び価額を判断するにあたっては、単に贈与の事実にとまらず、婚姻、養子縁組及び生計の資本に関する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、というにある。

Xは上告し、生前贈与の確認は明らかに訴訟事項であるにもかかわらず本件請求に係る訴えを不合法とするのは憲法82条1項に違反する、本件請求は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らるものであって法律関係の存否の確認を求めらるものであるから適法である等と理由を述べた。

これに対して、最高裁は、以下のとおり判示して、Xの上告を棄却した。

「民法903条1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とはできない。」(以下「判旨前段」という。)

「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44年(オ)第719号同47年11月9日第一小法廷判決・民集26巻9号1513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お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って確認する必要もない。」(以下「判旨後段」という。)

「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適法である。本件訴えを却下すべきものとした原審の判断は、結論において是認することができる。右判断は、所論引用の判例に抵触するものではない。論旨は、原判決の結論に影響しない部分の違法をいうものに帰し、採用することができない。」(以下「判旨結論部分」という。)

## (2) 平成12年最判について

平成12年最判の事実の概要は、次のとおりである。

訴外A'は、平成4年11月10日死亡し、その長男であるX'(原告・控訴人・上诉人)及び長女であるY'(被告・被控訴人・被上诉人)がこれを相続した。Y'がX'を相手方として申し立てた遺産分割申立事件につき、家庭裁判所は、X'に1億6179万円、Y'に400万円の、各特別受益があると判断し、X'の具体的相続分額を2億1740万5000円、Y'のそれを3億7519万5000円と算定し(なお、具体的相続分率に換算すると、X'0.366866、Y'0.633134となる。)、これを前提として、A'の遺産を分割するとともに、X'はY'に対し2億2312万円の清算金を審判確定後6か月以内に支払うよう命じる審判をした。X'は上記審判を不服として抗告し、Y'も附帯抗告したが、平成8年9月27日に各抗告は棄却された。X'は、更に抗告を申し立てたが、最高裁は、平成8年12月16日に上記抗告を不適法として却下した。

このようにして上記審判の確定した後、X'がY'に対して提起した訴えが本件である。その請求の趣旨は、「原被告の母訴外A'を被相続人、原被告を共同相続人とする、別紙遺産目録記載の同被相続人の遺産の分割における、民法903条1項に基づく、被告の具体的相続分の価額は金2億0169万8500円、同相続分率は0.502679(4億0124万7000分の2億0169万8500)を超えないことを確認する。」というものである。

X'は、特別受益について、次のとおり主張した。すなわち、まず、X'の特別受益について、家庭裁判所の審判は、「X'は、A'が借地権を有していた土地(底地)の購入をA'から勧められ、昭和57年3月に、A'から贈与された900万円と自己資金300万円とを併せた1200万円で前権利者から同地(底地)の持分2分の1を買い受けた。右A'の援助がなければX'が右物件を購入することができなかったから、同物件を持戻しの対象とみるのが当事者間の衡平を図る上で相当と思料される。その特別受益額は右物件評価額にA'の援助割合(1200分の900)を乗じた額とするのが相当であり、相続開始時の額は1億



6179万円である。」と判断したが、特別受益の対象は、贈与を受けた金銭であって、土地ではない、すなわち、X'が持ち戻すべき特別受益財産は、土地の持分2分の1の購入資金としてA'から出捐を受けた1000万円（贈与額900万円とA'が出捐した売買費用内金100万円の合計額）を基本とし、物価変動を考慮して相続開始時のその評価を1230万円とみるべきである、と主張した。また、Y'の特別受益については、審判で認められた400万円のほかに、土地建物の買受け代金500万円があり、物価変動を考慮して相続開始時のその評価を615万円とみるべきであるから、Y'の特別受益は1015万円である、と主張した。なお、上記のほか、相続財産の一つである借地権の価額の評価について、その残存期間が僅かであることを考慮して減額して評価すべきことも主張している。

これに対して、Y'は、X'の主張する上記事項はいずれも審判事項であり、総遺産に対する具体的相続分の確認の訴えは許されず、X'の本件訴えは不適法であると主張し、訴えの却下を求めた。

第一審<sup>14)</sup>は、X'の訴えを不適法として却下した。

X'の控訴に対し、控訴審<sup>15)</sup>は、以下のとおり判示して、控訴を棄却した。

「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った場合は、それらが特別受益に該当するか否か、いわゆる持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持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904条の2により寄与分を定める必要のある者があった場合、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。

右のような諸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。

なお、遺留分減殺請求権が行使された場合、遺留分の有無・程度を判断するに当たって、具体的相続分を訴訟上算定することがあり得るが、右事実と、遺産分割の前提としての具体的相続分について訴訟の対象としての適格性を否定することは、なんら矛盾しない（遺留分減殺請求権が行使された場合であっても、遺留分算定の前提としての具体的相続分自体が確認訴訟の対象となり得るとするのには疑問がある）。」

これに対して、X'が上告受理の申立てをし、昭和41年最大決に反する旨を主張した。

最高裁は判例違反をいう部分について上告受理決定をしたが、次のとおり判示して、結論としては上告を棄却した。

「民法903条1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おいて有した財産の価額にその贈与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その遺贈又は贈与の価額を控除し、その残額をもって右共同相続人の相続分（以下「具体的相続

分」という。)とする旨を規定している。具体的相続分は、このように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の総額に対する割合を意味するものであって、それ自体を実体法上の権利関係であるということとはできず、遺産分割審判事件における遺産の分割や遺留分減殺請求に関する訴訟事件における遺留分の確定等のための前提問題として審理判断される事項であり、右のような事件を離れて、これのみを別個独立に判決によって確認することが紛争の直接かつ抜本的解決のため適切かつ必要であるということとはできない。

したがって、共同相続人間において具体的相続分についてその価額又は割合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解すべきである。

以上によれば、X'の本件訴えを却下すべきものとした原審の判断は、是認することができる。右判断は、所論引用の判例に抵触するものではない。論旨は、独自の见解に立って原判決を非難するものであって、採用することができない。」

### 3 問題点の整理

平成7年最判に先立つ下級審裁判例をみると、結論として訴訟手続により判決をもって特別受益財産の確認をした例は極めて少なく<sup>16)</sup>、ほとんどは不適法としている<sup>17)</sup>。もっとも、その不適法とする理由は必ずしも同一でなく、一応、次の3つに分類できよう。すなわち、第1の立場は、そもそも特別受益財産の確認は本来的に非訟事件であり、訴訟事項ではなく審判事項であるとするもの<sup>18)</sup>、第2は、確認訴訟は法律の明文をもって例外が規定されていない限り現在の権利又は法律関係の確認を求める場合にのみ許容されるとの立場を前提として、これに照らすと、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事実ないしは過去の法律関係の確認を求める訴えであるから不適

法であるとするもの<sup>19)</sup>、そして第3は、特定の財産が特別受益財産であることを訴訟手続において既判力をもって確認してみても、それだけでは直ちに具体的相続分の算定が可能となるものではないから、紛争解決に役立たない、とするもの<sup>20)</sup>の3つである。

これら3つの理由は、いずれも相互に密接に関連しあう問題ではあるけれども、議論の混乱を避けるための一応の整理としてこの3点に問題を分けて、特別受益をめぐる確認訴訟の適法性を検討する。

