

优秀论文:代位继承比较研究 PDF转换可能丢失图片或格式，
建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E4_BC_98_E7_A7_80_E8_AE_BA_E6_c122_484481.htm 内容摘要：代位继承是法定继承中的一项重要制度，各国关于代位继承的条件和适用范围规定有很大差异。对一些有代表性国家的代位继承制度进行比较研究，有助于我们正确认识代位继承的性质，完善我国的代位继承制度。一 制度比较（一）代位继承的发生原因 关于代位继承的发生原因，有三种不同的规定：1. 以被代位人先于被继承人死亡为代位继承发生的唯一原因。我国继承法和法国民法典属于这种类型〔1〕。我国除在继承法中对此作出明确规定之外，最高法院在关于贯彻执行继承法若干问题的意见中又从反面规定，继承人丧失继承权的，其晚辈直系血亲不得代位继承，将代位继承严格限制在被代位人先于被继承人死亡一种情况。2.被代位人先于被继承人死亡和丧失继承权，都可以引起代位继承。日本、韩国、意大利等国和我国台湾属于这一类型。如日本民法第887、891、892条规定，被继承人的子女于继承开始前死亡或依法丧失继承权或因被废除而丧失继承权时，其子女代其位成为继承人，我国台湾地区民法第1138、1140条规定，直系卑亲属中有人先于被继承人死亡或丧失继承权，由其直系卑亲属代位继承。3.被代位人先于被继承人死亡、丧失继承权和抛弃继承权，均发生代位继承。德国和瑞士等国属于这种类型。如瑞士民法典第541、572条规定，无继承资格人的直系卑血亲按无继承资格人先于被继承人死亡的情况继承被继承人的财产，被继承人未留任何遗嘱且继承人中一人抛弃继承

权时，其应继份按抛弃继承人在继承开始前死亡的情况处理。

（二）被代位人的范围 被代位人必须是被继承人的血亲继承人，配偶一方先亡不发生其子女代位继承的问题，这是各国继承法的一致原则。至于哪些血亲继承人能够作为被代位人，各国的规定差别甚大。综观各国继承立法，关于被代位人范围的规定，大体有四种类型：1.被代位人限于被继承人的直系卑亲属。我国继承法和台湾地区民法属于这种类型。这反映了海峡两岸的中国人在继承范围问题上的一致性。但在法条的表述方式上，二者有所不同。我国继承法规定，被继承人的子女先于被继承人死亡，由其晚辈直系血亲代位继承，将被代位人限于被继承人的子女。台湾地区民法则一般地将直系卑亲属列为被代位人，规定第一顺序继承人先于继承开始前死亡或丧失继承权者，由其直系卑亲属代位继承其应继份，而第一顺序继承人为直系卑亲属。2.被继承人的直系卑亲属和兄弟姐妹及其直系卑亲属都可以作为被代位人。日本、法国、韩国、加拿大、保加利亚等国民法属于这种类型。应当指出的是，日本民法在1981年修改之后，对被代位人的范围作了限制，即旁系血亲作被代位人仅限于兄弟姐妹，其直系卑血亲不能作被代位人。3.被代位人的范围包括直系卑亲属、父母及其直系卑亲属和祖父母及其直系卑亲属。德国和瑞士等国属于这种类型。属于这一类型的继承立法，严格贯彻亲系继承原则，继承顺序按亲系划分，每一顺序中再按亲系划分为若干顺序，顺序在前的继承人先于被继承人死亡，即由其直系卑亲属代位继承，只要该亲系中有继承人存在，其应继份就不会转归他系继承。例如，按瑞士民法典第457至460条和德国民法典第1924至1928条规定，第一顺序继

