

「遺産分割」の基準と 「方法の多様・柔軟性」について

「共有物分割方法」序論

荒 川 重 勝

目 次

序章 課 題	
2章 「遺産分割」の基準と「分割方法の多様・柔軟性」について	
序	
1節 「遺産分割」方法と「共有物分割」方法との実定法上の差異	
2節 「遺産分割」審判における「分割基準」(民法906条)の実際上の運用	
3章 小 括	
1節 遺産分割の基準(民法906条)と「方法の多様・柔軟性」の歴史的 성격	
2節 要件規定の「一般条項」的性格	

序章 課 題

1. 周知のように、裁判による「(普通の)共有物の分割」(民法258条2項)と家庭裁判所における「遺産分割」(同法906条以下)との間には実定法上いろいろな差異が認められる。その最たるものは、分割をめぐる紛争についての裁判手続とその基準(民法906条)・分割方法(態様)の差異であると言ってよい¹⁾。すなわち、(1)第1に、分割に当たって生じた紛争の裁判管轄・手続の差異である。当該事件が「共有物分割」(民法258条2項)にかかるのであれば、普通の民事訴訟として地方裁判所で民事訴訟法に従って審議される(だが、その実態的性質は「非訟事件」であり、いわ

ゆる「形式的形成訴訟」であると理解するのが最近までの通説である²⁾³⁾。これに対し、当該事件が「遺産分割」(同法907条2項)であれば、家庭裁判所における審判・調停によって処理される「非訟事件」とされている(家事審判法9条1項乙類10号,同法17条 家事審判規則99条以下,同規則129条以下)。或る「財産分割事件」の裁判手続の確定のためには、まずその事件が「普通の共有物分割事件」なのか「遺産分割事件」なのかの決定を避けては通れない制度的枠組みがある。しかし、そもそも「非訟と訴訟」についての理解が対立・流動中であるばかりでなく⁴⁾、紛争自体において「(普通の)共有物分割」か「遺産分割」かの判断・確定を困難にする要素が近年増えている。というのは、一方で「遺産分割」事件において、いわゆる「遺産分割と共有物分割の交錯」ないし「両手続の中間領域」の問題の増加があり^{4b)}、他方で「共有物分割」事件において、いわば「遺産分割クズレ的」・「相続ガラムシ的」事件が増加している⁵⁾からである。は、例えば、相続人の1人が遺産に属する特定の財産の持分を第三者に譲渡した場合、第三者が共有関係を解消する手続は「遺産分割手続」なのか「共有物分割手続」なのかという問題、相続人の遺贈に対して滅殺請求された財産は「遺産分割」の対象になるのか否かという問題、或いは遺産分割後の被認知者の価格請求(民法910条)は「審判事項」なのか「訴訟事項」なのかという問題などである。要するに、或る「共同所有にある財産の分割」をめぐる紛争において、「共有物分割」事件と「遺産分割」事件が「交錯」する実態が広く生じ、それを「非訟事件たる遺産分割事件」と「訴訟事件たる共有物分割事件」と峻別する実定法上の枠組みが既に「古い革袋」となっていると言わねばならない。

(2) その間の差異の第2は、分割基準(民法906条)・分割方法(態様)の差異である。遺産分割では、実定法上、その一般的「基準」(906条)⁶⁾のもとに、債務負担(代償分割)(家審規109条)をはじめとして多様な方法をケースに即して柔軟に採ることができるようになっている(遺産分割方法の多様性・柔軟性)。そしてさらに、それらの分割方法の実行性を確

保・保全するための法的制度（家事保全処分・履行確保制度など）やその法的根拠・審理手続を支える制度も整備されている（家庭裁判所調査官・調停委員や不動産専門委員，調停前置主義など）。これに対し，共有物分割では，少なくとも実定法上は，分割の「基準」に関する規定はなく，その「方法」は「現物を以てする分割」（現物分割）と「競売による換価分割」（民法258条2項）の二者択一であり，方法の限定・硬直があるかのようなのである。分割「基準」についても，民法906条のような明白な規定はない（しかしながら，「基準」が全くないということではなく，少なくとも「各持分に応じて公正に」という「基準」はあるとも言える）。

ところで，この分割方法上の差異も最近ではかなり小さくなっている。というのは，「共有物分割」方法について，昭和30年代頃から，その「多様化・柔軟化」「遺産分割」方法への接近を推進する判例の方向が顕著になり，平成8年には，「いわゆる『全面的価格賠償』の方法」をも認める最高裁判第1小法廷判決と同第2小法廷判決（以下，第1小法廷判決を「全面的価格賠償承認判決」と呼ぶ⁷⁾）が出された⁸⁾からである。もっとも，この判例の動向についての見解は分かれている。

全面的価格賠償承認判決の事案

事案全体については旧稿に譲り，要約して以下に記載する。

(i) 分割対象は，連続する地番の宅地3筆（甲・乙・丙。合計175.20 m²）とその上にほぼ一杯に建つ家屋丁（木造瓦葺2階建居宅）1棟（1階169.48 m²，2階87.76 m²）である。原審で実施された鑑定では，その評価額は，合計8263,000円であり，仮に競売に付されたとしても，それより高価に売却できる可能性は低いとされている。

(ii) 共有関係の成立経過は，次の通りである。本件不動産のうち土地乙，丙，建物丁はもと原告 X₁・被告 Y₁らの父訴外 A の所有であったが，昭和26年2月 A が死亡，その妻 B（原告 X₁・被告 Y₁らの母），その長男 C，長女 X₁，養子 D（X₁の夫），次女 Y₁の5人が相続，同年6月に訴外信用

組合Pに売却された。土地甲は $X_1 \cdot Y_1$ らの祖母Eの所有であったが、同時期に同じくPに売却された。その後、昭和40年7月になって、 $X_1 \cdot Y_1 \cdot$ 訴外Dは共同でその甲、乙、丙、丁を買い戻した(各3分の1の持分)。昭和61年11月Dが死亡、その持分を妻 X_1 と子 $X_2 \cdot X_3 \cdot X_4$ が相続。その結果、各人の持分は、 X_1 は18分の9、 $X_2 \cdot X_3 \cdot X_4$ は各18分の1、 Y_1 は18分の6になった(Y_1 も、原審口頭弁論終結後になって死亡し、その子 $Y_2 \cdot Y_3 \cdot Y_4$ が承継した)。

(iii) 被告 Y_1 は、昭和35年頃から本件建物南側に付属する平屋建物において薬局を営み、昭和48年以降は家族とともに本件建物に居住している。そのことについて昭和62年頃まで X_1 らから異議を述べられることもなく、 X_1 は Y_1 らとの間に特段の争いもなく推移した。原告 X_1 らは、他に居宅をもっており、本件不動産の分割方法としては、原則どおり競売による分割を希望しているが、 Y_1 は、自ら本件不動産を単独で取得し、 X_1 らに対してその持分の価格を賠償する方法(全面的価格賠償の方法)による分割を希望している。 X_1 が Y_1 に本件不動産の分割協議を求めたが、 Y_1 は、 X_1 らの持分を否定し分割に応じない。

(iv) 第1審判決(山口地裁支判平成元年10月20日)の内容は、(i) Y_1 は、 $X_1 \cdot X_2 \cdot X_3 \cdot X_4$ の共有持分を確認する。(ii) 本件不動産について競売を命じ、その売却代金を各人の共有持分の割合で分割するなどである。競売を命じた理由は、「〔甲・乙・丙〕の土地には、一杯に本件建物〔丁〕が存在しており、建物丁は、構造上一体を形成しているから、原告・被告の持分に応じた区分所有に適せず、現物をもって分割することはできないことが認められる」とした。

(v) そこで、 Y_1 は、控訴審で、次のような追加主張をした。「仮に民法258条による共有物分割請求が認められるとしても、その方法は競売による換価の方法ではなく、いわゆる価格賠償の方法によるべきである。すなわち、民法258条による共有物分割において、現物分割ができない場合においても、遺産分割の場合と同様に、いわゆる価格賠償の方法によること

も許される（最大判昭和62年4月22日民集41巻3号408頁参照）。本件不動産は、長年 Y_1 の生活と営業の基礎をなして来たもので、 Y_1 の年齢、職業、家族関係から言って、同人は今後ともここに居住して営業を続けていく必要があるのに、これが競売により売却されることがあれば、 Y_1 の生活の基盤が根底から覆されることになること、本件不動産の所在する地域において不動産の流通性は著しく低く、競売による換価は困難であること、 X_1 らはいづれにせよ、本件不動産それ自体ではなく、共有持分に相当する対価を取得できれば良いのであって、 Y_1 には本件賠償金を支払う資力があるから、価格賠償の方法によったとしても X_1 らは何らの不利益を被らないことからすれば、 X_1 らは、 Y_1 から自己の持分に相当する金計550万円余の支払いを受けるのと引換えに、本件不動産の持分につき所有権移転登記手をすべきである。』なお、 Y_1 は、原審口頭弁論終結後に死亡し、その子 $Y_2 \sim Y_4$ が Y の地位を承継した。

(vi) 原審判決（広島高裁平成3年6月20日）は、(1) 第1に、「共有物の種類及び性質、各共有者の年齢、職業、生活の状況その他の事情を考慮して当該共有物を共有者の1人の単独所有あるいは数人の共有にするのを相当とする特別の事情があると認められる時」は、民法258条により共有物の分割をする場合において、全面的価格賠償の方法を採用することも許される」と判示した。その理由は、「けだし、共有物分割の訴えもいわゆる形式的形成訴訟に属し、当事者は単に共有物の分割を求める旨を申し立てれば足り、裁判所は、当事者が現物分割を申し立てているだけであってもこれに拘束されず、競売による代金分割を命じることもできるのであって、その本質は非訟事件であり、その点においては非訟事件たる遺産分割事件と異ならないところ、遺産分割事件においては『家庭裁判所は、特別の事由があると認める時にも、遺産の分割の方法として、共同相続人の1人又は数人に他の共同相続人に対し債務を負担させて、現物をもってする分割に代えることができる。』旨規定されている（家審規109条）のに、民法258条の共有物分割の場合には、現物を持分に応じて分割することができ

ないか又はそれができても著しく価格を損ずる虞れがある時には 価格賠償の方法による途はなく 競売による代金分割によるほかないというのは不都合であり、民法は共有物分割訴訟の非訟事件という性質上、現物分割の一態様として価格賠償の方法を許しているものと解するからである。従って、現物を物理的に分割することが不可能であるか又は分割により著しくその価格を損ずることになる場合であって、前示の通り、共有物の種類及び性質、各共有者の年齢、職業、生活の状況その他の事情を考慮する時は、競売による代金分割の方法によることが相当ではなく、かつ、価格賠償の方法によるも、共有者間の公平を害する恐れがないと認められるときは、共有物の分割を求められた裁判所としては、現物分割の一態様として前掲示のいわゆる価格賠償の方法による分割を命ずることができるものというべきである。」「以上の理由により、本件不動産の分割方法としては全面的価格賠償の方法を採用するのが相当である」とし、第1審判決の競売を命じた部分を取り消し、本件不動産を Y_1 の単独所有とした上で、 Y_1 らに対して、 X_1 らが Y_1 らへの所有権移転登記手続をするのと引換えに X_1 らの持分の価格の賠償を支払えと命じた。

(vii) X_1 らは上告。上告理由の中心は、「(1) 第1に、最判昭和62年大法院判決は、共有物の分割において、調整的な価格分割の方法も許されるとし、これを消極的に解していると思われる最判昭和30年5月31日をその限りにおいて変更しているものである。従って、価格賠償の方法が可能なのは、あくまでも現実の『現物分割』が前提となっている場合であり、その現物分割において、共有者の所得する現物の価格に過不足が生じた場合の微調整としてこれを許しているに過ぎない」。(2) 第2に、本件では、「控訴人〔 Y_1 〕は昭和48年以来本件建物に居住していること、現在その建物南側に付属する平家において薬局を開いていてその営業収入をもって生活を立てていること、従って本件不動産は控訴人にとってその生活の本拠となっていることが認められ、右事実によれば、共有物分割の方法として競売を命ずれば、控訴人はその生活の本拠を失うことになるから、控訴人の

立場だけからは価格賠償の方法によるのが相当である。他方、被控訴人〔X₁ら〕はそれぞれ余所に家を構えていて本件不動産を現実に取得する必要は全くないところである」とする。

全面的価格賠償承認判決の判旨

「(1) 民法258条2項による裁判所による共有物の分割は、民事訴訟上の訴えの手續により審理判断するものとされているが、その本質は非訟事件であって、法は、裁判所の適切な裁量権の行使により、共有者間の公平を保ちつつ、当該共有物の性質や共有状態の実状に合った妥当な分割が実現されることを期したものである。従って、この規定は、すべての場合にその分割方法を現物分割又は競売による分割のみに限定し、他の方法を一切否定した趣旨のものとは解されない。

(2) 裁判所は、現物分割に当たって、持分以上の現物を取得した共有者に当該超過分の対価を支払わせ、過不足の調整をすることができる（最大判昭和62年4月22日民集41巻3号408頁）のみならず、共有物の性質及び形状、共有関係の発生原因、共有者の数及び持分の割合、共有物の利用及び分割された場合の経済的価値、分割方法についての当事者の希望及び合理性の有無等の事情を総合的に考慮し、その価格が適正に評価され、当該共有物を取得する者に支払能力があつて、他の共有者にその持分を取得させることとしても共有者間の実質的公平を害しないと認められる特段の事情が存するときは、共有物を共有者の中の1人の単独所有又は数人の共有とし、これらの者から他の者に対して持分の価格を賠償させる方法、すなわち、全面的価格賠償の方法による分割をすることも許される。

(3) そうすると、原審の⁽¹⁾判断は正当として是認することができる。しかし、本件について、全面的価格賠償の方法によって共有物を分割することが許される特段の事情が在るか否かを見ると、本件不動産は、Y₁ら〔被告〕にとってはこれが生活の本拠であつたものであり、他方、X₁ら〔原告〕は、それぞれ別に居住して、必ずしも本件不動産を取得する

必要はなく、本件不動産の分割方法として競売による分割を希望しているなど、本件の事実関係に鑑みると、本件不動産を Y₁の取得としたことは相当でないとは言えないが、しかしながら、原審で実施された鑑定の結果によれば、X₁らの持分の価格は合計550万円余であるが、原審は、Y₁らにその支払能力があった事実を何ら確定していない。従って、原審の確定した事実関係をもってしては、本件について前記特段の事情の存在を認められない(破棄差戻し)。

なお、この判決を掲載した最高裁判所民事判例集50巻9号2563頁は、「いわゆる全面的価格賠償の方法による共有物分割の可否」を「判示事項」とし、「判決要旨」としては、上記(2)部分のみを掲載している。しかし、私見によれば、上記1は、民法258条2項についての新しい解釈を示し、「共有物分割方法の多様化・柔軟化」に解釈論上の根拠を与えるものとして重要なものと思われるので、今後、これを基礎にしつつ、判例が、さらに「共有物分割方法の多様・柔軟化」を進めることを願い、敢えて「判旨」として掲げた。

2. この判決について私は既に簡単な解説をする機会を与えられ、私見を披瀝した⁹⁾が、字数の制限のために、課題の多くを残し、叙述もやゝ“舌足らず”であったので、これを補完する責任を感じて来た(以下、これを「旧稿」という)。

ところで、旧稿で私は次のように論じた。

(1) 第1に、いわゆる「全面的価格賠償」の方法による分割の採用(可能性)を最高裁判所として初めて認めたものであり、それによって、「普通の共有物分割方法の多様化・柔軟化」の方向が決定的になったと言える。

(2) 第2に、しかし、同時に、手放しで「多様化・柔軟化」を追求するものではないとする評価もあるとして、新田敏教授の次のような指摘があることを紹介した。即ち、「最高裁大法廷昭和62・4・22民集41巻3号408頁、最判平成4・1・24判時1424号54頁が限定を意識することなしに拡大

