

## 遺産分割審判における二つの問題点(二)

—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(以上前号)
- 三、遺産および持戻財産の評価(以下本号)
  - (一) 遺産および持戻財産評価の方法
  - (二) 遺産および持戻財産の評価時期
  - (三) 遺産共有の性質
- 四、むすび(私見)

### 三 遺産および持戻財産の評価

わが民法上、遺産の分割は次の過程を経て行なわれる。まず、八八六条以下の規定により共同相続人が確定され、つぎに相続分に関する規定（九〇〇条以下）に従って各共同相続人の相続分が明らかにされなければならない。その際、共同相続人中に特別受益者がいる場合には、遺産にその特別受益額を加えた相続財産（「みなし相続財産」、「想定相続財産」、「擬制相続財産」などと呼ばれるもの）を基礎にして、この相続財産の総評価額に各共同相続人の法定または指定の相続分を乗じた相続分（「本来の相続分」、「本来的相続取得分」、「一応の相続分」などと呼ばれるもの）を算出し、この相続分によって算定される価額から特別受益者についてはその特別受益の価額を控除することによって各共同相続人の遺産を取得する割合（「具体的相続分」、「具体的相続取得分」、「結局の相続分」などと呼ばれるもの）を算出するという方法が採られる（九〇三条九〇四条）。そして、明らかにされた相続分を分割の対象となる遺産の評価額に乗じて各共同相続人の最終的な取得分が確定することになる。遺産は、この取得分に従い、さらにその種類、性質、各相続人の職業その他一切の事情を考慮して（九〇六条）、各相続人に具体的に分割されるのである。この分割を執行するに当たっては、共同相続人の協議による分割が原則とされるが（九〇七条一項）、この協議が調わない場合には、家庭裁判所により分割が実行される。この家庭裁判所による分割には調停による分割と審判による分割とがある（九〇七条二項、家審法九条一項乙類一〇号、同一一条、同一七条）。右のような過程を経て、遺産は分割されるのであるが、審判による遺産分割の事例についてみると、右の過程の中には数多くの困難な問題が含まれている。たとえば、共同相続人の確定、分割の対象となる遺産を構成する財産の範囲、特別受益の有無の判定、遺産分割協議の成否、遺産・持戻財産の評価方法および評価時期に関する問題その他多数にのぼるが、これらのうち、遺産分割審判の前提となる問題については、それらを審理、判断する権限が家庭裁判所に認められるかという視点から本稿(一)で検討した。ここでは、相続分および取得分を算定するにあたって、遺産および持戻財産をどう

評価すべきかについて、主に評価時期の問題を中心にして検討することとする。

ここでは、主に共同相続人の中に特別受益者がいる場合を問題とするが、民法が、特別受益者の相続分に関して特別受益額を被相続人が「相続開始の時」に有していた財産の価額に加えたものを相続財産とみなすと規定し(九〇三条)、また、特別受益の目的たる財産が特別受益者の行為によって滅失または価額に増減が生じた場合には「相続開始の当時」なお原状のまま在るものとみなすと規定しており(九〇四条)、さらに、遺産分割の効力は「相続開始の時」にさかのぼって生ずると規定している(九〇九条)ことなどから、遺産および持戻財産の評価時期について民法は、相続開始時を前提としているものと解される。また、相続開始から分割までの間の相続財産については、これを共同相続人の共有に属するものとし、同時に分割の実行によってこの共有関係は相続開始時に遡って解消されるとする法的擬制(宣言主義)が採用されている(八九八条、九〇九条)。ところが、審判例の中には四〇余年間も遺産の分割が実行されないまま放置されていた事例がみられるし、これ程長期間を経過していなくても相続開始から分割までには後にみるよるに比較的長い時間的間隔のみられるのが実態であり、また仮りに時間的間隔が長期にわたらない場合であっても、わが国における激しい物価の変動・貨幣価値の不安定という社会的事情を反映して相続開始時と分割時の間で遺産および持戻財産の価額にかなりの差を生じるのが通例であり、さらに、その間に滅失、処分、果実などにより遺産の構成そのものに変化を生じている例も多くみられるのである。このような遺産分割の実態にたいして民法の規定を文言に忠実に適用したのでは、相続人間に著しい不均衡を生ずることになり、均分相続の趣旨が没却されることは明らかである。民法の遺産分割に関する規定が、その起草過程において起草委員らによって相続の開始と分割の実行とが時間的に密接しているものと想定され、その間に遺産の価額に変動を生じないことが予定されて立案されたと解される事情はすでに明らかにされており、したがってこれらの規定は、その後形成された実態との間に著しい乖離を生じており、遺産分割の理念に逆行する存在とさえなってきた。ここに遺産分割の問題を民法が規定する共有の觀念や宣言的効力あるいは個々の条文の文言から帰結せしめるのでは

なしに、遺産分割構造の総合的検討を通じて遺産分割の理念を実現するという視点から、つまり、それにいたるための前提的措施としてこれらの規定の性格を把握し、かかる観点からの法理論構成がなされなければならないと強調される原因がある。それでは、法規と実態のこのような関係の中で学説および実務の処理はこれにどのように対処しているであろうか。まず学説からみてゆこう。

遺産および持戻財産の評価時期に関して学説は三つにわかれる。第一の見解は、民法九〇三条、九〇四条、九〇九条の文言に従って相続開始時を評価時期にすべきであるとする<sup>(3)</sup>。しかしこの見解では、右に指摘した問題点がそっくりそのまま残ることになり、相続人間に生じる著しい不均衡も放置されることになるので、遺産分割審判事件で事案がどうであれ常にこの見解によるべきであるとするものはほとんどみあたらない。第二の見解は、相続開始時の遺産および持戻財産の評価額を基礎にして具体的相続分を算出しておいて、この割合を遺産分割時の遺産の評価額に乗じて各相続人の最終的な取得分を算定すべきであるとする<sup>(4)</sup>。この見解は、「相続開始の時」(九〇三条)、「相続開始の当時」(九〇四条)などの文言を重んじつつ、同時に分割時の遺産の価額によって最終的取得分を算定するという方法を用いることによって第一の見解のもつ欠点を補なおうとすることができ、しかし、持戻財産の評価時期は相続開始時に限定されるのであるから、相続開始時から分割時までの間に持戻財産について生じた価額の変動は無視されることになり、このことから生ずる不均衡は解消され得ない。また、相続開始時の遺産および持戻財産の評価額と分割時の遺産の評価額とがそれぞれ算定されなければならないので作業が煩雑化することは避けられない。この見解のもう一つの特徴は、分割時における相続人間の衡平を重視することから分割の対象となる遺産を分割時に現存する財産に限るとして、相続開始から分割時までに生じた遺産の構成上の変化を無視する見解を含んでいる点である。この点については遺産共有の性質および分割の宣言的効力との関連でこれをどう理論づけるかの問題があるが、後述する。第三の見解は、持戻しを相続分の決定としてとらえるのではなく遺産分割

の前段階としての散在する遺産を集合せしめ分割に付さるべき遺産の総体を確定する作業としてとらえるべきであること、および、遺産の共有関係をそもそも分割前の過渡的段階に処するための経過的措置として存在するものであって当初から分割手続による制約が予定されているものとして捉え遺産の評価時期の問題も遺産分割構造の総合的検討を通じて定められるべきであること、を主張し結論として遺産および持戻財産ともに評価時期を分割時とすべきであるとする<sup>(5)</sup>。この見解は、多数の遺産分割審判例を通じて遺産分割の特殊な構造が明らかにされておりこの構造はもはや従来主張されていた特定の共有観念によつては一元的な説明を許さないものであること、共同相続関係の法的構造は分割と密接な関連を有しており否むしろ共同相続関係の法的構造は遺産分割構造によつて規制される性格を有していることなどを主な論拠としており、かかる関係を無視した法規の技巧的解釈の無意味を指摘する。

