

公序良俗在情人遗赠纠纷中的适用

——基于私法与基本权利冲突理论的二元视角

刘耀东^{*}

目次

- | | |
|--------------------|------|
| 一、问题的提出 | 认定 |
| 二、私法视角下情人遗赠效力的认定 | 四、结论 |
| 三、基本权利冲突视角下情人遗赠效力的 | |

摘要 遗赠是否违背公序良俗应以遗赠本身为审查对象,而不能以遗赠以外之事实为断。同时,情人遗赠行为是否违背公序良俗,尤应考察当事人一方遗赠的动机是否是将性奉献与经济上的对待给付联结起来,抑或是存在其他更值得尊重的动机。但在私法视角下,情人遗赠的效力,总是呈现出完全有效或完全无效的形态。而在基本权利冲突与权衡的视角下,各基本权利相互较量各自在具体个案中的分量,此种权衡和较量之结果体现在法律行为效力上,即既非完全有效亦非完全无效,而是在两者间存在多种可能性,因而更能适应个案中的具体情况,也更具灵活性。

关键词 公序良俗 遗赠 基本权利 遗嘱自由

一、问题的提出

遗嘱自由原则是当今世界各主要法系继承法的一项基本原则,但由于遗嘱自由的任意性较大,故其在任何国家或地区均受到一定程度的限制。纵观各国或地区立法,对于遗嘱自由的限制是多方面的,有赋予遗嘱人之近亲属以“特留份”“必留份”“必继份”等,也有规定不得剥夺“缺乏劳动能力又无生活来源的继承人的必要遗产份额”,还有民法总则编中的“不得违背公序良俗”等。尽管世界各国对于遗嘱自由所采取的限制和做法不同,但其共同之处即在于:不论在何时何地,只要遗嘱的内容违反法律或公序良俗,该遗嘱都要被认定为无效。2001年被誉为我国公序良俗第一

^{*} 辽宁师范大学法学院副教授、法学博士。本文系国家社会科学基金一般项目“民法典继承编与其他各编的制度协调和规则契合研究”(项目编号:18BFX111)的阶段性成果。

案的“泸州二奶案”便涉及法律行为(遗嘱)是否因背俗而无效的认定与判断。该案判决公布后立即引发了社会的广泛关注以及学术界的热议。随着我国民法学界对于公序良俗原则研究的不断深入,大多数学者均对该案之判决结果持否定态度。^{〔1〕}虽然公序良俗作为一个法律概念已为《民法典》明文规定,且分别以基本原则和作为概括条款的具体规则的形式呈现,但对于公序良俗的内涵仍存在争议,其司法适用也仍存在各种乱象。^{〔2〕}继“泸州二奶案”之后,2019年的“深圳保姆案”^{〔3〕}再次将公序良俗原则在情人遗赠中的适用问题推到聚光灯下,引发社会各界热议。

该案终审裁判与“泸州二奶案”如出一辙,法院基于遗赠人与受遗赠人之间存在同居行为之事实而想当然地直接适用公序良俗一般条款认定案涉遗嘱全部、绝对无效。但值得一提的是,本案一审裁判认为虽然遗赠人与受遗赠人之间的同居行为有违公序良俗,但并不是足以依此认定案涉遗嘱亦违背公序良俗而当然无效。实际上,此类案件背后涉及遗嘱人的意思自治、遗嘱自由(自由权)与合法婚姻当事人的法定继承权之间的冲突与价值权衡难题,这就需要法院在尊重遗嘱人的遗嘱自由和保护合法婚姻家庭之间进行选择与权衡。在诸如情人遗赠等类似案件中适用公序良俗一般条款时,应当从超出现行法规范之上的法律价值体系中去理解,这种法律价值体系尤其存在于宪法基本权利价值体系中。^{〔4〕}换言之,在适用公序良俗一般条款认定民事法律行为无效时,自超出现行法规范之上的更高法律价值体系观之,涉及对私法自治(行为自由)这一宪法基本权利的限制。而根据宪法基本权利冲突理论,限制某一基本权利必须基于保护另一基本权利抑或基于纯粹地维护社会公共利益。亦即,在适用公序良俗一般条款认定遗嘱效力时,可将公序良俗反向还原为个人遗嘱自由(行为自由权)与继承人继承权或合法婚姻家庭保护两种宪法基本权利之间的冲突,进而通过比例原则、利益衡量得出裁判结论。故本文将从私法上法律行为是否违背公序良俗本身的认定与判断以及公序良俗反向回归宪法基本权利价值体系的二元视角,重新审视情人遗赠案的裁判逻辑,以期对公序良俗一般条款的司法适用有所裨益。

二、私法视角下情人遗赠效力的认定

遗嘱人基于遗嘱自由原则可任意处分其遗产。原则上,只要遗嘱人自认为合理,即可通过遗嘱任意处分其财产,即使其处理结果在客观上看起来不那么公平合理。但《民法典》第153条第2款规定的“违背公序良俗的民事法律行为无效”,自应适用于继承编,特别是作为单方法律行为之遗嘱。因此,遗嘱内容不得违背公序良俗,否则无效。司法实践中,多数裁判均基于遗赠人与受遗赠人之间存在不正当关系或同居事实而直接认定遗赠无效。如有法院认为,遗嘱人于夫妻关系存续期间,与受遗赠人长期保持不正当关系,有违夫妻忠实义务。遗嘱人基于此种关系订立遗嘱将

