

高齡者遺囑之問題點與課題 — 為構築對應於高齡社會之遺囑制度 —

村田彰* (著)、王欽彥** (譯)

【目次】

- 一、前言
- 二、訂立遺囑所必要之精神能力
 - 1. 以意思表示為要素之法律行為
 - 2. 遺囑作為法律行為所具有之特性
 - (1) 可任意撤回
 - (2) 係死因行為
 - (3) 尊重真意 (最終意思) 之制度
 - (4) 係要式行為
- 三、高齡者遺囑之問題點與課題
 - 1. 有無遺囑能力之判定
 - (1) 東京地院平成 16 年 7 月 7 日判決 (判例タイムズ 1185 号 291 頁)
 - (2) 埼玉地院平成 21 年 5 月 15 日判決 (法院網站)
 - 2. 高齡者之精神機能
 - (1) 自書遺囑
 - (2) 公證遺囑
- 四、結語

* 流通經濟大學教授、法學院院長。

** 靜宜大學法律學系副教授。

一、前言

在日本，65 歲以上人口在總人口中所占比例（高齡化率）在 2012 年是 24.2%，依聯合國之定義，已進入超高齡社會（Super-Aged Society）。高齡化之比率今後也將持續增加，預估在 2020 年為 29.1%、2030 年為 31.6%、2040 年為 36.1%、2050 年為 38.8%、到 2060 年為 39.9%¹。由於預估在 2060 年每 2.5 人中有 1 人是 65 歲以上之高齡者，故有必要儘早採取作為，整備能因應高齡社會之法律環境。特別是日本利用遺囑之人幾乎都是高齡者，因此絕對有必要舉出現行遺囑制度之問題點、構築適合於高齡者之遺囑制度。

從而，本稿擬探究高齡者訂立遺囑時之問題點、指出為建構適合高齡社會遺囑制度之若干課題。以下，首先解明訂立遺囑所必要之精神能力之應有狀態，然後再進行對本稿課題之探討。此際，因一般常用之遺囑為自書遺囑及公證遺囑，故檢討對象將聚集在此二方式之遺囑。

二、訂立遺囑所必要之精神能力

日本民法 963 條（以下，引用日本民法時，僅引用條數。）規定：「遺囑人於訂立遺囑時，須具備該能力」。此處所謂「能力」，若將本條與 961 條、962 條、973 條 1 項等規定²對比，可認其並非意指為通常之財產

¹ 依據国立社会保障・人口問題研究所之網頁（<http://www.ipss.go.jp/>）中，「人口統計資料集（2014 年版）」中之「Ⅱ・年齡別人口」的「表 2-8 将来推計人口の年齢構造に関する指標：2010～60 年」。

² 961 條・962 條・973 條 1 項之規定如下。

961 條「滿十五歲者，得訂立遺囑。」

962 條「第五條、第九條、第十三條以及第十七條之規定，於遺囑不適用。」

973 條 1 項「成年被監護人暫時恢復辨明事理能力時，其訂立遺囑，須有醫師二人以上在場見證。」

此外，5 條、9 條、13 條及 17 條之規定如下。

行為(例,買賣)時成為問題之「行為能力」,而係訂立遺囑時所必要之「精神能力」(以下,有時稱「遺囑能力」)。從而,為解明遺囑能力之內容、

-
- 5 條:「(1 項) 未成年人為法律行為時,須得其法定代理人之同意。但,關於純粹獲得權利、或免除義務之法律行為,不在此限。(2 項) 違反前項規定之法律行為,係得撤銷。(3 項) 雖有第一項之規定,但法定代理人設定了目的而允許處分之財產,於其目的範圍內,未成年者可自由處分。其對未設定目的而允許處分之財產加以處分時,亦同。」
- 9 條:「成年被監護人之法律行為,係得撤銷。但,購入日用品或其他關於日常生活之行為,不在此限。」
- 13 條「(1 項) 被輔助人為下列行為,須得輔助人之同意。但,關於第 9 條但書所定行為,不在此限。
- 一 受領原本、或利用原本(譯註:指產生租金或利息等法定果實之財產)。二 借款或保證。
 - 三 以不動產或其他關於財產之重要權利之得喪為目的之行為。
 - 四 為訴訟行為。
 - 五 贈與、和解或締結仲裁協議(仲裁法(平成十五年法律第百三十八號)第 2 條第 1 項所規定之仲裁協議。)
 - 六 承認或放棄繼承、或分割遺產。
 - 七 拒絕贈與之要約、放棄遺贈、承諾附負擔贈與之要約、或承認附負擔之遺贈。
 - 八 新建、改建、增建或大幅修繕。
 - 九 超過第 602 條所定期間之借貸。
- (2 項) 家事法院得因第 11 條本文所定之人或輔助人或輔助監督人之請求,決定被輔助人為前項各款所揭行為以外之行為亦須得其輔助人之同意。但,關於第 9 條但書所定行為,不在此限。
- (3 項) 關於須得輔助人同意之行為,儘管被輔助人之利益無受損之虞,輔助人仍不予同意時,家事法院得因被輔助人之請求,給予代替輔助人同意之許可。
- (4 項) 就須得輔助人同意之行為,未得其同意或未取得代替其同意之許可而為者,係得撤銷。」
- 17 條「(1 項) 家事法院得因第 15 條第 1 項本文所規定之人或輔助人(譯註:日本民法設「後見」[本文譯為監護]、「保佐」[本文譯為輔助]、「補助」3 種制度)或輔助監督人之請求,決定被輔助人為特定法律行為須得其輔助人同意。但,得因該決定而須得其同意之行為,限於第 13 條第 1 項所定行為之一部分。
- (2 項) 因本人以外之人之請求而為前項決定時,須得本人同意。
- (3 項) 關於須得輔助人同意之行為,雖被輔助人之利益無受損之虞,輔助人仍不同意時,家事法院得因被輔助人之請求,給予代替輔助人同意之許可。
- (4 項) 就須得輔助人同意之行為,未得其同意或未取得代替其同意之許可而為者,係得撤銷。」

程度，而將遺囑與其他行為類型加以比較檢討的話³，首先，遺囑是讓行為者（遺囑人）之真意（最終意思）發生其相應之法律效果之制度，故其係以意思表示為要素之法律行為之一類型。因此，關於遺囑能力，有必要從其與意思表示之關係來加以考察。其次，遺囑於法律行為之中，與如買賣般之交易行為具不同特性。從而，本文擬著眼於遺囑作為法律行為而具有之特性，思索遺囑能力之應有相貌。

1. 以意思表示為要素之法律行為

如前所述，遺囑是以意思表示為要素之法律行為之一類型。從而，首先，若思索為意思表示所必要之精神能力（意思能力）之應有相貌⁴，那麼，有必要著眼於作為法律行為之要素之意思表示，其過程之各階段所要求之機能性的能力⁵。亦即，為意思表示之人（表意者）必須要基於某動機決定（形成）其有欲求一特定之適切效果之意思（真意）而對外表示，故其前提，係其應該必須具備有基於某動機決定其真意並對外表示所必要之精神能力。如此，遺囑既然是以意思表示為要素之法律行為，則訂立遺囑之人（遺言者），由於必須經歷了基於某動機而決定（形成）其欲求一特定適切效果之意思（真意）並加以對外表示之過程，因此，其前提係其在訂立遺囑之時，應具備了全部過程之各階段所必須之精

³ 強調對於成為問題之法律行為所必要之精神能力之內容，應就其與行為類型之關係加以把握者，須永醇「民事精神鑑定に関する2～3のメモ——民法学者の一人としての立場から」法と精神医療14号68頁（2000年）（同『須永醇 民法論集』292～293頁〔酒井書店、2010年〕所収）。

