

# 比较与借鉴: 海峡两岸遗嘱执行人制度之立法探究

吴国平

**摘要:** 遗嘱执行人制度是继承制度中不可或缺的重要内容,但目前我国《继承法》中只有一条规定,内容极不完善。而我国台湾地区的遗嘱执行人制度相对比较完善,值得参考与借鉴。我们应当抓住《继承法》修订的历史机遇,从遗嘱执行人的法律地位、主体资格、主体范围与产生方式、职责与责任、资格的辞任和撤销以及报酬等方面入手,全面完善我国的遗嘱执行人制度,并为《民法典》的制定奠定基础。

**关键词:** 两岸; 遗嘱; 执行人; 立法; 研究

## 引言

近年来,随着我国经济的不断发展和综合国力的迅速提升,国民的生活水平和质量得到极大的提高,家庭财产的结构和数量也发生巨大变化,为财产利益发生争执的情况也随之有所增加。反映在司法实践中,一些地方法院所受理的遗产继承案件在民事案件中的比重逐年有所提升。有些案件不仅标的数额较大,而且遗产的品种结构也比较复杂,有的遗产还分散在不同区域。在现代社会的遗产继承中,特别是遗嘱继承情形下,一般都要涉及遗嘱执行问题(包括遗产管理、遗产分配等)。而遗嘱执行人制度正是继承制度中的一项重要内容,遗嘱的执行是实现遗嘱继承的必要程序和重要步骤,它直接关乎被继承人私权自治与遗嘱内容的最终实现,并涉及到遗嘱继承人、受遗赠人及其他利害关系人的切身利益。因此,我国大陆和台湾地区继承法对此均作出了相应规定,但海峡两岸的规定各有见地,也各有不足。尤其是我国大陆地区《继承法》中遗嘱执行人制度的具体内容目前还处于几近空白、很不完善的状况,远远落后于时代发展步伐,无法适应现实生活与司法实践的需要,亟需通过立法途径加以补充完善。相对而言,处于海峡对岸的我国台湾地区的遗嘱执行人制度相对比较完善,本文在此对海峡两岸遗嘱执行人制度进行比较分析,并梳理出我国大陆地区遗嘱执行人制度立法需要考虑的几个主要问题,提出可供大陆地区《继承法》修

订参考的若干立法建议,以期对《继承法》的修订及其理论研究有所裨益。

## 一、遗嘱执行人制度的产生与发展简述

在法律上,遗嘱自被继承人(遗嘱人)死亡时开始生效。但遗嘱生效并不意味着遗嘱就会被自动执行了。特别是有关遗产的分割、遗赠的完成以及债务清偿等,均必须经过一定的行为和程序才能落实到位。可见,继承开始后,遗嘱执行人在遗产的处理与分配上,起着非常重要的作用。遗嘱人生前对其财产处分的意思表示能否得到有效落实,遗嘱执行人是关键。因此,各国均十分重视遗嘱执行人制度的立法。但对于什么是遗嘱执行人,由于大陆法系国家与英美法系国家在遗嘱执行人权利来源(赋予)的认识与法律规定上有所差异,因此,对其内涵的界定也有所不同。在大陆法系国家,遗嘱执行人可以因遗嘱人指定而产生,也可以根据法律规定的其他方式而产生。在英美法系国家,遗嘱执行人是由遗嘱人指定产生的。<sup>①</sup>笔者认为,不论权利产生的来源如何,概括地说,遗嘱执行人就是在遗嘱人死亡后负责实现遗嘱内容的人。

遗嘱执行人制度早在古罗马法时初现端倪,但当时的遗嘱执行人原则上为继承遗嘱人人格的继承人,他只是受遗嘱人指定对遗产进行临时性的管理。现代民法上的遗嘱执行人制度起源于日而曼法的“中介受托人”(Salmann)制度。根据这一制度,财产所

作者简介: 吴国平,福建江夏学院法学院教授(福建 福州 350108)。

① 李岩著《遗嘱制度论》,北京:法律出版社2013年版,第326页。

有人可以指定继承人以外的人以自己的名义在其死后,依照其意思表示管理和处分其遗产。<sup>①</sup>后来的法国、德国、日本、瑞士等大陆法系国家逐渐将“中介受托人”制度发展为近现代意义上的遗嘱执行人制度,<sup>②</sup>最早被列入民法典的是1804年的《法国民法典》。目前,遗嘱执行人制度已逐渐为现代各国立法所接受。《德国民法典》、《瑞士民法典》、《日本民法典》、英国《1925年遗产管理法》、《1925年司法法》、《1981年高等法院法》以及美国《统一继承法典》(1969年)都对遗嘱执行人制度的基本内容作出了规定。我国《大清民律草案》第1523条规定遗嘱人可以以遗嘱指定遗嘱执行人一人或者数人。我国《澳门民法典》第五卷第八章“遗嘱之执行”以专章形式规定了遗嘱执行人的内容。我国台湾地区“民法”第五编第三章“遗嘱”也专设“执行”一节。我国《继承法》第16条规定了遗嘱执行人制度,但相形之下,却显得过于简略与概括。

## 二、我国大陆地区遗嘱执行人制度的立法状况

我国《继承法》第16条第1款规定“公民可以依照本法规定立遗嘱处分个人财产,并可以指定遗嘱执行人。”这是我国《继承法》有关遗嘱执行的唯一一条规定,它只是明确了遗嘱指定遗嘱执行人的产生方式,而对于遗嘱执行人的法律地位和资格要件、遗嘱执行人的其他产生方式、权利与职责、解除与辞任以及执行程序等内容均未作出规定。从总体上看,我国《继承法》的制度设计和整体内容相对都比较简单。究其原因,一是与当时所处的历史环境和立法条件有关。《继承法》制订之时,我国正处于改革开放初期,对法治与权利保护认识与重视不够到位,一些重大法学理论问题尚未形成共识,加上思想观念比较保守,经济发展不平衡,国民生活水平不高,私有财产并不丰富等各种因素叠加,没有形成依法运用遗嘱处分私有财产的观念与习惯;二是当时国家在立法指导思想上强调“宜粗不宜细”,要求简便易行,从源头上造成

