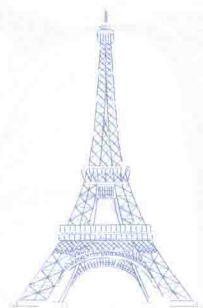




# 法国家事法 研究文集

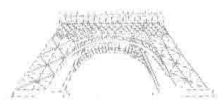


——婚姻家庭、夫妻财产制与继承

李 贝 / 编译  
马宏俊 王 蔚 / 审定

人民法院出版社

# 法国家事法 研究文集



——婚姻家庭、夫妻财产制与继承

李 贝 / 编译  
马宏俊 王 蔚 / 审定

人民法院出版社

## 图书在版编目 ( CIP ) 数据

法国家事法研究文集：婚姻家庭、夫妻财产制与继承 / 李贝编译. — 北京：人民法院出版社，2019.4

ISBN 978-7-5109-2502-3

I. ①法… II. ①李… III. ①婚姻法—法国—文集②继承法—法国—文集 IV. ①D956.53-53

中国版本图书馆CIP数据核字 ( 2019 ) 第068670号

## 法国家事法研究文集——婚姻家庭、夫妻财产制与继承

李 贝 编译

---

责任编辑 路建华  
出版发行 人民法院出版社  
地 址 北京市东城区东交民巷27号 ( 100745 )  
电 话 ( 010 ) 67550660 ( 责任编辑 ) 67550558 ( 发行部查询 )  
65223677 ( 读者服务部 )  
客 服 QQ 2092078039  
网 址 <http://www.courtbook.com.cn>  
E - mail courtpress@sohu.com  
印 刷 保定市中华美凯印刷有限公司  
经 销 新华书店

---

开 本 787 × 1092毫米 1/16  
字 数 298千字  
印 张 20.25  
版 次 2019年4月第1版 2019年4月第1次印刷  
书 号 ISBN 978-7-5109-2502-3  
定 价 70.00元

---

版权所有 侵权必究



## 序 言

近二十年来，法国公证人高等理事会与中国有关机构开展了丰富的合作：不仅成立了上海中法公证法律交流培训中心，参与了中国公证行业在全国各地举办的交流培训研讨会，2018年还与中国公证协会签订了合作协议；同时，与中国政法大学开展的长期合作也长达近十年之久，尤其值得提及的是与马宏俊教授成立的公证法学研究中心的合作。

2018年时值中国庆祝改革开放四十周年之际，在这四十年间，中国经济社会飞速发展。中国的立法者顺应时代要求，颁布了一系列符合人民需求的法律。今天，我们迎来了编纂民法典的契机，它将进一步推进完善中国的法律体系。

随着社会不断发展，新的需求不断产生，民法尤其是家庭法必须保持更新以适应经济社会的变化。

社会的发展与随之产生的法律问题为交流对话提供了契机。为了丰富交流对话的主题，借鉴他国的范例、经验与多样化的具体资料显得尤为重要。这正是这本以家庭法为主题的文集之目的。《法国民法典》已问世两个世纪，但它从未停止过适应社会需求的脚步，其中从未经过修订的法条非常罕见乃至成为例外。

在为民法修订进言献策方面，法国公证行业一直走在前列。公证人以平和方式执行法律的职业习惯赋予他们在此问题上的发言权，也使他们成为提供改革思路的重要来源。法国公证人在家庭法领域拥有丰富的经验，使他们处在为民法改革与修订提供建议的最前沿。他们提出切合时宜、与



时俱进的建议的能力也毋庸置疑。

本书旨在回顾这些富有成效的交流成果，为中国的立法者、教师、研究人员以及所有更为普遍的法律专业人士提供参考。我们应当相互学习、相互借鉴，以便服务于社会，制定出符合人民需求与期望的法律。唯有如此，我们才能确保国家的稳定，从而保障社会和平与经济发展。

让-弗朗索瓦·安贝尔  
法国公证人高等理事会主席



## Préface

Depuis près de 20 ans le Conseil supérieur du notariat a entrepris une riche coopération avec la Chine : en implantant à Shanghai le Centre de Formation et d'échanges notariaux et juridique, en ayant participé dans toute la Chine à des séminaires de formation et d'échanges avec la profession notariale chinoise, en ayant signé en 2018 un accord avec l'Association du Notariat de Chine et depuis près de 10 ans en coopération régulièrement avec l'Université de Droit et de Science politique de Chine, en particulier avec le Centre de Recherche en Droit notarial créé par le Professeur MA Hongjun.

