

通谋虚伪行为的对抗规则

黄阿晴

华东政法大学法律学院, 上海

收稿日期: 2024年1月31日; 录用日期: 2024年3月11日; 发布日期: 2024年3月19日

摘要

自《民法总则》第146条未规定通谋虚伪行为无效不得对抗善意第三人起, 学术界就我国通谋虚伪行为效力定性争论不休。而我国《民法典》第146条仍沿袭以上规定、且第763条对虚构应收帐款进行规定则引发学者们对对抗规则必要性的讨论。从比较法上看, 研究以德国为典型的绝对无效的立法模式、以日本为典型的相对无效的立法模式, 均对我国《民法典》第146条的分析与定性具有重要的借鉴和参考意义。从对抗规则的效力来源以及与现行法中对善意第三人保护的相关规定进行研讨, 以明确我国《民法典》对抗性规则存在的必要性以及构建进路。

关键词

通谋, 虚伪, 善意第三人, 信赖原则

Adversarial Rules for Collusion in Hypocrisy

Aqing Huang

School of Law, East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Jan. 31st, 2024; accepted: Mar. 11th, 2024; published: Mar. 19th, 2024

Abstract

Since Article 146 of the *General Provisions of the Civil Law* did not stipulate that collusion and hypocrisy shall not be used against a bona fide third party, academic circles have debated the validity of China's collusion and hypocrisy. Article 146 of China's *Civil Code* still follows the above provisions, and Article 763 stipulates fictitious accounts receivable, which has triggered scholars' discussion on the necessity of adversarial rules. From the perspective of comparative law, the study of the absolutely invalid legislative model typical of Germany and the relatively invalid legislative model typical of Japan have important reference and reference significance for the analysis and characterization of Article 146 of the *Civil Code* of China. From the source of the effectiveness of the adversarial rule and the relevant provisions on the protection of bona fide third parties in the

current law, this paper will discuss the necessity of the existence of adversarial rules in China's Civil Code and the way to construct it.

Keywords

Collusion, Hypocrisy, Bona Fide Third Party, Principle of Trust

Copyright © 2024 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. 问题的提出

我国民法典第 146 条第 1 条仅规定：“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”，并没有明确该“无效”是否可以对抗善意第三人。通谋虚伪表示，是指表意人明知其内心意思与表示出来的内容不一致，且与相对人通谋而为的意思表示。且应具备的要件有三：需要有意思表示的存在，且意思与表示不一致；非真意的表示与相对人通谋[1]。所谓通谋，需要表意人与相对人之间有为非真意表示的了解、意思的联络[2]。关于通谋虚伪行为是否可以对抗善意第三人，在学术界争论不休，在实践中的也存在不同的做法。因此，有深入研究和讨论的必要来解决实践中的纷争、保护第三人的权益、平衡双方当事人的利益。本文尝试对这一问题进行探讨，从不同的纬度进行研究，对条文进行解释以期提供合理的解决方式。

2. 比较法上通谋虚伪行为无效的立法模式

纵观各国立法例，通谋虚伪表示在当事人之间的效力均是当然、确定无效的。不同的是该无效是否可以对抗善意第三人，主要有绝对无效和相对无效两种不同的模式。这两种不同的立法模式也是对“意思主义”、“表示主义”、“折衷主义”三种学说的选择，以及不同理论观念的取舍。绝对无效说体现的是私法自治领域的意思自决；而相对无效说体现了信赖保护原则，更侧重于保护善意第三人的信赖利益。

2.1. 绝对无效的立法模式

《德国民法典》第 117 条第 1 款规定：“表意人与相对人通谋而为虚伪之意思表示者，其意思表示无效”。该种无效被定性为绝对无效，即不仅对任何人为无效，对善意第三人也是如此。《德国民法典》第 117 条并未规定虚伪行为无效不得对抗善意第三人，其原因是其起草者们明确反对以制定一项有关虚伪行为的普适性规则的方式来保护相信该行为有效的第三人的善意[3]。可见，立法者认为制定一个一般性的对抗规则是不必要。其坚持绝对无效的立法模式，是在于相对于善意第三人的信赖利益，表意人的表示更为重要。这也是德国以表示主义为原则的立法体现。

