

遗嘱错误:反思潘得克吞体系的一条新路

赵 毅*

摘 要 既有对潘得克吞体系的检讨,缺乏在具体民事制度层面的反思,遗嘱错误制度或可开启一条反思新路。在罗马法上,遗嘱错误是与合同错误并行的一项独立制度,存在自身独到的体系逻辑,并由此影响了潘得克吞错误体系的建构。尽管德国法形成了抽象的意思表示错误制度,但遗嘱错误仍然基于其特殊性而独立存在。在非潘得克吞体系的意大利法和英美法中,遗嘱错误制度形成了独特的内在机理,恰与东亚潘得克吞诸继受国中遗嘱错误制度之消弭形成对比。当代中国的司法实践证明,应尊重依存于各典型法律行为的错误制度之特殊性,而一个不存在总则或仅有序编的、无法律行为及相关意思表示制度的、合同错误与遗嘱错误各自分立于相应编章的民法典,或许是应当认真对待的一种民法典体系选择路径。

关键词 遗嘱错误 意思表示错误 潘得克吞 民法典

抽象规定的优点在于概括,其缺点系必须创设例外。

——王泽鉴〔1〕

纵然得意忘形,亦未为不可。

——苏亦工〔2〕

* 贵州师范大学历史与政治学院副教授。本文蒙刘家安教授、金可可教授批评指正,特此致谢!

〔1〕 王泽鉴:《民法总则》,北京大学出版社2009年版,页21。

〔2〕 苏亦工:“得形忘意:从唐律情结到民法典情结”,《中国社会科学》2005年第1期。

一、论题说明

(一)暨有民法典体系之争及潘得克吞体系之反思现状

“法典编纂问题,自第十九世纪之始,为法律家之战场。关论其利害得失,论锋相对峙。有名之学者,皆互相削稿。”〔3〕在我国,世纪之交发生的“世界民法典编纂史上的第四次大论战”,〔4〕在经历了一段“达到高潮”复又“回归沉寂”的蹉跎岁月后,〔5〕近两年来,紧随“社会主义法律体系形成”之政治语境,又有复苏之势。〔6〕事实上,无论是世纪之交时的那场论战,还是近两年来的讨论,学者们的根本分歧主要就是民法典的体系建构问题。在笔者看来,也即是否承继德国民法传统的潘得克吞体系问题。

“潘得克吞”(即 *Pandekten*、*pandectae*,亦译为“潘德克吞”或“潘德克顿”)一语,出自优士丁尼《学说汇纂》之希腊文名称,指19世纪德国法学家基于优士丁尼罗马法素材,对德国普通法之私法部分进行的概念和体系化阐述。〔7〕而所谓的“潘得克吞体系”,众所周知,“是指以德国民法典为表现形式的,将民法的主要内容处理为总则、债权、物权、亲属和继承这五大部分的民法体系。”〔8〕在百年中国民法的立法史和学说史上,潘得克吞法学发挥过重要影响。〔9〕基于此,按照潘得克吞体系构建我国民法典体系,也一直是学界的主流认识。〔10〕2002年的

〔3〕 (日)穗积陈重:《法典论》,樊树勋译,上海昌明公司1907年版,页20。

〔4〕 徐国栋语,详见徐国栋:《中国民法典起草思路论战》,中国政法大学出版社2001年版。亦可参见尹腊梅:“关于民法典编纂问题的讨论”,载柳经纬主编:《共和国六十年法学论争实录:民商法卷》,厦门大学出版社2009年版,页29—53。

〔5〕 所谓“达到高潮”,是指《中华人民共和国民法草案》于2002年12月首次提交立法机关审议;而所谓“归于沉寂”,则是由于学界对该部草案之极度失望(可见梁慧星:“松散式、汇编式的民法典不适合中国国情”,《政法论坛》2003年第1期)、立法机关后续的消极不作为以及《物权法》、《侵权责任法》、《涉外民事关系法律适用法》等主要民事单行法的相继颁布,使得一种悲观主义论调甚嚣尘上(如柳经纬:“渐行渐远的民法典”,《比较法研究》2012年第1期),而原本火热的民法典体系之争也在相当长一段时间内让位于各单行法具体制度的研究。

〔6〕 代表性的作品,如王利明:“法律体系形成后的民法典制定”,《广东社会科学》2012年第1期;孙宪忠:“防止立法碎片化、尽快出台民法典”,《中国政法大学学报》2013年第1期;茅少伟:“寻找新民法典:‘三思’而后行——民法典的价值、格局与体系再思考”,《中外法学》2013年第6期;易继明:“历史视域中的私法统一与民法典的未来”,《中国社会科学》2014年第5期。

〔7〕 Giovanni Orrù, *Pandettistica, voce in Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile*, Vol. 13, Torino, 1995, p.250.

〔8〕 薛军:“略论德国民法潘得克吞体系的形成”,《中外法学》2003年第1期。亦可参见梁慧星:《民法总论》,法律出版社2001年版,页15。

〔9〕 详情请参阅孙宪忠:“中国民法继受潘德克顿法学:引进、衰落和复兴”,《中国社会科学》2008年第2期。

〔10〕 这其中的代表即为梁慧星教授和王利明教授。梁教授的民法典建议稿虽为七编制,实质只是将德国法上的债权编分为债权总则、合同和侵权行为三编(参见梁慧星:《中国民法典草案建议稿》,法律出版社2003年版)。王教授的民法典建议稿分总则、人格权、亲属、继承、物权、债法总则、合同和侵权行为七编,虽然并非照搬德国的模式,但亦属潘得克吞体系之改良(参见王利明主编:《中国民法典草案建议稿及说明》,中国法制出版社2004年版)。

《中华人民共和国民法草案》尽管广受诟病,但亦“大体上遵循了潘得克吞的法学体系”。^[11]

然而,在受德国民法理论影响的主流认识之外,一种立足于非德国学术资源的、消解潘得克吞体系的努力从未歇绝。这些声音包括:第一,在编的层次上采用法学阶梯体系,反对潘得克吞体系,仅在编以下的结构中吸收潘得克吞体系的合理成分;^[12]第二,由于过于抽象的“法律行为”概念在我国民法之存在并无价值,以之作为基础的民法总则模式就失去了归依,这使得潘得克吞体系对于我国民法典编纂之意义并不大;^[13]第三,设立包含一般性条款和技术性规定的序编,而传统民法总则中的法律行为等制度宜在财产法中单设总则予以规定。^[14]另外,还有更为激进的学者从所谓“解法典化”的思潮出发,^[15]认为“德国潘得克吞学者以金字塔式的精密法学概念和逻辑体系建构民法典的思想,试图通过一部民法典来详细、具体调整所有的民事法律制度的观点已经被历史证明是不符合现实的”。^[16]即使在最近的讨论中,仍然有学者在警告:“德国民法典的总则编代表了体系化的高峰,优点和缺点同样鲜明”;^[17]有学者基于同情性的理解,在承接2002年民法草案的基础上,试图“克服德国潘得克吞体系的僵化……采用具有开放性的《民法通则》而不是相对封闭的《民法总则》”,完成对潘得克吞体系的扬弃。^[18]

不得不说,这些反思潘得克吞体系的声音为我们多向度地审视法律移植之复杂性提供了可能。然而,极为遗憾的是,这些声音还相当微弱,其中大多数则一直被置于受人遗忘的角落。柳经纬教授的一个评论最好地展现出了这种窘境:

至于在民法学理论研究中力主“对德国说不”的见解以及其他学术见解(尤其是关于民法典编纂问题的学术见解),均不足以称之为学术流派,他们或者是因为无法形成一套相对体系化的理论,或者是因为虽然具有一定的理论体系但和者寡,未能得到一定程度的学术认同,或者是由于学术影响和社会影响均很有限,最多只能算是一种学术见解。^[19]

