

## 嗣后财产灭失、相反行为与遗嘱效力

刘征峰\*

---

**内容提要：**遗嘱处分在遗产法定移转对象和遗嘱继承人或者受遗赠人之间形成法定的债权债务关系。根据所处分对象的差异可分为概括性处分、种类财产型处分和特定财产型处分。只有特定财产型处分中才可能因遗产中无该特定财产而生债务履行不能问题。至于履行不能之效果，在债法免除给付义务效果之外作无效或者不生效之特殊处理实无必要。宜将特定财产的灭失分为遗嘱人行为所导致的财产灭失和其他法律事实所导致的财产灭失。前一种情形需要首先判断是否适用相反行为规范，再考虑给付义务免除问题。后一情形中不能类推适用物上代位规范，只能通过意思表示解释缓和给付义务免除的严苛效果。相反行为规范在性质上属于可反驳的推定性规范。行为与撤回意思表示之间是否存在高度盖然性，是具体类型判断的基准。这一标准在代理、法律行为解消等复杂场合均有适用空间。相反行为不应仅局限于针对特定财产的法律行为，还应涵盖离婚、解除收养关系等其他法律行为。准法律行为、事实行为和其他法律上的行为亦有通过法律续造纳入相反行为的可能。

**关键词：**相反行为 特定财产 遗嘱撤回

---

在遗嘱订立后，根据遗嘱自由原则，遗嘱人有权撤回其处分。<sup>〔1〕</sup>遗嘱人既可明示撤回遗嘱处分，亦可通过立下与前遗嘱相矛盾的遗嘱的方式撤回遗嘱处分。同时，由于遗嘱并不会限制遗嘱人对其财产的生前处分，遗嘱人仍然可以实施与遗嘱相反的行为。所谓相反行为，又称与遗嘱内容相抵触之行为，<sup>〔2〕</sup>系指遗嘱人除订立新遗嘱以外导致遗嘱被推定撤回的行为。原继承法未规定遗嘱相反行为，《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》（法（民）发〔1985〕22号，以下简称“继承法意见”，已失效）对此进行了补充。根据该意见第39条的规定，遗嘱人生前的行为与遗嘱的意思表示相反，而使遗嘱处分的

---

\* 中南财经政法大学法学院副教授。

本文受中南财经政法大学2019年度中央高校基本科研业务费青年教师创新项目（2722019JCT016）的资助。

〔1〕 继承法上所言处分区别于民法上的处分行为，其意义与日常用语中的“处理”大致相当。参见江平主编：《民法学》，中国政法大学出版社2019年版，第787页。

〔2〕 参见林秀雄：《继承法讲义》，台湾元照出版有限公司2017年版，第259页；史尚宽：《继承法论》，中国政法大学出版社2000年版，第477页。

财产在继承开始前灭失、部分灭失或所有权转移、部分转移的，遗嘱视为被撤销或部分被撤销。<sup>〔3〕</sup>从该条规定的文义中不难看出，要产生遗嘱撤回的效力，必须同时具备实施与遗嘱内容相反的行为并且行为导致遗嘱所处分的财产在继承开始前发生了变化这两个条件。这一规定实际上混淆了两类完全不同的情形，即遗嘱所生给付不能和遗嘱的推定撤回。法院在理解和适用该条规定时，出现了较大的分歧。一些法院更为倚重前一事实构成要素，只要遗嘱人实施了负担行为，与第三人签订了买卖或者赠与合同，即使遗嘱所处分的财产权属尚未发生变动，亦认定遗嘱被撤回。<sup>〔4〕</sup>另外一些法院则主张二要件应同时具备，只有遗嘱人的负担行为但未发生权利变动的，遗嘱不应视为被撤回。<sup>〔5〕</sup>民法典各分编草案征求意见稿（2018年9月）第921条第2款对“继承法意见”第39条作了修订，删除了财产变动要件，相反行为本身即足以产生遗嘱被撤回的法律效果。民法典继承编草案二次审议稿（2019年7月）第921条第2款则将相反行为的范围局限于法律行为。最终颁布的民法典第1142条第2款维持了这两项修改。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉继承编的解释（一）》（法释〔2020〕23号，以下简称“继承编解释一”）未就民法典第1142条第2款在适用中可能涉及的相关问题作出解释。这是否意味着立遗嘱后的财产变动不再具有规范评价意义？如有，其与相反行为的规范关系如何？相反行为又应作何理解，是否存在类型化区分的可能？法律行为外的其他行为有无纳入相反行为的可能？从目前的文献来看，鲜有学者对这些问题进行过体系化剖析。对这些问题的探讨，离不开对遗嘱解释边界等深层次问题的分析。

## 一、遗嘱处分客体类型与嗣后财产灭失

### （一）遗嘱继承和遗赠的债权效力

立遗嘱后的财产变动是否影响遗嘱的效力，需要首先探讨遗嘱的效力，并进一步区分处分类型。但是遗嘱效力的界定对于后文所述相反行为的判断并无意义。这是因为相反行为的判断涉及遗嘱本身是否存在的问题，无论遗嘱效力采财产权直接移转说还是债权说，均不会对此产生影响。就遗嘱处分类型而言，我国继承法根据承受对象的不同，将其区分为遗嘱继承和遗赠（民法典第1133条）。对于遗赠之效力，学界普遍认为其不能直接导致财产权变动。<sup>〔6〕</sup>原物权法第29条极易引发遗赠行为直接导致物权变动之误解，民法典第230条删除了遗赠导致物权变动的规定，殊值赞同。但此次修订并未将因继承发生的物权变动限定于法定继承。学界对这一问题尚有争议。一种观点认为，遗嘱继承可以直接发生物权变动。<sup>〔7〕</sup>另一种意见则认

〔3〕 原继承法第20条及“继承法意见”第39条均使用了“撤销”这一法律术语，属于误用。在民法中，撤销一般指使既已生效的法律行为溯及既往地丧失效力，遗嘱在遗嘱人死亡前尚未发生效力，不存在撤销一说。民法典第1142条对此进行了修正。我国台湾地区民法在1985年进行了类似的修正。

〔4〕 参见北京市第一中级人民法院（2017）京01民终1380号民事判决书；湖北省高级人民法院（2017）鄂民申1942号民事裁定书；北京市第一中级人民法院（2017）京01民终4158号民事判决书。

〔5〕 参见湖南省长沙市中级人民法院（2015）长中民一终字第05192号民事判决书；吉林省吉林市中级人民法院（2017）吉02民终712号民事判决书。

〔6〕 参见庄加园：《试论遗赠的债物两分效力》，《法学家》2015年第5期，第145页；房绍坤：《遗赠能够引起物权变动吗？》，《当代法学》2012年第6期，第62页；刘耀东：《论基于继承与遗赠发生的不动产物权变动——以〈物权法〉第29条为中心》，《现代法学》2015年第1期，第57页。

〔7〕 参见上引刘耀东文，第57页。

为，遗嘱继承同样形成遗产债务。<sup>〔8〕</sup>实际上，从维护我国物权变动体系之融贯性的角度出发，宜采后一种观点。无论是遗嘱继承还是遗赠，其内核均是遗嘱法律行为。不能因为遗嘱继承之主体局限于法定继承人，就认为其与法定继承一样，权利变动是直接基于法律的规定。承认遗嘱继承的物权变动效力，等于在现有债权形式主义变动框架之外再增设例外。此外，从实定法的规定来看，遗嘱继承与遗赠的规范体系呈现出高度的相似性，均可以表现为概括处分或者特定处分，民法典只在个别地方对二者进行了区分，不宜对它们的性质作不同评价。故而，更为妥当的解释方案是，财产的法定移转仅针对法定继承人，在同一顺位存在多数法定继承人的情况下，由这些法定继承人作为共同体自动取得遗产，再由遗产管理人对作为债权人的受遗赠人或者遗嘱继承人进行清偿。无论是遗嘱继承还是遗赠都只产生债权债务关系。因此，应当限缩解释民法典第230条，此处的“因继承取得物权”，仅指法定继承人依法自动取得遗产，而不包括遗嘱继承人依遗嘱取得遗产。如此，可以避免遗嘱继承和遗赠在遗产变动模式上的差别对待。

在此理解下，民法典第1145条关于遗产管理人产生规定、第1147条关于遗产管理人报告对象规定中的“继承人”，均指法定继承人，而非遗嘱继承人。且不论在遗嘱只处分了部分财产情形中，由遗嘱继承人担任遗产管理人或者作为受领报告主体所引发的权责失衡问题，与法定继承人的范围相对明确不同，遗嘱继承中各方当事人对遗嘱也极易发生争议，与自动移转的对象需要尽早清晰明确的目标相悖。此外，民法典第1163条关于法定继承人、遗嘱继承人和受遗赠人承担清偿责任的基础并不相同，法定继承人是作为遗产所有人而承担清偿责任，而对于遗嘱继承人和受遗赠人来说，则是因为偏颇清偿而承担返还义务。

不过，遗嘱处分形成的债权债务关系并非意定之债，而是法定之债。遗嘱人虽然通过遗嘱处分确定了债权债务关系的内容，但是其在遗产法定移转对象与遗嘱继承人、受遗赠人之间发生效力，却是通过法律的规定形成的。遗产法定移转对象与遗嘱继承人、受遗赠人之间并不存在任何约定。遗产法定移转对象亦无需向遗嘱继承人、受遗赠人作出任何承担义务的意思表示。遗嘱人所实施的遗嘱处分行为并非负担行为，负担行为仅能在当事人之间创设债权债务关系，而不能为遗产法定移转对象创设义务。<sup>〔9〕</sup>这里的遗产法定移转对象即遗嘱所形成的债权债务关系中的债务人，包括法定继承人以及无法定继承人情况下的国家或者集体所有制组织。在遗产管理人非遗产法定移转对象时，应由遗产管理人向遗嘱继承人或者受遗赠人清偿债务，遗嘱继承人或者受遗赠人亦应向其主张权利。但遗产管理人并不是债务人，他只是根据法律取得了包括遗产债务清偿在内的管理职能，他所实施的管理行为对遗产法定移转对象发生效力。

值得注意的是，由遗嘱处分所形成的债权债务关系，除遗嘱人有特别指示或者继承法有特殊规定如关于有限清偿责任的规定之外，原则上应适用债法通则的规定。<sup>〔10〕</sup>但是，应当考虑此种债务关系的特殊性，排除某些债法规则的适用。其中最为明显的特殊性表现在，相比最大限度实现遗嘱人意愿，此种债权债务关系中债权人和债务人之间的公平性考量居于次要地位。例如，在种类财产型遗嘱处分场合，不应适用债法上的中等品质给付规则，而应考虑遗嘱继承人或者受遗赠人的具体情况，给付最适合该人情况之财产。因为遗嘱人在实施种类财产型遗嘱处分时，隐含了最有利于遗嘱继承人或者受遗赠人的意思。

〔8〕 参见汪洋：《遗产债务的类型与清偿顺序》，《法学》2018年第12期，第192页。

〔9〕 不同意见参见朱庆育：《民法总论》，北京大学出版社2016年版，第155页。

〔10〕 Vgl. BeckOK BGB/Müller-Christmann, 2021, § 2174 Rn. 4.