由于德国实行的是公示公信制度的形式主义物权变动模式，通过善意取得制度就可以对信赖物权变动的善意第三人提供保护。物权法领域之外，则是通过分散的法规则予以保护。《德国民法典》第 172 条规定的表见代理制度，第 405 条、第 409 条规定的表见让与债权制度。且在法院判例中，表见让与制度还可以超越这两条法律规定的范围，扩及至其他领域[4]。

即便如此，德国民法典关于虚伪行为无效的规则并非无懈可击。早在 19 世纪普通法中，人们针对是

否可以对善意第三人主张虚伪行为无效的问题存在争议[3]。拉伦茨否定了在总则中对善意第三人立法保护的必要性,其在《德国民法通论》中直接认为,通过现行法律来保护善意第三人是不需要的[5]。不同于拉伦茨的观点,弗卢梅认为应当给予善意第三人更加广泛的保护,只要善意取得受到保护,从基于虚伪行为而享有权利的人处取得权利的人的善意就应受到保护[3]。与此相反的是,梅迪库斯认为不必在总则中进行规定,因为虚伪行为的生效往往不会对第三人产生什么利益。若是对其产生损害,则双方当事人旨在达成虚伪行为的保留,相对于第三人而言,仅仅是一种心意保留,因而对第三人不具有意义[4]。

在针对善意第三人保护的问题上,德国不设立一般性的对抗规则(无效不得对抗善意第三人),而是学者在对《德国民法典》第 117 条的适用上进行解释,以及结合法院的具体判例以弥补条文的漏洞。虽然仍然存在不足,但是逐渐扩大了对善意第三人保护的范

2.2. 相对无效的立法模式

通谋虚伪表示最早是在法国《拿破仑法典》创立的,其第 1321 条规定:“表意人双方之间达成的秘密‘约定’,只在双方之间有效,而对于第三人来说是不发生效力的。”与法国类似的是,《日本民法典》第 94 条第 2 款规定:“这种虚伪表示的无效不能对抗善意第三人。”所谓的“第三人”,是指虚伪表示当事人以外的人当中,基于虚伪表示而产生的虚假法律关系新近取得独立的、法律上之利害关系的人。有认为单纯的债权人不属于第三人,因其仅仅对虚伪表示的当事人拥有债权算不上是虚伪表示的效果具备了利害关系[6]。善意第三人主张通谋虚伪行为有效时,通谋虚伪行为的当事人不得以其无效对抗之。

该条的基础是信赖原理和归责原理,表意人自己作出的虚伪表示、与真实不同的外观,那么就应该承受不利利益[6]。日本法上的物权变动实行的是意思主义和公式对抗要件主义,未承认不动产的公信力,仅设有动产物权的善意取得规定与表见代理的规定。故我妻荣教授认为,在如德国民法那样的法制中,对于交易外观的信赖已规定具体的保护制度,特别是已采用登记的公信力,故无必要再采用通谋虚伪表示无效不能对抗规则。但日本民法未采取这种制度,故该条款具有极为重要的意义[7]。可见,《日本民法典》第 94 条第 2 款的规定,是对日本物权变动模式的补救,避免善意第三人的利益受到巨大损害且维护交易安全。

3. 我国现行民法采何种立法模式

3.1. 通谋虚伪表示无效的立法变化

2021 年 1 月 1 日《中华人民共和国民法典》正式实施,其中第 146 条第 1 款沿袭了《民法总则》第 146 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”,并无关于是否不得对抗善意第三人的规定。不同于此前在《民法总则(草案)》前后四次审议稿中都有关于“不得对抗善意第三人”的内容。而该内容之所以删除,是因为在第十二届全国人民代表大会审议《民法总则(草案)》期间,有代表提出民事法律行为无效或者撤销后对第三人产生的法律后果,情况比较复杂,不宜一概规定不得对抗善意第三人,宜区分情形由民法典的物权编、合同编等分编作具体规定¹。承继以上理念,为保护善意第三人的利益,我国《民法典》第 311 条、第 763 条分别规定了物权与债权的善意取得。然而以上的立法变化,仍然无法平息学术界上存在已久的争议,赞同派与反对派也各执一词。