La Chine vient de célébrer le quarantième anniversaire de la mise en place de la politique de Développement et d'ouverture. En 40 ans, l'économie et la société chinoise ont évolué de manière fulgurante. Le législateur chinois a, au fur et à mesure des besoins, promulgué de nouvelles législations afin de répondre aux besoins de la société civile. Aujourd'hui est venu le temps de la rédaction d'un Code civil qui reprend, fait évoluer et complète ce dispositif législatif.

Parce que la société évolue, et pour répondre aux nouveaux besoins qui se font jour, le droit civil et en particulier le droit de la famille doit de manière continue s'adapter aux mutations économiques et sociales.

Les évolutions sociales, les problèmes juridiques qui en découlent, sont des matières qui donnent lieu à échanges et dialogues. Pour enrichir ces



sujets, il est essentiel de s'inspirer d'autres exemples, d'autres expériences, de multiples références concrètes. D'où l'utilité de cette sélection de textes relatifs à de nombreux aspects du droit de la famille. Le Code civil français a certes deux siècles d'existence mais il n'a cessé d'évoluer pour s'adapter aux besoins de la société. Les règles demeurées inchangées sont rares. Elles sont même l'exception.

Pour conduire à ces modifications, la profession notariale en France est au premier rang. Son habitude d'une pratique apaisée du droit qui trouve tout particulièrement à s'exprimer en cette matière font d'elle une source essentielle d'inspiration. Se référant à son expérience en la matière, elle est au premier rang des propositions de réformes et de modernisation du droit civil. Nul ne lui conteste cette aptitude à proposer des solutions raisonnables et adaptées.

L'objectif est bien que cet ouvrage constitue une base de réflexion pour des échanges fructueux et utiles au législateur, aux enseignants, aux chercheurs et plus généralement à tous les professionnels du droit en Chine. Nous avons tous à apprendre des autres, et nous inspirer mutuellement, afin de servir la société civile et lui permettre de disposer d'une législation adaptée à ses besoins, comme à ses aspirations. C'est à cette condition que peut être assurée la stabilité d'un pays en contribuant à lui garantir la paix sociale, condition de développement de nos économies.

Jean-François HUMBERT

Président du Conseil supérieur du Notariat



# 目 录

序 言	I
Préface	III
合同自由与家庭公共秩序	001
人人有其家庭，人人有其法律	016
法定继承人的选择权	025
儿童利益衡量的三个层次 ——以第三人代孕为切入点	034
二十年以来的继承和赠与法律演变	046
法定财产制：分割清算	054
法定婚姻财产制度	064
后位继承与补位继承	084
继承：总结报告	102
继承法的回顾与展望	123
夫妻婚姻财产制度及离婚纠纷中的知识产权问题	138







家庭特许监护制度介绍·····	148
家庭团结，强制还是自愿？·····	156
竞争中的伴侣关系·····	171
论家庭纽带·····	179
“你们的孩子并非你们的孩子”：被指定的父母？·····	189
特殊弱势群体的人身性行为·····	206
遗嘱的自由撤销·····	225
已婚当事人保护的替代方式·····	235
未来保护委托协议与公证实践（第一部分：分析）·····	246
有关同居者间遗赠的若干思考·····	282
后 记·····	315





# 合同自由与家庭公共秩序

米歇尔·格里马蒂

**摘要：**在家庭法上，传统的集体式公共秩序的式微，体现在配偶如今可以自由选择多种组合形式，并且签订一些原先为法律所禁止的契约。但与此同时，一种个体式公共秩序正逐渐形成，其建立在基本权利和反歧视的原则之上，有时被用来抵制法律，有时被用于规制契约。

