

THE FOREFRONT OF JUSTICE

THE LATEST CASES AND MATERIALS
OF COURTS OF BEIJING



审判前沿 新类型案件 审判实务

北京市高级人民法院/编

总第22集

[物权纠纷类]

从物权的视角论违法建筑的权属及立法完善

申请执行人自愿代为清偿被执行人所欠典当债务的，典当消灭，典当行应当交还典当物

[公司纠纷类]

浅论公司印章制度研究及司法裁判权与公司自治的协调

关于虚拟股东的司法认定



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

**THE FOREFRONT
OF JUSTICE**

THE LATEST CASES AND MATERIALS
OF COURTS OF BEIJING

审判前沿
新类型案件审判实务

2008年第4集·总第22集

北京市高级人民法院/编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

审判前沿. 2008 年第 4 集: 总第 22 集 / 北京市高级人民法院编. —北京: 法律出版社, 2008. 9
ISBN 978 - 7 - 5036 - 8689 - 4

I. 审… II. 北… III. 审判—案例—研究—中国—丛刊
IV. D925. 05 - 55

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 113375 号

© 法律出版社·中国

审判前沿

北京市高级人民法院 / 编

编辑统筹 法律应用出版分社

策划编辑 戴 伟

责任编辑 张新新 潘洪兴

装帧设计 李 瞻

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

责任印制 陶 松

开本 787 × 960 毫米 1/16

印张 12.75

字数 219 千

版本 2008 年 10 月第 1 版

印次 2008 年 10 月第 1 次印刷

法律出版社(100073 北京市丰台区莲花池西里 7 号)

网址 / www.lawpress.com.cn

电子邮件 / info@lawpress.com.cn

销售热线 / 010 - 63939792 / 9779

咨询电话 / 010 - 63939796

中国法律图书有限公司(100073 北京市丰台区莲花池西里 7 号)

全国各地中法图分、子公司电话:

北京分公司 / 010 - 62534456

上海公司 / 021 - 62071010 / 1636

深圳公司 / 0755 - 83072995

西安分公司 / 029 - 85388843

重庆公司 / 023 - 65382816 / 2908

第一法律书店 / 010 - 63939781 / 9782

书号: ISBN 978 - 7 - 5036 - 8689 - 4

定价: 25.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

审判前沿

新类型案件审判实务

编辑委员会

主 任：池 强

副主任：王振清 朱 江 周继军 翟晶敏 于建伟

委 员：(按姓氏笔画排列)

王 飞 田玉玺 刘兰芳 张柳青 辛尚民

何谢忠 何通胜 陈锦川 孟 祥 徐 扬

谭京生

编 辑 部

主 编：王振清

副主编：马 强

编 辑：范跃如 唐 明 乔新生 万 钧 张新平

刘晓虹 张农荣

目 录

案例研究

- ◆关于共同遗嘱法律效力的若干问题探讨
 - 张乙诉张小甲继承纠纷等案件的分析 单国军(1)
- ◆从物权的视角论违法建筑的权属及立法完善
 - 李某某等涉违法建筑类案件法律问题研究 罗 静 田孟华(15)
- ◆共同犯罪中止形态研究
 - 姬某、韩某故意伤害案法律问题探讨 于同志(25)
- ◆综合考虑案件事实及诚实信用原则确定合同当事人的从义务
 - 北京某某光展览服务有限公司诉某某医师协会合同纠纷案法律问题分析 钟蔚莉 赵一平(39)
- ◆走私古生物化石的行为能否构成走私文物罪
 - 蓑口某某走私文物案法律问题研究 谭劲松(44)
- ◆旅行社未尽注意义务致使游客不能实现旅游目的的应承担违约责任
 - 李甲、李乙诉北京某某旅行社旅游合同纠纷案法律问题分析 李 戈(47)
- ◆撤销行政处罚决定应当适用的法定程序
 - 日本某某丽株式会社不服北京市工商局朝阳分局撤销行政处罚决定案法律问题分析 倪建新(51)
- ◆披露隐私、诽谤、侮辱的区别
 - 李 Y 诉李 H、某 JT 杂志社侵犯名誉权案法律问题分
析 程 屹(57)
- ◆承认外国法院判决效力案件中互惠原则初探
 - 俄罗斯国家交响乐团、阿特蒙特有限责任公司申请

