

## 论通谋虚伪行为的法律效力

翟远见

**内容提要:**《民法典》第146条规定了通谋虚伪行为。在当事人之间,依意思自治原则,财产性伪装行为无效。财产性隐藏行为的效力如何,取决于该行为是否满足相关实质要件和形式要件。在财产性隐藏行为不具备强制性形式要件,而该要件已存在于伪装行为之中时,隐藏行为的效力不受影响。在单纯的借名行为中,借名人与相对人是真正的当事人。身份行为具有特殊性,但其特殊性不足以排除伪装行为在当事人间无效之一般规则的适用。双方约定既不行使婚姻权利、亦不履行婚姻义务的假结婚无效。在假离婚中,由于夫妻双方共同申请了离婚登记并领取了离婚证,婚姻关系终止。一般性地承认伪装行为无效不得对抗善意第三人,有其必要。在《民法典》对此未作明文规定的情况下,可以通过整体类推的方法填补这一漏洞。

**关键词:**通谋虚伪 伪装行为 隐藏行为 善意第三人

翟远见,中国政法大学比较法学研究院副教授。

### 一 问题的提出

通谋虚伪行为,指表意人故意使其意思与表示不一致,且与相对人通谋为之的行为。通谋虚伪行为可能是双层结构,即既有伪装行为,亦有隐藏行为;也可能是单层结构,即仅有伪装行为,而无隐藏行为。双层结构者,称相对通谋虚伪行为;单层结构者,称绝对通谋虚伪行为。

《民法通则》和《合同法》等法律没有关于通谋虚伪行为的明文规定,《民法总则》第146条规定了此类行为,《民法典》总则编沿用之。依该条第1款,行为人与相对人基于虚假意思表示实施的伪装行为无效;依该条第2款,含有真正意思表示的隐藏行为的效力,“依照有关法律规定处理”。

我国学者对于财产性伪装行为缘何无效有所讨论,但观点不尽一致;对于财产性隐藏行为的形式要件瑕疵,基本没有讨论;对于身份性伪装行为是否可以适用通谋虚伪的一般

规则,争议很大;对于是否应当肯认保护善意第三人的一般规则,以及法无明文规定时当何为,<sup>[1]</sup>存在较大分歧。这些问题在《民法典》施行后仍有深入研究的必要。本文尝试对上述问题作些探讨,以期对相关条文的合理解释与准确适用有所助益。

## 二 财产性通谋虚伪行为在当事人间的效力

伪装行为在绝对通谋虚伪行为和相对通谋虚伪行为中,其效力规则相同,故下文不再单独讨论绝对通谋虚伪行为,而仅以相对通谋虚伪行为为分析对象,探讨其中的伪装行为和隐藏行为的效力。

### (一) 财产性伪装行为在当事人间的效力

依《民法典》第146条第1款,财产性伪装行为在当事人间的效力类型为“无效”,对此,未见我国民法学界和法律实务界有何疑义。上述规定有其罗马法渊源。在罗马法上,戴克里先皇帝时期便已确立“真正欲为之事的效力强于表面上的呈现”之原则。<sup>[2]</sup>惟我国有观点认为,伪装行为之所以无效,主要是因为涉及“公共秩序的问题”。<sup>[3]</sup>事实上,财产性伪装行为无效的原因与公共秩序并不相干,立法者也无意一概禁止此类行为。当事人“通谋”的目的不总是为了规避法律或者损害第三人的利益。例如,自然人甲意欲赠与其长子乙一套房产,但担心此举会遭到次子丙和其他家庭成员的强烈反对,于是为避免人情纷扰,甲与乙表面上订立了买卖该房产的合同。二人以买卖之名行赠与之实的行为,合情合法。

虚假的意思表示无效有两个理由。其一,表意人作出的意思表示并非其内心真实的意思,而是“虚伪”的,表意人不希望该意思表示产生任何私法上的效果。其二,相对人明知表意人的意思表示是虚假的,且与表意人存在“通谋”,具有意思联络;不使客观上表示出来的伪装内容发生任何法律效力,是表意人和相对人共同的意思,因此压根不需要保护相对人的信赖。相应地,为了贯彻私法自治精神,以虚假意思表示为核心要素的伪装行为当然随之无效。

财产性伪装行为无效,意味着于当事人而言,其享有的权利、承担的义务不会因该行为发生任何改变。同时,与其他无效的法律行为相同,针对财产性伪装行为,当事人可以在任何时候提起确认无效之诉,不受诉讼时效的限制。当事人无法通过实施追认行为使本来无效的伪装行为产生效力,除非追认具备了法律行为的有效要件,构成一项新的法律

[1] 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《中华人民共和国民法典总则编理解与适用(下)》,人民法院出版社2020年版,第730页;李永军主编:《民法学教程》(第2版),中国政法大学出版社2023年版,第109-110页;龙俊:《〈民法典〉中婚姻效力瑕疵的封闭性》,《社会科学辑刊》2022年第4期,第68-78页;贺剑:《意思自治在假结婚、假离婚中能走多远?——一个公私法交叉研究》,《华东政法大学学报》2022年第5期,第20-35页;陈甦主编:《民法总则评注(下)》,法律出版社2017年版,第1045页以下;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513页;梁慧星著:《民法总论》(第6版),法律出版社2021年版,第187页;杨代雄著:《法律行为论》,北京大学出版社2021年版,第277页;施鸿鹏:《通谋虚伪表示基础上对抗规则的教义学展开》,《东方法学》2022年第1期,第147-160页。

[2] C. 4, 22 Tit. : plus valet quod agitur quam quod simulate concipitur.

[3] 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《中华人民共和国民法典总则编理解与适用(下)》,人民法院出版社2020年版,第730页。

行为。若一方当事人基于财产性伪装行为将财产转移给了对方当事人,则前者可以向后者主张不当得利返还。此外,即使当事人在诉讼过程中没有主张财产性伪装行为无效,法院也应当依职权认定其无效。〔4〕

当事人之所以通谋作出伪装行为,原因千差万别,可能是为了逃避债务、规避法律,也可能是为了避免人情纷扰,甚至是为了在人前炫耀一下,不一而足。当事人通谋的具体动机是判断某一行为是否是伪装行为的重要考量因素,但动机本身外在于伪装行为,不是必须举证证明的事项。〔5〕

## (二) 财产性隐藏行为在当事人间的效力

财产性隐藏行为不因财产性伪装行为无效而无效。前者的效力如何,取决于该行为自身是否满足相关实质要件和形式要件。围绕财产性隐藏行为的效力争议,法官应当“依照有关法律规定处理”。换言之,只要不存在效力瑕疵事由,该行为便为有效,产生当事人积极追求的法律效果;存在效力瑕疵事由时,发生法律规定的相应效力——可能是无效、效力待定或者可撤销。

如果财产性隐藏行为的实质要件有瑕疵,该行为不会完全有效。例如,若订立相对通谋虚伪合同之人为限制行为能力人,则伪装行为无效,而隐藏行为一般为效力待定。再如,某人为谋取不正当利益,与国家工作人员表面上订立买卖合同,将财物出卖给后者,而实际上双方达成的合意是,后者无需向前者支付分文,则作为伪装行为的买卖合同无效,作为隐藏行为的赠与合同亦因违反不得行贿受贿的强制性规定无效。〔6〕

如果财产性隐藏行为不具备形式要件,原则上该行为也不会完全有效。然而,在隐藏行为不具备相应的形式要件,但该要件已存在于伪装行为之中时,隐藏行为的效力是否仍有瑕疵,殊值探讨。例如,两个法人之间以书面形式表面上订立了买卖合同,而实际上双方当事人口头达成的却是借款合同的合意,此时有疑问的是,借款合同的效力是否因违反《民法典》第 668 条“借款合同应当采用书面形式”的规定而受影响。

意大利司法实践和民法学理普遍认为,即使隐藏行为不具备强制性形式要件,只要该要件已经存在于伪装行为之中,便为已足。其理由是,尽管伪装行为和隐藏行为是两个行为,但二者并非绝对独立、毫无关联,它们是当事人整体操作的两个部分,伪装行为或多或少暗含了隐藏行为的效力。〔7〕

我国台湾地区新增订的“民法”第 166 条之 1 规定,以不动产物权的移转、设定和变更为内容的债权契约,应当作成公证书。假设不动产物权的出卖人与买受人为了逃税,公证了低于双方实际同意的交易金额的伪装买卖契约,则公证的买卖契约因通谋虚伪而无效。但是,如果当事人已达成不动产移转的合意,并完成了登记,那么隐藏买卖契约虽未经公

〔4〕 Cfr. Vincenzo Ricciuto, La simulazione, in I contratti in generale, tomo secondo, a cura di Enrico Gabrielli, Torino, UTET, 2006, p. 1648.

