

民法典继承编草案的反思与重构

李昊*

内容提要: 现行《继承法》制定于1985年,其所发挥的作用毋庸置疑,但是随着法学理论的发展和我国社会情况的巨大变迁,《继承法》中的诸多规定已不敷使用,亟待修正,而此次民法典编纂恰好为继承法的修改提供了契机。在继承编的立法过程中,既要把握住继承编与民法典其他各编之间的关系,尤其是遗嘱与法律行为之间的关系,也要在司法裁判的基础上进一步细化继承编的相关规则,弥补法律漏洞,增强规则的可操作性,进而实现对继承事件中各方主体利益的最佳保护。

关键词: 继承法; 继承编; 民法典编纂; 立法建议

2018年9月全国人大常委会对全社会公开了民法典各分编的草案审议稿(以下简称“一审稿”),其中继承编的草案内容仅是在1985年《继承法》的基础上进行了小修小补,并无太大变化,条文数量上也是各编中最少的。但是无论从民法典编纂的体系化要求来看,还是从社会现实的发展需要来看,这一草案的内容都过于粗糙、创新不足。本文拟从比较法的视角,针对此次审议稿的继承编内容,分析其中存在的问题并提出建议,以期对我国继承法的发展和完善有所助益。

一、法定继承中的遗产分配酌定

“一审稿”第904条以封闭列举的方式规定了继承权丧失的五种法定事由,除第一项和第二项故意杀害被继承人和继承人本身即足够严重外,另外三种均需要情节严重的要件。由此足见立法者对继承权法定丧失事由的谨慎态度。继承权丧失作为全有全无的法律后果,显然要比数额增减时的裁量后果更为严重,因此也应当更加谨慎,值得赞同。但是,实践中,考虑到继承人与被继承人之间的特殊关系,令继承人获得被继承人的遗产也颇为不公,典型如夫妻感情破裂情形下一方配偶去世后由另一方配偶继承其遗产。有观点指出,夫妻因感情不和已经达到离婚或分居的程度,意味着配偶相互之间的继承已经丧失了感情基础,法律仍然认定生存配偶可以继承死者的遗产,那么,对于被继承人而言是一种莫大的悲哀,没有人情愿将一生辛劳所得留给没有感情,甚至给自己造成巨大内心伤害的人。⁽¹⁾但在被继承人未通过遗嘱排除其感情破裂配偶的法定继承权的情形下,将夫妻感情破裂作为丧失继承权的事由却过于苛刻。

“一审稿”第909条围绕扶养义务的履行构建了法定继承中的遗产分配规则,即履行主要扶

* 北京航空航天大学人文与社会科学高等研究院暨法学院副教授,法学博士。本文获得“中央高校基本科研业务费专项资金资助”。

(1) 马新彦、卢冠男《民法典编纂中继承法编几个问题的探讨》,《当代法学》2017年第3期,第73页。

养义务的继承人可以多分遗产、能尽扶养义务而未尽的一方应当少分给遗产。这一规则显然是以父母与子女之间的继承作为模型，而忽略了夫妻之间继承的情形。因此，应当将夫妻感情破裂作为可以少分或不分的事由来加以考虑，能够以数额增减的弹性方案较好地解决这一问题，也能够与丧失继承权的法定事由背后的理念保持一致。

二、遗嘱的订立与形式

（一）遗嘱能力

“一审稿”第922条仍借助民事行为能力的概念，规定无、限制民事行为能力人所立遗嘱无效。无民事行为能力人订立的遗嘱无效值得肯定，这往往是考虑到无民事行为能力人往往因为年龄过小或者完全不能辨识自己的行为而无法做出适当的意思表示。但限制民事行为能力人所立遗嘱一概无效的规定却值得商榷。首先，遗嘱是遗嘱人对自己财产进行最终处分的手段，其对于行为人的意义远大于交易行为的意义，既然限制民事行为能力人可以实施与其健康和智力水平相符的交易行为，则更应当允许其订立遗嘱。其次，民法总则中对限制行为能力人所为的法律行为进行限制，乃是保护他们避免因智力不周而陷入困境，而遗嘱并不会带来此种不利，无需再对被限制民事行为能力人进行特别保护。⁽²⁾ 因此，应当肯定限制民事行为能力人订立的与其“智力、精神健康状况相适应”的遗嘱的效力。此外，关于遗嘱能力的判断时点，应以遗嘱人设立遗嘱时为宜，未成年人嗣后成年或者精神病人治愈都不会导致无效遗嘱自动变为有效。订立遗嘱后患上精神疾病的，亦不会导致遗嘱失去效力。⁽³⁾

（二）遗嘱附条件、附期限

《继承法》和“一审稿”并未对遗嘱可否附条件和期限做明确规定。但是国内有学者在其民法典继承编的建议条文中建议，附停止条件的遗嘱以停止条件成就时为其生效时间，若指定的继承人于条件成就前死亡，遗嘱不生效。⁽⁴⁾ 从私法自治的角度来看，于遗嘱上附加某种条件或期限乃当事人意思自由的应有之义，法律不应禁止。自比较法观察，遗嘱至少可以附停止条件、附始期、或者以继承人违反从事或不从事某种行为的义务作为解除条件。⁽⁵⁾ 但是，若允许遗嘱附条件和期限，则应当在继承编明确可能产生的相关问题。首先，附加停止条件或始期的遗嘱在被继承人死亡后，条件成就前，遗产的归属如何？德国法上通过将法定继承人拟制为前位继承人，遗嘱中的受益人为后位继承人来解决这一问题。⁽⁶⁾ 在现有规则体系下，可以考虑借助遗产信托制度进行有效衔接。在附解除条件的问题上，则应当明确解除条件成就后，继承人应当返还其所获得的遗产，并按照法定继承规则处理。

