

國立臺灣大學法律學院法律學系

碩士論文

Department of Law

College of Law

National Taiwan University

Master Thesis

死者之手：臺灣的遺囑法律史（1683-1945）

Dead Man's Hand: A Legal History of Wills in Taiwan (1683-1945)

林映伊

Ying-Yi Lin

指導教授：陳韻如博士

Advisor: Yun-Ru Chen, S.J.D.

中華民國 107 年 7 月

July 2018





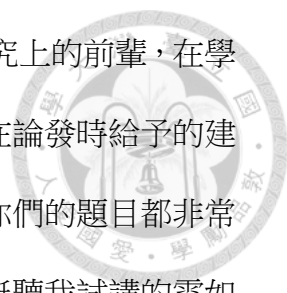
本論文係在中央研究院臺灣史研究所訪問期間完成

謝辭

這本論文之所以能夠完成，首先要最先感謝我的指導教授陳韻如老師。從研二開始每次與老師討論，都能在研究方法、史料文獻閱讀、課程安排與職涯規劃甚至大大小小的生活瑣事上，得到非常多的建議與幫助。跟在韻如老師身邊學習如何做研究的這段日子裡，除了與老師一起體會到進行學術研究的痛苦與快樂之外，我從老師身上所學習到的，也遠遠大於這本論文所能呈現出的成果。

之所以會選擇研究法律史，其實也是因為大學時期受到王泰升老師的啟發，因而確定了自己對於這個領域的興趣。也特別感謝泰升老師在我進入研究所後，於諸多課程與助理工作上的教導與照顧，並且也在口試時給予極為詳實建議。是老師一直以來的肯定與鼓勵，讓我能夠從單純地對法律史感興趣，到有信心自己嘗試進行研究。此外，也要感謝中研院臺史所在我擔任訪問學員的期間所提供的幫助，以及曾文亮老師從我最初選擇題目開始，一路到口試以及於臺史所的報告，都給予非常多的建議。也謝謝李仁淵老師讓我旁聽了明清研究會的報告，並且在口試時從社會史研究的觀點，提出了許多令我頗有啟發的建議。

另外，也謝謝許多因為修課、助理工作與其他因緣際會之下所結識的老師們。謝謝黃詩淳老師特地抽空解答我對於日本民法的許多疑惑，老師的研究與比較身分法課程，也使我得以對遺囑法有更多面與深入的了解。謝謝吳聰敏老師與樊家忠老師，提供我在台灣制度與經濟史學會初步發表的機會，同時也謝謝林文凱老師在研討會上，針對清治臺灣研究所提出的建議。謝謝顏杏如老師在日治雜誌史料選讀課程中的教導，加強了我研讀日治史料的能力。也謝謝陳昭如老師、莊世同老師、顏厥安老師、簡資修老師，在我擔任基法中心助理期間給予諸多的指導與協助。



除此之外，也要感謝世安跟昌昌作為法律史研究與遺囑研究上的前輩，在學業與生活等等各方面的照顧。謝謝志弘、實芳與高毅等學長姊在論發時給予的建議。謝謝這學期一起唸文章與團味的同門小夥伴岱純與耿佑，你們的題目都非常厲害又有趣，相信你們一定都可以順利畢業的～也謝謝情義相挺聽我試講的雯如與宜鈴，能夠與你們一起跨科系地討論真的是非常難得的機會，希望你們無論是工作或繼續唸書都一切順利。

謝謝在基法組與大 1811 研究室一起努力以及吃喝玩樂的大家，謝謝沛元幫忙修正我的日文翻譯，謝謝阿之、可可與修修作為我日常生活上的保姆以及在我論發與口試時的協助，謝謝小洳、福福與大禎在論文督促會上的監督與討論，謝謝東東與彥凱提供了許多史料與文獻的建議，謝謝珮琪、阿粽、夢漫、庭萱與明峰等學長姊在助理工作上的幫助，還有老費、李昕、老妹等好多好多在人生的各個階段認識的朋友們，與你們一起度過的時光都是支持我能夠完成論文的動力。

最後，謝謝爸爸媽媽與眾多家人在這一路上的支持與鼓勵，讓我能夠毫無後顧之憂地在學校一路唸到現在。謝謝小維一直以來的包容與陪伴，讓我得以繼續堅持下去。

謝謝所有人的關心與幫助。

願你們都健康平安、一切順心。

2018.08 於臺北

中文摘要

本文考察了臺灣從清治時期至日治時期（1683-1945），「遺囑」作為一種代間財產移轉時的工具或制度，究竟發生了哪些功能上或概念上的變化。同時，本文也藉由比較清治時期與日治時期的遺囑制度，探討這些異同所代表的意義。

在清治時期，遺囑指的是「尊長對子孫留下的遺命」。在傳統中國法中，漢人家族內的尊長對於子孫與家產擁有管理與支配的權力。因此，尊長的遺囑可以就喪葬、家產分配、立繼等等所有家族內部事務作出指示。當清治臺灣的漢人家族內部因為爭產而發生糾紛，並至衙門請求地方官員處理時，若有書面的遺囑或其他分家文書作為憑證，這些分家文書即可能是地方官員在斷案時的依據之一。

到了日治時期，在舊慣調查與法院判決所建立的遺囑習慣法之影響下，臺灣的遺囑意義逐漸由清治的「尊長就家族內部事務對子孫留下的遺命」，轉變成如同日本明治民法中的遺言（「一個人以在自己死亡後發生法律上效力為目的所作的意思表示」）那樣的「現代型遺囑」。日本民法中的單獨行為、見證之要式等等關於遺言的規定，也逐漸開始成為臺灣遺囑內涵的一部份。

臺灣的遺囑從清治到日治時期所發生的變化，也反映出清朝與日本帝國這兩個不同的統治集團，在國家法秩序與國家治理方式上的差異。在清治時期，以遺囑決定家族內部事務的權力掌握在家族中的尊長手中。而在日治時期，當國家開始對遺囑設下種種規範上的限制，實際上也就造成了對尊長權力的限制。因此，我們也可以從遺囑的變化中，觀察到尊長與國家在家族內部事務的掌控權力上所呈現出的消長關係。

關鍵字：法律史、遺囑、分家文書、意志決定、傳統中國法、淡新檔案、舊慣、日治法院檔案。

Abstract

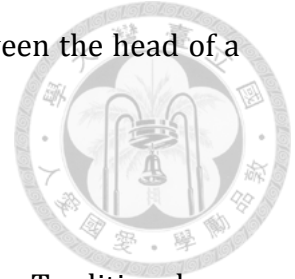
This essay elaborates on the legal history of wills in Taiwan from 1683 to 1945. Wills, as a tool of the intergenerational property transfer, has changed in its concepts and the functions from Qing Dynasty to Japanese Colonial Era in Taiwan.

In Qing Dynasty, wills in Taiwan represented the command made by the head of a family for his descendants. Under the rule of Traditional Chinese law, the head of a family was vested with the authority toward his offspring and family property. Hence, the will of the head of a family could exert binding instruction on family internal affairs such as burial, distribution of family property and inheritor designation. Wills or other comparable documents could be one of the judging bases when officials decided on the dispute of family internal affairs.

Under Japanese ruling since 1895, wills in Taiwan, under the influence of the Old Customs Investigation and jurisprudence, had become to resemble the modern wills under Meiji Civil Law. Simultaneously, unilateral acts and witness, which were the feature of the wills under Meiji Civil Law, had integrated into the wills in Taiwan.

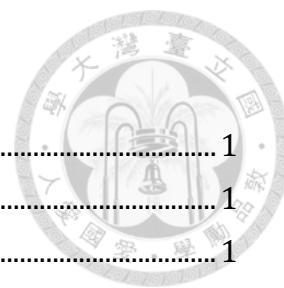
The development of wills in Taiwan reflects the difference on governance and legal system between two regimes. During the Qing Dynasty, the power over family internal affairs was preserved to the head of the family, while in Japanese Colonization Era, the government set several regulatory limitations on the wills, reducing the power of the head of the family. Thus, it can be observed in the

development of wills in Taiwan: the change of the power between the head of a family and the government.



Keywords: Legal history; Wills; Fenjia Wenshu; decision making; Traditional Chinese law; Tan-Hsin Archives; old custom; Taiwan Colonial Court Record Archives.

目錄



| | |
|---------------------------------|----|
| 第一章 緒論..... | 1 |
| 第一節 前言..... | 1 |
| 第一項 以現行法中的遺囑為認識起點..... | 1 |
| 第二項 研究動機與問題意識：「歷史化」的遺囑..... | 6 |
| 第二節 文獻回顧..... | 7 |
| 第一項 遺囑相關之研究..... | 7 |
| 第二項 傳統中國法與清治臺灣漢人家族研究..... | 8 |
| 第三項 日治臺灣家族法研究..... | 11 |
| 第三節 遺囑相關之名詞說明..... | 12 |
| 第四節 研究範圍與章節安排..... | 13 |
| 第二章 清治臺灣遺囑與財產分配..... | 16 |
| 第一節 傳統中國法中的遺囑與財產分配..... | 16 |
| 第一項 清治臺灣是否有遺囑？..... | 16 |
| 第一款 《臺灣私法》中的「遺囑舊慣」..... | 16 |
| 第二款 《大清律例》中的「遺言」與「遺囑」..... | 17 |
| 第二項 清治臺灣漢人如何進行代間財產分配..... | 20 |
| 第一款 代間財產分配的發生時點..... | 20 |
| 第二款 分配比例..... | 22 |
| 第三款 分家析產的具體實踐..... | 24 |
| 第四款 鬮書與遺囑不分？鬮書與遺囑不用分？..... | 29 |
| 第二節 清治臺灣的社會實踐..... | 33 |
| 第一項 「分家文書」中以鬮書最為典型..... | 33 |
| 第二項 《淡新檔案》中的分家文書..... | 38 |
| 第一款 鬮書：22705 案..... | 38 |
| 第二款 遺囑：22406 案..... | 44 |
| 第三款 付管憑據：22403 案..... | 47 |
| 第三項 以個人意志決定代間財產、以分家文書作為憑證..... | 51 |
| 第三節 小結：清治臺灣的「遺囑」與代間財產分配的關係..... | 57 |
| 第三章 日治臺灣的遺囑制度..... | 61 |
| 第一節 日本明治民法中的遺言..... | 62 |
| 第一項 遺言法規之內容..... | 63 |
| 第二項 梅謙次郎《民法要義》中反映出的法學討論..... | 67 |
| 第二節 舊慣調查中臺灣的「遺囑舊慣」..... | 68 |

| | |
|------------------------------------------------------|-----|
| 第一項 「遺囑舊慣」之內容..... | 69 |
| 第二項 日本法化下的遺囑舊慣..... | 74 |
| 第三節 習慣法化的遺囑..... | 77 |
| 第一項 姉齒松平《關於本島人的親屬與繼承法大要》中的遺囑..... | 78 |
| 第一款 《關於本島人的親屬與繼承法大要》中遺囑之內容..... | 79 |
| 第二款 《臺灣私法》與《關於本島人的親屬與繼承法大要》與之 比較：從遺囑舊慣到遺囑習慣法..... | 84 |
| 第二項 日治法院判決中的遺囑實踐..... | 86 |
| 第一款 日治法院判決中的遺囑案件資料概述..... | 87 |
| 第二款 依「舊慣／習慣」進行判決..... | 92 |
| 第三款 現代式民法概念的加入..... | 96 |
| 第四款 公證制度與遺囑..... | 97 |
| 第四節 小結：現代型遺囑制度之確立..... | 98 |
| 第四章 遺囑所代表的意義..... | 102 |
| 第一節 超越「家族主義 vs 個人主義」..... | 102 |
| 第一節 「遺囑」內涵的改變..... | 103 |
| 第一項 代間財產移轉：從家產到家長的個人財產..... | 104 |
| 第二項 尊長的意志決定..... | 105 |
| 第三項 遺囑文書..... | 107 |
| 第一款 從不限類型的分家文書到被特定的遺囑..... | 107 |
| 第二款 「見證人」的功能：從「房親」到「見證」..... | 108 |
| 第二節 遺囑與國家法秩序..... | 110 |
| 第一項 清治：非規則型法與遺囑..... | 110 |
| 第二項 日治：現代法與遺囑..... | 115 |
| 第三項 國家治理與「國家－尊長」的權力關係之消長..... | 119 |
| 第五章 結論..... | 122 |
| 參考文獻..... | 130 |

表目錄

| | |
|------------------------------------------|----|
| 表一、現行民法中的繼承人順位與應繼分比例..... | 2 |
| 表二、現行法的遺囑類型與要式規定..... | 4 |
| 表三、《大清律例》財產分配規定之適用表..... | 23 |
| 表四、《淡新檔案》中的家族爭產案件整理表..... | 34 |
| 表五、《臺灣大學古契書特藏計劃》中的鬮書整理表..... | 36 |
| 表六、明治民法繼承編之條文架構..... | 64 |
| 表七、《臺灣私法》中遺囑舊慣的章節安排..... | 69 |
| 表八、《臺灣私法》對於遺囑的分類概念..... | 71 |
| 表九、《關於本島人的親屬與繼承法大要》中遺囑與特留分的章節安排 | 80 |
| 表十、《日治法院檔案資料庫》中遺囑案件統計..... | 87 |
| 表十一、《日治法院檔案》中臺灣人的遺囑案件整理..... | 89 |

圖目錄

| | |
|------------------------------------------------------|----|
| 圖一、現行法中的遺囑所具有的性質..... | 5 |
| 圖二、「遺囑」相關之名詞示意圖..... | 13 |
| 圖三、《淡新檔案》22705 案吳家鬮書..... | 41 |
| 圖四、《淡新檔案》22705 案吳家人物關係圖..... | 42 |
| 圖五、《淡新檔案》22406 中由杜清吉提出，聲稱是杜章玉所立之遺囑 字..... | 46 |
| 圖六、《淡新檔案》22403 案呂家親族關係圖..... | 48 |
| 圖七、《淡新檔案》22403 案呂眾所立憑據付管字（右半為粘抄印諭， 左半為憑據付管字）..... | 49 |

第一章 緒論



第一節 前言

為了回應臺灣進入高齡化社會的現況，老年生活與照護等議題逐漸受到學界與社會大眾所重視的同時，現行法中的「遺囑制度」也被重新加以檢討。本文一方面欲從時間上縱向觀察臺灣的歷史發展，來考察「遺囑」作為一種在代間財產移轉時所使用的工具或制度，隨著時代發展究竟發生了何種功能上或概念上的變化？另一方面，本文也欲藉由比較清治與日治的遺囑制度異同，來探尋其背後所代表的意義。

第一項 以現行法中的遺囑為認識起點

在理解臺灣現行法中的「遺囑制度」時，首先必須將其放在整個繼承法的脈絡下進行檢視。臺灣目前所採行的「法定繼承制度」，指的是在法律（即民法繼承編）中硬性規定了繼承人的順位與所繼承的財產比例（即應繼分），並且是以配偶為當然繼承人、直系血親卑親屬為財產繼承的第一優先順位。¹此外，現行法中法定繼承制度採取的是共同繼承原則，即由同順位的所有繼承人來共同均分所有遺產。²³關於現行民法中的繼承人順位與應繼分比例，整理如下表一：

¹ 民法第 1138 條：「遺產繼承人，除配偶外，依左列順序定之：

一、直系血親卑親屬。

二、父母。

三、兄弟姊妹。

四、祖父母。」

² 民法第 1144 條：「配偶有相互繼承遺產之權，其應繼分，依左列各款定之：

一、與第一千一百三十八條所定第一順序之繼承人同為繼承時，其應繼分與他繼承人平均。

二、與第一千一百三十八條所定第二順序或第三順序之繼承人同為繼承時，其應繼分為遺產二分之一。

三、與第一千一百三十八條所定第四順序之繼承人同為繼承時，其應繼分為遺產三分之二。

四、無第一千一百三十八條所定第一順序至第四順序之繼承人時，其應繼分為遺產全部。」

³ 相對於共同繼承原則的是「單獨繼承原則」，即僅由繼承人中之一人單獨繼承所有遺產。

表一、現行民法中的繼承人順位與應繼分比例⁴

| 配偶 | 直系血親卑親屬 | 父母 | 兄弟姐妹 | 祖父母 |
|-------|---------|------|------|------|
| 當然繼承人 | 第一順位 | 第二順位 | 第三順位 | 第四順位 |
| 均分 | 均分 | — | — | — |
| 1/2 | — | 1/2 | — | — |
| 1/2 | — | — | 1/2 | — |
| 2/3 | — | — | — | 1/3 |

不過，現行民法所設定的法定繼承順位與比例，並非全然地不可違反：在不違反特留分⁵的情況下，民法即允許被繼承人以「遺囑」來表明自己對遺產所欲為之處分，例如立遺囑人可不依照前述法定應繼分所定的比例來決定各繼承人間的遺產分配比例、或將部分財產遺贈給繼承人以外之人。這種由立遺囑人自行決定財產分配的方式，即是所謂的「遺囑自由」。

簡單來說，現行法中的遺囑，被認為是一種「對個人自由意志的尊重」。⁶由於遺囑能夠體現立遺囑人的意志決定，基於對個人自由意志的尊重，國家法制就應該要保障遺囑能夠被執行，以落實對個人自由意志的保障。

由於遺囑本身的內容是用來記錄立遺囑人對遺產所為之處分，這也就是說，我們可以在遺囑文件清楚地觀察到中個人意志決定的具體樣貌。此外，當立遺囑

⁴ 筆者自繪。

⁵ 特留分是指被繼承人在決定如何分配遺產時，法律設計上強制其必須保留遺產的一定部分（即最低比例）給繼承人之制度。具體規定於民法第 1223 條：「繼承人之特留分，依左列各款之規定：

一、直系血親卑親屬之特留分，為其應繼分二分之一。
 二、父母之特留分，為其應繼分二分之一。
 三、配偶之特留分，為其應繼分二分之一。
 四、兄弟姐妹之特留分，為其應繼分三分之一。
 五、祖父母之特留分，為其應繼分三分之一。」

⁶ 林秀雄（2012），《繼承法講義》五版，頁 218，臺北：元照。

人死亡後，若各繼承人間產生繼承之糾紛而起訴，法院在判決時就必須遵照遺囑中的指示為遺產分割與執行。

不過需要注意的是，在臺灣現行法中遺囑須以法定方法為之。⁷現行法中所稱的「遺囑」必定是一個書面文件、並且有一定的記載事項，例如記明書寫時的年月日、要求一定的見證人人數、見證人須要同行簽名等等，這些對於遺囑文件的形式要求即是所謂的遺囑的「要式性」。⁸現行法中各類遺囑的要式規定，整理於表二。

相對於大多數的民事契約都是「不要式行為」，民法將遺囑規定為「要式行為」，可以說是相當特殊的設計。針對這點，既有的主流學說認為，現行法之所以對遺囑有要式規定的設計，是因為遺囑發生效力時立遺囑人已經死亡時，此時難以確認立遺囑人的真正意思，即所謂的「死無對證」。因此，為了確保立遺囑人之真意、促使立遺囑人慎重為之，並且避免利害關係人爭執，民法才會特意將遺囑規定為要式行為。⁹

⁷ 民法第 1189 條：「遺囑應依左列方式之一為之：

- 一、自書遺囑。
- 二、公證遺囑。
- 三、密封遺囑。
- 四、代筆遺囑。
- 五、口授遺囑。」

⁸ 具體規定於民法第 1190 條至第 1195 條。

⁹ 參見戴炎輝、戴東雄、戴瑀如（2010），《繼承法》，頁 242，臺北：順清文化；林秀雄，前揭註 6，頁 218。

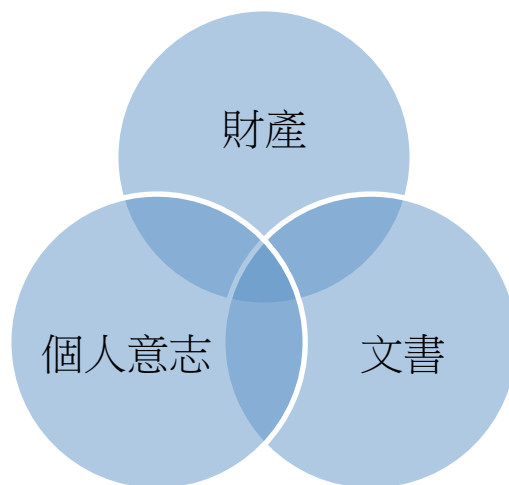
表二、現行法的遺囑類型與要式規定¹⁰



| 遺囑 類型 | 書 面 | 見證人數 | 口述內容 | 年月 日 | 同行簽名 | 其他 |
|----------|--------|--------------|----------------|---------|---------------------|------------------------------------|
| 自書 | O | X | X | O | 自己簽名 | 全文手寫、刪改 要求 |
| 公證 | O | 2 +1(公證人) | O | O | 公證人、 見證人與 遺囑人 | 遺囑人可以指印 代替簽名 |
| 密封 | O | 2 +1(公證人) | 僅須陳述為 自己之遺囑 | O | 公證人、 見證人與 遺囑人 | 他人繕寫時須陳 述其姓名住所 |
| 代筆 | O | 3 | O | O | 見證人與 遺囑人 | 遺囑人可以指印 代替簽名 |
| 筆記 口授 | O | 2 | O | O | 全體見證 人 | 特殊遺囑，僅因 生命危急或其他 特殊情形可以做 成 |
| 錄音 口授 | X | 2 | O | O | 全體見證 人 | 特殊遺囑，僅因 生命危急或其他 特殊情形可以做 成 |

¹⁰ 筆者自繪

簡而言之，現行法中的遺囑所具有的特徵有三：一、財產。現行法下的遺囑主要是用來處理與遺產繼承相關的事項。二、文書。現行法中的遺囑有著嚴格要式規定，而在這些要式中，書面為最基本的要求。¹¹三，個人意志。在現行法下，遺囑是一個單獨行為，意即由個人的自由意志就可以直接決定遺產安排，而不需要得到他人的承諾。圖一為示意圖。



圖一、現行法中的遺囑所具有的性質¹²

綜上所述，「遺囑」一詞在現行民法中所代表意義及功能是：一種有著特定形式要求的文件（例如書面、見證人數、同行簽名等等），其作用為在發生代間財產繼承時，以表明個人意志的方式來決定自己死後所留下的財產如何分配，並且直接對他人與法院產生拘束力。其中，由於遺囑有著在立遺囑人死後依然可以對外產生拘束力的效果，因此遺囑制度可謂是立遺囑人的「死者之手(Dead Man's Hand)」。意即，個人對財產的支配不只是在其生前，還能夠延伸到死後依然有效。

¹¹ 僅有因生命危急或其他特殊情形可以作成口授遺囑。參照民法第 1195 條。

¹² 筆者自繪。

第二項 研究動機與問題意識：「歷史化」的遺囑



由於現行民法對於遺囑有相當嚴格的要式規定，一方面使得被繼承人（即死者）所立下的遺囑在法律上非常容易無效，另一方面也使得一般人很少會選擇使用「遺囑」來對自己死後的財產進行安排。有鑑於此，近來或有研究者建議可參考英美的繼承法與遺囑法之規定與英美的修法沿革，來對臺灣的遺囑制度進行修法。¹³相對於此，本文則是希望法律學界在進行修法倡議的討論時，除了對於國外進行比較法研究以外，也不能忽略臺灣自身的歷史脈絡。

在近代臺灣的歷史上，「遺囑」一詞也一直存在於一般人的社會生活當中，然而遺囑這個詞彙的意義並非一直都是「一種特定的法律文件」，而是在不同的時代有著不同的意義。而在不同時代中，「以表明個人意志來決定代間財產分配」，也不僅是只有「遺囑」可以做到。究竟在臺灣近代歷史上，「遺囑」以及與遺囑類似的制度或工具，曾經在不同時空背景下的社會實踐上發揮了什麼樣的功能？隨著時代的演變，這些制度又發生了什麼樣的轉換？藉由此種「歷史化」的方法，本文一方面希望能夠對於法律改革的討論，提供一個更加具有歷史思維、本土脈絡與經驗的視角。另一方面，也希望能夠透過此種歷史考察，幫助我們更加理解臺灣人如何安排家庭與社會生活以及代間財產傳遞，同時也更細緻地觀察個人意志在家庭與社會生活上所發揮的作用。

此外，若是我們將觀察視角放在殖民與全球化的脈絡下，則可以發現到在近代歷史上，臺灣的法律繼受呈現出一個清楚的「近代歐陸—日本—臺灣」之路徑。近代歐陸的民法典是立基於個人主義所訂定，具體而言則是體現於肯認以個人作

¹³ 參見單鴻均（2015），〈我國限定責任繼承與美國遺產清算制度之比較〉，國立臺灣大學法政學研究所碩士論文；余晉昌（2016），〈臺灣與美國遺囑要式及瑕疵救濟之比較研究〉，國立臺灣大學法政學研究所碩士論文。

為法律上的行為主體、強調對於個人自由意志的尊重等種種規定之上。而在「近代歐陸—日本—臺灣」這樣的法律繼受關係下，日本民法即蘊含著一定程度的歐陸式民法中的個人主義精神。於是，當臺灣開始受到日本統治後，臺灣的法律制度與社會生活，也就開始有了接觸並吸納這種近代歐陸個人主義精神的機會。至於臺灣的遺囑實踐具體而言究竟是如何受到日本法／近代歐陸法的影響、影響程度為何？這些也是本文希望探討的問題。

第二節 文獻回顧

第一項 遺囑相關之研究

法律學界中有關遺囑的既有研究，大多聚焦於遺囑要式性以及特留分的討論。此外，雖然不是直接以遺囑為研究對象，但也有於繼承法領域採用法律史方法的學術研究。

余晉昌在《臺灣與美國遺囑要式及瑕疵救濟之比較研究》中，首先介紹了美國《統一繼承法典》(Uniform Probate Code) 以及美國學者 John H. Langbein、Ashbel G. Gulliver 與 Catherine J. Tilson 等人從形式要件的功能來分析遺囑要式的學說見解，接著同樣以這種功能分析 (functional analysis，又稱為功能論) 的方式檢討我國的要式性。¹⁴而本文在考察傳統中國法、日本民法等法規範與日治法院判決中的遺囑判決實踐時，同樣也採用了此種功能分析的研究方法。

單鴻均的《我國限定責任繼承與美國遺產清算制度之比較》是從美國の間接繼承制度為基礎，重新檢討我國繼承法中的有限責任。此文等於是對於整個繼承制度的重新審視，同時還涉及了遺囑替代物如何影響美國的遺產清算制度之討論。

¹⁴ 參見余晉昌，前揭註 13。

¹⁵這提醒了我們，對遺囑制度的思考無法脫離更大、更上位的繼承制度。也就是說，不同時代下臺灣的遺囑實踐之所以有差別，一定程度是因為代間財產移轉的規範發生改變。

另外，黃詩淳的〈特留分意義之重建：一個法制史的考察〉，則是爬梳了日本從明治民法到戰後民法的特留分沿革，以及我國接觸特留分前的社會背景一直到我國民法中的特留分之沿革。¹⁶從這種法制史的研究方法中，我們可以看到特留分在不同的時代下有著不同的意義，並且能夠幫助我們釐清特留分此一制度設計目的。同樣地，本文希望透過這種歷史化的研究方法，也能夠清楚爬梳出臺灣近代歷史上的遺囑變遷以及遺囑所代表的意義。

美國學者 Jane B. Baron 在〈Gifts, Bargains, and Form〉一文中也採用了這種歷史化的研究方法。¹⁷Baron 從贈與歷史中發現，要式性規定的出現，一部分與證據功能以及保護功能有關，但另一部分卻是基於仕紳階級與平民階級的角力，以及為了限制陪審團的審查範圍等等原因而訂定。¹⁸因此，要式性規定並非完全如同功能論者所宣稱的一定帶有某種功能目的。這樣的研究結果表示，此種研究方法有助於釐清一項法律制度為何會出現以及其背後的设计目的，以便學界在進行法學討論時，能夠更精準的找出問題所在。

第二項 傳統中國法與清治臺灣漢人家族研究

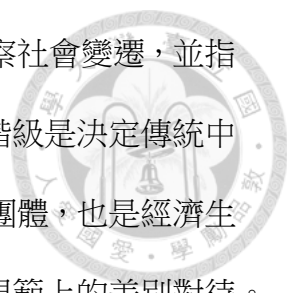
要了解臺灣在 1895 年因受日本統治而繼受近代歐陸法／日本法之前的法律規範與家族制度為何，首先可以由瞿同祖與滋賀秀三的研究作為認識起點。

¹⁵ 參見單鴻均，前揭註 13。

¹⁶ 參見黃詩淳（2010），〈特留分意義之重建：一個法制史的考察〉，《臺大法學論叢》，第 39 卷第 1 期，頁 109-160。

¹⁷ See Jane B. Baron, Gifts, Bargains, and Form, 64 Ind. L.J. 155-164 (1989) .

¹⁸ *Id.*, 164-179.



瞿同祖的《中國法律與中國社會》由中國的法律變遷來考察社會變遷，並指出儒家與法家思想對於中國法律之影響。¹⁹瞿同祖認為家族與階級是決定傳統中國社會結構的基本元素。在此，家指的是一個同居共財的親屬團體，也是經濟生活的基本單位；男尊女卑與親疏遠近的階級差異則構成了法律規範上的差別對待。至於滋賀秀三的《中國家族法原理》（《中国家族の原理》），²⁰需要注意的是，由於傳統中國並不存在近代歐陸的「實定法」概念，因此滋賀在書中對「法」的定義也並非近代歐陸的實定法，而是一種「自然地刻劃在人們的意識中並活生生地發會著作用的具有法之性質的論理，又可稱為自然法」。²¹滋賀考察了傳統中國社會中的漢人家族制度，並認為「宗祧」與「家產」為構成漢人家族的主要元素，傳統中國中所謂的「繼承」概念也是為由宗祧與家產的代間移轉所構成。

不過，由於瞿同祖與滋賀的研究範圍為皆整個傳統中國，並且試圖將之抽象原理化，並非專門針對臺灣社會，因此是否能直接套用到清治臺灣，還需要進一步以其他研究著作檢驗。而陳其南的《臺灣的傳統中國社會》即是專門針對清治臺灣漢人移民社會的人類學研究。²²根據陳其南的考察，19世紀的臺灣社會隨著地緣組織的形成，已出現「土著化」的傾向，宗族組織也逐漸形成。²³是以可以與前述滋賀之研究作為對照。另外，陳其南於〈「房」與傳統中國家族制度：兼論西方人類學的中國家族研究〉一文中指出了漢人的家族制度係以「房」為核心，並且同樣肯認宗祧與家產在漢人家族中的重要性。²⁴

此外，盧靜儀的《清末民初家產制度的演變——從分家析產到遺產繼承》則是爬梳了漢人社會對於代間財產移轉的理解，在中國是如何從傳統中國式的「分

¹⁹ 參見瞿同祖（1984），《中國法律與中國社會》，臺北：里仁。

²⁰ 參見滋賀秀三（1967），《中国家族の原理》，東京：創文社。

²¹ 同前註，頁 13。

²² 參見陳其南（1987），《臺灣的傳統中國社會》，臺北：允晨。

²³ 同前註，頁 127、138、。

²⁴ 參見陳其南（1990），〈「房」與傳統中國家族制度：兼論西方人類學的中國家族研究〉，氏著，《家族與社會：台灣與中國社會研究的基礎理念》，頁 129-214，臺北：聯經。

家析產」轉變為近代歐陸式的「遺產繼承」之概念。²⁵其中，在說明傳統中國的家產制度時，盧靜儀仔細地整理了《大清律例》中對分家析產所規定的分配順位與比例（詳見本文第二章）。由於分家析產實際上正是清朝統治下的臺灣在遺囑實踐時的上位概念，因此本文在考察遺囑於清治臺灣的實踐時，《大清律例》所規範的內容也是必須要釐清的重點。

至於清治臺灣的衙門訴訟實態，除了直接使用原始史料《淡新檔案》進行研究以外，學界也已經有許多既有研究存在。首先，寺田浩明在〈權利與冤抑——清代聽訟和民眾的民事法秩序〉與〈「非規則型法」之概念——以清代中國法為素材〉中，說明了清代社會以「管業」為核心的財產法秩序，以及傳統中國在審案時由「情法之平」與律例規定共同構成的「非規則法」形態。²⁶王泰升、曾文亮與吳俊瑩的〈論清朝地方衙門審案機制的運作——以《淡新檔案》為中心〉則是以《淡新檔案》中的史料為基礎，分析地方官員在審案時如何是考量案件是否審轉、官府規定（如律例、會典）在其中的作用、斷案輕重等等問題，是對衙門審案過程的重新審視。²⁷陳韻如的《帝國的盡頭——淡新檔案中的姦拐故事與申冤者》則是提供了一個由行動者的敘事策略出發的文本分析角度。²⁸

此外，清治臺灣的分家實踐上時常會出現鬮書與遺囑等等分家文書。這些文書在社會生活與衙門審案時的實際作用為何？岸本美緒在〈明清契約文書〉中整理並分析了仁井田升、戒能孝通與寺田浩明等日本學者對於明清中國契約文書的

²⁵ 參見盧靜儀（2012），《清末民初家產制度的演變——從分家析產到遺產繼承》，臺北：元照。

²⁶ 參見寺田浩明著，王亞新等譯（2012），〈權利與冤抑——清代聽訟和民眾的民事法秩序〉，《權利與冤抑：寺田浩明中國法史論集》，頁 207-274，北京：清華大學。同作者同書，〈「非規則型法」之概念——以清代中國法為素材〉，頁 357-393。

²⁷ 參見王泰升、曾文亮、吳俊瑩（2015），〈論清朝地方衙門審案機制的運作——以《淡新檔案》為中心〉，《中央研究院歷史語言研究所集刊》86 卷 2 期，頁 421-469。

²⁸ 參見陳韻如（2004），《帝國的盡頭——淡新檔案中的姦拐故事與申冤者》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

解讀。²⁹此外，岸本也點出文書中的「中人」、「保人」有著支持契約秩序的作用。³⁰這有助於我們理解在清治臺灣的遺囑與鬮書中出現的「在場人」與「知見人」的作用。而林文凱的〈「業憑契管」？清代臺灣土地業主權與訴訟文化的分析〉則指出清治臺灣的地方官員在面對土地爭界案件時，基於地方治理的實效性與安定性考量，往往未必完全依照「業憑契管」的原則來斷案。³¹如此的見解對本文第二章的分析極有啟發。

第三項 日治臺灣家族法研究

關於日治時期臺灣的法律規範架構，在王泰升所著的《台灣日治時期的法律改革》中有清楚地說明。³²《臺灣法律現代化歷程——從內地延長到自主繼受》則是描述了臺灣在日治時期的繼受日本法與近代歐陸法的過程。³³根據王泰升的研究，臺灣於日治時期的民事法律發展，在財產法的部分，先是經由「舊慣的權利化」從而達到「現代法化」，到了日治後期更是直接適用日本民法；而在身分法的部分則是一種「有限的現代化」，這是因為在整個日治時期的身分法規範在1923年之前是「依舊慣」，1923年後則是「依習慣」，是以日本法對身分法領域的影響較為間接。

承接王泰升的研究，曾文亮在《日治時期台灣人家族法之殖民近代化與日本化——全新的舊慣》中，從舊慣調查、土地調查以及「新制度」（如戶口制度）的引進等面向分析臺灣總督府的殖民統治措施是如何影響與改造臺灣人的家族

²⁹ 參見岸本美緒（1998），〈明清契約文書〉，收錄於滋賀秀三等著，王亞新、梁治平編，《明清時期的民事審判與民間契約》，頁 280-326，北京：法律出版社。

³⁰ 同前註，頁 311-312。

³¹ 參見林文凱（2011），〈「業憑契管」？清代臺灣土地業主權與訴訟文化的分析〉，《臺灣史研究》18 卷 2 期，頁 1-52。

³² 參見王泰升（2014），《台灣日治時期的法律改革》二版，臺北：聯經。

³³ 參見王泰升（2015），《臺灣法律現代化歷程——從「內地延長」到「自主繼受」》，臺北：中研院臺史所、臺大出版中心。

制度。³⁴沈靜萍的《多元鑲嵌的臺灣日治時期家族法——從日治法院判決探討國家法律對臺灣人之家及女性法律地位之改造》，則考察了日治法院判決中所呈現出的臺灣漢人家族制度。³⁵不過，曾文亮與沈靜萍的研究對象主要為家與戶口、家產與遺產、繼嗣與收養、婚姻等家族制度的「核心項目」，並未特地針對遺囑進行研究。因此，本文希望以這些學者已提出的日治臺灣的家族法現代化理論為基礎，並以遺囑作為具體的研究對象加以考察，希望能清楚地描繪出臺灣的遺囑變遷過程。

