

# 遗嘱继承不发生代位继承之原因探讨

阮梦雅

华东政法大学, 上海

收稿日期: 2022年8月18日; 录用日期: 2022年9月21日; 发布日期: 2022年9月28日

---

## 摘要

《民法典》第1154条第3项规定遗嘱继承人、受遗赠人先于遗嘱人死亡或终止的, 遗嘱不生效力。关于代位继承的性质向有“固有权说”与“代表权说”之争, 认为“代表权说”不符合民法基本原理, 且与代位继承发生的亲系继承原则以及按支脉继承原则相悖。从解释论出发认为法律规定遗嘱继承不发生代位继承的原因在于法律推定被继承人只希望其指定的继承人本人, 而非其后代继承其遗产。且该推定是基于继承法保护家庭利益之功能。

## 关键词

代位继承, 遗嘱继承, 固有权说, 代表权说

---

# Probing into the Reasons Why There Is No Subrogation in Testamentary Succession

Mengya Ruan

East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Aug. 18<sup>th</sup>, 2022; accepted: Sep. 21<sup>st</sup>, 2022; published: Sep. 28<sup>th</sup>, 2022

---

## Abstract

Item 3 of article 1154 of the Civil Code stipulates that if the testamentary successor or legatee dies or terminates before the testator, the will shall not take effect. As for the nature of subrogation inheritance, there is a dispute between “inherent right theory” and “representative right theory”.

It is believed that “representative right theory” does not conform to the basic principles of civil law, and is contrary to the principle of kinship inheritance and the principle of inheritance by branch. From the perspective of interpretation, the reason why the law stipulates that there is no subrogation in testamentary succession is that the law presumes that the decedent only wants his designated successor, not his descendants, to inherit his inheritance. And the presumption is based on the function of inheritance law to protect family interests.

## Keywords

Subrogation Inheritance, Testamentary Succession, Inherent Right Theory, Representation Theory

Copyright © 2022 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

## 1. 引言

《民法典》第 1128 条是有关代位继承的规定，代位继承制度旨在解决继承人先于被继承人死亡等缺位情形下，如何确定继承人范围和遗产份额分配的问题[1]。而《民法典》第 1154 条第 3 项规定，遗嘱继承人、受遗赠人先于遗嘱人死亡或者终止时，遗产中的有关部分按照法定继承办理。此规定反映出在我国法体系下遗嘱继承不发生代位继承。纵观学界现有之观点，多重于探讨代位继承制度本身，究采“代表权说”抑或“固有权说”，以及代位继承发生之原因。而鲜有就遗嘱继承不适用代位继承制度原因进行探讨，或则停留于因为法律规定所以不适用的错误逻辑。因此，本文欲就遗嘱继承不发生代位继承之原因进行探讨。

## 2. 代位继承制度

代位继承制度是基于亲系继承原则以及按支脉继承原则而出现的制度。关于代位继承的性质，存在代表权说和固有权说两种学说。代表权说不符合民法学基本原理，且与代位继承发生的亲系继承原则以及按支脉继承原则相悖。因此只应采固有权说。纵观各立法例及学说，代位继承发生的原因包括三种：被代位人先于被继承人死亡、被代位人丧失继承权以及被代位人放弃继承。比较法上规定不一，且各学者也从原因本身出发，对是否属于发生代位继承进行分析。目前我国学界通说根据《继承法意见》第 28 条规定，“继承人丧失继承权的，其晚辈直系血亲不得代位继承”，认为我国采代表权说。本文不赞同，认为无论采“代表权说”抑或“固有权说”，发生代位继承的原因是不同且独立的问题。即便可以从采代表权说而得出丧失继承权并非发生代位继承的原因，但进行反推在逻辑上是不成立的。

### (一) 规范目的或功能

#### 1) 亲系继承原则

我国民法典第 1127 条第 2 款规定：“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。”同《德国民法典》第 1930 条<sup>1</sup>规定的“亲系继承等级的顺位原则”：亲系等级在后的成员被排列在前的亲系等级的血亲排除。而代位继承制度则是为了把亲系顺序的原则坚持到底的存在。

<sup>1</sup>《德国民法典》第 1930 条：“只要某一血亲有顺序在先的血亲，该血亲就没有资格继承。”参见《德国民法典》(第五版)，陈卫佐译注，北京：法律出版社，2020 年。

## 2) 按支脉继承原则

按支脉继承原则又称子股平衡原则。所谓按支继承,即在子女及其直系卑亲属这个亲系之中,按子女的人数划分为若干支,每个子女及其后裔为一支。遗产在这个亲系中按支分配而不是按人分配,每一支当中按亲等近者优先的原则继承[2]。