〔1〕 参见于飞:《公序良俗原则研究——以基本原则的具体化为中心》,北京大学出版社2006年版,第213页;黄江东:《公序良俗原则的规范功能》,载《法律适用》2002年第3期;许明月、曹明睿:《泸州遗赠案的另一种解读——兼与范愉先生商榷》,载《判解研究》2002年第2辑,人民法院出版社2002年版;朱庆育:《法律适用中的概念使用与法律论证——以泸州遗赠案为分析对象》,载郑永流主编:《法哲学与法社会学论丛》,北京大学出版社2007年版,第255—277页;余净植:《旧案重提:“泸州遗赠案”两种分析路径之省思》,载《法学论坛》2008年第4期;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;李岩:《公序良俗原则的司法乱象与本相——兼论公序良俗原则适用的类型化》,载《法学》2015年第11期。

〔2〕 关于公序良俗原则司法适用各种乱象的样态,见前注〔1〕,李岩文。

〔3〕 参见广东省深圳市中级人民法院民事判决书,(2019)粤03民终21725号。

〔4〕 参见王泽鉴:《民法总则》,北京大学出版社2009年版,第231页。

财产给予受遗赠人的行为,既违反了法律规定的夫妻忠实义务,也违背了基本的社会道德规范,该民事法律行为因违反公序良俗应属无效。^{〔5〕} 遗赠人于婚姻关系存续期间与受遗赠人发生婚外情并同居生活,对婚姻不忠行为不仅破坏了合法婚姻、伤害了家庭,而且违背了社会基本价值取向及道德观念,自社会公众认知及接受角度应给予否定性评价。遗赠人通过遗赠方式将房产份额赠与婚外第三者,虽表达形式体现了个人意愿及意思自治,但个人处分权的行使应建立在社会公共秩序与善良风俗的框架内,行权的合法性判断应以法律规定及公序良俗作为共同标准。基于婚外同居关系意于做出补偿进而确立的遗赠协议,违反了社会基本道德观念,亦违反了社会公德和社会公共利益,应属无效。^{〔6〕}

(一) 遗赠是否违背公序良俗应以遗嘱本身为评价对象

实际上,在判断遗嘱内容是否违背公序良俗时,应依遗嘱这一法律行为本身是否存在背俗之情事,而不能以遗嘱以外的生活事实是否背俗为断。这在司法实践中涉及“情人遗赠案”之纠纷时尤为重要。如有学者认为:“在判断法律行为是否违反善良风俗时,人们倘使不以法律行为为准而是以行为人是否具有道德上的可责性作为判断的基础,是十分危险的。如果人们仅考虑行为入道德上的可指责性,则法官的判决将沦为对当事人道德情操的判断。然而,法官的使命却不在于判断当事人的道德情操。”^{〔7〕}德国联邦最高法院在一则“情人遗嘱案(被继承人在剥夺其妻子继承权的情况下立他的情妇为单独继承人)”中即指出:“在民法典第 138 条的框架下,关键的问题并不在于对某一个人的行为进行评判,并对某种不道德的行为进行制裁,而仅仅在于判断某项法律行为本身是否违反了善良风俗……”^{〔8〕}由于是否违反善良风俗的判断涉及的对象是法律行为本身,因此,即使当事人的行为是应该受到指责的,但其从事的法律行为却可能是有效的。换言之,违反善良风俗针对的是法律行为的无效,而不是法律行为之外的日常生活事实行为,故日常生活事实行为背俗并不影响法律行为的效力,只要法律行为本身不违反善良风俗,其效力就不应该被否定。此亦为德国及我国台湾地区实务所接受,如我国台湾地区“最高司法审判机关”1994 年台上字第 1530 号判决认为:“民法”第 72 条所谓法律行为有悖于公序良俗无效,乃指法律行为本身违反国家社会一般利益及道德观念而言。而法律行为是否违反公序良俗,则应就法律行为的内容以及当事人的动机、目的及其他相关因素综合判断。

或许是受上述德国学说及司法判例影响,我国司法实践中也不乏持此观点的裁判出现,如在“崔某等与张某法定继承纠纷上诉案”中,上诉人(遗嘱人之子女)主张被上诉人(遗嘱人之保姆即受遗赠人)与遗嘱人系非法同居关系,案涉遗嘱的内容和目的违反法律规定和公序良俗,属于无效民事法律行为。对此,法院认为案涉遗嘱系遗嘱人生前处分其财产的意思表示,遗嘱本身对于财产的处分并未违反法律规定及公序良俗。^{〔9〕}

(二) 遗赠是否违背公序良俗应注重审查遗赠人的动机

通常而言,动机潜藏于行为人内心,不易为他人察知,故原则上不影响法律行为之效力,纵使动机不法或违背公序良俗。但诚如学者所言:“虽然不能以法官检查当事人的行为是否违反善良

〔5〕 参见北京市高级人民法院民事裁定书,(2022)京民申 3020 号。

〔6〕 参见北京市朝阳区人民法院民事判决书,(2015)朝民初字第 19569 号。类似裁判还有山东省烟台市中级人民法院民事判决书,(2021)鲁 06 民终 2050 号;贵州省遵义市中级人民法院民事判决书,(2021)黔 03 民终 3505 号;辽宁省锦州市中级人民法院民事判决书,(2021)辽 07 民终 1681 号。

〔7〕 [德] 维尔纳·弗卢梅:《法律行为论》,迟颖译,法律出版社 2012 年版,第 444 页。

〔8〕 [德] 迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社 2000 年版,第 514—515 页。

