

恶意串通、债权人撤销权及合同无效的法律后果

——最高人民法院指导案例33号的实体法评释

茅少伟

【摘要】指导案例33号是适用《合同法》第52条第2项规定的恶意串通合同无效规则的典型案例。在构成要件上,该案维持了对主观要件“恶意串通”的综合判定方式,但对客观要件“损害第三人利益”的认定并不妥当。在法律效果上,一方面,该案未能准确把握恶意串通合同无效的相对无效性质;另一方面,也未能恰当解释合同无效后的法律后果,并且正因对此处无效性质的理解有误,以致未能厘清恶意串通规则与债权人撤销权制度的体系界分。这两项制度的差异不在于证明标准或主张期限,而在于规范功能与适用范围。在保全第三人一般金钱债权的场合,仅应适用债权人撤销权制度。指导案例33号的积极意义可能是提示了应进行一项漏洞补充,即有必要时,债权人可以在行使撤销权后直接行使代位权。

【关键词】恶意串通;债权人撤销权;相对无效;合同无效的法律后果;指导案例33号

【作者简介】茅少伟,北京大学国际法学院助理教授,法学博士。

【原文出处】《当代法学》(长春),2018.2.14~25

【基金项目】本文系国家社科基金重大项目“构建中国特色案例制度的综合系统研究”(16ZDA068)的阶段性成果。

引言

“恶意串通,损害国家、集体或者第三人利益”的法律行为无效(《民法通则》第58条第1款第4项或《合同法》第52条第2项,以下简称“恶意串通规则”),是我国民法上一项独特的法律行为无效事由的规定,因其语义含混、范围模糊、规范功能不清晰而一直备受争议。^①2014年12月18日最高人民法院发布的指导案例33号“瑞士嘉吉国际公司诉福建金石制油有限公司等确认合同无效纠纷案”是适用《合同法》第52条第2项的权威案例。2017年10月1日起施行的《民法总则》也仍然保留了恶意串通规则,单列一条(第154条),在表述上有所改进,但大旨未变。在《民法总则》施行后,就恶意串通规则的解释适用,指导案例33号仍可能发挥“指导作用”。该案事实明显亦属于债权人撤销权制度的适用范围,

从而涉及如何处理这两项制度关系的问题。此外,最高人民法院认为,该案对于一个更具一般性的问题即“合同被认定无效后法律后果的承担”也具有典型指导价值。^②这几个方面无疑都具有重要意义,值得进一步探讨。本文即从恶意串通规则的构成要件、恶意串通合同无效后的法律后果、恶意串通规则与债权人撤销权制度的体系关联及界分等三个方面出发,检视指导案例33号的裁判论理,评述其得失,对相关法律适用问题提出意见。

一、恶意串通规则的构成要件

一般认为,恶意串通规则的构成可从主、客观两方面观察。^③主观要件即当事人基于“恶意串通”订立合同,客观要件即该合同“损害国家、集体或者第三人利益”。《民法总则》第154条将客观要件修正为“损害他人合法权益”。如果这单纯只是一种语词使

用的变化,当然意义有限。如果认为新法通过修正表述,强调损害对象是作为普通民事主体的特定第三人(即“他人”,无论其为国家、集体,其他法人、非法人组织,还是自然人)的利益,^④那么这一变动就具有了实质性意义,由此可将恶意串通规则与法律行为违法无效(《民法总则》第153条第1款)、违反公序良俗无效(第153条第2款)规则区分开来。法律行为如果损害了国家利益(抽象意义上)或集体利益(不特定人组成的集体之利益,即社会公共利益之一种),一般也会同时违反法律、行政法规的强制性规定或者违反公序良俗,可依该两项规则处理,不必适用恶意串通规则,也无须具备恶意串通的主观要件。

(一)主观要件:恶意串通

最高人民法院认为,“恶意串通”是指当事人“以损害他人利益为目的而相互通谋、相互勾结作出的意思表示”;恶意串通的合同之所以无效,是因为其“违反了订立合同应当遵守法律、尊重公德、诚实信用的基本原则,内容严重违法”。^⑤由此可见:第一,“恶意串通”之“恶意”,并非是与“善意”相对——指对某一特定事实的明知或应知(因重大过失而不知),而是指损害他人利益的主观故意;第二,恶意串通合同之所以无效,并非是因为当事人缺乏真实意思,无由依其意思发生相应的私法效果,而是因为尽管其意思是真实的,但内容(或目的)不妥当,依法不能发生效力。亦即,在恶意串通场合,当事人之间虽有通谋(“串通”),却仍是基于真实的、而非“虚伪”的意思表示订立合同。由此,可以将恶意串通规则与通谋虚伪表示规则(《民法总则》第146条第1款)的适用范围区分开来。^⑥

尽管最高人民法院在定义“恶意串通”时强调当事人主观上的“相互通谋、相互勾结”,但在审判实践中,无论“恶意”还是“串通”,都是结合合同相关的各种主客观情事综合判定。指导案例33号“裁判要点”之一表明,该案中,“债务人将主要财产以明显不合理低价转让给其关联公司,关联公司在明知债务人欠债的情况下,未实际支付对价”,即足以认定“债务人与其关联公司恶意串通、损害债权人利益”。这是从合同标的、约定价格、履行情况、当事人之间的关联关系等情形综合判断得出的结论。不仅主观“恶

意”可以从客观情况推知,“串通”的认定也并未纠结于狭义的意思联络,而是由当事人的关联关系认定交易相对人对债务人欠债的事实明知,又由此“明知”进而认定双方“串通”。换言之,最高人民法院认为此种主客观情况之结合已足以证明当事人之间存在“恶意串通”。

(二)客观要件:损害第三人利益

“损害他人合法权益”有两种可能的解释:一是仅表明恶意串通行为的目的及针对对象;二是还要表明一个确切的损害要件。从规范意旨出发,只能采第二种解释,即不仅要求主观上“当事人行为之目的旨在损害第三人的利益”,还要求“客观上存在损害第三人利益之后果且与当事人行为存在因果关系”。^⑦如果当事人仅有侵害特定第三人利益的主观动机,但并未实际造成任何损害结果,适用恶意串通规则判定合同无效并不妥当。赋予第三人确认他人之间订立的合同无效的权利,或者从程序法角度说,允许第三人提起这样一种确认合同无效之诉,并不是为了对含有“恶意串通损害他人”之动机或目的的合同进行某种否定性道德/法律评价,而是为了赋予受损害的第三人一种必要的救济。如果第三人的利益并未被损害,无须通过此种方式救济,也就根本不具备确认之诉的利益。^⑧

