# 遗赠、婚外同居与公序良俗

孙维飞\*

#### 目次

- 一、问题之提出
- 二、未规定特留份——有利或不利的论据?
- 三、继承——不劳而获?

四、赠与、遗赠与夫妻财产关系

五、总括的分析与结论

摘要 《民法典》继承制度延续了《继承法》,最终并未采纳特留份制度。自比较法角度看,《民法典》继承制度的重要特色在于注重扶养或需要,避免不加限制的"不劳而获"。在向婚外同居者遗赠情形中,生存配偶非基于扶养或需要而主张违反遗嘱意思的继承,不符合我国继承制度缓解"不劳而获"思想的特点,可不予支持。向婚外同居者遗赠的法律行为,若不涉及金钱和婚外同居的交换——如与婚外同居者订立遗赠扶养协议,则不应以违反公序良俗为由认定其无效。婚外同居者违反夫妻忠实义务可在夫妻关系的法律规定中寻求解决之道。

关键词 遗赠 婚外同居 公序良俗

# 一、问题之提出

二十多年前轰动一时的泸州遗赠案,法院判决将身后财产遗赠给婚外同居者的遗嘱因违反公序良俗(或社会公共利益)而无效,<sup>[1]</sup>引发多方争议。<sup>[2]</sup> 诸多争议,如《民法通则》《婚姻法》和《继承法》的关系如何,公序良俗原则与具体规则的关系如何,其实与该案解决无甚关联。<sup>[3]</sup> 民事法律行为若违背公序良俗(或社会公共利益)则无效,乃法条明文规定,<sup>[4]</sup>亦是对法律行为内容管制的基本要求,在不否认法条效力的前提下,并无争论余地。《民法典》颁布后,应如何处理类似遗赠案,

<sup>\*</sup>华东政法大学法律学院副教授、法学博士。

<sup>〔1〕</sup> 黄某诉蒋某某追索财物案,四川省泸州市纳溪区人民法院民事判决书(2001)纳溪民初字第 561 号;泸州市中级人民法院民事判决书(2001)泸民终字第 621 号。

<sup>〔2〕</sup> 参见刘亚林:《张学英诉蒋伦芳交付遗赠财产案观点综述》,载《人民司法》2002年第7期。

<sup>〔3〕</sup> 参见贺剑:《认真对待案例评析:一个法教义学的立场》,载《比较法研究》2015 年第 2 期,第 181—182 页。

<sup>[4] 《</sup>民法通则》第 58 条,《民法总则》第 153 条第 2 款,《民法典》第 153 条第 2 款。

如何于此类案型中适用第 153 条第 2 款,是本文关注的主题。本文采用的主要方法是"寻找立法者在既有法律框架内确立的关于婚姻、情感、家庭责任等的价值判断"<sup>[5]</sup>,分析《民法典》颁布后相关条文的不变与变,结合比较法,追踪继承制度在立法上所体现的中国特色,并进而对向婚外同居者遗赠的法律行为效力问题给出粗略的回答。考虑到涉及婚姻家庭继承的宪法条文所具有的极度概括性,本文并不企图在宪法相关条文的指引下通过"基于宪法的解释"方法进行分析以给出答案。<sup>[6]</sup> 另外,围绕向婚外同居者遗赠这一法律行为的效力问题,各种解释方法和法理思想都已经在文献中呈现,<sup>[7]</sup>本文仅希望提供一种分析路径和结论以供评判,并不在意在解释方法和法理思想上的深入论证。

婚外同居严重违背夫妻忠实义务,应属于违背公序良俗的行为,此点似乎未见争论,亦作为本文的前提。由于婚外同居为事实行为,而向婚外同居者遗赠为法律行为,且该法律行为的内容并不包含请求或允诺婚外同居的"权利"或"义务",因此,从概念逻辑上看,不能由婚外同居行为背俗直接推出向婚外同居者遗赠的法律行为背俗。该问题的争论集中在价值观上,其重点为继承制度中遗嘱自由与(夫妻)身份伦理维护等价值考量。继承制度中身份伦理维护在比较法上有特留份制度,本文即从此处说起。

### 二、未规定特留份——有利或不利的论据?

罗马法上即有"基于伦理感,对于遗嘱自由之限制"的义务分(亦即特留分或特留份)制度。<sup>[8]</sup> 以我国台湾地区"民法典"为例,其第 1187 条规定:"遗嘱人于不违反关于特留分规定之范围内,得以遗嘱自由处分遗产。"依其第 1223 条之规定,得主张特留份权利之人为法定继承人,特留份为法定继承份额的一定比例。此种基于法定继承人的身份即可享有不得被遗嘱剥夺的一定比例遗产分配权利的特留份制度,在有关泸州遗赠案的讨论中多被提及。<sup>[9]</sup> 由此,本文思考的问题是:假如一国立法中并未规定特留份制度,那么针对认定婚外同居者遗赠法律行为背俗无效的结论来说,这种"未规定"的制度事实究竟为不利还是有利的论据? 作为有利论据的可能逻辑是:正因为立法上未规定特留份制度,认定婚外同居者遗赠法律行为有效则不能有力地维护夫妻身份伦理,所以,有必要将该种法律行为认定为背俗无效从而加强夫妻身份伦理的维护。作为不利论据的可能逻辑是:正因为立法上未规定特留份制度,可见对夫妻身份伦理的维护在配偶遗产分配上的强制性并不强,所以,从立法价值观上看,将该种法律行为认定为背俗无效的正当性尚不够充分。本文更赞成将其作为不利论据的逻辑,理由是:若采前一种逻辑,其价值观更偏向法外价值观,<sup>[10]</sup>尽管其是经由"公序良俗"这一管道输入的;而采后一种逻辑,其价值观更偏向法内价值观,是从现行实证法体系得出的价值观。后一种逻辑可更好地防止司法者以自身主观的价值观代替法条所透