〔9〕 参见北京市第三中级人民法院民事判决书,(2021)京 03 民终 19315 号。

风俗的方式来考量当事人的动机,但是,在具体案例中,却确实不能忽略当事人思想观念(Gesinnung)之可责性,这是因为,只有当人们考虑主观因素时,才能恰当理解法律行为的内容。”^{〔10〕}因为,如果全然不考虑行为人之主观动机,则在动机违背公序良俗的情况下,法律行为依然有效。如此,不但令行为人违背公序良俗之意图得以实现,而且也使得法院沦为执行行为人背俗意图的工具。^{〔11〕}故在判断情人遗赠是否违背公序良俗时,重要的是,应从法律行为的内容、动机和目的中得出的整体特征来判断法律行为是否与法律和风俗中的基本价值不符。^{〔12〕}因此,倘若被继承人的动机完全是为了奖励受益人委身于自己或为继续维持这种性关系,该处分就会被视为违反善良风俗。^{〔13〕}对此,德国联邦最高法院确立了如下规则:如果情人获得财产给予只是因为要对其“性”的奉献给予酬报或者只是为了继续维持性关系的话,即可从动机上推定为违反善良风俗。“也就是说,谴责的关键不在于婚外(伴侣)关系本身,而在于把性奉献与经济上的对待给付联结在一起。……据此,对于那些所谓‘情妇遗嘱’应当加以考察,看一个男人把其情妇确定为继承人是否仅仅是或主要是因为想对其在性交往上的‘奉献意愿’给予酬报或奖励,抑或是否‘对他来说首先或起决定作用的除了这些关系之外还有其他的、值得尊重的动机’。”^{〔14〕}如联邦最高法院在上述“情人遗嘱案”中即指出:“如果被继承人立其情妇为继承人‘旨在酬谢其满足自己的性欲或旨在决定或加强这种两性关系的继续’,那么这种行为通常被认为是违反善良风俗的。相反,如果被继承人具有其他动机,即如旨在给其情妇提供生活保障,则这种行为通常就是有效的。”^{〔15〕}但现今司法判例也不再推定性关系是行为人给予对方财产的主导性原因。而由于财产给予人的真实动机往往是无法证明的,因此在今天,几乎所有的财产给予行为,不论其动机是否与性有关,都属有效。^{〔16〕}遗嘱是否违背公序良俗,应审查的对象已非遗嘱内容本身,而是订立遗嘱的动机,应避免过度道德化;当且仅当遗嘱具有让受益人维持不正当性关系等目的时,始应否认其效力。^{〔17〕}

在日本最高裁判所判决的一则案例中,在遗嘱人死亡之前的七年时间里,其与第三者以半同居的方式保持着不伦关系,并且该不伦关系早已为家属所知。而遗嘱人生前与其妻子之间的夫妻关系早已名存实亡,而各自生活。在遗嘱订立前后,遗嘱人与第三者之间的亲密度并没有发生特别的增减。本案遗嘱是遗嘱人死亡前一年零两个月制作完成,遗嘱将全部遗产分成三份,分别遗赠给遗嘱人的妻子、已出嫁的女儿和该第三者。最终,最高裁判所认为,本案遗嘱的目的并非是为了继续维持不伦关系,而是专门为了保全依赖遗嘱人生计的第三者的生活。同时,遗嘱内容并未威胁到继承人的生活基础。故不能认为本案遗嘱违反日本《民法》第 90 条规定而无效。^{〔18〕}

基于上述观点重新审视“深圳保姆案”中的遗嘱是否有违公序良俗,诚值怀疑!刘某与杨某虽长期婚外同居,但系日常生活事实行为,纵使该行为具有道德上的可苛责性,系违反了婚姻法上

〔10〕 见前注〔7〕,维尔纳·弗卢梅书,第 434—435 页。

〔11〕 参见戴孟勇:《法律行为与公序良俗》,载《法学家》2020 年第 1 期。

〔12〕 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》,张艳译,中国人民大学出版社 2019 年版,第 157 页。

〔13〕 参见〔德〕雷纳·弗兰克、托比亚斯·海尔姆斯:《德国继承法》(第 6 版),王葆蔚、林佳业译,中国政法大学出版社 2015 年版,第 37 页。

〔14〕 〔德〕迪特尔·施瓦布:《民法导论》,郑冲译,法律出版社 2006 年版,第 489—490 页。

〔15〕 见前注〔8〕,迪特尔·梅迪库斯书,第 516 页。

〔16〕 同上注,第 527 页。

〔17〕 参见徐涤宇、张家勇主编:《〈中华人民共和国民法典〉评注》,中国人民大学出版社 2022 年版,第 1195 页。

〔18〕 最高裁第一小法廷遺言無効確認等請求事件判決,昭 61(オ)946 号(昭和 61 年 11 月 20 日)。

“禁止有配偶者与他人同居”之规定,但也仅仅是同居这一生活事实行为有违公序良俗,并不意味着遗嘱(法律行为)违背公序良俗。遗嘱是否违背公序良俗原则而无效,应就遗嘱本身的内容进行审查。而就本案遗嘱内容而言,遗赠人刘某作为完全民事行为能力人且意思表示真实。如上所述,在判断法律行为是否有违公序良俗时,除应依法律行为本身是否存在背俗之情事为断,尚需审查遗赠人之动机,以确定遗嘱是否违反善良风俗。本案遗赠人刘某分别在先后两份遗嘱书中均明确表达了其对杨某遗赠财产之目的是“为报答杨某十几年对自己的关心和照顾,为解杨某的后顾之忧”。此种为报答、酬谢“第三者”对其生活上的关心照料以及为免除其后顾之忧而提供生活保障之遗赠动机并不违背公序良俗,且值得尊重。