#### 4 審判事項説と訴訟事項説

(1) そこで、まず第1に、ある特定の財産が特別受益財産に該当するか否かの確定は、本来的に専ら家庭裁判所の審判手続によってなすべき審判事項であるのか、それとも、その終局的な確定は通常裁判所における訴訟手続によってなすべき訴訟事項であるのか、という問題を検討する。仮にこの問題につき審判事項であると考えたと、第2、第3の問題に立ち入るまでもなく本件請求に係る訴えは不合法となる。平成7年最判の控訴審判決が確認訴訟の紛争解決機能についてまったく言及しておらず、また大阪地判平成2年5月28日<sup>21)</sup>が、持分権不存在確認請求という、現在の権利関係の確認を求めるものであることの明らかな訴えを不合法却下したのは、この問題について審判事項説に立ったがためであろう。

ただし、ここでいう訴訟事項説とは、終局的な確定は訴訟手続によるべきであるというに過ぎない、つまり、家庭裁判所の審判手続において審理判断することを何ら妨げるものではない、ということには予め注意を要する。この問題は昭和41年最大決<sup>22)</sup>で既に決着している。

(2) 特別受益の確定が本質的に非訟事件であって専ら審判事項であるとする立場は、その理由として、まず、①特別受益を考慮して定まる具体的相続分は、観念的性質のものであって、遺産分割の基準として意義を有するに過ぎず、遺

産分割前に権利として存在するものではないこと<sup>23)</sup>、そして、②特別受益は、法定又は指定相続分を修正する要素である点では寄与分と共通するから、家庭裁判所が遺産分割の中で審理判断すべきであること<sup>24)</sup>を挙げる。

しかしながら、もし具体的相続分が権利でないとするならば、なぜそれを基準として遺産分割をすることができるのか、という根本的疑問を拭えない<sup>25)</sup>。

また、そのような捉え方は現行法規定とは必ずしも整合しない。民法 903 条 1 項は、その規定の構造上、特別受益が相続分に影響を及ぼすためには当事者の協議も家庭裁判所の形成的裁判も必要としてはいないし、家事審判法又は家事事件手続法上も、特別受益の有無及び価額の確定を家庭裁判所の審判により行うという規定は存在しない。そうとすれば、各相続人の相続分は（後に寄与分の定めによって具体的相続分が変動する可能性はあるとしても）相続開始時において既に客観的に定まっていて、各相続人はその相続分に応じて相続財産について共有持分権を有していると解する方が、条文に整合的な解釈であろう<sup>26)</sup>。

審判事項説の上記理由②も、寄与分に関しては民法 904 条の 2 及び家事審判法 9 条 1 項乙類 9 号の 2・家事事件手続法別表第二 14 項により明示的に審判事項とされているのと比較して規定の構造が明らかに異なるにもかかわらず特別受益を寄与分と同視するには必ずしも十分説得的な理由とはいえない<sup>27)</sup>。

審判事項説が上記①のように主張するのは、分割前の遺産に属する特定財産の持分権が相続人によって譲渡された場合の第三者の取引安全の保護をはかるためかもしれない<sup>28)</sup>。しかし、もしそうであれば、その限度で理論構成することも可能なのであって<sup>29)</sup>、共同相続人相互間における各相続人の相続分をめぐる争いという、取引安全の考慮の必要のない場合についてまで影響する、具体的相続分の権利性そのものの否定という理屈を立てる必然性はない。

(3) 審判事項説は、より実質的な理由として、③特別受益の有無及び価額の確定は、「婚姻、養子縁組のため若しくは生計の資本としての贈与」に該当することの判断を要するが、それには、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一切の事情を総合的に考慮しなければならないから、それは家庭裁判所の合目的な裁量により行われるべき本来的非訟事件である、と主張する<sup>30)</sup>。例えば、大学進学のための学資がかなり多額にのぼっても、今日ほど大学進学が一般化している現状に照らせば、それを特別受益と見ないことも多いであろうし、逆に、被相続人の生活や資産状況に応じて、少額ではあっても、ある贈与が特別受益と認められることはあり得る<sup>31)</sup>というのである。

確かにこれは、一見非常に説得的な理由ではある。

しかしながら、この理由も決定的なものとはいえない。

まず、一口に特別受益に関する争いといっても、様々な種類があることに注意する必要がある。贈与それ自体の存否が争われている場合、贈与があったこと自体については争いが無いがそれが生計の資本としての贈与に該当するかどうか争われている場合、又は、贈与がありそれが生計の資本としての贈与にあたることも争わないがその価額について争いがある場合、と、争いの具体的内容は様々な種類があり得る<sup>32)</sup>。このうち、贈与それ自体の存否が争われている場合、例えば、当該財産は贈与されたものではなくて相続人が自らの資金で被相続人から買い取ったと主張して争っている場合には、訴訟手続において、当事者に主張立証を尽くさせ、証拠によって対価の支払の有無を認定する方が適切である<sup>33)</sup>。また、価額に関する争いも、訴訟手続において鑑定等の方法により確定することが可能であろう。

これに対して、贈与があったことは認めつつも、それが、「生計の資本としての贈与」に該当するかどうか争われている場合には、審判事項説の上記理由③がまさにあてはまる。

しかしながら、この場合でも、特別受益の確定を審判手続で行った方がより適切であるということにとどまるのであって、訴訟手続において特別受益を確定することが不可能であるということにはならない。民法770条1項5号の「婚姻を継続し難い重大な事由」や借地借家法上の「正当の事由」という概念は、諸

般の事情を総合的に考慮して判断されるが、これらは訴訟手続において判断される<sup>34)</sup>。「生計の資本としての贈与」もこれと同様、訴訟手続において認定することが不可能というものではない。現に、遺留分減殺請求訴訟では、訴訟手続において特別受益の確定が行われている（民法 1044 条・903 条）ということも、これを裏付けるものといえよう。

(4) 以上のように、あえて条文の文言に反してまで審判事項説に立たねばならない積極的理由は見あたらない。

むしろ、上告理由の指摘するとおり、審判事項説に憲法 32 条・82 条違反の疑いが残ることは、やはり否めないように思われる<sup>35)</sup>。

周知のとおり、最高裁は、戦時民事特別法 19 条 2 項・金銭債務臨時調停法 7 条による強制調停を違憲とした昭和 35 年 7 月 6 日の大法廷決定（民集 14 卷 9 号 1657 頁）、及び、夫婦同居審判と婚姻費用分担審判の合憲性について判断した昭和 40 年 6 月 30 日の 2 件の大法廷決定（民集 19 卷 4 号 1089 頁及び同号 1114 頁）により、性質上純然たる訴訟事件、つまり、法律上の権利義務自体の争いを確定するには、公開の法廷における対審及び判決によるべきであるが、そのような実体的権利義務があることを前提として、その具体的内容を裁判所が後見の見地から裁量権を行使して形成する非訟事件は、公開法廷における対審及び判決によらなくても憲法 32 条・82 条に違反しないとの判例理論を確立した。そしてこれを承けて、昭和 41 年最大決は、家事審判法 9 条 1 項乙類 10 号の遺産分割審判の合憲性が問題となった事件において、前述のとおり、「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。」と明言したのである。

これを特別受益の確定について考えてみると、前述のとおり、民法 903 条の規定の構造上、実体的権利義務の具体的内容を裁判所が後見の見地から裁量権を行使して形成するという仕組みにはなっておらず、これを非訟事件とみるこ

とはできない。かえって、特別受益の有無及びその価額は相続財産に対する共有持分権の多寡に直接反映する要素であることに鑑みれば、昭和41年最大決のいう「相続権」の一要素として、その存否及び額の確定は終局的には訴訟手続によることが要求されると解すべきである<sup>36)</sup>。また、そのように解さなければ、上記「相続権」の意味がほとんど空虚なものになってしまうのではないか。身分関係さえ確定されれば法定相続分は法律上当然に定まり、法定相続分それ自体を訴訟によって確定する必要はないからである<sup>37)</sup>。特別受益についての判断を遺産分割と同時に家庭裁判所で行う方が実際上は適切な場合があるとしても、それは調停前置主義(家事審判法18条・家事事件手続法257条)の適用により解決すべきことではあるまいか。

