

恶意串通法律规范的合理性

张平华^{*}

内容提要 只有实现“生活事实规范化”“法律规范体系化”，恶意串通法律规范才称得上合理。在“生活事实规范化”上，传统民法按照虚假行为规范生活中的恶意串通，容易成立一般条款，却忽略了后者所具备的“手段+结果”相联动的结构，难免较高的片面性。《民法总则》没有以虚假行为替代恶意串通，其做法总体上值得肯定。如果恶意串通能承认主客观结合的法律构成、多样化的法律效果，会更好克服片面性，却将不利于形成一般条款。采用立法论与解释论、局部和整体等不同的视角，有助于厘清恶意串通与相关制度的关系，实现“法律规范体系化”。恶意串通作为局部存在时，其无效不应直接导致整体行为的无效。恶意串通与其他制度存在法条竞合、制度竞合或聚合等典型模式。

关键词 恶意串通 构成要件 民法总则 虚假行为

引言

与传统违法行为不同，“恶意串通”对第三人实施的违法行为（简称“恶意串通”）打破了“一对一”式的力量均衡，已成为诚信社会的痼疾，自然应引起立法者的高度重视。从表面上看，我国立法不可谓不重视“恶意串通”或“串通”，相关法律已覆盖各个层级、总数超过一千部。^① 刚刚颁布的《民法总则》也至少有两处直接涉及“恶意串通”，其中第154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”。本条形成了单一的法律效果（无效）和模糊的法律构成（恶意串通），可谓恶意串通的一般条款。然而，如何构成恶意串通？恶意串通的法律效果是否限于无效？这些问题并非没有争议。《民法总则》第164条第2款规定“代理人和相对人恶意串通，损害被代理人合法权益的，由代理人和相对人承担连带责任。”本款具体规定了恶意串通代理行为的法律责任而未明确其法律效力，该行为是否自然适用恶意串通一般条款而无效？答案颇值思量。

很明显，法律规制不应流于表面上的重视，更须构建合理的法律规范，以顺畅关联

^{*} 烟台大学法学院教授，法学博士。

^① 以“串通”为关键词，在北大法宝上可检索到53部法律、65部行政法规、116部司法解释、856部规章（检索时间2017年6月20日）。

外部世界,妥善开展法律适用。依此而论,评判规范合理性的重要标准是法律能否解决“生活事实规范化”“法律规范体系化”两大基本任务。具体而言,“生活事实规范化”就是要将恶意串通所对应的生活事实合理地纳入法律规范。^②任何生活事实天然具有复杂性、整体性,而立法者一般不会全面描述生活事实,更习惯于立足局部进行抽象以建立构成要件和法律效果。^③然而,过犹不及。当法律规范过于偏离生活时就会产生片面性,进而串乱生活事实和法律事实,放大法律规整范围,简化法律效果。例如,恶意串通本来涉及三方主体,由串通一气的手段行为和侵害他人的结果行为组成联动整体。而比较法上多截取手段或结果之一部分,于双方当事人之间建立构成要件,明显属于片面性、局部性立法。其中,罗马法不考虑串通手段而仅调整串通结果,恶意串通被纳入恶意欺诈(dolus malus)予以一体规范。^④当代大陆法多局限于串通手段而不顾及串通结果,以“虚假行为”规范恶意串通。^⑤而我国法上的恶意串通于构成要件上一一直坚持整体性传统。《民法通则》(第58条第4项)、《合同法》(第52条第2项)、《民法总则》(第154条)一脉相承,以“恶意串通”“损害国家集体第三人利益的行为”或“损害他人合法权益的民事法律行为”分别概括行为的手段和结果。《民法总则》出台后,我们仍须从应然角度认真研究恶意串通的构成要件和法律效果,比较整体性规范或片面性规范的利弊,以利于未来做出更加理性的选择。

能否实现“法律规范体系化”应成为评判恶意串通法律规范是否合理的另一重要标准。这是因为:生活事实不会受制于体系预设的疆界,天然具有整体贯通性。恶意串通的生活事实可能对应于不同的法律构成和法律效果,适用不同的法律规范或制度;既可以成为无权代理、无权处分、诈害债权行为等的组成部分,也可以被整体评价为违法行为、侵权行为。只有厘清不同制度的关系,才能共同组成圆润自治的体系,^⑥而这在原则上应以民法已经建立了独立的、不同的制度为前提。例如,《民法通则》《合同法》将恶意串通确立为无效法律行为的基本类型,^⑦而未规定虚假行为,解释上虚假行为可归于恶意串通的特殊类型,二者之间尚无从论究具有何种关系的问题。以法律目的的一致或互补为出发点,关于恶意串通与相关制度间的关系起码存在法条竞合、制度竞合、制度聚合三种典型模式。法条竞合模式认为,不同规范间存在一般法和特别法的关系,当事人只能适用特别法,而不享有法律选择权。一般法和特别法并无明显、精准的标签,

② 作为事实关系的生活关系蕴含于生活层面,而作为规范关系的法律关系则蕴含于法律层面。参见朱虎《萨维尼视野中的法律关系的界定——法律关系、生活关系和法律制度》,载《比较法研究》2009年第3期。

③ 梅迪库斯认为,法律评价生活关系形成法律关系时,需要进行“撮取”。生活关系是一个连续统一体,而我们正是从这一连续统一体中取出一部分来,对其进行法律观察。参见[德]梅迪库斯《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第52页。

④ 参见[意]彼得罗·彭梵得《罗马法教科书》,黄风译,中国政法大学出版社1996年版,第73页。

⑤ 参见《德国民法典》第117条、《日本民法典》第94条;台湾地区“民法”第87条。

⑥ 参见前引②,朱虎文。

⑦ 参见王汉斌《关于〈中华人民共和国民法通则(草案)〉的说明——1986年4月2日在第六届全国人民代表大会上》,载《国务院公报》1986年第12期。

法条竞合也无法仅凭表面判断。例如,比较《民法总则》第 154 条、第 164 条,恶意串通代理行为表面上可以构成恶意串通的特别法。由于第 164 条并未规定恶意串通代理行为的效力,如果适用“特别法未规定者,应适用一般法”的法则,按照恶意串通一般条款,恶意串通代理行为应当无效。问题是,恶意串通代理行为还构成无权代理的特别法,如适用无权代理制度,恶意串通代理行为又属于效力待定行为。制度竞合模式、聚合模式均认为不同制度间不存在一般法和特别法的关系,均应发生效力,但前者认为制度的规范目的一致,当事人只能择一适用,而后者认为制度目的互补,不同制度可以联合适用。

为审视恶意串通法律规范的合理性,本文先聚焦于传统大陆法系以虚假行为调整生活中的恶意串通所造成的片面性,指出其法律构成和法律效果上的不足,进而探讨整体性恶意串通应具备的法律构成、法律效果,再理顺其与相关制度的关系,明确其体系定位。

一、以虚假行为调整恶意串通所造成的片面性

传统民法依赖“抽象”“剪裁”“淡化”等措施,以“虚假行为”规范生活中的“恶意串通”现象,容易构造起一般条款式的法律规范,而其代价则是法律构成、法律效果的片面性。

(一) 虚假行为法律构成上的片面性

1. 恶意串通被“抽象”为双方法律行为。生活实践中的恶意串通极具多样性,涉及双方法律行为、单方法律行为(例如遗赠);处分行为(例如恶意串通无权处分、恶意抵押、恶意登记)、负担行为(例如恶意串通共同欺诈、滥用代理权、恶意逃债)等类型。恶意串通也具有动态性,可贯穿于法律行为的成立(比如因串通导致第三人丧失缔约机会)、履行(恶意串通逃债)、诉讼(串通诉讼)等阶段。通常情形下应先有串通原因再有串通结果,但也存在反向例外:在“以贷还贷”中,先有保证合同,再串通变更原债权债务关系以侵害保证人。

以虚假行为规范生活中的恶意串通现象,必须略去多样化的恶意串通之差别,将其统摄于法律行为制度。这样做的好处是很容易“抽象”出较为一般化的法律要件或效果,形成恶意串通的一般条款;也满足了民法总则以法律行为为中心、以法律效果为导向,集中彰显意思自治的规范目的。然而,虚假行为须以意思表示不一致为突出特征,不可能全面涵摄多样化的恶意串通。而恶意串通完全可以不以意思表示为要素,作为单纯侵权行为的恶意串通不能被虚假行为所覆盖。例如:会计师与当事人恶意串通出具审计报告的、投标人串通不应价或不加价、串通侵害承租人的优先购买权等。此外,基于双方行为的主导性,立法者容易将虚假行为限定于双方行为,例如,《民法总则》第 146 条规定“行为人与相对人以虚假的意思表示实施的民事法律行为无效”。按文义解释,本条规定的虚假行为不包括单方行为。