⁴ 關於意思能力之拙見，參見村田彰「意思能力と事理弁識能力」赤沼康弘編『成年後見制度をめぐる諸問題』28頁以下（新日本法規、2012年）、同「意思能力・日常生活行為」円谷峻編『民法改正案の検討 第2巻』260頁以下（成文堂、2013年）、同「任意後見契約と精神能力」実践成年後見45号29頁以下（2013年）、同「成年監護與意思能力」黃詩淳・陳自強編『高齡化社會法律之新挑戰：以財產管理為中心』281頁以下（新學林、2014年）。

⁵ 關於「機能性的能力」，參見五十嵐禎人「意思能力・行為能力・事理弁識能力の判定について——精神医学の立場から」小林一俊・小林秀文・村田彰編『高齡社会における法的諸問題：須永醇先生傘寿記念論文集』141頁以下（酒井書店、2010年）。

神能力。

與此相對，民法（債權法）改正檢討委員會，於『債權法改正之基本方針』（2009年）中，將意思能力，以「對為法律行為之意義加以辨明之能力⁶」加以概念構成，而法制審議會民法（債權法關係）部會，於『關於民法（債權關係）改正之中間試案』（2013年）中，關於意思能力，提議「法律行為之當事人，於法律行為之時，不具理解為該法律行為之意義之能力時，該法律行為係無効⁷」。另外，也有建議將意思能力定義為「辨明事理能力」之意見。如此這般，於對意思能力進行概念構成之際，係僅僅注目到理解能力或（事理）辨明能力。然而，如前所述，注目到意思表示全過程之各階段所要求之機能性的能力而對意思能力進行概念構成之時，例如，能夠為表示之精神能力，應該也要包含在意思能力之機能性能力之中⁸，不應僅注目在理解能力或（事理）辨明能力。

此外，於『基本方針』及『中間試案』，對意思能力進行概念構成時，並未顧慮到生物學的要素。然而，若不顧慮到生物學的要素，將產生下面問題。亦即，① 無意思能力與錯誤，於對應於表示之真意並不存在之點，係屬相同，無意思能力之事例，有時亦可用關於公序良俗之規定（90條）來處理。不過，錯誤規定與公序良俗規定均係以精神能力無障礙之人（通常人）為設想前提所為之規定，因此，對意思能力進行概念構成之時，特別是為了使其與錯誤之差異能夠明確，有必

⁶ 民法（債權法）改正檢討委員會編『債權法改正の基本方針』24頁（商事法務、2009年）、同編『詳解・債權法改正の基本方針I——序論・総則』79頁（商事法務、2009年）。「基本方針」中關於意思能力之部分，參見村田・前掲注（4）「意思能力・日常生活行為」262頁以下。

⁷ 法制審議會民法（債權關係）部會之『民法（債權關係）の改正に関する中間試案』，參見 <http://www.moj.go.jp/shingi1/shingi04900184.html>。

⁸ 此外，例如表示上之錯誤（如說錯、寫錯）般之行為支配之失敗，係由精神障害所引起時，也應當成意思能力之問題來處理，故控制能力也應包括在意思能力之機能性的能力之中。關於「控制能力」，參見須永醇「權利能力、意思能力、行為能力、責任能力」法學教室103号53頁注（1）（1989年）。

要包含生物學的要素。何況，於錯誤之場合，有考慮交易安全（＝相對人、第三人之保護）之需求，而為了讓保護無意思能力人甚於保護善意（無過失）之相對人、第三人之事能夠被正當化，有必要顧慮到生物學之要素來對意思能力進行概念構成。^② 如投資交易般之複雜契約之場合，倘意思能力不包含生物學的要素，則即便是通常人，亦可能當作無意思能力人來處理。不過、由①所述可知、由於不應該把通常人當成無意思能力人，故意思能力應包含生物學的要素。^③ 某人之精神能力之有無、程度，由精神科醫生來進行鑑定之時，生物學的要素應是不可或缺之要素。

如上所述，可認為於對意思能力進行概念構成之時，應包含生物學之要素。於生物學的要素，有因年齡所致之精神未成熟，也有精神障礙，而關於其中之精神障礙，不論是持續性的或一時性的，若能發現精神障礙對心理學的要素產生了影響，則在判定有無意思能力時被重視之心理學的因素大概也會比較容易證明，故生物學的要素對於無意思能力之證明，應係有用⁹。而這件事情，對於以意思表示為要素之

⁹ 村田彰「意思能力有無の判定と保佐開始の審判——福岡高裁平成 16 年 7 月 21 日判決」実践成年後見 44 号 111 頁（2013 年）。

此外，其後，於法制審議會民法（債權關係）部會，在第 82 次會議（2014〔平成 26〕年 1 月 14 日舉行）中，審議了『關於民法（債權關係）改正要綱案之檢討提案』，就意思能力，係認「於判斷意思能力時，是否應同時考慮精神上障礙——生物學的要素——以及欠缺從事合理行為的能力——心理學的要素，抑或是僅考慮心理學要素？是否除了判斷與辨識能力外尚應考慮支配自己行為所必要之控制能力？此等問題在理論上尚有爭論，關於意思能力之具體內容，宜繼續委諸解釋」（『民法（債權關係）の改正に関する要綱案のたたき台(7)』（部會資料 73A）26 頁），而不對意思能力進行概念構成。另外，村田・前掲・注(4)「意思能力・日常生活行為」269 頁也提到「是否需要生物學的要素，以及心理學的要素其內容如何，學說似尚未有定見，……，關於構成意思能力之要素之析出等等應委諸學說發展」。於第 90 次會議（2014〔平成 26〕年 6 月 10 日舉行）中被審議之『關於民法（債權關係）改正之要綱草案之原案（其一）』（部會資料 79-1），係提案「法律行為之當事人 於法律行為之時無意思能力者，該法律行為無效」（1 頁），於第 95 次會議（2014〔平成 26〕年 8 月 5 日舉行）中被審議之『關於民法（債權關係）改正之要綱草案之第二次案』（部會資料 82-1），則改為「法律行為之當事人 於意思表示時欠缺意思能力者，該法律行為無效」（1 頁），此案於第 96 次會議（2014〔平成 26〕年 8 月 24 日舉行）

法律行為之一類型的遺囑，亦應係如此。

2. 遺囑作為法律行為所具有之特性

其次，著眼於遺囑作為法律行為所具有之特性，來思索遺囑能力之應有狀況。於此，作為在思考此問題時所應重視之遺囑的特性，以下暫舉：遺囑人可任意撤回遺囑、遺囑係死因行為、遺囑係尊重真意（最終意思）之制度、遺囑係要式行為，之數點，來考察此問題¹⁰。

中被提案作為『關於民法（債權關係）改正之要綱草案』。

¹⁰ 關於遺囑能力之拙見，參見村田彰「高齡者の遺言——遺言に必要な意思能力を中心として」新井誠・小笠原祐次・須永醇・高橋紘土編『高齡者の権利擁護システム』77頁以下（勁草書房、1998年）、同「遺言をするのに必要な精神能力」新井誠・西山詮編『成年後見と意思能力——法学と医学のインターフェース』94頁以下（日本評論社、2002年）、同「法律家からみた遺言能力」司法精神医学7卷1号118頁以下（2012年）。