1. 按照惯例，我们从对标题中术语的定义开始谈起。

就合同自由而言，似乎是无须赘言的。2016年2月10日第2016-131号修改合同法的法令引入《法国民法典》的第1104条规定：“每一方都有选择订立或者不订立合同的自由，选择相对方的自由，以及决定合同的内容以及形式的自由（……）。”另外，依照新的第1000-1条第2款的规定，法律行为“在合理的限度内，就其有效性以及效力适用有关合同的相关规则”，从而将合同自由的原则扩张适用于单方法律行为的场合，而后者在家庭法领域内普遍存在：民事互助协议的解除、对子女的认领、遗嘱、继承的放弃等。

就公共秩序而言，事情则显得更为复杂。第1104条在其最后提到了公共秩序的功能，指出“合同自由不能被用来突破那些涉及公共秩序的法律”。由此，公共秩序被确立为对合同自由的一项限制。然而，公共秩序



的定义困难几乎是学界所公认的。<sup>1</sup>毫无疑问，一种最为便捷的做法是采纳“秩序”一词在日常生活的语境中所具有的两层含义：

秩序，首先指的是一种组织，是一种安排：按这一理解，它与无序相对立；

秩序，其次指的是一种命令，是一种规范：在这一层面上，它与单纯的建议和提议相区别。

上述两种含义事实上均在法律语言中得以保留：一般意义上的公共秩序指的既是一种特定的社会组织，也是强加这一组织形式的公权力机关；在家庭法上的特定意义的公共秩序指的是对家庭中的婚姻或者血亲关系的调整，以及对上述调整的遵守情况进行监督的权威机关，无论是本国的还是国际的，是立法层面的还是裁判层面的。易言之，无论是一般意义上的公共秩序，还是家庭法的特别意义上的公共秩序，都会涉及两个问题，一是公共秩序的内容，二是公共秩序的渊源。

我们所要论述的是在家庭的组织中，留给一方或者双方当事人自主决定的空间，同时考察强加于他们的规范以及制定这些规范的权威机构。

2. 这无疑是一个庞大的论题。家庭法不仅仅包含严格意义上的家事法范围，也就是说配偶法以及亲子关系法（婚姻、民事互助协议、同居关系、亲子关系以及亲权），也同时包含家庭财产法的内容（婚姻或者“民事互助协议者”的财产制以及继承法）。此外，在本国的家庭法之外，还存在家庭国际私法，并且在全球化的时代，后者运用越来越广泛。

但是，我们不应当忽视家庭法的上述所有分支，因为有关合同自由的问题总是以一种类似的方式呈现的：人们是否可以通过合意离婚？是否可以变更婚姻财产制？是否可以选择适用于他们离婚或者继承的法律？而我们预感所有的回答都会朝向同一方向，因为除非允许自相矛盾，家庭财产法应当反映家事法的演变，而国际私法也应当紧随本国法的发展。

3. 若从契约自由的视角对家庭法作整体的观察，则不难发现两个突出的现象：



首先——这一术语本身就足以说明问题——是家庭法的契约化，以及与之相应的公共秩序的退隐。一系列的改革以其不断加速的节奏重塑了法国家庭法，一些先前被禁止的契约如今已被法律所承认（例如对婚姻财产制的变更以及对他们将来离婚所适用的法律的指定）。这一在家庭法领域被放逐的公共秩序是一种传统意义上的公共秩序：一方面，这是为了捍卫公共利益对抗个体利益而形成的公共秩序，因此它站在合同自由的对立面；另一方面，这一公共秩序主要是通过法律来界定的，因此其主要体现在国内法的层面。

第二个运动是《欧洲人权公约》以及欧洲人权法院所确立的基本权利和自由的强势发展，尤其是家庭生活受尊重权（第8条）以及所有权（议定书n° 1，第1条）的规定，两者有时与反对歧视的原则（第14条）一同作用，撼动了整个家庭法体系。由此出现了一个与传统公共秩序迥异的新型公共秩序。它不再是集体的，而是个体的：它旨在捍卫个体权利而不再是公共利益，旨在维护主观权利而非客观法。就契约自由而言，这种新型公共秩序可能会产生两种截然对立的效果：当人权公约被用来发挥其纵向功能时，它可能被用来对抗国家，捍卫一个被法律认定为无效的契约（例如第三人代孕合同），这时候它便是合同自由的推动者；但是当人权公约被用来发挥横向功能时，它可以为某个个体用来对抗另一个个体，取消某些合同条款的效力，这时候它就构成了合同自由的限制。另外，这一新的公共秩序在很大程度上是司法层面的：其内涵外延是由欧洲法官所界定的，并得到了国内法官的附和。