原则上被继承人是希望其遗产在直系血亲范围内不断向下传递的,避免因其继承人死亡而出现旁系血亲优先于直系孙辈子女继承遗产的情况。并且为了维持被继承人家族各支脉之间的利益平衡,使各个支脉家庭能够相对公平地分配被继承人的遗产,不会因为某一继承人的死亡而使孙辈之间的继承利益发生严重失衡[1]。代位继承制度就此出现,只要一支当中有直系卑亲属的存在,属于该支的应继份就不会转归他支。

### (二) 中国大陆的代位继承制度

#### 1) 代位继承的性质

关于代位继承的性质分为两种学说,固有权说和代表权说。固有权说主张代位继承人对于被继承人遗产的继承,是基于自己固有的继承权,并不以被代位人是否有继承权为转移,只不过被代位人在世时,按照亲等近者优先的原则,代位人享有的继承权无法实际行使。在比较法上,大陆法系国家和地区多采纳此种观点,包括《意大利民法典》《德国民法典》《日本民法典》《台湾民法典》等[1]。

代表权说认为代位继承人享有的是被代位人对被继承人享有的继承权。换言之,被代位人享有的继承权是代位继承人继承被继承人遗产的根据和基础[1]。学者认为《法国民法典》、意大利旧民法和德国普通法采此主张<sup>2</sup>。

学界通说认为我国《民法典》和司法实践均采代表权说[1]。该结论主要是从《继承法意见》第28条规定推导而出,“继承人丧失继承权的,其晚辈直系血亲不得代位继承”。认为继承人丧失继承权后,代位继承人因为“无权可代”而无法主张继承。符合代表权说的逻辑,因此认为我国民法倾向于采纳代表权说。

但其实这种推导从逻辑上来讲是错误的,原因在于:① 代表权说本身逻辑不自洽;② 代位继承制度自身逻辑性质以及发生代位继承原因是两个不同的逻辑体系;或许可以从采代表权说而得出丧失继承权并非发生代位继承的原因;但进行反推在逻辑上是不成立的。下文将从两个原因出发作进一步阐释。

#### 2) 代表权说存在的问题

##### a) 不符合民法基本原理

自然人的民事权利能力始于出生,终于死亡。自然人死亡,其继承法律地位便不复存在。因此,不管被代位人是死亡还是丧失继承权,其代位人都不可能去代替一个实际上已不存在的法律地位进行继承[2]。盖被代位人于丧失继承权或死亡时,本身已无继承权之存在,何来被代位之可能[3]。

##### b) 不符合亲系继承原则

若采代表权说,当被代位人因故丧失继承权时,该被代位人卑亲属将被彻底排除出被继承人的法定继承人范围,此结果会造成卑亲属与尊亲属之间的权利义务失衡,与被继承人的真实意愿也很可能相悖,此种结果也与代位继承制度内涵的“育幼”功能存在矛盾。

##### c) 不符合按支脉继承原则

在被代位人丧失继承权的情况下,若采取代表权说,将可能使被代位人这一支脉的家庭成员,因被

<sup>2</sup>法国民法典采代表权说是因为其法条规定,法国民法典第751条规定:“代位继承是法律上的一种拟制,其效果是召唤取代被代位人权利的代位人继承遗产”。“取代被代位人的权利”一次体现了代表权说的内核。但《法国民法典》关于代位继承的这一条文先后有多次修改,目前修改后的条文对放弃继承的人以及丧失继承权的人的代位问题都作了规定。按照第754条现在的规定,在一定条件下,对放弃继承的情况,仍准许代位继承;第755条则规定对丧失继承资格的人,准许代位继承。实际上这是与“代表权说”的内涵不符的。参见史尚宽,《继承法论》,北京:中国政法大学出版社,2000年,第85页。

代位人一人之过错而丧失从被继承人处分得遗产的权利，从而与旁系血亲家庭发生利益失衡。此外，如果被继承人除了被代位人没有其他法定继承人，其遗产将被收归国家或集体所有，这恐怕也有悖于被继承人的真实意愿，不利于对私有财产的保护[1]。

### 3) 代位继承发生的原因

纵观各立法例及学说，代位继承发生的原因包括三种：被代位人先于被继承人死亡、被代位人丧失继承权以及被代位人放弃继承。被代位人先于被继承人死亡，这是所有立法例均承认的代位继承发生的原因，并无争议。