包括《继承法》在内的许多法律文件或多或少都存在历史局限性,并制约了法律对社会关系和矛盾纠纷调整功能的发挥。

就我国《继承法》第16条的内容来看,充分体现了法律对遗嘱人私人财产意思自治权的尊重与保护。当继承开始后,在确定遗嘱执行人时,首先应当按照遗嘱人在遗嘱中的相关意思表示来执行。但由于遗嘱执行人本身所涉及的问题比较多,反过来说明我国现行《继承法》还存在许多缺漏,主要涉及以下问题:(1)遗嘱中未指定遗嘱执行人时的处理;(2)遗嘱执行的准备程序(遗嘱的开启);(3)在遗嘱中委托第三人指定遗嘱执行人;(4)遗嘱执行人的资格不明确;(5)遗嘱执行人的接受、拒绝以及变更、辞任等内容;(6)遗嘱执行人的职责;(7)遗嘱执行人的获得报酬权。<sup>③</sup>

## 三、我国台湾地区遗嘱执行人制度立法及其借鉴

### (一) 台湾地区“民法·继承编”的相关具体规定

1. 遗嘱执行人的法律地位。关于这一问题,台湾地区在学说上有固有权说和代理权说两种不同观点。<sup>④</sup>

固有权说认为,遗嘱执行人执行职务是基于自身固有的权利,既不是为了遗嘱受益者的利益,也不是作为继承人的代理人执行遗嘱。固有权说又有机关说、限制物权说和任务说三种不同观点。<sup>⑤</sup>代理权说认为,遗嘱执行人在遗嘱继承关系中处于代理人的地位,但究竟是谁的代理人,又有遗嘱人的代理说和继承人的代理说两种不同的观点。<sup>⑥</sup>

我国台湾地区“民法”第1215条第2项规定:“遗嘱执行人因前项职务所为之行为,视为继承人之代理。”可见,台湾地区采用的是继承人代理说。至于遗嘱执行人是继承人的法定代理人还是委托代理人?台湾地区学界通说认为遗嘱执行人是基于法律规定(即依法)而产生的法定代理人,而非继承人的委托代理人。<sup>⑦</sup>

① 李岩著《遗嘱制度论》,法律出版社2013年版,第328页。

② 刘春茂主编《中国民法学·财产继承》(第二版),人民法院出版社2008年版,第352页。

③ 吴国平主编《台湾地区继承制度概论》,九州出版社2014年版,第196页。

④ 参见史尚宽著《继承法论》,中国政法大学出版社2000年版,第566—567页。

⑤ 机关说认为遗嘱执行人是被继承人法律上所认利益的机关;限制物权说认为遗嘱执行人是遗嘱人的继承人或受托人,对遗产享有一定的处分权;任务说认为遗嘱执行人如同破产管理人一样基于其任务而具有独立的法律地位。

⑥ 遗嘱人的代理说认为遗嘱执行人是遗嘱人的代理人或代表人,遗嘱执行人必须依遗嘱人的意思为忠实地执行。法国学者多采此说,英美法上也基本采此说。继承人的代理说认为,首先,由于遗嘱人的权利能力已于其死亡时消灭,因而已不能委托代理人为法律行为,并且,民法上的代理也是以被代理人的人格存在为基本前提的;其次,由于遗嘱执行是以遗产为标的,而遗产已因继承的开始而归于继承人,因此遗嘱执行人所为之行为实际上是代理继承人进行的。日本民法即采此说。

⑦ 陈祺炎、黄宗乐、郭振恭著《民法继承新论》(修订七版),三民书局2011年版,第316页。

2. 遗嘱执行人的产生。根据我国台湾地区“民法”第1209条和第1211条的规定,<sup>①</sup>遗嘱执行人的法定产生方式有四种,一为遗嘱直接指定;二为遗嘱委托指定;三为亲属会议选定;四为受理法院指定。

(1) 遗嘱人指定遗嘱执行人或委托他人指定遗嘱执行人。遗嘱人在立遗嘱时有权自主指定遗嘱执行人。如果无合适人选或者委托他人指定更为稳妥的,遗嘱人可在遗嘱中委托他人代为指定。具体采用何种方式,可由遗嘱人在遗嘱中明示。在上述两种方式中,继承人、受遗赠人或其他人都可以作为遗嘱执行人,且遗嘱执行人的人数不受限制。如果遗嘱执行人为两人以上者,可以指定其共同执行遗嘱事项,也可以指定各遗嘱执行人分别执行遗嘱事项。此外,遗嘱人还可以在遗嘱中指定补充遗嘱执行人,在遗嘱执行人不就任或者空缺(如因病或死亡出现空缺)时,充当遗嘱执行人。

遗嘱人委托他人指定遗嘱执行人,其中的“他人”是否包括继承人与受遗赠人?台湾地区学界有不同观点,有学者认为不应包含继承人,有学者认为继承人与受遗赠人都不得为受托指定遗嘱执行人。但大部分学者认为既然法律没有除外规定,应该尊重遗嘱人意思,没有理由限制继承人与受遗赠人受委托的资格。<sup>②</sup>

(2) 亲属会议指定遗嘱执行人。如果遗嘱人既未指定,也未委托他人代定遗嘱执行人,或者出现被指定的人拒绝接受指定、因被指定的人不合法致使其指定无效、受托人拒绝接受委托、受托人指定的人拒绝接受指定等情形时,则由亲属会议选定遗嘱执行人。但亲属会议应由谁来负责召集?台湾地区立法没有明文规定,台湾地区学者一般认为应限于由与遗嘱的执行有利害关系的人召集,例如遗嘱人的继承人、受遗赠人或遗嘱人的债权人等。<sup>③</sup>但是,继承人、受遗赠人及其他利害关系人不得未经亲属会议选定而直接向法院申请指定遗嘱执行人。