## （二）种类财产型遗嘱处分

由于民法典未将是否属于概括性处分作为遗嘱处分的分类标准，既有分类对于讨论嗣后财产变动对遗嘱效力的影响并无价值。如果遗嘱处分是概括性的（通常表述为“全部遗产”或者“所有遗产”）或者部分概括性的（如一定比例的遗产），其标的在遗嘱人死亡前都是浮动的、不特定的，嗣后财产变动并不会对遗嘱的效力造成影响。受遗赠人或者遗嘱继承人请求给付的范围应为遗嘱人死亡时尚存遗产在清偿完优先顺位的遗产债务后的全部或者相应比例。就非概括性处分而言，情形则较为复杂。即使是设立遗嘱时尚不存在的财产，亦可在遗嘱中进行处分。<sup>[11]</sup>如遗嘱人在嗣后取得该财产，遗嘱效力自不应受其影响。但如果遗嘱人在死亡前一直未取得遗嘱处分的财产或者该财产灭失，遗嘱效力应如何判断，不无疑问。一种观点认为，只要处分的财产不属于遗产，遗嘱就无效。<sup>[12]</sup>另外一种观点认为，如果在遗嘱人死亡时遗嘱中处分的财产标的已经灭失，则遗嘱不生效。<sup>[13]</sup>这两种观点的妥当性均值得怀疑。既然遗嘱在遗产法定移转对象与受遗赠人或者遗嘱继承人之间形成债权债务关系，遗嘱处分的财产变动是否会影响债权债务关系的形成，应根据遗嘱所处分财产的类型来区分。

如果遗嘱处分的客体属于金钱，遗产管理人应通过变卖清偿完优先顺位债务后剩余的遗产来清偿该债务。由于金钱债务不存在给付不能的问题，<sup>[14]</sup>遗产管理人不能以遗产中不存在金钱为由拒绝给付。但与一般金钱债务不同，遗产法定移转对象只承担有限清偿责任。当然，如果遗嘱处分的金钱在立遗嘱时以特户、封金等形式被特定化，则应另当别论，按特定之债的规则处理。同理，如果遗嘱处分的金钱属于收藏货币，则应按种类之债的规则处理。<sup>[15]</sup>

如果遗嘱处分的客体属于其他种类财产，在遗产法定移转对象与遗嘱继承人或者受遗赠人之间形成种类之债，种类财产在遗嘱订立后是否灭失并不重要，除非遗嘱人有相反指示，遗产管理人负有使遗嘱继承人或者受遗赠人获得该财产的职责。遗产管理人可以通过从第三人处购买遗嘱指定的种类财产并将其所有权移转给遗嘱继承人或者受遗赠人来清偿该债务，亦可通过缔结为第三人利益合同，由第三人直接向遗嘱继承人或者受遗赠人移转财产。当然，如果遗嘱人在遗嘱中明确规定或者通过解释得出以继承开始时遗产中尚存的种类物为遗赠或遗嘱继承标的物，则应将由此形成的债务界定为有限种类之债，遗产管理人并不负担从第三人处取得种类财产进行交付的职责。如果遗产管理人取得该种类财产费用过高，应适用民法典第580条第1款第2项的规定，免除遗产法定移转对象的履行义务，不发生损害赔偿问题，但应进行价值补偿。价值补偿计算的时间点是遗产法定移转对象因给付不能而产生补偿义务之时，而非立遗嘱时或者继承开始时。价值的计算亦应采市场客观价值标准。<sup>[16]</sup>

## （三）特定财产型遗嘱处分

与种类财产型处分不同，以特定财产为处分客体的遗嘱包含了继承开始时该财产属于遗产

[11] 最高人民法院认为，不能以立遗嘱时遗产不存在为由否认遗嘱的效力。参见（2017）最高法民申3664号民事裁定书。

[12] 参见邓学仁：《遗嘱之效力》，载林秀雄主编：《民法亲属继承争议问题研究》，台湾五南图书出版公司2000年版，第348页。

[13] 参见王利明等：《民法学》，法律出版社2017年版，第832页；马俊驹、余延满：《民法原理》，法律出版社2010年版，第939页；孟令志等：《婚姻家庭与继承法》，北京大学出版社2012年版，第310页；房绍坤等编著：《婚姻家庭与继承法》，中国人民大学出版社2018年版，第237页。

[14] 参见〔德〕迪尔克·罗歇尔德斯：《德国债法总论》，沈小军、张金海译，中国人民大学出版社2014年版，第167页。

[15] 参见王洪亮：《债法总论》，北京大学出版社2016年版，第99页。

[16] Vgl. MüKoBGB/Rudy, 2020, § 2170 Rn. 12.

这一前提。<sup>[17]</sup>换言之,遗产法定移转对象的给付义务以继承开始时的状态为准。<sup>[18]</sup>无论基于何种原因,只要在继承开始时该特定财产不属于遗产,就会产生给付不能问题。当然,如果继承开始时,遗嘱处分的财产属于遗产法定移转对象且其通过继承能够获得相当价值的利益,从公平的角度出发宜将此情形排除在给付不能的范围之外。

遗嘱所处分之特定财产缺失所形成的这种给付不能会对遗嘱产生何种影响,比较法上存在不同的处理方式。在普通法系,特定财产的灭失可能导致遗嘱的废止(ademption),遗嘱丧失其效力。在大陆法系,大致存在三种立法模式:一为以西班牙、奥地利、葡萄牙为代表的无效模式;<sup>[19]</sup>二是以日本、韩国为代表的不生效力模式;<sup>[20]</sup>三是以瑞士为代表的免除义务模式。<sup>[21]</sup>不生效力和无效之间不过是法律对行为效力否定性评价的两种表达,二者之间不存在实质差异。在逻辑上,免除义务模式与前两种模式存在明显的差异。按照债法的一般原理,债务履行不能并不会导致法律行为本身的无效或者不生效。在上述实行无效模式或者不生效力模式的民法典中,法律在继承法中采取了与债法不同的处理模式。以德国民法典为例,在债法现代化改革之后,旧法第306条被废止,增加了第311a条第1款,即使存在自始客观不能,法律行为也并非无效。但在继承编中,法律仍然维持了给付不能影响遗嘱效力的处理模式,被视为第311a条的例外情形。<sup>[22]</sup>其背后的道理与拉伦茨对德国民法典第306条的评价相当,即“基于事实需要而作之价值判断”。<sup>[23]</sup>虽然这种处理模式在实益上与免除给付义务模式并不存在实质上的差异,但从体系融贯的角度来看,免除义务模式更为合理。

就我国债法体系而言,虽然不存在债法总则,但民法典合同编通则扮演了“小债法总则”的角色。民法典第468条更是明文规定了非因合同产生的债权债务关系的法律适用规则。民法典第580条第1款延续了原合同法第110条的规定。在合同法制定时,立法者就放弃了《中华人民共和国合同法(试拟稿)》(1995年1月)第36条所秉持的传统继受立场,将标的可能与法律行为的效力脱钩。<sup>[24]</sup>给付不能并不会影响法律行为本身的效力渐成学界之通说。<sup>[25]</sup>基于体系融贯的原因,在解释上应采纳给付义务免除立场。<sup>[26]</sup>与一般债权债务不同的是,遗产法定移转对象在此种情形中并不存在违反义务的问题,故而遗嘱继承人或者受遗赠人不能主张损害赔偿。当然,如果在继承开始时并非不能,而是由于遗产法定移转对象违反法定及遗嘱设

[17] 参见杜景林、卢湛:《德国民法典——全条文注释》,中国政法大学出版社2015年版,第1227页。

[18] 参见[德]雷纳·弗兰克·托比亚斯·海尔姆斯:《德国继承法》,王葆蔚、林佳业译,中国政法大学出版社2015年版,第96页。

[19] 参见西班牙民法典第869条、奥地利普通民法典第662条、葡萄牙民法典第2251条。

[20] 参见日本民法第996条、韩国民法典第1087条。

[21] 参见瑞士民法典第484条。

[22] Vgl. BeckOK BGB/Müller-Christmann, 2021, § 2171 Rn. 1.