2. 恶意串通被“剪裁”为无涉第三人的行为。民法以双方法律行为为样板,假定当

事人间信息对称、地位平等,法律行为无效或被撤销后可产生回复原状的后果,依靠当事人自身力量校正有缺陷的法律行为,涉及第三人的法律行为总体成为例外。^⑧按照上述民法规范传统,恶意串通须经“剪裁”简化为与第三人无涉的虚假行为:主观上仅以意思表示不一致为要件,而不必探究主观上是否有加害第三人的意图;客观上也无须要求虚假行为构成对第三人的侵害。

如果虚假行为在法律构成和效果上都可以代替恶意串通,则将恶意串通剪裁为虚假行为倒也无妨。然而,姑且不论串通人之间未必实施法律行为,即便手段和结果均为法律行为,其牵连状态也可能十分复杂,导致无法以虚假行为替代恶意串通:恶意串通中的原因行为可属于虚假行为,结果行为可以构成受欺诈行为、违法行为。^⑨当原因行为无效或被撤销时,结果行为并不当然无效。例如,为保护善意第三人,串通实施的处分行为可发生物权法上的善意取得。

3. 恶意串通被“淡化”了伦理色彩。传统法上,法律行为是一种立足于意思表示的真实、自由,坚持效果导向的制度。虚假行为要求法律构成着眼于意思表示是否一致进行“是”或“否”、“真”或“假”式的事实判断;相关法律效果则直接反映为对意思表示不一致的评价与矫正。按照这一思路,《民法总则》第146条规定虚假行为是无效行为。^⑩

复杂的生活现实往往无法简明给出单纯的效力性评价,一般地说,恶意串通不是简单的“是”或“否”的事实问题,还要进行“好”或“坏”的评价,须综合诸要素进行价值判断、伦理评价。这就要求进一步探究行为构成上的“过错”、“违法性”等因素,按照公平正义的要求进行具体评价、归责,对应于多样化的法律效果。否则,会导致法律制度的弹性不足,也可能构成对当事人意思自治的侵害。对此,后文的法律效果研究部分将会予以进一步验证。

(二) 虚假行为法律效果的片面性

经“抽象”“剪裁”“淡化”而设立的法律构成自然容易导致过分一致、片面性的法律效果。作为“手段+结果”联动的结构,恶意串通的法律效果起码涉及到串通手段行为的效力和结果行为的效力两部分,而虚假行为规制的重点在串通手段行为的效力(《民法总则》第146条),无法全面顾及串通结果行为的效力。此外,虚假行为法律效果的片面性还集中体现在:

1. 自我设限式救济。民法的每个领域都有独具特色的救济方式。其中,民法总则擅长于在双方当事人之间进行简明、低成本的救济,在法律行为被撤销或确认无效后,相对人可依靠自我履行来回复原状。问题是,为达到回复原状的目的,双方都应没有过错、请求权人有权保有标的物,而恶意串通人双方都存在过错,当事人不能直接保有标的物,回复原状的目的就不能实现。此外,基于串通手段和结果间的牵连,手段行为的

^⑧ 民法典关于意思瑕疵的规定,原则上没有考虑那些既未直接参与法律行为,也未直接基于法律行为取得权利的第三人。参见[德]维尔纳·弗卢梅《法律行为论》,迟颖译,法律出版社2013年版,第475页。

^⑨ 参见[日]山本敬三《民法讲义I》,解亘译,北京大学出版社2004年版,第180页。

^⑩ 按照《民法总则》(三审稿)第147条的规定,虚假行为于通谋人之间无效,但其无效不得对抗善意第三人。

无效或被撤销可能会连锁导致结果行为的无效、引发多层次的回复原状问题,反而导致简明救济的优势丧失殆尽。基于此,只有突破法律领域的自我设限,依赖侵权行为、不当得利等弥补法律行为制度的不足,才能避免法律效果上的片面性,进行全面救济。其中,适用侵权法可以突破相对人限制,由恶意串通人对受害人进行损害赔偿。当恶意串通符合共同侵权的构成要件时,串通人还须承担连带责任。^⑪ 当恶意串通导致法律行为无效的,当事人不得受领返还,但第三人可依据不当得利制度享有返还请求权。^⑫

2. 条块分割式规范。总体上,不完全法律行为制度建立了与各生效要素相对应的条块分割式规范体系。其中,标的严重违法者行为无效;意思表示存在瑕疵者可被撤销;主体资格不当者属于效力待定行为。然而,这种条块分割式规范体系往往是单独考察某一要素的结果,而忽视了对事实的整体观察,所形成者只能是大致的、模糊的、经验式的规范,结论难谓全面、精准、恰当。例如,单从意思表示瑕疵上看,欺诈、胁迫行为可被撤销,但该欺诈、胁迫行为同时违反强行性规定的,则应无效。单纯考察虚假行为,于当事人之间应无效,而结合保护第三人的利益需求看,又未必绝对无效。单从主体资格不当角度看,无权处分、无权代理可规定为效力待定行为,而如果处分人与受让人、代理人与第三人恶意串通损害国家利益的,处分行为又应当无效。

综上所述,片面性的优势是可以隐去生活事实的细节要求,以双方法律行为为中心,依托自我设限、条块分割式的传统技术,实现法律规范的抽象化、一般化。法律规范不能绝对排除片面性,而关键是如何掌握合理的度。在这一意义上,虚假行为并不能替代恶意串通,以虚假行为替代恶意串通使法律规范过于抽象、一般,导致规范上的虚假行为和生活中的恶意串通存在明显差异,相应地也就扩大了虚假行为的规范范围,使不应无效者也归于无效,压缩了私法自治空间。因此,《民法总则》没有以虚假行为替代恶意串通,其做法值得肯定。

二、整体性恶意串通应如何设置法律构成?

为了克服片面性,趋近生活事实的本来面目,有必要改变“抽象”“剪裁”“淡化”等立法技术,按照整体性事实的应然要求去规范恶意串通。与具备片面性的虚假行为相对,我们可以把这一意义上的恶意串通称为整体性恶意串通。《民法总则》上的恶意串通继续承认恶意、违法性等要件,满足了主客观结合的构成特点,较好地还原了生活事实,也有效框定了规范的范围,其做法值得肯定。

(一) 主观要件

^⑪ 对此《最高人民法院关于审理房屋登记案件若干问题的规定》(法释〔2010〕15号)第13条明确规定了房屋登记机构与申请人基于恶意串通的连带责任。关于这方面的典型案例,请参见“中国光大银行股份有限公司上海青浦支行诉上海东鹤房地产有限公司、陈思绮保证合同纠纷案”,上海市第二中级人民法院(2012)沪二中民六(商)终字第139号民事判决书,载《最高人民法院公报》2014年第9期。

^⑫ 参见《合同法》第58条、第59条。

1. “恶意串通”为何须以“恶意”为要件？一是满足了整体性结构的要求。所谓“串通”指“暗中勾结，使彼此言语行动互相配合”，其文义并不明显包含主观恶性，而可对应于多样性的生活样态、广泛的调整范围。如果将恶意串通直接等同于虚假行为、串通行为，并不要求“恶意”，其构造难度较低，背离了恶意串通应有内涵，会导致意思表示瑕疵程度较低的“串通”行为也被宣告无效，从而过多干预私人自治。^⑬事实上，“恶意”与“串通”组合起来内在要求对行为的伦理评价，明显表达了对第三人的侵害性，^⑭具备了“纵横交错”的整体性结构，其法律效果也应分别从两个角度加以观察：在纵向上，串通人与第三人间的意思表示不自由，可构成欺诈等，如侵害后果严重，则因欺诈而作出的意思表示应为无效；在横向上，恶意串通构成故意的意思表示不一致，属于传统法上的虚假行为，于表示人之间无效。二是满足规范设计弹性化的要求。“恶意”具有不同的判断方法或构造难度“观念主义”要求行为人认识到相对人实施了足以危害他人的行为，“意思主义”于观念之外，还要求行为人有损害他人的共同故意，“获利主义”则进一步要求行为人有获得不当利益的意图。“恶意”的构成难度、判断标准越高，其所对应的案件类型范围就越窄。我国法原则上适用“观念主义”，^⑮例外的是对“一物数卖”等情形适用“意思主义”，并不单纯依据买受人知情与否径行认定恶意串通，还要求其存在侵害他人之故意。这种原则和例外相结合的做法可以使法官结合现实需求对“恶意”适用不同含义，进而使法律更贴近于现实，也可实现法律规范的弹性化。