4. 本文旨在对这双重演变进行描述和评估，首先考察集体公共秩序的退隐（I），其次考察个体公共秩序的勃兴（II）。

## I 集体公共秩序的退隐

5. 家庭是社会最基本的细胞，对家庭共同体的调整预示了对社会共同体的安排，对于这一点，1804年民法典的编纂者笃信不疑。这种儒家式的家国观，这种将家庭部分与公法挂钩的做法，反映了立法者试图为大革命的余波画上句号，并且重振执政府已经瓦解的道德风气的主观愿望。在他们看来，社会所需要的稳定、持续性以及权威性都首先来自对于家庭秩序的保障，这一秩序不允许任何个体的僭越。

对于伴侣而言法律仅仅承认一种形式即婚姻。在婚姻之外，任何权利都不能被主张、任何法律上的家庭都不能构成（在婚姻之外所生的子女是“自然的”，因为这是自然状态的产物，而不属于民事秩序）。对于这一婚姻，通过离婚的方式来解除是最后的救济，并且很快在1816年时就被帝国所取缔。就财产层面来讲，家庭财产制的不可变更性拒绝任何反悔的可能，另外，当时的法律还对夫妻间赠与持怀疑的态度，出于这一原因，此类赠与被认为可以自由撤销，因而被剥夺了其所有拘束力。并且，那些构成隐藏行为的夫妻赠与，则进一步认定为无效。就继承而言，对于未来继承契约的禁止不允许通过遗嘱以外的其他方式来改变法定继承秩序，而被作为一种家庭共有形式的特留份制度，用以确保直系卑亲属或者在没有前者的情况下的直系尊亲属，可以获得遗产实物上的固定份额。

对于一个家庭而言，其所建立的法律秩序是不容争辩的，但这显然已经不是今天的家庭了。

6. 以现代家庭作为考察对象，那么社会公共秩序的式微主要体现在两个层面：一方面，现今法律提供了多元的家庭模式；另一方面，之前的法律禁忌被打破。因此，我们将从选择的放开（A）和禁忌的解除（B）两方面来论证契约自由的发展。



## A. 选择的放开

7. 在国内法的框架内，曾经法律仅仅为伴侣提供了一种唯一的模版，也就是婚姻。而如今，自从1999年开始，它为人们提供了三种不同的家庭结合方式，从其法律属性由弱到强的排序，依次为同居关系、民事互助协议以及婚姻。

根据让·加尔伯尼埃的表述，<sup>2</sup>这一“纸牌上”的家庭产生了两个问题：

第一个问题是政治层面的，涉及这种多元模式的恰当性。一些人担心，家庭领域公共秩序的式微将导致整个社会公共秩序的式微，这种多元家庭模式将会导致家庭层面的社群主义，而社群主义正是我们在国家层面所批判反对的。就伴侣结合形式而言，我们观察到目前存在着结婚者的社群、民事互助协议者的社群以及同居者的社群，而他们开始怀念那个婚姻作为双方合为一体的标志的年代（对于那些主张所有人的婚姻的同性恋群体而言，婚姻似乎依然具有这一功能）。就这一点而言，未来似乎是无可预知的：互助协议和婚姻两者可能会逐渐合并，一方会朝着另一方发展；或者它们会成为两种俨然对立的结合形式，各自拥有自己的拥护者和领地。

第二个问题是实践层面的，这涉及调整的可能性。需要知道的是上述三种模式是否应当保持区分，还是个体可以将它们进行混合，也就是说选取各自模式中的一些法律效果，但是拒绝其他的一些法律效果。这一问题是非常现实的：那些倾心于夫妻法定财产制的民事互助协议伴侣，能否选择将他们共有财产的部分扩展至他们的收入部分，甚至是未用于投资的收入（这就会导致对婚后所得财产共有制度的照搬）？或者约定所有的共有财产都归后去世一方伴侣所有〔这就是对婚姻得利制度（*avantages matrimoniaux*）的挪用〕？对一些人而言这根本无须讨论，并抛出了伴侣契约自由的原则：无论是婚姻、家庭互助协议还是同居，这一原则同样适用。另一些人则从这些制度的内在逻辑出发提出反对意见，认为人们不能