の方向へ突き進んだのに対し、本判決では、実質的判断を前面に出し、それが充足されることが『特別の事情の存在』したことは、そのことを通じて（結果として）、「あくまでも、合理性と実質の衡平の範囲での、多様化・柔軟化であることを確認させた」¹⁰⁾。そして、「このような評価の適否の確定は、本判決の言う「特別の事情」の内容および判旨(1)の影響力（射程距離）の分析を待たなければならない。

(3) 第3に、本判決が示した「特別の事情」の内容には、最（大）判昭和62・4・22（民集41巻3号408頁）以来の「価格賠償」ないし「普通の共有物分割方法の多様化・柔軟化」をめぐる議論の成果と、遺産分割における「債務負担」の方法が認められる要件としての「特別の事由」（家審規109条）をめぐる審判・学説の動向がほぼすべて盛り込まれている。その意味で本判決は昭和62年大法廷判決以後の判例・学説の到達点の1つとして位置づけられよう。しかし、「本判決の考え方＝『全面的価格賠償』の方法が一般化するためには、なお次のようなハードルを越えることが必要である。すなわち、その根拠規定の明確化、法的構成の明確化（例えば民法258条2項の『現物分割』と『全面的価格賠償』の関係、同法206条の類推の可否など）。判旨1はこれに関係する。目的たる共有物の適正な評価方法、『当事者の意思』の確認方法など『相当性』と『衡平性』の判断方法と審理体制・条件の確立、価格賠償債務の履行の確保措置（価格賠償請求権の担保、支払猶予や分割支払、利息の付加などの可否の問題も含めて）をめぐる問題、共有物分割訴訟の法的性格とあり方（裁判官・当事者の役割、「当事者の意思」の拘束性、そこでの『非訟事件』性と『訴訟』性との関係など）の吟味である」と指摘した。

しかしながら、上記「ハードル」をどう把握するかについては字数の制限上割愛せざるを得なかった。「（普通の）共有物分割方法の多様・柔軟化」特に、「価格賠償」の方法の受容については、「価格賠償」の方法の受容を傍論で示唆した最高裁大法廷判決（昭和62・4・22民集41巻3号408頁）以来消極説と積極説との対立があり、その中で消極の見解が

ら提起された問題点であったのである。

そこで、「普通の共有物分割方法の多様化・柔軟化」の方向を基本的に肯定する(積極説)の私としては、次の点について自説をも開示することが不可欠のことであった。(1)第1に、基本的に、これまでの「普通の共有物分割方法の多様化・柔軟化」それは、「遺産分割」の方法への接近であるの意味をどのように把握するのか、(2)第2に、特に、「価格賠償」方法ないし「共有物分割方法の多様・柔軟化」にまつわる問題点(上記「ハードル」)についてどのように考えるのか、(3)第3に、全面的価格賠償承認判決の示した「価格賠償」方法の要件たる「特別の事由」の内容をどのように考えるのか、特に、「遺産分割」における「債務負担」方法の要件たる「特別の事由」(家審規109条)をめぐる判例・学説の動向および「価格賠償」の方法をめぐる学説の状況との関連をどのように考えるのか。(4)第4に、「いわゆる『全面的価格賠償』の方法」と概念の確定など。

3.ところで、これらの課題に取り組む前提として、迂遠ではあるが、まず「遺産分割」の基準と方法の多様・柔軟性の実態的意味を明らかにしようとするのが、本稿の課題である。「『共有物分割方法の多様化・柔軟化』序論」という副題を付けた所以である。

注

- 念のために、本文で触れたもの以外の主要な差異を挙げると、(1)第1に、「遺産分割」の効力は「相続開始時まで遡及する」(同法909条)が、「共有物分割」は「分割」時から生じる。ただし、この相違は、「遺産分割の宣言主義の意味がほとんどなくなっている関係で、あまり重要でない」(鈴木祿弥・相続法講義 改訂版 255頁(1996年))。(1)第2に、学説上、共同相続財産の「共有」(898条)の法的性質が物権編の「共有」(民法249条以下)であるか否かについては対立がある。ただし、この対立も「分割方法」の問題に直接の影響を与えているとは思われない。
- 通説は、「形式的形成訴訟」とする。金子一・民事訴訟法体系41頁(1954年)、中野貞一郎=松浦馨=鈴木正裕編・民事訴訟法講義〔補訂第2版〕43頁以下(1976年)、広中俊雄・物権法(第2版増補)442頁以下(1987年)、末川博・物権法318頁(昭和31年)など。末川博「共有物分割の訴えについて」占有と所有235頁以下(初出は昭和13年)は、「その性質上訴訟事件に属するか。訴訟事件と非訟事件との区別に関する考え方にもよるが、裁

判所が共有物の分割をするのは、何もそれ自体争いのある法律関係を確定するのではなく、共有者間における既存の権利関係を廃棄して適宜に法律関係を創設するのであるから、本質的には非訟事件に属すると言い得るであろう。しかし、その取扱に関しては非訟事件手続法に規定がなく、従って民事訴訟法の定めによる手続によらねばならぬから（旧民訴22条には特に規定があった）、現行法上の解釈としては訴訟事件として取り扱われるべきものと言わねばならない」としている（同書239頁）。

- 3) 最近では、「共有物分割」の方法の「多様化・柔軟化」の判例の動向を踏まえて、次のように論じる見解も現われている。すなわち、「価格賠償や過不足調整のための債権関係の形成、あるいは、分割後の新しい共有関係の形成・存続をもたらす多様で弾力的分割は、民法258条の目的とする分割と同時に、共有物分割訴訟の名のもとに、分割以外の新たな法律関係を形成する結果となっている。しかも分離・脱退後の共有関係については、決して既存の共有関係がそのまま存続するのではなく、主体を異にする新たな共有の成立と見るべきものである。したがって、ここでは実質的には2つの性質を異にする法律関係（複合的法律関係）が、訴訟の対象とされていると言わなければならない。そうであれば、後者の訴訟までも大幅な自由裁量が認められる形式的形成訴訟ということで、判決が適法とされてよいのか、疑問の残るところである。」（新田敏「共有物の裁判上の分割の機能と効果」法学研究72号41頁以下 平成9年）。通説的な考え方を変えようとする試みの1つである。

奈良次郎教授も、「共有物分割の申立てには、目的物件についての共有関係の廃止（Aufhebung）と、その廃止終了に伴う実施方法の内容、という2側面を有する」。そして、「一般に、共有物分割の訴え（Teilnugsklage）においては、たとえば『目的不動産を別紙分割目録並びに分割図面の通り分割する。』と表示され、共有関係の廃止終了に伴う分割の実施方法に関する申立てしか記載されておらず、それ故に、右申立ての本質は非訟事件であると解されているのではないかと疑問もある」。しかし、「従来、日本の学説では、この点は必ずしも明確に論じられていなかったように思われる」。しかし、吉川義春（最判昭和57・3・9 判決解説・判タ505号224頁）が「共有物分割の請求（共有関係の廃止）と分割の実現方法は性質を異にすると、はっきり明示する」と述べ、「共有物分割の申立てには2つの面のあることを想起し、その競合する限界について検討を加える必要がある」とし、「共有物分割の実施方法に関する当事者の申立てが本質的に非訟事件であることは問題ないが、共有物分割の請求（共有関係の廃止）についても非訟性がある、と解するのが正しいのか」と提起し、「もし吉川義春の前記説示が正当だとすれば、共有物分割の請求（共有関係の廃止）に通常の訴えの性質（処分権主義）の拘束性を認めることは理論上可能なはずである」、「共有物分割請求（共有関係の廃止）の申立てについては、拘束力のある面を肯定することができると言えよう。端的に言えば、非訟事件の性質を有しない面を肯定しうるのではないかとする（奈良次郎「共有物分割の訴えについて」藤原弘道＝山口和男＝外川晋吾編・民事判例研究5巻298頁（1989年））。

このような新しい動向は、後に見る「一部分割（除名型）」の方法を認めた最判平成4・1・24判時1424号24頁（家月44巻7号51頁）を契機として、「共有物分割」訴訟における「当事者の意思の尊重」の問題がクローズアップされたことと関連する。

- 4) 「遺産分割と共有物分割との相違」の問題は、最（大）決定昭和41・3・2民集20巻3号

360頁が次のように判示したことを1つの契機として、「訴訟と非訟」という形をとって焦点の1つになった。すなわち、(i)「家事審判法9条1項乙類10号に規定する遺産の分割に関する処分⁽¹⁾の審判は、民法907条1、2項をうけて、少数相続人の要求により、家庭裁判所が民法906条に則り、……当事者の意思に拘束されることなく、後見の立場から目的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って、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、したがって、右審判は、憲法32条、82条に違反するものではない(最判昭和40・6・30大法廷決定民集19巻4号1089頁、同昭和40・6・30大法廷決定民集19巻4号1114頁参照)。(ii)「右遺産分割の請求、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、その存否を最終的に確定するには、訴訟事項として対審公開の裁判手続によらなければならない。しかし、それであるからと言って、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ぴらに始めて遺産分割の審判をする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上で、分割の処分を行うことは少なくとも差支えないというべきである。蓋し、審判手続においてした右前提問題に関する判断には既判力が生じないから……」。

この判決の(i)は、「非訟事件」に対する裁判手続の在り方をどのように考えるのか、国民の裁判を受ける権利(憲法上の人権)をどのように考えるのかという憲法的判断の問題である。(ii)は、「訴訟」と「非訟」を概念的に峻別することを前提しつつ、「非訟」たる「遺産分割」の審判手続でその「前提」になる「訴訟」事項についてどのように扱うかの問題である。いずれの問題も、本稿の課題からやや離れ、かつ私の専門外に属する問題であるから、ここでは立ち入らない。

この大法廷決定については、高津環・最高裁判所判例解説民事編昭和41巻85頁以下、渡瀬勲「非訟事件についての一考察(1)」判タ190号2頁以下(1966年)、山木戸克己「遺産分割の審判の合憲性」昭和41年度重要判例解説38頁以下、橋勝治「遺産分割審判の合憲性および分割の前提問題」後藤安史編・家族法判例百選 4版 186頁以下(1988年)等、「遺産分割手続の前提問題」については、水島和男「遺産分割手続の前提問題」梶村太市=雨宮則夫編・現代裁判法体系11巻〔遺産分割〕265頁以下(平成10年)等、「訴訟と非訟」については、特に新堂公司「訴訟と非訟」青山善充=伊藤真人編・民事訴訟法の争点(第3版)12頁以下(1998年)、石川明「家事調停及び家事審判(特に乙類審判事件)の非訟性と当事者権の保障」家月31巻6号1頁以下(昭和54年)、佐上善和「訴訟と非訟」岡垣学=野田愛子編・講座・実務家事審判法1巻25頁以下(1989年)など参照。また、「前提問題と審判」の問題についての学説状況については、谷口知平=久真忠彦編・新版注釈民法27巻364頁以下(伊藤昌司執筆)、山崎賢一「遺産分割と前提事項の判断」谷口知平=加藤一郎編・新版・判例演習民法5巻239頁以下(昭和59年)参照。

4b) 野田愛子「遺産分割と共有物分割」川井健ほか編・講座・現代家族法5巻12頁以下(1992年)。なお、この問題は、最判昭和50・11・7民集29巻10号1525頁を1契機として論

争の焦点となった。雨宮則夫「遺産分割と共有物分割」梶村太市＝雨宮則夫編・現代裁判法体系11巻〔遺産分割〕238頁（平成10年）、川井健「遺産分割と共有物分割」沼辺愛一＝太田武男＝久貴忠彦編・家事審判の研究216頁以下（昭和63年）、谷口知平「遺産分割と共有物分割」谷口知平＝加藤一郎編・前掲書253頁以下等も参照。

- 5) 私は、「共有物分割」で複数の物の「一括分割」をはじめて承認した最大判昭和62・4・22民集41巻3号408頁に関して、次のように述べた。「共有物分割」方法の柔軟・多様化をどのように理解するかは問題であるが、そこには、何よりも共有物の交換価値の形式的・画一的な配分こそ「公平」であり、そのためには個々の現物分割が最も適合的な方法であるという考え方から、共有物の多様な利用（利用価値）の保護と管理の合理性をも視野に入れた実質的に「公平」な配分を図るという考え方への重点の移行がある。「問題となる共有関係の多くは組合や遺産共有に近い人的関係にあるか、またはこれらの清算・分割の結果として発生しており、分割が実質上清算・再清算に近い意味を帯びているという事情が本判決の考え方を支えている」。拙稿「共有分割の方法」星野英一＝平井宜雄編・民法判例百選〔総則・物権〕第4版 161頁（1996年）。このについては、2節で再論する。ここで問題としているのは、この現象である。佐藤岩夫助教は、これを支持しつつ、「このような変化が見られる背景には、(i) 共有物が遺産を構成する事件の割合が増加しており、そのことが共有物分割についても遺産分割手続きに類似した柔軟な処理を要請しているという点や、(ii) 現物分割の方法を厳格に解すると競売が行われることになるが、その価格が市場価格に比べて著しく低廉なものとなりがちであるため、現物分割の方法を適切な範囲で柔軟化していく必要がある、といった理由があるように思われる」(i)・(ii)は荒川による)としている。佐藤岩夫「民法判例レビュー不動産」判例タイムズ957号81頁（1998年）。(i)は、私の指摘した現象と逆の現象である。私の言及したのは、「共有物分割」事件の中で「遺産」に係るものや実質的には「遺産分割」と類似したものが多くなってきた現象であるのに対して、(ii)は、「遺産分割」事件の中で「共有物」に関連したものが多くなったとしているからである（あるいは「表現」の問題のみであるかもしれないが）(ii)も理由の1つであることはもちろん私も認めるが、「競売」に含まれているもっとも重大な問題は、「競売」で現物を失い、今までの「利用状態」が覆滅されるということであろう。
- 6) 民法906条は、standards（基準）というよりも、basis（基礎・根本原理）というのがベターであろう。
- 7) 最高裁平成8・10・31第1小法廷判決民集50巻9号2563頁。
- 8) 同判決日で次の判決がある。最1小判平成8・10・31裁判集民事110巻643頁（判時1592号55頁）、最1小判平成8・10・31裁判集民事180号661頁。その後、最2小判平成9・4・25裁判集民事183号365頁（判時1608号91頁）、最2小判平成10・2・27裁判集民事187号207頁（判時1641号84頁）。これらの判決の内容については、川辺義典・最高裁判例解説民事篇平成8年度下850頁以下（平成11年）。
- 9) 拙稿「共有物分割の方法 全面的価格賠償」平井宜雄＝能見善久之編・民法判例百選〔総則・物権〕（第5版）162頁以下（平成13年）。
- 10) 新田敏「本判決批評」法教199号145頁（1997年）。

2章 「遺産分割」の基準と分割方法の多様・柔軟性について

序

既に述べたように、「共有物分割」方法の多様化・柔軟化という判例の流れの意味を探るために、まず「遺産分割」方法の多様・柔軟性の内容と意味を分析する。ここでの分析の重点は「遺産分割」方法にあるが、それは全体として、「共有物分割」方法の分析のための序論であって、「遺産分割」法を全体的に明らかにすること自体を目的とするものではないことをまずお断りしておきたい。

