

## 家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报

《“家事法苑”™ 婚姻家庭法律资讯简报》于 2008 年 2 月 15 日创办，“家事法苑”律师团队编辑，尝试搭建与律师同行、学者、法官、媒体、政府相关部门及社会组织进行业务研讨、正当交往、信息共享的桥梁与平台，共同促进中国婚姻家庭法制建设。每月 1-2 期，无偿赠阅。

如邮件给您带来不便，请回信 [xiaolinlvshi@vip.sina.com](mailto:xiaolinlvshi@vip.sina.com) 或来电 13366156089，立即在列表中取消！

简报获取：“家事法苑”家事律师网 <http://www.famlaw.cn> 首页“资料下载”！

善意提醒：简报仅供学术研讨交流用。尊重智力劳动成果，简报编辑需日复一日耗费相当时间与精力，未经许可，不得整体利用本简报或经常性取材上传网络(个人网站、博客)或为其他非研究用途使用，个别使用时亦应注明转自本简报。欢迎对《“家事法苑”婚姻家庭法律资讯简报》提出好的建议。

2012 年总第 11 期 编辑时间：20120909

### 本期主题：《继承法》修改背景及立法建议稿等相关资料汇编

主编的话：“家事法苑”婚姻家庭法律资讯简报及相关资讯，目前有以下获取途径：

“家事法苑”家事律师网 首页资料下载，网址：<http://www.famlaw.cn/download.aspx>

每天中国家事审判动态即时资讯浏览：

1、新浪微博：“家事法苑” 网址：<http://weibo.com/jiashifayuan>

2、新浪微群：“家事法苑” 群号：826090， 网址：<http://q.weibo.com/826090>

3、新浪微博：“段凤丽家事律师”， 网址：<http://weibo.com/2020842715>

4、“家事法苑”家事法主题 QQ 群分群(群号：153181612)——每天即时分享最新中国婚姻家庭法制信息动态，本群为业务及学术研讨用途，实名交流，如个别群友确有特殊情况，可以真实身份申请入群，后可使用网名；主群 500 人早已满员，目前只能加入分群，待腾讯公司政策允许时两群合并、方便交流、研讨。

### “家事法苑”家事法实务沙龙第 12 期预告暨征文启事

(计划于 2012 年 10 月下旬举办，具体时间地点另行通知)。

主题：房产的“夫妻赠与”与“夫妻财产约定”之区别-----《婚姻法》司法解释(三)第 6 条的理解与适用(《婚姻法》第 19 条我国夫妻财产制度完善之反思)。

家事无小事，家和万事兴。

我国 1980 年《婚姻法》将约定财产制作为法定财产制的附属、补充而规定，2001 年《婚姻法》修正后，第十九条规定“夫妻可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产各自所有，归共同或部分共同所有、部分各自所有。约定应当采用书面形式”，将夫妻约定财产制与法定财产制地位并列且其效力高于法定财产制而规定，这完善了我国夫妻财产约定制度，对保障公民充分行使个人财产权利具有十分重要的意义。

但在随后的社会现实中，特别是 2007 年 10 月 1 日《物权法》实施后，《婚姻法》与《物权法》及《合同法》的适用冲突问题日益突出，婚姻财产约定中，约定一方婚前财产主要是房产此类不动产婚后共有或为对方个人所有时，是否需要履行物权变动的形式，即对方对房产所有权的取得是否必须要办理完过户方能生效，出现争议时原产权人是否有权利行使撤销权，成为争议的焦点，存在同案不同判现象，当事人利益得不到保障。

有鉴于此，2011 年 8 月 12 日开始实施的最高人民法院关于适用《中华人民共和国婚姻法》若干问题的解释(三)第六条规定“婚前或者婚姻关系存续期间，当事人约定将一方所有的房产赠与另一方，赠与方在赠与房产变更登记之前撤销赠与，另一方请求判令继续履行的，人民法院可以按照合同法第一百八十六条的规定处理。”

但是，最高院相关负责人在媒体解释此问题，做了如下表述：“经反复研究论证后，我们认为，我国婚姻法规定了三种夫妻财产约定的模式，即分别所有、共同共有和部分共同共有，并不包括将一方所有财产约定为另一

方所有的情形。将一方所有的财产约定为另一方所有，也就是夫妻之间的赠与行为，虽然双方达成了有效的协议，但因未办理房屋变更登记手续，依照物权法的规定，房屋所有权尚未转移，而依照合同法关于赠与一节的规定，赠与房产的一方可以撤销赠与。”（来源于《总结审判实践经验凝聚社会各界智慧 正确合法及时审理婚姻家庭纠纷案件——最高人民法院民一庭负责人答记者问》，本报记者 张先明，人民法院报 2011 年 8 月 13 日）由此，在婚前或婚内财产关系中，出现了房产的“夫妻赠与”与“夫妻财产约定”这两种不同的表述，“夫妻赠与”情形适用合同法的规定处理，“夫妻财产约定”适用《婚姻法》的规定。

“夫妻赠与”与“夫妻财产约定”到底如何区分？夫妻一方把房子百分百无偿过户给对方，这叫“夫妻赠与”，适用《合同法》，不过户或不做公证就可以撤销；而只给 1%、50%抑或 99%，这就属于“财产约定”么，就适用《婚姻法》，即使不过户，也不可撤销？是这样理解么？相关争论仍在继续中，但一点可以肯定的，以往的同案异判现象还会继续持续下去！

围绕《婚姻法》司法解释（三）第六条的理解与适用，特举办“家事法苑”家事事实务沙龙，深入探讨房产的“夫妻赠与”与“夫妻财产约定”之区别，同时反思《婚姻法》第 19 条之我国夫妻财产制度的完善，还可涉及带有亲属身份关系的协议的法律适用问题。希望通过讨论，对相关问题争取达成共识，以期向相关部门进行反映。

欢迎对家事法感兴趣的朋友加入，撰文、座谈、交流，共建和谐学术、业务探讨交流的平台，外地朋友可以通过 QQ 群“视频秀”远程发言参与交流！

注意事项：本沙龙为纯民间、公益业务研讨与学术交流，主讲人没有任何报酬。

地址：北京市朝阳区东三环北路丙 2 号天元港中心 A 座 7 层

联系人：段凤丽律师 报名、投稿邮箱：duanfenglilawyer@163.com

电话：010-57230666,13552693593。

## 本期目录

### 《中华人民共和国继承法》修改立法建议相关材料

《中华人民共和国继承法》修正草案建议稿，课题组负责人 杨立新、杨震，中国人民大学民商事法律科学研究中心、黑龙江大学民商法学研究中心、2012. 5. 31

关于《继承法立法建议稿》的说明，作者：西南政法大学《继承法立法建议稿》课题组，来源：老行者之家网站继承法立法建议稿（西南政法大学张玉敏教授主持）上传时间:2002-10-14 来源：中国民商法律网

中国继承法立法建议稿及说明（西南政法大学张玉敏教授等起草，来源：中国民法学研究会第一次代表大会论文集，2012 年 5 月）

关于修改《中华人民共和国继承法》的建议，梁慧星，中国社会科学院法学研究所研究员，出处:中国法学网，上传时间:2010-3-17。

关于修改《中华人民共和国继承法》的议案，附件：继承法修改草案，转自中国法学网，中国社会科学院学部委员梁慧星。

梁慧星：仅 37 条的继承法该“大修”了 2010 年 03 月 12 日 07:18 [法制日报](#)

简陋的《继承法》已不适应当今社会，梁慧星，2010/4/7 经济参考报

郭明瑞谈继承法之“大修” 2010-03-17 法制网

烟台大学法学院郭明瑞教授发言：中国继承法（的修改）上传时间:2006-7-3 来源：中国民商法律网

人大法工委继承法修改调研提纲（2012 年 5 月，来自网传资料，未经核实，仅供学术研究参考）

我国应适当调整法定继承人范围，2012 年 07 月 18 日，来源：《中国社会科学报》第 331 期作者：陈苇 冉启玉。

### 中国民法学研究会第一次代表大会“继承法的现代化”研讨专题资料（2012 年 5 月，江苏南京）

中国民法学研究会第一次代表大会召开 2012 年 05 月 08 日 来源：人民法院报

中国民法学研究会第一次全国会员代表大会暨 2012 年民法理论研讨会简报第二期（节选）

我国民事立法的最新进展（关于继承法修改的主要问题），全国人大常委会法工委民法室姚红主任，上传时

## 家事法苑™婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

间:2012-5-4, 来源: 中国民商法律网

中国民法学研究会第一次全国会员代表大会暨 2012 年民法理论研讨会简报第三期(一)(节选)◆分组讨论 第一组: 继承法的现代化上传时间:2012-5-5 来源: 中国民商法律网

中国民法学研究会第一次全国会员代表大会暨 2012 年民法理论研讨会简报第四期(一)(节选)◆分组讨论 第一组: 继承法的现代化, 上传时间:2012-5-6 来源: 中国民商法律网

中国民法学研究会第一次全国会员代表大会暨 2012 年民法理论研讨会简报第五期(节选)大会闭幕式, 黑龙江大学申建平教授代表第一组“继承法的现代化”发言, 上传时间:2012-5-6, 来源: 中国民商法律网

### “中国继承法修改热点难点问题研讨会”研讨专题资料(2012年6月, 重庆)

“中国继承法修改热点难点问题研讨会”隆重召开, 来源: 西南政法大学外国家庭法及妇女理论研究中心网站新闻中心 2012年6月18日

“中国继承法修改热点难点问题研讨会”会议综述, 会议时间: 2012年6月16日至17日, 来源: 西南政法大学外国家庭法及妇女理论研究中心网站。

### “第三届国际民法论坛暨第九届法官与学者对话论坛”主题“继承法的现代化”专题资料(2012年7月, 福建武夷山)

“第三届国际民法论坛暨第九届法官与学者对话论坛”召开, (2012-8-1) 来源: 中国人民大学法学院官方网站

第三届国际民法论坛暨第九届法官与学者对话论坛会议简报(一), 来源: 中国民商法律网

第三届国际民法论坛暨第九届法官与学者对话论坛会议简报(二), 来源: 中国民商法律网

《继承法》修订 理念存争议, 来源:《中国社会科学报》2012年7月30日第336期作者: 本报记者 冯建华

### 附: 相关背景报道

大修继承法, 2012年1月19日 法治周末 孟伟阳 陈磊

修改继承法 2012-1-11 11:28 来源: 法律教育网

[关注] 继承法争议热点: 公证遗嘱 VS 最后遗嘱 谁能胜出来源: 现代快报 2012-4-6

七姑八姨能否成法定继承人 相关部门在江苏调研 20120406 08:19:51 来源: [现代快报](#)

遗产不明唯一继承人难继承 业界呼吁加快修订继承法, 2010年08月23日 法制周末

放弃继承与配偶的特殊保护, 作者: 喻方德 发布时间: 2010-04-14 16:09:40

中央解决遗产继承权问题始末 2011-01-29 作者: 殷之俊 来源:《世纪》

《继承法》怎么改? 市律协联合成都商报征集意见 2012年08月23日 成都商报

立遗嘱分遗产不能全给外人 2012年08月24日成都商报

《继承法》修改提上日程 2012年09月05日 西南商报本报记者 李国华

### 律师视点

包容与开放:《继承法》修改应当坚持的原则, 陈凯 李春, 中国网 2012-03-02

新型遗嘱形式引发争议 继承法滞后性日益凸显, 陈凯 李春, 中国网, 2012-03-01

论亟待修改《中华人民共和国继承法》之我见 2011-6-27 来源: 黑龙江孟繁旭律师事务所 邵晓燕律师

《对法定继承的财产为夫妻共同财产之质疑一评《婚姻法》第17条第4项及《婚姻法》司法解释(三)第十五条》, 杨晓林 段凤丽

《婚姻财产协议中共同遗嘱条款的效力》, 杨晓林、段凤丽

---

### 编辑:“家事法苑”律师团队

顾问: 郝惠珍 主编: 杨晓林 执行主编: 段凤丽

“家事法苑”™家事律师网 <http://www.famlaw.cn>

新浪微博微群:“家事法苑”(群号: 826090) <http://q.weibo.com/826090>

家事法苑™婚姻律师团队官方博客 <http://blog.sina.com.cn/jiashifayuan>

段凤丽律师的新浪微博: <http://weibo.com/2020842715>

简报订阅、意见反馈邮箱: [xiaolinlvshi@vip.sina.com](mailto:xiaolinlvshi@vip.sina.com)

## 正 文

### 《中华人民共和国继承法》修改立法建议

#### 《中华人民共和国继承法》修正草案建议稿

课题组负责人 杨立新 杨 震

中国人民大学民商事法律科学研究中心

黑龙江大学民商法学研究中心

2012. 5. 31

#### 《中华人民共和国继承法》修正案建议稿

##### 课题组成员

杨立新：中国民法学研究会副会长、中国人民大学法学院教授、博士生导师

杨 震：中国民法学研究会副会长、黑龙江大学法学院教授、博士生导师

王歌雅：中国婚姻家庭法学研究会副会长、黑龙江大学法学院教授、博士生导师

孙 毅：黑龙江大学法学院副教授、法学博士、硕士生导师、《北方法学》编辑

申建平：黑龙江大学法学院教授、博士生导师

杨振宏：黑龙江大学法学院副教授、法学博士

李宏弢：黑龙江大学民商法学研究中心研究员、法学博士、《求是学刊》副主编

岳业鹏：中国人民大学民商事法律科学研究中心研究员、法学博士

司 丹：黑龙江大学民商法学研究中心研究员、法学博士

任 江：黑龙江大学民商法学研究中心研究员、法学博士

王毅纯：中国人民大学民商事法律科学研究中心、法学硕士

#### 《中华人民共和国继承法》

##### 修正草案建议稿

### 目 录

第一章 总 则

第二章 遗 嘱

第三章 法定继承

第四章 遗产的处理

第五章 附 则

### 第一章 总 则

#### 第一条 [立法目的]

为保护民事主体在遗产继承中的合法权益，保障遗产继承顺利进行，制定本法。

#### 第二条 [继承的原则]

继承应当遵循下列原则：

- (一) 保护私有财产继承权；
- (二) 继承权男女平等；
- (三) 养老育幼、照顾病残；
- (四) 互谅互让、和睦团结；
- (五) 权利义务一致。

#### 第三条 [继承开始的时间与地点]

继承从被继承人死亡时开始。

继承于被继承人死亡时经常居所地、最后住所地或主要遗产所在地开始。

#### 第四条 [死亡时间的推定]

相互有继承关系的数人在同一事件中死亡，不能确定死亡先后时间的，推定没有继承人的人先死亡。死亡人各自都有继承人的，如数个死亡人辈分不同，推定长辈先死亡；数个死亡人辈分相同，推定同时死亡，彼此不发生继承，由其各自的继承人分别继承。

#### 第五条 [概括承受]

继承开始时，由继承人全体概括承受遗产上的权利与义务。遗产分配于遗产承受权利人名下时，取得单独的权利。依照法律规定需要办理登记的权利，未经登记不得处分该权利。

前款遗产承受权利人包括继承人、受遗赠人、遗赠扶养协议的扶养人、遗产酌分请求权人。

#### 第六条 [共同继承]

数个继承人共同继承遗产的，遗产在分割前由继承人共同共有。未经全体继承人同意，任何继承人不得进行有损于遗产价值的使用、收益和处分。遗产分割后，继承人取得单独的财产权利。依照法律规定需要办理登记的权利，未经登记不得处分该权利。

#### 第七条 [遗产的范围]

遗产是被继承人死亡时遗留的个人合法财产，包括：

- (一) 房屋、林木、牲畜、储蓄等不动产或动产的所有权；
- (二) 个人享有的土地承包经营权和承包收益；
- (三) 建设用地使用权；
- (四) 可继承的财产债权及其担保；
- (五) 有价证券载有的财产权利；
- (六) 股权或合伙中的财产权益；
- (七) 知识产权中的财产权益；
- (八) 被继承人享有的人格权衍生的财产利益；
- (九) 互连网络中的虚拟财产；
- (十) 被继承人的其他合法财产权益。

被继承人的专属性权利和法律规定不得继承的权利不属于遗产。

涉及被继承人个人信息权、隐私权的互连网络虚拟财产不属于遗产。

#### 第八条 [关于遗产的特殊规定]

经济适用住房的继承人不符合申购条件的，可以继承由政府回购所得价款，也可以按照规定标准向政府交纳土地收益等相关款项后，继承房屋。

因被继承人死亡而获得，但未指定受益人的保险金，比照法定继承人的规定确定权利人。

遗体、骨灰、灵牌、墓地等特殊遗产的继承不得违反公序良俗。无遗嘱的，由继承人协商处理；协商不成的，依习惯；无习惯的，可在继承人中合理确定管理人，不进行分割。

祖传物的继承与分割，无遗嘱的，由继承人协商处理；协商不成的，依习惯；无习惯的，可在继承人中合理确定管理人，不进行分割。未经全体继承人同意，不能采取拍卖、变价等处分所有权的方式分割。

#### 第九条 [遗产的归入与扣除]

继承开始前，晚辈继承人因结婚、分家、营业、教育、生育等事项，接受被继承人生前赠与的财产，依据被继承人生前的意思表示或者风俗习惯，属于提前处分遗产的，应当按照赠与时的价值归入遗产计算价额。

赠与的价额在遗产分割时应当从该继承人的应继承数额中扣除。但超过应继承数额的部分不必返还。

#### 第十条 [继承能力]

继承人应当是继承开始时生存的自然人。但遗嘱继承人、受遗赠人可以是继承开始时尚未出生的人。继承开始时尚未出生的遗嘱继承人、受遗赠人推定为后位继承人。

继承开始后二年内通过人工生殖技术孕育并出生的自然人，视为在继承开始时已生存。自出生时起二年内，可以请求已取得遗产的继承人、受遗赠人按法定应继份向其移交遗产。

### 第十一条 [继承权的丧失]

继承人有下列行为之一的，丧失继承权：

- (一) 故意不法杀害被继承人的；
- (二) 为争夺遗产而杀害其他继承人的；
- (三) 故意不法使被继承人丧失遗嘱能力的；
- (四) 遗弃被继承人的；
- (五) 虐待被继承人情节严重的；
- (六) 伪造、篡改、隐匿或者销毁遗嘱的；
- (七) 以欺诈或胁迫的手段，迫使或者妨碍被继承人设立、变更或者撤销遗嘱的。

继承人因第(三)项至第(七)项规定而丧失继承权，如经被继承人宽恕，可恢复其继承权。受遗赠权的丧失准用继承权丧失的规定。

### 第十二条 [继承权、受遗赠权的接受与放弃]

继承人应当自知道或者应当知道继承开始之日起三个月内，作出是否接受继承的表示。逾期未表示或者已经接受遗产分配的，视为接受继承。接受或者视为接受继承后不得再放弃继承。附条件、附期限、部分接受或放弃继承的表示无效。

继承开始后，受遗赠人在知道或者应当知道受遗赠后未作出放弃表示的，视为接受遗赠。接受遗赠后，取得遗赠财产之前，可以放弃受遗赠。

放弃继承、受遗赠的效力，溯及于继承开始之时。相应遗产份额归属于其他继承人。

### 第十三条 [放弃继承、受遗赠的意思表示]

放弃继承、受遗赠的表示应当以书面形式向其他继承人、遗产管理人或遗嘱执行人作出。用口头方式表示放弃继承，本人承认，或有其他证据证明的，应当认定为有效。

没有或者不知其他继承人的，放弃继承、受遗赠的意思表示向民政部门作出或者以公证的方式作出。

### 第十四条 [接受或者放弃继承的意思表示不得撤销]

接受或者放弃继承的意思表示不得撤销。但下列情形除外：

- (一) 因欺诈、胁迫、乘人之危或重大误解而作出的；
- (二) 遗产分配前，经济状况严重恶化的。

前款规定的撤销，应当自知道或应当知道可撤销事由之日起三个月内提出。因受胁迫而表示放弃继承的，撤销的期限自胁迫消除时起计算。

### 第十五条 [概括受遗赠人的地位]

概括承受全部遗产的受遗赠人在接受与放弃意思表示的作出、权利义务的承担上，视同继承人。

### 第十六条 [欠缺民事行为能力人继承权、受遗赠权的行使]

无民事行为能力人的继承权、受遗赠权，由其法定代理人代为行使。

限制民事行为能力人的继承权、受遗赠权，由其法定代理人代为行使，或者征得法定代理人同意后自己行使。

法定代理人代理被代理人行使继承权、受遗赠权，不得损害被代理人的利益。法定代理人一般不能代理被代理人放弃继承权、受遗赠权。损害被代理人利益的代理行为无效。

### 第十七条 [代位继承]

被继承人的子女先于被继承人死亡、丧失继承权或者放弃继承权的，由被继承人的子女的晚辈直系血亲代位继承。

代位继承人只能继承被代位人的法定应继份。

代位继承不受辈数的限制，由辈分在先者代位。

### 第十八条 [转继承]

继承开始后，继承人没有表示放弃继承，并于遗产分割前死亡的，其继承遗产的权利转移给他的继承人。

继承开始后，受遗赠人没有表示放弃受遗赠，并于遗产分割前死亡的，其接受遗赠的权利转移给他的继承人。

**第十九条 [继承回复请求权]**

有下列情形之一的，继承人可以请求确认继承权并返还遗产：

- (一) 无继承权的人没有合法依据而占有遗产的；
- (二) 占有遗产的人否认继承人的继承权的。

继承回复请求权的诉讼时效期间为二年，自继承人知道或者应当知道继承权被侵害之日起计算。但是，自继承开始之日起超过二十年的，不再保护。

**第二章 遗 嘱**

**第二十条 [遗嘱处分]**

自然人可以通过设立遗嘱处分个人财产。其个人财产可以由指定的法定继承人继承，也可以遗赠给法定继承人以外的自然人、法人、其他社会组织或国家。

自然人可以依法设立遗嘱信托。

遗嘱人应当亲自立遗嘱。

**第二十一条 [遗嘱能力]**

遗嘱人立遗嘱时必须具有完全民事行为能力。无民事行为能力人或者限制民事行为能力人所立遗嘱无效。

遗嘱人立遗嘱时有完全民事行为能力，后来丧失完全民事行为能力的，不影响遗嘱的效力。

**第二十二条 [遗嘱方式法定]**

遗嘱应当依据本法规定的自书遗嘱、代书遗嘱、打印遗嘱、电子数据遗嘱、录音遗嘱、录像遗嘱、公证遗嘱、密封遗嘱、口头遗嘱方式设立。

**第二十三条 [自书遗嘱]**

自书遗嘱由遗嘱人亲笔书写全文并在遗嘱结尾处签名，注明年、月、日。

**第二十四条 [代书遗嘱]**

代书遗嘱应当有两个以上见证人在场见证，由其中一人根据遗嘱人的口述，代书遗嘱内容，并向遗嘱人宣读、解释，经遗嘱人认可后，注明年、月、日，并由代书人、其他见证人和遗嘱人在遗嘱每一页内容的结尾处签名。

**第二十五条 [打印遗嘱]**

通过打印机打印的遗嘱，应当有两个以上见证人在场见证。遗嘱人和见证人应当在遗嘱每一页内容的结尾处签名，注明年、月、日和遗嘱的页数。

**第二十六条 [电子数据遗嘱]**

遗嘱人可以用电子数据的形式设立遗嘱。电子数据遗嘱应当有可靠的电子签名，并有两个以上见证人见证。见证人应当记录电子数据遗嘱所在的电子系统和制作日期，并保存公钥。

**第二十七条 [录音、录像遗嘱]**

以录音、录像形式设立的遗嘱，应当有两个以上见证人在场见证。

录音、录像遗嘱中应当有对录制日期、地点、见证人姓名的说明和见证人自愿做见证的说明。

录音、录像遗嘱作成后，应当当场密封，并由遗嘱人、见证人在密封处签名，注明年、月、日。

**第二十八条 [公证遗嘱]**

公证遗嘱由遗嘱人经公证机关办理。

公证机关办理遗嘱公证，应当由二名以上公证员共同办理。特殊情况下只能由一名公证员办理时，应当有一名以上见证人在场。

公证遗嘱应记明年、月、日，由公证员、见证人及遗嘱人签名或者盖章。遗嘱人不能签名的由本人捺指印，公证员将其事由加以记载。

**第二十九条 [密封遗嘱]**

遗嘱人可以将以自书、代书、打印、录音、录像、电子数据方式做成的遗嘱密封，并在遗嘱密封处签名，有两个以上见证人在场见证，交与公证机关、律师事务所、有关组织机构或个人保存。

密封封面应当记明该遗嘱提交的年、月、日，代书人与见证人情况以及遗嘱人的其他陈述，由遗嘱人、遗嘱保存人及见证人签名。

遗嘱保存人应当向遗嘱人交付遗嘱保存证书。遗嘱保存证书由保存人签字或加盖公章。

密封遗嘱形式上有瑕疵、被不当开启或被返还给遗嘱人，但符合其他遗嘱方式的，按照其他遗嘱方式确定效力。

### 第三十条 [口头遗嘱]

遗嘱人在危急情况下，可以设立口头遗嘱。口头遗嘱应当有两个以上见证人在场见证。危急情况解除后，口头遗嘱自遗嘱人能够用其他方式设立遗嘱之时起，经过三个月失效。

见证人应当及时将口头遗嘱作成记录并签名，注明年、月、日。

### 第三十一条 [遗嘱见证人]

下列人员不能作为遗嘱见证人：

- (一) 无民事行为能力人、限制民事行为能力人；
- (二) 继承人、受遗赠人；
- (三) 与继承人、受遗赠人有利害关系的人。

### 第三十二条 [遗嘱证书的涂改]

遗嘱证书如有增减、涂改而变更遗嘱内容的，应在增减、涂改之处另行签名，否则变更部分不生效力。

### 第三十三条 [遗嘱的撤回与变更]

遗嘱人可以另立遗嘱明确表示撤回、变更自己以前所立的遗嘱。

遗嘱人故意销毁遗嘱的，视为撤回。

设立遗嘱后，遗嘱人实施与遗嘱内容相反的行为，视为对遗嘱相关内容的撤回。

立有数份遗嘱，内容相抵触的，以最后的遗嘱为准，前遗嘱抵触部分视为撤回。

### 第三十四条 [遗嘱的相对无效事项]

遗嘱中没有注明年、月、日的，只有存在其他遗嘱且不能确定设立先后时，才可认定遗嘱无效。

遗嘱证书没有标明页数、见证人对口头遗嘱、电子数据遗嘱没有记录、没有保管公钥、没有在每一页签字的，只有在对遗嘱内容的确定和真实性产生影响时，才可认定遗嘱无效。

### 第三十五条 [遗嘱指定]

遗嘱人应当在遗嘱中亲自指定遗嘱继承人或受遗赠人。未亲自指定的遗嘱不成立。

遗嘱人可以在遗嘱中排除法定继承人的继承权而不特别指定遗嘱继承人。被排除的法定继承人仅在没有其他法定继承人和受遗赠人、其他法定继承人和受遗赠人丧失或放弃权利的情况下，才可以依法定继承。

遗嘱人可以在遗嘱中指定遗产分配比例或者指定所处分的特定财产。遗嘱中没有指定，继承开始后又协商不成的，在遗嘱继承人、受遗赠人间平均分配。

### 第三十六条 [附负担的遗嘱继承与遗赠]

遗嘱继承或者遗赠附有负担的，继承人或受遗赠人应当以其所受利益为限履行负担。

无正当理由不履行负担的，经其他继承人或受益人请求，可以取消其接受与所附负担相应遗产的权利。该部分遗产及负担由其他继承人接受。无继承人愿意接受的，由受益人取得遗产。

### 第三十七条 [夫妻共同遗嘱]

夫妻可以设立共同遗嘱。共同遗嘱的生效以夫妻关系存续为前提。

夫妻可以互相指定对方为继承人；可以作出效力上相关联的遗产处分。

夫妻可以共同指定遗嘱继承人或受遗赠人。若无相反内容，共同遗嘱在夫妻一方生存时对遗嘱继承人和受遗赠人不发生效力。

共同遗嘱的撤回适用合同解除的规定。在夫妻一方死亡后，共同遗嘱不得撤回。



### 第三十八条 [替补继承人、替补受遗赠人]

遗嘱人可以在遗嘱中为继承人或受遗赠人指定替补继承人或替补受遗赠人。继承人或受遗赠人先于遗嘱人死亡、丧失继承权或受遗赠权、放弃继承或受遗赠时，由替补继承人、替补受遗赠人承受相应遗产。

继承人可以被相互指定为替补继承人。

### 第三十九条 [后位继承人]

遗嘱人可以指定后位继承人按照一定的条件或期限取得前位继承人已经继承的遗产。遗嘱人未规定后位继承人取得遗产条件的，遗产在前位继承人死亡时归属于后位继承人。

后位继承人可以是继承开始时尚未出生的人。

后位继承人只能指定一次。

后位遗赠准用后位继承的规定。

### 第四十条 [前位继承人、后位继承人、替补继承人的推定]

遗嘱人在遗嘱中仅指定继承人在条件成就或期限到来时取得遗产的，推定遗嘱人的其他法定继承人是前位继承人。

遗嘱人仅指定继承人在条件成就或期限到来之前为继承人，而没有指定此后的遗产承受权利人的，推定遗嘱人的其他法定继承人是后位继承人。

后位继承人推定为替补继承人。

### 第四十一条 [前位继承人的权利义务]

前位继承人对遗产有使用、收益的权利。对正常使用引起的遗产损耗不负责任。

前位继承人对遗产的处分，损害后位继承遗产的价值或者使后位继承无法实现的，不生效力。造成损害的，承担损害赔偿责任。

前位继承人负担对遗产进行保养维护的必要费用。

### 第四十二条 [后位继承人的遗产取得]

后位继承开始后，前位继承人应当将遗产交付给后位继承人。

因遗产灭失、占有丧失而对第三人有请求权的，应当将该请求权移交给后位继承人。

前位继承人应担保移交给后位继承人的遗产没有权利瑕疵。

前位继承人因过错造成遗产损害的，应负赔偿责任。

### 第四十三条 [后位继承的消灭]

后位继承因以下情形而消灭：

- (一) 后位继承人丧失继承权、放弃继承权的；
- (二) 后位继承人在后位继承开始前死亡的；
- (三) 后位继承开始的条件确定不能发生的；
- (四) 继承开始后经过30年，后位继承开始的条件仍未发生的。

### 第四十四条 [遗嘱的生效]

遗嘱自遗嘱人死亡时发生效力。若遗嘱所附生效条件尚未成就、所附始期尚未到来，则遗嘱自条件成就、期限到来时发生效力。

遗嘱继承人或受遗赠人于遗嘱发生效力前死亡、丧失、放弃继承权或受遗赠权，没有替补继承人、替补受遗赠人的，遗嘱相应部分不生效力。

遗嘱排除了部分法定继承人的继承权的，该应继份按照其余继承人的应继份比例分配给其他继承人。没有其他继承人的，依法定继承处理。

### 第四十五条 [遗嘱效力打破]

继承开始后，出现遗嘱人设立遗嘱时尚不存在或不知道其存在的有继承权的晚辈直系血亲，该继承人以其法定应继份为限，可以请求遗嘱执行人或已取得遗产的继承人、受遗赠人向其移交遗产。

前款规定的请求权，自遗产分配完毕时起二年内没有行使而消灭。

#### 第四十六条 [遗嘱的无效]

下列遗嘱无效：

- (一) 内容违反法律、行政法规强制性规定的遗嘱；
- (二) 伪造的遗嘱；
- (三) 遗嘱被篡改的内容。

#### 第四十七条 [遗嘱的撤销]

遗嘱必须是遗嘱人的真实意思表示。因受胁迫、受欺诈、乘人之危以及因错误所立的遗嘱，遗产承受权利人可以请求人民法院撤销。

请求撤销遗嘱的权利，应当自知道或者应当知道撤销事由之日起一年内行使。

#### 第四十八条 [必留份]

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。

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。

必要的遗产份额依据继承开始时的城镇居民人均消费性支出、农村居民人均生活消费支出计算。但最高不超过其应继份。

#### 第四十九条 [特留份]

被继承人的配偶、晚辈直系血亲、父母享有特留份继承权。特留份额是其法定继承数额的二分之一。

特留份额应在继承开始时所存遗产的价额基础上，加上继承开始前二年内，遗嘱人赠与财产的价额，扣除债务额后，依据法定应继份计算。

#### 第五十条 [不适用特留份的情形]

有下列情形之一的，不受特留份限制：

- (一) 特留份继承人丧失继承权的；
- (二) 被继承人与扶养人签订遗赠扶养协议，使特留份继承人无需承担扶养义务的；
- (三) 有扶养能力和有扶养条件的特留份继承人，不尽扶养义务的；
- (四) 特留份继承人对被继承人或其近亲属有严重违背伦理或犯罪行为的；
- (五) 特留份继承人依遗嘱继承而取得相当于特留份的遗产的。

#### 第五十一条 [扣减]

遗嘱处分或遗赠超过可处分的遗产数额，致使必留份、特留份的数额不足的，可以请求扣减遗嘱继承或遗赠的相应数额。

#### 第五十二条 [生前赠与的撤销]

继承开始前二年内，因遗嘱人的赠与行为导致必留份、特留份遗产不足的，必留份、特留份继承人可以在不限度内请求撤销赠与并返还财产。但对遗嘱继承或遗赠扣减后，仍不足为前提。

对遗嘱人于继承开始前二年内所为不合理低价的买卖行为，以相对人恶意为限，可行使第一款的权利。

#### 第五十三条 [存在遗嘱的通知与遗嘱公布]

遗嘱的保管人或发现人知道继承开始后，应立即将存在遗嘱的事实通知可能有继承权的人。

遗嘱的内容应当向所有已知的继承人公布。密封遗嘱，应当在所有已知的法定继承人在场时或在法院、公证处开启。

#### 第五十四条 [遗嘱执行人]

遗嘱人可以在遗嘱中指定遗嘱执行人，也可以委托他人指定。

受托人应当在遗嘱开启后十日内指定遗嘱执行人，并通知已知的遗产承受权利人和其他利害关系人。

遗嘱未指定遗嘱执行人，又未委托他人指定的，由继承人协商选定。不能达成一致意见时，由全体完全民事行为能力继承人担任遗嘱执行人。

无民事行为能力人、限制民事行为能力人不得担任遗嘱执行人。

**第五十五条 [遗嘱执行人的职责]**

遗嘱执行人应当严格依照遗嘱人的意愿，忠实勤勉地执行遗嘱，使遗嘱内容得以实现。  
遗嘱执行人在执行遗嘱的职责范围内，视为继承人的代理人。  
遗嘱执行人的职责内容、辞任、解任、共同执行，准用遗产管理人的规定。

**第五十六条 [继承人处分遗产的限制]**

遗嘱执行人执行遗嘱期间，继承人不得处分与遗嘱有关的遗产，不得妨碍遗嘱执行人执行职务。

**第三章 法定继承**

**第五十七条 [继承顺序]**

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、孙子女、外孙子女。

第三顺序：曾祖父母、外曾祖父母，伯父、叔父、舅父、姑母、姨母，堂兄弟姐妹、表兄弟姐妹、侄甥子女、侄孙甥孙子女，曾孙子女、曾外孙子女等四亲等之内的其他直系或者旁系血亲。

**第五十八条 [顺位在先优先]**

继承开始后，由前一顺序继承人继承。没有前一顺序继承人继承的，由后一顺序继承人继承。

同一顺序继承人有数人时，原则上平均分得遗产，仅有一人时，则由其单独继承。但在第三顺序继承人中，亲等近者优先，只有在前一亲等的继承人死亡、丧失继承权或放弃继承权时，后一亲等的继承人才可以继承被继承人的遗产。

**第五十九条 [继承人的解释]**

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、同父异母或者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。

因生存配偶的过错，被继承人已申请离婚或已经同意离婚，并具备离婚的实质要件的，配偶不属于继承人范围。

**第六十条 [丧偶儿媳和丧偶女婿的继承权]**

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，无论是否再婚，作为第一顺序继承人。

**第六十一条 [遗产酌分请求权]**

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。具体份额可以根据情况多于或少于继承人。

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，除可继承养父母的遗产外，还可分得生父母的适当的遗产。

遗产酌分请求权人因受遗赠或被继承人生前赠与而取得的财产，应当归入到遗产酌分份额中。

遗产酌分请求权人的权利受到侵害时，自知道或者应当知道继承开始之日起二年内，可以向人民法院提起诉讼。

**第六十二条 [法定继承的适用范围]**

继承开始后，没有遗赠扶养协议和遗嘱的，按照法定继承办理。

有下列情形之一的，遗产中的有关部分按照法定继承办理，但法律另有规定或遗嘱另有安排的除外：

- (一) 遗嘱继承人放弃继承或者受遗赠人放弃受遗赠的；
- (二) 遗嘱继承人丧失继承权的；
- (三) 受遗赠人丧失受遗赠权的；
- (四) 遗嘱继承人、受遗赠人先于遗嘱人死亡的；

- (五) 遗嘱无效部分所涉及的遗产；
- (六) 遗嘱未处分的遗产。

### 第六十三条 [法定应继份的确定]

同一顺序继承人继承遗产的份额，一般应当均等。继承人协商同意的，也可以不均等。

对被继承人尽了主要扶养义务或者与被继承人共同生活且尽扶养义务较多的继承人，分配遗产时，可以多分。对被继承人生活提供了主要经济来源，或在劳务等方面给予了主要扶助的，应当认定其尽了主要扶养义务。

有扶养能力和有扶养条件的继承人，所尽扶养义务较少的，应当少分。不尽扶养义务的，应当不分或者少分。但愿意尽扶养义务，被继承人明确表示不要求其扶养的，不应因此而减少其继承份额。

对生活有特殊困难的缺乏劳动能力的继承人，分配遗产时，应当予以照顾。

### 第六十四条 [隐藏侵吞遗产]

故意隐匿、侵吞遗产的，非经其他继承人宽恕，剥夺该继承人对此遗产继承的份额。

### 第六十五条 [胎儿应继份的保留]

遗产分割时，应当保留胎儿的法定应继份。胎儿出生后死亡的，该份额由胎儿的继承人继承。胎儿出生时是死体的，保留的份额由被继承人的继承人继承。

未保留胎儿应继份的，应从继承人所继承遗产中扣回。

## 第四章 遗产的处理

### 第六十六条 [遗赠扶养协议的订立]

需要扶养的人可以与扶养人签订遗赠扶养协议。按照协议，扶养人承担该公民生养死葬的义务，享有受遗赠的权利。

扶养人可以是自然人、集体所有制组织、承担养老职能的法人或社会组织。

签订遗赠扶养协议应当采取书面形式。

关于遗赠扶养协议，本法有规定的，依照其规定；本法无规定的，准用合同法的有关规定。

### 第六十七条 [遗赠扶养协议的不履行]

遗赠扶养协议生效后，扶养人无正当理由不履行的，被扶养人可以解除遗赠扶养协议；被扶养人的继承人和利害关系人也可以主张解除遗赠扶养协议。因不履行致协议被解除的，扶养人不能享有受遗赠的权利，其支付的扶养费用不予补偿，并赔偿所造成的损失。

被扶养人无正当理由不履行的，扶养人可以解除遗赠扶养协议。因不履行致协议被解除的，被扶养人应当偿还扶养人已支付的扶养费用，并赔偿所造成的损失。

### 第六十八条 [遗赠扶养协议的解除]

扶养人丧失扶养能力的，被扶养人或扶养人可以单方解除遗赠扶养协议。被扶养人应当偿还扶养人已支付的扶养费用。

### 第六十九条 [继承扶养协议]

被继承人可以与继承人订立继承扶养协议，由继承人承担比法定扶养义务更高的扶养义务。

违反继承扶养协议的继承人，除符合丧失继承权的条件外，仍享有法定继承权。

本法未规定的，继承扶养协议准用遗赠扶养协议的相关规定。

### 第七十条 [继承开始的通知]

继承开始后，知道被继承人死亡的继承人应当及时通知其他继承人和遗嘱执行人。继承人和遗嘱执行人均不知道被继承人死亡或无能力通知的，由负责处理被继承人死亡事件的部门或基层组织通知。

恶意隐瞒被继承人死亡事实的继承人，给他人造成损害的，应当承担损害赔偿责任。

### 第七十一条 [遗产的临时保管]

继承开始后，遗产的占有人应当妥善保管遗产，任何人不得侵吞或者争抢。

财产由被继承人生前自己占有的，继承开始后，知道被继承人死亡的继承人或无因管理人可以对遗产进行临时保管。临时保管人负有向遗嘱执行人、遗产管理人报告和应遗嘱执行人、遗产管理人的要求移交遗产的义务。

遗产占有人在紧急情况下，为保存遗产价值而进行处分的，事后应当及时通知继承人和遗产管理人，并将所得价款移交遗产管理人。

#### 第七十二条 [遗产管理人的选任与指定]

继承人可以在继承开始后协商推选遗产管理人。有遗嘱执行人的，由遗嘱执行人担任遗产管理人。

遗嘱未指定遗嘱执行人，继承人对遗产管理人选任有争议的，由有完全民事行为能力的法定继承人共同管理遗产。

有证据证明继承人的行为已经或将要损害其他遗产承受权利人、遗产债权人等利害关系人利益的，经利害关系人申请，人民法院可以在继承人之外指定遗产管理人。

#### 第七十三条 [共同遗产管理人]

数个遗产管理人共同管理遗产的，对遗产通常管理所采取的必要措施，各遗产管理人负有协助义务。

对遗产管理行为有分歧的，应当经半数以上继承人同意。但遗嘱执行人担任遗产管理人而遗嘱另有指示的，或为保护遗产采取必要措施的除外。

#### 第七十四条 [遗产管理人的职责]

遗产管理人应当勤勉谨慎地履行以下职责：

- (一) 查明被继承人是否留有遗嘱，并且确定遗嘱是否真实合法；
- (二) 查明并通知遗产承受权利人、被继承人的债权人、债务人；
- (三) 管理遗产，制作遗产清单并公证；
- (四) 清偿遗产债务；
- (五) 分割、移交遗产；
- (六) 在管理权限之内，可以采取必要的措施或通过诉讼保全遗产；
- (七) 进行与管理遗产有关的其他必要行为。

#### 第七十五条 [遗产管理人的辞职和解任]

继承人以外的人不愿意担任遗产管理人的，可以辞任。辞任的意思表示应当向继承人作出。指定的遗产管理人不得辞任。

遗产管理人怠于履行职责或不当履行职责的，继承人可以解任或者请求人民法院解任遗产管理人。受遗赠人、遗产债权人或其他利害关系人可以请求继承人或人民法院解任遗产管理人。

#### 第七十六条 [遗产的禁止分割保全请求权]

遗产债权人在债权没有得到清偿或继承人没有提供担保的情况下，可以向继承人、遗产管理人或人民法院请求禁止分割遗产而首先用于清偿遗产债权。

#### 第七十七条 [有条件的限定继承]

继承人在履行制作遗产清单并公证的义务后，可以其所接受遗产的实际价值为限，清偿被继承人依法应当缴纳的税款和遗产债务。超过遗产实际价值部分，继承人自愿偿还的不在此限。

继承人放弃继承的，对被继承人依法应当缴纳的税款和债务不负偿还责任。

#### 第七十八条 [制作遗产清单]

遗产管理人应当在就任后六个月内编制遗产清单并进行公证。

没有遗产管理人的，继承人应当在知道继承开始后六个月内编制遗产清单并进行公证。

#### 第七十九条 [对遗产清单的异议]

对遗产清单有合理异议的利害关系人可以要求由专业机构对遗产清单进行复核。异议不成立的由该利害关系人承担复核费用。

#### 第八十条 [限定继承的排除]

有下列情形之一的，继承人在制作遗产清单并公证后，仍应对全部遗产债务承担责任：

- (一) 隐匿重要遗产的；
- (二) 在遗产清单中故意漏记重要遗产，或者计入不存在的债务的；
- (三) 处分遗产损害遗产债权人权利的。

#### 第八十一条 [遗产清算程序]

遗产有不能清偿全部遗产债务可能的，债权人可以向继承人、遗产管理人或人民法院请求开始遗产清算程序。进入遗产清算程序后，继承人或遗产管理人应当通知已知的债权人，并公告通知可能存在的未知债权人。公告中规定的债权申报期不得少于三个月。遗产债权人未在债权申报期限内申报债权的，仅就剩余遗产行使权利。但对遗产享有担保物权的除外。

继承人、遗产管理人在债权申报期限内不得分割遗产或向债权人清偿债务。继承人故意不通知债权人的，对该债权人丧失限定继承利益。

#### 第八十二条 [债权人的撤销权]

被继承人生前通过赠与或明显不合理的价格进行交易，导致遗产不当减少，对债权人造成损害的，债权人可以行使撤销权。

#### 第八十三条 [遗产的清偿顺序]

遗产按下列顺序清偿：

- (一) 遗产管理费用、遗嘱执行费用；
- (二) 被继承人生前所负债务；
- (三) 遗赠扶养协议与继承扶养协议中扶养人取得遗产的权利；
- (四) 受遗赠人取得遗赠的权利。

遗产不足以清偿全部遗产债务时，同一顺序的债权按比例受偿。

有缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人的，即使遗产不足清偿债务，也应在清偿前为其保留必要遗产份额。

#### 第八十四条 [剩余遗产分配]

清偿遗产债务后剩余遗产的分配，遗赠扶养协议和继承扶养协议优先于遗赠和遗嘱继承；遗赠和遗嘱继承优先于法定继承。

#### 第八十三条 [遗产分割自由及其限制]

继承开始后，继承人可以随时请求分割遗产。

有下列情形之一的，遗产不得分割：

- (一) 共同继承人约定不得分割的；
- (二) 遗嘱禁止分割的，但是禁止分割的期限不得超过五年，超过五年的，缩短为 5 年；
- (三) 遗产被债权人申请禁止分割保全的；
- (四) 依遗产性质不得分割的；
- (五) 依法律规定禁止分割的。

#### 第八十六条 [共有财产的分割]

夫妻在婚姻关系存续期间所得的共有财产，除有约定的以外，在分割遗产之前，应当先将共有财产的一半分出为配偶所有，其余的为被继承人的遗产。

遗产在家庭共有或其他共有的财产之中的，遗产分割时，应当先分出他人的财产。

#### 第八十七条 [遗产的分割方式]

遗产的分割应当依照遗嘱中的遗产分割方式进行。

遗嘱中没有分割方式后者没有遗嘱的，依照《中华人民共和国物权法》第一百零一条的规定分割。

#### 第八十八条 [遗嘱继承和遗赠的扣减]

遗嘱生效时，实际遗产的数额不足遗嘱所列的遗产数额时，应当对遗嘱继承和遗赠的数额按应得份额的比例进行扣减。

**第八十九条 [分割对继承人的效力]**

遗产分割溯及至继承开始时发生效力，但不得损害第三人的利益。

各继承人以其所得遗产的价值为限，对其他继承人分得的遗产，按继承比例承担与出卖人相同的瑕疵担保责任。

继承人以其所得遗产的价值为限，对其他继承人因分割所得债权，按继承比例对债务人在遗产分割时的清偿能力承担担保责任。

前项债权如未届清偿期或者附有停止条件的，则各继承人应就清偿时债务人的支付能力负担担保责任。

**第九十条 [分割对债权人的效力]**

遗产已被分割而有未清偿债务的，除债权人免除连带的以外，继承人对遗产债务负连带责任。

在限定继承中，如有法定继承又有遗嘱继承和遗赠的，首先由法定继承人以其所得遗产清偿债务；不足清偿时，剩余的债务由遗嘱继承人和受遗赠人按比例以所得遗产偿还；如果只有遗嘱继承和遗赠的，由遗嘱继承人和受遗赠人按比例以所得遗产偿还。

**第九十一条 [有无继承人不明]**

继承开始后，有无继承人不明的，或者已知的继承人、受遗赠人丧失、放弃继承权或受遗赠权的，有关人员、部门或基层组织应将情况及时通知民政部门。

民政部门在接到通知后，应指定遗产管理人管理遗产。

**第九十二条 [寻找公告]**

遗产管理人应当在接受指定后十日内发出寻找遗产承受权利人、遗产债权人的公告，催促权利人在规定期限内主张权利。

前款公告期限不得少于六个月。

**第九十三条 [无人承受遗产的清算与清偿]**

遗产管理人应对无人承受的遗产编制遗产清单、缴纳相关税款、接受债权申报、主张应继财产中的债权。

公告期满后，遗产管理人应当对死者生前债务进行清偿。有特定遗赠的受遗赠人的，应当向其交付特定遗产。有遗产酌分请求权人的，应当分给他们适当的遗产。

公告期内没有申报的未知债权，只能就清偿已申报债权后剩余的遗产获得清偿。

**第九十四条 [遗产的归属]**

继承人、概括受遗赠人在遗产移交国库或集体所有制组织之前出现的，遗产管理人应当向其移交剩余的遗产、遗产清单和有关凭证，报告遗产处理情况。遗产管理人此前的职务行为对继承人、概括受遗赠人有效。

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。

无人承受的遗产处理完毕后，有继承人或概括受遗赠人出现的，自遗产处理完毕后5年内，可以请求国家或者集体所有制组织归还相应遗产。

**第五章 附 则**

**第九十五条 [变通或补充规定]**

民族自治地方的人民代表大会可以根据本法的原则，结合当地民族财产继承的具体情况，制定变通的或者补充的规定。自治区的规定，报全国人民代表大会常务委员会备案。自治州、自治县的规定，报省或者自治区的人民代表大会常务委员会批准后生效，并报全国人民代表大会常务委员会备案。

**第九十六条 [涉外继承]**

涉外继承关系适用的法律，依据《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》的有关规定确定。

**第九十七条 [实施日期]**

本法自 年 月 日起施行。

## 关于《继承法立法建议稿》的说明

作者：西南政法大学《继承法立法建议稿》课题组

来源：网络“老行者之家” <http://www.law-walker.net/detail.asp?id=2645>

根据全国人大关于制定民法典的立法规划，我们起草了《继承法立法建议稿》，供立法机关参考。现对建议稿的起草思路和主要特点说明如下：

我们认为，改革开放二十多年来，我国的社会情况发生了巨大的变化，公民个人拥有财产的数量大大增加，特别是对于那些私营企业主来说，主要财产不再是生活资料，而是生产资料，这就使继承关系变得复杂化。现行继承法是在改革开放初期制定的，已经不能适应变化了的社会情况，最主要的问题是不能有效保护被继承人的债权人的利益。此外，继承人内部关系的调整也出现了一些新情况。我们起草建议稿的基本思路是：充分考虑变化了的社会情况，从有利于保护遗产债权人的利益，促进经济发展出发设计继承制度；在继承人内部关系的处理上，充分考虑民间合理的继承习惯，维护家庭亲属之间的和睦团结。

1985年的继承法因为明确规定公民个人的财产可以依法继承，对调动人们的生产积极性，促进改革开放发挥了重要的作用。现在修改继承法，我们认为要在继续加强、完善对公民个人财产保护的同时，着重考虑被继承人的债权人利益的保护，以维护经济秩序，进而促进交易，促进经济发展。虽然被继承人的债权人与继承人的纠纷现在还不很多，但是已经出现，而且肯定会不断增加。不能因为现在这个问题尚不突出，就不重视对这个问题的规范。在这个问题上，我们主张立法要有超前性。

基于这样的指导思想，我们的建议稿在以下问题上对现行继承法作了修改：

### 一、于被继承人债权人利益的保护

建议稿从三个方面规定了保护被继承人债权人利益的措施：

#### 1、关于继承人对被继承人生前债务的清偿责任

现行继承法规定继承人在继承遗产价值的限度内承担为被继承人清偿债务、缴纳所欠税款的义务。这是非常正确的。但是，现行继承法没有如何确定继承遗产的价值的程序性规定，被一些不讲诚信的继承人所利用，使遗产债权人的利益没有保障。建议稿第65条规定：“被继承人生前所负债务由遗产清偿，不足部分由共同继承人承担无限连带清偿责任。但是继承人以享有遗产清单利益为条件接受继承的除外。”第一章第四节《继承人责任的限制》部分，对享有遗产清单利益的条件和程序作了规定。这样规定，体现的仍然是限定继承原则，只不过对继承人享受限定继承利益规定了一个程序。这个程序可以公平地保护继承人和被继承人的债权人双方的合法利益。

#### 2、关于接受继承和放弃继承

现行继承法规定，继承开始后，遗产分割前，继承人都可以放弃继承。这一规定是建立在放弃继承是放弃一种利益的假设前提之下的。实际上，继承法需要规范的，是在被继承人负债累累的情况下，继承人通过拒绝继承从而拒绝为被继承人清偿债务的责任的问题。因此，各国继承法无一例外地规定，放弃继承的表示必须在继承开始后一定的时间内（一般是二个月）作出。这样规定是为了保护被继承人的债权人的利益。而且，我国正在制定遗产税和赠与税法，遗产税和赠与税的计算都需要确定继承人的人数。因此，建议稿第25条规定：“继承人知道自己为应召继承人后二个月内，可以向其他继承人或遗产管理人以书面声明放弃继承。如果已经有人向法院声明以享有遗产清单利益为条件接受继承，或者没有继承人接受继承，放弃继承的声明必须以书面向法院作出。”

接受继承则应当分别不同的情况给予不同的规定。如果继承人为了限制自己的责任，以享有遗产清单利益为条件接受继承，则必须在一定的时间内作出表示（建议稿第15条）。如果被继承人财产状况良好，继承人不担心债务大于遗产，即可以无条件接受继承，而不必办理复杂的手续，也不需要时间的限制。

#### 3、债权人的遗产管理请求权

建议稿规定债权人和其他利害关系人在认为自己的利益可能受到损害的情况下，可以请求法院指定遗产管理人管理遗产，防止因继承人的不当行为或者因无人管理遗产而使自己的利益受到损害。

### 二、关于继承的标的

现行继承法以列举的方式规定了遗产的种类，而且强调遗产必须是被继承人的合法财产，这在当时有其合理性。



但是，在继承法的理论上，继承的标的包括财产权利和义务，还包括不构成财产权利的占有以及财产责任，因此，准确地说，继承的标的是被继承人的财产法律地位。因此，建议稿规定，“除本法另有规定外，自继承开始时起，被继承人的财产权利义务和责任由继承人承受，专属于被继承人自身，因继承开始而消灭者除外。”或者规定为“除本法另有规定外，自继承开始时起，被继承人的财产法律地位由继承人承受，专属于被继承人自身因继承开始而消灭者除外。”

### 三、关于继承权的保护

鉴于实践中经常将遗产分割纠纷当作继承纠纷处理，建议稿特别对继承诉权作了规定：“继承人的继承权被侵害时，可以请求法院确认自己的继承人资格，并据以回复对遗产的权利。”

“继承权被侵害是指继承人的继承资格被否认，并被排除遗产的管理、分配。”

### 四、关于继承人的范围和顺序

#### 1、父母

现行继承法规定，父母与子女、配偶同为第一顺序继承人。这不但与我国民间的继承习惯不相符合，而且与世界绝大多数国家的继承立法不同。我们对此做过调查，虽然解放后我们的法律和司法实践一直坚持这一原则，但是，并没有对社会产生多大影响，老百姓仍然认为，有子女时父母不应当继承遗产。其原因在于，决定继承人范围和顺序的最根本的因素是被继承人的意志，而被继承人总是希望财产在自己的直系后代中传承，而父母继承即意味着遗产通过父母转移到兄弟姐妹甚至更远的旁系亲属手中。当遗产不再仅仅是维持生活的少量财产的时候，被继承人的这个愿望就更为强烈。因此，建议稿第 33 条规定，父母为第二顺序继承人。这样规定不会损害父母的利益，因为父母的问题应当通过赡养解决，而且，如果父母生活困难，还可以要求适当分得遗产，我们在建议稿中还规定，父母如果因为顺序在后不能继承遗产，对供其使用的住房和其他日常生活物品有终身使用权。这些规定足以保护父母的利益。

#### 2、子女

建议稿第 34 条明确规定子女包括亲生子女和养子女，将继子女排除在外。理由是，第一，继子女很难以既继承生父母的遗产，又继承继父母的遗产，原继承法的解释没有实际意义；第二，这一规定不但不能保护未成年子女的利益，反而成为丧偶人再婚的一个障碍，谁带着这样的孩子，再婚时就会遇到很大困难，因此，离婚时，这样的孩子被推来推去。因为每一个再婚的人都会考虑，对于对方带进家庭的孩子，不抚养要受到指责，也会影响夫妻关系，而抚养了别人的孩子，到头来他还要继承自己的财产，甚至和自己的亲生子女争财产，因此，最好不要这样的孩子。我们认为，继子女的问题应当通过收养来解决。如果继父母愿意，可以通过收养，作为养子女对待。如果不愿意，那么他（她）就只是对方的孩子，自己不负法律上的义务，只要不歧视、不虐待就行了。这样规定，可以在一定程度上缓和有未成年子女的人再婚的困难，对继子女只有好处，没有坏处。

#### 3、侄子女

另外，建议稿将继承人的范围扩大到兄弟姐妹的子女。这样规定主要考虑了二个因素。一是为了在涉外继承中保护我国继承人的利益，二是考虑到计划生育多年来，继承人数量减少，增加侄子女为继承人，可以满足无子女的被继承人的需要，并尽量减少遗产归国家或集体所有。

#### 4、配偶

建议稿规定没有规定配偶是特定顺序的继承人，而是作为特殊继承人，规定他（她）可以和任何顺序的血亲继承人共同继承，和第一顺序的继承人共同继承时，遗产平均分配，和第二顺序的继承人共同继承时，配偶得二分之一，和第三、第四顺序的继承人共同继承时，配偶得四分之三。这样规定，实际上提高了配偶继承遗产的地位。

### 五、关于丧失继承权的条件

最主要的修改是将现行继承法规定的“伪造、篡改或者销毁遗嘱，情节严重的”中的“情节严重的”删掉了。因为这种行为本身就是情节严重的，在国外，如德国，这种行为不管既遂未遂都构成犯罪。修改后的规定，更能够体现民法诚实信用原则，维护继承秩序。

### 六、关于遗产酌给

遗产酌给即我们所说的请求适当分给遗产的制度。我们的建议稿规定了二种人：一种是依靠被继承人抚养的应召继承人以外的人，一种是与被继承人共同生活、关心照料被继承人的人（第 67 条）。第一种人包括父母、兄弟姐妹等因为有优先顺位的继承人而不能参与继承的次顺位的继承人，以及与被继承人感情好而又依靠被继承人抚养

的儿媳、女婿等人。第二种人可以涵盖现行继承法所说的对被继承人尽了主要赡养义务的丧偶的儿媳和女婿，而且可以包括更多的人。将丧偶的儿媳和女婿作为可以请求适当分给遗产的人，而不作为继承人，更符合继承法的逻辑，而且仍然可以保护他们的利益。这样规定的另外一个好处是，能够适应社会发展的需要，使那些没有继承名分，但与被继承人关系密切，对被继承人晚年生活给予关心照顾，使被继承人愉快度过晚年的人，能够得到应该得到的一份遗产。这一规定也可以涵盖现行继承法规定的对被继承人扶养较多的继承人以外的人。

#### 七、关于继承合同

我国民间有被继承人与共同继承人订立合同，约定由某个继承人赡养被继承人，将来由其继承遗产的做法。由于现行继承法没有这样的规定，司法实践中不承认继承合同的效力，以致按照合同履行了赡养义务的人在继承开始后，不能取得合同约定的财产，当初曾经同意不继承遗产也没有尽赡养义务的继承人出来主张继承却能够得到支持。这显然不利于被继承人晚年的生活活动保障。因此，我们在建议稿中规定：继承人可以与共同继承人订立继承合同，约定由一个或几个继承人承担赡养（扶养）被继承人的义务，被继承人死后，由承担赡养（扶养）义务的继承人继承遗产。继承合同应当以书面形式订立，并从成立时生效。（61 条）

#### 八、关于替补指定

为了贯彻遗嘱自由原则，使遗产的归属真正符合被继承人的愿望，建议稿规定了替补指定制度，遗嘱人可以在遗嘱中指定，如果被指定的继承人或者受遗赠人在继承开始前死亡、丧失继承权（受遗赠权）或者放弃继承（受遗赠），由替补继承人（受遗赠人）继承（受遗赠）。

#### 九、关于遗嘱的执行

建议稿规定了遗嘱的检认和开启制度。即在继承开始后，必须通过遗嘱检认和开启程序，以确定遗嘱的真实性和有效性。只有经过检认的遗嘱才能执行。这是各国继承法上都一致规定的制度。建议稿以一节规定了遗嘱执行的问题，其中包括遗嘱的检认、开启，执行人的指定、执行人资格、执行人的就职与拒绝、执行人权利义务、无遗嘱执行人的处理等问题。

#### 十、关于赠与冲算

建议稿在应继分的计算部分规定：“被继承人生前给予晚辈直系血亲的结婚、另居、营业费用，应按照赠与时（或继承开始时）的价额冲抵其应继分，但是，被继承人生前明确表示赠与是对该继承人的特别照顾的不予冲算。被继承人给予晚辈直系血亲的其他特别费用，如超出义务教育部分的教育费用、职业培训费用，如果不冲抵其应继分对其他继承人明显不公平的，也应当冲抵。”

赠与冲算制度是各国继承法上都有的制度，我国民间实际上也有这种习惯。这一制度能够保证遗产在晚辈直系血亲中公平分配，有利于维护家庭的和睦团结。

#### 十一、关于遗产分割

建议稿规定了分割自由原则和分割的效力。

##### 1、分割自由

第 72 条规定：“继承开始以后，继承人可以随时请求分割遗产。一个继承人请求分割时，其他继承人有协力的义务。但是，共同继承人另有协议或遗嘱禁止分割的除外。被继承人可以通过遗嘱禁止继承人分割遗产，但是禁止分割的期限不得超过 5 年，超过 5 年的，缩短为 5 年。虽然有禁止分割的遗嘱，任何一个继承人仍然可以基于正当理由请求法院准许分割遗产。”规定遗产分割自由原则的理由是，遗产长期共同共有不利于遗产的利用和流通，各国都规定了遗产分割自由原则，而且对被继承人以遗嘱限制遗产分割自由给予限制。我国正在发展社会主义市场经济，需要促进财产的流通。

##### 2、分割的效力

分割的效力涉及对继承人的效力和对遗产债权人的效力。建议稿规定，分割溯及继承开始发生效力，但是，不得损害善意第三人的利益（第 76 条）。继承人以所得遗产的价值为限，按应继分的比例对其他继承人因分割所得遗产承担与出卖人相同的担保责任，对其他继承人因分割所得债权，就债务人的清偿能力承担担保责任。这是为了在继承人之间保持因继承所得利益的平衡。为了保护遗产债权人的利益，建议稿规定，遗产分割后，继承人对遗产债务仍负连带责任，但是，债权人同意分割方案的，继承人的连带责任消灭，仅按分割方案承担清偿责任（第 76—77 条）。这些规定是债权法上有关制度在继承法上的运用，也是各国继承法都有的制度。在我国的市场经济已经有相当程度发展的今天，这些规定是必要的。

## 十二、关于特留分

我们见到的几个稿子都有关于特留分的规定。我们认为，特留分制度限制被继承人遗嘱处分的自由，而且不利于集中遗产发展经济，特别是对于私营企业主来说，在其死后，一个企业的股东因继承而变为多人，难以统一意见，不利于经营活动的正常开展。从另一方面说，社会主义提倡人人应当自食其力，对于劳动能力无缺陷的继承人，没有理由要求被继承人必须为其保留一定的遗产份额，而对于劳动能力有缺陷的继承人，继承法关于必须为其保留必要的继承份额的规定足以保护其利益。

基于以上考虑，我们的稿子没有规定特留分制度。

### 继承法立法建议稿（张玉敏教授主持）

上传时间:2002-10-14 来源：中国民商法律网

<http://test.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=11183>

（本建议稿由张玉敏主持，张玉敏、陈苇、阮世能、朱凡、刘有东、侯国跃、杜江涌起草，最后由张玉敏修改定稿。）

#### 起草思路和原则

- 1、充分考虑、尽量吸收我国民间合理的继承习惯；
- 2、充分考虑市场经济的要求，贯彻诚实信用原则，保护遗产债权人和继承人双方的合法权利；
- 3、尽量简明。考虑到继承法是民法典的一编，因此，其他编已规定的或应当由其他编规定的内容，不作重复性规定。

#### 目录

##### 第一章 总则

##### 第一节 继承的开始

##### 第二节 继承能力

##### 第三节 继承的效力

##### 第四节 继承人责任的限制

##### 第五节 继承的放弃

##### 第六节 继承权的保护

#### 第二章 法定继承

##### 第一节 法定继承顺序

##### 第二节 法定应继分

#### 第三章 遗嘱

##### 第一节 一般规定

##### 第二节 遗嘱的订立

##### 第三节 遗嘱的执行

#### 第四章 继承合同和遗赠扶养协议

##### 第一节 继承合同

##### 第二节 遗赠扶养协议

#### 第五章 遗产的处理

##### 第一节 遗产债务

##### 第二节 应继分

##### 第三节 遗产的分割

##### 第四节 分割的效力

##### 第五节 无人继承财产的处理

#### 第一章 总 则（一般规定）

##### 第一节 继承的开始

第一条（继承开始的时间和地点）

继承从被继承人死亡时在其住所地开始。

第二条（继承开始的通知）

继承开始后，知道被继承人死亡的继承人应当尽快通知其所知道的其他继承人。

无继承人知道被继承人死亡和继承人无能力通知的，被继承人生前所在单位或者居住地或者死亡地的居民委员会、村民委员会应当负责通知。因不知继承人无法通知的，应当立即报告法院。

于前款情形，被继承人生前所在单位、村民委员会或居民委员会应当对遗产采取临时保护措施，特别是应当制作遗产清单，指定临时遗产管理人，封存被继承人的身份证件和有价证券等。

第三条（遗产的保护）

继承开始后，存有遗产的人应当妥善保管遗产，并将遗产的情况和占有的根据通知继承人，有遗产管理人的，应通知遗产管理人。

第二节 继承能力

第四条（继承能力）

继承开始时生存的人可以成为继承人。

第五条（死亡时间的推定）

相互有继承权的几个人在同一事件中死亡，不能确定死亡先后时间的，推定没有其他继承人的人先死亡；有其他继承人的，如果死亡人辈分不同，推定长辈先死亡，辈分相同的，推定同时死亡，互不继承。

第六条（胎儿的继承能力）

继承开始时已孕育的胎儿有继承能力，但出生时是死体的除外。

第七条（继承权的取得）

有继承能力的人依照遗嘱的指定或本法关于法定继承的规定取得继承权。

第八条（继承权的丧失）

继承人有下列情形之一的，丧失继承权：

1. 为谋夺遗产而杀害其他继承人的；
2. 故意杀害被继承人的，或故意杀害被继承人的配偶、直系卑血亲、直系尊血亲的；
3. 遗弃被继承人，或虐待被继承人情节严重的；
4. 伪造、篡改、隐匿或销毁关于遗产处分的遗嘱的；
5. 以欺骗、胁迫手段，促使或妨碍被继承人订立、变更或撤销遗嘱的。

继承人有前款第1项和第2项不法行为的，不论既遂未遂，均丧失继承资格。

继承人虽然有第一款所列不法行为，但经被继承人明确表示宥恕的，不丧失继承资格。

被继承人知道继承人有丧失继承资格的事由，仍然在遗嘱中指定其为继承人或对其为遗赠，视为宥恕。

第九条（继承权丧失的宣告）

继承开始后，因他人丧失继承权而可受利益者，得请求法院宣告该他人丧失继承权。但继承人因有第八条所列不法行为被法院确定判决宣告有罪的，该判决即视为对继承权丧失的宣告。

被继承人已表示宥恕的，法院不得宣告丧失继承权。

第十条（准用规定）

第八条和第九条的规定，准用于遗赠。

第三节 继承的效力

第十一条（继承的标的）

除本法另有规定外，自继承开始时起，被继承人的财产权利义务和责任由继承人承受，专属于被继承人自身，因继

承开始而消灭者除外。

（另一种表述：除本法另有规定外，自继承开始时起，被继承人的财产法律地位由继承人承受，专属于被继承人自身因继承开始而消灭者除外。）

#### 第十二条（共同继承）

多数继承人共同继承时，遗产在分割前属于继承人共同共有。

每一个共同继承人有权处分遗产中属于自己的应继分。

继承人出卖自己的应继分时，其它共同继承人有优先购买权。

#### 第十三条（遗产债权）

遗产债权属于继承人的共同债权，债务人只能向共同继承人全体为给付，而且，每一个继承人也只能为全体继承人请求债务人给付。

债务人可以为全体继承人将给付标的提存。

共同继承人推选或委托了遗产管理人的，遗产管理人可以作为共同继承人的代理人接受债务人的给付。

#### 第十四条（遗产的管理）

遗产由接受继承的继承人负责管理。共同继承时，各继承人应共同管理遗产。每一个继承人对其它继承人采取的为通常管理所必需的措施负有协同行为的义务。

继承人也可以以协商一致的方式推选遗产管理人，或者委托第三人管理遗产。遗嘱中指定有遗嘱执行人的，由遗嘱执行人管理遗产。

推选或委托遗产管理人，应当书面通知继承人已知的被继承人的债权人、债务人以及其他利害关系人。

利害关系人指一切与遗产有利害关系的人，包括被继承人的债权人、债务人，受遗赠人，有权请求适当分给遗产的人，次顺位的继承人等。

### 第四节 继承人责任的限制

#### 第十五条（制作遗产清单）

应召继承人可以在继承开始后二个月内，或者知道自己为应召继承人后二个月内，向法院声明以继承财产的价值为限，承担清偿被继承人债务的责任，并提交忠实准确的遗产清单。如果二个月内不能完成遗产清单，继承人可以向法院申请延长该期限，但是，延长的期限最长不得超过四个月。

继承人制作遗产清单应邀请公证人或其他见证人到场见证。

应召继承人指居于优先顺位、可以参加继承的继承人。

#### 第十六条（遗产清单利益）

提交遗产清单后，继承人享有下列利益：

- 1、遗产与继承人的固有财产保持独立；
  - 2、继承人清偿被继承人债务的责任以遗产的价值为限。
- 一个继承人提交遗产清单，对全体共同继承人发生效力。

#### 第十七条（催告债权人）

继承人向法院提交遗产清单后，法院应按公示催告程序，公告遗产清单并催告遗产债权人申报债权，申报期限应不少于三个月。

继承人应通知已知的债权人申报债权。

#### 第十八条（对遗产清单的异议）

利害关系人认为遗产清单记载有误，可以向法院提出异议，法院可以要求继承人重新制作遗产清单。于此情形，继承人可以要求有异议的利害关系人参加制作遗产清单，也可以要求由法院制作遗产清单。

#### 第十九条（遗产债务的清偿）

在法院规定的申报债权的期限内，继承人不得向任何遗产债权人清偿债务。

申报期限届满后，对于在规定期限内申报的债权和继承人已知的债权，继承人应按照债权的数额，以遗产清偿。

在法院规定的申报期限内未申报而又为继承人所不知的债权，只能就清偿已申报债权后剩余的财产获得清偿。

遗产的价值不足以清偿全部遗产债务时，继承人应制作清偿方案，报法院批准后执行。

第二十条（遗产债务的清偿顺序）

遗产债务按下列顺序清偿：

- 1、遗产管理费用；
- 2、被继承人生前所负债务；
- 3、依靠被继承人扶养的、无劳动能力的人的必要的的生活费用；
- 4、遗赠。

即使遗产不足以清偿第二项债务，也必须为无劳动能力又无其他生活来源的继承人和符合第三项条件的人保留必要的生活费用。

第二十一条（继承人的赔偿责任）

继承人违反前二条规定，损害债权人利益的，债权人可以要求继承人赔偿损失，也可以向不当受领的后顺序债权人要求返还其不当受领的部分。

第二十二条（遗产清单利益的丧失）

继承人为诈害债权人，故意在遗产清单中为不实记载或不当处分遗产的，丧失遗产清单利益。

丧失遗产清单利益者，为无条件继承人，而且不得放弃继承。

第二十三条（由法院指定遗产管理人）

在下列情况下，利害关系人可以请求法院指定遗产管理人：

- 1、继承开始后二个月内继承人未能就遗产管理人的选任达成协议；
- 2、无人接受继承或继承人下落不明或有无继承人情况不明；
- 3、已知的继承人为无行为能力人或限制行为能力人，且无法定代理人；
- 4、遗产债权人有权证明继承人的行为或财产状况已经或将要损害其债权。

应利害关系人的请求，法院在指定遗产管理人之前，可以对遗产采取必要的保全措施。

请求法院指定遗产管理人的申请应当在自继承开始之日起六个月内提出。有第四项规定的情况发生时，应当在得知该情况时起一个月内提出申请。

法院指定遗产管理人应当进行公告。

第二十四条（法院指定遗产管理人的效力）

法院指定遗产管理人产生以下法律效力：

- 1、遗产由指定的遗产管理人管理，继承人丧失管理遗产的能力；
- 2、继承人以遗产的实际价值为限承担清偿遗产债务的责任；
- 3、被继承人的财产与继承人的固有财产保持独立，遗产债权人优先于继承人的债权人就遗产获得清偿。

第五节 继承的放弃

第二十五条（放弃的时间和方式）

继承人知道自己为应召继承人后二个月内，可以向其他继承人或遗产管理人以书面声明放弃继承。

如果已经有继承人向法院声明以享有遗产清单利益为条件接受继承，或者没有继承人接受继承，放弃继承的声明必须以书面向法院作出。

第二十六条（放弃继承权利的限制）

放弃继承不得附条件。

继承人不得放弃一部分遗产，而接受另一部分遗产。部分放弃部分接受视为接受继承。

但是，继承人可以放弃法定应继分而接受遗嘱指定的应继分，或者放弃遗嘱指定的应继分而接受法定应继分。

第二十七条（相对放弃视为接受）

以自己的应继分赠与特定的继承人或全体其他继承人的方式放弃继承，属于对自己应继分的处分，视为接受继承。

第二十八条（放弃继承的意思表示不得撤销）

放弃继承的意思表示不得撤销。但是，因错误、受欺诈或胁迫而作出的放弃继承的表示可以撤销。

前款所说的撤销应当在知道有撤销事由时起六个月内提出。因受胁迫而表示放弃继承的，撤销的期限自胁迫消除时起计算。

#### 第二十九条（放弃继承的效力）

放弃继承溯及继承开始发生效力。放弃继承的人视为从继承开始时起就不是继承人。

继承人在放弃继承前应当继续管理遗产，直到因其放弃而有权接受继承的继承人接受继承时移交为止。放弃继承的人此前对遗产的管理按无因管理处理。

#### 第三十条（接受和放弃继承的权利的继承）

继承人在作出接受继承或放弃继承的声明之前死亡，选择接受继承或放弃继承的权利由其继承人继承。

### 第六节 继承权的保护

#### 第三十一条（继承诉权）

继承人的继承权被侵害时，可以请求法院确认自己的继承人资格，并据以回复对遗产的权利。

继承权被侵害是指继承人的继承资格被否认，并被排除遗产的管理、分配。

#### 第三十二条（继承诉权的消灭）

继承诉权自知道或应当知道继承权被侵害时起二年间不行使而消灭。但是，自继承开始经过 10 年者，不再保护。

## 第二章 法定继承

### 第一节 法定继承顺序

#### 第三十三条（法定继承顺序）

法定继承按下列顺序进行：

第一顺序子女及其直系卑血亲；

第二顺序父母；

第三顺序兄弟姐妹；兄弟姐妹中有先于被继承人死亡者，由其子女按照其继承顺序和份额继承。

第四顺序：祖父母，包括父系祖父母和母系祖父母。

配偶可以和任一顺序的血亲继承人共同继承。

继承开始后，由顺序在前的继承人继承，无前一顺序的继承人时，后一顺序的继承人才能继承。

第一顺序继承人继承时，以亲等近者为先。子女中有先于被继承人死亡或丧失继承权的，由其子女按照其继承顺序和份额继承。其余依此类推。

#### 第三十四条（父母子女的解释）

本法所说的子女包括亲生子女和养子女。

本法所说的父母包括生父母和养父母。但非婚生子女的生父只有在该子女生前按法律规定的方式认领该非婚生子女的，才可以继承该非婚生子女的财产。

### 第二节 法定应继分

#### 第三十五条（血亲的应继分）

同一顺序的血亲继承人应继分原则上应当均等，但法律另有规定或共同继承人另有协议的除外。

#### 第三十六条（配偶的应继分）

配偶与第一顺序的血亲继承人共同继承时，应继分均等；

配偶与第二顺序血亲继承人共同继承时，其应继分为遗产的二分之一；

配偶与第三顺序或第四顺序继承人共同继承时，其应继分为遗产的四分之三；

无血亲继承人时，配偶继承全部遗产。

#### 第三十七条（配偶的先取特权）

配偶对遗产中供自己使用的住房和日常生活用品有先取特权。此先取特权不受清偿遗产债务的影响。

如果配偶的先取特权超过其应继分，则以先取特权作为其应继分。

#### 第三十八条（父母的使用权）

父母因顺序在后未参加继承时，对遗产中供其个人日常生活使用的住房和其他物品有终身使用权。使用权标的物的所有权归继承人。

### 第三章 遗嘱

#### 第一节 一般规定

##### 第三十九条（遗嘱能力）

年满十六岁的人可以立遗嘱处分自己的财产，并可以指定遗嘱执行人。

##### 第四十条（遗嘱处分的方式）

遗嘱人可以在遗嘱中指定继承人，并指示遗产的分配比例，并可以设定负担。遗嘱指定了继承人而没有指示遗产分配比例的，推定为均等继承。

遗嘱人可以在遗嘱中指定受遗赠人，并可以设定负担。

不论遗嘱使用的文字是遗嘱继承还是遗赠，凡指定将遗产的一定比例给予某个继承人的，为遗嘱继承；凡指定将某项特定的财产给予某自然人、法人或其他社会组织的，为遗赠。

##### 第四十一条（负担的履行）

被继承人在遗嘱中设定了负担的，继承人、受遗赠人负有在接受遗产的价值的限度内履行负担的义务。继承人、受遗赠人无正当理由不履行负担义务的，应受益人、其他继承人或负担所指向事业的主管机关的申请，法院可以取消继承人、受遗赠人取得附负担部分遗产的权利，指定适当的人接受该部分遗产并履行负担义务。

##### 第四十二条（替补指定）

遗嘱人可以在遗嘱中指定替补继承人，如果指定的继承人在继承开始前死亡或放弃继承或丧失继承权，由替补继承人继承；

遗嘱人可以在遗嘱中指定替补受遗赠人，如果受遗赠人在继承开始前死亡或放弃受遗赠或丧失受遗赠权，由替补受遗赠人接受遗赠。

##### 第四十三条（遗嘱自由的限制）

遗嘱人应当为无劳动能力又无生活来源的继承人保留必要的生活费用。

#### 第二节 遗嘱的订立

##### 第四十四条（遗嘱应按法律规定的形式订立）

遗嘱人应当按照法律规定的形式订立遗嘱。欠缺此种遗嘱形式要件的遗嘱，如果符合彼种遗嘱的形式要件，按照彼种遗嘱发生效力。

##### 第四十五条（普通遗嘱的形式）

遗嘱人可以采用自书、代书、密封、公证、录音的形式订立遗嘱。

自书遗嘱由遗嘱人自己书写，签名、捺印，并注明年月日。

代书遗嘱由遗嘱人在自己指定的代书人和二名见证人在场的情况下，口述遗嘱的内容，代书人按照遗嘱人的意思写成遗嘱，并向遗嘱人宣读、解释，经遗嘱人认可后，由遗嘱人、代书人和见证人签名、捺印，并注明年月日和地点。

密封遗嘱由遗嘱人书写并签名、捺印，注明年月日后密封，并在封口处签名。

公证遗嘱由遗嘱人在一名公证员和书记员面前订立。与遗嘱人或遗嘱的内容有利害关系的公证员和书记员应当回避。

录音遗嘱由遗嘱人在自己指定的二名见证人在场的情况下订立。录音中应当记载遗嘱人关于自己指定的见证人的姓名，立遗嘱的时间、地点的说明，以及见证人关于自己自愿作见证人，遗嘱人的遗嘱是在神志清楚、意志自由的情况下作出的，以及自己的姓名的说明。录音遗嘱作成后，应当立即密封，并由遗嘱人、见证人在封口处签名，注明年月日。



第四十六条（危急情况下的遗嘱）

在危急的情况下，遗嘱人可以立口头遗嘱。口头遗嘱应当有二个以上的见证人在场见证，见证人应当将遗嘱人的口头遗嘱作成记录，并签名、捺印。如果当时没有条件记录，则应当在事后尽快按回忆写出遗嘱内容并说明情况，由全体见证人签名、捺印后交给公证处。

危急情况解除后，遗嘱人有条件订立普通遗嘱时，口头遗嘱失去效力。

第四十七条（遗嘱的变更和撤销）

遗嘱人可以变更撤销自己所立的遗嘱。

遗嘱人可以另立遗嘱明确表示变更或撤销以前自己所立的遗嘱。遗嘱人故意销毁遗嘱的，视为对遗嘱的撤销。订立遗嘱后，遗嘱人实施与遗嘱内容相抵触的行为，视为对遗嘱相关内容的撤销。