（三）遗嘱的撤销

《继承法》第22条将基于欺诈和胁迫做出的遗嘱规定为无效，而对意思表示错误的情形未做出规定。“一审稿”保持相同规定。这与《民法总则》关于意思表示瑕疵区分无效和可撤销的规定并不一致。但这种不一致是否合理，未来的民法典是否应当与《民法总则》的规则保持一致还需要进一步分析。

第一，基于欺诈、胁迫订立的遗嘱。欺诈和胁迫均构成对表意人表意自由的外在干涉，此时赋予撤销权，旨在矫正意思表示不自由的状态。《继承法》中将被欺诈、胁迫的遗嘱规定为无效

(2) 参见林秀雄《继承法讲义》，元照出版公司2009年版，第223页。

(3) 参见陈苇主编《外国继承法比较与中国民法典继承编制定研究》，北京大学出版社2011年版，第355页。

(4) 参见上引陈苇书，第360页。

(5) 参见上引陈苇书，第355页。

(6) MüKoBGB/Musielak, 7. Aufl., 2017, § 2074 Rn. 13. 并参见《德国民法典》第2105条第1款。

亦是出于上述规范目的。法律行为的无效与法律行为的可撤销虽然在法律后果上相同，但是二者也至少存在如下差异：首先，无效意味着法律行为已经处于自治的领域之外，其事由要么是因能力欠缺而不具备法律交往的入场资格，要么是违背强制秩序。⁽⁷⁾ 而欺诈和胁迫仅涉及表意人自身的表意自由，这种自由是否得到保护可以交由权利人自行选择。其次，权利人主张遗嘱无效和撤销均需通过诉讼方式确认，二者在程序上是相同的，但在权利人未通过诉讼程序主张权利时，未行使撤销权的法律后果更具有说服力。再次，撤销制度相比于无效制度更加具有弹性，撤销权随着除斥期间的经过而归于消灭可以维护法律状态的安定。最后，虽然遗嘱生效后被继承人已经死亡，但是这并不妨碍被继承人之外的其他人成为撤销权人，继承法领域对意思表示瑕疵的处理还有保护第三人利益的特殊规范目的。因遗嘱人的去世而无法撤销其有瑕疵的意思表示的遗嘱，必然会给作为利害关系人的第三人带来不利。因而，由具有利害关系的第三人撤销遗嘱并不违反“行为人可因法定原因撤销其自为行为”的法理。⁽⁸⁾ 所谓有利害关系的第三人，是指因撤销而直接获益之人，如法定继承人（包括代位继承人）和替补继承人（“征求意见稿”第34条）。⁽⁹⁾ 因此，笔者认为，将因欺诈、胁迫所订立的遗嘱的法律后果规定为可撤销在理论上更融贯，在规则设计上也是可行的，应当为立法所采纳。⁽¹⁰⁾

第二，遗嘱错误。《继承法》对遗嘱错误并无规定。虽然每个人都应当对自己的行为负责，但这并不意味着行为人必须将错就错，任何人出现错误均无法弥补。⁽¹¹⁾ 民法总则意思表示错误制度的意义即在于为表意人提供纠错机制，但是总则编的意思表示错误的相关规则并不适用于继承编。⁽¹²⁾ 遗嘱撤销的目的还包括保障本可受益的第三人免于被继承人错误的意思表示。⁽¹³⁾ 且由于遗嘱是单方法律行为，不存在对相对人信赖利益的保护，对错误的处理也可以宽大一些。⁽¹⁴⁾ 《德国民法典》第2078条即将动机错误规定为遗嘱撤销的事由，而在其总则中，仅关于人或物的交易上的重要性质的错误可认为是内容错误。从解释论的角度看，动机错误原则上不属于我国《民法总则》第147条规定的重大误解，但是在例外情况下可视同重大误解，不过须限于当事人资格错误和标的物性质错误等情形。⁽¹⁵⁾ 在遗嘱错误的情形下，民法典继承编应当提供救济之道。在撤销事由的设计上，考虑到遗嘱无需保护相对人的信赖利益，而是应最大限度地尊重遗嘱人的内心本意，笔者认为将动机错误纳入遗嘱错误的撤销事由亦属妥当。遗嘱中的动机错误是指，被继承人在订立遗嘱时，形成对过去、现在或将来的某种情形的存在或不存在、发生或不发生形成假设或期待，并以这种主观确信作为遗嘱的基础，但是这种假设和确信却与事实相反的情形。⁽¹⁶⁾ 在德国法上，将动机错误分为遗嘱人的积极预想错误和对虽在订立遗嘱时未考虑、但属于遗嘱不言自明的基础的错误。⁽¹⁷⁾ 民法典继承编若要将动机错误规定为遗嘱撤销事由，德国法上的这一区分无疑值得借鉴。此外，被继承人错误的期待或者假设不需要在处分之一中明确表达出来。⁽¹⁸⁾ 但是，这一明确表达可以作为证据，而如果未在遗嘱中写明以某种期待作为特定处分的原因，则

(7) 参见朱庆育《民法总论》（第二版），北京大学出版社2016年，第237页。

(8) 李岩《遗嘱制度论》，法律出版社2013年版，第240页。

(9) [德]雷纳·弗兰克、托比亚斯·海尔姆斯《德国继承法》，王葆蔚、林佳业译，中国政法大学出版社2015年版，第73页。

(10) 相同观点，参见前引[8]，李岩书，第240页。

(11) 参见前引[7]，朱庆育书，第267页。

(12) 参见[德]梅迪库斯《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社2013年版，第31页。

(13) MüKoBGB/Musielak, 7. Aufl., 2017, § 2078 Rn. 1.

(14) 参见[德]卡尔·拉伦茨《德国民法通论》（下册），王晓晔等译，法律出版社2013年版，第567页。

(15) 李宇《民法总则要义》，法律出版社2017年版，第552页。

(16) MüKoBGB/Musielak, 7. Aufl., 2017, § 2078 Rn. 27.

(17) MüKoBGB/Musielak, 7. Aufl., 2017, § 2078 Rn. 27ff.

(18) MüKoBGB/Musielak, 7. Aufl., 2017, § 2078 Rn. 38.