<sup>〔5〕</sup> 黄卉:《论法学通说》,载《北大法律评论》第12卷第2辑,北京大学出版社2011年版,第356页。

<sup>〔6〕</sup> 此种研究参见李想:《论宪法视角下公序良俗原则的适用——以"遗赠非法同居人案"为例》,载《中国法律评论》2022 年第 5 期。

<sup>〔7〕</sup> 参见郑永流:《道德立场与法律技术——中德情妇遗嘱案的比较和评析》,载《中国法学》2008 年第 4 期;何海波:《何以合法?——对"二奶继承案"的追问》,载《中外法学》2009 年第 3 期;黄伟文:《道德争议案件与司法的合法性——对"泸州遗赠案"的反思》,载《西部法学评论》2011 年第 5 期;石毕凡:《"泸州遗赠案"的利益衡量方法透视》,载《河南社会科学》2016 年第 4 期;王琳:《道德立场与法律技术关系的法哲学分析——"技术中立说"与"技术修饰说"之批判与重构》,载《交大法学》2017 年第 2 期。

<sup>〔8〕</sup> 参见史尚宽:《继承法论》,中国政法大学出版社 2000 年版,第606—607 页。

<sup>[9]</sup> 参见吴国平:《遗嘱自由及其限制探究》,载《海峡法学》2010年第3期,第41—42页;杨立新、和丽军:《对我国继承法特留份制度的再思考》,载《国家检察官学院学报》2013年第4期,第151页。

<sup>[10]</sup> 例如,主张必须采用法外价值观考量的文章,见前注[7],郑永流文,第 187 页。

露出的客观的价值观,从而伤及法治。[11] 采后一种逻辑时,并不意味着从未规定特留份这一制度事实立刻就可推出向婚外同居者遗赠法律行为有效,只是意味着主张无效者将承担更重的论证负担,并意味着鼓励司法者积极挖掘现行实证法所透露出的价值观,尽力做到依法而来的更中立的评判。

我国 1985 年实施的《继承法》并未规定特留份制度,直至《民法典》制定,学者多有呼吁继承法修订应加入特留份制度,尤其是前述泸州遗赠案发生后,呼吁声更盛。[12] 但是,最终出台的《民法典》并未规定特留份制度,即立法者依然不肯认可仅依身份而强制获得一定遗产份额的权利。由此,中国继承制度的这一特色依然保留着,并未改变。从比较法上看,欧陆民法中大多规定了特留份制度,英美普通法则少有规定。[13] 但即使在不涉及特留份时,以美国法为例,其继承法中的推定"不当影响"(undue influence)制度依然有较强的注重身份关系而非实际关系(actual relationship)的特点。在此制度下,一个照顾被继承人的人若并非被继承人近亲属,其被遗嘱指定为受益人时,由于照顾人与被继承人之间的关系相比于近亲属之间的关系是非自然的,其对被继承人的照顾和情感付出会被认为具有对被继承人施加不当影响的可能性,此种可能性下制作的遗嘱因而被推定为受到不当影响。受到不当影响的遗嘱是可撤销的。由此可见,此种继承制度仍有更注重身份(status),而非需要(need)、功过(desert)或情感(affection)的特点,以至于有学者称其为家模式(the family paradigm)。[14] 从比较法上看,不论是特留份制度还是推定不当影响制度都反映了遗产继承在维护身份伦理上的强度。此种强度在中国的继承法中并未有体现。

特留份思想或许反映了伦理或道德的观念,但此种观念在法律上是否得到认可尚须从实证法角度进行考察。与此类似,伦理道德中对婚外同居须进行制裁等观念在实证法中是否以及如何体现也应进行考察。由于公序良俗中的价值观探寻无须仅局限于《民法典》,判断向婚外同居者遗赠的法律行为是否因违反公序良俗而无效时,对包括公法规范在内的实证法整体的考察也都与其相关,上述考察有助于评估法律在维护身份伦理上的强度,也可构成判断该法律行为无效时相对有利或不利的证据。首先,我国法上并无通奸罪。中国传统上一直有对通奸可予刑事处罚的做法,比较法上通奸罪也并不罕见。[15] 但是,新中国成立后一段时间,尽管有处罚通奸罪的司法判例,但规定通奸罪的刑法草案并未颁行。1979 年《刑法》颁布后,对通奸罪的处罚彻底不复存在。[16] 尽管偶有呼吁增设通奸罪,[17]但历次刑法修正皆未增设。其次,在我国,不同于卖淫嫖娼,针对通奸或婚外同居并未设置治安管理处罚。卖淫嫖娼所抵触的是性伦理,通奸或婚外同居抵触的是夫

<sup>〔11〕</sup> 由此,道德习俗中的价值观经由"公序良俗"概念管道进入法律,在司法适用上应有一定的谦抑性。参见于飞:《〈民法典〉公序良俗概括条款司法适用的谦抑性》,载《中国法律评论》2022 年第 4 期,第 53—54 页。

<sup>〔12〕</sup> 参见李贝:《民法典继承编引入"特留份"制度的合理性追问——兼论现有"必留份"制度之完善》,载《法学家》2019 年第 3 期,第 85 页。

<sup>[13]</sup> See Andrew De La Rosa, Succession and Forced Heirship Disputes, in Steven Kempster, Morven McMillan & Alison Meek eds., International Trust Disputes, Oxford University Press, 2010, p.47 - 48. 在美国法上,死者之配偶(子女不在其内)可获得不可剥夺的法定继承的一定份额,英国制定法则规定了有需要的近亲属等可申请法院判决"合理的财物供给"的制度,对遗嘱自由进行限制。参见[美]劳伦斯·M. 弗里德曼:《遗嘱、信托与继承法的社会史》,沈朝晖译,法律出版社 2017 年版,第 47—58 页。

<sup>(14)</sup> See Frances H. Foster, *The Family Paradigm of Inheritance Law*, 80 North Carolina Law Review 199, 240(2001).