承认英国高等法院判决案法律问题研究 胡 君(63)

疑案探讨

◆用人单位的工资赔偿责任应以其主观上是否存在过错予以区分

——余某诉北京某公司劳动争议案相关法律问题研究 俞里江(69)

◆浅论公司印章制度研究及司法裁判权与公司自治的协调

——杨某诉北京某公司有关印章掌管问题的董事会决议无效案法律问题探讨 樊 雪(74)

◆关于虚拟股东的司法认定

——邵某某诉芦某某、中复电讯公司虚拟股东不具有合法股东资格确认案有关法律问题探讨 宋 毅(80)

案例分析

◆在投标书中使用他人专利证书并炮制专利实施许可合同的行为是否构成专利侵权

——蒋某某诉北京黎明文仪家具有限公司专利侵权案法律问题分析 葛 红(85)

◆“发警告函行为”不构成不正当竞争

——北京某某文化艺术有限责任公司诉某某音乐著作权协会不正当竞争纠纷案相关法律问题分析 赵立辉(89)

◆抢劫性勒索行为的性质如何认定

——董某某抢劫案法律问题分析 赵瑞罡 史 磊(93)

◆累犯作为法定刑升格条件的适用

——被告人杨某盗窃案法律问题分析 罗鹏飞(99)

◆驾驶非机动车致搭乘人死亡是否构成交通肇事罪

——华某某交通肇事案法律问题分析 刘彩霞 易大庆(103)

◆撤销行政许可应遵循正当程序原则

——北京李某某鱼头火锅有限公司方庄分公司不服北京市丰台区环境保护局撤销环保许可案法律问题探讨 崔秀春(107)

◆非共同侵权不承担连带责任

——丁某诉北京某某隆清洗服务中心、北京某某服装有限公司人身损害赔偿案法律问题探讨 张宗伟(111)

- ◆经营者未尽告知义务给受害人造成损失的赔偿责任
——赵甲、高丙等诉北京市大家庭汽车贸易有限公司损害
赔偿案相关法律问题分析 张 静 张 涛(115)
- ◆负有履行义务的一方应当证明其已履行了合同义务
——郝甲诉郝乙支付购房款案法律问题分析 张清波(118)
- ◆保险案件中近因原则的适用和重大过失的判断
——北京某某综合超市股份有限公司沈阳分公司诉中国
人民财产保险股份有限公司某某分公司公众责任险
纠纷案相关法律问题分析 白小莉(123)

观点争鸣

- ◆国有企业待岗职工在其他单位任职上下班途中发生交通
事故能否认定工伤 武 楠(128)
- ◆散热器安装瑕疵造成财产损失的责任承担
——朱某诉北京某某特工贸有限责任公司、兰州某某散
热器有限公司财产损害赔偿案法律问题分析 田智华(132)
- ◆追索生产安全事故死亡赔偿金是否属于劳动争议
——陈某等与日照市某工贸有限责任公司追索生产安全
事故死亡赔偿金纠纷案评析 陈 特(136)

参阅案例

- ◆学生因自身原因退学请求退还择校费的,法院不予支持 (141)
- ◆非商标性使用不构成侵犯商标权 (144)
- ◆确认司法考试成绩无效的行政行为不是行政处罚 (147)
- ◆申请执行人自愿代为清偿被执行人所欠典当债务的,典
当消灭,典当行应当交还典当物 (151)

热点问题聚焦

- ◆关于一审行政案件庭审程序问题的调研报告
..... 北京市高级人民法院课题组(153)
- ◆关于财产保险纠纷案件的调查研究 王元田(162)

法律文书之窗

- ◆中华人民共和国北京市高级人民法院民事判决书
(2006)高民终字第 333 号 (174)
- ◆北京市第二中级人民法院民事判决书
(2004)二中民终字第 09936 号 (182)