〔5〕 Cfr. Guido Alpa, Manuale di diritto privato, 5a ed., Padova, Casa editrice Dott. Antonio Milani, 2007, pp. 605-606.

〔6〕 Cfr. Andrea Torrente, Pietro Schlesinger, Manuale di diritto privato, 12a ed., Milano, Dott. A. Giuffrè editore, 2007, p. 575.

〔7〕 Cfr. C. Massimo Bianca, Diritto civile, III, Il contratto, Milano, Dott. A. Giuffrè editore, 2000, p. 704.

证,但仍然有效。〔8〕

关于财产性伪装行为是否可能补正隐藏行为的形式要件瑕疵,《民法典》并未明文规定。法院处理此类问题时,可以参考上述比较法上的立法例和判例学说,从体系目的的角度,作相同的解释。

### (三) 单纯借名行为的法律效力

在财产性相对通谋虚伪行为中,当事人除上文论及的可能就行为的性质或者内容伪装外,还可能就行为的主体伪装。后一种通谋虚伪行为,即所谓的单纯借名行为。例如,表面上是甲与乙订立了买卖合同,而根据约定,实际上甲只是名义上的买受人(出名人),丙才是真正的买受人(借名人)。此时,甲与乙(相对人)订立的买卖合同是伪装行为,乙与丙订立的买卖合同是隐藏行为。通过该交易结构,丙可以实现取得特定财产,同时其买受人的身份又不为外人知晓的目的。

只有借名人、出名人和相对人三方均参与通谋时,才成立单纯借名行为。要求借名人参与通谋,因为借名人而非出名人才是隐藏行为法律效力的真正承担者。要求出名人参与通谋,因为唯有如此才能否定伪装行为对其产生法律效力。要求相对人参与通谋,因为相对人必须知晓真正的对方的当事人的身份。但是,不要求三方同时达成通谋合意,可以是借名人与出名人先达成合意,继而相对人加入进来。至于相对人对于借名的目的是否知晓,在所不问。

单纯借名行为与冒名行为不同。在前一类行为中,出名人没有伪装自己的身份,伪装的只是其在整个交易中扮演的角色。而在后一类行为中,仅是当事人的姓名或者名称称呼有误,并不呈现既有实际上的当事人、又有表面上的当事人这种双层交易结构。在后一类行为中,若相对人看重对方当事人的身份,则准用无权代理的规则处理;若对方当事人的身份对相对人而言无关紧要(如在以商品或者服务为内容的日常消费合同中),则法律行为直接在当事人间发生效力。〔9〕

单纯借名行为与行纪合同、信托行为等通过中间人实施的交易行为也不相同。在前一类行为中,出名人并非真正的当事人,法律行为对其不产生任何效力;借名人与相对人是法律关系的双方当事人。在后一类行为中,中间人是当事人,其基于法律行为取得相应的权利,只是有义务将自相对人处取得的权利再转移给委托人而已;委托人与相对人之间不存在直接的法律关系。

## 三 身份性伪装行为在当事人间的效力

典型的身份性伪装行为,有通谋虚伪之收养行为、结婚行为和协议离婚等行为。争议较大的是,这些身份性伪装行为是否足够特殊,以至可以排除“伪装行为在当事人之间无效”这一规则的适用。

〔8〕 参见王泽鉴著:《民法总则》,北京大学出版社2022年重排版,第369页。

〔9〕 关于冒名行为的效力,参见朱庆育著:《民法总论》(第2版),北京大学出版社2016年版,第337页。

《民法典》第 1113 条是关于收养行为无效的规定。根据该条规定,收养行为无效的原因有两大类:要么有总则编关于民事法律行为无效规定情形,要么违反了婚姻家庭编的规定。收养行为作为法律行为,自然适用总则编中有关法律行为效力评价的规则。如果当事人并无成立亲子关系之效果意思,而是仅仅想通过收养的形式达到获得某地户口等其他目的,则此种通谋虚伪的假收养,根据《民法典》第 146 条的规定,属于无效的收养行为。《中国公民收养子女登记办法》第 13 条特别规定,收养关系当事人弄虚作假骗取收养登记的,收养关系无效,由收养登记机关撤销登记,收缴收养登记证。可以说,通谋虚伪之假收养无效,对此理论界和实务界已高度达成共识。<sup>[10]</sup> 因此,下文集中讨论假结婚和假离婚在当事人间的效力。

### (一) 假结婚在当事人间的效力

本文所称假结婚,指双方约定不行使婚姻权利、不履行婚姻义务的结婚行为。有学者认为,婚姻家庭编关于婚姻效力瑕疵的规定具有封闭性,《民法典》没有规定假结婚,并不是对这类社会现象“视而不见”,而是因为从法政策的角度来看,虚假的意思表示本就不应影响结婚行为的效力。在该观点看来,不将通谋虚伪规定为结婚行为的瑕疵类型,有利于减少假结婚的发生,有利于维护婚姻登记的公信力,具有合理性。<sup>[11]</sup> 这种观点也许值得商榷,理由如下:

第一,不承认通谋虚伪是结婚行为的效力瑕疵事由,是对相关条文的机械解读。的确,《民法典》第 1051 条仅规定婚姻无效的三种情形:重婚、有禁止结婚的亲属关系、未达到法定婚龄。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释(一)》(下称“《婚姻家庭编解释一》”)第 17 条进一步明确规定,当事人以其他事由请求确认婚姻无效的,其诉讼请求将会被人民法院驳回。

然而,将《民法典》第 1051 条列举的婚姻无效事由解释为封闭性规定恐有不妥。婚姻家庭编第 2 章关于结婚仅设 9 条规定,其中只有第 1051 条是关于婚姻无效事由的规定。该条除了没有规定假结婚外,对于当事人无婚姻意思能力(如长期处于精神错乱或无意识中而结婚)、附解除条件的婚姻、当事人同一性认识错误的婚姻、一方当事人不同意结婚由他人冒名顶替登记的婚姻等,也均未规定。<sup>[12]</sup> 此种状况下,若再排除总则编民事法律行为制度的适用,规范供给将显得捉襟见肘。

《婚姻家庭编解释一》第 17 条承继了 2011 年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(三)》第 1 条的核心内容。在《婚姻法》作为单行法的时代,法律行为制度是否适用以及如何适用于结婚行为,立法上不甚明了,学理上存在分歧,最高人民法院为了“快刀斩乱麻”作出上述规定,尚属情有可原。在《民法典》施行后,若仍

[10] 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典婚姻家庭编释义》,法律出版社 2020 年版,第 249 页;最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《中华人民共和国民法典婚姻家庭编继承编理解与适用》,人民法院出版社 2020 年版,第 441 页;薛宁兰、谢鸿飞主编:《民法典评注·婚姻家庭编》,中国法制出版社 2020 年版,第 590 页;杨立新:《收养行为无效的损害赔偿》,《扬州大学学报(人文社会科学版)》2022 年第 2 期,第 33 页。