<sup>[15]</sup> 参见侯学宾、曲颢:《忠诚协议制度化的法经济学考察》,载《法治社会》2022 年第 4 期,第 81 页。

<sup>〔16〕</sup> 参见张训:《家事犯罪理论的初步构设——基于家庭安全的需要》,载《河南财经政法大学学报》2019 年第4期,第103页。

<sup>[17]</sup> 参见师宗正:《我国刑法应当增设通奸罪》,载《甘肃政法学院学报》1990年第3期。

妻身份伦理。性伦理禁止性与金钱的交换,<sup>[18]</sup>夫妻身份伦理则要求夫妻履行忠实义务。《治安管理处罚法》(2012年修正)第66条以及早先的《治安管理处罚条例》(1986年通过,2006年废止)第30条都有针对卖淫嫖娼的治安管理处罚规定,但并无针对通奸或婚外同居的治安管理处罚规定。从上述观察可以看出,与禁止卖淫嫖娼的性伦理维护不同,在维护夫妻身份伦理上并无针对通奸或婚外同居的刑罚或治安管理处罚,仅在婚外同居达到重婚的情形才可能因抵触刑法从而构成犯罪。<sup>[19]</sup> 由此,若一个人违反夫妻身份伦理而与他人通奸或同居且未达到重婚程度时,由于并未发生性和金钱的交换,公法上对其并无处罚后果。而若发生性和金钱的交换,则会引发治安管理处罚的后果。也就是说,比较卖淫嫖娼和婚外同居,从公法角度看,维护身份伦理的强度不如维护性伦理的强度。

上述实证法中身份伦理维护强度的事实体现了实证法的价值判断,应作为处理向婚外同居者遗赠法律行为效力问题的参考。尽管从上述规定中无法推出向婚外同居者遗赠的法律行为有效的结论,但是从上述实证法规定可以看出婚外同居行为在法律上并未受到较"严苛"的待遇,这为主张向婚外同居者遗赠法律行为无效施加了较大的论证负担。从比较法角度,从卖淫嫖娼和婚外同居的比较角度,上述所考察的制度事实对认定向婚外同居者遗赠法律行为无效应构成更不利的论据。

不过,针对向婚外同居者遗赠法律行为效力的问题,尚需更有针对性地考察继承制度的根据 及其与身份的关联。

### 三、继承——不劳而获?

改革开放后,民事领域率先有了《婚姻法》(1980年通过),继承法的立法却面临着争议,核心即为继承制度的正当性。在社会主义国家,继承制度正当性遇到的问题系继承人继承遗产所具有的"不劳而获"的特性。反对继承制度的人认为:"保护遗产继承权,会给继承人带来寄生思想,它和社会主义按劳分配的原则不符。" [20] 也有观点主张为了缓解继承制度中的"不劳而获"特性,应征收遗产税,以增添继承人"生产建设的积极力量"。 [21] 支持继承制度者则从社会主义继承制度不同于资本主义继承制度的经济基础人手,强调"在私有制社会里,一切形式的继承权,都是建立在生产资料私有制基础上。而社会主义继承制度的物质基础则是社会主义的生产资料公有制"。 [22] 强调遗产的来源并非剥削所得, [23]强调在国情还不能使得一切生产资料和生活资料都公有化的社会发展现状下,继承制度是与保护公民个人生产资料和生活资料所有权相伴生的。 [24] 就此可做进一步的申述,保护公民个人的生产资料和生活资料和有权的一个重要途径即为遗嘱自由。例

<sup>〔18〕</sup> 在禁止卖淫嫖娼的性伦理视角下,此种交换将人当作手段而非目的,有违人的尊严,是不当的肉体商品化。参见郑戈:《以法律实施道德的可能性及其局限——比较法视野下卖淫嫖娼的法律规制》,载《中国法律评论》 2017 年第 1 期,第 128 页。

<sup>〔19〕</sup> 个别观点主张仅稳定同居一段时间即可构成重婚,参见赖传祥:《论重婚的若干基础性法律问题》,载《云南大学学报(法学版)》2002 年第 3 期,第 86 页。

<sup>〔20〕</sup> 黄子鸿:《关于继承问题的一些不同看法》,载《法学》1982年第4期,第52页。

<sup>[21]</sup> 参见伍再阳:《我国应当对公民的遗产继承实行征税》,载《法学杂志》1984 年第 4 期,第 28 页。另外,在历史上,马克思和无政府主义者巴枯宁就废除继承权问题有过激烈的争论,参见覃天云:《学习马克思关于继承权著述的体会》,载《法学杂志》1983 年第 5 期,第 24—25 页。冀凤丽:《浅议马克思主义的继承权思想》,载《社会科学》1989 年第 9 期,第 8—9 页。

<sup>〔22〕</sup> 王遂起:《简论马克思主义的继承观》,载《政法论坛》1983年第1期,第50页。

<sup>〔23〕</sup> 参见张佩霖:《试论我国财产继承制度的性质和存在的必要性》,载《政法论坛》1985 年第 1 期,第 17—18 页。

<sup>〔24〕</sup> 参见郭道晖:《马克思主义对继承权的态度》,载《法学》1985年第7期,第4页。

如,一个人拥有房屋所有权不同于一个人拥有房屋居住权:前者房屋所有权人享有通过遗嘱进行死因处分的权利,若无遗嘱,房屋所有权亦可依据法定继承规则而被继承;而后者居住权因死亡而消灭,不发生继承的问题。由此可见,取消继承权实际上会使得所有的权利都变成因死亡而消灭的权利,从而根本上也就取消了所有权;限制遗嘱自由实质上是对个人财产所有权的限制。[25]