3.2. 不同的学说观点

学术界关于善意第三人保护的问题并无争议,真正引起争议的是以何种方式进行保护,尤其是《民法典》第 146 条第 1 款究竟是绝对无效抑或是相对无效。

¹第十二届全国人民代表大会法律委员会关于《中华人民共和国民法总则(草案)》审议结果的报告(2017 年 3 月 12 日第十二届全国人民代表大会第五次会议主席团第二次会议通过),载中国人大网。

持绝对无效者认为,规定一般性的对抗规则与“物权编”第311条的规定矛盾,在解释适用本条时,理应否定“但书”规则,这样更符合立法者对本条文字改动的原意[8]。甚至,有学者认为在承认物权行为无因性下,更无规定该规则的必要[9]。孙宪忠认为,当事人仅具备善意一个要件就可以获得保护会产生当事人依据合同也来主张善意保护的缺陷。故其建议将本条第1款修改为:“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。在此情形,法律对保护善意第三人另有规定的,依其规定[10]。”此外,有学者认为删除“但书”规定的理由是:可否对抗第三人问题,涉及的就是物的归属,《民法总则》在此可以不作规定,适用物权法中专门解决此问题的善意取得制度即可[10]。

对此删除理由,杨代雄教授持反对意见:通谋虚伪表示无效是否可以对抗善意第三人不仅涉及物的归属,还涉及债权取得以及某些情形中债权人保护的问题[10]。杨立新教授更是直接指出,人大代表对第146条第1款提出的质疑是没有可靠、充分的依据的,删除该重要的条文内容是草率的。否定该条是采取德国法立法例,而是仍然具有补的对抗善意第三人的效力[11]。梁慧星教授则认为,《民法典》第146条存在法律漏洞,应当按照民法原理及参考立法例确定虚伪表示在当事人一方与第三人之间的法律效果。并表示虚伪表示的双方当事人均不得以该虚伪表示无效对抗该善意第三人[12]。虚伪表示的效力来源于归责原理和信赖原则。冉克平认为站在表示主义的角度看,有必要保护在通谋虚伪情形下的信赖该虚伪外观的第三人[13]。

4. 对抗规则的必要性

4.1. 信赖原则

通谋虚伪行为若是绝对无效,在当事人之间自然是无异议。因为表意人与相对人均不希望表示出来的法律行为生效(相对人明知表意人意思表示虚假而仍与之合谋为意思表示),则意思表示对其就不具有约束力,按照意思自治也是如此。但是信赖该法律行为外观的善意第三人的利益就会受到损害,仅仅依靠善意取得制度难以获得全面的保障。然而,对善意第三人保护的基础是来自于信赖保护原则。对此,为合理限制当事人的意志自由,信赖原则在与意思自治原则的冲突中产生[14]。

信赖原则保护的是相对人对外在的、客观的表象的信赖,现代法的发展趋势也是由意思主义向表示主义进行转变[13]。由于善意第三人相信通谋虚伪行为当事人所制造的法律外观,信赖其权利表象,故对善意第三人的信赖利益的保护应当是一种积极的信赖利益保护。笔者认为,社会发展之迅速,人们之间的交易往来也愈发的频繁,第三人遵守社会交往准则对一客观表示出来的表象进行信赖,在无过错的情况下为何要由其承担利益受巨大损失的风险。若是倾向于保护表意人的意思自治而牺牲善意第三人的信赖利益,则会耗费巨大的交易成本和降低交易效率,不利于交易安全。

在通谋虚伪行为中,是表意人与相对人故意制造了虚假的法律外观,具有可归责性。归咎原则的理由在于,所有权人挑选其信赖之人,便要承受由于该人不可靠而引起的风险[15]。笔者认为,表意人与相对人的可归责性较强,应当承受不利益的风险。我国现行民法仅由善意取得制度和《民法典》第763条尚不能涵盖在各种情形中对善意第三人的保护,下文对此进行详细分析。我国现阶段虽尚未规定信赖原则,且亦非我国民法的基本原则。但是信赖原则的重要性不容置疑,无论其是否被确定于现行法的条文之中,它都已经是制定法所构筑制度体系的基石和指南[14]。在信赖原则精神的指导下,应当是贯彻意思表示瑕疵时对善意第三人或相对人合理信赖的保护优先于表意人的意思自治。