1節 「遺産分割」の方法と「共有物分割」方法との差異

1. 「共有物の分割」に関する民法258条2項を文言に忠実に解釈すれば、「一般の共有物」の裁判による分割では、「現物を以て分割」(現物分割)するのを原則とし、ただそれが不可能または現物分割に因って著しくその価値を損する恐れがある時には、競売による方法(競売による換価分割)によらなければならないという二者一択にあり、それ以外の方法(特に「価格賠償」の方法など)を裁判所が命ずることは許されないと解されよう¹¹⁾。そして、このような解釈が正しいのであれば、「共有物分割」方法は極めて限定的・硬直的なものであるというべきである。これに対して、「遺産分割」については、家庭裁判所の審判・調停事項とされ、裁判所の広範な裁量権の下に置かれ、数次の立法(相続法の改正等に伴う家審法・家事審判規則の改正等)より、多様な分割方法を柔軟に適用する根拠規定と関連制度が整備されたこともあって、ここでは「分割方法の多様・柔軟性」が際立つ。「遺産分割において現物分割という場合には、通常の共有物分割のように個々の物おのおのを分割すること(狭義の現物分割)だけでなく、集合財産を包括的の一体と見て、A物は甲に、B権利を乙にという意味での分割(広義の現物分割)をも含むと考える余地がある。このよ

うな広義の現物分割こそが、前条〔＝906条〕にいう基準に適合しうる方法であるとも考えられる」と言った見解¹²⁾が通説である。

斯くて、「普通の共有物分割」と「遺産分割」とでは、裁判所（裁判・審判）の選択できる分割方法に大きな差異が生じている。

2. 「普通の共有物分割」（民法258条）と「遺産分割」（民法906条以下）とは、実定法上、「共同所有」の性質、分割の対象・手続・基準・方法・効果など多くの点で違いがある。そのうち、分割方法をめぐる違いだけを、学説による違いを捨象して纏めると、次表ようになる¹³⁾。

【総合表】

	遺産分割	共有物分割
分割基準	「遺産に属する物または権利の種類及び性質、各相続人の年齢、職業、心身の状態及び生活の状況その他一切の事情を考慮してこれをする」（民法906条。昭和55年に一部改正）	実定法上の規定はない。
裁判による分割方法	【 】 分割禁止。 「特別の事由がある時」は、裁判所は「遺産の一部または全部の分割禁止」を命ずることができる（民法907条）	5年の期間内の不分割契約（民法256条）のほか、民法257条も参照。
	【 】 「現物分割」（民法258条） (1) いわゆる「狭義の現物分割」 (2) いわゆる「広義の現物分割」	現物分割（民法258条）：広義の現物分割は含まれない。
	【 】 換価分割（家事審判法15の4，家事審判規則107条～同規則108条の4） 「遺産の分割のために必要があると認める時、相続人の意見を聴き、遺産の全部または一部の競売その他、規則により換価を命ずることができる。」 「家庭裁判所は、相当であると認めるときは、相続人の意見を聴き、遺産を任意に売却することを命ずることができる。ただし、相続人中に競売によるべき旨の意思を表示した者があるときは、この限りでない」（規則108条の3）〔昭和56年1月1日から〕 ⇨多様な換価方法 (1) 終局審判による遺産の全部または一部の競売	換価方法は終局判決による「競売」（民法258条2項）

	(2) 中間処分としての「任意売却」または競売	
	<p>【 】 債務負担による分割(代償分割)</p> <p>「家庭裁判所は、特別の事由があると認めるときは、「遺産の分割の方法として、共同相続人の1人または数人に、他の共同相続人に対し債務を負担させて、現物をもってする分割に代えることができる」(家事審判規則109条)</p> <p>* 付随的処分のいろいろ：</p> <p>i . 債務の分割支払い、弁済猶予</p> <p>ii . 利息の付加</p> <p>iii . 担保権の設定など。</p>	<p>実定法上の規定はない：「価格賠償」の方法は許されない(通説)</p>
	<p>【 】 上記【 】～【 】の組合せ、その他の方法</p> <p>* 一部の相続人の「共有」とする方法</p> <p>不動産の利用権の設定など</p>	<p>実定法上の規定はない(通説は暗黙上の否定)</p>
履行確保	<p>大きく区別すると次の3つが設けられている。</p> <p>(1) 審判の執行力についての規定(家事審判法15条など)。</p> <p>(2) 審判前の保全処分(同法15条の3)。</p> <p>(3) いわゆる「履行確保」の制度 履行調査・勧告(同法15条の5, 同条の6), 金銭寄託(同条の7), 履行命令と制裁(家事審判法15条の6, 同法25条の2, 同法28)</p>	<p>一般の強制執行・民事保全のほか、特別の手段は用意されていない。</p>
分割方法の決定手続の種類	<p>(1) 遺言による指定(民法907条1項)。</p> <p>(2) 協議による合意(同)。</p> <p>(3) 非訟手続たる家庭裁判所の家事審判・調停(民法907条2項, 家事審判法9条乙類10号, 同法17条, 家事審判規則99条以下, 同規則129条以下)。</p>	<p>協議による合意(民法258条)</p> <p>普通の裁判所における訴訟(同条)</p> <p>いわゆる「形式的形成訴訟」(通説)</p>

3. この表に従って両者の主な相違を整理すると、次のようになる。

(i) 第1は、一般的「分割基準」の問題である。即ち、これについての規定(民法906条)の有無である。「遺産分割」では、周知のように、当該事件をめぐる「遺産に属する物又は権利の種類および性質、各相続人の年齢、職業、心身の状況その他一切の事情を考慮して」分割方法を決めると

いう一般的基準が規定されている（民法906条）のに対し¹⁴⁾、「共有物分割」では、少なくとも法文上は、一般的「分割基準」と言ったものは規定されていない。「諸事情を衡量して各共有者に公平な分割」の実現という一般的「基準」が暗黙にはあるが承認されて来たとも言ってもよいのではないか。したがって、実体的にはこの点ではさほど違いはないとも言える。しかし、なぜこのような「分割基準」（民法906条）が実定法上存在し、「遺産分割」における裁判手続や分割方法（態様）の多様性・柔軟性を説明し、根拠づける実体法上の規定として、しばしば持ち出されているのかである。このような「分割基準」の必要性ないし存在理由は何か、その実際上の運用はどのようになっているかについても分析する必要があるが、後で詳しく見る予定である（3章1節参照）から、ここでは、次のような解説を引用するだけに止めておこう。

「このような基準が無く、遺産分割が、法定相続分のみを基礎に、原則として現物分割か換価分割かの2配分方法みのもよってなさなければならぬ（民法258条2項）とすれば、「様々の権利義務、またはその組合せからなる現実の相続財産に対し、その分割を、極めて不合理なものとする場合の多いことは容易に推測されるであろう。その適例は、わが国では、かなり多数にのぼると考えられる農地や、各種小企業においての共同相続である。例えば、農地について言えば、それだけでなくも零細だとされている農地を、現物分割によって、さらに細分化すれば、形の上での均分相続は実現されても、細分化された農地は、場合によっては農地としての本来の意味を失いかねないことになる。また、換価分割によっても、わが国における殆んど農地は、それが、単に財産的価値として存在するばかりでなく、共同相続人の1人ないし数人の者の、いわば労働提供の場でもあるわけである。そこで、かかる事情のもとにおいて、換価分割をすれば、農地の財産的価値は実現されても、労働提供の場としての農地の利益は、結局、実現されないことになり、わが国の現状では、関係共同相続人の失業を意味することになる。各種小企業についても、事情はほぼ同様

と言えよう」¹⁵⁾。

(ii) 第2は、「遺産分割」方法の多様・柔軟性である。

「遺産分割」の方法(態様)の多様・柔軟性に対する「共有物分割」方法の限定・硬直性の内容は、個々の点についての学説の対立を捨象すると、以下の(1)から(6)までの通りである¹⁶⁾。

(1) 「現物分割」の概念など

(a) 「普通の共有物分割」との対比における「遺産分割」方法の多様性をあらわす1つは、「普通の共有物分割」に関する民法258条2項における「現物を以てする分割」(現物分割)の概念(内包・外延)と「遺産分割」におけるそれとの違いである。「遺産分割」(民法258条2項)では、これまでの通説によれば、「単一の共有物」を、各共有持分に応じて物理的に分割すること いわゆる「狭義の現物分割」を意味していると解釈されているのに対し、「遺産分割」におけるそれは、種々雑多の物・権利の「包括一体」を構成する「遺産」について、「甲をAに、乙をBに」というように分割する方法(いわゆる「広義の現物分割」)も含めて観念されている。そして、「遺産分割」において「現物分割」の概念を最も広く使用すると思われる野田愛子判事(当時)は、「遺産分割」の方法は、次のように分類する¹⁷⁾。

(一) 遺産を相続人とどめる方法(「広義の現物分割」という)

- (1) 狭義の現物分割
- (2) 債務負担による方法(家事審判規則109条)
- (3) 共有とする方法
- (4) 利用権を設定する方法
- (5) 共有経営にする方法

(二) 遺産を相続人に留めずに、換価してその価格を分割する方法(「換価分割」という)

(1) 競売法に定める競売による換価（民法258条2項の準用）

(2) 換価人による換価（家事審判規則107条）

* なお、(2)は、終局審判でも、中間処分でもなしうる（ただし、学説の対立がある）。

すなわち、この分類中の「遺産を相続人とどめる方法」を「遺産分割」における「現物分割」とし、一方で民法258条2項の「現物分割」の通説的な概念が「単一の物を物理的に分ける方法」を指す概念とすれば、「遺産分割」での「現物分割」概念は、「共有物分割」での概念より極めて広い。もっとも、同判事は、「広義の現物分割」・「狭義の現物分割」の言葉も使用しているが、この使用法は、これらの言葉の普通の使用法と違っている。既に述べたように、普通の使用法では、遺産として甲・乙があり、共同相続人としてA、Bがいる場合に、甲・乙のそれぞれをA、Bに物理的に分ける方法を「狭義の現物分割」とし、「甲はAに、乙はBに」と分ける方法を「広義の現物分割」とするからである。

(b) しかし、遺産分割の具体的な方法を、現物分割、債務負担による方法、換価分割、その他の分割方法（共有にする分割、用益権の設定など）に分け、の意義は、民法258条2項の「現物をもってする分割」としながら、遺産として、2筆の不動産甲、乙があり、相続人としてA、Bの2人がいる場合に、「甲、乙をそれぞれ2つに分けて、各相続人に分配する方法」と、「Aに甲を、Bに乙を配分すること」もこれに当たるとし、前者は「民法物権編の共有物分割と共通である」が、後者は「遺産分割のみに許される分割方法である。実際の遺産分割における現物分割は、がむしろ普通であろう」としている見解¹⁸⁾もあり、この見解では、違いはない。結論的に言えば、「現物分割」の概念はこれを使用する者によって区々であると言わなければならない。

(c) だが、いずれにせよ、遺産分割では「広義の現物分割」も許され、「広義の現物分割」と「狭義の現物分割」との2様の方法を「現物分割」

概念に入れる見解が以前から「当然」と受け止められきた点では、「現物分割」という使用法ないし概念の外延において差異があると言わねばならない。なぜこのような差異が生じたか。私は、次のように考える。

すなわち、複数・雑多の物・権利の包括的の一体である「遺産」の分割は、複数の物や権利を同時に一括して配分するという意味で、本来的に「一括分割」であるのに対し、「単一の共有物」の分割である「共有物分割」との違いを客観的な与件にし、これに「分割の観点ないし基準」(言うなれば「主観的な与件」)の変化ないし違いが付け加えられたことにあると思う。すなわち、分割の対象が「単一の現物」である場合に、「現物分割」を原則とすれば、そもそもその「現物」を物理的に分割すること(狭義の現物分割)しかできないために、「甲物はA, 乙物はB」という分割(広義の分割)の可否は現実の問題として意識されないが、分割対象が複数の物・権利であれば、それらを「一括分割」することができないか、また「分割の観点ないし基準」の変化で「甲物はA, 乙物はB」という分割(広義の現物分割)の必要性が自覚され、「広義の現物分割」の可否が現実の問題として発生して、「現物分割」の概念の吟味がなされて、初めて「差異」も自覚されると考える。

(d) さらに、「遺産分割」においても、「『現物分割』は原則的な方法であり、他の方法に優先して適用されるべきである(もっとも、この原則の適用範囲をどこまで緩和するのは問題になる)とされている」とされているが、その第1の理由は、「遺産分割は、その性質上、単に価値の公平な分配にとどまらず、できる限り現物を相続人に受け継がせることが望ましいと考えられることにある」¹⁹⁾とされている。

(2) 債務負担による方法(代償分割)

(a) この方法は、「共同相続人の1人または数人に具体的相続分を越える遺産を現物で取得させ、現物では具体的相続分に満たない遺産しか取得しない相続人へその不足分に相当する債務を負担させる分割方法」であり、

「現物をもってする分割に代える」方法として位置づけられている（家事審判規則109条）。「代償分割」とも言われる。たとえば遺産として不動産甲・動産乙があり、共同相続人としてA、Bが在る場合に、家庭裁判所が「特別の事由があると認めるときには、現物甲・乙をBの単独所有にさせ、その代わりにBにAに対する持分相当額の金銭を支払うべき債務を負担させる方法を命じることができる」とされている。この方法は、普通の共有物分割では許されないとされる「価格賠償」にほぼ相当するものであり、「現物分割」と競売による換価分割の二者択一の「通常の共有物分割」に対する遺産分割の「特色である」とされている²⁰⁾。

(b) この方法の意義については、次のような指摘がある。「遺産分割における『現物分割』は多くの場合『個別分割』なのであるが、その結果、特定の相続人に相続分以上の遺産を所得させることになり、その超過分を債務負担という方法で清算することになる。遺産分割の方法としてはそれが最も一般的な方法であり、数個の財産を数人の相続人に分けた取得分の禍不足も、この方法により調整される」。「遺産が農地の場合、その細分化防止のため特定の相続人に集中して取得させるについて債務負担による方法は欠かせない方法である。また、宅地・建物の分割について現住相続人の居住の利益を確保するために当該宅地・建物をこれらの者に取得させるについて、その余の相続人に配分すべき財産が不足する時にも、この方法による分割が行われることになる²¹⁾。

見られるように、この方法は、「共有物分割」において判例（最大判昭和62・4・22民集41巻408頁）によって傍論的に認められた「調整的価格賠償」ないし「一部価格賠償」の方法すなわち、「広義の現物分割」に伴う、過不足調整のための価格賠償と類似の意義を有するものであることに留意すべきであろう。

(c) この方法を命ずる場合に、付随的な処分として、債務の分割支払や支払猶予、利息の付加や担保権の設定なども行われる（ただし、それぞれについて肯定・否定の見解がある²²⁾）。

(d) この方法が認められる要件である「特別の事由があると認められた時」の内容について、次のように判示した審判例²³⁾がある。「相続財産が細分化を不適当とするものであること、共同相続人間に代償金支払い方法によることにつき争いのないこと、共同相続財産の評価額がおおむね共同相続人間で一致していること、相続財産を取得する相続人に債務の支払能力があること」。しかし、井上哲男判事は、これは「実務の大勢からは離れる感を免れない」とし、「次の他に、又はがあればよいと考えるべきであろう。相続財産を取得する相続人に債務の負担能力があること(後に述べるように分割支払いの能力があることもこれに含めてよいと考える)。相続財産を取得する相続人及び債権を取得する相続人のいずれも、債務負担による方法に異議がないこと、民法906条の趣旨から見て、当該相続財産を1人又は数人の相続人に取得させることが適当であると考えられること」としている²⁴⁾²⁵⁾。生島恭子氏も、この審判例に対して、「実務的にはもっと緩やかな要件で代償分割が認められている」とし、特に、「[上記審判の]の要件は、鑑定で評価額を決定するならば、あえて要件とする必要はないであろう」とし、の要件については、「代償金支払能力がないのに代償分割をすることは、他の相続人が代償金の支払を命じられた者の支払能力の有無を問わず、その者の債務負担による分割方法を希望するような場合等の特別の場合を除いて相当でない」とする審判(大阪高決平成3・11・14家月44巻7号77頁)に触れている²⁶⁾。

