

# 比较法视野下的遗产范围制度研究

杜江涌

(厦门大学 法学博士后流动站, 福建 厦门 361005)

**摘要:** 作为继承客体的遗产,其范围的确定不仅涉及被继承人及遗产债权人的利益,且关乎其他继承制度的设计。囿于当时立法环境和立法技术,现行法关于遗产范围的规定不能反映现实之需,与公众继承习惯亦不相符。借鉴他国立法经验,尊重民情,重塑我国遗产范围制度。

**关键词:** 遗产范围;继承法;归扣制度

中图分类号: DF524 文献标识码: A 文章编号: 1002-3933(2010)04-0080-07

## Research about the System of the Scope for the Heritage under the View of the Comparative Law

DU Jiang-yong

(Mobile Post-doctoral Center of Law, Xiamen University, Xiamen 361005 China)

**Abstract:** The determination of the scope of the heritage which was defined as the object of the inheritance refers to the design of other inheritance system as well as the right of the ancestor and the creditor hereditatis. However, the provisions about the scope of the heritage in the lei vigente can not reflect the current situation and does not fit people's habit of inheritance due to the limitations of the legislation environment and the legislation technique. We should borrow ideas from the other countries, respect the public feelings situation of the national, and rebuild the system of the scope for the heritage.

**Key words:** the scope for the heritage; inheritance law; the deduction

考察继承法的发展史不难发现,各国的继承制度无不经历了一个从身份与财产的混合继承到财产继承的发展过程。作为继承客体的遗产,其范围的演化也经历了身份权日渐式微与财产权日益扩张的过程<sup>[1]</sup>。通说认为,遗产,是指被继承人死亡时遗留下的个人财产。具体而言,遗产概念又有狭义和广义之分:狭义的遗产仅指积极财产;广义的遗产概念不仅包括积极财产而且还包括消极财产<sup>[2]</sup>。在民法理论上,财产权利被称为积极财产,财产义务被称为消极财产。

遗产具有以下法律特征:

第一,遗产具有特定的时间性。也就是说,在公民死亡前,其拥有的一切财产属于个人所有财产。只有在公民死亡后,其遗留的个人所有财产才转化为遗产。任何人都无权提出“继承”生存公民的财产要求,否则,构成对公民个人财产的伤害。

第二,遗产具有财产性。依现代继承法理念,继承人仅对被继承人遗留下的财产或财产性权利享有继承权。而所谓的财产性权利,“通常谓以有金钱上之利益为标的的权

利”<sup>[3]</sup>,简单说来,就是指在正常的情况下可以具体量化以金钱价值出让或转变为金钱的权利<sup>[4]</sup>。

第三,遗产具有内容上的限定性。专属于被继承人人身之权利或基于某种身份关系的存在而存在的财产不能作为遗产。也就是说,遗产仅仅是指依法能够转移给他人的财产<sup>①</sup>。

第四,遗产具有范围上的专属性。能够作为遗产转移给他人的财产必须是被继承人的个人财产,即不能将不属于被继承人的财产作为遗产处理,否则,构成对他人财产权利的侵害。所以,继承开始后,应首先将被继承人的财产从共同财产中剥离出来,属于被继承人的部分,才是继承的客体。

### 一、外国之遗产范围制度

遗产是财产继承法律制度中至关重要、不可或缺的一个因素。纵观各国立法例,对于遗产范围的界定有三种方式。其一是列举式,即具体列举出遗产包括的范围,明定可以继承的外延;其二是排除式,即以例外规定的方法将不能继承的财产排除出遗产的范围,未被排除者当然归属于遗产;其三是采用列举式与排除式相结合的方法,即既列举可

收稿日期:2009-10-12

基金项目:教育部社科基金项目《家庭自治与国家干预:现代家庭立法发展方向研究》(05JA820037)的阶段性研究成果

作者简介:杜江涌(1975-)男,山西人,西南政法大学副教授,硕士生导师,法学博士,厦门大学法学院在站博士后,研究方向:民法学。

为遗产的财产范围,又规定不能列入遗产的例外情状。

### (一)大陆法系国家之遗产范围制度

#### 1. 德国

德国继承法关于遗产范围的表述非常简略,它的遗产指“全部权利”。此外,根据《德国民法典》第2050条至2056条的规定,应结算的赠与财产按其价值计入遗产内。主要包括:被继承人生前作为嫁妆而赠与继承人的财物(以赠与时尚未另作规定者为限);以应作为收入使用而给与的补助费以及供职业培训之用的费用,超出与被继承人财产状况相应的范围;其他生前赠与,被继承人指示应予结算的等情形。

#### 2. 法国

法国对继承标的采信的是法律地位说,其遗产范围既包括“积极财产”,也包括“消极财产”。此外,法国民法典对应于结算的遗产范围规定得也比较广,除赠与明示以应继承份以外的特殊权益给与者,或赠与人免除返还者外,均应视为遗产予以结算,但通常的供养、教育、学习技艺的费用、普通服装的费用、婚礼及平常用品所支付的费用不予结算。继承人承诺放弃继承,对被继承人生前有权处分的赠与不予结算。

