

遺留分の保全

——その期間制限を中心として

柳
澤
秀
吉

もくじ

はじめに

甲 期間制限の性質

乙 期間制限の起算点

丙 減殺の意思表示

丁 履行拒絶の抗弁など

戊 減殺対象の期間制限

はじめに

民法は第一二八条、旧第一一三〇条以下で、一定の相続人に遺留分を認めている。典型的には父は子のためにというように、死亡によって被相続人となる者は、自己の財産の処分が自由であるにしても、相続人となる者のために、その財産の一定割合を残しておかなければならないとするわけであり、その割合が遺留分と称されるわけである。もっとも、民法はこの割合を額ともいう、前掲条本文。

また、民法はこの権利を有する者を減殺権利者という、以上のほか、第一三二条、旧第一一三五条など。それだけを見れば、その名称はあるいはとくに問題はないようであるが、民法はたとえば地上権については地上権者とし、地上権権利者、地上権利者などはしていない。しかも、いちいちあげないが、そのほうが民法の一般の例であり、以上のように権利者をいうのが異例の用語例というほかはない。民法の一般の例に従い、ここでの用語が改められるべきであるが、本稿でも原則として遺留分権利者ではなく、遺留分権者ということにする¹⁾。

とにかく、遺留分が被相続人によって侵されないままにのこされる場合もあるが、被相続人の贈与あるいは遺贈によって侵される場合もあり、そこで相続人はその遺留分を保全することができるか、もしできるとすれば、その方法はなにかが問題となる。

もっとも、現在この遺留分の保全を遺留分の減殺といい、またその実現の方法を遺留分減殺請求権などとするものが少なくないが²⁾、いずれも誤ったものというほかはない。なぜなら、遺留分は侵されることはあっても、減殺されることはなく、減殺されるのはそれを侵した贈与あるいは遺贈にほかならないからである。それを減殺請求権というかどうかも問題であるが、その点のちにみる、本稿第二。しかし、たとえそれはそのようにいうとしても、

これは以上の理由から、遺留分保全のための減殺請求権、せいぜい遺留分保全の減殺請求権といふべきものである^{3), 4)}。

そうして、その遺留分の保全には期間制限があるので、本稿はそれを中心として、遺留分の保全を概観するわけである。ただ、その一部はすでに別にみた⁵⁾。しかし、それには多少訂正すべき点があり、またそのためにはその性質も明らかにする必要があると考えられたので、まず民法の規定の由来を明らかにしたうえで、第一、つぎにその性質を検討し、第二、さらにその期間制限の検討に及ぶことにする、第三、もっとも、ここでは都合により、第一の民法の規定、第二の減殺権の性質は別にみることにし、第三の減殺権の期間制限のみをみることにした。

(1) とくに指摘されているわけではないが、柚木馨著、相続(五三年五月)「一五七」一(四二二頁)は民法どおり、減殺権利者というほか、減殺権者とのことばも用いるようであり、また高木多喜男著、遺留分、総合判例研究叢書、民法二三(六四年二月)一四〇頁以下(六八年三月)一九頁以下には遺留分権利者という表現のほか、二二頁以下には遺留分権(利)との表現がみられ、さらに鈴木祿弥著、相続、改訂版(九六年九月)一五一頁以下(初版は六八年三月)は減殺権者のみをいうようである(それは同書などのいわば条文無視の態度としては一貫したものであるが)。以下では年表示は西暦表示で統一するが、その上二桁は原則として省略する。

(2) たとえば、柚木相続(五三年五月)「一五七」一(四二二頁)——遺言と一体、中川善之助・泉久雄著、相続、第四版(〇〇年一〇月)六六一頁(六四年六月)、鈴木相続(九八年九月)一五二頁(六八年三月)。高木前掲叢書(六四年二月)一〇一頁には遺留分の保全との表題がみられるが、一一五頁は以上と同じ。

減殺というのみの表題を示すのは、穂積重遠著、相続(二)(四七年一月)四三八頁(三二年二月)——遺言と一体、遺留分の保全との表題を示すのは、近藤英吉著、相続下(三八年九月)一一四二頁。高木前掲叢書(六四年二月)一〇一頁と同じ。

- (3) わたくしの論文、相続回復請求権の消滅時効(二)本誌二九卷一・二号(八年三月)五六、六二、六五、七一頁。ただし、(五・完)同三卷二号(八年二月)二二二頁。
- 以上のわたくしの論文は、「一」法律時報七九年九月号一五二頁で始まり、「二」前掲二九卷一・二号(八年三月)二七頁、「三」同二九卷四号(八年三月)一頁、「四」同三卷一号(八年一月)三〇頁、「五」(完)前掲三卷二号(八年二月)一〇六頁で終わっている。以下ではこれを相続回復論として引用する。
- (4) 表題は本稿とはややずれるが、伊藤昌司、遺留分、民法講座、七(八四年二月)、四七一―八七頁。また、いわゆる演習ものであるが、同、同題、新版・民法演習、五(八年三月)、第一六、二二―三三頁。
- (5) 受贈者による取得時効、財産法諸問題の考察(小林一俊博士古希記念論集)(四年三月)二六一―九八頁。

第三 減殺権の期間制限

民法は第一 四二条、旧第一一四五条で、減殺の請求権は遺留分権利者が相続の開始および減殺すべき贈与または遺贈があつたことを知った時から一年間これを行なわないときは、時効によって消滅するとし、相続開始の時から一年を経過したときも、(以上と)同じであるとする。そこで、その期間制限はなにかなどが問題となるわけであり、これが本稿第二の問題である。

ただ、別の第一 三二条、旧第一一三四条などで遺贈および贈与となっているのと異なり、ここでなぜ贈与または遺贈とあげる順序が逆になっているのかは、明らかではない。なお、ここでは両者のつながりがおよびととなっているのに、ここではまたはとなっていて、やや異なること、しかしここでのつながりが正しく、そこでこのつながりが誤りであることについては、すでにみた、本稿第一。

- (1) これについては、風間鶴寿、遺留分減殺請求権の消滅時効、現代家族法大系、五(七九年九月)三四―五四頁、半田吉信、遺留分減殺請求権の期間制限、法律時報五五卷四号(八三年四月)四九―五七頁、瀬川信久、遺留分減殺請求権の行使期間、民法の争点(八五年六月)、第八九、二五六―八頁。

一 民法の背景

(イ) フランス、ドイツ フランス民法は遺留分保全の減殺訴権についてとくに時効を規定するところがない。したがって、第二二六二条が規定する三年の普通時効にかかることになるわけである。そのほか、その後の一九七一年七月三日法の改正によって、民法に第一 七七条の二などが加えられ、その第二項第二文(第一 八条)で、減殺権の五年の時効が認められた。ただ、それは特殊なもの(donation-partage)に関するだけのものであり、一般的なものではない。

ドイツ民法は第二三三二条で、義務分請求権は義務分権者が相続の開始とそれを侵害する処分を知った時から三年で、その知不知にかかわらず、相続開始の時から三年で時効にかかるとする(第一項)。第二項は第二三二九条の受贈者に対する請求権も相続開始の時から三年で時効にかかるとし、第三項は相続あるいは遺贈の放棄 *Ausschlagung* 後にはじめて行使可能となる請求権でも、その時効は中断されないとする。

なお、ドイツ民法の普通時効も第一九五条によって三年である。

- (1) 半田時報論文(八三年四月)五二頁注一は、以上の改正を(一般的なものとして、現在の)フランス法とする。しかしそれは本文にもみたとように、特殊なものに関するだけのものであり、一般的なものではない。
- (2) 瀬川争点論文(八五年六月)が後者を一〇年としているのは、なにかの間違ひである。

(ロ) その他 オオストリア民法は以下の修正案参考書の参照にあるように、(第三編の消滅時効と取得時効の章にある)第一四八七条で、義務分あるいはその補充を請求する *fordern* 権利は三年内に行使されなければならず、その期間の経過後は時効消滅とする。もつとも、その起算点についてはとくに規定がない。³⁾ そのほか、以上では最終意思の表示を無効にする権利などもそれと同じことと定められている。

なお、オオストリア民法の普通時効も三年である、直接の規定ではないけれども、第一四七八条。

オランダ民法は修正案参考書の参照にあるとおり、第九七六条(全四項)、フランス民法第九三 条に同じ、第三項は、第三者に対する効力)第四項で、減殺の訴権は遺留分権者が相続を承認した時から三年の期間の経過で消滅するとする。

なお、オランダ民法の普通時効も三年である、第二 四 条。

イタリア旧民法についてはまったく指摘がない(参照もないわけである)。イタリア現行民法は(現在でも、フランス民法と同じく)減殺の訴権についてとくに時効を規定するところがない。

なお、イタリア現行民法第二九四六条では一年がすべての権利の時効となっている。旧では三〇年とされていた(第二二三五条)。⁴⁾

その後のスイス民法は第五三三条第一項で、減額の訴 *Herabsetzungsklage* は相続人がその権利の侵害を知った時から一年で、またいずれの場合でも、終意処分ときは、開封の時から、その他の処分ときは、相続開始の時から一年で、時効によって消滅するとし、第二項で、事後の処分の無効宣言によって以前のものが有効になったときは、この期間はその時から起算されるとする。なお、第三項については後述。また、死因処分の無効宣言の訴に関する第五二二条も同趣旨を定める。

なお、債務法(一九一一年)第二二七条(旧一八八一年法では第一四六条)では一年がすべての債権の時効と

なっている。

(3) Helmut Koziol und Rudolf Wetscher, Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band . 1988, S. 379. 法定相続のときは死亡・遺言相続のときは開封・知った時。

(4) そのほか、Motive zum BGB, Bd. . 1888, S. 425, 原田前掲素描(五四年六月) 三三三頁(四二年)によれば、ザクセン民法(索民法)(一八六三年)第二一六条も三年の時効を定める。富井政章博士は法典調査会でそのほか、ポルトガル民法(一八六七年、第一五〇三条)は二年であることを指摘する、速記録六五卷一五二丁。

(八) 旧民法 わが国の旧民法は草案では遺留分保全の権限を訴権とする、草案第一七四一条。公布案には規定がないが、そうであろう。

そうして、公布案もその時効などについてとくに規定するところがない。草案もその時効などについてとくに規定するところがない。

しかし、旧民法の普通時効はその草案以来——この時効の部分は極端な差異のない部分——三年であり、第一五四八条(証拠編第一五 条)、普通時効であるから、それが以上に適用されることになるわけである。

(5) 半田時報論文(八三年四月)五 頁注一はこれについて証拠編第一五五条、第一五五三条を引用するけれども、それはその引用からも明らかかとおり、相続回復請求に関する規定であるから、不適切といつべきである。その趣旨の規定としては、以上に示したように、第一五四八条(同編第一五 条)を示すべきであろう。

(二) 現行民法 現行民法はその保全の権限についてとくに期間制限を設けたわけであるが、その期間制限はドイツ民法に従ったものとの説明もある、柚木相統(五三年五月)「二五七」四(四一八頁)。起算点についてはそのとおりであるが、期間については——その後のスイス民法を除けば——前例のないものである。そうして、フランス民法が果実の返還に関して第九二八条の規定を設け、一年を一つの基準としていることは、すでにみた、本稿第二。修正案参考書などに明示の指摘はないが、以上の一年はそれによつたものと推測される。

なお、現行民法の普通時効が第一六七条によつて異例の二〇年となつたこと、しかも帝国議会の修正でさらに債権は一〇年とする第一項の規定などが加えられたことは、すでにみた。

(水) 現行民法——つづき その原案の規定と理由(民法修正案参考書、公布案第一一四五条の理由)はこうである。

原案第一一五五条 減殺ノ請求権ハ遺留分権利者力相統ノ開始及ヒ減殺スヘキ贈与又ハ遺贈アリタルコトヲ知リタル時ヨリ一年間之ヲ行ハサルトキ八時効ニ因リテ消滅ス相統開始ノ時ヨリ一年ヲ経過シタルトキ亦同シ

それがなんの修正も受けることなく、公布案、旧規定第一一四五条となり、現行規定第一〇四二条となるわけである。

(参照) 仏二二六二、二二六五、二二六六、澳一四八七、蘭九七六、四項、葡一五三、独一草一九九九、同二草二一九七、同三草三三三三「したがって、第三草案といつのはここでは法典と同じこととなる」、普二部二章四四、索二六一六

(理由) 本条ノ規定ハ既成法典ニ於テ之ヲ見ス仏民法及ヒ白耳義民法草案ニ於テハ減殺ノ請求権ニ關シテ特別ノ時効ヲ設ケサルカ故ニ其請求権ハ通常ノ時効期間タル三十年ヲ経過シタル後ニ至リ始メテ時効ニ罹ルモノト謂ハサルヘカラス然レトモ此ノ如ク時効ノ期間ヲ長クスルハ其當ヲ得ス近世ノ立法例ニ於テハ概ネ減殺ノ請求権ノ時効期

間ヲ三年ト為セリ本条ノ規定ニ最モ近キモノハ独逸民法ニシテ遺留分権利者力相統ノ開始及ヒ其遺留分ヲ害スヘキ行為ヲ知りタル時ヨリ三年間減殺ノ請求権ヲ行ハサルトキ若クハ相統開始ノ時ヨリ三十年間ヲ経過スルトキ八其請求権ハ時効ニ依リテ消滅スヘキモノトセリ然レトモ此等ノ期間ハ孰レモ長キニ過クルカ故ニ本案ニ於テハ之ヲ短縮セリ

(6) 半田時報論文(八三年四月)五頁、五一—三頁注一はこれについて、法典調査会での富井博士の口頭説明では一年とされていることを指摘する。たしかにそうであり、速記録六五卷一五一丁、三年の誤りであることはいづまでもない。ただ、その誤りは起草者のドイツ法の理解がその程度のものだということではなく、単にいい間違いあるいは書き間違いであることが望まれる。

甲 期間制限の性質

以上の期間制限について、とくに議論があるのは、その期間制限の性質であり、もとより明文では時効とされていることは明らかであるけれども、はたして真実に時効であるかの問題である。

二 減殺前

学説といふべきかはともかく、民法の起草者が以上二つの期間制限をいずれも時効期間としていたことは疑問の余地がない。梅要義相統編四五—三頁。なお、民法の起草者が減殺権を債権的形成権と考えていたことはすでにみた。

立法当時の学説としても、時効説が一般である、奥田相続（一八九八年一月）四三一—二頁、仁井田親族相続（一五年六月）六七七頁は条文紹介のみであるが。

また、その後の学説としても、時効説が一般である、牧野相続（二五年六月）三六一頁（九年八月）（一〇年は絶対的）、柳川注釈下（二年八月）六四九—五頁、中川旧著（二五年一月）二七—一頁（二二年六月）も時効説。

さらに、時期的にはややのちのもの（昭和前期の学説）、つまりすでにみた物権的形成権説によるものとなるが、近藤相続法下（三八年九月）一一八一、一一八六頁もこの時効説である。改説前の穂積後掲もそうである。のみならず、第二次大戦後の学説（昭和後期の学説）にも、この説がみられる、我妻・唄相続（六六年四月）三三三頁以下は単に時効というのみ。

そのほか、それが文字どおり請求権だとすれば、つまりすでにみた純粹請求権説によるのであれば、その期間制限は文字どおり、いずれも時効期間であって、除斥期間ではないということになるであろう。じじっそう解されている、川島民法（五五年七月）二二四頁（五一年六月）。

ただ、物権的形成権説によるのであれば、法律行為の取消権と同じとするわけであるから、直接の明文のない以外、その取消権の期間制限（第二二六条）と同じということになるであろう。

しかし、物権的形成権説をとる現在の学説では短期は時効、長期は除斥期間とする説が主張され、有力となっている。すでに穂積相続（二）（四七年一月）四四四頁（三一年二月）もつとも、この部分は戦後版での追加、柚木相続（五三年五月）二五七—二（四二八頁）、中川・泉相続六八二頁（六四年六月）。これは他に例をみない解釈であるが、相続回復請求権に関する（旧第九六条、第九九三条、現）第八八四条の期間制限がそうであることを理由とする。中川民法（三三年二月）三四—三頁以来。もつとも、ここではそう解すべき理由は示していない。

のみならず、債権的形成権説をとる鈴木相続（九六年九月）一七六頁（六八年三月）もこの説によっている。ここではその権利の性質を論ずることは意味を持たないわけである。

他方、滅殺請求権は取消権や解除権と同じく、形成権であり、形成権には時効はありえないから、いずれも除斥期間とする説もある、山中注釈相続下（五五年一月）二七六頁、山本判批（六七年三月）。

しかし、最近では、いずれも時効期間とする説が有力となっているようである。半田時報論文（八三年四月）五一頁、後掲判解（八三年一月）、瀬川争点論文（八五年六月）。なお、伊藤演習（八三年三月）も、一年は時効と明言し、一年については明言がないが、これであろうか。この説とさきに見た時効説とは同じことであり、振り出しにもどることになるわけであるが、ただこの説は以上の批判説を検討したうえでのものであることに差異がある。

なお、判例は以下でもみるように、またのちにその起算点でもみるように、これを明文どおり、時効としている。もつとも、そのこの意味がたとえば中断、停止ありなどとして、具体的に争われたものはまだないようである。

（一）これについては、相続回復請求に関する中川善之助判批、志林三六卷八号（二四年八月）も参照。

三 滅殺後——学説

いずれにしても、滅殺後は贈与などの履行が終わっていれば、その返還の請求権が生じ、終わっていない場合は履行拒絶の抗弁権が生ずることは、明らかである。しかし、滅殺後のその返還請求権が第一四二条の特別の期間制限に服するかは問題である。

そうして、この問題こそが普通一般の、また最長期の時効という概念、要するに普通時効という概念が消滅している現在での、わが国特有の問題であるわけである、第一六七条第一項など。

とにかく、債権的形成権説では、この点は必ずしも明らかではない。第一六七条第一項により、もともと債権だから一年となるであろうか。債権的形成権説をとる起草者の梅要義相続編もこれに近いといべきか。もっともフランス流に一体と考えられていたといふべきであろう。

しかし、物権的形成権説では、この請求権には以上の特別な期間制限の適用はないとし、したがって一般の期間制限、第一六七条第二項により、所有権以外の物権であれば、二年、所有権であれば、取得時効は別にして、時効なしとなるであろう、すでに谷口判批（六七年五月）、中川淳判評（八三年七月）、半田判解（八三年一月）。

これに対して、純粹請求権説では、形成の側面がないから、明言されているわけではないけれども、その特別の期間制限はすなわちこの返還請求権に関するものとなるわけである、川島民法三（五五年七月）二二四（五一年六月）。