そして、「特別の事由」の認定について「未だ判例法として安定している基準もないが、……消極的条件としては、現物分割が妥当ではないこと、積極的条件としては、ある特定の不動産に対して特定の相続人の排他的な利用の便宜を図る必要があること(零細農地の分割を阻止するのはその著しい例)が考えられる」とする見解²⁷⁾である。私は、全面的価格賠償承認判決が示した「いわゆる全面的価格賠償」が許される要件たる「特別の事由」の分析でも、「積極的条件」と「消極的条件」とに分けて分析する

ことは有効であると思う。

(e) この方法の運用については、「遺産が農地である場合、農地を1人の相続人に集中的に取得させるために、他の相続人に対する債務負担を命じる審判は数多く見られる」、「10年の年賦払を認め年5分の利息を付けた事例、5年の分割払として利息を付さなかった事例もある。同じく農家の相続で、消極積極の遺産全部を農業承継人である相続人に取得させ、債務についてはその余の相続人から求償できるものとした事例〔福島家審昭和37・4・20家月14巻10号170頁〕もある」という指摘²⁸⁾があり、「分割の態様としては、主要な遺産または一部の遺産（宅地建物とか会社の特殊性とか）について代償分割の方法を採り入れた例が圧倒的に多く……、現物分割、価格分割、共有による方法は必ずしも多くもない」という注目すべき指摘²⁹⁾がある。なお、債務の履行については、弁済期の繰り延べ、分割支払い、繰延べ・分割の場合の利息の付加、担保権の設定などの工夫がなされている³⁰⁾ことについては前述した。

(f) しかしながら、「ともすれば、債務関係が名目化し、ために遺産取得者の利益にかたより、均分相続の名のもとに単独相続の実を挙げる結果となるおそれがないわけではないとする批判³¹⁾がある」こと、「この代償分割の考え方を、農地保全の要請に応じて発展させたのが、中世以来ドイツの農民間に慣行された一子相続制であり、ナチスの『ドイツ国世襲農場法』Reichserbhofgesetz (1932) も、その基盤に立ち、わが国で嘗て改正民法施行当時問題とされた『農業資産相続特別法案』もこれと同様の考え方に立脚したものであった」という指摘³²⁾もあることにも注意すべきである。

(3) 換価方法（換価分割）の多様性

(a) 「遺産分割」方法の多様性・柔軟性を示す第3は、遺産の換価方法（換価分割の方法）として多様なものが認められ、審判手続でいろいろな換価分割方法を採用することができることである。「普通の共有物分割」では、換価方法としては終局判決による「競売」処分だけである（民法258

条2項)のに対し、遺産分割では、競売のほか、「相当であると認め」、かつ「相続人の中に競売によるべき旨の意思を表示した者」がない時には、相続人(換価人)による任意の売却を命ずることができること(家審規108条の3第1項)など、多様な換価方法が認められている。井上哲男判事は、遺産分割における「価格分割」を次のように類型化している³³⁾。

- (一) 終局審判における遺産の競売(民法258条2項)
 - (二) 中間処分による遺産の売却
 - (1) 競売(家審法15条の4第1項)
 - (2) 任意売却(家審法15条の4第1項, 家審規108条の3)
- * 遺産の全部または一部について。

(b) 「任意売却」の方法

(i) 上記(二)(2)の方法については、昭和55年以前は、「家庭裁判所は、遺産の分割のために必要があると認める時は、適当な者に換価その他の必要な処分をさせることができる」と規定しながら(旧家事審判規則107条)、「換価」についての詳細規定がなかったために、終局審判前の中間処分として強制的な換価の方法を採れるか否かなどの疑問があった。例えば、「遺産分割の適切妥当な処理のためにこの方法は望ましいが、発表された事例は今のところ皆無である。この理由としては、この方法が相続人および第三者に与える影響が大きいのに、効果や救済などにつき何の規定もないため、審判としてはその実施に慎重たらざるを得ないのだ」という指摘(昭和41年のもの)がある³⁴⁾。

そこで、昭和55年「民法及び家事審判法の一部改正」(昭和55年法律第51号)及び「家事審判規則等の一部を改正する規則」(最高裁判所規則第8号)によって、「家庭裁判所は、遺産分割の審判をするため必要であると認める時は、相続人に対して、遺産の全部又は一部について競売し、その他最高裁判所の定めるところにより換価することを命ずることができる

る」と定め（家事審判法15条の4第1項）、同時に家事審判規則107条から108条4までが整備された。すなわち、家庭裁判所は、「相続人に競売または換価を命じた場合において、財産管理者が選任されていないときは、これを選任しなければならない」（家審規則107条）、「相当であると認めるときは、〔あらかじめ〕相続人の意見を聴き、遺産を任意に売却すべきことを命ずることができる。ただし、相続人中に競売によるべき旨の意思を表示した者があるときは、この限りでない」（家審規則108条の3第1項）とされ、さらにこの審判では「売却の方法及び期限その他の条件を付することができる」（同条2項）、遺産たる不動産について任意の売却を命ずるときは、「最低売却額を定めなければならない」（同条3項）。換価代金は、競売によると任意売却によるとを問わず、管理者に引き渡さなければならない（同108条の8、民執規則181条³⁵⁾。この処分を「任意売却」と言う³⁶⁾。なお、同改正によって新しく導入された「審判前の保全処分」制度全体については後述する。

(ii) この審判の要件たる「換価分割を相当とする場合」については、「遺産分割は、単に価値の公平な分配にとどまらず、できるだけ現物を相続人に受け継がせることが望ましいと考える立場からするならば、遺産を他人に売却してしまう換価分割は、極力避けるべきことにならう」としつつ、「換価分割を相当とする具体的な場合として、次のような2場合が当たるとすることに異論がない」として、「細分化が不可能が著しく困難であり、かつ、相続人に債務負担の能力がない時、相続人の全員が換価分割を希望している時」を挙げ、さらに「諸般の事情から、現物分割や債務負担による分割では、相続人間の公平の調整をすることが難しく、換価によって金銭を分配する方が、当事者間の公平に資すると考えられるとき」を挙げている見解³⁷⁾。また、「中間処分としての換価が必要になる場合」として次の諸例が考えられるとする見解がある。すなわち、「現物分割が不可能で代償金支払能力のある相続人もいない場合で、遺産の一部を換価処分して現金を作り、残る遺産を現物分割若しくは代償分割する

ことができるような場合。 変質しやすいもの、保管が困難なもので、一部分割により取得を希望する者がいない場合。 終局審判を待たずに有利な条件で売却が可能な場合、終局審判を待つと価値が著しく減ずる虞がある場合。なお、この論者は、これらの場合を挙げつつ、さらに「相続人の全員が任意売却に同意するのであれば、審判に移行した後でも、再度調停に付することによって当事者間で任意売却することは可能である。そうすると、中間処分として裁判所が任意売却を命じる場合というのは、遺産の売却自体には反対する者がいないけれども、当事者だけでは売却手続がスムーズに進められないような感情的対立がある場合などであろうか」とする³⁸⁾。なお、その審判に不服である相続人または利害関係人は即時抗告により不服申立てをすることができる(家審規106条2項)。

(iii) この競売または換価を命ぜられた相続人(「換価人」という)は、換価手続をすべき作為義務を負わせるとともに、換価の権限を付与される。裁判所の手を経ずに、自ら遺産の買主を求め、相続人の代理人として買主との間で通常の売買契約を締結する。そして、「換価人」に換価または競売の手続が終了したときの結果(ただし、換価・競売ができなかったときは、その理由)の報告義務(108条の4第1項)及び換価代金引渡義務(同条2項)を負わせ、裁判所は、場合によって「金銭の支払、物の引渡、登記義務の履行その他の給付を命ずることができる」(同規則110同49条)。

(iv) この方法の運用について。まず井上哲男判事は、「換価分割の実務例は少ないが、その原因は、換価分割は、現物分割及び債務負担のいずれの方法も妥当でない場合に用いられていること、及び、手続きが煩瑣であることが考えられる」とする³⁹⁾。しかし、この点については、次のような指摘もある。「遺産分割審判事件の実務において、遺産を適正、妥当に配分するためには、現物分割の方法をとらず、換価分割または債務負担による分割の方法によるのが相当と思われる事案が少なくない。ところで、〔換価分割と債務負担による分割〕のうち、債務負担による遺産分

分割の審判が実務上かなり多く行われていることは周知の通りである。しかるに、換価分割の方法の審判がなされた実例は われわれの知り得た範囲では 今日までのところ絶無である」としつつ⁴⁰⁾⁴¹⁾、その理由について、「価格分割に関する直接の規定として、わずかに規則107条が置かれているに過ぎず、それも極めて概括的であって、換価についての細目的な手続、その実現過程において必然的に発生を予想される複雑な法律関係を規律する具体的な規定を欠いている。そのために遺産分割審判手続において換価を実行する際し、若しくはこれを実行した場合における法的効果その他につき、さまざまな解釈上の疑問を生ずる。また、一般の共有物の換価分割を規定する民法258条2項と遺産分割手続との関係が必ずしも明白でないということもある」とする見解もある⁴²⁾。

実際には換価分割に代わって多いのが、前記「債務負担による方法（代償分割）」であろう。

(4) 「一部分割」と「仮分割」の方法

(a) 原則として可及的に早く一挙に全遺産の分割をすることが法の予定するところであると言えるが、事情によって一時的に遺産の分割を禁止することや「遺産を一挙に分割するよりも、段階的に一部ずつ分割して行く方が、望ましい場合もある」。そこで、「例外的な措置」として「一部分割」と「仮分割」の方法がある⁴³⁾。「仮分割」は、「審判前の保全処分」としての「(一部の)遺産分割」である。

(b) 一部分割

(i) 遺産分割では、被相続人に属した種々雑多な財産（相続財産）を一体的に共有する状態を、各相続人の単独所有もしくは、相続財産としての性格を逸脱した純粹の民法上の共有とする手続であり、その全体は「部分的・漸進的・なし崩し」に進む過程として把握する観点⁴⁴⁾からすると、「相続開始後相続財産の利用、占有状態に変更を生じさせる合意、組成財産中の1個、数個の処分、共有とする合意などは全て遺産分割手続の一貫

として考え、後の処分においては、遺産分割として先の処分との関連に考慮を払うことを忘れるべきではないと言える⁴⁵⁾。このような「遺産分割」を一連の過程として見る観点からは、この過程の中途においては、「遺産」全部について一挙に分割をし、共同相続人間の「共有」関係を全体的に解消させる分割でなく、遺産の一部について共同相続人の一部に分割する「一部分割」が何度も繰り返されることになる。これを仮に「広義の一部分割」と呼べば、「遺産分割」は、「広義の一部分割」の繰り返しを通じて「漸進的・なし崩し」にすすむ過程と言えよう⁴⁶⁾。

しかし、ここで言う「一部分割」は、もっと狭い意味である。意識的に一部の遺産のみ売却し、代金を一部の困窮している相続人に分割したり、分割の容易な物件のみ先に分割し、不動産等の分割困難な遺産の分割を後に残したり、共同相続人間に意見の対立がある場合に、意見のまとまる部分（遺産の一部や相続人の一部など）についてのみの分割をしたり、“好まない”相続人に一部の遺産を分け与え、“脱退させた”りすること、遺産の一部について分割禁止（民法907条3項）がある場合に、その余の遺産のみを分割することなど、総じて「遺産の中の一部のみを分割する調停又は審判」⁴⁷⁾、「遺産の一部であることを意識した上で分割すること」⁴⁸⁾を言う（仮に「狭義の一部分割」という）。

(ii) 「一部分割」の方法の必要性については、次のような説明⁴⁹⁾がある。「遺産分割は、遺産全体を一回で分割し、後日に未分割の遺産を残さないようにするのが最も望ましい方法であるが、遺産の中には不動産（宅地、農地、山林、居宅、店舗、工場などの建物）、各種の動産、預金、有価証券などがあって、その種類、性質は様々である上に、各相続人の立場も、職業、年齢、生活の状況などによって異なり、全部の遺産を同時に分割するのが困難な場合がある」。そのような場合に、一部の遺産について分割することが許されるのであれば、「便利であるばかりでなく、当事者の感情的対立を緩和させ、紛争の早期解決を図る上でも極めて有効である」。

(iii) 次に、この方法が許される要件については、「分割禁止」の要件たる「特別の事由」（民法907条3項）について、「民法906条の分割基準から見て、当分の間分割を延期することが、全体または一部の相続人の利益のために必要であると認められる特殊の事情がある場合に限られるべきである」とし、「一部分割」についてもこれとほぼ同様に解釈されている見解⁵⁰⁾がある。これよりやや緩和して解する見解（と受けられるもの）と思われる見解もある。後者としては例えば次のような見解がある。すなわち、「厳密な意味で一部分割の審判が許される要件というものはないが、一般的にこれが相当とされる場合として、一部分割するについて合理的理由があること、民法906条の分割基準に照らして残余遺産についての公平な配分が可能で、また分割全体も総合的に見て同条の基準に合致することが、挙げられている」とし、その際に考慮すべき1要素として「当事者の意向」を挙げ、「一部分割を求める当事者が多ければ検討の余地があるし、全員が時間を要しても全部分割を希望しているような場合は、一部分割をする必要は乏しい」とする見解⁵¹⁾や、「遺産の一部のみを分割すべき合理性があり、かつ、これが全体としての適正な遺産分割を行うために障害とならないことである」とし、「当事者全員が一部分割を望んでいる事案においても、……客観的にそれが妥当であるか否かを判断する」という見解⁵²⁾などがある。その中で特に、「当事者の意思」の要素をどのように位置づけるかが問題になろうが、これについての見解は区々であるように思われる。その意味で審判例を「一部分割協議が先行する場合」と「協議が先行していない場合」とに分けて分析することも有意義であろう⁵³⁾。審判例では、「遺産分割は分割基準に従った遺産全部の総合的分割であるから、遺産の範囲に争いがあり、民訴法上の判決による確定を相当とする場合など、やむをえない事情があり、しかも右基準〔民法906条〕の実現に障害がない時」とする厳格な要件を示すもの（大阪高決昭和40・4・22家月17巻10号102頁）などがある。いずれにせよ、重要なのは、爾後の分割全体に対する影響であろう⁵⁴⁾。

(iv) なお、「一部の相続人のみに対する一部分割も許されよう。必要な例は多くはないと思われるし、分割を受けない当事者が不満を持ち、報告が出されたり、事後の手續が円満に進まなくなる危険もあり、相当でない場合もあるが、特定の土地の取得を希望する相続人がいて、他の遺産の内容などから同人に取得させるほか考えられない事案については一部相続人にも取得させる一部分割も可能と思われる」という指摘もある⁵⁵⁾。

(c) 仮分割

(i) 「仮分割」は、昭和55年の「民法及び家事審判法の一部を改正する法律」(昭和55年法律第51号、昭和56年1月1日施行)によって、「強制力を有する審判前の保全処分制度」(家事審判法15条の3)が導入され、同時に、遺産分割の審判に関して家審規106条1項において、財産管理者の選任、仮差押え・仮処分その他の必要な保全処分をすることができることになった(家審規106条1項 同規23条1項・同条5項・52条の2の準用)。すなわち、「家事審判法9条の審判の申立てがある場合において、裁判所は、最高裁判所の定めるところにより、仮差押え、仮処分、財産の管理者の選任その他の必要な保全処分を命ずることができる(これを「審判前の保全処分」という)。(家事審判法15条の2第1・2項)。家庭裁判所は、「財産の管理のために必要があるとき」は、「申立により、又は職権で、財産の管理者を選任し、又は財産の管理に関する事項を指示することができる」とされ(家事審判規則23条1項)、また、「〔審判の〕強制執行を保全し、又は事件の関係人の急迫の危険を防止するために必要があるとき」は、当該審判の申立人の申立により、仮差押え、仮処分その他の必要な保全処分を命じることができる」とされた(同規則52条の2)。そこで、その一種として「本案である遺産分割の審判によって実現すべき遺産分割の全部または一部を保全処分によって暫定的、仮定的に実現すること」もできるようになった⁵⁶⁾。これを「仮分割」と言い、その性質は「いわゆる満足的仮処分の一種」とされている⁵⁷⁾。