在此前的裁判中,最高人民法院曾正确阐明过这一点。^⑨但是,在指导案例33号中,最高人民法院未能坚守这一逻辑。法院认定,该案中债务人福建金石公司以明显不合理的低价将其主要财产转让给中纺福建公司(第一次转让合同),后中纺福建公司又以明显不合理的低价将上述财产转让给汇丰源公司(第二次转让合同)。由于各当事人之间的关联关系,受让人明知债务人欠债权人嘉吉公司巨额债务的情况,两次转让合同都构成“恶意串通”,且“足以损害债权人嘉吉公司的利益”,故均应无效。是否确实如此呢?

债务人转让的是其享有的各项物权,包括国有土地使用权、房屋所有权、设备所有权等。债务人虽对债权人负担了债务,但并未丧失处分自己物权的权利。如果在转让后,债务人仍能保有足够财产(如通过转让行为取得了足够对价)以清偿债务,那么第

一次转让合同及其履行就不会损害债权人的利益,应当是有效的。然而,由于转让价格过低,且受让人未实际支付价款,以至于债务人“已无可供执行的财产,导致无法执行”,债权人利益自然已受到损害,结合合同约定及履行情况、债务人与第一受让人之间的关联关系等,认定恶意串通规则的主客观要件均已满足,第一次转让合同无效,尚可谓合理。

然而,第一次转让合同无效后,受让人中纺福建公司即确定地不能取得有关物权,^⑩其再为处分就是无权处分。因此,即使第二次转让合同(负担合同)有效,第二受让人欲取得物权,也只有善意取得这“华山一条路”。^⑪但是,法院已认定第二受让人汇丰源公司同样构成恶意串通,远非善意,从而也就不能取得相应物权。该案二审承办法官认为,第二次转让的“目的是使中纺福建公司从福建金石公司获得的资产完全转移,进一步切断福建金石公司与被转让财产之间的联系”,该行为与第一次转让行为相互联系,共同导致嘉吉公司的债权无法实现。^⑫这当然是很合理的推断。只不过,当事人有此意图是一回事,在法律上能否实现该意图是另一回事,不宜笼统看待。既然第二次转让合同并未导致债务人相应物权的丧失,也就没有减少债务人用以清偿债务的责任财产,也就并未损害债权人的利益,恶意串通规则的客观要件即不能成立,第二次转让合同无须因此被判定无效。

(三)小结

恶意串通规则处理的是当事人以恶意串通订立法律行为的方式损害他人利益的情形,应当结合主客观因素来判定其构成。主观上“恶意”和“串通”的认定均可适当放宽,通常可由客观行为和相关情事推定;客观上“损害第三人利益”即“损害他人合法权益”的认定却要更加严格,即只有法律行为实际损害了第三人利益时,才有依据恶意串通规则确认无效的必要性。指导案例33号对恶意串通规则主观要件的阐释值得肯定,维持了最高人民法院一贯采用的综合判定方式;^⑬但对客观要件的认识并不准确,以致错误扩大了该规则的适用范围。

二、合同无效后的法律后果

无效的合同相当于从未实施,也就是“自始没有

法律约束力”(《合同法》第56条;《民法通则》第58条第2款;《民法总则》第155条)。但这只是说无效合同不能依照当事人的意志发生相应的法律效果,而不表示其不会产生任何法律效果。并且,正因无效合同不应实施,但却实际上可能已被“实施”,而产生需要被纠正、恢复的状态。《合同法》关于合同无效法律后果的规定基本延续了《民法通则》第61条,只是将该条的两款分成了两条——第58条处理合同无效(及被撤销)的一般法律后果,第59条特别处理恶意串通合同无效的问题。《民法总则》第157条规定了“民事法律行为无效、被撤销或者确定不发生效力后”的一般后果,未再就恶意串通情形设特别规定,但是该条末句又表明“法律另有规定的,依照其规定”。因此,《合同法》第59条是否有价值,或仍有讨论余地。^⑭

(一)《合同法》第59条:特殊规定?

《合同法》第59条规定:“当事人恶意串通,损害国家、集体或者第三人利益的,因此取得的财产收归国家所有或者返还集体、第三人。”《民法通则》第61条第2款的规定与此相仿,只是用词更带有公法色彩,即“应当追缴双方取得的财产,收归国家、集体所有或者返还第三人”。该款规定的“双方取得的财产”,根据《民法通则意见》第74条的解释,包括“双方当事人已经取得和约定取得的财产”。倘若认为《合同法》规定的“因此取得的财产”与该款之“双方取得的财产”并无实质差异,解释上似可认为:恶意串通的合同损害国家利益的,相关财产应收归国家所有;损害集体利益的,相关财产应收归集体所有或返还给集体;损害第三人利益的,相关财产应返还给第三人。然而,此种处理方式颇令人费解。以指导案例33号中第一次转让合同为例,“双方(因此)取得的财产”,实际上是双务合同(买卖合同)的对价,出卖人取得的是价款,买受人取得的是有关物权。但这些财产在转让前后均不属于第三人所有,为何在合同无效后却要“返还”给第三人呢?

