

论事前弃权的效力

叶名怡*

摘要 从流担保禁令、时效利益预先放弃禁令等五种权利事先放弃的法律解释论出发,可归纳出事前弃权原则上倾向于无效的一般规则。其背后法理逻辑包括:未来权利尚未特定化,处分行为前提欠缺;意思表示容易生瑕疵;被放弃权利涉及人身(信赖)利益;事前弃权容易导致对自由或独立的过分限制;可能违反赋权规范的特定公益目的。将该规则验证性适用于任意解除权、法定解除权、违约金酌减权以及建设工程优先受偿权等权利的事先放弃场合,亦能获得较好的解释力。

关键词 事前弃权 法律行为 效力 私人自治 公共利益

私权利是指法规范赋予人的、旨在满足其利益的意志力,意志空间和自我自由决定是私权利的内在规定性。^{〔1〕}但权利能自由放弃吗?试举一例。甲立有一份遗嘱,上书“房产由四子女平分。特别备注:凡此后出现与本遗嘱不相一致的意思表示,一律以本遗嘱为准”;嗣后,甲又立下一份新遗嘱,载明房产由其长子单独继承。^{〔2〕}本案中以何遗嘱为准?此问题事关事前弃权之效力,本文以此为研究对象,希望发掘出若干规律,期能对司法有所裨益。

一、解释论视角下的事前弃权规则归纳

以下选取五种典型案型,从解释论的角度逐一探讨各场合下事前弃权的效力,并与事后弃

* 上海财经大学教授。

〔1〕 参见(德)汉斯·布洛克斯、(德)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2012年版,第373页。

〔2〕 参见陕西省西安市碑林区法院“(2014)碑民初字第03974号”民事判决书。

权效力进行对比。

(一)事先放弃担保物全部价值无效

《德国民法典》(以下简称德民)第1149条(不准许的清偿约定)和第1229条(到期协议的禁止)分别对流押(土地)约款和流质约款予以禁止,违者无效。“法律基于保护债务人的原因”,债权人只能“通过强制执行的方式”从担保物中获得清偿,“任何方式的私人执行都被禁止”。〔3〕另外,《意大利民法典》第2744条和第1963条同样规定了流担保约款无效。我国《物权法》第186条和第211条分别规定了流押禁止和流质禁止。晚近,法国法和我国台湾地区法在此问题上均出现松动迹象。旧的《法国民法典》(以下简称法民)第2078条第2款规定,流质约款无效;然而,2006年新法民第2348条第1款规定,质权人和设质人可事先约定,在受担保债务未获履行时,债权人成为质物的所有权人;同法第2459条原则上也认可了(不动产)流押条款的效力。无独有偶,我国台湾地区“民法典”(以下简称台民)原第873条第2项规定,流质约款无效。而现行台民第873-1条则允许流押契约。

乍看之下,上述立场的更迭似有剧变之意,其实不然。流担保约款之所以被禁,并非因为法律想要阻止债务人事先放弃担保物所有权;事实上,一旦债务人无力清偿,其担保物必将被出售用于偿债,因此保障债务人不丧失担保物所有权,既无必要也不可能。流担保禁令的真正旨意毋宁是,法律想要阻止债务人事先放弃担保物的全部价值。

在这一点上,法、台新规定其实均无任何变更。第一,债权人均被课予清算义务,其并非无条件取得担保物所有权,需要在担保物价值超过债权额时,须将差价返还给债务人,或为其他债权人利益而将其寄存(法民第2348条第3款、第2460条第2款,台民第873-1条第2款)。第二,担保物估价之日只能是以所有权转移之日为基准日(法民第2348条第2款),不能提前约定或确定,估值程序和方法事后若不能达成一致,亦须按法定程序办理。〔4〕第三,流质约款有效规则不适用于集体清偿程序(*procédure collective*)(《法国商法典》第622-7条)。第四,库存质押(*gage sur stocks*)场合仍禁止流质约款(同法第527-2条)。

因此,问题的关键不在于债务人能否保住担保物的所有权,或债权人能否取得担保物的所有权,而在于提前约定债务人放弃担保物所有权时,债务人是否无条件地放弃担保物全部价值,债权人是否存在清算义务,以及担保物估价时间点是否在债务到期之后。若债权人有清算义务,估价时间点也在债务到期之后,〔5〕则流担保约款本身是否有效,实非要害问题。

〔3〕(德)鲍尔·施蒂尔纳:《德国物权法》(下),申卫星、王洪亮译,法律出版社2006年版,第560页。

〔4〕JurisClasseur Civil Code > Art. 2343 à 2349, Dominique Legeais, Fasc. unique : Effets, 1^{er} Jun, 2013, no 7.

〔5〕让与担保场合亦然,参见王闯:“关于让与担保的司法态度及实务问题之解决”,《人民司法》2014年第16期,第15页。

(二) 事先放弃时效利益无效

通说认为,时效进行前,义务人不得预先抛弃或约定抛弃时效利益,若允许则时效制度形同虚设。〔6〕《中华人民共和国民法总则》第 197 条第 2 款再次确认了此项规则。事实上,1929 年《中华民国民法典》第 147 条已明文禁止预先抛弃时效之利益。此规定系强制性规范,当事人不得以合意废之。〔7〕旧德民第 225 条仅允许时效的合意缩短,禁止合意延长,一般性的时效排除更是被禁止。〔8〕现行德民虽允许合意延长时效,但其第 202 条第 2 款仍规定,“不得在超出自法定的消灭时效起算点起 30 年的消灭时效期间以外,以法律行为加重消灭时效。”〔9〕倘若义务人声明“无限期的放弃”,则只要属于约定不明,就必须被解释为:不超过 30 年上限。〔10〕相反,若弃权声明可“明确无误地被解释为:弃权旨在令债权完全不受时效约束,则该声明无效”。〔11〕与此相反,对于时效届满后声明的放弃则不受第 202 条限制,因为此时债务人缺乏任何保护价值。〔12〕

在法国,法官不得依职权提出消灭时效,故有学者将时效利益解释为债务人享有的一种实体上的抗辩权。〔13〕当债务人抛弃时效利益时,也会使用“放弃时效权”(renonciation au droit de prescrire)这样的表达。〔14〕法民第 2250 条规定:“只有已取得的时效,才能抛弃。”据此,时效利益享有者不仅在时效开始起算之前不得预先抛弃时效利益,而且在时效运行中,也只能抛弃已完成的期间(通过债务承认而中断时效),而不能抛弃未开始的期间。换言之,放弃只对过去有效,而对将来无效。此规则不仅适用于消灭时效,也适用于一切解除义务的时效(prescriptions libératoires),即普通法时效和特别法时效,如保险法上的 2 年时效以及运输合同的 1 年时效;类似的禁令也存在于相应的失权期间(délais de forclusion)规定中。由上可知,在禁止预先放弃时效抗辩权问题上,大陆法系有基本的共识。

〔6〕 秦伟、李功田:“论时效利益之归属与抛弃”,《法学论坛》2000 年第 6 期,第 79 页。

〔7〕 参见王泽鉴:《民法总则》,北京大学出版社 2009 年版,第 410 页。

〔8〕 RG WarnR 1914 Nr. 11 (für § 477 Abs. 1 S. 2 aF).

〔9〕 Staudinger 评注对 30 年时长提出批评,“人们通过 2004 年的合同行为能一本正经地思考 2034 年的关系,这种想法未免让人惊诧。”Vgl., Jacoby, in: Staudinger, BGB - Neubearbeitung 2009, § 202, Rdn. 3.

〔10〕 BGH WM 2007, 2230 Tz. 16 m. zust. Anm. Grothe WuB IV A. § 202 BGB 1.08.

〔11〕 Bamberger/Roth/Henrich, in: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Band 1, 2012, § 202, Rdn. 7.

〔12〕 Grothe, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Auf. 2012, § 202, no 11, 13.