右の第二の見解によつて、各相続人間に生ずる著しい不均衡は一応解決されるが、これと第三の見解との対立には興味深いものがある。両見解の間には基本的な理論上の相違があるが、この点については次でみることにして、具体的な相違点についてみると、前者が持戻財産の評価時期を相続開始時とするのにたいして、後者は持戻財産も遺産とともに分割時を評価時期とすべきであるとする。前者は、持戻財産の評価時期を分割時とはなしえない理由として次の三点を挙げる。(1)民法九〇三条、九〇四条に相続開始時という明文の規定があること、(2)分割時としたのでは各相続人の具体的相続分が相続開始から分割までの間に物価の変動によつて不断变化すること、(3)九〇九条但書、九〇五条により分割以前においても各相続人は個々の遺産にたいする持分または相続分を譲渡しうるものであるから各相続人の具体的相続分は相続開始と同時に確定していなければ不合理であること。これにたいして、後者は、(1)民法九〇三条、九〇四条が相続開始時に評価するとしたのは立案者により相続開始と分割が密接していると想定されたからでありその間に遺産の価額に変動が生ずることなど全く予定されていなかったこと、(2)相続開始時に具体的相続分が確定されるとすれば安定したようにみえるのは概念的なものにすぎず持戻しは分割の時に行なわれこれによつて具体的相続分が確定されること、および相続開始時と分

割時と二重の評価が行なわれなければならない作業上の煩雑には実益がともなわないこと、および、(3)九〇九条但書の遺産に属する個々の財産にたいする持分は具体的相続分が決定しなければ確定せず、また九〇五条の相続分は法定相続分の意味であること、などを挙げて、前者の主張する理由はいずれも決定的理由とはなりえないから、むしろここでは遺産分割における共同相続人間の衡平の原理を優先せしむべきであると反論する<sup>(6)</sup>。また、第二の見解は、これによると分割の対象となる遺産は分割時に現存するものに限ることになるが、第一の見解によると相続開始当時に存在した被相続人の財産はたとえ分割時に現存しなくとも分割の対象とすることになるので、この点との関連で第一の見解を採用しない理由として次の五点を挙げる。(1)遺産分割は相続財産の経済的価値の公正かつ合理的な再配分とこれによる新たな権利関係の将来へ向つての形成を目的とするものであり、過去の法律関係の確認または形成を直接の目的とはしていないこと、(2)特別の規定のないかぎり民事訴訟における法理と同様遺産分割においても過去の法律関係の形成ないし確認は許されないこと、(3)法が現物分割を本則としていことなどから現存する財産の分割だけを予定していると解されること、(4)第一の見解によると不可抗力によつて滅失した財産も分割の対象としなければならず無意味であること、(5)分割時に現存しない財産の評価は不可能もしくは著しく困難であること。これにたいしては、第一の見解から、遺産分割の目的は権利帰属関係の明確化にあると解すべきであるなどの反論がある<sup>(7)</sup>。

また、このような学説の対立は、共同相続関係における遺産共有の性質をいかなるものと把握し、またそれをいかに理論構成するかも深く係わっている。民法は、未分割の遺産は共同相続人の共有に属すると規定するが、これはいかなる共有関係を予定しているのであろうか。

民法旧規定は遺産相続について共同相続を採用し、その一〇〇二条で遺産は各共同相続人の共有に属する旨定めていたが、現行民法八九八条本文は、これをそのまま受け継いだものである。旧規定一〇〇二条の立案にあたって起草委員がいかなる共有を考えていたかは委員の発言から明らかにかがえる。起草委員の一人である穂積陳重は法典調査会の席上で

次のように説明している。「併シ乍ラ此数人ノ相続人ヲ一人ト看做スト云フノハ被相続人ト云フ者ハ前ノ人ノ人格ヲ継続スル考ヘカラ法律上ノ仮定ヨリ出タモノデ實際ノ便利又相続財産ニ關係シテ之ニ対スル債権者債務者トノ關係カラ見マスレバ先ツ相続財産ト云フモノガ一ツニ集マツテ居ルモノト見タ方ガ實際ノ主義ニ当ルモノテアリマスカラ只財産ノ方ノ規定ニシテ其財産ト云フモノハ共有ニ屬スト云フ規定ヲ加ヘマシタノテアリマス此処デ相続財産ハ共有ニ屬スト申シマシタ以上ハ總テ第二編ニ規定致シテアリマス所ノ共有ノ規則ハ總テ当リマスノハモウ言フヲ待タヌコトデアリマス」として、遺産の共有と民法二四九条以下に規定する共有とを同じ性質のものであるとして、ローマ法的共有の觀念を採用したことを明らかにしており、また、債権、債務關係についても「イヅレノ主義ヲ取りマシテモ一利害デアリマスガ本案ニ於テハ共有ノ場合ニ於テモ連帶ト云フ主義ヲ取りマセヌデアリマシタ組合ノ所モ同じ主義ヲ取りマシタ連帶ハ全ク當事者ノ意思ニ依テ成ルト云フコトニナツテ是迄居リマスノデ此場合ニ於キマシテモ此前ノ主義ニ倣ヒマシテ随分其利害ニハ迷ヒマシタガ連帶ノ主義ヲ取ラヌコトニ致シマシテ相続分ニ応ジテ權利ヲ取取シ又相続分ニ応ジテ義務ヲ受クルト云フコトニシマシタ」として、ローマ法的分割債権債務關係の採用を明らかにしている。したがって、当初学説は、遺産共有の性質をローマ法的共有のそれとして疑わなかつた。このローマ法的共有の特徴は、(1)遺産は相続開始と同時に自動的に分割されて各相続人の固有の財産に包摂されること、(2)相続開始時に遺産にたいする共同相続人の権利が確定すること、(3)共同相続人間に一切の共同關係が欠如することを、および(4)相続債務を清算する手續が存在しないことにあるとされている。<sup>12)</sup>

ところが、大正末期から昭和にかけてローマ法の個人主義的構成と対立するゲルマン法の団体主義的構成への関心が高まり、ドイツの古典的合有論の研究を通じて遺産の共有を合有論によって理論的に再構成しようとする試みがなされ、特に比較研究を通じてわが民法における遺産共有の性質が合有であることを論証する詳細な研究成果が発表されたことによつて、遺産共有をゲルマン法的合有と解する見解は、学界で主要な地位を占めるものとなつた。この合有論は、わが民

法が分割の宣言的効力を規定し（九〇九条本文、旧規定一〇一二条）、持分処分を事実上否認していたことを合有論導入の主な根拠としている。<sup>(14)</sup>ところで、このゲルマン法的合有の特徴は、(1)遺産は一定の目的によって結合された特殊な財産たる性格をもち、(2)共同相続人は一つの共同体を構成して遺産を団体的に所有し、したがって遺産にたいする持分は觀念的潜在的持分であってその処分を禁じられる、(3)遺産は相続人の固有の財産から区別され、相続債務は各相続人に分割されない、などの点にあるとされている。<sup>(15)</sup>

戦後の民法改正によって、この共同相続における分割前の法律関係は根本的改正を受けることなく、遺産共有を定めた旧規定一〇〇二条は現行八九八条となり、分割の宣言的効力を定めた旧規定一〇一二条は現行九〇九条本文となった。ところが、この九〇九条には旧規定一〇一二条にはなかった但書が新設され、分割の遡及効により第三者の権利に影響が及ぶことを防止する趣旨で、分割の遡及効は「第三者の権利を害することができない」とされたのである。これは明らかに、相続人は分割前に個々の相続財産にたいして有する持分の処分を許されることが前提されている。民法が分割に宣言的効力を与え持分処分を認める明文の規定を置いていないこと、つまり民法は持分の処分を認めない趣旨と解されることを主要な根拠とした合有論は、この但書の新設によってほとんど決定的ともおもわれる打撃を受けることとなったのである。このような新たな事情の発生によって、戦後再び共有論が学界において有力な見解とされる状況が生じた。<sup>(16)</sup>

