

# 通谋虚伪表示规则研究

解璐渝

扬州大学法学院, 江苏 扬州

收稿日期: 2023年4月11日; 录用日期: 2023年4月24日; 发布日期: 2023年7月7日

## 摘要

通谋虚伪表示作为意思表示不真实的类型之一, 最早由德国民法引入。我国《民法总则》第一百四十六条在立法上首次确认通谋虚伪表示规则, 进一步填补了我国民法体系在意思领域的空白。现行《民法典》延续了这一规定, 但其作为新生的规则还存在许多问题: 一是长久以来与恶意串通等相似规范存在适用上的冲突与竞合, 对此实践和理论争议不断, 同案不同判现象频发; 二是在债权领域仍然存在立法空白, 缺失善意第三人保护机制; 三是司法适用上与举证责任产生脱节, 进而使得该条款沦为纸面条款。基于上述情况, 可以采取以下解决路径: 一是在法理上对无效原因进行梳理区分并对恶意串通的适用边界进行限缩; 二是采用《德国民法典》分散规定的方式对债权领域进行立法完善; 三是采用举证责任倒置的方式完成善意第三人利益保护实体法到程序法的衔接。

## 关键词

通谋虚伪, 意思表示, 恶意串通, 善意第三人

# Collusion Hypocrisy Indicates Rule Study

Luyu Xie

School of Law, Yangzhou University, Yangzhou Jiangsu

Received: Apr. 11<sup>th</sup>, 2023; accepted: Apr. 24<sup>th</sup>, 2023; published: Jul. 7<sup>th</sup>, 2023

## Abstract

Conspiracy to misrepresent, as one of the types of untrue representation of meaning, was first introduced by German civil law. Article 146 of the General Principles of the Civil Code of China confirmed the rule of conspiracy to misrepresent for the first time in the legislation, further filling the gap in the field of meaning in our civil law system. The current Civil Code continues this provision, but as a new rule, there are still many problems: firstly, it has long been in conflict and competition with similar norms such as malicious collusion, which has led to constant disputes in practice and theory, and the phenomenon of different judgments in the same case; secondly, there is still a

legislative gap in the field of claims, and there is no mechanism to protect bona fide third parties; thirdly, there is a disconnect between the judicial application and the burden of proof, which in turn reduces the clause to a paper clause. In view of the above, the following solutions can be adopted: firstly, to sort out the causes of invalidity in jurisprudence and to limit the boundaries of the application of malicious collusion; secondly, to adopt the decentralised provisions of the German Civil Code to improve the legislation in the field of claims; thirdly, to adopt the reversal of the burden of proof to complete the connection between the substantive law and the procedural law for the protection of the interests of bona fide third parties. Only in this way can conspiracy to misrepresent play its proper role, instead of being put on the shelf in practice.

## Keywords

Conspiracy and Hypocrisy, Declaration of Desires, Malicious Conspiracy, Bona Fide Third Party

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

## 1. 引言

《民法典》<sup>1</sup>第一百四十六条是对通谋虚伪表示的规定：“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”。较于《民法总则》<sup>2</sup>，其在具体内容上并没有变化，只是将通谋虚伪表示这一表述更改为虚假表示，并且在此基础上将第二款对应的内容定义为隐藏行为。通谋虚伪表示的概念最初由《德国民法典》加以规定，作为大陆法系的传统民法理论，随后也被众多国家在立法上加以继承发展。虽然通谋虚伪表示在我国立法上一直处于缺位状态，但在日常民事法律活动中，通谋虚伪表示却在诸多领域有所体现。如名义上表现为买卖而实则是要行借贷担保的民间借贷纠纷，或是在建设工程领域和房屋买卖中的“阴阳合同”，又或是债务人为了逃避债务的履行而与债权人或其他人签订的“虚假合同”等。由此可见，通谋虚伪表示在日常活动中涉及的“面积”极为宽广，但是苦于在法律条文上没有明文且具体的规定来加以引用，这就使得在实务中，恶意串通和以合法形式掩盖非法目的行为长期替代并发挥着通谋虚伪表示的功能。因此，当通谋虚伪表示被正式确定后，针对上述问题在理论与实践上的争议开始显现。正是在上述背景之下，对通谋虚伪表示作进一步的研究才显得更具有意义。通过细致分析，该种意义也显现在理论与实务两者间。从理论层面上看，通谋虚伪表示是对意思自治和信赖保护的完整诠释，其不仅与单独虚伪表示一起完善了虚伪表示理论体系，也是对法律行为效力体系的增益。作为“新生”的规则，其在理论上还有许多不完善处。因此，理论界对该规则的争议也较多，但越是争论处则越能促使理论的完善。至于在实务层面上则主要体现在司法适用的困境与程序法上的衔接问题。如能将通谋虚伪表示与在司法实务中经常混为一谈的相似法律行为在适用上进行梳理区分并能厘清其中原理，同时针对善意第三人在证明其存在通谋虚伪表示的情况下，对现行的举证责任相体裁衣，区分好举证责任的分配，变通原则上的举证方式，实行举证责任倒置。那么通谋虚伪表示才能发挥其应有之功效，而不是在实务中被束之高阁。

