

恶意串通制度中的“串通”分析

——以司法审判为视角

王益强

(华东政法大学 法律学院, 上海 200042)

摘要: 恶意串通制度在司法审判中被广泛适用,但法院支持恶意串通主张的情形相对较少,这其中有“串通”认定上的问题。分析司法审判案例,恶意串通制度中的“串通”,主观上应从意思表示的角度予以认定,客观上则为当事人互相配合或者共同实施了该恶意串通的行为。恶意串通形式多样,作为一个整体,认定时应将“恶意”与“串通”结合。串通行为无效的原因在于其损害国家、集体或第三人的利益,并非其客观上的“串通”。

关键词: 恶意串通;串通;串通制度;串通行为无效;司法审判

中图分类号: D923 **文献标识码:** A **文章编号:** 1674-5639(2016)04-0061-05

DOI: 10.14091/j.cnki.kmxyxb.2016.04.012

On the Collusion in the System of Malicious Collusion: From the Perspective of Judicial Trail

WANG Yiqiang

(Law School, East China University of Political Science and Law, Shanghai, China 200042)

Abstract: Malicious collusion is widely used in the judicial trail. However, the malicious collusions are seldom supported by courts because of the defining of collusion. According to the cases of the judicial trials, collusion can be identified subjectively from the expression of intention and objectively from the behaviors of coordination and jointly implementation by the parties. With various forms, malice and collusion should be combined as the integration when they are identified. The cause for the invalid collusion is the damage of the interest from the state, the public and the third party instead of the “objective” collusion.

Key words: malicious collusion; collusion; the system of collusion; the invalid behavior of collusion; judicial trial

恶意串通制度主要体现于我国《民法通则》及《合同法》中,同时也存在于《担保法司法解释》及《商品房买卖合同司法解释》中。按照《民法通则》第58条第4项以及《合同法》第52条第2项的规定,恶意串通损害国家、集体或者第三人利益的法律行为无效,此即恶意串通制度的内容。自《民法通则》和《合同法》施行以来,依据恶意串通制度做出的裁判数量很多。

一、问题的提出

在司法审判中,法官运用恶意串通制度的状况

大致如下:第一,认定存在恶意串通损害国家、集体或第三人的利益的法律行为,该法律行为无效;第二,法官认为不存在恶意串通或要求依据恶意串通制度认定法律行为无效的主张缺乏证据证明而不予支持。此两种情况在司法审判中的现状为:在法院的判决中,后者远大于前者。以“恶意串通”“无效”为关键字选取“中国裁判文书网”“北大法宝”“open law”等数据库中的司法案例,以此研究素材,对其中部分案例类案分析,得出的结果为:前者占所选取判决的18.6%,法院认为不存在恶意串通的比重为7.0%,而法官认为恶意串通缺乏证据支持的情况

收稿日期:2016-05-22

基金项目:华东政法大学研究生创新性项目(2016-04-009)。

作者简介:王益强(1993—),男,云南普洱人,硕士研究生,主要从事民商法学研究。

占了69.8%。恶意串通制度在司法审判中被广泛适用,但法院支持恶意串通的情形相对较少。

出现上述情况,一方面由于恶意串通的举证难度较大,另一方面为恶意串通制度的复杂性,存在多方面的认定因素。在司法审判中,对于恶意串通无效的主张,法官除了需要认定恶意串通制度中的“恶意”外,还需要认定当事人客观上具有“串通”的行为,即在恶意的状态下实施了双方意思表示一致的行为。关于恶意串通制度中的“串通”,学界存在争议。对恶意串通的行为人问题,有学者认为,恶意串通的当事人系指法律行为的双方当事人。^[1]但也有学者认为代理人与对方当事人串通,损害被代理人利益也包含其中。^[2]此外,有一种观点认为恶意串通的行为人包括当事人和代理人。关于恶意串通的内容真实性问题,多数学者认为其意思表示并不必然虚假,也包括真实意思表示中的情况。但也有观点认为,恶意串通指行为人串通合谋实施的与内心意思不一致的意思表示。

2014年12月,最高人民法院发布第八批指导性案例,其中第33号案例涉及恶意串通制度的适用。该案例中有证据证明恶意串通损害债权人利益的行为以及合同被认定为无效后法律后果的承担,有典型指导价值。该指导性案例在当客观行为“串通”的认定上树立了可参考的标杆。基于学界的争议及司法审判中恶意串通的现状,通过司法审判案例的分析,提出本文的问题:“串通”在司法审判中如何认定?“串通”是否为恶意串通行为被认定为无效的关键?串通行为的内容是否要求真实?