〔13〕 G. Marty, P. Raynaud et Ph. Jestaz, *Les obligations, Le régime*, t. II: Sirey, 2e éd. 1989, n° 316, p. 305.

〔14〕 JurisClasseur Civil Code > Art. 2247 à 2254, J.-J. Taisne, Fasc. unique: renonciation, 16. Oct, 2013, no 6.

(三) 事先放弃继承权无效

我国通说将继承权分为继承既得权和继承期待权。依《继承法》第25条,继承(既得)权只能在继承开始后、遗产分割前作出。继承人在继承开始前放弃继承(期待)权的,该放弃无效。同样,依德民第1944条和第1946条的规定,继承人对遗产的拒绝,只能在继承开始后的六个月内作出。在被继承人仍健在时,继承人单方抛弃继承权的声明属于无效意思表示,此类声明只能在继承开始后(nach dem Erbfall)作出。^[15]继承人若欲在继承开始前就放弃其法定继承资格,则只能与被继承人订立继承法上的继承放弃协议(德民第2346条)。^[16]据此,德国法禁止通过债法性单方承诺或双方协议事前放弃继承权,继承开始后则不限。

法国法的规定更为严厉。依法民第770条,潜在继承人在继承开始前不得行使接受或抛弃继承的选择权。法民第722条规定,就尚未开始的继承创设或放弃权利的协议原则上一律无效。法民第1130条规定,“任何人均不得放弃尚未开始的继承,也不得就此种继承订立任何条款,即使得到被继承人的同意,亦同。”据此,“将来继承协议”(pacte sur succession future),不论其性质是债法性的还是继承法性质的,一概为法律所禁止。此禁令构成继承法的指导性原则。^[17]事实上,不少欧洲国家都禁止债法性的“将来继承协议”,如《意大利民法典》第1370条第2款、《荷兰民法典》第458条、《瑞士民法典》第494条、第497条以及德民第2274条、第2302条。在2004年第100届公证员大会上,禁止将来继承协议的立场仍异常稳固。^[18]台民第1174条亦有相同规定,“继承人于继承开始前,预为继承权之抛弃,不能认为有效。”^[19]

(四) 事先放弃遗嘱自由无效

文首案例涉及立遗嘱人能否事先放弃遗嘱自由(废立自由)。依德民第2302条(不可限制的遗嘱自由),立遗嘱人不得预先放弃其撤回权,不管是单方表示还是合同约定,也不论其内容是负担义务设定,还是处分废止,只要涉及对立遗嘱人的遗嘱自由(Testierfreiheit)的限制,均属无效。^[20]在一起典型案例中,立遗嘱人在遗嘱中写道:“待我百年之后,吾侄对吾之房产享有继承权,此项权利不可撤销。今后任何与此遗嘱内容不一致的留言均无任何法律效力(keine Gültigkeit)。”法院判定,立遗嘱人此项单方义务设定因违反德民第2302条而无效。^[21]违反此类约定也不产生任何法定的合同责任。在某案中,原告诉请被告将系争地块向己方移转;被告辩称,其与丈夫曾照顾原告之父生活起居多年,后者生前曾允诺,“在继承法上对被告

[15] *Leipold*, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, 6. Auf. 2013, § 1946, Rdn. 4.

[16] *Vgl.*, *Wegerhoff*, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, 6. Auf. 2013, § 2346, Rdn. 1-3.

[17] A. Sériaux, *Les successions, les libéralités*: PUF, coll. Droit fondamental, 3e éd. 2003, n° 77, p. 100.

[18] Me D. Coiffard, *L'impossible succession contractuelle*: *JCP N* 2004, étude 1223, p. 762.

[19] 杨与龄:《民法概要》,中国政法大学出版社2002年版,第380页。

[20] OLG Stuttgart NJW 1989, 2700.

[21] *Vgl.*, BayObLG, Beschuß vom 5. 12. 2000-1Z BR 115/00, FamRZ 2001, 771.

夫妇视如己出(gleichstellen)”;联邦最高法院最终驳回被告上诉并指出:“那样一个合同根据德民第 2302 条是无效的……因此,(即便违反)原则上也不会产生任何损害赔偿请求权。”〔22〕

法民第 1035 条也规定了遗嘱废立自由,即自愿撤回(revocation volontaire)。每个人直至其最后时刻都有权修改其死因处分,〔23〕该规则属于公共秩序,立遗嘱人不得直接或间接放弃此项撤回权。〔24〕在某案中,X 和 Y 于 1977 年开始同居,X 于 1994 年 10 月 5 日在其公证员见证下立下遗嘱,将其一套公寓遗赠给 Y,但次日又通过向该公证员邮寄文件的方式撤回该遗赠,并在之后同居生活中一直对 Y 隐瞒此事,直至去世;卡昂(Caen)上诉法院判决 X 的法定继承人对 Y 承担 3 万欧元的连带损害赔偿责任,理由是:X 与 Y 同居 17 年后所作遗赠,是一种良心义务的履行,以保障 Y 将来有房可住,且该房屋在 X 的遗产中仅占很小比重;然而,法国最高法院终审判定,“撤回遗嘱的选择权构成了一种免除一切责任的自由裁量权。”〔25〕

我国继承法虽无明文规定,禁止立遗嘱人事先放弃遗嘱撤回权,但经由解释论,仍可得出相同结论。理由如下:第一,遗嘱自由属于基本权,位阶极高。遗嘱自由(内容自由和废立自由),是个人私有财产权(基本权)在继承领域的具体表现,是其固有内容和当然延伸,也是继承法的基本原则。由此,遗嘱自由具有基本自由和权利的属性。德国联邦最高法院在 1965 年“德国情妇遗嘱案”中特别指出,“即使被继承人的动机并不值得特别受到尊重,其最终意思也应当受到保护,并对之作出善意解释。”〔26〕第二,放弃遗嘱自由违背遗嘱的本质规定性。遗嘱的本质规定性在于立遗嘱人最终的处分意思。依德民第 1937 条的表述,遗嘱和终意处分(letztwillige Verfügung)是同义词。〔27〕法国通说也认为,遗嘱可自由撤回,乃遗嘱的本质特征,是法民第 895 条遗嘱定义中的固有内容。第三,作为死因处分的遗嘱,在其生效前理应可随时修废。遗嘱任何时候的可撤回性,本质上在于它是死后才生效的处分。第四,避免公证遗嘱制度被架空。若想作成不可撤回的遗嘱,唯有设立公证遗嘱。这也是所谓的形式强制(Formzwang)之拘束。此种形式要件的目的旨在保护立遗嘱人的意志,免于过分轻率仓促,免遭伪造歪曲或胁迫,其根本目的还是服务于遗嘱自由。〔28〕

(五)事先放弃人身损害或重大过错致害的赔偿请求权无效

依《合同法》第 53 条,就人身损害或重大过失所致财产损失,受害人预先放弃索赔权者无效。依同法第 40 条规定,利用格式条款排除受害人因他人一般过失所致损害索赔权的,亦无

〔22〕 BGH, 13.01.1967, VZR 24/64, MDR 1967, 480.

〔23〕 M. Grimaldi, *Les dernières volontés*, Mél. Cornu, PUF 1994, p. 177.

〔24〕 JurisClasseur Civil Code > Art. 1035 à 1038, Fasc. unique : Donations et Testaments, no.3.

〔25〕 Cass. 1re civ., 30 nov. 2004 : Juris-Data n° 2004-025905 ; Bull. civ. 2004, I, n° 297.

〔26〕 郑永流:“道德立场与法律技术”,《中国法学》2008 年第 4 期,第 181 页。

〔27〕 Vgl., *Leipold*, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, 6. Auf. 2013, § 1937, Rdn. 6.

〔28〕 Vgl., *Gerhard Otte*, in: *Staudinger BGB*, Neubearbeitung 2008, Einl zum Erbrecht, Rdn. 55, 57.