#### 3. 瑞士

瑞士继承法中的遗产既包括“积极财产”(各种财产及财产权),也包括债务。遗产的结算范围包括嫁资、结婚费用、财产转让或债务免除的名义交付与直系卑血亲的全部财产、被继承人为子女的教育或职业培训所支出的超过普通程度的费用(但证明被继承人有其他意思表示的除外)。

#### 4. 日本

日本遗产的内涵采广义说,不仅包括积极财产而且还包括消极财产,以及祭祀身份。

#### 5. 俄罗斯

从俄罗斯民法典继承编的规定来看,遗产既包括财产权,也包括财产义务。该法典采取了概括规定和排除式的立法方式,确定了遗产的范围。一方面从正面规定“遗产由继承开始时属于被继承人的物、其他财产构成”,另一方面同时规定“与被继承人紧密联系不可分割的权利义务不构成遗产。”

### (二)英美法系国家之遗产范围制度

英美法系国家一般实行间接继承制度,间接继承制度中的“遗产”只能是“积极财产”<sup>②</sup>。

### (三)外国遗产范围制度之评析

关于遗产的范围,大陆法系国家与英美法系国家的法律规定明显不同。大陆法系国家多秉承罗马法上的“总括继承原则”,在继承立法中将继承人所遗留的各种权利和义务均纳入遗产的范畴,并将其区分为积极财产即财产权和消极财产即债务两大类。而英美法系国家由于在遗产继承中实行遗产信托制度,被继承人生前所负债务不属于遗产,被继承人所遗留的财产首先扣除其债务,其余部分才交付继承人,用于遗嘱继承或法定继承,因而遗产只包括财产权,而不包括债务。

就遗产中的财产权而言,大陆法系和英美法系国家的法律规定大体相同,其范围主要包括:

#### 1. 物权

包括被继承人的个人财产所有权、被继承人享有的用益物权等。不论物之所在地如何,均可以由继承人继承。

被继承人的个人财产所有权所包括的范围十分广泛。如《德国民法典》规定的财产所有权的客体包括土地及其附着于土地的定着物如房屋、动产等;《法国民法典》所确认的财产所有权是指对物完全按个人意愿使用及处分的权利,包括动产、不动产,并得扩张至该物因天然或人为而产生或附加之物;

被继承人享有的用益物权一般包括地上权、地役权、典权和用益权等。对于地上权、地役权、典权,各国法均将其列入遗产范围,但对于用益权,通常规定不得作为遗产继承<sup>[5]</sup>。如《法国民法典》第617条明确规定“用益权因下列原因消灭:用益权人自然死亡及民事上死亡;约定的用益权的期限届满;用益权与所有权人两种资格合并或集中于一人;30年不行使用益权;作为用益权客体之物全部消灭。”依此规定,用益权人死亡,其享有的用益权便随之消灭,不得由其继承人作为遗产加以继承。《德国民法典》第1059条规定“用益权不得转让。”同时,该法第1061条规定“用益权因用益权人死亡而消灭。”显然,用益权不能作为遗产由继承人继承。

#### 2. 占有

古日尔曼法的占有,不仅仅是单纯事实上的支配,同时含有权原,占有是权利的外衣,从而对于继承财产之占有,不问继承人现实的继承财产与否,当然转移于继承人(“死者予生者以占有”)<sup>[6]</sup>。《德国民法典》和《瑞士民法典》对占有成为遗产问题均加以明确的规定。在日本民法关于此点未为规定,学说存有争论,但判例原则上承认与《德国民法典》相同之结论(日本大正四年十二月二十八日大判)<sup>[7]</sup>。

#### 3. 债权

被继承人生前所产生的债权,包括因之而产生的从权利,如抗辩权、请求权等,除非与被继承人人身密切相关,必须由被继承人亲自享有者外,一般都可以作为遗产由继承人继承。各国继承法规的制度设计也体现了这一立法思想。

#### 4. 知识产权中的财产权利

知识产权既有财产权属性,又有不属于财产权内容的与知识产权权利人的人身不可分离的权利属性。从各国继承法的规定不难看出,被继承人生前取得的知识产权(著作权、专利权、商标权等)中的财产权可以作为遗产加以继承,但与之相关的具有人身性质的人身权利如署名权、修改权等不得纳入遗产的范畴。

#### 5. 有价证券上载有的权利

因有价证券的种类不同,其所载有的权利的性质也有区别。如债券之上的权利属于债权,当然可以继承;而股票或股东权益证上的权利既不属于债权,也不属于物权,对于此类权利,大多数国家规定被继承人生前作为无限公司股东或两合公司的无限责任股东所享有的股东权不得继承。

大陆法系国家遗产中的“消极财产”,主要指的是被继承人生前负担的债务。这部分债务大体包括两个部分:一

是公法上的债务,如被继承人生前所欠的国家税款、罚款、罚金等;二是私法上的债务,即被继承人在生前于民事交往过程中所生的,不具有人身依附性的个人债务。

## 6. 被继承人生前的特别赠与

### (1) 归扣制度的源起

在共同继承中,为达到公平的目的,在一定条件下,继承人依法将从被继承人生前特种赠与价额归入到现存遗产中作为应继财产,并在遗产分割中从该继承人的应继份中扣除。该制度被称之为归扣制度。