この共有論、合有論の対立には、ローマ法からドイツ普通法を経由して現行フランス民法に継受された共有論とゲルマン法からドイツ特別法、プロイセン民法を経由して現行ドイツ民法に継受された合有論の対立、および、わが民法が強く影響を受けたとされるドイツ民法第一草案が共有論を採用していたなどの史的背景がある。しかし、これら共有論・合有論といえども、これらがひとたび近代法の中に登場するときローマ法的古典的共有の觀念やゲルマン法的古典的合有の觀念をそのまま無修正に維持しているわけではない。たとえば、現行フランス民法に受け継がれた共有理論であっても、遺産の未分割状態の比較的長期間の継続や遺産を構成する財産の複雑化と財産間の重要性の比重の変化などその後生じた条件



に制約されて、判例を通じて共同相続人間の共同や遺産の包括財産性など個人主義的構成とは必ずしも一致しない觀念が導入されているし、また、現行ドイツ民法に受け継がれた合有理論の場合でも、遺産の管理、利用に関する多数決主義の採用や各共同相続人の相続債権の単独行使、相続債務にたいする連帯責任などローマ法的原理による共同関係の緩和が行なわれるなど、ローマ法的共有・ゲルマン法的合有は、現在ではその純粋性を貫徹しているわけではなく、相互に影響しあつた関係を有するものとなつて<sup>(17)</sup>いる。また、わが国における共有論と合有論は、その対立の華やかさとは裏腹に、實際的側面においてはあまり重要な差異を示さないことが夙に指摘されているところでもある<sup>(18)</sup>。近時、共有論対合有論という形での概念的論争の不毛が指摘され、共同相続における具体的な問題に即して検討を行なうべきであるとの反省がなされる由縁である<sup>(19)</sup>。

判例は、後にみるように、一貫して共有論を採用している。ところが、すでに指摘したように、遺産分割の実態は、起草者の予想に反して、未分割状態の長期化、遺産の構成上の複雑化という事情を示しており、共有論によって一律に対処しうるものではなくなつて<sup>(20)</sup>いる。もし、共有論を維持しながらかかる事態の解決をはかろうとするならば、かなり技巧的な解釈に陥らざるをえない。その典型が、先に述べた第二の見解を共有論を採りながら理論構成しようとする学説にみられる。共有論を採るかぎり、民法八九八条によって共同相続人の共有に属する遺産は相続開始当時現存した財産でなければならぬから、これを前提として第二の見解を採用する場合、遺産の滅失などによって生じた代償財産や相続開始時から分割時までに出産された果実を右の前提からいかに矛盾なく説明するかの問題が当然生ずる。そこで学説は、共有に属する遺産は相続開始時に現存する財産であるが、相続人間に生ずる不均衡の是正という観点から代償財産や果実も手続上分割の対象とすることが望ましいとして、遺産と分割の対象たる遺産とを区別し、前者を実体的なもの後者を手続上の問題とするのである。したがって、代償財産や果実は、審判事項には属さず、本来的には訴訟によって解決さるべき事項(訴訟事項)であるとしつつ、しかしながら遺産分割の審判手続で処理した方がよいものとする<sup>(20)</sup>。この見解の特徴は、遺産の共有関係

を遺産分割から切り離すことによって共有論から生ずる矛盾を回避したところにある。しかし、遺産分割にいたる経過的措施あるいは遺産の分割という目的のための手段として存在するはずの遺産共有関係を遺産分割から切り離すことが本来許されるものであるのか、またそうすることにどれほどの実益があるのかという疑問が、この見解にたいしてはもたれる。

代償財産や果実の相続財産性を含有論から説明することは比較的容易である。含有論によれば、遺産は分割手続の終了まで一個の特殊な財産として把握されるのであるから、遺産が分割時まで代償財産に化体し、果実を産出して、これをこの特殊な財産に包括されたものとする説明が成り立つ。しかし、この含有論自身、「少なくとも第三者が有効に持分を取得しようという意味において、相続財産は組合財産の場合と処理を異にし、その意味においていわゆる含有説は現行法上否定されざるを得ない」という指摘が端的に示すように、戦後の改正で九〇九条に但書が新設されたことによって影の薄い存在とならざるを得なかったし、また、財産関係の個別的構成を採用するわが民法に団体主義的色彩の強い含有の観念をあえて導入する必要もないであろう。遺産分割構造の検討を通じて共同相続の法的関係を理論的に再構成すべきであることを主張し、遺産および持戻財産の評価の問題もこの観点から考察されるべきであるとする第三の見解が出現せざるをえないのは、まさにこれらの事情がその主要な原因をなしている。

さて、それでは、遺産分割の審判・決定例は、これらの問題をどのように処理しているであろうか。遺産および持戻財産の評価時期の問題に入る前に、まずこれらの財産がいかなる方法で評価されているかについて概観しておこう。

(1) 有地亭「共同相続関係の法的構造」(「民商法雑誌五一巻一四四五頁」)

(2) 星野英一教授は、遺産分割の理念として(1)共同相続人間の平等、(2)分割における相続人の自由な意思の要請、(3)分割の効力をなるべく維持しようという要請、(4)これら三つの理念の調和、の四点を挙げておられる。星野英一「遺産分割の協議と調停」家族法大系Ⅳ三四九、三五〇頁。

(3) 谷口〇加納〇沢井編「大阪家庭裁判所家事部決議録」一五七頁。

- (4) 谷口和平「相続財産の評価」家族法大系Ⅳ三二六頁、同編「注釈民法(2)」二三七、二三八頁(谷口知平)、中川善之助「相続法」(法律学全集)二〇四、二〇五頁、岡垣学「相続関係」家事審判法講座二巻九五、九六頁、泉久雄「相続財産」総合判例研究叢書民法(2)三八四頁、野田愛子「遺産分割の実証的研究」司法研究報告書一輯五号一〇七頁、中川善之助編「注釈相続法」上一八八頁(有泉亨)、村崎満「相続の法律知識」二二〇頁、日野原昌「遺産の評価の時期」判例タイムズ一四二二号。
- (5) 有地亨「特別受益者の持戻義務」(一)民商法雜誌四〇巻三三三頁、同・前掲「共同相続関係の法的構造」(二)四五頁。他に遺産および持戻財産の評価時期を分割時とすべきであるとするものに岩田健次「特別受益分の持戻について」関西大学法学論集一三巻四・五・六合併号二一七頁、同「特別受益者の相続分」別冊ジュリスト四号九一頁がある。
- (6) 有地・前掲「共同相続関係の法的構造」(二)四五頁、同・前掲「特別受益者の持戻義務」(二)三四頁以下。
- (7) 篠清「遺産分割に関する諸問題」(19)判例タイムズ一五九号四八、四九頁。
- (8) 第一八七回法典調査会議事速記録(巖松堂版)七丁。
- (9) 第一八七回法典調査会議事速記録(巖松堂版)一二丁。
- (10) 原田慶吉「日本民法典の史的素描」二一七頁は、このあたりの事情を「現行法の規定をいかに解釈すべきかは、現行民法の立場より為さるべきものであるが、少くとも立法者は、八九八条においては、ゲルマン法的な総手的共有を考えていた痕跡はなく、八九九条においては、明らかに、分割債権債務となるものと解している」と説明している。
- (11) たとえば、梅謙次郎「民法要義」巻之五一一二頁、柳川勝二「日本相続法註釈」上五四五頁、仁井田益太郎「改訂親族法相続法論」四五五頁、奥田義人「民法相続法論」一七一頁など。
- (12) 有地亨「共同相続関係の法的構造」(一)民商法雜誌五〇巻六号八五四頁、原田・前掲書一〇九、一一〇頁、同「ローマ法」(改訂版)三五九、三六〇頁。
- (13) 来栖三郎「共同相続関係に就いて」法学協会雜誌五六巻二、三、五、六号、近藤英吉「共同相続の本質と營業の共同相続」法学論叢三五巻二号、石田文次郎「遺産の共同相続」家族制度全集法律篇Ⅴ。
- (14) たとえば、石田前掲論文は、「ローマ法流の共有の概念と民法の規定せる遺産分割の宣言的効力とは到底符合しない」(一二七

頁)とし、また、「遺産の共同相続を含有と解することによって、我民法上に規定している各相続人の相続分並にその譲渡の意義が判明すると共に、各相続人は相続分の譲渡によらない限り、遺産の分割前において相続財産を組成する各個の物又は権利に對する物権的持分権を各別に処分し得ないから、共有と解することによって生ずるやうな矛盾は毫も発生しない」(二二八頁)としている。

