

〔判例総合研究〕

遺産分割審判における二つの問題点 (一)

——遺産分割の前提問題に関する家庭裁判所の
審理判断権および遺産・持戻財産の評価——

浦 本 寛 雄

目 次

- 一 はじめに
- 二 遺産分割の前提問題と家庭裁判所の審理・判断権
 - (一) 家事審判の性質
 - (二) 遺産の範囲
 - (三) 相続人たる地位
 - (四) 遺産分割協議の成否
 - (五) 特別受益の有無(以上本号)
- 三 遺産および持戻財産の評価
 - (一) 遺産の評価時期
 - (二) 持戻財産の評価時期
 - (三) 遺産共有の性質
- 四 むすび(私見)

一 はじめに

遺産分割事件は、家庭裁判所がとり扱う審判事件の中でも最も困難なものの一つとされている。そして、その原因は、大きくは、多数の共同相続人の間に錯綜した複雑な利害の対立がみられるという事案上の問題点と、遺産分割に関する実体法・手続法上の規定に不備ないしは不明確な点が多くあるという立法上の問題点との二点にあると指摘されている。このような遺産分割事件の中に含まれる具体的な問題点は実に多数にのぼるが、本稿では、これらのうち遺産分割の前提問題とこれにたいする家庭裁判所の権限の問題、および遺産と持戻財産の評価をめぐる問題の二つを次の理由からとりあげて検討することにした。

相続財産の範囲や相続人たる地位など遺産分割の前提問題に争いがある場合に家庭裁判所はこれを審理・判断した上で分割審判を行うことができるかは、まさに非訟手続による裁判と訴訟手続による裁判との交錯する面における問題であり、久しく論議の対象とされてきた。この問題に関しては、すでに宮井忠夫氏による優れた判例研究があるが、その後最高裁の決定が下されるなど新たな事情が加わったし、特に家事審判の性質をめぐる最高裁の判断の変遷には興味深いものがあるので、本稿であらためてとりあげることにした。

次に、遺産および持戻し財産の評価をめぐる問題は、法規と実態とが乖離している状態の中で法解釈上従来の理論を前提としては解決できない問題を生じている分野であり、特に遺産の共有関係の法的性格の再検討の必要が指摘され、新たな理論構成が提唱されているところでもある。判例を大量に検討してみると確かにこれまでの通説とされてきた理論によっては説明し解決することのできない問題が、判例上かなり多く生じている。筆者は、右の指摘および提唱を手がかりとしながら判例研究を通じて従来の理論を批判的に検討しようと試みたが、同時に、遺産および持戻し財産の評価に関する問題全般にわたる判例の整理・検討にも心懸けたつもりである。

- (1) 内藤頼博・加藤隆一郎「東京家庭裁判所身分法研究会編・家事事件の研究」(1)一七二頁。
- (2) 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」民商法雜誌五三卷三三號、他に網羅的なものとして田中加藤男「家事審判と民事訴訟の交錯する面における実務上の問題」(上)ケース研究六七號、同(下)ケース研究六八號、市川四郎「家事審判における実務上の問題と判例」家裁月報八卷一一二號。

(3) 有地亨「共同相続関係の法的構造」(一)民商法雜誌五〇卷六號・同(二)民商法雜誌五一卷一號、同「特別受益者の持戻義務」(一)民商法雜誌四〇卷一號・同(二)民商法雜誌四〇卷三號、同「遺産の分割」別冊ジュリスト四號九三頁。

二 遺産分割の前提問題と家庭裁判所の審理・判断権

民法は、遺産の分割について、共同相続人間に協議が調わないとき、または協議をすることができないときには、相続人の請求により家庭裁判所が審判によって遺産の分割を行うとしている(民法九〇七条二項)。この審判において家庭裁判所は、遺産分割の前提となる事項について争いがある場合にそれを審理・判断することができるかについては、学説、審判・決定例とも対立のあるところである。この問題の基礎には、家事審判そのものの性質をいかに把握すべきかという大きな問題が横たわっている。それで本章では、まずこの家事審判の性質の問題をとりあげた上で、遺産分割の前提問題に關しては重要とおもわれる四つの問題点、すなわち(一)遺産の範囲、(二)相続人たる地位、(三)遺産分割協議の成否および(四)特別受益の有無をとりあげて検討することとする。

これらの問題は、ある財産が遺産に属するか否か(財産が相続権の対象とされるか否か、いかえれば、その財産の所有権が被相続人に属するか否か)、ある者に相続権があるか否か、相続人が家庭裁判所に遺産分割審判を請求する権利があるか否か、あるいは相続人のある者が受けた生前贈与が民法第九〇三条によって持戻すべき財産であるか否かなど、いづれも権利の存否に關する問題である。これら権利の存否に關する問題が本来民事訴訟によって確定されるべきものであることは疑いない¹⁾。しかし、問題は、これらの事項が終局的には民事訴訟によって確定される事項であるということが、直

ちに家庭裁判所が審判に際してこれらの事項につき審理・判断する権限をも否定しざるものであるか、家庭裁判所は常にこれらに関する民事訴訟の判決が確定するのを待たなければ民法九〇七条にいう遺産分割審判を行うことができないと解すべきものであるかであり、つまり、遺産分割審判の性質をいかなるものと把握すべきかの基本問題を遺産分割事件における実的要請とどう調和させるかである。

学説は、これらの問題をめぐって、主には遺産の範囲および相続人たる地位に関する論議の中にみられるのであるが、家庭裁判所の審理・判断権を肯定する積極説とこれを否定する消極説とにわかれる。消極説は、(一)遺産分割の前提とされる事項はいずれも本来民事訴訟によって確定さるべきものであり、審判は存在を確定された実体法上の権利を前提として民法および家事審判法の規定に従ってその具体的内容を形成する処分にはすぎないと解されるから、これら権利の存否に関する問題の審理・判断権は家庭裁判所にはないと解すべきこと、(二)審判には既判力がないから審判の後にこれと異なる判決が下されると判決と抵触する審判の一部または全部が効力を失うことになって法律関係が複雑化し、審判のやり直しなどによって家事審判の簡易迅速という趣旨が没却されることなどをその論拠としており、さらにこれらの問題につき家庭裁判所に審理・判断権を認めるのは憲法上の個人の尊厳、裁判を受ける権利、裁判の公開などを定める規定（憲法一三、三二、八二条）に違反する^①と主張するものもある^②。しかし、これにたいして、家庭裁判所の権限を肯定する積極説の方が支配的である。積極説は、(一)これらをめぐる審理・判断は家庭裁判所が遺産分割審判を行う上で欠くことのできないものであるからこの権限を家庭裁判所に認めないとするのは不合理であること、(二)民法が遺産分割事件を家庭裁判所の管轄とし家事審判法がこれを乙類事件として審判すべきと規定していることから、これらの審理・判断を家庭裁判所に一応委せるとするのが立法の趣旨と解されること、および(三)審判は既判力を有さずしたがって審判によってこれらをめぐる争いが終局的に確定されるものではなく、審判の結果を不満とする者は訴訟によって争う機会を保障されているのであるから、家庭裁判所はこの審理・判断権を有すると解するのが相当であることなどをあげてこれを肯定している。^④

審判・決定例にも、後にみるように消極説を採るものと積極説を採るものがある。当初、消極説を採る例が比較的力量であったが、昭和三八年以降積極説が支配的となり、最近最高裁判大法廷が積極説を支持する決定を下したことなどから、現在では消極説の立場にたつ審判・決定例はみあたらなくなっている。

- (1) ただし、野田愛子「遺産分割」ジュリスト三三二一〇五頁は、特別受益の有無に関して異論を唱える。
- (2) 打田峻一「相続財産の範囲の確定」家族法大系VI二一〇頁以下、有泉亨「中川編・註釈相続法」上一九八頁、宮井・前掲論文三七七頁以下、谷田貝三郎・宮井忠夫「遺産の範囲に争いがある場合と家庭裁判所の審判権」(判批)同志社法学六九号七〇頁。
- (3) 森松万英「遺産分割の家事審判における遺産の範囲確定に関する違憲論」ジュリスト二七七号四九頁。
- (4) 中川善之助「相続法」(法律学全集)二〇二、二〇三、二〇八頁、山本戸克己「審判」家族問題と家族法VII二二一頁、泉久雄「相続財産」(総合判例研究叢書民法②)三七二、三三三頁、有地・前掲「遺産の分割」九二頁、同「青山編・註釈民法②」八七頁以下、我妻栄「遺産分割と家事審判」(判批)法学協会雑誌八四卷二号三〇一頁、谷口知平「遺産分割審判の合憲性と前提権利判断の可否」(判批)民商法雑誌五五卷四号六二四頁以下、田中・前掲論文(上)五頁、野田愛子「遺産分割の実証的研究」司法研究報告書一一輯五号一〇七頁、綿引末男「加藤編・家事審判法講座」一卷二四頁、岡垣学「加藤編・家事審判法講座」二卷八三頁、市川・前掲論文八頁以下。

(一) 家事審判の性質

最高裁は、昭和四一年三月二日に、共同相続人の一人が他の共同相続人を相続資格者である旨主張している遺産分割事件で第一審審判がこの主張を退けて分割審判を行ったのにかかる審判は憲法三二条および八二条に違反するとして特別抗告してきた事件について次のような決定(大法廷)を下した(抗告審は原審判を相当として抗告棄却)。