传统上认为,《合同法》第59条是第58条的特别法,规定的是一种非民事性的后果,或者说是一种民事制裁。如此,尽管不符合民法的逻辑及价值理念,倒也不妨认为这就是我国法上一种特殊“做法”。但

是,在指导案例33号中,最高人民法院明确指出,应当限缩适用这一规定。福建金石公司、中纺福建公司、汇丰源公司的上诉理由之一即认为,既然一审判决认定转让合同属于恶意串通损害第三人利益的情形,就应该根据《合同法》第59条的规定,判令将“因此取得的财产”返还给第三人,而不应当是返还给福建金石公司,即此时不应适用《合同法》第58条,一审判决适用法律错误。^⑤最高人民法院则认为,《合同法》第59条仅适用于能够确定第三人为财产所有权人的情形。^⑥本案中,债权人嘉吉公司对债务人福建金石公司仅享有普通债权,无效合同所涉财产(法院仅考虑了买卖合同标的,未考虑价款问题)均为福建金石公司的财产,并非嘉吉公司的财产,因此只能判令相关当事人将系争财产返还给福建金石公司,不能直接判令返还给嘉吉公司。依此意见,事实上,即使没有《合同法》第59条的规定,第三人亦享有此权利(《物权法》第34条)。那么,至少在仅涉及损害特定第三人利益的场合,恶意串通合同无效的法律后果当无所谓“制裁”可言。

遗留的问题是,在涉及损害国家、集体利益的场合,是也应该参照上述意见,还是依然遵循制裁逻辑,“追缴双方取得的财产”呢?“集体利益”的意义颇为含混。仅就其在私法上的使用,有学者认为,在财产或经济利益的享有者非以法人为明确权利主体的情况下,集体利益实质上就是不特定的多数人利益,属于一种社会公共利益;^⑦也有学者认为,集体利益并非民法所协调的一种独立的利益关系类型,无论利益享有者是法人还是非法人组织,都属于普通民事主体利益的范畴。^⑧《合同法》第59条和《民法通则》第61条第2款的用词有细微差异,如果认为这种改变是有意义的,集体就应与第三人同等看待(“财产……返还集体、第三人”),而不再是与国家并列(“财产……收归国家、集体所有”)。如此,在恶意串通的合同损害集体利益时,亦应遵循最高人民法院的意见,即仅在“集体”为财产所有权人时才适用《合同法》第59条。很显然,此种意义上的“集体利益”就不再是更接近于国家利益、社会公共利益而区别于个体利益的一个抽象概念,而是指具体集体组织(如各种城乡集体经济组织)的利益。这种“集体利益”

实际上与“第三人利益”无异。

损害国家利益的情形依然可能是特殊的,^⑨在现行法下或仍有民事制裁适用的余地。但是,一方面,须注意“国家利益”也是一个需要谨慎认定的抽象概念,在国内法(而非国际关系)意义上,其应当属于社会公共利益之一种或者说与社会公共利益同质;尤其应注意不能轻易将国有企业的利益等同于国家利益或者社会公共利益。^⑩另一方面,所谓“民事制裁”实际上并非“民事”性的,而是公法性的,不宜在私法中进行一般规定,而应让诸公法进行更具体、准确的安排。《民法总则》未再设置民事制裁相关的规定。

《民法总则》第154条未沿用“国家、集体或者第三人利益”的三分法,而统称“他人合法权益”——解释上应认为,损害国家利益、社会公共利益的情形不应再在恶意串通规则下处理。《民法总则》亦未再对恶意串通行为无效的法律后果另设特别规定。作为处理恶意串通合同的一项“特别规则”,《合同法》第59条已无积极意义。

(二)《合同法》第58条:一般规定?

《合同法》第58条一般被认为是关于合同无效法律后果的基本规定。根据该条,合同无效的法律后果主要包括三个部分:(1)返还财产(“因该合同取得的财产,应当予以返还”);(2)折价补偿(“不能返还或者没有必要返还的,应当折价补偿”);(3)赔偿损失(“有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失”)。《民法总则》第157条延续了类似的规定。就此处损害赔偿的性质,学者基本已达成共识,即其属于缔约过失责任。^⑪但就此处的返还财产(原请求权)、折价补偿(次请求权)和该等请求权在何种条件下应予限制或者排除的问题(也可统称为返还清算问题^⑫),解释上仍然聚讼纷纭。折价补偿(价值偿还)的性质应是不当得利返还,其法律效果的构造相当复杂。^⑬价值计算基准受返还财产请求权性质的影响,而对后者的不同理解,又源于对我国现行法上物权变动模式的不同解释。如果认为我国物权法采纳了无因的物权形式主义(处分行为的抽象性),则仅负担行为无效并不影响处分行为的效力,已变动的物权不会直接回复,原权利人仅享有债权性的返还请求权,即只能请求相对人返还不当得利(相对人此刻仍

享有的物权)。如果认为我国物权法采纳了债权形式主义或者有因的物权形式主义,则合同(负担行为)无效后,相对人自始未能取得物权,权利人可以直接请求相对人返还原物,即可享有物权性的返还请求权。

然而,就该返还财产请求权,更重要的可能并不是其性质,而是实质的价值考量。就此而言,《合同法》第58条的规定过于宽泛,也过于刚性,试图涵盖一切合同无效或者被撤销的情形,并不妥当。^④例如,在合同违法无效场合,如果不加限制地允许当事人互相返还财产,则可能产生帮助乃至鼓励背信行为的后果。就违法无效后的返还问题,应主要适用不法得利制度来灵活调整。^⑤不法得利是给付不当得利请求权的排除情形之一,即因不法原因而给付的,一般不得请求返还,除非不法原因仅存在于受领人一方。^⑥我国现行法上并无关于不法得利制度的明确规定,但并非全无实践,^⑦理论上近来也多有讨论。^⑧一种有力见解认为,违法无效后的财产返还请求权,无论其性质是物权请求权还是不当得利返还请求权,都应受不法得利制度的辖制;或者说在实质考量相同的情况下,不法得利法上的价值判断应延伸适用于物权请求权,从而采何种物权变动模式的解释对结果并无显著影响。^⑨

无论如何,就合同无效后的法律后果来说,《合同法》第58条的规定虽然复杂,却仍然极不完整。对此,有两种不同的处理思路。第一种解释思路是,《合同法》第58条只是概括规定了合同无效后当事人之间可能发生的各项请求权,而并未就各项请求权设置与基本规定不同的、特别的构成要件或法律效果,故并非独立的请求权基础。无论是物权返还请求权(《物权法》第34条),还是不当得利返还请求权(《民法总则》第122条),抑或缔约过失损害赔偿请求权(《合同法》第42条),都已有专门规定,相关问题都应当回到各请求权基础规范之下具体处理。但是,我国民法上物权返还请求权、不当得利返还请求权等相关规定实际上均极为粗糙,即使回到各基本规定,也面临大量的规则缺失。因此,第二种处理方式是,直接对《合同法》第58条进行充实与重构,将之作为合同无效、被撤销后返还清算问题的法律依据。