司法文件

- ◆关于印发《北京市高级人民法院关于审理公司纠纷案件
若干问题的指导意见》的通知 (187)
- ◆关于印发《北京市高级人民法院 北京市司法局关于司
法鉴定人出庭作证的规定(试行)》的通知 (191)

分类索引 (194)

【案例研究】

关于共同遗嘱法律效力的若干问题探讨

——张乙诉张小甲继承纠纷等案件的分析

单国军*

一、据以研究的案例

案例1:1998年11月28日,甲书写遗嘱,上载明:丙与父母共同生活,对父母很关心和照顾,又无其他住房,夫妻二人将房产若干指定丙继承。甲在遗嘱上签名盖章,甲之妻乙也在遗嘱上签名并盖章,注明年、月、日。书写上述遗嘱时无其他人在场见证。1999年9月,乙去世。2002年9月,甲去世。丙主张按遗嘱继承父母的若干房产,但甲与乙的其他子女即丙的兄弟姐妹主张上述遗嘱对乙构成代书遗嘱,又没有无利害关系人在场见证,应当无效,对甲乙的财产应按法定继承处理。

法院经审理认为,甲生前立有自书遗嘱,其将自己的所有财产指定丙继承,该部分内容有效;其无权处分乙的财产。遗嘱中涉及乙遗嘱的部分为代书遗嘱,虽有乙签字盖章,但没有无利害的见证人在场见证,该代书遗嘱因形式不合法而无效,乙的财产应由其继承人按法定继承予以继承。

案例2:张某、魏某夫妇生有一子张甲和一女张乙。二人想把最大的共同财产即一套三居室的房子留给孙子张小甲。1998年3月26号,二人共同立下了一份遗嘱,内容是:我们夫妻共同订立遗嘱,决定两人中先去世的一方的遗产由另一方继承;后去世一方的遗产由孙子张小甲继承,其他人均没有继承权;夫妻二人无论谁先去世,另一方不得更改或撤销本遗嘱。2000年4月,张某去世;2001年2月,魏某也离开人世。正当张甲代其子张小甲向房产管理部门申请变更登记

* 北京市高级人民法院民一庭副庭长,中国人民大学法学院民事诉讼法博士。

记时,张小甲被姑姑张乙告上法庭,要求分得部分房产。在诉讼中,张乙提出了第二份遗嘱。该遗嘱由魏某在张某去世3个月后立下,内容是:我现在决定撤销1998年与丈夫张某立的遗嘱,将房产在我百年以后遗留给女儿张乙继承。

法院在审理中形成了四种意见。第一种意见认为,夫妻共同遗嘱应遵守我国法律关于遗嘱的规定,立遗嘱人有权变更自己所立的遗嘱,应以被继承人的最后遗嘱为准,故房产应由张乙继承。第二种意见认为,夫妻共同遗嘱是双方法律行为,具有法律约束力,夫妻双方必须遵守,不应允许一方任意撤销、变更遗嘱中对其遗产的处分,否则会违背另一方的意见。魏某对共同遗嘱的撤销权因张某的死亡而归于消灭,故该房产应根据共同遗嘱由张小甲继承。第三种意见认为,共同遗嘱只对已死亡的遗嘱人的遗产产生效力,活着的遗嘱人则有权保留属于自己的那部分财产并随时变更或撤销所立遗嘱,故张某的遗产应由张小甲继承,魏某的遗产应根据变更后的遗嘱由张乙继承,即张小甲、张乙各继承房产的一半。第四种意见认为,继承法第20条规定遗嘱人可以撤销、变更自己所立的遗嘱,魏某立的第二份遗嘱实际上撤销了共同遗嘱,故张某的遗产由其法定继承人魏某、儿子张甲、女儿张乙共同继承,魏某的遗产则根据遗嘱由张乙继承,即张甲继承房产的1/6,张乙继承房产的5/6。后法院按第二种意见处理了该案。

案例3:王某、薛某到公证处立了一份遗嘱,指定两人百年之后,夫妻共同财产楼房一座归长子王甲继承,其余财产由次子王乙继承,祖传的玉佩、珠宝由女儿王丙继承。1999年2月,王某去世。2003年4月,薛某在医院治病时将丈夫王某所立的遗嘱交给子女,很快去世。后兄妹因遗产分割发生纠纷。王乙以父母所立遗嘱无效,遗产分配不公为由起诉到法院。