(3) 法院指定遗嘱执行人。即由与遗嘱有关的利害关系人申请法院指定遗嘱执行人。如果亲属会议未能依法成立或亲属会议无法选定出合适的遗嘱

执行人,则与继承有关的继承人、受遗赠人、被继承人的债权人等有权申请法院指定遗嘱执行人。

法院指定遗嘱执行人必须具备相应的实质要件和形式要件。其实质要件是:第一,遗嘱的内容须经遗嘱执行人执行方能实现或者由遗嘱执行人执行比较合适。第二,无遗嘱执行人或者遗嘱执行人缺席。第三,亲属会议无法召集或者经过召集仍无法选任出遗嘱执行人。其形式要件是:必须经过利害关系人的申请。所谓利害关系人是指继承人、遗产债权人、受遗赠人、受遗赠人的债权人等,系与遗嘱的执行有利害关系的人而言。利害关系人应当在继承开始时向被继承人住所地法院提出申请。

当遗嘱人立遗嘱捐助财产设立财团法人而没有遗嘱执行人时,根据台湾地区“民法”第60条第3项的规定,法院有权依据主管机关、检察官或利害关系人的申请指定遗嘱执行人。由法院指定的遗嘱执行人知悉该指定后有权决定是否接受指定,如果拒绝,应当重新指定。

不论是遗嘱人自己指定遗嘱执行人还是他人或法院指定遗嘱执行人,均为有效。但是,被指定的遗嘱执行人或受委托指定为遗嘱执行人的人是否愿意接受职务或履行指定的职责,可由其单方决定。但是遗嘱执行人或受委托指定的人如果不愿担任遗嘱执行人的,则必须通过适当方式告知继承人等利害关系人。

3. 遗嘱执行人的资格。首先,遗嘱执行人须具有完全行为能力。执行遗嘱设定的事务属于重大民事行为的范畴,唯有完全行为能力人才能担当和胜任,否则其执行结果不具有法律效力。据此,我国台湾地区“民法”第1210条规定“未成年人、受监护或辅助宣告之人,不得为遗嘱执行人”。在实践中,已婚的未成年人是否具有担任遗嘱执行人的资格呢?台湾地区学界通说认为,未成年人即使因结婚而具备完全行为能力的,也不能担任遗嘱执行人。<sup>④</sup>至于继承人是否可以作为遗嘱执行人?由于立法没有明确限制,我国台湾地区司法实践和学界通说采用肯定说,均将继承人纳入遗嘱执行人范围之内。其次,台

<sup>①</sup> 我国台湾地区“民法”第1209条规定“遗嘱人得以遗嘱指定遗嘱执行人,或委托他人指定之。受前项委托者,应即指定遗嘱执行人,并通知继承人。”第1211条规定“遗嘱未指定遗嘱执行人,并未委托他人指定者,得由亲属会议选定之;不能由亲属会议选定时,得由利害关系人声请法院指定之。”

<sup>②</sup> 陈棋炎、黄宗乐、郭振恭著《民法继承新论》(修订七版),三民书局2011年版,第318—319页。

<sup>③</sup> 陈棋炎、黄宗乐、郭振恭著《民法继承新论》(修订七版),三民书局2011年版,第320页。

<sup>④</sup> 陈棋炎、黄宗乐、郭振恭著《民法继承新论》(修订七版),三民书局2011年版,第322页。

湾司法实践和台湾学界认为,既然立法上对遗嘱执行人除了台湾地区“民法”第1210条所规定的未成年人以及受监护或辅助宣告之人不得担任之外没有其他的限制,受遗赠人、遗嘱的见证人、公证人等都可以作为遗嘱执行人。<sup>①</sup>第三,遗嘱执行人在其合法就任后,如果出现了受到监护或辅助宣告等情形时,其遗嘱执行人的资格自动丧失。遗嘱执行人在丧失资格的情况下所为的遗嘱执行行为,应视为无权代理行为,但该行为可因继承人的追认而有效。

4. 遗嘱执行人的职务。遗嘱执行人的职务主要有:(1) 编制遗产清册。根据台湾地区“民法”1214条的规定,对于遗嘱涉及的财产,遗嘱执行人认为有编制清册之必要时,应即编制遗产清册并交付给继承人。如果编制遗产清册涉及必要费用的,则属于执行遗嘱的费用,应当从遗产中支付。(2) 管理遗产,并根据执行职务需要可进行一定的行为。根据台湾地区“民法”第1215条第1项规定,遗嘱执行人有管理遗产并为遗嘱执行而进行必要行为的权利。其目的是为了保存好遗嘱人的遗产,避免造成损失,以确保遗嘱能够得到全面执行。遗产执行人管理遗产的职责,一般包括如下权限内容:①管理权;②必要时占有标的物的权利;③处分权;④诉讼权;⑤请求查阅公证遗嘱书原件或者请求公证机关交付正本或缮本的权利。如果遗产有宣告破产的可能时,遗嘱执行人可以向法院申请宣告破产;⑥在履行遗赠以及设立基于捐助成立的财团时,遗嘱执行人可以根据实际情况,在执行遗嘱过程中聘请履行辅助人。另外,遗嘱执行人管理遗产以与遗嘱有关的遗产为限,对于与遗嘱无关的遗产,遗嘱执行人没有管理责任。(3) 有权排除继承人妨碍其执行职务。我国台湾地区“民法”第1216条规定继承人在遗嘱执行人执行其职务时,不得处分与遗嘱有关之遗产,并不得妨害其职务的执行。这一规定同样适用于继承人的法定代理人。该规定是为保证遗嘱执行人独立顺利地执行遗嘱,任何人不得非法干涉。尤其是实际控制遗产或遗产权属证书的继承人更不得妨害遗嘱执行人执行其职务。如果继承人擅自处分与遗嘱有关的遗产,或以其他行为妨害遗嘱执行人执行遗嘱,遗嘱执行人可以请求法院排除妨害。(4) 数个遗嘱执行人执行职务的方法。