承人是死者的直系卑亲属，子女先于被继承人死亡，由其直系卑亲属代位继承，以亲等近者为先。为直系卑亲属中亦有人死于被继承人之前，则由先死者的直系卑亲属代位继承。无直系卑亲属，即由第二顺序继承人即父母及其直系卑亲属继承，以亲系亲等为序，即父母中一方先于被继承人死亡，由其直系卑亲属代位继承，无直系卑亲属时，由他方及其直系卑亲属继承。第三顺序继承人是祖父母及其直系卑亲属。这一顺序的继承人同样要按亲系和亲等继承，即首先，将遗产分成二份，父系祖父母和母系祖父母各一份。各系之中祖父和祖母平均继承。一方死亡，由其直系卑亲属代位继承，无直系卑亲属的，由生存一方及其直系卑亲属继承。父系或母系祖父母中一方无人继承时，全部遗产由有继承人的一方继承。亲系继承止于祖父母。4.被代位人的范围包括直系卑亲属、兄弟姐妹及其直系卑亲属、祖父母及其直系卑亲属。美国统一继承法典属于这种类型。这种类型和第三种类型的区别在于，按照第三种类型的立法，兄弟姐妹不是一个独立的继承顺序，他们被划归父母及其直系卑亲属这一亲系之中。如前所述，按照这种立法，父母中一方先于被继承人死亡，其应继份由其直系卑亲属代位继承，而不转归生存配偶，只有死亡一方无直系卑亲属时，生存配偶才能获得对方的应继份。而按照第四种类型的立法，父母和兄弟姐妹是相互独立的两个继承顺序，父母中一方先于被继承人死亡，应继份即转归生存一方。换言之，只要父母中有一人生存，兄弟姐妹就被排除在继承顺序之外。可见第四种类型的立法对父母中的生存一方较为有利〔2〕，而第三种类型的立法则对兄弟姐妹较为有利。（三）代位继承人的范围 代位继承人必须是

被代位人的直系卑亲属，这是代位继承的一个原则。在这个问题上，各国的规定是一致的，但也有个别例外，如韩国民法规定，妻子可代亡夫继承公婆的财产。值得注意的是，代位继承人必须是被代位人的直系卑亲属，但不一定是被继承人的直系卑亲属。实际上，在大多数国家，代位继承人的范围大大超出了被继承人直系卑亲属的范围。例如，承认父母或兄弟姐妹可以作被代位人的立法，代位继承人的范围就扩大到侄子女、甥子女及其直系卑亲属；承认祖父母为被代位人的立法，代位继承人的范围就扩大到叔、伯、姑、舅、姨及其直系卑亲属。代位继承原则上不受代数限制，但基于立法政策上的理由，也可以对其加以限制。如日本民法原来规定，兄弟姐妹的直系卑亲属作为代位继承人不受代数限制，后来这一规定受到人们的广泛批评，认为这样会使那些与被继承人既无亲情又无生活上的依赖扶助关系的人成为继承人，而这是不公平不合理的。因此，1981年修改后的民法，将代位继承人限于被继承人的直系卑亲属和兄弟姐妹的子女。这反映了继承立法重视亲情和生活上的互相扶助关系。对继承权的影响以至决定作用，也反映了缩小继承人范围的立法倾向。养子女和有扶养关系的继子女可否作代位继承人？外国法律中无继子女法律地位的规定，继子女如果被继父或继母收养，按养子女对待，否则无权利义务关系。对于养子女，多数国家规定可以作为代位继承人继承其养父或养母的直系尊亲属的财产。这些国家的理论认为，收养的效力及于养父母的血亲。这种主张有利于稳定收养关系。美国等一些国家则认为，收养是收养人和被收养人之间的事，收养合同的效力不及于收养合同以外的其他人。因此，养子女不能代养

父或养母之位继承养父或养母的直系尊亲属或其他血亲的财产。我国收养法第22条明确规定：“养子女与养父母的近亲属间的权利义务关系，适用法律关于子女与父母的近亲属关系的规定。”因此，养子女亦可作代位继承人。丧失和放弃对被代位人的继承权者，是否可以作为代位继承人继承被继承人的遗产？罗马法对此采取肯定说。法国民法典第744条仿罗马法，明确规定：“任何人如曾放弃继承被继承人的遗产，仍得代替被继承人的地位。”学者有肯定和否定二种主张。史尚宽先生持肯定说。笔者赞成肯定说。因为第一，代位继承人系基于自己的固有权利直接继承被继承人，而不是基于对被代位人的继承权间接继承被继承人（理由容后详述）；第二，丧失和放弃继承权仅具有相对的效力，丧失或放弃对被代位人的继承权，不影响其对被继承人的继承权；第三，各国民法对此均无禁止规定。（四）代位继承人的应继份代位继承人只能继承被代位人的应继份，如果有二个以上的代位继承人，则应由他们共同继承，按人数均分被代位人的应继份。各国继承立法对此持相同意见。如果处于同一亲等的被继承人的血亲继承人全部先于被继承人死亡，他们的直系卑亲属应如何继承？例如，被继承人的子女全部先于被继承人死亡，他的孙子女是否仍应按代位继承的原则继承？对此，立法上有按人均分说和按股均分说二种主张。法国以及德国、瑞士等采取亲系继承制的国家，严格贯彻按股继承的原则，虽然被代位人全部先于被继承人死亡，其直系卑亲属仍应按股代位继承。如法国民法典第740条明确规定：“代位继承，不论被继承人的现有子女与较之被继承人先死的子女所遗下的直系卑血亲共同继承的情形，或被继承人的子女均

