

新桃换旧符： 民法总则上的恶意串通行为无效规范

李宇

摘要 恶意串通法律行为无效规则，是违背公序良俗法律行为无效规则的一种特例。恶意串通法律行为，不同于通谋虚伪表示。代理人与相对人恶意串通，损害被代理人合法权益所实施的法律行为，适用民法总则第154条，应为无效。恶意串通法律行为无效规则，具有诸多实益，不能被债权人撤销权等其他规定所取代。恶意串通法律行为无效的规定，应区别于现行法上使用恶意串通概念但其适用范围或法律效果各异的规定。

关键词 恶意串通 法律行为 无效法律行为 虚伪表示

作者李宇，上海财经大学法学院讲师（上海 200433）。

中图分类号 D9

文献标识码 A

文章编号 0439-8041(2017)12-0025-08

恶意串通，为中国民法上颇具特色的规定。学术上虽有批评，民法总则仍予保留。第154条：“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。”本条来源于民法通则第58条第1款第4项、合同法第52条第2项，但将“损害国家、集体或者第三人利益”改为“损害他人合法权益”。立法技术上显有进步。国家利益，属于公共秩序内容之一。规定“恶意串通损害国家利益无效”，不免产生疑窦：未恶意串通而损害国家利益，莫非就不会因损害国家利益而无效？集体利益本属于第三人利益范畴；集体利益，必有集体经济组织或村民委员会等特定主体享有，不存在一种抽离于特定主体之外的、纯粹抽象的集体利益。本条以他人权益称之，准确简明。

本条既仍为现行法之规定，学术上即不能一批了之，而应着眼于其解释适用。况且某些批评意见，本非正确。综观司法实务，恶意串通法律行为无效之规定，自有其不可替代的作用；而实务中误用、滥用现象之纠正，则有赖于学说上阐明相关概念之协力。民法总则赋予其更清晰的定位，名虽旧规，其命维新。本文在民法总则新架构下，阐述本条的体系定位、规范意义以及与现行法上其他恶意串通条文之间的概念区分。

一、体系定位

（一）背俗行为之特例

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。^①同时须说明的是,恶意串通法律行为本身即具有背俗性,此与受欺诈、胁迫所为法律行为以及显失公平法律行为不同。欺诈、胁迫手段本身具有违法性,且违背公序良俗,但相对人因受欺诈、胁迫而作出意思表示、进而成立法律行为,该意思表示及法律行为并无违法性、背俗性;显失公平法律行为,系一方乘机图利,其乘人之危谋取不当利益,违背善良风俗,但被其利用不利情势的相对人因此作出意思表示、进而成立法律行为,该意思表示及法律行为并无违背公序良俗的性质。概言之,欺诈、胁迫手段,与以此手段促成的意思表示或法律行为,系属两事,不可将手段的不法(或背俗),混淆于以此手段促成的意思表示或法律行为是否违法、背俗。而恶意串通法律行为则不同:双方当事人通谋实施该法律行为以损害第三人权益,该法律行为本身即为损害他人合法权益之手段,手段与行为本属一体,则手段之背俗,即行为之背俗。

(二) 恶意串通法律行为与通谋虚伪表示

本条所称恶意串通行为,不同于本法第 146 条规定的通谋虚伪表示。

其一,意思表示真实与否不同。通谋虚伪表示,是双方当事人均无真实意思表示而实施法律行为。恶意串通,是指双方当事人均有实施法律行为的真实意思表示,唯此真实意思表示,是为了损害他人(第三人)的合法权益。举例说明:债务人为逃避债务,将名下不动产虚假转让于另一人,实际上仍占有、使用该财产,此为通谋虚伪表示;债务人为逃避债务,将其不动产真实转让于自己的关联企业,此为恶意串通。两种行为的区分,在法理基础上互不相同:通谋虚伪表示之所以无效,是因为不存在真实意思表示,即不具备本法第 143 条第 2 项规定的法律行为有效要件;恶意串通行为之所以无效,是因为违背善良风俗,即不具备本法第 143 条第 3 项规定的法律行为有效要件。