他方、その期間制限を除外期間と解しつつ、事後の請求権にもその除外期間の適用があるとする説もある、山中注釈相続法下（五五年一月）二七六頁、山本判批（六七年三月）。鈴木後掲初版一〇七頁。そのほか、物権的形成権説を、また時効・除外期間との説をとりながら、事後の請求権にもその特別の期間制限の適用があるとする説もある、中川・泉相続（〇〇年一月）五九一―二頁注八（新版、七四年八月、以来の追加）。

また、時期的にはやや前後するほか、現在この説が維持されているかは疑問であるが、減殺後は相続回復請求権に関する第八八四条の時効に準じて五年（または二〇年）で消滅するとする説もある、高木判研（七一年五月）。

さらに、物権的形成権説をとりながら、事後の請求権は不当利得返還請求権にほかならないとの理由で、債権すなわち一〇年とする説もある、中川・泉相続（〇〇年一月）六八五頁注八（第三版、八八年一月、六三二頁注

八以来の変更）。

そのほか、債権的形成権説をとる鈴木相続（九六年九月）七七―八頁（六八年三月）も、この（債権で一〇年とする）説による（創文社版、八六年十二月以来）。また、半田時報論文（八三年四月）五二頁もこれであろうか（もっとも、物権的請求権は永久ともいふ）。瀬川争点論文（八五年六月）もこれである。

なお、以上では、とくに短期の期間制限については、その起算点が主観的に定められているので、事後がどうなるか、知ったから短期のみとなるのか、それとも知っても長期となるのかは問題となる余地があるわけであるが、それが問題とされることはないようである。もっとも、鈴木相続（九六年九月）一七七頁は減殺は中断になるといふ（創文社版、八六年二月以来）。

(一) これについては、川島武宜、時効および除外期間に関する一考察、民商一一巻五号（四〇年五月）参照。

四 減殺後——判例

(a) この点に関する大審院の判例はないようであるが、最高裁の判例はあり、減殺後の返還請求権にはそのような、特別な期間制限の適用はないとする。

なお、それ以前の下級審としても、以上を当然の前提とする、青森地判昭和五四年後掲も参照。

最一判昭和五七年三月四日民集三六巻三号二四一頁（昭和五三年（才）第一九号、所有権持分移転登記等請求事件、棄却）。

長男が三分の二、妻が三分の一とした父による三目録の土地の遺贈があり（昭和四六年五月二四日）、ついで妻母の長男へのその持分の遺贈があり（昭和四七年一月一五日）。いずれも遺言の種類は不明、いずれも死亡した

(父は昭和四七年四月八日、母は同年一月三日)ので、相続開始後、他の共同相続人、次男が長男に対しその減殺を求めた事件(ほかに第三子・長女、第四子・三男の二名の相続人があるが、これは不参加)。

父の相続については、第二目録の土地を与える(返還する)ことで合意に達したが、母の相続については、合意をみなかったため、本件となった。減殺請求の意思表示は昭和四八年五月、遅くとも調停中の同年九月とされる(本件の起訴の日付は不明)。

この訴は結局認められたわけであるが、(旧第一一四五条、現)第一 四二条による減殺権の一年の消滅時効も主張され、その点が問題となった。

第一審、名古屋地判昭和五一年九月二八日、理由の掲載あり、認容、控訴審、名古屋高判昭和五二年一月三十一日、認容。

要旨 遺留分減殺請求権の行使の効果として生じた目的物の返還請求権等は、民法一 四二条所定の消滅時効に服しない。

判旨はその前提として、民法一 三二条所定の遺留分減殺請求権は形成権であって、その行使により贈与又は遺贈は遺留分を侵害する限度において失効し、受贈者又は受遺者が取得した権利は右の限度で当然に遺留分権利者に帰属するものと解すべきであるとする。

そうして、判旨はそれに続けて、そのことは当裁判所の判例とするところであるとし、かつこして最高裁昭和四年(才)第一 八四号同四年七月二四日第一小法廷判決・民集一 巻六号一 一八三頁「本稿第二で前掲」、最高裁昭和五年(才)第九二 号同五年八月三日第二小法廷判決・民集二 巻七号七六八頁「同前」を引用する。

その批評、清水利亮、(法曹三七・一一、八五年一月)解説第一一事件。米山隆、時報五四・九(八二年九月)

(反対?)。副田隆重、重判解(ジュリ七九二)(八三年六月)(賛成)、中川淳、判評一九三(判時一 七六)(八三年七月)(賛成)、半田吉信、主判解(判夕五 五)(八三年一月)(賛成?)。吉田邦彦、法協一 一・二(八四年月)(判民第一一事件)(結果妥当)。泉久雄・小野憲昭、民商九七・四(八八年一月)(妥当)。

もっとも、以上の先例引用からも明らかのように、この趣旨の判示はすでに第一判昭和四一年七月二四日民集一〇巻六号一 一八三頁(本稿第二で)前掲の判旨にみられるのであり、時効の抗弁をいれなかった原審の、原審正当判決の一種ではあるが、こつである。

判旨 従って、……被告入「減殺権者」が……減殺の意思表示をなした以上、右意思表示により確定的に減殺の効力を生じ、もはや右減殺請求権そのものについて民法一〇四二条による消滅時効を考える余地はない……。

したがって、要旨先例としてはともかく、判旨先例としては、それがこの点に関する最初の判旨だということになるわけである。

また、第三判昭和四四年一月二八日判時五四八号六八頁、家月二 巻七号六八頁(本稿第二で)前掲も、判旨のみからは必ずしも明らかではないが、その先例引用は以上の昭和四一年であり、またその(判時のみに掲載されている)上告理由によれば、原審はこの事後時効の点にも関するものであり、これはその原審を正当としたものであるから、ここに引用することができるというべきであろう。

したがってまた、以上が前提論としてのみ昭和四一年最判を引用したのはやや焦点がずれているというほかはない。また、以上が昭和五一年最判を引用したことの意味も必ずしも明らかではないが、その傍論の引用であろう。したがって、傍論が先例になるのであればともかく、この引用は不当だということになる。

(b) また、短期の期間制限以外では、減殺後の返還請求権は所有権に基づくものであれば、期間制限なしとする。

最二判平成七年六月九日金融・商事判例九七七号三頁（平成六年（オ）第二七号、共有持分移転登記請求事件、棄却）。

被相続人が宗教法人、寺に土地を贈与していた（昭和三二年）——なおその寺の代表者は被相続人であった——ので、相続開始（昭和四三年一月）後、他の共同相続人、次男が寺に対しその滅殺を求めた事件。なお、寺の代表者は以前は被相続人であり、その跡は長男が継いでいる。

もつとも、ほかに長女（第三子）もあり、次男とその長女は別に共同で寺に対し滅殺の訴を起こし（昭和五一年）、第一審、控訴審、上告審を経て、勝訴に確定している（昭和六二年三月）。そこで、次男がさらに滅殺の訴を起こした（昭和六三年四月）のが本訴である。

また、本件の第一審の事件番号は平成五年（ネ）第三二六六号であり、以下とは異なる。しかし、その判旨によれば、差戻前に、第一審、却下、控訴審、取消・差戻、上告審、棄却となっている。したがって、本件はその控訴審の差戻に基づくものであろうが、三度目の上告審ということになるわけである。

この訴は結局認められたわけであるが、滅殺権の一年の消滅時効も主張され、その点が問題となった。

第一審、神戸地尼崎支判平成五年一月二二日（平成五年（ウ）第一八二号）、認容、控訴審、大阪高判平成六年五月二五日（平成五年（ネ）第三一六六号）、認容。

判旨 遺留分権利者が滅殺請求により取得した不動産の所有権又は共有持分権に基づく登記手続請求権は、時効によつて消滅することはないものと解すべきである。

判旨はその前提として、以上の判決と同趣旨をいい、また引用の順序はそれとは逆であるが、同じ二つの先例を引用する。

その批評、泉久雄、リマーク九六下（一三、九六年七月）九〇（反対？）。

なお、昭和四三年（一九六八年）の二年後は昭和六三年（一九八八年）であり、三年後は平成一年、昭和七三年（一九九八年）であることはいうまでもない。したがって、この事件における昭和四三年（一月七日）の死亡に対して昭和六三年（四月一日）の請求を肯定した判旨は、二年の普通時効の適用を否定したことは明らかである。したがってまた、判旨は三年の普通時効を志向したといえないこともないであろう。

五 私見

（イ） 滅殺前 （a） しかし、短期は時効、長期は除斥期間とする説についていえば、相続回復請求権に関して第八四条が定める五年と二〇年の期間制限の性質について、そのような主張があることはたしかである。もつとも、中川民法（三三三年二月）一九五九頁にはまだこの趣旨の指摘はない。

けれども、たとえ相続回復請求権については、そのいうとおりだとしても、こちらは文字どおり請求権であるのに、こちらは形成権であり、権利の性質が異なるはずである。それを同じに扱うのは、権利の性質の差異を無視するものというほかはなく、あまりにも形式的にすぎるといふほかはない。

それならば、そちらをどう考えるべきかといえば、すでに別にみたが、その性質は文字どおり請求権であるから、私見によれば、文字どおり、いずれも時効期間であつて、いわゆる除斥期間ではない。

もつとも、五年は家督相続の廃止とともに廃止されたものとみるべきであり、したがって以上の問題は二〇年のみに関することになる。

また、不法行為に基づく損害賠償請求権に関して第七二四条が定める三年と二〇年の期間制限についても、その後同種の議論が及ぼされているけれども、すでに別にみたが、その性質は文字どおり請求権であるから、私見によれば、文字どおり、いずれも時効期間であつて、除斥期間ではない。

そのほか、風間論文（七九年九月）三五三頁は、減殺について、同じ条文の同じ権利について差異を設けることは妙とされるが、そのとおりである。そもそもその理由が明らかではないけれども、そのようなことをいうのであれば、一般的にはまったくあべこべであり、たとえば第一六七条第二項の二年は時効であり、第五四四条の一年は除斥期間だとされるように、短いのは除斥期間、長いのは時効期間となっている。

(b) わたくしは減殺権の性質論として直接の明文はないけれども、前稿ではいわゆる債権的形成権説に従うとしたことはすでにみた。もとより、わたくしは本稿で改めて物権的形成権説に従うとしたわけであるけれども、形成権とみることに変わりはない。したがって、以上は明文には反するけれども、いずれも時効期間ではなく、除斥期間だとする説に従うべきものと考ええる。

時効説は明文には従っていることになるけれども、以上とは異なった意味においては、権利の性質を無視するものというほかはない。また、それではなぜ短期の期間制限でなければならないのかの説明に窮することになるであろう。のみならず、つぎにみるように、短期の期間制限が一般の期間制限に切り替わることを認めない説（川島）であればともかく、それを認めるのであれば、その説明にも窮することになるであろう。

それ以前に、減殺権に関する二つの期間制限については、とくに立法論としては現在の一年と一年はいずれも短期にすぎるといふべきである。したがって、三〇年の普通時効の問題があるほか、それをしばらくおいたとしても、ドイツ民法などとほぼ同じく、三年と二年（ここから短期は二年とすることも考えられないでもないが）とするのが相当であろう。

(1) わたくしの相続回復論(二) 本誌一九卷一・二号(八年三月)四一頁、その起算点(五・完) 同三 卷二号(八年二月)一一五頁以下。

(2) わたくしの相続回復論(五・完) (八年二月) 一一二頁。

(ロ) 減殺後 わたくしは減殺後はいずれにしろ二年の普通時効、第一六七条第二項、とすべきものと考え

る。
(a) もとより、わたくしは減殺権の性質論として前稿では債権的形成権説に従うとしたわけであるから、すなわち一年と考えるべきものようである。しかし、債権でも二年の場合があり(第一六八条第一項、第七二四条)、もともと債権(一般)が一〇年となっているようにみえても、利息つき、有期の消費貸借に関するもの、つまりは特別時効と解すべきものだからである。

梅博士のいうような、債権の普通時効は一年というのは、普通時効としてはそもそも概念矛盾というほかはない。現行法でも債権または所有権にあらざる財産権は一年とされているのだから、つまり特則あるいは特別の除外がなければ二年とされているのだから、普通時効は一年である。

さらに、現行法では減殺は訴によることを要しないとされていることは明らかであり、もしそうだとすれば、形成の側面と請求の側面とが分離されることもやむを得ないところであろう。したがって、形成と請求は一体であるとの考え方はとることができないわけである。

また、除斥期間としての期間制限が事後の請求権にも及ぶとの考え方はありえないことではないにしても、この説はとにかく短期にする点で、最も過酷な説であり、とつてい賛成することができない。そのほか、相続回復請求権の五年(?)の時効に準ずるといふ説は、内容が離れすぎているばかりでなく、これもとにかく短期にする点で、以上と同じであり、賛成することができない。

もっとも、わたくしは減殺権の性質論として本稿では物権的形成権説に従うとしたわけであるから、すなわち

二年と考えるべきものようである。しかし、債権でも原則二〇年と解すべきことはすでにみた。

なお、現在の学説には物権的請求権は時効にかからないとする説があるが、それは所有権に基づく請求権は時効にかからないの誤りであることは、第一六七条第二項に照らして、明らかである。

(b) もっとも、わたくしは善意の第三者のための、一年の取得時効のほか、かつては所有権に関する二年の取得時効も、消滅時効の実質を有するものであるから、この点についての例外とすべきであり、それは契約当事者間でも認められるべきだとした⁴⁾。しかし、今はそのような例外は認められないと解すべきものと考えている⁵⁾。

従来そう解したのは第一六六条第二項がいうような、所有権の消滅時効は認められないという点を重視したためであり、フランス民法の解釈にならったわけであるが⁶⁾、しかし消滅時効にかかるのは権利そのものではなく、権利から生ずる請求権にすぎないことは従来から考えていたことである。また、個別請求、包括請求の問題を別にすれば、所有権に基づく請求権の実質を有する相続回復請求権が消滅時効にかかることは、第八八四条の明文がある⁷⁾。さらに、フランス民法の解釈のように、滅殺訴権は三〇年の普通時効にかかるというのは、所有権に基づく訴権が普通時効にかかるということにほかならないわけである。

もとより、所有権に基づく請求権が時効消滅する結果は好ましいものではないが⁸⁾、もっとも、同所で所有権に基づく請求権を物権的請求権といかえていることが誤りであることは、すでにみた⁹⁾、所有権だけに例外を認める結果のほうがより好ましくないことは、明らかであろう。もしそうだとすれば、ドイツ民法のように、以上をより一般化して、所有権に基づく請求権も請求権であるかぎり、二〇年の普通時効にかかるとするほかはないであろう。なお、物権的請求権の性質論にも関係するが、物権的請求権は債権にほかならないから一〇年とする説もあり、それが所有権にも及ぼされる余地がある。しかし、まえの部分じたいに問題があるのみならず、あとの部分が問題

であることはすでにみた。

(c) 以上四件の最判のうち、昭和四年の最判は事案がほとんど不明であり、また昭和五七年の最判は必ずしも事案が明らかではないわけであるが、昭和四一年の最判以下三件はいずれも相続開始後一、二年のことと推測され、その結果は正当であろう。平成七年の最判はすでにみたように、二〇年の普通時効の適用を否定したことはたしかであるが、三〇年時効の適用を否定したわけではない。したがって、その結果の当否はここでは留保するほかはない。

なお、時効の起算点一般が権利を行使することを得る時であることは、第一六六条第一項の明文がある。遺留分の保全に即していえば、権利発生という意味での相続開始があることのほか、権利侵害があることとなり、当事者が滅殺権を知らないままに消滅することもあるわけである。

(3) わたくしの総則(八九年)二六五 八頁(八四年)など。相続回復論(二)本誌一九卷一・二号(八〇年三月)七二―三頁。

(4) わたくしの総則(八九年)二五九頁(八四年)など。

(5) わたくしの総則(八九年)二六 一頁(八四年)など。

(6) わたくしの総則(八九年)二四四頁(八四年)など。

(7) Motive, Bd. 1888, S. 294.

(8) 我妻総則「四九八」。

(9) また、その末尾にある権利失効の原則は新訂版での追加であるが、それが認めたいものであることは別にのべた、わたくしの総則(八九年)二七一頁(八四年)。

六 その他

もしそうだとすれば、その他の形成権についてもほぼ同じことである¹⁾。

(1) 以下はわたくしの相続回復論、とくに、消滅時効と除斥期間、本誌四一巻一号(九一年一月)一頁の要約である。

(イ) 各種の形成権 法律行為の取消権が形成権であることは、異論の余地がないであろう。すなわち、法律行為が取消されれば、それがはじめから無効なものとみなされることは、第二二一条の明文がある。なお、その行使が訴によることを要しないことは、第二二三条の明文がある。したがって、第二二六条がその取消権について定める五年と二〇年の期間制限も、私見によれば、明文には反するが、取消権が形成権であるため、いずれも時効期間ではなく、除斥期間である。取消後の請求権の期間制限についての事情は、つぎにみる解除の場合とほぼ同じである。

いわゆる債権者取消権の効果については、直接の規定はない。そうして、それが形成権であるが、請求権であるかは議論があることは、いうまでもない。私見によれば、この取消権は明文どおり形成と請求が一体化したものである。なお、その行使が訴によることを要することは、第四二四条第一項の明文がある。以上にみた取消権やつぎにみる解除権とは異なるわけである。その意味で、以上は民法はもとより(正確には単に取消権、第四二六条)、一般にも、債権者取消権などとされるけれども、不正確であり、正確には債権者取消権といふべきである(平井)。

したがって、第四二六条がその取消権について定める二年と二〇年の期間制限は、私見によれば、明文どおり形成と請求が一体化したものである。取消権であるため、明文どおり、いずれも時効期間であつて、除斥期間ではない(破産法の規定も参照)。したがってまた、取消後の請求権の期間制限という問題もないことになるわけである。

契約の解除権の効果については、第五四五条第一項の明文がある。にもかかわらず、学説には議論があるわけであるけれども、それが形成権であることは、議論の余地がないであろう。なお、その行使が訴によることを要しないことは、第五四〇条第一項の明文がある。

もっとも、解除権一般については、以上二つとは異なり、特別な期間制限はない。したがって、その性質を論ずる必要もないわけである。とにかく、判例はこれについては、いわゆる二段式で、解除権も債権すなわち一年とし、解除後も一〇年としている。学説ではかつては形成権だから二年とする説が通説であったが、最近では一段式で、しかも債権に準じて一年とする説が有力である。

しかし、契約の効果から考えるべきだとするのはもっともなことであるが、二〇年から一〇年への短期化の点で、一段式にはとつてい承服しがたいものがある。債権も二〇年と考えるべきことはすでにみた。むしろわたくしは時効にかかるのは請求権であり、したがって形成権である解除権には時効はなく、請求権の二年時効、普通時効だけを問題とすれば足りると考えている。もっとも、その普通時効の起算点もすでにみた一般の基準によること、すなわち当事者が解除権の存在を知らないままに消滅することすらあるのは、当然である。また、その普通時効による請求権の消滅の結果、解除が意味を持たないことになり、結局は解除権も普通時効で消滅するのと同じ結果になることもある(末川)。

(ロ) 債権者取消権 なお、ここで債権者取消権を沿革的比較法的に概観しておけば、

フランス民法は以上を取消権 *action révocatoire* として認めるが(第一一六七条)、時効についてはとくに定めるところがなく、普通時効の三〇年と解されている。ドイツでは民法には規定がないが、民法(一八九六年)以

前の特別法（一八七九年）、取消法⁽²⁾で、以上を債権者取消権（Gläubigeranfechtungsrecht）として認め（全二三か条）、その第二二条で一〇年と三〇年の除斥期間を定める（AnfG. プロイセン法として、一八五五年に破産法とともに出された特別法を受け継ぐもの。帝国法としては、破産法は一八七七年）。

オオストリアはほぼドイツ流で、民法には規定がなく、民法（一八一一年）以後の特別法（一九一四年）、取消法（Anfechtungsordnung（Anfo）F. 債権者取消権（Gar.）として認め、その破産法第四三條で一年の除斥期間を定める（一八八四年法は破産との一括法））。オランダ、イタリア旧はフランス流で（前者民法第一三七七條、後者旧民法第一二三五條）、時効についてとくに定めるところもない。イタリア現行民法はこれを取消訴権（azione revocatoria）として認め（第一九〇一條ないし第一九〇四條の四か条、第六編）、その第一九三〇で（行為の日から）五年（のみ）の時効を定める。スイスはドイツ流で債務法を含めた民法には規定がなく、一八八九年の破産との一括法第二九二條で五年の時効を定める。

わが国の旧民法は以上を廢罷訴権として認め（第六三三條・財産編第三四〇條ないし第六三七條・同編第三四四條の五か条）、その第六三七條（同編第三四四條）で三〇年と二年の時効を定める（後者は新規）。いずれもフランス流であるが、現行民法の時効、とくに短期は旧民法の承継となるわけである。ただその第四二四條ないし第四二六條の三か条はフランス民法の一か条ほどではないが、旧民法の五か条に対しては、退化現象を示しているといつてよい。

とにかく、立法論としては、三〇年の普通時効の問題があるほか、それをしばらくおいたとしても、二年と二〇年ではなく、三年と二〇年とすべきであろう。

(2) 正式には破産手続外における債務者の法的行為の取消に関する法律 Gesetz betreffend die Anfechtung von

Rechtshandlungen eines Schuldners ausserhalb des Konkursverfahrens von 1879.