<sup>1</sup>2020年5月28日，十三届全国人大三次会议表决通过了《中华人民共和国民法典》，自2021年1月1日起施行。

<sup>2</sup>2017年3月15日，十二届全国人民代表大会第五次会议表决通过了《中华人民共和国民法总则》，自2017年10月1日起施行，2021年1月1日被废止。

## 2. 通谋虚伪表示的概述

### 2.1. 通谋虚伪表示的含义

我国《民法典》第一百四十六条规定，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。这是我国法律对于通谋虚伪表示的基本规定。从含义上来说，它是指实际上表意人与相对人彼此均不想要该种表面的非真意的法律行为所包含的法律后果据此产生，而仅仅在形式上一致同意制造出订立某种法律行为的表象。换言之，表意人和相对人跨越了形式上二人通谋所达成的虚伪的意思表示，而达成了更高层面的一致，这种一致隐匿在彼此心中而没有采用产生法律效力的外在表现形式，其实质是推翻不能体现双方真实意图的虚假外观[1]。因此，就通谋虚伪表示而言，它属于意思表示瑕疵的一种类型，同时也是一项有瑕疵的法律行为。

### 2.2. 通谋虚伪表示的理论基础

我国民事立法，在法律行为效力瑕疵和归属问题上，将信赖保护原则和意思自治原则作为一种基础共识和法理基础，通过对二者的合理运用，完成通谋虚伪表示的理论和逻辑上的构建[2]。

意思自治原则作为私法的最重要的原则之一，是指民事主体基于自主意志在合理范围内不受限制的去处理自身事物，从而达到了保护民事主体意志自由和快速解决契约争议的统一。但是，自由不能无限制的行使，绝对的自由则是对正常秩序下自由的侵蚀，社会契约理论中说到“人生来是自由的，但却无处不身带枷锁”，意思自治原则最大程度的保护了人们意思表示、订立契约的自由，但这种自由上悬挂着一柄达摩克斯之剑，即自由的行使要在诚实信用和公序良俗二者的限制之下。具体到通谋虚伪之中，则体现在对隐藏行为效力的规定，当意思自治侵蚀了正常的交易秩序和安全稳定的边界并造成损害，那么对该主体所实施的法律行为就应当从法律效力上加以否定，从而平衡意思自治和交易秩序之间的关系[3]。

信赖保护原则，是指民事主体基于主观心理上的信赖状态，进行一定的作为或不作为并产生一定的法律效果，当信赖遭受损害时，依托于法律事实所展现出来的信赖可以通过法律手段加以保护。尽管我国民法典中并未将信赖保护原则列为民法诸原则之一，但它仍然客观地隐存于私法浩瀚的规整脉络之中，并长期受到肯定[4]。在通谋虚伪表示中，第三人基于对当事人所创设的法律外观的信赖并展开了一定法律活动，而造成第三人对此加以信赖的风险为通谋虚伪表示的当事人所知悉并掌握，故表意人和相对人对于其所创设的法律外观具有可归责性，同时这也体现了私法自治的要求，当行为人以可归责的手段从事法律行为并创设了相应的权利外观时，制定法和学说都要求对善意第三人予以积极的信赖保护。

### 2.3. 与恶意串通的比较分析

恶意串通是我国民法中否认民事法律行为有效性的独特条款。最早的表述见《民法通则》<sup>3</sup>第五十八条第一款第四项：损害国家、集体或第三人合法权益的民事法律行为无效。《民法典》继续规定在第一百五十四条，调整后表述为“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”。