(二)作为新的反思进路的遗嘱错误制度

辩证唯物主义告诉我们,真理和谬误并不会以和者之多寡或影响之高低来划分,君不见,“真理往往掌握在少数人手中”!但是,以检讨潘得克吞体系为目的的、所谓的“对德国说不”的

[11] 孙宪忠:“我国民法立法的体系化与科学化问题”,《清华法学》2012年第6期。这个九编制的草案包括:总则、物权法、合同法、人格权法、婚姻法、收养法、继承法、侵权责任法、涉外民事法律关系的法律适用法。

[12] 参见徐国栋:“民法典草案的基本结构——以民法的调整对象理论为中心”,《法学研究》2000年第1期。这一思路的具体实践,参见徐国栋主编:《绿色民法典草案》,社会科学文献出版社2004年版。

[13] 参见薛军:“法律行为理论:影响民法典立法模式的重要因素”,《法商研究》2006年第3期。

[14] 参见陈小君:“我国民法典:序编还是总则”,《法学研究》2004年第6期。

[15] Cfr. Natalino Irti, *L'età della decodificazione*, Milano, 1999. 该书的中文译文为(意)那塔利诺·伊尔蒂:“解法典化的时代”,薛军译,载徐国栋主编:《罗马法与现代民法》(第四卷),中国人民大学出版社2004年版,页80-107。

[16] 张礼洪:“民法典的分解现象和中国民法典的制定”,《法学》2006年第5期。

[17] 茅少伟,见前注[6]。

[18] 易继明,见前注[6]。

[19] 柳经纬:“关于中国民法学体系构建问题的思考——百年中国民法学之考察之三”,《中国政法大学学报》2010年第4期。

学者们也需反思:除了宏大叙事和抽象解构,在具体的民事制度层面,“什么是你的贡献?”^[20]

正是在这个意义上,本文力求通过阐述遗嘱错误这一具体民事制度,尝试从一种微观的视角出发,为反思潘得克吞体系的努力找寻新的进路。

在展开具体论述之前,特别需要明确两个前提是:第一,潘得克吞体系的核心是什么?毫无疑问,只有将事物的“命门”抓住,才有进一步开展反思之可能。第二,为何遗嘱错误制度可以作为一条进路,由此达致反思潘得克吞体系之效?

先看第一点。如前所述,潘得克吞体系主要指的就是以《德国民法典》为代表的五编制,而以法律行为制度为基础的总则编则是这一体系的核心。^[21]对潘得克吞法学发展史的考察证明,“总则+分则”模式之所以被以温德沙伊得为代表的潘得克吞法学家们普遍采用,一个重要原因就是法律行为理论之兴起:

法律行为理论包含了那些可以普遍适用于债权行为、物权行为、身份行为(结婚与收养)以及遗嘱等行为的一般性概念与原理。正是因为有了这些一般性的概念与原理,潘得克吞法学家才觉得有必要在物权、债权、继承权等具体制度之前加上一个可以容纳这些概念与原理的总论(总则)。^[22]

事实上,在经典潘得克吞法学著作中,主体与法律行为构成了总论部分的两大支柱,但正如学者所言,如果没有法律行为理论,那么总则将不再有必要存在于民法体系,因为权利主体制度完全可以置于“人法”之中。^[23]可见,有没有设置严格意义上的总则编,就是判定某种民法典体系是否属于潘得克吞体系的试金石;^[24]而从具体制度上对潘得克吞体系进行反思的尝试,就是要证明通过“提取公因式”方式建构出的民法总则制度,对

[20] 语出苏力,参见苏力:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社1996年版,自序。

[21] “潘得克吞体系的特征,是将抽象的共通的一般事项整理成为‘总则’,并置于民法典之始(第一编)加以规定。”陈华彬:“潘得克吞体系的形成与发展”,《上海师范大学学报》(哲学社会科学版)2007年第4期。

[22] 杨代雄:“潘得克吞法学中的行为与法律行为理论——民法典总则诞生的序曲”,《西南政法大学学报》2005年第6期。

[23] 参见谢鸿飞:“法律行为的民法构造:民法科学和立法技术的阐释”,中国社会科学院研究生院博士学位论文,2002年,页146。

[24] 就这一立场,可特别参见尹田:“民法典总则与民法典立法体系模式”,《法学研究》2006年第6期。必须说明的是,物权行为和债权行为之区分,亦是潘得克吞法学的重要特征(参见孙宪忠,见前注[9]),但由于这种区分与身份行为、继承行为无关,所以并不能被视为潘得克吞体系最为核心之处。还有学者认为,“潘得克吞学派将整个法律关系的理论运用到法典里面去,构建了一个完整的潘得克吞体系结构”,并主张以法律关系为中心来构建我国民法典体系(王利明,见前注[6]);但批评者认为,民法典的体系化工具只能为主观权利概念,而非法律关系(张晓勇:《法律关系:民法典之体系化工具?》,《东方法学》2013年第4期)。事实上,无论是前者的“法律关系中心论”,还是后者的“主观权利中心论”,以法律行为为基础的民法总论(则)架构都在其中扮演着核心角色:按照前者的说法,“总则之中应当包括法律关系的基本要素,即主体、客体、法律行为、责任”(王利明:见前注[6]);按照后者的说法,主观权利对民法总则的架构不外乎“权利的主体”、“权利的产生、消灭与变更”(包括法律事实、法律行为、不法行为、期间、时效等)、“权利的行使、侵害和保护”等,它们其实就是19世纪潘得克吞法学家的理论贡献,其应用则是五编制的潘得克吞体系(参见杨代雄:“私权一般理论与民法典总则的体系构造——德国民法典总则的学理基础及其对我国的立法启示”,《法学研究》2007年第1期)。

于分则之适用并不具有意义或者意义不大。

再看第二点。古人云：“见微知著，睹始知终”。〔25〕遗嘱错误虽然只是一个小论题，但并非不能成为撬动巨厦地基的一把钥匙。遗嘱是一种法律行为，错误则是一种意思表示瑕疵，两者皆是作为抽象概念的法律行为与意思表示制度的具体应用。然而，一直以来，潘得克吞体系从根本上受到的批评就是：既然法律行为所包括的几种具体制度，如契约、遗嘱、婚姻等都有自己的具体规则，为何立法上还一定要规定一个高度抽象的法律行为概念？〔26〕一种解释是：“法律行为概念的抽象，其主要目的显然并非为了涵盖较特殊的身份行为与继承行为，而是以负担行为（债权行为）和处分行为（物权行为）的区分为基础。”〔27〕但真是这样的话，以法律行为为核心的潘得克吞体系和民法总则编就丧失了存在的意义，因为一旦如此，民法又与财产法何异？——何况继承行为也有一定的财产性呢！可见，遗嘱错误制度虽小，却展示着纯粹的法律行为或意思表示研究无法达致的对“总则制度之抽象性”与“分则制度之特殊性”相互调和的目标，而本文将力图论证：至少从意思表示错误这一法律行为理论中的“核心问题”〔28〕而言，其在民法总则篇之存在仅具形式意义而无实质价值，类似遗嘱错误这样存在于民法分则中似乎不起眼的例外规定，充斥着将民法总则虚无化的内在张力，而它们于自身独立逻辑机理形塑之愈深，也即潘得克吞体系危机之愈深。

二、遗嘱错误的罗马法原貌

对遗嘱错误之论述，之所以选择从罗马法展开，并非仅是为了满足一种好寻古事的兴趣，更重要的理由在于：只有于罗马法中，我们才能最真实地还原这一制度之原貌。毕竟，错误制度受到潘得克吞体系之改造，还要再等上千年之久。