遗嘱人立有数份内容相互抵触的遗嘱时，以最后所立的遗嘱为准。

第四十八条（遗嘱见证人）

下列人员不能作遗嘱见证人：

- （一）无行为能力人、限制行为能力人；
- （二）继承人、受遗赠人；
- （三）继承人、受遗赠人的配偶、直系血亲和其他近亲属；
- （四）其他与继承人、受遗赠人有利害关系的人。

第三节 遗嘱的执行

第四十九条（遗嘱的提交和开启）

任何保管遗嘱的人或者发现遗嘱的人，在知道遗嘱人死亡时，应立即将遗嘱移交公证机关检认。

公证机关至迟应于收到遗嘱或知道遗嘱人死亡后三十日内开启遗嘱。开启遗嘱时应通知所有已知的继承人到场。

遗嘱开启，应制作记录，并由所有在场的人同行签名。

遗嘱开启后，应通知所有的利害关系人。对去向不明的利害关系人，应公告通知。

负有移交遗嘱的义务而怠于移交，或者私自开启遗嘱、执行未经检认的遗嘱的，应赔偿利害关系人因此所遭受的损失。

第五十条（遗嘱执行人的指定）

遗嘱人可以在遗嘱中指定一名或数名遗嘱执行人，也可以以遗嘱委托他人指定遗嘱执行人。

受委托指定遗嘱执行人的人，应于遗嘱开启后五日内进行指定，并通知已知的继承人、受遗赠人和其他利害关系人。

受委托指定遗嘱执行人的人，可以辞去委托，但应于遗嘱开启后五日内通知已知的利害关系人。

第五十一条（遗嘱执行人的就职与拒绝）

遗嘱执行人承诺就职后，应立即执行职务。

继承人及其他利害关系人，可以催告遗嘱执行人在合理期间内作出是否承诺就职的意思表示。遗嘱执行人未作表示的，视为拒绝。但法定继承人被指定为遗嘱执行人的，不得拒绝。

第五十二条（无遗嘱执行人的处理）

遗嘱人未指定遗嘱执行人，也未委托他人指定，或被指定人不能就职时，由继承人、受遗赠人及其他利害关系人协商解决遗嘱执行事宜。

继承人、受遗赠人及其他利害关系人不能达成一致意见时，可以向人民法院申请指定遗嘱执行人。

第五十三条（遗嘱执行人的资格）

无民事行为能力人、限制民事行为能力人不得为遗嘱执行人。

第五十四条（制作遗产清单）

遗嘱执行人就职后应迅速制作遗产清单，并交付于已知的利害关系人。

遗嘱执行人制作遗产清单应当有公证员或两个以上的见证人在场，并在清单上签名证明。

遗嘱执行人制作遗产清单时可以通知已知的利害关系人到场。

遗嘱执行人在制作遗产清单时，有明显的遗漏或者故意隐瞒财产的，应赔偿继承人、受遗赠人及其他利害关系人

因此而遭受的损失。

第五十五条（遗嘱执行人的其他权利和义务）

除遗嘱中另有特别规定外，遗嘱执行人还有下列权利和义务：

- （一）管理遗产；
- （二）代理有关遗产的诉讼；
- （三）执行遗赠；
- （四）按照遗嘱的指示向遗嘱继承人分配遗产；

继承人不得妨碍遗嘱的执行。

第五十六条（遗赠的接受）

受遗赠人知道自己受遗赠后，应当向继承人或遗嘱执行人表示是否接受遗赠，受遗赠人没有表示放弃受遗赠的，视为接受遗赠。

第五十七条（遗嘱执行人的责任）

遗嘱执行人因故意或重大过失给继承人、受遗赠人或其他利害关系人造成损失的，应承担赔偿责任。但遗嘱执行人系有偿执行遗嘱的，应对自己的一切过失所造成的损失承担赔偿责任。

两个或两个以上的遗嘱执行人，应对全部遗嘱执行事务共同承担责任，但遗嘱执行人按照遗嘱人的指示各自独立执行其职务的除外。

第五十八条（遗嘱执行的监督）

继承人、受遗赠人及其他利害关系人有权对遗嘱执行进行监督，并有权请求人民法院撤换怠于履行职务的遗嘱执行人。

第五十九条（遗嘱执行的报告）

遗嘱执行完毕，遗嘱执行人应按照利害关系人的请求报告遗嘱执行的情况。

遗嘱执行人由人民法院指定的，遗嘱执行人应当及时向人民法院提交书面报告。

第六十条（遗嘱执行的费用）

遗嘱执行的必要费用，视为遗产债务，从遗产中优先清偿。

#### 第四章 继承合同和遗赠扶养协议

##### 第一节 继承合同

第六十一条（继承合同的订立）

被继承人可以与共同继承人订立继承合同，约定由一个或几个继承人承担赡养（扶养）被继承人的义务，被继承人死后，由承担赡养（扶养）义务的继承人继承遗产。

继承合同应当以书面的形式订立，并从成立时起生效。

订立继承合同须有完全民事行为能力。

第六十二条（继承合同的解除）

义务人不按约定履行赡养（扶养）义务，被继承人可以解除合同。合同解除后，义务人已经支付的赡养（扶养）费用应当在共同继承人之间进行结算。

##### 第二节 遗赠扶养协议

第六十三条（遗赠扶养协议的订立）

公民可以与自然人、法人或其他社会组织订立遗赠扶养协议，约定由扶养人承担对遗赠人生养死葬的义务，在遗赠人死亡后，由扶养人取得合同约定的财产。协议没有具体指明遗赠财产的，视为遗赠全部财产。

遗赠扶养协议应当以书面的形式订立，并有二个以上的见证人见证。

订立遗赠扶养协议须有完全民事行为能力。

第六十四条（遗赠扶养协议的解除）

扶养人无正当理由不履行扶养义务的，遗赠人有权解除合同，已经支付的扶养费一般不返还。

由于遗赠人的原因使遗赠抚养协议无法履行的，扶养人有权解除合同，已经支付的扶养费应当酌情返还。因为其他原因，遗赠抚养协议实际上未履行的，扶养人不能取得遗赠财产。

## 第五章 遗产的处理

### 第一节 遗产债务的清偿

#### 第六十五条（被继承人生前债务的清偿）

被继承人生前所负债务由遗产清偿，不足部分由共同继承人承担无限连带清偿责任。但是，继承人以享有遗产清算利益为条件接受继承的除外。

继承人应先清偿遗产债务，后分割遗产。

对继承人有特别意义，继承人不愿变价用于清偿债务时，也可以在清偿债务前分割遗产。

#### 第六十六条（执行遗赠）

执行遗赠以继承所得财产的价值为限。

受遗赠人在知道自己受遗赠后，应当向继承人或遗嘱执行人表示是否接受遗赠。受遗赠人没有表示放弃遗赠的，视为接受遗赠。

#### 第六十七条（请求适当分给遗产）

依靠被继承人扶养的应召继承人以外的人和与被继承人共同生活、关心照料被继承人的人可以在知道继承开始后二个月内，向继承人或遗产管理人请求适当分给遗产。

是否分给遗产以及分给的数量由继承人决定。请求人可以要求继承人重新考虑。如果请求人对重新考虑以后的决定仍不满意，可以向法院起诉。

### 第二节 应继分的计算

#### 第六十八条（应继分计算的基础）

遗产分配前，必须计算出作为分配基础的遗产的实际价值。

继承人的财产减去各项遗产债务，加上应冲算的赠与财产，作为计算应继分基础的遗产。

#### 第六十九条（继承人的结算义务）

遗产在分割之前与继承人的固有财产保持独立。各继承人与被继承人的债权债务应当进行结算。

#### 第七十条（赠与冲算）

被继承人生前给予晚辈直系血亲的结婚、另居、营业费用，应依照赠与时（或继承开始时）的价额冲抵其应继分，但是，被继承人生前明确表示赠与系对该继承人的特别照顾的不予冲算。

被继承人给予晚辈直系血亲的其他重要的特别费用，如超出义务教育部分的教育费用、职业培训费用，如果不冲抵其应继分对其他继承人明显不公平的，也应当冲抵。

#### 第七十一条（赠与超过应继分）

继承人从被继承人生前所得赠与超过其应继分的，不需返还超过的部分。

### 第三节 遗产的分割

#### 第七十二条（遗产分割自由及其限制）

继承开始后，继承人可以随时请求分割遗产。一个继承人请求分割时，其他继承人有协力的义务。但是，共同继承人另有协议或遗嘱禁止分割的除外。

被继承人可以通过遗嘱禁止继承人分割遗产，但是禁止分割的期限不得超过5年，超过5年的，缩短为5年。虽然有禁止分割遗产的遗嘱，任何一个继承人仍然可以基于正当理由请求法院准许分割遗产。

#### 第七十三条（胎儿利益的保护）

共同继承人中有尚未出生的胎儿的，分割遗产时应当为胎儿保留其应继分。胎儿未能活着出生，保留的应继分归属于法定继承人，或按照遗嘱处理。

#### 第七十四条（遗产分割的原则）

遗产分割原则上应当按法律规定的或被继承人指定的应继分进行分割。继承人协商一致的，也可以对某些继承人的应继分作出增减。

遗产分割由继承人按照有利于发挥遗产的效用和公平合理的原则，以协商一致的方法分割。

继承人就遗产分割不能达成协议或因为其他原因不能进行协议的，任何一个继承人都可以请求法院以裁判分割。

#### 第七十五条（按遗嘱的指定分割）

被继承人可以在遗嘱中对遗产的分割作出指定，也可以指定由第三人分割遗产。

遗嘱指定第三人分割遗产时，如果第三人的分割方案明显违反公平合理原则，继承人可以以一致的协议否定第三人的分割方案，而代之以协议分割。协议不成的，任何一个继承人都可以请求法院分割。

### 第四节 分割的效力

#### 第七十六条（分割对继承人的效力）

遗产分割溯及继承开始时发生法律效力，但是，不得损害善意第三人的利益。

继承人以其所得遗产的价值为限，按继承比例对其他继承人因分割所得遗产承担与出卖人相同的瑕疵担保责任。

继承人以其所得遗产的价值为限，按继承比例对其他继承人因分割所得债权，就债务人在遗产分割时的清偿能力承担担保责任；如果债权未届清偿期，则就债务人在清偿期届至时的清偿能力承担担保责任。

#### 第七十七条（分割对债权人的效力）

遗产分割后，继承人对遗产债务仍负连带责任。

债权人同意分割方案的，继承人按分割方案承担清偿责任。

### 第五节 无人继承财产的处理

#### 第七十八条（继承人有无不明）

继承开始后，继承人有无不明的，被继承人居所地的居民委员会、村民委员会或其所在单位，应于继承开始后尽快报告法院。

法院在接到报告后，应指定遗产管理人并进行公告。

#### 第七十九条（遗产的管理）

遗产管理人应于就职后二个月内作成遗产清单，并将遗产管理的情况和遗产清单向法院报告。

#### 第八十条（公告搜索继承人）

法院接到遗产清单后，应公示催告继承人和利害关系人于规定期限内主张权利。

前款公告期限不得少于六个月。

#### 第八十一条（遗产的清算）

公示催告期满后，如仍无继承人承认继承，遗产管理人应制定遗产清算方案，报法院批准后执行。

在上述期限内未申报并为遗产管理人所不知的债权，只能就清偿已申报债权后剩余的财产获得清偿。

#### 第八十二条（剩余财产的处理）

清偿债务、执行遗赠后剩余的财产，法院可以根据情况，将其全部或部分分配给与被继承人共同生活或者精心照顾被继承人的人。剩余的财产，由法院按法定程序认定为无主财产后上交国库，被继承人生前由集体组织扶养的，财产归该集体组织所有。

遗产上缴国库后，如真正继承人出现，仍可于二年内请求国库归还。

#### 第八十三条（继承人出现后的处理）

继承人出现后，遗产管理人的管理权终止，并应向继承人办理移交手续。

继承人出现以前遗产管理人的管理行为对继承人发生效力。

#### 第八十四条（无人继承财产的处理）

被继承人无法定继承人也无遗嘱继承人，或者继承人均放弃继承或都丧失继承权的，其财产为无人继承的财产。

财产无人继承时，利害关系人可以请求法院指定遗产管理人对遗产进行清算，剩余财产按第八十二条的规定处理。

## 中国继承法立法建议稿及说明

(来源: 中国民法学研究会第一次代表大会论文集, 2012年5月)

张玉敏 陈苇 朱凡 侯国跃 杜江涌\*

### 目 录

#### 第一部分 关于《中国继承法立法建议稿》的说明

#### 第二部分 《中国继承法立法建议稿》条文

##### 第一章 总则

第一节 继承的开始

第二节 继承能力

第三节 继承的接受和放弃

第四节 继承人责任的限制

第五节 继承权的保护

##### 第二章 法定继承

第一节 法定继承顺序

第二节 法定应继份

##### 第三章 遗嘱

第一节 一般规定

第二节 遗嘱的订立

第三节 遗嘱的执行

##### 第四章 继承合同和遗赠扶养协议

第一节 继承合同

第二节 遗赠扶养协议

##### 第五章 遗产的处理

第一节 遗产分割原则

第二节 遗产分配份额的计算

第三节 分割的效力

第四节 无人继承财产的处理

\*作者简介: 张玉敏: 西南政法大学民商法学院教授、博士生导师, 中国法学会知识产权研究会副会长。  
陈 苇: 西南政法大学民商法学院教授、博士生导师, 中国法学会婚姻家庭法学研究会副会长。  
朱 凡: 法学博士, 西南政法大学民商法学院副教授、硕士生导师。  
侯国跃: 法学博士, 西南政法大学民商法学院副教授、硕士生导师。  
杜江涌: 法学博士, 西南政法大学民商法学院副教授、硕士生导师。

## 第一部分 关于《中国继承法立法建议稿》的说明

### 一、继承法修改的必要性和思路

全国人大法工委 2003 年发下来讨论的民法典草案讨论稿中，继承法部分系将现行继承法全文照搬进民法典。据说主持者认为，我国现行继承法运行良好，不需要进行修改。

我们认为实际情况并非如此。改革开放二十多年来，我国的社会情况发生了巨大的变化，公民个人拥有财产的数量大大增加，特别是对于那些私营企业主来说，主要财产不再是生活资料，而是生产资料，这就使继承关系变得复杂化。现行继承法是在改革开放初期制定的，已经不能适应变化了的社会情况，最主要的问题是不能有效保护被继承人的债权人的利益。此外，继承人的内部关系也出现了一些新情况。虽然被继承人的债权人与继承人的纠纷现在还不很多，但是已经出现，而且肯定会不断增加。不能因为现在这个问题尚不突出，就不重视对这个问题的规范。在这个问题上，我们主张立法要有超前性。所谓现行继承法运行良好，主要是指在司法实践中尚未出现大的现行继承法无法解决的问题。我们认为，这不是因为现行继承法没有问题，而是中国百姓的继承问题极少诉讼到法院，他们宁愿按照传统习惯来解决继承问题。而他们所遵从的习惯与我们的制定法有较大的差异。这种差异不能简单地指为“落后”和“封建传统”。例如，在法定继承顺序问题上，死者有晚辈直系血亲时父母不参与继承，这是民间普遍遵守的习惯，而这种习惯与世界上大多数国家继承法的规定相一致，这里面蕴涵着深刻的道理。实际上，近几年出现的一些案例，从多方面说明了现行继承法存在的缺陷，如现行继承法没有关于确认遗嘱效力和当事人接受或者放弃继承或受遗赠的程序规定，致使有关纠纷无法解决；子女与父母之间订立赡养和继承合同，解决老人的赡养问题，但是，这种合同的效力如何，发生纠纷后如何解决，现行法没有提供具体的甚至是原则性的意见；随着社会的发展，离婚率的提高，再婚家庭的比例大大增加，这带来了两个问题，一个是继子女的继承权问题必须认真加以研究，二是再婚双方特别是老年人再婚时未经登记而同居的占相当比例，这种事实夫妻的继承地位如何确定？等等。继承法是与每个人息息相关的法律，在社会大变动时期，继承法应当体现出她对全体社会成员的人文关怀，反映他们的需要，解决他们的问题。因此，继承法应当修改，必须修改。这次全国人大将继承法的修改纳入修法计划，是一个正确的抉择，我们坚决拥护，并提交一个建议稿，供大会讨论批评。

1985 年的继承法因为明确规定公民个人的合法财产可以依法继承，对调动人们的发展经济的积极性，促进改革开放发挥了重要的作用。现在修改继承法，我们认为要在继续加强、完善对公民个人财产权利保护的同时，适当考虑被继承人的债权人利益的保护，以维护经济秩序，进而促进交易，促进经济发展。

我们起草建议稿的基本思路是：充分考虑变化了的社会情况，从有利于保护国民个人的财产权利，保护遗产债权人的利益，促进经济发展出发设计继承制度；在继承人内部关系的处理上，充分考虑民间合理的继承习惯，维护家庭的和睦团结。

### 二、关于总则

总则部分（一般规定），共一章五节 27 条：第一节，继承的开始；第二节，继承能力；第三节，继承的接受和放弃；第四节，继承人责任的限制；第五节，继承权的保护。本部分对现行继承法有以下主要修改：

#### （一）关于遗产

现行继承法第三条规定：“遗产是公民死亡时遗留的个人合法财产”，并具体列举了七项，属于遗产的财产。这种列举的方式有其固有的局限性，而且其分类也不科学。这种列举方式在当时或许有其必要性和合理性，但是，在今天，它已经既没有必要性，也没有合理性。因此，建议稿未专门对遗产作出说明性规定，只是在关于继承的法律效果的一般规定部分（第九条）规定，“单纯继承人承受被继承人的全部财产权利、义务和责任，但是，专属于被继承人自身，因继承开始而消灭者除外。”表明继承的对象是被继承人遗留的财产法上的所有权利义务和责任，专属于被继承人自身，因继承开始而消灭者除外。

#### （二）关于继承人对被继承人生前债务的清偿责任

现行继承法规定继承人在继承遗产价值的限度内承担为被继承人清偿债务、缴纳所欠税款的义务。这是非常正确的。但是，现行继承法没有如何确定继承遗产的价值的程序性规定，被一些不讲诚信的继承人所利用，使遗产债权人的利益没有保障。建议稿借鉴大多数大陆法系国家的立法经验，在第一章第三节“继承的接受和放弃”

部分，规定了两种接受继承的方式——无条件接受继承（单纯接受继承）和以享有遗产清单利益为条件接受继承（限定接受继承）；在第一章第四节“继承人责任的限制”部分，对享有遗产清单利益的条件和程序作了规定。这样规定，体现的仍然是限定继承原则，只不过对继承人享受限定继承利益规定了一个程序。这个程序可以公平地保护继承人和被继承人的债权人双方的合法利益。

### （三）关于接受继承和放弃继承

现行继承法规定，继承开始后，遗产分割前，继承人都可以放弃继承。这一规定是建立在放弃继承是放弃一种利益的假设前提之下的。实际上，继承法需要规范的，是在被继承人负债累累的情况下，继承人通过拒绝继承从而摆脱为被继承人清偿债务的责任的问题，而不是放弃财产利益的问题。因为放弃一种财产利益对其他继承人和债权人都只有利益而无损害，不会产生复杂的法律问题。因此，各国继承法无一例外地规定，放弃继承的表示必须在继承开始后一定的时间内（一般是二个月）以法定的方式作出。这样规定是为了保护被继承人的债权人和其他继承人的利益。而且，我国正在制定遗产税和赠与税法，遗产说和赠与税的计算都需要确定继承人的人数。因此，建议稿规定，继承人知道自己为应召继承人后二个月内，可以向其他继承人或遗产管理人以书面声明放弃继承。如果已经有人向法院声明以享有遗产清单利益为条件接受继承，或者没有继承人接受继承，放弃继承的声明必须以书面向法院作出。

接受继承则应当分别不同的情况给予不同的规定。如果继承人为了限制自己的责任，以享有遗产清单利益为条件接受继承，则必须在一定的时间内，以提交忠实准确的遗产清单为条件，向法院作出限定继承的表示（第十六条）。如果被继承人财产状况良好，继承人不担心债务大于遗产，即可以无条件接受继承，而不必办理复杂的手续。

关于继承的接受和放弃的规定，是建议稿与现行继承法的最重要的区别之一，也是建议稿保护遗产债权人利益的最主要的制度。

### （四）关于丧失继承权的条件

最主要的修改是将现行继承法第七条关于丧失继承权行为的规定中第四项“伪造、篡改或者销毁遗嘱，情节严重的”中的“情节严重的”删掉了，并增加了“以欺诈、胁迫手段，促使或妨碍被继承人订立、变更或撤销遗嘱的”一项。

理由是这类行为本身就是情节严重、性质恶劣的。如果再加上一个情节严重作为丧失继承权的条件，那么，实施了这种恶劣行为的人即使被发现，在一般情况下最多也不过是不能获得非法的利益，而其本来的继承利益不受影响，只有在非常个别的情况下，即所谓“情节严重”的情况下，才会丧失继承权。这无疑使不法行为人受到鼓励，因为他的违法成本几乎为零。在国外，如德国，这种行为不管既遂未遂都构成犯罪。我们认为，建议稿的规定能够体现民法的诚实信用原则，维护继承秩序，并发挥法律抑恶扬善的道德教化作用。

## 三、关于法定继承

法定继承部分的修改包括法定继承顺序的调整、法定继承人范围的增减和代位继承的修改。

### （一）关于继承人的范围

与现行继承法相比，在法定继承人范围问题上，建议稿增加了侄（甥）子女为法定继承人（通过代位继承）；而将继子女和丧偶的儿媳、丧偶的女婿排除在法定继承人之外。

建议稿将继承人的范围扩大到兄弟姐妹的子女。这样规定主要考虑了二个因素。一是为了在涉外继承中保护我国继承人的利益，二是考虑到计划生育多年来，继承人数量减少，增加侄（甥）子女为继承人，可以满足无子女的被继承人的需要，并尽量减少遗产归国家或集体所有。

建议稿第 29 条明确规定子女包括亲生子女和养子女，将继子女排除在外。理由是，第一，继子女很难既继承生父母的遗产，又继承继父母的遗产，原继承法的解释没有实际意义；第二，这一规定不但不能保护未成年子女的利益，反而成为丧偶人再婚的一个障碍，谁带着这样的孩子，再婚时就会遇到很大困难，因此，离婚时，这样的孩子被推来推去。因为每一个再婚的人都会考虑，对于对方带进家庭的孩子，不抚养要受到指责，也会影响夫妻关系，而抚养了别人的孩子，到头来他还要继承自己的财产，甚至和自己的亲生子女争财产，因此，最好不要这样的孩子。我们认为，继子女的问题应当通过收养来解决。如果继父母愿意，可以通过收养，作为养子女对待。

如果不愿意，那么他（她）就只是对方的孩子，自己不负法律上的义务，只要不歧视、不虐待就行了。这样规定，可以在一定程度上缓和有未成年子女的人再婚的困难，对继子女只有好处，没有坏处。

现行继承法将对公婆、岳父母尽了主要赡养义务的丧偶的儿媳、丧偶的女婿规定为第一顺序法定继承人，主要目的是为了鼓励这些人积极赡养老人，使老人的晚年生活得到保障。但是，将他们规定为第一顺序法定继承人，而且给予他们高于亲生子女的地位（他们作为第一顺序继承人继承，不影响其子女代位继承），违反了全世界通行的姻亲不能做继承人的惯例，似乎有过犹不及之嫌。因此，建议稿将他们排除法定继承人范围之外。对于这些人的鼓励与照顾，应当纳入酌给遗产制度之中。

## （二）关于法定继承顺序

在继承顺序方面，建议稿与现行继承法有以下二点区别：

### 1. 父母为第二顺序继承人

现行继承法规定，父母与子女、配偶同为第一顺序继承人。这不但与我国民间的继承习惯不相符合，而且与世界各国的继承立法不同。我们对此做过调查，虽然解放后我们的法律和司法实践一直坚持这一原则，但是，并没有对社会产生多大影响，老百姓仍然认为，有子女时父母不应当继承遗产。民间的这一习惯，与世界上大多数国家继承法的规定相一致。其原因在于，决定继承人范围和顺序的最根本的因素是被继承人的意志，而被继承人总是希望财产在自己的直系后代中传承。当遗产不再仅仅是维持生活的少量财产的时候，被继承人的这个愿望就更为强烈。父母与子女同为第一顺序继承人继承遗产，即意味着在死者有晚辈直系血亲时，遗产的一部分将通过父母继承而转移到兄弟姐妹甚至更远的旁系亲属手中。而这是财产所有人所不愿意看到的。因此，建议稿规定，父母为第二顺序继承人（第二十八条）。这样规定不会损害父母的利益，因为父母的问题应当通过赡养解决，而且，如果父母生活困难，还可以要求适当分给遗产。我们在建议稿中还规定，父母如果因为顺序在后不能继承遗产，对供其使用的住房和其他日常生活物品有终身使用权。这些规定足以保护父母的利益。

### 2. 配偶不列入固定的继承顺序

建议稿没有规定配偶是特定顺序的继承人，而是作为特殊继承人，规定他（她）可以和任何顺序的血亲继承人共同继承，和第一顺序的继承人共同继承时，遗产平均分配，和第二顺序的继承人共同继承时，配偶得二分之一，和第三、第四顺序的继承人共同继承时，配偶得四分之三。这样规定不损害配偶的利益，同时兼顾了被继承人血亲的利益。与现行继承法的规定相比，配偶的继承地位实际上提高了。因为实际上在大多数情况下继承是在第一顺序继承人之间发生，按建议稿规定，与配偶一起平均分配遗产的是子女，而按现行继承法的规定，与配偶一起平均分配遗产的是子女和父母。即使按第二顺序继承的情况下，配偶得遗产的一半，也比现行继承法的规定更有利于配偶。虽然按照第三和第四顺序继承时，配偶的利益较现行继承法的规定要受一些影响，但是，这种情况是极少发生的。因此，建议稿的规定实际上提高了配偶的继承地位。

## （三）关于代位继承

关于代位继承，建议稿与现行继承法相比有二点修改：其一，建议稿采固有权说，规定被代位人先于被继承人死亡和丧失继承权都是发生代位继承的原因；其二，将被代位人的范围规定为被继承人的子女和兄弟姐妹，但是，兄弟姐妹先于被继承人死亡时，代位继承人限于兄弟姐妹的子女。这样规定的结果是，法定继承人的范围扩大到被继承人的侄（甥）子女。我们认为，代位继承人的继承权来自于其自身的继承人资格，而不是被代位人的继承权（理由详见建议稿的理由部分）。正是基于这一点，我们的建议稿在法定继承顺序部分规定，第一顺序继承人为子女及其晚辈直系血亲，第三顺序继承人为兄弟姐妹及其子女。然后才规定子女中有先于被继承人死亡或丧失继承权者，由其子女按照其继承顺序和份额以自己的名义继承，其余以此类推；兄弟姐妹中有先于被继承人死亡者，由其子女按照其继承顺序和份额以自己的名义继承。这样规定符合世界各国的立法通例，而且不使子女为父母的不法行为承担责任，符合自己责任原则，有利于家庭关系的维系。

## 四、关于遗嘱处分

### （一）关于遗嘱的形式和效力

建议稿明确规定遗嘱应当按照法律规定的形式订立，并规定欠缺此种遗嘱的形式要件而符合彼种遗嘱的形式要件时，可以按照彼种遗嘱发生效力。关于具体的遗嘱形式，建议稿在保留现行继承法规定的基础上，增加了密



封遗嘱的规定，并对各种遗嘱，特别是录音遗嘱的形式要件作了详细严格的规定。

关于遗嘱的效力，建议稿从遗嘱是被继承人的终意处分的性质出发，承认各种形式的遗嘱效力平等，遗嘱人可以用符合法律规定的任何形式的遗嘱撤销、变更以前所立的遗嘱。

#### （二）关于特留分

建议稿明确规定了遗嘱自由原则。对遗嘱自由的限制，建议稿采纳了现行继承法第 19 条的规定，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，而仅将其中的“继承份额”改为“生活费用”。我们见到的几个关于继承法的稿子都有关于特留分的规定。我们认为，特留分制度限制被继承人遗嘱处分的自由，而且不利于集中遗产发展经济，特别是对于私营企业主来说，在其死后，一个企业的股东因继承而变为多人，难以统一意见，不利于经营活动的正常开展。特留分制度强制被继承人必须为每个继承人保留一定份额的遗产，如果考虑到被继承人不想给某个继承人遗产时，一般是因为关系不好，继承人之间的关系也往往受到影响，特留分制度对经营活动带来的消极影响更不容忽视。而且，作为社会主义国家，立法政策应当鼓励自强、自立，拚搏创业，除缺乏劳动能力的继承人应当给予照顾以外，法律没有理由强制被继承人给继承人保留一定数量的遗产。基于以上考虑，我们的稿子没有规定特留分制度。

#### （三）关于替补指定

替补指定是指，遗嘱人在遗嘱中指定，当其指定的继承人或受遗赠人在继承开始之前死亡、丧失继承权或放弃继承或者放弃受遗赠时，由替补继承人或受遗赠人接受继承或者接受遗赠。替补指定制度能够充分保障遗嘱人的遗嘱自由，最大限度地使遗产的归属符合遗嘱人的意愿。许多国家继承法明确承认替补指定制度，没有明确规定的，在实践中也承认遗嘱人替补指定的效力。我国现行继承法没有替补指定制度，不能充分保护遗嘱人处分自己身后财产的自由。近年我国继承法理论研究中越来越多的学者主张承认替补指定制度。我们的建议稿规定遗嘱人可以在遗嘱中指定替补继承人和替补受遗赠人（第 37 条）。

#### （四）关于遗赠的接受和放弃

现行继承法规定，继承人在知道自己受遗赠后二个月内没有表示接受遗赠的，视为放弃受遗赠。这与各国的规定相反。接受遗赠是接受一种财产利益，与接受继承是接受一种包含财产义务的遗产不同。按照民法的基本理念，对于财产利益，权利人没有表示放弃的，应当视为接受，而不是相反。从保护受遗赠人的利益出发考虑，应当采取与现行继承法相反的推定，即只要受遗赠人没有明确表示放弃受遗赠，即应当推定其接受遗赠。因此建议稿规定，受遗赠人没有表示放弃受遗赠的视为接受。

#### （五）关于遗嘱的执行

遗嘱的执行是各国继承法的重要内容，它主要包括遗嘱的检认、开启，执行人的指定、执行人的资格、执行人的就职与拒绝、执行人的权利义务与责任，无遗嘱执行人的处理等制度，这些制度的功能有二，一是保证遗嘱的真实性、二是保证遗嘱的全面执行。我国现行继承法对遗嘱的执行未做规定。实践中已经发生了因欠缺此种制度而引发的纠纷。建议稿规定了遗嘱的检认和开启制度。即在继承开始后，必须通过遗嘱检认和开启程序，以确定遗嘱的真实性。只有经过检认的遗嘱才能执行。这是各国继承法上都一致规定的制度。建议稿以一节规定了遗嘱执行的问题，其中包括遗嘱的检认、开启，执行人的指定、执行人资格、执行人的就职与拒绝、执行人权利义务、无遗嘱执行人的处理等问题。

### 五、关于继承合同和遗赠扶养协议

我国民间有被继承人与共同继承人订立合同，约定由某个继承人赡养被继承人，将来由其继承遗产的做法。由于现行继承法没有这样的规定，司法实践中不承认继承合同的效力，以致按照合同履行了赡养义务的人在继承开始后，不能取得合同约定的财产，当初曾经同意不继承遗产也没有尽赡养义务的继承人出来主张继承却能够得到支持。这显然不利于被继承人晚年的生活保障。因此，我们在建议稿中规定：继承人可以与共同继承人订立继承合同，约定由一个或几个继承人承担赡养（扶养）被继承人的义务，被继承人死后，由承担赡养（扶养）义务的继承人继承遗产。继承合同应当以书面形式订立，并从有效成立时生效。（第 54 条）

遗赠扶养协议是我国继承法的创造，实践效果良好，建议稿予以采纳。

### 六、关于遗产的处理

关于遗产的处理应当特别指出的有以下几点：

（一）关于赠与冲算

建议稿在遗产分配份额的计算部分规定，被继承人生前给予晚辈直系血亲的结婚、另居、营业费用，应依照赠与（或继承开始时）的价额冲抵其分配份额，但是，被继承人生前明确表示赠与是对该继承人的特别照顾的不予冲算。被继承人给予晚辈直系血亲的其他特别费用，如超出义务教育部分的教育费用、职业培训费用，如果不冲抵其应继份对其他继承人明显不公平的，也应当冲抵。

赠与冲算制度是各国继承法上都有的制度，我国民间实际上也有这种习惯。这一制度能够保证遗产在晚辈直系血亲中公平分配，有利于维护家庭的和睦团结。

（二）关于遗产酌给

遗产酌给即我们所说的请求适当分给遗产的制度。我们的建议稿规定了二种人：一种是依靠被继承人扶养的人，一种是与被继承人共同生活、关心照料被继承人的人（第 61 条）。第一种人可以包括现行继承法和司法实践中认可的法定继承人以外的依靠被继承人扶养的人，也包括因为死者有晚辈直系血亲而不能继承遗产的父母、兄弟姐妹等继承顺序在后的人。第二种人可以涵盖现行继承法所说的对被继承人尽了主要赡养义务的丧偶的儿媳和女婿，而且可以包括更多的人。将丧偶的儿媳和女婿作为可以请求适当分给遗产的人，而不作为继承人，更符合继承法的逻辑，而且仍然可以保护他们的利益。这样规定的另外一个好处是，能够适应社会发展的需要，使那些没有继承名份，但与被继承人关系密切，对被继承人晚年生活给予关心照顾，使被继承人愉快度过晚年的人，如未履行登记手续而以夫妻名义同居生活的人，能够得到应该得到的一份遗产。这一规定也可以涵盖现行继承法规定的对被继承人扶养较多的继承人以外的人。

（三）关于遗产分割

建议稿规定了分割自由原则和分割的效力。

1. 分割自由

建议稿规定，继承开始以后，继承人可以随时请求分割遗产。一个继承人请求分割时，其他继承人有协力的义务。但是，共同继承人另有协议或遗嘱禁止分割的除外。被继承人可以通过遗嘱禁止继承人分割遗产，但是禁止分割的期限不得超过 5 年，超过 5 年的，缩短为 5 年。虽然有禁止分割的遗嘱，任何一个继承人仍然可以基于正当理由请求法院准许分割遗产。

规定遗产分割自由原则的理由是，遗产长期共同共有不利于遗产的利用和流通，各国都规定了遗产分割自由原则，而且对被继承人以遗嘱限制遗产分割自由给予限制。我国正在发展社会主义市场经济，需要促进财产的流通。因此，继承法应当明确规定遗产分割自由原则。

2. 分割的效力

分割的效力涉及对继承人的效力和对遗产债权人的效力。建议稿规定，分割溯及继承开始发生效力，但是，不得损害善意第三人的利益。继承人以所得遗产的价值为限，按应继分的比例对其他继承人因分割所得遗产承担与出卖人相同的担保责任，对其他继承人因分割所得债权，就债务人的清偿能力承担担保责任。这是为了在继承人之间保持因继承所得利益的平衡。为了保护遗产债权人的利益，建议稿规定，遗产分割后，继承人对遗产债务仍负连带责任，但是，债权人同意分割方案的，继承人的连带责任消灭，仅按分割方案承担清偿责任。这些规定是债权法上有关制度在继承法上的运用，也是各国继承法都有的制度。在我国的市场经济已经有相当程度发展的今天，这些规定是必要的。

七、关于无人继承财产的处理

建议稿规定了财产无人继承的处理问题。财产无人继承包括二个问题，一是继承人有无不明，二是继承人全部放弃继承或者丧失继承权。现行继承法对第二种情况作了规定，而对第一种情况未做规定。建议稿着重对第一种情况做了规定，包括继承人的搜索、遗产的管理、处理等问题。

第二部分 《中国继承法立法建议稿》条文

## 第一章 总 则（一般规定）

### 第一节 继承的开始

第一条（继承开始的时间和地点）

继承从被继承人死亡时在其住所地开始。

如果不能确定被继承人的最后住所地，则继承在被继承人主要遗产所在地开始。

第二条（接受继承前遗产的保护）

继承开始后，应召继承人在未接受继承亦未抛弃继承之前，应当对遗产进行必要的管理，以防止损失。但是，非经人民法院批准，不得对遗产进行处分。

应召继承人指依照本法处于优先顺位、可以参加继承的继承人。

第三条（由法院指定临时遗产管理人）

有下列情形之一的，被继承人生前所在单位或者住所地的居民委员会、村民委员会应当毫不迟延地通知人民法院。人民法院应当在接到通知之日起五日内指定临时遗产管理人，对遗产采取临时保护措施，特别是应当制作遗产清单，封存被继承人的身份证件和存折、有价证券等：

- 1、 无应召继承人；
- 2、 应召继承人欠缺民事行为能力又无法定代理人；
- 3、 应召继承人下落不明
- 4、 应召继承人有无不明。

人民法院指定的临时遗产管理人就职前，被继承人生前所在单位或者住所地的居民委员会、村民委员会应当对遗产进行保护。

被继承人的债权人等与遗产有利害关系的人认为必要时，可以申请法院指定遗产管理人。利害关系人的上述请求，应当在继承开始后二个月内提出；虽然超过二个月，但是，没有继承人接受继承时，利害关系人仍然可以提出上述请求。

部分继承人认为有必要时，也可以请求人民法院指定临时遗产管理人。

### 第二节 继承能力

第四条（继承能力）

继承开始时生存的人可以成为继承人。

继承开始时已孕育的胎儿有继承能力，得为继承人，但出生时是死体的除外。

第五条（死亡时间的推定）

相互有继承权的几个人在同一事件中死亡，不能确定死亡先后时间的，推定没有其他继承人的人先死亡；有其他继承人的，推定为同时死亡，其遗产由各自的其他继承人继承。

第六条（继承权的丧失）

继承人有下列情形之一的，丧失继承权：

1. 为谋夺遗产而杀害其他继承人的；
2. 故意杀害被继承人的；
3. 遗弃被继承人，或虐待被继承人情节严重的；
4. 伪造、篡改、隐匿或销毁关于遗产处分的遗嘱的；
5. 以欺诈、胁迫手段，促使或妨碍被继承人订立、变更或撤销遗嘱的。

继承人有前款第1项和第2项不法行为的，不论既遂未遂，均丧失继承权。

继承人虽然有第一款所列不法行为，但经被继承人明确表示宽恕的，不丧失继承权。

被继承人知道继承人有丧失继承权的事由，仍然在遗嘱中指定其为继承人或对其为遗赠，视为宽恕。

第七条（继承权丧失的宣告）

继承开始后，因他人丧失继承权而可受利益者，得请求法院宣告该他人丧失继承权。但继承人因有第六条所

列不法行为被法院确定判决宣告有罪的，该判决即视为对继承权丧失的宣告。

前项请求应当在请求权人知道或者应当知道丧失继承权的事由时起一年内提起。在继承开始之前即知道丧失继承权事由的，则应当在继承开始后六个月内提起。

自继承开始超过 10 年的，不得再提起宣告丧失继承权的请求。

被继承人已表示宽恕的，法院不得宣告丧失继承权。

第八条（准用规定）

第六条和第七条的规定，准用于遗赠。

### 第三节 继承的接受和放弃

第九条（一般规定）

自继承人知道自己为应召继承人时起，或者自遗嘱开启时起二个月内，继承人可以声明放弃继承或者以制作遗产清单的方式接受继承（限定继承）。继承人在国外的，上述期限为六个月。

继承人没有在上述期限内声明放弃继承，也没有以制作遗产清单的方式接受继承的，视为单纯接受继承（无条件接受继承）。单纯继承人承受被继承人的全部财产权利、义务和责任，但是，专属于被继承人自身，因继承开始而消灭者除外。

第十条（接受和放弃继承不得附条件和期限）

接受和放弃继承不得附条件或期限。

继承人不得放弃一部分遗产，而接受另一部分遗产。部分放弃部分接受视为接受继承。

第十一条（接受和放弃继承的意思表示不得撤销）

接受和放弃继承的意思表示不得撤销。但是，因受欺诈或胁迫而作出的接受或放弃继承的表示可以撤销。

前款所说的撤销应当在知道有撤销事由时起 60 天内向法院提出。因受胁迫而表示接受或放弃继承的，撤销的期限自胁迫终止时起计算。自接受或者放弃继承时起经过 10 年，不得再提起撤销之诉。

第十二条（放弃继承的方式）

放弃继承的声明须以书面的形式向已经接受继承的继承人作出，有遗产管理人时，应当向遗产管理人作出。

放弃继承者应当将放弃继承的声明告知所有已知的继承人。

如果已经有继承人向法院声明以制作遗产清单的方式接受继承，或者没有继承人接受继承，放弃继承的声明必须以书面向法院作出。

第十三条（放弃继承的效力）

放弃继承的人视为从继承开始时起就不是继承人。被放弃的继承份额按照放弃继承的人在继承开始前死亡的情形处理。

继承人在放弃继承后应当继续管理遗产，直到因其放弃而有权接受继承的继承人接受继承时为止。放弃继承的人此前对遗产的管理按无因管理处理。

第十四条（放弃继承权利的丧失）

继承人在得放弃继承的期限内，隐匿遗产中的物品，或者对遗产实施不必要的处分行为的，丧失放弃继承的权利。但是，接受继承的人表示谅解的除外。

第十五条（接受和放弃继承权利的继承）

继承人在作出接受继承或放弃继承的声明之前死亡，选择接受继承或者放弃继承的权利由其继承人继承。依法被确定为单纯接受继承的除外。

### 第四节 继承人责任的限制

第十六条（限定接受继承）

应召继承人可以在继承开始后二个月内，或者知道自己为应召继承人后二个月内，向法院声明以继承财产的价值为限，承担清偿被继承人债务的责任，并提交忠实准确的遗产清单。如果二个月内不能完成遗产清单，继承人可以向法院申请延长该期限，但是，延长的期限最长不得超过四个月。

继承人制作遗产清单应延请公证人或其他见证人到场见证。

第十七条（遗产清单利益）

继承人提交遗产清单后，享有下列利益：

1. 遗产与继承人的固有财产保持独立；
  2. 继承人以遗产的价值为限承担清偿遗产债务的责任。
- 一个继承人提交遗产清单，对全体共同继承人发生效力。

第十八条（催告债权人）

继承人向法院提交遗产清单后，法院应按公示催告程序，催告遗产债权人申报债权，申报期限应不少于二个月。

继承人应通知已知的债权人申报债权。

第十九条（遗产债务的清偿）

在法院规定的申报债权的期限内，继承人不得向任何遗产债权人清偿债务。

申报期限届满后，对于在规定期限内申报的债权和继承人已知的债权，继承人应按照债权的数额，以遗产清偿。

在法院规定的申报期限内未申报而又为继承人所不知的债权，只能就清偿已申报债权后剩余的财产获得清偿。遗产的价值不足以清偿被继承人的全部债务时，继承人应立即申请法院对遗产进行清算。

第二十条（遗产债务的清偿顺序）

遗产债务按下列顺序清偿：

1. 遗产管理费用；
2. 被继承人生前扶养的、无劳动能力的人的必要的生活费用；
3. 被继承人生前所负债务；
4. 遗赠。

即使遗产不足以清偿第三顺序的债务，也必须为无劳动能力又无其他生活来源的继承人保留必要的生活费用。

第二十一条（不当清偿的责任）

继承人清偿债务违反第十九条和第二十条的规定，损害遗产债权人利益的，遗产债权人可以要求继承人赔偿损失，也可以向不当受领的债权人要求返还其不当受领的部分。

第二十二条（对遗产清单的异议）

利害关系人认为遗产清单记载有误，可以向法院提出异议。在提出异议的情况下，应当由法院对遗产进行清算。

利害关系人指一切对于遗产有利益关系的人，包括被继承人的债权人、债务人，受遗赠人，有权请求适当分给遗产的人，遗托受益人、次顺位的继承人等。

第二十三条（遗产清单利益的丧失）

继承人有下列情形之一，丧失遗产清单利益，视为单纯继承人，对被继承人的债务承担无限责任，而且不得放弃继承。

1. 在遗产清单中故意漏记重要遗产，或者记入不存在的债务的；
2. 擅自处分属于遗产中的财产的。但是，为保存遗产所必须的处分除外。

第二十四条（由法院指定遗产管理人）

在下列情况下，利害关系人可以请求法院指定遗产管理人：

1. 无人接受继承或继承人下落不明或有无继承人情况不明；
2. 已知的继承人为无行为能力人或限制行为能力人，且无法定代理人；
3. 遗产债权人有证据证明继承人的行为或其财产状况已经或将要损害其债权。

应利害关系人的请求，法院在指定遗产管理人之前，可以对遗产采取必要的保全措施。

请求法院指定遗产管理人的申请应当在自继承开始之日起六个月内提出。有第一款第三项规定的情况发生时，应当在得知该情况时起一个月内提出申请。

第二十五条（法院指定遗产管理人的效力）

法院指定遗产管理人产生以下法律效力：

1. 遗产由指定的遗产管理人管理和清算，遗产债权人优先于继承人的债权人就遗产获得清偿。
2. 即使遗产不足以清偿全部遗产债务，继承人也不以自己的固有财产承担清偿遗产债务的责任。但是，继承人有本法第二十三条规定的丧失遗产清单利益的行为，依法应当强制单纯继承的除外。
3. 遗产管理人在清偿全部遗产债务后，将剩余财产交付于继承人。继承人下落不明的，由法院指定财产代管人对财产进行管理。无人继承时，按本法第七十条处理。

**第五节 继承权的保护**

第二十六条（返还遗产之诉）

有下列情形之一的，继承人得提起返还遗产之诉：

1. 全部或者部分遗产被继承人以外的人以继承人的名义占有；
2. 占有遗产的人否认继承人的继承资格。

第二十七条（诉讼时效）

返还遗产请求权的诉讼时效期间为2年，自知道或者应当知道继承权被侵害时起计算。但是，自继承开始经过10年者，不再保护。

**第二章 法定继承**

**第一节 法定继承顺序**

第二十八条（法定继承顺序）

无遗嘱的情况下，继承按下列顺序进行：

第一顺序：子女及其晚辈直系血亲。子女中有先于被继承人死亡或丧失继承权者，由其子女按照其继承顺序和份额以自己的名义继承，其余以此类推；

第二顺序：父母；

第三顺序：兄弟姐妹及其子女。兄弟姐妹中有先于被继承人死亡者，由其子女按照其继承顺序和份额以自己的名义继承；

第四顺序：祖父母，包括父系祖父母和母系祖父母。

继承开始后，由顺序在先的继承人继承，无前一顺序的继承人时，后一顺序的继承人才能继承。

配偶可以和任一顺序的血亲继承人共同继承。

第二十九条（父母子女的解释）

本法所说的子女包括婚生子女、非婚生子女和养子女。

本法所说的父母包括生父母和养父母。但生父只有在该子女生前按法律规定的方式认领该非婚生子女的，才可以继承其财产。

第三十条（血亲的应继份）

同一顺序的血亲继承人应继份原则上应当均等，但法律另有规定或共同继承人另有协议的除外。

第三十一条（配偶的应继份）

配偶与第一顺序血亲继承人共同继承时，各继承人应继份均等；

配偶与第二顺序血亲继承人共同继承时，其应继份为二分之一；

配偶与第三顺序血亲继承人共同继承时，其应继份为三分之二；

配偶与第四顺序血亲继承人共同继承时，其应继份为四分之三。

无血亲继承人时，配偶继承全部遗产。

第三十二条（配偶的先取特权）

配偶对遗产中供自己使用的住房和日常生活用品有先取特权。此先取特权不受清偿遗产债务的影响。

如果配偶的先取特权超过其应继份，则以先取特权作为其应继份。

第三十三条（父母的使用权）

父母因顺序在后未参加继承时，对遗产中供其个人日常生活使用的住房和其他物品有终身使用权。

### 第三章 遗嘱

#### 第一节 一般规定

第三十四条（遗嘱能力）

具有完全民事行为能力的人可以立遗嘱。

第三十五条（遗嘱处分的方式）

遗嘱人可以在遗嘱中指定继承人，并指示遗产的分配比例，也可以设定负担。遗嘱指定了继承人而没有指示遗产分配比例的，推定为均等继承。

遗嘱人可以在遗嘱中指定受遗赠人，并可以设定负担。

不论遗嘱使用的文字是遗嘱继承还是遗赠，凡指定将遗产的一定比例给予某个继承人的，为遗嘱继承；凡指定将某项特定的财产给予某自然人、法人、其他社会组织或国家的，为遗赠。

第三十六条（负担的履行）

被继承人在遗嘱中设定了负担的，继承人、受遗赠人负有在接受遗产的价值的限度内履行负担的义务。继承人、受遗赠人无正当理由不履行负担义务的，应受益人、其他继承人或负担所指向事业的主管机关的申请，法院可以取消继承人、受遗赠人取得附负担部分遗产的权利，指定适当的人接受该部分遗产并履行负担义务。

第三十七条（替补指定）

遗嘱人可以在遗嘱中指定替补继承人，如果指定的继承人在继承开始前死亡或放弃继承或丧失继承权，由替补继承人继承；

遗嘱人可以在遗嘱中指定替补受遗赠人，如果受遗赠人在继承开始前死亡或放弃受遗赠或丧失受遗赠权，由替补受遗赠人接受遗赠。

第三十八条（遗嘱自由的限制）

遗嘱人应当为无劳动能力又无生活来源的继承人保留必要的生活费用。

遗嘱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，剩余的部分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。

#### 第二节 遗嘱的订立

第三十九条（遗嘱应按法律规定的形式订立）

遗嘱人应当按照法律规定的形式订立遗嘱。欠缺此种遗嘱形式要件的遗嘱，如果符合彼种遗嘱的形式要件，按照彼种遗嘱发生效力。

第四十条（普通遗嘱）

遗嘱人可以采用自书、代书、密封、公证、录音的形式订立遗嘱。

自书遗嘱由遗嘱人自己书写，签名、捺印，并注明年月日。

代书遗嘱由遗嘱人在自己指定的代书人和二名见证人在场的情况下，口述遗嘱的内容，代书人按照遗嘱人的意思写成遗嘱，并向遗嘱人宣读、解释，经遗嘱人认可后，由遗嘱人、代书人和见证人签名、捺印，并注明年月日和地点。

自书遗嘱和代书遗嘱作成后，遗嘱人可以将其密封，在封缝处签名，并在二名见证人的见证下交由公证机关或者其他成年公民保管。遗嘱人应向受托保管遗嘱的人陈述密封的是自己的遗嘱，并说明遗嘱的书写人。受托保管密封遗嘱的人应当将遗嘱人的陈述记录于封面上，记明遗嘱提交的时间，并与见证人一起签名。

公证遗嘱由遗嘱人在一名公证员和书记员面前订立。与遗嘱人或遗嘱的内容有利害关系的公证员和书记员应当回避。

录音遗嘱由遗嘱人在自己指定的二名见证人在场的情况下订立。录音中应当记载遗嘱人关于自己指定的见证

人的姓名，立遗嘱的时间、地点的说明，以及见证人关于自己自愿作见证人，遗嘱人的遗嘱是在神志清楚、意志自由的情况下作出的，以及自己的姓名的说明。录音遗嘱作成后，应当立即密封，并由遗嘱人、见证人在封口处签名，注明年月日。

#### 第四十一条（危急情况下的遗嘱）

在危急的情况下，遗嘱人可以立口头遗嘱。口头遗嘱应当有二名以上见证人在场见证，见证人应当将遗嘱人的口头遗嘱作成记录，并签名、捺印。如果当时没有条件记录，则应当在事后尽快按回忆写出遗嘱内容并说明情况，由全体见证人签名、捺印后交给公证处。

危急情况解除后满十天，口头遗嘱失去效力。

#### 第四十二条（遗嘱的变更和撤回）

遗嘱人可以变更撤回自己所立的遗嘱。

遗嘱人可以另立遗嘱明确表示变更或撤销以前自己所立的遗嘱。遗嘱人故意销毁遗嘱的，视为对遗嘱的撤回。订立遗嘱后，遗嘱人实施与遗嘱内容相抵触的行为，视为对遗嘱相关内容的撤回。

遗嘱人立有数份内容相互抵触的遗嘱时，以最后所立的遗嘱为准。

#### 第四十三条（遗嘱见证人）

下列人员不能作遗嘱见证人：

- （一）无行为能力人、限制行为能力人；
- （二）继承人、受遗赠人；
- （三）继承人、受遗赠人的配偶、直系血亲；
- （四）其他与继承人、受遗赠人有利害关系的人。

### 第三节 遗嘱的执行

#### 第四十四条（遗嘱的呈交和开启）

任何保管遗嘱的人或者发现遗嘱的人，在知道遗嘱人死亡时，应立即将遗嘱呈交公证机关检认。

公证机关至迟应于收到遗嘱或知道遗嘱人死亡后三十日内开启遗嘱。开启遗嘱时应通知所有已知的继承人到场。

遗嘱开启，应制作记录，并由所有在场的人共同签名。

遗嘱开启后，应通知所有的利害关系人。对去向不明的利害关系人，应公告通知。

负有呈交遗嘱的义务而怠于呈交，或者私自开启遗嘱，以及执行未经检认的遗嘱的，应赔偿利害关系人因此所遭受的损失。

#### 第四十五条（遗嘱执行人的指定）

遗嘱人可以在遗嘱中指定一名或数名遗嘱执行人，也可以以遗嘱委托他人指定遗嘱执行人。

受委托指定遗嘱执行人的人，应于遗嘱开启后五日内进行指定，并通知已知的继承人、受遗赠人和其他利害关系人。

受委托指定遗嘱执行人的人，可以辞去委托，但应于遗嘱开启后五日内通知已知的利害关系人。

#### 第四十六条（遗嘱执行人的就职与拒绝）

遗嘱执行人承诺就职后，应立即执行其职务。

继承人及其他利害关系人，可以催告遗嘱执行人在合理期间内作出是否承诺就职的意思表示。遗嘱执行人未作表示的，视为拒绝。但法定继承人被指定为遗嘱执行人的，不得拒绝。

#### 第四十七条（无遗嘱执行人的处理）

遗嘱人未指定遗嘱执行人，也未委托他人指定，或被指定人不能就职时，可由继承人、受遗赠人及其他利害关系人协商解决遗嘱执行事宜。

继承人、受遗赠人及其他利害关系人不能达成一致意见时，可以向人民法院申请指定遗嘱执行人。

#### 第四十八条（遗嘱执行人的资格）

无民事行为能力人、限制民事行为能力人不得为遗嘱执行人。



第四十九条（遗嘱执行人的权利和义务）

除遗嘱中另有特别规定外，遗嘱执行人有下列权利和义务：

- （一）制作遗产清单，并交付于已知的利害关系人；
- （二）管理遗产；
- （三）代理有关遗产的诉讼；
- （四）按照第二十条的规定清偿遗产债务；
- （五）按照遗嘱的指示向遗嘱继承人和受遗赠人分配遗产；
- （六）排除各种执行遗嘱的妨碍。

第五十条（遗嘱执行人的责任）

遗嘱执行人因故意或重大过失给继承人、受遗赠人或其他利害关系人造成损失的，应承担赔偿责任。但遗嘱执行人系有偿执行遗嘱的，应对自己的一切过失所造成的损失承担赔偿责任。

两个或两个以上的遗嘱执行人，应对全部遗嘱执行事务共同承担责任，但遗嘱执行人按照遗嘱人的指示各自独立执行职务的除外。

第五十一条（遗嘱执行的监督）

继承人、受遗赠人及其他利害关系人有权对遗嘱执行进行监督，并有权请求人民法院撤换怠于履行职务的遗嘱执行人。

第五十二条（遗嘱执行的报告）

遗嘱执行完毕，遗嘱执行人应按照利害关系人的请求报告遗嘱执行的情况。

遗嘱执行人由人民法院指定的，遗嘱执行人应当及时向人民法院提交书面报告。

第五十三条（遗嘱执行的费用）

遗嘱执行的必要费用，视为遗产债务，按本法有关规定清偿。

## 第四章 继承合同和遗赠扶养协议

### 第一节 继承合同

第五十四条（继承合同的订立）

被继承人可以与共同继承人订立继承合同，约定由一个或几个继承人承担赡养（扶养）被继承人的义务，被继承人死后，由承担赡养（扶养）义务的继承人按照继承合同继承遗产。合同对赡养（扶养）人继承遗产的部分未作明确约定的，视为继承全部遗产。

继承合同应当以书面的形式订立，并从有效成立时起生效。

订立继承合同须有完全民事行为能力。

第五十五条（继承合同的解除）

义务人不按约定履行赡养（扶养）义务，被继承人可以解除合同。合同解除后，义务人已经支付的赡养（扶养）费用应当在共同继承人之间进行结算。

### 第二节 遗赠扶养协议

第五十六条（遗赠扶养协议的订立）

公民可以与自然人、法人或其他社会组织订立遗赠扶养协议，约定由扶养人承担对遗赠人生养死葬的义务，在遗赠人死亡后，由扶养人取得合同约定的财产。协议没有具体指明遗赠财产的，视为遗赠全部财产。

遗赠扶养协议应当以书面的形式订立，并有二个以上的见证人见证。

订立遗赠扶养协议须有完全民事行为能力。

第五十七条（遗赠扶养协议的解除）

扶养人无正当理由不履行扶养义务的，遗赠人有权解除合同，已经支付的扶养费一般不返还。

由于遗赠人的原因使遗赠扶养协议无法履行的，扶养人有权解除合同，已经支付的扶养费应当酌情返还。

因为其他原因，遗赠扶养协议实际上未履行的，扶养人不能取得遗赠财产。

## 第五章 遗产的处理

### 第一节 遗产分割原则

第五十八条（遗产分割自由及其限制）

继承开始后，继承人可以随时请求分割遗产。一个继承人请求分割时，其他继承人有协力的义务。但是，共同继承人另有协议或遗嘱禁止分割的除外。

被继承人可以通过遗嘱禁止继承人分割遗产，但是禁止分割的期限不得超过5年，超过5年的，缩短为5年。虽然有禁止分割遗产的遗嘱，任何一个继承人仍然可以基于正当理由请求法院准许分割遗产。

第五十九条（公平和效益原则）

遗产分割由继承人按照有利于发挥遗产的效用和公平合理的原则，以协商一致的方法分割。

继承人就遗产分割不能达成协议或因为其他原因不能进行协议的，任何一个继承人都可以请求法院以裁判分割。

第六十条（胎儿利益的保护）

共同继承人中有尚未出生的胎儿的，分割遗产时应当为胎儿保留其应继份。胎儿未能活着出生，保留的应继份归属于法定继承人，或按照遗嘱处理。

第六十一条（其他关系人利益的保护）

依靠被继承人抚养的应召继承人以外的人和与被继承人共同生活、关心照料被继承人的人可以在知道继承开始后二个月内，向继承人或遗产管理人请求分给一定数量的遗产。

继承人和遗产管理人应当根据请求人受被继承人抚养的程度、与被继承人的关系等因素确定分给遗产的数量。继承人或遗产管理人拒绝分给遗产或者请求人对分给不满意，可以请求法院确定。

### 第二节 遗产分配份额的计算

第六十二条（计算的基础）

被继承人的财产减去各项遗产债务，加上应冲算的赠与财产，作为遗产分割时计算分配份额基础的遗产。

第六十三条（继承人的结算义务）

遗产在分割之前与继承人的固有财产保持独立。各继承人与被继承人的债权债务应当进行结算。

第六十四条（赠与冲算）

被继承人生前给予晚辈直系血亲的结婚、另居、营业费用，应按照赠与时的价额冲抵其遗产分配份额，但是，被继承人生前明确表示赠与系对该继承人的特别照顾的不予冲抵。

被继承人给予晚辈直系血亲的其他重要的特别费用，如超出义务教育部分的教育费用、职业培训费用，如果不冲抵其应继份对其他继承人明显不公平的，也应当冲抵。

继承人从被继承人生前所得赠与超过其遗产分配份额的，不需返还超过部分。

### 第三节 分割的效力

第六十五条（分割对继承人的效力）

继承人以其所得遗产的价值为限，按继承比例对其他继承人因分割所得遗产承担与出卖人相同的瑕疵担保责任。

继承人以其所得遗产的价值为限，按继承比例对其他继承人因分割所得债权，就债务人在遗产分割时的清偿能力承担担保责任；如果债权未届清偿期，则就债务人在清偿期届至时的清偿能力承担担保责任。

第六十六条（分割对债权人的效力）

遗产分割后，继承人对被继承人生前债务仍负无限连带清偿责任，但是，继承人享有遗产清单利益的除外。

继承人对债权人的连带清偿责任，自遗产分割完毕时起，经过五年而消灭。

债权人同意分割方案的，继承人按分割方案承担清偿责任。

### 第四节 无人继承财产的处理

第六十七条（继承人有无不明）

继承开始后，继承人有无不明的，被继承人居所地的居民委员会、村民委员会或其所在单位，应于继承开始后尽快报告法院。

法院在接到报告后，应当按照本法第二十四条的规定指定遗产管理人，并公示催告继承人和利害关系人于规定期限内主张权利。

前款公告期限不得少于六个月。

#### 第六十八条（遗产的清算）

公示催告期满后，如仍无继承人承认继承，遗产管理人应制定遗产清算方案，报法院批准后执行。

在上述期限内未申报并为遗产管理人所不知的债权，只能就清偿已申报债权后剩余的财产获得清偿。

#### 第六十九条（继承人出现后的处理）

继承人出现后，遗产管理人的管理权终止，并应向继承人办理移交手续。

继承人出现以前遗产管理人的管理行为对继承人发生效力。

#### 第七十条（剩余财产的处理）

财产无人继承时，清偿债务、执行遗赠后剩余的财产，法院可以根据情况，将其全部或部分分配给与被继承人共同生活或者精心照顾被继承人的人。剩余的财产，由法院按法定程序认定为无主财产后上缴继承开始地的国库，被继承人生前由集体组织抚养的，财产归该集体组织所有。

遗产上缴国库后，如真正继承人出现，仍可于自上缴国库时起五年内请求国库归还。

#### 第七十一条（无人继承财产的处理）

被继承人无法定继承人也无遗嘱继承人，或者继承人均放弃继承或丧失继承权的，其财产为无人继承的财产。利害关系人可以请求法院指定遗产管理人对遗产进行清算，剩余财产按第七十条的规定处理。

### 关于修改《中华人民共和国继承法》的建议

梁慧星 中国社会科学院法学研究所 研究员 出处:中国法学网 上传时间:2010-3-17

现行《中华人民共和国继承法》颁布于改革开放刚刚开始 的 1985 年。当时仍实行单一公有制的计划经济体制，全社会长期物资严重匮乏，广大工人、农民家庭基本上没有什么财产，继承关系极为简单，加之法学教育和法学研究刚刚恢复，对于继承法律制度的重要意义认识不足，因此造成现行继承法过分简略，仅有 36 个条文，遗漏了许多重要继承制度。《继承法》实施至今已有 25 年之久，25 年来，我国已经成功实现从计划经济体制向社会主义市场经济体制的转轨，现代化社会主义市场经济有了相当发展，党中央提出的全面建设小康社会的目标即将实现，广大人民群众拥有的私有财产种类和数量日益增加，同时由于实行计划生育政策，一对夫妇只生一个孩子，家庭关系和亲属关系发生了深刻变化，《继承法》已经无法满足和适应社会经济生活的需求。同时，继承法本身的诸多漏洞和缺陷，也限制了继承制度的调整功能的进一步发挥，不符合建设社会主义和谐社会对法律调整的要求。特此建议全国人大常委会尽快将《继承法》的修订工作提上立法日程。

建议修订的主要内容如下：

一、关于遗产的范围。继承立法应采取列举式，明确规定物权法、公司法、合同法等现行法律所规定和认可的财产权利，如土地承包经营权、建设用地使用权、抵押权、质权、占有、股权、知识产权、债权等，属于可以继承的遗产范围。

二、关于完善继承权丧失制度。继承法乃私法，应重视并充分体现对当事人意志之尊重。应当将杀害被继承人、遗弃被继承人或者虐待被继承人情节严重的作为继承权丧失事由，并明确规定继承回复请求权及其时效、行使和效力等。

三、关于法定继承人的范围和顺序。由于我国长期实行计划生育政策，家庭关系和亲属关系日趋简单，如果仍坚持现行法所规定的法定继承人范围，将导致遗产无人继承的情形日渐增多。为尽量不将遗产收归国家或集体所有，应当适当扩大法定继承人范围。考虑到我国历史传统和继承习惯，建议将法定继承人范围扩大至四等亲以内的亲属，并将现在的两个继承顺序，变更为三个或者四个继承顺序。如继承人中无直系血亲卑亲属，对公婆或岳父母尽了主要赡养义务的丧偶儿媳、女婿也应作为第一顺序继承人。

四、关于代位继承制度。《继承法》在代位继承的性质上采取了代表权说，被代位继承人丧失继承权的，代位继承

人不得代位继承。但是，被代位人的责任不应由代位继承人承担。因此，在代位继承的性质上应当采取固有权说，被代位继承人即使丧失继承权的，代位继承人也得代位继承。

五、关于遗嘱的形式。一是各种遗嘱应具有相同的效力，而不应赋予公证遗嘱最强效力；二是应承认打印的由本人亲笔签名的自书遗嘱；三是录音遗嘱应改为音像遗嘱，以涵盖录像、光盘以及其他电子读物载体的遗嘱；四是危急情况解除后口头遗嘱的效力应予有条件承认。

六、关于特留份制度。特留份，是遗嘱人不得通过遗嘱处分的，由法定继承人继承的遗产份额。其实质是限制遗嘱人的遗嘱自由，防止遗嘱人滥用遗嘱自由，从而损害法定继承人的合法权益。建议创设特留份制度，以遏制遗嘱人滥用遗嘱自由，切实保障法定继承人的合法利益，以维护健康和谐的社会主义家庭秩序。

七、关于补充继承制度。补充继承是遗嘱人于遗嘱中指定的继承人不能继承时由遗嘱中指定的补充继承人继承的制度。补充继承能够更加充分地尊重遗嘱人的意愿，是大陆法系国家和地区通行的继承制度，我国继承立法亦有明确规定的必要。

八、关于遗嘱执行制度。遗嘱生效后，遗嘱人已经死亡，如果没有严格的遗嘱执行程序，遗嘱人的意愿将难以实现。关于遗嘱执行，继承立法应规定下列制度：遗嘱执行人的资格和确定、遗嘱执行人的职责、遗嘱执行人的撤销等。

九、关于遗产分割制度。一是遗产“归扣”，即在遗产分割时将继承人已于被继承人生前所受的特种赠与归入遗产，并于其应继份中予以扣除之法律制度。这种制度为各国所通行，我国民间也有此习俗，对于平衡继承人之间的利益具有不可取代的作用。因此，我国继承立法应规定“归扣”制度。二是遗产分割的效力。我国继承立法应吸收我国司法实践经验，明确规定：继承开始后，遗产分割前，遗产为继承人共同所有。

## 关于修改《中华人民共和国继承法》的议案

中国法学网 <http://www.iolaw.org.cn/showNews.asp?id=26159>

四川全国人大代表 中国社会科学院学部委员 梁慧星

现行《中华人民共和国继承法》颁布于改革开放刚刚开始时的 1985 年。当时仍实行单一公有制的计划经济体制，全社会长期物资严重匮乏，广大工人、农民家庭基本上没有什么财产，继承关系极为简单，加之法学教育和法学研究刚刚恢复，对于继承法律制度的重要意义认识不足，因此造成现行继承法过分简略，仅有 36 个条文，遗漏了许多重要继承制度。《继承法》实施至今已有 26 年之久，26 年来，我国已经成功实现从计划经济体制向社会主义市场经济体制的转轨，现代化社会主义市场经济有了相当发展，党中央提出的全面建设小康社会的目标即将实现，广大人民群众拥有的私有财产种类和数量日益增加，同时由于实行计划生育政策，一对夫妇只生一个孩子，家庭关系和亲属关系发生了深刻变化，《继承法》已经无法满足和适应社会经济生活的需求。同时，继承法本身的诸多漏洞和缺陷，也限制了继承制度的调整功能的进一步发挥，不符合建设社会主义和谐社会对法律调整的要求。特此建议全国人大常委会尽快将《继承法》的修订工作提上立法日程。

### 附件：继承法修改草案

#### 中华人民共和国继承法修改草案

##### 第一章 总 则

##### 第一条 [立法依据]

根据《中华人民共和国宪法》规定，为保护公民的私有财产的继承权，制定本法。

##### 第二条 [继承的定义]

本法所称继承，是指自然人死亡时其法律规定范围内的亲属按照死者生前所立的合法有效的遗嘱或者法律的规定取得死者所遗留的个人合法财产。

在继承中，其生前所享有的财产因其死亡而移转给他人的死者称为被继承人，依法承接被继承人财产的人称为继承人。

##### 第三条 [继承开始的时间]

继承从被继承人死亡时开始。

前款所称“死亡”包括生理死亡和宣告死亡。

第四条 [数人在同一事故中死亡先后的推定]

相互有继承关系的人在同一事故中死亡，如不能确定死亡先后时间的，推定没有继承人的人先死亡。各死亡人都有继承人的，若死亡人辈份相同，则推定同时死亡，彼此不发生继承；死亡人辈份不同的，若晚辈未成年，则推定晚辈先死亡，若晚辈已成年，则推定长辈先死亡。

第五条 [继承开始的地点]

继承于被继承人生前最后住所地或者主要遗产所在地开始。

第六条 [法定继承、遗嘱继承、遗赠、遗赠扶养协议间的效力]

继承开始后，按照法定继承办理；有遗嘱的，按照遗嘱继承或者遗赠办理；有遗赠扶养协议的，按照遗赠扶养协议办理。

第七条 [继承能力]

继承开始时生存的自然人有继承能力。

被继承人死亡前已受孕的胎儿，有继承能力。但胎儿出生时为死体的除外。

第八条 [继承权的丧失]

继承人有下列行为之一的，丧失继承权：

- (一) 为争夺遗产而杀害其他继承人的；
- (二) 故意杀害被继承人的，但属于正当防卫的除外；
- (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；
- (五) 以欺诈或者胁迫的手段，迫使或者妨碍被继承人设立、变更或者撤销遗嘱，情节严重的。

继承人因前款第(二)、(三)、(四)、(五)种情形丧失继承权，如经被继承人宽恕的，可不确认其丧失继承权。

继承权丧失的事由准用于受遗赠权的丧失。

第九条 [遗产的范围]

遗产是自然人死亡时遗留的个人合法财产。

前款规定的遗产包括自然人因其死亡而获得的未指定受益人的保险金、补偿金、赔偿金以及其他基于该自然人生前行为而应获得的财产利益。

下列权利义务不得作为继承的标的：

- (一) 与被继承人人身不可分离的人身权利；
- (二) 与被继承人人身有关的专属性债权债务；
- (三) 因被继承人死亡而发放的死亡抚恤金；
- (四) 法律规定不得继承的其他财产。

第十条 [赠与的冲抵]

继承开始之前，继承人因结婚、分居、营业以及其他事由而由被继承人赠与的财产应当列入遗产范围，但被继承人生前有相反意思表示的除外。

前款规定的赠与财产数额应在遗产分割时从该继承人的应继份中扣除。

赠与财产的具体数额应依赠与当时的价值计算。

第十一条 [继承回复请求权]

继承人在其继承权受到侵害时，得请求回复。

前款规定的请求权，自继承人知道或者应当知道继承权被侵害之日起二年内不行使时消灭；自继承开始经过二十年的，亦同。

第二章 法定继承

第十二条 [法定继承的定义]

法定继承是指继承人范围、继承顺序、继承条件、继承份额、遗产分配原则及继承程序由法律直接规定的继承。

第十三条 [法定继承的适用范围]

有下列情形之一的，遗产中的有关部分适用法定继承：

- (一) 遗嘱继承人放弃继承或者受遗赠人放弃受遗赠的；
- (二) 遗嘱继承人丧失继承权或者受遗赠人丧失受遗赠权的；
- (三) 遗嘱继承人、受遗赠人先于遗嘱人死亡的；
- (四) 遗嘱无效部分所涉及的遗产；
- (五) 遗嘱未处分的遗产。

第十四条 [法定继承人及其顺序]

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。

第三顺序：四亲等以内的亲属。

第十五条 [配偶的界定]

本法所称配偶，是指被继承人死亡时与被继承人有合法婚姻关系的人。

第十六条 [子女的界定及继承]

本法所称子女，包括婚生子女、非婚生子女、养子女和有扶养关系的继子女。

经夫妻双方协议实施人工生育的，其父母子女间的关系等同婚生父母子女关系。

有扶养关系的继子女继承了继父母遗产的，不影响其继承生父母的遗产。

养祖父母与养孙子女的关系，视为养父母与养子女关系的，可互为第一顺序继承人。

第十七条 [父母的界定及继承]

本法所称父母，包括生父母、养父母和有扶养关系的继父母。

有扶养关系的继父母继承了继子女遗产的，不影响其继承生子女的遗产。

第十八条 [兄弟姐妹的界定及继承]

本法所称兄弟姐妹，包括同父母的兄弟姐妹、同父异母或者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。

有扶养关系的继兄弟姐妹之间相互继承了遗产的，不影响其继承亲兄弟姐妹的遗产。

第十九条 [代位继承]

被继承人的子女在继承开始前死亡或者丧失继承权的，由被继承人子女的直系血亲卑亲属代位继承。

代位继承人只能继承被代位人的应继份。

代位继承不受辈份的限制，但以亲等为序。

第二十条 [转继承]

继承开始后，继承人未放弃继承，但于遗产分割前死亡的，其所应继承的遗产份额由其继承人承受。

第二十一条 [继承顺序的优先]

前一顺序继承人优先于后一顺序的继承人继承。

第二十二条 [共同继承]

继承开始后，继承人有数人的，为共同继承。

共同继承中，遗产属于数继承人共同共有，各共同继承人，按其应继份承继被继承人的权利义务。

第二十三条 [应继份]

同一顺序继承人有数人时，按人数平均继承，但法律另有规定的除外。

第二十四条 [继承份额的不均等]

对生活有特殊困难的缺乏劳动能力的继承人，分配遗产时，应当予以照顾，可以多分遗产。

对被继承人尽了主要扶养义务的继承人，分配遗产时，可以多分。

有扶养能力和有扶养条件的继承人，不尽扶养义务的，分配遗产时，应当不分或者少分。但被继承人因有固定收入和劳动能力，明确表示不要求其扶养的，其继承份额不受影响。

继承人协商同意的，继承份额可以不均等。

第二十五条 [继承人以外可适当分得遗产的人]

下列继承人以外的人可以分得适当的遗产：

- (一) 依靠被继承人婚前继续抚养的缺乏劳动能力又没有生活来源的；
- (二) 对被继承人扶养较多的；
- (三) 其他与被继承人有特别关系的。

### 第三章 遗嘱处分

#### 第一节 一般规定

##### 第二十六条 [遗嘱的定义]

遗嘱是自然人按照法律的规定处分自己的财产，安排与此有关的事务，并于死亡后发生效力的单方民事行为。

##### 第二十七条 [代理的禁止]

遗嘱应由遗嘱人亲自订立，第三人代理设立的遗嘱无效。

##### 第二十八条 [遗嘱自由原则]

自然人可以依照本法的规定设立遗嘱，指定由法定继承人中的一人或者数人继承其遗产，或者将其个人财产赠给国家、集体或者法定继承人以外的其他人。

##### 第二十九条 [特留份]

遗嘱人设立遗嘱时，必须为特留份继承人预留法律规定的份额，并不得为特留份设定负担。遗嘱人违反法律规定对特留份所作的遗嘱处分无效。

在被继承人死亡前，特留份继承人放弃特留份的声明无效。

本法规定的第一顺序、第二顺序法定继承人为特留份继承人。

##### 第三十条 [特留份份额的确定]

第一顺序法定继承人的特留份为其应继份的二分之一；

第二顺序法定继承人的特留份为其应继份的三分之一。

特留份的继承顺序准用法定继承人的继承顺序。

##### 第三十一条 [特留份的丧失]

继承人按照本法的规定丧失继承权的，其享有特留份权利同时消灭。

##### 第三十二条 [遗嘱合法原则]

当事人设立遗嘱，不得违反法律规定和社会公德。

##### 第三十三条 [遗嘱能力]

遗嘱人设立遗嘱时必须具有完全民事行为能力。限制民事行为能力人、无民事行为能力人设立的遗嘱无效。

遗嘱人的遗嘱能力以其设立遗嘱时为准。

无民事行为能力人所立的遗嘱，即使其本人后来恢复了民事行为能力，仍属无效遗嘱。遗嘱人立遗嘱时有民事行为能力，其后丧失了民事行为能力，不影响遗嘱的效力。

#### 第二节 遗嘱的形式

##### 第三十四条 [遗嘱的形式]

设立遗嘱可以采用公证遗嘱、自书遗嘱、代书遗嘱、录音遗嘱和口头遗嘱等法律规定的形式为之。

##### 第三十五条 [公证遗嘱]

公证遗嘱由遗嘱人经公证机关办理。公证遗嘱必须由遗嘱人亲自申请办理公证，不能委托他人办理。

办理遗嘱公证应当有两个以上的公证员参加，公证员办理遗嘱公证应当遵守回避程序。

遗嘱人须在公证员面前以书面或者口头形式表述出遗嘱的内容。遗嘱人亲笔书写遗嘱的，应在遗嘱上签名，并注明年、月、日；遗嘱人口授遗嘱的，由公证员作出记录并向遗嘱人宣读，经确认无误后，由在场的公证员和遗嘱人签名，并注明设立遗嘱的年、月、日。

公证员办理公证遗嘱应当对相关事项进行审查。审查的具体内容包括：遗嘱人的遗嘱能力、遗嘱意思表示的真实性、遗嘱形式的合法性以及其他按照公证规则应当审查的事项。

### 第三十六条 [自书遗嘱]

自书遗嘱应当由遗嘱人亲笔书写遗嘱的全部内容并签名，注明年、月、日。

自然人在遗书中涉及死后个人财产处分的内容，确为死者真实意思的表示，有本人签名并注明了年、月、日，又无相反证据的，视为自书遗嘱。

### 第三十七条 [代书遗嘱]

遗嘱人可以口述遗嘱内容，并由他人代为书写遗嘱。

代书人应当忠实地记载遗嘱人的意思表示，不得对遗嘱人的意思表示作篡改和修正。

代书遗嘱应当有两个以上见证人在场见证，由其中一人代书，注明年、月、日，并由代书人、其他见证人和遗嘱人签名。

### 第三十八条 [录音遗嘱]

遗嘱人可以用录音（含录像、光盘以及其他电子读物）的方式制作遗嘱。以录音形式设立遗嘱，应当有两个以上见证人在场见证。

录音遗嘱应当由遗嘱人亲自制作，遗嘱人在录制完遗嘱后，应将记载遗嘱的磁带封存，遗嘱人、见证人应当在封存好的录音遗嘱的封口上签名并注明年、月、日。

录音遗嘱应当在见证人、继承人、受遗赠人以及其他利害关系人都到场的情况下当众启封。

### 第三十九条 [口头遗嘱]

遗嘱人在危急情况下，可以订立口头遗嘱。

遗嘱人按前款规定设立遗嘱的，应当有两个以上见证人在场见证。遗嘱人能够以其他方式将其订立遗嘱的真实意思告知见证人的，见证人可以不出席现场。见证人应当及时将其见证的遗嘱内容作成书面形式，注明遗嘱设立的时间、签名并在危急情况解除后迅速交付继承人、受遗赠人或其他利害关系人。

危急情况解除后，遗嘱人能够用其他形式立遗嘱的，所立口头遗嘱自危急情况解除之日起两周后失效。

### 第四十条 [遗嘱见证人]

遗嘱见证人是证明遗嘱真实性的第三人。遗嘱见证人应由遗嘱人设立遗嘱时亲自指定。在紧急情形下，虽未经指定但确能证明口述遗嘱真实性的完全民事行为能力人可以作为遗嘱见证人。

下列人员不能作为遗嘱见证人：

- （一）无民事行为能力人、限制民事行为能力人；
- （二）继承人、受遗赠人及其配偶或者其他直系血亲；
- （三）与继承人、受遗赠人有利害关系的其他人。

## 第三节 遗嘱的内容

### 第四十一条 [遗嘱的内容]

遗嘱人可以在遗嘱中对下列事项进行指定：

- （一）指定继承人、受遗赠人以及候补继承人、候补受遗赠人以及后位受遗赠人；
- （二）指定遗产的分配顺序、分配方法或份额；
- （三）规定遗嘱继承人、受遗赠人的附加义务；
- （四）指定遗嘱执行人；
- （五）指定遗嘱信托的受托人和受益人；
- （六）其他事项。