效。台民第 222 条与第 247-1 条有类似立法例。相形之下,德国法的立场更偏向于意思自治。依德民第 276 条第 3 款,当事人通过个别约定(Individualabrede)事先放弃对他人故意行为所致损害而生的赔偿请求权,弃权无效。^[29]若通过格式条款来免责,则重大过失致害场合也被禁止,而且还适用于法定代理人或履行辅助人的重大过错(德民第 309 条第 7 项 b 段)。同时,同条项 a 段还规定,通过格式条款免除“因过失侵害生命、身体、健康而发生损害的责任”的,该条款无效。可见,德国法的规定对个别约定和格式条款采区分立场。

值得注意的是,对于当事人通过个别约定事先放弃因过失所致人身损害的赔偿请求权,德国法并不禁止。因为在个别约定场合下,弃权意思表示通常可通过减价或补充给付而获得补偿;然而在格式合同场合,顾客并无议价可能,这样就会对格式条款提供方保有必要注意、提供符合约定的给付产生负面激励,从而使给付义务和对待给付义务二者失衡。^[30]

《法国民法典》对于免责条款的效力并无规定。法国判例起初承认预先免除合同责任的效力,^[31]否定预先免除侵权责任(被认为涉及公共秩序)的效力。^[32]后来,判例认为,基于欺诈或故意产生的合同责任也不得预先免除;因为欺诈本身构成民事侵权,且此类条款实际上为债务人保留了恶意的可能性,或是保留了单凭己意不履行合同义务的选择权,这就特别接近于纯粹任意条件(potestative),为法民第 1174 条所禁止而无效。出于对相同公共秩序的维护,判例将近似于欺诈的重大过错(faute lourde)引发的合同责任也给予同等对待,以免债务人作出毫无谨慎之举;^[33]判例甚至偶尔还扩大重大过错的认定范围,引入客观重大过错的概念,即若未履行合同的“根本”义务,则认定存在重大过错。^[34]

除重大过错所致责任不得预先免除外,人身完整义务及其违反所致责任也不得预先免除,因为人身完整属于公共秩序的范围;所以,医生不能与其患者约定,前者对其诊断差错或手术过错不承担责任。^[35]游艺场所经营者不能预先免除发生事故时本应承担的责任。^[36]

通过对上述五种典型案型的分析考察,可归纳总结出如下一般性规则:事前弃权倾向于无效,事后弃权原则上有效。二者为何效力迥异?有必要对该规则予以进一步展开,并对其背后的法律逻辑和法律思想进行深入分析。

[29] Vgl., Grundmann, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Auf. 2012, § 276, Rdn. 151.

[30] Vgl., Wurmnest, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Auf. 2012, § 309 Nr. 7, Rdn. 2.

[31] Cass. civ. 24 janv. 1874, DP 1876.1.133.

[32] Cass. civ. 2e, 17 févr. 1955, D. 1956.17, note P. Esmein.

[33] V. F. Terré, *Les obligations*, 10e éd., Dalloz, 2009, p. 625.

[34] Cass. civ. 1re, 22 nov. 1978, JCP 1979, II.19139.

[35] V. F. Terré, *Les obligations*, op.cit., p. 626.

[36] Toulouse 23 oct. 1034, DP 1935.2.249, note L. Mazeaud.

二、规则之展开及其正当性分析

本部分对于前述一般规则予以进一步扩展、细化和深化,并探究其理论依据,分述如下:

(一)处分为之“客体既存并特定”前提欠缺

事前弃权大多是对未来权利的放弃,如债务人提前放弃时效利益,潜在继承人提前放弃继承权等。我国通说认为,潜在继承人仅仅拥有一项继承期待权;但按德国理论,其连期待(Anwartschaft)权都没有,而仅仅是一种“取得权利的希望”(Erwerbssaussicht),这种希望不受法律保护。^[37] 在区分负担行为和处分行为的德国,旨在使权利即刻丧失的法律行为属于处分行为。负担行为可针对未来物设立,但处分行为所变动的只能是既有的权利。^[38] 可见,存在既得权是处分行为的前提,未来的权利无法构成处分行为的客体,放弃未来的权利,不可能成为有效的处分行为。处分行为除要求客体现实存在之外,还奉行客体特定与确定原则。所谓特定原则,是指作为处分行为客体的,必须是一项权利或一项权利之部分,而不得是一束权利(权利集合);确定原则是指,至迟在处分行为生效之时,必须明确所处分的具体是哪项权利。^[39] 前者强调一项行为只能处分一项权利,后者要求处分标的须确定。^[40] 因此,放弃将来的财产(Vermögen)这样的处分行为,是不成立的。

法国法没有负担行为、处分行为的区分,未来之物得为债的标的(法民第 1130 条),但物权变动同样须满足前提条件:客体确定和特定。“未来之物的买卖,只有在该物可以实际交付并且由买受人受领之日,才能完全成立。”^[41] 同理,放弃未来权利的协议也不可能发生即时效力。由于债之标的不存在,所以“将来继承协议”非法。^[42] 尚未开始的继承,还不能构成契约缔结时的内容;从财产遗产组成角度,它还不存在。既然立遗嘱人还活着,新的财产所有权只是可能转移给潜在的继承人,未来物千变万化,一切都远远不能确定,“时间因素对遗产总量的组成及其归属所造就的不确定性如此巨大,以至于对继承前权利(droits présuccessoraux)的处分(继承人之一同意将它们让与给其他人)成为一种幻象”。^[43] 质言之,未开始之继承所关涉的遗产权利根本就属于法律交易之外的物。

[37] 参见布洛克斯等,见前注[1],第 370—371 页。

[38] Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., 2004, § 23 Rdn. 35.

[39] Schwab/Löhnig, Einführung in das Zivilrecht, 18. Aufl., 2010, Rdn. 462.

[40] Brehm/Berger, Sachenrecht, 2. Aufl., 2006, § 1 Rdn. 43.

[41] 罗结珍,《法国民法典》,北京大学出版社 2010 年版,第 302 页。

[42] Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Droit civil, Les obligations* : Defrénois, 4e éd. 2009, n° 598.

[43] JurisClasseur Civil Code > Art. 721 à 724-1, G. Raoul-Cormeil, Fasc. 20 : *Pacte sur succession future*, 9 Mai 2011, no 22-24.

不仅死因处分如此,生前赠与也是一样。法民第943条规定,生前赠与,仅能包括赠与人现有的财产;如其中包括将来的财产,涉及这种财产的赠与无效。有学者将这种合同称为“荒谬文书”(acte de folie)。〔44〕一项未成熟的未来权利在通向成熟的道路上有很多未知风险,因此,“不能说,每个人只要有行为能力,就都是其自身权利的主人,都可以自由缔结有风险的交易,从而转让‘美好的期待’(belles espérances),以换取实际的和即刻的利益。以此类合同固有的危险为理由,禁止这些合同是正当的”。〔45〕综上,单从处分行为角度论,未来的权利,由于其尚未现实化、特定化和确定化,无法成为处分行为的客体,故处分无效。

(二)所弃权利涉及人身(信赖)利益

人身权利和自由不得让渡或放弃,此为保障人权至高无上性所必需,殆无疑义。相对而言,涉及人身利益或伦理价值的财产权也不得预先抛弃,这一点或许并不为人注意。

例如,遗嘱自由权系从个人财产权衍生而来,主流观点认为它是一种财产权;但它同时也蕴含了巨大的人格利益。Goebel教授在其专著《作为人格权的遗嘱自由》中指出,“遗嘱自由的价值基础在于其一般人格权的评价,它应当被确立为一种新的具体人格权,因为它部分地含有人性尊严的价值,可以保护权利人的情感利益。”〔46〕德国通说虽相对保守,但也认为,遗嘱自由是一种无任何束缚义务的权利,一种个人自由权(Freiheitsrecht);唯有如此,方可解释立遗嘱人意志的重要性,其意志系一种不可审查之权利的运用。〔47〕法国通说认为,遗嘱自由让立遗嘱人享有一切自由,“这种确立最后意志的自由,是不可让渡的(inaliénable)。这种遗嘱自由不仅能够平缓对死亡的焦虑——因而应当保留给每个人,直至其生命最后一刻,而且也是一件隐秘的武器,能够让年老者维系其存在和情感……”〔48〕可见,正是这种人格利益(意志和情感)决定了遗嘱自由不可事先放弃。

再如,潜在受害人对于将来或有索赔权的放弃。中外立法例均规定,对于过失所致财产损害,受害人可事先放弃索赔权;对于过失所致人身损害,受害人却不得事先放弃索赔。其原因恰恰在于,因人身损害所产生的损害赔偿请求权,虽是一种财产性权利,但却与受害人的人身利益密切相关,故不得事先抛弃。

又如,关于继承人预先放弃继承权的协议,法国理论认为,既然继承尚未开始,“继承关系纯粹是虚拟的……这种可能性所课与的阴影,只会影响将来立遗嘱人与其事前推定之继承人

〔44〕 Regnault, *Les donations et l'ordonnance de 1731*, Paris 1929, p. 614.