（一）外部逻辑：遗嘱错误在罗马法错误制度中的坐标

众所周知，在以决疑论为方法基础的罗马法中，并不存在一般性的法律行为理论，当然也就不可能有体系化的错误制度。事实上，有关错误的规则既具体又零散，分布于《民法大全》（Corpus Juris Civilis）的各个角落，即使要将之进行一个教义学上的整理，也殊为不易。“错误的意志是无效的”（D.39,3,20）并不能被看成是一个普适性的处理错误问题的原则，而“法律不知”、“事实不知”之两分（D.22,6,C.1,18）亦缺乏现实意义，尤其是，“法律不知给所有的人都带来损害，而事实不知却不给人带来损害”（D.22,6,9pr.），这样的处理方式无法涵摄每一个错误事例，特别是对数量庞杂的各类事实错误而言。

〔25〕 袁康：《越绝书·越绝德序外传》。

〔26〕 薛军，见前注〔13〕。

〔27〕 茅少伟，见前注〔6〕。

〔28〕 王泽鉴，见前注〔1〕，页203。

在学术史上,意大利学者沃奇最先揭示了罗马人观察事实错误的两种思维方式:在“与意思效力有关的错误”中,错误作为一种外来力量,对意思之效力产生或不产生影响;^[29]而“作为行为限定条件的错误”是意思的一个内在组成部分,它构成法律所要求的资格,成为行为发生的前提条件。^[30]后一种错误通过主观诚信的方式表现出来,主要出现在非债清偿、^[31]取得时效、^[32]非法行为^[33]等领域。

对后世错误制度产生影响的无疑是“与意思效力有关的错误”,这种错误可能损害法律行为之效力。除了婚姻错误、^[34]接受遗产之错误、^[35]交付错误、^[36]行为能力之错误^[37]外,合同和遗嘱错误是罗马人最常探讨的话题。就前者而言,错误与合意相连,^[38]价金、^[39]行为性质、^[40]标的物、^[41]质性、^[42]名称、^[43]品质^[44]等与合同要素有关的错误都有可能构成不合意,从而对合同效力产生影响。但这套规则并不适用于遗嘱错误,后者显然有着独立自治且特殊的处理规则。

(二)内部逻辑:罗马人对遗嘱错误的本体建构

“遗嘱”一词的拉丁文为“testamentum”,从词源上看,“由意思(mens)和证明(contestatio)两个词组成”,^[45]意为“意思表示的证据”(I.2,10,1)或“我们对希望在自己死后做的事情的意思之合法表示”(D.28,1,1)。可以发现,“意思”和“表示”是内嵌于遗嘱本身两个无法分割的要素:只存在意思的遗嘱不能称其为遗嘱,因为如果没有表示的话,它就无法得到展现和证明;同样,不可能存在只有表示而无意思的遗嘱,因为这样一来,将完全抹杀掉遗嘱本身所承载的私人意志。遗嘱错误的本质就是遗嘱人意思和表示的不一致问题,它与表现为不合意的罗马法合同错误观念存在着根本区别。

[29] Cfr. P. VOCI, *L'errore nel Diritto Romano*, Milano, 1937, p.11ss.

[30] Cfr. P. VOCI, op. cit., p.14ss.

[31] D.12,6,1,1;D.12,6,65,2。

[32] D.41,4,6,1;D.41,3,32,2;D.41,2,26。

[33] D.410,7, 18,3;D.11,3,5,1;D.47,21,2;D.47,14,1,4。

[34] D.23,2,57(a);D.48,5,39(38),4;D.48,5,39(38),5;D.48,5,12(11),12;D.48,5,44(43);D.23,2,68。

[35] D.50,17,76;D.29,2,93pr.;D.29,2,30,7;D.38,15,3。

[36] D.22,6,9,4;D.41,3,44,1;D.40,2,4,1;D.12,4,3,8。

[37] D.28,1,15;D.28,1,14;D.29,7,9;D.32,1pr.;D.29,1,11,1。

[38] D.2,1,15;D.5,1,2pr.;D.39,3,20;C.1,18,8;D.50,17,116,2。

[39] D.18,1,9pr.;D.19,2,52。

[40] D.12,1,18pr.;D.12,1,18,1。

[41] D.18,1,9pr.;D.44,7,57;I.3,19,23;D.10,3,29pr.;D.18,1,15pr.;D.28,1,21,1;D.30,4pr..

[42] D.18,1,9,2;D.18,1,11;D.18,1,14;D.45,1,22,pr..

[43] D.18,1,9,1;D.45,1,32。

[44] D.18,1,10;D.18,1,45;D.19,1,21,2;D.18,1,41,1。

[45] A. GELLIO, *Notti Attiche*, Vol. I, a cura di Giogio Bernardi—Perini, Torino, 1992, p.650。

原始文献已经证明,〔46〕遗嘱错误有意思错误和表示错误之两分,前者主要表现为原因的错误,而“原因”也就是“实施遗赠的动机”。〔47〕动机错误在以不合意为基础的合同错误领域无关紧要,但在遗嘱中却往往被作为一种独特的法律元素进行考量。总体上看,“错误原因无碍”(falsa causa non nocet)是罗马人处理遗嘱动机错误的一般原则,〔48〕但也存在着大量例外,这其中,发生得最多的案型是有关指定继承人的动机错误。〔49〕此外,对原始文献的考察显示,除了在动机是一项真正的、例外的条件下,〔50〕以及在确定错误的动机是唯一的情况下,〔51〕动机错误将导致遗嘱绝对无效外,罗马人主要通过衡平的方式,灵活地解决动机错误问题,并兼顾多方利益平衡。〔52〕

至于表示错误,所谓的“错误表示无碍”规则(falsa demonstratio non nocet)仅适用于一些表示标的物外在特征和人的外在特征之错误案型。就前者而言,包括了对标的物来源、地理位置、奴隶职业上的描述错误,〔53〕就后者而言,则有关受遗赠人之姓名、自身特点、才能、工作地点、身份(表现为血缘和亲属关系)之错误。〔54〕然而,对遗嘱标的物〔55〕或遗嘱相对人本身〔56〕发生的错误被认为是重要的,遗嘱由此无效。对于金额的遗嘱错误也是一种实质性错误,会导致遗嘱部分无效;或者根据遗嘱人真意,补足差额部分,或者将表示的金额减少为遗嘱人所欲遗赠的金额为止。〔57〕

三、遗嘱错误与潘得克吞错误体系之勾连

(一)遗嘱错误与潘得克吞错误体系之形塑

人们常常以为,萨维尼《当代罗马法体系》(第3卷)于1840年之出版是现代学者研究错误制度的起点,〔58〕“他改变了法学家观察错误问题的视野”,〔59〕“将错误理论在意思表示说中进

〔46〕 Ulp.24,19:“遗赠既不会因错误表示而无效,也不会因其为错误原因达成而无效……”。D.35,1,17,2;盖尤斯:《裁判官告示评注·论遗赠》第2卷:“这一与错误表示有关的规则,即使在出现了有关错误原因的陈述时,仍然得以适用……”。

〔47〕 参见徐国栋:《优士丁尼〈法学阶梯〉评注》,北京大学出版社2011年版,页306。

〔48〕 D.35,1,17,2;D.35,1,72,6.

〔49〕 D.5,2,28;D.28,5,93(92);C.6,24,4;C.6,21,9.

〔50〕 I.2,20,31.

〔51〕 D.35,1,72,6;C.6,44,1;D.32,11,16.

〔52〕 这特别表现在一些涉及奴隶[D.28,5,41(40)]和军人(C.6,24,3pr.;C.6,24,3,1)的案件中。

〔53〕 D.35,1,17pr.;D.35,1,17,1.

〔54〕 D.35,1,33pr.;D.35,1,34.

〔55〕 D.28,5,9,1;D.30,4pr. .

〔56〕 D.28,5,9pr. .

〔57〕 D.28,5,9,2;D.28,5,9,3;D.28,5,9,4;D.30,15pr. .

〔58〕 Cfr. P. VOICI, op. cit. , p.1.

