

论民法典继承编与物权编的立法协调

房绍坤

摘要 在编纂民法典中，继承权与物权之间的规则应做好协调。遗产共有应选择共同共有的形态，立法上应当作出明确规定。遗赠不能导致物权变动，《物权法》的相关规定应予删除。遗产酌给不能导致物权变动，无人承受遗产物权变动的依据是法律规定。遗产分割与共有物分割在效力上应当保持一致，均采用创设主义，同时设置相应的瑕疵担保责任。立法上应当设置独立的继承回复请求权，并正确处理其与物权请求权的关系。

关键词 遗产共有 遗产移转 物权变动 共有物分割 继承回复请求权

DOI:10.16094/j.cnki.1005-0221.2019.05.006

作者房绍坤，法学博士，吉林大学法学院教授。

在民法中，继承权与物权是联系最为密切的两种权利，可以说继承权就是物权在继承关系中的延伸。因此，如何畅通民法典继承编与物权编之间的关系，使两者的规则之间不发生矛盾，做到有序衔接，这需要在编纂民法典过程中认真考虑。从《继承法》与《物权法》的规定来看，继承权与物权的规则之间还存在不协调之处，其中有的问题在《民法典各分编（草案）》中并没有得到解决。为此，本文试就相关问题进行探讨，以供立法机关参考。

一、遗产共有为共同共有抑或按份共有

从历史上看，关于共同继承的遗产共有主要有罗马法主义与日耳曼法主义两种不同的模式。按照罗马法主义，继承一开始，各共同继承人仅就个别的继承财产，法律上当然按其应继份，享有确定的、显在的应有部分。因此，各继承人在遗产分割前，可以单独处分其应有部分，而且遗产中的债权或债务除标的不可分者外，法律上亦当然变成各继承人的分割债权或债务。按照日耳曼法主义，继承开始后，各继承人就全部遗产都有其应继份，但应继份是潜在的、不确定的，个别遗产上并不存在显在的、确定的应有部分。因此，继承人不得处分个别遗产上的应有部分，而且遗产中的债权或债务不可分地（连带地）归属于全体继承人。^①可见，罗马法主义体现的是个人主义思

* 本文系国家“万人计划”哲学社会科学领军人才自选课题资助项目“民法典的编纂与实施问题研究”、中宣部文化名家暨“四个一批”人才工程自选课题资助项目“中国民法典编纂问题研究”的研究成果。

^① 参见陈棋炎、黄宗乐、郭振恭《民法继承新论》（修订九版），三民书局2014年版，第128-129页。

想，而日耳曼法主义体现的是团体主义思想。上述两种立法主义影响至今，为不同国家和地区的立法所承继。从近现代各国和地区的立法来看，一些国家和地区的民法采取罗马法主义，如法国、奥地利、俄罗斯、秘鲁、日本、韩国等。^②另有一些国家和地区采取日耳曼法主义，如德国、瑞士以及我国台湾地区等。^③

笔者认为，遗产共有无论是选择罗马法主义还是日耳曼法主义，均是各国和地区针对实际情况所作出的选择。但无论作何种选择，都应当设置与之相协调的相关规则。在我国，关于遗产共有的形态，现行法上并无明确规定，只有最高人民法院相关司法解释将遗产共有规定为共同共有。例如，《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见（试行）》第177条中规定“继承开始后，继承人未明确表示放弃继承的，视为接受继承，遗产未分割的，即为共同共有。”但在《物权法》颁布后，该条解释被废止，其理由为“与物权法有关规定冲突”。^④尽管如此，学理上对遗产共有的形态仍存在争议，共同共有与按份共有各有所持。笔者认为，遗产共有是按份共有还是共同共有主要取决于如下两个核心问题。

（一）继承人之间是否存在共同关系

在共有法理上，共同关系是共同共有存在的基础和前提。关于何谓共同关系，学界一般认为，共同关系是指二人以上因共同目的而结合所成立的构成共同共有基础的法律关系。^⑤我国《物权法》第99条所谓“共有的基础丧失”，也即共同关系的消灭。^⑥可见，判断遗产共有是按份共有还是共同共有的一个基本要素就是继承人之间是否存在共同关系。如果认为继承人之间存在共同关系，遗产共有就可以认定为共同共有。在各国和地区的继承法理论上，继承人的范围无论大小，其确定标准基本上是一致的，该标准即为继承人与被继承人之间的亲属关系。例如，在我国继承法上，继承人为被继承人的近亲属（包括子女、父母、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女），且根据亲属关系的远近确定相应的继承顺序。而在婚姻法上，这些亲属之间都存在一定的权利义务关系。可以说，这些亲属围绕如何处理被继承人的遗产构成了一个“亲属团体”。这个“亲属团体”就是围绕如何处理遗产这个目的而结合在一起的，具有严格的身份属性，非继承人不能加入。由此可见，共同继承具备了共同共有的基础。按照德国民法学家的看法，在共同继承中，遗产在继承开始时即作为一个整体自动转移给继承人，而全体继承人即组成一个继承人共同体。^⑦正是基于继承人之间形成了一定的共同关系，遗产共有就具备了共同共有成立的基础。

应当指出的是，继承人之间的共同关系并非一定是“家庭关系”。按照我国《物权法》第103条的规定，在共有人对共有形态没有约定或约定不明时，除共有人具有家庭关系等外，该共有视为按份共有。这一规定将是否具有“家庭关系”作为判断共同共有的成立条件，由此也就必然引出何谓“家庭关系”的问题。对此，可以有广义与狭义两种解释。从广义上说，依我国《婚姻法》规定，家庭关系包括夫妻关系、父母子女关系、祖孙关系和兄弟姐妹关系；从狭义上说，家庭关系仅

^② 参见《法国民法典》第815条、《奥地利民法典》第820条和第821条、《俄罗斯民法典》第1164条、《秘鲁民法典》第844条、《日本民法典》第899条、《韩国民法典》第1007条。

^③ 参见《德国民法典》第2032条以下、《瑞士民法典》第602条、我国台湾地区“民法”第1151条。

^④ 2008年12月8日最高人民法院审判委员会第1457次会议通过的《最高人民法院关于废止2007年底以前发布的有关司法解释（第七批）的决定》。

^⑤ 参见王泽鉴《民法物权》（第二版），北京大学出版社2010年版，第254页；谢在全《民法物权论》（上册），中国政法大学出版社2011年版，第394页；梁慧星、陈华彬《物权法》（第六版），法律出版社2016年版，第220页。

^⑥ 参见王利明《物权法研究》（第四版），中国人民大学出版社2016年版，第727页；胡康生主编《中华人民共和国物权法释义》，法律出版社2007年版，第227页。