4.2. 现行法保护的不足

1) 物权领域保护的不足

现行法上只规定了物权的善意取得制度,然而该物权的善意取得制度的前提是无权处分,且不得类

推适用到债权的善意取得制度上。此外，善意取得制度与对抗规则也并不矛盾，因为善意取得制度的构成要件相较于对抗规则中的要件更为严苛。善意取得制度的构成要件是：善意、以合理对价支付、完成公示(登记或交付)。而通谋虚伪不得对抗善意第三人中，需要的是第三人在具备利害关系之时为善意。有学者认为，对抗规则所信赖的权利外观不足以使善意第三人取得权利正当化，还需要结合其他信赖基础的实施，且善意第三人要取得权利，仍需回归到民法典第 311 条[16]。基于这一观点，笔者认为可以通过日本民法的表见法理进行驳斥。根据故意责任原理，故意作出谬误表示者应当负担基于该表示的责任，仅凭这一点就可以使得对第三人之信赖的保护得以正当化[6]。更何况，善意取得制度的适用前提是该权利外观具有公信力，而对抗规则的效力来源是归责原理和信赖原则。二者之间的逻辑和制度虽不一致，但善意取得制度涉及的是真正权利人与权利取得人之间的利益衡量，对抗规则是表意人或相对人与善意第三人之间的利益衡量，笔者认为二者之间具有相似之处。

2) 在债权领域保护的不足

我国现行法已经规定了动产与不动产善意取得与表见代理制度来保护善意第三人的合理信赖，故通谋虚伪表示不得对抗善意第三人在对债权的善意取得上仍有适用的余地[11]。立法者原则上拒绝债权的善意取得，因债权通常缺少可靠的典型权利外观。但在债权人例外地以可归咎的方式引起足够强的表征时，债权的善意取得才有可能获得认可[15]。

《民法典》第 763 条规定了特殊债权的善意取得制度，从表述上看出我国最终采取保护权利外观的立法模式，且从适用范围上看是对原《民法总则》第 146 中通谋虚伪行为无效对善意第三人法效果的延续规定与外延上的扩大[17]。也有学说解释该条可以类推适用。但是，在司法实践中，该类推适用的范围究竟为何仍存在疑问，会出现适用上的困难。诚如施鸿鹏所言：《民法典》第 763 条的使用对象可以扩展到所有通谋虚假的负担行为之上，但是它能否类推适用于通谋虚假的单方行为、决议行为以及取得行为基础上善意保护的情形本质上考察的是民法典体系下是否承认一般性的对抗规则问题[16]。施鸿鹏教授更是从法律构造上肯定对抗规则的法理正当性：通谋虚伪表示中双方当事人创设了误导第三人以及滥用表象权利的两种交易风险。由于二者在法律构造上分别与单方虚伪表示及表见代理类似且我国民法均对善意第三人的积极信赖提供保护，故基于构造上的相似性，应当作相同的处理并承认信赖保护的一般法律思想[16]。

3) 司法实践上的承认

实际上，早在《民法总则》实施后(《民法典》出台前)，司法实践中已有承认通谋虚伪行为无效不得对抗善意第三人来解决纠纷的案例。从最高人民法院审理到基层法院的审理，在判决书中均可见“双方当事人通谋虚伪所为的虚伪意思表示，当第三人不知道当事人之间的虚伪意思表示时，该虚伪意思表示的无效不得对抗善意第三人²。”