法院经审理后认为,王某、薛某夫妇所立遗嘱合法有效,原、被告应按所立遗嘱分割财产。原告王乙以所立遗嘱无效,请求重新分割遗产的诉讼请求于法无据,不予支持。

二、相关法律问题研究

上述案例均涉及一个共同问题,即对共同遗嘱法律效力的评价,同时也体现了审判实践中的不同处理。共同遗嘱在现行继承法上没有规定,在社会生活中屡屡发生,同时在法理研究上探讨不够,由此导致实践上的认识分歧与做法差异。这其中核心的问题有两个:一是应否认可共同遗嘱在法律上有效。二是在认可共同遗嘱法律上有效的基础上,共同遗嘱的法律约束力如何,共同遗嘱人能否撤销或变更共同遗嘱的内容,什么时候发生继承。与此相关,还需要明确共同遗嘱的效力条件与适用范围。笔者撰文研究,旨在为立法和司法实践提供参考。在分析方法上,主要是立足利益分析,并注意采取实证方法。

(一)共同遗嘱的概念、类型与性质

共同遗嘱是和单独遗嘱相对而言的。单独遗嘱即单个被继承人的遗嘱意思表示,而共同遗嘱则不同。单独遗嘱是遗嘱的常态,而共同遗嘱则是遗嘱的特殊形式。应当明确,继承法理论一般都以单独遗嘱为对象,这些理论也表现为遗嘱继承的一般理论,共同遗嘱则属于一般理论之外的特殊内容。在我国,由于共同遗嘱是立法空白,通常是以单独遗嘱的一般理论进行分析,相应的特殊理论尤其缺乏,有待建立。

一般认为,有形式意义上的共同遗嘱和实质意义上的共同遗嘱之分。^①形式意义上的共同遗嘱是指内容各自独立的两个以上(包括两个,下同)的遗嘱意思表示记载于同一载体中,如夫妻将其各自独立的遗嘱记载于一份文件上。实质意义上的共同遗嘱是指两个以上的遗嘱人的遗嘱意思表示相互关联、相互制约,并记载于同一份文件中,如夫妻表示将共同财产留给某个子女继承。这两种共同遗嘱的共同点是两个以上的遗嘱意思表示有共同的载体,不同点则在于两个以上的遗嘱意思表示在内容上是否有关联、制约关系。应当看到,形式意义上的共同遗嘱只是两份单独遗嘱表现在同一文件中,相互间无关联、制约关系,在评价上仍然是以各份遗嘱为独立的对象,各份遗嘱的法律效力也相互不受影响,因此较之单独遗嘱并无法律调整上的特殊性。实质意义上的共同遗嘱则不同,两个以上的遗嘱意思表示基于对共同财产的处分并相互关联、制约而构成一个整体意思表示,在评价上需立足相互之间的关系,并衍生出共同遗嘱是否损害遗嘱自由、共同立遗嘱人能否单方变更或撤销共同遗嘱、继承是在一方死亡后发生还是在两方均死亡后发生等一系列问题,因此与单独遗嘱的法律调整明显不同。由上述分析可见,形式意义上的共同遗嘱实质是单独遗嘱,按现行继承法的规定对各单独遗嘱进行调整即可,实质意义上的共同遗嘱才是真正的共同遗嘱,需在继承法之外进行研究分析。本文讨论共同遗嘱是针对实质意义上的共同遗嘱,以下所述共同遗嘱均是指实质意义上的共同遗嘱。

立足共同立遗嘱人遗嘱意思表示之间的关系,共同遗嘱分四种类型:一是相互指定对方为自己的遗产继承人,可称为相互型遗嘱;二是共同指定第三人为共同财产的继承人,可称为共同指定型遗嘱;三是相互指定对方为自己的遗产继承人并规定后死亡的一方将遗产留给第三人继承,可称为相互加共同指定型遗嘱;四是相互以对方的遗嘱内容为条件的遗嘱,可称为相互条件型遗嘱。这种遗嘱也被称为相关遗嘱,如夫妻双方均系再婚,约定如一方将自己的财产交给包括另