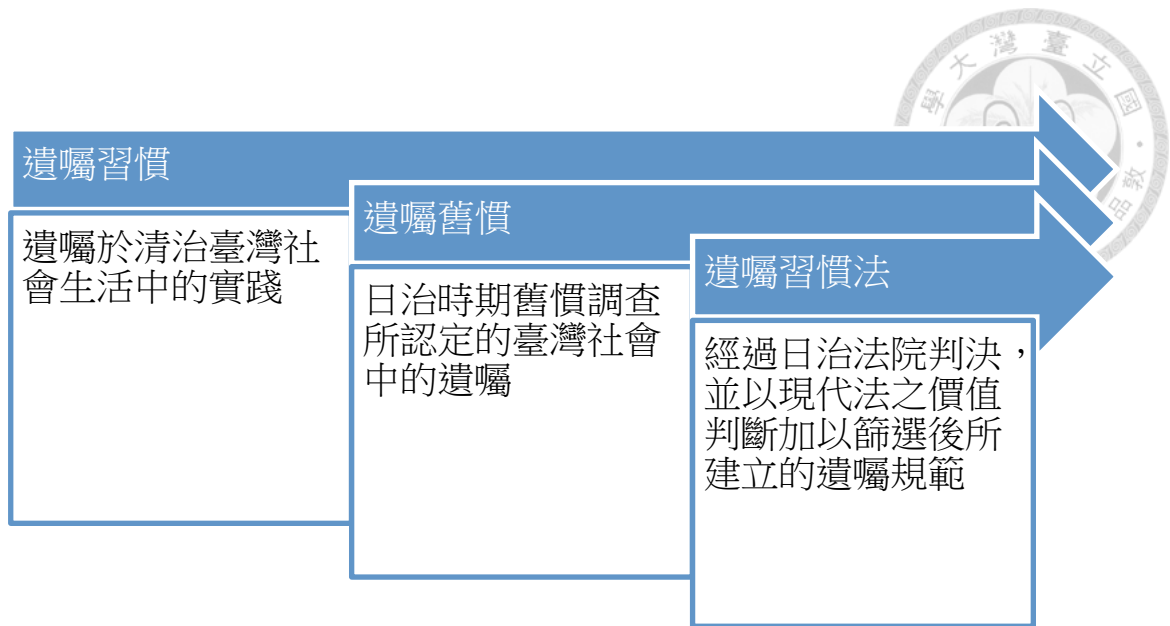
第三節 遺囑相關之名詞說明

由於「遺囑」這個詞彙在不同時代有著不一樣的內涵，因此本文雖然在泛指最廣義的遺囑時會直接以「遺囑」稱之，但一旦欲特定指涉某一個時代的遺囑時則有必要以不同的詞彙加以區分，以免混淆。

關於遺囑在清治臺灣社會中實際的民間實踐，本文以「遺囑習慣」稱之。至於日本政府以舊慣調查所認定的臺灣民間社會生活中的遺囑，本文稱為「遺囑舊慣」。而欲專指經過法院判決並以現代法之價值判斷加以篩選後所建立的對於遺囑的規範時，本文則以「遺囑習慣法」稱之。圖二為示意圖。

³⁴ 參見曾文亮（2008），《日治時期台灣人家族法之殖民近代化與日本化——全新的舊慣》，國立臺灣大學法律學研究所博士論文。

³⁵ 參見沈靜萍（2015），《多元鑲嵌的臺灣日治時期家族法——從日治法院判決探討國家法律對臺灣人之家及女性法律地位之改造》，臺北：元照。



圖二、「遺囑」相關之名詞示意圖³⁶

此外，為了方便區別，本文在提到日本民法中關於遺囑之規定時，在日本民法法規的部分本文直接使用日文的「遺言」來指稱。至於「現代型遺囑制度」一詞，則是指日本政府透過對於「遺囑舊慣」的認定與法院判決中對於「遺囑習慣法」的判斷，再加上其餘背景系統（例如公證制度與現代式法院制度）的建立與落實後，從而在臺灣產生的與遺囑相關之規範。

第四節 研究範圍與章節安排

本文對於臺灣的遺囑法律史之考察，是以不同的統治群體作為時代區分的標準。也就是說，本文在縱向的時間軸上所考察的範圍，是從臺灣的清治時期（1683~1895）到日治時期（1895~1945）的這兩個時代區間。除此之外，本文的章節也是依照清治時期與日治時期的時間分期，來區分出本文的第二章與第

³⁶ 筆者自繪。

三章。至於本文所考察的對象，主要為規範層面的法律規定，以及實踐層面的清治衙門審案與日治法院判決等史料。



本文在章節安排上，第一章為緒論。包含本文的研究動機、問題意識、既有文獻回顧、研究範圍與對象，以及交代本文的章節安排。

本文的第二章為對清治臺灣的考察。本章首先由《大清律例》之官府規定出發，來釐清《大清律例》中對於分家時點的要求、是否存有對於如何進行分家的具體規定等等問題。接著，本章也使用了《淡新檔案》中所存的文書資料，從動態的角度來爬梳分家析產相關的糾紛案件在進入官府之後的發展。本章一方面希望釐清當時的國家法規對於漢人家族在代間財產傳遞上的規定，另一方面，則希望從《淡新檔案》中的案件審理過程來觀察清治臺灣時人在分家析產時所關注的面向，以及從斷案結果與理由來了解官府對於此類案件的處理方法與對此的態度。最後則是探討「遺囑」這個詞彙在清治臺灣所代表的意義，以及實際上在清治臺灣漢人的社會生活中所發揮的功能。

第三章為對日治臺灣的考察。雖然日治時期臺灣的遺囑規範並未直接適用日本明治民法，但實際上仍受到明治民法的影響，因此本章在一開始會先說明明治民法中所規定的「遺言」之內容。接著，本章在第二節藉由《臨時臺灣舊慣調查會第一部調查第三回報告書：臺灣私法》所記載的內容，本文希望了解臺灣總督府在舊慣調查事業中是如何認定「遺囑舊慣」，並嘗試以比較明治民法與《臺灣私法》來分析遺囑舊慣的「日本法化」。第三節則是以《關於本島人的親屬與繼承法大要》與《日治法院檔案資料庫》中的判決來考察 1923 年以後的「遺囑習慣法」之內涵。在本章的最後，則是對「現代型遺囑制度在日治臺灣是如何建立的？」此一問題的觀察。

第四章則是在考察完臺灣的遺囑在清治時期與日治時期變遷過程後，比較清

治的遺囑與日治的遺囑有何異同、以及這些異同的背後實際上造成了臺灣在遺囑實踐上發生了哪些改變，並且重新檢視遺囑在這兩個時代下所代表的意義。

最後，第五章為本文的結論。除了總結與統整本篇論文的研究發現以外，本文也會嘗試對既有的遺囑研究與修法方向提出回應，並說明在本次的研究中所遺留的未盡事宜。

第二章 清治臺灣遺囑與財產分配



第一節 傳統中國法中的遺囑與財產分配

第一項 清治臺灣是否有遺囑？

本文在對「遺囑」這個概念進行考察時，首先看到的是《大清律例》中有「遺命」、「遺言」這兩個詞彙的出現。除此之外，根據二十世紀初日本政府在臺灣進行舊慣調查後所出版的報告書《臨時臺灣舊慣調查會第一部調查第三回報告書：臺灣私法》（下簡稱為《臺灣私法》），其中也描述了臺灣社會中存在有「遺囑舊慣」。因此可以由此推測，清治臺灣的社會實踐中也有著「遺囑」這個詞彙之存在。

關於這些詞彙的關係，根據戴炎輝在其所著的《繼承法》教科書中對「遺囑沿革」的解釋為：「我國自古以來，遺囑亦稱為遺命、遺令或遺言。遺囑之意涵，比我國現行法之遺囑為廣。凡於生前，佈置死後應辦之意思表示，均稱為遺囑。」¹因此，本文在最一開始的研究的設定上沿用了戴炎輝的看法，將遺命、遺令與遺言等等詞彙作為「廣義的遺囑」來一併納入觀察。

乍看之下，這些「廣義的遺囑」雖然與現今所稱的「遺囑」意義大致上相近，但還是有細微的不同。究竟，清治臺灣中的「遺囑」，其內涵與功能為何、與現今指稱的「遺囑」有何異同？以下將展開具體的探討。

第一款 《臺灣私法》中的「遺囑舊慣」

1895 年日本統治臺灣後開始在臺灣展開舊慣調查，並且由臨時臺灣舊慣調查會於 1910 年出版的《臺灣私法》。在時間上，臨時臺灣舊慣調查會所調查的時間範圍，包含了日本統治之前的清治臺灣時期，並一直延續到日本統治後、開

¹ 戴炎輝、戴東雄、戴瑀如（2010），《繼承法》，頁 238，臺北：順清文化。

始進行調查之時。臨時臺灣舊慣調查會總結統整了這個時間範圍內臺灣本島上人們的生活方式，並將稱之為臺灣的「舊慣」。這也就是說，清治臺灣的社會生活也被包含在調查的範圍之內。因此我們有機會從《臺灣私法》中看到清治臺灣社會生活的實際樣貌。

《臺灣私法》將臺灣舊慣上的「遺囑」定義為：「一般人民向其子孫或其他親族託付後事之言」，且「有行為能力的成年者除越權或違法以外，任何事項皆得以留遺囑，其子孫或其他受囑者皆有義務遵守。」（底線為筆者所加。）並且在之後說明了立遺囑的時點、遺囑所處理的事項以及遺囑的效力等主題。²從這些敘述來看，在臨時臺灣舊慣調查會所調查的時間範圍內，「遺囑」確實是一個存在於臺灣的社會實踐之中的概念。

不過，由於《臺灣私法》中所說的「遺囑舊慣」已經是一種經過現代法／日本法轉譯過的概念，未必真正符合清治臺灣漢人的社會生活實踐之樣貌。³因此本文在考察「清治臺灣」時並不只有使用《臺灣私法》的內容，而是將《臺灣私法》的敘述作為考察的起點或是輔助資料，並以其他清治時期所留下的史料（如《淡新檔案》）加以對照或修正。⁴

至於《臺灣私法》如何認定「遺囑舊慣」的內容以及本文對「遺囑舊慣」的分析，則留至本文的第三章再詳細討論。

第二款 《大清律例》中的「遺言」與「遺囑」

以戴炎輝所說的廣義遺囑，即遺囑、遺言、遺令、遺命等關鍵字來查詢，可以看到《大清律例》中與「遺囑」有關的規定其實僅有兩條。首先是〈禮律·儀

² 臨時臺灣舊慣調查會編（1911），《臨時臺灣舊慣調查會第一部調查第三回報告書：臺灣私法》第二卷下冊，頁 593-595，東京：臨時臺灣舊慣調查會。

³ 有關「《臺灣私法》中的遺囑舊慣是一種經過日本法轉譯的概念」這點，於本文第三章第二節有詳細的討論。

⁴ 法律史學界亦早已注意到《臺灣私法》未必符合清治臺灣漢人的社會生活實踐之問題。參見王泰升（2017），《台灣法律史概論》五版，頁 77-78。

制)「喪葬」條，在棄毀死屍的規定中有「其從尊長遺言，將屍燒化及棄置水中者，杖一百」。另一條則是〈戶律·戶役〉「別籍異財」條中的「或奉遺命，不在此律」。(底線為筆者所加。)

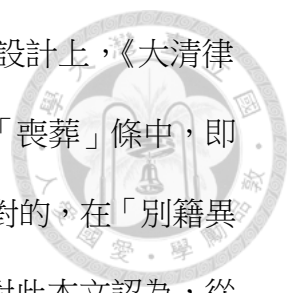
首先，從上述的律例全文來看「遺言」與「遺命」的功能。「喪葬」條之規定為：「凡有（尊卑）喪之家，必須依禮（定限）安葬。若惑於風水及託故停柩在家，經年暴露不葬者，杖八十。（若棄毀死屍，又有本律。）其從尊長遺言，將屍燒化及棄置水中者，杖一百。從卑幼，並減二等。若亡歿遠方，子孫不能歸葬而燒化者，聽從其便。」⁵（括號中之文字，為《大清律例》之夾註。）也就是說，「喪葬」條中的遺言有著使子孫在棄毀尊長屍體時，得以減輕處罰程度的效果，但子孫棄毀尊長屍體的行為仍然無法完全免於處罰。

至於「別籍異財」條則是規定：「凡祖父母、父母在，子孫別立戶籍分異財產者，杖一百。須祖父母、父母親告乃坐。若居父母喪，而兄弟別立戶籍分異財產者，杖八十。須期親以上尊長親告乃坐。或奉遺命，不在此律。」⁶意即，在祖父母、父母在世時與祖父母、父母的喪期間，子孫不得別籍異財，然而若是尊長留有遺命，子孫在尊長的喪期間仍可以進行分家。由此觀察，遺命的功能是使得子孫可以在尊長的喪期間進行分家，而不受到「別籍異財」條的處罰。

從上述的律例規定中我們可以看到，遺囑是在「喪葬」跟「別籍異財」這兩件事上，發揮出「由尊長的命令來超越國家法制所預設的安排」的功能。不過，我們同時也可以注意到，「尊長的命令」所能發揮作用的程度，在這兩個條文的規定中是不同的。從《大清律例》中的〈禮律·儀制〉「喪葬」與〈戶律·戶役〉

⁵ 本文所使用的《大清律例》之內容，是以薛允升所著的《讀例存疑重刊本》與京都大學法學研究科寺田浩明（現為鈴木秀光負責）所整理的《讀例存疑》電子版這兩者為主。參見（清）薛允升著，黃靜嘉編校（1970），《讀例存疑重刊本》，臺北：成文出版社。寺田浩明，《讀例存疑》電子版，來源網址：<http://www.terada.law.kyoto-u.ac.jp/dlcy/index.htm>（最後瀏覽日：07/23/2018）

⁶ 同前註。



「別籍異財」這兩條的效果來看，相較於「喪葬」條，在規定設計上，《大清律例》給與了「別籍異財」條中的尊長命令較大的活動空間。在「喪葬」條中，即便有著尊長的遺言，仍然無法使得子孫的行為免於處罰。但相對的，在「別籍異財」條，一旦有尊長的遺命，子孫違律的行為即可免於處罰。對此本文認為，從《大清律例》的條文所揭示的處罰程度來觀察，似乎代表著清代的國家統治者認為比起家族何時分產此種家族內部事務而言，喪葬此等「禮儀」事項更需要嚴格的管制。⁷

不過，暫且先不從國家治理與條文規定之功能的角度，而是回歸字面上最直觀的解釋來討論，本文認為「遺言」與「遺命」，其實就是「尊長對子孫留下的命令」的意思，並且有著要求子孫在自己死後也依然要遵守命令的面向。也就是說，在上述這兩條律例中的「遺言」與「遺命」，兩者共同且明顯的特徵，即是以尊長的「個人意志表現」來發生一定的效果，而這種效果即便在尊長死亡之後也依然存在。

而除了《大清律例》所規定的事項之外，從《淡新檔案》中所存的資料中，我們可以看到遺囑於清治臺灣的具體社會實踐（即本章第二節所做的整理）。簡而言之，清治臺灣的漢人家族在發生代間財產分配的時，尊長對子孫留下的命令，也就是「廣義的遺囑」，有著能夠直接決定「誰可以接受財產分配」與「財產分配數額」的功能（詳述於本章第二節）。

由於清治臺灣的遺囑多是於分家析產時發揮作用，因此，在探究「『遺囑』於清治實踐的社會實踐上所扮演的功能為何？」這個問題之前，應該要對於清治

⁷ 本文認為這樣的規範設計展現出的是，在清朝政權的國家價值觀中，禮儀的地位似乎優於家族財產，又或者可以說是「法不入家門」、由族自治家族事務的國家治理態度。只不過《大清律例》的官府規定與本文所假設的這種國家價值與治理方式，於民間社會究竟有無落實與運作，仍需要進一步考證。

臺灣漢人家族如何進行代間財產分配，即分家析產，有一定的理解。⁸

第二項 清治臺灣漢人如何進行代間財產分配

第一款 代間財產分配的發生時點

關於清治臺灣漢人家族如何進行代間財產此一問題，首先一樣可以先由清朝的官府規定來作為觀察的起點。讓我們再次檢視《大清律例》〈戶律·戶役〉「別籍異財」條中規定：

凡祖父母、父母在，子孫別立戶籍分異財產者，杖一百。須祖父母、父母親告乃坐。若居父母喪，而兄弟別立戶籍分異財產者，杖八十。須期親以上尊長親告乃坐。或奉遺命，不在此律。⁹

「別籍異財」條的附例為：

祖父母、父母在者，子孫不許分財異居。此謂分財異居，尚未別立戶籍者，有犯亦坐滿杖。其父母許令分析者，聽。¹⁰

根據上述律文與例文的規定，就代間財產分配發生的時點而言，清代中國的家庭原則上在祖父母、父母在世時與喪期間，不得別籍異財。就此，黃宗智在《清代的法律、社會與文化：民法的表達與實踐》中提出的看法是：律文的規定作為一種法律的「表達」，代表的是儒家思想中所期望的理想狀態，卻不一定等同於實際上的「實踐」。在「別籍異財」條的例子，律文就表現出了「父母在不得分家」，必須同居共財的儒家理念。但在傳統中國社會中的實踐上，於父母尚在時即進行分家已經是一個很普遍的現象，因此律文底下的例文即是反映出了此種

⁸ 在此需要注意的是，由於本文所關心問題的是「代間財產分配」，因此本文較聚焦於財產的面向來進行討論。然而，實際上從《大清律例》中我們可以發現，傳統中國的「分家」包含了「別立戶籍」與「分異財產」這兩個方面，而不是僅有財產面向。此外，在「別立戶籍」此一面向上，本文認為「別籍」與「別居」、「別戶」這幾個詞彙之間的轉變關係與概念上的異同，也是非常值得研究的主题。但本文在研究時礙於時間與能力上的限制，很可惜地未能針對這個問題繼續深入探討。

⁹ 前揭註 5。

¹⁰ 前揭註 5。

社會現實。¹¹

然而實際上，黃宗智並沒有對於律例到底是如何產生進行探究、也沒有對於傳統中國的普遍社會現實為何進行考證與說明，這代表的是黃宗智在論證上，必然會缺乏「例文等同於社會現實」的證據。此外，別籍異財條律文中實際上也有「或奉遺命，不在此律」的空間，不是只有對父母在不得分家與同居共財的期望。因此，本文不認為將律文與例文分別對應到「表達」與「實踐」是一個適當的區分，黃宗智對於別籍異財條律文與例文的理解似乎也有誤。對於律文與例文在規定上的差異問題，在此本文想提出一個不採用黃宗智的「律文／例文＝表達／實踐」區分框架。

單就律例規定的內容本身來觀察（以黃宗智的分析方法而言，等於是將律文與例文都視為法律的「表達」），我們可以發現決定代間財產分配何時發生、以及官府對此的態度（即官府是否會加以處罰），並不是以祖父母、父母等尊長「是否在世」來區別，而是以祖父母、父母這些尊長「是否准許」作為關鍵。

首先，在律文中，依照「須由祖父母、父母、期親以上尊長親自告官」、以及「祖父母、父母在世時允許、或臨終前有命」的這兩點，我們可以列出三種情況：第一、在尊長在世時要求子輩即刻進行分家；第二、尊長要求子輩在其過世後的喪期內進行分家；第三、尊長仍在世時，子輩在未經尊長要求的情況下自行分家，而尊長並未向官府控告。根據律例規定，這三種情況下的別籍異財，都是被《大清律例》所允許的，並且官府也不會介入處理。其次，若是再進一步以尊長的意志表現內容來觀察的話，在前述的第一種及第二種情形，還可以很明確地看到尊長直接體現出「欲為」分家的意向，最後一種表現出的則是「不反對」分家的意向。

¹¹ 黃宗智，《清代的法律、社會與文化：民法的表達與實踐》，頁 15、26、103，上海：上海書店。

是以，針對清代漢人家族的分家時點應該如何認定的問題，本文提出的看法是，影響代間財產分配是否發生、以及代間財產分配的發生是否被官府所允許的原因，雖然在清代的律例規定中有著一個明顯的形式特徵，即是以「尊長是否過世」或「是否在喪期」這種形式上的時點來判斷，但進一步探究的話，真正能夠對於代間財產分配的發生時點造成決定性影響的核心因素，實際上是「尊長的意向」究竟為何。¹²

第二款 分配比例

關於漢人家族在分家時的家產分配比例，首先，最明確的是《大清律例》〈戶律·戶役〉「卑幼私擅用財」條：

凡同居卑幼，不由尊長私擅用本家財物者，十兩笞二十。每十兩加一等，罪止杖一百。若同居尊長應分家財不均平者，罪亦如之。¹³

本條所揭示的，基本上即是所謂的「諸子均分」原則。不過諸子均分原則只存在於嫡庶子之間，對於姦生子此種不同身分之人的分配比例，律例有進一步進行區分，這些則是規定在本條的兩條附例之中。附例一為有關嫡庶子與姦生子之間如何分配：

嫡庶子男，除有官蔭襲先盡嫡長子孫，其分析家財田產，不問妻妾婢生，止以子數均分。姦生之子，依子量與半分。如別無子，立應繼之人為嗣，與姦生子均分。無應繼之人，方許承繼全分。¹⁴

附例二則是無子又無嗣子，即所謂「絕戶」時的分配規定：

絕戶財產，果無同宗應繼之人，所有親女承受。無女者，聽地方官詳明上

¹² 順帶一提，與傳統中國法中此種以意向來決定分家時點，因此較為彈性的方式比較，我國現行民法中對於代間財產移轉發生時點，則是一種非常機械化式的判斷方式，即「以繼承人死亡時」作為判斷。參見現行民法第 1147 條：「繼承，因被繼承人死亡而開始。」

¹³ 前揭註 5。底線為筆者所加。

¹⁴ 前揭註 5。底線為筆者所加。

司，酌撥充公。¹⁵

除此之外，由於在無子的情況下可立嗣子，但若是先立嗣子、之後卻有親生子該如何處理？對此，《大清律例》〈戶律·戶役〉「立嫡子違法」條的例文規定：「若立嗣之後，卻生子，其家產與原立子均分。」¹⁶至於無子而立有嗣子，但同時也「招婿養老」的情況下，《大清律例》〈戶律·婚姻〉「男女婚姻」條的例文也規定：「其招婿養老者，仍立同宗應繼者一人，承奉祭祀，家產均分。」¹⁷

以上有關財產分配比例的規定，在盧靜儀所著的《清末民初家產制度的演變——從分家析產到遺產繼承》中有清楚的表格整理：

表三、《大清律例》財產分配規定之適用表¹⁸

| 嫡庶子 | 具體情況 | | 分配方法 |
|------|------|-------|-----------------|
| 有嫡庶子 | 有姦生子 | | 嫡庶子均分 姦生子得半分 |
| | 無姦生子 | | 嫡庶子均分 |
| 無嫡庶子 | 有嗣子 | 又生嫡庶子 | 與嗣子均分 |
| | | 有姦生子 | 與嗣子均分 |
| | | 養老贅婿 | 與嗣子均分 |
| | 無嗣子 | 有姦生子 | 姦生子承受 |
| | | 無姦生子 | 有親女 |
| 無親女 | 酌撥充公 | | |

¹⁵ 前揭註 5。底線為筆者所加。

¹⁶ 前揭註 5。底線為筆者所加。

¹⁷ 前揭註 5。底線為筆者所加。

¹⁸ 盧靜儀（2012），《清末民初家產制度的演變——從分家析產到遺產繼承》，頁 43，臺北：元照。



在此需要特別注意的是，所謂的諸子均分，實際上應該是諸「房」均分。根據盧靜怡的研究，在傳統中國，「房」的概念是「一男子之所有男性後代及其合而為一的集團」，也就是說「房」指的是一種「兒子相對於父親的身分」，僅有男子才能夠成一房。而漢人家族在分家析產時，是以「房」為單位來承受所分配到的家產，並且也是以「房」的數量來決定家產分配的股數。換句話說，無論一房底下有多少個男性子孫，在分配時每房均得一份。¹⁹又根據陳其南的研究，清治臺灣的漢人家族在分家時，也同樣按照此種即集團式的「房」之概念（而非個人式的「子」之概念）在分配家產。²⁰簡而言之，由於實際上能夠決定分配份額的是房的數量而非子孫的人數，因此本文亦認為應該要將這樣的分配方式稱為「諸房均分」而非諸子均分，才較為適當。

此外，雖然在《大清律例》中有上述這些代間財產的分配方式跟順位之規範存在，但實際本，本文在考察《淡新檔案》時並未看到因為違反上述這些規範而被處法的實例。相反的，反而是有看到違反上述這些規範的家產分配方式，但仍被官府所尊重。²¹本文認為在《淡新檔案》中只所以會有這樣的情況出現，或是因為即便上述的這些分配方式跟順位的規範可能真的是清治臺灣漢人家族生活中的一種行為指引，但實際上的社會生活還有別的行為準則所存在，因此官府在斷案時並不是僅考慮上述這些規範而已。²²

第三款 分家析產的具體實踐

除了前述的分家時點與財產分配比例之規定以外，清治臺灣漢人家族在分家

¹⁹ 同前註，頁 44-46。不過，由於盧靜怡的研究主要是針對「傳統中國」，而「傳統中國」只是一個整體概念，實際查證的話時常可以看到各地相異的社會生活實踐。因此，所謂的「傳統中國研究」是否能直接套用到清治臺灣的漢人家族生活之中，是一個需要特別注意到的問題。

²⁰ 參見陳其南（1990），《家族與社會：台灣與中國社會研究的基礎理念》，頁 131-140，臺北：聯經。

²¹ 例如在《淡新檔案》22403 案中，呂眾即將自己的所有業產留給其中的一個兒子。（詳述於後）

²² 王泰升，前揭註 4，頁 45。

時具體的運作慣例為何？本文根據《淡新檔案》與其他現存的清治臺灣之史料，並以日治初期總督府針對臺灣漢人之分家所做的舊慣調查（即《臺灣私法》中的內容）作為輔助參照後，大略整理如下：



1. 在親族面前為之。

按照現存的清治臺灣的「分鬮約字」來看，這些分家文書的末尾簽名處，除了一定會有的「立字人」、即文書的主持人與分家析產時承受財產的各房代表以外，基本上也一定會有「房親」與「知見人」的簽名。這些房親與知見人通常都與立字人有著親族關係，例如臺北市文獻委員會所藏古契書編號 cg0487 的「全立鬮約字」，其中即寫到此次鬮分是「邀請族親同堂商議」，而知見人簽名處也寫明此知見人為「族叔」。²³除此之外，家族中的「母親」也時常作為知見人在鬮書中出現。例如臺北市文獻委員會所藏古契書編號 cg0384 為郭家兄弟分鬮的文書，其中郭家兄弟的母親就是這份文書的知見人。²⁴在此順帶一提，在日治初期的舊慣調查時，舊慣調查會認為臺灣漢人家族在分家時之所以會在親族面前進行，是因為這樣能夠確保家產分配的公平性。²⁵

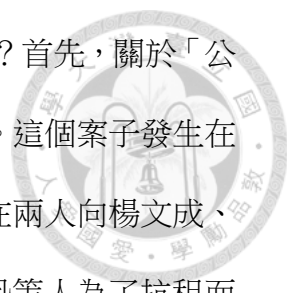
2. 預留出公業、養贍費與長孫額等等項目，這些項目不列入各房的分配。

在現存的清治臺灣分家文書中，我們可以看到這些文書中往往會先列明家族的「公業」與屬於特定個人的「養贍費」、「長孫額」等等項目後，才會接著列出各房所分配到的業產（在本章第二節所介紹的《淡新檔案》22705 案，吳家的鬮書即是一個明顯的例證）。

²³ 臺北市文獻委員會藏臺灣北部古契書，編號 cg0487。臺灣大學古契書特藏計劃，<http://ci6.lib.ntu.edu.tw:8080/gucci/>（最後瀏覽日期：06/29/2018）。

²⁴ 同前註。

²⁵ 「為期家產分配公平，應會同族長及主要親屬為之。」臨時臺灣舊慣調查會編，前揭註 2，頁 577。



這些預先被留出、不列入各房分配的項目有哪些特性？首先，關於「公業」我們可以藉由《淡新檔案》22213 案來進行初步觀察。這個案子發生在光緒 4 年(1878)農曆 8 月²⁶，黃四吉、楊和春呈狀聲稱，在兩人向楊文成、楊泮到、楊日升兄弟承買隘口之田後，田地上的佃人田阿恐等人為了抗租而爭買田地，並且與賣主楊氏兄弟串通，使得黃四吉與楊和春無法順利收租。同時，這個案子中還涉及了楊文成兄弟與其孀楊洪氏的分家爭產。

在審理的過程中，臺北府正堂陳星聚在 12 月 27 日各方當事人的口供後批示：「此案黃四吉、楊和春承買楊文成隘口之田，鞫鞫不得清，纏訟不休，實不如收價另置別業之為得也。查公業原不准一人獨賣，查閱該楊姓鬮書，此田雖未批明公業，亦未分在一人名下，則與公業何異？楊成之獨賣，固屬非是，而黃四吉等明知楊洪氏控爭，蒙斷有份。乃背楊洪氏，而向楊成承買，與知情謀買何異？」根據陳星聚的判斷，一塊土地或產業是否為「公業」，判斷標準並不拘泥於是否有在鬮書中寫明。在這個案子中，此隘口之田實質上並未被分到任何一房名下，而是由各房共同管理，即屬於「公業」。至於本案在其後的處理，陳星聚指示楊文成兄弟出三分半、楊洪氏出二分半，向黃四吉出銀贖契。²⁷

在這個案子中，很明顯地，陳星聚認為「公田不准私賣、斷贖」²⁸。也就是說，屬於公業的田地，無論是買賣或是贖回都不能由任何一房獨自進行，而是需要各房共同決定。

接著，我們也可以藉由《臺灣私法》來觀察日治初期時，臨時舊慣調查會是如何理解這些清治臺灣在分家時會預留出而不列入各房分配的項目。臨

²⁶ 本文對《淡新檔案》中出現的年份皆會附上西曆的年份對照，至於月份及日期則未特意轉為西曆，而是直接使用《淡新檔案》所記的農曆月份及日期。以下皆同。

²⁷ 《淡新檔案》22213。

²⁸ 《淡新檔案》22213.017。

時舊慣調查會將公業定性為「遺留家產」，並且認為「公業」的存在是以「祭祀」為主要目的。²⁹至於在鬮書中也常常可以見到的養贍財產、長孫額、子女婚費、功勞額與其他不同名目的贈與等等項目，《臺灣私法》認為這些在分家文書中常見的項目，在性質上皆是屬於個人的「私產」。³⁰

在這些項目中，「養贍費」是扶養尊長的費用，通常也會作為尊長的喪葬費用。「長孫額」又稱為大孫份，是臺灣漢人家族在家產分配時特別給與家族中的嫡長孫之業產。實際上，在《大清律例》中並沒有長孫額的規定，《臺灣私法》認為這似乎是因為臺灣人較重視長孫，因此才會在臺灣有此一特殊慣例。³¹「子女婚費」在分配家產時不一定會抽出，若有，則為會成為受贈者的私產。³²功勞額則是對增加家產有功勞之人的酌給，³³亦有對招婿或招夫的酌給。³⁴至於提供給繼承人以外之人作為婚費或生活費者，則被《臺灣私法》歸類到其他贈與。

值得注意的是，有關養贍財產的「管理方法」為何，根據《臺灣私法》的說法，被設定為養贍人者可以自己管理養贍財產，也可以委託繼承人的其中一人管理，亦可「將養贍財產分給各繼承人，並受其共同扶養」，或是「給

²⁹ 臨時臺灣舊慣調查會編，前揭註 2，頁 577。除了公業以外，《臺灣私法》中所認定的「遺留家產」也包含了在性質上無法分割、應永遠保存的墳墓、祠堂、祖龕等等。

³⁰ 臨時臺灣舊慣調查會編，前揭註 2，頁 577-583。

³¹ 臨時臺灣舊慣調查會編，前揭註 2，頁 578-579。《臺灣私法》同時也指出，在長子為庶子、養子，或長子之子為庶子、養子時，通常不設長孫額。

³² 臨時臺灣舊慣調查會編，前揭註 2，頁 580。順帶一提，我國現行民法第 1173 條為生前特種贈與之歸扣，第一項規定：「繼承人中有在繼承開始前因結婚、分居或營業，已從被繼承人受有財產之贈與者，應將該贈與價額加入繼承開始時被繼承人所有之財產中，為應繼遺產。但被繼承人於贈與時有反對之意思表示者，不在此限。」第二項規定：「前項贈與價額，應於遺產分割時，由該繼承人之應繼分中扣除。」（底線為筆者所加）歸扣是指在繼承發生、計算遺產總額時，將被繼承人生前所做的特定類型（限於因結婚、分居或營業這三種）之贈與，追加計算回遺產總額，在依照繼承法的分配比例計算每個繼承人可繼承的遺產數額，而已接受過特定類型之贈與的繼承人在繼承發生時，應從其可繼承的遺產數額中，扣除接受特定類型贈與時所拿到的數額。由此觀察，現行法中的歸扣規定，似乎可以與傳統中國法中將子女婚費事先抽出預留的做法互相比較。

³³ 「鬮書通常記載為『踏為酬勞』、『少伸酌勞』或『以酌功勳永為己業』。」臨時臺灣舊慣調查會編，前揭註 2，頁 582。

³⁴ 「因為招婚大多在無恆產的中層階級以下之間為之，所以甚少在鬮書記載此事項。」臨時臺灣舊慣調查會編，前揭註 2，頁 582-583。

與繼承人中的一人，受此人扶養，以遺囑決定自己亡後的歸屬」。另外，若養贍財產用於喪葬後尚有剩餘，則「若設定書有記載或有遺囑時要從之，無則充為祭祀業，歸於繼承人中的一人或由繼承人協議分配」。對於這些敘述中我們或許可以這樣詮釋：《臺灣私法》認為養贍財產既然屬於個人的私產，那麼自然可以由個人來進行處分。而遺囑即是用來表達個人如何處分其財產，因此遺囑的決定必然可以發生效果。³⁵

3. 以拈鬮、尊長指定、或者各房協議之方式來決定各房所分得之業產。

當前述的公業、養贍費與長孫額等項目皆確定完畢之後，剩餘的其他業產即可由各房來進行「鬮分」。「鬮分」的三個步驟為：一、決定各房之得份（即股份）。³⁶二、將業產按照股份均分。三、拈鬮，即抽籤決定各房所得之股。但實際上，也有可能不是以分配家產的方式並非只能以抽籤為之。在臺北市文獻委員會所藏古契書編號 cg0598 的「立鬮書字」中，即寫明了此次鬮分是立鬮書的兄弟二人「當日憑族長面議定」，而未出現「拈鬮」、「鬮分」的用語。³⁷順帶一提，鬮書的訂立通常是在拈鬮這個步驟之前。意即，在分家的過程中，文書的製作者通常會先在鬮書上寫好預留下的公業與養贍費等項目，接著將剩下的財產按照房數或決定好的股數均分，並記下各股的詳目。等到拈鬮完成之後，才會再分別於各股前填入得到該股之房的名稱。

對照《臺灣私法》所做的調查，臺灣漢人家族在家產不多時，各房所分得之業產可能會由尊長自行指定、或由各房協議來決定，而並非由抽籤決定。

³⁵ 臨時臺灣舊慣調查會編，前揭註 2，頁 578-579。

³⁶ 臺灣漢人家族在分產時原則是諸房均分，因此即是以房之數量來決定股份數。但也有可能會出現其中一房所得較其他房多或少之情形，此時的房數與股份數就不相等。以《臺灣私法》中的說明為例，若是一家有三房，而大房所得為二房及三房的兩倍時，此時的股份數即為四，大房得兩股，二房與三房各得一股。臨時臺灣舊慣調查會編，前揭註 2，頁 583。