[23] Larenz, Schuldrecht I, S. 4 f., 转引自王泽鉴:《民法学说与判例研究》(重排合订本),北京大学出版社2015年版,第1139页。

[24] 参见韩世远:《合同法总论》,法律出版社2018年版,第529页。

[25] 参见梁慧星:《民法总论》,法律出版社2017年版,第175页;陈华彬:《债法通论》,中国政法大学出版社2018年版,第206页;前引[13],马俊驹等书,第621页;前引[15],王洪亮书,第217页。

[26] “继承编解释一”第26条(“继承法意见”第38条)将遗嘱处分了他人财产作为遗嘱无效之理由,不存在正当性基础。实践中,多认为此处遗嘱无效之原因在于遗嘱人订立遗嘱时欠缺处分权从而构成无权处分。参见山东省潍坊市中级人民法院(2020)鲁07民终1695号民事判决书;辽宁省高级人民法院(2019)辽民申3759号民事裁定书;福建省高级人民法院(2018)闽民申2262号民事裁定书。此系将遗嘱处分误解为民法上的处分行为。并且,即使遗嘱处分了在订立遗嘱时属于他人的财产,遗嘱人完全可能嗣后取得该特定财产,订立遗嘱时并不需要对该特定财产有处分权,此时直接作否定性评价,有过分干涉遗嘱自由之嫌。

定的义务而导致给付不能的，则应参照适用民法典第 577 条的规定，承担损害赔偿的责任。

从维护遗嘱效力、最大限度实现遗嘱人意愿的角度出发，应作适当的扩张解释。亦即，只要遗嘱人在继承开始时对该特定财产享有给付请求权或者返还请求权，就不能免除遗产法定移转对象的给付义务，此时并不存在给付不能。如果遗产管理人怠于向第三人主张该权利，导致遗嘱继承人或者受遗赠人的权利难以实现，遗嘱继承人或者受遗赠人自可依民法典第 535 条第 1 款的规定，代位行使对特定物的债权。<sup>[27]</sup> 不过，一种更为便捷的立法选择是将该给付请求权直接拟制为遗嘱处分的标的。德国民法典第 2169 条第 3 款即采纳此种模式。同样，如果可通过遗嘱解释得出，即使继承开始时被处分的特定财产不在遗产中，遗产法定移转对象仍有义务取得该特定财产，该义务不能免除。当然，在因法律上或者事实上的原因无法取得该特定财产，或者取得该特定财产的费用过高时，则可以参照适用民法典第 580 条的规定，免除取得该特定财产的义务，但此时遗产法定移转对象仍有义务给付与该特定财产价值相当之价金。

值得讨论的是，如果遗嘱处分的特定财产发生毁损、灭失或者被征用而形成保险金、赔偿金或者补偿金等替代财产时，遗嘱的效力是否及于替代财产。有法院认为，遗嘱中所涉特定财产在继承开始前非因被继承人原因发生形态变化的，如损害赔偿等，被继承人未对形态变化后的财产安排再次作出遗嘱意思表示的，视为原遗嘱已撤销；但有证据表明被继承人客观上无法再次作出遗嘱意思表示的除外。<sup>[28]</sup> 其核心观点可以归纳为，如果遗嘱人客观上可以就此再次作出意思表示而不作意思表示，则遗嘱被视为撤回。沉默能否作为适格的相反行为，后文再行讨论。此立场背后实际上隐含了“如果遗嘱人客观上无法作出意思表示进而遗嘱未被撤回时，遗嘱的效力及于替代财产”的观点。然而，物上代位规范作为意思自治和物权公示原则的例外，以法律规定为限，不能进行类推适用。

在遗嘱处分场合的价值判断上，遗嘱继承人或者受遗赠人的利益并不是法律应予考虑的因素，无论是在遗嘱效力判断上还是在遗嘱解释规则上，都应以最大限度实现被继承人意思为目标。<sup>[29]</sup> 从比较法来看，两大法系都呈现出收紧遗嘱效力否定规则从而最大限度实现被继承人意愿的改革倾向。普通法系传统上采同一性理论（identity theory）。根据该理论，只要遗嘱处分的是特定财产，该财产在被继承人去世时不属于遗产，则遗嘱被废止。<sup>[30]</sup> 易言之，即使遗嘱所处分的财产嗣后只是发生了形式上的转换，遗嘱也同样被废止，遗嘱人的主观意愿在此不被考虑。<sup>[31]</sup> 照此理解，遗嘱人的主观意愿往往难以实现。正是同一性理论的这一弊端，促使美国部分州立法以及《统一遗嘱检验法典》（Uniform Probate Code）逐渐背离同一性理论。在司法实践中，法院也通过将遗赠界定为一般性遗赠（general devise）或者指示遗赠（demonstrative devise），或者将所处分的财产变动界定为形式变动而非实质变动的方式，来回避同一性理论的适用。<sup>[32]</sup> 在大陆法系，部分国家的民法典更是明确规定了遗赠财产的物上代位性，典型者如韩国民法典第 1083 条、第 1084 条，日本民法第 999 条、第 1001 条，德国民法典

[27] 参见龙俊：《民法典中的债之保全体系》，《比较法研究》2020 年第 4 期，第 124 页；韩世远：《债权人代位权的解释论问题》，《法律适用》2021 年第 1 期，第 36 页。

[28] 参见《北京市高级人民法院关于审理继承纠纷案件若干疑难问题的解答》第 20 条。

[29] 参见〔德〕安雅·阿门特—特劳特：《德国继承法》，李大雪等译，法律出版社 2015 年版，第 178 页。

[30] See David P. Larsen and Anthony P. Cracchiolo, *Evolution of Ademption by Extinction: A Move Towards Intent*, 24 Mich. Prob. & Est. Plan. J. 4 (2004).

[31] See Gerry W. Beyer, *Wills, Trusts, and Estates: Examples and Explanations*, New York: Wolter Kluwer, 2012, p. 118.

[32] See Jesse Dukeminier and Robert H. Sitkoff, *Wills, Trusts, and Estates*, New York: Wolter Kluwer, 2013, pp. 379–380.

第2169条、第2173条。由于我国民法典欠缺相似的物上代位规则，只能通过意思表示解释来解决特定财产灭失而有替代财产时给付义务是否免除的问题。

在动产担保中，双方当事人的默示约定可以作为动产担保物权延伸之基础。<sup>[33]</sup>然而，受制于遗嘱的形式强制要求，默示遗嘱不被承认。<sup>[34]</sup>遗嘱同样存在通过补充解释进行漏洞填补的必要。对遗嘱进行补充解释的关键问题在于对形式强制的遵守。<sup>[35]</sup>根据暗示说（*Andeutungstheorie*），只要补充解释的结果在明示的遗嘱中能找到线索，其就符合遗嘱的形式要求。<sup>[36]</sup>就此处而言，如果财产的变动并非基于遗嘱人的意愿，那么在解释上应当采宽松立场，将其中的具体财产描述作为一种线索，解释得出遗嘱人对财产的描述不过是其实现向受益人进行价值（财产利益）死因给予的手段。此种立场与前述美国部分法院将遗赠解释为一般性遗赠或者指示遗赠的做法相似。在德国，司法实践普遍区分遗赠之目的是给予特定的物还是给予该特定物上附着经济价值，如果是后者，即使不适用德国民法典第2169条第3款的规定，遗嘱仍然有效。<sup>[37]</sup>但这终究是一种缓和路径，无法实现物上代位规则下的优先性，在遗产不足以满足同一顺位债务的清偿时，只能按照比例受偿。但是，在财产灭失系遗嘱人的行为所致时，即使不成立相反行为，亦应采严苛立场，原则上不能将其解释为价值给予。

如果继承开始时，遗嘱人尚未取得这些形态变化后的财产，而只是对这些财产享有债权，此时涉及遗嘱处分的效力能否及于这些债权的问题。在担保中，担保之效力如何依据民法典第390条的规定及于给付代位物的请求权，尚存担保物权延续说和法定质权说之争议。<sup>[38]</sup>基于前述禁止类推原则，民法典第390条不能作为处理遗嘱效力是否及于这些债权的依据，两种学说对该问题均无实益。同时，由于我国实定法亦不存在代偿请求权的规定，这一问题仍然只能通过遗嘱解释的路径予以解决。亦即，根据这些请求权是遗嘱人的行为所生还是非遗嘱人的行为所生，分别采严苛和宽松立场，贯彻遗嘱人的意愿。

在添附场合，不应类推适用《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》（法释〔2020〕28号）第41条的规定，将继承开始时遗嘱人对附合物（合成物）、混合物、加工物的权属状态作为确定遗嘱效力范围的关键因素。在担保中，担保效力的延伸须重点考虑作为受益人的担保权人的利益，而在遗嘱处分中，无需考虑受益人的利益，只需考虑如何贯彻遗嘱人的意愿。此处的关键在于，添附行为是否由遗嘱人实施。如果遗嘱人实施了添附行为，导致其对该特定财产的权利发生变动，则应优先适用后文所述的相反行为规则。此时，如果遗嘱人对相反行为的意思推定实施了有效的反驳，即使该反驳不符合遗嘱形式，仍可从对既有遗嘱的解释中得出遗嘱人的目的在于实施价值给予之结论，此时遗嘱并不因权利形态发生变化而产生给付不能问题。如果添附并非遗嘱人实施，则同样应采取宽松解释立场，结合个案情形，将其解释为价值处分而非特定财产处分。至于添附中形成遗嘱人对第三人的补偿或者赔偿义务，则应按照遗产债务的清偿规则进行处理。

[33] 参见庄加园：《动产担保物权的默示延伸》，《法学研究》2021年第2期，第42页。

[34] 参见北京市门头沟区人民法院（2018）京0109民初5242号民事判决书。

[35] Vgl. Röhrl, *Erbrecht*, 18. Aufl., C. H. Beck, 2020, S. 105.

[36] Vgl. Schmoeckel, *Erbrecht*, 6. Aufl., Nomos, 2021, S. 164.

[37] Vgl. jurisPK-BGB/Reyemann, 2020, § 2169 Rn. 20 f., 32 f.

