

法學啟蒙叢書

民法系列

遺 囑

■ 王國治 著

Testament

Testament

Testam

Civil Law

三民書局

Testament

人「生」從何而來？「死」又將往何處去？這是兩個同等重要的生命課題，然而，大多數人對於「死亡問題」卻往往懷著莫名的恐懼而避之不談。近年來，隨著美國九一一事件、南亞海嘯、死後取精等天災人禍所帶來「生命無常」的震撼，越來越多人不再視「預立遺囑」為一種忌諱，而是當成一種「積極管理身後事」的方式，可以減少生命走到終點的遺憾，才能轉悲為喜，化苦為樂，圓滿地為人性尊嚴譜下一個完美的休止符——「知生又知死，達觀過一生」。因此，認識與「遺囑」相關的知識與法律，實為現代人不可或缺的必備常識。

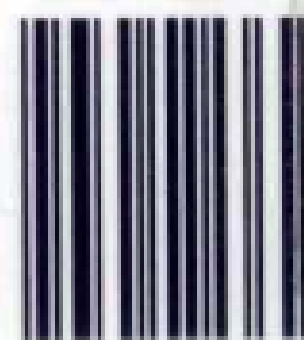
本書首先介紹中外遺囑的歷史背景與變遷過程，並針對世界各國、臺灣、香港、澳門與大陸地區的遺囑法律做比較研究；其次，從我國遺囑之相關法律、司法實務與實際案例切入，帶領讀者徹底瞭解遺囑的理論與實務；最後，可以啟發法律初學者的興趣，詳盡剖析我國遺囑法律闕失之處，並提出將來遺囑修法之具體建議，實為一本值得閱讀與收藏的法律好書。

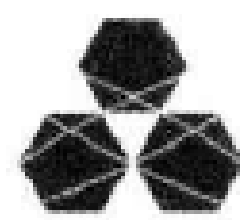
ISBN 957-14-4519-3 (584)



9 789571 445199

NT. 250





法學啟蒙叢書

Testament

民法系列

遺囑

■ 王國治 著

Testament

Civil Law

 三民書局

民法系列:遺囑 王國治著.——初版一刷.——臺北市:三民,2006
面;公分.——(法學啟蒙叢書)

ISBN 957-14-4519-3 (平裝)

1. 遺囑

584.52

95006249

三民網路書店 <http://www.sanmin.com.tw>

◎ 民法系列
—— 遺 囑

著作人 王國治
發行人 劉振強
著作財產權人 三民書局股份有限公司
臺北市復興北路386號
發行所 三民書局股份有限公司
地址/臺北市復興北路386號
電話/(02)25006600
郵撥/0009998-5
印刷所 三民書局股份有限公司
門市部 復北店/臺北市復興北路386號
重南店/臺北市重慶南路一段61號
初版一刷 2006年5月
編 號 S 585610
基本定價 伍 元
行政院新聞局登記證局版臺業字第〇二〇〇號

有著作權·不准侵害

ISBN 957-14-4519-3 (平裝)

序

現代人對於生前財產的管理與支配之傳統邏輯思維，已經延伸到死後遺願的實現與財產權之分配，遺願的表達與實現之生死管理學已經成為世界的趨勢與潮流。因此「預立遺囑」來管理身後事，是一種可以減少生命走到終點的遺憾，才能轉悲為喜，化苦為樂，圓滿地為人性尊嚴譜下一個完美的休止符——「知生又知死，達觀過一生」。

有鑑於臺灣法學界對於遺囑比較法學的研究，欠缺完整介紹世界各國與臺灣、香港、澳門與大陸地區的遺囑制度，筆者曾實地參訪兩岸四地，從事學術訪問與交流期間，蒐集各種遺囑法學著作，經過一年的光陰，終於將研究心得寫成拙著，請讀者不吝給予斧正與指導。

拙著首先介紹西方與中國遺囑之歷史背景與變遷過程，再從我國遺囑之相關法律、司法實務與案例解析，帶領讀者瞭解遺囑之理論與實務，進一步比較世界各國、兩岸四地的遺囑內容，除了可以啟發法律初學者的興趣，更加以歸納出我國遺囑法律闕失之處，並且提出將來遺囑修法之建議，實乃筆者研究之目的。

在人生的旅程中，要感謝與我們相遇過的每一個人，因為有您而豐富了我們的人生，因為有愛而滋潤了我們的心靈，願主賜給每一個人平安與幸福。

王國治 謹誌

二〇〇六年四月春夜穀雨

序

➤ 導 論	1
➤ 第一章 中國遺囑之歷史背景與變遷過程	15
➤ 第二章 西方遺囑之歷史背景與變遷過程	19
➤ 第三章 遺囑之意義與內容	31
第一節 遺囑之意義與特徵	31
第二節 遺囑之自由原則與內容	36
第一項 遺囑之自由	36
第二項 遺囑之內容	40
第三項 世界各國遺囑自由之比較與我國修法之建議	44
第三節 遺囑之能力	47
第一項 遺囑能力	47
第二項 世界各國遺囑能力之比較與我國修法之建議	52
第四節 遺囑之方式	56
第一項 自書遺囑	57
第二項 公證遺囑	67
第三項 密封遺囑	77
第四項 代筆遺囑	84
第五項 口授遺囑	96

第六項	世界各國遺囑的方式之比較與我國修法之建議	110
第五節	遺囑見證人	116
第一項	遺囑見證人之資格	116
第二項	世界各國遺囑見證人之比較與我國修法之建議	123
第六節	共同遺囑	125
第一項	共同遺囑之意義與效力	125
第二項	世界各國共同遺囑之比較與我國修法之建議	127
▶ 第四章	遺囑之撤回	131
第一節	遺囑撤回之意義與區別	131
第二節	遺囑撤回之方法	132
第三節	遺囑撤回之效力	136
第四節	世界各國遺囑撤回之比較與我國修法之建議	139
▶ 第五章	遺囑之效力	145
第一節	遺囑效力	145
第二節	世界各國遺囑效力之比較與我國修法之建議	151
▶ 第六章	遺囑之執行	159
第一節	遺囑執行之準備程序	159
第二節	遺囑執行人	161
第三節	世界各國遺囑執行人之比較與我國修法之建議	169
▶ 第七章	遺贈	177
第一節	遺贈之意義與種類	177
第二節	遺贈之效力	179
第三節	遺贈之標的物	180
第四節	附負擔之遺贈	182

第五節	遺贈之承認與拋棄	183
第六節	世界各國遺贈之比較與我國修法之建議	187
▶第八章	特留分	195
第一節	特留分內容	195
第二節	世界各國特留分之比較與我國修法之建議	200
▶結語	205
▶附錄	參考文獻	207



導 論

「生」到底從何而來？「死」又究竟往何而去？「生死問題」從古到今都是絕大多數人最忌諱談論的事情，如此詭譎的情境構成了人生的一大弔詭 (paradox) 與難題。孔子在《論語》的〈先進篇〉曾說：「季路問事鬼神。子曰：『未能事人，焉能事鬼？』」曰：『未知生，焉知死』」，莊子在〈知北遊〉曾說：「生也死之徒，死也生之始。孰知其紀？」從生命本身的觀點來看，「生」與「死」都是生命之流無法分割的一部分，換言之，「生」、「死」是生命一體之兩面。生死大事終究是人生無法迴避的必修功課，因此如何維護身、心、靈的整體健康，並且培養出積極而正向的生死態度，是每一位有情個體在其生命中所必須面對的重要課題^❶。在生與死之間，我們無權選擇，但我們必須承認，人即使能活到百歲，也終要離開世界，如果能在人生旅程終結時，不帶著遺憾下車，他就是最聰明的人^❷。換言之，人們無法選擇出生時的命運，但是卻可以表達死亡後的安排，當下我們為了「生存權」而努力奮鬥的同時，別忘記為自己留下「死亡權」的意願表達，也就是以預立遺囑的方式，才能夠圓滿地為「人性尊嚴」畫下一個完美的休止符——「知生又知死，達觀過一生」。

遺囑 (Testament) 是立遺囑人對其遺產或者死後其他事務進行處理，並以死亡為生效法律事實的單方意思表示^❸。換言之，遺囑是個人使其最後的意思，在生前預先用書面的方式，交代其後人如何處理其後事的法律行

❶ 釋慧開，〈從生死課題看精神健康在宗教層面探索生命的意義〉，李宇宙主編，財團法人精神健康基金會，2002年12月初版，pp. 145-169。

❷ 陳雅莉，〈不帶走一些遺憾！如何預立遺囑〉，《消費者報導》，186期，1996年10月，p. 10。

❸ 由嶸主編，《外國法制史》，五南圖書出版公司，1993年10月初版，p. 454。

為^④。

日本百歲人瑞家藤靜江女士活過明治、大正、昭和、平成四個朝代，可以說是近代史中活的見證人，她在 NHK 電臺播出「世紀的遺囑」節目中說：「遺囑並非臨終留言，乃是對於世人的建言」^⑤。