〔59〕 唐晓晴:“意思表示错误的理论与制度溯源”,《华东政法大学学报》2008年第2期。

行了贯彻始终的体系定位”。〔60〕需要意识到,这种论断在采纳了潘得克吞体系的德国民法一脉才更有价值。

如果不是清醒地意识到这种局限性,可能的误解就是,“在萨维尼之前,学说一般认为错误会破坏契约的合意(或导致不合意)……错误是契约范畴内的一个个别问题”,而通过萨维尼之体系化建构,“原本仅仅被放在契约(合同)范畴考察的错误问题一下子被纳入了‘意思表示’这个新的范畴”。〔61〕的确,萨维尼和《德国民法典》确立了所谓的“意思表示错误”制度,但这种作用并不能被片面地夸大,以致于认为“罗马法、法国民法、瑞士民法、意大利民法及英美法将错误限于合同领域”,而德、韩、日、台等潘得克吞国家或地区才能“将错误规则适用于民法的各个领域”。〔62〕

尽管就萨维尼错误思想之形成及其在确立《德国民法典》中意思表示错误制度上的贡献,现今的研究作品已经汗牛充栋,〔63〕但很少有人询问,“意思表示”以及相应的“意思表示错误”概念又是如何出现的?显然,即使并无明确界定,原始文献已经证明,罗马遗嘱法中存在着“意思表示”观念的萌芽,1794年的《普鲁士国家的一般邦法》(Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten, ALR)则有可能记载了最早的“意思表示”定义。〔64〕正如汉斯·哈腾保尔敏锐观察到的那样,对于18世纪的法学家来说,“意思表示”概念很快在法律政策上与合同之成立联系起来:“合同的内容就是两个以上当事人的‘意思表示一致’,即合意。”〔65〕同理,合同错误即为双方当事人意思表示之不一致,这并未改变罗马法以来、直至德国普通法的立基于合意主义在合同领域考察错误制度的基本思路。如瑞协尔曼在1837年出版的《错误对合同的

〔60〕 (德)维尔纳·弗卢梅:《法律行为论》,迟颖译,法律出版社2013年版,页522。

〔61〕 唐晓晴,见前注〔59〕。上一部分已经显示,在罗马法中,错误问题并非仅在契约范围内考察。在中世纪,对非属于契约领域的婚姻错误和遗嘱错误的讨论也是普遍存在的,参见徐国栋:“无效与可撤销婚姻中诚信当事人的保护”,《中国法学》2013年第5期;G. Chiodi, *L'interpretazione del Testamento nel Pensiero dei Glossatori*, Milano, 1996.

〔62〕 梅伟:《意思表示错误制度研究》,法律出版社2012年版,页7。《法国民法典》第180条、《意大利民法典》第122条明文规定有婚姻错误条款;就法、瑞、意有关继承错误的规定,参见赵毅:“论继承法中的‘错误’——以大陆法系民法典继承编为中心”,《广西大学学报》(哲学社会科学版)2014年第5期。英美法的情况,可参见本文下一部分的分析。

〔63〕 代表性的作品,如Martin Josef Schermaier, “L'errore nella Storia del Diritto”, 24 *Roma e America Diritto Romano commune*, 228—255 (2007); Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Clarendon Press, 1996, p.609—617;弗卢梅,见前注〔60〕,页522—533;张凯鑫:“萨维尼错误论之定位——以自十七世纪起至萨维尼止之理论发展为中心”,载《民事法学的现代课题与展望:温丰文教授六秩五华诞祝寿论文集》,元照出版有限公司2011年版,页138—177。

〔64〕 其第1条曰:“所谓意思表示,是应该发生某事或者不发生某事的意图的客观表达。”(德)汉斯·哈腾保尔:“法律行为的概念——产生以及发展”,孙宪忠译,载杨立新主编:《民商法前沿》(2002年第1、2辑),吉林人民出版社2002年版,页141—142。

〔65〕 同上注,页142。

影响》所示，〔66〕非契约领域的错误问题——比如遗嘱错误问题，虽然并不能说被所有人都忽略了，但显然被大多数学者认为在建构一个抽象的错误理论中缺乏价值。

萨维尼就潘得克吞错误体系形塑之最大贡献可能就在于此，如同弗卢梅精准评论的那样，“他没有从合同的角度来斟酌错误的问题，或更一般性地说，他没有从相对人的角度，而是从单方表示中表意人的意思与表示是否相互一致的角度来斟酌错误的问题”。〔67〕我们已经发现，萨维尼建构了意思表示的三大要素：意思、意思的表示以及意思与表示的一致性。〔68〕在萨维尼看来，所有表示，不论言语还是行动，仅是为了使他人明白表意人内心真正之意思为何，表示与意思之一致并非偶然，而是自然而然的关系，〔69〕错误则是对这一自然关系的干扰，“这样一来，意思与表示之间就产生矛盾，意思的错误表象产生于表示，这就是我所说的不包含意思的表示”。〔70〕

可以清晰发现萨维尼所建构的意思表示错误理论与罗马法之关联。后者的遗嘱错误框架作为“皮”，被萨维尼试图容纳进众多行为性质之错误、当事人之错误、物之错误和性质错误等合同错误之“血肉”。〔71〕萨维尼的思路并不难揣摩，如果沿袭罗马法至德国普通法以来的合意主义错误框架，任何抽象的对错误制度的建构都不可能，因为作为单方法律行为的遗嘱与之完全无关。至于罗马遗嘱法所承认的动机错误，萨维尼用“真正的错误”（ächter irrthum）概括之，它“一般而言不具有任何效力，只有在特殊的例外情形中，才会产生影响”。〔72〕这也使动机错误走向了一般化，为意思表示错误制度之“表示错误——动机错误”之二元划分奠定了基础。

（二）遗嘱错误在潘得克吞错误体系中的位置

可以说，意思表示错误制度于《德国民法典》总则编之形塑，是潘得克吞体系成立的重要标志之一。但是，真的如学者所言，“因为总则的法律规范适用于各编，所以意思表示错误也适用于各编”〔73〕吗？

无论立法还是学说都无法支持这种说法。先按住《德国民法典》第1314条第2款第3项中的婚姻错误规定不表，〔74〕遗嘱错误被单列于《德国民法典》继承编之“遗嘱”一章，表示错

〔66〕 梅伟，见前注〔62〕，页68—69。

〔67〕 弗卢梅，见前注〔60〕，页523。

〔68〕 Cfr. Federico Carlo De Savigny, *Sistema del Diritto Romano Attuale*, Vol III, traduzione di Vittorio Scialoja, Torino, 1900, p.99.

〔69〕 Cfr. Federico Carlo De Savigny, op. cit., p.342—343.

〔70〕 Federico Carlo De Savigny, op. cit., p.99.

〔71〕 Cfr. Federico Carlo De Savigny, op. cit., p.356—404.

〔72〕 Federico Carlo De Savigny, op. cit., p.140—141.

〔73〕 梅伟，见前注〔62〕，页89。

〔74〕 相关学理分析，可参见（德）汉斯·布洛克斯，沃尔夫·迪特里希·瓦尔克，《德国民法总论》（第33版），张艳译，中国人民大学出版社2012年版，页271。

误、动机错误皆可构成遗嘱错误的撤销原因。^[75] 学者们承认,这种安排源于继承法的特殊地位:在死因处分中,因为不存在对相对人的信赖保护,对错误的处理也可以宽大一些。^[76] 据此,错误的遗嘱可以被撤销,此时只需考虑错误在主观上的重要性,而并不要求总则篇第 119 条第 1 款规定的作为撤销错误表示的“在合理的评价情况时”这一客观前提。^[77] 在撤销权行使的后果上,撤销人的责任得到了豁免:不需根据第 122 条承担损害赔偿义务。另外,根据第 2281 条和第 2285 条的规定,第 2078 条有关遗嘱错误的规则同样可以适用于基于继承合同所进行的死因处分。在司法上,德国法院判例历来对遗嘱行为和其它要式合同进行区分,“错误表示无碍真意”原则一般不能适用于对遗嘱的解释,因为在遗嘱生效后,对遗嘱之意思表示发生争议之时,遗嘱人已不可能再对其真意作出澄清。^[78]