〔45〕 M. Grimaldi, *Droit civil. Successions, préc.*, n° 341.

〔46〕 Joachim Goebel, *Testierfreiheit als Persönlichkeitsrecht*, Duncker & Humblot Berlin, 2004, S. 362.

〔47〕 Gerhard Otte, in: *Staudinger BGB*, Neubearbeitung 2008, Einl zum Erbrecht, Rdn. 54, 55.

〔48〕 M. Grimaldi, *Droit civil. Successions*: Litec, 6e éd. 2001, n° 24 s.

之间的关系”。〔49〕因而,该协议违反了家庭公共秩序,应属无效。〔50〕德国法虽不禁止潜在继承人之间签订继承合同,但禁止潜在继承人与非继承人就被继承人的将来遗产缔结任何合同(德民第 311b 条第 4 款),主要也是因为,此类合同实际上是以他人遗产为交易对象,且以该他人死亡为交易条件,故违反善良风俗;不仅相关的负担行为无效,而且相应的处分行为亦属无效。〔51〕可见,无效的根源在于侵害被继承人的人身利益或家庭伦理价值。

(三)意思表示易存瑕疵

事前弃权的意思表示往往存在瑕疵,即不自由或不真实。首先以预先抛弃时效利益为例,法国立法者担心,若不禁提前抛弃时效利益,则此种弃权就会变异成为实务中契约的典型条款,而债务人为了获得贷款,必将屈服于债权人的压力,被迫同意这样的条款。〔52〕德国法的理由与之类似。“债务人可能很轻率地(*leichtfertig*)行为,从而将自己陷于超长的时效中……寄希望于当事人都能自己寻得正确之道以维护自身利益,这种想法在时效领域可能具有欺骗性。”〔53〕我国学者也称,“时效利益不得事先抛弃,否则,权利人利用其优势地位,在订立契约时可逼迫义务人放弃时效利益,那么诉讼时效制度难免落空。”〔54〕

再以提前抛弃继承权为例。法国学者认为,“潜在继承人在尚未感受继承的力量时就做出一件不利的事”,此举蕴藏着巨大危险。〔55〕此禁令有助于避免潜在继承人作出危险的或过分的承诺。〔56〕德国学者认为,基于对潜在继承人的保护,应禁止就将来之遗产缔结合同,因为这种合同“引诱人们轻率地挥霍财产和利用这种轻率”。〔57〕其实,将来继承协议在罗马法上即被禁止,最开始是为了防止骗取遗产,认为这种协议具有不道德性,违反善良风俗。彼时,将来继承协议通常径自被称为“骗取继承人地位的协议”(*pactum convinium*)。〔58〕除了欺骗,

〔49〕 P. Hébraud, *Des contrats passés entre un futur "de cujus" et son héritier présomptif*, Dalloz 1965, p. 342.

〔50〕 G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil, Les obligations*, t. II, Les Sources : Sirey, 2e éd. 1988, n° 76, p. 72.

〔51〕 参见(德)迪尔克·罗歇尔德斯:《德国债法总论》,沈小军、张金海译,中国人民大学出版社 2014 年版,第 90 页。

〔52〕 *JurisClasseur Civil Code > Art. 2247 à 2254*, J-J. Taisne, Fasc. unique : Conditions, 16 Oct 2013, no 7.

〔53〕 *Jacoby* (Fn. 9), § 202, Rdn. 3.

〔54〕 王秋良、段守亮、蔡东辉:“论我国民法时效利益之抛弃”,《华东政法大学学报》2003 年第 6 期,第 34 页。

〔55〕 *JurisClasseur Civil Code > Art. 768 à 781*, Alain Sériaux, Fasc. unique : L'option de l'héritier, 26 Mars 2014, no 9.

〔56〕 M. Grimaldi, *Les difficultés de la recodification : les successions et les libéralités*, Litec 2004, p. 283.

〔57〕 参见罗歇尔德斯,见前注〔51〕,第 90 页。

〔58〕 Gilles Raoul-Cormeil, Fasc. 20 : *Pacte sur succession future*, op.cit., no 6, 30.

还可能有助迫。“他们可能在父母的压力下会接受负担,而其代价在未来的继承中是不确定的,或者相反,放弃一个远比他们想象中更有利的继承。不管是哪一种情形,潜在继承人处分其或有权利的行为都可能是有害的。”〔59〕

意思表示不真实、不自由在流担保约款的场合下也十分普遍。罗马法上,解除约款(*lex commissoria*)一律被禁止,因为该条款是“压榨轻率无远虑或陷入困境中的债务人的一种手段……待到债务届期果真无法履行而丧失质物时,债务人就会发现情形与其原初预想的完全相悖”。〔60〕这种心理上的压迫和强制不仅在借贷合同缔结时存在,而且即便是借贷合同、担保合同缔结之后也同样可能存在。因为债权人完全可以通过私下协议安排,迫使债务人先缔结借贷合同,后缔结流担保约款,抑或作为债权人的银行对债务人具有长期支持信贷的强势地位,令债务人在缔结借贷合同后也不得不被迫签订流担保约款。

正是基于此,《意大利民法典》第2744条和第1963条明确规定,在缔结担保协议后签订的流担保约款也无效。同样,我国《物权法》第186条修改了《担保法》第40条、第66条的表述,规定在“债务履行期届满前”当事人不得签订流担保约款。

最后,作为格式条款的免责条款,相对于个别约定达成的免责条款,之所以受到更严厉的对待,同样也是因为在前者,弃权意思表示不真实、不自由的现象更为突出和典型。

极有必要强调,按传统民法理论,意思表示瑕疵的法律行为,属于可撤销而非绝对无效。故有观点认为,流担保场合下因意思表示瑕疵而导致的显失公平,可以适用可撤销规则,但不是该条款当然无效的理由。〔61〕本文认为,此种见解流于表面。具体个案中的意思表示不真实、不自由固然只是导致双方当事人之间的利益失衡,并不涉及公益,然而,根据生活经验,流担保约款存在着令债务人意思表示扭曲继而利益显著失衡的一般性抽象危险;〔62〕这种抽象危险可以在任何一种具体情境下演变为现实危险,其效果就不再是仅局限于个别缔约当事人的私益,而是会威胁到不特定多数人的利益,亦即涉及公共利益或公共秩序,此时立法自然有必要引入绝对无效的规制。此种情势下,由立法预先加以统一矫正,远远要比通过司法个案调整更为经济,更有效率,更能够保障合同正义和经济公序。

(四)对自由或独立的过分限制而背俗

相对于事后弃权,事前弃权更易对弃权人自身未来的经济独立和自由造成过分的限制和束缚,从而更易被认定为背俗。例如,在德国,当某人在合同中承诺放弃将来的财产或其一部

〔59〕 G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil, Les obligations*, op.cit., no 277.