2. “恶意”的证明。离开合理的程序机制实体规范的设计目的也会落空。为此，在强调恶意要件的不可或缺性的同时，立法或实务上须认真对待恶意的证据、证明标准、推定等问题。实务中，如果当事人举不出足够的直接证据，证据与证明对象不具备关联性，通常不会认定恶意串通。例如，“时任崂山区国土局局长于志军，在签订有关协议后向对方索要33万元”的事实不能证明崂山区国土局与南太公司恶意串通签订损害国家利益的土地出让合同。^⑯走私行为并不意味着国际买卖合同存在恶意串通。^⑰丈夫使

⑬ 我国立法对恶意串通存在多样化的表达方式。有时候使用“串通……欺骗……”的句式，将“恶意”包含于“欺骗”之中。有时候在同一意义上交替使用“恶意串通”和“串通”两个术语，例如《政府采购法》第25条用的是“相互串通”，而该法的实施条例第14条则使用“恶意串通”。如果“串通”打破了信息对称的格局、违反当事人之间的信任，对交易秩序产生较高程度的破坏的，则即便单用“串通”也意指“恶意串通”。例如，串通操纵证券市场行为、监理人与建筑合同当事人的串通、政府采购当事人的串通、海关工作人员与他人的串通走私、对外贸易中的串通招标等。

⑭ 参见〔俄〕苏哈诺夫《俄罗斯民法典》（第1册），黄道秀译，中国政法大学出版社2011年版，第339页。

⑮ 《最高人民法院关于审理涉及公证活动相关民事案件的若干规定》（法释〔2014〕6号）第5条《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》（法释〔2000〕44号）第40条。典型案例，请参见“华埠经济贸易公司与中国外运山东威海公司等船舶进口代理合同、废钢船买卖合同纠纷案”，最高人民法院（2000）交提字第3号民事裁定书。

⑯ 参见“崂山国土局与南太置业公司国有土地使用权出让合同纠纷案”，最高人民法院（2004）民一终字第106号民事判决书。

⑰ 参见施婷婷《涉刑国际货物买卖合同的效力认定及恶意串通事实的证明标准》，载《山东法制报》2015年12月3日。典型案例，请参见“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（2006）民一终字第59号民事判决书。

用妻子的信用卡为情人购买轿车的事实不足以证明丈夫与情人之间存在恶意串通。^⑮在证明标准上,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》对恶意串通适用排除合理怀疑的证明标准,^⑯较高的证明标准本该反射更重的举证义务,然而,恶意串通毕竟是一种复杂的精神活动,当事人很难完成举证义务,如果依此判决原告败诉,反而助成了被告实现侵害他人利益的目的。为克此弊,一方面,法院对恶意串通可依职权调查取证(前述解释第94条第2款);另一方面,恶意串通在实务中也广泛适用推定:一是法律推定。按照相关法律规定,当事人“相互约定一致压低拍卖应价、相互约定拍卖应价、相互约定买受人或相互约定排挤其他竞买人”等可推定存在恶意串通招标投标行为。^⑰如果债务人将全部财产为债权人之一设定事后抵押,则推定构成恶意串通抵押行为。如果贷款资金实际是用于归还同一银行前一到期贷款,则可以推定“借新还旧”属于恶意串通骗保行为。^⑱根据商标注册申请人与代理人之间的特定身份关系可以推定存在恶意串通抢注行为。^⑲二是事实推定。依社会一般情势、交易习惯或生活常理等经验法则推定存在恶意串通,也就是所谓的“默示的恶意串通”。^⑳事实推定将使相对人承担举出反证的责任。例如,原告证明了“买受人与拍卖行的所有股东均系亲属”,被告如不能证明有其他无关联关系的竞买人参与竞买,且进行了充分的竞价,即可推定拍卖行与买受人之间存在串通行为。^㉑

如果说对主观要件的要求可限定恶意串通的范围,使法律规范更贴近生活现实,那么,恶意证明上的严格要求则为承接这一体系构造的自然结果。不过,这种体系设计理想又会受阻于举证难题,相应地,软化恶意串通证明要求、对恶意串通进行推定可形成立法和司法互相衔接的法律机制,提高法律规范的可操作性;而为了限制司法裁量的任意性,实现对当事人利益衡量的精细化,有必要针对不同情形明确恶意的具体内涵,规定恶意的推定规则。

(二) 客观要件

1. 广义抑或狭义违法? 单纯串通而未违法的行为并无多大规范价值。^㉒既然以恶意为要件,恶意串通之违法性似乎也不证自明,于此情形下规范上是否还有必要设置其他要件以表征其违法性? 答案是肯定的。因为现实中人们常以“串通”替代“恶意串通”,依赖“串通”径行推定“恶意”,如果不设置违法性要件,不从主客观结合角度进行

^⑮ 参见《未证明被告之间存在恶意串通》,载《山西法制报》2016年4月30日。

^⑯ 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(法释〔2015〕5号)第109条。

^⑰ 参见《招标投标法》第32条、《拍卖监督管理办法》(工商总局令第59号)第11条。

^⑱ 参见李国光主编《担保法新释新解与适用》,新华出版社2001年版,第354页;张晓凌《债权人撤销权诉讼中善意取得的法律适用》,载《人民法院报》2008年8月26日。

^⑲ 《最高人民法院印发〈关于审理商标授权确权行政案件若干问题的意见〉的通知》(法发〔2010〕12号)第12条。

^⑳ 参见石冠彬、江海《论一物数卖合同效力与买受人权利救济》,载《法律科学》2014年第5期。

^㉑ “广东龙正投资发展有限公司、广东景茂拍卖行有限公司申请执行复议案”,最高人民法院(2012)执复字第6号执行裁定书。

^㉒ 参见[葡]平托《民法总论》,澳门大学法学院澳门法律翻译办公室1999年版,第272页。

综合衡量,就无法确保有效的伦理评价、限缩恶意串通的范围;也无法反映恶意串通作为涉及第三人的法律行为这一完整的结构。

如所周知,民事权益可类型化为国家、集体和第三人的利益,对这三种权益的侵害足以覆盖各种程度的广义违法,^{②6}其中严重违法属于狭义。恶意串通中的违法应该是广义违法还是狭义违法?答案最终取决于经济社会的发展要求。在计划经济及市场经济的早期,效率观念尚未得到足够重视,凡在道德伦理上不妥当的行为均可直接构成法律上禁止的行为,随之立法及实务上都倾向于为恶意串通设置广义违法要件,从而使一切恶意串通都受到规范。^{②7}尽管《民法通则》(第58条)、《合同法》(第52条)继续以广义违法限定串通行为,但市场经济的快速发展要求人们在实务上更加注重交易效率,努力区分道德伦理和交易理想,提高恶意串通构成难度,不再以广义违法限定串通。

2. 国家、集体和第三人利益的内涵。《合同法》第52条第2项规定“恶意串通,损害国家、集体、第三人利益”的合同无效。关于国家利益、集体利益、第三人利益的内涵,首先,由于本条第4项已经将“损害社会公共利益”单列为无效事由,因此第2项中的“集体利益”就不应混同于“公共利益”,而应该解读为包括法人、合伙、其他组织在内的一切单位的利益。其次,所谓“国家利益”有抽象和具体之分,抽象国家利益旨在维护国家安全、基本社会秩序、基本社会价值等,属于同条第5项中的“法律、行政法规的强制性规定”的保护范围。本条的国家利益应限定为具体国家利益,以避免私法规范任意背负国家利益,形成对国家利益的过度保护,压缩私法自治的空间。^{②8}具体的国家利益应由国家机关、事业单位、国有企业等来承担,按照平等原则这些主体与其他“第三人”并无本质差别。最后,所谓“第三人”指实施串通行为的当事人之外的具体的、确定的他人。如果串通结果是串通人之一和第三人成立合同的,第三人也是该合同当事人,例如应买受人恶意串通压低价格所损害的最终合同当事人。^{②9}总之,所谓的国家利益、集体利益都可归为第三人利益。基于此,《民法总则》第154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。”本条以“他人”涵盖国家、集体、第三人,具有相当的合理性。