乙 期間制限の起算点

以上の期間制限の起算点が一年については遺留分権利者が相続の開始および減殺すべき贈与などがあったことを知った時であり、一年については相続開始の時であることは、すでにみた。

後者には明文中相続開始が要件となつていたので、それだけが要件だとするのが一般であり、また多くの場合にそれで足りるはずであるが、理論上はそのほか、権利侵害が要件とされるべきことは、一般論からいって当然であろう。ただ、それが問題となることはほとんどない。というよりは、以下にみるように、その存在したいが無視されていくというべきであろう。わたくしはその一年と一〇年は不当で、三年と二〇年とすべきことをいったが、そのあとの部分はこの事実の追認ともなるわけである。とにかく、前者は問題となることが少なくない。

一 大審院判例

(イ) 本体 大審院は以上について単に贈与などがあったことを知るだけではならず、それが減殺すべきものであることを知ることを要するとする。

大判明治三八年四月二六日民録一一輯六一一頁（明治三七年（才）第五八号、減殺請求の件、棄却、附帶上告につき破棄差戻）。

被相続人が債権と土地を他人（子、すなわち以下の弟か）に贈与、もっとも土地は売買名義で、その父死亡（明治三二年二月）による家督相続開始後、相続人、長男が（明治三四年に）別訴でその他人に対し贈与無効を主張し、

年月日、確定不確定などは明らかではないが（後述判旨第二点参照）、敗訴の判決があった。長男が（明治三六年に）その他人に対しさらに減殺の訴を起こしたのが本訴である。

この訴は結局認められるよつであるが（破棄差戻）、相続開始後四年の減殺であるわけであり、第一一四五条（現第一一四二条）による減殺権の一年の消滅時効も主張され、その起算点が問題となった。時効否定例。

第一審、青森地弘前支判年月日不明、認容か、控訴審、函館控判明治三十七年九月二十七日、債権については認容、土地については棄却。

原院は……被告入「長男」のみの「無効」主張に依り当然同人が右訴訟提起の当時売買の成立を知りたるものと看做して其当時より右時効を起算し依て以て「長男に対し請求棄却の」結局の裁判を為した（判旨全五点中の第五点）。

要旨 一 民法第四百四十五条に所謂減殺すへき贈与ありたることを知りたる時とは遺留分権利者が単に被相続人の財産の贈与ありたることを知るのみならず其贈与の減殺すへきものなることを知りたるときを指称す故に該贈与に付き減殺権あることを知らざる場合には同条の時効の進行を始むることなし（判旨第一点）

一 遺留分権利者が被相続人と第三者との間に行はれたる不動産の売買を以て虚偽の意思表示なりと確信し買主に対して売買登記取消の訴訟を提起したる場合に於ては起訴の当時該売買の成立を了知したるものと云ふを得ず従て其主張に反する事実なき以上は該不動産売買に対する減殺請求権の時効は訴訟提起の当時を以て起算点と為すへきものに非ず（判旨第五点）

もつとも、判旨（第二点）は其主張の不当なること確定したりとするも其訴訟の未だ終局に至らざる間に在りては必ずしも被告入「長男」に於て其売買の真実なることを知りたるものと断言するを得ずといふ。確定したといふのがいささか紛らわしいが、未だ終局に至らざるとする点からは、一応の確定のことのようである。

大判昭和十三年二月二十六日民集一七巻二七五頁（昭和十二年（才）第一七九号、所有権移転並所有権取得登記抹消請求事件、棄却）。

被相続人が自筆証書遺言によつて三女（後妻の子）を遺産相続人とする遺言（全財産の遺贈）をした（大正一三年）のに、その父死亡（昭和六年・大正二〇年五月）による家督相続開始後、長男（先妻の子）が相続登記をし、第三者に転売、登記をしたので、その後選任された遺言執行者が、これに対し登記抹消などを求めた事件。なお、遺贈減殺の意思表示は本件の控訴審における準備書面によるとされる（昭和十一年・大正二四年）。

この訴は結局認められたわけであるが、相続開始後五年の減殺であるわけであり、減殺権の一年の消滅時効も主張され、その起算点が問題となった。それまでは遺言無効が論点であった。時効否定例。

第一審、福岡地判年月日不明、棄却、控訴審、長崎控判年月日不明、一部認容（更正登記とまではいつていないが、二分の一かぎり）。

要旨 一 前掲「本稿第二、相手方に関する、判旨全三点中の第一点」

二 被相続人が遺産の全部を第三者に遺贈したる場合に於て遺留分権利者たる家督相続人が遺贈の減殺請求前に遺贈物件全部を他に売渡す契約を為すも其の契約は無効に非ざるものとす「判旨第一点」

三 民法第四百四十五条「現第一一四二条」に所謂減殺すへき遺贈ありたることを知りたる時とは当該遺贈の目的とする遺言か真正に成立し其の遺留分を侵すものなることを認識したる時を謂ふものとす「判旨第三点」

その批評、川島武宜、（法協五六・七、三八年七月）判民第一八事件（結果賛成）、岩田新、新報四八・七（三八年七月）一六七（一一六三）頁（妥当）、中川善之助、民商八・一（三八年七月）一四九頁（総評三巻第二〇事件）（結果賛成）、近藤英吉、論叢三九・二（三八年八月）一五二（三四六）頁（疑問？）。

（口）その他 そのほか、その間の、以下の宮城控判参照。

宮城控判年月日不明新聞一 九八号（大正五年四月五日）二二頁（事件番号不明、贈与減殺請求事件、棄却・数额については差戻）。

次男が三男に対し贈与の減殺を求めた事件（長男はすでに死亡か）。被相続人、父が土地については明治四二年に、建物と牝馬については明治四五年二月にすべて三男に贈与、もつとも後者は売買名義で。その父死亡による家督相続は大正元年（明治四五年）九月。

もつとも、両者の間には相続開始前の明治四三年には登記抹消の第一訴訟が（敗訴）、相続開始後の大正三年（明治四七年）には第二訴訟があり（結果など不明）、本訴はそれと同時に並行的であるが、第三訴訟であり、減殺日でもある本件の訴状送達日は大正四年（明治四八年）一月。

第一審、盛岡地判大正四年六月八日、認容。

贈与は一年以前のものであるけれども、知りてであるから、減殺可能としたうえ、第二訴訟の控訴審（大正三年五月）から売買名義は虚偽であり、実質は贈与であることを、したがって遺留分の侵害行為であることを知ったとする。時効不成立。

それに昭和九年九月一五日の大判（民集一三巻一七九二頁。自己の物）の原審（長崎控判）参照。大正九年二月の贈与に対し、それを調査した時点、昭和六年（大正二〇年）一月に知ったとされ（死亡家督相続は大正一年一月、起訴は昭和七年・大正二年二月）、時効不成立とされた。もつとも、上告審ではこの点は争いとはならず、損害を加えることの意義などが争いとなり、客観的な事実を知ること足りるなどとされた¹⁾。

なお、債権者取消訴権については第四二六条で、二年（あるいは二〇年）の時効が定められているが、それについても、転得者への処分行為があったことを知った時からではなく、最初の詐害行為があったことを知った時から起算されるとされる。大判大正六年三月三一日民録二三輯五九六頁、我妻債権総論「二九九」（イ）（a）（もつと

も、多少の異論も指摘されている）。

（一）なお、以上の原審を起算点について厳格に解したものとする理解があるが、高木叢書（六四年二月）一七七頁以下、疑問である（以上のほか、大正一五年、昭和三年・大正一七年の三度された可能性のあるうちで、以上の最後のものを減殺²⁾として³⁾）。

二 学説

学説はこの解釈を支持した。穂積相統（二）（四七年一月）四四四 六頁（もつとも、以上の明治三八年と昭和一三年の紹介のみ。また、昭和一三年の紹介が戦後版での追加であることは当然）（三二年二月）、近藤論文（三一年四月）、相統下（三八年九月）一一八三 五頁注一九（的確）、谷口全集論文（三八年二月）二九三頁。柚木相統（五三年五月）「五七」四（四二八 九頁。同前）、我妻・唄相統（六六年四月）三三三 四頁。槇大系論文（六年八月）二八八 九頁（問題点も指摘）。すでに柳川注釈下（二年八月）六五 頁、また中川旧著（二五年一月）二七一 二頁（二二年六月）。もつとも、牧野相統（二五年一月）三六一 二頁（九年八月）には指摘がない。

もつとも、そうであるとしても、それを的確に知ることを要するか、近藤前掲判研（三八年八月）、相統下（三八年九月）、川島前掲判評（短期にすぎること）（三八年七月）、あるいは未必的に知ること足りるかは、やや議論があるが、後者、すなわち未必説が多数説といつてよいであろう¹⁾。半田時報論文（八三年四月）五四頁。

しかし、中川・泉相統法（一年一〇月）六八一頁（六四年六月）は贈与などの事実があったことを知りさえすればよく、それが知った時だと解すべきであると改説した。ここでは明示の改説となっているわけである（前掲判批（三八年七月）は知り、または知ることを得べかりし時としていた）。山中注釈相統下（五五年一月）二七四

頁以下も問題を指摘する、減殺権があることを知ること、判例・谷口論文批判。中川民法（三三年一月）三四三頁（判例は形式的にすぎ、真実侵害を知った時）以来。

(一) ドイツの学説は近藤相続下（三八年九月）に指摘されているとあり、未必説をとるものもある。Theodor Kipp und Helmut Coing, Erbrecht, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, von L. Eneccerus, Th. Kipp und M. Wolff, Band , 12. Aufl., 1965, § 9, , 3.

三 私見

明治三八年の大判でいわれているような、別訴訟であるときの、その訴訟の後が必ずしも明らかではないことはすでにみたけれども、わたくしは基本的にはそれによく、その後は判決の確定の有無を問わず、裁判所の判断があった時（正確にはその送達の時）とすればよいと考える。我妻・明相続（六六年四月）。なお、売主の担保責任に関する最近の判決参照。

もっとも、昭和一三年の大判のように、同一訴訟内のものであれば、中間判決の場合を除き、裁判所の判断というものはない。しかし、理由は同じことである。当事者が減殺の主張をした時を基準として、それ以前に減殺すべきものであることを知ったかどうかが判定され、それが明らかにならないときは、その主張の日から減殺すべきものであることを知ったとされることになるであろう。

なお、当事者が以上を知らなければ、ここでの短期の期間制限の進行がないことは明らかである（民事訴訟法第二三五条、現第一四七条参照）。そして、異例の立法例であるが、わが国のように、弁護士強制をとらない主義では、そのことが以上に解すべきことの補充的な理由となるであろう。

そう解すると、当事者がその贈与などが無効であること、あるいは不完全であることを確信しているときは、いつまでたっても起算されないことになるとの不都合があることは、たしかである——といっても、わたくしは一年とすべきものと考えられるけれども、明文上は相続開始の時から一年までのことであるが。

しかし、そもそも少数説には一年という期間をさらに徹底させようとする意図があるわけであるが、そのことじたいが賛成しがたい。その意味では、同じ少数説であり、また直接それに従うことはできないけれども、いわゆる的確説のほうがはるかに問題の本体をよく理解していたといえるべきである。

なお、一年の期間制限の意味については、指摘されることがないようであるが、当事者が知らなかったときはもちろん、知ったときでもという意味であることは、改めていうまでもないところであろう。したがって、一〇年じたいには問題があるわけであるが、相続開始の九年六月後に知ったときは、後一年ではなく、後六月しかないことになるわけである。その意味で、多数説のように解したのでは、一年が無意味になるとの批判があるのは（山中、中川）、なにかの見当はずれであろう。

四 最高裁判例

しかし、第二次大戦後の最高裁は以上の少数説の影響であろうが、大審院とはやや異なった傾向を示す。もっとも、その前に、これに関する下級審が少なくないので、まずそれからみる。

(イ) 否定例 時効消滅を否定するものとしては

前橋地判昭和三二年六月六日下民集八巻六号一七頁（昭和二七年（ワ）第一五二号、遺留分減殺請求事件、認容）。

唯一の相続人であるめいが全財産の贈与を受けたおじ（父の弟）に対し減殺を求めた事件。おじに対する贈与

(昭和一七年の)のち、死亡相続開始(昭和二二年)、同じ当事者間に贈与の無効を主張する前訴(昭和二二年(ワ)第二一九号)があつて、(昭和二六年一〇月三〇日に)敗訴判決があり、確定。

当事者が贈与無効を信じているときは、(めいが贈与の翌年にその納税令書をみたとしても)前訴の贈与有効とする判決の時から起算されるとし(本訴の提起は昭和二七年一〇月)、時効消滅を否定。

横浜地判昭和四 年四月二八日判タ一七九号一五五頁(昭和三七年(ワ)第二七四号、登記抹消等請求事件及び同年(ワ)第三四七号、土地明渡請求事件、一部認容)。

被相続人によって農地(など?)の遺贈があり(遺言の種類は不明)、知事の許可があつたけれども、相続人によって別にこれを取消す旨の訴が起こされている(敗訴?)。

当事者が遺贈の効力を争っているときは、知事の許可を知つた時から起算されるとし、時効消滅を否定。

札幌高決昭和四八年三月二日家月二五卷一 号六二頁(昭和四八年(ラ)第五号、遺産分割審判に対する抗告事件、取消・差戻)。

妻子ある被相続人が、妾をつくつたことの善後策として、その全財産を次男に贈与(昭和四三年一二月)。被相続人、父は死亡の四年前に脳軟化症にかかり、死亡(昭和四六年五月)。妻と一子(長男?)が次男などに対し遺産分割を求めた事件。

第一審、札幌家審年月日不明、棄却。

当事者が贈与無効を(妾に渡さないために預けただけと)信じているときは、審判の場合には、審判による贈与有効の判断があつた時から起算されるとし、時効消滅を否定。

神戸地判昭和五三年九月四日判タ三七八号一二八頁(昭和五一年(ワ)第一三二号、所有権移転登記抹消請求事件、一部認容)。

受贈者の地位は不明であるが、被相続人は不動産を他に贈与したうえ、死亡(昭和五〇年一二月)、原告は長女としてその唯一の相続人。最初は(虚偽表示があつたということになるが)売買があつたとして、その効力が争われたけれども、滅殺の意思表示は本件の訴訟中(昭和五三年四月)。

的確に知る必要はなく、未必的に知れば足りるとし、抗弁変更の時(昭和五二年一〇月)から起算される時効消滅を否定。なお、贈与物の競売もその譲渡と同じであり、価格賠償になるとする。

(ロ) 肯定例 時効消滅を肯定するものとしては

岐阜地判昭和三九年一 月一三日判時四 二号六二頁(昭和三七年(ワ)第三三 号、所有権移転登記手続請求事件、棄却)。

公正証書遺言によって全財産に相当する不動産を遺贈して(昭和三四年七月)、女死亡(昭和三五年二月)、その亡夫の先妻との間の子で、後妻となつた女被相続人の養子ともなつた女養子が、男受遺者に対し調停を申立て(同年一〇月)、滅殺の意思表示をし、処分禁止の仮処分(昭和三六年一〇月)を経て、本訴となつた。なお、昭和一二年と一五年に養子に対し(以上の遺贈の二ないし三倍の価格の)二筆の土地の贈与ありと主張されているが、それは実父、女被相続人の亡夫からのものと認定されている。

以上は調停申立ての時から起算されるとし、時効消滅を肯定。

福岡高判昭和五 年六月一六日判時八一 一号六八頁(昭和四九年(ネ)第三七八号、所有権移転登記手続請求控訴事件、取消・認容)。

本件は同じ当事者間の第二次事件であり(農地の仮登記を本登記にする請求)、第一次事件もあつた(被告側から贈与無効を理由とする登記抹消請求)。

第一審、大分地判昭和四九年六月一日(昭和四八年(ワ)第二二六号)、棄却。

以上はその敗訴判決の時（昭和四十六年二月二日）から起算されるとし、時効消滅を肯定（したがって昭和四十七年一月にされた被告による減殺の意思表示は無効）。

東京高判昭和五一年五月二六日判タ三四一七二頁、高民集二九卷二五五頁（昭和四十六年（ネ）第一三三七、一四八八号、土地所有権移転登記等請求控訴、同附帯控訴事件、取消・棄却）。

