

民法典时代共同遗嘱的理论构造

汪 洋*

摘 要:共同遗嘱是夫妻分别针对自己财产所作的死因处分,性质上属于两个独立的单方法律行为,死因处分之间通过条件而具备关联性,条件未成就时死因处分生效但不发生特定的法律效果。满足关联性认定的实质意义的共同遗嘱有相互指定型遗嘱与柏林式遗嘱,不包括共同指定型遗嘱。夫妻一方死亡后,生存配偶可以撤回关联性处分,夫妻不得约定预先放弃撤回权。撤回效果是先死亡方关联性处分的法律效果自动终止,相关遗产溯及适用法定继承。柏林式遗嘱宜采合并模式作为推定规则,在分离模式下则需区分继承期待权与条件未决期间的期待权,后位继承人享有附加条件尚未成就的继承既得权。条件未决期间,先位继承人受法定债之关系以及诸多处分限制,权利内容更趋同于用益权而非所有权,民法典时代的可行路径是“生存配偶享有居住权+后位继承人享有所有权”。

关键词:民法典 共同遗嘱 死因处分 关联性 后位继承 居住权

DOI:10.16390/j.cnki.issn1672-0393.2020.06.005

改革开放四十余年来,随着我国社会整体物质生活水平的极大提升,民众拥有的家庭财富日益增长,遗嘱继承作为传统民法中解决个人财富代际传承的工具,与夫妻共同财产制以及父母一方去世时不分家析产的传统习惯交织在一起,使得夫妻共同遗嘱在实际生活中普遍存在,相关法律纠纷逐年递增。^① 1985年《中华人民共和国继承法》(以下简称《继承法》)对夫妻共同遗嘱未置一词,司法层面虽然总体采取了宽容态度,但在具体问题上裁判意见相当混乱。遗憾的是,共同遗嘱在《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)中仍付诸阙如。本文尝试从民事法律行为理论、条件理论、后位继承及居住权制度等角度,探讨民法典时代我国夫妻共同遗嘱的功能实现及其理论构造。

一、作为争议问题的共同遗嘱

广义的共同遗嘱指二人或多人在同一文件上合立的遗嘱,包括形式意义的和实质意义的共同遗嘱两大类。^② 形式意义的共同遗嘱又可以称为同时遗嘱,指二人以上将内容独立的多个遗嘱记载于

* 清华大学法学院副教授、博士生导师

^① 参见黄莹、赵桂贤:《从破解司法难题角度看夫妻共同遗嘱入法》,载夏吟兰、龙翼飞主编:《家事法实务》2019年卷,法律出版社2020年版,第197页。

^② 参见马忆南:《婚姻家庭继承法学》,北京大学出版社2014年第3版,第299页。

同一文件,立遗嘱人的意思表示相互独立,内容不产生相互拘束性,一方遗嘱生效与否不影响另一方遗嘱的效力,为多个普通遗嘱的简单集合,^①不在本文讨论范围。实质意义的遗嘱为狭义的共同遗嘱,核心特征为双方死因处分的关联性,一方因另一方设立特定内容的遗嘱,才相应地作出终意处分。通常又分为4种类型:(1)相互指定型遗嘱,即指定对方为自己的遗嘱继承人,对方也指定自己为遗嘱继承人。(2)共同指定型遗嘱,即共同指定第三人为双方的唯一继承人。这两类又被合称为“相互遗嘱”。(3)柏林式遗嘱,即相互指定对方为继承人,并约定后死亡一方将遗产留给共同指定的受益人,实践中最为常见。^②(4)“相关遗嘱”,即两份遗嘱虽然形式上独立,但是互以对方内容为条件,一份撤回或失效时,另一份亦失效,一份执行则另一份不得撤回,近于继承契约。^③

由于“罗马家庭”内部结构特殊,罗马法未出现共同遗嘱。^④共同遗嘱源于德、法等国习惯法。以德国为例,在德国普通法时期,共同遗嘱已被民间广泛接受和使用。但是在起草《德国民法典》时因其无法被定性为遗嘱或继承协议而未被采纳。^⑤由于德国存在可以涵盖所有主体的继承合同,理论上并无承认共同遗嘱的必要。《德国民法典》二草制定过程中,鉴于夫妻共同遗嘱在实践中广泛存在已无法忽视,最终《德国民法典》第2265条承认了夫妻共同遗嘱,但不再扩大至其他主体。^⑥2001年《德国同性生活伴侣关系法》第10条第4款规定经登记的同性生活伴侣可准用共同遗嘱相关规定,^⑦以符合宪法平等原则的要求。当代各国立法例对共同遗嘱有3种立场:(1)德国和奥地利明确承认夫妻共同遗嘱;(2)法国、日本、意大利明确禁止共同遗嘱;^⑧(3)瑞士未明确承认或禁止,美国各州的态度也并非一致,部分州承认“共同遗嘱”和“互惠遗嘱”,^⑨英国衡平法院创设了互惠遗嘱,效力相当于在后死亡一方财产权益上创设了一个“推定信托”。^⑩近年来,一些国家的禁止立场有所松动。例如,西班牙在加利西亚等4个地区试点承认夫妻共同遗嘱获得成功,并通过法定担保等工具降低了共同遗

^① Cfr. Francesco Gazzoni, *Manuale di Diritto Privato*, Napoli, 2009, p.498; Cian e Tranbucchi, *Commentario breve al Codice Civile*, CEDAM, 2018, p.634.

^② 因该类遗嘱及相关规则最早源于柏林地区的法律实践,故被称之为“柏林式遗嘱”。参见钟昊:《论共同遗嘱——从德国法视角》,硕士学位论文,中国政法大学,2016年,第19页。

^③ 参见麻昌华、曹诗权:《共同遗嘱的认定与建构》,《法商研究》1999年第1期。

^④ 罗马法上的继承最初并非单纯的财产行为,重点是对罗马家庭权力继承人的任命,立遗嘱是家父的专属权利,处于父权之下的家子与妇女都不具有主动的遗嘱能力。至优士丁尼时期,家子仅有权对军营特有产立遗嘱;妇女终身处于男性监护之下,直到哈德良时期才可以得到监护人许可后立遗嘱。依帕比尼安的观点,立遗嘱不被视为是私权,而是公法权力。Cfr. Pietro Bonfante, *Corso di Diritto Romano, le successioni*, Giuffrè, 1974, p.371; Mario Talamanca, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, 1990, p.681.

^⑤ 参见史尚宽:《继承法论》,中国政法大学出版社2000年版,第415~417页。

^⑥ 参见钟昊:《论共同遗嘱——从德国法视角》,硕士学位论文,中国政法大学,2016年,第8页。

^⑦ 参见[德]安雅·阿门特-特劳特:《德国继承法》,李大雪、龚倩倩、龙柯宇译,法律出版社2015年版,第123页。

^⑧ 参见《法国民法典》第968条、《日本民法典》第975条、《意大利民法典》第589条。

^⑨ 前者由多人在同一文件中共同作出,并不常见且易引发纠纷;后者指夫妻双方在两份独立的遗嘱中相互指定或共同指定第三人为继承人,更为常见。See Jesse Dukeminier, Robert H. Sitkoff, *Wills, Trusts, and Estates*, Wolters Kluwer, 2013, p. 258.

