

# 继承法上“身份”的溯源与定位

## ——古罗马身份继承的借鉴

2016 级中德班，吴伟，1601320894

**摘要：**身份继承和财产继承的历史地位彼此竞逐。罗马早期，身份继承占据主导地位，继承的意义是人格的、概括的、不以死因为必要的。罗马共和国盛期以后，长期对外战争攫取大量土地、奴隶和财富，财产继承地位突显，身份继承地位衰落。与罗马相似，中国也有以宗祧继承为特色的身份继承传统，身份继承是形成代际之间“宿命性的同居共财关系”的纽带。近代以来，继承制度不断向财产继承转型，身份继承逐渐在继承法上被废止。身份继承废止后，债权人利益的保护以及股权、人格权等复合性权利中财产利益部分的继承成为后遗之症，亟待财产继承制度予以重新定位。

**关键词：**罗马法 身份继承 财产继承 宗祧继承

公元 14 年，罗马帝国实质上的第一个“皇帝”——奥古斯都病故，其一手缔造的罗马帝国转手第三位夫人之子提比略。非奥古斯都亲子的提比略以“义子、女婿”的身份继承了元首的位置，罗马帝国在身份继承制度下成功易主。这种在东方世界很早就已经盛行的做法，在罗马抛弃了共和制之后，很快被皇帝接受了。<sup>[1]</sup>尽管迈入帝政时期的罗马统治者们开始运用身份继承制度，以使得“元首”身份不致流产，庙堂之外的罗马民间却早已是另一番景象。罗马民众已不再过分看重先人的身份，而开始细数祖先留下的真金白银。从罗马共和国后期开始，财产继承的大潮已经涌来。在东方世界，中国的身份继承在宗法土壤的培植下不断生长。朝野中，君主身份和江山社稷借由身份继承完成代际之间的不断更迭；家族内，父与子业已结成“宿命性的同居共财关系”，<sup>[2]</sup>子通过身份继承绵延家祀。然而，无论是古罗马还是中国的身份均难逃由盛转衰直至灭亡的历史命运，身份继承在

---

[1] Keith Hopkins, *Conquerors and Slaves* 197 (Cambridge University Press 1978). 转引自厉以宁《罗马一拜占庭经济史》，商务印书馆 2015 年版，第 160 页。

[2] [日]滋贺秀三：《中国家族法原理》，张建国、李力译，商务印书馆 2013 年版，第 115 页。

继承法上的制度功能并未完全被现代继承制度取代，如何回应身份继承废止后重新暴露出的继承问题，亟待现代继承制度对身份继承进行重新定位。

清末修律以来，身份继承，特别是宗祧继承被继承法逐渐抛弃，我国现行《继承法》更是确立了完全意义上的财产继承、限定继承制度。现行继承制度否认了身份继承中“父债子偿”的安排，代之以偏重继承人利益保护的限定继承制度，但无法禁绝继承人肆意挥霍被继承人的遗产、隐匿遗产、恶意处分遗产等侵害债权人利益的行为，继承人利益和债权人利益的保护在现行《继承法》的天平上明显失衡。此外，股权和人格上财产利益等民事权利或利益兼具财产属性和人身属性，自然人死亡后，具有双重属性的民事权利和利益是否可以继承，如何进行继承安排被学者广泛关注。这些问题的解决需要现行《继承法》借鉴身份继承的合理成分进行重新定位。

本文按照以下逻辑考察身份继承的流变与现行法借鉴：（1）首先，回顾罗马的身份制度以及生前和死因继承并存的继承安排，描绘身份继承导致的概括继承的样态，以此勾勒出罗马早期身份继承的历史原貌；（2）其次，围绕罗马共和国后期战争、经济、风化等社会背景，阐明罗马身份继承制度衰落的历史命运及原因；（3）再次，回归中国语境下的身份继承，分析我国身份继承的传统与近代变迁，并比较两种语境下的身份继承的制度差异；（4）最后，论述身份继承废止后我国《继承法》在制度安排上存在的困境，分析身份继承的合理成分对现行《继承法》的借鉴意义。

## 一、罗马身份继承的历史原貌

“继承”一词的古典语义，偏指继承人在法律上取得被继承人的地位，即继承被继承人的人格。<sup>[3]</sup>此种意义上的继承，是人格的（*personalita*）、概括的（*per universitatem*），并且不以死因继承（*mortis causa*）为必然。对于罗马而言，“继承”一词语义的真正转变直到罗马共和国后期才发生，在罗马共和国后期之前，罗马社会继承的历史风貌为身份继承。

### （一）市民和家庭身份的可继承性

罗马法上，“一切权利均因人而设立”。<sup>[4]</sup>人是权利的主体，而人格是权利的门槛。人格作为类似于现代法上的“权利能力”一词使用，而身份（*status*）虽与之不同义，但二者紧密相连：特定的身份是人格的基本条件，人格包含身份的內

[3] 周栢：《罗马法原论》，商务印书馆 2014 年版，第 487 页。

[4] 罗马法原始文献 D. 1, 5, 2, 转引自[意]彼得罗·彭梵得：《罗马法教科书》，黄风译，中国政法大学出版社 1992 年版，第 29 页。

容。罗马法上，三种身份至关重要：自由身份（*status libertatis*）、市民身份（*status civitatis*）、家庭身份（*status familiae*）。自由身份区分自由人和奴隶；市民身份区分出区分市民与非市民；家族身份区分自权人和他权人。王政时期直到罗马共和国后期之前，人的存在始终是市民身份和家族身份的集合，人在法律上并无其个性，如梅因所言：“（在社会的幼年时代）人们不是被视为一个个人而是始终被视为一个特定团体的成员。每个人首先是一个市民……其次，他是一个氏族、大氏族或部落的成员；最后他是一个家族的成员。”<sup>[5]</sup>身份继承之所以广泛存在，主要是由于市民身份为市民生活所必须，家庭身份为家庭生活所必须。

首先，市民身份的继承具有重要意义。罗马早期的市民身份具有“无形财产”意义上的稀缺性和有用性。王政时期，罗马分为三个部落，每个部落分为十个库里亚。库里亚会议是库里亚成员行使公民权的地方，氏族的首领可以选派代表参加元老院，只有公民才可以参加库里亚会议和元老院，无论是库里亚大会还是元老院都没有平民的席位。<sup>[6]</sup>部落将早期的罗马市民与外来的平民区分开，早期平民是从属于城邦公民集体但无公民权的自由人。“凡是部落以外的，便是法律以外的。”<sup>[7]</sup>部落内的人是市民身份，享有市民权，部落外的平民没有市民权，不是民法上的权利义务主体。市民权的缺失意味着：（1）平民对城邦土地没有占有权，不能在罗马择地而居而只能在指定的区域内居住，这些指定的区域通常是在城市的郊区。（2）平民无法与罗马市民自由通商，罗马早期的法律行为，如买卖行为必须要式，而无市民权意味着无法缔结法律行为，因此无法与罗马市民自由通商。（3）平民无法与罗马市民通婚。事实上，贵族与平民的通婚禁止一直延续到公元前5世纪中叶。但通过市民身份划定贵族和平民身份鸿沟的做法，导致了平民和贵族之间的长期斗争，斗争的直接结果是公元前451年开始制定《十二铜表法》，以保护平民在罗马城邦的权利。《十二铜表法》标志着罗马城邦范围内平民和贵族共同享有罗马市民权状况的实现，除了《十二铜表法》第十一表的规定：“平民和贵族不得通婚”。<sup>[8]</sup>在平民实现市民权的同时，市民权也并未丧失其价值，市民权相对于罗马境内的拉丁人和外国人来说仍具有实质上的区分意义：拉丁人享有有限制的市民权，而外国人完全不享有市民权。无论在王政时期还是在共和国早期，市民身份都作为一种“特权身份”而存在，市民身份的继承意味着在私权上享有婚姻权、财产权、遗嘱能力和诉讼权，在公权上享有选举权和被选举权。<sup>[9]</sup>在继承领域，市民身份的继承意味着在罗马城邦作为市民的光荣生活的延续。