1985 年《继承法》通过并施行,其对扶养和需要而非身份的强调,学者认为具有缓解继承"不劳而获"特性之作用。首先,学者解释强调继承制度中"权利与义务相一致"原则。"只有在继承中贯彻权利与义务相一致的原则,才有利于鼓励人们发扬团结互助的共产主义道德精神,抵制极端个人主义、不劳而获的剥削阶级思想。" [26]《继承法》第 10 条规定了法定继承人限于被继承人的配偶、子女、父母、兄弟姊妹、祖父母和外祖父母。为什么做此规定,"仅用亲属关系来解释,是很难令人满意的"。应当注意到,这些法定继承人是依据法律对被继承人"除了存在亲属关系之外,都相互负有法定的抚养、赡养或扶养义务"。[27] 另外,依据《继承法》第 12、13 和 14 条,虽有亲属关系但未尽扶养义务的可以少分或不分遗产,而虽无亲属关系但尽了扶养义务的则可以适当分得遗产,丧偶儿媳或女婿尽了主要赡养义务的则可直接作为第一顺序法定继承人。这些规定在解释上都可认为是继承法中权利与义务相一致原则的体现。[28] 其次,《继承法》第 19 条的必留份制度以及第 14 条的继承人以外依赖被继承人扶养的有需要者可适当分得遗产制度,都体现了保护有需要者的养老育幼原则,[29]从而也有减轻社会负担的作用。[30] "没有独立维持生活能力的老、幼、病、残等人"获得帮助,不能被说成是"不劳而获"。[31]

总结上文所述可以看出,承认继承权和遗嘱自由制度是认可和保护私人财产所有权的必然结果。另外,尽管我国《继承法》在缓解不劳而获的思想基础上所具有的较为注重扶养和需要而非一味倚重身份的做法可能与本土的家文化传统或习惯观念不太吻合,<sup>[32]</sup>但在 2020 年通过的《民法典》中,上述做法或特性被保留了下来。<sup>[33]</sup> 从比较法上看,这些也正是中国继承法的主要特

<sup>(25)</sup> 有学者认为:"古今中外继承权制度,其设立的用意,最主要的,大概就是保证遗产在亲属圈之内的正常传承","血缘关系的存在,就是她们得到遗产的最大理由"。参见范忠信:《遗产赠与的伦理与法理——杭州"小保姆受遗赠案"的几点分析》,载《河南省政法管理干部学院学报》2002 年第 1 期,第 18—19 页。此种看法的缺陷在于轻视了承认继承权和遗嘱自由制度与认可和保护私人财产所有权之间的紧密关联。

<sup>[26]</sup> 单云涛:《略论我国民事继承中权利与义务相一致的原则》,载《政法论坛》1984年第4期,第66—67页。

<sup>[27]</sup> 郑立、曹守晔:《我国继承法权利与义务相一致原则》,载《法学杂志》1988年第6期,第4—5页。

<sup>〔28〕</sup> 也有学者认为为了防止认为权利义务是量上对等的,宜称其为"权利义务不可分"原则,参见刘铁鹰:《"权利义务不可分"是我国继承制度的一项基本原则》,载《政法论坛》1984年第4期,第69—70页。

<sup>〔29〕</sup> 参见王家桢:《一部符合中国国情的继承法》,载《西北政法学院学报》1985 年第 3 期,第 33 页。

<sup>[30]</sup> 参见刘春茂:《划清两种遗产继承权的界限》,载《法学》1984年第6期,第35页。

<sup>[31]</sup> 见前注[23],张佩霖文,第18页。

<sup>〔32〕</sup> 参见李平:《论法定继承顺位的立法策略与实践中的家文化坚守》,载《法制与社会发展》2020 年第 1 期,第 120 页。

<sup>〔33〕《</sup>民法典》第 1129—1131 条基本重复了《继承法》第 12—14 条的规定,但是,在第 1128 条第 2 款中对代位继承人的范围进行了扩张,规定了对被继承人并不会有一定条件下赡养义务的侄子女或外甥子女的代位继承权。不过,这一扩张虽然具有增加遗产在有亲属关系人之间传承的倾向,但尚不至于改变第 1129—1131 条规定所体现的我国继承法注重扶养和需要的基本特性。另外,与《继承法》第 14 条相比,《民法典》第 1131 条,对继承人以外的依靠被继承人扶养的人适当分得遗产,取消了"缺乏劳动能力又没有生活来源"的限制,放宽了无特定身份关系之人因为需要而继承财产的可能性,从另一侧面看对有特定身份的法定继承人继承遗产也会起到一定的抑制作用。而认为这种抑制作用,与警惕不劳而获思想有一定联系,并不过分。参见张兴利:《继承人以外的人可以分给适当遗产的理解与适用——〈民法典〉第 1131 条的解读》,载《中国公证》2022 年第 5 期,第 55 页。