^⑦ 参见【德】雷纳·弗兰克、托比亚斯·海尔姆斯《德国继承法》（第六版），王葆蔚、林佳业译，中国政法大学出版社2015年版，第185页。

指共同生活的家庭成员之间的关系。因此,除夫妻关系确定为家庭关系外,其他亲属关系未必就构成家庭关系。按照广义解释,继承人之间肯定会存在家庭关系,故遗产共有应当是共同共有。但如前所述,最高人民法院已经将“遗产共同为共同共有”的司法解释废止,而其理由是“与物权法有关规定冲突”。^⑧这也就是说,按照最高人民法院的态度,遗产共同并非确定为共同共有,其是否为共同共有取决于继承人之间是否具有家庭关系。对此,有学者指出,如果共同继承人没有家庭共同生活关系,就不能认定对遗产是共同共有。^⑨按此观点的反面解释,如果共同继承人之间存在家庭共同生活关系,就可以认定遗产共有为共同共有。若如此,遗产共有将以继承人之间是否具有家庭关系为标准区分为按份共有与共同共有,这显然是不妥的。一方面,继承法具有强行性,继承规范通常不允许继承人通过协商加以变更,故不会出现继承人之间约定遗产共有为按份共有或者共同共有的现象;而且继承是基于被继承人死亡而产生的,这就决定了不可能发生于被继承人死亡之时即有继承人约定的情况,而在被继承人死亡之前的约定又无法律效力。另一方面,在不存在继承人约定的情况下,遗产共有的形态认定就取决于继承人之间的关系:继承人之间不具有家庭关系,遗产共有就是按份共有;继承人之间具有家庭关系,遗产共有就是共同共有。这种认定方式不仅与继承法的强行性相悖,也会使法律无法设置统一共同继承规则。可见,最高人民法院的废止理由并不充分,欠缺具有说服力。

(二) 继承人对遗产是否享有份额

这个问题涉及共同共有与按份共有的区别,而关于这个问题,理论上存在三种不同的观点:第一种观点认为,共同共有与按份共有区分的根本在于共有人之间是否存在共同关系,而不在于是否存在份额。^⑩第二种观点认为,按份共有与共同共有之间的真正区分并不在于是否按份额共有,而是共有份额是否表现,即按份共有是表现份额的共有关系,而共同共有是潜在份额的共有关系。^⑪第三种观点认为,共同共有与按份共有的区分关键并不在于共有人之间存在一种共同关系,而是需要界定共有物是否可以根据当事人约定或法律规定归属于共同关系人之间形成的共同财产之中。^⑫

笔者认为,第二种观点以份额是否表现来区分共有形态,但并没有确定区分的标准,其仅看到了问题的表面,并没有涉及份额是否表现的基础。第三种观点以共有物是否依约或依法归入共有财产之中作为区分标准,显然将两种共有形态的区分置于完全不确定的状态,实践中也无法操作。因此,基于共同共有的基本属性,笔者持第一种观点,这也是学界的通说。依这种观点,共同共有与按份共有均可以有一定的份额。但是,这种份额基于不同的共有形态而表现出不同的特点。就按份共有而言,共有人的份额是一种数额确定的、显在的份额,也即共有人对共有物有确定的“应有部分”,且针对的对象通常是具体的单个物,而非抽象的整体物;就共同共有而言,共有人对共有物亦有一定的份额,只不过这种份额与按份共有中的份额表现出不同的特点,即共同共有人的份额是一种不确定、潜在的份额,且对象是抽象的整体物,而非具体的单个物。可见,共同共有共同体的

^⑧ 值得注意的是,最高人民法院在《关于继承开始时继承人未表示放弃继承遗产又未分割的可析产案件处理问题的批复》([1987]民他字第12号)中,也确定遗产共有为共同共有,但该解释并没有被废止。该批复中指出“双方当事人诉争的房屋,原为费宝珍与费翼臣的夫妻共有财产,1958年私房改造所留自住房,仍属于原产权人共有。费翼臣病故后,对属于费翼臣所有的那一份遗产,各继承人都没有表示过放弃继承,根据《继承法》第25条第1款的规定,应视为均已接受继承。诉争的房屋应属各继承人共同共有,他们之间为此发生之诉讼,可按析产案件处理,并参照财产来源、管理使用及实际需要等情况,进行具体分割。”

^⑨ 参见李国强“论共同继承遗产的分割规则”,《法学论坛》2013年第2期,第59页。

^⑩ 参见注⑤,王泽鉴书,第254页。

^⑪ 参见李锡鹤《物权论稿》,中国政法大学出版社2016年版,第370页。

^⑫ 参见薛军“《物权法》关于共同共有的规定在适用中的若干问题”,《华东政法大学学报》2007年第6期,第124页。

特点在于：共有财产系每个共有人个人财产之外的独立财产，在独立财产中的单个标的上不成立份额。^⑬我国《物权法》在界定按份共有时使用了“按照份额享有所有权”的表述，而对共同共有的界定则表述为“共同享有所有权”。笔者认为，这种表述并没有否定共同共有中就一定不存在份额。如果认为共同共有中不存在一定的份额，那么，在分割共有物时，就无法确定共有人所应分得的数额。例如，在夫妻共同财产中，夫妻双方对共同财产的潜在份额是均等份额，但这种均等份额并不是实际享有的份额。因此，在分割夫妻共同财产时，只是原则上均等分配。再如，在继承中，各继承人原则上是平均分配遗产，这是一种潜在的应有份额，而绝非实际的应有份额，因为继承人最终能够分得多少遗产份额还取决于其他分割遗产的考虑因素，如继承人所尽义务情况、继承人经济状况等。即使被继承人在遗嘱中指定了遗产在继承人之间如何分配，也不影响遗产的共同共有状态。同时，虽然被继承人在遗嘱中对遗产的分割指示在遗产分配上对继承人有约束力，但也不具有物权效力。例如，被继承人将某不动产分配给继承人甲，但后者也仅可以根据该指示向继承人共有体要求获得该不动产，而不能在继承发生之时自动成为该不动产的单独所有权人。^⑭可见，共同共有中，共有人也可以有一定的份额，继承人享有应继份与共同共有并不矛盾。

二、遗产移转的物权变动形态

在继承法上，遗产移转的方式主要有如下几种：继承（包括遗嘱继承和法定继承）、遗赠、遗赠扶养协议、遗产酌给、无人承受遗产归属。基于这些遗产移转方式，遗产承受人最终都能取得遗产的所有权。那么，遗产承受人何时取得遗产的所有权，这涉及遗产的物权变动，而这应取决于物权的物权变动规则。在法理上，基于当然继承原则，继承可以导致物权变动，这是大陆法系国家和地区的立法通例，也为我国《物权法》第29条所承认，自无疑问。而遗赠扶养协议是基于约定而产生的，故因该协议所取得的遗产，其物权变动应按基于法律行为的物权变动规则处理，亦无问题。所以，这里仅就遗赠、遗产酌给、无人承受遗产归属的物权变动进行讨论。

（一）受遗赠与物权变动

我国《物权法》第29条规定，因受遗赠取得物权的，自受遗赠生效时发生物权变动的效力。依据该规定，受遗赠人在遗赠生效时，即可取得遗赠物的所有权，无须办理物权变动的公示。这就赋予了遗赠直接导致物权变动的效力。这一规定是否合理，值得反思。