归扣是现代继承法中的重要制度。从渊源上看,它是古罗马法官为了公正地调节各个继承人应得遗产份额从而真正体现法律的公平和平衡所作的一项规定:一方面允许脱离家长权的子女等回到生父家继承其父遗产;另一方面又要求他们将脱离家长权期限间的劳动所得或接受的赠与,“加入”到其父的遗产中去与其他继承人共同分配。可见罗马民法中“加入”制度的实质是将所有直系晚辈血亲的财产都计入遗产范围内,让全体继承人在平等条件下分配遗产。显然,这种财产制度的产生是罗马民法对平等、平衡、公平、理想的一种法的观念和价值观念的追求,但恰恰是这种对法学理念的追求,体现出“罗马人在衡平原则和正义上诸方面造诣颇深”。而为后世继受沿用。正如美国法学家艾伦·沃森说的那样“由于罗马法的一切方面都富有最高的理性与衡平,在欧洲的法庭上往往为正义和衡平的例证,而被正式利用,而且最终也是被当作法律接受的。即使现在,我们中大多数人仍然认为它是载着力量和权威的法律规则。”<sup>[8]</sup>我国民间长期存在父母生前将重要财产在主要继承人之间分配,父母死亡后已分得财产的继承人就不能或应该少分遗产的习俗,其实质就是归扣制度<sup>[9]</sup>。

### (2) 归扣的运行规则

比较前述之立法例,可以看出归扣一般应遵循以下之共同规则:

第一,归扣须以共同继承人的存在为前提且共同继承人中有人受有生前赠与。

我们知道,共同继承是继承中一种极为重要的类型,且为当今各国法定继承的主要形态。在法定继承开始后,单独继承的情况极少,同一法定顺序数个继承人共同继承的情形最为常见。在共同继承法律关系中,除对外具有普通继承关系的对世权利以外,对内还涉及各共同继承人之间的权利义务。这种法律关系内容的体现,要求在程度上确定数个继承人中哪些可能继承或不能继承,哪些人继承或少继承;而这整个程序中所需要保障的实体,即共同继承关系的权利义务内容,是继承法理论中最有意义和值得研究的理论,也是司法实践中最常见的遗产继承纠纷。

共同继承权同普通继承权一样,客观意义上是自然人成为实质继承人的一种资格,该资格是法律赋予的,除了法律规定的特殊事由外,任何人不得剥夺这一资格。正如其权利能力一样,它为继承人将来参与遗产继承提供了客观的、现实的可能性,这就是继承所含的期待权的意义。这种期待继承的权利,在客观上继承权的归属发生争议时,其极容易成为确认之诉的标的,比如:共同继承人之中有可能因有接受过被继承人生前的赠与,导致其他共同继承人继承

期待权的效力减弱,期待地位下降,以致最终使继承既得权益受到明显损害,出现与公平相悖的结局。归扣制度的确立,切实地保障了继承中这种重要的期待权利,为继承权的实现提供了重要保障。

第二,是否应予以归扣及归扣的具体方法,以被继承人的意思为准。

在不违反法律强制性规定的情况下,被继承人有完全处分自己财产的自由,可要求进行归扣或免除归扣。

第三,归扣义务人及权利人,原则上限于共同继承人之间。放弃继承权的人和遗产债权人及受赠人无请求归扣之权利。

归扣权利人是指在共同继承民事法律关系中,享有归扣权利的共同继承人。作为民事法律关系的权利当事人,归扣权利主体范围的确定以维持共同继承人之间分割遗产的公平为出发点。因此,只要有继承人受有被继承人生前的特种赠与,其他共同继承人(包括代位继承人),都有权请求归扣。这其中无论其是否受到过赠与或受到过多少赠与,均为归扣权利人,甚至,若全体共同继承人皆为受过特种赠与,则全体共同继承人皆为归扣权利人,亦皆为归扣义务人。

归扣义务人是指在共同继承民事法律关系中,承担归扣义务的民事当事人。具体而言,指从被继承人处受有特种赠与的继承人。归扣义务人的义务前提表现为已从继承人处受有特种赠与,义务方式则表现为分割遗产时将从其应继份中扣除已受赠数额。

第四,归扣的财产范围多数国家规定为生前特种赠与。

第五,赠与物价额超过受赠人之应继份部分,除损害了其他继承人的特留份以外,无须再返还。

各国关于归扣制度规定的不同之处主要体现在:

第一,应予归扣的财产范围方面,有的国家仅规定为生前赠与,如法、德等,有的国家则将遗赠也列入归扣的对象,如日本。按照当前的立法趋势来看,大多数国家仅规定应将生前赠与加以扣除。同时各国规定的应予归扣和无须归扣的财产种类也有所不同。