^⑩ See Roger Kerridge, *Freedom of Testation in England and Wales*, in M. Anderson and E. Arroyo i Amayuelas ed., *The Law of Succession: Testamentary Freedom*, Europa Law Publishing, 2011, pp.143-144.

嘱带来的风险。^①我国1985年《继承法》未规定共同遗嘱,1999年《司法部律师公证工作指导司关于监护人与被监护人订立或变更共同遗嘱不应予以公证的复函》曾明令禁止公证处办理监护人与被监护人的共同遗嘱公证。2000年《遗嘱公证细则》第15条则规定:“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。”此规定被视为间接承认了共同遗嘱的效力。

学理上,禁止共同遗嘱的理由多强调共同遗嘱限制了生存配偶遗嘱撤回之自由,终意处分的意愿受到不当影响,共同遗嘱人之意思易生疑义,与夫妻人格各自独立相悖,以及结构复杂难以执行且容易发生纠纷。^②承认共同遗嘱的理由则包括:^③首先,所有权处分自由不仅体现为生前的财产处分,也应延伸到死后财产的安排。^④其次,只有分家析产或家庭成员死亡时,个人财产才从家庭或夫妻共有财产中分离出来,尚未析出的个人财产很难通过普通遗嘱预先安排,共同遗嘱可以为此提供解决方案。^⑤再次,共同遗嘱契合了待父母双亡后再进行遗产分割的习惯传统。最后,共同遗嘱并没有违反强制性规范和公序良俗,否认其效力有违私法自治。在功能层面,共同遗嘱既可以保护配偶利益,如约定任何一方死亡,遗产归属生存配偶;也可以保护子女利益,如约定待双方均去世后财产转归未成年子女继承;还可以达到家庭财产整体性移转的目的,避免继承人之间为争夺遗产引起家庭纠纷。^⑥

承认共同遗嘱的立法例通常也仅仅限于夫妻订立的共同遗嘱,以婚姻关系实质存续为前提。若离婚则共同遗嘱的身份、感情以及财产基础皆不复存在,共同遗嘱无实现的可能;^⑦若一方已起诉离婚或离婚判决已作出但尚未生效,此时一方死亡视同婚姻关系解除,共同遗嘱失效。^⑧限于夫妻订立的原因在于唯有夫妻之间契合设立共同遗嘱所需的信任程度、共同财产以及共同的受益人——子女。除此之外,父母子女间互立遗嘱也被视为有违伦常。且家产通常向直系卑血亲方向流转,兄弟姐妹共立遗嘱亦相当罕见。因此,本文的讨论仅限于夫妻共同遗嘱这一范畴。

二、民事法律行为视域中的共同遗嘱

(一)共同遗嘱的法律行为性质与生效时间的争议

《民法典》第134条规定了单方、双方、多方法律行为以及决议行为几种民事法律行为类型。学理上多认为合同、共同行为和决议均属于多方法律行为,遗嘱则是典型的单方法律行为。而共同遗嘱的“共同”二字表征多个主体之间的合意,且各意思表示的效力彼此关联牵制,这与单方法律行为效力不

^① See Sergio Camara Lapuente, Freedom of Testation, Legal Inheritance Rights and Public Order under Spanish Law, in M. Anderson and E. Arroyo i Amayuelas ed., The Law of Succession: Testamentary Freedom, Europa Law Publishing, 2011, p.295.

^② 参见郭明瑞、房绍坤:《继承法》,法律出版社2004年第2版,第168~169页;张平华、刘耀东:《继承法原理》,中国法制出版社2009年版,第307~308页;戴东雄、戴炎辉、戴瑀如:《继承法》,台湾2013年自版,第286页。

^③ 参见麻昌华、曹诗权:《共同遗嘱的认定与建构》,《法商研究》1999年第1期;王歌雅:《论继承法的修正》,《中国法学》2013年第6期。

^④ [美]劳伦斯·M·弗里德曼:《遗嘱、信托与继承法的社会史》,沈朝晖译,法律出版社2017年版,第15页。

^⑤ 参见赵春:《民法典编纂视野下的遗嘱形式及其形式要件完善》,《北方法学》2019年第4期。

^⑥ 参见蒋月主编:《婚姻家庭与继承法》,厦门大学出版社2011年第2版,第330页。

^⑦ 参见北京市第三中级人民法院(2018)京03民终1908号民事判决书。

^⑧ 参见《德国民法典》第2077条。

受他人影响的特征不符。鉴于共同遗嘱所具有的表意人身份相同、意思表示内容相同、方向相同等特征,^①教科书多将其定性为共同行为,^②即同方向平行的多个意思表示一致而成立的法律行为。共同行为兼具有多方行为(内部关系)与单方行为(外部关系)的特点,难以简单归类。有学者从外部关系角度,认为立遗嘱人虽为两人,但是无需以被指定的继承人同意为生效要件,因而仍属于单方法律行为。^③有学者认为,需要区分共同遗嘱的类型,共同指定型遗嘱和柏林式遗嘱因双方追求的利益和目的同一,属于共同行为;而相互指定型遗嘱体现了继承利益的交换性,属于双方法律行为。^④

法律行为又分为生前行为与死因行为。死因行为即死因处分,指被继承人针对死后遗产作出的安排,在被继承人死亡时生效。继承法上的“处分”不同于处分行为的“处分”,不直接改变权利状况。德国法上的死因处分包括遗嘱、继承合同和放弃继承合同。继承合同与共同遗嘱功能近似,由被继承人与继承人、其他自然人或法人就继承权或受遗赠权利的取得或消灭达成合意,不属于终意处分,因此与遗嘱区分开来。继承合同被称为合同是因为相对方需接受被继承人的处分表示(要约),并由此发生约束力,^⑤体现出死因处分与合同的双重属性,到底属于单方、双方抑或多方法律行为同样存在争议。^⑥“单方行为说”认为继承合同不同于通常的合同,被继承人死亡时始生效力,相对人无权参与死因处分内容的制定,仅有权无视继承合同即拒绝接受给予。^⑦

关于共同遗嘱的生效时间也不统一。相互指定型遗嘱自一方死亡时生效,^⑧其他类型遗嘱则存在“部分生效”“效力待定”“全部生效”等不同观点,有裁判认为共同指定型遗嘱自双方均死亡时生效,^⑨相关遗嘱自一方死亡时部分生效。^⑩有学者指出,“部分生效说”的问题在于,共同遗嘱的内容具有整体性和关联性,为何可以仅承认部分效力而否定其他部分?“效力待定说”则无法解释在遗嘱尚未生效的情况下,一方死亡后遗产权属如何发生变更以及生存配偶是遗产的所有权人还是管理人的问题?“全部生效说”的悖论在于,遗嘱作为死因处分,遗嘱人未全部死亡时,生存配偶的遗嘱内容如何可以生效?^⑪综上所述,目前学理和裁判对于共同遗嘱的法律行为类型以及生效时间皆存在很大争议。