立法和学说一直试图展现出“第 119 条、第 120 条作为意思表示错误一般条款,遗嘱、婚姻等错误规定则属特殊条款”的表象,以维持潘得克吞体系在形式上的逻辑性。问题是,这是一种徒然的努力。梅迪库斯在谈到《德国民法典》设置总则篇的缺点时也不得不指出:“有关意思表示错误的规则,不适用于婚姻或遗嘱。”^[79] 这说明,在本质上,所谓的“意思表示错误”空有皮囊,内容都是合同错误的规定。布洛克斯的教学案例正是这种尴尬的注脚:

内容错误(第 119 条第 1 款,第 1 种情况),例如,将求购要约表达为出售要约;表示错误(第 119 条第 1 款,第 2 种情况),例如,将货物的价格标错;特征错误(第 119 条第 2 款),例如,对于合同相对方的职业能力,物的重量或大小发生错误;传达错误(第 120 条),例如,将价款为 400 欧元的支付要约传达为 500 欧元。^[80]

只能感叹,源自遗嘱错误框架的意思表示错误这一“创新”,在内容上,就是为合同行为而设计的,但与在合同错误上另启一种思维模式相比,德国民法“完美”承继了罗马法中的遗嘱错误传统。

(三)遗嘱错误在东亚潘得克吞继受地之消亡

《日本民法典》、《韩国民法典》以及我国台湾地区“民法”都是继受潘得克吞五编制体系的典范。三地民法存在千丝万缕的关联,与《德国民法典》最为不同之处在于,前者共 1044 条,中者共 1118 条,后者共 1225 条,条文总数皆只有总计 2385 条的《德国民法典》之一半。并不奇怪的是,在这些后发国家对形式理性和“提取公因式”之立法技术超乎寻常的偏爱中,遗嘱错误

[75] 《德国民法典》第 2078 条规定:“①以被继承人就其表示的内容发生错误,或根本无意做出这一内容的表示,且须认为被继承人在知道事情的状况时就不会做出该表示为限,终意处分可以被撤销。②以被继承人因错误地认为或期待某一情事的发生或不发生,或因受不法胁迫致使为该项处分为限,亦同。③不适用第 122 条的规定。”陈卫佐译注:《德国民法典》,法律出版社 2010 年版,页 581。

[76] 参见(德)卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(下册),王晓晔等译,法律出版社 2003 年版,页 567。

[77] 布洛克斯等,见前注[74],页 270。

[78] 参见王天凡:“‘错误的表示无害’原则及要式法律行为之效力”,《比较法研究》2011 年第 6 期。

[79] (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,页 31。

[80] 布洛克斯等,见前注[74],页 260。

最终消亡也是自然。

中、日、韩都是深受儒家文化影响的地区,因此,如何在传统文化与西方文化的冲突中达致利益之协调和妥协一直是民法典编纂中的大问题,最终则通过保留民法典中身份法——亲属编、继承编的传统色彩予以解决。^[81]既然如此,潘得克吞体系之民法总则在这些国家似乎仅具“财产法总则”之价值,特别是,在儒家文化区,长期以来就遗产继承实行的是家产共有的法定继承制度,与罗马法肇始、至近现代继承法一脉相承的更为尊重遗嘱人自由意志的遗嘱继承观念不相协调,^[82]遗嘱错误制度也许就丧失了存在余地。二律背反的矛盾随之而来:一方面,承认身份法的民族性与特殊性;另一方面,在需要为潘得克吞体系自圆其说的时候,又会认为,德、日、韩民法总则篇以及我国台湾地区“民法”总则所确立的具体制度——比如意思表示错误制度——“皆能将错误规则适用于民法的各个领域”。^[83]有我国台湾地区学者直言道,错误应与欺诈、胁迫等一并成为遗嘱的撤销原因之一,对于遗嘱错误,应直接适用我国台湾地区“民法”第88条的一般性规定。^[84]

事实上,如前所述,即使作为潘得克吞法系之源,德国民法也从未否认过遗嘱错误的独立地位。只要用理性的逻辑分析,就必须承认,无论置身于何种法律文化,遗嘱错误之特殊性皆客观存在。我国台湾地区已经有学者在解释论上承认,由于“民法”第88条第1项规定了“但以其错误或不知事情,非由于表意人自己之过失者为限”,这会造成遗嘱错误撤销人在举证上的困难,因为作为遗嘱人之表意人已经离世,其真意仅能从遗嘱书判断,故而,就遗嘱之错误,因无保护第三人之必要,错误是否有过失在所不论。^[85]毫无疑问,这种解释论消弭的正是高度抽象的潘得克吞错误体系。

四、遗嘱错误在非潘得克吞法律体系之格局

(一)意大利法中的遗嘱错误

意大利是罗马法的故乡,《意大利民法典》是大陆法系拉丁法族的代表性民法典。考察遗嘱错误在该民法典之格局,颇具意义。

宏观上看,自19世纪末期以来,意大利民法理论受德国民法理论影响不小,但出于保留旧民法典体系(即1865年《意大利民法典》)使然,1942年的新民法典并未采纳潘得克吞体系,当然也就不存在所谓的“意思表示错误”制度。与罗马法、《法国民法典》相同,在意大利法上,合

[81] 参见渠涛:“日本民法典的历史解读”,载渠涛编译:《最新日本民法》,法律出版社2006年版,页478。

[82] 参见赵毅:“论错误与继承法——以罗马法为中心”,《甘肃政法学院学报》2013年第3期。

[83] 梅伟,见前注[62]。

[84] 参见陈棋炎、黄宗乐、郭振恭:《民法继承新论》,三民书局2010年版,页304。

[85] 林秀雄:《民法亲属继承争议问题研究》,五南图书出版公司1989年版,页339。

同错误、遗嘱错误、婚姻错误皆为独立制度，呈原子般散见于民法典各编。但是，是否如同德国法将“意思表示错误”和“遗嘱错误”设置为主从关系类似，意大利法上的“合同错误”与“遗嘱错误”实质上是一般与特殊的关系呢？比如，立法者是否会基于一定的立法技术，从避免重复立法的目的出发，设置某个准用条款，从而简化遗嘱错误的规定呢？事实上，在《意大利民法典》“契约一般”之开篇，的确存在着一个准用条款，按照学者的说法，“如此一来，有关契约的规则，以间接的方式基本上就取代了关于法律行为的规定”。^[86]但仔细考察内中文句，^[87]我们会发现这一准用条款极大的片面性，它不仅不适用于类似遗嘱这样的死因行为，甚至也无法适用于无财产内容的生者间行为。^[88]申言之，即使《意大利民法典》内蕴着一种“存而不现”的法律行为规则，那也仅仅是财产法的总则，而与死因行为和身份行为无关。仅此一点，即可看出《意大利民法典》立法者对是否能构建一种普适于财产法和身份法、生者间行为和死因行为以及双(多)方行为和单方行为规则的怀疑。错误制度就是这种怀疑的最好证据。与罗马法一脉相承，意大利民法对合同错误与遗嘱错误采纳的是完全不同的认识视角，合同错误被视为“合意的瑕疵”，^[89]遗嘱错误则仅与遗嘱人有关，两种制度的利益衡量方式差别很大。其实，就算德国法创造性地将合同错误制度归入“意思表示错误”这一只考察表意人的单方视角，也仅徒有其表，因为遗嘱错误之特殊价值最终仍然会彰显出来。