諾貝爾獎是全世界人類的最高殊榮，諾貝爾生前特別以遺囑將死後留下的財產成立一個基金會，每年頒獎給為人類作出傑出貢獻者，他的遺囑全文中提到：

「我，簽名人艾爾弗德·伯哈德·諾貝爾，經過鄭重的考慮後特此宣布，下文是關於處理我死後所留下的財產之遺囑：

在此我要求遺囑執行人以如下方式處置我可以兌換的剩餘財產，將上述財產兌換成現金，然後進行安全可靠的投資；以這份資金成立一個基金會，將基金所產生的利息每年頒獎給在前一年中為人類作出傑出貢獻的人；將此利息劃分為五等份，分配如下：一份獎給在物理界有最大的發現或發明的人；一份獎給在化學上有重大的發現或改進的人；一份獎給在醫學和生理學界有重大發現的人；一份獎給在文學界創作出具有理想傾向的最佳作品的人；最後一份頒獎給為促進民族團結友好、取消或裁減常備軍隊以及為和平會議的組織和宣傳盡到最大努力或作出最大貢獻的人。物理獎和化學獎由斯德哥爾摩科學院頒發；醫學和生理獎由斯德哥爾摩卡羅林斯卡學院頒發；文學獎由斯德哥爾摩文學院頒發；和平獎由挪威議會選舉產生的五人委員會頒發。對於獲獎候選人的國籍不予任何考慮，也就是說，不管他或她是不是斯堪的納維雅人，誰最符合條件誰就應該獲得獎金，我在此聲明，這樣授予獎金是我的迫切願望……

這是我唯一有效的遺囑。在我死後，若發現以前任何有關財產處置的遺囑，一概作廢。」^⑥

^④ 蔡仟松編著，《遺囑寫作DIY》，書泉出版社，2002年2月初版，p. 2。

^⑤ 劉焜輝，〈世紀的遺囑〉，《諮商與輔導》，第137期，1997年5月15日，p. 1。

^⑥ <http://www.edu.cn/20031010/3092482.shtml>

梵諦岡教廷公布前教宗若望保羅二世的一份遺稿，他警惕世人：「當今人類社會似乎正被陰影所籠罩，屢屢受到悲劇性事件與大規模天災的震撼。」顯示當時已病入膏肓的教宗，念茲在茲的仍是全人類的福祉^⑦。前教宗的最後遺言表示「我很快樂，我要大家都快樂」^⑧，其遺囑以波蘭文寫成，教廷將它翻譯成義大利文後公開。前教宗分六個階段寫下這份遺囑，每次都是在復活節前的大齋節期間寫的，最早的部分寫於1979年，亦即他當上教宗後一年，最後一部分則於2000年寫下，內容提及他在1981年遭行刺的事件，他認為能夠逃過大難實屬「奇蹟」，但他覺得自己身體狀況已大不如前，而天主教會亦開始踏入新的千禧年，故他曾考慮退位的可能性。前教宗在這部分的遺囑中亦顯示出他當時已經了解到自己正走近生命盡頭，他寫道：

「我回憶起我的最初、我的父母和兄弟姊妹，我也憶起我受洗的教區、鄰居、朋友，以及小學、大學和克拉科夫教區的友人。我將教會和世界留在聖母的手中，我感謝每一個人，我要求每一個人的寬恕^⑨。」

在九一一恐怖攻擊事件後，全美籠罩在恐怖主義的陰影之中，民眾開始思考預立遺囑的必要性；據估計，美國有59%的人沒有預立遺囑，這些人如果走得突然，他們身後親人、財產的未來，根據美國法律是要交由法院判決來決定。雖然九一一事件開始了美國人的恐怖夢魘，雖然沒有人知道這場與恐怖分子之間的戰爭要打多久，但是對已經罹難的美國人家屬來說，確是一輩子無法撫平的傷痛。根據《紐約時報》估計，這次大難造成幾千名十二歲以下的兒童失去父親或母親。一位三十二歲的單親媽媽坎拉姿 (Rose Conzalez) 在知道自己可能跑不出來時，利用生命最後的幾分鐘打了個電話給妹妹，希望妹妹能代替她繼續照顧十二歲的女兒，而不要把女

⑦ 〈教宗公布教宗遺稿，病入膏肓時不忘警惕世人天災人禍〉，《中國時報》，2005年4月17日，第十一版。

⑧ 〈安博思：教宗要大家快樂〉，《中國時報》，2005年4月4日，第四版。

⑨ <http://hk.news.yahoo.com/050407/10/1b9qy.html>

兒交給自己的前夫，因為前夫曾被法官判決不適合撫養孩子。但是由於坎拉姿未能事先預立一份有效的遺囑，現在所留下的財產與小女兒未來的命運，可能要交由一群素昧平生的陪審團判決來決定^⑩。

在美國，最快立遺囑的方式就是自己動手寫，但是由於大部分的人對於如何預立遺囑並不瞭解，過去很多人都是由自己口述，再交由律師代寫。現在坊間出現的一些訂立遺囑的軟體，讓事情變得更簡單，內容大多仿效律師與客戶的對談方式，採一問一答。以 Nolo Press 出的 2002 Person Deluxe 軟體為例，電腦提出的問題很簡單，像是何處有財產、要留給誰等等，在全部問卷做完之後，電腦軟體會自動把所有答案整理出來，以正式遺囑的規格呈現，接著把完成的遺囑列印出來找兩個見證人簽名，就是一份除了美國路易斯安那州外（法律規定不同）全美都有法律效力的遺囑。這個軟體花費約四十美金，可買 CD 自己安裝，也可直接上網下載。另二種目前也頗受歡迎的軟體：Broadbund 出的 Family Lawyer 2002 Delux 與 Kiplinger 出的 WillPrower，使用方法也差不多，大約五分鐘就可以在電腦上裝好，填問卷也只需要一小時。這些軟體目前受到歡迎的原因在於使用者的自主性高，價錢也不貴。使用者一旦要更改財產或遺囑，只要打開電腦自行更改即可，不須上律師事務所找律師花錢更改遺囑內容。

近年來拜恐怖分子猖狂所致，這些軟體銷路直線上揚；網路上提供遺囑服務的網站也逐漸出現，使用者根據網站上所列的自己居住州別、背景等等選擇合適的資料填寫，完成之後便可以寄出到網站，這些網站再根據填寫內容編好印出，使用者找二名見證人簽名即可完成手續。無論是請律師幫忙寫遺囑，或是買軟體自己草擬，甚至利用網路都是預先為身後事打算。一旦走得突然，有一份遺囑，多一份安心^⑪。

網路上提供遺囑服務的網站也逐漸出現，茲整理為表一：

^⑩ 羅曉瑩，〈不知道什麼時候恐怖份子會到你家，美國人搶著上網預立遺囑〉，《數位周刊》，第 60 期，2001 年 10 月，pp. 82-83。

^⑪ 羅曉瑩，前揭〈不知道什麼時候恐怖份子會到你家，美國人搶著上網預立遺囑〉，p. 83。

表一 美國有關訂立遺囑的網站

網站名稱／網址	網站內容
http://www.willyouever.co.uk/default.asp/	提供六項步驟，只要 12.99 美金就可建立自己在法律上有效力的遺囑。
http://www.ewillinfo.com/freewillform/	提供免費遺囑的格式、簡單遺囑格式等。
http://www.legalwillforms.org	詳列美國 50 個州的遺囑格式或範例。內容包含有已婚者遺囑、單身遺囑、離婚遺囑、共同遺囑、寡婦和鰥夫遺囑、法定遺囑。
http://www.uslegalforms.com	紐約州的遺囑格式區分為共同遺囑、離婚遺囑、結婚遺囑、單身遺囑、寡婦或鰥夫遺囑及普通遺囑等。
http://www.wills.com	網站有指導讀者預立遺囑及提供遺囑範例。
http://www.makeyourwill.com	提供標準遺囑、模範遺囑、空白遺囑格式等以供參考。
http://www.make-your-will.co.uk	你需要訂立遺囑嗎？沒有立遺囑會發生什麼事？遺囑書寫的程序；在訂立遺囑上的共同問題；如何更改遺囑；在訂立遺囑上的忠告；書寫遺囑的工具；書寫遺囑的服務；書寫遺囑的軟體等。

由表一觀之，今後遺囑將不只是文字、錄音、錄影等傳統形式。日本風險投資 diverbyte 和中央三井信託銀行從 2000 年 12 月 18 日開始，正式推出商業化專用遺囑網站 (<http://www.chumistsui.co.jp/>)。會員可在專用主頁上編輯自己從兒童開始的想法和遺言，以及本人對葬禮的希望，亦可指定財產分割方式和財產繼承人。會員可以在遺囑中指定，本人死亡後由誰在何時閱讀或公布遺囑。遺囑主頁的主要內容有：個人歷史、遺囑、死後希望告知的人之姓名、住址和聯絡方式、捐贈人體器官的意思表示。一旦死亡確定，指定的遺囑閱讀人可立即查看遺囑。文字和錄音、錄影形式的遺囑容易丟失和自然毀壞。網路可讓你的遺言永存¹²。

日本網站有許多遺囑網站，其中「遺言相續研究會」這個網站 (<http://www.igonsouzoku.com/igon/igon1.htm>)，提供遺言、相續、贈與之知

¹² <http://www.chumistsui.co.jp/>

識，包括遺言種類、遺言書的形式、公證證書遺言、自筆證書遺言、夫妻遺言等；「遺言作成援助委員會」(<http://www.neo-igon.com/>) 提供遺言相續的一般知識、遺言的種類和特徵、遺言執行者等，值得讀者藉由網路資源去做比較外國遺囑法學之研究。