(5)では、最高裁が審判事項説又は訴訟事項説のいずれの立場に立っているのかといえば、平成7年最判はまったく言及していない<sup>38)</sup>。

この点、平成12年最判が「具体的相続分は…〔中略〕…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の総額に対する割合を意味するものであって、それ自体を実体法上の権利関係であるということとはでき」ない、と判示したことから、具体的相続分の権利性は否定され、訴訟手続による確認を求めることは許されないとの理解が一般的であった<sup>39)</sup>。

しかし、その後、「共同相続人が取得する遺産の共有持分権は、実体上の権利であ」と明言する平成17年最決が出現した。すなわち、甲が死亡してその相続が開始し、次いで、甲の遺産の分割が未了の間に甲の相続人でもある乙が死亡してその相続が開始したという場合においては、乙は、甲の相続の開始と同時に、甲の遺産について相続分に応じた共有持分権を取得しており、これは乙の遺産を構成するものであるから、これを乙の共同相続人らに分属させるには、遺産分割手続を経る必要があり、共同相続人の中に乙から特別受益に当たる贈与を受けた者がいるときは、その持戻しをして各共同相続人の具体的相続分を算定しなければならない、とされた。

この平成17年最決は、「相続分に応じた共有持分権」というのみであって、



その相続分が法定相続分であるのか、それとも具体的相続分であるのかについては、慎重に言及を避けている。平成12年最判に親和的に、この「相続分」とは法定相続分を指すものと読むことも可能である<sup>40)</sup>。しかし、川教授<sup>41)</sup>が詳論されているとおり、具体的相続分と読むことが不可能でないこともまた確かである<sup>42)</sup>。

平成17年最決の調査官解説は、平成12年最判との関係につき、次のように説明する。すなわち、平成12年最判は、「民法903条に規定する具体的相続分の法的性質について、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の総額に対する割合を意味するものであって、それ自体を実体法上の権利関係であるということとはできず、遺産分割審判事件における遺産の分割や遺留分減殺請求に関する訴訟事件における遺留分の確定等のための前提問題として審理判断される事項であることを判示したにとどまり、「遺産共有が生じている遺産における共同相続人の共有持分権の法的性質に関して判示したのも、その権利性がないことを言及したのもでもない」<sup>43)</sup>という。

そこで平成12年最判について検討するに、前述のとおり、この事件において原告の定立した請求の趣旨は、「原被告の母訴外亡A'を被相続人、原被告を共同相続人とする、別紙遺産目録記載の同被相続人の遺産の分割における、民法903条1項に基づく、被告の具体的相続分の価額は金2億0169万8500円、同相続分率は0.502679(4億0124万7000分の2億0169万8500)を超えないことを確認する。」というものであるから、最高裁の判示もこの文脈において理解しなければならない。すなわち、平成12年最判が「実体法上の権利関係であるということとはでき」ないとした具体的相続分とは、「金2億0169万8500円」という具体的相続分額及び「0.502679」という具体的相続分率を指しているものであって、遺産を構成する個々の財産に対する具体的相続分の割合に応じた共有持分権の権利性まで否定したものではない。

そうすると、もし仮に、平成12年最判の事案における原告が「清算金債務が9100万円を超えては存在しないこと」の確認を求める旨の請求を定立し

ていたとすれば、結論はどうなっていたであろうか。これは単純な債務不存在確認請求であるから、少なくとも確認対象適格の欠如を理由に不適法とされることはないはずである。もっとも、審判に執行力(家事審判法15条・家事事件手続法75条)が認められることからすると、端的に請求異議訴訟(民事執行法35条)を提起することも考えられる。そうすると、手段選択の適否の観点から、債務不存在確認請求訴訟は不適法とされる可能性はある。しかし、債務不存在確認請求訴訟にせよ、請求異議訴訟にせよ、前者は通常裁判所、後者は家庭裁判所の管轄に属するという違いは生ずるであろうが、いずれにせよ訴訟手続によって審理されることになる。そして、遺産分割審判は既判力を有しない<sup>44)</sup>から、訴訟手続においては、審判の拘束を受けることなくして当事者は特別受益の有無及び価額について主張立証することができ、受訴裁判所も審判とは別の判断を下しうることになる。さらに、上記の反対形相ともいべき事例つまり原告が遺産分割審判によって取得した財産が本来の具体的相続分に達していない事例においては、不当利得返還請求をすることも不可能ではないということになる。

要するに、平成12年最判は、確認の利益の欠如を理由として訴えを不適法としたにとどまるのであって、特別受益の確定を審判事項であるとする見解に与したと評価すべきではない。

ひるがえって平成7年最判をみるに、その判旨後段においては遺留分減殺請求訴訟という訴訟手続で特別受益の判断をすることが可能である旨述べている。また、判旨結論部分においては、原審の判断を結論において是認しているにとどまっているのであって、原審の理由付けは是認していないものと解される<sup>45)</sup>。

以上によれば、平成7年最判及び平成12年最判のいずれも、審判事項説を採用したものと評価することはできず、したがって、その終局的な確定は訴訟によるべきとする見解は、なお排除されていない<sup>46)</sup>。

そして、債務不存在確認請求訴訟若しくは請求異議訴訟又は不当利得返還請

求訴訟によって最終的に訴訟を提起するルートが残されているならば、昭和41年最大決の判断枠組みに照らして違憲であるとの批判は回避しうることとなる。

もっとも、遺産分割審判がなされた後になって訴訟によって審判が覆されてしまうのであれば審判の安定性を損なう<sup>47)</sup>。むしろ、遺言無効確認訴訟等と同様に、特別受益をめぐる紛争についても、遺産分割審判の前に、前提問題を確定する確認訴訟の提起を許す方が適切と思われる<sup>48)</sup>。

そこで、そのような確認訴訟の提起の可能性について、確認の利益の有無の観点から、以下、検討する。

## 5 確認対象適格

(1) 確認対象適格につき、かつては、確認訴訟の対象は現在の権利又は法律関係であることを要し、過去の法律関係又は事実の確認は法律の明文の規定がある場合を除いて不適法であるとの命題が判例・通説を支配しており、東京地判昭和39年2月20日<sup>49)</sup>はこれに従って生前贈与の具体的な価額の確認を求める請求を斥けた。そこでまずこの前提命題について検討する。

(2) 端的に結論から言えば、この、確認対象は現在の権利又は法律関係でなければならないとの命題は、絶対的なものではないことが次第に明らかになってきており、最高裁ももはやこの命題を維持してはいない。

まず、日系2世が実際上米国国籍の回復を意図して提起した、いわゆる国籍訴訟において、最高裁昭和32年7月20日大法廷判決（民集11巻7号1314頁）は、原審のなした「控訴人が出生による日本の国籍を現に引続き有することを確認する」という主文の判決を是認し、上告を棄却した。この事件では、真野毅裁判官が、最高裁昭和24年12月20日第三小法廷判決（民集3巻12号507頁）に従って、「出生による」という部分は国籍取得の原因たる過去の事実関係の確定を求めるものであり確認訴訟の対象として許されないとの反対意見を