(15) 川島武宜「所有権法の理論」二〇四頁以下、平野義太郎「民法に於るローマ思想とゲルマン思想」一七八頁以下、有地・前掲「共同相続関係の法的構造」(一)八四三頁以下。

(16) 、もともと、共有論、合有論といっても、本文で述べた古典的共有・合有の觀念によって截然と分けられるものではない。それだけに古典的なものからそうでないものまでかなり広い幅があるのであり、相互に批判しあう論点も多岐にわたる。これらについては、谷口編・前掲書一一七頁以下(宮井忠夫)が詳しい。

(17) フランスおよびドイツにおけるローマ的共有、ゲルマン的含有の典型とその修正については、有地・前掲「共同相続関係の法的構造」(一)において詳細な検討が行なわれている。

(18) 品川孝次「遺産「共有」の法律関係」判例タイムズ一一二一號、有地亨「共同相続財産の共有論と合有論」法学教室七(別冊ジュリスト)五〇、五一頁、中川淳「松本暉男編「学説判例家族法」二四三、二四四頁(阿部浩二)」

(19) 我妻榮編「相続法」(判例コンメンタールⅧ)八六頁(唄孝一)、鈴木禄弥「相続法講義」一六八頁、中川「松本編・前掲書二四三頁(阿部浩二)」。

(20) 日野原昌「遺産分割に関する諸問題」(判例タイムズ一五六号五九・六〇頁)。

(21) 川島武宜編「注釈民法(7)」三〇五頁(川井健)

### (一) 遺産および持戻財産評価の方法

具体的相続分を算出するには、まず遺産および持戻財産の評価額が算定されなければならないが、この評価はいかなる方法でなされるのであろうか。通常は、鑑定人による鑑定評価額の算定という方法(家事審判法七条、非訟事件手続法一〇条、

民事訴訟法三〇二条)が採られるが、これには次のような問題点がある。家事審判規則第一条は、「事実の調査、証拠調、呼出、告知その他必要な処分費用は、国庫においてこれを立て替える。但し、家庭裁判所は、費用を要する行為につき当事者にその費用を予納させることができる」として、原則として鑑定費用を国庫立替とし、当事者の予納を例外と規定している。ところが実際には、鑑定費用を国庫で立て替えた場合、その取立手続(家事審判法七条、非訟事件手続法三二条)が煩雑なため、当事者の予納をむしろ原則とする運用がなされているのである。ここに一つの問題点があるが、これを一応別にすると、当事者の予納がない場合、評価は鑑定によらなければならないとする家庭裁判所は分割手続を進めることができないという事例を生ずることになる。

次の大阪高裁決定は、当事者による鑑定費用の予納がなかったからであらうが鑑定によらずに物件所在地の町長の固定資産税課税標準価格によって遺産を評価した原審判を違法として取消し、原裁判所に差し戻した。

[14]、「記録によれば、原審は、相続財産を組成する個々の不動産を評価するにあたり鑑定等の措置をとることなく、固定資産税の課税標準価格としての物件所在地町長の評価額をそのまま採用し、そして遺産分割の方法としては右不動産を個別に一部の相続人に帰せしめ、不動産を取得する者はその不動産の右評価額に相応する額を取得するものとし、これを前提として遺産の分割をしていることが認められる。しかし右の評価額なるものは不動産の現実の時価と一致しないがむしろ一般の事例といふべきであるから、このような価額を基準として右の分割方法をとるときは、不動産を取得する者とそうでない者との間に、また不動産を取得する者相互の間にあつてもいずれの不動産を取得するかによって、過不足を生ずることを免がれず、ひいては相続財産を組成する他の財産の取得についても異動を及ぼす結果となるのであって、この点において原審判には遺産の相続分に相応する分割に欠ける違法があるものといわねばならない。」(大阪高決昭四三・六・四家(裁月報二〇卷一〇号四八頁))

固定資産税の課税標準価格による評価を違法とする決定例は他にも数件みられる。固定資産税は、地方税法三四一条以下に規定された課税標準価格を基礎として課せられるが、この課税標準価格は、適正な取引価格たる時価とされ、いわゆる路

線価格方式によって評価される。路線価格方式とは、毎年公表される各道路上に表示された価格に坪数を乗ずるという評価方法のことである。しかし、この評価額は、実際には課税のための評価であることから形式や均衡を考慮した修正が加えられ、また三年おきに評価がえが行なわれるにすぎないから、どうしても時価との間に差を生ずることになる。したがって、これによる遺産および持戻財産の評価は、右の決定が述べるように、遺産の中にこの方法によって評価されない財産がある場合、具体的相続分自身を不正確なものにするし、またいずれの財産を取得するかによって明らかに相続人間に不均衡をもたらす。さらに、遺産を構成するすべての財産がこの方法によって評価された場合であっても、それらの財産の間で価格の騰貴率が等しいという保障のないかぎりやはり不均衡を生ずることになる。

鑑定によらない遺産評価で右の固定資産税の課税標準価格による方法以外で考えられるものとしては、相続税課税のための財産評価の方法がある。これは相続税法および相続税財産評価に関する基本通達に定められる方法であるが、しかし、この方法による評価も実際には宅地の評価額などで現実の取引価格の五割から七割程度の評価額となっていることが指摘されていることからみても適正な評価となり得ないことは明らかである。

これらの方法によって遺産の評価額を算定することから生ずる不均衡を避ける趣旨からか、固定資産税の課税標準価格によりながら遺産の評価額ではなしに遺産を構成する各物件の評価比を算出するという方法で遺産を分割した例がある。次の審判例は、相続開始から四〇数年を経過して分割が実行されたものであるが、遺産の評価時期を相続開始時とすべきであるとしつつ四〇数年前の価格を鑑定によって算出することは不可能であるから分割に最も近接する課税標準価格によって各物件の評価比を算出する方法を採ったとしている。

〔15〕「上記に述べたように本件被相続人Zの遺産は、前記本件申立人X、相手方Y夫婦の養子関係を解消する旨の判決があったので、申立人Xがその自作しつある農地の耕作権は養子縁組の解消に関係がないので申立人Xに於て保有し得るが、相手方Yが耕作していた農地は前示の如く神事に付てその妻Y<sub>1</sub>が姉申立人に付て協力し神事も合一し、仮令その信者の要請は強かったとは言え神事

に付て申立人を守り立て之に後顧の憂をなからしむる様に農事に専念すべき条件の下に、而もかつ養子縁組の存在を前提として前示<sup>12</sup>の耕作は確保されていたものと言わざるを得ないから、その前提条件が確保できなかったことに付最高裁判所により断定を下されたため、その農地に対する耕作占有は相手方Yの相続権に基づく取得部分は除き其の他の農地に対するものはその耕作は従来の権限を失ったものと断ぜざるを得ないので、之等の事情を勘案し、又遺産分割を為すに際しての価格の算定は相続開始時に於てなざるべきを本則とするが、本件に於てはその被相続人の死亡はすでに四〇余年以前に属しその当時の評価をすることは到底望み得ないので分割に最も直近する昭和四五年五月一日評価の大和郡山市長のなしたものを標準とし（現存評価格は右固定資産評価格より高率なるべきも、財産分割に必要なものは現存評価格そのものでなくして、各物件の評価比なるべきを以てその評価比は右固定資産評価より求め得られる。）右評価比に昭和三四年五月鑑定人Aの鑑定の結果、大和郡山市〇〇町地籍図、各当事者の本件調停委員会等に於ける申述等並びに各土地の位置形状、種類、耕作の実体、申立人及び相手方等の職業境遇一切の事情を考慮総合して本件遺産は夫々前記相続分に応じて次の如く定める次第である。）（奈良家裁昭四五・七・二七）  
（家裁月報二三卷五号八一頁）