其二,是否涉及第三人不同。通谋虚伪表示的无效,不以涉及第三人权益为要件。虚伪表示,无论是否损害第三人权益,均为无效。恶意串通,则以损害第三人权益为要件。

其三,有无隐藏行为不同。当事人为通谋虚伪表示,可能以之隐藏其他法律行为,即发生隐藏行为的效力判断问题。恶意串通,本属真实意思表示,无所谓隐藏行为。

(三) 代理人与相对人恶意串通所为法律行为

本法第 164 条第 2 款规定代理人与相对人恶意串通损害被代理人合法权益的,应负连带责任,但未规定代理人和相对人恶意串通所为法律行为的效力。其合理性在于,本法第 154 条关于恶意串通法律行为无效的规定,已可涵盖上述情形。本法第 154 条规定的是行为人与相对人恶意串通损害他人合法权益的法律行为。此所谓行为人,如为法律行为当事人自己时,当事人即行为人。如当事人自己不亲自实施法律行为,而由其代理人代为实施法律行为时,则代理人即为行为人。代理行为,亦属于此所谓行为。作为代理人的行为人,与相对人恶意串通,损害被代理人合法权益的,完全处于第 154 条的文义范围之内。无须扩张解释,更无须作目的性扩张(并不存在法律漏洞),即可得出代理人与相对人恶意串通法律行为无效的结论。

以上是从法律逻辑上得出的形式上之理由。就实质上之理由而言,代理人和相对人恶意串通,损害被代理人合法权益的法律行为,更应当无效。代理人和相对人恶意串通,损害被代理人合法权益的行为,相比于不存在代理的情况下当事人自己和相对人恶意串通损害他人合法权益的行为,前者的危害更严重,性质更恶劣。理由如下。

其一,代理人因其与被代理人之间的代理关系,而拥有以一己意思为被代理人形成或变动法律关系、而由被代理人承受后果之权力,此种特殊的法律地位,对被代理人造成了受侵害的特别可能性,此种特别可能性为一般当事人间之所无。于不存在代理的情况下,一方当事人与相对人恶意串通实施法律行为,仅对串通双方有约束力,对受侵害人(第三人)并无约束力,受侵害人并不承受该法律行为所生义务或负担,只是因该法律行为效果的实现而间接地受到侵害。与此不同,代理人和相对人恶意串通行为,如为法律行

^① 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。

为时，所代理的法律行为当事人为被代理人 and 相对人，即对被代理人（受侵害人）发生约束力，受侵害人将直接承受该法律行为所生义务和负担。就此而言，代理行为中的恶意串通，较之非代理情况下的恶意串通，对受侵害人的危害程度更为强烈。

其二，被代理人一般是基于信任、托付关系而向代理人授予代理权（在法定代理情形，可说是法律模拟被代理人的意思而将代理权托付于法定代理人），代理人背弃被代理人的信任、托付（或法律的托付），竟与相对人恶意串通损害被代理人合法权益，此种行为对公序良俗的违背程度，更甚于彼此不存在信任、托付关系者之间所为的一般恶意串通行为。

因此，即便抛开文义解释不论，依据当然解释方法（举轻以明重），结论亦无不同：一般当事人之间的恶意串通法律行为，并不对受侵害人直接发生法律约束力，尚且作为违背公序良俗的一种特例，应为无效；代理人 and 相对人之间恶意串通、损害被代理人合法权益的法律行为，将因代理制度而直接对受侵害人直接发生约束力、对受侵害人危害更大，且对公序良俗破坏更甚，则更应无效。

另需说明的是，不应将本条第 2 款情形误认为无权代理，也无需借用代理权滥用理论判断代理人 with 相对人恶意串通所为法律行为的效力。

首先，本条称代理人，当然是指依法律或依授权而有代理权的代理人而言。而在无权代理（包括狭义无权代理及表见代理）情形，条文均称“行为人”而非“代理人”（本法第 171 条、第 172 条），彼此显然不同。从法律效果上而言，无权代理规则的后果为被代理人有追认权，而在代理人 with 相对人恶意串通、损害被代理人合法权益的情形，赋予被代理人追认，实属无稽；当然，如世事无常，代理人 with 相对人恶意串通，本欲损害被代理人权益，不料事与愿违，客观上反而有利于被代理人时，被代理人大可不主张恶意串通法律行为无效（恶意串通法律行为应为相对无效，前已述及），则因代理人所为代理行为仍属于有权代理，而对被代理人发生效力，于被代理人丝毫无损。