当然,这并不意味着在恶意串通中区分国家、集体、第三人利益的做法毫无价值。一般而言,按照国家、集体和第三人的利益的顺序,权益侵害的违法程度也由重到轻,越重的违法越应得到严格规范。只有建立与违法程度相适应的效力规则,才能最大限度地鼓励交易、保障自由,实现利益衡量的精细化或确保法律的弹性。这些规则应该包括:对抽象国家利益、整体利益之侵害可构成严重违法,行为无效;侵害具体利益的,属

^{②6} 列举三种权益类型是我国承受前苏联立法形成的立法习惯,并在物权法、侵权法上得到延续。参见鄢一美《寻找现代〈民法典〉:中国与俄罗斯不同的立法进程》,载《求是学刊》2010年第2期。

^{②7} 《是恶意串通进行欺诈,还是地方保护主义作祟?》,载《法学》1993年第3期。

^{②8} 我国部分法院认为,只要侵害国有企业利益就是侵害国家利益。参见 Hao Jiang, *Enlarged State Power to Declare Nullity: the Hidden State Interest in the Chinese Contract Law*, 7 Journal of Civil Law Studies 184 (2014)。

^{②9} 《拍卖监督管理办法》第11条。

于轻微违法,法律行为可被撤销或相对无效。^⑩ 最高人民法院在相关司法解释中也一直坚持这一立场。例如,按照《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条的规定,在出售国有中小企业时,恶意串通损害国家利益的,该出售行为应当无效。按照反对解释,如果出售行为仅损害集体、第三人利益的,出售行为并非无效。

由上以观,《民法总则》通过“恶意”“损害他人权益”等主客观结合的要件设计,满足了恶意串通“手段+结果”的联动结构要求,反应了其属于涉及第三人的行为之本质,内在包含了伦理评价,一定程度上克服了法律构成的片面性,从而既可以贴近生活现实实现利益衡量的精细化,又可以避免恶意串通适用范围的肆意扩张,为依据恶意或违法严重程度设立多样性的法律效果设立了空间。不过,这种整体性恶意串通的设计理念也可导致了下列弊端:背离了虚假行为基于效力评价进行规范的传统,规范上对“恶意”“损害他人利益”等用语之采纳也容易使恶意串通近似于侵权行为,混淆了侵权行为和法律行为的界限。此外,“恶意”和违法性要件可以互相印证,规范设计难免“叠床架屋”之嫌,从而不利于形成统一简明的规范。推定恶意等措施虽可降低证明负担、提升规范设计的可操作性,也使规范设计的初衷大打折扣。

三、整体性恶意串通应如何设置法律效果?

《民法总则》延续了既有立法传统,继续承认恶意串通行为无效。将恶意串通统归为无效行为固然具有简明、统一的优点,却也明显固守法律行为制度的自我设限,没有吸纳诸如侵权行为、不当得利等其他救济方式;将恶意串通简化为严重违法行为,“条块分割”式承认其为无效行为,失却了按照违法严重程度或具体法律构成建立多样化法律效果的机会。结果未必妥当。^⑪ 那么,整体性恶意串通应如何设置法律效果?

(一) 恶意串通法律效果的多样性

1. 恶意串通未必无效。因恶意串通实施单方、双方行为之不同,行为效力存在明显差别。恶意串通实施的单方行为,例如恶意串通欺诈被继承人订立的遗嘱,应绝对无效。恶意串通实施的双方行为,如果侵害国家利益、社会公共利益的,应该绝对无效;而

^⑩ 值得注意的是,侵害抽象国家利益的未必同时意味着侵害第三人利益。“原审被告陈晓富触犯刑律的犯罪行为,并不必然导致借款合同无效。”因为民间借贷合同并不必然损害国家利益和社会公共利益,两者之间既没有主观上去损害其他合法利益的故意和过错,客观上也没有对其他合法利益造成侵害的现实性和可能性。参见“吴国军诉陈晓富、王克祥及德清县中建房地产开发有限公司民间借贷、担保合同纠纷案”,载《最高人民法院公报》2011年第11期。

^⑪ 一般情形下,债权人与受让人串通转让不良债权的,转让行为并不无效。但金融资产管理公司“与受让人恶意串通转让不良债权的”,或者“金融资产管理公司与评估机构、评估机构与债务人、金融资产管理公司和债务人以及三方之间恶意串通,低估、漏估不良债权的”,应当认定“转让合同损害国家利益或社会公共利益或者违反法律、行政法规强制性规定而无效”。参见《最高人民法院印发〈关于审理涉及金融不良债权转让案件工作座谈会纪要〉的通知》(法发[2009]19号)第6条。

如果仅侵害第三人权益的,承认绝对无效可能会使不法当事人逃离合同约束、从中非法获利,承认其只对恶意串通人无效、受害人有确认无效的权利,更有利于保护善意第三人。^⑫在“一物数卖”中,后手知情且违反善良风俗的,行为绝对无效,否则相对无效。^⑬如果恶意串通转而对第三人有利的,第三人仍享有撤销权只是可以抛弃撤销权,串通人不可因此享有撤销权,否则,将违背“任何人不得从自己的错误行为中获利”的原则。^⑭

恶意串通的法律效果的宽严程度与经济发展模式存在紧密的关联:经济发展越封闭,市场经济发展程度越低,人们对机会主义的宽容度越低,越有必要对于恶意串通予以严格规范;^⑮经济发展越开放,市场经济的发展程度越高,人们对机会主义的宽容度越高,法律对恶意串通导致绝对无效的情形越为克制:其一,在拍卖、招标、证券、期货等交易中,信息敏感程度较高,信息对称结构较脆弱,为防止信息对称受到破坏,有必要严格规范恶意串通、承认行为无效。^⑯其二,越是存在加重注意的必要,恶意串通越容易无效。比较起民事行为,商事行为中主体的注意义务要更高,恶意串通的商事行为更易无效。^⑰其三,对公共管理机构或行政机关的公信力依赖程度越高,对恶意串通的管制就越严。因此,登记机关和申请人恶意串通进行的虚假登记不应生效;^⑱破产中恶意串通的个别清偿,即便是已经被强制执行仍然可被撤销。^⑲

2. 无效串通行为的溯及力问题。无效串通行为是否具备溯及力?可否适用“恢复原状”“返还原物”?通说对《合同法》第58条(合同无效或被撤销的溯及力)、第59条(恶意串通须向第三人返还)进行体系解释,认为只要恶意串通侵害他人权益,就应适用第59条而非第58条向第三人返还,从而否定当事人之间的溯及力。而《民法总则》第155条不再区分当事人的溯及力和对第三人的返还,一概规定“无效的或者被撤销的民事法律行为自始没有法律约束力”,相应地恶意串通也将产生溯及力。笔者认为,一概否定或承认恶意串通溯及力的做法均有不妥之处,对此应区分情形而具体对待:一是区分一般违法和严重违法的串通行为而异其后果,^⑳前者违反企业法人登记、市场、财政、金融等管理性规定,适用“恢复原状”“返还原物”;后者当事人故意违反了效力性规定,

^⑫ 参见《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》(法释[2003]7号)第10条;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》,载《法学家》2011年第3期。

^⑬ 参见前引^⑫。

^⑭ 参见史智军《恶意串通损害第三人利益的合同效力之辩》,载《人民法院报》2013年8月14日。

^⑮ 参见李祝环《中国传统民事契约中的中人现象》,载《法学研究》1997年第6期;张广玲、胡庆芳《连带责任治理在供应商集群中的有效性研究》,载《管理世界》2014年第4期。

^⑯ 参见《期货交易管理条例》39条、《建设工程质量管理条例》第67条、《票据法》第102条。

^⑰ 《最高人民法院关于审理票据纠纷案件若干问题的规定》(法释[2000]32号)第56条。

^⑱ 《最高人民法院关于审理房屋登记案件若干问题的规定》第13条、《最高人民法院关于印发〈关于审理公司登记行政案件若干问题的座谈会纪要〉的通知》(法办[2012]62号)第1条。