遗嘱不完全具备上述内容的，不影响其效力。

### 第四十二条 [遗赠]

遗嘱中指定的受遗赠人只能是国家、集体、法人或者其他组织以及法定继承人以外的人。

受遗赠人须为遗嘱生效时生存的人，但遗赠人死亡时已经受孕或在遗嘱生效期间内受孕的胎儿可以作为受遗赠人。

遗赠的财产须为遗产，且在遗赠人死亡时执行遗赠为可能和合法。

遗赠的效力及于主物的从物及自遗嘱生效时起由遗赠物所生的孳息，但不影响遗嘱生效时已经存在于遗赠标的上



的权利。

受遗赠人基于故意或重大过失而导致遗嘱人及其直系血亲死亡或重伤的，其受遗赠权消灭，但遗赠人明确表示宽恕的除外。

#### 第四十三条 [遗嘱信托]

遗嘱人设立遗嘱信托的，应当符合信托法的有关规定。

#### 第四十四条 [遗嘱附条件的限制]

遗嘱人可以在遗嘱中对遗嘱继承或者遗赠附加一定的条件。

遗嘱人对遗嘱继承或遗赠所附的条件不得违反法律规定，不得损害国家、社会、集体或他人的利益。遗嘱人不得对遗嘱继承或者遗赠附加非财产性质的限制条件。

遗嘱人违反上述规定所设立的条件无效。

#### 第四十五条 [遗嘱内容的推定]

遗嘱人在遗嘱中仅指定了遗嘱继承人和遗产的名称、范围或者数额但没有指明各遗嘱继承人应继承的具体遗产和份额的，遗产应在其指定的遗嘱继承人中作等额分配。

#### 第四十六条 [遗嘱的解释]

对遗嘱的内容作出解释时，应根据遗嘱的上下文采纳最符合于遗嘱人意思的解释。

### 第四节 遗嘱的变更和撤回

#### 第四十七条 [遗嘱的变更和撤回]

遗嘱人可以按照法律规定的遗嘱设立的条件和方式撤回、变更自己所立的遗嘱。

#### 第四十八条 [遗嘱撤回的方式之一：明示撤回]

遗嘱人得以任何一种法定遗嘱形式撤回其先前依其他法定形式所设立的遗嘱。

#### 第四十九条 [遗嘱撤回的方式之二：推定撤回]

遗嘱人有下列行为之一的，视为其撤回遗嘱：

- (一) 遗嘱人立有数份遗嘱，且内容相抵触的，以最后的遗嘱为准；
- (二) 遗嘱人生前的行为与遗嘱的内容相抵触的，遗嘱就相抵触的部分视为撤回；
- (三) 遗嘱人故意销毁遗嘱的，视为撤回遗嘱。

### 第五节 遗嘱的效力

#### 第五十条 [遗嘱生效的时间]

遗嘱自遗嘱人死亡时生效。遗赠附有生效条件者，自条件成就时起生效。

遗嘱对继承附停止条件的，所附条件无效。

#### 第五十一条 [遗嘱的无效]

有下列情形之一的，遗嘱无效：

- (一) 无民事行为能力人或者限制民事行为能力人所立的遗嘱；
- (二) 代理设立的遗嘱；
- (三) 伪造的遗嘱；
- (四) 受胁迫、欺诈所订立的遗嘱。
- (五) 被篡改的遗嘱部分；
- (六) 遗嘱处分属于国家、集体或者他人所有的财产的部分；
- (七) 违反法律规定对特留份进行处分的部分。

无效的遗嘱不具有执行效力，遗嘱部分无效的不影响其他部分的效力。

#### 第五十二条 [瑕疵遗嘱的撤销]

遗嘱不符合法律规定的形式要求的，继承人、受遗赠人或其他利害关系人可以申请撤销。

遗嘱被撤销的，溯及自遗嘱人死亡时起无效，尚未执行的，停止执行；已经执行的，应当返还被执行的遗产，不能返还的，受益人应折价补偿。

前款撤销权自权利人知道或者应当知道可撤销事由时起经过五年即消灭。

## 第六节 遗嘱的执行

### 第五十三条 [遗嘱执行人的条件]

遗嘱执行人应当具有完全民事行为能力。

### 第五十四条 [遗嘱执行人的确定]

遗嘱人可以在遗嘱中指定遗嘱执行人，也可以在遗嘱中委托第三人指定遗嘱执行人。

遗嘱人未指定遗嘱执行人或者指定的遗嘱执行人不能执行遗嘱的，遗嘱人的法定继承人为遗嘱执行人。

既没有遗嘱指定的遗嘱执行人也没有法定继承人能够执行遗嘱时，遗嘱人生前所在单位或者继承开始地的居民委员会或者村民委员会为遗嘱执行人。

### 第五十五条 [遗嘱执行人的接受或拒绝]

继承人以外的人被指定为遗嘱执行人的，有权决定是否担任遗嘱执行人；不愿担任遗嘱执行人的，应当及时通知继承人、受遗赠人或者其他利害关系人。

### 第五十六条 [多数执行人]

指定遗嘱执行人为二人以上的，除遗嘱人在遗嘱中有另外的意思表示外，应共同执行遗嘱。

在无指定遗嘱执行人时，法定继承人为多数人的，全体继承人为共同遗嘱执行人。继承人可以共同推举一人或者数人为代表执行遗嘱。

遗嘱执行人对遗嘱的执行意见不一致时，可以请求人民法院裁定。

### 第五十七条 [遗嘱执行人的权利和义务]

除遗嘱中另有特别规定外，遗嘱执行人有下列权利和义务：

- (一) 查明遗嘱是否合法真实；
- (二) 清理遗产；
- (三) 管理遗产；
- (四) 诉讼代理；
- (五) 召集全体遗嘱继承人和受遗赠人，公开遗嘱内容；
- (六) 按照遗嘱内容将遗产最终转移给遗嘱继承人和受遗赠人；
- (七) 排除各种执行遗嘱的妨碍；
- (八) 请求继承人赔偿因执行遗嘱受到的意外损害。

### 第五十八条 [遗嘱执行人的责任]

遗嘱执行人执行遗嘱时，应当按照法律的要求和遗嘱人的意愿忠实地履行自己的职责。遗嘱执行人因故意或者重大过失而给继承人、受遗赠人以及其他利害关系人造成损失时，应当承担赔偿责任。但遗嘱执行人有偿执行遗嘱的，应对自己的一切过失所造成的损失承担赔偿责任。

### 第五十九条 [遗嘱执行人资格的撤销]

遗嘱执行人不能适当地履行自己的职责时，遗嘱继承人、受遗赠人以及其他利害关系人可以申请人民法院撤销遗嘱执行人的资格。

### 第六十条 [遗嘱执行人的报酬]

遗嘱人可以在遗嘱中对遗嘱执行人指定报酬。遗嘱人没有作出上述指定的，遗嘱执行人不得请求报酬。但继承人或者受遗赠人自愿支付报酬的除外。

## 第四章 遗赠扶养协议

### 第六十一条 [遗赠扶养协议的定义]

遗赠扶养协议是自然人（遗赠人、受扶养人）与扶养人或者集体组织订立的，以被扶养人的生养死葬及其财产的遗赠为内容的协议。

关于遗赠扶养协议，本法未作规定的，适用合同法有关规定。

第六十二条 [遗赠扶养协议的形式]

遗赠扶养协议应当采取书面形式。

第六十三条 [遗赠扶养协议的效力]

遗赠扶养协议一经成立即发生法律效力，并受法律保护。

遗赠扶养协议生效后，扶养人应当履行对受扶养人的生养死葬的义务。在受扶养人死亡后，扶养人得依照遗赠扶养协议的约定取得受扶养人的遗产。

## 第五章 遗产的处理

第六十四条 [继承开始后的通知]

知道被继承人死亡的继承人为继承开始通知的义务人。继承人中无人知道被继承人死亡或者知道被继承人死亡而不能通知的，被继承人生前所在单位或者住所地的居民委员会、村民委员会为继承开始通知的义务人。

其他利害关系人知道继承开始的事实的，也可以通知继承人或遗嘱执行人。

第六十五条 [遗产管理人的选任]

继承开始后两个月内，继承人应当举行会议推选遗产管理人。共同继承人未推选遗产管理人的，由全体继承人共同行使遗产管理人的职责。

遗嘱中指定有遗嘱执行人的，由遗嘱执行人行使遗产管理人的职责。

在下列情况下，经利害关系人申请，人民法院可以指定遗产管理人：

- （一）遗嘱未指定遗嘱执行人，继承人对遗产管理人的选任有争议的；
- （二）没有继承人或者继承人下落不明，而遗嘱中又未指定遗嘱执行人的；
- （三）遗产债权人有权证明继承人的行为已经或将要损害其利益的。

人民法院在指定遗产管理人之前，经利害关系人的申请，可以对遗产进行必要的处分。

第六十六条 [遗产管理人的报酬]

继承人和遗嘱执行人以外的人担任遗产管理人的，有权请求与其所执行职务相当的报酬。遗产管理人的报酬应列入继承费用优先受清偿。

第六十七条 [遗产的保管]

继承开始后，存有遗产的人应当妥善保管遗产，并将其存有的遗产的种类、数量和状况及时通报遗产管理人，由遗产管理人与继承人协商决定该项遗产此后的保管方式。

第六十八条 [编制遗产清册]

遗产管理人应当及时清理被继承人的财产，编制遗产清册。

遗产管理人在编制遗产清册时，应当将被继承人财产与夫妻共同财产、家庭共同财产及其他人的财产区分开。

第六十九条 [遗产的使用、收益和处分]

继承人有数人时，遗产在分割以前归全体继承人共同共有。未经全体继承人同意，任何继承人不得进行有损于遗产价值的使用、收益和处分。

遗产占有人在紧急情况下，为保存遗产价值而进行处分的，事后应当及时通知继承人和遗产管理人，并将所得价款移交遗产管理人。

第七十条 [遗产份额的转让限制]

在遗产分割前，共同继承人不得将其所继承的遗产份额转让于共同继承人以外的人。

违反前款规定为遗产份额转让的，其转让行为无效。

第七十一条 [继承的接受和放弃]

继承人放弃继承的，应当在知道继承开始后两个月内以书面形式作出放弃继承的意思表示；逾期未表示的，视为接受继承。

受遗赠人接受遗赠的，应当在知道受遗赠后两个月内作出接受遗赠的意思表示；逾期未表示的，视为放弃受遗赠。继承人接受或放弃继承、受遗赠人接受或放弃受遗赠的意思表示不得撤回，但在受欺诈、胁迫情况下做出的除外。

第七十二条 [附条件、期限的接受和放弃及部分的接受和放弃]

接受或者放弃继承不得附条件或期限。

部分接受或放弃继承的意思表示无效。

第七十三条 [放弃继承的溯及力]

放弃继承的效力，溯及于继承开始之时。

第七十四条 [放弃继承的无效]

继承人放弃继承损害其债权人利益的，债权人可以在知道或者应当知道继承人放弃继承之日起六个月内申请人民法院作出放弃继承无效的裁定，但继承人提供充分担保的除外。

第七十五条 [遗产债务的范围及共同继承人的连带责任]

遗产债务是指被继承人生前依法应当缴纳的税款和完全用于个人生活和生产需要所欠下的债务。家庭债务中应当由被继承人承担的部分也属于遗产债务。

共同继承人对遗产债务的清偿负连带责任，但遗产债权人同意免除的除外。

第七十六条 [继承人偿还责任的限制]

继承人以其所接受遗产的实际价值为限对遗产债务承担责任。超过遗产实际价值部分，继承人自愿偿还的不在此限。

继承人放弃继承的，对被继承人依法应当缴纳的税款和债务不负偿还责任。

第七十七条 [遗嘱继承和遗赠的扣减]

遗嘱生效时，实际遗产的数额不足遗嘱所列的遗产数额时，应当对遗嘱继承和遗赠的数额按应得份额的比例进行扣减。

第七十八条 [遗产处理的顺序]

遗产首先应当用于清偿遗产债务。清偿遗产债务后有剩余的，应当按遗嘱继承办理；仍有剩余的再由法定继承人按法律规定的比例分配遗产。

同一顺序继承人有多人时，应当按其应得份额的比例进行分配，法律另有规定的除外。

依前二款规定完成遗产处理程序可能导致缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人难以维持生活的，应当在遗产处理前为其保留维持六个月生活所必要的费用。

第七十九条 [对遗产债权的公告]

继承人和遗产管理人应当于知道继承开始后三个月内向人民法院递交遗产清册，由人民法院依公示催告程序催告债权人申报债权。

前款公示催告程序的期间不得少于三个月。

继承人和遗产管理人在本条规定的公示催告期间内，得拒绝任何债权人和受遗赠人的给付请求。

第八十条 [遗产债务的清偿]

本法前条规定的催告期届满后，继承人和遗产管理人应当依据已申报债权和其他已知债权的数额或比例，以遗产分别偿还。对遗产享有担保物权的债权人可申请就担保物优先受偿。

对于尚未到期的遗产债务或有争议的遗产债务，继承人和遗产管理人应当在遗产分割前保留为清偿此债务所必要的财产。

第八十一条 [损害赔偿]

继承人和遗产管理人违反第七十八条至第八十条规定，对遗产债权人和受遗赠人造成损害的，应当承担赔偿责任。前款受有损害的遗产债权人和受遗赠人，可向明知有不当受偿情形的遗产债权人和受遗赠人请求偿还其不当受偿的数额。

第八十二条 [不申报债权的效果]

遗产债权人不依本法规定的期限申报债权，而又为继承人和遗产管理人所不知者，仅得就剩余遗产，行使其权利。但就遗产享有担保物权者，不在此限。

第八十三条 [遗产分割自由及其限制]

继承开始后，继承人得随时请求分割遗产，但有下列情况的除外：

- (一) 遗产债务尚未清偿完毕；
- (二) 遗嘱指定遗产于一定期间内不得分割，但此期间不得超过五年；超过五年的，缩短为五年；
- (三) 继承人协商同意于一定期间内不分割遗产。

胎儿未出生的，请求分割遗产时，应为胎儿保留其应继份。出生后为死胎的，保留份额按法定继承处理。

对特定遗产进行即时分割将会严重损害其价值的，人民法院经继承人申请，可裁决暂缓分割。

#### 第八十四条 [遗产分割的原则和方法]

遗产的分割应当依照遗嘱中指定的遗产分割方法进行。遗嘱中未指定的，应当依照有利于生产和生活、不损害遗产的效用的原则进行。

不宜分割的遗产，可以采取折价、适当补偿或者共有等方法处理。

#### 第八十五条 [遗产分割的溯及力]

遗产分割溯及于继承开始时发生效力，但不得侵害第三人的利益。

#### 第八十六条 [继承费用]

为完成管理、分割遗产及执行遗嘱而支出的继承费用先于遗产债务清偿。

因继承人和遗产管理人过失而支出的费用不属于继承费用，由负有过失的继承人和遗产管理人承担。

#### 第八十七条 [瑕疵担保责任]

遗产分割后，各继承人以其所得的遗产份额为限，对其他继承人分得的遗产，负与出卖人同样的瑕疵担保责任。

受赠人所接受的遗产为种类物的，有权要求继承人承担前款规定的责任。

各继承人对其他继承人分得的债权，就遗产分割时债务人的支付能力，负担担保责任。

前项债权如附有停止条件或者未届清偿期的，则各继承人应就清偿时债务人的支付能力负担担保责任。

#### 第八十八条 [担保责任的分担]

依前条规定负担担保责任的共同继承人中有无支付能力不能偿还其分担份额的，其不能偿还部分由有请求权的继承人与其他继承人按其所得遗产份额的比例分担。但不能偿还部分是由有请求权的继承人的自身原因所致的，其他共同继承人不负分担责任。

#### 第八十九条 [遗托的实现]

附义务的遗嘱继承或遗赠，如义务能够履行，而继承人、受遗赠人无正当理由不履行，经受益人或者其他继承人请求，人民法院可以取消其接受附义务部分遗产的权利，由提出请求的继承人或受益人负责按遗嘱人的意愿履行义务，接受遗产。

#### 第九十条 [无人承受遗产的处理]

无人承受的遗产，在人民法院指定的遗产管理人依本法规定清偿了遗产债务和继承费用之后仍有剩余的，由遗产管理人移交有关部门上缴国库所有；如果死者生前是集体所有制组织成员的，则应移交所在的集体所有制组织并归其所有。

## 梁慧星：仅 37 条的继承法该“大修”了

2010 年 03 月 12 日 07:18 [法制日报](#)

文 / 法制日报记者陈丽平图 / 法制日报记者 王建军

“今年人大会议上，我提交了两个建议，都是关于法律修改的。一个是建议修改继承法，另一个是建议修改海商法。”说这话的，是中国社会科学院学部委员梁慧星代表。他是我国著名的民法学专家，也是十一届全国人大法律委员会委员。

今天，利用会议间隙，梁慧星代表重点就继承法修改问题，向《法制日报》记者作了介绍。

继承法颁布、实施于 1985 年，仅有 37 个条文，25 年来一直没有修改。

“25 年前制定继承法时，我国正处于改革开放初期，实行的



是单一公有制的计划经济体制，”梁慧星分析说，那时整个社会物资严重匮乏，广大工人、农民家庭中基本上没有什么财产，继承关系极为简单，加之当时我国法学教育和法学研究刚刚恢复，对于继承法律制度的重要意义认识不足，因此造成现行继承法过于简略，遗漏了许多重要的继承制度。

他说，继承法实施 25 年来，我国已经成功实现从计划经济体制向社会主义市场经济体制的转轨，社会主义市场经济有了相当大的发展，广大人民群众拥有的私有财产种类和数量日益增加。

“由于实行计划生育政策，一对夫妇只生一个孩子，我国的家庭关系和亲属关系也发生了深刻变化，”梁慧星认为，继承法已经无法满足和适应社会经济生活的需求。同时，继承法本身的诸多漏洞和缺陷，也限制了继承制度调整功能的进一步发挥，不符合建设社会主义和谐社会对法律调整的要求。

“全国人大常委会应尽快将继承法的修订工作提上立法日程。”梁慧星建议。

遗产尽量不收归国有

继承法中的哪些内容应当修订呢“首先就是遗产的范围。”梁慧星说。

我国现行继承法规定，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。

“继承法修改时应明确规定，遗产的范围包括物权法、公司法、合同法等现行法律所规定和认可的公民财产权利，如土地承包经营权、建设用地使用权、抵押权、质权、占有、股权、知识产权、债权等。”梁慧星说。

“修改继承法时，还应当完善继承权丧失制度。”梁慧星说，继承法乃私法，应重视并充分体现对当事人意志的尊重。

梁慧星建议，将杀害被继承人、遗弃被继承人或者虐待被继承人情节严重的作为继承权丧失事由。

“法定继承人的范围和顺序也应修改。”梁慧星说，由于我国长期实行计划生育政策，家庭关系和亲属关系日趋简单，如果仍坚持现行法律所规定的法定继承人范围，将导致遗产无人继承的情形日渐增多。为尽量不将遗产收归国家或集体所有，应适当扩大法定继承人之范围。

梁慧星提出，考虑到我国历史传统和继承习惯，建议将法定继承人范围适当扩大，可以扩大至四等亲以内的亲属，并将现在的两个继承顺序，变更为三个或者四个继承顺序。

各种遗嘱效力应同等

继承法规定，不得撤销、变更公证遗嘱。“这实际上是规定了公证遗嘱最强的效力。”

梁慧星提出，各种遗嘱应具有相同的效力，而不应赋予公证遗嘱最强的效力。同时，应当承认打印的、由本人亲笔签名的自书遗嘱。另外，现行继承法规定的录音遗嘱应改为音像遗嘱，以涵盖录像、光盘以及其他电子读物载体的遗嘱。

现行继承法规定：遗嘱人在危急情况下，可以立口头遗嘱。口头遗嘱应当有两个以上见证人在场见证。危急情况解除后，遗嘱人能够用书面或者录音形式立遗嘱的，所立的口头遗嘱无效。

“修改继承法时应规定，危急情况解除后口头遗嘱的效力应有条件的承认。”梁慧星说。

梁慧星还提出，修改继承法时应当增加补充继承制度。补充继承是遗嘱人在遗嘱中指定的继承人不能继承时，由遗嘱中指定的补充继承人继承的制度。我国现行的继承法没有规定这一制度。

“补充继承能够更加充分地尊重遗嘱人的意愿，是大陆法系国家和地区通行的继承制度，我国继承法也有明确规定的必要。”梁慧星说。

梁慧星认为，继承法还应当增加遗嘱执行制度。“遗嘱生效后，遗嘱人已经死亡，如果没有严格的遗嘱执行程序，遗嘱人的意愿将难以实现。”梁慧星认为，关于遗嘱执行，继承法应规定下列制度：遗嘱执行人的资格和确定、遗嘱执行人的职责、遗嘱执行人的撤销等。

此外，梁慧星还提出，应当补充、完善继承法的遗产分割制度、代位继承制度和特留份制度等。

法制日报北京 3 月 11 日讯

### 简陋的《继承法》已不适当今社会

<http://www.worker.cn>2010/4/7 05:47 梁慧星 来源：经济参考报

由于我国长期实行计划生育政策，家庭关系和亲属关系日趋简单，如果仍坚持现行法所规定的法定继承人范围，

将导致遗产无人继承的情形日渐增多。为尽量不将遗产收归国家或集体所有，应适当扩大法定继承人范围。应明确规定土地承包经营权、建设用地使用权、抵押权、质权、占有、股权、知识产权、债权等属于可以继承的遗产范围。

建议创设特留份制度，以遏制遗嘱人滥用遗嘱自由，切实保障法定继承人的合法利益，以维护健康和谐的社会主义家庭秩序。

现行《中华人民共和国继承法》颁布于改革开放开始不久的1985年。当时仍实行单一公有制的计划经济体制，全社会长期物资严重匮乏，广大工人、农民家庭基本上没有什么财产，继承关系极为简单。加之法学教育和法学研究刚刚恢复，对于继承法律制度的重要意义认识不足，因此造成现行继承法过分简略，仅有36个条文，遗漏了许多重要继承制度。

《继承法》实施至今已有25年之久，25年来，我国已经成功实现从计划经济体制向社会主义市场经济体制的转轨，社会主义市场经济有了相当发展，小康社会的目标即将实现，广大人民群众拥有的私有财产种类和数量日益增加。同时，由于实行计划生育政策，一对夫妇只生一个孩子，家庭关系和亲属关系发生了深刻变化，《继承法》已经无法满足和适应社会经济生活的需求。而继承法本身的诸多漏洞和缺陷，也限制了继承制度的调整功能的进一步发挥，不符合建设社会主义和谐社会对法律调整的要求。因此，全国人大常委会应尽快将《继承法》的修订工作提上立法日程。

建议《继承法》修订的主要内容如下：

关于遗产的范围。

继承立法应采取列举式，明确规定物权法、公司法、合同法等现行法律所规定和认可的财产权利，如土地承包经营权、建设用地使用权、抵押权、质权、占有、股权、知识产权、债权等，属于可以继承的遗产范围。

关于完善继承权丧失制度。

继承法乃私法，应重视并充分体现对当事人意志之尊重。应当将杀害被继承人、遗弃被继承人或者虐待被继承人情节严重的作为继承权丧失事由，并明确规定继承回复请求权及其时效、行使和效力等。

关于法定继承人的范围和顺序。

由于我国长期实行计划生育政策，家庭关系和亲属关系日趋简单，如果仍坚持现行法所规定的法定继承人范围，将导致遗产无人继承的情形日渐增多。为尽量不将遗产收归国家或集体所有，应适当扩大法定继承人范围。考虑到我国历史传统和继承习惯，建议将法定继承人范围扩大至四等亲以内的亲属，并将现在的两个继承顺序，变更为三个或者四个继承顺序。如继承人中无直系血亲卑亲属，对公婆或岳父母尽了主要赡养义务的丧偶儿媳、女婿也应作为第一顺序继承人。

关于代位继承制度。

《继承法》在代位继承的性质上采取了代表权说，被代位继承人丧失继承权的，代位继承人不得代位继承。但是，被代位人的责任不应由代位继承人承担。因此，在代位继承的性质上应当采取固有权说，被代位继承人即使丧失继承权的，代位继承人也得代位继承。

关于遗嘱的形式。

一是各种遗嘱应具有相同的效力，而不应赋予公证遗嘱最强效力；二是应承认打印的由本人亲笔签名的自书遗嘱；三是录音遗嘱应改为音像遗嘱，以涵盖录像、光盘以及其他电子读物载体的遗嘱；四是危急情况解除后口头遗嘱的效力应予有条件承认。

关于特留份制度。

特留份，是遗嘱人不得通过遗嘱处分的，由法定继承人继承的遗产份额。其实质是限制遗嘱人的遗嘱自由，防止遗嘱人滥用遗嘱自由，从而损害法定继承人的合法权益。建议创设特留份制度，以遏制遗嘱人滥用遗嘱自由，切实保障法定继承人的合法利益，以维护健康和谐的社会主义家庭秩序。

关于补充继承制度。

补充继承是遗嘱人于遗嘱中指定的继承人不能继承时由遗嘱中指定的补充继承人继承的制度。补充继承能够更加充分地尊重遗嘱人的意愿，是大陆法系国家和地区通行的继承制度，我国继承立法亦有明确规定的必要。

关于遗嘱执行制度。

遗嘱生效后，遗嘱人已经死亡，如果没有严格的遗嘱执行程序，遗嘱人的意愿将难以实现。关于遗嘱执行，继承

立法应规定下列制度：遗嘱执行人的资格和确定、遗嘱执行人的职责、遗嘱执行人的撤销等。

关于遗产分割制度。

一是遗产“归扣”，即在遗产分割时将继承人已于被继承人生前所受的特种赠与归入遗产，并于其应继份中予以扣除之法律制度。这种制度为各国所通行，我国民间也有此习俗，对于平衡继承人之间的利益具有不可取代的作用。因此，我国继承立法应规定“归扣”制度。二是遗产分割的效力。我国继承立法应吸收我国司法实践经验，明确规定：继承开始后，遗产分割前，遗产为继承人共同所有。

（作者为中国社会科学院法学研究所研究员）

## 郭明瑞谈继承法之“大修”

发布时间：2010-03-17 08:23:17 法制网

“两会”期间，十一届全国人大法律委员会委员、著名民法学专家梁慧星代表在全国人大会议上提出了两项关于法律修改的建议，其中的一个建议是修改继承法。

与梁慧星代表有着相同想法的还有中国法学会民法学研究会副会长郭明瑞；与梁慧星代表不同的是，郭明瑞教授此次并没有作为代表亲临人大会议现场。但是，他对继承法的修改建议有着自己深刻的见解，可以说是对梁慧星代表关于继承法修改建议的进一步补充和阐述。

□郭明瑞

继承法颁布已将近二十五年，现在我国的社会经济结构、私有财产状况、家庭关系等与其颁布之时相比已发生了深刻的变化，继承法已无法满足和应对当今社会经济生活的需求，因此，建议立法机关应及时对继承法进行修订完善。修改完善的主要问题包括以下方面：

□关于继承权制度

一是完善继承权丧失制度。继承法乃私法，应重视并充分体现对当事人意志之尊重，扩大继承权的相对丧失的事由。这些事由包括：遗弃被继承人或者虐待被继承人情节严重的；伪造、篡改或者销毁、隐匿遗嘱的；未成年人杀害被继承人等。继承人有以上情形经被继承人宽恕的，可不丧失继承权；二是承认继承回复请求权是不同于侵权请求权、物上请求权的独立的权利，是兼具形成权和请求权性质的复合性权利。明确规定继承回复请求权的时效、行使和效力等；三是建立完备的继承承认与放弃制度，尊重继承人的选择自由。同时，除非继承人提供充分担保，否则放弃继承损害他人利益的，利害关系人应可在法定期限内申请人民法院撤销。

□关于遗产的范围

继承立法应采取列举式与排除式相结合的方式规定遗产范围，明确规定所有权、用益物权、担保物权、占有、股权、知识产权、债权等的可继承性。承认一切非专属性权利义务均为遗产。建立合理的死亡赔偿金继承制度，理顺继承法与侵权责任法的关系。

□关于法定继承人的范围和顺序

由于我国长期实行计划生育政策，家庭亲属关系日趋简单，如果仍坚持现行法所定范围之法定继承人，将导致无人继承之情形日渐增多。汶川地震使这一情形尤为突出。

故而，为尽量不将遗产收归国家或集体所有，应适当扩大法定继承人之范围。且在我国历史上，也存在着叔、伯、侄子女等相互继承之传统。因此，应将法定继承人之范围扩大至四等亲以内之亲属，并在现有的两个继承顺序外，增加一个继承顺序。另外，如继承人中无直系血亲卑亲属，对公婆或岳父母尽了主要赡养义务的丧偶儿媳、女婿也应作为第一顺序继承人，且也仅以此为限。

□关于代位继承

继承法在代位继承的性质上采取了代表权说，被代位继承人丧失继承权的，代位继承人不得代位继承。在代位继承的性质上应当采取固有权说，被代位继承人即使丧失或放弃继承权的，代位继承人也得代位继承。被代位人的责任不应由代位继承人承担。代位继承的主体应限于被继承人子女的直系血亲卑亲属；代位继承不受辈分限制，但以亲等为序；第一顺序继承人全部先于被继承人死亡或丧失继承权的，只发生代位继承不发生第二顺位的继承。

□关于遗嘱形式

一是各种遗嘱应具有相同的效力，而不应赋予公证遗嘱最强效力；二是应承认打印的由本人亲笔签名的自书



遗嘱；三是录音遗嘱应改为音像遗嘱，以涵盖录像、光盘以及其他电子读物载体的遗嘱；四是危急情况解除后口头遗嘱的效力应予有条件承认；五是应对共同遗嘱、密封遗嘱的效力作出规定。

□关于特留份制度

特留份是遗嘱人不得通过遗嘱处分的，由法定继承人继承的遗产份额。其实质是限制遗嘱人的遗嘱自由，防止遗嘱人滥用遗嘱自由，从而损害法定继承人之权益。我国继承法中“必要遗产份额”的规定，远不及特留份合理，应当废除“必要遗产份额”的规定，设立特留份制度，四川泸州发生的“二奶遗赠继承案”充分说明了设立这一制度的必要性。遗嘱人违反法律规定对特留份作出的遗嘱处分无效。特留份权人为与被继承人关系密切的近亲属，考虑中国国情，第一顺序法定继承人的特留份份额可以设定为其应继份的二分之一；第二顺序法定继承人的特留份份额为其应继份的三分之一。特留份的继承顺序准用法定继承人的继承顺序。继承人可以抛弃特留份权。继承人按照法律规定丧失继承权的，其享有特留份权利同时消灭。继承人不得抛弃继承权，而仅保留特留份权。

□关于补充继承

所谓补充继承指遗嘱人在遗嘱中指定继承人后，当该指定的遗嘱继承人因放弃继承、继承缺格或先于遗嘱人死亡时，其应继承的遗产利益转归另一继承人继承的特殊制度。在现实生活中，继承人先于被继承人死亡或放弃继承、继承缺格之事时有发生。因此，我国继承立法承认补充继承确有其必要。

□关于遗嘱执行制度

遗嘱生效后，遗嘱人本身已无法执行遗嘱，若无严格的执行程序，遗嘱人的意愿将难以实现。因此各国民法对遗嘱执行制度无不加以详细规定。我国继承立法应着重规定以下制度：一是只有完全行为能力人才具有担任遗嘱执行人的资格；二是按照以下方式确定遗嘱执行人：由遗嘱人在遗嘱中指定或者在遗嘱中委托第三人指定；遗嘱人未指定遗嘱执行人、指定不明确或者指定的遗嘱执行人不能执行遗嘱的，遗嘱人的法定继承人为遗嘱执行人；在遗嘱中没有指定遗嘱执行人也没有法定继承人能执行遗嘱时，由遗嘱人生前所在地或者继承开始地的基层组织为遗嘱执行人；三是遗嘱执行人的职责包括查明遗嘱的真实合法性、清理遗产、编制遗产清单等；四是遗嘱执行人的辞职、撤销等。

□关于遗赠制度

一是明确受遗赠人只能是法定继承人以外的第三人，受遗赠人应该是遗嘱生效时生存的人，但遗赠人死亡时已经受孕或在接受遗赠的法定期间内受孕的胎儿也可以作为受遗赠人；二是明确遗赠的效力。物权法第 29 条规定：“因继承或者受遗赠取得物权的，自继承或者受遗赠开始时发生法律效力。”

□关于继承开始的时间和地点

继承开始的时间主要应解决推定死亡时间问题，应当按照保护继承人利益及遵循自然法则的原则确定推定死亡时间。继承开始的地点应以被继承人生前最后住所地或主要遗产所在地为确定标准。

□关于遗产分割制度

一是关于遗产分割归扣制度。归扣乃遗产分割中将继承人已于被继承人生前所受的特种赠予归入遗产，并于其应继份中予以扣除之法律制度。这种制度为各国所通行，我国民间也有此习俗，它对于平衡继承人之间的利益具有不可取代的作用。因此，我国继承立法应建立归扣制度，扩大实质遗产的范围将“继承开始前，因结婚、分居、营业、超过通常标准的教育职业培训，已接受被继承人赠予财产的继承人，应将该赠予价额加入继承开始时被继承人所有财产中，为应继遗产”。同时，尊重被继承人的意愿，规定“被继承人于赠予时有反对意思表示者”不得进行归扣；二是遗产分割的效力。我国继承立法应吸收我国司法实践经验，明确规定：“继承开始后，遗产分割前，遗产为继承人共同所有。”

□关于遗产债务的清偿

继承法对遗产债务的清偿过于原则、缺乏操作性。为完善该制度，继承立法应着重规定：一是遗产处理的顺序。遗产首先应当用于清偿遗产债务。清偿遗产债务后有剩余的，应当按照遗嘱继承办理；二是共同继承人对遗产债务的清偿负连带责任。继承人相互间对于被继承人之债务，除另有约定外，按应继份比例负担。来源：法制网——法制日报

烟台大学法学院郭明瑞教授发言：中国继承法（的修改）

上传时间:2006-7-3 来源：中国民商法律网

<http://test.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=27320>

各位专家，各位朋友大家好！根据大会的安排，我发言的题目是关于继承法的完善问题，中国现在调整继承关系的基本法律是中华人民共和国继承法。这部法律颁布于1985年4月，于1985年10月开始实行。在这部法律颁布以后，1985年的9月，中国的最高人民法院又颁发了关于贯彻执行中华人民共和国继承法若干意见最高人民法院贯彻意见，这是自中华人民共和国成立以来，贯彻了国家的民事政策，也是符合当时中国国情的，为树立中国国民的意见纠纷，发挥了应有重要的作用。

同时应当看到，这部继承法也存在着一定的缺陷，因为这部继承法是在中国第三次《民法典》编纂的时候，直接出来在民法草案第一稿的基础上，制订出来的。这部继承法我觉得存在的问题，一方面是继承法当中的一些制度，规定的民法典和我国立法间有关系。另一方面继承法实行以来，中国国情发生了巨大的变化，原来的一些制度，一定不适应或者说不能适应现实社会的需要，现在中国正在制订《民法典》，在《民法典》制订出来以后，继承法将作为《民法典》当中的一篇，《民法典》制订的机会，继承法制度也将会得到进一步的完善。

关于《继承法》的完善，《继承法》第一方面是一些制度的修整。第二，是现有《继承法》当中确实的一些制度的补助。这里我结合着我们现行的《继承法》，就继承制度完善当中的主要问题谈一下自己的一些看法！

第一个问题，关于继承人的范围与顺序。中国现行的《继承法》，在继承人的范围上，一方面将法定继承人的范围，仅限于近亲属。另一方面又需重视抚养关系，又将对岳父母进行了赡养义务的规定。儿子，女婿规定法定继承人，这是跟其他国家继承法不一样的。我国现行的《继承法》将继承人分为了两个顺序：第一个顺序是儿子、子女，父母，以及对公婆或者岳父母进了赡养义务的儿媳或者女婿，第二个顺序是兄弟姐妹，祖父母，这个规定有他一定的补助，这个补助我想可以从这几个方面来说。

第一，他没有对继承人子女的晚辈继续选择，规定第一顺序的继承人，从而导致我国《继承法》当中的待为继承上存在的是代表权说，而否定了固有权说。

第二个，对公婆或岳父母进行了赡养义务，这就导致在发生代为继承的时候，会出现一支分两份的不合理现象。在中国传统习惯上，按子继承，比如说一个人有两个儿子，这两个儿子每人继承一份遗产，如果其中有一个死亡了，应该由他的子女，或者晚辈代为继承。按照我们现有的法律，其中有一个他死亡了，他又有子女，他又有配偶，配偶又对公婆进了赡养，他就可以分到双份遗产，这跟中国传统习惯不想一致。

第三，我们现在《继承法》把法定继承人限定在近亲属当中，在民间世俗上，叔弟之间是有继承遗产的习惯，考虑到我们国家的传统习俗和现在优生优育政策的落实，因为现在独生子女家庭比较多，以及人口高龄化的现象，如果还按照原来的规定，将会出现一些问题，就是遗产应该归国家所有，不应该保留在这些人当中。考虑到这些问题，我们认为，国家法律继承的范围，应该予以一定的扩大，应该包括配偶、子女及其晚辈进行选择，父母、祖父母，外祖父母，兄弟姐妹，能够扩大到四层以内的跨血液层。

在继承顺序上，也提出来应当讲配偶不化作单独的继承顺序，考虑到我们过程配偶作为第一顺序进行继承已经成为习惯，我们觉得在继承顺序上可以仍旧保留现行法当中关于第一顺序和第二顺序的规定，第一顺序仍然是配偶、子女、父母。第二顺序是兄弟、姐妹、祖父母和外祖父母，同时增加第三顺序。

至于儿子、儿媳或者说女婿，对公婆或者岳父母尽了赡养义务，直至死亡的，没有继承人参加继承的可以作为第一顺序继承人参加继承，有代为继承人参加继承的，不能作为继承人参加继承，以保证按子分配的原则，对他们应该分予适当的遗产。

关于顺序，中国现行《继承法》规定，继承人有下列四种行为之一的丧失继承权，一是故意杀害继承人的；二是为争夺遗产而杀害其他继承人的；三是虐待被继承人情节严重的；四是伪造、篡改问题严重的，这个规定有它的合理之处，但是也存在着一定的缺陷，他没有坚持同等行为应当同等对待的规则。例如《继承法》的这一规定，没有将严重侵害被继承人遗嘱的行为包括在里面，伪造、篡改遗嘱严重的继承权应当丧失，侵害被继承人遗嘱构成严重的行为，比伪造篡改和收回遗嘱更为严重。

我们主张除了现在《继承法》当中所规定的亲情以外，以其他或者胁迫的手段，迫使妨碍继承人妨碍变更，或者撤销遗嘱情节严重的也应该丧失继承权。对于继承人丧失了，我们主张除了因为争夺遗产而杀害其他继承人，丧失继承权，因为绝对丧失以外，也有其他丧失继承权的。对继承人的行为予以宽恕的继承人的继承权可以恢复，即使故意杀人没有杀死，假如被继承人宽恕了，也可以恢复继承权，否则遗产也可能没有人继承。

第三，关于遗产的问题。遗产是继承权的客体，自然人拥有的财产范围有着密切的关系，通过现在继承法规定，遗产是公民死亡时遗留的个人的合法财产，包括公民的声誉和生活用品、公民的图书资料、法律允许公民允

许的生产资料、工作的制作权、专利权、财产权、公民的其他合法权利，这个规定也是与当时公民所可以拥有的私有财产的范围上相一致，但是随着社会的发展和国家对私有财产保护的重视，现在中国公民私有财产的数量极大的增加了，种类也大大的增多了，可以说现在我们国家对私人拥有的财产基本上没有限制，只有国家专用的财产私人不可以拥有除外。因此关于遗产范围的规定，需要在现在《继承法》当中加以修整。我们说在遗产范围上可以不列举说明遗产包括哪些个人财产。

可以规定和被继承人人身有关的债权债务，因死亡而发放的抚恤金，以及法律规定不得继承的其他财产，不得作为继承的底，这样就可以。关于遗嘱自由与限制，通过现行的继承法遗嘱只有原则，尽管我们说是以法定为主的遗产继承方式，但是遗嘱继承有限与法定继承，《继承法》当中明确规定，公民可以立遗嘱区分个人财产，并可以制订遗嘱继承人，同时现行《继承法》当中，对遗嘱自由也做了一定的限制，这一限制主要体现在继承法第19条的规定当中，《继承法》19条当中规定遗嘱缺乏劳动能力，由没有生活来源保留主要的遗产费用，法律对遗嘱的形式做了明确的规定，并规定在各种形式的遗嘱当中，公正遗嘱具有最高的效力，其他形式的遗嘱不能撤销公正遗嘱。

《继承法》关于遗嘱自由和遗嘱限制的规定，在当时的情况下是合适的，但是随着私有财产的增多，遗产数量的增大，以及中国家庭职能的转变，对遗产的处分限制，仅仅限制在为缺乏劳动能力，有没有生活来源的继承人保留必要费用上，不利于家庭关系的维护。

现在财产多了可以处分的财产大大的增加了，因此我们主张在我们国家《继承法》当中，应当设立制度，以特留分制度来限制，特留的份可以根据亲属原因予以不同规定，比如说可以规定应当为第一顺序的继承人保留二分之一的遗产，对第二顺序继承人应该保留三分之一的遗产。同时对于遗嘱，我们现行法当中对他的形式予以了严格的规定，对一种形式的严格要求是妥当的，但是各种形式的遗嘱，只要他符合法律形式的要件，不应该有效力之分，《继承法》当中规定如果立有数份遗嘱的时候，应该以最后设立的遗嘱为准。由于各种客观原因，他没有去界定或者公正，这种情况下以公正遗嘱效率最高，这是不妥当的。

关于遗产分割中的制度，遗产归属是旨在分割遗产的时候，中国现行《继承法》当中，没有规定归属制度，但是在现实生活当中，存在着这一现象，因此为了保证继承人之间遗产分配的公平，更好的维系家庭成员间的和谐关系，我们主张《继承法》在修改当中，应当规定遗产归属制度，对于继承遗产，因为结婚、分居、营业、以及超过正常经费标准的教育、保险，而这些规定赠与财产的继承人，在继承开始以后，应该将他所收的特种赠与的财产价格基于他应当继承的份额，当然如果继承人所受特种价值的份额，超过其份额，他也不必要再返还超过的部分。

关于遗产分割的效力。中国现行《继承法》，对遗产分割的规则和方法都做了规定，但是没有规定遗产分割的效力，未来的《继承法》当中，应该对此作出规定，视为从继承开始归属与个人，遗产分割只是宣告自己的状态，如果允许这种主张，继承人以分割所得到的财产，为直接继承被继承人的财产，遗产为不动产的继承，继承人可以不需要登记就可以直接获得。

显然这种立法主张，有利于保护继承人的利益，遗产分割有转移的效力或者创收的效力。这种主张在继承开始以后，遗产为继承人共同所有。学者当中对我国继承法程序有各种主张和不同的观点，我们认为如果采取宣告主义，也应当对遗产分割所给效力予以限制，规定各公众继承人对遗产不服下次担保责任，同时共同继承人对遗产债务应该承担连带责任，一人或者数人，请求在他价值的范围，清偿全部债务，这样规定有利于保护债权人的利益。

以上就是我所介绍的《继承法》修改当中的主要问题，当然中国的《继承法》制度需要完善的地方很多，比如抚养协议问题，遗产的处理问题等等这些都是很重要的，这也有待于我们在《继承法》的修改当中予以完善，谢谢大家！

### 人大法工委继承法修改调研提纲

(2012年5月，网传资料，未经核实，仅供学术研究参考)

请介绍继承法施行过程中出现的新情况新问题。

如何完善遗产范围的规定，可否将遗产概况为动产、不动产、金钱债权、股权、知识产权中的财产权。经济适用房、限价商品房、宅基地使用权、公有住房租赁权、死亡赔偿金、抚恤金、网络财产等能否作为遗产。

继承法规定的法定继承人的范围和顺序在实践中存在哪些问题，如何完善。实践中，无人继承遗产的情形多不多，是否扩大法定继承人的范围，将叔伯姑舅姨，侄（甥）纳入继承人范围，并作为第三顺序继承人。

是否需要修改公证遗嘱效力最高的规定，即其他形式的遗嘱也可以变更、撤销公证遗嘱，以最后遗嘱作为有效遗嘱。

是否需要增加规定特留份制度，即遗嘱人不得处分应当由特定法定继承人继承的必要份额。能否以特留份制度替代“必留份”制度。

如何在继承法中完善遗产管理和遗嘱执行制度，明确遗产管理人、遗嘱执行人的选任、资格、职责、撤销、辞任等。

如何在遗产处理中保护债权人利益。继承人隐匿遗产的，应当承担什么法律后果。不同类型债权的清偿顺序应当确定；未参加遗产分配的债权人在遗产分割后主张债权的怎样处理。

## 我国应适当调整法定继承人范围

2012年07月18日 来源：《中国社会科学报》第331期作者：陈苇 冉启玉

【核心提示】中国实行计划生育政策已三十多年，提倡“一对夫妻只生一个子女”政策的施行，使中国的家庭结构已呈小型化核心家庭为主，并且核心家庭中血亲的种类和数量都在减少。这导致法定血亲继承人的总量有所减少。基于这一社会现实，应适当扩大血亲继承人的范围。

值此中国《继承法》修改之际，笔者考察对法定继承人范围立法论争的主要观点，对立法论争观点予以简要评析，提出适当调整法定继承人范围的立法设想，供立法机关参考。

关于法定继承人范围的立法存在争论

依《继承法》第10、11、12条规定，法定继承人的范围包括：配偶、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）、父母（包括生父母、养父母和有扶养关系的继父母）、兄弟姐妹（包括同父母的兄弟姐妹、同父异母或者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）、祖父母、外祖父母；孙子女、外孙子女及其直系卑血亲（为代位继承人）；对公婆或岳父母尽了主要赡养义务的丧偶儿媳或丧偶女婿。

对法定继承人范围的立法，学者论争的主要观点包括：第一，法定血亲继承人的范围是否应适当扩大？肯定说认为，法定继承人范围的规定应当维持原状。否定说却认为，法定继承人的范围过窄，应予扩大。对法定继承人范围扩大到哪些近血亲的问题，主要有以下观点：一是主张扩大到第四亲等内的血亲；二是主张扩大到在一个家庭中共同生活或有扶养关系的三亲等的血亲；三是主张只增加兄弟姐妹的子女（即侄子女、外甥子女）作为法定继承人等。

第二，形成扶养教育关系的继父母、继子女是否应为法定继承人而互有法定继承权？肯定说认为，经过近二十多年的运作，中国《继承法》有些特色已成为固有法的一部分，建议保留形成扶养教育关系的继父母子女互有法定继承权的制度。否定说认为，现行法的规定对父母再婚不利、可能损害继父母亲生子女的法定继承份额，故建议取消此规定。但继父母愿意让继子女继承其遗产的，可采用《收养法》第14条的规定，依法收养继子女。同时，对形成扶养教育关系的继父母的继承权问题也以同样的方式处理。

第三，对公婆或岳父母尽了主要赡养义务的丧偶儿媳或丧偶女婿是否应为法定继承人而享有法定继承权？肯定说认为，此规定体现了权利义务的一致性，较为公平合理，有利于老年公婆、岳父母生活照料和精神安慰，有利于发扬中华民族的美德，发挥家庭的扶养职能。否定说却认为，此规定将本应由道德调整的问题纳入法律调整范畴，违反了姻亲不是继承人的公认原则，建议对于丧偶的儿媳对公婆、丧偶的女婿对岳父母尽了主要赡养义务的，不宜赋予其法定继承权，而采取现行《继承法》的遗产酌分制度处理。

此外，对此还有折衷说，建议根据是否有代位继承人来区分处理尽了主要赡养义务的丧偶儿媳或丧偶女婿对遗产的分配问题，有代位继承人时，适用遗产酌分制度来处理；没有代位继承人时，则适用法定继承人制度处理。

现行规定不适应家庭结构和血亲关系变化

对法定继承人范围的立法，我们持以下见解。

第一，中国现行法定血亲继承人范围应予适当扩大。首要理由在于，现行法定血亲继承人的范围较窄，这已不适应中国现有家庭结构和血亲关系的变化情况。目前，中国实行计划生育政策已三十多年，提倡“一对夫妻只生一个子女”政策的施行，使中国的家庭结构已呈小型化核心家庭为主，并且核心家庭中血亲的种类和数量都在减少。这导致法定血亲继承人的总量有所减少。基于这一社会现实，应适当扩大血亲继承人的范围。其他的，诸如为保护自然人的私有财产继承权，以及更有利于扶助老年人等方面考虑，扩大法定血亲继承人范围均属必要。

第二，不宜将形成扶养教育关系的继父母子女作为法定继承人。理由是，目前离婚夫妻逐年增多，在离婚当事人再婚后，其作为继父或继母对未成年的继子女本无法律上的抚养义务，如其基于道德上的原因在事实上抚养了继子女，则依法该继子女有权继承其继父或继母的遗产，这可能既违背继父或继母对其遗产继承人的真实意愿，损害其亲生子女的法定继承份额，又与中国一些地区不承认继子女为继父母继承人的民间继承习惯不符。如果继父母愿意让继子女继承其遗产，可根据《收养法》收养该继子女，或通过遗赠、酌分遗产制度解决。

第三，对公婆或岳父母尽了主要赡养义务的丧偶儿媳或丧偶女婿不应成为法定继承人。目前，绝大多数国家包括中国立法都没有规定姻亲之间互有法定的扶养义务，也没有将姻亲纳入法定继承人范围。如果该丧偶儿媳或丧偶女婿作为第一顺序法定继承人参与继承而与其子女（即被继承人的孙子女、外孙子女）的代位继承同时进行，这一家人就同时继承了两个份额。这对第一顺序的其他法定继承人而言是不公平、不合理的。对于此类基于道德要求而尽的主要赡养义务，采取酌分遗产制度解决较为妥当。

#### 建议适当扩大法定血亲继承人范围

基于上述理由，根据《宪法》保护私有财产继承权的规定，为发挥遗产对家庭成员的扶养职能，尊重中国民间的继承习惯，弘扬中华民族养老育幼的传统美德，我们提出以下适当调整中国法定继承人范围的设想。

一方面，建议适当扩大法定血亲继承人的范围。就四亲等以内的亲属而言，堂兄弟姐妹、表兄弟姐妹等亲属之间发生继承的情况非常少，民间也没有这种继承习惯。法定血亲继承人应确定在与被继承人具有一定经济上和情感上联系、能互尽扶养义务，且民间有相互继承遗产的习惯之血亲范围为宜。所以，建议新增兄弟姐妹的子女作为法定继承人，兄弟姐妹先于被继承人死亡的由其子女代位继承。

另一方面，建议删除关于形成扶养教育关系的继父母与继子女、尽了主要赡养义务的丧偶儿媳或丧偶女婿作为法定继承人的规定，并增补规定：形成扶养教育关系的继父母与继子女，对公婆或岳父母尽了主要赡养义务的丧偶儿媳或丧偶女婿，可依《继承法》第14条请求酌情分得适当的遗产。（作者单位：西南政法大学民商法学院）

转载请注明来源：中国社会科学报

## 中国民法学研究会第一次代表大会“继承法的现代化”研讨专题资料

（2012年5月南京）

### 中国民法学研究会第一次代表大会召开

2012年05月08日 09:15:21 来源：人民法院报

5月4日至5月5日，中国民法学研究会第一次全国会员代表大会暨2012年民法理论研讨会在江苏省南京市举行。中国法学会副会长胡忠，最高人民检察院副检察长姜建初，江苏省委常委、政法委书记李小敏，江苏省人大常委会副主任、江苏省法学会会长林祥国，江苏省高级人民法院院长公丕祥，中国民法学研究会会长、中国人民大学副校长王利明等出席开幕式。

会议由中国民法学研究会主办，江苏省高级人民法院、南京师范大学法学院承办。会议讨论通过了《中国法学会民法学研究会2012年工作报告（草案）》和《中国民法学研究会章程（草案）》，表决通过研究会名誉会长、顾问、学术委员会成员、秘书处组成人员名单。与会代表围绕继承法的现代化、消费者权益保护法的修改与完善、人格权法的发展、侵权法与民事法律使用方法四个专题进行了广泛、深入的研讨。（记者 朱 旻）

### 中国民法学研究会第一次全国会员代表大会暨2012年民法理论研讨会简报第二期（节选）

上传时间:2012-5-4 中国民商法律网 <http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=55319>

## 我国民事立法的最新进展

全国人大常委会法工委民法室姚红主任

今天，我向大家汇报我国民事立法的最新动态，主要在继承法、消费者保护法方面。常委会进行了三个方面的事前准备工作：第一方面，收集资料，我们参考了国外的立法状态、国内学者的专著。第二方面，调查研究，在北京、江西、浙江、湖北等地开了座谈会。汇集了工商部门、金融机构、网络公司、律师、公证等方面人员意见。第三方面，归纳问题，通过调查研究，对问题进行一些归纳。

现对继承法和消费者权益保护法进行简要说明：

关于继承法主要问题如下：

第一，遗产的范围。首先，财产的范围如何界定。其次，扩大财产范围从立法技术上如何解决，应用概括还是列举还是概括加列举等。

第二，继承人范围和顺序、继承权的丧失和放弃。比如继承法第7条规定了四种丧失情形，我们是否应当增加。现在的丧失是绝对丧失还是相对丧失？实际接收继承后可否要求放弃，被继承人死亡后遗产未分割，此时放弃，这时候放弃的是继承权还是所有权？

第三，遗产形式、自书遗嘱可否打印后签字，如何处理密封遗嘱、电子数据遗嘱等新问题。

第四，遗嘱效力的问题、遗嘱的限制、共同遗嘱的问题。

第五，遗产管理。比如遗产管理人和遗嘱执行人的关系、遗产管理人选任资格、撤销是否需要规定？如何规定？遗产是否需要强制造册。

## 中国民法学研究会第一次全国会员代表大会暨 2012 年民法理论研讨会简报第三期（一）（节选）

上传时间:2012-5-5 中国民商法律网

<http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=55325>

目 录

### ◆分组讨论

第一组：继承法的现代化

第二组：消费者权益保护法的修改与完善

第三组：人格权法的发展

第四组：侵权法与民事法律适用方法

第一组：继承法的现代化

召集人：

房绍坤：烟台大学法学院教授

翟云岭：大连海事大学法学院教授

讨论摘要：

烟台大学法学院房绍坤教授：今天下午我们这一组讨论的是继承法的现代化，下午讨论由我和翟教授主持。

大连海事大学法学院翟云岭教授：我看到论文集了，西南政法大学的张玉敏老师对于继承法有个建议稿，比较的直观。论文比较有新意，如果其他老师也觉得有新意，可以讨论。房绍坤老师对继承法也很有研究。

房绍坤教授：现在，张玉敏、梁慧星、王利明三位老师对继承法都有个建议稿。希望此次会议大家积极发言。杨震教授带个头吧。

黑龙江大学杨震教授：好的，我想谈谈以下这几个问题。首先需要表明，我对于继承法的有些问题了解的不够。继承法颁布二十多年来，被民法学界边缘化，研究重视的程度不够。最近我们也在研究继承法的制度设计问题，查阅了很多资料。目前能查到的国内学者著作一百多个，多数以教材为主，有些问题谈得不够。继承法从颁行以来，到现在三十年不到。这三十年发生了很多变化。第一：现在的这部继承法被称为穷人继承法。三十年前的家庭财产不丰富，三十年后的今天发生了很大的变化，现在的生活资料很丰富，诸如房产，生产资料也很丰富。第二，独生子女政策，现在三十年过后，当年的独生子女成家生子，亲属关系发生很大变化。第三，当时民法理论工作者的理论研究不够成熟，当时立法中采取的很多理论和学说现在看来有很多不足，值得反思和检讨。上午姚

红主任反映的问题不少，但是时间有限，不能一一探讨，今天将我们的研究成果提供给大家讨论，起到抛砖引玉的作用。以下谈谈技术层面的东西。

第一：继承权如何向所有权转化的问题。学界对此问题已探讨三十几年，主要有三种学说，一是瞬间转化说，即死亡说，目前很多学者仍坚持这种观点，即被继承人死亡后，所有权瞬间转化为继承人所有。理由是，如果不瞬间转化为所有权，则所有权主体将发生真空状态。第二是过渡说，也称为分割说，认为被继承人死亡后，继承或多或少是个过程，只有按照物权法的规定，继承人在继承不动产时取得了不动产的登记，动产取得了动产的交付占有，才能转化为所有权。第三是折中说，即被继承人死亡后，继承人既取得继承权，又取得所有权。到底应采取哪种学说，是摆在当前的主要问题。如果采用瞬间转化说，则在被继承人死亡后，发生相关纠纷采用何种法律调整？是继承法还是物权法？采取过渡说，只能是过去的继承期待权转化为继承既得权。被继承人死亡后，只有完成相关的物权转移手续，才能够取得继承物的所有权。我认为瞬间转化说、过渡说都有不妥。另外，继承权向所有权的转化，怎么体现在法条中？这一点在很多国家分为绝对继承和相对继承，如果继承人取得遗产登记或交付，则为绝对继承，享有遗产的占有、使用、收益和处分权利，没有取得不动产的登记或交付，则只享有财产的占有、使用、收益权，不享有处分权，此为相对继承。

第二，关于被继承人生前处分财产行为的限制问题。日本、德国等国家立法没有采取遗嘱人立遗嘱的说法，而是处分人处分财产时要如何如何，就是限制被继承人生前处分财产的行为。另外，国外立法例限制被继承人处分财产的行为，规定的时间段从被继承人死亡时往前推算两年内不得任意处分其财产。这是对遗嘱的最大限制，这个问题现在没有被足够重视。

第三，由于独生子女政策，亲属关系发生重大变化，关于继承的顺序应否发生调整的问题？关于代位继承的法定事由。过去我们立法是采取代表权说。最近我看到有学者采取固有权说，在继承人先于被继承人死亡，或者继承人被剥夺继承权或放弃继承权，他的晚辈直系亲属也应该代位继承。代位继承人的范围值得探讨，这些问题不加以改变的话，有可能使个人财产归国家所有或集体所有。

第四，关于特留份、必留份问题，现在有三种观点，一是保留必留份制度，二是特留份制度代替必留份制度，三是二者并存。我个人认为两种制度应当并存。必留份效力高于特留分。另外一个问题，补充继承制度是否应采纳？实行独生子女政策后，指定继承的继承人可能先于被继承人死亡，这种情况应考虑补充继承制度。

继承法关系到千家万户方方面面利益，在当下社会中，一部继承法的重要性堪比物权法、合同法等。

复旦大学法学院段匡教授：第一，公证在继承中起到了很大作用，尤其在遗嘱执行的时候，公证要求特别多。继承法中继承行为或立遗嘱的行为的真实意思表示和形式的关系应在立法中进一步明确。优先考虑保证遗嘱人的真实意思。如果形式要求过高，可能真实意思表示反而得不到实现。公证过的遗嘱如果要被推翻，通常也需要有公证。如果发生不可能进行公证的情况，但有证据证明这是遗嘱人的真实意思表示，需要有一个一般性条款来明确需要保证真实意思表示。比如说物权登记生效，但也有除外条款，这是各国继承法的趋势。之前一直强调继承行为是要式行为，但是在市场经济下，应当保护通过市场竞争得来的财产，不仅保护生前财产权，还应保护死后的财产。继承的真实意思表示是单方行为，其中包含了对其财产的自由处分权的保护。

第二，自由处分必定要有一个限制。无论是特留份还是必留份，法律性质均是债务。必留份是抚养义务的体现，伦理道德上尊重家族的重要性演化成为一种社会义务。特留份、必留份即是这种义务的体现，其仍旧是一种债务，保留特留份或必留份也符合现代社会的要求。特留份和必留份与每个国家社会认可的伦理道德基本要一致。就像杨震教授谈到的，将来，家庭仍然是社会的单元细胞，需要维护家族的稳定。家族的特留份的情况，与每一个国家的传统，伦理道德都有一定关系，符合家庭中相互帮助的义务。必留份考虑抚养问题，法院判决时，可能财产很多，但必留份不多。但特留份按一定比例来算，可能会有更多财产留给家族。总体上，我认为这是社会道德所提倡的，实际上有法律价值观的考量在里面。

第三，继承所有权的转移问题，我个人观点支持瞬间死亡说。各个国家基本都采用的这个观点，但如果不登记不能对抗第三人。上海现在的规定是不登记，造成的损失自行承担。实际上，在物权法中，所有权是关键权利，继承法中也是。现在要推翻死亡说，比较难，没有完整的理论体系支撑，也没有成熟的经验。传统认为分割之前的遗产作为共有形态比较合适，这我也赞成。如果对死亡说进行推翻，如何操作，各个国家还没有经验，动摇这一学说还是比较困难的。

武汉大学李国庆：我的感受是不赞成创设 21 世纪新民法典的做法，我不认为现在有能力做到。我觉得我们还是应

该认真学习传统法律。我就来谈谈继承的定义吧。据史尚宽先生书上的定义，继承是指继承人包括的当然的承受被继承人财产。包括的继承是指全部财产作为整体向继承人归属，不存在部分继承的问题，在继承权受侵害时，行使继承回复请求权的时候，一般只能作为整体请求回复。在我国，受遗赠人取得的是对遗产的债权。另外一点，法律规定，有遗嘱按遗嘱，没有遗嘱按法定继承，不存在遗嘱里没有处分的遗产，因为遗嘱是确定继承人，确定应继承的份额。如果遗嘱里遗嘱人指明某项财产如何继承，则其一是指定财产分割方法，二是透过遗产分配表确定应继承份额。遗嘱的继承是作为整体来继承的，这就是我说的包括的继承。另一个是当然的继承，它不以当事人的意思表示为必要。在罗马法中存在当事人的意思表示，这是因为继承人是否继承遗产，需要调查遗产，权衡遗产和债务大小来选择是否继承。调查遗产需要耽误时间，因而罗马法规定，要求在 100 天内作出是否继承的表示。期限一过，则视为无限继承。我认为现在的教科书和继承法中的很多表述存在问题：1、如果几个继承人都不履行赡养义务，都不分，那遗产分给谁？2、宣告死亡不存在，它只是法院的一种宣告，只是对社会产生拘束力，不产生实体法的效力。继承并没有发生，只会发生善意无权占有。我的主张是全面学习国外和其他地区的继承制度。以我对我国台湾地区法律的理解，非法律行为以外的事实如继承，非经登记不得处分。但是所有权还是取得了。

中国政法大学法学院教授李显冬：过去的继承法是计划经济往市场经济刚刚迈进的继承法。而现在过去 30 年，社会情况发生巨大的变化。我写了一篇文章《关于遗嘱继承的契约自由和形式要件》。研究的重大特点是将民法中各种理论都拿来研究改革开放以后的继承法律问题。

婚姻继承法的案例实际上是很少的，民法体系中所有规范出来后，解释是很难的。有个案例，一个人写了两份遗嘱，一份写了年月，没写日，法院认为不符合形式要件，遗嘱无效，按法定继承办。继承是关系老百姓切身利益的，物权中研究合伙共有的案例都是在《婚姻法》中有类似案例。经济基础决定上层建筑，我们这么多同志参加继承法的研讨，感觉很鼓舞。

最高人民法院曹守晔主任：很高兴参加这一小组的讨论。继承法在整个法律体系当中，甚至在民法体系中，是小法，但涉及的问题不小，各界学者都关注，老百姓也很关注。我主要讲五点：

第一，继承法在整个法律体系中怎么看？继承法虽是一个独立的法律部分，也越来越重要，但其仍是民法的一部分，体系、思维、逻辑上需要为民法典的制定作准备，也要与物权法相衔接。遗产法规范自然人死亡后财产如何平和有序地变更法律主体，从财产取得方面与物权法关系密切。在条款、制度设计上要与物权法衔接，避免冲突。除此以外，如何与婚姻法、信托法、公证法相衔接也是需要关注的问题。

第二是理念问题，以何种理念和立法宗旨来修改继承法？是保护债权人的合法权利还是保护继承人的合法权利？从社会角度，需要追求家庭和谐，再大一点，需要追求社会和谐，家庭和谐，社会就会和谐。社会主义法治理念毫无疑问，但这个大前提下，我觉得应从保护继承人权益角度，追求家庭、社会和谐。

第三，遗产继承的范围和形式。现在的范围比过去大，遗产形式在立法中需多列举一点，不能拘泥于原来的继承法，这里面涉及到与破产法的衔接问题。破产法虽总体不承认个人破产，但从前瞻性考虑，有可能破产法范围会扩大到一人公司、合伙企业，因而衔接问题很重要。

第四，继承人的范围及法定继承的顺序。我个人倾向于此顺序以不变为好，范围是否应扩大，需要慎重考虑，越是财产多的人越不希望扩大继承人范围。

第五，继承权的丧失问题。我个人意见要区分绝对丧失和相对丧失。如何区分，主要体现被继承人的意思自治。民法中意思自治是基本原则，如果是受到欺骗，被继承人剥夺继承人的继承权，认为是绝对丧失不太合理。从被继承人角度，也应该区分绝对和相对丧失。还有是继承权的放弃问题，事前放弃在继承发生前可否反悔？我个人认为应当允许反悔，但前提是放弃继承后，以往的继承人没有处分被继承人的财产。继承发生后，原则上不可反悔。

房绍坤教授：刚才大家对继承法谈了很多看法。我认为修改继承法有三个问题需要考虑。

第一，继承法应当采取何种立法例？目前有当然继承主义、剩余财产分配主义、法院交付主义。当然的继承不包括瞬间转化等问题，大多数大陆法系国家采用的是当然继承主义，只有被继承人死亡，遗产当然归继承人。各国物权法也是根据继承法的规定来的。我也赞同我国在这个问题上不要改，这与我国物权变动模式也是相关的。

第二，继承法看似小法，但与很多部门法都有关。我现在有一个课题研究的就物权法与继承法的冲突如何协调的问题。有很多情况，依据不同的法律不同法院可能判决不同。实践中如何解决受遗赠的物权变动？很难。遗产



回复请求权和物权请求权如何协调？我们现在要做的是在民法范围中，将继承法和其他法律之间的矛盾和冲突协调一下，做到保持一致。

第三，继承法的程序问题很重要。以前的继承法基本没有程序性规定，如继承权的放弃，只规定继承开始后，遗产分割前，继承人要在规定时间内表示是否放弃继承权。另外，继承人搜索的程序制度也应当有。修改继承法中，程序问题一定要重视。过去重实体，轻程序，在这部继承法中有体现。程序问题如何设计，可以借鉴国外的成熟经验，同时需要贴近生活，让百姓明白。如无主财产归国家和集体，如何归国家和集体所有？这一程序就缺少规定。如保留胎儿的特留份，胎儿继承问题，继承法保留的胎儿继承份额是归谁？这些问题都值得思考。

甘肃政法学院教授冯乐坤：英美法系与大陆法系不同，有遗产管理人，遗产清查清楚后，债务偿还后才进行遗产继承，类似企业清算。我认为我国应当设立遗产清算制度，埃及民法典有相关规定。债务偿还顺序可以按照企业清算顺序。遗产破产可以在这个制度中涉及。我国台湾地区民法 2009 年将财产继承法修改，改为了当然法定有限继承。我国台湾地区学者也建议继承法采取英美法系的立法例。

武汉大学李国庆：大陆法系，如德国也有遗产管理人制度，但是交付的是所有权还是占有权？怎么交付所有权？这一问题存在疑问。英美是信托制度，可以自圆其说，但是大陆法系则不一样，这就跟大陆法系很多制度不协调。另外，我国台湾地区的案例是遗嘱要同行签名，小细节很好。我认为应该跟着我国台湾地区学。

复旦大学法学院王全弟教授：继承法应以什么为基本原则？继承法本身没有规定基本原则，学理上对此问题争议也较大。继承法是作为民法的一部分，而且要与物权等法律相协调。修改继承法的背景与当时制定背景不同。很多专家学者探讨继承法的基本原则，最大的争议是权利义务一致。现在保护私有财产继承权是否可以作为基本原则？民法也强调私有财产，继承法是否也要强调？还有继承平等问题。虽然民法的原则可以作为继承法原则，但是继承法本身有哪些基本原则？我们可以探讨一下。继承法涉及很多人的利益，包括继承人以外的人。继承法主要保护被继承人还是继承人？修改也好，制定也好，需要对原则加以讨论，这一点非常重要。为何要将平等原则和保护私有财产作为基本原则，而不将其他原则作为基本原则？这是我提出的问题。

华东政法大学傅鼎生教授：我提出一个问题。继承法的修改不能孤立，必须和相关法律配套，但目前却没法配套。第一，目前继承法规定孙子女不是继承人。从便捷角度来看，孙子女可以代位继承，祖父母对孙子女是第二顺序继承人。从实际效果看，没有问题。但与税法比较，问题来了。上海碰到案子，祖父母立遗嘱将遗产给孙子女，孙子女根据遗嘱得到遗产。孙子女不是法定继承人，如果变成遗赠需要纳税，但按照继承就不需要纳税。孙子女强调自己就是继承人。继承法和税法能否匹配一下？第二，《老年人权益保障法》强调遗赠扶养协议，以前继承法规定遗赠扶养协议是法定继承人以外的人，确立依据是法定继承人有赡养义务，如果签订扶养协议将法定义务协议化，于是将其排斥。但实际中，子女众多情况下，老人喜欢与其中某一个人签订扶养协议。但如果立遗嘱将财产给某个子女，其他子女就不会再履行赡养义务。老人想通过契约将子女的义务固定下来，老年人权益保障法起草中提出在继承人内部建立遗嘱扶养协议的意见。继承法能否与老年人权益保障法统一起来？

华东政法大学法律学院张驰教授：傅老师讲的配套问题很重要，立法和制度需要配套，定位和观念也需要改变。为什么要给公证遗嘱这么高的效力？从这个角度上说，停留在当初思维方式就不合适了。不但制度需要协调配合，定位也要改变。另外，实体与程序也要注意衔接。自书遗嘱是否可以打印？人死亡后如何判断这是否是其真实意思表示？通过什么方式证明这是真实意思表示。打印一份或几份，然后每份上签字，是否能认定遗嘱的效力？实践中会经常碰到诸如此类的问题，需要好好探讨。

翟云岭教授：其他遗嘱能否推翻公证遗嘱？合同法规定在经过公证之后的合同不可撤销，法律规定有原则有例外。对于公证遗嘱效力问题，我认为形式是为内容服务的，但形式和内容也不是决然矛盾的。公证给当事人足够犹豫期间，更能真实体现当事人的意思表示。立法技术上，有原则也有例外。如果有数份遗嘱相矛盾，应当以公证遗嘱效力最高，但如果有相反证据证明公证遗嘱不是真实意思的可以除外。关于自书遗嘱，原来要求整个内容不能用打印形式。但是法院庭审笔录整个都是打印出来，要求每页签字即可，司法实践中对这样的打印件都认可，为何不认可打印的遗嘱呢？我们应当注意各个法律部门之间的协调，继承法不是孤立的。关键是能否确认是当事人真实意思表示。

代位继承是否是固有权利？如果被代位人丧失继承权，代位人是否还能够继承？如果站在保护代位人利益角度看，其应当不丧失继承权。

还有个问题，是关于遗产的范围问题。我们应当考察能够作为遗产的条件是什么。如果这个问题不搞清楚，列举

是无法穷尽的。我认为只要财产的主体性不是强调很严格、只要可以流转的，都可以作为遗产继承。网络财产，可以构成法律上的权利和利益，为何不能作为遗产的范畴？

关于继承权的丧失，同意绝对丧失和相对丧失区分。故意杀害被继承人应该是绝对丧失，哪怕是被继承人宽恕或者犯罪未遂，都不能再获得继承权。如果被继承人还是想将遗产给该继承人，可以通过赠与方式给予。

杭州师范大学法学院罗思荣教授：有几个体会。第一，关于基本原则的问题，从继承法颁布以来一直是个争议问题，教科书上大多不一，一般情况下认为基本原则带有普适性，实际上在继承法中，不管是哪个原则，在适用中都具有很大的局限性。所以我觉得是否一定要用基本原则来表述，值得反思。如果继承法作为民法典一部分，就不需要。如果作为单部门法，现在立法的倾向是所有上位法的内容都要重复一遍。我觉得没有必要。

第二，关于特留份和必留份问题，我们设定这个制度的导向和意义不同。特留份维护家庭稳定，家族财产的延续。而必留份主要保障继承人的基本生活条件。设计特留份制度，不能取消必留份制度，这在农村还是很有必要的。

第三，公证遗嘱只是证明效力高低问题。有前后遗嘱的情况时，不能因公证遗嘱来否定当事人的意思自治。《公证法》中也没有绝对将公证形式作为不可撤销或者至高无上的地位，有相关证据足以推翻公证文书的除外。我认为不应以公证遗嘱来束缚当事人真实意思表示。

第四，关于自书遗嘱，我的看法是打印证据的效力非常容易引起纠纷。自书遗嘱形式上还是要严格要求，毕竟涉及到当事人死亡后最主要的财产处理问题。自书遗嘱严格形式要求，这对当事人也有导向作用。打印遗嘱必须要有足够的证据证明为当事人真实意思表示，这很难做到。

傅鼎生教授：从立法政策角度修改，要做大量的研究。遗嘱的认定，宁可错杀一千，不可放过一个。立法政策与我们的现状要有结合。遗嘱范围扩张到何层面、继承顺序等都要做很多调查。特留份和必留份为什么现在没有，因为父辈财产少于我们，我们对于父辈的财产无所谓。但放眼到未来，特留份是否还能起到巩固家庭稳定作用？更主要的是寻找立法技术问题。侵犯继承权从知道侵权行为时 2 年。同时又规定不做放弃表示的视为接受继承。其他国家都是不做表示视为放弃。侵害继承权 2 年和诉讼时效制度是否配套。我想说继承法修改首先要关注立法技术层面，再次才要关注立法政策层面。

段匡教授：关于立法理念问题。我认为立法理念是保护被继承人。继承法的理念还是要保护生存的人的财产自治的观念。如果保护继承人，反而侵犯了被继承人对财产的处分权。关于遗嘱，我们为何要求有日期，这是为了确定最后的一份。只要达到确定遗嘱顺序，目的就达到了。相对来说比较抽象。从民法通则开始，我们在维持大陆法系传统的基础上，吸取了一部分英美法经验。但实际上我们已经丧失了大陆法系的很多根本问题，物权法等基本类似于美国的制定法，规定的越具体越好，但又造成了执法僵硬化。立法技术问题是我们要考虑的问题。德国法是概括性的，迫不得已情况下才列举，这是为了限制法官的裁量权，在抽象框架内给法官一定幅度。关于财产范围扩大问题，如果列举不可能穷尽，而且时代在发展，网络财产也就形成没有几年，可能过几年又会出来一定新的财产权，还不如采取以前概括的方式。

关于泸州遗赠案的问题，继承法是否属于公序？应该是肯定的。继承法已经给了被继承人的自由，再用民法一般原则限制，显然从立法体系上是不合适的。如果维护大陆法系，在立法者立法时要有考虑。这个问题不在立法时一并考虑，可能会在司法时造成混乱。

扬州大学法学院李秀华教授：我是从事婚姻家庭法学教育的，刚刚听到各位专家学者的发言，很受启发。除了刚刚探讨的立法的完善问题，我想谈一谈现在教学中遇到的尴尬问题。婚姻家庭法学教学上从来没有将继承法作为重要问题探讨。这也是我们需要关注的问题。

在顺序上，婚姻家庭法和继承法有冲突。夫妻婚姻关系存续期间取得的财产是共同财产。而按照继承法规定，只强调子女，配偶，没有提到子女的配偶。在原则问题上，《婚姻法》原则也是上缺乏特色。如何使得继承法基本原则具有特色，也是研究立法基础性问题需要特别注意的。

继承法修改过程中，有一些习俗的问题，如长子继承等，大家都接受。但女性的权利如何维护呢？在调研时还要关注弱势群体，农村妇女的权益保护。我认为本土化的研究很重要。很多学者一研究就是几百个或者上千的样本，这样不是很科学。作为一个国家的立法来说，有必要做特殊群体的调研，还要做全方位以及弱势群体的调研。制定任何法律都应当有社会性别意识的渗透。我国也应当在立法当中加入社会性别意识。

北京化工大学陈传法：继承法和民法通则之间是旧的特别法和新的一般法的关系，无高低之分，发生冲突需交给全国人大来讨论决定。

## 家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

关于特留份问题，这是西方制度，引进中国的意义值得考虑。中国现在独生子女政策，基本都是父母、子女三个人的核心家庭。这种核心家庭，留有特留份意义很小。而且特留份会导致离婚。如果一方不愿意留有特留份，会规避而离婚。我认为应当更多尊重意思自治，不要过多做其他问题的权衡。意思自治是公理性原则，而保护家庭稳定则是政策性原则。

人格财产有几种情况，一是人格权的财产化。来自于人格的财产纳入到遗产范围。如肖像权纳入，家族人格财产排除在外。特定人格财产与非人格财产分离，价值不纳入遗产考虑范围。针对人格财产，限制继承人范围，优先考虑。

黑龙江大学法学院孙毅：打印遗嘱的成本很低，签名如果两三个字鉴定难度大，指纹鉴定也很难。我们应当换一种思维，遗嘱形式分为个人完成的遗嘱，借助外力完成的遗嘱。个人完成的遗嘱如果有外力证明，可以转换为借助外力完成遗嘱。我们应当改变遗嘱类型的分类方式。

中国法制出版社赵宏：继承法的修改本身是一个修订，还要注意经验的总结。继承法领域的实践就是各种各样的案例。作为经验总结，搜集大量案例，对于旧法做一个评估评价，比较有价值。

天津商业大学法学院齐恩平：民法的基本原则是意思自治，遗嘱不能否认意思自由，不应该对遗嘱的形式作过多限制，因为立法的目的是赋予权利人相对的权利自由，不应过多限制。包括特留份问题，也是这个问题。关于时效问题，有一个案例，被继承人在60年代房屋被查收，80年死亡。直到04年房屋才落实政策，房屋翻建，拆迁时价值很大。对于该遗产，案由确定是继承纠纷还是共有权纠纷？这涉及适用20年还是2年时效的问题。我主张继承法中时效问题不应规定，采纳固有权说为宜。

福建江夏学院教授吴国平：我赞成扬大的李秀华老师的意见，上个月全国人大法工委来福建进行座谈。学者观点和实务部门的观点往往相反。会上专家学者一致认为不能赋予公证遗嘱最高效力，但公证部门反对。除此以外，继承法牵涉到千家万户，尤其中国是多民族国家，因而继承法的修订要尊重民风民俗，制度设计要考虑中国的特殊性。

上海海事大学法学院孙美兰：考虑民风民俗是很重要的，我出生在农村，我们那里农村女孩不继承父母遗产。父母当然认为遗产由男孩继承，如果没有遗嘱，还是当然由男孩继承。这一定程度上也是他们的意思自治的表现。继承法基本理念就是意思自治。如果女儿继承了，是否违反了被继承人的意思自治？继承法的原则应当是既保护继承人也保护被继承人。有一部分内容保护被继承人的意思自治。技术上就是要保证被继承人真实意思要被贯彻。而一部分内容则是保护继承人的利益。

翟云岭教授：由于时间关系，今天的讨论就到这里，谢谢各位。

### 中国民法学研究会第一次全国会员代表大会暨2012年民法理论研讨会简报第四期（一）（节选）

上传时间:2012-5-6 中国民商法律网 <http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=55342>

#### 目录

##### ◆分组讨论

第一组：继承法的现代化

第二组：消费者权益保护法的修改与完善

第三组：人格权法的发展

第四组：侵权法与民事法律适用方法

##### 第一组：继承法的现代化

召集人：

徐汉明：湖北省人民检察院副检察长

李明发：安徽大学法学院教授

李少伟：西北政法大学教授

讨论摘要：

湖北省人民检察院徐汉明副检察长：由于次贷危机的影响，全球的财富由114万亿美元减少到98万亿美元，穷人富人各缩水了八万亿美元，他们的财产继承就要被扣减一部分，所以说继承法的现代化问题不单纯是中国的问题，