〔1〕「家事審判法九条一項乙類一〇号に規定する遺産の分割に関する処分は、民法九〇七条二、三項を承けて、各共同相続人の請求により、家庭裁判所が民法九〇六条に則り、遺産に属する物または権利の種類および性質、各相続人の職業その他一切の事情を考慮して、当事者の意思に拘束されることなく、後見的立場から合目的に裁量権を行使して具体的に分割を形成決定し、その結果必

要な金銭の支払、物の引渡、登記義務の履行その他の給付を付随的に命じ、あるいは、一定期間遺産の全部または一部の分割を禁止する等の処分をなす裁判であつて、その性質は本質的に非訟事件であるから、公開法廷における対審および判決によってする必要なく、したがつて、右審判は憲法三二条、八二条に違反するものではない。

ところで、右遺産分割の請求、したがつて、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ずることを意味しないから、憲法三二条、八二条に違反するものではない。」(最高(大)決昭四一・三・一民集二〇卷三号三六〇頁)

この決定は、相続人たる地位をめぐる争いから家事審判の基本的性質の問題に発展した事案について下されたものであるから、遺産分割審判に限らず家事審判一般の性質にも関連して注目すべき決定である。最高裁は、この決定に先だつて婚姻関係の事案につきこれと同趣旨の二つの決定を下している。家事審判の性質についての最高裁の立場を理解する上で必要であるから次にこれらを引用しておこう。

〔2〕「憲法八二条は『裁判の対審及び判決は、公開法廷でこれを行う』旨規定する。そして如何なる事項を公開の法廷における対審及び判決によって裁判すべきかについて、憲法は何ら規定を設けていない。しかし、法律上の実体的権利義務自体につき争があり、これを確定するには、公開の法廷における対審及び判決によるべきものと解する。けだし、法律上の実体的権利義務自体を確定することが固有の司法権の主たる作用であり、かかる争訟を非訟事件手続または審判事件手続により、決定の形式を以て裁判することは、前記憲法の規定を回避することになり、立法を以てしても許されざるところであると解すべきであるからである。

家事審判法九条一項乙類は、夫婦の同居その他夫婦間の協力扶助に関する事件を婚姻費用の分担、財産分与、扶養、遺産分割等の事件と共に、審判事項として審判手続により審判の形式を以て裁判すべき旨規定している。その趣旨とするところは、夫婦同居の義務そ

の他前記の親族法、相続法上の権利義務は、多分に倫理的、道義的な要素を含む身分関係のものであるから、一般訴訟事件の如く当事者の対立抗争の形式による弁論主義によることを避け、先ず当事者の協議により解決せしめるため調停を試み調停不成立の場合に審判手続に移し、非公開にて審理を進め、職権を以て事実の探知及び必要な証拠調を行わしめるなど、訟訴事件に比し簡易迅速に処理せしめることとし、更に決定の一種である審判の形式により裁判せしめることが、かかる身分関係事件の処理としてふさわしいと考えたものであると解する。しかし、前記同居義務等は多分に倫理的道義的な要素を含むとはいえ、法律上の実体的権利義務であることは否定できないところであるから、かかる権利義務自体を終局的に確定するには公開の法廷における対審及び判決によって為すべきものと解せられる。従って前記の審判は夫婦同居の義務等の実体的権利義務自体を確定する趣旨のものではなく、これら実体的権利義務の存することを前提として、例えば夫婦の同居についていえば、その同居の時期、場所、態様等について具体的内容を定める処分であり、また必要に応じてこれに基づき給付を命ずる処分であると解するのが相当である。けだし、民法は同居の時期、場所、態様について一定の基準を規定していないのであるから、家庭裁判所が後見的立場から、合目的の見地に立って、裁量権を行使してその具体的内容を形成することが必要であり、かかる裁判こそは、本質的に非訟事件の裁判であって、公開の法廷における対審及び判決によって為すことを要しないものであるからである。すなわち、家事審判法による審判は形成的効力を有し、また、これに基づき給付を命じた場合には、執行力ある債務名義と同一の効力を有するものであることは同法一五条の明定するところであるが、同法二五条三項の調停に代る審判が確定した場合には、これに確定判決と同一の効力を認めているところより考察するときは、その他の審判については確定判決と同一の効力を認めない立法の趣旨と解せられる。然りとすれば、審判確定後は審判の形成的効力については争いえないところであるが、その前提たる同居義務等自体については公開の法廷における対審及び判決を求める途が閉ざされているわけではない。従って、同法の審判に関する規定は何ら憲法八二条、三三二条に抵触するものとはいえず、また、これに従って為した原決定にも違憲の嫌はない。〔最高(大)決昭四〇・六・三〕

〔3〕法律上の実体的権利義務自体の確定は純然たる訴訟事項であり公開の原則の下における対審および判決の裁判によって終局的に確定されるものであると〔2〕の冒頭の部分と同じ趣旨のことを述べた後、「しかしながら、家事審判法九条一項乙類三号に規定する婚姻費用分担に関する処分は、民法七六〇条を承けて、婚姻から生ずる費用の分担額を具体的に形成決定し、その給付を命ずる裁判であって、家庭裁判所は夫婦の資産、収入その他一切の事情を考慮して、後見的立場から、合目的の見地に立って、裁量権を行使して、その分担額を決定するもので、その性質は非訟事件の裁判であり、純然たる訴訟事件の裁判ではない。従って、公開の法廷における対審及び判決によってなされる必要はなく、右家事審判法の規定に従ってした本件審判は何ら右憲法の規定に反するものではない。〕

「叙上の如く婚姻費用の分担に関する審判は、夫婦の一方が婚姻から生ずる費用を負担すべき義務あることを前提として、その分担額を形成決定するものであるが、右審判はその前提たる費用負担義務の存否を終局的に確定する趣旨のものではない。これを終局的に確定することは正に純然たる訴訟事件であつて、憲法八二条による公開法廷における対審及び判決によって裁判されるべきものである。本件においても、かかる費用負担義務のものに関する争であるかぎり、別に通常訴訟による途が閉ざされているわけではない。これを要するに、前記家事審判法の審判は、かかる純然たる訴訟事件に属すべき事項を終局的に確定するものではないから、憲法八二条、三二条に反するものではない。」(最高(大)決昭四〇・六・三) (○民集一九卷四号一一一四頁)

これら三つの決定から明らかなように、最高裁の家事審判の性質に関する把握は、家事審判が非訟手続であること、従つて審判には形成力および執行力はあるが既判力はないことを骨子としている。そしてこれらの点から家事審判の合憲性の根拠を、実体的権利義務関係自体は本来民事訴訟によって確定されるべき事項であり、家事審判によってこれが終局的に確定されるものではなく、当事者には別にこれを訴訟によって争う機会が保障されているとする点にもとめている。これはまさに、非訟手続による裁判と訴訟手続による裁判との交錯する面における問題であり、この問題は、久しく論議の対象とされてきたところであり、また最高裁の立場にもこの問題をめぐっては必ずしも一貫したものがなく、これまでに大きな変更がみられるところでもある。この点に関する最高裁の判例の流れを大雑把にみると次の通りである。

最高裁は、昭和三十一年一〇月三十一日に、戦時民事特別法一九条二項および金銭債務臨時調停法七条による調停に代る裁判が違憲か否かが争われた事案で、「原決定は、本件調停に代る中川簡易裁判所の裁判は裁判所でない他の機関によつてなされたものではなく、同裁判所が戦時民事特別法一九条二項、金銭債務臨時調停法七条一項によつてなしたものである」と記録上明らかであつて、これも一の裁判たるを失わなければかりでなく、この裁判には抗告、再抗告、特別抗告の途も開かれており抗告人の裁判を受ける権利の行使を妨げたことにならないから、憲法に違反するものでない旨判断している。そして、原決定の右判断は正当であると認められるから、憲法三二条違反の主張はその理由がない。なお、抗告人は、本件調停に代る裁判並に原裁判が非公開の中に決定された違憲ありというが、右各裁判は対審乃至判決の手続によるもの

ではないから、違憲の主張はその前提を欠くものといわなければならない」として、憲法三二条は国民に裁判所で裁判を受ける権利を保障したものにすぎず、またいかなる裁判手続を採用するかは立法に委ねられていると解すべきであるから立法により非訟手続によるとされた裁判は憲法三二条および八二条に違反しないとする趣旨の大法廷決定を行った¹。そして、罹災都市借地借家臨時処理法一五条による借地権設定に関する裁判の違憲が主張された事案についての昭和三三年三月五日の大法廷判決²、および、不動産の任意競売手続における競落許可の裁判の違憲が主張された事案についての昭和三五年七月四日の第二小法廷決定³もこの立場を踏襲した。しかし、これらの決定および判決に対しては大きな疑問が残されていた。特に前記昭和三十一年一月三十一日の決定に対しては、真野裁判官その他による強力な反対意見が付記されており、憲法解釈上の疑義が投げかけられていた。