述べたが、法廷意見はこれに従わなかったわけである。

続いて、最高裁昭和45年7月15日大法廷判決(民集24巻7号861頁)は、子が死亡した後に母親が検察官を被告として提起した母子関係存在確認請求事件において、第一審が、この訴えを、過去の法律関係の確認を求めるものであるから不合法であるとして却下し、控訴審もこれを相当として控訴を棄却したのを、違法であるとして、原判決破棄、第一審判決取消しのうえ、第一審へ差し戻す旨の判決をした。この判決には大隅健一郎裁判官が「およそ確認の訴は、その対象とする法律関係につきいわゆる確認の利益がある場合においてのみ許されるものであるが、かかる利益は、当該法律関係に関して当事者間に法律上の紛争が存し、これがためその訴の原告の法律上の地位に不安、危険があり、判決をもってその法律関係の存否を確定することが、右の不安、危険を除去するために必要かつ適切である場合において認められる。〔中略〕過去の法律関係であっても、それによって生じた法律効果につき現在法律上の紛争が存在し、その解決のために右の法律関係につき確認を求めることが必要かつ適切と認められる場合には、確認の訴の対象となるものといわなければならない。すなわち、現在の権利又は法律関係の個別的な確定が必ずしも紛争の抜本的解決をもたらさず、かえって、それらの権利又は法律関係の基礎にある過去の基本的な法律関係を確定することが、現に存する紛争の直接かつ抜本的な解決のため最も適切かつ必要と認められる場合のあることは否定しがたいところであって、このような場合には、過去の法律関係の存否の確認を求める訴であっても、確認の利益があるものと認めて、これを許容すべきものと解するのが相当である」との補足意見を付している。

その後、最高裁昭和47年11月9日第一小法廷判決(民集26巻9号1513頁)は、学校法人の理事会又は評議員会の決議が無効であることの確認を求める訴えは、現に存する法律上の紛争の直接かつ抜本的な解決のため適切かつ必要と認められる場合には、許容される旨、判示した。

ここにおいて、確認の利益の有無につき、次のような判断枠組みが確立され

たわけである。すなわち、まず、現在の権利又は法律関係であれば確認対象適格が認められ（即時確定の利益が否定されない限り適法）、さらに、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最も適切かつ必要と認められる場合には、確認の対象適格が認められる、ということになる。

平成7年最判は、この枠組みに則って、判旨前段で本件訴訟の訴訟物が現在の権利又は法律関係の確認であるのかどうかを検討したうえでこれを否定し、判旨後段で、本件請求では紛争の直接かつ抜本的解決につながらないとして、結論として、確認の利益を否定したものと、一応は理解することが可能である。

(3) しかし、特別受益確認訴訟判決を評価するうえでは、さらに、前述の遺言無効確認の訴えに関する最高裁昭和47年2月15日第三小法廷判決及び遺産確認の訴えに関する最高裁昭和61年3月13日第一小法廷判決との比較検討を要する。

まず、前者は、原告が「訴外亡〇〇が昭和35年9月30日なした自筆による遺言は無効であることを確認する」との判決を求めたのに対し、一、二審とも不適法却下としたのを、最高裁が、原判決破棄・第一審判決取消しのうえ、第一審に差し戻したという事件であるが、理由として次のように述べる。「いわゆる遺言無効確認の訴は、遺言が無効であることを確認するとの請求の趣旨のもとに提起されるから、形式上過去の法律行為の確認を求めることとなるが、請求の趣旨がかかる形式をとっていても、遺言が有効であるとすれば、そこから生ずべき現在の特定の法律関係が存在しないことの確認を求めるものと解される場合で、原告がかかる確認を求めるにつき法律上の利益を有するときは、適法として許容されうるものと解するのが相当である。けだし、右の如き場合には、請求の趣旨を、あえて遺言から生ずべき現在の個別的法律関係に還元して表現するまでもなく、いかなる権利関係につき審理判断するかについて明確さを欠くことはなく、また、判決において、端的に、当事者間の紛争の直接的な対象である基本的法律行為たる遺言の無効の当否を判示することによって、

確認訴訟のもつ紛争解決機能が果たされることが明らかだからである。」

次に、後者は、第一審が「別紙物件目録…記載の各物件…は、昭和35年1月20日死亡した〇〇の遺産であることを確認する。」との主文の判決を下し、控訴も棄却されたという事例につき、最高裁も上告を棄却したのであるが、このような遺産確認の訴えの適法性につき、職権をもって次のように判示した。すなわち、「共同相続人間において、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定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り、通常はこれによって原告の目的は達しようとするところであるが、右訴えにおける原告勝訴の確定判決は、原告が当該財産につき右共有持分を有することを既判力をもって確定するにとどまり、その取得原因が被相続人からの相続であることまで確定するものでないことはいうまでもなく、右確定判決に従って当該財産を遺産分割の対象としてされた遺産分割の審判が確定しても、審判における遺産帰属性の判断は既判力を有しない結果（最高裁昭和…41年3月2日大法廷決定・民集20巻3号360頁参照）、のちの民事訴訟における裁判により当該財産の遺産帰属性が否定され、ひいては右審判も効力を失うこととなる余地があり、それでは、遺産分割の前提問題として遺産に属するか否かの争いに決着をつけようとした原告の意図に必ずしもそぐわないこととなる一方、争いのある財産の遺産帰属性さえ確定されれば、遺産分割の進められ、当該財産についても改めてその帰属が決められることになるのであるから、当該財産について各共同相続人が有する共有持分の割合を確定することは、さほど意味があるものとは考えられないところである。これに対し、遺産確認の訴えは、右のような共有持分の割合は問題にせず、端的に、当該財産が現に被相続人の遺産に属すること、換言すれば、当該財産が現に共同相続人による遺産分割前の共有関係にあることの確認を求める訴えであって、その原告勝訴の確定判決は、当該財産が遺産分

割の対象たる財産であることを既判力をもって確定し、したがって、これに続く遺産分割審判の手續において及びその審判の確定後に当該財産の遺産帰属性を争うことを許さず、もって、原告の前記意思にかなった紛争の解決を図ることができるところであるから、かかる訴えは適法というべきである。」という。

これら2件の最高裁判決をみると、前者すなわち昭和47年の遺言無効確認判決においては「遺言が有効であるとすれば、そこから生ずべき現在の特定の法律関係が存在しないことの確認を求めるものと解される場合」との表現が、また、後者すなわち昭和61年の遺産確認判決においては、「当該財産が現に被相続人の遺産に属すること、換言すれば、当該財産が現に共同相続人による遺産分割前の共有関係にあることの確認をを求める訴え」との表現が、それぞれ用いられていることに気付く。単純にこの点をとらえると、最高裁は、やはり、確認訴訟の対象としては「現在の権利又は法律関係」でなければならないとの命題にこだわっていると批判することも不可能ではない。

しかし、別の読み方も可能ではないか。すなわち、一連の判例の立場は、要するに、危険又は不安にさらされていて、確認判決による保護が求められているところの原告の利益は現在の法律上の利益でなければならないが、それを解決するための確認訴訟の訴訟物としていかなる請求を立てるかという問題に関しては、必ずしも現在の権利又は法律関係そのもの確認でなくともよく、紛争の解決に必要なかつ適切なものであれば、過去の法律関係又は事実であっても差し支えない、と考えていると理解することも可能ではあるまいか。

確かに、古い最高裁判例においては、事実の確認は許されないと判示したものがあつた。例えば、最高裁昭和31年10月4日第一小法廷判決（民集10巻10号1229頁）は、「事実関係については訴訟法上特に認められた『法律関係を証する書面の真否を確定する為に』する場合（民訴225条〔現行民事訴訟法134条〕）の外はこれを提起することができない。」とし、最高裁昭和39年3月24日第三小法廷判決（判タ164号69頁）も同趣旨の判示をしている<sup>50)</sup>。