我国台湾地区“民法”第1217条规定“遗嘱执行人有数个人时,其执行职务,以过半数决之。但遗嘱另有意思表示者,从其意思。”这就是说,当数个遗嘱执行人执行职务时,必须由过半数以上的遗嘱执行人承认方为有效。如果遗嘱执行人没有依据半数以上决定所进行的法律行为,应属效力待定。如果遗嘱人在遗嘱中明确规定必须全体遗嘱执行人共同执行,或者规定2/3多数遗嘱执行人执行,或者规定某一遗嘱执行人单独执行,均无不可。遗嘱执行人应当依照遗嘱人的意愿行事,不得滥用权利。至于共同执行,则是指全体遗嘱执行人意见一致时才能执行。

5. 遗嘱执行人的责任与权利。遗嘱执行人的责任就是认真执行遗嘱内容,全面完成遗嘱规定事项。如果遗嘱执行人不认真履行职责而损害继承人等利害关系人的利益时,根据台湾地区“民法”第1218条规定,遗嘱执行人如果是遗嘱指定或委托他人指定,或者由亲属会议选定的,与遗嘱有关的利害关系人可以请求亲属会议另行选定。但如果遗嘱执行人是由法院指定的,与遗嘱有关的利害关系人应申请法院另行指定。在实践中,申请法院变更遗嘱执行人大致有两种情况:一是遗嘱执行人怠于执行职务,如应当及时编制遗产清册而不及时编制;对遗产未能尽责妥善保管;应当交付遗赠物而迟迟不交付,等等;二是其他重大事由,严重损害利害关系人的权益,如遗嘱执行人擅自变卖、处分遗产,利用职务侵吞遗产等。<sup>②</sup>

遗嘱执行人的权利主要有偿还费用请求权和支付报酬请求权。遗嘱执行人在执行遗嘱过程中所支出的必要费用,可以向继承人请求偿还费用与相应的利息。遗嘱执行人为执行遗嘱所承担的必要债务,有权向继承人请求代为清偿。如果遗嘱执行人执行遗嘱过程中因非自身原因受有损害的,可以向继承人请求赔偿。<sup>③</sup>至于遗嘱执行人可否请求给付报酬,法律无明文规定,但参照台湾地区“民法”第547条、“非讼法”第120条的相关规定,应解释为遗嘱执行人可以请求给予适当的报酬。<sup>④</sup>

6. 遗嘱执行人职务的终止。遗嘱执行人职务终止的法定情形包括:(1) 遗嘱全部执行完毕;(2) 遗嘱执行人自然死亡或宣告死亡;(3) 遗嘱执行人受监护

① 陈根炎、黄宗乐、郭振恭著《民法继承新论》(修订七版),三民书局2011年版,第323页。

② 吴国平主编《台湾地区继承制度概论》,九州出版社2014年版,第191页。

③ 史尚宽著《继承法论》,中国政法大学出版社2000年版,第603页。

④ 史尚宽著《继承法论》,中国政法大学出版社2000年版,第602页。

或辅助宣告而丧失资格;<sup>①</sup>(4) 遗嘱执行人被解任。根据台湾地区“民法”第1218条的规定,遗嘱执行人具有怠于执行职务,或有其他重大事由等情形时,继承人等利害关系人可请求亲属会议另行改选。如系法院指定的,则可诉请法院另行指定。怠于执行职务一般是指,遗嘱执行人完全怠于实行遗嘱的内容、无正当理由拒绝将其管理的遗产交付给继承人或无正当理由拒绝作出遗产执行状况的报告等。“其他重大事由”一般是指遗嘱执行人因长期疾病、去向不明或长期不在,导致其无法执行职务或懈怠执行职务的。关于遗嘱执行人解任的程序,一般由利害关系人请求亲属会议改选他人,如亲属会议无法召集或无法做出决议时,利害关系人可申请法院指定。同理,遗嘱执行人若系法院指定的,利害关系人可申请法院另行指定。(5) 遗嘱执行人辞职。<sup>②</sup>

## (二) 我国台湾地区遗嘱执行人制度的特点与借鉴

相较于大陆地区《继承法》对遗嘱执行人只有1个条款的规定而言,我国台湾地区遗嘱执行人制度还是相对比较完善的。从我国台湾地区有关遗嘱执行的相关规定中,我们可以看出其有三个主要特点:第一,其遗嘱执行人制度的内容相对系统和完备。对遗嘱执行人制度所涵盖的法律地位、产生方式和条件、法律资格、职务(职责)、责任与权利到职务的终止等基本内容都做出了规定,形成自己的体系。第二,遗嘱执行人制度的相关设计比较具体且灵活。例如,有关遗嘱执行人的产生问题,立法上规定了四种方式,使遗嘱人或利害关系人具有比较大的选择空间。在遗嘱执行人的范围上,立法上没有禁止,司法实践和理论上都支持继承人、受赠人、遗嘱见证人、公证人可以作为遗嘱执行人。第三,注意从立法上为遗嘱执行人依法履职提供法律依据和保障。不但明确了遗嘱执行人的职责和权利,还为保障遗嘱执行人独立顺利地执行职务,排除他人非法干涉提供法律支持。同时,在理论研究与司法实务方面,台湾地区也总结积累了一大批成果和经验。这些都值得大陆地区立法参考与借鉴。当然,台湾地区的遗嘱执行人制度立法也存在一些不完善之处,对一些在实践中可能经常遇