はたして、最高裁は、前記第二小法廷決定の二日後の昭和三五年七月六日に三十一年の大法廷決定と類似の事案——戦時民事特別法一九条二項および金銭債務臨時調停法七条による調停に代る裁判の効力をめぐる事案——に関してこれまでの判例を変更する次のような決定を行った⁴。すなわち、「憲法は三二条において、何人も裁判所において裁判を受ける権利を奪われぬと規定し、八二条において、裁判の対審及び判決は、対審についての同二項の場合を除き、公開の法廷でこれを行う旨を定めている。即ち、憲法は一方において、基本的人権として裁判請求権を認め、何人も裁判所に對し裁判を請求して司法権による権利、利益の救済を求めることができることとすると共に、他方において、純然たる訴訟事件の裁判については、前記のごとき公開の原則の下における対審及び判決によるべき旨を定めたのであって、これにより、近代民主社会における人権の保障が全うされるのである。従って、若し性質上純然たる訴訟事件につき、当事者の意思いかに拘わらず終局的に、事実を確定し当事者の主張する権利義務の存否を確定するような裁判が、憲法所定の例外の場合を除き、公開の法廷における対審及び判決によってなされないとするならば、それは憲法八二条に違反すると共に、同三二条が基本的人権として裁判請求権を認めた趣旨をも没却するものといわねばならない。……金銭債務臨時調停法七条

の調停に代る裁判は、これに対し即時抗告の途が認められていたにせよ、その裁判が確定した上は、確定判決と同一の効力をもつこととなるのであって、結局当事者の意思いかんに拘わらず終局的になされる裁判といわざるを得ず、そしてその裁判は、公開の法廷における対審及び判決によってなされるものではないのである。よって、前述した憲法八二条、三二条の法意に照らし、右金銭債務臨時調停法七条の法意を考えてみるに、同条の調停に代る裁判は、単に既存の債務関係について、利息、期限等を形成的に変更することに関するもの、即ち性質上非訟事件に関するものに限られ、純然たる訴訟事件につき、事実を確定し当事者の主張する権利義務の存否を確定する裁判のごときは、これに含まれないものと解するを相当とするのであって、同法八条が、右の裁判は『非訟事件手続法ニ依り之ヲ為ス』と規定したのも、その趣旨にほかならない。…本件訴は、その請求の趣旨及び原因が第一審決定の指摘するとおりで、家屋明渡及び占有回収に関する純然たる訴訟事件であることは明瞭である。しかるに、このような本件訴に対し、東京地方裁判所及び東京高等裁判所は、いずれも金銭債務臨時調停法七条による調停に代る裁判をすることを正当としているのであって、右各裁判所の判断は、同法に違反するものであるばかりでなく、同時に憲法八二条、三二条に照らし、違憲たるを免れないことは、上来説示したことにより明らかとすべく、論旨はこの点において理由あるに帰する。従って昭和二四年(ク)第五二号事件につき同三一年一月三一日になされた大法廷の決定は、本決定の限度において変更されたものである」とした。つまり、これまでの判例が、憲法三二条は国民に裁判所で裁判を受ける権利を保障したものにすぎず、その裁判手続は立法に委ねられていてと解されるから立法によって非訟手続が採用されている場合には実体的権利義務自体も非訟手続によって確定されうるとして憲法八二条との関連を軽視していたのにたいして、この決定は、実体的権利義務関係の存否など純然たる訴訟事項は公開の法廷における対審・判決の手続によって裁判さるべきであってこれを非訟手続によって裁判してはならないとするのが憲法三二条、八二条の趣旨であるとの立場から、金銭債務臨時調停法七条による調停に代る裁判自体は合憲であるとしつつその合憲性の根拠をこの調停に代る裁判によって処理される事件は性質上非訟事件に関するものに限ら

れるとする点にもとめているのである。この決定は、調停に代る裁判は確定判決と同一の効力をもつのであるから既判力を生ずるとの判断を包含しており、従って性質上非訟事件に属する事項を処理するにあたって前提問題たる訴訟事項に関して裁判所が審理・判断することも許されないとするのである。この点に関しては更に、石坂、斎藤、垂水らの裁判官によって、非訟手続による裁判には既判力は生じないから裁判所が純然たる訴訟事項につき審理・判断しても当事者には別に訴訟により争いを解決する途が開かれているから違憲ではない旨の反対意見の主張がなされていた。そして、最高裁の見解は、この点に関して家事審判の性質をめぐる事案で更に大きく転換することになる。

昭和三十七年一〇月三十一日最高裁第三小法廷は、婚姻費用分担審判に対する抗告棄却の決定に対する抗告事件で、「家事審判手続は非訟事件であつて、非訟事件の裁判は公開の法廷における対審及び判決によってなされる必要はなく、従つて原審が、所論婚姻費用の分担に関する審判に対する即時抗告事件において、口頭弁論を経ないで審理・裁判したことが違憲でないことは、当裁判所の判例（昭和二十四年^{（注）}第一八二号、同三三年三月五）の趣旨に照して明らかである」との決定を下した。この決定は、その論旨が不明確であるが、昭和三十三年三月五日の大法廷決定を引用しているところから、私権に関する裁判がいかなる手続を採用するかは立法に委ねられたものであること、および立法により非訟手続で行うとされた裁判は適正な手続による裁判であるから憲法に違反しないことを前提にしているものと解される。それにしても、家事事件における非訟事件性の問題に言及していないので、前記昭和三五年の大法廷決定の趣旨に沿つて家事事件に関して家事審判で行いうる合憲な範囲については不明確なままにされている。この家事審判の合憲な範囲——非訟事件性の問題を婚姻関係の事件で明らかにしたのが昭和四〇年の前掲「2」および「3」の決定であり、遺産分割事件でこれらの立場を踏襲したのが昭和四一年の前掲「1」の決定である。ところが、これら三つの決定は、すでに述べたように家事事件における実体的権利義務関係自体は本来民事訴訟によって争われるべき事項であるとしつつ、家事審判には既判力が生じないから家庭裁判所は審判にあたりその前提として実体的権利義務関係に争いがある場合にはこれを審理・判断した上で審判を行つ

ても当事者には別訴で争う機会が保障されているのであるから、憲法の規定に違反しないといわば二元論的な理論構成を採っているのである。つまり、ここでは前記昭和三五年の大法廷決定では容れられなかった石坂裁判官その他による主張と同趣旨のことが決定の内容とされているのであり、判例に重要な変更が加えられたといえる。しかも、これら三つの決定にはかなり多数の反対意見が付記されており、特に「2」の決定では、当事者は審判が確定した後でも夫婦の同居義務自体については別訴を提起することができるとする点をめぐっては八対七と鋭く意見がわかれているところであるから、今後の最高裁の判例の動きには予断を許さないものがあるといえる。

このように、判例の動きはこれまでに二転三転しているが、これはある意味では学界の状況を反映しているともいえるものであり、これらの点をめぐる学説には激しい対立がみられる。しかし、この学説の対立については、すでにこれまでにかなり詳細な紹介、検討が行われているので、ここでは省くことにする。

- (1) 最高(大) 決昭三一・一〇・三一民集一〇巻一〇号一三五五頁。
- (2) 最高(大) 判昭三三・三・五民集一二巻三号三八一頁。
- (3) 最高(二小) 決昭三五・七・四判例時報二二九号三二頁。
- (4) 最高(大) 決昭三五・七・六民集一四巻九号一六五七頁。
- (5) 民集一四巻九号一六七三頁以下参照。
- (6) 最高(三小) 決昭三七・一〇・三一家裁月報一五巻二号八七頁。
- (7) これら三つの最高裁決定に関する判例批評およびこれらに論及したのものとしては、我妻栄・法学協会雑誌八三巻二号二〇三頁以下、同・法学協会雑誌八三巻二号三三三頁以下、同・法学協会雑誌八四巻二号二九四頁以下、谷口知平・民商法雑誌五四巻二号二〇六頁以下、同・民商法雑誌五五巻四号六二四頁以下、宮川種二郎・民商法雑誌五四巻二〇号二一八頁以下、小山昇・判例時報四一九号六二頁以下、高梨公之・判例時報四四七号一三五頁以下、佐々木吉男・別冊ジュリスト一二号三六頁以下、山木戸克己・別冊ジュリスト一二号一七六頁以下、唄孝一・湯沢雅彦「家庭裁判所の現実、二、家庭事件」三ヶ月編・現代の裁判(岩波講座・現代法五巻)三〇七頁以下、宮井前掲論文三四〇頁以下、鈴木忠一「夫婦同居等の審判に関する諸問題」判例タイムズ一七九号二頁以下、宮田信夫・法曹時報一七巻八号一一〇頁以下、高津環・法曹時報一七巻八号一一六頁以下、同・法曹時報一八巻五号九五頁以下などがある。

(8) この点については、鈴木忠一「非訟事件の裁判の既判力」三三三頁以下が最も詳しい。その他に戸根住夫「非訟事件の裁判における判断の対象と民事訴訟」民事訴訟雑誌一三号一二九頁以下、篠清「審判の効力」判例タイムズ二五〇号一一三頁以下など。