说明这些想法在被继承人的动机中未发挥关键作用。⁽¹⁹⁾

遗嘱撤销后，被撤销的遗嘱部分无效，未被撤销的部分效力如何则需要根据其与被撤销的部分之间的关系来判断。关于法律后果，直接适用《民法总则》第155条、第156条的规则即可，无须另外单独规定。

(四) 遗嘱上注明“年、月、日”的效力

按照“一审稿”的规定，未来民法典中的自书遗嘱、代书遗嘱、打印遗嘱和录音录像遗嘱均要求注明年、月、日。司法实践中对这一形式要件具有何种法律效果存在不同认识，多数裁判认为未注明年月日属于遗嘱的形式瑕疵，该遗嘱应属无效。⁽²⁰⁾少数法院认为若仅存一份遗嘱，则未注明年月日不影响遗嘱的效力。⁽²¹⁾从规范目的考察，遗嘱上注明年月日主要是为了判断立遗嘱时遗嘱人是否有遗嘱能力，以及出现多份遗嘱且内容相互抵触时，判断各遗嘱的时间先后。⁽²²⁾因此，本着尽量促使遗嘱生效、实现被继承人的遗愿的原则，如果根据法院查明的案件事实可以确认不存在相互抵触的数份遗嘱，且遗嘱人立遗嘱时不缺乏遗嘱能力，则虽然遗嘱存在形式瑕疵，亦应当被认定为是有效遗嘱；否则，即为无效。应当注意的是，无效的仅为未注明年月日的遗嘱，而非相互抵触的遗嘱均为无效。⁽²³⁾在民法典继承编的立法中，应当对此予以明确，以杜绝司法实践中存在的法律适用困难。

三、共同遗嘱

共同遗嘱可以区分为形式意义上的共同遗嘱与实质意义上的共同遗嘱，形式意义上的共同遗嘱仅是当事人将多个内容上互相独立的遗嘱记载于同一文件。实质意义的共同遗嘱是指当事人各自的处分之间具有相互性，配偶一方系因对方依特定方式设立遗嘱，才做出自己的终意处分。⁽²⁴⁾此类共同遗嘱是在社会实践中发展出来的死因行为的形态，其订立与夫妻之间是否采纳共同财产制并无必然联系，⁽²⁵⁾而是通过相互性处分来限制相对方的遗嘱自由。比较法上，有担心被继承人的意志受到不当影响而严格禁止共同遗嘱制度的立法例，⁽²⁶⁾亦有允许夫妻以及同性伴侣之间订立共同遗嘱的立法例。⁽²⁷⁾虽然《继承法》和“一审稿”并未对共同遗嘱做出规定，但有关共同遗嘱的案例却广泛存在于我国司法实践中。我国司法实践中较常见的共同遗嘱模式是，夫妻双方约定先以后去世一方为继承人，后去世一方再以夫妻二人确定的第三人（通常是子女）为继承人。⁽²⁸⁾夫妻双方通过共同遗嘱已经产生了值得法律保护的信赖利益，为了不使先去世一方的

(19) MüKoBGB/Musielak, 7. Aufl., 2017, § 2078 Rn. 38.

(20) 相关案例如，“李某1与李某2继承纠纷案”，武汉市中级人民法院（2017）鄂01民终2362号民事判决书“牛某1与武某3等法定继承纠纷案”，北京市第一中级人民法院（2018）京01民终3509号民事裁定书“薛甲、薛乙与薛丙、薛丁等赠予纠纷案”，上海市第二中级人民法院（2015）沪二中民一（民）终字第148号民事判决书。

(21) 相关案例如，“宋迎秋、宋英香与宋胜华、宋迎春、唐秀珍遗嘱继承纠纷案”，武汉市中级人民法院（2015）鄂武汉中民终字第00291号民事判决书。

(22) 参见前引〔8〕，李岩书，第136页。

(23) 司法实践中有不同案例，如“金x1等与田x1等法定继承纠纷案”，北京市第三中级人民法院（2014）三中民终字第07218号民事判决书。

(24) 前引〔9〕，〔德〕雷纳·弗兰克、托比亚斯·海尔姆斯书，第108页。

(25) 相同观点，参见王葆蔚《共同遗嘱中关联性处分的效力》，《法商研究》2015年第6期，第164页。

(26) 参见前引〔9〕，〔德〕雷纳·弗兰克、托比亚斯·海尔姆斯书，第109页。

(27) 参见《德国民法典》继承编第2265-2272条，《德国登记生活伴侣关系法》第10条。

(28) 我国司法实践中的有关案例，如青岛市中级人民法院（2014）青民再终字第165号民事判决书，这种共同遗嘱也是德国法上最为常见的，被称为“柏林式遗嘱”。

信赖利益落空，共同遗嘱的相互性处分应当在一定程度上产生类似于合同的约束力。⁽²⁹⁾ 鉴于共同遗嘱“名为遗嘱，实际上具有类似合同的约束力”的特殊性质，为了更好地应对司法实践中所发生的共同遗嘱的案例，民法典继承编应当对共同遗嘱中相互性处分的效力做出明确规定。具体而言，夫妻双方均在世时，双方均可以随意撤回自己部分的遗嘱。共同遗嘱发生效力后，另一方虽未去世，亦不可再撤回自己部分的遗嘱。⁽³⁰⁾ 但其可基于法定事由撤销（意思表示瑕疵）、解除（如受益人的错误行为⁽³¹⁾）或以放弃接受继承为代价免受共同遗嘱的约束，夫妻双方亦可以在共同遗嘱中约定解除事由。共同遗嘱原则上对后去世一方的生前处分行为不产生影响，但是如果允许其无节制地，甚至是恶意地处分其财产，必然会事实上背离共同遗嘱的目的，使先去世一方的期待落空，因而有必要进行一定限制。德国法上，如果后去世一方实施不存在切身利益且具有侵害意图的赠与行为，在确定遗产可归属于受益人后，受益人可向受赠人主张不当得利返还请求权。⁽³²⁾ 笔者认为，这种规定可资赞同，但是在确定遗产归属前例外赋予受益人以撤销权亦是可以考虑的方案。⁽³³⁾

