

恶意串通规则存废研究

——兼评《民法总则》第154条与第146条

崔吉子

【提要】恶意串通规则是我国民法一大特色，《民法总则》沿袭《民法通则》第58条第1款第4项及《合同法》第52条第2项的规定，于第154条保留此“特色”。然恶意串通行为属违背公序良俗的法律行为，恶意串通规则本质上属《民法总则》第153条第2款的特别条款。又《民法总则》于第146条新增通谋虚伪表示的规定，故实务上所热衷的采恶意串通处理之案型，完全可交由诸如通谋虚伪表示、债权人撤销权等具体规则处理；余下为数不多的案型，可适用《民法总则》第153条第2款，让公序良俗原则发挥规则填补作用。“行为人与相对人恶意串通，损害他人合法权益”的生活构造，并未特殊到需要专设一般规定，建议未来制定民法典总则时将恶意串通规则删除。

【关键词】恶意串通 通谋虚伪表示 公序良俗 民法总则

〔中图分类号〕D923.1 **〔文献标识码〕**A **〔文章编号〕**1000—2952(2019)06—0090—12

《中华人民共和国民法总则》(以下简称《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。制定《民法总则》时，立法者已意识到，诸如欺诈、无权处分等具体规则可解决部分类型的恶意串通行为，但仍保留恶意串通规则，作为一般性条款，发挥规则填补作用。^①此理由是否成立，颇值探讨，纵观各国民法，几无类似规定，将恶意串通作为法律行为无效事由是我国民法一大特色。^②明确恶意串通行为性质，检讨恶意串通规则的司法适用，对未来我国民法典总则中是否继续保留该规则，具有现实意义。

一、《民法总则》前的恶意串通规则——历史沿革与规范意图

在新中国成文法中，“恶意串通”首现于《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法通则》)

① 李适时主编：《中华人民共和国民法总则释义》，法律出版社2017年版，第484页。

② 前苏联只在代理行为中规定了恶意串通，将其作为代理行为的效力规则。如，1922年的《苏俄民法典》第32条规定：“因受欺诈、威吓、胁迫，或因其代理人与对方恶意通谋，或因重大意义之误解而为法律行为者，得声请法院确认其法律行为之全部或一部无效。”

第58条第1款第2项，作为法律行为无效的一类事由。然在新中国民法立法史中，“恶意串通”规则有着渊远传承。

（一）《民法总则》前恶意串通规则的历史沿革

恶意串通规则的发展可分为三个时期。

第一个时期是20世纪50年代。在新中国第一次民法典立法活动中，“恶意串通”已经登上历史舞台。1955年10月5日起草的《中华人民共和国民法总则草稿》第45条规定：“由行为人的一方，同对方的代理人或第三人恶意通谋而做出的法律行为，经申请后（或经申请后四字删去），法院得确认（宣告）无效”，^①草案规定采“恶意通谋”的表述，其或可谓“恶意串通”在新中国民法立法史上的首现；同年10月24日、12月17日及次年1月15日起草的总则篇第二次、第三次及第四次草稿中，虽都有“通谋”的表述，但已不是恶意串通规则，而属通谋虚伪表示的规定，^②就此，恶意串通规则匿迹于民法立法史中。

第二个时期是20世纪80年代。到了20世纪80年代的民法典立法活动中，“恶意串通”得以重现。相比于第一次亮相，此时的恶意串通规则有了改变。1980年8月15日起草的《中华人民共和国民法草案（征求意见稿）》第50条第1款规定：“一方采取欺诈、威吓、强迫命令、乘人急需、恶意串通的手段，使对方违背本人意志实施的法律行为，以及因重大误解实施的法律行为，受害人有权请求撤销”；^③1981年4月10日起草的《中华人民共和国民法草案（征求意见二稿）》于第38条第1款作了同样的规定；^④而1981年7月31日起草的《中华人民共和国民法草案（第三稿）》，则一改以往于“总则编·法律行为章”规定恶意串通规则的做法，将其置于“合同编·通则章·合同的订立节”，其第134条规定：“一方采取欺诈、威吓、与他人恶意串通的手段，或者乘人急需使对方违背本人意志所订立的合同，可以根据受害一方或者有关单位的起诉宣布无效”，^⑤这一做法在1982年5月1日起草的《中华人民共和国民法草案（第四稿）》中得以保留。^⑥

第三个时期是《民法通则》时代。1986年4月12日出台的《民法通则》于第58条规定：“下列民事行为无效：……（四）恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益的”；沿袭《民法通则》做法，1999年3月15日出台的《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）于第52条规定：“有下列情形之一的，合同无效：……（二）恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益。”

可见，在《民法总则》出台前，恶意串通规则在新中国民法立法史上共有三次兴起。第一次兴起是20世纪50年代，此时恶意串通规则是作为独立的法律行为无效的事由，并特别强调了代理情形的恶意串通；第二次兴起是20世纪80年代，此时，恶意串通与欺诈、威吓、强迫命令、乘人急需及重大误解并列，作为法律行为违反真实意思而可撤销或无效的事由；第三次兴起是《民法通则》时代，此时，恶意串通与行为能力、欺诈、胁迫、乘人之危及违反法律或者社会公共利益的法律行为并列，作为法律行为无效的事由。从历史沿革上看，恶意串通规则的规范意图扑朔迷离，笔者就此综合各方资料，以期探寻立法者本意，特别是自《民法通则》以来恶意串通规则的规范意图。