三、基本权利冲突视角下情人遗赠效力的认定

宪法中的基本权利条款确立了客观价值秩序,该价值体系作为宪法上的基本决定适用于法的所有领域,当然也影响民事法律;民事法律的任何规定都不得与这一价值体系产生矛盾。作为宪法学界通说的基本权利间接第三人效力的理由即在于,基本权利并不单单是个人针对国家的防御权,而是构成一种客观价值秩序。这种价值秩序作为宪法的基本决定,适用于所有的法律领域,同样也适用于私法。因此,所有的民事法律规定必须按照宪法的精神予以解释。基本权利的目的不是一味地尽可能减少对基本权的干预,而是作为基础性决定来均衡具有同等地位的自由。一个人的自由必须和另一个人的自由协调一致。^[19] 在私法中,基本权利得以“一般条款”为媒介影响审判,一般条款进而也就成为基本权利进入民事法律的“入侵通道”。^[20] 私法中的诚实信用原则不论如何展开,依然只是私法内部法释义学的具体化、精细化,^[21]其所有的推理仍可回归私法的原则即意思自治。而公序良俗一般条款或法律、法规的强制性规定对民事法律行为效力的影响则全然不同,二者作为公法与私法之间的管道或桥梁,则旨在调和意思自治原则与其他法律原则间之冲突,而处理原则间冲突之方法与纯粹私法内以意思自治为圭臬的方法判然有别。

(一) 基本权利导入民法作为民事法律行为效力的判断基准

依照基本权利间接适用说,因民事审判权属于国家行为,故受制于基本权利规范。进而,民事法官须基于保护或实现基本权利之理念,认定民事法律行为的效力。但也有学者指出,民事审判权受制于基本权利并非是因为审判权是权力行为、其本身受制于基本权利的国家活动。法官受制于基本权利并不是因为他做出判决、行使公权力。法官只是在“作为判决基准的规范要求法官在审判时要考虑基本权利”这一限度内受制于基本权利。应以审判行为在法律确定的内容上如何受制于基本权利规范为基准,而不是以审判行为本身为基准做出判断。“法官应当审查应适用的实体民法规定是否以一般条款为媒介的间接适用受基本权利的影响。这是宪法要求的。这体现了民事法官受制于基本权利的趣旨。”^[22]人们适用私法规定解决私法上的纠纷。即便在法院限制基本权利意义上得到保障的私人地位……并在解释一般条款时引用基本权利进行论证,法院适用的

[19] 参见[德] 福尔克尔·埃平、塞巴斯蒂安·伦茨、菲利普·莱德克:《基本权利》(第8版),张冬阳译,北京大学出版社2023年版,第163页。

[20] [日] 小山刚:《基本权利保护的法理》,吴东镐、崔东日译,中国政法大学出版社2021年版,第238页。

[21] 参见[德] 卡纳里斯:《债务合同法的变化——即债务合同法的“具体化”趋势》,张双根译,载《中外法学》2001年第1期。

[22] Vgl. BverfGE 7,198(205).转引自前注[20],小山刚书,第208页。

依然是私法。^{〔23〕}换言之,我们无法事先判断民事审判权是否受制于基本权利,而应根据个案和具体适用的私法规定进行判断。基本权的权利内涵作为客观规范在私法中发挥作用,主要是通过这个方法域内直接占统治地位的法律规定。而受基本权价值标准影响的私法规范,即包含强制法构成广义上的公共秩序的一部分,亦即出于公益对于个人之间法律关系的构建产生约束力的、私人意思被剥夺的原则。除此之外,就是概括条款即借助民法以外的,甚至是法律之外的标准如“善良风俗”判断人的行为。基本权的价值秩序具有特殊意义,其对私法关系的作用是间接的,该间接效力通过一般条款辐射到民法之上进而对私法关系产生影响。^{〔24〕}因此,概括条款很准确地被描述为基本权利在民法的“渗入点”。^{〔25〕}更加正确的观点应是,以基本权禁止侵犯和要求保护的基本功能作为立足点,法官在对“善良风俗”的概念进行具体化时亦应顾及此两项功能。^{〔26〕}

因此,基于基本权利理论的视角,民事裁判者就民事法律行为的效力进行判断,尤其是借助于公序良俗概括条款认定民事法律行为效力时,必须结合具体个案和具体适用的民事法律规范,引入基本权利理论作为考量因素,进行广义的、跨法域的体系解释。

同时,应予以注意的是,并非所有的基本权利均可作用于私法关系。实际上,诸如选举权、被选举权、诉讼权等政治权利和程序性基本权利是不可能适用于私法关系的。这些基本权利主要以国家为义务对象,是个人从国家获取利益或要求国家为或不为一定行为的基本权利。反之,诸如言论自由、人身自由等自由权、平等权以及与民事权利内涵相同的人格权、财产权和继承权等基本权利均可适用于私法领域。不论是人格权还是财产权抑或是继承权,都是先经由民法发展逐渐成熟后由于特定的社会发展原因上升为基本权利并丰富了基本权利清单。在解释适用时,如果这些权利受到公权力的侵害,无疑应适用基本权利的解释方法,借助基本权利的防御功能对抗国家权力;而如果仅仅是私人之间的民事纠纷,且私法上已经提供了足够的规范,自无引用宪法基本权利条款之必要性。^{〔27〕}换言之,只有当这些可适用于私法领域的基本权利受到侵害、限制或为维护公共利益而有限制之必要且私法上并未提供具体规范而欲借助概括条款裁判时,始可引入基本权利理论以否定或部分否定民事法律行为之效力。