³⁷ 臺北市文獻委員會藏臺灣北部古契書，編號 cg0598。臺灣大學古契書特藏計劃，<http://ci6.lib.ntu.edu.tw:8080/gucci/>（最後瀏覽日期：06/29/2018）。

38在此我們可以注意到的是，家產分配的數額是可以由「尊長自行指定」的。在這種情形下，尊長的意志表現，就會直接體現並且拘束分家析產的結果，而這，其實就是本文所關心的「遺囑」：在發生代間財產時，能夠產生一定效果的個人意志決定。這種在分家時能發揮一定作用的個人意志決定，實際案例與具體作用為何，即是本文在本章的第二節所欲討論的問題。

在更進一步討論個人意志決定於分家時的作用之前，我們先來看一下《臺灣民法》中整理出以「鬮約字」來命名的鬮書有哪些特徵，並且與「遺囑字」、也就是《臺灣民法》所認定的「遺言書」來進行比較，並且回顧一下前面曾經提到過的「《臺灣民法》認為清治臺灣在分家時會混用『鬮書』與『遺言書』」的這個現象。

第四款 鬮書與遺囑不分？鬮書與遺囑不用分？

《臺灣民法》認為臺灣民間有「鬮書與遺囑混用」的情況，因此單從文書的名稱並不能區別出「鬮書」與「遺言書」這兩種不同的文書。值得注意的是，在《臺灣民法》附錄參考書中所收錄的契字文書中，也有相當多文書的原文名稱同時連用了「遺囑」、「鬮書」甚至「託孤」等詞彙，例如「遺囑託孤字」³⁹、「遺囑鬮書約字」⁴⁰、「囑鬮分字」⁴¹等等。對此，《臺灣民法》認為，這些文書實際上屬於哪個類型，「不受契字所表示的名稱所拘束，必須要詳查其實質」。⁴²那麼《臺灣民法》究竟是如何區分「鬮書」與「遺囑書」呢？本文嘗試性地假設了兩個《臺灣民法》可能使用的判斷標準，第一個是文書的格式，第二則是立文書人

38 「其餘家產以抽籤方式分給各繼承人。但家產不多時，亦可能不依此法，而由被繼承人指定、或是由各繼承人協議，來決定應分得之財產。」臨時臺灣舊慣調查會編，前揭註 2，頁 577。只不過這種由尊長自行指定或由各房自行協議決定分配數額的情形，是不是真的如同《臺灣民法》所說只有在財產數額不大時才會發生？本文認為這點還需要進一步查證。

39 臨時臺灣舊慣調查會編（1911），《臺灣民法附錄參考書》第二卷下冊，頁 274，東京：臨時臺灣舊慣調查會。

40 同前註，頁 302。

41 同前註，頁 311。

42 臨時臺灣舊慣調查會編，前揭註 2，頁 596。

的身分，並將加以驗證。

以下，本文先分別說明《臺灣民法》中所列出的「鬮書」與「遺囑書」之記載事項。首先，鬮書的主要記載事項，根據《臺灣民法》的整理如下：



(一) 立字人：

(1) 在被繼承人的生前、或依其遺言進行鬮分者，以被繼承人單獨為立字人。但亦有由各繼承人連署，以表示各繼承人就其鬮分均無異議之情形。

(2) 被繼承人死後的分配由各繼承人聯合為立字人，若是繼承人既已死亡時由代位繼承人連署。但被繼承人之妻或母尚在世時，亦有由其妻、母代替被繼承人為立字人之情形。

(二) 全體繼承人之名。

(三) 公親、族長、主要親族及其他知見人的姓名。

(四) 抽出公業、養贍財產、長孫額、功勞額、子女婚費時，其事項。

(五) 繼承人分得的財產。負有債務時，其負擔額。

(六) 典買財產的來歷與上手契的保管人時，其事項。

(七) 所立鬮書份數。

(八) 立鬮書年月日（大多不載日）。⁴³

至於遺囑書的內容，《臺灣民法》所整理主要記載事項如下：

(一) 立字人（遺言人）。

(二) 遺言理由。

(三) 遺言事項。

(四) 知見人及代筆人。

⁴³ 臨時臺灣舊慣調查會編，前揭註 2，頁 585-586。

(五) 遺言書份數及保管人。

(六) 立遺言書年月日。⁴⁴

在文書的格式上，從《臺灣私法》的整理敘述來觀察，鬮書與遺囑書在形式上有許多相似的地方，例如都會表明立文書人、知見人、文書份數與年月日。此外，被簡稱為「遺言事項」的內容，實際上也可以是「抽出公業、養贍財產、長孫額、功勞額、子女婚費」、「負債負擔額」與「各房配得之財產數額」等等在鬮書類型中被詳細敘述的事項。因此，從外觀上似乎仍然無法直接區別出鬮書與遺囑書的差別。

而除了格式以外，第二個可能的區別標準是立文書人的身分。意即，在有出現「各房繼承人共同簽署」的情況下文書會被分類為鬮書，而只有「被繼承人」、也就是原本家中的尊長單獨為立文書人的情況，該文書會被分類為遺囑書。不過，《臺灣私法》在對鬮書的整理中，其實也已經點出過「在被繼承人的生前、或依其遺言進行鬮分者，以被繼承人單獨為立字人」以及「被繼承人之妻或母尚在世時，亦有由其妻、母代替被繼承人為立字人之情形」的情況，在這兩個情況下，立文書人雖然都是由尊長單獨在文書上出現，但卻被《臺灣私法》分類到鬮書裡。因此，《臺灣私法》似乎也不是以立文書人的身分為分類標準。

從上述這些觀察來看，「鬮書」與「遺囑書」的區分標準究竟是什麼？實際上在《臺灣私法》中並沒有直接回答這個問題。不過，我們倒是可以推測《臺灣私法》為何要對「鬮書」與「遺囑書」進行區分。這是因為，由於舊慣調查的研究目的與《臺灣私法》的成書目，是為了因應臺灣總督府在治理上的需求，需要將臺灣人的「舊慣」與現代法式的「帝國法律」加以連結，使得「舊慣」能夠相

⁴⁴ 臨時臺灣舊慣調查會編，前揭註 2，頁 595-596。

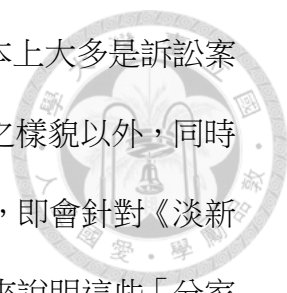
容於帝國法律體制之中。⁴⁵而在帝國法律體系中，很可能是因為鬮書與遺囑書，在司法實踐上必須要進行不同的處理，或是至少在概念上設定了要有不同處理，因此，《臺灣私法》才會需要刻意對兩種文書進行區別。而這種建立在法體系的預設下才做出需要的文書類型區分，放到清治臺灣的時空背景以及法律體系下時，很可能根本就是不必要的。

從清治時代所留下的各類資料、尤其是從《淡新檔案》中的清治臺灣漢人家產糾紛案件，來尋找「能夠影響代間財產如何分配」的文書，會發現除了「遺囑字」、「鬮約字」、「遺囑鬮約字」、「遺囑託孤字」等等文書以外，還會出現例如「付管憑據」⁴⁶這種在名稱上看不出與分家有關的文書。這些文書對於當時的人們來說，在功能上以及官府的處理方式上，根本就沒有差別，因此在理解上也只需要使用「分家文書」這個較廣的框架即可。因此，本文認為在清治臺灣的脈絡下，由於法律體系與日治時期不同，也就沒有必要在「分家文書」這個大類型底下再進一步區別子類型的必要。也就是說，再次回應《臺灣私法》所說的「臺灣民間中鬮書與遺囑不分」的現象，本文認為對於清治臺灣而言，事實上應該是清治臺灣的鬮書與遺囑根本就不用特意區分，因為就功能而言這兩者並沒有根本性的差異，只不過從詞彙本身來看，「鬮書」所強調的是「各房拈鬮」的面向，「遺囑」則是更強調「尊長命令」的面向。

因此，由於研究目的是「認識清治臺灣」，因此本文使用的是「分家文書」這個最廣的理解框架。也就是以「能夠影響代間財產分配」的功能角度出發，來觀察《淡新檔案》中所呈現出的清治臺灣分家析產的實踐。如此一來，可以找到、也必須納入研究範圍的文書，也就不限於「遺囑字」、「鬮約字」、「遺囑鬮約字」、

⁴⁵ 王泰升（2015），《臺灣法律現代化歷程——從「內地延長」到「自主繼受」》，頁 24-25，臺北：中研院臺史所、臺大出版中心。

⁴⁶ 《淡新檔案》22401-22403 案。



「遺囑託孤字」等形式上的名稱。再者，由於《淡新檔案》基本上大多是訴訟案件，因此我們除了可以在《淡新檔案》中看到靜態的分家文書之樣貌以外，同時也可以對於家產糾紛的動態審案過程進行觀察。本文的下一節，即會針對《淡新檔案》中的清治臺灣漢人家族的家產糾紛案件進行分析，以此來說明這些「分家文書」在家產案件中所扮演的功能。除此之外，本文也會試著更進一步地描繪出「個人意志」在這些案件中的活動樣貌。

第二節 清治臺灣的社會實踐

第一項 「分家文書」中以鬮書最為典型

在進行本次的研究時，首先是以「鬮分」、「鬮書」、「遺言」、「遺囑」、「託孤」等關鍵字來搜尋《淡新檔案》。以關鍵字為分類，「鬮書」的查詢結果為 43 件，「鬮約」為 24 件，「鬮分」為 54 件，「拈鬮」為 17 件，「遺囑」為 5 件，「遺命」、「遺言」、「托孤」與「託孤」各為 1 件，「遺令」則查無資料，而這些關鍵字常常會同時出現在同一個案件中，因此互相有重疊，故實際上的案件總數一共為 76 件。

至於實際內容，首先在搜尋到的 76 件案件中，有些並不是家族分產事件，而是數人共同開墾後、再以「神前拈鬮」的方式分配墾地的租佃糧穀，因此同樣會出現在「鬮分」與「鬮約」等關鍵字的搜尋結果中。但這些案件因為未涉及家族的代間財產移轉或是同代之間的爭產，因此並不是本文的研究範圍。此外，屬於家族分產的案件中，也並非每一件都會有「分家文書」的出現。這可能是因為文書於檔案中遺失、又或者案件審理結束後將文書發回當事人而未留複本、又或者案件的審理過程中自始就沒有人提出文書。

在《淡新檔案》中，實際上為家族內的代間財產移轉案件、或是同代之間的爭產而以分家文書作為憑證來主張的案件一共為 38 件。至於在涉及家族分產、

並且存有分家文書的案件中，從文書名稱來觀察，《淡新檔案》中以「遺囑」命名的文書僅有 1 件，⁴⁷另有「付管憑據」1 件，⁴⁸其餘文書皆是以「鬮書」、「鬮約」來命名。詳見下表四：



表四、《淡新檔案》中的家族爭產案件整理表⁴⁹

| | 案號 | 分家文書名稱及編號 | 立文書人 | 備註 |
|----|-------|-----------------------------|------|------------------------------------------|
| 1 | 13401 | 無 | | 非爭產糾紛。因鬮書胎借後遺失，故請求官府給發印照，日後尋出前項鬮書借字作為廢紙。 |
| 2 | 13405 | 無 | | 非爭產糾紛。請求官府按照鬮書更正分給丈單。 |
| 3 | 17404 | 合同鬮書(17404.068) | 各房 | |
| 4 | 21501 | 鬮書約字(21501.002) | 各房 | |
| 5 | 22213 | 無 | | |
| 6 | 22222 | 無 | | |
| 7 | 22225 | 無 | | 請求官府進行鬮分。 |
| 8 | 22401 | 無 | | 與 22403 為相同案件。 |
| 9 | 22403 | 憑據付管字 (22403.094) | 父親 | |
| 10 | 22406 | 遺囑(22406.014) | 祖父 | |
| 11 | 22422 | 無 | | |
| 12 | 22433 | 潤寡字(22433.010) | | 無分家文書。但為平息爭產糾紛另有立一潤寡字(22433.10) |
| 13 | 22442 | 無 | | 請求官府進行鬮分。 |
| 14 | 22601 | 無 | | |
| 15 | 22603 | 無 | | |
| 16 | 22604 | 鬮書(22604.006、 22604.008) | 繼母 | |

⁴⁷ 出現於《淡新檔案》22406 案。以「遺囑」為關鍵字而找到的另外四件結果中，並未出現實際的文書。

⁴⁸ 出現於《淡新檔案》22403 案。

⁴⁹ 筆者自繪。

| | | | | |
|----|-------|------------------------------------------|----|-----------------------------------------------------------|
| 17 | 22606 | 無 | | |
| 18 | 22607 | 無 | | |
| 19 | 22609 | 合約字(22609.006)、 實收幫助銀字 (22609.007) | | 雙方爭執立合約字／實收幫助銀字是否等於分家。 |
| 20 | 22611 | 鬮分字(22611.002) | 各房 | |
| 21 | 22614 | 無 | | |
| 22 | 22615 | 永不翻異合約字 (22615.041) | | 此案最後是在鬮書的基礎上另付費用以息訟，並將結果立為永不翻異合約字(22615.041)。 |
| 23 | 22701 | 無 | | |
| 24 | 22702 | 無 | | |
| 25 | 22703 | 無 | | |
| 26 | 22704 | 合約字(22704.037) | 族人 | 爭執由何人掌管公業的糾紛。據族中議定後將結果立為合約字(22704.037)。 |
| 27 | 22705 | 鬮書(22705.002) | 祖母 | |
| 28 | 22706 | 無 | | 其中出現一請族措置字(22706.008)，內容為鄭張氏因為其子(原告)悖逆橫行誣陷兄弟等情事，請求房長族長處置。 |
| 29 | 22707 | 鬮書合約字 (22707.003) | 各房 | |
| 30 | 23310 | 無 | | |
| 31 | 23705 | 無 | | |
| 32 | 33122 | 無 | | |
| 33 | 33204 | 無 | | |
| 34 | 33209 | 無 | | |
| 35 | 33312 | 無 | | |
| 36 | 33804 | 無 | | |
| 37 | 33903 | 無 | | |
| 38 | 35104 | 鬮書(35104.007) | 各房 | |



此外，除了《淡新檔案》以外，在中研院台史所《臺灣史檔案資源系統》以及《臺灣大學古契書特藏計劃》中能夠找到的文書，也是以「鬮書」的數量最多。

事實上，在《臺灣大學古契書特藏計劃》中，以「鬮書」、「鬮約」、「拈鬮」等關鍵字查詢，則共有 12 件檔案，其中有 3 件是眾多墾戶分配墾地，與家族財產分配無關。此外，以「遺囑」為關鍵字進行查詢時，僅能查得 1 件文書，其結果為 cg0357，文書名稱實際上是「鬮書約字」，文書內容也並未出現「遺囑」此一詞彙，應該是該計劃的工作人員在整理時自行認定此文書的內容是遺囑而下了這個關鍵字。至於「遺言」、「遺令」、「遺命」、「託孤」、「托孤」、「付管」等詞彙，則沒有任何搜尋結果。詳見下表五：

表五、《臺灣大學古契書特藏計劃》中的鬮書整理表⁵⁰

| | 項次號 | 文書名稱 | 立文書人 | 備註 |
|---|--------|---------------|------|-----------------------------------------------------------------|
| 1 | cg0357 | 鬮書約字 | 父親 | 鄭用謨所立。鄭用謨命已婚娶長大成人之長房（剩長孫）與二房（次子）先行分析，以避免日後紛爭，其餘資產留待三房四房長大婚娶後鬮分。 |
| 2 | cg0358 | 懇給喪費資助 生理字 | 堂姪孫 | 堂姪孫所立。作為此人以後不能再向堂叔祖要錢的憑證。 |

⁵⁰ 筆者自繪。

| | | | | |
|---|--------|---------|----|------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 3 | cg0384 | 分業 | 各房 | 郭家兄弟分爨。母親為知見人。 |
| 4 | cg0418 | 鬮書园字 | 各房 | 方氏兄弟之鬮書，但是只看得出其中一個人的鬮得份，找不到另一個人的。母親為知見人。 |
| 5 | cg0424 | 鬮書 | 各房 | 立文書人與 cg0418 相同，內容大致相同（些許用字差異），代筆人相同，但年代不同。cg0418 為同治 10 年（1871）12 月。cg0424 為同治 12 年（1873）6 月。 |
| 6 | cg0487 | 鬮約字 | 各房 | 長房為姪二三房為叔。 |
| 7 | cg0529 | 鬮書合約字 | 各房 | 母親為在場人。 |
| 8 | cg0598 | 鬮書字／分鬮字 | 各房 | 兄弟鬮分。未出現「拈鬮」之用語，而是「當日憑族長面議定」來決定分得份。 |
| 9 | cg0483 | 鬮分約字 | 各房 | 黃氏兄弟共四房。 |

從這些史料來觀察，除了數量上以鬮書為名的文書遠多於遺囑以外，在《淡新檔案》22609 案中，周許氏也主張過應該要「拈鬮」並立下「鬮書」才是真正

的分家。⁵¹因此本文推測，清治臺灣的漢人家族在進行分家時，若有立分家文書的需要，應該是以「鬮書」最為常見也最為典型。但實際上，以鬮書之外的形態出現的文書，也仍然有著能夠發揮「決定代間財產安排」的功能。因此本文認為，清治臺灣漢人家族在訂立分家文書的實踐上，鬮書並不是唯一的一種方式，而鬮書以外的分家文書也不限於遺囑。

第二項 《淡新檔案》中的分家文書

以下，本文將從《淡新檔案》中挑選三個案子來說明「分家文書」在「決定代間財產安排」之間的關係。而本文之所以選擇這三個案子，主要是因為這三個案件中所出現文書類型不同，並且所保留的案件進程相對完整。在這三個案子中，22705 案中所出現的分家文書為鬮書，22406 案則是《淡新檔案》中所能找到的唯一一份遺囑文書。至於 22403 案中的分家文書則不是鬮書也不是遺囑，而是「憑據付管字」。本文希望以這些案件來觀察「分家文書」在「決定代間財產安排」上所能發揮的作用，並進一步描繪出能夠決定代間財產安排之行動者的個人意志活動的具體樣貌。

第一款 鬮書：22705 案

光緒 5 年（1879 年）3 月 6 日，住在臺北府新竹縣竹塹城北門街的吳天擇向臺北府知府陳星聚呈狀，稱其公租遭吳應恬、吳正端霸收分肥，並附有咸豐 10 年（1860 年）時吳天擇之祖母陳氏來臺進行鬮分時所立之鬮書。⁵²從這份鬮書中，我們可以看到吳家的分家原因以及財產是如何分配的。

在鬮書的一開頭，陳氏說明了吳家為何會在此時分家的原因：「竊聞公藝同居，惟存百忍，陳兢合食，惟守一公。氏固願子孫式好無尤，共敦古昔之風者也。」

⁵¹ 關於《淡新檔案》22609 案的完整過程與詳細內容，可參照艾馬克（Mark A. Allee）著，王興安譯（2003），《十九世紀的北部臺灣——晚清中國的法律與地方社會》，頁 141-157，臺北：播種者文化。

⁵² 《淡新檔案》22705.2。

無如生齒日繁，賢愚不一，木雖一本，而枝不能不分，即同源而流，不能不別。故與其貌合情離，徒博團聚之名，孰若各爨均分，長弭爭端之為愈也。」簡而言之，陳氏在此時出面主持吳家的分家，是為了避免子孫在日後為了爭奪家產起紛爭。因此，鬮書接著寫道：「爰是渡塹擇日邀請族長房親人等，當堂酌議，將氏夫在塹創置及承分萬裕、振利一切田業，除存公及氏養贍以外，配作四份均分，憑鬮為準，禱神拈定，無偏無私，日後不得以田產肥饒，鬮分長短，互相爭競，藉生事端。」也就是說，吳家各房在鬮分之後，不得再為了業產如何分配而有所爭執。

鬮書中所分的產業為吳天擇之祖父（即吳禎麟）⁵³在塹（新竹）所承分的振利號以及吳禎麟自行創置的萬裕號之田業。鬮書的第一筆系存公業產，為萬裕號向王祿所買的白地粉園，⁵⁴所收稅銀 22 元，並由四房子孫輪流營收，以作祭祀之資。在存公業產之後為用以養贍之業產：

祖母陳氏得東興庄田一所（年收小租早粟 180 石，大租佃人備約，帶收磧地銀 300 元）、東勢庄水磨瓦厝一座（年收稅銀 50 元）。另有共典掛佛銀 2000 元之東勢庄一所（年大、小租粟 200 石）、舊社庄水田一所二段（年大、小租粟 100 石）、東勢庄田園二段（年小租早粟 40 石）等三條田業，皆由陳氏掌管，日後或贖或盡歸皆由陳氏主裁，銀業存公以當公務。

庶母王氏、長媳婦楊氏、次媳婦陳氏以及長孫寬意則各於草螺庄租業中之四份得一：庶母王氏每年有實粟 40 石以供養贍，並於百歲後歸由四房柔記掌營，以作王氏百歲開費並祭祀之資；楊氏每年有實粟 50 石以供養贍；

⁵³ 在林玉如的整理下，我們可知吳天澤之祖父即是吳禎麟，為吳振利號的第三代。吳家在塹的第一代創業主為吳朝珪（即吳嗣振），所創為吳振利號，而後由吳朝珪的長子吳續偕與四子吳續仍接手。吳禎麟為吳續仍的次子，除了承繼吳振利號以外又在家慶年間創立吳萬裕號。林玉茹（2000），《清代竹塹地區的在地商人及其活動網絡》，頁 171-172，臺北：聯經。

⁵⁴ 白地里，位於臺灣新竹縣竹北市轄下的一里。舊稱白地粉。

次媳婦陳氏每年有實粟 30 石以供養贍；長孫寬意每年有實粟 30 石，以作長孫物業。

除了上述存公與養贍之業產以外，其餘業產分為四份鬮分。各房拈得如下：

長房寬記：得西勢庄水田一所，並帶茅厝一座、厝地一所，的銀 1600 元，小租早粟 146 石，帶納大租粟 24 石、帶收磧銀 105 元，但此業未經投稅，又帶欠大租 7000 石，應由寬既自行投稅完納。

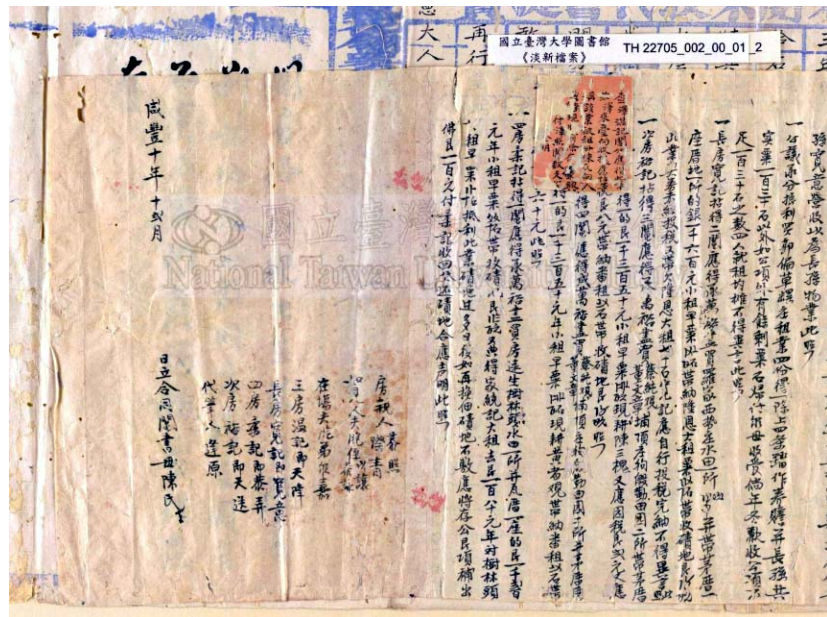
次房裕記：得埔頂庄狗殷勤田園二所，帶茅厝一所之二份得一，的銀 1350 元，小租早粟 122 石 6 斗，現耕陳三槐又應園稅銀 2 元，又應得瓦窯稅銀 8 元，帶納番租 7 石 4 斗，帶收磧地銀 105 元。

三房溫記：得埔頂庄狗殷勤田園二所，帶茅厝一所之二份得一，的銀 1350 元，小租早粟 122 石 6 斗，現耕黃者觀，帶納番租 7 石 4 斗，帶收磧地銀 60 元。

四房柔記：得樹林頭水田一所，並瓦厝一座，的銀 1200 元，年小租早粟 99 石，帶收磧地銀 208 元，又典得大租去銀 180 元、年對樹林頭小租早粟 22 石抵利。又因此業磧地過多，如再換佃則磧地不敷，應將存公銀項補出 100 元，付柔記收回抵還磧地。

在這份鬮書的最末，則是列出了「房親人恭照際青」、「知見人夫胞侄以讓恭讓」⁵⁵、「在場夫胞弟爾嘉」、「代筆人逢原」，以及四房之房號與其代表人，分別為「長房寬記即寬意」、「次房裕記即天送」、「三房溫記即天澤」、「四房柔記即恭弄」。最後一行則是「咸豐十年十貳月 日立合同鬮書母陳氏」。

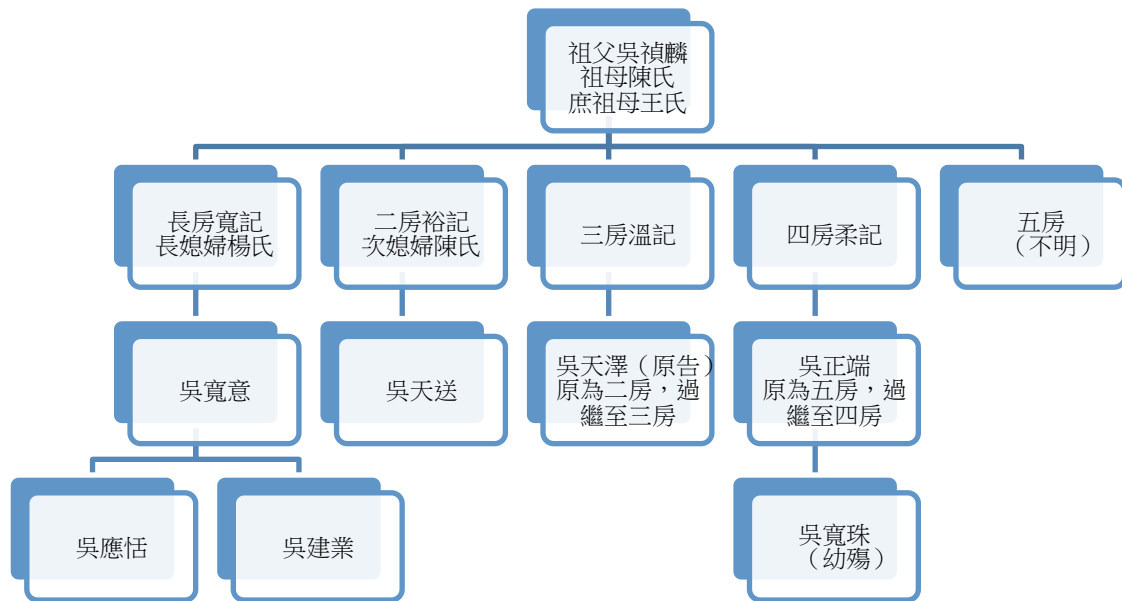
⁵⁵ 吳以讓即吳士敬。吳士敬的父親為吳禎蟾，與吳禎麟為兄弟。林玉茹，前揭註 53。



圖三、《淡新檔案》22705.2 案吳家鬮書⁵⁶

56 《淡新檔案》22705.2。

而從審案過程中，我們可以整理出吳家的人物關係。原告吳天擇原為二房裕記之子、吳天送之弟，因三房早亡而過繼給三房承嗣。被告吳應恬為長房寬記之孫、寬意之子。吳正端則自稱本為五房、後過繼四房柔記。⁵⁷



圖四、《淡新檔案》22705 案吳家人物關係圖⁵⁸

根據吳天擇所稱，進行鬮分時由於自己尚年幼並在內地讀書，故由祖母陳氏代拈。待吳天擇於光緒三年來臺而欲取回三房所分得之業產時，長房吳寬意之子吳應恬與四房吳正端卻聲稱三房所分到的租額遭祖母向人典借，故以東興庄存公田租補還給吳天擇，但吳應恬與吳正端卻只給了 30 石，尚欠 92 石 6 斗，其餘皆遭兩房霸收。吳天擇曾請房親吳以讓（即吳士敬）、吳際青出面調處無果，只好稟請臺北府知府陳星聚訊追定斷。⁵⁹此案在之後係由新竹縣知縣劉元陞以及後任知縣李郁階接續審理。

⁵⁷ 《淡新檔案》22705.020。

⁵⁸ 筆者自繪。

⁵⁹ 《淡新檔案》22705.1、4。

在接到吳天澤的呈狀後，陳星聚與劉元陞皆命吳家的房親吳士敬與吳際青查明此事。⁶⁰吳士敬與吳際青奉諭調查後回覆：本次案件的起因是因為吳應恬與吳正端聲稱當年陳氏尚在時，因為各房均有人出面承繼三房煙祀，故在陳氏的主持下又將三房溫記所得之業產鬮分為三股並另立分收字據。吳天擇係因不願遵照此分收故有此控。⁶¹而吳引恬（即吳應恬）與吳正端則是呈撞聲稱所謂的「各房均有承繼三房煙祀」，是由每房各撥一人繼為三房子孫。除二房之吳天澤過繼以外，長房由吳寬意之子、吳應恬之弟吳建業過繼，四房則由吳正端之子吳寬珠過繼。⁶²因此分收字據中是將三房於咸豐十年分得的頂埔業租撥出 90 石，分作長、二、四房分收。⁶³此案件發展至此，從本來為霸收田租之事，現在則轉為承嗣之糾紛。

而對於三房溫記應該如何承嗣的問題，吳士敬與吳際清批評長房以吳建業過繼是「以孫稱祖，昭穆無分」，四房的狀況則是「正端前有一子（按：即吳寬珠）承繼，不幸幼殤，現在單子不能承繼兩祀」。因此吳士敬與吳際清認為「惟天澤承繼叔父名正言順，應將三房溫記鬮業歸與天澤承管」。不過吳士敬與吳際清又認為長房吳建業尚未婚娶、四房尚有庶祖母在堂但所分鬮業俱經典盡，吳天澤應該念在長房與四房曾經同立溫記神牌為嗣的份上，酌撥 10 石供長房吳建業婚娶、另撥 10 石為四房養贍庶祖母之資。⁶⁴

最後，於光緒 5 年（1879 年）9 月 29 日，李郁階做出堂諭：「建業係長房寬記之孫，繼三房為祀，昭穆無分。寬珠早經幼殤，吳正端亦不能以已死之子，付三房承嗣。況吳天擇業已成立，生子亦可傳嗣，吳正端、吳應恬堅欲插繼，無

⁶⁰ 《淡新檔案》22705.4、5。

⁶¹ 《淡新檔案》22705.7。

⁶² 《淡新檔案》22705.11。針對吳應恬與吳正端的說法，新竹縣知縣劉元陞的批示：「立繼有一定之次序，據稱每房各繼一人，實屬創聞。」

⁶³ 《淡新檔案》22705.10、11。

⁶⁴ 前揭註 61。

疑欲周分三房業產」。也就是說，在誰能承繼三房溫記之產業的問題上李郁階與吳士敬的看法是一致的，但在如何處理財產的問題上卻並不然。李郁階直接在堂諭中批明，三房溫記的業產與租稅應該全部交由吳天擇一人管收。但由於狗殷勤山內的相思樹木多為吳應恬所栽種，因此「如立即砍伐，吳應恬分六成、吳天擇分四成；如三年後砍伐，則吳天擇分六成、吳應恬分四成」。其餘則「仍憑鬮書、契據管業。」。⁶⁵

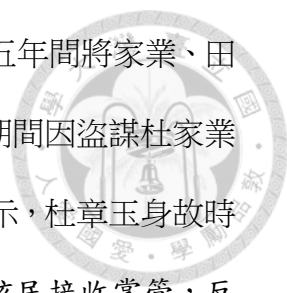
從這個案子我們可以看到，縣官最後斷案的斷案結果與吳家於咸豐 10 年時所立的鬮書是一致的。至於縣官為何會如此斷案的原因，本文推測，除了是因為這樣的處理方式有文書為憑以外，還有可能是因為吳家的「房親」也都認同如此的分配結果。

而就鬮書本身來觀察的話，在這邊有一個有趣的疑問是：立鬮書的主持人「祖母陳氏」的地位為何？陳氏為何可以主持家產的鬮分？由於傳統中國法是以「家父長式」的原理在運作，照理而言，僅有男性的尊長才會是被肯認的家長，能夠支配家產與決定家產安排。陳氏身為吳家的祖母，之所以能夠主持家產鬮分，是因為祖母也是尊長，因此對子孫的管教與家產分配有極大的權力？還是因為陳氏實際上是其丈夫吳禎麟的「代言人」，陳氏所行使的實際上是祖父對子孫與家產的權力？這兩種看法似乎都有一定的道理。

第二款 遺囑：22406 案

同治 9 年（1870 年）9 月 29 日，二十六歲的杜清吉具告表親鄭寶樹倒賣杜家祖產。此案歷經 14 年，杜清吉曾三次提出呈控，三次呈控的時間點分別為同治 9 年（1870 年）、光緒 6 年（1880 年）與光緒 9 年（1883 年）。本案的最後一件檔案是光緒 10 年（1884 年）2 月 16 日杜清吉所做的遵依結狀。

⁶⁵ 《淡新檔案》22705.19。



根據杜清吉呈狀所稱，其祖父杜章玉因身體臨危，於同治五年間將家業、田園、契卷、圖章概託表親鄭寶樹代為管理。⁶⁶鄭寶樹則在這段期間因盜謀杜家業產致成巨富。但在杜清吉的第一份呈狀後淡水廳同知陳培桂批示，杜章玉身故時杜清吉「年已二十餘歲，並非童穉可比。何以遺業契卷，不交該民接收掌管，反託表親鄭樹（按：即鄭寶樹）代為管理？又無立字為憑，所控已難徵信。」陳培桂顯然是認為杜清吉捏詞混控，因此不准其呈請。⁶⁷待 10 月時杜清吉又再次呈控，此時陳培桂的批示雖仍認為杜清吉無理，但因為「鄭樹受人重托，所有經手業產自必有賬目可稽，亦不宜稍涉含混」，故而進行處理。⁶⁸

至於被杜清吉控告的鄭寶樹則從頭到尾皆堅稱自己並無受杜章玉所托之事。本案實際上係因杜清吉負欠銀元於自己，杜清吉遭取討後挾恨在心，因而聽信與鄭寶樹有佔圳路糾紛的杜倉廩唆使而誣控。⁶⁹在這個階段的最末，檔案中只存有陳培桂於同治 10 年（1871 年）2 月 5 日傳訊鄭寶樹、杜清吉、杜倉廩、及杜清吉祖母杜林氏等人的差票，⁷⁰沒有看到這些人的呈狀、口供或是其他文書，故不知後續如何處理。

直至光緒 6 年（1880 年）1 月，三十二歲的杜清吉再次提出呈控，此時的新竹縣知縣為李郁階。杜清吉於這次呈控時附上了杜章玉於同治 4 年（1865 年）5 月所立的遺囑字。遺囑的內容為杜章玉將杜家家事託由表弟鄭寶樹管理。杜章玉另立有托孤字一紙，交由鄭寶樹收執，至於此遺囑書則交由重孫杜祥吉收存。遺囑上並有秉筆人謝岐政、知見人吳文明、在場人杜得烏之畫記。⁷¹