(ii) このような制度の必要性については、「家事事件においても、申

立てがあってから審判がなされるまでには長期間を要することがあり、この傾向は、生活関係の複雑多様化ないし権利意識の高揚に伴って、近年ますます顕著になっている。この間に関係人の財産に変動が生ずるとなると、遺産の分割のように、審判を行うこと自体が困難になったり、財産分与事件のように、後日、権利者が有利な審判を得たとしても、執行による権利の実現が困難となる恐れがある。家事審判事項とされる財産分与等について、民事訴訟上の仮差押え、仮処分をもって保全することができるか否かについて賛否の対立があった⁵⁸⁾。

(iii) 「これまで実務では一部分割の審判はあまり活用されていないようである」とし、積極的に「活用」されてよい方法であるとする見解がある⁵⁹⁾。

(d) 一部分割と仮分割の比較

「一部分割の調停又は審判」と「仮分割」との間には共通点と差異がある。「共通点」としては、「当該遺産分割を全体的、最終的に解決するものではない。両者とも、事件が極めて少ない。分割の対象中に預金債権を含むものが多い。一部分割の調停を除き、即時抗告の対象となる」を指摘される。一方、差異としては、「仮分割の仮処分は、申立人の困窮を救うという高度の必要性が必要である。したがって、この必要性の認められない相続人にまで遺産を仮に取得させることはできない。これに対し、一部分割については、上記のような制約はない。仮分割の仮処分は、本案審判がなされるまでの仮定的、暫定的な措置であるのに対し、一部分割は、対象とされた遺産に関しては終局的な本来の調停、審判である。したがって、本案審判あるいは残余財産の分割につき確実な見通しを持つべきであることは同様であるが、特に一部分割をするについては一層の慎重さが要求されよう」とされている⁶⁰⁾。

(5) 審判による「分割の禁止」⁶¹⁾

(a) 「遺産分割」では、遺言（民法908条。ただし、相続開始時から5年

間内), 当事者の協議・調停(ただし, 規定はない)のほか, 「特別の事由があるときは, 家庭裁判所は, 期間を定めて, 遺産の全部または一部について, 分割を禁止することができる」とされている(民法907条3項。なお, 家審法9条1項乙類10号)。審判による分割禁止は, 遺産全部についても, その一部のみ(ただし, その範囲を客観的に特定できることが必要である)についてもすることができる。また, 相続人全員に対しての分割禁止でなく, 相続人中の若干の者についてだけの分割禁止も可能である。禁止期間は, 遺言による場合との均衡上5年以内とされるが, その更新もできるし, その中間で取消・変更することもできると解されている。

(b) 「特別の事由があるとき」の判断基準については, 「法律上分割が許されない場合, 遺産をめぐる紛争がない場合でも, 遺産の状態が即時の分割に適しないとき, 家族構成員の状態が即時の分割に適しない場合」とし(数字は荒川による), について, 「たとえば, 遺産の状態が債務を整理した後でない」と分割に適しない場合, 遺産が営業施設で, 相続人がすべてその営業に従事している場合, 農作物の成熟を待つとか営業の成り行きを見ることが適当とする場合, 農地が細分されると農業経営が困難となる様な場合(ただし, これらの場合が全て許されるかについては疑問もあるが)とする見解⁶²⁾, また, 「種々の理由で, 分割自体が著しく困難な場合」であり, 「困難な場合」というのは「分割方法だけではなく, 分割の前提問題について紛争が存在し, これの結論しだいでは分割方法にも大きな影響があることがあり, その解決を待つことが賢明と思われる場合も含まれるであろう」とされ, より具体的には以下のような事情を挙げている見解。すなわち, 「(1) 相続人資格について紛争がある場合, (2) 遺産の範囲について紛争がある場合, 遺産の現状が即時の分割に適しない場合, (4) 相続人の事情から即時の分割に適しない場合」⁶³⁾。また, 「民法906条の基準から見て, 当分の間分割を延期することが, 全体または一部の相続人の利益のために必要であると認められる特殊な事情がある場合に限られるべきである」とし, 「例えば, 相続人の地位が争われ, 係属中で,

相続人の資格、相続分の変動が予想され場合（共同相続人の一部の親子関係について争いがあり、通常訴訟の確定を待つか、分割禁止処分をすべきとした場合など）」を挙げつつも、「右のような事情があるからといって、直ちに分割を禁止すべきものではなく、家庭裁判所は、前提問題に争いがあっても、通常裁判所の専属に属しない限りは、これを判断したうえで、遺産分割をすることができ〔中略〕、かつ、債務負担、換価分割の分割方法を採用することができるから、これらの点も比較検討したうえで、分割を禁止すべきである」とする見解など⁶⁴⁾がある。

(c) 以上、「特別の事由があるとき」の判断基準において広狭の違いを読み取ることができるが、「分割禁止」の可否の判断に多様な分割方法の可能性をも入れるならば、「分割方法の多様・柔軟化」によって「分割禁止」の場合はさらに少なくなると思われる。

(6) 以上の方法の複数の併用等

現物分割、個別配分（＝広義の現物分割）、換価分割、代償分割などの「折衷・併用」も自由である⁶⁵⁾。以上のほか、いわゆる「共有とする方法」も認められる（ただし、大阪高決昭和41・6・6家月19巻1号39頁はこれを認めない⁶⁶⁾）。

(iii) 第3に、「遺産分割」法における履行確保手段等の整備。

(a) 以上のように、「遺産分割」では、多様な分割方法を柔軟に採ることができるようになって来たのに伴い、また「家事事件における義務（家事債務）の履行確保」制度の一貫として、義務履行の確保・保全のための制度も実定法上整備されている。それを大別すると、審判の効力（特に執行力）に関するもの、「審判前の保全処分」、いわゆる「履行確保」に関するものの3つになる。

(b) は、審判の効力（特に執行力）に関するものであり、次の制度がある。「金銭の支払・物の引渡・登記義務の履行等の給付を命ずる審判」

への執行力付与(家事審判法15条)、金銭の支払・物の引渡・登記義務の履行その他の給付を命ずる命令(家事審判規則110条 同規則49条〔遺産分割審判への準用〕)、換価人(競売又は換価を命ぜられた相続人)に対する換価代金の引渡等の命令(同規則108条の4)、履行命令等の不服従に対する刑事制裁(家事審判法28条・29条1項)などがある⁶⁷⁾。

次に、は、既に述べたように、「いわゆる満足的仮処分的一种」である⁶⁸⁾。(履行確保)には、義務履行の調査・勧告(家事審判法15条の2、同法25条の3、家審規143条の4)、義務履行命令および制裁(家事審判法15条の3、同法15条の2、同法28条1項)、義務履行としての金銭寄託(家事審判法15条の4、同法15条の2、規則143条の11第1項、寄託金取扱規程)、勧告・審判の履行確保(家事審判規則143条の2以下)などが定められている⁶⁹⁾⁷⁰⁾。

(c) 以上のような「遺産分割」をめぐる諸制度に対し、「普通の共有物分割」には、これに類似する、独自の実定法上の制度はない。それ故に、たとえ「価格賠償」による分割方法を認めたとしても、他の共有者に対する債務を負担した共有者にその履行を強制する法的手段がなく、その持分全部について「現物」で配分された者と持分の一部について「金銭債務」で配分された者との間に「不公平な結果」が発生し、「不衡平」な結果が生じるとして、「価格賠償」の方法を認めない見解も主張されている。

(d) 以上のような諸制度は、いかなる理由から存在するのか。〔審判の執行力に関するもの〕は、「非訟事件の裁判」のいわゆる「狭義の執行力」に関する特則である⁷¹⁾。〔遺産分割の審判前の保全処分〕の存在理由は、既に述べたように、「家事債務の特殊性と保全の必要性」にある。

〔履行確保〕は、「法律は、これらの義務の特殊性に鑑み、できるだけ任意の履行を容易にし、かつこれを促進するために」、「いわば治療のアフター・ケア」としてあるとされる。そして、その際、この「家事債務の特殊性」について、次のような見解もある⁷²⁾。

「それは立法時に、家事債務はその他の債務に比べて一般に価格

が低く、かつ小額の分割払いや定期払いの金銭給付が多く、強制執行をしても費用倒れになる虞がある、家事事件手続では、弁護士代理の当事者は少なく、また、権利者の多くは、法律手続に通じておらず、経済的にも弱者の女性であるので、強制執行の手続の煩雑と、その費用の負担に耐えられない、親族又は親族であった者の権利関係であるから、あまり強力な権利の実現方法はためらわれる。」「家事債務が、多かれ少なかれ扶養料的性格をもち、多くは社会的・経済的弱者である権利者の日常生活の維持に重大な関係があって、公共の福祉にも関連するので、国家としては、倫理的色彩を持つ家事債務の実現に、強制執行手続が充分期待できないとしたら、ある程度の強制執行手段を認めねばならないのではないかと。」

一口に「家事債務」と言っても、婚姻費用（ないし生活費）、養育費、扶養料などと、遺産分割の方法としての債務負担（代償分割）によって負担した「家事債務」とでは、大分異なるので、上記のような説明がどれほど妥当するのか若干疑問があるが、いずれにしても、ここに指摘されているのは、現代社会における例えば「消費者保護」などに類似する「社会的・経済的弱者の保護」と言ってよい理念であろう。

(7) 遺産の評価

(a) 遺産の共同相続人への配分（遺産分割）が「公平かつ適切に」行われるための前提として、遺産総体の客観的な交換価値の正確な「評価」がなければならない。それは、特に「代償分割」の方法で問題になる。そこで、序でに、この問題にも触れておこう。たとえば、

〔 〕 相 続 人

妻乙と丙、丁の2子。

〔 〕 遺 産

(イ) 土地 A 50坪（相続開始時の価格800万円、分割時の価格1600万円）。

(ロ) 土地 B 100坪（相続開始時の価格1000万円、分割時の価格200万

円)。

(イ) 家屋30坪(土地A上に建てられている)(相続開始時400万円,分割時600万円),

(ニ) 株券2万株(相続開始時400万円,分割時500万円)

[] 分割の方法(態様)

- 遺産分割で乙が土地Aと家屋を取得する。
- 丙が土地Bを取得する。
- 丁が株券を取得する。

このような場合,相続人間において代償として支払うべき金額いかに⁷³⁾。

(b) この1例からも明らかのように,この問題を特に困難にする要因は,第1に,「遺産」それ自体が,動産,不動産(農地・山林・宅地・家屋),現在または将来の権利・義務,現金など,極めて種々雑多なもの特に,その交換価値の変動パターンや「評価」方法がそれぞれ異なるで構成されているのが普通であること。また,新陳代謝の可能性を持ち,絶えず変動すること。第2に,「分割」過程が一定の期間を要し,「評価」時点によって客観的な価値が異なること。第3に,もし相続人の「必要性」や「主観的」な「評価」をも考慮しなければならないとすれば,困難は格段に増す。

遺産の「評価」に関して一般的に最も問題になるのは,周知のように,評価の「基準時」と「評価」方法の問題がある⁷⁴⁾。しかし,本稿の関心からすれば,「遺産分割」審判における「遺産の評価方法」がどのようになっているのが最も関心事であるから,以下この点についてのみ触れる。と言うのは,「共有物分割」訴訟において「価格賠償」の方法を許す時に,その点が1つの問題点になるからである。

(c) しかし,実際の審判手続では,当該遺産の種類によって異なるが,不動産についてのみ述べると,大要次のような状況になっている⁷⁵⁾。

遺産評価は,職権探知主義に基づき,その裁量でなされる(家審規7条)。そのため的手段,評価資料の収集方法は,鑑定(家審法7条,非

訟法10条、家審規7条）、調査官による調査（家審規7・7条の2）、参与員・調停委員の意見等（家審法3条1項）、証人の証言（当該物件の造成業者や建築業者など）、課税評価証明や公的基準等の利用、その他（調停段階での調書など）。しかし、次のような指摘もある。「当事者主義的運用が許容される領域であるが、近時は当事者の積極的関与を求め、遺産の評価や評価方法に対する合意を成立させる運用が一般化しつつある」とし、「評価に関する当事者間の合意」について、遺産分割の調停・審判事件の「実態は経済紛争事件と解すべきものである」から、「遺産分割事件が非訟事件であるとしても、職権探知・職権進行主義は背後に退いて後見的に作用するに止まり、当事者の任意処分が許される事項に関して成立した当事者間の合意はその内容が不相当でない限り尊重されるべきであり、その合意を判断の基礎として手続を進行すべきである」、「遺産の評価に関する事項（評価額、評価方法、評価の基準時）も、当事者の任意処分の許される領域である」、「鑑定費用は高額となることも多く、当事者に鑑定費用の負担能力がないなどの理由から鑑定に踏み切ることが躊躇する事例も少なくない」⁷⁶⁾。この点は、「遺産分割」調停・審判手続全体の法的性質をどのように把握するかにも関係するが、注目すべき指摘であろう。

遺産評価の原則は、基本的には、相続税法についての財産の取り扱いとして国税庁が通達した 相続税評価に関する基本通達（昭和39・4・25直審(資)17頁）の示した諸原則によっているようである⁷⁷⁾。

2 節 「遺産分割」の基準（民法906条）とその実際の運用

1. 民法906条の存在根拠

(1) 以上のような「遺産分割方法の多様性・柔軟性」が何から生まれるのかについては、いろいろな要因を挙げることができるが、その1つが「分割基準」（民法906条）にあることについてはおそらく異論がないであろう。では、この「基準」は、何に根拠を置き、法の発展上どのような歴史的性格を持つのか、実際の運用がどのようにになっているのか。

(2) この基準(906条)は、周知のように、戦後の民法大改正で新設されたが、その理由は、家督相続が廃止された改正民法のもとでは、大多数の相続が共同相続となるから、「より公平な遺産分割たらしめる点」にあるとする見解がある⁷⁸⁾。そして、「その“公平”とは、単に算術的に正確に相続分に応じた配分が行われるというのではなく、相続財産とそれを受領すべき相続人との関係をも考慮に入れて“具体的公平”に分割が行われなければならないということである。例えば現に相続財産中の農地の所在地に住所を有しない者に当該の農地を割り当てる如きは、仮に算術的には公平であっても、通常の場合ならば具体的には不公平であるという場合がありうる。このことと関連して、相続によって財産の持つ社会的・経済的な価値をできるだけ損しないという1つの理念が働いている。この理念から、場合によって主要な財産を特定の1人の相続人に割り当て、他の共同相続人に対して債務を負担させるという分割方法も考えられる(家審規109条参照)。しかし、もとより相続法の基本的な理念は第1のそれであるから、第2の理念のために、第1の理念を犠牲にしてよいということではなく、第1の理念を生かす範囲において第2の理念が働くというのである」⁷⁹⁾。

また、「遺産、相続人というものは等質のものでなく、極めて個性的なものであること、すなわち、(a) 遺産は不動産、動産、権利その他種々雑多なもので構成されており、例えば不動産と言っても、農地、山林、宅地、家屋等に分かれ、またそれぞれに面積、地理的条件、構成の仕方等が異なっていること、(b) また、配分される側(相続人)も各種各様の年齢、職業、収入、家族構成、健康状態等により一様でないことから、遺産に相続分に応じて包丁で切るように算数的に単純に分けることができず、遺産の個性と共同相続人の個性と巧く符号させて分割しなければならない」((a)(b)の符号は荒川による)⁸⁰⁾。中尾英俊教授も、相続財産について民法906条、909条の規定が置かれているのは、「相続財産が個々の財産でなく、包括的な財産の上に共同相続人の共有関係が成立するという特殊な性格に

