

# 论恶意串通

茅少伟\*

**摘要** 《民法通则》第58条第1款第4项和《合同法》第52条第2项规定的恶意串通之法律行为无效规则,仅规制当事人以恶意串通订立法律行为(合同)的方式损害他人(第三人)利益的情形。表面上似也满足恶意串通规则要件的多情形,实际应由通谋虚伪表示、法律行为违法或违背公序良俗无效、债权人撤销权等制度分别处理。恶意串通规则仅在保护特定第三人的特定债权时才可能有独立意义,目的是恢复该第三人获得实际履行(而非仅金钱赔偿)救济的可能。该规则的构成要件(主客观要件及法律行为整体的背俗性)与法律效果(法律行为相对无效且其主张受除斥期间限制)的解释均受此功能影响,而其是否有存在必要,取决于我们是否接受更直接的侵权法救济思路。

**关键词** 恶意串通 通谋虚伪表示 不动产一物二卖 债权人撤销权 相对无效

## 引言

我国《民法通则》第58条第1款第4项和《合同法》第52条第2项均规定,“恶意串通,损害国家、集体或者第三人利益”的法律行为(合同)无效。从比较法上看,这无疑是一项很独特的法律行为无效事由。“恶意串通”,作为核心的构成要件,语义过于含混,易生歧见,且该规则适用的若干典型情形,似又基本能被其他无效事由覆盖,因此多有学者认为,这一规定并无积极价值,应当删去。<sup>[1]</sup>

\* 北京大学国际法学院助理教授。

[1] 参见朱庆育:《民法总论》(第2版),北京大学出版社2016年版,第262-263页;李永军:《民法总论》(第2版),法律出版社2009年版,第483页;朱建农:“论民法上恶意串通行为之效力”,《当代法学》2007年第6期,第88-93页;朱广新:“法律行为无效事由的立法完善”,《政法论丛》2016年第3期,第64页。认为将来的《民法总则》应当保留恶意串通规则的意见,参见梁慧星:“《民法总则草案(征求意见稿)》:解读、评论与修改建议”(2016年3月24日四川大学法学院演讲整理稿),<http://www.chinalawreview.com.cn/article/20160410143411.html>,最后访问日期:2016年12月30日。

但是,这项规则毕竟已有三十年的历史,司法实务中据此判定合同无效的情形并不罕见——2014年12月最高人民法院发布的指导案例33号“瑞士嘉吉国际公司诉福建金石制油有限公司等确认合同无效纠纷案”即为著例。2016年12月全国人大公布征求意见的《民法总则(草案三次审议稿)》也仍然保留了该规则,<sup>〔2〕</sup>前景似可期。如果注定还要“长相厮守”,这一恼人的规则也就值得被“认真对待”。

本文探讨恶意串通之法律行为无效规则,主体分为四个部分。第一部分从要件结构的拆分及与相关制度的辨析出发,排除几种不应以该规则处理、但经常被混淆对待的情形。第二、三部分在上述限定的基础上,进一步阐释该规则的规范意旨,重构其构成要件,并特别限缩其法律效果,阐明其可能的独立意义。第四部分讨论该规则与债权人撤销权制度的体系关联及界分,进一步明确其适用范围与功能。最后是一个简短的小结。

## 一、恶意串通规则的结构与适用范围限定

我国司法实践对恶意串通相关规则的适用颇为混乱,有学者评论说,恶意串通被“当作可用于认定法律行为无效的万能钥匙,从而使恶意串通行为成为民法上一个最不确定的概念”。<sup>〔3〕</sup>何以至此?这既与恶意串通本身的语义模糊有关,也与我国法上大量意义不同的恶意串通具体规定有关。从《民法通则》第58条第1款第4项和《合同法》第52条第2项的措辞、语法及所处体系看,其指向的恶意串通情形是很清楚的,即这是一项法律行为无效事由的规定,且无效的正是恶意串通当事人之间订立的法律行为。这一限定不仅可以排除那些与法律行为无关的情形,<sup>〔4〕</sup>更可以排除那些包含“恶意串通”“法律行为无效”两个要素。这还不够,无论是“恶意串通”这一主观要件,还是“损害国家、集体或者第三人利益”这一客观要件,都仍然过于宽泛,必须进一步限定,才能将该规则与其他无效事由的规定清晰区分开来。

### (一)真正与不真正的恶意串通

当事人恶意串通订立的法律行为,<sup>〔5〕</sup>既包括双方行为(如买卖合同,则为合同当事人之

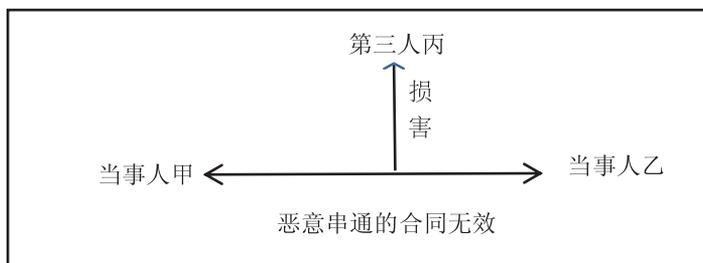
〔2〕《民法总则(草案三次审议稿)》第157条规定:“行为人与相对人恶意串通,损害他人合法权益的民事法律行为无效。”相关评论,参见陈小君:“民事法律行为效力之立法研究”,《法学家》2016年第5期,第116—117页(针对的是2016年6月公布的草案一审稿第133条,条文序号存在变化,但内容未变)。

〔3〕杨代雄:“恶意串通行为的立法取舍——以恶意串通、脱法行为与通谋虚伪表示的关系为视角”,《比较法研究》2014年第4期,第107页。

〔4〕例如《律师法》(2012年修正)第40条、《民事诉讼法》(2012年修正)第112条等。这些规定尽管涉及“恶意串通”,但或者根本与法律行为无关,或者即使有关,其本身亦非判定法律行为效力的依据。

〔5〕理论上,《民法通则》第58条第1款第4项规制的法律行为也可能包括团体法上的决议行为,并且决议行为确实也可能存在当事人恶意串通损害第三人(如未参与该项决议的其他社团成员)的情形。决议行为的效力问题较为特殊,本文暂不论(但依后述讨论,恶意串通规则于此亦几无适用余地)。较近的研究,参见徐银波:“决议行为效力规则之构造”,《法学研究》2015年第4期,第164—183页。

间串通),也包括单方行为(如债务免除,则为行为人/债权人与意思表示受领人/债务人之间串通),以前者为典型。为简便起见,以下论述均以合同为例。“恶意串通之法律行为无效”,即指当事人之间恶意串通订立的损害他人利益的合同无效,其基本结构如下(图一)。



图一

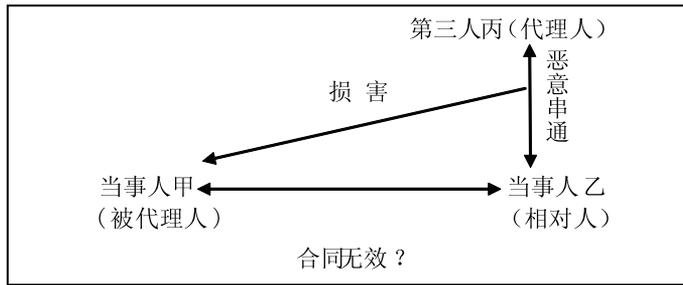
如果我们把具有上述结构的情形称为“真正的恶意串通”,很容易就能发现我国法上还提供了许多“不真正的恶意串通”——既有“恶意串通”,又与合同效力有关,却并非上述结构,极易混淆。其中最重要的几类是在代理、拍卖、招投标与担保场合。

先看代理场合。《民法通则》第66条第3款规定:“代理人和第三人串通,损害被代理人的利益的,由代理人和第三人负连带责任。”〔6〕该款虽只说“串通”,未云“恶意”,也未直接表明此时代理法律行为的效力,但考诸历史,这却是我国早期民法理论认为最重要的恶意串通情形,当时学者也多认为此时法律行为因损害被代理人的利益而无效。〔7〕然而,姑且先不论无效的结论妥当与否,〔8〕从结构上看,其实这并非“真正的恶意串通”。尽管有代理人的介入,法律行为的当事人还是被代理人与相对人,串通的是代理人和相对人,损害的却是被代理人。换言之,这里并不是法律行为当事人恶意串通损害第三人的利益,而是法律行为一方当事人与第三人(另一方代理人)恶意串通,损害另一方当事人的利益(如下图二)。

〔6〕《民法总则(草案三次审议稿)》亦保留了该规定(第168条第2款)。

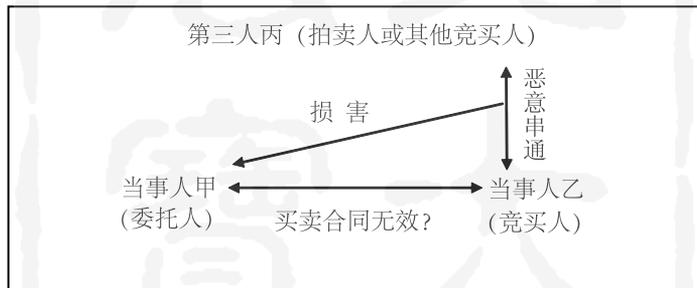
〔7〕从法律史上看,《民法通则》中恶意串通之法律行为无效的规定是受前苏联民事立法和学说的影响,其设想的主要情形即一方当事人与相对人的代理人恶意串通达成违背被代理人意志的法律行为。《民法通则》第66条第3款没有明示该代理法律行为的效力,是因为将无效问题统一放在第58条处理了。但是,第58条第1款第4项关于恶意串通行为的表述过于宽泛,远远超出了上述代理情形,以至于此种历史上的“立法者原意”逐渐隐没而不为人所注意。参见杨代雄,见前注〔3〕,第109—110页。换言之,代理场合的此种“不真正的恶意串通”其实才是“正统”,所谓“真正的恶意串通”反而是立法表述上不当扩张的结果。

〔8〕此时直接使法律行为无效并不一定有利于保护被代理人的利益。有学者认为,代理人与相对人恶意串通损害被代理人的情形均应归于无权代理,法律行为效力取决于被代理人的追认。参见黄忠:“论恶意串通损害第三人利益无效规范的存废——基于体系的一项检讨”,载《人大法律评论》(2014年卷第1辑),法律出版社2014年版,第202页。同旨可见朱庆育,见前注〔1〕,第352页。不同意见,朱建农,见前注〔1〕,第92页。



图二

再看拍卖场合。《拍卖法》(2015年修正)第37条规定:“竞买人之间、竞买人与拍卖人之间不得恶意串通,损害他人利益。”根据第65条第1句的规定,存在这两种“恶意串通”情形,“给他人造成损害的,拍卖无效”。这里所谓“拍卖无效”,应理解为通过拍卖订立的买卖合同无效。买卖合同的当事人是委托人和以最高应价竞拍成功的竞买人。被损害的“他人”既可能是委托人(如下图三),也可能是其他竞买人或其他利害关系人。但无论如何,第37条规定的这两种“恶意串通”,亦均非“真正的恶意串通”。〔9〕

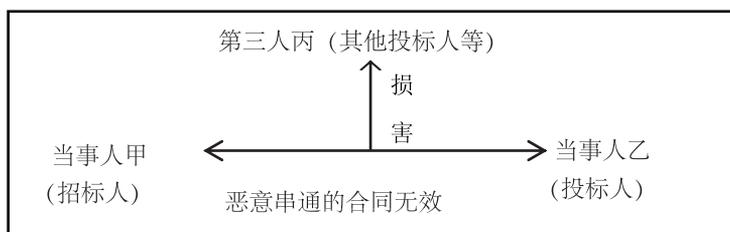


图三

招投标场合有与拍卖相近的地方,但又有不同。《招标投标法》第32条第1款规定:“投标人不得相互串通投标报价,不得排挤其他投标人的公平竞争,损害招标人或者其他投标人的合法权益。”第2款规定:“投标人不得与招标人串通投标,损害国家利益、社会公共利益或者他人的合法权益。”根据第53条的规定,投标人相互串通投标或者与招标人串通投标的,“中标无

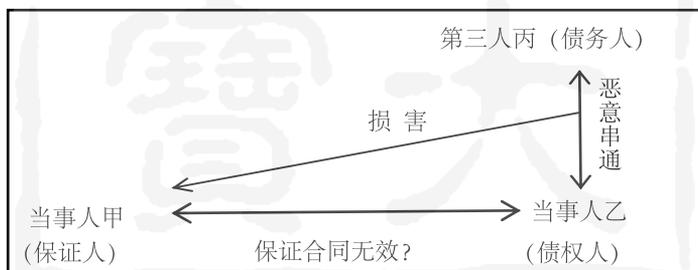
〔9〕 指导案例35号“广东龙正投资发展有限公司与广东景茂拍卖行有限公司委托拍卖执行复议案”即为恶意串通的拍卖(该案为“竞买人与拍卖人恶意串通,给他人造成损害”)无效的典型案例。此种情形下合同是否应无效及无效机理为何,可在《拍卖法》第65条下进行解释。但指导案例35号仍将《民法通则》第58条(第1款第4项)并列为依据,并不妥当。值得注意的是,较近的两个执行相关的司法解释,即《最高人民法院关于人民法院网络司法拍卖若干问题的规定》(法释〔2016〕18号)第31条第3项和《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》(法释〔2015〕10号)第21条第1款第1项,均未将恶意串通的拍卖直接认定为无效,而规定为可由当事人、利害关系人请求撤销。