(二)另一种思路:各自独立的死因处分+条件

讨论应回归到死因处分这一基点。无论共同遗嘱形式上是否记载于一份文件,实质皆为夫妻分别针对自己的遗产所作的死因处分,各方的死因处分只能针对该方自己的遗产。因此,共同遗嘱在内容上是两个独立的单方法律行为。各方死因处分的“关联性”或“相互依存性”则通过“条件”这一法律

① 参见吴国平:《我国财产继承制度立法研究》,厦门大学出版社2014年版,第195页。

② 参见许莉主编:《婚姻家庭继承法学》,北京大学出版社2019年第3版,第257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436页。

④ 参见王毅纯:《共同遗嘱的效力认定与制度构造》,《四川大学学报》(哲学社会科学版)2018年第1期。

⑤ 参见[德]雷纳·弗兰克、[德]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32~131页。

⑥ 参见刘春茂:《中国民法·财产继承》,人民法院出版社2008年修订版,第392页。

⑦ 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160~172页。

⑧ 参见上海市静安区人民法院(2013)静民三(民)初字第22号民事判决书。

⑨ 参见山东省日照市中级人民法院(2011)日民一终字第553号民事判决书。

⑩ 参见浙江省杭州市滨江区人民法院(2011)杭滨民初字第80号民事裁定书、河南省平顶山市中级人民法院(2014)平民再终字第59号民事判决书、贵州省贵阳市中级人民法院(2014)筑民一终字第18号民事判决书。

⑪ 参见王毅纯:《共同遗嘱的效力认定与制度构造》,《四川大学学报》(哲学社会科学版)2018年第1期。

行为理论中的工具得以实现。简而言之,夫妻共同遗嘱=各方死因处分+条件。如此方可解释为何禁止共同遗嘱的立法例同样禁止双方在各自遗嘱中设立“互惠性条件”。^①

条件具有的三大功能,^②在共同遗嘱上皆可得到体现。首先,克服死亡时间相隔的障碍,预见一方死亡后生前配偶的各种行为并作出防范措施,从而将先死亡一方死因处分的生效和效果实际发生在时间上进行分离。其次,通过设立条件可以将一方死因处分的动机纳入法律考量的范围,作为死因行为效果的阀门,不致因为生存配偶无法预料的反常行为而受挫。最后,通过设立条件可以对生存配偶的行为方式施加影响,给予足够的激励保障生存配偶不会任意撤回或变更其自身的死因处分。

学理通常认为,条件可以限制法律行为是否生效。而受到条件限制的其实只是法律行为所欲达到的效果,并非法律行为是否生效本身。条件产生拘束力一方面是因为体现了当事人的意愿,另一方面是因为法律对法律行为已经作出了有效评价。附条件法律行为是否成立和生效,取决于法律行为本身的成立和生效要件是否齐备,与条件并没有关联。附解除条件的法律行为在条件成就前已经发生法律效力;^③附停止条件的法律行为在条件成就之前也已经生效,任何一方均不得任意摆脱“法锁”的束缚,^④只是未发生由条件控制的某些具体的法律效果。有学者意识到这一问题,把条件视为法律行为的特别生效要件,条件限制的是法律行为效力的实现。^⑤综上所述,在共同遗嘱中,死因处分自该方死亡时便生效,但条件未成就时不发生特定的法律效果。

应区分死因处分与以死亡为条件的法律行为。死因处分是被继承人就其财产所进行的死后始生效力的给予,法律关系于死亡之时才形成;反之,以死亡为条件的法律行为,法律关系已于法律行为实施之时成立,该法律行为可以是生前行为,也可以是死因行为,后者最典型的就是柏林式共同遗嘱,即夫妻一方作出的死因处分上附有另一方死亡为内容的停止条件,死因处分于被继承人死亡时生效,于另一方死亡时产生相应法律效果。简而言之,柏林式共同遗嘱=死因处分+以死亡为条件。

遗嘱可以附解除条件吗?有学者认为,解除条件使法律行为从条件成就时无效,这与继承人可以取得遗产的所有权相违。遗产一旦被收回,再按法定继承重新分配,会耗费太多社会资源,并且使得继承事务过于复杂,因此附解除条件的遗嘱视解除条件不存在。^⑥《意大利民法典》第639条为了防止附解除条件的遗嘱在条件成就时的受益人利益无法得到保障,要求条件成就前保有遗产利益的人提供担保。还有一些遗嘱将受益人在不确定时段里不赌博、不酗酒或者继续开展某项公益事业作为获取遗产之条件,若解释为停止条件,则是否成就须受益人死亡时方可确定,导致生前实际上没有取得遗产的可能,因此一些立法例将其解释为解除条件。^⑦在美国,法院通常将模棱两可的条件也推定为解除条件。^⑧简而言之,共同遗嘱的死因处分若以另一方死亡为解除条件,则死因处分于被继承人死亡时生效并产生法律效果,但效果处于不确定的状态,另一方死亡时解除条件成就,相应法律效果自动终止并恢复至原来的法律状态。

① Cfr. Cian e Tranbuchchi, Commentario breve al Codice Civile, CEDAM, 2018, p.662.

② 参见袁治杰:《法律行为的条件理论》,载陈小君主编:《私法研究》(第8卷),法律出版社2010年版,第42页。

③ 参见袁治杰:《法律行为的条件理论》,载陈小君主编:《私法研究》(第8卷),法律出版社2010年版,第54~87页。

④ Cfr. Massimo Bianca, Diritto Civile, Il contratto, Milano, 2000, p.542.

⑤ 参见董安生:《民事法律行为》,中国人民大学出版社2002年版,第159页。

⑥ 参见张平华、刘耀东:《继承法原理》,中国法制出版社2009年版,第354页。

⑦ 参见《德国民法典》第2075条、《葡萄牙民法典》第2234条、《埃塞俄比亚民法典》第918条。

⑧ 参见李红玲:《论附条件遗嘱的调整规则》,《法学》2018年第11期。

(三)附条件与否须符合关联性认定

共同遗嘱的实质特征是双方于遗嘱中的意思表示具有关联性。“关联性处分”是对多个死因处分之间关系的描述,即:假如没有配偶另一方的处分,配偶一方的处分就不会为之,其中一项处分之无效或被撤回,导致另一项处分不生效力。^①依条件理论,关联性处分把双方紧密联系的处分动机这一事实状态,通过“条件”这一私法工具,在法律效果层面相互依存。先死亡一方死因处分的生效,以生存配偶撤回其死因处分为解除条件。

实践中的难点在于条件是否存在即关联性处分的认定。共同遗嘱并非必须载于同一文件,共同遗嘱中可能包含双方多个死因处分,有的构成关联性处分,有的属于单独处分,关联性处分不生效力并不影响其他单独处分的效力。^②所附条件也未必在遗嘱内容中得以明示,需要通过意思表示解释来确认条件的存在。意思表示解释时,应根据具体情况认定遗嘱涉及的各方利益状态与身份关系,这一过程更多依赖社会生活经验而非形式逻辑推演。《德国民法典》第2270条第2款对关联性认定作了解释性规定,即“夫妻因立遗嘱而互受利益,或夫妻之一方受他方之给予,而生存配偶对受遗赠人所为遗赠之处分,乃有利于先行死亡配偶之血亲或其他亲近之人者,于有疑义时,应认为其处分相互间,有相互牵连之关系”。下文具体讨论三种典型的共同遗嘱中的关联性认定与所附条件。