(二) 遺産の範囲

遺産の範囲について争いがある場合に家庭裁判所はこれを遺産分割審判において判断することができるかの問題は、遺産分割の前提問題と家事審判との関係をめぐる問題の中では、相続人たる地位につき争いがある場合とならんで議論の多いところである。ある財産が遺産に属するか否かは、その財産が相続開始時に被相続人に帰属していたか否かなどの問題であるから、明らかに実体的権利義務関係の存否の問題であり、これが民事訴訟によって終局的に確定されるものであることには、後でふれる特殊な主張を除けば、ほとんど異論がない。家庭裁判所に申立てられた遺産分割事件の中に相続財産の範囲に関する争いが含まれているとき、これを家庭裁判所が一応審理・判断して遺産分割審判を行おうとするか、これが民事訴訟で確定して始めて家庭裁判所は遺産分割審判を行おうに過ぎないとするかで見解はわかれる。したがって、前者の見解によると、さらにその財産の帰属を争う者は別に訴を提起してその確定をもとめることになるが、それによって審判と異った判決が確定すれば審判の一部または全部の効力がなくなるので追加審判や再審判などが行われなければならない、後者の見解によると、相続人は訴訟によって財産の帰属が確定するまでは遺産全体につき分割審判を受けることができないのであるから、いわば相続人またはその相手方に訴の提起を強制することになり、また当事者は前提問題を争うことによってたやすく遺産分割を妨げることができる。これらの点は両見解がそれぞれ指摘しあう双方の欠点であるが、かかる実的要素をも含みつつ家事審判の性質との関連で遺産分割事件における家庭裁判所の権限をどう捉えるかが主要な問題点である。

この家庭裁判所の権限について、学説、審判・決定例ともにこれを積極に解する説と消極に解する説とにわかれるが、

いづれも積極説が支配的である。学説については、すでに本稿の冒頭で触れておいたのでくりかえさないが、審判・決定例に比較すると、学説にはまだ有力な消極説の主張がある。これら消極説は、次の広島高裁決定および松江家裁審判を挙げてその論旨を正当としている。

〔4〕 これは、共同相続人の間で遺産の範囲につき争いがあり、原告人が本件不動産の自己所有を主張している事実で、原告がそれを遺産に属するとして分割審判を行ったのたいし、被告人が審判の違法を主張して抗告したものである。

「家庭裁判所が特定の財産が遺産に属すか否かについて争のある場合にこれが遺産に属するものと判定して分割の審判をなしうるか否かについては議論のあるところであるが、当裁判所はこれを消極に解すべきものと判断する。即ち(1)家庭裁判所も下級裁判所の一つとして民事に関して特定の裁判権を有することは勿論であるが、同じく民事に関する事件であっても、私人の保護、助成ないし監督という国家の目的を達成するために裁判所が国家機関として有する形成権能を發動して、私人の権利関係の変更のり出すのが非訟事件であるところ、民法九〇七条が家庭裁判所に委ねた遺産の分割の審判とは正にかくのごとき権能に基くもので非訟事件たる性質を帯びるものであることは、家事審判法九条乙類一〇号の規定と、同法七条が審判につき非訟事件手続法を準用し、家事審判規則六条以下が審判手続を非公開とし、職権による事実調査、証拠調を行うべきものとしているところからしてこれを了とすることに難くないところである。これに対し前記のような当事者の主張する権利の存否又は所属についての事実的、法律的判断をなすこと即ち訴訟的事項は公開主義、双方審訊主義、口頭主義、弁論主義、自由心証主義等の原則によって支配される民事訴訟手続によってなされるべきであって、性質上非訟手続に親しまないものというべきである。(2)右の趣旨に従って民法九〇七条をみれば、同条が家庭裁判所の管轄とする事項は、遺産であることの明らかな財産について分割方法のみにつき協議ができない場合に、その協議に代るものとして、分割方法を決定することの範囲にとどまるものと解するのを相当とする。積極説は家庭裁判所は遺産の範囲について審理をしなければ分割の審判をすることができないということ論拠の一つとしている。しかし遺産分割の審判は形成的裁判であって、その形成力を生ずるためには、その審判の対象となる財産が遺産であることを要するのである。若し或る財産に対する権利の帰属についての争があり、それが遺産に属するか否か明かでない場合に、遺産分割の審判手続においてその財産を遺産に属するものと判定して分割の審判をしても、審判には既判力がないから、別途に民事訴訟手続においてその財産が遺産に帰属しない旨確定された場合には、前になされた遺産分割の審判はその財産に関する限り形成力を生じ得ないことになるべく、延いてはその他の遺産についてなされた分割の審判は不適性のものとなる虞がある。従って家庭裁判所は、遺産の範囲についての争のある場合、すなわち第三者が遺産なりや否やにつき争う場合のみならず、共同

相続人間において遺産の範囲につき争いのある場合においても、まず遺産であることに争のない財産のみにつき分割の審判をなすか或は民事訴訟法によりその争ある財産に対する権利の帰属の確定した後に遺産全部につき分割の審判をなすべきものである。即ち遺産の範囲につき争いのある権利の帰属を最終的に確定することは家庭裁判所の権限に属しないといふべく、従って家庭裁判所が争のある遺産についてその範囲を自ら判定して分割の審判をなすことは、違法といわなければならない。(3)積極説に従えば審判に既判力がないところから、審判に不服ある者はその確定後に更に遺産の範囲について民事訴訟を提起して争い争うものであるから、審判は訴訟による最終結果の判明するまでの一時的、仮定的な判断たる地位にあるといふのである。しかし一時的、仮定的にせよ権利の帰属を確定するものである以上その審理は当然詳細鄭重に行われざるを得ざるべく、斯くては簡易迅速な処理を主眼とする審理手続の趣旨に反するばかりでなく、民事訴訟手続の外に屋上屋を重ねて更に審判手続を認めることとなる。しかもかくしてなされた審判における判断と民事訴訟によりなされた判断とが相反する結果を招来する好ましくない場合も生じ、積極説が論拠とする事件の迅速な処理ということも所期し難いこと多言を俟たない。

以上の理由で原審が本件において遺産であることにつき争いある財産についてもこれを遺産であることと判定しこれが分割をしたのは結局職分管轄に違法たるを免れない。(月報一三卷一三二号四五頁) (広島高決三六・五・二六家裁)

〔5〕 遺留分の減殺請求についての管轄権は、家庭裁判所に属せず、この請求を前提とする遺産分割の申立は、遺産の範囲についても争いがあるものであるから、いずれも民事訴訟手続によるべきであるとした事例。

「本件申立の趣旨は、被相続人Aが相手方になしたる松江法務局所属公証人B作成第一四一九号遺言公正証書による別紙物件目録記載不動産並びに動産について三分の一の遺留分の減殺と前記不動産並びに動産について三分の一の割合による遺産分割との各請求であるが、遺留分減殺の請求についての管轄権は家庭裁判所に属せず、地方裁判所に属することは家事審判法第九條並びに民事訴訟法第一九條によって明らかである。しかし遺産分割の請求についての管轄は、一応家庭裁判所に在ることは家事審判法第九條第一項乙類一〇号、民法第九〇七條によって明らかではあるが、この家庭裁判所に属せしめられた遺産分割は、遺産であることが明らかで、換言すれば遺産の範囲につき争いなく、ただその分割の方法について協議できない場合この協議に代るものとして分割方法を決定する範囲にとどまるべきであつて、その範囲について争いあるものは、通常の民事訴訟手続によってその範囲を確定した後でなければ分割の審判をなす権利を有しないものと解するのを民法九〇七條第一、二項の解釈上相当とするし、このように解さないと遺産分割の審判は形成的裁判で、しかも審判には既判力がないから、別途に民事訴訟手続においてその財産に属しない旨確定された場合には前になされた遺産分割の審判は不適正となり、変更されなければならないし、反対に審判には既判力がないから審判に不服ある者はその確定

後更に遺産の範囲について民事訴訟を提起して争いするのであるから審判は訴訟による最終結果の判明するまでの一時的仮説的な判断にすぎないこととなりかくては簡易迅速な処理を主眼とする審判手続の趣旨に反し、審判における判断と民事訴訟によってなされた判断とが相反する結果となるからである。

翻って本件をみると、その申立の趣旨の前提において遺留分の減殺を請求している部分は前述の理由によって当裁判所に管轄権はなく、又この請求を前提とする後段の遺産の分割の申立はその範囲について争があるものといわなければならないから従ってこの申立についても当裁判所に管轄権はなく、いずれも通常の民事訴訟手続によって確定されなければならない。(松江家審昭三七・七・一〇家裁月報一四卷一一号一六二頁)

これら二つの審判・決定例は、ある財産が遺産に属するか否かを(一)非訟と訴訟の性質上、手続上の差異、(二)それからくる家事審判の限界、および(三)法律関係の複雑化の回避⇨家事審判の簡易・迅速の趣旨の三点から家庭裁判所が審判で判断すべきでないものとしている。学説における消極説の主張もこれら二つ、特に「4」の決定によってほぼほいつくされていくといえる。しかし、昭和三七年に出された「5」の審判を最後に、以後消極説を採る審判・決定例はみあたらなくなっている。(註)

これら消極説を採る例に対して、積極説を採る例ははるかに多い。(註) これら積極説を採るものの中で代表的なものは、勿論「1」の最高裁決定であるが、これにいたるまでの下級裁による判例形成の過程をみる意味でほかに二つほど決定例を挙げておこう。

次の福岡高裁決定は、遺産分割協議の成否に争いがある場合に家庭裁判所がとるべき措置に関するものであるが、遺産分割の前提問題一般に論及し、審判・決定例の中では最も詳細に積極論を展開しているので、ここで引用しておく。

〔6〕「そこで遺産分割の審判手続(家事審判法第九条第一項乙類)による審判において、前記の如く本案的審判の前提となるべき法律上の争につきいかなる措置を採るべきかについて考える。もし分割の協議が成立しており、右協議に取消又は無効の原因がない限り、遺産に属する権利の帰属が確定するものであるから、この種紛争は、私法法規を前提し、争ある事実を確定し、これに法規を適用して既存の権利の存否範囲を確定する、いわゆる訴訟事件であることは論を俟たない。ところが、遺産分割の審判手続は、相当と認める者の傍聴を許すとはいえ非公開で行われ、対立当事者主義を採らず、職権審理主義を採用し、審判の範囲も必ずしも申立に拘束され