よるものであって、その特殊な性格を含有と呼ぶか否かは用語の問題である」とし、「共同相続人の一方が農業や商業を営んでおり、その生活および経営の本拠たる建物、宅地が遺産であって、現物分割し難いから競売による代金分配によるべきだ、というならば、農業や商店経営が立ち行かなくなることは明らかであろう」と述べる⁸¹⁾。しかし、川井教授は、民法906条は、遺産分割には「共同相続人間で行われるという特殊性がある」としている⁸²⁾。その他、906条（分割の一般的基準）の必要性を「国家〔家庭裁判所〕による強制的な分割手続と言った審判・調停の性格」と結びつける見解もある。

(3) しかし、私見によれば、民法906条の存在は、「遺産分割」における対象（遺産）・主体（相続人）の「特殊性」にその根拠を持っているのではなく（もっとも、その具体的な内容を形づくる要因にはなっている）。また、同条は、家庭裁判所の審判・調停についてのみ適用されるのではなく、共同相続人間の分割協議にも適用される⁸³⁾から、単に「国家（家庭裁判所）による強制的な分割手続と言った審判・調停の性格」と関係づけるだけでは十分の根拠にならない（この側面は重要なものであるが）と思われる。

私は、民法906条（遺産分割基準）の独自の存在の根拠は、その示す「基準」の歴史的な性格にあると考える。すなわち、「公平が遺産分割の魂である」⁸⁴⁾。その「公平」の判断・内容が、既存法にない（歴史的に新たな）ものであるという点にある。すなわち、前掲審判例のいう「算術的公平」ではなく「具体的公平」の追及である（その内容については、すぐ後に分析する）。

2. 民法906条の昭和55年一部改正の趣旨

(1) 周知のように、民法906条は、昭和55年に改正を受けた。この改正では民法典5編（相続法）および家事審判法の一部が改正され、「相続法」関係では、配偶者の相続分の引上げ、寄与分制度の新設、兄弟姉妹の代襲

相続の制限、遺産分割基準の改正、遺留分の改定などがあり、「家事審判法」関係としては、「相続法」関係に関連する改正のほか、後述の「審判前の保全処分」に関する規定（家事審判法15条の3第1項）が設けられ、これに関連した制度の整備（家事審判法15条の2、戸籍法15条）、遺産分割手続における遺産「換価」制度の整備（家事審判法15条の4第1項以下）などが重要なものである⁸⁵⁾⁸⁶⁾。その中で、民法906条の改正の内容は、「遺産分割は、遺産に属する物又は権利の種類又は性質、相続人の〔年齢〕、職業、〔心身の状況及び生活の状況〕その他一切の事情を考慮してこれをする」(〔 〕内が新たに加えられた)ものである。

(2) ところで、民法906条の一部改正（昭和55年法律51号）と関連して、まず次のように言われていることに注意しておく必要があると思う。すなわち、「この改正にあたり、生活の保護のための居住権制度の具体化が検討されたが、実現するに至らなかったことに鑑み、これらの構想に盛り込まれた趣旨を遺産の分割の基準において明確にしようとしたものであり、個々の共同相続人について、これらの事情を具体的に考慮した上で、遺産の分割の方法に反映させることが期待されている」⁸⁷⁾。橋勝治（法務省民事局参事官）も、民法906条の改正は、「相続人中に生活に困窮している者、心身に障害のある者がある場合には、それらの者の生活の維持のために最も適した財産が配分されるよう配慮すべき旨を明らかにしたものである」とする⁸⁸⁾。事実、法制審議会民法部会身分法小委員会「相続に関する民法改正要綱試案」に対する民事局参事官室「説明」も、「遺産分割の基準」について次のように述べている⁸⁹⁾。「遺産の分割は、各相続人の生活と密接な関連があるものであるから、遺産の分割に当たっては、現行法のように『遺産に属する物又は権利の種類及び性質、各相続人の職業その他一切の事情』を考慮してするということだけに止まらず、各相続人の年齢、心身の状況をも考慮することを明確にすることが適当であり、これによって、年少者、心身に障害のある者、住居の確保を必要とする者等について遺産分割の際に適切な考慮をすることが期待される」という意見によったものであ

る」としている。そして、加藤一郎教授も、昭和55年一部改正の「年齢，心身の状態および生活の状況」について総合的に次のように述べる。「各相続人の『年齢』としては，年少者などへの配慮，『心身の状態』としては，心身障害者などへの配慮，『生活の状況』としては，今まで居住してきた住居の確保への配慮が，念頭におかれている。『生活の状況』が加えられたのは，配偶者の居住権について論議されながら制度としては採用されず，遺産分割の際に配慮すればよいということになったためである。家庭裁判所では，従来も『一切の事情』の中で，これらの事情も考慮してきたはずである」⁹⁰⁾。さらに，「昭和55年に906条が改正された趣旨を考えれば，当事者中の社会的弱者（老人，心身障害者）の生活の基礎を覆すこととなるような合意は，形式的には任意性が認められても，後の裁判においてその効力を争う余地があると解すべきであろう。この意味において，906条を訓示規定と説示する裁判例（熊本地判昭和30・1・11下民集6巻1号1頁）は，今日では支持され得ない」という見解⁹¹⁾もある。

これらの証言や見解は，その歴史的性格を示唆していると思われるが，これをもっと明確にするのは，この「基準」（民法906条）をめぐる運用実態である。

3. 民法906条の運用実態

これについて詳しく分析した泉久雄教授⁹²⁾は，鈴木祿弥教授⁹³⁾および小山昇教授⁹⁴⁾が，30年代までの裁判例を対象として行った分析から得た次のような結果は「今日でもなお生きている」としている。

(1) 第1に，同条の「相続人の職業」が考慮されたケースで最も多いのは，農地が農業経営の継承者に与えられる場合であり，その次に多いのは，中小規模の商業の場合であること，また一切の事情の考慮の結果として，遺産中の家屋は，そこに居住している相続人に与えられるという風に，「現状維持になる場合が多い」。

(2) 第2に，農家相続について，農地が農業継承者に与えられることに

ついて、ある裁判⁹⁵⁾は、「民法906条は、遺産分割の際の基準を設定しているわけであるが、そこには2つの理念が働いていると理解される。その1つは、共同相続人の間に『公平』に行われなければならないということである。しかも、『その公平』とは、単に算術的に正確に相続分に応じた配分が行われるというのではなく、相続財産とそれを受領すべき相続人との関係をも考慮に入れて『具体的公平』に分割が行われなければならないということである。例えば、現に遺産中の農地の所在地に住所を有しない者に当該土地(当該土地が市街化調整区域内に存する時はなおさらである。)を割り当てる如きは、仮に算術的には公平であっても、通常の場合ならば、具体的に不公平であるということになる場合が起きるのである」としている(傍点は荒川による)⁹⁶⁾⁹⁷⁾。

(3) 第3に、「相続家屋に居住する相続人の居住利益(居住権)を保護する傾向も、裁判例に共通の方向である」こと⁹⁸⁾。この点に関する審判は、「被相続人が生前自己の居住する家屋とその敷地を所有し、相続人の1人(『同居相続人』という)がこれと同居し、その他の相続人は各自安定した住居を有し、格別生活に困窮していない場合には、相続開始後も同居相続人が右家屋に引き続き居住することができるようにその地位を保護する必要があり、遺産分割に際してもその居住の継続を前提として分割方法を定めるべく……」として、債務負担(代償分割)の方法を命じている⁹⁹⁾。

(4) 第4に、分割の方法・態様では、「主要な遺産または一部(宅地とか会社の特殊性とか)について代償分割の方法を採り入れる例が圧倒的に多い」(ただし、その理由は一定しない)¹⁰⁰⁾。

3章 小 括

1節 遺産分割方法の基準(民法906条)と「方法の多様・柔軟性」の歴史的な性格

1. 以上の分析から、遺産分割方法の基準(民法906条)と「方法の多

様・柔軟性」については、以下のように総括することができると思う。

第1に、民法906条の遺産分割「基準」は、「算術的な『公平』ではなく、相続財産とそれを受領すべき相続人との関係をも考慮に入れて『具体的公平』を実現する基準」として運用されていること。

第2に、「具体的公平」の内容は、「農業や中小商工業（それを基礎とした生活）の保護」や「居住利益（居住権）の保護」を実現することにある。

第3に、各遺産の具体的な性質及び状態と各相続人の生活状態とを対照しつつ、分割方法（態様）を決めることが必要になり、多様な分割方法を柔軟に採ることができることが必要になる。さらに、その際に、分割方法のうち「共同相続人間の実質的公平」を確保するために最も多用される分割方法が「債務負担」の方法すなわち「価格賠償」の方法であること。

2. ところで、「普通の共有物分割」における「方法の多様・柔軟化」の判例で画期的な位置を占める判決¹⁰¹⁾に対する評釈¹⁰²⁾で嘗て私は、次のように述べ、判旨に1つの「留保」を付けて賛意を表明した。

(1) 第1に、「普通の共有物分割」についての民法258条が、その分割方法として、「現物を以てする分割」いわゆる「現物分割」を原則とし、例外的に「競売による代金分割」を規定し、その文理解釈上は、分割方法をこの2方法に限定するような形を採っているのは、立法者が意識したか否かに係わらず、客観的には、「近代的な商品所有権（法）の論理」¹⁰³⁾に即し、それを反映するものであること。すなわち、「共有物分割」は、各共有者の「共有持分権」を共同所有権関係の拘束から切り離し、「単独」なものとして（再）実現することとして把握される。ところで、この「共有持分権」は、「近代的（商品）所有権」として、個々の対象（共有物）の具体的な社会的経済的な機能（用益的価値）を捨象し、「交換価値」という普遍者を把握する支配権として把握されるから、「分割」も、共有物の「交換価値」の持分率に応じた「公平」形式的・画一的

な配分としてなされる。ここでは、従って、対象（共有物）の有用性（利用価値）や各共有者の個別の「必要性」は分割では何ら考慮すべき要素にならない。このような要素を考慮することは、むしろ「公平」を害する「攪乱」的要素になるおそれを持つとされる。

(2) 第2に、このような「分割」観からすれば、まず「交換価値」の素材的担い手たる「現物」そのものを分割することが、交換価値の持分率に応じた「公平」形式的・画一的な配分を最も客観的に保証する方法であり、次に「現物分割」が不可能である時は、一旦それをいわず「擬制的な『商品市場』」に入れ、「客観的な『交換価値』」に換え（競売）、それを分割することが次善的な方法である¹⁰⁴と考えられる。

(3) 第3に、しかしながら、以上のような「近代的・古典的な」法理は、「小市民的中小商工業や零細農業の保護」あるいは「市民生活や居住（権）の保護」という要請が社会的に登場し、それらの要請（要求）を「分割」の場面でも考慮すべきであるという考え方が強くなると、上記のような「分割」法は不可避免的にその限界を露にし、「不合理」なものとなる。なぜならば、このような要請に即する「分割」のためには、一方で各当事者の「保護」すべき状態の差異、他方で分割対象の個別の「利用価値」の差異を考慮した「分割」にならざるを得ず、また分割方法も「保護」の多様性に対応して多様かつ柔軟であるべきことが要請されて行く。このような「分割」法の在り方を指して私は「社会法」的と名付け、「遺産分割」に関する民法906条は、「分割」の「古典的市民法」の在り方ではなく「社会法」的な在り方を指示すものである。

(4) 第4に、とすれば「共有物分割」においても、上記の意味での「社会法」的な要請を考慮しなければならない場合には、その分割方法においても「現物分割」及び「競売による換価分割」だけに制限する必要はなく、多様な方法の柔軟な選択が許されてよいのではないと思われること。具体的には、必要であれば、数個（異種または異質内容）の財産の「一括分割」も許されるのであり、この判決（最判昭和45・11・6民集24巻12号

1803頁）が、「例えば、数個の建物が一筆の土地の上に建てられており外形上一団の建物と見られるときは」、そのような共有物を一括して、共有者がそれぞれその各個の物の単独所有権を取得する方法も許されるとし、「一括分割」が認められるのは「外形上一団と見られる時」だけであるかのように判示していることに「留保」を置いた。

3. 2章2節の分析 民法906条とその下で遺産分割審判例によって形成されている内容は、まさに私のいわゆる「社会法的なもの」と言うべきものを示している。周知のように、「社会法」の概念および「市民法」との関係をどのように把握するかについては、多様な見解がある¹⁰⁵⁾。だが、私は、戒能通孝教授・渡辺洋三教授¹⁰⁶⁾と共に次のように考えている。

(1) 『社会法』は、『古典的市民法』の原理・構造（商品交換＝価値法則の貫徹する、抽象的に自由・平等・独立の立場にある法主体者相互の間を規律する基本的法原理）を修正する新しい原理・構造を持った法ないし法領域であり、しかも、(2)「国民相互の関係を、抽象的市民相互の関係を基底にもつところの具体的資本関係＝資本の支配と被支配との関係として捉え、資本と対立する被支配者を、その被支配の地位に置かれた具体的 Mensch として把握し、その具体的不自由・不平等・隷属を救済保護するために、その限度で資本の支配を体現する Mensch の『市民法』的自由を多かれ少なかれ具体的に制限し、もって資本関係に内在する具体的利益の対立を調整し、緩和するものである」。

(3) そのために「私法的紛争処理への介入」が強くなるが、その内容は、「一方において司法的手続そのものに内在する制度的技術的欠陥によって、他方において抽象的権利義務の確定ではなく具体的な社会的利益の対立が問題になる限りにおいて、司法裁判所よりも当該具体的利益の実情を把握しうる行政機関の手によって紛争が処理されるという傾向がますます増大してくる。一連の行政委員会の展開（労働委員会・農業委員会・漁業調整委員会等々）による紛争の調停、仲裁がそれである。この行政委員会制度

は、社会のメカニズムが複雑となり、比較的固定的かつ画一的な司法作用に比して、その分化した諸利益に対する経験と専門的知識に基づいた、より柔軟性のある、かつ個別具体的な救済を任とする行政作用の方が、消費者大衆や国民の具体的利益の保護に一層迅速かつ適切に対処しうる、という事情によって理由づけられるであろう(なお、同様な事情はまた司法制度内部でも調停機能の増大として現れる。特に例えば家事調停等)。

(4) 以上のような変化・展開では、「多かれ少なかれ近代資本制国家に共通する現象」と共に、「日本の特色」「市民法秩序と前市民法秩序との二重映し」があること。

4. しかし、以上のような分析枠組みからは一見十分位置づけられない要素もある。例えば、「遺産分割」で「現物分割」が原則になるのは、「遺産は出来るだけそのまま相続人に」という考え方にその根拠があるとされること、また、「遺産がその分割後にその効用を発揮できるように分割する」という観点などは、以上の分析枠組みからどのように解されるかである。これらについて一言したい。

(1) まず「遺産は出来るだけそのまま相続人に」という考え方あるいは根拠づけには、かつての封建的な「家産(かさん)」の意識(の残滓)が多かれ少なかれ反映しているのではないかという疑いを持つ。「遺産分割」においても「現物分割」が原則的な方法とされているのは、上記の意味での「社会法的な要請」がなく、それらの要請を何ら考慮せず分割する時には、やはり「価値の形式的・画一的な公平配分」(市民法上の要請)を客観的に保証する方法として用いられるべきであるという意味であると考えられる。

(2) 次に、「遺産」であれ「共有物」であれ、その分割後に(も)「その効用・機能を維持し、発揮するように、そのための管理方法なども含めて考える」という観点は必要である。事実、近年、「共有物分割」でも、このような観点からも「分割」を見直すべきであろうという見解¹⁰⁷⁾が現れ

ている。しかし、言うまでもなく、「財産の効用・機能の発揮」の方法は、それをめぐる具体的な「利用・管理」の方法と結びついて具体的に考えられる。従って、この要素も私のいう「社会法的な要請」と共に考慮されるべきであろうと思う。この意味で、広く「社会法的な要請」の中に入れられる。