一般认为恶意串通包括主客观两方面的构成，主观方面双方当事人皆希望通过订立合同来达到损害他人合法权益的目的，可以是双方对订立合同事先取得一致意见，也可以是一方事先不知情，对于另一方做出的订立合同的意思表示，明知或默示合同的违法内容仍然(受领)接受并签订合同[5]；客观方面则表现为损害他人合法权益。以代理人与相对人损害被代理人利益作为例子，甲公司为资金周转与乙公司之间达成了借款 150 万元的借款协议并以房产作为抵押担保，二者的协议由居间代理商促成，期间居间

<sup>3</sup>1986年4月12日由第六届全国人民代表大会第四次会议修订通过，1987年1月1日起施行，2021年1月1日被废止。

代理公司要求甲出具授权委托书由公司员工代为办理房屋抵押有关事项，而后甲无力偿还到期债务，而居间代理公司员工在未告知甲的情况下，将该房产以明显不合理的价格出售给了居间代理公司法人。根据法律层面表达的字面意义，“串通”与“通谋”的核心要素有很大的相似之处，导致了两者之间不可避免的重叠。这两个概念的相似之处主要体现在以下三个方面：第一，两个概念的主体包含或超过两个人，而不是一个人；第二，“串通”和“通谋”都是指在实施行为之前，双方已经就各自的意图进行了沟通，并就如何行动达成了共识；最后，通谋虚伪表示和恶意串通皆有损害第三人权益的动机或可能[6]。可以明确的是，“通谋”中虚假表示行为并不是两人真正想要实施并产生效力的，他们的表达是有缺陷的，所以他们通过没有公开披露的隐藏行为来表达自己的真实意图。相反恶意串通表达真实性具有巨大不确定性。在这个前提下，如果恶意串通的靶向包括不真实的意图表达，就会出现民事行为同时满足不真实表达和损害他人合法权益的两个条件时这两种规则运用的重叠，即基于考虑表达缺陷或行为造成的损害来看，很难判断该行为是否无效。

### 3. 通谋虚伪表示的法律效力

#### 3.1. 虚假意思表示实施的民事法律行为效力

理论上对于通谋虚伪表示在当事人之间无效达成了一致意见。但是该无效存在例外情形，最常见的就是对涉及身份行为的通谋虚伪表示不得一概认定为无效，例如因通谋虚伪表示而缔结或解除婚姻关系的问题，对于无事实婚姻关系的虚假结婚，应为无效；对于通谋虚伪表示而产生的有共同生活事实的婚姻，我国部分学者认为有效，原因在于婚姻行为强烈的情感属性[7]，并且兼具人身属性和财产属性区别于一般的民事法律行为，与社会人伦常理密切联系，而家庭的稳定才有利于整个社会的稳定，特别是考虑到有子女的家庭，若因意思表示不真实否认婚姻的合法有效性必然会损害到子女的利益；而对于虚假离婚，目前我国民法典婚姻编及相关司法解释并未做出明确规定，在司法实践中往往因其不符合无效条件而有效。

#### 3.2. 隐藏的民事法律行为效力

隐藏行为，是指通过通谋虚假表明了当事人隐藏于内心的、实际所欲进行的司法活动。隐藏行为不同于通谋虚伪表示之中的虚假行为，是当事人真实意思的具体表现，其效力不受其是否被隐藏所影响，同时可脱离通谋虚伪表示与虚假意思表示相区分，对其效力进行单独评价。在实际生活中最常见的就是名为买卖，实为赠与或者故意签订远远低于实际价格的不动产合同作为登记备案而意图避税，在这种情形下，赠与和避税就是隐藏行为。隐藏行为一般与表面行为共同存在，但有表面行为不一定有隐藏行为，例如为躲避债务而假意将财产赠与给他人。对于隐藏行为效力，我国民法上采用“依照有关法律规定处理”，视不同情况进行处理：合乎法律规定的隐匿行为有效，以前文所述的缔结成交金额不真实的买卖合同为例，表面行为即备案合同无效，而那份以实际成交价格签订的买卖合同系真实意思应当为有效；违法的隐藏行为，隐藏行为无效。例如在中国黄金交易严重违法，某些人采用赠与形式规避了黄金交易的禁止性规定，在这些情况下交易将无效。因此有学者认为以合法形式掩盖非法目的与违法的隐藏行为在构成上高度相似，得出规避行为与掩盖非法目的存在部分交叉的结论[8]。