第二,在归扣义务人方面,有的国家规定一切继承人都应负归扣义务,如法、意,而有些国家规定只有被继承人之直系血亲卑亲属才为归扣的法定义务人,如德国、瑞士。

第三,在归扣的方式上有两种立法主义:其一,除被继承人明示以先取份和免除返还外,不得保留赠与物。这种做法可以溯源至罗马法,这种需要所有权转移的做法被称作现物归还主义;其二,被继承人生前赠与者应存留于继承人,但应扣除其价额,这被称作价额归还主义或充当计算主义。近现代民法绝大部分采取价额归还主义。其原因大概在于生前赠与历经数年,财产或许已经几易其主或毁损灭失,如此一来,则或许财产现物返还已不可能,或者返还很困难,如硬要返还将会造成整个社会财产秩序的混乱。

第四,在计算赠与物价值的时间标准上,有的以继承开始时赠与物的价值为准,有的以赠与时的价值为准。

大陆法系国家遗产中的“消极财产”,主要指的是被继承人生前负担的债务。这部分债务大体包括两个部分:一是公法上的债务,如被继承人生前所欠的国家税款、罚款、

罚金等;二是私法上的债务,即被继承人在生前于民事交往过程中所生的,不具有人身性质的个人债务。

## 二、我国继承法之遗产范围制度

### (一) 我国现行法之遗产范围制度

《中华人民共和国继承法》(以下简称《继承法》)第3条:“遗产是公民死亡时遗留的合法财产,包括:

- (一) 公民的收入;
- (二) 公民的房屋、储蓄和生活用品;
- (三) 公民的树木、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。”

第4条:个人承包应得的个人收益,依照本法规定继承。个人承包,依照法律允许由继承人继续承包的,按照承包合同办理。

《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》)第3条:公民可继承的其他合法财产包括有价证券和履行标的为财物的债权等。

第4条:承包人死亡时尚未取得承包收益的,可把死者生前对承包所投入的资金和所付出的劳动及其增值和孳息,由发包单位或者按接承包合同的人合理折价、补偿,其价额作为遗产。

《中华人民共和国公司法》(以下简称《公司法》)第76条:自然人股东死亡后,其合法继承人可以继承股东资格,但是,公司章程另有规定的除外。

### (二) 我国遗产范围制度之评析

我国现行《继承法》以列举的方式明确了属于遗产的个人财产的范围,包括法律允许公民所有的生产资料和其他合法财产都属于遗产,而将消极财产排斥在外。值得注意的是,2005年修订的《公司法》新增了关于死亡股东的继承人继承股东资格的规定,确立了股权的遗产地位。这一立法,反映了现实的需要,破除了区分股权中的人身权和财产权的“两分法”的错误观点<sup>[10]</sup>。

## 三、我国遗产范围制度缺憾之审视

遗产的界定,不仅直接涉及遗产清偿能力及特定债权能否受偿,且关乎其他继承制度的设计。就现行法之规定而言,遗产范围的定位不能反映现实。

### (一) 不利于法的实施

1985年,我国正处于改革开放的初期,社会生产力发展水平并不是很高,人民的生活水平较低,继承法的目的也仅局限于家庭生产职能的延续和保证家庭成员最基本的生活需要,实现家庭养老育幼的功能。根据现行《继承法》第3条的规定,可以看出遗产的范围存在着财产类型的严重缺失。当时的遗产大多指公民的生活资料,如:房屋、林木和生活用品等等。现在,公民的个人合法财产大大增加,与继承法通过时的情况已有很大的不同。如商标权,现在可为个人所有;各种有价证券也已成为公民重要的财产类型。《宪法》明确保护公民的私有财产,公民所有的生产资料也极少限制。尽管《继承法》有兜底性的

“法律允许公民所有的生产资料”和“公民的其他合法财产”属于遗产的规定,但显然与法律的明确性、稳定性相悖,不利于法律的正确实施。

### (二) 与民情不符

我国长期存在“继承”和“分家析产”不分的习惯,其实质就是重要财产要在儿子之间平均分配。如若长子结婚时已从父母处得到房子,而次子尚未结婚的,父母死亡时长子便不可能与次子同样分得遗产份额。在我国现阶段,为贯彻继承法中有关权利平等的原则,维护继承人之间的公平,有必要在立法上承认归扣制度,以真正实现民法的价值与功能。

作为一种体现平等原则的民法制度,归扣的主要法理特征表现在其继承权性质之中。同所有的继承制度一样,归扣也是一种继承权利的体现。继承权是一种财产权,它实现的是被继承人的财产所有权的转移,这种转移是财产所有权一种合法的延伸或继续,而这种延续的实质,就是公平。公平与平等是民法调整的一切财产关系的共性,我国现行《继承法》第9条也明确将平等规定于其中。如若继承权利的实现不能以平等作为核心,那么该权利将无实现的实体可能性。由于归扣的基本宗旨和功能均在于维护继承人之间分配遗产的公平,让每个有权参与继承人完整充分地实现其继承权利,不致因被继承人的财产因时间前后的多次分割而部分剥夺或削弱某些继承人的权利资格,造成实际上的不平等。因此,归扣制度作为遗产分配制度上的有效“补救措施”,使得继承权的实质得以更完整地体现。