而鄭寶樹的呈狀中仍堅稱此事並不屬實。鄭寶樹表示，若杜家確有拜託自己

⁶⁶ 但在杜清吉提出的文書中，立字時間是在同治四年。

⁶⁷ 《淡新檔案》22406.1。

⁶⁸ 《淡新檔案》22406.3。

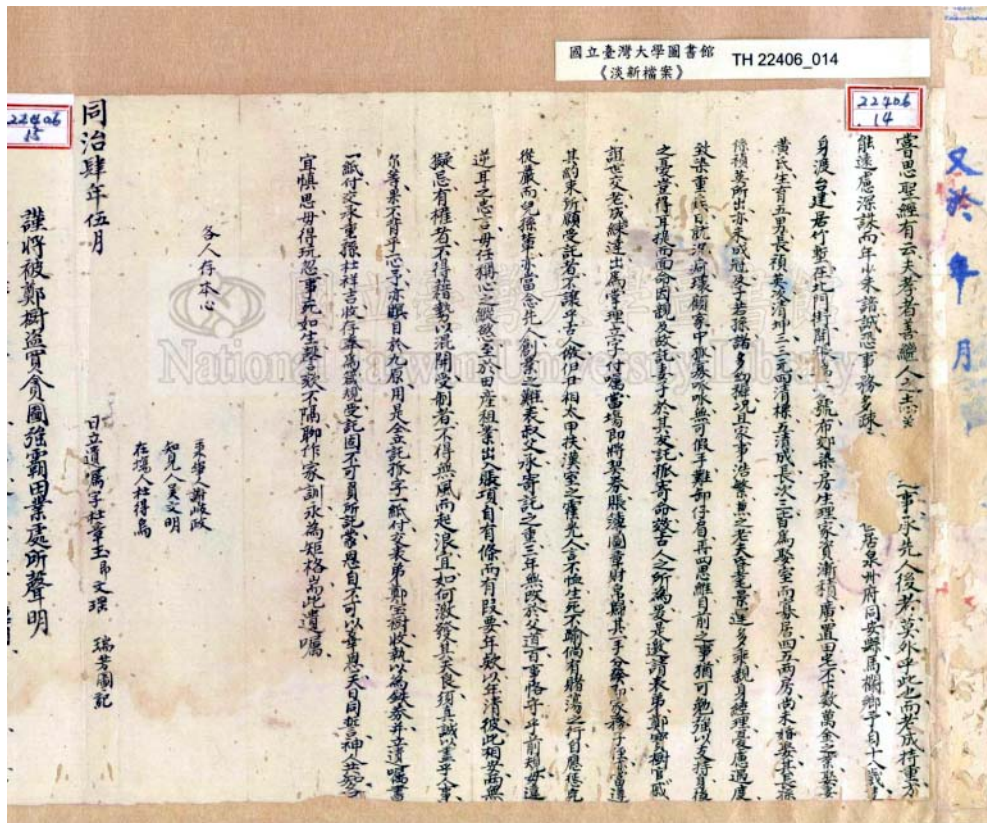
⁶⁹ 《淡新檔案》22406.5、7、10。

⁷⁰ 《淡新檔案》22406.12。

⁷¹ 《淡新檔案》22406.14。

託管家業之事，何以杜家除了杜清吉一人以外並無其他人一起出面控訴也並無異義。此外，鄭寶樹也提出了同治 9 年（1870 年）12 月杜清吉所立的懇息字。懇息字的內容為杜清吉向鄭寶樹懇求和息、承認自己第一次的呈控為誣控之文書。

72



圖五、《淡新檔案》22406 中由杜清吉提出，聲稱是杜章玉所立之遺囑字⁷³

於同年 2 月 18 日，新竹縣知縣李郁階在傳訊杜清吉與鄭寶樹等人後所做之堂諭中，李郁階採信的鄭寶樹的說法，認為「查隘口庄園，原係杜家三房之業，如果別有轆轤，何致事隔多年，他房並無一言，獨杜清吉出頭指控？」杜清吉被認為係「藉詞復控圖索」、「藉端索詐」且「平日甚不安分，屢冒文武衙門書役，

⁷² 《淡新檔案》22406.18A。

⁷³ 《淡新檔案》22406.14。

動輒圖索良民」，因此遭枷號示眾以昭儆戒。⁷⁴

光緒 9 年（1883 年）杜清吉第三次提出呈控，先由新竹縣知縣周志侃審理，之後由接任的知縣朱承烈接續處理。而無論周志侃或是朱承烈，皆認為杜清吉「復圖刁翻」、「逞刁誣控」。⁷⁵最後，於光緒十年（1884 年）2 月 16 日的堂諭中，朱承烈認為杜清吉係訟棍，並銷燬杜清吉所繳之賬簿、發還鄭寶樹所呈之契字。⁷⁶兩人並各立遵依結狀，此案到此完結。

從這個案件，我們可以看出「遺囑文書」在審案時有一定的重要性，否則縣官就不會從一開始接到呈狀起便質疑遺囑文書是否存在，杜清吉於後續呈狀時也沒有提出遺囑文書的必要。然而，很顯然，遺囑文書實際上並不是官府在審案時最重要的依據。也就是說，官府在審案時還有其他的考量，在這些考量下，遺囑文書是否於審案過程中出現，就不是那麼重要了。至於究竟是哪些考量？文書的重要程度為何？這些問題於後文將進一步分析。

第三款 付管憑據：22403 案

咸豐 6 年（1856 年）8 月 3 日，呂家長房的呂眾向淡水廳具狀呈控，呂家三房的呂喬、二房之子呂守、與呂眾自己之長子呂榮華等人意圖謀奪祀業⁷⁷。此外，除了呂家人，呂眾也指控佃人曾雀、曾雀之子曾明月、以及募兵呂泉水（即呂鴻釗）等人，與其子呂榮華串謀，意圖霸佔祖業。此案纏訟長達二十餘年，案件分布於《淡新檔案》的 22401 案至 22403 案之間，不過主要的文書都是收錄於 22403 案。

經過繁複的審理過程之後，新竹縣知縣李郁階於光緒 5 年（1879 年）10 月 29 日做出堂諭，認為呂眾指控佃人與其子串謀圖霸祖產實為誣告。李郁階在堂

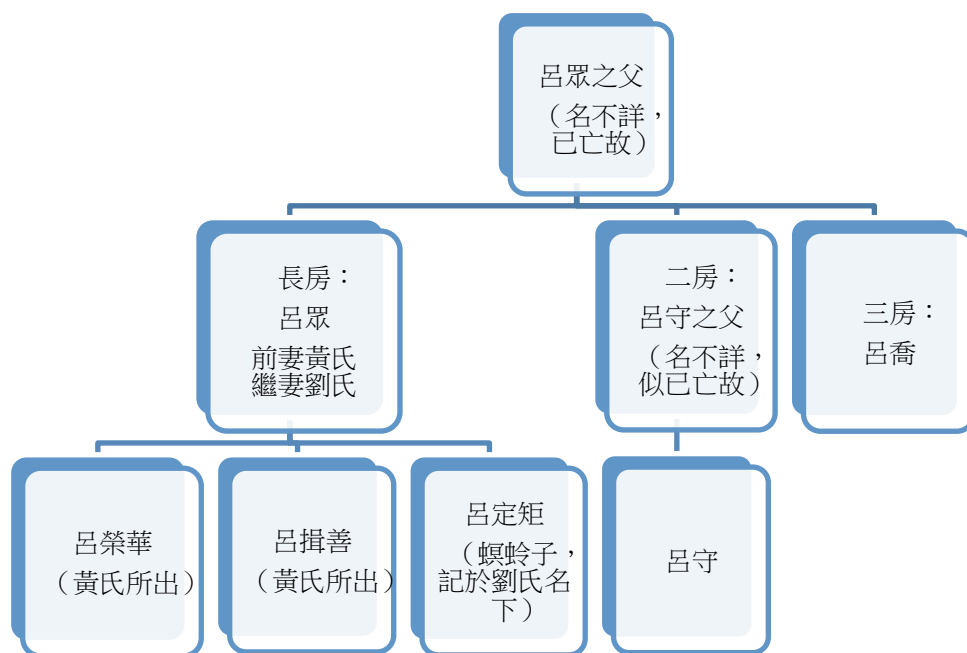
⁷⁴ 《淡新檔案》22406.022。

⁷⁵ 《淡新檔案》22406.31、42。

⁷⁶ 《淡新檔案》22406.42。

⁷⁷ 《淡新檔案》22401.2。

諭中寫道：「(呂眾)不思付契向呂泉水借銀，及收曾雀磧地者，係親子呂榮華同胞姪呂守、呂喬等三房俱在」。這段話的意思是：在與佃人曾雀所訂的契字中呂家三房皆有人代表出面，長房由呂榮華代表、二房由呂守代表、三房則由呂喬代表。這表示了訂定契字的雙方當事人皆同意了此次的磧地借銀，因此李郁階並不認同呂眾對於曾雀等人圖謀呂家產業的指控，反而是覺得呂眾在磧地借銀之事上只是一味地「恃老圖翻」。不過李郁階在堂諭中又繼續寫道，「(呂家眾人在)取契向借時並無與呂眾商明」，尤其「呂榮華不先稟命于父，尤屬荒謬」。因此李郁階在最後批明，雖然呂家此時尚未分家，但明確歸於呂眾名下的三十石租穀，「將來呂眾欲撥給子孫何人管收，呂榮華不得違命」。⁷⁸從這點看來，李郁階在審案時對於呂眾本人的意願，仍有一定程度的重視。

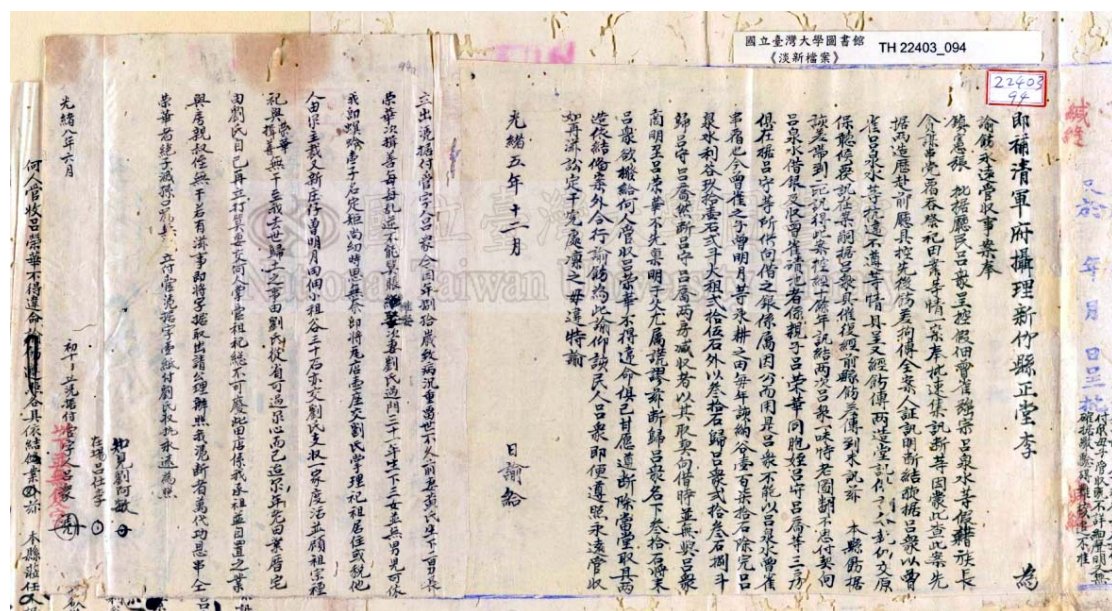


圖六、《淡新檔案》22403 案呂家親族關係圖⁷⁹

⁷⁸ 《淡新檔案》22403.81。

⁷⁹ 筆者自繪。

但這個案件並未到此結束。在光緒 9 年（1883 年）7 月 10 日時，呂眾之妻呂劉氏以呂眾的次子呂揖善為抱告，呈狀控告曾雀之子曾明月抗納應納租穀，而此時呂眾已經亡故。⁸⁰曾明月則聲稱租穀已繳納給呂榮華。⁸¹而在這部分的案件中，出現了呂眾於光緒八年（1882 年）6 月 10 日所立的「憑據付管字」。根據這份付管憑據的內容，我們可以確認呂眾對於其身後的產業、祭祀等安排所作出的指示、也可以看到呂眾之所以立下付管憑據的理由。



圖七、《淡新檔案》22403 案呂眾所立憑據付管字

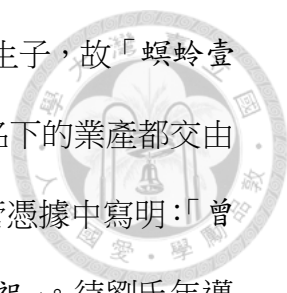
（右半為粘抄印諭，左半為憑據付管字）⁸²

在付管憑據中，已經八十歲的呂眾首先自感「致病沉重，留世不久」，接著批評前妻黃氏所生之二子「長榮華、次揖善，每每亂逆，不能算賬」。之後呂眾

⁸⁰ 《淡新檔案》22403.91。在呂劉氏所提出的文書中，只有第一份是以呂揖善為抱告，之後的文書中則皆是以呂定矩為抱告。事實上，在案件審理的過程中，曾經提及呂揖善已經「逃往外屬二十餘年，無從查傳」（《淡新檔案》22403.72），因此我們在這個案件的審案過程中，從未見到呂揖善本人的出現。

⁸¹ 《淡新檔案》22403.99。

⁸² 《淡新檔案》22403.94。



繼娶次妻劉氏過門，已經過了三十二年，但劉氏僅有三女而未生子，故「螟蛉壹子，名定矩」。由於螟蛉子呂定矩尚年幼，因此呂眾便將自己名下的業產都交由劉氏掌理。至於本案件所爭執的租穀應該由誰收取，也有在付管憑據中寫明：「曾明月田佃小租谷三十石，亦交劉氏支收一家度活，並顧祖宗煙祀」。待劉氏年邁養老時，這些田業、厝宅要交由何人掌管，皆由劉氏自己打算。最後，呂眾在這份付管憑據中直接寫道：「此田、店係我承祖，並自置之業，與房親、叔侄無干，若有滋事，即將字據取出，請公理辦。」並且「口囑無憑，立付管憑據字壹紙，付劉氏收執，永遠為照。」⁸³

這個案件的最後幾份文書，是呂眾的繼妻劉氏出面控告曾明月的訴訟。在這部分的訴訟中，劉氏控告曾明月抗納佃租，曾明月則是表示自己並未抗租，而是把租穀交給了呂榮華。對於劉氏控告曾明月的部分，在光緒 9 年（1883 年）8 月 8 日，時任的新竹縣知縣周志侃批示：「呂榮華不得于親，因而遺囑，業歸該氏螟子承管，家庭之變，理宜至此。」⁸⁴並且，周志侃於同年 11 月 20 日作出的堂諭，基本上與也付管憑據中的內容相同：呂劉氏可向曾明月收取應收租穀 30 石，且先前呂榮華向曾明月所收取的租銀 18 元，也應該要交還給呂劉氏。⁸⁵

在這個案件中，我們可以看到呂眾如何對於自己身故後的代間財產來進行安排：明示排除長子、次子承繼自己的產業，並藉由螟蛉的方式承嗣，在螟蛉子尚年幼時田產一律交由繼妻劉氏掌理，並且立下了憑據付管字。由此觀察，作為呂家長房地位最高的「尊長」的呂眾，對於自己名下的產業有著完全的支配權，因此呂眾可以由自己的個人意志來決定自己死後的代間財產傳遞方式。從這點來分析「憑據付管字」此一文書的作用，一來是有著能夠明確表彰呂眾的「個人意志

⁸³ 《淡新檔案》22403.94。

⁸⁴ 《淡新檔案》22403.93。

⁸⁵ 《淡新檔案》22403.101。



決定的內容」之功能，二來，由於呂眾是擔心自己死後單由劉氏或年幼的螟蛉子口說無憑，因而以立下憑據付管字，在這個面向上事實上也強調了文書作為「憑證」的證據功能。

再者，呂眾在憑據付管字中更點出房親、叔侄皆不得插手，「如有滋事，即將字據取出，請公辦理」等語，明顯有著預防他人前來干涉的意思，並且也透著出「地方衙門在審案時應該要依照字據處理」的期待。對照 22403 案中劉氏控告曾明月的這部分審理過程，新竹縣知縣周志侃所作出的決定與憑據付管字完全一致：按照呂眾的意思，能夠向曾明月收取租穀、租銀之人只有劉氏，而不是長子呂榮華，因此呂榮華先前收取的租銀應還給劉氏、曾明月積欠的租穀也應該向劉氏繳納。這樣的結果也可以說是地方衙門對於呂眾的期待給予了肯定的回應，即便此時呂眾早已身故。

回顧《大清律例》中規定的對尊長分家財時不均平的處罰以及嫡庶子的分配比例（詳見本章第一節），呂眾所留下的這份「付管憑據」很明顯地違反了諸房均分的大原則。然而，官府卻並未依照《大清律例》來處罰呂眾，或是重新分配呂眾的業產，反而是依照呂眾所做的決定來斷案。這個案子的存在，提醒了我們應該重新審視清治臺灣中分家析產的實際運作。⁸⁶

第三項 以個人意志決定代間財產、以分家文書作為憑證

從「文書與代間財產安排的關係」這個問題來觀察，上述三個案子中，出現了鬮書、遺囑、付管憑據這三種不同名稱的文書。

就出現的場合來看，鬮書是清治臺灣在分家或尚未分家但先行分產而欲立文書時最為常見的方式。從 22705 吳天擇案中的鬮書即可看到，咸豐十年（1860 年）時由於祖母陳氏尚在，吳家即是僅進行了事先分產但尚未分家。此時吳家在

⁸⁶ 關於律例與地方衙門審案運作的關係，於本文第四章有較為詳細的討論。

陳氏的主持下，將分產的結果以鬮書記錄下來。⁸⁷至於遺囑與付管憑據，在 22406 杜清吉案中據杜清吉的說法，其祖父杜章玉的遺囑是在其身染重疾、日就沉疴時所作；22403 案的付管憑證則是呂眾已經年八十歲、治病沉重時所立。兩者的共通點，皆為當事人自認留世不久，而趕緊交代後事。

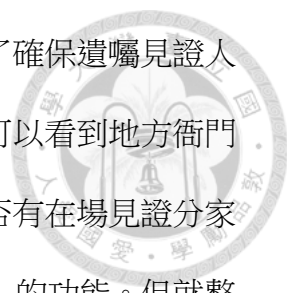
再就形式而言，這三種文書的共通點在於皆有「房親」、「在場人」與「知見人」等等具有見證性質的項目。而這些廣義的見證人在案件的審理過程中，究竟是以什麼身分與形象出現呢？

首先，我們可以從清治臺灣的房親與知見等廣義的見證人，與現行法中遺囑的見證人做一個簡單的對照。在現行民法中，遺囑見證人有著一定的資格限制，其中包括了繼承人／受遺贈人及其配偶或其直系血親不得為遺囑見證人的規定。⁸⁸相對的，我們可以看到在清治臺灣的分家文書中，大多數的知見、在場與房親等人士，事實上都與立文書人有著一定的親屬關係。甚至，漢人家族在分家析產時，會被分配到養贍費的母親也時常是鬮書的知見人。這樣的現象與現行法對於見證人的資格規定可以說是完全相反。本文認為清治臺灣與現行法的「見證人」之所以在身分上會有這樣的差別，是源於國家法制對於這些人有著不同的要求與期待。針對現行民法中的遺囑見證人，學說上認為民法之所以會有身分關係上的限制，是因為繼承人與受遺贈人與遺囑有直接利害關係、其配偶與直系血親則與遺囑有間接利害關係，因此難以預期這些利害關係人對於遺囑內容真實性所做的

⁸⁷ 至於吳應恬與吳正端宣稱陳氏之後又將三房溫記分為三股並另立的「分收字據」，在案件的審理過程中從頭到尾都沒有出現確切的文書。因此縣正堂認為這個說法是兩人所捏造的。（《淡新檔案》22705.19）

⁸⁸ 民法第 1198 條：「下列之人，不得為遺囑見證人：

- 一、未成年人。
- 二、受監護或輔助宣告之人。
- 三、繼承人及其配偶或其直系血親。
- 四、受遺贈人及其配偶或其直系血親。
- 五、為公證人或代行公證職務人之同居人助理人或受僱人。」



保證。⁸⁹簡單來說，現行法對於遺囑見證人的資格限制，是為了確保遺囑見證人在「作證」時的真實性。而回到清治臺灣的社會脈絡中，我們可以看到地方衙門在審案時雖然同樣也會考慮到這些在場、知見與房親等人士是否有在場見證分家文書的訂立，也就是說這些人是同樣有著「為文書真實性作證」的功能。但就整個案件審理的脈絡來看，「在衙門中作證」並不是清治臺灣社會對於這些在場人與知見人最主要的期待，「利害關係會影響作證的真實性」也並非時人所考量的重點。

在 22705 吳天擇案中，吳士敬為鬮書的知見人，吳際青則是房親人。在官府的傳票中，則是將兩人皆稱為「房親」。在審案的過程中，或許是因為一直都沒有對這份鬮書的真偽或內容提出爭執，因此從吳士敬等人的具稟中也只簡單提到一句咸豐年間鬮分時「敬等俱有在場」，接著將答覆的重點放在針對溫記的承繼問題在表達意見。⁹⁰而從案情的最一開始，官府就希望吳士敬等人能以房親的身分調處吳家的紛爭，之後官府對於承繼問題的判斷上又基本與吳士敬等人的看法一致。因此本文推測，在 22705 案的審案過程裡吳士敬等人會受到官府重視的原因，主要應該是來自於其具有房親的身分，而非單純因為其為鬮書的知見人、曾經見證鬮書的訂立。由於清治臺灣社會結構與傳統中國法的審案機制，使得地方官府對於社會的控制力並不深入，例如地方衙門必須面臨經費與人手上的侷限性，以及斷案實際上並沒有「執行力」，無法直接落實斷案之結果。這導致了地方官府在審案的過程中甚至是審理結束後，往往都必須仰賴家族中或地方上的名望人士之協力，才有辦法真正平息紛爭。因此在分家爭產的案件中，與其說出現在分家文書中的這些房親與知見人是文書訂定的「見證人」，倒不如說，這些人雖然擁有在場見證的功能，但在清治臺灣，官府與分家文書的關係人實際上

⁸⁹ 參見林秀雄，前揭註 6，頁 251。戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，前揭註 9，頁 263-264。

⁹⁰ 前揭註 61。



更看重的面向其實是，這些人必須在事後發生糾紛時出面主持或是側面幫助解決紛爭。⁹¹也正是因此，我們才會看到《淡新檔案》22705 案中，地方官員對於吳士敬等「房親」的意見極為重視。

至於 22403 案與 22406 案，呂眾的付管憑據與杜章玉的遺囑雖然同樣也列有房親人、在場人或知見人，但或許是因為沒有人對文書真偽有過爭執，又或者官府認為不必對文書加以判斷也能斷案（詳見下文對於 22406 案之討論），因此在案件的審理過程中，這兩份文書的在場人與知見人等人士，皆未遭傳訊、也從來沒有出現在檔案之中。

接著，再讓我們就文書本身在訴訟上所發揮的功能來比較。在本文所觀察的案件中，我們可以發現鬮書與付管憑據都是作為一種「憑證」出現。在 22705 吳天擇案中，吳天澤以鬮書所為要求吳應恬與吳正端歸還產業的依據。同樣地，在 22403 案中呂劉氏也是以付管憑據為依據要求曾明月繳納租穀。至於 22406 案，杜清吉在第一次呈控時並未提出遺囑文書，這點也被縣正堂質疑，認為杜清吉「無憑無據」。而杜清吉在之後的第二次及第三次呈控時都有提出遺囑文書。從這些做法來看，這些分家文書實際上是一個時人普遍認可的管業來歷。⁹²例如《淡新檔案》13401 案，即是一個因為以鬮書向他人胎屆後遺失鬮書，而請求官府立案並發給印照，若日後尋出鬮書後將之作廢，以免鬮書遭他人撿拾並以鬮書主張管業而衍生紛爭。⁹³

在官府的態度上，我們可以看到，在 22705 案，縣正堂於堂諭中表明吳家眾人應該「憑鬮書、契據管業」，可以說縣正堂基本上是按照咸豐年間的鬮書為

⁹¹ 這個想法來自於岸本美緒所指出的，在文書中出現的「中人」、「保人」有著支撐傳統中國社會的契約秩序之功能。參見岸本美緒（1998），〈明清契約文書〉，收錄於滋賀秀三等著，王亞新、梁治平編，《明清時期的民事審判與民間契約》，頁 310-313，北京：法律出版社。

⁹² 參照林文凱（2011），〈「業憑契管」？清代臺灣土地業主權與訴訟文化的分析〉，《臺灣史研究》18 卷 2 期，頁 18。

⁹³ 《淡新檔案》13401 案。

標準來斷案。而在 22403 案呂劉氏控曾明月的部分，堂諭之結果也與付管憑據一致，即呂劉氏可向曾明月收取應收租穀 30 石，且先前呂榮華所收取的租銀 18 元也應該交還給呂劉氏⁹⁴。



至於 22406 案中雖然有出現杜章玉所立之遺囑，不過縣正堂最後是依照鄭寶樹之主張（若確有交託家業之事，則杜家上下何無一人知覺？）作為斷案之理由，對於遺囑本身並未加以理會。而值得注意的是，即便在這個案件中的遺囑真偽相當可疑，但無論是杜清吉、鄭寶樹與縣正堂，嚴格意義上都並未就遺囑的真偽多做爭執與判斷，不過若是通盤觀察整個審案過程，縣正堂與鄭寶樹似乎隱然有以杜清吉是訟棍為由來質疑遺囑真偽的意思。不過，官府並未直接就文書真偽進行判斷的態度，可以說是側面證明了 22406 案的審案重點並不在遺囑文書之上。

按照林文凱的研究，契字與鬮書是能夠證明業產的「管業來歷」，因此清治臺灣的縣官在審理案件時，大多會依照「業憑契管」這個原則，也就是會依照文書的內容加以斷案。但實際上，清治臺灣的地方官員在面對土地爭界案件時，除了「業憑契管」這個原則以外，還必須面臨難以確認田地的管業來歷、或者確認管業來歷的成本過高等現實狀態，以及地方衙門的對地方社會的控制力低落，無法確實執行斷案結果等等問題。這些實然層面的狀況，導致清治臺灣官員在土地爭界案件斷案時，不一定真的會依照業憑契管原則將田地判給遭佔墾者。地方官員可能不會按照契字文書要求土地的侵佔者交還土地，而是要求侵佔者給予遭佔墾者些許金錢補償，接著「就地合法化」侵占者的業主身分。更甚者，有些官員甚至會為了籌措行政財源，而在審案時將系爭田地直接充公。⁹⁵簡而言之，清治臺灣地方官員在審案時，基於地方治理的安定性與案件審理的效率等等考量，縣

⁹⁴ 《淡新檔案》22403.101。

⁹⁵ 林文凱，前揭註 92，頁 39-42。

官也可以完全不理會文書，甚至做出違背業憑契管原則的斷案結果。而從本文考察的分家爭產的案件中也可以看到，雖然大多時候縣官會尊重家族內部的意思，但有時候也會做出與訴訟雙方當事人的主張無關或是違反之決定。例如在 22614 案王和利號的分產糾紛中，縣正堂一開始認為王家眾人既然已不合到對簿公堂，那就乾脆直接鬮分；⁹⁶不過審理到最後，又因為擔心王家鬮分後「恐孤兒寡婦反為他人所欺，不如仍交（王經邦）掌管」，因此不許王家鬮分，只就每年所收的小租分派給各房。⁹⁷

最後，從文書內容來加以分析這三個案子中的代間的財產具體安排。在 22705 案的鬮書中，非常仔細地列出吳家的每一筆業產應收歸何房。值得注意的是，「存公」與「養贍」的部分在鬮書中是以個人為管理的單位，並且也在這些項目上說明了如此安排的用途，基本上都是為了喪葬、祭祀之用。其餘的部分則是以「房」為管理的單位，因此在鬮書最末所列出的「長房寬記即寬意」、「次房裕記即天送」、「三房溫記即天澤」與「四房柔記即恭弄」等項目，這裡的「個人」應該要理解為房的代表人。

22403 案，呂眾的付管憑據除了表明自己的業產為何、交由何人管理、以及透露出藉由螟蛉的方式承嗣之意以外，更點出此付管憑據有著要求房親、叔侄皆不得插手的意義。「如有滋事，即將字據取出，請公辦理」這句話，很明顯有著預防他人前來干涉的意思。至於 22406 案，杜章玉的遺囑雖是用以托孤而將家業交託代管，但對於杜家業產的具體數目、在代管後應該如何處理或分配、何時應該交還等等，卻都沒有明確指示。這或許也是使得這份遺囑顯得相當可疑的原因。

⁹⁶ 《淡新檔案》22614.7。

⁹⁷ 《淡新檔案》22614.32。

第三節 小結：清治臺灣的「遺囑」與代間財產分配的關係



最後，簡單回顧一下本文在此章節最一開始提出的問題：清治臺灣中有「遺囑」嗎？答案很顯然是肯定的，但清治臺灣的「遺囑」與現代法中的「遺囑」也顯然有著不同的意義。以下，讓我們來看看清治臺灣的遺囑與現代法的遺囑究竟有哪些相同與相異之處。

在現代法，「遺囑」所指涉的是一種特定的、必須完全符合法律所規定的要件，才能在遺產繼承上發生效果的文書。至於清治臺灣中的「遺囑」這個詞彙，所指的並不僅是「遺囑文書」，而是指一個人對於自己死後的祭祀、家產等等所做出的一切安排，並且只有對家產有實質控制力的尊長才會有留下遺囑來指示子孫的需求。這種尊長留下的指示無論是否以書面的方式被寫下，都可以被理解為「遺囑」。更明確地說，在所處理的事項上，諸多與財產分配無關的事項，如交代遺體如何處理、勉勵後人等等，也都可以是清治臺灣中「遺囑」的範圍。

而若是想只關注並限縮於「代間財產分配」面向來討論清治臺灣的「遺囑」，那麼所要討論的問題其實是：「清治臺灣在分家析產時『遺囑』所扮演的功能？」因此就應該要對「分家析產」有著更通盤的了解，並將遺囑放在分家析產這個大的框架下進行討論。在這樣的觀察下，我們會發現清治臺灣的分家析產，事實上很少出現以「尊長臨終前的遺囑」來決定所有安排的情況，而是大多都由各房一同鬮分來處理，因此可以說「鬮分」是最常見的分家析產方式，而「鬮書」也是最為典型的分家文書。除此之外，在需要立文書的情況下，分家文書事實上也不限於「遺囑」與「鬮書」這兩種形式。換句話說，清治臺灣的「遺囑」與代間財產分配之間的關係，應該理解為：清治臺灣的「遺囑」有著眾多功能，其中之一

是可以進行代間財產分配；而清治臺灣中也有著諸多可以用來決定代間財產分配的工具，「遺囑」只是其中之一。也就是說，清治臺灣的「遺囑」與代間財產分配，實際上在範圍與功能上並不完全重合，兩者無法直接劃上等號。

不過，雖然清治臺灣的「遺囑」與代間財產分配的範圍並不重合，卻是有著重疊範圍的。只要聚焦在「遺囑」與「代間財產分配」產生交集的範圍中，仍然可以看出兩者的核心特徵。

首先，在清治臺灣中能夠作出遺囑之人、以及不論形式而能夠主導代間財產分配之人，都必須是對於「家產」有支配能力之人，通常即為家族中的尊長。另外，從《大清律例》的規定以及《淡新檔案》的案件中，則表明了「尊長的意志決定於官府在處理代間財產分配案件時，可以產生一定影響」此一特徵，並且這個特點原則上也受到時人所期待。因此，我們可以在《淡新檔案》中看到當事人會在案件的審理過程中提出「分家文書」，來作為「尊長意志決定」的旁證。

此外，雖然清治臺灣並不存在現今意義下的「遺囑」（一種有著特定形式、受法律完全保障的文書），但「遺囑字」、「鬮約字」、「託孤字」甚至「付管憑據」等等分家文書的內容，還是會有一個大致相同的書寫方式。例如說明財產的代間移轉為何會發生，也就是分家的原因（例如 22705 案吳家的鬮分即是為了避免子孫日後的爭產紛爭，而在祖母在世時先行分產）、業產分配的理由以及分配結果（例如 22705 案將業產「無偏無私」地配為四份、22403 案的呂眾因為長子次子「每每亂逆，不能算賬」，因此選擇將所有財產獨留給螟蛉子呂定矩）。這些內容也使得分家文書在訴訟上，有著在爭產糾紛中作為當事人建構主張之基礎的功能。這是因為，在案件進入衙門時，當事人須要說出一個合理的業產移轉過程來說服縣官支持自己的主張，而符合文書內容的敘事，才較有可能被縣官所接受。換言之，對於這些將家產紛爭呈控到衙門的臺灣漢人來說，分家文書的存在代表

的是：在面對官府時，自己的主張不可與文書內容有過大的偏離，否則可能會不被縣官採信。

再從縣官的斷案結果來看，在衙門運作中，地方官審理爭產案件時大多會以這些分家文書的記載，來決斷業產應該如何處置（例如 22403 案）。或者，就算縣官並未完全依照文書來分配業產，也至少會把分家文書當作決斷業產如何處置的基本架構，再於分家文書的基礎上進行些許調整（例如 22705 案）。而從斷案結果此一面向來看，文書事實上也對地方官員在進行斷案時造成了限制。因為地方官員大多也是依照文書內容來進行斷案，也就是說文書提供了地方官員在決定家產分配時大致的框架。

簡而言之，文書的存在與文書的內容，在事實上對於訴訟關係人與地方官員都造成了某種程度上的限制。不過，從另一個角度而言，分家文書對訴訟關係人與地方官員造成限制的效果，又何嘗不是使得立文書人所決定的分配結果可以受到一定程度之保障。因此在實踐上，對於立文書人而言，即便發生糾紛時立文書人早已亡故，但只要有文書的存在，就使得立文書人的個人意志仍然可以在地方衙門審案機制中受到一定程度的保障。

然而，我們必須同時注意到的是，由於清治官府在審案時並非僅以文書為斷案時唯一的考量，再加上斷案的結果其實並沒有所謂的「執行力」，因此使得個人意志所受的保障相當有限。也就是說，清治臺灣地方官員在審案時，會為了地方治理的安定性與審案效率等等考量，做出與文書不一致的斷案結果。⁹⁸從這樣角度來看，在清治臺灣，立文書人的個人意志實際上所受到的保障可謂是相當有限。

最後，在清治臺灣，並不是任何人都能自由地進行財產分配。能夠對於如何

⁹⁸ 林文凱，前揭註 92，頁 39-42。

分配家產進行決定之人，原則上都是在家族中具有一定地位、且通常為輩分最高的「家長」。因此，爭產案件的實際運作雖然如前面所述，呈現出了「立文書人的個人意志得以被保障」的結果。但不可忽略的是，只有「家長的個人意志」才是真正被保障的對象。從這個角度而言，本文認為無論是「遺囑字」、「鬮約字」、「託孤字」乃至「付管憑據字」等等的文書、以及這些文書在審案過程中所彰顯的意義，事實上都只是在家父長制度的框架下，「家長」的意志活動。

第三章 日治臺灣的遺囑制度



在 1895 年日本剛開始統治臺灣時，日本本身所存在的法規制度，是在明治維新時因繼受歐陸法而制定、並於 1890 年公布的舊民法。在制定過程中，由於舊民法帶有強烈的個人主義色彩而導致了著名的法典論爭，甚至有穗積八束所謂的「民法出、忠孝亡」之言。不過，雖然最後舊民法僅公布而未施行，卻仍然是實務裁判時所使用的規範基礎。¹其後，明治政府在舊民法的基礎上進行了民法的再編纂，並於 1898 年開始施行，此即為現今所稱的「明治民法」。至於有關遺囑的部分，則是被規定於明治民法的第五編繼承編的第六章。