甚至,考虑到合同解除后的“恢复原状”及“采取其他补救措施”的法律效果与此亦具有共通性,一个走得更远的方案是,将合同无效、被撤销、被解除后乃至未成立、未生效等情形下的返还清算问题熔于一炉,建构统一的返还清算之债。^⑩

第二种处理方式显然具有更强的立法论色彩,对体系的冲击较大。考虑到立法现状(尤其是《民法总则》第157条未作任何实质改进),第二种处理方式的难度较大。相较之下,第一种处理方式可能更加妥当,即就各不同性质的请求权分别建构、丰富其构成要件与法律效果。不过,在我国司法实践中,由于方法论上的不成熟——也可能出于一种习惯性的“偷懒”心理——《合同法》第58条一直被当作合同无效后的返还财产、折价补偿乃至赔偿损失的独立请求权基础在使用,但相关的规则缺漏却并未被充分重视。

上述讨论亦提示,合同无效本身与合同无效后的法律后果是两回事。合同被确认无效后,当事人的利益应当被恢复到假若合同没有实施时的状态,因此有返还财产、折价补偿与损害赔偿等请求权,以期能够“回复原状”。但既然是请求权,当然还是由当事人自己选择行使或不行使,其他人——包括法院——通常无权置喙。在指导案例33号原案中,两被告(福建金石公司、中纺福建公司)及第三人(汇丰源公司)在上诉时曾提出,原告嘉吉公司“可以要求中纺福建公司、汇丰源公司向自己承担责任或者义务,但无权以合同无效为由,要求其向福建金石公司承担责任”。两份转让合同无效后,享有各项物权返还请求权的是物权人即债务人福建金石公司(被告),而非债权人嘉吉公司(原告)。原告提起的要求确认转让合同无效的诉讼为消极的确认之诉,其效果仅及于确认合同效力本身,而不及于后续的财产返还(给付)。在被告福建金石公司并未提出请求的情况下,法院依照原告请求就两被告之间及被告与第三人之间的给付关系做出判决,其理据显然并不充分。但是,最高人民法院在二审裁判中,仍然“根据”《合同法》第58条,应债权人嘉吉公司(原告)的请求,直接判令“取得”国有土地使用权的汇丰源公司(第三人)、“取得”房屋和设备的中纺福建公司

(被告)将其各自“取得”的财产返还给福建金石公司(被告)。^③

(三)小结

第三人依恶意串通规则只能请求法院确认当事人恶意串通订立的损害第三人合法权益的合同无效,至于合同无效后其他的法律后果,并不在此规则的射程之内。最高人民法院试图限缩《合同法》第59条的适用范围,具有实质上的合理性,但在其认定该条可以适用的场合(第三人为财产所有权人),真正的请求权基础是《物权法》第34条——《合同法》第59条作为规制恶意串通合同法律效果的特殊规则已无价值。最高人民法院亦未能准确解释《合同法》第58条的规范意义,以致可能过度干涉了当事人的自由。就合同无效后的返还财产和折价补偿请求权,无论《合同法》第58条是否应被解释为独立的请求权基础,处理该问题的规范群均面临重大缺漏,应当在体系上进行充分反思后予以妥善填补。

三、恶意串通规则与债权人撤销权

以上是对指导案例33号裁判思路的简要评释。然而该案的意义,不仅在于其是恶意串通规则适用的典型案例,还在于该案事实明显也属于债权人撤销权制度的适用范围,由此提出一个需要解释的问题:这两项制度是什么关系,应如何适用法律?

最高人民法院认为,就保护第三人的债权而言,恶意串通规则与债权人撤销权各擅胜场,是两种并不互斥的保护方式与途径,债权人可以权衡利弊选择适用,并指出两者的三点区别。^④第一点区别阐述的实际上是《合同法》第52条整体与第74条在适用范围方面的差异,意义不大;真正重要的是后两点,即证明标准与适用期限不同。

(一)区别一:证明标准?

首先考察证明标准。根据《合同法》第74、75条及《合同法解释(二)》(法释[2009]5号)第18、19条等规定,结合主流学说观点,债权人撤销权的成立,客观方面的核心要件在于债务人的诈害行为。这既需要债务人实施了诈害债权的行为,还需要该行为实际对债权人造成损害,即债务人因此陷于无资力状态(须有相当因果关系)——在处分财产后已无足够资产清偿债权人的债权。^⑤从主观要件看,在债务人方

面,除个别情形(如“恶意”延长到期债权的履行期)外,法律本身并无明确要求,一般认为应区分诈害行为是无偿还是有偿,仅后者要求债务人主观上的恶意。^⑥此种“恶意”无须是积极的侵害债权的意思,只要债务人明知其行为可能损害债权人利益,即能够预见其行为可能导致无资力状态即可;并且解释上多认为此种恶意可由债务人以明显不合理的低价转让财产等客观行为推定。^⑦就第三人方面,在诈害行为是有偿时,受让人主观上也须为恶意,但“只要债权人能够举证证明受让人知道债务人的转让行为是以明显不合理的低价,就足以认定受让人知道会因此对债权人造成损害”,^⑧无须其本身有侵害债权人的意图,更无须与债务人恶意串通。

恶意串通规则的适用,债权人不仅要证明债务人与受让人主观上存在“恶意”与“串通”,还要证明债务人与受让人订立的合同客观上损害了债权人的利益。并且,根据《民事诉讼法解释》(法释[2015]5号)第109条的规定,“恶意串通事实”的证明还要达到“确信该待证事实存在的可能性能够排除合理怀疑的”标准,高于民事诉讼中高度盖然性的一般标准。^⑨比较起来,债权人撤销权的构成似乎确实更容易证明些(主要差别在主观要件方面,不在客观的损害要件)。然而,如前所述,在适用恶意串通规则时,法院对“恶意”、“串通”等主观要素的证明也多是结合合同订立、履行等相关的客观情事综合加以判断。证明标准上的差别固然存在(尤其是诈害行为为无偿时),但未必真的特别大。

(二)区别二:除斥期间?

