

论法的民族性与我国继承法的修改^{*}

麻昌华^{**}

内容摘要:传统的民族习惯是民族文化的重要组成部分和制定法的重要渊源,具有深厚的文化价值和民情基础。继承制度作为人类历史上最古老的制度之一,具有显著的民族性特征,其发展和完善应与本国的政治、经济、文化和民族传统习惯相适应。面对经济和社会的快速发展和急剧转型,我国现行继承法已难以为继,立法修改迫在眉睫。继承法的修改在借鉴国外继承制度的同时,必须结合我国实际对继承习惯的优劣性进行价值考量,融入合理的继承习惯内容,促使继承法借助习惯有效渗入民众现实生活,真正实现民间法与制定法的良性互动。

关键词:继承制度 继承习惯 民族性 立法修改

DOI:10.13415/j.cnki.fxpl.2015.01.013

《民法典》编纂的过程,实质上是一个民法规范选择、完善和体系化的过程。如何对待广泛存在于民间社会的继承习惯规则,是我国继承法修改及《民法典》编纂时必须进行探讨的重要命题。

一、我国继承法民族性的体现

在我国现代社会转型过程中,如何对待民事习惯和民族传统文化比对待国家制定法更为重要,尤其在婚姻家庭法和继承法领域。原因在于习惯法比国家制定法更贴近普通民众生活,对普通民众的影响更大,对普通民众的规范更直接。^①随着市场经济的快速发展和社会财富的不断增加,1985年制定的现行继承法已难以满足和适应现代经济生活的需要,立法修改已迫在眉睫,但继承法的修改在借鉴国外先进继承制度的同时,必须结合我国的国情和实际,尤其应在尊重传统民族文化和继承习惯的基础上完成继承法的现代化转型。因此,构筑一部具有包容性和开放性的现代继承法是时代发展的需求,也为中国民法典·继承编的编纂奠定坚实的基础。根据本项目课题组的调研数据和资料所反映的继承传统习惯和现实继承情况,^②本文主要从现行继承法规定的继承人的范围和顺序、遗产的范围、遗嘱的方式、特留份制度以及遗产债务的清偿等几个方面对其民族性表现状况进行评析,为下一步立法的修改和完善提供理论参考。

(一)继承人的范围和顺序

1.继承人的范围

根据我国《继承法》第10条规定,继承人的范围包括配偶、子女、父母、兄弟姐妹、祖父母和外祖父母。第12条规定,对公婆或岳父母尽了主要赡养义务的丧偶儿媳或女婿,作为第一顺序继承人。第32条规定,无人继承又无人受遗赠的遗产,归国家所有;死者生前是集体所有制组织成员的,归所在集体所有制组织所有。由此可见,继承法将法定继承人的范围严格限制在了上述范围内。一旦被继承人生前没有以遗嘱的形式明示对其遗产做如何处理,又无法定继承人的,其遗产将被依法收归国家或者其生前所在集体所有制组织所

* 本文为国家社会科学基金项目“《民法典》编纂中的法律资源选择”(批准号:10BFX057)的阶段性成果之一。

** 中南财经政法大学法学院教授,博士生导师。

① 参见高其才:《中国习惯法论》,湖南出版社1995年版,第18页。

② 为充分地了解民间社会的继承习惯传统,国家社会科学基金项目“民族性与国际性:民法典编纂中的法律资源选择”(项目编号为10BFX057)课题组在项目负责人麻昌华教授的主持下,分别于2011年7—8月和2012年7—8月期间在豫、陕、冀、晋、鄂、徽、云、贵、粤九省部分地域采用问卷调查、个人访谈等形式对民间继承习惯情况进行了社会调研,共收回有效调研问卷1343份,制作访谈笔录34份,并对上述调研资料进行了认真整理和分析,形成了调研报告。下文有关调研数据情况除注明其为其他学者调研数据外,均默认以本课题调研报告为依据,为行文简洁,不再逐一注明。

有。自古以来,继承制度主要以血缘关系和婚姻关系为基础和依据。根据本课题调研的情况显示,如果没有《继承法》规定的法定继承人的情况下,一般由四等亲以内的旁系亲属继承,很少有将遗产交归国家或集体所有的情形。中国是一个非常看重家庭观念的国家,民众非常重视家庭成员之间的亲情和血缘关系。从历史传统乃至现实生活来看,四等亲以内的亲属关系都是相当密切的,甚至在一些特殊家庭中,抚养和赡养的义务主要依靠四等亲以内的旁系亲属(叔、伯、姑、舅、姨、侄子女、外甥子女等)在履行。在我国社会养老供给机制不完备的背景下,把四等亲以内的旁系亲属纳入到法定继承人的范围,是同我国的历史传统和民族习惯相适应的。但是,根据现行《继承法》规定,四等亲以内的旁系亲属却不属于法定继承人的范围之列,这显然与我国的传统习惯和当今的现实生活发生了错位。