---

[5] [英]梅因：《古代法》，沈景一译，商务印书馆1959年版，第121页。

[6] 胡玉娟：《试析罗马早期平民的身份地位》，载《史学理论研究》2003年第1期，第42页。

[7] [德]恩格斯：《家庭、私有制和国家的起源》，张仲宝译，人民出版社1954年版，第93页。

[8] “平民与贵族不得通婚”的规定直到公元前445年《卡努莱亚法》才废止。参见周相：《罗马法原论》，商务印书馆2014年版，第21页。

[9] 同注3引书，第118-119页。

其次，家族身份的继承是家祀传承的纽带。早期的罗马家庭既是一个以血亲为轴心的自然组织，也是一个名副其实的“政治组织”，<sup>[10]</sup>还是一个以祖先崇拜为信仰的宗教团体。家庭几乎凝结着整个社会运作的内核。首先，从自然组织的意义上来说，家庭建立在血亲之上并形成了以代际关系为主的家族结构，家长居于家族结构的顶端，其他家属则紧紧依附在家长之下，整个宗族围绕家长形成关系明确的血亲谱系。其次，从“政治组织”的意义上来看，早期罗马的国家公权对家庭生活极少干涉，而家长在家庭中行使类似于“公权力”的家长权。家长“上无父系直系尊亲属，在家庭内是不受任何权力支配的人”。<sup>[11]</sup>家长与家属的关系是一种“权力关系”。家长掌握着家属的婚姻权、健康权乃至生命权：（1）婚姻权方面，家长可以单方面决定子女、孙子女的婚嫁，本人不得反对。家长能片面休妻，只需“向妻索回钥匙，令其随带自身物件，把她逐出”。<sup>[12]</sup>（2）健康权方面，家长对家属得“监察之、殴打之、使作苦役，甚至出卖之或杀死之”<sup>[13]</sup>。（3）生命权方面，家长在特殊情况下为绵延家祀还必须剥夺家属生命权，“对畸形怪状的婴儿，应即杀之。”<sup>[14]</sup>最后，罗马早期信仰原始的家庭宗教，每个家族都会供奉家神和圣火。在原始的家庭宗教下，家长是家族的祭祀长，也是家神的化身，因此家长的身份被赋予了一定的神圣性。家长在原始家庭宗教下对家属具有很高程度的支配权，这种强调家长神圣性的原始宗教直到基督教时代才逐渐消失。<sup>[15]</sup>

梅因认为，一个家族就是一个“法人”，家长是它的代表人，像“法人”一样，族长的死亡是一个全然无关紧要的事情，原来依附于死亡的族长的种种权利和义务，将毫无间断地依附于其继承人，而家族则分明具有一个法人的特性——它是永生不灭的。<sup>[16]</sup>在罗马早期，家庭的身份之所以具有可继承性并且之所以必要，原因在于家庭身份的继承保证了家长死亡后，家庭仍作为“自然组织”、“政治组织”和宗教团体继续存在。家庭身份的继承形式繁琐，罗马古代家长通常采用贵族大会遗嘱的方式确立继承人。贵族大会每年召开两次特别会议办理遗嘱和收养事项，遗嘱人需要当众宣读其所立遗嘱的内容，指定谁在死后继承家祀等，遗嘱还需到会者公评议决始得成立。<sup>[17]</sup>以贵族大会遗嘱的方式确立家庭身份的继承人虽然受到严格的时间和程序限制，但保证了遗嘱的明确真实，在遗嘱人死亡后能够尽快完成家长人格的更替。

---

[10] [意]朱塞佩·格罗索：《罗马法史》，中国政法大学出版社2009年版，第9页。

[11] 同注3引书，第159页。

[12] 《十二铜表法》第四表，第四项。

[13] 《十二铜表法》第四表，第二项。

[14] 《十二铜表法》第四表，第一项。

[15] 参见汪琴：《基督教与罗马私法——以人法为视角》，法律出版社2011年版，第80-85页。

[16] 同注5引书，第121-122页。

[17] 同注3引书，第497页。

## （二）生前与死因继承的并存局面

与现代继承观念不同，早期罗马的继承不以死因为必要，生前继承与死因继承同时存在，但都与身份紧密相连。罗马社会早期，人们已经意识到，权利义务的概括转移可以借由身份上的吸收而发生，“如果我们被设立为某人的继承人……或者收养了某人，或者接纳某人为妻，这些人的物转归我们所有。”<sup>[18]</sup>生前继承必须基于特定的身份关系的相互吸收，通常包括以下情形：（1）自由人沦为奴隶，即家主权吸收了原自由人的自由权。常见的情形是自由人同意出卖自己、解放自由人因忘恩负义而重新沦为奴隶以及在古典法中不想同他人男奴终止通奸关系的妇女沦为奴隶。<sup>[19]</sup>自由人沦为奴隶后，根据身份继承的规则，家主原本应该概括继承该奴隶所有的权利义务，但根据“家属、奴隶只能为家长取得财产，增加收益”的古老规则，家主对奴隶的债务并无责任。（2）自权人被收养，即家长权吸收了原自权人的家族权。此时，原自权人本身发生人格小变更，<sup>[20]</sup>原来享有的家族权消失，受养父的家长权的支配，基于此种身份继承，养父也取得被收养的自权人的全部财产。（3）自权人妇女归顺夫权，即夫权吸收原自权妇女的家族权。此时，原自权妇女也发生人格小变更。在有夫权婚姻中，若因配偶死亡、配偶丧失婚姻权、发生法定婚姻障碍或离婚等情况，妇女不再处于家长权、夫权、买主权支配下，即成为自权妇女。自权妇女如果重新缔结婚姻，便重新归顺于夫权，成为“家女”<sup>[21]</sup>，自权人身份被夫权吸收，丈夫或者丈夫的家长在取得对妇女的夫权的同时，也取得原自权妇女的全部财产。

由此可见，生前身份继承是取得某一支配权（主人权、夫权、父权）的必然结果，是对某一主体设立家庭权力的结果。<sup>[22]</sup>生前身份继承虽然同样伴随着财产的概括移转，但此种财产移转只是身份继承的附随结果，而非其本质。生前身份继承可以说是一种单纯意义上的身份的移转，这种身份移转的结果是被继受人原有的身份消失，相应的人格内容不再，而继受人取得被继受人的身份，但这种身份通常会被支配权（主人权、夫权、父权）吸收，因此并未在外观上表现出来。这种身份转移的附随结果是财产的继受，即主人继受奴隶的财产、家长继受被收养人的财产、丈夫继受妻子的财产。

死因继承制度也同样以身份继承为主。死因继承制度也称为遗产继承制度，继承客体是“遗产（*ereditas*）”，在整个罗马时代“遗产”概念伴随着继承制度

[18] [古罗马] 盖尤斯：《盖尤斯法学阶梯》，黄风译，中国政法大学出版社 2008 年版，第 79-80 页。

[19] [意] 彼得罗·彭梵得：《罗马法教科书》，黄风译，中国政法大学出版社 1992 年版，第 416 页。

[20] 人格小变更（*capitis deminutio minima*）是指丧失原有的家族权而取得新的家族权，而权利人原来享有的自由权和市民权不变，因而在法律上仍然具有完全人格。自权人被收养是人格小变更的一种情形。参见周相：《罗马法原论》，商务印书馆 2014 年版，第 130-131 页。

[21] 罗马法上，“家女”含义与现代不同，有夫权婚姻下，妻子的地位与其所生的子女一样，都处在夫权或家长权之下，因而被称为“家女”。参见周相：《罗马法原论》，商务印书馆 2014 年版，第 191 页。

[22] 同注 19 引书，第 417 页。

功能之改变并非完全固定的。从王政时期直至罗马共和国晚期之前，罗马的经济还较为原始，即使是罗马市民，其拥有的财产十分有限。罗马古时，“财富最初不外由牲畜和土地使用权构成，后来才将土地分给公民，成为他们的私产”。财富被称为“牲畜数”（pecunia）或“奴隶数和牲畜数”（familia pecuniaque），家庭的儿女和奴隶作为私产名为“小牲畜”（peculium）。<sup>[23]</sup>早期罗马的经济状况尚不足以引起人们对继承中的财产的高度关注，市民身份和家庭身份的继承却实实在在带来了具有终身性的市民权和家长权，即使是丧失行为能力也不会导致身份的丧失。一个成为疯子的人被认为仍然保留其先前所有的身份、地位、职位以及父权，正如他仍保留其财产的所有权一样。<sup>[24]</sup>取得继承人的资格意味着市民身份和家长身份的享有，成为宗亲集团或家族最高权力的接班人，“原始的遗产继承是为这种最高权力的转移而不是为财产的转移服务的”。<sup>[25]</sup>可以说，在这一时期的遗产继承制度中，被继承人看重的是谁可以取得继承人的资格以承继家祀，而不是让谁继承自己终其一生积累的财富；继承人看重的是家长资格即家族最高权力的取得，而不是先辈的微乎其微的遗留财产。