关于遗赠物所有权是于遗赠生效时即转移于受遗赠人，还是须完成登记或交付后才能转移于受遗赠人，这涉及遗赠效力的问题。对此，理论上主要有两种观点：一种观点认为，遗赠能否导致物权变动，须依遗赠的种类而定：在概括遗赠（遗赠标的包括财产权利，也包括财产义务）中，遗赠物所有权自遗赠生效时即转移于受遗赠人，无须登记或交付，具有物权效力；而对于特定遗赠（仅包括财产权利），在遗赠生效时，受遗赠人仅得向继承人请求遗赠物的交付或登记，仅具有债权效力。另一种观点认为，无论是概括遗赠还是特定遗赠，均仅发生债权的效力，遗赠物所有权的转移须办理登记或交付。^⑮从立法例上看，罗马法曾对遗赠的效力区分不同种类而确定遗赠是否具有物权效力，但最后统一了遗赠的种类而不再承认遗赠发生物权的效力，即不论遗赠标的物为特定物或

^⑬ 参见注⑦，第185-186页。

^⑭ 参见注⑦，第3页。

^⑮ 参见注①，第353-354页。

种类物, 遗赠负担人都负有交付原物和附属物的义务。^{①⑥} 在近现代民法上, 承认概括遗赠的国家和地区, 因概括受遗赠人与继承人有同样的权利义务, 故承认概括遗赠与继承具有相同的效力, 即可以直接导致物权变动, 如日本、韩国等。^{①⑦} 但是, 在不承认概括遗赠的国家和地区, 遗赠并不具有直接导致物权变动的效力。例如, 在德国民法上, 受遗赠人只能根据遗嘱的指定向继承人主张债法上的交付请求权, 不承认具有物权效力的遗赠, 否则将与概括继承原则相悖。^{①⑧} 在遗赠中, 遗嘱人使继承人有义务将某遗产标的交付于第三人。因此, 遗产并非涉及物权层面, 而只是设定受遗赠人对继承人的债法请求权。^{①⑨} 在我国台湾地区“民法”上, 法律并没有承认概括遗赠, 指定继承人制度也已废除, 故通说认为, 遗赠并不发生物权的效力, 受遗赠人须于继承开始后, 经受继承人的移转登记或交付才能取得遗赠物的所有权。^{②⑩}

从我国现行法的规定来看, 《继承法》区分遗赠与遗嘱继承, 即以遗产承受人与遗嘱人的关系来区分遗赠与遗嘱继承, 不承认概括遗赠, 遗赠人仅享有权利而不负担义务。尽管有学者建议我国法应当承认概括遗赠,^{②⑪} 但《民法典继承编(草案)》并没有采纳此种建议, 这是正确的选择。同时, 我国物权法在物权变动模式上采取债权形式主义。就此而论, 《物权法》第29条赋予遗赠导致物权变动的效力就在物权法与继承法之间产生了冲突: 一方面, 我国《继承法》第34条规定“执行遗赠不得妨碍清偿遗赠人依法应当缴纳的税款和债务。”《民法典继承编(草案)》第941条虽然将该条修改为“执行遗赠不得妨碍清偿遗赠人的债务、缴纳所欠税款”, 但核心内容并没有改变。依此, 只有在清偿遗赠人的债务、缴纳所欠税款之后, 受遗赠人才能取得遗赠物所有权。如果遗赠能够直接导致物权变动, 则在遗赠生效时, 遗赠物的所有权即归属于受遗赠人。此时, 若用遗赠物清偿遗赠人的债务、缴纳所欠税款, 就等于用受遗赠人的财产清偿遗产债务, 这显然与我国法所规定的遗赠性质不符。另一方面, 如果遗赠能够直接导致物权变动, 则受遗赠人对遗赠物就享有所有权, 而遗产债权人基于遗赠与受遗赠人之间也只能形成债权关系。此时, 如果用遗赠物清偿遗赠人的债务, 就会发生债权优先于物权的现象, 这有违物权的优先效力。^{②⑫} 笔者认为, 我国《物权法》所采取的债权形式主义物权变动模式是合适的, 民法典物权编应予坚持。同时, 《继承法》所采取的遗赠立法模式也是符合我国实际的, 对于继承法律关系的清晰化以及增强遗产执行中的可操作性都具有一定的现实意义,^{②⑬} 民法典继承编应当继续采取这种立法模式。在此基础上, 为消除法律规范的冲突, 民法典物权编应当废除《物权法》第29条中关于遗赠导致物权变动的规定。值得称赞的是, 《民法典物权编(草案)》没有再规定受遗赠导致物权变动的内容。

这里还有两个问题需要讨论: 其一, 如前所述, 遗赠不能直接导致物权变动, 因此, 受遗赠人请求继承人交付遗赠物的, 其应遵循物权变动的一般规则, 即动产须交付, 不动产须登记。那么, 在遗赠物为不动产的情形下, 继承人是否需要先将遗赠物登记在自己名下, 然后再为受遗赠人办理转移登记, 即是否应受《物权法》第31条“处分该物权时……未经登记, 不发生物权效力”的约束? 笔者认为, 因为继承人向受遗赠人交付遗赠物并不是处分遗产, 而只是履行义务, 故不符合《物权法》第31条的适用条件。也就是说, 继承人应直接为受遗赠人办理登记, 无须先为自己办理

^{①⑥} 参见周枬《罗马法原论》(下册), 商务印书馆2014年版, 第625-626页。

^{①⑦} 参见《日本民法典》第990条、《韩国民法典》第1078条。

^{①⑧} 参见注⑦, 第4页。

^{①⑨} 参见[德]安雅·阿门特-特劳特《德国继承法》, 李大雪、龙柯宇、龚倩倩译, 法律出版社2015年版, 第253页。

^{②⑩} 参见注①, 第354页。

^{②⑪} 参见杨立新“民法分则继承编立法研究”, 《中国法学》2017年第2期, 第83页。

^{②⑫} 参见房绍坤“遗赠能够引起物权变动吗”, 《当代法学》2012年第6期, 第61页。

^{②⑬} 参见郭明瑞、房绍坤、关涛《继承法研究》, 中国人民大学出版社2003年版, 第136页。

登记。其二，遗赠物上存在担保物权的，受遗赠人是否有权要求继承人交付遗赠物？笔者认为，如果遗赠物上存在质权、留置权的，则该担保物权可以对抗受遗赠权，受遗赠人无权要求继承人向自己交付；如果是遗赠物上存在抵押权的，因抵押权人并不占有抵押物，继承人可以向受遗赠人交付，但基于抵押权的追及效力，遗赠物交付后，抵押权不受影响。无论何种情形，在实现担保物权的情形下，受遗赠人只能于担保物权实现后剩余的价值范围内取得相应权利。