此外，遺囑被認為是無需受領（＝無相對人）之意思表示。最初提倡應區別需受領之意思表示（*empfangsbedürftige Willenserklärungen*）與無需受領之意思表示（*nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen*）者，為 Zitelmann（*Die Rechtsgeschäfte im Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Erster Theil, 1889, S. 22ff.*）。其係主張，區別隔地者間之意思表示者，係是否針對著相對人之「方向」（*Richtung*）以及其意思表示是否到達相對人之「受領」（*Empfang*），而實際上重要的毋寧是「受領」，從而應區別需受領之意思表示與無需受領之意思表示。如此，其後 Zitelmann 之此一區別在德國學說上受到一般性的承認（參見：村田彰「遺贈と心裡留保——特に包括遺贈を中心として（1）」*法学志林* 87 卷 4 号 120 頁注（13）〔1990 年〕）。

Manigk 反對此一通說（*Willenserklärung und Willensgeschäft, 1907, S. 313ff.*）。其認為，意思表示之本質係了知目的（*Kundgebungszweck*），故意思表示不能沒有了知受領者（*Kundgebungsempfänger*）的存在，從而，所謂「無需受領之意思表示」也必須以某種方式到達利害關係人。的確，若遺囑人把自己所作的遺囑書沈入大海深處，該遺囑書應該不會有人發現，故即便遺囑人死亡，該遺囑書應不生效。若如此，遺囑書要依其內容發生效力的話，必須遺囑書到達利害關係人。從而，他提倡說應該將意思表示區別為特定之意思表示即針對特定人所為之意思表示以及針對不特定人所為之意思表示。而後者係對不特定之複數人或多數利害關係人或有利害關係之團體全體所為之意思表示，而其中對多數利害關係人所為之意思表示即為遺囑（村田彰「遺贈と心裡留保——特に包括遺贈を中心として（2・完）」*法学志林* 88 卷 1 号 158 頁注（3）〔1990 年〕參照）。

如上所示，此 Manigk 之主張有其道理，從而本文不將無需受領（無相對人）意思表示列為遺囑之特性。

(1) 可任意撤回

如買賣般之交易行為，因有需要保護信賴行為（表示）之存在或外形之相對人，故原則上有必要保護相對人之信賴。為了讓行為人（表意者）負擔惹起此種信賴之法律責任，其前提係行為人（表意者）必須要具備有能合理地判斷（計算）自己的利害得失、對行為（表示）之內容與效果加以決定（形成）、並能對外表示之通常人所具有之精神能力。此係因為若行為時欠缺此種精神能力之人（表意者）進入交易關係，將可充分預見到該人（表意者）將蒙受損失，而相對人得到不當利益。因此，在交易行為，若行為人（表意者）欠缺能合理地判斷（計算）自己所受利害得失並對外表示被決定（形成）之意思所必要之精神能力（意思能力）的話，則有必要預先準備好不使該行為之效果歸屬於行為人（表意者）之法律手段（無意思能力之法理），或賦予行為人（表意者）之支援者或保護者同意權、撤銷權、代理權之制度（制限行為能力制度）。

與此相對，行為人（遺囑人）可任意撤回遺囑（1022 條以下）。因此，即便遺囑之利害關係人（如遺贈之受遺贈人）信賴遺囑之存在或外形，但由於遺囑可因撤回權之行使而消滅，故不能使遺囑人本人負擔惹起此種信賴之法律責任。如此一來，可進而認為，並不一定須要求遺囑人應具備能合理地判斷（計算）自己所受利害得失並能決定（形成）意思之通常人所具有之精神能力。

然而，自遺囑之撤回可能性所能推導出者，至多僅到如此而已。蓋當遺囑發生效力時，行為人（遺囑人）已經死亡。接下來，擬自死因行為來思考遺囑能力之應有相貌。

(2) 係死因行為

以行為人（表意人）欠缺意思能力為理由，將法律行為視為無效，在生前行為之場合，係歸結到對於精神能力未發達或不完全之行為人（表意人）本人之保護。與此相對，遺囑於遺囑人死亡時發生效力（985 條），於此意義上係死因行為。因此，遺囑之有效無效之問題，並非是

否保護遺囑人本人之問題，而是歸結到應該保護因遺囑被視為有效而受利益之人（如遺贈之受遺贈人）或因遺囑被視為無效而受利益之人（例：遺囑人之繼承人）之何者的問題。

如此一來，首先，由於遺囑與買賣等通常之法律行為不同，行為之效果根本不會歸屬到遺囑人本人，從而應該不會要求遺囑人判斷（計算）其本人所受利害得失，因此，即便遺囑人不具通常人所具備之能夠判斷（計算）自己所受利害得失並形成（決定）其意思之精神能力，亦可訂立遺囑。在這一點，遺囑能力係與保護精神能力未發達、不完全之行為者（表意人）本人之意思能力，有明顯不同。

其次，自遺囑之效力問題係歸結到應保護因遺囑而受利益及受不利益之人中之何者的問題這一件事，來思考遺囑人是否必須要判斷（計算）因遺囑所受不利益而決定（計算）遺囑內容。由於因遺囑而受不利益之人，通常是遺囑人之繼承人，故以下將以繼承人因遺囑受不利益為設想前提。首先，在日本民法，有特留分之制度（1028條以下¹¹），故有特留分之繼承人（特留分權利人），其作為繼承人之地位因這一制度而大致受到保障。雖然對於特留分權利人有廢除之制度（892條、893條），然而此廢除要被准許，僅限於具備法定事由之場合，故一般應能認為，特留分權利人作為繼承人之地位，係受到最低限度之保障。其次，思考不具特留分之兄弟姐妹成為繼承人之情形。在此情形，兄弟姐妹並無特留分，而且，也不能廢除兄弟姐妹作為繼承人之地位（參見892條），乍見之下，被繼承人之遺囑人，似乎必須考慮到兄弟姐妹所受利害得失，來訂立遺囑。不過，在設置有特留分制度之日本民法之下，無特留分反而意味著其繼承人之地位連最低限度之保障都沒有。而且，對於無特留分之繼承人並不適用廢除之規定（892條），故兄弟姐妹即便未

¹¹ 1028條之規定如下。「兄弟姐妹以外之繼承人，作為特留分，依下面各款所示區別，各自接受相當於各該款所定比例之額。

一、僅直系尊親屬為繼承人之場合 被繼承人財產之三分之一
二、前款所揭場合以外之場合 被繼承人財產之二分之一」

滿足 892 條所定之廢除要件，被繼承人以遺囑將其全部財產處分給兄弟姐妹以外之人，當然是被允許的。

如此，在設置特留分制度之日本民法之下，作為被繼承人之遺囑人，可以不用判斷（計算）繼承人所受不利益而決定（形成）遺囑之內容。這樣一來，則將不用特意要求遺囑人具備有判斷（計算）繼承人所受不利益而決定（形成）遺囑內容所必要之精神能力。不過，例如遺囑之內容大幅侵害特留分，或遺囑人並無享特留分之繼承人時，遺囑人係基於何種動機而決定遺囑之內容與效果，也可能成為問題，故遺囑人於訂立遺囑時，是否有能力可以收集與決定遺囑內容、效果有關之資訊並理解其所搜集到之資訊，也可能成為問題。