首先,在相互指定型遗嘱中,夫妻各自的死因处分互相使对方受益,存在关联性无需赘言。夫妻各自的死因处分被视为附解除条件,条件内容是本方死亡前配偶撤回遗嘱。若一方死亡时配偶未撤回,则解除条件不可能成就,先死亡一方的死因处分发生永久的法律效果,遗产由生存配偶继承。对于配偶的死因处分而言,因继承人先于配偶即被继承人死亡,故配偶的死因处分无法生效。配偶未订立新的遗嘱,依《民法典》第1154条,配偶死亡时遗产依法定继承处理。

其次,在柏林式共同遗嘱中,考察对象是配偶甲指定配偶乙为继承人或先位继承人这一死因处分,与配偶乙指定子女丙为最终受益人这一死因处分之间是否具有关联性。第一种情形,若子女丙为双方共同生育,则两个处分成立单向关联性,假设配偶乙不指定子女丙为最终受益人,则甲也不会指定配偶乙为先位继承人,反之则否。第二种情形,若丙为甲前婚所生子女,则甲指定配偶乙为继承人和乙指定丙为最终受益人之间具有关联性。依生活经验可以想象,若乙不同意指定丙为最终受益人,则先死亡的甲很大概率会将至少部分遗产交由丙直接继承,而不会指定乙为唯一继承人。第三种情形,若丙为甲前婚所生子女,先死亡的配偶乙指定甲为继承人和甲指定丙为最终受益人这两个行为之间是否构成关联性,取决于丙和继父母乙是否构成《德国民法典》第2270条中的“亲近关系”。德国学理界定何为“亲近关系”非常严格,一般的熟人朋友关系尚不适格,须达到类似近亲属的程度。^③我国继承法中,若丙与继父母乙之间存在扶养关系或通过收养形成养父母子女关系,法律评价等同于亲父母子女,乙给丙留有遗产符合人之常情,可以认定甲乙两个行为之间具备关联性;若乙和丙没有往来、关系生疏,则甲指定丙为最终受益人与乙并无利益关联,不具备关联性,乙先死亡后,甲可以不受共同

^① 参见《德国民法典》第2270条第1款。

^② 《德国民法典》第2085条的规定是个例外,该条规定:“包含在遗嘱中的两项以上处分中之一项不生效力的,仅在须认为被继承人除去该项不生效力的处分就不会为其余的处分时,才导致其余的处分不生效力”。

^③ 参见钟昊:《论共同遗嘱——从德国法视角》,硕士学位论文,中国政法大学,2016年,第15页。陈卫佐将“新关系”直接翻译为“有血统关系或以其它方式与之有近亲属关系”。参见《德国民法典(第四版)》,陈卫佐译,法律出版社2015年版,第630页。

遗嘱约束而撤回自己的死因处分或另行指定他人继承。^①依条件理论,柏林式遗嘱中关联性处分可以视为附有两个停止条件和解除条件,借以控制两个阶段不同的法律效果。停止条件一的内容是自己先于配偶死亡,条件成就时遗产由生存配偶继承;停止条件二的内容是配偶先于共同指定的最终受益人死亡,条件成就时遗产转由最终受益人继承;解除条件的内容是生存配偶生前撤回关联性处分,条件成就时,先死亡一方关联性处分的法律效果终止,先死亡一方的遗产重新按法定继承处理。

最后,在共同指定型遗嘱中,夫妻的死因处分指向相同的第三方,夫妻之间没有因各自死因处分而存在利益往来,除非双方明确表示以对方不撤回死因处分为解除条件,否则推定为各自处分不具备关联性。例如,夫妻共同指定子女为继承人,父母把遗产给子女继承本是家庭人伦关系的常态,无法断定一方改变想法不让子女继承时,也会导致另一方将子女排除出继承人范围。德国学理便认为,指定子女为继承人的处分之间不成立关联性。^②因此,一方死亡后,配偶可任意撤回自己的死因处分。简而言之,共同指定型遗嘱不符合关联性认定,不属于实质意义的共同遗嘱。

(四)共同遗嘱中关联性处分的撤回

《继承法》第20条第1款规定:“遗嘱人可以撤销、变更自己所立的遗嘱。”此处的“撤销”实为“撤回”,《民法典》第1142条改采“撤回”这一术语。“撤回”与“撤销”是两种消灭已发出的意思表示的方式,“撤回”针对未生效的意思表示,意义在于阻止意思表示生效。因为意思表示尚未生效,对他人权益尚未造成影响,所以表意人可以任意撤回以实现意思自由。遗嘱作为死因处分,立遗嘱人死亡时才生效,因此以自由撤回为原则,撤回无需特别理由,此乃遗嘱自由应有之义。若新旧遗嘱内容相互矛盾,旧遗嘱也视为被撤回。“撤销”针对已生效的意思表示,相对人已产生信赖利益,表意人受其拘束不得随意撤销。但是为了保障意思的自由和真实,赋予表意在意思表示瑕疵等法定撤销事由下的撤销权,同时为了保护善意相对人的信赖利益,赋予其损害赔偿请求权以平衡双方利益。《民法典》第1142条将受欺诈、胁迫的遗嘱效力直接规定为无效,但缺乏重大误解订立遗嘱的效力规定。订立遗嘱时若存在重大误解,可类推适用《民法典》总则编第147条重大误解的一般规定,只是撤销权人不可能是“行为人”即立遗嘱人,而是遗嘱撤销后的直接受益人。

订立共同遗嘱的夫妻均在世时,各自死因处分尚未生效,可以协商一致明示撤回或变更共同遗嘱,或者以新的共同遗嘱替代之。^③一方也可以单方撤回或变更共同遗嘱中己方的死因处分,通知另一方即可,无需另一方同意。另一方可以选择维持或更改死因处分,并可能因此造成信赖利益损失。例如,因订立共同遗嘱而做了准备工作,则有权要求撤回方损害赔偿。夫妻一方死亡后,需要区分生存配偶的死因处分中哪些是单独处分,哪些是关联性处分。单独处分可以任意撤回,关联性处分能否撤回呢?共同遗嘱中一方的撤回自由须与另一方的信赖利益进行协调。其中信赖利益体现为继承人的指定和遗产分配的方案。学理上认为,^④共同遗嘱的变更撤回具有非自由性,基于先死亡方的信赖利益,关联性处分实际上具有类似合同约束力的特殊性质,生存配偶原则上不得撤回遗嘱,《德国民法典》第2271条第2款采纳了这一做法。即使生存配偶在数十年间想法和生活状况发生重大变化,亦