由于我国《继承法》的法定继承人范围较为狭窄,加之计划生育政策造成的独生子女家庭越来越多,现实生活中极有可能导致被继承人的遗产无人继承而转为国家或集体所有,这显然不符合被继承人的意愿和民众的传统继承心理。因此,我们建议将侄子女、外甥子女、叔、姑、舅、姨等四等旁系亲属纳入法定继承人的范围,尽量避免遗产无人继承收归国家或集体所有,最大限度上减少公权对私人财产的介入和干预。

关于养子女对生父母遗产是否享有继承权,根据我国《收养法》第23条的规定:“自收养关系成立之日起,养父母与养子女间的权利义务关系,适用法律关于父母子女关系的规定;养子女与养父母的近亲属间的权利义务关系,适用法律关于子女与父母的近亲属关系的规定。养子女与生父母及其他近亲属间的权利义务关系,因收养关系的成立而消除。”然而,养子女与生父母之间的权利义务虽因收养关系的成立而消除,但两者之间的血缘关系是事实存在、无法割断的。我国《继承法》司法解释第19条规定:“被收养人对养父母尽了赡养义务,同时又对生父母扶养较多的,除可依《继承法》第十条的规定继承养父母的遗产外,还可依《继承法》第十四条的规定分得生父母的适当的遗产。”这体现了权利与义务对等的原则。根据本课题组对该问题的调研问卷显示,^③39.1%的被调查者认为有继承权;25.6%的认为没有继承权;18.4%的认为如果还有其他子女,则没有继承权;15.3%的认为可以适当继承。现实中,收养关系形成原因比较复杂,主要有合法收养、过继^④和因抱养而形成的事实收养。目前在农村,收养关系大部分是在被收养人刚出生不久时因抱养而成立,送养人和收养人之间都有约定,除非第三人恶意破坏,被收养人一般并不知自己的亲生父母。目前DNA亲子鉴定技术已经成熟,一旦被收养人知道自己的身世,找到其生父母,又不愿解除原收养关系的,是否对生父母的财产享有继承权变得异常复杂。实践中,一般依据是否形成收养关系和事实上形成抚养关系作为判断标准。如果收养关系成立,被收养人不能继承生父母的遗产。只有在其生父母无法定继承人时,或对生父母尽了较多扶养义务时,被收养人才可以继承或适当分得生父母的遗产。

关于丧偶儿媳和女婿对公婆或岳父母尽了主要的赡养义务的,均作为第一顺序法定继承人的规定,其立法目的主要是为了保证老人的生活有保障和依靠,便于弘扬中华民族的传统美德。但实际调研发现,丧偶儿媳和女婿之所以对公婆或岳父母尽赡养义务,其主观目的并非为了将来继承老人的遗产,而是基于个人情感履行其道德义务和家庭责任。若其再婚,被继承人的遗产将无疑转入他人之下,这不符合“家财不外移”的传统习惯。另外,将尽了主要赡养义务的丧偶儿媳和女婿排除在法定继承人的范围之外并不影响其子女的代位继承权的实现。为了体现权利和义务相一致的原则,可以在遗产分割时赋予其适当分得遗产的权利,而这一权利并非法定继承权。

2. 继承人的顺序

《继承法》第10条规定:“遗产按照下列顺序继承。第一顺序:配偶、子女、父母。第二顺序:兄弟姐妹、祖父母、外祖父母。继承开始后,由第一顺序继承人继承,第二顺序继承人不继承。没有第一顺序继承人继承

^③ 该调研样题为:在当地,养子女对亲生父母的财产是否享有继承权?A.没有;B.如果生父母家还有其他孩子,则没有;C.有,与被收养没有关系;D.有,但要减少份额。

^④ “过继”,又称“立嗣”或“承嗣”,是我国旧时农村存在的一种习俗,是指没有儿子的人,为了传宗接代、承继香火,养老送终,以亲兄弟、堂兄弟同宗族的儿子为自己儿子的做法。它是我国封建宗法制度下的一种特殊收养形式。新中国成立后,废除了封建宗法立嗣制度,现行法律对其不予认可。过继形式因地而异。如陕西过继子嗣有三种形式:一是从小过继;二是成人过继;三是宗族议定。在当前农村,过继子女现象仍然存在。关于过继子女的法律地位问题,我国《婚姻法》和《继承法》均未明确规定。实践中经常发生过继子女与亲生子女之间的继承纠纷。