(二) 基本权利冲突理论在私法中的投射

私人生活以自治(自我决定)为圭臬,法不禁止即自由;有序市民社会的形成依赖于积极的民事法律行为,而法律行为的核心要义即在于践行意思自治——契约自由。契约自由与言论自由、人身自由及信仰自由均为宪法自由权的题中之义。宪法虽未规定契约自由为基本权利,但理论与实践均将其作为基本权利进行保护。^{〔28〕}“将公序良俗具体化,固应考虑基本权利之评价,然亦不

〔23〕 Vgl. BverfGE 42,143(148);BverfGE 7,198(205f.).转引自前注〔20〕,小山刚书,第208页。

〔24〕 如在“刘某诉铁道部第二十工程局二处第八工程公司罗某工伤赔偿案”中,法院认为,第八工程公司与其职工罗某签订承包合同,约定施工中发生的工伤事故由罗某承担,把应由企业承担的风险责任推给承担风险能力有限的自然人,不利于对劳动者的保护,有违我国宪法和社会主义公德,属无效民事行为,在罗某不能全面承担劳动责任时,第八工程公司依法应承担连带责任。参见四川省眉山市中级人民法院民事判决书,(1999)眉民初字第9—10号。本案判决即将宪法中的劳动权这一基本权利通过原《民法通则》第58条第1款第5项之“公序良俗”概括条款间接适用作为民事法律行为效力的判决依据。

〔25〕 见前注〔19〕,福尔克·埃平等书,第165页。

〔26〕 参见〔德〕赫尔穆特·科勒:《德国民法总论》,刘洋译,北京大学出版社2022年版,第332页。

〔27〕 参见张红:《基本权利与私法》,法律出版社2010年版,第86—87页。

〔28〕 如日本学者山本敬三认为,私域自治、契约自由归根结底是可以追溯到日本《宪法》第13条的基本自由,不允许国家随意地侵害此种基本权利。参见〔日〕山本敬三:《民法讲义I总则》(第3版),解亘译,北京大学出版社2012年版,第213页。

可或忘,基本权利中之人格权的自由形成,给予法律行为之形成自由,也被‘宪法’所承认。”^{〔29〕}如在德国法中,合同自由是《德国基本法》第2条第1款规定的一般行为自由的表现形式。合同自由的目标是建立个人在法律生活中自主决定的私人自治,其中首要包括原则上依照个人意愿缔结合同的权利。^{〔30〕}当事人之间签订的合同本身就是当事人行使国家应予尊重的自由之结果。合同当事人为基本权利主体,这一事实即强调了契约自由这一基本权利。人们依照自我意志建构法律关系属于一般行为自由,宪法保障个人自律,并将其作为法律生活中的个人的自我决定。即便是在合同之外的领域中,也要面对两个私法主体相互对峙,而这两个私法主体都能够援引基本权利这一无法忽略的事实。^{〔31〕}民法规定必须与基本权利表达出来的原则保持一致,这主要适用于包含了强制规范、限制私法自治的私法规定。私法自治基于自我决定的原则,也就是以自由自主决定条件确实存在为前提。如果合同一方过于强势,能够事实上单方面决定合同条件,那么对于另一方来说就不能视为自我决定。在双方不存在势力均衡的情况下,利用合同法工具就很难实现利益的公正均衡。如果在这种情形下存在基本权利保护的地位,那么国家规定必须充分干预,来提供基本权利保护。即使立法者没有为特定生活领域或者为特定合同形式出台强制合同法规范,也并不意味着就对合同实践放任自流。相反,民法概括性条款作为过度禁止进行干预,具体化和适用这些概括性条款时,要注意基本权。^{〔32〕}如果基本权利已经为具体法律规范所保护,则适用该具体法律规范即保护基本权利;如果基本权利尚未被具体强制性规范所保护,则这些基本权利就属于形式上游离于法律之外的道德,需要透过民法中的公序良俗条款将其导入民法而得到民法的保护,从而实现国家的基本权利保护义务。^{〔33〕}对于后者而言,侵害基本权利的民事法律行为之所以无效是因为其触犯了法律行为背俗无效的规则。

民法中的不确定法律概念和概括条款构成了基本权利不可缺失的“引入大门”,而且还不限于此。以《德国民法典》第138条第1款规定的“善良风俗”概念为例。何种情形视为违反善良风俗,从而使得法律行为无效?对该问题的回答要考虑基本权利的标准。两个同等强度的双方通过自由协商一致形成的合同规定,通常没有宪法疑问。相反,当双方有明显的权力差别、存在依赖关系时,例如在劳动法或租赁法上,则要特别注意基本权的意义。在这种情形下要以基本权判断标准对所谓的“自由协商的协议”进行审查。^{〔34〕}基本权利具有防御性,国家不得擅自侵害契约自由;同时,国家又负有保护基本权利之义务,故当公民的基本权利遭受法律行为(契约自由)的侵害时,国家应跨过契约自由来保护被侵害的基本权利。如此,对于侵害基本权利之民事法律行为的效力判断实际上变成了两类基本权利之间的冲突与权衡。民事法官成为基本权利冲突的裁判者,其必须在个案中就此基本权利冲突做出判断;对一种基本权利的保护就是对另一种基本权利的限制。就情人遗赠的效力而言,即涉及遗赠人的遗嘱自由与法定继承人(配偶、子女等)的继承权这两项基本权利之间的冲突。此时,民事法官作为公权力行使的代表又应遵循比例原则在对一方当事人的基本权利进行限制的基础上进行裁判。基于比例原则的要求,民事法官不得动辄以法律行为侵害基本权利为由而否定其效力,而应遵循妥当性、必要性和损益相称性做出综合判断。