二、何为“串通”

(一)“串通”的认定

串通,首先当事人在主观上具有共同的意思联络、沟通,均希望通过此种恶意行为而损害国家、集体或者第三人的利益。其次,在客观上,当事人互相配合或者共同实施了该恶意串通的行为。^[3]

1. 双方的串通,在主观上应从意思表示的角度予以认定

串通既可以是当事人双方以明示的方式达成一致的协议,也可以为一方明示,另一方予以默示的情形。

所谓意思表示,就是当事人以一定的行为将其想要发生某种法律效果的内心意思表示于外部的行为。意思表示是构成法律行为的基础,意思表示之效力即为法律行为的效力,意思表示的无效或瑕疵会导致法律行为也无效或瑕疵,两者存在紧密联系。在认定双方当事人的行为是否构成串通时,应该从当事人表现于外部的内心意思的表示来分析。意思表示由内心的意思和外部的表示两部分组成,而外部的表示即将内心的意思表示于外的行为,依表示方式的不同可以分为明示和默示两种方式。考察司法实践,当事人可通过这两种方式表示其内心意思,形成串通行为。

首先,一种方式为双方通过明示的方式达成意思表示合致。明示为意思表示的外部要素之一,是指以口头或书面的话语形式表达内心意思的行为。恶意串通行为人若通过明示的方式表示自己的意志,愿意与对方达成意思表示合致,对方也予以接受并回应的情形下双方的串通行为便告成立。在此种情形下,考察司法实践案例,双方当事人多通过积极的协商形成合同。考察当事人是否以明示的方式表示其内心意思,需考虑其在表示其内心意思时是否具有主动性,即主动向外表示自己原意达成某种协议的意志。此外,还需要考虑表示其内心意思的表示工具是否明确,明白无歧义的口头或书面话语固然不失为明示,其他以明确表示工具进行的表示也认定为明示。考察司法审判案例,绝大多数的串通行为均是以明示的方式表示其内心意思而形成的。

其次,若双方当事人并不均通过明示的方式向外表示自己的意志,而是一方做出意思表示,另一方予以配合时,在串通的认定上存在难度。在此种情形下,需要对双方当事人的意思表示分开认定。如前所述,主动的意思表示,即明示,只须认定意思表示人追求一定的法律效果,依照意思表示的要素予以界定。所谓默示,指由特定行为间接推知行为人的意思表示。^[4]依照《民通意见》第66条的规定,一方当事人向对方当事人提出民事权利的要求,对方未用语言或文字明确表示意见,但其行为表明已接受的,可以认定为默认。默认作为默示的方式之一,具有向外表示自己内心意志的作用。通过默示的方式,一方当事人通过行为表示自己接受对方的意思,双方当事人的意思表示便也能达成一致,具有意思表示的效果。司法裁判中存在一方明示,而另一方

默示,构成恶意串通的情形。司法裁判中,针对售后返租的情形中的恶意串通,法院认定“所涉及的不动产已经过户于第三人名下,其产权已经转移。并且第三人能够默认被告将其名下的房产出租并收取租金,其行为应属被告与第三人串通”。

2. 在客观上,当事人互相配合或者共同实施了该恶意串通的行为

在认定双方当事人是否存在串通时,需要从外观,即客观行为上对串通的意思表示予以认定。当事人不仅主观上具有损害国家、集体或第三人的恶意,对自己的行为将会造成利益的损害明知且积极追求损害结果的发生,而且也实施了该损害国家、集体或第三人利益的行为。在司法实践中,串通行为的双方当事人在实施该行为时的方式为相互配合及共同实施两种。最高人民法院第33号指导性案例中,串通行为的双方当事人金石公司和田源公司,通过共同签订财产转让协议并实际转让财产的行为,损害债权人嘉吉公司的利益,该种行为便为以共同实施的方式实施串通行为。