效”，即中标人与招标人之间的合同无效。然而，这两种“串通”行为的法律效果虽相同，背后法理却并不一致。第 32 条第 1 款规定的是投标人之间的串通，损害的是招标人或其他投标人的利益，与拍卖场合竞买人之间的串通类似(如图三)，串通人并非都是无效合同的当事人，因此只是“不真正的恶意串通”。第 2 款规定的是投标人与招标人之间串通，二者之间的合同因串通无效，正属于“真正的恶意串通”(如下图四)。



图四

最后再来看担保场合，《担保法》及其司法解释也规定了两种恶意串通的情形。<sup>〔10〕</sup>一是《担保法》第 30 条第 1 项规定，“主合同当事人双方串通，骗取保证人提供保证的”，保证人不承担责任。一般认为，保证人此时不承担保证责任的原因即保证合同因债权人、债务人恶意串通损害保证人的利益而无效。<sup>〔11〕</sup>然而，保证合同的当事人是债权人与保证人，串通的却是主合同当事人即债权人与债务人，因此这也只是“不真正的恶意串通”(如下图五)。

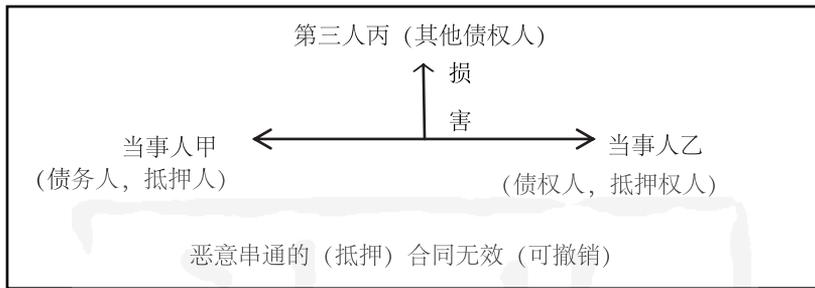


图五

〔10〕 这两处是明确使用了“串通”或“恶意串通”字眼的，其实还有另一处规定也相关，即《担保法解释》法释〔2000〕44 号第 41 条(“债务人与保证人共同欺骗债权人，订立主合同和保证合同的，债权人可以请求人民法院予以撤销。因此给债权人造成损失的，由保证人与债务人承担连带赔偿责任”)。债务人与保证人“共同欺骗”债权人，自然也有“恶意串通”(当然，从结构上看仅是“不真正的恶意串通”)，但这里统一作欺诈(可撤销)处理。由此亦可见“恶意串通”语词和指涉情形的模糊性以及因此带来的法律规定和适用的不统一。

〔11〕 参见《最高人民法院关于审理经济合同纠纷案件有关保证的若干问题的规定》(法发〔1994〕8 号)第 19 条(“主合同……双方当事人……恶意串通，使保证人在违背真实意思情况下提供保证的，保证合同无效，保证人不承担责任”)。典型案例，参见“河北省石家庄市商业银行金桥支行诉中国出口商品基地建设河北公司等借款担保合同纠纷案”最高人民法院民事判决书(2001)民二终字第 116 号。学者观点，参见郭明瑞、房绍坤：《担保法》(第 3 版)，中国政法大学出版社 2015 年版，第 36 页。

第二种情形是《担保法解释》(法释〔2000〕44号)<sup>〔12〕</sup>第69条的规定,即“债务人有多个普通债权人的,在清偿债务时,债务人与其中一个债权人恶意串通,将其全部或者部分财产抵押给该债权人,因此丧失了履行其他债务的能力,损害了其他债权人的合法权益,受损害的其他债权人可以请求人民法院撤销该抵押行为”。法律效果是可撤销而非无效,与一般规则不同,容后再论,但这确实是“真正的恶意串通”(如下图六)。



图六

综上所述,我国法上有诸多因恶意串通影响法律行为效力的规定,但《民法通则》第58条第1款第4项和《合同法》第52条第2项规定的恶意串通之法律行为无效规则(以下简称“恶意串通规则”)仅处理“真正的恶意串通”,即当事人以恶意串通订立法律行为(合同)的方式损害他人利益的情形,<sup>〔13〕</sup>而不包括那些法律行为一方当事人与第三人恶意串通损害另一方当事人(或其他人)利益的“不真正的恶意串通”情形。<sup>〔14〕</sup>

〔12〕 为节省篇幅及简便起见,对于常见的重要民事司法解释,本文首次引用时,以习用的简称(如《担保法解释》)加发文字号(如法释〔2000〕44号)指代,后续引用则径以简称指代。

〔13〕 参见“徐峥嵘等六人与五矿邯邢矿业有限公司、王银陵股权转让纠纷案”(最高人民法院民事判决书(2011)民二终字第37号,认为原告为系争合同当事人,而非合同以外的第三人,故不能以《合同法》第52条第2项主张合同无效);“福建莆田农村商业银行股份有限公司华亭支行、吴育洪与蔡永行的金融借款合同纠纷申请再审案”(最高人民法院民事裁定书(2014)民申字第1274号)、“高金山与包头市鸿德企业投资有限责任公司、包头市聚德成实业集团有限公司民间借贷纠纷申诉案”(最高人民法院民事裁定书(2014)民监字第22号)等(均认为“恶意串通”的主体是合同当事人)。

〔14〕 学者并非没有注意到“恶意串通”的不同情形。例如,刘凯湘教授认为,恶意串通有两类,一种是仅有串通行为人的意思表示,不涉及第三人的意思表示;另一种是恶意串通的行为人通过串通而诱使第三人作出意思表示。参见刘凯湘:《民法总论》(第3版),北京大学出版社2011年版,第334页。前者即对应本文所说的“真正的恶意串通”,后者则属“不真正的恶意串通”。对于诸多“不真正的恶意串通”情形,相关法律行为效力判定的基础并不统一,但一律归于无效显然并不妥当,有的(如前述代理情形)应是效力待定;有的构成欺诈等意思表示瑕疵,应是可撤销的;有的仍应无效,但理由主要是违法或违反公序良俗,并且,若仅是特定私人利益而非公共利益受损,即使法律规定为无效,无效法律效果的建构逻辑也应与恶意串通规则下类似(详见本文第三部分),限于篇幅,对此本文不再展开讨论。

## (二) 恶意串通与通谋虚伪表示

进行上述限定后,恶意串通规则的要件仍是过宽。学者多认为,该规则的构成可从主观和客观两方面观察。<sup>[15]</sup> 主观要件即法律行为当事人之间“恶意串通”,客观要件即串通的法律行为“损害国家、集体或者第三人利益”,这两方面均有澄清的必要。

先说主观上的恶意串通。若“恶意”是指侵害他人权益的故意,则应与客观要件一并观察,此处先不论。若“恶意”是指“知情”,则可被比“知情”要求更高、更强调意思联络的“串通”所吸收。此时重要的问题是,当事人“串通”的意思表示是真实的还是虚假的?如果意思是真实的,那“串通”本身并无意义——真实的合同自然都是当事人“串通”好的。如果“串通”的意思是虚假的,即双方当事人都不欲发生与表示相同的效果,则无论是否侵害他人利益,虚假的意思表示(至少在当事人之间)都应当无效。因此,从字面看,我国法上的恶意串通规则涵盖了传统民法上用通谋虚伪表示制度来处理的情形。<sup>[16]</sup> 但是,如真以恶意串通规则处理,似乎只有同时满足“损害国家、集体或者第三人利益”的客观要件时,双方通谋的虚伪表示才无效,这显然不准确;<sup>[17]</sup>而要摆脱这种限制,使其能完整容纳通谋虚伪表示规则的内容,客观要件就要纯粹沦为冗余,又有些“伤筋动骨”。

在我国现行法上,从《民法通则》第55条第2项的正面规定(即民事法律行为应当“意思表示真实”)反推,结合意思表示与法律行为概念的基本内涵与功能,补充出双方当事人通谋的、虚伪的、并不欲依表示出来的内容发生法律效力的意思表示(法律行为)无效的规则,并不十分困难。<sup>[18]</sup> 实务中也有用“以合法形式掩盖非法目的”的法律行为无效规则(《民法通则》第58

[15] 参见崔建远:《合同法总论(上卷)》(第2版),中国人民大学出版社2011年版,第308页;韩世远:《合同法总论》(第3版),法律出版社2011年版,第172页。典型实务意见,参见“胡福生等房屋买卖合同纠纷二审案”北京市第一中级人民法院民事判决书(2014)一中民终字第3393号中,法院认为,“恶意串通的合同……在其法定构成要素上,主观要素为恶意串通,即当事人双方具有共同目的,希望通过订立合同损害国家、集体或者第三人利益;客观要素为合同损害国家、集体或者第三人的利益”。

[16] 实务中采此理解的也不少见,例如“李某与焦某房屋买卖合同纠纷案”上海市徐汇区人民法院民事判决书(2010)徐民三(民)初字第1616号中,法院认为,“恶意串通订立的合同是当事人、代理人在订立合同过程中串通合谋实施的与其内心意思不一致的意思表示”。早期司法解释也在此意义上使用过“恶意串通”,例如《最高人民法院关于在审理经济合同纠纷案件中具体适用〈经济合同法〉的若干问题的解答》(法(经)发[1987]20号)第6条规定:“合同双方当事人恶意串通,为了规避法律,达到非法的目的,采用欺骗手段,订立形式上合法而实际上不准备履行的经济合同,是假经济合同。对于假经济合同,应当认定为无效合同。”由此规定也能看出当时法院对于“恶意串通”、通谋虚伪表示、法律规避行为、“合法形式掩盖非法目的”等相关概念和规则认识上的混乱。

[17] 实际上,“损害他人利益”不仅不是通谋虚伪表示无效的必备要件,反而可能“削弱”通谋虚伪表示无效的强度。例如,根据我国台湾地区“民法”第87条第1款的规定,在损害了他人利益,而受损害的第三人为“善意”时,第三人可以主张无效的通谋虚伪表示例外地对其为有效,即通谋虚伪表示对于当事人(及其他人)来说是确定无效的,但当事人不得以其无效对抗善意第三人。参见王泽鉴:《民法总则》,北京大学出版社2014年版,第463页。《民法总则(草案三次审议稿)》第147条第1款也采纳了这样的意见。

[18] 参见高治:“通谋虚伪表示下合同的效力及第三人权益保护”,《人民司法·案例》2011年第3期,第109页。

条第1款第6项或《合同法》第52条第3项)处理通谋虚伪表示的例子。<sup>[19]</sup> 前述《民法总则(草案三次审议稿)》在第147条规定了通谋虚伪表示规则,又在第157条规定了恶意串通规则,显然也是希望两者发挥不同的功能。总的来说,用恶意串通规则处理通谋虚伪表示问题并不妥当,后者应由其他规则专门处理,也不需要客观要件。为避免两者无意义的交叉,“恶意串通”的意思须是真实的,而非虚假的。<sup>[20]</sup>

### (三) 恶意串通与损害公共利益

再看客观要件。“国家、集体或者第三人”的列举方式很有时代特色,<sup>[21]</sup> 实则是泛指法律行为当事人以外的其他人。“国家利益”“集体利益”,意蕴当然难解,不过大体上还是可以归于“社会公共利益”。<sup>[22]</sup> 有学者认为,“第三人利益”也应限定为不特定第三人的利益,即同样属于社会公共利益。<sup>[23]</sup> 这一见解显然已经脱离了表面文义,而进入目的性限缩的范畴。根据《民法通则》第58条第1款第5项和《合同法》第52条第4项,损害社会公共利益的法律行为无效,无须恶意串通的主观要件。如将“第三人利益”也完全归入社会公共利益,那恶意串通规则就没有任何独立存在的必要了,似难谓妥当,或者说尚待进一步的分析。合同解释有所谓“给予所有条款以效力”的解释规则,<sup>[24]</sup> 法律解释亦应遵循类似的逻辑,即除非确有必要,否则应尽量避免使得某些法律规定完全没有效力的解释方案。

[19] 典型案例,参见“徐州大舜房地产开发有限公司诉王志强商品房预售合同纠纷案”,《最高人民法院公报》2013年第12期。用“以合法形式掩盖非法目的”来处理通谋虚伪表示,当然远非完美,前者也是一个意义含混的概念。另可参见“中国工商银行青岛市市北区第一支行诉青岛华悦物资发展公司、青岛海尔空调器总公司、青岛海尔集团总公司借款合同担保纠纷上诉案”,《最高人民法院公报》1997年第4期。法院认为一个为骗取担保而订立的虚假借款合同同时属于“恶意串通”和“以合法形式掩盖非法目的”。相关理论探讨,参见朱庆育,见前注[1],第263页;杨代雄,见前注[3],第106-121页;王军:“法律规避行为及其裁判方法”,《中外法学》2015年第3期,第628-648页;朱广新:“论‘以合法形式掩盖非法目的’的法律行为”,《比较法研究》2016年第4期,第162-178页。《民法总则(草案三次审议稿)》中未再设“以合法形式掩盖非法目的”的相关规定。