[38] 参见高圣平：《民法典担保物权法编纂：问题与展望》，《清华法学》2018年第2期，第88页；程啸：《担保物权研究》，中国人民大学出版社2019年版，第51页。

通过上文的分析不难发现，只有在遗嘱处分的客体是特定财产时，才须考察继承开始时遗产中是否存在遗嘱处分的财产，才可能涉及给付不能，而对其他类型的遗嘱处分客体而言，不存在给付不能问题。如前所述，我国目前通说未对遗嘱处分财产类型进行区分而统一作不生效处理，并不妥当。统一处理模式不仅与债法原理相悖，而且与尽力实现被继承人的意愿、维护遗嘱自由之基本立场相悖。

#### （四）特定财产灭失的类型区分

在特定财产型遗嘱处分中，与其采用形式变动和实质变动的模糊分类，不如采用遗嘱人自愿行为导致的变动和其他法律事实导致的变动这样更为清晰的分类。<sup>[39]</sup>就前者而言，需要首先适用相反行为规范。如不能从中推定撤回遗嘱，则再考虑是否发生给付不能的问题。在遗嘱人自愿行为导致的变动中，两项制度缺一不可。虽然从最终的实际效果来看，无论基于相反行为还是给付不能，受遗赠人或者遗嘱继承人均不能取得遗产。但如果欠缺相反行为规范，遗嘱人的意愿将得不到充分的评价。这是因为，在确定财产灭失是否导致给付义务免除时，虽然存在对遗嘱的解释，但此时并不能将相反行为作为解释的依据。如果不将遗嘱人在相反行为中所隐含的意愿纳入评价体系，则只存在特定财产灭失即导致遗产法定移转对象免除给付这一种可能，这正是普通法系传统上所采同一性理论被诟病之处。相反行为规范为评价遗嘱人不符合遗嘱形式的意愿提供了入口，法院可借此处理遗嘱人所致嗣后财产变动的复杂状况，缓和遗嘱形式强制所生违背遗嘱人真实意愿的负面影响。

就后者而言，无需考虑适用相反行为规范，可直接判断是否发生给付不能问题。后者在实践中比较常见的情形如公司分立、合并导致遗嘱人持有的股权发生变动，第三人或者意外事件导致财产灭失毁损，财产被征收或者征用。然而，在这些情形，遗嘱人仍可能参与其中，如参与公司的分立、合并或者签署拆迁补偿协议，此时遗嘱的效力如何不无疑问。在实践中争论较大的案型为：遗嘱人处分特定房屋后，该房屋又被拆迁，财产形态转化为安置房或者补偿金或者相应的债权。有观点认为，遗嘱人同意拆迁的行为，属于相反行为，遗嘱被撤回，由此获得的新财产上不存在遗嘱处分。<sup>[40]</sup>相反的观点则认为，遗嘱人虽然同意拆迁，但是拆迁所得的房屋或补偿款或相应的债权系原财产置换所得，遗赠的意思并未发生改变，遗赠的效力及于形态变化后的财产。<sup>[41]</sup>还有观点认为，应当区分拆迁的原因，如果拆迁是因为政府征收所致，并非其主动行为，即使遗嘱人签署了拆迁协议，亦不构成撤回。<sup>[42]</sup>纵观此案型中的三种观点，第二种观点实际上侧重于物上代位性，如前所述其在我国法下缺少实定法依据，并不可取；第一种观点和第三种观点的核心分歧在于能否从遗嘱人签署拆迁协议的自愿行为中推定其具有撤回遗嘱处分的意思。实践中，拆迁协议并非局限于政府征收时形成的协议，亦包含完全

[39] See Roger Kerridge, *The Law of Succession*, London: Sweet & Maxwell, 2016, p. 362.

[40] 参见最高人民法院民事审判第一庭编：《民事审判指导与参考》2012年第1辑（总第49辑），人民法院出版社2012年版，第264页以下；江苏省南通市中级人民法院（2019）苏06民终3136号民事判决书；河北省石家庄市新华区人民法院（2016）冀0105民初4222号民事判决书。

[41] 参见安徽省滁州市中级人民法院（2014）滁民一终字第00747号民事判决书；广东省广州市中级人民法院（2020）粤01民终17388号民事判决书；福建省福州市中级人民法院（2018）闽01民终6550号民事判决书；山东省青岛市市北区人民法院（2018）鲁0203民初3701号民事判决书；江苏省镇江市润州区人民法院（2020）苏1111民初2035号民事判决书。

[42] 参见广东省佛山市禅城区人民法院（2015）佛城法槌民初字第156号民事判决书；江苏省南京市栖霞区人民法院（2019）苏0113民初3252号民事判决书。

基于私法自治的商业动迁协议。后者与出卖等形态的财产处分并无二致。在房屋征收过程中,并非均能达成补偿协议,但与商业动迁不同,此时拆迁仍可依法进行(《国有土地上房屋征收与补偿条例》第26条)。这种情形中并不存在遗嘱人的自愿行为,并不存在相反行为,只需考虑是否通过前述宽松解释方法缓和给付不能的问题。即便在政府征收中双方达成了补偿协议,其与出卖等其他以移转权利为目的之财产自由处分亦存在较大的差异,遗嘱人即使不签署协议亦会导致财产灭失,<sup>[43]</sup>不能从达成协议的行为中当然推定遗嘱人具有撤回遗嘱之表示,仍需结合案情作具体分析。

## 二、作为推定规范的相反行为规范

学界对于相反行为规范的性质素有争议,性质之判定直接影响遗嘱人就相反行为所作相反表示之效力。对相反行为作相反表示,系指反驳相反行为推定之表示。一种观点认为,相反行为规范为拟制规范,在缺乏允许遗嘱人作相反表示但书的情况下,在解释上相反表示自无法推翻拟制之效果。<sup>[44]</sup>另一种观点认为,即使法律未明确规定允许遗嘱人作相反表示,亦应认可其效力。<sup>[45]</sup>无论是“继承法意见”第39条还是民法典第1142条第2款,均未设置但书,故而探讨相反行为规范之性质意义明显。由于我国立法文本向来未将“视为”局限于拟制,<sup>[46]</sup>因而并不能从文义中探明其规范性质。

### (一) 拟制说与形式强制

按照拟制说,相反行为本身并不包含撤回遗嘱之意思。这是由于拟制中必然包含了类推思考,即将不同的事物作同一对待。<sup>[47]</sup>易言之,相反行为与撤回截然不同,法律只不过通过拟制技术将原本适用于撤回之效果赋予相反行为。在欠缺但书的情况下,无论是当事人的明示意思还是默示意思,均不具有推翻拟制的效果。实际上,在绝大多数情况下,当事人并不会在实施相反行为的同时明确作出不撤回遗嘱的表示,查明当事人的真实意思往往较为困难。拟制说通过一种简单的同等评价,减少了争端和司法的不确定性。需要注意的是,如果遗嘱人明确以遗嘱的形式表明相反行为不产生遗嘱撤回的效力,则应按照遗嘱撤回的规则处理(民法典第1142条第1款),视为拟制撤回之撤回,承认其效力。故而,区分的关键在于遗嘱人是否以遗嘱的形式表达了其拒绝撤回之意思。拟制说如同普通法上的同一性理论一样,隐含了排除遗嘱之外证据的立场,维持了遗嘱的形式性并限制了法院的裁量权。<sup>[48]</sup>拟制说并不是完全忽略遗嘱人的意思,而只是忽略当事人不以遗嘱形式表达的意思。

从另一个方面来看,拟制说对遗嘱形式的严守实际上意味着对遗嘱人意思自治的妨碍。当然,从继承法的发展脉络来看,现代继承法仍然保留了形式方面的强制,与契约行为上的形式自由形成鲜明对比。其中显而易见的原因是,“遗嘱在遗嘱人死亡时才生效,也通常是这时候

[43] 参见山东省青岛市中级人民法院(2019)鲁02民终8765号民事判决书。

[44] 参见前引[2],林秀雄书,第261页;杨立新、朱呈义:《继承法专论》,高等教育出版社2006年版,第136页。

[45] 参见前引[2],史尚宽书,第480页;陈棋炎等:《民法继承新论》,台湾三民书局2016年版,第296页。

[46] 参见张海燕:《“推定”和“视为”之语词解读?——以我国现行民事法律规范为样本》,《法制与社会发展》2012年第3期,第112页;占善刚、王译:《民事法律规范中“视为”的正确表达——兼对〈民法总则〉“视为”表达之初步检讨》,《河北法学》2018年第12期,第69页。

[47] 参见谢潇:《法律拟制的哲学基础》,《法制与社会发展》2018年第1期,第110页。

[48] See John C. Paulus, *Ademption by Extinction: Smiting Lord Thurlow's Ghost*, 2 Tex. Tech. L. Rev. 197 (1971).

才为人所知，而此时已经无法查明遗嘱人的真实意愿，法律必须通过形式强制来确保其确定性”。<sup>[49]</sup>无论是遗嘱的订立还是撤回，都应受制于形式强制，以确保法律的安定性并警示遗嘱人。<sup>[50]</sup>然而，相反行为规范是否构成对撤回意思表示的形式强制？答案明显是否定的。相反行为虽然会产生与符合遗嘱形式的撤回表示相同的法律效果，但法律并没有为其设定形式上的强制。更为关键的是，按照拟制说，相反行为本身并不是撤回意思表示的一种形式。

## （二）可反驳的撤回推定

拟制说不允许遗嘱人作相反表示，实际上有悖于遗嘱自由这一基本目标，一种更为合理的方案是将相反行为规范理解为推定规范。与拟制中明知事实 A 并不是事实 B 不同，在推定中推定事实是一种不明状态。<sup>[51]</sup>推定经常借助于基础事实与推定事实之间的常态性联系，解决不确定性困境。<sup>[52]</sup>在拟制中，并不存在这种常态性联系和逻辑推断。<sup>[53]</sup>需要注意的是，相反行为规范并不是遗嘱的解释规范，因为此时并不存在一项以撤回前遗嘱为内容的遗嘱，解释的对象并不存在。更不可能将既有的遗嘱作为解释的对象而得出撤回的结论，遗嘱不可能在成立的同时又被自身撤回。当然，亦无法通过补充解释得出撤回的结论。补充解释“既不能为遗嘱人制定没有规定的新规则，也不能撤回遗嘱人未撤回的终意处分”。<sup>[54]</sup>相反行为规范的真正逻辑结构是从已知的行为中推定遗嘱人具有撤回遗嘱的意思表示。对于推定，“立法者考虑的是，推定的基础与推定的事实与现实生活在原则上是一致的，仅当法律推定与现实生活不相符合的时候，这时的推定才是立法者（主观）意志的体现”，而“立法者在法律拟制方面则意在获得某种相似性，尽管这种相似性与现实生活格格不入”。<sup>[55]</sup>就相反行为与撤回遗嘱行为而言，二者明显存在这种与现实生活逻辑在原则上的一致性。易言之，在现实生活中，相反行为与撤回意思表示之间存在高度的盖然性。从规范目的出发，即使缺少但书规范，<sup>[56]</sup>亦应认可其可反驳性。与拟制说不同，这种可反驳性并不拘泥于法定的强制形式，即使当事人以不符合遗嘱形式的方式作出了不撤回遗嘱的意思表示，亦应认可其效力。