考察司法审判案例,当事人在实施恶意串通行为时具有协议,如在恶意串通规避法律时,当事人事先对串通的行为作了约定,此即为双方意思表示一致的约定。司法实践中,工程施工合同禁止违法分包,串通的双方当事人约定以一方的名义投标,中标后再私下分包,并对份额做了约定,双方签订的《合作投标协议书》便可认定为实施串通行为方式。又如在恶意串通逃避债务的情形中,串通的双方签订的转移财产或债权的协议和行为即为串通行为。

此外,在客观上,当事人的串通行为必须对国家、集体或第三人的利益造成损害,即具有利益损害。此为恶意串通制度在结果层面上的分析。串通行为损害的对象为国家、集体或第三人的利益,在法院的裁判案例中,损害第三人利益的情形占了绝大多数,而损害国家、集体利益的情形所占的比重相对较小。国家利益和集体利益是一个模糊的概念,其内容根本无法一一列举。国家、集体利益与社会公共利益存在重合性,都属内涵和外延皆不明确的框架性概念。因为损害国家、集体利益的行为因其损害对象的不特定,以及两者与社会公共利益存在重合,所以法院在认定时较为困难。值得注意的是,对国家、集体或第三人利益的损害是双方当事人恶意

串通行为被认定为无效的关键,当事人的行为因利益侵害性而在效力认定时被认定为无效。恶意串通的行为若不损害国家、集体或第三人的利益则应该被评价为合法有效,尊重当事人的意思自治。

(二)“串通”的形式

对于串通,形式较为多样。串通行为作为当事人实施的损害利益的行为,其表现行为并不固定,由当事人所实施的法律行为所确定。在司法实践中,串通行为表现为:代理人或代表人与相对人的恶意串通、恶意逃避债务的串通、实施无权处分的恶意串通、实施财产权多重转让的恶意串通、规避法律的恶意串通实施共同欺诈的串通等。司法实践中,恶意串通的形式与其他法律规范的形式是相混合的,某项串通行为也可被认定为其他法律行为,如代理人或代表人与相对人的恶意串通实质上为滥用代理权的行为,规避法律的恶意串通实质上为“以合法形式掩盖非法目的”的行为等。

恶意串通形式具有多样性,且与其他法律行为存在交叉,所以在区分及认定上存在一定的难度。因为存在交叉,某些恶意串通的法律行为的效力认定在法律行为无效制度和其他法律规范上存在交叉。如代理人或代表人与相对人的恶意串通既可以依据恶意串通制度认定该行为无效,也可以通过滥用代理权的规定认定其无效。此种情况的存在,给法官在处理纠纷时多了选择,但也容易造成效力认定的不稳定性。这些都是法官在面对此类纠纷时所适用法律解释解决的问题。

(三)“串通”与“恶意”结合

在司法实践中,串通的认定必须结合“恶意”来进行。恶意串通作为恶意串通制度在行为层面上的要素,应该从两者结合的角度进行分析和考虑。

1. 主观上的“恶意”

“串通”与“恶意”的结合,涉及到对司法实践中当事人主观上“恶意”的认定。“恶意”的认定,应坚持意思主义。首先认定当事人的明知,即明知其恶意串通行为会损害国家、集体或第三人的利益,以行为人串通时明知为准。在法院的判决中,法官使用的“知悉”“应该知道”等词对串通人的明知予以认定。其次,须认定当事人有积极侵害的故意。司法实践中

不问当事人侵害国家、集体和第三人利益的原因和意图,只需认定其具有故意即可。故意,与过失相对,是通谋人的一种可归责的心理状态,实施行为时主观上有侵害他人的故意。此种故意的心理状态具有可归责性,在于行为人对于损害结果的发生具有完全的控制力和主动性。第33号指导性案例中,在明知债务人福建金石公司欠债权人嘉吉公司巨额债务的情况下,田源公司以不合理低价购买福建金石公司的主要资产,足以证明双方在签订合同时具有主观恶意,具有损害债权人嘉吉公司利益的故意。恶意串通行为中串通人主观上的“故意”为主观心理状态,在举证及证明上较为困难,可通过行为人的外部行为来推断。当然这也为损害人的举证设置了更高的标准。