[11] 参见龙俊:《〈民法典〉中婚姻效力瑕疵的封闭性》,《社会科学辑刊》2022 年第 4 期,第 73 页以下。

[12] 我国台湾地区“民法”第 988 条也只规定了四种婚姻无效的事由。在史尚宽看来,该条规定仅具有例示的意义,不是穷尽式的列举。参见史尚宽著:《亲属法论》,中国政法大学出版社 2000 年版,第 184-185 页。

将婚姻家庭编看作封闭的体系,则显得不合时宜。<sup>[13]</sup>

第二,不承认通谋虚伪是结婚行为的效力瑕疵事由,是对婚姻登记的性质与功能的不当理解。结婚登记是有效结婚的必要条件之一,结婚行为非经向婚姻登记机关申请并完成登记,不产生效力。然而,不能因为完成了结婚登记,便不再查明另一必要条件结婚行为的核心要素——双方当事人结婚意思的真实与否。

结婚登记由婚姻登记机关完成,婚姻登记机关是行政机关,结婚登记行为是典型的行政行为。行政行为与当事人之行为合力才能导致权利得丧变更时,行政行为的效力应受虚伪表示的影响。<sup>[14]</sup> 如果仅看到结婚登记行为中的行政行为,而没有看到其中民法上的法律行为,特别是罔顾其中虚假的意思表示,有存表去里之嫌,是对结婚登记公示公信作用的误读。

第三,承认通谋虚伪是结婚行为的效力瑕疵事由,更符合意思自治原则。在婚姻领域,最能体现意思自治原则的是有关婚姻自由的规定。<sup>[15]</sup> 婚姻自由包括结婚自由和离婚自由。就结婚自由而言,只有将结婚行为看作且仅看作双方法律行为,才能彻底落实这一价值理念。<sup>[16]</sup> 与其他法律行为相同,结婚行为有效也要如《民法典》第143条第2项规定的那样,具备“意思表示真实”这一要件。在完全无婚意的假结婚中,男女双方并没有达成永久共同生活的合意,达成合意的仅仅是通过形式上缔结婚姻,<sup>[17]</sup> 使一方取得一国国籍或者某地户口、免服兵役、领取抚恤金等。<sup>[18]</sup> 此时,双方主观上均不追求婚姻的直接法律效果,结婚的意思表示并不真实,若罔顾通谋虚伪规则,仍使婚姻有效,显然与意思自治原则相悖。<sup>[19]</sup>

第四,承认通谋虚伪是结婚行为的效力瑕疵事由,有利于构建完整的结婚行为效力瑕疵规范体系。《民法典》第1051条规定的是秩序因素对结婚行为效力的影响,第1052条和第1053条规定的是他人因素对结婚行为效力的影响,通谋虚伪恰恰是表意人自身因素对结婚行为效力的影响。如此理解,结婚行为的效力瑕疵体系才称得上完整。更为重要的是,在受胁迫或者受欺诈(对方隐瞒重大疾病)而结婚的情形中,表意人尚有对婚姻效果的追求,只是其是在自由意志受到干扰的情况下作出的意思表示;而在无婚意的假结婚中,双方当事人完全没有对婚姻效果的追求。有效果意思的结婚行为尚可能被撤销,完全

[13] 王利明教授强调,在民法典时代,应当以体系化视野观察和适用婚姻家庭编的规则。参见王利明:《体系化视野下〈民法典〉婚姻家庭编的适用——兼论婚姻家庭编与其他各编的适用关系》,《当代法学》2023年第1期,第3页以下。

[14] 类似观点,参见胡长清著:《中国民法总论》,中国政法大学出版社1997年版,第237页。

[15] 参见夏吟兰主编:《婚姻家庭继承法》(第三版),中国政法大学出版社2021年版,第52页。

[16] 我国有学者认为假结婚不同于假合同,前者不完全适用意思自治原则,法律不应当允许撤销婚姻,以使假结婚本身成为一种高风险行为。参见申晨:《论婚姻无效的制度构建》,《中外法学》2019年第2期,第470页。该观点对假结婚行为的定性和给出的解决方案,似有一定的高权余地。

[17] 有学者将结婚意思分为实质结婚意思与形式结婚意思,只要具备其一,便满足了婚姻“自愿”的要件,并认为假结婚中虽无实质结婚意思,但有形式结婚意思。参见龙俊:《〈民法典〉中婚姻效力瑕疵的封闭性》,《社会科学辑刊》2022年第4期,第77页。

[18] Cfr. Francesco Finocchiaro, Matrimonio civile, in Enciclopedia del diritto, XXV, Milano, Dott. A. Giuffrè editore, 1975, p. 836.

[19] 《法国民法典》第146条规定:“无合意,无婚姻。”(笔者自译)我国《民法典》虽未设明文,但依婚姻自由原则,该规则应被视作当然之理。

无效果意思的结婚行为更有理由(a fortiori)被认为具有效力瑕疵。<sup>[20]</sup>

第五,承认通谋虚伪是结婚行为的效力瑕疵事由,更符合法律适用的体系性思维要求。法秩序内部的层级构造命令,在解释法律时,解释者要尽量作出符合宪法规定的解释,以维护法秩序的稳定和宪法的尊严。《宪法》第 49 条第 4 款“禁止破坏婚姻自由”的规定,是婚姻自由原则的宪法表达,具有最高的法律效力。只有将结婚看作民法上的双方法律行为,使结婚行为根据双方达成的合意发生效力,才是对自由的尊重。在双方当事人本无缔结婚姻的合意的假结婚中,若强迫双方“假戏真做”,可谓是对婚姻自由的破坏,有违上述宪法规定的基本精神。<sup>[21]</sup>

婚姻家庭法回归民法后,在解释结婚行为的效力瑕疵体系时,还必须完成从单行法思维向法典化思维的转化。《民法典》第 1041 条对“实行婚姻自由”作了明确规定,第 1042 条又从反面禁止“干涉婚姻自由”;具体到结婚行为,第 1046 条再次重申“结婚应当男女双方完全自愿”。双方没有以夫妻身份共同生活的婚意虚假结婚,不应当认为他们在“完全自愿”的情况下“自由地”缔结了婚姻。

总则编关于法律行为制度的一般规则是否适用于结婚行为,应当主要取决于婚姻家庭编是否作出了特别规定。如果该编作出了特别规定,根据特别法优于一般法的规则,应当优先适用特别规定。如果婚姻家庭编没有特别规定,结婚行为原则上应当适用总则编关于民事法律行为的规定,除非有充足的理由证明相应规定与结婚行为的性质和特征相悖。这种“原则上适用”而非“原则上不适用”一般规定的解释进路,更有利于发挥总则编的公因式作用,更有利于使婚姻家庭编成为《民法典》的有机组成部分。

第六,承认通谋虚伪是结婚行为的效力瑕疵事由,处理婚姻附带效果将变得水到渠成。双方当事人无婚意的假结婚通常是为了实现取得一国国籍、办理某地户口、逃避服兵役、多获补偿款、骗到抚恤金等目的,而不是为了彼此成为终生共同生活的伴侣。<sup>[22]</sup> 当事人追求的这些目的均非结婚行为的直接法律效果,而是婚姻法以外的其他制度规定的婚姻产生的附带效果。将通谋虚伪作为结婚行为的效力瑕疵事由,由于“皮之不存毛将焉附”,否定当事人追求的附带效果将变得顺理成章。<sup>[23]</sup> 若既不否定婚姻的效力,又不否定附带效果,则无异于鼓励某些当事人违背诚信。若肯定婚姻的效力,而仅否定附带效果,则除非特别法一一规定,否则否定的理由难以立足。<sup>[24]</sup>

[20] Cfr. Francesco Finocchiaro, Matrimonio civile, in Enciclopedia del diritto, XXV, Milano, Dott. A. Giuffrè editore, 1975, p. 835; 贺剑:《意思自治在假结婚、假离婚中能走多远?——一个公私法交叉研究》,《华东政法大学学报》2022 年第 5 期,第 23 页。

[21] 意大利法学家佩雷戈(Enrico Perego)表达过类似的观点。他认为,根据意大利宪法,家庭是自愿组合的结果,家庭不可能建立在伪装行为之上。若使无婚意的假结婚也产生婚姻的效力,将违反意大利宪法第 29 条的规定。Cfr. Enrico Perego, Simulazione del matrimonio (dir. priv.), in Enciclopedia del diritto, XLII, Milano, Dott. A. Giuffrè editore, 1990, p. 620.