^① 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382—383页。

一方子女在内的全部子女继承,则另一方也将其财产交给包括对方子女在内的全部子女继承。作为共同遗嘱,这四种类型均在形式上要求不同立遗嘱人的遗嘱意思表示记载于同一文件中。以相互型遗嘱为例,如两个立遗嘱人分别立遗嘱将对方作为自己的继承人,仍然是两份单独遗嘱而不是共同遗嘱,遗嘱意思表示之间无制约关系,一方变更或撤销遗嘱不影响另一方遗嘱的效力。再以相互条件型遗嘱,如两个立遗嘱人分别立遗嘱将包括对方子女在内的全部子女作为继承人,并不能实现遗嘱意思表示之间的相互制约作用,在一方死亡其遗嘱意思表示已得到执行的情况下,另一方仍有权改变原来的遗嘱意思表示。

应当看到,虽然同属共同遗嘱,但这四种类型在内容上各有特点,共同遗嘱的目的以及两个以上遗嘱意思表示之间的具体关系也不相同。这是进一步认识共同遗嘱法律效力问题的基础,我们作以下初步分析:相互型遗嘱的基本目的是保障共同立遗嘱人中一方死亡后健在方的生活利益。共同指定型遗嘱也有保障健在方利益的作用,但基本目的在于保持共同财产的完整性,共同立遗嘱人一方死亡后不发生财产分割,只有在共同立遗嘱人都死亡后共同财产才交给共同指定的第三人。与此不同,如仅是为了留给第三人继承,各被继承人可以分别约定共同财产中其自己的份额由第三人继承,但这种做法会导致一方死亡后共同财产的分割,而且基于遗嘱自由的要求,也难以约束后死亡的一方不变更或撤销将财产份额交第三人继承的意思表示。相互加共同指定型遗嘱将前两种类型结合起来,基本目的包括两个方面,首先是保障共同立遗嘱人一方死亡后健在方的生活利益,其次又要保障共同财产的完整性。相互条件型遗嘱与前三种类型不同,基本目的是实现共同立遗嘱人近亲属之间的利益平衡。总体而言,前三种类型的共同遗嘱的意思表示具有平行性,而第四种共同遗嘱中共同遗嘱人的意思表示互为条件,比起前三种共同遗嘱,共同遗嘱人相互之间意思表示的约束力更强。

对共同遗嘱的法律性质,理论上存在分歧,主要有三种观点。^①第一种观点认为,共同遗嘱是附条件或附义务的单方法律行为,可称为单方法律行为说。其基本特点是把共同遗嘱分割成两个附条件或附义务的遗嘱,从而可以和一般遗嘱理论衔接。第二种观点认为,共同遗嘱是双方法律行为,可称为双方法律行为说。第三种观点认为,共同遗嘱是共同法律行为,可称为共同法律行为说。这种观点强调,与双方法律行为系不同主体基于各自不同的目的和利益形成相对应的意思表示不同,共同立遗嘱人基于同一遗嘱目的订立共同遗嘱,应为多方法律

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

行为。

我们认为,附条件或附义务的单方法律行为说存在着两个问题:其一,与共同遗嘱的形式不符。共同遗嘱的形式是共同立遗嘱人的遗嘱意思表示记载于同一份文件中,并由双方共同签字,而不是表现为单方法律行为。如前所述,如共同立遗嘱人的遗嘱意思表示分别表述在不同的遗嘱文件中,它们相互之间就不存在相互制约的关系,也就不是共同遗嘱了。其二,与共同遗嘱的内容不符。共同遗嘱的本质是两个以上的遗嘱意思表示相互制约而成为一个整体,而单方法律行为说将共同遗嘱理解为两个独立的法律行为,附条件或附义务之说将各共同立遗嘱人的遗嘱意思表示理解为对方遗嘱意思表示所附的条件或义务,难以解释共同立遗嘱人的遗嘱合意,且两个意思表示互为条件或义务也超出了单方法律行为的内涵,而实际形成了具有共同指向的遗嘱意思表示。此外,单方法律行为说也解释不了为什么在共同立遗嘱人一方死亡后健在一方在有些情形下还可以撤销其遗嘱意思表示。

