

# 通谋虚伪规则适用的泛化与回归

李欣倩\*

**摘要:**为解决多层嵌套交易的法律适用难题,法院将“名为……实为”合同一概纳入通谋虚伪表示的范畴,导致通谋虚伪规则的适用呈泛化之态。究其原因,乃是法院误解与误用效果意思的规范本旨。除法律后果外,表面交易还会引发经济后果、社会后果等其他事实后果。若当事人确实追求“名为”的法律后果,则即便当事人还意图实现与法律后果无关的事实后果,效果意思也不应受到影响。当事人享有选择交易的法律形式之自由,法院应予尊重。在法教义学上,“名为……实为”只是通谋虚伪表示的事实构成,效果意思评判尚需法院继续审查“名为”向“实为”的转换机制。“名为……实为”合同实际上杂糅了两类名实矛盾。一是“有名无实”类交易,其构成通谋虚伪表示。二是“名不符实”类交易,涉及信托行为、规避行为和借名行为等情形。“名不符实”类交易虽然具有多层嵌套的法律结构,但是并不构成通谋虚伪表示。

**关键词:**通谋虚伪表示 效果意思 非典型担保 借名行为 穿透式审判思维

## 一、被泛化的通谋虚伪表示

法律适用复杂性突出是当前金融审判领域的主要特征,多层嵌套、分层设计的交易模式名实矛盾显著。<sup>①</sup>在穿透式审判思维指导下,法院确立了固定的裁判模式,即以“名为……实为”的论证为核心,“穿透”表面交易,直接审查实质法律关系。最高人民法院认为,当事人串通缔结的“名为……实为”合同是《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)第146条调整的典型情形。<sup>②</sup>法院先援引通谋虚伪表示否定“名为”效力,再依隐藏行为规则审查“实为”的法律关系,进而揭示隐匿的真实意思。这一裁判模式逐渐由事实认定方式演变成裁判规则:“名为”是虚假的表面交易,“实为”才是当事人通过法律行为追求的终局目的,故“实为”必然优先于“名为”,构成意思表示

\* 上海海事大学法学院副教授

① 参见刘贵祥:《关于金融商事审判工作中的理念、机制和法律适用问题》,《法律适用》2023年第1期。

② 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729页。

示解释的决定性内容。

通谋虚伪表示和“名为……实为”并非一一对应的范畴。两者皆是多层嵌套、分层设计的交易结构。当事人将终局目的嵌套于交易结构底层,对外呈现的表面交易只是法律手段。这包含两种转化机制。其一,当事人不希望表面交易生效,只是依托虚构的法律形式或表面交易所隐藏的真正合意寻求终局目的。例如,法院一旦查明投资人的真实意思是取得固定收益而非成为股东,则以“名为股权转让、实为借贷”进行裁判,股权转让外观构成通谋虚伪表示。<sup>①</sup> 借贷关系的成立不以股权转让生效为前提,当事人只是出于资信评级或信贷管制之考虑,以股权转让隐藏借贷合同。诸如此类的表面交易是虚假的,可以适用通谋虚伪规则。其二,当事人希望表面交易生效。例如,“名为买卖、实为担保”中的买卖合同是表面交易,但所有权转让可担保债务履行。实现嵌套于交易结构底层的终局目的,以表面交易生效为前提。交易外观已然超越法律形式价值,具备法律效力价值。诸如此类的表面交易是真实的,当事人既希望合同生效,也会履行合同。若法院将此类交易认定为通谋虚伪表示,强行纠正表面交易的效力,则无疑泛化适用了通谋虚伪规则。

通谋虚伪表示无效涉及法律形式自由的界限,具有重大理论和实践意义。一方面,行为主体自主选择法律形式是私法自治的题中之义,司法过度干预恐将侵扰形式自由,削弱主体的交易活力。另一方面,私法自治要求正当的法秩序不得建立在虚假意思表示之上,放任名不符实的交易将有损私法秩序。<sup>②</sup> 如何扭转通谋虚伪规则的泛化适用,并在价值冲突中回归制度理性,已经成为理论和实务中一个亟待解决的问题。《民法典》第146条泛化适用的根源是条文规范价值定位不当,症结是效果意思识别和解释方法不妥。本文先呈现实务中的误解和误用,再回归教义学规范,区分甄别“名为……实为”合同,以期揭示通谋虚伪规则的正确适用方法。