的,由第二顺序继承人继承。”关于继承顺序,本课题调研的问卷统计显示,^⑤受访的35.1%的人认为配偶优先继承,24.5%的认为子女优先继承,30.1%的认为配偶、子女和父母平均继承,只有8.2%的认为父母优先继承。可见,第一顺序继承人的继承地位在民众传统继承心理中并非完全相同,配偶的继承地位优先于子女和父母。山东大学王丽萍教授在山东省的民间继承习惯调查结果也证实了这一点。^⑥在访谈中也了解到,在广大农村地区,被继承人去世后,遗产一般不予分割继承,而由其配偶负责掌管,只有在双方均去世后,才由其子女分割继承,外嫁女一般不参与继承。如果有数个子女的,由于存在“分家析产”的传统习惯,房屋等不动产遗产一般由与被继承人共同生活的儿子继承,动产遗产按照子女的人数平均继承。在被继承人有子女继承的情况下,被继承人的父母一般不参与继承。兄弟姐妹、祖父母、外祖父母以及侄子女、外甥子女、叔、姑、舅、姨等亲属只有在没有配偶、子女、父母的情况下才参与继承。在继承习惯中之所以存在与法定继承顺序的差异,原因在于“家产不外移”的传统观念,尽量避免把遗产向更远的旁系血亲或姻亲扩散和转移。

在中国传统的“同居共财”^⑦家庭生活中,经济上的“共财”并不意味着法律上的财产完全的均等的“共有”。^⑧按照传统习惯,女儿作为家庭一员,虽具有在共财中被抚养的资格,但在财产所有和继承方面却无和儿子相同的权利。在我国广大农村,尤其是偏远地区,由于存在“嫁出去的女儿泼出去的水”等传统观念,外嫁女不参与财产继承的现象普遍存在。《继承法》作为最具民族性的部门法之一,其与一国的婚姻家庭制度和传统习惯有着密切的联系。传统观念否认外嫁女享有继承权在一定程度上反映了儿子和外嫁女在家庭中的权利义务责任不相同,这是由中国传统的家庭生活方式和经济生活条件所决定的。其虽有悖于“继承权男女平等”的基本原则,但该传统深深地根植于中国传统文化的土壤中,具有顽强的生命力,并被乡土社会所普遍接受。正如马克思和恩格斯分析继承现象时指出的那样,继承法最清楚地说明了法对于生产关系的依存性。^⑨因此,继承法欲冲破这一传统习惯的藩篱将需漫长的过程。进一步分析,否认外嫁女享有继承权从个体家庭来看违背了男女平等原则,但从社会整体来看,继承关系中遵循着同一规则却是相对公平的。因为外嫁女新融入的家庭中同样否认其外嫁女的法定继承权。因此,继承法的修改应在当事人自愿接受这一继承习惯的前提下,尊重乡土社会中的传统做法。事实上,通过调研了解到,法官在司法实践中经常按照当地的继承习惯对遗产继承纠纷进行调解和化解,取得了良好的社会效果。

关于配偶的继承顺序,各国的继承法主要采用两种立法体例:一是固定继承顺序;二是无固定继承顺序。从我国民间习惯来看,在被继承人有直系卑亲属时,父母一般不参与继承,遗产由被继承人的直系卑亲属和配偶均分。当被继承人没有直系卑亲属时,才由父母和配偶继承遗产。在这种情况下,配偶和父母如何分割遗产是继承法修改讨论的一个焦点问题。父母和配偶是按人数均分还是父母和配偶各分遗产的一半在学界存在争论。鉴于国外配偶无固定顺序和我国现实生活中的做法,配偶和父母各继承遗产的一半较为合理,也符合被继承人的意愿。另外,被继承人死亡后,房屋和家具等基本生活资料一般先不予分割,配偶和依靠被继承人赡养或抚养的父母和未成年子女对上述部分遗产享有优先使用权。但我国现行《继承法》对上述权利未进行规定,应在修改时加以明确规定,保障上述继承人的基本生活需求。

^⑤ 该调研样题为:在当地,“配偶、子女、父母”三者对遗产的继承,一般会怎么处理? A.配偶优先继承; B.子女优先继承; C.父母优先继承; D.三者平均继承。

^⑥ 调查统计结果显示,第一顺序继承人的选择中配偶的比例最高(丈夫84.6%,妻子80.8%),其次是子女(儿子54.4%,女儿49.5%),再次是父母(父亲39.6%,母亲38.3%)。参见王丽萍:《我国〈继承法〉法定继承规定的民间态度——山东省民间继承习惯调查研究》,载《甘肃政法学院学报》2007年第3期。