而是个国际化问题。中国 2011 年 GDP 是 42 万亿人民币，世界第二，其中民营经济占了 57%，也就是说大约有 24 万亿财富是属于私有的，其中的继承问题很复杂，所以国内继承法现代化问题就迫切地提上了议事日程。还有非婚生子女分割财产，事实婚姻财产继承、包二奶等复杂的现象，这些都是中国继承法面临的挑战，我们在实践中也遇到过很多相关个案。继承的标的物、方式、范围的变化也都是前所未有的，过去我们常常关注有体物、不动产，现在开始关注无体物、动产，虚拟资产也开始多了，比如股票、债权、期货、期权等，尤其是期权的核算、确定，期权有很多种类，当期权所有人去世后，期权的什么办法实现是一个很困惑的问题，怎么举证、收集证据？股票有上市的，有在交易中的，有未交易的，还有募集阶段的，这些权利还没有确定的，之前确定的一旦成为虚拟资本后处于变动之中，这些都是很痛苦的问题。我们国内到国外的留学生、访问学者、高科技工作者、侨民，人数很多，财产状况很复杂，引发的继承关系就非常之复杂，带来对中国传统婚姻继承法的挑战，产生国际冲突问题。还有就是范围方面，传统强调产权的模糊性，过去婚前财产婚后财产是模糊状态，现在要求实现有序的分，带来很多非议。大家普遍关心的城乡一体化推进过程中引发的地区行业收益分配的不公，要不要继承法关注、物权法关注？我做过一个研究，农民的土地承包经营权目前定义为物权，但事实上它是一个生产经营管理加土地使用权的混合型权利，我们是依照传统计划经济条件下把它物权化，但是很多问题没有解决，就会引发继承法的冲突。比方说土地的肥力就是土地的潜在生产力，是人力资本、技术资本、时间资本等要素的组合，产生土地产品，这些土地产品的财富的供给量是可以价格化的。但大家通常会忽略一个问题，土地肥力是中华民族所有人 5000 年的投入，那它是不是有价的呢，能否定义为一个权利呢，是否要解决它的归属、控制、利用，如果土地承包经营权可以继承，土地的肥力可不可以继承呢。这就引发继承的标的物多样化问题，也会影响农民生产的积极性。有一个不能忽略的基本事实是，没有推进承包制度前，农民祖祖辈辈使用农家肥来改造土地，提升地力，但是承包后反倒使用化肥，不顾后代的生存。所以说继承法现代化不能把许多农民的财产基本要素忽略掉，继承法上不给它留下空间。我就说这么多，作为一个引子，大家接着讨论，最后还要推荐一位代表参加下午大会讨论，谢谢。安徽大学法学院李明发教授：今天专家学者很多，应该会有新的观点出现。遗产是一个很核心的问题，继承法颁布近 30 年，以前的规定过于原则，随着社会的发展，现在遇到很多问题。比如不动产财产权哪些可以纳入继承范围，土地上的权利很多，有土地承包经营权、宅基地使用权等。家庭土地承包还好些，通过政策和习惯还能解决一些承包人去世后财产分配问题。其他方式土地承包经营权能不能继承。再比如说宅基地使用权，物权法关于宅基地使用权只有 4 个条文，基本没有实质性的内容，既然是农民重要的财产权，能不能继承，土地管理法内容不明确。还有农民房屋继承，我个人认为这不应该是问题，尽管目前农民房屋没有房产证，不过还是可以称为遗产。问题在于城镇居民继承农民的房屋，宅基地取得是不是一定要强调它的身份性。还有商品房是不是一定不能作为遗产，比如集资房、经济适用房等。所以我认为继承法不可不正视中国遗产类型变化的现实问题。郭明瑞老师、崔建远老师都是这方面的研究专家，我把这个问题提出来，和大家讨论。

烟台大学法学院郭明瑞教授：我觉得继承就是继承财产，没有人身权益的继承，民法一个重要原则就是财产的流通性，哪些是财产哪些就可以继承，除非有其他的重大理由，法律不允许它流转。只是现在理论和现实脱节了，本来现实中不是问题的被理论界复杂化了，所以我认为土地承包经营权是财产权利，宅基地使用权也是财产权利，不是身份性的权利，物权法在用益物权里规定了这两项权利就说明了它是个财产权利，应该可以继承。土地本来就是农民的，不是国家给的福利，可以界定为其他财产，至于一个人创造的财产是不是全部由继承人取得又是另外一回事。

黑龙江大学法学院孙毅副教授：郭老师，我有一个问题，宅基地使用权和土地承包经营权多是以户为单位产生的权利，增人不增地、减人不减地以维护户的稳定，如果把这两个当作个人遗产，但这两个权利却又是以户为单位，这就产生主体矛盾，怎么解决？

郭明瑞教授：这个问题是两个方面的，首先农村的土地承包经营权不都是以户为单位，农村承包地有口粮地，一部分是按人口分的，是家庭承包的；还有自留地，四荒地等。家庭承包实行增人不增地、减人不减地的原则，其他情形则规定有期限。土地管理法规定宅基地以户为单位，但是物权法没有这样规定。房屋不是登记一户，而一般只登记户主，农村谁盖的房子就是谁的，宅基地不是因为有了家庭成员才给，是因为要有房子住才给。现在农村房子大多都空着，家里人都出去打工迁移，我说个案例，有一对外地夫妇，把自己老家房子卖给别人，在我家农村买了一处房子，后来发生诉讼，被主张房屋买卖无效，因为农村房屋不可以私下买卖，城镇人不可以买农村房子，这对夫妇就被判决返还房子，他们就陷入了无家可归的境地，这个案子法官判得很窝火，但是又不得不这样

判。当前到底有哪一个法律规定农民的房屋不可以买卖，有哪一个法律规定农民的宅基地使用权不可以转让？  
淮阴师范学院法学院蒋大平副教授：《土地管理法》63 条规定，农民集体所有的土地的使用权不得出让、转让或者出租用于非农业建设。

郭明瑞：出让、转让、出租用于非农业建设，但是这个也不是建设，所以说没有法律对此禁止。

南京师范大学赵莉副教授：我提个比较法的观点，我曾经在日本留学，我们的继承客体包括积极财产和消极财产，日本法律继承客体除了积极财产和消极财产，还包括了财产上的地位和权利。举一个实务中人身财产保险案子，父亲为儿子购买人身保险合同，后来父亲去世。那这样一个长期性的合同，主体一方去世，履行还要继续，如果没有继承支撑，那么这个投保人就要缺位了。其实合同法上也讲到了合同的法定转让，土地承包经营合同一方去世，那么他的妻子和孩子是不是可以基于继承原理成为合同当事人，这样可不可以解决这个问题，这是我一直在思考的。关于土地承包经营权，我们江宁区法院有一个案子是上了最高人民法院的公报的，最高人民法院的态度是认为它是以为单位的，是有身份性的。我觉得在这个问题上，身份也罢，财产也罢，如果可以继承财产性的地位是不是可以解决这个问题，想向各个老师请教。

上海大学法学院李凤章教授：我想提个信息，实际上国土资源部已经承认宅基地使用权是可以继承的，07 年国土资源部有一个关于加强宅基地使用权登记发证的通知，强调一户多宅不予办证，但是继承的除外。从语义解释角度看，这句话就是承认了宅基地使用权可以继承。

郭明瑞：可以继承房屋，但是不可以继承宅基地使用权，这不是很矛盾。

李凤章：我是这样理解的，这是户的问题，只要户还存在，宅基地使用权就不会消失，针对法律限制性规定，继承法修改能不能起到发展和促进财产自由问题，如果不可以，只能从解释论角度看待这一问题。

郭明瑞：就是法定继承权的问题，我们把问题都复杂化了。

李凤章：对，是的，我们继承了房屋就应该相当于继承了宅基地使用权。

徐汉明：我插一句，宅基地使用权只解决了经济制度，没有解决法权形态。经济制度上认为是公有制的标的物，但是没有从物权法、土地管理法等认为它是一个财产。造成了宅基地使用权和房屋所有权的分离，形成盖房子地随人走，卖房子房子和地分离了这样一个怪现象。问题的思想根源就在于“左”的东西没有消灭，以为这样就是私有制，其实是不对的。理论误区以为宅基地使用权只能用但是不能所有，所有就是私化了，这是从苏联引进的，传统的社会主义模式还没有彻底清算。恩格斯晚年研究丹麦模式，提出在丹麦地区建立农民土地所有权为基础的合作社，合作社是公有的，农民的产权是个人所有的，其归属权是公家的，控制权利用权是农民的，我们没有捡起丹麦模式这个理论，沿袭了老的理论。集体土地所有权是上级所有权，农民的宅基地使用权是下级所有权，都是国有制，两种实现方式，不要搞一种方式，农民就永远没有财产，国家想征地就征地。

郭明瑞：对，我插一句，城里也是，城里的土地级别更高，是国家所有，国家想拆就拆。

徐汉明：我算了一个账，平均每年征地 1741 万多亩，国家调用农民财产平均每年有 6000 多亿，补偿 1000 亿，这样是很难实现城乡一体化，城乡差距只会越来越大，农民的权利没有保障。德国老人退休后可以持股不持地，可以分红，这是一个很好的制度。

华北水利水电学院法学院郑永红副教授：宅基地使用权不能继承，这在司法实践中有很多的案例，我说一个案例，一家有两个子女，儿子的户口在农村，女孩在城里，父母去世后家里的宅基地房子拆迁，补的钱两人可以继承，但是补偿的房子因为女儿不是农村户口就不能继承补偿的房子，司法实践很多都是这样判的。

郭明瑞：农民有套房屋不能继承，如果你在城里有套房屋却是可以继承的，合理性何在？

全国人大法工委民法室姚红主任：城市建设使用权到期是自动续期的，当然是可以继承的。

姚红：举例说明，张三进城，家里无人，祖上留下房子，宅基地是他的，房屋能否继承呢？后来倒塌了，能否在原来的宅基地上建房呢？

郭明瑞：为什么不可以继承呢，房子是他的，而且宅基地是有使用权的，继续建房有什么坏处呢？

姚红：因为张三此时已经是城里人，占了农村人的土地，应当要收回。

郭明瑞：为什么要收回去呢？

姚红：因为此时人不在农村，连承包地都要收回的，何况是宅基地呢。

郭明瑞：这主要在于国家的政策，将土地收回，导致很多人丧失土地，衣食住无保障，最终成为流浪汉。

姚红：一些城里人退休后因在城市久住而不想继续呆下去，回农村居住，占有农民的土地，这对农民来说不合理。

郭明瑞：只要他在农村有宅基地，而宅基地是有所有权的。在过去农村入社问题上，宅基地从未入过社。对产权的大范围变动，在和平时期是不合适的。就农村宅基地继承问题上，即使做出不能继承的规定，恐怕也很难实行。城市房屋对应的建设用地使用权 70 年后可以自动续期，而农民的房屋却不能继续续期。

姚红：农村的是否继续续期，交由村民自己决定。

郑永红：其实宅基地上有房子，房子存在的话，就不会出现问题。如果房屋被征收或者拆迁，只补偿房子的，而宅基地给的收益部分却不能继承，只有房子那部分收益可以继承。目前，很多农村孩子上学出来，户口不愿意转，依然保持农村户口。

北京工商大学法学院李仁玉教授：首先，立法要考虑城乡一体化这个背景，其次立法要考虑中国人的传统思维，中国农民传统思维上认为祖上的房屋、土地当然可以继承。要是硬性打破就不好，法律不要制造冲突，而是要化解冲突。第三我同意郭老师的某些观点，财产的流转不要设置过多障碍，除非法律明文规定，否则障碍设置过多就不利于商品经济的发展。我国目前在宅基地使用权方面存在着一些制度性的缺陷，我们不要顺延这种制度性缺陷。最近有一个案子，福建一个老板买了云南一个矿业股份转让给甲，在两年前转让，而且直接用现金转让。合同规定必须要经过上级部门批准，如果不批准，没有违约金，损失自负。但是，两年后，上级部门没有批准，导致造成巨大的损失。因此，制度性的东西一定要设置顺畅。

中国政法大学法学院刘家安教授：现在存在着一种现象，大学教学科研中，民法研究较多的是民法总则、物权、侵权、合同，虽然继承法 1985 年就有，但是绝大多数民法学者忽略了它，对继承法的研究大多是教材，专著性的研究很少。这次的修改给了我很大的研究动力。但是，我觉得继承法此次修改的相关理论准备不是很充分，因为对此的关注一直比较少。比如姚红老师提到的继承法和物权法的衔接问题，有人提到的瞬间移转问题，对诸如此类的根本性问题的研究还是有很多缺失的。此外就是体制问题、技术与逻辑层面的问题，关于承包经营权政策判断的问题等，也都尚未解决。

我个人认为，继承法最大的问题是技术与逻辑层面的问题。关于继承法是保护继承人的利益还是被继承人的利益，我认为，我们不应该预设一个立场，事先就规定好是保护谁的利益。关于遗嘱的形式和遗嘱自由的关系的问题，没有必要规定公证遗嘱是最高遗嘱。设立公证遗嘱后，行为人仍然可以立自书遗嘱，规定公证遗嘱的效力最高具有不合理性。遗嘱和其他的生前行为相比较，它是不能再探寻原来的真实意思表示，所以还是要注意形式的，遗嘱的形式还是事关重大。严格把握遗嘱形式还是立法应该坚持的。我个人是很尊重遗嘱自由的、很尊重被继承人遗嘱意志的。但是由于这些意志在证据法上比较难以查证，还是要坚持要式主义。否则就会出现借遗嘱自由之名，伪造遗嘱、变造遗嘱的现象。关于特留份和预留份问题，也有遗嘱自由的。关于继承法的研究还是要考虑一些传统的伦理观念，价值观念。关于特留份的问题，很多学者认为是保护家属的财产。我个人认为，过去在考虑这个问题时，更多的是站在农业社会不动产的视角，如今更多是金融化的资产，金融化资产适用特留份制度意义不是很大。在金融化，动产化的趋势下，特留份的问题有待考虑，预留份可以保留。

李仁玉：我接着说一句。中国社会处于变迁中。一方面我们说要尊重意志自由，这是世界潮流。另一方面中国人传统思想认为财产要留给子女。现在问题是独生子女很多，子女不在身边，空巢老人很多，老人都是靠保姆照顾，日久就对身边人的有感情，就会赠给保姆，子女就会有意见，这个问题要解决。举个例子，一对将军父子，父亲将遗产留给保姆，引起儿子的不满，儿子也是将军，因此，关于遗赠的问题就很难处理。如何平衡二者的利益，财产留给子女，制度要柔和一些。留给外人时，制度上要严格一些。因为老人的心智会有些孩子气，我们要防止外人的居心叵测，避免有些人利用老人的善心。

姚红：我们也很关注这个问题，一些人认为，将财产给外人，不留给家人，老人将财产给保姆，这都会引起家人的不满。因此，有必要保留特留份制度。另一些人认为，父母认为保姆对其进行了照顾，而子女却不在我身边，况且子女可以自食其力，没必要保留特留份。况且，我国存在必留份制度。此外，在对外人遗赠问题上，采用严格的要求，有一定的合理性。

赵莉：我也来补充一些。我以前在法院工作很多年，遇到许多关于特留份制度的案件。我实践中接触的是，老头在老伴去世后，再婚了，后将仅有的房产给予了再婚的老太太继承。儿子很是气愤，认为该房子中包含已经去世的生母的份额，儿子并非觊觎房产，而是为了出一口气。所以我觉得特留份制度里面不仅包括这个案例的这种情况，还有保姆的问题。谁能确定保姆是真的照顾了老人，还是威胁了老人呢？

李仁玉：那真的不好说。

赵莉：对呀，这真的不好说。对于特留份制度，我作了中日比较。因为日本关于特留份制度的规定是很完备的，而且做了大量的案例，我正在整理过程中。我是赞成建立特留份制度的，但难点就在于怎么建立这个特留份制度。日本的特留份制度是分两层建立的。第一层是协调继承人和继承人以外的人的关系。第二层是协调继承人和继承人之间的公平问题。这是它的两大功能。这里面最大的问题就是通过赠与来逃避特留份。赠与一定要扣减，但是赠与的扣减又非常非常麻烦。我在研究的过程中发现，日本有大量的特留份案例，我就发现特留份的纠纷时有发生在继承人和继承人之间的，是一种不公平。日本一直以来就有长子继承制度，不易散财，因而尽管日本有特留份制度，但还是把遗产留给长子继承。这就是继承人与继承人之间的特留份的制度。我现在初步的想法就是我们的继承法现在倒没有必要去平衡这方面的问题，我们需要平衡的是继承人与外人之间的特留份制度。我认为若被继承人将财产全部留给继承人中的某一个人，我们就没有必要去设置特留份制度了。但是若财产全部给予外人的，就有必要设置特留份制度。我们有两个案例，一个是把财产全部给情人的，妻子和儿子什么也没有，基于公序良俗这是无效的。还有一个案件中，当事人是个实业家，他的妻子是个精神病人，他把他的财产既给了妻子，也给了儿子，还给了情人。法院对于这个案子就判定其没有违反公序良俗原则。所以包括四川的案子，我们不能将遗产给了情人就说其违反公序良俗原则，他违反了什么公序良俗原则呢？我觉得只要与外人达到平衡，那么这种争论就没有了。英美法上也有个不当影响。比如说律师，除非是被继承人的亲属，所以若利用职权就是有不当影响的。那么我觉得保姆这种情况就是有不当影响的。我是支持建立特留份制度的。但是正如前面刘家安老师所说的，我们的研究是不够充分的。到底我们要怎么建立特留份制度呢？这个制度很复杂，要跟生前的赠与减抵，那么要减抵到什么时候，是一年以前的，像破产财产一样，一年以前要处分的话，也要把其算到财产里去。我现在初步的想法就是特留份制度先制定得稍微简单点，然后再慢慢地逐步完善调整。否则我们一步就把它制定成很复杂的制度，我们的法官绝对很难操作的。

就打印的遗嘱的问题，上个月全国人大贾主任来调研，许多法官都参加了座谈会，法官都认为打印的遗嘱签个字是不能被承认的，是无效的，仅仅有一个签名是无法辨别是否是其真实意思表示的。打印遗嘱其实可以作为代书遗嘱。如果打印遗嘱有两个以上见证人见证其打印的，我认为是可以作为有效的遗嘱看待的。

南开大学法学院陈耀东教授：上半场谈土地物权比较多，我想简单谈一下房屋继承。房屋毕竟是我们自然人生前最重要的财产之一，也是我们十分关心的问题。现在从房屋的类型来说，有许多划分。但是大体上可分为商品房和保障性住房，还有一类是公房。容易产生问题的一类是保障性住房，还有一类就是公房使用权能否继承。公房这块，以前我们都是出租的，现在是购买使用权，拥有的这种权利，通说认为是种债权，是具有物权性质的债权。我认为公房使用权具有物权的性质，我认为它也是可以被继承的。我们是有几个案例可以来支撑这个观点的。那么保障性住房实际上是有两种类型，一种是产权型的保障性住房，还有一种是租赁型的保障性住房。产权型的保障住房有经适房和限价房两种。租赁型保障住房包括廉租房和公租房。就这两种类型我们需要具体分析。首先看产权型的保障住房，按建设部目前的定位，将经适房定位为有限产权。限价房并无全国通行的规定，就只有些地方性法规和国家层面的政策性文件。对于经适房，五年之内是不得交易的，五年后若把差价补足，是可以进行交易的。因而对于限价房，从法律衔接的角度出发，是不是可以借鉴建设部的规定，暂时也定为五年内不得交易？五年后，若自然人死亡，补足差价，那么继承人是可继承的。当然还应当看其继承人是不是满足分配保障性住房的条件。保障性住房与一般商品房是不同的，之所以可以继承，还在于继承人处在中低收入的阶层，这里面存在准入问题。因此这方面我们应当慎重些，但是原则上我们可以以五年作为一个时间段。至于租赁型保障住房，它的合同属于债权，且严格限定其标准为以最低收入的人群为对象，公租房是中低收入人群的阶层。只有符合这样的标准才有资格承租这样的房屋。这样纯粹债权性质的权利是不应该纳入继承范围之内的。好的，我就谈这么几点。谢谢大家。

黑龙江大学杨震教授：我听了许多学者的发言，对我启发很大。在这些发言中，我发现我们民法学界对于如何构建新的继承法还是仁者见仁，智者见智，出现了较大的争议。那么我主要谈两个问题。第一个是针对修法，我们应该本着什么样的指导思想和原则。这次我提交的论文题目是《中国继承法：建构在传统与现代之间》，这和我们讨论的题目“继承法的现代化”是有区别。因此我们修法应当考虑这五个方面的问题：首先是传承。在此次继承法修改中，应多处保留民族习惯。第二是创新。85年10月1号实施的继承法至今已经快27年了，它当初的社会背景已经发生了改变。若不创新，那么现行继承法的诸多问题就无法解决。创新什么呢？理论的创新、制度的创新、继承客体范围的创新等都值得我们认真地思考。第三是完善。有传承、有创新，其目的就是完善这部继承法。完

善什么呢？就是制度完善，特别是要把 85 年颁布的继承法的漏洞都要补上。第四就是必须有个科学的理论作为支撑。最后一个就是司法实务的接受和认可。我们理论工作者在这儿从理论到理论，从书本到书本，结果回归到实践中不适用，我觉得这是需要我们认真思考的问题。

我想谈的是到底该采取什么理论来支撑修法呢。我们过去始终采取的是当然继承主义的理论，由此产生的学说，就是瞬间转化说，也就是我们有的学者认为的死亡说。如果当然转化主义或瞬间转化说的理论是比较完善的话，是不可能产生继承法实施以来学术界的不断争论。昨天姚红主任的报告，我感慨颇深。今天提出的这些问题，已经是 20 多年前大家意识到和争论的问题。昨天姚红主任说，我们放弃的权利是继承权还是所有权呢？由此引发的思考是我们剥夺的是什么权利？按照当然继承主义，概括继承的理论，按照瞬间转化说，瞬间转化为所有人所有。那么这到底是什么权利，侵犯的是什么权利呢？20 多年前就争议侵犯的是所有权还是继承权呢？昨天房绍坤教授也讲了，当我们权利人受到侵犯时，我们行使的是继承恢复请求权，还是物权请求权？这不又是一个疑惑吗？若按照瞬间转化说，那么转继承的理论不成立。这些都要被重新论证甚至被推翻。另外，什么是转继承呢？继承法规定在被继承人死亡以后，财产分割之前，继承人死亡时，原继承人应当继承的权利转由他的继承人继承。若按照瞬间转化说，就该按照正常的继承，不存在转继承。如果我们仍然坚持当然继承主义和概括继承的理论，按照瞬间转化说，那么实践中的诸多问题就是，我们的法官、我们的当事人应该适用什么法律的问题，是适用继承法还是物权法呢？也正是因为这些传统理论，所以我们已经争议了近 30 年，30 年以来问题一直没有解决。这些核心问题没有解决，我就不知道这个立法怎么立。因此作为民法理论工作者，我们应该认真地探讨研究。

接着谈一下后位继承问题。如果按照意思自治的原则和意志自由的原则，其实我们对于遗嘱自由，已通过很多其他的制度加以限制了。比如说，遗嘱必须合法，必须符合法定形式，必留份和特留份制度都是对遗嘱自由的限制。但是如果再限制，遗嘱人是不是还存在遗嘱自由？后位继承的问题，很多司法工作者也谈到了。遗嘱人把几十年以后的问题都处理了，合不合适？这也是仁者见仁，智者见智。但是有些并非几十年以后的事情，而是眼前的事情。比如说遗嘱人立下的遗嘱是符合条件的。如果张三的孙子去美国留学，他把钱留给孙子上学用，立完遗嘱后，被继承人死亡，我们按照后位继承理论，孙子属于后位继承人，他到底属不属于后位继承人呢？现实生活中，我们也有将尚未孕育的人作为后位继承人。比如我儿子若以后生了孩子，那我的遗产作为其日后生活成长的费用，那对此应不应该予以承认呢？这不也是后位继承吗？但是，我们承认了后位继承制度，又有很多立法的技巧和问题。有的时候遗嘱人，在遗嘱中仅指定后位继承人，而没有指定前位继承人。我们在立法上应不应当制定制度，推定谁是前位继承人。如果有个人制定遗嘱，只指定谁是前位继承人，而没有指定后位继承人，那么我们的法律是不是应当推定谁是后位继承人等等。我想这些问题，在学术界应当认真地加以思考。由于时间关系，我就说这些。

华东交通大学人文学院法学系胡卫萍教授：这里我有一个问题，也是想向各位专家请教一下。关于农村房屋的继承，我有一个实际的案例：我的一个朋友，他的父亲母亲都是工人，户口在城里，在城里工作，工资不高。他有兄妹几个，是农村的。他父亲 90 年代退休了，退休前老家农村爷爷奶奶已经去世了。后父亲回到村里，经兄弟几个商量，村里给了父亲一块地，理由就是父亲是从农村出去的，以前是村里人。即便是出去了，以后也要落叶归根的。退休后父亲回到村子，用这块地盖了房子，然后就一直住着，生活着。现在父亲年纪也大了，我国法律规定是不允许城市居民获得宅基地的。但是现实情况就是，在房子建好后，村里做了建房登记，还发了建房证。基于这个，我朋友就觉得他也可以继承这个宅基地。像这样的情况，我的朋友若要继承这个房屋，村里也是允许的，因为我这个朋友老是回去。但是法律对于这个是有严格限定的。对于这块我很困惑，也想请教。

甘肃政法学院冯乐坤：我说几句。对于农村宅基地，法院现在一般是这么处理的，房子要是拆迁了，就不能继承了；没有拆迁则是可以继承的。我也是农村的，老家也有宅基地，在我们那里，当地人都认为，到时宅基地肯定都是我们的。所以我想在修改法律之前，能不能做个广泛的调研。以数据为准，会不会更好一点？

另外一个，按遗产继承的瞬间转化说，那么在有两三个继承人的时候怎么办？按现有继承法的规定，遗产分割前是共同共有的，这数人共同共有就相当于遗产团体。这在史尚宽的《继承法论》里面都涉及到遗产团体，在现实生活中都是存在的。关键是，现在的问题在于遗产分割前，债务怎么偿还？我偿还债务是以自己的财产偿还，那这两个法律人格在逻辑上是说不通的。按照英美法系的理论，遗产分割以后，才能取得所有权。在被继承人死亡后，遗产分割前，遗产属于遗产管理团体管理。所以我们国家争论了 20 多年，到现在还没搞清楚。

徐汉明：我补充一点，有些事情问题两高还不能定，目前继承的标的主要有两个，一个是土地承包经营权，一个



是宅基地使用权，不论纳入不纳入继承法都存在问题。经济制度解决的是所有制，强调公有制的实行形式。法权表现解决的是使用权，没有解决所有权。这就形成了所有制与所有权的不对应，形成悖论。如果将土地承包经营权和宅基地使用权作为归属的权利允许继承，这就跳出了所有制的实现形式，这个问题比较复杂。我们要正视这个问题。关于创新，要做到理论、制度创新，但是有一个前提，国有制是不能变的，但实现形式是可以改变的。所有制问题上怎么来实现，我提出三权分立：1、农地的归属权归公有；2、控制权归农民持有；3、在归属权、控制权明晰的情况下，才是经营使用权。搞两权分立是个死胡同。目前，我国的土地使用权周期大概是 52 年，但是部分学者认为应当适当延长，将持有期延长至 65 年，在限定上，继承只能用于农业生产。我国的继承权不仅仅是物权化的权利，还应该考虑社区成员身份权。否则，土地承包经营权就会出现混乱。此外，宅基地使用权和土地承包经营权是统一的，解决一个问题，也就解决了另一个问题。

## 中国民法学研究会第一次全国会员代表大会暨 2012 年民法理论研讨会简报第五期（节选）

上传时间:2012-5-6 中国民商法律网

<http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=55344>

### 目 录

大会发言（主持人刘士国教授、李永军教授、谭启平教授）

1. 吉林大学法学院马新彦教授宣布佟柔民商法学优秀博士论文奖获奖名单暨林诚二“尖角杯”民商法学硕士研究生优秀研究成果奖获奖名单；
2. 各组推选一位代表发言；
3. 自由发言阶段。

◆大会闭幕式（主持人马新彦教授）

1. 南京师范大学法学院李力院长致辞；
2. 中国社会科学院法学研究所孙宪忠教授致闭幕词。

大会发言

主持人：

刘士国：复旦大学法学院教授

李永军：中国政法大学教授

谭启平：西南政法大学教授

刘士国：下面进行第二项议程，各组代表发言。

李永军：请发言人依次上台发言。

### 申建平教授代表第一组“继承法的现代化”发言：

各位专家、各位学者好：

经过昨天下午和今天上午的专题讨论，特别是结合姚红主任的报告，与会学者们就继承法的现代化等相关问题进行了热烈讨论。主要涉及如下几个方面：

#### 一、有关继承法的现状与社会发展变化的关系问题

黑龙江大学杨震教授谈到近 30 年我国在各个领域发生了重大变化。目前的继承法明显不适应这一发展变化的要求。他认为主要有三个变化，第一，从“穷”到“富”的变化。现在的这部继承法被称为穷人继承法。这与当前继承客体的变化不适应。30 年前的家庭财产不丰富，30 年后的今天却发生了很大的变化，现在的生活资料很丰富，诸如房产，生产资料也丰富。第二，独生子女政策的实施使亲属关系发生了很大的变化。当年的独生子女现在成家生子，亲属关系已非 30 年前的庞大状况。第三，30 年间民法理论和学说逐渐深入，而继承法理论和学说却不够深入，值得反思和检讨。继承法的制定具有填补空白的意义，但是通过 30 年的发展，继承法在学术界处于边缘化，这是不应该的。这几个变化，客观上使修改继承法变得极为迫切。

#### 二、有关继承法在民法体系中的地位及与其他法律的关系问题

学者们认为应该协调好继承法与民法及其他法的关系，要做好衔接，避免冲突。

最高人民法院曹守晔法官认为继承法作为民法的一部分，在体系、思维、逻辑上需要为民法典的制定作准备，要与物权法相衔接。继承法规范自然人死亡后财产如何平和和有序得变更法律主体，从财产取得方面与物权法关系

密切。在条款、制度设计上要与物权法衔接，避免冲突。除此以外，如何与婚姻法、信托法、公证法、破产法相衔接也是需要关注的问题。复旦大学法学院王全弟教授也强调继承法要与物权法相衔接的问题。华东政法大学傅鼎生教授认为继承法的修改不能孤立，现行的继承法和税法、老年人权益保障法等不协调。

### 三、有关立法理念问题

主要是要确立保护继承人还是被继承人的权益的理念。最高人民法院曹守晔法官认为以何种理念和立法宗旨来修改继承法是此次立法中应该思考的问题，是保护债权人的合法权利还是保护继承人的合法权利？从社会角度，坚持社会主义法治理念同时还要考虑社会和谐、家庭和谐。从保护继承人权益角度出发，追求家庭和谐、社会和谐是应有之义。复旦大学段匡教授认为应确立保护被继承人的立法理念，也即要保护生存的人的财产自治的观念。

### 四、有关继承法的基本原则问题

学者们争论的是继承法作为民法的一部分，民法中已有基本原则，继承法是否还要强调？还有，对物权法中规定的相关原则，继承法是否要遵守？如杭州师范大学法学院罗思荣教授认为如果继承法作为民法典一部分，就不需要。如果作为单一部门法，现在立法的倾向是所有上位法的原则都要重复一遍则没有必要。

### 五、有关继承法的程序问题

过去我们重实体、轻程序，在修订继承法时应该对程序问题予以重视。烟台大学房绍坤教授认为过去重实体，轻程序，以前的继承法基本没有程序性规定，如继承人要在规定时间内表示是否放弃继承权、继承人搜索、无主财产归国家和集体所有等都需要程序制度来加以规定。修改继承法，程序问题一定要重视。程序问题如何设计，可以借鉴国外的成熟经验，同时需要贴近生活，让百姓明白。

### 六、关于继承法修改应该注重立法政策还是立法技术问题

与会代表基本都认可首先要关注立法技术层面的问题，其次才是立法政策上的问题。

### 七、继承权向所有权转化问题

这是学者们探讨较为集中的问题。黑龙江大学杨震教授总结分析了这一问题的三种学说，一是瞬间转化说，即死亡说，也是目前很多学者仍坚持的观点。二是过渡说，也称为分割说。三是折中说，即被继承人死亡后，继承人既取得继承权，又取得所有权。到底应采取哪种学说，是摆在当前的主要问题。他认为瞬间转化说、过渡说都有弊端。采用瞬间转化说，存在的问题是继承人的权利受到侵犯时侵犯的是所有权还是继承权，继承人行使的是物权请求权还是继承恢复请求权？发生纠纷时是适用继承法还是物权法来调整？同时，坚持瞬间转化说，转继承放弃继承权，继承诉讼时效等理论与制度将不能成立。而复旦大学法学院段匡教授、烟台大学房绍坤教授、武汉大学李国庆等还坚持瞬间转化说，认为不应该修改。他们认为现在要推翻死亡说，比较难，没有完整的理论体系支撑，也没有成熟的经验。

### 八、关于限制被继承人生前处分财产的行为问题

杨震教授认为国外立法例限制被继承人处分财产的行为，规定的时间段从被继承人死亡时往前推算两年内不得任意处分其财产。这是对被继承人生前处分财产的最大限制，这个问题现在没有被足够重视。

### 九、关于遗嘱的形式及效力问题

学者们争论比较集中的是公证遗嘱的效力、自书遗嘱的形式是否可以打印签字等。部分学者认为不应赋予公证遗嘱的绝对效力。复旦大学法学院段匡教授认为应该在立法中明确立遗嘱的行为人之真实意思表示和外在形式的关系，应优先考虑保证遗嘱人的真实意思。对形式不应要求过高，否则可能真实意思表示得不到实现。杭州师范大学法学院罗思荣教授认为公证遗嘱只是证明效力高低问题。有前后遗嘱的情况时，不能因公证遗嘱来否定当事人的意思自治。关于自书遗嘱，他认为打印的自书遗嘱容易引起纠纷。自书遗嘱涉及当事人死亡后最主要的财产处理问题，因此形式上还是要严格要求。翟云岭教授认为对公证遗嘱效力问题，要考虑形式和内容的统一。如果有数份遗嘱相矛盾，应当以公证遗嘱效力最高，但如果有相反效力证明公证遗嘱不是真实意思的可以除外。关于自书遗嘱，原来要求整个内容不能用打印形式。现在可以借鉴法院庭审笔录每页签字的做法。关键是能否确认是当事人真实意思表示。黑龙江大学法学院孙毅教授认为打印遗嘱使造假成本降低，而且只有一个签名，鉴定难度也大，指纹鉴定也很难。我们应当换一种思维，遗嘱形式分为个人完成的遗嘱，借助外力完成的遗嘱。个人完成的遗嘱如果有外力证明，可以转换为借助外力完成遗嘱。我们应当改变遗嘱类型的分类方式。刘家安教授认为还是要尊重遗嘱自由的，但是由于其在证据上的局限性，还是要坚持要式主义。

### 十、关于特留份、必留份等问题

主要集中在是否规定特留份这一问题。杨震教授总结目前有三种观点，一是保留必留份制度，二是特留份制度代替必留份制度，三是二者并存。他认为两种制度应当并存。必留份效力高于特留份。段匡教授认为特留份和必留份的法律性质是债务，对立遗嘱人的自由处分要有一个限制。特留份和必留份与每个国家社会认可的伦理道德、价值观等要基本一致。北京化工大学陈传法认为三口之家的家庭结构规定特留份意义很小。刘家安从遗产结构的变化说明了应慎重考虑特留份制度的构建。而赵莉则认为特留份制度的规定应考虑继承人与非继承人利益平衡。

#### 十一、关于遗产的范围问题

翟云岭教授认为应当考察能够作为遗产的条件。如果这个问题不搞清楚，列举是无法穷尽的。他认为只要财产的主体性不是强调很严格，凡可以流转的财产，就可以作为遗产继承。网络财产，可以构成法律上的权利和利益，也可作为遗产的范畴。段匡教授认为关于财产范围扩大问题，如果列举不可能穷尽，还应采取以前概括的方式。北京化工大学陈传法还提到了人格财产是否应纳入遗产范围。烟台大学郭明瑞教授认为只要是财产就可以作为遗产。强调宅基地使用权、土地承包经营权应作为遗产可以继承。南京师范大学赵莉认为应借鉴日本关于继承客体的规定，财产客体不但包括财产上的权利、地位，还包括解决人身保险合同的履行及土地承包经营权继承。湖北省人民检察院徐汉明副检察长认为传统继承法的遗产关注有体物、不动产，现在修改继承法应该对无体物，虚拟资产、股权等予以关注。

此外，学者们还探讨了继承人的范围是否需要扩大、顺序是否需要调整，继承权的丧失和放弃、后位继承和补充继承，代位继承等问题。

总之，关于继承法现代化问题，学者们认为继承法既要传承传统，又要理论创新。现行的继承法各项制度迫切需要构建新的理论基础并进行深入研究。

## “中国继承法修改热点难点问题研讨会”研讨专题资料

(2012年6月重庆)

### 2012-6-18 “中国继承法修改热点难点问题研讨会”隆重召开

来源：西南政法大学外国家庭法及妇女理论研究中心网站新闻中心

2012年6月18日 <http://www.swupl.edu.cn/wgjtf/index.asp>



1. 会议现场



2. 全国人大法工委民法室姚红主任发言

2012年6月16日—6月17日，“中国继承法修改热点难点问题研讨会”在西南政法大学学术报告厅隆重召开。本次研讨会由中国婚姻家庭法学研究会、西南政法大学联合主办由西南政法大学民商法学院、外国家庭法及妇女理论研究中心共同承办。参加本次会议有全国人大法工委民法室的领导同志，有来自祖国四面八方的继承法研究领域的专家学者，有来自我国部分省市高级人民法院和基层人民法院的法官和律师、公证等法律实务工作者，我校民商法学院从事民法、婚姻家庭继承法领域研究的教师出席会议。

会议的开幕式由中国婚姻家庭法学研究会副会长、西南政法大学民商法学院陈苇教授主持。在开幕式主席台就座的领导和嘉宾有全国人大法工委民法室姚红主任，中国婚姻家庭法学研究会会长、中国政法大学夏吟兰教授，

## 家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

西南政法大学副校长孙长永教授，中国民法学研究会副会长、中国人民大学法学院民商法律科学研究中心主任杨立新教授，中国婚姻家庭法学研究会常务副会长、中国人民大学法学院副院长龙翼飞教授，中国商法学研究会副会长、西南政法大学民商法学院院长赵万一教授，中国知识产权法研究会副会长、西南政法大学民商法学院张玉敏教授。

在开幕式上，西南政法大学副校长孙长永教授代表会议主办方致开幕词。他指出，随着我国社会经济的发展，人们的物质文化生活水平的提高，家庭财产积累的数量和种类的增多，已经施行了 27 年的我国《继承法》日益不能满足人们社会生活的需要，因此，我国《继承法》被提上议事日程。在此次会议在全国人大法工委民法室领导的关怀和支持下，在中国婚姻家庭法学研究会、西南政法大学的共同努力下顺利召开。在会议期间，与会代表将分五个专题对我国《继承法》修改的热点难点问题进行研讨，为立法机关建言献策。可以相信，此次会议对于我国《继承法》的修改、完善具有重要的实际意义，预祝会议圆满成功！接着，中国婚姻家庭法学研究会夏吟兰会长代表主办方致贺词，她说，中国婚姻家庭法学研究会、西南政法大学联合主办此次会议，来自我国立法机关、法学理论界和法律实务界的代表聚集一堂，研讨我国《继承法》修改的热点难点问题。这次会议发表的各种观点，将对我国《继承法》的修改有参考作用。接着，全国人大法工委民法室姚红主任和中国人民大学法学院民商法律科学研究中心主任杨立新教授先后做会议主旨发言。姚红主任介绍在我国《继承法》修改有待研究的五方面的疑难问题。杨立新教授主要阐述了此次我国《继承法》修改的社会背景。

本次会议分为五个专题问题进行研讨：第一专题遗嘱继承；第二专题法定继承；第三专题遗产范围、遗产管理及遗产债权人利益的保护；第四专题公证遗嘱及遗嘱执行人；第五专题遗产债务清偿顺序以及其他问题。每个专题的议程包括三个环节：主讲人发言、嘉宾点评、与会代表自由发言提问。在 6 月 16 日全天和 6 月 17 日半天的为期一天半的研讨会中，主讲人的精彩发言，点评嘉宾的睿智点评，不时将会议气氛推向高潮。与会代表也纷纷踊跃提问，各抒己见，有些观点针锋相对，如对代位继承的根据、公证遗嘱的效力、是否设立遗产管理制度等，大家的争论十分激烈。

6 月 17 日上午 11 点 45 分，会议举行闭幕式。西南政法大学民商法学院副院长、博士生导师刘云生教授代表此次会议主办方和承办方做会议总结发言。他认为，此次会议有三个特色：第一，与会代表具有广泛的代表性，主要体现为二点：一是老中青三代齐聚一堂；二是立法界、理论界、实务界都有代表；第二，会议具有开放性。与会代表“不唯书、不唯上、不唯师”，各自畅所欲言，为立法机关建言献策；第三，舒适性。与会期间天气宜人，会议气氛平等交流。最后，陈苇教授代表此次会议承办方致答谢词。她向光临本次会议的各位领导、嘉宾和代表致谢，感谢大家参加各研讨专题的积极发言！向辛勤筹备此次会议的我校教职员工和学生致谢，感谢他们为会议提供的热情周到的服务！

此次会议在大家热烈的掌声中胜利落下帷幕。

撰稿：成蓓丽、李子瑾

摄影：侯 菡、陈 建

2012 年 6 月 18 日

### “中国继承法修改热点难点问题研讨会”会议综述

来源：西南政法大学外国家庭法及妇女理论研究中心官方网站

主办单位：西南政法大学

中国婚姻家庭法学研究会

承办单位：西南政法大学民商法学院

西南政法大学外国家庭法及妇女理论研究中心

会议时间：2012 年 6 月 16 日至 17 日

会议地点：西南政法大学渝北校区学术报告厅

2012 年 6 月 16 日—6 月 17 日，“中国继承法修改热点难点问题研讨会”在西南政法大学学术报告厅隆重召开。本次研讨会由中国婚姻家庭法学研究会、西南政法大学联合主办，由西南政法大学民商法学院、外国家庭法

## 家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

及妇女理论研究中心共同承办。参加本次会议有全国人大法工委民法室的领导同志，有来自祖国四面八方的继承法研究领域的专家学者，有来自我国部分省市高级人民法院和基层人民法院的法官和律师、公证等法律实务工作者，我校民商法学院从事民法、婚姻家庭继承法领域研究的教师出席会议。本次会议分为开幕式、专题研讨、闭幕式三部分，针对继承法修改的进行了五个专题的研讨。

### 一、开幕式

2012年6月16日上午九点，“中国继承法修改热点难点问题研讨会”在西南政法大学渝北校区学术报告厅举行开幕式。开幕式由中国婚姻家庭法学研究会副会长、西南政法大学外国家庭法及妇女理论中心主任、民商法学院博士生导师陈苇教授担任主持人。

主持人陈苇教授：

尊敬的各位领导、各位嘉宾，大家上午好！我宣布“中国继承法修改热点难点问题研讨会”开幕。下面我向大家介绍主席台就座的领导和嘉宾：

全国人大法工委民法室主任姚红；

中国婚姻家庭法学研究会会长、中国政法大学博士生导师夏吟兰教授；

西南政法大学副校长博士生导师孙长永教授；

中国民法学研究会副会长、中国婚姻家庭法学研究会常务理事、中国人民大学博士生导师杨立新教授；

中国商法学研究会副会长、西南政法大学民商法学院院长、博士生导师赵万一教授；

中国婚姻家庭法学研究会常务副会长、中国人民大学法学院副院长博士生导师龙翼飞教授；

中国知识产权法研究会副会长、西南政法大学民商法学院博士生导师张玉敏教授。

下面我向大家介绍在前面嘉宾席就座的领导和嘉宾，他们是：

中国民法学研究会副会长、西南政法大学民商法学院博士生导师谭启平教授；

江苏省高级人民法院民一庭夏正芳庭长；

中国人民公安大学出版社法律分社杨玉生社长；

重庆市高级人民法院民一庭陈屹副庭长；

广东省高级人民法院民一庭杨慧怡副庭长；

西南政法大学民商法学院副院长、博士生导师刘云生教授；

中国经济法学研究会常务理事、西南政法大学博士生导师许明月教授；

上海东方公证处黄群主任；上

海东方公证处李全一处长；重庆市公证处何伟副主任；

北京岳成律师事务所杨晓林律师；

上海沪家律师事务所吴卫义律师；

四川鼎立律师事务所张承凤律师。

我是中国婚姻家庭法学研究会副会长、西南政法大学外国家庭法及妇女理论中心主任、民商法学院博士生导师陈苇教授。

下面有请校领导西南政法大学副校长孙长永教授代表会议承办方致开幕词！

#### 孙长永副校长：

尊敬的姚红主任、各位专家、各位代表，大家上午好！首先向研讨会的召开表示祝贺！向莅临我校参加本次研讨会的所有的领导来宾表示热烈欢迎！西南政法大学民商法学科是我校最早成立的法学学科之一。六十年风雨兼程，我校民商法学科是新中国政法院校中招收硕士研究生最早的学科之一。本学科1981年成为全国首批硕士学位授权点，先后被确定为四川省、重庆市重点学科，1998年获得博士学位授予权，2004年设立博士后流动站。我校民商法学科已为国家培育了高质量的大批民商法专业法律人才。目前，我国民商法学领域理论界、教育界和政界、实业界都活跃着一大批西政精英学子。当前，我校正在争创国家级重点学科，民商法学科是我校优势学科。我校民商法学院在《继承法》领域研究方面亦取得了丰硕的成果，近10年期间先后出版《继承法律制度研究》、《中国继承法立法建议稿及立法理由》、《中国大陆与港、澳、台继承法比较研究》、《当代中国民众继承习惯调查实证研究》、《改革开放三十年(1978-2008)中国婚姻家庭继承法研究之回顾与展望》等专业书籍，并承担了“外国继承法比较与中国民法典继承编制定研究”这一国家社会科学基金项目，其结项成果著作的鉴定等级为优秀，入

选 2010 年度《国家哲学社会科学成果文库》，于 2011 年由北京大学出版社出版。随着我国社会经济的发展，人们的物质文化生活水平的提高，家庭财产积累的数量和种类的增多，婚姻家庭继承关系较改革开放前和改革开放初期也有了较大的变化，已经施行了 27 年的我国《继承法》日益不能满足人们社会生活的需要，因此，我国《继承法》被纳入法律修改计划。在这个背景下，由中国婚姻家庭法学研究会和西南政法大学共同主办，由西南政法大学民商法学院和外国家庭法及妇女理论研究中心联合承办此次研讨会，各位专家就继承法修改的热点难点问题进行深入研讨，对我国的法制建设无疑具有重要的意义。本次会议的主题，既涉及继承法律制度的结构建构的宏观问题，也涉及对具体制度修改建议的微观内容。主要针对遗嘱继承、法定继承、遗嘱公证及遗嘱执行、遗产范围与遗产管理、遗产债务清偿等方面的热点难点问题进行研讨，我相信通过各位专家的努力，本次研讨会一定会取得重大的理论成果，为我国继承法的修改完善做出重大贡献。最后，预祝会议取得圆满成功！

主持人陈苇教授：

下面我们有请中国婚姻家庭法学研究会会长、中国政法大学博士生导师夏吟兰会长致开幕词。

夏吟兰会长：

尊敬的各位领导、各位老师、各位同学，大家上午好！今天“中国继承法修改热点难点问题研讨会”在美丽的重庆召开了，我真的感觉非常高兴。中国婚姻家庭法学研究会、西南政法大学联合主办此次会议，我代表中国婚姻家庭法学研究会，向与会领导表示衷心的感谢！特别要感谢全国人大法工委的姚红主任！姚主任在这么繁忙的工作之中，抽时间参加我们的会议，聆听我们对修改继承法的意见。特别感谢她不畏旅途的劳苦！另外对承办西南政法大学民商法学院和外国家庭法及妇女理论研究中心表示衷心的感谢！向研讨会的顺利召开表示热烈的祝贺！顺便介绍下中国婚姻家庭法学研究会。中国婚姻家庭法学研究会去年 11 月份在厦门召开了第一次代表大会。在厦门大会之前，中国婚姻家庭法学研究会是在中国法学会领导下的二级学科。厦门会议之后，我们成为了中国法学会主管下的一级学科，在管理模式上进行了一个转型。中国婚姻家庭法学研究会是以婚姻继承法律为主要研究方向，新模式下的研究会更有利于婚姻家庭关系研究的统一规划和资源整合。此次研究会是中国婚姻家庭法学研究会第一次会员大会之后组织的一次重要的学术活动。此次会议来自我国立法机关、法学理论界和法律实务界的代表聚集在一堂，研讨我国《继承法》修改的热点难点问题。我国《继承法》已经颁布 27 年了，27 年来，我国从计划经济向市场经济转变，生活水平显著提高，公民所拥有的私有财产无论数量和种类都大量增加，今非昔比，中国的家庭结构发生了重大的变化。核心家庭成为重要的家庭方式，家庭关系亲属关系都更趋简单。现行《继承法》显然已经不适应社会的需要。这次会议研讨的主题注重现实问题，结合理论研究，考虑中国国情，考虑亲情伦理习俗，在借鉴两大法系经验和人类优秀文化成果的基础上，构建具有中国特色的继承法理论体系。《继承法》是身份财产法，规定一定继承关系的财产移转方式，修订《继承法》既要遵循财产法规则，保护公民个人财产所有权，保护公民处分财产的自由权，同时也必须要考虑亲属身份的特殊属性，要考虑亲情，伦理以及传统习俗，维护家庭价值，鼓励家庭成员和谐相处，尊重家庭的共同生活，以实现家庭的和谐社会的稳定。本次会议研讨的热点难点问题，从立法价值到具体制度，从理论到实践，以及研究视角、研究方法的多样化，都对我国《继承法》的修改具有较大参考价值。最后预祝大会圆满成功！

主持人陈苇教授：

下面我宣读重庆市高级人民法院领导的贺辞：尊敬的各位领导、各位来宾，大家上午好！今天“中国继承法修改热点难点问题研讨会”在重庆市召开，这是立法司法和法学理论界的一场盛会，对我国继承法的修改和完善必将会有有利的推动。在此，我代表重庆高级人民法院向与会的领导和来宾表示热烈的祝贺和诚挚的欢迎！长期以来重庆市高级人民法院的工作得到了各位专家学者以及法律实务界工作者的大力支持。我代表重庆市各级人民法院向大家表示崇高的敬意和衷心的感谢！本次会议的举办为立法机关、法学理论界和法学实务界的合作与交流搭建了重要的平台，我相信继承法的修改完善工作必将顺利进行。最后，预祝大会圆满成功！

主持人陈苇教授：

下面请全国人大法工委姚红主任做会议的主旨发言。

**姚红主任：**

各位来宾位、各位专家，大家上午好！我代表全国人大法工委民法室对本次会议的召开表示热烈的欢迎！我来介绍一下继承法修改的情况，继承法的修改已经列入全国人大的立法计划，可能今年就要把草案提交上去。接下来我想谈一下在继承法修改中我们所收集到的继承法的五个方面的主要问题。

第一个方面是遗产的范围，关于遗产的范围主要涉及两个方面的内容。第一个问题是技术层面的问题，就是如何对继承范围做出规定。目前为止有三种看法：一个是概括式，国外基本采用概括式；一个是列举加兜底，对《继承法》做些调整，因为是给老百姓看的，写的比较清楚明白是比较合适的；另一个是概括加排除。第二个问题是大家提出经济适用房、限价商品房、廉租房、公租房，宅基地适用权、网络财产等能不能作为遗产继承，在实践中是具有不同看法的。

第二个方面是继承人的范围和顺序问题。第一个问题是范围要不要扩大，有的人认为应当扩大，现在都是独生子女政策，两个顺序不能保证遗产最后落到国家手中，关于怎样扩大，是有不同意见的。另一种人认为不应当扩大，法院和有些公证机关的同志认为现在的继承顺序已经基本满足要求了，没有必要扩大，真正落在国家手中的非常少。关于顺序问题，关于继承人的顺序也是具有不同意见的，一种意见认为应该修改现有规定，第一顺序是子女父母，第二顺序是兄弟姐妹，第三顺序是祖父母外祖父母，配偶不在固定顺序之内；第二种意见认为第一顺序是配偶子女，第二顺序是父母，第三顺序是兄弟姐妹，祖父母外祖父母。也有人认为在现有基础上把孙子女外孙子女列入第二顺序。也有人主张修改现有的继承顺序，主要理由是现实中没有发生问题。还有一种意见认为取消尽了主要赡养义务的丧偶媳婿第一顺序继承权的规定，可以通过遗赠扶养协议来取得财产。

第三个方面是继承权的丧失和放弃问题。第一、继承权的丧失。第一种意见就是，是不是要增加规定丧失继承权的情形，比如有人建议规定故意伤害被继承人的应当丧失继承权。那么，但是也有人反对，故意伤害被继承人的可以包含在现在我们规定的虐待继承人里。也有人说虐待不能完全涵盖伤害。第二个意见，主张增加欺诈、胁迫手段迫使或者妨害继承人设立、变更和撤销遗嘱情节严重的。第二个问题，继承权的丧失到底是绝对丧失还是相对丧失。大家还是主张应当相对丧失，规定一个宽恕制度。第三个问题，是关于代位继承是不是采用固有权说的问题。代位继承主要争论的就是属于那种绝对丧失继承权的，比如杀害被继承人或者为了遗产杀害继承人的情况。第二，放弃继承权。第一个问题涉及到放弃继承权要不要规定期限。有的人认为应当规定。我看学者大部分主张应当规定。但是，也有人认为，规定期限没有任何意义。第二个问题是，继承开始前表示放弃继承权的，继承开始后可不可以反悔。第三个问题就是，放弃继承权要不要特定的形式。比如书面的形式、登记，特别是实际接收遗产后还能不能放弃。那么实际接受遗产后就不是放弃继承权的问题。而是呢，他的所有权的处分问题。第四个问题，被继承人死亡后，没有进行遗产分割的。放弃的是继承权还是所有权？大部分人认为，实际上放弃的是所有权。当然也有不同的意见。第五个问题，就是继承人放弃继承权损害配偶、其他人的权益的。利害关系人可不可以申请法院撤销放弃继承的行为。

第四个方面，遗嘱继承。第一，遗嘱继承的形式问题。第一个问题就是自书遗嘱可否采用打印后签名的方式，现在计算机普及了，有人认为应当适应形势的需要，允许这种方式。但是，还有一种意见认为这种东西太容易伪造，还是应该由他本人全部自书遗嘱，然后，最后自己签上名字，写上年、月、日。这样才应该认定为是自书遗嘱。第二问题，是不是应该修改代书人必须是见证人的规定。第三个问题就是，是否需要增加密封遗嘱、电子数据遗嘱。第二，遗嘱的效力问题。第一个问题就涉及到公证遗嘱是不是具有最高效力和可不可以以其他形式变更公证遗嘱，以最后做出的遗嘱作为有效遗嘱。而且呢，某些遗嘱是不是需要强制公证。第二个问题就是紧急情况下的口头遗嘱是不是需要规定一个过渡期，超过这个过渡期呢，这个遗嘱就无效了。第三个问题就是遗嘱的限制问题。是不是需要增加规定特留份。第四个问题，关于共同遗嘱。是不是有必要在继承法中明确规定共同遗嘱。实践中是不是存在共同遗嘱的情况？主要内容是什么？订立遗嘱后，双方都还生存的情况下，一方可否变更、撤销共同遗嘱；一方去世以后，生存的一方可否撤销、变更遗嘱。一方通过行为处分财产以后，是否影响共同遗嘱的效力，这些都是需要研究的。

第五个方面，就是关于遗产管理的问题。遗产管理问题，首先就是管理人和执行人这个怎么规定？如何规定？第二个遗产管理的问题就是关于遗产管理人或遗嘱执行人选任资格、权利义务、辞任、撤销等要不要规定。如果

需要规定的话，怎么规定？第三个问题，就是遗产要不要强制造册。因为我们现在实行的是限定继承，在遗产范围内继承。那么，遗产范围到底谁说了算？要不要强制造册？如果强制造册以后，这个清册应当放在哪儿？第四个问题，要不要建立归扣制度。第五个问题，就是遗产债务的清偿顺序。因为遗产债务可能涉及到工资、生活费、国家税收、担保物权，甚至遗赠抚养协议、遗赠、酌给遗产之债、遗产费用等等。哪些应当在前？哪些应当在后？要不要在法律中明确规定，还是适用现行法律的规定。

主持人陈苇教授：

下面我们请中国人民大学法学院、民商法律科学研究中心主任，杨立新教授做主旨发言。

杨立新教授：

各位领导、嘉宾、各位与会的代表，我发言的主题是“继承法现代化的必要性”。

第一个是对于继承法修改的问题。我们现在能够看到的一个明显的差别就是说，法院的法官相当平静，但是学者的观点不一样，所有的学者都认为到了不改不行的程度了。这种反差说明了基层法的审判实践和现行《继承法》的需求存在太大的差距，现实生活中很多的需求没有反映到法院中来，继承案件在法院中不是主流的案件，现实的案件也没有太大的争议，现行法律和司法解释把问题都解决了。其实现实生活中的需求是非常迫切的。每个人的财产问题不再是1985年的状况，有了很大变化，很多人看不到《继承法》具体的问题，实际上基层的现实案件是暗流涌动，很多案件不去法院解决，原因可能有以下几点：第一，现实生活中的继承争执倾向于民间自己的方式，不愿意拿到法院去诉讼解决，不想把事情搞大；第二，《继承法》为老百姓提供的规则太少，无论是遗产范围，还是具体的继承制度，没有提供太多的解决方法，民众不知道还有此种解决方法；第三，继承纠纷倾向于公证、调解委员会调解等方式解决。很多问题都是在公证处解决，调解委员会也处理了很多问题；第四，1985年《继承法》颁布以后，逐渐变成了边缘化的法律，继承法的问题很少研究。去年就发现这个问题，我们提出了继承法现代化的问题，被边缘问题终于被重视了。《继承法》的修改具有现实必要性，稳定并不说明适应需求，我们要给老百姓提供更多的选择方式，面对现在遗产的增多，《继承法》必须健全化，这样才能维护财产流转和交易秩序。我们要特别尊重被继承人处分遗产的自由，我认为泸州的案件是不正确的，是个不好的判决，不应该增加那么多的限制，要保证法律的严肃性。

（开幕式后，与会人员合影，随后专题研讨开始）

## 二、专题研讨

### 第一专题：遗嘱继承

主持人：龙翼飞、杨玉生

主讲人：夏吟兰、夏正芳、许莉、杨慧怡、李全一

点评人：宋豫、吴卫义

龙翼飞教授：

各位与会代表，我们研讨会第一单元的讨论现在开始。首先请中国婚姻家庭法学研究会的会长，中国政法大学博士生导师夏吟兰教授发言。

夏吟兰教授：

我的发言题目是“特留份制度之伦理价值分析”。实际上在《继承法》制定过程当中，对遗嘱自由的限制采特留份制度还是修改我国现有必留份制度，有不同的意见。我认为特留份制度与必留份制度都是对遗嘱自由的限制，但对法定继承人的保护利益有所不同，特留份制度要求在处分遗产时必须为特定的法定继承人保留一定的份额，许多国家在确定特留份权利人的时候不一定规定在配偶、子女、父母。我觉得就特留份制度来讲，其主体范围不明确，同时特留份份额不明确，另外对特留份权利救济方式不明确。我们在考虑选择特留份还是必留份的时候主要在于看其背后的伦理价值取向。



第一，一定亲属身份关系是确定特留份主体的依据。继承制度最初始的动因就是要把自己的财产留给自己的亲属，所以亲属间的血缘关系和伦理关系决定了法定继承人的范围和顺序，尽管各个国家继承人的范围和顺序有很大的不同，但其最基本的依据都是血缘关系以及他们之间的伦理关系。所以在确定特留份权利人时同样要遵循这一原则。

第二，养老育幼、相互继承是亲属间的基本伦理关系。家庭是社会的基本单位，家庭成员间的亲属身份关系是社会最基本的伦理关系，夫妻之间相濡以沫，相互尊重扶持、尊敬和赡养老人，扶助缺乏劳动能力没有经济来源的家庭成员是为大多数国家所尊崇的伦理道德和善良习俗。所以，被继承人死后为法定的近亲属保留一定份额的遗产，将部分遗产留在家庭内部，不仅有利于保障家庭成员的基本生活，也通过财产传承的形式表达了对与其他感情密切的近亲属的关怀与惦念，这种通过家庭财产传承而产生的对生者情感上的慰藉，对死者的崇敬怀念，是最淳朴自然的家庭伦理道德观念，是社会最基本的秩序。正如泸州案件，为什么引起社会的强大反响，我认为恰恰就是因为破坏了社会的基本的伦理。

第三，亲属间的相互扶助、相互支撑、共同生活是继承期待权受法律保护的重要依据。继承权的产生以亲属身份为前提，配偶之间、父母子女之间的相互扶助、相互支撑、共同生活是被继承人努力工作、积累财富的最重要的动力，被继承人所遗留的财产与他们的支持与帮助，鼓励与关怀，甚至共同努力、共同创造密不可分。其财富的积累与家庭成员的协同生活、家庭成员的贡献是密不可分的。所以特留份制度确认了近亲属在遗产积累过程中的贡献，使近亲属的继承期待权在继承开始之前就已经受到保护。

第四，亲属间的相互扶养、相互继承是维系家庭关系的重要方式。现代社会科学技术高度发达，但家庭仍然承担着一个民族与国家种的繁衍、延续传承的重要职责，而亲属间的相互扶养、相互继承正是确保实现这一职责，维系家庭关系的重要方式。继承是亲属之间相互扶养权利义务的延伸，被继承人死亡后，其财产由与其有法定扶养义务的继承人继承，就可以使遗产继续发挥实现家庭成员间相互扶养的职能，维系了家庭关系的延续和发展。即使在西方现代国家的福利政策已经相当完善，但是他们的特留份制度仍然存在，而且越来越完善。我觉得家庭的亲情、感情、伦理道德是我们这个社会必须弘扬的。所以，设定特留份制度背后的价值就是通过对特定近亲属的继承期待权的保护来维护亲属身份的伦理价值，保护近亲属的继承权利，从而实现家庭的价值，维护家庭的稳定，维护社会的和谐稳定。

从我们国家的必继份来看，为保护缺乏劳动能力又没有生活来源的法定继承人的范围相对较窄。这样的制度实际存在这样三个问题：第一，适用必继份的权利主体范围过窄，仅包括缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人，忽视了《继承法》的身份特点以及伦理价值，对遗嘱自由的限制作用非常有限。第二，适用必继份的权利主体的标准模糊，何谓缺乏劳动能力又没有生活来源的法定继承人，由法官根据案件的具体情况酌情确定，给法官的自由裁量权过大，既不利于保护被继承人立遗嘱的自由，也不利于法律的具体操作与执行。第三，必须保留的“必要的遗产份额”标准不确定，过于原则缺乏可操作性。我认为，其目的在于保护缺乏劳动能力又没有生活来源的人法定继承的权利，是实现继承制度养老育幼这一职责的具体措施，所以我认为我们修改继承法的时候一定要改必留份制度为特留份制度，正确处理遗嘱自由与家庭成员利益的冲突。在尊重遗嘱人遗嘱自由的前提下，有限度地保护近亲属的法定继承期待权，维护社会的基本伦理关系，维护社会的公共利益，维护家庭的和谐，维护社会的和谐。

**龙翼飞教授：**

谢谢夏吟兰会长！下面请江苏省高级人民法院民一庭夏正芳庭长发言。

**夏正芳庭长：**

尊敬的姚主任，各位专家、老师，大家好！今天我讲的很多内容都是我在工作当中根据一些案子想到的一些问题，希望在《继承法》修改的时候能够予以考虑。我首先谈一下，我们江苏省法院在不同时期不同地区对案件审理的一些情况。1985年实施的继承法和最高人民法院关于执行继承法若干问题的意见，当年我省受理的有关继承的案件有1335件，1986年是1362件，1987年是1514件，而在此之前我关注的84年和83年分别是1349件和1187件，我觉得这个数字就说明当年继承法颁布实施并没有带来案件的剧增，当然这也和当时经济发展情况相关的，那么进入到97年之后，其实案件数量仍然非常平稳，基本上在一千件左右徘徊，案件数量真正有明显变化的是在近几年，2009年之后突破了2000件，增幅数量比较明显，2009年达到了2223件，2010年是2625件，2011年是3002件。这个数字相对于每年我们数量庞大而且以年均10%的比例递增的民事案件来说，继承案件所占的比

例并不大，2009—2011年我们江苏省全省民事案件的数量分别是41万余件，435000件，50万余件。继承案件所占比重实际上只有0.05%和0.06%。

从实务的角度来说，颁布于27年前的法律，有修订的必要。在以下这些方面，我们确实存在很多的困惑。首先是继承的时效问题。我国法律规定，“继承权继承权纠纷提起诉讼的期限为两年，自继承人知道或者应当知道其权利被侵犯之日起计算。但是，自继承开始之日起超过二十年的，不得再提起诉讼。”同时，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。”最高人民法院在相关的案件中，也是进一步明确继承开始后继承人没有表示放弃继承又未分割的可以按继承案件处理。继承的诉讼时效到底规定多长为宜？对于这一问题到底怎么看，我在这里也向各位专家求教。

第二个问题就是涉及到债权人利益的时候，是否应当明确继承人的清偿义务？因为继承法中只提到了遗嘱执行人的问题，但是如果被继承人死亡以后没有遗嘱，而继承人又表示放弃继承的时候，如何保护债权人的利益，应该说法律对此是欠缺相关规定的。今年我们也有一件申请再审的案件，这个案件的申请人是一个债权人，被申请人是一个担保人，由于被申请人曾经为举债人的借款用房产进行过抵押，后来双方又把抵押的房产证收回来，现在这个主债务人因为欠债太多而下落不明，所以债权人就要求担保人承担保证责任。这个案件法院在审理过程中一审法院是认为房产证被收回抵押被撤销了，但是保证人有保证的意思，虽然抵押没有了，但是保证人有保证的意思，所以一审法院判决保证人承担连带保证责任。但是二审法院做了相反的认定，认为抵押撤销后担保人没有担保的意思了，所以判决担保人不承担责任了。债权人不服，申请再审，这时候的问题是担保人在对方申请再审时已经去世了，他的后人根本就不愿意参加诉讼，否认根本就没有什么遗产，没有置产的存在，所以案件在审理的程序上，我们就感觉接下来进行下去比较困难。但是这种情况在审判实务其实中并不少见，因为我们《继承法》规定继承人对被继承人法定义务之外的债务是没有偿还义务的；同时《继承法意见》也规定继承诉讼开始后，如果继承人已经明确放弃继承不再列为当事人；《民事诉讼意见》第44条也明确规定，在诉讼中，一方当事人死亡，人民法院应及时通知继承人作为当事人承担诉讼；《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉审判监督程序若干问题的解释》第25条也规定，在给付之诉中，负有给付义务的被申请人死亡或者终止，无可供执行的财产，也没有应当承担义务的人的，可以裁定终止诉讼。但这个。虽然有这些规定，但是我们认为在《继承法》当中还是应当明确规定继承人不管是否放弃继承，都对被继承人遗产或对外的债务都有一个清理的义务。如果不放弃继承的话在继承的范围内对外承担清偿债务的责任。所以我觉得对清理和清偿的范围应当做出一个明确的规定。

第三个是关于遗嘱继承的问题，遗嘱继承纠纷中争议大多数都集中在遗嘱的效力方面。比如说继承人的遗嘱是打印出来的，被继承人没有签名，但是按了手印，或者日期他只明确了年月而没有日，如果按照法律来讲在形式上是不符合规定的。那么像这种遗嘱如何认定它的效力？还有口头遗嘱的见证人到底能否有利害关系？口头遗嘱是否在危机的情况下做出？法院在考虑这类问题是往往着眼于这个遗嘱是不是被遗嘱人的真实意思，是否有立遗嘱能力，只要这些问题不是很严重，一般来说不影响遗嘱的效力。在这一点上我们法官应该说争议不是很大，但是有一个问题的认定却存在很大的争议，就是遗嘱人在立遗嘱之后他的财产形态发生了变化，而被继承人并没有修改遗嘱，他的遗嘱的效力到底如何来认定。我认为这个问题应该明确。还有一个问题是关于继承人放弃了继承如果侵害了被继承人的利益，这种放弃的效力应该怎么看。

**龙翼飞教授：**

下面请华东政法大学许莉副教授发言。

**许莉副教授：**

我的论文的题目是《必留份还是特留份，我国遗产处分限制的立法选择》。对于遗嘱处分的限制各个国家现在都有，只不过是宽一点还是窄一点的问题，采用的模式不一样。概括而言，现在一般来说大陆法系都是特留份，英美法系由于崇尚遗嘱自由，原来它是没有限制的，现在同样进行限制。但是两者最大的差异是大陆法系的特留份是只要有身份就会有份额，是基于身份派生出来的财产权利，这个继承期待权就是一个现实的，就是一个实实在在的权利。英美法的抚养需要它有一个特点就是它对配偶保护特别充分，所以只要有配偶身份，她不需要有抚养需要，所以配偶的地位跟未成年子女是一样的。我考量了一下这实际上有两个原因：第一是因为配偶是一个共生义务，这个跟未成年子女地位一样；第二个是在英美法中绝大多数国家是分别财产制，所以它的抚养义务的延续。英美法中的一个理念是夫妻以拥有共同生活为目的结合，所以我期待的利益是延续的，婚姻生命的终止。正因为这样即使婚姻关系不存在了，抚养义务还可以延续。当然也有抚养费的请求，它不以需要为前提，所以只有

对配偶不需要以身份为前提，未成年子女必然是共生，所以他也不以需要为前提。但是对成年子女的抚养费请求权，实际上跟我们一样，也是以必要为前提。我们可以看出，比较而言，我国的必留份制度是最严格的，它是一种“双缺”，无劳动能力又无生活来源。无生活来源这一词是非常难以判断的。像我们在上海的案件中就发现过，如果以保险合同中指定受益人的方式指定某一个未成年子女来作为保险受益人，接下来他就把遗产给父母了，这个时候他的未成年子女作为一个受益人他可以取得一部分的保险利益，但是他仍然算不上无劳动能力和无生活来源。现在未成年人有财产的很多，这个时候无生活来源的概念是什么？如果我们严格限制他，那么只有他自己养活自己。在别人不养活他，他自己又无法养活自己，而又没有财产的情况下，这个范围就更窄了。所以我们国家对遗嘱自由的限制或者对遗产处分的限制，在世界上可以说是最宽松的一个国家。我个人觉得在制度设计当中完全可以通过立法技术的调整取一个制度，关键在我们要不要替代的最根本的选择是一个功能选择、目的选择。我们限制遗嘱继承或者对遗产处分的限制的目的到底是基于一个扶助抚养避免成为社会的负担，还是基于人情伦理即亲情伦理这样一个理念？如果我们坚持我们最主要强调的是抚养义务延续，或者说避免成为社会的负担，这个我觉得必留份完善就可以了。但是如果我们的立法功能是强调亲人之间即亲属的身份利益以达到维系我们共有的亲情伦理，这个时候只能以特留份来替代这样的模式。我认为必留份它是有必要作为一个功能选择维系亲情，这是很重要的。但是，我自己也考虑过这样几个问题，也就是反对特留份的几个观点，必留份在我们国家已经从建国以后到现在已经五十年了，五十年当中，使我们民众已经接受了遗嘱自由可以改变法定继承，那么这样一来，我们的这种自由已经深入人心。现在我们立法实际上是对所有人对其处分遗产的自由加以限制，那么从自由到限制，民众的接受度如何？第二个，就像重家庭重亲情，本来就是中华民族就有的价值观，我们向来是一个重家庭的民族。但是，我们国家有个特殊的阶段，从建国以后，特别是到60年代70年代，非正常的政治背景之下，在一段时间内，这种传统的价值观碰到了极大的冲击，以阶级立场替代了亲情伦理。而且，在我们处理个人与集体、家人和他人的关系当中，我们一直坚持就是轻个人，重集体，重他人，轻自己。我们强调的是自立自强，自食其力。这样的价值观实际上在社会当中占据了相当大地位。我有些担心以设定特留份的制度方式，重新确定亲情伦理的地位，是否具有可行性？当然还有一个很现实的问题，我们民营企业的起步阶段，民营企业、家族企业，他基于经营考虑，可能把财产集中给某一个人，败家子就可能不给他了。如果我们强制的特留份，必然会考虑同一顺位的，哪怕是第一顺位的继承人，是份额均等的份额，那么这个时候会不会影响私营企业的正常发展？

**杨玉生社长：**

谢谢许莉老师！下面请广东省高级人民法院民一庭杨慧怡副庭长发言。

**杨慧怡副庭长：**

我向大家先介绍一下，近三年广东省继承案件的审判情况。2009年各级法院一共受理423600多件一审民事案件，婚姻家庭案件包括继承案件受案48900百多件，继承案受案1143件，遗嘱继承案只有117件；2010年各级法院一共受理486000件一审民事案件婚姻家庭继承案件是52479件，继承案件是1564件，遗嘱继承案件只有138件。2011年一审民事案件受案是515564件，婚姻家庭继承案件受案是55883件，继承案件受案是1867件，遗嘱继承案件受案是174件。总得来看，婚姻家庭类的案件有广东省一审民事案件中所占的比例是10%左右。继承案的比重虽然每年都在增加，但是它的这个比重，在所有民事案件里面，整个继承案件只有3%左右，遗嘱继承在继承案件中占10%左右，在全省的一审民事案件中只占万分之三左右。从数据反映看，现行的《继承法》，在相当长一段时间内还是发挥了它一定作用的。法律规定还是比较符合文化传统和家庭生活习性的，所以大家就按着这个法律来做，产生的继承纠纷数量就有限。我们所统计的这三年的117、138、174宗遗嘱继承案件中，分歧较大的，能够引起社会关注的，还是遗嘱案件。从我们所触及到的一些案件看来，虽然其所占的比重不大，但还是凸显了还是许多的问题。譬如遗嘱的形式问题，录像遗嘱的问题。还有打印的遗嘱，打印的遗嘱只在署名的地方签字和盖章，是自书还是代书呢？最后效力怎样认定呢？还有公共遗嘱的问题，限制民事行为能力人立遗嘱的效力问题、诉讼时效的问题、遗嘱自由是否需要见证的问题。

随着广大人民群众私有财产的种类和数量的增加，通过立遗嘱的方式来安排财产继承与避免财产纠纷、避免财产的分散与发挥财产的最大效用，都需要通过立法来完善我国的遗嘱制度。这次研讨会，我们是从司法过程考察在继承法中设立一个特留份制度的合理性。在我们的论文中引用了四川的这个案例，也提到了我们的两个观点。第一，本案的判决在法律上是存在风险的。主要是因为法院认为遗嘱违反公序良俗原则而认定无效，我认为这在法律论证上还是有所欠缺的。还有就是法院用不容易论证的违反社会公德全盘否定了个人的遗嘱，将会损害当事

人的意思自治。同时我们又提出一个观点，家事审判案件同其它财产案件应该是有一定区别的。因为家事案件具有人身属性，而且家事案件的当事人的心理是非常复杂的。要解决纠纷，又不愿意过度公开其隐私；要维护自己的权利，同时又要考虑纠纷解决之后家属之间的关系。家事案件的处理并不是简单追求当事人之间的是非曲直，不是仅仅判断对与错，更重要的调节人际关系，使当事人恢复到生活的常态，修复心理的创伤。如果公权力过多的介入家事案件的解决，当事人的处分原则就会受到一定的限制。所以我认为通过设立特留份制度是可以解决“包二奶”类似案件的问题，可以使法官在追求当事人意思自治与道德价值层面的公序良俗之间平衡判断。所以我们赞成设立特留份制度。

**杨玉生社长：**

感谢杨庭长的精彩发言！下面请成都市龙泉区公证处李全一主任发言。

**李全一主任：**

各位专家、各位老师好！我的发言题目是谈特留份问题。我主要从公证的角度谈一下设立特留份制度的必要性。我们龙泉公证处只有四名公证员，大约每年的办证量在2万件左右。初步的统计，我们公证处每年涉及的遗嘱和继承的案件大约是三万件左右，占我们公证数量的18-20%。在大量的遗嘱公证与遗嘱继承公证中间，我们发现有些问题不好解决，其中最不好解决的就是特留份问题。因为当事人设立遗嘱的时候，我们是没有办法审查他是否为又无劳动能力又无生活来源的人保留遗产份额。我们只能提醒当事人为双缺人留下一定的财产，但是当事人自己也不好判断。另外，司法解释也表明是否保留一定财产是以遗嘱生效时判断，那么在设立遗嘱的时候要求当事人这么做就没有太多的理由。所以我们在公证中通常很困惑，还有遗嘱人所有的继承人家庭生活都困难，但因为低保制度都达不到无生活来源的境况。绝对没有生活来源的现在是非常罕见的。另外就是部分继承人虽然有少量的生活来源，如政府救济金，但缺乏劳动能力。第三，继承人并不缺乏劳动能力，但是由于失业了，没有找到工作没有生活来源，还没有达到享受低保的程度。由于缺乏特留份制度，导致存在大量投诉、起诉案件，而且比重很大。实际上法院受理的继承案件是相对较少的，公证在继承这一块确实起到了很大的作用，为社会化解了很多矛盾纠纷。很多专家学者认为公证遗嘱不应考虑其优先性，我倒是觉得这个问题大家可以再思考一下。我们办理的遗嘱公证案件里面有大量都是律师代书的或者律师见证的，这些案件我们要确认其效力的时候非常麻烦。我认为公证遗嘱深入人心，又能为社会化解矛盾，为法院减少讼累，何乐而不为呢？所以我认为继承法应该保留公证遗嘱效力最高这一规定。这对当事人，对规范遗嘱行为，限制当事人的遗嘱自由，减少遗嘱纠纷是非常有好处的。

**龙翼飞教授：**

感谢前面五位发言人精彩的发言！下面我们进入点评环节。首先，请重庆工商大学宋豫教授点评。

**宋豫教授：**

我认为必留份制度有两个明显的缺陷：第一就是制度本身规定的太过简单和粗略；第二，现行《继承法》是1985年制定的，是按照当时的社会经济水平为标准制定的。但是按照现行法律规定，根本就不存在没有生活来源又没有劳动能力的人，也就没有该制度的适用余地。如果我们设立特留份制度，我国《继承法》条文将会有大幅调整，我们的实务部门的继承纠纷案件一定也会有所增加。如果我们设立特留份制度，那么立遗嘱人要有很强的法律意识。因为他要确认他所立的遗嘱是否符合我国继承法有关特留份制度的规定，即该留遗产的人是否留了，留下的份额是否符合法律规定，这明显与我国社会生活实际不相符。即使是公证处的公证人员也很难确定他所留的份额是否符合法律规定。我认为，如果简单的法律可以调整社会生活的话，就没有必要使我们的法律复杂化。如果设立的特留份制度，将会与我们老百姓的生活习惯产生矛盾，我们实务部门的继承纠纷也会增多。

对于遗嘱的形式，我认为，我们立法的根本目的是为了遗嘱人所立的遗嘱是他的真实的意思表示。因此，在现行法律规定的五种遗嘱形式以外，应该再设立一种兜底规定，凡是遗嘱人立遗嘱时有行为能力，能够反映遗嘱人真实的意思表示的，都应该承认是遗嘱。例如录像遗嘱的形式。随着科技的发展，人们意思表示的形式是越来越多样化。如果由法律明确规定每一种遗嘱形式的话，就难免存在一定的局限性。一份遗嘱只要符合三个要件即可，即有行为能力、真实的意思表示、内容合法有效。

**吴卫义主任：**

根据前面各位老师的观点，我想谈三点看法：第一点，关于继承法修改的必要性，随着社会的发展和财富的增加，会产生很多新的问题。现存法律与这些新的问题之间会有一定的脱节，我们的执法者或司法者就难免

会产生一些困惑。目前中国，掌握大量社会财富的人，与其下一辈间财富的转移正慢慢进行，这些人手中掌握的财富的形式，远远不止我们法律所规定或承认的财产形式，这就会产生一些影响社会稳定性的问题。第二，特留份的问题，我们的立法在参考借鉴世界其他国家和地区立法经验的同时，更为重要的是，要考虑我国的社会习俗，民众的生活习惯及伦理。第三，遗嘱的形式问题，目前法官在处理这一类问题的时候，出现的很多分歧。所以应该由法律予以更为细致的规定。

**龙翼飞教授：**

下面是自由发言阶段。

**陈苇：**

我认为，现在我国立法机关对《继承法》进行修改，必须反映我国社会经济发展以及家庭生活中的新问题。随着中国社会经济的发展，公民拥有的财产数量、种类的都在增加。在这样的现实社会背景下，对我国《继承法》进行修改正是顺应了时代的要求！虽然在人民法院的审判实践中财产继承纠纷案件的比例不高，但是这并不意味着民间的继承纠纷很少，因为在民间有亲属调解、社区干部调解和人民调解等纠纷解决机制。关于特留份制度在我国要不要设立的问题？我国党中央的有关文件已经提出要加强社会主义文化建设，在这个文化建设里面就包括我国的家庭文化建设。因此，我国《继承法》的修订也要有这种理念，就是要弘扬我们中华民族的传统美德，要让遗产积极发挥对亲属的扶养职能，促进家庭成员和谐相处。关于遗嘱的效力问题，遗嘱作为一种要式行为，应当有它的法律形式，因此，关于设立兜底条款的问题还需要进一步研究，至少，从国外的立法例来看，还没有对遗嘱采取兜底条款的规定方式，是因为它是一种要式行为，必须要有一定的法律形式。

**杜江涌副教授：**

我认为，我们的法律承载着太多的东西，甚至有点不堪重负了。法律就是法律，它只是调整社会关系的众多手段中之一，它不是万能的。我们在运用法律设计了那么多的条条框框，但当我们真正运用法律的时候，对当事人而言，它会有所取舍，有所选择。我一直有一个问题，就是我们的法律和道德，在各自的功能上，他们有哪些区别，希望得到各位专家老师的指点，谢谢。