ることなくその他手続全般に亘って簡易迅速が主眼とされてきて、民事訴訟手続と著しく異なる。その審判事件は国家が端的に私人間の生活関係に干渉し後見的作用を目的とするいわゆる非訟事件で、その審判は当事者間に権利義務を創設し且つ執行力を有する。そこで審判の前提として訴訟事件に属する法律関係が争われた場合、かような効果をもつ審判は右法律関係にいかなる影響を及ぼすかについての見解が一致しないことと関連してこの問題処理に採るべき措置として次の四説が考えられる。第一はかかる問題は元來民事訴訟の対象であつて審判の対象となり得ないから、審判の申立は審判の基礎を欠くものとして却下すべきである。第二は、申立は一応維持しておいて、前提問題に対する民事訴訟による解決を俟つて審判すべく、それまで審判手続を中止すべきである。第三は、前提問題が争う者の全くの言いがかりでその理由のないこと明らかな場合はその認定に従つて棄却ないし分割の審判をなすべきである(明らかでない場合は前記第一か第二かのいずれかによる)。その四は、審判として前提問題についても審理判断をなしうるものであり、審判手続として申立却下ないし分割の最終的、実体的審判を目標として進行し終結すべきである。

当裁判所は第四説を採る。その理由は次のとおりである。

一 (イ)審判手続において訴訟事件に属する法律問題が審判の前提とし争われた場合、審判の申立を却下すべしとか審判を中止すべしとかの規定は、家事審判法同規則非訟事件手続法その他の法令についてみるも何等発見できないから、いかなる措置をとるべきかは家事審判法の精神に基きこれに関連ある法令の趣旨を合理的に解釈して決定する外はない。ところで、いわゆる訴訟事件はすべて民事訴訟法(ないし人事訴訟法)によつてのみ判断すべきであつて審判ないし非訟事件手続では一切判断してはならないとの法理は存しない。審判手続がかような判断をなしえない構造をとつておれば格別家事審判法並びに同法によつて準用される非訟事件手続法第一編の規定によれば、当事者の由立、陳述、期日及び証拠等については民事訴訟法の規定が準用されているから、本件の如き訴訟事件的前提問題についてはこれらの規定を活用して充分当事者の主張を聴取し証拠調査を施行して前提問題の当否を判断しうる手続構造をなしている。したがつて審判はかような手続によつて前提問題を判断しその結果に基き分割の申立を却下するなり分割の審判をなすかを決定すべきものと考ええる。

(ロ)のみならず審判の対象は家庭に関する紛争ないし問題であつて、個人間の権利義務の判定に止まらず夫婦親子なし親族間の継続的血縁的共同生活関係の調整であるから、かかる事件の特殊性に鑑み、以上の手続の外に更に本人出頭原則、職権による証拠調、家庭裁判所調査官による事実の調査、報告の聴取等をなしうることにし、訴訟事件が必要的当事者対審の方式に拘束されてもすれば事件の真相と適正迅速な解決に遠ざかるおそれあるを防止し、国家が民法その他の法律の理想を実現するため家庭生活に対する後見の干渉、指導を達成するにふさわしい手続を構成している。したがつて前記第一ないし第三の説は訴訟事件たる性質を有する前提問題につ

いては審判において一切ふれないとの誤った見解に基くものであって、家事審判法の所期する目的に合致しないものというべきである。元來審判は非訟事件の裁判と同じく当事者間の権利義務の確定のみを終局的目的とするものではなく、国家の後見的作用を達成する手段であるが、終局的には一定の法律関係の創設を目的とし、その過程においてはさまざまの事実認定それに伴う法律関係の判断を経るものであって、かような判断それ自体を終局的目標としないというだけにすぎない。

二 次に、ことを實際的に考えてみる。この種の前提問題については第一、第二説を採るにおいては、分割審判の結果現状の変更により不利益を被るおそれある相手方（例えば相続財産を占有する相続人）はいつでもかような前提問題（例えば本件の如き協議の存在、遺産の範囲、相続人の適格）を争うことによって審判を拒否しうることとなり、かくしてこの解決はともすれば遅延し多大の費用を要し、且つ公開の法廷で骨肉相争う醜状を呈する訴訟に俟たざるを得ないこととなる。しかも訴訟の結果分割の協議が成立していなかった旨の判決が確定すれば、審判手続において更に申立人相手方双方の事情を聴取し証拠調をすることにならう。かような二重の手間を必らずふまねばならぬとする必要があるか。審判手続において当事者双方の主張弁解を充分聴取したならば、審判の結果如何によって更に民事訴訟の提起される確率は少いであろうことに鑑み（本案化した仮処分事件の判決後更に民事訴訟の提起されることの少い事例を想起する）、むしろ、審判手続において前提問題判断のため民事訴訟法の諸規定を可及的に準用して当事者双方の主張弁解を充分に参酌し、その得たる心証に基き協議存在を認定して申立を却下するなり、或は協議不存在を理由に分割の審判をするのが最も実際に適した措置といふべきである。第三説は、叙上の審判阻止の手段を封じうる見解ではあるが、その主張するような「一見して理由なき」と明白な場合」としからざる場合との区別はしかく容易ではなく、且つ、かかる区別をたてる理論的根拠にも乏しいから採ることができない。

三 当裁判所の採る見解に対し予想せられる二、三の批判について補足的説明を簡単に附加しておく。

(イ) 訴訟事件たるべき前提問題に關する審判に既判力があるかどうかは問題であるが、これが帰結いかんは叙上の見解を左右するものとは考えない。ただ、審判に既判力がないことを前提とし、この種前提問題について審理するのは徒勞であるとか権利関係の錯綜紛糾を来すとかの見解は、その理由のないこと現行法の認める任意競売の手続をみることによって明らかである。すなわち、抵当権実行の申立による不動産競売事件では抵当権不存在を理由に競売手続開始決定に対する異議の申立ができることとされているが、右異議事由は訴訟事件であること明らかなところ、執行過程でこれを判断しても既判力がないから、或はこれを判決で確定しないで競売が終了すれば権利関係が紛糾することを理由に、執行裁判所はかかる場合異議事由たる訴訟事件の判決確定まで競売手続を中止すべきであるとか競売申立を却下すべしとはされていない。任意競売は抵当権存在の疎明をもって開始されるものであるから、開始決定をなすにはそ

の疎明の有無を判断すべきことというまでもないが、その疎明あって手続進行中異議の申立によってその不存在の主張があれば、執行裁判所は必要な証拠調場合によっては口頭弁論を開く等の措置をとってこれに対する判断をなし、手続を進行すべきか競売申立を却下すべきかを決定せねばならない。これ競売法が抵当権実行について採る手続構造であって審判もこれと同様に解すべきものと考える。

(ロ)前提問題について訴の提起があり他方審判の申立があった場合に如何に処置すべきか。訴訟と調停とが平行する場合については民事調停規則第五条家事審判規則第一三〇条に規定があり、任意競売における開始決定と訴訟とが平行する場合については民事訴訟法第五四四条第五二二条二項又は第五四五条第五四七条の仮の処分措置がとられる余地があるが、本間の場合依るべき規定を見ない。ところで実際において当事者の一方が前提問題について訴を提起し他の一方が審判の申立をすることは殆んどあるまい。万一、二つの事件が同時に係属したとしても、当事者が同時にそれぞれの事件を平行して進行させる意図を表示することはあるまい。必ずやいずれか一方の手続によって問題の解決をはかるべく協定するのが通常であり、右協定にしたがい裁判もその手続を進行させるか事実上中止するかの措置を採ることにならう。しからざる時はむしる審判を中止し訴訟手続を進捗する訴訟指揮に出づるのを相当と解する。

(ハ)審判手続においてこの種前提問題を判断すべきこととなると審判制度の機能を充分發揮できなくなるという「審判の訴訟事件化」の懸念がある。審判制度の目的からいえば、かかる前提問題について争のない事件について審判することをねらいとしていることは首肯できるし、また実際においてさような事件が多いであろう。しかしそれは飽くまで「主たる」ねらいであって、絶対的法律的拘束でないこと前述のとおりである。否却って、家庭事件の特殊性に鑑み、事件の種類による手続の特殊化ともいへば理念に導かれて、家庭事件である限りたとえ前提問題について争があってもこれにつき訴訟手続によるよりもむしろ冒題説明の特色をもつ審判手続によって処理解決するを適当としたものと解せられる。そのために審判事件の処理に繁忙を来すとしても審判制度の目的に反するものと言ふことはできない。これ、仮処分の本案化の問題に類するものである。(福岡高決昭三三・九・二七) 家裁月報一一卷二号六九頁)

〔7〕 相続財産の範囲について争いがあるとの理由で遺産分割審判の申立を却下した原審判を不当として取消し差戻した事例。

「家庭裁判所が遺産分割の審判をするに際し相続財産の範囲に争のある場合これを確定するための審理をなし得ないものと解せねばならない根拠はない。何となれば、法が遺産の分割を家庭裁判所の審判事項と定めた法意を考えると、遺産の範囲について当事者間に争がなくその範囲の明確な場合にのみこれが分割を家庭裁判所に委ねたものと解すべきではなく、相続財産の範囲につき共同相続人間に争があると否とを問わずその範囲が不明確な場合においてこれを確定するための審判は当該審判手続によらしめたものとみるのが相当であるからである。すなわち、家庭裁判所においては事実の調査及び必要があると認める証拠調をして相続財産の範囲を確定し