## 二、通谋虚伪表示何以泛化

### (一)错位的规范价值

通谋虚伪规则泛化适用的第一层根源是规范价值的错位。通谋虚伪表示无效乃是欧陆法系通行规则。无效的理由既是《民法典》第146条规范价值所在,也决定其适用宏旨。司法实务对此持“骑墙”态度:一说认为无效归因于公共秩序,体现了立法者对虚伪行为的否定性评价;一说将无效归因于意思自治,源于当事人不希望法律效力发生的内心意愿。<sup>③</sup> 这种犹疑的态度直接影响规则适用的价值立场,催生司法能动与谦抑之龃龉。

将通谋虚伪表示无效归因于公共秩序,恐有以偏概全之嫌。通谋虚伪表示虽然常以欺诈第三人为目的,但欺骗意图并非虚伪行为事实构成要素。<sup>④</sup> 例如,当事人为规避商品房限购政策,

<sup>①</sup> 参见贺小荣主编:《最高人民法院民事审判第二庭法官会议纪要——追寻裁判背后的法理》,人民法院出版社2018年版,第68~69页。

<sup>②</sup> Vgl. MüKoBGB/Armbrüster, 9. Aufl. 2021, BGB § 117 Rn.1.

<sup>③</sup> 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组编著:《中国民法典适用大全·总则卷》(三),人民法院出版社2022年版,第1260页。

<sup>④</sup> 参见[德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论(下册)》,王晓晔、邵建东、程建英等译,法律出版社2013年版,第497页。

借用他人名义买房的,有裁判认为放任该行为无异于鼓励当事人规避国家政策,损害社会公共利益和秩序。<sup>①</sup>然若一方不愿以自己的名义持有房屋,将房屋赠与给另一方,并约定“赠与人”仍是实际所有人的,则双方虽有虚假意思表示,但旨在方便房屋管理,未损害他人利益。<sup>②</sup>

通谋虚伪表示无效源于私法自治,则是通说。<sup>③</sup>通说具有合理性,因为通谋虚伪表示无效是私法自治消极规制的结果。既然当事人不希望外在表示发生法律效力,那么意思表示不应按其客观含义生效。真实意愿才具“法序生成效力”,乃是私法自治的核心要义。<sup>④</sup>私法秩序始于主体的内心世界,表意人将内心意思表示于外,权利义务关系据此成立。这是私法秩序的根本逻辑。正因如此,萨维尼认为意思与表示相一致是“符合自然规律的关系”。<sup>⑤</sup>主体以意思自治方式形成法律关系时,私法秩序只能以意思与表示相一致为基础。<sup>⑥</sup>由此可见,通谋虚伪表示无效乃是私法秩序的自我勘误。

法院之所以将无效归因于公共秩序,概因多数意思瑕疵并不导致法律行为无效,欺诈、胁迫、重大误解和显失公平都采取撤销权救济模式。<sup>⑦</sup>这是对通谋虚伪表示规范基础的误解。表意人和受领人有意使其表示符号不生效,阻断了外在表示向法内空间的延伸,使之无法成为真正的意思表示。通谋虚伪表示无效因意思表示不成立所致,而非预期的解除合意,自不存在撤销可能。<sup>⑧</sup>通谋虚伪表示因此与其他意思表示瑕疵存在本质差异。欺诈与胁迫等情形中的意思表示成立并生效,但因意思表示错误或不自由,表意人可行使撤销权。《民法典》第153—154条才真正地涉及公共秩序,其中所涉意思表示本身并无瑕疵,无效是立法者对意思自治施加外部干预的结果。

正因为通谋虚伪表示不涉及公共秩序,法院在适用《民法典》第146条时应保持谦抑性。既然该条的价值基础是私法自治,那么法院就应尊重当事人的意愿,不可将其作为调整名实不符合的管制手段,以防过度介入民事主体的自治空间。

## (二)被误解的效果意思

通谋虚伪规则泛化适用的第二层根源是效果意思的误解和误用。根据实务界与理论界的通

① 参见最高人民法院(2020)最高法民再字328号民事判决书。

② 参见山东省泰安市中级人民法院(2020)鲁09民终字2257号民事判决书。

③ 参见[德]维尔纳·弗卢梅:《法律行为论》,迟颖译,法律出版社2013年版,第481页;[德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论(下册)》,王晓晔、邵建东、程建英等译,法律出版社2013年版,第498页;[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2013年版,第446页;杨代雄:《法律行为论》,北京大学出版社2021年版,第34页;李永军:《虚假意思表示之法律行为刍议——对于〈民法总则〉第146条及第154条的讨论》,《中国政法大学学报》2017年第4期。

④ Vgl. Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band I, Allgemeiner Teil, Amtliche Ausgabe, 1888, § 96, S. 192.