(3) 尊重真意（最終意思）之制度

如前所述，遺囑係容許遺囑人本人任意撤回，亦為死因行為，此乃因遺囑是尊重遺囑人之真意（最終意思）之制度。亦即，並無應該對信賴遺囑之存在或外形之利害關係人加以保護之需求，亦不存在著將效果歸屬於遺囑人本人之可能性，復以於日本民法因設置有特留分制度，從而不特意要求行為人（遺囑人）應對繼承人所受不利益加以判斷（計算）。因此，遺囑之內容與效果只要確實符合遺囑人之真意（最終意思）即已足夠，故遺囑人只要於訂立遺囑之時，對其依一定動機所決定之該遺囑之內容與效果（結果），具有能大致上理解而欲其實現所必須之精神能力，即為以足。如果這樣子來看的話，成為問題之遺囑之內容，即與遺囑能力之程度有關聯了。以下介紹 2 件裁判例。其均係遺囑人並無享特留分之繼承人，且均係變更遺囑之事例。

a 東京地院平成 4 年 6 月 19 日判決（家庭裁判月報 45 卷 4 期 119 頁）

遺囑人 A 做成二份公證遺囑、第一遺囑（昭和 58 年 10 月 20 日立 當時 73 歲）之內容，係遺贈給 X₃（原告。A 之表堂兄弟姐妹 X₁ 之姐之二女，與 A 係五親等血親之關係）建物甲，遺贈給 Y₁（被告。A 之同居人）建物乙，給 X₃ 及

Y₁土地丙之 2 分之 1 之持分，給 X₁（原告）B 股份有限公司之股份，給 X₂（原告。A 之表堂兄弟姐妹）C 銀行 D 分行之銀行存款，並指定律師 E 為遺囑執行人。其後，第二遺囑（昭和 62 年 3 月 23 日立 當時 77 歲）之內容，係取消第一遺囑，讓 Y₁ 繼承建物甲乙，讓 Y₁Y₂（被告。Y₁ 之配偶）以及 Y_{3~4}（被告。Y₁Y₂ 間之子）繼承土地丙之各 4 分之 1 之持分，讓 Y₁ 繼承股票、存款及其他所有動產，並指定律師 F 為遺囑執行人。另外，與 Y₃ 於昭和 61 年 11 月 6 日，與 Y₁Y₂ 於昭和 62 年 1 月 30 日，分別提出了與 A 成立收養關係之聲請。A 死亡後，X 等人對 Y 等人主張 A 於第二遺囑當時已無意思能力。法院認為，由於阿茲海默型老年失智症之急速進行，「可認定 A 約於昭和 63 年 3 月 20 日已陷於對辨明自己意思有所障礙之重度癡呆〔失智症〕狀態，考慮此認定之事實，並同時考慮到本件〔第二〕遺囑如前所述非必可認為係單純之內容」（傍點為引用者所加），則可認為 A 於本件第二遺囑當時，係欠缺遺囑能力。

b 京都地院平成 13 年 10 月 10 日判決（法院網站）

遺囑人 A 於做成將其全部財產遺贈給 X（原告。A 之遠親）之第一遺囑（公證遺囑〔平成 5 年 11 月 22 日立〕，當時 84 歲）之後，又做成將全部財產遺贈給 Y（被告。A 之遠親）之第二遺囑（公證遺囑〔平成 12 年 1 月 24 日立〕，當時 90 歲），然後於醫院因腦梗塞而死亡（平成 12 年 5 月 14 日）。關於第二遺囑之效力，法院認為：「於檢討癡呆性〔失智症〕高齡者有無遺囑能力時，除了遺囑人之癡呆〔失智症〕之內容程度如何之外，尚須充分考慮到遺囑人做成該遺囑之原因過程、該遺囑被做成時之狀況，並就其與該遺囑之內容係複雜或是單純之關聯性上慎重加以判斷」，而謂：「A 於做成第二遺囑當時，雖然癡呆〔失智症〕已經十分嚴重，然而尚保有與他人進行意思溝通之能力，保有於相當程度能把握自己處境之能力，另外，自 A 做成第二遺囑之過程、動機，並未窺見其有特別淺慮之跡象，況且，第二遺囑之內容係比較單純，又其對甲公證人所表示之意思亦可認係明確」（傍點為引用者所加），而認定 A 於做成第二遺囑之時，具遺

囑能力。

如上所述，法院於判定遺囑能力之有無時，亦考慮到成為問題之遺囑之內容的難易度。那麼，首先若觀察關於意思能力之學說的話，傳統之學說，就意思能力之基準，係設想了其是否具備滿七歲程度之通常人之智能¹²。然而，今日之通說，雖然亦認應以是否具備滿七歲通常人之智能來判斷意思能力之有無，同時亦認為，依成為問題之法律行為（意思表示）之難易，為該行為所必須之意思能力之程度亦有所差異——例如，就買賣之要約以及單純贈與之承諾，前者要求較高之精神能力，另外，同樣是買賣，其目的物係玩具或者係不動產之情形，後者要求較高之精神能力——，而承認了意思能力之「相對性」¹³。與此相對，自古以來即有認為根本不應就意思能力設定形式劃一之基準，而從正面主張意思能力之相對性之學說¹⁴，於今日採取此立場之學說¹⁵相當有力。不僅如此，關於遺囑能力之程度，晚近之學說¹⁶也漸

¹² 例如，於保不二雄『民法總則講義』47頁（有信堂、1955年）。

¹³ 米倉明「行為能力（一）」法学教室20号79頁以下（1982年）（同『民法講義總則（1）』84頁以下〔有斐閣、1984年〕所収）、幾代通『民法總則〔第2版〕』51～52頁（青林書院新社、1984年）、四宮和夫『民法總則〔第4版補正版〕』44頁（弘文堂、1996年）、四宮和夫・能美善久『民法總則〔第8版〕』30頁（弘文堂、2010年）、內田貴『民法I總則・物權總論〔第3版〕』103頁（東大出版會、2005年）、山本敬三『民法講義I總則〔第3版〕』39頁（有斐閣、2011年）、等。

¹⁴ 岡松參太郎「意思能力論（二）」法学協會雜誌33卷11号76～83頁（1915年）。

¹⁵ 須永醇『新訂民法總則要論〔第2版〕』38～39頁（勁草書房、2005年）、新井誠『高齢社会の成年後見法〔改訂版〕』161～163頁（有斐閣、1999年）、河上正二『民法總則講義』37頁（日本評論社）、等。

¹⁶ 須永醇「精神分裂病者の遺言能力——公正証書遺言のケース」〈判例評釈〉私法判例リマックス4号91頁（1992年）（同・『意思能力と行為能力』425頁〔日本評論社、2010年〕所収）、右近健男「公正証書遺言判例研究」（下）判例時報1518号166頁（1995年）、鹿野菜穂子「高齢者の遺言能力」立命館法学249号170頁（1996年）、升田純「成年後見制度をめぐる裁判例（6）」判例時報1589号20頁（1997年）（同『高齢者を悩ませる法律問題』220頁〔判例時報社、1998年〕所収）、伊藤昌司「遺言自由の落とし穴——すぐそこにある危険」河野正輝・菊池高志編『高齢者の法』187頁（有斐閣、1997年）、同『相続法』44～45頁（有斐閣、2002年）、篠田省二「遺言能力について」公証120号11頁（1998年）、村田彰「高齢者の遺言——遺言に必要な意思能力を中心として」新井誠・小笠原祐次・須永醇・高橋紘士編『高齢者

