

# 通谋虚伪行为中善意第三人之保护

郑 娜

华东政法大学法律学院, 上海

收稿日期: 2022年11月17日; 录用日期: 2023年1月7日; 发布日期: 2023年1月17日

## 摘 要

《民法典》第一百四十六条第一款规定通谋虚伪表示无效, 但是并未规定通谋虚伪表示于善意第三人之效力如何, 比较法上涉及善意第三人之保护有两种规范模式(即绝对无效与相对无效模式), 但此两种规范模式与《民法典》之规定并不相符, 无法直接适用, 不妨在解释上认为: 通谋虚伪表示在表意人之间固然发生绝对无效的法律后果, 但对于表意人之外的第三人而言, 并非发生绝对无效的法律效果, 应视第三人信赖基础之不同而发生不同的法律后果, 换言之, 可在物之归属方面, 该虚伪表示的无效, 可以对抗善意第三人, 善意第三人之保护适用物权编善意取得制度; 在债权取得之方面, 该虚伪表示的无效不得对抗善意第三人, 法条适用上可以适用《民法典》第七百六十三条及其类推适用; 在某些情形中债权人之保护以及其他善意第三人之保护方面, 应结合信赖保护原则及分则中的具体规定而视情况予以保护。另外, 物之归属方面, 善意第三人之“善意”应同于物权编善意取得制度之“善意”, 在债权取得、某些情形中债权人之保护以及其他需保护之善意第三人之“善意”, 应当排除明知和因重大过失而不知的情形。

## 关键词

通谋虚伪, 善意, 第三人善意, 信赖保护

# Protection of the Bona Fide Third Party in Conspire Hypocritical Act

Na Zheng

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

Received: Nov. 17<sup>th</sup>, 2022; accepted: Jan. 7<sup>th</sup>, 2023; published: Jan. 17<sup>th</sup>, 2023

## Abstract

Article 146(1) of the Civil Code stipulates that a simulated act is invalid, but does not stipulate the

effect of a simulated act on a bona fide third party. There are two normative modes concerning the protection of bona fide third party in comparative law (absolute invalidity and relative invalidity mode), but these two normative modes are inconsistent with the provisions of the Civil Code and cannot be directly applied. It may be interpreted as follows: Of course, absolutely invalid legal consequences will occur between ideographers in a simulated act, but for third parties other than ideographers, such legal effects will not be absolutely invalid. Different legal consequences will occur depending on the trust basis of the third party. In other words, in terms of the ownership of things, the invalidity of the simulated can be opposed to a bona fide third party. The protection of bona fide third party applies to the bona fide acquisition system; In the aspect of the acquisition of creditor's rights, the invalidity of the simulated shall not be against a bona fide third party, and Article 763 of the Civil Code and its analogies may be applied in the application of law; The protection of creditors and other bona fide third parties in certain circumstances shall be subject to the circumstances in accordance with the specific provisions of the Principle of Reliance Protection and the Provisions. In addition, the "bona fide" of a bona fide third party shall be the same as the "bona fide" of the system of bona fide acquisition of real rights. In the acquisition of creditor's rights, the protection of creditors in some cases, and the "bona fide" of other bona fide third parties who need protection, the circumstances of knowing or not knowing due to gross negligence shall be excluded.