① 何勤华等编：《新中国民法典草案总览》，法律出版社2003年版，第9页。

② 《新中国民法典草案总览》，第18、34、41、44页。

③ 《新中国民法典草案总览》，第377页。

④ 《新中国民法典草案总览》，第442页。

⑤ 《新中国民法典草案总览》，第511页。

⑥ 《新中国民法典草案总览》，第578页。

(二) 恶意串通规则的规范意图

1. 20世纪50年代的恶意串通规则

在恶意串通规则兴起的第一个时期，即20世纪50年代，虽然草案法条的表述是“由行为人的一方，同对方的代理人或第三人恶意通谋”，但综合同时期各方资料，立法者显然偏向于只将其作为代理行为的效力规范。当时权威观点就恶意串通规则的相关解释有：“代理人……只能按照被代理人的意志办事，如果代理人和对方恶意串通，例如收回扣，就会违背被代理人的意志，使代理人处于不利的地位。因此代理人和对方恶意串通而进行的法律行为，经当事人提出后，也应该宣布撤销。”^①值得注意的是，20世纪50年代的民法立法深受前苏联法的影响，1922年的《苏俄民法典》第32条规定：“因受欺诈、威吓、胁迫，或因其代理人与对方恶意通谋，或因重大意义之误解而为法律行为者，得声请法院确认其法律行为之全部或一部无效”，前苏联学者对此的解释是，“代理人与对方恶意通谋之所以导致法律行为无效，是因为违背被代理人的意志，致使法律行为意思表示不真实。”^②可见，20世纪50年代立法草案中的恶意串通规则，是“代理人与相对人恶意串通，损害被代理人利益”时代理行为的效力规则，此时代理行为无效，理由是“违反了被代理人的意志，致使意思表示不真实。”

2. 《民法通则》前后的恶意串通规则

在恶意串通兴起的第二个时期，即20世纪80年代，虽然法条将恶意串通与欺诈、威吓、强迫命令、乘人急需及重大误解并列，作为法律行为可撤销或无效的事由；《民法通则》以来的恶意串通，亦是与其他事由并列，作为法律行为无效的事由，且强调了损害要件——损害国家、集体或者第三人利益。就此，是否意味着，此时的恶意串通规则已是一般意义上的规定？即作为调整“行为人与相对人恶意串通，损害第三人利益”这一“典型构造”的一般规则？然综合各方资料，立法者意图似乎并不在此。对恶意串通规则，立法者曾在《中华人民共和国民法通则（草案）》中说明：“目前，在国内和涉外经济活动中，都发生过一些采取行贿受贿等违法手段或者以权谋私，使国家、集体遭受损失的情况，为此，草案规定，违背法律、社会公共利益的，恶意串通，损害国家、集体或者他人利益的民事行为无效”；^③同时期亦有权威观点认为：“恶意串通的行为在实际生活中主要表现为：当事人双方故意非善意地达成某种明示或暗示的默契，并进行某种貌似合法的民事行为，以损害国家、集体或当事人的利益。如一方代理人与第三人恶意串通而实施的损害被代理人的行为。”^④“在实践中，最常见的恶意串通案例是代理人与第三人相互串通勾结，损害被代理人的合法利益。如采购员收取第三人的贿赂（或称‘好处费’、‘回扣’），抬高进货价格，让被代理人蒙受损失。”^⑤此外，就《合同法》第52条第2项，立法者的释义是“所谓恶意串通的合同，就是合同的双方当事人非法勾结，为牟取私利，共同订立的损害国家、集体或者第三人利益的合同。例如，甲企业产品的质量低劣，销不出去，就向乙企业的采购人员或者其他订立合同的主管人员行贿，然后相互串通订立合同，将次品当成合格产品买入。在实践中比较常见的还有代理人与第三人勾结，订立合同，损害被代理人利益的行为。”^⑥

① 中央政法干部学校民法教研室编著：《中华人民共和国民法基本问题》，法律出版社1958年版，第85页。

② 转引自杨代雄：《恶意串通行为的立法取舍——以恶意串通、脱法行为与虚假表示的关系为视角》，《比较法研究》2014年第4期，第109页。

③ 王汉斌：《关于〈中华人民共和国民法通则（草案）〉的说明》，http://www.npc.gov.cn/npc/lfzt/rlys/2014-10/24/content_1882694.htm，2017年12月3日。

④ 佟柔主编：《中华人民共和国民法通则简论》，中国政法大学出版社1987年版，第136页。

⑤ 佟柔著，周大伟编：《佟柔中国民法讲稿》，北京大学出版社2008年版，第257页。

⑥ 全国人大常委会法制工作委员会编：《中华人民共和国合同法释义》，法律出版社2013年版，第103页。

综合上述资料，笔者认为，《民法通则》和《合同法》中的恶意串通规则，主要是为了处理“代理人与相对人恶意串通损害被代理人利益”的问题，难谓有将恶意串通规则作为“法律行为因损害第三人利益无效”的一般规定之意图。事实上已有学者注意到这一问题，其认为恶意串通的“正统”适用范围是代理权滥用情形。^①然而，司法实务显然没有意识到这一问题，实践中充斥着大量与恶意串通有关的案例，其案情不限于“代理人与相对人恶意串通，损害被代理人利益”的情形。司法实务的适用思路，似乎就是把恶意串通规则当作“法律行为因损害第三人利益无效”的一般规定。^②

二、《民法总则》中的恶意串通规则——法律行为无效之一般规定？

（一）司法实务中恶意串通规则的适用

对于恶意串通，《民法通则》第58条表述是“下列民事行为无效：……（四）恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益的”，《合同法》第52条的表述是“有下列情形之一的，合同无效：……（二）恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益”，与其说恶意串通规则是法律行为损害第三人利益无效的一般规定，不如说是恶意串通的定义太过模糊，导致其有扩大适用的可能。这一可能恰被司法实务“牢牢把握”，出现了大量适用恶意串通规则的案例。总结归纳，司法实务中适用恶意串通规则的案件，主要有以下几种类型：第一，代理人与相对人恶意串通损害被代理人利益；^③第二，双方当事人通谋为虚假的意思表示；^④第三，债务人与第三人通谋逃避债务；^⑤第四，双方当事人恶意串通为无权处分；^⑥第五，出卖人与后买受人恶意串通为多重让与；^⑦第六，双方当事人共同欺诈；^⑧第七，双方当事人恶意串通规避法律。^⑨