次地承認了其應依該遺囑之難易而有所不同（遺囑能力之「相對性」），前述 2 件裁判例亦於判定遺囑能力之有無之際，考慮該成為問題之遺囑之內容的難易。

(4) 係要式行為

最後，遺囑要求嚴格之方式（960 條）。因此，遺囑能力之應有狀態，應該也會因遺囑之方式而有所不同。從而，如本文冒頭所述，以下擬從自書遺囑及公證遺囑之方式之觀點，思考遺囑能力之應有狀態。

a 自書遺囑

自書遺囑，係以親自書寫遺囑書之全文、日期、姓名並蓋章之方式所為之遺囑（968 條 1 項）。從而，製作自書遺囑之人須於遺囑之時具備有能「親自書寫」（自書）其真正所欲之遺囑內容、效果（本文）及日期、姓名所必須之精神能力。如此一來，於此精神能力之中，應該須包含「通曉文字，並能加以書寫之能力」（識字能力）（參見最高法院昭和 62 年 10 月 8 日判決＝民集 41 卷 7 号 1471 頁）。

例如，最高法院平成 6 年 10 月 13 日判決（家庭裁判月報 47 卷 9 号 52 頁＝判例時報 1558 号 27 頁＝判例タイムズ 901 号 117 頁）之原審（高松高等法院平成 2 年 12 月 26 日判決＝金融・商事判例 991 号 26 頁），就罹患腦血管性失智症之遺囑人 A（當時 76 歲）所為自書遺囑之効力，認為：「原本應記載『子供』之處，誤寫為『小供』、『神懸』誤寫為『神縣』、『病』誤寫為『★』、『呉れた』誤寫為『★しくれた』、『不動産』誤寫為『不動彦』、『金錢』誤寫為『金★』、『株券』誤寫為『株卷』、『持つて』誤寫為『★持つて』、『ある』誤寫為『あるる』、『及び』誤寫為『★ぶ』（★表錯字）

の権利擁護システム』77 頁以下（勁草書房、1998 年）、岩木宰「遺言能力」梶村太市・雨宮則夫編『現代裁判法大系 12〔相続・遺言〕』201～202 頁（新日本法規、1999 年）、等。

等等，又其記載『金を使つたりのは私は（無法理解之字）たくした事はない。』，此係類似於其他老人性癡呆〔失智〕症患者所寫之字（本法院鑑定結果），顯示A有腦機能障礙」，而認定本件遺囑無效。

另外，東京地院平成 10 年 6 月 12 日判決（判例タイムズ 989 号 238 頁）¹⁷，就罹患老人性失智症之女性 A（當時 76 歲）所為之自書遺囑，認為：「本件遺囑係以極為凌亂之字體所書寫，甚至整體而言並未呈現文書之完整格式，唯一記載其內容之部分，除漢字外，混用了平假名和片假名，語順也不正常，又『家』係指哪棟建物、是否包含土地等，關於遺囑之重要部分之旨趣亦難認明確」，而認定 A 於做成本件遺囑時欠缺遺囑能力。

如此這般，於自書遺囑之場合，字形、有無錯漏字或無法理解之字、文字的排列等等，均成為判斷有無識字能力時之參考，況且在高齡者之場合，曾經習得之識字能力通常會隨著加齡或疾病而減退，識字能力之減退同時也可能顯示了遺囑能力之減退。相反地，具備應有方式、內容也明確無疑之自書遺囑，較之公證遺囑，更能讓人推測其具備遺囑能力¹⁸。

b 公證遺囑

公證遺囑，係於二人以上證人之在場見證下，遺囑人向公證人口述遺囑之旨趣（言語機能障礙者之場合，得將「口述」改為以「依通譯人之通譯（手語通譯等）為申述」或「自書」（筆談）之方式，將遺囑之旨趣傳達給公證人——969 條之 2 第 1 項），由公證人記錄，朗讀給遺囑人及證人聽聞（遺囑人是聽覺障礙者之場合，可代之以通譯人之通譯——969 條之 2 第 2 項）或讓其閱覽，遺囑人及證人於確認記錄之正確性後各自署名蓋章（但遺囑人不能簽名之場合，

¹⁷ 本件評釋，如：村田彰「自筆証書遺言に必要な精神能力」私法判例リマークス 20 号 84 頁（2000 年）。

¹⁸ 須永・前掲注（16）「精神分裂病者の遺言能力」84 頁（同・前掲注（16）『意思能力と行為能力』426 頁所収）。

可由公證人附記其事由，取代簽名），並由公證人附記其係依此方式製作證書之旨趣並署名蓋章，所依此方式做成之遺囑（969條）。以此看來，為公證遺囑之人，於遺囑之時，應該必須要具備有能夠將其真正所欲之遺囑內容與效果對公證人「口述」（言語機能障礙者之場合，藉由依通譯人之通譯（手語通譯等）為申述或「自書」（筆談）傳達遺囑之旨趣）所必要之精神能力。

例如，於最高法院昭和 51 年 1 月 16 日判決（最高裁判所裁判集民事 117 号 1 頁=家庭裁判月報 28 卷 7 号 25 頁），法院認為，公證人來到病房之時，遺囑人 A 「陷於將即刻昏睡之狀態，判斷力嚴重低落，其回答——無論是以言語，或是以點頭之動作——已陷無法信用之狀態。從而，對公證人之詢問，雖 A 有點頭之具肯定意味之反應，但其是否係於理解詢問之旨趣後點頭，不得不謂係十分可疑。不過，即便其係於理解詢問之旨趣後點頭，由於其僅點頭而未發一語，則於欠缺遺囑人之口述之點，並無不同」，而認定本件公證遺囑為無效（上訴駁回）。

如上所述，於遺囑，僅默示表示是不夠的，必須是遺囑人本人之真意之明確表示（明示），而明示之方法，於使用自書遺囑之場合係「自書」（自筆），於使用公證遺囑之場合係對公證人之口述（口授）。如此，於自書遺囑之錯漏字或於做成公證遺囑時遺囑人僅點頭而未發一語，可能同時顯示了遺囑能力之減退。不過，遺囑要發生其字面上之效力，僅符合方式尚有未足，其更必須是符合遺囑人真意（最終意思）之遺囑。因此，遺囑人必須要具備有依照遺囑之方式表示（明示）出自己之真意所必要之精神能力。

三、高齡者遺囑之問題點與課題

訂立遺囑所必要之精神能力大致如上，而如本文冒頭所述，日本利用遺囑之人一般係高齡者，而且今後人口之高齡化比率預料將更為增高，故以下擬舉出高齡者訂立遺囑之際之若干問題點與課題。

1. 有無遺囑能力之判定

如前所述，遺囑能力包含了心理學要素與生物學的要素，但有無遺囑能力之判定，最終必須是依據法律的判斷。儘管如此，應留意到有人指出，有法院係大幅依據醫學上之診斷來判定遺囑能力之有無。亦即，精神醫學者指出：「若觀察我國判例，可以見到依據『中等程度之人格水準低下以及癡呆〔失智症〕』、『意識障礙』、『阿茲海默老年癡呆〔失智症〕而判斷能力約四、五歲程度』、『中等程度以上之癡呆〔失智症〕狀態』等等診斷，來否定遺囑能力之事例。其判定方法明顯地強烈偏向生物學的方法¹⁹」，或者指出：「罹患重症之醫學疾患之場合，遺囑能力有被否定之傾向。特別是被認定為中等程度以上之癡呆〔失智症〕之場合，其遺囑能力多被否定²⁰」。此外，法律家指出：「鑑於在現實中成為問題之高齡者之遺囑，及其多係有住院經驗，醫生在遺囑做成前後所為關於遺囑人病狀之判斷，成為重要之資料²¹」。此外，於近期之判決例，判決「理由」中，出現了醫學上之種種測定法或基準。而且，這些評價結果對於有無遺囑能力之判斷也可能或多或少帶來影響²²。