^⑲ 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定(二)》(法释[2013]22号)第15条。

^⑳ 按照原《经济合同法》第16条的规定,违反国家利益或社会公共利益合同,如果双方都是故意的,应追缴双方已经取得或者约定取得的财产,收归国库所有。如果只有一方是故意的,故意的一方应将从对方取得的财产返回对方;非故意的一方已经从对方取得或约定取得的财产,应收归国库所有。

甚至以牟取非法利益为目的,不应适用“恢复原状”“返还原物”,而应追缴财产。^①二是基于物权归属情形的差别而设立不同效果。一般地说,如果恶意串通侵害第三人利益,而第三方又是所有人的,合同无效后应向第三方返还;第三方不是所有人的,合同无效后应向原所有人返还。^②如果恶意串通未引起物权变动,自然仍可适用“恢复原状”“返还原物”。例如,承租人与第三人串通转租的租赁合同无效,此时所有权未发生变动,自然应向承租人返还租赁物。

3. 恶意串通中的物权变动。首先,按照不同的变动模式,恶意串通所导致的物权变动也不同。坚持债权意思主义或债权形式主义,恶意串通将导致债权行为和物权行为同时无效。坚持物权形式主义,恶意串通仅导致债权行为无效,按照无因性原则物权行为仍有效。其次,物权变动的政策导向也可影响恶意串通成立之难易,这在“一物数卖”中体现得尤其明显。计划经济坚持抑制竞争的立场,后手买卖构成无权处分,较易成立恶意串通;市场经济越完善越坚持鼓励竞争的立场,则后手买卖不成立无权处分,也不易产生恶意串通。^③按照《最高人民法院关于审理商品房买卖合同案件适用法律若干问题的解释》,只有后手买卖构成恶意串通的才无效,而要证明恶意串通绝非易事。最后,不动产登记申请人与登记机关恶意串通虚假登记的须适用特殊的处理规则。对此,真实权利人可以申请更正登记;登记机关拒不更正的,人民法院可以根据具体情况判决撤销登记行为、确认登记行为违法或者判决登记机关履行更正职责;第三人可以适用善意取得,如果法院无法判断是否善意取得,可以中止案件审理,待有权机关作出有效确认后,再恢复审理。^④

4. 恶意串通中的不当得利。《合同法》《民法总则》对恶意串通中的不当得利采取了不同的应对措施。依《合同法》第59条,恶意串通人“因此取得的财产”应向受到侵害的国家、集体、第三人返还,返还请求权的基础是不当得利。《民法总则》则对所有的无效行为一概适用溯及力、返还原物请求权,而未明确承认恶意串通中的不当得利请求权,不过,其第157条先是规定了无效法律行为中的返还财产请求权的各种情形,最后一句话规定“法律另有规定的,依照其规定。”这一句话承认了溯及力、返还原物请求权之外的特别救济渠道,事实上为恶意串通中的不当得利预留的空间,《合同法》第59条可以通过这一句话的转介而继续生效。

所谓“因此取得的财产”是与恶意串通具备相当因果关系的新增财产,而不当然包含

① 参见赵金龙《浅论合同无效而返还财产的几个基本问题》,载《当代法学》1999年第3期。

② “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”,指导性案例第33号:最高人民法院(2012)民四终字第1号民事判决书,载《人民司法·案例》2015年第18期。

③ 参见《最高人民法院关于审理商品房买卖合同案件适用法律若干问题的解释》(法释[2003]7号)第10条《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》(法释[2009]5号)第15条《最高人民法院关于审理买卖合同案件适用法律若干问题的解释》(法释[2012]8号)第9-10条。

④ 参见《最高人民法院办公厅关于印发〈关于审理公司登记行政案件若干问题的座谈会纪要〉的通知》(法办[2012]62号)第1条《最高人民法院关于审理房屋登记行政案件中发现涉嫌刑事犯罪问题应如何处理的答复》(〔2008〕行他字第15号)。

原财产,其主要包括:一是虚构交易标的而共同诈骗所得,例如串通伪造拆迁标的而骗取的拆迁补偿;二是非法利润,包括违法转包收取的管理费、^{④⑤}违法联营利润等;三是差价利益,例如居间人与他人串通致使房屋低价出售居间人所获差价、投标人串通低价投标使招标人遭受的差价。^{④⑥}至于原财产,除非违反强行法,否则应向相对人返还而不适用不当得利。这里涉及“收缴”和“收归国家所有”的区别“收归国家所有”实际上是损害国家利益时的恢复原状民事责任,而“收缴”是民事制裁方式而非民事责任,适用于故意或重大过失侵害他人财产的行为,其在一定程度上给国家干预私人生活、强化合同管理提供了广泛的空间。^{④⑦}为防止过度制裁,必须承认其补充性,只有在适用民事责任不足以制裁侵权行为时才能予以适用,并有着严格的法定程序,^{④⑧}审判实务中也较少适用。

由上可见,整体性恶意串通应该具有多样化的法律效果,实现对当事人利益衡量的精细化,从而会加大法律的复杂性、提高恶意串通一般化的难度,也内在要求加强与其他相关制度的联系和协作。

(二) 以恶意串通为框架的制度创新

依托恶意串通的制度框架,法律可以修正既有的否定性评价,承认“恶意串通”行为的效力,相关制度创新可视为恶意串通法律效果多样性的高级表现形式。其基本发展路径是:先是偏重考虑某一方利益,按照一般规则认定恶意串通的违法性;再综合平衡各方利益,淡化恶意、违法等要求,最终承认其合法性。从“违法”到“合法”的制度变迁突破了法律的原有逻辑,^{④⑨}满足了特点的社会功能,拓展了法律的弹性空间。

1. 让与担保、信托行为、名义股东的有效性。传统法认为“让与担保”背离了物权法定原则,构成虚假行为,应属无效。现代法则承认“让与担保”具有简化当事人关系、降低担保成本等独特功能,在累积实践形成习惯的基础上,最终突破法定原则,承认其行为有效。^{⑤①}类似地,传统法还会将信托行为归为虚假行为;也不承认未在股东名册上登记的实际投资者的股东资格。现代法不再拘泥于意思表示之真假,而基于对现实利益的考量,承认所谓串通行为的效力,从而基于信托行为可产生“事实所有权—法律所有权”或“所有权—用益债权”;^{⑤②}基于特殊投资关系可以产生“名义股东—实际股东”的二元体制。^{⑤③}

^{④⑤} 参见“安阳建设(集团)有限责任公司诉宋春志等买卖合同纠纷案”,河南省平顶山市中级人民法院(2014)平民三终字第773号民事判决书。

^{④⑥} 《最高人民法院关于印发〈关于审理联营合同纠纷案件若干问题的解答〉的通知》[法(经)发(1990)27号]第8条第2款。

^{④⑦} 参见梁慧星《合同法的成功与不足》(上),载《中外法学》1999年第6期。

^{④⑧} 根据《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》[法发〔1988〕6号]第163条,采用收缴、罚款、拘留制裁措施,必须经院长批准,另行制作民事制裁决定书。

^{④⑨} 参见于海涌《论英美信托财产双重所有权在中国的本土化》,载《现代法学》2010年第3期。

^{⑤①} 参见[日]近江幸治《担保物权法》,王卫军、房兆融译,法律出版社2000年版,第252-253页。

^{⑤②} 参见前引④⑨,于海涌文。

^{⑤③} 《最高人民法院关于审理外商投资企业纠纷案件若干问题的规定(一)》[法释〔2010〕9号]第15条。

2. “一物数卖”中的效率规则。对于“一物数卖”,现代法同时承认先后手买卖的效力,其目的是鼓励竞争、提升整体社会效益。如果买方未获履行,卖方只须赔偿损失而不必实际履行,其中存在适用效率违约的可能。不过,当后手买卖构成恶意串通的,鼓励竞争的目的就会落空,整体社会效益也会受损,行为就应无效。如何在“一物数卖”中预防恶意串通应成为制度创新的重点。此时如果承认买方基于预告登记、优先权、价款的先期支付、合同成立在先等可以优先取得所有权,^{⑤3}则即便后手买卖构成恶意串通,也不会损及先手利益,鼓励交易等目的仍可实现。