## Keywords

Conspire Hypocritical, The Bona Fide, Third Party Bona Fide, Trusted Protection

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

通谋虚伪表示,是指双方当事人在作出意思表示时一致认为客观表示内容不应该发生效力[1]。行为人与相对人对于该表示“无法律拘束意思”达成合意,质言之,该意思表示因不具备客观要件(法律拘束意思)而根本无法成立,那么法律行为的“效力”自不必言说,另外,由于双方当事人对于表示不发生法律效力达成一致,从私法自治的角度而言,也自然不应该使其行为发生法律效力,故基于通谋虚伪表示的法律行为的无效是一个当然结论,行为人与相对人之间的权利义务并未发生变动,但是纵观整个权利义务变动的世界,不仅仅只涉及行为人与相对人之间的法律关系,还涉及信赖行为人与相对人之行为有效的第三人,通谋虚伪表示在客观上会形成可归责于行为人与相对人的权利外观,这就使得通谋虚伪表示的效力对于善意第三人而言应当并非绝对无效。比较法上对于通谋虚伪表示的效力规定有两种模式,一种是通谋虚伪表示绝对无效,对于善意第三人而言,也是无效的;一种是通谋虚伪表示相对无效,换言之,通谋虚伪表示无效,但不得对抗善意第三人,第三人可以主张通谋虚伪表示无效,也可以主张通谋虚伪表示有效。在《民法典》第一百四十六条第一款规定之下,很难说我国立法对于通谋虚伪表示的效力采取了绝对无效说抑或相对无效说,从学理上分析,若采绝对无效说,对于善意第三人之保护明显是不足的;若采相对无效说,恐又会与我国立法实践相冲突,换言之,将会与物权编中善意取得的法理背离甚远,故笔者以为,不如放弃绝对无效说和相对无效说,在解释上对《民法典》第一百四十六条第一款规定作如下解释:行为人与相对人以通谋虚伪表示所为的法律行为,在行为人与相对人之间固然发生绝对无效的法律后果,但对于虚伪表示的行为人与相对人之外的第三人而言,并非发生绝对无效的法律效果,应视对于第三人为何种之保护而发生不同的法律后果,换言之,在物之归属方面,该虚伪表示

的无效，可以对抗第三人，第三人保护适用物权编善意取得制度即可；在债权取得之方面，该虚伪表示的无效不得对抗善意第三人，法条适用上可以适用《民法典》第七百六十三条及其类推适用；在某些情形中债权人保护方面以及其他善意第三人保护方面，应结合信赖保护原则及分则中的具体规定而视情况予以保护。

## 2. 比较法上对于“通谋虚伪表示”之立法例

从比较法上来看，通谋虚伪表示的效力有两种规范模式：一是绝对无效；二是相对无效[2]。

在德国法上，根据《德国民法典》第一百一十七条第一款规定，可以看出，在德国法上，通谋虚伪的表示采用的是绝对无效的立法例。这种无效属于绝对无效，相对于每个人而言，也包括善意第三人，它都是无效的[3]。在德国法上，如果第三人对于行为人与相对人之间的通谋虚伪表示的有效性产生合理信赖，那么第三人也不能主张该通谋虚伪表示有效，第三人只能求助于《德国民法典》中包含信赖保护的其他条款。比如，通谋虚伪表示行为中的受让人将标的物所有权让与第三人时，第三人可以依《德国民法典》第932条以下各条及第892条主张善意取得，从而取得该标的物之所有权[4]。行为人与相对人通过虚伪表示虚伪让与债权的，该债权让与如果已经通知了债务人，那么善意的债务人可以依《德国民法典》第409条获得保护[4]。行为人与相对人通过虚伪表示为相对人设定债权，后相对人将该债权(已被做成证书的债权)让与给第三人，第三人依《德国民法典》第405条可以善意取得，前提在出示债权证书的情况下让与该债权[4]。

《德国民法典》未规定在通谋虚伪表示中针对善意第三人保护的普适性规则，而是认为对于善意第三人的保护应该诉诸于其他条款，但是笔者以为，诉诸于其他条款以保护善意第三人亦是不足够的。针对保护善意信赖虚伪行为的第三人的问题，德国帝国法院与《德国民法典》起草者的观点有所不同，其司法解释超越了特别引用的规则，认为：“当第三人信赖进行法律行为的意思表示中的意思具有严肃性并因此而进行行为时，倘使他将会因作为(虚伪)缔约人的一方当事人主张行为属于虚伪行为而受到损害时，那么人们不能对该第三人主张行为属于虚伪行为。”[5]也就是说，德国帝国法院承认了善意第三人可以主张通谋虚伪表示是有效的，这个观点对于中国立法实践而言，或有冲突，与物权编善意取得制度的法理悖离甚远(容后详述)。