几乎所有立法例都认为丧失继承权是发生代位继承的原因。但中国大陆例外。根据《民法典》第 1124 条第 1 款、第 2 款只规定了死亡情形，以及第《继承法意见》第 28 条规定“继承人丧失继承权的，其晚辈直系血亲不得代位继承”的规定可以看出，中国大陆不认为丧失继承权是代位继承发生的原因。有学者提出，导致丧失继承权的行为，尤其是继承人故意杀害被继承人、为争夺遗产而杀害其他继承人的，都是非常严重的刑事犯罪，无论是人伦还是法理都没有宽容的余地。丧失继承权的继承人所在的一支与被继承人和其他继承人的情感联系因他的行为而受到破坏，如果允许代位继承，遗产仍落入这一支，这不能使继承人得到教训，容易助长忤逆的风气，也会使其他支系感到不公平。维护某一支系的利益不应与公平正义相悖[4]。

此外德国、瑞士与法国民法典均认为放弃继承权属于代位继承发生的原因。而台湾民法典第 1140 条、日本民法典第 887 条<sup>3</sup>只规定了“于继承开始前死亡”以及“丧失继承权”两种原因。认为放弃继承不属于代位继承发生原因的学者认为，在继承开始后，继承人放弃继承的，并不是客观上不能行使继承权，而是对自己权利的一种处分，法律应当尊重当事人的选择。如果允许代位继承，可能违背继承人的意愿，也容易产生纠纷[5]。还有学者提出，根据继承权的性质，继承权的放弃只能发生在继承开始后，继承人放弃继承权后其应继份当然归属于同一顺序的其他继承人或后顺序继承人，不存在适用代位继承的可能[6]。

## 3. 遗嘱继承是否会发生代位继承？

### (一) 遗嘱继承可以发生代位继承——以德国为例

在德国法体系下，代位继承制度和替补继承人<sup>4</sup>制度是事物的一体两面，在法定继承情形中，根据法律规定确定了“亲系继承等级的顺位原则”，为贯彻该原则而产生了代位继承制度；而在意定继承情形中，根据遗嘱自由原则，由被继承人指定替补继承人来确定继承顺序。也就是说，代位继承制度是法定继承情形中的替补继承人制度，而替补继承人制度则是意定继承情形中的代位继承制度。两者都起到了安排继承顺序的作用。

依照《德国民法典》第 2069 条规定，被继承人指定晚辈直系血亲之一为继承人、但未明确指定替补继承的，则在有疑义时，应认为受益人的晚辈直系血亲(默认的)成为替补继承人，以其在法定继承中代替原受益人的限度内受益。若被继承人指定其他近亲属(或者亲近的人)为继承人的，按照通说虽然不能直接适用第 2069 条，但亦可通过补充解释认为存在(默认的)替补继承人。下文将分别说明德国法中的“法定解释规则”及“补充解释规则”。

#### 1) 情形一：遗嘱相对人是晚辈直系血亲(“法定解释规则”)

<sup>3</sup> 参见《日本民法典》，刘士国，牟宪魁，杨瑞贺译，北京：中国法制出版社，2018 年。

<sup>4</sup> 替补继承人指的是，由于另一继承人(先有资格继承者)在继承开始前或开始后出缺而被指定的继承人(第 2096 条)。例：被继承人 E 在遗嘱中写道：“兹指定大儿 S 为单独继承人，S 未能成为继承人的，则由我的弟弟 B 获得一切。”那么，若 S 先于 E 去世而出缺，B 就成为单独继承人。若 E 去世时 S 仍在世，但拒绝接受遗产，B 也会成为单独继承人。

根据《德国民法典》第 2069 条<sup>5</sup>规定,若被继承人通过继承指定或遗赠的方式使其晚辈直系血亲(子女或子女的子女等)受益,但受益人在遗嘱设立后出缺的(例如死亡、拒绝遗产或丧失继承权),有疑义时,应认为受益人的晚辈直系血亲以其在法定继承中代替原受益人的限度内受益[7]。

例:甲在遗嘱中指定女儿乙为单独继承人。乙在继承发生前去世,留下孩子丙。根据第 2069 条,丙成为单独继承人,而甲的儿子丁仍则被排除在继承之外,除非通过解释(有疑义时)可得出不同结论。

## 2) 情形二:遗嘱相对人非晚辈直系血亲(“补充解释规则”)

举例说明:被继承人甲指定情人乙为其单独继承人,后与乙结婚。甲死亡时,乙已经先行去世。乙留下前婚所生的女儿丙,继女丙和继父甲关系亲近。丙认为,根据对遗嘱的补充解释,自己应当是母亲乙的替补继承人(第 2096 条),从而成为甲的单独继承人。