四、遗 赠

（一）受益人身份区分标准的抛弃

德国法上，遗嘱继承人和受遗赠人的区分在于，前者概括继承被继承人的全部遗产，同时也要对遗产债务承担责任，而受遗赠人仅针对继承人享有债法上的请求权。⁽³⁴⁾ 这一区分方法可以更大程度地实现遗嘱人通过遗嘱进行多样化财产安排的可能性。“一审稿”第912条直接以受益人为法定继承人还是法定继承人以外的人区分了遗嘱继承和遗赠。同时，“一审稿”在遗产管理规则中，仅将继承人设置为遗产管理人，而排除了受遗赠人，在以受益人的身份为区分标准的前提下，进一步呈现了遗嘱继承人和受遗赠人在地位上的不同。

以受益人身份为标准的区分方法应当抛弃。这一方法只是沿袭了我国传统的家庭继承观念，而将家庭之外的继承方式称为遗赠的称呼上的不同，⁽³⁵⁾ 不具有实质意义。正是由于以受益人的身份作为区分标准，“一审稿”的现有规则并不周延，忽略了无遗嘱继承人，而仅存在受遗赠人的情形下可能产生遗产无主的局面。⁽³⁶⁾ 这种情形在司法实践中亦有发生。⁽³⁷⁾ 可以考虑两种修改方案，其一是完全抛弃受益人身份的区分标准，其二是通过引入比较法上“包括遗赠”的概念进行弥补。⁽³⁸⁾ 在包括遗赠中，受遗赠人既获得财产利益，也负担遗产债务，因此具有与遗嘱继

(29) Schmoeckel, Erbrecht, 5. Aufl., Nomos, 2019, S. 131f.

(30) 参见前引〔9〕，[德]雷纳·弗兰克、托比亚斯·海尔姆斯书，第116-117页。

(31) MüKoBGB/Musielak, 7. Aufl., § 2294. 笔者认为，我国法上受益人的错误行为可以参考继承人丧失继承权的事由。

(32) 参见前引〔25〕，王葆蔚文，第167页。

(33) 类似观点，参见张玉敏《继承法律制度研究》，华中科技大学出版社2014年版，第184页。

(34) 参见前引〔9〕，[德]雷纳·弗兰克、托比亚斯·海尔姆斯书，第95页。

(35) 前引〔8〕，李岩书，第245页。

(36) 这一问题在德国法上一般不会存在，因为德国法上不以受益人身份进行区分，而是由遗嘱人指定继承人，遗赠属于对继承人的加重负担，需要以指定继承人为前提。

(37) 如“郑某甲与郑某乙法定继承纠纷案”，上海市浦东新区人民法院（2015）浦一（民）初字第31181号民事判决书。

(38) 所谓包括遗赠，是指遗嘱人以全部或部分比例之遗产为遗赠之内容，其内容不仅为积极财产，遗赠人的债务亦可包括其中。参见前引〔2〕，林秀雄书，第296页。与之相对的是恒以权利及其他积极财产上之利益为内容的特定遗赠。参见刘耀东《论基于继承和遗赠发生的不动产物权变动——以〈物权法〉第29条为中心》，《现代法学》2015年第1期，第52页。

承人等同的地位。⁽³⁹⁾ 继承编可以通过将无继承人时的遗产处理推定为包括遗赠来弥补可能出现的仅有遗赠人而无继承人的局面。

(二) 遗赠不具有物权效力

根据《物权法》第29条的规定, 遗赠属于非基于法律行为的物权变动方式的一种, 对此, 学界存在不同意见。⁽⁴⁰⁾ 从比较法上看, 既有发生债权效力的遗赠, 如德国; 也有发生物权效力的遗赠, 如法国。但结合遗赠制度的目的和我国的物权变动规则来看, 在民法典继承编中, 包括遗赠具有物权的效力, 而在特定遗赠中, 无论遗赠标的物是特定物、种类物, 还是财产份额,⁽⁴¹⁾ 都仅发生债权效力, 亦即产生受遗赠人对继承人的债权请求权。继承编应当与物权编相协调, 将遗赠排除在非基于法律行为的物权变动之外, 包括遗赠引起的物权变动则可通过在继承编明确规定其与遗嘱继承相同来解决。此次“一审稿”的物权编在非基于法律行为物权变动的规定中删去了遗赠, 值得肯定。

(三) 附负担的遗赠

赠与合同中的负担 (Auflage) 是赠与人对受赠人所要求的一种作为或不作为的给付义务, 但是不具有对待给付的性质, 更多地体现为受赠人得到馈赠后的感激。⁽⁴²⁾ 在被继承人留有遗嘱的情形下, 遗赠人与受遗赠人之间无达成合意之可能, 只能采取单方行为加上受遗赠人选择承认或拒绝的模式。同样是无偿授予他人利益, 生前或死因、合同或单方行为均不影响在此种法律行为所附加的负担。“一审稿”第923条规定了遗嘱继承和附义务的遗赠。笔者认为, 附义务的表达不准确, 立法上应当采用负担的用语。在赠与合同中, 赠与人可以请求受赠人履行负担, 应无疑义。但是在遗嘱继承或遗赠的情形下, 为继承人或受遗赠人设定负担之人已经死亡, 应当如何保证负担的履行, 以及继承人或受遗赠人不履行负担的情形下会产生何种法律后果? 德国法上规定的负担并不为受益人创设请求权, 而是设置了必要的监督者可以诉请被加重负担者执行负担, 但拒不执行负担不得作为解除要件。⁽⁴³⁾ 显然, 德国法上的倾向是尽可能地尊重被继承人的意愿。我国台湾地区“民法”第1205条亦规定, “遗赠附有义务者, 受遗赠人以其所受利益为限, 负履行之责”。学者认为, 这一规定实属附负担的遗赠, 继承人、遗嘱执行人、主管官署可以作为请求权人, 而受益人是否得请求则存在争议, 受遗赠人拒不执行负担的则可以撤销遗赠。⁽⁴⁴⁾ “一审稿”第903条并未明确请求权主体, 而是赋予利害关系人和有关组织作为诉请法院取消其接受附义务部分遗产的权利。这一规定的问题在于, 首先“取消”并非法学上的术语, 此处应当是诉请法院在附负担限度内撤销遗赠或遗嘱继承。但衡诸负担的性质和最大限度实现被继承人意愿的目的, 因负担不执行而撤销遗赠的法律后果并不妥当, 而是应当允许相关主体诉请负担的执行。具体而言, 存在受益人时, 受益人为请求权人; 涉及社会公益时, 相关部门为请求权人; 如果是涉及受遗赠人自身从事或不从事特定行为的, 应当以遗嘱执行人作为请求权人。