¹⁹ 西山詮『民事精神鑑定の実際〔追補改訂版〕』51頁（振興医学出版社、1995年）。

²⁰ 白石弘巳「高齢者の遺言の尊重と遺言能力に関する研究」齋藤正彦代表『高齢社会における医療・保健・福祉制度と高齢者の人権』138頁（厚生科学研究費補助金総合研究報告書、2000年）。

²¹ 右近健男「遺言能力に関する諸問題」久貴忠彦代表編集『遺言と遺留分・第1巻遺言』58頁（日本評論社、2001年）。

²² 例如，長谷川式精神智能検査・改訂長谷川式簡易智能評價量表（HDS-R）（前掲東京地判平成4年6月19日・名古屋高判平成9年5月28日判例時報1632号38頁・判例タイムズ960号249頁・東京地判平成10年6月12日判例タイムズ989号238頁・東京高判平成12年3月16日判例時報1715号34頁・判例タイムズ1039号214頁・東京地判平成16年7月7日判例タイムズ1185号291頁・東京地判平成18年7月25日判例時報1958号109頁・横浜地判平成18年9月15日判例タイムズ1236号301頁・東京高判平成21年8月6日判例タイムズ1320号228頁・東京高判平成22年7月15日判例タイムズ1336号241頁・東京高判平成25年12月25日判例体系ID28220750）、腦之CT検査（名古屋地裁岡崎支部判平成5年5月27日家庭裁判月報46巻7号79頁・判例時報1474号128頁・判例タイムズ827号271頁・東京地判平成9年10月24日判例タイムズ979号202頁〔前掲名古屋高判平成9年5

的確，於判定高齡者有無遺囑能力之場合，由於做成遺囑之高齡者已經死亡，醫師之診斷或醫學上種種測定法及基準大概會成為重要的證據資料。不過，要判定有無意思能力，不應依照由生物學的要素（病名・症狀）直接下結論之生物學的方法，而應於確認生物學的要素後，把成為問題之行為所必須之精神能力是否有欠缺之心理學的要素也列入考慮²³。倘若如此，則於判定有無遺囑所必要之精神能力之際，不僅是生物學的要素，其是否能大致理解遺囑之內容與效果並適切地對外表示之心理學的要素，應該也必須要斟酌。例如，如前所述般，於判定有無遺囑能力之際，則可以遺囑內容之難易或其是否符合遺囑之方式作為參考。

此外，為了知道法院於判定有無遺囑能力時尚有哪些其他依據，以下考察 2 件裁判例。

(1) 東京地院平成 16 年 7 月 7 日判決（判例タイムズ 1185 号 291 頁）

遺囑人 A 做成二份遺囑。首先，第一遺囑（公證遺囑〔平成 10 年 8 月 24 日立〕）之內容，係將不動產、借地權、股票、有價證券、從現金中扣除 3500 萬圓後之殘額及其他一切遺產，由親生子 X₁、₂ 各繼承 2 分之 1，並將 2000 萬圓遺贈給 Y（A 之異母妹），1000 萬圓遺贈給 K，500 萬圓遺贈給 L，並指定律師 X₃ 為遺囑執行人。其次，第二遺囑（自書遺囑〔平成

月 28 日之原審判決〕、東京地判平成 9 年 10 月 24 日判例タイムズ 979 号 202 頁、東京高判平成 10 年 2 月 18 日判例タイムズ 980 号 239 頁）、數字・繪畫卡測試（東京地判平成 5 年 8 月 25 日判例時報 1503 号 114 頁）、東京都老人総合研究所之「異常智能衰退臨床判定基準」（名古屋高判平成 5 年 6 月 29 日家庭裁判月報 46 卷 11 号 30 頁・判例時報 1473 号 62 頁・判例タイムズ 840 号 186 頁）、美國精神醫學會所作成之 D S M III 或 D S M IV、W H O 所作成之 I C D 等診斷基準（前掲名古屋高判平成 9 年 5 月 28 日）、迷你心智狀態法（MMSE）（前掲東京地判平成 16 年 7 月 7 日、前掲横浜地判平成 18 年 9 月 15 日、前掲東京高判平成 25 年 12 月 25 日）、柄沢式老人智能臨床判斷基準（1989 年）、N 式老年者用精神狀態尺度（N M スケール・1988 年）（前掲東京高判平成 12 年 3 月 16 日）、等等。

²³ 西山・前掲注（19）『民事精神鑑定の実際』37 頁以下。

12年8月22日立))之內容,係「所有遺產均給Y」。遺囑人A死亡後,X₁₋₃以Y為被告,主張第二遺囑無效。法院謂:「遺囑能力之有無,應綜合觀察遺囑之內容、遺囑人之年齡病狀等身心狀況與健康狀態及其變化、發病時與訂立遺囑時之時間上的關係、訂立遺囑時與死亡時之時間的間隔、訂立遺囑時及其前後之言行及精神狀態、平時關於遺囑之意向、遺囑人與受遺贈人之關係、先前之遺囑之有無、變更先前遺囑之動機、情事之有無等等遺囑人之狀況,並依據於訂立遺囑之時點其是否具備能判斷遺囑事項(遺囑內容)之能力,來加以判定」,並認定在本案,於第一遺囑做成之後,「不能認為有讓A決意其完全不讓親生子X₁及X₂繼承遺產之動機以及事由之發生」、「應極難想像A有將其全部財產贈與給Y之意思」,又參酌醫學意見進行檢討後認為,遺囑人係處於判斷力、記憶力低落之相當於中等程度失智症之精神狀態,其原因可能並非僅係一時性之譫妄,而係腦血管性失智症所引起,「再加上前記認定事實,特別是A訂立本件自書遺囑之過程加以合併考量,應認為於本件自書遺囑(第二遺囑)當時,A無法理解遺囑之意義與內容並判斷其將來對關係人會產生何種影響」(傍點為引用者所加)。

(2) 埼玉地院平成 21 年 5 月 15 日判決(法院網站)

遺囑人A有二份遺囑,A死亡後,第二遺囑之效力受到爭執。法院參照第二遺囑之作成狀況、第二遺囑做成前後之事情,而認為:「即便可以認為A有在第二遺囑簽名,亦難以想見其係基於自己之意思而作成第二遺囑,故無法認為第二遺囑係A基於其意思所作成,亦即其係真正成立。另外,除上記各事情外,考慮到A於做成第二遺囑當時已屆82歲高齡,由生活在同一宅地之被告Y〔A之子,第一遺囑之受益人〕看來亦已顯痴呆〔失智症〕症狀,常處於失禁狀態,並考慮其自自宅樓梯跌倒而頭部受傷住院中〔……〕等等之事情,應可推認A於做成第二遺囑當時,欠缺理解遺囑之意義並辨明判斷其結果之能力,無論如何,應謂第二遺囑係無效,並無效力」(傍點為引用者所加)。

遺囑能力係關於遺囑人本人之精神狀態之問題，況且，遺囑發生效力之時，本人已經死亡，從而要判定遺囑能力之有無，並非易事。因此，法院除遺囑書外，依據訂立遺囑之動機、情事等遺囑書以外之一切外部證據，判斷該遺囑並未符合遺囑人之真意（最終意思），且從醫學的診察來看，認為本人之精神機能有問題時，即適用關於遺囑能力之 963 條而將該遺囑視為無效。依此看來，有無遺囑能力之判定，亦有判定其是否出自遺囑人真意之機能。法院之所以如此處理，諒係因為民法並無明文規定使非出自遺囑人真意之遺囑為無效。倘若如此，則增訂使非出自遺囑人真意之遺囑為無效之明文規定，應為今後之檢討課題。