首先需要明确的是,补充解释的前提是存在由错误引起的、需要补充的漏洞。上例中,甲没有在遗嘱中规定乙先行去世的情况,出现了漏洞。经分析认为甲可能存在两种意思:① 甲已经想到乙先行去世的情况,偏向于依照法定继承处理(由自己的法定继承人继承);② 甲可能完全忽略了这种情况,或者忘记对此情况加以规定。

对此巴伐利亚最高地方法院认为,甲将乙指定为单独继承人,即充分暗示会将继女丙指定为替补继承人;同时又结合遗嘱文书之外的实施,可以确定该假定意图符合被继承人的本意。此种做法符合德国最高法院的一贯立场,并有可能以第 2069 条为解释依据。

由于本例中指定继承人乙是甲之情人而非晚辈直系血亲,因此与 2069 条之规定不符,2069 条既不能直接适用,也不能类推适用于该案例。“但第 2069 条至少说明法律本身允许补充性解释,且在一定条件下可以推定遗嘱中没有提及的人也可以作为替补继承人受益。”故在相似情形下,似乎可以通过补充解释认定遗嘱处分。况且,替补继承人并不必须是原定受益人的晚辈直系血亲[7]。

## (二) 遗嘱继承不能发生代位继承——以中国大陆为例

遗嘱继承不能发生代位继承,这是学界通说,该结论来自法律的直接规定。<sup>6</sup>即遗嘱附有生效条件:遗嘱继承人、受遗赠人于遗嘱人死亡或者终止时仍生存(下文称为“生存条件”),当条件不满足的时候,遗嘱不生效力[8]。也有学者认为原因是遗嘱所指定的继承人死亡,丧失民事主体资格,也就无法获得遗嘱继承权[9]。但本文认为这是与其法定继承能发生代位继承的结论相矛盾的。采代位继承固有权说的前提下,遗嘱相对人若并非法定继承人,那么其直系卑亲属也必然不存在“固有的继承权”,因此不会发生代位继承。但不可忽略遗嘱相对人属于法定继承人的情形。

根据分析,本文认为产生该结论的可能原因有三:

### 1) 法律的承继

德国民法典第 2160 条<sup>5</sup>规定,受益人在继承开始时不再生存的,遗赠不生效力。但应当注意的是德国继承法体系下,遗赠与遗嘱继承的差异,二者存在区别。瑞士同德国,区分遗赠和遗嘱继承,且两者都只对遗赠中出现受遗赠人先于被继承人死亡的情况规定遗嘱不生效力,而未对遗嘱指定的继承人先于被继承人死亡的情况下遗赠效力做明确规定。而其他大部分地区则不对遗赠与遗嘱继承进行区分。可能存在法律承继中忽略该前提的情况。当然这并非实质的原因,因为德国法遗赠与遗嘱在相对人先死的情况下效力为何存在差异,以及遗赠附有该生效要件的原因本身也值得探讨。

### 2) 尊重被继承人的原意而进行的意思推定

如前文所述,德国民法对于“遗嘱是否适用代位继承制度”的问题,主要采用意思表示解释的方法。

<sup>5</sup> 参见《德国民法典》(第五版),陈卫佐译注,北京:法律出版社,2020年。

<sup>6</sup> 大多数立法例均如此规定,如《台湾民法典》第 1201 条,《法国民法典》第 1039 条,《日本民法典》第 994 条,《中国民法典》第 1154 条。

在遗嘱相对人是晚辈直系血亲(子女或子女的子女)时,根据《德国民法典》第 2069 条的规定,解释出被继承人有意使受益人的晚辈直系血亲成为替补继承人的意思。而当遗嘱相对人并非被继承人晚辈直系血亲的情况下(如其他近亲属、配偶或者和被继承人亲近的人),即便无法适用 2069 条的规定,但通过补充解释也认为能解释出相同的意思。

德国继承法虽然可以通过对遗嘱进行意思表示解释的方法来填补漏洞。但解释始终代表不确定性。德国联邦最高法院和学界主流观点认为,附有生存条件的情形往往意味着被继承人只希望其指定的继承人本人、而非其后代取得其遗产。若法律默认遗嘱附有生存条件,则意味着法律推定被继承人只希望其指定的继承人本人、而非其后代继承其遗产。这样规定的优势在于可以避免意思表示解释的不确定性<sup>[10]</sup>。与此同时,该推定也存在一定劣势,即规避了被继承人希望其指定继承人本人及其后代能继承其遗产的途径。本文认为解决方式有二:一是在遗嘱中指定替代继承人,以达到安排其遗产继承顺序的目的。虽然我国继承法中并未规定替代继承人制度,但学者认为自尊重遗嘱人意思之立场(保护遗嘱自由之原则),应承认之<sup>[11]</sup>;二是通过生前赠与来解决。