しかしながら、前者は遺言者生前に遺言者自身が遺言無効確認の訴えを提起

した事例であり、遺言者自身による遺言の撤回が可能であることからすれば、事実の確認は許されないとせずとも確認の利益を否定することは可能であった。また後者は内金弁済の事実の確認を求めた事件であるが、債務不存在確認請求訴訟として提起すべき事例であったといえる。よってこれらの判決を根拠に判例が事実の確認を許していないということとはできない。

むしろ、前記国籍訴訟判決によれば、判例は、原告の現在の法律上の利益を民事訴訟によって保護すべき場合であるにもかかわらず、その保護手段として、過去の法律関係又は事実の存否を確認すること以外に有効・適切な手段が見当たらないときには、確認の利益を認めている<sup>51)</sup>と評すべきである。

従って、少なくとも前掲東京地判昭和39年2月20日のごとく過去の法律関係ないしは事実の確認であるということだけを理由として本件請求に係る訴えを不適法とすることは、現在ではもはや説得性に欠ける。

(4) 平成7年最判の事案における請求の趣旨は、特定の財産が「民法903条所定のみなし相続財産であることを確認する」というものである。

確かに、民法903条により特別受益財産を相続財産に持ち戻すべき義務が生じたり、特別受益財産が相続財産に含まれ遺産分割の対象となったりするものではないということは、判旨の述べるとおりである。

しかし、本件請求に係る訴えは、換言すれば、遺産分割の前提たる各相続人の具体的相続分の算定に際して、被告らが当該特別受益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訴え<sup>52)</sup>であると解される。特別受益財産該当性は各相続人の相続財産に対する具体的な共有持分権という現在の権利に直接影響する要素であるから、本件請求を単純に現在の権利又は法律関係の確認を求めるものではないと割り切ることにはやはり疑問が残る。

平成7年最判も、単純に確認対象適格の欠如を理由として訴えを不適法としたわけではない。判旨の論理の骨子は、「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」との一般論を前提としつつも、ある財産が特別受益財産に当たることを確定しても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ならないから、確認の利益を欠き不適法である、としたものである。そこで、本件請求が紛争解決にとって必要かつ適切であるかどうかという問題につき、項を改めて検討しよう。

## 6 紛争解決にとっての必要性・適切性

上記のとおり、本件請求に係る訴えを単純に現在の権利又は法律関係の確認を求めるものではないと割り切ることには疑問が残る。しかし、たとえそれを現在の権利又は法律関係の確認を求めるものであるとみたととしても、紛争解決にとって必要かつ適切であるかとの観点から確認の利益を判断すれば、平成7年最判の事案に関する限り、やはり確認の利益を否定されても致し方ないものと思われる。判旨後段は「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にお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。」と述べるが、このことは、たとえ本件請求を現在の法律関係の確認を求めるものと評価したとしても、そのまま当てはまる。本件請求によって原告が保護を求めている法的利益は、結局のところ、相続財産に対する具体的な共有持分権であるといえるが、特定財産の特別受益財産該当性だけについて判断しても、原告の法的利益の保護に直結しないのである。

学説の中には、訴訟は紛争解決への中間項（一里塚）としての役割を果たせば足りる<sup>53)</sup>とか、確認訴訟の争点解消・法的情報提供機能を強調し、「紛争の抜本的解決など本来的に要請されていない」<sup>54)</sup>と主張するものもある。

しかしながら、原告の共有持分権という1つの法的利益を保護するために何回も訴訟を起こされるとすれば訴訟不経済である。平成7年最判における請求

の立て方では「原告にとって訴訟を進行し本案判決を得ることを被告及び訴訟制度運営の担い手としての裁判所（国ひいては納税者一般）との関係で正当化できる訴訟利益」<sup>55)</sup>が無いと判断されても、やむを得ないであろう。訴えを不適法とした最高裁の理由の核心部分はこの点にあるものと解される<sup>56)</sup>。

## 7 おわりに

以上ように考えてみると、平成7年最判の射程も自ずと明らかになってくる。すなわち、この事件は、XにもAからの生前贈与があったとYらが主張して争っている事例であって、AからYらに対する特別受益の存否だけを確認してみても具体的相続分が確定されるものではない。とすれば、事案によっては、他の事項については共同相続人間に争いがなく、特定の財産が特別受益財産に当たるかどうかさえ確定すれば紛争が解決するという場合もあり得ようが、そのような場合には、本件請求のような確認訴訟も適法であるとする余地を残すものと考えべきである。この点で、判旨は一般的な判示をしているが、字義どおりに解すべきではない。またこのように解して初めて、遺産確認の訴えに関する前掲昭和61年最高裁判決との均衡を失しないものと理解することが可能となる。

では、相続人間の争いが1点にしか存在しないような事例でなければ遺産分割審判前に確認訴訟を提起することはできないのであろうか。

まず、遺産を構成する個々の財産に対する具体的相続分に応じた共有持分権の確認を求める訴えが考えられる。しかしながら、昭和55年の民法改正により寄与分制度が創設された後については、その適法性を認めるのは困難である。寄与分は相続人間の協議により定められない場合には家庭裁判所の審判により定められるが、遺産分割と離れて、寄与分を定める審判だけを先に得ることはできないとされているからである（民法904条の2第4項、家事審判規則103条の3・家事事件手続法192条）。

次に、寄与分を考慮する前の、法定相続分・指定相続分に特別受益のみを考慮して定まる持分権の確認を求める訴えが考えられる。しかしながら、これを確認しても、判決理由中の判断に拘束力が生じない結果、遺産分割審判をする家庭裁判所を拘束できず、意味がないといわれる<sup>57)</sup>。

そこでもう一度、判旨に立ち返ってみると、平成7年最判は「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にお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。」と述べている。これを裏返すと、「特別受益財産の価額、被相続人が相続開始の時ににおいて有した財産の全範囲及びその価額」の確認を求めるのであれば紛争解決に役立つから適法である、と読むことも、あながち不可能ではないのではなかろうか<sup>58)59)</sup>。これは事実の確認を求める訴えであって、伝統的立場からすれば当然に不合法ということになろうが、事実の確認であるからといって直ちに排斥されるべきものではないことは、前述のとおりである。

以上のとおり、本稿は、平成7年最判及び平成12年最判に従ったとしても、なお、特別受益をめぐる確認の訴えの適法性を肯定する余地は残されていると解するものである。

#### (追記)

本研究の出発点は、東京大学判例研究会（判民）において平成7年最判の評釈を担当させて頂いたことにあった。さらに、平成17年最決が出現した後は、新潟大学民法法研究会において報告をさせて頂く機会を得た。両研究会において貴重なご示唆を頂いた先生方に感謝申し上げるとともに、本来掲載すべき媒体に掲載することができなかったことをお詫び申し上げます。

- 1) 昭和41年最大決は、本文引用の部分に続けて、「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があるときは、常に民事訴訟による判決の確定をまって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うべきである。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。このように、右前提事項の存否を審判手続によって決定しても、そのことは民事訴訟による通常の裁判を受ける途を閉すことを意味しないから、憲法32条、82条に違反するものではない。」と述べている。