我國雖然也有遺囑相關網站，但是一般均是附屬在法律事務所或是地政事務所網站中之一部分，例如聯晟法網 (<http://www.rclaw.com.tw>) 提供有即時書狀系統與線上法律諮詢，法律知識庫中包括生活法律、家庭法律、企業法律、不動產、智慧財產、刑事法律、行政救濟、債權保障等內容，其中有關遺囑與遺贈之內容包含：何謂遺囑？遺囑有哪些功能？認識遺囑中之遺贈？能否以遺囑分配遺產多寡？能否以遺囑成立基金會？能否以遺囑將遺產捐給公益團體？能否以遺囑將遺產送給情人、私生子或寵物？誰有資格寫遺囑？以遺囑安排遺產有無限制？遺囑何時發生效力？遺囑能否更改？遺囑能否撤回？遺囑有數個時，以哪個為準？遺囑所列之遺產於遺囑人死亡時已不存在，應如何處理？遺贈之財產若於遺贈人死亡時已不存在，應如何處理？遺囑中所列之遺產，如何處理？何謂自書遺囑、公證遺囑、密封遺囑、代筆遺囑與口授遺囑？如何辦理？得請律師作何協助？應注意哪些事項？各種遺囑之優缺點為何？何謂遺囑執行人？其任務為何？指定遺囑執行人有何優點？脅迫立下遺囑或更改遺囑時有何責任？另該遺囑之效力如何？偽造、藏匿、撕毀遺囑有何責任？另該遺囑之效力如何？即時的線上法律服務提供便捷的法律諮詢是網際網路發達的競爭下必備的條件，目前國內尚未如美國或日本有專屬的遺囑網站提供完整的資訊，這是國內網站目前亟需學習與建構的地方。

寫遺囑的目的，與其說是消極地避免繼承人間的紛爭或降低遺產稅賦，毋寧說是，使被繼承人能無後顧之憂地努力工作、享受人生，並予後代子孫人生經驗與價值的傳承¹³。本書遺囑內容包括「法律規範」與「遺願的表達」，前者涉及財產與身分方面，主要研究我國關於遺囑之法律規範與實

¹³ 許高山著，《遺囑訂立 DIY》，永然文化出版股份有限公司，1999年11月初版，p. 25。

例解析，輔以世界各國、香港、澳門與大陸地區遺囑之法律規範，提供法學新思維與啟發，從比較法學的研究方法提出對我國遺囑之修法建議。後者則屬於精神方面，主要針對安寧緩和醫療、器官捐贈、遺體捐贈、死後取精與臨終處理等。

一、財產方面

在私有財產制度下，指一個人對於自己的財產，不僅可以在生前支配並且也允許在他死後可以照自己的意思做處理。死後財產的處理，本來就是個人生前財產所有權的延長。私有財產是在不違反法律強制規定下，可以自由處分的財產，在他死後也是如此，這就是遺囑自由的精神所在¹⁴。

二、身分方面

一個人死亡後，對家庭的命運、後人的將來抱持關切心態，於是預先處理身後之事，這也是人之常情。因此，如果立遺囑人在外與人同居生有子女，想讓私生子認祖歸宗，也可以利用遺囑來認領，並分給遺產，使其生活有著落。再來，就是未成年子女的監護問題，後死的父親或是母親便可以用遺囑來指定監護人¹⁵。

三、精神方面

(一)安寧醫療

安寧醫療照護源於梵文佛經毗訶羅 (Vihara) 或稱精舍的記載，基督教文明裡有安寧院 (hospice) 一詞，兩者都是修道場所，也是提供朝聖者、旅客或老弱殘廢者休息或養護的場所。將 hospice 與現代醫療結合，則始於 1967 年英國的桑德思女士在倫敦創辦的聖克里斯多福安寧醫院，專門提供癌症或重症末期病患的臨終關懷。臺灣也於 1990 年首先由馬偕醫院引進安

¹⁴ 蔡仟松編著，前揭書《遺囑寫作 DIY》，p. 2。

¹⁵ 蔡仟松編著，前揭書《遺囑寫作 DIY》，pp. 2-3。

寧療護，創設第一個安寧病房¹⁶。

死亡是每個人必須面臨的生命終點，根據行政院衛生署所發布九十三年度平均每日發生死亡件數是 366 / 日（每 3 分 56 秒有 1 人死亡），臺灣地區十大死因報告顯示如表二：

表二 民國九十三年臺灣地區主要死亡原因

順位	合計			
	死亡原因	死亡人數	每十萬人口死亡率	死亡百分比 (%)
	所有死亡原因	133,679	590.28	100.00
1	惡性腫瘤	36,357	160.54	27.20
2	腦血管疾病	12,861	56.79	9.62
3	心臟疾病	12,339	54.48	9.23
4	糖尿病	9,191	40.58	6.88
5	事故傷害	8,453	37.33	6.32
6	肺炎	5,536	24.44	4.14
7	慢性肝病及肝硬化	5,351	23.63	4.00
8	腎炎、腎徵候群及腎性病變	4,680	20.67	3.50
9	自殺	3,468	15.31	2.59
10	高血壓性疾病	1,806	7.97	1.35
	其他	33,637	148.53	25.16
11	支氣管炎、肺氣腫及氣喘	1,387	6.12	1.04
12	敗血症	971	4.29	0.73
13	結核病	957	4.23	0.72
14	胃及十二指腸之潰瘍	831	3.67	0.62
15	源於周產期之病態	539	2.38	0.40

資料來源：行政院衛生署，<http://www.doh.gov.tw/statistic/data/死亡摘要/93年/表1.xls>
 每年六月底發佈上一年資料並刊載在行政院衛生署統計室網站
<http://www.doh.gov.tw/statistic/index.htm>

¹⁶ 黃滌竹編著，《教您如何寫遺愛手書》，宇河文化出版有限公司，2003年1月第一版，p. 93。

(二)遺體捐贈

遺體捐贈亦稱大體捐贈，主要由醫學院受理，供教學研究解剖使用。（我國《解剖屍體條例》第三條第一項第二款規定：「執行大體解剖及病理剖驗，以合於生前有合法遺囑願供學術研究之病屍體。」）遺體捐贈並非照單全收；如有法定傳染病、動過手術傷口尚未癒合、嚴重創傷、過分肥胖、做過死亡病理檢驗手術或捐贈器官者，皆不在接受範圍之內。捐贈程序及處理上，以慈濟醫學院為例，自願捐贈遺體者，應將填寫好的「遺體捐贈志願書」交給醫學院；往生後，其全權負責人或法定代理人必須取得檢察官、法醫或醫生簽發的死亡證明文件，並通知醫學院解剖科遺體捐贈醫學院，進行防腐處理。慈濟醫學院對於提供大體解剖用的遺體，特別自國外引進最新處理法。將遺體清洗後，經由血管灌注化學藥劑到器官組織中，無需經浸泡福馬林的過程，直接以儀器噴上 Cocooning 化學藥品作噴房處理，此時大體表面會產生一層似塑膠的薄膜，以隔絕空氣防止腐敗，然後將遺體蓋上往生被，置放在攝氏十五、六度的簾幕儲存室中保存，待開始上解剖實習課時，再取出使用¹⁷。

(三)器官捐贈

據 2002 年統計，西班牙器官捐贈數為每百萬人有 33.7 人，居世界之冠。美國每百萬人有 22 人，歐洲每百萬人有 15 人，臺灣每百萬人有 5.1 人。由於社會文化、宗教、歷史的因素，據統計臺灣每年只有 100 餘人捐贈器官，等待器官移植的病患約有 6000 人，除了洗腎病人外，其餘器官之等待者，往往在期盼中漸漸失去生命，這也是器官移植所面臨之最大問題與挑戰。所以政府設置「財團法人器官捐贈移植登錄中心」，建置器官勸募網絡，來提升國人器官捐贈勸募率及器官移植成功率，此外肝臟及腎臟之活體移植手術亦逐漸被接受¹⁸。

¹⁷ 黃滢竹編著，《教您如何寫遺愛手書》，宇河文化出版有限公司，2003 年 1 月第一版，pp. 111-112。

器官捐贈是一種死後仍能行善的愛心禮物。腦死患者本人生前同意及家屬簽署同意書後（我國《人體器官移植條例》第六條第一款規定：「醫師自屍體摘取器官，以合於左列規定之一者為限：死者生前以書面或遺囑同意者。」），再經醫師兩次判斷腦死及檢察官核准後，方能進行器官摘取手術以供移植（我國《人體器官移植條例》第四條規定：「醫師自屍體摘取器官施行移植手術，必須在器官捐贈者經其診治醫師判定病人死亡後為之。前項死亡以腦死判定者，應依中央衛生主管機關規定之程序為之。」第七條規定：「非病死或可疑為非病死之屍體，非經依法相驗，認為無繼續勘驗之必要者，不得摘取其器官。但非病死之原因，診治醫師認定顯與摘取之器官無涉，且俟依法相驗，將延誤摘取時機者，經檢察官及最近親屬書面同意，得摘取之。」）摘取手術僅需數小時，不影響喪葬處理。國內器官捐贈種類包括器官與組織捐贈。一位捐贈者（從出生至六十歲）之器官與組織至少可以救活 25 至 50 人的生命，或是改善病人的生活品質。國內器官移植包含了心、肝、肺、胰、腎（其中以腎臟等待者最多，而心、肺、肝的需求最為急迫）；組織移植包含骨骼、骨髓、肌腱、眼角膜、皮膚、心瓣膜等。腦死適合器官與組織之捐贈，任何形式之死亡則適合組織捐贈¹⁸。