色之所在,[34]其注重扶养而非单纯依赖身份的特性也被认为属于美国法应予借鉴之处。[35] 在向婚外同居者遗赠的情形,夫妻基于身份相互强制获得遗产的正当性越强,则该遗赠无效的可能性越高。而从现行实证法角度审视基于身份获得遗产的正当性,不可忽视由 1985 年《继承法》开启而在 2020 年《民法典》中得到保留的实证法所体现的价值观,即通过对扶养和需要的强调从而缓解继承中所含有的不劳而获的特性。例如,在泸州遗赠案中,生存配偶并非基于其对死者生前的扶养或在死者死后其生存需要而主张遗嘱无效从而分得遗产。其仅从身份出发而强制获得违反遗嘱规定的遗产份额,缺乏实证法价值观的支撑。正因为夫妻基于身份相互强制获得遗产的正当性从实证法整体价值观的视角上看尚不足,从而主张向婚外同居者的遗赠无效的正当性亦不足。[36]

不论是未规定特留份或者是对基于身份不劳而获的警惕,都侧重于保护有身份一方(遗赠方配偶)的权利及维护其正当性。事情的另一面是有身份另一方(遗赠方)的义务及其限度,与向婚外同居者遗赠相关的,尤其是该义务在夫妻财产关系中的限度。接下来即考察实证法就此所做的规定。

## 四、赠与、遗赠与夫妻财产关系

#### (一) 法律如何防止家产外流?

在夫妻财产关系中,若实行共同财产制,则一方向婚外同居者为生前赠与时,可面临两项限制:一是用共同财产赠与时,转移财产在处分权上的限制;二是赠与合同可能面临不得违背公序良俗的限制。司法实践中就处分权限制,多数法院的做法是,不考虑处分的共同财产是金钱还是其他形态财产,而直接认定处分行为因未经配偶同意而全部无效,<sup>(37)</sup>并不接受对共同财产中一半份额有处分权的说法。<sup>(38)</sup> 仅自处分权限制的角度,法院可支持赠与财产全部返还的主张。不过,法院往往还会同时强调该种赠与合同所具有的违背公序良俗的特点。<sup>(39)</sup> 不同于遗赠,向婚外同居者为生前赠与时,该赠与和同居关系之维持常被认定为有联系。有这种联系时,虽然不一定谈得上是性交易,但认其为违背公序良俗,亦可接受。<sup>(40)</sup> 不过,赠与合同违背公序良俗时,依赠与而转

<sup>(34)</sup> See Thomas E. Simmons, A Chinese Inheritance, 30 Quinnipiac Probate Law Journal 124 (2017).

<sup>(35)</sup> See Frances H. Foster, Linking Support and Inheritance: A New Model from China, 1999 Wisconsin Law Review 1199, 1257 (1999). Frances H. Foster, Towards a Behavior-Based Model of Inheritance?: The Chinese Experiment, 32 University of California at Davis Law Review 77, 124-126(1998).

<sup>〔36〕</sup> 不过,需说明的是,缓解"不劳而获"的特性并不意味着完全排斥,在被继承人未立有遗嘱时,法定继承人基于其身份,在和扶养和需要没有任何关联的情况下亦可能继承遗产。完全排斥意味着生前赠与也可能被禁止,从而使得个人所有权自由受到限制。因此,在被继承人立有遗嘱时,依身份违反遗嘱"强制"获得遗产的正当性才是本文着力的主题。

<sup>(37)</sup> 参见吴晓芳:《夫妻一方擅自将共同财产赠与他人纠纷的处理》,载《人民司法(应用)》2013 年第 13 期,第 110 页。2018 年度江苏法院婚姻家庭十大典型案例之四:朱某与陆某赠与合同纠纷案——丈夫出轨赠与"第三者"财物法院判决赠与无效;2021 年安徽省亳州市中级人民法院发布 6 个民法典适用典型案例之五:戴某某与平某某赠与合同纠纷案——配偶将财产赠与小三,违背公序良俗,赠与无效,应当全部返还。

<sup>〔38〕</sup> 在个别案件中,法院仅支持赠与金钱后向赠与人配偶返还一半财产,例如: 张某、陈某等赠与合同纠纷案,湖南省长沙市中级人民法院民事判决书(2021)湘 01 民终 13203 号。不过,在赠与人配偶起诉时,若已经离婚的,有法院支持返还一半,例如: 陈某、徐某某赠与合同纠纷案,福建省福州市中级人民法院民事判决书(2020)闽 01 民终 4555 号;也有法院支持返还全部,例如: 吴某某、刘某等不当得利纠纷案,广东省深圳市中级人民法院民事判决书(2021)粤 03 民终 3809 号。

<sup>[39]</sup> 例如:郑某、颜某等赠与合同纠纷案,四川省眉山市中级人民法院民事判决书(2021)川 14 民终 1166 号。

<sup>[40]</sup> 认其为违背公序良俗,即意味着对通过赠与而达到有利于维持婚外同居关系之目的的否定评价。这种目的在法官判决中会径直加以认定,应是采生活常理,不再额外解释。例如:范某、段某某等赠与合同纠纷案,江西省吉安市中级人民法院民事判决书(2021)赣 08 民终 2323 号。

移的财产在赠与人要求返还时有被认为存在因不法原因给付无须返还的可能。因此,赠与人配偶 主张返还另一方所赠与的共同财产时,从法理上看,还是须依赖处分权限制制度。处分权限制已 经足以对抗经由向婚外同居者生前赠与方式减少夫妻共同财产的可能性。[41]

遗赠对财产的转移,自遗赠人死亡时发生效力。因此,不会产生经由遗赠减少夫妻共同财产的可能性。另外,由于遗赠人死亡时遗赠才生效,即同居关系结束时才生效,且立遗嘱人随时可以撤回遗嘱,因此,向婚外同居者为遗赠时,遗赠与同居关系之维持缺乏紧密的联系。假如遗赠人并非单纯的遗赠,而是生前和婚外同居者订立遗赠扶养协议,由于遗赠扶养协议的有偿性,<sup>[42]</sup>此时,即使照料本身谈不上背俗,但婚外同居者用照料换取财产遗赠可认为背俗,<sup>[43]</sup>从而应认为与婚外同居者订立的遗赠扶养协议因背俗而无效。<sup>[44]</sup> 另外,遗赠扶养协议相比于遗嘱所具有的约束效力,<sup>[45]</sup>也为认定与婚外同居者订立的遗赠扶养协议因背俗而无效增强了论证。