[20] 同旨可见梁慧星,见前注[1];苏号朋:《合同法教程》(第3版),中国人民大学出版社2015年版,第123页。

[21] 这是从所有制角度区分的,很早就有学者指出其不当之处。参见李开国:“对《合同法征求意见稿》若干问题的看法和修改建议”,《现代法学》1998年第6期,第19页。

[22] 将“集体利益”归于社会公共利益,显然是将其作较抽象的理解。若“集体利益”是指具体的集体经济组织的利益,则更接近于普通的“第三人利益”。此外,值得注意的是,“国家利益”经常被不恰当地与国有企业的利益等同起来,这在立法和司法解释中都有体现。参见《企业国有资产法》第72条、《最高人民法院关于审理与企业改制相关的民事纠纷案件若干问题的规定》(法释[2003]1号)第18条等。

[23] 参见王轶:“论合同行为的一般生效条件”,《法律适用》2012年第7期,第26页。

[24] 例如,《国际统一私法协会国际商事合同通则2010》第4.5条规定:“解释合同条款时,应使全部条款均具有效力,而不是排除其中一些条款的效力。”该条规则建立在如下假定之上,即“按照一般的预期,当事人在起草合同时不会无故使用多余的词汇”。参见张玉卿主编:《国际统一私法协会国际商事合同通则2010》,中国商务出版社2012年版,第335页。

从字面看,我国法上的恶意串通规则也涵盖了法律行为损害社会公共利益(包括国家利益、集体利益和不特定第三人的利益等<sup>[25]</sup>)的情形。但是,这些情形不应适用恶意串通规则,而应以法律行为违法无效或损害社会公共利益无效的规则处理。<sup>[26]</sup>那么,恶意串通规则真正要处理的就是剩余的部分,即当事人恶意串通订立法律行为损害特定第三人利益的情形。《民法总则(草案三次审议稿)》第157条不再采用“国家、集体或者第三人利益”的三分法,而以“他人合法权益”统称之。《招标投标法》第32条第2款将恶意串通行为的损害对象区分为“国家利益、社会公共利益或者他人的合法权益”,如依此种语言用法,“他人合法权益”指的正是特定第三人的利益。损害特定第三人利益的法律行为显然不可能是一概无效的,这一区分也就凸显出主观要件的价值,即“恶意串通”可能变得关键。

#### (四)小结:有限的适用范围

综上所述,恶意串通规则所要处理的仅是“真正的恶意串通”,同时又须剥离两类情形,即双方当事人恶意串通为虚假意思表示的情形,应归通谋虚伪表示制度处理,通常无须考虑损害他人利益的客观要件;法律行为损害国家、集体、不特定第三人利益等社会公共利益的情形,应归法律行为违法无效或损害社会公共利益无效的规则处理,通常也无须考虑当事人主观上是否恶意串通。恶意串通规则仅适用于法律行为当事人的恶意串通为真实意思、损害特定第三人利益的情形。这一情形是否真的特殊,以至于能撑起一个独立的法律行为无效事由,有赖于我们对其构成要件和法律效果的进一步考察。

## 二、要件重构:以“第三人利益”范围为中心

在明确了适用范围后,我们可以发现,恶意串通规则,从影响法律行为有效性的基本因素看,<sup>[27]</sup>与当事人的行为能力欠缺无关,与意思表示瑕疵也无关(“串通”的意思是真实的),而更接近法律行为内容(及目的)的欠缺社会妥当性。亦即,从谱系上看,限缩之

<sup>[25]</sup> 也可能包括损害特定第三人的利益,但同时构成对公共秩序的严重侵害(如雇凶杀人等侵害特定第三人人身利益的合同)的情形。不过此类情形常有公法、尤其是刑法规制,可用法律行为违法无效规则处理。合同因损害不特定第三人利益而无效的典型案例,参见“无锡市掌柜无线网络技术有限公司诉无锡嘉宝置业有限公司网络服务合同纠纷案”,《最高人民法院公报》2015年第3期。

<sup>[26]</sup> 一个佐证是,《民法总则(草案三次审议稿)》第155条规定:“违反法律、行政法规的效力性强制规定或者违背公序良俗的民事法律行为无效。”恶意串通规则单列一条,紧承其后(第157条)。

<sup>[27]</sup> 我国民事立法上有正面规定法律行为一般生效要件(包括行为能力、意思表示真实、内容合法妥当三个方面)的传统(参见《民法通则》第55条),《民法总则(草案二次审议稿)》第144条延续了这一做法。学者的不同意见,参见梁慧星:《《中华人民共和国民法总则(草案)》:解读、评论和修改建议》,《华东政法大学学报》2016年第5期,第18页(赞成);陈小君,见前注<sup>[2]</sup>,第101-102页(反对)。

后的恶意串通规则,还是可以看作法律行为违反公序良俗<sup>[28]</sup>无效规则的一个子类型。<sup>[29]</sup>那么,将之单列的意义是什么呢?仍须从其构成要件与法律效果的特殊性探索。

### (一)构成:主、客观要件概述

从主观上看,既然“串通”的意思是真实的,而非虚假的,主观要件的侧重就落在“恶意”上——“串通”不过是指“恶意”的共谋。此处的“恶意”也不是单纯指对特定事实的明知或应知,而是指侵害他人合法权益的故意;或者说,如果当事人明知或应知法律行为会损害他人合法权益而仍然为之,即可认定为具有侵害他人的故意或“恶意”。

也就是说,主观要件的“恶意”即当事人“想要(通过订立法律行为)损害第三人的利益”(或至少是消极地不在意),而客观要件则是指“实际损害了第三人的利益”。<sup>[30]</sup>这里有两个问题需要注意,一是意图与结果的区分,即当事人想要去侵害他人是一回事,能够通过恶意串通的法律行为造成他人损害是另一回事。如果当事人仅仅是意图侵害他人,但第三人并未实际被当事人之间的合同损害,则该合同就没有必要因恶意串通而无效。<sup>[31]</sup>二是第三人被损害的应当是其确实享有的、受法律保护的民事权益。

### (二)“第三人利益”的可能范围

如前所述,恶意串通规则仅处理法律行为损害特定第三人利益的情形,从实际案型看,主要是损害特定第三人的财产利益。与一般观念相反,能够被当事人恶意串通的合同所损害的他人财产权益的类型是有限的。例如,很多学者曾讨论“恶意串通”与“无权处分”的关系,认为处分人与受让人恶意串通,无权处分他人之物的行为是效力待定,<sup>[32]</sup>而非无效,以此论证“恶意串通损害第三人利益”的法律行为不能一概认定为无效。<sup>[33]</sup>结论当然是正确的,但“恶意串通”的“无权处分”之所以并非无效,不仅是因为另有特别规定,而更是因为其根本不满足恶

[28] 我国立法以前不使用“公序良俗”一词,而代以“社会公共利益”或者“社会公德”,学者多认为其与公序良俗略同。参见梁慧星:《民法总论》(第4版),法律出版社2011年版,第51页;王利明:《民法总论》(第2版),中国人民大学出版社2015年版,第60页。但这多少仍有牵强附会之嫌。《民法总则(草案三次审议稿)》不再使用“社会公共利益”,而在多处(第7、9、144、155条)使用了“公序良俗”。

[29] 刘凯湘教授认为:“恶意串通的性质属于违背公序良俗之行为,因其特征明显,情形独特,故单列一类。”见前注[14],第333—334页。

[30] 参见“王同声与九江联达建设有限公司等企业借贷纠纷申请再审案”最高人民法院民事判决书(2014)民提字第138号。该案中,最高人民法院认为,恶意串通的构成要件“包括缔约各方具有损害国家、集体或者第三人利益的主观恶意,且为实现此不正当目的事先通谋,通过缔约及履约行为造成国家、集体或者第三人利益的损害,同时要求第三方对恶意串通各方的通谋行为不知情”。前面的阐释尚属准确,但将“第三方对恶意串通各方的通谋行为不知情”作为一般要件,则并不妥当,也无法律根据。

[31] 与民法上的一般态度相吻合,此时法律也没有任何必要鼓励对当事人动机或目的的探寻。除非“想要损害他人”不仅仅是意图,而已体现为合同内容,则该合同仍可能因内容违法或违反公序良俗而无效。类似意见,陈小君,见前注[2],第116—117页。

[32] 这里当然指的是无权处分的处分行为效力待定。至于此时恶意串通的债权行为,依后述逻辑,亦不必因“恶意串通”无效,这也符合《买卖合同司法解释》(法释[2012]8号)第3条的规定。

[33] 参见朱庆育,见前注[1],第262页;杨代雄,见前注[3],第108页;黄忠,见前注[8],第209页。

意串通规则的客观要件。即使当事人确实有以无权处分损害他人的恶意,该行为也并不能实际损害他人的物权,并且恰恰是因为恶意串通才不能损害——无权处分时,如受让人不知处分的欠缺,尚有依善意取得制度(《物权法》第106条第1款)取得物权的可能;受让人既然是恶意,则根本不能取得物权。也就是说,第三人的物权并不会实际被当事人恶意串通的合同所损害,<sup>[34]</sup>其他绝对性财产权也类似。

股权的性质较为特殊,<sup>[35]</sup>问题看上去也更复杂一些。实践中出现了三种主要的案型。第一类案型涉及股权的多重转让问题。<sup>[36]</sup>例如,有限责任公司股东甲与受让人乙签订股权转让合同后,又与第三人丙恶意串通签订新的股权转让合同。此一问题的处理与对股权变动模式的理解有关。<sup>[37]</sup>若采意思主义的解释,即股权转让人与受让人达成合意并生效,<sup>[38]</sup>受让人即取得股权,让与人也相应地丧失股权,则前例中受让人乙已取得股权,甲再将股权转让与给丙,实为无权处分,又因丙非为善意,无论如何也不可能取得股权。因此,与前述物权情形类似,乙已经取得的股权并不会被甲丙之间恶意串通的合同损害。若采某种形式主义的解释,即仅股权转让人与受让人的合意还不够,受让人须在股东名册变更(或/和公司登记中的股东登记变更)后才能取得股权,则前例中乙还并未取得股权,即使其会被甲丙之间恶意串通的合同损害,受损害的也不是股权,而只是股权转让合同下的债权。

第二类案型涉及股权对外转让中股东优先购买权的问题。<sup>[39]</sup>例如,有限责任公司股东甲与第三人丙恶意串通签订股权转让合同,未将转让条件通知股东乙,侵害了乙的优先购买权。此一问题与对股东优先购买权(《公司法》第71条第3款)的性质和效力的理解有关,也同

---

[34] 在设想相关实例时应注意两个重要区分:一是区分生活意义上“恶意串通”的合谋与法律意义上“恶意串通”的合同,前者当然可能导致他人的物权受损(如甲、乙恶意串通制造谣言说某物不吉,导致丙听信并抛弃了某物);二是要区分恶意串通合同的当事人造成的损害与恶意串通的合同本身造成的损害,前者当然也可能导致客观上物权受损(如当事人恶意串通、无权处分他人之物并交付,导致权利人的占有被侵害,亦可说物权被侵害)。这两种损害其实均与合同无关,实由侵权行为所致。

[35] 一个有代表性的研究,参见葛云松:“股权、公司财产权性质问题研究”,载葛云松:《过渡时代的民法问题研究》,北京大学出版社2008年版,第123—165页。

[36] 典型案例,参见“保亿集团股份有限公司等与张甲等股权转让纠纷上诉案”上海市第二中级人民法院民事判决书(2010)沪二中民四(商)终字第753号。

[37] 相关梳理,参见张双根:“股权善意取得之质疑”,《法学家》2016年第1期,第134—139页;李建伟:“有限责任公司股权变动模式研究——以公司受通知与认可的程序构建为中心”,《暨南学报(哲学社会科学版)》2012年第12期,第18—25页。

[38] 严格来讲,这里的让与合意是指处分的合意(处分行为),并不等同于背后的原因行为(如负担性的买卖、赠与、互易等合同)。参见张双根,同上注,第137页。

[39] 典型案例,参见“李朗悦与吴景锋股权转让协议纠纷上诉案”重庆市第五中级人民法院民事判决书(2010)渝五中法民终字第4034号,《人民司法·案例》2011年第14期,第76—79页;“覃世松原持有田东县桂松酒精有限公司与林山股权转让协议纠纷上诉案”广西壮族自治区百色市中级人民法院民事判决书(2012)百中民二终字第39号,《人民司法·案例》2014年第24期,第46—47页。