た上正当な当事者間において分割の審判をなすべきであつて、それが確定したならば審判自体の効力を否定することはできないものである。尤も、右審判はその前提となつた相続財産の範囲につき既判力を有するものでないから、第三者はもちろん当事者においても別に訴をもつてその帰属を争うことはさまたげなく、その結果、分割の審判における相続財産の範囲の認定と別訴における認定とに差異を生じひいては分割によつて各相続人が取得した相続財産に瑕疵あることとなり民法第九十一条の規定により共同相続人相互に担保の責に任せねばならない場合の生じることもあり得るであらうが、これがため審判手続において相続財産の範囲を審理し認定することを否定する論拠となすに足りない。」

(大阪高決昭三四・三・五家)
裁月報一―巻四号九八頁)

これら二つの決定例からも明らかなように、積極説を採る判例の内容は必ずしも一樣ではない。特に「6」の決定は、積極説を採る理由をかなり詳細に述べてはいるが、「訴訟事件たるべき前提問題に関する審判に既判力があるかどうかは問題であるが、これが帰結いかんは叙上の見解を左右するものとは考えない」とか、「家庭事件の特殊性に鑑み、事件の種類による手続の特殊化ともいふべき理念に導かれて、家庭事件である限りたとえ前提問題について争があつてもこれにつき訴訟手続によるよりもむしろ冒頭説明の特色をもつ審判手続によつて処理解決するを適当と」するとか述べて、現在の積極説とは若干その内容を異にするところがある。これは、最高裁の判例が、すでに「家事審判の性質」の項でみたように、当初いかなる裁判手続を採用するかは立法に委ねられたものであるから非訟手続によつて実体的権利義務関係を確定しても違憲ではないとしていたことの影響であらう(この決定自身前記昭和三三年三月五日の最高裁判決を同判決の罹災都市借地借家臨時処理法一五条の裁判と家事審判を全く同一に解することは妥当でないにせよとしつつ引用している)。現在の積極説は、「1」の決定が述べるように、相続権の存否、相続財産の範囲など遺産分割の前提問題は、(一)実体法上の権利関係であるからその終局的確定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、(二)しかし家事審判は既判力を生じないから家庭裁判所は課せられた遺産分割の職務を迅速に果すためにこの前提問題を審理・判断した上で分割審判を行うことができる、(三)当事者は別に訴を提起して前提問題を争うことができるがその結果審判と異なる判決が確定すれば審判はその限度で効力を失う、の三点を骨子としている。学説における積極説も、すでにみたようにこれと同趣旨で

ある。ところが、同じ積極説でもこれと内容を著しく異にするものがある。それは、「1」から「3」までの決定に対する山田裁判官の少数意見であるが、家事事件の特殊性から民法および家事審判法はそれを非公開の家事審判によって処理すべきとしていると解されるから前提問題といえども同様にとり扱われなければならない、当事者に公開の法廷における対審および判決を求める途は閉ざされているとする主張である。いわば家族財産関係を近代市民法原理から排除しようとする主張であり、特異な見解といえるであらう。

(1) これら以外にも、判例集には収録されていないが、抗告審の論旨から消極説を採ったと推測されるものはある。たとえば、「7」の原審たる神戸家洲本支審昭三〇・二二・二六、東京高決昭四〇・五・二四(家裁月報一七卷一〇一頁)の原審たる千葉家八日市支審(審判の年月日不詳)など。

(2) 積極説を採るものとしては、本文引用の「1」、「6」、「7」以外に次のものがある。仙台家審昭三〇・五・一八家裁月報七卷七号四一頁、福岡高決昭三三・二・一〇家裁月報一〇卷二号六三頁、鹿児島家審昭三三・四・五家裁月報一〇卷四号三二頁、鹿児島家審昭三三・四・一一家裁月報一〇卷四号三七頁、広島家與支審昭三三・一・二二家裁月報一〇卷四号一六頁、大阪高決昭三六・七・一九家裁月報一三卷一〇号九八頁、大阪高決昭三六・一〇・二八家裁月報一四卷三十一頁、高松高決昭三七・一・二二家裁月報一四卷六号一〇八頁、秋田家大曲支審昭三七・六・一三家裁月報一四卷一〇号一三七頁、福岡高決昭三七・八・一六家裁月報一五卷一四〇頁、高松高決昭三八・三・一五家裁月報一五卷六号五四頁、福岡家審昭三八・九・二一家裁月報一五卷一七号一七一頁、大阪家審昭三八・一〇・二九家裁月報一六卷二号八九頁、福岡高決昭三八・一二・二七家裁月報一六卷四号一三三頁、札幌高決昭三九・九・二九家裁月報一七卷一〇号九〇頁、岡山家審昭三九・一二・二八家裁月報一七卷二号六〇頁、福岡高官崎支決昭四〇・三・一家裁月報一七卷九号五三頁、大阪高決昭四〇・四・二三家裁月報一七卷一〇号一〇二頁、東京高決昭四〇・五・二四家裁月報一七卷一一号一〇一頁、盛岡家審昭四二・四・一一家裁月報一九卷一一号一一〇頁、福岡高決昭四四・三・二九家裁月報二二卷一〇号一〇八頁。

(3) 山田裁判官の意見は次の通り。「わたくしは、家事審判法九条一項乙類一〇号に規定する遺産分割に関する処分の審判が憲法三二条、八二条に違反しないとする結論については多数意見と同じであるが、その理由は多数意見のように、右審判の本質が非訴事件であるからというのではなく、遺産分割の性質が家族団体の内部における構成員間の権利義務に関する争であるところを求めらるべきものと考える。この見解については、多数意見が採用する昭和四〇年六月三〇日の当大法廷の二決定中で既に述べた

わたしの意見とその理論的根拠を共通にするので、ここでは詳論をさける。なお、多数意見によれば、遺産分割の審判の前提事項である相続財産等の存否に關して審判中で決定がなれた場合でも、後に通常の民事訴訟を提起することを妨げないというが、わたくしの見解によれば、かかる前提事項が家族団体内部の構成員であることにもとづく争である限りは、更に通常訴訟を以て争いうるということには到底賛同し難い（民集一〇卷三三三六四頁）。そして、「2」にたいする少数意見でこの点を詳しく述べているが、その要点は、多数意見のごとく解することは家庭裁判所のなす審判の権威と機能を阻害することになること、および公開法廷において対審手続で裁判すると当事者のプライバシーを公開しかえって人権を尊重しない結果となることなどである。「2」にはさらに、夫婦の同居に關する審判そのものについては当事者に公開の法廷における対審および判決を求めることは許されないとする田中裁判官の意見があり、横田正俊、柏原裁判官がこれに同調し、松田、草鹿、岩田の各裁判官が多数意見に反対している。

(三) 相続人たる地位

遺産分割事件の中に相続人たる地位につき争いがある場合、家庭裁判所はこれを審理・判断した上で分割審判を行いうるかであるが、学説、審判・決定例ともにこれを遺産の範囲につき争いがある場合と同様に解している。¹⁾

ところで、相続人たる地位が争われるのにはいろいろな場合が考えられる。現在戸籍簿上に相続人たる地位に記載されている者について、相続人の廃除またはその取消（民法八九二、八九三、八九四）の審判が申立てられている場合、認知無効取消の訴（民法七八六条、人訴二）が提起されている場合、婚姻または養子縁組の無効の訴（民法七四二、八〇二条、人訴一）が提起されている場合、嫡出否認の訴（民法七七五、三五、三二条）が提起されている場合などには、その者の相続人としての地位はその審判または判決によってはじめて変動を生ずるのであるし、また、戸籍簿上相続人たる地位に記載されていない者について、認知の訴（民法七八七条、人訴二）や父を定める訴（民法七七三条、人訴三）が提起されている場合なども同じであるから、これらは遺産分割の前提問題として家庭裁判所が審理・判断できるかという問題の中には含まれないことになる。したがって、家庭裁判所の権限が問題となる前提問題は、戸籍簿上相続人たる地位に記載されている者につき相続欠

格(民法八)、親子関係の不存在、養子縁組や婚姻関係の不存在などが分割審判の際に争われる場合や戸籍簿上相続人たる地位に記載されていない者につき、親子関係の存在などが同様に限られることになるであろう。

この問題に関する判例は、遺産分割審判の際に共同相続人の一人が他の相続資格を主張した事案にたいする「1」の決定で代表されるが、この他に戸籍簿に実子として記載されているものにつきそれが虚偽の出生届によるものであるとしてその者またはその者の子らの代襲相続を認めずこれらを除外して分割審判を行った例がある。