^① 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114页。

^② 参见钟昊:《论共同遗嘱——从德国法视角》,硕士学位论文,中国政法大学,2016年,第17页。

^③ 参见辽宁省沈阳市辽中县人民法院(2016)辽0122民初3241号民事判决书。

^④ 参见李昊:《民法典继承编草案的反思与重构》,《当代法学》2019年第4期。

不得修改其处分。但是关联性处分的约束力不是绝对的,为了避免对生存配偶限制过于严苛,可以基于法定事由如意思表示瑕疵(动机错误或内容错误)主张撤销,^①或者以放弃接受继承为代价免受共同遗嘱约束。^②司法裁判中,有裁决指出:“共同遗嘱的效力具有整体性,若生存配偶可以变更或撤销共同遗嘱,则违背了死亡一方的生前意愿,使得共同遗嘱失去意义”。^③有裁决指出:“生存配偶无权撤销涉及夫妻共同财产的内容,只能撤销涉及个人财产的内容。”^④多数裁决肯定生存配偶有权撤回或变更共同遗嘱中涉及自己所有的财产的内容。^⑤北京市高级人民法院发布的《关于审理继承纠纷案件若干疑难问题的解答》(以下简称《解答》)第19条规定:“夫妻一方先死亡的,在世一方有权撤销、变更遗嘱中涉及其财产部分的内容;但该共同遗嘱中存在不可分割的共同意思表示,上述撤销、变更遗嘱行为违背该共同意思表示的除外。”该解释在区分遗嘱内容是否具有关联性的基础上,认为一方死亡后相应的遗嘱内容已实际执行,若赋予生存配偶撤回权,有违夫妻遗产安排的真实意思,对关联性遗嘱的撤回持否定立场。

夫妻可以预先约定放弃遗嘱撤回权吗?裁判观点倾向于认可遗嘱不可撤回的约定,^⑥或者只有双方才可以撤回或变更的约定。^⑦《德国民法典》第2302条规定了不可限制的遗嘱自由,立遗嘱人不得预先放弃撤回权,单方表示或合同约定放弃的均属无效。这种确立最后意思的自由是不可让渡的,它不仅能够平缓对死亡的焦虑,应当保留给每个人直至生命最后一刻,同时也是一件隐秘的武器,帮助年老者维系其社会关系和情感。正是这种包含意志和情感的人格利益,决定了遗嘱自由不可事先放弃。^⑧

笔者认为,协调共同遗嘱中的撤回自由与信赖利益,并非必须采取禁止撤回的方案。例如,一方死亡后,生存配偶在世期间可能因各种途径获得大量财产,很难认为死亡一方对于这些财产存在信赖利益,任何情况下都对生存配偶施以严格的处分限制未必具有实质合理性。另外,遗嘱撤回权是遗嘱自由的重要内容,禁止撤回这种严苛的限制需要立法层面明确规范,在《民法典》未明文规定共同遗嘱时,仍应遵循《民法典》第1142条的自由撤回原则。对先死亡一方的利益,通过撤回关联性处分的法律效果层面进行保护。依条件理论,关联性处分通过条件在法律效果上相互依存,先死亡一方死因处分的生效,以生存配偶撤回自己的死因处分为解除条件。因此,当生存配偶撤回自己的死因处分时,解除条件成就,先死亡方关联性处分的法律效果自动终止,恢复到死亡前的法律状态。此时先死亡一方在无共同遗嘱情形下如何分配遗产的真实意愿已无法探寻,适用于多数情形且结果大致公平的法定继承成为唯一替代方案。因此,针对先死亡一方的遗产,有溯及力地适用法定继承。生存配偶对先

① 参见王葆蔚:《共同遗嘱中“关联性处分”的法律效力》,《法商研究》2015年第6期。

② 后死亡一方必须绝对放弃遗产,既不根据遗嘱获得财产,也不以法定继承人身份继承,才能重获处分自由。参见浙江省金华市浦江县人民法院(2014)金浦民初字第213号民事判决书。

③ 参见山东省青岛市中级人民法院(2014)青民再终字第165号民事判决书、上海市徐汇区人民法院(2016)沪0104民初13058号民事判决书、北京市朝阳区人民法院(2019)京0105民初48598号民事判决书。

④ 上海市静安区人民法院(2015)静民一(民)初字第1658号民事判决书。

⑤ 参见江苏省南京市中级人民法院(2015)宁民再终字第38号民事判决书、上海市第二中级人民法院(2016)沪02民终4931号民事判决书、上海市第二中级人民法院(2017)沪02民终1788号民事判决书。

⑥ 参见贵州省贵阳市中级人民法院(2015)筑民一终字第1897号民事判决书、广东省广州市越秀区人民法院(2016)粤0104民初4749号民事判决书、上海市浦东新区人民法院(2016)沪0115民初83197号民事判决书。

⑦ 参见上海市浦东新区人民法院(2016)沪0115民初53230号民事判决书。

⑧ 参见叶名怡:《论事前弃权的效力》,《中外法学》2018年第2期。

死亡一方遗产标的已经作出的处分,转化为无权处分。

(五)作为要式行为的共同遗嘱

各国皆把遗嘱作为法定要式行为,以形式强制实现警告功能、澄清功能以及证据功能,最大限度保证遗嘱体现了立遗嘱人的真实意思。鉴于《民法典》并未把共同遗嘱作为独立的遗嘱形式,因此需要逐一检视共同遗嘱是否符合各法定遗嘱形式的要件。有学者认为,共同遗嘱可以采取公证、自书、代书、录音、口头等各种法定形式订立。^①有学者认为,共同遗嘱只能采用自书、代书和公证三种形式。^②我国实践中,共同遗嘱多采公证或者自书遗嘱形式。^③依《遗嘱公证细则》第15条第1款的规定,“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”。言外之意是分立于不同文件的遗嘱不被视为共同遗嘱。紧接着第2款又认可了以公证形式在同一文件上订立的夫妻共同遗嘱。问题在于,共同遗嘱与分立的个人遗嘱在关联性、撤回和变更等方面存在质的差别,公证处引导夫妻分立遗嘱,事实上违背了夫妻共同订立遗嘱的意愿。夫妻一同前往公证处订立遗嘱,无论是被引导分别设立遗嘱还是坚持共同订立遗嘱,仅仅是形式上的差别,不影响双方死因处分具备关联性这一核心要义。因此,只要夫妻一同前往公证处办理遗嘱公证,充分表达了共同订立遗嘱的意愿,内容一致或具备关联性,无论形式上是共立还是分立,皆应当认定为采取公证遗嘱形式设立的共同遗嘱。

自书形式的共同遗嘱多采取一方书写、另一方签名或盖章的做法,订立过程中可能没有见证人、存在一名或者两名以上见证人等不同情况。我国台湾地区不承认共同遗嘱,认为书写遗嘱一方符合自书遗嘱形式而有效,签字盖章一方不符合自书遗嘱而无效。^④祖国大陆裁判的惯常做法也是将共同遗嘱拆分为两份个人遗嘱,书写遗嘱一方通常成立有效的自书遗嘱;签字盖章一方能否成立有效的代书遗嘱,取决于订立过程是否满足两个以上见证人等形式要求。^⑤

