

# 赠与规范模式的历史考察与反思

翟远见 栾志博

**摘要：**《民法典》字面上规定的“诺成+任意撤销权”的赠与模式，在任意撤销权与债的约束力之间似乎存在矛盾。此种规范模式产生于民法继受过程中的改造，有必要通过回归历史传统予以解释重构。罗马法上，赠与为权利转移行为提供“原因”，其自身不具有独立的法律效力。现代法上，原因概念衰落，罗马法上的赠与演变为现实赠与，要求转移权利后赠与才能产生效力。法国法规定的公证赠与因“要式”目标难以实现，最终只能与现实赠与并行。中国的“诺成+任意撤销权”模式，其实质是现实赠与，可以将此种规范模式解释为“赠与原因合意+处分行为”。此外，中国还设置了公证赠与和作为诺成合同的具有公益、道德义务性质的赠与，二者均产生债权效力。《民法典》规定的三种赠与，均构成处分行为的“名义”。

**关键词：**赠与合同；赠与原因；赠与模式；现实赠与；公证赠与

**中图分类号：**D913 **文献标识码：**A **文章编号：**1000—8691（2022）06—0099—13

## 一、引言

我国通说认为，赠与合同是一种典型的债权合同，赠与人负有向受赠人无偿转移财产的义务。<sup>①</sup>依据《民法典》第658条，一般情况下赠与人可以在转移财产权利前任意撤销赠与<sup>②</sup>，但若赠与合同经过公证，或者具有公益、道德义务性质依法不得撤销，则不可任意撤销。从文义上看，中国的赠与原则上采取“诺成+任意撤销权”模式<sup>③</sup>，例外则是公证赠与模式以及“公益或道德义务性质+诺成”模式。三种模式均发生债权效力。

在以上三种模式中，尤以“诺成+任意撤销权”模式存在较多理论争议：任意撤销权消减了赠与合同的约束力，与诺成合同所应产生的完整的债之约束力背道而驰；除非具有公益或道德义务性质，若要使赠与合同产生充足的约束力，要么需要转移权利，要么需要公证，后两种赠与分别体现出要物合同与要式合同的特征。可见，“诺成+任意撤销权”模式是否符合诺成合同的构造、能否产生债之关系，都值得反思。对于以上问题的答案若是否定的，则还需要提出新的解释方案，并重新协调与其他两种模式的关系。

**作者简介：**翟远见，男，中国政法大学比较法学研究院副教授，主要从事民商法、比较法研究。

栾志博，男，意大利博洛尼亚大学法学院博士研究生，主要从事民商法研究。

① 崔建远主编：《合同法》，北京：法律出版社，2015年，第323页；黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编释义》，北京：法律出版社，2020年，第437页。

② 《民法典》第663条还规定了法定撤销权。法定撤销权与任意撤销权虽均名为“撤销权”，但其实质完全不同：前者主要建立在受赠人“道德有亏”的基础上，后者则用于为赠与人提供反悔空间；前者可以撤销已经完成的赠与，后者则撤销还未履行的赠与；前者可以适用于《民法典》第668条第2款规定的两种特殊赠与，后者则否。因此，本文探讨的任意撤销权并不与法定撤销权处于同一概念脉络。

③ 李永军：《“契约+非要式+任意撤销权”：赠与的理论模式与规范分析》，《中国法学》2018年第4期。

《民法典》规定的赠与制度具有深刻的历史背景，具体规则吸取了诸多域外经验。因此，有必要借助历史与比较法资料，对赠与的模式作历史性与系统性的考察，探讨其应然状态，检验实然规则的合理性，从而更妥当地解释与赠与相关的条文。

## 二、赠与的“诺成+任意撤销权”模式

尽管任意撤销权与诺成合同在表面上存在冲突，但二者的逻辑关系是否足够紧张，以至于无法共存，进而需要否定“可任意撤销的赠与合同”之概念，仍有必要展开讨论。

### （一）“可任意撤销的赠与合同”中的悖论

《民法典》第658条第1款规定的任意撤销权修正了赠与之诺成合同属性，但该规定产生了明显矛盾的结论：原则上，诺成合同凭借合意即可生成债，只要生成债，就应“有约必守”；任意撤销权却赋予赠与人随意“解开法锁”且不需要承担任何责任的权利，这意味着不存在有约束力的债务，告诉赠与人“有约不必守”。<sup>①</sup>

相应地，对《民法典》第660条第1款展开反面推论，得出的结论则是“除非赠与合同经过公证或者具有救灾、扶贫、助残等公益、道德义务性质，即使赠与人不交付赠与财产的，受赠人也不可以请求交付”。可见，“可任意撤销的赠与合同”中，不仅债务没有约束力，债权也不具有请求力：赠与人可以拒绝受赠人的请求，受赠人面对抗辩无任何救济手段。

任意撤销权的存在还会产生一系列延伸效应，它们都不符合债之关系应有的特征。第一，面对受赠人的请求，赠与人不仅可以拒绝，甚至可以直接撤销，受赠人的债权无法得到任何保障。<sup>②</sup>第二，即使承认赠与人因赠与合同而承担一项义务，他也可以通过行使任意撤销权，自行消灭自己的义务。<sup>③</sup>第三，若双方约定了履行赠与的时间，即使赠与人逾期不履行，也可任意撤销，这是因为判断赠与人是否可以行使任意撤销权的标准仅是“权利转移之前”，完全不需要考虑是否逾期。<sup>④</sup>

可见，赠与人可以按照自己的意愿决定是否履行以及何时履行赠与，受赠人并未根据赠与合同直接取得任何受保障的利益。此时，赠与人不似债务人，受赠人亦不似债权人，二者的利益格局甚至发生了“翻转”：赠与人不仅没有受到债务约束，反而可以自由决定是否履行；受赠人没有主动请求履行的可能性，其“债权”也得不到保护，甚至需要承受赠与人决定之结果。受赠人获得的唯一一点好处，即保有赠与财产的正当性，其实现又仰仗于赠与人的履行。这不是一种债权性利益，也不是诺成合同成立所能直接产生的结果。

如此，“可任意撤销的赠与合同”几乎等同于自然债务，毕竟在自然之债中，债权人同样不享有请求权，债务人同样可以任意履行，且履行之后债权人同样可以正当保有取得的财产。<sup>⑤</sup>然而，自然之债中并不存在法律义务<sup>⑥</sup>，难以称之为债，与诺成合同相去甚远，仍称“可任意撤销的赠与合同”为诺成合同，恐有不妥。<sup>⑦</sup>

总之，若依合意能够成立债权合同，则应立即产生充足的债之约束力，不应允许任意撤销；若达成合意后可任意撤销，则债之约束力并不完全，合意不能直接产生完满的债之关系。由此可见，“可任意

① 张谷：《民法典合同编若干问题漫谈》，《法治研究》2019年第1期。

② 白论：《〈民法典〉无偿合同规范模式研究——以赠与及间接赠与的法律规制为中心》，《中国政法大学学报》2020年第1期。

③ 邱聪智：《新订债法各论》（上），北京：中国人民大学出版社，2006年，第194页。

④ 林诚二：《民法债编各论》（上），北京：中国人民大学出版社，2007年，第209页。

⑤ A. Torrente, *La donazione*, Milano, 2006, p.614.

⑥ A. Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2019, p.855-856.