〔60〕 Wolfgang Wiegand, in: *Staudinger BGB*, Neubearbeitung 2009, § 1229, Rdn. 1-2.

〔61〕 参见高治:“代物清偿预约研究”,《法律适用》2008年第8期,第26页。

〔62〕 流担保禁令系普遍原则,不是因为具体情形下存在着暴利并导致债务人已受损害,而是因其典型地适用于盘剥、诓骗债务人的滥用场合。Vgl., Gaul, *Lex Commissoria und Sicherungsübereignung*, Acp 168, 372.

分,或者对其设定用益权负担时,该承诺无效(德民第 311b 条第 2 款)。相对于放弃现有财产,放弃将来财产对于表意人来说,其承担的义务更难以估量因而更危险;该规定主要是为了保护债务人,避免其丧失将来从事执业活动的任何动力。^[63]从经济和伦理方面的理由考虑,每个人都应当保有其经济和人身独立性,放弃这种财产能力(Vermögensfähigkeit),也就等于放弃了权利能力的实质要素,从而会对这种独立自由产生妨碍。^[64]可见,对于这种透支未来的提前弃权,德国法给予了背俗的否定性评价。

再如,依德民第 137 条,当事人通过法律行为放弃可让与权利之处分权能的,此放弃无效,但设定此种不作为义务的负担行为可以有效。但在涉及不受时间限制的义务时,此种放弃在债法上也是无效的。^[65]德国最高法院通过判例进一步明确,按照德民第 137 条第 2 句,不作为义务超过 30 年后不生效力,其理论基础是,没有任何立法规定允许当事人合同的约定可以超越最长消灭时效。^[66]

其实,对长期性义务设限是普遍性原则。如我国《合同法》第 214 条规定,租赁合同最长期限为 20 年,超过无效。其法理基础是:避免义务人承受一项负担期限过久,法律介入是为了帮助其从一项长期的继续性合同中摆脱出来,从而保持其经济上的独立和自由。

推而广之,若当事人承诺的一项自我限制在数量或质量方面,对表意人限制过巨,则会因违反公序良俗而无效。一方面,意思自治要求尊重每个主体的自主选择,包括事前弃权之意志,因为这种决定自由系私法的基石;更何况自由限制是一切负担行为的本质要素。另一方面,当一项自由限制走得太远,就走向了背俗限制(Sittenwidrigkeitsschranke)。^[67]

自由限制可分为“质”“量”两个方面。前者主要与人格发展密切关联,该标准的重要实践意义在家庭法和继承法领域体现得尤为突出。例如,继承合同中潜在继承人放弃婚姻自由的意思表示无效;^[68]潜在继承人放弃宗教信仰自由的意思表示无效;离婚协议当事人承诺居住在特定地域,此种放弃迁徙自由的意思表示无效;女性雇员在劳动合同里、或夫妻之间承诺服用避孕药(放弃生育自由)的意思表示无效;房屋共有人之间关于禁止饲养动物或弹奏乐器的约定,亦无效。^[69]这些场合下,表意人拟放弃的权利和自由涉及到人格权内容,相关承诺或约定对自由限制过度,故上述弃权表示违背善良风俗,当属无效。

对经济自由和独立的限制倘若过度,以致相关当事人丧失交易上的独立自主性,则其很容

[63] 参见罗歇尔德斯,见前注[51],第 52、90 页。

[64] Robert Schumacher, in: Staudinger BGB - Neubearbeitung, 2011, BGB § 311b Abs 2, Rdn.1.

[65] Armbrüster, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 137, Rdn. 25.

[66] Vgl., BGH NJW 2012, 3162 Rdn. 10 ff.

[67] Armbrüster, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 138, Rn. 68.

[68] 立遗嘱人在继承合同里称,其后裔择偶若选非门当户对者则无继承权;德国联邦宪法法院判定:此同等出身条款(Ebenbürtigkeitsklausel)违犯《基本法》第 6 条之婚姻自由。Vgl., 22. März 2004, 1 BvR 2248/01.

[69] Armbrüster(Fn. 67), § 138, Rdn.69.

易因为“量”的原因而被认定为背俗。例如,作家在没有获得相应对价的情况下被迫同意将未来的一切作品交给特定出版社出版;运动员承诺,一切合同都由其经纪人来缔结;啤酒厂作为担保人,要求被担保人长期购买其啤酒(哪怕价格看上去公平);承诺放弃竞业自由的表意人未获适当补偿,却似乎丧失了其经济自主性,或者,在地点和时间上根本没有限定的竞业禁止条款,均属无效。^[70]

应注意的是,公司或社团对成员的经济自由和独立也易施加过度的限制。依德民第 723 条第 3 款,合伙人预先放弃通知退伙权的,该弃权无效。这种形成权若允许预先放弃,则形同长期将成员捆绑于特定团体,对成员自由限制显然过巨。那些通过设定过高退伙赔偿或过低退伙补偿的结算补偿条款,间接地企图将个人长期束缚在特定团体中的约定亦无效。^[71] 股份公司和股东之间签订一份债法上的合同,合同中约定,若该合同终止,则股东应将其先前取得的股份无偿地转让给公司,此种预先弃权条款根据德民第 134 条也属于无效条款。^[72]

综上所述,相对于事后放弃,事前弃权在自我限制的质或量上,更易过度,从而被认定为背俗而无效。

(五)作为终极原因和兜底条款的公共利益

法律行为无效,或因违法,或因背俗,归根结底均因侵犯公共利益。例如,台民禁止流押的理由在于:“抵押物变价之多寡与抵押人、债务人、债权人之利益攸关颇切,其利益之维护允宜以兼顾,近代就此之立法多未听任其自由,要非无故。”^[73] 法国理论认为,之所以禁止流担保约款,是因为这些弃权有害于法律想要保护之人的利益,鼓励所有权人或债权人疏忽大意和漫不经心,从而违反了总体利益(intérêt général)。^[74]

又如,台民禁止提前放弃时效利益的立法理由书称:“谨按时效以与公益有关,故其所定期限,当事人不得以法律行为加长或缩短之,并不许预先订立抛弃因时效而可受利益之契约。故凡以法律行为约定,将来时效完成时自愿抛弃其因时效完成之利益者,其约定为无效,盖为保全公益计也。”在德国法,其理由同样不外乎“消灭时效不仅服务于债务人保护,而且也服务于公共利益,如法律确定性、法律和平等。”^[75]“消灭时效之要旨,并非在于侵夺权利人的权利,而是在于给予义务人一个保护手段,使其毋需详察事物即得对抗不成立之请求权。消灭时效乃达到目的之手段,而非目的之本身。于具体情形,若消灭时效于实体公正有损,即若权利人

[70] *Armbrüster* (Fn. 67), § 138, Rdn. 71-79.

[71] Vgl., OLG München NJOZ 2006, 2198, 2204 f.

[72] BGH DStR 2013, 367 Rdn. 8 ff.

[73] 谢在全:《民法物权论》(中册),中国政法大学出版社 2011 年版,第 783 页。

[74] *JurisClasseur Civil Code* > Art. 2247 à 2254, Jean-Jacques Taisne, Fasc. unique : Prescription, 16 Octobre 2013, no 7.

[75] *Grothe* (Fn.12), § 202, Rdn.1.