样与对股权变动模式的理解有关,<sup>[40]</sup>但仍不涉及对股权的侵害。前例中,只有乙愿意以“同等条件”购买甲的股权,即能够行使优先购买权,才有权益被侵害,进而才有如何救济的问题。甲丙之间的合同并不妨碍乙继续行使优先购买权,行使效果是在甲乙之间订立一份与甲丙之间的合同内容相同的股权转让合同,<sup>[41]</sup>从而又演变成第一种案型下的多重转让问题。类似的,在不同的解释逻辑下,即使认为乙的权益可能被甲丙之间恶意串通的合同侵害,也并不是其股权或优先购买权受侵害,而只是债权受侵害。此种案型还有一种更复杂的变体,正是2016年4月最高人民法院公布的《公司法解释(四)》(征求意见稿)第27条第1款第3项规定的情形,即“股东与股东以外的人恶意串通,采取虚报高价等方式违反公司法和司法解释规定的同等条件,导致其他股东放弃优先购买权,但是双方的实际交易条件低于书面通知的条件”。此种情形可谓双重恶意串通:第一重恶意串通指向虚构报价等行为,表面上的合同首先应适用通谋虚伪表示规则处理,即虚构的交易条件无效;第二重恶意串通指向背后的隐藏行为,真正的合同条款应依双方的实际交易条件而定,此一合同才可能需要适用恶意串通规则处理。此时,因表面合同无效,其他股东针对此虚假交易条件而放弃优先购买权的表示也失去意义,故仍可行使优先购买权,从而回归基本案型。

第三类案型涉及公司与第三人之间的交易损害股东权益的问题。例如,公司(经由其代表人或代理人)与第三人恶意串通订立合同,以不合理的低价将公司财产转让给第三人,直接损害了公司利益,从而也间接使股东的股权(价值)受损。在一起典型案例中,最高人民法院明确表示,《合同法》第52条第2项中的“第三人利益”包括公司股东的利益,因此股东可以根据该项规定主张公司与第三人之间恶意串通的合同无效。<sup>[42]</sup>这一观点乍看颇为合理,其实不然。其一,公司代表人或代理人与第三人恶意串通订立损害公司利益的合同,是典型的代理权滥用,此种合同并非直接有效,而应是效力待定(狭义无权代理),因此也无须以恶意串通规则判定其无效。其二,公司利益受损,若董事、高级管理人员不作为,符合条件的股东可以直接提起股东代表诉讼(《公司法》第151条)以维护公司利益,从而也间接维护自己的利益。<sup>[43]</sup>总的

[40] 相关梳理,参见赵旭东:“股东优先购买权的性质和效力”,《当代法学》2013年第5期,第18—25页;曹兴权:“股东优先购买权对股权转让合同效力的影响”,《国家检察官学院学报》2012年第5期,第148—153页。

[41] 此即认为优先购买权是一种形成权,参见赵旭东,同上注,第18—25页;胡晓静:“论股东优先购买权的效力”,《环球法律评论》2015年第4期,第35—48页;常鹏翱:“论优先购买权的法律效力”,《中外法学》2014年第2期,第393—407页。不同意见,参见蒋大兴:“股东优先购买权行使中被忽略的价格形成机制”,《法学》2012年第6期,第67—77页。

[42] 参见“东风汽车贸易公司等与内蒙古物资集团有限责任公司等共同侵权纠纷上诉案”最高人民法院民事判决书(2007)民一终字第49号。另见“陈全、皮治勇诉重庆碧波房地产开发有限公司、夏昌均、重庆奥康置业有限公司合同纠纷案”最高人民法院民事裁定书(2009)民申字第1760号,《最高人民法院公报》2010年第10期。最高人民法院认为,法人与他人恶意串通签订合同,表面上损害法人自身利益,实质上损害第三人利益的,第三人有权依据《合同法》第52条第2项提起确认合同无效之诉。

[43] 参见刘凯湘:“股东代表诉讼的司法适用与立法完善”,《中国法学》2008年第4期,第157—166页。

来说,恶意串通规则在此亦非必要。

由上,我们发现,《合同法》第52条第2项规定的“第三人利益”并不包括物权、股权等重要权利,那剩下的主要就是债权(以及也可能包括其他非以绝对权保护的一般财产利益,即纯粹经济利益)。如此我们就对恶意串通规则的客观要件、进而对其适用范围作了进一步限定。《商品房买卖司法解释》(法释[2003]7号)第10条,作为恶意串通规则最重要的类型化具体规定,也就更凸显出其典型价值——此种情形下受损害的正是第一买受人的债权。我们以此为例,进一步探讨恶意串通规则的要件构成。

### (三)《商品房买卖司法解释》第10条:例证与评释

《商品房买卖司法解释》第10条规制的是商品房一物二卖(多卖)的情形。“天下熙熙,皆为利来;天下攘攘,皆为利往”。世人逐利,一物数卖,并不罕见。数个负担性的买卖合同可能都是有效的。<sup>[44]</sup>从债权的相对性、平等性出发,在后订立合同的第二买受人的地位未必一定劣后于在前的第一买受人。<sup>[45]</sup>即使第二买受人订立合同时知晓之前的买卖合同及第一买受人,也未必一定影响买卖合同的效力——在一个鼓励自由、有序竞争的市场经济中,仅以可能“损害他人利益”为由是不足以判定此种法律行为无效的,甚至加上当事人明知也不够。<sup>[46]</sup>出卖人也并不仅仅因为订立了买卖合同就丧失了处分自己物的权利,他仍有选择履行对象的可能。<sup>[47]</sup>因此,《商品房买卖司法解释》第10条赋予第一买受人更优越的地位,与其说是遵

[44] 参见《合同法解释二》(法释[2009]5号)第15条。在有承租人优先购买权的场合,如果出租人与第三人订立了买卖合同,承租人又行使了优先购买权,也会形成“一物二卖”,此时原则上数份买卖合同亦均有效。参见《房屋租赁合同司法解释》(法释[2009]11号)第21条;常鹏翱,见前注[41],第400—402页。

[45] 《买卖合同司法解释》第9条和第10条确立了我国法上普通动产与特殊动产多重买卖时的履行规则,颇有特色,但缺乏融贯的法理基础,遭到了学者的普遍批评。参见程啸:“论动产多重买卖中标的物所有权归属的确定标准”,《清华法学》2012年第6期,第61—70页;刘保玉:“论多重买卖的法律规制”,《法学论坛》2013年第6期,第22—32页;孙毅:“我国多重买卖规则的检讨与重构”,《法学家》2014年第6期,第114—132页。

[46] 例如,在“‘毕加索’商标使用许可合同案”(2016年4月最高人民法院发布的“2015年中国法院10大知识产权案件”之一)中,法院认为,艺想公司在与毕加索公司签订商标许可使用合同时,虽明知毕加索公司与帕弗洛公司之间已存在商标独占使用许可关系,但尚无充分证据证明艺想公司有加害的主观恶意及与毕加索公司间存在串通行为,因此不构成“恶意串通”;并且,“虽然艺想公司试图影响毕加索公司与帕弗洛公司之间的涉案商标独占使用许可关系的动机是明显的,但鉴于艺想公司与帕弗洛公司系同业竞争者,其采用与涉案商标权利人毕加索公司签订独占使用许可合同,要求毕加索公司不得在同类产品上向第三方授权使用涉案商标的方式展开市场竞争,该竞争方式本身并不具有违法性”。参见“上海帕弗洛文化用品有限公司与上海艺想文化用品有限公司、毕加索国际企业股份有限公司商标使用许可合同纠纷上诉案”上海市高级人民法院民事判决书(2014)沪高民三(知)终字第117号。当然,法院认定该案不能适用恶意串通规则的一个潜在理由,恐怕也是因为客观要件并不满足(艺想公司为恶意,因此其“与毕加索公司签订的系争合同,并不能剥夺帕弗洛公司对涉案商标享有的独占许可使用权”)。

[47] 这里还涉及法经济学上所谓效率违约(efficient breach)问题。有学者认为,在后买受人知情的一物二卖场合,效率违约理论并不支持由后买受人取得权利的结论。参见吴一鸣:“一物二卖场合‘知情’因素之法经济学分析”,载刘云生主编:《中国不动产法研究(第8卷)》,法律出版社2013年版,第49—58页。

循一项原则,不如说是设置了一项例外。

那为什么要设置这项例外?以什么样的特别要件来“隔离”出这样一个例外?特别之处首先当然是恶意串通。但是,假如我们仅仅关注“恶意串通”的主观要素,仍然无法清楚地解释这个问题。出卖人与第二买受人订立及履行合同,当然可能损害第一买受人的利益,但他们一定有侵害第一买受人债权的故意么?多数情况下,第一买受人的受损害,只是出卖人与第二买受人追求自身利益的附带结果,而非其主要意图。<sup>[48]</sup>

要理解商品房一物二卖情形下“恶意串通”的特殊性,要关注的应当是主、客观因素所综合造就的法律行为整体上的违背公序良俗性。就要件的联动来看,悖于善良风俗的行为也常可供证明主观故意的存在。<sup>[49]</sup>因此,真正重要的,始终是行为的背俗性——这也正符合恶意串通规则的性质与特点。恶意串通行为的背俗性不能仅从主观要件得出,必须考虑客观要件的意义,尤其是受害人的类型与被侵害权益的性质和内容。这里被侵害的当然是债权,但又不是普通的债权,而是以商品房所有权为标的的特定债权。是否存在及是否违反善良风俗的判断总是具有一定的地方性和时代性特点。<sup>[50]</sup>考虑我国当前的社会经济发展状况,尤其是社会一般观念对商品房(住宅)这一特殊财产的态度、社会一般观念对一物二卖及有关物权变动模式的态度以及限制不动产一物二卖的社会效果,<sup>[51]</sup>对于第一买受人的债权,在交易观念乃至伦理观念上,就有进行特殊的优待保护的可能性乃至必要性。<sup>[52]</sup>换言之,商品房一物二卖问题的重心,不仅在“一物二卖”,更在“商品房”——是交易标的的特殊性及其承载的利益冲突与价值判断,才使得这一例外的设置获得了正当性。

当然,优待的保护,也并非绝对的保护。一方面,结合此处特定的政策目标与保护目的,仍有进一步区分不同交易类型的可能,例如是民事交易还是商事交易,第一买受人购房是为自住还是投资等亦即,仍须具体判断一房二卖行为是否真的“背俗”;另一方面,第一买受人要获得这种保护,需要证明“恶意串通”的存在。对此,法院虽常强调“主观恶意”的必要,但事实上并不拘泥于探求当事人的主观心理状态,而是结合各种合同相关情

[48] 比较法上,如《德国民法典》第226条、我国台湾地区“民法”第148条第1款,有所谓权利行使不能仅以或主要以损害他人为目的的规定。学者多认为这种“恶意刁难”的情形很罕见,意义不大。参见(德)梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2001年版,第109页。

[49] 王泽鉴:《侵权行为》(第3版),北京大学出版社2016年版,第331页。

[50] 有学者认为,法外寻求标准、依据多数原则、进行价值评价、采用地方性准则和据以个人经验,是善良风俗或社会公德具体化的步骤。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”,《中国法学》2008年第4期,第187页。

[51] 参见许德风:“不动产一物二卖问题研究”,《法学研究》2012年第3期,第102—103页。

[52] 有意见认为,在一物数卖情形,只要后买受人单纯“知情”,先买受人即可主张后买受人与出卖人之间的合同无效。参见石冠彬、江海:“论一物数卖合同效力与买受人权利救济”,《法律科学》2014年第5期,第154页。如完全不考虑交易标的性质和其他交易情境,这一结论显然过于宽泛。

事进行判定，<sup>[53]</sup>或者“推定”。<sup>[54]</sup>实践中，有一些相互作用的客观因素常被综合考虑作为认定“恶意串通”存在的依据，包括第一买受人已实际入住的事实、<sup>[55]</sup>第二买受人的身份（尤其是与出卖人之间的关系）、合同约定的价格及是否实际支付等。<sup>[56]</sup>

#### （四）小结：要件设置与制度功能

上述讨论对理解一般性的恶意串通规则的要件也深具启发。就客观要件，要特别注意被侵害的“第三人利益”的类型——因为主要就是债权，所以实际上就是要关注交易的性质、债权的标的以及债权人的类型。<sup>[57]</sup>主观上，“恶意”和“串通”的要求均可适当放松。“恶意”既包括积极的侵害意思（直接故意），也包括对侵害后果的放任（间接故意）。“串通”的典型样态当然是当事人事先通谋、共同行为，但亦可包括一方当事人作出意思表示、对方当事人明知其不法目的而仍默示接受的情形。<sup>[58]</sup>总的来说，应当结合主、客观要素，观察交易样态及其实施

<sup>[53]</sup> 参见前注[42]公报案例“陈全、皮治勇诉重庆碧波房地产开发有限公司、夏昌均、重庆奥康置业有限公司合同纠纷案”最高人民法院认为，对于“恶意串通”行为的认定，“应当分析合同双方当事人是否具有主观恶意，并全面分析订立合同时的具体情况、合同约定内容以及合同的履行情况，在此基础上加以综合判定”。另可参见“日照国晖电子科技有限公司与山东国恒能源有限公司、山东日照高新技术开发区管理委员会招商合同纠纷案”最高人民法院民事判决书（2011）民提字第45号。