但不可否认的是，相反行为本身无需遵守形式强制，确实反映了立法上的形式缓和倾向。事实上，从比较法来看，并非所有立法例都从撤回视角处理这一问题。以德国法为例，依据德国民法典第 2169 条第 1 款、第 4 款的规定，如果遗嘱人在对特定财产实施遗嘱处分后又实施了相反行为并进而负有对第三人移转处分财产的义务，那么在继承开始时，即使该财产权尚未移转，也不被视为遗产，相关遗嘱处分不发生效力。它实际上采纳了一种拟制，将本来属于遗产的这部分特定财产排除在外，而将需要通过遗产债务清偿规范予以解决的问题进行了前置处

[49] Kenneth G. C. Reid, Marius J. de Waal, and Reinhard Zimmermann, *Testamentary Formalities in Historical and Comparative Perspective*, in Kenneth G. C. Reid, Marius J. de Waal, and Reinhard Zimmermann (eds.), *Comparative Succession Law, Volume 1: Testamentary Formalities*, Oxford University Press, 2011, p. 433.

[50] Vgl. MüKoBGB/Sticherling BGB, 2020, § 2253 Rn. 1.

[51] 参见张海燕：《论不可反驳的推定》，《法学论坛》2013 年第 5 期，第 71 页。

[52] See Raymundo Cama, *Presumptions and Fictions: A Collingwoodian Approach*, in Maksymilian Del Mar and William Twining (eds.), *Legal Fictions in Theory and Practice*, New York: Springer, 2015, p. 348.

[53] 参见卢鹏：《论结论性推定与拟制的区别》，《同济大学学报（社会科学版）》2003 年第 1 期，第 66 页。

[54] [德] 维尔纳·弗卢梅：《法律行为论》，迟颖译，法律出版社 2013 年版，第 397 页。

[55] [德] 普维庭：《现代证明责任问题》，吴越译，法律出版社 2006 年版，第 73 页以下。

[56] 有立法例明确规定了这种推定的可反驳性。以葡萄牙民法典为例，依据其第 2316 条第 3 款的规定，容许提出证据证明遗嘱人转让或者改变遗赠物形态时无意废止遗赠。意大利民法典第 686 条第 3 款的规定与此类似，明确允许举证证明遗嘱人有不同于以上规定的意思表示。

理。<sup>[57]</sup> 荷兰民法典、韩国民法典亦有相似规定。<sup>[58]</sup> 与德国法不同,西班牙民法典虽然也未采撤回立场,但仍然偏重遗嘱人撤回的意图。根据该法典第 869 条第 2 项的规定,即使被继承人嗣后的转让行为无效导致其重新取得遗嘱处分标的物,遗嘱同样无效。无论是德国式的排除在遗产范围外的拟制性规定还是西班牙式的无效评价,都不存在任何反驳余地。

从反驳的内容来看,其并非指向相反行为是否存在或者是否存在效力瑕疵,对基础事实的反驳并不是此处所讨论的反驳。这里的反驳主要是针对遗嘱人的意图而言的,即通过证明遗嘱人不存在撤回遗嘱的意图,来对推定进行反驳。那么,应以哪一时间点作为判断遗嘱人意图的基准呢?遗嘱人在实施相反行为的同时作出不撤回遗嘱的表示自无疑问。值得探讨的是遗嘱人能否在实施相反行为之前或者之后作出不撤回遗嘱的表示。不同于基于人格利益保护的遗嘱自由事前弃权禁止,<sup>[59]</sup>遗嘱人在实施相反行为之前所作的“即使实施相反行为也不撤回遗嘱的表示”,并不涉及放弃遗嘱自由的问题,故应承认这种事前表示的反驳效力。至于嗣后的不撤回表示,亦不存在否定其效力的理由。美国《统一遗嘱检验法典》第 2-606 条第 a 款第 6 项即明确规定,只要能证明遗嘱人在立遗嘱时、实施处分行为时或者其他时间具有即使对特定财产进行处分也不撤回遗嘱的意图,则遗嘱不被废止。对反驳意愿的确定应综合考量其言行。例如,可从遗嘱人生前将书面遗嘱留在房屋征收工程处这一行为中解释出遗嘱人愿意将拆迁安置协议书项下的房屋由遗嘱继承人继承,形成对撤回推定的反驳。<sup>[60]</sup>同样,如果遗嘱人同时委托遗嘱继承人办理拆迁事宜,亦可从中推断出其反驳意思。<sup>[61]</sup>又例如,遗嘱人将配偶确定为遗嘱继承人后,又实施离婚这一相反行为,如果嗣后又与前配偶协商其作为自己的意定监护人,则可从中间解释出遗嘱人反驳推定的意思。解释过程实际上是围绕推定反驳展开的,即从遗嘱人的行为中解释出其维持遗嘱的真实意愿。<sup>[62]</sup>需要注意的是,不能从遗嘱人重新取得遗嘱处分财产的行为中当然得出遗嘱人有反驳推定的意愿。因为即使遗嘱人重新购回其之前处分的标的物,这一行为与反驳撤回推定之间存在关联的可能性也较低。这也是部分立法例明确规定重新取得财产原则上不作为推定反驳依据的原因。<sup>[63]</sup>

### 三、法律行为作为相反行为的特殊问题

#### (一) 法律行为的范围

法律行为是相反行为最为典型的形态,实践中又以被继承人转让遗嘱所处分财产为典型,所涉问题最为复杂。若遗嘱人在遗嘱中已经明确规定了如果遗嘱所处分的特定财产被处分所获价金的处理,则应从其规定,不应适用相反行为规范。<sup>[64]</sup>与前文所讨论的遗产灭失导致

[57] 德国民法典第 2169 条第 4 款所进行的拟制,实际上是为了避免继承人的双重给付义务并发生给付不能情况下的不当赔偿责任。易言之,如果不进行这种拟制,由于该财产在继承开始时仍然属于遗产,第 1 款无适用余地,被加重负担者有义务同时向受遗赠人和被继承人的债权人交付特定标的物。Vgl. Löhnig/ Plettenberg, § 2169 Abs. 4 BGB als Ausnahmeregelung zum schuldrechtlichen Präventionsprinzip, ZEV 2016, S. 294 f.

[58] 参见荷兰民法典第 4:49 条、韩国民法典第 1085 条。

[59] 参见叶名怡:《论事前弃权的效力》,《中外法学》2018 年第 2 期,第 334 页。

[60] 参见福建省福州市中级人民法院(2018)闽 01 民终 5971 号民事判决书。

[61] 参见广东省深圳市中级人民法院(2020)粤 03 民终 20486 号民事判决书。

[62] 参见前引[46],占善刚等文,第 71 页。

[63] 如意大利民法典第 686 条、葡萄牙民法典第 2316 条。

[64] 例如上海市虹口区人民法院(2011)虹民一(民)初字第 3916 号民事判决书。

给付义务免除规则仅适用于特定财产型处分相类似，遗嘱人在实施概括性遗嘱处分或者种类财产型遗嘱处分后的财产处分行为并不能发生撤回推定。但是，如果遗嘱处分的对象是被特定化的种类财产，仍可能适用相反行为规范。<sup>[65]</sup>从反映被继承人意愿的角度出发，负担行为即足以作为撤回推定之基础事实，而无需以物权变动作为要件。作为处分行为的抛弃行为亦可作为相反行为。如果遗嘱人嗣后放弃作为财产取得基础的权利（如债权、继承权），亦同。<sup>[66]</sup>至于法律行为属于有偿或者无偿、单方或者双方，在所不问。原则上不能从遗嘱人对财产灭失的沉默这一事实中推定其有撤回遗嘱的意思表示。即使沉默在特定情形中依据法律规定、当事人约定或者交易习惯被视为意思表示，由于欠缺遗嘱人的主动性，作为推定基础的常态性联系在此仍被削弱。<sup>[67]</sup>

值得探讨的是，如果遗嘱人只是在特定财产上设定了债权负担或者物权负担，是否应作为相反行为处理。回答这一问题的关键在于设立这些负担是否与遗嘱处分相抵触。如果遗嘱处分的是财产权本身，则在其之上设定用益物权、担保物权或者债权性用益，均不存在抵触问题，自无推定撤回之可能。<sup>[68]</sup>比较法上，规定了相反行为推定撤回的立法例多将相反行为局限于对遗嘱所处分特定财产的让与，<sup>[69]</sup>而不包括设定负担，亦是基于这一原因。智利民法典第1135条更是明确规定，在遗赠物上设定质权、抵押权或者岁供并不使遗赠消灭。

如果法律行为附条件或者附期限，有观点认为，应以条件是否在继承开始前成就以及期限是否在继承开始前届至或届满为标准，探讨相反行为是否成立。<sup>[70]</sup>此立场实际上以拟制说为前提，在推定说下并不可取。合理的路径是以法律行为的成立为时间点判断行为和撤回意思之间的常态性联系是否存在，进而确定附条件和附期限的法律行为能否作为适格的相反行为。条件实际上于何时成就，或者期限实际上于何时届至或者届满，并非考量因素。不论是解除条件还是停止条件，遗嘱人对于条件是否成就并不存在明确的预期，宜推知其缺乏维持遗嘱处分的意思，推定撤回遗嘱。对于期限而言，遗嘱人对于期限届至或者届满存在明确的预期，始期必然届至，终期必然届满。于前者，宜推定遗嘱人缺乏维持遗嘱处分的意思，推定撤回遗嘱。于后者，宜推定遗嘱人仍有在特定期限后给予遗嘱继承人或者受遗赠人该特定财产的意思，不能推定撤回遗嘱。