另有裁判观点没有“借壳”代书遗嘱,而是直接承认了共同遗嘱是一种合法的遗嘱形式。^⑥在2015年的一起继承纠纷中,一审法院认定一方为自书遗嘱,另一方为代书遗嘱,二审法院则认为遗嘱是夫妻基于共同意思表示对共同财产的处分,以共同遗嘱不违反强制性规定为由承认其效力。^⑦在2013年的一起继承纠纷中,法院也认为一方书写遗嘱内容、另一方签字确认的遗嘱形式合法,不适用代书遗嘱规定,直接认定为有效的共同遗嘱。有法官建议为保障共同遗嘱反映双方的真实意思,应采取签字盖章一方写明“以上遗嘱确属本人真实意思表示”等确认词后再签字的做法。^⑧

《解答》第19条规定:“以夫妻双方名义共同订立的处理夫妻共同财产的遗嘱,符合遗嘱形式要件的应为有效。当事人仅以遗嘱内容为一方书写,不符合代书遗嘱相关形式要件为由请求认定遗嘱无

① 参见张玉敏:《继承法律制度研究》,华中科技大学出版社2016年第2版,第164页。

② 参见麻昌华、曹诗权:《共同遗嘱的认定与建构》,《法商研究》1999年第1期。

③ 参见王葆蔚:《共同遗嘱中“关联性处分”的法律效力》,《法商研究》2015年第6期。

④ 参见林秀雄:《继承法讲义》,台湾元照出版有限公司2017年修订第7版,第228页。

⑤ 参见江苏省扬州市中级人民法院(2012)扬民终字第0172号民事判决书、湖南省郴州市桂东县人民法院(2014)桂东民初字第78号民事判决书、北京市丰台区人民法院(2015)丰民初字第20233号民事判决书。

⑥ 参见湖南省郴州市桂东县人民法院(2014)桂东民初字第78号民事判决书、北京市丰台区人民法院(2015)丰民初字第20233号民事判决书、江苏省常熟市人民法院(2017)苏0581民初162号民事判决书。

⑦ 参见北京市第一中级人民法院(2015)一中民终字第9281号民事判决书。

⑧ 参见北京市朝阳区人民法院(2013)朝民初字第11488号民事判决书。

效的,法院不予支持。”该解答并未承认独立的自书共同遗嘱,而是采纳了将共同遗嘱分拆为自书遗嘱与代书遗嘱的方案,维持了遗嘱形式强制的要求,同时对代书遗嘱的要件采取了更宽松的态度,使多数共同遗嘱被认定有效。

除了公证、自书与代书这3种形式,《民法典》第1136~1138条规定,录音录像遗嘱、打印遗嘱与危急情形下的口头遗嘱均需要两个见证人在场等要件。笔者认为,只要共同遗嘱满足了打印遗嘱形式规定的要件,没有理由与自书、代书形式作区分处理,应认同打印的共同遗嘱的效力。对于录音录像遗嘱而言:一方面,遗嘱人在口头语言表达上是否清楚明确无法保证;另一方面,当一方作为主陈述人而另一方仅表示同意时,另一方的同意能否认定为双方合意很难判断,为法院在夫妻意思表示一致的认定上增加了难度。^①例如,在2016年的一起夫妻共同遗嘱纠纷案中,北京市西城区人民法院与北京市第二中级人民法院对录音形式的遗嘱效力认定便不相同。^②因此,应当排除录音录像形式的共同遗嘱。口头遗嘱中见证人是否了解共同遗嘱的法律特点、是否知晓夫妻双方关联性处分的意思表示,实践中可能难以把握,从而导致事后对夫妻双方真实意思的解释困难,也应予以排除。

三、柏林式共同遗嘱中后位继承的功能实现与路径选择

(一)传统理论:合并模式与分离模式

在柏林式遗嘱中,立遗嘱人拥有更多样化地进行终意处分以便更久控制其财产的可能性,在实践中得到广泛运用。先死亡一方的遗产在德国法学理中有两种流转路径:^③(1)合并模式,也称为完全继承和终位继承模式。一方死亡时,生存配偶成为完全继承人,先死亡一方的遗产被生存配偶继承后成为其个人财产的一部分,当生存配偶死亡时,双方指定的最终受益人才能继承该方遗产。(2)分离模式,也称为先位继承和后位继承模式,夫妻相互指定后死亡一方为另一方的先位继承人,同时共同指定第三方为后位继承人。一方死亡时,另一方作为先位继承人取得遗产,此时生存配偶占有的财产分为独立的两部分,一为自己的个人财产,二为继承的配偶遗产。当生存配偶死亡时,依法发生两项继承,最终受益人一方面通过后位继承获得先死亡一方的遗产,另一方面通过普通继承获得后死亡一方的遗产。常见的后位继承发生情形,除了先位继承人死亡,还包括一定期间的经过或者某事件的发生如先位继承人再婚等,可由被继承人在死因处分中自由决定。若被继承人在继承人指定中附加了停止条件或解除条件,条件成就时,直接发生后位继承,无需被继承人明确说明。后位继承通过时间上的先后关系来确保多个继承人都能享有继承利益,有利于在实践中消除老年人的再婚障碍,解决了生存配偶与子女的利益冲突,并发挥类似居住权的保障功能。

两种模式的区分关键在于生存配偶处分权限的大小。在合并模式下,生存配偶为完全继承人,可以通过生前行为任意处分继承的遗产;而在分离模式下,生存配偶作为先位继承人,在后位继承开始之前,虽然名义上继承了遗产,但仅仅享有占有、使用和收益的权利,受到严格的处分限制。采取合并模式抑或分离模式,取决于立遗嘱人的意愿,意愿不明确时需进行意思表示解释作业。当遗嘱内容是

^① 参见黄莹、赵桂贤:《从破解司法难题角度看夫妻共同遗嘱入法》,载夏吟兰、龙翼飞主编:《家事实务》2019年卷,法律出版社2020年版,第204页。

^② 参见北京市西城区人民法院(2016)京0102民初15845号民事判决书、北京市第二中级人民法院(2017)京02民终4366号民事判决书。

^③ 参见[德]安雅·阿门特-特劳特:《德国继承法》,李大雪、龚倩倩、龙柯宇译,法律出版社2015年版,第128页。

“一方过世后所有财产均由另一方管理使用直到去世,双方去世后全部财产由子女继承”,意味着生存方对遗产只有管理和使用权利,属于分离模式;当遗嘱内容是“一方先去世后全部财产赠给另一方,双方过世后全部财产赠给子女”,则意味着生存配偶对遗产有完全的管理和处分权,属于合并模式。^①若意思表示解释仍无法查明立遗嘱人的真实意图,鉴于分离模式下先位继承人的处分受限、家庭财产被人为区隔为两部分、夫妻死亡时间相隔久远时遗产的利用和权属状况过于复杂,宜采合并模式作为推定规则,赋予生存配偶更多的遗产处分权限。