2 節 要件規定の「一般条項」的性格

(1) 遺産分割方法の柔軟性は、言うまでもなく、裁判手続法上「非訟事件」とされ、裁判官（裁判所）の「職権的・後見的介入」が許されることから来ているのだが、同時に実体法上は、裁判官が当該事件において分割方法を選択し、決定できる要件規定は、多くの場合、「特別の事由を認める時」や「相当と認められる時」など、多かれ少なかれいわゆる「一般条項」的性格を帯びようになる。しかし、これらと関連して、近年は、「当事者の意思の尊重」の問題が生じ、「当事者の意思（合意）」の位置づけについて実務・学説は「模索中」にあると思われる。

これは、遺産分割の「自由（私的自治）」への国家権力の「後見的介入」という裁判（審判）の性格から生じる「現代法」的問題　いわゆる「現代における法的パターンリズム」の問題　である。

(2) その「一般条項」についての判断は、多くの場合に、大別すると、「当該の方法を採用する合理性ないし相当性がある」こと　これを「積極的要件」という　と、「他の方法を採用することが不可能ないし不相当である」こと　これを「消極的要件」という　との2判断から構成されている。このような構造の淵源は何であろうか。各方法間に「優劣（採用の先後）」の順序があること（ただし、否定説・肯定説の対立がある）と関係するのであろうか。

その答えは、「普通の共有物分割」方法の「多様化・柔軟化」の判例法における動向を分析する続稿に譲らねばならない。

注

- 11) 例えば我妻栄 = 有泉亨補訂・新訂物権法(1932年)は、「判例は、協議による場合と異なり、価格賠償による分割は許されないと解している(最判昭和30・5・31民793頁)。ただし、家庭裁判所による遺産分割の審判においては、債務負担の方式をもって現物分割に代えることが認められている(家審規則109条)」としている(同書333頁)。これは、「遺産分割の審判」ではない「共有物分割訴訟」では「債務負担の方式」(= 「価格賠償」の方法)を認められないという趣旨であろう。また、舟橋諱一・物権法(昭和35年)は、裁判による分割における「価格賠償」の方法の可否については明言しない(同書390頁以下参照)。末川博・物権法318頁(昭和31年)、広中俊雄・物権法(第2版増補)440頁以下(1982年)、舟橋諱一・物権法390頁以下(昭和35年)も含めて、258条2項について、裁判所が命ずることができる「分割方法」は「狭義の現物分割」と「競売による代金分割」に限られると明確に述べる文献を私は見出すことができなかつた。川島武宣編・注釈民法7巻344頁(川井健執筆)(昭和43年)は、「前記協議による分割の方法が原則として自由であったのに比し制限を受ける。すなわち、本条2項により現物分割が原則とされ、例外的に代金分割が認められる」としているにとどめている。なお、我妻教授が、共有物分割における「価格賠償」の方法を認めない判例として引用している判昭和30・5・31民793頁については、後で触れる。
- 12) 我妻 = 唄・判例コンメンタール〔相続法〕138頁(昭和41年)。
- 13) 審判による遺産分割の方法については、野田愛子「遺産分割の実証的研究」司法研究報告書11輯5号(昭和37年)、岡垣学「遺産分割」加藤令造編・家事審判法講座2巻(昭和40年)、野田愛子「遺産分割」判タ250号210頁以下(1970年)、野田愛子「遺産分割と共有物分割」川井健他編・講座現代家族法〔島津一郎古希記念〕5巻8頁(1992年)、徳本鎮「審判による遺産分割 分割基準を中心として」青山道夫 = 於保不二雄他編・家族法体系〔相続②〕15頁以下(昭和35年)、井上哲男「遺産分割の方法」沼辺愛一 = 太田武男 = 久貴忠彦編・家事審判の研究②142頁以下(昭和63年)、野田愛子 = 泉久雄編「遺産分割・遺言215五題」判タ688号(1989年)、田中恒朗「遺産分割の方法 現物分割・債務負担・換価分割」岡垣学 = 野田愛子編・講座・実務家事審判法3巻327頁以下(1989年)(以下、「方法」として引用する)、渡瀬勲「判例を中心とした遺産分割の方法に関する問題」鈴木忠一 = 三ヶ月章編・実務民事訴訟講座7巻309頁(昭和44年)、泉久雄「遺産分割の問題に関する審判例」栗原平八郎 = 太田武男編・家事審判例の軌跡①〔実体編〕182頁以下(1995年)、鈴木録弥・相続法講義〔改訂版〕(1996年)、木村要「遺産分割の方法」加藤 = 岡垣 = 野田編・前掲書195頁以下(1980年)、小山昇「遺産分割の方法」家事事件の研究〔小山昇著作集8巻289頁以下(平成4年)など参照。遺産分割と共有物分割の相違と交錯については、野田「遺産分割と共有物分割」川井ほか編・講座現代家族法5巻3頁以下(1992年)、原島重義「遺産分割と登記手続」青山道夫 = 於保不二雄他編・家族法体系〔相続②〕29頁以下(昭和35年)、川井健「遺産分割と共有物分割」沼辺愛一 = 太田武男編・前掲書16頁以下、吉本俊雄「遺産分割と共有物分割」谷口知平 = 川島武宣他編・現代家族法体系5巻〔相続〕22頁以下(昭和54年)など参照。遺産分割法全体については、谷口知平 = 久貴忠彦編・新版注釈民法27巻301頁以下(谷口知平・有地亨・伊藤進ほ

「遺産分割」の基準と「方法の多様・柔軟性」について（荒川）

- か執筆）（平成元年）、中川善之助編・注釈相続法（上）183頁以下（有泉亨ほか執筆）（昭和29年）、谷口知平編・注釈民法25巻221頁以下（昭和45年）など参照。
- 14) ただし、この「基準」（民法906条）の法的性質ないし違反の効果については見解の対立がある。
 - 15) 徳本鎮・前掲論文23頁以下。
 - 16) ただし、注（11）で述べたように、「共有物分割」方法（民法258条2項）は「現物分割」と「競売による換価分割」だけに限定されると明言する文献を探し当てることができない。以下では、主として現在の実定法上の差異の対比を中心とする。
 - 17) 野田愛子「遺産分割」判タ250号210頁以下（1997）。なお、野田愛子「遺産分割の実証的研究」司法研究報告書11輯5号127頁（昭和37年）の分類は異なっていた。すなわち、後者では、本文の「(一) 遺産を相続人とどめる方法（広義の現物分割）」と「(二) 遺産を相続人とどめずに、その価格を分割する方法（価格分割）」の区別・種類分けはなかった。
 - 18) 井上哲男・前掲論文144頁以下。
 - 19) 井上・前掲論文155頁以下。なお、生島恭子・前掲（その1）も、「遺産分割においては、単に価値の公平な分配を図るのみでなく、できる限り遺産の現物を相続人に承継させるのが望ましいと考えられるから、現物分割の原則は動かし難い。ただ、現実の遺産の状況は、相続人の人数や相続分に合わせて、きっちりと現物分割できるようになっていることほとんどないのであり、他の方法との組み合わせにより、分割が図っていかなければならない」としている（前掲論文294頁）。なお、「できる限り遺産の現物を相続人に承継させるのが望ましいという考え」に言及している者は少なくない。
 - 20) 田中・前掲「方法」345頁。
 - 21) 田中・前掲「方法」345頁。
 - 22) 詳細については、斉藤秀夫＝菊地信男編・前掲書315頁以下（石田敏明執筆）、東京家庭裁判所身分法研究会編・家事事件の研究1）（昭和45年）228頁以下（糟谷忠男執筆）、渡瀬勲「判例を中心とした遺産分割に関する問題」鈴木忠一＝三ヶ月章編・実務訴訟講座7巻325頁（昭和44年）など参照。
 - 23) 大阪高決昭和54・3・8家月31巻10号71頁。
 - 24) 井上・前掲論文148頁。
 - 25) 斉藤秀夫＝菊地信男編・前掲書314頁 石田敏明執筆 も、「一般論としてはいささか厳格にすぎるのであろう」としている。杉森研二判事補「前掲判例評釈」（家月35巻5号162頁）も、「迅速かつ公平な遺産分割を実現するため、実務上その必要性が高いこと、遺産分割において、家庭裁判所に広い裁量権を認め、その後見的功能を十分に発揮させようとする法の精神からする」とする大阪高裁決定の見解は「いささか厳格にすぎると思われる」とする。
 - 26) 生島恭子・前掲（その1）298頁。
 - 27) 我妻栄＝唄孝一編・前掲書138頁。同旨、谷口知平編・注釈民法25巻263頁。
 - 28) 田中恒朗「方法」146頁。
 - 29) 泉久雄「遺産分割の問題に関する審判例」栗原平八郎＝太田武男編・家事審判例の軌跡

- (1)〔実体編〕241頁(平成7年)。
- 30) 齊藤秀夫=菊地信男編・前掲書315頁以下(石田敏明執筆),石村太郎「債務負担の方法による分割をめぐる問題点」野田愛子=泉久雄編「遺産分割・遺言215題」判夕臨時増刊688号235頁以下,糟谷忠雄「遺産分割の審判における分割の方法」ジュリスト284号111頁(1963年),東京家庭裁判所身分法研究会・前掲書228頁以下(糟谷忠雄執筆)など参照。
- 31) 我妻栄=唄孝一編・前掲書139頁。
- 32) 谷口知平編・前掲書264頁(山本正憲執筆)。
- 33) 井上哲男「遺産分割の方法」沼辺愛一=太田武男=久貴忠彦編・家事審判事件の研究⁽²⁾150頁(昭和63年)。
- 34) 我妻栄=唄孝一編・判例コンメンタル相続法138頁(昭和41年)。この指摘は,岡垣学=渡辺忠嗣「遺産分割手続における換価分割の審判」ジュリスト296号298頁によったものである。その後,注(41)参照。
- 35) 昭和55年改正における「審判前の保全処分」については,太田豊「家事事件に関する保全処分」鈴木忠一=三ヶ月章編・新・実務民事訴訟講座8巻251頁以下(1981年),橘勝治「相続法及び家事審判法の一部改正について」岡垣学=野田愛子編・前掲書(別冊判例タイムズ8号)419頁以下,山田博「家事審判規則等の一部改正について」岡垣学=野田愛子編・前掲書(別冊判例タイムズ8号)428頁以下など参照。なお,注(85)(86)も参照。
- 36) 「遺産分割」における「換価分割」ないし「任意売却」全般については,田中恒朗「換価分割をめぐる問題点」泉久雄=野田愛子編・遺産分割・遺言215題(別冊判夕688号)237頁以下,347頁以下(1989年),井上哲男・前掲論文150頁以下など参照。なお,昭和55年改正以前の「換価分割」特に,旧家事審判規則107条をめぐる状況については,東京家庭裁判所身分法研究会編・家事事件の研究⁽¹⁾237頁以下(岡垣学=渡辺忠嗣執筆)(昭和45年)参照。
- 37) 井上哲男・前掲論文150頁。同旨,岡垣学「遺産分割」加藤令造編・家事審判法講座2巻105頁以下,木村要・前掲論文156頁など。
- 38) 生島恭子・前掲(その2)305頁以下。
- 39) 井上哲男・前掲論文150頁。
- 40) 東京家庭裁判所身分法研究会編・家事事件の研究1238頁(岡垣学=渡辺忠嗣執筆)(昭和45年)。
- 41) 東京家庭裁判所身分法研究会編・前掲書238頁以下(岡垣学=渡辺忠嗣執筆)。なお,初出(ジュリスト296・298号)の後,換価分割をした若干の審判例がある(同書272頁)。田中恒朗「換価分割をめぐる問題点」判夕688号237頁以下(1989年)も参照。
- 42) 東京家庭裁判所身分法研究会編・前掲書238頁。
- 43) 丹宗朝子「分割禁止・一部分割」別冊判例タイムズ8号350頁(1980年)。
- 44) 谷口知平編・注釈民法25巻〔相続⁽²⁾〕245頁以下(昭和45年)(谷口知平執筆)。同旨,谷口知平=久貴忠彦編・新版注釈民法27巻331頁以下(谷口知平執筆)。
- 45) 谷口知平編・前掲書246頁(谷口知平執筆)。
- 46) 丹宗朝子判事も,「相続関係を流動的動態の関係として把握し,分割対象自体が流動的なものであり,これに対応して遺産分割の方法も,分割の一回性に固執することなく,動

「遺産分割」の基準と「方法の多様・柔軟性」について（荒川）

態的に考えてよく、分割の基準に従った総合的配分の一貫として、一部分割も自由裁量の範囲のものである」とする（丹宗朝子・前掲論文358頁）。

- 47) 小林孝一「遺産分割事件を本案とする仮処分の可否及び要件」家月37巻1号179頁（昭和60年）。
- 48) 石田敏朗「一部分割と仮分割」梶村太市＝雨宮則夫編・現代裁判法大系11巻〔遺産分割〕315頁（平成10年）。なお、同論文は、一部分割が生じる場合として、遺言で遺産の一部のみを相続させた場合など遺言による場合、当事者の協議・調停による一部分割、審判による一部分割、一部の遺産について分割禁止がなされた場合の残余財産の分割などであり、一部分割と類似するものに「仮分割」（家審15条の3、家審規則106条1項、法規則52条の2）これは、民事保全法上の仮の地位を定める仮処分と同性質の満足的仮処分であるを挙げている（石田敏朗・同論文315頁）。
- 49) 佐藤康「一部分割の可否」判タ688号231頁（1989年）。
- 50) 丹宗朝子「分割禁止・一部分割」岡垣学＝野田愛子編・家族法の理論と実務（別冊判タ8号）359頁以下（1980年）。なお、石田敏朗・前掲論文317頁以下は、注（48）に示した各場合の「一部分割」の可否・要件について検討している。
- 51) 石田敏朗・前掲論文321頁。
- 52) 佐藤康「一部分割の可否」泉久雄＝野田愛子編・遺産分割・遺言215題（別冊判タ688号）231頁以下（1989年）。
- 53) 佐藤康・前掲論文232頁以下。なお、「分割禁止」が認められる「特別の事由」と「一部分割」が認められる要件事由についての審判例については、丹宗朝子・前掲論文359頁以下も参照。
- 54) 丹宗朝子「一部分割と、爾後の分割に及ぼす影響について」ジュリスト470号129頁（1971年）。なお、鈴木祿弥・相続法講義（改訂版）254頁（1996年）は、「遺産の一部ないし相続人の一部についてのみ分割審判を求めることが可能である」として、分割審判が何度も繰り返さざるを得なくなり煩雑に耐えない。したがって、分割審判は原則として一度しか行われぬ、と解すべきである（大阪高決昭和40・4・22判時418号42頁）」としている（同書228頁）。
- 55) 石田敏朗・前掲論文321頁。
- 56) 杉林孝一「遺産分割事件を本案とする仮処分の可否及び要件」家月37巻1号179頁以下（昭和60年）。なお、「審判前の保全処分」の内容・要件については、同論文のほか、杉林孝一「遺産分割の調停・審判と保全処分」岡垣学＝野田愛子編・講座・実務家事審判法3巻361頁以下、石田敏朗・前掲論文324頁、山木戸克己「調停・審判前の仮の処分」現代家族法大系編集委員会編・現代家族法大系1巻〔総論・家事審判・戸籍〕295頁以下（昭和55年）、森野俊彦「審判前の保全処分」梶村太市＝雨宮則夫編・前掲書340頁以下、河野力「仮の処分および履行確保」中川善之助＝青山道夫ほか編・家事裁判〔家族問題と家族法〕235頁以下（昭和32年）、中村満「審判前の保全処分の執行」岡垣学＝野田愛子編・家族法の理論と実務（別冊判タ8号）405頁以下（1980年）、宮地英雄＝増田耕児「審判前の保全処分 処分禁止の仮処分を中心として」泉久雄＝野田愛子編・遺産分割・遺言215題〔判タ688号〕180頁以下（1989年）、同「遺産の仮分割の保全処分の可否」泉久雄＝