^⑦ “同居”即以男性血缘关系为核心的数代同堂或兄弟同居;“共财”即家庭财产的共产制,即祖传的家产以及家庭劳动所得全部归家产,作为家庭中的成员获得被抚养的资格。参见何燕侠:《女性财产继承权的历史考察——法原理与法习惯方面的纠葛》,载《大连大学学报》2003年第3期。

^⑧ “共财”和“共有”是有区别的,“共财”是经济上的共同关系;而“共有”是法律上的财产关系。参见[日]滋贺秀三:《中国家族法论》,创文社1967年版,第92页。

^⑨ 参见《马克思恩格斯全集》第3卷,人民出版社1960年版,第420页。

（二）遗产的范围

我国的遗产范围制度分散规定在《继承法》第3、4条以及最高人民法院的司法解释中。^⑩从上述规定来看,我国《继承法》对遗产采取了正面概括加正面列举的立法模式,未从反面进行界定。随着社会的发展,财产的类型处于不断扩张之中,虽然列举式模式的缺陷在于无法穷尽全部的财产类别,但通过列举遗产的范围有利于引导民众确定自己的遗产范围,树立正确的财产追求目标,符合民众的思维习惯。遗产范围问题的难点在于仅从正面规定遗产的范围是不完整的,还应从反面限制的角度规定不属于遗产的范围,同样可以起到引导作用。因此,在修改《继承法》时,应采取概括的方式规定遗产的概念,以正面列举的方式规定遗产具体范围的同时,以排除式方式明确哪些财产不是遗产。^⑪

关于遗产的性质问题,用合法性来判断财产是否属于遗产是不科学的。一般而言,遗产的合法性判断需要由第三方机构进行认定,而由继承人判断遗产是否合法没有实际意义。正如古罗马法学家乌尔比安所言:“我们不考虑忽视立遗嘱意愿的人……占有遗产上合法或是不合法。因为占有遗产或者遗产之一部分无论是否合法都能以告示被提起诉讼。”^⑫国外立法一般通过共同继承人对遗产的权利瑕疵担保责任予以救济。我国的继承传统也是如此,在遗产继承时,第三方机构未认定遗产为非法的,一般推定遗产是合法的。从实践上看,对遗产逐一审查其是否合法,不具有可操作性。故而,立法修改时应将限制遗产概念的“合法”一词删除。

值得关注的是,农民所特有的土地承包经营权和宅基地使用权能否作为遗产的类型一直备受争议。我国2007年颁布的《物权法》明确规定土地承包经营权可以采取转包、互换、转让等方式流转,^⑬但能否通过继承方式流转则未予以规定。在性质上,土地承包经营权和宅基地使用权都属于用益物权的范畴,是典型的财产权并具有强烈的身份属性。当前农村实行的土地承包政策30年不变,使土地承包经营权的财产属性更为强烈。为了与《物权法》、《农村土地承包法》、《土地管理法》协调一致,在继承时应区分继承人的不同身份区别对待,如继承人属于本集体经济组织的成员,则允许继承,否则,只能继承转让上述用益物权所取得的经济利益。

（三）遗嘱继承

1. 遗嘱的方式

我国《继承法》第20条规定遗嘱有公证遗嘱、自书遗嘱、代书遗嘱、录音遗嘱、口头遗嘱五种形式。根据陈苇教授主持的我国民众继承习惯调查显示,目前我国民众对密封遗嘱这一问题态度比较多元化。^⑭现实生活中虽然存在密封遗嘱的形式和情形,但密封遗嘱本质上是公证遗嘱、自书遗嘱、代书遗嘱乃至录音遗嘱的一种外在表现形式,目的在于确保被继承人去世之前不愿公开的遗嘱内容处于保密状态,避免继承人因遗嘱的内容引发家庭纠纷。因此,立法应当认可遗嘱密封这一特殊外在形式,但不应作为遗嘱的一种单独类型和形式。

2. 共同遗嘱

^⑩ 《继承法》第3条规定,遗产是公民死亡时遗留的个人合法财产,包括公民的收入;公民的房屋、储蓄和生活用品;公民的林木、牲畜和家禽;公民的文物、图书资料;法律允许公民所有的生产资料;公民的著作权、专利权中的财产权利;公民的其他合法财产。第4条规定,个人承包应得的个人收益,依照本法规定继承。个人承包,依照法律允许由继承人继续承包的,按照承包合同办理。