(四)其他遺願

在生死學實務研究（生死教育、臨終關懷、悲傷輔導、生死管理）四門次學科 (subdiscipline) 之一的「生死管理」，此一創新將「生死」(thana-tology) 問題，引導納入「管理」(management) 的理念，旨在將與人類「生」、「老」、「病」、「死」相關行業納入「組織管理」，以造福人類生命過程中的各種需要。預立遺囑 (Living Wills) 的事前周詳規劃，在瞭解「死亡的尊嚴與生命的尊嚴」，進一步珍惜生命、愛惜生命、尊重生命。透過感性的真情告白，可以增進當事人與家人間的關係，也可以與當事人做一反

¹⁸ <http://www.kmuh.org.tw/www/kmcj/data/9401/4.htm>

¹⁹ 黃滌竹編著，《教您如何寫遺愛手書》，宇河文化出版有限公司，2003年1月第一版，p. 104。

思。「預立遺囑」一般人會因個人的職業背景、家庭狀況、健康情形、宗教信仰、理財觀念等而各異其趣。尤其是職業特殊，歷經各種生死場面、體驗人情冷暖、看盡人生悲歡離合、嚐遍人生酸甜苦辣，每個人因環境際遇之不同，自有迥不一樣的感受。如何「預立遺囑」除須注意法律上的規定構成要件外，下列原則更應把握²⁰：

1. 個體原則

個體是無法代替的、是獨特的，是自己的生死，而不是別人的生死，每一個人必須根據個人的個體狀況需要來製作，注重自己的主體際性(intersubjectivity)。如有些人希望土葬，有些人則希望火葬，另有些人則希望海葬，全看個人需要，可在遺囑中載明。

2. 自主（或自決）原則

生死只有一次，死亡是自己並非別人，具有自我性、排他性。如遺囑中可載明財產如何分配、喪事如何辦理、訃文如何印發，可以按照自己的想法事前來作規劃。

3. 實踐（或參與）原則

死亡是自己親身的實踐，是無法逃脫的，亦是無法規避的，「預立遺囑」正是將來死亡的實踐。而遺囑可隨環境變化、個人觀念改變而隨時更改。如有些人希望緩和醫療以尊嚴地往生，避免在生命臨終前一刻，鼻孔猶插滿各種塑膠管，實施電擊心臟無法斷氣。有些人則希望能緩和醫療進入安寧病房，求得無痛死亡等。上述都可以預先規劃，避免屆時無法言語不能表達任人擺布。

4. 完成原則

死亡是生命的終極完成，唯「預立遺囑」製作完成後，亦必須考慮法律構成要件，完成法律程序，始為最好的生死管理。

有鑑於人工生殖技術的發達，從精子冷凍保存技術到複製羊的產生，人類醫學技術已經可以挑戰到冷凍人或複製人的可能性，人死可以復生的

²⁰ 戴天岳，〈從生死管理的觀點探討警察人員預立遺囑的必要性〉，《警光》，1551期，2002年6月，pp. 46-50。

觀念已經達到理論可行而技術層面尚未成熟的階段，如果人類在生前罹患癌症而無法治癒，預立遺囑將身體冷凍後，等待醫學技術的突破，再加以解凍治療，這將會挑戰醫學與法律上對於死亡的定義。

因此，過去死亡代表個人生命與權利義務的終止，現在卻可以用人工冷凍保存精子的技術來延續並創造出一個新的生命，這種扮演上帝造人的技術，涉及生理、倫理、道德、婚姻、血統、法律等問題。民國94年10月發生一位新婚不久的保險理財顧問楊凱偉先生，有鑑於李幸育小姐為遭戰車撞死的孫吉祥連長死後取精的故事，於生前預立遺囑希望留後的心願，雖然兩件案例都順利完成死後取精之遺願，但是有礙於國內《人工生殖法》草案尚未經立法院三讀通過前，處於法律空窗期之下，死後取精沒有法律拘束，不須通報亦無違法問題，似乎為取精生子留下一線曙光，然而在《人工生殖法》草案的立法精神認為：「基於人工生殖技術屬醫療行為係以治療不孕為目的，非作為創造生命之方法；對於生殖細胞及胚胎應予尊重，不得任意移為人類品種改良之實驗；禁止為商業目的，而實施人工生殖技術及相關之行為，以維護生命之倫理及尊嚴。」為死後取精生子設下一個「治療不孕而非創造生命」的門檻，再加上現行《醫師法》第二十五條第四項規定，醫師有執行業務違背醫學倫理者，由醫師公會或主管機關移付懲戒。懲戒之方式依據《醫師法》第二十五條之一規定：有警告；命接受額外之一定時數繼續教育或臨床進修；限制職業範圍或停業一個月以上一年以下；廢止執業執照；廢止醫生證書。所以，即使死後取精目前並不違法，但是受孕生子卻礙於法令之限制，沒有醫生敢冒風險為家屬做人工生殖技術。

雖然《人工生殖法》草案的立法精神認為：「親子法中，以子女最高利益為指導原則之精神，於人工生殖之場合並無改變；妥適規範人工生殖子女之地位，以維護其權益；規範之內容應包括醫事法層面之管理、當事人間之權利義務關係及可能產生之法律責任。」但是我國《憲法》第二十二條規定（基本人權之保障）：「凡人民之其他自由及權利，不妨礙社會秩序公共利益者，均受憲法之保障。」所有《人工生殖法》草案中實施人工生殖所適用的對象是否僅限於「夫妻」，筆者認為這種部分生殖權益的保障已經違

反《憲法》第七條平等權之保護規定，為了全面通盤檢討《人工生殖法》草案有關「夫妻」條件之規定限制，建議修法擴大適用的範圍，將「夫妻」修正為「夫妻或遭遇重大變故之男女經法院裁定認可」，一方面保障合法婚姻關係的不孕夫妻，另一方面由公權力的輔助與評估，在法院裁定期間可以邀請雙方家屬、醫師、心理師、社工師及學者專家出庭闡述意見，以當事人的最佳利益來考量，也提供所有非夫妻關係之男女適用人工生殖技術的法律正當性。

從臨終處理開始、遺體穿著、訃聞、墓誌銘到告別式、喪葬方式甚至懷思方式，您都可以預先寫下自己想要的風格，這是最後一次您和親友、世界惜別的機會，讓肉體變化超升為精神層次的過程，充滿著溫馨和愛的祝福。臺北市社會局於民國 92 年至 94 年已辦理三次海葬、隨著民眾接受度越來越高，參加人數每年遞增。在 95 年 5 月 5 日與台北縣政府民政局合辦「海洋之心」聯合海葬，民眾將能響應環保，選擇回歸自然喪法。市面上亦已出現生前契約，預約喪禮制度，從臨終諮詢、禮廳設立、治喪協調、奠禮執行、火化進塔到追思服務全套一應俱全，可詢問作為參考，例如龍巖人本服務股份有限公司 (<http://www.lungyengroup.com.tw>)；金寶山事業股份有限公司 (<http://www.memory.com.tw>)；慈恩園寶塔誠業股份有限公司 (<http://www.zionpark.com.tw>) 等。

第一章 中國遺囑之歷史背景與變遷過程

遺囑在我國很早就得到了應用，如春秋時期即有「遺言」。後世，有「遺表」、「遺訓」、「遺囑」等，不同名稱都可說是遺囑^①。遺囑之涵義，較《民法》上遺囑之涵義為廣，凡於生前處理死後事宜之意思表示，均稱為遺囑。故不但關於立嗣等身分事項，及家產處分等財產事項，而且對於死後喪葬及子孫應遵守事項，均屬之。我國關於遺囑最早之資料，有《左傳·哀公三年》及《後漢書》，卷三二，〈樊宏傳〉之記載，而法令則有《唐令》可稽。依唐《喪葬令·戶絕條》規定，「諸身喪戶絕者，所有部曲、客女、奴婢、店宅、資財，並令近親（親依本服，不以出降）轉易貨賣，將營葬事及量功德之外，餘財並與女（戶雖同，資財先別者，亦准此）。無女，均人以次近親。無親戚者，官為檢校。若亡人存日，自有遺囑處分，證驗分明者，不用此令。」資言之，遺囑另有處分時，應依遺囑；無遺囑時，始用此令^②。兩宋在唐代「遺囑處分」的基礎上也有所發展。例如：立遺囑人有年齡限制。《清明集·戶婚門》中有以下記載：「七歲，且遺囑非真。」其次，遺囑以書面為有效，並需「親書遺囑，經官給據」，「經縣印押」，凡未經官印押的遺囑不予承認。最後根據遺囑「已分財產滿三年而訴不平，及滿五年而訴無分違法者，各不得受理。」、「又遺囑滿十年而訴者，不得受理。」^③ 1911年完成的《大清民律（草案）》，參照德國、日本等國《民法》的繼承制度，第一次明確規定了遺囑繼承制度，但還未及實施便隨著清王朝的覆