到的问题没有作出规定。例如,当遗嘱执行完毕时,遗嘱执行人的任务也就完成了,遗嘱执行人的职务自然应当终止。但遗嘱执行完毕如何认定?遗嘱执行人此时是自动终止职务还是需要经过相关程序认定后才能终止其职务?遗嘱执行人的职务终止后其在管理遗产和分配遗产中所产生的义务如何处理?对此我国台湾地区“民法”没有明文规定。再如,对于遗嘱执行人被指定或被选定并就职后是否可以辞职?对于遗嘱执行人因自己的过错而给继承人或其他利害关系人造成损害时应当承担何种责任?遗嘱执行人有无请求报酬的权利?等等,均无明确规定,而台湾地区学说上对此是持肯定态度的。

## 四、我国大陆地区遗嘱执行人制度立法构建之设想

我们应当紧紧抓住我国《继承法》的修订已经列入根据立法机关立法议事日程之历史机遇,认真梳理我国《继承法》中存在的不足与疏漏,全面总结审判实践经验和理论研究成果,结合我国大陆地区的实际情况和未来发展需要,提出全面的修订意见或建议。就遗嘱执行人制度而言,笔者认为,我国《继承法》中应当重点规定遗嘱执行人制度中的以下内容:

### (一) 遗嘱执行人的法律地位

对于遗嘱执行人在遗嘱继承中处于何种法律地位,与我国台湾地区一样,大陆地区学界也有固有权说和代理权说之分,也具有相同的争议。笔者赞成固有权说中的任务说。主要理由是:第一,遗嘱执行人是基于其任务而具有法律上的独立地位,因此,其依法和依遗嘱规定而执行遗嘱是基于自己固有的权利。第二,如果采用代理权说,则如果遗嘱中并未指定遗嘱执行人,或指定的遗嘱执行人拒绝接受指定,或其因某种重大事由而无法执行“代理”任务时,应如何处理?换句话说,是否可以另行指定其他人作为遗嘱执行人?谁有权进行指定?因为代理是以被代理人的人格存在为基本前提的,被代理人死亡之时代理人的代理权即行终止,这时也不可能再由遗嘱人重新委托他人代理了。第三,从遗嘱执行人的产生方式来看,在我国台湾地区,遗嘱执行人有遗嘱人在遗嘱中

<sup>①</sup> 我国台湾地区“民法”2008年修正案将原来的禁治产宣告修改为受监护宣告和辅助宣告两级制,受监护宣告是“因精神障碍或其他缺陷致不能为意思表示或受意思表示,或不能辨识意思表示者”,受监护宣告人属无行为能力人。辅助宣告,是“因精神障碍或其他缺陷致其为意思表示或受意思表示,或辨识其意思表示效果之能力显有不足者”。其针对心智障碍和心智缺陷程度较低的人,将老人失智、自闭症及精神障碍者纳入保护范畴。受辅助宣告人担任独资、合伙或法人负责人、不动产或其他重要财产的买卖、设定负担、赠与、诉讼、等重要法律行为时要征得辅助人同意才可以,但纯获利益的行为或者依其年龄及身份、日常生活所必须的行为除外。

<sup>②</sup> 吴国平主编《台湾地区继承制度概论》,九州出版社2014年版,第192-196页。

指定或委托他人指定、亲属会议指定和利害关系人申请法院指定四种方式,而采用代理权说就无法解释当继承人妨碍或干涉遗嘱执行人执行职务时,遗嘱执行人为什么可独立以自己的名义起诉继承人的问题,这显然与代理人为被代理人的利益行为的理念不相符合。第四,在继承开始后,如果遗嘱执行人确因不能履行“代理”任务而需要“转委托”的,但因遗嘱人已死亡,事实上其事后已不可能向遗嘱人报告相关事项,也没有必要报告了,这显然不符合代理的条件和规则。

## (二) 遗嘱执行人的资格与范围

遗嘱执行人的资格就是遗嘱执行人所具有的实际操作遗嘱规定事项的能力。德国、意大利、瑞士和日本等许多国家的民法典都明确规定将禁治产人和未成年人排除在遗嘱执行人的范围之外,只有完全行为能力人才具有担当此任的资格。我国台湾地区“民法”第1210条明确将未成年人及禁治产人排除在遗嘱执行人范围之外。因此,笔者建议,修订我国《继承法》时应明确规定“担任遗嘱执行人者须为具有完全行为能力并具有一定社会生活经验,能独立管理并按照遗嘱执行遗产分配之人。”

1. 具有完全行为能力。根据我国《民法通则》第12条和第13条对于无行为能力人和限制行为能力人的界定,以及我国《继承法》第22条规定的“无行为能力人或者限制行为能力人所立的遗嘱无效”之精神分析,就自然人而言,具有完全行为能力的成年人才具备遗嘱执行人的法律资格。年满16周岁并以自己的劳动收入作为主要生活来源的自然人,视为具有担任遗嘱执行人的资格,而无行为能力人和限制行为能力人均应排除在外。具有独立民事主体资格的法人和其他社会组织也可以担任遗嘱执行人。

2. 具有一定的社会生活经验,能独立管理遗嘱人遗产并按照遗嘱执行遗产的分配。

关于遗嘱执行人的范围,笔者认为在立法上可以采取概括性与列举性相结合的立法模式,一方面明确规定遗嘱执行人必须具备的条件,另一方面,明确规定一些排除情形,主要包括:(1) 无行为能力人和限制行为能力人;(2) 依法丧失或被剥夺继承权的人;<sup>①</sup>(3) 隐匿遗嘱,情节严重的人;(4) 因长期疾病、下落不明等特殊原因不宜担任遗嘱执行人的人;(5) 社会