^⑪ 参见麻昌华:《遗产范围的界定及其立法模式选择》,载《法学》2012年第8期。

^⑫ [意]桑德罗·斯奇巴尼选编:《婚姻、家庭和遗产继承》,费安玲译,中国政法大学出版社2001年版,第335页。

^⑬ 我国《物权法》第128条规定:“土地承包经营权人依照农村土地承包法的规定,有权将土地承包经营权采取转包、互换、转让等方式流转。”第153条规定:“宅基地使用权的取得、行使和转让,适用土地管理法等法律和国家有关规定。”《农村土地承包经营法》第50条规定:“土地承包经营权通过招标、拍卖、公开协商方式取得的,该承包人死亡,其应得的承包收益,依照《继承法》的规定继承;在承包期内,其继承人可以续包。”《土地管理法》第15条规定:“农民集体所有的土地,可以由本集体经济组织以外的单位或者个人承包经营,从事种植业、林业、畜牧业、渔业生产。发包方和承包方应当订立承包合同,约定双方的权利和义务。”

^⑭ 参见陈苇:《当代中国民众继承习惯调查实证研究》,群众出版社2008年版,第340页。

共同遗嘱也称合立遗嘱,是指两个或两个以上的遗嘱人共同订立的一份遗嘱,在遗嘱中同时处分共同遗嘱人的各自的或共同的财产。^⑤我国继承立法对共同遗嘱未予规定,但从我国司法部2000年制定的《遗嘱公证细则》第15条中侧面反映了在实践中不提倡设立共同遗嘱,但经过公证机关公证的共同遗嘱可以认可其效力。^⑥目前,学界对共同遗嘱的法律地位和效力主要有肯定说和否定说两种学说。^⑦通过调研了解到,夫妻共同遗嘱在现实生活中是大量存在的,而夫妻以外其他人订立共同遗嘱的情形很少存在。从立法上看,现行《继承法》未对夫妻共同遗嘱明确规定,主要是因当时立法所奉行的“宜粗不宜细”和“遗嘱自由”的指导思想所造成的。从理论上讲,夫妻共同遗嘱存在的原因主要有三:一是我国家庭中的夫妻共同财产制是夫妻共同设立遗嘱的客观物质基础和前提条件;二是其符合我国民间长期存在的民族传统和习惯做法;三是其有利于保护配偶和未成年子女的利益,减少家庭遗产纠纷,维护家庭的和谐稳定。从实践中看,夫妻共同遗嘱无论对遗产纠纷的解决,还是对尊重共同遗嘱人对其遗产的自由处分来讲,都是利多弊少,可以作为遗嘱的一种特殊表现形式由立法所规定。因此,从我国国情出发,应该承认共同遗嘱的效力,但应仅限于夫妻共同遗嘱,其他形式的共同遗嘱则不予认可。

3.特留份^⑧

特留份是指法律规定遗嘱人不得以遗嘱方式取消特定的法定继承人继承的遗产份额。其实质是赋予特定的法定继承人一定的继承份额来限制遗嘱人的遗嘱自由。特留份制度符合基本的道德规范要求,有利于对家庭成员的扶助和社会利益的保护。按照西方的一般遗嘱理论,遗嘱人在设立遗嘱时,如果没有给特留份权利人保留法定的份额,则其相应部分的处分无效。

在现代社会,遗嘱制度和合同制度担负着私法自治的重要使命。在我国,遗嘱自由原则是继承法的重要原则之一,在现行继承法中得到了充分的体现。当然,我国继承立法对遗嘱自由进行了一定的限制,主要表现在《继承法》第19条上,即“遗嘱应当对缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人保留必要的遗产份额”。另外,继承法司法解释第37条规定:“遗嘱人未保留缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人的遗产份额,遗产处理时,应当为该继承人留下必要的遗产,所剩余部分,才可参照遗嘱确定的分配原则处理。继承人是否缺乏劳动能力又没有生活来源,应按遗嘱生效时该继承人的具体情况确定。”上述规定在我国继承法理论上被称为“必留份”制度,有别于“特留份”制度。现行继承法中的“必留份”规定仅考虑缺乏劳动能力又无生活来源的继承人的抚养问题,而忽视了保护其他法定继承人的合法权益,尤其是其他法定继承人尽了家庭成员间的法定权利义务且没有丧失继承权的情况。从实务中看,^⑨若继承人中无缺乏劳动能力又没有生活来源

^⑤ 参见杨立新:《对修正〈继承法〉十个问题的意见》,载《法律适用》2012年第8期。

^⑥ 《遗嘱公证细则》第15条规定:“两个以上的遗嘱人申请办理共同遗嘱公证的,公证处应当引导他们分别设立遗嘱。遗嘱人坚持申请办理共同遗嘱公证的,共同遗嘱中应当明确遗嘱变更、撤销及生效的条件。”