雖然明治民法施行於 1898 年 7 月 16 日，但在臺灣，因為 1898 年律令第 8 號規定僅涉及臺灣人（「本島人」）的民事事項須「依舊慣」進行處理，因此臺灣人並不適用明治民法。而 1922 年敕令第 406 號雖然規定了從 1923 年 1 月 1 日起日本民商法將直接適用於臺灣，但隨即又在敕令第 407 號中將本島人的親屬繼承事項從中排除，並明訂本島人的親屬繼承事項應該要「依習慣」處理。因此，於整個日治時期，臺灣人之間的親屬繼承事項在此法制架構下，於 1923 年以前應該是要「依舊慣」、於 1923 年開始則是「依習慣」，並非依明治民法之規定來進行處理。

不過，縱然日本明治民法中的「遺言」法規在整個日治時期都並未直接適用於臺灣人，但明治民法中的所存的「現代式遺囑」仍然透過其他方式成為法規範的一部份、並且也影響了臺灣人對於「遺囑」一詞的認識。

以下，本文即會展開對於日本明治民法中的遺言與臺灣遺囑舊慣與遺囑習慣法的考察。本章的第一節將簡單概述日本民法的變遷史，並集中說明明治民法中

¹ 黃詩淳（2010），〈特留分意義之重建：一個法制史的考察〉，《臺大法學論叢》，第 39 卷第 1 期，頁 119。

的「遺言」法規與其內涵。第二節則是整理臨時舊慣調查會針對臺灣的「遺囑舊慣」所調查出結果，並將臺灣的遺囑舊慣與明治民法中有關遺言的法律規範來做一個簡單的對比。第三節則是以姉齒松平的法學著作《關於本島人的親屬與繼承法大要》與《日治法院檔案資料庫》中所存的判決檔案，來討論日治後期的「遺囑習慣法」之內涵。最後，本章的第四節則會回顧整個日治臺灣從「遺囑舊慣」到「遺囑習慣法」的變遷過程，並總結與統整西方法／日本法式的「現代型遺囑制度」究竟是如何建立的。

第一節 日本明治民法中的遺言

日本在明治初期，雖然存在有多個單行的民事相關之法令，但並沒有一個完整的民法典。而此時期明治政府雖然也嘗試以翻譯法國民法的方式來進行民法典的編纂，但最終並未成功。至明治 13 年（1880）時，明治政府在法國人 G. E. Boissonade（1825-1910）的幫助下所展開的民法典編纂工作，其結果於 1890 年公布，此即為現今所稱之「舊民法」。

在舊民法的編纂過程中，財產法的部分由 Boissonade 起草、家族法則是由日本人所起草。舊民法第一草案成立於明治 21 年（1888），似乎是因為受到了反對單獨繼承的 Boissonade 之間接影響，²舊民法第一草案中家族法的部分幾乎不承認戶主的特權、在繼承上長子也僅比其他子女多了一些優遇。不過由於家族法中的這些規定有違日本傳統的家族習慣（例如強大的戶主權與單獨繼承制），因此在法律取調委員會內部便已遭到反對，使得舊民法第一草案並未通過。而在之後正式成立的舊民法中，家族法的部分則是往單獨繼承與加強戶主特權的方向

² 在法國法中，繼承制度為「共同繼承」。由此可以想見，Boissonade 所支持的是如同法國法一樣的共同繼承，並反對由單獨一個人來全面繼承所有的財產。在舊民法草案中，家督繼承制度就是這種單獨繼承的方式，因此可以想見 Boissonade 對家督繼承的反對。

進行修正。³

然而，在 1889 年由法典施行派與延期派之間所展開的「法典論爭」中，延期派中的代表人物穗積八束認為舊民法會破壞家族道德、對日本國體造成不良影響，再加上明治政府內部如伊藤博文、井上毅等人亦反對舊民法的施行，因此最後舊民法並未真正施行。其後，在明治 26 年（1893）明治政府成立了法典調查會，並由穗積陳重、富井政章與梅謙次郎擔任起草委員，⁴在舊民法的基礎上來進行民法典的再編纂，而最終完成的成果即是現今所稱的「明治民法」。⁵

第一項 遺言法規之內容

明治民法的財產法部分於 1896 年 4 月 27 日公布，⁶家族法的部分則是在 1898 年 6 月 21 日公布，⁷而整部明治民法則是從 1898 年 7 月 16 日開始施行。而家族法中的繼承部分被規定於明治民法的第五編。在繼承編中，明治民法沿用了在舊民法中即已確立的家督繼承與遺產繼承之區分。家督繼承是戶主權的繼承，意即繼承戶主身分與財產，遺產繼承則是戶主以外之人的財產繼承。⁸至於遺囑（「遺言」）則是被規定在繼承編的第六章之中。⁹明治民法繼承編的條文架構整理如下表六：

³ 廣中俊雄、星野英一編（1998），《民法典の百年第 1 卷——全般的觀察》，頁 3-9，東京：有斐閣。

⁴ 附帶一提的是，在民法論爭中，穗積陳重與富井政章為延期派、梅謙次郎為施行派。

⁵ 同前註，頁 13-16。而有關舊民法如何對家族制度產生破壞等等的法典論爭、與其後明治民法如何對此進行修正，可參考利谷信義（1971），〈明治民法における家と相続〉，《社會科學研究》，23 卷 1 期，頁 30-140。

⁶ 明治 29 年法律 89 號。

⁷ 明治 31 年法律 9 號。

⁸ 黃詩淳，前揭註 1，頁 119-121。

⁹ 關於日本明治民法的條文內容，本文所使用的是名古屋大学大学院法學研究科所製作的電子資料庫。名古屋大学大学院法學研究科，《明治民法情報基盤》，來源網址：<http://www.law.nagoya-u.ac.jp/jalii/meiji/civil/>（最後瀏覽日：06/29/2018）。

表六、明治民法繼承編之條文架構¹⁰




| | | | |
|-----------|----------------------------------------|---------------------------|-------------------------------------|
| 第五編 繼承 | 第一章 家督繼承 | 第一節 總則 (§§964-967) | |
| | | 第二節 家督繼承人 (§§968-985) | |
| | | 第三節 家督繼承之效力 (§§986-991) | |
| | 第二章 遺產繼承 | 第一節 總則 (§§992-993) | |
| | | 第二節 遺產繼承人 (§§994-1000) | |
| | | 第三節 遺產繼承之效力 | 第一款 總則 (§§1001-1003) |
| | | | 第二款 應繼分 ¹¹ (§§1004-1009) |
| | | | 第三款 遺產之分割 (§§1010-1016) |
| | 第三章 繼承之承認 及拋棄 | 第一節 總則 (§§1017-1022) | |
| | | 第二節 承認 | 第一款 單純承認 (§§1023-1024) |
| | | | 第二款 限定承認 (§§1025-1037) |
| | | 第三節 拋棄 (§§1038-1040) | |
| | 第四章 財產之分離 (§§1041-1050) | | |
| | 第五章 繼承人之缺席 ¹² (§§1051-1059) | | |
| 第六章 遺言 | 第一節 總則 (§§1060-1066) | | |
| | 第二節 遺言之方式 | 第一款 普通方式 (§§1067-1075) | |

¹⁰ 筆者自製自譯。

¹¹ 原文為「相統分」，按條文之意思應可理解為我國民法中的「應繼分」。

¹² 原文為「相統人ノ曠欠」，在戰後日本民法修正時改為「相統人の不存在」。

| | | | |
|--|-------------------------------------|---------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------|
| | | 第二款 特別方式 (§§1076-1086) |  |
| | | 第三節 遺言之效力 (§§1087-1115) | |
| | | 第四節 遺言之執行 (§§1116-1123) | |
| | | 第五節 遺言之取消 (§§1124-1129) | |
| | 第七章 特留分 ¹³ (§§1130-1146) | | |

梅謙次郎所著的《民法要義》中對「遺言」的定義為：「一個人以在自己死亡後發生法律上效力為目的所作的意思表示」。遺言的作用可用於指定家督繼承人、指定監護人、指定監督監護人、指定親族會員、認領私生子、為收養之意思表示、為家督繼承人之廢除及其取消之意思表示等等，並可以利用遺言為遺產之處分。¹⁴

按照條文內容檢視，在遺言規定的最一開始，明治民法第 1060 條即規定了：「非以本法所定的方式不得為遺言。」意即明治民法中的遺言為要式行為，必須以法定方式為之。接著第 1061 條為：「年滿十五歲者得為遺言。」第 1062 條為：「遺言者於為遺言時須有其能力。」¹⁵第 1063 條則是規定遺言可用於處分一部或全部財產、但不得違反特留分（「遺留分」）。至於遺言的生效時點，第 1087 條則規定：「遺言於遺言者死亡時發生效力。」

在要式性的部分，明治民法中遺言方式分為普通方式（規定於第 1067-1075 條）與特殊方式（規定於第 1076-1086 條）。明治民法中遺言的普通方式又可再

¹³ 原文為「遺留分」。

¹⁴ 梅謙次郎（1901），《民法要義卷之五相統編》，頁 257-258，東京：和弘法律学校。

¹⁵ 這邊所說的「能力」是指「意思能力」。可參照梅謙次郎對本條的解釋。同前註，頁 263-265。

分為自筆證書、公正證書與秘密證書三種不同的方式，¹⁶以下為這三種普通方式的遺言要式規定：

1. 自筆證書須由遺言者自書全文、日期與姓名並蓋章。若有增減之變更則應附記變更要旨並於變更處署名並蓋章（第 1068 條）。
2. 公正證書須有兩人以上證人在場，由遺言者將遺言要旨口授予證人。由公證人依照遺言者之口述為筆記並使遺言者與證人聽聞其內容後，遺言者與證人確認筆記內容無誤，並各自署名、蓋章。公證人在依前述方式作成證書後再附記要旨並署名、蓋章（第 1069 條）。
3. 秘密證書須由遺言者在證書上署名並蓋章後，將證書密封並以證書所用之印章在封口用印。遺言者須在一名公證人及兩名以上證人之面前陳述遺言書之要旨與書寫者之姓名、住所，再由公證人於封紙上記載提出證書之日期與遺言者之陳述後，再由遺言者與證人署名、蓋章（第 1070 條）。此外，第 1068 條 2 項所規定之自筆證書變更方式，於秘密證書遺言準用之（第 1071 條）。

至於第 1076-1086 條所規定的特殊方式，則是放寬了在病危的急迫狀態時的要式要求，以及規定了在特殊地區（例如因傳染病而以行政處分為交通遮斷，以及在軍隊、船艦、日本領事駐在地等地）可由其他職務之人代替公證人。

除此之外，針對遺言的證人與見證人（原文為「遺言ノ證人又ハ立會人」），第 1074 條也規定了資格限制，未成年者、禁治產及準禁治產者、剝奪公權者及停止公權者、遺言者之配偶、推定繼承人與受遺者及其配偶與直系血親、公證人之同居人及公證人之直系血親、錄事（原文為「筆生」）與受僱人，不得為遺言

¹⁶ 明治民法第 1067 條。

的證人與見證人。¹⁷其中，未成年者與禁治產者是因為沒有完整的法律上行為能力，無公權者則是因為欠缺社會上之信用，因此不得為遺言的證人與見證人。至於遺言者之配偶、推定繼承人與受遺者及其配偶與直系血親，則是因為具有利害關係，恐其會為謀自己之利益為證，因此加以禁止。最後，公證人相關者之規定，則是依照公證人規則第 29 條第 1 號而訂定並加以補充，適用於公正證書遺言與秘密證書遺言。¹⁸

第二項 梅謙次郎《民法要義》中反映出的法學討論

本文在以《民法要義》來作為了解明治民法中遺言規定的起點時，從中看到幾個有趣的現象。首先是書中時常會出現如「遺言為各國法律中皆有的制度」、「歐洲各國亦對遺言採取嚴格的要式性規定」等論述。¹⁹這樣的敘述方式似乎隱約透露出一種「以『等同於外國立法例』或是『向外國立法例學習』的方式，來證立明治民法條文正當性」的態度。但與此同時，梅謙次郎在說明「以 15 歲為遺言年齡（第 1061 條）」的規定時，除了提及外國大多也都認為遺言僅需要低度的能力外²⁰，又在文末強調了將遺言年齡定為 15 歲是在考察了日本國情、並權衡了結婚年齡²¹與收養年齡²²後決定之結果。²³由此可以看到，「符合日本國情」也是梅謙次郎在證立立法正當性時的論述重點。

其次，從《民法要義》中對遺言的討論，可以推測出「遺言法」在制定時哪些問題會特別被關注、或是哪些問題較容易為法學界所討論。如前述梅謙次郎對於遺言年齡的說明，即是可以看出在法規制定時曾注意過此問題的一例。另一個

¹⁷ 明治民法第 1074 條。

¹⁸ 梅謙次郎，前揭註 14，頁 294-299。

¹⁹ 梅謙次郎，前揭註 14，頁 257-261。

²⁰ 本文推測梅謙次郎在此的意思為：外國立法例中也多會放寬對遺言年齡的規定，定得比民法上的成年年齡要低。

²¹ 男子的結婚年齡為 17 歲，女子為 15 歲（明治民法第 765 條）。

²² 未滿 15 歲者被收養時須得到本生父母的同意（明治民法第 843 條 1 項、第 844 條）

²³ 梅謙次郎，前揭註 14，頁 261-262。

更明確的例子，則是第 1063 條「遺言人於為遺言時須有其能力」的規定。在立法當時，曾有學者認為由於遺言的效力是於遺言者死亡時確定，因此應在遺言者死亡時判斷其有無意思能力；然而梅謙次郎認為，這種看法在實際上是將遺言的成立時點與生效時點混為一談。因此在最後的立法結果，法條直接將對遺言者有無意思能力的判斷時點明訂為遺言成立的時點，即遺言者為遺言之時。²⁴

此外，遺言究竟應該如英國法規定於繼承編之中、還是如法國法規定於財產取得編之中，這也是當時在立法時所遇到的問題。因此梅謙次郎在《民法要義》中特別解釋了將遺言規定於繼承編的理由：遺言主要的目的是用於家督繼承與遺產繼承，且在遺贈的情形下受遺贈者所擁有的權利即相當於使繼承人的權利被減損，因此將遺言規定於繼承編之中。²⁵除了上述這些問題外，梅謙次郎於《民法要義》中也花了不少篇幅在解釋與說明遺言的各項要式之要求與「不得違反特留分」之規定。由此推測，遺言的要式性與特留分的問題，應該也是立法當時日本學界所特別關注的重點。

而明治民法中對於遺言的這些規定，在日治時期是否在實質上也成為了臺灣對於遺囑的規範內涵？日本學界所關心的「遺言能力」、「要式性」等問題是否也反映在日治臺灣的遺囑規範之中？以下將從日本在臺灣所調查出的「遺囑舊慣」來進行初步探討。

第二節 舊慣調查中臺灣的「遺囑舊慣」

1895 年臺灣被納入日本的統治範圍，而臺灣總督府在實際對臺灣進行統治管理後，發現臺灣本島人的生活方式與日本內地有相當多的不同，於是開始進行舊慣調查。1901 年，臺灣總督府成立了「臨時臺灣舊慣調查會」，由民政長官後

²⁴ 梅謙次郎，前揭註 14，頁 263-265。

²⁵ 梅謙次郎，前揭註 14，頁 285。

藤新平（1857-1929）擔任會長，並由京都帝國大學法學教授岡松參太郎（1871-1921）主持調查工作。臨時臺灣舊慣調查會於 1910 年出版的第三回報告書即為所謂的《臺灣私法》。²⁶在時間上，臨時臺灣舊慣調查會所調查的範圍包含了日本統治之前、並一直延續到日本統治後且開始進行調查之時。臨時臺灣舊慣調查會總結統整了這個時間範圍內臺灣本島上人們的生活方式，並將稱之為臺灣的「舊慣」。²⁷那麼，對於所謂的「遺囑舊慣」，《臺灣私法》是如何認定的呢？

第一項 「遺囑舊慣」之內容

若是從章節安排來進行初步觀察，可以看到遺囑被放在《臺灣私法》第二卷下冊人事編的第六章繼承中。第六章繼承的第一節為宗祧繼承（「宗祧承繼」）、第二節為財產繼承（「財產承繼」），最後第三節即為遺囑。這表示《臺灣私法》是將「遺囑舊慣」放在繼承的脈絡下來理解的。下表七為《臺灣私法》中遺囑舊慣的章節安排：

表七、《臺灣私法》中遺囑舊慣的章節安排²⁸

| | | |
|-----------|-------------|---|
| 第六章 繼承 | 第一節 宗祧繼承 | 略 |
| | 第二節 財產繼承 | 略 |

²⁶ 王泰升（2015），《臺灣法律現代化歷程——從「內地延長」到「自主繼受」》，頁 24，臺北：中研院臺史所、臺大出版中心。

²⁷ 按照岡松參太郎的看法，「舊慣」指的是在舊時代（即清治時期）即存在並施行的、具有規範性的法律。《大清律例》等官府成文規定與不成文的習慣規範，皆是岡松所稱的舊慣。除此之外，在清治臺灣，雖然違反官府規定，但在社會上卻被人們普遍遵守的習慣，也屬於「舊慣」。參見岡松參太郎（1903），〈臺灣現時的法律〉，《臺灣慣習記事》，3 卷 1 號，頁 7-9。

²⁸ 筆者自繪。

| | | | |
|--|-----|---------|-------------|
| | 第三節 | 一、總說 | |
| | 遺囑 | 二、遺囑之要件 | (一)、立遺囑之時點 |
| | | | (二)、遺囑之事項 |
| | | | (三)、遺囑之方式 |
| | 遺囑 | 三、遺囑之效力 | (一)、生效時點 |
| | | | (二)、遺囑之執行 |
| | | | (三)、遺囑之取消變更 |

至於實際內容，首先在遺囑的「總說」中，《臺灣私法》將臺灣舊慣上的遺囑定義為：「一般人民向其子孫或其他親族託付後事之言。」接著指出大清律例有著子孫得依照遺囑而在祖父母之喪期中進行家產分割之規定。²⁹不過，《臺灣私法》認為遺囑的功能實際上不只為決定分家時點，而是：「有行為能力的成年人除越權或違法以外，任何事項皆得以留遺囑，其子孫或其他受囑者皆有義務遵守。」³⁰（底線為筆者所加。）

而在「遺囑之要件」中，首先關於立遺囑的時點，《臺灣私法》稱在臺灣的舊慣中遺囑得於任何時候做成、並無作成時點上的限制。雖然通常的情形是病人會在重病臨終時留下遺囑，不過其實也有人會在健康時就先立遺囑。至於「遺囑之事項」，《臺灣私法》指出雖然舊慣中的遺囑可以處理任何事項，但實際上大多是涉及財產處理及託孤這兩個類形。而有關財產處理的遺囑，《臺灣私法》再將其分為家產分配遺囑（第一類）、指定或廢除繼承人遺囑（第二類）、以及管理絕

²⁹ 這邊指的應該就是《大清律例》〈戶律·戶役〉「別籍異財」條之規定：「凡祖父母、父母在，子孫別立戶籍分異財產者，杖一百。須祖父母、父母親告乃坐。若居父母喪，而兄弟別立戶籍分異財產者，杖八十。須期親以上尊長親告乃坐。或奉遺命，不在此律。」關於別籍異財條應該如何解釋，可參見本文第二章對「分家析產時點」之討論。

³⁰ 臨時臺灣舊慣調查會編(1911)，《臨時臺灣舊慣調查會第一部調查第三回報告書：臺灣私法》第二卷下冊，頁 593-594，東京：臨時臺灣舊慣調查會。



嗣財產遺囑（第三類）這三種類型。託孤遺囑則又再分為真正的託孤與不真正的託孤，僅有真正的託孤才是託孤遺囑（第四類）。³¹《臺灣私法》對於遺囑的分類概念如下表八所示：

表八、《臺灣私法》對於遺囑的分類概念³²

| | | |
|------|-----------------|------------------------|
| 財產處理 | 家產分配遺囑（第一類） | |
| | 指定或廢除繼承人遺囑（第二類） | |
| | 管理絕嗣財產遺囑（第三類） | |
| 託孤 | 有遺孤 | 真正的託孤（第四類） |
| | 無遺孤 | 不真正託孤，實際為管理絕嗣財產遺囑（第三類） |

首先在財產處理遺囑的部分，第一類為家產分配遺囑。家產分配遺囑是指「從家產中抽出公業、養贍或各種贈與後，其餘分給各繼承人的遺囑」，會在立遺囑人死亡後才發生效力，並又分為立遺囑人生前即已確定應得額並進行鬮分、以及立遺囑人生前僅先確定應得額而待死亡後才鬮分兩種。而第二類的指定或廢除繼承人遺囑則是專為指定或廢除繼承人所立。《臺灣私法》稱在進行調查時「尚未見到指定或廢除繼承人的遺囑書」，不過卻有見到「有附載此等事項的鬮分遺囑書（按：即第一類之家產分配遺囑）及絕嗣財產託孤字（按：即第三類之管理絕嗣財產遺囑）」。至於第三類管理絕嗣財產遺囑的功能則是在缺乏可繼承財產之人時「由親朋暫管此財產」，目的是為了在將來由管理人替被繼承人立嗣並交付財產。³³

³¹ 同前註，頁 594。

³² 筆者自繪。

³³ 臨時臺灣舊慣調查會編，前揭註 30，頁 594。

而在託孤遺囑的部分，重點則是在於「託孤」是否有效成立。按照《臺灣私法》的看法，「託孤舊慣」的構成必須同時有「被託付的財產」加上「被託付的遺孤」這兩者。³⁴也就是說，《臺灣私法》認為在以遺囑為託孤的情況下，必須要同時有「財產」與「人」這兩個要素的存在，此時託孤才能成立、並且此種遺囑才會是「託孤遺囑」。

因此對於託孤遺囑，《臺灣私法》區分出了有遺孤之子存在與無遺孤之子存在的兩種情形。有遺孤之子存在的情況下所立的遺囑，其託孤成立、此遺囑為第四類之託孤遺囑。在無遺孤之子的情況下，由於託孤不成立（「不能謂真正的託孤」）並且已屬於「絕嗣」的情形，因此實際上應該要將遺囑的效力僅限縮於財產管理的面向。意即，即便此種遺囑是以「託孤字」來命名，實際上卻是屬於前述第三類的「管理絕嗣財產遺囑」。不過值得注意的是，在不存在遺孤之子的情況下雖然被《臺灣私法》認為託孤不成立、此種遺囑並非託孤遺囑，但對於臺灣人而言卻仍然是成功的託孤（「臺人仍視為其為一種託孤，而稱此遺囑書為託孤字」）。對於這種現象，《臺灣私法》似乎認為這是一種誤用。³⁵

而《臺灣私法》在「遺囑之事項」中除了將遺囑類型化以外，對於遺囑的其他成立要件也有進行認定。在「遺囑之方式」中《臺灣私法》指出遺囑通常會以以下方式踐行：一、在遺囑之見證方面（「證人ノ立會」），遺囑必須在親族會議上做成，但於無親族或無暇邀請親族的緊急情形時不在此限，並且受遺者並沒有在場之必要。二、遺囑的做成並不一定要立遺囑書，亦得僅以口頭為之，不過未免日後發生紛爭，臺灣的慣例中在做成遺囑時大多會由代筆人在立遺囑人與證人（「立會人」）面前來製作成書面的遺囑書。遺囑書的主要記載事項如下：

³⁴ 臨時臺灣舊慣調查會對「託孤舊慣」之調查結果，載於《臺灣私法》第二卷下冊人事編的第五章。臨時臺灣舊慣調查會編，前揭註 30，頁 487-498。

³⁵ 臨時臺灣舊慣調查會編，前揭註 30，頁 595。



- (一) 立字人即遺囑人之表示。
- (二) 為遺囑之理由。
- (三) 遺囑之事項。
- (四) 知見人及代筆人之表示。
- (五) 遺囑書份數及保管人之表示。
- (六) 立遺囑書年月日。³⁶

最後，關於遺囑的效力的問題，《臺灣私法》認為遺囑的效力來源則是長幼尊卑間的服從義務，因此「在執行遺囑時要依從尊長的意見，以盡德義上義務」。此外，雖然遺囑效力是在立遺囑人死亡後發生，但遺囑未必會在一發生效力就立刻被執行，有可能是在遺囑生效後過了一段時間之後才開始分配家產。在此《臺灣私法》特別指出：「民間有表面上稱為遺囑，其實是被繼承人生前的鬮書³⁷，或表面上稱為鬮書，其是被繼承人亡後的處分（按：即遺囑）。」也就是說，在《臺灣私法》的認定中「鬮書」與「遺囑書」應該要是兩種不同的文書，但《臺灣私法》觀察到當時的臺灣漢人家族在分家析產時會出現鬮書與遺囑書混用的現象，因此文書實際上屬於哪個類型，「不受契字所表示的名稱所拘束，必須要詳查其實質」。³⁸

而在執行的部分，《臺灣私法》指出在臺灣社會的情形中，通常立遺囑人會指定所有受遺人皆為遺囑執行人、並共同執行遺囑。最後，在取消與變更遺囑的部分，「遺囑經受遺人承諾後立遺囑人即受其拘束，除經受遺人同意外，不得隨意取消或變更。」³⁹

³⁶ 臨時臺灣舊慣調查會編，前揭註 30，頁 595-596。

³⁷ 「鬮書」是指是漢人家族在分家而進行「鬮分」時，記錄分家結果的文書。而《臺灣私法》對鬮書之定義為「家產分割結束後、確定各自取得之財產時做成之契字，稱為鬮書」。臨時臺灣舊慣調查會編，前揭註 30，頁 585。

³⁸ 臨時臺灣舊慣調查會編，前揭註 30，頁 595。

³⁹ 臨時臺灣舊慣調查會編，前揭註 30，頁 596。

第二項 日本法化下的遺囑舊慣

綜合觀察日本明治民法中的「遺言」規定與《臺灣私法》所說的「遺囑舊慣」的敘述，本文認為《臺灣私法》所說的「遺囑舊慣」，事實上是一種經過現代法、特別是日本法概念轉譯過後的遺囑，而不是清治臺灣社會中時人所理解並運用的遺囑、遺命等「習慣」。以下，本文將從《臺灣私法》的編排形式與實質內容這兩方面來觀察《臺灣私法》與日本明治民法之間的關係。

在《臺灣私法》的章節安排中，「遺囑舊慣」的編排順序為：總說、遺囑之要件（立遺囑之時點、遺囑之事項、遺囑之方式）、遺囑之效力（生效時點、遺囑之執行、遺囑之取消與變更）。再看到明治民法中「遺言」規定的編排架構，第一節為總則、第二節為遺言之方式、第三節為遺言之效力、第四節為遺言之執行、第五節為遺言之取消。由此對照可以發現《臺灣私法》與明治民法的體例編排極為相似。因此，我們也就可以由此推測舊慣調查的進行方式，很有可能是臨時臺灣舊慣調查會先以明治民法中對於「遺言」的規定來畫出框架、再將調查到的習慣填入這個框架之中。

而在實質內容的部分，《臺灣私法》的內容與明治民法之間的關係為何，首先可以注意到的是，明治民法中遺言的要式性規定被用來當作觀察遺囑舊慣時的「對照標準」，例如明治民法中遺言必須為書面、而臺灣遺囑舊慣則不必一定要有書面；明治民法中遺言必須在見證人之見證下做成，而臺灣遺囑舊慣中則是要在親族會議中做成。除此之外，我們還可以由《臺灣私法》特別指出的「託孤字與管理絕嗣財產遺囑被臺灣人所混用」、「遺囑與鬮書混用，應由實質內容認定」等現象來作為更具體的例子，更進一步地分析遺囑舊慣與明治民法之間的關係。

當我們重新檢視《臺灣私法》所說的「託孤與管理絕嗣財產混用」、「遺囑與鬮書混用」等敘述，可以發現這些敘述背後所反映出的意義是《臺灣私法》認為

這兩種情況在概念上應該要有所不同，因此才需要做出分類。

對於「託孤與管理絕嗣財產混用」的問題，本文認為這是因為《臺灣私法》將「託孤舊慣」理解為類似於現代法／明治民法中的「監護制度（「後見制）」的概念。⁴⁰而現代法／明治民法中監護的成立要件之一，是一定要存有一個「被監護人」。因此《臺灣私法》才會認為，一旦這個相當於被監護人的「被託人」不存在，這樣的託孤就不是「（相當於監護的）託孤舊慣」，而僅剩下管理財產的面向。⁴¹

同樣地，在「遺囑與鬮書混用」的問題上，本文認為可以從以下幾個面向來分析：第一，《臺灣私法》很有可能是使用了現代法／明治民法中「共同遺言禁止」的規定，來作為「遺囑字」與「鬮書」在成立要件上的區分。意即，《臺灣私法》認為遺囑「應該由立遺囑人單獨作成」、而鬮書則是「由各房代表人共同作成」，因此遺囑與鬮書在根本上應該要是不同的文書。第二，《臺灣私法》將明治民法第 1087 條中對遺言效力的規定直接套用到臺灣的遺囑舊慣，認為舊慣中的遺囑也是「於立遺囑人死亡時發生效力」。然而事實上這並不是臺灣社會中對遺囑習慣的理解。在臺灣漢人家族的習慣中，遺囑多是在「別籍異財」時、也就是代間財產移轉時才會發生作用（即尊長以遺囑來指示子孫何時可以分家、在分家時應該如何分配家產）。⁴²由於分家析產的發生時點未必等同於立遺囑人的死亡時點，有可能是在立下遺囑的尊長過世一段時間後其子孫才決定分家，又或者是立下遺囑的尊長尚未過世時其子孫便在尊長的同意下按照遺囑進行分家。因此若要回歸臺灣的社會習慣來判斷遺囑實際上會對代間財產移轉產生影響的時點，

⁴⁰ 臨時臺灣舊慣調查會編，前揭註 30，頁 488-489。

⁴¹ 但若是回歸到清治臺灣社會來理解，本文認為當時的臺灣漢人在進行託孤時，或許並不會刻意以有無遺孤存在做出不同的區分。

⁴² 有關傳統中國的漢人家族生活中「分家」與「財產」的關係，可參照沈靜萍（2015），《多元鑲嵌的臺灣日治時期家族法——從日治法院判決探討國家法律對臺灣之家及女性法律地位之改造》，頁 52-57，臺北：元照；盧靜儀（2012），《清末民初家產制度的演變——從分家析產到遺產繼承》，頁 30-64，臺北：元照。

應該要認為是遺囑的生效時點是在分家時而非立遺囑人死亡時。

不過很顯然地，臨時舊慣調查會也已注意到臺灣的社會實踐上分家時點與立遺囑人死亡時點有所落差。關於「立下遺囑的尊長已過世一段時間後其子孫才決定分家、此時遺囑產生影響力」與「立下遺囑的尊長尚未過世時其子孫便在尊長的同意下按照遺囑進行分家」的這兩個情形，對於前者，《臺灣民法》是以「遺囑在尊長過世時已經生效，只是等到真正分家時才被執行」此種現代法式的概念來解釋。而對於後者，《臺灣民法》則是認為這時的文書並不是遺囑（若認為此文書是遺囑，則會因為立遺囑人尚未死亡而是一份不生效力的文書），反而應該要是在臺灣漢人家族在家產分割時通常會立下的鬮書。《臺灣民法》認為在此時將這種鬮書以遺囑稱之，即是因為「臺灣社會中有鬮書與遺囑混用的現象」所導致的誤用。⁴³

至於臨時臺灣舊慣調查會在進行舊慣調查時，為何是以現代法概念來解釋對臺灣社會的「習慣」？除了因為調查者所學習的知識即是現代法、因此會被自身擁有的概念所侷限以外，舊慣調查本身的目的也是另一個因素。根據王泰升的研究，從《臺灣民法》的序言中可以看到，舊慣調查的目的是為了因應行政及司法上需要，以及作為日後立法的基礎。⁴⁴由於當時的日本內地基本上是以本於現代法式的法制度與法概念為基調來建立整個帝國法律體制，日本於臺灣本島的統治也是如此，因此關於舊慣的知識也必須與帝國的法律體制有「相容性」，如此的「舊慣」才有可能被行政與司法官僚所應用。⁴⁵因此也就不難理解為什麼臨時臺灣舊慣調查會會以現代法／日本法的概念來解釋臺灣社會中的「習慣」，從而將

⁴³ 而同樣地，清治臺灣中是否真的存在「遺囑與鬮書有所不同」之概念？本文認為或許不然。且在清治臺灣的生會生活中，這種文書的分類概念應該也沒有存在的必要，而是只要一併以「分家文書」的大概念來理解即可。詳見本文第二章對於分家文書的討論。

⁴⁴ 臨時臺灣舊慣調查會編（1910），《臨時臺灣舊慣調查會第一部調查第三回報告書：臺灣民法》第一卷下冊，頁 2-5，神戶：臨時臺灣舊慣調查會。

⁴⁵ 王泰升（2015），《臺灣法律現代化歷程——從「內地延長」到「自主繼受」》，頁 24-25，臺北：中研院臺史所、臺大出版中心。

其轉化成為「舊慣」。

不過需要注意的是《臺灣私法》的成書背景與整個舊慣調查的事業，是朝向「習慣立法」的方向在進行的，因此臺灣總督府在 1914 年時以《臺灣私法》的調查結果為基礎，產出了「臺灣民法草案」，可惜的是日本內閣最終並未通過臺灣民法草案的公布施行。待到 1919 年，此時的日本帝國已確立了「內地延長」的殖民地統治政策，因此臺灣的民事法律規範由「習慣立法」的模式轉為明確地朝向日本明治民法接近。⁴⁶在這之後，1922 年敕令第 406 號則是直接規定從 1923 年 1 月 1 日起日本民商法將適用於臺灣。不過，由於敕令第 407 號第 5、15 條規定臺灣人的親屬繼承事項「依習慣」而非日本民法處理。因此，在下一節，本文即希望針對何為「遺囑習慣」展開探討。

第三節 習慣法化的遺囑

依照 1922 年敕令第 407 號，從 1923 年 1 月 1 日開始，臺灣人的親屬繼承事項應該要「依習慣」為處理。也就是說，在日治後期的臺灣，真正作為親屬繼承事項之規範的其實就是「習慣法」。按照王泰升的分析，所謂的「親屬繼承之習慣法」的建立過程，是由法院在判決過程中確認現今臺灣的社會生活的中還有哪些習慣（事實上的行為）存在，接著再由法院依據國家的價值觀來審查這些事實上的習慣能否被國家法制所接納，從而成為習慣法。⁴⁷因此在概念上，「遺囑舊慣」與「遺囑習慣法」是兩個不同層次的概念：前者是臺灣社會中所存在的事實上之實踐行為，而後者則是經過法院的價值判斷後篩選出的行為規範。⁴⁸

而對於「遺囑習慣法」為何此一問題，本文將以姉齒松平（姉齒松平，

⁴⁶ 王泰升(2015)〈論台灣社會上習慣的國家法化〉，《臺大法學論叢》，第 44 卷第 1 期，頁 24-26。

⁴⁷ 同前註，頁 26。

⁴⁸ 需要注意的是，這種「經由法院判決來建立習慣法」的模式事實上存在於整個日治時期，而不是在 1923 年後才開始出現的。

1885~1941) 所著的《關於本島人的親屬與繼承法大要》(《本島人ノミニ關スル親族法並相續法ノ大要》) 以及《日治法院檔案資料庫》中所留存的法院判決為兩種主要的研究對象。在此需要事先說明的是，由於只有經過法院判決確立之後，才會是真正的「遺囑習慣法」，因此實際上僅有《日治法院檔案資料庫》中所存的判決才是遺囑習慣法的內涵。至於姉齒所著的《關於本島人的親屬與繼承法大要》，則是因為其中也整理了日治法院之判決，並且因為在日治後期，法院也極有可能會依照姉齒的見解來對遺囑事件進行判決，因此姉齒對於遺囑的見解便很有可能成為判決之內容，從而成為遺囑習慣法。是以，本文選擇將《關於本島人的親屬與繼承法大要》作為觀察遺囑習慣法的輔助資料。

第一項 姉齒松平《關於本島人的親屬與繼承法大要》中的遺囑

姉齒松平出生於日本宮城縣，1906 年畢業於私立中央大學法律學專門科，1911 年時通過「判檢事登用試驗」(司法官資格考試)，並被任命為東京地方裁判所及其檢查局的實習司法官。姉齒係於 1912 年 10 月 1 日抵達臺灣，並於臺北登錄為辯護士，執業 6 年，直至 1918 年轉任為判官。姉齒一開始為台中地方法院刑事單獨部之判官，1920 年時升任為高等法院覆審部判官，後於 1929 年再次升任至高等法院上告部判官。直至 1941 年過世為止，姉齒一共擔任了 23 年的判官。⁴⁹