在我国台湾地区，《台湾民法典》明确规定了，通谋虚伪的意思表示无效，但是不得以其无效对抗善意第三人。该规定承认了，善意第三人可以主张通谋虚伪表示的无效不得对抗其，换言之，善意第三人可以主张该虚伪表示无效，亦可以主张该虚伪表示有效[6]。同时，王泽鉴先生认为，台湾民法于动产及不动产之善意取得设有明文规定，故该“不得以其无效对抗善意第三人”之规定于无善意取得适用的情形(如通谋虚伪为债权的让与)，具有实益[6]。王泽鉴先生的这个观点，似乎在说，当行为人与相对人以通谋虚伪的表示让与某标的物后，受让人又将该标的物转让于第三人，应先适用关于善意取得的规定，只有当此情形下无善意取得的适用余地之下，才能适用该“但是不得以其无效对抗善意第三人”之规定。有疑问的是，在善意取得的情形下，相对人是无权处分，而在适用“但是不得以其无效对抗善意第三人”之规定时，相对人为有权处分，故而笔者无法理解，一为无权处分，一为有权处分，在法理上是如何实现这一转化的呢？

台湾民法典上“不得以其无效对抗善意第三人”之规定，无法适用于我国，因为通谋虚伪表示本体无效是一个当然结论，但是在与善意第三人的关系上，不得以该无效对抗善意第三人，换言之，善意第三人得主张无效亦得主张有效，需法律明文规定，方可得出前述结论，而我国《民法典》并未规定通谋虚伪表示无效不得对抗善意第三人的普适性规则，故，仍需探讨如何在《民法典》仅仅只规定通谋虚伪表示无效的情形下，善意第三人该如何保护的问题(详见下文)。

### 3. 立足《民法典》之规定，善意第三人之保护该何去何从？

《民法典》第一百四十六条第一款规定：“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”，该条规定了基于通谋虚伪表示所达成的民事法律行为无效，但是关于通谋虚伪行为中“第三人”的保护问题，本条未作规定。如前所述，比较法上有规定“通谋虚伪表示无效不得对抗善意第三人”，以通谋虚伪表示相对无效的规范模式保护了善意第三人。《民法典》未做如此规定，理由在于善意第三人之保护，涉及的就是物之归属，适用物权编中的善意取得制度即可解决。但是善意第三人之保护，不仅涉及物之归属的保护，还涉及债权人保护等问题，善意取得制度显然无法解决此类问题。《民法典》未规定“通谋虚伪表示无效不得对抗善意第三人”，我国部分学者主张通谋虚伪应采“相对无效说”，换言之，行为人与相对人基于虚伪的意思表示所达成的民事法律行为无效，但是不得向善意第三人主张无效。

在《民法典》未规定“善意第三人”之保护时，采相对无效说似乎还存在一个较大的问题，那就是与善意取得制度冲突，例如当行为人与相对人虚伪买卖某动产时，该法律行为无效，但是不得以该无效对抗善意第三人，若相对人将该动产赠与第三人，第三人主张行为人与相对人之虚伪行为有效，那么第三人将无偿取得该动产之所有权，就与善意取得制度存在冲突，与善意取得之法理悖离甚远，但采绝对无效说更无法解决债权取得以及某些情形中债权人保护之问题，例如，行为人某甲与相对人某乙通谋虚伪解除双方之间A房的租赁合同，后行为人某甲将其所有的A房让与第三人某丙，后某丙取得A房之所有权，某甲与某乙主张其解除房屋租赁合同乃通谋虚伪表示，当属无效，此时该如何保护善意之丙，在采绝对无效说时存在疑问。再如，行为人某甲与相对人某乙通谋虚伪买卖B房，行为人某甲将B房所有权移转登记于相对人某乙名下，后某乙将该房屋出租于不知某甲与某乙之虚伪情事的某丁，后某甲主张与某乙之房屋买卖乃通谋虚伪表示，当属无效，此时该如何保护善意之某丁？更有甚者，倘若某乙破产，在绝对无效说之下，某丁只得向某乙主张违约责任，某丁承担了某乙的破产风险。