[22] Cfr. Francesco Finocchiaro, Matrimonio civile, in Enciclopedia del diritto, XXV, Milano, Dott. A. Giuffrè editore, 1975, p. 837.

[23] 相同观点,还可参见李昊、王文娜:《婚姻缔结行为的效力瑕疵——兼评民法典婚姻家庭编草案的相关规定》,《法学研究》2019 年第 4 期,第 113 页。

[24] 我国有学者赞成此种方案,认为只需使婚姻当事人所欲达成的非法目的不能实现即可,无需通过否定婚姻效力的方式进行规制。参见申晨:《论婚姻无效的制度构建》,《中外法学》2019 年第 2 期,第 469 页。

第七,承认通谋虚伪是结婚行为的效力瑕疵事由,比较法上已有相关制度经验。德国自1900年民法典施行后至1938年婚姻法实施前,婚姻效力瑕疵类型有无效婚姻和可撤销婚姻两种,自1938年婚姻法实施后至1998年结婚法实施前,为无效婚姻和可废止婚姻两种,1998年结婚法将婚姻效力瑕疵类型统一规定为可废止婚姻。<sup>[25]</sup>在1998年之前,德国法学理论和实务界的主流观点认为,法律对婚姻效力的瑕疵事由作了封闭性规定,由于其中并未规定通谋虚伪,因此虚假订立的婚姻只要符合形式要件,仍为有效婚姻。<sup>[26]</sup>然而,1998年结婚法再度纳入民法典后,法律为了阻止有些人通过缔结虚假婚姻滥用婚姻自由,将通谋虚伪规定为可废止婚姻的事由之一:第1314条第2款第5项规定,双方当事人在结婚时约定互不履行第1353条第1款规定的共同生活义务者,婚姻可废止。<sup>[27]</sup>

意大利1942年民法典关于通谋虚伪规则是否可以适用于结婚行为,最初未设明文规定。在相当长的时期内,意大利法学界和实务界的主流观点都是通谋虚伪不适用于结婚行为,不同人给出的理由各不相同:有人说因为其中有国家公权力部门的介入,有人说因为法律没有明文规定。<sup>[28]</sup>然而,对这种观点持批评意见的法学家一直不乏其人。<sup>[29]</sup>20世纪50、60年代,意大利法院为了处理战争抚恤金纠纷,通过作出越来越多的判决否定了假结婚的效力。<sup>[30]</sup>在强大的民意基础上,意大利最终于1975年出台了第151号法令,将其民法典第123条第1款修改为:“结婚双方当事人约定既不履行婚姻义务、亦不行使婚姻权利的,任何一方配偶均可以提起确认婚姻无效的诉讼。”

日本民法在婚姻无效和婚姻可撤销的事由中,一度也未规定通谋虚伪,相应地假结婚曾经既非无效,亦非可撤销,而是有效婚姻。之所以如此规定,有日本学者给出的理由是,不能因私的密约左右公然缔结行为的效力。不过后来在审判实践中有判例认为,为了逃避服兵役的义务,合意虚假订立的婚姻,即使已经登记,仍为无效。<sup>[31]</sup>现行日本民法已经改弦更张,其第742条明确规定,在当事人之间没有结婚意思的婚姻无效。<sup>[32]</sup>与财产行为无异,以虚伪表示作出的身份行为在当事人间无效,在有的日本法学家看来,乃当然之理。<sup>[33]</sup>

在我国台湾地区,法院多次通过判决表明,“民法”第87条第1项关于通谋虚伪意思表示无效的规定,对身份行为亦有适用余地。若夫妻双方通谋而为假结婚的意思表示,其

[25] 参见李昊、王文娜:《婚姻缔结行为的效力瑕疵——兼评民法典婚姻家庭编草案的相关规定》,《法学研究》2019年第4期,第104页。

[26] 例外是1938年德国婚姻法第19条规定的所谓的“姓氏婚姻”。参见[德]卡尔·拉伦茨著:《德国民法通论(下册)》,王晓晔等译,法律出版社2003年版,第498页。

[27] 参见[德]迪特尔·施瓦布著:《德国家庭法》,王葆苒译,法律出版社2022年版,第53页。

[28] 相关讨论,参见 Francesco Santoro-Passarelli, L' autonomia privata nel diritto di famiglia, in Saggi di diritto civile, I, Napoli, Jovene editore, 1961, p. 386 s.

[29] 例如, De Luca, Sull' invalidità del matrimonio civile per simulazione, in Foro italiano, 1950, I, p. 1399.

[30] Cfr. Enrico Perego, Simulazione del matrimonio (dir. priv.), in Enciclopedia del diritto, XLII, Milano, Dott. A. Giuffrè editore, 1990, p. 615.

[31] 参见[日]栗生武夫著:《婚姻法之近代化》,胡长清译,沈大明勘校,中国政法大学出版社2003年版,第60页。

[32] 参见渠涛编译:《最新日本民法》,法律出版社2006年版,第158页。

[33] 参见[日]我妻荣著:《新订民法总则》,于敏译,中国法制出版社2008年版,第276页。

意思表示无效。对此,台湾地区民法学界普遍持肯定态度,未闻有不同的声音。<sup>[34]</sup>

## (二)假离婚在当事人间的效力

与假结婚类似,某些夫妻双方当事人为了实现逃避债务、获得购房资格或者拆迁补偿等目的,在夫妻感情并未破裂的情况下,还可能达成离婚协议,办理离婚登记手续,领取离婚证。这些当事人往往离婚不离家,依旧共同生活在一起,待目的达成后再行办理复婚登记。此种社会现象,谓之“假离婚”。<sup>[35]</sup>

诉讼外的协议离婚为双方法律行为、身份行为,双方当事人达成离婚合意为其实质要件之一,婚姻登记机关办理离婚登记为其形式要件。关于如何理解离婚意思,有实质意思说和形式意思说两种学说。实质意思说认为,离婚意思指有终止婚姻关系的效果意思,如果不存在效果意思,即使表面上办理了离婚登记,协议离婚也是无效的。<sup>[36]</sup>而形式意思说则认为,离婚意思是指履行离婚形式要件的意思,为贯彻离婚的要式性和登记的公示力,只要双方共同办理了离婚登记,不管实质意思如何,均存在离婚意思,协议离婚有效。<sup>[37]</sup>

为了维护交易安全,财产行为有时不得不采取表示主义。与财产行为不同,夫妻关系的本质要求,在协议离婚中,应当更加尊重当事人内心的意思,以采实质意思说为妥。于是,似乎应与否定假结婚的效力类似,在假离婚中,由于双方当事人本无终止婚姻关系的效果意思,即便办理了离婚登记,根据通谋虚伪行为的效力规则,协议离婚行为亦属无效,婚姻关系并不解消。此种说理不可谓不雄辩,而结论却未必可靠。