《民法通则》刚出台时，我国民法百废待兴，各种具体规则不甚完备，恶意串通规则的存在使司法实务在处理复杂问题时——尤其是在双方恶意串通损害第三人利益的三方构造情形——有了明确便利的处理方法，无可厚非。然到《民法总则》出台前夕，虽然我国还无形式统一的民法典，但也有了大量民事单行法，即使谈不上成熟精密，也是完备可行的。可司法实务仍乐此不疲适用着恶意串通规则，徒增规则竞合，实际上，上述案型基本上可适用其他具体规则：第一，就代理人与相对人恶意串通损害被代理人利益情形，《民法通则》第66条第3款规定，代理人和第三人负连带责任，

① 杨代雄：《恶意串通行为的立法取舍——以恶意串通、脱法行为与虚假表示的关系为视角》，《比较法研究》2014年第4期，第121页。

② 在“北大法宝”中，以“恶意串通”为关键词进行全文搜索，检索时间截至2019年，共搜得包括含“恶意串通”字眼的相关民事案件有20余万之多。经筛选分析发现，相关案型有：代理人损害被代理人利益、通谋虚伪表示、逃避债务、无权处分、多重让与、共同欺诈、规避法律等。

③ “过伯贤、邢玉红与袁苗初、钱明飞等确认合同无效纠纷案”，《浙江省绍兴市中级人民法院（2007）绍中民一终字第971号民事判决书》。

④ “梁文华等与梁文国农村土地承包合同纠纷上诉案”，《辽宁省高级人民法院（2017）辽14民终428号民事判决书》。

⑤ 最高人民法院指导案例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”，《最高人民法院（2012）民四终字第1号民事判决书》。

⑥ “韩杰月、韩建华等与西安市新城区城中村改造办公室、王德安房屋拆迁安置补偿合同纠纷案”，《陕西省西安市中级人民法院（2016）陕01民终2493号民事判决书》。

⑦ “四川京龙建设集团有限公司与简阳三岔湖旅游快速通道投资有限公司等股权确认纠纷案”，《最高人民法院（2013）民二终字第29号民事判决书》。

⑧ “上海航空进出口有限公司与上海俊丰五金有限公司、上海诚富工业有限公司委托代理出口协议纠纷案”，《上海市第一中级人民法院（1999）沪一中经初字第133号民事判决书》。

⑨ “中交第四公路工程局有限公司与辽宁交通建设集团有限公司建设工程施工合同纠纷案”，《辽宁省高级人民法院（2009）辽民一终字第70号民事判决书》。

惟就此时代理行为的效力，法律没有规定；第二，就双方当事人通谋为虚假的意思表示情形，《民法总则》出台前虽未有规定，但仍可经解释得出此时法律行为因双方当事人均无效果意思而不生效；第三，就债务人与第三人通谋逃避债务情形，若构成诈害债权行为，可适用《合同法》第74条债权人撤销权的规定，若不构成诈害行为，可视情况适用法律行为因违背公序良俗无效之规定；第四，就双方当事人恶意串通为无权处分情形，可适用《合同法》第51条、《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条及《中华人民共和国物权法》第106条有关规定；第五，就出卖人与后买受人恶意串通为多重让与，若出卖人和后买受人是以违背公序良俗的方法为转让行为的，则转让行为无效；第六，就双方当事人共同欺诈，在解释上，法律行为相对人既为共同欺诈则势必对受害人受欺诈是知情的，故受害人得请求法院撤销，但若构成债权人与债务人共同欺诈保证人骗取担保的，则可适用《中华人民共和国担保法》第40条第1项之规定；第七，就双方当事人恶意串通规避法律情形，可分情况适用《合同法》第53条第3项和第5项之规定。此外就串通拍卖^①、串通招投标等问题，法律也有了具体规定。^②

综上可知，实务中适用恶意串通规则的案型，大多为代理权滥用、通谋虚伪表示、诈害债权、无权处分、第三人欺诈、骗取担保、规避法律、串通拍卖、串通招投标等情形，基本可以适用其他具体规则；即使承认恶意串通规则是一般规定意义上的存在，那么它也应当“退居二线”，唯穷尽具体规则仍无法处理时，方可适用，故不应存在竞合问题。但作为一般规定的恶意串通规则亦面临存在危机，因为此时恶意串通规则所要发挥的一般性功能，将全部落入公序良俗条款射程。《民法总则》出台前，学界对恶意串通规则的讨论，无论是从立法论还是解释论出发，大多是一边倒的认为其几无独立存在之必要。^③诚然，就通谋虚伪表示、第三人欺诈等情形，法律规定不尽完善，但随着《民法总则》的出台，此问题亦将不再。此外，就恶意串通下的代理权滥用情形，笔者将于下文详述。

（二）《民法总则》中的恶意串通规则

对于恶意串通规则，学说批判不断，实务却乐此不疲，在此背景下，2017年3月15日出台的《民法总则》于第143条保留了恶意串通规则，其规定：“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”。该条文是完全法条，既有构成要件——“行为人与相对人恶意串通，损害他人合法权益”，也有法律效果——“民事法律行为无效”，恶意串通规则俨然“顺应”司法实务，被“明示”为一般规定。立法者也指出，在民法总则立法过程中，对于是否保留恶意串通无效的规定，一直存在不同意见：“有观点指出，民法通则当时所规定的恶意串通制度，主要规范的是行为人