⑦ 早在晚清，京师法律学堂的学生就已提出质疑：“日本民法既以赠与为诺成契约，则当事者意思合致即不能撤销，而又有五五〇条之规定（笔者注：任意撤销权），此立法上之不可解者也。”见[日]松冈义正、志田钾太郎口述：《民法债权总论·各论》，熊元楷编，上海：上海人民出版社，2013年，第214页。

撤销的赠与合同”在逻辑上自相矛盾：诺成合同要求生成债，任意撤销权却消除了债之约束力。

## （二）权利转移前消除赠与合意约束力的必要性

为了化解“可任意撤销的赠与合同”中存在的矛盾，有必要确定其“元凶”究竟是任意撤销权规则还是赠与的诺成合同属性。

任意撤销权是针对赠与诺成合同属性而设置的特别规则，应首先检验其合理性。任意撤销权是对赠与人实质上的照顾。之所以需要照顾赠与人，是因为赠与具有无偿性，对于赠与人意味着财产的绝对减少，故应受到不同于有偿交易的对待。而在受赠人一侧，其纯获财产增益，即使最终没有获得赠与财产，也不会受到实质损失，几乎不存在受特殊保护的必要。因此，为赠与人提供单方保护，也就是提供反悔的机会、创造深思熟虑的可能性，避免赠与人基于草率或社会压力等因素做出的不利于自己的决定直接产生约束力，具有充足的正当性。<sup>①</sup>在立法技术上实现这一目标的方式，就是排除权利转移之前达成的赠与合意的实质约束力，即不能仅凭赠与合意实现权利转移。

由此，问题可以转化为：设置任意撤销权是否是排除赠与合意约束力的唯一手段？如果赠与模式的选择是开放的，将赠与设计为其他模式时，自有实现这一目标的其他手段，如“要物合同”模式下对交付或者登记的要求。然而《民法典》字面上将赠与定性为诺成合同，通过合意即应产生约束力，达成合意前根本不存在反悔的空间；一旦达成合意，便会产生债之约束力，赠与人根本不存在反悔的机会。如此，若要为赠与人提供特殊保护，就只可能在达成合意后，为赠与人提供削弱乃至消除合同约束力的救济手段，该手段即为任意撤销权。

总之，诺成合同“一言既出驷马难追”，无法满足“保护赠与人”这一特殊的规范设计需求，无法实现“权利转移前排除赠与合意约束力”的效果，于是只能引入任意撤销权加以修正。任意撤销权的功能本就是否定诺成合同的债之约束力，也就必然导致“可任意撤销的赠与合同”不再符合诺成合同的性质，进而产生概念上的矛盾。因此，赠与作为诺成合同的定性，而非任意撤销权规则，才是造成“可任意撤销的赠与合同”具有内在矛盾的根源。如果不将赠与设定为诺成合同，就不需要通过任意撤销权规则对其加以否定，也就不会产生“可任意撤销的（诺成）赠与合同”这一背离概念体系且又自我否定的概念。

## （三）赠与之诺成合同属性的历史基础

将赠与设计为诺成合同的历史，是东亚法律继受的一段缩影。

我国立法过程中，赠与之诺成合同定性本非首选方案。1980年《民法草案》第347条将赠与合同一概规定为要物合同。1988年《民通意见》第128条延续先前思路，认为“公民之间赠与关系的成立，以赠与物的交付为准”。1999年《合同法》起草过程中，亦曾一直坚持“或要物或公证”的平行规定模式，直至四审稿才突然改为“诺成+任意撤销权”模式<sup>②</sup>，并最终呈现为《合同法》第188条和《民法典》第658条。

《民法典》第658条与我国台湾地区“民法”第408条的表述几乎如出一辙，它们均可溯源至《日本民法》第550条。该条曾是日本学者引以为傲的立法创新。在此之前，西方民法中的赠与基本都被设计为要物合同或公证要式合同，日本立法者则考虑到以下因素，放弃了这些方案，原因在于：首先，作出赠与的约定后即会产生“义务感”，“作出赠与承诺后应当履行”符合“日本民族的价值观”，将赠与设计为诺成合同符合一般人的认知；<sup>③</sup>其次，彼时在日本尚未落实公证制度，像法国一样要求赠与必须以公证作成不具有实践可能性，故不能以要式合同为原则；<sup>④</sup>最后，也是最重要的一点，日本学者认为无论是要物合同还是要式合同，都限制了意思自治，有违近代民法的自由精神。赠与中完全没有必要限制

① 中田裕康『契約法』（有斐閣，2021年）275页参照。

② 何勤华等编：《新中国民法典草案总览》，北京：北京大学出版社，2017年，第1875、1954、1986、2030、2056、2097、2139、2181页。

③ 大村敦志『契約編（新基本民法5）』（有斐閣，2020年）187页参照。

④ 岡松参太郎『註釈民法理由・債権編』（有斐閣，1897年）533页参照。

当事人的意志，所以不应采取这两种模式，而应将赠与设计为诺成合同，从而最大程度地彰显意思自治，更加符合历史潮流。<sup>①</sup>

由此，《日本民法》将赠与合同定性为诺成、不要式的债权合同。<sup>②</sup>然而，面对客观存在的保护赠与人的需要，立法者不得不做出妥协，就此引入任意撤销权<sup>③</sup>，产生了一种“约束力较弱的合同”<sup>④</sup>。为使赠与取得“完全之效力”，则需要转移权利或作成书据，但此种完全之效力的产生，并不取决于合意的达成，而是将交付与登记或特定形式作为合同的成立要件，与要物合同或要式合同无异。因此，已有不少日本学者明确承认赠与合同是实质上的要式合同或要物合同，不再坚守概念上空洞的诺成性。<sup>⑤</sup>

对历史的梳理再次印证，造成“可任意撤销的赠与合同”存在内在矛盾的“罪魁祸首”就是赠与作为诺成合同的定性。一旦将赠与合同设计为诺成合同，就必然会在理论上应当具备的完整的债之约束力与实际上必须设置的减损债之约束力的缓冲规则之间产生冲突。要想消除这一矛盾，最佳方案就是不直接赋予赠与合意债权效力，即不将赠与设计为诺成合同。日本立法者当初将赠与设计为诺成合同的创新固然具有一定的可取之处，但产生的逻辑矛盾大大减损了创新的价值。我们作为这一“变种”理论的继受者，不必将其视为自己的传统，反而应该大胆抛弃那些不尽合理的观点。

### 三、赠与模式的历史发展

既然赠与的“诺成+任意撤销权”模式是东亚法律继受过程中的“偏航”，那么自然应当回归赠与发展历程的“主航线”，探究赠与模式如何一步步发展而来，现代法上又存在何种赠与模式。

#### （一）罗马法上的赠与：赠与原因+具体行为

##### 1. 赠与作为原因

罗马法上，赠与最初主要作为转移或设立物权的抽象行为的原因，而不是一种独立的行为类型<sup>⑥</sup>：赠与原因（*causa donationis*）与要式买卖（*mancipatio*）、拟诉弃权（*in iure cessio*）以及让渡（*traditio*）这些抽象行为结合，可以确定有效完成所有权转移。<sup>⑦</sup>后世罗马法学者就此认为，赠与首先表现出物权效力，并称之为物权性赠与（*donatio in dando*）。<sup>⑧</sup>优士丁尼时期进一步承认，仅凭简约而非要式口约即可作出债权性赠与，从而扩张了债权性赠与（*donatio in obligando*）的适用范围。<sup>⑨</sup>但是，此种情况下赠与同样不是具体的行为，它仅为简约提供原因，使之产生债。<sup>⑩</sup>此外，解放债务（免除）的原因也可以是赠与，亦即免除性赠与（*donatio in liberando*）。相应地，赠与可能具有上述三种效力。<sup>⑪</sup>