通过司法审判分析,法院认定为恶意串通的案例,均坚持意思主义,认定串通行为人对其行为的后果明知、主观上具有侵害利益的故意。法院对要件予以分析,按以上两个步骤对当事人是否出于“恶意”进行认定。同时依据最高人民法院的观点,认定恶意串通行为中的“恶意”,不能拘泥于该行为在形式上的具体日期、行为方式等表象,而要考察该行为发生的背景情况、前因后果、是否有违正常逻辑或日常生活经验、是否有能够理解的合理性和正当性、该行为对其他有关民事关系的影响等因素,从行为人的行为是否违反诚实信用原则,是否不正当地损害了他人的利益等方面来综合判断行为的实质。

此外,应该明确,过失的串通不具有“恶意”,过失的串通不应纳入恶意串通无效的范围,但过失的串通也会因行为违法性而被认为无效。“恶意”表明当事人的主观心理状态为故意,即明知其所为的法律行为将损害国家、集体和第三人的利益却依然有意为之。^[5]因主观心理不存在侵害的故意,并不积极追求损害结果的发生,当事人一方或双方对合同将损害利益的情况并不知晓时,则不能认定为恶意,也就不能适用恶意串通制度。恶意串通行为无效的规则要求行为人主观上具有恶意,具有可归责性,过失的串通仍然承担与故意串通的后果显然在法理上存在矛盾,也不利于公平和合同争议的解决,所以不应将过失的串通认定为恶意,其法律行为一概判定为无效。在司法审判中,对于过失的串通的判决相对较少,涉及到存在过失的串通时,法院认定一方或双方的过失虽然侵害了相对人的利益,但因

无恶意串通、追求损害后果的故意,故不应承担恶意串通行为无效的责任,双方法律行为的效力及责任的承担应该按照其他规定予以处理。

2. 主客观上的结合

恶意串通为同一整体,“串通”为主观上具有恶意的相互配合或共同实施行为,“恶意”为双方行为时的均希望通过此种恶意行为而损害国家、集体或者第三人的利益的主观上共同意思联络、沟通。双方当事人意思一致的行为,即串通行为,若具有损害国家、集体或第三人利益的恶意,便被评价为恶意串通行为。反之则被法律确定为双方意思表示一致,是予以保护的合意行为。当事人具有的损害国家、集体或第三人的恶意,若在客观上无串通行为,则不可能出现损害结果,也便缺乏归责的依据。

在司法审判案例中,法院适用恶意串通制度时,均将两者结合考虑。认定当事人行使串通行为时具有恶意,对于串通,形式较为多样,对于这些行为中“恶意”的认定,司法审判均将其与当事人的“串通”结合,主客观统一。

三、“串通”——非为恶意串通行为无效的关键

恶意串通损害国家、集体及第三人利益的法律行为无效,导致法律行为无效的原因是该行为是恶意串通?还是因为该法律行为损害了国家、集体或者第三人的利益?这既是一个学理上的问题,也是在司法实践中认定串通行为效力的一个难题。

(一) 串通行为无效的原因

首先,分析串通是否为该法律行为无效的根本。我国民事立法上的恶意串通行为可以分解为双方串通而为与效果意思一致的恶意串通和双方串通而为与效果意思不一致的串通。其一,双方串通而为与效果意思不一致的串通由于不符合当事人的真意,应该被认定为无效。该行为为通谋虚伪表示,通谋虚伪表示被认定为无效,是因为法律行为违背双方当事人本意,不符合私法自治原则。^[6]所以,法律行为本身的性质决定了该行为无效,与串通并不相关。其次,恶意串通之下的法律行为未必皆是虚伪表示,恶意双方所作的意思表示也可能是真实的。双方通谋而为的与效果意思一致的恶意串通,为真实意思表示。双方当事人具有权利能力和行为,意思表示

真实自由,仍需要法律行为的内容合法、妥当。损害国家、集体或第三人利益的法律行为内容上欠缺合法性,故按照《民法通则》和《合同法》的规定,其也是在损害了国家、集体或第三人的利益后才无效的。