- 2) 調査官による解説として、水上敏・最高裁判所判例解説民事篇平成7年度(上)302頁(初出・曹時50巻3号853頁)があり、評釈等として、川嶋四郎・法教180号98頁、西原諄・判タ893号65頁、本村健・法研69巻5号170頁、光本正俊・民商113巻4・5号770頁、佐上善和・ジュリ1091号(平成7年度重要判例解説)107頁、高見進・リマークス13号128頁、上原敏夫・NBL598号67頁(別冊NBL45号〔実務取引法判例(平成6~7年)〕333頁所収)、松原正明・家月48巻9号1頁、梶村太市・判タ913号(平成7年度主要民事判例解説)176頁、鎌田正聰・不動産研究39巻2号62頁、石川明・判タ934号47頁、竹中智香・名法169号293頁、松原正明・判タ1100号370頁、日渡紀夫・別冊ジュリ145号(民事訴訟法判例百選I〔新法対応補正版〕)229頁がある。
- 3) 調査官による解説として、生野考司・ジュリ1212号102頁、同・最高裁判所判例解説民事篇平成12年度68頁(初出・曹時55巻5号1441頁)があり、評釈等として、石田秀博・法教239号122頁、川嶋四郎・法セ550号115頁、高見進・リマークス22号118頁、安達栄司・NBL714号72頁、佐上善和・ジュリ臨時増刊1202号(平成12年度重要判例解説)111頁、梅本吉彦・別冊ジュリ162号(家族法判例百選〔第6版〕)116頁、野村秀敏・別冊ジュリ169号(民事訴訟法判例百選〔第3版〕)66頁、下村真美・別冊ジュリ201号(民事訴訟法判例百選〔第4版〕)56頁、松原正明・判タ1100号322頁・370頁がある。
- 4) 前掲注3)の評釈等は、川嶋教授を除き、概ね肯定的に平成12年最判を評価している。
- 5) 石田・前掲注3)123頁。
- 6) 家事事件手続法が遺産分割審判事件について当事者の手続保障を重視した規律を設けたことは評価すべきである。すなわち、同法67条1項は審判申立書につき、88条1項は抗告状につき、原則としてその写しを相手方に送付しなければならないこととしており、69条は審問期日における当事者の立会いを原則として認めている。しかしながら、それらのいずれについても例外がある(同法67条1項ただし書、88条1項ただし書、69条ただし書)。やはり判決手続における手続保障とは質的に差があるといわざるを得ない。逆に言えば、非訟事件においては実体法上の権利関係の存否を終局的に確定するわけではないからこそ、そのような柔軟な対応が許されることになる。

- 7) 西口元「相続関係訴訟」松原正明＝右近健男編『新家族法実務大系第3巻・相続 [I] 一相続・遺産分割』（新日本法規、2008年）64頁、76頁（注2）は「立会権の保障等が乏しい現状の審判手続を前提にすると、訴訟という安全弁を用意せざるを得ないのではないと思われる。」と指摘する。もっとも、同70頁以下は、特別受益の確認、みなし相続財産の確認及び具体的相続分の確認の訴えを、いずれも不適法とする。
- 8) 山本弘「遺産分割をめぐる民事訴訟法上の諸問題」法教371号124頁、129頁以下。なお、山本克己「遺産分割の前提問題の確認対象としての適格性」法教284号78頁、86頁は、「平成12年判決には、狭義の確認の利益の一般的な基準を適用することが…〔中略〕…昭和41年決定が展開する憲法論との関係で許されるか、という点についての検討が欠けている」とし、「憲法論（昭和41年決定）との関係には、不明確さを残している。」と指摘する。
- 9) 調査官による解説として、青野洋士・ジュリ1343号97頁、同・最高裁判所判例解説民事篇平成17年度（下）681頁（初出・曹時59巻10号3528頁）があり、評釈等として、升田純・Lexis判例速報2巻1号38頁、本山敦・ひろば59巻3号62頁、良永和隆・月刊ハイローヤ－248号（2006年6月号）70頁、伊藤昌司・民商134巻3号429頁、奥山恭子・判評571号27頁、中川淳・リマークス34号66頁、同・戸籍時報613号55頁、川淳一・ジュリ臨時増刊1313号92頁（平成17年度重要判例解説）、梶村太市・判タ1245号133頁（平成18年度主要民事判例解説）、関内壮一郎・調停時報171号74頁、橋樑明香・法協126巻12号2483頁がある。さらに、研究論文として、佐藤啓子「いわゆる再転相続の性質について」名法227号755頁、川淳一・後掲注41）がある。
- 10) 本山・前掲注9）64頁、奥山・前掲注9）29頁、30頁。
- 11) 東京地判平成元年10月6日（家月43巻5号27頁、判時1344号149頁）。評釈として、山崎まさよ・判タ735号（平成元年度主要民事判例解説）202頁、伊藤昌司・判タ743号63頁がある。
- 12) 東京高判平成2年10月30日（家月43巻5号24頁、判時1368号70頁）。評釈として、川嶋四郎・判評402号2頁、西原諄・判タ771号60頁がある。前者は、川嶋四郎「確認判決における情報提供機能—『みなし相続財産の確認の訴え』を手掛かりとして」同『民事救済過程の展望的指針』（弘文堂、2006年）166頁に改題・改稿のうえ収録されている。
- 13) 「みなし相続財産」という用語は第一審と控訴審とは異なる意味で用いられているとの指摘がなされている。すなわち、第一審判決においては、民法903条所定の贈与の対象となった財産そのものを指しているのに対して、控訴審判決においては、贈与の価額を被相続人が相続開始の時において有した財産の価額に加えることによって相続財産とみなされることとなったものを指している（光本・前掲注2）773頁注（1））。
- 14) 岡山地判平成10年3月30日（判タ1002号244頁）。その理由中で、後掲注17）大阪地

判平成2年5月28日を引用している。

- 15) 広島高裁岡山支判平成10年10月27日(判タ1002号243頁)。評釈として、伊藤昌司・判タ1016号77頁がある。
- 16) (1) まず、東京地判昭和50年5月21日(判タ326号252頁)がある。この事件は、遺産分割調停手続において特定土地が生計の資本として贈与されたものであるかどうかにつき共同相続人間で争いが生じたため、一部の相続人が他の相続人に対して、当該土地の価額が被相続人の遺産分割にあたり民法903条1項により相続財産とみなされるべきことの確認を求めて提起した民事訴訟事件である。ところが、理由は定かではないが、共同被告のうち1人は請求原因事実をすべて認め、他の被告はいずれも適式の呼出を受けつつも口頭弁論期日に出頭せず、答弁書その他の準備書面も提出しなかった。そのため、原告らの請求が認容され、「被告らと原告らとの間において、東京都北区〇〇番宅地〇〇平方メートルの価額が亡〇〇の相続財産とみなされることを確認する」との主文の判決が下されたが、実質的な理由は述べられていない。
- (2) 大阪地判昭和40年1月18日(判時424号47頁)は、当事者の請求の内容は必ずしも明らかでないが、被相続人(昭和33年死亡)と先妻との間の子である原告ら2名が、共同相続人たる後妻を被告として、遺産を構成する特定の不動産についての共有持分権の確認等を請求した事案ようである。判決理由中で特別受益の有無及び価額について詳細に判断し、具体的相続分をも算定しているようであるが、主文として認容されたのは「原告兩名と被告が別紙目録記載の各不動産につき、持分3分の1の共有権を有することを確認する。」というものである。つまり、当時の法定相続分に応じた共有持分権を確認したにとどまるのであって、具体的相続分に応じた共有持分権の確認をしたわけではない。
- 17) (1) まず、東京地判昭和39年2月20日(下民15巻2号300頁)がある。この事件で、原告は、請求の趣旨として、「別紙第1目録(省略)記載の土地、建物、別紙第2目録(省略)記載の各物件は被相続人亡〇〇の遺産であることを確認する。被相続人亡〇〇から被告に対し、昭和26年中に金〇〇円、昭和28年中に金〇〇円、昭和30年中に金〇〇円の生前贈与があったことを確認する。」との判決を求めた。すなわち、いわゆる遺産確認の訴えと併合の上、生前贈与の具体的な価額の確認を求めて提起された事件である。
- 判決は、前段の請求つまりいわゆる遺産確認の訴えについては、本案に立ち入って審理し、請求を一部認容したが、後段の請求つまり生前贈与の価額の確認をを求める請求については、概ね次のように述べてこれを棄却した。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。しかるに本請求は亡〇〇から被告に対して生計の資として生前贈与をなした物件の価額の確定を求めるものである。民法第903条は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いるから、贈与物件価額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けれども、右価額が定まったとしても、右価額はあくまで事実であって、相続人たる原告は右価額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。よって右請求は事実の確認を求めるものであるから確認訴訟として許されない、という。