^① 最高人民法院指导案例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”，《最高人民法院（2012）执字第6号执行裁定书》。

^② 《中华人民共和国拍卖法》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。”第65条第1句规定：“违反本法第三十七条的规定，竞买人之间、竞买人与拍卖人之间恶意串通，给他人造成损害的，拍卖无效，应当依法承担赔偿责任。”但“竞买人之间、竞买人与拍卖人之间”的恶意串通似乎不符合《民法通则》第58条第1款第4项和《合同法》第52条第2项的构造。《中华人民共和国招标投标法》第32条规定：“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。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。禁止投标人以向招标人或者评标委员会成员行贿的手段谋取中标。”第53条规定：“投标人相互串通投标或者与招标人串通投标的，投标人以向招标人或者评标委员会成员行贿的手段谋取中标的，中标无效……”。但此处似乎只有“投标人与招标人串通投标”的场合符合“恶意串通”的构造。

^③ 杨代雄：《恶意串通行为的立法取舍——以恶意串通、脱法行为与虚假表示的关系为视角》，《比较法研究》2014年第4期，第120~121页；茅少伟：《论恶意串通》，《中外法学》2017年第1期，第168~170页；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》，《人大法律评论》2014年卷第1辑，第209~211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92~93页。

与国有企业的工作人员或者代理人等恶意串通，以低价贱卖国有资产，损公肥私的行为，但这种情况实际上可以通过代理制度中的相关规定，如总则第164条第2款的规定予以解决，无须再单独规定恶意串通；同时，恶意串通并非一种具体的行为样式，其在实践中可以表现为不同的行为类型，如欺诈、无权处分等，而这些行为都已经有具体的规则可以解决，不需要在总则中继续规定恶意串通。”^①但立法者仍然保留了恶意串通规则，其理由是：“第一，行为人恶意串通损害他人合法权益的行为，多数情况下权益受损害的人当时并不知情，如果不对这种行为科以无效后果，无法体现对其合法权益的有力保护；第二，民法通则、合同法规定恶意串通行为无效以来，为司法实践提供了明确的裁判指引，民法总则应当继续沿用这一规定；第三，虽然民法总则及其他民事法律对欺诈、无权处分等具体规则作了规定，但民事生活的复杂性决定了实践中仍有可能出现现有具体规则无法解决的情形，保留恶意串通的规定可以在没有具体规则可以适用时发挥规则填补的作用”。^②恶意串通规则从立法草案到成文法，沉浮俯仰一甲子有余，从最初的代理行为效力规则，到现在的法律行为无效规定，立法者最终明确表态——恶意串通规则是“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”效力的一般规定。然上述恶意串通规则存在的问题，并不会因立法者的一句声明而消失，恶意串通规则仍面临着存在意义之疑问。关于新法下的恶意串通规则是否有独立存在的意义，笔者认为，应先从认定其性质开始。

三、恶意串通规则之性质——公序良俗原则的特别条款

(一) 恶意串通与通谋虚伪表示

前已论及，恶意串通规则的适用情形涵盖代理权滥用、通谋虚伪表示、诈害行为、无权处分、第三人欺诈、骗取担保、规避法律、串通拍卖、串通招投标等。《民法总则》已经规定了通谋虚伪表示与第三人欺诈规则，^③特别是通谋虚伪表示，在新中国民法立法上，其与恶意串通有着一样悠久的历史，^④且与恶意串通有着类似的构造——“通谋”，故在《民法总则》将通谋虚伪表示与恶意串通一并规定的背景下，恶意串通规则应有新的意义。

所谓通谋虚伪表示，学理上的解释是：“表意人与相对人通谋而为虚假的意思表示。”^⑤意思表示是法律行为的核心要素，就内部关系而言，法律行为的效力与意思表示的效力脉脉相通。通谋虚伪表示中的行为人与相对人都没有受法律拘束的意思，故此时意思表示不生效力，法律行为也不生效力。^⑥此外，通谋虚伪表示下常常隐藏另一个法律行为，该法律行为是行为人与相对人欲使发生效力的，称为隐藏行为，隐藏行为的效力依相关法律规定确定。《民法总则》第146条第1款就是关于“通谋虚伪表示”的规定，第2款则是关于“隐藏行为”的规定。但法条表述稍有不妥，行为人与相对人以虚假的意思表示实施的民事法律行为应是“不生效力”而非“无效”，因为通谋虚伪表示的效

① 《中华人民共和国民法总则释义》，第484页。

② 《中华人民共和国民法总则释义》，第484页。

③ 《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。以虚假的意思表示隐藏的民事法律行为的效力，依照有关法律规定处理。”第149条规定：“第三人实施欺诈行为，使一方在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为，对方知道或者应当知道该欺诈行为的，受欺诈方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。”

④ 在新中国民法立法史上，“通谋虚伪表示”的规定可追溯至新中国第一次民法典立法活动，1955年10月5日起草的《中华人民共和国民法总则草稿》第46条规定：“双方通谋所做出的，专为表示形式的法律行为，无效。”第47条规定：“双方通谋以虚伪（伪装的）法律行为掩盖真实的法律行为的，其虚伪（伪装）法律行为应认为无效；真实法律行为如不与法律相抵触，应认为有效。”参见《新中国民法典草案总览》，第9页。

⑤ 梁慧星：《民法总论（第5版）》，法律出版社2017年版，第181页。

⑥ [德]迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社2013年版，第446页。

力瑕疵来自法律行为内部，而非因为法律行为违背了外部价值判断——法律行为之所以“无效”，通常是因为违背了外部价值判断。^①

可见，虽然恶意串通与通谋虚伪表示都有“通谋”要求，但通谋虚伪表示“通谋”的是虚假意思，而恶意串通“串通”的是真实意思，否则，《民法总则》第146条就没有独立存在的价值。况且，恶意串通规则还有损害性要件，而通谋虚伪表示没有，通谋虚伪表示属意思表示瑕疵类型。也就是说，恶意串通规则并不适用通谋虚假表示的情形，这有助于认定恶意串通规则的性质。