其次,损害国家、集体或第三人的利益具有违法性。此种侵害行为应该被认定为无效。从文义上分析,“国家、集体或第三人的利益”可以分解为“国家、集体或不特定第三人的利益”和“特定第三人的利益”。恶意串通行为损害国家、集体及不特定当事人的利益,实际上损害的是社会公共利益。依据损害社会公共利益无效的原则,行为应该被评价为无效,且为绝对无效。该法律行为的无效由法院依职权主动进行确定。对此绝对无效的法律行为进行国家干预,不论当事人是否请求确认法律行为无效,法院或仲裁机构都可主动审查合同的效力。此做法在司法审判中大量存在。如果恶意串通损害的是特定第三人的利益则有不同,学说上认为应该为相对无效;在审判实践中,基于对受损害方利益的保护,损害特定第三人利益的行为均被认定为绝对无效。

如果认为恶意串通的法律行为无效是基于当事人客观上的“串通”,而非“损害国家、集体或者第三人的利益”,那么按照反对解释,就会出现非串通损害国家、集体或者第三人利益的法律行为有效的悖论。所以,我们认为,串通行为无效的原因在于其“损害国家、集体或第三人的利益”,并非其具有客观上的“串通”。

(二) 审判实践中的运用

在司法审判中,法官适用恶意串通制度时,从“串通”及“损害国家、集体或第三人”两个要件进行考虑,串通行为人满足恶意串通及“损害国家、集体或第三人利益”时,恶意串通行为被认定为无效,自始不发生效力。若当事人在串通时缺乏“损害国家、集体或第三人利益”这一要件,即没有损害方,双方的恶意串通行为便不具有违法性,具备意思表示的生效要件,应该发生法律效力。若当事人在具有主观上的恶意却没有串通行为,只是单方各自“损害国家、集体或第三人的利益”,则其行为应该被认定为无效。当然,如前所述,在审判实践中,串通行为应与主观恶意结合,只有在恶意串通行为损害了国家、集体或第三人的利益时,才被认定为无效。

四、“串通”——非要求真实

串通行为既可以是虚伪表示,也可以是真实意思表示。恶意串通制度下的串通除了包括传统民法上的虚伪表示外,还包括了双方通谋而为与效果意思一致的意思表示的情形。认定当事人双方是否串通,不必考虑恶意串通的意思表示与效果意思是否一致。恶意串通作为损害国家、集体或第三人利益的行为,主要关注是其是否对利益造成了损害,对于双方实施法律行为的目的及真实性便变得无关紧要。虚伪的意思表示因不符合当事人的真意,依据民法通则第55条关于法律行为成立要件的规定,法律行为并不成立。双方当事人虽有真实的意思表示,但其符合恶意串通法律行为无效的要件,故也无效。所以,串通行为无论是虚伪表示或真实意思表示,若具有利益的损害性,效力均为无效。

在恶意串通避税的情形中,双方当事人做成一个买卖合同,但其实隐藏了另一个数额更大的契约。参照司法实践的案例,对伪装行为和隐藏行为中的表面行为,依照法律行为成立的要件判断其效力,对于隐藏行为的效力,则依据法律行为无效的规定予以判定。在此类案例中,双方的串通行为为表面买卖合同和隐藏契约,表面买卖合同并不是真实意思表示。由此可见,恶意串通制度中的串通并非要求为真实意思表示。

五、结语

通过对指导性案例及收集到的司法裁判的分析,法院在认定当事人是否实施了恶意串通行为、是否以恶意串通行为损害了国家、集体或第三人的利益以及因恶意串通而导致法律行为无效后如何处理,涉及到多方面的问題。但就恶意串通的认定,就可以分为“恶意”的认定、“串通”的认定、“损害国家、集体或第三人的利益”,所以本文仅是对该司法裁判问题的部分予以分析。要对恶意串通制度在司法上的适用做全面的了解和掌握仍需要一个长期的过程。

文章由最高院指导性案例引出,对司法审判实践中关于“串通”的问题进行梳理和总结。恶意串通制度在其构成及认定上较复杂,各要件都存在很

(下转第71页)