### (三) 以列举的方式将难以穷尽遗产的范围

我国继承法对遗产范围的界定采用的是概括规定与列举并用的立法方式,此种立法技术,是与立法当时我国公民生活水平不高,私有财产较少的社会现实相适应的。但自改革开放以来,随着人们所享有的物质资料的范围日益扩大,新的财产类型不断出现,以列举的方式将难以穷尽遗产的范围。

### (四) 对遗产债权人的权益保障不力

我国继承法不承认遗产的非法人财团的主体地位。被继承人死亡后,遗产的所有权就归继承人享有。如果继承人是一人,则该继承人单独享有遗产的所有权;如果是数人,则继承人对遗产享有共同共有权。照此逻辑推理,即承认单独享有所有权,当然可以任意处分该遗产;即使享有共同共有权,继承人之间也可以随时进行分割。继承人作为所有权人,没有义务考虑遗产上债权人的利益,自然也就没有通知债权人的义务。在死者的债权人难以知悉遗产具体状况的情况下,继承人享有权利却不承担相应的义务,债权人的保护情况可想而知。

## 四、我国遗产范围制度之重构及设计依据

### (一) 遗产范围之制度设计

笔者认为,对遗产范围的规定应采用概括规定与排除式相结合的立法方式,即一方面从正面规定“遗产由继承开始时属于被继承人的物、其他财产权利构成”,另一方面,同时规定“与被继承人紧密联系不可分割的权利不能构成遗产”。同时,应采用归扣制度,扩大实质意义上的遗产的范围。

综上,我国遗产的外延应做如下界定:遗产是自然人死亡时遗留的个人合法财产及财产权利,与自然人紧密联系不可分割的权利除外。主要包括:

1. 被继承人遗留的物权;  
包括所有权、用益物权、担保物权和占有。
2. 被继承人遗留的债权;
3. 被继承人遗留的知识产权中的财产权益;
4. 被继承人遗留的有价证券上载有的权利;
5. 被继承人遗留的股权和合伙权益中的财产权益;
6. 被继承人生前的特种赠与;

(1) 发生归扣的条件

- 1) 须为共同继承人;
- 2) 须于生前受有特别赠与;
- 3) 须无扣除之免除情形;

(2) 归扣的主体

为现行《民法通则》规定的享有法定继承权的继承人。

(3) 归扣的客体

包括工资、薪金、股票、利息、股息、个体经营户的生产经营所得、劳务报酬、稿费、保险费、因侵权造成伤害的损害赔偿、财产租赁所得、财产转让所得等。

下列开支可列入无须归扣的财产:低经济价值的赠与;为扶养未成年子女及配偶、父母或其他继承人所作的开支;为负担家庭生活所作的开支;为子女结婚及安家立业所做的一般性开支或礼品;为子女接受义务教育所做的开支。

除有害于其他继承人之特留份外超过应继份之部分,继承人无须归还。

(4) 归扣的方法与赠与之价值算定

我国宜采充当计算主义,赠与之价值以赠与时价值计算。

(5) 法律责任

继承人如不提交死者生前的赠与财产,可视下列情况处理:

- 1) 如相应遗产分割时,无其份额或份额不足则依法责令受赠与人执行返还或提交返还多余财产部分;
  - 2) 对于继承人对被继承人及其他继承人的人身、财产和名誉恶意犯罪而判超6个月以上的,虚假的、篡改的遗嘱而判有罪的及其配偶履行抚养义务的,应剥夺其继承权,有扣还义务的并责令其执行返还义务。
7. 被继承人遗留的其他合法财产及权利。

(二) 遗产范围制度设计之依据

1. 关于“自然人”概念的采用

我国现行《继承法》第3条规定“遗产是公民死亡时遗留的个人合法财产”。从形式上看,似乎“公民”和“自然人”概念等同,而实质上二者在内涵和外延上都不相同。在外延上,公民是指具有中国国籍的,不分民族、种族、性别、宗教信仰、财产状况等都是中国公民;自然人则是指一切具有自然生命形式的,其范围不仅包括中国公民,而且还包括外国公民和无国籍人。在内涵上,公民使用在公法领域,表示一个人所拥有的政治权利或宪法权利;而自然人使用在私法领域,表示一个人所拥有的民事权利。将公民作为私法概念,反映了我国民事生活的某种程度的封闭性,是

我国计划体制下国家事务与私人事务不分的产物。随着市场经济体制的建立和逐步完善,确立自然人的民事性质,将有助于我国市民社会的真正发展。

2. 关于遗产的性质

(1) 从民众对遗产概念的理解来看,在现实中,老百姓对遗产的理解大都局限于财产上的权利。法律源于生活,最终运用于生活,法律要实现和社会生活的良性互动,不能用一些不通俗的法律概念造成人为的法律障碍,影响法律的正确实施。