在假离婚中,夫妻双方只是表面上达成离婚协议,内心均无离婚的真实意思,双方是在知晓彼此意思的情况下,通谋作出了两个虚假的意思表示,它们均因构成通谋虚伪而无效。对此,学理上的逻辑是通畅的,惟离婚的意思表示无效并不能推导出婚姻关系依旧存续。在我国,婚姻登记不但是结婚行为的生效要件,而且是婚姻关系维持的必要条件,若仅存在以夫妻身份共同生活的意思,而无有效的结婚登记,在法律上同样不存在合法有效的婚姻关系。因此,假离婚导致婚姻关系终止,不是因为假离婚的意思表示有效,而是因为夫妻双方共同申请了离婚登记并领取了离婚证,二者的婚姻关系因欠缺结婚登记而终止。此时,即使双方继续以夫妻身份共同生活,他们之间也由夫妻关系变为了同居关系。<sup>[38]</sup>

[34] 参见姚瑞光著:《民法总则论》,中国政法大学出版社 2011 年版,第 223 页;黄阳寿著:《民法总则》(修订 3 版),我国台湾地区新学林出版股份有限公司 2013 年版,第 280 页;王泽鉴著:《民法总则》,北京大学出版社 2022 年重排版,第 363 页。

[35] 有学者认为,只要当事人自愿签订了离婚协议并办理了离婚登记,便构成“真离婚”,因此就身份关系而言,在法律意义上不存在所谓的“假离婚”。参见蔡立东、刘国栋:《司法逻辑下的“假离婚”》,《国家检察官学院学报》2017 年第 5 期,第 135 页。

[36] 例如,史尚宽先生即认为,通谋虚伪的两愿离婚无效。参见史尚宽著:《亲属法论》,中国政法大学出版社 2000 年版,第 466 页。韩世远教授也认为,通谋虚伪规则在假离婚案件中亦适用。参见陈甦主编:《民法总则评注(下)》,法律出版社 2017 年版,第 1044 页。

[37] 参见陈棋炎、黄宗乐、郭振恭著:《民法亲属新论》(修订 14 版),我国台湾地区三民书局 2018 年版,第 180 页。

[38] 杨立新教授亦认为,假离婚一经登记,便具有真离婚的法律效果。参见杨立新:《〈民法总则〉规定的虚假民事法律行为的法律适用》,《法律科学(西北政法大学学报)》2018 年第 1 期,第 118 页。

## 四 通谋虚伪行为对第三人的效力

当事人作出通谋虚伪行为,经常是为了欺罔第三人。若第三人知晓意思表示是虚伪的,则伪装行为对当事人和第三人而言均为无效,理由是第三人已有预期,其利益不因法律行为的无效而受损。然而,倘若第三人不知法律行为为虚伪表示,如何保护善意第三人的利益,值得研究。

### (一) 是否应当肯认保护善意第三人的一般规则

在《民法总则》的制定过程中,一次审议稿第124条第1款、二次审议稿第139条第1款、三次审议稿第147条第1款、四次审议稿第149条第1款,均设有但书,规定行为人与相对人均不得以伪装行为之无效对抗善意第三人。<sup>[39]</sup> 2017年3月,全国人民代表大会会议期间,有代表提出,伪装行为无效对第三人的效力如何,情况较为复杂,不宜一般性地规定不得对抗善意第三人,而应区分不同情形由后来的《民法典》各分编具体规定。<sup>[40]</sup> 还有代表特别指出,若保留但书,将与善意取得制度相冲突。<sup>[41]</sup> 法律委员会采纳了上述意见,建议删去但书,最终形成了大会通过的法律文本。在《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉总则编若干问题的解释》(下称“《总则编解释》”)的过程稿中,也曾专设一条规定通谋虚伪表示不得对抗善意第三人,而该规定在最终颁布的文本中也消失得无影无踪。

可见,《民法典》和《总则编解释》最终未明文规定伪装行为无效不得对抗善意第三人,不是立法者和司法解释起草者的疏忽,而是故意使然。对此,有学者认为,《民法典》未规定虚伪表示对第三人的效力,留下了法律漏洞。<sup>[42]</sup> 是否构成法律漏洞,特别是在法理上是否应当存在伪装行为无效不得对抗善意第三人的一般规则,需要回答两个问题,即《民法典》的具体规定是否已经囊括保护善意第三人利益的所有情形,以及《民法典》的具体规定是否与保护善意第三人利益的规则相冲突。

表意人与相对人通谋作出虚假的意思表示时,《民法典》中涉及保护善意第三人的具体制度主要有三项:第172条规定的表见代理规则、第311条规定的善意取得规则以及第763条规定的虚构应收账款规则。这三项制度中,善意取得涉及善意第三人对所有权和他物权的取得,虚构应收账款涉及善意保理人对应收账款债权的取得,而在表见代理中,由于身份行为原则上不具有可代理性,因此主要涉及的也是财产权的变动。这三项关乎财产权变动的制度无法直接回答转让人与受让人通过实施伪装行为移转物权、应收账款债权以外的财产权,受让人又将表面取得的财产权处分时,善意第三人能否取得该财产权的问题。例如,双方当事人合意虚构了一笔非属应收账款的债权,且债务人立下字据证明该笔债务的存在,债权人持字据将债权有偿让与给毫不知情的第三人,债务人能否对第

[39] 参见扈纪华编:《民法总则起草历程》,法律出版社2017年版,第159、189、218、252页。

[40] 参见《民法总则立法背景与观点全集》编写组编:《民法总则立法背景与观点全集》,法律出版社2017年版,第32页。

[41] 参见陈甦主编:《民法总则评注》(下册),法律出版社2017年版,第1045页以下。

[42] 参见梁慧星著:《民法总论》(第六版),法律出版社2021年版,第187页。

三人主张设定债权的合同无效,故第三人不得取得债权?<sup>[43]</sup>又如,双方当事人以虚假的意思表示签订了转让专利权的书面合同,并申请了变更登记,登记完成后,登记权利人又将专利权有偿让与给毫不知情的第三人,真正权利人能否以前专利权转让合同无效为由对抗第三人?再如,双方当事人以虚假的意思表示签订了转让股权的书面合同,并办理了变更登记,其后名义股东又将股权有偿转让给毫不知情的第三人,第三人能否取得该股权?<sup>[44]</sup>在上述三个例子中,将债权、专利权、股权处分给第三人的人均非有权处分人,因为他们与真正权利人作出的意思表示是虚假的,共同实施的处分行为是伪装行为,在当事人之间不产生效力,作为处分标的的权利不发生移转。向第三人的处分行为虽为无权处分,依法理原本应由真正权利人追认后方生效,但在毫不知情的第三人看来,处分人具有权利的外观,且该外观的形成有真正权利人意思的介入,为保护交易安全,有必要保护善意受让的第三人的利益,使无权处分行为例外地发生即时确定有效的效力。其原理与无权代理、善意取得和虚构应收账款等具有实质相似性,法律没有必要、也不应当区别对待。

《民法典》第 172 条、第 311 条与第 763 条规定的三项具体制度与保护善意第三人的规则并不冲突。有学者担心,承认伪装行为无效不得对抗善意第三人之一般规则,将导致与善意取得制度发生直接冲突。其理由主要是,该一般规则仅有善意一个要件,而《民法典》规定的善意取得至少需要满足受让人善意、转让价格合理、已完成登记或者交付三个要件,一般规则对善意第三人的保护强度大于善意取得制度对第三人的保护。<sup>[45]</sup>首先,这种担忧可以通过特别法优于一般法适用的规则来化解,即保护善意第三人规则是一般法,善意取得制度是特别法,在表面上的权利人无权处分权利时,优先适用善意取得的规定。其次,即使适用一般规则,其结果与适用善意取得制度的结果也没有想象的那么大,因为第三人善意与否的判断时点也应是登记或者交付之时,<sup>[46]</sup>如尚未完成登记或者交付,判断的时机尚未成熟,此时既不能适用一般规则,也不能适用善意取得。再者,在表面上的权利人无权处分时,即使适用一般规则,也可以通过目的性限缩性解释,将善意第三人的范围限制在有偿受让的第三人范围内。