以 2020 年最高法院审理申请执行人执行异议之诉一案为例：千禧公司与吴兴忠为套取银行信贷资金，在无真实交易情况下，串通签订虚假商品房买卖合同，出具虚假房款收据，并将案涉房屋预告登记在吴兴忠、余秀珍名下，再由吴兴忠以案涉房屋为吴光亮等向回商银行借款提供抵押担保，所获借款交由千禧公司使用。在所获借款无法清偿时，千禧公司又起诉要求解除商品房买卖合同，以消除案涉房屋权利负担、阻止办理抵押本登记、排除回商银行对案涉房屋享有的权益。最高人民法院认为千禧公司与千禧公司与吴兴忠签订的商品房买卖合同因双方通谋虚伪表示而被确认无效，但该无效不能对抗基于信赖预告登记公示公信效力而为后续交易的善意第三人，不影响之后回商银行与吴兴忠等人之间借款、抵押合同及抵押预告登记的效力³。

² 最高法院审理的珠海华润银行股份有限公司与江西省电力燃料有限公司合同纠纷一案；最高人民法院(2017)最高法民再 164 号民事判决书。

³ 参见最高人民法院(2020)最高民申 131 号民事判决书。

综上, 不论是我国理论上还是司法实践上, 均表明规定通谋虚伪表示不得对抗善意第三人是立法顺应现实需求的体现。我国通谋虚伪行为无效的立法模式似乎是仿照德国的立法例, 然而不同与德国的形式主义的物权变动模式, 我国仍然存在部分的意思主义的物权变动模式以及意思主义的债权变动模式。且《德国民法典》关于通谋虚伪行为效力的规定经过学说解释和法院判例已经发展较为成熟和完善, 从上文分析中也可见存在漏洞和不足。有不少学者认为《德国民法典》第 117 条第 1 款的规定确有鲁莽之嫌, 我国《民法典》在制定时不应仿照德国的立法例, 而是应当根据我国的情况增加对抗性规则。笔者赞同以上观点, 对抗规则在我国《民法典》中有其存在的必要性。但是如何将其建构是一个值得思考的问题。

5. 在《民法典》中构建对抗规则的进路

对抗规则的意义为何? 台湾通说认为, 不得对抗是指善意第三人既可以主张虚假意思表示无效, 也可以主张其有效; 主张有效时表意人与相对人均不得以其无效对抗之[1]。

5.1. 对抗规则构建的方法

在我国大多数物权变动实行的是形式主义, 有观点认为在实行形式主义的法制中, 其适用范围基本局限于债权领域, 故适应在债编中对对抗规则作出规定, 而无须在总则编中作出规定[18]。有学者认为, 适宜在民法合同编中继受对抗规则制度, 以应对司法实践中有关债权虚假转让或订立虚假债务合同的纠纷, 并将其准用于实行意思主义变动模式的其他权利[19]。也有观点认为, 《民法总则》第 146 条对善意第三人利益保护方面的缺失, 应以类推适用和诚实信用原则等予以漏洞填补[20]。施鸿鹏教授认为, 分则规范适用和类推适用范围是有限的, 不能解决社会经济往来中所出现的形形色色的属于通谋虚伪表示的交易形态。对抗规则可以在民法典第 146 条第 1 款的基础上, 结合民法典第 7 条(诚信原则)进行目的性限缩, 从而找到法律适用的规范基础[16]。

这一问题上我国台湾地区民法关于对抗规则具有一定的参考意义。我国台湾地区法既从日本法中继受了通谋虚伪表示无效不得对抗规则及其理论, 又从德国法中继受了不动产登记的对公信力规则以及物权行为理论。故而出现两种矛盾而又难以自洽的制度之间如何衔接的问题。王泽鉴认为民法第 87 条第 1 项但书是一般规定, 第 759 条第 1 项是特别规定应优先适用, 以此解决台湾民法采取形式主义物权变动模式和一般性对抗规则之间的制度衔接问题[1]。但是, 林诚二则认为善意取得制度与民法第 87 条第 1 项但书规则的适用范围不同, 非特别与一般的关系而是在解释上应容许当事人择一主张[21]。