<sup>[54]</sup> 参见“杨某与上海复佳房地产开发有限公司房屋买卖合同纠纷上诉案”上海市第二中级人民法院民事判决书（2007）沪二中民二（民）终字第102号，《人民司法·案例》2007年第18期，第71—74页。法院认为，二手买受人“顾某虽然表示其不知晓复佳公司此前已与杨某签订预售合同、交付房屋等一系列事实，但仔细分析其与复佳公司之间的买卖关系及过程，在合同签订时间、房屋价格、购房款支付、相关手续办理等方面存在诸多疑点和不合常理之处，现有的相关证据尚不足以证明顾某是善意第三人”，“根据举证责任的分配规则，结合日常生活经验，可推定复佳公司与顾某之间恶意串通”。

<sup>[55]</sup> 有学者认为，一房二卖情形中，已获得交付的第一买受人取得了占有、使用和收益等权能，出卖人再次转让已属无权处分；第二买受人即使获得了登记，也不能取得出卖人所没有的占有、使用和收益权，因此只有在符合善意取得要件时才能对抗第一买受人的占有权利。参见陈永强：“未登记已占有的房屋买受人的权利保护”，《环球法律评论》2013年第3期，第59—72页。第二买受人要终局地取得权利，当然可能取决于其“善意”与否，但采用善意取得的思路并不妥当（出卖人并不因交付即丧失处分权）。实际上，这里的“善意”要素，决定了恶意串通规则是否可以适用，因此也就决定了第二买受人最终能否取得权利。

<sup>[56]</sup> 许德风，见前注[51]，第100—101页。典型案例，参见“黄幸与冯辉平、郎祖文房屋买卖合同纠纷再审案”四川省高级人民法院民事判决书（2014）川民提字第552号，此案同时具有第一买受人已实际长期居住（但未办理过户登记）、第二买受人（的代理人）具备更多的交易经验但显然未尽合理注意义务、第二买受人尚有较大比例价款未支付完毕时已获房屋过户登记等情节，最后法院认定，第二买受人在“在购买争门面房的过程中并非显示为善意”，买卖合同因“恶意串通”而无效；“孔祥文、刘彦诉邹叔芳等房屋买卖合同纠纷案”（云南省昆明市中级人民法院民事判决书（2012）昆民一终字第35号，载最高人民法院中国应用法学研究所编：《人民法院案例选》（2013年第4辑），人民法院出版社2014年版，第140—148页等。

<sup>[57]</sup> 例如，有学者认为，在股权对外转让场合，即使未尊重其他股东的优先购买权，股东与受让人签订的股权转让合同仍为有效，在此基础上，可以考虑受让人是否善意的因素，从而可能适用恶意串通规则，即如果能够证明受让人与股东恶意串通、故意损害其他股东的优先购买权，则该股权转让合同即为无效。参见曹兴权，见前注[40]，第152—153页。当然，此一问题的处理仍与对股权变动模式的不同理解有关。

<sup>[58]</sup> 韩世远，见前注[15]，第172页；王利明：《合同法研究（第1卷）》（第3版），中国人民大学出版社2015年版，第645页。

在整体上是否合乎正常的社会交往和商业交往标准、是否超越了合理的竞争秩序,即判断法律行为内容及目的是否违背善良风俗。

从主观要件(侵害的恶意/故意)和客观要件(损害他人利益)的认定,从受保护的权益类型(债权),从所规制行为的背俗特征,我们发现,尽管恶意串通规则是一项有关法律行为效力判断的规则,其欲处理的问题与侵权法上的背俗侵权(以违背善良风俗的方式故意致人损害)问题,<sup>[59]</sup>实际上是完全相通的。<sup>[60]</sup> 恶意串通、损害他人利益的情形,同时被合同法与侵权法所调整,只不过合同法上的恶意串通规则仅处理以恶意串通订立合同的方式侵害他人权益这一种特别情形,而背俗侵权规则处理的范围要大得多。从要件看,能够适用合同法上恶意串通规则的情形,也同时能够构成背俗侵权(且是共同侵权)。<sup>[61]</sup> 进一步,甚至可以说,在此类情形下,侵权法的思路和目的才是主导性的。从侵权法的角度看,合同法上恶意串通规则的适用,不过是为背俗侵权受害人的救济服务的。也就是说,使此种法律行为无效,只是保护特定第三人利益的一种——而非唯一的——手段,亦非终局的目的。

那么,合同无效对于第三人(受害人)的救济有何特别意义呢?仍以商品房一物二卖为例,即使不主张出卖人与第二买受人之间的买卖合同无效,第一买受人也可以获得损害赔偿等救济。<sup>[62]</sup> 因此,第一买受人试图通过恶意串通规则的适用获得的,就不仅是“另一种”救济,更是他欲求的“这一种”救济——使出卖人与第二买受人之间恶意串通的合同无效,就可以使房屋所有权复归出卖人,就可以恢复第一买受人以特定方式(取得房屋所有权)实现债权的可能。反过来也可以说,此种恶意串通行为所侵害的,并非受害人债权的全部,而正是特定债权人以

[59] 我国《侵权责任法》第6条第1款表面上看是一条宽泛的、统一的请求权基础。但一种意见认为,应将之目的性限缩为绝对权侵权、违法侵权与背俗侵权三项不同的、独立的请求权基础,其中后两者的保护范围包括债权和其他纯粹经济利益。参见葛云松:“《侵权责任法》保护的民事权益”,《中国法学》2010年第3期,第37—51页;葛云松:“纯粹经济损失的赔偿与一般侵权行为条款”,《中外法学》2009年第5期,第689—736页。就债权的保护而言,违法侵权规则与背俗侵权规则的功能相近,只是前者涉及对转介而来的具体的保护性法律的解释,后者涉及对抽象的公序良俗的具体化。这里仅讨论恶意串通规则与背俗侵权规则的“竞合”问题,恶意串通规则当然也可能与违法侵权规则“竞合”,但机理相近,本文不再单独讨论。在我国法上,债权能否被第三人侵害的问题,理论上曾有争论,近来多已认可,实务中亦已接受。较近的案例及分析,参见向亮:“第三人侵害债权行为构成侵权”,《人民司法·案例》2015年第10期,第101—104页。

[60] 有学者认为,从主客观要素解释恶意串通的合同,几乎完全回避了法律行为有效性的独特思考,而具有显著的侵权法特征;但亦承认,此种合同无效的机理更接近违反公序良俗而非意思表示不真实。参见朱广新:《合同法总则》(第2版),中国人民大学出版社2012年版,第286—288页。合同以外的第三人以恶意串通的合同侵害其权益为由请求确认合同无效时,最高人民法院曾认为,此种诉讼标的为侵权法律关系,故不涉及合同相对性原则(参见前注[42]公报案例“陈全、皮治勇诉重庆碧波房地产开发有限公司、夏昌均、重庆奥康置业有限公司合同纠纷案”);甚至还有直接以侵权案由立案的(参见前注[42]“东风汽车贸易公司等与内蒙古物资集团有限责任公司等共同侵权纠纷上诉案”)。

[61] 参见《技术合同司法解释》(法释[2004]20号)第12条第2款的规定。

[62] 根据《商品房买卖司法解释》第8条的规定,在商品房买卖合同订立后,出卖人未告知买受人又将该房屋抵押或出卖给第三人,导致买受人无法取得房屋、合同目的不能实现的,买受人可以请求解除合同、返还已付购房款及利息、赔偿损失,并可以请求出卖人承担不超过已付购房款一倍的惩罚性赔偿责任。

实际履行而非金钱赔偿的方式实现债权的权利。

这给了我们一个重要启示,即如果第一买受人原本就没有请求出卖人实际履行的权利或者出卖人根本已无实际履行的可能(《合同法》第 110 条但书),则适用恶意串通规则即无意义,或者更准确地说,该规则的客观要件此时不能构成(并未损害第一买受人的权益)。甚至,即使出卖人的实际履行仍然可能,但从一般交易观念看,对于第一买受人来说,实际履行与金钱赔偿并无差别(或者说第一买受人不能证明其对实际履行具有特别利益)时,<sup>[63]</sup>该规则也不必适用,因为其作用方式是剧烈的(干涉他人法律行为),效果却是间接的(仅无效尚不足以构成救济)。因此,恶意串通规则保护的通常就是第三人的特定债权,并且是可以实际履行的方式获得特别救济的特定债权。如果仅是一般金钱债权或其他纯粹经济利益<sup>[64]</sup>受损,无所谓与金钱赔偿不同的实际履行问题,恶意串通规则适用的余地就很小,除非债务人与第三人的“恶意串通”实质上损害了债务人整体的清偿能力(后详)。这也再次显示出《商品房买卖司法解释》第 10 条的典型性,因为房屋(不动产)买卖合同在交易上具有特殊性,当事人通常认为实际履行是重要的,而法院通常也支持这一点。<sup>[65]</sup>

### 三、后果限缩:无效的范围、类型、主张及限制

以上对恶意串通规则的功能性理解,不仅进一步澄清了恶意串通规则的构成要件,限制了其有适用必要的情形;也将深刻影响对该规则法律效果的认定,以下从恶意串通之法律行为无效的范围、类型和主张(及其限制)三方面分述之。

#### (一)法律行为无效的必然范围

首先应讨论的是,是不是只要有恶意串通侵害他人权益的主观目的就可以认定法律行为无效?这其实是要件问题,前已涉及,但值得再次强调——只有实际造成损害后果的恶意串通

[63] 英美法上向来以金钱赔偿为原则,实际履行(specific performance)只是一种例外的、特别的救济。大陆法系传统上较为重视实际履行,但学者也认为,“一般来说,受损一方当事人也只有在对履行具有特别利益(special interest)因而损害赔偿不能提供充分救济时,才能寻求实际履行”(See Ole Lando & Hugh Beale (eds.), *The Principles of European Contract Law, Part I and II*, The Hague Kluwer Law International, 2000, p. 400)。我国法采何种态度,学者意见不一。李永军教授认为,《合同法》对实际履行采取的是限制态度,如果将第 110 条但书规定的“标的不适于强制履行”作较广的解释,则实际效果与英美法类似。参见李永军:《合同法》(第 3 版),法律出版社 2010 年版,第 540 页。总的来说,出于实际的考量,无论是在哪个立法例、哪种理论解释下,与金钱赔偿责任相比,实际履行的适用都是少数,主要原因在于执行的困难和不经济。

[64] 当事人以恶意串通订立法律行为的方式损害他人纯粹经济利益的情形,可能也不多见。典型的如以不正当的低价倾销、订立限制竞争协议或价格垄断协议等损害其他市场相关主体利益的情形。但是,一方面,这类情形有专门的《反不正当竞争法》《反垄断法》等规制,即使涉及合同效力,其机理也不必是“恶意串通”;另一方面,纯粹经济利益被侵害后,产生的也是一般金钱债权(金钱赔偿),亦无实际履行问题(可能同时要求消极的不作为或“停止侵害”,但这直接在侵权法上解决即可),因此不再单独讨论。

[65] 英美法上也是如此,从判例来看,不动产买卖一贯地允许实际履行。参见(美)马瑟:《合同法与道德》,戴孟勇、贾林娟译,中国政法大学出版社 2005 年版,第 169 页。

才会导致法律行为无效。“损害第三人利益”并非仅是对恶意串通的合同当事人具有何种主观“恶意”的说明，〔66〕而是与侵权一样，表明一个必要的“损害”要件。如果没有实际“损害”，也就不存在侵权，也就不存在救济的需要。

但是，这一点在司法实践中仍常常被忽视，以至于造成过多利用恶意串通规则宣告合同无效的情况。例如，在一起房屋买卖合同纠纷中，出卖人将房屋出卖给第一买受人后，虽未转移登记，第一买受人已实际居住使用多年，并且正通过诉讼向出卖人主张房屋权属。在此过程中，出卖人又将房屋低价卖给了第二买受人，并转移登记。第二买受人又将房屋低价卖给了第三买受人，并转移登记。法院认为，出卖人与第二买受人之间的买卖合同、第二买受人与第三买受人之间的买卖合同都构成恶意串通，损害了第一买受人的利益，均属无效。〔67〕然而，只要出卖人与第二买受人之间的买卖合同因恶意串通无效，第二买受人就自始不能取得房屋所有权。第二买受人再将房屋出卖给第三买受人，即属无权处分，又因第三买受人非为善意，即使负担性的买卖合同有效，第三买受人也根本不能取得房屋所有权。此时，房屋所有权仍由出卖人享有，第一买受人也就仍然可以请求出卖人实际履行（转移所有权）。因此，第二买受人与第三买受人之间的买卖合同效力并不会实际影响第一买受人的权益，即使他们确实有恶意串通侵害第一买受人的意图，也根本做不到，那么该合同也就不应该因恶意串通无效，因为恶意串通规则的客观要件并不满足。〔68〕

还可以进一步追问的是，因恶意串通无效的，是出卖人与第二买受人之间的什么法律行为——即，是负担性的买卖合同，还是处分性的转移所有权（登记）行为？从保护第一买受人权益的必要性出发，仅后者即已足够。换言之，仅仅是出卖人与第二买受人签订买卖合同，哪怕存在主观的恶意串通，也不足以满足恶意串通规则的全部要件，因为仅仅订立债权合同，并不会对第一买受人的利益造成损害。〔69〕真正使得第一买受人的利益受损，特别是使其获得实际履行的权利落空的，是转移所有权这一处分行为。《商品房买卖司法解释》第10条其实也注意到了这一点，因此在“出卖人与第三人恶意串通，另行订立商品房买卖合同”外，还加了出卖人已“将房屋交付（第二买受人）使用，导致（第一买受人）无法取得房屋”这一要件。这一要件