笔者以为，《民法典》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”，未规定“通谋虚伪表示无效不得对抗善意第三人”类似条款，似有益处，其一，不会与物权编中善意取得制度相冲突；其二，在解释上留存较大空间，可采相对无效说或绝对无效说，但正如前述，相对无效说与绝对无效说均存在弊端，笔者以为，在解释上，或可认为：行为人与相对人以通谋虚伪表示所为的法律行为，在行为人与相对人之间发生绝对无效的法律后果，但对于虚伪表示的行为人与相对人之外的第三人而言，并非发生绝对无效的法律效果，应视对于第三人为何种之保护而发生不同的法律后果，换言之，在物之归属方面，为避免与我国物权编之善意取得制度之法理悖离过远，应认为该虚伪表示的无效，可以对抗善意第三人，善意第三人之保护适用物权编善意取得制度，但在构成要件方面(如价款)或可“放松”一些。理由在于，物权编善意取得制度之中，善意第三人信赖无权处分人拥有所有权这一表象，所有权人存在一定的可归责性，例如所有权人将某动产交由相对人保管，后相对人将该动产让于善意第三人，善意第三人取得该动产所有权，对于相对人拥有该动产所有权之表象，是所有权人将该动产交付于相对人，故所有权人存在一定的“可归责性”(以下称为“一般的可归责性”)。而在通谋虚伪表示当中，行为人(所有权人)通过虚伪的表示将动产所有权让与给相对人，所有权人对于相对人拥有该动产所有权之表象，具有更为强烈的可归责性，明显高于“一般的可归责性”，故基于避免矛盾评价之法理，在通谋虚伪表示之中，关于物之归属，善意第三人之保护虽适用物权编善意取得制度予以保护，但在善意取得的构成要件方面，或可“放松一些”，例如在“价款”这一要件上“放松”一些；在债权取得之方面，该虚伪表示的无效不得对抗善意第三人，法条适用上可以适用《民法典》第七百六十三条及其类推适用；在某些情形中债权人之保护方面以及其他善意第三人之保护方面，应结合信赖保护原则及分则中的具体规定而视情况予以保护。理由在于，善意第三人之所以需要保护，是因为其合理信赖，而在上述情形，

第三人之合理信赖基础是不同的,故应当区别情形而分别待之。在前述所举之例子,行为人某甲与相对人某乙通谋虚伪解除双方之间A房的租赁合同,后行为人某甲将其所有的A房让与第三人某丙,后某丙取得A房之所有权,某甲与某乙主张其解除房屋租赁合同乃通谋虚伪表示,当属无效,此时应当认为某甲与某乙之通谋虚伪表示无效不得对抗某丙,某丙善意信赖其所取得之房屋所有权上并无租赁合同之“负担”,故而某丙不对某乙之租赁合同负责。再如,行为人某甲与相对人某乙通谋虚伪买卖B房,行为人某甲将B房所有权移转登记于相对人某乙名下,后某乙将该房屋出租于不知某甲与某乙之虚伪情事的某丁,后某甲主张与某乙之房屋买卖乃通谋虚伪表示,当属无效,此时应当认为某甲对于某乙拥有该房屋所有权之表象具有可归责性,而某丙非明知且非因重大过失而不知某甲与某乙之通谋虚伪表示,故而认定某丙享有租赁权,至于某乙与某甲之间的纠纷,应仅限于他二者之间进行处理,不应涉及善意的第三人某丙。另外,在债权取得以及某些情形中债权人之保护方面,善意第三人之“善意”,亦有讨论的空间。首先,善意肯定需要排除明知的情形,因为明知,则第三人则必不可能善意;另,善意第三人之“善意”,应当排除因重大过失而不知的情形(详见下文)。