① 李志敏著，《比較家庭法》，北京大學出版社，1988年11月第一版，p. 62。

② 陳棋炎，黃宗樂，郭振恭合著，《民法繼承新論》，三民書局，1990年9月再版，p. 291。

③ 張晉藩主編，《中國法制史》，五南圖書出版公司，1992年9月第一版，pp. 532-533。

滅而夭折了^④。

中華民國於 1912 年推翻滿清王朝建立政權以後，因為內戰因素而未能即刻制定《民法》，但是《民法》草案的研擬仍持續在進行中。我國《民法》繼承編歷次草案，悉倣德、日《民法典》，獨立成為一編而位列置於《民法典》之最後，現行《民法》繼承編，係於 1930 年 12 月 26 日，由國民政府公布，1931 年 5 月 5 日施行者，迄 2006 年歷時 75 年，惟在此期間，社會結構、經濟型態以及人民生活觀念，多有重大改變，以現行《繼承法》，誠不能應付社會上現實之需求。此種情況，非獨我國，自第二次世界大戰以後，各國《民法典》多有修正，其中尤以身分法之修正幅度最大，例如：德國、法國、瑞士、日本等國是。我國《民法》繼承編，繼親屬編修正草案於 1979 年 4 月完成以後，全盤檢討，擇要修正，至 1979 年 7 月完成初稿，1985 年 5 月間，立法院三讀通過，同年 6 月 3 日與親屬編同時由總統公布修正《民法》第一千一百四十五條、第一千一百六十五條、第一千一百七十四條、第一千一百七十六條至第一千一百七十八條、第一千一百八十一條、第一千一百九十五條、第一千一百九十六條、第一千二百十三條、第一千二百十九條至第一千二百二十二條，暨第三章第五節節名；又增訂第一千一百七十六條之一、第一千一百七十八條之一等；並刪除第一千一百四十二條、第一千一百四十三條、第一千一百六十七條等條文，與舊條文合併成為現行《民法》繼承編之規定^⑤。《民法》在臺灣、香港、澳門及大陸，內容中關於遺囑之規定，簡述如下：

1. 我國於 1930 年 12 月 26 日公布《民法》繼承編，其中包含第三章中有關遺囑之通則、方式、效力、執行、撤回與特留分等規定共計四十條規定。
2. 香港於 1970 年 3 月頒布了《遺囑條例》總共三十條，由序言、遺囑與按遺囑處置財產有關的法律衝突以及條例的適用四部分構成，其中涉及立遺囑必須具備的法律規定的條件和程序，立遺囑人應具備的條件，遺囑

^④ 劉素萍主編，《繼承法》，中國人民大學出版社，1983 年 4 月第一版，pp. 253-254。

^⑤ 陳棋炎，黃宗樂，郭振恭合著，前揭書《民法繼承新論》，p. 26。

見證人資格及其作用，遺囑的修改、撤銷與無效的程序，遺囑的解釋以及遺囑的法律適用等內容^⑥。

3. 澳門於 1999 年 11 月 1 日開始實施《澳門民法典》，其中《繼承法》第四編遺囑繼承包括一般規定、遺囑能力、相對不可處分之情況、意思之欠缺及瑕疵，訂立遺囑之方式，遺囑內容，遺囑及遺囑處分之無效、可撤銷、廢止及失效與遺囑之執行，總共一百四十五條。
4. 大陸於 1985 年 10 月實施《繼承法》，其中包含第三章遺囑繼承和遺贈中有關遺囑之能力、方式、撤銷、執行、效力及遺贈等規定，共有七條。

^⑥ 侯放著，《繼承法比較研究》，澳門基金會，1997 年 6 月第一版，pp. 15-16。

第二章 西方遺囑之歷史背景與變遷過程

英國學者梅因 (H. S. Maine) 在《古代法》(Ancient Law) 中關於遺囑的敘述：「『遺囑』一物將吾人之旨意直接傳降者，初時即於其宣立之後立刻發生效力，既非祕密，又非可以改換。實言之法律上此種管理死後財產分配之工具，其歷史之繁複，鮮有其他工具可與比肩者也^①。」

羅馬早在西元前五世紀十二銅表法 (Twelve Decemviral Tables) 已承認遺囑。至西元前二世紀，遺囑已為一般人所普遍使用，無遺囑繼承已成為例外現象^②。遺囑，最初須於「民會」(co-mitia calata) 為之。「民會」每年召集二次，將遺囑案提出「民會」，經其決議後，即發生效力，不得撤回之。故古代羅馬之遺囑，以與制定法律同一程序為之，既非祕密，須公開為之，又不得撤回，且非以要式文書作成之。嗣後，藉「握取行為」(mancipatio) 方式，而為之「銅衡遺囑」(testamentum per aes et libram)。此乃遺囑人，形式的將遺產出賣於買主 (familiae emptor)，買主立於繼承人地位 (heredis loco)，履行遺囑之本旨（將遺產轉交於指定繼承人）。嗣後此變為形式，遺囑人通常作成遺囑後，宣言其作成遺囑，由證人五人，持衡器者及買主，同簽名於遺囑書。於是，遺囑變為單獨行為^③。到了中世紀，由於天主教會基於擴大其財產目的的大力倡導，這種財產繼承方式更成為整個基督教世界的一項通用制度。遺囑繼承作為處分遺產的方式，將所有權的行使延伸到了所有人死後，因而使得所有權制度更為完整，更加體現了個人主義與自由主義^④。

① 梅因著，《古代法》，商務印書館，1954年出版，p. 49。

② 陳棋炎著，《民法繼承》，三民書局，1957年2月初版，p. 289。

③ 戴炎輝，戴東雄合著，《中國繼承法》，三民書局，1987年8月修訂版第二版，p. 233。

一、古羅馬時期

在《羅馬法》中，立法者設定的規則是允許遺囑人以口頭和書面形式訂立遺囑，但是一切均按照法律規定的方式和程序進行。當然，在不同時期法律規定的方式和程序亦有差異^④：

(一)在羅馬古代

在此期間，《羅馬法》所肯認的遺囑形式有兩種，它們也是《羅馬法》最早肯認的兩種遺囑形式。一是民眾會議遺囑 (*testamentum calatis comi-tiis*)，這是一種在和平、安寧時期立遺囑的方式；二是戰前遺囑 (*testamentum in procinctu*)，這是在戰爭時期或者進行某些戰鬥之前人們採用的一種立遺囑的形式，即在為參加戰爭而入伍時所立的遺囑。這兩種遺囑方式均有一定的程序要求：

1. 民眾會議遺囑

遺囑人以民眾會議遺囑的方式，將自己指定繼承人的意思表達出來，並使之產生法律效力。遺囑人必須按照下列要求行事：

- (1)準備好自己的遺囑內容，如指定何人為繼承人、廢除何人為繼承人等重大事項。
- (2)在會議主持人的主持下，遺囑人當著參會者的面公布自己遺囑的內容。
- (3)參會者依公平的原則進行評議。但是後來由於這最後的程序有悖於意思自治而被取消。參會者不再進行所謂的評議，而是作為遺囑證人來了解遺囑的內容。

2. 戰前遺囑

有效的遺囑要求遺囑人必須按照下列規則行事：

- (1)準備好自己的遺囑內容。

^④ 由嶸主編，前揭書《外國法制史》，pp. 454-455。

^⑤ 費安玲著，《羅馬繼承法研究》，中國政法大學出版社，2000年4月第一版，pp. 137-151。

(2)在軍隊整裝待發前，當著將士的面公布自己的遺囑。此時，眾將士們具有遺囑證人的法律地位。

(二)公元前二世紀至帝國時期之前

根據蓋尤斯 (Gaius) 和優士丁尼 (Justinian) 分別所著《法學階梯》(Institutions Justinian) 的記載，為了對那些既未立下民眾會議遺囑又未立下戰前遺囑的人給予救濟，羅馬《市民法》(Civil Law) 又增加了第三種遺囑形式，即「要式買賣遺囑」(testamentum per aes et libram)，又名為銅式遺囑(即銅衡遺囑，兩岸學者翻譯不同)。它以銅和秤作為立遺囑的道具。

要式買賣遺囑是不同於羅馬古代時期的一種新的立遺囑方式。該立遺囑形式除了「首先應當看看立遺囑的人是否具有立遺囑的資格」以外，更要求對遺囑的要式行為的審查，具體要求是：

- (1)必須以要式買賣的方式進行立遺囑的意思表示。即必須有五名成年的羅馬人和一名司秤 (Libripens)，並且必須以固定的語言表達自己立遺囑、指定繼承人等重要遺囑內容的意思表示。
- (2)必須有法律認可的證人在場作證。那些處於家產買主或者遺囑人的支配權下的人、處於父權之下的、擔任家產買主的人的父親等人，根據《市民法》的規定，不得擔任證人。

要式買賣遺囑是從「家產要式買賣」(mancipatio familiae) 發展而來，家產要式買賣又被稱為「信託遺囑」(testamentum iduciariid)。這種遺囑是法學家們為了彌補民眾會議遺囑和戰前遺囑的不足，創設了這種以「家產買賣」方式將死者的遺產轉移於繼承人的方法^⑥。立信託遺囑的方式是如果某人突然發生瀕臨死亡的情形，而他既未立下民眾會議遺囑又未立下戰前遺囑，那麼他可以將自己全部的財產，用要式買賣的方式「賣」給自己所信任的一位朋友，該朋友即成為「家產買受人」(familiae emptor，即買主，兩岸學者翻譯不同)。同時「出賣人」附有一項信託契約，要求該朋友在他