生前继承和死因继承似乎达成一致：继承的客体以身份为主，以财产为辅。对于生前身份继承而言，继承的目的在于维护家主、家长或丈夫的支配权，防止身份上的僭越；对于死因继承即遗产继承而言，继承的目的在于维护家祀的绵延，实现家族最高权力从被继受者向继受者的平稳过渡。

### （三）身份与财产的概括继承

罗马早期，身份继承的所有特征都凝结在概括继承之中。身份继承是继承制度的根基，概括继承是继承制度的枝干和叶，身份继承供给概括继承以营养，而概括继承展现身份继承的风貌。在早期罗马，死因身份继承<sup>[26]</sup>的核心在于被继承人与继承人之间身份的同—性——“继承人要继续被继承人的人格，接替被继承人的地位”。<sup>[27]</sup>基于继承人与被继承人之间的人格的同—性，继承人概括地承受被继承人生前的所有权利义务。

概括继承具有受领人身份的同—性、转移过程的一次性、转让与受领的同时性。如梅因所言，“要有一个真正的概括继承，转让必须是对全部权利和义务在同一时候一次进行，同时受领人也必须以同一法律身份来接受。”<sup>[28]</sup>其一，概括

[23] [德] 特奥多尔·蒙森：《罗马史》，李稼年译，商务印书馆 2004 年版，第 168 页。

[24] 罗马法原始文献 D. 1. 5. 20，转引自《学说汇纂第一卷·正义与法·人的身份与物的划分·执法官》，罗智敏译，中国政法大学出版社 2008 年版，第 101 页。

[25] 同注 19 引书，第 421 页。

[26] 生前身份继承也能体现继受人与被继受人之间的身份同—性，但通常情况下被继受人的身份为继受人的身份吸收，在外观上并未表现为完全的同—。此处为了突出身份继承中身份的同—性，选取死因身份继承为对象，以保持论述的集中和针对性。

[27] 同注 3 引书，第 588 页。

[28] 同注 5 引书，第 119 页。

继承受领人身份的同—性，主要体现在罗马的继承问题通常表现为继承人的指定问题。继承人的指定是遗嘱继承的基础，遗嘱中如果没有指定继承人或者继承人的指定无效，整个遗嘱不发生效力，而在罗马早期遗嘱继承是继承的原则，而无遗嘱情况下的法定继承则是例外情形。因此，继承人作为被继承人身份和财产的概括承受者参与到遗嘱继承中来，既继承被继承人的身份，也继承被继承人的财产，并且继承被继承人的财产通常作为身份继承的附属结果。谁成为继承人继承了被继承人的身份，谁就同时继承了被继承人的财产，身份和财产二者具有一致性。其二，概括继承中权利义务的转移必须具有—次性。概括继承区别于通过权利义务的多次移转获得他人全部的权利义务。概括继承的—次实行要求概括继承针对所有的权利义务—次性转移给受领人，而不能分多次转移。其三，概括继承转让和受领的同时性，强调继受过程的同时性。表现在死因继承中为被继承人死亡后，其遗产（包括身份和财产）转让给继承人，而继承人于被继承人死亡的同时取得了该被继承人的全部遗产。转让和受领都是基于被继承人死亡事实的出现，二者同时发生，不具有时间上的间隔。

## 二、罗马身份继承的历史命运

身份继承有其存在的社会土壤，当社会供给生长的养料不足时，身份继承必然衰落。身份继承与财产继承是由继承制度分出的两株，二者存在竞争关系，此长彼消。身份继承生长于宗法社会的土壤，古代罗马提供了该土壤——“古代的罗马，是以家长奴隶制经济为基础的宗法社会。绵延家祀，乃是发展家长权奴隶制经济的基本前提。”<sup>[29]</sup>但共和国后期，长期的对外战争侵蚀了身份继承生长的土壤，身份继承在多重因素的交错作用下逐渐凋敝了。然而，身份继承的衰落远非后世的只言片语所能概括，需要回溯到具体的历史情境中考察。

### （一）战争引发的身份衰落

罗马共和国盛衰的历史就是一部战争史。罗马人自认为生来就是打仗的民族，他们把打仗视为唯一的技艺，把全部才智和心思都用来完善作战的技艺。<sup>[30]</sup>罗马共和国前期的战争为了防御并且多少伴随着屈辱。公元前 390 年，高卢人放火火烧了罗马城，罗马自王政以来的旧有城墙坍塌殆尽。公元前 3 世纪 60 年代，罗马元老院决定接纳麦撒纳加入同盟，与西地中海的霸主迦太基开战，这一决定展开了导致罗马通知世界的一长系列的海外大战的第一次战争。<sup>[31]</sup>第一次布匿战争持

---

[29] 同注 3 引书，第 487 页。

[30] [法]孟德斯鸠：《罗马盛衰原因论》，许明龙译，商务印书馆 2016 年版，第 10 页。

[31] [俄]科瓦略夫：《古代罗马史》，王以铸译，上海书店出版社 2011 年版，第 220 页。

续 23 年，战胜的罗马人将西西里变成了自己的第一个行省，领土上的收获也反映在意大利的经济上（因为西西里成了大规模奴隶制经济的重要中心）。<sup>[32]</sup>罗马自此开始按照行省的方式进行统治：西西里行省的领地被视为罗马人的财产，行省内的人民被视为没有权利的臣民。第二次（前 218 年-前 201 年）和第三次（前 149 年-前 146 年）布匿战争亦以罗马的全胜告终，第二次布匿战争罗马取得了迦太基的全部海外领地，第三次布匿战争迦太基被夷为平地，昔日的霸主臣服于罗马的铁蹄之下，完全成为罗马的一个行省。除了向西争夺地中海的霸权，罗马还力图向东扩张自己的霸权。罗马于公元前 215 年，开始了马其顿战争，经过 4 次马其顿战争将马其顿变成了自己的一个行省。东西两条战线的胜利，让罗马从战争中发家。

与战争胜利并行的是市民身份和家长身份的衰落。

市民身份因为同盟战争而失去其在继承中的价值，而同盟战争是对外战争的副产品。罗马在长期的对外战争中，征服了意大利其他地区，罗马通过与这些被征服地建立“同盟关系”的方式稳固自己的统治。为与罗马相区别，意大利同盟地区的人民没有罗马的市民权，也就无法与罗马市民一起分享广泛的政治经济利益。基于市民权的争取，意大利境内的起义军于公元前 91 年发动了同盟战争。战争的第一年，罗马人遭受了重创。为了遏制起义的进一步发展，优里乌斯·凯撒施行一项法律，赋予没有脱离罗马的联盟公社的居民罗马公民权（即市民权），公元前 89 年，罗马放宽市民权取得的条件，规定凡是表示愿意成为公民的每一名联盟公社成员均可得到罗马公民权。这一举措使得战争的局势迅速流转，公元前 88 年，同盟战争以罗马人的胜利结束。<sup>[33]</sup>同时，罗马公民权逾越了罗马城墙，基于市民权设立的公权和私权限制也被逾越，市民权不在作为特权而存在，也就失去了其在继承中的价值。

战争也彻底改变了罗马家庭，家长权因为战争的需要而被弱化了。共和国后期，大量的对外战争必须保证兵源的供给。为此，家长得以任意生杀予夺家属特别是可作兵源的男性家属的局面必须改变。国家公权力必须伸入家庭，对家长权进行干预。公元前 89 年，《庞泊亚法》取消了祖父对孙子、丈夫对妻子、家长对媳妇的生杀权；公元 2 世纪时，家长对家属仅有一般的惩戒权，重罚必须经法院判决。<sup>[34]</sup>另外，家长也不得任意出卖家子，家子被卖为奴隶将使国家丧失稳定的潜在兵源。《十二铜表法》已规定家长出卖其子三次就对之丧失家长权，<sup>[35]</sup>共和国时期末期大法官法进一步规定，家长出卖其女或孙一次亦同。<sup>[36]</sup>在人身控制之

---

[32] 同注 31 引书，第 232 页。

[33] 参见[俄]科瓦略夫：《古代罗马史》，王以铸译，上海书店出版社 2011 年版，第 448-453 页。

[34] 同注 3 引书，第 162 页。

[35] 《十二铜表法》第四表，第三项。

[36] 同注 3 引书，第 163 页。



外，家长权的财产控制也因战争而弱化了。罗马连年征战，家长也往往需要当兵参战，家长在战争期间无法管理家族财产，常常会将一部分家产委托给家子进行管理，被委托的财产所有权仍归家长所有，但家子享有用益权。以此在共和国末年形成了“特有产”制度，此后“特有产”制度被固定下来，作为家长权的延伸，但另一方面，家子因“特有产”制度获得了一定的民事行为能力，反过来限制了家长权的财产控制。