可见，在罗马法上只存在“以赠与原因做出的”（*donationis causa*）要式买卖、让渡、简约、解放债

① [日]梅谦次郎：《日本民法要义·债权编》，孟森译，上海：商务印书馆，1913年，第266页。

② 山野目章夫『債權各論（民法概論4）』（有斐閣，2020年）84—86頁參照。

③ 松岡久和＝中田邦博『新・コンメンタール民法（財産法）』（日本評論社，2020年）938頁參照。

④ 我妻栄＝有泉亨＝清水誠＝田山輝明『我妻・有泉コンメンタール民法—総則・物権・債権』（日本評論社，2021年）1162頁參照。

⑤ 平野裕之『債權各論I——契約法』（日本評論社，2018年）§5-4參照；大村敦志『契約編（新基本民法5）』（有斐閣，2020年）186頁參照。将中国台湾地区“民法”上的赠与设计为诺成合同的史尚宽先生，早有相同见解。参见史尚宽：《债法各论》，北京：中国政法大学出版社，2000年，第122页。

⑥ B. Biondi, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1972, p.752.

⑦ Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, Vol.4, tradotto da V. Scialoja, Torino, 1889, p.9; V. Arangio-Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 2012, p.578.

⑧ B. Biondi, *Le donazioni*, Torino, 1961, p.20-21.

⑨ G.G. Archi, *La donazione. Corso di diritto romano*, Milano, 1960, p.96.

⑩ V. Arangio-Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 2012, p.578; Kaser/Knützel/Lohsse, *Römisches Privatrecht*, 22. Aufl., 2021, § 58 Rn.3.

⑪ Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, Vol.4, tradotto da V. Scialoja, Torino, 1889, p.126. 值得注意的是，赠与效力的三分法与遗赠完全一致。C.M. Bianca, *Diritto civile. Vol.2.2. Le successioni*, Milano, 2015, p.310.

务等行为,但这些行为中的任何一个都不是“赠与行为”。赠与作为一种原因,不直接产生任何效果;“以赠与原因做出的”行为的效力,完全取决于被赠与原因附着的行为。易言之,赠与原因需要与具体的财产给予行为结合,才能产生相应的财产转移效力:<sup>①</sup>与让渡等抽象行为结合,发生直接转移权利的物权效力;与转移财产的简约结合,发生为自己设定转移财产之义务的债权效力;<sup>②</sup>以之为解放债务的原因,发生放弃自己的债权以使债务人获益的放弃性效力。

## 2. 以赠与原因作出的财产转移

赠与的三种类型中,“物权性赠与”无疑是最经典的,赠与的具体规则亦由此发展而来。<sup>③</sup>物权性赠与由赠与原因与抽象行为组成。由于在罗马法发展后期让渡已经取代了其他的抽象行为,当代民法研究亦使用与之同源的词汇<sup>④</sup>,故下文以“让渡”替代“抽象行为”。

通过赠与转移权利的过程,以让渡是否完成为标准,可划分为三个阶段:让渡前,无论是赠与人还是受赠人都没有受到任何约束,尤其是不存在债之关系;让渡时,需要具备赠与原因,并按照法律的要求独立完成让渡;让渡后,受让人亦即受赠人可以有效保有所有权。整个流程,从赠与人的视角可称之为“基于赠与原因的所有权出让”,从受赠人的视角可称之为“基于赠与原因的所有权取得”。可以看出,作为原因的赠与的功能并非产生债之约束力,而是证成一方失权、一方得权的所有权转移的正当性。

完成财产转移之后,所有权亦已终局性地转移给了受让人(受赠人)。此时,尽管赠与具有无偿性,但不再存在为出让人(赠与人)提供额外保护的必要。古罗马曾制定琴其亚法(*lex Cincia*),禁止向特定范围以外的人作出超过一定数额的赠与。<sup>⑤</sup>但是,该法并未规定违反上述禁令的后果,因此若赠与人完成了赠与,即完成抽象行为,不会因为违反琴其亚法而失去效力,受赠人仍可有效取得所有权。<sup>⑥</sup>在此基础上,后世继受者如法国,形成了“赠与又收回无意义”(*donner et retenir ne vaut*)的格言<sup>⑦</sup>,并最终提出了经典的“已经完成的赠与不可撤销”之理论。可见,赠与原因的功能主要在于提供保有效力。

赠与完成的对立面是未完成。尽管已完成的赠与不可撤销,但若其未完成,那么承认赠与可被撤销或者可不被履行,便是合理的推论。<sup>⑧</sup>同样依据琴其亚法,未完成的违反琴其亚法的赠与具有不法性,不受法律保护,哪怕以产生充足法律效力的要式口约(*stipulatio*)作出,赠与人亦可对受赠人的主张提出抗辩即“琴其亚法抗辩权”(*exceptio legis Cinciae*)。<sup>⑨</sup>经过后世的改造,此种抗辩权的适用范围逐渐扩大,不再限于不符合琴其亚法的赠与,而适用于一切赠与。琴其亚法抗辩权便演变为,只要赠与未完成,赠与人就可以对受赠人履行赠与的请求提出抗辩。<sup>⑩</sup>如此,赠与被划分为两个阶段:未完成的赠与(*donatio imperfecta*)不具有约束力,赠与人可任意行使抗辩权;完成的赠与(*donatio perfecta*)表明受赠人已经完全取得赠与标的,赠与人不可反悔而主张撤销。<sup>⑪</sup>这更是体现了赠与原因的意义:赠与未完成,即是让渡未完成,赠与原因尚未为受赠人提供保有效力;赠与完成,即是让渡完成,产生终局性的保有效力。换言之,之所以“赠与完成”是划分赠与阶段的关键时间点,正是因为此时赠与原因开始发挥作用。

① B. Biondi, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1972, p.752.

② P. Bonfante, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1907, p.464.

③ G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, Milano, 2015, p.1511; F. Tringali, *La donazione*, Torino, 2004, p.88.

④ 法文 tradition, 意文 tradizione。P. Malaurie, C. Brenner, *Droit des successions et des libéralités*, LGDJ, 9<sup>e</sup> édition, Paris, 2020, p.249; B. Biondi, *Le donazioni*, Torino, 1961, p.448.

⑤ G.G. Archi, *La donazione. Corso di diritto romano*, Milano, 1960, p.17.

⑥ G.G. Archi, *La donazione. Corso di diritto romano*, Milano, 1960, p.146. 此点亦与罗马法上无名合同履行前不受保护、履行后受让人可以保有取得的财产之规则相似,而赠与亦可作为无名合同的原因。B. Biondi, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1972, p.753.

⑦ P. Malaurie, C. Brenner, *Droit des successions et des libéralités*, LGDJ, 9<sup>e</sup> édition, Paris, 2020, p.241.

⑧ P. Voci, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 2004, p.507.

⑨ F. Casavola, *Lex cincia*, Napoli, 1960, p.133.

⑩ B. Biondi, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1972, p.759.

⑪ P. Bonfante, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1907, p.466; B. Biondi, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1972, p.758-759.