**夏吟兰教授：**

关于法律和道德的关系问题，一直是法学研究的一个重要问题。我个人认为，亲属法包括其他法律，在涉及与道德的有关问题时，都是无法回避的。法律本身，包括亲属法在内，都是社会伦理道德的上升。但我们不能说，法律就是伦理。法律本身，它一定反映了这个社会的伦理道德，这是所有法律都无法回避的问题。我们在制定涉及亲属法以及与亲属关系相关的法律的时候，都必须考虑法律背后所隐含的价值，其中就包括法律的伦理价值。法律的重要作用之一在于它的指引作用，社会价值越多元化，法律的指引作用就越重要。

## **第二专题：法定继承**

主持人：陈屹、王剑

主讲人：张玉敏、冉启玉、徐志超、孟令志、杨晓林

点评人：杨佳红、李俊

**王剑主任：**

各位老师，下午好，我叫王剑，是中国公证协会法律部主任，非常荣幸能够作为主持本次会议第二专题的研讨。下面请中国法学会知识产权研究会副会长、西南政法大学民商法学院博士生导师张玉敏教授发言。

**张玉敏教授：**

各位老师、各位同学，我就上午听了各位老师、各位法官的发言与我的稿子相关的几个问题，发表一下我的看法。

第一个问题，父母的继承顺序。我提交的建议稿和提纲中都主张父母作为第二顺序的继承人，放于子女及其晚辈直系血亲之后。那为什么要提出这样一个建议，我认为财产继承的最根本根据应该是被继承人处分其身后财产的愿望，而适当的考虑家庭的职能。在人们个人财产数量大大增加，各种社会保障条件越来越完善的情况下，那么坚持这一点呢，我觉得有它非常重要的意义。如果说我们85年的继承法，根据当时的情况，按照死后抚养或者说特别重视家庭职能实现，这样一种指导思想来立法，来安排继承人的顺序和范围，有它一定合理性的话。那么现在，应该说基本上没有多少和理性了。如果说按照死者处理其身后财产的愿望，这样一个继承的最根本根据

来设定继承人的范围和顺序的话，自己及其晚辈直系血亲当然应该是第一顺序的法定继承人，父母应该在子女之后。就我个人的调查，在中国民间的传统习惯上，一些老年人他们的态度是，当自己的子女有后人的时候，父母不继承财产，这是多少年来中华民族的一种传统。从世界的范围来看，把父母、子女、配偶同时列为第一顺序继承人的法律是非常少的，我自己见到的就是原来的苏联的苏俄的民法典。据说伊斯兰教的法典是这样的，但是我没有看到。那么父母的问题应该是赡养的问题，而不是继承的问题。第二，我们继承法的适当分配遗产的制度。如果父母为第二顺序的继承人，而不能继承遗产，生活上有所需要的，可以按照适当分配遗产这样一个制度来保障他的晚年生活。财产进入父母受众人不是最终结果，实际上会通过父母进入兄弟姐妹手中，而进入兄弟姐妹手中就等于进到侄儿侄女手中，那么当继承人有自己的直系晚辈血亲的时候，有自己的儿子、女儿、孙子的时候，他是不会愿意自己的财产进到兄弟姐妹的手中，进而进到侄儿侄女的手中。这是世界各国之所以把父母列于子女之后，作为第二顺序继承人的根本原因。我觉得我们国家也不能违背这样一个规律。同为炎黄子孙的台湾也是这样规定的，父母也是第二顺序法定继承人。以上是关于父母的继承顺序问题。

第二个问题，代位继承究竟是固有权还是代表权。我是坚决主张代位继承是继承人固有的权利。如果我们确定这个代位继承人的权利是一种固有权的话，那么当子女丧失继承权以后，不应该妨碍孙子女的代位继承权。因为他不是根据其父母才有这个权利，而是他本来就有。所以父母有问题丧失了继承权，不影响被继承人的孙子女代位继承。甚至父母放弃了，也不影响他们的继承权，这是关于代位继承权的性质。

另外关于遗产，我觉得在我们现实生活当中，特别是在我们这样一个社会大变革的时代，有很多财产的性质很难说清楚。希望在我们的继承法里说清楚，可能非常困难，今后可能还会出现一些新的这样的问题。所以，我主张用概括式的规定。而这个概括式的规定，我认为应该明确它是被继承人的财产法上权利义务和责任，属于被继承人自身，因其死亡而消灭的除外。

至于说哪些可以继承，哪些不可以继承，根据社会的发展，政策的变化，那么法官会去具体的来区分。我觉得只需要确定这样一个原则。那么确定了这个以后，就有两个问题。第一，就是我们姚主任提出来的放弃是否需要期限。如果我们确认继承的标的是遗产，是包括财产权义务甚至是责任。那么这个遗产可能是正的积极的财产也可能是负的消极的财产。这种情况下，继承人必须做出选择。你是全盘接受继承，一切权利义务你来承担。还是责任我不承担，财产我也不要。那么这种情况下，就涉及到一个放弃继承。如果我们在这个意义上来理解放弃继承的话，那么它就必须要有个期限。没有期限，对其他的继承人，对债权人是不公平的，也是无法操作的。而放弃继承制度，从其本意来讲，就是在这样的一个意义上来设立的。所以你们看各个国家的继承法里放弃继承都有时间的限制，而且时间要求很短。

还有一个就是上午提到的是否必须要制定遗产清册。制定遗产清册和放弃继承是同样的问题。并非每个继承发生以后，继承人都要制定遗产清册，那是没有必要的。需要一个遗产清册制度，是为了使继承人出于限制自己违背被继承人清偿债务的这样一个责任而设计的一种制度。也就是说只有当继承人认为被继承人的财产情况很复杂，有很多债务，甚至有可能是负数的时候。那么这种情况下，为了避免用自己的固有财产为被继承人清偿债务这样一个问题出现，就必须要有个办法来固定遗产的状况，怎么固定呢？就是要有一种有公信力的方式来制定一个遗产清册。包括他的积极财产、消极财产等各种财产登记在册，而且这个必须是能够有公信力的。我要还债就在这样的限度之内，超过了我可以不管。这就好像一个企业要破产。那么你的股东要限制你的责任，你说你是有限责任。那你就必须要搞清楚你有多少财产。所以这个制度呢，我觉得是必须的，但是实践中可能是极少用到的，极少用到也得有。

最后说一个关于特留份的，上午一直在集中讨论这个问题。我觉得特留份这个问题，在现在我们这个社会条件下可以不要。至于说我们先自爱的必留份是否保留，可以讨论。因为社会主义提倡的是自食其力。这个想用特留份来解决一些像二奶一样的这类问题，我觉得也是解决不了的。而且这会限制遗嘱人的遗嘱自由，我不是说不给他任何限制，但是这样不太合适。而且如果我们扩大适当分给遗产这样一个制度的范围，那么很多问题呢可以通过这个制度来解决。

上面所说的这些都是根据今天上午听到的发言的一些感想，如果大家想了解我们的全面的观点。我们那本《继承立法建议稿理由》里面有全面的说明。

**陈屹副庭长：**

谢谢张玉敏教授精彩的发言！下面有请西南政法大学民商法学院冉启玉老师发言。

冉启玉博士:

尊敬的姚主任，尊敬的各位专家学者，大家下午好！我今天发言的题目是完善我国法定继承范围和顺序的思考。提交会议的论文是陈苇教授和我合作撰写的。

首先我在这里介绍一下我国法定继承人范围和顺序之我国学者主要论证的观点。1、我国法定继承人范围的论争。第一，我国法定继承人范围确定是否合理的论争。目前主要有两种观点，一种观点认为现有的规定比较合理，赞同现有《继承法》的规定，另一种观点认为现行规定不合理，需要进一步的修改。这又有两个争议，第一个是关于继子女的继承权问题。第二个是关于丧偶儿媳对公婆、丧偶女婿对岳父母尽了赡养义务的作为第一顺序的法定继承人的继承权的问题。

有学者建议，形成抚养关系的继子女享有继父母的遗产继承权，对父母再婚不利、也损害继父母亲生子女的继承权，建议通过继承法酌分遗产制度来处理这个问题。但也有学者认为经过近二十年的实施，我国继承法的有些制度已经成为我国固有法的一部分，建议予以保留。其中就包括形成抚养教育关系的继父母子女之间的继承权问题。另外一个争议的问题就是丧偶儿媳对公婆、丧偶女婿对岳父母尽了赡养义务的作为第一顺序的法定继承人的规定。有学者认为该制度的设计较为公平合理，有利于老年的公婆、岳父母的生活，应该予以保留。另外一种观点是此规定不合理。原因有：第一、此规定将本应由道德调整的问题纳入法律调整的范畴；第二、通过继承法酌分遗产制度同样也可以保护丧偶儿媳和女婿的合法权益；第三、违反了世界各国关于姻亲不是法定继承人的公认原则，建议比照第一顺序的法定继承人继承。

第二，应否扩大法定继承人范围的论争。主要也有两种观点，一种观点认为我国法定继承人范围的规定比较合理，应该保留。另一种观点认为我国法定继承人范围过窄，应该扩大。至于应该扩大到哪些近亲属，学界仍有争议。今天上午姚主任也介绍了具体的争议。包括有的建议扩大到四亲等内的亲属，有的建议扩大到在一个家庭中共同生活或有抚养关系的三亲等以内的亲属，有的建议增加兄弟姐妹的子女作为法定继承人。也有学者反对将侄子女、外甥子女作为法定继承人。理由是我国多年计划生育政策的推行，现在很少家庭中有兄弟姐妹了，而且认为推行起来比较困难，从观念上看，很多人认为侄子女、外甥子女就没有继承权。

2、法定继承人顺序的论争。一种规定认为现有的规定符合我国国情，应当维持。另一种观点认为，规定不合理，需要修改。修改的焦点有配偶的继承顺序和血亲继承人的继承顺序。争议的主要问题就是父母子女的继承顺序，这也是我们国家继承修改主要的论争观点。

结合上述主要观点，我们下面就对我国继承法的不足作个简要分析。

第一个就是关于法定继承人的范围的规定。首先我们认为我国现行法定继承人范围规定过窄。主要有以下几个理由：一是与现有的家庭结构不相适应。我国自实行计划生育政策几十年以来，家庭的结构发生了很大的变化。主要体现在子女的数量上，如兄弟姐妹数量的减少。另外家庭人数越来越少，据第六次人口普查结果，我国平均每个家庭户的人口为3.10人，主要以核心家庭为主。家庭规模的进一步缩小，近亲属经济情感上的联系有所弱化、在这种情况下，法定继承人的确立要考虑这一现实。首先要防止遗产轻易归公，然后要发挥遗产的抚养功能，另外呢，法定继承人范围的规定要注意增强家庭的经济和情感联系纽带，维护家庭伦理和亲情。二是不利于保护公民的私有财产继承权。今天上午很多专家也提到了我国家庭财产的数量与种类发生了很大变化，在这种情况下我们一定要考虑已经不是当初制定继承法时的状况了。三是不利于保护涉外及涉港澳台继承案件当事人的财产继承权。四是与我国民众的继承习惯不相符。在我们国家，叔伯姑舅姨与侄子女、外甥子女之间的亲情是非常浓厚的，把他们相互排除在继承人范围之外不太妥当。五是与国外法定继承人范围的立法趋势不相吻合。其实在欧洲的一些国家，对法定继承人范围的规定近年来有扩大的趋势。

其次是继父母之间的继承权问题。我们比较赞同学者的观点就是这种规定不利于离婚一方的再婚，会违背婚姻一方的意思自治，且与我国一些地方的继承习惯不符。陈苇教授主持的民众继承习惯调查显示，在民间对继父母子女的继承权问题，相当大比例地认为应视具体情况而定。

再次是丧偶儿媳或丧偶女婿的继承权问题。我们认为也是存在不太妥当的地方。一是国外继承法都未将姻亲内如继承人范围。二是这种规定不符合我们按支继承的传统，可能出现不公平。

第二我国法定继承人顺序立法的不足。我们认为主要存在以下两个问题。第一，从国外来看，通过比较法考察，我国继承法规定的继承顺序应该是最窄的。俄罗斯规定的有8个，英国有7个，很多国家有5个，国外很多国家顺序都比我们多。其次我们国家的继承顺序的安排有以下不足：其一，不符合人们的继承习惯。刚才张玉敏

老师也讲过，我国民间的继承传统，首先尊重保护配偶继承人，非常重视配偶的继承权，其次是女儿，再次为父母。但我们国家把三者放在同一顺序与我国民间继承习惯不合。其二，我国现有规定看起来对配偶的保护周到，但实际上在有些情况下是非常弱的。其三，我国法定继承人顺序的规定未能很好的兼顾配偶和血亲继承人的继承权。关于这个问题，前几年出现的傅仪的遗产继承案。这个案件其实反映出了在我们继承法中，如果能够很好的兼顾配偶和血亲继承人的继承权的话，其实在某些情况下可以缩短遗产公有化的进程。

综合以上分析我们认为，应对我国的《继承法》规定的继承人的继承顺序和范围做以下完善。

首先是关于法定继承人范围的规定。从比较法的角度上看，其实在法定继承人的范围问题上主要有两个问题。第一，关于直系亲属的继承人范围。其实从国外来看基本上是德国、法国没有限制，其他国家对于直系亲属都是采取限制主义立法。更多的比如像英美国家，基本上都是尊亲属止于祖父母。我觉得这样比较妥当。这样可以防止遗产向旁系流转，尽量让遗产往下面流转。这是很久的一个传统。第二，从国外来看，各国无一例外都基本规定了叔伯姑舅姨和侄子女、外甥子女，他们相互有继承权的。像德国那样的无限制主义也有学者提出批判。因此我们也要防止过大范围的继承人继承遗产。

因此我们认为，应该增加兄弟姐妹的子女为法定继承人，在兄弟姐妹先于被继承人死亡时代位继承；形成抚养关系的继父母子女之间，采取酌分遗产制度来处理；丧偶儿媳、女婿如果没有代位继承人，作为第一顺序继承人；有代位继承人，可以按酌分遗产制度来处理。

其次在法定继承人的顺序上我们建议，第一顺序为子女及其晚辈直系血亲；第二顺序为父母；第三顺序为兄弟姐妹及其子女；第四顺序为（外）祖父母；最后配偶不固定其继承顺序。

**陈屹副庭长：**

感谢冉启玉老师的发言！下面有请重庆市长寿区法院徐志超法官发言。

**徐志超法官：**

各位老师、各位学者专家、各位司法实务界的前辈们。我今天带来的会议论文的题目是我国配偶法定继承顺序和应继份制度研究，我首先谈一下关于我们法院近三年在继承纠纷案件上的一些审理情况。

近三年来长寿法院总共受理了 95 件继承纠纷，其中其中法定继承纠纷案件 84 件，涉及被继承人配偶继承权利的案件有 52 件，占继承纠纷案件总数的 54.74%。在 52 件涉及被继承人配偶继承权利的案件中，配偶作为原告的 35 件；配偶作为被告的 17 件。95 件这个数字到底有个什么分量呢？上午江苏高院的夏庭长和广东高院的杨庭长在介绍他们全省的继承纠纷案件时，得到一个相同的结论是继承纠纷案件在整个法院审理的民事案件中所占的比例比较低。而来自成都公证处的老师说他们一年受理的关于遗嘱继承方面的案件就有 3000 件，而我们法院 3 年来受理的继承纠纷案件仅有 95 件，与我们法院收了的 3 万案件相比，只能用沧海一粟来形容。但是正如陈苇老师和上午杨立新老师所讲的一样，这个继承纠纷是大量存在的，是暗流涌动的，并不是想反映到法院的数字一样，这么少之又少。我想这一方面也体现了我们继承法从 85 年颁布的 20 多年来，对社会民众的指导和深入人心的过程。具体分析起诉到法院的继承纠纷案件中，绝大多数的被继承人是非正常死亡的。因为非正常死亡，很难留下遗嘱，通过遗嘱来解决。所以就会产生纠纷诉至法院。在这些案件中，起诉者多为 35 岁以下的年轻女性，而涉及到再婚配偶继承份额的案件，双方当事人之间的争议较大。再婚配偶继承继承纠纷的案件，与再婚长短有一定的关联性。通过对这些案件结案方式的分析，当事人很想通过法律的手段来解决他们之间的纷争，而另一方面他们又不了解法律，在法官释法明理之后很多当事人选择调解来结案，而通过判决来结案的只有 1 件。也就是说当事人在知道法律之后，他们更愿意握手言和，更愿意在他们接受的范围内达成一个调解。

通过以上对这些案件数据的分析，我觉得民众并不是不想通过法律途径来解决他们的继承纠纷，只是民众无法正确理解和运用法律而选择习俗和民间的调解手段。

下面谈一下我的论文的主题我国配偶继承顺序及其应继份的立法考察。我国施行 20 多年的继承法，与渗透到民间的继承习惯之间有一定的冲突。而这种冲突需要时间的过程慢慢融化。在我国现行继承法的第 10、13、26 条都分别有我国配偶继承制度和应继份的规定。接着我就谈一下，对我国现行继承法在法定继承配偶的继承顺序及应继份上的一些不足。

关于配偶的法定继承顺序。我国继承顺序立法对配偶继承权的保护力度不够。一方面，配偶相互之间作为最主要的照料者，通常也是遗产的主要贡献者，其继承地位应该得到加强。由于我国现行立法将配偶固定为第一顺



序继承人，其所分配到的遗产固然有前部的可能，但如果被继承人有多子女并且父母均健在的话，配偶的应继份额则是相当有限的。另一方面，配偶固定为第一顺序继承人，在没有其他第一顺序的法定继承人的情况下，将获得被继承人的全部遗产。在当今，闪婚闪离的情形时有发生，此种立法例不得不引起我们的深思。陈苇教授的民间习惯调查研究也显示，在北京、重庆、武汉、山东，夫妻一方死亡后，被继承人的父母立即要求分配遗产的情况均不同程度的存在。在此种情况下，如果立即进行遗产分割，必然会影响到生存配偶一方的正常生活。

通过以上论述，笔者试图对完善我国的配偶法定继承顺序和应继份提些建议。关于法定继承人顺序问题。就我个人而言，我与张老师的观点不太一样。我认为继承法经过 20 多年在民间的融合，不应该有过大的调整，部分方面可以微调。如果将父母作为第二顺序继承人可能需要比较发达的社会保障制度，在完善父母这些老年人的权益下，再进行调整。因此我认为应该在现有一、二顺序之下，将配偶从现有的第一顺序中拿出，作为无固定继承顺序的继承人。这种模式可平衡配偶与其血亲继承人之间的冲突。也符合民间继承中的多数人的意愿。可兼顾被继承人生存配偶与其血亲亲属的权益。

另外关于应继份方面，主要谈一下配偶对家庭日常生活用品以及婚姻住房的先取问题。这一问题是在我们审理的一起案件中注意到的。因为案件当事人的诉讼标的包括一些日常生活用品。包括手表两块，数码相机一部，手机一部，皮衣两件等。个人认为对这些日常生活用品配偶应享有先取权。这样可以更好的保护配偶在失去自己的“另一半”的同时，更好的保障其权益。

**王剑主任：**

谢谢徐志超法官精彩的发言！下面有请中南财经政法大学法学院孟令志副教授发言。

**孟令志副教授：**

尊敬的各位来宾下午好！我的发言题目是论代位继承制度的完善。

下面我首先讲一下我国现行代位继承的特征，也就是我国现行继承法对于代位继承的规定。我国现行代位继承有以下特征 1、代位继承权的性质采用代表权说；2、代位继承以被代位人与被继承人死亡为条件；3、被代位人是被继承人的子女；4、代位继承人是被继承人的晚辈直系血亲；5、代位继承人只能取得被代位人应得的份额；6、代位继承仅适用于法定继承；

其次我们来看一下代位继承的域外法考察，也就是我们从比较法的视角来看一下国外各国关于代位继承的规定。

其一，关于代位继承权的性质。意大利、德国、瑞士、日本、法国，我国台湾地区、澳门地区等立法采固有权说；原法国民法典采用代表权说。

其二，关于代位继承发生的原因。将被代位人先于被继承人死亡作为发生代位继承的原因的国家有原法国、越南；将被代位人先于被继承人死亡和丧失继承权，可以发生代位继承的原因的国家有日本、台湾地区、加拿大魁北克地区；将被代位人先于被继承人死亡、丧失继承权和放弃继承，都可以发生代位继承的原因的国家有德国、瑞士、意大利、澳门地区。

其三，关于被代位人的范围的规定。台湾地区民法规定被代位人为被继承人的直系晚辈血亲；法国、日本、阿根廷规定被继承人的直系卑亲属、兄弟姐妹及其直系卑亲属都可以作为被代位继承人；德国、瑞士规定直系卑亲属、父母及其直系卑亲属、祖父母及其直系卑亲属均可作为被代位人。

综合以上论述，我们最后来谈一下我们这篇论文的主题，也就是对我们国家的现行继承法关于代位继承的规定提些完善建议，即我国代位继承之将来立法。

首先是，代位继承权之性质采用固有权说，这点刚刚张玉敏老师也做了深刻的探讨。下面我谈下的我们的观点。我们认为采代表权说有以下不足：1、代表权说不符合民法的基本原理。代表权说认为被代位人的继承权是代位人的根据和基础，但是根据传统民法原理，自然人的民事权利能力始于出生终于死亡，不再享有任何民事权利，更不可能具有某种民事资格。2、代表权说导致法定继承人范围设置不合理。3、代表权说导致权利义务的失衡。如果由于父母之原因丧失了继承权，而孙子女、外孙子女尽了赡养义务，根据相关司法解释，只能适当分给遗产，权利义务完全不对等。4、代表权说不符合我国民间的继承习惯。我国民间认为，继承人与代位继承人同属于被继承人的直系亲属，其仅存在亲等的差异，而不能决定其继承的有无。

再者是，扩大代位继承中被代位人之范围。1、大多数国家立法中被代位人之范围不限于被继承人子女。日本、法国、韩国、意大利、澳大利亚、阿根廷等国规定被继承人的直系卑亲属、兄弟姐妹的直系卑亲属都可以作

为被代位人。2、我国民间继承习惯的客观要求。我国自古即有五服亲等制度。五服制度虽然不能作为确立法定继承人的标准，但是仍具有重要的参考价值。3、现行独生子女政策之客观要求。我国已经实行 30 年的独生子女政策，实际上缩小了法定继承人的范围。如果独生子女发生意外将导致无人继承情况的发生，其有悖于被继承人的意志。

此外我认为对必留份的理解，那个“双缺人”，虽然法条的表达上是又字。学生经常给我讨论问题，说既然是又字，从汉语的角度理解就是两个条件是必备的。但是每次我就批评学生说，不能这样理解。因为对双缺人的理解应该是或然。从立法的本意来看确定必留份是为了保障继承人获得财产，对遗嘱人的遗嘱自由权利加以限制。如果从汉语的字面角度理解为两个条件都具备的话，我觉得和立法的本意不相吻合。所以我认为应该是采或然的解释。这样的理解可能更好的贯彻立法者的本意。因为如果理解为两个条件都具备，这样适用的范围就非常窄了。因此，应采或然解释。只要具备其中的条件之一，就应该享有必留份。

**陈屹副庭长：**

谢谢孟令志副教授精彩的发言！下面我们请北京岳成律师事务所合伙人杨晓林律师发言。

**杨晓林律师：**

很感谢主办方给我这个一线律师与学界和法官进行面对面交流的机会。作为一名专业从事家事务的律师。在实践中我不断的发现一些问题，同时也不断产生一些困惑。那么在继承法即将修改之际，在代理案件中我就对我们婚姻法和继承法的衔接问题体会颇深。我今天带来的论文题目就是对法定继承的财产为夫妻共同财产之质疑一评《婚姻法》第 17 条第 4 项及《婚姻法》司法解释（三）第十五条。

2011 年 8 月 12 日，最高人民法院举行适用《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》有关情况新闻发布会，简称《婚姻法》司法解释（三），并从 8 月 13 日开始实施，其核心内容直指当今社会婚姻家庭纠纷中的主要问题。此消息引起网民们及社会各界的极大关注，似乎没有哪部法律像这部一样引起这么多的街头巷议。其中关于夫妻双方房产归属的规定，引发公众热烈讨论，“新婚婚姻法保护男性利益，损害女性利益”、“失落的丈母娘”、“公婆给儿子买房媳妇没份”，而“谁首付，离婚后房子归谁”、“婚后父母给买的房子，另一方无权分割”……房本上有我的名字，房子就算我的吗？婚前买房婚后还贷，怎么个算法？……女人们如何保护自己权益 等等问题，需要一个全面而权威的解答。

我这里只简单提一下第十五条：婚姻关系存续期间，夫妻一方作为继承人依法可以继承的遗产，在继承人之间尚未实际分割，起诉离婚时另一方请求分割的，人民法院应当告知当事人在继承人之间实际分割遗产后另行起诉。

早在 2007 年上海市高级人民法院《关于审理婚姻家庭纠纷若干问题的意见》就规定夫妻关系存续期间，夫妻关系存续期间，一方作为继承人根据继承法的规定可以继承遗产，但继承人之间尚未对该遗产进行分配的，由于继承人在遗产分割前仍有权放弃继承，因此，离婚诉讼中，法院对继承人的配偶要求分割该遗产的请求不予处理，但可以保留其诉权，由当事人在其权利条件具备时再主张分割。

2010 年 08 月 05 日，北京的《法制晚报》报道了这样的现象。鉴于现在离婚率逐渐增高，有的人结婚目的很明确，就是为了房子，甚至有骗婚现象，多数老人在立遗嘱时，都会主动提出，或经律师或公证人员解释后态度非常明确地表示，遗产只给自己的子女，不给子女的配偶，所谓“排除配偶共有权”。也有人称之为遗嘱“内外有别”现象。笔者亲自代理的案件，也是实践中极为罕见的夫妻一方通过法定继承方式取得的财产被作为夫妻共同财产在离婚诉讼中加以分割。也因此导致女方心理的极度失衡，成为其上诉、申诉，并且至今拒绝执行生效判决的重要原因。这个案例的实际情况由于时间关系就不多说了，大家可以看一下我们的论文集里的我的这篇文章。

所以，《婚姻法》第十七条第四项落空、《婚姻法》司法解释（三）第 15 条同样形同虚设。在夫妻财产关系上，我国《婚姻法》和《继承法》存在着立法和法律适用的冲突，以致婚姻法的相关规定在实践中被架空，根本得不到履行。从根源上来说这是违背了继承权的本质，表现为与《继承法》存在时际法律冲突、立法法律冲突。解决此冲突的途径是修改《婚姻法》第十七条第四项，将夫妻关系存续期间，一方接受继承和赠与的财产直接规定为个人财产；相应地，《婚姻法》司法解释（三）第 15 条也就失去了存在的意义。

还有一个背景，特别是 2007 年 10 月《物权法》又开始实施，而与身份紧密相关的婚姻家庭领域的财产关系不可避免地涉及到与《物权法》、《继承法》相关规定的衔接问题。实践中非常突出的就是《婚姻法》第 17 条第 4 项与《继承法》第十条之冲突，以及为解决此冲突在司法实践中的困境而作为补救的《婚姻法》司法解释（三）

第十五条。婚姻法的相关规定这里我就不一一列举了。

《婚姻法》第十七条规定了我国夫妻共同财产的来源，具体是“夫妻在婚姻关系存续期间所得的下列财产，归夫妻共同所有：(一)工资、奖金；(二)生产、经营的收益；(三)知识产权的收益；(四)继承或赠与所得的财产但本法第十八条第三项规定的除外；(五)其他应当归共同所有的财产。”显然在这几种财产类型中，继承或赠与所得的财产与工资、奖金，生产、经营的收益，知识产权的收益性质显然不同。

《继承法》第10条第1款规定，第一顺序的法定继承人为：配偶、子女、父母。该条第2款规定，第二顺序的法定继承人为：兄弟姐妹、祖父母、外祖父母。这是私法自治民法的基本原则的体现，当事人的真实意思应当受到尊重。而在《继承法》中，儿媳和女婿并非法定继承人。因此实质上依赖于另一方对继承权的处分而自身并无独立继承权的一方，对对方通过法定继承方式取得财产拥有共有权之规定成为水中月、空中楼阁，很难实现。

那么实践中，被继承人和夫妻一方避免继承的财产成为夫妻共同财产的方式主要有三种：(1)被继承人以遗嘱方式明确排除配偶共有权。(2)继承人放弃继承权方式，这也是实践中，在婚姻关系存续期间，继承人常用的规避方式；(3)婚内不分割遗产的方式，即婚内维持与其他继承人对遗产的共有状态，暂不进行分割。针对此种规避方式，《婚姻法》司法解释(三)专设一条，即在第十五条规定“婚姻关系存续期间，夫妻一方作为继承人依法可以继承的遗产，在继承人之间尚未实际分割，起诉离婚时另一方请求分割的，人民法院应当告知当事人在继承人之间实际分割遗产后另行起诉。”

笔者认为，试图补救实践中《婚姻法》第十七条第四项所规定的夫妻对法定继承财产和获赠财产共有权利而设的此条解释，同样难以奏效。尤其在双方婚姻关系已经解除的前提下，另一方要求分割对方继承的遗产的要求无异于与虎谋皮，形同虚设。

这里就简单提一下问题的根源。从根本上来说，《婚姻法》第十七条第四项规定违背了继承权的本质；从被继承人的角度考虑，希望将自己的财产留给自己的子女，这是人类最朴素的情感。是私有制得以确立和发展的根本。通常情况下被继承人是无意将自己的财产留给子女的配偶。因为婚姻充满了变数，除非是丧偶儿媳或女婿对被继承人尽到了主要的赡养义务；从表现上来说，《婚姻法》第十七条第四项与《继承法》存在时际和立法冲突，与物权法的宗旨与原则也不相符合；再者，《婚姻法》第十七条第四项不符合国际惯例；最后《婚姻法》第十七条第四项导致司法上的困境，导致当事人的权利根本就无法实现。

通过列举的一些事实和我们实践当中所得到的感悟就提出来，在《婚姻法》第十七第四项的修改中应当体现对当事人真实意思的尊重，对人类朴素真实情感的尊重，以此为出发点才能解决在司法中面临的难题和在法律体系中的冲突。建议《婚姻法》第十七条第四项及与之密切相关的《婚姻法》第十八条第三项修改为：“第十七条 夫妻在婚姻关系存续期间所得的下列财产，归夫妻共同所有：(四)遗嘱或赠与合同中确定归夫妻双方的财产；第十八条 有下列情形之一的，为夫妻一方的财产：(三)继承或赠与所得的财产，但本法第十七条第四项规定的除外；”。

实际上我这篇文章的观点并不是我最早提出来的，而许多学者在一些论文中都有涉及，只不过我通过自己的切身实际发现这个问题非常复杂又非常重要，而我们的立法又得不到落实，让人们对立法丧失信心。与其这样还不如还法律一本源，充分保护当事人的意思自治。

**王剑主任：**

谢谢杨晓林律师精彩的发言！下面我们进入点评阶段，首先我们有请重庆市渝北区法院副院长杨佳红点评。

**杨佳红副院长：**

针对几位发言人的发言，我谈谈个人理解。第一，我赞成父母作为第一顺位的法定继承人，反对将其置于第二顺位继承人。通过我到国外的经历，发现中国父母对子女的付出程度有差异。中国传统是父母为子女付出多很多，几乎所有倾注心血。我也将为人父，深切感受到父母为子女无私奉献的心情。如果改变继承顺序，可能会影响父母对子女的抚养，父母可能会在抚养子女时三思而行，因为可能为子女倾注了毕生的精力，却得不到最基本的财产上的回报。父母因抚养子女而获得继承权，这符合权利义务相对等的基本法理。第二，代位权是固有还是代表权说。我认为应当依中国现行《继承法》规定采代表权说，代位必须有位才可以代，如果继承人丧失了继承权就没有位可代。代位继承依赞成固有权说的学者的观点，想把财产留在家族内部，我认为可以通过遗嘱制度解决。继承问题不可能用一个制度解决所有问题，制度之间相互协调。第三，继承的财产是否需要是合法财产，我认为应该是合法财产。继承为法定取得财产的方式，通过继承方式取得的财产可能会使原来的非法财产合法化，

那么取得的非法财产一旦被继承将很难追回。更严重的是，继承非法财产可能会激发当事人非法取得财产。第四，继承权的放弃是否要有期限。我认为要，任何财产权利都有期限，我国继承的方式为“全继”或“全弃”，在司法实践中就有一些继承人长期不做接受意思表示，任凭财产任意消耗，债权人无法起诉。所以如果继承的放弃没有期限，债权人利益会遭受侵害。第五，特留份的设立是否有必要。我认为有，在夫妻关系存续期间，配偶一方可能付出很多，家庭生活中子女也会给遗嘱人带来很多欢乐，赡养了遗嘱人。如果遗嘱人在最后几个月将遗产赠与其他人，甚至是重婚者，那么将对另一方配偶和子女都是相当不公平的。在继承关系上，我认为应当为血缘关系最亲近的人保留必要的份额。在法律和道德关系上，道德和法律并非各行其是，一方面，法律承载着道德，另一方面，法律也可引导道德的发展方向。

**陈屹副庭长：**

感谢杨佳红法官精彩的点评！下面有请李俊副教授点评。

**李俊副教授：**

各位好，我仅就上述发言人的发言谈谈个人看法。第一点，张玉敏教授可谓是继承领域的先行者，很早就发出了修改继承法的声音，后其又出版了《继承法》的立法建议稿，代表西南政法大学发出了声音。我在硕士期间就阅读了张玉敏教授的继承法相关教材。我国现行继承法在解决继承问题似乎捉襟见肘，继承法在应对具体问题时继承制度的缺失，亟待法律的补充。我十分赞成张教授极少问题也应当有法律制度解决的观点，比如上午提交的共同遗嘱法律制度的缺失等一些案例不多，但应当有法律规范进行调整。第二点，冉启玉老师较为完整地梳理了我国现行继承法存在的问题，其有一结论是，我国现行立法和我国民众的习惯不符合，而上午的学者认为相符合，结论的得出刚好相反。我认为，法定继承影响我国千家万户，现行立法与民众的习惯符合与否，需要仔细斟酌，需要更多论据。第三，徐志超法官提出的继承法与实际生活存在障碍，我在思考继承法应向民众走，还是民众向继承法权威走动。第四，杨晓林律师提出对婚姻法的修改，建议夫妻的法定财产制以婚后劳动所得制代替婚后所得共同制，我认为其得出该论断的论据不够充分。

**王剑主任：**

感谢李俊副教授的精彩点评，下面是自由提问。

**姚红主任：**

关于代为继承，有固有说和代表说。我就代表权说举一个疑难案件的例子：儿子杀害父亲，依代表权说，孙子显然不可以代位继承的，如果没有其他继承人，那么遗产肯定是归国家所有，但从被继承人的意愿是希望遗产归国家所有，还是希望归孙子所有。依固有权说，无论继承人是想放弃继承还是丧失继承，继承人的卑系直系血亲都可以一代一代的仍然享有继承权，这个还有待研究。

**杨佳红副院长：**

我认为，如果按固有权说，继承人就会无所畏惧，因为即使其有虐待、遗弃甚至是杀害被继承人的情形下，其子女都代其位继承财产。如果继承人的子女代位继承被继承人的成本较大，可能会减少继承人对被继承人不合法和不道德的情况发生。而且被继承人可以通过立遗嘱的方式给其孙子女。

**陈苇教授：**

我认为，第一，关于父母的继承顺序应当如何定位？这取决于继承立法的价值取向。如果继承法的价值取向是要将财产留给被继承人的子子孙孙，那么第一位顺序继承人就应当是其直系卑系血亲；如果将父母也作为第一顺序的继承人，则在父母死亡后其遗留的财产将传给父母的子女包括被继承人本人的子女（为代位继承人）及被继承人的兄弟姐妹都是父母的继承人，这样实际上被继承人的遗产在通过其父母继承后间接地转给了被继承人的旁系血亲，这就使被继承人的遗产实际上没有全部被保留在他的子孙后代的家庭里。第二，代为继承的根据，是固有权或代表权？在我国古代，对于严重性质犯罪的制裁是采取“诛连九族”的连坐制，一人犯罪全家连坐。而在现代社会，民法的一个基本原则就是“自己责任原则”。如果继承人犯罪就要连累涉及其无辜子女丧失代位继承权，这显然是不符合“自己责任原则”的。这就是说，对于代为继承的根据我国立法是采取固有权或代表权？这取决于我国现代立法的价值取向。第三，张玉敏老师建议的非法财产也可以涵盖在继承的财产。我认为，这是由于继承人是继承的被继承人的法律地位（包括诉讼地位），即使继承人继承的是非法财产，也不会因此而使非法财产合法化，因为如果属于“非法财产”，该归还的还得依法归还原权利人。

**第三专题：遗产范围、遗产管理及遗产债权人利益保护**

主持人：谭启平、洪玉

主讲人：麻昌华、魏小军、邓丽、杜江涌

点评人：王洪、黄卫

**谭启平教授：**

各位领导、各位老师，大家下午好！我们第三专题的讨论现在开始。我们第三专题讨论的内容是关于遗产范围、遗产管理及遗产债权人利益保护。应该说对继承法的修改和讨论是非常有意义的。这个单元由我们两个来主持，这位是洪玉，是华东政法学院《法学》编辑部的编辑老师，我是西南政法大学的谭启平教授。应该说作这个主持和就讨论继承法来说，我是非常有感受的。85年刚好是我大学本科毕业的时候，那个时候，我印象最深的是继承法颁布的时候，我身上当天揣有多少菜票，我印象都很深的。除了菜票，没有任何其他财产。当然，随着改革开放20多年来，继承法的不断生效，我们每个人的财产也在不断地增加，所以我们现在的财产也可能是我们未来的遗产。第二，我印象特别深的是在我大学本科毕业的时候，我发表的第一篇论文，也有可能是在当时的中国法学界的第一篇关于遗嘱执行人的论文。当时来说，在85年发表也是恰逢其时的。应该说就我个人观点来讲，继承法的修改确实充满了问题。我们这个单元发言的有四位老师，他们分别是中南财经政法大学的麻昌华教授、杭州师范大学法学院的魏小军副教授，还有中国人民公安大学的邓丽老师以及我们西南政法大学的杜江涌副教授。我们下面就开始，第一位的发言者，有请中南财经政法大学的麻昌华教授。

**麻昌华教授：**

我主要谈的是关于遗产的范围和遗产范围确定的立法模式选择。

关于这个问题我想在具体阐述我的论述之前，通过对遗产范围确定这个问题的思考，我得出了四个方面的结论。一个方面的结论是，跟刚才张玉敏老师的结论不谋而合。在界定什么是遗产的时候，这个问题与其说是个继承法上的问题，倒还不如说，遗产的确定首先本身是由民法确定的问题。所以说我觉得我国继承法第三条上所规定的：“遗产是公民死亡时遗留的个人合法财产”，我也主张把“合法”两字去掉，为什么把“合法”两字去掉？是因为当继承发生的时候，是否具有合法性必须借助第三机构来进行判断，而现实生活之中，每一件继承案件的发生或者继承的发生，都不可能去找第三方机构来判断，某一项财产到底是合法的还是非法的，而是采取的一种推定合法的方式来进行的。既然是推定合法，那么如果说有证据证明这是他遗留的财产不是合法财产的时候，那么自然不可以通过司法机关，比如说刚才那一节杨院长说的，刑事侦查里面，什么样的违法财产一追到底，一样的也可以解决这个问题，而不应该在定义遗产范围的时候把合法性取得。

第二个方面的结论就是在界定遗产的时候，还涉及到一个关于遗产的立法例问题。我们国家现行继承法采取的是狭义上的遗产概念呢？还是广义上的遗产概念呢？我看很多学者在解读继承法第三条的时候，认为说第三条的规定实际上，我们的遗产仅仅包含的是积极的遗产，而没有包含债务问题。但是我的解读跟这点不太一样。我们不能仅仅从第三条列举了七个种类的遗产的规定，就是说没有包括债务。实际上结合第三十三条规定，第三十三条是关于债务承担规定的时候，我们就应该把它解读为包括了债务的。既然遗产的范围包含了债务，那么在继承法修改的时候，我们就更加应该把第三十三条和第三条结合起来进行规定，让遗产范围明确地包含债务，这样以免在执行过程中出现一些不必要的争议。

第三个结论就是关于立法例的问题，确定遗产范围的立法例到底是采用什么样的立法例。我注意这次参会的很多论文之中都涉及到这个方面，包括概括式的、列举式的和结合式的，结合式的就是说把概括式和列举式结合起来，实际上在结合式中又具体分成了两种不同的做法：一种是直陈式的，就像我们国家现在的继承法第三条就直接规定哪些是可以作为遗产范围；另外一种就是俄罗斯的排除式的，没有直接规定哪些可以作为遗产，而是规定哪些不能作为遗产。通过这个考察，我觉得应该采取的是结合式中的排除式，而不应该采取结合式之中的直陈式。我注意到杨立新老师原来也是赞同这种观点。坚持现在继承法第三条这种直陈式的观点的列举，有很多毛病，很多缺点大家都已经说的很多了。比如说列举是无法穷尽的，这是可以肯定的。再一个我们现在回过头来看所列的七项财产的时候，觉得现代社会中最重要的财产它就列不上了。像大家考虑到的有些新型的财产，比方说限价房啊，什么经济适用房啊。我觉得这些东西恰恰不能在我们修改继承法的时候把它列上去，因为这些东西政策性特别强，过一段时间它就会变。我们85年的继承法已经管了27年，再修订的继承法肯定也得管二十多年。因此我建议采取这种排除式的方式，当然是否要把这两种方式都考虑进来。也就是说一方面，按照现在这种直陈式，

直陈完了以后，再加一款，排除它，来作为不能作为遗产的范围，这样合不合理，我这一点还没有考虑清楚。这是我的第三个结论。

第四个结论就是在考察遗产范围具体问题的時候，关于确定那些是遗产。比如说农村的土地使用权、宅基地使用权这些问题，到底能不能作为遗产？我得出一个结论就是，只要它具有财产性，那么就应该可以作为财产来进行。但同时，在我们修改的继承法之中，一定要把握一点就是很多财产，如果它既具有财产性质，又有身份性质，而这种身份有的时候是通过财产的方式取得的身份。比如说各种俱乐部的会员资格，比如说高尔夫俱乐部的会员资格，一张会员资格就几十万甚至上百万，那么这种到底是一种身份权，还是财产权？我把它叫做通过财产取得的身份。这时候身份可以作为遗产来继承。只不过在继承的时候，比如说高尔夫的会员证，比如说宅基地的使用权，一定要把其中的不能分割的部分罗列出来，一定要遵循某一项财产在它所占领域之中的硬性规定，把它转化为可以自由转让的财产来进行继承。

**谭启平教授：**

感谢麻昌华教授！有请第二位发言者，杭州师范大学法学院的魏小军副教授。

**魏小军副教授：**

各位专家下午好，非常高兴能在这里作一个发言。这个文章是我跟我的导师陈苇教授合作完成的。关于遗产范围，我着重谈几个问题。

第一个是遗产范围的立法模式选择。我们现行有的教材或者著作里面关于遗产范围通常是列了三种，也就是排除式、列举式，还有列举式与排除式相结合的方式。刚才姚主任谈了三种，跟我上面列的三种有点差别。实际上界定遗产范围，有四个纬度，所谓四个纬度，实际上是两对。一个是概括，它的反面是列举。一个是正面的规定，另一个是反面的规定。实际上这样排列组合的话，它的数量是很多的，我当时自己算了十五种，它有十五种可能的类型。我国现在的模式是什么呢？继承法的那条规定实际上是正面的概括加列举，也就是说正面有一个概括，再加以列举。我们现有模式可能在这几个问题上会有不当的地方。第一就是它没有能够从正反两个方面对遗产进行界定。那么为什么说到反面也很重要呢？首先，人的认识是有限的；再次，语言本身是有限的。在这两种有限的情况下，促使我们更多把那些我们认为清晰问题列出来，用列举的方式来替代那些高度概括所存在的问题，因为概括可能在解读、解释的时候，在运用的时候会有些问题。所以在这样的背景下，正面的概括有它的不足，正面的概括太过抽象，正面的列举我们无法穷尽，那么我们把那些完全不可能归进来的用反面排除的方式和反而规定的方式，可能有利于现实操作。第二就是对遗产的列举方式不是很合理。比如说，在现在的列举里面，它把收入和其他项并列，那么实际上收入在现实过程中，可以体现为货币、现金或者是银行存款或者是其他的财产。这样的并列方式在逻辑上是有问题。还有一个问题是我们现在的财产状况未能被体现出来，比如说基金份额，像有价证券等等，现在这些占主流的很重要的一些财产，都是没有被反映出来的。在这样的背景下，我们认为怎么样来完善呢？第一，反面规定要增加。具体下一步能不能有更多内容？我们还需要探讨。首先要增加，我想要将“专属于被继承人人身财产”、“依法不得继承的财产”排除在遗产范围之外，这是第一点。第二点就是现在的列举方式要进行改革。我们建议按照现代法律的一般财产类型来进行，同时要有开放性的兜底条款。之所以要有兜底条款，是因为法律、社会、经济都在发展，事实上财富形态在不断变化。

第二个问题是遗产是否包括被继承人生前债务在内。刚才麻老师也说了这个问题。这个问题上有两种观点。如果说遗产包括债务，实际上遗产跟继承客体是基本等同的；如果说遗产不包括债务，遗产跟债务是并列的，它们共同属于继承客体，这里的源头在哪里呢？首先，在我国的传统语言中，财产与债务是严格区分的，比如说父债子还这样一种说法，实际上就意味着你继承了财产，也就要还债，它们是两码事情。就是说在语言上，我们对这些术语、词语本身所表达的意义是不包括在遗产里面的。另外，罗马法上财产性继承客体有一个词，我们学者在引进这些资料的时候，在翻译这个词的时候，通常把继承客体翻译为遗产。在这种背景下，国内的著作、中国的文献里面，遗产可能会有两层意义。一层意义是说把罗马法上的继承客体用遗产来说，另一方面我们在传统上，遗产和债务这两个词是分开来用。在这样的背景下，所以它就有两种说法。在以中文翻译的大陆、台湾、香港和澳门这四个地方的继承法立法文本中，遗产和债务是并列的，它们没有说遗产包括债务。只有在遗产与继承客体等同情况下，才能把债务包括进去，否则的话，包括债务是不合适的。在这样背景下，继承法要考虑到我们民众对术语一般的理解，也要考虑到现在我们的一个立法传统。还是应该按照现在的模式，债务不要包括到遗产中去，只是词语本身的使用，这是一个问题。

第三个是遗产要不要作合法性限定呢？现在也是有两种观点：一种观点是说要合法性限定；另一种观点不要进行合法性限定。我们现在认为对遗产不作合法性限定可能是更合适一些，原因主要是财产权利自身就隐含了一个合法性要求，当我们重复来作合法性的时候，可能意义不是很大；对不合法财产的处理，有不同的部门法或者单行法的一些相应措施来补救，就按它们的规则来办。这个问题可能还涉及到其他的一些问题，这些问题实际上不应由继承法来完成。继承法应只处理当一个人死亡时所留的财产问题，其他的问题由其他的法律来调整，否则的话就没法操作了。这也是第三个问题所讲到的，我们不可能逐一审查是否“合法”，这不具有可操作性。所以我们建议把合法性限定删除。

最后一个问题就是不完全遗产。为什么要说到不完全遗产呢？实际上我们说的遗产是被继承人个人生前的财产，有些财产在继承开始时不属于被继承人，但处理相关问题时必须纳入到遗产中去。这部分可以把它叫做不完全遗产。不完全遗产的类型：一个是生前处分分类不完全遗产；一个是死因救济类不完全遗产。生前处分分类不完全遗产是指因被继承人生前处分而归属于他人，可在继承开始后由继承人或特留份权利人通过归扣和扣减纳入遗产的财产。也就是说，虽然它实际上已经不属于被继承人，但有相关途径操作的时候放到遗产中来，所以现在的遗产并不是被继承人死亡时所留的那部分，还包括不属于他的那部分。另外一块就是死因救济类，为什么要提到这个呢，因为现在自然人的死亡会可能得到死亡赔偿金、跟死亡相关的补偿金，还包括遗体捐献的补偿金。现在有两种观点，一种观点认为这个就是遗产，第二个观点认为这个不属于遗产。我们不倾向于把死亡赔偿金作为遗产来处理，因为死亡赔偿金不应该属于被继承人的财产，但是不把它归到遗产中去，又怎么处理呢？所以尽管它不属于遗产，但还是我们要按照遗产来处理。所以说死因救济类的赔偿程序还是作为遗产来处理。在论文的最后我们也列了条文建议。

**谭启平教授：**

感谢魏小军老师关于遗产范围的发言！下面有请中国人民公安大学法律系讲师邓丽博士发言。

**邓丽博士：**

谢谢主持人，尊敬的各位师长，各位同仁，大家好。我是中国人民公安大学法律系的邓丽，这篇会议论文是社科院法学研究所的薛宁兰研究员和我一起合作研究的论文，由于薛老师有其他任务不能来参会，所以由我来给大家报告我们的一些思考。我们的论题是《构建我国遗产管理制度的若干思考——兼论无条件限定继承原则的修正》。

首先我觉得有必要对一些基础概念进行一下交代。其一关于遗产管理的概念其实有广义和狭义这样一个区分。从狭义的遗产概念来看，遗产管理的主要特征是特定主体遵循特定规则实施的具有法律意义和法律效果的制度化、专业化的遗产管理行为。从这个意义上来说，我们现在还没有建立完备的遗产管理制度。我们也会在广义上使用这个概念，即凡是继承开始后遗产分割前对遗产的保管、清理行为都可谓之遗产管理。从这个意义上来说，我们可把我国继承法第24条的规定纳入到这个当中来。显然，管理遗产一定包括对遗产的保管，但仅仅保管遗产与真正履行遗产管理职能还是有相当大的差距的。另外，遗产管理与其他相近概念也要有个辨析。刚刚我提到的遗产管理与遗产保管，这里还有必要交代一下遗产管理与遗嘱执行。我想它们之间最本质的区别应该是遗嘱执行的前提是存在合法有效的遗嘱，并且该遗嘱往往径行指定某主体为遗嘱执行人。而遗产管理概念本身，显然与有无遗嘱无关。

做了这样一个简单的交代，我们可以进入下面的一个论题，设立遗产管理制度的必要性和可行性。从遗产管理制度的现实需求来说，我们想举一个典型的例子，就是侯耀文遗产继承案。我觉得这个案子恰似一面三棱镜，很典型的折射出遗产管理制度缺失给各方主体带来的种种困扰：具体的案情可能大家多少都有些了解，那么现在我想从我的角度进行一下分析。这种困扰何在呢？一个就是继承人权益范围不清；侯耀文死亡时他的继承关系是很简单的，因为当时他死亡时没有留下遗嘱，没有父母，他的生活伴侣没有配偶的名分。剩下的第一顺序继承人就是他的孩子。他和他的两位前妻分别生了一个女儿。但是他们没有共同生活，而且关系及其疏远。所以从法律关系上来说我觉得还是非常简单的，谁是继承人很明了。但从事实层面来说很复杂。因为被继承人和继承人没有一起生活，所以继承人不了解被继承人有多少财产。而且侯耀文先生的兄长侯耀文华来主持他的丧事后事安排的时候，继承人提出遗产是不明原因的减少和短缺。由此就发生了他们之间的纠纷。另外的一个问题就是管理人无法获得认可。当时侯耀华就为自己辩解说，我弟弟死了我不能不管，可要管也没人告诉我该怎么管。所以按照我们的社会风俗，这种自愿管理的人他没有名分。所以他的管理权受到了质疑，包括他的管理效果也受到争执。另

外一个困扰就是债权人救济路径不明。被继承人的最为高昂的遗产是玫瑰园的别墅。此别墅是向银行按揭贷款所购，在侯耀文死亡时尚有贷款未还。贷款人银行就成为遗产债权人，按照我们的逻辑，银行很自然的就将第一顺序的继承人给告上去了。但是实际上，第一继承人此时也被隔离于遗产之外。他还向遗产管理人讨要遗产，就形成了案中案的迷局。从这个案例来讲，我觉得遗产管理人制度还是有确立的必要性。

然后我觉得需要考虑的是，在我们现行的法律制度下，遗产管理制度该如何定位。这里首先一个方面就是普遍适用抑或选择适用的问题。这个问题我想从两个方面考察。第一就是传统文化观念。我们的一个观念是家事内部消化。通过有关的规则、家规，我们自己消化掉；还有一个就是既有法律框架，遗产直接继承还是间接继承模式。我们现有的法律体系其实是确立了直接继承的模式。我觉得直接继承与间接继承的概念可能会给我们带来困扰。因为我们是不同的环境下使用的。比如我们有时用间接继承是把它作为代位继承的一个指称。但又学者也认为直接继承是遗产的权属从被继承人处直接转移到继承人处。我使用的概念其实是后者。我们一般都认为我们是直接继承的模式，而且这个观点在物权法当中是有佐证的。物权法的第 29 条规定就是。而且在实践当中也是的确是的。妻子去世，丈夫拿着死亡证明、户口本、其他继承人放弃继承的证明，可能他就可以直接变更登记。在这样两个方面的考虑之下，我想还是选择适用比较合适。

第二个方面如何与我们现行的限定继承制度进行对接？我们确立的一种模式就是确立继承人的选择权。它的功能主要是保障继承人与债权人之间的利益平衡，寻求公平与效率之间的平衡。我想简单的说一下，我们这个模式是个怎样的设计，比如说，继承人在第一个阶段被继承人死亡时作出声明放弃继承。也可以在考察后作出自己的一个选择，如果他查明遗产的债权债务情况，可以根据这些信息，直接无限度继承，比如说债务极其少那就不成问题，直接无限继承。或者提交遗产清册，限度继承。如果不能查明，可以请求遗产管理，由特定主体对遗产进行清理，然后把剩余遗产交付给他。第三个阶段如果可以确认遗产价值已不能清偿全部债务，应转入遗产破产程序。对于这个，我们还考虑了与现行制度的衔接。比如继承法第 33、34 条关于清偿遗产债务的规定，最高人民法院关于继承法的司法解释第 46、61、62 条。这些如果大家有兴趣的话，可以看下我们的论文。

接下来，我们就遗产管理制度的具体构建谈了一下自己的看法。其一就是遗产管理人的地位。关于这个问题我们现有的理论很多，比如委托关系代理人论、信托关系受托人论、独立主体论。其实这些理论都有自己的局限。比如说被继承人代理说可能需要一个预设。他的获得授权其实是根据被继承人的一个假设这样一个根据授权。继承人代理说可能会忽略其他遗产权益人的需求。遗产代理说可能更适合于无主遗产。但是无主遗产必定很少，且与财产法人有很大的差异。信托关系受托人论，其实信托关系和遗产本身还是有些区分的。信托本身有个增值保值的目的，而遗产只是一个暂时的财产聚合，最终要走向财产的分割。所以我们还是主张要给遗产管理人一个独立的地位。有利于其更加公立、专业的履行法律职责。

关于遗产管理人的选任。我们考察了一些立法例。给我们比较启发的就是英国法上关于遗产管理人的指定。由于时间关系，我就不再多说。但它很有意思，它按照这样的顺序：配偶、子女、父母、全血亲和半血亲。我记得夏老师提到，考虑我们现在婚姻家庭的变化，家庭的重组更多，那么可能会出现全血亲和半血亲的差异。总的来说共同的规律：就法律预设而言，遗产管理人的首要候选人是遗产受益人，尤其是继承人。

还有他的选任路径有这两种：遗产管理人从继承人中产生；遗产管理人从继承人之外产生。

最后遗产管理人的职责有五个方面，每个方面也有要点。这个在我们论文里也有体现：1. 清点、搜集遗产，制作遗产清单或目录；2. 保存、管理遗产，为维护其价值作必要处分；3. 寻找、确认遗产受益人，包括遗产债权人和受遗赠人等；4. 按照法律规定的顺位清偿各项遗产债务并交付遗赠财产；5. 向剩余遗产权益人报告遗产管理及清算情况，移交剩余遗产。

最后做个总结，我们考察了遗产管理制度的功能与意义，就是如何“嵌入”我国继承法律体系？另外就是遗产管理制度的创设与构建。遗产管理人的地位、选任和职责等一些具体的要件。

**谭启平教授：**

感谢邓丽老师的详细发言！下面由请西南政法大学民商法学的杜江涌副教授发言。

**杜江涌副教授：**

下午好，非常高兴能借此机会能够就遗产管理人制度的相关问题和大家进行探讨。我国继承法第二十条规定：“存有遗产的人，应当妥善保管遗产，任何人不得侵吞或者争抢”，通过上述规定，我们不难发现，就是我国现行继承法所确立的遗产管理人制度表现为以下两个特征。第一，他只要具备持有遗产的事实状态，就是该笔遗产的



保管人；第二，妥善保管，要求保管人根据遗产的共同特性，采用适宜的方式达到妥善保管的标准。那么由于立法基础和指导思想局限，我国现行的遗产管理人制度存在一定的缺陷。主要表现在，第一，这种保管仅仅是一种事实保管。那么这种事实保管的性质就决定了保管人除了保管以外，没有其他侵权法上的责任，就意味着基于此而产生法律的权利和义务没有办法界定，对遗产的保护就流于形式。第二个表现为这里面的妥善，它是一个不能够精于解释的词语，如果出现因保管不当而造成遗产的损失或灭失的情况，无法明确责任的承担和大小，刚才三位老师也谈到了我国遗产管理人制度的确立势在必行，那么就遗产管理人制度的设计，我提出以下观点，主要从四个方面进行分析。分别是遗产管理人的选任；遗产管理人的资格、职责和终结问题。

我们来看第一个方面遗产管理人的选任。通过对各国法的分析，我们发现，各国对遗产管理人的范围均规定的比较宽泛，除无行为能力人、受破产宣告、未赋权者、被剥夺公权尚未复权者外，继承人及第三人，均可以作为遗产管理人。基于此，我们认为，第一，要有遗嘱执行人来担任。那么这个主要是体现遗嘱人的意思自由，同时彰显民法自治的意思。具体的制度设计表现为，遗嘱人可以指定遗嘱执行人也可委托他人代为指定遗嘱执行人，遗嘱执行人既可指定一人也可指定数人，既可指定自然人也可指定法人，可以是法定继承人，也可以是法定继承人以外的人，那么遗嘱可以由数份遗嘱指定不同的遗嘱执行人，在这个时候，以最后所立的遗嘱为准，但是数份遗嘱中如果有公证遗嘱的，应该以公证遗嘱为准。这是第一个方面。那如果在没有遗嘱或遗嘱无效的情况下，继承人为遗嘱执行人，这一点主要是基于两个方面的考量，第一，继承人与被继承人之间具有特殊的亲情关系，那么为遗产管理可以视为他生前义务的一种延伸；第二，在被继承人死亡后，遗产一般也实际为继承人所管理、控制，那么他更了解遗产的状况和遗产债务的相关情况，所以由他为遗产管理人也是合适的。那么在第三种情况下，我们认为，应该由被继承人生前所属的单位或住所地的基层组织来担任，这一点是基于我国的实际国情来作出的设计。如果由法院，法院的工作将不胜其烦。此外，在我国的民法通则中，比如说对于监护人的设计上，也确立了基层组织的地位。所以我们基于同样的道理，来确立了他生前所属单位或基层组织可以作为遗产管理人。

第二个方面是对遗产管理人的资格。我们认为遗产管理人必须是完全行为能力人，当然在这个地方要特别强调一点，就是这里的完全行为能力人，不应该包括劳动成年之下的民事主体，当然这是基于遗产管理人的特殊性作出的一个考量。

第三个方面是关于遗产管理人职责的设计。就遗嘱执行人作为遗产管理人时，他的职责主要表现为四个方面，分别是遗嘱审查权，清理、登记遗产，妥善保管遗产并进行必要的处分，分配遗产。他的权利也主要表现为四个方面。在这里，着重给大家要给大家说明的是，他的处分权主要指的是四个方面：第一，当遗产在其他继承人，遗嘱执行人有要求转移遗产的权利，如果遗产有孳息的话，那么有权代为收取。第二，被继承人没有劳动能力又无生活来源的法定继承人或胎儿，而被继承人又没有用遗嘱给他们留下必要的遗产份额，或者被继承人有债务或欠交的税款时，那么遗嘱执行人有权为他们保留必要的遗产份额和用遗产替被继承人遗产偿还债务或交纳税款。第三是召集主持继承人会议，根据遗嘱指定的遗产分配原则或者指定的数额分割遗产。第四是将遗嘱中的财产数额或特定的财物交给受遗赠人。那么第二特情况是继承人作为遗嘱管理人时，他的职责范围包括了保管遗产，清点遗产、制作遗产清单，公告及通知，分配遗产。他的权利主要表现为获取报酬的权利。当被继承人生前所在的居民委员会或村民委员会作为遗产管理人时，他的职责与继承人作为遗产管理人的权利与义务是一样的。在这里，还需要注意的一个问题是无继承人出现剩余遗产的转交问题。如果直至遗产清算完毕，仍无继承人主张继承，且遗产有剩余都，遗产管理人应负责将剩余遗产移交有关部门上缴国库所有；如果死者生前是集体所有制成员的，移交所在的集体所有制组织。如果在移交后，他的遗产债权人或者受遗赠人出现，他们依然可以主张权利，可以提起继承回复之诉。这是我们提到的第三个方面。

第四个方面是关于遗产管理职务的终结。主要有五个方面的原因，我重点给大家说后面两个方面。被指定的管理人在就职前可以拒绝，问题在于被指定或接受指定的中途他可不可以退出，对于此，各国的立法是不一样的。日本、德国、韩国都持肯定态度，但对继承人或受益人造成损害的，应承担赔偿责任，而英国的法律则否定了遗产管理人的辞职自由。我个人认为我们可以采取前一种立法，就是赋予他自由选择的权利，但对于因辞职造成的损失应承担一定的责任。对于遗产管理人被解职的原因有两个，一个是因为遗产管理人怠于行使其职务；第二个原因是因为重大事由的出现，大陆法系对哪些是重大事由并没有作出具体规定，对于这个问题，英国法认为，以下事由属于重大事由：第一是破产，第二是监禁，第三是失去履行职务的能力，第四是性格怪僻，第五是无法查清其下落或出国长期居住，第六是因侵占财物而被通缉。那么我们认为在将来我国继承法的制定中，可以就上述

重大事由作出详细规定。这就是我对遗产管理人制度所提的一点浅见。

最后我谈一下代位继承。我个人认为，固有权和代表权并不是你死我活这么一个对立的状态，其实我认为它们是可以达到一定的和谐，那就是通过对于孙子女和外孙子女不设立固定继承顺序和继承份额来解决这个问题，也就是说，在一般情况下，我们可以采取代表说，那么在主动放弃或者是被剥夺或丧失法定继承权的情况下，我们可以基于他们之间的这种血缘关系或亲情关系，而赋予孙女和外孙子女一定遗产请求权或者给予他们一定份额的遗产，来保障遗产功能的发挥。

**谭启平教授：**

四位发言都充分阐述了他们各自的观点。我们这个单元安排有两位点评嘉宾，第一位是西南政法大学民商法学院的王洪教授，博士生导师，第二位是渝北区人民法院民一庭的黄卫庭长。

下面首先有请王洪教授发表点评意见。

**王洪教授：**

感谢四位老师的发言！确实继承法越来越被关注，一下子成为热点的东西。根据我和谭老师的规划，我们西南法学也对继承法的一些问题作了些思考。社会生活变化最重要的并不表现为财产多寡的变迁，而更重要的表现在中国市场经济的发展，它使得自然人成为市场的主体之后，财产关系的多样化、复杂性。我们这个单元讨论的遗产界定问题，实际上回到这个问题了，为什么说我们现在面临非常新的东西，这些现象的变化，继承法本身是不可能解决这个问题的。所以我不认为，继承法可以把遗产或相似的概念，像前苏联那样的模式，可以采取列举式，把人们常有的财产一一列举出来。现在我们是市场经济，如果中国的市场经济不会变，那么我们继承立法在对遗产进行界定的时候就必须改变传统的思维。第二我想说的是，继承法作为民法的一个组成部分，在继承法修改和讨论问题的时候，一定要考虑继承法和我们目前国内其他民法组成部分的关系。由于国内法学研究长期以来，形成一种固步自封、比较封闭式的研究，对于一些问题的探讨形成一些偏差。所以我们继承法在修改的时候，在完善这一块立法的时候，我们得把部门法的藩篱打破，得把继承法放在整个中国民法典的这个框架之下，来体系化地思考问题，有一些东西不需要继承来规定清楚，只需要继承法对它有一个一般性的条款，比如说财产的属性问题，财产的界定问题，我们有其它的民事法，那么根据其它的民事法就能把这些问题明确。我们现在的继承就是财产继承，把这样的财产继承标的或客体牵进去之后，财产包括什么，范围具体要列举哪些，可以通过其它民事法律这种整体性、体系性把握，很好地解决这个问题。最重要的是我想谈的第三点，继承法的修改我认为应该从家庭走向市场。我们原来传统的思维，对各种继承法问题的思考，还是限制在一个家庭范围之内。我们学者对继承法修改热，实践部门反应冷淡，就是案子很少。我想有一种案子并不少，但它并不是以继承纠纷，而是以债权债务纠纷提起的诉讼。债务人已经死亡，债权人向法院提起诉讼，被告是债务人的继承人，法院不是以继承案来立案，而是立为债权债务纠纷。这类案子不是个别现象，不是少数，今天有一位老前辈，张玉敏老师，二十多年前就提出了继承中对债权人利益的保护问题。刚才我谈到今天市场交易财产关系复杂化之后，被继承人死亡后，不会像以前那样，那么单纯地留下一些他实际控制、占有的财产，实际上他处于非常多的、没有了结的各种各样的法律关系中。比如说他本身是个市场交易主体，和他人有很多合同，在合同中他既享有债权，同时也得负担债务。在履行合同中去世，他留下的不是单纯、传统意义上的那笔钱或者积极的遗产，也就是说他的关系非常复杂、多元化。在这种情况下，继承法现在已经到了应当来承担维护市场交易安全使命的时候，我个人认为，中国继承法在目前很好的趋势之下，如果作修改，应当特别关注继承法的这样一个功能。我们以前把继承法的功能单独放在家庭关系中间，财产流转方面的去考虑。继承法制定的时候，当时的国情，我们也不指望，也不可能强求当时的立法者能够考虑到这个层面。但是现在中国改革开放，市场经济的变化，使得因死亡引起的财产流转关系已经不再是单纯的亲属间的关系，成为交易中的重要一环。因此在制度设计上，我们如何把更多的焦点放在市场交易秩序之维护上，这是我觉得在修改继承法的时候，应当深思的。在这种前提之下，我们今天几位主讲人所谈到的问题，无论是遗产范围的界定，遗产管理人的问题，还是债权人利益保护问题，我想这里面都有一个前提需要解决，我们的立法主义是不是需要重新审视。我们目前继承法采取的是当然概括的继承主义，奇怪的是，国内的学者在对继承法比较研究的时候，是不管其他是采取什么样的立法原则的，我们是从现象上做一种比较。比如刚才几位主讲人谈到的遗产管理人问题，这个问题不能单纯从管理去看管理。各国在对管理人的制度设计上，总是与他所选择的继承立法主义是相关联的。

所以关于这些问题，我想表达的是第一，继承法的修改确实到了刻不容缓的地步，因为就我自己了解的情况，

现在继承法这种制度上的障碍，使得在市场交易中债权人的债权实现上面临种种困难，这在一定程度上阻碍了市场交易的安全性与效率性。其次，为我们理论研究者提供了重大责任。在设计未来制度的时候，理论研究应当是一种深层次的，能够对继承法，从它的基础、理念、立法原则的选择，到具体制度的建构作一个全方位的、体系化的、对应性的思考。那么我们很多问题就可能就会更加成熟。好的，我的发言到这里，现在交给黄庭长。

**黄卫庭长：**

作为一名在基层法院工作的法官，我从业二十多年，在这个领域有些感想，跟大家分享下。涉及到继承法的修改，就像今天上午大家说的，理论界认为修改已迫在眉睫，而实务界觉得没什么必修改，大家感觉可能是不一样的。因为我们在实务过程中，大家觉得应当修改的地方，可以通过一些部门法规定和司法解释来解决。比如说刚才魏小军副教授所说的不完全遗产方面的问题，关于生前处分类不完全遗产这个问题，按照我们所了解的情况，就是无权处分和效力待定的问题，在我们的司法解释中就已经做了明确的规定，如果事后追认，则效力明确；如果无权处分，那么可以撤销。关于死因救济类不完全遗产，我们在最高院人身损害赔偿的这个司法解释中，就规定死亡赔偿金类似于精神抚慰金，它的权利人就是赔偿权利人，我们在处理的时候是按照共有财产分割的方式来处理的。另外根据麻昌华教授所说的，我谈下实务中股权继承的问题。股权的继承问题在婚姻法解释、公司法中已有特别的规定，公司，特别是有限责任公司，具有资合与人合的性质，如果股东死亡后遗留的权利，根据法律规定，继承人是可以继承的，但继承后是什么样权利，我个人认为他取得的这种权利是一种类似于隐名股东的权利，他享有的是分红的权利，而不是对公司的经营权、决策权和无限制的转让的权利。所以我觉得，继承法在修改的时候，在刚才魏小军副教授的基础上，可以加一些限制词。比如说有特别法规定的，遵循特别法的规定，如公司法、农村土地管理法。还有就是债权人利益保护问题，我很赞同王洪教授的观点，在有的案件中，有的是通过打破共有的方式来解决的，有的是通过向遗产的继承人来追索。涉及到刚才另一个遗产管理人制度问题，因为是实务界的，具体情况不是很了解，但我曾办一个企业破产案件，破产管理人制度可以引用到遗产管理人制度中，可以作一些借鉴。毕竟它们都是为了财产的保护、收取等问题。

**谭启平教授：**

感谢王洪教授、黄庭长的精彩点评！下面我们就进入自由发言阶段。

**姚红主任：**

刚刚讨论的遗产管理人与王教授提到的债权人保护问题，我的想法是这个遗产是否必须需要管理人？刚才在发言的时候有人就觉得不一定，因为在中国不一定非要强制有个遗产管理人。作为继承人他自己把遗产分割了或者怎么处理了都可以。甚至有些父母只去世一方的话都不分遗产，这时设一个管理人也没必要。所以即使有对外债务的话，我们规定从被继承人死亡时开始，理论上其财产就是继承人的共同财产。那么债权人找继承人中的任何一个人，都可以要求以遗产来偿还债务。所以认为管理人是没有必要的。但也有人认为，很有必要。我们来关注一个问题，就是说如果没有继承人了，那这个遗产到底应该有谁管理？因为从理论上说，就成无主财产，要不归国家要不归集体，债权人跟国家要，国家到底是谁出面？当然集体组织还相对好确定一些。谁把你财产拿走你就跟谁要呗。

**张玉敏教授：**

关于姚主任提出的这个问题，我是这样看的。如果说死者遗嘱当中指定了遗嘱管理人，这个当然没有问题。如果没有指定，那我们国家的继承制度，遗产管理人本来就是一个必须的制度。但是有一个问题和这个直接相关需要澄清。在澄清的前提之下，我们才可以讨论这个遗产管理人的问题。这个问题就是我们现在的限定继承制度。所谓的限定继承实际上是限制了继承人清偿债务的责任。对他来讲是一种利益。相对任何利益都应该是有条件的。特别是你的利益会涉及到其他人的权益，必须要有条件。那么这个条件就是你要用一种有公信力的方法去确定死者到底有哪些财产，就是要限定遗产的范围。就好像破产的时候要清理财产。财产范围都清楚的情况下，当然你基于积极责任原则，对被继承人的债务不负责任，就这么多，这是可以的。如果你继承的财产的范围没有用有公信力的方式把它确定清楚。那你说我是承担的有限责任，多了的我不管，谁知道你的遗产有多少呢，你凭什么说你就继承那么多财产呢？肯定这个有限的限定责任是不能适用的。我们仔细研究一下大陆法系的继承法，实际上无条件的情况下，都是一种无限责任继承。也就是我们说的概括继承，你不需要办理任何手续，反正死者的债务你全部负责，别人就不管了。就是说继承人可以选择，你要不要搞个遗产管理人出来。这个很复杂，谁也不愿意担任遗产管理人，那么我们或者找个律师事务所或者找个公证处来给我们搞个遗产管理也可以。继承人当中，大

家商量确定个遗产管理人也可以。只要说要管理的话，就要把以上问题搞懂。所以我觉得遗产管理，在我们国家直接继承之下，不是一个必要的制度。但是法律可以做这个规定，继承人感觉有必要的时候选择适用。

**杜江涌副教授：**

对于刚刚姚老师谈的，我再补充一句。实际上管理这个词他不仅包括管理还包括打理。它的内涵和外延我觉得很重要。此外，我觉得遗产债权人利益的保障并不在于我们遗产管理人制度怎么样去设计。其实更多的落脚点是遗产到底该怎么界定的问题。遗产、财产我认为这是两个不同的概念。而且我个人认为这个财产可以分为积极财产和消极财产。但是遗产应该是积极财产和消极财产相比较有正值的情况下，才可以叫遗产；没有正值的情况下，只叫财产。而这个财产就是对他生前债务的一个担保性质的。我们现在如果遗产和财产就这样划分的话，就有一个问题。就是我继承财产以后我已经取得了这部分财产的所有权，你再反过来让我偿还被继承人生前的债务，这里面就有一个关系问题。对于这个继承人而言，他怎么思考这个问题。

**陈苇教授：**

我认为，目前在我国市场经济的条件下，我们现行继承法所确立的对于遗产债务是实行有限清偿责任。正如刚才张玉敏教授已指出的，它是无条件的有限清偿责任。这种有限清偿责任是在遗产的实际价值内承担清偿责任，但是，应当以什么制度来保障继承人是在遗产实际价值范围内清偿的呢？目前我国没有任何一个制度来保障。因此，我国如果在设立遗产管理制度就是对这个立法漏洞的填补。因此，我个人认为，如果我们继续实行的是单一的限定继承制度，就应该设立遗产管理人制度。如果我们在今后的继承法确立了“双轨制”，这就是我主编《外国继承法比较研究与中国民法典继承编制定》里面阐述的：有限清偿责任制度（即限定继承制度）与无限清偿责任制度（即无限继承制度）两者并行的“双轨制”。只要继承人愿意承担无限清偿责任，即以自己的固有财产去清偿被继承人的遗产不足以清偿部分的债务，他就可以不履行遗产管理这个程序，因为这样对于遗产债权人的债务清偿是有保证的。反之，如果继承人想要享受法律所给与的限定继承的利益，对于被继承人的债务其只承担有限的清偿责任，那么他就应该履行遗产管理程序，建立忠实的遗产清册，以保证在遗产的实际价值范围内清偿被继承人的债务。比如说，在法国遗产需要在法院的工作人员在场的情况下监督制定遗产清册，在有的国家要求在公证人员在场的情况下制定遗产清册。而在我们前述著作的“立法建议稿条文”里面，结合我国国情设计的是：由村委会、居委会干部或者当事人所在单位等有关机构的具有一定权威的这种人士来担当见证人，监督制定忠实的遗产清册，这样从制作遗产清册的程序上方便我国的民众。总之，只有制作了忠实地反映遗产实际情况的遗产清册的继承人，才能够享受我国继承法所给与的只承担有限清偿责任的照顾，从而获得限定继承这种利益。

**黄群主任：**

我觉得设立遗产管理制度确实有必要。但是造成我们的遗产范围确定或者说难以确定的根本原因，并不是继承法，而是因为没有遗产登记制度和我们的税收制度。这个原因造成了我们的财产是查不清的。

**邓丽博士：**

刚刚几个老师都提到了遗产管理制度，现在我想做一下补充。首先我觉得，姚红老师提到的无主财产收归国有，如果向国家主张权利，该怎么做。我觉得这不是继承法单独存在的问题。在继承法里，如果死无主财产的话呢，债权人可以向法院提出介入遗产管理程序，然后由法院来设立这样一个机构。比如说中介机构来对财产进行一个清理、清偿。另外就是刚刚张老师提到的公信力，可能我们缺乏一个对于继承中财产的公信力这样一个状况的证明。在我来之前呢，我正好和加拿大的律师谈到过我们国家的继承状况，他就认为，像我提出来的实践中一方死亡，他的配偶拿着户口本、死亡证明，拿着其他继承人放弃继承的声明直接去变更登记。他觉得是不可思议的。在他们看来，有关的财产登记机构认定的一定是从法院拿来的证书、文书这样一个程序。拿到一个司法文书才有可能给你的财产进行变更。其实我觉得这突显出来，我们的遗产处理怎么样才有公信力这样一个问题。另外，关于遗产管理制度是不是必须要的。刚才我也谈到了我们的立场，我认为遗产管理制度还是选择使用的。它在以下方面选择使用，其一继承人为了限制自己的清偿责任；其二，是对债权人利益的一个保障，债权人应该是有权利主动申请建立遗产管理制度的。

**自由提问者：**

我针对遗产管理提一些自己的看法，可能大家都感觉遗产管理和遗产执行是两个不同的制度。在台湾的一部法律里面，它专门叫做遗产清理人，就是把遗产管理和遗嘱执行都放到一块了。台湾有个硕士论文专门写过遗产清理人。遗产管理人一般大陆法系讲。但是刚刚黄庭长在整个遗产清偿制度里面借鉴企业破产制度。但是企业破

产里面叫做破产清算人。后来我发现在埃及民法典叫做破产清算人。埃塞俄比亚民法典也叫做遗产清算人。所以我觉得是不是把这两个概念合在一起，设立一个清算制度。企业破产法的整个这个程序都可以移植到继承法里面。另外关于限定继承，大陆法系遗产既是权利也是义务。那么继承的时候你既要继承权利也要继承义务，这就导致限定继承的问题。但是我们国家呢，按照继承法的规定，它是个人的合法财产。你首先要清偿债务，债务清偿以后，你是不是承担义务是你自己的事情。你可以选择自愿。但是这里面就是，债务清偿完以后剩余的财产怎么办？你可以自由分配，所以不存在限定继承的问题。这是因为大陆法系的逻辑起点不一样，它假定遗产是权利义务的继承，才有有限继承这一切的选择等等。我们国家限定继承是不是该反思一下，因为英美法系的制度就不是限定继承，他按照企业清算来进行。

**谭启平教授：**

我们这个自由发言环节的讨论已经很充分了，下面我想对上午和下午的讨论谈几点不成熟的看法。第一就遗产范围的确定来讲，我个人认为，是我们的继承法不一定能够完全承受的重任。因为，财产继承权属于传统民法五大权利之一，因而在涉及到财产范围确定的时候，我们应该充分注意到与物权法、债权法、知识产权法、侵权法，乃至与人身权制度的相衔接。刚才杜江涌教授提到了一个观点，我也不完全赞同。财产与遗产是什么样的关系？我个人觉得，所谓财产是人从出生到终点这一期间所积累的，所以说财产是民法上的一个期间概念；而遗产是民法上的一个期日概念，就是在特定的点，即被继承人死亡时所留下的财产。如果过早的采用一种列举加概念的方式在继承法加以规定的话，我觉得有所不妥。所以在现代财产关系非常丰富和复杂的形势之下，我们还得继续沿用 85 年继承法列举式规定的话，可能是继承法非常难以完成的一个任务。第二是关于上午谈到的继承案例为什么很少呢？实际上在现实生活发生的许多案例，继承案例非常少，并不等于这类纠纷少。除了通过债权人利益保护、合同之拆的案例之外，还有相当一部分是通过共有财产分割，法院是不把这部分统计到继承案件当中的。而共有财产的分割这类案件在法院中占的量是相当大的。那么这是第一个问题。第二个问题是关于否要设立遗产管理人制度。我同意王洪教授的观点，在修改继承法过程，一方面要考虑从个人财产的家庭内部分配到市场关系的因素，但我觉得还需要考虑另外一个方面的因素即遗产继承在现代财富，包括个人财产在较大的增加的情形之下，通过遗产继承进而实现社会财富再分配。这也是世界其他国家继承法上一个主流的观点，应该是我们继承法修改过程中注意的问题。如果还是采取的一种直接的继承制度，那么遗产管理人就是一种可有可无的制度。如果我们赋予遗产继承以更多的社会功能，遗产管理人以及相应的遗嘱执行人制度，包括可能的遗产侵占制度，就是我们必须要建立的制度。

**第四专题：公证遗嘱及遗嘱执行人**

主持人：刘云生、胡昔用

主讲人：吴国平、曹贤余、何伟、陈法

点评人：张力、张翔

**刘云生教授：**

尊敬的姚主任、夏会长，各位与会代表、各位同学们，大家好！今天讨论的主题是“公证遗嘱及遗嘱执行人”。首先我介绍今天发言的嘉宾是福建江夏学院吴国平教授、西南政法大学民商法曹贤余博士、重庆市公证处何伟副主任、潼南县法院陈法法官。点评嘉宾是西南政法大学教务处副处长、博士生导师张力教授 a。下面有请福建江夏学院的吴国平教授发言。