〔8〕「当裁判所は先ず調停手続において、当事者の互譲による田畑分割の方法に拠り事を解決せんとして、数次に亘り調停委員会を開いて努力したが遂に双方の意見の合致点を見出せなかつたものである。よつて審按するに、被相続人Aが昭和三二年二月二日死亡し、同時に相続が開始した事、本件当事者が相続人たる事、主文掲記の物件が遺産に該当することは公簿上明らかである。そこで先づ本件当事者以外に正当な相続人が存在するか否かにつき職権により按ずりて亡Bの父Cの戸籍簿の記載並びに当裁判所の調査の結果によればCには二男Dがあつて(被相続人Aは長男)Dは昭和二八年七月三日死亡し、代襲相続人として同人の長男d₁、二男d₂、長女d₃、長女d₄(母が違う)の四人が現に存在することが認められるが、本件各当事者の供述並びに夫々の本人の陳述によれば、同人等の父Dは、実際は亡Aの父C(大正一二年九月二三日死亡)の子ではなく、Cの兄某の子であつたが厄年の子であつたことから、巷間の迷信に従ひ自分の子として真正な届出をせず、弟Cの子として虚偽の届出をしたものであることが認められる。しからばDは(被)相続人Aの兄弟ではなく従つて同人の子である前記四名も亦代襲相続人たる位地を取得することはない。よつて戸籍簿の記載の如何に拘わらず、同人等は相続人ではなく、真正の相続人は本件当事者三名のみであることが明らかである。」(岡山家審昭三九・二二・二八)

〔9〕「申立人としては、かかる亡A(被相続人)の戸籍の記載を訂正してから、本件遺産分割の申立をなすことが事理にかなうこととなるが、更に、考えると、嫡出子でない者が、たまたま、戸籍簿に嫡出子として記載されたとしても、これがため該身分を取得すべき理由はないし、また、戸籍簿の記載は、その内容である身分関係につき、単に、一応の証拠となるだけであつて、絶対的の公信力をもつものでなく、戸籍簿以外の他の証拠により戸籍簿の記載の内容が真正の事実と反することを認めるときは、審判をなす必要の限度において、戸籍簿の記載に異なる真正の事実を認定することは、法律上許されるのみならず、戸籍訂正に関する戸籍法上の規定も、単に戸籍の記載を真実に合致させるための手続を定めただけであつて、その訂正の手続を了した後でなければ、その記載と異なる事実の主張や認定を許さない法意ではないから、本件遺産分割の審判において、裁判所が、亡Aの戸籍の訂正をまたずして、前記証拠により相手方Y₃は、亡Aの二女ではなく、Bの婚姻外の子であるとして、その戸籍簿の記載に異なる事実の認定をなし、この認定のもとに

亡Aの共同相続人である申立人X(Aの養子)、相手方 Y_1 (Aの妻)及び Y_2 (Aの実子)の三名が、本件遺産を分割することは、ならぬ妨げないといわなければならない。」(静岡家島田出張所審判三三・三三) (四家裁月報一〇卷三号五〇頁)

なお、民法は、相続の放棄について、相続の放棄をした者は初めから相続人とならなかつたものとみなす(民法九)としているから、相続放棄の有無およびその有効無効は、相続人たる地位に係る問題となる。この点につき判例は、同じく放棄の効力の有無を最終的に確定するのは通常の民事訴訟によらなければならないとしつつ、家庭裁判所はこれを審理・判断した上で分割審判を行うことができるとしている。

- (1) 学説については、本稿一三七頁注(2)ないし(4)参照。
- (2) 「8」、「9」のほかは福岡高決昭三九・一・三一(家裁月報一六卷六号一四八頁がある。この決定は、戸籍簿上実子と記載されている者につきそれを実子でないと認定した原審を正当とし、更に養子縁組の問題にも論及して次のように述べている。「抗告人等は、仮に抗告人等が前記夫婦の実子でないとしても、戸籍上右兩名の子として出生届出がなされたことは夫婦が抗告人等と実子同様に養育しようとした意思のあらわれであり、しかも右夫婦が抗告人等を実子同様に養育したのであるから抗告人等と右夫婦との間に養親子関係を認むべきであると主張する。養子縁組は戸籍法によるその届出によって効力を生ずるのであって、養子縁組当事者の意思或は実子同様の養育の実績のみによって養子縁組の効力を生ずるものでないことは論を俟たない。」
- (3) 最判昭二九・一一・二四(民集八卷一一号二二一〇頁)。
- (4) 浦和家審判昭三八・三・一五(家裁月報一五卷七号一一八頁)。

(四) 遺産分割協議の成否

遺産は、被相続人が遺言によって分割方法を定めまたはこれを定めることを第三者に委託した場合以外は、原則として共同相続人の遺産分割協議により各相続人に分割される(民法九〇七条一)。(項、九〇八条) この分割協議が共同相続人間で調わずまたは協議をすることができない場合には、家庭裁判所が各共同相続人の請求により遺産の分割を行うこととされている

(民法九〇
七条二項)。

相続の開始によって共同相続人の共有状態にある遺産を各相続人の単独所有とするためには、これらのうちいずれかの方法によらなければならないが、各共同相続人が家庭裁判所に分割審判の申立を行うためには、分割協議が調わないことまたは協議ができないことが条件とされているから、有効な分割協議が行われたか否かは、各共同相続人の遺産分割審判申立権の存否に係る問題であり、分割の前提問題たる性格を有している。これについても、学説、審判・決定例はともにかかれていゝ。

消極説をとる審判例は少なく、次に挙げるものしかみあたらないが、理論構成は他の場合の消極説と同じである。これは、「11」の原審であるが、相手方が共同相続人の一人である被相続人の妻の参加がないのにこの者が遺産全部を相手方に分与することに同意したと議協書を偽造し所有権移転登記をすませたのにたいして、被相続人の妻から相続分の贈与を受けた申立人がこの移転登記の無効を主張して遺産分割の審判を求めた事案で次のように判示している。

〔10〕「共同相続人間において遺産分割につき協議が成立すれば、家庭裁判所は当事者の意思表示に代る審判をすることは許されず、右協議によって形成された権利関係に関する紛争は民事訴訟事項に属することは明らかである。これと同様に、共同相続人間において遺産分割に関する協議が成立したとし、かつこれを証するに足る書面が作成され、特にその書面に基き不動産につき所有権移転登記がなされたりなどして、形式上一応その協議が有効なものとして取り扱われているような場合に、その協議の存在ないし効力につき争いがあるときにも、通常の民事訴訟手続に従い利害関係人をして充分に攻撃防禦をつくさせようで権利義務の存否を確定すべきであつて、これを家事審判の対象とすることができないと解するのが相当である。すなわち、上記のような場合にあっては、まず民事訴訟手続によって遺産分割についての協議の無効ないし遺産分割請求権の存在及び所有権移転登記の抹消などについての確定判決を得たうえで、改めて民法及び家事審判法の定めるところにしたがつて分割の手続をとるべきである。

ところで本件申立はこれを要するに、共同相続人間で相続財産分割についての協議がなされたとし、協議が成立した旨の書面が作成され、しかもこれが一応有効なものとして取り扱われ相続財産全部につき相手方名義の所有権移転登記がなされているが、その基礎となる協議の申立人に相続分を贈与した件外(被相続人の妻)が参加していないため、その協議は無効であるというに帰するから、これ

が是非を確定することは当裁判所の権限外に属するというほかはない。そして、家事審判事件と民事訴訟事件とはそれぞれ著しく性質を異にしており、法律上の効果も同一でないため、本件申立をもつて遺産分割についての協議無効確認ないし遺産分割請求権存在確認を求め訴訟とみて、これを管轄裁判所に移送することもできない。」(盛岡家審昭三三・九・三〇) (家裁月報一一卷二七号七頁)

これにたいして積極説を採るものは、他の場合と同じく、その数は多い。¹⁾ またその論旨も他の場合とほぼ同様である。その代表的なものは「6」の福岡高裁決定であるが、他に二つの決定例を挙げておこう。

〔11〕〔10〕の抗告審。遺産分割協議の成否につき争がある場合家庭裁判所はこれを審理・判断する権限はなく、通常民事訴訟によつてその協議の存否、有効無効が決められなければならないとした原審を不当としてこれを取消し差戻した事例。

「当裁判所は、争のある先決問題が民事訴訟の対象である場合でも該問題につき確定判決がない限り、家庭裁判所はその独自の立場から先決問題につき調査・判断すべきであると考え。その理由は次のとおりである。

(一) 遺産分割の処分などの家事審判法第九条一項乙類に掲げる事項は、いわゆる紛争事件であつて、これら審判の先決問題についても当事者間に争があることが予想されるのに、家庭裁判所の判断の限界を制限するなんらの規定がないこと(かえつて、法七六八条三項、八七九条などの規定は、民事訴訟事件事項に対する家庭裁判所の審理、判断を予想しているものと解される。)

(二) 先決問題につき争があるが、その程度が軽微であるとか、または相続財産が少いなどのために当事者が自ら進んで民事訴訟を提起する意欲がない場合があること

(三) 家事審判は、個人の尊厳と両性の本質的平等を基本とし、家庭の平和と健全な親族共同生活の維持を図ることを目的とし、家族の生活関係に関する事項につき、干渉または後見的に行われるものであり、事案の性質上民事訴訟に親しまないとの見地から職権主義(を)基本とし、合目的裁量的処分により迅速・公平に処理される点に民事訴訟と異なる特色があり、民事訴訟と並んで紛争解決の制度的意義を有するのにも、先決問題が民事訴訟の対象であることのために審判できないと解するときは、この種事件については制度の趣旨が没却されること

四 以上のように解しないと右(二)のような案件については解決できないこと

もつとも、家庭裁判所が前記のような先決問題につき判断しても、既判力を有しないから後の裁判によつて判断をくつがえされることがないとはいえないのであり、遺産を分割する本案の審判をした後判断をくつがえされると、法律関係は複雑になるから、現に先決問題につき民事訴訟が提起され、または当然訴訟が提起されることを予想されるような案件については、家庭裁判所は本案の審判をする