从每一项制度中仅仅攫取其有益的部分，而否弃其中带有强制性的内容：婚姻财产契约的自由以及婚姻得利制度的有偿性都是婚姻效力的产物，如果互助协议的伴侣选择了一种更为自由的结合形式，则当然不得享受上述特权。<sup>3</sup>

8. 在国际法的框架内，合同自由指的是选择适用于个人结婚、离婚、婚姻财产制以及继承的法律的自由。这一自由同样处于不断扩张中。首先，作为这一选择基础的“当事人指定法”如今不仅在家庭财产制的领域，而且在离婚（2010年12月20日欧盟第1259/2010号条例）以及继承领域（2012年7月4日欧盟第650/2012号条例）也得到了承认。其次，用于限制这一法律选择的自由以捍卫本国法律价值的公共秩序保留，逐渐发展成为一种更为缓和的样式，它允许那些在法国法上不被认可但按照国外法律有效成立的法律状态在法国本土上产生法律效力（例如一夫多妻制），尤其是就近公共秩序保留（*ordre public de proximité*）的兴起，根据这一理论，只有当案件事实与法国具有足够的关联时，尤其是一方当事人拥有法国国籍或者其经常居住地在法国时，一项外国法律（例如不承认离婚制度的外国法）才会因公共秩序保留而被排除适用。

所有的困难都来自对适用法律选择自由的限制界定。然而，承认“当事人指定法”的文本仅仅允许当事人选择与其有足够关联的法律：当事人的国籍、他们的经常居住地或者财产所在地。但是有关公共秩序保留的法律规定则表述不明，而法院的立场更是充满了不确定性。一个绝佳例证来自目前法国最高法院正在受理的一起继承纠纷，争论的焦点在于有关特留份的规定是否都属于国际私法上公共秩序的范畴。<sup>4</sup>最高法院对于这一问题所给出的答复，将会决定一个定居在美国的美国人是否可以通过选择一个不承认特留份制度的法律，排除其出生在法国且拥有法国国籍的子女的继承权利。



## B. 禁忌的解除

9. 有关契约的禁止性规定被废除的例子不胜枚举。我们此处仅举出少量的例证：

在离婚场合，双方合意的离婚（1975年）以及在其他离婚的场合，夫妻双方对于他们分居之后法律后果的约定（2004年），或者对家庭财产制的提前清算协议（1975年）；

在家庭财产制领域，夫妻财产制的变更（1965年），以及根据司法判例，夫妻双方依照法律规定之外的方式来清算共同财产的协议（例如他们不对补偿金进行清算，将某一个属于配偶一方的财产约定为共有财产，<sup>5</sup>或者直接排除财产制的变更<sup>6</sup>）；

在继承方面，在存在未成年人或者受保护的成年人时的协商分割协议（1964年和1968年），对于侵害特留份份额的扣减权的提前放弃（2006年）以及死后生效委托（2006年）；

在遗赠和赠与方面，夫妻之间的隐藏性赠与行为（2004年），后位继承（以前的继承替代制度；2006）和跨代间的分割—赠与协议，根据这一协议，子女将自己在针对尚未开始的继承所进行的提前分割中所占的位置转让给自己的子女（2006年）。

公共秩序的这一退隐自然是不可争辩的，但这一退隐依然有其限度，并伴有一些缓和性的规定。

10. 首先是限度。公共秩序的核心部分依然得到了保留，对于这一核心部分合同自由并无适用的余地。如下是一些具体的例证：

在严格意义上的家庭法领域，有关抚养义务的协议，对于亲子关系诉讼的放弃表示，尤其是第三人代孕协议，将被认定为无效；

在婚姻财产制领域，夫妻间的契约自由不能被用于突破强制性夫妻财产规定（*régime primaire*）：既不能突破家庭生活债务的连带性，也不能突破对家庭住所的共同管理（有关这一点，我们还可以提及自从2001年起赋予在世配偶在该家庭住所中居住一年的强制性权利）；