## (二) 不得对抗善意第三人的含义

有观点认为,所谓的通谋虚伪表示不得以其无效对抗善意第三人,其含义是善意第三人既可以主张该表示无效,也可以主张该表示有效,但是善意第三人主张其有效时,表意人不得以其无效加以对抗。<sup>[47]</sup>这一观点似有未明之处,需要作以下几点解释:

[43] 针对这一问题,《德国民法典》第 405 条规定,债务人不得对善意受让的第三人主张设定债权或者承认债务的合同无效。相关论述,参见[德]迪特尔·梅迪库斯著:《德国债法总论》,杜景林、卢湛译,法律出版社 2004 年版,第 558 页以下。

[44] 2020 年修改后的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(三)》第 25 条规定,名义股东处分登记在自己名下的股权的,人民法院可以参照民法典第 311 条规定的善意取得制度处理。对这项规定的反思,参见张双根:《股权善意取得之质疑——基于解释论的分析》,《法学家》2016 年第 1 期,第 131 页以下。

[45] 参见李宇著:《民法总则要义——规范释论与判解集注》,法律出版社 2017 年版,第 513 页;陈甦主编:《民法总则评注(下)》,法律出版社 2017 年版,第 1045 页。

[46] 对此,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉物权编的解释(一)》(下称“《物权编司法解释(一)》”)第 17 条第 1 款明确规定,在善意取得中,认定受让人是否善意的时间为“依法完成不动产物权转移登记或者动产交付之时”。

[47] 参见王泽鉴著:《民法总则》,北京大学出版社 2022 年重排版,第 364 页以下。

其一,伪装行为的效力为绝对无效。法律行为原则上本就仅在当事人之间发生效力,不对第三人的权利义务状态产生影响。例如,即使是一个没有效力瑕疵事由的合同行为,原则上也仅在缔约双方之间发生效力,并不及于合同外的第三人。<sup>[48]</sup> 伪装行为的效力,更是如此。如前文所述,伪装行为在当事人间自始、当然、确定无效,其对第三人而言也是自始、当然、确定无效,而不是其他效力形态。<sup>[49]</sup> 这是因为,生活世界中的一个法律行为在规范世界中只会得到一个效力评价,伪装行为在当事人间没有引起权利的得丧变更,这是法律规范基于意思自治原则对伪装行为的效力评价,该评价不会因人而异,不会出现对当事人而言无效,对善意第三人而言有效的评价结果。善意第三人顶多可以主张“假如伪装行为有效”时其将获得的利益,而无法径直使伪装行为由无效变为有效。

其二,善意第三人可以承认伪装行为无效。关于善意第三人能否如此主张,有学者认为有商榷余地,理由是主张“匪夷所思”,理性人都不会这样做。<sup>[50]</sup> 但是,既然不得对抗善意第三人的目的是为了保护自己不知情民事主体的利益,而原则上民事主体对自己的利益均可处分,法律没有理由禁止善意第三人抛弃其利益,主张伪装行为无效。至于抛弃利益的动机为何,法律不必过问,多数情况下也无从过问。

其三,善意第三人可以主张表意人作出的意思表示为真实的“虚拟状态”。<sup>[51]</sup> 虽然善意第三人的主张无法使虚假的意思表示变为真实的意思表示,但若当事人主张意思表示构成通谋虚伪,将会对善意第三人的权益受到不利影响。法律为了保护第三人的信赖,例外地允许其主张假使当事人之间的法律行为并非伪装行为时自己将获得的权益。相应地,当事人不得以伪装行为无效,来对抗善意第三人的上述主张。<sup>[52]</sup>

其四,若婚姻行为、收养行为等身份行为是伪装行为,善意第三人也可以作出同样的主张。<sup>[53]</sup> 完成结婚登记,推定双方当事人缔结了合法有效的婚姻关系,即使双方当事人假结婚,他人对于登记这种公示手段的信赖,也值得受法律保护,此乃结婚登记的公信力。例如,甲与乙通谋办理虚假结婚登记,其后甲因生活费用向丙负有债务,若丙原以为甲与乙之间的婚姻有效,可以请求甲乙二人承担连带责任。

### (三)善意第三人的范围

在通谋虚伪行为中,保护善意第三人的利益与保护当事人特别是真正权利人的利益是一对矛盾,有必要通过严格限定善意第三人的范围,找到两种利益保护的平衡点。在划定范围时,应当明确如下几点:

第一,第三人指通谋虚伪行为的当事人及其概括继受人以外的人。当事人固不必论,由于概括继受人的法律地位与当事人相差无几,所以对概括继受人也适用通谋虚伪行为对当事人而非第三人的效力规则。<sup>[54]</sup> 例如,自然人甲与其好友乙通谋,订立虚假的房屋

[48] 参见韩世远著:《合同法总论》(第四版),法律出版社2018年版,第13页。

[49] 参见施鸿鹏:《通谋虚伪表示基础上对抗规则的教义学展开》,《东方法学》2022年第1期,第149页。

[50] 参见陈自强著:《民法讲义I——契约之成立与生效》,法律出版社2002年版,第188页。

[51] Cfr. Emanuela Navarretta e Andrea Orestano (a cura di), Dei contratti in generale, articoli 1387-1424, in Commentario del codice civile, diretto da Enrico Gabrielli, Torino, UTET, 2012, p. 448.

[52] 参见最高人民法院(2017)最高法民再164号民事判决书。

[53] 参见姚瑞光著:《民法总则论》,中国政法大学出版社2011年版,第233页。

[54] 参见王泽鉴著:《民法总则》,北京大学出版社2022年重排版,第364页。

买卖合同,合意将甲的房屋虚假转移登记到乙的名下,乙死亡后,乙的唯一继承人丙在毫不知情的情况下,将该房屋过户登记到自己名下。此例中,丙为乙的概括继受人,不享有善意第三人的法律地位,虚假的买卖合同和物权合同对乙丙均为无效,甲仍是该房屋真正的所有权人,可以以不动产登记错误为由申请更正登记,并请求丙返还原物。<sup>[55]</sup>

第二,第三人不包括向第三人履行合同中的第三人。向第三人履行合同中,第三人的受益以双方当事人之间的合同约定有效为前提条件。<sup>[56]</sup>若双方当事人缔结的合同因是伪装行为而无效,则即使第三人毫不知情,债务人或者其他利害关系人也可以主张合同无效,以对抗法律规定或者合同约定的第三人。<sup>[57]</sup>

第三,假使伪装行为有效,某些第三人原有的权利可能随之消灭、效力减弱或者权能减少,利益反而会受损,则此类第三人不属于通谋虚伪规则中所谓的善意第三人。例如,甲公司与乙公司作出通谋虚伪行为,将原甲公司名下的不动产均变更登记在了乙公司名下,目的仅是避免甲公司的债权人丙公司强制执行这些不动产,此时的丙公司不属于所谓的善意第三人。又如,某房屋在已经出租的情况下,其所有权人丁与朋友戊通谋订立表面价格高于实际成交价格的买卖合同,以避免房屋承租人已行使优先购买权,此时的房屋承租人已亦不属于所谓的善意第三人。<sup>[58]</sup>

若伪装行为有效其利益将会受损的第三人(如前段中丙公司和承租人已),于情于理他们都不会主张伪装行为有效。不过,他们虽非所谓的善意第三人但可以主张当事人作出的法律行为为通谋虚伪行为,当事人之间的法律关系要么未发生变动(绝对通谋虚伪情形),要么由隐藏行为而非伪装行为引起变动(相对通谋虚伪情形)。<sup>[59]</sup>尽管通谋虚伪行为本身并不一定构成侵权行为,但若当事人通过实施通谋虚伪行为故意或者过失地使第三人实际遭受到损害,满足了侵权行为的构成要件,第三人还可以主张基于侵权行为的损害赔偿请求权。例如,在前段例子中,如果房屋出卖人丁与买受人戊已经完成了房屋变更登记,承租人已便可以优先购买权受到侵害为由,请求当事人赔偿损失。