かどうか慎重に考慮して決すべきではあるが、このような問題はあくまで運用上の問題にとどまり、家庭裁判所が民事訴訟の対象となる先決問題につき判断することができないとの論拠となるものではない。

原審は、遺産分割協議の無効を確定することは、当裁判所の権限に属しないと、抗告人の申立を不適法として却下したが、右は抗告人の申立の趣旨を正解しないか、または家庭裁判所の権限を誤解したものであるというはかばかしくない。抗告人は、原審に対し遺産分割の審判の申立をしたものであって、遺産分割の協議の無効確定を求めたものではない。ただ右申立を正当づけるために、右分割協議がその主張のような理由で無効であると主張しただけのことである。そして家庭裁判所は右分割協議の有効・無効を調査・審理・判断する権限を有するのであるから、原審はよろしく右分割協議の有効無効について審理し、もし有効と判断するときは本件申立を不適法として却下すべく、もし無効と判断するときは改めて分割の審判をすべきである。」(仙台高決昭三四・二・二四家)

〔12〕 遺産はすでに共同相続人の自由意思に基づく分割協議によって有効に分割を終了しているものと認めて、遺産分割の申立を却下した原審判を正当とした事例。

「A(被相続人)は昭和三四年一月二三日日本籍地の京都府亀岡市吉川町吉田越田〇〇番地で死亡し同人につき遺産相続が開始した。相続人は亡Aの長男Y₁、次長Y₂及び四男X(抗告人)の三人であり、遺産の内容は(一)同市吉川町吉田越田〇〇番地所在家屋番号二二番木造瓦葺二階建居宅、建坪三四坪六合七勺、二階坪六坪、木造瓦葺平家建物置建坪一坪二合二勺、木造瓦葺平家建便所建坪一坪四合四勺、(二)金二万円、(三)同市吉川町吉田沢〇〇番地田一反四畝二一歩及び四右同所〇〇番地田五畝一歩である。右相続人三名は昭和三五年一月七日頃右遺産の分割につき各自の自由な意思に従って協議を遂げた結果前記(一)の家屋を相続人Y₁の、(二)の金員をY₂の各単独所有とし、前記(三)及び(四)の田はいずれもこれにつき右相続人三名の共有関係を設定する旨の合意が成立し、右協議の結果を記載し同日付遺産分割協議書を作成し各相続人において署名押印した。以上の事実が認められ、その記載に照応する協議及びその結果としての合意は何等実質上共同相続人間に成立したことがなく右書面は単に相続人の一人であるXがその個人債務につき債権者から強制執行を受けるのを免れるための手段としてその単独の意思に基いて作成したものにすぎない旨の抗告人主張の事実はこれを肯認すべき何等の証拠がなく、その他前記認定を覆えずに足りる証拠はない。

そして遺産を組成する各個の動産不動産その他の財産につき共同相続人の協議をもってその中のある物を相続人中の一人の単独所有とし、爾余の物につき共同相続人による共有関係を設定するものと定めることも遺産分割の方法として適法と認むべきものであり、かくして設定せられた共有関係は共同相続の開始を直接の原因とする従前の共有関係と同一のものではなく、当事者の合意によって新たに設定せられた純然たる通常の共有として民法第二四九条乃至第二六二条の適用によって規律せられるべく、民法第五編第三章第三節

の適用を受けるべきものではない。そうだとすれば被相続人Aの遺産はすでに共同相続人の自由意思に基く協議をもって有効に分割を了しているものと認められるのであって右遺産分割の申立を却下した原決定は正当というべく本件抗告は理由がないからこれを棄却する。」(大阪高決昭三八・五・二〇家) (裁判月報一五卷九号一九二頁)

(1) 積極説を採る例はこれらの他に、仙台家審昭三五・九・一〇家裁判月報一三卷三号一四八頁、東京高決昭四〇・四・一判例タイムズ一七六号一八一頁、大阪家審昭四〇・六・二八家裁判月報一七卷一七号一五五頁などがある。

なお、分割協議の成否を家庭裁判所が判断できるかの問題とは直接関係しないが、民事訴訟で遺産分割の有効無効が争われた事案で、宇都宮地判昭三五・一二・二六(家裁判月報一四卷二号一四六頁)は、親権者が自己の親権に服する数人の子を代理して行った遺産の分割協議が民法第八二六条第二項の利益相反行為に該当すること、かかる場合親権者は子の一人のみを代理しうるのであってその他の子達のために特別代理人が選任されなければならないにこの手続を経ないで行われた協議に基づいて親権者が相続財産を受領した行為は不当利得の責を負うこととした。遺産分割協議の有効要件につき参考になる事例である。

(五) 特別受益の有無

民法は、共同相続人の中に被相続人から遺贈を受けまたはその生前に婚姻や養子縁組のためもしくは生計の資本として贈与を受けた者があるときには、それを特別受益として相続財産の中に持戻して遺産とこれの価額を加えたもの(いわゆる「みなし財産」)を基礎として各相続人の相続分を算定し、特別受益者についてはこの相続分から受益分を控除したものをその相続分とする方法で各共同相続人の具体的相続分を算定するとしている(民法九〇条三項)。そして遺産は、相続開始から分割までの時日の経過とその間の物価変動などにより相続人間に不利益の生ずるのを避けるために、このようにして算定された具体的相続分の割合を分割時の遺産の価額に乗じて各相続人の相続額を決定しそれに応じて分割されるとするのが学説、審判・決定例ともに通説である。この遺産分割の方法については後に詳しく述べるが、いずれにせよ、右の民法の規定から、共同相続人の中に特別受益者がいるか否か、相続人が生前に被相続人から受けた贈与が特別受益に該当するか否かは遺産分割の際の前提問題であり、これが争われる場合家庭裁判所にこれを審理・判断する権限があるかが問われ

なければならぬ。

審判・決定例の多くは、他の場合と同じく、この家庭裁判所の権限を積極に解している。次の審判は、「4」の広島高裁決定の原審であるが、生前贈与が特別受益に該当するか否かについての家庭裁判所の権限を遺産の範囲につき争いがあ
る場合と同様に積極に解すべきであるとし、さらに遺留分を侵害する被相続人の持戻し免除の意思表示についても同様の
立場からそれを無効と判断した。

〔13〕 「遺産の範囲について当事者間に争ある場合に、家事審判手続で遺産の範囲を確定し得るか否かについては、多少疑問の存す
るところであるが、家庭裁判所が遺産の分割を適正に行うがためには争ある遺産の範囲を確定したり、相続人が誰であるかを確定する
ことは、当然の前提として必要なことであるから、家庭裁判所は遺産の分割に際し、当事者間に争ある遺産の範囲を確定することがで
きるものと解する。このことは民法第九〇三条第一項により相続財産とみなすべき贈与か否かにつき争ある場合にも同様に解すべきで
ある。」

「このようにして現有遺産の分割をしてもなお(相続人)A分において九万八千百三十五円、(相続人)B分において一六万六千九百八
五円をそれぞれ相続分に充当することができない。そしてこの相続分は即ち遺留分に相当するものであること前項解明の通りであるか
ら民法第九〇三条第三項により保護せらるべきものである。ここで疑問となるのは、共同相続人の遺留分を害する贈与又は遺贈がある
場合に遺産分割手続において直接贈与又は遺贈の効力を否定して遺産を分割することができるかどうかの問題である。惟うに被相続
人が共同相続人中のある者に均分相続分を起えて相続をさせる意思を表示した場合は、他の共同相続人の遺留分を害しない限度でその
効力を有することを定めた民法第九〇三条第三條の規定は、滅殺の請求があるまでは遺贈又は贈与の効力を認める一般遺留分に関する
規定の特別規定とみななければならない。けだし共同相続人間の遺産分割の手続は、遺産の範囲の確定、相続財産とみなすべき贈与又は
遺贈の認定、それらの価額の決定、共同相続人間における遺留分を害する遺贈または贈与の存否の認定等一連の関連において処理すべ
きものであって、それらの一を除外しては竟に遺産分割手続の完遂は期せられないのであるから、民法は遺産分割の迅速適正の処理を
期待して特別の規定を設けたものと解せられるのである。このように解釈すれば本件においても家庭裁判所は、遺留分を害する贈与又
は遺贈の効力を否定して、直ちにそれらの目的となつたものにつき分割を行うことができるのである。」(広島家呉文審昭三三・一二・
六一頁)

(1) 〔13〕のほかは積極説を採るものとしては、東京家審昭三三・七・四家裁月報一〇卷八号三六頁、大阪高決昭三四・四・二五

家裁月報一一卷六号一一八頁、秋田家大曲支審昭三七・六・一三家裁月報一四卷一〇号一三八頁、福岡家審昭三八・九・二一家裁月報一五卷二二号一七二頁、福岡高宮崎支決四〇・三・一家裁月報一七卷九号五三頁、高松高決昭四〇・四・一家裁月報一七卷五号五七頁、大阪高決昭四〇・四・二三家裁月報一七卷一〇号一〇二頁、長崎家島原支審昭四〇・一・一・二〇家裁月報一八卷五号七五頁、岡山家新見支審昭四二・二・二五家裁月報一九卷九号六一頁、鹿児島家審昭四四・六・二五家裁月報二二卷四号六四頁。