#### 3.3. 对善意第三人的效力

在民法起草过程中，通谋虚伪表示作为一项新兴的法律规则添加了但书规定，但在最后审议时将其删除。而我国《民法典》也延续了民法总则对通谋虚伪表示的规定，因此立法上没有明确的保护善意第三人的规定，如前所述，删除不得对抗规则的立法考量是由于通谋虚伪表示居于总则地位，其对各种交



易形态都存在适用可能性，若其对抗规则与分则规范一样采用相同的方式去阐明具体构成要件，那极有可能造成法律对第三人权利的过度倾斜，意欲实现平等反而不利于实现公正。

而在实践中“不得对抗规则”已经得到了广泛的运用，人民法院采取了具体情况具体分析的办法来保护善意第三人的合法权益，目前对通谋虚伪表示的不得对抗规则采用两种手段，一是通过分则中的具体规范来实现，例如财产法上的虚假的取得行为和负担行为对善意第三人的保护经由善意取得制度和保理合同中对虚构应收账款的相关规定分别解决，二是对于特别规范和类推适用都未能涉及到的交易类型，则可以基于信赖保护原则对善意第三人进行保护，善意第三人可以主张基于信赖所实施法律行为所及其效果的有效性。在个案中，法院更是赋予善意第三人自由选择权，让其自我决定当事人之间的虚假表示行为对其是否有效。

## 4. 我国通谋虚伪表示规则司法适用现状

### 4.1. 与相似法律行为适用混乱

在通谋虚伪表示正式规定在民法总则中之前对于此类案件的裁判类型，大多司法裁判以合法形式掩盖非法目的、恶意串通或是效力不予评价因其未实际履行等等原因对行为效力进行评价。

《民法总则》颁布以后，实务对于恶意串通、以合法形式掩盖非法目的以及通谋虚伪表示的适用混乱仍然存在。为了以更加直观精确的展示，笔者在北大法宝网站上对 2017.10.1 至 2022.4.14 这之间的裁判案例进行了检索和数据统计。其中命中通谋虚伪表示的案例共有 723 个，这其中同时命中通谋虚伪表示和以合法形式掩盖非法目的的案例共有 77 个，同时命中通谋虚伪表示和恶意串通的案例共 233 个。由此说明了有必要对通谋虚伪表示和相似法律行为进行区分。

以范西慧、泰安市泰山轻工机械厂物业服务合同纠纷、确认合同无效纠纷二审民事判决为例<sup>4</sup>，足以说明我国《民法典》上的通谋虚伪表示规范与其他合同无效的法律规范在适用中无法准确适用、裁判者选择不能的困境。适用的难点主要在于三者所规范的法律行为主体和构成要件上的相似性。

本案中，一审法院以原告在机械厂不履行到期债务，有权就机械厂的抵押物优先受偿为理由，认为原告存在债权实现的可能，并且未提交相应证据证明其债权无法实现、权益受损，驳回了原告所提出的在其通过诉讼确认债权并申请法院查封财产期间，机械厂与物管中心和王兴永所签订的《资产转让证明》、《抵债物品交接清单》，系恶意串通以逃避自身债务导致原告债权不能实现、并以不合理低价转让财产，主张对两份协议其转让行为确认无效的全部诉讼请求。而后原告不服判决并提出上诉，并补充提交证据证明资产未真正转移给王兴永，两份协议系虚假协议，表面上虚构以物抵债符合法律规定，实际上是为逃避事实中的债务，属于以合法性形式掩盖非法目的。对此二审进行改判，支持上诉人确认两份协议及其转让行为无效的请求。但实际上这一判决存在一定问题：一、二审法院虽然对《资产转让证明》无效选择适用了通谋虚伪表示的裁判依据，认为“从提交的各种证明中物管中心签字均为见证人而非资产所有人，可见双方的转让其实是意思表示不真实的”，但裁判语言中又提及机械厂主观上具有恶意、对债权人造成损害，由此可见裁判者语言的模糊性：在二者均可适用的情况下面临选择何种法律规范作为无效依据，做出选择后又无法一以贯之，为了增强论证无效理由的充分性不当的采用其他规范构成上的用语；二、二审中上诉人吸取一审中主张恶意串通则可能由于“债权无法实现”的证据瑕疵或不足而承担败诉风险的经验教训，以“以合法形式掩盖非法目的”为请求依据，但最终法院没有适用这一依据认定无效也没有给出相应的理由。