夫の後妻に対する贈与ののち、後妻のその前夫との間の子に対する贈与があったので、後妻死亡（昭和四一年六月）後、夫などによるその無効が主張された事件（本訴の提起は同年九月）。第一審で（昭和四五年六月に）贈与無効から、その減殺に訴の変更。

第一審、浦和地熊谷支判年月日不明、一部認容。

贈与無効の単なるいいがかりは短期時効の進行をとどめないとし、時効消滅を肯定（要旨）。

その批評、品川孝次、判タ三四七（七十七年七月）九五（結果妥当）（判例紹介が極度に詳細）。

東京高判昭和五二年四月二八日下民集二八卷一一四号四七一頁（昭和五一年（ネ）第二二号、遺留分減殺請求控訴事件、棄却）。

控訴人の被控訴人に対する減殺請求。被相続人、父は一一筆の土地（八三バアセント）を被控訴人、長男に贈与して死亡（昭和四二年三月）。相続人は妻、養女を含めて、九名。その一子、妹である女控訴人はたびたびの金銭の要求などで親兄弟と音信不通となっており、葬儀のさたもされなかった。その後姉の一人が控訴人の所在を知るところとなり、妹二人から父死亡などの話を受け（昭和四五年一〇月）、墓参りをしていて（昭和四十六年八月）、本訴となった。減殺の意思表示は裁判外？（昭和四八年一二月）。

第一審、裁判所年月日とも不明、棄却。

おそくとも二度目の父死亡などの話を受けたころ（墓参りのころ）から起算されるとし、時効消滅を肯定。

その批評、事後のものではあるが、太田武男、家族法判例百選第三版（八二年二月）第一三二事件。

東京高判昭和五四年五月三一日判時九三七号四三頁（昭和五三年（ネ）第一六八六号、請求棄却）。

第一審、後掲。なお、掲載誌によれば、その第一審の事件番号は昭和四九年（ウ）第一二三号、（第一次の）控訴審の事件番号は昭和五一年（ネ）第二九九二号、（第一次の）上告審は第一小法廷判決で、事件番号は昭和五二年（オ）第一三二二号である。

その後、千頭洋三、民法「親族・相続」（基本判例双書）（八二年五月）第一六八事件。

（八）整理 以上をみると、同じ紛争が二度三度と裁判になることが必ずしも異例ではないことが、注目される。それが売買などの虚偽表示でされることが少なくないことがより事情を複雑にさせているとつかがわれるが、裁判が社会の紛争解決にあまり機能していない、少なくともうまく機能していないようであり、これに対するなんらかの対応が考えられるべきであろう。また、以上の判例理論はそもそもは減殺権の効力を確実にするためのものであったのに、同じ理論がとくにつきにみる最高裁を含めて、それを弱体化させるためにも用いられていることが注目される。しかし、そうすべきものとは考えられないけれども、もしそうすべきものであるとしても、理論としては、むしろ正面から判例変更をすることが明快であろう。

五 最高裁判例——つき

（イ）本体 最高裁としては以下の二件がみられる。

最三判昭和三五年七月一九日民集四卷四号一五二頁前掲（本稿第二）。

すでにみたように、女被相続人の男孫に対する贈与があったので、相続開始（昭和三五年一月二四日）後、その母の娘などがこれ（その弟妹相続人）に対しその登記などを求めた事件。請求棄却。

昭和二五年一月二四日の死亡に対し、同年二月あるいは（調停中の）五月の減殺が認定されている。なお、減殺でもある本件の訴状の送達は昭和二七年一月二六日。時効が主張され、肯定された例である。

要旨 一 前掲「本稿第二」

二 受贈者から贈与の目的物を譲り受けた者に対する減殺請求権の一年の消滅時効の期間は、遺留分権利者が相続の開始と贈与のあったことを知った時から起算すべきである。

なお、債権者取消訴権については二年（または二〇年）の時効が規定されているが（第四二六条）、それについても、転得行為があったときでも、それを知った時からではなく、その前の詐害行為があることを知った時から起算されるとされる。大判大正四年二月一〇日民録二一輯二〇三九頁、我妻債権総論「二九九」（イ）（b）。

もつとも、一度共同相続人に対して減殺すれば、それで請求は固定されるとの部分（前掲につき省略の部分）によれば、以上は当然の結果であるかもしれないが、時効問題としては疑問であろう。なぜなら、すでにみたとおり、一度減殺されれば、あとはその後（昭和二六年二月二日）の譲渡に対するものも含めて、一般の時効になるとされているからである。

最二判昭和五七年一月二日民集三六卷一〇号二一九三頁（昭和五四年（オ）第九 七号、所有権移転登記等抹消登記手続請求事件、棄却¹）。

被相続人が養子と事実上の妻に対しその唯一の財産である土地とその地上建物を贈与していたので、相続開始（昭和四九年六月）後、法律上の妻がその両者に対し以上の登記抹消などを求めた事件。養子は女で、法律上の妻との共同生活の間になったものであり、したがって事実上の離婚（昭和三三年六月ごろ）にあたり父の側についてことになるわけである。

この訴は結局認められなかったわけであるが、相続開始後二年（一か月）の減殺であるわけであり（昭和四九年六月の死亡に対し昭和五一年七月の減殺）、（旧第一一四五条、現）第一 四二条による減殺権の一年の消滅時効も主張され、その起算点が問題となった。

第一審、横浜地横須賀支判昭和五 年二月二六日、理由の掲載あり、棄却、控訴審、東京高判昭和五二年九月二九日、棄却。

もつとも、本件には第一次の上告審、最一判昭和五三年六月一五日もあり、これはそれに続く第二次上告審である。そうして、第一次の上告審もその上告理由も含めて、以上に掲載されており、二二二六頁、破棄差戻、また差戻後の控訴審、東京高判昭和五四年五月三 日前掲もあるわけであるが、それも掲載されている、二二二 三頁、棄却。わたくしの知るかぎり、最も親切な判例掲載の一つとすることができる。

とにかく、最初は公序良俗違反による贈与無効の主張があり、第一次の控訴審で減殺の予備的主張が追加されている（昭和五一年七月。本訴の提起は昭和四九年七月）。第一審は公序良俗違反だが、不法原因給付として、棄却。控訴審以後は公序良俗違反は否定されたが、控訴審は妻としては二分の一だから遺留分に反しないと、棄却、上告審はこの点を破棄差戻。第二次控訴審で減殺問題、その時効の問題とされ、そこにおけるとともに、ここでも、時効消滅が肯定され、訴が否定されたわけである（第一審で不法原因給付が主張された昭和四九年一月からの一年で）。

要旨 一 民法一 四二条にいう減殺すべき贈与があったことを知った時とは、贈与の事実及びこれが減殺できるものであることを知った時をいう。

二 遺留分権利者が、減殺すべき贈与の無効を訴訟上主張していても、被相続人の財産のほとんど全部が贈与されたことを認識していたときは、その無効を信じていたため遺留分減殺請求権を行使しなかったことにもつとも認められる特段の事情のない限り、右贈与が減殺することができるものを知っていたと推認するのが相

当である。

その批評、鷺岡康雄、(法曹三八・四、八六年四月) 解説第四六事件。伊藤昌司、民商八九・二(八三年一月)(賛成)。副田隆重、本誌三四・一(八四年一月)(解説)。米倉明、法協一六・二(八九年二月)(判民第四六事件)(賛成?)。

その後、山崎敏彦、家族法判例百選第四版(八八年一月)第一一七事件。

本件は同一訴訟内の問題であるけれども、しかし事実だけを知られば足りるのであればともかく、そうでない以上、その第一審ですら、その贈与は公序良俗違反で無効としているのだから、その無効主張はまさにもっともなものと考えられ、不当なものというほかはない。したがって、贈与があり、不法原因給付だとの主張の日からではなく、その減殺主張の日の前に、それが減殺されるべきものであることを知った時から、それが明らかでないときは、減殺主張の日から起算されるとすべきことは当然であろう。なお、当事者が知らなければ、ここでの特別の期間制限の進行がないことは、すでにみた。

(1) なお、中川、泉相続(一)年一〇月(六八二頁注一(六四年六月)は以下を同趣旨のものとしてくわしく引用するが(第三版以来)、わたくしはみる事ができなかった。

東京高判昭和五二年四月二八日東京高民時報二八巻四号一 七頁(昭和五四年(オ)第九 七号、請求事件、棄却)。

(ロ) その他 そのほか、下級審であるが、親権者である被相続人死亡のため、子としての相続人である一〇歳の未成年者に法定代理人がないことになったときは、その間は減殺すべき贈与を知ったものということはできないとするものがある。

青森地判昭和四五年三月三一日下民集二二巻三・四号五四五頁(昭和四三年(ウ)第二号、所有権移転登記抹消請求事件、認容)。

女養子が女被相続人から贈与を受けた女に対しその登記抹消などを求めた事件。養子は被相続人に後継者がいないためのもの(昭和三四年三月、届は六月)。しかし、贈与はほぼ全財産で、被相続人の死亡(同年二月三日)の直前(同年同月一日)、贈与を受けた女は、別居している亡長男の妻。その後(昭和三六年三月に)後見人の選任を受けたのは、養子の実父。減殺の意思表示があったのは、さらにその後(昭和三七年一月)とされる。死亡二年余り後の減殺が認められたわけである。

判旨はその時、つまり後見人の選任の時から時効は起算されるとし、したがってまだ一年の時効は未完成とする。ただ、事件番号は昭和四三年(ワ)第二号であり、(死亡からいえば九年後、減殺からいえば)六年後であるから、それと同時に、減殺後は特別時効の適用なしとされたことになるであろう(前述)。更正登記として請求を認容。

理論じたいは正当であろう。しかし、被相続人がんにかかっていることが明らかとなった(昭和三四年六月)のを知って、養子の実父がその土地を勝手に自己名義にした行為のためだといえ、被相続人によるその回復、亡長男の嫁に対する贈与がされた——もっとも、そのうちの一部(三筆)はそれと同時に追認されている——ほか、縁組解消の公正証書遺言がされている。だから、当然にその離縁の効果が発生するものではないとして、減殺による請求を認めた判旨は、疑問である。

なお、相続がくりかえされる場合もあるが、その場合の起算点についてはすでにみた(本稿第二)。

丙 減殺の意思表示

なお、直接には以上の起算点に関するものではないが、それに関連して、減殺の意思表示とはなかが問題となる。必ずしも一般の指摘ではないが、我妻・唄相続（六六年四月）三三四頁はこれを期間制限の「終点」、満了点の問題とする。

一 最高裁前期

最高裁は最初はこの点についてかなり厳格な解釈を示した。

(イ) 下級審 もっとも、最高裁以前の、第二次大戦前の下級審に、相続人が減殺対象の土地について、減殺したことになるのと同じ登記をしたというだけでは、減殺の意思表示をしたとすることはできないとするものがある。

千葉地判大正一〇年一月三日評論一〇卷民法五四八頁（大正九年（ウ）第六六号、土地所有権移転登記抹消登記手続請求事件、認容¹）。

戸主が証書（大正七年二月二〇日作成——家督相続人の署名、捺印もある）によって、また翌日に公証人の確定日附も受けて、土地を留保し、隠居した（同年同月二日、したがって以上は事後留保ということになる）のに、家督相続人が相続登記をしたので、隠居者、父が子、長男を訴えた事件。被告側には従参加人がある。

以上は、子の側から留保は遺留分侵害であり、減殺するとの抗弁がされた点に関する。判旨は留保者に対してすべきものという。

東京控判大正一〇年八月八日評論一〇卷民法八五五頁（大正一〇年（ネ）第一六〇号、土地所有権移転登記抹消登記手続請求事件、認容¹）。

以上の控訴審で、ただし（被告）控訴人側に従参加人なし、同趣旨。

もっとも、この事件では、以上の特別の期間制限が関係するものであるかは、必ずしも明らかではない。しかし、その起訴の日付は不明であるが（第一審の事件番号からすれば、期間制限が関係するものとみるべきであろう）。

(一) 隠居者のための財産留保が減殺の対象になるかの問題としてすでにあげたもの、本稿第二。

(ロ) 本体 最高裁が最初はかなり厳格な解釈を示したことはすでに一言したが、それは以下のものである。最二判昭和二五年四月二八日民集四巻四号一五二頁（本稿第二）（前掲）。

すでにみたように、被相続人の養子に債権者（実兄）があり、これが養父死亡（昭和一七年二月）による家督相続開始後、相続財産に強制執行をかけた（昭和一九年）ので、すでに被相続人から（昭和一七年八月ころ）全財産の贈与を受けていた後妻が、これに対し異議を申立てた事件。

相続開始（前述のように、昭和一七年二月）後、六年弱の、控訴審の口頭弁論期日中の減殺であり（昭和三三年一月）、減殺権の一年の消滅時効も主張され、その起算点が問題となった。時効肯定例で、異議認容。

原審（福岡高判）は第一審の口頭弁論期日中（昭和二二年九月）に全財産の贈与が主張されたから、その時から知ったとし、時効消滅を肯定。

上告審ではすでにみたとおり、贈与の公序良俗違反が論点となり、否定されたわけであるが、要旨、これにはつぎの判旨もある、非要旨。

判旨（第二点） 上告人「差押債権者」が第一審口頭弁論において、被上告人「後妻」の主張にかかる本件贈与の事実を全面的に否認したとしても、その贈与を否認することは、「若し贈与の無効が認められず贈与が認められる場合には其の家督相続財産に付き遺留分に基き減殺請求権の行使をなす主張を包含してある」ものと解することはできない。右の否認は本件贈与の事実の存在を争うに過ぎないのであって、所論のような積極的な意思表示を包含するものとは到底解することができないからである。

（八） 整理 以上の最判は同一訴訟内の問題であるが、これに対する学説の賛否は分かれている（谷口前掲批評（五二年四月）疑問、小林（三）前掲批評（五三年四月）賛成・起算点、我妻・唄前掲批評（五二年四月）？）反対・中断）。

しかし、一方、判旨そのものについていえば、否定されるべきであろう。なぜなら、形式的にはともかく、実質的には、登記抹消請求などが本体であり、その贈与が無効であるか、それを減殺したから効力のないものとなったかは、それを理由づける一つの根拠であるにすぎないからである。また、この二つの主張は形式論理的には明らかに矛盾しているわけであるが、それが許されるのも、その本体を考えればこのことである。贈与などの認容があればなどといわれることが少なくないけれども、まさかすべての主張が勝訴のための仮定的主張であることを否定するわけではないであろう。

他方、たとえ以上の判旨のいうところがほぼそのとおりだとしても、すでにみたところからするかぎり、贈与があったとの事実だけを知ったとて、民法にいう知ったことにならないことは、明らかである。したがって、以上は上告理由に引きずられたものとはいえず、原審とともに、その二つを混同していることが明らかであり、その点で、誤ったものというほかはない。わたくしも判旨不当とみるわけである。

戦前の下級審についていえば、その留保有効の結論はおそらくは正当であろう。また、その減殺についての理論もほぼ正当であるかもしれない。しかし、問題は期間内に減殺主張がされたかである。だから、その訴などが期間内にされていれば、それじたいが減殺とみることができはずである。したがって、そこでの理論は当事者の主張に引きずられたものとはいえず、その点の誤った混同にほかならないということになる。

二 下級審

その後、その数は必ずしも少なくないものとして、下級審ではこの点に関する意見の対立があり、以上と同趣旨のものがあるほか、問題を肯定するものがあることが注目される。否定例の後述富山地裁判も参照。

（イ） 肯定例 減殺の意思表示を肯定するもの

広島家呉支審昭和三三年一月二六日家月一巻四号一一六頁（昭和三三年（家）第二四五号、遺産分割審判申立事件、認容）。

遺産分割審判の請求の際には、遺留分侵害は第九〇三条に反し無効であるから、裁判所は直接その処分効力を否定して分割を命ずることができるとする。

被相続人が長男に対し売買名義で贈与し、また（公正証書）遺言で遺贈していたので、相続開始（昭和二九年三月）後、他の妻子（三名）のこれに対する遺産分割の請求となった事件。時効は明示されていない。

福島家審昭和三七年四月二〇日家月一四巻一〇号一七〇頁（昭和三六年（家）第二二二四号、遺産分割審判請求事件、認容）。

遺産分割の請求は遺留分侵害につき減殺の意思表示を含むものと解することができる。なお、減殺すなわち取消ともいう。

被相続人が（自筆証書）遺言によって全財産を三男に遺贈していたので、相続開始（昭和三五年二月）後、他

の妻孫(二名)がこれに対し遺産分割を求めた事件(長男はすでに相続人なしで死亡(戦死?)、次男も死亡しているが、代位相続人一人があり、その母は氏を変え、別居、それに妻の二名)。時効は問題となる余地がないかもしれないが、明示されていない。

もっとも、三男による検認請求とともにされた遺言執行者選任の申立は、遺産分割の申立との関係で、そのままとなり、したがって遺贈はまだ履行されていない。

岡山家新見支審昭和四二年二月二十五日家月一九卷九号六一頁(昭和四一年(家)第五七号、遺産分割審判事件、認容)。

非要旨であるが、同趣旨。要旨は減殺の管轄権限を肯定するもの。

被相続人が後妻に対し(ほぼ全)財産を贈与などしていたので、相続開始(昭和三八年九月)後、子(四名)のこれに対する遺産分割の請求となった事件(子は先妻との間の長女の男代位相続人二名、次女それに後妻との間の長女一名の四名)。(農協への多少の預金はあるが、ほぼ全)財産である田畑八筆、山林三筆を後妻に贈与し、山林二筆の後妻との共有持分を放棄していた。時効は明示されていない。

名古屋高決昭和四五年二月五日家月二三卷七号四四頁(昭和四五年(ラ)第四六号、遺産分割審判に対する即時抗告事件、取消・差戻)。

非要旨であるが、同趣旨。もっとも、判旨もその前提でいっているようであるが、以下の点からみると、内容証明郵便による減殺が到達などとされたことになるであろう。要旨は減殺のその他の行使方法に関する。

被相続人が長男に対し全財産を贈与していたので、相続開始(昭和四〇年五月)後、妻、母のこれに対する遺産分割の請求となった事件(ほかに妹がいるが、これは不参加)。時効は明示されていない。

第一審、津家審昭和四五年三月一六日、参考として理由などの掲載あり、四八頁、認容。

内容証明郵便による減殺(昭和四〇年九月)が認定されており、したがってここでの論点はそこにはない。

京都地判昭和六〇年四月三〇日金商七二二号三三頁(昭和五九年(ワ)第一四〇七号、土地建物所有権移転登記手続請求事件、認容)。

不動産全部の遺贈を受けた兄が、それを認める趣旨の分割協議書への署名を求めたことに対する妹の拒否は、減殺の意思表示とみることができるとする。

母から二人の子の一人、長男に対し公正証書遺言による不動産全部の遺贈、登記がされていたので、相続開始(昭和五七年七月)後、もう一人の子、妹から長男に対する請求となった事件。時効の抗弁が出されている。