この審判例は、相続開始から分割までに四〇年以上の期間を経過しているので鑑定による相続開始当時の遺産の評価が不可能であるとしているのであるから、審判の当事者による鑑定費用の予納がなかった場合の遺産の評価方法に関する「14」の決定とはややケースを異にするが、課税標準価格による遺産の価額の算定を不当として避けつつ課税標準価格を基礎として各物件の評価比の算出という方法を採用しているのは事例としては珍しい。この審判では、たまたま遺産がすべて不動産であったことからこのような評価方法が考え出されたのであろう。しかし、この方法は、遺産が不動産以外の財産を含んでいる場合には成り立たないし、また、遺産がすべて不動産である場合でも固定資産税の課税標準価格自身もつ欠陥（三年おきの評価替えでありその間に生ずる物価の騰貴が遺産を構成する財産の間で同率とはかぎらない）を補うことにはならない。取引価格と著しく異なる評価額を表面に出さないですむことを除けば、課税標準価格により遺産の価額を定める方法と異ならないであろう。

学説には課税標準価格による遺産評価の必要を認めるものもあるが、右にみてきたように、固定資産税や相続税の課税

標準価格によっては適正な評価が行なわれえないことは明らかである。「14」の決定は、内容的には正当とするが、原審が鑑定以外の方法を採らざるをえなかった事情にたいしてはこれをどう解決すればよいとするのであろうか。先に指摘したように、鑑定費用の当事者による予納を原則とするかぎり、差し戻された家庭裁判所は、当事者に速やかに費用を予納しえない事情がある場合などには、いつまでも審判手続を進行させることができないということになりかねない。家事審判規則第一条が審判費用の国庫立替を規定したのは、家事事件の特色からくる迅速な事件処理の要請に因應するためであった。この点から考えると、費用の国庫立替から当事者による予納に原則を置きかえて現在の運用のあり方を改めることが当面まず必要であろう。当事者に費用を予納する資力がなければ調査官には調査官による事実調査の中に遺産の評価を入れるかどうかという指摘もあるが、調査官による事実調査の性格が医学的、社会学的、心理学的調査であること、財産の鑑定には特殊な能力が必要であることなどからそれはあまり望みえないと思われる。もちろん、抜本的には、貧困者のための法律扶助制度の採用による解決が望ましいことはいまでもない。

遺産および持戻財産の評価方法には、他に遺産を構成する家屋に居住す共同相続人の居住利益と遺産評価の關係、遺産の管理費用と遺産評価の關係、農地を農地としてのみ評価すべきかの問題、その他の問題があるが、ここでは鑑定による評価とこれ以外による評価の問題に限り、これらの問題は省略する。

なお、持戻し財産の価額について、民法は、相続開始の当時なお原状のままあるものとみなして評価するとしているので(九〇四条)、文言解釈によるとその財産が現金の場合と不動産の場合とで評価額にかなり大きな差異を生ずることになる。そこで学説では、金額は受贈当時も相続開始時も変りないから価額値に変動があつてもこれを考慮すべきではないとするものもあるが、相続開始時の貨幣価値に換算評価すべきであるとするのが支配的であり、判例でも、換算の法的措置が講じられていないしまた金融部門においても換算して取扱つた事例がないとして貨幣価値の変動を考慮しなかつた事例もあるが、相続開始時の貨幣価値に換算評価する例が多く、その換算の手段として総理府統計局編の「家計調



「査年報」と「消費者物価指数報告」を用いた例<sup>(14)</sup>や日本銀行発行の「東京小売物価指数年表」を用いた例<sup>(15)</sup>がみられる。

- (1) 山木戸克己「家事審判法」(法律学全集)四五頁、沼辺愛一「調停関係」家事審判法講座三卷二七一頁。
- (2) 東京高決昭三一・五・一八家裁月報八卷七号四二頁、仙台高決昭三四・八・三一家裁月報一二卷六号一三〇頁、福岡高決昭四〇・九・二七家裁月報一八卷三三九五九頁。
- (3) 中川淳編「家族法審判例の研究」二八三頁(野田愛子)(これは〔14〕の事件についての判例批評である)、谷口・前掲論文三〇七頁。
- (4) 谷口・前掲論文三〇六頁、中川淳編・前掲書二八四頁。
- (5) 山木戸・前掲書四五頁。
- (6) 中川淳編・前掲書二八四頁。
- (7) たとえば、東京家審昭四〇・四・二〇家裁月報一七卷九号九〇頁、松山家審昭四二・一二・二二家裁月報二〇卷七号五七頁。
- (8) たとえば、札幌高決昭三九・九・二九家裁月報一七卷一号九〇頁、福井家審昭四〇・八・一七家裁月報一八卷一号八七頁、大阪高決昭四一・七・一家裁月報一九卷二七七一頁。
- (9) たとえば、東京高決昭三九・五・七家裁月報一六卷二二号二一九頁、福岡家柳川支審昭四二・四・二四家裁月報一九卷二二号二一九頁。
- (10) これらの問題については、谷口編・前掲書二〇八頁以下(有地亭)、二三九頁以下(谷口知平)に詳しい検討がある。
- (11) 我妻栄一立石芳枝「親族法相続法」四三六頁、中川編・前掲書上一七九頁(業師寺志光)。
- (12) 谷口・前掲論文三二〇頁、岡垣・前掲書八一頁、野田・前掲書二二〇頁、我妻編・前掲書一一二頁、有地・前掲「特別受益者の持戻義務」(二)三六頁。
- (13) 大阪地判昭四〇・一・一八判例時報四二四号四七頁。
- (14) 新潟家審昭四一・六・九家裁月報一九卷二二号一四四頁。
- (15) 新潟家審昭四二・八・三家裁月報二〇卷三三号八一頁。

## (二) 遺産および持戻財産の評価時期

遺産および持戻財産の評価時期に関して、審判・決定例も、先に述べた学説の場合と同じく、三つの立場に分類することができる。すなわち(1)遺産および持戻財産の評価は、それが具体的相続分算定のための評価であれ分割実行のための評価であれ常に相続開始時を基準としなければならぬとする立場、(2)具体的相続分算定のための遺産および持戻財産の評価は相続開始時を基準とし、最終的取得分算定のための遺産の評価は分割時を基準とすべきであるとする立場、および、(3)いずれの評価であるかを問わず、遺産および持戻財産の評価は常に分割時を基準とすべきであるとする立場、の三つである。右の分類の順を追って審判・決定例を検討してゆこう。

第一の立場を採る例は、あまり多くなく、わたくしの知るかぎりでは三例にすぎない。しかもこれらの審判は、相続開始時を基準とすべき理由に何ら言及していないので、その理由は明らかではないが、恐らく学説の場合と同じく、民法九〇三条、九〇四条、九〇九条などにある文言を根拠とするものであろうと解される。この中には、相続開始から分割までに六年を経過しているものがあり、遺産の中には家屋、宅地、農地など通常価格の変動を生じやすい財産が含まれているのにこの点は考慮せず、持戻財産たる現金についてこれを受贈当時の金額通りとしたのでは相続人間に不均衡を生ずるとして相続開始時の貨幣価値に換算するに止まるものがある。<sup>(2)</sup>

次の審判は、むしろ分割時説を採ったものとみるべきであらうが、相続開始から分割までの間に評価額にあまり差がない場合には（遺憾ながらどの程度の差の場合をいつているのか別紙目録が収録されていないため知り得ない）、九〇九条の規定があることからみて開始時とするのが相当として、相続開始から二年二カ月を経た事案で相続開始時の評価額によって分割している。

〔16〕「ところで遺産分割の審判時と相続開始時との間で分割の対象たる物件の価額に変動があつて審判時の価額をも考慮に入れなければ分割結果に不均衡を生ずる場合は別として、本件のように右両時点における評価額の差が別紙目録記載の程度である場合には、遺

産分割の効力が相続開始の時にさかのぼるものと法定されていることに鑑み、相続開始時における物件の評価額をもって均衡の調整をはかるのが相当であると考える。」(東京家審昭四四・三・二七) (家裁月報二二卷一〇号一一八頁)