〔29〕 参见黄立:《民法总则》,中国政法大学出版社2002年版,第337页。

〔30〕 见前注〔19〕,福尔克尔·埃平等书,第273页。

〔31〕 见前注〔20〕,小山刚书,第247—248页。

〔32〕 见前注〔19〕,福尔克尔·埃平等书,第168页。

〔33〕 见前注〔27〕,张红书,第131页。

〔34〕 见前注〔19〕,福尔克尔·埃平等书,第164页。

根据宪法基本权利冲突理论,限制某一私法主体的基本权利必须存在法律上的正当理由,该正当理由要么是出于维护另一基本权利,要么是出于维护公共利益的要求。前者即“真正的基本权利冲突”,系同为基本权利主体的私人侵害其他私人的基本权利法益,相互冲突的均为基本权利。在此情形下,对一方私法主体基本权利的限制即构成对另一方私法主体基本权利的保护。对于请求保护者(受害人)而言,国家保护义务的履行意味着对其基本权利法益的保护,但对于其他私人(侵权人)而言,它却表现为一种自由的限制。^[35]如生命健康保护与业主的营业自由、人格权保护与表达自由等。山本敬三教授正是从宪法基本权的视角提出对公序良俗的重构,认为日本《民法》第 90 条关于公序良俗之规定,是限制契约自由、私域自治的规定,但私域自治、契约自由归根结底是可以追溯到日本《宪法》第 13 条的基本自由,不允许国家随意地侵害此种基本权利。因此,就要求对公序良俗内容的解释不得构成对私域自治、契约自由的不当介入。而使这种对私域自治、契约自由的介入得以正当化的理由,可以有两条:一为对基本权利的保护,即国家负有保护个人的基本权利不受他人侵害的义务。为履行该保护义务,对加害人一方的基本权利(即契约自由)的制约便得以正当化。二为对基本权利的支援,即即便个人的基本权利并未遭受侵害,为使其基本权利能够更好地实现而采取各种措施。对此,法官能够做的仅限于以法令为线索,为所采用的政策的更好实现提供帮助。^[36]而处理真正的基本权利冲突,司法机关应遵循比例原则和禁止保护不足原则之要求。^[37]后者被称为“基本权利的公益限制”,即私法主体的基本权利(行为自由)与社会公共利益之间产生冲突,为维护或实现公共利益而对私主体的法律行为自由予以限制。因此,民事法律行为违背公序良俗而无效,在宪法基本权利冲突的视角下可表述为民事主体在私法领域内之行为自由因保护他方当事人的基本权利或为维护公共利益而受到限制所产生的私法效果。而情人遗赠是否违背公序良俗而无效,显然属于真正的基本权利冲突,而与公共利益的维护无涉。

(三) 公序良俗反向还原宪法基本权保护

公序良俗原则的核心功能在于发挥转介作用,即将民法之外的规范引入民法之中。公序良俗原则犹如一根双头虹管,一头插入法律价值层面,一头插入社会伦理层面,使《民法典》可以不断吸收这两个层面的营养,从而在不修改《民法典》的情况下实质性地更新自己的规则。^[38]而公序良俗中插入法律价值层面的则是其中的“公共秩序”,插入社会伦理层面的则是“善良风俗”。换言之,公共秩序是现行法(法律、行政法规)中强制性规范所构建的法秩序的补充,将法律、行政法规之外的强制性规定引入民法以作为判定民事法律行为效力的依据,故强制法构成广义上的公共秩序的一部分;^[39]而善良风俗则是法律之外的标准,即社会一般道德或社会最低伦理标准。确切地说,私人能够侵害的并不是基本权利,而是存在于其背后的基本权利法益。法院本应当考量一方当事人的基本权利法益,如果法院并没有这么做,忽略掉其他当事人对该当事人基本权利的侵害,其结果是判决将造成对该当事人基本权利法益的侵害(如判决情人遗赠违背公序良俗而绝对无效即完全排除遗赠人的遗嘱自由,侵害了遗赠人的基本权利——笔者注)。在这种情形下,法官不能忽略相关私人的侵害,而应当把关联私法规定解释成符合宪法上基本权利保障的趣旨。^[40]

[35] 见前注[20],小山刚书,第 62—63 页。

[36] 见前注[28],山本敬三书,第 213—214 页。

[37] 参见陈征:《论部门法保护基本权利的义务及其待解决的问题》,载《中国法律评论》2019 年第 1 期。

[38] 参见陈甦主编:《民法总则评注》(上册),法律出版社 2017 年版,第 58 页。

[39] 狭义上的公共秩序即由法律、行政法规中的强制性和禁止性规范所构成的法秩序。

[40] 见前注[20],小山刚书,第 239 页。

同时,公序良俗原则与公序良俗概括条款也使得比例原则得以适用于私法之中。比例原则作为利益冲突的权衡工具,其在私法中是以方法规范的形式得以普遍适用,作为方法规范的比例原则,其运用全凭权衡命令。而权衡命令多以默示形式内含于概括条款、价值概念及成文化的基本原则,如《民法典》中所规定的公序良俗原则与公序良俗概括条款。^{〔41〕} 以下将通过基本权利冲突的权衡对情人遗赠的法律效力进行探讨。