我国《民法典》采纳了大多数学者主张的以合法形式掩盖非法目的的行为兼有通谋虚伪表示与违反法

<sup>4</sup>(2020)鲁 09 民终 3403 号，范西慧、泰安市泰山轻工机械厂物业服务合同纠纷、确认合同无效纠纷二审民事判决书。

律规定行为规范的双重功能，可被《民法典》第一百五十三条规定的禁止规范所吸收的建议。由此解决了实务中通谋虚伪表示和该条款竞合的难题，所以需要重点把握通谋虚伪表示和恶意串通竞合的路径解决，通过讨论二者的关系进行界限和相似之处的总结，从而全面地提出完善建议，实现合同无效规则逻辑性增强的效果，这也是本文讨论的重点。

## 4.2. 实务中举证困难

在通谋虚伪表示行为中，当表意人与相对人产生争议、矛盾时，双方往往会通过举证证明该法律行为为虚假的意思表示所为的结果，进而引用通谋虚伪表示规则来否定该虚假法律行为的效力。然而在整个过程中，最为重要的环节是举证证明双方实施的该法律行为是虚假的经过合意所达成的非真实意思表示。对于参与并实施了虚假意思表示的双方而言，要提出证据进行论证则非常简便，并且，无论是在证据链条亦或者证明尺度上都能达到足以使法官采信的程度。然而，当举证主体变为善意第三人时，那么对于通谋虚伪表示行为的论证则显得十分艰难。首先，依据程序法上“谁主张谁举证”的举证原则来看，善意的第三人若选择通谋虚伪表示作为法律依据，那么则应当承担相应的举证责任。从该角度看，善意的第三人不仅要证明当事人之间实施的法律行为是虚假的而且还要证明二者之间存在通谋的意思表示，只有达到如此程度才是履行了完整的举证责任。但根据通谋虚伪表示的隐蔽性可知，要使善意第三人提供完整的举证链条达以期到达该程度是异常困难，故而要求善意第三人对通谋虚伪表示承担举证责任在理论层面亦不具有合理性。

其次，在司法实践中，对于通谋虚伪表示证明标准存在不确定性，在该种情形下，即使善意第三人提出了证据进行证明，却没有与之对应的证明标准来衡量表意人与相对人之间实施了通谋虚伪表示并且是因该行为使得自身合法权益受损。因此，裁判者在案件的认定中便发挥着至关重要的作用，裁判者主要借助自身的裁判经验进行判断和逻辑推理，由此具有很大的任意性和主观性。在一般情形下若能够形成完整的证据链条，并且证据的性质具备所要求的“三性”之时，则应当推定该证据与欲证明的法律行为之间存在关联性。但在实际操作中，裁判者的标准往往采用谨慎的态度去认定相关证据，标准也十分严苛。这是因为通谋虚伪表示所造成的责任划分后的结果较为严重，轻易被确认，可能会带来矫枉过正的法律风险和后果，这也使得通谋虚伪表示对于善意第三人而言，在具体的案件诉讼过程中陷入实际上的举证困难或者举证不能的无助境地。

## 5. 关于完善通谋虚伪表示规则的法律思考

### 5.1. 解决实务中与恶意串通的竞合

#### 5.1.1. 立法取舍

在起草民法典之初，学界就对恶意串通和通谋虚伪表示的取舍展开了激烈的探讨，有观点指出，民法通则中所规定的恶意串通制度，主要规范的是行为人与国有企业的工作人员或代理人之间低价出售国有资产公报私囊行为，但这种情况实际上可以通过代理制度中的相关规定，如总则第一百六十四条第二款的规定予以解决，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<sup>[9]</sup>。此外在司法实践中，法官常常忽略当事人与第三人之间的利益关系，也不能判断当事人的表意是否属实。所以极容易在司法实践中产生误解，将恶意串通在适用上变成万金油，因此有学者主张废除该规则<sup>[10]</sup>。例如在梁慧星教授主持的民法典总则编的建议稿<sup>[11]</sup>以及王利明<sup>[12]</sup>的建议稿中就仅仅规定了通谋虚伪表示，删去了恶意串通的相关规定。而在李永军教授给出的专家建议稿中，既在第一百零八条规定通谋虚伪表示，又在第一百一十八条规定了恶意串通的法律行为，我国《民