前記〔15〕の審判は、これとは逆に、開始時説によるべきとしつつ開始時の評価が不可能であるとして分割時の評価によって分割を實行している。

第二の立場は、学説では通説とされるものであるが、審判・決定例でも支配的であり、特に最近の例は殆んどがこの立場を採っている。次の審判は、これらの中でも、この立場を採用するにあたってその理由を最も詳細に述べており、注目される。まず、相続人、相続財産、特別受益など事実関係を明らかにし、相続開始当時の遺産および持戻財産の評価額によつて各相続人の具体的相続分を算定して、分割さるべき遺産につき分割時を採る理由を六点にわたつて明らかにした上で、分割時の遺産の評価額に具体的相続分の割合を乗じて各相続人の最終的取得分を算出し、さらに遺産に属する物や権利の性質、各相続人の事情を考慮して分割を實行している。少し長くなるが後で述べることも関連があるので、その殆んど全文を引用しておく。

〔17〕「本件調査の結果によれば以下のことが認められる。

一、被相続人Aは昭和二九年九月〇日新潟市〇〇町〇〇病院で死亡したが、同人の相続人は

養子 申立人X<sub>1</sub> (法定相続分六分の二)

養女 申立人X<sub>2</sub> (法定相続分六分の二)

妻 Y<sub>1</sub> (法定相続分三分の二)

長男 (母相手方Y<sub>1</sub>) Y<sub>2</sub> (法定相続分六分の二)

長女 (母相手方Y<sub>1</sub>) Y<sub>3</sub> (法定相続分六分の二)

の五名である。

二、被相続人はもと新潟市〇〇町で〇〇製造業を営んでいたものであるが、戦争中一時中止し、昭和二〇年一月ごろ同市〇〇町の土

地家屋を買い入れて同所で〇〇の製造を再開し、昭和二五年二月一七日その營業に木材の販売を加えて会社組織にあらため、株式会社田部製作所（資本金五〇万円、本店新潟市〇〇T六五番地、昭和二八年五月五日同市〇〇町一丁目二番地三に移転）の代表取締役として事業を經營していたもので、同人の遺産は、別紙目録のとおりであり、その価額はつぎのとおりである。

(一)字〇〇六〇番地一一および同番二

宅地二筆合計八九坪三合二勺

この価額 一〇〇万円

(昭和二九年九月〇日当時の価額九〇万円)

(二)家屋番号〇〇町六一番

家屋一棟 建坪 六二坪七合五勺

外二階五二坪二合五勺

この価額一二九万円

(ただし、この価額は、本件審理の結果に照らし、家屋の分割を予想してその合計価額をここに計上する。)

(昭和二九年九月〇日当時の価額一一五万円)

(三) 〇〇銀行預金 六、四〇八円

(四) 〇〇銀行預金 三三円

(五) 〇〇銀行株式 八〇〇株

この価額二七、七九〇円

(六)この株式のうち三〇〇株は昭和三三年六月二六日一株六一円で売却、残り五〇〇株は同月二八日一株六二円で売却し、手数料等差引合計四七、七九〇円を相手方Yが取得したので、本件においてはその換金当時の代価をここに計上することとする。なお増資払込金二〇、〇〇〇円は、これから差し引く。(昭和二九年九月〇日当時の価額二六、〇〇〇円)

(六) 株式会社田部製作所株式二五〇〇株

この価額 二一八、三五〇円

(ただし、この価額は税務所の評価額を参考にして認定したもの。)

(出)電話加入権 (新潟〇一〇三〇五)

この価額 七〇、〇〇〇円

(内)家財道具 若干

(この価額については計上するのを省略する)

(三)ないし(四)の価額合計 三二二、五八一円

(一)ないし(六)の価額合計 二、六一二、五八一円

(昭和二九年九月〇日当時の価額合計 二、三七〇、七九二円)

なお、上記宅地二筆、家屋一棟および電話加入権は、その家屋に附帯する一切の機械什器、器具(こちらはいずれも下記貸借当時のものが現存しないという。)とともに、昭和二六年二月一六日所有者被相続人と賃借人株式会社田部製作所との間に、賃料は定めず貸借の目的物件に関する費用を賃借人が負担支払をして賃料に引き直すむねの約定で上記賃借人が借り受けているものである。

三、相続財産の中から支弁されるべき相続財産に関する費用等はつぎのものである。

(一)固定資産税

これは、前記貸借により株式会社田部製作所の負担に帰するものであるから、ここに計上すべきものではない。

(二)家屋修理保存費

これも、前記貸借により株式会社田部製作所の負担に帰するものであるから、ここに計上すべきものではない。

(なお本件遺産たる家屋については、上記保存修理を兼ねて、数回にわたり若干の改良工事が施されているが、その施行者は一応上記株式会社田部製作所であると認められるので、この改良工事の結果たる価格の増加については、本件遺産分割手続とは別個に、当該権利者からその利益の帰属者に対し償還を求めべき関係のものとする。)

(三)葬式費用

これについては、その額がつまびらかでないので、ここに計上するのを省略する。  
四、各相続人について

(一) 申立人X1は、もと東京で洋服仕立をならい、昭和一九年三月被相続人のむこ養子となつて(同年四月〇日縁組届出)、被相続人と同居し、昭和二〇年六月応召して同年九月に復員し、昭和二一年春ごろから現住所で洋服仕立業を始めたものであるが、昭和二二年一〇月ごろから被相続人および相手方Y1等と申立人夫婦とは食事を別にし、住込見習一名通勤職人一名を使用し、上記職業による収入は一月約一五、〇〇〇円ぐらいであり現存遺産たる家屋の階下北側の三畳間および二階八畳一間を使用している。

(二) 申立人X2は、生後まもなく被相続人の養女となり、昭和一九年上記のように申立人X1と婚姻したものでその婚姻にさいして被相続人から、タンス一棹、布団二人前その他の嫁入道具一そろえ(これを昭和二九年九月当時の評価に引き直して、約五〇、〇〇〇円と推定する。)の贈与を受け、申立人X1との間に二男一女をもうけている。

(三) 相手方Y1は、昭和二〇年六月被相続人の後妻に迎えられた(同年一二月〇〇日届出)もので、その間に長男Y2(相手方)、長女Y3(相手方)をもうけたが、被相続人の死亡後株式会社田部製作所の代表取締役となり、昭和三一年四月二一日Z(大正一一年二月〇日生)と妻の氏を称する婚姻をし、

(Zは、昭和三一年四月三〇日以降代表取締役となり同年六月〇日相手方Y2、相手方Y3を養子とする縁組届出。)  
遺産家屋内に居住、

(女中一名、職人二名、同見習一名ないし二名住込、職人夫婦一世帯居住。)していたものであるが、昭和三四年四月同所を空けて同市〇〇町一丁目二番地に引き移つたものであつて、

自己名義で

新潟市〇〇町一丁目二番三

を所有(昭和二七年八月一日取得登記)し、被相続人の死亡による生命保険金(受取人Y1)一、〇二九、三〇〇円を受領した。  
四相手方Y2およびY3はいずれも、未成年者で相手方Y1と同居し、Y2は、

株式会社〇〇銀行〇〇支店定期積金一〇万円口

六四、三二〇円

同銀行〇〇普通預金 四、二七一円

株式会社〇〇銀行〇〇町支店普通預金三二〇円

計 六八、九一一円

の資金を、Y<sub>3</sub>は

株式会社〇〇銀行〇〇支店定期積金 二〇万円

一六六、一六〇円

の資産をそれぞれ被相続人から生前贈与を受けた。

以上の事情のもとにおいて、民法第九〇三条に定める共同相続人の特別受益を算入した各当事者の相続分を算出すると、

同条所定の相続とみなされるものは

被相続人が相続開始時に有した財産の価額 二、三七〇、七九一円

申立人X<sub>2</sub>の受領分 五〇、〇〇〇円

相手方Y<sub>2</sub>の受領分 六八、九一一円

相手方Y<sub>3</sub>の受領分 一六六、一六〇円

計 二、六五五、八六二円

であるから

申立人X<sub>1</sub>の相続分(六分の一) 四四二、六四四円(円未満四捨五入)

申立人X<sub>2</sub>の相続分 三九二、六四四円(同 右)