## （二）财富积累导致的社会隐忧

战争最直接的影响是奴隶的大量供给。罗马共和国向帝国过渡前后意大利境内究竟有多少奴隶，没有确切的数字，只能猜测，有人说 200 万，有人则说有 300 万奴隶。<sup>[37]</sup>无论如何，这一时期罗马的奴隶数量是极其可观的。罗马法律规定，战争中捕获的俘虏没有杀掉而保留下来的，属于国家所有，而罗马的奴隶贩子随军出征，向军队收购战俘，运回罗马，卖作奴隶。战争中大量战俘流入罗马成为奴隶。<sup>[38]</sup>此外，大量起义者和反抗者在被征服后也会沦为奴隶。奴隶的大量供应导致奴隶的价格很低廉，很多市民家庭大量购买奴隶从事家庭劳动，而使自己从劳动中解脱。罗马共和国早期罗马仍实行兵农合一的体制，士兵在战争之后仍勤恳地从事农业生产，但是“大规模的征服战争使罗马人不再是挥锄耕田的生产者，而成为大发战争横财、挥霍消耗的享乐者。”<sup>[39]</sup>奴隶被大量用于田庄的农业生产中，加之此时罗马领土面积不断扩张，土地兼并严重，运用奴隶从事大庄园农业生产大大促进了农业经济的发展。同时大庄园经济逐渐取代了原来的家庭农业经济也使得原来的生产者成为剩余劳动力，从而促进了城市手工业和商业的发展。城市中出现了大量远离农业劳动的专业手工业者和专职商人。公元前 2 世纪早期，罗马国库年税收额为 5000 万-6000 万塞斯退斯，到公元前 63 年至公元前 60 年上升到 2 亿-3.4 亿塞斯退斯。<sup>[40]</sup>罗马迅速完成了从以农业经济为主的宗法社会，向以城市工商业经济为主的商业社会的转变。

孟德斯鸠在回顾罗马共和国末期这段历史时慨叹道：“富足存在于民风而非财富之中，罗马人的富足有边界，而富足带来的奢侈和挥霍却没有边界……拥有超出私人生活所需的财富者很难是好公民。”<sup>[41]</sup>共和国末期罗马的富足让罗马市民从土地的耕种者变成了财富的享有者和挥霍者，富者一方面利用财富享乐挥霍，另一方面利用财富的优势兼并土地、出借高利贷，以此盘剥社会底层的平民，罗马在变得富庶的同时也酝酿着社会隐忧。罗马共和制度的覆灭和帝制的推行很难

---

[37] Keith Hopkins, *Conquerors and Slaves* 8 (Cambridge University Press 1978). 转引自厉以宁：《罗马-拜占庭经济史》，商务印书馆 2015 年版，第 208-209 页。

[38] 同注 3 引书，第 244 页。

[39] 宫秀华：《罗马：从共和走向帝制》，高等教育出版社 2006 年版，第 135 页。

[40] 同注 39 引书，第 131 页。

[41] 同注 30 引书，第 71 页。

说与这种财富带来的社会隐忧没有关系。孟德斯鸠认为是罗马帝国杀死了罗马共和国，但共和国后期渐起的奢靡之风也难辞其咎，“罗马之所以失去自由，是因为它过早成就了它的事业。”<sup>[42]</sup>

财富的积累让财产在继承中的地位突显出来。先辈的财富积累也为后辈所觊觎，先辈在家事安排上也更多地进行财产考量，这种现象集中体现在罗马共和国后期无夫权婚姻散发的铜臭气上。

共和国后期兴起的无夫权婚姻即存在着大量的对财产利益的考量。无夫权婚姻中，丈夫对妻子没有夫权，妻子的法律地位如同结婚前一样，其仍处在原家长权的控制之下。无夫权婚姻的真正改变在于“以权力为基础的‘有夫权婚姻’变为夫妻共同生活、相互协助的结合”。<sup>[43]</sup>无夫权婚姻创造了一种男女双方在家庭中平起平坐的“外观”，但究其实质上是家族之间对财产继承权争夺的相互妥协。在有夫权婚姻中，妻子承奉夫家家祀，不再享有对原家族的继承权。如果丈夫死亡或家族中的家长死亡，妻子便可能继承大量家族财产，特别是在其成为自权妇女的情况下，夫家家族财产很可能流失。罗马共和国早期，宗法约束严格，离婚现象也较少，有夫权婚姻下的继承没有发展成为严重的社会问题。但共和国末期，宗法约束不再严格，离婚现象较为普遍，离婚自由观念盛行，继承财产利益争夺更加激烈，为了平衡此种继承利益的争夺，无夫权婚姻在罗马社会逐渐流行起来，因为夫妻之间没有继承对方家族财产的权利，婚姻安排成了一场围绕财产继承博弈的“游戏”。共和国末期和帝国早期的无夫权婚姻在婚姻的缔结和解除上充满政治性和铜臭气，出于政治目的的联姻比比皆是，为稳固罗马政局，凯撒将自己24岁的女儿嫁给47岁的庞培就是典型的例子。

### （三）财产继承的完全取代

市民身份和家庭身份的衰落、财富的累积、宗法崩坏的社会隐忧将身份继承推向了绝境。身份继承的衰颓之势已经显现，只是还未完全暴露出来而已。公元212年，作为成为权利主体的前提条件的市民身份的重要地位，最终被卡拉卡拉敕令废止了。<sup>[44]</sup>帝国境内除一些类别的拉丁人，已经没有非市民存在了。至此，市民身份已完全丧失其继承价值。另一面，家庭的宗教属性也已基本消失，自然家庭的意味渐浓。早期罗马，家族宗教盛行、宗法制度严苛、家长地位神圣，宗法祭祀保证了家长地位的神圣性。共和国后期，战争使得家长常年征战在外，家族宗教和家庭祭祀废弛，家长身份继承的宗教意味和神圣意味实际上消散殆尽。自然家庭的取代宗教家庭意味着家长身份的旁落，到帝国时代，基督教时代的来临

---

[42] 同注30引书，第69页。

[43] 同注3引书，第209页。

[44] [意]阿尔多·贝特鲁奇：《从身份到契约与罗马的身份制度》，徐国栋译，载《现代法学》1997年第6期，第93页。

让家父身份发生质变，家父身份从民事武断的身份转变为自然法意义上的父亲身份。<sup>[45]</sup>事实上，家长身份的继承价值所剩无几。在继承领域，财产继承显然已经取得了完全的主导地位。

财产继承的主导地位直接反映在限定继承对概括继承的取代。在罗马早期，身份继承是人格的、概括的，继承人不得在遗产中加以选择，例外情况是“用益权、接受他人抚养的权利和抚养他人的义务、因侵权行为所负担的债务、因委任所产生的权利义务等专属于被继承人的权利义务，不能继承。”<sup>[46]</sup>这种继承制度偏重继承内容的人格性、概括性，在身份的作用原大于财产的罗马早期却有其存在的价值，并且因为生产力状况和经济交往的限制，一般也不会发生被继承人巨额债务需要继承人继承的情形。但在罗马共和国后期，社会财富累积且分化严重并且在社会奢靡之风下，被继承人生前产生巨额债务的情形并不罕见，要求继承人概括继承显得过分严苛。大法官法赋予了继承人“不参与遗产权”(jus abstinendi)和“财产分别利益”(separatio bonorum)：当然继承人<sup>[47]</sup>如果认为被继承人资不抵债，可以主张“不参与遗产权”，声明不参与处理遗产，债权人可以出卖被继承人的财产以偿债；必然继承人<sup>[48]</sup>如果认为被继承人生前资不抵债，可以主张“财产分别利益”，请求以自己的名义出卖被继承人的遗产，并在所得价款范围内清偿债务，但须承担“丧廉耻宣告”的人身后果。<sup>[49]</sup>虽然真正意义上的限定继承要到优帝一世时才正式确立，但“不参与遗产权”和“财产分别利益”已实际上标志着限定继承在法律功能上的实现。限定继承的雏形初现，实际上反映身份继承在共和国后期开始衰落，因为概括继承的根本是身份继承，概括继承继承向限定继承的转变折射出身份继承向财产继承转变的趋势，而事实上二者也具有相同的诱因，即财产利益在继承中的地位突显。