⑤ [德]维尔纳·弗卢梅:《法律行为论》,迟颖译,法律出版社2013年版,第472页。

⑥ 参见[德]维尔纳·弗卢梅:《法律行为论》,迟颖译,法律出版社2013年版,第57页。

⑦ 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729页。

⑧ Vgl. Staudinger/Singer (2021) BGB § 117 Rn.1. 然而也有学者持相反观点。Vgl. Andreas Wacke, Mentalreservation und Simulation als antizipierte Konträrakte bei formbedürftigen Geschäften, insbesondere bei Testamenterrichtung und Heirat, in: Festschrift für Dieter Medicus zum 70. Geburtstag, 1999, S. 659.

行观点,通谋虚伪表示欠缺效果意思。<sup>①</sup>既然虚假意思表示中的表示行为与真实意思不一致,则效果意思存在瑕疵。然而,法院在识别效果意思时可能出现偏差,从而不当扩张效果意思的范畴,导致通谋虚伪规则的泛化适用。

考察效果意思的规范概念之前,下文先行甄别学说差异与泛化适用的关系。依教义学主流观点,法律拘束意思欠缺才是通谋虚伪表示的根本特征。<sup>②</sup>所谓法律拘束意思,乃是表意人意欲表示符号产生法律约束力的意思。<sup>③</sup>意思表示是一项效力表示,法律拘束意思正是联结表示符号与法律秩序的关键。表意人不希望外在表示构成法律行为内容的,表示行为在其客观含义层面出现法律拘束意思的瑕疵。法律拘束意思是意思表示的客观构成要素,用以区分具有法律效力的外在表示与纯粹的社会交际、情谊表达、要约邀请。表意人并未于法内空间作出表示,受领人也未在法内空间受领表示,“虚假意思表示”不是真正的意思表示,只是“显得像意思表示的举动”。<sup>④</sup>与法律拘束意思不同,效果意思乃是意思表示的主观构成要素,是表意人追求特定法律后果的主观意愿。效果意思之欠缺通常不影响意思表示的成立与生效,只是可能导致法律行为的撤销。

效果意思学说与法律拘束意思学说分别从不同维度阐释虚假意思表示,并无显著差异。法律拘束意思学说是学理通说,其注重客观价值,强调外观行为的虚假法律意义。实务中的效果意思学说则关注表意人的内心世界与主观虚假的法律意愿。相比之下,法律拘束意思学说揭示了通谋虚伪表示的本质特征,即意思表示不存在。法律拘束意思学说遭受的主要质疑,莫过于批评其没有现实基础,乃是纯粹拟制的概念。表意人在作出表示符号时一般并未先考虑其是否具有法律拘束意义,而是嗣后才会予以考虑,特别是表意人负担给付义务或损害赔偿之时。<sup>⑤</sup>通谋虚伪表示恰是该质疑的例外情形,因为通谋在虚假意思表示作出之时即存在。也就是说,表意人和受领人先就表面交易不产生法律约束力形成合意,再作出外在表示行为。在这种情况下,法律拘束意思学说具有事实基础。两学说亦有所关联。法律拘束意思是表示符号进入效力评价的门槛,用以界定符号是否具有纳入法秩序的规范意义。它所对应的主观心态是表示意识,即表意人知道自己正在作出具有法律意义的表达。在此基础上,表意人指向具体法律后果的意图才形成效果意思。无拘束意思者必无效果意思,但无效果意思者未必无拘束意思。正因如此,部分法院若误将有法律拘束意思、无效果意思的情形认定为通谋虚伪表示,则会不当扩张了通谋虚伪规则的适用范围。不过,学说差异在实际适用中不甚显著。一方面,法院未区分法律拘束意思与效果意思。要约以“受该意思表示约束”为构成要素(《民法典》第472条),正体现了法律拘束意思。

<sup>①</sup> 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729页;陈甦主编:《民法总则评注(下册)》,法律出版社2017年版,第1045页。相关案例可参见最高人民法院(2021)最高法知民终字809号民事判决书。

<sup>②</sup> Vgl. Staudinger/Singer (2021) BGB § 117 Rn.10; MüKoBGB/Armbrüster, 9. Aufl. 2021, BGB § 117 Rn.1.