於擔任判官的期間，姉齒自 1923 年開始幾乎每個月都在《臺法月報》上發表法學研究之文章。⁵⁰其中有關臺灣人親屬與繼承事項的文章，於 1938 年時集

⁴⁹ 王泰升(2010)，《具有歷史思維的法學》，頁 225-227，臺北：元照。另可參見吳豪人(2017)，《殖民地的法學者：「現代」樂園的漫遊者群像》，頁 169-173，臺北：臺大出版中心。

⁵⁰ 《臺法月報》創刊於 1905 年，由臺灣總督府高等法院所出版，為當時的法學專業期刊。旨在介紹臺灣法令及判決為主，並作為引用、考據與研究之用。參見中央研究院人文社會科學聯合圖書之介紹。來源網址：<https://hslib.sinica.edu.tw/?q=cht/node/5399> (最後瀏覽日：06/24/2018)。

結成冊出版，即為《關於本島人的親屬與繼承法大要》。《關於本島人的親屬與繼承法大要》一書為姉齒對於臺灣人的親屬繼承事項之觀察整理，內容包含有與《臺灣私法》之舊慣的對照、法院判決的整理以及姉齒本人的法學見解。

其中，有關法院判決整理之部分，經由姉齒的說明，我們可以清楚地看到所謂的舊慣從「判斷其是否為事實上的行為習慣」，再到經過價值判斷後「被篩選為規範上的習慣法」的過程。除此之外，又因為姉齒本人既為法院判官，其見解某種程度上可以說即代表了實務見解，且當姉齒在法學研究上的影響力持續增加後，其見解幾乎等同於法院的見解。⁵¹因此，雖然《關於本島人的親屬與繼承法大要》的部分內容因為實際上未有相關案件進入法院，所以並不是法院的判決結果而只是姉齒本人之看法，但我們可以猜想，若是臺灣持續受到日本統治，而在之後有相關的案件進入法院時，法院很有可能會依照姉齒的見解來判決。此時，姉齒的見解就會是「經過法院判斷」的習慣法了。此外，《關於本島人的親屬與繼承法大要》與《臺灣私法》的對照，更是可以讓我們清楚看到日治臺灣的「遺囑舊慣」與「遺囑習慣法」，究竟有哪些異同。

以下，本文即以《關於本島人的親屬與繼承法大要》中對於遺囑的敘述，作為展開「遺囑習慣法」討論的第一步。

第一款 《關於本島人的親屬與繼承法大要》中遺囑之內容

《關於本島人的親屬與繼承法大要》一書分為親屬編與繼承編，遺囑則是在繼承編的第九章，第十章為特留分（「遺留分」）。下表九為《關於本島人的親屬與繼承法大要》的章節安排：

⁵¹ 王泰升，前揭註 49，頁 234。

表九、《關於本島人的親屬與繼承法大要》中遺囑與特留分的章節安排⁵²

| | | | |
|------------|---------------------------|--------------|----------|
| 第二編 繼承法 | 第一章 序論 | 略 | |
| | 第二章 繼承制度之大要與本島人現時的繼承觀念 | 略 | |
| | 第三章 總論 | 略 | |
| | 第四章 戶主繼承 | 略 | |
| | 第五章 財產繼承 | 略 | |
| | 第六章 繼承之承認與拋棄 | 略 | |
| | 第七章 財產分離 | 略 | |
| | 第八章 繼承人之曠缺 | 略 | |
| | 第九章 遺囑 | 第一節 總說 | |
| | | 第二節 遺囑之方式 | |
| | | 第三節 遺囑之效力 | |
| | | 第四節 遺贈 | 第一款 總說 |
| | | | 第二款 包括遺贈 |
| 第三款 特定遺贈 | | | |
| 第四款 附負擔遺贈 | | | |
| 第五節 遺囑之執行 | | | |
| 第十章 特留分 | 第一節 特留分之意義 | | |
| | 第二節 | 第一款 因戶主之死亡的財 | |

⁵² 筆者自製自譯。

| | | | |
|--|--|-------------------|-----------------------|
| | | 特留分權利者 | 產繼承人與特留分額 |
| | | 及特留分之額 | 第二款 因家族之死亡的財產繼承人與特留分額 |
| | | | 第三款 特留分之算定 |
| | | 第三節 | 第一款 扣減之順序 |
| | | 扣減權 ⁵³ | 第二款 扣減之效力 |

在《關於本島人的親屬與繼承法大要》，姉齒於遺囑的第一節總說中將遺囑定義為「考慮死後一家及親屬之處置、及所有財產之歸屬，而於生前作成意思表示，並於人死亡之時發生效力之法律行為」。⁵⁴根據姉齒的觀察，遺囑自古被中國法所肯認，在日本領臺前後皆於本島人之間廣泛通行。而在日本領臺後，伴隨著公證制度的普及與本島人以諸子繼承為原則的財產繼承方式，本島人立遺囑的傾向有顯著地增加。姉齒認為這種社會現象是因為遺囑能夠防範親族間在自己死後發生紛爭。⁵⁵此外，姉齒在附註中指出，遺囑在清律中稱為「遺命」，於臺灣稱為「遺囑」。在日本領臺前臺灣本島的遺囑大多與鬮分⁵⁶有關。參照《臺灣私法》之內容，此種領臺前與鬮分有關的遺囑因為得到受遺者的承諾並作成書面，因此不許立遺囑者隨意地取消變更，但領臺後的判例並不受此拘束。⁵⁷

由於遺囑是在生前做成意思表示來安排死後的一家及親屬與所有財產，因此在性質上哪些事項可以以遺囑處理，姉齒認為應該要加以限制。在此姉齒列出了十三項法律上有效的遺囑種類，分別為：認領私生子、收養、指定監護人、推定

⁵³ 原文為「減殺權」。

⁵⁴ 姉齒松平（1938），《本島人ノミニ關スル親族法並相續法ノ大要》，頁 481，臺北：臺法月報發行所。

⁵⁵ 同前註。

⁵⁶ 在此，姉齒將鬮分定義為「表示繼承財產之分配或是繼承分之分割的書面」。同前註，頁 482。

⁵⁷ 同前註。

戶主繼承人之廢除及其取消、戶主繼承人之指定及其取消、推定財產繼承人之廢除及其取消、繼承分之指定及其指定之委託、繼承財產分割方法之指定及其指定之委託、繼承財產分割之限制、在繼承財產分割時擔保責任的變更、遺囑執行者之指定及其指定之委託、遺贈扣減之限制、遺贈及捐助行為（「寄附行為」）。⁵⁸

姉齒接著說明遺囑的意義。首先，遺囑是「表意者以在其死後發生效力為目的所為的單獨意思表示」。因此遺囑不須他人（如遺贈的受領者）的相對行為，僅有立遺囑者本身單獨的意思表示就可以使遺囑在其死亡時發生效力。但立遺囑者的意思表示發生法律上的效果，不代表必然會達成立遺囑者所預期的目的。例如以收養為目的的遺囑，該遺囑的生效僅構成收養行為一半的效力，還須要得到收養相對方的承諾，才會完成整個收養行為。另外，廢除推定戶主繼承人或廢除推定財產繼承人的遺囑，其遺囑執行人須提起廢除訴訟並經由法院判決，才能達到廢除的目的。⁵⁹其次，遺囑不以法定方式為必要。根據《臺灣私法》，本島人雖然多會做成書面遺囑，但並沒有法定方式之要件。大正十二年（1923）上民第 91、92 號的高等法院上告不判決中也寫明本島的遺囑並不存在以一定方式及條件為要件之習慣。只要能經證明遺囑，口頭遺囑也可發生法律上效力。⁶⁰

至於遺囑能力，本島中不存在如何決定遺囑能力的習慣。姉齒認為外國立法例中一般會將遺囑能力的年齡訂的比成年年齡低，並且在本島原則上已施行民法的情況下，遺囑能力的年齡應如何決定此一問題應可依照民法法理來解決，也就是將本島的遺囑能力年齡與民法一樣訂為十五歲。⁶¹另外，雖然有些外國立法例中對於遺囑能力年齡有著與結婚年齡一樣男女有別的規定，但姉齒認為還是應該參照民法中成年年齡不分男女皆為一致的設計，並參酌本島人的發育程度與實際

⁵⁸ 同前註，頁 481-483

⁵⁹ 同前註，頁 483-484。

⁶⁰ 同前註，頁 484。

⁶¹ 明治民法第 1061 條。

上在本島人的家族生活中甚少見到年少者立遺囑的情形，將本島的遺囑能力年齡不論男女一律訂為十五歲才最為妥適。⁶²

在第二節遺囑方式的部分，大原則為本島人不以作成方式為遺囑的成立要件。不過姉齒指出本島人在作成遺囑時通常會有書面或是伴隨著證人及代筆人的見證，並且近期因為一般會以公證書為遺囑，因此實質上會具備法定方式。姉齒將本島的遺囑對照到民法中並分為三類：一、依照自筆證書的遺囑。二、依照公正證書的遺囑。三、依照秘密證書的遺囑。不過要注意的是，本島的遺囑雖然不以方式為要件，也就是沒有任何法定要式，但姉齒認為仍不得有兩人以上為同一書面，也就是本島仍應不允許共同遺囑。這是因為在共同遺囑中會產生各個立遺囑人的自由意思為何難以確認、各個遺囑的效力發生時期可能會有差異、乃至遺囑如何取消等等問題，造成糾紛接踵而至。⁶³

在第三節遺囑效力的部分，姉齒將其分為遺囑的效力發生時點、附條件或附期限遺囑與遺囑的無效並取消這三點來說明。第一，遺囑效力的發生時點為立遺囑人死亡時。不過，在單以遺囑並不能構成完整的法律效果之情形，該法律行為的生效時點則須特別注意。例如，在以遺囑為收養的情形，若是立遺囑人死亡時收養的法律要件尚未完備，待其後收養成立後，收養效力的發生時點會溯及至立遺囑人死亡時。此外，認領私生子的遺囑，其認領則是溯及至私生子出生時發生效力。⁶⁴第二，在附條件或附期限遺囑的情形，須有民法總則第 127 條⁶⁵與 135 條⁶⁶之適用。

⁶² 姉齒松平，前揭註 54，頁 485。

⁶³ 姉齒松平，前揭註 54，頁 488。

⁶⁴ 姉齒松平，前揭註 54，頁 489。

⁶⁵ 明治民法第 127 條：「附停止條件之法律行為，於條件成就時發生效力。

附解除條件之法律行為，於條件成就時失其效力。

當事人表示欲使條件成就之效果溯及於成就之前之意思者，依其意思。」

⁶⁶ 明治民法第 135 條：「附始期之法律行為，於期限屆至前不得請求該法律行為之履行。附終期之法律行為，於期限屆滿時失其效力。」

至於第三點遺囑的無效與取消，首先應釐清的是，若是立遺囑人在遺囑發生效力前將遺囑撤回，此時由於遺囑自始不存在，因此不生遺囑無效或取消之問題。此外，根據《臺灣民法》的說法，在本島人的習慣中，若是遺囑已得遺囑利益的承受者之承認，則該遺囑即不可隨意取消或撤回。⁶⁷不過姉齒認為，由於現今的本島人已沒有此種習慣，並且遺囑本身是一種「尊重立遺囑人之自由意志的單獨行為」，基於以上這兩點，姉齒認為法院應該要否認此種在臺灣人的習慣中對於立遺囑人的拘束。姉齒並在書中附上明治 41 年（1908）控民第 680 號、同 42 年（1909）2 月 4 日覆審法院判決，供讀者參照。⁶⁸

遺囑無效的情況，可分為兩大類：一、自始無效，例如無遺囑能力與遺囑的重要之點存在錯誤等等。二、原本有效成立但嗣後無效，例如受遺者先於立遺囑人死亡、受遺者拋棄遺贈、遺贈物滅失、附解除條件的遺囑於遺囑生效前條件已成就、受遺者於立遺囑人死亡時未懷胎⁶⁹等等。至於遺囑之取消的情況則有三：一、依民法總則所訂，若立遺囑人於立遺囑時受到詐欺或脅迫，則可取消遺囑。二、任意取消，即立遺囑人以明示或默示⁷⁰的方式撤回遺囑。三、附負擔遺贈之受遺者若未履行其負擔，立遺囑人的繼承人可訂相當期間催告受遺者履行，其後若是受遺者仍未於期限內履行其負擔，繼承人即可向法院請求取消該遺囑。⁷¹

第二款 《臺灣民法》與《關於本島人的親屬與繼承法大要》與

⁶⁷ 「遺囑經受遺人承諾後立遺囑人即受其拘束，除經受遺人同意外，不得隨意取消或變更。」臨時臺灣舊慣調查會編，前揭註 2，頁 596。

⁶⁸ 姉齒松平，前揭註 54，頁 491-492。

⁶⁹ 這點似乎是針對《臺灣民法》中所說的「無遺孤之子存在的託孤遺囑」。可以注意到的是，《臺灣民法》將無遺孤之子存在的託孤遺囑認定為「管理絕嗣財產遺囑」，該遺囑仍然有效成立。但在姉齒的見解下，此種遺囑為無效。

⁷⁰ 默示之取消包含：後遺囑抵觸前遺囑時，其抵觸部分為對前遺囑的默示取消、立遺囑後以生前處分或其他法律行為抵觸該遺囑，其抵觸部分為對遺囑的默示取消、立遺囑人故意毀滅遺贈物等等。此外，在有書面遺囑的情形，立遺囑人若故意毀滅該遺囑書，姉齒認為這種情形也應該視為是對遺囑的默示取消。

⁷¹ 姉齒松平，前揭註 54，頁 492-495。

之比較：從遺囑舊慣到遺囑習慣法



從上述的內容我們可以發現，姉齒松平在寫作時也是依照明治民法的架構來編排《關於本島人的親屬與繼承法大要》的章節順序，這點與《臺灣私法》一致。不過在態度上，姉齒更為強烈地主張應該要以明治民法的法理來處理本島人的遺囑事件。這或許是基於《臺灣私法》與《關於本島人的親屬與繼承法大要》的成書目的有所不同所導致。

《臺灣私法》為 1910 年，《關於本島人的親屬與繼承法大要》為 1938 年，這期間除了臺灣的社會環境已發生相當大的改變以外，政府對於臺灣的統治方針也有所不同。《臺灣私法》的成書背景是為了「舊慣立法」做準備，因此只是隱晦地使用日本民法的法概念，希望盡可能地「發現」臺灣的舊慣。相對的，在《關於本島人的親屬與繼承法大要》成書時，內地延長主義以行之有年。且《關於本島人的親屬與繼承法大要》相當於是一本寫給法官、辯護士等法律從業人員看的「實務操作說明書」，從寫作目的上就與《臺灣私法》有所不同。再者，姉齒認為法院判決時須負有「使舊慣改良進步」的任務，⁷²同時或許也有著建立「親屬繼承之習慣法」的內在目的。在這樣的背景下，《關於本島人的親屬與繼承法大要》的內容與日本內地法制也就更為貼合，並且，《關於本島人的親屬與繼承法大要》也時常會針對《臺灣私法》的內容進行批判。

再回到這兩個文本對於遺囑的描述內容來觀察。首先，從書籍的章節架構來看，《關於本島人的親屬與繼承法大要》與《臺灣私法》相比之下多了許多內容，最明顯的即是遺囑中多了第四節對於「遺贈」此一現代法律概念的說明，以及在遺囑後多了「特留分」一章。而在《臺灣私法》中占了不少篇幅的「鬮分」與「鬮

⁷² 王泰升，前揭註 49，頁 234-235。

書」之說明，在《關於本島人的親屬與繼承法大要》中則根本沒有獨立的章節。事實上，鬮書僅被姉齒當成是一種「財產分割協議」的契約，⁷³相對的，遺囑則可以直接對應到明治民法中的遺言。因此，相比於鬮書，在姉齒眼中遺囑的重要性不言而喻。

在就內容而言，在「遺囑之執行」中，姉齒特地說明了法院應該要如何執行遺囑。即依照非訟事件手續法，法院應該要實質調查遺囑是否適法成立、內容是否符合當事人真意、遺囑書是否遭到偽造變造等等問題。此外，姉齒也指出公證制度可以有效地幫助法院處理對於書面遺囑的檢驗認定問題。這些是內容皆是《臺灣私法》中所沒有的。

此外，姉齒在行文時也時常會提到自己對於「本島人習慣」的判斷，並回應《臺灣私法》的內容。例如前述的「已得遺囑利益的承受者之承認，立遺囑人即不可隨意撤回遺囑」，《臺灣私法》稱臺灣社會的實踐上有此種習慣的存在，但姉齒則認為「時至今日已經沒有如此的習慣了」。⁷⁴再者，在法理上，遺囑是一種尊重立遺囑人之自由意志的單獨行為，因此姉齒認為不應該使得立遺囑人被以往的這種習慣所拘束。此外，又例如「特留分」本是一個不存在於臺灣的概念，但姉齒認為，在經過以「法理」為名義、實質上引入特留分的判決之後，⁷⁵「可以認為現今的本島人間已有特留分此一習慣」。⁷⁶在這樣的見解下，在臺灣人以遺囑為代間財產分配時，法院於判決時即應該適用特留分的規範。

第二項 日治法院判決中的遺囑實踐

關於日治臺灣的遺囑判決之實踐，以下首先是對於《日治法院檔案資料庫》

⁷³ 根據沈靜萍的研究，法院的判決也同樣展現出了將鬮分「契約化」的現象。參見沈靜萍，前揭註 42，頁 120-121。

⁷⁴ 姉齒松平，前揭註 54，頁 492。

⁷⁵ 昭和 4 年（1929）10 月 19 日高等法院上告部判決與昭和 10 年（1935）上民第 196 號、同年 9 月 28 日上告部判決。姉齒松平，前揭註 54，頁 518-521。

⁷⁶ 姉齒松平，前揭註 54，頁 521。

中所存的遺囑案件的初步整理。接著，則是再以本章第一節所介紹的日本明治民法、第二節《臺灣私法》中的遺囑舊慣、以及第三節第一項的《關於本島人的親屬與繼承法大要》之內容，來一併分析這些判決資料，並且希望能從具體的法院判決實踐中進一步探討遺囑習慣法之內涵。

第一款 日治法院判決中的遺囑案件資料概述

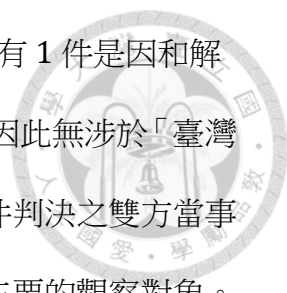
在《日治法院檔案資料庫》中，以「遺囑」為關鍵字檢索，僅找到 1 件公證書（日文為「公正證書」）之資料，並無相關的判決。而以「遺言」為關鍵字檢索，則一共可以找到 1448 筆資料，其中有 1441 件為公證書，判決則僅有 7 筆資料。附帶一提，若以「鬮書」為關鍵字檢索，得到的結果中並無任何相關的公證書，僅有 5 件判決資料；而以「鬮分」為關鍵字，則可以找到 42 件公證書與 20 件判決。《日治法院檔案資料庫》中的遺囑案件統計可見下表十。

回想《臺灣私法》中提到的「鬮書與遺囑書不分」的現象（可參見本文第三章第二節之討論），再看看在《日治法院檔案資料庫》中，鬮分公證書的數量遠低於遺言公證書之情形。鬮分公證書與遺言公證書這兩者的數量差距不禁令人懷疑，日治法院在面對「臺灣人以書面記錄家產分配」時，是否是刻意地傾向於使用「遺囑書」而非「鬮分書」來進行公證？

| | 遺囑 | 遺言 | 鬮書 | 鬮分 |
|-----|----|------|----|----|
| 判決 | 0 | 7 | 5 | 20 |
| 公證書 | 1 | 1441 | 0 | 42 |
| 總數 | 1 | 1448 | 5 | 62 |

表十、《日治法院檔案資料庫》中遺囑案件統計⁷⁷

⁷⁷ 筆者自製。



而在《日治法院檔案資料庫》的這 7 件遺囑判決中，其中有 1 件是因和解而撤回告訴因此無資料，另有 1 件則是雙方當事人皆為日本人因此無涉於「臺灣的遺囑舊慣」之判斷，故皆不在本文的分析範圍內。其餘的 5 件判決之雙方當事人皆為臺灣人，屬於「須依舊慣進行處理」之事件，因此為本文主要的觀察對象。而在這 5 件臺灣人的遺囑判決中，其中 4 件是爭執遺囑無效、並請求塗銷依據遺囑所為的移轉登記，另一件則是確認遺囑有效並請求執行。這 5 個判決案件的簡單整理如下表十一：

表十一、《日治法院檔案》中臺灣人的遺囑案件整理⁷⁸

| | 地 院 | 判決字號 | 判決日期 | 案由 | 原告 勝敗 | 判決摘要 |
|---|------------------|------------------------------|-----------------------------------|-----------------------------------|----------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| A | 臺 中 地 院 | 大正 13 年 (1924) 第 221 號 | 大正 14 年 (1925) 10 月 21 日 | 遺言無效 並相續登 記抹消手 續請求事 件 | 敗訴 | <p>原告張五（火崑）主張，系爭土地為其父張作甘之遺產，被告張五賢與張五祥與原告為兄弟，但業已分戶因此不能分產。原告同時主張立遺囑人於做成遺囑時意思能力欠缺、簽名為偽造。</p> <p>法院對於長孫額的內涵、有無以及如何分戶等事項進行認定，並認為立遺囑人有意思能力，是否為簽名真正則不知。</p> <p>在原告證據不足、無法證明簽名不真正的情況下，判決原告敗訴。</p> |

⁷⁸ 筆者自製。

| | | | | | | |
|---|------------------|-----------------------------------|-----------------------------------|----------------------------------------------|----|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| B | 臺 北 地 院 | 大正 14 年 (1925) 合民第 338 號 | 大正 14 年 (1925) 11 月 13 日 | 遺言ニ因 ル土地所 有權移轉 登記抹消 登記手續 請求事件 | 敗訴 | 原告張蘭室主張系爭遺贈 土地為養贍料，而立遺囑 人(原告之母張李氏帶妹) 對養贍料無處分權。且原 告曾與被告張桂樓約定， 對於立遺囑人所為的遺贈 互不爭執，此約定屬於(通 謀)虛偽意思表示。 ⁷⁹ 法院認為原告不能以虛偽 意思表示為抗辯。 (未涉及舊慣中的養贍費 (「養贍料」)之討論) |
|---|------------------|-----------------------------------|-----------------------------------|----------------------------------------------|----|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

⁷⁹ 依照張李氏帶妹之遺囑所述，原告張蘭室為立遺囑人張李氏帶妹的螟蛉子，被告張桂樓為原告
的過房子，意即張桂樓為張李氏帶妹之孫。參見大正 11 年(1922)11 月 06 日新竹地院公證
書 2864 號，收錄於《日治法院檔案資料庫》，新竹地院公正證書原本第 60 冊[61]大正 11 年，
第 101 頁。來源網址：
http://tccra.lib.ntu.edu.tw/tccra_develop/record.php?searchClass=all&id=cu104010000704&now=101 (最後瀏覽日：06/24/2018)

| | | | | | | |
|---|------------------|----------------------------------|----------------------------------|----------------------|----|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| C | 臺 北 地 院 | 昭和 4 年 (1929) 合民第 81 號 | 昭和 4 年 (1929) 08 月 09 日 | 遺言無效 確認請求 訴訟事件 | 敗訴 | <p>原告李良華主張立遺囑人李金英（原告之父）病重死亡前為危急急迫狀態，應該要依據民法第 1076 條以特殊方式做成遺囑，但立遺囑人僅以普通方式做成公證遺囑。</p> <p>法院認為本島人不適用繼承法，以舊慣方式做成遺囑即可。</p> <p>原告上訴（仍敗訴）。</p> |
| D | 臺 北 地 院 | 昭和 7 年 (1932) 合民第 118 號 | 昭和 8 年 (1933) 11 月 24 日 | 遺言無效 確認訴訟 事件 | 敗訴 | <p>原告李榮琳等人⁸⁰主張系爭公證遺囑於做成時，立遺囑人李天財（原告之父）已因病重喪失精神能力，其署名亦為偽造，因此公證遺囑無效，並主張應用鬮書分產。</p> <p>法院認為意思能力無欠缺、簽名亦為真正，遺囑有效。</p> |

⁸⁰ 本案原告為李榮琳、李榮振、李榮華、李榮富。

| | | | | | | |
|---|------------------|-----------------------------|---------------------------------|-------------------|----|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| E | 臺 中 地 院 | 昭和 08 年 (1933) 第 58 號 | 昭和 09 (1934) 02 月 16 日 | 遺言贈與 金請求事 件 | 勝訴 | 沈林氏之遺囑贈與長女沈 氏阿快(原告)金 100 圓， 沈氏阿快起訴請求被告即 遺囑執行人蔣明坤給付 之。蔣明坤則主張自己於 沈林氏死亡當日，即已經 由訴外人沈氏夜好(沈林 氏之次女)向原告支付該 遺贈。 法院認為沈夜好之證詞難 以採信，蔣明坤應按照遺 囑交付金 100 圓給原告。 |
|---|------------------|-----------------------------|---------------------------------|-------------------|----|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

第二款 依「舊慣 / 習慣」進行判決

在觀察日治臺灣的遺囑實踐時，如同本文第二章所提到的，在日本統治臺灣的 1895 年至 1945 年期間內的法制架構下，當事人為臺灣人時遺囑相關的案件在 1923 年之前須依照「舊慣」來進行處理，而在 1923 年後則須依照「習慣」來處理。因此在日治時期與遺囑相關的訴訟中，若雙方當事人皆為臺灣人，法院在審理時則不應使用日本民法為裁判依據，而是應該依舊慣／習慣為判決。而在這 5 件臺灣人的遺囑案件中，在時間上皆發生於 1923 年後，因此理論上法院應該要依照「遺囑習慣」為判決。不過，在判決書的用語中，法院實際上並未完全區分出「舊慣」與「習慣」這兩個不同層次的概念。此外，在這五個案件中，實際上僅有 A 與 C 這兩個案件有觸及「遺囑習慣」的討論，且僅有 C 案真正地涉

入了對於「遺囑習慣之內涵」的判斷。以下為這兩個案件的判決內容簡述：

A 案：臺中地院大正 13 年（1924 年）第 221 號「遺言無效並相續登記抹消手續請求事件」

首先是臺中地院大正 13 年（1924 年）第 221 號「遺言無效並相續登記抹消手續請求事件」(A 案)。在這個案件中，法院對臺灣人在鬮分時的「長孫額」、「分家時點」進行了判斷。

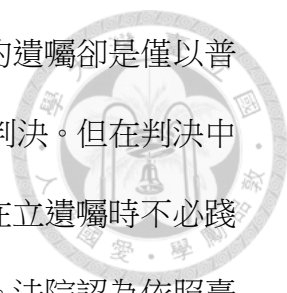
法院在判決中指出由於臺灣人重視宗祧，因此在繼承發生時除了諸子繼承的原則外，還加入了宗祧繼承的意旨來加以調整，此即為「長孫額」之意旨。而在通例中，長孫額通常會是相當於一子分配到的數額、或是至少相當於一子所得之半數。法院如此的見解，即是對於「長孫額舊慣」的實際內容做出明確的認定，並認為現時的臺灣社會確實有此種「長孫額習慣」。

不過，這個案件最後裁判的關鍵並非在長孫額習慣之內容，而是在於究竟要如何判斷「分家時點」於何時成立。原告主張被告在戶口登記簿中已經「分戶」，因而無權再繼承其父的遺產。但法院則認為能否繼承遺產應以實際上有無分家來決定，戶口登記中的分戶並不直接等於臺灣舊慣中的「分家」，分家與否應該要以實際上是「同居共爨」還是「別居異爨」來判斷。在本案中，由於被告與其父仍是同居共爨、並未真正分家，因此仍能繼承遺產。

最後，關於遺囑文書的效力的部分，在原告無法提出證據證明立遺囑人於立書時無意思能力、也無法證明立遺囑人簽名不真正的情況下，法院因此判決原告敗訴。

C 案：臺北地院昭和 4 年（1929 年）合民第 81 號「遺言無效確認訴訟事件」

在臺北地院昭和 4 年（1929 年）合民第 81 號的「遺言無效確認訴訟事件」(C 案) 中，原告的主張是：立遺囑人於立遺囑時已經陷入危急情狀



因此應以民法第 1716 條的特殊方式做成遺囑，但本案中的遺囑卻是僅以普通方式做成、再為遺囑公證，因此請求法院為遺囑無效之判決。但在判決中法院清楚指出：本島人並不適用民法繼承編，因此本島人在立遺囑時不必踐行民法所定的法定方式，而是應該依照舊慣上的方式為之。法院認為依照臺灣舊慣上的方式，遺囑應該要「在親族會議上」作成，而本案依照證人的證言，立遺囑人於立遺囑時確實有親族在場，因此符合舊慣。法院依此判決本件原告敗訴。

在這個案件後續，原告在上訴時（昭 5 上民第 94 號昭 5625 上告部判例）⁸¹的其中兩個主張為：一、其在原審的訴之聲明⁸²中僅提及公證規則與民法而未提及舊慣，因此原審法院應該也只能以公證規則與民法來進行審理，原審以舊慣來進行判決違反了民訴訴訟法第 186 條，屬於判決違背法令。二、即便應該要依照遺囑習慣為判決，但原審法院並未進一步判斷此種「在親族會議上立遺囑」的習慣是否真的存在，此外法院也未對親族會議的範圍與界限進行認定，因此理由不備。

對於第一個主張，上告部法院再次重申了大正 11 年（1922 年）敕令第 407 號的內容，說明法院判決時應以習慣為準據，因此原審法院非以民法而是以習慣來進行裁判屬於適法判決。而對於上訴人的第二個主張，上告部法院僅表示本島的習慣中對於親族會議的親族範圍、人數等等皆沒有任何限制，但上告部法院並沒有說明其做出如此認定的判斷標準為何。接著，上告部法院甚至進一步作出了一個架空「在親族會議上立遺囑」此一「舊慣」的見解：上告部法院認為臺灣的舊慣中之所以要求遺囑須在親族會議上作成，是為了

⁸¹ 昭和 5 年（1930）上民第 94 號，同年 6 月 25 日判決。刊於：不著撰人（1930），〈遺言無效確認請求事件（昭 5 上民第 94 號昭 5625 上告部判例）〉，《臺法月報》24 卷 9 號，頁 105-107。

⁸² 原告的訴之聲明為「系爭遺囑僅以公證方式做成、而未依民法第 1076 條所規定的特殊遺囑之方式為之」。

確認立遺囑人的真意，因此只要能夠確保內容為立遺囑人的真意，遺囑是否在親族會議上做成並不重要。

其後，臺北帝國大學文政學部判例研究會特別針對這個上告部判決寫了一篇判例研究。在第一個法規適用的問題上，判例研究會以民事訴訟之理論說明，有關法規範適用的爭執屬於「法律上見解」之事項，而不是辯論主義與狹義處分權主義的內涵，因此法院在判決時可以不受當事人聲明之拘束。而在第二個舊慣內容的問題上，判例研究會是以《臺灣私法》的內容來比較判決中所提及的舊慣內容，並以「判決中所寫的舊慣內容符合《臺灣私法》中的敘述」為由，認為判決並無錯誤。⁸³

但實際上，判例研究會仍未說明選擇使用《臺灣私法》作為舊慣的判斷標準之理由。除此之外，上告部法院在最後做出的「只要能夠確保內容為立遺囑人的真意，遺囑是否在親族會議上做成並不重要」此一見解，本文認為這是依照現代法／日本法的方式將親族會議視為遺囑的形式要件，再以「功能論」來說明親族會議此一要件可以用其他方式取代。以結果而言，上告部法院之見解已與《臺灣私法》中的「遺囑舊慣」之內容有別，但不知為何卻並沒有被判例研究會認為這樣的結果「不符合舊慣」。

在 A、C 這兩個臺灣人的遺囑案件的判決中，我們可以看到一個非常一致書寫方法：法院仍總是會明確地表示自己是「符合當時的法制架構」而「依據舊慣／習慣進行判決」，以此證立判決適法。

然而在這兩件的判決中法院卻也都沒有正面回答「如何認定舊慣／習慣」此問題，意即並未在判決中說明法院所採的舊慣／習慣之出處。也就是說，這兩個案件的判決中所共同存在的一個疑問是：當法院在表示依據「舊慣／習慣」判決

⁸³ 宮崎孝治郎（1931），〈(六) 遺言の無効確認〉，《臺法月報》，25 卷 1 號，頁 130-134。

時，所謂的「舊慣／習慣」到底是依據什麼來判定？

再者，雖然判例研究會是明確地以《臺灣私法》之內容作為舊慣／習慣的判斷標準，但由於判例研究會並不是一個能夠直接進行法律實踐的司法機構，因此僅能代表當時學界的某一種見解，而非真正的實務運作。因此，法院在審理案件時對舊慣／習慣內容所採用的判斷標準，究竟為《臺灣私法》、《臺灣慣習記事》抑或在 1930 年代由姉齒松平所著的《關於本島人的親屬與繼承法大要》？還是法官可以自行依照當事人之陳述來認定？或是法官可以自行進行其他調查？關於這個問題，本文從這兩個案件的法院判決(包含上告部判決)中並未找到答案。

第三款 現代式民法概念的加入

從前述的案件整理中可以看到，在臺中地院大正 13 年（1924 年）第 221 號「遺言無效並相續登記抹消手續請求事件」（A 案）、臺北地院昭和 7 年（1932 年）合民第 118 號「遺言無效確認訴訟事件」（D 案）這兩個案子中，原告皆是主張立遺囑人在立遺囑時已經因重病喪失意思能力，並且也都進一步主張立遺囑人當時已無力控制身體而無法簽名，因此簽名為偽造。⁸⁴意即在這兩個案件中，「意思能力」與「簽名真正」成為了主要的爭點。

另外，大正 14 年（1925）11 月 13 日「遺言ニ因ル土地所有權移轉登記抹消登記手續請求事件」（B 案）中，原告其中一個主張是：原被告間曾約定互不爭執立遺囑人所為的遺贈，但此約定因為是「虛偽意思表示」因此無效。不過法院認為這屬於「通謀虛偽意思」，按照民法規定，行為人不能以通謀虛偽意思為抗辯來主張意思表示無效，因此原告不能以此來主張遺贈無效。最後法院判決原告敗訴。

而這些「意思能力有無欠缺」、「簽名是否為真正」與「（通謀）虛偽意思」

⁸⁴ 與此相對，在《淡新檔案》所呈現的審案過程中，則從未出現過類似或相當於「意思能力」或「簽名真正」的問題。

的討論，皆是屬於現代法中的概念、以及現代司法制度下才會出現的操作方式，並且是在進入日治時期之後才能夠在訴訟過程中看到的現象。⁸⁵更甚者，有關「意思能力有無欠缺」的爭執更可以直接對應到明治民法第 1063 條「遺言者於為遺言時須有其能力」的規定。

換言之，透過在訴訟程序中進行這些主張，本為臺灣人的「遺囑習慣」，從此就被加入了現代法／日本法中的意思能力與簽名真正之概念。又或者應該說，這些現代法／日本法中的概念與其他的「遺囑舊慣」，一同成為了日治時期的臺灣人欲立遺囑時接必須一併遵守的規範，否則便極有可能在發生糾紛、面對法院時被判決敗訴。

第四款 公證制度與遺囑

除了現代式民法中的法概念以外，民法以外的現代式制度也會對臺灣人的遺囑實踐造成影響。例如在《關於本島人的親屬與繼承法大要》對「特留分」的敘述中，姉齒松平便已經注意到戶口制度與土地登記規則在臺灣的實施，造成了臺灣人在家產繼承的實踐上的改變。⁸⁶而在《日治法院檔案資料庫》中有關臺灣人的遺囑相關案件中，可以看到最明顯的例子即是公證制度。