那么,共同遗嘱是双方法律行为还是多方法律行为呢?按照民法法理,双方法律行为又叫契约行为,是指双方当事人相对应的意思表示一致而成立的法律行为;多方法律行为又叫协议行为,是指两个以上同一目的的意思表示一致而成立的法律行为。^① 即二者的区别在于两个以上的意思表示是相对应还是目的一致。我们认为,共同遗嘱在法律性质上不应一概而论。其中,相互型遗嘱、共同指定型遗嘱与相互加共同指定型遗嘱均处分的是共同财产,系立足于共同立遗嘱人的目的一致,应属多方法律行为,而相互条件型遗嘱则处分的是共同立遗嘱人的各自财产,更多体现出共同立遗嘱人继承利益的交换性,应属双方法律行为。

(二)应否认可共同遗嘱的法律效力

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。^②

否定说认为共同遗嘱是无效的。主要是三方面理由:其一,违背遗嘱自由原则,即共同遗嘱使得单个人的遗嘱意思表示受到他人意思表示的约束,限制了单个人的遗嘱自由。其二,违反遗嘱形式的强制性规定。我国继承法仅规定了单独遗嘱,故不应承认共同遗嘱。同时,共同遗嘱通常表现为由共同立遗嘱人中一方书写,各方签字确认,对于未书写方实际构成了代书遗嘱,按继承法要求必须由两个以上无利害关系人见证,否则即为无效。其三,共同遗嘱在实现过程容易

① 马俊驹、余延满:《民法原论》,法律出版社2005年版,第184—185页。

② 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。

出现障碍。如在共同指定型遗嘱情况下,在共同立遗嘱人一方死亡后至健在方再死亡时,其间或发生情势变更或出现健在方拟变更、撤销共同遗嘱等问题,关系复杂,处理困难。

承认说认为共同遗嘱是有效的。主要有三方面理由:其一,符合我国继承习惯。按我国传统,一般是父母双亡以后,子女才去分割父母的遗产。父母订立共同遗嘱与这种习惯一致。其二,符合我国的家庭共有财产状况。我国现阶段的家庭多是共同劳动、共同生活,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,可以避免分家析产带来的纠纷与问题。其三,共同遗嘱有利于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。

限制说认为对共同遗嘱的效力应有限制地承认。这种限制主要是从主体上限制,即仅承认夫妻共同遗嘱,而不承认其他共同遗嘱。理由是:夫妻共同财产一般不分割,夫妻双方有订立共同遗嘱的意愿和必要;夫妻共同遗嘱有利于保护配偶的利益,使配偶的生活不因另一方死亡而受更多影响。另外也有观点主张从效力上限制,即认为共同遗嘱只对先死亡的共同立遗嘱人有效,对健在的共同立遗嘱人则无效,健在方有权保留自己的财产并随时变更或撤销其在共同遗嘱中的意思表示。这种观点否定了健在方受共同遗嘱的制约,也就否定了共同遗嘱本身,对于共同立遗嘱人中先死亡者是不公平的,缺乏基本法理依据,不足为论。

我们认为,首先应当承认共同遗嘱的法律效力。对一种法律现象如何调整,实际上是综合相关利弊进行的方案选择,其中的核心问题是价值判断和社会实际情况的结合。对于共同遗嘱,各国立法例也不尽一致,德国、英国、韩国等承认共同遗嘱,日本、法国、瑞士等不承认共同遗嘱,大陆法系与英美法系在此问题上并无绝对分野。由于共同遗嘱涉及的是家庭关系领域,对此问题的调整应更多考虑社会传统的影响。在我国,承认共同遗嘱的法律效力,除了前述符合我国继承习惯、符合我国家庭共有财产状况以及有利于保护配偶和幼小子女的利益之外,我们认为还有四个方面的理由。