(2) 否定例の第2として、大阪地判平成2年5月28日(家月43巻4号74頁)がある。訴外aが死亡し、その妻yと、aと先妻との子であるxらが相続人となった事案において、xらが「yは既にaから遺贈及び生計の資本としての贈与をうけており、その価額が民法903条1項に基づいて算定されるyの相続分を超えているから、903条2項によりyはその相続分を受けることができない」と主張して、yが相続財産目録記載の各財産について相続持分権を有しないことの確認等を求めた事件である。

判決は、「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、その結果算出される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」く、「したがって、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」と述べて、この訴えを不適法として却下した。

(3) 訴訟手続における特別受益の確定を否定した第3の裁判例として、東京高判平成4年5月28日(判タ803号226頁)がある。事案の詳細は明らかでないが、共同相続人間で、特定財産である借地権が特別受益財産にあたるか否かにつき争いがあり、遺産分割協議が調わなかったため、家庭裁判所に遺産分割の調停を申し立てる前提問題として、当該借地権が「みなし相続財産」であることの確認を求めた訴訟のようである。判決は、本訴を不適法却下した第一審を支持し、控訴を棄却した。その理由としては、まず、「民法903条1項にいう『みなし相続財産』…は、法規定の中に定立された具体的相続分確定のための1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、現実に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」ということ、更に、「共同相続人の具体的相続分が確定されるには、家庭裁判所における審判の過程において、各相続人の特別受益及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、仮に、先に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』の存否だけを民事争訟事件の判決をもって確定したとしても、この判決の既判力により直ちに、家庭裁判所による具体的相続分の最終的な確定が可能になり、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」ということを挙げる。

(4) 以上のほか、平成7年最判の一、二審判決も否定例に数えられる。

(5) なお、平成7年最判の後の否定例として、東京地判平成9年1月31日(判タ967号254頁)がある。

- 18) 前掲注12) 平成7年最判の控訴審判決はこの理由によっている。
- 19) 前掲注17) 東京地判昭和39年2月20日は、この理由によっている。
- 20) 前掲注17) 東京高判平成4年5月28日及び前掲注11) 平成7年最判の第一審判決は主としてこれによっていると読める。
- 21) 前掲注17)。
- 22) 前掲注1)。
- 23) 前掲注17) 大阪地判平成2年5月28日、鈴木祿弥『相続法講義〔改訂版〕』(創文社、1996年) 280頁以下、314頁以下。
- 24) 前掲注12) 平成7年最判の控訴審判決、山名学「遺産分割における特別受益の確定」ケース研究211号(1987年)157頁、162頁。
- 25) 若林昌俊「判批」判タ762号174頁、176頁は、具体的相続分が遺産分割審判所を拘束するのは、それが実体法上の権利割合であるからこそであると指摘する。伊藤昌司『相続法』(有斐閣、2002年)306頁、二宮周平『家族法〔第2版〕』(新世社、2005年)343頁も同旨。これに対して、櫛橋・前掲注9)2500頁は、法定相続分を実体的な権利と考える立場に立つと、なぜそれを具体的相続分に基づいて分割することができるのかという理論的な難点が生ずることを認めつつ、今後の課題として検討しなければならないと述べるにとどまる。なお、しばしば審判事項説として引用される田中恒朗教授の見解も、この意味における権利性は承認されている(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7号1頁、18頁(同『遺産分割の理論と実務』(判例タイムズ社、1993年)216頁、234頁))。
- 26) 岩井俊「特別受益となる贈与(金銭)の評価時期(上)」ジュリ620号113頁、118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697号130頁、131頁、同「訴訟事項と審判事項の限界」中川善之助先生追悼『現代家族法体系1総論・家事審判・戸籍』(有斐閣、1980年)260頁、267頁。石川・前掲注2)判タ934号52頁は、「立法論として右確定事件を非訟事件とすべきか否か」という問題と現行法上非訟事件として扱われているか否かという問題は区別しなければならない。」と指摘する。
- 27) 川嶋四郎・前掲注12)判評402号9頁(同『民事救済過程の展望的指針』185頁)は、寄与分は遺産分割手続のなかで過去及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であるの



に対して、特別受益の確定は特定の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であって、判断の方向性が全く反対である、と指摘する。

- 28) 高木多喜男「遺産分割と登記」奥田昌道ほか編『民法学7 親族・相続の重要問題』(有斐閣、1976年) 266頁、271頁、高木多喜男『口述相続法』(成文堂、1988年) 178頁以下参照。
- 29) 谷口知平=久貴彦彦編『新版注釈民法(27) 相続(2)』(有斐閣、1989年) 215頁〔有地亨〕、宮崎幹朗「遺産分割の前提問題としての具体的相続分の性質」愛媛27巻1号75頁、とくに83頁及び102頁。
- 30) 前掲注12) 平成7年最判の控訴審判決、山名・前掲注24) 162頁。
- 31) 山名・前掲注24) 162頁。
- 32) 光本・前掲注2) 773頁注(2) 参照。
- 33) なお、多田周弘『遺産分割の手順と手法』(悠々社、1998年) 135頁は、「相続人のなかの一部の者が、被相続人から遺贈や生前贈与を受けたか否かについて争いがある場合は、物の所有権の帰属に争いがあるわけですから、この紛争は本来訴訟事項で最終的には民事訴訟による確定判決を待つことになります。〔原文改行〕そして、生前贈与を受けたことは争いないが、これが生計の資本となるかどうか、みなし遺産として認定すべきかどうかの点だけに争いがある場合は、贈与された物の内容、価格、被相続人と相続人の生活程度、他の相続人との比較等の諸事情を総合して、遺産分割手続の過程で、具体的相続分の確定のための一つの要件の有無に関することです。家裁の審判事項と解すべきです」と論ずる。しかし、果たしてこのような区別は可能であろうか。「遺贈や生前贈与を受けたか否かについて争いがある場合」とは、本文で述べたとおり、例えば、ある不動産につき、相続人が自己資金で購入して取得したのか、それとも被相続人から贈与を受けて取得したのか、という点について争いがある場合が考えられるが、この場合には、いずれにせよ当該不動産の現在の所有関係に争いは存しないから、通常の所有権確認請求訴訟では問題の解決にならない。そうであるからこそ、平成7年最判の事件における原告は、特定の財産が特別受益財産に該当することの確認を求める請求を定立したのである。
- 34) 川嶋・前掲注12) 判評402号9頁(同『民事救済過程の展望的指針』184頁) 参照。
- 35) 念のため付言するに、平成7年最判の事件ではYも審判事項説に立っているわけではない。「まず、家庭裁判所の右審判手続に委ねられるべきであり、その審判を経ずに、民事訴訟を提起することは許されない。」(民集49巻3号911頁)(下線引用者)と主張しているに過ぎないからである。
- 36) 山崎賢一・前掲注26) ジュリ697号134頁、同・前掲注26) 『現代家族法体系1』268頁参照。