相手方Y<sub>1</sub>の相続分(三分の一) 八八五、二八七円(同 右)

相手方Y<sub>2</sub>の相続分 三七三、七三三円(同 右)

相手方Y<sub>3</sub>の相続分 二七六、四八四円(同 右)

## 計 二、三七〇、七九二円

となる。

そこで以上のとおり算出された相続分（残額相続分）の割合をもって本件遺産を分割すべきものであるところ、ここに問題となるのは遺産物件はいかなる時期の評価額を基準にして現実に分割すべきものかということである。民法第九〇九条には遺産の分割は相続開始時にさかのぼってその効力を生ずると規定されていること、同法第九〇四条には残額相続分算出の対象となる贈与の価額は相続開始時をもとにして定めると規定されていることからして分割の価額は相続開始時をもってその基準とすべきものであるとの見解があるが、

(一)分割の対象となるものは原則として現に存在する財産またはその代償物であつて、遺産物件が分割の時までに滅失してその代償物も存在しないときは当然分割の対象から除外され、また相続開始後に自然的事実により増大した物があるときは当然その増大したものの全部が分割の対象となるべきものであること、(二)分割の対象となった物件中に債権があるときは各共同相続人は分割時における債務者の資力を担保する責任があり（民法第九一二条）、債権取得者の受ける利益は分割時が基準となるべきものであること、(三)各共同相続人は、他の共同相続人に対して売主と同じくその相続分に応じて担保の責任があり（民法第九一一条）、その瑕疵は相続開始前から存在していたものにかぎらないこと、(四)家庭裁判所が遺産の分割のために必要があると認めて遺産の全部について換価処分をさせた場合（家事審判規則第一〇七条）には、当然換価時をもとにして定められた換価代金が分割されるものであること、(五)家庭裁判所が遺産分割の方法として共同相続人の一人または数人に債務を負担させて現物をもってする分割に代えた場合（家事審判規則第一〇九条）にはその債務の発生ないし債権取得者の利益はその効力において相続開始時にさかのぼることはできないものであること、(六)また、家庭裁判所が遺産の一部についてのみ前記のような換価処分をさせ、または共同相続人のある者に債務を負担させた場合において、残余の財産に対してのみ相続開始時の評価を採用することは、全部についての総合計算をするうえに価値上の錯乱をきたすおそれがあること、その他の理由により、ここに分割すべき遺産の評価は分割時を基準とすべきものと解する。

よつて本件遺産の時価総額たる二、六一二、五八一円について、前記算出の相続分の割合をもってこれを配分すれば、……（各相続人の最終的取得分を算出（引用者）となるものであつて、本件遺産に属する物または権利の種類および性質、各当事者の職業その他本件にあらわれた一切の事情を考慮するときは、つぎのように分割もしくは債務の負担するのが相当である。（以下省略）」（新瀨家審判）（昭四三・



この審判は、遺産が分割時の評価額によって分割されるべきことを明確に指摘しているだけでなく、遺産が多種類の財産からなる複雑な構成を有すること、代償財産のような相続開始時の遺産の化体物や相続開始後産出された新たな価値なども当然分割の対象とすべきこと、固定資産税、家屋修理保存費、葬式費用などは遺産の評価の段階で遺産の中から支弁されるべきものとして考慮すべきこと、右のような複雑な過程を経て初めて各相続人の遺産にたいする持分が定まることなど、豊富な内容を含んでいて遺産分割の構造を考える上で示唆に富むものである。

また、相続開始時と分割時とで遺産を構成する物件の評価額に変動が生ずることは右の事例によっても明らかであるが、僅かな期間の間でも顕著な変動があることを指摘し、これを考慮しなかった原審判を違法とした例がある。次の決定は、土地および建物につき原審判時より約一年前になされた鑑定評価額を基準とした遺産分割審判を、鑑定時と原審判時の間で少なからぬ価格の変動があったものと認められるとして取消し、宅地につき一〇%の増額、建物につき残存耐用年数一年減、減価率二%増の修正を加えて自判している。

〔18〕「原審は、本件遺産中不動産について審判時(昭和四四年七月一日)の評価として、宅地は金一七八万八、〇〇〇円、建物は金二三万六、〇〇〇円、合計二〇二万四、〇〇〇円と認定し、この評価に依拠して本件遺産の分割をしたが、原審における鑑定人Aの鑑定によれば、右評価額は審判時より約一年前の昭和四三年七月二九日現在の鑑定評価額であること、右宅地の相続開始直後(昭和四一年三月二九日)の評価額は金一三四万二、〇〇〇円で、昭和四三年七月二九日現在の評価額の七五割であるが、その地価が年々上昇していること、又、右建物の相続開始直後の評価額は金三六万二、〇〇〇円(坪一万二、七六〇円)であるが、昭和四三年七月二九日現在では経済的残存耐用年数が七年から五年に、物理的、機能的、経済的減価率が四五パーセントから五〇パーセントに各変動したため、その評価額が金二三万六、〇〇〇円(坪八、〇〇〇円)に減じたものであることが明らかである。右鑑定結果によれば、前記昭和四三年七月二九日から約一年を経過した原審判時の右宅地建物の評価額には、昭和四三年七月二九日当時の評価額に対し少なからぬ変動を生じているも

のと認めるのが相当であるところ、原審判はこれを考慮に入れずに昭和四三年七月二十九日現在の鑑定評価額をそのまま基準として遺産の分割をなしているから、論旨は理由があり、この点で原審判は取り消すべきものと認める。なお、抗告理由二に関する判断は、次の自判において示す。」

「次に、本件遺産中の宅地建物の評価の点であるが、現在においては、前記昭和四三年七月二十九日現在の評価額に対し、宅地については一〇割増額、建物については残存耐用年数の一年減、減価率二割増の修正を加えるのを相当と認める。そうすると宅地は金一九六万六、〇〇〇円（一、〇〇〇円未満切捨）、建物は金一八万二、〇〇〇円（坪六、四〇〇円）となる。」（東京高決昭四四・一二・二二二）  
次に、具体的相続分の算定のために遺産および持戻財産を相続開始時で評価し、さらに最終的取得分算定のために遺産について分割時で再評価するという二重の評価を行なわずに、一律に分割時で評価すべしとする立場についてみると、これは意外に審判・決定例では採用されておらず、比較的古い審判例の中に一例を見出しうるにすぎない。次の審判がその唯一の例であるが、残念ながらこの立場を採用する積極的な理由を明らかにしてはいない。

〔19〕「遺産が不動産である場合その価額の算定は、遺産分割時の価額によるを相当と解する。そして家屋のように年々その価値を消耗するものについては、遺産分割時の価額が相続開始より少ないときはその差額は共同相続人中の占有者の負担とすることが公平の理念に適するものと考える。遺産とみなさるべき贈与については、贈与時の価額を遺産分割時の貨幣価値に換算した価額をもって贈与財産とみるを相当と考える。」（広島家具支審昭三三・一二・二六）  
（家裁月報一一卷四号一一六頁）

（一）新潟家審昭三六・一二・二二家裁月報一四卷二〇号一三二頁、高松家観音寺支審年月日不明家裁月報一四卷六号九六頁、新潟家審昭四一・六・九家裁月報一九卷二号一一三頁。

（二）右の昭和四一年六月九日の新潟家審。

（三）分割時説によって分割を行った事例は、本文引用の〔17〕〔18〕以外に次のものがある。東京家審昭三三・七・四家裁月報一〇卷八号三六頁、高松家丸亀支審昭三七・一〇・三一家裁月報一五卷五号八五頁、東京家審昭三七・九・二五家裁月報一四卷一一号一一六頁、仙台家古川支審昭三八・五・一家裁月報一五卷八号一〇六頁、鳥取家審昭三九・三・六家裁月報一六卷七号五八頁、