^⑦ 肯定说又分为两种意见:一种意见为,按照“法无明文规定即自由”的原则,虽然《继承法》没有规定共同遗嘱,但共同遗嘱并不违反社会公共道德和公共利益,应当承认共同遗嘱的有效性。另一种意见认为,立法应当对共同遗嘱的主体、变更或撤销的行使条件等方面进行限制,将共同遗嘱限于夫妻共同遗嘱,对其他主体订立的共同遗嘱不予认可。参见麻昌华、曹诗权:《共同遗嘱的认定与建构》,载《法商研究》1999年第1期。否定说认为,共同遗嘱违背了遗嘱自由原则和我国遗嘱的法定形式,未得到立法上的明确规定,应否认其法律效力。参见郭明瑞、房绍坤:《继承法》,法律出版社1996年版,第175页;刘素萍:《继承法》,中国人民大学出版社1988年版,第262—263页。

^⑧ 特留份制度起源于古代罗马法。在《十二铜表法》时代,古罗马的遗嘱继承制度已逐渐普及,遗嘱自由原则亦得以确立,家长通过遗嘱自由指定继承人,以防止家产的分散,维护家庭的完整。但是到了共和制末期,家长滥用遗嘱自由权的现象日趋严重,有的奴隶主甚至立遗嘱将遗产留给情妇或家庭之外的人,而非子女。于是法律基于对近亲属的慈爱义务,创设了义务份制度。即遗嘱人的尊亲属、卑亲属及同父母兄弟姐妹,在其由遗嘱所受财产未达义务份(应继份额的四分之一)时,法律认为该遗嘱不符人伦道德,遗嘱人的上述近亲可向指定继承人提起“遗嘱逆伦之诉”,以求撤销遗嘱,恢复其法定应继份额。受罗马法该制度的影响,法国、德国、瑞士、日本、意大利均在其民法典中规定了现代意义上的特留份制度。因各国在道德观念、传统习惯上的差异,在特留份权利人范围、享有份额等规定上有所差异。参见史浩明:《中国民事法律制度继承与创新》,人民法院出版社2006年版,第475—478页。

^⑨ 如四川泸州黄某遗赠一案和杭州老人叶某遗赠保姆一案,对遗嘱自由原则提出了质疑,在社会上引起了广泛关注和讨论。

的,被继承人就可以处分其全部遗产给他人,而不给法定继承人留下任何遗产,这样既违背了基本伦理、不合常情,也不利于家庭关系的稳定,更不适应现阶段家庭职能要求。对此,张玉敏教授认为,我国是当今世界上对遗嘱限制最少的国家,反过来说,我国继承立法给予被继承人的遗嘱自由是最多的。^①因此,《继承法》第19条虽然对遗嘱自由加以一定限制,但其效果却不如特留份制度能够明显切实保护近亲属的合法权益。

考察我国古代历史,古代遗嘱称“遗命”、“遗令”或“遗言”等,最早见于《国语·周语上》、《左传·哀公三年》及《后汉书·樊宏传》等文献中。作为现代意义上的遗嘱,秦汉时已出现。^②遗嘱继承作为正式的法律概念,始见于《宋刑统·户婚》所引唐丧葬令中。^③据《折狱龟鉴·遗嘱》、《清明集·遗嘱》等历史资料显示,古代官府承认遗嘱的效力,但官府有权撤销遗嘱中不合常理、侵犯孤幼权益的内容。^④上述资料反映了我国古代对遗嘱自由进行一定限制的习惯传统。在当今社会,对遗嘱自由进行一定限制,确立特留份制度符合中国民间的继承习惯和普通心理。正如史尚宽先生所言,对直系卑亲属、直系尊亲属、配偶及兄弟姐妹等近亲,不留一物而以遗产全部给他人,则不免悖义,而非道义上所可容许。^⑤《韩国民法典》第1112条规定:“继承人的特留份,适用下列各项规定:(一)被继承人的直系卑亲属,为其法定继承份额的二分之一;(二)被继承人的配偶,为其法定继承份额的二分之一;(三)被继承人的直系尊亲属,为其法定继承份额的三分之一;(四)被继承人的兄弟姐妹,为其法定继承份额的三分之一。可见,韩国民法将特留份权利人范围界定在子女、配偶、父母和兄弟姐妹,并针对不同的继承人将特留份做了区分。因此,我国继承法在规定“必留份”的同时,应增设特留份制度,尊重和反映传统的继承习惯。关于特留份权利人的范围应局限在与被继承人关系密切的近亲属,具体应包括配偶、直系卑亲属和父母,不能任意扩大权利人的范围。特留份的具体份额,考察国外特留份制度的立法经验,应确定为遗产的二分之一较为妥当和符合民众心理。