5.2. “第三人”的认定

此外, 对抗规则中第三人的范围认定也是存在不同见解。第三人的认定中, 王泽鉴教授认为承租人不属于善意第三人, 因为通谋虚伪行为不会影响到租赁合同的效力, 承租人可以通过请求出租人承担损害赔偿获得保护。杨代雄教授和林诚二教授均持相反观点, 认为善意承租人也需要受到对抗规则的保护。若通谋虚伪行为对善意的承租人无效, 则承租人的地位受到影响: 由有权占有变为无权占有[21] [22]。笔者赞同后一观点, 租赁合同中的承租人的占有同样需要获得保护。不应局限于以往对第三人范围的认定, 还是就现实社会生活的需要, 在平衡各方利益的情况下, 对善意第三人进行适当保护。且将承租人纳入善意第三人的范围并不会导致对善意第三人信赖的过度保护。

6. 结语

综合以上分析, 笔者赞同在《民法典》总则中规定一般性的对抗规则。从比较法上的立法例观之, 《德国民法典》关于通谋虚伪行为无效与善意第三人的保护的规定并不完善, 现利益关系因社会的快速

发展,已远非当时订立时所能调整。我国《民法典》第146条的解释不宜完全参照德国的立法模式,又因并非完全实行形式主义的物权变动模式,故仅在债编中作出对抗规则之规定显然不足够。台湾地区民法就对抗规则与其他分编的相关规定的处理值得我们思考和适当借鉴。对抗规则的信赖原则和归责原则均使得其权利正当化。故不如在总则中规定一般性的对抗规则进行兜底,在肯定其需要进行限缩而非无止尽的扩张的情况下,结合诚实信用原则进行限缩。此外,在出现与善意取得制度或特殊债权善意取得制度同时适用的情形,不妨给予善意第三人选择的权利,进而解决此问题。

参考文献

- [1] 王泽鉴. 民法总则(修订新版)[M]. 台北: 三民书局股份有限公司, 2020.
- [2] 史尚宽. 民法总论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2000.
- [3] [德]维尔纳·弗卢梅. 法律行为论[M]. 迟颖, 译. 北京: 法律出版社, 2013.
- [4] [德]迪特尔·梅迪库斯. 德国民法总论[M]. 邵建东, 译. 北京: 法律出版社, 2000.
- [5] [德]卡尔·拉伦茨. 德国民法通论(下册)[M]. 邵建东, 等, 译. 北京: 法律出版社, 2003.
- [6] [日]山本敬三. 民法讲义 I 总则[M]. 第3版. 解亘, 译. 北京: 北京大学出版社.
- [7] [日]我妻荣. 民法讲义 I 新订民法总则[M]. 于敏, 译. 北京: 中国法制出版社, 2008.
- [8] 韩世远. 合同法总论[M]. 第4版. 北京: 法律出版社, 2018.
- [9] 王洪亮. 法律行为与私人自治[J]. 华东政法大学学报, 2016, 19(5): 51-63.
- [10] 杨代雄. 法律行为论[M]. 北京: 法律出版社, 2021.
- [11] 杨立新. 民法总则规定的虚假民事法律行为的法律适用[J]. 社会科学文摘, 2018(3): 74-76.
- [12] 梁慧星. 民法总论[M]. 第5版. 北京: 法律出版社, 2017.
- [13] 冉克平. 意思表示瑕疵: 学说与规范[M]. 北京: 法律出版社, 2018.
- [14] 马新彦. 信赖原则在现代私法体系中的地位[J]. 法学研究, 2009, 31(3): 103-118.
- [15] 庄加园. 动产善意取得的理论基础再审视——基于权利外观学说的建构尝试[J]. 中外法学, 2016, 28(5): 1346-1366.
- [16] 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): 147-160.
- [17] 何颖来. 保理中虚假基础交易风险的法律规制——基于《民法典》第763条之思辨[J]. 浙江社会科学, 2021(7): 26-34.
- [18] 郑冠宇. 意思表示瑕疵于善意受让[J]. 东吴大学法律学报, 2004, 16(1): 89-130.
- [19] 武腾. 无效、可撤销民事法律行为与善意第三人保护[J]. 清华法学, 2018, 12(1): 152-168.
- [20] 田韶华. 论通谋虚伪行为规则的司法适用[J]. 北方法学, 2019, 13(4): 36-44.
- [21] 林诚二. 通谋虚伪表示中善意第三人认定[J]. 月旦法学教室, 2010(89): 19.
- [22] 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[J]. 比较法研究, 2014(4): 106-121.