较被继承人先死，而此等子女所遗下的直系卑血亲不问亲等是否相同，共同继承的情形，均准许之。”该法典第742条规定“关于旁系亲属，被继承人的兄弟姐妹的子女及其直系卑血亲，不论在与伯父、叔父、舅父、姑母共同继承的情形，或在被继承人的兄弟姐妹均已死亡时，遗产归属于该兄弟姐妹所遗下的亲等相同或不同的直系卑血亲的情形，均准许代位继承。”美国采按人均分说。美国统一继承法典明确规定，被继承人的直系卑亲属如属同一亲等，可以平等地继承遗产，如果亲等不同，较远亲等的继承人可以通过代位继承取得遗产。被继承人的兄弟姐妹均已死亡的情况下，如果他们的直系卑亲属亲等相同，则平等地继承，如果亲等不同，较远亲等的继承人可以通过代位继承取得遗产。祖父母作为被代位人时亦同〔3〕。理论上认为，代位继承的条件之一是实际参加继承的人与被继承人的亲等不同，如果亲等全部相同，不发生代位继承。在被继承人的子女全部先于被继承人死亡时，孙子女是基于自己的继承地位平等地继承，而不是代替自己的父母继承，因此他们的应继份应当相等。确定被代位人的直系卑亲属应当按人数平均继承还是按股代位继承的规则是：当所有的卑亲属对于其尊亲属来说处于同一亲等时，各卑亲属按人数平均继承；当各卑亲属对于其尊亲属处于不同亲等时，则按股继承，即亲等较远者按代位继承原则取得其尊亲属在世时应取得之继承份额。我国古代采取按人均分说。《唐律疏议》举例解释均分说：“一个老者有三男十孙，分家时应给老人留一份。三男中只有一男健在时，财产分成四份，三男各一份，老人一份。三男皆死，财产分成十一份，十孙各一份，老人一份。我国古代析产和继承不分

，这里说的虽然是析产，其原则也适用于继承。按此原则，在儿子皆亡的情况下，由诸孙按人数均分财产，而不按代位继承的原则分配。宋代和明代的法律都规定，兄弟俱亡，由兄弟的诸子（即诸孙）均分。诸孙均分的条件是：（1）被继承人的儿子全部先于被继承人死亡；（2）诸孙系同一亲等的直系卑亲属。笔者以为，按人均分说较为合理，且符合我国的继承传统，我国继承立法和司法实践宜采按人均分法。

二代位继承的根据 代位继承的根据是什么？代位继承人是基于被代位人的权利而继承，还是基于自己固有的权利而继承？多少年来，人们为此争论不休，莫衷一是。概而言之，可将各种主张分为二种??代位权说和固有权说。代位权说又叫代表权说。这种学说认为，代位继承人系代替被代位人的继承地位而继承，他是被代位人的代表。因此，被代位人的继承权是代位人继承的根据和基础，被代位人丧失继承权或拒绝继承，其直系卑亲属即无位可代，因而不能继承。法国民法典、意大利旧民法和德国普通法采此主张，〔4〕我国继承法也采代位权说。〔5〕固有权说认为代位继承人系基于自己的固有权利继承被继承人，而不是基于被代位人的继承地位继承。因此，被代位人丧失继承权，放弃继承权时，其直系卑亲属仍可基于自己的固有权利代其位而继承。意大利新民法、德国民法典、瑞士民法典、日本民法典以及我国台湾地区民法均采此说。如瑞士民法典第541条规定，无继承资格人的直系卑亲属，按无继承资格人先于被继承人死亡的情况继承被继承人的财产，该法典第572条规定被继承人未有任何遗嘱，且继承人中一人抛弃继承时，其应继份按抛弃继承人在继承开始前死亡的情形处理，即继承人丧失继承权和抛弃继

承，其直系卑亲属都可以代位继承。我国台湾民法第1140条规定，直系卑亲属中有人先于被继承人死亡或丧失继承权，由其直系卑亲属代位继承。笔者赞同固有权说，理由如下：

（一）根据民法的基本原理，自然人的民事权利能力始于出生，终于死亡。继承人自死亡时起，其民事权利能力终止，主体资格消灭，以主体资格为依归的继承期待权亦随之消灭，继承法律地位当然不复存在。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。代位权说违反民法关于自然人权利能力的基本原理，因而是不能成立的。固有权说主张代位继承人系基于自己的固有权利而继承，可以有效克服代位权说的这一矛盾。