微观上看，《意大利民法典》通过第 624 条和第 625 条，明确将遗嘱错误二分为动机错误和表示错误，这也是罗马法开创的传统。意大利学者习惯将动机错误称为意思瑕疵的错误(*errore-vizio*)，表示错误称为障碍性错误(*errore ostativo*)。^[90]先看前者，第 624 条第 1 款和第 3 款是对所有与遗嘱人意思有关的瑕疵(包括胁迫、欺诈和错误)之总括性规定。^[91]作为意思瑕疵，它们主要发生于意思的形成过程中，阻碍了真实意思的形成，而与意思与表示是否一致无关。基于胁迫、欺诈产生的遗嘱效力受阻毋庸置疑，但是否所有动机错误亦皆影响遗嘱效力呢？第 624 条第 2 款专门进行了补充说明：只有在动机明确由遗嘱表明、且是促使遗嘱人订立遗嘱的唯一原因时，利害关系人才可提起撤销之诉。这完全承袭自 D.35,1,72,6、D.32,11,16、C.6,44,1，让人感慨今人智慧并不见得优于古人。意大利最高法院 1966 年 8 月 2 日第

[86] 薛军，见前注[13]。

[87] 《意大利民法典》第 1324 条：“除了法律有不同规定的外，在可准用的范围内，调整契约的规范同样准用于当事人生前的具有财产内容的单方行为。”《意大利民法典》，费安玲、丁玫译，中国政法大学出版社 1997 年版，页 357。

[88] Cfr. Vittorino Pietrobbon, *L'errore nella Dottrina del Negozio Giuridico*, Padova, 1963, p.474.

[89] Cfr. Mario Bessone, a cura di, *Lineamenti di Diritto Privato*, Torino, 2006, p.457.

[90] Cfr. Paolo Cendon, a cura di, *Commentario al Codice Civile*, art. 456—712, *Successioni legittime e testamentarie*, Milano, 2009, p.1153.

[91] 第 1 款曰：“因胁迫或者欺诈或错误订立的遗嘱，可以由任一利害关系人提起撤销之诉。”第 3 款曰：“提起撤销遗嘱之诉的权利自知晓胁迫、欺诈或者错误之日起经过 5 年不行使而消灭。”《意大利民法典》，见前注[87]，页 179。

2152号案例(Cass. 2 agosto 1966, n. 2152, *inedita*)阐明了认定动机错误的标准:错误的对象应是客观事实,而非遗嘱人自身的主观判断。^[92]罗马法事实错误与法律错误两分的传统也为该款承袭:导致遗嘱效力受损的动机错误既可能是事实错误,也可能是法律错误。比扬卡的教学案例对此进行了清晰的解释:有关事实的动机错误比如“遗嘱人‘因为A是我唯一的亲属’而指定A为继承人”,但A事实上并非遗嘱人唯一的亲属;有关法律的动机错误则如“遗嘱人‘因为相信自己对受遗赠人负债’而遗赠了一笔钱”,但事实上他并非受遗赠人的债务人。^[93]我们可以对比优士丁尼《法学阶梯》中的反面例子:“蒂丘斯,由于他于吾不在期间照管了吾之事务,吾给予并遗赠斯提古于他……蒂丘斯,因为其辩护,吾被免于受死罪控告,吾给予并遗赠斯提古于他”(I.2,20,31)。^[94]显然,在这两个古罗马案例中,遗嘱人之错误皆来自自身主观判断,并不能对遗嘱效力发生影响。

再看后者,因为胁迫、欺诈都与意思和表示的一致性无关,所以《意大利民法典》第625条尽皆规定的是表示错误。表示错误,顾名思义,就是遗嘱人的意思与表示发生了不一致。表示错误既可能与指定的继承人或受遗赠人有关(第1款),也可能与遗嘱所要处分的标的物有关(第2款)。无论哪种情况,只要遗嘱所指定之人或所处分之物可以清晰推知,错误就不影响遗嘱的效力。这样的规定同样可以在优士丁尼《法学阶梯》中找到原型:“如果遗嘱人就受遗赠人的名、姓、族名发生错误,如果他指的是谁很清楚,遗赠仍然有效”(I.2,20,29)。这样规定的正当性理由为何呢?该法言继续解释道:“因为名字被认为用来指称人,如果能以其他方式认出人,它就毫不重要。”^[95]但是,《意大利民法典》并未明示的问题是:如果利害关系人主张,遗嘱所记载之人或物实为遗嘱人的错误,但并不能从遗嘱本意或其他事实清楚地推知它们就是遗嘱人真正所想指定之人或处分之物的话,又该如何处理?意大利学界的通说认为,此时遗嘱无效。^[96]

总的来看,意大利法通过立法、判例、学理的综合运用,构建了一套与合同错误制度平行并存的、独立的遗嘱错误制度,其内在机理又与罗马法传统一脉相承。不能说潘得克吞错误体系弱于意大利法,但显然它也不会优于意大利法。

(二)英美法中的遗嘱错误

要审视遗嘱错误在非潘得克吞体系法制中的状况,英美法必不可少。这是一套迥异于大陆法的思维模式:遗嘱错误规则根植于丰富的英美遗嘱法实践和独特的继承法律文化,没有动机错误和表示错误之分,也没有学者试图构建一种统合适用于契约和遗嘱的共通的错误规则。

[92] Cfr. Paolo Cendon, *op. cit.*, p.1167.

[93] Cfr. C. Massimo Bianca, *Diritto Civile, II, La Famiglia - Le Successioni*, Milano, 2005, p.833s.

[94] 徐国栋,见前注[47],页306。

[95] 徐国栋,见前注[47],页305。

[96] Cfr. C. Massimo Bianca, *op. cit.*, p.835.

但仍然可以清楚地厘定遗嘱错误在法律体系中的位置与自身制度逻辑。英国 1982 年的《遗嘱管理执行法》(Administration of Justice Act 1982)是少有的明文规定了遗嘱错误规则的制定法,该法第 20 条规定:如果法院确认(a)遗嘱出现文字错误,或者(b)遗嘱代书人误解了遗嘱人的指令,遗嘱由此无法反映出遗嘱人的意思时,遗嘱可予更正。法条按自书遗嘱和代书遗嘱区分了不同的错误情况,两者实质都是表示错误,法律后果与《意大利民法典》第 625 条类似,在能够确认出遗嘱人的真意时,遗嘱不因错误而无效。

学理上,遗嘱错误属于遗嘱效力问题。^[97] 一个有效的遗嘱,除了有严格的形式要求,也必须反映遗嘱人的真实意图。按照最早在 *Barry v. Butlin* 案中形成的规则,无论自书遗嘱还是代书遗嘱,如果遗嘱人对遗嘱内容缺乏认知(knowledge)与同意(approval),遗嘱无效。^[98] 认知和同意的缺乏可能受制于两类原因:一类包括心智的缺乏、不当影响和欺诈;另一类则是疏失(inadvertence)和错误(mistake)。^[99] 疏失是遗嘱人不知遗嘱内容而为同意行为(签署了遗嘱),本质是认知之缺乏;错误则如《遗嘱管理执行法》第 20 条所示,本质是遗嘱表示与遗嘱人之真实意思不一致。两者之关系,类似大陆法中不知与错误的关系,^[100]都为规范意义上的错误制度所统辖。当然,与大陆法相比,英美法的错误概念要狭窄得多。

按照上述逻辑,学者们一般分“遗嘱整体的错误”和“遗嘱部分的错误”两部分讨论普通法有关遗嘱错误的规则,每一部分又会细分考虑遗嘱人和代书人之不同情况。^[101] 就“遗嘱整体的错误”,*In the Goods of Hunt* 是一个无法绕开的案例:一位妇女在她同住的姐妹准备的遗嘱上签字,误以为这是她自己的遗嘱,该遗嘱被拒绝进行遗嘱检验。法官认为,遗嘱人对她签署的这份遗嘱并无认知:“她要是了解遗嘱内容,就不会签字。”^[102] 在代书遗嘱中,根据 *Hastilow v. Tufnell* 案确立的规则,即使遗嘱人对代书人表示,“我将签署你为我起草的任何遗嘱”,如果遗嘱人不知遗嘱内容,遗嘱也是无效的。^[103] 这里的法理是:一个有效的遗嘱反映的是遗嘱人自己的意志,是他自由决定的结果,即使遗嘱的内容不必来自遗嘱人,但他也需认知并同意它们。就“遗嘱部分的错误”,普通法通过遗嘱更正(rectification)制度解决,仅错误部分无效。常见的情形是:遗嘱人在遗嘱中写下的是某些词,但本意却是另外的词(这也就是《遗

[97] See Stephen Cretney, Gerald Dworkin, *The Law of Wills*, Stevens & Sons, 1971, p.43.