信誉不良、内部管理不善的的法人和其他社会组织;(6) 国家公权力机构;(7) 其他不宜担任遗嘱执行人的人。在主体范围上尽可能规定得宽一些,包括继承人、受遗赠人在内的自然人、法人和其他社会组织(包括律师事务所、公证处等)都可以被指定为遗嘱执行人。其中,律师事务所、公证处可以作为公共遗嘱执行人。

## (三) 遗嘱执行人的产生

目前,我国《继承法》第16条规定的遗嘱执行人产生方式比较单一,只有遗嘱直接指定一种,别无其他选择。如前所述,我国台湾地区规定了遗嘱执行人产生有遗嘱直接指定等四种法定方式,形式多样且比较灵活。《日本民法典》第1006条和第1010条也规定了遗嘱指定、遗嘱委托第三人指定、家庭法院选任三种遗嘱执行人的产生方式。笔者认为遗嘱直接指定、遗嘱委托指定和法院指定这三种方式可以引入我国《继承法》中,但是亲属会议选定这一方式,在我国大陆地区已无适用的价值与可能,可以不予吸收。笔者建议我国未来立法可以将遗嘱执行人的产生分为遗嘱指定和法律规定两大类,共计四种方式。

1. 遗嘱指定。由遗嘱人在遗嘱中直接指定遗嘱执行人是遗嘱执行人产生最为常见的一种方式。因为没有人比遗嘱人更清楚谁更合适担任遗嘱执行人。指定遗嘱执行人的范围为包括法定继承人在内的一切自然人、法人及其他社会组织。遗嘱指定可分为直接指定和委托指定两种方式。(1) 直接指定。直接指定是遗嘱人在遗嘱中指定遗嘱执行人的方式,也是最为合适的产生方式。除自然人以外,法人和其他社会组织是否可以被指定为遗嘱执行人,目前我国立法上没有规定。笔者认为,这一问题值得探讨。特别是对于一些特殊情况,例如遗嘱人是鳏寡老人、失独老人,在没有其他近亲属的情况下,应当允许其在遗嘱中指定其最后居住地的基层组织或社会福利院等单位,或其所在单位作为遗嘱的执行人。这在理论上没有障碍,在实践中也是行得通的。(2) 委托指定。委托指定(即间接指定)是遗嘱人在遗嘱中委托第三人负责指定遗嘱执行人的方式。

此外,对于他人被指定为遗嘱执行人,但其不作出是否接受指定而履行执行遗嘱职责的意思表示怎

<sup>①</sup> 我国《继承法》第7条规定“继承人有下列行为之一的,丧失继承权:(一)故意杀害被继承人的;(二)为争夺遗产而杀害其他继承人的;(三)遗弃被继承人的,或者虐待被继承人情节严重的;(四)伪造、篡改或者销毁遗嘱,情节严重的。”

么办? 我国大陆和台湾地区立法上都没有规定。而国外一些国家民法典中为此专门规定有催告程序, 并根据遗嘱执行人和受托指定人在催告期内仍不作出明确回答所可能产生的不同后果, 形成了视为拒绝就职和视为接受委托两种立法例, 例如德国、韩国采用第一种立法例,<sup>①</sup> 而瑞士、日本则采用第二种立法例。<sup>②</sup> 我国《澳门民法典》第 2150 条和第 2151 条也规定了催告程序, 如果遗嘱执行人没有明示拒绝, 即视为接受委托。<sup>③</sup> 笔者倾向于采用第一种立法模式。建议未来立法规定被指定的遗嘱执行人接受该职务的, 必须以明示方式对继承人等利害关系人或指定法院作出, 否则一律视为拒绝。因为在实践中, 如果遗嘱执行人在催告期内对是否履行同意遗嘱执行人的职责未作出明确意思表示, 而法律推定其视为接受的话, 则可能会出现无人完成遗嘱执行任务的情况, 使遗嘱执行处于无法启动或停顿状况, 最终还得另行指定遗嘱执行人。因此, 有必要借鉴瑞士、日本和我国澳门地区的立法经验, 在今后修改《继承法》时专门设立一项遗嘱执行人的接受程序, 同时, 赋予继承人等利害关系人以催告权, 并明确答复期限和后果。<sup>④</sup> 需要指出的是, 当遗嘱执行人有数人, 但按照遗嘱要求, 每个执行人均单独执行遗嘱的某一部分内容的, 则某个执行人拒绝就任, 则应视为遗嘱执行人出缺, 应另行指定。<sup>⑤</sup> 如果数个遗嘱执行人系共同执行全部事务的, 出现某执行人拒绝就任的, 因不影响该遗嘱的执行, 因此, 无须另行指定。

2. 法律规定。即根据法律规定而指定遗嘱执行人。法定遗嘱执行人的主体范围包括法定继承人和遗嘱人所在单位或遗嘱人最后住所地(或主要遗产所在地)的基层组织或有关单位, 其执行权来源于法律授权或人民法院的指定。当遗嘱没有指定也没有委托他人指定遗嘱执行人, 且继承人只有一人时, 则由该继承人担任遗嘱执行人; 如果继承人为数人时, 也可以先由共同继承人协商确定其中一人、数人或者全体继承人为遗嘱执行人。协商不成时, 可由人民法院在法定继承人的范围内指定遗嘱执行人。如果全

体继承人均没有或丧失行为能力, 或者因故不能或不宜担任遗嘱执行人的, 则由人民法院依法指定遗嘱人最后住所地(或主要遗产所在地)的基层组织或有关单位或者其生前所在单位为遗嘱执行人。