## （二）现实赠与：罗马法上的赠与的延续

现代民法上，随着赠与与公证要式模式的出现，符合传统结构的赠与逐渐变成了与公证赠与相对的“非要式赠与”。非要式赠与常以“现实赠与”的名称出现，亦可表达为“手递手的赠与”（*de main à main*）。<sup>①</sup>此种赠与的特征是必须完成财产权利转移，赠与效力才能得到法律承认，这正是罗马法上的赠与的延续。

### 1. 现实赠与同罗马法的赠与的一致性

依据现实赠与与普遍具有的规则，此种赠与亦可分为三个阶段：权利转移前，双方至多只存在有关赠与的合意，但这一合意不产生约束力；为了完成转移，无论采取何种物权变动模式，都不仅需要有关权利转移的合意，还需要完成交付或登记等形式要件；权利转移后，一方面赠与合同成立，产生相应的效力，另一方面受赠人可以有效保有被转移的权利。可见，现实赠与同罗马法上的赠与结构基本一致。

在撤销赠与可能性的问题上，也可以得出与罗马法相同的结论。第一，可撤销与不可撤销仍然以权利转移是否完成作为分界点。<sup>②</sup>第二，转移权利前，合同不成立，没有约束力；转移权利后，合同成立，约束力产生，除非存在法定事由，否则赠与人不可撤销。<sup>③</sup>

合同所应具有的约束力可对上述结论加以印证：完成的赠与不可撤销，体现为成立且生效的合同的约束力；<sup>④</sup>反之，若不存在约束力，即合同成立前的阶段，赠与人当然可以提出受赠人的权利尚不存在的抗辩，亦可当然地推导出赠与人享有任意撤销权的结论，甚至无需为此特别设置规则。<sup>⑤</sup>

可见，罗马法上的赠与以及现代民法上的现实赠与，在要件、效果等方面基本一致。罗马法中“赠与与完成”这一关键时间点，在现代法上的现实赠与中同样至关重要，且同样表现为对权利转移的要求。<sup>⑥</sup>因此，应将罗马法上的赠与和现代法上的现实赠与视为具有连续性的同一理论模型。尽管赠与原因不再直接体现在现实赠与的规则之中，但它无疑仍是其“底层逻辑”。

### 2. 从赠与原因到赠与合意

赠与从罗马法向现代法的转变，折射出近现代民法基础理论的变革：其一，原因不再总被强调，更加突出的则是合意，合意变成了双方行为的核心；其二，独立的、抽象的所有权转移行为要么不复存在（如产生了凭借意思即可变动物权的理论），要么成为了一种技术性概念（如处分行为）。如此，权利转移过程不再被建构为“原因+抽象行为”，而是“债权合意（负担行为）+处分行为”，甚至只是“合意”。

这两点变化都对赠与模式产生了深刻的影响。赠与原因退居幕后、赠与合意凸显出来后，赠与成为一种独立的行为，即以赠与合意为内容的合同。这从根本上改变了罗马法上的赠与：赠与本来作为原因，是“无色”的，自身不具有任何效力；赠与原因“隐退”后，赠与变成了合意的内容，就一定会具有自己的效力，也就改变了罗马法上以赠与原因附着的行为决定具体效力的模式。新的问题接踵而至：赠与合意应当发生何种效力？

紧扣赠与的内容，即无偿转移财产性权利，赠与又可称为“双方无偿给予行为”。<sup>⑦</sup>给予的方式，则与罗马法相似，要么是转移权利，要么是为赠与人设定以给予为标的的债务<sup>⑧</sup>，免除同样可被认为是一种

① 意文 *donazione manuale*、法文 *don manuel*、德文 *Handschenkung*（又称 *Realschenkung*）均有“手”的含义。

② 大村敦志『契約編（新基本民法5）』（有斐閣，2020年）186頁參照。

③ A.A. Carrabba, *Manuale di diritto delle donazioni*, Napoli, 2021, p.125.

④ M. Ermioni, in *Le successioni e le donazioni*, Milano, 2009, p.442.

⑤ F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Vol.3.1, Milano, 1954, p.25; F. Terré, Y. Lequette, *Droit civil, Les successions, Les libéralités*, Dalloz, 3<sup>e</sup> édition, Paris, 1997, p.350.

⑥ B. Biondi, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1972, p.759.

⑦ A. Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2019, p.695; Looschelders, *Schuldrecht Besonderer Teil*, 17. Aufl., 2022, § 18 Rn.1.

⑧ A.A. Carrabba, *Manuale di diritto delle donazioni*, Napoli, 2021, p.2; A. Torrente, *La donazione*, Milano, 2006, p.250; Kaser/Knützel/Lohsse, *Römisches Privatrecht*, 22. Aufl., 2021, § 58 Rn.1.

给予<sup>①</sup>。如此，赠与合意应当包括物权效力、债权效力以及放弃效力。这明显是将罗马法上的抽象行为或简约、解放债务等独立行为的效力包含于赠与之内。在原因与抽象行为均宣告“退场”的情况下，现代法上的赠与合意将它们“合二为一”，完成了对罗马法上的赠与的改造。

不过，赠与合意实际发生何种效力，取决于一国的民法理论为财产权利转移过程设置的结构。如果认为无需区分债权效力与物权效力，如法国，仅将赠与当作取得权利的方式，则仅存在物权性赠与。<sup>②</sup>如果认为债权效力与物权效力既可区分又可不作区分，由当事人自行选择即可，如意大利，则既存在债权性赠与又存在物权性赠与。<sup>③</sup>如果认为需要一概区分债权效力与物权效力，如德国，有的学者认为始终存在“负担行为+处分行为”结构，也就只存在债权性赠与、不存在物权性赠与<sup>④</sup>；另有学者认为，处分行为的原因不总是负担行为，并非所有的权利转移都需要经过债权合同的环节，所以应采取“赠与原因合意+处分行为”结构，此时存在作为原因的赠与以及债权性赠与。<sup>⑤</sup>如此，赠与原因概念借由现代法的框架得以“复活”。

### 3. 现实赠与同要物合同的关系

无论在哪一种权利转移的宏观结构下，现实赠与都应满足一个要求：完成权利转移之前，不产生效力，无论是转移权利的效力还是债之约束力。于是，法国或意大利式的物权性赠与下，并非达成合意即可转移权利，而是必须完成交付或登记；德国或意大利式的债权性赠与下，并非达成合意即可生成债之关系，而是必须完成交付或登记。这便与要物合同产生了相似性。

要物合同之转移权利或占有才成立合同的特质，与赠与的罗马法传统不谋而合：转移权利或占有并非对义务的履行，而是完成赠与的必要前提。<sup>⑥</sup>不过，罗马法上的“要物合同”是一个经后世法学家整理而形成的概念，其在罗马法上的对应规则是通过让渡转移所有权、占有或持有而缔结的债（*obligationes re contractae*），不是在任何情况下都转移权利，且其内容以返还为主。<sup>⑦</sup>显然，在罗马法上赠与绝非要物合同。现代法上的要物合同，虽然依旧强调合意与转移权利或占有均为成立要件<sup>⑧</sup>，但其不再限于通过给出某物而缔结债，也不再强调以返还作为债务的内容。现代法上的要物合同更加强调单纯的合意不足以产生效力，从而与仅凭合意即可成立的诺成合同区分开来。<sup>⑨</sup>因此，在现代法上，前段提及的物权性赠与及债权性赠与均可被称为要物合同。

但是，在赠与作为原因的解释进路中，决不能称之为要物合同：赠与是有关原因的合意，不是债权合意，更不是物权合意；赠与原因合意的达成不需要形式要件的作成；形式要件与物权合意单独构成处分行为。学者们的表述可资印证：采取意思主义物权变动模式以及认为赠与一概产生债权效力的学者基本称现实赠与为要物合同<sup>⑩</sup>，而若认为赠与作为原因，则不再在此处使用要物合同的概念。<sup>⑪</sup>

### （三）公证要式赠与：赠与的革新

公证要式赠与的出现，一定程度上切断了“罗马法上的赠与—现代法上的现实赠与”之间的连续性。

① G. Azzariti, *Le successioni e le donazioni*, Napoli, 1990, p.832.