第四,善意第三人包括相信表见权利取得人享有处分权的交易主体。第三人知道通谋当事人实施了法律行为,但无重大过失地不知该法律行为是以虚假的意思表示实施的,该主观状态谓之善意。有学者认为,第三人的不知即属善意,不论其是否具有过失,更不论其过失之轻重,均应受到保护。<sup>[60]</sup>这种见解对于真正的权利人而言可能过于苛刻,似不足取。至于善意的判断时点,当为第三人与伪装行为的效力发生直接利害关系之时。例如,根据《物权编司法解释(一)》第 17 条的规定,第三人从表见权利取得人受让不动产或者动产的,于依法完成不动产物权登记或者动产交付时,其主观状态应是善意的。

善意第三人基于对公开的法律行为的信赖,认为法律行为有效并发生当事人追求的

[55] 参见黄阳寿著:《民法总则》(修订 3 版),我国台湾地区新学林出版股份有限公司 2013 年版,第 282 页。

[56] 参见史尚宽著:《民法总论》,中国政法大学出版社 2000 年版,第 388 页。

[57] 参见王泽鉴著:《民法总则》,北京大学出版社 2022 年重排版,第 364 页。

[58] Cfr. C. Massimo Bianca, *Diritto civile, III, Il contratto*, Milano, Dott. A. Giuffrè editore, 2000, p. 705.

[59] 参见陈自强著:《民法讲义 I——契约之成立与生效》,法律出版社 2002 年版,第 186 页以下。《意大利民法典》第 1415 条第 2 款设有明文规定,可资借鉴。

[60] 参见林诚二著:《民法总则(下)》,法律出版社 2008 年版,第 361 页。

私法效果,而与表见权利取得人进行交易。为维护交易安全,避免第三人遭受难以预见的损失,有必要“以虚像替代实像”,使表见权利取得人对权利的处分发生如同有权处分的效果。<sup>[61]</sup>例如,在有的案件中,法官认为,“足以产生合理信赖并有理由相信涉案应收账款债权真实、合法、有效”的保理人,即为善意第三人。<sup>[62]</sup>知道或者应当知道当事人实施的是伪装行为的第三人,由于其内心并没有产生权利外观的信赖,则仍适用“事实优于表象”的原理,当事人得以伪装行为无效对抗之。

第五,善意第三人不包括无偿受让或者以不合理低价受让权利的第三人。根据我国《民法典》第311条第1款第2项的规定,善意取得不但要求所有权等是基于有偿行为受让的,而且要求转让的价格是合理的。这一点与依《德国民法典》无权处分行为的原因行为究为有偿行为抑或无偿行为,并不影响善意取得的法律效果,判然有别。<sup>[63]</sup>我国的善意取得制度对第三人以合理价格受让的要求值得肯定,此要求也应适用于当事人实施通谋虚伪行为时对善意受让第三人的保护。

“法是善良和公正的艺术”,尤其是利益平衡的艺术。在财产权被无权处分时,原则上要保护真正权利人的利益,因为“任何人不得转让自己不享有的权利”,为达到这一目的,法律上的解决方案是使无权处分行为效力待定。但是,法律还要兼顾对交易安全的维护,节约交易相对人的信息收集成本和纠纷解决成本,避免尽到必要注意义务的交易相对人遭受难以预见的损失。为达到另外这个目的,法律上的解决方案是在处分之人并不享有处分权但受让人为善意时,例外地使善意受让人确定取得作为处分标的的权利。但是,如果权利是受让人无偿受让或者以不合理低价受让的,纵使该权利不发生移转,仍由真正的权利人享有,对于第三人而言也无较大损失发生,此时保护交易安全的理由难以成立。持物权行为无因性理论的学者可能会对此提出质疑说,善意取得等保护善意第三人的制度是无权处分行为的例外规则,无权处分行为是处分行为的一种,而处分行为不应作有偿行为和无偿行为的区分,这一区分是负担行为的专利,<sup>[64]</sup>因此不应将合理价格作为要件之一。然而,法律人要铭记于心的是,法律规则从来不是纯粹的数学计算或者逻辑推演,只要一项规则恰当地平衡了相互冲突的不同利益,哪怕原理上有所突破,也不失为“良法”。将无偿受让或以不合理低价受让权利的第三人排除出善意第三人之外,即为适例。

第六,善意第三人还包括善意申请强制执行的表见权利取得人的一般债权人。对表见权利取得人的一般债权人而言,表见权利取得人的所有财产都构成债权实现的保障,都可能用来清偿债务。毫无疑问,不使通谋虚伪行为绝对无效,让作为表见权利取得人的债务人的财产变得更加充实,将有利于保护债权人的利益。然而,若债权人非属善意,即原本知晓其债务人与相对人合谋实施的法律行为非出于真意,是伪装行为,则债权人本就不

[61] 参见刘得宽著:《民法诸问题与新展望》,中国政法大学出版社2002年版,第284-285页。

[62] 参见最高人民法院(2018)最高法民申4320号民事裁定书。类似说理还可参见最高人民法院(2019)最高法民申2994号民事裁定书。

[63] 参见[德]鲍尔/施蒂尔纳著:《德国物权法(上册)》,张双根译,法律出版社2004年版,第494页以下;[德]鲍尔/施蒂尔纳著:《德国物权法(下册)》,申卫星、王洪亮译,法律出版社2006年版,第394页以下。

[64] 有偿行为和无偿行为的分类,仅对以财产给付为内容的行为有价值,相关论述可参见胡长清著:《中国民法总论》,中国政法大学出版社1997年版,第191页;朱庆育著:《民法总论》(第2版),北京大学出版社2016年版,第140页。

应期望其债务人基于该行为取得财产性权利,故不存在保护债权人信赖的必要性。此外,债权人享有的是请求债务人为特定行为的权利,对债务人的责任财产享有的是一般性利益,债务人责任财产的状态如何变化,与债权人债权的实现仅具有间接关系。若允许表见权利取得人的任何债权人,均得以不知伪装行为无效为由对伪装行为的标的主张权利,则不仅会导致保护的范围过于宽泛,还有实质上架空伪装行为对当事人无效这一规则的风险。<sup>[65]</sup>

有学者将通谋双方当事人的债权人统统排除出善意第三人的范围,又未免走得太远。<sup>[66]</sup> 如果表见权利取得人的债权人,不知某财产是表见权利取得人与他人之间实施的伪装行为的标的,而是以为该财产构成表见权利取得人财产的一部分,对该财产向法院申请获得强制执行,则此类债权人属于善意第三人,确定取得该财产,不受表见权利取得人不是真正权利人的影响,事后当事人不得以伪装行为无效对抗之。至于此类债权发生的原因为何,发生于通谋虚伪行为之前还是之后,在所不问。<sup>[67]</sup>

#### (四) 法无一般规则时当何为

由于《民法典》总则编未一般性地规定伪装行为无效不得对抗善意第三人,故而遇到此类纠纷时,首先应当判断案件事实是否满足《民法典》第 172 条、第 311 条、第 763 条或者特别法规定的构成要件。若答案为否,根据《民法典》第 10 条关于民法渊源的规定,还要检索有无习惯法可以援用。若答案仍然为否,此时如何处理,赞成一般性对抗规则的民法学者给出的解决方案又不尽相同。有学者建议,结合诚实信用原则,对《民法典》第 146 条第 1 款进行目的性限缩;<sup>[68]</sup> 有学者建议,类推适用《民法典》第 763 条关于保理合同中虚构应收账款的规定。<sup>[69]</sup>

两说相较,似宜采用第二种方案,不过应不属于类推适用中的个别类推。这是因为,《民法典》未对表见代理、善意取得、虚构应收账款以外的涉善意第三人的通谋虚伪案件类型作出规定,而根据《民法典》追求的目的和立法者的计划,相关规定本应出现在《民法典》中,故属于制定法的“开放型漏洞”,而非属于根据规范意旨缺乏限制性规定的“隐蔽型漏洞”。<sup>[70]</sup> 开放型漏洞,可以通过类推适用或者回归制定法蕴含的一般原则来填补。具体到通谋虚伪领域,《民法典》已经在表见代理、善意取得、虚构应收账款案件类型中规定了不得以伪装行为无效对抗善意第三人的规则,如此规定的规范目的是保护民商事交往中交易相对人的合理信赖,维护交易的安全性。<sup>[71]</sup> 根据平等原则,缘于同样的理由,该

[65] Cfr. Guido Alpa, *Manuale di diritto privato*, 5a ed., Padova, Casa editrice Dott. Antonio Milani, 2007, p. 607.