（二）遗产酌给与物权变动

近现代民法为保障受被继承人扶养之人的生活，特设有遗产酌给制度，如德国、奥地利、瑞士以及我国台湾地区等。²⁴ 我国《继承法》第14条亦规定了遗产酌给制度，即“对继承人以外的依靠被继承人扶养的缺乏劳动能力又没有生活来源的人，或者继承人以外的对被继承人扶养较多的人，可以分给他们适当的遗产”。《民法典继承编（草案）》第910条重新设计了这一制度“对继承人以外的依靠被继承人扶养的人，或者继承人以外的对被继承人扶养较多的人，可以分给适当的遗产。”这里所规定的就是遗产酌给请求权。在遗产酌给的情形下，遗产何时移转归权利人所有，这涉及遗产酌给请求权的效力问题，即该请求权是发生物权效力还是债权效力。关于这一问题，我国台湾地区通说认为，遗产酌给是继承人所负担的一种债务，仅发生债权的效力，不发生物权的效力。²⁵ 在我国大陆学者中，通说也主张遗产酌给请求权仅具有债权效力。²⁶ 笔者认为，在继承法上，遗产酌给请求权并不是继承权，自无从发生继承的效力，也即遗产酌给请求权的行使并不能直接导致物权变动。就继承人而言，遗产酌给应是其所负担的一种遗产债务，应权利人请求而履行之。故此，在遗产酌给的情况下，遗产的物权变动应遵循物权变动的一般规则，即动产须交付，不动产须登记。

（三）遗产无人承受与物权变动

在被继承人死亡后，如果遗产无人继承，也无人接受遗赠，该遗产即为无人承受遗产。对该种遗产应如何处理，这是继承法必须要解决的一个问题。从大陆法系国家和地区的民法规定来看，无人承受遗产基本上都归国家所有，但有的立法也规定可以归属于公共慈善机构。²⁷ 确定无人承受遗产归属国家的，立法上采取的办法并不相同，主要有以下三种：其一，国家为最后顺位继承人，基于法定的继承权进行继承；²⁸ 其二，法律规定由国家直接取得遗产；²⁹ 其三，将无人承受遗产规定法人，遗产依法处理后有剩余的，归国家所有。³⁰ 对于上述三种做法，如果从物权变动的角度分析，也存在三种情形：（1）国家以法定继承人身份取得无人承受遗产的，应自继承开始时发生物权变动的效力；（2）法律直接规定无人承受遗产归国家所有的，并非基于继承取得，而是基于法律规定而取得；（3）将无人承受遗产规定法人的，自继承开始时，遗产即属于该法人，属于目的财产。在依法处理后，剩余遗产从遗产法人转移归国家所有，这亦是基于法律规定的物权变动。从我国《继承法》第32条的规定来看，其基本上采取了第二种做法，但区分被继承人的身份而定遗产的最后归

²⁴ 参见《德国民法典》第1969条、《奥地利民法典》第795条、《瑞士民法典》第329条、我国台湾地区“民法”第1149条。

²⁵ 参见注①，第124页；戴炎辉、戴东雄、戴瑀如《继承法》，台北2013年作者自版，第134页；林秀雄《继承法讲义》（修订七版），元照出版公司2017年版，第96-97页。

²⁶ 参见付翠英、王晓宇“遗产酌给制度的性质、确立基础及其适用”，《中国政法大学学报》2014年第6期，第53页；和丽军“对遗产酌给请求权的反思与重构”，《法治研究》2013年第10期，第86页。

²⁷ 参见《秘鲁民法典》第830条。

²⁸ 参见《德国民法典》第1936条、《意大利民法典》第586条、《葡萄牙民法典》第2152条、《俄罗斯民法典》第1151条、《菲律宾民法典》第1011条。

²⁹ 参见《法国民法典》第811条、《奥地利民法典》第760条、《瑞士民法典》第466条。

³⁰ 参见《日本民法典》第951条、第959条。

属,即被继承人生前是集体所有制组织成员的,无人承受遗产归其所在集体所有制组织所有,其他无人承受遗产归国家所有。《民法典继承编(草案)》基本上维持了这一规定,只是在确定遗产归国家所有时,明确了无人承受遗产的用途,即须“用于公益事业”。笔者认为,国家或集体所有制组织取得无人承受遗产并不是基于继承而取得,而是基于法律规定而取得,无须进行物权变动公示。

三、遗产分割与共有物分割的效力协调

无论是遗产分割还是共有物分割,当事人都只能在分割之后才能取得个别财产单独所有权。但这种分割自何时起发生相应的效力,理论上通常认为有认定主义与创设主义两种模式。认定主义(宣告主义、溯及主义)认为,共有物或遗产的分割实际上只是共有人或继承人既有权利的一种认定,因为共有人或继承人因分割而获得的部分本即自始属于各自所有,分割只是一种宣告而已。也就是说,共有物分割或遗产分割的效力溯及至共有关系成立时或继承开始时。^①创设主义(移转主义)认为,共有物或遗产的分割是共有人或继承人之间就分得部分所进行的相互移转,类似于互易或买卖,故共有人或继承人只能在分割后,才能就分得部分取得单独所有权。^②应当说,认定主义与创设主义各有利弊。认定主义的优点在于,其更符合继承的本质,即各继承人所得的财产皆直接继承于被继承人,而非继承于其他继承人,但其与交易安全而言却有不利;与此相反,创设主义虽不符合继承的本质,但却有利于维护交易安全。^③同时,在瑕疵担保责任的设置上,移转主义更有说服力,而认定主义则缺乏相应的理论支撑。

我国《物权法》在“共有”一章(第8章)的规定中,并没有对共有物的分割效力作出规定,仅于第100条中规定了共有人的瑕疵担保责任,即“共有人分割所得的不动产或者动产有瑕疵的,其他共有人应当分担损失”。^④《民法典物权编(草案)》亦没有就共有物的分割效力做出规定,也仅于第99条规定了共有人的瑕疵担保责任。而《继承法》以及《民法典继承编(草案)》不仅没有遗产分割效力的规定,也没有规定继承人的瑕疵担保责任。笔者认为,共有物与遗产的分割效力在物权法上具有重要作用,直接涉及物权变动及相关当事人的利益,因此,民法典有必要设计共有物分割效力规则。那么,我国民法典应如何设计这种规则呢?对此,我国学者间的认识并不一致,主要有统一说与区别说。统一说认为,共有物分割与遗产分割在效力上应当保持一致,即统一采取创设主义;^⑤区别说认为,共有物分割的效力与遗产分割的效力应当有所不同,即前者采取创设主义,后者采取认定主义。^⑥可见,学界对共有物分割采取创设主义的认识是一致的,但对遗产分割的效力却有创设主义与认定主义的认识分歧。^⑦笔者认为,为保持法律体系的和谐一致,统一说更

^① 参见《法国民法典》第883条、《意大利民法典》第757条、《葡萄牙民法典》第2119条、《西班牙民法典》第1068条、《智利民法典》第1344条、《阿根廷民法典》第2697条、《日本民法典》第909条、《韩国民法典》第1015条。