从防止"家产外流"和抑制与已婚者同居的角度看,司法实践中从处分权限制角度对同居关系中生前赠与导致财产转移的无效处理可发挥一定的作用。<sup>[46]</sup> 而在夫妻一方死亡时,共同财产需要解体,此时配偶财产利益保护的重点是死者与生存配偶之间财产关系上的划分,防止财产不当流入死者遗产,以保障生存配偶的合法权利。接下来就此阐述。

#### (二) 死亡与离婚——区别对待?

就现行实证法看,死亡引发的夫妻共同财产分割与离婚引发的夫妻共同财产分割被区别对待。《民法典》实施前,较早《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件处理财产分割问题的若干具体意见》(法发〔1993〕32号)规定的离婚分割夫妻共同财产的原则为"坚持男女平等,保护妇女、儿童的合法权益,照顾无过错方,尊重当事人意愿,有利生产、方便生活的原则",而在 1985 年通过的《继承法》,就死亡引发的夫妻共同财产分割,则实行"一半"规则,即"应当先将共同所有的财产的一半分出为配偶所有,其余的为被继承人的遗产"(第 26 条)。2001 年修正的《婚姻法》去掉了离婚财产分割中的"照顾无过错方"原则(第 39 条),但在第 46 条中增加了无过错方可请求"离婚损害赔偿"制度。2020 年通过的《民法典》第 1087 条恢复了离婚财产分割中的"照顾无过错方"原则,同时第 1091 条也保留了"离婚损害赔偿"制度。就死亡时的夫妻共同财产分割,则依然延续一直以来的"一半"规则(第 1153 条)。由此可见,死亡引发的夫妻共同财产分割与离婚引发的夫妻共同财产分割,从法条文义看被区别对待,前者不适用"照顾无过错方"原则,而后者则适用。

除了财产分割上的区别对待,死亡引发的婚姻消灭与离婚引发的婚姻消灭,在对财产关系的影响上尚有以下不同:《民法典》中"离婚经济补偿"(第 1088 条)、"离婚经济帮助"(第 1090 条)和"离婚损害赔偿"(第 1091 条)制度在婚姻因夫妻一方死亡而消灭时无法直接适用。向婚外同居者

<sup>[41]</sup> 从公序良俗角度看,不能排除生活中可能存在和维持婚外同居关系目的无关之赠与,如何识别判断,是个难题。考虑到处分权限制已经足以使得向婚外同居者生前赠与中的处分行为无效,本文不再就上述识别判断问题进行阐述。

<sup>〔42〕</sup> 参见缪宇:《遗赠扶养协议中的利益失衡及其矫治》,载《环球法律评论》2020 年第5期,第90页。

<sup>〔43〕</sup> 此时,引发背俗的并非"照料换取财产遗赠",而是"婚外同居者的照料换取财产遗赠"。因为此时不妨将照料视为同居整体的组成部分,从而形成同居与财产遗赠之间的交换,并引发背俗。不过,是否有极端情况,照料不可视为同居整体的组成部分,从而无法认定为同居与财产遗赠之间的交换,尚待进一步的研究。

<sup>〔44〕</sup> 翟某某诉徐某某等遗赠案,北京市第一中级人民法院民事判决书(2017)京 01 民终第 983 号。不过,法院并未基于不法原因给付否定遗赠扶养协议无效时婚外同居者就照料所支出费用的返还请求权。

<sup>[45]</sup> 参见王葆莳:《继承协议中处分行为的约束力及其限制——兼评我国民法典继承编的立法构建》,载《上海政法学院学报》2019 年第 6 期,第 104 页。

<sup>[46]</sup> 见前注[12],李贝文,第86页。

遗赠涉及的是配偶一方死亡时的婚姻消灭,上述三项制度的适用必要性或可能性或值探讨。首先,离婚经济帮助强调离婚后一方生活困难。在向婚外同居者遗赠情形,若一方死亡后生存配偶生活困难,《民法典》第1159条的"必留份"制度有可能适用,因此,离婚经济帮助制度在配偶一方死亡时适用或类推适用的必要性不大。其次,离婚损害赔偿强调因婚外同居等过错导致离婚,而死亡时婚姻消灭,与婚外同居的过错无关,因此,离婚损害赔偿制度在配偶一方死亡时适用或类推适用的可能性不大。最后须考察的是离婚经济补偿制度在一方死亡时的适用或类推适用的可能性与必要性。

2001 年修正的《婚姻法》第 40 条规定了"一方因抚育子女、照料老人、协助另一方工作等付出较多义务的"可要求离婚经济补偿的制度。但不久就有学者指出其不足:离婚经济补偿的制度将适用条件限定为夫妻实行约定分别财产制,限缩了该制度的适用范围。[47]《民法典》通过后,第1090 条弥补了这一不足,离婚经济补偿制度亦适用于夫妻共同财产制的情形。做此弥补的一个重要理由是:夫妻一方因家务投入而付出了放弃自身发展(挣钱)能力的机会成本。[48] 也就是说,假如夫妻一方将投入家务劳动的精力用来挣钱,一方面可挣到更多的钱,另一方面也发展了自身能力,包括干中学等带来的工作经验的积累。在夫妻共同财产制下,夫妻关系存续期间未能挣到更多的钱,或许可以通过夫妻共同财产得到弥补。但错过自身能力发展的机会,无法仅通过夫妻共同财产得到弥补。[49] 由此可见,夫妻共同财产制并不意味着无需离婚经济补偿制度,甚至也可以说,其只是维持家庭所需要的成本在双方之间应有的分担而已。[50]