(2) 从现行法律的规定来看,我国现行《继承法》第3条明确列举了作为遗产的类型,都是财产权利而非财产义务,此外,继承法的其他条款在使用“遗产”这一法律概念时,也全部是在积极财产意义上使用的。

(3) 从比较法的角度来看,其他国家的继承法也大多在积极意义上使用遗产这个概念。如《德国民法典》第1992条第1款明确规定“人死亡时,他的财产作为一个整体转移于另一个人或数人。”而《德国民法典》意义上的财产只是一个人对所有的全部权利的综合标志,是权利的总和,并不包括一个人的债务,《德国民法典》此处的财产应理解为和“遗产”同义,显然是在积极意义上使用的。《澳门民法典》第1907条规定,遗产包括:以直接交换方式取代遗产中某些财产之财产;转让遗产中之财产所得之价金;以遗产中之金钱或有价物取得之财产;分割遗产前所收到之孳息。

3. 关于遗产的外延

(1) 关于用益物权

用益物权是一种限制物权,是指在他人之物上设立的,以使用、收益为目的的物权。为实现用益物权的财产性,必须承认用益物权的可继承性。随着物权法的制定,用益物权的完善,用益物权的可继承性应被立法所承认。

此外,解决用益物权可继承性的另一关键是理顺因继承而取得用益物权的程序。这需要区分继承用益物权与因继承而获得用益物权两个阶段对待。按照当然继承原则,被继承人死亡时,遗产即转移至继承人共同共有,这种共有状态可能被维持或分割,在我国用益物权一般需要经过推定的程序才能取得,即承认可以依照继承取得用益物权,但是继承人取得权利后应该依法补办法定的程序,在未经许可之前,继承人也不得转让该权利。在某些情况下,继承人的权利可能会被溯及继承开始而取消。如用益物权人的继承不符合标准,所以尽管继承已经发生,但是可以被依法溯及既往地取消其权利<sup>[6]</sup>。

(2) 关于占有

占有是一种人对物的管领事实,是物权制度中不可或缺的一个组成部分。马克思说“私有财产的真正基础即占有,是一个事实,是一个不可辩驳的事实,而不是权利。只是由于社会赋予实际占有以法律的规定,实际占有才具有合法占有的性质,才具有私有财产的性质。”<sup>[11]</sup>承认占有可以成为遗产,对于稳定现实经济秩序,保护交易安全,促进民事流转,发挥继承回复请求权制度的作用等方面具有重要作用。

第一,按照所有权、他物权制度的逻辑,对社会的现实

占有关系,必须先查明其是否享有所有权或他物权,然后才按照法律的相关规定予以保护。这显然不符合经济、效率的原则,有时甚至难以办到。占有制度则不同,它首先假定现实的占有即为本权的占有,仅为其中少数发生争议的占有关系加以确认、辨识,并因此而做出相应的调整。因而十分有利于现实占有关系,达到维护社会经济秩序的目的。

第二,在现实的商品交易中,商品的占有人就一般而论即被视为有权处分商品之人,按照这种处分获得商品所有权的占有人,只要没有恶意即可受到占有制度的保护,而不至于担心交易的标的受到追及,从而提高经济效率,促进商品经济的发展<sup>[12]</sup>。

第三,按照通说,继承人欲行使继承回复请求权,必须承担被继承人生前对于诉争物形成占有这一事实的证明责任,而占有遗产的他人欲免除自己的法律责任,则必须证明自己享有遗产的合法权源。而之所以继承人只需证明被继承人生前占有遗产这一事实的原因在于,占有照样可构成遗产,并可以自动为继承人继承,由此继承人享有正当的诉之利益,是适格的当事人<sup>[6]</sup>。

### (3) 关于被继承人遗留的债权

债权是民事法律关系中一方当事人享有的请求他方当事人为一定行为或不为一行为的权利。除必须由被继承人亲自享有者外,无论是现实的债权,还是基于物权和债权而产生的形成权、抗辩权、请求权等,原则上都可以作为遗产由继承人继承。

### (4) 关于股东权

股东权是否纳入遗产的范畴,一直是大家争论的问题之一。2005年10月27日修订并公布的《公司法》第76条规定“自然人股东死亡后,其合法继承人可以继承股东资格。但是,公司章程另有规定的除外。”通过这一规定我们不难看出,立法者将股东权视为财产权,故自然人股东死亡之后,股权得成为可继承的遗产。

就正面观之,股份的财产性决定其可以作为遗产。就反面观之,股东权不是传统民法意义上的人身权,能够满足其作为遗产的限制性要求<sup>[13]</sup>。具体理由如下:其一,股东权不是人格权。所谓人格权,是法律赋予民事主体的,作为一个独立的法律人格所必须享有的,且与其主体人身不可分离的权利。人格权的特征之一就在于它是每个人都可自然享有的,并且是与生俱来的,与主体人身须臾不可分离的权利<sup>[12]</sup>。相比较而言,股东权并非以权利人自身的人格利益为标的,也并非不得让与或抛弃,因此,股东权在性质上不是人格权。其二,股东权不是身份权。所谓身份权,是指基于民事主体的特定身份而产生的人身权利。即某一主体因特定行为或特定关系而取得某种特定身份时,它才能享有身份权<sup>[12]</sup>。股东权不是因股东身份而产生的权利,是因出资拥有公司的股份后所产生的权利。拥有股份、取得股东身份和享有股东权是同时发生的,而不是先有了股东身份而后才产生股东权。因此,股东权在性质上不是身份权。其三,股东权的社员权性质也难以推导出股权是人身权。因为近代民法上的团体主要依社员意思组成,因此,社员权的发生归根取决于个人意思,社员权仍然属于私权。但是,社员权只与社员的资格有联系而与社员个人的人身无关。