**吴国平教授：**

各位老师、各位代表，大家好！我的论文题目是“遗嘱执行人制度的不足及其完善”。我简单的将主要观点向大家汇报一下。

第一，我国的遗嘱执行人制度的立法现状。从我国目前的立法情况来看，在遗嘱执行方面，《继承法》第 16 条第 1 款做了相应的规定。但是这一条只明确了我国遗嘱人的产生方式，对遗嘱执行人的法律地位和资格，遗嘱执行人的选任或者指定，遗嘱执行人的权利与职责，遗嘱执行人的承认与撤销以及遗嘱执行人的报酬相关等等具体问题没有做出具体规定。从国外的情况来看，许多国家的民法典以及我国台湾、澳门地区民法典对此问题非常重视，或专章或专节做出了规定。

第二，完善我国遗嘱执行人制度的立法建议，我个人认为，《继承法》如果要修订，在遗嘱执行人制度方面应该

着重从以下几个方面来进行完善：一为遗嘱执行人的法律地位，关于此问题，目前学界有多种意见，不同的学说，我个人倾向于采用固有权说中的任务说，我认为遗嘱执行人既不是遗嘱人的代理人，也不是继承人的代理人，遗嘱执行人应该有他独立的固有的地位，这种地位决定于他执行遗嘱的任务或者是职责；二为应该规定遗嘱执行人的资格，我建议《继承法》应对遗嘱执行人的资格做出两条基本的规定，一条为必须具有完全民事行为能力，第二条必须具有一定的社会经验，能够独立管理并且依照遗嘱执行遗产的分配，除了包括法定继承人在内的自然人以外，法人和其他的社会组织也可以被指定为遗嘱执行人。三为应规定遗嘱执行人的产生，这是执行遗嘱事务中的一个关键性的问题，我国《继承法》第16条目前只是规定了由遗嘱直接指定的产生方式，对遗嘱执行人的其他产生方式没有做出规定。

我建议对于遗嘱执行人的产生可以分为两大类，四种产生方式。第一类是遗嘱指定，可以单列遗嘱执行人的包括法定继承人、自其他然人、法人及其他社会组织。遗嘱指定方式可以分为两种，一种是直接指定，一种是间接指定。直接指定是遗嘱人在遗嘱中预先指定具体遗嘱执行人的指定方式，间接指定是指遗嘱人在遗嘱中委托他人指定遗嘱执行人的指定方式。这两种方式都可以，与此问题相关联的是对于他人是否接受指定而履行执行遗嘱的职责，以及如果长期不做出是否担当此任的意思表示怎么办，对于这个问题，国外有两种立法例，都规定了催告的程序。一种立法例是视为拒绝就职，如德国和韩国的规定。另一种立法例是视为接受委托，如瑞士和日本的规定。我个人建议是否可以采用德国的拒绝就职的模式，即接受执行人的职务必须以明示的方式做出，没有做出意思表示的视为拒绝，另外我还建议是否借鉴日本、瑞士和我国澳门地区的立法经验，在《继承法》上设立遗嘱执行人的接受程序，赋予继承人、受遗赠人和其他利害关系人以催告权，并且明确答复的期限。第二类产生方式是由法律直接规定，其主体范围包括法定继承人、遗嘱人生前所在单位、最后住所地的继承组织等等。在遗嘱中没有指定遗嘱执行人或者委托他人的情况下可以在法定继承人的范围内指定遗嘱执行人。如果被指定的遗嘱执行人没有行为能力或者不能或者因为某种原因不宜担任遗嘱执行人的，应该指定遗嘱人生前所在单位或最后住所地或主要遗产所在地的继承组织来作为遗嘱执行人，如果按照此制度设计，法定的遗嘱执行人可以分为两种和两个顺序，即法定继承人和遗嘱人所在单位或遗嘱人最后住所地的继承组织，其中法定继承人是第一顺序的遗嘱执行人，所在单位和最后住所地的继承组织是第二顺序的遗嘱执行人，法定继承人的地位应当优先于所在单位和最后住所地的继承组织。

根据以上的分析，我个人认为可以作为遗嘱执行人的有四种，一是遗嘱直接指定的遗嘱执行人；二为遗嘱委托指定的遗嘱执行人；三为法定继承人；四为所在单位和继承组织。当遗嘱执行人缺位时可以依次确定，如果遗嘱继承人不同意遗嘱执行人对遗产的处理意见怎么办？他可以提出异议，可以向人民法院提起诉讼，如果继承人对遗嘱执行人的确定有争议并且发生纠纷的，我建议将裁决权授予人民法院，由人民法院最终裁决，继承人以及利害关系人可以向人民法院提出申请。第四个问题是应当规定遗嘱执行人的权利和义务，对于这个问题学者们的看法大同小异，我就不重复了。第五个应当规定的问题是遗嘱执行人的责任，由于遗嘱执行人一般是无偿服务的，所以对他所应当负担的责任法律上规定不宜过重，而且只限于在故意或者重大过失的情形下造成的损失，如果遗嘱人在遗嘱中已经明确规定应该给遗嘱执行人以相应报酬的，则遗嘱执行人是属于有偿执行遗嘱，他有权取得该报酬，同时对因其过错所造成的损害应当承担相应的赔偿责任。在实践中如果遗嘱执行人是两人以上的，他们应当对执行的事务负全部的责任连带责任。除非遗嘱人另有指示的除外。第六应当规定的问题是遗嘱执行人资格的辞任和撤销，目前我国遗嘱执行人不是由人民法院来选任的，因此在目前的状况下，当遗嘱执行人要求辞去此职务时，只能向继承人、受遗赠人提出，今后如果法律对此问题有明确的规定，我个人的想法是法律可以规定、法院可以裁决、当事人可以直接向法院提出申请。关于遗嘱执行人的资格撤销问题我个人建议是否可以参考台湾地区的，主要有两条，一为从立法上赋予遗嘱继承人、受遗赠人及其他利害关系人对遗嘱执行的监督权，将不能适当履行自己的职责作为撤销遗嘱执行人资格的法定理由，而且不考虑其主观上是否有过错。二为在程序上明确规定是否应通过诉讼程序来进行。

最后一个问题是关于遗嘱执行人的报酬，在一般情况下遗嘱执行人的无偿的，但有些情况下遗嘱人会在遗嘱中规定给遗嘱执行人以相应的报酬，如果有此规定，则遗嘱执行人有权向相关的继承人和受遗赠人请求支付相应的报酬，但是如果是所在单位或者是继承组织担任遗嘱执行人的，我个人意见是原则上应当是无偿的，不应当支付报酬，当事人对此发生争议的，可以诉请人民法院请求解决。

**刘云生教授：**

谢谢吴教授！下面有请西南政法大学民商法学院曹贤余博士发言。

**曹贤余博士：**

尊敬的各位领导、各位来宾，大家好！我发言的主题是“遗嘱执行人制度完善之探析”。对于这个制度，我国《继

承法》第 16 条规定，可以通过遗嘱的方式来确立遗嘱执行人，但是对于遗嘱执行人具体的内容，如遗嘱执行人如何产生、什么人具有资格、其功能是什么、职责是什么、是否需要报酬以及相关责任应该怎么规定没有细化，而法律中提到法官在判定案件的时候更多的是希望将法条细化，更具有可操作性。司法解释三出台以后，引起了很多争议，很多反响，有人认为规定得不好，有人认为规定得好。

昨天有教授说到，法不是万能的，有时候可能与伦理相关，有些事物不能用法律来规范，但是纵观世界各国，基本上都对遗嘱执行人制度有规定且比较详细，遗嘱执行人制度最重要解决什么问题即它的意义何在，我们可以从三点来考虑：首先它能保障被继承人真实意思的体现，因为只有遗嘱执行人严格按照遗嘱来执行，才能充分体现他的意思自治；第二点，因为遗嘱中涉及到如果继承人比较多的情况下，有些继承人继承的份额比较多，有些继承人继承份额比较少，在这种情况下，只有通过遗嘱执行人的认真执行，继承人才能获得相应的份额，使得他的合法权益获得保护；第三点，有利于遗产的及时处理，合理流转，加速经济的发展。

在现实生活当中，我找了两例比较相关的案例。1987 年版的《红楼梦》中饰演林黛玉的女演员陈晓旭，身家上亿，因后来生病去世，其遗产是笔糊涂账，报道声称其死后创办一个基金会，投资五千万，但这五千万是一个空壳，另她有一套别墅，其家人不清楚此别墅是其所有还是其租住的，即产权不清晰，另外她有多处佛堂，最后有三、四处佛堂不知其是否有所有权。此案例中提到遗嘱执行人制度，即使此案例中没有提到有遗嘱，因为遗嘱执行人和遗产管理人这两个概念经常会混淆，这两个是什么关系呢？在此案例中可能会有人来执行的话，其财产就会非常清晰。另一个案例是侯耀文先生的遗产案，由于侯耀文先生家中财产明晰不清，所以导致侯耀文的女儿与其伯父打官司，乃至侯耀文先生三年后才下葬，最后此案以亲情各方面调解结案，但是有时亲情可以调解，有时不可以调解。有法官认为，继承案件虽然比率小，但是数量绝对不少，中国人口比较多，我认为在这种情况下建立此制度非常有必要。在建立此制度时要注意遗嘱执行人与遗嘱管理人概念的区分，有学者在其论文中提到，在英美法系国家遗嘱执行人与遗嘱管理人是同一个概念的不同称谓；另有一种看法是在有遗嘱执行人时，遗嘱执行人就是遗产的管理人，但是在被继承人没有立遗嘱的情况下，不存在遗嘱执行人，其表现为遗产管理人。昨天有学者建议，将遗嘱执行人与遗产管理人用一个制度将其合并起来，遗嘱执行人与遗产管理人虽然有差异但是其管理功能以及权利义务上是冲突的，对此我表示赞同，是否用一个制度将其合并，否则是否会浪费法律资源。另外我国现行法规只有《继承法》第 16 条对此有简短的规定，没有具体详细的规定。

在此，我与吴教授相同的观点如遗嘱执行人的认定我就不再论述，但对于遗嘱执行人的资格我与吴教授的观点不同。吴教授认为，完全民事行为能力人作为有遗嘱执行人的资格，我对此有疑问，如果一个人是完全民事行为能力人，但是其经济能力不足，已经破产了，在此时他仍然作为遗嘱执行人是否合适，因为在此种情况下如果让他管理财产，他可能会挪用财产，是否需要一个监督程序；第二个，对于遗嘱的接受与拒绝我与吴教授观点相似就不再论述。上次姚红主任提到，遗嘱执行人职能中是否需要制定遗产清册，对于此问题，我认为当事人都不清楚其父母的遗产到底有多少，这种情况我认为应当有一个遗产清册，在产权比较明晰的情况下，使得所有的继承人定纷止争。另外就是遗嘱执行人的期限问题，“对比说”认为，遗产管理本身是为了保护财产不受损失，将其完整的分配给继承人或受遗赠人，因此时间应该比较短的，与其相对应的有一种遗产信托，信托具有保值增值功能，其时间比较长，可能有几十年。我国目前规定的期限，我建议以一年为限，因为时间越长越不利于财产清算处置，可能有财产流失的风险，特殊情况下我认为可以要求法官判处赔偿。对于遗嘱执行人的终止与报酬，这两点我与吴教授的观点相似，我就不再重复。

**刘云生教授：**

谢谢曹老师！下面有请重庆市公证处何伟副主任发言。

**何伟副主任：**

尊敬的各位领导、各位专家、各位老师，早上好！我受重庆市公证处的委托，非常荣幸在这里就“公证遗嘱的效力确认研究”做专题发言。公证遗嘱目前被普遍认为是方式更严格，内容最可靠的遗嘱形式，因而我国继承法相关司法解释中明确了其相对于其他形式的遗嘱，自书遗嘱、代书遗嘱、录音遗嘱、口头遗嘱效力上的优先性，但是由于目前在公证遗嘱的办理过程中，某些程序要件的缺失以及审查义务的不到位，其效力优先性受到质疑。并且公证遗嘱并无法律条款对其优先性予以确认，因此本文从完善程序性要件，赋予公证机构调查核实权利，强化审查责任等方面对如何进一步规范公证遗嘱的办理规则进行了探讨，其目的在于希望在《中华人民共和国继承法》立法修改上，能够确认公证遗嘱的效力优先性，并为其提供硬件支撑，以保证公证遗嘱目的的实现。

公证遗嘱很早就成为人们实现自身遗嘱目的和合理处理财产权利的重要形式，随着公证制度 1980 年的逐步恢复，

仅 30 年办理公证遗嘱的实践，充分展示了公证遗嘱的生命力和重要性，它在实际操作方面体现出的优先性也充分证明了公证遗嘱的价值和地位，说明公证遗嘱的存在既有其合理性，更有其必要性。随着社会经济水平的不断提高，以及人们法律意识的增强，特别是关于遗嘱公证的相关司法解释，即《继承法》司法解释第 42 条的适用已日趋成熟，从而更加凸显了在《继承法》立法上明确公证遗嘱效力优先地位，即在《继承法》法条中明确公证遗嘱效力优先的迫切性和现实性。

公证遗嘱具备效力优先性的原因：一、公证机构和公证员能够对遗嘱的实质要件进行审查，能够更加准确、严肃地反映遗嘱人的真实意思表示；二、程序性要件的严格性使公证遗嘱具有公信力；三、公证审查的专业性能排除合理的怀疑；四、公证遗嘱的排他性成为五种遗嘱方式中最为大众接受和认可的方式；五、公证遗嘱的优先效力能有效减少诉讼成本，公证成本之低，是不能与诉讼成本相比拟的。遗嘱公证在公证机构整个办证数量上看，其并不算巨大，它毕竟是遗嘱人为实现自己的真实意愿，避免继承人为遗产分配发生争议而采取的一种预防措施，但其所起到的预防纠纷、减少诉讼，维护社会稳定和和谐的作用则是不能小觑的。相较于其他遗嘱形式所引发的层出不穷，纷繁复杂的诉讼，有数据显示因公证遗嘱而引起的遗产争议诉讼还不到遗嘱公证办证量的千分之一。重庆市现在共有 39 家公证处，公证员 180 名，公证从业人员 450 名（包括公证员数），以重庆市公证处为例，据统计，我处 2000 年 1 月到 2012 年 5 月共计办理遗嘱公证 1626 件，从数据上看，遗嘱公证办理件数大体呈增长状态，特别是最近五年呈稳定增长状态，每年平均在 180 到 200 件左右，我市各公证处 2010 年的办理的个案公证总计是 193000 余件，其中遗嘱公证是 1443 件，2011 年办理的个案公证是 161000 余件，其中遗嘱公证是 1761 件，保守估计我市各公证处 2012 年办理个案公证应该在 180000 余件左右，遗嘱公证大约在 2000 件左右。这说明遗嘱公证越来越普遍的被大众所接受。

在现有司法条件下，有必要保证在《继承法》修改的过程中体现出必要的前瞻性，不仅仅应当从完善立法的高度，将公证遗嘱的效力优先性在《继承法》相关法条中充分明确的体现，还可以从以下三个方面进行进一步的完善：一、在《继承法》相关法条中增加法定继承的范围，如设立第三顺序继承人，增加伯伯姑姑舅姨、侄子女、外甥子女作为继承人。二、在《继承法》相关法条中设立遗嘱信托，作为遗嘱的一种形式，明确通过立遗嘱的方式将财产的处分方式如何管理、分配、运用及割付等详细订立于遗嘱之中，等到遗嘱生效后，再由受托人依据信托的内容管理、处分信托财产，信托遗嘱可以作为遗嘱继承方式的一个重要的有益的补充，不但能确保遗嘱人真实意愿的实现还能通过遗嘱及时解决纷争，同时结合信托规划的方式使继承人的权利更能得到保证。三、通过继承公证来实现遗产继承是惯常使用的方式之一，它同样起到了预防纠纷、减少诉讼，维护社会稳定和和谐的作用，同时大量节约了诉讼成本。但是今年重庆市的土地房屋权书登记办法的修改过程中没有将继承公证列入条款，被相关人士错误的解读为今后的继承不用再办理公证，虽然这已经直接影响了重庆市的继承公证办证数量，但是继承公证仍然是房屋交易部门据以进行遗产转移的重要选择，已经产生了严重的依赖性。因为在现阶段通过非诉讼方式实现遗产继承过程中，公证审查的真实性，严肃性、专业性和权威性是其他部门和其他方式无力迄及和无力完成，也无力承担的。

下一个问题是诉调对接问题，通过人民调解对纠纷进行调解后，通过人民法院出具民事调解书，进行确认产生法律效力，现在重庆市万州地区是诉调对接试点单位，一定数量的继承事宜是通过诉调对接来进行解决，但是因为人民调解的随意性比较大，程序不够规范等等原因，不断有案例反应出遗漏继承人的情况，不但没有解决财产继承问题，反而引起了继承纠纷，被要求重新进行继承公证，即增加了司法成本还引起了纠纷，影响了社会稳定和谐。据统计，我处从 2000 年到 2012 年 5 月份共计办理继承公证 7819 件，每年办证数量呈上升趋势，我市的公证处 2010 年办理继承公证案件的数量是 13146 件，2011 年办理继承公证案件的数量是 15459 件，保守估计，虽然受各种因素的影响，我市 2012 年各公证处办理继承公证应该是在 12500 件左右。因此应该通过《继承法》相关法条中增加规定遗产继承应当通过公证（非诉讼）的方式和法院（诉讼）的方式来进行等法条，最终有效、合法的完成被继承人遗产的转移，更好地保护私有财产权利，推动我国司法进程向着更完备的方向发展。最后，因为公证的弱势和特殊地位，希望各位领导、各位专家多关心、关注、支持公证行业的公证工作，也使我国的公证制度向着更完备的方向发展。

**胡昔用博士：**

谢谢胡主任！下面有请潼南县法院陈法官发言。

**陈法官：**

尊敬的各位代表，上午好！今天我发言的题目是“论我国公证遗嘱适用的效力位阶——以法律的价值取向为视角”。目前针对我国公证遗嘱适用的效力位阶最高之现行法律规定，我国学者主要有“肯定说”与“否定说”两种观点。“肯定说”主张公证遗嘱适用的效力位阶应当高于其他形式的遗嘱；“否定说”认为各种形式的遗嘱适用的效力位阶应该相



同。对于我国学者“肯定说”与“否定说”不同的立法建议，我认为可以从法律的价值取向、比较法研究和立法所追求的社会妥当性三个方面进行思考。

我的发言主要是对确定公证遗嘱适用的效力位阶之法律的价值取向考量进行论述和分析。众所周知，任何法律都必须以一定的法的价值观作为依据，并以追求特定的法的价值作为动因，在现代社会司法的要义在于追求的“正义、自由、效率、人权保护”等价值观和实现“以人为本”为目标，在 21 世纪确定我国公证遗嘱适用的价值位阶应当以现代司法所追求的“正义、自由、效率、人权保护”等价值观和“以人为本”的目标为引领，彰显 21 世纪中国《继承法》现代化所具有的时代性与进步性。因此就公证遗嘱所适用的效力位阶问题，对于我国学者不同观点的立法建议，应当从法律的价值取向上予以衡量，考察我国《继承法》是否已为遗嘱人享有的权利提供了最大限度的可能性，并作出最终的立法选择。

首先从法律的自由价值来看，自由是法律的基本价值，作为私法的民法，将保障当事人自由意志的意思自治原则作为基本原则之一，继承法是民法的重要组成部分，应当尊重遗嘱人自由处分其个人财产及其他事物的真实意思表示，在现代社会，人的尊严之保障已经成为人类世界的普遍化理性与共同追求之目标，使共同追求之目标对于如何合理科学的确定公证遗嘱适用的效力位阶起着目标导向作用，人的尊严之保障与自由价值之追求息息相关，而更加重视遗嘱之自由是现代继承法的发展趋势之一，虽然在程序要件上公证遗嘱是请求比其他形式的遗嘱要求更为严格，但并不能因此得出只有公证遗嘱才是遗嘱人真实意思表示的结论，目前科学技术已经高度发达的现代社会，依法订立的遗嘱一般都可以体现遗嘱人的真实意思表示，故应当对各遗嘱形式适用的效力位阶一视同仁，这样才能实现法律保障，尊重人的尊严和实现以人为本的目标，从而最大限度的保障法律的自由价值。

其次，从法律的效率价值来看，效率是法律的重要价值之一，在程序上法律为争取最优化的实际效果提供程序保障，就公证遗嘱的程序之效率进行分析，一方面经公证程序所作出的公证遗嘱仍以较高的效力确保其一般为当事人的真实意思表示，并且内容是合法的，然而各种形式的遗嘱，包括公证遗嘱，如果当事人对其效力发生争议的，人民法院有权依法对其进行审查，如果公证遗嘱的内容不符合现行《继承法》和民法的基本原则之精神，人民法院有权宣告其无效，2001 年轰动全国的泸州二奶受遗赠案中的公证遗嘱被宣告无效，就是最典型的例证。因此对于由于法院对公证遗嘱有依法再审查的可能性，故认为公证遗嘱能够提高司法效力的说法并不能够一概而论。另一方面，由于公证遗嘱的订立、变更与撤回均需经过公证程序并交纳公证费，这需要花费当事人相当的时间、精力和费用，故从便利遗嘱人实现其遗嘱变动的自由意志来考虑，有些情况下，公证遗嘱的效力还不及其他形式的遗嘱。根据我国学者的调查，在对遗嘱形式的使用选择中，北京、重庆、武汉、山东涉及到的被调查民众中选择口头遗嘱、自书遗嘱占 40% 到 80% 以上，而选择公证遗嘱的最高地区也仅为 20% 以下，可见我国民众对公证遗嘱的选择率还远远没有达到一种较高效率的遗嘱形式所应达到的数据标准。在司法实践及日常生活中公证的遗嘱虽然可以被确立为遗嘱人的真实意思表示，但是不一定是遗嘱人最终的真正的意思表示。公证遗嘱在适用效力位阶上的优先性有可能使遗嘱人最终的意愿不能够实现，导致遗嘱人以遗嘱处分自由财产及其他事务的能力并没有收到法律的保障，这既不符合遗嘱自由之立法原则，也有悖法律的效力价值。

最后从法律的正义价值来看，正义是社会制度的首要价值，私法特别是民法，由权利本位构成，正义与权利的保护，权利之保护紧密相连，每个人应当有权处分其个人合法财产，这是现代社会的普遍的选择。遗嘱作为遗嘱人处分其个人所有的财产的一种法定形式，应当符合法律的正义价值，体现遗嘱人的最终真实意愿以实现依法自由处分个人财产等权利，然而对公证遗嘱所适用的效力位阶的现行规定，公证遗嘱的变更与撤回并不能够最大限度的方便遗嘱人，在某些紧急状态下可能会阻碍遗嘱人处分其个人财产及其他事务的自由，从而影响实现依法享有的自由处分个人财产的权利，因此我国的现行规定在一定程度上违背了自由价值，也使法律的正义价值难以实现。以上是我向大会提交论文的第三部分的主要内容。我认为对于公证遗嘱适用的效力位阶，我们应当坚持自由优先、正义至上、兼顾效率的价值取向，进行价值选择。在我论文的其他部分，对国外立法例，对公证遗嘱适用的效力位阶和我国民众对遗嘱形式的主要选择分别进行了价值考察。

**刘云生教授：**

谢谢陈法官！下面有请张力教授进行点评。

**张力教授：**

尊敬的各位来宾、各位主讲人、各位专家学者、还有亲爱的同学们，大家好！根据刚才四位主讲人的发言，请允许我倒着来进行阐述。第二个问题是关于公证遗嘱的效力问题，我发现进行第二个问题时，两位主讲人的观点发生

了明显的交锋，陈法官和何主任他们分别站在自己的不同的职业立场上，对于公证遗嘱效力是否优先提出了不同的观点。何主任主要是站在公证的严格程度、公示性、公证对于司法诉讼的前置性以及预防功能，节约诉讼成本的角度提出通过公证即可以一劳永逸的采集当事人的一次意思表示。其实公证也是讲究意思表示真实的，但是对于一次性真实意思表示的采集与固定，至于在这一次意思表示之后，是不是还有其他意思表示真实度，它并不关心，这是公证的切入点，一次一劳永逸的意思表示即能够约束将来。

而陈法官却认为，人的意思表示不仅可以一次真实，也可以是善变的，是不停的变动的真实。人本身是一种感性的动物，善变是人的心理特征之一，这是我的体会。所以司法必须要跟进这种变化中的真实的意思表示，以体现遗嘱人最后的意思表示，否则遗嘱人可能会死不瞑目，含恨九泉。从这个角度，双方都有自己的合理性，我简要的归纳一下，公证遗嘱在什么情况下能够体现优先，什么情况下不能体现优先？我认为公证遗嘱会经历法律上的两个阶段，第一个阶段是公证机关引以为傲的阻止诉讼发生的阶段，即公证遗嘱的执行不发生纠纷。

公证遗嘱的执行不发生纠纷分为几种情况，第一，只有一份遗嘱是公证的，当然优先，因为只有一份遗嘱就只有一个意思表示，当然优先于法定继承；二为公证遗嘱和其他形式的遗嘱并存，但是公证遗嘱是最后的遗嘱，当然也优先，因为它是最后的意思表示；三为公证遗嘱与几种其他形式的遗嘱并存，公证遗嘱不是最后的遗嘱，但是后位顺序的遗嘱的意思表示并没有在遗嘱的继承人之间形成争议，即遗嘱的继承人虽然知道公证遗嘱不是最后的遗嘱，但是他们对公证的效力持高度的赞同以至于超过对自己遗嘱执行力的赞同，这种情况在现实生活中很少见。以上为我认为是的公证遗嘱发生优先力的三种典型情况。接下来，如果发生纠纷，当这个遗嘱要被执行时，被继承人已经死亡，当然被继承人就不可能参与到继承的纠纷主体中来，能够参与到继承纠纷主体中来的都是遗嘱的继承人，他们对存在的几个遗嘱，如公证遗嘱、自书遗嘱和代书遗嘱究竟以何为准，当他们发生争议的时候，还能不能当然的认为公证遗嘱优先？

我个人认为，此处值得质疑。举例说明，6月17日签了一份公证遗嘱，6月18日签了一份自书遗嘱，6月19日内签了一份代书遗嘱，在这种情况下，还有哪种情况。第一，6月17日的公证遗嘱代表真实意思，而6月18日的自书遗嘱和6月19日的代书遗嘱分别代表篡改的遗嘱和受胁迫签订的遗嘱，在这种情况下，因为自书遗嘱和代书遗嘱属于意思表示不真实，那么公证遗嘱当然优先，这也不是因为公证遗嘱效力使然，是因为意思表示不真实使然，这是一种情况。第二种情况是在6月17日签订的公证遗嘱是基于欺诈而签订的，而6月18日的自书遗嘱和6月19日的代书遗嘱都是真实的，在这种情况下难道公证遗嘱还能优先吗？它所公证的遗嘱本身的意思表示是不真实的，那就不能优先。第三种情况是6月17日的公证遗嘱、6月18日的自书遗嘱和6月19日的代书遗嘱三者都是真实的，只有在三者都是真实的情况下，我们才说公证遗嘱的效力有没有优先，如果三者都是真实的，为什么让公证遗嘱优先？公证不外乎就是对于真实意思表示的选举，如果三个意思表示都是真实的，那公证遗嘱的效力优先又谈何而来？

在司法诉讼中，法官一般来说，对于公证遗嘱、自书遗嘱、代书遗嘱都会一视同仁的去判断是否是真实意思表示。法官不会在有公证遗嘱的情况下判断公证遗嘱的效力优先，而不去判断另外两个遗嘱的效力，这是渎职的。我看到一个有趣的现象，在刚才的发言中，公证机关的发言人在体谅法院，这样可以减少讼累，防止法官过于辛劳，刚才公证机关提供的数据只有千分之一的遗嘱进入诉讼，我认为这本身也不代表什么辛劳，更有意思的是陈法官的意思是即使辛劳也是法院的职责，对于所有的意思表示不管采用什么样的形式，公证只是形式不是实质，不能替代实质，法院会进行平等的关于实质的审查，公证所带来的公信力只是一个推定，是可以反驳的推定，不仅在理论上可以进行反驳，在现实生活中也被证实的确反驳了。所以我认为一旦发生纠纷，则公证遗嘱的优先性就消失了，公证遗嘱的优先性到底是什么？

我认为公证遗嘱的优先性应该是一个倡导性的，即公证机关告诉大家公证机关公正廉洁，而且价廉物美，大家都来进行公证，经过公证的遗嘱是不容易被篡改的。所有的遗嘱的继承人看到遗嘱已经被公证，所以内心形成对于公证的认同感，但是这种认同感有是缘分，没有是本分，是强求不得的，我认为是强求不得的，所以公证遗嘱的优先性应该是在道德的倡议上去保持，一旦当事人对这种倡议而来的公正性表示怀疑，要诉诸法院来寻求司法救济，是当事人的诉权，公证机关是没有办法也没有理由去剥夺当事人的司法最终保障的权利的。

最后，在法律上如何设计，我非常赞同陈法官的意见，在遗嘱效力的认定中间只有一个最高原则就是穷尽手段，让当事人的最后的意思表示能够实现，因为这是人一生中最后一次对此生的总结，岂能不实现，否则真的会含恨九泉。另外对于公证遗嘱为什么进入诉讼阶段就没有优先性，因为如果它在诉讼中具有优先性可能会损害遗嘱选择自由。对于有学者认为遗嘱属于要式行为，我对此持保留意见，所谓要式行为是法律规定对于某种行为必须采取特定的

形式，否则既不生效或者不成立，如非技术性合同要求书面形式，则必须书面形式。今天的继承法说，你的遗嘱可以采取代书形式、自书形式甚至在判例中承认了录音形式、录像形式，这已然是一个开放性的形式的集合，哪里是要式行为了，这个不是要式行为不是说不需要形式，是不要法律专门规定的形式而已，本身是要形式的，所以我认为遗嘱已经进入不要式时代，也许遗嘱历史上是要式时代，但是今天应该是不要式时代，假设在不要式时代规定诉讼中的公证遗嘱具有优先力，那如何去容纳将来那些与公证的公示公信力有同等的竞争效力的新的遗嘱形式的罕增。如律师见证，如果今天有律师在现场，他可能就会提出：律师事务所的见证力不一定就比公证机关的见证力差，作为法律的专业人士，律师也是通过司法考试的，如果还规定有封印形式，如果规定了公证，是不是要进行排序，如公证第一，律师第二，封印第三？如果这样，老百姓立遗嘱就是很可怕的，所以我个人认为，公证遗嘱的形式应该是一种有之则信，无之则命的优先效力的判断。即老百姓认为有优先力，没有纠纷时则有，认为没有优先力，发生争议时就已经没有优先力了，这也符合遗嘱制度为单方行为的考虑，支持当事人的意思善变。人不能为一时的单方性的允诺负终身的义务，这是我对于公证遗嘱发表的浅见。

关于第一个话题“遗嘱执行人”，我认为遗嘱执行人制度的线索是比较清楚的，在过去的立法中，对于遗嘱执行人只有提及，没有述及，即有此制度，但对于此制度怎么设计没有提到。所以遗嘱执行人制度大概是从原则到制度这样一个演化的逻辑。

按照吴国平教授提到的过去是宜粗不宜细，现在是要细化，出发点是我们根据什么的制度来进行细化，如过去的理论比照代理人制度，后来发现比照代理人制度并不足以涉及遗嘱执行人的专门性的制度称为固有任务说。固有任务说发现几种供参照的制度都不能够完全说明这项制度，于是根据此制度以其为本座专门进行设计，如历史上曾经发生过股权究竟是债权还是物权的争议，在学理上有人认为是债权，有人认为是物权，但是在立法上对其进行定性的非常罕见。目前只有《俄罗斯民法典》将股权定性为债权，对于此种情况，可以类比不再做制度本座的比较，只需要对其有关制度按其所需，借鉴已经发展的成熟的兄弟制度进行设计。

我发现两位主讲人在发言过程中，都是从其兄弟制度中再进行抽取。比如说关于遗嘱执行人的顺序很想是监护人的顺序，包括其选任、最优先原则，其实是对监护人的顺序进行安排；比如说在遗嘱执行人的报酬问题上，吴国平教授说原则上没有报酬，但可以约定，这显然是对社会主义社会公德的对他人的帮助进行援引，将无因管理制度进行了选取，所以此制度的方向已经确定，按照所需进行所选。但此需要司法实践进行总结，经验来自于实践。所以现阶段，通过一个立法来制造一个自动售后机一样的遗嘱执行人的制度体系是不现实的。曹贤余博士提到遗嘱执行人和遗产管理人是不同的，遗产管理人是不是在没有遗嘱执行人的情况下或者没有遗嘱的情况下设立的管理人？遗嘱执行人是不是通过遗嘱来设定的遗产管理人？在曹贤余博士的讲述中，遗产管理人只是对于遗产进行静态的管理，而不涉及进一步的遗产的分配，我想请教一下遗产管理人与遗产保管人（又称遗产持有人）有没有区别？曹贤余博士提到的对于遗嘱执行人的期限，我认为此期限应该宽松一点，因为即以固有任务为转移，遗嘱执行人的期限应该以其任务的轻重难易为转移，此期限为一年如果不能完成，则怎么办？又如在生活中，是否会发生表见遗嘱的情况，这是可能的。我建议应该在现在抓取生活中经验，以防出现表见遗嘱执行人的司法的空当。

**刘云生教授：**

谢谢张力教授！对于公证遗嘱可以补充一点，在普通法上的见证、公证、登记等都只有证据法上的效力，即自己证明自己意思表示是否真实的一种证据或者是法官规定真实意思的一种证据。刚才张力教授所强调的意思表示本身才是最重要的，是民法中最重要的价值体系。下面进入提问环节，自由发言。

**自由提问者：**

我想针对张力教授提到的遗嘱执行人获得报酬的权利和无因管理的关系发表一下个人看法，我认为无因管理制度中，管理人一般是不能要求报酬的但可以要求本人因管理事务而支出的合理费用，但是遗嘱执行人在国外制度中有权利，如果与当事人协商是可以获取报酬的。对于此问题的逻辑原因，我认为是无因管理是偶发性事件，不需要付出长期的劳动和努力；而遗嘱执行是长期系统性的工作，需长期性的付出劳动，对于其劳动应该赋予尊重和适当的回报。在国外的规定中有一种情况需要考虑，如果遗嘱执行人本身是遗产受益人，则其获得报酬的权利可能会受到质疑，除非遗嘱中另外指定这笔报酬是作为特别的礼物，两者区分开来，他是可以获得报酬的。

**自由提问者：**

我想就公证遗嘱以及遗嘱形式谈谈我自己的想法，首先对于遗嘱要式的原因，在于遗嘱要执行时，遗嘱人已经过世，难以查清遗嘱人当时的意思表示，但是遗嘱涉及到欺诈排除的怀疑，即一个人一生所留下来的东西到死时全部

转移了，如果没有一个很好的制度来进行限制就会很危险，可能成为一种非法获取财富的方式。在英美法系，如澳大利亚遗嘱的要式性在慢慢消失，即遗嘱没有严格符合形式，查明后也可以生效。这种变化是与其司法相关的，我个人认为中国对遗嘱的要式要求可能更高。与此相关的问题是遗嘱代理，遗嘱不能代理是大陆法系的通说，但是英美法系大部分国家在慢慢的在法官的监控下实行委托代理，这是与我国的法律体系差别关系很大，我站在这个角度来理解，为什么我国以前的立法坚持要式，其次公证优先，是否是因为公证能防止欺诈，防止变相的掠夺，但现在是否可以将公证取消？将公证的形式与其他的形式抹平？我个人倾向于抹平，但这是需要背景的，还需要研讨。

**自由提问人：**

我注意到关于公证遗嘱效力的问题，出现了公证行业的何主任的赞同派的观点，还有年轻的陈法官和张教授的对公证遗嘱的总结。我只讲一个现实的情况，我是来自公证处的一个人，在公证实务上我们所接触到的公证遗嘱的四种情况上来看，来公证处进行立遗嘱的人都是年龄很大的人，人生的历练已经非常丰富，考虑的问题已经非常成熟了，财产的分量比较大，对家庭的情况非常了解，该如何分配财产，立遗嘱人都是经过深思熟虑的，这是立遗嘱人来公证处立遗嘱的很重要的原因之一。如果像陈法官与张教授所说的，如果一个公证遗嘱就是一个意思表示真实的，而且是一劳永逸的遗嘱的话，那么这个遗嘱人可以以自书的形式作出事项的拟定，而不必到公证机关做一个严格的公证遗嘱。立遗嘱人考虑到家庭的复杂，特别是在再婚、重婚、有非婚生子女的情况下他要考虑的这些问题使得他权衡再三。中国古人言，凡事要深思熟虑，才能了解真实情况，只有仔细的思考问题，才能适宜的解决问题，即深思才能得其情。有些事情虽然讲求效率，但是欲速则不达。

另外从我国目前五种公证形式来看，第一，自书遗嘱是由当事人自己写的，可以随时写和修改，意思表示的漏洞性不一定能反应遗嘱人的真实意思表示。第二，口头遗嘱有效力但是没有任何形式。第三，见证人的遗嘱，在中国家事法情况下，多一事不如少一事，两个见证人是遗嘱人非常信任的人，另外见证人在遗嘱人去世后是不是可以帮其做真实的意思表示？证明很难。可行性有多高？

**第五专题：遗产债务清偿顺序以及其他问题**

主持人:张华贵、谢松增

主讲人: 陈苇、李洪祥、黄群、张承凤

点评人: 王东友、朱凡

**张华贵副教授：**

我们进入会议的最后一个专题，此专题是“遗产债务清偿顺序以及其他问题”，下面主讲人发言开始，第一位，有请西南政法大学民商法学院教授、博士生导师陈苇上台做主讲。

**陈苇教授：**

尊敬的各位领导、各位老师、各位同学，我今天发言的题目是“我国遗产债务清偿顺序探析”。我的论文有四个结构：一为我国遗产债务清偿顺序的立法概况；二为我国学者对遗产债务清偿顺序的主要观点考察；三为确定我国遗产债务清偿顺序须考量之因素；四为我国遗产债务清偿顺序之立法设计。

目前我国要确定遗产债务清偿顺序的对象有三种：一为继承开始前所生的债务，包括税款和其他个人债务。二为继承开始时所生债务，包括必遗份及确为维持生存需要的酌给遗产之债、特留份之债、遗赠扶养协议及遗赠之债，继承开始时所生的债务主要是继承费用。三为继承开始后所生债务。即继承费用，包括合理的丧葬费、遗产管理、公示催告、遗产继承诉讼、遗嘱执行等费用以及遗嘱执行人。

1985年《继承法》确立了有关遗产债务清偿的三个规则，一为在遗产实际价值内的有限清偿的规则，即清偿债务以实际价值为限；二为清偿税款和债务优先于遗赠，这是《继承法》的司法解释所确立的规则；三为适当限制遗嘱处分财产权的必遗份的规则，即要为双无人员（无劳动能力又无生活来源的人）保留必要的遗产份额。在1985年的司法解释中还确立了一个规则，受扶养权优先于其他遗产债务的规则，也就是即使遗产不足以清偿债务，也要为缺乏劳动能力又没有生活来源的人保留适当的遗产份额。

1999年《个人独资企业法》确定了一般债务清偿的三个顺序：第一是所欠职工工资和社会保险费用；第二是所欠税款；第三是其他债务。此处体现的是工资和社会保险费优先于税款，而税款优先于其他债务，没有做优先权债务的区分。

2001年《税收征收管理法》确立了对税收清偿的三个规则：第一，优先保护家庭成员的受扶养权，即在强制执行措施的范围是不包括个人及其所扶养家属维持生活必需的住房和用品；第二，税收优先于无担保的普通债权，但法律另有规

定的除外；第三，依担保债权的发生时间，区别确定其与国家税收的清偿顺序，如果有担保的债务发生于国家税款之前，则按照担保之债优先，国家之债在后，如果发生于国家税款之后的担保之债，则国家税款优先，担保之债在后，即以时间来定先后，国债不是当然优先。

2007年修正后的《民事诉讼法》确立了在强制执行中保留家庭生活必需品的规则。

关于遗产债务的清偿顺序，依我国2001年《税收征收管理法》规定，依据当事人是不是独资企业的经营者，确立了不同的清偿顺序。如果不是独资企业的经营者，它有六个顺序：第一，受抚养之债；第二，先于国家税款产生的担保债权；第三，国家税款；第四，后于国家税款产生的担保债权；第五，普通债务；第六，遗赠。如果是个人独资企业的经营者，有七个顺序，此处唯一的区别是职工工资处于第二顺序，受抚养之债在第一位，其他的与没有开办独资企业的是完全相同的。以上两种不同情况下的遗产债务清偿顺序具有四个共同点：第一，家庭成员的受扶养权应当最优先受偿；第二，确定担保债务与国家税款两者的清偿顺序是依担保债务发生的时间先后来确定；第三，普通债务应后于国家税款清偿；第四，普通债务应先于遗赠清偿。上述两种情况只有一个不同点，即家庭成员的受扶养权应当最优先受偿，而且优先于工资。

依2007年《企业破产法》的规定，对于遗产债务的清偿，特殊的清偿顺序应为六个：第一，必要的遗产份额；第二，《企业破产法》公布前欠的工资、劳保费等；第三，有优先权的债务；第四，其他社会保险费和税款；第五，普通债务；第六，遗赠债务。而《企业破产法》颁布后的清偿顺序只有六个：第一，必要的遗产份额；第二，有优先权的债务；第三，《企业破产法》颁布之后的工资、劳保费等；第四，其他社会保险费和税款；第五，普通债务；第六，遗赠债务。如果仔细比较，《企业破产法》所确立的规则中体现了一种精神，即有优先权的债务在《企业破产法》颁布实施之后是优先于工资和劳保费用的，这与前面所讲的立法中精神是不一样的，这体现了立法理念的转变。我国越来越认识到我们的立法不能像过去一样，人为的认为国家税款属于优先受偿的地位，为什么企业的工资和劳保费用等要在有优先权的债务之外？因为它属于《企业破产法》中的别除财产，有优先权的债务是不被纳入破产财产的范围之内的，所以《企业破产法》规定将别除财产优先予以清偿。

关于遗产债务的清偿顺序，我国学者在理论研究方面主要有以下六点分歧：第一，维持基本生活的继承人的扶养费与所欠职工工资，是否应为同一顺序？第二，有优先权的债务与维持生存所需的酌给遗产，是否前者应为优先顺序？即优先权的债务优先，而酌给遗产在后；第三，国家税款与有担保的债务，是否国家税款优先？第四，国家税款与普通债务，是否两者应当处于同一顺序？第五，遗赠扶养协议之债与普通债务，是否遗赠扶养之债优先于普通债务？第六，特留份与遗赠，是否两者应为同一顺序？如王利明教授的立法建议稿，两者是在同一顺序上，这是六大分歧。

针对这六大分歧以及前述立法的各自不同的清偿顺序，我与我的博士生姜大伟共同研究后认为，确定我国遗产债务清偿顺序应当考量三个主要因素：第一，遗产债务发生的时间；第二，遗产债务发生的原因、性质和目的；第三，确定遗产债务清偿顺序之法的价值取向。根据此三个因素，首先要确定遗产债务清偿顺序的一般规则与特殊规则，然后在此两个规则的综合考量的基础上，还要以法的价值取向做为指引，设计出较为合理的遗产债务清偿的具体顺序，这样才能便于法院的司法。遗产债务清偿顺序的一般规则依据什么来定？众所周知，每一个自然人他所负的债是以其个人的财产作为担保的，因此原则上以债务发生的时间来定，一般来说，先发生的债务应当优先于后发生的债务清偿。2001年《税收征收管理法》中体现了此精神，先于国家税款产生的担保之债优先于国家税款，后于国家税款产生的担保之债次于国家税款，这里确定了一个时间先后规则，而此规则体现的是防止有些人欠了国家税款后，利用担保之债的优先性去规避纳税的义务，作为遗产继承也不能例外。

作为特殊规则，遗产债务清偿顺序要考量遗产债务发生的原因、性质及目的。在确立了遗产债务发生的原因、性质及目的之后，我们建议确立了八个方面的遗产债务清偿顺序，此八个方面是考量了国家税款与公民普通债务基于平等原则，原则上应该处于同一个顺序。劳动工资之债与受抚养之债，在过去受抚养之债优先，劳动工资之债其次。但基于21世纪继承人的亲人的受扶养权和职工的亲人的受扶养权，应该平等保护的理念，我们建议处于同一顺序；至于酌给之债即维持生存的和必遗份之债处于同一顺序；遗赠扶养协议之债与对被继承人尽义务较多的酌给之债因为前者有对价，即法定的与约定的抚养协议是有法律效力的应当优先，而酌给之债是基于道义上的抚养，对被抚养人抚养较多，因此应当次于遗赠抚养协议之债；特留份之债与遗赠之债，特留份制度是对遗嘱自由的限制，而遗赠是行使遗嘱自由的表现，特留份之债应当优先于遗赠之债，因此我们列了九个顺序。从法的价值取向上来考量应当彰显公平价值与效益价值，因此继承费用作为共益费用应当大家来共同承担，最优先清偿。第二，为了追求实质公平，保护弱者受抚养之债应当其次，处于第二个顺序。第三，为了维护交易安全，有优先权的担保之债应当优先，国家税款与担保之债的清偿要注意发生时间，借鉴《税收征收管理法》依时间的先后来定。第四，适当限制遗嘱自由的法的价值取向，所以特留份之债要优先，遗赠置后。

张华贵副教授:

谢谢陈苇老师的发言!下面有请吉林大学法学院李洪祥教授发言。

李洪祥教授:

我的论文题目是“遗产归扣制度的理论、制度构成及其本土化”。首先考虑我国需不需要这样一种制度?从两个方面来探讨,一为我国的社会现实,从制度之间的联系、社会中民众的要求和现实社会的土壤适不适合将国外的这种制度移植到我国来,文章中借用了陈苇教授进行的“民众习惯调查报告”,通过调查报告的数据,得出民众对于遗产归扣制度的需要,另一方面我国现实社会的一些冲突也反映民众对于遗产归扣制度的需要。生活中,通过媒体可以看到老年人将财产给了某个子女后,其他的子女对于此老人的赡养的义务往往是希望谁取得了财产谁来赡养老人。通过此两点,我认为我国的土壤是需要的。二为在立法上与此制度有没有空间,我国现在的立法没有规定此制度,只有必留份制度,必留份制度解决不了这个问题,因此在立法上需要对此制度进行规定,很多学者提到归扣制度应该进行严格的限制,限制到没有给必留份留有必要份额的人的财产生前处分了,要进行归扣,但是如果归扣制度仅仅限定在此还不够,此制度能够平衡共同继承人之间的利益关系,从此视角来看,立法上需要对遗产归扣制度进行规定的。对遗产归扣制度的理论证成,很多人指出遗产归扣制度的设立是为了平衡共同继承人之间的利益关系,我认为此处包括两方面的理由,一为其包括我国的家庭伦理,而且实质上此制度的确立就是家庭伦理的一个体现,此制度的确立是通过法律的技术手段来确立的,即法律拟制。通过立法的技术手段将其与所有权的冲突以及与意思自由的冲突解决了,所以在理论上是可以成立的。

遗产归扣制度的构成即主体与客体、权利与义务。主体包括权利人与义务人,权利人是没有得到特殊赠与的人或者是与义务人相对的人;义务人是受被继承人身前特殊赠与的人。我个人认为特殊赠与应该有严格的限制,不宜扩大。很多人提到教育费用如果过高,超出了一般教育费的标准,属于特殊赠与,我认为教育费用就不应该归扣,这是特殊赠与的范围。从义务人角度有对几种特殊的人的赠与,如对未成年人的特殊赠与我认为不属于归扣的范围,因为此中有对未成年人抚养的义务问题;放弃继承权的人我认为不属于归扣的范围;代位继承人我认为属于归扣的范围;丧失继承权的人我认为属于归扣的范围。

谢松增主任:

现在有请中国公证协会副会长、上海市公证协会会长、上海市东方公证处黄群主任发言。

黄群主任:

大家早上好!我发言的题目为“从公证的实务看《继承法》的修改”。我发言的内容是四个部分:一是简单介绍公证行业的情况;二为对与继承相关的公证业务进行介绍;三为在继承实务中碰到的具体问题以及继承的趋向;四为提出立法的建议。

第一,行业的基本情况。公证机构是不以盈利为目的,依法独立行使证明职责,独立承担民事责任的证明机构。业务收入3%作为职业保险基金,同时要向保险公司投保,以保护的当事人利益。目前整个行业有3000余家公证机构,25000个从业人员,13000个公证人员,年均办理公证1千万件,其中与继承业务相关的一年大概10万件,与遗嘱相关的一年大概60万件。另外累计到目前为止已经有200万件公证遗嘱。

第二,与继承业务相关的继承业务情况,分三大块。一为继承公证,当事人事先预约遗嘱,由于公证遗嘱便捷的办理方式,较低的收费以及完备的公证程序造就了遗嘱公证的三大特性:符合当事人的真实意思表示,使遗嘱内容符合法律的规定;公证的法律效力最不宜认定;最受欢迎。每年办证量是10万件,沿海发达地区较多,一年大概2万件,上海、江苏、福建都大概为5000件左右,北京有3000件左右、四川大概5000件左右,经济越发达的地区,立遗嘱的越多,每年基本控制在9万到10万件左右。二为继承权的公证,从目前的数据来看,公民实现继承权的途径,依据《继承法》第15条规定分为两类,公民协商一致的过户,不协商的进行调解和诉讼。因为现实中继承权的过户登记需要公证证明,因此公证处办证数量与法院有较大的反差。法院办理的婚姻案件一年为160万件,继承案件13万件,而公证处办理的继承案件达到61万件。三为与继承相关的其他公证,主要是接受遗赠的公证、放弃继承权的公证、财产的分割协议、保管遗嘱、财产清点等公证。

第三,在继承实务中碰到的具体问题以及继承的趋向。一为遗产数量的增加与形式的多样化;二为遗嘱继承比例的增加;三为亲属关系趋减,但是财产的核查与亲属关系的核查难度增加,因为户籍管理制度中人口流动性变大以及人身档案制度的不完善;四为随着财产的增加,慈善行为增多以及财产要保值增值;五为涉外继承案件增加,给遗嘱的认定和亲属关系的确认带来难度,适用哪国法律很难查明;六为伪造材料和隐瞒继承的情况大量存在,占继承案件的15%-20%。

第四,对《继承法》的立法修改建议。一,建议对遗产的范围作出修改;二,建议在《继续法》第15条中增加“继

人协商一致的，向公证机构申请公证”的规定，主要是为了确保纠纷的减少，确保当事人的真实意愿能够实现；三，建议对遗嘱的内容保留公证遗嘱效力优先的规定以及录音遗嘱，增加密封遗嘱，希望立法对慈善公益事业鼓励，对信托遗嘱予以确立，适当延长遗赠时间，对继承证明材料的伪造进行相对限制，给予相应的处罚，对涉外继承进行规范。另外对于公证遗嘱的效力为什么优先？继承权为什么一定要经过公证？是基于对现实需要的考虑，要解决目前社会的矛盾以及对最后的纠纷予以立法。

对于学者提出的从理论上如何保证当事人的意思真实，我持赞同意见。但是在现有情况下，只有通过公证程序才能直接确保当事人的意思真实合法客观。如果对公证遗嘱的优先效力予以否认，那已经做的 200 万件公证遗嘱怎么办？同时大量的伪造的遗嘱会涌向法院，请法院确认其效力，在现实的社会诚信情况下，这是不可避免的。另外一个问题，立遗嘱是重大事项，不会轻易改变，除非出现重大情况。继承权为什么一定要经过公证，行政机关才登记？有学者提出，公证处进行继承公证可以不收费，我认为是可以不收费的，任何行政机关要承担行政责任，财产如果被其他人取走，要承担相应的责任，在不了解的情况下，进行财产过户是不现实的，行政机关一般要凭公证机关的公证文书或者法院的判决书过户的，任何制度的实现是需要社会成本的，而公证的成本是最经济的，虽然公证收费比法院高，但在诉讼中要支付律师费和其他费用，公证机关准备降低收费标准。

**谢松增主任：**

现在有请四川鼎立律师事务所合伙人张承凤律师发言。

**张承凤律师：**

我发言的题目是“一桩房屋买卖纠纷引发的《继承法》立法思考”，基本案情是张某是一个 70 多岁的老人，未结婚，患上老年痴呆症，生活无法自理，张某姐姐的女儿刘某主动承担照顾老人的义务，在此期间，刘某发现张某名下唯一的住房已于 2001 年过户到了张某徒弟陈某名下，张某没收到购房款，刘某问张某事情情况，张某在清醒的状态下表示没有将房屋赠与陈某的意思表示，甚至认为房屋一直是自己所有。刘某怀疑陈某利用张某神志不清骗张某到房管局办理了过户手续，因此起诉陈某。起诉陈某返还房屋，一审判决赢了，一审判决后当事人张某过世，陈某上诉，二审中因为没有继承人，法院裁定中止，一审判决没有生效。

对此情况，我们找到《继承法》第 14 条，对被继承人照顾比较多的人，可以分享被继承人的遗产。另外找到最高人民法院对某一个省的司法解释的答复，名为分享继承人。刘某以分享继承人的名义起诉，一审二审后刘某依然输了官司。但是陈某的明显是采用欺骗手段夺取张某的住房，他自己也承认没有支付对价。从这个案例得出法定继承人的范围过窄，以及由此案件引申出的两点：一为分享继承人在诉讼中有没有诉讼权，能否成为诉讼主体？二为财产如果收归国有，继承权的主体就是国家，在此案件中是否可以作为一个诉讼主体，继续此官司？谁来代表国家提起诉讼，是检察院吗？对此问题法律规定过于笼统，难以操作。三为财产如果收归国有，刘某找谁要这笔钱，是找财政局还是其他机关？我认为无民事行为能力人和限制民事行为能力人越来越多，在立法上我们要考虑这些人的利益。另外对于公证遗嘱的效力问题，我赞成张力老师的观点，各种遗嘱形式都只是作为一种证据由法院来审查其真实性，婚姻案件有一个特点即当事人的意思表示具有善变性，在实务中公证遗嘱体现人性的两面性。

**张华贵副教授：**

非常感谢四位主讲人精彩的发言！下面进入第二个环节，有请第一位点评嘉宾重庆市沙坪坝区法院民一庭王东友法官。

**王东友庭长：**

我谈谈自己的感受。第一，关于被继承人债务清偿问题与遗产管理制度息息相关，在司法实践中经常遇到被继承人的债权人起诉继承人要求继承人在遗产范围内履行债务的这一类案件。这类案件如何判决，有两种方式：一为应然方式，即继承人应当在继承遗产的范围内承担债务，这种判决实际上是将法律条文搬到了判决的主文上，我认为没什么意义的，理论上可行但操作难执行，不利于对债权人利益的保护。二为实然方式，即继承人在已经实际继承的遗产范围内清偿债务，权利人有义务举证证明继承人已经继承了遗产，这是很难的，因为债权人作为一个外人很难证明继承人已经继承了遗产，不利于保护债权人利益。昨天江苏省高院的夏庭长谈到是不是判继承人承担清理财产的职责。我认为在法律没有具体规定的情况下这是一个好方法。因此被继承人的财产清理和财产管理制度是呼之欲出。如果在《继承法》上规定了这个制度，当事人就可以参考使用此制度，为法官解决此类问题提供选择，我认为有胜于无。

第二，关于遗产的清偿顺序问题，对陈苇老师所提出的遗产清偿顺序问题中所提到的同一清偿顺序的债务清偿，尤其是对第四项所提出的国家税款、普通债务以及担保权之外的清偿金额，同一清偿顺序的债务清偿原则上按比例清

偿，发生时间顺序为例外，我对此例外有困惑，因为在实践中债权发生时间多不同，会不会导致例外成为原则，原则成为例外。

第三，关于遗产的归扣问题，我以一个案例的判决来说明。案情为被继承人有三个子女，生前将房屋分为三份，一份给长子，一份给老二，并都过户了，第三份登记在自己名下，小女儿与其一起生活。被继承人死亡后，三个子女发生争议，老大老二起诉小女儿，认为房产是父母的遗产应该三人一起分配，被告的抗辩是父母生前已经约定好，将第三份给小女儿。被告的抗辩由于被继承人没有遗嘱和协议，因此没有证据证明她所提出的抗辩，法院没有采纳被告的意见，只能根据分家析产的规则进行处理，因此第三份房屋属于被继承人的遗产，应该在继承人之间分配。另外可以考虑被告与被继承人一起生活，可以适当多分遗产的规则。最后法院的判决是第三份房屋产权归小女儿所有，但小女儿要对两原告做一定的金钱补偿。这个案例可以让大家更直观的理解此类问题。

第四，公证遗嘱的行使和效力应不应该坚持？我与陈法官都来自基层部门，但我的观点与他的观点不同，我认为现在《继承法》对此问题的规定很好，可以坚持下来，理由在于：一为《继承法》经过 27 年的发展，公证已经深入人心，有继续存在的现实基础；二为社会各个部门已经认同了公证遗嘱；三为对遗嘱有争议的到法院去解决，没有争议的就没有必要去法院，而且公证在这方面的努力非常行之有效；四为任何一种制度都有利与弊的两面性，各制度的边缘地带总是非常模糊的，公证遗嘱也存在这种问题，在立法价值的取向上应该如何衡量，我个人认为瑕不掩瑜。

**谢松增主任：**

现在有请点评嘉宾西南政法大学民商法学院朱凡副教授点评。

**朱凡副教授：**

对于今天四位主讲人的所讲的内容，第一位陈苇老师的主要观点我表示赞同。有一点建议，在继承法中要清晰地规定遗产债务清偿顺序比较费事，我个人认为像过去一样，将类似个人破产需要确定债务清偿顺序的事务规定在《民事诉讼法》中，在继承法中只规定必留份，这样既简单明了，又不会与其他的法律发生冲突。

第二个是李洪祥教授所谈的遗产归扣制度，我非常赞成。按照现行的规定不一定很公平，提出遗产归扣是可行的。但将其作为一个确定遗产范围的主要程序，显得复杂，可以酌情考虑将其作为遗产分割的一个必要考量因素。

第三个是黄群主任讲的“从公证实务看继承法的修改”，对公证费用与诉讼费用的高低比较上我表示赞同，但实务中若遗嘱人故去，继承人不知道其银行卡密码或房屋未过户，此时没有任何纠纷也需要公证机关的公证文书，没有选择的余地，很垄断，这时就不存在成本的比较问题。

第四个是张承凤律师谈到的案件。对于法定继承人的范围我表示赞同，另外此案件还涉及到遗产范围的问题，在诉讼过程中的诉权应该也是可以作为遗产的。但是在《民事诉讼法》中诉权只能由继承人来处分，其他人是没有权利去处分的，才会导致这样的问题发生。如果在《继承法》的修改中注意权利义务的集合转移和概括转移的属性，此类问题也许就可以避免。

**张华贵副教授：**

我们这一组的主讲人和点评人已经做出了他们的主讲和点评。下面进入第三个环节即自由发言时间。

**自由提问者：**

对朱凡老师所说的“没有纠纷，为何还要做这种比较”。我觉得是因为继承法学者们忽视了两个问题：一为在国外存在非诉事件法，继承不仅是实体问题，还是继承程序问题；二为继承证明书制度，不管是法院还是公证机构出具的都是继承证书，如果我们了解这两个制度，就可以理解到为什么“没有纠纷的继承也要办理公证”。

**陈苇教授：**

下面，我想就这个问题进行回应，昨天何伟主任在发言中提到的“公民如果要继承遗产，要么进行遗嘱公证或继承公证，要么到法院去确认继承权”的观点。我认为对于一个有 13 亿多人口，3 亿多家庭的国家，在 2003 年和 2007 年的年平均的死亡率是千分之七，即一年大概有 900 多万人死亡。在这种情况下，如果所有人都诉诸公证机关或法院去办理继承事宜，则公证机关和法院都会不堪重负，因此将公民自己能够处理的事情交给其自己处理，愿意办理公证的就去办公证，不愿公证的就不办公证，这可能是立法者的明智的选择。因此，我认为现行法律确立的这几种遗嘱形式非常适当，让公民自己去进行选择。但是分民在选择订立遗嘱之后如果要改变，法律上对此是有所限制的，即如果其选择了公证遗嘱，则必须采用公证遗嘱的程序才能予以变更，否则就不能变更公证遗嘱。

在现实生活中情况是多变的，我们曾遇到一个当事人，他立了一份公证遗嘱，后来他出了车祸，被一个见义勇为的人送往医院，其临终时当着医生护士的面表示，将其遗产中的一部分赠与此见义勇为的人。但因为其订立有一份公



证遗嘱，他的遗愿就没有能够实现。基于这一点考虑，如果是一个真正“以民为本”的立法者，就应当制定一种真正为民服务的制度，这就是要尊重当事人的临终意愿。因此，公证遗嘱的效力如果与普通遗嘱的效力两者完全一样，这并不会损害公证部门的利益。因为，在两者的效力完全相同的情况下，大家相信公证遗嘱更有利于查明真相，但如果变更还要依此程序，则会让人望而却步。因此，我认为在一个 13 亿人口的泱泱大国中，立法者应该将更多的权利赋予继承当事人，承认其最终处分遗产的自由，这才是以民为本的，具有 21 世纪特点的，符合中国特色的继承法！我认为，一个由当代民众自愿选择遗嘱形式的立法，才是良法和善法。

**张华贵副教授：**

谢谢陈苇老师的回应！接下来是闭幕式。

### 三、闭幕式

2012年6月17日上午11:40—12:10，“中国继承法修改热点难点问题研讨会”在西南政法大学渝北校区学术报告厅举行闭幕式。闭幕式由西南政法大学民商法学院副院长，博士生导师刘云生教授做会议总结，中国法学会婚姻家庭法学研究会副会长、西南政法大学民商法学院教授、博士生导师陈苇教授致答谢辞。

**陈苇教授：**

尊敬的各位领导、各位老师、同学们，下面举行闭幕式，有请西南政法大学民商法学院副院长，博士生导师刘云生教授做会议总结。

**刘云生教授：**

尊敬的夏会长、各位同仁、各位朋友，为期一天半的会议到现在落幕了，我接受大会的委托代表主办方、承办方对本次会议做总结。

我总结出此次会议有三个特色：第一特色为与会代表具有广泛的代表性，我认为有六个代表。第一个三个代表是老中青三代齐聚一堂，对《继承法》修改中所遇到的热点、难点问题进行了比较深入的并且是代替性的交流；第二个三个代表是立法界、笔论界、实务界都有集中的代表参加会议。第二个特色为会议具有开放性。会议的主题是《继承法》修改问题的热点、难点问题讨论，在会议的过程中存在大量的观点冲突，存在大量的制度博弈。学术界观点的交流与冲击和实务界难点问题的解答，可以拓宽我们的思路，创造了会议的开放性。同时会议的“不为上，不为输，不为失”为会议的开放性奠定了开放性的基础。第三个特色是参会的舒适性，一是天公作美，以往重庆市的这个时候是流金岁月，相当热，现在天气很舒适；二是会议的气氛很好，大家始终保持平等交流的心态；三是接待相当有特色。这是会议的三个特色。

作为会议的主办方和承办方，此次会议也有需要完善的地方，要请与会代表们原谅。在整个会议的研讨过程中对传统中国继承法当中有利的资源没有详细的提及，如遗产管理人、遗嘱执行人、持有人等等在现代理念中无非是两种，一种是家族的自决权或者自治权。只要家族中有人，就是家族的自治权；如果没人了或者出现重大纠纷需要社会力量的干预，此时才出现社会化功能的一种管理。如历史上宋代的“户绝法”，户绝法主要解决的问题是如古时阿拉伯人在开封做生意，人死了，财产怎么办？按照物权法的规定，行会的首领首先有责任将其财产全部登记造册，然后妥善保管，并交官府备案，官府授权其将此财产管理好。首先在其遗产范围内，将其所欠债款以及国家的税款进行支付，支付后要确保其遗产的增值，并对其进行经营。另外有义务对其同族或者同种的人传递消息，每年的收入全部进入官府的官库，时效期间是 30 年，所以遗产的保管、经营、增值与责任分配在南宋时期已经规定得很详细。我个人认为南宋时期的关于继承的相关规定从理念到制度比今天的规定要先进很多。另外，张玉敏教授提到的《继承法》第三条中加不加“合法”二字与《物权法》中加不加“合法”二字是一样的道理。夏吟兰老师所提到的占有制度的问题。一个人死亡后，另一人占有其遗产，不管是持有、占有、暂时管理等民法中都称之为占有制度。如果占有是合法、善意、有权占有，依照《继承法》是没有问题的。如果是无权利人占有、非法占有、恶意占有，其他利害关系人可以通过诉讼或公证或主张权利等方式，一旦出现有利的证据，无权占有、非法占有、恶意占有自然丧失功能。即自动排斥非法行为，最终确定合法性。

最后，非常感谢全国人大法工委！非常感谢中国婚姻家庭法研究会！非常感谢来自全国各地的同仁们、校友们和更多的朋友们！希望在下一一次的会议上我们能够相见，到时我们会盛情邀请大家参加！

**陈苇教授：**

非常感谢刘云生院长代表此次会议的主办方、承办方热情洋溢的发言！下面我代表会议的承办方致答谢辞。

## 家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

尊敬的各位来宾，各位代表，中国婚姻家庭法的研究会和西南政法大学共同主办的“中国继承法修改热点难点问题研讨会”就要闭幕了。在会议期间，来自全国各地的近 80 位代表欢聚一堂，围绕我国继承法修改热点难点问题展开热烈讨论，各抒己见，畅所欲言，提出了许多新观点，新主张。我们衷心的感谢出席会议的各位领导，专家学者和法律实务界的代表！你们的真知灼见，建言献策将促进我国《继承法》的修订工作！最后，我代表会议的承办方衷心地感谢中国婚姻家庭法研究会和西南政法大学共同主办了此次会议！衷心的感谢西南政法大学民商法学院和外国家庭法及妇女理论研究中心共同承办了此次会议！在各位领导的亲切指导下，经过师生们的积极筹备和辛勤劳动，本次会议得以圆满结束！在此我们代表会议筹备组衷心的感谢为会议提供服务的工作人员，老师和学生们，感谢你们热情周到的服务，谢谢大家！

会议综述整理人：李子瑾 成蓓丽 任丁 周超 段燕

2012 年 6 月 28 日

### “第三届国际民法论坛暨第九届法官与学者对话论坛”主题

#### “继承法的现代化”专题资料（2012 年 7 月福建武夷山）

#### “第三届国际民法论坛暨第九届法官与学者对话论坛”召开

（2012-8-1）来源：人大法学院官方网站

2012 年第三届国际民法论坛暨第九届法官与学者对话论坛于 7 月 25 日在福建省武夷山市召开。此次会议由中国人民大学民商事法律科学研究中心、最高人民法院出版社主办，福建省南平市中级人民法院、福建师范大学法学院、福建省法学会民商法学研究会承办，会议的召开是为了配合《中华人民共和国继承法》的修订工作，进一步完善我国的继承法律制度，加强继承法理论研究和司法实务的交流与合作，论坛的讨论主题是“继承法的现代化”。



与会的主要领导、专家有中国人民大学民商事法律科学研究中心主任、中国法学会民法学研究会副会长兼学术委员会副主任杨立新教授；黑龙江大学党委书记、中国法学会民法学研究会副会长杨震教授；人民法院出版社副总编刘德权；中国人民大学法学院副院长龙翼飞教授；全国人大常委会法工委二处郝作成处长；南平市中级人民法院欧岩峰院长；中国法学会婚姻家庭法学研究会副会长、黑龙江大学法学院王歌雅教授；中国法学会婚姻家庭法学研究会副会长、西南政法大学法学院陈苇教授；福建省法学会民商法学会会长、福建师范大学法学院院长林旭霞教授；日本消费者委员会委员长、一桥大学法学大学院松本恒雄教授；韩国亚洲大学法学专门大学院田庆根教授；台湾辅仁大学副校长、法学院陈荣隆教授；马来西亚国民大学法学院艾妮莎教授；台湾真理大学法律学系黄淳钰助理教授。



论坛开幕式由福建师范大学法学院院长林旭霞教授主持，福建省南平市中级人民法院院长欧岩峰致欢迎辞。欧岩峰院长高度赞扬了本次会议的研讨主题，对会议的召开表示祝贺，认为这样一个高层次会议的召开将大大有助于实务部门更新审判理念，提升审判能力。欧岩峰院长还热情介绍了武夷山世界文化与自然双遗产的风土人情，对各位代表的与会表示欢迎。随后，中国人民大学民商事法律科学研究中心主任杨立新教授、最高人民法院出版社刘德权副总编辑致开幕辞。杨立新教授简要介绍地会议召开的初衷，认为与会代表的发言和讨论将有助于吸收多方意见，推动和促进继承法的修订工作取得更好的效果。刘德权副总编辑认为，随着我国改革开放以来社会经济的快速发展，继承法的修改已经极为迫切，希望通过会议代表集思广义，使继承法的修订可以更加符合当今社会需要。



主题研讨的第一阶段议题为：《中华人民共和国继承法》修正草案建议稿之完善，由黑龙江大学党委书记杨震教授主持，来自日本、韩国、马来西亚及我国台湾地区的专家分别作了精彩的专题发言。主题研讨的第二阶段议题为：《中华人民共和国继承法》总则的修改，由中国人民法学院副院长龙翼飞教授、最高人民法院研究室民事处吴兆祥处长主持，来自各级法院、高校、科研机构的法官、学者纷纷踊跃发言。主题研讨第三阶段议题为：《中华人民共和国继承法》遗嘱规则的修改，由重庆市第四中级人民法院唐文副院长、南平市中级人民法院审判委员会专职委员陈云主持。主题研讨第四阶段议题为：《中华人民共和国继承法》法定继承规则的修改，由西南政法大学法学院陈苇教授、江西省高级人民法院办公室欧阳军副主任主持。主题研讨第五阶段议题为：《中华人民共和国继承法》遗嘱继承规则的修改，由黑龙江大学法学院申建平教授、重庆市第五中级人民法院民一庭审判长王伯文主持。



在另一个分会场，由全国人大法工委郝作成处长和黑龙江大学党委书记杨震教授主持进行的外国及台湾地区民法专家论证研讨会也在积极热烈的气氛中进行。来自日本、韩国、马来西亚、台湾地区的专家们对比本国及本地区的继承法相关立法、司法的理论和实践经验，围绕此次《中华人民共和国继承法》修正草案建议稿的内容积极建言献策，并详细解答了关于遗嘱信托、特留份等制度的相关问题。



本次会议由开放式论坛与小范围的研讨相结合，法官学者们畅所欲言，充分表达观点，碰撞思想，具有平台高、起点高的特点。杨立新教授、杨震教授领导的课题组为会议奉献的《中华人民共和国继承法》修正草案建议稿，不仅为立法机关修法提供重要的参考，也使本次会议的研讨站在一个更高的、富有建设性的起点上。法官与中外学者们借助这一平台围绕着继承法修订的五大议题，即《继承法》修正草案建议稿之完善、《继承法》总则的修改、《继承法》遗嘱规则的修改、《继承法》法定继承规则的修改和《继承法》遗产处理规则的修改，畅所欲言，带来了丰富的信息，并积极地探索《继承法》理论与实践的发展以及立法的完善。会上发表的许多观点颇具启发性，为我国《继承法》修订贡献了学术智慧和实践经验的总结。



会议闭幕式后，南平市中级人民法院专职审判委员会委员陈云将会旗转交给第十届会议承办方重庆市第四中级人民法院副院长唐文，本次会议圆满落幕！

### 第三届国际民法论坛暨第九届法官与学者对话论坛会议简报（一）

中国人民大学民商事法律科学研究中心 来源：中国民商法律网

- ◆ 会议时间：2012年7月25日
- ◆ 会议地点：武夷山市武夷山庄国际会议厅
- ◆ 与会的主要领导、专家：中国人民大学民商事法律科学研究中心主任、中国法学会民法学研究会副会长兼学术委员会副主任杨立新教授；黑龙江大学党委书记、中国法学会民法学研究会副会长杨震教授；人民法院出版社副总编刘德权；中国人民大学法学院副院长龙翼飞教授；全国人大常委会法工委二处郝作成处长；南平市中级人民法院欧岩峰院长；中国法学会婚姻家庭法学研究会副会长、黑龙江大学法学院王歌雅教授；中国法学会婚姻家庭法学研究会副会长西南政法大学法学陈苇教授；福建省法学会民商法学会会长、福建师范大学法学院院长林旭霞教授；日本消费者委员会委员长、一桥大学法学大学院松本恒雄教授；韩国亚洲大学法学专门大学院田庆根教授；台湾辅仁大学副校长、法学院陈荣隆教授；马来西亚国民大学法学院艾妮莎教授；台湾真理大学法律学系黄淳钰助理教授。

论坛开幕式由福建师范大学法学院院长林旭霞教授主持，福建省南平市中级人民法院院长欧岩峰致欢迎辞。欧院长高度赞扬了本次会议的研讨主题，对会议的召开表示祝贺，认为在这样一个高层次会议的召开将大大有助于实务部门更新审判理念，提升审判能力。欧院长还并热情地介绍了武夷山世界文化与自然双遗产的风土人情，对各位代表的与会表示欢迎。中国人民大学民商事法律科学研究中心主任杨立新教授、最高人民法院出版社刘德权副总编辑致开幕辞。杨立新教授简要介绍地会议召开的初衷，认为与会代表的发言和讨论将有助于吸收多方意见，推动和促进继承法的修订工作取得更好的效果。刘德权副总编辑认为随着我国改革开放以来社会的快速发展，继承法的修改已经极为迫切，希望通过会议代表集思广义，使继承法的修订可以更加符合当今社会需要。

主题研讨的第一阶段议题为：《中华人民共和国继承法》修正草案建议稿之完善，由黑龙江大学党委书记杨震教授主持，来自日本、韩国、马来西亚及我国台湾地区的专家分别作了精彩的专题发言。

日本一桥大学法学院松本恒雄教授的发言主要是围绕建议稿草案第二十条规定的遗嘱信托问题介绍日本法中的相关制度。在日本遗嘱信托这个词有两种不同的意思。一种是根据遗嘱设定信托。日本继承法第三条规定了设定遗嘱信托的三种方式，由受托人根据信托的管理办法，确定继承人的继承份额等。但是在遗嘱信托中，因为最终的受托人有时是不确定的，委托人并不能完全放心，因此在日本遗嘱信托利用得非常少，更多地是适用遗嘱代

用信托。另一种是由银行提供信托服务，由银行对遗嘱的制作和保管提供相关的服务。但实际上这与法律意义上的信托没有太多的联系，它只限于财产的管理。目前在日本实行的新信托法，对通过信托的遗赠进行了规定。此次草案的第三十九条也就是和这种信托非常相似的。如果这次法案能够通过，今后也可以像日本这样通过信托立法对遗嘱、遗赠信托进行再一次的规定。

韩国亚洲大学法学专门大学院田庆根教授首先简单介绍了韩国继承法的制定与修改的情况，然后针对中国继承法草案有关的部分进行发言。第一是关于继承权的恢复请求权时效问题，田教授认为韩国民法 2002 年修正案将该时效从“知道侵害之日起 3 年、继承开始之日起 10 年”改为“自侵害之日 3 年，继承侵害行为存在之日起 10 年”，这是更好地保护了继承人的利益。而现在中国的建议稿是二十年。第二是关于法定继承份额变更的问题。韩国的继承人存在男、女及出嫁女的份额区别，但中国的没有区别。另外，韩国民法还对除配偶以外对财产维持增加有贡献的人的“贡献份额”、与被继承人有特殊关系的人的继承权作了规定。有关遗留份的规定是通过 1977 年民法的修改来修正。田教授认为目前的修改建议稿关于与此类似问题上的内容是比较进步的。此外，他还就韩国的遗嘱信托和遗嘱代用信托制度作了简单介绍，认为中国可以参考日本和韩国的相关规定，修改信托法第十五条的规定，引入遗嘱代用信托。

马来西亚国民大学法学院艾妮莎教授的发言首先简要介绍了马来西亚风土人情和法律体系。关于马来西亚的继承法，艾妮莎教授的发言主要包括几外方面：一是遗嘱效力的问题。1958 的遗嘱法从遗嘱人、遗嘱的形式两个方面规定了遗嘱的制定。二是继承的方法，没有遗嘱的情况下，根据 1958 年遗产分配法继承。三是财产分配的顺位。第一顺序人是配偶，第二顺序是子女，第三顺序是被继承人的父母，然后是兄弟姐妹、祖父母、叔叔和伯父母、曾祖父母等其他亲属，他们之间也有一定的继承顺位。也有优先顺序原则的例外，通常由法院来裁定。四是遗产的管理。除遗嘱及法律规定外，申请人也可以向法院申请获得遗产管理文书。

台湾辅仁大学法学院陈荣隆教授的发言从王月兰、张大千的遗嘱谈起，介绍台湾继承法的三个问题。一是法定继承。虽然法律上明确规定了继承人的范围与顺序，但民间的做法又有所不同。二是遗嘱继承。陈教授认为立遗嘱第一是公正性，第二是考虑其有效性，第三是安全性，第四是隐密性，第五是变更性。因此，在台湾最主要的遗嘱是密封遗嘱。三是特留份。特留份对于家产的保存，女权的保护、法定继承和遗嘱继承的调合等都有重要的意义。但在台湾法上它的算定与抛弃是极为复杂的问题。最后，陈教授还提出了一些关于特留份研究的新课题，包括生前处分之冲击、死因赠与之争议、酌给遗产之分野、财产信托之崛起、理财规划之调和。

台湾真理大学法学院黄淳钰助理教授就 2009 年台湾地区民法修正后的第 1148 条第 1 条的规定，讨论继承制度对于继承债权人的保护问题。她介绍目前对该条文的理解有两种，一是认为这是继承有限责任的例外，共同继承人仍须对遗产之债负连带责任；二是认为债权人只有受偿不足时，才能适用该条规定。虽然第 1148 条第 1 条与台湾民法第 244 条有竞合的可能，但她认为，该条的规定有其存在的必要，一是有助于遗产清算程序尽速完成，二是有利于债权人主张。但该条的规定也有一定不足，需要一定的修正。例如，债权人应当就遗产先行受偿，不足者方可行使该条之权利；原应继承之人如规避本条义务，则仍应以法定债务的方式要求其承担。

主题研讨的第二阶段议题为：《中华人民共和国继承法》总则的修改，由中国人民法学院副院长龙翼飞教授、最高人民法院研究室民事处吴兆祥处长主持，来自各级法院、高校、科研机构的法官、学者纷纷踊跃发言。

宋飞（湖北黄冈黄州区政府法制办）：对《继承法》修正案建议稿第一章，谈谈自己的看法。第一是关于遗产的范围。是否应当增加拆迁补偿过程中产生的货币安置奖励金和使用权补偿费。而在使用权补偿费这一块，是否应将征用征收土地补偿费、农村宅基地拆迁还建补偿费、库区移民安置补偿费等列入遗产范围？第二是关于继承权丧失的列举范围中，是否可以增加规定二奶问题因其违反公序良俗原则而丧失继承权；第三是法定代理人在被代理人精神失常或成为植物人时是否可以代为放弃继承人或受遗赠权。第四点是关于继承法中专业术语的使用问题。继承法中诸如概括继承、遗嘱信托、继承抚养协议等专业术语使用频繁，是否会影响老百姓的理解，应当通俗一些。

吴国平（福建江夏学院教授）：就草案第十一条发表个人意见。我个人比较赞同继承权的丧失的规定，但存在一个被继承人意愿的具体表达形式，以及这种表现形式的效力问题。因为继承权丧失的人要重新获得继承权是有风险的。我认为只能是我个人并不主张我国现行的关于重新获得继承权的规定，但对于被继承人的表现形式和效力问题，我建议参考国外的法律作出相关的规定，以被继承人生前的明确意思表示为准。被继承人宽恕的意思只

能在生前用书面的形式表述。宽恕是自被继承人作出意思表示起生效。

王博文（重庆市第五中级人民法院法官）：我建议第七条的遗产范围里面增加经营权和经营收益。个人享有的经营承包权和收益，不能包括所有的经营权，例如直销产生的经营权。

曾昊清（江苏省常熟市人民法院法官）：我认为法官与学者的观点分歧主要是职业思考模式的习惯。继承法的总则应当体现出立法思想，积极解决当今问题。继承法作为社会财产的分配制度，应当是穷人法。继承法的现代法要面对传统，在立法基础上要吸取全世界优秀的地方，但必须以传统文化为基础。继承法修改的价值，应更偏向家庭的整体利益。继承法不能改得过大，要和其它法协调，如信托法、土地法、社会保障法的协调问题。继承法是一个适用的法律，要澄清在现实中比较容易产生争议的观点。如：虚拟财产、债权、孙子女的问题、遗产税的问题。

王明华（山东省济南市中级人民法院法官）：继承人自知道或者应当知道三个月内作出是否接受继承的表示，没有规定接受或者放弃继承向谁表示。请求确认权是否适用时效的限制，还是不受限制，返还遗产要否受时效的限制？另外，储蓄是动产吗？

赵莉（南京师范大学教授）：第九条对特别收益的规定在语言表达方面可能有点问题。另外，遗产的价值的计算问题，如果是在结婚时与继承时相隔二十年价值如何计算。所以第九条存在实务中如何操作的问题。第三，如果是遗赠的情况下，物权什么时候转移到受遗赠人。在三个月内遗赠人死亡了，他没有表示，那怎么办？