其次，代理权滥用，纯属学理上概念，且代理权滥用究竟包括哪几种形态、代理权滥用效果如何、究属有权代理或无权代理，众说纷纭，莫衷一是。^① 中国民法并未使用代理权滥用概念，且结合本法第 154 条足以解决问题，自无诉诸此种纯粹学术概念之必要。^②

二、规范实益

（一）恶意串通规定的独特意义

恶意串通法律行为无效，是我国法上较具特色之规定。实务中有不少泛泛适用恶意串通规定的判决，包括代理人 with 相对人恶意串通、双方代理中的恶意串通、恶意串通逃避债务、恶意串通实施无权处分、恶意串通实施共同欺诈、恶意串通规避法律等，将本应属于其他制度适用范围的案型，动辄以恶意串通规定为依据判决。故有学者认为，上述问题可依双方代理、欺诈、债权人撤销权、无权处分等制度加以解决，余下的部分问题有些属于脱法行为范畴，有些属于通谋虚伪表示范畴，法律不必规定恶意串通法律行为无效，如果实践中还有一些问题无法被上述制度涵盖，则可依据公序良俗原则处理。^③

但恶意串通法律行为无效规则，并不完全与其他制度重叠。例如，出卖人将不动产以 300 万元价格出卖于买受人之后、移转所有权之前，因房价上涨至 500 万元且有进一步上涨态势，为获得更多利益，而与第二买受人（亲友或关联公司）恶意串通，以 480 万元价格订立第二个买卖合同并移转所有权。既非无权处分，又不适用债权人撤销权，第一买受人唯有依据恶意串通法律行为无效之规定，方可主张第二买卖合同无效、进而请求强制履行第一买卖合同以取得标的物所有权。^④ 《最高人民法院关于审理商品房买卖合同

① 相关学说争议，例见山本敬三：《民法讲义 I·总则》（第三版），解亘译，北京：北京大学出版社，2012 年，第 349—351 页。

② 某些学说认为自己代理、双方代理也属于代理权滥用的形态。本法第 168 条对自己代理、双方代理设有明文规定，清楚明白，亦无借用代理权滥用概念加以解释说明之必要。

③ 杨代雄：《恶意串通行为的立法取舍——以恶意串通、脱法行为与通谋虚伪表示的关系为视角》，《比较法研究》2014 年第 4 期。

④ 一物数卖，系经济生活中的常见现象。一般而言，后买受人以更高价格买取已售之物，系市场经济自由竞争之体现，不违背公序良俗。即使后买受人知道物已售，亦不必然无效。但如后买人与出卖人通谋实施损害先买受人利益的行为，则有悖于善良风俗。

纠纷案件适用法律若干问题的解释》第 10 条规定,即指向此类情形。但一物数卖中的恶意串通,并不以商品房买卖为限,二手房买卖乃至商铺买卖或其他财产买卖中的类似行为,均不排除构成恶意串通行为的可能。

又如,金融不良债权处置依法应经合法、独立的评估机构评估,而评估机构与债务人之间恶意串通,低估、漏估不良债权的,债权转让合同无效(最高人民法院《关于审理涉及金融不良债权转让案件工作座谈会纪要》(法发[2009]19号)第六部分)。此种案型,亦非其他现有规范足以涵摄。

此外,恶意串通行为所侵害的权益,并不限于债权。股权等其他投资性权利,也均可成为本条保护对象。例如甲公司有优质资产,其控股股东乙与另一企业丙工厂有合作关系,甲公司在乙授意之下,与丙工厂恶意串通,将该优质资产通过收购重组等方式低价转移给丙工厂(系有权处分),侵害甲公司小股东的股东权益。

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效的规定,作为违背公序良俗法律行为无效的特例,便于法律适用,亦有实益。