野田愛子編・前掲書183頁以下等のほか、鈴木忠一「非訟事件の裁判と執行の諸問題」曹時13巻11号1頁以下(昭和36年)など参照。

- 57) 杉林孝一・前掲論文186頁以下、石田敏明・前掲論文318頁。
- 58) 石田敏明・前掲論文324頁以下。なお、同判事は、「これまで実務では一部分割の審判はあまり活用されていないように思われる」とし、「その理由は定かではないが、経験的には、前記のような残余遺産の分割が基準に従ってなし得るとの確信を持てる事実が必ずしも多くはないこと、当事者は一部分割より時間を要しても全部の分割を望むことが多いこと、当事者から積極的に一部分割の希望が出されることは少ないが、積極的に希望する当事者がいない場合に一部分割の決断はしにくいこと、一部分割の審判について抗告があると1個の遺産分割事件が家庭裁判所と高等裁判所に係属することになり、担当裁判官としてはそのような事態を招くことを避けたいこと、などの事情がある」としている(石田敏明・同論文325頁以下)。
- 59) 石田敏明・前掲論文325頁以下。
- 60) 杉林孝一・前掲論文186頁以下。
- 61) 「分割の禁止」については、石田敏明「遺産分割の禁止」梶村太市=雨宮則夫編・前掲書327頁、上田徹一郎「遺産分割の禁止」現代家族法体系7巻43頁以下(昭和35年)、小野剛「遺産分割の禁止」野田愛子=泉久雄編・遺産分割・遺言215題246頁以下、岡垣学・遺産分割〔加藤令造編・家事審判法講座2巻〕117頁以下、谷口知平編・注釈民法25巻296頁以下(山本正憲執筆)など参照。
- 62) 谷口知平=久貴忠彦編・新版注釈民法27巻380頁以下(伊藤昌司執筆)。
- 63) 石田敏明・前掲論文328頁以下。
- 64) 丹宗朝子「分割禁止・一部分割」岡垣学=野田愛子編・家族法の理論と実務(別冊判タ8号)359頁。その他、「具体的事案に応じて判断するほかはないが、民法906条所定の分割基準から見て、遺産の全部または一部を当分の間分割しない方が共同相続人ら全体によって利益になると思われる特殊の事情を指称する」とし、「たとえば相続人の資格に変動が予想され、あるいは重要な遺産の範囲に争いがあり訴訟係属中の場合、遺産の種類、性質または共同相続人の年齢その他の状況から即時に分割するのが好ましくない場合、直ちに分割するのが経済的に著しく不利益であり、若しくは相続人間の感情的対立が激化し家族協同関係を破壊するおそれがある場合であろう」とする見解(岡垣学・前掲書117頁以下)。「家庭裁判所がその後見的立場から見て、共同所有は可及的に早く単独所有に解体すべきであるという民法の要求にもかかわらず、一定の期間遺産分解を延期せねば、相続人の一部または全部、さらに家庭生活の維持に不当な影響を及ぼす場合」とする見解(上田徹一郎・前掲論文56頁)がある。
- 65) 鈴木祿弥・相続法講義(改訂版)229頁(1996年)。同旨、野田愛子・遺産分割の実証的研究(司法研究報告書第11輯5号)127頁(昭和37年)。
- 66) 我妻榮=梶孝一編・前掲書139頁以下。野口頼夫「共有とする方法による分割の可否」判タ688号239頁以下も参照。
- 67) これらの意義・要件・効力については、斉藤秀夫=菊地信男編・前掲書110・49・108条の項解説(石田敏明・永吉盛雄執筆)など参照。なお、審判の効力 形成力、執行力、

既判力（形式的確定力，実質的確定力）など一般については，鈴木忠一・前掲論文，山木戸克己・家事審判法（昭和33年）53頁以下，日野忠和「審判の効力」岡垣学＝野田愛子編・講座・家事審判法1巻〔総則〕201頁以下（1989年）等参照。

- 68) 杉林孝一「遺産分割事件を本案とした仮処分の可否及び要件」家月37巻1号180頁（昭和60年）。遺産分割に関する保全処分については，山名学「遺産分割手続と保全処分」川井健他編・講座・現代家族法5巻289頁（1992年），森野俊彦「審判前の保全処分」梶村太市＝雨宮則夫編・前掲書340頁以下（平成10年），太田豊「家事事件に関する保全処分」鈴木忠一＝三ヶ月章編・新実務民事訴訟講座8巻251頁（1981年）参照。
- 69) 「履行確保」（家事審判規則第4章）をはじめとする，これらの制度の多くは，昭和31年「家事審判法の一部を改正する法律」（昭和31年法律第91号）および「家事審判規則の一部を改正する規則」（昭和31年最高裁判所規則第8号）によって導入されたものである。なお，「金銭寄託」（同規則143条の12）に関しては「寄託金取扱規程（昭和31年5月2日最高裁判所規則第4号）」が定められている。「この改正で，以前からあった実務からの要望すなわち，(1) 履行状況の調査および履行勧告，(2) 履行命令および制裁，(3) 金銭の寄託についての整備」が実体法上実現された（事実上の処理に法的根拠が与えられた」とされている。松井薫「家事債務の履行確保制度の運営」鈴木忠一＝三ヶ月章監修・実務民事訴訟講座7巻〔非訟事件・審判〕353頁以下（昭和44年），湯沢彦彦「家事債務の履行確保」現代家族法大系編集委員会編・現代家族法大系1巻〔総論・家事審判・戸籍〕471頁以下（昭和55年），白鳥敬三＝穴戸万理子「家事事件における義務の履行確保」岡垣学＝野田愛子編・講座・家事審判法1巻〔総則〕245頁以下（1989年）など参照。
- 70) 家事審判規則「第4章 履行確保」については，斉藤秀夫＝菊地信男編・前掲書397頁以下〔谷川克執筆〕，松井薫「家事債務の履行確保制度の運用」鈴木忠一＝三ヶ月章監修・実務民事訴訟講座7〔非訟事件・審判〕353頁以下（昭和44年）参照。なお，杉林孝一判事は，「家事保全処分は審判事項のみを対象とし，民事保全処分は訴訟事項のみを対象とすべきことが大原則であることとなる。従って，相続ないし遺産分割に関しても，右の大原則は貫かれるべきである。但し，相続については，訴訟事項と審判事項が複雑に交錯する事案が多く，これを適正迅速に解決するためには，後述の限度で修正を施すことも当然に許されるもの」とし，遺産分割は審判事項である（家審法9条1項乙類10号）から，この事項を「本案とする保全処分としては，民事保全処分は許されないものである」としている（杉林孝一・前掲論文362頁）もある。

「家事保全処分」全般については，斉藤秀夫＝菊地信男編・前掲書305頁以下（野田愛子・石田敏明執筆），森野俊彦・前掲論文340頁以下，山木戸克己「調停・審判前の仮処分 家事審判と保全処分（再論）」中川善之助先生追悼現代家族法体系編集委員会編・現代家族法体系〔総論・家事審判・戸籍〕295頁以下（昭和55年），永吉盛雄「調停前の仮の措置」岡垣学＝野田愛子編・講座・家事審判法1巻〔総則〕311頁以下（1989年），中村満「審判前の保全処分の執行」岡垣学＝野田愛子編・家族法の理論と実務（別冊判タ8号）405頁以下（1980年），鈴木忠一「非訟事件の審判と執行の諸問題」曹時13巻11号1527頁（昭和36年），杉林孝一「遺産分割の調停・審判と保全処分」岡垣学＝野田愛子編・講座・実務家事審判法3巻361頁以下（1989年），山名学「遺産分割手続と保全処分」

川井健ほか編・講座・現代家族法〔島津一郎教授古希記念〕5巻181頁(1992年)、岡垣学「非訟事件における仮の処分」鈴木忠一=三ヶ月章編・前掲書113頁以下、河野力「仮の処分および履行確保」中川善之助ほか編・家事裁判〔家族問題と家族法〕235頁以下(昭和32年)参照。

- 71) 鈴木忠一・前掲論文21頁以下。
- 72) 白鳥敬三=穴戸万理子・前掲論文246頁。
- 73) 沼辺愛一「遺産の評価」同・家事事務の実務と理論247頁以下(1990年)。清水節「遺産の評価」川井健ほか編・講座・現代家族法5巻238頁以下(1992年)、同「遺産の評価」判例タイムズ688号224頁以下(1989年)、同「遺産評価の方法」家月38巻4号(昭和61年)、石田敏明「遺産評価の実務」講座・実務家事審判法3巻299頁以下、小林崇「遺産の評価(その1)」梶村太市=雨宮則夫編・前掲書299頁以下、同「遺産の評価(その2)」梶村太市=雨宮則夫編・前掲書368頁以下。
- 74) 評価基準については、石川恒夫「遺産分割における遺産評価の基準時」加藤一郎=米倉明編・民法の争点 246頁以下(昭和60年)、泉久雄「遺産分割における遺産評価の時期」太田武男=加藤一郎編・家族法判例百選(第3版)212頁以下(1980年)、渡瀬勲「遺産分割における遺産評価の時期」太田武男=加藤一郎編・家族法判例百選(新版・増補)331頁以下(昭和50年)、谷口知平「相続財産の評価」家族法体系〔相続(1)〕303頁以下(昭和35年)など参照。
- 75) 小林崇・前掲論文(その1)359頁以下。
- 76) 小林崇・前掲(その1)359頁以下。
- 77) 沼辺愛一・前掲書263頁以下。
- 78) 徳本鎮「審判による遺産分割 分割基準を中心として」家族法体系刊行委員会編・家族法体系〔相続(2)〕16頁(昭和35年)。
- 79) 中川善之助編・注釈相続法(上)196頁以下(昭和29年)。
- 80) 前田亦夫「遺産分割の基準」判タ688号226頁(1989年)。木村要「遺産分割の方法 遺産分割に関連する問題」野田愛子=岡垣学編・家族法の理論と実務(別冊判タ8号)も、昭和55年改正との関連で次のように述べる。「これは、通常、遺産が被相続人に帰属していたある程度経済的に纏まりを持った異種の財産の集まったものであるから、その分割にあたっては、単に算術的に公平であるのみではなく、遺産の種類や性質と各相続人の職業などをも考慮して、実質的に公平で、かつ遺産の持つ社会的経済的価値をできるだけ減少させず、現状に即した適切妥当な分配がなされるべきであるとするものである」とする(前掲論文195頁)。
- 81) 中尾英俊「遺産分割の基準と方法」太田武男=加藤一郎編・家族法判例百選(第3版)207頁(1980年)。
- 82) 川井健・前掲「遺産分割と共有物分割」18頁以下。
- 83) 谷口知平=久貴忠彦編・新版注釈民法27巻314頁(谷口知平=加藤正男執筆、編成元年)など通説。
- 84) フランスの学者の言葉である(高木多喜男・遺産分割の法理5頁(1992年)参照)。なお、わが国では、星野英一「遺産分割の協議と調停」家族法体系〔相続(1)〕349頁が、

「共同相続人間の平等が分割の第1の理念である」と述べる。

- 85) なお、昭和50年7月17日法務省民事局参事官室「相続に関する民法改正要綱試案」および同「説明」（ジュリスト699号44頁以下）については、加藤一郎ほか座談会「相続に関する民法改正要綱試案」ジュリスト699号17頁以下、泉久雄「相続に関する民法改正要綱試案について」同誌35頁以下（1979年）など。法制審議会民法部会身分法小委員会「中間報告」（法務省民事局参事官室、昭和50年8月1日）ジュリスト596号83頁以下（1985年）については、泉久雄「相続人・相続分等に関する中間報告について」ジュリスト596号15頁以下、右近健男「身分法小委員会の中間報告について」ジュリスト596号50頁以下など参照。
- 86) 「改正」の経緯と内容全体については、橋勝治「相続法及び家事審判法の一部改正について」、岡垣学＝野田愛子編・家族法の理論と実務（別冊例々8号）419頁（1980年）、宇佐美隆男＝橋勝治「民法及び家事審判法の一部を改正する法律の解説」家月32巻10号159頁（昭和55年）、橋勝治「相続に関する民法改正の概要」金融法務事情926号4頁以下（昭和55年）、山田博「家事審判規則の一部改正について」、岡垣学＝野田愛子編・前掲書429頁以下、そのうち、家事審判法の一部改正の内容については、慶田康男「家事審判法の一部改正の概要」金融法務事情926号10頁以下（昭和55年）、改正全体についての詳しい解説として、加藤一郎「相続法の改正（上）（下）」ジュリスト721、723号（1980年）、新版注釈民法26巻178頁以下（島津一郎執筆）（平成4年）参照。
- 87) 前田亦夫「遺産分割の基準」判例タイムズ688号227頁（1980年）。
- 88) 橋勝治・前掲論文424頁。
- 89) ジュリスト699号45頁。
- 90) 加藤一郎「相続法の改正（上）」ジュリスト721号71頁以下（昭和55年）。なお、谷口知平＝久貴忠彦編・新版注釈民法27巻317頁（谷口知平・加藤正男執筆）。
- 91) 谷口知平＝久貴忠彦編・新版注釈民法27巻356頁以下（伊藤昌司執筆）（平成元年）。
- 92) 泉久雄「遺産分割の問題に関する審判例」栗原平八郎＝太田武男編・家事審判判例の軌跡1）〔実体編〕238頁以下（1995年）〔以下、「泉久雄・論文」として引用する〕。なお、同「家事審判の軌跡（七・2）」家月37巻12月号21頁（昭和60年）も参照。
- 93) 鈴木祿弥・相続法（初版）140頁（昭和43年）。なお、同書（改定版）231頁（1996年）参照。
- 94) 小山昇「遺産の分割 分割の方法（遺産分割の諸問題19）」判々164号2283頁以下（昭和39年）。その後、同・家事事件の研究〔小山昇著作集第8巻〕301頁以下（平成4年）。
- 95) 大阪高決昭和51・2・19家月28巻10号51頁。この判旨は、中川善之助編・注釈相続法（上）196頁以下（有泉亨執筆、昭和29年）と同旨である。
- 96) なお、遺産農地の分割審判の分析ついて、なお利谷信義「遺産分割と農地」岡垣学＝野田愛子編・前掲書347頁以下（1980年）、加藤正男「農地分割の方法と実例」谷口知平編・注釈民法25巻243頁以下（昭和45年）、谷口知平＝久貴忠彦編・新版注釈民法328頁以下（谷口知平＝加藤正男執筆、平成元年）も参照。
- 97) 泉久雄・前掲論文239頁。
- 98) 泉久雄・前掲論文241頁。

- 99) 鳥取家審昭和51・11・22家月30巻6号106頁。
- 100) 泉久雄・前掲論文241頁。
- 101) 最判昭和45・11・6民集24巻12号1803頁。
- 102) 拙稿「民法258条によってなされる数個の共有物の現物分割においてそれぞれ各個の物の単独所有権を取得する方法によることが許されるとされた事例」民商65巻4号607頁以下(1972年)。
- 103) 川島武宜・所有権法の理論(1949年)。
- 104) 競売(民執195条,民執規則181条)による換価分割では,代金額が時価に極めて下回ることが通常であるという問題点もある(真の意味では「商品市場に入れる」ことにならない)という問題もあるが,当事者にとっては,現在までの利用状態(居住・営業の基盤)が覆滅される可能性を含むことがより深刻である。
- 105) 例えば法律時報30巻4号「特集・市民法と社会法」(昭和33年)のアンケートに寄せられた諸見解(同誌52頁以下),戒能通孝「市民法と社会法」同誌4頁以下,渡辺洋三「市民法と社会法」同誌404頁以下参照。
- 106) 渡辺洋三・前掲論文,戒能通孝・前掲論文参照。
- 107) 山田誠一「共有不動産の占有に関する法律関係 森林法186条違憲最高裁判決を機縁として」判タ641号34頁以下など参照。