财产继承的主导地位是否意味着财产继承对身份继承的完全取代？身份继承继承是否已经死亡了？公元 2 世纪，罗马法学家优利安努斯说：“继承是指继承死者所有的财产。”<sup>[50]</sup>身份继承似乎被排除在继承之外，但言身份继承已死还为时尚早。对罗马来说，财产继承占据主导仅意味着继承的主要对象是财产而非身份，但身份继承本身依然存在，毕竟罗马帝国的帝位更迭还主要是依赖身份继承的。

---

[45] 汪琴：《基督教与罗马私法——以人法为视角》，法律出版社 2011 年版，第 100 页。

[46] 同注 3 引书，第 499 页。

[47] 当然继承人，是指原处在家长权之下，在家长死后成为自权人的家属。当然继承人不得拒绝继承被继承人的遗产，但可通过主张“不参与遗产权”，不参与遗产处置，而免受被继承人的债务牵连。

[48] 必然继承人，是指被主人立为继承人的奴隶。必然继承人不得拒绝继承也不享有“不参与遗产权”，但可主张“财产分别”，在变卖遗产后以所得价款清偿债务。

[49] 同注 3 引书，第 592-593 页。

[50] 同注 3 引书，第 488 页。

### 三、身份继承的中国语境

罗马法上，身份继承随着财产继承的兴盛而衰落，这一不可逆的趋势在中世纪与近代延续，特别是契约兴起以后，身份本身也面临着衰落的命运，正如梅因总结到，“所有进步社会的运动，到此处为止，是一个‘从身份到契约’的运动。”<sup>[51]</sup>反观中国历史，中国语境下的身份继承要比罗马长命不少，历代君王借由身份继承的制度完成政治身份在代际之间的交接。家国一体，国家层面的身份继承亦为民间效仿，宗祧继承折射出我国传统继承法上身份继承的特色。然而，与罗马相似，随着宗法的烟火消散，中国语境下的身份继承同样面临自上而下的衰落，这种衰落在历史潮流中是不可逆的。

#### （一）身份继承的中国传统

“在中国的家族制度上，父亲和儿子结成了宿命性的同居共财关系。”<sup>[52]</sup>在“宿命性的同居共财关系”中，子承父业是继承的必然安排，子必须继承父的家业，他甚至连选择继承的余地都没有。父子间“宿命性的同居共财关系”在中国古代的家族伦理法中不断生长，并不曾断裂。子对父的继承关系表现为：第一，继人的关系（继嗣）；第二，承担祭祀（承祀）；第三，继承财产（承业）。<sup>[53]</sup>“继嗣”、“承祀”、“承业”三位一体，三者同时指向继承人，继承人须同时概括性地继受被继承人的家族人格、家族祭祀和家族产业，继承制度的安排非单独为“承业”，相反，“承业”通常作为“继嗣”和“承祀”的附属结果。此外，中国古代的法律体系是独特的家法与国法共同组成的封建法律体系，家法与国法不仅本质上一致，而且适用时相通。<sup>[54]</sup>在继承问题上，国家层面的君主继承亦与民间的继承相通，

与罗马古代类似，中国古代的身份继承源于原始的家庭宗教，家庭宗教的代际延续和秩序稳固是身份继承的意旨。身份继承的制度性安排从周朝开始，周朝以前基本采用“兄终弟及”的做法，主权者政治身份的“兄终弟及”更多是一种政治习惯。周朝开始实行嫡长子继承制，主权者的政治身份稳固地由嫡长子继承。与之配套周朝开始实行宗法制度，以大宗、小宗建立起等级纽带，防止身份继承中的僭越。大宗在政治上是政治身份的继承者，在宗教上也是家庭宗教的祭祀者，而小宗则连参加祭祀的资格都没有，所谓“庶子不祭祀，明其宗也”。<sup>[55]</sup>民间家族是朝野的影射，家族内部亦通过嫡长子继承制和宗法制来维系家族的延续，嫡

---

[51] 同注 5 引书，第 112 页。

[52] 同注 2 引书，第 115 页。

[53] 同注 2 引书，第 125 页。

[54] 张晋藩：《中国法律的传统与近代转型》，法律出版社 2005 年版，第 118 页。

[55] 《礼记·丧服小记》

长子继承制是民间宗族制度的核心，违背嫡长子继承制的继承安排有国家强制，称为“立嫡违法”，《唐律·户婚》规定，“诸立嫡违法者，徒一年”。民间还通过有意识地建祠修谱来联络宗族关系，以此求得身份认同，让家族不因代际的延伸而涣散。在宗法安排下的身份继承，实际起到尊祖、敬宗、收族的目的，所谓“人道亲亲也，亲亲故尊祖，尊祖故敬宗，敬宗故收族”。<sup>[56]</sup>除了主权者政治身份的继承和家族中家主身份的继承，中国古代还有官职中的身份继承和特定社会身份的继承。官职继承在汉代表现为任子制度——“大臣任举其子弟为官”。<sup>[57]</sup>魏晋时期，九品中正制盛行，家族门第身份成为为官的重要条件。隋唐以至晚清，科举制的推行基本排除了官职制度中的身份继承因素，但即使到清代荫叙制度<sup>[58]</sup>仍为身份继承留下了空间，清代恩许一定品级以上的文武官荫子入监，《清律·吏律·职制》：“凡文武官员应合袭荫者，并令嫡长子孙袭荫。”<sup>[59]</sup>古代中国还存在特定社会身份的继承，主要是某些拥有特殊技艺的人群，以及身份低贱的人群。由于此种社会身份的继承，某些人群会形成对特定行业的人身依附关系，例如古代的工匠和医户身份。特别是在官府手工业，工匠的世袭是一种普遍的现象。一方面工匠们为保住自己的饭碗，往往不把手艺传给外人，以防止技术外泄；另一方面，法律要求工匠身份继承，也保证了官府手工业水平的稳定，同时形成人身依附关系，让工匠为官府世代劳动。<sup>[60]</sup>由此可见，至少到晚清时期，中国古代的身份继承在继承中仍占据主导地位，身份继承不仅提供了较为稳定的政治秩序、家庭秩序，而且一定程度上保存了生产和工艺的水平。

## （二）身份继承的近代转型

晚清之前的身份继承建立在宗法制度的土壤之上，但至于晚清修律之时，中国的宗法制度受国内革命和外来侵略的双重打击，已经逐渐凋零。晚清修律以来的继承法（包括草案）变革足以折射出身份继承近代以来的转型。1911年清政府为了挽回时局，效仿德、日民法仓促制定了《大清民律草案》。《大清民律草案》的突出特色是首次将身份继承与财产继承区分开来，将身份继承的内容规定在亲属编中，而将纯粹财产继承的内容规定在继承编中。身份继承的内容被暗含在亲属编的第四章“亲子”之中，对嫡子、庶子、嗣子身份进行区分：妻所生之子，为嫡子；非妻所生之子，为庶子，妻年逾五十无子者，夫得立庶长子为嫡子；成年男子已婚无子者，得立宗亲中亲等最近之兄弟之子，为嗣子，亲等相同，由无

---

[56] 《礼记·大传》

[57] 《汉书·汲黯传》

[58] 荫叙，即按先辈功业大小给予后辈等级不同的官职或爵位安排的制度。荫叙制度在我国古代多数朝代均有体现，并以元朝及之后为典型。

[59] 程维荣：《中国继承制度史》，东方出版中心2006年版，第169页。

[60] 同注59引书，第193页。

子者择定之；若无子者不欲立亲等最近之人，得择立贤能或所亲受者，为嗣子。<sup>[61]</sup>在继承编中已完全排除身份继承的内容，继承法是对被继承人遗产的安排，遗产继承人的确立按照亲等顺序确立。《大清民律草案》继承编“不定家长之继承，第言继承遗产”的做法不仅仅是法典体例结构的改变，也为后来得以废除宗祧继承创造了最基本的前提。<sup>[62]</sup>不难看出，《大清明律草案》对继承制度的安排是中西混合的产物，身份继承虽没有完全被废除，但内含在亲属法中的做法已表明身份继承的衰微之势。