(1) 法定继承人为遗嘱执行人。一般而言, 法定继承人作为遗嘱执行人只适用于以下情形: 一是遗嘱人未指定遗嘱执行人; 二是遗嘱指定法定继承人以外的人为遗嘱执行人而其拒绝接受指定; 三是被指定的人不能担任遗嘱执行人, 例如被指定的人先于遗嘱人死亡, 或者无行为能力或丧失行为能力;<sup>⑥</sup> 四是被指定的人不宜担任遗嘱执行人。这主要是指遗嘱执行人有违反职责(如侵吞、隐匿或转移遗产)或者其他侵害继承人等利害关系人利益(如虚构遗产债务)的违法行为。据此, 继承人、受遗赠人或其他利害关系人可以向人民法院提起诉讼, 由人民法院取消其执行人资格并另行指定遗嘱执行人或者直接依法处理遗产纠纷。如果法定继承人为数人, 且数个法定继承人中存在不同顺序时, 顺序在先者为遗嘱执行人。如果第一顺序继承人丧失行为能力、放弃继承权以及不能或不宜担任遗嘱执行人等情形时, 则由第二顺序的继承人担任。当同一顺序的继承人为二人以上者, 则由其共同担任遗嘱执行人。共同执行人如对遗嘱执行事务有分歧时, 应按人数过半者的共同决定执行。<sup>⑦</sup> 如果因遗嘱执行人因违反职责造成遗嘱人遗产损害的, 继承人、受遗赠人或其他利害关系人可通过诉讼途径主张赔偿权利。

(2) 遗嘱人所在单位或遗嘱人最后住所地的基层组织为遗嘱执行人。如果遗嘱人无继承人或者虽有继承人, 但其因法定原因不能或不宜执行遗嘱, 且遗嘱没有指定遗嘱执行人或者指定之人不能或不宜执行遗嘱的, 可以由人民法院指定遗嘱人所在单位或遗嘱人最后住所地的基层组织或有关单位为遗嘱执行人。其中, 这里的基层组织和有关单位是指遗嘱人最后住所地或主要遗产所在地的居民委员会、村民委员会或社会福利院等单位。

① 《德国民法典》第 2202 条第 3 项规定“遗产法院可以根据利害关系人之一的申请, 向被任命人指定作出关于接受职务的意思表示的期间。期间届满时, 视为拒绝职务, 但在此之前表示接受的除外。”

② 《日本民法典》第 1008 条规定了继承人或利害关系人的催告权。

③ 《澳门民法典》第 2150 条第 1 项规定“遗嘱执行人之接受得为明示或默示接受。”第 2151 条规定“拒绝担任遗嘱执行人一职时, 须透过向公证员作出意思表示而为之。”

④ 吴国平《我国遗嘱继承制度的不足与完善》, 载《南通大学学报》(社会科学版) 2011 年第 1 期, 第 51 页。

⑤ 李岩著《遗嘱制度论》, 法律出版社 2013 年版, 第 348 页。

⑥ 张玉敏主编《继承法教程》, 中国政法大学出版社 1998 年版, 第 295 页。

⑦ 张平华、刘耀东著《继承法原理》, 中国法制出版社 2009 年版, 第 363 页。

上述二类遗嘱执行人中也分为顺序,第一顺序为法定继承人,第二顺序为遗嘱人“所在单位”和“基层组织”。二个顺序遗嘱执行人同时存在时,第一顺序者的地位优先于第二顺序者。

综上所述,可以作为遗嘱执行人的依次为:(1)遗嘱直接指定的遗嘱执行人;(2)遗嘱委托指定的遗嘱执行人;(3)法定继承人;(4)遗嘱人所在单位或遗嘱人最后住所地的基层组织。首先,在继承开始后,可以根据遗嘱是否指定或委托指定等实际情况,分别确定遗嘱执行人。但如果当事人对遗嘱执行人的确定产生争议或发生纠纷的,是否可以直接向人民法院起诉呢?笔者认为,可以借鉴我国台湾地区的经验,规定继承人等利害关系人应当在继承开始时向被继承人(遗嘱人)住所地或主要遗产所在地的人民法院提出申请。<sup>①</sup>其次,如果有继承人等利害关系人不同意遗嘱执行人对遗产的处理意见时,也可以提出异议,也可以向人民法院提起诉讼。

#### (四) 遗嘱执行人的职责

遗嘱执行人的职责包括遗嘱执行的权利和义务。除遗嘱另有规定外,遗嘱执行人的职责主要包括以下几项:

1. 编制遗产清册。为了管理遗产和执行遗嘱,在遗嘱执行人就职后,其首先必须根据遗嘱内容,查清遗产状况。同时,编制遗产清册,记载遗产现存状况与范围。这一工作的开始也意味着遗嘱执行程序的正式启动。

2. 管理和保护遗产。这一职责的内容包括遗产的控制权(占有权)、保管权、处分权、保护权和诉讼权等,这些权利是一种受限制的权利,应以与遗嘱涉及的遗产为限。

3. 清结遗嘱人生前的债权和债务。遗嘱执行人在遗嘱限制的范围内享有收取遗产债权、收取租金或交付租金、清偿债务或税款、履行遗赠、提起诉讼等权利,且无须征得继承人的同意。

4. 排除他人妨碍。遗嘱执行人受指定而执行职务行为是受法律保护的,包括继承人在内的任何人不得非法干涉。特别是占有或实际控制遗产的继承人更不得以各种理由妨害遗嘱执行人执行职务。如果继承人擅自处分遗嘱涉及的遗产,或以其他行为妨害遗嘱执行人执行遗嘱的,例如继承人拒绝交出其所占

有的遗产,或无正当理由而阻扰遗嘱执行人为清偿遗嘱人债务需要而变卖部分遗产等,对此,遗嘱执行人有权排除妨碍,必要时可请求人民法院排除妨害。此外,继承人的法定代表人与继承人一样,在遗嘱执行过程中也不得处分与遗嘱继承有关的遗产。