因此,不能认为社员权为人身权<sup>[14]</sup>。

明确了股东权的可继承性,我们还必须注意到,有限公司毕竟是人合公司,应尊重其他股东选择合作伙伴的权利,故《公司法》允许公司章程作出另外的规定。

### (5) 关于被继承人生前的一般赠与

#### 第一,关于归扣的适用范围。

从归扣制度渊源来看,其主要适用于数个继承人共同继承。然而,所谓的共同继承不仅包括数个法定继承人的共同继承,而且也包括数个遗嘱继承人的共同继承,而且也包括数个法定继承人与数个遗嘱继承人的共同继承。对于第一种情形,学者们并无疑义(详见本文第一部分之相关阐释)。而对于后两种情形,目前学界论及甚少,故有必要作一梳理。

数个遗嘱继承人共同继承的情形虽不常见,但也不能忽视对其的研究。我们知道,遗嘱继承人既有属于同一继承顺序的,也有属于不同顺序的。前者实质上为法定继承人中的共同继承,易于理解。那么,不同法定继承顺序的法定继承人在依被继承人意思而形成共同继承时,对于他们生前基于赠与而取得的财产,有无归扣的必要?在此情形下,不必要进行归扣。其原因在于,法律对不同继承顺序的规定是基于血缘关系的亲疏远近而确定的。血缘关系较近的,其继承顺位则愈前;反之,则愈后。更为重要的是,不同继承顺序的法定继承人的权利义务亦不相同。顺位靠前的,与被继承人的权利义务联系密切,这就注定了被继承人生前对其的关心与照顾往往多于顺位靠后的继承人,此时,对他们的生前特殊赠与也就顺理成章,不足为怪。所以,若依被继承人的遗嘱,不同顺序的法定继承人共同继承时,对先顺序的法定继承人基于特殊赠与而取得的财产进行归扣,虽基于公平但势必会违背被继承人的生前意愿。

所谓法定继承人与遗嘱继承人的共同继承,实际上,也就是不同法定继承顺序之间的共同继承。这是因为遗嘱继承人是在法定继承人中由被继承人用遗嘱的方式加以指定而形成的。当然,法定继承人为应召继承人序列时,同一顺序的应召法定继承人中不存在用遗嘱的指定,但存有对遗产份额指定的情形。依前述同样的理由,后顺序的法定继承人无论在实行亲等制或亲系制的立法体例中,与被继承人的联系均较为疏远,故被继承人对先顺序的法定继承人予以特别赠与的财产若让后顺序的法定继承人(即遗嘱继承人)参与继承时进行归扣,无疑会有失公平,所以,此情形也不宜进行归扣。另一种情形,若被继承人生前已给与遗嘱继承人特别赠与,在与法定继承人共同继承时,是否也应当归扣?笔者认为,此种情形应当进行。这是因为,依遗嘱继承人与被继承人的血缘关系而言,遗嘱继承人往往与被继承人的血缘关系较远,也意味着,他们之间的权利义务联系亦不密切。在遗嘱继承人事先通过特别赠与取得被继承人的财产的情形下,又以遗嘱方式让其通过规定的顺序分割遗产,无疑会使其获得双重利益,从而也就造成了法定继承人与遗嘱继承人之间的实质不公平,所以,为了矫正此现象,惟一办法就是对遗嘱继承人已取得的财产进行归扣。与之相同的立法,最典型的莫过于德国民法第2052条规定,被继承人已指定直系卑亲属作为继承人继承其作为法

定继承人将获得的财产的,或被继承人已以其相互间处于法定继份相同的关系的方式指定其应继份的,如无其他规定,应认为直系卑亲属应依法负补偿的义务,除非被继承人生前有反对归扣的意思表示<sup>[15]</sup>。

## 第二,关于归扣的主体。

归扣之义务人为受有此种特种赠与之继承人,考虑到法律体系的完整与协调性,应为现行《民法通则》规定的享有法定继承权的继承人,包括配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母和外祖父母等。

## 第三,关于归扣的客体。

### 1) 归扣客体的类型

通常,归扣的标的物可以分为两类:一类限于特殊赠与,即仅对于法律所明确列举的赠与实行归扣,如德国;二是包括遗产或赠与,如日本。我国法律确认归扣的标的物应限于生前特种赠与,不应包括遗赠。因为,在我国现行继承制度中,遗赠是指以遗嘱的形式将个人财产赠给国家、集体或法定继承人以外的人。而归扣制度只适用于共同继承之中,只能从受有财产的共同继承人处归扣,对共同继承人之外的人不能实行归扣,因此,作为法定继承人之外的遗赠受与人所得之遗赠的财产,不作为归扣标的物。