其一,有利于弘扬孝父母、重家庭的传统文化。孝父母、重家庭是我国传统文化中的优秀因素,在现代社会中对于家庭稳定、社会和谐具有积极作用。共同遗嘱中的相互型遗嘱、共同指定型遗嘱与相互加共同指定型遗嘱都直接指向共同立遗嘱人中健在方的利益,有利于避免因财产分割带来的家庭纷争和对于健在方生活的不利影响,也有利于保障家庭中还需要抚养的未成年人的利益,而共同遗嘱中的相互条件型遗嘱也有利于促进家庭成员之间关系的密切。而反过来说,如否认共同遗嘱的法律效力,则一旦共同立遗嘱人一方死亡,则家庭财产就

面临着分割问题,可能冲击家庭关系的稳定,影响健在方的基本利益。特别是,由于近年来伴随经济快速发展之下社会财富观的增强和推广计划生育之下独生子女的普遍,孝父母、重家庭的传统观念受到较大的冲击,并由此带来广泛的社会问题。而确认共同遗嘱的法律效力具有弘扬优秀文化的价值取向。

其二是不违反遗嘱自由。遗嘱自由是继承法的基本原则,它是指当事人通过遗嘱处分自己死后财产的自由权。实行遗嘱自由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。^① 共同遗嘱要求共同立遗嘱人受共同遗嘱的约束,似乎限制了各共同立遗嘱人的自由。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。一方面,在财产处于共有状态的情况下,共同财产所有人仅能在自己的财产范围内有处分自由,而不能对其他共有人的财产进行处分。这种基于财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,如对于配偶生活的照顾、对于某个子女的偏爱、对于财产使用的考虑以及对于某个继承人生活的特殊照顾等。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。当然,自由不是绝对的,权利和义务永远是对应的,任何法定的自由也是对自由的法定限制。^② 共同遗嘱同样如此,它是两个以上立遗嘱人的遗嘱自由的结合,当事人在享受更大的遗嘱自由的同时,也必然受到共同遗嘱的约束,但这应当首先理解为是当事人为实现更大遗嘱自由所付出的代价,而不应当首先理解为是对当事人遗嘱自由的限制。另一方面,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。

同时,还要看到的是,共同遗嘱虽然源于对单个人遗嘱自由的更大发挥,但客观上共同遗嘱对于遗嘱自由确实构成了限制。对共同遗嘱进行法律调整的一个基本关系就是解决共同遗嘱与遗嘱自由的关系。就此问题应当明确的是:共同遗嘱以遗嘱自由为基础,共同遗嘱应保障遗嘱自由;除非必要的限制,共同遗嘱不得损害遗嘱自由。换言之,任何继承都以单独继承和单个人的遗嘱自由为起点,共同遗嘱不是抽象的,是在单独继承的基础上形成的制度,是源于单个人的遗嘱自由并保障这种自由的,对于共同遗嘱的调整,应以保障遗嘱自由作为基

① 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。

② 郭道晖:《法理学精义》,湖南人民出版社2005年版,第77页。

本点。这要求在共同遗嘱的法律调整上设定相应的机制。这种机制主要表现在两个方面:一个是认可共同立遗嘱人都健在时任何一方对共同遗嘱意思表示的撤销权,另一个是认可共同立遗嘱人一方死亡时健在方在特定情形下对其遗嘱意思表示的撤销权。

其三是符合财产使用的经济原则。共同遗嘱往往意味着共同财产不分割而整体继承,避免了财产分割的成本,并且通常更有利于财产的使用与收益。

其四是共同遗嘱在操作上的难题可以通过设定相应的规则与机制来解决。对待一种法律制度的态度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调整。