若后位继承人在继承发生后,先于生存配偶死亡、放弃或者丧失继承权,由谁最终继承先死亡一方的遗产?第一种观点认为,此时后位继承因条件无法成就而不发生效果,导致继承关系因主体减少而简化,由生存配偶即先位继承人继承遗产并取得完整的所有权。2006年以前的《法国民法典》第896条明文禁止后位继承,但2006年6月修正的《法国民法典》废止了这条并设立了后位遗赠,第1056条规定,除非立遗嘱人明确了其他的替补继承人,则遗嘱视为只是向先位继承人一人作出。^②第二种观点认为,鉴于后位继承权本身也可以继承,除非被继承人另有安排,相关权利转移给后位继承人的继承人(《德国民法典》第2108条第2款)。解决这一问题的关键,是探寻被继承人的真实或可推定意图。若被继承人更关注后位继承人,应认定后位继承权可以继承,否则应通过遗嘱排除后位继承权的可继承性。^③

(二)需区分继承期待权与条件未决期间的期待权

在分离模式下,一方死亡导致继承开始,先位继承人即配偶是遗产所有权人,有权处分遗产所屬标的(《德国民法典》第2112条)。但为了保护后位继承人的利益,学理上将后位继承人在后位继承发生之前所享有的权利称为期待权,^④这一名称易引发歧义。笔者认为,后位继承人享有的权利并非继承权层面的期待权,而是条件理论层面的期待权。一方死亡后,作出的死因处分生效,后位继承人同样属于继承人,继承权性质从继承期待权转变为继承既得权,只是该继承既得权上附加的条件尚未成就,不发生相应的法律效果。既然是继承既得权,后位继承人可以接受或放弃,无需等到后位继承条件成就。如此方能解释,当生存配偶损害后位继承人在先死亡一方的遗产上所享有的利益时,后位继承人可要求其损害赔偿;但是生存配偶生前处分自己的财产时,继承人此时仅享有继承期待权,并不存在损害。

条件未决期间的期待权人也享有附条件权利的经济属性甚至是资本属性。附条件权利的经济价值已经得到全面承认,^⑤这一法律地位可以继承、转让、用以设立担保、被担保、对之提起诉讼以及保全。后位继承人可以把后位继承权作为信用基础,在经济上加以利用或转让。出让或抵押后位继承权的行为也被视为接受后位继承。^⑥当后位继承人有理由认为其权利存在显著侵害的危险时,可以

^① 参见王葆蔚:《共同遗嘱中“关联性处分”的法律效力》,《法商研究》2015年第6期。

^② 参见[法]米歇尔·格里马蒂:《后位继承与补位继承》,载李贝编译:《法国家事法研究文集》,人民法院出版社2019年版,第92页。《埃塞俄比亚民法典》第936条也持相同观点。

^③ 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91页。

^④ 参见王睿、王延增:《论后位继承人之期待权》,《学术交流》2014年第12期。

^⑤ 参见申卫星:《期待权研究导论》,《清华法学》2002年第1期。

^⑥ 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85页。

请求先位继承人提供担保(《德国民法典》第2128条)。后位继承人还可以作出中断诉讼时效等法律性的保全行为,以及禁止先位继承人在农业用地上修筑采石场等事实性的保全行为。^①对遗产标的毁损或没收而赔偿所得以及借助遗产资金所得之物,均依物上代位自动归属于遗产(《德国民法典》第2111条)。先位继承人于土地登记簿上登记权利时,登记部门须依职权一并登记后位继承人或进行预告登记(《瑞士民法典》第490条),以此排除第三人主张善意取得。

全面确立期待权的权利属性,还要求实体和程序上一系列配套的保障措施,如债法层面的损害赔偿请求权与物法层面的中间处分无效制度。^②《德国民法典》第160条所谓的法定之债关系,可以推导出附条件义务人的保护义务。后位继承人可以监督先位继承人管理遗产利益的行为并要求其答复询问(《德国民法典》第2127条)。未决期间一方过错侵害另一方附条件权利的,另一方在条件成就时有权请求损害赔偿。《德国民法典》第161条规定未决期间的处分损害附条件权利人利益的无效,条件对处分行为的限制具有“物权效力”。^③先位继承人被课以诸多处分限制,财产保管义务禁止其进行重大不利的生前行为,损害后位继承人利益的无效(《德国民法典》第2113条);死后移转义务禁止通过死因行为损害后位继承人利益。禁止先位继承人的债权人强制执行该遗产的基础部分(但可执行用益部分),避免遗产因先位继承人的个人债务而受损(《德国民法典》第2115条)。

先位继承人死亡时,后位继承开始,遗产转归后位继承人所有(《德国民法典》第2139条)。先位继承人的继承人或遗产管理人负有义务向后位继承人交付遗产,该义务辅之以相应的损害赔偿请求权。先位继承人对后位继承人应承担的责任(法定之债关系)适用有关遗产管理的规定(《德国民法典》第2130条以下)。当先位继承人不法地将遗产赠与他人,后位继承人既可依所有物返还请求权要求受赠人返还(处分行为依《德国民法典》第2113条无效),也可以向先位继承人主张损害赔偿请求权,因为该处分违反了先位继承人对后位继承人承担的保护义务(《德国民法典》第2138条第2款)。

为了维护柏林式遗嘱中最终受益人的可期待利益,或者为了使生存配偶免除共同遗嘱的约束,夫妻可以在共同遗嘱中规定再婚条款,若生存配偶再婚,双方的晚辈直系血亲可立即主张针对死亡一方遗产的法定继承份额,或者主张直接发生后位继承。在合并模式下,再婚条款可解释为附解除条件地指定后死亡一方为完全继承人;在分离模式下,再婚条款可解释为附停止条件地指定生存配偶为先位继承人、子女为后位继承人。再婚条款有其合理性,先死亡一方同意其财产被生存配偶继承的前提,是预期这部分遗产在配偶死亡后转由自己的子女继承。可是生存配偶一旦再婚,对子女而言,因再婚而出现的继父母以及半血缘兄弟姐妹会获得继承权,从而瓜分掉子女本可以继承的遗产份额。此外,生存配偶再婚后直至死亡前,继承的先死亡一方的遗产也可能被新的家庭成员实际消耗掉。这些再婚导致的变故既不利于子女的可期待利益,也有违先死亡一方的真实意愿,需要通过再婚条款加以防范和避免。因此,再婚条款具有正当性,不构成对婚姻自由的不当限制。

(三)现实可行路径:生存配偶居住权+后位继承人所有权

后位继承实质上对所有权从时间维度进行了分割,条件成就前归属于先位继承人,条件成就后归属于后位继承人。在后位继承开始之前,先位继承人虽然名义上是所有权人,但仅享有占有、使用和

^① 参见[法]米歇尔·格里马蒂:《后位继承与补位继承》,载李贝编译:《法国家事法研究文集》,人民法院出版社2019年版,第89页。

^② 参见袁治杰:《法律行为的条件理论》,载陈小君主编:《私法研究》(第8卷),法律出版社2010年版,第74~78页。

^③ Cfr. Massimo Bianca, Diritto Civile, Il contratto, Milano, 2000, p.552.