在继承法方面，那些被继承人不可逆转地放弃对其遗产所拥有的遗嘱处分自由权利的协议依然被严格禁止（除非是通过婚姻协议所确立的夫妻间的继承契约，但这在实践中几乎已经绝迹……）；如果说越来越多的未来继承契约被认定为有效，但它们都是针对推定继承人对自己继承权的处分，而从不涉及被继承人对其遗嘱自由的让渡；

最后，在遗嘱和赠与领域，赠与不可撤销原则——该原则禁止赠与人在赠与合同中，也就是说在征得受赠人同意的情况下，保留通过直接或者间接的方式取回其已赠与的财产的权利——依然存在，民法典第 943 条至 946 条的规定保留了《1804 年法典》的原貌。

11. 其次是缓和规则。当法律对曾经禁止的契约效力予以认可时，它并未将所有保护的理念——当事人以及第三人——抛诸脑后，这些保护理念往往是最初设定禁止规定的基础。但是法律通过另一种方式实现保护：不再是通过禁止规范，而是通过形式要件。有时候，法律要求当事人必须听取专业人士的建议，无论是公证人还是律师，要求相关协议必须通过公证文书或者律师文书的形式作出，否则无效。有时，法律甚至将此类协议的有效性交给法官进行控制，将法院授权作为此类协议生效的前提要件。为证明上述说法，我们只需举出最新的立法创新规则，例如对侵害特留份份额的扣减权的提前放弃，这一法律行为需要有两个公证人的介入；又如对于死后生效的委托协议，需要有一名公证人介入；可以在没有法官介入的情况下作出的双方合意离婚需要由两名律师进行会签；出于对第三人利益的保护，婚姻财产制的变更以及合意离婚有时依然要求取得法院的授权。

然而，我们注意到这些保护措施往往只是暂时性的：随着时间的推移，这些措施将会变得缓和，甚至会完全消失。婚姻财产制的变更以及合意离婚在最初时无一例外地要求法院的授权，如今在原则上仅仅要求公证人或者律师的建议；至于在离婚诉讼阶段对夫妻共同财产的提前清算，其有效性最初要求通过公证文书的形式作出，如今这一要件已不复存在；对



于有未成年人或者受保护的成年人在场时的遗产分割协议，最初其需要得到法院的授权，如今其仅需要获得家庭委员会或者监护法官的简单许可即为有效（当未成年人的父母担任其财产的法定管理人时，甚至这一许可也是不需要的<sup>7</sup>）。

当然，当司法审查不复存在的情况下，由于没有法院的把关，公证人和律师由于不当履行其咨询建议义务而产生的民事责任风险也会大大增加。因此，在家庭财产制的变更可以在没有法官的情况下作出时，公证人开始考虑当该协议与家庭利益相冲突时，他们所可能承担的民事责任。<sup>8</sup>而如今，当合意离婚可以在没有法官的情况下进行，律师也完全有理由询问当一方当事人认为其未能获得应有的咨询建议（如对于经济补助的原则以及金额等问题）时，其所要承担的民事责任。<sup>9</sup>

## II 个体公共秩序的勃兴

12. 这一个体公共秩序围绕着基本权利展开（A），有时可能也来源于反对歧视的原则（B）。

### A. 基本权利

13. 基本权利——正如我们之前提及的那样（前3）——可以被用来对抗国家以捍卫合同自由。在这方面它所取得的成就显著。

例如，欧洲人权法院早在多年以前就否定了禁止向通奸所生子女进行赠与遗赠的做法，<sup>10</sup>或者那种出于乱伦的目的而禁止某些婚姻的做法。<sup>11</sup>

但是去年1月24日欧洲人权法院作出的著名的 *Paradiso c/ Italie*<sup>12</sup> 一案中，其再次确认了成员国在判断第三人代孕协议效力时所享有的自由裁量权，尤其是当成员国禁止此类契约时，有选择采用何种应对方案的自由：法院认为将儿童从诉诸代孕的当事人身边带走并让其进入收养程序的做



法并不与公约相抵触，只要该儿童与代孕申请者之间不存在任何的血缘关系，并且在他们之间尚未建立起亲密关系。在判决的说理部分，法院强调了公共利益的重要性：它认为“公约并没有确立任何意义上的成为父母的权利”，并且“公共利益”凌驾于“成为父母的偏好”之上。从这个集体公共秩序包含着个体公共秩序的案例中，我们可以看到欧洲法院判决立场的一种转变。