3. 无效合同的“有效条款”。因恶意串通而无效的合同本应全部无效,但基于特殊的规范目的及现实需求,可突破合同全部无效之成例而承认部分有效。例如,建设工程施工合同中明知他人无建筑资质而进行挂靠经营、非法转包、违法分包等的,可以构成恶意串通侵害发包人利益、破坏交易秩序的行为,本应归于无效。然而,法律却规定只要建筑工程验收合格,仍然可以按照无效合同的约定支付工程款。如此一来,既可以尊重现实秩序、优越保护施工人利益,又可以降低解决纠纷的成本。因为施工人的劳力和建筑材料已经物化到建筑工程中,在工程验收合格的前提下,即便建设工程合同无效也不应恢复原状而只能折价补偿,此时参照合同约定的工程款进而补偿无疑最为方便。^{⑤4}

4. 独特的诉讼规则。现代社会适用当事人主义诉讼模式,主要依靠当事人举证去展开诉讼,而恶意串通当事人故意隐去了真相,制造了查清事实的障碍,构成现代诉讼的“天敌”。为此,民事诉讼法对恶意串通采取了一系列超常规的规范手段:恶意串通当事人的自认不能绝对生效;法官可依职权调查相关证据,^{⑤5}依职权追加利害关系第三人参加诉讼;对恶意串通适用“排除合理怀疑”的证明标准;恶意诉讼、滥用程序权利构成侵权责任;^{⑤6}恶意串通的调解协议不能生效;恶意串通的执行可被处于妨害民事诉讼的强制措施;恶意串通设定的抵押即使已经司法程序确认,仍然可被撤销等。^{⑤7}

总之,无论从法律构成还是法律效果上看,现有恶意串通规范仍有一定的片面性,难以实现利益衡量的精细化。为消除片面性的努力又会产生主客观结合的法律构成和多样化的结果,这在一定程度上又会抑制对恶意串通予以一般化规范的努力。

四、恶意串通法律规范的体系化

只有采取多样化的视角,才能厘清恶意串通与相关制度的关系,实现法律规范体系

^{⑤3} 参见宋晓明、张勇健、王闯《〈关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释〉的理解与适用》,载《人民司法》2012年第15期。

^{⑤4} 《最高人民法院〈关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释〉》(法释〔2004〕14号)第3条。

^{⑤5} 参见“赵俊诉项会敏、何雪琴民间借贷纠纷案”,载《最高人民法院公报》2014年第12期。

^{⑤6} 《民事诉讼法》第112条、第113条。

^{⑤7} 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定(二)》(法释〔2013〕22号)第15条《最高人民法院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)第6条。

化。首先指出,恶意串通存在整体和局部两种意义。作为整体,恶意串通可同时构成多种效力的不完全法律行为,被评价为侵权行为。一般而言,行为的整体性越高,越有利于全面把握当事人的关系。依据《民法总则》的规定,虚假行为(第146条)^③、恶意串通(154条)均为无效行为,但其无效分别对应于不同当事人:虚假行为的无效只涉及双方当事人;恶意串通侧重于规定串通人对第三人实施法律行为的效力,虚假行为可成为恶意串通的手段或部分。选择适用恶意串通而不是虚假行为,更有利于解决三方当事人之间的纠纷。作为部分,恶意串通可成为债权人的撤销权之客体;侵权共同过错;欺诈、无权代理、无权处分的手段或原因。人们不能直接将局部的效力等同于整体效力,基于作为局部的恶意串通之无效径行认定整体行为之无效,而应该将该局部纳入恶意串通结果行为中,结合不同制度的规范目的,比较法律构成上之异同,研判其效力,在此基础上厘清不同制度的关系。

总体上,法律行为、侵权行为分别以实现意思自治、提供现实损害救济为宗旨,其规范目的可以共同或互补,不同制度均可发生效力,视具体情形构成制度竞合或聚合。无效法律行为、可撤销法律行为分属于严重违法、较轻的违法(意思表示瑕疵),规范目的迥异乃至发生冲突,原则上不同制度间不应同时发生效力,不构成制度竞合或聚合关系。不过,两者可互为一般法和特别法,从而构成法条竞合。在无效法律行为、可撤销法律行为内部,规范目的共同,而法律构成不同,制度间可构成竞合或聚合关系。

立足《民法总则》做解释论上的观察,恶意串通构成要件、法律效果单一抽象,具有较高的片面性,容易与其他制度发生竞合或聚合,也内在要求加强与其他相关制度的联系和协作。从立法论上看,为克服片面性、规范整体意义的恶意串通,恶意串通不应限于无效,而应具备完整的法律构成和多样化的法律效果。这种整体意义上的恶意串通也就不容易与其他制度产生竞合或聚合。

沿着上述分析思路,以下分别研究恶意串通与效力不完全法律行为、诈害债权行为、侵权行为等的关系。

(一) 效力不完全法律行为

1. 违法行为。广义违法包括违反强制性规定(即狭义违法)、违反公序良俗、以合法形式掩盖非法目的、脱法行为诸类型。恶意串通与违法行为存在明显的结构差异,它具备独特的违法原因,可属于狭义违法或违反公序良俗行为的下位概念。它也不同于以合法形式掩盖非法目的的行为,前者要求主客观结合的构成要件,不以隐藏真实行为为前提,形式也不必合法;后者尽管可以是恶意串通的结果,但无须主客观结合的法律

^③ 在《民法总则》三审稿以前,关于虚假行为的条文表述没有任何变化。《民法总则》(三审稿)第147条第1款规定:“行为人与相对人串通,以虚假的意思表示实施的民事法律行为无效,但是双方均不得以此对抗善意第三人。”按照上述条款,串通是虚假行为的手段,虚假行为是串通的结果。到《民法总则》(四审稿)阶段,相关条文开始删除“串通”字样,使串通行为与虚假行为分离。其第149条第1款规定“行为人与相对人以虚假的意思表示实施的民事法律行为无效,但是双方,均不得以此对抗善意第三人。”上述转变说明,立法机关一开始希望将“串通”纳入“虚假行为”,最后则意识到两者的不同而予以分别规定。

构成,原则上仅立足于客观要件判断。^{⑤9} 脱法行为未必构成恶意串通,其与以合法形式掩盖非法目的的行为具有类似的结构,惟其目的为规避法律而非侵害他人,其意思表示完全可以是真实的。^{⑥0}

尽管不同的违法行为在结构上存在差异,但其效力均最终取决于违法程度,对此,恶意串通也不应例外:如果结果行为违反了效力性强制性规定,行为无效;仅仅违反了管理性强制性规定的(例如工资舞弊行为、规避税收行为),行为有效。从这一角度说,恶意串通与各类违法行为具有共同的规范目的、内在一致的法理基础,可构成制度竞合。

2. 无权代理。如何规范代理人与第三人恶意串通侵害被代理人利益的行为?德国通说一度认为,该代理行为违反了善良风俗条款而应无效;代理人与第三人应该承担侵权责任;被代理人可以行使“恶意抗辩”或以“权利的不当行使”对抗第三人的权利主张。近年来,权威学者又一概认为恶意串通的代理无效,将限制当事人的自由,更加合理的做法是将其归为无权代理,^{⑥1}赋予被代理人选择的自由。日本实务上对此提供了多样化的救济思路:一是“心里保留说”,该说准用《日本民法典》第93条之但书规定,认为恶意串通的代理行为属于“心里保留”而无效。但反对者认为该代理行为存在真实效果意思而不属于“心里保留”。二是“无权代理说”,该说准用《日本民法典》第94条第2项关于虚假行为的规定,认为第三人与代理人通谋虚伪实施的代理为无权代理。反对者认为,代理权的授予具备独立性,不会因为通谋行为而使恶意串通的代理变成无权代理。三是“权利滥用、违反诚信原则说”,该说认为当第三人明知代理人滥用代理权时,代理行为因违反诚信原则构成权利滥用而无效。反对者认为,这一结论是从目的性角度对权利滥用法理的适用,而非逻辑上之必然。^{⑥2}

我国《民法通则》(第66条第3款)、《民法总则》(第164条第2款)仅规定了代理人和第三人的连带责任,但并未明确恶意串通侵害被代理人行为的效力。在学理上,有学者主张恶意串通的代理背离了规范目的、构成滥用代理权,其行为应当无效。^{⑥3} 本文认为,恶意串通代理行为应构成无权代理,属于效力待定行为。理由是即便形式上有授权行为,但恶意串通的代理行为已超越了代理权限,仅具备代理权之“形”而不具备代理权之“实”,构成了无权代理。相对于适用滥用代理权径直认定代理无效而言,承认恶意串通代理为基于无权代理的效力待定的行为,可赋予当事人更加完整的救济手段和更多回旋余地,更加契合了市场经济的发展要求,也更富效率。既然如此,恶意串通代理