收益的权利,并受到严格的处分限制。这一结构与强调现实权益以及未来权益在时间轴上彼此独立并存的英美财产权体系完美契合。^①与此相反,大陆法系物权法采纳绝对所有权理论,所有权人对物享有完整、排他、统一、全面且不可分割的权利。分离模式相当于禁止作为所有权人的先位继承人对遗产的所有权让与,而学理一般认为,意思自治不得改变作为物权内容一部分的处分权,^②《德国民法典》第137条也规定,违反让与禁止的处分行为效力不受影响,处分权人仅因违反让与禁止负有债法责任。因此,后位继承与绝对所有权理论是相悖离的。

一种可行路径是引入用益权。私法史上,用益权最早便是在遗产继承时为特定群体提供生活扶助。遵循“有利于遗孀以及婚生子女利益”原则,罗马法允许针对死者财产中的所有物品设立用益权,以维持家庭共同体成员对财产的共同使用和收益。^③设立方式是直接遗赠,即所有权人将用益权遗赠给继承人之外的第三人;或者在保留用益权给继承人的条件下遗赠所有权给第三人。

柏林式遗嘱的目的在于保障立遗嘱人的财产最终归属于后位继承人,同时保证生存配偶能够获得遗产的受益,兼具生活保障功能与预防遗产外散功能,^④与用益权遗赠在经济层面具有相似性。先位继承人的权利受到后位继承限制,权利内容趋同于用益权。^⑤有立法例直接将附解除条件的遗嘱分配视为给受益人设立用益权,以此限制受益人的处分权限。《奥地利普通民法典》第613条认为继承人取得的是有限制的所有权,具有用益权人的权利和义务。有裁判指出,如果共同遗嘱中约定“一人先去世,房产归另一人所有;如两人都去世,则由指定继承人继承”,生存一方拥有的仅仅是居住使用权。^⑥

若生存配偶仅对遗产享有用益权,自然没有处分权限,并且对所有权人负有一系列义务,如维持物的用途和良好状态、对物维修和保养。先死亡一方的遗产仅发生一次物权变动,由后位继承人所有,生存配偶死亡时用益权消灭,所有权自动恢复到完满状态,无须再次发生物权变动。若后位继承人先于生存配偶死亡、放弃或者丧失继承权,则由后位继承人的继承人继承遗产,生存配偶作为用益权人的身份不变。简而言之,在大陆法系绝对所有权观念下,对共同遗嘱引发的后位继承,宜采用“生存配偶享有用益权+后位继承人享有所有权”的理想路径,比受限制的所有权方案更符合逻辑,也更为便捷。

在我国,遗嘱作为法律行为,应适用《民法典》第158条以下附条件民事法律行为的相关规范。附条件遗嘱在逻辑上必然导致对相关遗产的先位受益和后位受益,换言之,为避免遗产处于无人接管的状态,只要允许遗嘱附条件,就相当于承认了后位继承。《民法典》第1152条规定:“继承开始后,继承人于遗产分割前死亡,并没有放弃继承的,该继承人应当继承的遗产转给其继承人;但是遗嘱另有安排的除外。”相较于《继承法》新增“遗嘱另有安排的除外”。这意味着立法给后位继承预留了空间。遗憾的是,《民法典》物权编仅仅增设了居住权而未设用益权。用益权与居住权在传统民法上都属于

^① See Jesse Dukeminier, Robert H. Sitkoff, Wills, Trusts, and Estates, Wolters Kluwer, 2013, p. 834; Danaya C. Wright, The Law of Succession: Wills, Trusts, and Estates, Foundation Press, 2013, p.558.

^② 参见冯洁语:《论法律行为对处分的限制》,《法学家》2017年第6期。

^③ Cfr. Antonio Guarino, Diritto Privato Romano, Napoli, 2001, p.727.

^④ 参见孙骥韬:《论后位继承之法理构造及制度功能》,《中国政法大学学报》2019年第6期。

^⑤ 参见王睿、王延增:《论后位继承人之期待权》,《学术交流》2014年第12期。

^⑥ 参见山东省青岛市北区人民法院(2015)北民重字第20号民事判决书。

人役权,二者结构相似,居住权衍生自用益权,但居住权内容更狭窄,仅指在他人房屋上居住的权利。^①实务中,共同遗嘱所涉对象绝大部分为不动产,因此在解释论上,或可退而求其次,“生存配偶享有居住权+后位继承人享有所有权”亦为现行规范供给下实现后位继承功能的一条可行路径。

四、结论

共同遗嘱是夫妻分别针对自己财产所作的死因处分,性质上属于两个独立的单方法律行为,死因处分之间通过“条件”这一私法工具,在法律效果层面实现相互依存,共同遗嘱的实质特征是双方死因处分之间具有关联性。传统观点认为实质意义上的共同遗嘱包括相互指定型遗嘱、共同指定型遗嘱以及柏林式遗嘱3种类型。死因处分自死亡时生效,条件未成就时不发生特定的法律效果。双方的死因处分可以附停止条件或解除条件。应区分死因处分与以死亡为条件的法律行为,共同遗嘱经常表现为一方的死因处分与另一方死亡为内容的条件的结合。

实践中的难点在于条件是否存在即关联性处分的认定,这需要通过意思表示解释来确认。解释时应依照社会生活经验而非形式逻辑来考察遗嘱所涉各方的利益状态与身份关系。在相互指定型遗嘱中,夫妻之间互相使对方受益而存在关联性,夫妻的死因处分皆附解除条件,条件内容是本方死亡前配偶撤回遗嘱。柏林式遗嘱附有两个停止条件和解除条件,夫妻一方指定配偶为(先位)继承人与配偶指定子女为最终受益人之间是否具有关联性,需考量子女是否为双方共同生育、与非生育方是否构成亲近关系等因素。在共同指定型遗嘱中,死因处分都指向第三方,推定为不具备关联性,不属于实质意义上的共同遗嘱。

夫妻均在世时可以协商一致撤回或变更共同遗嘱,也可单方撤回共同遗嘱中己方的死因处分,通知另一方即可。一方死亡后,生存配偶可任意撤回单独处分,关联性处分同样可以撤回,夫妻不得约定预先放弃撤回权。对先死亡一方信赖利益的保护,体现在当生存配偶撤回死因处分时,解除条件成就,先死亡方关联性处分的法律效果自动终止,相关遗产溯及适用法定继承。

在柏林式遗嘱中,先死亡一方的遗产有合并模式与分离模式两种流转路径,区分关键在于生存配偶处分权限的大小。采取何种模式取决于立遗嘱人意愿,意愿不明确时需进行意思表示解释,宜采合并模式作为推定规则。在分离模式下,需区分继承期待权与条件未决期间的期待权,一方死亡后,后位继承人针对死者的继承权性质为继承既得权,只是附加条件尚未成就,不发生相应法律效果。条件未决期间,后位继承的法律地位具有经济价值和资本属性,可以被继承、转让、担保或保全。先位继承人受到法定债之关系以及诸多处分限制,与其作为遗产所有权人的地位不符,权利内容上趋同于用益权。鉴于《民法典》仅增设了居住权而未规定用益权,“生存配偶享有居住权+后位继承人享有所有权”是民法典时代实现后位继承功能的可行路径。

责任编辑 何艳

^① 参见汪洋:《从用益权到居住权:罗马法人役权的流变史》,《学术月刊》2019年第7期。