14. 然而，和传统的公共秩序一样，基本权利也可以构成合同自由的界限。在附负担的遗赠赠与中这种作用尤为明显，出于利益的诱惑受赠人往往会接受一些对其权利构成侵害的负担，其后又寻求挣脱这些束缚的途径。我们想到的是家庭成员之间的约定：单身条款或者不得再婚条款，以禁止结婚或者再婚行为，或者是不得离婚条款，旨在扼杀任何解除婚姻的尝试。

过去，对于这些条款有效性的审查主要是借助原因概念来进行的，也就是说考察赠与人或者遗嘱人的主观动机。<sup>13</sup> 如果处分人拥有合理的顾虑，例如是为了保护受赠人免受那些居心叵测之人别有用心献媚，或者为了避免双方共同的子女处于继父或者继母的淫威之下，那么单身条款和禁止再婚的条款就是有效的；相反，如果这些条款是出于一种死后嫉妒的自私心态，或者一种可耻的种族仇恨，或者是出于对某个子女的特殊怨恨，试图阻止因为结婚而使其地位获得合法化，那么这一条款就是无效的。这一传统的分析路径在2005年12月13日的一则判决中还被使用，最高法院在这则判例中承认了夫妻之间对未来财产赠与中所附带的不得离婚条款的效力，理由是这一条款“并不是出于阻止其妻子提出离婚的目的而订立的”。<sup>14</sup>

如今，对这些条款的审查逐渐以另一种方式进行，即不再是考察处分人的主观动机，而是考察该条款的内容以及其影响的范围。更确切地说，该条款可能会因为影响了基本权利的行使以及这一侵害的严重程度而被剥夺效力。





第一个例子涉及夫妻间现实财产赠与合同所附的禁止离婚条款。通过 2012 年 3 月 14 日的一项判决，最高法院认定该条款无效，尽管其并没有明说，但该判决的唯一理由便是离婚权利（民法典第 265 条）的绝对性。<sup>15</sup> 即使是如此简短，该判决理由依然说明赠与人的动机完全是无关紧要的，并且使人不禁想到这一条款的效力瑕疵在于其间接对离婚自由所构成的侵害：尽管这一权利并没有被《保护人权与基本自由公约》列为基本权利，但是最高法院却赋予它一种特别的价值，因为它运用就近公共秩序保留原则对其进行保护。<sup>16</sup>

第二个例子则更为明显地体现了这一倾向，它针对的是在分割赠与（donation-partage）或者分割遗嘱（testament-partage）中经常使用到的惩罚性条款，这一条款旨在惩罚那些事后对分配遗赠赠与提出异议的继承人，或者是未能履行上述遗赠赠与中所附的义务的继承人。根据一项持续百年的判例规则，如果这一条款与法律的规定相吻合，或者其不规范之处仅仅损害个体的利益时，它就是有效的，相反，如果它被用来支持一个违反公共秩序的约定，则该条款就是无效的。<sup>17</sup> 然而，在最高法院 2015 年 12 月 16 日以及 2016 年 3 月 31 日的两个判决中，对于该条款的有效性判断选择了不同的路径：在基本权利的语境中展开。在第一则判决中，法院认为一个针对继承人出于任何原因对分配赠与提出异议的惩罚条款只有当其不构成对当事人诉讼权利的过度侵害时才是有效的，这一项权利受欧洲人权公约第 6 条第 1 段所保护；<sup>18</sup> 在第二则判决中，法院认为禁止继承人就未包含在分配遗嘱中的财产提出分割请求的条款，如果对于提出分割请求的权利构成过度侵害时，就被认定为未写入，财产分割请求权被法院定性为一项“绝对”权，<sup>19</sup> 此外，宪法委员会也将这一权利置于宪法的保护之下。<sup>20</sup>

#### 15. 对这一法律演变需要作出两点评价：

首先，我们再次看到了比例原则的运用，最高法院似乎将这一原则的运用权限交给下级法院行使，后者对是否构成过度作出权威性的判断。这