(二)《民法总则》下恶意串通规则的解释论

既然立法已经做出了选择——保留恶意串通规则，那么接下来就该是解释论登场。《民法总则》出台后，从解释论出发，学界就恶意串通的性质，有以下几种观点。

有学者认为，“法律之所以使民事法律行为无效……而在恶意串通场合，应区分场合说明，在行为人为一方当事人的代理人场合，其与相对人恶意串通，损害被代理人合法权益，是因为对于被代理人而言该民事法律行为不符合其真实意思，有瑕疵；在行为人为当事人场合，法律使之无效，则是由于存在损害他人合法权益的主观恶意。”^②该观点认为，在不同场合，恶意串通规则的本质不同，或是意思表示瑕疵效力规则，^③或是法律行为因违背公序良俗而无效。^④

有学者认为，“体例上应属于意思表示瑕疵类型的恶意串通行为，由于规范结构与侵权行为无异，其适用范围日益扩张，不仅可以构成通谋虚伪表示，而且还与债权人撤销权、欺诈、无权处分、心中保留、以合法形式掩盖非法目的等产生竞合状态”，“在制定民法典的背景之下，我们应当完全废除‘恶意串通行为’规范，在意思表示瑕疵的规范体系之下，以‘通谋虚伪表示’取而代之。”^⑤该观点认为，恶意串通规则的本质就是意思表示瑕疵效力规则，不因场合不同而有区别。

有学者认为，“与传统违法行为不同，‘恶意串通’对第三人实施的违法行为打破了‘一对一’式的力量均衡，已成为诚信社会的痼疾”，^⑥恶意串通是涉及第三人、带有伦理评价的三方构造，^⑦“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，比较法构成上之异同，研判其效力，进而厘清究竟适合用何种关系。”^⑧该观点试图从“生活事实规范化”、“法律规范体系化”角度来论证恶意串通规则的合理性，然其并未揭示恶意串通规则的性质，确切说，该观点中的恶意串通并没有统一的规则形态，只是将一个生活概念上升为法条概念，实质上仍须借助通谋虚伪表示、债权人撤销权、无权处分、第三人欺诈、法律行为违背公序良俗等具体规定处理问题。

有学者认为，“恶意串通损害他人合法权益的行为，本质上属于违背善良风俗的行为，本条作出特别规定，是对此种背俗行为的特别例示规定”，^⑨“未被其他制度所涵盖的恶意串通法律行为，虽不妨碍通过公序良俗规定解决，但在违背公序良俗法律行为无效规定之后，专设恶意串通法律行为无

① 《民法总则》第153条规定：“违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效，但是该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外。违背公序良俗的民事法律行为无效。”

② 韩世远：《虚假表示与恶意串通问题研究》，《法律适用》2017年第17期，第46页。

③ 如前所述，20世纪50年代民法草案的代理人与相对人恶意串通行为，立法和学说上都认为其违背了被代理的真实意志。

④ “存在损害他人合法权益的主观恶意”违背了善良风俗。

⑤ 冉克平：《“恶意串通”与“合法形式掩盖非法目的”在民法典总则中的构造——兼评〈民法总则〉之规定》，《现代法学》2017年第4期，第78页。

⑥ 张平华：《恶意串通法律规范的合理性》，《中国法学》2017年第4期，第207页。

⑦ 张平华：《恶意串通法律规范的合理性》，《中国法学》2017年第4期，第209~210页。

⑧ 张平华：《恶意串通法律规范的合理性》，《中国法学》2017年第4期，第225页。

⑨ 李宇：《民法总则要义——规范释论与判解集注》，法律出版社2017年版，第700~701页。

效的规定，作为违背公序良俗法律行为无效的特例，亦有实益。”^①该观点认为，恶意串通行为本质就是违背公序良俗法律行为之一种，恶意串通规则之性质是公序良俗原则的特别条款。

就恶意串通规则本质是意思表示瑕疵效力规则的观点，笔者认为，该观点已超出恶意串通规则的文义，按《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”，“行为人”与“相对人”均不会因恶意串通而产生意思表示瑕疵，何谓法律行为因意思表示瑕疵而无效？在代理这一特殊场合，即使承认代理人与相对人恶意串通违反被代理人的意志，被代理人因此产生意思表示瑕疵，但该瑕疵何以导致法律行为无效？因意思表示瑕疵导致法律行为“无效”的唯有通谋虚伪表示（实应为不生效力），但代理人与相对人为通谋虚伪表示时，被代理人并不因此产生意思表示瑕疵，且新法下的恶意串通规则已不包括通谋虚伪表示的情形。

就从“生活事实规范化”、“法律规范体系化”角度论证恶意串通规则合理性的观点，恶意串通并没有统一的规则形态，只是将一个生活概念上升为法律概念，实质仍是由通谋虚伪表示、债权人撤销权、无权处分、第三人欺诈、法律行为违背公序良俗等具体规定处理问题。按此论证，因“恶意串通”是双方恶意串通、涉及第三人、带有伦理评价的三方构造，故立法应引起重视，可“重视”后的恶意串通并没有独立统一的构成要件、法律效果，只是一个囊括各具体规定的上位“法条概念”，具体问题的解决仍须借助于具体规定。