(口) 否定例 減殺の意思表示を否定するもの

高松高決昭和四〇年三月二七日家月一七卷七号二二八頁(昭和三九年(ラ)第三三二号、遺産分割審判に対する抗告事件、棄却)。

(自筆証書) 遺言による全財産の遺贈は無効との主張に関連して、遺贈認容があればともかくもとして、以上の最高裁判決と同趣旨。もっとも、相手方が減殺の意思表示であることを争わずに審判があった以上、それは結局は有効という。

また、そのまゝに、(遺言者と同姓の、長男?)「村山典男二前分イズル」との遺言はそれに対する包括遺贈の意であり、有効とする。

事実関係は以上の遺産分割の請求などのほか、昭和三〇年二月作成、昭和三二年一月死亡という以外には不明。時効も明示されていない。

第一審、松山家西条支審年月日不明、認容。

その後のものであるが、その批評、高木多喜男、中川淳編、家族法審判例の研究(七一年五月)第五〇事件、三

四四（不当）（研究所収）。

東京地判平成三年九月二〇日判夕七八八号二五九頁（平成二年（ワ）第一〇二九四号、土地建物所有権移転登記等請求事件、棄却）。

被相続人の死亡は昭和五二年八月。昭和五三年三月以降分割の協議申入、同年六月調停の申立。減殺の意思表示でもある本訴の訴状の送達は死亡二三年後の平成二年（昭和六五年）八月三一日。分割協議の申入または調停の申立について、同趣旨。

出生順は明らかではないが、長男に全財産が贈与されていたので、他の三姉妹の二名がこれに対し遺産分割を求めた事件。もともと、贈与といっても、土地および建物は被相続人の買受とともに長男の登記名義とされ、もう一つの建物も被相続人の建築とともに長男の名義で保存登記されたもの。外国留学の費用（額面で四、〇〇万円、相続開始時換算で一六、〇〇万円相当）も贈与と主張されている。

長女は別に所有権確認などの訴を起し（昭和五四年）、他の二姉妹も翌年これに参加したが、（日付は不明であるけれども）敗訴に確定している。二姉妹による以上の訴はその減殺の訴である。長女も同趣旨の訴を起しているが（平成二年（ワ）第一〇三三四号）、今度は別訴。時効の抗弁も出されている。

東京高判平成四年七月二〇日判時一四三三三号七三頁（平成三年（ネ）第三四一〇号、土地建物所有権移転登記等請求控訴事件、棄却）。

以上の控訴審で、ただし三姉妹の両訴は併合されている、同趣旨。

その批評、床谷文雄、法セミ四五九（九三年三月）一一五（反対？）、右近健男、判評四一一（判時一四四九）（九三年五月）三六（一九八）（疑問）。

東京地判平成四年八月三一日金法一三七五号一一六頁（昭和六〇年（ワ）第三四三四号、建物明渡等請求事件、

認容）。

被相続人の死亡は昭和五二年八月。昭和五三年二月以降分割の協議申入、同年六月調停の申立。本訴の起訴の日付は明らかではないが、減殺の意思表示は死亡二二年後の本訴の口頭弁論期日である平成元年（昭和六四年）八月三〇日。分割協議の申入または調停の申立について、同趣旨。

判旨のみの掲載であるが、共同相続人の一人、女が共同相続人の一人、男受贈者に対し所有権確認などの訴を起したが、昭和五九年一〇月二九日には第一審の、平成元年（昭和六四年）一月三〇日には控訴審の、平成二年（昭和六五年）四月三〇日には上告審の、敗訴判決があり、確定している。本訴はそれを受けた共同相続人の一人、男受贈者からの訴である。時効の抗弁も出されている。

なお、以上の二判決の事件におけるのと同じ弁護士重富義男が減殺を求める側の法律相談役として、また弁護士中村源造が減殺を求められる側の法律相談役として（またそこでは遺言執行者としてもであるが）、ここにも登場している。¹⁾

下級審の見解は対立しているわけであるが、その対立は拮抗しているといえるわけである。したがって、以上の最高裁は要旨でもないことが関係してか、必ずしも先例とはなっていないわけである。ただ、その理由は明らかではないけれども、年代的には肯定例から否定例に移ってきているといえるであろう。

（一）そのほか、家庭裁判所には減殺請求の管轄がないから、一般の民事訴訟によるべきであるとするものと、肯定するものがある。

否定、松江家審昭和三十七年七月一〇日家月一四卷一一号一六二頁（昭和三十七年（家）第五六五号、遺産分割審判事件、却下）。肯定、岡山家新見支審昭和四二年一月二五日家月一九卷九号六一頁前掲のほか、東京高決昭和四四年七月二二日

家月三卷三号六九頁（昭和四四年（ヲ）第三二二二号、遺産分割審判に対する即時抗告事件、棄却）、大阪高決昭和四六年三月一五日家月三卷一一・一二号六三頁（昭和四三年（ヲ）第二〇三三号、遺産分割申立却下審判に対する即時抗告事件、取消・差戻）。

三 最高裁後期

（イ） 本体 いずれにしろ、その後の最高裁は以上の最高裁の判断とは異なる判断を示した。第一判平成一〇年六月一日民集五二卷四号一〇三四頁（平成九年（オ）第六八五号、遺産分減殺、土地建物所有権確認請求事件、破棄差戻）。

女被相続人が公正証書遺言によって養子（となる者）に対し全財産の遺贈をしていたので、相続開始後、それを知った実子（二名）が、その養子に対し減殺を求めた事件。もっとも、縁組は遺言（昭和六三年七月）の六年後、死亡（平成五年・昭和六八年一月一〇日）の八か月前に成立（同年三月）。また、実子が（平成六年二月）遺贈を知ったのは、遺言執行者の通知によってである。

実子は養子に対する遺贈を知ったのち、遺産分割の協議に応ずる旨の普通郵便を送り（平成六年九月一四日、到達）、また減殺の意思表示を内容証明郵便で送ったが（同年一〇月二八日）、これは不在、局留置期間の徒過で、現実には養子に到達していない。そのほか、もう一通、減殺の普通郵便も送っている（平成七年三月一四日、到達）。相続開始（前述のように、平成五年一月の死亡）後、最も遅ければ一年五か月（平成七年三月）、最も早ければ一〇か月（平成六年九月）の減殺となるわけである。減殺権の一年の時効消滅も主張されたが、時効否定例か（破棄差戻）。

第一審、東京地判平成八年五月一三日、棄却、控訴審、東京高判平成八年二月二五日、棄却。

第一審は第二の内容証明郵便の到達を否定して、棄却、控訴審はそのほか、第一の普通郵便も減殺の意思表示ではないとして、棄却。

要旨 被相続人の全財産が相続人の一部の者に遺贈された場合において、遺産分減殺請求権を有する相続人が、遺贈の効力を争うことなく、遺産分割協議の申入れをしたときは、特段の事情のない限り、その申入れには遺産分減殺の意思表示が含まれていると解すべきである。

もっとも、判旨はその前提論として、遺産分割と遺産分減殺とは、その要件、効果を異にするから、遺産分割協議の申入れに、当然、遺産分減殺の意思表示が含まれているということとはできない、ともいう。

また、被相続人の全財産が相続人の一部の者に遺贈された場合には、のあとに、遺贈を受けなかった相続人が遺産の分配を求めるためには、法律上、遺産分減殺によるほかはないのであるから、とあり、最後は、と解するのが相当である、とある。

そのほか、これにはもう一つの要旨があるが、それはのちにみる。

その批評、河邊義典、（法曹五三・一、〇一年一月）解説下第二三事件。岡林伸幸、本誌四八・四（九九九年二月一七九（賛成）、山本敬三、重判解（ジュリ一五七、九九九年六月一〇日）八八（賛成？）、大石忠生・相澤真木（判事）、リマーク九九九年下（二九、九九九年七月二五日）八四（賛成）、副田隆重、民商二〇・四（五）（九九九年八月）二八八（八四八）（疑問）、稲田龍樹（判事）、主判解（判タ一〇〇五、九九九年九月二五日）一五〇（賛成）。

なお、本件には、岡崎彰男、東京公证人会会報平成一年三月号三頁以下もあるとされるが、わたくしはみることができなかった。

（ロ） 整理 学説では、旧判例に賛成するものもある、鈴木相続（九六年九月）一六一頁（六八年三月）（高松高決を引用して）、高木叢書（六四年二月）一三七頁以下（昭和二五年の最判判旨に賛成？しつつ、福島家審に

も賛成)。しかし、反対するものもあり、我妻・唄相統(六六年四月)三二二頁、反対説が有力となっているといつてよいであろう。高木前掲審判例(七一年五月)三四四(改説?)、中川・泉相統(〇〇年一〇月)六六八 九頁注一(六四年六月。新版、七五年八月。以来)、加藤叢書(八五年八月)五二頁以下(八〇年一月)、鈴木相統(八六年二月)一五一頁(以上のままの一四七頁があるわけであるから、いささか矛盾しているといふべきであるが、そのほか、昭和四一年の最判を引用して、改訂版第三版ではこの部分がなくなっている)、その矛盾がなくなっていることは、すでにみた)。中川淳、注釈新版(〇二年一〇月)四七八頁(七三年八月)(高木叢書に同じ)。

本件は遺贈などの効力が正面から争われていない点で、以上とはやや事案を異にするといつてよいようであるが、それは形式論理的にはそうだということであろう。また、判旨としても、その遺贈の効力を争うことなくという部分が、単に本件の事実をのべたまでのものであるか、それともそうでないかぎりという限定を付するものであるかは、やや問題を残す。おそらくは以上の昭和二五年の先例を考慮して(もっとも、河邊調査官前掲解説もそれにはふれていない)、その点の問題は今後に譲つたものである。本件は全財産の遺贈があつたことを知つた中に、遺産分割の協議を申立てているのだから、遺贈を争っていることが明らかだからである。

しかし、判例として矛盾のない理由を示すように努めることは評価されるべきだとしても、その先例が誤りであることは、すでにみた。判旨のその点についての努力は無用のものといふべきである。また、学説の多くがいうように(もっとも、副田前掲判批はやや批判的)、遺留分の侵害が全財産の贈与などである必要もなく、一部侵害の場合でも同じことといふべきである。わたくしは明確に先例変更とすべきであつたと考えるが、これをほぼ正当と考えることは、すでにみたところから明らかであろう。

四 内容証明郵便

なお、以上の最判にはもう一つの要旨、すなわち内容証明郵便の到達についての要旨があり、こうなっている。要旨 遺留分減殺の意思表示が記載された内容証明郵便が留置期間の経過により差出人に還付された場合において、受取人が、不在配達通知書の記載その他の事情から、その内容が遺留分減殺の意思表示又は少なくともこれを含む遺産分割協議の申入れであることを十分に推知でき、また、受取人に受領の意思があれば、郵便物の受取方法を指定することによって、さしたる努力、困難を伴うことなく右内容証明郵便を受領することができたなどの判示の事情のもとにおいては、右遺留分減殺の意思表示は、社会通念上、受取人の了知可能な状態に置かれ、遅くとも留置期間が満了した時点で受取人に到達したものと認められる。

それは以上にみた意思表示の議論が認められるかぎりには、傍論ということになり、論ずるまでもないことということになるであろう(ほかの判批などと同じく、双方を検討しているが、岡林前掲判研。なお、副田前掲判批はこの点を問題にしていない)。ただ、それはこの事件の当事者にとっては重要な問題であることは明らかであり、したがってそれにふれる判旨は当事者に対して親切だといえなくもなく、したがってまたそれを論ずることに意義はなくはないであろう。

その点からふりかえってみれば、従来もこの点が問題となる余地があつたといふべきである。すなわち、昭和四一年の最判では、昭和三六年二月一九日の死亡、同二六日の初七日の席での全財産の遺贈の公言に対し、同一二月二〇日の遺産処分の協議を申入れる内容証明郵便が出されているのに、原審(東京高判)は同二五日の話し合の申入れに基づいた翌三七年一月一〇日の(代理人による)話し合を減殺の意思表示だと認定した。そうして、それは催告にすぎず、六か月内に訴の提起がされていない、第一五三条、との抗弁に対し、(起訴の日付は不明だが)減殺後は短期の期間制限は不適用とした。

それはそれで正当であるけれども、当事者がわざわざ内容証明郵便を発したことを無視するのは、問題であろう。結果が同じことであるならば、内容証明郵便は遺産分割協議の確定の申入であり、そこから短期の不適用とするのが、より当事者の意図に即したものとすべきであらう。

また、昭和四五年の名古屋高決では、昭和四〇年五月の死亡に対して、同九月の内容証明郵便による減殺が問題とされている。第一審（津家審）はそれが減殺の意思表示と認定したのに、名古屋高決は直接にはそれを問題とせず、単に（その後）減殺の意思表示があったとしている。必ずしも事実が明らかではなく、またその意味も明らかでないことはすでにみたけれども、これはあるいはここでの問題に、つまりは内容証明郵便の不到達に関するものであるのかもしれない。

わたくしも現在の配達手続を前提とするかぎり¹⁾、以上の要旨をほぼ正当と考える。もとより、そう解することに危険があることは明らかである。また、不在配達通知書に配達日時、郵便物の種類それに一週間の局留置の記載のほか、差出人の事項が記載されるようになったのは、昭和五五年九月ころからとされている。その意味で、昭和四〇年の内容証明郵便に関する名古屋高決はやむをえないものであったかもしれない。しかし、それには以上の要旨のように、絞りがかけられている。判旨ではそのほか、養子側ではその前後に弁護士と相談していたこと、長期間の不在などはなかったことがいわれており、十分なものと考えられる。もしそうでないとする、簡易な普通郵便のほうに厳重な内容証明郵便より効力が強いことになってしまつておろす、そうして、ここでの検討は控えるほかはないけれども、以上は単に減殺に限らず、意思表示の到達などの一般論としてみて、そうだと考えられる。

(1) 送達方法のそのもののほか、その制度上の変遷については、河邊前掲解説五五四 五頁が詳細である。

丁 履行拒絶の抗弁など

一 受贈者の取得時効など

以上の期間制限に関連して、そのほか、なお一、二の問題がある。

一方、遺留分を侵す贈与などがあり、その履行がすでに終わっている場合に、その贈与などの減殺があれば、減殺権者にその返還請求権が生ずることは、すでにみた。もっとも、その期間制限が減殺権についてだけでなく、減殺後の返還請求権にも及ぶかの問題があるが、それもすでにみた。しかし、贈与などの履行が終わっている場合には、受贈者などは取得時効の要件としてその物を占有していることになる、第一六二条。だから、減殺権がその特別の期間制限などによって消滅するのは別に、受贈者などの側でその取得時効を主張することができるかの問題が生ずることになる。¹⁾

この点に関する立法例は必ずしも明らかではなく、またわが国の学説にも対立がある問題であるが、判例とともに、そのような主張は認められないとすべきことは、すでに別にみた。^{2), 3)}

他方、遺留分を侵す贈与などがあり、その履行がまだ終わっていない場合に、その贈与などの減殺があれば、減殺権者にその履行拒絶の抗弁権が生ずることも、すでにみた。そこで、その抗弁権にも以上の期間制限が及ぶかの問題がある。

(1) その前に、民法には贈与または遺贈などに対する減殺とあって、それ以上には直接の規定がないから、隠居者の財産留保による遺留分の侵害の場合には、それに対する減殺権は時効にかからないとする下級審もあった。しかし、大審院はこ

れも時効にかかるとする。

長野地小松(？)支判大正九年六月二日法律評論一〇卷民法六三二頁(大正八年(ワ)第七号、所有権移転登記抹消請求事件、認容)。

次男などが長男に対し家督相続登記の抹消などを求めた事件か。被相続人である父が(大正四年に)隠居し、二筆を留保したことが認定され、それによる侵害が問題とされている。父死亡はいわれているが、その時期は不明。

もっとも、判旨は普通の「時効である」一〇年の時効に罹るべきものとし、その時効はまだ不成立とする。そのほか、遺産相続として共有になるけれども、家督相続登記の(全部)抹消請求が可能という。

大判大正一二年四月一七日民集二巻二五九頁前掲(本稿第二)、大判昭和四年一月二二日民集八巻六頁前掲(同前)。そのほか、すでに長崎控判次掲。

また、民法施行前に生じた隠居者の財産留保に対する滅殺権は時効にかからないが、民法施行後は一〇年の時効にかかるとする下級審がある。

長崎控判年月日不明新聞一一二二二号(大正五年六月三日)三一頁(大正四年(ネ)第一三八号、相続財産分割請求事件認容)。

被相続人が隠居(明治一六年)後死亡した(明治三九年)ので、遺産相続が開始したはずであるが、家督相続人がその分割に応じないので、他の共同相続人のこれに対する分割請求となった事件。

なお、判旨によれば、全体の数は明らかではないが、隠居時に五〇筆留保で、隠居後六八筆を取得している。以下の判決時からいえば三年後の請求ということになる。

第一審、大分地判大正四年六月一〇日、認容。

本件は財産留保に対するものではあるが、滅殺権の一〇年の時効消滅に関するものである点で、貴重である。そのほか、以上は相続回復の訴ではないから、五年の時効にかからないとし、また家督相続人による一〇年の取得時効も成立しないとする。さらに、本件は協議不能の場合であり、現物分割不能であるから、競売金の分割となるとする。

(2) 受贈者による取得時効、財産法諸問題の考察(小林(一)古希記念)(四年三月)二六一頁以下。

高木叢書(六四年二月)一八二 三頁はほぼ同趣旨。半田時報論文(八三年四月)五六頁はこれを認めるべきものとす。なお、高木注釈民法新版(〇二年一〇月)五三〇頁(八八年九月)はこの問題の紹介のみとみるべきか。

(3) もっとも、前稿ではふれていないが、財産留保を理由とする取得時効については、下級審の見解は分かれていた、青山後掲判批。そのほか、近藤相続上三七〇 一頁注一一(大六、七)、とくに以下の最高裁判決に対する上告理由の議論。

a 取得時効を肯定するもの

東京控判大正六年一二月一七日新聞一三六五号二頁(大正五年(ネ)第三三二号、所有権移転登記抹消請求控訴事件、一部認容)。

家督相続人は隠居相続の際(明治三二年五月)被相続人、父との合意で、二筆の土地の留保を認めた。その後父は分家のうえ、隠居した(大正元年、明治四五年一二月)ので、本家の家督相続人が分家の家督相続人に対し登記抹消などを求めた事件。