### 2) 归扣客体的范围

正确确定归扣客体范围,首先必须坚持被继承人生前意愿优先的原则。按照这一原则,不仅被继承人生前可以明确表示免除归扣的范围,而且不应该扩大归扣的范围,以

免严重限制被继承人生前处分财产的自由。其次按照传统习惯及现实国情确定归扣客体范围。这一范围应该包括被继承人因继承人婚嫁、分家、营业时给予的特殊赠与以及超出正常限度的教育、培训开支。其中特殊赠与是归扣的客体较容易理解,需要讨论的是超出正常限度的教育培训开支,我国宪法赋予了公民的义务教育权,因而被继承人对继承人的义务教育年限内的开支不仅不能视为遗产预支,还应该是父母的法定义务。然而为公平起见,超出法定义务的限度,特别是因出国、加入贵族学校等过多的额外教育、培训开支都应该列为归扣的客体。

考虑到社会习俗、死者的经济与社会状况、赠与财产的目的等多方面的因素,低经济价值的赠与;为扶养未成年子女及配偶、父母或其他继承人所作的开支,以及为负担家庭生活所作的开支;为子女结婚及安家立业所做的一般性开支或礼品;为子女接受义务教育所做的开支等可列入无须归扣的财产。

## 第四,关于归扣的方法与赠与之价值算定。

归扣的实行,有两种主义,即原物返还主义与充当计算主义。前者易生返还困难,且易危害财产使用的现有正常秩序。相较而言,以充当计算主义较为科学。对于赠与之价值算定有三种:赠与时、继承开始时与遗产分割时。按照史尚宽先生的观点,如采原物返还主义,则以继承开始时为准较好;如采充当计算主义,则以赠与时为准较好。对此,笔者持赞同观点。

## 注释:

- ① 有些财产依其性质并非不可转让和继承,但由于经济政策上的原因被法律禁止继承。(参见张玉敏:《继承法律制度研究》,北京:法律出版社1998年版,第39页。)
- ② Arthur Hartkamp etc: *Towards an European Civil code and edition*, Kluwer law international, 1998.  
David D. Friedman: *What Economics Has to Do with Law and Why It Matters*. Sanra Clara Press, 2004.  
Richard A. Posner: *Economic Analysis of Law*. Brown and Company, 1992.  
Christian Stewart *Analysis: Estate Duty Planning For Partners*, Hong Kong Law Journal 1997.  
Andrew Halkyard *Hong Kong Estate Duty: A Blueprint For Reform*, Hong Kong Law Journal 2000.  
Mary F. Radford And F. Skip Sugarman *Georgia's New Probate Code*, Georgia State University Law Review 1997.  
John H. Langbein *The Nonprobate Revolution And The Future Of The Law Of Succession*, Harvard Law Review 1984.

## 参考文献:

- [1] 孙有强. 有限责任公司股权继承问题研究[A]. 方流芳. 法大评论·第3卷[C]. 北京:中国政法大学出版社, 2004. 52.
- [2] 陈苇. 婚姻家庭继承法学[M]. 北京:群众出版社, 2005. 307.
- [3] 史尚宽. 民法总论[M]. 北京:中国政法大学出版社, 2000. 23.
- [4] 赵万一, 王兰. 有限公司股权继承法律问题研究[J]. 华东政法学院学报, 2006, (2).
- [5] 靳宝兰, 徐武生. 民事法律制度比较研究[M]. 北京:中国人民公安大学出版社, 2001. 736.
- [6] 王利明. 中国民法典学者建议稿及立法理由[M]. 北京:法律出版社, 2005. 471, 538, 472.
- [7] 史尚宽. 继承法论[M]. 北京:中国政法大学出版社, 2000. 154.
- [8] 转引自金卫东. 我国澳门的法定扣还制度及其借鉴[J]. 上海市政法管理干部学院学报, 2000, (3).
- [9] 史尚宽. 继承法论[M]. 北京:中国政法大学出版社, 2000. 233; 张玉敏. 继承法律制度研究[M]. 北京:法律出版社, 1999. 155.
- [10] 朱凌琳. 股东权可以继承吗? [N]. 人民法院报, 2003-04-09.
- [11] 马克思恩格斯全集·第1卷[M]. 北京:人民出版社, 1957. 382.
- [12] 李开国, 张玉敏. 中国民法学[M]. 北京:法律出版社, 2002. 462, 286, 298.
- [13] 王勇华. 有限责任公司股份自由继承的理论基础[J]. 法学, 2005, (10).
- [14] 谢怀栻. 论民事权利体系[J]. 法学研究, 1996, (2).
- [15] 郭丹, 王肃元. 归扣制度若干问题探析[J]. 哈尔滨工业大学学报·社会科学版, 2004, (2).

(全文共 15 948 字)