- [6] BINH K B, PARK S Y, SHIN B S. Financial Structure and industrial growth: Direct Evidence from OECD countries [EB/OL]. [2016-02-18]. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=891044.
- [7] JEANNENEY S G, Hua P, Liang Z. Financial Development, Economic Efficiency, and Productivity Growth: Evidence from China [J]. *Developing Economies*, 2006, 44 (1): 27-52.
- [8] XUE Wen, CHAO Zhahua. Study on the Optimization of Anhui Industrial Structure and Financial Development Demonstration-Based on the Perspective of Revised Theil Index [J]. *International Conference on Intelligent Computation Technology & Automation*, 2014, 7: 737-741.
- [9] LU Xuefa, DU Chuazhong. Changes in Industrial Structure and Economic Growth under the New Normal Condition-Based on Provincial Dynamic Panel Data Model with GMM Estimation [J]. *Journal of Business Economics*, 2016 (2): 60-69.
- [10] 姚华, 宋建. 中国金融发展与产业结构升级协整关系的多指标交叉检验 [J]. *湖南大学学报 (社会科学版)*, 2006 (1): 76-82.
- [11] 马智利, 周翔宇. 中国金融发展与产业结构升级关系的实证研究 [J]. *上海金融*, 2008 (2): 18-21.
- [12] 国晓丽. 金融发展与产业结构调整关系的实证研究——以北京为例 [J]. *技术经济与管理研究*, 2011 (7): 94-97.
- [13] 龙玉国, 黄平意. 金融结构优化与产业结构升级关系研究 [J]. *统计与决策*, 2011 (17): 145-147.
- [14] 王俊峰. 安徽省金融发展与产业结构优化互动关系研究 [J]. *商业时代*, 2011 (19): 131-132.
- [15] 杨义武. 金融集聚与产业结构变迁来自长三角 16 个城市的经验研究 [J]. *金融经济研究*, 2013 (6): 55-65.
- [16] 鲍金红, 陆文哲. 中部六省金融结构调整与产业结构升级互动研究——基于格兰杰因果检验 [J]. *理论月刊*, 2013 (7): 126-130.
- [17] 焦成焕, 唐凯. 金融结构与产业结构互动关系研究基于跨国面板数据的分析 [J]. *北华大学学报 (社会科学版)*, 2016 (1): 112-119.
- [18] 王博峰, 李富有, 王可. 金融结构与能源结构的关系研究 [J]. *西安交通大学学报 (社会科学版)*, 2014 (2): 22-26.
- [19] 王家华, 蔡则祥, 杨凤春. 经济证券化: 指标体系构建与中外比较研究 [J]. *当代财经*, 2004 (8): 35-38.
- [20] 程新华, 冯邦彦. 广东金融发展与产业结构升级关系的实证分析 [J]. *广东工业大学学报 (社会科学版)*, 2010 (10): 6-10.

(上接第 65 页)

大的分析空间。基于审判实践的视角, 恶意串通制度中的“串通”, 主观上应从意思表示的角度予以认定, 无论明示或默示的内心意思表示均可构成串通, 在客观上当事人互相配合或者共同实施了该恶意串通的行为。“串通”的形式多样, 恶意串通作为一个整体, 认定时应将“恶意”与“串通”结合。串通行为无效的原因在于其“损害国家、集体或第三人的利益”, 并非其具有客观上的“串通”。最后, 串通行为既可以是虚伪表示, 也可以是真实意思表示。

恶意串通举证困难、认定复杂及与相关规范存在竞合使恶意串通制度在审判实践中出现尴尬——因证据不足而不予支持的状况太多。关于恶意串通制度在立法及法律解释上的完善仍有很大的空间。

[参考文献]

- [1] 韩世远. 合同法总论 [M]. 北京: 法律出版社, 2011: 172.
- [2] 杨代雄. 民法总论专题研究 [M]. 北京: 清华大学出版社, 2012: 163.
- [3] 王利明. 合同法研究 [M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2015: 620.
- [4] 王泽鉴. 民法总则 [M]. 北京: 北京大学出版社, 2009: 320.
- [5] 陈敦. 论恶意串通损害他人利益的合同 [J]. *北京工商大学学报 (哲学社会科学版)*, 2006 (6): 101.
- [6] 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): 111.