第一審、千葉地判のようであるが、年月日とも不明、全部棄却か。時効については同趣旨か。

判旨は当事者の協議があるから、一〇年の取得時効は肯定。なお、他の一筆は他に対する虚偽表示譲渡によるものであるから、無効であり、その後各義が隠居に返還されている(明治四二年)から、これに対する抹消請求可能とする(一部認容部分)。

東京控判大正七年五月一五日評論七卷民法三九九頁(大正四年(ネ)第六八号、土地建物所有権確認並其引渡請求事件、棄却)。

大工で、郷里新潟と東京の二重戸籍者(前者明治八年作成、後者明治五年作成)が、明治三五年五月に隠居し、その家族となったが、隠居の際に東京の財産を「留保」。大正二年(明治四六年)一二月隠居死亡。第一の養子は東京での大工の後継、第二の養子は妻子を残してきた郷里での後継。第二の婿養子(控訴人)が第一の養子(の相続人、被控訴人)に対し以上の確認などを求めた事件。

第一審、裁判所年月日とも不明、棄却か。

判旨は劇的なものであるが、要するに一〇年の取得時効を肯定。共同相続人の一人が他の共同相続人に不利益を及ぼ

すような援用するのは不可との主張に対して、そう解すべき理由はないとする。

東京地判大正九年三月三〇日評論九卷民法五四三頁（大正七年（ワ）第一八二三号、登記抹消請求事件 棄却）。
明治三十七年二月女戸主が土地を留保して隠居、大正七年（明治五一年）六月死亡。婿養子大正五年（明治四九年）一月死亡。婿養子が他の養子（からの譲受人）に対し登記抹消などを求めた事件。

判旨は一〇年の取得時効を肯定。もつとも、それ以前に、異議なく、共同生活があり、これだけは相続登記なしであれば、隠居者に対する譲り戻しがあったものと認めるのが相当とする。以上は仮にそれなりしものとせばとする部分である。

東京控判昭和十一年一月一日新聞四〇九七号一五頁（昭和一〇年（ネ）第四五〇号、所有権移転登記抹消控訴事件、棄却）。

大正九年一〇月女戸主隠居、家督相続人も含めた親族協議の上、土地とその地上建物を留保、これだけは相続登記なし。昭和六年（大正二〇年）三月隠居死亡。婿養子昭和三年（大正一七年）一〇月死亡。隠居者大正一二年一〇月に公正証書で女（隠居者などと同じ名字）に留保財産を遺贈、昭和八年（大正二年）八月その登記。婿養子（家督相続人からの譲受人であろうか、株式会社）が受遺者に対し登記抹消などを求めた事件。

第一審、長野地判のようであるが、年月日とも不明、棄却。

判旨は一〇年の取得時効を肯定。その前提として、戻し贈与も主張されたが、それは否定。

b 取得時効を否定するもの

東京控判大正九年四月一四日評論九卷民法六一五頁（大正八年（ネ）第三四〇号、土地所有権登記抹消並に遺産分割請求各控訴事件、一部認容）。

明治三二年であろうか、戸主が財産を留保して隠居、大正元年（明治四五年）一月死亡。その家督相続登記あり。他の遺産相続人が家督相続人に対し登記抹消などを求めた事件。

第一審、裁判所年月日とも不明、棄却か。

判旨は留保不動産の一〇年の取得時効を過失あるものとして否定。他の不動産は価格分割として請求認容。その前提

として、他の共同相続人（の代位相続人）の放棄は権利放棄として有効という。

仙台地石巻支判昭和四年四月一日新聞二九七五号一四頁（昭和三年（ワ）第一九号、所有権確認等請求事件、却下）。
明治四五年一月に四分六分で財産を留保して、隠居し、次男を連れて分家、昭和三年（明治六一年）一月に死亡。留保証書はあるが、確定日付は死亡相続後数ヶ月内（同年五月）に得ている。留保財産については死亡後相続登記あり、昭和三年（五月）、他は隠居後登記。分家側（次男の子）が長男の子に対し以上の確認などを求めた事件。

判旨はその前提として、留保に関する事後の確定日付は無効とする。一〇年の取得時効は留保無効につき過失あるものとして否定、二〇年の取得時効も隠居前の占有併合（第一八七条）は認められないから、期間不足として、否定。

そのほか、長崎控判年月日不明新聞一一二二号（大正五年六月三日）三一頁前掲も隠居者の取得時効を否定するわけである。

c 最高裁判には取得時効を認めるものがある。

最三判昭和二十九年二月二四日民集八巻二二号二七二頁（昭和二十七年（オ）第三六八号、建物所有権移転登記抹消登記請求事件、棄却）。

被相続人の長男からその事実上の養子、おじに対する請求となった事件。その父は長男が職業軍人となったので、長男を含めた親族協議のうえ、弟に家業の農業を継がせることとした（大正一三年）。そこで、父は全財産を留保して、隠居し、戸籍上一方では長男を残し、他方では弟を含めて分家し（昭和七年）、死亡して（昭和十九年一月）、弟が家督相続をしたので、長男がそのことに対し異議を申立てたわけである。

第一審、宇都宮地判年月日不明、認容、控訴審、東京高判昭和二十六年二月二六日、棄却。

要旨 一 隠居者の財産留保は、家督相続人との合意のもとになされたときは、確定日付がなくとも当事者間においては効力があるものと解するを相当とする。「形式上は単一判旨」

二 隠居者が確定日附ある証書により財産留保をしなかったため、家督相続人において建物の所有権を相続したとしても、原審認定の事実（原判決参照）のもとに、隠居者がこれを有効に留保し得たものと信じたのは過失がない。「同前」

三 隠居者の財産全部の留保は、相続人の遺留分について問題を生ずるだけで、留保を全面的に無効ならしめるものではない。〔同前〕

その批評、土井玉明（法曹七・二、五五年二月）解説第二二三事件。青山道夫、民商三二・五（五六三年三月）（正當）。第二次大戦前の取得時効を認める下級審は、両当事者の合意を尊重するわけであるが、最高裁ともあるものが、それを認める理由を明らかにしていない。もともと、最高裁は合意のみによる財産留保は有効とするのであるから、取得時効は傍論というべきであるう、青山？。いずれも、滅殺一般の場合とは状況を異にするわけである。

二 民法の背景

(イ) フランス、ドイツ フランス民法には滅殺訴権について特別な消滅時効の規定がなく、三〇年の普通時効にかかるとされていることは、すでにみた。したがって、抗弁権についても以上の趣旨の規定はない（山崎）。

他方、詐欺、強迫などがある合意の無効訴権については、とくに第一三〇四条で、原始規定では一〇年の、一九六八年の改正以後は五年の短期時効が定められている。無能力については一般的な明確な規定はないが、これに含まれることは疑いがなく（起算点に関するその第二、三項参照）。しかし、抗弁権についてはとくに規定がない。ただ判例、学説はこれを（抗弁権の永久性を）認めるものとされる⁽²⁾。

ドイツ民法が第二三三二条で義務分請求権について特別な一年または三〇年の消滅時効を定めていることは、すでにみた。しかし、ここにも抗弁権についてとくに以上の趣旨の規定はない（岡本、山崎）。

ドイツ民法の起草者は一般論としては時効にかかるのは請求権であって、抗弁権などではないとしているので、いささか紛らわしいが、特別の規定がないかぎり、それも時効消滅するとしている⁽³⁾。

他方、錯誤については、第二二二条で、遅滞なくと三〇年の取消期間が（同法では錯誤は取消の原因）、詐欺と

強迫については、第二二四条で、一年と三〇年の取消期間が定められている。無能力については、とくに規定がない（同法では無能力は効力不発生無効 *unwirksam* か無効 *nichtig* の原因）。しかし、抗弁権についてはいずれについてもとくに規定がない⁽⁴⁾。

(1) 五年はそれまでの学説の批判をいれた改正である。Paul Esmelin, *Traité pratique op. cit., de Planiol et Ripert, tome 1, 1952, n° 313*, Gabriel Marty et Pierre Raynaud, *Droit civil, Les obligations*, 1962, n° 206.

なお、フランスでは以上が時効期間とされたことは疑問の余地がない。また、フランスでは三〇年の期間が定められていないので、当事者が善意のときに、三〇年の普通時効の適用があるかは、今でも争いがあることは、別にみた。たぐいの前掲論文、消滅時効と除斥期間（九一年一月）。

(2) 川島民法総則（六五年一〇月）五七八頁。また、学説の引用がある。一般的には、P. Esmelin, *op. cit.*, 1952, n° 310; G. Marty et P. Raynaud, *op. cit.*, 1962, n° 209 et 859, 1). 山崎後掲参照。

(3) *Motive*, Bd. 1, 1888, S. 291.

(4) 川島民法総則（六五年一〇月）五七八頁（買主のけんけつ抗弁に関する）第四七八条（不当利得の抗弁に関する）第八二二条（悪意の抗弁に関する）第八五三条その他の規定を、これを認めるものとしてあげる。そのほか、岡本、山崎後掲。

また、学説もこれを認めるものがある。Ludwig Emeccerus und Hans Carl Nipperdey, *Allgemeiner Teil*, 2. Halband, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, von Emeccerus, Kipp und Wolff*, Band 1, § 218, *なんき引用*。ただし、15. Aufl., 1960 *同じ* § 237, *同じ*。

(ロ) その他 オーストリア民法が第一四八七条で滅殺権についてとくに三年の期間制限を定めていることは

すでにみた。もっとも、抗弁権についてはとくに規定がない。

他方、第一四八七条はすでにみたように、滅殺権などについて三年の期間制限を定めているわけであるが、強迫錯誤による債権にもその適用があることが示されている。したがって、同じく抗弁権についてもとくに規定がないわけである。なお、詐欺については明文がなく、したがって普通時効の三〇年と解されている⁵⁶⁾。

オランダ民法が第九七六条で滅殺訴権についてとくに三年の期間経過による訴権消滅を定めていることは、すでにみた。もっとも、抗弁権についてはとくに規定がない。

ただ、川島民法総則(六五年一〇月)五七八頁の指摘にあるように、合意の無効訴権に関する第一四九 条で、(フランス民法とほぼ同じく)無効訴権は五年の時効にかかるとしつつ(フランス民法は当時は一〇年)、この訴権の時効に関して規定された期間は、抗弁権には適用されないとする。

イタリア現行民法には滅殺訴権について(フランス民法と同じく)とくに時効についての規定がないことは、すでにみた。したがって、抗弁権についての規定もない。

ただ、川島民法総則の指摘によれば、一八六五年の民法、つまり旧民法は第二三〇条と第二三一 条で、(合意の無効訴権について)抗弁権の永久性を認める。現行民法は第一四二条で、(合意の)無効訴権は取得時効、回復訴権の消滅時効を除き、無時効とする。第一四四一条では、第一項で取消訴権は五年で時効にかかるとし、第四項で抗弁権は無時効とする(なお、その間の第二、三項は起算点に関する)。

スイス民法が第五三三条で滅額権についてとくに一年または一〇年の消滅時効を定めていることは、すでにみた。そうしてその第三項で、抗弁の方法では滅額の請求権はいつでも主張されうるとする。そのかぎり、スイス民法は抗弁権の永久性を認めているわけである。そのほか、死因処分は無効宣言の訴に関する第五二一条第三項も以上と同趣旨を定める。

なお、債務法は第三一条(旧一八八一年法では第二八条)で、錯誤、詐欺それに強迫に基づく返還請求について一年の期間制限を定める。もっとも、ここでは抗弁権についてはとくに規定がない。

(5) H. Koziol und R. Welsch, a. a. O., Band I, 1987, S. 131.

(八) 旧民法 わが国の旧民法には滅殺訴権について特別な時効規定がなく、三〇年の普通時効によるものであることは、すでにみた。公布案、草案を含めて、そこにとくに抗弁権についての規定がないことも、すでにみたところから明らかであろう。

ただ、旧民法における合意の無効訴権、すなわち削除訴権については、とくに第八三七条(財産編第五四四条)で、五年の時効が定められているわけである(もっとも、三〇年の規定なし)。しかも、それはこれまでほとんど指摘されることはなかったものであるが、抗弁権にも適用があるとの規定であることは、すでに星野書評(六五年六月)で指摘されている⁵⁷⁾。

(6) 上記引用されているGustave Boissonade, *Projet de Code civil, tome 1*, 1883, n. 650.

(二) 現行民法 現行民法には滅殺権について特別な一年または一〇年の時効規定があることは、すでにみた。そこに抗弁権についての規定がないことも、すでにみたところから明らかであろう。

他方、現行民法における合意の無効訴権、すなわち法律行為の取消権については、とくに第二二六条で、五年または二〇年の時効が定められているわけである(後者は新規)。しかし、それが抗弁権にも適用があるかの指摘は、

いかなる理由によるのか、修正案参考書も含めて、なくなっている。

梅要義総則編三三四 七頁、富井原論総則編五五八 六一頁、松波ほか正解総則編六九八 七 頁、岡松理由上二八二 三頁すべてにこの点についての指摘がない(もつとも、理由二八二頁では凡ての……取消権とはしている。また、理由二八三頁では損害賠償請求権は以上とは別とし、正解七〇〇頁も損害賠償請求権は別とする)。

三 学説、判例

その後の学説では起草者の関心の方向もあってか、この点はとくに論じられるところはなかったといつてよいのである。しかし、昭和に入ると、減殺権が抗弁権として現われるときは、以上の時効などにかからないとする説、いしかえれば抗弁権の永久性をいう説が近藤論文(三一年四月)によって主張され、以来有力になってきている。

同昭和十三年(二月)判批(三八年八月)、相続下(三八年九月)一一五五 七頁それに一一七〇、一一八二頁、谷口全集論文(三八年二月)一九三頁(スイス民法第五三三條第三項)、川島昭和十三年二月と二月の判評(三八年七月、三九年一月)、同民法二二四頁(五一年六月)。植大系論文(六 年八月)二八九頁、鈴木相続(九六年九月)一七七頁(六八年三月)。高木叢書(六四年二月)一八二頁、加藤叢書(八〇年一月)八八頁はこれを多数説といい、高木注釈民法新版(〇二年一〇月)五二九頁(七三年八月)はこれを通説という。

もつとも、それが抗弁権として現われるときでも、除外の明文がないかぎり、以上の期間制限が及ぶとする反対説もある。山中注釈相続下(五五年一月)二七六 七頁、中川・泉相続六八一頁(六四年六月)。なお、高木叢書(六四年二月)一八二頁、高木注釈民法新版(〇二年一〇月)五二九 三〇頁(七三年八月)、我妻・唄相続(六六年四月)三三四頁、加藤叢書(八〇年一月)八八頁は問題の紹介のみとみるべきか。

判例は直接のものではないが、事案の関係からは、この解釈を認めないものようである、大判昭和十三年二月二六日民集一七卷二七五頁前掲。もつとも、この事件ではいわゆる抗弁権の永久性が主張されたものであるわけではない。また、この判決はその時効の起算点をずらせて、時効は完成していないとするものであり、したがって実質的には抗弁権には時効なしとするのと同じ結果になっているものであることも、すでに指摘されている³⁾。

下級審では以下が抗弁形式の減殺事件であり、遺贈に関する。

富山地判昭和三四年一月二〇日下民集一〇卷一一号二四五七頁(昭和二九年(ワ)第五九号、土地所有権確認並びに権利変更登記請求事件、認容)。

二人の兄弟が相続として共同相続登記をしたのに、長男が末弟に対しその持分抹消を求めた事件。長男は全財産を遺贈する旨の自筆証書遺言(昭和二三年五月作成)があることを根拠とし、末弟はそれに対する抗弁の一つとして遺留分を主張した。

判旨は、減殺権の行使は単に割合を示しただけではならず、遺留分算定の基礎となる財産の割合で示さなければならぬとの理由で、減殺の抗弁を否定しており(判旨第五点)、抗弁権の点はとくに問題とされていない、請求認容。

もつとも、その減殺権の適切な行使がないとする点は、否定例としてみてみても、かなり異例のものであり、疑問である、我妻・唄相続(六六年四月)三三二頁はこれによるようでもあるが、高木叢書(六四年二月)一三九四〇頁。そうだとすれば、その実質的な理由はむしろ時効の点にあったとみるべきであろう。

判旨じしんもいうように、被相続人、父死亡(昭和二六年一月)後二年あまりの遺言書の発見(昭和二九年一月)であり、長男側は減殺(同年二月)後も一年以上経っていること(事件番号は昭和二九年(ワ)第五九号)、したがって時効消滅していることを主張している。もしそう理解してよいとすれば、抗弁権の永久性も否定するものといふことになるであろう。

そのほか、減殺がないとされれば当然のことではあるが、遺言では減殺があれば金銭給付によるとしているのに（全六項中の第二、三項）、結果としてその点も無視されたことになるわけである。また、そもそもいえば、未弟は知らなかったよつであるが、長男は他の証人のほか、父から遺言書作成後にその所在場所のほか、全部遺贈との内容を知らされていた。にもかかわらず、長男は未弟との共同相続登記をし、（弁護士業のかたわら！）ともに建設業を営んでいる。だとすれば、その後に建設業の経営が困難になったとはいえ、いまさら遺言を援用することが認められるべきであるかが疑問である。とにかく、その結果はまったく不当だというほかはないであろう。

なお、福島家審昭和三十七年四月二〇日家月一四卷一〇号一七〇頁前掲は自筆証書遺言による遺贈が未履行の事件であるが、ここでも抗弁権の点はとくに問題とされていない。もっとも、これは減殺を求めるほつからの訴求事件であり、抗弁形式の事件ではない。また、その結果は減殺を認めたものであり、永久性を認めたのと同じ結果となっている。

(1) 川島民法総則（六五年一〇月）五八〇 一頁。

なお、同所では、嫡出否認の訴についての一年の期間制限（第八二五条、現第七七七条）に関するつぎの判例も問題とされている。

大判昭和二三年二月二四日民集一七卷三五三三頁（昭和二三年（才）第一四七三号、親子関係確認請求事件、棄却）。協議離婚の二日後に母から生まれ、他人（父とされる者の父、すなわち祖父）夫婦の子として届出られ（現にさらに他の養子となつ）ている子からの父とされる者に対する二八年後の請求事件。母、妻が三か月間実家に帰っていて妊娠したなどの、父からの期間制限不適用の抗弁を認めず、請求認容。

第一審、鳥取地米子支判年月日不明、認容、控訴審、広島控判年月日不明、認容。

要旨 協議離婚届の数日後に生れたる子は夫に於て其の子として出生届を為したりや否に問せず夫の子と推定せられへ

きものとす〔単一判旨〕

その批評、谷口知平、法と経済一一・五（三九年五月）（結果正当）、木村健助、民商九・五（三九年五月）（結果妥当）、川島武宜、（法協五七・六、三九年六月）判民第一五五事件（反対）、中川善之助、法学八・六（三九年六月）（総評三巻第四事件）（疑問）。