#### 4. “善意第三人”中“善意”的要件

如前所述,笔者在解释《民法典》第一百四十六条第一款时,认为应该作以下解释:通谋虚伪表示在表意人之间固然发生绝对无效的法律后果,但对于表意人之外的第三人而言,并非发生绝对无效的法律效果,应视第三人信赖基础之不同而发生不同的法律后果,换言之,在物之归属方面,该虚伪表示的无效,可以对抗善意第三人,善意第三人之保护适用物权编善意取得制度;在债权取得之方面,该虚伪表示的无效不得对抗善意第三人,法条适用上可以适用《民法典》第七百六十三条及其类推适用;在某些情形中债权人之保护以及其他善意第三人之保护方面,应结合信赖保护原则及分则中的具体规定而视情况予以保护。虽然在物之归属方面,笔者认为“通谋虚伪表示无效”得对抗善意第三人,第三人应适用善意取得制度予以保护,同时笔者以为,因为行为人(原所有权人)对于相对人拥有所有权(处分权)之表象具有较一般之善意取得具有更强的可归责性,故在构成要件方法或可适当“放松”,但是对于善意信赖无权处分人拥有所有权(处分权)这一要件是不能“放松”的,故而,在物之归属方面,通谋虚伪之善意第三人之善意,要件应当同于物权编善意取得制度之善意。需要探讨的是,在债权让与、某些情形中债权人之保护以及其他应保护的善意第三人之“善意”的要件。笔者以为,其善意应排除明知和因重大过失而不知的情形,并在具体交易情境中对是否存在合理的信赖基础进行评价[7]。

需要注意的是,《民法典》第七百六十三条规定了通谋虚伪法律行为无效,但不得对抗非明知该虚伪情事的保理人,在此情形之下,实际上也是一种债权让与,并且是债权让与的“善意取得”,但是本条所规定的债权与一般的债权让与有所不同,其所应重点具备的构成要件有:一是因行为人(债权人)与相对人(债务人)之间的通谋虚假表示无效,故而不存在应收账款;其二,第三人(保理人)因前述债权人和债务人之间的通谋虚假表示而对应收账款的存在产生了合理信赖,并相应地签订了保理合同。因此在保理合同当中,善意第三人之善意应当限于非明知即可,因重大过失而不知的情形不再考虑,此际更为保护保理合同中的保理人之信赖。但于其他债权让与以及某些情形中债权人保护之方面,笔者还是认为,善意第三人之“善意”应当排除明知和因重大过失而不知的情形,并且还需要结合具体的交易情境对第三人是否存在合理的信赖基础进行评价,进而认定第三人是否“善意”。理由在于,保理合同涉及商事交易,《民法典》第七百六十三条实质上是保理合同场合中的债权的“善意取得”,此际更为保护交易安全,故而法条仅规定“明知”的情形,不包括善意第三人因重大过失而不知行为人与相对人之间的通谋虚伪表示。而在一般的情形之中,债权是无法“善意取得”的,理由在于并无可信赖之外观,在这些情形之下,行为人与相对人以通谋虚伪表示创设一个“不存在”的债权,而后相对人将该债权让与给不

知行为人与相对人之间的通谋虚伪表示的第三人，该第三人应当属于非应重大过失而不知行为人与相对人之间的通谋虚伪表示，这样，才能够使得第三人之信赖行为人与相对人之间通过合意创设出一个债权，而后相对人将该债权让与给第三人，第三人则可以主张行为人与相对人之间的通谋虚伪表示不得对抗自己，从而主张行为人与相对人之间的行为对其而言是有效的，第三人成功受让债权。

实质上，对于通谋虚伪表示中善意第三人之“善意”的要件，是存在争议的，质言之，第三人不知表意人之间的通谋虚伪表示即为善意，但是对于该“不知表意人之间的通谋虚伪表示”是否需要无过失是存在争议的。无过失不要说的理由之一在于，在虚伪表示的情形，因为作出虚伪外观的表意人的归责性强，所以第三人的过失不应该作为问题[8]。无过失必要说的理由有二，一是按照表见法理，对外观的信赖要得到保护，就要求具有正当性。在第三人善意但有过失的情形，不能说信赖是正当的。因此，按照表见法理，必须附加上无过失要件；二是作为利益衡量之场所的过失要件。既然表意人的归责性存在各种程度，就不能一概而论。只有在衡量了表意人的归责性和第三人的信赖正当性后，才能决定应该保护谁。作为进行这种利益衡量的场所，应该将第三人的过失作为要件[9]。笔者以为，这两种学说各有理由，尚难以抉择，但是可以肯定的是，善意第三人之“善意”应当排除因重大过失而不知以及明知的情形。