（三）恶意串通规则的性质

上文论及，恶意串通规则于代理权滥用、通谋虚伪表示、诈害债权、无权处分、第三人欺诈、骗取担保、规避法律、串通拍卖、串通招投标等情形中，基本可以为其他具体规则取代；余下为数不多的适用情形，将由恶意串通规则发挥规则填补作用，然这些情形亦属公序良俗条款——《民法总则》第153条第2款的适用范围，^②换句话说，恶意串通规则在仅剩的适用情形中发挥着公序良俗条款所要发挥的功能，恶意串通规则是公序良俗原则的特别条款。

所谓公序良俗原则，是指法律行为的内容及目的不得违反公共秩序或善良风俗。^③《民法总则》第8条规定：“民事主体从事民事活动，不得违反法律，不得违背公序良俗。”第153条第2款规定：“违背公序良俗的民事法律行为无效。”公序良俗原则的目的是，在遇有损害国家利益、社会公益和社会道德秩序的行为，而未有相应禁止性规定时，弥补禁止性规定之不足，授权法院以公序良俗原则认定法律行为无效。^④其用来判断法律行为无效的，是存在于法律本身的价值体系（公共秩序），或法律外的伦理秩序（善良风俗）；^⑤所判断的对象，是法律行为的内容、附随情况，以及当事人的动机、目的及其他相关因素。^⑥在恶意串通行为中，行为人与相对人恶意串通损害他人合法权益，行为人与相对人主观上存在恶意，实施法律行为的目的是损害他人合法权益，明显符合公序良俗原则所针对的情形，恶意串通规则本质亦属公序良俗条款。公序良俗是公共秩序和善良风俗两个概念的合成，然公共秩序和善良风俗有时并非泾渭分明，“两个概念界限模糊，不易区分”，^⑦故于整体上把握，违反公序良俗的法律行为主要有以下几种类型：其一，危害国家公序类型；其二，危害家庭关

① 《民法总则要义——规范释论与判解集注》，第702页。

② 《民法总则》第153条第2款规定：“违背公序良俗的民事法律行为无效。”

③ 《民法总论（第5版）》，第51页。

④ 《民法总论（第5版）》，第51页。

⑤ 王泽鉴：《民法总则》，北京大学出版社2009年版，第277页。

⑥ 《民法总则》，第279页。

⑦ 蔡唱：《公序良俗在我国的司法适用研究》，《中国法学》2016年第6期，第249页。

系类型；其三，违反性道德类型；其四，射幸行为类型；其五，违反人权和人格尊重类型；其六，限制经济自由类型；其七，违反公平竞争类型；其八，违反消费者保护类型；其九，违反劳动者保护类型；其十，显失公平（暴利行为）类型。^①实务中少数“只能”适用恶意串通规则的情形，其实都符合上述违反公序良俗的法律行为类型。

然就“恶意串通虽属违背善良风俗的行为，但专设恶意串通法律行为无效之规定，作为违背公序良俗法律行为无效的特例，便利于法律适用，亦有实益”的观点，笔者认为，恶意串通规则性质上属于公序良俗特别条款的观点可资赞同，但作为公序良俗特别条款的恶意串通规则是否“便利于法律适用”从而“亦有实意”，则值得怀疑。该观点认为，“将某种违背公序良俗的行为特别例示，立法例上早有先例。《德国民法典》第138条第1款规定违背善良风俗的法律行为无效，第2款规定暴利行为尤应无效，系将暴利行为作为违背善良风俗行为的一种特例加以规定”，^②恶意串通规则也是对恶意串通这一背俗行为的特别例示规定。^③诚然，德国将暴利行为规则作为公序良俗条款的特别规则，然德国实务表明，该规则几乎得不到适用：“由于暴利行为须具备‘双重要件’，即给付显失均衡的客观要件和有乘对方穷迫、轻率或无经验的主观要件，因此实务中认定为暴利行为的案例极少。虽经1976年的修正法，修改为‘乘他人的急迫情事、无经验、判断力欠缺或显著意志薄弱’，仍未达到缓和主观要件的目的。因此判例实务将本应适用第138条第2款的行为，改为适用第1款作为一般违反公序良俗行为处理。”^④恶意串通规则的适用，同样存在主观要件难以证明的问题。行为人与相对人恶意串通损害他人权益的故意是主观要件，该要件的证明责任由受害方承担，而受害方往往就此是很难查知的；而且根据《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》（以下简称《民事诉讼法解释》）第109条规定，^⑤恶意串通的证明标准是“排除合理怀疑”，远高于一般民事行为证明标准“高度盖然性”。虽实务中却存在着大量适用恶意串通规则的案件，但实际上是由某些法院公然违背《民事诉讼法解释》的要求而贡献了适用率。^⑥故，专设恶意串通规则并不能便利于法律适用，反倒是直接适用法律行为因违背公序良俗无效的原则而更便于法律适用，因为公序良俗原则本就是授权条款，授权法院根据法律行为的内容、目的、当事人动机和附随情事等条件综合认定法律行为的效力，不会出现因受害方受制于举证困难而使法院无法得出公平正义裁判之困局。换言之，就违背公序良俗的特殊情形，如恶意串通行为，授权法院审查^⑦仍比交由受害方举证更有利于公序良俗原则目的之实现，且比较法的经验也采此做法。

四、特殊案型中的恶意串通——仍为违背公序良俗行为

值得注意的是，《民法总则》出台前，已经有不少学者注意到了恶意串通行为违背公序良俗的属

① 《民法总论（第5版）》，第208~210页。

② 《民法总则要义——规范释论与判解集注》，第701页。

③ 《民法总则要义——规范释论与判解集注》，第701页。

④ 《民法总论（第5版）》，第209~210页。

⑤ 《民事诉讼法解释》（法释〔2015〕5号）第109条规定：“当事人对欺诈、胁迫、恶意串通事实的证明，以及对口头遗嘱或者赠与事实的证明，人民法院确信该待证事实存在的可能性能够排除合理怀疑的，应当认定该事实存在。”