^{⑤9} 《民法总则》(第146条)不再专款规定“以合法形式掩盖非法目的的行为”,而以“隐藏行为”替代之,但这并不影响在学理上承认“以合法形式掩盖非法目的的行为”的独立性。

^{⑥0} 参见王利明、崔建远《合同法总论》,中国政法大学出版社1996年版,第249页。

^{⑥1} 参见前引③, [德]弗卢梅书,第940-941页。

^{⑥2} 参见 [日]近江幸治《民法讲义1:民法总则》(第6版补订),渠涛等译,北京大学出版社2015年版,第232-235页。

^{⑥3} 参见杨代雄《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》,载《比较法研究》2014年第4期。

规范与一般的恶意串通规范应是特别法和一般法的关系,两者应构成法条竞合而不是制度竞合。

3. 欺诈

(1) 一般欺诈。关于恶意串通与一般欺诈的关系,我国立法存在两种应对方式:一是承认二者互相独立,构成制度竞合。例如,《担保法》第30条将“恶意串通订立保证”和“欺诈骗保”均列为无效保证。^④只不过,如果承认欺诈和恶意串通的效果均无效,选择适用的结果也并无多大差别。二是承认二者相互牵连共同组成完整行为,其中恶意串通是整体行为的手段、局部;欺诈是结果、整体。例如,票据付款人和出票人、持票人恶意串通进行的欺诈。^⑤一般而言,恶意串通型欺诈的整体效果应取决于欺诈(结果、整体),而不是恶意串通(手段、局部)。考虑到现行法承认欺诈原则上是可变更或可撤销的法律行为,例外的在侵害国家利益时欺诈行为才无效。这意味着,只有恶意串通的欺诈构成严重违法的,整体行为才无效;否则,即便恶意串通手段是无效的,也只能依据结果行为(欺诈)确定法律效果,其整体上属于可变更可撤销行为。从这一角度看,一般欺诈与恶意串通不是制度竞合而是法条竞合,恶意串通所导致的欺诈应适用关于欺诈的一般规则。

(2) 第三人欺诈。按照相对性原则,第三人欺诈通常不会导致合同之撤销,除非当事人与第三人存在恶意串通。^⑥虽然解释上要求第三人与当事人并不无法律或事实上的特殊关系,但事实上恶意串通使双方归为一个整体,具有共同的利益地位、须对外承担连带责任。^⑦此种第三人欺诈已经可以按照一般欺诈对待。从结果意义看,恶意串通与第三人欺诈应该相互排斥,构成法条竞合而不是属于制度竞合。

(3) 共同欺诈。共同欺诈既要求每个单独行为构成欺诈,同时又要求欺诈人之间存在意思联络,而恶意串通属于典型的意思联络。对基于恶意串通的共同欺诈,实务上采用两种处理方式:一是可撤销行为,例如,债务人与保证人共同欺诈债权人而订立的主合同可被撤销。^⑧二是无效行为,其中恶意串通与欺诈行为都无效,两者之无效具有牵连关系。例如,开发商与自然人串通签订虚假的商品房买卖合同,再以该自然人的名义向银行套取资金;存单持有人凭借虚假存单与银行设定质押串通取得借款的,在以上两种情形中,商品房买卖合同或质押合同无效、借款合同也无效。^⑨笔者认为,共同欺诈之

^④ 参见曹士兵《中国担保诸问题的解决与展望》,中国法制出版社2001年版,第163-167页。

^⑤ 《票据法》第102条第7项。

^⑥ 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》(法释〔2000〕44号)第40条《最高人民法院关于中国工商银行湘潭市板塘支行与中国建筑材料科学研究院湘潭中间试验所及湘潭市有机化工厂的借款合同纠纷一案的复函》(〔2001〕民监他字第9号;《民法总则》第149条。

^⑦ 在英美普通上,第三人欺诈可以导致补充责任而不是连带责任。See William Blair, *Secondary Liability of Financial Institutions for the Fraud of Third Parties*, 30 Hong Kong Law Journal 74(2000)。

^⑧ 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》(法释〔2000〕44号)第41条。

^⑨ 参见“中国光大银行股份有限公司上海青浦支行诉上海东鹤房地产有限公司、陈思琦保证合同纠纷案”,上海市第二中级人民法院(2012)沪二中民六(商)终字第139号民事判决书,载《最高人民法院公报》2014年第9期。

“共同”描绘了恶意串通这一复杂手段,而“欺诈”则界定了恶意串通的结果。在法律效果上,共同欺诈与一般欺诈并无不同,原则上应为可撤销行为。由此而论,恶意串通型欺诈是共同欺诈的一种,共同欺诈与恶意串通并不存在制度竞合。

4. 无权处分。关于恶意串通实施的无权处分之效力,《合同法》(第51条)并无特别规定,而根据《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第3条,出卖人在缔约时对标的物没有所有权或者处分权的,负担行为有效。至于处分行为的效力,如果相对人是恶意,又无权利人之追认,处分行为无效,不发生物权变动;如果相对人善意,无论追认与否,处分行为均有效,受让人可取得物权。可见,恶意串通之无权处分具有多种层次和结果,已形成无权处分之特别规定,恶意串通和无权处分不应发生制度竞合,而属于法条竞合。

(二) 诈害债权行为

实务上经常发生债务人与部分债权人恶意串通,进行清偿、增设担保、处分财产或放弃债权,以至于出现债务人无资力剥夺他人受偿机会的案件,对此情形法律应如何处理?一种观点认为,上述情形既然构成恶意串通,其行为应当无效,一旦无效就无须撤销。^⑩另一种观点认为,上述情形可同时构成恶意串通、诈害债权,二者可以竞合,当事人可以选择基于恶意串通或诈害债权行使撤销权。^⑪

本文认为,恶意串通可构成诈害债权行为之客体。在无偿处分的情形,无论债务人或第三人有无恶意均可以构成诈害债权,举轻以明重,此时如果债务人、第三人恶意串通者,更应成立诈害债权。对于有偿处分行为,可再分为两种情形:其一,凡是以合理价格处分财产的,属于债务人正当行使权利,并无恶意可言,此时无论受让人是否知情,均不可撤销。其二,凡以不合理低价处分财产的,可推定债务人存在恶意,如受让人也有恶意,两种恶意可叠加构成恶意串通。此时即使恶意串通损及全体债权人,所谓全体债权人也应具体、特定而非抽象、不特定,就违法严重程度而论,恶意串通实施的诈害债权行为不足以构成无效行为而应为可撤销行为。况且,因恶意串通而无效的,应向第三人(债权人)返还,^⑫如被撤销,则应向债务人返还。承认恶意串通的撤销权和基于诈害债权的撤销权的制度竞合,允许当事人视具体情形选择行使其中一种撤销权,债权实现可更有保障。^⑬

(三) 侵权行为

法律行为与侵权行为绝非泾渭分明,所谓恶意既可表现为虚假的意思表示,也可以

^⑩ 参见姚辉《论债权人的撤销权》,载《法律科学》1990年第3期;李开国《合同法》,法律出版社2002年版,第182-183页。另请参见台湾地区“最高法院”1963年台上字第722号判例。

^⑪ 参见杨立新《债权人的撤销权》,载《河北法学》1990年第3期“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”,指导性案例第33号:最高人民法院(2012)民四终字第1号民事判决书,载《人民司法·案例》2015年第18期。

^⑫ 参见梅瑞琦《论债权人撤销权与无效合同的选择适用》,载《黑龙江社会科学》2007年第5期。

^⑬ 退一步讲,即便承认恶意串通是无效的,也不意味着无效行为不得被撤销。参见王泽鉴《民法学说与判例研究》(4),中国政法大学出版社1998年版,第29页。

成立侵权过错。对恶意串通采取主客观结合的要件设计,更加拓宽了法律行为与侵权行为对接的通道。恶意串通完全可以满足过错、损害、因果关系等要件的要求构成侵权行为。

1. 过错。在不涉及第三人的场合,意思表示自由与否决定了法律行为之效力,过错往往被消隐而不直接发挥作用,从而契合理性人假设、淡化伦理谴责,满足回复原状等简单救济的要求。恶意串通则不同,其涉及对第三人的侵害,串通人双方均有过错甚至故意,明显不是理性人,无法简单适用回复原状救济。恶意串通的主观过错可否径直转译为侵权法上的共同过错?对此,我国刑法有“串通”可按共犯论处的明确解释,^{⑦4}民法上也有司法解释或判决指出,“当事人双方恶意串通或者一方知道或者应当知道另一方侵权仍与其订立或者履行合同的,属于共同侵权。”^{⑦5}“共同侵权的意思联络即为恶意串通。”^{⑦6}尽管恶意串通可以同时构成侵权中的共同过错,但二者并不必然同步。^{⑦7}尤其是,当恶意串通本身构成合同时,法官可以通过分析合同成立过程、解释合同内容,以判断是否存在侵权中的共同过错。这一过程应该充分考虑合同法与侵权法规范目的上的差异:法律行为制度须优越保护相对人,应适用“观念主义”判断相对人是否知情、是否构成恶意串通;侵权制度优越保护行为人或加害人,原则上应采用“意思主义”判断是否存在共同过错。^{⑦8}