^② 参见《瑞士民法典》第634条第1款、《秘鲁民法典》第983条、我国台湾地区“民法”第824条之1第1项。

^③ 参见注①,第173页;刘耀东《继承法修改中的疑难问题研究》,法律出版社2014年版,第238页。

^④ 同注①,第229页。

^⑤ 参见王利明主编《中国民法典草案建议稿及说明》,中国法制出版社2004年版,第116、396页。关于遗产分割的创设主义,另参见注③,刘耀东书,第238-243页。

^⑥ 参见梁慧星(课题组负责人):《中国民法典草案建议稿》(第三版),法律出版社2013年版,第88、426页。关于遗产分割的认定主义,另参见杨立新、杨震等“《中华人民共和国继承法》修正草案建议稿”,《河南财经政法大学学报》2012年第5期,第25页。

^⑦ 从笔者所收集的资料来看,我国大陆学者之所以主张遗产分割采取认定主义,实系受我国台湾地区“民法”的影响。但1985年我国台湾地区“民法”修法时已经将遗产分割效力从认定主义改为创设主义,这一点应值得注意。

为可取。

（一）分割效力的规则设计应当考虑我国物权变动模式

从各国和地区的民法规定来看，共有物分割效力与物权变动模式密切相关。例如，法国、意大利、日本等在物权变动上采取意思主义，其分割效力采取认定主义；而德国、瑞士以及我国台湾地区等在物权变动上采取形式主义，其分割效力则采取创设主义。当然，这也有例外，如《韩国民法典》在物权变动模式上采取了形式主义，但在共有物分割的效力上却采取了认定主义，究其原因应在于遗产的按份共有。我国物权法在物权变动模式上采取债权形式主义，与此相适应，分割效力宜采取创设主义。笔者认为，形式主义与创设主义、意思主义与认定主义具有内在的联系性。按照形式主义，物权变动除当事人的意思表示外，还须完成法律规定的公示手续（动产交付、不动产登记）。而物权变动公示手续的完成，无法溯及至共有关系成立时或继承开始时。因此，在物权变动采取形式主义的背景下，共有物分割或遗产分割只能采取创设主义。而按照意思主义，物权变动基于当事人的意思表示而发生，而在共有关系成立时或继承开始时，共有人或继承人取得权利的意思表示即视为已存在，因此，在分割之后，该意思表示的效力可以溯及至共有关系成立时或继承开始时。同时，在形式主义的物权变动模式下，法院判决、继承都是直接导致物权变动的法定原因，即法院判决、继承导致物权变动的，不需要履行物权变动的法定手续（交付或登记）。在这种情况下，分割效力只有采取创设主义，才能与此相适应。就法院判决而言，其导致物权变动的，自判决生效时发生效力，因此，共有物经裁判分割的，分割效力发生于判决生效时，而非共有关系成立时，这就决定了在形式主义之下，共有物分割无法采取认定主义；就继承而言，其导致物权变动的，自继承开始时发生效力。如此，无论是形式主义或意思主义的物权变动，遗产分割采取认定主义似乎更为合理。但是，在形式主义的物权变动之下，尽管继承人自继承开始时即取得遗产的所有权，但未经登记的，其处分不能发生物权变动的效力。这也说明，继承人若处分遗产，须完成登记，而该登记为继承登记，只能表明“共同继承”，不能进行普通共有的登记。^③在这种情况下，继承人分割遗产的，从登记角度看，其也只能认定为是继承人之间相互移转了各自所分得的部分遗产。同时，如果遗产分割采取裁判分割的，其物权变动效力也只能自判决生效时发生。

（二）分割效力的规则设计应当考虑共有的形态

从立法例来看，分割效力与遗产共有的形态有关。在遗产共有为按份共有的立法中，遗产分割通常采取认定主义，如法国、意大利、日本、韩国等；在遗产共有为共同共有的立法中，遗产分割通常采取创设主义，如德国、瑞士以及我国台湾地区等。之所以有如此差别，其原因应在于对继承人取得权利根据的认定不同。按照遗产为按份共有的立法，各继承人是直接从被继承人那里取得权利的，与其他继承人无关，因此，遗产的分割实际上就是对继承人从被继承人处继承的权利的一种确认，从而产生认定主义。但按照遗产为共同共有的立法，各继承人并非各自从被继承人那里取得权利，而是各继承人作为一个整体取得权利，因此，遗产的分割实际上就是将各继承人的应继份具体在个别财产上并在继承人之间相互移转，从而产生创设主义。

当然，上述分析结论对普通的按份共有与共同共有似乎并不适用。在共有中，各共有人对共有关系的形成都贡献了一定的力量并形成了一定的权利。这种权利在不同形态的共有中反映的属性并不相同，从而也就决定了共有物分割效力的不同。按份共有的本质属性是所有权的量的分割而非质的分割，这就是通说上的“分量说”。这种本质属性，使得按份共有人在行使权利时除受其他共有

^③ 参见注⑤，戴炎辉等书，第143页。

人应有部分的限制外，其内容、性质及效力与所有权无异。也就是说，在按份共有关系成立时，共有人的这种权利即已经存在。因此，在共有物分割时，实际上是各共有人将对应有部分已经享有的权利转让给其他共有人。可见，创设主义的基本精神来源于按份共有的“分量说”的本质属性。^{③⑨}而在共同共有中，共有人是对共有物共同享有一个所有权，共有人之间并没有应有部分的存在。即使有“应有部分”，其也是潜在的，仅在共同关系终止时，才能实现所有权。因此，在共同关系终止时，就必须对各共有人的实际应有部分加以确认。可见，基于共同共有的属性，共有物的分割效力采取认定主义更为合理。当然，对于共有物分割采取认定主义，也并非共同共有于本质上的当然结论，仅系一种拟制而已。^{④⑩}因此，在共同共有中，共有物分割采取创设主义也未尝不可。

（三）分割效力的规则设计应当保持法律体系内部的和谐

从立法例上看，无论是采取认定主义还是创设主义，其都设计了一个共同规则，即瑕疵担保责任规则。^{④⑩}但是，这两者所坚持的理由是不一致的。按照创设主义，共有物或遗产的分割是当事人之间就分得部分的相互移转，相当于一种买卖或互易。而按照买卖法理，出卖人对买卖标的物应负有瑕疵担保责任。如此，共有物分割或遗产分割后，共有人或继承人之间当然就存在瑕疵担保责任问题。而按照认定主义，共有人或继承人之间并不存在相互移转分得部分的问题，从法理上说也就不存在瑕疵担保责任的理由。但法律为维护共有人或继承人之间的利益平衡，采取例外规定的形式设置了瑕疵担保责任。可见，在设置瑕疵担保责任问题上，创设主义与认定主义保持了一致。就此而言，认定主义与创设主义在效果上并没有根本性区别。但笔者认为，基于法律体系协调原则，法律应尽量减少例外规定。明明可以依据创设主义而合理设计瑕疵担保责任，为何还要采取认定主义而创设瑕疵担保责任的例外呢？显然，后者并不符合立法的技术要求。