② P. Malaurie, C. Brenner, *Droit des successions et des libéralités*, 9<sup>e</sup> édition, LGDJ, Paris, 2020, p.277.

③ A. Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2019, p.704; p. Trimarchi, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2020, p.289.

④ Hirsch, *Schuldrecht Besonderer Teil*, 6. Aufl., 2020, § 10 Rn.364; Looschelders, *Schuldrecht Besonderer Teil*, 17. Aufl., 2022, § 18 Rn.6.

⑤ Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Bd. 2, Besonderer Teil, 11. Aufl., 1977, p.157. 意大利亦有类似观点。A. Palazzo, *Le donazioni. Artt. 769-809*, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 2000, p.249. 相反观点。Fikentscher/Heinemann, *Schuldrecht*, 12. Aufl., 2022, § 12 Rn.59.

⑥ A.A. Carrabba, *Manuale di diritto delle donazioni*, Napoli, 2021, p.124.

⑦ V. Arangio-Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 2012, p.301-302.

⑧ P. Malaurie, C. Brenner, *Droit des successions et des libéralités*, LGDJ, 9<sup>e</sup> édition, Paris, 2020, p.249.

⑨ A. Torrente, p. Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2021, p.536.

⑩ M. Ermini, in *Le successioni e le donazioni*, Milano, 2009, p.435; p. Malaurie, C. Brenner, *Droit des successions et des libéralités*, LGDJ, 9<sup>e</sup> édition, Paris, 2020, p.277; Fikentscher/Heinemann, *Schuldrecht*, 12. Aufl., 2022, § 76 Rn.974.

⑪ Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Bd. 2, Besonderer Teil, 11. Aufl., 1977, p.157-158.

赠与之要式合同属性，也具有一定的罗马法渊源。起初，由于赠与是抽象行为的原因，而抽象行为都需要作成特殊的形式，所以赠与间接具有要式属性。<sup>①</sup>其后，赠与逐渐演变为独立的行为类型，法律对其直接施加了形式要求，如优士丁尼时期颁布的著名的“价值超过500索里第(solidi)的赠与应当登记”之规则。

1731年，法国开始要求赠与必须公证，要式合同正式成为了赠与的法定模式。<sup>②</sup>1804年《法国民法典》第931条对此加以确认，公证要式合同成为法国制定法上唯一的赠与模式。这一规则对后世民法典影响颇深，如1865年《意大利民法典》第1056条、1942年《意大利民法典》第782条第1款均规定公证是赠与合同的形式要求。

要求赠与必须公证是基于以下三点价值考量的结果。<sup>③</sup>第一，为当事人保留证据。完全以口头形式作出的赠与，一旦产生争议很难证明，若其未履行则对受赠人不利，若其已履行则对赠与人不利。因此，要求赠与至少以书面形式作出，可以有效减少事后争议。第二，保证赠与行为的严肃性。公证具有复杂的程式要求，更能保证意思的真实性、有效性，而且几乎不可能伪造。第三，由于完成赠与后不可撤销，采取严肃的形式亦可促使当事人深思熟虑，避免当事人反悔。可见，公证要式合同模式同样具有保护赠与人的功能，只是其路径并非允许赠与人反悔，而是提高对行为的严肃性要求。<sup>④</sup>

结构上，虽然公证要式赠与明显区别于现实赠与，但它们的差异其实并没有表面上看起来那么大。赠与总会存在以下几个步骤：（1）赠与合意（无论是债权性的还是物权性的）；（2）转移权利的事实性的行为（如交付、登记）；（3）取得权利的结果；（4）赠与的附属法律效果（如瑕疵担保、法定撤销权等）。现实赠与下，赠与人完成（1）与（2），合同成立，同时实现（3），赠与合同成立生效以后发生的效力仅有（4）。公证要式赠与下，则只需要通过公证完成（1），（2）（3）（4）则都发生于赠与合同成立之后。

可见，公证赠与同现实赠与乃至罗马法传统的区别，其实主要在于“赠与完成”的时间：公证赠与中，赠与完成的时间点被提前至通过公证作出赠与合意之时。公证赠与中，若采法意模式，公证完成后权利转移，赠与人仅负交付义务<sup>⑤</sup>；若采德国模式，公证完成后仅成立债权合同，赠与人尚需转移权利<sup>⑥</sup>。这两种情况下，物权效力或债权效力都是完满的，只是通过赠与作出的权利转移尚未完全完成，要么欠缺交付或登记，要么欠缺移转权利的处分行为。这与现实赠与产生了区别：现实赠与下，“赠与完成”与“通过赠与作出的权利转移”同步；公证赠与下，赠与先“完成”了，然后才完全实现权利转移。如此，公证赠与下的“赠与完成”其实被替换为“完成公证”，现实赠与下的“赠与完成”则仍是（通过赠与作出的）权利转移的完成。

这表明，现实赠与体现的是一种“面向过去”的证成力，公证赠与则更多体现了一种“面向未来”的约束力。但二者的最终目的，都是实现“通过赠与作出的权利转移”，殊途同归，可以认为它们都是对罗马法上的赠与的继承与改造。

#### （四）现实赠与同公证赠与的协调

设置公证要式赠与的立法例往往认为，现实赠与具有偶然性、价值较低、日常性较强<sup>⑦</sup>，法律无需对

① B. Biondi, *Le donazioni*, Torino, 1961, p.432. 反对意见则认为，这不是对赠与本身提出的形式要求，不应据此认为赠与采要式合同。P. Voci, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 2004, p.508.

② H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, *Successions, libéralités*, Montchrestien, 5<sup>e</sup> édition, Paris, 1999, p.642.

③ T. Montecchiari, *Art. 782*, in *Donazioni (Artt. 769-809)*, a cura di E. Del Prato, in *Commentario Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna, 2019, p.168; F. Terré, Y. Lequette, *Droit civil, Les successions, Les libéralités*, Dalloz, 3<sup>e</sup> édition, Paris, 1997, p.369.

④ 制定《日本民法》时，立法者将“公证”改为“书面”，尽管主要是因为日本彼时尚未建立完备的公证制度，但书面形式对赠与人的保护、对赠与严肃性的强调远不如公证，且不能发挥法定证明力等额外功能，仅与公证要式共享“要式”之名。中国没有照搬书面要式之规则，值得肯定。

⑤ P. Malaurie, C. Brenner, *Droit des successions et des libéralités*, LGDJ, 9<sup>e</sup> édition, Paris, 2020, p.277.

⑥ Hirsch, *Schuldrecht Besonderer Teil*, 6. Aufl., 2020, § 10 Rn.362.

⑦ Medicus/Lorenz, *Schuldrecht II, Besonderer Teil*, 15. Aufl., 2010, § 91 Rn.382; G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, Milano, 2015, p.1511; Looschelders, *Schuldrecht Besonderer Teil*, 17. Aufl., 2022, § 18 Rn.2.