^⑥ Matteo Marrone Istituzioni di diritto roman, PALUMBO, p. 845; P·彭梵得著，黃風譯，《羅馬法教科書》，中國政法大學出版社，1996年出版，p. 458。

死後將該財產給予自己所希望給予的人。這種立遺囑方式如同在其他要式買賣活動中一樣，必須採用要式買賣的方式進行，立遺囑人必須聘請五位成年的羅馬市民作為證人並聘請一位司秤，他先書寫遺囑，然後在形式上將他的財產以要式買賣的方式賣給他所信任的朋友。一旦遺囑人死亡，「買受人」接受了該項財產，他便成為該財產的所有權人，同時，他必須依照遺囑人的託付，把財產全部移轉給遺囑人指定的繼承人。此後，至共和國末期，依《市民法》所確認的要式買賣遺囑方式所存在的弊端日趨明顯，由於其設立遺囑的方式極為繁瑣，使之難以適應社會發展的需要。因此，透過裁判官告示的形式，對遺囑形式的要求發生了重大變化。

裁判官遺囑是裁判官根據社會生活的實際需要，取消了要式買賣遺囑的繁瑣形式，創設了一種新的並且簡單的簡式立遺囑方式。人們將其命名為「裁判官遺囑」(testamentum praetorium)。裁判官在告示中規定，允許立遺囑人在立遺囑時可以不再考慮必須遵循五個證人、一名司秤以及必須表達的固定格式的語言等一套繁雜的程序，只要繼承人能夠提交蓋有至少七名證人印章的密封遺囑，則裁判官將賦予遺囑中指定的繼承人以請求占有遺產的權利，這種遺產占有被稱為「依遺囑的遺產占有」(bonorum possessio secundum tabulas)⁷。

(三)優士丁尼時代

在優士丁尼時代，繼受了裁判官法的規定，同時亦採納了有利於保障遺囑真實性的《市民法》和皇帝諭令的有關規定，使得遺囑在意思表示的形式既能夠滿足保障遺囑真實性和安全性的需要，又能夠滿足盡可能簡化的要求。根據優士丁尼時代的立法，遺囑被劃分為兩大類：私式遺囑(testamento privato)和公式遺囑(testamento publico)。

⁷ 費安玲譯，《民法大全選擇·遺產繼承》，中國政法大學出版社，1995年出版，p. 71。C. 6, 23, 21, 4 (《優士丁尼法典》第6編第23章第21片段第4點)；C. 6, 23, 26. (《優士丁尼法典》第6編第23章第26片段)

1. 私式遺囑 (testamento privato)

所謂私式遺囑，是指遺囑人自行製作無須在政府機構備案的遺囑。私式遺囑分為書面和口頭的兩種形式。

(1)私式書面遺囑 (testamento privato)

是以書面形式表現的私式遺囑，優士丁尼將其稱為「三源遺囑」(tripertitum)^⑧。對它的形式上的要求是：

- ①遺囑人當著七名證人的面，將遺囑一次性完成，不過這並非意味著必須將內容公開。後來允許遺囑人事先當著證人的面或者由證人親筆書寫。
- ②遺囑人要在遺囑上親筆簽名。
- ③由七名證人共同在密封的遺囑外面簽字並蓋章。

(2)私式口述遺囑 (testamento privato orale)

是以人的發音器官進行空氣震盪形式表現的遺囑。法律要求口述遺囑的形式條件是：

- ①遺囑人以口頭形式表達自己遺囑的內容。
- ②遺囑人的口頭表達必須當著七名證人來進行。
- ③證人可以將遺囑人口頭表述的內容記錄下來，但是單純的紀錄不得作為遺囑。只有證人們均在紀錄上簽字蓋章，證明其真實性，方可具有法律效力。

2. 公式遺囑 (testamento pubblico)

所謂公式遺囑，是指由政府機構保管或者在政府機構備案的書面遺囑。它包括兩種情形：

(1)御存遺囑 (testamentum principi oblatum)

這是指遺囑人將自己的書面遺囑呈請皇帝保管，皇帝將該遺囑交予執法官備案保管的一種遺囑形式^⑨。

^⑧ 周楠先生將其稱為「三合遺囑」，陳朝璧先生將其稱為「複式遺囑」。

^⑨ Pasquale Voci Istituzioni di diritto romano, GIUFFRÈ, 1996, p. 604; Matteo Marrone Istituzioni di diritto romano, PALUMBO, 1989, p. 850; C. 6, 23, 19. (《優

(2) 公證遺囑 (testamentum apud acta conditum)

這是指遺囑人在行省或者內事裁判官的辦公室內，證明自己在遺囑中表達的意願是真實的，由裁判官等作出筆錄並存檔的一種遺囑形式^⑩。

準確地講，優士丁尼時代有關遺囑形式與類型的規定，主要來源於法律昌明時期已經基本定型的法律理論和法學實踐，同時又帶有西元 4 世紀中葉（西元 439 年）狄奧多西二世 (Theodosius II) 和瓦倫丁尼安三世 (Valentinian III) 以及後來優士丁尼本人進行必要變更的痕跡。其具體體現為：

(1) 保留了有關遺囑證人資格審查的規則，但廢除了《市民法》對遺囑證人苛刻的要求，允許受遺贈人以及與其有關係的人等作為證人。優士丁尼特別賦予這些人擔任證人資格，因為他們並不繼承死者的權利^⑪。

(2) 遺囑是否為遺囑人所親自書寫並不重要，在這點上保留了傳統規則。但是根據狄奧多西 (Theodosius) 皇帝和瓦倫丁尼安 (Valentinian) 皇帝西元 439 年的諭令和優士丁尼皇帝西元 530 年的諭令，要求遺囑人必須當著證人的面在遺囑上簽字，同時證人們亦必須在遺囑上簽字。

在優士丁尼時代，除了私式遺囑和公式遺囑之外，還有一些「特殊遺囑」(testamenti speciali) 這些遺囑之所以特殊，或是因為立遺囑的程序要較一般的遺囑簡單或者複雜，或是在立遺囑的程序上沒有一定之規。這些遺囑包括：

1. 軍人遺囑 (testamentum limitis)

這是指任何現役軍人無需依照一定的方式所立的遺囑。它是從羅馬古代的戰前遺囑演進而來的一種遺囑形式。

2. 盲人和聾啞人遺囑 (testamentum blind and deaf-mute person)

這是西元 521 年優士丁尼的一個諭令所規定的一種特殊遺囑類型^⑫。

士丁尼法典》第 6 編第 23 章第 19 片段)

⑩ C. 6, 23, 19, 1. (《優士丁尼法典》第 6 編第 23 章第 19 片段第 1 點)

⑪ 優士丁尼著，張企泰譯，《法學階梯》，商務印書館，1989 年出版，p. 77. Inst. 2, 10, 11. (優士丁尼《法學階梯》第 2 編第 10 章第 11 片段)

這一類型涉及書面和口頭遺囑的必備條件的協調。鑑於立遺囑人在聽覺器官或視覺器官等方面存在缺陷，則要求這些人在立遺囑時，必須七名證人和一名公證人在場，這些人必須了解遺囑的內容。遺囑內容或者是遺囑人在遺囑被作成書面形式之前公布之，或者在遺囑已經被作成書面形式後宣讀它。在上述任何情況下，七名證人和一名公證人均必須在遺囑上簽字蓋章。

3. 文盲遺囑 (testamentum illiteracy)

這是西元 439 年由狄奧多西和瓦倫丁尼安的一個諭令所規定的類型。鑑於立遺囑人不會寫字，故要求在立遺囑時，除了有七名證人之外，還需要第八個人將遺囑人所述內容書面寫下來，然後他們共同在遺囑上簽字蓋章。

4. 傳染病期間的遺囑 (testamentum tempore pestis)

這是西元 290 年戴克里先 (Diocletian) 皇帝的一個諭令所規定的一種特殊類型遺囑¹²。當遺囑人患有傳染病時，證人可以不與遺囑人接近，僅在已經作出書面形式的遺囑簽字即可。在帝國後期，義大利半島一度鼠疫蔓延，人人自危，一旦發現病情，便將周圍一片地區封鎖起來。在這種情況下，便適用傳染病時期的遺囑規定，證人們無需接近遺囑人，以避免傳染上疾病。

5. 鄉人遺囑 (testamentum villager)

這是西元 534 年優士丁尼的有關諭令所規定的遺囑類型。通常鄉村偏僻，道路難行，人口稀少，且識字的人不多。原則上講，鄉人立遺囑同樣適用必須七名證人在場，但是，在不可能找到七名證人的情況下，五名證人即可。當其中有證人不識字時，可以有其他證人代為簽字，但是他必須要了解遺囑的內容。甚至法律允許在遺囑人死亡後，證人們以宣示的方式證明遺囑。

¹² C. 6, 28, 8. (《優士丁尼法典》第 6 編第 28 章第 8 片段)

¹³ C. 6, 23, 8. (《優士丁尼法典》第 6 編第 23 章第 8 片段)