其次,我们认为,共同遗嘱的适用应限制于夫妻关系。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。

最后,我们认为,承认共同遗嘱的法律效力在现行法上并无障碍。总结起来,否定说主要是认为继承法有三条规定构成了承认共同遗嘱的障碍。其一是继承法第2条,即继承从被继承人死亡时开始;而共同遗嘱情况下是在共同立遗嘱人都死亡时才发生继承,因此与继承法第2条矛盾。应当说,继承从被继承人死亡时开始的规则是为了避免被继承财产出现无主体状态,与继承秩序密切相关,应属强制性规定。但认为共同遗嘱情况下只有共同立遗嘱人都死亡时才发生继承是一种误解,实际上对共同遗嘱而言,只要共同立遗嘱人之一死亡就开始发生继承,因此并不存在着共同遗嘱同继承法第2条的矛盾。本文后边对此有专门阐述。其二是继承法第22条关于遗嘱自由的规定,即认为共同遗嘱同遗嘱自由相矛盾。就此前述已作分析,下面还会论及。其三是继承法第17条关于代书遗嘱需有无利害关系人在场见证方能有效的规定,就此在否定说的理由中也提及,不再赘述。我们认为,这种认识同样缺乏依据。原因在于,共同遗嘱属于现行继承法上的立法漏洞,对代书遗嘱的形式规定应理解是为继承法调整单独遗嘱的基本思路下对于单独遗嘱的要求,而不是对共同遗嘱的要求。在共同遗嘱情况下,共同立遗嘱人中一方书写遗嘱内容而另一方以签名确认应属常态,而一般不会采取双方各写一段遗嘱内容的方式。这种情况下如否认共同遗嘱的效力,实际上也就在操作层面上否定了共同遗嘱。当然,从制度规范的要求,为保障共同遗嘱确实反映了共同立遗嘱人的真实意思,应采取由非书写遗嘱一方写

明类似“以上遗嘱确属本人真实意思表示”的确认词后再签字的做法;如非书写遗嘱一方不会写字或不能写字,则采取由共同立遗嘱人之外无利害关系第三人现场见证的方法。

(三)共同遗嘱的效力要件

在认可共同遗嘱的一般法律效力的基础上,还应明确共同遗嘱具备现实法律效力的要件。共同遗嘱源于单独遗嘱,共同遗嘱的效力要件与单独遗嘱的效力要件既有共同之处也有不同之处。

在形式要件上,共同遗嘱可采取公证形式、自书形式和代书形式,并由各共同立遗嘱人签字。但与单独遗嘱不同,共同遗嘱不得采取口头形式与录音形式。原因是,共同遗嘱有一个协商形成的过程,并且因涉及两个遗嘱意思表示,在形式上应更为稳定和确定,而口头形式与录音形式不仅自身适用受限,更难以满足共同遗嘱对形式稳定和确定的要求。如按继承法,口头遗嘱适用于遗嘱人生命垂危或其他紧急情况、遗嘱人无法采取其他形式订立遗嘱之时,这种适用条件对于共同立遗嘱人很难同时发生,并且形式很不确定,不利于将共同遗嘱的意思表示明确固定下来。

在实质要件上,共同遗嘱主要应满足以下几个要求:共同立遗嘱人均有行为能力;共同遗嘱必须是共同遗嘱人的真实意思;共同立遗嘱人均在各自的财产范围内处分财产,并在共同财产范围内处分财产;共同遗嘱没有剥夺应当有特留份的继承者的权利。

还需要探讨的是,共同遗嘱中禁止共同立遗嘱人一方在另一方死亡后撤销共同遗嘱的约定是否有效。我们认为,共同遗嘱的核心特征即是共同立遗嘱人遗嘱意思的相互制约,特别是共同遗嘱在共同立遗嘱人一方死亡后对方即原则上失去撤销权,因此上述约定并不违反遗嘱自由,应为有效。

(四)共同遗嘱的效力

共同遗嘱的效力是共同遗嘱适用中的核心问题。共同遗嘱一经订立,即产生相应的法律效力,主要包括继承发生时间、对共同立遗嘱人的约束力和失效三个问题。

1. 继承发生时间

我们认为,共同遗嘱在共同立遗嘱人一方死亡时发生继承,具体分析如下:在相互型遗嘱情况下,共同立遗嘱人一方死亡时继承发生,由健在一方依据共同遗嘱继承死亡一方的财产。在共同指定型遗嘱情况下,对究竟何时发生继承存在着两种观点的争议。一种观点认为是在共同立遗嘱人中后死亡一方死亡时发生继承;另一种观点认为,共同立遗嘱人一方死亡时属于该遗嘱人的财产份额即发生继承,但共同财产并不分割,待另一方死亡时属于该遗嘱人的财产份额亦发