〔66〕 有学者持此观点，朱广新，见前注〔60〕，第287—289页。

〔67〕 参见“广州东浚开发有限公司、朱勇萍、广州洽诚贸易有限公司与马志平、马世廉、中国农业银行股份有限公司广州淘金支行房屋买卖合同纠纷案”广东省高级人民法院民事判决书（2013）粤高法民一终字第105号。类似案件，还可参见“吴坤强与海口市美兰区白龙街道办事处合同纠纷二审案”海南省高级人民法院民事判决书（2012）琼民一终字第48号。

〔68〕 结合前述讨论，进而言之，如果在本案情形下，第三买受人非为恶意，而是善意取得了房屋所有权，那么，甚至出卖人与第二买受人之间的合同也没有无效的必要，因为无助于对第一买受人的救济。

〔69〕 参见“李玉芳、陶维忠与谭文新、朱新元房屋买卖合同纠纷再审案”新疆维吾尔自治区高级人民法院民事判决书（2014）新审一民提字第46号。该案中，表面上看，法院认为不能适用恶意串通规则是由于主观要件未必具备，但影响法院判断的另一重要因素是，“李玉芳、陶维忠（第一买受人）与谭文新（出卖人）之间的涉案房屋买卖协议至今仍未完全履行，谭文新亦多次发出解除合同通知书，谭文新与朱新元（第二买受人）签订涉案房屋买卖协议是否损害了李玉芳、陶维忠的利益尚不确定”。

虽然未尽合理,因为仅仅交付不动产,并不会转移权利;第一买受人此时仍有请求出卖人转移登记以获得房屋所有权的可能,但这说明该条已充分注意到恶意串通规则客观要件的意义。当然,尽管我国理论界和实务界近年来已逐渐接受处分行为与负担行为的区分,但争议仍大,远未尘埃落定。<sup>[70]</sup> 并且,在当事人“恶意串通”时,通常也不值得再给予其合同框架下的保护。<sup>[71]</sup> 因此,在现行法下,认为此时负担性的买卖合同也因“恶意串通”无效,理论上虽嫌不够一贯,结果亦尚可接受。<sup>[72]</sup>

## (二) 法律行为无效的类型与主张

第二个问题,因恶意串通而无效的法律行为,是何种无效? 谁可以主张? 法院能否依职权主动认定? 法律行为的无效有所谓绝对无效与相对无效之分,<sup>[73]</sup> 以绝对无效为原则,违反效力性强制性规定的无效即属此类。<sup>[74]</sup> 绝对无效,理论上,任何人都可以主张,并可以对任何人主张。当然,宣告合同无效是一个确认之诉,实际上并不能任意提起,一般认为只有对无效的确认具有法律上利害关系的人才是适格的当事人。<sup>[75]</sup> 相对无效,在不同的理论脉络下有不同的意义和范围。一般认为,法国法传统下的绝对无效与相对无效,是以所保护利益的性质为标准对效力程度的判定,其相对无效的范围接近于我国法上的可撤销与效力待定;德国法传统下的绝对无效与相对无效,是从效力范围角度的区分,主要发生在处分行为领域,即处分行为违反为保护特定人而设置的处分禁令时,仅该特定人可以主张处分行为无效,对该特定人以外的其他人仍为有效。<sup>[76]</sup>

从宣告无效的提起来讲,以上两类区分,其实也有一定的共通性。从程序法的角度,不妨

[70] 使用这一区分的典型判决,参见“成都讯捷通讯连锁有限公司与四川蜀都实业有限责任公司、四川友利投资控股股份有限公司房屋买卖合同纠纷案”最高人民法院民事判决书(2013)民提字第90号,《最高人民法院公报》2015年第1期。只要接受财产法物、债二分的基本格局,很难否认这一区分。参见朱庆育,见前注[1],第153页以下;陈卫佐:“处分行为理论之正本清源”,《政治与法律》2015年第7期,第105—122页。

[71] 除非另有特别约定,否则第二买受人一般也无法享受违约救济(参见《合同法》第150、151条)。

[72] 此时,无论是采所谓债权形式主义,还是有因的物权形式主义(从《物权法解释一》(法释[2016]5号)第18条、第21条等规定看,似当以此种解释为妥),其结论都是物权复归于出卖人,第一买受人因此可请求其实际履行。就我国现行法解释论下的物权变动模式,参见葛云松:“物权行为:传说中的不死鸟——《物权法》上的物权变动模式研究”,《华东政法大学学报》2007年第6期,第102—118页;朱庆育:“物权行为的规范结构与我国之所有权变动”,《法学家》2013年第6期,第62—80页。

[73] 我国立法上未采相对无效的术语,但理论上多有讨论。参见朱庆育,见前注[1],第310页;韩世远,见前注[15],第170页;梁慧星,见前注[28],第198页;尹田:《民法典总则之理论与立法研究》,法律出版社2010年版,第577—589页;李文涛:“合同的绝对无效和相对无效——一种技术化的合同效力评价规则解说”,《法学家》2011年第3期,第74—87页。

[74] 参见朱庆育:“《合同法》第52条第5项评注”,《法学家》2016年第3期,第173—174页。

[75] 确认之诉的当事人适格问题常从“诉的利益”的角度讨论,即是否有必要通过诉讼获得确认判决解决纠纷。参见张卫平:《民事诉讼法》(第4版),法律出版社2016年版,第136页。明确列出有权宣告法律行为无效的利害关系人范围的规定,似仅见于《婚姻法解释一》(法释[2001]30号)第7条。

[76] 参见朱庆育,见前注[1],第312—315页;黄忠:“法律行为的相对无效:反思与重释”,载陈小君主编:《私法研究》(第13卷),法律出版社2012年版,第124—131页。

说绝对无效不仅当事人或利害关系人可以主张,在其不为主张时,法院也可以、甚至应当依职权认定;相对无效仅特定当事人能够主张,法院不能依职权适用。其背后的基本法理是,绝对无效的情形多关涉公共利益,<sup>[77]</sup>法院亦承担保护公共利益之职责,而相对无效情形主要是为保护特定的私人利益,是否主张的选择权自然也在于该特定人。<sup>[78]</sup>从利益保护的实体及程序看,“相对无效”均与“可撤销”类似,完全也可以用撤销制度来解决,但如果现行法已明确以无效处理,则仅可在无效制度内部进行软化。<sup>[79]</sup>

回到恶意串通规则,当我们严格限定其构成要件和适用范围后,结论就很清晰了——其与公共利益的保护无关,而旨在保护特定第三人的利益。因此,也就完全没有必要将法律后果认定为绝对无效,相对无效即已足够。<sup>[80]</sup>我国理论界乃至实务界对“相对无效”概念并不陌生,从提起无效主张的主体以及法院能否依职权主动适用的角度,对绝对无效和相对无效进行区分,在我国法上其实已有相当的基础,而主要实践领域正是“恶意串通”场合。<sup>[81]</sup>例如,《商品房买卖司法解释》第10条明确规定,能够“请求确认出卖人与第三人订立的商品房买卖合同无效的”,仅是第一买受人。<sup>[82]</sup>最高人民法院在裁判中也多有此类认定。<sup>[83]</sup>《担保法解释》第

[77] 通谋虚伪表示无效规则大约是一个例外,即其可能无关公益,但从意思表示的法理看,通谋虚伪表示行为与其说是无效,不如说是未成立(或不存在),因为根本没有任何发生效力的意思表示存在。

[78] 有学者建议,在我国法上,不如径行“以无效的主张者为标准来区分绝对无效和相对无效”,即“绝对无效是指法律行为损害了公共利益而可以由一切利益相关者主张的无效;而相对无效是指法律行为侵犯了特定当事人的利益而只能由特定当事人主张的无效”。黄忠,见前注[76],第132页。从程序法的角度看,此种观点对能够主张绝对无效的当事人范围的认定显然过宽了。

[79] 同旨可见黄忠,见前注[76],第132—133页。

[80] 类似意见,参见尹田,见前注[73],第588页。这与我们将恶意串通规则仍理解为一项违反公序良俗性质的无效事由也并不矛盾。将违反公序良俗的法律行为一概归于绝对无效,也并不妥当。有学者认为,在法律行为违反保护的公序(即对市场经济中的弱者个人利益给予特别保护的公序)时,由受保护一方享有主张无效的权利即可,这既可以增加法院处理问题的灵活性,也更有利于协调当事人之间的利益关系。参见梁慧星,见前注[28],第199—200页。

[81] 另一个较早的例子是《民法通则意见》(法(办)发[1988]6号)第130条,该条规定:“赠与人为了逃避应履行的法定义务,将自己的财产赠与他人,如果利害关系人主张权利的,应当认定赠与无效。”能够主张权利、确认赠与合同无效的是、且只能是“利害关系人”,这当然也是一种“相对无效”。

[82] 第一买受人当然也可以选择请求确认无效,由此才能更好地理解《商品房买卖司法解释》第8条和第10条的关系。即在出卖人又与第三人恶意串通订立买卖合同时,第一买受人有两项选择:或者可以根据第10条请求确认出卖人与第三人之间的买卖合同无效,从而继续主张实际履行的救济;或者可以根据第8条解除合同,要求普通的违约损害赔偿,并可主张惩罚性赔偿。在后种情形,第一买受人已不主张实际履行的救济,自然没有必要(因此也没有权利)再请求确认出卖人与第三人之间的买卖合同无效。

[83] 例如前注[42]公报案例“陈全、皮治勇诉重庆碧波房地产开发有限公司、夏昌均、重庆奥康置业有限公司合同纠纷案”,最高人民法院认为,“第三人有权提起确认合同无效之诉”。在前注[13]“徐峥嵘等六人与五矿邯邢矿业有限公司、王银陵股权转让纠纷案”“浙江省乐清市乐城镇石马村村民委员会与浙江顺益房地产开发有限公司合作开发房地产合同纠纷案”(最高人民法院民事判决书(2006)民一终字第59号,《最高人民法院公报》2008年第9期)等案例中,法院均认为恶意串通的合同无效,仅能由受损害的第三人主张,而不能由合同当事人主张。

69条亦可作为旁证,其规定的是一种典型的“真正的恶意串通”,但法律效果却是“受损害的其他债权人可以请求人民法院撤销该抵押行为”。〔84〕也有学者明确主张,恶意串通所损害的第三人利益,应当区分特定第三人与不特定第三人,如果损害的是不特定第三人的利益,实质上即公共利益,法律行为应为绝对无效,如果损害的仅是特定第三人的利益,则法律行为应属“相对无效”,只能由该受害的第三人主张无效。〔85〕

### (三)无效主张的限制:除斥期间

第三个问题,既然恶意串通规则的法律效果仅是相对无效,那么,特定第三人以此为由请求法院确认法律行为无效是否有时间限制?有学者认为,相对无效与可撤销行为的一个重要区别就是后者有除斥期间限制,前者则无,因此“相对无效”对受保护者更为有利。〔86〕如此认定在实质价值判断上并不合理,也造成法律体系内部的价值失衡。

在无关公益而仅与特定私人利益保护有关的情形,当事人请求法院保护权利,总是受到时间上的限制,例如请求权行使受诉讼时效限制,形成权行使受除斥期间限制。这当然有多方面的理由,但一个基本的考虑应该是促使当事人积极地行使自己的权利,尽快促成法律关系的稳定,避免纠纷复杂化以至造成国家司法资源过多的投入。这些考量在“相对无效”的场合都存在,一点也不比“可撤销”时为少,为什么作不同的处理呢?仅就恶意串通规则而言,还有两处体系上不和谐的地方。一是如前所述,依恶意串通规则宣告合同无效,是为了能让受害人在侵权法及合同法下获得更好的救济。作为目的的侵权及违约损害赔偿请求权都受时效约束,作为手段的宣告合同无效却无时间限制,岂不奇怪?二是恶意串通规则在性质上可认为是法律行为违反公序良俗无效的一项特别法,但其并非唯一的特别法。因欺诈、胁迫、乘人之危等而订立的法律行为,当然也是违反公序良俗的,但法律采用了可撤销而非无效的处理方式,把选择权交给当事人,因为在这些情形下,“与抽象的强制秩序相较,具体当事人的自由意志更值得关注”。〔87〕这与将恶意串通行为的效力解释为“相对无效”的考量是一致的。“可撤销”与“相对无效”,无非是不同的法律技术处理,如因此造成前者有除斥期间的限制而后者则无的巨大