2. 高齡者之精神機能

利用遺囑之人幾乎均為高齡者，從而遺囑必須要適合高齡者之精神機能之特性²⁴。若參考關於高齡者精神機能之精神醫學之見解，據精神醫學者齋藤²⁵之看法，認知機能、注意及感覺機能之加齡變化對意思決定產生很大影響，這些機能低落，再加上其與社會接觸機會之減少等等，使其可接受資訊之質的劣化、量的低下更形加速，而工作記憶之機能低下，將降低其在選擇取捨可同時考慮資訊時之柔軟性，結果使得高齡者於重要之意思決定之際，顯現出避開要求高度認知機能之方法或需要精神勞力之麻煩方法之傾向，接連使得其容易附和權威者或照顧者之意見。以下擬參考此意見，探索自書遺囑及公證遺囑之問題點。

²⁴ 檢討高齡者精神機能之特性之最近文獻，有：松田修・齋藤正彦「認知症高齡者の権利擁護と能力評価 — 知能検査および認知機能検査の成績と財産行為を含む生活行為の遂行状況との一致度の検討」老年精神医学雑誌 22 卷 6 号 723~733 頁（2011 年）。

²⁵ 齋藤正彦「高齡者の精神機能、責任能力、意思能力」司法精神医学 6 卷 1 号 37 頁（2011 年）。

(1) 自書遺囑

a 東京地院平成 18 年 7 月 25 日判決 (判例時報 1958 号 109 頁)

本事例，係有失智症症狀之遺囑人 A (90 歲) 所做成之內容大意为「我之所有財產，均由 F (三女) 繼承」之自書遺囑的效力成為問題之事實。法院認為：「本件遺囑書，難以認為係 A 於明瞭其所有資產之價值或其與推定繼承人之關係，進而理解本件遺囑之內容、意義後，以自己之意思所做成，而應可推認其係完全按照 F 的要求所做成；應可合理認為，A 已喪失了理解本件遺囑之內容、意義，進而做成遺囑之能力」。於此，係考慮到做成自書遺囑之際 F 對高齡遺囑人之意思之強力介入，而否定遺囑之效力。

此外，自書遺囑可能有他人介入之事例，可舉扶手書寫之情形。關於扶手書寫，有下面裁判例可供參考。

b 東京地院平成 18 年 12 月 26 日判決 (判例タイムズ 1225 号 307 頁)

因平成 15 年 10 月 7 日之結婚登記聲請而於戶籍上成為 A (平成 16 年 4 月 25 日死亡) 之妻子之 Y，主張 A 有自書遺囑，即其所手寫「15 年 10 月 7 日」、「A 讓渡於其妻 X」、「保險 損害保險 年金 存款 北越 BK 山梨中央 BK 及其他」等並蓋 A 印章而題名為「遺言書」之文書，聲請東京家事法院檢認本件遺囑書，法院依聲請檢認了該遺囑書。對此，A 之兄弟姐妹之 X 等人，主張：① A 於其推定做成本件遺囑書當時，右半身麻痺，無法以自己意思書寫文字，故本件遺囑書並非 A 所自行書寫，② 本件遺囑書並無明確之日期以及署名之記載，③ 平成 14 年 10 月 16 日多發性腦梗塞發病以來，A 之意識障礙惡化，當時 A 並無遺囑能力，而請求法院確認該遺囑無效。對此，Y 加以爭執，主張：① A 有練習寫字作為復健，Y 扶著其手，花時間即可以勉強寫字，本件遺囑書亦係為使其字不扭曲而由 Y 攙扶其手，A 係以自己之意思所做成，② 本件遺囑書有蓋 A 之印章，且「15 年 10 月 7 日」只可能解釋為「平成 15 年 10 月 7 日」，③ 本件遺囑書作成當時，A 可以與

Y或親近的人以隻言片語進行對話之意思溝通，具有遺囑能力。

法院為下述之判斷，認定遺囑無效。「A之讀寫能力原本沒有任何問題，平成14年10月16日，因多發性腦梗塞發病，導致右半邊麻痺、高度腦機能障礙以及時空意識迷失（譯註：「失見当識」），同年12月24日因左腦出血、腦室穿破，使得右半邊麻痺及高度腦機能障礙顯著惡化，其後雖有若干改善，但關於書寫，雖可認為其有以麻痺之右手書寫之意思，但不成字（平成15年4月7日），不能好好握住鉛筆，只能亂劃，即便看起來像字，也無法判讀（同年5月21日），筆壓微弱，無法寫字（同月26日及28日），只能亂劃曲線，不能成字（同年7月12日及16日），轉院到B溫泉醫院以後，其障礙老人日常生活自立程度為C（整日臥床，排泄、吃飯、換衣服需看護協助之狀態），關於寫字「可描寫但難以維持字形。」（同年9月8日），同月22日之MMSE結果為4點，於同年10月6日，看日曆也無法回答出當天的日期，指示其複寫自己的漢字姓名，也無法寫字，指示其唸出聲音，也無法讀出來，另外，指示其在油菜花的著色圖上塗色，雖輕輕地動了手，但隨即停止了，伸手協助的話多少持續其動作，但處於無法持續之狀態。

另外，依照C醫療中心復健科醫師D（…）等人之意見書（…），要書寫本件遺囑書所記載之筆畫多的字或小的字，必須要有Br量表第6級之機能，而A之Br級數為3到5左右，從而要A自力書寫病發前筆跡之文字就不用提了，連他人可判讀程度之文字也無法書寫。

然而，本件遺囑書中雖有若干歪斜之字，但例如「そんぼ」（譯註：損害保險）的「ぼ」字之「°」，圓圈的起點跟終點係一致，形成漂亮的圓形，「春野」的「春」字的「日」，也從第一筆到最後一筆沒有凸出來而維持完整形態等等，大致上係以完整之字所書寫，另外，依Y之供述，據說本件遺囑書係未經練習即開始寫，然而考慮到如前開認定事實，A之右上肢半邊麻痺及高度腦機能障礙之程度已相當惡化，則完全沒有寫錯、寫壞，並不自然，如果Y僅僅是為了扶著A的手而自背後從A右手外側握住，A係依其意思運筆的話，應該無法寫出像本

件遺囑般的文字，另外，重現本件遺囑作成經過之照相攝影報告書(…)附件之「遺囑書」中所記載之字的筆跡，與本件遺囑書中所記載之字的筆跡相似。

依前開所述，則 A 於做成本件遺囑當時，難以斷定係具自行書寫能力，又 Y 於本件遺囑作成之際所為之輔助，難以認為其僅限於在下筆、改行、調整字的間隔或行距之際將 A 之手引導到紙的正確位置，或係放任 A 之手任意移動、Y 僅係為了讓其容易書寫而扶持，而從筆跡上可以判定沒有 Y 之意思介入之形跡。」

最高法院昭和 62 年 10 月 8 日判決（最高裁判所民事判例集 41 卷 7 号 1471 頁=家庭裁判月報 40 卷 2 号 164 頁），關於藉由他人輔助所為之遺囑，認為於 ① 遺囑人於做成遺囑時具自行書寫能力，② 他人之輔助，或僅止於在下筆或改行之際或為了調整字距或行間而將遺囑人之手引導到紙的正確位置，或遺囑人之手的動作係任由遺囑人之意思，遺囑人僅係為了容易書寫而受他人扶持，且 ③ 從字跡中可判定出輔助僅限於前述樣態，亦即並無為輔助之他人之意思介入之形跡，則可以認為係符合「自書」之要件。本判決也引用前揭最高法院昭和 62 年 10 月 8 日判決，認為 A 欠缺自書能力，並以此為前提而對遺囑書所記載之文字加以分析等等，最後認定上記要件①②③均有欠缺。