辛亥革命前夕，身份继承更是被作为专制和守旧思想受到批判。1925年起，北洋政府修订法律馆开始制定新的《民国民律草案》，1926年完成了继承编，将身份继承的内容重新纳入继承编，使身份继承与财产继承相并列。其继承编的体例为：第一章，总则；第二章，宗祧继承；第三章，遗产继承；第四章，继承人未定及无人承诺之继承。与《大清民律草案》相比，《民国民律草案》更加注重对传统宗法思想的吸收，是逆身份继承衰落之势而为之做法。继承篇开始毫不讳言：“本律所谓继承，以男系之宗祧继承为要件。”<sup>[63]</sup>对宗祧继承规定了以亲等近者为先的继承顺序，宗祧继承一定程度上吸收遗产继承，宗祧继承人可以自继承开始时取得继承遗产之权。<sup>[64]</sup>由此，宗祧继承一跃成为继承制度的核心，而遗产继承沦为宗祧继承的附属结果。同时，宗祧继承人概括继受被继承人生前所有之宗祧设置，<sup>[65]</sup>实际上是宗祧身份的继承。北洋政府《民国民律草案》虽极尽宗法保守的特征，但却是宗法习惯的真实写照，虽逆势却也真实。1930年南京政府《中华民国民法》第四编亲属、第五编继承正式颁布，并正式废除了宗祧继承，不再实行宗祧继承和遗产继承的区分，而是以遗产继承和法定继承建构起继承法的整体结构。宗祧继承的废除构成继承法的两大特色之一。<sup>[66]</sup>个人本位思想在继承法中占据了主导，宗祧继承下的父债子偿的观念被限定继承制度打破，继承人对被继承人的债务责任只限于遗产范围内。至此，中国古代延续下来的宗祧继承被废止，身份继承以宗祧继承为核心，在宗祧继承消亡后，身份继承的衰落已不可逆转。

1985年，我国新《继承法》的规定中已经完全看不出身份继承的痕迹，新《继承法》规定了最纯粹意义上的现代继承和遗产制度。一方面，我国新《继承法》借鉴英美法上的遗产制度，将债务排除在遗产范围之外，遗产仅包括积极财产，

[61] 《大清民律草案》第1380条、第1387条、第1389条、第1390条之规定。

[62] 同注59引书，第371页。

[63] 《民国民律草案》第1298条之规定。

[64] 《民国民律草案》第1332条、第1337条之规定。

[65] 《民国民律草案》第1333条之规定。

[66] 胡长清认为，《中华民国民法》继承篇有两大特色，一为宗祧继承之废止，二为男女平等继承权之实现。胡长清：《中国民法继承论》，商务印书馆1936年版，第7页。转引自程维荣：《中国继承制度史》，东方出版中心2006年版，第417页。

见于《继承法》三条规定“遗产是公民死亡时遗留的个人合法财产”的规定。财产继承关系成为共识，“继承法律关系是一种财产法律关系……在现代社会，因为继承人继承的对象只能是被继承人遗留的财产，而不能是被继承人的身份。”<sup>[67]</sup>如果说概括继承尚残留身份继承的痕迹，那么《继承法》第三条的规定已经通过排除概括继承排除了身份继承。另一方面，我国新《继承法》确立了无条件的限定继承原则，继承人无须具备呈交遗产清册等条件，只要承认继承就只能是限定继承，即使继承人隐匿财产、旨在诈害债权人的遗产处分行为也不论。<sup>[68]</sup>无条件的限定继承彻底摒除了概括继承和身份继承之嫌，也突破了我国“父债子偿”的传统观念，构成我国继承法立法的一大特色。至此，我国的继承法已经成为以财产继承和无条件的限定继承为特色的现代规范。

### （三）中国与罗马身份继承的比较

在身份继承的产生和发展进路上，古代中国与古罗马有着很明显的默契，似乎是不同地域和不同时代的相互呼应。第一，从产生来看，二者都源于较为原始的家庭宗教，且家庭宗教都有着较为强烈的祖先崇拜色彩。在古罗马的家庭宗教中，家庭是凝结血亲关系的自然组织，也是承担社会职能的“政治组织”。家长作为家庭宗教的祭祀长，居于家庭权力的核心地位，家长身份意味着对家庭成员生杀予夺的权力，因此，家长身份的神圣性被高度突出。此外家长身份吸收家庭成员的身份，除家长外，其他家庭成员一般不具有独立的家庭人格。正是基于家庭宗教中形成的具有神圣性质的家长权，当家长死亡后，家长身份的继承才具有稀缺性和价值性，被置于身份继承的核心地位。在中国语境之下，如果家庭宗教的说法在中国同样成立的话，对中国家族制度形成重要影响的唯一宗教也是家庭宗教。在家庭宗教内，强烈的祖先继承色彩被突显，人们认为，维系祖先祭祀的连续是人生的第一要务，自己不过是家庭的阶段性过渡，自己是否完成祭祀义务要受到祖先的注视。如滋贺秀三所言，“保护没有缺损的身体葬在祖坟，不管通过自然还是拟制无论如何也要被子孙永远不断地祭奠等等，对于人生来讲都是不可或缺的一部分，由此才是人生第一要完成的事情。”<sup>[69]</sup>也是在这样的家庭宗教之下，以宗祧继承为特色的中国身份继承制度得以孕育。第二，从运行来看，家长始终是身份继承的核心。罗马法上，家长完全吸收其他家庭成员的人格，身份继承围绕家长展开并无疑问。在中国语境之下，家长在继承安排中同样居于核心地位，父子同气、父子一体的观念被社会广泛接受，择立嗣子、处分家产等问题上家长最终的权利。因此，滋贺秀三认为，“在中国没有家父权这样的词语，却

---

[67] 郭明瑞、房绍坤：《继承法》，法律出版社 2003 年版，第 45 页。

[68] 张华平、刘耀东：《继承法原理》，中国法制出版社 2009 年版，第 14 页。

[69] 同前注 2 引书，第 121 页。

理应可以说依然存在子的人格为父所吸收的这样的实体。”<sup>[70]</sup>第三，从身份继承的命运上来看，二者都经历了由盛转衰并最终灭亡的命运，只是中国的身份继承扎根更深、延续更久而已。二者相似的历史命运都与继承领域内家庭本位向个体本位的转变有关，都与财产继承的地位得到突显有关，可以说二者在历史命运上是相似的。

虽然说古代中国与古罗马的身份继承相类似，甚至在历史进程中也很有默契，但二者完全等同的说法并不能成立。首先，身份继承中的“身份”范围并不能等同。罗马法的身份包括自由身份、市民身份和家庭身份，分别代表着三种资格，其中具有继承价值，能够进行身份继承的是市民身份和家庭身份。虽然为取得同盟战争的胜利，罗马放宽了市民身份的限制，使得市民身份最终失去价值，但在此之前的较长一段时间内，市民身份仍是身份继承的重要组成。市民身份意味着地域要素同样被作为区分身份的标准之一，导致古罗马社会判断身份的基本要素划分复杂。<sup>[71]</sup>而古代中国语境下的身份继承，如前所述，以宗祧继承为主，同时包括政治身份的继承和特定社会身份的继承，并未形成以地域为标准的身份划分。不过虽然政治身份和社会身份的继承在中国语境下同样存在，但与宗祧继承相比其价值甚微。其次，身份继承中，“家长身份”作为继承客体的内涵不同。罗马法上，家长权实际存在，家长人格吸收其他家庭成员的人格，因此家庭财产所有权自归属于家长，也只有家长得任意处置家庭财产。而古代中国家族制度中存在类似于家长权概念的“父权”，家长权概念未被在正式意义上使用，尽管瞿同祖认为，“父权实指家长权……父权的行使者不一定是祖父或父亲，有时是祖父的兄弟，父亲的兄弟，有时是同辈的兄长”，<sup>[72]</sup>并认为父权是经济权、法律权、宗教权的统一。<sup>[73]</sup>但父权中的经济权并未完全涵盖家产的所有权，因为家产是属于家的整体的，家父未经家庭成员的同意无偿处分家产，其他家庭成员，特别是家子，得否认其效力。此外，在分家过程中家父通常应“均分”而不得任意析家产。有学者也指出“无论是分家析产还是析产前的家产处分，中国父亲的地位都不能以所有权人的身份来处理家产。”<sup>[74]</sup>基于以上原因，古代中国的家长身份并不包含家产所有权，因此身份继承中包含的“承业”不能类推罗马法解释为家产的继承，而更应该理解为家产事务处理。