法典》采纳了这一建议。立法者仍然保留了恶意串通规则的理由是：“第一，恶意串通损害了别人的正当权益，但在多数情况下，被害人并不知情，如果不对其进行有效的惩罚，那么，其合法权益将无法得到充分的保护；第二点，虽然我国民法通则及其他民事法均对欺诈、无权利处分等具体规则做出了规定，但现实生活中的复杂程度使得一些情形无法交由某些现行的规则解决，因而，可以将恶意串通作为兜底性条款进行补充。[13]”通谋虚伪表示和恶意串通在实践中往往难以区分，在我国立法上的进程中虽然对于二者的取舍一直在探讨以寻求更好的解决方案，但是《民法典》并没有采纳多数学者提出的废除恶意串通规范的相关建议，采取了同时保留了恶意串通和通谋虚伪表示，新旧制度并存的方案，由此表明在现阶段通过废除恶意串通规范解决二者竞合方案之不能实现。

### 5.1.2. 从无效的事由进行区分

从学说和实践中的审判来看，恶意串通规范和通谋虚伪表示规则存在实质上的差异，二者存在的交叉无法使通谋虚伪表示完全取代前者[14]。但若将通谋虚伪表示和恶意串通杂糅在一起，势必会造成法律适用上的难题。解决此类问题的重点在于对二者界限范围进行清晰的划分。串通和通谋具有不同的内涵，串通的内容一般是违背社会公序良俗并为普通大众的道德观所不认可的，并以出现他人利益受损的结果出现为构成要件；而通谋虚伪表示仅仅是由于表示意思与真实意思不一致而导致行为无效，并不要求第三人的合法利益有损害。对此，笔者建议一方面可以通过二者在法理基础的明显不同，对意思表示不真实还是行为内容违法所导致行为无效进行区分。裁判者在法律适用中，应当改变对恶意串通的依赖，从是否欠缺真实意思表示、是否违反社会公序良俗、是否能适用其他法律规定三点依次进行考虑。若欠缺真实意思表示，则优先适用通谋虚伪表示；若损害他人利益违背社会道德又同时可以适用其他法律规范，则优先适用其他法律规范。

这一建议实际上是将意思表示不真实从恶意串通的含义中剔除，以达到法律行为无效规范的整体逻辑性的增强。此外更加谨慎的运用恶意串通规范来否定法律行为效力，实现其作为兜底性保护条款的保留初衷，更好的发挥弥补法律空白的作用。比如行为人为逃避自身债务，与一方假意签订财产赠与或买卖合同，并将财产所有权实际转移，造成债务人无法收回到期债权。这种情形符合了恶意串通的行为主体和构成要件，在审判实务中既可以适用恶意串通规范，也可以适用《民法典》第五百三十九条关于债权人撤销权条款。但根据恶意串通弥补法律空白的保留作用，在此情形下就应当优先适用债权人对于债务人为逃避自身债务签订合同的撤销权，无需借助恶意串通的相关规范，这种适用方法同时还兼具无需承担对恶意串通双方主观上具有恶意的举证责任的优点，更加便捷有效的帮助债权人维护自身权益；若债务人财产未发生实际的转移，在此情形下应当以双方均不想要对外表示的法律行为即虚假签订的合同效力发生，即意思表示不真实为优先考量，遵从签订虚假合同双方的真实想法，由通谋虚伪表示规则对法律行为的效力进行调整。

### 5.1.3. 限制恶意串通的盲目扩张

另一方面，对恶意串通规范中的“损害他人利益”做限缩性解释[15]。通过指导性案例和司法解释对于实务中的一些情形进行更明确地指引，譬如对于代理人和第三人达成合意来损害被代理人权益的情形，既可以适用《民法典》第一百五十四条恶意串通的规定，也可以适用《民法典》第一百七十一条滥用代理权的规定来认定行为无效。在这种情形下就可以对“他人”进行限缩，通过“以案释法”的方式发挥指导性案例连接事实和规范的桥梁作用，将此种情形排除在适用恶意串通规范外。以“代理人和第三人损害的是被代理人的权益，而非民事法律行为外的特定第三人”为依据，认定被代理人的身份不符合恶意串通的主体范围，而适用滥用代理权相关的无效规定，避免一些由于“同案不同判”进行上诉的案件纠纷，达到增强法律的确定性和稳定性的目的，对司法资源进行合理有效的利用。在司法环境逐渐稳定，