〔84〕 尤其值得注意的是最高人民法院对此问题态度的变化。在《关于债务人有多多个债权人将其全部财产抵押给其中一个债权人是否有效问题的批复》(法复〔1994〕2号)、《关于对银行贷款抵押财产执行问题的复函》(法经〔1994〕334号)和《关于当前人民法院审理企业破产案件应当注意的几个问题的通知》(法发〔1997〕2号)中,最高人民法院均认为,在有多多个普通债权人时,债务人与其中一个债权人恶意串通的抵押行为无效;但2000年的《担保法解释》及其后的《关于人民法院在审理企业破产和改制案件中切实防止债务人逃废债务的紧急通知》(法〔2001〕105号)等则改弦更张,认为此种“恶意抵押”是可撤销的,而非直接无效。相关研究,参见郭明瑞、张平华:“论恶意抵押”,《法律科学》2004年第4期,第82—88页。

〔85〕 王利明,见前注〔58〕,第646页。王轶教授认为,“第三人利益”应限定为不特定第三人的利益,但也认为,若当事人恶意串通损害的是特定第三人利益,则法律行为应为相对于该特定第三人无效,而非绝对无效,《商品房买卖合同司法解释》第10条规定的“无效”就属于此种相对特定第三人的无效。参见王轶:“民法总则法律行为效力制度立法建议”,《比较法研究》2016年第2期,第175、179页。

〔86〕 黄忠,见前注〔76〕,第132页,注释〔49〕。

〔87〕 朱庆育,见前注〔1〕,第304页。

差异,显然也是不合理的。

因此,当事人依恶意串通规则主张合同无效,也应当受时间限制。考虑到其与前述瑕疵意思表示可撤销的情形在价值和程序上均较接近,在现行法上,或可类推适用《合同法》第55条第1项规定,将期间也定为1年,性质上亦是除斥期间,不得中断、中止和延长,自受害人知道或应当知道当事人恶意串通的事实开始起算。<sup>[88]</sup>

#### (四)小结:可能的独立意义

以上两部分是对恶意串通规则的进一步澄清。从构成要件上来说,强调应当结合主、客观要素来判定恶意串通行为整体上的背俗性。主观上“恶意”和“串通”的认定均可适当放宽,客观上“损害第三人利益”的认定却要更加严格。一方面,“第三人利益”的范围实际上极为有限,主要即第三人的特定债权;另一方面,“损害”也要落到实处。这无疑极大限制了恶意串通规则的适用范围。从根本上说,该规则服务于对特定第三人的特定救济,手段的设置当然要与目的相匹配,要适当、必要且均衡(合比例性),这正是比例原则的要求。<sup>[89]</sup>因此,在法律效果上,恶意串通之法律行为的“无效”就不应是绝对无效,而应是相对无效,只能由受保护的特定第三人主张,<sup>[90]</sup>其他人无权主张,法院亦无权主动审查适用,且此种主张也应受除斥期间的限制。由此,从构成要件和法律效果上看,将恶意串通规则从一般性的违反公序良俗无效规则中独立出来,才可能有积极的、独特的价值。

## 四、恶意串通规则与债权人撤销权

在体系关联与制度功能的双重关照下,恶意串通规则的客观要件被一再限缩,先是将“国家、集体或者第三人利益”限缩成特定第三人的利益,再将特定第三人的利益限定为债权,后又认为主要的保护对象实为特定第三人的特定债权,目的是恢复该第三人获得实际履行救济的可能。那么,如果不是特定债权,而仅是一般金钱债权被侵害,恶意串通规则是否有适用余地呢?从指导案例33号看,最高人民法院的回答显然是肯定的。

[88] 这里只是沿用对除斥期间的传统见解,细究起来,当然未皆准确。最新的研究,参见耿林:“论除斥期间”,《中外法学》2016年第3期,第613—645页。

[89] 关于比例原则在民法中的应用,参见郑晓剑:“比例原则在民法上的适用及展开”,《中国法学》2016年第2期,第143—165页;纪海龙:“比例原则在私法中的普适性及其例证”,《政法论坛》2016年第3期,第95—103页;黄忠:“比例原则下的无效合同判定之展开”,《法制与社会发展》2012年第4期,第46—59页。

[90] 值得注意的是,梁慧星教授赞成保留恶意串通规则的一项重要理由是,中国社会中尚存在很多当事人恶意串通损害国家、集体利益的情形而无法有效约束,造成国有资产流失等严重后果,目前正进行由人民检察院作为原告提起公益诉讼的试点,《民法通则》和《合同法》关于恶意串通的规定可成为公益诉讼的法律依据。梁慧星,见前注[1]。实际上,一方面,国有企业、国有资产恐怕尚不能简单等同于“国家利益”;另一方面,确实从保护国家利益、社会公共利益的角度考虑,《合同法》第52条第4项(损害公共利益无效)和第5项(违法无效)亦可成为公益诉讼的法律依据,无须一定诉诸恶意串通规则。

### (一) 恶意串通规则与债权人撤销权

根据前述讨论,检视指导案例 33 号的裁判论理,其对恶意串通规则的适用可谓有得有失。例如,一方面,最高人民法院认定不仅合同当事人有主观恶意,而且合同的履行“足以损害债权人利益”,当是认可须有客观上的“损害”要件;但另一方面,又未严守该逻辑,以致错误扩张了恶意串通规则的适用范围。<sup>[91]</sup> 不过,该案的意义,不仅在于其是恶意串通规则适用的典型案例,更在于该案事实明显亦属于债权人撤销权制度的适用范围,由此带来一个解释问题:这两项规则是什么关系,应如何适用法律?

最高人民法院认为,债权人撤销权(《合同法》第 74 条第 1 款)与恶意串通规则(《合同法》第 52 条第 2 项)的法律后果有相近之处,但在证明标准、期限等方面存在区别。具体来说,恶意串通规则的证明标准较高,债权人撤销权则相对更易证明;但债权人撤销权的行使受除斥期间限制,而依恶意串通规则请求法院确认合同无效则无期限限制。因此,这两种保护债权的方式与途径,各有利弊,可由债权人自己选择。<sup>[92]</sup>

先来看证明标准问题。债权人撤销权客观方面的核心要件在于债务人的“诈害行为”——这既需要债务人实施了“诈害”债权的(法律)行为,<sup>[93]</sup>还需要债务人的行为实际“对债权人造成损害”,即债务人因此陷于“无资力”状态,无法清偿债权人的债权。<sup>[94]</sup> 类似地,恶意串通规则也要求有恶意串通行为,并且该行为致第三人利益实际受损。因此,从客观要件看,两项制度的要求是接近的,主要差别在于主观要件。从债权人撤销权的主观方面看,就债务人来说,除个别情形(如“恶意”延长到期债权的履行期)外,法律本身并无明确要求,一般认为应区分“诈害行为”是无偿还是有偿而定,仅有偿行为要求“恶意”。此种“恶意”无须是积极侵害债权的意思,只要债务人明知其行为可能损害债权人的利益,即能够预见其行为可能引起或增加

---

[91] 最高人民法院认为,指导案例 33 号中,债务人(福建金石公司)以明显不合理的低价将其主要财产(包括国有土地使用权、房屋和设备的所有权等)转让给中纺福建公司(第一份转让合同),中纺福建公司又以明显不合理的低价转让给汇丰源公司(第二份转让合同),两次转让的受让人对于债务人欠债情况均明知,侵害了债权人(嘉吉公司)的债权,因此两次转让合同都构成恶意串通,均为无效。但是,与前注[67]案例类似,第一份转让合同无效后,中纺福建公司即不能取得国有土地使用权、房屋所有权等相应物权,其再次处分就是无权处分,即使第二次转让合同有效,恶意的汇丰源公司也不能取得相应物权。因此,第二次转让合同就根本不可能损害债权人的利益,客观要件不成立,也就无须因恶意串通而无效。

[92] 参见最高人民法院案例指导工作办公室、民四庭(执笔人吴光侠、高晓力):“指导案例 33 号《瑞士嘉吉国际公司诉福建金石制油有限公司等确认合同无效纠纷案》的理解与参照”,《人民司法·案例》2015 年第 18 期,第 10—11 页。

[93] 包括放弃到期债权、未到期债权或债权担保,恶意延长到期债权的履行期,无偿转让财产,以明显不合理的低价转让财产或以明显不合理的高价收购他人财产等情形(参见《合同法》第 74 条第 1 款及《合同法解释二》第 18、19 条)。

[94] 我国多数学者采“债务超过”标准——债务人处分财产后已无足够资产清偿债权人的债权的,即为有损害。参见韩世远,见前注[15],第 356 页;王利明:《合同法研究(第 2 卷)》(第 3 版),中国人民大学出版社 2015 年版,第 140—141 页;崔建远:《合同法》(第 2 版),北京大学出版社 2013 年版,第 181 页。

无资力状态即可；<sup>[95]</sup>并且多认为此种“恶意”可由债务人以明显不合理的低价转让财产等客观行为推定。<sup>[96]</sup>就第三人方面来说，在诈害行为是有偿时，受让人亦须为恶意。<sup>[97]</sup>比较起来，似乎确实恶意串通规则更难证明一些，因为在类似的事实情境下，债权人不仅总是需要证明债务人与受让人有主观上的恶意，而且还要证明他们“串通”。然而，从指导案例33号看，最高人民法院虽多次强调恶意串通主观要件的重要性，但与之前诸多裁判的态度相同，最后仍是合同约定的价格及是否实际支付、当事人的关联关系等客观情事综合判定。<sup>[98]</sup>因此，我们固然可以说，债权人撤销权的主观方面更加宽松（诈害行为无偿时体现得最明显），但差别其实也并不特别大。

更大的差别显然在于期限——如果我们认为根据恶意串通规则主张无效没有期限限制，那么，即使证明标准略高，该规则对当事人也有重大意义。但是，恶意串通规则的法律后果不应是绝对无效，而是相对无效，<sup>[99]</sup>亦应受除斥期间限制，<sup>[100]</sup>前已论及。再引申一点，若依上述观点类推，则不仅恶意串通规则与债权人撤销权制度可以并用，《合同法》第54条第2款与第52条第4项（损害社会公共利益的合同无效）也可以并用。从要件看，能够证明合同的订立存在欺诈、胁迫、乘人之危等情事的，自然也就证明了背俗，自然也就可以主张合同背俗无效，当事人为什么还要劳烦撤销制度，又平白受较短的除斥期间限制呢？若果然如此，此种瑕疵意思表示的撤销制度及其背后的规范意旨将全部落空。<sup>[101]</sup>

因此，恶意串通规则与债权人撤销权制度真正有意义的区别可能仅在于适用范围及规范

[95] 参见崔建远，同上注，第181页；王洪亮：《债法总论》，北京大学出版社2016年版，第152页。

[96] 参见“国家开发银行与沈阳高压开关有限责任公司、新东北电气（沈阳）高压开关有限公司、新东北电气（沈阳）高压隔离开关有限公司、沈阳北富机械制造有限公司等借款合同、撤销权纠纷案”最高人民法院民事判决书（2008）民二终字第23号，《最高人民法院公报》2008年第12期。

[97] 一般认为，此种“恶意”指第三人消极地认识到债务人的行为有害于债权，不需要其本身具有侵害债权人的意图，更不需要其与债务人恶意串通。参见韩世远，见前注[15]，第360页；朱广新，见前注[60]，第383—384页；崔建远，见前注[94]，第181页。

[98] 指导案例33号“裁判要点”之一谓：“债务人将主要财产以明显不合理低价转让给其关联公司，关联公司在明知债务人欠债的情况下，未实际支付对价的，可以认定债务人与其关联公司恶意串通、损害债权人利益，与此相关的财产转让合同应当认定为无效。”

[99] 事实上，尽管对期限的理解并不准确，最高人民法院认为当事人可以选择正说明了恶意串通行为的无效是一种相对无效——如果是绝对无效，即使当事人不主张，法院亦应依职权认定，当事人自无选择可言。

[100] 《合同法》第75条规定了两种债权人撤销权的除斥期间，一个是1年（从债权人知道或者应当知道撤销事由之日起算），一个是5年（从债务人的行为发生之日起算）。《民法总则（草案三次审议稿）》第154条就瑕疵意思表示的撤销权同样规定了两类除斥期间，也分别是1年（例外是，重大误解当事人的撤销期限仅为3个月；一般从当事人知道或者应当知道撤销事由之日起算，但胁迫情形是自胁迫行为终止之日起算）和5年（从法律行为发生之日起算）。恶意串通规则下也应照此作双重的除斥期间设计。

[101] 理论上有所谓无效法律行为能否再撤销的问题，但与此处讨论的主题无关。参见王泽鉴：“无效法律行为之撤销”，载王泽鉴：《民法学说与判例研究》（重排合订本），北京大学出版社2015年版，第284—290页。

功能。债权人撤销权是债权保全制度之一种,目的是保全债务人的一般责任财产,因其效力远比代位权剧烈,尽管法条上似无明确限制,解释上多认为撤销权人的债权仅限于一般金钱债权,不包括特定债权。<sup>[102]</sup> 由于恶意串通规则在主观要件上更为严格,可以说,在保护对象是一般金钱债权时,能够适用恶意串通规则的情形,实际上全部可以落入债权人撤销权的范围。考虑到债权人撤销权是更具体的制度,其要件远比恶意串通清晰,也更容易成立;在同样施加了除斥期间限制后,恶意串通规则在法律效果上也并无特别之处,且“撤销”亦远比“相对无效”(尤其是在当前实证法上)更容易理解和操作,在这类情形下(指导案例 33 号即为一例),当然应优先适用债权人撤销权制度。<sup>[103]</sup> 从而,我们就可以将恶意串通规则保护的主体彻底限定为特定第三人的特定债权,让这一“最不确定”的规范变得清晰。