二、中世紀時期

東羅馬帝國優士丁尼（西元 527 至 565 年在位）時期，進行了羅馬法律制度史上最有成效和影響最深的法典編纂。西元 528 年，優士丁尼任命大法官特里波尼安 (Tribonian) 和著名法學家提奧菲魯斯 (Theophilus) 等人組成十人委員會，後又增至十六人，對當時皇帝的敕令、元老院的決議、裁判官的告示以及古典法學家的著作進行審訂和編纂。從西元 528 年到 534 年，共編成《優士丁尼法典》(Justinian Code)、《法學匯纂》(Ecloga)、《法學階梯》(Institutiones)。優士丁尼死後，由私人將其從西元 535 年到 565 年所頒布的敕令加以彙集，名為《新律》，收入法典中。至西元 16 世紀，以上四部分與《教會法大全》(Corpus Juris Canonici) 相對應統稱《國法大全》(Corpus Juris Civilis)。《國法大全》內容豐富，是集千年《羅馬法》(Roman Law) 之大成，標誌著《羅馬法》發展的頂峰，對後世立法，特別是對大陸法系法典法的形成發展，具有重大影響¹⁴。

三、近代歐洲的法典編纂運動

西元 17 世紀末，歐洲產生法典編纂運動。丹麥於 1683 年，瑞典、芬蘭於 1784 年，挪威於 1791 年，相繼制定了《民法典》。但這些國家的《民法典》與這些國家本身一樣在歐洲沒有舉足輕重的地位。1789 年法國爆發大革命，建立起資產階級政權。大革命後，拿破崙應資產階級要求，在《羅馬法》基礎上制定了《法國民法典》(1804 年)。由於法國革命和拿破崙的影響，這部法典成為比利時、盧森堡、荷蘭、義大利、波蘭、西班牙等許多國家編纂《民法典》的模式。1900 年，德國又在《羅馬法》基礎上編纂了《德國民法典》。這部法典非常典型地反映了資本主義從自由競爭階段向壟斷階段過渡的社會經濟關係，也是一部極其重要的法典。它影響了瑞典和東歐國家的法典編纂，並為日本所借鑑。此外，上述許多國家除編纂《民

¹⁴ 董茂雲著，《比較法律文化：法典法與判例法》，中國人民公安大學出版社，2000 年 1 月第一版，p. 3。

法典》外，又編纂憲法、刑法、商法、訴訟法等法典。由於這些法典中法、德兩國的《民法典》影響最大，《羅馬法》的烙印最深，故以這兩部法典為核心，形成了大陸法系¹⁵。

四、普通法系的判例法傳統

(一)英國法的獨特道路

普通法系，是指以英國普通法為主要基礎的一類國家及地區的法律制度的總稱，其中以英國和美國的法律制度最具代表性。普通法系又稱英法法系、英吉利法系、海洋法系和判例法系。普通法系的形成和發展過程，就是判例法傳統的形成和發展過程。西元前1世紀，羅馬帝國征服不列顛島，統治達4世紀，但僅有少數沿海城市受羅馬控制，其他地區的凱爾特人仍保留其氏族制度¹⁶。西元5至6世紀，日耳曼民族向羅馬帝國境內進行民族大遷徙。居住在北德意志易北河附近的盎格魯·撒克遜人和萊茵河附近的裘特人，先後入侵不列顛，建立起幾個部族國家。盎格魯·撒克遜人帶來的屬於本部族的日耳曼習慣法。即使有一些制定法，也均是習慣法的記載。

總的來說，法律分散，因地而異。到了西元9世紀，威賽克斯王國用武力征服其他幾個部族國家，在不列顛島上形成了統一的英吉利王國，但法律的分散狀態仍沒有改變。1066年，法蘭西大封建主——諾曼第威廉公爵 (William, duke of Normandy) 帶領諾曼人征服英國。當時，英國的法律制度很混亂，國王通過發布敕令，建立王室法院，並派遣法官到各地巡迴審判。巡迴法官辦案時除依據國王的詔書、敕令外，主要依據各地盎格魯·撒克遜人的習慣法。巡迴審判後，法官定期集中在中央機關所在地威斯特敏斯特討論和辯論一些案例和法律觀點，綜合彼此依據的習慣和法律，在以後的巡迴審判中加以運用。巡迴法官在審案時按照國王的意志統一解釋

¹⁵ 董茂雲著，前揭書《比較法律文化：法典法與判例法》，pp. 11-12。

¹⁶ 林榕年主編，《外國法制史新編》，群眾出版社，1994年出版，p. 265。

和適用各地的習慣法，由此逐漸形成一種在全國通用的習慣法，被稱作普通法¹⁷。英國自西元 14 世紀以後，經濟發展迅速。這時普通法的基本原則已經定型且系統化，因而呈現出保守性。許多案件，或被普通法院拒絕，或被判決不公。為了從法律上救濟這些當事人，國王授權大法官以「國王良心的保護人」的身分，審理案件。大法官按「公平、正義」即「衡平」原則判案，也逐漸形成一套法律體系，稱衡平法¹⁸。15 至 16 世紀後隨著國會地位的逐步提高，國會的立法活動日益頻繁，制定法不斷增多。西元 17 世紀起，資本主義性質的法律體系也逐步形成。不過，法律形式依然是封建時期的普通法、衡平法和制定法，法律內容則透過司法解釋或新的立法，逐漸向資本主義性質過渡。從 18 世紀 60 年代起，歐洲法典編纂運動的積極響應者，英國著名法學家邊沁 (Jeremy Bentham) 於 1776 年發表了《政府論》(A Fragment on Government)，1789 年又發表了《道德與立法原理總論》(An Introduction to the Principles of Morals and Legislation)，他用功利主義標準衡量英國當時的法律，指責英國法的古老和不完善以及保守主義，全力鼓吹透過立法改革英國的法律，並極力倡導法典編纂。邊沁的影響從 19 世紀一直存留到今天，導致英國判例法的部分制定法化。

(二) 美國對英國法的繼承

17 世紀初，美國開始了殖民時期。由於那時殖民地居民在實際生活中迫切需要法律，又鑑於英國普通法的複雜、保守，存在著普通法繼受方面的許多困難，因此，大多數殖民地都制定了具有最低限度必要規則的法律，英國法不過是填補其缺失的次要法源。18 世紀後，隨著英國對殖民地統治

¹⁷ 林榕年主編，前揭書《外國法制史新編》，p. 269。

¹⁸ 日本著名法學家穗積陳重在其《法律進化論》一書中，較為全面地概括了當時英國於普通法之裁判外另需平衡法院之理由：(1)普通法過於嚴酷；(2)普通法拘泥於文字而拋棄精神；(3)普通法為先例所束縛，未能顧及各種事件之特別情形；(4)普通法僅承認幾種定式訴訟；(5)最重要的是，普通法之救濟，僅限於損害賠償，過於狹隘。

的加強及殖民地熟悉英國法的人數增加，英國法在北美殖民地的影響顯著增長¹⁹。19世紀中期在紐約州圍繞法典編纂所展開的激烈爭論就集中體現了英國法和大陸法傳統之間的衝突。這兩種傾向的鬥爭，以普通法傳統一方取得勝利而告終，美國在整體上確立了普通法傳統（除路易斯安那州）。

¹⁹ 沈宗靈著，《比較法總論》，北京大學出版社，1987年出版，pp. 190-193。



第三章 遺囑之意義與內容

第一節 遺囑之意義與特徵

遺囑係遺囑人為其於死後發生效力為目的，依法定方式所為的單獨行為^①，或謂公民按照法律規定的方式處分遺產或其他事務並於其死亡時發生效力的一種法律行為^②。換言之，遺囑是遺囑人生前依法對其所有財產或其他事務所做的個人處理，並在其死後發生法律效力的單方法律行動^③。茲分析遺囑之法律特徵如下：

一、遺囑為無相對人之單獨行為（單方法律行為）

遺囑以遺囑人之一方的意思表示而成立，不必對一定之人表示，亦不須得任何人之承諾^④，即謂單方的法律行為，只要一方作出意思表示，不需要其他人同意，就能成立，故遺囑就是一種以意思表示為要件的單方法律行為^⑤。遺囑為法律行為之一種，若不發生法律上之效力，則非法律上之遺囑，例如國父遺囑或蔣公遺囑^⑥。「遺願」或「遺言」若是屬於社交上

① 戴東雄，劉得寬編著，《民法親屬與繼承》，五南圖書公司，1993年5月第二版，p. 336。

② 陶希晉總編，《中國民法學·財產繼承》，中國人民公安大學出版社，1990年6月第一版，p. 323。

③ 王春旭，羅斌主編，《港澳臺民商法》，人民法院出版社，1997年6月第一版，p. 96。

④ 戴炎輝，戴東雄合著，前揭書《中國繼承法》，p. 238。

⑤ 俞建平，王保涵編著，《遺產繼承和分家析產》，法律出版社，1987年10月第一版，p. 46。

遺孤的付託，並非《民法》上遺囑，例如中巴混血兒童吳憶樺跨海監護權爭奪案，關鍵就在於生父吳登樹並未立下遺囑，而是以「遺願」或「遺言」方式，導致無法舉證成立有效之遺囑來指定吳火眼為監護人，最後法院終究是判決巴西外祖母羅莎取得吳憶樺的監護權。