其给予过多关注，而那些经过深思熟虑的、价值较高的赠与则值得认真对待。但是，在设置了公证赠与的法国，由于公证手续烦琐、费用高昂，当事人总会倾向于避免付出更高成本<sup>①</sup>，从而选择可以私下做出的现实赠与，突破法律条文的限制。实践已经充分证明了这一点。<sup>②</sup>如此，法国只得通过司法实践与学理，将现实赠与“复活”。同样的，曾经在1865年民法典中完全仿效法国模式的意大利，也在1942年民法典中增加了小额现实赠与规则，将赠与合同公证要式化的尝试以失败告终。

同理，哪怕仅将公证赠与设置为原则、将现实赠与设置为例外，当事人同样会倾向于选择现实赠与，实际生活中两种赠与模式的数量使用也就不可能呈现出“原则—例外”的比例关系。<sup>③</sup>

此外，为现实赠与设置限制亦无必要。例如，《意大利民法典》第783条规定只有小额赠与才可透过现实赠与模式作出，法意学理也一致认为只有动产可被现实赠与。<sup>④</sup>这不过是对法国单一公证要式赠与模式的矫正。除非设置更多的禁止性规则，否则都不会彻底禁止通过现实赠与做出大额赠与、不动产赠与的可能性，因为当事人总是存在规避付出公证成本的倾向。

总之，现实赠与以及公证赠与的主要差异在于“赠与完成”的含义及其时间点，但二者的整体结构基本一致，实现的效果、对赠与人保护的程序亦无实质差异，更不存在优劣之分，实践也证明不可能将赠与完全设置为公证赠与。允许二者平行存在，则可发挥各自优势：现实赠与可帮助当事人节约成本、简化流程，公证赠与则可为受赠人带来确定性，还可为双方提供更强力的证据，避免滋生争议。因此，最理想的制度设计，应是允许当事人根据自己的需要，在现实赠与以及公证赠与之间自由选择。<sup>⑤</sup>

#### 四、我国法上赠与的三元模式

中国的“诺成+任意撤销”赠与模式，其实就是现实赠与，而公证赠与则与理论模型并无差异。至于二者的关系，《民法典》第658条第1款先规定现实赠与，第2款再规定公证赠与，似乎意在表明前者是原则、后者是例外。但统观赠与合同一章，可以发现立法者并不存在任何倾向，因此可以按照前述结论，认为中国的现实赠与以及公证赠与存在并行关系，允许当事人自由选择。在这两种通行的赠与模式之外，中国还设置了构成对现实赠与的修正的“具有公益、道德义务性质的赠与”，此种模式直接构成诺成合同。三种模式各自应当如何作用，有必要分别加以探讨。

##### （一）第一种模式：作为原因的赠与及其“赠与+原因合意+处分行为”结构

###### 1. 现实赠与+下赠与应解释为原因

可以认为，《民法典》采纳了分离原则与抽象原则，因此，就现实赠与的解释方案，仅能适用以“负担行为+处分行为”结构为基础的债权性赠与之进路，或者以“赠与+原因合意+处分行为”结构为基础的赠与作为原因之进路。

“负担行为+处分行为”之结构在现实赠与上的解释力不够充分。此种结构意味着赠与合意必然是一个债权合意，其设置的债务应是转移赠与标的权利，而其成立要件同样是转移赠与标的权利。这就意味着，赠与+债权合同成立的同时便完成了“债务履行”，只有加入“逻辑一秒钟”才能将其分割开来。这样的解释明显偏离了实际：“债务”及其约束力其实从未真正产生，赠与人亦未曾有一刻真正受到了“债务”的约束，债与债权合同的存在无疑是虚构的。<sup>⑥</sup>

坚持现实赠与系债权合同的理论价值也不明显。债权合同可以为取得提供原因，即处分行为是赠与

① H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, *Successions, libéralités*, Montchrestien, 5<sup>e</sup> édition, Paris, 1999, p.642.

② S. Ferré-André, S. Berre, *Successions et libéralités*, 8<sup>e</sup> édition, Paris, 2022, p.182.

③ 例如在法国，据统计，2007年现实赠与略超半数，公证赠与亦接近半数。P. Malaurie, C. Brenner, *Droit des successions et des libéralités*, 9<sup>e</sup> édition, LGDJ, Paris, 2020, p.274.

④ A. Palazzo, *Le donazioni. Artt. 769-809*, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 2000, p.246; p.Malaurie, C. Brenner, *Droit des successions et des libéralités*, 9<sup>e</sup> édition, LGDJ, Paris, 2020, p.249-250.

⑤ A. Torrente, *La donazione*, Milano, 2006, p.181.

⑥ Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Bd. 2, Besonderer Teil, 11. Aufl., 1977, p.157.

债权合同的履行行为，赠与合同为处分行为提供原因，即清偿原因。然而，考虑到赠与原因可以发挥与清偿原因相同的作用，采取略显迂回的赠与系债权合同之解释方案，并不妥当。<sup>①</sup> 如果非要采取此种解释方案，恐怕只剩下满足“始终存在负担行为与处分行为二分”的空洞意义。因此，认为双方对行为的无偿性达成合意而构成赠与原因合意，直接证成转移权利处分行为的正当性，不再借助债之架构，显然更为简洁。

有观点强调要物赠与具有即时性，所以仅在即时赠与中不存在债权合意，而若当事人约定未来作出赠与，仍可构成要物的债权合同。<sup>②</sup> 然而，此种情况下的债权合同依然是虚构的：事后转移权利时，债权合同仍在履行“债务”时成立，同样只能在“逻辑一秒钟”的帮助下，才能勉强说明存在赠与债权合同的意义。

还有观点认为，如果不将赠与合同解释为债权合同，就无法解释瑕疵担保责任的来源。<sup>③</sup> 的确，瑕疵担保责任具有债之关系的性质，但并不能依据瑕疵担保责任的存在就直接认定赠与只能采取债权合同的构造。而且，如果认为瑕疵担保责任的基础在于权利转移而非赠与，即它产生于出让人身份而非赠与人身身份<sup>④</sup>，甚至认为它完全来自法律的补充，就不会存在以上疑问了。

综上所述，《民法典》第 658 条第 1 项规定的现实赠与，其过程应解释为，双方对赠与原因达成合意，并通过独立的处分行为完成赠与标的权利转移，即“赠与原因合意+处分行为”结构。

## 2. 赠与原因合意的解释论基础

为应用“赠与原因合意+处分行为”结构，首要任务是证明赠与原因合意可以存在于《民法典》之中。

从理论上讲，首先，合意是双方意思表示的一致，可以指向给予之效果，指向给予之原因似乎亦无不可。其次，原因约定仍可产生一定的法律效果，即为处分行为提供原因，排除不当得利，并非完全没有法律意义。最后，处分行为中往往存在原因合意，尤其是为清偿而作出的处分行为中一定包含了有关清偿原因的合意，而单独的原因合意只不过是将其提炼出来而已，并不是盲目的理论创新。<sup>⑤</sup>