⑥ 有些法院的做法是在受害方证明恶意串通事实基本可能性后，证明责任发生转移；待对方辩解不成立才可“排除合理怀疑”，从而认定恶意串通成立。参见《民法总则要义——规范释论与判解集注》，第718页。

⑦ 梁慧星：《违背公序良俗的民事法律行为无效由法官审查认定》，<http://sichuan.scol.com.cn/cddt/201704/55877047.html>，2017年12月3日。

性，^①但或是出于坚持解释论的原因，并没有将这一认识贯彻到底。就恶意串通行为性质之认识，导致认识立场不坚定从而认为有单设恶意串通规则必要的，主要出现在两个场合：代理权滥用和一物二卖。笔者将分别就这两种情形，明确特别案型中的恶意串通仍属违背公序良俗行为之本质。

（一）代理权滥用

所谓代理权滥用，指代理人于从事代理行为时，虽未超过其代理权限，但违反其内部关系之义务者。^②在意定代理场合，代理权的产生基于代理权的授权行为，代理人对被代理人所负的义务则来自内部关系，该内部关系常为雇佣关系、委托关系等。当代理人违反代理权限时，构成无权代理，代理行为效力待定；当代理人没有违反代理权限，但违反了内部关系时，构成代理权滥用，由于一般情形下，相对人并不知道被代理人和代理人的内部关系，为使相对人免受该内部关系之约束，故仍使代理行为对被代理人发生效力——代理行为有效。^③因此在一般情况下，代理人滥用代理权时之所以代理行为效力不受影响，是因为相对人对代理人违反内部关系的行为不知情，要保护相对人的信赖；然若代理权滥用是代理人和相对人恶意串通所为的，则相对人就不存在保护的必要，此时代理权滥用行为是出于代理人和相对人的共同恶意、目的是损害被代理人的利益，违反善良风俗，法律行为因违反公序良俗而无效，故代理行为应为无效。德国法上亦认为，代理人与意思表示受领人违反善良风俗共同导致被代理人不利益时，代理行为对被代理人不具拘束力。^④故在代理权滥用情形下的恶意串通，亦属违反公序良俗的法律行为，代理行为因违背公序良俗而无效，可直接适用《民法总则》第153条第2款，无需要特别设立恶意串通规则。至于自己代理和双方代理，其有可能构成代理人对忠实义务的违反，但与一般代理权滥用相比仍有特殊之处——代理人极有可能会违反忠实义务只是个预设，是否违反、违反了是否愿意承受结果，被代理人应有一定的选择自由，故此时代理行为效力待定。《民法总则》第168条即规定，自己代理、双方代理时代理行为效力待定。

（二）一物二卖

一物二卖中的恶意串通的典型情形，出现在房屋买卖场合，即出卖方与第一买受人签订房屋买卖合同后，在办理房屋所有权移转登记前，又与第二买受人恶意串通，另行订立房屋买卖合同，并将房屋交付或办理房屋所有权登记于第二买受人。这是生活中常见的情形，且在国人观念中，房屋具有重要意义，故最高人民法院对此专门出台司法解释，即《最高人民法院关于商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》。该解释第10条规定：“买受人以出卖人与第三人恶意串通，另行订立商品房买卖合同并将房屋交付使用，导致其无法取得房屋为由，请求确认出卖人与第三人订立的商品房买卖合同无效的，应予支持。”司法解释的态度是，该情形构成恶意串通，行为人与相对人的法律行为——商品房买卖合同，无效。债权具有平等性，就同一标的物，出卖人完全可以与多人订立买卖合同，且于满足一般条件时买卖合同均有效。在恶意串通下的一房二卖中，第二买受人与出卖人签订的合同之所以无效，是因为出卖人与第二买受人主观上有使第一买受人的债权无法实现的共同恶意，其实施法律行为的目的，就是使第二买受人取得房屋所有权而不顾第一买受人利益，且第二买受人也取得房屋所有权或实际占有，是“损人利己”的行为；该“损人利己”行为违背善良

^① 杨代雄：《恶意串通行为的立法取舍——以恶意串通、脱法行为与虚假表示的关系为视角》，《比较法研究》2014年第4期，第111~112页；茅少伟：《论恶意串通》，《中外法学》2017年第1期，第151~152页。

^② 王泽鉴：《债法原理（第2版）》，北京大学出版社2013年版，第286页。

^③ [德] 哈尔姆·彼得·韦斯特曼：《德国民法基本概念（第16版）》，张定军、葛平亮、唐晓琳译，中国人民大学出版社2013年版，第67页。

^④ 《德国民法基本概念（第16版）》，第68页。

风俗，而法律行为因违背善良风俗无效，故买卖合同无效。比较法上，不动产一物二卖中的恶意串通亦是讨论热点，此时就第二买受人与出卖人间的法律行为之效力，我国台湾地区有观点认为，第一买受人可依据债权人撤销权请求法院撤销，^①然债权人撤销权之行使需以出卖人因其行为而陷于无资力为要件，该要件于此情形常不满足，故以债权人撤销权撤销法律行为的思路存在解释困难；德国法上有观点认为，此时第二个买卖合同无效，理由是“参见民法典第138条第1款之规定”，^②即“违反善良风俗的法律行为无效”。故在一物二卖下的恶意串通行为，亦是违背公序良俗的法律行为，此时第二买受人与出卖人间的买卖合同因背俗而无效，恶意串通规则于此的性质还是公序良俗条款。