## 5. 适性规则的可能性和必要性

前文所述，均是在《民法典》第一百四十六条第一款仅规定通谋虚伪表示无效，而并未规定关于善意第三人保护的条款，而在解释上，笔者认为应当作该解释：通谋虚伪表示在表意人之间固然发生绝对无效的法律后果，但对于表意人之外的第三人而言，并非发生绝对无效的法律效果，应视第三人信赖基础之不同而发生不同的法律后果，换言之，可在物之归属方面，该虚伪表示的无效，可以对抗善意第三人，善意第三人保护适用物权编善意取得制度；在债权取得之方面，该虚伪表示的无效不得对抗善意第三人，法条适用上可以适用《民法典》第七百六十三条及其类推适用；在某些情形中债权人保护以及其他善意第三人保护方面，应结合信赖保护原则及分则中的具体规定而视情况予以保护。虽然《民法典》并未规定“表意人不得以通谋虚伪表示无效对抗善意第三人”这一普适性规则，但我国亦有许多学者认为，一个普适性规则是有必要的。笔者在《民法典》未规定一项普适性规则的基础之上，对《民法典》第一百四十六条第一款做了如上解释，但笔者亦在思考，一项普适性规则是否必要，是否可以解决善意第三人保护问题，而无需依靠“解释”才能保护善意第三人。

讨论“通谋虚伪表示无效不得对抗善意第三人”这一普适性规则的前提是，该项规则是否会和分则中的具体规定造成冲突，换言之，普适性规则有无存在的可能性。

与“通谋虚伪表示无效不得对抗善意第三人”这一普适性规则存在较大冲突的就是物权编中的善意取得制度。例如，某甲与某乙通过通谋虚伪表示，某甲将其所有一房产卖给某乙，后某乙将该房子赠与给善意第三人某丙，若“通谋虚伪表示无效不得对抗善意第三人”，那么某丙就是基于有权处分而取得该房子所有权，相当于甲乙之间无效的处分行为，对于善意第三人某丙而言是有效的处分行为，某丙可以主张某甲和某乙之间基于通谋虚伪表示所为之行为对其来说是有效的，对于某丙来说，某乙是取得所有权的，所以某丙是基于有权处分取得所有权，不需要善意取得，某丙可以成功受赠该房产；若无“通谋虚伪表示无效不得对抗善意第三人”这一规则，那么某乙赠与该房产予某丙即为无权处分，某丙未支付“合理对价”，无法取得该房屋之所有权。故，有无“通谋虚伪表示无效不得对抗善意第三人”这一普适性规则，在前述所举之赠与的例子中，其差异尤为明显，质言之，“通谋虚伪表示无效不得对抗善意第三人”这一规则与物权编善意取得制度真正的差别在于是否要求以合理的价格转让[7]。我国物权编善意取得制度需“以合理的价格转让”这一要件，是我国特色，也正是因为这一“合理价款”的要件，似乎“通谋虚伪表示无效不得对抗善意第三人”这一普适性规则于我国立法实践而言是不适宜的。笔者

尚难以找出解决“通谋虚伪表示无效不得对抗善意第三人”与物权编善意取得制度之法理冲突的解决方式，故不再讨论“通谋虚伪表示无效不得对抗善意第三人”这一普适性规则之必要性的问题。

### 参考文献

- [1] 杨代雄. 法律行为论[M]. 北京: 北京大学出版社, 2021: 270.
- [2] 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.
- [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: 486.
- [4] 杨代雄. 法律行为论[M]. 北京: 北京大学出版社, 2021: 276.
- [5] [德]维尔纳·弗卢梅. 法律行为论[M]. 迟颖, 译. 北京: 法律出版社, 2013: 487.
- [6] 王泽鉴. 民法总则[M]. 北京: 北京大学出版社, 2020: 421.
- [7] 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.
- [8] [日]山本敬三. 民法讲义 I 总则[M]. 第三版. 北京: 北京大学出版社, 2021: 108.
- [9] [日]山本敬三. 民法讲义 I 总则[M]. 第三版. 北京: 北京大学出版社, 2021: 109.