## (二)可能的替代方案:彻底的消解?

关于债权人撤销权的讨论给我们的启发可能还不止这一点。就一般金钱债权的保护而言,即使作兼具形成权与请求权的解释,债权人撤销权的法律效果也并不令人满意,因其“破坏力”甚大,效果却仍很间接,“建设性”不足。<sup>[104]</sup> 有学者认为,债务人或受益人、受让人可以提出相当的价格给债权人,以阻止债权人撤销权的行使。<sup>[105]</sup> 在立法论上,学者也多认为较新的“责任说”更值赞同,即债权人撤销权的行使不过是为了保全责任财产,则无须撤销债务人与第三人之间的法律行为,只需要将第三人因此取得的财产纳入责任财产范围,以此为限亦对债务人的债务负责即可,既存的法律关系均可维持不变。<sup>[106]</sup>

<sup>[102]</sup> 特定债权的不履行转化为金钱损害赔偿债权后,且债务人因特定物的处分而影响清偿资力时,当然也可以适用债权人撤销权制度。参见王轶:“论一物数卖——以物权变动模式的立法选择为背景”,《清华大学学报(哲学社会科学版)》2002年第4期,第55—61页;韩世远,见前注[15],第352页;崔建远,见前注[94],第174页;邱聪智:《新订民法债编通则》(下),作者台湾2014年自版,第100—101页。我国台湾地区“民法”第244条第3款明确规定,“仅有害于以给付特定物为标的之债权”,不适用债权人撤销权制度保全。

<sup>[103]</sup> 债权人撤销权仅处理债务人无偿或低价转让财产等情形,如债务人与第三人恶意串通以正常价格转让财产呢?若债权人仅对债务人享有一般金钱债权,则债务人此种行为只是导致责任财产形态的变化,清偿能力并未下降,债权人即无损害,无论是恶意串通规则还是债权人撤销权制度,都不能适用。此外,若已涉及破产问题,《企业破产法》上还有特别规定(第31、32、33条)。

<sup>[104]</sup> 《合同法》第74条第1款仅规定,“债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为”,撤销之后,债务人与第三人之间的法律行为即告无效。在债务人低价转让财产等情形,如已交付,撤销之后,债务人可请求受益人、受让人(及转得人)返还财产。如债务人懈怠不请求,撤销权的效果又不及于此,债权人只有再次借助代位权制度,才能达成完整的保全效果,多有不便。因此,我国学者多认为债权人撤销权兼具形成权和请求权性质,撤销权行使后,一方面债务人与第三人之间的法律行为无效,另一方面债权人也可以请求受益人、受让人(及转得人)向债务人返还财产。参见韩世远,见前注[15],第363页;王利明,见前注[94],第162页;崔建远,见前注[94],第184页。这一观点可能也是受我国台湾地区“民法”影响,该法第244条第4款规定,债权人行使撤销权时,可同时请求受益人或(恶意的)转得人回复原状。

<sup>[105]</sup> 邱聪智,见前注[102],第114页。

<sup>[106]</sup> 参见韩世远,见前注[15],第348—350页;许德风:《破产法论》,北京大学出版社2015年版,第419—426页。有学者认为,从《合同法解释一》(法释[1999]19号)第25条看,我国法未采“责任说”。崔建远,见前注[94],第184页。

以类似逻辑演进,恶意串通规则的最后一块“自留地”也未必能保得住。如前所述,适用恶意串通规则确认合同无效并非目的,而只是手段——其实是为了特定物的权利能复归原权利人,<sup>[107]</sup>从而受保护的债权人能够请求其实际履行。然而,债务人与第三人恶意串通进行交易,损害债权人的利益,已然构成共同侵权。不仅债务人应当对债权人承担违约责任及侵权责任,第三人也应当对债权人承担侵权责任。如果能够接受较为宽泛的“回复原状”概念,并且认为其是侵权人承担损害赔偿责任的的基本方式之一,债权人完全也可以直接请求第三人返还该特定物(及让与该物之所有权)。<sup>[108]</sup>如此,债权人同样可以获得此种特定救济,而又无须干涉债务人与第三人(乃至更多后手受让人)之间的法律关系。以侵权法解决这类特定债权保护的问题,在逻辑和体系上都更为融洽,并且能避免恶意串通规则解释中的诸多难点,例如为什么要在一个法律行为效力判断规则中要求损害要件、无效的到底是负担行为还是处分行为、为什么法律效果是相对无效、为何需要及如何解释出除斥期间等。

只不过,一般认为,我国侵权法是以金钱赔偿为原则,《侵权责任法》第15条规定的“恢复原状”责任方式也是狭义的,并不等同于传统民法上与“金钱赔偿”相对应的“回复原状”。<sup>[109]</sup>以上述方式救济债权人,可能要跨越不小的认识障碍,未必能(立刻)被接受。就此而言,至少在目前,恶意串通规则仍可保留一席“用武之地”——而倘若我们能够接受前述侵权法思路,恶意串通规则也就将彻底沦为“明日黄花”。

## 五、结 语

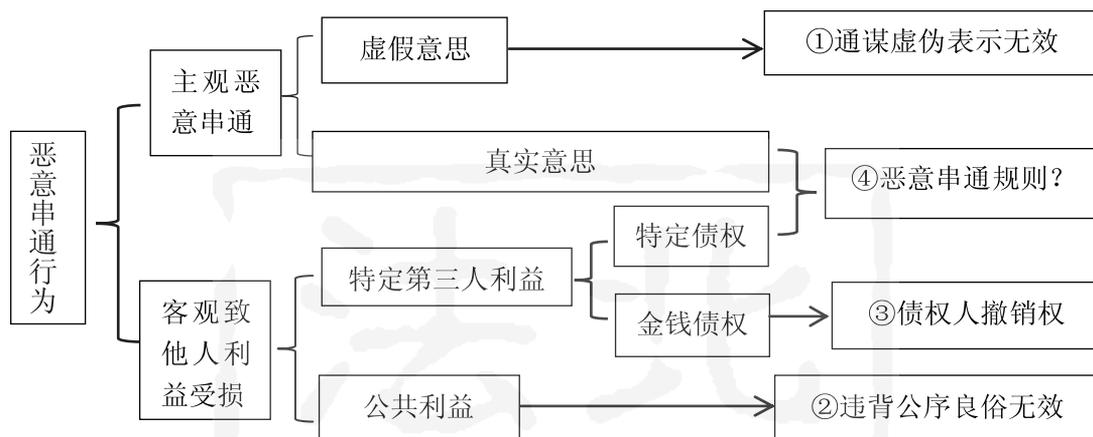
恶意串通规则在我国当代民法中已称得上“历史悠久”,但其要件模糊,理解混乱,以至于“爱之深”者鲜,“恨之切”者多。经过梳理,本文认为:首先,该规则仅处理“真正的恶意串通”(当事人以恶意串通订立法律行为的方式损害他人利益)情形,而不处理其他结构不同、机理不

<sup>[107]</sup> 《合同法》第59条因袭了《民法通则》第61条第2款的做法,就恶意串通行为无效的法律后果进行了特别规定:“当事人恶意串通,损害国家、集体或者第三人利益的,因此取得的财产收归国家所有或者返还集体、第三人。”一般认为,该条规定的并非普通的民事责任,而是特殊的民事制裁。在指导案例33号中,最高人民法院明确认为,第59条的适用有严格的前提,即仅在恶意串通合同当事人取得的财产属于第三人所有时,才须返还给第三人。《民法总则(草案三次审议稿)》未再设相关规定。

<sup>[108]</sup> 此点甚有争议,有观点认为此时债权人仅可以请求第三人将买卖标的物移转给出卖人,再由债权人向出卖人主张。王泽鉴教授则认为,可直接由债权人向第三人主张,如此“始足贯彻负损害赔偿义务者,应恢复他方损害发生前原状之基本原则”。参见王泽鉴:“二重买卖”,见前注<sup>[101]</sup>,第474页。

<sup>[109]</sup> 侵权损害赔偿的方式主要有两种,即回复原状与金钱赔偿。前者是直接的填补方法,关注受害人具体利益的受损;后者是间接的填补方法,关注受害人整体财产的减少。按照《德国民法典》第249条第1款的界定,回复原状指“负有损害赔偿义务的人,应当回复在使自己负担赔偿义务的事由不发生时原应存在的状态”。就回复原状与金钱赔偿的适用,有所谓回复原状优先原则(如德国、奥地利、我国台湾地区等)、金钱赔偿主义(如法国、日本、韩国等)和自由裁量主义。学者多认为,我国侵权法是以金钱赔偿为原则,或者名为自由裁量、实为金钱赔偿主义。相关讨论,参见程啸:《侵权责任法》(第2版),法律出版社2015年版,第664—667页;周友军:《侵权法学》,中国人民大学出版社2011年版,第49—55页。

一的“不真正的恶意串通”；其次，如果恶意串通的意思是虚假的(类型一)，应适用通谋虚伪表示制度；再次，如果恶意串通订立的法律行为损害了社会公共利益(类型二)，应适用法律行为违法或违反公序良俗无效规则；最后，如果恶意串通订立的法律行为损害的是特定第三人的一般金钱债权(类型三)，则全部可由债权人撤销权制度处理。经此层层剥离，<sup>[110]</sup>恶意串通规则的适用范围被蚕食殆尽(如下图七)，只剩下恶意串通订立的法律行为损害特定第三人的特定债权的情形(类型四)。



图七

在且仅在此有限范围内保留恶意串通规则，是服务于恢复特定债权人实际履行(而非仅金钱赔偿)救济的需要，无论是构成要件(尤其是客观的损害要件及行为整体的背俗性)还是法律效果(无效在范围、类型和主张上的限制)的解释，均受此目的的强烈影响。归根到底，这里间接处理的仍是一个侵权法问题。因此，最后这“一隅之地”是否确有存在的必要，取决于我们是否接受更直接的侵权法救济的思路。不过，即便保留，从实际案例看，由于最重要的适用场合——商品房一物二卖——已有特别规定，一般性恶意串通规则的适用空间也较有限。<sup>[111]</sup>

<sup>[110]</sup> 从方法论上说，本文是采用目的性限缩的方法填补隐藏的法律漏洞，即在法律规则使用的字义过宽而导致适用范围过大时，根据法律规范的目的及意义脉络，将其限制于妥适的范围，以使得法律规则的意义更加清晰、精纯。其背后的基本法理则是，非相类似的事件，应作不同的处理。参见(德)卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第267页；杨仁寿：《法学方法论》(第2版)，中国政法大学出版社2013年版，第200页。

<sup>[111]</sup> 这主要受制于两方面因素：一是我们认为何种恶意串通行为对特定债权的侵害是违背公序良俗、应予救济的；二是如果应予救济，在何种情况下，实际履行的特别救济对于债权人来说是正当且必要的。从实际案例看，其他不动产权利的转让(如国有土地使用权转让，参见前注[53]“日照国晖电子科技有限公司与山东国恒能源有限公司、山东日照高新技术开发区管理委员会招商合同纠纷案”)，与房屋买卖类似，也有适用可能。此外，股权转让(尤其是在形式主义的股权变动模式解释下)、知识产权转让等场合，或也有适用空间，但必须严格认定主客观要件，不能滥用恶意串通规则以致过度干涉当事人的意思自治。

不过,审视和厘清“恶意串通”这个混沌概念的过程,能帮助我们更好地理解法律行为的诸多无效事由、法律行为的绝对无效与相对无效以及债权人撤销权等重要制度与理论,甚至还有一些方法上的启示,亦可谓“失之东隅,收之桑榆”。

---

**Abstract:** Article 52 (2) of the Contract Law of the People's Republic of China stipulates the doctrine of malicious collusion. It only deals with the contracts concluded by parties who engaged in malicious collusion to the detriment of third parties. There are various cases where the doctrine of malicious collusion seems to apply at the first glance, but actually they should be governed by other rules respectively with regard to sham transaction, illegal contracts, contracts contrary to public policy and creditor's right of revocation. The doctrine of malicious collusion merely plays a role in protecting a specific third party's right as a creditor (who entered into another contract with the obligor of the contract in dispute concerning the same subject matter) from being deprived of the right to specific performance (rather than to monetary compensation). This unique function leads to a restrictive interpretation of both the constitutive requirements and the legal effect of the doctrine. For the former, it requires a strict scrutiny of its subjective element (“malicious collusion”), objective element (“being detrimental to third parties”) and the nature of the contract as a whole. For the latter, it means that the contract involving malicious collusion should be “relatively invalid”, namely, not void but voidable. Only a protected specific third party has the right to avoid the contract and this right shall be exercised within a reasonable limited period. Ultimately, whether the doctrine of malicious collusion is indispensable depends on whether we could resort to tort law directly for specific remedies.

**Key Words:** Malicious Collusion; Sham Transaction; Multiple Sales of Real Estate; Creditor's Right of Revocation; Relative Nullity

---

(责任编辑:许德风)