(四) 受遗赠权的放弃

(39)如《日本民法典》第990条即规定“包括受遗赠人, 有与继承人同样之权利义务。”参见王融擎编译《日本民法条文与判例》, 中国法制出版社2018年版, 第893页。

(40)相关观点总结, 参见前引〔38〕, 刘耀东文, 第55页及以下; 庄加园《试论遗赠的物债二分效力》, 《法学家》2015年第5期, 第138页及以下。

(41)参见前引〔9〕, [德]雷纳·弗兰克、托比亚斯·海尔姆斯书, 第95页。

(42)Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht, 11. Aufl., De Gruyter, 2017, § 76 Rn. 978.

(43)参见前引〔9〕, [德]雷纳·弗兰克、托比亚斯·海尔姆斯书, 第98页。《德国民法典》第2194条规定继承人、共同继承人和因被加重负担者出缺而直接受益的人可以请求被加重负担者执行负担。

(44)我国台湾地区“民法”针对受益人是否可以请求履行负担主要有以下两种观点, 第一种观点认为受益人仅获得反射利益, 不可直接请求负担的执行; 另外一种观点则认为, 如若受益人不可直接请求负担的执行, 则会导致被继承人的意愿难以实现, 参见前引〔2〕, 林秀雄书, 第313页。

“一审稿”第903条第2款延续了《继承法》放弃受遗赠权的规则（第25条第2款），规定受遗赠人应当在知道受遗赠后两个月内，做出接受或者放弃受遗赠的表示。到期没有表示的，视为放弃受遗赠。如前所述，遗赠本质上是通过被继承人的单方行为赋予受遗赠人对继承人的债权（包括遗赠除外）。遗赠虽是财产权利之给予，但是从尊重受遗赠人人格自由的角度考虑，仍应当给予其接受或拒绝的机会。但“一审稿”的规定有如下不妥之处，首先，从平衡其他遗产债权人的角度来看，两个月的考虑期间过长，应当予以限缩，15日或1个月应当是较为合理的期限。其次，为何受遗赠人未表示的情形下，以放弃为原则，而继承人在未表示的情形下以接受为原则？有观点指出，这是因为遗赠相比于遗嘱继承具有特殊性。⁽⁴⁵⁾但究竟具有何种特殊性，却未予明确。比较法上，《日本民法典》第987和我国台湾地区“民法”第1207条均规定，遗赠义务人在期限内未表示的，视为承认遗赠。此种立法例认为，虽然受遗赠人在受催告前不予理会，在受催告后亦不做出任何表示，应采抛弃遗赠的观点较为妥当，但是权利抛弃以不能推定为原则，受遗赠人虽无明白意思，仍应推定其具有承认遗赠的意思更为妥当。⁽⁴⁶⁾笔者认为，应当区分附负担的遗赠和不附负担的遗赠而区别对待，对附负担的遗赠而言，受遗赠人的沉默应理解为受遗赠权的放弃；对不附负担的遗赠，则应当推定沉默具有承认遗赠的效力，以实现受遗赠人权利的最大尊重和保护。放弃或承认受遗赠的意思表示属于受遗赠人的单方法律行为，应当向遗产管理人做出，自到达遗产管理人时发生法律效力。

五、后位继承

后位继承是由被继承人分别指定在时间上前后相继的先位继承人和后位继承人，从而更加多样化地进行终意处分，并更久地控制其财产。⁽⁴⁷⁾后位继承制度的设置有利于更好地实现遗嘱人的意愿，更大程度地尊重遗嘱人的遗嘱自由，有其合理性和必要性，有观点提出民法典继承编应当规定后位继承制度。⁽⁴⁸⁾但不可否认的是，遗嘱人在其死后对遗产的操控使得遗产持续处于集中的状态，加剧了财富的集中，难以与民法中通过市场和竞争重新分配财产的理念兼容。⁽⁴⁹⁾针对这种冲突，是否设立后位继承制度以及设立何种后位继承制度既需要考虑立法中的价值选择，也要考虑具体的制度构造。就立法中的价值选择而言，后位继承制度的确在维持遗嘱自由的同时导致了来自坟墓的财产控制。但如果在时间和数量上对后位继承人加以限制，则可以在很大程度上避免这种不足。需要考虑的是，这种受限的后位继承制度是否还有必要。这种受限的后位继承制度主要可以解决如下两个问题：其一，有利于解决老年夫妻中一方去世后另一方的生存权益保障问题；其二，可以保障老年夫妻双方均有各自子女情形下自己遗产可以归入自己子女一方。针对这两个问题设计的后位继承制度只需要一代后位继承人，既可以避免上述不足，又有利于解决实际问题。

就具体的制度构造而言，与后位继承制度具有相似功能的是居住权制度和遗产信托。但是三者之间也存在着不可忽视的差别。首先，遗产信托通过将遗产委托给专业的管理机构，被继承人可以借助遗产信托制度的灵活性、独立性和高效性更好地实现自己的遗愿，也能够减少因此在继承人之间产生的矛盾和内耗。⁽⁵⁰⁾相比于后位继承制度中以先位继承人为纽带的潜在风险，借助

(45) 参见张平华、刘耀东《继承法原理》，中国法制出版社2009年版，第350页。

(46) 前引〔2〕，林秀雄书，第315页。

(47) 参见前引〔9〕，〔德〕雷纳·弗兰克、托比亚斯·海尔姆斯书，第82页。

(48) 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84页。

(49) Schlüter/Röthel, Erbrecht, 17. Aufl., C. H. Beck, 2015, S. 353.