因消灭时效届满失却其本无瑕疵之请求权,此亦属关系人须向公共利益付出之代价。”〔76〕法国法认为,事先抛弃时效利益,属于违反公共秩序的无效,此禁令不仅是为了保护可能的受益人,也是更一般地顾及所有的权利人。〔77〕“时效对于社会秩序的维系是必要的,它构成公法的一部分,对于每个人来说不是可自由规避违反的。”〔78〕

我国学者同样将事先弃权与公共利益联系起来。张俊浩教授认为,时效让当事人之间建立起一种正常而稳定的法律关系,这种关系的持续,即会“逐渐获得秩序的构成部分的品格,会被有关的人作为其决策的条件之一,因而该状态所昭示的法律意义理应受到尊重。”〔79〕禁止事先放弃,避免时效制度落空。因此,义务人对时效利益的享有,一定程度上是社会公共利益的体现方式。〔80〕也有学者质疑说,既然时效抗辩启动与否取决于债务人,则其中公益性并不强,不必赋予时效规则强制性。〔81〕这种观点忽略了,强制性规则下时效抗辩的债务人个别放弃与任意性规则下时效抗辩普遍被架空,二者之间的距离有多巨大。时效规则的强制性所保护的公益性至少还体现在:维持双方力量均衡,最大限度限缩法律被规避的空间。

公共利益虽是弃权无效的深层理据,但由于其自身的不确定性,不宜直接作为判定法律行为效力的依据;相反,应当尽可能诉诸相应的表面依据和载体,同时,将公共利益作为兜底性的理由,以保持判定标准和体系的开放性。

据此,对事前弃权效力的判定标准,本文总结出如下包含六项要素的动态体系方法:①事前弃权抑或事后弃权,前者倾向于无效;②是否涉及人身(信赖)利益,涉及者倾向于无效;③所放弃者系期待(权)抑或既得权,前者倾向于无效;④意思表示是否易有瑕疵、是否属于格式条款,肯定者倾向于无效;⑤对自由是否存在过分限制或束缚,肯定者倾向于无效;⑥立法目的是否还有其他涉及公益的情形,肯定者倾向于无效。法律行为最终效力的判定,应依据六项要素的检验结果综合判断。

三、规则的验证性适用

(一)任意解除权可否事先放弃

委托合同任意解除权能否预先放弃?法无明文,审判实务立场各异。还有的采民事、商事

〔76〕 (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,第91页。

〔77〕 F. Terré, *Les obligations*, op.cit., p. 1464.

〔78〕 P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, T. XV, Paris, 1828, p. 577.

〔79〕 张俊浩主编:《民法学原理》(上册),中国政法大学出版社2000年版,第340页。

〔80〕 参见王秋良等,见前注〔54〕,第34页。

〔81〕 参见金印:“诉讼时效强制性之反思”,《法学》2016年第7期,第130页。

区分或以有偿无偿来区分。学界似也认同区分性立场。“若受托人在委托事务上共享利益、共担风险,原则上承认特别约定的效力,允许当事人以约定放弃随时解除权。”〔82〕“在无偿委托的情形,解除权抛弃特约无效。而在有偿委托的情形,当事人之间除了信赖关系外,还有其他利益关系存在,为了保护这种利益关系,当事人通过合意限制任意解除权,出于尊重意思自治应认为这种限制原则上有效。”〔83〕

本文认为,区分立场虽较绝对肯定立场更合理,但也有以下疑问:

首先,我国采民商合一体制,《合同法》的规定一体适用于民事合同和商事合同,第410条规定的任意解除权同样适用于两类合同,因此,区分性立场实际上并无立法依据。

其次,民事委托/商事委托与无偿委托/有偿委托,二者并非等值对应,它们的分类意义和法律效果也不完全一样,应以何为准?

再次,否定商事委托中存在人身信赖关系,其实是对人身信赖关系的误解,以此作为区分性立场的理论依据,显非适当。人身信赖关系是一方对另一方品德和能力的信赖,绝非仅仅发生在自然人之间,“受托人的商誉及经营能力”同样可以是受信赖的内容,同样具有高度的人身性。

最后,有偿和无偿的确是委托合同中影响双方权利义务关系的重要因素,但不是决定性要素。德国理论认为,德民第671条委托合同双方当事人的任意解除权,其背后的正当性基础是人身信赖关系和委托关系的无偿性;〔84〕而且相对而言,人身信赖关系要比给付的无偿性更为重要,因此,纵是有偿劳务合同,虽不适用第671条第1款,但也适用其他类似条文。〔85〕例如,在有偿的劳务关系中,若劳务给付关乎人身信赖,则双方当事人即使没有基于重大事由的解除权(德民第626条),也享有任意解除权(德民第627条第1款);在有偿的承揽关系中,定作人享有任意解除权(德民第649条)。这两条规定与第671条第1款的撤回权,本质上完全相同。〔86〕因此,仅以有偿无偿作为区分性立场的标准,显然不够全面。在我国,律师与诉讼当事人之间签订的委托代理合同,系有偿的民事委托,其中若有任意解除权弃权条款,亦属无效(《律师法》第32条)。

以下尝试运用本文总结的六要素法来解答。①属于事先弃权,本环节倾向于无效;②涉及人身信赖利益,本环节倾向于无效;③任意解除权在合同签订时并不存在,合同生效后才存在,故属于期待性权利,本环节倾向于无效;④委托合同任意解除权的弃权约定,一般不存在表意

〔82〕 吕巧珍:“委托合同中任意解除权的限制”,《法学》2006年第9期,第81页。

〔83〕 崔建远、龙俊:“委托合同的任意解除权及其限制”,《法学研究》2008年第6期,第86页。

〔84〕 BGH WM 1971,956.

〔85〕 Michael Martinek, in: *Staudinger BGB*, Neubearbeitung 2006, § 671, Rdn. 3.

〔86〕 BGH NJW 1975, 384.

人意思扭曲的情形,但特许经营合同场合是一个例外,^[87]因此,本环节原则上倾向于有效,特许经营合同弃权约定除外;⑤任意解除权弃权条款很可能构成对表意人自由的过分限制或束缚,本环节倾向于无效;⑥暂不明确。综合结论,绝对排除任意解除权的弃权约定,原则上无效,例外有效。

对第2点和第5点予以详解。首先,人身信赖关系具有极强的人身专属性,它是委托合同存在的根本性基础,也是任意解除权最核心的正当性理由。申言之,这种信赖关系是否存在、背景如何、持续性怎样以及是否存在障碍等情事,几乎不能经由法律上的标准加以验证。因而,只能听由委托人的判断,只有他才能决定,是否想要信赖受托人继续作为其利益维护者来开展事务。^[88]只要合同关系本质上立基于这种信赖,则就必须将解除合同的自由保留给委托人,而不论是否有偿无偿。不应当强行维持一个委托人已丧失信赖的委托合同关系,并使之继续被履行直至完结。

关于第5点,如前所述,放弃人身(信赖)利益,总是指向过度自由限制(质),在任意解除权场合亦然。委托人的撤回权,作为基于委托之本质的自由,是不可放弃的。^[89]那种将委托人完全委诸受托人意志的不受限制的绑缚,与人身信赖关系无法兼容,此即撤回权不可放弃性之原则(Grundsatz der Unverzichtbarkeit)。^[90]亦即,只要委托仅涉及委托人利益,则撤回自由亦属于他。若委托人经特别约定也让受托人对委托事务的实施有利益,或者至少是同等服务于受托人利益,或者委托也服务于第三人利益,则弃权应被允许。^[91]当然,此时委托人或受托人仍有基于重大事由而撤回的权利。

在此又涉及自由限制“量”的方面。原则上,对于一切持续性债务关系,当事人任何时候都可以基于重大事由终止关系。委托合同也不例外。而且,此规定具有强行法的性质,不得通过个别约定予以限制或排除。^[92]这种基于重大事由而从持续性债务关系中解脱出来的权利,是一种基本的经济自由,不可剥夺。

关于定作人的任意解除权,德民第649条规定,该权利可通过个别约定来排除,但基于重大事由的任意解除权仍不受任何影响。^[93]若是通过格式条款来预先排除任意解除权,则此条款倾向于无效;若是通过设定过高解约金或承揽人的过高酬金来阻碍定作人任意解除权的

[87] 参见李自柱:“《商业特许经营管理条例》中的任意解除权”,《人民司法》2015年第21期,第41页。

[88] *Michael Martinek* (Fn.85), § 671, Rdn. 1.

[89] RGZ 160, 122, 127; BGH WM 1971, 956.