期限方面的差别可能更加显著。最高人民法院认为,债权人撤销权的行使受除斥期间的限制(《合同法》第75条),而宣告恶意串通合同无效则无时间限制,因此对债权人的保护较为有利。^⑩如这一区别确能成立,对债权人利益的影响不可谓不大。以此推测,纵然恶意串通规则的证明难度更高,但突破期限限制的“诱惑”亦不小,应有不少债权人进行尝试才对。然而,事实却是“司法实践中,这类案例极少”,^⑪未免令人奇怪。

第三人请求确认恶意串通合同无效是否应受期限限制,取决于我们对该“无效”后果之性质的认

定。如果这是一种典型的无效,即自始无效、确定无效、当然无效、绝对无效、全部无效,那确认无效通常的确可以不受期限限制。典型的合同无效事由多有关于强制秩序与公共利益,因此不仅当事人和利害关系人可以主张,^⑩法院亦可依职权主动认定。然而,在恶意串通损害特定第三人(如指导案例33号中的债权人)利益的场合,更多涉及的是私人利益的保护,而非公共利益的维护,学者多认为此种无效不当是绝对无效,法院也不应当主动认定,而只能由受保护的特定当事人自己选择是否主张。^⑪在阐释指导案例33号时,最高人民法院仅指出恶意串通行为是“全部无效”,^⑫未对其是否为“绝对无效”明确表达意见;但认为当事人可以在恶意串通规则与债权人撤销权制度之间进行选择,则暗示并未将前者的法律效果定为绝对无效,这也与其此前诸多裁判意见相吻合。^⑬

这也再次显示出,恶意串通损害国家利益、社会公共利益与损害特定第三人利益的合同,并非同一性质,不应适用同样的规则处理。^⑭损害国家利益、社会公共利益的合同,无论是否为恶意串通订立,通常均应为绝对无效。在损害特定第三人利益时,恶意串通合同的法律效果仅应为相对无效,第三人请求确认无效也应当受除斥期间的限制,^⑮即这里存在一项待填补的法律漏洞。从方法论上看,法律漏洞是一种法律“违反计划的不圆满性”,其并非“未为任何规定”,而是欠缺特定的、依照法律计划或其整体脉络而得以期待的规则,在确认存在法律漏洞后,法官不仅有权力,而且有义务填补漏洞。^⑯恶意串通合同损害特定第三人利益的情形,与撤销权设置的场合(如瑕疵意思表示的撤销、债权人撤销权)在法益保护(特定主体的权益)上接近,原本也可以用撤销制度来处理。如果认为此种相对无效的主张不受期限限制,则在价值判断相近的情况下,仅因技术设计的不同而造成当事人利益的重大差别,造成法律体系内部的价值失衡(“内在于任何法律中的原则是:同类事物同等处遇”^⑰),显然并不妥当。从法律行为无效事由的谱系看,恶意串通合同无效的性质接近于违背公序良俗无效。因此,在现行法上,或可类推瑕疵意思表示(其主要事由如欺诈、胁迫、乘人之危等亦

是违反公序良俗性质)撤销的一般除斥期间,即1年(《合同法》第55条第1项;《民法总则》第152条)。债权人撤销权的一般除斥期间也是1年(《合同法》第75条)。由此,依恶意串通规则宣告合同无效与债权人撤销权行使在期限方面即已趋同。

(三)区别三:法律效果?

除了证明标准与期限,这两项规则在法律效果方面也可能存在差别。《合同法》第74条第1款仅规定,在符合构成要件时,“债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为”。撤销之后,债务人与第三人之间的法律行为即告无效。在债务人无偿放弃债权(免除债务)等情形,法律行为无效后,责任财产即可自动恢复。在债务人低价转让财产等情形,如已交付,合同被撤销后,债务人可请求受益人、受让人返还财产。但如果债务人懈怠不为请求,而撤销权的法律效果又不及于此,债权人只有再次借助于代位权制度(《合同法》第73条),才能达成完整的债权保全效果,多有不便。因此,我国学者多认为债权人撤销权兼具形成权和请求权的性质:撤销权行使后,一方面,债务人与第三人之间的合同无效;另一方面,债权人也可以请求受益人、受让人(及转得人)恢复责任财产(向债务人返还财产)。^⑱司法实践状况并不统一,但在判决撤销债务人与第三人之间的合同后,同时判决债务人与第三人负有相互返还的义务(乃至不能返还时的赔偿责任)的,亦所在多有。^⑲

由此,相较于恶意串通规则,债权人撤销权的法律效果似乎更为全面。然而,一方面,将撤销权的效果延及回复原状的部分,在解释上实在勉强,只是在强烈的目的关照下勉强为之。另一方面,从指导案例33号看,出于对《合同法》第58条的不当理解(也可能正是受债权人撤销权法律效果的影响?),在认定恶意串通合同无效后,法院同样进行了回复原状的判决(要求第三人向债务人返还财产),倒是“异曲同工”之误。

换一个角度说,在处理恶意串通逃债的情形时,无论是适用恶意串通规则还是债权人撤销权制度,在使得债务人与第三人之间的合同无效后,就债权人的救济而言,法院仍然觉得有所不足,总希望能通过某种方式予以弥补。究其实质,也可以说,法院认

为这里存在一项待填补的法律漏洞。那么,与其突破《合同法》第74条第1款的规定,“硬生生”地认为撤销权兼具请求权的效果,或者枉顾当事人的意思、过于能动地解释《合同法》第58条,还不如直面问题,大方地进行漏洞补充。补充方法也非常简单,即债权人在行使撤销权后,有必要时(例如第三人仍占有债务人的财产),可以直接、立刻行使代位权,即以自己的名义代位行使债务人的债权(包括但不限于对第三人的物权返还请求权、不当得利返还请求权等),而无须等待“债务人怠于行使其到期债权,对债权人造成损害”(《合同法》第73条)。这可以说是对代位权制度的扩张适用,但突破性较小。如此既能够解决实际问题,在方法论上更加妥当,在解释上更加清晰,亦不会造成概念和体系上的无谓牺牲。

(四)区别四:适用范围?