札幌高決昭三九・一一・三二家裁月報一七卷二号三八頁、神戸家明石支審昭四〇・二・六家裁月報一七卷八号四八頁、新潟家審昭四二・八・三家裁月報二〇卷三号八一頁など。

### (三) 遺産共有の性質

これまでみてきたことで明らかのように、審判・決定例は、分割のための遺産評価の基準時を分割時とし、したがって分割の対象となる遺産も相続開始時の遺産ではなしに分割時に現存する遺産とし、その中には遺産の滅失にともなう代償財産や遺産から産出された果実なども含まれるとするのが支配的である。遺産を構成する財産の中にこれらの代償財産や果実を加える場合、それを遺産共有論の立場から一元的に説明することの困難および欠陥は、すでに本稿昌頭の部分で指摘した。それにもかかわらず、判例は一貫して共有論を採用している。

大審院は、大正九年に金銭債権につき「其債権ハ法律上当然分割セラレ各相続人が平等ノ割合ニ応ジテ権利ヲ有スルト民法第四百二十七条ノ法意ニ徴シテ明白ナリ」として分割債権関係とみる見解を表明し、昭和五年には、金銭債務に関して同じ立場を採った。<sup>(3)</sup> 最高裁も、昭和二年に債権についてこれらの立場を踏襲したが、三〇年になって正面から共有論を採用する旨を明らかにした。<sup>(4)</sup>

〔20〕「相続財産の共有(民法八九八条、旧法一〇〇二条)は、民法改正の前後を通じ、民法二四九条以下に規定する「共有」とその性質を異にするものではないと解すべきである。相続財産中に金銭その他の可分債権があるときは、その債権は法律上当然分割され、各共同相続人がその相続分に応じて権利を承継するとした新法についての当裁判所の判例(昭和二十七年第(一)一一一九号同二九年四月八日第一小法廷判決、集八巻八一頁)及び旧法についての大審院の同趣旨の判例(大正九年一月二二日判決、録二六輯二〇六二頁)は、いずれもこの解釈を前提とするものといふべきである。それ故に、遺産の共有及び分割に関しては、共有に関する民法二五六条以下の規定が第一次的に適用せられ、遺産の分割は現物分割を原則とし、分割によって著しくその価格を損する虞があるときは、その競売を命じて価格分割を行うことになるのであって、民法九〇六条は、その場合にとるべき方針を明らかにしたもの以外ならない。本件

において、原審は、本件遺産は分割により著しく価格を損ずる虞があるとして一括競売を命じたのであるが、右判断は原判示理由によれば正当であるといふべく、本件につき民法二五八条二項の適用はないとする所論は採用できない。そしてまた、原審は本件につき民法附則三二条、民法九〇六条を準用したことも原判文上明らかであるから、これを準用しない違法があると主張する所論も採用できない。」(最判昭三〇・五・三一)  
(家裁月報七卷六号四二頁)

(1) 代償財産や果実を分割の対象としたものは「17」の事例以外に次の例がある。秋田家審昭三八・一〇・一七家裁月報一六卷二号八三頁、東京高決昭三九・一〇・二一家裁月報一七卷三号四三頁、大阪高決昭四〇・四・二二家裁月報一七卷一〇号一〇二頁、佐賀家審昭四〇・九・三家裁月報一八卷二号九八頁、大阪家審昭四〇・一一・四家裁月報一八卷四号一〇四頁、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、新潟家審昭四二・八・三家裁月報二〇卷三号八一頁、東京家審昭四四・二・二四家裁月報二一卷八号一〇七頁(これは相続開始当時存在した財産でも分割時に現存しないものは分割の対象とできないとする)神戸家姫路支審昭四四・三・二九家裁月報二一卷一十一号一四四頁。

(2) 大判大九・一一・二二民録二六輯二〇六二頁。

(3) 大判昭五・一一・四民集九卷一一一八頁。

(4) 「20」の判決については、判例批評として福島四郎「相続財産の共有の性質・遺産分割の方法」民商法雑誌三三卷四号一〇七頁以下と三淵調査官「一、遺産共有の性質 二、遺産分割の方法」法曹時報七卷七号八一頁以下があるが、いずれも判決の趣旨を正当としている。下級審の判決の中には、合有論を採用するものもある。たとえば、大阪高判昭三二・七・一二下級民集八卷七号二四頁、福井地判昭三五・一一・七下級民集二一卷一十一号二三八七頁。

#### 四 ち む す び (私 見)

(一) 遺産分割の前提問題と家庭裁判所の審理・判断権について

遺産および持戻財産の評価に関する部分でも触れたように、民法の遺産分割に関する規定は、遺産が相続開始後速やか

に分割されることを予定しながら、家庭裁判所の後見的・合目的役割を期待している。ところが実際には遺産が未分割のままかなりの期間を経過した例が多くみられ、その間に本稿(一)でみたような分割の前提問題に関する争いを生ずることが多い。この意味では、これらの問題は、まず立法的な解決が望まれるが、当面この現状の中での解決が検討されなければならぬ。

積極説が説くように、審判には既判力がないから個々の権利の存否を争う者は、別訴によってそれを確定する機会を妨げられることはない。つまり、審判によってその者の権利が終局的に否定されることはない。一方、家庭裁判所は、これら前提問題に関し常に別訴による確定を待たなければならぬとしたのでは、家事事件の迅速な処理という要請に応えることができない。また消極説の立場を貫くと、ある意味では当事者に訴の提起を強制することにもなり、裁判制度の問題もからんで当事者に酷に過ぎるということにもなりかねないし、さらに、分割を望まない当事者に分割遷延のための手段を提供することになりはしないかという実際の側面からの心配も先に触れたように持たれる。このように考えてみると、家庭裁判所は必要かつ可能な範囲でこれら前提問題を審理・判断することができると解するのが相当であろう。もちろんこのように解すると、別訴で審判と異なる結果が確定すれば、審判の一部または全部が効力を失うことになり、このことによる法律関係の複雑化は避けられない。しかし、この事態は、「6」の決定も述べているように審判または訴訟の運用における配慮によってかなりの程度まで防ぐことができるのであるから、この法律関係の複雑化を考慮するあまりに一律に家庭裁判所の審理・判断権を否定する見解には賛成できない。

(二) 遺産および持戻財産の評価について

以上の学説、審判・決定例の検討を通じて、われわれは、次のことを知った。(1)相続開始から遺産分割までの遺産が未分割(「共有」)の状態にある期間が比較的長期間であること、(2)その間に遺産を構成する物件に物価変動による価格の差異が顕著に現われ(期間が一年という短期間の場合でもこの差異が大きく生ずる例もみた)、この差異が物件間で同程

度とはかぎらないこと、(3)またその間に遺産が滅失しあるいは代償財産に化体したり、果実を産出したりしてその構成に変更を生じていること、(4)さらにその間に遺産は管理その他で費用を負担しており、これを遺産の評価あるいは分割の段階で考慮せざるを得ないこと、および(5)各相続人の最終的取得分は一連の複雑な作業を経て始めて判明するものであり、相続開始当時から各相続人の遺産にたいする確定的持分があるとはいえないことなどである。

これらは、いずれも、民法の起草者達が予定しなかつた事情であり、したがって、共同相続関係に関する諸条項の中に共同相続の実態的構造から遙に隔たるものを生じていることも明らかである。右の諸点は、遺産分割事件の中に広くみられる事実であり、これらを無視したり、これらを改めるべきであるなどすることは許されない。

遺産共有の性質に関する判例の立場は、右に指摘した遺産分割の諸特徴とは明らかに相容れないものとなっている。この判例の立場を維持しながら共同相続関係の法理論を構成しようとする場合、それは高度な技巧的解釈に陥らざるを得ないであろう。先に述べた学説、審判例において通説とされる見解を共有論を採りながら理論構成しようとする試みが裁判実務に携わる人々のグループによってなされたが、しかしながら必ずしも成功したとはいえないものとならざるをえなかつた主要な原因はここにあるといえよう。

遺産分割の構造把握を通して共同相続関係の法理論を再構成すべきであるとする先に触れた提唱は、まことに正鵠をえたものである。しかし、このための作業は、本稿のテーマをも抱摺しながら共同相続関係全般に及ぼうとするものである。本稿では、この提唱を念頭に置きつつ、遺産および持戻財産の評価というテーマに限って若干の検討を行ない、学説審判例における第三の見解の重要性を浮彫にしようを試みた。