对于财产处分之外的其他法律行为，“继承法意见”并未规定。民法典对“继承法意见”第39条进行了修订，突破了财产处分行为的局限，为将其他法律行为纳入相反行为创造了解释的空间。比较法上，大陆法系多数立法例将相反行为限定在财产处分行为。作为例外，日本民法第1023条明确规定相反行为包括生前处分及其他法律行为。我国台湾地区民法第1221条亦未作限定，解释上可包含其他法律行为。然而，其他法律行为究竟何指，不无疑问。这里的

[65] 参见广西壮族自治区贵港市港北区人民法院（2017）桂0802民初3997号民事判决书。

[66] 参见河北省石家庄市桥西区人民法院（2018）冀0104民初7540号民事判决书。

[67] 在徐金生等与徐金友继承纠纷案中，法院错误地将继承人对遗嘱所处分房产的翻建和遗嘱人的沉默行为作为认定遗嘱人撤回遗嘱的依据，实属不当。参见湖南省湘西土家族苗族自治州中级人民法院（2018）湘31民终667号民事判决书。

[68] 参见李岩：《遗嘱制度论》，法律出版社2013年版，第215页。

[69] 参见意大利民法典第686条、法国民法典第1038条、奥地利普通民法典第139条、我国澳门特别行政区民法典第2145条、葡萄牙民法典第2316条。

[70] 参见林秀雄：《继承法制之研究（三）》，台湾元照出版有限公司2016年版，第330页以下；前引〔45〕，陈棋炎等书，第297页。

法律行为主要是指身份法上的行为,包括结婚、收养、离婚、解除收养等。与前述财产处分行为不同的是,如果承认这些行为的相反行为性质,那么这种撤回推定不仅仅发生在特定财产处分中,亦可能发生在概括性处分以及种类财产型处分中。遗嘱人订立遗嘱后的各项情况都可能发生较大变化。这些变化既包含前述遗嘱所处分特定财产的变化,也包含遗嘱人与遗嘱继承人或者受遗赠人关系的变化尤其是其亲属关系的变化。这些情况的变化并不能当然推定撤回遗嘱。部分立法例对此项原则进行了明确。<sup>[71]</sup>能否将这些身份行为作为遗嘱撤回推定之基础事实,关键在于其与撤回意思之间是否存在常态性联系。相较于其他身份法律行为,离婚这一行为在比较法上得到更多的承认。<sup>[72]</sup>在离婚的情形,典型遗嘱人往往不愿意再将遗产留给前夫或者前妻,但却忘记了遗嘱的存在。“由于离婚时双方已经对财产进行了分割,再让一方嗣后通过遗嘱从另外一方分得的财产中获益,往往并不在该方的计划之中。”<sup>[73]</sup>与离婚类似的是解除收养,收养关系解除往往伴随双方关系的恶化,基础事实与推定事实之间存在较高的概率。日本即有将解除收养纳入相反行为之判例。<sup>[74]</sup>

至于结婚和收养,二者与撤回意思之间在生活事实层面并不存在足以形成推定的常态性关联。当然,并不是所有的推定都建立在常态性联系之上,而也可能是基于实现某种社会期许。<sup>[75]</sup>这种社会期许或者说社会性考量主要反映在保护无法继承财产的配偶和子女。<sup>[76]</sup>易言之,遗产应当首先被用来满足遗嘱人家庭成员生活的物质需求。<sup>[77]</sup>然而,且不论社会变迁挑战着对丧偶妻子一方给予特殊保护的必要性,即使存在保护的必要,这些需求也已经由继承法中的其他制度所提供。这些制度通过对遗嘱自由的限制来实现对依靠遗嘱人生活的人进行保护。无论是大陆法系强制比例的特留份制度,还是普通法系赋予法官以裁量权的可选份(elective share)制度,都反映了这一基本立场。<sup>[78]</sup>我国虽然没有采纳大陆法系较为常见的特留份制度,但民法典第1159条所确立的必留份制度已经足以为未成年人及处于困境中的配偶提供基本的保护,再从遗嘱撤回角度对其进行双重保护实无必要。故而,将其纳入撤回推定事由的理由并不充分。从立法趋势来看,美国现在只有极少数州还将婚姻纳入撤回推定的范围。<sup>[79]</sup>

[71] 例如新加坡遗嘱法(Wills Act)第14条、直布罗陀遗嘱法(Wills Act)第19条、加拿大安大略省继承改革法(Succession Law Reform Act)第17条、美国北卡罗来纳州一般法律集(North Carolina General Statutes)第31-5.7条。

[72] 如美国路易斯安那民法典(Louisiana Civil Code)第1608条、荷兰民法典第4:52条、苏格兰继承法(Succession (Scotland) Act 2016)第1条、英国遗嘱法(Wills Act 1837)第18A条、南非遗嘱法(Wills Act)第2B条、美国俄克拉荷马州立法集(Oklahoma Statutes)第84-114条。值得注意的是,荷兰民法典并没有使用撤回的表述,而是使用了失效的表述。苏格兰继承法、英国遗嘱法和南非遗嘱法也没有直接使用撤回的表述,而是比照受遗赠人在遗嘱生效前死亡的规则进行处理。不过,这种处理与撤回不存在实质性区别。苏格兰继承法的修改说明中使用了撤回(revoked)的表述(See para. 5 of Explanatory Notes of Succession (Scotland) Act 2016)。法国法亦将离婚作为推定撤回之基础。See Henry Dyson, *French Property and Inheritance Law: Principles and Practice*, Oxford University Press, 2003, p. 291.

[73] See Report on Succession (Scot. Law Com. No. 124, 1989), para. 4.35.

[74] 最判昭和56年11月13日民集35卷8号1251页,转引自王融擎编译:《日本民法:条文与判例》,中国法制出版社2018年版,第909页。

[75] See Mason Ladd, *Presumptions in Civil Actions*, 1977 Ariz. St. L. J. 281 (1977).

[76] See Elizabeth Durfee, *Revocation of Wills by Subsequent Change in the Condition or Circumstances of the Testator*, 40 Mich. L. Rev. 416 (1942).

[77] See S. M. Bandali, *Wills in Contemplation of Marriage*, 6 Anglo-Am. L. Rev. 6 (1977).

[78] See Thomas P. Gallanis, *Family Property Law: Cases and Materials on Wills, Trusts and Estates*, Minnesota: Foundation Press, 2014, p. 413.

[79] 同上书,第259页。

在苏格兰立法修订过程中，反对意见最终占据了上风，其2016年新修订的继承法未将结婚情形纳入。<sup>[80]</sup>至于收养子女，欧陆法几乎没有立法例承认其对遗嘱效力产生影响。英国和苏格兰相继废除了有关父母子女关系的形成（包括出生和收养）影响遗嘱效力的规定。<sup>[81]</sup>美国《财产法重述》更是明确将婚姻和亲子关系排除在遗嘱撤回推定的事由之外。<sup>[82]</sup>

## （二）代理中的相反行为界定

如果上述法律行为并非由本人实施，而是由遗嘱人的代理人实施，是否应当将其纳入相反行为的范畴？对此问题的分析应当首先区分意定代理和法定代理。前者源于被代理人的授权行为，而后者源于法律的直接规定。主流观点认为，意定代理人所实施的代理行为可构成撤回推定，<sup>[83]</sup>而法定代理人所实施的行为则不能作为推定的基础事实。<sup>[84]</sup>就法定代理而言，法定代理人实施相关法律行为并非出于被代理人的主观意思，不应赋予其推定撤回遗嘱的效力。虽然根据民法典第35条第3款的规定，法定代理人在实施法律行为时应尊重被监护人的意愿，但代理权本身并不是根据其意愿产生的。并且，由于被代理人缺乏撤回遗嘱的能力，在此情形下，推定的事实不可能发生，推定在逻辑上不能成立。这一判断同样适用于遗嘱人为限制行为能力人实施的与其智力、精神状况相适应的民事法律行为以及其他已经被法定代理人追认的行为。

就意定代理人的行为而言，解释难点在于，意定代理人所实施的法律行为毕竟是代理人的行为而非被代理人的行为，只不过其法律效果根据代理授权关系归属于被代理人而已。<sup>[85]</sup>一般情况下，意定代理人至少从外观上看具有决定的自由，<sup>[86]</sup>正是这种决定的自由可能会对其构成相反行为的适格性造成影响。尤其是在意定代理人所获代理权在性质上属于种类代理权或者普通意定代理权时，被代理人对代理人的支配或者影响力明显不如特别意定代理。由此，法律行为与遗嘱撤回之间的关联概率被大幅降低。例如，甲拥有数十辆机动车，将其中一辆大众牌机动车遗赠给乙，嗣后又授权丙代为出售其中的任意两辆车，丙将大众牌机动车出售给了丁。虽然甲主动策划了对丙的授权，但这种授权并没有指向已被遗嘱处分的特定财产，在现实生活中典型遗嘱人很少会将这种授权行为与遗嘱撤回相关联。因而，原则上只有代理权的授予中明确指向了遗嘱所处分的特定财产，或者从解释上可以明确遗嘱人是想处分该财产，才能确立这种推定。例如，在上例中，如果甲只有一辆机动车，在立遗嘱处分该辆机动车后，又授权丙代为销售其名下的机动车，此时可通过解释明确其是想处理已被遗嘱处分的机动车，可推定撤回遗嘱。不过，即使授权内容指向遗嘱所处分的特定财产，仍有疑问的是，此时是否违反了遗嘱

[80] 理由主要有三点：首先，这可能与遗嘱人所持除非自己主动撤销否则遗嘱继续有效的合理预期相悖；其次，它会导致遗嘱全部被撤销，过度回应了其所要解决的问题；最后，在遗嘱人再婚情形，其往往并不希望再婚对明确前婚子女受益的遗嘱产生任何影响。See Report on Succession (Scot. Law Com. No. 215, 2009), para. 6.9.