この事件では、すでにみたとおり、期間制限を認めたという実際上の結論はもとより、抗弁権の永久性が、すなわち嫡出子の出生届がないのに、嫡出子否認の期間制限を認めるのは不合理と主張されたうえでの、父側の抗弁が否定されたわけであるから、否定色はより強いわけである。

また、以上の第一五五事件川島判評に賛成するのは、我妻親族法（六一年四月）一一二二頁。

なお、中川前掲判研附記に本件は戸籍上の母が真実の母でない場合であるとの可能性がまったくないわけではないにしても、谷口前掲判研、理解しがたいところというほかはない。そのほか、中川判研には、離婚の三日後（正確には二日後）、総評では法学八巻三二号（正確には六号）の表示など誤りが目立つ、ということも付言しておく。

四 私見

現在でもなお肯定説、否定説があり、問題ごとの個別的な検討が必要であることも否定できないことであり、したがってなお問題の余地はあるものの、わたくしは一般的には、時効にかかるとは請求権であり、したがって抗弁権は時効にかからないとする説、いいかえれば抗弁権は永久だとする説に従うべきものと考え²⁾。

もっとも、以上の期間制限は時効期間ではなく、除斥期間と解すべきことはすでにみたが、その理論は除斥期間についても同じことである。もとより、フランスでは予定期間、除斥期間にはその適用がないとされており、わが国でもそのようにいう説もあるが、その根拠は十分に明らかではないようであり、そのかぎりでは、それは独断だというほかはないようである。

取消権の期間制限も除斥期間とみるべきことはすでにみたが、それについても同じことであることは、もはやいっまでもないところであろう。

- (1) 抗弁権の永久性一般については、肯定的な、幾代通、抗弁権の永久性とはなにか、民法の基礎知識(1)(六四年三月)第六問、四四 九頁、星野英一教授によるその否定的な書評、(法学二九・二、六五年六月)論集一・三三三頁以下の三三六 七頁——取消権についてのその理論の否定である旧民法第八三七条・財産編第五四四条の意味、その注釈を中心とする——、また表題は限定的であるが、内容は一般的で、肯定的な、岡本坦、遺留分減殺請求権の時効と抗弁権の永久性民法(判例と学説、四)(七六年一月)第三、三三一 四 頁、それに権利濫用論などであればともかく、一般的には否定的な、山崎敏彦著、抗弁権の永久性論(八六年九月)。
- (2) 半田時報論文(八三年四月)五六頁はこれを認めるべきものとする。
- (3) わたくしの執筆分担部分、民法総則(八九年四月)二六二頁(八四年四月)。
- (4) Marty et Raynaud, op. cit., n° 209.
- (4) 半田時報論文(八三年四月)五六頁は除斥期間については抗弁権の永久性は認められないとし、だからこれを認めるためには民法一〇四二条の定める期間が時効期間であると解することが前提となるとする。山崎前掲参照。

戊 減殺対象の期間制限

民法は以上の減殺権に対する期間制限のほか、減殺対象に対しても期間制限を設けている。すなわち、第一三三 条、旧第一一三三三条で、贈与は相続開始前の一年間に限り(被相続人の財産への)算入が、すなわち減殺が可能とする。もっとも、一年前のものでも、当事者双方が遺留分権利者に損害を加えることを知ってしたも

のであるときは、算入、減殺が可能とする。そこで最後にこれを検討する。¹⁾

- (1) これについては、高木多喜男、遺留分の算定、家族法大系 (六〇年八月)二五六 七四頁(高木研究所収)もふれらる。

一 民法の背景

(イ) フランス、ドイツ 一方、直接の規定はないけれども、減殺訴権は三年の普通時効にかかるとするフランス民法は、以下の修正案参考書にあるとおり、この点についてもとくに規定するところがない。減殺の対象となる贈与の期間にはとくに制限がないわけである。

他方、義務分請求権はとくに短期三年または三〇年の時効にかかるとするドイツ民法は、修正案参考書にあり、第二三二五条第三項の第一文でさらにこの点についても制限を設けている。ただ、それは相続開始前一年の贈与とするものである。

なお、ドイツ民法にはすでに指摘されているように²⁾、その原案、つまりは第一草案(第二 九条、全二項)ではこの趣旨の制限はなかった。第二草案で新たに五年として加えられ(第二一九 条第三項、全三項)、その後一年に改められ、それが確定案となっている(第二三二五条第三項)。

そのほか、以上の第二三二五条第三項には第二文もあり、被相続人の配偶者に対する贈与が行なわれたときは、この期間は婚姻の解消前は進行しないとす。

(1) 原田前掲素描(五四年六月)三三五頁(四二年)。

(ロ) その他 減殺権はとくに短期三年の時効にかかるとするオーストリア民法は、以下の修正案参考書ではその参照で第九五二条を引用するだけであるけれども、この点についてはさらに規定するところがない。

なお、オーストリア民法第九五二条は、受贈者が贈与された物あるいはその価値をもち占有しないときは、かれがそれを悪意の方法で占有から放置したかぎり、かれは責任を負うものである。関係がないようである。

減殺訴権はとくに短期三年の時効にかかるとするオランダ民法も、この点については(フランス民法と同じく)さらに規定するところがない。

直接の規定はないけれども、減殺訴権は一年の普通時効にかかるとするイタリア現行民法も、この点については(フランス民法と同じく)さらに規定するところがない。イタリア旧民法については普通時効は三〇年であるが、とくに指摘がない(参照もない)。いずれもとくに贈与の期間の制限がないわけである。

他方、減額権、減殺権はとくに短期一年または一〇年の時効にかかるとするスイス民法ですら、第五二七条(全四号の)第三号でさらにこの点について制限を設けている。けれども、それは死亡前五年の贈与とするものである。なお、その但書ともいふべきものもあるが、それについては後述する。

また、以上の第五二七条の第四号は放棄 *Entäusserung* については当事者双方の善意、悪意ではなく、被相続人の悪意を規定する。近藤相統下(三八年九月)一一一九頁注五。

なお、修正案参考書によれば、チュウリツヒト(その参照には指摘がないけれども)グラウビュンデンでは贈与については減殺を認めないのを本則とし、ただ故意に遺留分権利者に損害を加えるためにした贈与の減殺を認める主義を採る。しかし、スイス民法がいわば主観主義を採用していないことは、すでにみた。

折衷主義も例をみないものである。柚木相統(五三年五月)二五六―二(ロ) b (四一九頁)。

(八) 旧民法 直接の規定はないけれども、減殺訴権は三年の普通時効にかかるとするわが国の旧民法では、

その公布案はもとより、草案でも、この点についてとくに規定するところがない。したがって、とくに贈与の期間の制限はないわけである。

もっとも、とくに規定がないことはすでにみたとおりであり、またその規定するところは、未履行贈与は遺贈に同じとする第一二五四条(財産取得編第三八九条)を除き、第一二四八条(同編第三八三条)以下の六か条が遺贈のみに関するものである。そのため、旧民法は贈与の減殺を認めないものだとするものもある、梅要義相統編四一九頁。

(二) 現行民法 減殺権はとくに一年または一〇年の時効にかかるとする現行民法が、この点についてさらに制限を設け、その期間を一年に制限していることは、すでにみた。起草者はすでに指摘されているように²⁾、「当ずつほつ」にそう決めたという(速記録第六五卷一九丁、もっとも梅発言)。とくに期間制限を設けた点は、以下のように、ドイツ民法にならうものであるわけであるが、その期間の点は短期時効の場合と同じく、フランス民法から示唆を得たのであろう。

(2) 原田前掲素描

(ホ) 現行民法 ― つづき その原案の規定と理由(民法修正案参考書、公布案第一一三三条の理由) はこうである。

原案第一一四二条 贈与八相続開始前一年間ニ為シタルモノニ限り前条「原案第一一四一条」ノ規定ニ依リテ其目的タル財産ノ価額ヲ算入ス其期間前ニ為シタルモノト雖モ当事者双方力遺留分権利者ニ損害ヲ加フルコトヲ知りテ之ヲ為シタルトキ亦同シ

それが第一文の其目的タル財産ノ価額は其価額と、また第二文の其期間前二は一年前二と変えられて、公布案、旧規定第一一三三条となり、現行規定第一〇三〇四条となるわけである。

(参照) 澳九五二、ツユーリヒ九八 乃至九八二、独二章二一九、二項、同三章三二五「したがって、第三草案というのはここでは法典と同じことになる、三項」、普一部二章四三二以下、索二六 三、一六 四

(理由) 本条ノ規定ハ遺留物ヲ算定スルニ当リ一定ノ条件ニ從ヒ贈与ノ目的タル財産ノ価額ヲ相続財産中ニ算入スヘキモノト定メタルモノナリ民法ニ於テハ贈与ノ目的タル財産ノ価額ハ之ヲ相続財産中ニ算入シ遺留分権利者ハ受贈者ニ對シテ減殺ヲ請求スルコトヲ得ルモノトシ且ツ何等ノ制限ヲ設ケス之ニ反シテ独逸民法ニ於テハ相続開始ノ時ヨリ十年前ニ為シタル贈与ノ目的ノ価額ハ之ヲ相続財産ニ算入セサルモノト為セリ而シテ英米ニ於テハ全ク贈与及ヒ遺贈ノ減殺ヲ許サス「ツユーリヒ」及ヒ「グラウブウンデン」ニ於テハ贈与ニ付キテハ減殺ヲ許ササル本則トシ只故意ニ遺留分権利者ニ損害ヲ加フルカ為メニ為シタル贈与ヲ認メサル主義ヲ採リ令若シ相続開始ノ時ヨリ数年前ニ為シタル贈与ノ減殺ヲ許ストキハ受贈者及ヒ善意ノ第三者ヲ害スルニ至ルヘク又全ク贈与ノ減殺ヲ許ササルトキハ人多クハ贈与ヲ為サスシテ遺贈ヲ為スニ至リ遺留分ヲ認メタル実益ナキニ至ルヘシ故二本条ニ於テハ折衷主義ヲ採リ相続開始前一年間ニ為シタル贈与及ヒ当事者双方力遺留分権利者ニ損害ヲ加フルコトヲ知りテ為シタル贈与ハ之ヲ相続財産中ニ算入スルモノトシ且ツ「公布案」第一一三四条ニ於テ其贈与ノ減殺ヲ請求スルコトヲ得ルモノト定メタリ

(ハ) 現行民法——その三 なお、現行民法は第一一四二条、現第一〇三九条で、不相当な対価による行為の減殺の場合にも、期間制限はないが、両当事者の悪意を要件としている(破産法第七二条)。それもみておけば、

原案第一一五二条 不相当ナル対価ヲ以テ為シタル有償行為ハ当事者双方力遺留分権利者ニ損害ヲ加フルコトヲ知りテ為シタルモノニ限り之ヲ贈与ト看做シ其対価ヲ償還シテ其減殺ヲ請求スルコトヲ得

それが看做シ……が看做ス此場合ニ於テ遺留分権利者力其減殺ヲ請求スルトキハ其対価ヲ償還スルコトヲ要ストと変えられて、公布案、旧規定第一一四二条となり、現行規定第一〇三九条となるわけである。

(参照) ツユーリヒ九八〇、九八一、九八五、九八六

(理由) 本条ノ規定ハ既成法典及ヒ外国ノ法典ニ於テハ之ヲ見ス然レトモ有償行為ハ孰レノ場合ニ於テモ之力減殺ヲ為スコト能ハサルモノトスルハ皮相ノ見タルヲ免レス蓋シ有償行為ニシテ贈与ト同一視スヘキモノナキニアラサルヲ以テナリ本条ニ於テハ有償行為ニシテ贈与ト同一視スヘキモノハ之ヲ同一ニ取扱フヘキモノトスル主義ヲ採リタルノミナラス新民法ニ於テハ債権者ノ取消権ニ関シテ贈与ト有償行為トヲ區別セサル力故ニ此点ヨリ見ルモ本条ノ規定ハ之ヲ置クノ必要アラン只有償行為ノ減殺ヲ為スニハ当事者双方力遺留分権利者ニ損失ヲ加フルコトヲ知リタルコトヲ必要トスル力故ニ此点ニ付キ多少ノ制限ヲ設ケタリ「博文館版ではことが変体かなになっているが、以上は八尾書店版による。なお、いずれの版でもそのつぎの蓋シは蓋シとなっている」

二 私見

しかし、修正案参考書したいもほほいっているところではあるが、すでに指摘されているとおり、柚木相統(五三年五月)「五六」二(ロ)(b)(四一九頁)、島津注釈相統下(五五年一月)二二八頁、そのような極端な例は前例がない。

したがって、贈与が短期のものでなければならぬというのは、一つの立場であるかもしれないにしても、一年とする現行民法がいかに極端な短期の立法であるかが、あらためて思い知らされるといふほかはない。

立法論としては、現行民法の極端な制限立法は、とくに減殺について別に特別な短期の期間制限があることを考えると、たとえ主観的側面が認められていても、とつてい受け入れることができないといふべきである。た

とえ期間制限を設けるとしても、一年は論外であり、五年、一〇年と例のあるうちで、ドイツ民法のように一年とするのが相当のように思われる。

なお、ドイツ民法が配偶者に対する贈与は無期限とすることはすでにみたが、もしそうであるならば、親権などの保護下にある未成年の子に対しても無期限のはずであろう。時効の停止に関する第一五九、一五九条の二参照（後者は枝条文であるが、第二次大戦後の大改正の一部として、前者から分離されたものであり、原始規定からあつたものである）。

しかし、ドイツ民法のように、一〇年とするのでは、フランス民法（の解釈）のように、三〇年の普通時効とすることとどれだけの差異があるか問題である。そうして、そもそもとくに期間制限を設けるかいなかの問題としては、滅殺のほつには別に特別な短期の期間制限があるのだから、フランス民法のように、期間制限を設けないのが正当というべきである。

もとより、いわゆる折衷主義は多少その不都合を緩和することになることは、修正案参考書のいつとおりである。しかし、それは問題を不確定なものとするばかりでなく、そもそもそのような主観的な側面を持ち込まなければならぬような規定をすることじたいが問題であろう。したがって、解釈論としては、その極端な制限立法に対するものとして、極端なまでの制限解釈が要請されるであろう。

そのほか、第三者の保護は梅要義相統編四三三頁でも受贈者は安んぜず、処分が困難となり、取引の安全を害するといわれている。しかし、取引の安全保護ならば、相手方の悪意だけで十分のはずであり、双方の悪意を問題とする必要はない。また、第三者の保護は第三者効に関するものとしてすでに（本稿第二で）みた旧第一一四三条、現第一〇四〇条の問題のほつであるが、それをここでもいつていることも問題であろう。贈与がされなくなり、遺留分を認めた実益がなくなってしまうとする点にいたっては、まったくあべこべのことであろう。なぜなら、遺贈

は無制限に滅殺の対象となるはずだからであり、旧第一一三四条、現第一〇三一条、そうすれば遺留分がいわば無制限に実現されることになるはずだからである。

不相当対価の場合にも、期間制限はないわけであるけれども、以上と同じことであることはいうまでもない。

(1) 柳川注釈下（二〇年八月）六一七 八頁（九一七）、近藤相統下（三八年九月）一一一七頁注一、谷口全集論文（三八年二月）一八六頁にもこの概観があるが、その批判的検討はない。

(2) Th. Kipp und H. Coing, a. a. O., § 13, によれば、ドイツ民法は体系的にはともかく、実質的には、フランス民法（の解釈）にならうたものである。

三 判例、学説

遺留分権者はその権利の仮登記をすることができなとしたのが大正六年七月一八日の大決（民録二三輯一一六一頁）であることはすでにみた。

その要旨はやや傍論的にこの点にもふれ、侵害行為以後の事情を考慮すべきことを強調する。中川旧著（二五年一〇月）二五七頁（二二年六月）、近藤相統下（三八年九月）一一三三頁、一一二四頁注八。

要旨（全六点中の第三点）一 被相続人が贈与を為したる後贈与財産と同額以上の財産を増殖したるときは豪も遺留分を害することなきのみならず贈与財産の価額を加算するは其贈与か遺留分権利者に損害を加ふる故意を以て為されたる場合の外相統開始前一年以内に為されたることを要するものなれば相統開始の時に至らざれば贈与か遺留分を害するや贈与財産の価額を被相続人の財産に算入すべきやを決することを得ざるものとす

しかし、侵害行為当時の事情を基準とすべきことをいい、したがってそれ以後の事情を考慮することを否定する

ものもある。

大判昭和五年六月一八日民集一五卷六〇九頁（昭和五年（才）第二四六号、所有権移転登記抹消請求事件、棄却）。相続人が被相続人から贈与を受けた者に対しその登記抹消などを求めた事件。相続人は被相続人の先妻の長男、受贈者は被相続人の後妻の弟であり、それに対する贈与は大正九年八月に七八筆の土地の売買名義でされ、後妻の養育を依頼されたという。相続人には同年九月に五七筆の土地の贈与がある。

大正一四年（二月）に被相続人の死亡による（家督）相続が開始。相続人は本訴以前に、別に贈与の無効を主張し（控訴審まで争つ）たが、敗訴している。五年前の贈与が問題とされたわけである。

第一審、新潟地高田支判年月日不明、棄却、控訴審、東京控判年月日不明、棄却。

その要旨は訴訟法の問題に関するが、判旨にはつぎの部分もある。

判旨（全三点中の第三点） 然れども贈与の当事者が遺留分権利者に損害を加ふることを知りて之を為したりや否やは該贈与当時の事情に依り之を判定するを受当とす……

その批評、兼子一、（法協四九・二二、三二年二月）判民第六一事件（判旨には疑問？）。

学説でもこれは支持されている、近藤相続下（三八年九月）一一一九頁。島津注釈相続下（五五年一月）二三〇頁、我妻・唄相続（六六年四月）三二七頁²。

しかしまた、判例によつては一九年前の贈与などが問題となつた事件について、それ以後の事情を考慮すべきことを強調する。

大判昭和一一年六月一七日民集一五卷二二四六頁（昭和一年（才）第二六一四号、遺留分回復請求事件、一部破棄差戻・一部棄却）。

長男が被相続人から贈与を受けた次男に対しその遺留分の回復を求めた事件。被相続人、父の推定の法定家督相

続人である長男が放蕩者で、若くして（一六歳で）家出し、刑事事件を起こすなどしたので、父はその廃嫡を思つたが、次男などにいさめられて、一時は断念したけれども、結局次男に全財産を贈与した（正確には、大正四年に次男には三六筆を、三男には二四筆を贈与し、大正九年には三男が次男にそれを売買名義で贈与、これにあわせて父も残り八筆を次男に贈与）。