陈苇（西南政法大学教授）：我主要谈以下几点：第一，总则的第二条第五款，权利与义务相一致的原则，放在总则里是不是合适？第二，概括继承与限定继承的规定是否存在冲突，要否规定一些例外或但书的情形。第三，关于遗产的范围，应当考虑限定“合法”这两个字。其中还有可操作性的问题。第四，第九条建议把被继承人免除规扣的意思表示除外，以体现在共同继承时遗产分配的公平，不会造成新的纷争。第五、第十条能不能增加已怀孕尚未出生的人，将其规定为后位继承人，此外，人工生子出生的自然人与被继承人是什么关系，以什么依据成为继承人的，需要有个依据。因此第十条第二款不太妥当。另外第十八条第二款对接受遗赠是否可以推定还是要明确的意思表示。

评议：

王歌雅（黑龙江大学法学院教授）：本场讨论有这么一些特点：第一，具有开放性。在对话过程中创建了开放的平台，体现了开放的学术交流的空间。第二，对总则部分的问题达成一个共识。继承法总则部分的价值取向需要关注传统和改革的问题。例如目前在我们国家如何平衡穷人继承法和富人继承法的问题。在我们做总则的过程中，都要参考外国的规定，会涉及两个价值的选择，一个是继承法全球的发展，一个是本土的文化。第三，关于第七条遗产范围问题，无论在什么基础之上，对这个条文的思考是仁者见仁，智者见智，采限排除的方法。我们也有一些期待融合性质的利益选择。除此之外，谈到第十条时，如何面对继承法选择的一种超越，即考虑民众的需要，基于伦理所作的利益考察。

段思明（福建省高级人民法院民一庭庭长）：继承法颁布实施近三十年，一部法律历经这么久还没有修改是不可思议的。法律有一定的稳定性，但随着时间的推移，必定落后于社会经济形式发展的情况。专家谈到的立法理念，比如以家庭利益为重，以和谐稳定为目标等等，因此中国对继承法的修改的契机作为全新的理念是一个很好的契机。在发言中提到很多具体的修改意见，很受启发，很多发言对法律的修改和完善都很重要。法律应发挥引领社会的独特功能，更好解决社会的矛盾纠纷，更好的引导大众建设和谐稳定互助友爱的家园。

### 第三届国际民法论坛暨第九届法官与学者对话论坛会议简报（二）

中国人民大学民商事法律科学研究中心 来源：中国民商法律网

- ◆ 会议时间：2012年7月25日下午
- ◆ 会议地点：武夷山市武夷山庄国际会议厅
- ◆ 主题研讨第三阶段议题为：《中华人民共和国继承法》遗嘱规则的修改，由重庆市第四中级人民法院唐文副院长、南平市中级人民法院审判委员会专职委员陈云主持。

陈云：下午由本人主持下午的会议。根据大会的安排，下午讨论继承法修正案。

王歌雅（黑龙江大学法学院教授）：关于遗嘱规则，我讲十个方面的问题：一是篇章结构设计，遵循的是遗嘱自由原则。二是遗嘱的形式，在原有5种遗嘱形式基础上增加“打印遗嘱”、“电子数据遗嘱”、“录像遗嘱”、“密封遗嘱”四种方式。三是夫妻共同遗嘱。如果夫妻之间涉及财产纠纷的话，影响较大，因此设计共同遗嘱制度，在夫妻双方均死亡时才生效。四是补充继承或替补继承。这是为便于处理遗产纠纷而设定。五是后位继承。许多国家有此做法。后位继承只能使用一次，只能在一代之间后位继承。六是遗嘱效力。遗嘱效力有不同情形，如遗产继承开始时出现新继承人如何处理的问题。七是必留份制度。立法上对此需要突破，以使司法实践有法可依。八是特留份保留问题。保留多少不同国家有不同的规定，建议保留二份之一的份额。九是遗嘱的通知和公布。遗嘱生效时间如何披露？十是遗嘱执行人处理问题。在这个问题上，原来的立法比较粗糙，建议通过立法来完善。

宋飞（湖北黄冈黄州区政府法制办）：我想针对建议稿的规定来谈几个问题。一是第42条第四款关于“过错造成财产损害的”，建议将其中的“过错”改为“故意或重大过失”。二是第43条第4款将后位继承的消灭时效规定为30年，建议改为20年，与民法规定的最长诉讼时效20年相一致。三是第46条第3款规定“遗嘱无效之一：被篡改内容”改为“被篡改内容的遗嘱”，比较通顺。四是关于必留份与特留份的规定，建议将双轨改为单轨，引入英国继承法中的限制遗嘱自由制度。五是第54条第3款规定“不能达成一致意见……”表述不妥，如果继承人众多容易产生纠纷，建议改为“在意见不一致时，由司法机关专门指定……”。

曹艳芝（湖南湘潭大学法学院教授）：现在的建议稿增加了许多新的继承制度，我认为是非常必要的。例如其中关于遗赠扶养协议的规定承认父母与子女之间的协议有效，这对于现实案例处理是有帮助的。另外，我对建议稿的一些规定也有一些自己的想法。一是第39条规定的“已经继承的遗产”是否包括已实际分割占有的财产？前位继承人已经继承的遗产应当归其所有，但又指定给后位继承人，是否属于无权处分？另外，前位继承人仅享有占有收益权，是否与41条规定的继承人的权利内容有矛盾？按一定的条件期限”是否应当更加明确？二是关于密封遗嘱。我认为密封仅是遗嘱的保存形式，而不是遗嘱形式。另外，如果可以密封的方式保存遗嘱，是不是还需要规定其他的遗嘱保存形式？三是关于电子数据遗嘱。我认为现在的社会环境下，高科技造假的情况很多，目前还不适宜采用电子数据的形式订立遗嘱。四是关于特留份。目前规定的特留份主体我认为过于宽泛，影响其制度价值的实现。五是第46条遗嘱无效的规定，应当稍加整合，区分主体、内容等无效的情况。

欧阳军（江西省高级人民法院办公室）：我认为法官与学者的交流是非常必要的。现在我从实务工作的角度谈一下。一是体例问题，我个人不赞同作重大的改变，应当将法定继承放在遗嘱继承之前规定。体例的稳定是法律权威性的表现。如果要突出遗嘱继承优先性的话，就将第66条、68条放在遗嘱继承之前。二是第21条的规定，也就是监护人如何变更遗嘱的问题。举个例子，一对夫妻，男方怀疑女方有外遇并在跟踪过程中摔成了植物人，可他的遗嘱却将财产留给了有过错的配偶。在此情况下就有一个监护如何变更遗嘱的问题。三是城市继承法与农村继承法的区别问题。农村的继承习俗与现在的法定继承有很大的差别，简单的说有三种情况，一种是儿子继承，出嫁女不继承。二是老年的尊亲不继承，第三夫妻离异后，带走的子女不继承。四是建议稿28、29条的关于公证遗嘱与密封遗嘱的规定，个人认为他们不是遗嘱形式。特别是密封遗嘱仅是遗嘱保存形式。第30条规定的口头遗嘱应当置于27条后，28条前。最后，第37条，应该将“生效”改为“效力”。

赵莉（南京大学法学院）：提四个方面的观点。第一是遗嘱形式的问题，我认为应维持现有的形式不变。刚才很多学者提到了密封遗嘱，实际上这个在日本法上也有规定，但学者认为可以废除，没有必要在自书遗嘱之外再规定密封遗嘱。另外我更多倾向于不要规定共同遗嘱。没有必要，具体参见我的论文。第二是关于见证制度的问题。只有一个证人不具备证据的功能，代书人应与见证人分开。法律规定了见证人欠缺的情况，但没有提出聋哑人能否当见证人的问题，个人认为有缺陷人不能做见证人应当法律明确规定。目前法律规定继承人不能作为见证人，一旦将这个继承人范围扩大，很多都不能作见证人了。是不是把见证人的利害关系范围缩小，由遗嘱人自己选择的。第三，特留份问题。构建特留份制度应与遗赠特留份并存。若被继承人将遗产给了法定继承人之外的人时，可适用特留份规定。特留份若与必留份制度并存，需要考虑特留分人与必留份人属一个人的冲突问题。最后关于后位继承的问题。如果后位继承人先于先继承人死亡该如何继承。我认为更倾向于给予后位继承人。

#### 评议

叶英萍（海南大学法学院教授）：杨教授的建议稿增加了30个条文，内容较全面和详细，兼传统和现代，操作性强，与目前其它法律相比较具有新颖性。对前面几个发言人的意见，我有几个感受。第一是遗嘱继承存在的问题，第48条、49条规定的特留份制度是新生事物，与遗嘱人意思自治有一定的冲突，我建议放在遗嘱继承章



节中。另外，在遗嘱继承里面，对特留份额的问题，对特留份有没有必要的限制呢？个人认为在范围上没有限制，在适用上有限制。第二个感受，法律是面对老百姓的，更加贴近老百姓，不要超出老百姓的理解范围。第三有个担忧，就是继承法的价值问题，有可能产生更多的家庭矛盾。如果规定的过细，导致家庭成员之间过于计较，继承法的修改还应多考虑我国的国情。

王旭光：我赞同叶老师的评论。我们对继承法的修改意见，都有各自的道理。至于立法如何选择应当考虑法律价值。在继承法的现代化当中，我们拟定的条款及构成体系必须充分考虑继承法的稳定问题。更重要的是传承，家庭的稳定与和谐。当然意思自治不能影响继承法的性质。我赞同欧阳军法官的观点，应保留原有的体系体例。第二个观点：对于遗嘱继承这一部分的修正，中心要放在意思自治与基于继承法本质所进行的必要限制方面。从这个角度，我们关注的内容体现在两个方面。第一个是遗嘱的种类，我觉得有进一步类型化的必要，打印遗嘱并不是与传统并列的一种。像密封遗嘱并不是一种遗嘱形式，只是一种保存形式。对于传统的方式存在尤其是如何发挥作用的问题。但对于比较新的遗嘱的保存方式有必要进行更严格的规范。俗就更俗一点，雅就更雅一些。

主题研讨第四阶段议题为：《中华人民共和国继承法》法定继承规则的修改，由西南政法大学法学院陈苇教授、江西省高级人民法院办公室欧阳军副主任主持。

张志媛（西南政法大学法学院）：我想对我国继承法的修改谈一些自己的认识。一是关于父母的继承顺位问题。当子女先于父母死亡后，父母作为第一顺序继承人继承财产，在其死亡后，这一部分财产又由父母的继承人继承，而留给先死亡者子女的份额较少了。出现这种情况，是违背被继承人意愿的。我建议将父母作为第二顺序继承人更好。二是关于代位继承的问题。代位继承目的是保护未成年晚辈直系血亲的利益。若第二代不愿继承，建议允许第三代还能基于代位继承制度继承第一代财产。

唐琳（福建江夏学院）：我对继承法修改有些想法。一，代位继承放在第 17 条，我认为应放在第三章中。二，第 17 条的规定是对原有继承权的扩充，这与草案第 27 条不同。三，孙子女、外孙子女的固有继承权与代位继承权竞合或碰撞时，应当有一个处理的规则，因为两种制度适用的结果可能有很大的不同。

崔剑平（上海市徐汇区人民法院副院长）：我认为开放的讨论形式非常好。对于继承法的建议稿，我有几个想法：一是在立法体例上，分类标准应当统一，不论是列举还是概括的形式。例如遗产的范围，应当区分所有权、债权等不同类型加以整合。二是在分类方面，打印遗嘱与密封遗嘱属于自书遗嘱属一类；电子数据遗嘱与录像遗嘱属一类。三是特留份份额太高，法定数额不应超过二分之一。四是遗嘱通知问题。遗嘱通知时间应该明确，“协商不成，由全体遗嘱继承人作为执行人”操作性不强。我国民众缺乏民主协商素养。五是第 55 条遗嘱执行人不能处分的规定，我认为存在问题。有些遗产具有保质期，需要处理的。

杨立新（中国人民大学民商事法律科学研究中心主任）：听过各位代表的发言，我想解释几个问题。一是体例方面，我们的看法是应当强调意思自治，希望对遗产的处理，先按遗嘱，没有遗嘱的才用法定继承。二是有代表认为遗产的范围很大，我个人认为私人财产应当尽量私人解决，不要落入政府或国家手中。三是公租房租赁权应当放在物权中规定，而非债权。四是遗嘱形式的规定能否做到科学、充分、准确呢？我认为做不到。遗嘱形式设有特别，形式之间可能有交叉，但不同的遗嘱各有自己的特点。最后，我要说的是，继承法的修改是一个慢热的过程。法官与学者们应当有更加开放的思想观念，让普通民众有更多的选择。

陈苇：我作为主持人也想发表一下自己的想法。首先，我认为法定继承一章写得很有特色，可贵，尽量把财产留给家人，但能否实现还有待检验。第二是关于建议稿第 51 条、52 条的规定。何为扶养关系应当由婚姻法来解决，故在继承法中没有必要规定。第三，我认为建议稿第 41 条应当规定在 11 条中，以便于法官执法。第四，建议稿第 48 条关于遗嘱效力的问题。胎儿有继承份额，应放在第 48、49 条之后，属于特留份制度的一部分。第五，建议稿第 50 条，我认为应当有报酬请求权的规定，现有的立法有遗漏。

评议意见

张伟（西北政法大学法学院教授）：对于继承法的修改，首先我认为应当最大限度地保障私有财产，维护家庭稳定和夫妻生活秩序，兼顾公平、尊重和照顾继承传统与国情。第二，建议稿将法定继承权放在第三章，而不是第二章，我充分理解这一做法的理由，也能明白反对的意见。但我感觉建议稿将遗嘱继承作为第二章，是立法对老百姓的引导、宣示和鼓励，但其他配套措施也应当跟上。第三是关于继承法与其他法律的协调问题。继承法上的财产来源于亲属之间，因此应与物权法、婚姻法相协调。如建议稿使用“亲等”的概念，与长期实务不符，婚

姻法是不是也要进行修改？建议稿第 59 条“有抚养关系继子女”如何认定，婚姻法也需要明确。第四，建议稿第 63 条规定的“对被继承人尽了主要义务”，如何确定？至于孙子女、外孙子女已列入法定继承顺序，是否还应列入代位继承，可进一步探讨。

葛晓明（江苏省高级人民法院民一庭审判长）：我认为继承法的修改还是要坚持相对稳定，当然随时代变迁可以做一些调整。继承法出台 27 年，我们省每年受理的民事案件虽不断增加，但继承纠纷的比例不高，涉及遗嘱继承的二审案件也不多。

主题研讨第五阶段议题为：《中华人民共和国继承法》遗嘱继承规则的修改，由黑龙江大学法学院申建平教授、重庆市第五中级人民法院民一庭审判长主持。

宋飞（湖北黄冈黄州区政府法制办）：我想就建议稿第四章提几个问题。第一，当事人有许多遗产，继承法建议稿中涉及遗赠扶养协议内容，修改时能否考虑民间风俗，在内容上作一些吸收。第二，继承人范围是否包括干子女、干父母？

姜大伟（西南政法大学博士生）：我的发言主要就建议稿 83 条遗产债务问题进行讨论。遗产债务根据发生时间可以划分为继承开始之前的债务，如税款、个人债务；继承开始之后的债务，包括必留份、特留份、遗赠、遗赠扶养协议、遗嘱执行费用等。目前学界也有不同的认识，分歧分别在继承费用应否优先于其它债务、国家税款是否应优先于其它债务问题等方面。我认为遗产分配费用应当优先于其它财产债务作为第一顺序清偿，必留份为第二顺序，有担保的债务为第三顺序，税款为第四顺序，普通债务为第五顺序，遗赠扶养协议为第六顺序，然后才是特留份和遗赠。

滕威（江苏淮安市淮阴区法院法官）：我谈一下债权人与继承人权利如何平衡的问题。建议在第 78 条后加上继承人清册制度，以便在执行中具有更强的操作性。

孙毅（黑龙江大学法学院）：我谈几点。一是建议稿第 77 条关于有条件地限制继承，建议稿改变了原先立法规定中无条件继承的内容。二是建议稿 81 条采用当然清算程序。若建议稿通过的话，情况可能会更加复杂。我认为应当针对中国国情，不应采取强制清算做法，应交给债权人决定。三是继承顺序问题。遗产清偿应针对债务清偿，建议稿 83 条没有必要进行全部规定。第四我认为限定继承与概括继承两者之间并无矛盾。限定继承规定的是继承人取得遗产后的比例分配问题。继承人放弃、接受继承都只是人数变化，仍属于概括继承。第五，建议稿第 89、90 条属新内容，分配遗产后是否有瑕疵而损害第三人利益问题。第六，无人继承问题在建议稿中做了改变，但条文较多，解读起来比较麻烦。

#### 评议

吴国平（福建江夏学院法学院教授）：我谈一点感受。遗产处理规则系继承法重要内容，关系到当事人利益。杨教授提出许多问题，为我国立法做出了贡献。对于建议稿，我有四点建议：第一，遗赠扶养协议与继承扶养协议有明显不同，建议稿应当作出区分。我认为可以规定继承扶养协议应经过公证、应当经所有法定继承人协商一致、扶养人单方解除扶养协议，已尽到扶养付出不给予返还等内容。第二，建议稿 72 条第 2 款，应增加“在无异议情况下”、“当事人不能达成一致意见，由人民法院指定遗产管理人”。第三，遗产债务清偿在理论上争议较大，该问题短期内无法取得一致意见，能否考虑交予民事程序法处理。第四，建议稿第四章结构比较模糊，在章下面应再设计节，这样条理会更加清晰。

崔剑平（上海市徐汇区人民法院副院长）：我认为我们现在对话的机制很好。继承法很长时间没有修改，与我国社会现实有关。我主张修订应当尽量细化，以避免实务争议。另外，我有三点补充。一是继承人的债权人规定不够明确，审判实践中常有利益冲突；二是部分继承人下落不明时的处理，应当明确公告期满后没有应诉的后果；三是各章节的协调问题，如必留份问题在几章中都有涉及，内容上有重复。

#### 闭幕式

杨立新（中国人民大学民商事法律科学研究中心）：会议快要结束了，大家都感到意犹未尽。我也谈几个问题：第一，继承法的修改为什么会慢热的问题。有的法官对此表现的特别保守。为何会出现这样一种情况，我想是绝大部分法官是基于自己的实践。但大量的继承纠纷没有在法院解决，比如在公证处解决继承的问题。解决继承的问题有三个途径，第一个途径是家庭内部解决，第二个层次在公证处解决，第三个才是法院。公证处解决的基层

的问题大概接近法院处理的100倍。多的公证员一年要处理1000件。所以很多继承纠纷没有到法院。在继承法现代化的基础上，学者可以保守点，法官可以激进一点。现在关于继承法的现代化问题，仅仅是继承法第37条的规定是远远不够的。婚姻家庭法主要规定的是婚姻法与继承法。通过这样的会议能够把继承法的重要性巩固下来！同时要把继承法边缘化的状况予以解决。

林旭霞（福建师范大学法学院院长）：现行《中华人民共和国继承法》颁布于改革开放刚刚开始的时候，距今已有27年的历史。这27年正是中国社会飞速发展的27年，广大人民拥有的私有财产的种类和数量也日益增加。同时，由于实施计划生育政策以及人们在思想观念上的转变，家庭关系和亲属关系发生了深刻变化。1985年颁布施行的《继承法》早已无法满足和适应现实社会经济发展和生活的需要。此次会议的召开具有十分重要的意义。

本次会议由开放式论坛与小范围的研讨相结合，法官学者们畅所欲言，充分自由表达观点，思想充分碰撞，这是本次会议的一个特点。第二个特点是平台高、起点高。特别应当表示敬意的是，杨立新教授、杨震教授领导的课题组，为我们奉献了《中华人民共和国继承法》修正草案建议稿，这部建议稿不仅为立法机关修法提供重要的参考，也使本次会议的研讨站在一个更高的、富有建设性的起点上。本次会议时间虽然短暂，但我们所涉猎的议题却相当广泛，这是第三个特点。法官与中外学者们借助这一平台围绕着继承法修订的五大议题，即《继承法》修正草案建议稿之完善、《继承法》总则的修改、《继承法》遗嘱规则的修改、《继承法》法定继承规则的修改和《继承法》遗产处理规则的修改，畅所欲言，带来了丰富的信息，并积极地探索《继承法》理论与实践的发展以及立法的完善。大家在会上发表了许多真知灼见，颇具启发性，为我国《继承法》修订贡献了学术智慧和实践经验的总结。虽然大家意犹未尽，但会议终将落下帷幕，希望这种探索与研究的精神延续到下一次研讨会，让我们期待明年再见，谢谢大家！

会议闭幕式后，南平市中级人民法院专职审判委员会委员陈云将会旗转交给第十届会议承办方重庆市第四中级人民法院副院长唐文。本次会议圆满落幕！

### 《继承法》修订 理念存争议

来源：《中国社会科学报》2012年7月30日第336期作者：本报记者 冯建华

【核心提示】围绕《继承法》的立法理念及价值取向，学者和法官的意见出现分歧。西北政法大学民商法学院教授张伟认为，对于《继承法》的修改，首先应当最大限度地保障私有财产，维护家庭稳定和夫妻生活秩序，兼顾公平，尊重和照顾传统与国情。江苏省常熟市人民法院法官曾昊清则认为，《继承法》修改应更偏向家庭的整体利益，不能改得过大，要和其他法律相协调。

7月25日，由中国人民大学民商事法律科学研究中心和人民法院出版社主办的“第三届国际民法论坛暨第九届法官与学者对话论坛”在福建武夷山召开，来自国内外百余位学者和法官，就《中华人民共和国继承法》（以下简称《继承法》）的修改展开讨论。

中国人民大学民商事法律科学研究中心主任杨立新与黑龙江大学党委书记杨震领衔的课题组撰写了此次《继承法》修正草案建议稿。

#### 传统与现代理念交锋

围绕《继承法》的立法理念及价值取向，学者和法官的意见出现分歧。西北政法大学民商法学院教授张伟认为，对于《继承法》的修改，首先应当最大限度地保障私有财产，维护家庭稳定和夫妻生活秩序，兼顾公平，尊重和照顾传统与国情。江苏省常熟市人民法院法官曾昊清则认为，《继承法》修改应更偏向家庭的整体利益，不能改得过大，要和其他法律相协调。

上海市徐汇区人民法院副院长崔剑平主张修订应当尽量细化，以避免实务争议。海南大学法学院教授叶英萍则担忧，修订后的《继承法》如果规定得过细，会导致家庭成员之间过于计较，从而产生更多的家庭矛盾。因此，《继承法》的修改还应多考虑我国的国情。

《继承法》建议稿在体例方面也作了较大调整，将遗嘱继承提到第二章，法定继承权放在第三章。杨立新解释道，修改后的《继承法》应当强调意思自治，即对遗产的处理，先按遗嘱，没有遗嘱的才用法定继承。张伟则认为，建议稿应与现有的《继承法》保持一致，即把遗嘱继承仍作为第三章，法定继承作为第二章，因为立法是对老百姓的引导、宣示和鼓励。如果其他配套措施跟不上，这种调整会引发一定的负面效应。江西省高级人民法院办公室副主任欧阳军也认为，体例的稳定是法律权威性的表现，不赞同体例作重大改变。

特别关注人工受孕子女继承问题

据记者了解，为推进《继承法》的现代化，《继承法》修正草案建议稿增加了 30 个条文，以回应现实中出现的新问题、新情况，如将网络虚拟财产列入继承范围、确定人工受孕子女的法定继承地位等。

建议稿在原有五种遗嘱形式基础上又增加四种：打印遗嘱、电子数据遗嘱、录像遗嘱和密封遗嘱。对这四种新形式，有学者持不同意见。湖南湘潭大学法学院教授曹艳芝认为，密封仅是遗嘱的保存形式，而不是遗嘱形式。另外，她认为现在高科技造假情况较多，目前还不适宜采用电子数据的形式订立遗嘱。南京师范大学法学院副教授赵莉则认为，遗嘱形式应维持现有《继承法》中的五种形式不变。对此，杨立新解释说，遗嘱形式的规定难以做到科学、充分、准确，各种遗嘱形式之间可能有交叉，但不同的遗嘱各有自己的特点。

《继承法》建议稿增加了夫妻共同遗嘱条款。对于夫妻共同遗嘱，学界现持有“否定论”、“肯定论”和“有条件的肯定论”三种观点。此次会上学者也持不同观点。赵莉是持“否定论”的代表。她认为，随着时代和社会的变化，目前各国的夫妻财产制，既不是单纯的分别财产制，也不是单纯的共同财产制，已经不存在肯定共同遗嘱效力法律的根基。同时，离婚率和再婚率的上升也使家庭关系更复杂，再立法承认共同遗嘱已无必要。

在建议稿中，关于“通过人工生殖技术孕育并出生的自然人”遗产继承问题的规定引起与会者关注。西南政法大学教授陈苇认为，人工受孕出生的自然人与被继承人是什么关系，以什么依据成为继承人，这需要复杂的法律程序加以认定。张伟也认为，人工生殖技术的种类很多，在现有社会环境下，会牵涉诸多生理和社会伦理问题，仍不宜单独作为法律条款加以规定。

## 附：相关背景报道

### 大修继承法

2012年1月19日 法治周末 孟伟阳 陈磊

1月初，全国人大法律委员会建议，将继承法修改列入全国人大常委会2012年立法工作计划。

全国人大法律委员会认为，随着我国经济社会发展，家庭关系、财产关系发生了深刻变化，有关继承范围、方式，包括虚拟财产能否继承等问题，需要在继承制度中进一步规范。

简略立法力不从心

QQ 主人如果不在了，QQ 号码怎么办？

网络上，一个名为“如果我不在了，关于 QQ 的 N 个畅想”的帖子一度火爆异常——

让我小子帮我24小时开机不下，弄个骷髅图标，就 OK 了。

给儿子，叫他不要申请了。继续给老子疯狂升级……“升到9个太阳日，家忌勿忘告乃翁”。

留给我子孙，逢年过节叫娃给烧点 QQ 币啥的！

这只是网络调侃，但在去年国庆节前后，真实的事件发生在湖南省长沙市。

湖南省长沙市的王某在自己的 QQ 邮箱里保存了大量与妻子夏某的往来信件和照片。然而，王先生突遭车祸不幸去世。此后，悲痛欲绝的夏某想要整理丈夫保存的信件及照片，以留作纪念，但并不知道丈夫的 QQ 邮箱密码。

最初与腾讯公司交涉时，夏某让对方提供王某 QQ 邮箱密码的要求被拒绝了。

腾讯公司认为，根据腾讯公司与用户之间达成的协议，QQ 号码所有权归腾讯所有，用户只拥有号码使用权。

用户不能将 QQ 号码作为个人财产处置，因为 QQ 号码不属于法律上遗产继承的范畴。

此后，经过和腾讯方面沟通，夏某拿回了王某的 QQ 号。

网络上的虚拟财产，例如 QQ、邮箱究竟算不算遗产，能否依法继承？

1月16日，中国互联网络信息中心(CNNIC)在京发布《第29次中国互联网络发展状况统计报告》，截至2011年12月底，中国网民规模突破5亿人。广大网友把互联网上的 QQ、Q 币、MSN、博客、电子邮箱和网游账号等归为网络遗产。

中国人民大学法学院教授刘俊海告诉法治周末记者，在公民财产范围进一步扩张的情况下，面对无形财产甚至虚拟财产等新问题，继承法显得力不从心。

继承法第三条规定，遗产是公民死亡时遗留的个人合法财产，包括：公民的收入，房屋、储蓄和生活用品，林木、牲畜和家禽，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以及其他合法财产。

刘俊海认为，在当前社会条件下，邮箱、QQ、博客以及微博等，都属于具有人身属性的虚拟产品，其账户的密码都应当被继承。因为以上这些都或多或少与其财产属性紧密联系在一起，不能因为其人身属性而排斥其财产属性。

解决方案是修订继承法。“这很有必要。”刘俊海说。

实施于1985年的继承法只有30多个条文。

“制定继承法时，我国正处于改革开放初期，实行的是单一公有制的计划经济体制，整个社会物资严重匮乏，广大工人、农民家庭中基本上没有什么财产，继承关系极为简单，我国对于继承法律制度的重要意义认识不足，因此造成现行继承法过于简略。”北京大学法学院教授、中国法学会婚姻家庭法学研究会副会长马忆南告诉法治周末记者。

二十多年过去了，继承法已经无法满足和适应社会经济生活的需求。

马忆南向记者指出，目前，公民拥有的私有财产种类和数量日益增加；由于实行计划生育政策，一对夫妇只生一个孩子，我国的家庭关系和亲属关系也发生了深刻变化；简略立法遗漏了许多重要的继承制度，使法律本身存在诸多漏洞和缺陷。

据公开报道，2010年3月，十一届全国人大法律委员会委员、著名民法学专家梁慧星提出了两项关于法律修改的建议，其中一个建议是修改继承法。

在去年3月举行的十一届全国人大四次会议期间，全国人大代表提出3件议案，要求修改继承法。

诸多继承制度需修改

马忆南认为，全国人大常委会应尽快将继承法的修订工作提上立法日程。

刘俊海向法治周末记者指出，有恒产者方有恒心，但恒心还需要另一个前提就是有恒法，所以应坚持继承法既有的保护公民继承权的立法精神，同时应该站在更为开放、更为包容的立场上对该法进行修改。

与专家的呼吁相呼应的是，今年1月初，全国人大法律委员会建议全国人大常委会今年的立法工作计划涵盖继承法修改。

接受法治周末记者采访的专家表示，首先要修改的就是遗产的范围。

继承法立法之初，遗产基本上是生活用品的处置，如今随着公民私有财产范围扩大，公民收入多元化。

比如著名相声表演艺术家侯耀文遗产纠纷就给审案法院出了不小的难题。

去年3月23日，侯耀文的骨灰终于安葬在天寿陵园，遗产事件终于落下帷幕。

2007年6月23日，距离60岁生日还有24天，侯耀文突发心脏病，在家中去世。因他生前未留下遗嘱，造成亲属之间的遗产分配问题并引起讼争。

2009年2月，侯耀文的长女侯瓚提起诉讼，要求分割父亲名下遗产。4个月后，她追加了叔叔侯耀华及父亲生前好友牛成志和父亲徒弟郭晓小夫妇为被告，要求返还相应遗产。

2010年8月20日，双方和解解决讼争。

侯耀文遗产纠纷很大一部分体现在这位文化名人所收集的古玩、字画等古董上。

侯耀文的徒弟郭德纲就在自己博客中写到：“真快，师傅离开已经两年了，云散风消花残月缺，一切看起来那么平静。可平静背后隐藏了些什么？师傅的万贯家财哪去了？那些珠宝名表田黄石羊脂玉哪去了？那些饰品家具字画藏品哪去了……”

同时，随着物权法、公司法、合同法等诸多法律的颁布和施行，土地承包经营权、建设用地使用权、贵重物品(如古玩字画)等等，都应属于遗产继承的范围。

马忆南认为，继承立法应采取例示的方式规定遗产范围，明确规定所有权、用益物权、担保物权、占有、股权、知识产权、债权等的可继承性，承认一切非专属性权利义务均为遗产。

马忆南说，还应该修改继承权制度。包括完善继承权丧失制度、建立完备的继承承认与放弃制度等，尊重继承人的选择自由。

继承法乃私法，应重视并充分体现对当事人意志之尊重，扩大继承权的相对丧失的事由。

由于我国长期实行计划生育政策，家庭亲属关系日趋简单，如果仍坚持现行法所定范围之法定继承人，将导致无人继承之情形日渐增多。

为尽量不将遗产收归国家或集体所有，马忆南建议修订关于法定继承人的范围和顺序，适当扩大法定继承人之范围。

在我国历史上，也存在着叔、伯、侄子女等相互继承之传统。因此，应将法定继承人之范围扩大至四等亲以内之亲属，并在现有的两个继承顺序外，增加一至两个继承顺序。马忆南说。

刘俊海向法治周末记者强调，考虑到遗产继承影响社会财富的分配，可能会导致贫富差距悬殊，因此，虽然继承法不能强制公民捐出遗产，但修订时可鼓励公民向慈善组织捐赠全部或部分遗产。

此外，马忆南还提出，应当补充、完善继承法的遗产分割制度、代位继承制度和特留份制度、遗赠制度、遗嘱执行制度等。

## 修改继承法

2012-1-11 11:28 来源: [法律教育网](#)

记者近日从全国人大法律委员会了解到,法律委员会建议将继承法修改列入全国人大常委会 2012 年立法工作计划。

在去年 3 月举行的十一届全国人大四次会议期间,全国人大代表提出 3 件议案,要求修改继承法。

法律委员会认为,继承法是 1985 年制定的,随着我国经济社会发展,家庭关系、财产关系发生了深刻变化,有关继承范围、方式,包括虚拟财产能否继承等问题的规范需要在继承制度中进一步完善。九届全国人大常委会第三十一次会议对民法草案进行了初次审议,草案中对继承法有专编规定。法制工作委员会正在就修改继承法进行研究。

## [关注] 继承法争议热点: 公证遗嘱 VS 最后遗嘱 谁能胜出

来源: 现代快报 发布时间: 2012-4-6

摘要: 今年年初,全国人大法律委员会建议将继承法修改列入全国人大常委会 2012 年立法工作计划。多位律师表示,适当地将继承人的范围扩大至叔伯姑舅姨、侄(甥)子女等,并将这些人员作为第三顺序继承人,有现实意义,也具备操作性。

今年年初,全国人大法律委员会建议将继承法修改列入全国人大常委会 2012 年立法工作计划。昨天记者获悉,4 月 9 日,全国人大常委会法制工作委员会有关人士将专程来江苏进行修改继承法的立法调研。其中值得关注的调研问题之一,是将首次增设第三顺序继承人(现行法律只有两个顺序继承人),“叔伯姑舅姨侄甥”等亲属能否成为遗产继承人将成为讨论焦点。这与现在一个家庭普遍只有一个孩子、第二顺序继承人中的“兄弟姐妹”事实上空缺不无关系。

昨天,快报记者设法联系到了部分即将参加此次调研工作的专家和相关人士,约请他们对相关热点问题进行了解读。

舅舅能否继承外甥遗产?

[现有规定]

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的,由第二顺序继承人继承。无人继承又无人受遗赠的遗产,归国家所有。

[讨论主题]

实践中无人继承遗产的情形多不多? 是否需要扩大继承人范围,将叔伯姑舅姨、侄(甥)子女纳入继承人范围并作为第三顺序继承人?

如果一个人是孤儿,没有爷爷奶奶,跟着舅舅长大,舅舅对其照顾得很好。他成年后,做生意发了财。但是,因为一个意外,他遇车祸身亡。没有成家的他,仅剩的亲人,就是其舅舅。

“但是,按照现有的法律规定,这笔遗产只能由国家收走,舅舅不能继承。”江苏金禾律师事务所律师顾宸菲表示,按照现有继承法的规定,法定继承人有两个继承顺序,“舅舅”并不在其中,“从实际情况考虑,这对于尽到了很多义务的舅舅来说,并不公平。”

对此,南京大学法学院著名民法学专家邱鹭风教授也认为,适当扩大继承人的范围,是必须的。“举个简单的例子,按照现有的规定,第二顺序的继承人是兄弟姐妹、祖父母、外祖父母。但是按照中国目前的情况来看,独生子女越来越多,很多人都不会有兄弟姐妹了。”邱鹭风表示,在这种情况下,占据第二顺序继承人核心地位的群体都不存在了,还有什么意义? 因此,需要适当地扩大继承人的范围。

多位律师表示,适当地将继承人的范围扩大至叔伯姑舅姨、侄(甥)子女等,并将这些人员作为第三顺序继承人,有现实意义,也具备操作性。

公证遗嘱效力将被弱化?

[现有规定]

公证遗嘱由遗嘱人经公证机关办理。自书、代书、录音、口头遗嘱,不得撤销、变更公证遗嘱。

[讨论主题]

是否需要修改公证遗嘱效力最高的规定,即某种形式的遗嘱也可以变更、撤销公证遗嘱,以最后遗嘱作为有

效遗嘱？

据悉，按照现有的继承法规定，继承的方式有多种，法定继承、遗嘱继承、公证继承等。法律规定，立有数份遗嘱，内容相抵触的，以最后的遗嘱为准。但是，法律又规定，自书、代书、录音、口头遗嘱，不得撤销、变更公证遗嘱。也就是说，实际上，公证遗嘱的效力最高。

“这很可能出现一种情况。比如，儿子原本对父亲不好，但为了得到父亲的遗产，会制造对父亲好的假象，怂恿父亲去公证处办理遗嘱，把房子给他。一旦拿到这份遗嘱后，儿子马上对父亲不管不理，父亲赶紧重新立了一份遗嘱。但是，等父亲过世后，这份后来立的遗嘱，因为效力低于公证遗嘱，结果让儿子得逞。”沈飞说，这种情况的确存在，怎么对待这个问题需要探讨。

不过，南京公证处公证员吉松祥认为，综合各种情况来看，公证遗嘱保持最高效力，有实际意义。他说，他们见到过很多人写的自书遗嘱，多份，以最后一份为准，但是，当他去世后，等到继承时才发现，这份自书遗嘱不符合法定的形式要件，结果，子女之间为了遗嘱中表述的意义发生争议，引发了更大的麻烦。

“但对于办理公证的遗嘱，我们会按照法定的格式要求填写。填写时，会将其带至单独房间，与其子女分开，进行谈话并制作笔录。比如，是否自愿、有无子女逼迫之类的问题，是必须要问的。”吉松祥说，通过这一过程，就能有效规避掉那些被忽悠来的父母，“工作中，我们劝退了不少这种老人。”吉松祥说，只要对公证流程严格要求，基本上能保证公证遗嘱的公证效力。

财产全给“二奶”遗嘱无效？

[现有规定]

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。

[讨论主题]

是否需要增加规定特留份制度，即，遗嘱人不得处分应当有特定法定继承人继承的必要份额，能否以“特留份”制度替代“必留份”制度？

四川曾发生一起典型案例，引发了全国性的关注。一个男子将全部的财产以遗嘱继承的方式，送给了自己的“相好”，也就是俗称的“二奶”，而自己的妻子和孩子，却没有得到任何的财产。男子去世后，“二奶”拿着遗嘱诉至法院，要求执行。

“这个案子历经两审，全国轰动，也引发了全国法学专家的关注。”邱鹭风说，最终的判决，是驳回了“二奶”的诉求。驳回的依据，是认为男子将所有财产送给“二奶”的做法违反了公序良俗，“可以说，这一判决赢得了民心，但从法律层面分析，这一判决存在很大的争议。”邱鹭风说，从现有的法律规定上来看，不能直接断定男子的行为不合法，“事实上，也有一些地方法院的判决，是支持了‘二奶’的类似行为的。”正因为如此，法学界的专家，一直对这一判决保留意见。

在北京盈科律师事务所南京分部合伙人沈飞看来，这一问题的解决，完全可以采用国外的模式，也就是设定一些特别保留的份额，“比如，在上述存在‘二奶’的情况下，也要求丈夫对妻子必须做出一定财产的保留，不管他跟妻子的关系好不好，都必须有个规定比例的保留，以保证妻子和孩子的正常生活。”

邱鹭风说，在目前的体制下，遗嘱继承的效力要高于法定继承的效力，也就是说，有些人可以超越法定继承的规定，随意处置自己的财产，在这种情况下，规定“特留份”就非常必要，也就是规定，遗嘱人不得处分应当有特定法定继承人继承的必要份额，否则，遗嘱归于无效。

名人微博能否算做遗产？

[现有规定]

遗产包括：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。

[讨论主题]

可否将遗产概括为动产、不动产、金钱债权、股权、知识产权中的财产权等？经济适用房，限价商品房，宅基地使用权，公有住房租赁权，死亡赔偿金、抚恤金，网络财产能否作为遗产？

在物质生活极大丰富的今天，财产的概念早已发生了翻天覆地的变化。

江苏钟山明镜律师事务所婚姻继承法专业律师胡春燕表示，“原则上，任何一种权利只要具有财产性质，都可以继承。”她表示，尽管继承法已经实施20多年，但这么多年中，诸如债权、股权、知识产权中的财产权等，

都已逐步纳入了继承的范围。

邱鹭风教授认为，新出现的网络财产，比如 Q 币、网游装备，这些东西在司法实践中，已逐渐被接受，在一定情况下可以直接转化为现金等财产，因此，列入遗产的范围并无太大争议。但是，对于诸如那些动辄数百万甚至数千万粉丝的名人微博，能不能列入遗产范围，至今不明。

“靠着自己的名气和努力成就了名人微博，不管是影响力还是发布的内容，都具有独特性，一旦名人去世，为什么不能成为遗产，由其家人或者相关的人继承？”邱鹭风说，这些“非人格性财产”其实具备了财产的性质，她希望此次修订能将其予以明确，“继承了，能够有利于这一财产继续发挥其作用。但如果不能被继承，则只能慢慢消亡，也是对社会资源的极大浪费。”

邱鹭风表示，除了网络财产，另外有关经济适用房、公有住房租赁权以及死亡赔偿金、抚恤金的内容，也是存在争议的焦点问题，需要进一步探讨。

## 七姑八姨能否成法定继承人 相关部门在江苏调研

2012 年 04 月 06 日 08:19:51 来源: [现代快报](#)

今年年初，全国人大法律委员会建议将继承法修改列入全国人大常委会 2012 年立法工作计划。昨天记者获悉，4 月 9 日，全国人大常委会法制工作委员会有关人士将专程来江苏进行修改继承法的立法调研。其中值得关注的调研问题之一，是将首次增设第三顺序继承人(现行法律只有两个顺序继承人)，“叔伯姑舅姨侄甥”等亲属能否成为遗产继承人将成为讨论焦点。这与现在一个家庭普遍只有一个孩子、第二顺序继承人中的“兄弟姐妹”事实上空缺不无关系。

昨天，快报记者设法联系到了部分即将参加此次调研工作的专家和相关人士，约请他们对相关热点问题进行了解读。

舅舅能否继承外甥遗产？

[现有规定]

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的，由第二顺序继承人继承。无人继承又无人受遗赠的遗产，归国家所有。

[讨论主题]

实践中无人继承遗产的情形多不多？是否需要扩大继承人范围，将叔伯姑舅姨、侄（甥）子女纳入继承人范围并作为第三顺序继承人？

如果一个人是孤儿，没有爷爷奶奶，跟着舅舅长大，舅舅对其照顾得很好。他成年后，做生意发了财。但是，因为一个意外，他遇车祸身亡。没有成家的他，仅剩的亲人，就是其舅舅。

“但是，按照现有的法律规定，这笔遗产只能由国家收走，舅舅不能继承。”江苏金禾律师事务所律师顾宸菲表示，按照现有继承法的规定，法定继承人有两个继承顺序，“舅舅”并不在其中，“从实际情况考虑，这对于尽到了很多义务的舅舅来说，并不公平。”

对此，南京大学法学院著名民法学专家邱鹭风教授也认为，适当扩大继承人的范围，是必须的。“举个简单的例子，按照现有的规定，第二顺序的继承人是兄弟姐妹、祖父母、外祖父母。但是按照中国目前的情况来看，独生子女越来越多，很多人都不会有兄弟姐妹了。”邱鹭风表示，在这种情况下，占据第二顺序继承人核心地位的群体都不存在了，还有什么意义？因此，需要适当地扩大继承人的范围。

多位律师表示，适当地将继承人的范围扩大至叔伯姑舅姨、侄（甥）子女等，并将这些人员作为第三顺序继承人，有现实意义，也具备操作性。

公证遗嘱效力将被弱化？

[现有规定]

公证遗嘱由遗嘱人经公证机关办理。自书、代书、录音、口头遗嘱，不得撤销、变更公证遗嘱。

[讨论主题]

是否需要修改公证遗嘱效力最高的规定，即某种形式的遗嘱也可以变更、撤销公证遗嘱，以最后遗嘱作为有效遗嘱？



据悉，按照现有的继承法规定，继承的方式有多种，法定继承、遗嘱继承、公证继承等。法律规定，立有数份遗嘱，内容相抵触的，以最后的遗嘱为准。但是，法律又规定，自书、代书、录音、口头遗嘱，不得撤销、变更公证遗嘱。也就是说，实际上，公证遗嘱的效力最高。

“这很可能出现一种情况。比如，儿子原本对父亲不好，但为了得到父亲的遗产，会制造对父亲好的假象，怂恿父亲去公证处办理遗嘱，把房子给他。一旦拿到这份遗嘱后，儿子马上对父亲不管不理，父亲赶紧重新立了一份遗嘱。但是，等父亲过世后，这份后来立的遗嘱，因为效力低于公证遗嘱，结果让儿子得逞。”沈飞说，这种情况的确存在，怎么对待这个问题需要探讨。

不过，南京公证处公证员吉松祥认为，综合各种情况来看，公证遗嘱保持最高效力，有实际意义。他说，他们见到过很多人写的自书遗嘱，多份，以最后一份为准，但是，当他去世后，等到继承时才发现，这份自书遗嘱不符合法定的形式要件，结果，子女之间为了遗嘱中表述的意义发生争议，引发了更大的麻烦。

“但对于办理公证的遗嘱，我们会按照法定的格式要求填写。填写时，会将其带至单独房间，与其子女分开，进行谈话并制作笔录。比如，是否自愿、有无子女逼迫之类的问题，是必须要问的。”吉松祥说，通过这一过程，就能有效规避掉那些被忽悠来的父母，“工作中，我们劝退了不少这种老人。”吉松祥说，只要对公证流程严格要求，基本上能保证公证遗嘱的公证效力。

财产全给“二奶” 遗嘱无效？

[现有规定]

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。

[讨论主题]

是否需要增加规定特留份制度，即，遗嘱人不得处分应当有特定法定继承人继承的必要份额，能否以“特留份”制度替代“必留份”制度？

四川曾发生一起典型案例，引发了全国性的关注。一个男子将全部的财产以遗嘱继承的方式，送给了自己的“相好”，也就是俗称的“二奶”，而自己的妻子和孩子，却没有得到任何的财产。男子去世后，“二奶”拿着遗嘱诉至法院，要求执行。

“这个案子历经两审，全国轰动，也引发了全国法学专家的关注。”邱鹭风说，最终的判决，是驳回了“二奶”的诉求。驳回的依据，是认为男子将所有财产送给“二奶”的做法违反了公序良俗，“可以说，这一判决赢得了民心，但从法律层面分析，这一判决存在很大的争议。”邱鹭风说，从现有的法律规定上来看，不能直接断定男子的行为不合法，“事实上，也有一些地方法院的判决，是支持了‘二奶’的类似行为的。”正因为如此，法学界的专家，一直对这一判决保留意见。

在北京盈科律师事务所南京分部合伙人沈飞看来，这一问题的解决，完全可以采用国外的模式，也就是设定一些特别保留的份额，“比如，在上述存在‘二奶’的情况下，也要求丈夫对妻子必须做出一定财产的保留，不管他跟妻子的关系好不好，都必须有个规定比例的保留，以保证妻子和孩子的正常生活。”

邱鹭风说，在目前的体制下，遗嘱继承的效力要高于法定继承的效力，也就是说，有些人可以超越法定继承的规定，随意处置自己的财产，在这种情况下，规定“特留份”就非常必要，也就是规定，遗嘱人不得处分应当有特定法定继承人继承的必要份额，否则，遗嘱归于无效。

名人微博能否算做遗产？

[现有规定]

遗产包括：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。

[讨论主题]

可否将遗产概括为动产、不动产、金钱债权、股权、知识产权中的财产权等？经济适用房，限价商品房，宅基地使用权，公有住房租赁权，死亡赔偿金、抚恤金，网络财产能否作为遗产？

在物质生活极大丰富的今天，财产的概念早已发生了翻天覆地的变化。

江苏钟山明镜律师事务所婚姻继承法专业律师胡春燕表示，“原则上，任何一种权利只要具有财产性质，都可以继承。”她表示，尽管继承法已经实施 20 多年，但这么多年中，诸如债权、股权、知识产权中的财产权等，都已逐步纳入了继承的范围。

邱鹭风教授认为，新出现的网络财产，比如 Q 币、网游装备，这些东西在司法实践中，已逐渐被接受，在一定情况下可以直接转化为现金等财产，因此，列入遗产的范围并无太大争议。但是，对于诸如那些动辄数百万甚至数千万粉丝的名人微博，能不能列入遗产范围，至今不明。

“靠着自己的名气和努力成就了名人微博，不管是影响力还是发布的内容，都具有独特性，一旦名人去世，为什么不能成为遗产，由其家人或者相关的人继承？”邱鹭风说，这些“非人格性财产”其实具备了财产的性质，她希望此次修订能将其予以明确，“继承了，能够有利于这一财产继续发挥其作用。但如果不能被继承，则只能慢慢消亡，也是对社会资源的极大浪费。”

邱鹭风表示，除了网络财产，另外有关经济适用房、公有住房租赁权以及死亡赔偿金、抚恤金的内容，也是存在争议的焦点问题，需要进一步探讨。(田雪亭)

## 遗产不明唯一继承人难继承 业界呼吁加快修订继承法

2010 年 08 月 23 日 00:20 法制周末

业界呼吁加快修订继承法 遗产不明唯一继承人难继承

“我怎么能查清父母的遗产情况？”年近 30 岁的袁某是家中的独生子，他早年经历了丧母之痛，最近父亲因为一起交通事故丧失意识，无法正常表达，经医治无效死亡。因袁某的父亲生前没有留下遗嘱，对遗产情况也未作交代，袁某只能向法院咨询应当如何通过法律途径查明遗产情况。

对此，北京市西城区人民法院研究室的高翼飞解释说，根据现行规定，只能在进入诉讼程序以后才能对财产状况进行调查。

“我是财产唯一继承人，我能起诉谁呢。”袁某无奈地说。

高翼飞坦言，当被继承人死亡后，只有一个继承人的情形下，这个问题就很难得到解决，“比如父母先后去世，生前未对遗产作出处理，只有一个独生子，并且没有其他遗产继承人的情况下，由于缺乏被告，不符合民事诉讼法规定的起诉条件，因此，继承人不可能提起分割遗产之诉，同时，继承人在没有存款凭证的情况下，不可能以所有的银行等财产保存机构一并作为被告提起诉讼，要求其提供查询。”

《法制日报》记者了解到，现行继承法颁布已将近 25 年。而近年来，我国社会经济、家庭结构等方面均已发生显著改变：一方面公民财富日益增多、财产分布日益多元化、复杂化带来的财产不明日益凸显；另一方面我国独生子女日渐增多，子女多不和父母共同生活居住，父母突发疾病去世或意识不清，在离世之前未及立遗嘱或者向子女交代身后事，这些唯一继承人面对财产不明确却难以依法查明财产实际情况。

有法律界人士认为，现行继承法针对这种情况的立法规定尚为盲区，要想合法解决、破解这个困局，修订完善现行继承法势在必行。

据了解，近年来，由于遗产不明引起的诉讼、纠纷迭起。

河南省安阳市的独生子严志高就遇到了这样的问题。他在电话里对记者说：“我妈心肌梗塞，去得急，老父前几年就去世了，我只听妈妈说家里有 30 万元存款，目前家里只有一个 6 万的存折。”

无奈，严志高只得一家家银行查询，但是所有银行都拒绝了他的请求。

“在这种情况下，继承人就被挡在了立案门槛之外。由于无法启动诉讼程序，也就不能请求法院帮助其查询被继承人的遗产状况。”高翼飞说，继承人在无相关权利凭证(存折、银行卡等)的情况下要求银行提供查询缺乏实体法律依据，其诉讼请求不会得到法院的支持。

那么，作为独生子女的继承人还可以采取哪些方式查询遗产？

一名不愿意透露姓名的律师对记者说，这种情况下，可以突破现有的制度框架，设定一个非诉讼的查询程序，即由继承人一方提出申请，由法院去查询。

对此，北京大学法学院教授佟强认为，法院不宜被作为查询机关。“虽然法院社会公信力较强，但毕竟是一个司法机关，且目前我国法院的负担重已是一个不争的事实，这样做不仅增加其负担，且社会成本也比较大。”

“建议从法律上规定银行必须受理遗产查询业务，但是要查询的人必须向银行提供被继承人的死亡证明、合法继承人证明、本人身份证等证据。”佟强说，如果为了减轻银行辨别证件真假的负担，再加一个公证处公证，对上述证件的真伪进行公证。银行应该提供这样的查询职能，毕竟被继承人想要查明遗产的数额，只需告诉即可，如果被

继承人想要取走或是其他，就是另外一个问题。

不过，佟强也认为，银行不应该把所有事情都推给法院，让法院来证明，因为查询不明遗产既不是国家公权利利益的行使，也不是一个严格意义上的司法行为。“这种情况可以交由民间来处理，如果出现错误或者真实继承人的财产损失，由机构来赔偿。将来也可以建立这样一个机构，可以把公证处、律师事务所的职能进行扩展”。

“上述出现的问题都是法律的盲点，我们能做的就是尽可能使法律体制完善，加强立法。”佟强说。

## 放弃继承与配偶的特殊保护

作者：喻方德 发布时间：2010-04-14 16:09:40

在司法实践中，遇有继承人放弃继承时，是否会侵害了其配偶的共同财产，常有争议。如果不存在侵害配偶的财产权益，能否赋予符合一定条件下的配偶特殊保护呢？在继承法中没有相关规定，涉及此方面的讨论亦是甚少。然而，这是一个不容忽视的问题。在继承法实施近 25 年的期间，我国的政治制度、经济制度以及法律制度已经发生了重大变化，随着对私有财产的高度关注，现行的继承法已无法满足和应对。在继承法尚未修改之前，在法理上对之进行检讨，甚有趣味。

### 一、放弃继承的法律性质

如所周知，继承的放弃为单独法律行为。但是，对此法律行为的性质究竟为何，在学者之间有不同的见解：1、身份行为说。该说认为继承的放弃尽管与财产相关联，但毕竟与买卖、赠与等不同，其实质是基于特定的身份关系，故继承的放弃为身份行为【1】。2、财产行为说。该说认为继承的放弃必须以放弃人具有继承资格或地位为前提，并不产生继承人身份的确认，而仅发生遗产的归属问题，因此继承的放弃仅为财产行为【2】。3、折中说。该说认为继承的放弃既不是纯粹的身份行为，也不是纯粹的财产行为，实兼有此两种性质。然而财产的色彩较为浓重，故在无行为能力人，应为其法定代理人为之【3】。

笔者赞同财产行为说。因为继承人的资格或地位取得是基于其与被继承人之间的血缘关系，并不因为其放弃继承而会丧失继承人的地位或资格，其丧失的是遗产不归属于继承人的法律效果。也正因为如此，在立法上才能做出放弃继承的自由的规定。

### 二、放弃继承的内容是继承权，不是所有权

放弃继承是在继承开始后、遗产处理之前做出的意思表示。该意思表示，在当然继承主义制度下，须有继承人的积极表示，表示后即发生遗产不归属于继承人的效果，继承人此际并没有取得任何财产上的所有权。也就是说，其放弃继承系属于拒绝取得利益的行为，不是处分其已取得遗产的权利。否则，就无法体现出尊重继承人放弃继承的自由，因为共有人不能擅自处分共有财产。因此，在被继承人死亡后，遗产处理前，继承人放弃继承的是继承权，不是所有权。尽管继承的放弃是具有财产行为的法律性质，但不能因此而忽视放弃继承的权利是继承权的内容，二者不容混淆。从放弃继承的效果来看，在当然继承主义，自被继承人死亡时，遗产即归属于继承人所有或共有而无须继承人同意。即使如此，但为了尊重继承人的意思自治，立法上承认其放弃继承的自由，且赋予此放弃继承以溯及力，即溯及于继承开始时发生效力——也就是否认因继承之开始而当然为继承人之全部继承的效力。此际根本没有涉及到遗产的归属——所有权。

所以，无论如何不会因为继承人放弃行为而侵害其配偶的共同财产权益。不过，基于继承的放弃将发生遗产归属效果的法律性质，当然不能避免会对配偶的财产权益造成影响。

### 三、放弃继承与配偶的保护问题

如上所述，由于继承人放弃继承不是处分其已取得的遗产，因此不存在其放弃行为会侵害配偶的共同财产的问题。但是，这毕竟会影响到配偶的财产权益。例如《继承法解释》第 46 条规定，继承人因放弃继承，致其不能履行法定义务的，放弃行为无效。显而易见，其中“法定义务”必然包括夫妻之间的互相抚养关系义务。可是，仅仅用“法定义务”来约束放弃继承人行使权利，太过狭窄。即使是用“放弃继承不得损害他人利益的”【4】来作为限制行使权利的条件，这里的“他人”也无法涵摄在不影响“法定义务”情形下的继承人配偶。

对于这个问题的解决方案，具有启示性的立法例有二：

一是《瑞士民法典》第 574 条规定：“直系卑血亲抛弃继承权时，主管官厅应通知生存的配偶。后者得在接到通知

后一个月内声明接受继承权。”

二是《继承法》第 12 条规定：“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，作为第一顺序继承人。”

从第一个立法例中可以知道，直系血亲抛弃继承权时，配偶有权在法定期限内声明接受继承权【5】，不存在放弃继承会侵害配偶的共同财产的问题。但是，对于夫妻婚后财产共同制而言，本立法例不加限制条件的允许配偶声明接受继承权，则有违放弃继承制度的立法目的，使放弃继承的自由丧失其存在意义，理由是（法定）继承所得的财产属于夫妻共有财产。

对于第二个立法例，首先，要认清此条规定赋予配偶的权利属性。可以借鉴的是，《继承法解释》第 28 条“继承人丧失继承权的，其晚辈直系血亲不得代位继承”的规定，郭明瑞教授认为这个解释不尽合理，在代位继承的性质上应当采取固有权说，不能采取代表权说，理由是被代位人的责任不应由代位继承人承担【6】。实值赞同，即同理推定本法条规定的丧偶配偶享有继承权的固有权属性。其次，按照固有权说，从本法条中可以推断出放弃继承的配偶在符合一定条件下享有继承权的立法基础。第三，丧偶的配偶与继承权丧失、继承的放弃的配偶尽管在继承法律地位上没有做出同样的规定，但相对于配偶能否直接或间接获得遗产而言，却有相类似之处。如在配偶对公婆或者岳父母在生活上提供了主要经济来源，或者在劳务等方面给予了主要扶助的，即认定其尽了主要赡养义务或主要抚养义务的，继承的放弃（或继承权丧失）的该配偶应当与丧偶的配偶一样可以作为第一顺序继承人。由于不是“应当作为继承人”，所以该配偶应当在法定期限内声明接受继承权。第四，按照举重以明轻原则，丧偶的配偶作为第一顺序继承人的，并不妨碍丧偶的直系卑血亲代位继承，相对于其他继承人而言，影响到他们本身的应继承份额，此情形为重。而继承的放弃只是增加其他继承人取得利益，不影响他们本身的应继承份额，此情形为轻。因此尽了主要赡养义务或主要抚养义务的，继承的放弃（或继承权丧失）的该配偶可以作为第一顺序继承人。

综上所述，笔者建议，在今后对继承法进行修订完善时，可增加如下内容：“继承人放弃继承的表示后，其配偶对公婆或者岳父母尽了主要赡养义务的，应当在一个月内声明接受继承权”。

注释：

- 1、王泽鉴：《民法学说与判例研究》（4），中国政法大学出版社 2005 年修订版，第 288 页。
- 2、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 34 页。
- 3、史尚宽：《继承法论》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 265 页。
- 4、郭明瑞：“郭明瑞谈继承法之大修”，载法制网。
- 5、《瑞士民法典》第 574 条的“配偶”应为抛弃继承权的继承人配偶，不是被继承人的配偶，从后一句“声明接受继承权”中应能得出这个结论。
- 6、郭明瑞：“郭明瑞谈继承法之大修”，载法制网。

来源：[中国法院网九江频道](http://www.famlaw.cn)

## 中央解决遗产继承权问题始末

日期：2011-01-29 作者：殷之俊 来源：《世纪》



①邓小平、陈云在中共十一届三中全会上



②1979年习仲勋在广州会见荣毅仁（中）、张承宗（左）



③1977年，彭冲（右五）与苏振华（右七）、倪志福（右四）等在上海合影

2010年10月27日，中共第十一届中央政治局委员、七届全国人民代表大会常务委员会副委员长彭冲同志逝世，享年96岁。彭冲同志曾担任上海市委第一书记、上海市市长等职，这期间他坚持解放思想、实事求是，面对大量历史难题和遗留问题，认真贯彻中央精神，准确把握政策。为怀念彭冲同志，《世纪》2011年第1期特刊登杨叔铭《中央解决遗产继承权问题始末》一文。杨叔铭曾任中共上海市委统战部副部长，长期从事统战工作，本文是在他亲历新时期拨乱反正工作的基础上，参阅有关文献、档案、回忆录形成的。

彭冲请中央统战部派人到上海调查

1976年10月6日,曾经在中国政坛喧嚣一时的王洪文、张春桥、江青、姚文元在北京被隔离审查。10月26日,中央作出改组上海市委的决定,任命苏振华为上海市委第一书记、市革委会主任,倪志福为上海市委第二书记、市革委会第一副主任,彭冲为上海市委第三书记、市革委会第二副主任。中央开会的时候,叶剑英讲工作组到上海,要一破一立,破要破得彻底,立要立得正确,既要解决问题,又要稳定局势。破得彻底,就是粉碎“四人帮”的帮派体系,把他们篡夺的党政大权夺回来,把他们长期所颠倒是非再颠倒过来,进行拨乱反正。立得正确,最重要就是落实政策,就是立在人心上。立的根本,是正确落实干部政策,知识分子政策,对民族资产阶级的政策等。

上海是我国民族资产阶级最集中的地方,1956年清产核资的结果,全国公私合营企业私股投资总额为24.2亿元,其中上海约为12亿元,几乎占全国资本主义工商业的一半。按1964年统计资料,上海有资本家及其代理人84126人。当时全国资本家月薪300元以上的1004人,上海占937人。党的赎买政策在“文革”中遭到了破坏。全市被查封抄财物的有4.8万多户,存款(定息)3.8亿元,连同公债、金银和其他用品折价,共4.8亿元。“文革”初期,全市资产阶级工商业者普遍被扣减了高薪,或者只发生活费。全市资产阶级分子被冲击的私人房屋(包括出租房屋)58万多平方米。

彭冲新中国成立后曾任福建省委统战部部长、中共中央华东局统战部副部长,在任江苏省委书记时,一直重视党的统战工作。他到上海后即注意了解“四人帮”破坏党对民族资产阶级政策的严重情况。1977年7月15日,上海市委向中共中央报送了《关于对上海民族资产阶级分子被查封抄财物处理意见的请示报告》,提出对上海市3000元以上、10000元以下的7800多户资本家的被查封抄财物予以退还。10月4日,中共中央批复并转发了上海的请示报告,同意发还。同时指出,受“四人帮”干扰破坏的其他有关对民族资产阶级的政策,亦应按照中共中央过去规定的政策,继续调查研究,逐步加以解决。

1978年3月,彭冲到北京开会时,当面向中央统战部部长乌兰夫提出,请派人到上海调查,和上海市委统战部张承宗部长一起研究对民族资产阶级落实政策问题,乌兰夫表示同意。他们两人一致认为,党中央、毛主席对民族资产阶级的赎买和改造政策应当恢复。

1978年4月中央统战部开部务会议分工时,决定副部长童小鹏继续负责对“右派”摘帽工作的同时,即开始抓对民族资产阶级政策的落实工作。4月27日,童小鹏及秘书秦国生、天津市委统战部长李定一行三人到上海,听取了先到沪的中央统战部万景光的汇报。万景光等人先后开了四次座谈会,同上海机电一局、房地局等8个局和黄浦、卢湾等4个区委统战部及上海牙膏厂、第七制药厂等11个基层单位的同志了解情况交换意见,会后同上海市委统战部一起研究,并将情况分成查封抄财物处理、“高薪”、病假工资和医疗待遇、私房、安排使用等五个问题,考虑处理意见。

为了了解党外人士对落实民族资产阶级政策的意见,童小鹏等人于5月4日同上海工商界的主要人物刘靖基、吴志超、唐君远、汤蒂因、刘念智、丁忱、董幼娴座谈。童小鹏先说明这次来上海的任务,他们都很高兴,畅所欲言,说出了要求解决的问题和意见,主要是解冻存款、恢复和补发工资、量才任用和解决被挤掉的房子等问题。5月5日上午,童小鹏等人同上海市民党派负责人赵祖康等座谈,听取他们的意见。他们很高兴地谈了粉碎“四人帮”以后新的上海市委重视统战工作、恢复民主党派活动的情况,都赞成落实对民族资产阶级政策。当天下午,童小鹏等人又同七个公司、工厂的部分干部和工人座谈,征求他们对落实民族资产阶级政策的意见。由于受“左”的错误思想影响,一些人担心全面落实民族资产阶级的政策会导致对“文革”的否定,在调查研究中,看法和意见相左,其中一个突出问题是:资产阶级分子如夫妇已去世的,发还被查封的巨额存款时子女能不能继承?

当晚8时,彭冲来到童小鹏的住处静安宾馆,对他们来上海表示欢迎。彭冲说,已看过送给他的调查情况汇报,感到很好。已经来了,就要搞出成果。对于落实民族资产阶级政策问题,他认为:应该按党中央和国务院宣布过的政策贯彻执行。资本家存款主要是定息,要发还。困难的是财物,也要按不同情况,提出发还办法。房子问题,属私人所有的,应该发还;出租部分按房改办法处理。一下子解决有困难,分别缓急处理。关于工资,应当恢复,照原定工资给他们,并且要补发,也没多少钱嘛!

童小鹏向彭冲汇报了这两天举行了三个座谈会的情况后,建议由上海市委向中央写个报告,请中央加上批语转发全国较好。另外要起草一个宣传提纲,对干部职工进行对资赎买政策教育。彭冲明确表示同意,要童小鹏和市委统战部一起起草,并可以邀请一些省、市统战部部长来上海共同讨论。

5月11日,座谈会开始。童小鹏先说明这次会议的由来和任务,阐述了党中央、毛主席对民族资产阶级采取利用、

限制、改造和赎买政策的过程，希望大家对文件草稿和宣传提纲多提意见。接着张承宗发言，他揭发和批判了“四人帮”在上海破坏党的统战工作和对资政策的罪行。各省、市的统战部部长争先恐后发言，都认为这次会议十分重要，对文件草稿提出了许多修改意见，对宣传提纲也作了补充。

会后，根据讨论意见修改了文件草稿和宣传提纲，将定稿送市委彭冲，他看后表示满意，并表示即送市委讨论后上报中央。

中共中央批转上海市委《关于落实党对民族资产阶级若干政策问题的请示报告》

1978年8月24日，上海市委向中共中央报送了《关于落实对民族资产阶级政策的若干问题的请示报告》。当时，中共中央未批发，主要是考虑到：一次发还巨额存款、恢复补发工资，全国约10亿元，一锤子下去，广大职工群众反应怎样？为此，责成中央统战部再听取一下职工的意见。中央统战部调查组于11月又先后到北京、天津、上海和广州邀请约300名职工及工会、交通、财贸、银行等有关单位负责人，进行了40余场座谈，广泛听取了职工、干部的意见。总的看，大多数工人对落实民族资产阶级的政策是赞同支持的。他们说，中央关于对资产阶级的赎买政策是完全正确的，“四人帮”干扰破坏，理应尽快落实，决不能“一面搞赎买，一面又拿回来”，中国共产党说话要算数，“言必信，行必果”，这既有利于他们继续接受改造，又能调动他们为社会主义服务的积极性。上海，特别与港澳相邻的广州的职工认为，许多资产阶级分子和海外有着广泛的社会联系，政策落实好，政治影响很大。但也有一部分职工认为，资产阶级分子工资恢复又补发，锦上添花，思想不通，但表示：“党中央怎么决定，我们还是拥护的。”据此，中央统战部于12月4日再次报告中共中央，认为各项赎买政策应予尽快落实。中共中央在1978年12月26日，即在中共十一届三中全会召开后的第四天，便迅速向全国转发了上海市委的《请示报告》。这就为全面落实对民族资产阶级的政策，铺平了道路。

为全面贯彻执行中央批转上海市委《关于落实对民族资产阶级政策的若干问题的请示报告》（简称《八条规定》），1978年12月29日，中央统战部约请民建中央、全国工商联领导人座谈，传达《八条规定》，希望民建中央、全国工商联协助落实，并向广大原工商业者做好宣传教育，及时反映落实政策过程中的问题。1979年1月22日至24日，中央统战部再次召开在京及几个省市工商界上层人士、各民主党派的中央负责人、政协委员中的部分爱国人士参加的落实原工商业者政策问题座谈会。中央统战部部长乌兰夫讲话，揭露“四人帮”在“文革”中干扰、破坏党对民族资产阶级政策的罪行，肯定他们大多数人经受了“文革”的考验，没有动摇走社会主义道路的信心，并且再度宣讲了《八条规定》。

但这一报告有两个问题没有解决。一个是资产阶级工商业者的定息问题，原来上海市委报告提出的“本人已去世的，退还给家属”，上报后改为“夫妇已去世的，不予发还”。上海市委统战部对父母双亡、本人有困难者先予以补助，后要求民建与工商联帮助做工作。另一个问题是报告中规定：“对原来担任行政领导职务的，一般不再恢复原来职务，另作适当安排。”上述两个问题，乌兰夫讲话时略去未讲。这说明，思想解放和落实政策需要有一个过程。

邓小平：对遗产要允许有继承权

1979年8月15日至9月3日，第十四次全国统战工作会议在北京举行，这次会议是在十一届三中全会精神指导下，在统战工作拨乱反正已经迈开步子的情况下召开的，也是粉碎“四人帮”后第一次全国性的统战会议。会议以学习邓小平同志在政协五届二次会议上的讲话为主题，结合总结历史经验教训和新时期面临的新问题、新任务展开了讨论。上海参加这次会议的有张承宗、叶尚志、杨叔铭、余英、周起渭。

1979年9月1日下午4时至6时50分，中共中央政治局举行会议，直接听取中央统战部的汇报。张承宗以全国统战工作会华东组组长的身份参加了会议。

会议由华国锋主持，刘澜涛作汇报。汇报中，政治局的同志不断插话，会议气氛严肃活泼，邓小平发言最多，载入《邓小平论统一战线》一书中的《新时期统一战线是社会主义劳动者与爱国者的联盟》一文，便是小平同志在这次会议上所作的指示。

当汇报到落实原工商业者的政策子女有继承权问题时，会议主持者说：“夫妇双亡的，是不是要发还给子女，记得在讨论统战部报告时，涉及民法，涉及继承权问题。”

张承宗未加思索，便予以说明：“宪法上没有讲有继承权，也没有讲不能继承，在婚姻法上规定父母与子女有互相继承权。”他又说，上海法院处理这类纠纷有两百多件，法院基本上同意可以继承，把意见报到最高人民法院，最高人民法院也同意上海法院的意见。

会议主持者又说：“看简报，上海的工人对落实资产阶级政策不满意，有一个资本家给子女很多钱，子女就不上班了。”

张承宗又不加思索地说：“这种情况是有的，但是极少数。上海的工商界搞了一个爱国建设公司，已经集资 4000 万元……”

小平同志说：“对遗产要允许有继承权。继承的财产很有限，但如果广东一搞，对港澳就会有影响。港澳到内地投资的资本家就提出子女有没有继承权的问题。不允许遗产继承权，即使老子赞成，儿子也反对。我们应该在法律上作出规定，解决继承权问题。”“对个人的房产，我们历来没有取消个人所有。侵占私房是‘文化大革命’搞的。房子不多，就得发还。‘文化大革命’中有的干部占人家房子，但法律上还是归人家所有，从来没有剥夺。”

李先念、耿飏等同志都同意应有继承权。李先念说：“中国很多事，跟欧洲不同，欧洲不养儿防老，子女长大，不管了，还有继承权。”耿飏说：“农村里没有继承权也不行。农民修了房子，他死了，没有继承权，儿女住到哪里？所以，没有继承权，农民也不赞成。”

小平同志还说：“在工人中要做工作，要说清楚道理，给原工商业者定息的钱不多，但给国家、给社会主义的利益却大得很。对于吸收外资，引进技术，调动他们的积极性为社会主义服务，这是有益的事。大的工商业者还是想把钱投到建设上来的。”

胡耀邦同志也说：“有些同志思想不通，要教育工人阶级和干部，要有改造社会、改造人的远大眼光和伟大气魄，赎买、继承权的问题，是涉及无产阶级改造社会、改造人类的问题，要提高我们自己的政治水平。这不是什么投降！”

华国锋同志说：“我完全同意邓小平同志的意见。”“父母双亡的继承权问题，你们同上海研究一下，还可征求有关部门的意见，定下来。”

由于受“以阶级斗争为纲”的“左”的路线的影响，上世纪七十年代末要解决原工商业者定息能否由他们的子女继承这一问题，是颇具难度的，如有的人就振振有词说：“不能把剥削根子留给后代。”邓小平等老一辈无产阶级革命家从建设社会主义现代化和改革开放的高度立论，把这一棘手问题迎刃而解了。

根据中共中央政治局这次会议的精神，1979 年 10 月 11 日中共上海市委重新作出规定，夫妇已去世的，子女及其他合法继承人可以继承。

还有一段后话。1982 年 12 月 4 日第五届全国人民代表大会第五次会议通过的《中华人民共和国宪法》规定：“国家依照法律规定保护公民的私有财产权和继承权。”据此，1985 年 4 月 10 日，第六届全国人民代表大会第三次会议通过《中华人民共和国继承法》，对公民死亡时遗留的个人合法财产作了明确的界定（包括公民的收入、房屋、储蓄和生活用品、文物、图书资料及其他合法财产等），并规定配偶、子女、父母等有继承权。此法于 1985 年 10 月 1 日起施行。

杨叔铭 口述 殷之俊 整理 摘自《世纪》2011 年第 1 期

## 《继承法》怎么改？市律协联合成都商报征集意见

2012 年 08 月 23 日 成都商报

今日，成都市律协将召开继承法修改专题研讨会；欢迎拨打本报热线（028）86613333-1，提出您对继承法修改的建议、意见

“侄子女不能继承伯父财产？QQ、邮箱等虚拟财产能否列入遗产范围？……”成都商报连续两天报道《继承法》修改问题及相关典型案例，引起社会广泛关注。记者了解到，市司法局已要求成都市律协组织律师研讨《继承法》集中收集问题。今日，成都市律协将召开《继承法》修改专题研讨会。四川善嘉律师事务所的吴枚律师将把调研情况提交到研讨会上讨论。

关注点 1 儿子遗弃父亲，孙子该不该代位继承？

“老张虐待、遗弃了父亲，儿子小张却一直细心地照顾着爷爷。”吴枚律师说，假如老人死亡了，按照现行《继承法》，老张因为遗弃父亲丧失了继承权，那么小张也就不能代位继承了，这对小张很不公平。吴枚和同事的意见是，建议修改《继承法》，被代位继承人即使丧失继承权的，代位继承人也能代位继承。

关注点 2 父亲突然去世，



儿子能不能去银行查存款？

“父亲老王突然车祸去世，他的遗产有哪些，子女可能并不清楚。”吴枚律师和同事发现，父母突发疾病去世，在离世之前未及时向子女交代身后事，容易出现继承人难以查明财产的情况。现行《继承法》针对这种情况的立法规定是盲区。一般都是通过诉讼到法院，由法院通过司法途径查询。吴枚律师建议，《继承法》可规定，银行必须受理遗产查询业务，但查询人必须向银行提供被继承人的死亡证明、合法继承人证明等相关证据。

热线互动 拨 86613333-1

讲讲与继承有关的事

今日起，市律协通过成都商报收集读者关于继承法的意见、建议和典型案例。市律协将整理律师、普通市民的意见、建议，形成成都的修法建议，通过全国律协转交全国人大常委会。欢迎读者拨打成都商报热线电话（028）86613333-1，讲述您对有关继承法修改的建议、意见和您身边发生的案例。成都商报记者 李海夫

## 立遗嘱分遗产不能全给外人

2012年08月24日成都商报

昨日，成都市律协就《继承法》修改组织律师收集修改建议，成都商报记者将10个市民问题提交到会上。形成书面修法意见后，成都律协将通过全国律协提交到全国人大常委会。

据悉，近期公布的《继承法》修改草案建议稿有两个版本：一个由中国人民大学教授杨立新等11名专家、学者起草（下称杨版）；另一个由民法学家梁慧星教授起草（下称梁版）。“我们会认真学习研究，结合实务提出自己的修改意见。”参会律师表示。

关注一 法定继承人范围扩大

现行《继承法》法定继承顺序为：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。杨版的建议稿中，将孙子女、外孙子女增加到第二顺序继承人，祖孙可以相互继承。同时，建议稿增加了第三顺序，包括曾祖父母、外曾祖父母，伯父、叔父、舅父、姑母、姨母，堂兄弟姐妹、表兄弟姐妹、侄甥子女、侄孙甥孙子女，曾孙子女、曾外孙子女等四亲在内的其他直系或旁系血亲。梁版建议稿则只增加了第三顺序法定继承人，并限制在四亲以内的亲属。

“我们都认为该拓宽继承人范围，杨教授采取列举的方式，比较直观。”一名参会律师说。

关注二 “试管婴儿”有继承权

“试管婴儿”有没有继承权？杨版建议稿给予了明确回答。而梁版建议规定，“经夫妻双方协议实施人工生育的，其父母子女间的关系等同婚生父母子女关系。”

“收养的孩子都有继承权，‘试管婴儿’当然该有。”参会的一名律师说。

关注三 “二奶”不能得遗产

能否立遗嘱将财产给“二奶”？梁教授在建议稿中强调，“当事人设立遗嘱，不得违反法律规定和社会公德。”而这一问题，律师、学者们看法不一。一名参会律师认为，不能将全部财产留给“二奶”，但可以赠一部分。

四川鼎立律师事务所张律师说，她曾到北京、重庆等地参加《继承法》修改研讨会，包括她在内不少专家、学者都不赞成将财产留给“二奶”。这样违反了公序良俗，不能提倡。

关注四 不能全部转赠外人

“老张立遗嘱时，考虑家人对他不好，决定不留给老婆孩子，将财产全部赠给外人行不行？”梁版建议稿对此有明确答案，他建议遗嘱部分中规定“特留份”制度，要给法定继承人预留一定的份额。

“应在遗嘱中设立必留份和特留份。”杨版建议稿中说，“必留份”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。而“特留份”则指，被继承人的配偶、晚辈直系血亲、父母享有特留份继承权。特留份额是其法定继承数额的二分之一。

成都商报记者 李海夫

## 《继承法》修改提上日程

2012年09月05日 西南商报本报记者 李国华

在今年初全国人大法律委员会建议将继承法修改列入全国人大常委会2012年立法工作计划后，日前，成都市

律协也公开向社会征集对该法修改的建议和意见，在收集结束后将召开修改专题研讨会。

现行继承法颁布已经二十七年了，现在我国的社会经济结构、私有财产状况、家庭关系等，与当初颁布之时相比已经发生了深刻的变化，严重滞后的继承法也急切需要在继承制度中进一步完善，以满足和应对当今社会经济生活的需求。

四川元绪律师事务所知名律师许国兵表示，8月31日，该所召开了专题讨论会，认为继承法应该在增加第三顺序继承人和进一步明确遗产范围两个方面进行修订，以适应社会发展的要求。

#### 继承法没有与时俱进

现行《中华人民共和国继承法》颁布于改革开放刚刚开始时的1985年。当时仍实行单一公有制的计划经济体制，全社会长期物资严重匮乏，广大工人、农民家庭基本上没有什么财产，继承关系极为简单，加之法学教育和法学研究刚刚恢复，对于继承法律制度的重要意义认识不足，因此造成现行继承法过分简略，仅有36个条文，遗漏了许多重要继承制度。

《继承法》实施至今已有26年之久，26年来，我国已经成功实现从计划经济体制向社会主义市场经济体制的转轨，现代化社会主义市场经济有了相当发展，党中央提出的全面建设小康社会的目标即将实现，广大人民群众拥有的私有财产种类和数量日益增加，同时由于实行计划生育政策，一对夫妇只生一个孩子，家庭关系和亲属关系发生了深刻变化，《继承法》已经无法满足和适应社会经济生活的需求。

此外，家庭结构也较以往发生了变化，随着社会离婚、再婚事件的增多，社会的家庭结构变得也较以往复杂，除了血亲关系，还有收养关系和再婚带来的继子女等拟制血亲的抚养关系，在现行法律中规定得都不明确。

同时，继承法本身的诸多漏洞和缺陷，也限制了继承制度的调整功能的进一步发挥，不符合建设社会主义和谐社会对法律的要求。

#### 财富增加继承纠纷增多

“我现在使用的手机号是我花钱买来的，那是否可以作为我的遗产让后人来继承。同时，我的QQ号码等也是我同亲朋交流的方式，属于我的私有东西，那自然就应当属于我个人的财产，肯定也应当作为遗产来处理啊。”在采访中，不少市民对现行继承法中对这些财产没有明确而表示不解。

市民张先生就表示，自己现在使用的这个车辆号牌是自己花钱选号后定下来的，但是好像根据现行的继承法这些都不属于继承的范围，肯定是对自己私产的侵犯，这些都应当在继承的范围。