原因合意亦可在制定法中找到依据。尽管《民法典》合同编在理论上拆分自传统五编制下的债编，但其立法定义并未包含任何与债有关的因素：依据《民法典》第 464 条第 1 款，合同只是“民事主体之间设立、变更、终止民事法律关系的协议”。因此，合同编中规定的未必都是债权合同，合同编分则所规定的有名合同也未必尽然是债权合同，不应仅根据赠与被安置在合同编就认为它只是债权合同。更何况，《民法典》第 657 条也未明示赠与合同一定是债权合同。<sup>⑥</sup> 最后，此前学者解释《合同法》第 2 条第 1 款时，尚以该条作为中国采取广义合同概念（双方法律行为）的论据。<sup>⑦</sup> 如今法条表述没有实质变更，仍可对《民法典》第 464 条第 1 款作出类似的解释，认为合同是“双方作出的具有法律效力的合意”，从而可以包含赠与原因合意。

赠与原因合意只是一种有法律效力的约定，不直接产生任何权利义务。它的法律效力体现在为处分行为提供原因，可以先于其存在，亦可与之同时存在。先达成赠与原因合意时，法律关系并未发生变动，双方仍处在类似进入法律关系之前的状态，赠与人无需承担义务、受赠人不享有请求权。由于赠与原因为处分行为提供了正当性基础，赠与人可随时转移赠与财产，受赠人亦可随时接受，并可立即正当取得并保有受赠财产，即根据对《民法典》第 985 条的反面解释，排除不当得利。

## 3. 任意撤销权的“重生”与赠与人抗辩权

赠与原因合意是重构任意撤销权的基础。根据前文所述，任意撤销权反映的价值基础是正当的，只

① V. Tavassi, in *La donazione*, coordinati da A. Cataudella, Milano, 1996, p.182.

② A.A. Carrabba, *Manuale di diritto delle donazioni*, Napoli, 2021, p.125.

③ [日]我妻荣：《债权各论》（中卷一），徐进、李又又译，北京：中国法制出版社，2008年，第7页。

④ A. Palazzo, *Le donazioni. Artt. 769-809*, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 2000, p.449.

⑤ 芮沐：《民法法律行为理论之全部（民总债合编）》，北京：中国政法大学出版社，2003年，第224—225页。

⑥ 刘家安：《赠与的法律范畴》，《中国政法大学学报》2014年第5期。

⑦ 有说服力的见解，参见朱庆育：《民法总论》，北京：北京大学出版社，2016年，第143—145页。

是在技术上它无法与诺成合同兼容。而在要物合同解释路径下的现实赠与以及公证赠与中，保护赠与人的功能已被这两种模式所具有的结构充分实现，任意撤销权自然不必存在。

然而，在“赠与原因合意+处分行为”解释路径下的现实赠与中，任意撤销权规则可以“重获新生”：任意撤销的对象是赠与原因合意。赠与原因合意适于撤销，因为它不产生权利义务，不会与“有约必守”矛盾。而且，赠与原因合意能够产生一定的法律效果，即为潜在的处分行为赋予正当性，撤销后正当性便不复存在。而且，撤销赠与原因合意之后，不会产生权利义务的变化，只会使未来可能做出的处分行为失去原因，即在赠与人完成权利转移的情况下，受赠人无法有效取得赠与财产，并构成不当得利。

由于赠与原因合意具有双方性，尽管设置任意撤销权的目的主要在于保护赠与人，但也没有必要否定受赠人撤销此种约束力较弱的合意的可能性，因此可承认双方均享有任意撤销权。<sup>①</sup>

从任意撤销权中还可推导出赠与人的抗辩权。面对受赠人的主张，赠与人不仅可以另行提出撤销，亦可针对受赠人的请求提出抗辩：既然赠与人可以永久消灭受赠人提出请求的基础，自然也可以一时阻却其请求。行使抗辩权不会像行使任意撤销权一样，直接消灭赠与原因，若赠与人提出抗辩后尚愿完成赠与，仍可为之。如此，本是任意撤销权之历史基础的抗辩权，在现代法上反倒从有关任意撤销权的规则中推导出来。

#### 4. 即时完成的赠与以及间隔完成的赠与

“赠与原因合意+处分行为”模式下，赠与可能即时完成，亦可能间隔一段时间完成，二者的区别在于是否存在任意撤销权的适用空间。

即时完成的赠与中，赠与人通过转移权利直接完成赠与，可以认为双方同时作出了赠与原因合意以及物权合意，且立即作成形式要件，也就不存在《民法典》第658条第1款规定的“权利转移之前”之期间，不可能适用任意撤销权规则。

若双方约定未来完成赠与而未即时转移权利，则构成“赠与原因可任意撤销的现实赠与”。此时，因为不涉及权利转移，所以不必认为双方已经达成了物权合意，而是达成了赠与原因合意。作出处分行为前，可任意撤销赠与原因合意。作出处分行为后，赠与才宣告完成。

#### （二）第二种模式：生成债权合同的公证赠与

综合考虑中国采取的物权变动模式、赠与合同的体系定位以及公证赠与的特性，应当认为中国的公证赠与仅具有债权效力。如此，经过公证的赠与合同，构成典型的债权合同：双方公证赠与与债权合意后，依据《民法典》第658条第2款，即使尚未转移权利，赠与人也无权撤销，因为经过公证的赠与合同产生了完全的债之约束力；依据《民法典》第660条第1款，受赠人可以向赠与人请求履行赠与义务，包括转移权利、完成必要的形式要件等，并可主张瑕疵担保；依据《民法典》第660条第2款，赠与人还应对故意或重大过失造成的债务不履行负责。

此外，公证赠与的方式需要特别关注。《赠与公证细则》规定了三种与赠与有关的公证，即“赠与合同公证”，以及“赠与公证”与“受赠公证”。依据司法部发布的《公证书格式（修订征求意见稿）》，赠与合同作为一类合同，应适用合同通用的公证格式，赠与或受赠则分别适用两类独立的格式。这并不意味着赠与变成了单方行为或者存在物权性赠与：赠与书是受赠公证的必要材料，必须先后作出赠与公证与受赠公证，才能成立赠与。如此，赠与公证以及受赠公证只意味着双方分步、先后通过公证做出各自的意思表示、达成赠与合意，受赠公证完成后同样生成赠与债权合同，亦属于《民法典》第658条第2款规定的“经过公证的赠与合同”。分别设置赠与公证以及受赠公证的意义或许在于，去除赠与合同公证对于双方共同到场的要求，为赠与人、受赠人不在同一地点等情形提供便利。

#### （三）第三种模式：生成诺成合同的具有公益、道德义务性质的赠与

具有公益、道德义务性质的赠与，采取了另一种分类标准，即考虑赠与目的这一实质性因素。因此，

<sup>①</sup> 《日本民法》第550条即如此规定。意大利亦有相同观点。F. Tringali, *La donazione*, Torino, 2004, p.128.