---

[70] 同前注 2 引书，第 87 页。

[71] 尚继征：《私法上之“身份”溯源——罗马法中身份制度的现代解读》，载《私法》2013 年第 2 期，第 154 页。

[72] 瞿同祖：《中国法律与中国社会》，中华书局 2003 年版，第 19 页。

[73] 同上注引书，第 6 页。

[74] 俞江：《论分家习惯与家的整体性——对滋贺秀三〈中国家法原理〉的批评》，载《政法论坛》2006 年第 1 期，第 55 页。



## 四、身份继承的现行法借鉴

我国现行《继承法》已经确立了完全意义上的财产继承、限定继承制度。完整意义上的身份继承制度，无论是在罗马法上还是在中国法上均已退出历史舞台，身份继承制度在继承法制度上似乎难觅存在的空间。在中国语境之下，父子之间“宿命性的同居共财关系”近代以来已经解体，“父债子偿”的传统观念也已基本破产，身份继承被视为毒瘤一样从中国继承制度的机体中切除。然而身份继承废止的阵痛仍在继续，甚至引起继承制度的后遗之症。主要体现在“父债子偿”的身份继承观念废止后产生的债权人利益保护问题、股权与人格权等兼具人身和财产属性的复合性权利作为遗产的继承安排问题。在面对身份继承废止的后遗之症时，需要重新借鉴身份继承的制度逻辑，在现行《继承法》的制度安排中嵌入身份继承制度的合理成分，完成身份继承制度在现行法上的重新定位。

### （一）遗产债权人保护的继承安排

继承不仅关系到继承人的利益，而且关系到被继承人的债权人的利益，继承制度必须对继承人和被继承人的债权人双方提供平等保护。<sup>[75]</sup>现代社会家庭成员人格独立、责任自负的观念已经基本取代了“父债子偿”的传统观念，我国现行《继承法》第33条规定了无条件的限定继承制度：继承遗产应当清偿被继承人依法应当缴纳的税款和债务，缴纳税款和清偿债务以他的遗产实际价值为限。以此规定为根据，遗产继承人仅需以遗产的实际价值为限清偿遗产债权人的债务，不必以自身财产承担债务。而在实践中，被继承人死后，继承人的全部财产往往与遗产相混同。如果继承人恶意消费该混同的财产，很难言明遗产的实际价值是否减损。如果继承人确实利用了财产的混同，导致遗产的实际价值减少，因举证苦难，诉讼中债权人的利益将可能受损。

按照大陆法上的通行做法，限定继承以遗产目录清册的制作作为基础，从继承的程序上看，区分限定继承与无限继承，通常以是否需要制定遗产目录清册为区分之标准。<sup>[76]</sup>遗产目录清册的价值在于“为限定继承，使继承人唯负物的责任。”<sup>[77]</sup>我国《继承法》在没有要求制定遗产目录清册的条件下，规定只要继承人不抛弃继承，该继承就是限定继承，继承人以遗产为限承担有限责任。现实中广泛存在继承人滥用这一限定继承的情况，比如继承人肆意挥霍被继承人的遗产、隐匿遗产、恶意处分遗产等，严重侵害被继承人的债权人的利益。因为此种情况并不为我国无条件的限定继承所排除，所以债权人往往难以得到救济。有鉴于此，有学者指出无条件的限定继承需要基层法院广泛参与以防止权利滥用，在我国司法

[75] 张义华：《财产继承中债权人利益的保护》，载《法律适用》2004年第5期，第66页。

[76] 陈汉：《限定继承刍议》，载《苏州大学学报（法学版）》2014年第4期，第14页。

[77] 史尚宽：《继承法论》，中国政法大学出版社2000年版，第270页。

资源配置不足的情况下，采取无条件的限定继承是不现实的。<sup>[78]</sup>

在罗马法和古代中国法的身份继承制度之下，继承人须概括承受被继承人的全部债权债务，甚至连选择放弃继承的余地都没有。继承人不但要以所继承的遗产承担债务，还要以自己财产向债权人承担债务，在债务清偿前继承人既不会也不必恶意隐匿、消费遗产。由此可见，身份继承通过对继承人课以更重责任实现债权人保护，为身份继承的可取成分所在。反观我国现行《继承法》，无条件的限定继承为遗产债权人的利益保护留下巨大隐患，无条件的限定继承走向了财产继承的极端，正是身份继承废止的后遗之症。因其难以对继承人有违诚实信用的行为形成约束，我国《继承法》应该完善限定继承制度，以有条件的限定继承取代无条件的限定继承。有学者指出，继承人隐匿遗产的全部或者一部分，或者私自消费遗产，或者故意对遗产清册作不实记载的，应视为继承人概括承受继承。<sup>[79]</sup>有条件的限定继承制度是对继承人恶意情况下“父债子偿”观念的回溯，否认恶意隐匿、消费遗产的继承人的限定继承，以实现债权人利益的保护。

## （二）股权与合伙权益的继承安排

身份继承废止的另一个后遗之症是民法中一些兼具人身与财产属性的复合性权利在继承领域的安排问题，比如，股权和合伙权益的继承问题中，存在着继承法（继承权）与企业法（社员权）的矛盾；<sup>[80]</sup>再如，人格上财产利益的继承问题中，存在着人格权的人身专属性与财产利益的可继承性之间的矛盾。在身份继承的制度安排下，上述矛盾并未突显。传统中子承父业的安排让继承人当然承受被继承人的社会身份，既继承被继承人的企业或合伙的社员身份，也继承该社员身份产生的财产利益（股权或合伙权益）。身份继承被废止后，继承客体以财产利益为限，而股东身份和合伙人身份具有一定的一身专属性，继承人并非当然成为股东或合伙人，继承人可以取得相应的财产利益是确定无疑的，但这部分财产利益的丧失对企业或合伙来说极有可能影响其继续存在，对死亡的股东或合伙人资格如何安排考验着立法技术。股份有限公司共益性较弱，继承人可以取得股东资格自不待言。2013年修订的《公司法》中第七十五条对有限责任公司的股东资格继承问题作出规定：“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。”<sup>[81]</sup>我国《合伙企业法》亦有相类似的规定。<sup>[82]</sup>值得注意的是，股权和合伙权益的继承仍是财产继承的范畴，对股东资格和合伙

[78] 杜江涌：《遗产债务法律制度研究》，群众出版社2013年版，第146页。

[79] 同注72引书，第145页。

[80] 同注68引书，第84页。

[81] 股东资格继承问题的规定首先出现在2006年修订的《公司法》第七十六条，后为2013年修订的《公司法》第七十五条沿用。

[82] 《合伙企业法》第五十条规定：“合伙人死亡或者被依法宣告死亡的，对该合伙人在合伙企业中的财产份额享有合法继承权的继承人，按照合伙协议的约定或者经全体合伙人同意，从继承开始之日起，取得该合伙企业的合伙人资格。”

人资格的安排是为了平衡继承权与社员权的冲突，有学者指出“股权继承不仅是财产继承，它也体现了一种身份继承，是从财产继承到身份继承的回归。”<sup>[83]</sup>确实有言过其实之嫌，其错误在于没有将对股权（或合伙权益）的继承与取得股东（或合伙人）地位分离，“股权的可继承性是毋庸置疑的，股东地位的取得则需要满足程序规定，如果经过规定程序，保障了其他股东的决定权后，继承人仍不能成为股东，则因继承而取得的股东地位溯及继承开始而丧失。”<sup>[84]</sup>

股权和合伙权益的继承性问题考验着继承法的立法技术。一方面，完全否认股权和合伙权益的可继承性是不可取的，因为股东资格和合伙人资格之上附着财产利益，这种财产利益是确实存在的，在市场经济条件下更为常见，完全否认继承其可继承性将导致继承人利益的极大贬损。另一方面，有限责任公司和合伙企业共益性较强，继承人的加入可能影响生产经营。此外股东资格和合伙人资格无疑是身份，倘若立法对可继承性开口，确实可能导致“财产继承到身份继承的回归”现象出现，这将有违完全财产继承的现代继承法模式，引起继承法的定位混乱。真正可供继承的是股权利益和合伙权益，而非股东资格和合伙人资格。继承法应将社员权上的财产利益从社员权本身剥离开来，并将财产利益纳入遗产范围，至于社员资格本身应交由公司法、合伙企业法等加以安排。

### （三）人格上财产利益的继承安排

人格上财产利益的继承亦如股权和合伙权益。自然人死后，其人格上精神利益不复存在，但是人格上财产利益并未消失，基于死者姓名、肖像等人格的利用仍可产生财产利益，如在“鲁迅姓名权案”<sup>[85]</sup>中，被告通过注册以鲁迅姓名为标识的网络域名受有之利益，即此处所称人格上财产利益。人格上财产利益如同著作财产权一样是复合性权利产生的财产利益，继承的标的应扩及至复合性权利中的财产利益，因此人格上财产利益也具有可继承性。<sup>[86]</sup>从保护之必要性来看，死者人格上财产利益的保护不仅体现着对死者的尊重，更体现为对继承人利益的保护，此外如果人格上财产利益不纳入继承使之获得私权保护，而任其被公有领域滥用，将有损公序良俗。因此，人格上财产利益应予保护，利用死者生前人格特征获利之权利为死者生前人格上之无形财产权，应由继承人继承取得。<sup>[87]</sup>