(二) 恶意串通和债权人撤销权的竞合

债务人和相对人恶意串通,损害债权人利益的,可同时构成诈害行为。在此情形,本条与合同法第 74 条关于债权人撤销权的规定构成竞合。债权人可以择一主张。恶意串通行为中的恶意抵押案型(实务中也称为事后抵押),尽管被《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》第 69 条列为债务人诈害行为之一种,而赋予债权人撤销权,但并不由此排斥债权人以恶意串通为由主张恶意抵押行为无效。^①

与债权人撤销权规定相比,本条规定有下列实益。

其一,债权人撤销权制度目的在于保全债务人的责任财产,使之能够满足债权人的债权,原则上不适用于仅特定物债权受侵害的情形。^②如债务人将特定物转让于第三人的行为,仅使有权请求移转该物的债权人不能取得该物,而债务人并未因该转让行为丧失清偿能力的,特定物债权人仍可转而获得损害赔偿,故债权人不得撤销。^③但取得特定物,对债权人往往相当重要,关系到其合同目的之实现,尤其是不动产、特定财产权利等。恶意串通则无此限制。诸如商标权人恶意转移商标权以妨碍受让人依约取得该商标权^④,以及不动产出卖人在已与买受人订立合同的情况下,恶意串通将标的物抵押给第三人^⑤等案例,均可依照恶意串通规定解决。当然,在此情形,债权人仅可主张恶意串通的效果,不构成恶意串通和债权人撤销权的竞合。

其二,债权人撤销权不适用于劳务债权。第三人引诱劳务债权的债务人违约并与其另订合同(例如所谓“挖角协议”)^⑥,因不涉及财产处分行为,不构成合同法第 74 条所称诈害行为,债权人撤销权无用武之

① 上诉人中国农业银行股份有限公司绵竹市支行与被上诉人东方电气集团峨嵋半导体材料有限公司、东方电气集团财务有限公司债权人撤销权纠纷案,最高人民法院(2014)民二终字第 70 号民事判决书。

② 韩世远:《合同法总论》,北京:法律出版社,2004 年,第 403、404 页。有判决认为:《合同法》第 74 条第 1 款规定的“债务人以明显不合理低价转让财产,对债权人造成损害”,这里的“损害”应当针对全体债权人的利益而言,并非仅指提起撤销之诉的债权人个体。上诉人陈国飞与被上诉人王玉友、原审被告合肥光大国际服饰广场商业管理有限责任公司、张建军、吴建斌、原审第三人吴银华债权人撤销权纠纷案,安徽省合肥市中级人民法院(2015)合民二终字第 01154 号民事判决书。同旨参见上诉人中国长城资产管理公司合肥办事处与被上诉人安徽永顺房地产开发集团有限公司、安徽首开商贸有限公司债权人撤销权纠纷案,安徽省合肥市中级人民法院(2016)皖 01 民终 3191 号民事判决书(“合同法规定债权人撤销权制度是债权保全制度的一项内容,目的在于防止因债务人责任财产的不当减少而使债权人受到其债权不能实现的不当损害,维持债务人的责任财产以备全体债权的清偿”);傅力阳与应龙飞债权人撤销权纠纷案,浙江省绍兴市中级人民法院(2015)浙绍商终字第 1193 号民事判决书(“债权人撤销权制度之立法目的在于保障全体债权人的合法利益”))。

③ 此所谓特定物,不限于物,权利亦在其内。

④ 再审申请人百安奇售货设备集团有限公司与被申请人常州费斯托自动售货设备有限公司、徐嘉伟、周利商标转让合同纠纷案,最高人民法院(2013)民提字第 103 号民事判决书。

⑤ 上诉人陈建新、朱慧卿与被上诉人陈春香、原审被告龙游县龙游大酒店有限公司、浙江中兆实业有限公司房屋买卖合同纠纷案,浙江省衢州市中级人民法院(2013)浙衢民终字第 357 号民事判决书。