它不可能与前两种模式并列，也必然与它们在概念上存在交叉：如果赠与具有道德性质，便可不做公证，达成合意即可产生债之约束力；换言之，具有道德性质的赠与可以通过公证作出，即使不做公证，法律也会承认它构成诺成合同。

从历史的角度来看，此种模式的出现似乎又是民法继受过程中发生的偏离。该规则与中国台湾地区“民法”第408条第2款相似，但史尚宽先生对之语焉不详，没有给出足够有说服力的论据，证明不应允许任意撤销“为履行道德上义务而为之赠与”。<sup>①</sup>当前有《民法典》释义书则指出，该规则参考了《德国民法典》第534条。<sup>②</sup>然而《德国民法典》该条所称“撤销”，指的是赠与完成后的撤销，对应的应是《民法典》上的法定撤销权。更何况，德国并没有将赠与设计为诺成合同，也不存在任意撤销权制度。

尽管如此，设置这一规则的初衷，基本符合保护弱者、促进公益发展的法情感。更何况，法条已然成型，不必连根拔起。因此，应认为这是一种法定的赠与模式，并对其作出解释。

首先，“依法不得撤销”中的“依法”似为赘语，因为涉及公益、慈善等方面的法律没有规定何种赠与合同不得撤销。如此，只能将“依法”二字理解为该条文的同义反复：只要符合实质判断标准，赠与合同便依该条规定而不可撤销。

其次，实质判断标准的内容是“救灾、扶贫、助残等公益、道德义务性质”，但很明显，在“救灾、扶贫、助残”等事项上，不可能存在某个私主体对另一个个人负有道德义务的情形。因此，应将其拆分为两项标准，分别为“救灾、扶贫、助残等公益性性质”以及“道德义务性质”。

再次，关于公益性性质的判断，应当参照《慈善法》第3条以及《公益事业捐赠法》第3条。这两个条文较为详细地规定了包括但不限于具有救灾、扶贫、助残性质的有助于帮扶弱者、实现社会公共利益的行为，法官也会援引相关法条作出判断。<sup>③</sup>作出此类公益性性质的赠与前，双方一般都会就捐赠事项展开磋商，虽不构成交易，但往往具有复杂的过程，赠与人显然经过深思熟虑。有些情况下还会举行公开的捐赠仪式，增强了赠与的公开性。此外，相关法律也对捐赠款项的使用做出了严格的限制，为赠与人的善良动机提供了保护。如此，似乎并不存在特别保护赠与人的必要，将其设计为诺成合同，在法情感上亦可接受。当然，最理想的方式自然仍是作成公证赠与，尽量减少争议。

最后，关于道德义务性质的判断，则应尽量限缩：如果赠与人没有对受赠人承担一项足以得到承认的道德义务，且赠与同该义务有关，就不应认为赠与具有道德义务性质。<sup>④</sup>司法实践中，最常见的情形是夫妻离婚后一方向子女作出的赠与，此类赠与被认为是履行抚养义务，法官基本都会维持赠与合同的效力。<sup>⑤</sup>此类赠与被设计为诺成合同的原因，或评在于道德义务的存在削弱了为赠与人提供特殊保护的价值：既然依据赠与人自己承担的道德义务而本应作出赠与，那么只要他已经与受赠人达成了合意，就没有必要允许他反悔。

## 五、结 论

赠与的诺成合同模式起源于日本民法在继受中的改造，但这一改造产生了难以化解的逻辑矛盾，实

① 史尚宽：《债法各论》，北京：中国政法大学出版社，2000年，第122页。

② 黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编释义》，北京：法律出版社，2020年，第440页。

③ 参见江苏省徐州市中级人民法院（2019）苏03民终8308号民事判决书。

④ 实践中，有法院将赠与人对自己弥留之际的父亲作出的承诺当作道德义务，用以证成对其胞弟的赠与具有道德义务性质，存在对象不一致的错误。参见甘肃省会宁县人民法院（2019）甘0422民初2744号民事判决书。另有法院认为，为经济困难的同事治疗疾病作出的捐赠，甚至“人道主义捐赠”，都构成具有道德义务性质的赠与，这不当地扩大了道德义务的范围。参见广东省广州市中级人民法院（2020）粤01民终11947号民事判决书、广东省清远市中级人民法院（2021）粤18民终1698号民事判决书。

⑤ 参见福建省泉州市中级人民法院（2019）闽05民终815号民事判决书；辽宁省沈阳市中级人民法院（2022）辽01民终3859号民事判决书。类似情形，如为履行赡养义务而作出的赠与。参见贵州省贵阳市中级人民法院（2020）黔01民终2677号民事判决书。

质上也回到了现实赠与以及公证赠与这两种经典的赠与模式。历史视角下，现实赠与是罗马法上的赠与的直接延续，它们的核心都是权利转移时完成赠与，公证赠与则由法国民法发扬光大以致成为立法中的要式，二者分别从给予反悔可能性以及提高交易严肃性的角度为赠与人提供保护，应承认其并存、允许当事人自由选择。

中国的赠与分为三种模式。第一种模式，虽表面上是“诺成+任意撤销权”，但实质就是现实赠与。在中国承认分离原则与抽象原则的背景下，可解释为“赠与原因合意+处分行为”：赠与作为原因，为处分行为的结果提供正当性，即受赠人可以正当保有被赠与的财产，但它本身既不产生债权效力也不产生物权效力。此种模式下，任意撤销权的对象应是赠与原因合意。第二种模式，则符合公证赠与的应然样态，仅产生债权合同。当事人可在前两种模式中自由选择。第三种模式，更多是一种司法上的判断，需要由法官判断赠与是否具有公益或道德义务性质，若答案是肯定的，则可适用诺成合同之规则，仅凭赠与合意即可产生债。可见，《民法典》中的赠与具有两重含义：作为原因从而为处分行为直接提供正当性，或者作为债权合同从而设定债务，为处分行为间接提供正当性。

赠与原因合意、通过公证达成的赠与债权合同、具有公益性质或道德义务性质的诺成的赠与债权合同，共同构成处分行为的名义。从这三种赠与模式中又可提炼出共同的结构：从行为的角度看，赠与原因合意与赠与债权合同均为“赠与名义”，赠与的结构便可概括为“赠与名义+处分行为”；从原因理论的角度看，赠与原因合意提供赠与原因，赠与债权合同提供清偿原因，通过赠与完成的权利转移的结构即为“原因+处分行为”。

这似乎实现了“名义(titulus)+方式(modus)”之权利转移模式的现代法重构：罗马法上，赠与作为名义，让渡作为方式，实现有体物所有权的无偿转移；现代法上，赠与原因合意与赠与债权合同均可作为名义，处分行为则是方式，“名义”证成“方式”的正当性，实现财产的无偿转移、保障受赠人的保有。如此，通过赠与转移权利的结构，与赠与模式的发展轨迹一样，虽枝蔓横生，但终究归于传统。

## Historical Investigation and Reflection on the Normative Model of Gift

ZHAI Yuan-jian & LUAN Zhi-bo

(College of Comparative Law, China University of Political Science and Law, Beijing, 102249;  
Law School, University of Bologna, Bologna, Italy, 40126)

**Abstract:** The “promise & right of arbitrary revocation” model of gift literally stipulated by the Civil Code seems to have caused a contradiction between the right of arbitrary revocation and the binding force of the debt. This normative model is produced from the transformation in the process of transplantation of civil law, and it is necessary to explain and reconstruct it by returning to the historical tradition. In Roman law, gift provides a “cause” for the transfer of rights and has no independent legal effect. In modern law, the concept of cause has declined, and the gift in Roman law has evolved into realistic gift, which requires the transfer of rights before the gift goes into effect. In French law, notarized gift is designed as formal contract, but it is difficult to achieve the goal of “formal contract”, thus notarized gift should only be applied with realistic gift in parallel. The “promise & right of arbitrary revocation” model in China is actually the realistic gift, and it should be interpreted as “agreement about gift causa & act of disposition”. In addition, China has also set up notarized gifts and gifts with the nature of public welfare and moral obligations as a promise contract, both of which have the effect of generating debt. All of those three sorts of gift stipulated by Civil Code constitute the “title” of the act of disposition.

**Keywords:** Gift Contract, Gift Cause, Models of Gift, Realistic Gift, Notarized Gift

[责任编辑：陈慧妮]