2. 损害。法律行为制度中的恶意串通并不以发生损害后果为前提,《合同法》第52条中的“损害国家、集体或第三人利益”,《民法总则》第154条中的“损害他人合法权益”,其中的“损害”仅指侵害行为而不意味着现实损害后果。然而,如果对恶意串通适用侵权救济,则原则上必须要求已发生现实损害,且不同案件对损害的程度、类型存在不同的要求,例如,串通招标所导致的实际损害大小可直接决定其能否构成不正当竞争型侵权。损害是侵害合法权益的结果,而因所侵害客体是绝对权益还是相对权益之不同,行为违法的判断方法或结果也不同。如果是相对权益,仅为可撤销行为、相对无效行为,故意违反善良风俗侵害他人权益的,可构成侵害债权;如果串通行为导致债务人无资力的,可构成诈害债权;如果侵害了第三人的绝对权,可构成无效行为、侵权行为。^{⑦9}

^{⑦4} 《全国人民代表大会常务委员会关于惩治破坏金融秩序犯罪的决定》(1995年)第20条。

^{⑦5} 《最高人民法院关于审理行政许可案件若干问题的规定》(法释〔2009〕20号)第13条《最高人民法院关于审理涉及会计师事务所审计业务活动中民事侵权赔偿案件的若干规定》(法释〔2007〕12号)第5条《最高人民法院关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》(法释〔2004〕20号)第12条。

^{⑦6} “湖北汉光科技股份有限公司诉蔡欢欣等著作权侵权纠纷案”,湖北省孝感市中级人民法院(2009)孝民初字第1号民事判决书。

^{⑦7} 参见“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(2009)民申字第1760号民事裁定书。

^{⑦8} 即便存在共同过错也不意味着当然构成共同侵权。例如,针对债务人与第三人通谋为后者设定抵押导致债权受到侵害的情形,我国台湾地区实务上长期采纳否定说,认为债务人享有处分自己财产的权利,不构成侵权,也无从构成共同侵权。

^{⑦9} 根据《合同法》第329条,非法垄断技术、妨碍技术进步或者侵害他人技术成果的技术合同无效。依此规定,恶意串通侵害他人技术成果的合同属于无效合同。

如果串通结果行为被撤销或者无效的,第三人可按照缔约过失责任主张信赖利益损失(例如拍卖费用等)。除了信赖利益外,还有其他损失的(例如机会损失、差价损失),应允许第三人按照侵权责任进行救济。^⑩ 侵权责任上的损害不应限于因“该合同取得的财产”而可扩及一切类型。当事人应证明损害的发生及范围,如举证不能的,可以按照恶意串通人获得的利益确定。

3. 因果关系。“恶意”的不同认定规则也意味着不同的因果关系认定规则。如果对“恶意”采取意思主义,要求恶意须具备以“损害国家、集体或者第三人利益”之目的,则恶意之成立同时意味着因果关系的证成。如果对“恶意”采取观念主义,无须以侵害第三人的利益为目的,则“恶意”中并不包含因果关系要素。

可见,恶意串通的法律行为和侵权行为在构成要件及其具体判断上都存在差别,总体上,构成侵权行为的难度系数要高于法律行为,因为侵权行为所要求过错的标准较高,也要求存在损害结果。不过,难度系数的高低差别并不意味着恶意串通生活事实不能同时构成法律行为和侵权行为。^⑪ 在一般意义上,如果不同制度间不能形成同等质量的完整救济,承认竞合将无法使当事人获得全面救济,相应地就应该承认不同制度间的聚合。尤其是,损害赔偿是内设于法律行为、诈害债权中的必备救济手段,与不完全法律行为、诈害债权的固有救济方式之间更多地是聚合而不是竞合。由于债权人撤销权是消极性的,仅可使诈害债权行为失效,并不对受益人课以损害赔偿责任。如果此时债权人另受有固有利益之损害的,即便除斥期间已过,也得依侵权获得救济。^⑫ 当然,这种制度聚合模式也有利于消解恶意串通法律效果片面性之不足。

结 语

《民法总则》没有以虚假行为替代恶意串通,其合理性总体上值得肯定。不过,作为恶意串通的一般条款,其 154 条将法律效果限定为无效,也未揭示恶意串通多样化的法律构成,仍有相当的片面性。恶意串通既可以内化为相关制度的局部,又容易作为整体与其他制度构成法条竞合、制度竞合或聚合关系,须结合不同制度的规范目的,比较法律构成上之异同,研判其效力,进而厘清究竟适用何种关系。在未来立法中,恶意串通应延续主客观结合的法律构成,区分违法程度设置不同的法律效果。《民法总则》第 154 条应予修改,以明确恶意串通损害国家、社会公共利益的无效;损害第三人利益的,第三人可以确认无效或予以撤销。若能如此,可提升恶意串通制度的可识别性、使体系定位更加精准,与其他制度竞合或聚合的几率将会下降。

^⑩ 参见《拍卖法》第 65 条《海事诉讼特别程序法》第 41 条。

^⑪ See Norman L. Greene, *Civil Conspiracy and the Rule of Law: A Proposal for Reappraisal and Reform*, 64 *Arkansas Law Review* 301 (2011).

^⑫ 参见黄茂荣《债法通则之三:债之保全、移转及消灭》,厦门大学出版社 2014 年版,第 28 页;韩世远《合同法总论》,法律出版社 2004 年版,第 208-209 页。

其实,任何民事法律制度都面临着“生活事实法律化”“法律规范体系化”的基本任务,也都会遭遇两难选择:依据民法固有立法技术形成的传统力量驱使我们进行片面性的立法,导向法律的高度抽象性、一般化,却难以实现利益衡量的精细化。突破传统力量,立足于生活整体则应进行具体式立法,以更加真实反映生活的复杂多样性,实现利益衡量的精细化。无疑这也会冲击既有传统或体系,提高立法难度,恐难为有限的法典空间所容纳。对此,值得进一步研究的还有:一是如何从语言学、逻辑学等角度提升“生活事实法律化”的技术水平;如何进一步放宽视野,从“实体法—程序法”“规范—价值”等矛盾范畴出发,全面实现“法律规范体系化”。二是“生活事实法律化”“法律规范体系化”绝非各自独立的任务,最起码,“生活事实法律化”中难免某种体系化的预设、须满足体系化的相关要求。“法律规范体系化”也可以构成对“生活事实法律化”的重要评判指标,弥补其可能的不足。因此,深入阐释或建构两者的互动关系,建立全面科学的评判标准,势必将更进一步提高民事法律规范的合理性。

Abstract: By the way on normalization of daily fact and systematization of legal norm, the legal norm on malicious conspiracy could be called reasonable. For the normalization of daily fact, the civil law normalizes malicious conspiracy as pretended transaction, and on the one side, it can easily result in the general clause with highly one-sidedness, on the other side, it neglects the connected structure of means and result. It is reasonable that the General Provisions of Civil Law does not substitute the malicious conspiracy with pretended transaction. In the future, if the norm on malicious conspiracy could adopt multiple normal structure and legal effects, it would overcome the one-sidedness much better, which is not easy to form general clause. In the view of legislation or interpretation, part or the whole, it will do good to clarify the relationship between malicious conspiracy and other norms to realize the systematization of norm. Malicious conspiracy has the overlap of articles of law and systems, convergence, and other typical modes with other systems. When it is only a part of other action, the ineffectiveness of malicious conspiracy should not result in the ineffectiveness of the whole action.

(责任编辑:王莉萍)