成熟的土壤环境已经形成之日，还可以将指导性案例转化为司法解释，实现事实约束力到普遍约束力的飞跃。

## 5.2. 完善对善意第三人利益保护

虽然历经四次审议稿的修改，《民法总则》第一百四十六条最终文本删除了不得对抗规则，《民法典》延续了这一做法<sup>[16]</sup>。删除不得对抗的决定实际是经过深思熟虑的，若将每个民法领域可能出现权利外观问题置于总则进行对善意第三人的普遍性保护，在立法上既不科学也不现实，容易造成权利的过度保护、侵蚀公平正义的边界。并且采用形式主义的权利变化方式与对抗规则难以兼容，“不得对抗善意第三人”规则在采用意思主义的领域更具有使用价值

相较于与在总则进行笼统的规定，具体运用分则中已确立的对抗机制加以保护，反而有利于进行不同的交易类型和保护机制的一一对应，也有利于立法技术的进步。例如在物权领域，对于善意第三人保护的问题，能够依据善意取得条款，对第三人的利益给予妥善的保护，但是债权领域，却没有明确规定对善意第三人的效力规则，大大增加了裁判者处理案件的困难<sup>[17]</sup>。虽然在审判实务中善意第三人可以基于信赖保护原则主张其所实施的法律行为及其效果的有效性，但相应的因承担举证责任而需要提供证据往往难以收集。

为了填补立法空白，笔者建议可以考虑《德国民法典》的分散规定，例如，在债权领域明确规定债权人在取得债务证书后让与债权，债务人不得以债权关系虚假来对抗新债权人，除非新债权人明知原债权关系的事实；通过对代理授权中的权利有效及善意的认定进行细分，以此保护第三人的信赖利益；对其他权利中的善意第三人规定同样适用债权让与的相关规定；设置兜底性条款在上述情形均无法适用时，善意第三人可以主张赔偿请求权。由此通过民法典内部相关制度的协调及外部判例、学理的补充，对善意第三人信赖利益的保护形成较为完善的体系。

## 5.3. 实行举证责任倒置

依据程序法上“谁主张谁举证”的举证原则来看，善意的第三人若选择通谋虚伪表示作为无效依据，那么则应当承担相应的举证责任。但由于通谋虚伪表示的特殊性以及前文中对该种举证困难程度的论述可知，善意第三人在实践中往往承担着举证不能的后果，这就使得善意第三人的信赖利益在程序法上不能与通谋虚伪表示相衔接而得到保护。所以，笔者建议在通谋虚伪表示中，当出现与之相关的第三人提出表意人与相对人之间存在通谋虚伪表示时，此时应当适用举证责任倒置规则。即将举证义务的责任交由掌握证据最为充分且论证更为简便有效的表意人与相对人之上，这样也更显得公平合理。

此外实行举证责任倒置还能帮助完善“自由选择论”，此种观点是主张在审判实务依据利益受损的第三人的请求权，让第三人在通谋虚伪表示和恶意串通中自由挑选请求权基础，从而解决通谋虚伪表示和恶意串通的竞合。因为在实践中第三人往往因通谋虚伪表示举证之不能，无法对其意思表示不一致提供有力证明即缺少“虚伪”的证明关键，而放弃以通谋虚伪作为请求依据。当事人从举证角度出发，更容易将恶意串通作为请求权依据，因为恶意串通可以通过有悖于正常交易模式的行为去进行取证，而意思表示不一致的隐藏于内心的意思仅为通谋双方知晓，第三人没有参与进去，很难提供相关证明。当通谋虚伪表示的举证责任倒置后，这一问题就迎刃而解，当事人对通谋虚伪表示的证明责任不再感到负担，能够更加自由去选择适用何种规范，帮助裁判者解决了二者在审判时难以区分选择适用的难题。