向婚外同居者遗赠涉及死亡引发的婚姻消灭,在此情形下,假如不认定遗赠因背俗而无效,在死者一方与生存配偶之间的财产关系的法律调整上或许仍可将一方婚外同居这一因素纳入考量。就分割财产中"照顾无过错方"原则的运用,由于《民法典》第1153条将比例明确限定为"一半",突破较难。但是,《民法典》第1088条离婚经济补偿制度不妨类推适用到死亡导致的财产分割情形,因为家庭维持所需要的成本分担并无理由在一方死亡时就不再必要,尤其考虑到死亡一方将遗产遗赠给第三人时更是如此。尽管司法实践中尚未见此种类推适用,本文作此主张意在提醒婚外同居事涉夫妻关系,不妨在实证法有关夫妻关系调整的规定中寻找处理的办法。[51] 由此视角出发,

<sup>[47]</sup> 参见巫昌祯、夏吟兰:《〈民法典·婚姻家庭编〉之我见》,载《政法论坛》2003 年第 1 期,第 33—34 页。

<sup>〔48〕</sup> 参见汪洋:《共同财产制下离婚经济补偿的价值基础、教义构造与体系协调》,载《妇女研究论丛》2021 年第5期,第75—76页。

<sup>[49]</sup> 自经济分析视角看,以放弃自身发展能力的代价(机会成本)投入家务劳动中,此种就自身的人力资本投资一定程度上也具有"专用性投资"(specific investment)的特点,即专用于夫妻关系中。若夫妻关系不能维持,则此种专用性投资即有落空之损失。因此,离婚经济补偿也具有保护此种专用性投资的特点。See Lloyd R. Cohen, *Marriage: The Long-Term Contract*, in Antony W. Dnes & Robert Rowthorn eds., The Law and Economics of Marriage and Divorce, Cambridge University Press, 2004, p.10 – 33.

<sup>[50]</sup> 有学者反对限制于分别财产制前提的离婚经济补偿制度,主张废除离婚经济补偿制度,通过完善夫妻共同财产制来实现离婚经济补偿制度之目的,比如,分割夫妻共同财产时考虑各自的就业能力等。这种主张与将离婚经济补偿扩张到夫妻共同财产制情形下有相通之处。参见宋豫:《试论我国离婚经济补偿制度的存废》,载《现代法学》2008年第5期,第111页。

<sup>[512]</sup> 不过,也有一审判决无视所谓"一半"规则,采取与离婚财产分割相同的准则进行死亡时的财产分割,从而在有婚外同居过错的遗赠人死亡引发夫妻共同财产分割时,考虑死者的过错以及"照顾女方原则",将超过一半的夫妻共同财产分割为死者配偶财产,剩余少于一半的夫妻共同财产则分割为死者遗产,并同时认可了向婚外同居者遗赠法律行为的有效性。是否可以以及如何突破明文规定的"一半"规则值得再斟酌,但寻求夫妻关系中解决的做法值得称赞,遗憾的是,二审判决依然执着于否定遗赠效力的做法。参见杨某与陈某1等遗赠纠纷上诉案,广东省深圳市中级人民法院民事判决书(2019)粤 03 民终 21725 号。

亦可斟酌就婚外同居对夫妻身份法益之侵害,适用《民法典》第1165条第1款之一般侵权责任之规定。就其与第1091条离婚损害赔偿制度之价值观上的协调,可说明的有两点:其一,第1091条之规定意在限制婚内精神损害赔偿之规定,因此,其赔偿责任以离婚为条件,避免婚姻关系与损害赔偿请求同时存在。在婚外同居配偶死亡的情形,此种同时存在的局面不会出现。因此,适用《民法典》第1165条第1款之一般侵权责任之规定不至于造成价值观上的不协调。另外,婚外同居配偶死亡不应影响以其遗产(继承人)就其婚姻关系中的过错行为负责。其二,第1091条之规定将引发赔偿情形限制在重婚或同居等范围,适用第1165条第1款时,为了保持价值观上的协调,亦可有此限制。<sup>[52]</sup>

### 五、总括的分析与结论

泸州遗赠案后,从北大法宝案例数据库看,涉及向婚外同居者遗赠的法律行为是否有效的判决并不多(不到10例), <sup>[533]</sup>其中,仍有数起认定该法律行为有效的判决。 <sup>[54]</sup> 因此,并不能认为司法实践中就向婚外同居者遗赠法律行为效力问题已经形成稳固的价值观, <sup>[553]</sup>在《民法典》实施后继续思考此一问题或有必要。向婚外同居者遗赠法律行为是否有效涉及的是公序良俗对遗嘱自由限制的问题。本文重点不在于对公序良俗进行概念界定或内涵阐释,而是探寻《民法典》实施后实证法在身份伦理与继承制度上所体现的价值观,为公序良俗在向婚外同居者遗赠领域的运用提供一点说明和论证。由于价值观分歧很难有压倒性的解决方案,本文更多只是铺陈论据,其引向论点的力度是较有限的。

由于我国《民法典》最终并未采纳特留份制度,在刑法或行政法上,对婚外同居也并不像对性交易那样进行处罚。因此,从实证法所体现的价值观上看,法律并未给予身份伦理的保护以很强的力度。《民法典》继承制度延续了《继承法》,自比较法角度看其重要特色在于注重扶养或需要,解释上有缓解"不劳而获"思想的作用。在向婚外同居者遗赠情形,生存配偶非基于扶养或需要而主张违反遗嘱意思的继承,在我国法律并未给予身份伦理的保护以很强力度的背景下,有主张"不