回过头看,恶意串通规则与债权人撤销权制度真正有意义的区别,可能还是在于规范功能及在功能指引与限制下的适用范围。从体系上看,债权人撤销权与代位权一起被认为是债权保全的制度。债务人的一般财产,即责任财产,为债权人实现债权的总担保。为防止责任财产的不当减少,影响债权的实质价值,才例外地突破债之关系相对性的限制,赋予债权人干预债务人行为的权利,以防止债务人消极地不行使权利(代位权)或积极地减少财产(撤销权)。^⑤但是,与代位权相比,债权人撤销权的效果要剧烈得多,对债务人自由的干涉更甚,对第三人的影响也更加重大。这就导致债权人撤销权与代位权在行使范围上的一大区别。代位权的客体不限于金钱债权,也包括特定债权,甚至还可包括形成权和诉讼上的权利。^⑥而尽管法条上并无明确限制,我国学者解释上多认为,撤销权人的债权仅限于金钱债权,不包括特定债权。^⑦换言之,债权人撤销权能保全的仅是一般金钱债权。

由于恶意串通规则在主观要件上更为严格,法律效果上并无特别之处(在施加了除斥期间后),可以说,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也就全部可以适用债权人撤销权制度。而债权人撤销权是更具体的制度,要件更加清晰,“撤销”的效果也远比“相对无效”容易理解,当然

应予优先适用(构成规范排斥竞合)。在排除了这一情形后,恶意串通规则的适用范围也更加清晰——其适用是为了保护特定第三人的特定债权。实际上,这也是该规则唯一可能有独立价值的适用场合,目的是恢复该特定第三人获得实际履行之特定救济的可能,其必要性则取决于是否可直接诉诸侵权法救济。^⑧《商品房买卖合同司法解释》(法释[2003]7号)第10条是其最重要的类型化规定。^⑨

(五)小结

在分别考查了恶意串通规则与债权人撤销权制度在证明标准、主张期限、法律效果等方面的可能区别后,我们发现,如果准确认定恶意串通行为无效之相对无效的性质,通过漏洞补充消除了其与债权人撤销权在主张期限(除斥期间)上的巨大差异,则这两项制度在保护第三人一般金钱债权的范围内即已趋同,更准确地说,由于证明标准的差异,前者将被后者完全吸收。从这个意义上看,指导案例33号只是在形式上符合恶意串通规则的构成要件(当事人恶意串通订立合同损害第三人利益),而恰恰并非该规则应适用的情形。

结语

恶意串通规则在司法实践中适用颇多,但认识上相当混乱,堪称“疑难复杂”。最高人民法院试图以指导案例予以规范,值得肯定。然而,事实上,指导案例33号的案型,即“恶意串通逃债(金钱债务)的行为”,并不应当用恶意串通规则处理,而应适用更具体的债权人撤销权制度;该案对恶意串通规则的构成要件(客观要件)及法律效果(合同无效的法律后果)的阐释也并不够妥当,最高人民法院两项具体的指导目的恐怕都要落空。但是,该案提示我们,在适用债权人撤销权制度处理恶意串通逃债的问题时,应进行一项有益的漏洞补充,即明确在有必要时,债权人可于行使撤销权后直接行使代位权。

自2010年底最高人民法院正式发布《关于案例指导工作的规定》(法发[2010]51号)及第一批4件指导案例以来,已经七年多时间过去,迄今仅有17批、92件指导案例。相较我国法院每年审理案件数量之巨大,这显然是过分小的一个规模。曾有观点认为,案例指导下的法律推理方法与制定法的一般推理方

法应有不同,对待决案件与指导案例作出是否同案的判断以及如何形成同判是前者的论证重点。^⑤但有学者的实证研究表明,目前指导案例中真正有影响力、乃至一定“拘束力”的实际上是抽象规则性质的裁判要点,而不是所谓“判例”本身,其适用并未体现出判例法的思考方法;换言之,指导案例仅类似于附带案情的较具体法条,或者说是单条司法解释。^⑥这也与《〈最高人民法院关于案例指导工作的规定〉实施细则》(法[2015]130号,以下简称《实施细则》)第9条(57)的规定相吻合。在这样的功能设定下,指导案例的数量当然未必是最重要的,其作用不仅可以是个别的,即针对具体问题进行指导(“各级人民法院审判类似案例时应当参照”),^⑦解释乃至发展法律;更可以、甚或更应该是方法性的,例如通过具体裁判文书形式的写作结构与实质的裁判说理范式为下级法院树立标杆。^⑧从实际情形看,后一功能的发挥也并不令人满意。原因当然是多方面的,但这显然反映了我国司法裁判乃至法律教育长期以来存在的一般性问题。^⑨指导案例试图成为标杆——“认定事实清楚,适用法律正确,裁判说理充分,法律效果和社会效果良好,对审理类似案件具有普遍指导意义的案例”(《实施细则》第2条),但并不会自动成为标杆,毋宁说是努力接近标杆的尝试——坦率的探讨与批评是对这种尝试最大的尊重,本文即循此意。

注释:

①恶意串通规则的意义及存废,在《民法总则》立法过程中也有很多争议。简要的介绍,参见李适时主编:《中华人民共和国民法总则释义》,法律出版社2017年版,第482-485页。

②参见最高人民法院案例指导工作办公室、民四庭(吴光侠、高晓力执笔):《指导案例33号〈瑞士嘉吉国际公司诉福建金石制油有限公司等确认合同无效纠纷案〉的理解与参照》,《人民司法·案例》2015年第18期,第8页。

③参见韩世远:《合同法总论》,法律出版社2011年版,第172页;崔建远:《合同法》,北京大学出版社2013年版,第88页。

④《民法总则》第132条很清晰地将“他人合法权益”与“国家利益”、“社会公共利益”分列。这一语词使用习惯,也体

现在《物权法》第7条、《行政诉讼法》第60条第2款、《行政强制法》第42条第1款、《招标投标法》第50条第1款、《水法》第76条、《慈善法》第4条、《促进科技成果转化法》第3条第3款、《志愿服务条例》第3条、《融资担保公司监督管理条例》第3条、《电信条例》第6条、《物业管理条例》第55条第1款等法律、行政法规以及大量司法解释(如法释[2016]19号第4条、法释[2016]14号第2条、法释[2009]20号第8条第1款、法释[2001]33号第13条等)中。也偶有不一致的例子,如法释[2015]5号——但即便在该司法解释中,除个别的偏离(第190条第1款)外,其他条款(第146、323、337、338、360、405、406、410条等)仍然遵循了这一语用习惯。