1. 遗赠人之遗嘱自由与配偶继承权的权衡

情人遗赠案涉及《民法典》继承编规则与总则编公序良俗原则(具体而言为公序良俗概括条款)之间的冲突。如上所述,在适用公序良俗原则限制甚至剥夺法律行为自由或者对公序良俗进行价值填充时,要注意基本权利。或言之,何种情形下构成违反公序良俗,从而使得民事法律行为无效,对这些问题的回答要考虑基本权利标准。故对于二者之间的冲突可以反向还原为遗赠人遗嘱自由权与配偶继承权这两项基本权利之间的冲突。对于基本权利之间冲突的权衡,我们不妨借鉴阿列克西的原则碰撞理论和权衡法则,即法院应根据案件的具体情况,确定相冲突的原则之一相对于另一个原则的条件式优先关系。在某些条件下,基本权利有着更重的分量,因而具有优先性;而在其他条件下,情形则可能恰恰相反。“基本权利的优先性暗示了它的法效果具有强制性。满足优先条件就会产生优先原则的法效果。”即在某些条件下某一基本权利优先于另一基本权利,这些条件事实上就有效地构成了一项规则,该规则赋予具有优先性的基本权利以法效果。^{〔42〕} 同时,根据碰撞法则,同一体系的基本权利之间的优先关系不是绝对不变的,而是相对的或有条件的。换言之,基本权利之间的优先关系取决于具体个案中的影响条件或因素。而基本权利之间的权衡蕴含着比例原则,比例原则中的适切性和必要性这两个子原则不涉及权衡,而是对基本权利侵害的避免,涉及帕累托最优。相反,狭义上的比例原则涉及的是法律上可能性的最佳化,这是一个权衡的领域。权衡法则的核心被阿列克西概括为:一个基本权利的不满足程度或受损害程度越高,另一基本权利被满足的重要性就必须越大。^{〔43〕} 根据权衡法则,权衡分为三步:第一步是确认一个基本权利的受损害程度;第二步即确认相对立的基本权利被满足的重要性程度;第三步则是确认相对立的基本权利被满足的重要性能否证成对另一基本权利的损害或不满足。^{〔44〕}

遗赠人通过遗嘱将其遗产赠与婚外第三者,这是基于遗嘱自由行使私有财产权的体现。这在《民法典》继承编背景下本无可厚非,在不违反法律、行政法规强制性规定等例外情形下,遗嘱人本就可以通过遗嘱任意排除法定继承人的继承权,此时对遗嘱人行为自由的保护优先于继承人之继承权。但在遗嘱人将遗产遗赠给与其存在不正当关系的第三者之情形下,便涉及遗赠可能存在违背公序良俗之情事,此时遗嘱人之遗嘱自由便应当受到一定程度的限制,而对遗嘱人遗嘱自由的限制程度则与遗嘱违背公序良俗的程度或对配偶继承权的损害程度成比例。首先,根据适切性原则,对基本权利的限制必须有助于达成意欲实现的目的。对遗嘱人遗嘱自由的限制无疑有助于实现对配偶继承权和合法婚姻家庭保护的目的。因此,限制遗嘱人的遗嘱自由即以违背公序良俗为由认定遗嘱无效可以通过适切性的审查。其次,必要性原则要求当存在多个可达成目的的手段或

〔41〕 参见张兰兰:《作为权衡方法的比例原则》,载《法制与社会发展》2022年第3期。

〔42〕 参见[德]罗伯特·阿列克西:《法:作为理性的制度化》,雷磊编译,中国法制出版社2012年版,第135页。

〔43〕 同上注,第150页。

〔44〕 同上注。

方式时,应当选择对基本权利损害(副作用)最小的手段,即禁止“用大炮打麻雀”。很显然,认定情人遗赠违背公序良俗而绝对无效并非对遗嘱自由损害最小的手段。在具体个案中,对于合法婚姻家庭利益以及配偶继承权的保护并不一定要求完全限制遗嘱人之遗嘱自由或彻底否定遗嘱的效力。有时在保证配偶法定继承份额的限度内部分否定遗赠效力即可实现对配偶合法权益的保护。换言之,配偶的法定应继份发挥着“调节器”的作用:当配偶有过错时,可根据其过错程度相应地酌减其继承份额;反之,当配偶无过错时,令遗赠在其继承份额之范围内部分无效。故完全剥夺或限制遗嘱人的遗嘱自由即令遗嘱完全无效,无疑对配偶继承权益有保护过度之嫌。同时,法律行为除绝对无效之外,尚存在部分无效、效力待定、相对无效等亦可同样实现该保护目的的手段。显然,令遗赠绝对无效无法通过必要性原则的审查。最后,根据均衡性原则要求,对基本权利的限制应与其所要达成的目的成比例。具体而言,对遗嘱人遗嘱自由的限制应与配偶继承权以及合法婚姻家庭的保护目的成比例。阿列克西所言的权衡法则恰恰体现在狭义的比例原则当中,因为这里涉及的是法律上可能性的最佳化。法律行为是否违背公序良俗本身是一个权衡的过程,其判断的核心并非具体个案中涉及伦理价值秩序与否,而是该伦理因素于个案中的比重能否胜过或超过对方。即个案中伦理因素的比重能否胜过或超过维持法律行为的效力即维持行为自由或意思自治所占的比重。具体而言,对于维护婚姻家庭与配偶法定继承权的比重能否超过对遗嘱人遗嘱自由的保护,法官应进行学者所谓的“超过论证”,^[45]或于两者之间构建“优位关系”。