在身份继承制度下，因为继承人概括继承被继承人的身份和财产，人格上财产利益自然成为继承的客体。但身份继承废止后，人格权作为“受尊重权”，传

[83] 陈娟：《股权继承：从财产继承到身份继承的回归》，载《法制与经济》2007年第6期，第27页。

[84] 同注68引书，第85页。

[85] 鲁迅姓名权案，即周海婴诉梁华侵犯计算机网络域名纠纷案，北京市第一中级人民法院（2009）一中民初字第4747号。

[86] 马俊骥：《论人格上财产利益的可继承性》，载《黑龙江政法管理学院学报》2014年第5期，第74-75页。

[87] 张红：《死者生前人格上财产利益之保护》，载《法学研究》2011年第2期，第112页。

统上被认为具有人身专属性，其继承的可能性被排除，人格上财产利益也一直被忽视。人格权与股权一样，都是兼具人身性和财产性的复合性权利，传统身份继承并无不要对之进行严格区分，但财产继承取代身份继承后，相应的制度配套尚未跟进，使这些复合性权利中的财产权益的继承问题成为后遗之症。该后遗之症需要继承法吸收身份继承的合理成分：首先，如股权利益和合伙权益，应同样将人格上财产利益纳入继承法的保护范围，使得人格上财产利益作为遗产得以继承，而不能认为将其视为“与人身权不可分离的权利”否认其可继承性；其次，应对人格上财产利益与人格上精神利益加以区分，人格利用衍生出的直接的、实际的财产利益才具有可继承性，至于侵犯死者人格导致的精神损害赔偿，其性质为对亲属的赔偿且由侵害死者间接产生，并不具有可继承性。最后，人格上财产利益的继承与人格本身继承不同，因人格权与身份权与人身紧密相连，如果继承法肯定人格继承，将如同身份继承回归一样，引起继承法的定位混乱。

以上分析表明，身份继承在现行《继承法》上不能直接回归，否则将引起以财产继承、限定继承的继承法定位混乱。但是，罗马法和古代中国法上在身份继承上所累积的智慧和合理成分应该为现行《继承法》所吸收，特别是继承法面对遗产债权人保护不力以及股权与合伙权益、人格上财产利益的继承问题挑战的时候，身份继承的必要借鉴是有价值的。

## 四、结语

人的一生是一场向着死亡的行军，与其乐生讳死，不如向死而生。<sup>[88]</sup>继承法即是一种向死而生的制度安排，继承法的价值取向既是同期人类社会的生死观的影射，也将影响人们在面对死亡时的选择。身份继承是早期人类社会祖先崇拜和家庭宗教的产物，在后世还被赋予了等级特权的色彩，现代民法强调人格平等、自己责任的观念，已经再难为身份继承寻得一席之地，身份继承旁落是不可逆的历史趋势。在财产继承高歌猛进的现代，本文回溯身份继承的历史命运，目的并不在于召唤身份继承在现代继承法上的回归，也不在于从历史中为身份继承寻求本土资源，而旨在强调继承法的侧重从身份到财产的流变有其特定的历史进程和历史背景。无论是罗马语境还是中国语境，身份继承到财产继承的流变都是制度转变的缓慢过程，而没有非常明显的历史分界或历史节点。中国虽然在《继承法》上完全摒除了身份继承，产生了身份继承和财产继承分界的外观，但“父债子偿”的民间习惯仍然存在，子女要求继承先辈人格的诉求仍然存在，针对股权或合伙权益的继承争讼也并未消失。因此，除非财产继承能够填补身份继承被废止之后

[88] 参见徐国栋：《民法哲学》，中国法制出版社 2015 年版，第 273-274 页。

留下的空白，否则身份继承仍将搅扰现代民法制度、动摇财产继承制度的根基。

## **On the Source and Orientation of Status in Succession**

### **——Referring to Status Succession in Roman**

Wu Wei

**Abstract:** Status succession and property succession are competitive in history. Status succession was dominant in early Rome. The meaning of succession aimed at personality and generalized inheritance. In the late of Roman Republic, the Romans plundered a large amount of land, wealth and slaves through the war. Property succession came into prominence while status succession was falling into decay. Compared with Rome, China had a tradition of status succession characterized by ancestral inheriting system. In modern times, law of succession came to the transition to property succession, meanwhile status succession was abolished gradually. However, under the new law of succession, interest of creditors can not be well protected and the succession of some two-dimensional structure rights like equity or right of personality becomes complex problem.

**Keywords:** Roman law; status succession; property succession; ancestral inheriting system

## 参考文献

### （一）著作类：

1. 厉以宁《罗马一拜占庭经济史》，商务印书馆 2015 年版，第 160、208-209 页。
2. [日]滋贺秀三：《中国家族法原理》，张建国、李力译，商务印书馆 2013 年版，第 115、125 页。
3. 周枏：《罗马法原论》，商务印书馆 2014 年版，第 118-119、130-131、159、162-163、191、209、244、487-488、497、499、588、592-593 页。
4. [意]彼得罗·彭梵得：《罗马法教科书》，黄风译，中国政法大学出版社 1992 年版，第 29、416-417、421 页。
5. [英]梅因：《古代法》，沈景一译，商务印书馆 1959 年版，第 112、119、121 页。
6. [德]恩格斯：《家庭、私有制和国家的起源》张仲宝译，人民出版社 1954 年版，第 93 页。
7. [意]朱塞佩·格罗索：《罗马法史》，中国政法大学出版社 2009 年版，第 9 页。
8. 汪琴：《基督教与罗马私法——以人法为视角》，法律出版社 2011 年版，第 80-85、100 页。
9. [古罗马]盖尤斯：《盖尤斯法学阶梯》，黄风译，中国政法大学出版社 2008 年版，第 79-80 页。
10. [德]特奥多尔·蒙森：《罗马史》，李稼年译，商务印书馆 2004 年版，第 168 页。
11. [法]孟德斯鸠：《罗马盛衰原因论》，许明龙译，商务印书馆 2016 年版，第 10、69、71 页。
12. [俄]科瓦略夫：《古代罗马史》，王以铸译，上海书店出版社 2011 年版，第 220、232、448-453 页。
13. 宫秀华：《罗马：从共和走向帝制》，高等教育出版社 2006 年版，第 131、135 页。
14. 张晋藩：《中国法律的传统与近代转型》，法律出版社 2005 年版，第 118 页。
15. 程维荣：《中国继承制度史》，东方出版中心 2006 年版，第 169、193、371、417 页。
16. 郭明瑞、房绍坤：《继承法》，法律出版社 2003 年版，第 45 页。
17. 瞿同祖：《中国法律与中国社会》，中华书局 2003 年版，第 6、19 页。

18. 史尚宽：《继承法论》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 270 页。
19. 杜江涌：《遗产债务法律制度研究》，群众出版社 2013 年版，第 145-146 页。
20. 张华平、刘耀东：《继承法原理》，中国法制出版社 2009 年版，第 14、84-85 页
21. 史尚宽：《继承法论》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 270 页。
22. 徐国栋：《民法哲学》，中国法制出版社 2015 年版，第 273-274 页。

## （二）论文期刊类：

1. 胡玉娟：《试析罗马早期平民的身份地位》，载《史学理论研究》2003 年第 1 期，第 42 页。
2. [意]阿尔多·贝特鲁奇：《从身份到契约与罗马的身份制度》，徐国栋译，载《现代法学》1997 年第 6 期，第 93 页。
3. 尚继征：《私法上之“身份”溯源——罗马法中身份制度的现代解读》，载《私法》2013 年第 2 期，第 154 页。
4. 俞江：《论分家习惯与家的整体性——对滋贺秀三〈中国家族法原理〉的批评》，载《政法论坛》2006 年第 1 期，第 55 页。
5. 张义华：《财产继承中债权人利益的保护》，载《法律适用》2004 年第 5 期，第 66 页。
6. 陈汉：《限定继承刍议》，载《苏州大学学报（法学版）》2014 年第 4 期，第 14 页。
7. 陈娟：《股权继承：从财产继承到身份继承的回归》，载《法制与经济》2007 年第 6 期，第 27 页。
8. 马俊骥：《论人格上财产利益的可继承性》，载《黑龙江政法管理学院学报》2014 年第 5 期，第 74-75 页。
9. 张红：《死者生前人格上财产利益之保护》，载《法学研究》2011 年第 2 期，第 112 页。