(50) 参见韩良主编《家族信托法理与案例精析》，中国法制出版社2015年版，第44页。

专业的管理机构和信托制度来运行更加有利于财富的传承。其主要的适用对象应当限于家族中存在大量的财富，甚至是企业的情形，因而并不适合于解决后位继承制度所面对的问题。其次，居住权是对他人所有之房屋的全部或者部分及其附属设施进行占有使用的一项他物权。⁽⁵¹⁾ 不可否认的是，在两种制度设计之下，遗嘱人的遗属均可获得居住权益的保障。但居住权的制度功能仅限于此，后位继承制度显然可以更全面地处理各种类型遗产的死后归属问题，有着更广的适用可能。

综合以上两点，未来的民法典中应当规定后位继承制度，但应当对后位继承人的数量加以限制，将后位继承制度的制度功能定位在我国现实中特定问题的解决。

六、遗赠扶养协议

遗赠扶养协议是遗赠人和扶养人为明确相互间遗赠和扶养的权利义务关系所订立的协议。⁽⁵²⁾ 《继承法》和“一审稿”中的相关规则十分简陋。司法部《遗赠扶养协议公证细则》虽有规定，但不仅在效力层级上较弱，在内容上也偏重于公证程序的开展。随着我国人口老龄化的加剧，养老问题愈发为全社会所重视，民法典继承编的立法应当贴合社会现实，完善遗赠扶养协议的相关规则。

（一）遗赠扶养协议的性质

德国法上，将法律行为区分为生前行为和死因行为，死因行为是某人对其支配领域、特别是其财产，进行死因处分。⁽⁵³⁾ 这种概念区分导致生前行为和死因行为泾渭分明。而我国理论上虽然也赞同生前行为与死因行为的区分，但是同时又都强调存在一种独特的生前死因行为，亦即遗赠扶养协议。⁽⁵⁴⁾ 将遗赠扶养协议看作是生前与死因的混合行为乃因其“扶养义务生前履行，遗赠效力死后发生”。

德国法对这一问题则颇为不同：在有偿的继承合同中，继承合同属于死因行为，而供养协议属于生前行为，二者是相互独立但又相互关联的两个法律行为。首先，继承合同制度的规范目的在于限制被继承人的遗嘱自由，被继承人丧失任意撤回遗嘱的权利，因而可以解除供养人的后顾之忧。⁽⁵⁵⁾ 虽然继承合同是抽象的法律行为，其与供养协议之间不具有双务性，但是可构成一体性行为或者约定互为条件。⁽⁵⁶⁾ 在供养方不履行供养义务时，被供养人可以行使解除权解除供养继承人合同。⁽⁵⁷⁾ 虽然死因行为基于其自身特性原则上不影响被继承人生前对其财产进行处分，但是出于对供养人法律地位的保障，供养人可以与被继承人进行生前不处分该特定财产的约定。⁽⁵⁸⁾

通过以上设计，《德国民法典》既贯彻了生前行为与死因行为的概念区分，又实现了供养人与被继承人法律地位的平衡，但是其结构却过于复杂，对问题的最终解决并无太多帮助。在此种情形下，扶养人与被扶养人之间已经实质上形成了给付与对待给付的关系，相对于德国法上先将二者区分，再肯定二者相互牵连的立法模式，直接基于扶养人与被扶养人之间的实质对价关系肯

(51) 申卫星 《中国民法物权编创设居住权制度的立法构想》，《北京航空航天大学学报（社会科学版）》2018年第1期，第13页。

(52) 参见司法部《遗赠扶养协议公证细则》第2条。

(53) 参见[德]维尔纳·弗卢梅《法律行为论》，迟颖译，法律出版社2013年版，第172页。

(54) 参见前引〔7〕，朱庆育书，第143页。

(55) 参见前引〔9〕，[德]雷纳·弗兰克、托比亚斯·海尔姆斯书，第124页。

(56) 参见前引〔9〕，[德]雷纳·弗兰克、托比亚斯·海尔姆斯书，第128页。

(57) Vgl. MüKoBGB/Musielak, 7. Aufl., 2017, § 2295.

(58) MüKoBGB/Musielak, 7. Aufl., 2017, § 2286 Rn. 11ff.

定二者构成一个法律行为，并利用现有的双务合同规则处理扶养人与被扶养人之间的关系更符合我国的立法现状。与此同时，也要考虑其中蕴含的特殊立法价值，如基于死因行为的特殊性而肯定被扶养人生前财产处置的效力。当然，此时扶养人可以请求解除协议，并主张与自己已经做出的扶养行为相当的报酬。

（二）扶养协议的主体

司法部《遗赠扶养协议公证细则》第5条规定，扶养人必须是遗赠人法定继承人以外的公民或组织。“一审稿”第937条亦将遗赠扶养协议的相对人界定为继承人以外的组织或者个人。将扶养人限制为法定继承人以外的人，虽然与遗赠制度的主体相吻合，但是却并不合理。因为按照此规定，所有的法定继承人不论其是否为被继承人的法定扶养人，均不能成为遗赠扶养协议的主体。⁽⁵⁹⁾在我国法上，法定的扶养义务仅表现为父母对未成年子女的抚养义务、成年子女对父母的赡养义务和配偶间的扶养义务。对于其他法定继承人而言，如兄弟姐妹，不仅没有理由禁止他们成为扶养人，反之由于他们与被扶养人之间的血缘关系更有利于被扶养人。此外，丧偶儿媳和丧偶女婿亦可作为扶养人。⁽⁶⁰⁾至于负有法定扶养义务的人（配偶、成年子女），则不应允许其成为扶养协议的主体，否则会导致子女以获取父母的物质利益为目的履行赡养义务，中华民族数千年来形成的尊敬老人、赡养父母的社会基本道德规范势必会受到强烈冲击。⁽⁶¹⁾因此，民法典继承编应当扩大遗赠扶养协议的主体范围，将不负有法定扶养义务的法定继承人容纳进来。