關於公證制度的法規範層面，公證規則於 1904 年 2 月開始施行於臺灣，此時的公證是由地方法院之判官來辦理，但判官得使法院書記官代行。⁸⁷到了 1927 年 7 月時，由於勅令第 210 號將日本的「公證人法」施行於臺灣，因此此時的公證即可由法院外的專業公證人進行辦理。⁸⁸ ⁸⁹在公證制度的實際運作上，《日

⁸⁵ 雖然無法確定在清治臺灣中是否存在類似於意思能力或簽名真正的概念，但至少可以確定在傳統中國法的訴訟架構下，這些概念並不是官府審案時的重點。

⁸⁶ 姉齒松平，前揭註 54，頁 516。但姉齒松平在此僅指出戶口制度與土地登記規則造成臺灣人在家產繼承上發生改變，而沒有進一步說明具體而言是如何造成影響。

⁸⁷ 少數廳（澎湖、恆春、台東）是由廳長辦理。

⁸⁸ 少數地方（台東、花蓮港、馬公）是由法院內的書記官執行公證人職務。此外，實際上此時的「民間公證人」人數並不多，且多為日本人出任。

⁸⁹ 參照：1903 年 12 月律令第 12 號所公布之「公證規則」。王泰升（2010），〈日治時期司法行

治法院檔案資料庫》中所存的「遺言公正證書」一共有 1441 件。而在本文所考察的這 5 件臺灣人遺囑案件中，都存在有遺囑的公證書。⁹⁰

至於公證規則及公證人法等公證相關之法規與遺囑舊慣之間的關係為何？

對於此一問題，本文認為公證相關規範僅用以判斷公證程序本身的效力，而遺囑文書本身是否有效仍然是以「舊慣」來進行判斷。也就是說，當雙方當事人因為公證遺囑產生糾紛而進入訴訟程序時，理論上法院應該要將公證是否有效與遺囑文書是否有效切成兩個問題並分別判斷。⁹¹如此一來，公證制度與遺囑便沒有規範適用上的衝突問題。

此外，由於公證制度的實益在於已經過公證的文書可以進行強制執行、在裁判上有較強的證據效力，並且可作為辦理各式登記的基礎。⁹²例如 B 案中的事實關係即是被告業已依據公證遺囑進行土地移轉登記，因此原告需要先向法院請求確認遺囑無效，才能塗銷該土地移轉登記。因此，在日治時期公證制度的出現，代表的是臺灣人在立遺囑時，多了一個（相對於清治時期）新的且更有實益的選擇。

第四節 小結：現代型遺囑制度之確立

無論是清治時期還是日治時期的臺灣社會中都存在著「遺囑」一詞，但清治時期的「遺囑」與日治時期的「遺囑」實際上卻是兩個外觀相同、但在實質意義上有著微妙差異的兩個概念。而清治與日治的遺囑之差別，除了是基於傳統中國

政運作實況報告書》，頁 3-5、19。來源網址：http://tccra.lib.ntu.edu.tw/tccra_develop/（最後瀏覽日：06/24/2018）。

⁹⁰ 惟在《日治法院檔案》中查無在 A 案中所提及的大正 12 年 11 月 7 日台中地方法院公證書第 3416 號張作甘所立之遺囑，有可能因為是原始文件已遺失。

⁹¹ 因此本文認為，在概念上有可能會發生公證無效（不符合公證規則）但遺囑有效（符合舊慣），以及前已符合公證規則而進行公證、待在訴訟中才嗣後確認遺囑無效（不符合舊慣）的這兩種情形，而後者理論上應該會因為遺囑無效，而使得公證失去意義。但可惜的是於《日治法院檔案資料庫》中並沒有找到以上這些類型的實際案件，因此無法佐證文本的推測是否正確。

⁹² 參見不著撰人（1906），〈公證申請の増加〉，《臺法月報》2 卷 6 號，頁 72；岩本喜之助（1908），〈公正證書の證據力〉，《法院月報》2 卷 8 號，頁 47-51。



法中的「遺囑」與日本法中的「遺言」在規範本身有所不同以外，由於國家形態根本性的不同以及其他背景系統中的制度在遺囑實踐上所造成的影響，也是這兩個時代的遺囑意義之所以有別的原因。

在清治時期，遺囑是指家族中的尊長對於在自己死後，家族內的祭祀、財產等等所做出的一切安排。這些安排無論是不是以書面的方式被寫下，都可被理解為「遺囑」。而若僅限縮於分家時的代間財產移轉此一角度來觀察，我們可以看到此時的遺囑有著可以決定分家時點與安排家產分配的功能。此外，在清治臺灣的習慣中，對於立遺囑這件事並沒有任何時點限制或要式性的要求，甚至也不以書面為要。然而，在清治臺灣的實踐上，遺囑只是在分家時決定財產安排的眾多手段之一，甚至並不是臺灣漢人家族在分家時會作成的典型文書。⁹³此外，僅有能夠權掌控家產之尊長、有著「家長」地位之人才有立遺囑之必要。而這些清治時期的遺囑習慣之內涵，即是 1895 年時的臺灣社會對於「遺囑」的理解。

而當臺灣受到日本統治後，遺囑之意義究竟發生了何種改變？關於此問題，首先必須要先了解日本明治民法中的「遺言」。明治民法中的「遺言」指的是一種特定類型的法律文書，有著強調當事人真意與意思能力、要求書面與其他要式性等等之特徵。而從本文的考察中可以看到，雖然日治時期的臺灣人並未適用日本明治民法中有關遺言的條文規定，但在透過與遺囑相關的實踐運作後，日本民法中的「遺言」也就在實質上被納入了臺灣的司法系統之中。

不過在日治時期，由於時代背景與日本帝國對臺灣的統治政策的不同，臺灣遺囑的「日本法化」之方式其實也有著差異。日治初期，在基於「舊慣立法」此一目的的舊慣調查中，以岡松參太郎為代表人物的臨時舊慣調查會是透過將遺囑

⁹³ 如同本文第二章所整理之結果，在清治臺灣的漢人家族中最為常見也最為典型的分家文書是「鬮約字」，即所謂的「鬮書」。關於這點可以由如今現存的臺灣清治時期契字之數量來佐證。例如在《淡新檔案》所能找到的分家文書中，僅有 1 件為「遺囑字」，另有 1 件為「付管憑據」，其餘皆為「鬮書」、「鬮約字」。

文書類型化、並使用明治民法中的遺言概念來解釋舊慣中的遺囑等等的方式，將臺灣社會中的「遺囑舊慣」以明治民法中「遺言」概念來進行詮釋。

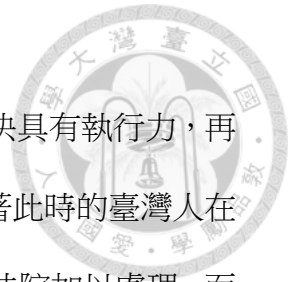
到了日治後期，在總督府法院的實踐上，從外觀上乍看之下是「依臺灣的遺囑舊慣／習慣」來進行判決，但在法院判決的實質內容卻是採用了「當事人有無意思能力」、「簽名是否真正」這些來自明治民法的判斷標準。甚至，法院在遺囑是否有效成立的判斷中，也出現了「以明治民法的遺言內涵來取代臺灣的遺囑舊慣」此種操作方法（即昭 5 上民第 94 號昭 5625 上告部判例中，法院所作的「只要在場者能夠確保遺囑的內容為立遺囑人之真意，此遺囑是否在親族會議上做成並不重要」之見解）。

此外，我們在姉齒松平的法學著作《關於本島人的親屬與繼承法大要》中，更可以明確地看到「遺囑習慣法」的建立過程。這個過程即是：由法院在判決過程中確認現今臺灣的社會生活中還有哪些關於遺囑的習慣（事實上的行為）存在，接著再由法院來審查這些事實上的習慣是否符合日本帝國的價值觀（即明治民法之法理），以篩選出哪些行為可以被國家法制所接納，而這些行為就會成為所謂的「遺囑習慣法」。在這樣的影響下，臺灣人對於「遺囑」之內涵的理解，便有可能會加入存在於日本民法中的「遺言人的意思能力與真意」、「書面與其他法定要式」等等元素。甚至可以說，臺灣的遺囑內涵正是因此直接被改造成為如同日本民法中的遺言之內涵。

此外，由於現代型國家的主要特徵之一是國家的公權力得以透過法律、警察機關等相關制度來對社會生活、經濟活動進行更加深入且強化之管理。而在遺囑的實踐上，具有國家強制力的「現代型遺囑制度」的建立，除了是須要將遺囑舊慣的內涵轉化為現代法式的日本民法概念以利行政與司法運作以外，實際上還必須透過公證制度與法院系統的運作，此種現代型的遺囑制度才有可能真正有效落

實。

換言之，當現代式法院此一機制於臺灣確立，且法院之判決具有執行力，再加上同樣也具有執行力的公證制度於臺灣的實施時，也就意味著此時的臺灣人在欲立遺囑或是發生與遺囑相關的紛爭時，能夠利用公證制度與法院加以處理。而在遺囑的社會實踐上，我們也確實看到了日治時期的臺灣人已經會在涉及遺囑的事件中，有意識地使用公證制度與法院系統。從實效（*efficacy*）的角度來看，由於得以利用公證制度與法院來立遺囑與處理遺囑相關之紛爭，臺灣人的遺囑實踐在實質上受到了相對於清治時期更強的國家公權力之保障。再從另一個角度而言，這代表的是當現代型遺囑制度在臺灣建立後，現代型制度中能夠對於繼承人、受遺贈人與法院有著（相對於清治時）更強拘束力與實踐上的執行力等等的這些特性，也就一併成為了「遺囑」這個詞彙之內涵的一部分。



第四章 遺囑所代表的意義



第一節 超越「家族主義 vs 個人主義」

臺灣從清治時期到日治時期的法規範變遷，往往會被描述為一個「法律現代化」的過程，也就是「從傳統中國法到現代法」的變化。而傳統中國法與現代法究竟有什麼樣的性質差異？通常而言可以簡單地概括為：傳統中國法是「家族主義式的」，現代法則是「個人主義式的」。例如黃源盛在《中國傳統法制與思想》中，對於傳統中國法律文法的內涵與特質的其中一項敘述即是「以家族倫理為本位」。且黃源盛認為晚清中國由於受到近代西方文明的影響，法律的實質內容漸漸地「由家族倫理本位走向個人本位」。¹因此，「從傳統中國法到現代法」可以說實際上就是在指「從家族主義到個人主義」這樣的變化。

然而，雖然「從家族主義式的傳統中國法到個人主義式的現代法」這樣有著顯明對比的描述，確實有助於讀者建立時代變遷的圖像，但若欲再深入探究這兩個詞彙，卻會發現家族主義與個人主義所指涉的內涵相當模糊且難以定義與釐清。而之所以會有這樣的困境，或許可以從 Jack M. Balkin 在〈Deconstructive Practice and Legal Theory〉一文中的分析來加以理解。

Balkin 在文中介紹了德希達 (Jacques Derrida) 的哲學思想，而德希達則是以「言說 (speech)」與「書寫 (writing)」為例來進行分析。德希達認為在西方哲學的歷史中，思想的表達有著「言說」與「書寫」這兩種方式。在此，言說與書寫為一組對立區分的概念，並且，由於言說比起書寫更能表現出作者原意，因此傳統的西方哲學普遍抱持著「言說優於書寫」的態度。然而德希達也指出，言說與書寫實際上是一種總是成對出現的二元對立區分，並且在定義上必相互依

¹ 黃源盛 (1998)，《中國傳統法制與思想》，頁 251、262-264，臺北：五南。

存。簡而言之，當我們在理解什麼是言說時，必然會使用到「不是書寫」的概念；同樣地，對於「什麼是書寫」這個問題，也必然會得到「不是言說」這樣的回答。

2

Balkin 所指出的這種「互為依存定義」的現象，造成了在使用這組對立中的一項指涉一個東西時，必然會帶入另一項的內涵。而若是以此回頭來看所謂的「家族主義與個人主義」，可以發現的是家族主義似乎也包含了「不是個人主義」的意義，而個人主義似乎也帶有相對於家族主義而來、代表的是「不是家族主義」的意義。這也正是為什麼家族主義與個人主義所指涉的內涵非常模糊，並且要區分出一個東西「究竟是家族主義的還是個人主義的？」也是一個相當困難工作。

有鑒於此，本文認為在對法律制度進行檢視時，應該要避免在一開始就直接掉入「家族主義 vs 個人主義」這種模糊且標籤化的評價，而是實際檢驗制度內容的各個細項變化，例如行為人在制度中的活動空間、所能掌控的權力範圍與會對他人產生的影響力大小等等，才能更清楚的釐清法律制度的實際樣貌。因此本文認為在討論臺灣從清治時期到日治時期的法規變遷時，與其僅以「從家族主義到個人主義」作為形容，不如更實際地檢視法規內容的具體變化。

以下，本文將以請臺灣的遺囑為例，來檢驗臺灣在不同時代下的遺囑之規範與實踐究竟產生了哪些改變。

第一節 「遺囑」內涵的改變

在本節，本文嘗試從現行的遺囑制度所具有的性質為對照標準，來比較清治與日治的遺囑有何異同。

現行法中的遺囑所具有的性質有三：首先，遺囑主要是用以處理遺產繼承事項，因此與「財產」此一面向高度關聯。再者，現行法中遺囑的要式規定，包含

² See Jack M. Balkin, Deconstructive Practice and Legal Theory, 96 Yale L. J. 746-752, (1987).

必須為書面、對於見證人的資格與人數有一定要求等等。在這些要式中，書面為最基本的要求，這表示現行法的遺囑必然具有「文書」這一性質。³最後，遺囑是一個單獨行為，意即，「個人自由意志」就可以直接決定遺產安排，而不需要得到他人的承諾。

以下，本文希望從財產、文書與個人意志這三個面向，並以比較的方式重新檢視遺囑在清治與日治兩個時代下的臺灣社會中，究竟有無發生概念上的變化？以及在社會生活的實踐上又有哪些具體的改變？又或者，即便日治時期的法律規範與清治時期有著極大的不同，但清治時期對於「遺囑」的理解是否仍然存在於日治臺灣的社會生活當中？

第一項 代間財產移轉：從家產到家長的個人財產

首先應該注意的是，從清治時期到日治時期，整個代間財產移轉的概念都發生了變化。在清治時期，所謂的「分家」其實包含了財產面向的「家產分析」與身分面向的「宗祧祭祀」這兩個元素。到了日治時期，「繼承」則是一個（相對清治的分家而言）更為重視財產面向的概念。這種「從分家到繼承」的改變也使得遺囑的運用也發生變化。

在清治臺灣的社會生活中，能夠承載財產的單位並不是單一個人而是「家」，能夠承接財產傳遞的單位也不是單一個人而是「房」。因此我們可以看到在清治臺灣所存留的分家文書中，基本上都是以「房」來作為業產分配的單位，個人僅是該房的代表者。因此，清治臺灣漢人在分家時的家產流動狀態可以說是由一家傳遞至各房，而各房在分家過後則會成為新的一家。也就是說，這些財產從頭到尾都是一種「家產」而非個人財產。

³ 口授遺囑僅有在生命危急或其他特殊情形時可以作成。參照民法第 1195 條。

但到了日治時期，明治民法是一部以個人為單位的法律。法律上承載財產的單位為個人，而不存在團體共有的家產之概念。而在繼承制度方面，明治民法則是將繼承區分為家督繼承(家督之身分與家督所有的財產的繼承)與財產繼承(家督以外之人的財產繼承)這兩個類別。受到採取個人財產制的明治民法的影響，清治臺灣社會中的「家產」性質在舊慣調查時，被舊慣調查會解釋為「家祖的個人財產」。⁴此外，在日治臺灣總督府法院的判決實踐上，也運用了明治民法中家督繼承的法理，將戶主死亡時所發生的代間財產傳遞解釋為可與家督繼承對應的「戶主繼承」。因此，原本為家之全體所共有、具有團體性的家產之觀念，也就逐漸變成僅具個人性的「戶主的個人財產」。⁵至於養贍費、長孫額等等在分家時會出現的分配名目，在整個日治時期中都是被解釋為財產承受者的「私產」，因此當然為個人財產。⁶

第二項 尊長的意志決定


傳統中國法在規範上往往不是以個人而是以整個家族為一個單位。在家族內基本上是以父祖、即所謂的「家父長」作為內部的統帥者。父祖此等尊長對於子孫有著極大的懲戒權，並且獨享對家產的處分權力。⁷因此，在家族內的尊長地位與實質能否控制財產是一種重合關係。有鑒於此，家產的代間分配也只有尊長能夠決定。從以遺囑為代間財產分配的角度而言，行為人之所以可以立遺囑的權力來源，是基於其在家族內的尊長地位。

⁴ 臨時臺灣舊慣調查會編(1911)，《臨時臺灣舊慣調查會第一部調查第三回報告書：臺灣私法》第二卷下冊，頁 550，東京：臨時臺灣舊慣調查會。

⁵ 參見曾文亮(2010)，〈全新的「舊慣」：總督府法院對臺灣人家族習慣的改造(1898-1943)〉，《台灣史研究》17卷1期，頁 154-158。

⁶ 曾文亮(2008)，《日治時期台灣人家族法之殖民近代化與日本化——全新的舊慣》，國立臺灣大學法律學研究所博士論文，頁 180-181；沈靜萍(2015)，《多元鑲嵌的臺灣日治時期家族法——從日治法院判決探討國家法律對臺灣人之家及女性法律地位之改造》，頁 117-118，臺北：元照。

⁷ 王泰升(2017)，《台灣法律史概論》五版，頁 41，臺北：元照。



相對於此，在日治時期，法律上能夠進行立遺囑此一法律行為的身分條件是「一般個人」，而與其在家族內的地位無關。不過若是進一步分析，日治臺灣的家產既然是一種「尊長的個人財產」，也就等於財產仍掌握在尊長手中。因此，實質上能夠以遺囑為代間財產分配者，其實也還是因為其在家族內具有尊長的地位，因而對於財產有控制權。是以，在日治臺灣，雖然法律上只要有完全意思能力的個人就能夠立遺囑，但實踐上的大多數情況仍然是只有尊長才會立遺囑。從這個角度來看，日治時期對於遺囑的保護程度越高，當然可以說是以此提高了對個人意志的保障，但就結果而言或許更是一種對尊長權力的間接強化。

釐清完這點之後，我們再從尊長可行使的權力範圍進行分析。在清治臺灣，尊長可以說是幾乎能夠完全決定一切家族事務之安排，其權力範圍極大。在代間財產分配上也是如此。因此，即便在傳統中國法中分家析產有著諸房均分的大原則，我們還是可以看到在《淡新檔案》中有著 22403 案的呂眾這樣完全排除其他兒子而將所有財產留予其中一子的做法，且官府在審案時也仍然是依照呂眾的意願進行斷案。

至於日治時期，當尊長以遺囑為代間財產分配時，則必須考量到文書要式、公證規則等等構成了形式上的限制。一旦符合這些形式條件，原則上尊長在遺囑中對代間財產分配所為的一切決定，法院在判決時也都會予以尊重。不過我們也應該注意的到是，到了日治後期，當法院開始以「法理」的方式引入了「特留分」這種對於分配額度的限制時，⁸也等於是在實質上限縮了尊長對於代間財產分配所能行使的權力範圍。

⁸ 參見昭和 4 年（1929）10 月 19 日高等法院上告部判決與昭和 10 年（1935）上民第 196 號、同年 9 月 28 日上告部判決。姉齒松平（1938），《本島人ノミニ關スル親族法並相續法ノ大要》，頁 518-521，臺北：臺法月報發行所。

第三項 遺囑文書



第一款 從不限類型的分家文書到被特定的遺囑

在清治臺灣，立遺囑只是眾多代間財產傳遞與分配方法中的一種。實際上，最核心的代間財產傳遞與分配方法並不是以遺囑為之，而是鬮分。是以相對於遺囑，鬮書才是最為典型分家文書。或者應該說，清治臺灣實際上並不會刻意將鬮分與遺囑在概念上區分清楚，因為這兩者都是分家析產的方式，只是「鬮分」這個詞彙強調的是「各房拈鬮」的面向，「遺囑」則是更強調「尊長命令」的面向。再者，清治臺灣漢人家族在立下文書的時候注重的可能是「什麼內容」與「什麼人」可以幫助建立一個完整的業產移轉的敘事，至於文書形式則沒有要求。實際上，本文認為對於代間財產傳遞，清治臺灣漢人所關注的應該只是分家析產是否成功，至於分家析產是以何種方式為之，或許並沒有特意區分的必要。

到了日治時期，由於舊慣調查會是以明治民法中的遺言來理解所謂的遺囑舊慣，因此遺囑舊慣從最一開始就已經與清治的遺囑有根本上的差異。之後的姉齒松平與日治法院在判決時，也同樣是以日本民法來理解並處理臺灣的遺囑實踐。此外，在日本民法中只有個人能立遺囑，而不承認多人所立的共同遺囑。這樣的觀念被帶入到臺灣後，臺灣漢人家族原本並未刻意區分類型的分家文書也就被劃分成個人單獨立的「遺囑」與多個房共同立的「鬮書」，這兩種文書有著不同的要件且不能隨意互相轉換。於是，遺囑的概念由清治的分家方法之一，轉變為一種單獨行為與特定形式的法律文件。

第二款「見證人」的功能：從「房親」到「見證」

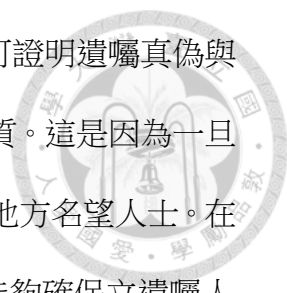


清治臺灣社會對於分家文書形式並不要求。決定分家文書中的書寫內容的可能性是：應該要寫哪寫內容才可以幫助建立一個完整的業產移轉的敘事、什麼樣的人出現在文書上，才能有助於順利完成整個分家的過程或是在事後出面處理因分家而起的糾紛。因此我們可以看到，雖然清治的分家文書沒有所謂的「法定要式」，但這些分家文書還是會有一個大致上相同的行文方式，例如交代為何此時分家、記明各房或各人所得之業產等等，並且這些文書在最末也大多都會出現「房親」、「在場」與「知見」等等人士的簽署。而從《淡新檔案》中的審案過程中我們可以發現，這些房親人與知見人通常都是家族中或者地方上的重要人士。

另一方面我們還可以發現，《淡新檔案》中，地方官員在審案時所傳訊的人士與詢問的內容反映出的，即是地方官員在審案時所關注的面向。也就是說，地方官員在審案時所在意的，是什麼人可以幫助案件審理順利進行、或者什麼人在家族或地方上有公信力，可以自行或者協助官府處理紛爭。之所以會有這種情形，是因為清治臺灣的社會結構與傳統中國法的審案機制，必須高度仰賴這些家族中或地方上的名望人士之協力，才有辦法順利解決紛爭。因此本文認為，與其說出現在分家文書中的這些「房親人」與「知見人」是文書訂定的「見證人」，倒不如說，這些人雖然擁有在場見證的功能，但在清治臺灣的社會生活與衙門的審案機制中，官府與分家文書的關係人實際上更看重的面向其實是，這些人必須在事後發生糾紛時出面主持或是側面幫助解決紛爭。⁹

而在日治時期，某種程度上可以說「見證人」在此成為了遺囑文書的法定要

⁹ 這個想法來自於岸本美緒所指出的，在文書中出現的「中人」、「保人」有著支撐傳統中國社會的契約秩序之功能。參見岸本美緒（1998），〈明清契約文書〉，收錄於滋賀秀三等著，王亞新、梁治平編，《明清時期的民事審判與民間契約》，頁 310-313，北京：法律出版社。



式。對於見證人，法院所關注的是其「於立遺囑時在場，因此可證明遺囑真偽與立遺囑人真意」的功能，非見證人可以直接出面解決紛爭的性質。這是因為一旦案件進入法院，紛爭解決的功能與權責就已經歸屬於法院而非地方名望人士。在此之下，法院所重視的是訂立文書有誰時「在場作證」，是否能夠確保立遺囑人的真意。回顧昭 5 上民第 94 號昭 5625 上告部判例，上告部法院認為在判斷遺囑文書是否有效成立時，不需要特意界定親族會議的親等範圍或人數，只要在場的這些人能夠證明立遺囑人的真意。如此的見解，實際上是直接將親族會議等同於明治民法中的見證人之要件，並且注重的是「見證」的功能，而有意或無意地無視了清治的房親人有著出面解決紛爭的面向。

根據本文的考察，「見證」在臺灣的歷史脈絡中，是一個從「房親」到「見證」的演變過程。清治臺灣的分家文書在訂立時，除了接受家產分配的各房代表人會在文書的最末簽名以外，家族中或地方上的名望人士也會以「房親人」與「知見人」的身份出面簽署分家文書。本文認為，清治臺灣的房親人與知見人出現於分家文書上所代表的意義其實是：若是在事後發生糾紛，這些人應該要出面主持或是側面幫助解決紛爭。而到了日治時期之後，各房代表人、房親人與知見人先是在舊慣調查中被概括為「親族會議」，在之後的法院判決實踐上又被解釋為「見證人」。直至此時，房親人與知見人的功能，才轉變為在場見證的背後所代表的「確認當事人真意」之證據功能。

然而我們需要注意的是，清治臺灣以親族來擔任文書的房親、知見人之作法，事實上在日治時期也並沒有被法院所否定。此外，即便日治法院對於房親人與知見人的認定，採取的是「以見證人作為證據」的見解，卻並不代表當時的臺灣人對於見證人的理解與日治法院相同。因此本文推測，在日治時期，一般臺灣漢人對房親人與知見人的理解，應該還是清治時期的「由這些人出面解決紛爭」這種

對「房親」的理解。¹⁰



第二節 遺囑與國家法秩序

在現行法的脈絡下，我們可以發現遺囑是在現行的繼承制度中相當特別的設計。現行法所規定法定繼承順位與應繼分比例，規定於民法繼承編第 1138 條與第 1144 條（參見本文第一章表一之整理）。在民法中，遺囑此一制度的設計，即是使得被繼承人可以不依照國家給定的繼承人順位與應繼分比例，而是依照自己的偏好來分配遺產。這也是遺囑之所以會被認為是「死者之手」的原因。遺囑其實是一種能夠超越國家預設的繼承安排的工具。

不過，現行法的遺囑自由並非全然不受限制。民法第 1223 條的特留分規定即是對遺囑自由的限制。此外，現行法對於遺囑也訂有嚴格的要式規定。是以，在現行法中，立遺囑人的自由意志範圍也非無邊無際，而是由要式與特留分的規定劃出了遺囑自由的界限。

以下，本文將依照上述這種將遺囑放回更上位的繼承制度來探討的方式，再次檢驗遺囑在清治臺灣與日治臺灣的國家法制中所代表的意義。

第一項 清治：非規則型法與遺囑

從本文第二章的考察中我們可以確認，清治臺灣的遺囑指的是「尊長留下的遺命」，並且遺囑是於漢人家族分家析產時發揮作用。

清治臺灣漢人家族的分家析產，基本上是依循著《大清律例》中所揭示的「父母在不得別籍異財」與「諸房均分」等大原則。不過在實際的民間社會生活與地方衙門的審案過程中，卻並不一定會完全依照律例規定來斷案。例如在本文所考

¹⁰ 甚至，清治臺灣對於房親人與知見人的這種理解，也很有可能會一路延續到現今的臺灣社會之中。這可能會導致現今的臺灣社會上，仍會有違反見證人資格而導致遺囑無效的情形出現。

察的《淡新檔案》22403 案中，呂眾即把所有的財產獨留給其中一個兒子，很明顯是違反了諸房均分的原則。然而縣官在斷案時，卻未因為呂眾「應分家財不均平」¹¹而依律例處罰他。縣正堂反倒是指示呂家的財產應該按照呂眾的意願來處理，也就是全部歸屬於呂眾所指定的兒子。

從這個例子我們可以發現，律例規定在清治臺灣的社會生活與地方衙門的審案中，並不是絕對的行為準則與審案規範。那麼，律例規定在清治臺灣究竟具有什麼樣的地位呢？我們可以從寺田浩明的研究中找到這個問題的答案。

根據寺田浩明的觀察，西方法秩序的建立，是將社會潛在規範具體化並權利化為客觀法律規則，並以公權力確保執行，因此西方法是一種「規則型法」。¹²相對的，傳統中國法則是一種「非規則型法」。傳統中國法秩序並不存在將社會潛在規範加以「抽象法律化」的模式。是以，傳統中國的審案機制所追求的也不是依照規則斷案，而是在審案時找出一個符合情理、天下公認有正確性（寺田稱之為「公論」）的解決方案。因此寺田認為，在傳統中國法，審判所依據的規範實際上並不是《大清律例》此種官府規定，而是「情理」。再者，由於每個案件的情理又會因情節而有所不同，因此，情理的實質內涵必須依照每個不同具體個案來判斷。也就是說，地方官員在審案時，必須於每個個案各別考量情理的具體內涵，以達到寺田所說的「情法之平」之實現。官府規定審案中，代表的只是一種斷案時參考，而非絕對的標準。¹³

簡而言之，《大清律例》僅只是地方衙門在審案時的其中一種參考標準，每個個案中展現出的不同的「情理」，才是地方官員在審案時真正的考量。再釐清

¹¹ 《大清律例》〈戶律·戶役〉「卑幼私擅用財」條：「凡同居卑幼，不由尊長私擅用本家財物者，十兩笞二十。每十兩加一等，罪止杖一百。若同居尊長應分家財不均平者，罪亦如之。」（底線為筆者所加）

¹² 寺田浩明著，王亞新等譯（2012），〈「非規則型法」之概念——以清代中國法為素材〉，《權利與冤抑：寺田浩明中國法史論集》，頁 357，北京：清華大學。

¹³ 同前註，頁 362-366。

這點後，讓我們重新來檢視《淡新檔案》22403 案中所呈現的「違反諸房均分」的斷案結果。

在這個案子中，縣官審案時所考量的「情理」，除了有《大清律例》中所揭示的諸房均分原則以外，也有在傳統中國的家父長主義下，呂眾作為「家長」，對子孫與家產享有管理與支配的權力。因此，呂眾將所有財產都留給其中一子(呂定矩)的做法，可以說是其家長權力的展現，而有一定的道理。此外，我們也可以在案件中看到呂眾不斷強調其他兒子的忤逆(「長榮華、次揖善，每每亂逆，不能算帳。」¹⁴)，而呂眾這種不將財產留予忤逆之子的決定，似乎也合乎當時的人之常情。因此，從最後新竹縣知縣周志侃在斷案的批示(「呂榮華不得于親，因而遺囑，業歸該氏螟子承管，家庭之變，理宜至此。」¹⁵)來看，我們可以推論周志侃認為呂眾所做的財產安排方式是一種符合情理的做法。

此外，林文凱的〈「業憑契管」？清代臺灣土地業主權與訴訟文化的分析〉一文，也上我們看到除了情理與情法之平的考量以外，影響清治地方官員如何斷案的因素，事實上還有當時臺灣的社會現實所帶來的侷限性。

林文凱指出，清治臺灣的地方官員在面對土地爭界案件時，雖然會考慮「業憑契管」這個原則以外，還必須面臨為了避免引發動亂而很少進行土地清丈活動，從而難以確認田地的管業來歷的現實狀態、以及衙門對於地方的控制力低落，導致實際上無法執行斷案結果等等問題。這些實然層面的狀況，導致清治臺灣官員在土地爭界案件斷案時，不一定真的會依照業憑契管原則將田地判給遭佔墾者。地方官員可能會為了地方治理穩定性，因此在要求土地的侵佔者給予遭佔墾者些許金錢補償後，逕自「就地合法化」侵占者的業主權。更甚者，有些官員甚至為

¹⁴ 《淡新檔案》22403.94。

¹⁵ 同前註。

了籌措行政財源，而在審案時將系爭田地直接充公。¹⁶

這種清治臺灣的社會現實對審案所造成的影響，於《淡新檔案》22406 案也有所展現。在這個案件中，出現了一份由原告杜清吉所提出的遺囑文書。杜清吉聲稱這份遺囑是由其祖父杜章玉所立，而遺囑的內容是杜章玉在臨終前將家產託孤給被告鄭寶樹。但從整個案件經過來看，這份遺囑的真偽可以說是相當可疑。但是，由於清治臺灣地方衙門是以傳訊相關人士為主要的調查方法，在這樣的審案機制底下，負責審理案件的官員其實也難以判斷這份遺囑文書的真實性。因此，縣官在斷案時索性直接忽略遺囑的存在，而改以「杜清吉是訟棍、是在誣告」來當作判斷「杜章玉並未託孤」理由。這種完全不以文書作為斷案標準的做法，也可以說是一種對業憑契管原則的違背。不過，在考慮到清治臺灣地方衙門在審案時現實上的侷限性後，也就不難理解審案官員的這種做法。

最後，在了解傳統中國以「情理」為核心的審案機制、以及清治臺灣的社會現實對審案所造成的影響之後，本文嘗試提出一個對於清治臺灣遺囑意義的看法。

首先，在清治臺灣的分家析產實踐上，真正的行為規範並不是律例規定而是「情理」。因此清治的遺囑並不是如同現代法的遺囑那樣，是一種「用以超越國家預設的繼承安排之工具」。相反的，《大清律例》與清治臺灣的遺囑實踐，其實是共同構成了「分家析產之情理」。

從清治遺囑的性質來看，此時的遺囑指的是「尊長留下的遺命」。可以說，清治的遺囑就是尊長意志決定的直接展現。而在以家族與階級差序所構成的社會狀態、以及家父長主義的傳統中國法理念下，¹⁷尊長擁有對子孫與家產的管理及

¹⁶ 林文凱（2011），〈「業憑契管」？清代臺灣土地業主權與訴訟文化的分析〉，《臺灣史研究》18卷2期，頁39-42。

¹⁷ 參見瞿同祖（1984），《中國法律與中國社會》，頁7、177，臺北：里仁。另可參考費孝通在1947年的著作《鄉土中國》中所提出的「差序格局」。參見費孝通（2017），〈差序格局〉，《鄉

支配權力。因此，尊長以遺囑來決定何時分家與如何分配家產，無論與《大清律例》所揭示的「父母在不得別籍異財」、「諸房均分」等原則是否符合，在具體的個案中都可以是合乎情理的做法。

此外，若是與現代型法律（包含臺灣現行民法與日本明治民法）中的遺囑特徵加以對照，本文認為某種程度而言，「尊長對於家產分配的決定權」也可以被類比成現代法概念中的「單獨行為」。這是因為尊長在決定家產分配時也完全不用得到其派下的同意，與單獨行為不必得到相對人承諾此一特性相同。不過與現代法不同的是，在現代法，「立遺囑」這個單獨行為的權力來源依據，是基於國家法制所給定的法律權利，並且，只要是一個「個人」即可行使；然而在清治臺灣，「立遺囑」的權力來源是基於「家族中的尊長地位」，並非所有的人都可以行使此權力。

再者，當「尊長留下的遺命」被書寫下來成為書面文件，其地位與鬮書、託孤字等等一樣，都是「分家文書」。這種「書面」的特性，使得分家文書在功能上可以作為證明家產如何分配的證明，同時也會是土地業產的管業來歷。這種「憑證」的功能也符合傳統中國法中「業憑契管」此一情理。只不過，在清治臺灣的地方衙門運作實踐，地方官員會因為具體個案中所展現的其他情理、地方治理的穩定性與審案的效率等等考量，最終並不一定會按照分家文書來斷案。因此，分家文書雖然是一種憑證，且這種憑證在清治臺灣的社會生活與審案實踐上具有一定的重要性，但分家文書就像其他作為管業來歷的契字一樣，在審案時的地位也並非全然不可動搖。

土中國》（新版），頁 45-58，香港：香港中和。

第二項 日治：現代法與遺囑



誠如在本文第三章中可以看到，日治臺灣的遺囑可以說是隨著時代發展，逐漸由清治對遺囑的理解轉變為現代法下的遺囑概念，又或者應該更正確地說，是日本明治民法中的「遺言」的概念。

從更上位的代間財產移轉來看，日治時期的代間財產移轉也是由清治漢人家族的分家析產，轉變成為個人的遺產繼承。這樣的變化對於「遺囑」所帶來最直接的影響有二。首先是立遺囑的行為人不再需要具有「家長地位」這個條件，其次是遺囑處理事項的「財產化」。