⑥ 劳务债权,形态丰富多样,劳动合同、委托合同、演出合同、咨询合同以及其他各种服务合同,均属此类。第三人侵害债权之例,如演艺公司引诱已与同行签约的歌手、影视演员等恶意毁约,另订新约;原告收买被告代理人,约定代理人于开庭时承认对被告不利的事实,待被告败诉后双方分成。

地。恶意串通规定则无此限制。引诱违约，第三人与违约方之间恶意串通，除侵权法上构成第三人侵害债权、第三人与违约方应对受损害方负连带赔偿责任外，第三人与违约方所订合同无效。^①

其三，主张债权人撤销权，受除斥期间限制（合同法第75条）；依据恶意串通规定主张无效，则无此限制。

其四，债权人撤销权的对象为债务人的诈害行为，而诈害行为仅限于无偿处分和以明显不合理低价转让、以明显不合理高价受让之行为，有其局限性。如债务人以合理价格转让财产以逃避债务，债权人即无权撤销。例如，债务人甲对外欠债权人1000万元，将于2018年3月1日到期，为避债，遂与合作单位乙通谋，将其价值1500万元的不动产以市场价格出售于乙，不久之后即完成所有权移转登记，但甲乙双方约定乙支付价款的期限为2025年12月1日。而乙系一个仅有10万元资产的小公司。此种情形，债权人撤销权的要件并不具备，债权人亦无从行使代位权以代位行使甲对乙的价款债权（远未到期），更不能代位行使解除权。^②债权人固然可以通过申请法院强制执行程序取得甲对乙的价款债权，但只要乙在此之前处分从甲所得的该不动产（有权处分，无偿亦可），价款债权仍不过是一纸白条而已。相反，债权人依据本条规定主张救济，则可一并将甲乙列为共同被告，诉请确认两被告的转让行为因恶意串通而无效，并申请保全涉案不动产，如此，可解其燃眉之急。

至于主观要件上，单从法条文义观之，构成恶意串通的难度似高于债权人撤销权：构成恶意串通应有双方当事人通谋，而债权人撤销权中，如为无偿转让，则不以受让人恶意为要件，如为有偿转让，仅须受让人明知债务人行为有害于债权人即可（合同法第74条），并不要求受让人与债务人通谋。但就实务操作而言，因完全凭借主观要素查明行为人的通谋几无可能，法院仍多结合主客观因素（内在意图和外在行为）认定恶意串通，与认定债权人撤销权情形的受让人恶意，实质上差异不大。

质言之，债权人撤销权规定是一项“规则”（rule），恶意串通规定则近于一项“标准”（standard）。规则和标准，是法律规范最主要的两种形态。规则，有明确的构成要件和法律效果。标准，无明确的构成要件或无明确的法律效果，或两者皆无。二者各有利弊。适用规则对法官的时间和合格性的要求较低，成本低而且更可能准确，可预测性和稳定性较强；标准的好处在于可以避免规则“涵摄过度”或“涵摄不足”的问题，并保持开放性和灵活性。^③债权人撤销权规定因对债务人诈害行为有明确限定，司法解释还尝试予以量化（合同法解释二第19条），虽有助于增进法律规范的明确性，但同时也使规避行为更为容易，出现“涵摄不足”之弊。恶意串通规定，其法律效果虽然明确，构成要件则不如债权人撤销权清晰，固然容易引发解释和适用上的疑问，但确有其灵活性和解决实际案例的妥当性。由此不难理解，恶意串通规定在理论和实务上的“冰火两重天”现象：学者间主张废弃恶意串通规定者不乏其人，法院裁判以恶意串通为据者则层出不穷，此种理论上“恼人”和实务上“好用”并存的局面，正说明了恶意串通自有其独特价值。并且，考虑到我国现阶段经济生活中交易信用环境不佳、逃债行为花样翻新的现实，恶意串通规定的效用更加彰显。学理上更应正视该种规定，梳理总结实务裁判经验，尝试作体系上更融贯的解释，而不应无视实际，轻率断言压缩其适用空间。^④