[90] *Michael Martinek* (Fn.85), § 671, Rdn. 8.

[91] BGH WM 1971, 956; OLG Zweibrücken OLGZ 85, 46.

[92] *Michael Martinek* (Fn.85), § 671, Rdn. 2.

[93] 承揽合同并非典型的持续性债务关系,但稳定不变的信赖同样构成合同存续的基础,甚至超过了多数持续性债务关系。Vgl., *Frank Peters/Jacoby*, in: *Staudinger BGB*, Neubearbeitung, 2013, § 649, Rdn. 2.

行使,则过高部分亦无效。^[94]一般而言,只要承揽人可通过德民第649条第2句获得经济补偿,那么,法律并不认可承揽人对于合同完全履行有值得保护的利益。^[95]我国司法实务也倾向于否定定作人预先放弃任意解除权的效力。

此外,《商业特许经营管理条例》第12条也规定了被特许人在特许经营合同订立后一定期限内的任意解除权。实务立场对此类任意解除权弃权约定多持否定立场。事实上,此类弃权条款的无效,同样可以从意思表示不自由(被迫同意)或不真实(投资冲动)、人身信赖利益(品牌信赖)、持续性债务关系对自由的或有不当地束缚(永远可基于重大事由而终止)、以及立法政策(对弱势的被特许人予以倾斜保护)所体现的公共利益等角度来证成。

最后,托运人对于运输合同、寄存人对于保管合同、旅游者对旅游合同等均有任意解除权。上述种种任意解除权不得预先放弃,根由在于任意解除权以人身信赖为基础,放弃该权利意味着对个人自由存在过度限制。

(二)法定解除权可否事先放弃

德国通说认为,德民第232条违约解除权系任意性规定;^[96]法国判例对于违约解除原则上认可事先弃权,例外禁止;^[97]意大利通说主张弃权无效。^[98]我国相关学说和案例均极少。仅有的讨论赞成放弃有效说。^[99]

以下尝试运用“六要素法”来分析。①本例属事前弃权,倾向于无效;②本例原则上不涉及人身(信赖)利益,倾向于有效;③因法定解除权在合同签订时行使条件并未成就,故其属于期待性权利,本环节倾向于无效;④通过格式条款预先排除法定解除权的,存在意思扭曲的极大可能,这属于《合同法》第40条规定的利用格式条款排除对方主要权利的情形;^[100]⑤对嗣后不能时法定解除权的放弃,构成对表意人自由的过分限制;⑥涉及消费者等其他弱势群体法定解除权的,弃权条款还关乎其他公益。综合结论,宜采取区分立场。

重点阐述第5点和第6点。我国合同法将法定解除分为两类:履行不能或合同目的落空解除(《合同法》第94条第1项、第4项后段)以及违约解除(第94条第2项、第3项)。在前者,预先排除法定解除权,其实是将当事人强行且无限期地束缚在一个根本没有任何前途和未来的合同关系中,显然构成对缔约方经济自由的不合理的束缚。正因为如此,在比较法上,几乎没有哪个国家会认同这种解除权的预先排除。在德国,因违约之外的原因(履行不能、合同

[94] OLG Koblenz NJW-RR 2000, 871.

[95] BGH NJW 1999, 3261; OLG Düsseldorf NJW-RR 2000, 166.

[96] Vgl., Ernst, in: Münchener Kommentar zum BGB, § 323, 6. Auf. 2012, Rdn. 266.

[97] Cass. 3e civ., 3 nov. 2011, n°10-26.203.

[98] 参见陆青:《合同解除效果的意思自治问题研究》,法律出版社2011年版,第103页。

[99] 参见韩世远:《合同法总论》,法律出版社2011年版,第544页。

[100] 德民第309条第8项(a)明文规定:“运用格式条款排除当事人合同解除权的,该条款无效。”

目的落空)而导致的合同解除权或终止权(德民第 313 条 3 款)不得预先放弃。该条款被理解为一种典型的法定风险负担规则,^[101]在合同目的落空时,解除权的行使十分有意义,当整个合同已失去交易标的,或当持续性债务关系中已出现明显的法律情势改变,此时,相对方若仍要求继续行使合同权利,则有可能构成不被允许的权利滥用。^[102]

就违约解除而言,对于继续性合同关系,当事人始终可以基于重大事由而终止合同,这是避免长期合同演变为对缔约人自由过分束缚的重要法律设计。德国理论认为,尽管德民第 314 条(因重大事由终止持续性债务关系)并无第 569 条 5 款和第 723 条 3 款中的明文表达,^[103]但它本质上是一种强行法,当事人不得通过个别约定绝对地放弃权利,甚至对于合同终止权的行使设置任何不合理负担的约定亦均属无效(德民第 307 条)。^[104]

法定解除权还可能涉及到其他公共利益。例如在德国,通过个别约定事先排除消费者基于德民第 323 条所享有之合同解除权的,该约定无效。事实上这是《欧盟消费者保护指令》(VRRL)第 25 条的规定。德国审判实践长期是通过类推德民第 475 条第 1 款,^[105]而对德民第 323 条作限制性解释的。^[106]在法国,同时预先放弃解除权和要求继续履行的权利,该弃权条款整体无效。^[107]另外,弃权条款若是为了剥夺合同恶意履行之受害人退出合同的权利,则该弃权条款无效。^[108]例如,每个公司股东都有权基于正当理由要求解除公司契约,该规定属于公共秩序,不得约定排除。^[109]

综上所述,预先放弃嗣后履行不能之法定解除权,或放弃继续性合同解除权的,或者弃权涉及到消费者保护等其他公共利益时,应属无效。

(三)违约金酌减权可否事先放弃

《合同法》第 114 条第 2 款所规定的违约金调整请求权,可否事先放弃?司法实践立场不一,学说观点亦针锋相对。主张弃权有效者认为:法无明文禁止,基于私法自治原则,主体有权凭己意处分权利;若允许主体承诺弃权后又在诉讼中反悔,则违反诚信原则。

相反,主张弃权无效者的理由包括:其一,违约金调整请求权非私法请求权,而是公法性质

[101] Finkenauer, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, § 313, 6. Auf. 2012 Rdn. 68.

[102] Finkenauer (Fn.101), § 313, Rdn. 112.

[103] 德民第 569 条第 5 款规定,“限制或排除承租人权利、扩张出租人终止权的协议无效。”德民第 723 条 3 款规定,“限制或排除合伙人基于重大事由之通知终止权的协议无效。”

[104] Gaier, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, § 314, 6. Auf. 2012, Rdn. 4.

[105] 德民第 475 条:“消费者从经营者处购买了有瑕疵的动产所享有的法定权利(解除权和损害赔偿请求权),不得因事先达成的协议而限制或排除。”

[106] Roland Schwarze, in: *Staudinger zum BGB*, 2015, § 323, Rdn. A 55.

[107] Cass. req., 19 janv. 1863 : S. 1863, 1, p. 185.

[108] *JurisClasseur Civil Code* > Art. 1184, Fasc. 10: Résolution judiciaire, 26,6, 2015, Michel Storck, no 17.

[109] Cass. com., 12 juin 1961 : Bull. civ. 1961, III, n° 265 ; S. 1962, p. 121, note Autessere.