關於立遺囑人的身分地位條件，無論是在舊慣立法導向下的《臺灣私法》或是內地延長主義下的《關於本島人的親屬與繼承法大要》，立遺囑的行為人都是「一般人民」¹⁸而非「家長」。暫且不論在日治臺灣社會實踐中，非家長之人究竟有多少人會實際去立遺囑，但至少在形式上「家長」這種家族地位條件已經在在在兩本著作中被抹除。此外，回顧前文對「傳統中國法中尊長對家產的管理支配權力」與「現代法中的單獨行為」的討論，我們可以看到在傳統中國法，尊長於決定家產分配時完全不用得到其派下的同意，這樣的特徵與現行法的單獨行為不必得到相對人承諾極為相似。本文認為，這正是為什麼姉齒松平在《關於本島人的親屬與繼承法大要》，直接就將日本法中遺言為單獨行為這點，直接套用到臺灣的遺囑上的原因。¹⁹

至於遺囑處理事項的財產化，則可以從「託孤遺囑」來觀察。清治臺灣漢人的家族生活中，有可能會發生某一擁有財產的男性在過世時並沒有男性子孫，但卻留下了「請他人在自己過世後代為立繼，並將財產交給嗣子」的囑託。這種囑

¹⁸ 更精確地說，應該是「具有完全意思能力之人」。

¹⁹ 參照姉齒松平，前揭註 8，頁 483。

託在清治臺灣漢人的觀念中也是託孤的一種形態。然而，《臺灣私法》卻將這種遺囑定性為「管理絕嗣財產」而不是「託孤」。²⁰本文認為《臺灣私法》似乎是刻意想要將遺囑所能處理的事項，盡可能地限縮在「遺產繼承」的領域，而與立繼有關的事項，則被以類比為收養或監護等方式，歸屬至「親屬身分」領域。

此外，在明治民法中，日本帝國同樣設定了「法定繼承」制度。例如，在家督繼承，明治民法即規定了家督身分的繼承順位。²¹明治民法中的遺言，則可以用於指定家督繼承人。²²在這樣的關係下，遺言就是可以超越國家預設的法定繼承安排之工具。至於日治臺灣，從既有研究對繼承制度的考察中，我們可以看到臺灣在日治時期的繼承的規範也是逐漸與明治民法規定的內容接近。²³而當日治臺灣的遺囑內涵也逐漸被明治民法「同化」時，明治民法的遺言中所帶有的「超越國家預設的法定繼承安排」此一特徵，也就會漸漸進入到臺灣人對於遺囑的理解之中。

接著，讓我們從法秩序的角度來探討日治臺灣的遺囑實踐。由於日治法院是一種現代型法院，其相當於寺田所說的「規則型」的審判形態。在規則型的審判形態下，法院是依照「大前提（法律規範）—小前提（案件事實）—涵攝」這樣的三段論證模式來審判。這就表示了日治法院在裁判時，必須要「依法裁判」。也就是說，日治法院所遵守的是一種具有普遍性的法律規範，而不是如同傳統中國以具體個案之情理為規範的審案模式。在這種規則型的法秩序下，當法院遇到遺囑相關的案件時，「遺囑所適用的規範是什麼？」對於負責裁判的法官而言就會是一個非常重要的問題。一旦法院確定出遺囑的規範之後，法院於裁判時就絕對不能違反此一規範，否則就會違背規則型法秩序的內在要求。而在日治時期，

²⁰ 參照臨時臺灣舊慣調查會編，前揭註 4，頁 594。

²¹ 參見明治民法第 970 條。

²² 梅謙次郎（1901），《民法要義卷之五相統編》，頁 258，東京：和仏法律学校。

²³ 參見曾文亮，前揭註 5，頁 158。

臺灣人的身分法規範於 1923 年以前為「舊慣」，²⁴於 1923 年開始則為「習慣」。²⁵因此，從對日治法院判決的考察中，我們可以看到法院在判決書中會一再強調自己是「依舊慣／習慣為判決」。這樣的判決書寫，即是在規則型的法秩序下，法院對於「依法裁判」這種內在要求的回應。

除了「依法裁判」以外，「依證據裁判」也是現代型法院所必須遵守的規則。也就是說在裁判上，只要遺囑文書有效成立，日治法院就必須依照遺囑文書來進行判決。在實際的法院實踐上，本文所考察的這五個臺灣人的遺囑案件都存在有遺囑公證書，並且，日治法院在這五個案件也都是依照遺囑公證書的內容來裁判。若將《淡新檔案》與《日治法院檔案》相互對照，我們可以看到以下的現象：在清治地方衙門的審案運作中，分家文書作為憑證，是地方官員對於「情理」考量的一部份，但並不是絕對。因此清治臺灣的縣官在審案時，可以不必依照文書內容來斷案。相對的，在日治時期，遺囑文書作為「(法律上的)證據」，於裁判上重要性有了極大的強化，甚至可以說被抬到最高的地位：一旦遺囑文書有效成立，法院就不能夠再以任何理由做出違反遺囑內容的判決。也就是說，而遺囑文書在清治臺灣與日治臺灣，於審案／裁判上的重要性之所以有差異，事實上是因為「非規則型」與「規則型」這兩種法秩序根本上的差異所導致。

最後，從日治法院判決中我們可以看到，臺灣的遺囑內涵也被加入了「要式性」此種現代法／日本法中才會出現的要件。在昭 5 上民第 94 號昭 5625 上告部判例中，上告部法院的操作方式，就是將「親族會議」當成臺灣人在立遺囑的要式規定，再用日本法對要式規定的法理來解釋親族會議的目的。

本文認為，上告部法院之所以會以要式性來解釋親族會議，除了因為日治臺灣判官的養成是學習日本法，因此在判決時會自然而然地運用日本法進行操作這

²⁴ 1898 年律令第 8 號。

²⁵ 1922 年敕令第 407 號。



種最直觀的因素以外，更因為日治後期的法律規範上，法院需要依據國家的價值觀來篩選出「遺囑習慣法」。而此時的「日本帝國價值觀中所認可的遺囑」，即包含了對於遺囑要式的要求。

而在討論遺囑的要式時，我們必須注意到以下兩個日治法院在面對遺囑案件時所面臨的狀況：第一，規範層面即如前所述，法院判決時必須遵守「依法裁判」與「依證據裁判」等規則。第二則是現實層面，在實際的遺囑案件中，當案件進入法院時立遺囑人多半已經死亡，因此法院實際上難以確認立遺囑人是否真的有立文書、也無從判斷遺囑的內容是否符合立遺囑人的真意。基於這兩個前提，我們可以發現非規則型法秩序與規則型法秩序的差別就在於：清治臺灣的地方官員於審案時，若是遇到出現一份遺囑文書卻無法確認文書真偽與立遺囑人真意的狀況時，縣官可以直接以其他情理來斷案而不必理會遺囑文書。《淡新檔案》22406案就是這樣的例子。但相對的，日治法院在裁判時若是遇到一份無法確認立遺囑人真意的遺囑文書，卻不能夠跳過這份文書來判決，否則即是違反了「依證據裁判」。

由於法院必須依證據裁判，導致具有證據地位的遺囑文書在裁判時重要性極高，因此，現代法對遺囑文書設計了極高的成立門檻，也就是要式的規定。要式規定的存在，雖然使得一般人無法輕易做成遺囑文書，但另一方便也確保法院能以其他方式確認文書真偽與當事人真意（例如「見證人」此一要式，讓法院能夠以訊問證人的方式調查立遺囑人真意）。甚至，因為遺囑有效成立的條件除了必須要符合立遺囑人真意（即遺囑真正）以外，還必須完全符合法定要式。由於「遺囑要式是否完備」與「遺囑是否有效成立」被合併為同一個問題，這就使得實務的運作上，法院只要一發現遺囑不符合要式規定，就可以直些認定遺囑無效，而不必檢驗遺囑真正。也就是說，遺囑的要式性使得法院能夠跳過實然層面根本無

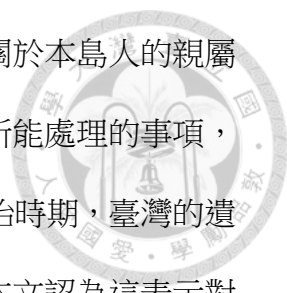
從得知的立遺囑人真意，直接從文件形式就快速地判斷出遺囑文書是否有效。換句話說現代法／日本法中遺囑的要式規定，事實上代表了法律在設計時選擇了犧牲了一般人的便利，選擇了法院的裁判效率。

總結而言，本文認為現代法／日本法的遺囑之所以會有要式規定，是因為必須在「規則型的法秩序形態」下，兼顧法院審判時所面臨的現實問題。而當臺灣的法秩序形態因為經過日本統治，開始從清治時期的「非規則型法」轉為「規則型法」後，遺囑的要式規定也就有了出現與存在的理由。

第三項 國家治理與「國家—尊長」的權力關係之消長

在本節的最後，讓我們從臺灣的遺囑制度來觀察清朝與日本這兩個不同形態的國家，在國家治理上所關注的面向之差異，以及「尊長—國家」的權力關係在清治與日治時期之消長。

根據遺囑在清治時期與日治時期所能處理的事項之差異，我們可以從中注意到，清朝與日本這兩個不同的統治集團，在國家治理上所關注的面向是有所不同的。依照本文第二章對於《大清律例》的考察與分析，我們可以看到遺囑在律例規定中，是在「喪葬」跟「別籍異財」這兩件事上發揮出「由尊長的意志決定來超越國家法制所預設的安排」功能（參見本文第二章第一節中對於《大清律例》之討論）。從「喪葬」條與「別籍異財」條的規定中我們可以注意到，尊長的意志決定在家族別籍異財時，可以使違反律例規定的分家時點之子孫不受處罰；但相反地，在喪葬儀式上，子孫雖然是奉尊長之命令而棄毀屍體，卻僅能減輕處罰程度而不能完全免於處罰。本文認為這種處罰程度的差異所代表的是，清朝政府對於屬於「禮儀」的喪葬事項之管制，相較屬於「家族內部事務」的別籍異財更為嚴格。也可以說，比起何時分家，清朝政府更重視禮儀是否被人們所遵守。



然而在日治時期，有關遺囑的規定，在《臺灣私法》與《關於本島人的親屬與繼承法大要》中，皆是隸屬在「繼承」的脈絡之下，並且遺囑所能處理的事項，在日治時期也開始有「財產化」的現象。這代表的是，到了日治時期，臺灣的遺囑所能處理的事項逐漸被限縮於「遺產繼承」方面。換言之，本文認為這表示對於日治臺灣的統治者來說，遺囑的作用應該主要在於與代間財產移轉相關的事項，即財產的面向上。至於喪葬儀式此一被清朝重視的禮儀事項，似乎並不是此時的統治者所關心的重點。

接著，從國家權力對於社會控制之角度來分析，本文認為日治時期國家對於家族內部事務的管理力道，是遠大於清治時期的。

在清治時期，地方官員面對家族內部因為家產分配而導致的糾紛時，會傾向由交家族內部自行解決紛爭，因此在《淡新檔案》中我們常見到地方官員明確指示，由親族將紛爭案件的關係人們帶回並自行調處分產紛爭。當家族內部無法自行平息紛爭而對簿公堂時，地方官員也較為尊重尊長的意見或是家族內的意見，也就是說地方官員大多會依照尊長所留下的遺囑、各房同立的鬮書、或是審案過程中房親所提出的看法來斷案。對於這些做法，本文認為這是因為清朝政府對於家族內部的事務，是採取交由家族自治，並由尊長來統領家族的統治態度。某種層面來說，即是我們至今仍常聽到的「法不入家門」之觀念。

相對地，在現代型國家中，家族內部事務則不再交由家族自治，而是被確立為國家管理的範圍。在日本，親屬繼承事項此種家族事務，被明確納入民法之規範。至於日治臺灣的臺灣人，雖然在親屬繼承事項上並沒有直接適用日本民法，但統治者卻仍可以使用（被日本法化／現代法化的）舊慣與習慣法，來對臺灣漢人家族的內部事務進行管理。由此，我們可以注意到，日本政府對於家族事務的統治態度，與清朝政府有著根本性的差異。並且在「尊長—國家」的權力關係之

消長上，我們可以看到，在清治時期由尊長來統領家族的權力，到了日治時開始被收歸於國家所有。

從本文所考察的遺囑這個主題來觀察，由於日治臺灣的社會生活中，家族中的財產實際上仍是在尊長的掌控之下，因此也仍然是只有家族中尊長才會立遺囑並進行財產分配。這表示在實際上，國家對於遺囑所設下的種種限制，也等於是會直接作用於尊長，造成國家對於尊長權力的限制。甚至，在日治後期，法院的實務上還出現了用法理引入特留分，並以此來限制繼承人立遺囑時的財產分配比例之判決。²⁶在法院開始以特留分來限制繼承人對於遺產的處分時，也等於是國家更深入地介入了家族內部事務地管理，並更進一步地縮小了尊長對於家族內部事務所能掌控的權力。

本文認為從這個角度的觀察而言，從清治時期到日治時期，在對於家族內部事務的掌控權力上，國家與尊長呈現出的是一個明確的消長關係：尊長的權力逐漸下降，而國家的管制力道開始上升。

²⁶ 昭和 4 年（1929）10 月 19 日高等法院上告部判決與昭和 10 年（1935）上民第 196 號、同年 9 月 28 日上告部判決。姉齒松平，前揭註 8，頁 518-521。

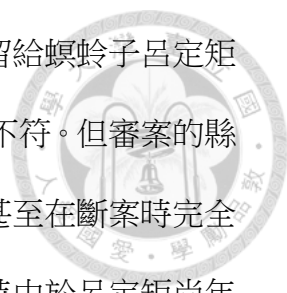
第五章 結論



本文藉由法律史的考察，爬梳了臺灣從清治時期到日治時期的遺囑變遷，以及探討遺囑於各個時代所代表的意義。

在清治時期，遺囑指的是「尊長對子孫留下的遺命」。在傳統中國法中，家族內的尊長對於子孫與家產擁有管理與支配的權力。因此，清治臺灣尊長的遺囑，可以就喪葬、家產分配、立繼等等所有家族內部的事項作出指示。再者，我們可以看到，清治臺灣的遺囑通常在分家析產時發揮其作用。需要注意的是，清治臺灣的漢人家族在分家析產時，若是需要立下文書，通常而言此時所立的文書會被稱為鬮書或鬮約字。不過實際上，清治臺灣的漢人家族並不會刻意區分分家文書的類型，因此從「作為分家析產之憑證」此功能出發來考察的話，具有分家功能的文書名稱相當多樣，例如遺囑字、鬮約字、遺囑鬮書約字、託孤字、遺囑託孤字甚至付管憑據，都是所謂的分家文書。

至於清治臺灣的分家文書在地方衙門審案時究竟發揮了什麼作用？首先應該釐清的是，由於傳統中國的法秩序是「非規則形態」，地方衙門在審案時所依據規範的並非特定的國家法規，而是具體個案中的「情理」。《大清律例》此種官府規定只是情理的一種展現，例如《大清律例》中規定有「父母在不得別籍異財」與「諸房均分」等，皆屬於情理的內涵。但是每個個案中的情理是有差異的，因此地方官員在審案時並不是必須一律以《大清律例》為斷案依據，而是應該要盡可能地「情法之平」。事實上，我們可以從清治臺灣的遺囑實踐中看到，「尊長可以決定家產如何分配」也符合清治臺灣所謂的情理。因此在《淡新檔案》中呈現出的是，清治臺灣的地方官員審理分家析產的案件時，即便尊長所做的家產分配結果違反了《大清律例》所揭示的諸房均分原則，縣官仍然可以依照尊長的意思



來斷案。例如在《淡新檔案》22403 案中，呂眾將所有業產獨留給螟蛉子呂定矩而不分給長子呂榮華與次子呂揖善，這種做法明顯與諸房均分不符。但審案的縣官不但未依《大清律例》的「應分家財不均平」來處罰呂眾，甚至在斷案時完全按照呂眾的意願，要求呂榮華將業產交還給呂定矩，且由於此時由於呂定矩尚年幼，按照呂眾的意思，這些業產先由呂眾的繼妻黃氏代為管理。

此外，在清治臺灣，若是尊長對家產如何安排的指示有被書寫為文書，此文書在審案時就代表了一種縣官可以依循的憑證，也是時人所認可的「業憑契管」之裡。只不過由於地方治理的實際需要，以及地方官員所面臨的現實上的侷限性，例如財源不足、難以確認田地的管業來歷、衙門對地方的實質控制力極低而導致無法執行斷案結果等等，地方官員最後在斷案時並非每次都會作出與分家文書一致的結果。例如《淡新檔案》22705 案，縣官的斷案結果並未完全符合吳家的鬮書內容，而是以鬮書為基礎再做出些許調整。

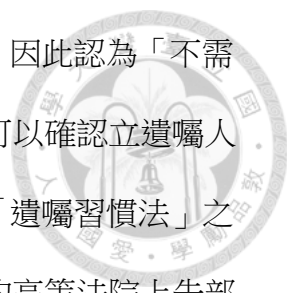
在日治臺灣，遺囑的意義逐漸由清治的「尊長就家族內部事務對子孫留下的遺命」，轉變成如同日本明治民法中的遺言（「一個人以在自己死亡後發生法律上效力為目的所作的意思表示」）那樣的「現代型遺囑」。意即，從日治時期開始，日本民法中的單獨行為、見證之要式等等關於遺言的規定，漸漸成為了臺灣遺囑內涵的一部份。

現代法／日本法中的遺言對日治臺灣遺囑的影響，主要來自以下幾個方式。首先，在 1923 年以前，依照 1898 年律令第 8 號的規定，臺灣人的遺囑事項應該要「依舊慣」來處理。而此時，臺灣總督府對於臺灣遺囑的舊慣調查，其實以明治民法的遺言來詮釋「遺囑舊慣」，因此臺灣的遺囑舊慣事實上出現了「日本法化」的情形。例如在《臺灣私法》中，清治臺灣漢人家族原本未刻意區分的分家文書，被區分為鬮書與遺囑兩種不同的舊慣，僅有遺囑可以對應到「遺言」。

此外，《臺灣私法》也特別將遺囑所能處理的事項類型化。依照《臺灣私法》的認定，財產處理為遺囑舊慣的核心處理事項，託孤遺囑則應該歸屬於託孤舊慣來處理。這也使得日治臺灣的遺囑有了「財產化」的傾向。

順帶一提，根據遺囑在不同時代下的處理事項之差異，我們也可以從中注意到，清朝與日本這兩個不同的統治集團在國家治理上所關注的面向是不同的。依照本文第二章對於《大清律例》的考察與分析，我們可以看到遺囑在律例規定中，是在「喪葬」跟「別籍異財」這兩件事上發揮出「由尊長的意志決定來超越國家法制所預設的安排」功能。再者，由於尊長的意志決定在別籍異財時可以使違律的子孫不受處罰，但相反地，在喪葬事項上，子孫雖然是奉尊長命令而違律，卻僅能減輕處罰程度而不能完全免於處罰，這代表了清朝對於屬於「禮儀」的喪葬事項之管制，較屬於「家族內部事務」的別籍異財更為嚴格。然而在日治時期，我們可以看到遺囑所能處理的事項，開始被限縮於「遺產繼承」此一方面。這也就是說，日治臺灣的統治者認為，遺囑的作用應該僅在於與代間財產移轉相關的事項上，也就是財產的面向。至於喪葬事務此一被清朝重視的禮儀事項，反倒不是此時的統治者所關心的重點。

而後，依照 1922 年敕令第 407 號，從 1923 年開始臺灣人的遺囑事項應該要「依習慣」來處理。此處所說的習慣，指的是「由法院在判決過程中確認現今臺灣的社會生活中還存有哪些習慣（事實上的行為），接著再依照國家價值觀來對這些事實上的習慣進行審查」，從而形成可以被國家法制接納的「習慣法」。在這個意義下，所謂的「遺囑習慣法」也就是指日治法院在遇到遺囑案件時，以日本民法之法理判斷後所作出的判決見解。例如在昭 5 上民第 94 號昭 5625 上告部判例中，法院是將「須在見證人的見證下立遺囑」此一明治民法上的遺言要式，以及學說上認為見證人此一要式的目的在於「保護並確認立遺囑人的真意」此一

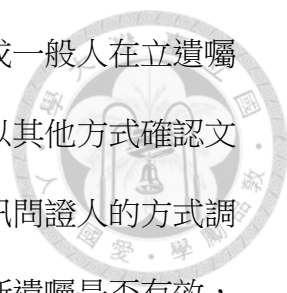


見解，於判決時套用到「臺灣人通常會在親族會議上立遺囑」，因此認為「不需要特意以親等或人數來界定親族會議的範圍，只要在場的親族可以確認立遺囑人真意即可」。而上告部判例的這個見解也就成為了日治臺灣的「遺囑習慣法」之內涵。除此之外，姉齒松平身為對於法院實務見解極具影響力的高等法院上告部判官，其於《關於本島人的親屬與繼承法大要》中對遺囑的看法，極有可能會在遺囑案件中成為法院的判決結果。因此《關於本島人的親屬與繼承法大要》也是我們在探究「遺囑習慣法」的內涵時不可忽略的素材。

此外，從《日治法院檔案》所存的遺囑判決與遺囑公證書之數量來看，我們可以確認日治時期的臺灣人確實已經知道可以運用公證制度與現代型法院，來立遺囑以及處理遺囑紛爭。現代型遺囑於日治臺灣的確立，也需要如法院與公證制度等其他現代型制度的輔助。又或者我們應該反過來說，其他現代型制度的建立與落實，也是促使日治臺灣的遺囑內涵必須盡可能地往「現代型遺囑」接近的動力。

在以現代型法院為核心的「規則型」法秩序下，法院判決時一方面必須遵守「依法裁判」與「依證據裁判」等規則，另一方面又必須面對在實際的遺囑案件中，當案件進入法院時立遺囑人多半已經死亡，因此法院實際上難以確認立遺囑人是否真的有立文書、也無從判斷遺囑的內容是否符合立遺囑人的真意等等現實問題。同樣是因為發生紛爭時立遺囑人已經死亡，導致紛爭案件的裁斷者無法確認文書真偽與立遺囑人真意的情況，清治臺灣的地方官員於審案時可以直接以其他情理來斷案，而不必理會遺囑文書，但日治法院在裁判時卻不能夠跳過這份文書來判決，否則會違反依證據裁判的規則。

由於法院必須依證據裁判，導致了具有證據地位的遺囑文書在裁判時具有極高地位。而遺囑的要式規定，可以說是對於裁判上的這種強大效果之平衡。要式



規定的存在雖然提高了一般人做成遺囑文書的門檻，也就是造成一般人在立遺囑文書時的不便利。但另一方面，要式規定的存在也確保法院能以其他方式確認文書真偽與當事人真意（例如「見證人」的存在，讓法院能夠以訊問證人的方式調查立遺囑人真意），甚至，法院可以直接從遺囑文書的形式來判斷遺囑是否有效，而不必涉及對文書真偽與當事人真意的判斷。因此，本文認為現代法／日本法中遺囑要式規定所代表的意義，除了是如同既有學說所說的，要式規定除了能夠用以證明立遺囑人的真意以外，¹同時也是基於法院的裁判效率之考量所作出的制度設計。

此外，我們也可以看到在日治時期，國家對於家族內部事務的管理力道，是遠大於清治時期的。在清治時期，地方官員面對家產分配的紛爭時，會傾向由家族內部自行解決紛爭，並且較為尊重尊長的意見（即尊長所留下的遺囑）或是家族內的意見（例如鬮書、或是審案過程中房親所提出的看法）。對此，本文認為清朝政府抱有的是一種「家族內部事務交由家族自治」的統治態度，由尊長來統領家族，國家並不希望介入。相對地，在日治時期，家族內部事務則不再交由家族自治，而是被確立為國家管理的範圍。在日本，親屬繼承事項此種家族事務被納入民法規範。至於日治臺灣的臺灣人，在親屬繼承事項上雖然沒有直接適用日本民法，統治者卻仍可以使用（被日本法化／現代法化的）舊慣與習慣法，來對臺灣漢人家族的內部事務進行管理。由此，我們可以注意到，日本政府對於家族事務的統治態度，與清朝政府有根本性的差異。

從「尊長－國家」的權力關係之消長上來觀察，我們可以看到，原本在清治時期是由尊長來統領家族的權力，到了日治時期則是被收歸於國家所有。在本文所考察的遺囑這個主題上，由於日治臺灣的社會實踐中，仍然是只有家族中尊長

¹ 參見戴炎輝、戴東雄、戴瑀如（2010），《繼承法》，頁 242，臺北：順清文化；林秀雄（2012），《繼承法講義》（五版），頁 218，臺北：元照。

才會立遺囑，因此國家對於遺囑的種種限制，也等於是會直接作用於尊長，造成國家對於尊長權力的限制。此外，在日治後期，甚至還出現了以特留分來限制繼承人立遺囑時的財產分配比例之判決。²在國家以特留分來限制繼承人對於遺產的處分時，也等於是又進一步縮小了尊長對於家族內部事務所能掌控的權力。從結果而言，在國家對於家族內部事務的管制力道開始上升的同時，也表示尊長對於家族內部的權力正在逐漸下降。

除此之外，從本文研究中對於遺囑要式的分析，我們也可以看到此種將眼光投向「過去」的法律史考察，是如何有助於我們對於現行法的思考。

舉例來說，根據本文的考察，「見證」在臺灣的歷史脈絡中，是一個從「房親」到「見證」的演變過程。清治臺灣的分家文書在訂立時，除了接受家產分配的各房代表人會在文書的最末簽名以外，家族中或地方上的名望人士也會以「房親人」與「知見人」的身份出面簽署分家文書。本文認為，清治臺灣的房親人與知見人出現於分家文書上所代表的意義其實是：若是在事後發生糾紛，這些人應該要出面主持或是側面幫助解決紛爭。而到了日治時期之後，各房代表人、房親人與知見人先是在舊慣調查中被概括為「親族會議」，在之後的法院判決實踐上又被解釋為「見證人」。直至此時，房親人與知見人的功能，才轉變為在場見證的背後所代表的「確認當事人真意」之證據功能。

然而，即便日治法院對於房親人與知見人採取的是「以見證人作為證據」的見解，卻並不代表當時的臺灣人對於見證人的理解與日治法院相同。本文推測，在日治時期，一般臺灣漢人對房親人與知見人的理解，應該還是清治時期的「由這些人出面解決紛爭」這種對「房親」的理解。甚至，清治臺灣對於房親人與知

² 昭和 4 年（1929）10 月 19 日高等法院上告部判決與昭和 10 年（1935）上民第 196 號、同年 9 月 28 日上告部判決。姉齒松平（1938），《本島人ノミニ關スル親族法並相續法ノ大要》，頁 518-521，臺北：臺法月報發行所。

見人的這種理解，也可能會一路延續到現今的臺灣社會之中。

因此，或許現今的臺灣社會中，也都還一直都存在著找親戚當遺囑見證人的做法，但這樣的做法卻是違反現行民法第 1198 條第 3 款與第 4 款的「繼承人／受遺贈人及其配偶或其直系血親不得為遺囑見證人」之規定的。³對此，本文認為，若是缺乏了法律史的觀察視角，法律人在思考此種法律規範與社會實踐的落差時，很有可能會過度地強調學說上所認為的法律設計目的，⁴而未能真正貼近一般人在社會生活上的思考，因此可能會忽略了法律制度如何處理社會需求此面向的考量。

總而言之，本文認為在法律學界討論現行遺囑制度的修法方向時，法律史考察能夠提供不一樣的視角。話雖如此，但在本次的研究上，這篇論文還是有相當多的不足之處。其中最明顯的就是本文的研究範圍，由於時間與能力有限因此在時代上僅限縮於清治時期與日治時期，而未延續到 1945 年開始至今的臺灣。再者，本文主要是針對「法律規範與制度」來進行研究，而缺少了對於實際的社會生活面向之考察。這些問題皆導致了在本次的研究中，因為仍有極大的環節是缺漏的，而尚無法給出具體的現行法修法建議。不過，雖然針對現行遺囑法的修法方向，仍留待更完整與嚴謹的遺囑法研究來給出整體的修法建議，但法律史研究仍然可以提供一些思考上的不同角度。

在對遺囑進行法律史考察的過程中，本文注意到學界目前對遺囑的討論研究

³ 民法第 1198 條：「下列之人，不得為遺囑見證人：

一、未成年人。

二、受監護或輔助宣告之人。

三、繼承人及其配偶或其直系血親。

四、受遺贈人及其配偶或其直系血親。

五、為公證人或代行公證職務人之同居人助理人或受僱人。」

⁴ 學說上認為，民法之所以對遺囑的見證人資格有此限制，其設計理由為繼承人與受遺贈人與遺囑有直接利害關係、其配偶與直系血親則與遺囑有間接利害關係，因此難以預期這些利害關係人對遺囑內容真實性之保證。參見林秀雄，前揭註 1，頁 251。戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，前揭註 1，頁 263-264。

較身分法的其他部分而言，可以說是相對稀少的。在臺灣社會進入人口高齡化的現況下，遺囑的重要性與使用需求正在漸漸提高，因此法律學界對遺囑的研究是有其必要的。希望本文這個立基於臺灣近代歷史的遺囑考察，在之後的遺囑研究能夠起到些許的參考作用。



參考文獻



原始史料

《淡新檔案》

《臺灣大學古契書特藏》

《日治法院檔案》

《臺法月報》

中文文獻（按姓氏筆畫排列）

書籍

（清）薛允升著，黃靜嘉編校（1970）。《讀例存疑重刊本》。臺北：成文出版社。

王泰升（2010）。《具有歷史思維的法學》。臺北：元照。

——（2014）。《台灣日治時期的法律改革》，二版。臺北：聯經。

——（2015）。《臺灣法律現代化歷程——從「內地延長」到「自主繼受」》。

臺北：中研院臺史所、臺大出版中心。

——（2017）。《台灣法律史概論》，五版。臺北：元照。

寺田浩明著，王亞新等譯（2012）。《權利與冤抑：寺田浩明中國法史論集》。

艾馬克（Mark A. Allee）著，王興安譯（2003）。《十九世紀的北部臺灣——晚清

中國的法律與地方社會》。臺北：播種者文化。

吳豪人（2017）。《殖民地的法學者：「現代」樂園的漫遊者群像》。臺北：臺大

出版中心。

沈靜萍（2015）。《多元鑲嵌的臺灣日治時期家族法——從日治法院判決探討國

家法律對臺灣人之家及女性法律地位之改造》。臺北：元照。



- 林玉茹（2000）。《清代竹塹地區的在地商人及其活動網絡》。臺北：聯經。
- 林秀雄（2012）。《繼承法講義》，五版。臺北：元照。
- 陳其南（1987）。《臺灣的傳統中國社會》，臺北：允晨。
- 黃宗智。《清代的法律、社會與文化：民法的表達與實踐》。上海：上海書店出版社。
- 黃源盛（1998）。《中國傳統法制與思想》。臺北：五南。
- 盧靜儀（2012）。《清末民初家產制度的演變——從分家析產到遺產繼承》。臺北：元照。
- 戴炎輝、戴東雄、戴瑀如（2010）。《繼承法》。臺北：順清文化。
- 瞿同祖（1984）。《中國法律與中國社會》，臺北：里仁。

書之篇章

- 寺田浩明著，王亞新譯（2012）。〈權利與冤抑——清代聽訟和民眾的民事法秩序〉，收錄於：氏著，《權利與冤抑：寺田浩明中國法史論集》，頁 207-274。北京：清華大學出版社。
- （2012）。〈「非規則型法」之概念——以清代中國法為素材〉，收錄於：氏著，《權利與冤抑：寺田浩明中國法史論集》，頁 357-393。北京：清華大學出版社。
- 岸本美緒（1998）。〈明清契約文書〉，收錄於：滋賀秀三等著，王亞新、梁治平編，《明清時期的民事審判與民間契約》，頁 280-326。北京：法律出版社。
- 陳其南（1990）。〈「房」與傳統中國家族制度：兼論西方人類學的中國家族研究〉，收錄於：氏著，《家族與社會：台灣與中國社會研究的基礎理念》，頁 129-214。臺北：聯經。
- 費孝通（2017）。〈差序格局〉，收錄於：氏著，《鄉土中國》（新版），頁 45-58。

香港：香港中和。



期刊論文

王泰升 (2015)。〈論台灣社會上習慣的國家法化〉，《臺大法學論叢》，44 卷第 1 期，頁 1-69。

王泰升、曾文亮、吳俊瑩 (2015)。〈論清朝地方衙門審案機制的運作——以《淡新檔案》為中心〉，《中央研究院歷史語言研究所集刊》86 卷 2 期，頁 421-469。

林文凱 (2011)。〈「業憑契管」？清代臺灣土地業主權與訴訟文化的分析〉，《臺灣史研究》18 卷 2 期，頁 1-52。

曾文亮 (2010)。〈全新的「舊慣」：總督府法院對臺灣人家族習慣的改造 (1898-1943)〉，《台灣史研究》17 卷 1 期，頁 125-174。

黃詩淳 (2010)。〈特留分意義之重建：一個法制史的考察〉，《臺大法學論叢》，第 39 卷第 1 期，頁 109-160。

學位論文

余晉昌 (2016)。《臺灣與美國遺囑要式及瑕疵救濟之比較研究》，國立臺灣大學科際整合法律學研究所碩士論文，臺北。

陳韻如 (2004)。《帝國的盡頭——淡新檔案中的姦拐故事與申冤者》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，臺北。

單鴻均 (2015)。《我國限定責任繼承與美國遺產清算制度之比較》，國立臺灣大學科際整合法律學研究所碩士論文，臺北。

曾文亮 (2008)。《日治時期台灣人家族法之殖民近代化與日本化——全新的舊慣》，國立臺灣大學法律學研究所博士論文，臺北。

網路資料

王泰升（2010）。〈日治時期司法行政運作實況報告書〉。載於：

http://tccra.lib.ntu.edu.tw/tccra_develop/

寺田浩明。《讀例存疑》電子版。載於：

<http://www.terada.law.kyoto-u.ac.jp/dlcy/index.htm>



外文文獻

書籍

広中俊雄、星野英一編（1998）。《民法典の百年第1巻——全般的觀察》。東京：有斐閣。

姉齒松平（1938）。《本島人ノミニ關スル親族法並相續法ノ大要》。臺北：臺法月報發行所。

梅謙次郎（1901）。《民法要義卷之五相統編》。東京：和仏法律学校。

滋賀秀三（1967）。《中国家族の原理》。東京：創文社。

臨時臺灣舊慣調查會編（1910）。《臨時臺灣舊慣調查會第一部調查第三回報告書：臺灣私法》第一卷下冊。神戸：臨時臺灣舊慣調查會。

臨時臺灣舊慣調查會編（1911）。《臺灣私法附錄參考書》第二卷下冊。東京：臨時臺灣舊慣調查會。

臨時臺灣舊慣調查會編（1911）。《臨時臺灣舊慣調查會第一部調查第三回報告書：臺灣私法》第二卷下冊。東京：臨時臺灣舊慣調查會。

期刊論文

Balkin, J. (1987). Deconstructive Practice and Legal Theory, *Yale Law Journal*, 96(4), 743-786.

Baron, J. (1989). Gifts, Bargains, and Form. *Indiana Law Journal*, 64(2), 155-204.

不著撰人（1906）。〈公證申請の増加〉，《臺法月報》2卷6號，頁72。
———（1930）。〈遺言無效確認請求事件（昭5上民第94號昭5625上告部
判例）〉，《臺法月報》24卷9號，頁105-107。

利谷信義（1971）。〈明治民法における家と相続〉，《社會科學研究》23卷1期，
頁30-104。

岩本喜之助（1908）。〈公正證書の證據力〉，《法院月報》2卷8號，頁47-51。

岡松參太郎（1903）。〈臺灣現時の法律〉，《臺灣慣習記事》，3卷1號，頁7-9。

宮崎孝治郎（1931）。〈(六)遺言の無効確認〉，《臺法月報》，25卷1號，頁
130-134。

網路資料

名古屋大学大学院法学研究科，《明治民法情報基盤》。載於：

<http://www.law.nagoya-u.ac.jp/jalii/meiji/civil/>