七、特留份与必留份

我国《继承法》中的“必留份”制度，是指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。必留份制度与大陆法系中的特留份制度均构成对遗嘱自由的限制，二者并无本质差别，而仅是范围和程度上的不同。⁽⁶²⁾理论上多认为，我国继承法应当增设特留份制度。⁽⁶³⁾发挥特留份制度作为法定继承权最低限度的保障制度的积极作用，通过特留份制度限制被继承人的肆意处分行为从而保护法定继承人的继承权。⁽⁶⁴⁾笔者不赞同上述观点，就我国目前的家庭结构形态和社会价值观念来看，在继承编保留必留份制度来保障丧失劳动能力又没有经济来源的继承人的生存利益足矣，无需在民法典继承编中纳入特留份制度。究其原因，乃是最大限度地尊重个人的自由意愿，尊重个人对自己财产的处分。事实上，比较法上对特留份制度进行限制的尝试也不在少数。⁽⁶⁵⁾

目前存在的问题是“一审稿”针对必留份制度的规则过于简陋，无法指导这一规则在实践中的应用，应当予以完善。首先，可作为必留份权利人的继承人的范围不限于第一顺位的继承人，应当也包括第二顺位的继承人。其次，“缺乏劳动能力又没有生活来源”的判断时点应当是设立遗嘱之时，如果在继承开始时该人恢复劳动能力或者获得生活来源的，则为其保留的必要份额按照法定继承处理。如果订立遗嘱时并无继承人符合“缺乏劳动能力又没有生活来源”的条件，而继承发生时出现此种情形，则应当与未在遗嘱中保留必要份额做相同处理。再次，必留份保留的遗产应当是一定数额的金钱，遗嘱人可在遗嘱中确定一定的数额，必留份权利人认为数额

(59)吴国平 《遗赠扶养协议的不足与养老功能的扩张》，《法治研究》2013年第11期，第95页。

(60)陈本寒 《我国遗赠扶养协议制度之完善》，《政治与法律》2014年第6期，第81页。

(61)参见上引陈本寒文，第82页。

(62)参见苏成慧 《我国民法典继承编特留份制度之重构》，《西南政法大学学报》2017年第4期，第99页。

(63)参见郭明瑞、张平华 《海峡两岸继承法比较研究》，《当代法学》2004年第3期，第18页；许莉 《我国〈继承法〉应增设特留份制度》，《法学》2012年第8期；前引〔48〕，杨立新文，第83页。

(64)朱晔 《如何构建民法典继承编中的特留份制度》，《苏州大学学报（法学版）》2018年第2期，第64页。

(65)参见前引〔9〕，〔德〕雷纳·弗兰克、托比亚斯·海尔姆斯书，第200页。

不足的，可以向法院起诉，由法院考虑保障其生存、遗产数额等因素进行裁量。最后，如果遗嘱中并未保留必要份额该如何处理？德国法上对被忽略的特留份采取的处理方案是由被忽略的特留份权利人行使撤销权撤销遗嘱（《德国民法典》第 2079 条）。笔者认为，对必留份的忽略不应当采取这种处理方案，因为必留份只是遗产中很少一部分金钱债权，如果因此导致整个遗嘱被撤销，无疑严重妨碍遗嘱人的遗嘱自由。此时，允许必留份权利人向法院请求确定一定数额即可。

八、遗产债务的清偿

比较法上，遗产债务的清偿包括两种模式，第一种是英美的间接继承模式，即被继承人死亡后，继承人无法直接获得遗产，而是将遗产视作独立的法人移交给遗产管理人用于债务的清偿，清偿完毕若有剩余再分配给继承人，继承人对遗产债务所承担的是绝对的有限责任。⁽⁶⁶⁾ 另外一种模式是大陆法系下的概括继承的模式，这种模式下，被继承人死亡时，继承人直接承受其全部的权利和债务，如果继承人发现遗产不足以清偿全部债务，则可以通过开启遗产管理程序或遗产破产程序使自己以遗产为限对债务承担有限责任。⁽⁶⁷⁾ 根据《德国民法典》第 1994 条和第 2005 条的规定，在这种模式下，债权人为了保障自身利益，可以向法院申请由继承人在一定期限内编造遗产清册，以尽快查明遗产的内容，如果继承人未在该期限内编造清册或清册有遗漏错误，则应当由继承人承担无限责任。“一审稿”延续了《继承法》的规定，采取的依然是概括继承加上限定责任的模式。但在具体规则的设计上较为粗糙，不利于对债权人的保护，有进一步完善的必要。

（一）增设遗产清算程序的规则

继承人对遗产债务承担有限责任有其合理之处，英美法和德国法上的规则在本质上也都是允许继承人对遗产债务承担有限责任。唯独继承人直接取得遗产且当然发生有限责任的制度设计对债权人的保护较为不利。这种不利可以通过完善遗产清算的程序设计得到弥补。在采当然有限责任的前提下，遗产的清算与造册是必备的程序安排，以防止继承人隐匿遗产、损害债权人利益。对此，“一审稿”新增遗产管理人负担遗产清算义务值得肯定（第 826 条），但是仍有进一步细化的必要。首先，在遗产清算的启动方式上，固得由继承人主动开始，但也有可能出现遗产管理人拖延推诿以致遗产清算程序陷入僵局的情况。因此，应当允许债权人向法院申请责令遗产管理人在一定期限内开展遗产清算程序，如果遗产管理人不按期编造遗产清册，应令其负担实现债权人债权的责任。此外，遗产清算程序属于遗产分割的前置程序，未经清算及清偿债务不应进行遗产分割，否则遗产管理人和继承人应当承担连带责任。就此而言，“一审稿”第 940 条关于遗产分割后债务清偿以所得遗产为限的规定并不合理，应当删去。