的当事人请求法院予以司法保护的權利,是一种民事诉讼法意义上的訴權,不可放棄;其二,當事人放棄違約金調整申請權的約定,可能導致違約金條款異化成為一方壓榨另一方的工具,違背公平、誠實信用、公序良俗等基本原則;^[110]其三,此系比較法上的共識;^[111]其四,事前棄權的債務人值得法律保護,因其并不真正清楚違約金所生負擔;其五,在債權人違約金請求權產生之前,債務人實質上并不享有成熟的形成權,故債務人不得處分。^[112]

本文認同棄權無效論,但上述否定論所持理由一并不正確,因為違約金調整請求權名為請求權,實為一種“形成訴權”,^[113]即須借助裁判機關行使的形成權,德國稱之為酌減權(Ermäßigungsrecht)。^[114]以下仍嘗試運用“六要素法”來檢驗。①本例屬於事前棄權,傾向於無效;②本例不涉及人身利益;③所棄權利是預期性的形成權,因為違約金請求權的產生以違約作為停止條件,^[115]此點對應於上述否定論所持理由五,本環節傾向於無效;④易存在棄權人意思扭曲的情形,此點對應上述否定論理由二和理由四,本環節傾向於無效;⑤過高且約定不得調整的違約金,對當事人的自由可能存在過分限制,因為此場合下效率違約根本不可能出現,此環節傾向於無效;⑥違約金調整規則旨在實現不特定債務人的保護和實質公平,關乎公共利益,對此《最高人民法院關於審理民商事合同案件的指導意見》第7條有明確表達。同時,《買賣合同司法解釋》(法釋[2012]8號)第27條甚至將違約金酌減權納入法官釋明義務之中,其中強烈的公共利益屬性一覽無余,故本環節也傾向於無效。綜上,事前放棄違約金酌減權的,棄權無效。此點結論與包括德國法在內的主要立法例完全吻合。^[116]

(四) 建設工程優先受償權可否事先放棄

《合同法》第286條規定,承包人的工程價款債權享有優先受償權。承包人与發包人或發包人的其他債權人(如授信銀行),簽訂放棄此項優先受償權或自願將其作劣後安排的條款是否有效?目前法無明文規定,審判實踐立場迥異。除信奉財產權可自由拋棄外,支持棄權有效的理由還包括:第一,工程價款優先受償權以保護承包人個人法益為主要目的,不涉及公共利益。第二,《物權法》第232條規定當事人可約定排除留置權的適用,承包人預先拋棄優先受償權亦可類推適用該規定。第三,對承包人非真實意思表示而放棄建設工程價款優先受償權的行為已有救濟途徑,如法律行為可撤銷制度。第四,否定棄權效力“有違誠信原則”。^[117]第五,依法保障建築工人工資權益是另一法律問題,并不影響承包人放棄建設工程價款優先受償

[110] 參見朱新林:“放棄違約金調整請求權約定之效力”,《人民法法院報》2014年3月5日,第7版。

[111] 參見姚明斌:“違約金司法酌減的規範構成”,《法學》2014年第1期,第131頁。

[112] 參見王洪亮:“違約金酌減規則論”,《法學家》2015年第3期,第147頁。

[113] 譚啟平、張海鵬:“違約金調減權及其行使與證明”,《現代法學》2016年第3期,第40頁。

[114] Volker Rieble, in: Staudinger BGB -Neubearbeitung 2009, § 343, Rdn. 50 f.

[115] Volker Rieble, in: Staudinger BGB -Neubearbeitung 2009, § 339, Rdn. 5, 230.

[116] Volker Rieble (Fn.114), § 343, Rdn. 23, 26, 82.

[117] 王勇:“承包人可以放棄建設工程價款優先受償權”,《人民法法院報》2014年7月3日,第7版。

权的效力。

上述理由均值得商榷:第一,财产权并非当然可以预先抛弃,流担保约款无效即是反例。第二,工程价款优先受偿权旨在保障工人工资,维护社会稳定,恰恰是为了保护公益。第三,《物权法》第232条允许契约排除对特定动产的留置权适用,是对留置权标的物范围的限定,并非债权人概括地预先全面放弃留置权,更何况二者在意思表示自由度、立法目的的公共性指向上存在明显差异。第四,法律行为可撤销制度适用范围有限,且有一年除斥期间的限制,面对建设工程常常延续数年的现实情境,救济明显不足。第五,否定弃权条款效力,本质上系以公共利益为重否定契约自由,这种否定,显非合同一方违反诚信所导致。第六,实践证明,劳动法、合同法等在保障建筑工人工资债权方面并不尽如人意,在当下,工程价款优先受偿权在保障工人工资方面确有独特的制度优势。

除了着眼于保护工人这类特殊弱势群体利益从而否认弃权效力之外,还有学者从成本与效率的法律经济学角度,指出为了避免银行懈怠监管,应当否定承包人事前放弃优先受偿权之承诺的效力,但允许承包人事后放弃该优先受偿权。^[118]

以下根据“六要素法”来检视,①本例属于事先弃权,倾向于无效;②工程优先受偿权并不涉及人身(信赖)利益;③本例工程优先受偿权在弃权时是一种期待权,此环节倾向于无效;④工程优先受偿权的弃权意思表示,易被扭曲,因为建筑市场上发包人占主导地位,承包人往往被迫接受发包方的苛刻条件,此环节倾向于无效;⑤工程优先受偿权的放弃,一般不构成对承包人自由的过度限制;⑥工程优先受偿权旨在保护特定弱势群体利益,立法目的具有显著公共利益属性,此环节倾向于无效。综合判定,对承包人预先放弃工程优先受偿权的意思表示,一般宜认定为无效。

四、结 论

关于事前弃权效力,有如下结论应予重申:第一,从流担保约款、放弃时效利益等多种弃权案型,可归纳出一般规则,即事前弃权通常倾向于无效。第二,理由之一,单就处分行为而言,放弃未来权利不可能产生处分效力。第三,理由之二:事前放弃的权利或涉及人身(信赖)利益。第四,理由之三,事前弃权的意思表示总是很容易存在瑕疵。第五,理由之四,事前弃权更容易对弃权人的自由或独立产生过分限制,从而违背公序良俗。第六,理由之五,事前弃权还可能存在其他违背公共政策或公共利益的情形,违反公共利益是弃权无效的终极原因和兜底性原因。第七,运用“事前弃权效力判定六要素法”,分别对任意解除权、法定解除权、违约金酌减权以及建设工程优先受偿权进行检验性分析,均可获得较妥当结论。

[118] 参见张巍:“建设工程承包人优先受偿权之功能研究”,《北大法律评论》2005年第2期,第283页。

本文探讨的虽是权利放弃,但实际上也包含受保护利益之放弃,甚至也包括权能、权限或特殊行为能力的放弃。例如放弃处分权能(德民第137条)的法律行为,放弃无效。再如,竞业禁止约款等所放弃者正是经济自由、行为自由,或者说放弃一种权限或行为能力。这些权利、权能、权限的放弃,本质上是相同的,都是一种自我设限(Selbstbeschränkung)。在判定此类放弃是否有效时,须仔细甄别每一个可能涉及到的因素,而且这是一种动态的综合判定过程。另外,这些要素内部之间也存在逻辑关联。例如,意思表示易生扭曲、经济自由限制过度二者完全可以对应于“趁人之危、显失公平”,这也是流担保约款、承包人优先受偿权事先放弃等场合中屡屡呈现的图景。当然,在事前弃权 and 公共利益之间,远非一步之遥,加之弃权案型不胜枚举,“判定六要素法”仅仅提供了一个初步的分析框架和路径,不免粗疏稚嫩,有待于日后不断修正和完善。

Abstract: From legal interpretation aspect of five ex ante renunciation, such as the prohibition of the fluidity item and ex ante renunciation of benefit of prescription ban, it can be presumed that ex ante renunciation tends to be invalid in general. The legal logic behind the conclusion includes: (1) that the future rights have not yet been specified; (2) the precondition of the disposition act is deficient; (3) the declaration of will tends to have defects; (4) the abandoned rights involve personal trust interests; (5) the ex-ante renunciation is likely to give rise to excessive restrictions on liberty or independence; and (6) it may violate specific public interest purpose of norms of prescribed rights. The preferable results of legal interpretation can be realized in the case that such a general rule is applied to the ex ante renunciation of rights such as arbitrarily relieved right, statutory right of cancellation, right of appropriate reduction of penalty, priority of claim on construction and so on.

Key Words: Ex Ante Renunciation; Legal Act; Validity; Private Autonomy; Public Interest

(责任编辑:薛 军)