值得注意的是，在一物二卖下的恶意串通场合，仍以一房二卖为例，除了第二买受人与出卖人的法律行为——买卖合同因违背公序良俗无效外，第二买受人与出卖人还构成共同侵权，即以故意违背善良风俗的方式侵害了第一买受人的债权，故第一买受人可主张损害赔偿，损失是出卖人因迟延履行所产生的损失等。即，此时的买卖合同有两个性质：其一，就法律行为性质而言，其是违背公序良俗的法律行为，无效。合同双方当事人依《合同法》第58条负相互返还义务，第二买受人应办理房屋所有权转移登记于出卖人，第一买受人得以向出卖人主张实际履行，出卖人怠于请求第二买受人办理移转登记的，满足相关条件的第一买受人可类推适用债权人代位权，直接让第二买受人将房屋所有权转移登记于自己（第一买受人仍需按约定向出卖人支付价款自不待言）；其二，就作为侵权行为的手段而言，买卖合同并不因无效而失去其作为侵权行为手段之身份，即侵权行为仍存在，第二买受人与出卖人仍需依《侵权责任法》第15条第1款第6项负赔偿损失的责任，损失包括第一买受人因出卖人迟延履行所产生的损失。故一物二卖下的恶意串通存在两方面问题——法律行为方面问题与侵权行为方面问题。有观点试图通过对构成要件和法律效果的限定，以侵权法思路解释恶意串通规则，使恶意串通行为得以从违背公序良俗的法律行为中独立出去。^③该做法面临的一大问题是，何以解释恶意串通行为无效？即无效是哪种侵权责任方式的后果？从法条上看，唯有《侵权责任法》第15条第1款第5项规定的“恢复原状”，在文义上会有“使法律行为无效”的效果，即“恢复到损害没有发生时应有之状态”——第一买受人的债权之所以得以实际履行，是因为第二买受人并未取得房屋所有权；第二买受人何以没有取得房屋所有权有多种解释，此处所采解释是使买卖合同无效，因买卖合同无效而不发生物权变动效力。该解释较为复杂，且我国法上的“恢复原状”的含义远没有大陆法系恢复原状的含义那么广”。^④

五、结论

虽然《民法总则》保留了恶意串通规则，且明确其是使法律行为无效的一种一般规定，但其一直以来存在的问题并没有解决。实务中适用恶意串通规则的案型，大多为代理权滥用、通谋虚伪表示、诈害债权、无权处分、第三人欺诈、骗取担保、规避法律、串通拍卖、串通招投标等情形，随着《民法总则》的出台，相应规则已得到补充与完善，完全可以适用其他具体规则；剩下为数不多的适用情形，则由一般性规定的恶意串通规则发挥作用，但此举也是完全没有必要的——恶意串通规则性质上是公序良俗原则的特别条款，且在现行恶意串通规则的举证责任下，采此规则不便于法律适用和不利于当事人利益保护，应当直接适用“违背公序良俗的民事法律行为无效”原则，即

① 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478页。

② [德]鲍尔、施蒂尔纳：《德国物权法（上册）》，张双根译，法律出版社2004年版，第94页。

③ 茅少伟：《论恶意串通》，《中外法学》2017年第1期，第151~164页、第169页。

④ 程啸：《侵权责任法（第2版）》，法律出版社2015年版，第669页。

《民法总则》第153条第2款。

立法者认为应当保留恶意串通规则的理由并不成立：其一，就“对恶意串通行为不科以无效后果，无法有力保护第三人合法权益”而言，“无效”并不一定能保护第三人合法权益，^①即使“无效”能保护第三人合法权益，亦是通过公序良俗原则来达到使法律行为“无效”之效果。其二，就“长期以来为司法实践提供了明确的裁判指引，民法总则应当继续沿用”而言，毋宁说是司法实践已形成了用恶意串通规则否定法律行为效力的思维习惯，在具体规则已经完备的情况下，实务不应当继续“迷恋”恶意串通规则，否则在相关场合会罔顾具体规则，与应然之法理背道而驰；况且这一思维习惯很可能会导致对证据规则的公然违反。立法的任务就是要纠正这一错误思路，而非放任，更不能支持。其三，就“保留恶意串通的规定可以在没有具体规则可以适用时发挥规则填补的作用”而言，此理由直接反映了“恶意串通属违背公序良俗的法律行为”的本质，但发挥规则填补作用的条款已经存在——《民法总则》第153条第2款，且无需新增。故，恶意串通规则没有存在的必要，未来制定民法典总则时应当将其删去。

本文作者：崔吉子，法学博士，华东政法大学法律学院教授、博士生导师

责任编辑：龚赛红

A Research on the Existence and Abolishment of Malicious Collusion Rule—and a Comment on Articles 154 and 146 of the General Provisions of the Civil Code of PRC

Cui Jizi

Abstract: Malicious collusion rule is a major feature of China's civil law. The General Provisions of the Civil Code follows Article 58 (1) (4) of the General Principles of the Civil Law and Article 52 (2) of the Contract Law, and retains this feature in Article 154. However, malicious collusion is a legal act against public order and good custom, and malicious collusion rule is essentially a special clause of Article 153 (2) of the General Provisions of the Civil Code. In addition, the General Provisions of the Civil Code added a provision for conspiracy hypocritical act in Article 146. Therefore, the malicious collusion cases handled in practice can be completely subject to such specific rules as the rules about conspiracy hypocritical act and creditor cancellation rights. The remaining few cases can be applied to Article 153 (2) of the General Provisions of the Civil Code. As a result, the principle of public order and good custom can play a role in filling the rules. The life structure of “the malicious collusion between the perpetrator and the relative person harms the legitimate rights and interests of others” is not special enough to set up general provisions in the Civil Code. It is recommended that the malicious collusion rule be deleted when the General Provisions of the Civil Code are formulated in the future.

Keywords: malicious collusion; conspiracy hypocritical act; public order and good custom; the General Provisions of the Civil Code of PRC

^① 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91页。