[98] *Barry v. Butlin* (1838) 2 Moo.P.C. 480.

[99] See Roger Kerridge, *Parry and Kerridge: The Law of Succession*, Sweet & Maxwell, 2009, p.73.

[100] 在泽莱蒂看来,只有从心理学的角度,对错误和不知之分才有意义。错误是一种事实,而不知是一种状态,后者在心理过程中一般作为错误原因的前例而存在。错误表达的是一种现象,处理的是能动的和效力的方面,不知则表达的是静态和原因的方面。但如果不在心理学上对他们进行研究的话,对两者进行区分无任何意义。Cfr. Ugo Zilletti, *La Dottrina dell'errore nella Storia del Diritto Romano*, Milano, 1961, p.1.

[101] See Roger Kerridge, *Supra* note 99, pp.74-75.

[102] *In the Goods of Hunt* (1875) LR 3 P & D 250,252.

[103] *Hastilow v. Tufnell* (1833) 4 Hagg.Ecc.465,477.

嘱管理执行法》第20条所谓的“文字错误”);^[104]或者,遗嘱人出于不知或错误忘记删除了出现在格式遗嘱中的某个他并不同意的固有条款。^[105]同样的原则也适用于代书人导致的遗嘱表示与遗嘱人真意不符的情况。^[106]

遗嘱错误是一个价值、证据、法律技术多方博弈的领域,在“遗嘱人在正确的遗嘱上签字”这一形式要求和“已经签字的遗嘱反映了遗嘱人的真意”这一实质要求间,总是存在着意想不到的交错与冲突。2014年初方才最终结案的 *Marley v. Rawlings & Anor* 案对既有规则提出了挑战。案情很简单:Rawlings 夫妇在遗嘱中先将自己的遗产留给对方,再在后逝者终去后,将两人遗产留给他们的养子。尽管遗嘱签订时两位老人的律师和秘书都在场,但他们却错误地在对方的遗嘱上签字。错误在第二位老人(Rawlings 先生)逝世时被发现,遗嘱被认定为无效,遗产被根据法定继承规则,转移给了在遗嘱中完全没有提及的 Rawlings 夫妇的亲生儿子。养子基于两项理由诉请遗嘱有效:第一,根据1837年的《遗嘱法》第9条,遗嘱已经得到了适当的签名,由此可以断定遗嘱人“本意是通过签名赋予遗嘱效力”。但法官引用 *In the Goods of Hunt* 案和其它案件排除了这种可能性。第二,根据《遗嘱管理执行法》第20条,可以更正发生错误的遗嘱。但法官认为,本案并不属于该条规定的两种错误情况。在2011年的判决中,高等法院否定了对这一“签名错误”进行更正的可能性。^[107]案件的上诉程序一直持续到2014年初才有结果。上诉法院最终支持了养子的诉请。法官所采用的推理手段是:就最后生效的、对遗产归属起关键作用的 Rawlings 先生的遗嘱而言,由 Rawlings 太太事实上签名的文本取代本应由 Rawlings 先生签名的文本。内中理由是:将遗嘱类推为商业合同,“目的是要确认当事人一方或双方签订文件时的意图,通过解释使用在文件中出现的、事实上的和嵌入在商业背景中的单词”。^[108]法官并未机械套用在过往先例中形成的规则,而是通过解释方法之应用,力求使遗嘱人真意得到实现。这是一种务实且尊重常识的方法,由此扩张了《遗嘱管理执行法》第20条中“书写错误”的内容,将遗嘱之救济措施扩大到了“基于遗嘱人目的的更正”。这也再次证明:要对错误问题进行抽象化、制度化、体系化殊为不易,个别化的处理方式和衡平考量充斥其中,构成了消解任何建构企图的内在张力。

五、中国的遗嘱错误立法和民法典体系选择

我国民法在1949年后改弦更张,受苏俄法影响不小。苏俄法本身承继了“法律行为”、“意

[104] See *In the Goods of Swords* [1952] p.368.

[105] See *Re Phelan* [1971] 3 All ER 1256.

[106] See *In the Goods of Oswald* (1874) L.R. 3 P. & D. 162; *Morrell v. Morrell* (1882) 7 P.D. 68; *Smith v. Thompson* (1931) 47 T.L.R. 603; *In the Goods of Walkeley* (1893) 69 L.T. 419; *In the Goods of Boehm* [1891] p.247; *Re Reynette - James* [1976] 1 W.L.R. 161; *Re Morris* [1976] p.62, 79-81.

[107] See *Marley v. Rawlings & Anor* [2011] EWHC 161 (Ch).

[108] *Marley v. Rawlings & Anor* [2014] UKSC 2 (22 January 2014).

思表示”等概念和总分型的民法典立法模式,这使得潘得克吞传统在我国哪怕经历了政权更迭和时代变迁,但作为人们认识民法典体系的主要方法,却一直得以保留下来。然而,对于在民法典总则篇是否设置一个抽象的以“法律行为”为名的章节,以及在该章节名下对包括“重大误解”在内的各种意思表示瑕疵进行统括规定,上世纪80年代初的立法者们并非没有争论。在1980年8月15日发布的《中华人民共和国民法草案》(征求意见稿)中,就有一种意见认为,不应保留总则篇之“第四章 法律行为”的规定。^[109] 这种声音在前有苏俄法影响、后则面临日、德、我国台湾地区民法理论大举入侵的年代,虽罕有却又深富远见。显而易见的事实是,无论《苏俄民法典》(1922年和1964年)、《日本民法典》还是我国台湾地区“民法”,皆未在总则篇的错误制度外,专门考虑到婚姻错误与遗嘱错误的特殊性。这说明,后发国家对《德国民法典》及其潘得克吞体系的效仿,不能仅效仿其“皮”,也应注意其“骨”。

经过苏俄、日以及我国台湾地区“民法”的二次中介,我国现行民法大体上维持了一种以《民法通则》为“总则”、各民事单行法为“分则”的“有中国特色的潘得克吞体系”模式。时至今日,民法典仍未出台,这既是一种遗憾,却又为我们进行足够的检讨与反思赢得了时间。特别是,如果我们真的坚持总分型的潘得克吞体系模式,先不说总则纳入哪些制度和分则篇章结构的设计,仅观法律行为和意思表示制度与分则相关处之接洽融合,就可扪心自问,对于民法典,我们真的做好了足够的理论储备了吗?