基于上述分析，笔者认为，我国物权法在共有物的分割效力上以采取创设主义为宜。同时，尽管遗产共有应确认为共同共有，其分割效力亦应采取创设主义，以保持分割效力上的和谐。应当指出的是，所谓创设主义，并非自分割完成时即产生物权变动的效力，而是应区分协议分割与裁判分割分别确定物权变动的效力。协议分割是当事人通过法律行为使共有物或遗产的所有权发生变动，故须依法办理不动产登记或交付动产。在协议分割中，当事人亦不得约定分割的效力溯及于共有关系成立之时发生。^{④⑪}裁判分割是通过法院判决（或仲裁裁决）的形式确定共有物或遗产的分割，该判决（裁决）为形成判决（裁决），自其生效时发生物权变动的效力，无须进行不动产的登记或动产的交付。

四、继承回复请求权与物权请求权的关系

继承权与物权都是受法律保护的民事权利，法律各为其设置了相应的救济措施，如物权法上的物权请求权。在继承法上，于继承权受到侵害时，法律同样赋予了继承人请求法律保护的权利。对于这种权利，各国和地区的称谓不一，如继承回复请求权（日本、我国台湾地区）、遗产请求权（德国、葡萄牙）、遗产的返还（意大利）、请求遗产（巴西）等，我国学者通常称为“继承回复请

^{③⑨} 参见古振晖《共同所有之比较研究》，台湾财产法暨经济法研究协会2006年版，第304页。

^{④⑩} 参见注②⑤，戴炎辉等书，第225页。

^{④⑪} 参见《德国民法典》第757条、《瑞士民法典》第637条、《西班牙民法典》第1069条、《秘鲁民法典》第866条、《智利民法典》第1347条、《日本民法典》第911条、《韩国民法典》第1016条、《菲律宾民法典》第501条。

^{④⑫} 参见注⑤⑥，王泽鉴书，第248页。

求权”，本文从之。继承回复请求权涉及诸多法律问题，如权利性质、构成要件、权利之相对人、行使效力、诉讼时效等。这里仅围绕继承回复请求权的法律地位及与物权请求权的关系进行探讨，并提出相关的立法建议。

（一）继承回复请求权是否具有独立的法律地位

从我国现行法规定来看，《继承法》第8条仅对继承纠纷的诉讼时效做了规定，并没有涉及继承回复请求权本身。而《民法典继承编（草案）》不仅没有规定继承纠纷的诉讼时效，亦没有涉及继承回复请求权。那么，我国民法典应当如何对待继承回复请求权呢？对此，理论上的一致看法是我国民法典应当规定继承回复请求权，多部继承法的学者建议稿也都设计了继承回复请求权的条款。^{④③} 王利明教授曾指出，我国《继承法》没有规定继承回复请求权是立法上的重大疏漏。^{④④} 笔者认为，我国民法典继承编应当承认继承回复请求权的独立法律地位，明确规定继承回复请求权，主要理由有以下几点：

第一，从立法例上看，继承回复请求权为多数国家和地区的民法所规定，表明了继承回复请求权在民法中有其特殊地位，有独立存在的价值。例如，《德国民法典》第2018-2031条规定了“遗产请求权”。这种遗产请求权是概括请求权，继承人有权请求返还整个遗产、连带代位物和用益，从而与单个请求权不同。^{④⑤} 而法律之所以这样规定，其原因在于易于真正的继承人取得全部财产，而不必将之细分为多个单独的诉讼请求，这是符合概括继承原则的。^{④⑥} 除德国外，瑞士、意大利、葡萄牙、阿根廷、秘鲁、巴西、韩国以及我国台湾地区等国家和地区的民法也都规定了继承回复请求权。^{④⑦}

第二，物权请求权与继承回复请求权的行使对象存在差异，前者不能取代后者。民法若不规定继承回复请求权，则当遗产被他人侵占时，就只能求助于物权请求权。但继承人行使物权请求权而请求返还遗产，只能针对单个独立的财产行使。而继承法实行的是概括继承原则，即遗产是作为一个整体转移给继承人的。此时，遗产是作为集合物而存在的。在遗产尚未分割的情况下，任何一个继承人都很难针对单个遗产主张权利，这也就决定了继承人主张物权请求权存在一定的难度。而且在遗产作为一个整体被他人侵占的情况下，继承人就每个单个遗产主张返还请求权，既无必要，也无可能。此时，继承回复请求权就显示出优越性。因为继承回复请求权是一种概括请求权，继承人请求返还整体遗产，就可以恢复对遗产的权利，不必针对个别遗产行使物权请求权。可见，在继承回复请求权中，继承人不必针对个别财产行使物权请求权，可以对整个遗产行使请求权，从而更有利于继承人。^{④⑧}

第三，物权请求权与继承回复请求权的性质有别，不能混淆。关于物权请求权的性质，尽管理论上存在诸多看法^{④⑨} 但对其内容并没有原则上的分歧。而继承回复请求权则不同，虽然理论上对其性质认识亦存在分歧，但主要与其内容相关。关于继承回复请求权的性质，我国台湾地区民法理

^{④③} 参见注⑤，王利明主编书，第79页（第535条）；注⑥，梁慧星主编书，第29页（第1943条）；徐国栋主编《绿色民法典草案》，社会科学文献出版社2004年版，第228-229页（第42-47条）；张玉敏（课题组负责人）：《中国继承法立法建议稿及立法理由》，人民出版社2006年版，第8页（第26条）；注⑦，杨立新等文，第17页（第19条）。

^{④④} 参见王利明“继承法修改的若干问题”，《社会科学战线》2013年第7期，第176页。

^{④⑤} 参见注⑦，第170页。

^{④⑥} 参见注⑨，第302页。

^{④⑦} 参见《瑞士民法典》第598-600条、《意大利民法典》第533-535条、《葡萄牙民法典》第2075-2078条、《阿根廷民法典》第3421条、《秘鲁民法典》第664-666条、《巴西民法典》第1824-1828条、《韩国民法典》第999条、我国台湾地区“民法”第1146条。

^{④⑧} 参见注④，第177页。

^{④⑨} 如物权作用说、债权说、准债权说、独立权利说等。参见注⑥，王利明书，第187-189页。

论上存在着形成权说、集合权说、独立权说等不同的观点，其中独立权说为实务所采，也是学界通说。^{⑤①}我国大陆地区学者关于继承回复请求权性质的讨论，也大都是上述观点的翻版。但笔者认为，我国台湾地区学者讨论继承回复请求权的性质都是以法律规定（我国台湾地区“民法”第1146条）为基础展开的，而在我国大陆地区尚无继承回复请求权法律规定的情况下，探讨继承回复请求权的性质实为无源之水、无本之木。当然，这也为我们在法律上设置继承回复请求权提供了一定的借鉴。