（二）代位权说不能解释，法律为什么规定某些继承人先于被继承人死亡，其直系卑亲属可以代位继承，而另一些继承人先于被继承人死亡，其直系卑亲属则不能代位继承。只有固有权说才能圆满地解释这一问题。按照固有权说，代位继承人本来就是法定继承人范围之内的人，不过在被代位人生存时，按照“亲等近者优先”的继承原则，他（她）们被排斥于继承之外，当被代位人先于被继承人死亡或丧失继承权时，他们则基于自己的继承人资格和权利，按照被代位人的继承顺序和应继份，直接继承被继承人的财产。法律关于哪些继承人先于被继承人死亡可以发生代位继承的规定，实质上就是关于法定继承人范围的规定。因此，哪些继承人先于被继承人死亡或丧失继承权，其直系卑亲属可以代位继承，取决于立法者所确定的法定继承人的范围。例如我国将继承人严格限制在相互之间有法定扶养义务的人的范围内，因此，只有被继承人的子女先于被继承人死亡，

才发生代位继承。奉行凡有血缘可寻之处就有继承权的德国、瑞士等国家的继承立法，则将代位继承的范围规定得很宽，不仅直系卑亲属，而且父母、兄弟姐妹和祖父母先于被继承人死亡或丧失继承权，都发生代位继承。关于这一点，日本民法1981年修改前后对兄弟姐妹的直系卑亲属代位继承的态度，是一个有力的佐证（见本文第一部分之三）。总之，按照固有权说，代位继承人是当然的法定继承人，当被代位人死亡或丧失继承权时，他们即基于自己固有的继承权利直接继承被继承人的遗产，而不是基于被代位人的继承权利而继承。（三）从制度上考察，代位继承是基于亲系继承和按支继承这样两种继承制度，没有亲系继承和按支继承，就不会有代位继承。

1.亲系继承 亲系继承就是在血亲继承人中，按亲系而不是按亲等划分继承顺序。例如直系卑亲属、父母及其直系卑亲属、祖父母及其直系卑亲属为三个不同的亲系。亲系继承的特点是，第一，按亲系划分继承顺序，前一亲系的所有成员的继承顺序在后一亲系的人之前，只要前一亲系中有一人继承，后一亲系的人就不能继承；第二，同一亲系的继承人继承遗产时，亲等近者优先。有亲等近者，亲等较远者不能继承。亲等近者先于被继承人死亡，由其晚辈直系血亲，即亲等较远者代位继承。如果完全实行亲等继承制，即一概按亲等远近划分继承顺序，就不会有代位继承。完全按亲系划分血亲继承顺序的国家，如德国、瑞士、美国等，代位继承的范围很宽，如前所述，每个亲系中都可发生代位继承。实行亲系和亲等相结合划分继承顺序的国家，代位继承的适用范围窄。质言之，只有按亲系确定的那个继承顺序，才可能发生代位继承〔6〕。

2.按支继承制度。按支继承

又叫按股继承。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。如果某一支中亲等近者先于被继承人死亡或丧失继承权，则由其晚辈直系血亲代位继承。只要这一支当中有直系卑亲属存在，该应继份就不转归他支。其他亲系依此类推。由上述分析可知，代位继承建立在亲系继承和按支继承制度之上。亲系继承反映的是，某个亲系的血缘亲属应当优先于其他血缘亲属继承这样一种观念。按支继承反映的则是在每一亲系中，应当按支而不是按人分配遗产的观念。基于按支继承制度，某一支中与被继承人亲等最近者如先于被继承人死亡，其应继份当然应留在该支内由其直系卑亲属代位继承，而不是转归他支。这些制度和观念都证明了固有权说的合理性。注：〔1〕我国继承法第11条，法国民法典第730条、740条、787条。〔2〕〔3〕《美国统一继承法典》第2?103条。〔4〕见史尚宽《继承法论》第78页。〔5〕见最高人民法院关于贯彻执行继承法若干问题的意见第28条。〔6〕从字面看，我国继承法完全实行亲等继承制，但实质上应属于亲等和亲系相结合的继承制度，即子女及其直系卑亲属作为一个亲系，与父母和配偶同为第一顺序继承人。为完全按亲等决定继承顺序，则孙子女应与祖父母同为第二顺序继承人。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com