① 在立法上未明文规定恶意串通行为无效的法域，此类契约可因违背公序良俗被宣告无效。在我国法上，则可径适用更为具体的本条规定。

② 中国合同法第73条规定的代位权，债权人所能代位行使者，仅限于债务人对次债务人的债权（合同法解释一第十三条更是毫无依据地将此不当限缩为具有金钱给付内容的债权），而不若立法例上一般规定可代位行使债务人的“权利”（包括解除权等）。在债务人将其财产以合理价格出售的情形，如受让人不能支付价款而构成违约，依此种立法例，债权人尚可代位行使债务人对受让人的解除权，进而代位请求受让人将该财产返还于债务人。在我国法上则无此可能。但即便修法允许债权人代位行使债务人对次债务人的权利，在本例中，仍无济于事。债务人和受让人只须约定较晚的付款日期，受让人又无引发不安抗辩权之事由（小本经营，业绩稳定，信用未恶化），即不发生解除权。

③ 关于规则与标准，已有大量研究。例如 Duncan Kennedy, “Form and Substance in Private Law Adjudication,” 89 *Harv. L. Rev.* 1685 (1976); Louis Kaplow, “Rules Versus Standards: An Economic Analysis,” 42 *Duke L.J.* 557 (1992).

④ 有学者断言“在保护对象是一般金钱债权时，能够适用恶意串通规则的情形，实际上全部可以落入债权人撤销权的范围”（茅少伟：《论恶意串通》，《中外法学》2017年第1期），言过其实，显然未注意到债权人撤销权的局限性，对于实务中恶意串通损害债权人利益的行为样态也未作详细考察。

三、概念区分

现行法上使用“恶意串通”或“串通”概念的条文不少，为恶意串通概念混乱的根源之一。为准确适用法律，避免维持恶意串通概念所可能造成的混淆，有必要厘清本条所称恶意串通和其他法律条文中相同概念之间的区别。

本条所称恶意串通法律行为，有下列关键点：其一，主体为实施法律行为的人，包括亲自为法律行为的当事人和代为法律行为的代理人；其二，行为为民事法律行为；其三，效果（后果）为民事法律行为无效。此三项要素，为本条与其他规定的区别点。凡同时具备此三项要素的其他法律规定，其性质为本条的特别规定或重复规定；非同时具备此三项要素的规定，性质与本条相异，不属于本条规定的适用范围，应依该特别规定或依据其背后的一般规定，解释适用之。

现行法律上提及恶意串通或串通的规定，见表 1。

表 1 本条以外提及恶意串通的法律规定

法律	条文	内容
民法总则	第 146 条第 2 款	代理人和第三人恶意串通，损害被代理人合法权益的，代理人和第三人应当承担连带责任。
担保法	第 30 条第 1 项	有下列情形之一的，保证人不承担民事责任： (一) 主合同当事人双方串通，骗取保证人提供保证的……
拍卖法	第 37 条	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	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。
企业 国有资产法	第 49 条	国有独资企业、国有独资公司、国有资本控股公司及其董事、监事、高级管理人员应当向资产评估机构如实提供有关情况和资料，不得与资产评估机构串通评估作价。
	第 71 条第 1 款	国家出资企业的董事、监事、高级管理人员与资产评估机构、会计师事务所串通出具虚假资产评估报告、审计报告，造成国有资产损失的，依法承担赔偿责任。
	第 72 条	在涉及关联方交易、国有资产转让等交易活动中，当事人恶意串通，损害国有资产权益的，该交易行为无效。
政府采购法	第 77 条	供应商与采购人、其他供应商或者采购代理机构恶意串通的，中标、成交无效。
招标投标法	第 50 条	招标代理机构与招标人、投标人串通损害国家利益、社会公共利益或者他人合法权益，给他人造成损失的，依法承担赔偿责任；该串通行为影响中标结果的，中标无效。
	第 53 条	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；给他人造成损失的，依法承担赔偿责任。
海事诉讼特别程序法	第 41 条第 1 句、第 2 句	竞买人之间恶意串通的，拍卖无效。参与恶意串通的竞买人应当承担拍卖船舶费用并赔偿有关损失。
证券法	第 77 条	禁止任何人以下列手段操纵证券市场：……（二）与他人串通，以事先约定的时间、价格和方式相互进行证券交易，影响证券交易价格或者证券交易量…… 操纵证券市场行为给投资者造成损失的，行为人应当依法承担赔偿责任。
资产评估法	第 52 条第 1 款 第 3 项、第 2 款	委托人在法定评估中串通、唆使评估机构或者评估师出具虚假评估报告，造成损失的，依法承担赔偿责任。
建筑法	第 35 条第 2 款	工程监理单位与承包单位串通，为承包单位谋取非法利益，给建设单位造成损失的，应当与承包单位承担连带赔偿责任。
	第 69 条第 1 款	工程监理单位与建设单位或者建筑施工企业串通，弄虚作假、降低工程质量，造成损失的，承担连带赔偿责任。
促进科技成果转化法	第 48 条	科技服务机构及其从业人员违反本法规定，故意提供虚假的信息、实验结果或者评估意见等欺骗当事人，或者与当事人一方串通欺骗另一方当事人的，给他人造成经济损失的，依法承担民事赔偿责任。
民事诉讼法	第 112 条	当事人之间恶意串通，企图通过诉讼、调解等方式侵害他人合法权益的，人民法院应当驳回其请求，并根据情节轻重予以罚款、拘留；构成犯罪的，依法追究刑事责任。
	第 113 条	被执行人与他人恶意串通，通过诉讼、仲裁、调解等方式逃避履行法律文书确定的义务的，人民法院应当根据情节轻重予以罚款、拘留；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