- 37) 山本克己・前掲注8) 82頁参照。
- 38) 水上・前掲注2) 最判解318頁は、訴訟事項説と審判事項説のいずれを相当とするのかは残された問題である、と述べる。
- 39) 松原正明『全訂判例先例相続法Ⅱ』(日本加除出版、2006年)11頁以下、同・前掲注2)判タ1100号371頁、長秀之「法定相続分と具体的相続分」松原正明=右近健男編・前掲注7)『新家族法実務大系第3巻』177頁、180頁以下、辻朗「特別受益をめぐる諸問題」同書243頁、246頁以下など。
- 40) 梶村太市=徳田和幸福編『家事事件手続法〔第2版〕』(有斐閣、2007年)539頁(岡部喜代子)、櫛橋・前掲注9)2500頁。
- 41) 川淳一「広義の再転相続における最高裁決定と遺産の帰属形式—最決平成17年10月11日民集59巻8号2243頁に寄せて—」成城大学法学会編『21世紀における法学と政治学の諸相』(信山社、2009年)57頁。なお、川淳一「鈴木相続法学における『未分割』の遺産に対する共同相続人の法的地位と広義の再転相続」鈴木祿弥先生追悼論集『民事法学への挑戦と新たな構築』(創文社、2008年)863頁も参照。
- 42) 伊藤・前掲注9)442頁は、平成17年最決が第一次相続の特別受益について言及していないことに対して懸念を示す。しかし、これは、第一次相続の特別受益については原審も斟酌していたため、最高裁としてあえて判示する必要がなかったことによるものと思われる。佐藤・前掲注9)768頁は、第一次相続の特別受益の持戻しももちろん考慮に入れるべきであるとする。

いま仮に、平成17年最決の事案において、遺産分割未了の間にさらに第三次相続が開始されたとすればどうなるであろうか。第二次相続の相続人は具体的相続分に応じた共有持分権を取得しており、これを第三次相続の相続人が承継することになるとするのが素直な解釈ではなからうか。大阪高決平成15年3月11日家月55巻8号66頁は、「乙は被相続人甲の長男であってその相続人であるから、被相続人甲から生計の資本等として贈与を受けたとすれば、それを特別受益として民法903条1項の規定に従って算定した額が乙の相続分となる。そして、乙がその後……死亡したことにより、その相続人である丙ら3名が乙の有していた財産を相続するのであるから、被相続人甲に対する相続分についても、現に乙が有していた相続分(すなわち特別受益を控除した具体的相続分)を承継するものといわざるを得ない。」とした。少なくとも、このような処理を最高裁平成17年最決が否定していると解する理由は存しない。なお、上記大阪高決につき、宮崎幹朗「判批」民商129巻3号422頁参照。

これに対して、青野・前掲注9)最判解691頁は、最二小判昭和38年2月22日民集17巻1号235頁、最三小判昭和46年1月26日民集25巻1号90頁及び最二小判昭和50年11月7日民集29巻10号1525頁を引用して、「共同相続人は、相続開始の時点か

ら遺産分割がされるまで、遺産をそれぞれの法定相続分に応じた持分で共有することになると解するのが相当である」とし、最高裁は、平成17年最決を含め、同旨の見解に立つものと思われる、と述べる。

しかしながら、ここに引用されている諸判例は、いずれも遺産分割前に共有持分が対外的に第三者に譲渡された事案であるから、共同相続人相互間（内部関係）において具体的相続分に応じた持分で共有関係が成立することを最高裁が否定しているということとはできない。

- 43) 青野・前掲注9) 最判解694頁注12。
- 44) 昭和41年最大決・前掲注1)。
- 45) 平成7年最判の判旨結論部分は「〔上告理由の〕論旨は、原判決の結論に影響しない部分の違法をいうものに帰し、採用することができない。」と述べている。これは、結論に影響しない部分においては原判決に違法があることを最高裁が認めたものとも読める。
- 46) 西原・前掲注2) 判タ893号67頁、松原・前掲注2) 家月48巻9号11頁。
- 47) 石川・前掲注2) 52頁。
- 48) 高見・前掲注2) 131頁参照。
- 49) 前掲注17)。
- 50) 水上・前掲注2) 最判解314頁、322頁（注12）は、この最三小判昭和39年3月24日を援用して、「事実の確認は、法律に特別の規定がなければ認められない。」とするのが判例の立場であると説く。
- 51) 新堂幸司『新民事訴訟法〔第5版〕』（弘文堂、2011年）275頁。
- 52) 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）』（一粒社、1988年）64頁、71頁。なお、梶村太市「特別受益の持戻しと確認訴訟の適否」家月44巻7号1頁、28頁以下参照。
- 53) 井上治典「判批」ジュリ887号125頁、井上治典「民事訴訟の役割」同『民事手続論』（有斐閣、1993年）1頁、5頁、24頁。
- 54) 川嶋・前掲注12) 判評402号11頁（同『民事救済過程の展望的指針』190頁）。
- 55) 梶村太市・前掲注52) 家月44巻7号7頁。
- 56) なお、判旨後段においては、さらに、「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って確認する必要もない。」

とも判示しているが、この部分は必ずしも説得的でない。遺留分減殺請求は必ずしも常に問題となる事項ではないし、また、遺産分割審判事件はあくまでも非訟手続である。相続権の最終的な確定は訴訟事項であると判示した昭和41年最大決を前提とすると、訴訟手続へのルートは何らかの形で確保されなければならないはずである。水上・前掲注2)最判解323頁(注18)は、遺産分割審判の確定した後は特定の相続財産に対する具体的相続分の割合による持分の存否確認の訴えであっても「意味がない」と述べる。しかし、それでは、結局のところ、非訟手続において権利義務の終局的確定がなされてしまうことにはほかならない。

57) 山崎・前掲注26)ジュリ697号135頁、同・前掲注26)『現代家族法体系1』268頁参照。なお、判決理由中の判断に拘束力を認める考え方も成り立ち得ようが、本稿では立ち入ることができない。

58) 平成12年最判は価額の確認を求める訴えを不適法としたが、これは遺産分割審判の後に提起された事案であって、前述のとおり、清算金支払債務不存在確認の訴え又は請求異議の訴えという、より適切な手段が他に考えられる事案であった。したがって、審判の前に価額の確認を求める訴えが許されるかどうかについては射程外と解すべきである。

なお、平成7年最判の一、二審判決が再三指摘した「寄与分」について、最高裁は一言も言及していないことに留意が必要である。このことの一つの理由として、平成7年最判の事案における相続開始(被相続人の死亡)が寄与分制度の創設前であったことが考えられる。しかし、寄与分制度の創設後であったとしても、被相続人が相続開始の時に所有していた財産の全範囲及びその価額、特別受益財産の有無及びその価額、持戻免除の意思表示の有無といった、寄与分以外の全要素を訴訟手続において予め確定しておけば、あとは家庭裁判所がそれを前提とし、さらに寄与分を定めて、遺産分割の審判をすることが可能となる。つまり、寄与分制度の創設後においても、遺産分割審判前に訴訟手続によって特別受益をめぐる争いについて判断することは、不可能ではないのである。

59) もしも最高裁が、このように訴えを変更すれば適法であると考えたのだとすれば、原判決を「結論において」是認するのではなくて、破棄差戻しをするという選択肢もあったはずであるが、最高裁はそうはしなかった。具体的な紛争を解決するためには、「処理の方向性を、本件の内容に踏み込んで、ある程度具体的に結論を出す」(鎌田・前掲注2)66頁)べきであったといえよう。