许国兵表示，与现行继承法制订当初相比较，现在国人都有了更多的财产，并随着经济发展和财产的多元化，特别是物权法的颁布，让现在继承纠纷案件和继承法立法之初的背景确实发生了很多变化，像手机号、QQ号、车牌号等这些多元化的遗产范围扩大，让继承的标的也发生了很大变化。

他表示，以前立法之初遗产基本上都是生活用品等，如今的遗产范围还包含生产资料、房屋、有价证券、古玩字画等贵重物品。遗产范围的扩大，主要原因就是私有财产范围的扩大和公民收入的多元化，而现行继承法采取列举方式，但是没有进行具体的规范，以致于在执行中会产生很多争议，并在不少的实际庭审案例中成为双方争辩的焦点。这些争论让法律部门也对此无所适从，这些都证明了现行继承法的滞后性，急待完善。

#### 修订应当增加两大方面内容

继承法是在1985年制定的，自然带有当时的时代特点，随着经济社会的不断进步，有关继承范围、方式，包括虚拟财产等能否继承等问题的规范也需要在继承制度中进一步完善。

目前，全国人大常委会已将《继承法》的全面修订工作纳入立法规划，全面征集意见，四川元绪律师事务所根据成都市律师协会安排于8月31日召开专题讨论，主要就两个方面提出了意见和建议。

许国兵表示，全所上下经过讨论后建议在继承法修改中应当增加第三顺序继承人，即在第一顺序：配偶、子女、父母，第二顺序：兄弟姐妹、祖父母、外祖父母之外。把例如堂兄弟姐妹、表兄弟姐妹、曾祖父母、曾外祖父母作为第三顺序继承人。同时，要进一步明确遗产的范围。目前在网络上不少网友提出，应该把QQ号、电子邮箱等网络虚拟财产列入遗产的范围，在会上更是提出凡是能够得到利益的都应该列入遗产的范围，如：域名、电话号、车牌号、网络虚拟财产等均应列入遗产的范围。

据记者了解，九届全国人大常委会第三十一次会议对民法草案进行了初次审议，草案中对继承法有专门规定。法制工作委员会正在就修改继承法进行研究。

## 律师视点：

### 包容与开放：《继承法》修改应当坚持的原则

新闻中心-中国网 [news.china.com.cn](http://news.china.com.cn) 时间： 2012-03-02

[http://www.china.com.cn/news/law/2012-03/02/content\\_24824024.htm](http://www.china.com.cn/news/law/2012-03/02/content_24824024.htm)

我国遗嘱继承一直不发达，财产所有人不善于运用遗嘱的形式处分自己的财产。随着社会的进步，个人及家族财富的增加，财产所有人的“遗嘱”意识逐步增强，越来越多的人选择通过遗嘱充分行使处分自己财产的权利。笔者认为，法律应当鼓励和引导人们使用遗嘱，注重培养遗嘱继承文化，因此，对于新型的遗嘱形式，法律应体现一定的包容性和开放性，及时解决新型遗嘱的法律要件及法律效力问题，以促进我国遗嘱继承文化的发展。

大多数国家对于遗嘱的形式一般都有明确的规定，然而，由于各国的国情、立法传统、风俗习惯等各方面存在差异，因此，其立法认可的遗嘱形式也存在不同，以下简单介绍大陆法系及英美法系主要国家关于遗嘱形式的规定：

#### （一）大陆法系代表性国家规定的遗嘱形式

法国民法典第 967 条至第 1001 条详细规定了一般遗嘱和特别遗嘱两种。一般遗嘱又分为自书遗嘱、公证遗嘱、密封遗嘱三种。特别遗嘱又分为军人遗嘱、隔绝地遗嘱、海上遗嘱、外国遗嘱四种。其第 1001 条规定，本目及前目规定的各种遗嘱方式，必须遵守，否则遗嘱无效。

日本民法典第 967 条至第 984 条对遗嘱的方式作出了详细而具体的规定，将遗嘱方式分为两类，普通方式和特别方式。普通方式包括三种：自笔证书遗嘱、公证证书遗嘱、秘密证书遗嘱。以特别方式订立的遗嘱，是指在死亡危急、传染病隔离、船舶遇难等情况下所立的遗嘱，这种遗嘱大多数以口授方式进行，在能采用书面形式的场合，也可用书面形式。

另外，德国、瑞士的民法典一般也将遗嘱方式分为普通与特别两种来规定，具体类型包括自书遗嘱、公证遗嘱及口授遗嘱的方式。

通过比较上述大陆法系主要国家在遗嘱形式方面的规定，笔者发现，在坚持遗嘱形式法定方面，我国与法、日、德等国并无区别。但上述国家显然对各种遗嘱形式要件规定的更加详细，限制较多，同时，上述国家均未规定代书遗嘱与录音遗嘱，我国在遗嘱形式方面的选择更多。

但是，由于成文立法模式本身的局限性，且法律条款的设置缺乏弹性，对于新型的遗嘱形式，上述国家的立法多未做出明确规定。

#### （二）英美法系主要国家关于遗嘱形式的规定

英美通常也采用自书遗嘱、见证遗嘱、口授遗嘱三种形式。不过，英美法对口授遗嘱持限制态度。英国法对遗嘱成立要件的限制也很少，不要求遗嘱人必须亲自书写遗嘱全文，印刷或打印的遗嘱也可有效，也不以记明日期为要件。只要求遗嘱人和证人签名。

英美的遗嘱继承文化比较发达，一方面与其经济发展水平有关，另一方面，法律对遗嘱成立要件限制较少，对新技术成果接受度高，也在一定程度上鼓励了人们通过遗嘱处分财产的积极性。

#### 正确对待新型遗嘱之价值考量

新型遗嘱的法律认定已经成为司法实践中亟待解决的现实问题，笔者认为，为了正确处理新型遗嘱问题，应着重从如下两方面进行价值考量：

首先，从科技进步与立法发展的互动关系看：

一方面，科技进步影响法律的调整范围。科技的发展对一些原有的社会关系与法律定义提出了一系列新的问题，造成了巨大冲击，要解决这些问题就需要对传统的法律做出相应的调整，对原有法律进行改革与修订。电脑、打印机、手机通讯及互联网等科技的发展，使得打印遗嘱、短信遗嘱、电子邮件遗嘱等新的遗嘱形式进入《继承法》的调整范围，要求《继承法》及其相关司法解释做出调整与更新。

另一方面，法律作为调整科技社会关系的重要手段，就是要为科技活动提供良性的法律环境。科技发展的方向，科技组织和科技活动需要法律来规范和引导，科技的发明和创造需要法律确认和鼓励。《继承法》及相关司法解释对新型遗嘱的态度，是否接纳以及如何接纳的解决方式，将对新型遗嘱所依赖的科技形式产生重要的引导作用。

因此，从科技进步与立法发展的互动关系来看，需要将新型遗嘱纳入《继承法》及相关司法解释的调整范围，同

时，更加应该注重发挥法律对科技的积极引导作用，鼓励新型遗嘱的技术创新。

其次，从安全与效率的角度：

如前文所述，《继承法》对遗嘱形式的规定，主要是为了确保遗嘱系遗嘱人真实的意思表示，在价值取向上更倾向于安全性。笔者对此并无异议，同时笔者认为，法律应注重安全与效率的平衡，在强调安全的同时也不应忽视效率，更不能以安全为由抵制代表了高效率的新生事物。

新型遗嘱在记录与存储方面都更加便捷高效，虽然在安全性方面还有待改进，比如打印遗嘱因输出形式同一，内容无法进行笔迹鉴定，更容易被篡改或伪造，存在一定的安全风险。但是，这并不应该成为法律拒绝接受打印遗嘱的理由，立法可以为认可打印遗嘱设定必要的条件，以确保其安全性，进而发挥其作用。

包容与开放：《继承法》修改应当坚持的原则

为满足科技进步对立法完善提出的必然要求，发挥法律在引导科技创新方面的积极作用，平衡安全与效率的关系，笔者认为，我国《继承法》在未来修订过程中，在对待新型遗嘱方面，应当更加包容与开放，并注意培养与发展我国本来薄弱的遗嘱继承文化：

第一，对待新科技成果，《继承法》应当保持适度的开放态度，及时将成熟的新型遗嘱纳入《继承法》规范之中。事实上，这也符合我国《继承法》的立法传统，比如，对录音遗嘱的采纳，目前除我国及韩国外，几乎所有的国家均无录音遗嘱的规定，但是，在上世纪八十年代，录音设备刚刚在中国兴起的时候，《继承法》就能够敏锐地运用这一现代科技成果，勇于突破传统的遗嘱形式，可见，《继承法》对于新生事物并不排斥，反而能够顺应科技发展潮流，让科技为人服务。

与此相关，目前对录像遗嘱的认定，多将其作为录音遗嘱的一种。事实上，录像在画面呈现方面具有更大的技术优势，显然更能全面地反应遗嘱人的精神状态、真实意思，且录像机也早已成为一种很普遍的电子产品，因此，笔者认为，可以参照录音遗嘱形式要件的规定，将录像遗嘱作为一种独立的遗嘱形式纳入未来的《继承法》条文中，使之发挥更大作用。

第二，《继承法》在对遗嘱的形式要件进行规定的同时，应适当增加对形式瑕疵的包容性。

如前文所述，我国《继承法意见》规定，继承法实施前订立的，形式上稍有欠缺的遗嘱，如内容合法，又有充分证据证明为遗嘱人真实意思表示的，可以认定遗嘱有效。可见，对于《继承法》实施之前的遗嘱，法律对其形式上的欠缺比较宽容，在满足内容合法，又有充分证据证明为遗嘱人真实意思表示的情况下，可以认定有效。然而，反言之，《继承法》实施之后的遗嘱，如果不符合法定形式，则应当认定为无效。

笔者认为，考虑到财产所有人并非人人都是法律专家，在运用遗嘱处分个人财产的时候，难免在形式上存在各种瑕疵，因此，如果因为遗嘱瑕疵一概否定遗嘱的效力，很可能使得遗产的继承与分配无法按照遗嘱人的意志来进行，必然会影响财产所有人使用遗嘱继承的积极性，这对于我国刚刚起步的遗嘱继承文化也是一种打击。另一方面，遗嘱“要式性”的核心目标是保护遗嘱人的真实意思表示，如果形式虽有瑕疵，然而通过考察其他的证据，能够探究遗嘱人的真实意思表示的，则因为遗嘱形式瑕疵否定其效力，反而违背了遗嘱人的真实意愿，也与遗嘱“要式性”的立法目的相违背。

因此，建议我国未来《继承法》修订时，能够将对形式瑕疵的包容性扩大到《继承法》实施之后，作为一种处理遗嘱形式瑕疵的一般性规定明确下来，即规定“形式上存在欠缺的遗嘱，如内容合法，又有充分证据证明为遗嘱人真实意思表示的，可以认定遗嘱有效”。

如此一来，在现有的法定遗嘱形式之外，如果遗嘱人采用了新的科技手段订立遗嘱，虽形式上有瑕疵，在法律上也为认定其有效性留下了余地。比如，在对待打印遗嘱的问题上，一般认为打印与亲笔书写或他人代写之间，只是书写工具不同而已，并无本质的区别，因此，如果遗嘱人一方面打印了遗嘱并签字，同时留下了手写的遗嘱草稿，且打印遗嘱与草稿内容经核实一致，则宜认定打印遗嘱为自书遗嘱的一种；如果遗嘱人找他人代为打印，并同时有两名以上适格见证人在场见证、签字，则宜将其认定为代书遗嘱的一种。

如此一来，虽成文法有其滞后性，然而通过这一包容性的条款设置，赋予法官一定的自由裁量空间，增强了法律的灵活性和适应能力。

第三，注重发挥司法解释的补充作用。

成文法的稳定性决定了《继承法》不可能对每一种新型遗嘱均能及时纳入，其高度抽象性也决定了《继承法》不可能对每一种具体的遗嘱形式分别做出规定。这一困境可以通过司法解释的形式加以解决，也就是说，应注意发

挥司法解释的补充作用，对于特定新型遗嘱，是否认定、如何认定、评判的标准等可由司法解释进行统一规定，这种灵活的处理方式尤其适用于通过手机短信、QQ 留言、MSN 留言、电子邮件、博客或微博等形式表现的具体的新型遗嘱。（作者陈凯 李春 北京市中凯律师事务所继承部）

## 新型遗嘱形式引发争议 继承法滞后性日益凸显

新闻中心-中国网 news.china.com.cn 时间：2012-03-01

近年来，随着我国公民家庭财富的急遽增加，社会人口老龄化程度的加深以及公民法律意识的增强，遗嘱已经成为个人处分遗产的重要形式。然而，随着科技进步，更加人性化且便捷的书写、记录与存储方式日益被人们采用，现实中出现了新型的遗嘱，比如打印遗嘱、录像遗嘱、电子邮件遗嘱等。然而，这些新型遗嘱是否合法有效，司法实践中应如何认定等问题，存在很大争议，值得探讨。

### 一、新型遗嘱形式引发的争议

我国《继承法》1985 年出台施行至今，已有 26 年历史。而这期间正处于史无前例的科技高速发展阶段，个人电脑、打印机和互联网等新技术进入普通人的生活，更是改变了人们数千年来的书写、记录和表达方式。尽管这些新型书写记录和表达形式尚未得到法律的确认，但由于其人性化和便利性的特点，已经被许多人作为记录自己遗嘱的载体，在现实中产生了许多新型遗嘱。

新型遗嘱是否具备法律效力，应将其归入法律上认可的何种类型遗嘱等问题日益突出，在法律没有进行修订的情况下，实践中存在着很大争议。

#### （一）打印遗嘱

打印遗嘱指遗嘱人亲自或者委托他人操作计算机，在计算机上记载遗嘱内容并通过打印设备输出形成的打印稿，遗嘱人在打印稿上签署姓名及日期。

司法实践中，对于打印遗嘱的性质一般有如下三种不同意见：

第一种意见认为，打印遗嘱应视为自书遗嘱。因为遗嘱人亲笔书写或亲自打印遗嘱，只是书写或记录工具不同而已，只要能体现遗嘱人的真实意思表示，应当承认其符合自书遗嘱的形式；

第二种意见认为，打印遗嘱应视为代书遗嘱。当遗嘱人自己不方便操作电脑，而委托他人代为输入文字的时候，其实与委托他人代为书写遗嘱并无实质区别，认定打印遗嘱的效力应当适用代书遗嘱的规定。

第三种意见认为，打印遗嘱既非自书遗嘱也不是代书遗嘱，因为《继承法》对遗嘱的形式进行了严格的规定，而打印遗嘱不符合五种遗嘱形式中的任何一种，故应为无效的遗嘱。

#### （二）录像遗嘱

很多人认为，我们国家《继承法》既然承认录音遗嘱，那么通过录像的方式，将遗嘱人订立遗嘱的过程全部记录下来，不仅能够体现遗嘱人的声音，也能够看到其一举一动，更能直观地表现遗嘱人是否是自愿订立的遗嘱，录像遗嘱应当是合法有效的遗嘱形式。

但事实上，录像遗嘱的认定在现实中仍然存在争议。

首先，严格地讲，录像遗嘱不属于《继承法》规定的五种遗嘱形式，法律承认录音遗嘱，并不能当然地推定其亦承认录像遗嘱；

其次，当录像中的声音能够清晰完整地反应遗嘱内容，并同时具备两个以上见证人在场见证的条件时，录像遗嘱可以被认定为是录音遗嘱，从而发挥遗嘱效力。因此，从目前的法律规定来看，录像遗嘱本身并不是一种独立的遗嘱形式，而是参照录音遗嘱的形式要件进行审查，从属于录音遗嘱的范围。

#### （三）通过手机短信、QQ 留言、MSN 留言、电子邮件、博客或微博等形式订立的遗嘱。

之所以将上述方式设立的遗嘱归于一类，是因为遗嘱人无论是通过手机通讯还是网络交流方式设立遗嘱，该等遗嘱都表现为一种电子信息的格式。如何保证所记载的内容是遗嘱人亲自输入，确保遗嘱的真实性与安全性，是这些遗嘱形式面对的共同问题。

对于这些日益普遍的遗嘱形式，是一刀切式地予以否定，还是有条件地予以承认，通过在形式方面对其做补充性规定，在确保遗嘱真实、安全的前提下，充分发挥其高效便捷的优势，也是值得思考的。

#### （四）网络遗嘱

网络遗嘱<sup>[②]</sup>是近年随着网络科技的发展新出现的事物，其提供的服务包括由用户将遗嘱扫描文件、财务信息、个人的其他重要信息等存放在所谓的“网络遗

嘱保管箱”内，并在用户意外死亡后转交给用户事先设定的联系人。

实际上，用户并不是在网络上订立遗嘱，网络遗嘱仅提供一种信息存储的平台，因此，即便联系人得到了遗嘱人预存在网络保管箱内的遗嘱扫描文件，该等扫描文件本身并不是遗嘱原件，并不能独立发挥遗嘱的效力，要考察遗嘱是否合法有效，仍然需要对原件进行判断，因此，网络遗嘱并不构成一种新型的遗嘱形式，也不属于本文探讨的对象。但是，由于其称谓容易使读者产生误解，在此仅做简要介绍。

## 二、《继承法》关于遗嘱形式的规定及立法目的

学界一般认为，遗嘱是要式民事行为，法律对遗嘱的形式有明确规定，遗嘱人只能按照法律规定的形式制作遗嘱，不按照法律规定的形式设立的遗嘱，不能发生效力。〔3〕

很多国家的继承法都对遗嘱的形式作出了明确而周详的规定，我国《继承法》第十七条规定了五种遗嘱形式，包括公证遗嘱、自书遗嘱、代书遗嘱、录音遗嘱与口头遗嘱，同时对每一种遗嘱应具备的形式要件也做了详细规定，比如，自书遗嘱由遗嘱人亲笔书写，签名，注明年、月、日；以录音形式立的遗嘱，应当有两个以上见证人在场见证，等等。

那么，法律为什么对遗嘱的形式要件做出如此严格的规定？其立法目的为何呢？

遗嘱是自然人处分其财产分配及其他身后事宜的文件，对遗嘱人的意义非常重大。因此，法律无论规定必须亲笔书写、签名，抑或规定两个以上见证人在场见证，这些形式要件的作用均是确保遗嘱人在完全自愿的情况下订立遗嘱，遗嘱体现的是遗嘱人真实的意思表示，而非受胁迫或欺骗所为。也就是“确保遗嘱人的意愿表示可证明是他自己的，这些意愿是他作为临终意愿认真准备好的，这些意愿是保持完整的。”

而且，从《继承法》相关司法解释，我们也可以探究出法律关于遗嘱形式的立法目的。《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》（以下简称《继承法意见》）规定，继承法实施前订立的，形式上稍有欠缺的遗嘱，如内容合法，又有充分证据证明为遗嘱人真实意思表示的，可以认定遗嘱有效。该规定在强调遗嘱内容合法的前提下，强调虽形式上稍有欠缺，但有充分证据证明为遗嘱人真实意思表示的，可认定遗嘱有效，揭示了遗嘱形式要件的立法意义，即：确保遗嘱为遗嘱人真实的意思表示。

遗憾的是，遗嘱的“要式性”使得《继承法》相对封闭，使得新型遗嘱被排斥在合法有效的范围之外，法律的滞后性也日益凸显。（作者陈凯 李春 北京市中凯律师事务所继承部）

## 论亟待修改《中华人民共和国继承法》之我见

<http://www.mfxlawyer.com/selnewxj5.asp?id=758>

2011-6-27 来源：黑龙江孟繁旭律师事务所 邵晓燕律师

现行《中华人民共和国继承法》（下称《继承法》）于一九八五年四月十日公布，一九八五年十月一日起施行，距今已有 26 年之久。由于《继承法》条款过分简略，仅有 36 个条款，且当时我国法学教育和法学研究刚刚恢复，对于继承法律制度的重要意义认识不足，加之法律本身带有滞后性的法律性质，造成《继承法》已经无法满足和适应当今社会经济生活的需求。26 年来，我国已经成功实现从计划经济体制向社会主义市场经济体制的转轨，继承法本身的诸多漏洞和缺陷，限制了继承制度的调整功能的进一步发挥，已不符合建设社会主义和谐社会对法律调整的要求，笔者仅就感知的《继承法》中存在的薄弱之处，提出一定的建议。希望可以为我国修改《继承法》提出一些看法，并起到完善我国继承法律制度的作用。

### 一、目前《继承法》存在的问题

#### （一）、法定继承人顺序过窄

笔者从事法律服务工作接触这样一个案例，一家三口父母和女儿乘车发生交通事故，当场父母双亡，女儿在送往医院经救治无效死亡，父母双亲早亡，女儿未婚，车祸中母亲的妹妹来咨询，其于车祸中父亲的弟弟如何继承？笔者结合《继承法》第十条（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的，由第二顺序继承人继承。）的规定，该案中父母先死亡，其遗产由第一顺序继承人继承，即女儿来继承。女儿死亡后，由于女儿系独生女，无兄弟姐妹，无祖父母、外祖父母，可见，其无第一顺序继承人，亦无第二顺序继承人，按照《继承法》第三十二条（无人继承又无人受遗赠的遗产，归国家所有；）的规定，女儿无法定继承人，其遗产应收归国有。因此，女儿的姨和叔叔均无继承权，遗产应收归国家所有。

(二)、法定遗嘱形式过窄

近日侯耀文遗产、季羨林遗下的藏品和稿费相继引发了继承纠纷，普通百姓因财产继承问题导致的纠纷案件也越来越多。遗嘱在西方国家被称作“家庭宪法”，一有孩子就写遗嘱。随着我国公民传统观念的改变，公民生前立遗嘱，避免去世后给子女带来法律隐患的意识逐渐增强。

《继承法》中规定的遗嘱形式主要有口头遗嘱、录音遗嘱、自书遗嘱、代书遗嘱和公证遗嘱，受传统习惯和公证遗嘱程序繁琐、收费的影响，目前采用公证遗嘱的比较少。随着科学技术的进步和网络的兴起和发展，目前出现了打印遗嘱以及电子遗嘱等多样形式，这与《继承法》对于遗嘱的形式规定不符。实践案例中，有当事人以打印出来的电子遗嘱不符合《继承法》规定的遗嘱形式为由，否认打印遗嘱的效力，在遗嘱继承中引起了争议。

(三)、遗产范围过窄

《继承法》立法之初遗产基本上是生活用品的处置，《继承法》第三条规定，遗产包括：（一）公民的收入；（二）公民的房屋、储蓄和生活用品；（三）公民的林木、牲畜和家禽；（四）公民的文物、图书资料；（五）法律允许公民所有的生产资料；（六）公民的著作权、专利权中的财产权利；（七）公民的其他合法财产。如今随着公民私有财产范围扩大，公民收入多元化，比如季羨林和侯耀文遗产纠纷很大一部分体现在两位文化名人所收集的古玩、字画等古董上，而作为享誉海内外的国学大师季羨林，他收藏的古玩字画更丰，并留有大量极有价值的手稿和研究史料。随着物权法、公司法、合同法等诸多法律的颁布和施行，土地承包经营权、建设用地使用权、贵重物品(如古玩字画)等等，都应属于遗产继承的范围。

结合前述谈到的几点问题，笔者对继承法的修改提出如下建议：

(一)、适当扩大法定继承人范围，增加继承人顺序。

由于我国长期实施计划生育政策，家庭关系和亲属关系日趋简单，如果坚持现行法所定范围之法定继承人，将导致无人继承的情况越来越多。我国至今已实行了 20 多年的计划生育政策，可能今后还将在一定时期内继续实行下去，据此事实上必将造成继承人的范围逐渐缩小。另外，随着城市单身者的不断增加和意外事故不断增加，也将逐渐缩小法定继承人的范围。为了保护公民财产继承权，为尽量不将遗产收归国家或集体所有，法定继承人的范围应规定的不宜过窄，适当对继承人的范围进行修改。现行《继承法》规定，遗产按照下列顺序继承：第一顺序为配偶、子女、父母。第二顺序为兄弟姐妹、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的，由第二顺序继承人继承。建议将法定继承人范围适当扩大，增加伯、叔、姑、舅、姨、侄子女、外甥子女，作为第三顺序继承人，这样更有利于保护全体公民的财产继承权利。

(二)适当扩大遗嘱方式，不宜限定遗嘱形式

二十多年来，随着科技特别是通讯技术、网络技术的迅速发展，有些法律规定已经不能适应日益发展的社会生活。现代通讯技术的发展已经使遗嘱人在危急情况发生时，完全可以通过手机、无线上网等手段将自己对财产的处分真实意思传达给远在千里之外的人，因此，现行《继承法》第十七条规定，遗嘱的形式仅包括公证遗嘱、自书遗嘱、代书遗嘱、录音遗嘱、立口头遗嘱，这种列举式的遗嘱形式已经不能适应现今社会的发展，建议参照《中华人民共和国合同法》第十一条的规定，遗嘱形式还包括信件和数据电文（包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件）等可以有形地表现所载内容能够反映立遗嘱人真实意思表示的遗嘱。

(三)、适当扩大遗产范围。

《继承法》第三条规定，公民死亡时遗留的遗产包括公民的收入、公民的房屋、储蓄和生活用品以及公民的其他合法财产。关于公民的其他合法财产，《继承法》没有进一步详尽规定，随着《物权法》、《公司法》、《合同法》的颁布施行，现行法律所规定和认可的财产权利逐渐扩大，如：土地承包经营权、公司股权等，这些财产权利属于可以继承的遗产范围。建议继承法修改时应明确规定，遗产的范围包括物权法、公司法、合同法等现行法律所规定和认可的公民财产权利，如土地承包经营权、建设用地使用权、抵押权、质权、股权、知识产权、债权等。

综上所述，二十几年的实践证明，1985 年的《继承法》在为我国社会建设有中国特色的社会主义事业中起到了不可磨灭的作用，它在当时的历史条件下起到了维护社会公平正义、维护社会和谐保障公民财产权利的重要作用。在这些方面，它的积极效果是值得肯定的。但是，随着二十几年的社会进步，尤其我国经济的迅速发展，公民财产的不断增长，财产种类的多元化，原有的《继承法》已现一些明显的不足，笔者总结实践中遇到的问题，略提个人见解，希望在完善我国法律制度方面献上绵薄之力。

## 对法定继承的财产为夫妻共同财产之质疑

### 一评《婚姻法》第17条第4项及《婚姻法》司法解释（三）第十五条

北京岳成律师事务所 杨晓林 段凤丽

**内容摘要** 在夫妻财产关系上，我国《婚姻法》和《继承法》存在着立法和法律适用的冲突，以致婚姻法的相关规定在实践中被架空，根本得不到履行。从根源上来说这是违背了继承权的本质，表现为与《继承法》存在时际法律冲突、立法法律冲突。解决此冲突的途径是修改《婚姻法》第十七条第四项，将夫妻关系存续期间，一方接受继承和赠与的财产直接规定为个人财产；相应地，《婚姻法》司法解释（三）第15条也就失去了存在的意义。

**关键词** 法定继承 夫妻共同财产 个人财产 法律冲突

#### 一、问题的提出

在《继承法》颁布之前，《婚姻法》在我国已经是一个独立的法律部门，婚姻家庭领域的财产纠纷一直适用《婚姻法》和相关的司法解释，对此未有争议。而在《继承法》颁布后，制定在先的《婚姻法》与《继承法》同样被视为民事特别法，并具有相同的位阶。而与身份紧密相关的婚姻家庭领域的财产关系不可避免地涉及到与《继承法》相关规定的衔接问题。实践中非常突出的就是《婚姻法》第17条第4项与《继承法》第十条之冲突，以及为解决此冲突在司法实践中的困境而作为补救的《婚姻法》司法解释（三）第十五条。

##### 1、立法现状：

《婚姻法》第十七条规定了我国夫妻共同财产的来源，具体是“夫妻在婚姻关系存续期间所得的下列财产，归夫妻共同所有：（一）工资、奖金；（二）生产、经营的收益；（三）知识产权的收益；（四）继承或赠与所得的财产但本法第十八条第三项规定的除外；（五）其他应当归共同所有的财产。”在这几种财产类型中，继承或赠与与所得的财产与工资、奖金，生产、经营的收益，知识产权的收益显然不同。工资、奖金，生产、经营的收益，知识产权的收益是当事人劳动所得，与第三方的意思表示无关。<sup>[1]</sup>

以上确立了我国《婚姻法》法定夫妻财产制为婚后所得共有制的立法指导思想。旨在保护婚姻中另一方尤其是妇女对男方继承受赠财产的共有权。

而《继承法》第10条第1款规定，第一顺序的法定继承人为：配偶、子女、父母。该条第2款规定，第二顺序的法定继承人为：兄弟姐妹、祖父母、外祖父母。

私法自治是民法的基本原则，当事人的真实意思应当受到尊重，这一点在以维护私有财产不受侵犯的《继承法》中体现得尤为明显。也成为《继承法》的立法主导思想。

两种立法指导思想的冲突导致《婚姻法》在法定夫妻财产制中将夫妻一方通过法定继承得来的财产直接规定为夫妻共同财产；而在《继承法》中，儿媳和女婿并非法定继承人。因此实质上依赖于另一方对继承权的处分而自身并无独立继承权的一方，对对方通过法定继承方式取得财产拥有共有权之规定成为水中月、空中楼阁，很难实现。

实践中，被继承人和夫妻一方避免继承的财产成为夫妻共同财产的方式主要有三种：

（1）被继承人以遗嘱方式明确排除配偶共有权。这种遗嘱处理的方式似乎不在所讨论范畴之内，但是却恰恰体现了被继承人处理自己遗产的自然情感和真实意愿。

（2）继承人放弃继承权方式，这是婚姻关系存续期间，继承人常用的规避方式；

（3）婚内不分割遗产的方式，即婚内维持与其他继承人对遗产的共有状态，暂不进行分割。针对此种规避方式，《婚姻法》司法解释（三）专设一条，即在第十五条规定“婚姻关系存续期间，夫妻一方作为继承人依法可以继承的遗产，在继承人之间尚未实际分割，起诉离婚时另一方请求分割的，人民法院应当告知当事人在继承人之间实际分割遗产后另行起诉。”

笔者认为，试图补救实践中《婚姻法》第十七条第四项所规定的夫妻对法定继承财产和获赠财产共有权利而设的此条解释，同样难以奏效。尤其在双方婚姻关系已经解除的前提之下，另一方要求分割对方继承的遗产的要求无异于与狐谋皮，形同虚设。

<sup>[1]</sup> 王竹青、薛峰“关于离婚时尚未分割遗产的处理评《婚姻法》第17条第四项”，选自《法律适用》2010年第12期，总第297期



## 2、相关案例

**【案例一】**这是一个笔者亲自代理的案件，也是实践中极为罕见的夫妻一方通过法定继承方式取得的财产被作为夫妻共同财产在离婚诉讼中加以分割。也因此导致女方心理的极度失衡，成为其上诉、申诉，并且至今拒绝执行生效判决的重要原因。<sup>[2]</sup>

### 【基本案情】

原告王某某

被告任某某

原告王某某与被告任某某于1994年4月15日登记结婚，双方均系再婚。后因夫妻感情完全破裂，诉至法院，要求判令双方离婚并平均分割以下共同财产：

- (1) 北京市西城区某小区房改房（以下简称西城区房）一套；
- (2) 双方的共同存款；
- (3) 家电家具若干；
- (4) 原告名下的北京市海淀区圆明园某小区房屋（以下简称圆明园房）一

套。该房屋系双方婚内原告从其父母处继承的房产，但该房屋尚欠他人房屋折价款10万元，要求原、被告共同承担。

被告任某某辩称，双方的感情已经完全破裂，同意离婚。

西城区房系被告购买的房改公房，其本身带有一定的国家政策及特定人身身份属性，结合该房屋的历史渊源及国务院北京市相关政策文件、购买价格核算、工龄优惠这算、预支款支付等房改具体情况来看，虽然上述房屋的房产证在婚后取得，但只是物权公示的需要而已，并不改变该房为被告婚前个人财产的性质，原告无权分割。

圆明园房系原告在婚内通过继承方式取得的，属于原、被告的夫妻共同财产，应依法予以分割，被告同意此房归原告所有，并由原告按房屋的市场价格补偿被告一半的房屋折价款。

经审理查明，原、被告于1994年4月15日结婚，双方均系再婚。原告名下圆明园房系原告父母之遗产，2004年经法院判决确认上述房屋归原告所有，原告给付他人房屋折价款。原告于2005年3月24日取得上述房屋的所有权。被告名下西城区房屋系被告承租之公房，1993年3月，被告申请购买上述房屋。

家具家电、存款略。

法院认为，原告要求离婚，被告亦表示同意，本院予以准许。关于共同财产，在双方婚姻关系存续期间，被告购买了西城区房屋，并于1996年7月4日取得上述房屋的房产证，根据我国婚姻法的相关规定，应认定为夫妻共同财产。但鉴于该房屋系被告通过房改售房的方式取得产权，该房折算了被告及其前妻的工龄，同时考虑房改售房具有福利的性质等因素，以归被告所有为宜，被告应适当给付原告折价款，具体数额由本院酌定。**在夫妻关系存续期间，原告通过诉讼继承了圆明园房屋，根据我国婚姻法的相关规定，亦应认定为夫妻共同财产**，鉴于西城区房屋归被告所有，圆明园房屋应归原告所有为宜，原告亦无须向被告支付房屋折价款。关于原告要求被告共同承担因继承圆明园房屋而欠他人房屋折价款10万元之请求，依据不充分，本院不予支持。

综上所述，根据《中华人民共和国婚姻法》第三十二条第二款、第三十九条第一款之规定，判决如下：

2012 准予原告王某某与被告任某某离婚。

2013 圆明园房屋归原告王某某所有。

2014 西城区房屋归被告任某某所有，被告任某某于本判决生效后十日内给付原告王某某房屋折价款三十万元。

2015 其他财产略。

2016 驳回原告王某某、被告任某某其他诉讼请求。

以上是笔者亲自代理的实践中极为罕见的一方法定继承的房产在离婚诉讼中被作为夫妻共同财产分割的案件。原告对当初继承父母的房产极为懊悔，心理极度失衡，成为本案在经历了上诉、申诉，现在仍然难以执行的重要原因。

**【案例二】方宏进离婚案爆出“婚内放弃法定继承的房产”，前妻希望继承遗产落空<sup>[3]</sup>**

<sup>[2]</sup> 此案是笔者2010年5月接受委托代理的案件，至今双方仍在申诉，判决也未得到履行。

<sup>[3]</sup> 源自“方宏进离婚案双方均提出上诉”2011-12-26 京华时报(北京) 记者王秋实。

久已淡出公众视线的前央视主持人方宏进离婚案中，关于导致二人感情破裂的原因据方宏进称是由于其放弃了对父母遗留房产的继承权。当然双方感情破裂的真正原因并不是我们考证的重点，而其中所涉及的放弃继承权问题却极具典型性。

方宏进说，他父母去世后，在天津留下两套面临拆迁的旧房产，他哥哥嫂子在住。因为自己在电视台的收入比较高，比哥哥家的生活条件好很多，他就想放弃这两处房产的继承权，但是于红伟却坚决要求继承，甚至让他到法院起诉亲哥哥，要求法院拍卖房子，平分房款。“这就意味着把我哥哥一家赶出家门，触犯了我的道德底线，我发现我们在很多事情上都看法不同，所以不可能再和她继续生活下去了。”

### 【案例二】离婚诉讼中妻子放弃继承权，丈夫起诉侵权败诉

赵浩东(男)与严小玫(女)1991年登记结婚。

1999年5月严小玫父亲去世时，在市内留有住房一套，但一直未继承分割，由严母居住实用。

2004年8月12日赵浩东起诉离婚，20日严小玫即公证放弃继承该房产。

2005年5月两人调解离婚。

离婚后，赵浩东以放弃继承的房产应是婚姻关系存续期间已由女方继承取得，属夫妻共同财产等为由，起诉到法院，请求判令放弃行为无效，并对争议房产及其他尚未分割财产进行分割。

严小玫认为放弃继承父亲财产，无需征得原告同意，且继承遗产与否，并不影响其应尽的义务，其放弃继承的行为应为合法有效。

### 【法院判决】

一审法院认为，被告的放弃行为，虽然会影响到原告可主张的夫妻共同财产的多少，但这只涉及被告对自己权利的处分，却不涉及被告对原告法定义务的履行，应属合法有效，且在双方离婚时被告并未实际取得可继承房产的份额，故原告要求分割上述房屋的诉讼请求不能得到支持。

实践中，以放弃继承方式规避父母遗产变成夫妻共同财产的例子不计其数。造成《婚姻法》第十七条第四款的立法意图根本无法实现，《婚姻法》司法解释（三）第15条也难逃被规避的命运。之所以出现这样的困境，其根源在于违背了继承权的本质。

## 二、问题的根源

### （一）从根本上来说，《婚姻法》第十七条第四项规定违背了继承权的本质

自然法学派认为“法律必须首先符合正义、理性等道德要求，人们才能对它表示认同，法律才能发挥出特有的优势和功能。”《婚姻法》第十七条第四项所面临的困境，从根源上来说违背了继承权的本质。

关于继承权的本质，从被继承人的角度观察，人们逐渐放弃了曾经盛极一时的家族本位说、无主财产说，目前意思说为主、死后抚养说为辅的观点得到普遍认可，并践行在各国的立法中。

荷兰著名的法学家格老秀斯在《战争与和平法》中认为，法的来源可以分为三种，即理性、神的意志和人的意志，与这三种来源相适应则存在着自然法和意志法，其中的意志法分为神法和人类法，而人类法又包括民法（地域法）、国际法。具体到民法中的继承制度，格老秀斯又根据意志论的解释模式，把法定继承看作是遗嘱继承的特别方式，认为法定继承不过是对被继承人意志的一种拟制。<sup>[4]</sup>18世纪英国著名的经济学家亚当·斯密亦认为，遗嘱继承是依死者的生前意愿进行的继承，法定继承意味着法律应该把死者的财产分配给那些可以臆断是死者所要给予的人。所以，它也包含遗嘱继承的意思，<sup>[5]</sup>与此同此，同时代的另一位英国哲学家休谟亦认为，继承权是一种很自然的权利，这是由于一般所假设的父君或近亲的同意，并由于人类的公益，这种同意和公益都要求人们的财物分给他们最亲的人，借以使他们更加勤奋和节俭<sup>[6]</sup>。

这些关于继承权本质的论述汇集在一起就形成了意思说。当然，这在遗嘱继承中不难解释。在法定继承中，要使其被所有的人遵守，具有普遍的法律效力，各国在制定时，“应该去弄清楚有财产的普通人若立遗嘱的话，他应对其财产做些什么，然后才来制定法定继承规则，这样的规则应该使他获得与其若立遗嘱同样的效果”。<sup>[7]</sup>不难看出，在法定继承中要坚持意思说，必须采取推测被继承人的生前意愿的方式，从而了解被继承人的真实想法。然而，此学说的最大困惑就是“如果人们的意志对继承起决定性的作用，那么调整继承关系的制度就不应与人们

[4] 薛军：《略论德国民法潘得克吞体系的形成》，载《中外法学》2003年第1期，第16页。

[5] 吕世伦：《法理的积淀与变迁》，法律出版社2001年版，第601页。

[6] [英]休谟：《人性论》，下册，商务印书馆1980年版，第551—553页。

[7] [英]F·H·劳森、B·拉登：《财产法》，中国大百科全书出版社1998年版，第207页。

的意思相违背，使其与继承权本质相对抗。但现实继承制度中对‘遗嘱自由’的限制，特留份、应继份的规定都表明继承并不完全以被继承人的意思为转移，反之，若凭人的意志就可以决定继承，便不需要人为的法律手段对之加以调整。”<sup>[8]</sup>

而死后抚养说很好地解决了特留份和应继份的问题，弥补了意思说的不足。

关于死后抚养学说，实际上从人类社会初始时，就已经有了其踪迹。我们都知道“人们能够而且应该对于是不是要孩子作出完全自主的决定，决定繁衍后代本身就使得人们必须为孩子的存在负责。孩子们应该有正常生活的平等机会，而这这就要求在他们的未成年期必须为他们提供充分的物质保障。”<sup>[9]</sup>同样，马克思在反驳主张废除继承权的观点时亦认为，“人们为自己的子女储蓄，他们的主要目的在于保证子女有生活资料。如果子女的生活在双亲死后能得到保障，那双亲就不会再去操心给子女留下生活所需的资料了。”<sup>[10]</sup>显然，在被继承人子女尤其是子女为未成年的情形下，为其保留足够的生活费用，是每位被继承人的义务，此种义务亦是被继承人生前主观意思的如实反映。同时，在子女先于其死亡时，其所遗留的年幼尚不能自行谋生的儿童，也有必要予以照顾。而且，此种死后抚养的观念，不仅充分体现在对直系卑亲属的生活照顾，也充分体现在对直系尊亲属的生活照顾。在尊亲属生活困难时，通常在分割负有抚养义务的被继承人遗产时，应当给予必要的照顾，这在各国或地区的继承法上已成为通例。

从其他国家或地区的立法实践中观察，尽管各国规定的继承制度不一，死后抚养说除了体现在特留份或必留份制度以外，还体现在对无生活保障后顺序的法定继承人和生前依靠其生活的非继承人利益保护方面，至于其他制度，则主要体现了意思说。摩尔根认为：“人类是出于同源，因此，具有同一的智力原理，同一的物质形式，所以，在相同的文化状况中的人类的经验的成果，在一切时代与地域中都是基本相同。”<sup>[11]</sup>表现在继承法领域，意思说为主，死后抚养说为辅的理念同样适用于我们对继承权本质的理解。

就意思说而言，无论遗嘱继承还是法定继承都是依据被继承人的生前意愿，决定其遗产的归属问题，“法定继承本质上乃是对被继承人处分其私有财产的意愿的最普遍、最一般的推定。也就是说，法定继承是‘推定的遗嘱’<sup>[12]</sup>换言之，遗嘱继承直接地反映了被继承人的意愿，法定继承则是间接地反映了被继承人的意愿。因此，如何间接地反映被继承人的意愿，为各国设计法定继承的最大困难。但任何时代的法律均摆脱不了法律为生活规则体现，立法者需从生活中寻找法律的意蕴。于是，为了准确地反映被继承人的意愿，立法者首要的任务就是通过对民众继承习惯调查研究<sup>[13]</sup>了解在一般情形下被继承人如何安排自己的财产。也只有这样，立法者所制定的法定继承制度才符合人们的意愿。

从被继承人的角度考虑，希望把毕生积累的财富身后留给自己子女，是人类最自然、最朴素的情感，也是私有制得以确立和发展的根本。通常情况下，被继承人无意将自己的财产留给子女的配偶，因为婚姻是充满变数的，除非子女的配偶作为丧偶儿媳或女婿对被继承人尽到了主要赡养义务，对此《继承法》第12条做了特别规定。《继承法》从尊重被继承人意愿、保护私有财产的角度出发，确定的法定继承人的范围是符合社会和人类发展需要的。而《婚姻法》第十七第四项恰恰违背了人类这种最自然的情感，因而从源头上陷入了误区。

## （二）从表现上来说，《婚姻法》第十七条第四项与《继承法》存在时际和立法冲突

法律冲突是指两个以上竞争调整同一社会关系的法律规范不一致的社会现象。我国著名法学家韩德培教授在其论著《国际私法》中将法律冲突定义为：法律冲突，是指两个或两个以上的不同法律同时调整一个相同的法律关系而在这些法律之间产生矛盾的社会现象。<sup>[14]</sup>我国现行《婚姻法》第十七条第四项与《继承法》之间就存在着时际法律冲突和立法冲突。

所谓时际法律冲突，是指调整同一社会关系的新法与旧法之间、前法与后法之间的冲突。我国现行《婚姻法》

<sup>[8]</sup> 张玉敏主编：《继承制度研究》，成都科技大学出版社1994年版，第14页。

<sup>[9]</sup> [美]迈克尔·D·贝勒斯：《法律的原则——一个规范的分析》，中国大百科全书出版社1996年版，第163页。

<sup>[10]</sup> 《马克思恩格斯全集》，第16卷，第652页。

<sup>[11]</sup> [美]路易斯·亨利·摩尔根：《古代社会》，下册，商务印书馆1997年版，第556页。

<sup>[12]</sup> 陈益民：《谈法定继承与遗嘱继承的统一》，载于《政法论坛》1986年第5期。

<sup>[13]</sup> 张玉敏：《继承法律制度研究》，法律出版社1999年版，第199页。

<sup>[14]</sup> 韩德培主编：《国际私法》，高等教育出版社、北京大学出版社2000年版，第85页。

是 1980 年制定的，至今又相继出台了三部司法解释；而《继承法》是 1985 年制定的，存在着新旧法和前后法的冲突。

立法冲突，是指立法主体的立法权限相互碰撞和侵越，以及不同的法律文件在解决同一问题时内容上的差异而导致的效力上的抵触。《婚姻法》十七条第四项同样存在着对《继承法》立法权限侵越而导致二者的冲突。

《继承法》第 10 条第 1 款规定，第一顺序的法定继承人为：配偶、子女、父母。该条第 2 款规定，第二顺序的法定继承人为：兄弟姐妹、祖父母、外祖父母。由此确立了法定继承人是按照亲属法上的亲属关系的远近确立的，即《继承法》所要保护的是被继承人的近亲属的财产继承权，而近亲属的范围显然不包括被继承人的子女的配偶。

### （三）《婚姻法》第十七条第四项不符合国际惯例

任何国家的立法，首先应从本国的基本国情出发，考虑本国的历史、习惯等具体国情。但是人类的同源性决定了在立法上应当借鉴或参考他国的有关规定，以使法律更具有合理性和判决之效力得到相互的承认及执行，以促进国际立法的统一和交往。就夫妻共同财产的范围规定方面看，大多数国家法律——不论是大陆法系还是英美法系国家的法律，都规定夫妻一方继承或受赠的财产属于个人。如《法国民法典》第 1405 条“夫妻双方在举行结婚之日各自拥有所有权的财产或者各自占有的财产，在婚姻期间各自因继承、赠与或者遗赠而取得的财产，仍为各人的自由财产。”<sup>[15]</sup>《意大利民法典》第 179 条“下列物品不构成夫妻共同财产而属于夫妻个人所有：4) 婚后取得的、在赠与文书或遗嘱中没有特别表明属于共同财产的赠与或遗产；”<sup>[16]</sup>。我国台湾地区民法也将夫妻一方婚后受赠或通过继承获得的财产划归夫妻一方所有。在美国，尽管州与州的规定有所不同，一般而言，共同财产包括各方配偶在婚姻存续期间获得的所有财产，但赠与和继承所得除外。<sup>[17]</sup>对我国婚姻家庭法影响最深的苏联模式，在其 1958 年的《苏俄婚姻和家庭法典》第 22 条也规定：“婚姻期间作为礼物或通过继承获得的财产，分别归各方所有。”<sup>[18]</sup>可见，我国的这一规定与国际立法不相符合。只要国际交流不断，法律的相互影响和趋同乃自然之趋势，我们的立法也应与国际同步，以顺应时代的发展。

### 五、《婚姻法》第十七条第四项导致司法上的困境

随着我国经济的快速发展，我国公民的财富迅速增加，越来越多的生产资料及房屋、汽车等价值较高的生活资料成为继承和赠与的财产对象，将这类财产作为继承人、受赠人夫妻共同财产的缺陷暴露出来了。<sup>[19]</sup>

《继承法》第 10 条确定的法定继承人并不包括配偶，而《婚姻法》第十七条第四项却将通过法定继承和接受赠与的财产规定为夫妻共同财产，这就导致配偶对方继承权只是一种期待权，依赖于配偶对继承权的意思表示。如果配偶放弃继承权，则另一方的财产共有权就会落空。而这恰恰是实践中经常发生的情形。如本文开头方宏进离婚案中爆出的婚内明确放弃继承权；同时还有相当一部分继承人通过与其他继承人商量，待离婚后再行分割遗产以避免法定继承的财产被配偶分割。面对实践中的难题，早在 2007 年上海市高级人民法院出台的《关于审理婚姻家庭纠纷若干问题的意见》（沪高法民一【2007】5 号）就认为，夫妻关系存续期间，一方作为继承人根据《继承法》的规定可以继承遗产，但继承人之间尚未对该遗产进行分配的，由于继承人在遗产分割前仍有权放弃继承，因此，离婚诉讼中，法院对继承人的配偶要求分割遗产的请求不予处理，但可以保留其诉权，由当事人在其权利条件具备时再主张分割。而最高人民法院在《婚姻法》司法解释（三）中更是专设第 15 条以明确配偶在离婚后对另一方婚内继承财产的期待权。不难推断，在婚内夫妻双方朝夕相处，感情稍有裂痕，一方都会顺利达到让对方对继承财产的共有权落空的目的；离婚后，失去了夫妻身份，对对方财产状况的了解更加困难，另一方更有条件规避继承遗产被分割情况的发生。如被用滥的，名义上放弃继承，暗地里以假买卖的方式赎回等等途径。

笔者作为专门从事婚姻继承业务的律师，为当事人起草遗嘱和赠与协议是日常业务之一，对此深有体会。

鉴于现在离婚率逐渐增高，有的人结婚目的很明确，就是为了房子，甚至有骗婚现象，多数老人在立遗嘱时，都会主动提出，或经律师或公证人员解释后态度非常明确地表示，遗产只给自己孩子，不给子女配偶，所谓“排除配偶共有权”。也有人称之为遗嘱“内外有别”现象。<sup>[20]</sup>

[15] [法]罗结珍译《法国民法典》，中国法制出版社 1999 年版，第 342 页。

[16] [意]费安玲译《意大利民法典》，中国政法大学出版社，2004 年版，第 53 页。

[17] [美]哈里.D.格劳斯，大卫.D.梅耶《美国家庭法精要》，陈苇译，中国政法大学出版社，2007 年第五版，第 66 页。

[18] [苏俄]马骧译《苏俄婚姻和家庭法典》，中国社会科学出版社 1978 年版。

[19] 裴桦著《夫妻共同财产制研究》，法律出版社，2009 年 4 月第 1 版，第 198 页。

[20] 引自《担心孩子离婚 老人遗嘱“内外有别”》2010 年 08 月 05 日 法治晚报 记者 杨京瑞 那佳。

所以,《婚姻法》第十七条第四项落空、《婚姻法》司法解释(三)第15条同样形同虚设,深层的原因是其与《继承法》发生的不可调和的冲突,解决的途径应当参照法律冲突的解决机制。

### 结论

以上分析了《婚姻法》第十七条第四项关于法定继承财产和赠与所得财产归夫妻共有及《婚姻法》司法解释(三)第15条关于离婚时尚未分割遗产的处理与《继承法》第15条之间存在着时际法律冲突和立法冲突,前者从根源上来说违背了继承权的本质,实践中难逃被规避的命运,实质上已经形同虚设。

根据法律冲突的解决机制,对于时际法律冲突,各国普遍运用“新法优于旧法”和“法律不溯及既往”的原则。对于立法冲突的解决,一是可以统一立法权,二是实现实体法的统一,就是不同立法机关制定相同的法律。

具体到本文讨论的问题,解决《婚姻法》第十七条及《婚姻法》司法解释(三)第15条与《继承法》第十条冲突的途径是统一《婚姻法》第17条第4项与《继承法》第10条。由于在先制定的《婚姻法》侵越了《继承法》的规定,违背继承权的本质,因此成为实践中的一纸空文,无法通过修补的方式(《婚姻法》司法解释(三)便是这种努力的明证)解决,只能被修改。在《婚姻法》第十七第四项的修改中应当体现对当事人真实意思的尊重,对人类朴素真实情感的尊重,以此为出发点才能解决在司法中面临的难题和在法律体系中的冲突。建议《婚姻法》第十七条第四项及与之密切相关的《婚姻法》第十八条第三项修改为:

“第十七条 夫妻在婚姻关系存续期间所得的下列财产,归夫妻共同所有:

(四)遗嘱或赠与合同中确定归夫妻双方的财产;

第十八条 有下列情形之一的,为夫妻一方的财产:(三)继承或赠与所得的财产,但本法第十七条第四项规定的除外;”。

## 婚姻财产协议中共同遗嘱条款的效力

北京岳成律师事务所 杨晓林<sup>②</sup> 段凤丽<sup>③</sup>

**摘要:**受社会经济结构变迁的影响,整个社会的婚姻价值观也在发生着深刻的变革。契约化以不可阻挡的态势,消解着以利他奉献为主旨的婚姻伦理精神,渐变着人们的婚恋观。包括婚前财产协议、婚内财产协议、离婚协议甚至颇有争议的包含财产关系的忠诚协议、保证书之类的身份协议越来越普遍地出现在我们的生活中。出于种种考虑相当一部分人习惯于在该种身份契约中对身后遗产进行一并处理,构成理论和实务中颇受争议的共同遗嘱来源之一。现行继承法没有将共同遗嘱作为一种独立的遗嘱形式单列出来,于是共同遗嘱有效抑或无效,是自在还是自设,理论界和实务界一直争议不休。作为一线的婚姻家事律师对此感受颇深。适值继承法修改之际,从笔者代理的婚姻继承案件出发探讨这一问题,以期对继承法修改尽绵薄之力。

笔者认为,无论从现实生活角度和法律思维角度共同遗嘱的存在都有其合理性,应当肯定其法律效力。鉴于长期以来人们认识上的巨大分歧,新修订的继承法有必要明确共同遗嘱的效力,并对其变更、撤销和生效作出明确的限定以便于司法确认并遵守遗嘱人最终处分身后财产的真意。

**关键词:**身份协议 共同遗嘱 遗嘱自由 撤销权 效力

### 目次

#### 摘要

#### 一、问题的提出

##### 1、共同遗嘱的概念和特征

##### 2、我国的立法现状

##### 3、相关案例

#### 二、共同遗嘱的立法比较分析

#### 三、我国学者对共同遗嘱的态度

#### 四、在我国以确认夫妻共同遗嘱有效为宜,但应对其操作适用加以必要的规范和限制。

<sup>②</sup>杨晓林(1969—),男(汉族),北京,北京岳成律师事务所合伙人,中国婚姻家庭法学研究会理事。

<sup>③</sup>段凤丽(1969--),女(汉族),北京,北京岳成律师事务所律师,法学硕士,主要从事婚姻家庭法方向。

### 一、问题的提出

根植于社会物质生活条件的遗产继承关系，不仅浓缩着家庭或亲属之身份关系、财产关系的历史与现状，而且折射出宏观经济体制的运行态势，并反映出人们的时代性财产观念和权利意识。<sup>④</sup>我国现行继承法并未对共同遗嘱作出明确规定，对于身份协议中的遗嘱条款更是少有人问津，实务中认定和处理多有分歧。

身份协议中的遗嘱条款主要体现在婚前财产协议、婚内财产协议（或保证书、忠诚协议）、离婚协议中。这些共同遗嘱条款是否有效？同样存在争议。

#### （十一）共同遗嘱的概念和特征

广义的共同遗嘱（Gemeinschaftliches Testament; Testament Conjonctif; Joint Will），谓二人以上依同一证书作成之遗嘱。以同一文书记载于同一证书为必要，故一信套虽盛入两枚遗嘱书或同一纸上，甲乙两人完全独立写立自书遗嘱，切离则得成为两独立遗嘱时，非共同遗嘱。<sup>⑤</sup>

具体来说，共同遗嘱，又称合立遗嘱，是指由两个或两个以上的遗嘱人共同订立的一份遗嘱。有形式意义上的共同遗嘱和实质意义上的共同遗嘱之分。所谓形式上的共同遗嘱又称单纯共同遗嘱，是指即内容各自独立的数份遗嘱记载于同一份遗嘱中。这种单纯共同遗嘱其在实质上为数份独立遗嘱，只不过形式在同一份遗书上，其产生各自的法律效果互不影响。不在本文讨论之列。

而实质意义的共同遗嘱指的是两个或两个以上的遗嘱人将其内容共同或相关的意思表示形成一个整体的遗嘱意思表示，从而定格于同一遗书上。这时遗嘱人之间的遗嘱表示是相互牵连和制约的。严格意义上的共同遗嘱应限于实质意义上的共同遗嘱，而本文的讨论也以严格意义上的共同遗嘱为准。

共同遗嘱在形式可以分两种，即两个遗嘱人相互以对方为自己遗产的继承人或受遗赠人的相互遗嘱和相互以对方的遗嘱内容为条件的相关遗嘱。

共同遗嘱在内容上通常有三种表现：一是，相互指定对方为自己的遗产继承人；二是，共同指定第三人为遗产的继承人；三是，相互指定对方为自己的遗产继承人并规定后死者将遗产留给某第三人。

实质意义上的共同遗嘱，与一般遗嘱相比，具有法律行为共同性、内容上具有严格的内在整体性和变更、撤销的非自由性、所处分财产性质的共同性、生效时间的特殊性等特征。<sup>⑥</sup>

### 2、我国的立法现状

在我国现行《继承法》根据遗嘱的形式要件所作出的公证遗嘱、自书遗嘱、代书遗嘱、录音遗嘱、口头遗嘱五大分类中，共同遗嘱并未在列。而在2000年7月1日实施《遗嘱公证细则》第15条则规定：“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的，共同遗嘱中应当明确遗嘱变更、撤销及生效的条件”。

可见，该规定对共同遗嘱持承认态度，但对其办理则限定了条件，即在“遗嘱人坚持申请办理”时，要“明确遗嘱变更、撤销及生效的条件”。这就导致，在上位法《继承法》中并未明示或者单列共同遗嘱为一特别的遗嘱形式，但在下位法《遗嘱公证细则》中却明确其操作细则。于是就产生一个疑问，共同遗嘱到底是否是独立于五种遗嘱形式之外的遗嘱形式？民间广为存在的共同遗嘱到底是包含在继承法规定的遗嘱形式之内还是自设遗嘱？

### 3、相关案例

#### 【案例一】儿子依婚内财产协议继承房产，条件未成就败诉<sup>⑦</sup>

原告：杨某某（男）

被告：杜某（男）

原告之母杨某与被告杜某于XX年XX月XX日登记结婚。2003年10月4日，双方签订协议书（下附）。

协议书

协议人（女方）：杨某

协议人（男方）：杜某

<sup>④</sup>麻昌华、曹诗权：共同遗嘱的认定与建构，选自《法商研究》199901。

<sup>⑤</sup>史尚宽著《继承法论》，中国政法大学出版社，2000年2月第1版，第415页。

<sup>⑥</sup>麻昌华、曹诗权：共同遗嘱的认定与建构，选自《法商研究》199901

<sup>⑦</sup>案件源自北京市丰台区人民法院真实案例



评析：该案中夫妻双方在内婚保证书中约定了互为遗产继承人的条款，但法院从遗嘱的单方法律行为性否认了内婚保证书中遗嘱条款的效力。

**【案例三】婚前财产协议中涉及共同遗嘱，法院肯定其效力<sup>⑧</sup>**

案情：原告李甲、李乙之父李某再婚前有个人财产房屋一套，因欲与被告赵某再婚共结连理，为妥善处理婚前婚后财产，于1998年3月，李某与赵某签订了《婚前协议》一份。该协议由李某亲笔书写，李某、赵某共同于落款处签名，约定内容如下：

(1) 我所欠的伍万元债务由赵某拿出婚前财产5万元给我赔偿，我婚前的私有住宅×巷×幢×号从协议之日起属于赵某个人的婚前财产，任何人无权干涉。

(2) 今后装修房子的费用与购买家俱资金，均由赵某个人承担。

(3) 我与赵某婚后创下的财产，属夫妻共同所有，无论哪一方先故，均由健在一方继承，继子女无权干涉。如继子女不孝敬、赡养在世的继父母，就取消其继承权，由健在的老人自由处置、变卖作为生活费用。

立协议人：李某 赵某

1998年3月×日

签订《婚前协议》的当日，李某向赵某出具“收条”一张，内容如下：今收到赵某给我币伍万元正(作为我婚前清还所欠债务)。落款为：收款人李某。

后双方于1998年10月办理结婚登记，婚后共同在该房屋内居住，但一直未办理房屋产权过户登记手续，直至2005年5月经县房管所登记变更为李某与赵某共有，并颁发了“房屋所有权证”和两本“房屋共有权证”，共有人为李某、赵某。另2000年土地部门颁发了该房屋的“国有土地使用证”，土地使用者为李某。2005年12月，李某因交通事故死亡。

李某死亡后，李某之子原告李甲、李乙诉至法院，请求确认两原告对父亲的遗产房屋一套拥有继承权，并对该房屋按法定继承在原、被告之间进行分割。被告赵某则认为，在双方签订《婚前协议》并按约付给李某伍万元后，房屋就已归其所有，变更房产证为共有系被继承人李某的私自行为，若不能和解，两原告应清偿其父向赵某婚前所借的伍万元债务后，再分割房产。

被告赵某向法庭提交了《婚前协议》及《收条》系李某亲笔书写的司法鉴定书，原告对此予以认可，但赵某未能向法庭证明变更房产证系李某的单独行为。庭审中，原、被告均同意房屋的价值按6万元计算。

法院经审理认为，被继承人李某在与赵某结婚之前即1998年3月约定将属于李某婚前的个人房屋附条件地归属赵某，但却于2005年将此房屋变更登记为李某与赵某共有。因约定在前，变更登记在后，故应将变更登记行为视为当初的“婚前协议”双方以变更登记的方式对原“婚前协议”的变更，因此该房屋的所有人应为李某与赵某。赵某支付李某的5万元系“婚前协议”所附之条件，此条件已附房屋的产权变更而变更，且赵某已随房屋的变更登记由争议房屋的无产权人成为了共有人之一，故被告主张的此款不应视为李某所欠之债务。李某与赵某所签婚前协议中，约定婚后所创财产为夫妻共同财产，一方因故，由健在一方继承的内容有遗嘱的性质，但结合该协议前后内容看，该房屋在协议之前已存在，不属于协议双方婚后所创财产之列，故原、被告现争议的房屋中属于李某的部份应按法定继承进行处理，而法定第一顺序继承人是被继承人李某的配偶、子女、父母。本案被继承人李某的法定继承人因父母已不世，故本案继承人为被继承人的配偶赵某、子女李甲、李乙。

因双方争议的房屋属于被继承人李某与被告赵某共有，应将属于赵某的一半分出为赵某所有后，余下的一半才属于李某的遗产。为了便于房屋的居住管理，所以应折价分割，其房屋的价值，庭审中双方均同意以6万元计算，故本院以双方认可的价值进行处理。考虑被告赵某与被继承人李某长期共同生活，故适当多分。依据《中华人民共和国继承法》第9条、第10条、第13条第一款、第26条第一款、第29条之规定，判决如下：

- 一、坐落于×县×镇×巷×号×幢×号房屋归被告赵某所有、继承；
- 二、由被告赵某补给原告李甲、李乙应继承房屋份额的折价款各9000元。

<sup>⑧</sup>源自中顾法律网 <http://news.9ask.cn/yjcj/yzjc/yzxl/201107/1449380.shtml> 2011年7月9日



评析：

该案婚前财产协议中，双方约定了关于遗产处理的条款。最后法院并未否认共同遗嘱的效力，驳回原告此项诉讼请求的理由是所涉遗产并非共同遗嘱处分范围。

**【案例四】离婚协议约定遗产处理，在法定条件下可以被在后遗嘱撤销。<sup>11</sup>**

**案情** 2008年10月，许某与张某在婚姻登记机关办理了离婚手续。双方在离婚协议书中约定：金巢路面积74平方米一套房产和五万元人民币归张某所有；潮海龙蟠一套房产归许某所有，除五万元以外的其余存款和股票也归许某所有。两人死后，所有的住房和钱财及股票全部由女儿张杨继承，如以后出售住房，所卖的钱均归女儿所得等。2009年4月1日，许某同时给女儿、自己所在单位、许某的姐姐（下称许姐）立下三份遗嘱，内容主要分为：（一）妈妈走了，没有留给你任何遗产，靠自己吧；（二）单位不要为我开追悼会；（三）生病的这几年得到姐姐你的照料，为了报答你，我的钱全归你领取，也全部属于你。

2009年6月16日，许某又立下一份遗嘱给其姐，主要内容为：为了报答姐姐三年来无微不至的照料，我愿意将现居住的潮海龙蟠一套房产赠送给姐姐，她有权居住、出售、转让。她以后出售这套住房，所卖的钱用于，（一）替我还欠款贰拾万元给北方表姐（她帮我垫付购买冬虫夏草和西洋参）；（二）帮我买一块墓地；（三）办后事的花费。2009年9月5日，许某病逝。办完许某的后事后，许姐主张按许某遗嘱继承，与张杨发生争执，许姐遂诉至法院请求按遗嘱继承。法院经审查追加许某的母亲赵某为共同原告。另据法院查明，遗嘱所列欠北方表姐二十万元不属实，北方表姐证实许某没有欠其二十万元冬虫夏草款。

法院审理认为，根据离婚协议约定，许某享有对潮海龙蟠房产所有权，依法可进行处分，包括立遗嘱进行遗赠。许某最后一份自书遗嘱符合法律规定，合法有效。依遗嘱，许姐依法享有对上述财产的遗嘱继承权。但该权利是附随义务的，即帮许某还款二十万、买墓地及办后事。因其中二十万欠款经查证不属实，依法应按法定继承，由许某之母赵某及张杨共同继承。但赵某自愿放弃继承权，故该二十万元全部由张杨继承。因此，应判决支持许姐的诉求，但许姐必须给付张杨人民币二十万元。

**评析：**该案在离婚协议中，包含了遗嘱条款，但其后，判决依据最后一份遗嘱判决的根据是因为其终意性，而非离婚协议中遗嘱条款的无效性。

以上四个具有代表性的案例基本上体现了我国司法实践中对共同遗嘱的态度，即一般不从遗嘱形式本身来评判其效力。或者说并不把共同遗嘱看做一种另类于其他五种遗嘱形式的自设遗嘱。这也是其得以存在的土壤。

## 二、共同遗嘱的立法比较分析

现今世界上各主要法系国家对共同遗嘱持有两种截然不同的态度。

<sup>11</sup>黄慧群：《中国法院网》<http://www.chinacourt.org/article/detail/2011/08/id/460021.shtml> 2011-08-09

一种采承认主义。近代以降，各民法关于共同遗嘱之态度，甚不一致。英美判例，承认共同遗嘱，不论相互或相关，未加以限制。奥民法、普鲁士法及德民法，惟承认夫妻间之共同遗嘱。韩民法未有禁止规定，尚有夫妻或父母间共同遗嘱之习惯。<sup>13</sup>

德国民法典关于共同遗嘱的主要规定有：

(1) 共同遗嘱仅得由夫妻双方为之。

(2) 由于共同遗嘱以夫妻关系的存在为基础，所以当婚姻无效或被解除时，除非可以推定即使有这种情况出现被继承人仍会有这种处分，共同遗嘱无效[。

(3) 在共同遗嘱中，夫妻双方处分往往相互关联，因而具有依存性。如果按遗嘱内容可以认为，如果没有他方的处分，此方也不会为自己的处分，则一方的处分无效或撤回，他方的处分也无效。

(4) 夫妻一方死亡时，他方的撤回权消灭，但生存方在拒绝他方对自己的赠与时，可以撤销自己的处分。

另一种采禁止主义。法民法（968条1097条），及日民法（975条）绝对禁止。瑞士民法将草案规定删除，未置有规定，解释上不许共同遗嘱。。。。。。我(台湾)民法未有规定。<sup>14</sup>

法国民法典第968条规定：“二人或二人以上不得以同一证书订立遗嘱，不问为第三人的利益，或为相互的遗产处分。”

(2) 本民法典第975条规定：“二人以上者不得以同一证书立遗嘱。”

(3) 瑞士民法典虽然没有明文规定禁止共同遗嘱，但是在解释上不承认共同遗嘱有效。

(4) 匈牙利民法典第644条规定：“两个或两个以上的人在同一文件上以任何方式立下的遗嘱，均无效。

此外，还有些国家或地区的继承法既未明确规定允许订立共同遗嘱，也未明确禁止订立共同遗嘱，但在实际上并不承认共同遗嘱的法律效力。<sup>15</sup>

同为大陆法系的法国民法和德国民法之所以对共同遗嘱持完全相反的态度，有学者分析其原因可能有以下三个方面：<sup>16</sup>立法背景不同、历史文化传统、社会习惯和民众意识差异、在制定法律时所采用的不同立法原则所致。就共同遗嘱问题，法国民法更偏重于遗嘱理论，德国民法则侧重于继承实践。在这一点上，德国民法与英美判例十分相似，采用“遵循先例”原则的英美法系国家，其判例法较大陆法系国家的成文法更贴近实践，也能更快地反映实践。

而且，在禁止主义的立法当中，大多数国家仅仅是从共同遗嘱的形式上加以禁止，而没有从实质意义上禁止，即仅强调禁止于同一文书，换句话说，现实生活中仍然可以规避法律，通谋订立互为条件的或者说是附条件或附义务的遗嘱。

### 三、我国学者对共同遗嘱的态度

我国继承法对共同遗嘱并无规定。理论上与实践中对是否认可共同遗嘱的法律效力存在着较大分歧，有否定说、承认说和限制说三种观点。<sup>17</sup>

承认说认为，虽然继承法没有明文确认共同遗嘱，但也未排除共同遗嘱的有效性，从我国国情出发，应当确立共同遗嘱的法律地位和效力，肯定夫妻二人采用共同遗嘱的形式处分共同财产。其基本理由可概括为三点：

其一，遗嘱行为是一种私法上的行为。遗嘱人设立遗嘱的目的，是表明自己死亡后对遗产处分的意愿。对遗嘱效力的确认应当贯彻私法自治的原则，只要是真实的意思表示就应当认为有效，而不应过分关注其行为的方式。

其二、符合我国继承习惯。我国财产继承的习惯做法是，父母一方去世，子女一般不急于去继承父亲或母亲的遗产，而是等到父母双亡以后，子女们才去分割父母的遗产。父母订立共同遗嘱与这种习惯一致。

其三，符合我国多数家庭的的财产制状况。虽然法律授予夫妻选择适用婚姻财产制的权利，但大多数家庭都是共同劳动，收入归家庭共同所有。遗嘱人在立遗嘱时，难以界定个人财产并预先立遗嘱处分。而共同遗嘱则直接以家庭共同财产为对象，既可以使遗产的效用最大化又可以避免多次分家析产带来的纠纷与问题。

<sup>12</sup> 张玉敏主编：《继承制度研究》，成都科技大学出版社1994年版，第316页。

<sup>13</sup> 史尚宽著《继承法论》，中国政法大学出版社，2000年2月第1版，第417页。

<sup>14</sup> 史尚宽著《继承法论》，中国政法大学出版社，2000年2月第1版，第417页。

<sup>15</sup> 麻昌华、曹诗权“共同遗嘱的认定与建构”，选自《法商研究》，199901。

<sup>16</sup> 吴英姿：《论共同遗嘱》，《南京大学法律评论》1996年春季号，第150页。

<sup>17</sup> 柏文栋、陈明霞：“共同遗嘱若干问题探讨”，载《法律适用》，2000年第10期。

其四，共同遗嘱有利于整合财产保护配偶和幼小子女的利益，避免继承人之间为争夺遗产而引起家庭纠纷。<sup>18</sup>

否定说认为共同遗嘱与遗嘱的理论相矛盾，我国继承法不承认共同遗嘱的效力。其理由主要有：

第一，共同遗嘱有违遗嘱自由原则。“盖遗嘱有绝对的自由性，其成立、消灭应独立为之，共同遗嘱妨碍遗嘱撤回之自由，而且就共同遗嘱人之意思亦易生疑义，自不宜承认共同遗嘱；而夫妻之人格各自独立，亦无为例外解释之必要。”<sup>19</sup>

第二，共同遗嘱的实现过程容易出现障碍，特别是指定第三人为最终继承人或受遗赠人的共同遗嘱。这种共同遗嘱以遗嘱人全部死亡为生效条件。然而现实生活中，两个或两个以上的遗嘱人同时死亡的概率微乎其微。一方死亡到遗嘱生效往往相隔很长一段时间，其间难以预料的情势变迁会影响到共同遗嘱的最终实现。最突出的是，共同遗嘱人之一死亡后，另一方欲更改或撤销遗嘱的问题。发生这种情况，必将涉及对先亡者遗愿的尊重和遗嘱指定的最终继承人权利的保护，关系十分复杂，给处理造成困难。<sup>20</sup>

第三，共同遗嘱有背遗嘱形式的强行性要求。共同遗嘱不是与个人遗嘱相并列的一种遗嘱类型，而是一种遗嘱的形式。遗嘱的形式不是任意性的规定，而是强行性的，即不符合法律规定的形式就不能发生效力。在我国《继承法》施行前，由于我国法律并未对遗嘱的形式作出明确规定，存在共同遗嘱是可以理解，也是承认其效力的。但是在《继承法》施行后，对于不合法律规定形式要求的遗嘱，则不能承认其效力。因此，对于《继承法》实施后设立的共同遗嘱，应当是属于形式不合法律规定的无效的遗嘱。但是对于单纯的共同遗嘱，由于遗嘱中各遗嘱人的意思表示是独立的，对其效力容易确认，应当承认是有效的。<sup>21</sup>

第三种为有限制的肯定说。该说又分为两种主张：一是从主体上有限制地承认共同遗嘱，即承认夫妻共同遗嘱，但对其他共同遗嘱不能承认。其理由是：

第一，夫妻的共同财产一般不分割，难以分清各自的财产范围。这一特点使夫妻双方愿意合立遗嘱。

第二，夫妻共同遗嘱有利于保护配偶的继承权。即夫妻一方死亡，共同财产属于他的那一部分，通过共同遗嘱由对方继承，这样财产稳定，使配偶的生活不致因一方死亡而受更多的冲击。<sup>22</sup>

二是从内容上进行限制，即“共同遗嘱部分有效说”。认为一个共同遗嘱人死亡后共同遗嘱只对已死亡的遗嘱人的遗产产生效力，而活着的遗嘱人则有权保留属于自己的那部分财产，有权随时变更或撤销所立遗嘱。<sup>23</sup>

对于共同遗嘱之所以出现上述不同的态度，其根本原因在于这种遗嘱本身有利有弊：在人们的遗嘱法制观念不强时，则表现出弊大于利；在继承法制健全、人们的遗嘱法律水平提高时，则会利大于弊。<sup>24</sup>

#### 四、在我国以确认夫妻共同遗嘱有效为宜，但应对其操作适用加以必要的规范和限制。

##### 其一，夫妻共同遗嘱在我国存在有其现实需要。

前已述及，确认共同遗嘱的法律效力具有弘扬传统优秀文化的价值取向、符合我国的继承传统、符合我国多数家庭的财产制状况、有利于整合财产保护配偶和幼小子女的利益，避免继承人之间为争夺遗产而引起家庭纠纷的优点。

另外，随着离婚率的攀升，再婚家庭逐渐增多，面对复杂的婚史状况，相当一部分夫妻或准夫妻选择订立婚前、婚内财产协议等身份关系的协议，受传统思想的影响，双方在协议中往往将身后财产一并进行处理，成为身份协议中的共同遗嘱条款的重要来源。

##### 其二、夫妻共同遗嘱并不违反遗嘱自由原则。

遗嘱继承的内在根据是财产所有权，遗嘱自由是遗嘱继承的基本价值。所谓遗嘱自由是指当事人通过遗嘱处分自己死后财产的自由权。旨在对公民财产权进行彻底保护，并有养老育幼、发挥家庭职能的作用。<sup>25</sup>

共同遗嘱要求共同立遗嘱人受共同遗嘱的约束，不能任意撤销遗嘱，表面上似乎限制了各共同立遗嘱人的自由。这也成为否定论者反对共同遗嘱效力的最有力武器。但实际上，共同遗嘱恰恰首先是当事人遗嘱自由的体现并以遗嘱自由为基础。

首先，当事人是否选择共同遗嘱以及如何确定共同遗嘱的财产范围、如何确定继承人等，均取决于当事人的遗嘱意思表示和各立遗嘱人能否达成合意，这也在遗嘱自由的范畴之内。

另一方面，在财产处于共有状态的情况下，共同财产所有人仅在自己的财产范围内有处分自由。这种基于财

<sup>18</sup>张玉敏主编：《继承制度研究》，成都科技大学出版社，1994年版，第316页。

<sup>19</sup>陈其炎等：《民法继承法新论》，台湾三民书局印行，第307页。

<sup>20</sup>吴英姿：《论共同遗嘱》，《南京大学法律评论》，1996年春季号，第151页。

<sup>21</sup>郭明瑞等：《继承法》，法律出版社1996年版，第175页。

<sup>22</sup>郭明瑞等：《继承法》，法律出版社1996年版，第174页。

<sup>23</sup>鲍海涛：《试论共同遗嘱的法律效力》，《深圳法制报》1993年7月27日。

<sup>24</sup>麻昌华、曹诗权“共同遗嘱的认定与建构”，选自《法商研究》199901。

<sup>25</sup>刘春茂：《中国民法学·财产继承》，中国人民公安大学出版社1990年版，第328页。

产状态对共有人处分权的限制一定程度上也限制了当事人实现更大的遗嘱自由。特别是，确立继承虽然表现为对于死后财产归属的确定，但在现实中往往是综合考虑多种因素之下的方案选择。这时，当事人要想实现更大的遗嘱自由，让遗嘱发挥更大的功能，就需要借助于其他共有人的意思表示形成对共同财产的处分合意。由此可见，承认共同遗嘱实际上意味着在更大程度上对于立遗嘱人意思自由的保护和尊重。

**其三，符合财产使用的效用原则。**共同遗嘱往往意味着对共同财产的使用效益进行统筹考虑，尽量不分割而整体继承，可以减少财产分割的成本，并且通常更有利于财产的使用与收益。

**其四，共同遗嘱在操作上的难题并非无法解决。**对一种法律制度的取舍首先是要看其是否符合法律的价值取向，在此前提下再考虑调整的技术难度。应当说，较之单独遗嘱，共同遗嘱的法律调整确实难度较大，但只要抓住其基本问题，同样可以通过设定相应的规则进行解决。

**其五，共同遗嘱的适用主体应限于夫妻关系。**原因在于，一方面，共同遗嘱需基于共同财产发生，其一个主要意义也是保障健在的配偶一方的利益。同时，共同遗嘱需要共同立遗嘱人的密切协商，其通常也只能发生于夫妻之间，作为夫妻双方处分共同财产、保障家庭利益的继承手段。另一方面，共同遗嘱在实际操作中会产生共同财产的界定、特定情况下一方撤销共同遗嘱等问题，这些问题在夫妻关系之外也较难认定和处理。

总之，根据民间采用共同遗嘱的普遍情形，兼顾家庭财产和亲属关系的现状及发展趋向，从法律上确认和限制共同遗嘱应集中于四个方面：一是在主体上，只允许夫妻之间订立共同遗嘱，赋予配偶享有共同遗嘱的权利。二是在内容上，只认可相互以对方为继承人，或相互以对方为继承人、再以第三人为继承人，或以共同财产为标的、指定第三人为继承人等三类共同遗嘱。三是在形式上，应限定共同遗嘱只能采用自书、代书和公证三种形式。四是在变更和撤销上，赋予协议变更或撤销的权利；对单方面的变更或撤销，则应列举特定法定事由，只有符合该特定事由，才能产生遗嘱变更或撤销的效力。

## 参考文献

- [1]王利明等. 民法新论[M], 中国政法大学出版社 1988 年版.
- [2]郭明瑞等. 继承法[M]. 法律出版社 1996 年版.
- [3]刘春茂. 中国民法学·财产继承[M], 中国人民公安大学出版社 1990 年版.
- [4]吴英姿. 论共同遗嘱[J]. 《南京大学法律评论》. 1996 年春季号.
- [5]刘春茂. 中国民法学·财产继承[M]. 中国人民公安大学出版社 1990 年版.
- [6]张玉敏. 继承制度研究[M]. 成都科技大学出版社 1994 年版.
- [7]陈其炎等. 民法继承法新论[M]. 台湾三民书局印行.
- [8]吴英姿. 论共同遗嘱[J]. 《南京大学法律评论》1996 年春季号.
- [9]郭明瑞等. 继承法[M]. 法律出版社 1996 年版.
- [10]鲍海涛. 试论共同遗嘱的法律效力[J]. 《深圳法制报》1993-7-27.
- [11]陈其炎:《民法继承法新论》，台湾三民书局印行。
- [12]史尚宽:《继承法论》，中国政法大学出版社，2000 年 2 月第 1 版。
- [13]麻昌华、曹诗权: 共同遗嘱的认定与建构，选自《法商研究》199901。
- [14]柏文栋、陈明霞:“共同遗嘱若干问题探讨”，载《法律适用》，2000 年第 10 期。

## 文尾

编辑：“家事法苑” 律师团队

顾问：郝惠珍 主编：杨晓林 执行主编：段凤丽

“家事法苑”™ 家事律师网 <http://www.famlaw.cn>

新浪微博微群：“家事法苑”（群号：826090）<http://q.weibo.com/826090>

家事法苑™ 婚姻律师团队官方博客 <http://blog.sina.com.cn/jiashifayuan>

段凤丽律师的新浪微博：<http://weibo.com/2020842715>

简报订阅、意见反馈邮箱：[xiaolinlvshi@vip.sina.com](mailto:xiaolinlvshi@vip.sina.com)