[66] 参见林诚二著:《民法总则(下)》,法律出版社 2008 年版,第 361 页;郑冠宇著:《民法总则》(第 6 版),我国台湾地区新学林出版股份有限公司 2019 年版,第 377 页。

[67] Cfr. Emanuela Navarretta e Andrea Orestano (a cura di), *Dei contratti in generale, articoli 1387-1424*, in *Commentario del codice civile*, diretto da Enrico Gabrielli, Torino, UTET, 2012, p. 473.

[68] 参见施鸿鹏:《通谋虚伪表示基础上对抗规则的教义学展开》,《东方法学》2022 年第 1 期,第 158 页。

[69] 参见杨代雄著:《法律行为论》,北京大学出版社 2021 年版,第 277 页。

[70] 关于开放型漏洞与隐蔽型漏洞的区别,参见[德]卡尔·拉伦茨著:《法学方法论》(第 6 版),黄家镇译,商务印书馆 2020 年版,第 465 页以下。

[71] 对私法中信赖保护原则的阐述,参见朱广新:《信赖保护理论及其研究述评》,《法商研究》2007 年第 6 期,第 71 页以下。有学者认为,不得以伪装行为无效对抗善意第三人是诚实信用原则的题中应有之意。参见武腾:《无效、可撤销民事法律行为与善意第三人保护》,《清华法学》2018 年第 1 期,第 164 页。

规则也应当类推适用于《民法典》未规定的其他通谋虚伪案件类型中。由于从表见代理(第172条)、善意取得(第311条)和虚构应收账款(第763条)这些法律规定中均可以提炼出伪装行为无效不得对抗善意第三人的一般规则,故而属于类推适用中的整体类推。<sup>[72]</sup>

## 五 结 论

《民法典》第146条规定的通谋虚伪行为的效力规则是具体体现意思自治原则的一项制度。依意思自治原则,财产性伪装行为在当事人之间无效。财产性隐藏行为的效力如何,取决于该行为是否满足相应的实质要件和形式要件。在财产性隐藏行为不具备强制性形式要件,而形式要件已存在于伪装行为之中时,隐藏行为的效力不受影响。当事人除可能就行为的性质或者内容伪装外,还可能就行为的主体伪装,实施单纯借名行为。只有借名人、出名人和相对人三方均参与通谋时,才成立单纯借名行为。在单纯借名行为中,借名人而非出名人才是真正的当事人。

《民法典》第146条原则上适用于一切法律行为类型。身份行为具有特殊性,但其特殊性不足以排除伪装行为在当事人间无效之一般规则的适用。双方约定既不行使婚姻权利、亦不履行婚姻义务的假结婚无效。不承认通谋虚伪是结婚行为的效力瑕疵事由,是对相关条文的机械解读,是对婚姻登记的性质与功能的不当理解。相反,承认通谋虚伪是结婚行为的效力瑕疵事由,是对比较法上诸多制度经验的借鉴,更符合意思自治原则,更符合法律适用的体系性思维要求,更有利于构建完善的结婚行为效力瑕疵规范体系,更有利于处理婚姻附带效果的问题。在假离婚中,由于夫妻双方共同申请了离婚登记并领取了离婚证,婚姻关系终止。假离婚导致婚姻关系终止,不是因为假离婚的意思表示有效,而是因为夫妻双方共同申请了离婚登记并领取了离婚证,婚姻关系因欠缺结婚登记而终止。

《民法典》规定的表见代理、善意取得和虚构应收账款制度与保护善意第三人的规则并不冲突。一般性地承认伪装行为无效不得对抗善意第三人,有其必要。伪装行为是身份行为的,其无效亦不得对抗善意第三人。善意第三人可以承认伪装行为无效,也可以主张假定表意人作出的意思表示为真实的“虚拟状态”。第三人指通谋虚伪行为的当事人及其概括继受人以外的人。善意第三人包括相信表见权利取得人享有处分权的交易主体,以及善意申请强制执行的表见权利取得人的一般债权人,但不包括向第三人履行合同中的第三人和无偿受让或者以不合理低价受让权利的第三人。假使伪装行为有效,某些第三人原有的权利可能随之消灭、效力减弱或者权能减少,利益反而会受损,则此类第三人不属于善意第三人。在《民法典》对伪装行为无效不得对抗善意第三人未作明文规定的情况下,可以通过整体类推的方法填补这一漏洞。

[本文为作者主持的2022年度教育部人文社会科学研究一般项目“民法典实质债法总则规范体系研究”(22YJA820003)的研究成果。]

[72] 关于类推适用中的整体类推或者法的类推,可参见[德]托马斯·M.J.默勒斯著:《法学方法论》(第4版),杜志浩译,北京大学出版社2022年版,第382-388页。

## The Legal Effectiveness of Collusive Sham Acts

[**Abstract**] Article 146 of the Chinese Civil Code is a new provision on collusive sham acts. According to the principle of autonomy of will, a sham property act is invalid between the parties and the effectiveness of a hidden property act depends on whether the corresponding substantive and formal requirements of the act could be met. When a property hidden act does not contain any mandatory formal requirement and the sham act has already contained such requirement, the effectiveness of the collusive sham is not affected. In addition to shaming the nature or content, the parties may also sham the subject of the act by implementing a pure nominal act. A pure nominal act could be established only when all three parties – the name borrower, the name lender, and the counterparty - participate in the collusive sham. In a pure nominal act, the name borrower, not the name lender, should be regarded as the real party. The special nature of identity acts is not sufficient to exclude the application of the general rule that a sham act is void between the parties. A sham marriage in which the parties agree to neither exercise marital rights nor perform marital obligations should be regarded as null and void. It would be a rigid interpretation of the relevant provisions if we do not recognize collusive sham as a cause of defect in the effectiveness of marriage acts, and it would also be an improper understanding of the nature and function of marriage registration. Recognizing collusive sham as a cause of defect in the effectiveness of marriage acts would be more in line with the principle of autonomy of will and the requirements of systematic thinking in the application of laws and more conducive to building a complete system of norms for defects in the effectiveness of marriage acts and dealing with the problems of incidental effects of marriage. In a sham divorce, the marriage relationship is terminated because both spouses jointly applied for divorce registration and received a divorce certificate. Sham divorce leads to the termination of the marriage relationship not because the intention expression of fake divorce is valid, but because both spouses jointly applied for divorce registration and received a divorce certificate, and their marriage relationship ends due to lack of marriage registration. It is necessary to generally recognize that the invalidity of a sham act must not be used against a *bona fide* third party and, in the absence of an explicit provision to that effect in the Civil Code, such loophole can be stopped by overall analogy.

---

---

(责任编辑:姚 佳)