的確，若考慮到高齡者之精神能力之特性，即其於重要的意思決定之際有避免要求高度認知能力之方法及費神之麻煩方法之傾向，並因此容易附和權威者或照護者的意見的話，則不應該讓遺囑之利害關係人在旁提供輔助。這種情況之高齡者若欲設立遺囑，應以公證遺囑為佳。不過，高齡者利用公證遺囑之場合，可能會有例如下面之問題。

(2) 公證遺囑

- a 最高法院平成 13 年 3 月 27 日判決(家庭裁判月報 53 卷 10 号 98 頁=判例時報 1745 号 92 頁=判例タイムズ 1058 号 105 頁)

本件係遺囑人 A 於肝癌死亡前一日，在訂立以養父 B 為受遺贈人

並完全不讓 A 妻 X（原告、控訴人、上告人）繼承之公證遺囑之際，除有二名無 974 條所定欠格事由之證人在場見證外，B 之長女也在場之事實。於本案中，X 針對遺言執行者 Y（被告、被控訴人、被上告人），申請確認本件公證遺囑無效。一審二審 X 皆敗訴，遂上告。最高法院認為：「公證遺囑做成時，既有民法所定之證人在場見證，則即便偶有不得成為該遺囑見證人之人在場，除非有該人會左右遺囑內容，或妨礙遺囑人依自己之真意而為遺囑等等之特殊情事，否則不能謂該公證遺囑之做成程序違法，而應認為該遺囑並非無效」。然而，受遺贈人之直系卑親屬等利害關係人之在場，若遺囑人係高齡者，不無可能對遺囑人造成壓力，故即便不是作為見證人身份之在場，亦應避免。

b 東京高等法院平成 25 年 3 月 6 日判決（判例時報 2193 号 12 頁＝判例タイムズ 1395 号 256 頁）

遺囑人 A 與其妻 B 之間沒有子嗣，A 之父母也於 A 死亡前陸續死亡。Y₁（被告・上訴人）係 A 之弟，Y₂（被告・上訴人）及 X（原告・被上訴人）係 A 之妹，Y₃（被告・上訴人）係 A 之弟 C 之妻。A 訂立了將全財產由妻 B 繼承之自書遺囑（昭和 55 年 4 月 25 日立。以下稱「舊遺囑」）。其後，A 於橫濱地方法務局所屬 D 公證人之參與下做成公證遺囑（平成 19 年 3 月 2 日立）。本件公證遺囑之內容，係將 A 之全財產由 X 繼承，並讓 X 成為祭祀祖先之主祭人及遺囑執行人。A 死亡後，X 以 Y 等人為被告，請求確認本件遺囑有效。對此，Y 等人主張：於本件遺囑當時，A 有重度之憂鬱症、失智症，於平成 19 年 2 月 22 日以後發高燒並反覆出現嚴重異常行為（譯註：「不穩行動」），罹患嚴重肺炎，陷於危險狀況，故 A 無遺囑能力，且不可能訂立於 B 活著時即將全財產由妹 X 繼承之遺囑等等，爭執其有效性。

第一審之橫濱地方法院橫須賀分院認為，本件遺囑當時，難認 A 無遺囑能力，且 A 十分可能因為 B 之病名、病情等而想變更舊遺囑之內容等等，而許可 X 之請求。Y 上訴。

東京高等法院認為 A 無遺囑能力，撤銷原判決。其認為，「公證人於做成公證遺囑時，應盡可能排除因遺囑得到利益之人對遺囑人之影響，而在本案，於遺囑人並未委託之情形下，X 與公證人討論遺囑內容，而公證人與 A 進行對談時，參與遺囑討論之 X 在場，X 是否全無介入，並不明朗」，並認為，「於本事案，A 轉院到センペル〔在逗子市之清光會センペル逗子診所〕去係 X 一個人的決定而係違反本人意願，X 未得 A 同意就將 A 之住所遷移到 X 之自宅住所，甚至未經同意即去辦理印鑑登記，且未聽說 A 想重新訂立遺囑，X 就進行了內容係由 A 繼承全部財產之遺囑訂立程序，另外 D 公證人做成本件遺囑等之程序，於其未充分確認本人（自宅住所）、未排除受遺贈人、未嘗試可否署名、未注意到 A 之視力障礙、A 是否已經能理解任意監護契約等等之點，均有疑問」。

前揭東京高院平成 25 年 3 月 6 日判決之事案，係受益人主導並與公證人磋商遺囑內容。在此種受益人主導型之場合，有指出：「容易造成侵害特留分之遺囑，於判定遺囑能力或確認遺囑人之真意時，必須要審慎²⁶」，應予注意。另外，前揭最高法院平成 13 年 3 月 27 日判決中之受遺贈人之長女、前揭東京高院平成 25 年 3 月 6 日判決之遺囑受益人本人，均於公證遺囑做成時在場。在這種場合，考慮到高齡者之精神機能，應有必要錄音或錄影，使有必要時能重現公證遺囑之做成程序。例如，於名古屋高等法院平成 14 年 12 月 11 日判決（法院網站登載），雖係關於公證遺囑做成前所錄音之帶子，其謂：「依錄音帶中之會話，A〔遺囑人〕有包含誤認人物在內之時空意識迷失（譯註：「失見当識」），欠缺委託律師之認識，記憶曖昧，沒有充分把握財產現狀、分配對象人等基礎事實，注意力極度散漫，思考雜亂，無本人自己意思之表達，受到誘導而幾乎都處於被動狀態，並且，其於住院前即已無法辦理提領存款之手續，也不能理解存款賬戶之種類等，從而可以判

²⁶ 小瀨保郎「公正証書遺言の実態と問題点」久貴忠彦代表編集『遺言と遺留分・第 1 卷遺言〔第 2 版〕』144 頁（日本評論社、2011 年）。

斷認為，即便以口頭加以說明，其仍然沒有理解本件遺囑內容之能力」。於此，訂立公證遺囑前所錄音之帶子被採為證據，並且係被用以推認不具遺囑能力。

因此，公證人於做成公證遺囑之際，將遺囑人之聲音錄下來，或將遺囑人的模樣錄影下來，將可成為日後判定有無遺囑受益人介入、有無遺囑能力、或遺囑是否符合遺囑人之真意等問題時，有助益之證據。如此一來，在公證處設置此類錄音錄影設備，即成為今後的課題。

四、結語

高齡社會即將正式到來，故有必要儘早積極整備合適之法律環境，本稿基於此一問題意識，僅於究明訂立遺囑所必要之精神能力之應有狀態後，指出了高齡者於訂立遺囑之際之若干問題點與課題。

在台灣，高齡化率在 2017 年將為 13.9%，基本上已經進入高齡社會（Aged Society），於 2026 年高齡化率更將增加為 20.8% 而邁入超高齡社會²⁷。若如此，顯然台灣早晚將處於與日本相同之狀況。在台灣，利用遺囑的人也幾乎都是高齡者，如果就適合台灣的高齡者之遺囑制度而言現行遺囑制度仍稍有改善餘地，而我的報告能為檢討此問題之人士提供些許參考的話，將是望外之喜。

²⁷ 依據作為行政院組織改革之一環而於 2014 年 1 月 22 日改組之國家發展委員會網頁（<http://www.ndc.gov.tw/>）中之行政院經濟建設委員會「中華民國 2012 年至 2060 年人口推計」（2012 年 8 月）中之「表 11-3 未來人口三階段年齡結構、扶養比及老化指數-中推計」。