### 3) 保护家庭利益

罗马帝国的领袖传承<sup>7</sup>有着相当长时间的影响,该政策深刻反映在家庭和遗嘱之中,即一家之主除受到道德理念的约束,任何东西不得减损其遗嘱自由。日耳曼帝国没有承继“遗嘱自由”原则,而是在贵族家庭流行“财产不只属于个人,而属于整个家族”“财富如血液般流淌”的观点。将全部家产结合起来是很重要的,因为一个家族越富有,其声望和权势就越大,每一个家庭成员在社会中获得财富、政治权力和声望的可能性也越大。到 18 世纪,由于政治和经济的原因,贵族政治的继承法遭受猛烈批评。19 世纪,随着美国民主制度继承法和自由主义理论的引进,德国的大量法律中都采纳遗嘱自由为继承法原则,但同时又保留了给最亲密的家庭亲属留下强制份额(特留份)制度。<sup>8</sup>

也就是今天的德国继承法维持的样态,以遗嘱自由为原则,但同时保留特留份制度保障亲密家庭亲属的继承权。如前文所述,法定继承情形中代位继承制度出于亲系继承原则和按支脉继承原则的考量而产生,法定继承制度其实发挥着家庭保障功能。因此,在意定继承情形中,遗嘱相对人先于被继承人去世,而被继承人真实意思具有不确定性的情况下,法律更倾向于使遗嘱不生效力,通过法定继承制度发挥保障家庭利益的功能。

## 4. 结论

当遗嘱指定继承人先于被继承人死亡时,是否能发生代位继承,立法例上存在两种回答。德国法采意思表示解释方法,认为被继承人有让指定继承人及其后代继承遗产的意思,因此通过解释方法为其遗嘱补充替补继承人。而大多数立法例则直接将生存条件规定于法条中,发生继承人先于被继承人死亡的情形时,遗嘱由于条件不达而不生效力。这是一种法律推定,认为被继承人只希望其指定的继承人本人,而非其后代继承其遗产。本文认为两种路径各有利弊。

## 参考文献

[1] 陈甦,谢鸿飞. 民法典评注继承编[M]. 北京:中国法制出版社,2020:66-70.

<sup>7</sup> “一家之主,即家庭中的父亲,不仅支配整个家庭的土地和奴隶,实际上还包括了政治权力以及在国家中取得一定地位的可能。作为一家之主的父亲会将之职责托付给根据继承顺位可以进入国家栋梁人物圈子的人”。参见[德]马蒂亚斯·施默克尔,《德国继承法》(第5版),吴逸越译,北京:中国人民大学出版社,2020年,第5页。

<sup>8</sup> “一方面,人们将有权势的贵族家庭视为国家权力的威胁;应当通过使公民更加平等而加强中央权力。另一方面,这种再也不转让且因此维持抽空市场的财富积累方式被人们视为国民经济的一种威胁,因为国民经济遭受了数个世纪的财富匮乏后必将‘干枯’”参见[德]马蒂亚斯·施默克尔,《德国继承法》(第5版),吴逸越译,北京:中国人民大学出版社,2020年,第6页。

- [2] 张玉敏. 代位继承比较研究[J]. 中央政法管理干部学院学报, 1997(3): 1-4.
- [3] 林秀雄. 继承法讲义[M]. 第7版. 台北: 元照, 2017: 28.
- [4] 最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组. 中华人民共和国民法典婚姻家庭编继承编理解与适用[M]. 北京: 人民法院出版社, 2020: 60-61.
- [5] 黄薇. 中华人民共和国民法典继承编释义[M]. 北京: 法律出版社, 2020: 53.
- [6] 郭明瑞, 房绍坤, 关涛. 继承法研究[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2003: 81.
- [7] [德]弗兰克, [德]海尔姆斯. 德国继承法[M]. 第6版. 王葆蔚, 林佳业, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2015.
- [8] 最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组. 中华人民共和国民法典婚姻家庭编继承编理解与适用[M]. 北京: 人民法院出版社, 2020: 536.
- [9] 黄薇. 中华人民共和国民法典继承编释义[M]. 北京: 法律出版社, 2020: 134.
- [10] 龙翼飞, 窦冬辰. 遗嘱解释论[J]. 河南财经政法大学学报, 2017(2): 106-107.
- [11] 史尚宽. 继承法论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2000: 465-466.