二、遺囑須依法定方式為之

遺囑係死者之最終意思，且其內容，大抵極重要且其效力均於遺囑人死後始發生，故為確保遺囑人之真意，防止利害關係人爭執，並期遺囑人慎重其事起見，我國《民法》特別規定遺囑為要式行為（我國《民法》第一千一百八十九條以下），遺囑非依法定形式為之者，法律上不生遺囑之效力（我國《民法》第七十三條，我國最高法院 71 年臺上字第 1805 號判決）^⑦。香港《遺囑條例》第五條規定遺囑以書面訂立，並由立遺囑人簽署或由其他人在立遺囑人面前並依其指示簽署。香港遺囑的形式主要是自書遺囑，可用中文或英文方式書寫，須合於法律規定的方式才具備法律的效力。澳門《民法典》第二百零三十八條至第二百零四十三條規定訂立遺囑之普通方式；第二百零四十四條至第二百零五十四條規定訂立遺囑之特別方式。大陸《繼承法》第十七條對遺囑繼承形式要件作了具體規定，要求遺囑人設立遺囑時，必須依照《繼承法》規定的形式進行，違反法定形式的遺囑則不發生法律效力^⑧。

三、遺囑係以遺囑人死後發生效力為目的

遺囑之成立，固在遺囑人為意思表示之時，然其效力之發生，則在遺囑人死亡之後。從而，遺囑，與以遺囑人之死亡為期限或條件之生前行為（例如終身定期金契約、死因贈與），且有區別^⑨。遺囑既須遺囑人死亡後

⑥ 林秀雄，〈民法繼承編：第九講遺囑總論〉，《月旦法學教室》，第 22 期，2004 年 8 月，p. 48。

⑦ 陳棋炎，黃宗樂，郭振恭合著，前揭書《民法繼承新論》，p. 294。

⑧ 劉素萍主編，前揭書《繼承法》，p. 260。

發生效力，則在遺囑人未死亡以前，因遺囑而得將來享受一定利益之人，不得有於遺囑人死亡後取得其權利之期待^⑩。換言之，遺囑是遺囑人生前所為的法律行為，然而這種法律行為在立遺囑時並未發生法律效力，它只是預先對遺囑人死後的財產作出處理，它的法律效力應當從遺囑人死亡時開始^⑪。在遺囑人死亡前，任何人均不得要求按照已設立的遺囑繼承遺產^⑫。

實例

民國 90 年中巴混血兒童吳憶樺跨海監護權爭奪案喧騰一時，牽動兩國的司法與外交的角力戰，吳憶樺（巴西名為 Iruan-Ergui-Wu，以下簡稱吳童），係巴西籍人民瑪麗莎·達法里斯·愛兒吉（巴西名為 Maitavares Ergui，中文名為吳安妮）與我國籍人民吳登樹於 1995 年 7 月 12 日於巴西所生之非婚生子女，出生後由生母與外祖母羅莎·沃克姬亞·愛兒吉（巴西名為 Rose Leocadia Da Silva Erguj，以下簡稱外祖母羅莎）共同扶養照顧，嗣生母吳安妮於 1998 年病故，由同住之外祖母羅莎繼續照顧，吳登樹因係船員長年漂泊在海外，乃於 2000 年 10 月 31 日於巴西大河州愉港市「第一票據公證事務所」辦理公證手續，認領吳童為其兒子，並將姓名改為“Iruan-Ergui-Wu”，更於 2000 年 11 月 1 日於上述公證事務所辦理將吳童之監護權委由外祖母羅莎行使之公證手續，上開公證文件亦經我國駐巴拉圭大使館認證。

2001 年 3 月 15 日經外祖母羅莎同意，吳童持巴西護照隨同父親吳登樹回臺探親，詎料吳登樹於回臺一星期後過世，吳登樹

⑨ 陳棋炎，黃宗樂，郭振恭合著，前揭書《民法繼承新論》，p. 294。

⑩ 羅鼎著，《民法繼承》，會文堂新記書局，1949 年 1 月第一版，p. 169。

⑪ 陶希晉總編，前揭書《中國民法學·財產繼承》，p. 324。

⑫ 彭誠信主編，《繼承法》，吉林大學出版社，2000 年 9 月第一版，p. 126。

的臨終「遺願」希望將吳童留在臺灣，吳童遂隨叔叔吳火眼居住於高雄縣茄萣鄉，並行認祖歸宗之儀式與辦理在臺之戶籍登記，拒將吳童送回巴西，並向臺灣高雄地方法院提起「聲請改定監護人之非訟事件」，於2002年8月9日臺灣高雄地方法院90年監字第95號民事裁定遭聲請駁回。吳火眼對於駁回改定監護權聲請之一審裁定提出抗告，亦遭臺灣高等法院高雄分院91年度家抗字第103號裁定抗告駁回。外祖母羅莎於2001年4月20日向巴西聯邦共和國南大河州葛諾阿斯地區青少年法院提起「尋求及關注未成年人之預防性訴訟」，確認吳童之監護權為外祖母羅莎。從而來臺欲將吳童帶回巴西卻遭吳火眼拒絕，外祖母羅莎乃向我國臺灣高雄地方法院提起「交付被監護人之訴」，於2002年8月16日臺灣高雄地方法院90年度親字第153號民事判決被告吳火眼應將被監護人吳童交付原告外祖母羅莎監護。

吳火眼對於應交付吳童之一審判決提出上訴，於2003年2月26日遭臺灣高等法院高雄分院91年度家上字第127號民事判決上訴駁回。嗣後又對二審判決提出上訴，於2003年11月13日遭最高法院92年度臺上字第2446號裁定上訴駁回，三審定讞；吳火眼有鑑於判決結果可能不利，遂向臺灣高雄地方法院提起「聲請指定親屬會議會員」，意圖藉由親屬會議撤退外祖母羅莎之監護權，遂於2003年4月4日臺灣高等法院高雄分院92年家聲字第28號裁定依聲請指定親屬會議會員，但遭外祖母羅莎提出抗告，臺灣高等法院高雄分院92年家抗字第84號裁定原裁定廢棄、原聲請駁回。外祖母羅莎取得最終的勝訴判決確定為據聲請臺灣高雄地方法院92年度執字第58818號為強制吳火眼交付吳童，雖然因被告之阻撓而一再遲延甚至發生執行員警與被告親屬間之拉扯事件，最後於2004年2月11日終將吳童送回巴西外祖母羅莎之住所。試問：

(一)法定監護人之優先順序為何？

- (二)「遺願」是否為我國《民法》上遺囑？
- (三)可否以改定監護人及召開親屬會議辭退外祖母羅莎之監護人？
- (四)有無挽回吳童監護權之可能？

解析

(一)法定監護人之順序

民國 90 年中巴混血兒童吳憶樺監護權爭議，其關鍵點就是在我國《民法》第一千零九十四條第一項第三款規定，父母死亡而無遺囑指定監護人時，不與未成年同居之外祖母羅莎是唯一合法之監護人，叔叔吳火眼並非在法定監護權人之順位中。所以法院會先認定外祖母羅莎是第一順位之監護人。

(二)「遺願」非「遺囑」

雖然生父吳登樹的「遺願」是希望吳童留在臺灣，由叔叔全心照顧，但是這僅是社交上遺孤的付託，並非民法上遺囑之監護人之指定。

(三)改定監護人及召開親屬會議

我國現行監護制度採取監護人之撤退與改定雙軌並行制，最主要因素是現代社會小家庭之比例增多，根據我國《民法》第一千一百零六條規定召開親屬會議撤退監護人顯然並不容易，從而民國八十九年因應九二一大地震所修正之我國《民法》第一千零九十四條第一項，在於改變法定監護人之順序，取消第二款家長、第四款伯父叔父與第五款親屬會議選定之人擔任法定繼承人之資格，並在第二款增訂與未成年人同居之兄姊。

1. 改定監護人

雖然吳火眼試圖透過聲請改定監護人來取得監護權，但是我國《民法》

第一千零九十四條第二項規定，賦予法院有裁量空間，為未成年子女之最佳利益改定監護人。同條第三項規定，法院為應命主管機關或其他社會福利機構進行訪視，提出調查報告及建議。聲請人亦得提出相關資料或證據，供法院斟酌。

2. 召開親屬會議辭退監護人

我國《民法》第一千零九十四條第四項規定，依第二項選定或改定監護人不適用第一千一百零六條之規定。即親屬會議不得決議辭退法院依我國《民法》第一千零九十四條第二項規定所選定或改定之監護人。外祖母羅莎依據我國《民法》第一千零九十四條第一項第三款規定具有監護資格與監護能力，故排除選定監護人之適用。

(四)遺囑指定監護人

如果後死之父吳登樹生前曾透過遺囑指定吳火眼為監護人時(我國《民法》第一千零九十三條)，其順位仍在不與未成年同居之祖父母之前，吳憶樺監護權就歸屬於吳火眼。至於吳登樹曾將監護權委託外祖母羅莎行使，僅屬於我國《民法》第一千零九十二條委託監護人之範圍，此等委託並非屬於以遺囑方式指定監護人，故無我國《民法》第一千零九十四條之適用。

第二節 遺囑之自由原則與內容

► 第一項 遺囑之自由 ◀

遺囑自由原則是當今世界各主要法系繼承立法的一項重要原則¹³：

¹³ 陶希晉總編，前揭書《中國民法學·財產繼承》，pp. 328-329。