⑤前引②,吴光侠、高晓力文,第9、11页。

⑥参见韩世远:《虚假表示与恶意串通问题研究》,《法律适用》2017年第17期,第41-46页。

⑦参见陈小君:《民事法律行为效力之立法研究》,《法学》2016年第5期,第116页。类似观点,亦可参见王利明:《合同法研究》(第1卷),中国人民大学出版社2015年版,第645-647页。

⑧关于确认之诉和确认利益的简要讨论,参见张卫平:《民事诉讼法》,法律出版社2016年版,第189-191页;王亚新等:《中国民事诉讼法重点讲义》,高等教育出版社2017年版,第205-206页。最新的研究,参见刘哲玮:《确认之诉的限缩及其路径》,《法学研究》2018年第1期,第126-145页。

⑨参见“日照国晖电子科技有限公司与山东国恒能源有限公司、山东日照高新技术开发区管理委员会招商合同纠纷案”(最高人民法院民事判决书(2011)民提字第45号)。

⑩我国现行法上物权变动模式的解释仍有很大争议。但无论是采债权形式主义(参见梁慧星、陈华彬:《物权法》,法律出版社2016年版,第76-77页;王利明:《物权法研究》(上卷),中国人民大学出版社2013年版,第266-269页),还是有因的物权形式主义(参见葛云松:《物权行为:传说中的不死鸟——〈物权法〉上的物权变动模式研究》,《华东政法大学学报》2007年第6期,第102-118页),在此均可得出一致的结论,即在(债权性的)转让合同无效后,受让人确定地不能取得物权。

⑪由于相关当事人对无权处分的状态并无认知,也就谈不上存在真实权利人(即债务人福建金石公司)方面的追认。并且,即使债务人后来追认,如果因此使得自己的责任财产减少,实质影响清偿能力,对债权人造成损害的,债权人也可以请求撤销该追认的意思表示(《合同法》第74条第1款)。

⑫参见高晓力:《恶意串通损害第三人利益的合同无效》,

《人民司法·案例》2013年第16期,第9页。

⑬参见“陈全、皮治勇诉重庆碧波房地产开发有限公司、夏昌均、重庆奥康置业有限公司合同纠纷案”(最高人民法院民事裁定书(2009)民申字第1760号),载《最高人民法院公报》2010年第10期(其裁判摘要三点认为,是否构成恶意串通,“应当分析合同双方当事人是否具有主观恶意,并全面分析订立合同时的具体情况、合同约定内容以及合同的履行情况,在此基础上加以综合判定”)。

⑭认为《合同法》第59条仍有适用余地的意见,参见张平华:《恶意串通法律规范的合理性》,《中国法学》2017年第4期,第217-218页。

⑮参见“嘉吉国际公司与福建金石制油有限公司等买卖合同纠纷案”(最高人民法院民事判决书(2012)民四终字第1号)。指导案例最后公布的文本均经过不同程度的剪辑,而非原始裁判文书。相关讨论,参见汤文平:《论指导性案例之文本剪辑》,《法制与社会发展》2013年第2期,第47-56页;曹志勋:《论指导性案例的“参照”效力及其裁判技术》,《比较法研究》2016年第6期,第124-128页。

⑯实践中一种主要案型是:当事人恶意串通无权处分他人之物,在确认合同无效后,法院判令占有财产的当事人向真正权利人返还财产。参见“陈健华、陈荣信与江门市新会区新源房地产开发有限公司返还原物纠纷案”(广东省江门市中级人民法院民事判决书(2015)江中法民一终字第384、392号)、“杨早香与杨全军确认合同无效纠纷案”(湖南省怀化市中级人民法院民事判决书(2015)怀中民一终字第296号)等。

⑰参见朱广新:《法律行为无效事由的立法完善》,《政法论丛》2016年第3期,第64页。

⑱参见王轶:《民法总则法律行为效力制度立法建议》,《比较法研究》2016年第2期,第179页。

⑲参见前引⑱,王轶文,第181页。

⑳最高人民法院曾有裁判明确指出:“在市场经济条件下,国有企业参与市场交易与其他市场主体地位平等,其资产利益不能等同于社会公共利益。”参见“甘肃省中国青年旅行社与林嘉锋、陈国良房屋买卖合同纠纷案”(最高人民法院民事判决书(2014)民提字第216号)。

㉑参见前引③,韩世远书,第229页;前引③,崔建远书,第110页;前引⑦,王利明书,第732页;张家勇:《论前合同损害赔偿中的期待利益》,《中外法学》2016年第3期,第647页。

㉒参见汤文平:《法律行为解消清算规则之体系统合》,《中国法学》2016年第5期,第135页。

㉓参见赵文杰:《论不当得利与法定解除中的价值偿还——以〈合同法〉第58条和第97条后段为中心》,《中外法学》2015年第5期,第1171-1196页。

㉔参见前引③,韩世远书,第228页。

㉕参见许德风:《论合同违法无效后的获益返还》,《清华法学》2016年第2期,第74-93页。

㉖参见我国台湾地区“民法”第180条的规定。理论研究,参见王泽鉴:《不当得利》,北京大学出版社2015年版,第114页以下。

㉗参见“龚惠忠与沙正和、盛水菊确认合同无效纠纷案”(江苏省南通市中级人民法院民事判决书(2015)通中民终字第00509号)。

㉘参见前引⑤,许德风文,第74-93页;李永军、李伟平:《论不法原因给付的制度构造》,《政治与法律》2016年第10期,第109-125页;王钢:《不法原因给付与侵占罪》,《中外法学》2016年第4期,第928-954页;谭启平:《不法原因给付及其制度构建》,《现代法学》2004年第3期,第131-140页。