<sup>(52)</sup> 关于如何协调《民法典》第 1091 条和第 1165 条第 1 款的论述,亦参见李杰:《论〈民法典〉夫妻间损害赔偿之体系构造》,载《时代法学》2023 年第 3 期,第 82—98 页。另外,关于离婚损害赔偿制度的争论,参见雷春红:《新中国六十周年离婚法学论争纪实与评述》,载《河北法学》2010 年第 3 期,第 128—129 页。另外,在夫妻一方死亡时,若夫妻关系存续期间存在的事项引发分割财产或赔偿的争议时,在《民法典》实施后,若有遗产管理人,不妨以遗产管理人作为争议诉讼的一方当事人。

<sup>〔53〕</sup> 法院认定婚外同居未能得到证明,以及遗赠时配偶已死亡的,不在其内。另有学者搜集案例得到的结果数量也类似,见前注〔12〕,李贝文,第86页。

位为 如"虽遗赠人孔某丁长期与原告非法同居,有违公共秩序和社会公德,但就此认定遗嘱无效无相关法律规定,故应按照遗赠法律关系来处理本案"。参见张某甲与张某乙、孔某甲、孔某乙、孔某丙遗赠纠纷案,河北省张家口市桥西区人民法院民事判决书(2016)冀0703 民初691号。此案二审虽然撤销了一审判决,但是以未能及时表示接受遗赠为理由,并未否定遗赠的效力,参见张某1、孔某1遗赠纠纷案,河北省张家口市中级人民法院民事判决书(2016)冀07民终1857号。另外,如"刘某某自愿照顾张某的晚年生活,尤其在张某患病期间更是尽了主要照顾和扶助义务,其行为是一种社会扶助行为,并不违背公序良俗。故原审认定该遗赠无效错误,并判决驳回刘某某的诉讼请求不当,本院予以纠正"。此处显然有侧重照料的特点,参见刘某某与王某某、张某甲、张某乙、张某丙、张某丁遗赠纠纷案,黑龙江省哈尔滨市中级人民法院民事判决书(2015)哈民二民终字第767号。再比如,"同居关系违反公序良俗,将自己的财产遗赠给同居人的行为是否必然违反公序良俗?本院认为,不然"。参见林某与李某、李某1遗嘱继承纠纷案,湖南省长沙市开福区人民法院民事判决书(2014)开民一初字第04582号。

<sup>[55]</sup> 这一点上不同于婚姻关系存续期间向婚外同居者赠与。

劳而获"的嫌疑,可不予支持。

生存配偶承担家务照顾家庭的付出因为死者遗赠他人而可能得不到补偿,婚外同居严重违反夫妻忠实义务,就这些情形,可考虑在有关夫妻关系的法律中解决。因此,有必要将离婚经济补偿制度类推适用至一方死亡而导致婚姻消灭的情形,也可考虑如何利用《民法典》第1165条第1款来处理一方死亡而非离婚情形下违反夫妻忠实义务的责任。甚至,因死亡分割夫妻共同财产时的"一半"规则是否有变通的余地也可考量。[56]由于婚外同居违背的是夫妻忠实义务,对夫妻伦理的维护在有关夫妻关系的法律中解决更有针对性,并无必要为了维护夫妻伦理而主张向婚外同居者遗赠的法律行为无效。

总之,本文认为:向婚外同居者遗赠法律行为,若不涉及金钱和婚外同居的交换——如与婚外同居者订立遗赠扶养协议——不应以违反公序良俗为由认定其无效。婚外同居者违反夫妻忠实义务可在夫妻关系的法律规定中寻求解决之道。

Abstract The inheritance system in the Civil Code continued the Inheritance Law, and ultimately did not adopt the rules of forced heirship. From the perspective of comparative law, the important feature of the inheritance system in the Civil Code is its emphasis on support or needs, avoiding unrestricted "gain without labor". In the case of bequests to cohabitants outside marriage, the surviving spouse's claim for inheritance that violates the will is not based on support or needs, which is not in line with the characteristics of China's inheritance system to alleviate the ideology of "gain without labor" and can not be supported. A civil juristic act of bequest to a cohabitant outside marriage, if it does not involve the exchange between money and cohabitation — such as an agreement on testamentary gift for inter vivos support with the cohabitant outside marriage, should not be deemed invalid on the grounds of violation of public order or good morals. When the obligation of fidelity to the couple is violated by cohabitation outside marriage, solutions can be sought in the legal provisions of the marital relationship.

Keywords Testamentary Gift, Cohabitation Outside Marriage, Public Order or Good Morals

(责任编辑: 陈韵希)

<sup>[56]</sup> 一方死亡而引发夫妻财产分割,在配偶有特留份权利时,不妨简化财产分割,生存配偶的权益保障可以在继承上体现。如此,对夫妻共同财产离婚分割和死亡时分割区别对待有其便利性。德国即偏向此种做法。依德国民法,实行增益共有制情况下离婚时须进行增益补偿,而一方死亡导致增益共有制终结时,"立法者为了避免复杂烦琐的增益计算,设计了'继承法上的处理方法',以代替增益补偿"。参见[德]迪特尔·施瓦布:《德国家庭法》,王葆莳译,法律出版社 2010 年版,第 164 页。我国法并未规定特留份制度,简化死亡时夫妻财产分割的理由不容易成立,因此,期待未来法官突破文义限制,细化死亡时的财产分割方式,有其正当性。