立基于遗嘱错误这一微观制度,2000年审结的“杨桂英诉邢元寿案”或可成为我们开展这种反思的一个契机。该案案情既复杂也简单:马某在其妻病故后,分别与原告杨某和第三人任某建立了非法同居关系。1999年5月5日,马某立下代书遗嘱:“我年老去世后,宜良的一间半房屋和存折上的12000元,包括家具在内,一切归我妻杨某接受。”随后,马某将6000元的两张存折交付杨某。但10月11日,马某又将12000元存款以被盗为名挂失,并将挂失单和房产证交付任某。10月26日,马某去世。在弥留之际,他立下口头遗嘱,重申了5月5日的代书遗嘱的内容,该口头遗嘱有4名证人见证。遗嘱人死亡后,杨某向法院提起诉讼,要求被告邢某归还其占有的房屋,要求第三人任某归还存款挂失单。云南省昆明市中级人民法院最终驳回了杨某的诉讼请求,理由有二:第一,马某1999年5月5日的遗嘱因为缺乏其本人签名,形式上不符合《继承法》关于代书遗嘱应由遗嘱人签名的规定。第二,遗嘱人在订立第一个代书遗嘱时,其在信用社的存款只有6000元,另外6000元于1999年7月1日方才存入,故该代书遗嘱的有关内容虚假;而遗嘱人临终前订立的口头遗嘱亦为对代书遗嘱内容之重复,因此也因内容虚假而无效。据此,法院认为,当事人对自己提出的主张,有责任提供证据,否则就要承担举证不力的法律后果。本案中,杨某所举口头、书面遗嘱证据不具备真实性、合法性的特征,故不具有证据的效力。因此,原告要求将遗嘱人财产判归其所有的主张,法院不予支持。^[110]

[109] 参见何勤华、李秀清、陈颐编:《新中国民法典草案总览》(下卷),法律出版社2003年版,页377。

[110] 参见国家法官学院、中国人民大学法学院编:《中国审判案例要览》(2001年民事审判案例卷),中国人民大学出版社2002年版,页39-43。

法院判决中认定的遗嘱“内容虚假”意味着,遗嘱人对遗赠金额发生了认知错误,这实际上是典型的遗嘱错误问题。由于我国《继承法》在错误问题上的立法缺位(这与其它东亚潘得克吞诸继受地无异),以及多年来我国的法学教学和研究极为忽视在遗嘱、婚姻等非合同法律行为中出现的瑕疵问题,法官显然无意在此问题上深究下去,而仅通过在程序法上认定证据缺乏效力了事。

的确,法官在实体问题上存在着“寻法”困难。先看《继承法》第22条第2款的规定:“遗嘱必须表示遗嘱人的真实意思,受胁迫、欺骗所立的遗嘱无效。”这是《继承法》仅有的关于遗嘱人意思表示瑕疵的规定。但在本案中,遗嘱并非没有表达遗嘱人的真实意思,也不存在遗嘱受胁迫和欺诈而立的情况,遗嘱人只是对遗赠金额发生了错误:当时他只有6000元的存款,却在遗嘱中遗赠给了原告12000元。那么,可否遵循潘得克吞体系在寻法时“从后向前”(von hinten nach vorn)的顺序,^[11]将此遗嘱错误问题适用于《民法通则》第59条的“重大误解”规则呢?答案仍然是困难的。根据《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》(试行)第71条的规定,重大误解是“行为人对行为的性质、对方当事人、标的物的品种、质量、规格和数量等的错误认识”,且要“造成较大损失”,这完全是比照合同错误诸种情形而定的。遗嘱错误并不必然造成现实的较大损失,“遗嘱人在遗赠金额上的错误”也无法和“标的物的数量错误”混为一谈。可见,法院最终从遗嘱形式出发,认定遗嘱的真实性存在问题,也许是在错误问题上出现了“寻法”不得的苦衷。

但实体的问题终究还是需要回到实体解决,因为在本案中,遗嘱形式上的效力并不存在瑕疵。虽然遗嘱人在1999年5月5日的代书遗嘱因为缺乏本人签名,从而不符合《继承法》第17条第3款规定的要件,但他通过临终前的口头遗嘱重申了前一遗嘱的内容,后一遗嘱在形式上是完全符合《继承法》第17条第5款有关口头遗嘱的形式要件的。这样,遗嘱人至少存在着遗赠原告6000元的真实意思和符合形式要求的口头遗嘱。可以说,法院对遗嘱的“无效”定性并不合适。

如果将此案套用比较法资源进行考察,也许会得出较为满意的结果。罗马法、意大利法或英美法任一知识储备都有助于昆明中院法官妥贴照顾遗嘱人的真意,由此贯彻“遗嘱自由”这一继承法所应保护的最核心价值。^[12]可以发现,这一案件完全符合罗马法设定的案型:“他希望遗赠50个币,却写成了100个币”(D. 30, 15pr.);“遗嘱代书人把四分之一写成了一半”(D. 28, 5, 9, 3)。按照大中含小的遗嘱解释规则,^[13]罗马人的解决方案是:“50个币是应给付

[11] 梅迪库斯,见前注[79],页34。

[12] “实施私有财产制度,自应承认处分私有财产之自由,此所有权绝对之原则,亦应承认私有财产之主体于死亡前得以遗嘱自由处分其遗产。”林秀雄:《继承法讲义》,元照出版有限公司2009年版,页4。

[13] D. 50, 17, 110pr. . 保罗:《告示评注》第6卷:大中含小(*In eo, quod plus sit, semper inest et minus*)。对于这一规则在哲学上反映出的整体与部分关系的逻辑, See Gergely Deli, “The Underlying Philosophical and Legal Theoretical Problems of General Clauses in Roman Law”, 12 *Rivista Internazionale de Diritto Romano*, 58-59 (2009)。

的钱”(D. 30,15pr.);“继承人是为四分之一的遗产指定的,因为四分之一被包括在一半以内”(D.28,5,9,3)。按照前述《意大利民法典》第 625 条第 1 款之规定,遗嘱在因错误而被记载的场合,只要从遗嘱的本意和其他事实,遗嘱人欲指定何人并不混同而非常明确时,遗嘱为有效。再看英美法,基于其独创的遗嘱更正制度,法官完全可以判定,仅遗嘱中出现错误的部分无效,由此将代书遗嘱中 12000 元的遗赠额(它又为后一口头遗嘱确认)变更为 6000 元。

非潘得克吞体系的罗马法、意大利法和英美法皆可填补当代中国法中的一个法律漏洞,这可能仅仅只是一个巧合,但又可能不是一个巧合。潘得克吞体系存在至今,尚不及三百年,且适用地域有限,这与漫长的人类法律文明史相比,几为九牛一毛。潘得克吞体系创造了一种对民法典的认识方法,但它既不是唯一的也可能不是最优的一种方法。正如约翰·托什所言:

我们对人类所能达到的高度的认识、对他们所能达到的深度的认识、对他们在危机中表现出的足智谋多谋的认识、对他们在满足彼此需求中表现出的敏感性的认识——所有这些知识都是对过去不同时代背景下的人们所想和所做的了解累积得到的。^[114]

对于我国未来的民法典编纂,我想也应持如是的历史观:正确衡量、比较过去给我们累积的一切资源。

现今的中国民法学成长,不过三十余年。有学者一针见血地指出:“中国法学家在对民法的内在体系没有进行深入探讨的情况下,忙于外在体系的建立,是否过于盲目呢?”^[115]消除盲目的方法,除了深入“中国问题”进行具有原创性的理论建设工作,拓展对域外法与罗马法的认识视野也大有必要。即使对于德国法和潘得克吞体系的优劣,也应当结合别国继受的经验进行重新定位,以避免误读。只有将类似遗嘱错误这样的具体制度一一厘清以后,制定民法典的时机才会成熟。所以,制定民法典的时机不是在现在,而是在未来。

未来,修改后的《继承法》应纳入遗嘱错误制度,并结合德、意与罗马法经验,进行动机错误与表示错误的二分规则。借鉴英美法经验,已为我国民事立法广泛接受的“可变更”规则可以用来成为修补错误遗嘱的有效措施,以最大限度保留遗嘱人的真意。由于《合同法》已经单立有重大误解和其它相关意思表示瑕疵的规定,如果在《婚姻法》中再增补婚姻瑕疵的规定,《民法通则》“民事法律行为”一节将有许多制度在事实上被架空。此时,如果再讨论民法典编纂,一个非潘得克吞体系的、不存在总则或仅有序编的、无法律行为及其相关制度的、合同错误与遗嘱错误各自分立于相应编章的民法典,或许就是我们应当认真对待的一种民法典体系选择路径。

(责任编辑:薛 军)

[114] (英)约翰·托什:《史学导论》,吴英译,北京大学出版社 2007 年版,页 27。

[115] 杨振山、王洪亮:“继受法律的理性科学化——当代法学家的使命与继受法律的理论化”,《比较法研究》2004 年第 1 期。