（一）串通行为之间未实施民事法律行为

行为人之间虽恶意串通，但彼此之间未实施民事法律行为，而是与第三人实施民事法律行为，或者并

未参与实施法律行为的，并非本条所称恶意串通。有学者称之为“不真正的恶意串通”。^①

担保法第30条第1项规定，主合同当事人双方串通，骗取保证人提供保证的，保证人不承担民事责任。该项所指行为，是指主合同当事人（债权人和债务人）串通骗取保证的行为，不是民事法律行为（保证合同）当事人恶意串通，而是民事法律行为一方当事人（债权人）和第三人（债务人）恶意串通，损害另一方当事人（保证人）的利益。主合同当事人（债权人和债务人）之间并未恶意串通订立损害第三人（保证人）利益的合同（主合同本身不损害保证人利益，并非该恶意串通合同）。

经拍卖程序成立的买卖合同，系买受人（拍定之前称竞买人）和拍卖人之间的合同，竞买人之间并未成立该合同。竞买人之间恶意串通损害他人权益，与本条所指情形并不相同，因此与本条之间并非特别规定与一般规定的关系，二者并无重叠。如竞买人和拍卖人之间恶意串通，给他人造成损害的，则与本条重叠，要件与效果均无差异。

经招标投标程序成立的买卖合同、建设工程合同等，系招标人和中标人（中标之前称投标人）之间的合同，投标人之间并未成立该合同。投标人相互串通投标或者与招标人串通投标的，不论其行为是否损害第三人权益，均为无效。其要件与本条均不相同：投标人之间串通投标，彼此之间并不存在买卖合同、建设工程合同等关系，并非该合同当事人，故不属于本条所指情形^②；投标人与招标人串通投标，属于本条所称民事法律行为，但招标投标法第53条对之不设客观要件，不要求损害他人权益，则有别于本条，亦有别于拍卖法上述规定。上述两类串通投标行为，之所以导致中标无效，不是因为损害特定第三人的利益，而是因为损害了（抽象的）公序良俗。招标投标程序，原系为确保缔约程序公平性而设的专门制度，其与公共利益的相关性更甚于拍卖程序^③，串通投标行为，直接侵害法律所保护的公平竞争秩序，并有害于善良风俗，故在比较法上，即使法律未特别规定其后果，此类行为也应因违背公序良俗而无效。我国法律特别规定此类行为无效，法理基础亦在于其违背公序良俗的性质，故认定此类行为无效，无须考察是否损害特定第三人的利益。此类特别规定的解释和适用机理，显然不同于本条规定。^④ 政府采购法第77条规定中的供应商与其他供应商之间、供应商与采购代理机构之间恶意串通，致中标、成交无效的，亦属此类。至于招标代理机构与招标人、投标人串通，本身并非串通投标行为，其危害程度不及串通投标行为，因此另以损害国家利益、社会公共利益或他人合法权益为无效要件，但此种串通行为并非当事人之间（招标代理机构为代理人）的民事法律行为，故与本条仍不相同。