5. 诉讼代理。遗嘱执行人在履职过程中,可以自己独立的名义参加有关遗产的诉讼活动。这不是基于代理权而产生的,而是根据法律规定的遗嘱执行人对遗产的管理权而派生出来的一项独立诉讼权。

6. 严格执行遗嘱内容。主要事项包括:第一,召集全体遗嘱继承人和受遗赠人会议,当众公布遗嘱内容和遗产的现实状况;第二,依照遗嘱内容分配遗产,执行遗赠。<sup>②</sup>

7. 报告遗嘱执行情况。遗嘱全部执行完毕后,遗嘱执行人应向继承人等利害关系人报告遗嘱执行情况。提交的报告中应当包括遗产清册、管理遗产的账目和管理费用、债权债务和遗产税费处理支付情况、遗产分配方案和分配给继承人、受遗赠人的证明等。遗嘱执行人报告结束后,在规定的合理期限内利害关系人没有提出异议的,则整个遗嘱执行才能视为全部完毕,遗嘱执行人的职务才能终止。反之,如果有利害关系人提出异议的,则应通过诉讼程序处理,由人民法院裁定。遗嘱执行人系人民法院指定的,则应向人民法院报告。报告完毕后,整个遗嘱执行程序方可宣告结束。

#### (五) 遗嘱执行人的责任

遗嘱执行人的责任就是依照法律规定和遗嘱要求认真执行遗嘱相关执行事项,以实现遗嘱人生前意愿。至于遗嘱执行人因失职而给继承人、受遗赠人或其他利害关系人造成损害的,是否应当承担赔偿责任的问题,台湾地区也没有明确规定。笔者认为,由于遗嘱执行人一般是没有报酬的,因此其所应负的责任不应过重,须承担责任的范围应以主观上故意或者有重大过失为限。但如果遗嘱中明确规定遗嘱执行为有偿行为的,则遗嘱执行人应尽到善良管理人的注意义务,对其因过错而造成的损害应向遗嘱相关的权利人承担赔偿责任。遗嘱执行人为共同执行人的,则由其他共同执行人负连带责任,但执行的职权范围各自独立或遗嘱另有特别要求的除外。如果遗嘱共同执

<sup>①</sup> 吴国平《我国遗嘱执行人制度的立法完善探析》,载《海峡法学》2012年第3期,第43页。

<sup>②</sup> 吴国平《我国遗嘱执行人制度的立法完善探析》,载《海峡法学》2012年第3期,第43-44页。



行人因共同执行遗嘱事务意见不一致而妨碍遗嘱执行的,继承人等利害关系人有权向人民法院申请撤销其执行资格,由人民法院另行指定遗嘱执行人。

#### (六) 遗嘱执行人资格的辞任和撤销

在理论上,对于遗嘱执行人的指定,被指定的人有拒绝接受的权利,在接受职务之后也应当有辞任的权利。对于遗嘱执行人的辞任,在目前法律条件下,由于我国大陆地区的遗嘱执行人是遗嘱人自己指定的,如果遗嘱执行人要辞去职务,则只能向遗嘱人的继承人、受遗赠人提出。笔者建议:首先,未来立法应设立遗嘱执行人的辞任制度,并根据遗嘱执行人产生的方式不同,相应规定不同的辞任方式。属于人民法院指定的,须向人民申请并获得批准后才能辞任。一般而言,遗嘱执行人的辞职不需要正当理由,且可以随时辞职。但如果是在不利于继承人、受遗赠人等利害关系人时,例如在继承人住院或出国进修期间突然辞职的,应负相应的损害赔偿责任。但由于不可归责于遗嘱执行人的事由(如因疾病被隔离、依法服兵役、公派出国等)而辞职的除外。其次,建议规定遗嘱执行人辞任或死亡后的处理办法,即由利害关系人申请人民法院另行指定新的遗嘱执行人。

关于遗嘱执行人资格的撤销,我国台湾地区“民法”第1218条规定“遗嘱执行人怠于执行职务,或有其它重大事由时,利害关系人得请求亲属会议改选他人。其由法院指定者,得声请法院另行指定。”根据台湾地区的经验,建议我国大陆地区未来立法上可以赋予遗嘱继承人、受遗赠人或其他利害关系人享有对遗嘱执行的监督权(包含撤销权和起诉权内容在

内)将“不能适当履行职责”作为撤销遗嘱执行人资格的法定理由,并规定相应的撤销程序。对于遗嘱人指定或委托他人指定的,由继承人、受遗赠人或其他利害关系人共同作出决定。对于由人民法院指定的遗嘱执行人资格的撤销,建议规定应由继承人、受遗赠人或利害关系人通过诉讼途径申请。需要强调的是,在我国《继承法》对撤销程序没有明确规定的情况下,笔者建议遗嘱执行人资格的撤销在程序上必须通过诉讼程序,由人民法院依法裁决。

对于遗嘱执行人在辞职或被撤销资格后所为的遗嘱执行行为,笔者认为,这应视为无权代理行为,一般情况下为无效行为,但事后因继承人等利害关系人追认的除外。如果其无权代理行为是因其担任遗嘱执行人时在管理遗产和分配遗产过程中所派生出来的持续义务,则仍属于遗嘱执行人个人须承担的法律义务。

#### (七) 遗嘱执行人的报酬

遗嘱执行人执行职务一般应为无偿服务行为,但遗嘱人在遗嘱中有特别规定执行为有偿性质者,遗嘱执行人可以直接在遗产价值范围内予以先行支付或扣除。遗嘱人在遗嘱中明确不给予报酬的除外。但对于下列主体担任遗嘱执行人的,建议未来立法明确规定不应支付报酬:(1)遗嘱人的法定继承人;(2)遗嘱人生前所在单位或最后住所地基层组织;(3)其他单位或社会组织。但遗嘱人遗嘱中有特别要求的除外。

(责任编辑 马碧玉)