因此，在通谋虚伪表示中采用举证责任倒置规则不仅更有利于法官查明案情，提高诉讼效率与公平，更能促成通谋虚伪表示从理论到实践运用的完美衔接。



## 6. 结论

在我国的私法领域，应该坚持“法不禁止即自由”的原则。在民事活动中，民事主体有权利根据自己的意愿进行法律行动，而通谋虚伪表示的设立初衷也应当是为保证私法自治。因此，以该原则为出发点，便不难理解当通谋虚伪表示与恶意串通、以合法形式掩盖非法目的的行为之间产生适用上的冲突与竞合时，为何优先考虑的做法是从规范适用上将欠缺真实意思的虚假表示划分至通谋虚伪表示项下。而在路径选择上则要以通谋虚伪表示为立脚点，并搭配《民法典》第一百五十三条解释出来的避法行为和可交由具体规则分别处理的其他情形，对恶意串通边界进行限缩以解决实务中竞合难题。根据“穷尽法律规则，方得适用法律原则”的思想，以公序良俗为保底原则，最终形成多维度、全方位的组合策略，以期打破规范适用冲突与竞合的困境。该种解决路径不仅对民事法律无效情形进行了精准的逻辑整合，节约了立法成本，更为裁判者在司法审判实践中提供了较为清晰的指引，提高了裁判的准确性。在程序法的适用上，为了避免通谋虚伪表的适用与举证责任产生脱节进而使得该条款沦为纸面条款，有必要转换传统的举证方式，用举证责任倒置来替换原则上的“谁主张，谁举证”。但在通谋虚伪表示的理论层面上还应当继续加以完善，尤其是其对商事行为和身份行为是否能够适用方面缺少理论性的支撑，对此还需要通过立法弥补整个虚伪表示体系的完整性和司法审判请求权基础的欠缺问题。

## 参考文献

- [1] 杨立新. 《民法总则》规定的隐藏行为的法律适用规则[J]. 比较法研究, 2017(4): 95-105.
- [2] 冉克平. 论《民法总则》上的通谋虚伪表示[J]. 烟台大学学报(哲学社会科学版), 2018, 31(4): 29-37.
- [3] 冉克平. 民法典总则意思表示瑕疵的体系构造——兼评《民法总则》相关规定[J]. 当代法学, 2017, 31(5): 82-92.
- [4] 施鸿鹏. 通谋虚伪表示基础上对抗规则的教义学展开[J]. 东方法学, 2022(1): 147-167.
- [5] 茅少伟. 论恶意串通[J]. 中外法学, 2017, 29(1): 143-170.
- [6] 邹忠玉, 王俊儒, 侯德斌. 合同无效之“恶意串通”法律研究[J]. 长春理工大学学报(社会科学版), 2015, 28(6): 14-18.
- [7] 刘耀东. 虚假离婚若干法律问题研究[J]. 云南大学学报(法学版), 2011, 24(2): 45-50.
- [8] 韩世远. 合同法总论[M]. 北京: 法律出版社, 2011:: 174.
- [9] 崔吉子. 恶意串通规则存废研究——兼评《民法总则》第 154 条与第 146 条[J]. 中国社会科学院研究生院学报, 2019(6): 90-101.
- [10] 朱建农. 论民法上恶意串通行为之效力[J]. 当代法学, 2007, 21(6): 88-93.
- [11] 梁慧星. 中国民法典草案建议稿附理由[M]. 北京: 法律出版社, 2013.246.
- [12] 王利明. 中国民法典学者建议稿及立法理由(总则编) [M]. 北京: 法律出版社, 2015.297.
- [13] 张荣顺. 中华人民共和国民法总则解读[M]. 北京: 中国法制出版社, 2017: 432.
- [14] 韩世远. 虚假表示与恶意串通问题研究[J]. 法律适用, 2017(17): 41-46.
- [15] 李永军. 法律行为无效原因之规范适用[J]. 华东政法大学学报, 2017, 20(6): 72-77.
- [16] 杜新梅. 通谋虚伪表示不得对抗规则的理论解构——以《中华人民共和国民法典》第 146 条第 1 款为中心[J]. 南海法学, 2020, 4(2): 54-67.
- [17] 崔建远. 合同效力规则之完善[J]. 吉林大学社会科学学报, 2018, 58(1): 24-36.