㉙参见前引⑤,许德风文,第78页。

㉚参见前引②,汤文平文,第132-155页。

㉛这里的“取得”颇有歧义。很显然,不能理解为法院认为受让人现在(即确认合同无效后)仍然享有有关物权,而只能理解为令其返还现在仍然“取得”的动产之占有和不动产权利之登记名义。

㉜参见前引②,吴光侠、高晓力文,第10-11页。

㉝参见前引③,韩世远书,第356页;前引③,崔建远书,第181页;王利明:《合同法研究》(第2卷),中国人民大学出版社2015年版,第140-141页。

㉞参见“中国水利电力对外公司与上海福岷围垦疏浚有限公司、龙湾港集团上海实业有限责任公司、海南龙湾港疏浚集团有限公司撤销权纠纷案”(最高人民法院民事判决书(2009)民二提字第58号)。

㉟参见“国家开发银行与沈阳高压开关有限责任公司、新东北电气(沈阳)高压开关有限公司、新东北电气(沈阳)高压隔离开关有限公司、沈阳北富机械制造有限公司等借款合同、撤销权纠纷案”(最高人民法院民事判决书(2008)民二终字第23号),《最高人民法院公报》2008年第12期,第11-23页。

㊱前引②,吴光侠、高晓力文,第10页。

㊲此种证明标准之提高,未必能起到预期效果。参见霍海红:《提高民事诉讼证明标准的理论反思》,《中国法学》2016年第2期,第258-279页。

⑧类似观点,参见李宇:《民法总则释义:规范释论与判解集注》,法律出版社2017年版,第705页。

⑨前引⑫,高晓力文,第9页。

⑩绝对无效、当然无效的效果,也常被表述为任何人均得主张,亦得对任何人主张。这实际上只是一种修辞,仅表明任何人都可以无效法律行为视之,而非任何人(无论有无确认利益)均可以提起确认无效之诉。参见朱庆育:《民法总论》,北京大学出版社2016年版,第310页。

⑪参见前引⑦,王利明书,第646页;前引⑬,王轶文,第179页;刘凯湘:《合同法》,中国法制出版社2010年版,第276页;尹田:《民法典总则之理论与立法研究》,法律出版社2010年版,第588页;张新宝:《〈中华人民共和国民法总则〉释义》,中国人民大学出版社2017年版,第323页。

⑫前引②,吴光侠、高晓力文,第9页。

⑬参见前引⑬公报案例(认为“第三人有权提起确认合同无效之诉”)。另见“徐峥嵘等六人与五矿邯邢矿业有限公司、王银陵股权转让纠纷案”(最高人民法院民事判决书(2011)民二终字第37号)、“浙江省乐清市乐城镇石马村村民委员会与浙江顺益房地产开发有限公司合作开发房地产合同纠纷案”(最高人民法院民事判决书(2006)民一终字第59号),上述两案中,最高人民法院均认为恶意串通合同无效仅能由受损害的第三人主张,而不能由合同当事人自己主张。

⑭根据《民事诉讼法解释》(法释[2015]5号)第96条第1款的规定,《民事诉讼法》第64条第2款规定的“人民法院认为审理案件需要的证据,人民法院应当调查收集”的适用范围包括“当事人有恶意串通损害他人合法权益可能的”情形。结合该款解释列举的其他情形看,显然这只能适用于恶意串通行为损害国家利益、社会公共利益时,而不应适用于仅损害特定第三人利益的场合。

⑮类似意见,参见前引⑦,王利明书,第665页。

⑯参见[德]拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第247-253页。

⑰前引⑭,[德]拉伦茨书,第252页。

⑱参见前引③,韩世远书,第363页;前引③,崔建远书,第184页;前引33,王利明书,第162页。这一观点也可能是受我国台湾地区“民法”影响,该法第244条第4项明确规定,“债权人依第一项或第二项之规定声请法院撤销时,得并声请命

受益人或转得人回复原状。但转得人于转得时不知有撤销原因者,不在此限。”

⑲典型案例,参见前引⑤,公报案例,第11-23页。

⑳参见邱聪智:《新订民法债编通则》(下),作者台湾地区自版2014年版,第88页。

㉑参见前引③,韩世远书,第334-337页。

㉒参见前引③,韩世远书,第353-363页;前引③,崔建远书,第174页。我国台湾地区“民法”第244条第3项明确规定,“仅有害于以给付特定物为标的之债权”,不适用债权人撤销权制度保全。特定债权转化为损害赔偿的一般金钱债权后,当然也可以适用债权人撤销权。参见前引⑩,邱聪智书,第100-101页。

㉓关于恶意串通规则的逻辑展开及功能限定,详见茅少伟:《论恶意串通》,《中外法学》2017年第1期,第143-170页。

㉔该条规定:“买受人以出卖人与第三人恶意串通,另行订立商品房买卖合同并将房屋交付使用,导致其无法取得房屋为由,请求确认出卖人与第三人订立的商品房买卖合同无效的,应予支持。”据此,可以请求确认合同无效的仅是买受人,这显然是一种相对无效。此外,该解释的适用范围仅限于商品房买卖,恶意串通规则在其他类型的房屋买卖以及其他不动产权利交易场合,亦有适用余地。

㉕参见黄泽敏、张继成:《案例指导制度下的法律推理及其规则》,《法学研究》2013年第2期,第38-59页。

㉖参见孙维飞:《隐名的指导案例——以“指导案例1号”为例的分析》,《清华法学》2016年第4期,第6-20页。

㉗该条规定:“各级人民法院正在审理的案件,在基本案情和法律适用方面,与最高人民法院发布的指导性案例相类似的,应当参照相关指导性案例的裁判要点作出裁判。”

㉘参见《最高人民法院关于案例指导工作的规定》第7条。一个针对单个指导案例实际运行情况的追踪式研究样本,参见张双根:《指导案例制度的功能及其限度——以指导案例8号的引用情况为分析样本》,《清华法学》2017年第3期,第130-152页。

㉙参见周翠:《民事指导性案例:质与量的考察》,《清华法学》2016年第4期,第50-66页。

㉚参见葛云松:《法学教育的理想》,《中外法学》2014年第2期,第285-318页。