从立法例上看，法律设置的继承回复请求权的结构内容不同，决定了其性质存在差异，其主要有三种模式：一是遗产返还模式，如按照《德国民法典》第2018条规定，“继承人可以向任何已基于其实际上并不享有的继承权而从遗产中取得某标的的人（遗产占有人）请求交出所取得的标的。”按照遗产返还模式，继承人无须请求自己为真正继承人，只需请求返还遗产即可；而且请求返还财产既可以是整体遗产，也可以是个别遗产。德国民法之所以采取这种模式，与其设置了继承证书制度有关。在德国民法上，继承证书是用以证明继承人所享有的继承权及应继份的法律文件（第2353条）。该证书载明了继承人、继承权的范围、继承数额、继承顺序以及遗嘱执行的安排等，^{⑤②}具有正确性推定效力，即遗产法院推定在继承证书中被称为继承人的人享有在继承证书中所说明的权利，且不受所说明的指示以外的指示的限制（第2365条）。可见，继承证书具有公示作用，通过该证书就可以认定何人为真正继承人，继承人的地位无须通过诉讼确认。因此，德国民法上的遗产请求权不过是实体法上的“个别请求权”的集合体而已。^{⑤③}此外，瑞士、秘鲁等亦采取这种模式。^{⑤④}二是继承人资格确认与遗产返还模式，如按照《意大利民法典》第533条规定，继承人可以请求确认自己的继承人资格，并以此达到获得遗产返还的目的。可见，在这种模式中，继承回复请求权包括继承人资格确认与遗产返还两个方面的内容，且继承人资格确认的诉讼不受消灭时效的限制。此外，葡萄牙、巴西等亦采取这种模式。^{⑤⑤}三是未区分模式，如《韩国民法典》第999条规定，继承因暂称继承人而受侵害的，继承人或法定代理人可以提起恢复继承之诉。此外，日本、我国台湾地区仅就遗产回复请求权的行使主体及相关消灭时效做了规定。^{⑤⑥}也正是因为这种模式，日本、我国台湾地区学者对继承回复请求权的性质产生了严重的认识分歧。

通过上述立法模式考察，并结合我国继承法结构体系，笔者认为，我国应当采取独立权说设置继承回复请求权。一方面，从民事权利的分类上讲，继承权与物权是各自独立的两种权利。既然法律承认了继承权，就应当有相应的请求权与之配套，从而形成对继承权的周密保护。^{⑤⑦}如此，继承权才能与人格权、物权、知识产权等一样受到法律的同等保护。另一方面，我国不存在德国法上类似继承证书的制度，因此，在发生纠纷时，法院应当首先确认继承人资格，然后才能确定遗产能否返还，这两者存在着内在的逻辑联系。从这个意义上说，确认继承人资格是一种手段，而返还遗产则是目的。我国学者也多主张，继承回复请求权应包含确认继承人资格的权利和返还遗产的权利两

^{⑤①} 形成权说认为，继承权是被继承人的人格或地位之包括的继承，故继承回复请求权是真正继承人回复其地位的一种形成权；集合权说认为，继承回复请求权是一种请求权而不是形成权，是个别的物权请求权集合；独立权说认为，继承回复请求权并不是物权请求权的集合，而是一种包括确认继承人的地位以及请求返还财产的独立权利，具有人的请求权与物的请求权的混合性质。参见注^{⑤②}，戴炎辉等书，第98-99页；注^{⑤①}，第80-83页；注^{⑤③}，林秀雄书，第57-60页。

^{⑤②} 参见注^{⑤①}，第317页。

^{⑤③} 参见注^{⑤①}，第80页。

^{⑤④} 参见《瑞士民法典》第598条、《秘鲁民法典》第664条。

^{⑤⑤} 参见《葡萄牙民法典》第2075条、《巴西民法典》第1824条。

^{⑤⑥} 参见《日本民法典》第884条、我国台湾地区“民法”第1146条。

^{⑤⑦} 参见注^{⑤④}，第177页。

个方面的内容。^{⑤7}当然,也不能排除在个别情形下,当事人仅请求确认继承人资格,而不请求返还遗产,这并不违反诉讼规则。

(二) 继承回复请求权与物权请求权的适用关系

无论继承回复请求权采取何种立法模式,继承回复请求权都包含着遗产返还的内容,这就就会产生继承回复请求权与物权请求权的适用关系问题。这里,仅就其中的两个主要问题进行讨论。

1. 继承回复请求权与物权请求权是否存在竞合关系

基于立法模式不同,继承回复请求权与物权请求权的适用关系也会不同。例如,在德国民法上,遗产请求权并不排斥其他请求权。继承人除享有遗产返还请求权外,还可以行使所有物返还请求权、不当得利返还请求权等。但如果原告主张遗产返还请求权,其也必须一一请求返还的标的,因为只有这样,诉讼请求才能确定,之后判决才能被执行,这一点与单个请求权并无二致。^{⑤8}可见,在遗产返还模式下,遗产请求权与所有物返还请求权虽可以分别行使,但不会发生行使上的冲突,因为无论行使哪种请求权,其结果都一样的。同时,在物权请求权与继承回复请求权均不适用消灭时效的场合,^{⑤9}两者的行使亦不会产生冲突。但是,日本、韩国、我国台湾地区等立法基于尽快确定财产继承关系,以利于维护交易安全的目的,对继承回复请求权设置了特别诉讼时效,^{⑥0}这必然导致因继承回复请求权与物权请求权的时效期间不同,从而在适用上可能发生冲突。对此,我国台湾地区形成了不同的观点,如法条竞合说、时效相互影响说、自由竞合说等,实务上采自由竞合说,即继承回复请求权消灭时效期间届满的,并无妨碍继承人行使物权请求权。^{⑥1}

如前所述,我国民法典应当设置继承回复请求权制度,并将其内容确定为确认继承人继承资格与返还遗产两个方面。至于继承回复请求权的诉讼时效,立法没有独立设置的必要,可以适用《民法总则》关于诉讼时效的一般性规定。^{⑥2}但由于《民法总则》第196条第1款第2项在返还原物请求权的诉讼时效上采取了区别对待的做法,即不动产物权及登记动产物权的返还请求权不适用诉讼时效,而未登记动产物权的返还请求权则适用诉讼时效。这里就产生了遗产返还请求权如何适用诉讼时效的问题,而这也直接影响着继承回复请求权与物权请求权的适用关系。对此,笔者认为,基于《民法总则》第196条关于返还请求权诉讼时效的规定,继承回复请求权与物权请求权的适用宜采取自由竞合说,即继承回复请求权诉讼时效期间届满的,不影响继承人行使物权请求权。当然,继承人行使的物权请求权能否得到法院的支持,应取决于遗产的类型。如果遗产为不动产物权与登记动产物权的,因无诉讼时效的适用,物权请求权自应得到支持。但若遗产为未登记动产物权的,则应区分诉讼时效期间是否届满而确定其能否得到支持。当然,自由竞合说不能禁止继承人针对特定遗产行使物权请求权。