(四) 遗产债务的清偿

关于遗产债务的范围,我国继承法并未统一规定,而是散见于有关条文和司法解释中,不利于继承人对遗产债务的全面认识和债权人利益的保护。关于丧葬费用是否属于遗产债务,根据陈苇教授主持进行的中国民众继承习惯调查的数据显示,近五成受访者认为丧葬费用应由子女承担,但也有近四成的被调查者赞同丧葬费用属于遗产债务的范围。^⑥结合国外的立法经验,根据我国民众的习惯,丧葬费用可以作为遗产债务,从遗产中支付,不足以支付的部分由子女承担。

虽然我国继承法第33条规定了无条件的限定清偿原则,目的在于消除封建社会“父债子还”的不合理现象。这在经济不发达的社会背景下符合社会现实,但随着市场经济的快速发展,民众的私有财产越来越多,债权债务关系变得比较复杂。实践中,继承人隐匿、转移遗产的现象比较常见,而被继承人的债权人难以查证,而且即使继承人隐匿、转移遗产行为被发现,也并不影响继承人的有限清偿责任,有恶意的继承人往往未受到应有的法律制裁。^⑦在此情况下,如仍实行无条件的限定清偿,往往损害被继承人债权人和国家的利益。另外,在以信用为基础的乡土社会,如果儿子有一定的清偿能力而不还父债,儿子的信用将会受到极大影响和道德谴责。因此,无条件限定继承在某些地域在某种程度上不符合乡村习俗,而有条件的限定清偿制度符合我国现实生活和国情的。当然,继承人具有选择权,并不当然成为限定继承人。而继承人一旦实施了清偿,法律应认定这一清偿行为的法律效力,从而保护被继承人的债权人的合法利益。

二、我国继承法立法中的民族性选择

针对我国现行《继承法》对反映传统民族文化的继承习惯和法律资源汲取的不足,未来立法修改时除了借鉴国外的立法制度和经验外,还应结合我国继承传统习惯和现实生活需求对其民族性进行充分地体现和强化。为此,笔者提出以下立法修改建议。

^① 张玉敏:《继承法律制度研究》,法律出版社1999年版,第246页。

^② 参见程维荣:《中国继承制度史》,东方出版中心2006年版,第288页。

^③ 参见《宋会要辑稿·食货六一》之五八。

^④ 参见前注^②,程维荣书,第294—295页。

^⑤ 参见史尚宽:《亲属法论》,中国政法大学出版社2000年版,第609页。

^⑥ 参见前注^④,陈苇书,第107、288、428、521页。

^⑦ 参见陈苇、宋豫:《中国大陆与港、澳、台继承法比较研究》,群众出版社2007年版,第431页。

(一)继承人的范围与顺序

继承法第10条建议修改为:

被继承人未立遗嘱的,遗产按照下列顺序继承:

第一顺序:子女

第二顺序:父母

第三顺序:兄弟姐妹、祖父母、外祖父母

第四顺序:侄子女、外甥子女、叔、姑、舅、姨

配偶为第一顺序和第二顺序无固定顺序法定继承人,与第一顺序血亲继承人共同继承时,继承份额一般应当均等。配偶与第二顺序血亲继承人共同继承时,其继承份额为二分之一。

继承开始后,由顺序在先的继承人继承,无前一顺序继承人,后一顺序继承人继承。

本法所说的子女,包括婚生子女、非婚生子女、养子女和有扶养关系的继子女。

本法所说的父母,包括生父母、养父母和有扶养关系的继父母。

本法所说的兄弟姐妹,包括同父母的兄弟姐妹、同父异母或同母异父的兄弟姐妹、养兄弟姐妹、有扶养关系的继兄弟姐妹。

继承法第12条建议修改为:

丧偶儿媳对公、婆,丧偶女婿对岳父、岳母,尽了主要赡养义务的,可以适当取得部分遗产。

养子女与生父母之间有扶养关系的,可以适当取得部分遗产。

(二)遗产范围

继承法第3条建议修改为:

遗产是自然人死亡时遗留的个人财产,包括(一)自然人的储蓄等动产;(二)自然人的房屋、宅基地等不动产;(三)自然人的股权等财产权利;(四)自然人的著作权、专利权等知识产权中的财产权;(五)法律规定的自然人的其他财产利益。与自然人的人身密不可分的权利、义务,不属于遗产。