2. 权衡的法律效果选择

根据阿列克西的权衡法则,对一个基本权利侵害程度越高,另一个基本权利被满足的重要性就要越大,否则便不符合比例原则,因而也不可能是法律上的最优。情人遗赠违背公序良俗完全无效无疑是对遗嘱人遗嘱自由最严重的侵害,这就需要配偶继承权和合法婚姻家庭受保护的重要性程度越高。而如前所述,在多数情人遗赠纠纷案中,配偶继承权较之遗嘱自由需被保护的重要性程度并不具有明显优先性。而两相冲突的基本权利权衡的结果于私法上的反映即在遗赠完全无效(遗嘱自由限制最重)和完全有效(遗嘱自由不受限制)之间,尚存在其他选项,如部分无效、效力待定、相对无效等以柔化绝对无效的结果。^[46]理论上也有学者持同样见解:在对婚外第三者给予最大程度保护(即认定遗赠全部有效)与不给予婚外第三者任何保护(即认定遗赠绝对无效)两个极端之间尚有给予其不同程度保护的其他选项,^[47]即并非“一刀切式”的全有或全无,而是根据个案具体情况的部分无效。故配偶依然可主张一定的继承份额,但该继承份额不能完全剥夺遗嘱人的遗嘱自由。同样,婚外第三者亦可基于部分有效的遗嘱而主张受遗赠权取得部分财产。^[48]司法实践中也有裁判认为,遗赠人将遗产遗赠给与有同居关系之第三者的行为虽系其真实意思表示,但内容和目的违反了法律规定和公序良俗,损害了社会公德,破坏了公共秩序,应属无效民事法律行为。同时,法院基于第三者在遗赠人晚年对其进行了护理和照顾的事实,依据《继承法》有关规定,判决其与其他继承人平均分配遗赠人的遗产。^[49]该判决虽然认定遗赠无效,但在某种程度上兼顾了法定继承人之继承权与受遗赠人的受遗赠权。

[45] 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59页。

[46] 参见章程:《从基本权理论看法律行为之阻却生效要件——一个跨法域释义学的尝试》,载《法学研究》2019年第2期。

[47] 见前注[1],余净植文。

[48] 见前注[1],李想文。

[49] 参见广东省高级人民法院民事裁定书,(2018)粤民申13188号。

四、结 论

基于《民法典》第153条第2款的公序良俗概括条款认定情人遗赠的效力时,由于公序良俗概括条款属于具体规则,而规则的适用则是以完全有效或完全无效的方式。如果规则是有效的,就必须接受该规则所提供的解决办法,^[50]即规则是确定性的命令。就情人遗赠纠纷而言,如果认定遗嘱违背公序良俗则遗赠绝对无效;反之,如果认定遗嘱不违背公序良俗则遗赠完全有效,亦即规则是以全有或全无的方式适用,在完全有效和完全无效之外不存在第三种效力形态或中间状态。而在宪法基本权利冲突与权衡的视角下,各基本权利需要较量它们在具体个案中的分量,并以此决定最终的适用。基本权利之间的权衡无法像规则的适用一样“全有或全无”地确定适用。权衡是法律上可能性的最佳化,即意味着相冲突的基本权利在个案中都要求在可能的范围内得到最大的实现和满足;权衡的目的也正是使处于紧张状态的基本权利在个案中获得一种理想的平衡,最终达到整体的最佳化。这就意味着相互冲突的基本权利都可能在一定程度上得以实现或部分地被满足。这种相冲突的基本权利权衡之结果在私法上体现为对遗嘱效力的影响,使遗嘱既非完全有效亦非完全无效,而是在完全有效与完全无效之间存在多种可能性,即存在多种中间效力状态。因此,基于宪法基本权利冲突与权衡的视角,情人遗赠纠纷的裁判结果较之于单纯私法视野中的公序良俗概括条款的适用结果存在更多的可能性,因而也更能适应个案中的具体情形,更具灵活性,但也因此增加了司法者的论证说理负担。

Abstract Whether the legacy is contrary to public order and good morals shall be judged by taking the legacy itself as the object of review, not by the facts beyond the legacy. Meanwhile, whether the act of a lover's legacy is contrary to public order and good morals shall be judged especially by examining whether the motive of the party making the legacy is to connect the sexual devotion with the economic exchange performing, or whether there are any other more respectable motives. However, the effect of a lover's legacy is always presented in the form of completely valid or completely invalid from the perspective of private law. While from the perspective of conflicts and balance of fundamental rights, each fundamental right competes for its own weight in specific cases, and the result of this kind of balance and contest is reflected in the effect of the legal act, which is neither completely valid nor completely invalid, but there are a variety of possibilities between the two. It is therefore more adaptable and flexible to the specific circumstances of individual cases.

Keywords Public Order and Good Morals, Legacy, Fundamental Rights, Freedom of Testament

(责任编辑:陈韵希)

[50] 参见[美]德沃金:《认真对待权利》,信春鹰、吴玉章译,中国大百科全书出版社1998年版,第43页。