[81] 同上引报告，第6.19段。

[82] See Restatement (Third) of Property: Wills and Other Donative Transfers § 4.1 (1999).

[83] 囿于“继承法意见”第39条的双要件立场，之前的司法实践在相关案件的说理中往往回避代理行为本身能否作为相反行为的问题，而仅以未发生权利变动为由，否认遗嘱撤回。参见广东省江门市中级人民法院（2020）粤07民终135号民事判决书；北京市西城区人民法院（2017）京0102民初958号民事判决书。

[84] 参见前引〔2〕，史尚宽书，第479页；戴炎辉等：《继承法》，2013年台湾自版，第308页；前引〔45〕，陈棋炎等书，第296页；马原、高圣平主编：《继承法及配套规定新释新解》，人民法院出版社2003年版，第542页。

[85] 参见前引〔25〕，梁慧星书，第230页；〔日〕近江幸治：《民法讲义I：民法总则》，渠涛等译，北京大学出版社2015年版，第218页。

[86] 参见〔德〕本德·吕斯特、阿斯特丽德·施塔德勒：《德国民法总论》，于馨森、张姝译，法律出版社2017年版，第497页。

禁止代理的规则。事实上,在明示撤回场合,由于其与订立遗嘱同属于遗嘱处分的范畴,应禁止代理。这种禁止源于遗嘱行为在实质上和形式上的高度人身性,<sup>[87]</sup>只有禁止代理才能确保遗嘱自由的实现。<sup>[88]</sup>然而,相反行为的代理毕竟不同于遗嘱行为本身的代理,如前文所述,相反行为本身不必遵守形式上的强制,它本身并不具有督促遗嘱人深思熟虑的功能,也不用受制于法律对遗嘱行为的其他限制。这里需要关注的是前述基础事实与推定事实之间的盖然性,而非法律对遗嘱行为作何限制。

尤其需要强调的是,如果遗嘱人与第三人依据民法典第33条的规定,将第三人确立为自己的意定监护人,第三人作为意定监护人所实施的法律行为应作何评价?虽然现在主流观点认为第三人此时所获得的代理权本质上为意定代理而非法定代理,<sup>[89]</sup>但与一般情形不同的是,被代理人此时既缺乏撤回授权的能力,又缺乏反驳推定的能力。并且,在遗嘱人已经丧失行为能力的情况下,他丧失了考虑特定财产被处分的基础上修正遗嘱的机会。<sup>[90]</sup>故而应将其与法定代理作相同评价,即使意定监护的授权内容是指向遗嘱处分的特定财产,也应将意定监护人所实施的法律行为排除在撤回推定的基础事实之外。美国《统一遗嘱检验法典》第2-606条第b项即明确将根据法律规定而产生的照管(conservator)与根据委托人的意愿而产生的持续性代理(durable power of attorney)作同等评价。

### (三) 法律行为解消时的撤回推定

法律行为的解消(或称为失败),泛指因无效、被撤销或者解除等原因导致法律行为被取消。<sup>[91]</sup>遗嘱人所实施的法律行为解消后能否作为适格相反行为不无疑问。就法律行为的无效而言,应首先区分无效的类型。虽然根据民法典第144条的规定,无民事行为能力人实施的民事法律行为无效,但这属于前文所述由于遗嘱人欠缺遗嘱撤回能力而禁止推定的情形,不属于此处讨论的范畴。此处讨论的主要是虚假的法律行为、违反法律和行政法规的强制性规定的法律行为、违反公序良俗的法律行为。有域外立法例明确规定,即使法律行为无效,也不影响撤回推定,<sup>[92]</sup>其立论基础在于遗嘱人“已经生前为如此行为,在消极方面已经有撤回遗嘱之意愿;在积极方面又有处分该遗嘱标的物之意思”。<sup>[93]</sup>而相反观点则认为,只有生效的法律行为才能产生遗嘱撤回的效力。我国司法实践对此问题存在分歧,两种观点均有法院采纳。<sup>[94]</sup>从维护遗嘱人意愿的角度出发,宜采后一种观点,但仍需根据无效类型作进一步分析。在虚伪表示中,无效评价并不源于对第三人利益的保护,而是表意人已经形成了该意思表示不生效

[87] Vgl. Burandt/Rojahn/Czubayko BGB, 2019, § 2064 Rn. 1.

[88] Vgl. MüKoBGB/Leipold, 2020, § 2064 Rn. 1.

[89] 参见李国强:《成年意定监护法律关系的解释:以〈民法总则〉第33条为解释对象》,《现代法学》2018年第5期,第183页;李霞:《意定监护制度论纲》,《法学》2011年第4期,第122页;焦富民:《民法总则编纂视野中的成年监护制度》,《政法论丛》2015年第6期,第27页。

[90] Coy v. Ezarski (In re Estate of Anton), 731 N. W. 2d 19 (Iowa 2007).

[91] 参见汤文平:《法律行为解消清算规则之体系统合》,《中国法学》2016年第5期,第145页;陈自强:《契约失败给付返还序说》,《月旦法学杂志》总第301期(2020年6月),第154页以下。

[92] 例如法国民法典第1038条、智利民法典第1135条。

[93] 前引[84],戴炎辉等书,第312页。

[94] 持前一种观点的判决,如北京市海淀区人民法院(2016)京0108民初14428号民事判决书。持后一种观点的判决,如北京市第三中级人民法院(2018)京03民终12686号民事判决书;山东省青岛市市北区人民法院(2014)北民初字第310号民事判决书。

力的决定，<sup>[95]</sup> 并且受领人因其明知而不值得保护。在此种情况下，遗嘱人实施的行为与撤回意思之间不存在前述常态性联系。当然，对于虚伪表示所隐藏的行为是否适格作为推定之基础事实，应另行具体判断。而在法律行为因违反法律和行政法规的强制性规定或者违反公序良俗而无效的情形，遗嘱人的意思表示是真实的，并且也往往愿意其发生效力，这种常态性联系是存在的。至于恶意串通导致法律行为无效的情形，应同样按照这种区分进行判断。

在法律行为因意思表示瑕疵而被撤销的情形，应当否定其推定撤回效力。在欺诈和胁迫场合，遗嘱人处于意思不自由状态，本就无意实施该行为，如其选择撤销，这种状况下行为与撤回推定之间不可能存在联系，遑论常态性联系。当然，无论基于何种原因，如其不行使撤销权，则应推定其有撤回遗嘱之意思。在错误场合，虽然“意思受到干扰的源泉大多在于表意人本身的范围”，<sup>[96]</sup> 但毕竟其所为表示并非其真意，而遗嘱人在基础事实中意思表示真实是推定的前提，因此应否定其推定效力。在此情形中，如遗嘱人放弃行使撤销权，撤回推定同样成立。比较法上，不少立法例亦从此判断，明确将基于意思表示瑕疵所致撤销排除在外。<sup>[97]</sup> 总之，意思自由和真实是前提，撤回推定应当建立在行为未被撤销的基础之上，以充分尊重遗嘱人之意愿。

在遗嘱人对所实施的法律行为享有解除权的情形中，只要不存在意思表示瑕疵，不管该解除权源于法律规定还是当事人约定，在遗嘱人不行使解除权时，行为与撤回意思之间的常态性联系明显。如果遗嘱人嗣后行使解除权，被处分的特定财产复归遗嘱人，此时该行为能否作为相反行为，不无疑问。比较法上的立法例对此存在分歧。依奥地利普通民法典第 724 条的规定，只有在遗嘱人让与遗赠物且未重新取得的情况下，才产生遗嘱推定撤回的效力。据此，在合同解除后，如果遗嘱人重新获得该特定物，不发生遗嘱的撤回推定。而根据意大利民法典第 686 条的规定，除意思表示瑕疵原因外，其他原因导致遗嘱人重新获得该特定财产的，遗嘱仍然被视为撤回。事实上，是否为适格相反行为应以法律行为成立时行为与撤回意思之间是否存在常态性联系为标准。与终期的确定发生不同，即使遗嘱人享有任意解除权，其是否行使仍然处于高度不确定状态，故而宜推定其存在撤回遗嘱之意思。并且，不能从遗嘱人后来行使解除权的行为中当然解释出其具有反驳推定的意思。

## 四、作为相反行为的其他行为

### （一）将其他行为纳入相反行为的妥当性

在法理上，并不存在将其他行为纳入相反行为的一般性禁止。如果只是某些行为与推定事实之间关联概率较低，则应进行具体类型排除，而不应整体排除，从而为将来法律适用预留解释空间。将相反行为局限于法律行为的理论依据，可能在于从其他行为中不易推知遗嘱人是否有撤回遗嘱的意愿。然而，这一立论依据并不充分。问题的关键并不在于相反行为中是否存在意思表示以及其效力是否依据该意思表示而产生，因为撤回推定并不是在对相反行为中的意思表示进行解释。质言之，相反行为本身并不包含遗嘱因撤回而不存在这一层法效意思。只要是

[95] 参见 [德] 迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社 2001 年版，第 373 页。

[96] [德] 卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》，王晓晔等译，法律出版社 2003 年版，第 542 页。

[97] 如我国澳门特别行政区民法典第 2145 条、意大利民法典第 686 条、葡萄牙民法典第 2316 条。不过，亦有立法例将这种排除局限于欺诈和胁迫，参见日本民法第 1025 条。

遗嘱人有意识的活动，并且这种活动与撤回意思之间存在常态性联系，就没有理由将其排除在外。所谓有意识的活动，是指遗嘱人对其行为有认知并受意志控制。<sup>[98]</sup> 这些行为既包括民法上的其他行为，如事实行为和准法律行为，也包括其他法律上的行为，如诉讼行为。<sup>[99]</sup>