遗产的继承应是对全部遗产的继承,不得选择其中的某一部分单独继承。^⑦

(三)遗嘱继承

继承法第16条建议修改为:

自然人可以依照本法规定采用公证、自书、代书、录音录像、口头等方式订立遗嘱处分自己的遗产,并可以指定遗嘱执行人。遗嘱的内容不得违背公序良俗。以公证、自书、代书、录音录像方式订立遗嘱的,可以对遗嘱进行密封,立遗嘱人应在封缝处签名或按捺指印。

两个以上的自然人不得共同订立遗嘱,但夫妻双方共同订立同一遗嘱,符合遗嘱有效条件的,应当认定有效。夫妻共同遗嘱从双方均死亡时开始生效。当夫妻双方生存期间有一方再婚或一方去世后另一方再婚的,共同遗嘱自行失效。

共同遗嘱人一方先死亡时,另一方可以变更或撤销遗嘱,但效力及于个人财产范围;如放弃行使变更或撤销权,则禁止将来行使变更或撤销权,但共同遗嘱中明确约定一方死亡后,生存一方可以自由变更或撤销遗嘱的除外。

继承法第19条建议修改为:

遗嘱人以遗嘱处分财产,在清偿债务之前,应当为依靠被继承人抚养的缺乏劳动能力有没有生活来源的继承人保留必要的遗产份额。

遗嘱人以遗嘱处分财产,应当为配偶、子女及直系卑亲属、父母保留特定的遗产份额。特留份额为清偿债务后遗产的二分之一。

(四)遗产债务的清偿与分割

继承法第33条建议修改为:

遗产应按下列顺序清偿债务:(一)合理的丧葬费用;(二)应缴纳的税款;(三)个人债务。继承人放弃继

^⑦ 参见前注^①,麻昌华文。

承的，债务清偿以被继承人的遗产实际价值为限。

继承人自愿选择有条件限定继承的，如果遗产的实际价值不足以清偿债务的，可以在遗产的实际价值范围内承担有限清偿责任。

继承人自愿选择无条件概括继承的，如果遗产的实际价值不足以清偿债务的，应当以继承人个人所有的财产承担清偿责任。有数个继承人的，继承人对债务承担连带责任。

继承法第 26 条建议增加一款为：

遗产分割时，生存配偶和依靠被继承人抚养的直系近亲属对基本的生活住房和生活用品等必要的基本生活资料，享有优先使用的权利。

三、结语

一个不同于正式制度所构想和构建起来的乡村社会的秩序是客观存在的。特定地区的乡民所拥有的规范知识也并不因它们是传统的就一定是落后的和不合理的。^② 任何制度的设计和安排，都不能不考虑非正式的制度存在。法律对传统的继承和尊重也就必然包括着对习惯法的继承和尊重，否则法无法演进。在习惯法与国家法并存的二元结构下，要实现法治现代化，其出路应该是打破二元文化结构，寻求法律文化结构的内部协调，……使其由传统形态向现代形态转变。^③ 当国家制定法和民间法发生冲突时，不能公式化地强调以国家制定法来同化民间法，而应当寻求国家法与民间法的妥协与合作。^④ 因此，在我国继承法修改时必须从我国继承的民族传统和继承习惯的实际出发，尽可能采用类似功能的传统制度，充分体现我国继承制度的民族特性和民族文化，使其适应社会的新发展和新问题而不断调整，使继承法规范真正贴近民众的生活和心理，更好地被接受和适用。

Abstract: Traditional ethnic custom is an important part of national culture and an important source of the enacted law, which has profound cultural value and sentiments foundation of people. As one of the oldest system in human history, Inheritance System has the significant nationality features, and its development and improvement should adapt to the political, economic, cultural and national traditions of the country. Faced with rapid development and transformation of the economic and the society, our current Inheritance Law has been unsustainable, as thus, legislative changes are imminent. Changes of Inheritance Law can learn from abroad, meanwhile, we must combine our actual merits of the inheritance habits in conducting the worth consideration, making the connection of reasonable inheritance habits, prompting Inheritance Law to penetrate into people in real life effectively with the customary law of succession, truly achieving the benign interaction to folk law and enacted law.

Key Word: Inheritance System; Inheritance Habits; Nationality; Legislative Changes

(责任编辑:张素华)

② 参见梁治平：《乡土社会的秩序、公正与权威》，中国政法大学出版社 1997 年版，第 416 页。

③ 参见王银梅：《回族继承习惯法与国家继承法的冲突与调适》，载《宁夏党校学报》2008 年第 5 期。

④ 参见苏力：《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社 1996 年版，第 162 页。