（二）遗产债务的种类与清偿顺序

“一审稿”针对遗产债务种类做出如下规定（第 938 条）：在遗产分割前应当在扣除必留份的基础上先行从遗产中支付丧葬费、遗产管理费、清偿被继承人债务、缴纳所欠税款。遗产分割则主要用于支付遗嘱继承、遗赠和遗赠扶养协议中确定的财产部分。这一规定并未明确遗产债务的清偿顺序，同时在遗产债务种类的规定上也存在不妥之处，应当加以改造。

在遗产债务种类上，首先应当根据其发生原因的不同而区分为被继承人的债务和继承事件债务，其中继承事件债务是指继承人因继承遗产而应当承担的债务。⁽⁶⁸⁾ 具体而言，继承事件债务

⁽⁶⁶⁾ 参见石婷《遗产管理制度研究》，西南政法大学 2015 年度博士论文，第 100 页。

⁽⁶⁷⁾ 参见前引〔9〕，〔德〕雷纳·弗兰克、托比亚斯·海尔姆斯书，第 179 页及以下。

⁽⁶⁸⁾ 前引〔9〕，〔德〕雷纳·弗兰克、托比亚斯·海尔姆斯书，第 177 页。

既包括因必留份、酌给份、遗赠和遗赠扶养协议而负担的债务，也包括因遗产清算活动的开展而产生的管理人报酬、遗产保管费用和遗产清算费用。此外，关于丧葬费，“一审稿”规定应当从遗产中支出。笔者认为，考虑到被继承人死亡后应当立即安葬，而此时遗产清算活动往往尚未开展，因此此笔费用亦应当由继承人先行支付，因而同样属于继承事件债务。⁽⁶⁹⁾

其次，在遗产债务清偿的顺位问题上，“一审稿”未做出规定。而这一问题在遗产不足以清偿全部债务的情形下是十分重要的，继承编立法应当有所涉及。除去有担保物权的债务外，在以上数种债务中，从保障缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人的生存权益出发，应当将必留份放在清偿的首位，之后是税款的缴纳；其次，开展遗产清算活动和遗产保管活动的费用以及遗产管理人的报酬属于共益费用，应当优先于其他债务清偿。唯一的问题是，继承人支出的丧葬费是否属于共益费用？《德国破产法》第 324 条将之作为财团债务加以清偿。⁽⁷⁰⁾ 笔者认为，无论从尊重死者的角度考虑，还是从将死者安葬构成遗产清算的必要前提的角度考虑，都应当将丧葬费作为共益费用项目予以偿还。当然，从保护债权人的角度考虑，有必要明确从遗产中所支付的丧葬费的标准，即达到使死者“适当且有尊严地”得到安葬即可。⁽⁷¹⁾ 至于超出的部分，则应当由继承人自行负担。再次，在其他债务中应当坚持有偿债务优先于无偿债务、补偿性债务优先于惩罚性债务的原则清偿，而在同一种类的债务内部，应当按比例予以清偿。

九、继承回复请求权

继承权遭受侵害时应当如何救济？在我国的现行法中，《侵权责任法》第 2 条将继承权列为受侵权法保护的法益，但继承权能否通过侵权法加以保护历来存在争议。应当予以明确的是，继承权包括继承期待权和继承既得权，继承期待权并不具有保护的必要和可能性，只有继承既得权才是应当予以保护的继承权。⁽⁷²⁾ 此外，还要区分对继承权的侵害和对遗产中具体财产权益的侵害，对遗产中具体财产权益的侵害毫无疑问属于侵权法的保护范畴，根据阶段的不同由遗产管理人或获得该财产权益的继承人通过侵权之诉主张权利。而最核心意义的继承权侵害则是指在继承事件发生后，有人自命为继承人，否定真正继承人之继承权，而以继承人之身份概括地占有遗产标的物，亦即包含继承资格否定和遗产标的物被概括占有的二重意义。⁽⁷³⁾ 比较法上针对此类继承权侵害行为采取的应对措施为继承回复请求权。继承回复请求权作为概括式的请求权，不同于侵权法和物权法上的单个请求权，仅需一方为真正的继承人，另外一方为僭称自己为真正继承人且以事实上占有遗产为要件。⁽⁷⁴⁾ 此时由于存在权利主体的争议，侵权法和物权法上的单个请求权都无法行使。而继承回复请求权则具有维护遗产的占有秩序、减轻权利人的举证责任、防止累讼和提高诉讼效率等优势。⁽⁷⁵⁾ 就目前的“一审稿”来看，这一请求权基础尚付阙如，继承回复请求权应当在我国民法典的立法过程中予以采纳。

责任编辑：李国强

(69)《德国民法典》第 1968 条亦有相同规定。

(70)MikoBGB/Küpper, 7. Aufl., § 1968 Rn. 2. 所谓财团债务，根据《德国破产法》第 54 条的规定，是指作为因破产程序支出的费用而应当优先清偿的债务。

(71)MikoBGB/Küpper, 7. Aufl., § 1968 Rn. 4.

(72)参见刘骏《论侵害继承权》，《北京航空航天大学学报（社会科学版）》2013 年第 3 期，第 49 页以下。

(73)前引〔2〕，林秀雄书，第 53 页；参见郭振恭《论继承权被侵害》，《台湾本土法学杂志》第 81 期，第 194-197 页。

(74)参见前引〔9〕，〔德〕雷纳·弗兰克、托比亚斯·海尔姆斯书，第 170 页。

(75)参见张康林《继承回复请求权研究》，中国政法大学出版社 2010 年版，第 177 页。