（二）串通行为人实施侵权行为

数人之间恶意串通，损害他人合法权益的，构成侵权行为，对受害人承担连带责任。本法第164条第2款、《企业国有资产法》第49条、第71条第1款和第2款、《海事诉讼特别程序法》第41条第2句、《促进科技成果转化法》第48条、《证券法》第77条、《建筑法》第35条第2款、《资产评估法》第52条第1款第3项与第2款关于恶意串通或串通的规定，均属于侵权行为规范，其所称恶意串通或串通，不以串通行为之间实施民事法律行为为要件。本法第164条第2款情形，代理人和相对人恶意串通实施法律行为，损害被代理人合法权益的，属于本条规定文义范围，该法律行为无效。

《企业国有资产法》第72条规定（在涉及关联方交易、国有资产转让等交易活动中，当事人恶意串通，损害国有资产权益的，该交易行为无效），文义范围较宽，未限定于当事人之间的交易（可以是国家出资企业和其他人之间的交易，也可能是不以国家出资企业为当事人的交易），其客观要件中“损害国有资产权益”，并非抽象意义上的国家利益，而是指国家对企业的出资所形成的权益（《企业国有资产法》第2条），因此必

① 茅少伟：《论恶意串通》，《中外法学》2017年第1期。

② 投标人之间可能另有约定串通投标的协议（围标协议），此种协议因违背公序良俗而无效，既非本条适用范围，亦非招标投标法第53条适用范围（第53条仅涉及对中标所订立合同效力的影响）。

③ 关系到社会公共利益、公众安全的项目以及使用国有资金投资的项目等，实行强制招标制度（招标投标法第3条），此为拍卖法之所无。

④ 类似规定，尚有海事诉讼特别程序法第41条第1句（竞买人之间恶意串通的，拍卖无效），亦不同于拍卖法规定，无客观要件。之所以严于一般拍卖，或许是因为其性质属于司法拍卖，直接关系到司法秩序的公正性和程序正当性。

然指向特定的国家出资企业及其中的国家出资权益（特定股东的权益）。《企业国有资产法》该条规定，可以视作民法总则本条规范和其他规范的混合体。

（三）串通行为人实施妨害诉讼行为

民事诉讼法所规定的恶意串通行为，非尽指法律行为，而多指事实行为或诉讼行为。但恶意串通订立调解协议的，则为法律行为。恶意串通制造虚假诉讼、仲裁，往往以恶意串通法律行为（合同）或通谋虚伪表示作为事实基础，企图利用法院判决或仲裁裁决认可恶意串通法律行为或通谋虚伪表示的效力，借以损害第三人权益。^①

〔本文为上海财经大学基本科研业务费项目“中国动产和权利担保物权法律制度完善研究”（2016110057）的阶段性成果〕

（责任编辑：王胜强）

^① 以虚伪表示作为事实基础制虚假诉讼的实例，如上诉人上海欧宝生物科技有限公司与被上诉人辽宁特莱维置业发展有限公司、一审申诉人谢涛企业借贷纠纷案，最高人民法院（2015）民二终字第 324 号民事判决书。

New and Old: The Rule on Juridical Act with Malicious Collusion in General Provisions of Civil Law

Li Yu

Abstract: Juridical act with malicious collusion rule is a special case of juridical act violation of public order and good moral. Malicious collusion is different from sham juridical act. Malicious collusion between agent and third party to harm principal's interests is governd by §154 of General Provisions of Civil Law. Malicious collusion juridical act void rule has many benefits and can not be replaced by other rules. The stipulation of void act of malicious collusion is different from the stipulations of using malicious collusion concept but provide different scope of application or legal effect.

Key word: malicious collusion, juridical act, void juridical act, sham juridical act