2. 继承回复请求权诉讼时效期间届满后的效力

如果继承回复请求权适用诉讼时效,则诉讼时效期间届满后发生何种效力,这是一个有必要回答的问题。在继承回复请求权中,确认继承人的继承资格属于确认请求权,不应适用诉讼时效。即

^{⑤7} 参见注②,第81页;注③,刘耀东书,第330页;杜志红“中国继承权诉讼时效适用的五个疑难问题探析”,《社科纵横》2016年第8期,第70页。

^{⑤8} 参见注⑦,第170-171页;注⑩,第302页。

^{⑤9} 参见《葡萄牙民法典》第1313条、第2075条《秘鲁民法典》第927条、第664条。

^{⑥0} 参见《日本民法典》第162条、第884条《韩国民法典》第162条、第999条;我国台湾地区“民法”第125条、第1146条。

^{⑥1} 参见注⑤,林秀雄书,第60-63页。

^{⑥2} 参见注②,第81页。

使遗产返还请求权适用诉讼时效的,其期间届满后,继承人的继承权也并不丧失,遗产占有人(伪称继承人)也不能取得继承人的地位,而仅取得返还遗产的抗辩权。那么,在遗产返还请求权诉讼时效期间届满,而继承权并不消灭的情况下,继承人清偿遗产债务的责任是否受到影响呢?按照我国继承法理,只要继承人没有表示放弃继承,就视为接受继承,并在接受遗产的价值范围内承担清偿遗产债务的责任。因此,从理论上说,即使继承人因诉讼时效期间届满而不能请求返还遗产的,因其继承权仍存,遗产债务的清偿责任亦不能消灭。但是,在继承人已经不能请求返还遗产的情况下,仍使其承担清偿遗产债务的责任,定会加重继承人的负担。笔者认为,这种情况会使继承人处于两难境地:一方面,如果继承人继续承担遗产债务的清偿责任,则会与限定继承相悖,因为继承人并没有取得遗产,也就没有理由清偿遗产债务。同时,若使继承人在诉讼时效期间届满后仍继续承担清偿遗产债务的责任,继承人是否还可以通过放弃继承而免责也值得讨论。另一方面,如果继承人不承担清偿遗产债务的责任,则与其仍存在的继承权不符,也不利于保护遗产债权人利益。其实,之所以会产生上述问题,实与我国的放弃继承制度设计有关。我国《继承法》第25条规定:“继承开始后,继承人放弃继承的,应当在遗产处理前,作出放弃继承的表示。没有表示的,视为接受继承。”依据这一规定,只要继承人在继承开始后没有明确作出接受继承的意思表示,在遗产处理前都可以放弃继承,这就导致继承人是否放弃继承处于一种不确定状态,且期限可能长于诉讼时效期间。如果立法上将放弃继承限定在一定期限内(立法例上通常以3个月为限),那么,在规定期限内继承人没有表示放弃继承的,就视为接受继承,则上述困境就会迎刃而解,因为放弃继承的期限远远短于诉讼时效期间,放弃继承就不会处于不稳定状态。为此,笔者建议,民法典继承编在继承人放弃继承问题上应当设置具体的时间限制(如3个月),这也是学界一致的看法。但令人遗憾的是,《民法典继承编(草案)》第903条仍维持了《继承法》第25条的规定,实属不该。当然,在没有规定放弃继承期限的情况下,继承回复请求权诉讼时效期间届满的,可以推定继承人已接受继承,从而禁止继承人再放弃继承。同时,立法还可以设置保护遗产债权人的相关制度,如继承人放弃继承权损害遗产债权人利益的,债权人可以申请人民法院撤销继承人的放弃继承行为。^⑬

【主要参考文献】

1. 王利明 “继承法修改的若干问题”,《社会科学战线》2013年第7期。
2. 戴炎辉、戴东雄、戴瑀如 《继承法》,台北2013年作者自版。
3. 陈棋炎、黄宗乐、郭振恭 《民法继承新论》(修订九版),三民书局2014年版。
4. [德]雷纳·弗兰克、托比亚斯·海尔姆斯 《德国继承法》(第六版),王葆苒、林佳业译,中国政法大学出版社2015年版。
5. [德]安雅·阿门特-特劳特 《德国继承法》,李大雪、龙柯宇、龚倩倩译,法律出版社2015年版。
6. 杨立新 “民法分则继承编立法研究”,《中国法学》2017年第2期。

(责任编辑:高圣平)

^⑬ 参见注⑩,梁慧星主编书,第173页。

Jiang Chengxu ,Ph. D. in Law ,Assistant Researcher of Guanghua Law School ,Zhejiang University.

Applying the Theory of Hierarchical Standard of Proof in Criminal Cases

—***An Interpretation on the Paragraph 2 in Article 55
of the Criminal Procedure Law***

SUN Yuan • 59 •

The standard of proof stipulated in paragraph 2 under Article 55 of the Criminal Procedure law has obvious Chinese characteristics. The interpretation of the concept of standard of proof in Chinese law ,therefore , shall not follow the same approach as in the western countries. According to the provision ,standard of proof can be distinguished in broad and narrow senses. A narrow notion of standard of proof is about the degree of a judge's sense of certainty with the facts in issue ,and the broader conceptualization also includes the substantive and procedural requirements. Based on this distinction ,the meaning of standard of proof levels can be either dominant levels or recessive levels. The former refers to the different requirements of the degree of certainty demanded by criminal procedure law according to the nature of the fact in issue ,which falls in the narrow sense of standard of proof. However ,the latter refers to the different levels of broad sense of standard of proof as the consequence of different procedural requirements of the court investigation on facts in issue.

Key Words Standard of Proof; Substantive Requirement; Procedural Requirement; Requirement of the Degree of Certainty

Sun Yuan ,Ph. D. in Law ,Professor of School of Political Science and Law of China Social Science Academy University.

***On the Legislative Coordination of Succession Section and
Real right Section of Civil Code***

FANG Shaokun • 74 •

In the codification of civil code ,the rules between right of succession and real right should be well coordinated. The joint heritage should apply the form of joint ownership ,which should be clearly stipulated in legislation. Bequest cannot cause real right change ,the relevant provisions of the Real Right Law should be deleted. Heritage giving cannot cause real right change ,and whether the unattended heritage could cause real rights change shall be based on the statute. The effect of division of joint property and the division of joint heritage shall be consistent with each other ,both adopting Creativism and setting up the corresponding liability for the guarantee of defects at the same time. In legislation ,we should set up an independent claim for succession reply and which shall be correctly dealt with the real right claim.

Key Words Joint Heritage; Heritage Transfer; Real Right Change; Division of Joint Property; Succession Reply Claim

Fang Shaokun ,Ph. D. in Law ,Professor of Law School of Jilin University.

The Civil Interpretation of Acting against Third Party of Tenant Right:

In View of Criticism and Amendment Based on Systemic Method of Civil Law LEI Qiuyu • 87 •

There are three traditional interpretative patterns for the acting against third party of tenant right according