“继承法意见”第39条并未将相反行为局限于法律行为，在解释上有容纳其他行为的空间。民法典各分编草案征求意见稿（2018年9月）第921条第2款维持了这一立场。民法典继承编草案二次审议稿（2019年7月）第921条第2款则将相反行为局限于法律行为。民法典第1142条维持了这一修改。比较法上确有将相反行为限定于法律行为的先例，如日本民法第1023条和瑞士民法典第511条。不过，我国民法典并未规定两大法系均普遍采纳的毁弃型撤回，如将相反行为局限于法律行为，势必导致其规定的撤回情形比日本法以及瑞士法还要狭窄，不利于贯彻遗嘱人的意愿。

由于民法典已经颁布，对于法律行为之外的其他行为，只能通过类推适用这一法律续造方法来纳入。通过类推适用进行续造的前提是此处存在漏洞。不能仅从民法典草案规定的变化出发，依据历史解释和反对解释的方法就武断地认为立法者有意将法律行为之外的其他行为排除在相反行为之外，从而否定漏洞的存在。漏洞的形成可能源于“立法者自觉对拟予以规范之案型的了解还不够，而不加以规范”。<sup>[100]</sup> 在此种立法者意识到的漏洞中，立法者不对其进行规定，是为司法续造预留空间。<sup>[101]</sup> 据此，在法律行为之外的其他行为与撤回意思之间存在常态性联系时，通过类推适用民法典第1142条第2款的规定，将法律行为之外的其他行为纳入相反行为，具有可行性和合理性。

## （二）事实行为

事实行为是其他相反行为中最为重要的类型。其中，以遗嘱人对遗嘱所处分的特定财产实施的事实行为最为常见。<sup>[102]</sup> 此种类型中最为典型的是遗嘱人对该特定财产的加工行为，从而改变财产的形态，如将毛线织成毛衣，将木材加工为家具。需要注意的是，如果遗嘱人的事实行为并未导致遗嘱所处分的财产权消灭，则不宜将其视为相反行为。例如，遗嘱人翻建房屋，但房屋所有权未发生变化。<sup>[103]</sup> 此外，在法律未明确规定毁弃遗嘱之推定撤回效果时，亦应将毁弃遗嘱的行为作为事实行为型相反行为进行处理。<sup>[104]</sup> 在此意义上，事实行为不仅可能以遗嘱所处分的特定财产为对象，还可能以遗嘱本身为对象。

如果事实行为并非遗嘱人本人实施，而是由第三人实施，应当首先确定第三人实施的事实行为是否源于遗嘱人的委托。欠缺遗嘱人委托而实施的事实行为不产生推定撤回的效果。<sup>[105]</sup> 但是，即使第三人取得了遗嘱人的委托，也不能当然从受托人实施的事实行为中推断出遗嘱人的撤回意思。这里存在与前述代理人实施的相反行为相类似的问题。此时，第三人虽然并非代理人，但其同样可能存在决策自由的空间。例如，遗嘱人可能委托第三人毁弃其所立遗嘱中的

[98] 参见常鹏翱：《事实行为的基础理论研究》，法律出版社2016年版，第49页。

[99] 参见林秀雄：《遗嘱之撤回》，《月旦法学教室》总第25期（2004年11月），第44页。

[100] 黄茂荣：《法学方法与现代民法》，法律出版社2007年版，第427页。

[101] 参见〔德〕卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，黄家镇译，商务印书馆2020年版，第476页。

[102] 例如奥地利普通民法典第724条、意大利民法典第686条、智利民法典第1135条、葡萄牙民法典第2316条。

[103] 参见江苏省高级人民法院（2016）苏民申1495号民事裁定书。

[104] 在民法典颁布之前，司法实践对毁弃遗嘱型撤回已有承认。参见辽宁省沈阳市苏家屯区人民法院（2018）辽0111民初2425号民事判决书；江苏省南京市江宁区人民法院（2017）苏0115民初14811号民事判决书。

[105] 参见河北省唐山市丰润区人民法院（2019）冀0208民初2753号民事判决书。

任意一份遗嘱。这样的指示明显会降低作为推定正当化理由的基础事实与推定行为之间的盖然性联系，应予以排除。只有在遗嘱人的指示是明确针对遗嘱所处分的某项特定财产或者某项遗嘱时，第三人实施的行为才能作为适格的相反行为。如果第三人的行为发生在遗嘱人死亡以后，则不发生撤回推定的问题，因为此时遗嘱已经生效，不存在撤回的问题。此外，由于事实行为中并不存在嗣后追认的可能，如果第三人在未经遗嘱人指示的情况下就实施了相关行为，即使遗嘱人嗣后同意第三人的行为，也不发生推定撤回的效果。

需要强调的是，虽然遗嘱人实施事实行为本身并无行为能力要件方面的要求，但作出撤回意思表示是需要行为能力要件的，从事实行为中推定撤回意思表示时宜以遗嘱人实施该事实行为时具有行为能力为前提。在遗嘱人欠缺行为能力的情况下，其不可能作出撤回遗嘱的意思表示。并且，此时遗嘱人也没有反驳推定的能力。从尊重其真实意愿、维护其遗嘱自由的角度出发，宜作此判断。

### （三）准法律行为与诉讼行为

在事实行为之外，准法律行为亦可作为撤回推定之基础事实，但其应用场合极为有限。例如，遗嘱人甲将其对债务人乙的债权遗嘱处分给了丙，其后又以债务催告的方式要求乙对其进行清偿。如债务人乙基于甲的催告而清偿，则应推定甲有撤回遗嘱之意思。与此相对，如债务人乙主动清偿，而甲只是被动受领，则不宜认为甲有撤回推定的意思。奥地利普通民法典第 725 条对此有明确规定。

至于法律行为之外的其他非民法上的相反行为，如从中足以推定遗嘱人有撤回遗嘱的意思，亦不妨将其纳入。这些行为主要包括各种针对遗嘱所处分财产的行为以及针对遗嘱继承人或者受遗赠人的行为两大类。前者如遗嘱人通过遗嘱处分对第三人的债权后，又起诉债务人要求清偿债务，此行为与其实施催告并无二致，应作相同评价。比较有争议的是，如果遗嘱人在嗣后提起诉讼要求遗嘱继承人搬离遗嘱所处分房屋并交还房屋产权证书，对这一诉讼行为应作何评价。<sup>[106]</sup> 由于这一行为并非旨在消灭或者移转所有权，从典型遗嘱人的角度出发，不足以从这一行为本身推定遗嘱人确有撤回遗嘱的意图。但如果综合考量其他情况能够证成前述常态性联系，则认可其相反行为性质亦无障碍。至于针对遗嘱继承人或者受遗赠人的诉讼行为，如离婚诉讼和解除收养关系诉讼，足以从中推定遗嘱人有撤回遗嘱的意愿，亦应予以认可。比照诉讼时效中断之判断，如果遗嘱人起诉后又撤回诉讼，则不宜作此判断。

## 结 论

毋庸置疑，遗嘱自由是整个遗嘱法的核心，尊重遗嘱人的真实意愿是遗嘱自由的重要面向。在缺乏遗嘱人明确指示的情况下，如何探寻遗嘱人的真实意愿，可谓遗嘱法所面临的中心课题。本文所探讨的议题也是围绕这一中心课题而展开。被继承人在订立遗嘱之后，其财产并没有固定，而是处于一种浮动状态。财产的浮动变化是否会对已经订立的遗嘱效力产生影响，应首先考虑遗嘱处分的类型。只有处分对象特定的遗嘱，财产灭失才可能对遗嘱的效力产生影

[106] 在赵某某等与赵某乙遗嘱继承纠纷案中，两级法院均以该起诉行为并不会导致“继承法意见”第 39 条规定的灭失或者所有权转移为由，拒绝承认其推定撤回效力，但并没有讨论该起诉行为是否属于相反行为的问题。参见吉林省蛟河市人民法院（2014）蛟民一初字第 775 号民事判决书；吉林省吉林市中级人民法院（2015）吉中民一终字第 908 号民事判决书。

响。作为一种逻辑上的应然之理，继承开始时，遗嘱所处分的特定财产是否属于遗产是一种后顺位的判断，而先顺位的判断则是遗嘱是否仍然存在。相反行为规范处理的正是后一问题。相反行为规范之正当性基础在于典型遗嘱人实施相反行为与作出撤回意思表示之间的常态性关联，相反行为规范的推定规范性质意味着这种高度盖然性是可以被反驳的，为个别化评价遗嘱人的真实意愿提供了通道。出于贯彻遗嘱人意愿之考虑，不应过度限缩相反行为的范围，完全排斥身份法上的行为、针对特定财产的事实行为、准法律行为以及诉讼行为。在另一个层面，将法定代理人、意定监护人和种类代理权人实施的代理行为以及遗嘱人存在意思表示瑕疵的行为排除在外，亦是出于同样的考虑。这些规范构造反映了当代遗嘱法从关注外在财产变动到关注遗嘱人内心意思的发展趋势。

---

---

**Abstract:** Testamentary dispositions create statutory debts between transferee by operation of law and heir by will or devisee. According to the differences among objects, these dispositions may be divided into three categories: general disposition, generic disposition and specific disposition. Only in specific disposition does the impossibility of performance occur if its subject-matter has ceased to exist as a part of the testator's property at his death. As for the effect of the impossibility of performance, it is not necessary to make a special provision of invalidity different from the exclusion of the duty of performance in the law of obligation. There are two types of extinction: one caused by the act of the testator and the other by other legal facts. In the former case, it is absolutely essential to firstly determine whether the contradictory norm applies, and then deliberate on whether to exclude the duty of performance. In the latter case, the established norms of subrogation *in rem* cannot be applied by analogy. Interpretation of will is the only way to mitigate the stringent effects of exclusion. The norm of the contradictory act is a rebuttable presumption in nature. Whether there is a high degree of probability between the act and the intention of revocation constitutes the criterion for the judgment in specific situations, even in complex occasions such as agency and void of juristic acts. The contradictory act should not be limited to juristic acts against specific property, but cover other juristic acts such as divorce and termination of adoption. Besides, quasi-juristic acts, factual behavior and acts under other branch laws may also be incorporated into contradictory acts through judge-made law.

**Key Words:** contradictory act, specific property, revocation of will

---

---