その後、父が（昭和九年・大正三年に）死亡し、家督相続が開始したところ、長男が帰還しての遺留分の回復を求めた事件。一九年前の贈与が問題となつたわけである。

第一審、大洲区判年月日不明、認容、控訴審、松山地判年月日不明、認容。

第一審も同じことであるが、原審は……本件各贈与は当事者双方が遺留分権利者に損害を加ふることを知りて為したるものに外ならずと判断し、請求を認めた。

要旨 相続開始一年前の贈与か遺留分権利者たる法定家督相続人に損害を加ふることを知りて為されたるものなりと謂ふには当事者双方に於て贈与当時贈与財産が残存財産の価額に超ゆることを知り居りたるのみならず尚ほ将来相続開始迄に其の財産に何等の変動なきこと少くとも其の増加なるべきことを予見し居りたる事実あることを必要とするものとす

その批評、岩田新、志林三八卷二二二（三六年二月）一（一七二八）頁（反対）。来栖三郎、（法協五五・

一、三七年一月）判民第八三事件（結果疑問）、近藤英吉、論叢三六卷一号（三七年一月）一六六頁（疑問）、福島

四郎、法と経済七卷一号（三七年一月）一五六頁（正当）、中川善之助、民商五・一（三七年一月）一五六頁（総

評三卷第二一事件）（正当）。

大判昭和一二年二月二日新聞四二二五号九頁、法学七卷四号一三（五三六）頁（昭和一二年（才）第一七

七号、遺留分回復請求事件、棄却）。

おいが被相続人、祖父から贈与を受けたおじに対しその遺留分の回復を求めた事件。実際にはおいの父、被相続人の長男が本訴を起こしたが、その間に長男の死亡があり、その子、孫、おいによるその相続承継があつたようである。おじは祖父の次男で、分家しており、大正九年から大正一三年まで祖父から五六筆中三七筆の贈与を受けており、残りは一九筆。

昭和十一年（すなわち大正三五年）に被相続人の死亡による家督相続が開始して、本件となつた。十数年前（大正九年では一六年前、大正一三年では一二年前）の贈与が問題となつたわけである。

第一審、岩村田区判年月日不明、棄却、控訴審、長野地判昭和十二年七月二四日、棄却。

判旨（全二点中の第一点） 同趣旨。

上告人側は大審院昭和九年（才）第一 七九号判決同年九月一五日新聞三八 一号九頁（後掲）を二頁で自己に有利に引用した。

判旨は先例についてもふれ、以上は当院の判例とするところとし、かつこして昭和十年（才）第二六一四号同十一年六月十七日当院判決「前掲」参照とする。

学説も一般にこれを支持している、谷口全集論文（三八年二月）一八九頁。島津注釈相続下（五五年一月）二二九頁、高木大系論文（六〇年八月）二六〇頁。中川・泉相続（〇〇年一〇月）六五四頁（六四年六月）、我妻・唄相続（六六年四月）三二七頁、もっとも昭和五年の大判も当然とする。しかし、一般的にはともかく、具体的には疑問とする説があり、近藤相続下（三八年九月）一一一九頁以下、逆に具体的にはそれによつても、一般的には疑問とする説もある、柚木相続（五三年五月）二五六―二〇四（四二 一頁）。

わたくしは一九年前の事例も含めて、疑問に思う。不確定であることはたしかであり、したがつて事後の事情が考慮されることをまったく禁すべき理由はない。しかし、一般的には、それは第一〇三〇条が求めるところではな

いのみならず、権利の性質の問題であるから、つぎの第一〇三一条がいうように、遺留分を保全するのに必要であるかどうかの問題であるにすぎない。もとより、具体的には、前者の、事実としての廃嫡としては、その請求棄却的な結果はまことに正当である。けれども、そもそもそれが事後の事情であるかに問題があるばかりでなく、第一條の明文のある現在では、権利濫用論などで対応すべきであろう。後述仙台高秋田支判など参照。

(1) その要旨は訴訟法の問題に関するもので、こつであり、本文後述の兼子評釈はこれを正当としている。

要旨 文書の提出は当事者間に於て原本の存在並成立に付争なく且其の謄本を以て原本に換ふることに異議なき以上謄本を以て之を為すことを得るものとす「判旨第一点」

(2) 柚木相続（五三年五月）、高木大系論文（六〇年八月）、中川・泉相続（〇〇年一〇月）（六四年六月）にはこれの引用はない。すでに谷口全集論文（三八年二月）一九六 七頁にも引用がない。一般にもそうであるが、とくに柚木判例民法論は要旨判例論であつて、判例一般という意味での判例論ではないわけである。

四 判例、学説——つづき

そのほか、以上に知つてとあることの、すなわち悪意（であること）の立証責任は滅殺請求者に存するとされる（判旨全二点中の第二点）。

大判大正一年一月二九日新聞一九五号一頁（大正一年（才）第八四四号、遺留分滅殺請求事件、棄却）。相続人が被相続人から贈与を受けた者に対しその滅殺を求めた事件。（土地四三筆などの）受贈者は相続人の兄弟か（被相続人と、したがつて相続人と同じ名字）。

第一審、鹿児島地判のようであるが、正確には年月日とも不明、棄却か、控訴審、長崎控判大正一年七月二八

日、棄却。

学説でもこれは一般に当然のこととされている、島津注釈相続下（五五年一月）二二〇頁（一般原則によって）、高木大系論文（六〇年八月）二六〇頁。中川・泉相続（〇〇年一月）六五七頁（六四年六月）、我妻・唄相続（六六年四月）三二七頁。しかし、最近ではこれに反対する説もある、加藤叢書（八一年一月）二五頁。もっとも、近藤相続下（三八年九月）、柚木相続（五三年五月）にはその引用がない。

なお、第四二四条第一項に債権者を害することを知つてとある債権者取消訴権についても、そのようにいわれている。我妻債権総論（二七三）二七六。

わたくしも一般論としてはそうであるべきものと考え、また時代の趨勢などという理由には容易に賛成することができないけれども、ここでの極度の制限解釈という観点からは、結果においてはその反対説に賛成したい。

また、以上に損害を加えることとあるが、とくに害意があることを要しないとされる。

大判昭和四年六月二日民集一五卷六一八頁（昭和四年（才）第四七三号、土地所有権登記抹消請求事件、棄却）。おいが被相続人から贈与を受けたおじに対しその登記抹消を求めた事件。おいは女被相続人の子で、その私生子として（明治四三年に）生まれ、その相続人であるが、その出生前に（明治四一年に）、被相続人（女家督相続人）からおじ、被相続人の長兄（家督相続を辞し、廃嫡を受けている）に対し（家督相続によって承継した）全財産の贈与があった。

その後被相続人の隠居による家督相続が（昭和二年すなわち明治六〇年に）あったので、その相続人、おいによってその贈与が問題とされた事件。これも一九年前の贈与が問題となったわけである。

第一審、新潟地判年月日不明、棄却、控訴審、東京控判年月日不明、棄却。

要旨 遺留分算定に付相続開始の時より一年前に為されたる贈与の価額を算入するには当事者双方が遺留分権利

者の権利を害することを認識して為したる事実あるのみを以て足る

その批評、穂積重遠、（法協四八・八、三一年八月）判民第五七事件（結果正当）。

大判昭和九年九月一五日新聞三八 一号九頁（昭和九年（才）第一 七九号、所有権移転登記抹消手続請求事件 棄却）。

事件は前掲のように（前稿、自己の物）、家督相続人が受贈次三男に対し登記抹消などを求めたもの。

第一審、長崎地判年月日不明、棄却、控訴審、長崎控判昭和九年四月六日、認容。

判旨（全六点中の第五点） 同趣旨。なお、その第二点が例の自己の物。

学説もこれを支持している。近藤相続下（三八年九月）一一一九頁（大判昭和九年）、一一二二頁（大判昭和四年）、谷口全集論文（三八年二月）一八七頁。柚木相続（五三年五月）「五六」二（口）（四一九頁）（大判昭和九年）、島津注釈相続下（五五年一月）二二九頁、高木大系論文（六〇年八月）二六〇頁。中川・泉相続（〇〇年一月）六五四頁（六四年六月）、我妻・唄相続（六六年四月）三二七頁（もっとも、穂積判評とともに、大判昭和四年は傍論という）。

なお、第四二四条第一項に債権者を害することとある債権者取消訴権についても、そのようにいわれている。我妻債権総論（二七二）。

さらに、ドイツ民法は別に第二三三〇条で日常の贈与（正確には、慣習上のあるいは身分相応の贈与）は滅殺の対象にならないとし、スイス民法第五二七条第三号但書も日常の贈与は以上の例外とするとする。わが国の民法にはその趣旨の明文がなく、またまだ判例もないが、学説上ではこれが認められている。近藤相続下（三八年九月）一一一七頁、島津注釈相続下（五五年一月）二二九頁。家族間の贈与も除外されるべきことについては、ドイツ民法との関連ですでにみた。

五 判例、学説——その三

第二次大戦後には、最高裁判例はまだないが、以上の悪意を、したがって減殺を認めなかったものに、つぎのものがある。

東京地判昭和五一年一月二日判時八五二号八頁（昭和四七年（ワ）第一 七六四号、相続財産引渡等請求事件、一部認容・一部棄却、確定）。

被相続人の（法律上の）妻子が被相続人から各種の贈与を受けた（事実上の）重婚妻子に対しその減殺を理由に財産の引渡を求めた事件。

被相続人は元検事、弁護士で、重婚子は昭和三四年生まれ、重婚同居は昭和三六年から。被相続人は死亡（昭和四七年）の一〇年前から七年前に重婚妻子に四筆の土地建物を贈与していた。¹⁾

また、学説では以前から以上の一年間というのは契約の時からいい、したがって一方では一年前に契約されれば、一年後に履行されてもここでの贈与ではないとされ、他方では一年間に契約されれば、それが履行されたことを要しないとされる。近藤相続下（三八年九月）一一一八頁注二。島津注釈相続下（五五年一月）二二九頁、高木大系論文（六〇年八月）二六〇頁。我妻・唄相続（六六年四月）三一八頁、中川・泉相続（〇〇年一〇月）六五五頁注一（六四年六月、新版以来）。もつとも、谷口全集論文（三八年二月）一八六 七頁、柚木相続（五三年五月）「五六」二一（四一九頁）には指摘がない。

ただ、書面によらない贈与については、第五五〇条との関係で、疑問とするものがある。鈴木相続（九六年九月）一五四頁（六八年三月）。また、死因贈与は第五五四条との関係で、ここでの贈与ではないとされる。柚木相続（五三年五月）「五七」三（八）（四二七頁）、中川・泉相続（〇〇年一〇月）六五五頁注一（六四年六月、新版以来）。下級審では農地法などによって知事の許可を要することになっている農地の贈与は、停止条件附贈与であり、他

方第一〇三〇条にいう一年前の標準時は契約の時であるから、その贈与は減殺の対象にならないとされる（贈与は昭和二五年、許可・登記は昭和二七年）。

仙台高秋田支判昭和三六年九月二五日下午民集一二巻九号三三七三頁（昭和三五年（ネ）第四八号、遺留分減殺請求控訴事件、棄却）。

養子が被相続人、養父から土地の贈与を受けた養方のいところに対しその減殺を求めた事件。いところは被相続人、養父にとっては分家した弟の長男。（昭和二年縁組の）養子は農業を嫌うなどから、昭和一五年に財産は一切いらないと称し、養方夫婦などがとめるのも聞かず、子連れて、家出し、以後まったく交際がない。

養方夫婦は親族協議のうえ、いとこを迎え、これに後をみもらうことになり、（昭和二五年と三二年三月には）土地全部をこれに贈与し、昭和三二年（六月）に死亡。いとこがその葬儀を行なったが、養子は連絡を受けてもこれに出席していない。

第一審、秋田地判であるが、正確には年月日とも不明、棄却。

しかし、これは理論としては疑問である。第五四九条では贈与は両当事者の合意によって成立し、効力を生ずるとするが、異例であり、民法じしんも第五五〇条で書面によらない贈与は、履行が終わらないかぎり、両当事者が取消することができるとしており、またここでは極度の制限解釈をとるべきものであるから、土地としては、登記された時を基準にすべきであろう。もつとも、以上の判決は事実上離縁していた養子の事実上の養子に対する減殺の請求を権利濫用として認めなかったものであり（そうして、それが下民集のもう一つの判示事項となっている）、その結果は正当である。

(一) そのほか、(中川) 泉相続(〇〇年一〇月)六五七頁注七は(新版以来)前橋地判昭和三年六月六日下民集八巻六号

一七頁を、また(第三版以来)東京高判昭和四四年五月三 日判時九三七号四三頁を、この問題に関し、悪意を認めるものとしてあげる。しかし、それはすでにみたように、特別の期間制限の起算点に関するものであり、ここでの引用は不適切というべきである。

六 付論——減殺権の権利濫用

そのほか、以上に関連して、ここでも最高裁判例はまだないが、減殺権の権利濫用が問題となっている。

(a) 一方、以上にみた昭和三六年の仙台高秋田支判が肯定例であるわけであるが、その他にも、肯定例としてつぎのものがある。

名古屋地判昭和五一年一月三 日判時八五九号八 頁(昭和四八年(ワ)第二三三 三号、遺留分減殺請求事件、棄却)。

養子夫婦が被相続人から不動産の遺贈を受けた他の女養子に対しその減殺を求めた事件。一方、その夫は被相続人、養母のおいであるが、その養子夫婦は、縁組後間もなく養母に対し不動産の名義変更の要求をしたのをきっかけに、これに応じない養母と不仲となり、もう親でもなければ子でもないと称して家出し、以後(二五年間)まったく交際がない。

他方、女養子は女被相続人(当時未亡人で、六才)の下で嫁入り前の行儀見習を受け、夫婦養子の縁組前後に、他と婚姻に及んだものであるが、夫婦養子の家出もあり、夫の応召もあって、被相続人と同居してその面倒をみるようになり、夫の復員後は双方の板ばさみとなって、結局夫から離婚されるにいたり、請われるままに、こちらで縁組となった。その後これに対する全不動産の遺贈(遺言の種類は不明)。そのうえで、相続が開始し、本件の請求となった。

その請求は権利の濫用にあたるとされ、請求棄却。

東京高判平成四年二月二四日判時一四一八号八頁(平成三年(ネ)第六五四号、遺留分減殺請求控訴事件、棄却)。

長男、三男が被相続人から遺贈を受けた長女の夫に対しその減殺を求めた事件。被相続人は以上の母で、(夫死亡後)長男夫婦と同居したが、後不仲となり、別居。ついで長女夫婦と同居(同居二年)、のちに他の子の権利主張を禁ずる証書をとったうえ、長女の夫に公正証書によって土地を相続させる旨の遺言をした(その地上建物はその間に長女の夫が建て替えている)。そのうえで、相続が開始し、本件の請求となった(ほかに次男があるが、これは不参加)。

第一審、東京地判平成三年二月一三日前掲八七頁、認容。

原審は権利の濫用にあたらぬとしたが、ここで濫用にあたるとされ、請求棄却。

(b) 他方、以上にみた東京高判の第一審、東京地判平成三年二月一三日は権利濫用の否定例であるわけであるが、そのほかにも、否定例としてつぎのものがある。

仙台高判昭和四九年一月二七日高民集二七巻七号九四四頁前掲(本稿第二)。

事件はすでにみたように、跡をとり、遺贈を受けた次男に対し母と他の子がその減殺を求めた事件。昭和四一年死亡。

要旨は価格返還のときは、価格の提供を要するとしたものであるが、権利濫用は母の請求に関する。父がその死因であるがんにかつた後、母が次男に隠れて他の子に食料を与えたなどをきつかけに、次男が母に対し暴力をふるう、母が病にかかった父を置いて家出する、母からの離婚請求、次男の妻に対する離縁請求などのことがあったための主張である。

第一審、山形地新庄支判昭和四八年六月一六日前掲九六二頁、価額弁済を認容。しかし、原審とともに、その請求は権利の濫用にあたらないとされ、請求認容。

その批評、佐藤義彦、前掲（昭和五二年）七七年（ふれるところがない）。

(c) 以上、事実上の離縁などの型と真実の権利濫用の型との二つの型があるということになるであろう。後者の型に属する二例または三例の一つまたは二つが否定例であるのはやや象徴的である。とにかく、後者の東京地判は不当であるが、他は正当であることは明らかであろう。ここでは善意悪意の問題とし、事後の事情も考慮するとわく組みが不要であることも、すでにみた。

そのほか、大判昭和一一年六月一七日民集一五卷一二四六頁前掲はこの面から、すなわち権利濫用の側面から、正確には事実上の廃嫡の側面からも評価されるべきこと、そうしてその意味では正当といふべきことは、すでにみた。

また、もしそう考えたとすると、最二判昭和二五年四月二八日民集四卷四号一五二頁前掲も従来一般の評価とはやや異なった意味を持つことになるであろう。いいかえれば、

その公序良俗論は相当に問題を含むものであり、異例のものであることもすでにみた。また、その期間制限の起算点に関する議論も相当に問題を含むものであり、異例のものであることもすでにみた。もとより、ここでの養子（夫婦）の家出は減殺主張の一、二年前のことであり、二〇年前などというのとはやや異なることはたしかであるが、事実上の離縁の点では、同じことである。事実上の離縁でも、離縁は離縁であり、したがって遺留分が認められることも、またその保全主張が認められることも、ないといふべきで、離縁後の期間の長短は復讐の念などにとってはともかくも、特別な意味はもたないといふべきである。養子がそうであれば、その代位行使の債権者（じつは実兄）もその効果を受けるほかはないことも、当然である。

もしそうだとすると、以上二つの論点は仮託されたまでの、表面上のものであって、まともなものではなく、真実の論点は事実上の離縁の点にあるわけであり、その面では、以上はむしろ正当といふべきである。ほぼ同趣旨、高木判例演習（六四年一二月）。

以上予想外に長くなったが、まとめてみれば、こうなるであろう。

第一に、一年と二〇年の期間制限はあまりにも短すぎるといふほかはなく、法典外在的な立法論としては三年と三〇年とすべきであり、法典内在的な立法論としては三年と二〇年とすべきである。

第二に、以上の期間制限の性質については議論があるが、いずれも消滅時効期間ではなく、除斥期間と考えるべきである。しかし、減殺後の請求権、抗弁権については、その適用はなく、一方は普通時効によつてのみ消滅し、他方は普通時効にもかからないとすべきである（これは丁）。

第三に、その一年の除斥期間の起算点は減殺の意思表示とはなにかも含めて、できるだけ緩く解されるべきである。一〇年の除斥期間は事実上無視されているわけであるが、それは三〇年または二〇年の普通時効との観点からは、正当なものと考えられる。

なお、本稿での問題ではないことになったが、以上を無視するような形での特得時効の主張は認められるべきもではない。

第四に、減殺対象の一年の期間制限も立法論としては廃されるべきであり、解釈論としてはできるだけ緩く解されるべきである。