<sup>③</sup> Vgl. BGHZ 21, 102, 106.

<sup>④</sup> [德]卡尔·拉伦茨:《法律行为解释的方法——兼论意思表示理论》,范雪飞、吴训祥译,法律出版社2018年版,第86页。

<sup>⑤</sup> 参见[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2013年版,第153~154页。

法院则将要约邀请在意思表示构成上的缺失归咎于效果意思不存在。<sup>①</sup>学说上也不乏类似观点,有学者认为法律行为的约束力源于效果意思。<sup>②</sup>根据这一观点,“完整的效果意思不仅包含表意人关于特定法律关系内容的想法,毋宁还包含使该内容发生法律约束力的决定……法律拘束意思是效果意思的组成部分”。<sup>③</sup>另一方面,法律拘束意思与效果意思在教义学上并非泾渭分明,前者的独立性不无疑问。强调法律拘束意思联结表示行为与法律秩序的学者,将该意思归入表示意识。<sup>④</sup>强调法律拘束意思是追求法律效力的意愿者,则将该意思归入效果意思。<sup>⑤</sup>两个概念在比较法实践中均有使用。<sup>⑥</sup>可见,学说差异并非泛化适用的成因。

通谋虚伪规则泛化适用的真正原因在于,穿透式审判思维只强调查明真实意思,并未区分法律后果和事实后果,陷入“经验主义意志论”的泥淖。设立法律行为的主体通常不仅追求法律后果,而且意图同时实现社会后果与经济后果。例如,当事人签订股权转让协议的,其追求的终局结果往往并非取得股权,而可能是获得分红、赚取差价(经济后果),甚至提升社会影响力(社会后果)。莱纳尔即认为,意思表示中的“意思”不以法律后果为目的,而指向“受到法律秩序保障的事实后果,即经济后果或者社会后果”;晚近学者则普遍批评这是“经验主义意志论”。<sup>⑦</sup>表意人固然希望通过法律行为实现多种意愿,但仅当该意愿表达出来成为应然义务时,表意人才能依意思自治原则缔造私法秩序。换言之,既然意思表示是表意人自主的设权行为,那么表意人的意思须以设权为目的,“意思”只能指向法律后果。<sup>⑧</sup>例如,当事人为选择管辖地转让债权的,法院认为双方欠缺债权转让的真实意思,故依《民法典》第146条第1款认定转让无效。<sup>⑨</sup>这一裁判并不妥当。只有受让人取得诉讼当事人地位,其住所地才可能成为诉讼管辖地,诉讼资格之取得以转让生效为前提。既然当事人追求债权让与的法律后果,那么通谋虚伪表示并不成立。意思表示虚假与否只涉及法律后果,当事人是否欠缺效果意思也应以法律后果为准,不涉及经济后果、社会后果及其他事实后果。

部分法院根据“名为……实为”裁判模式,直接将当事人的终局目的视为效果意思,不当扩张了效果意思的范畴。例如,有法院误将“获得融通资金”“获得固定本息回报”认定为股权转让的效果意思,<sup>⑩</sup>但其实为当事人通过表面交易寻求的经济后果;另有法院误将“增资扩股”的经济目

① 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组编著:《中国民法典适用大全·合同卷》(一),人民法院出版社2022年版,第115页。

② 参见张翔:《论效果意思的辨别》,《法律科学》(西北政法大学学报)2019年第6期。

③ 杨代雄:《法律行为论》,北京大学出版社2021年版,第137页。

④ Vgl. Münchener Kommentar (2021), Vor § 116 Rn.23.

⑤ Vgl. Daniel Matthias Klocke, Erklärungsbewusstsein und Rechtsbindungswille - Willenserklärung und Rechtsgeschäft, Nomos Verlag, 2022, S.23.

⑥ 典型如《德国民法典》第117条的适用中,既有判例使用法律拘束意思的概念(NJW 1988, 1320, 1321; NJW 1999, 2882, 2883),也有判例使用效果意思的概念(NJW 1957, 19, 20; NJW 1962, 295, 297)。

⑦ 参见[德]维尔纳·弗卢梅:《法律行为论》,迟颖译,法律出版社2013年版,第59页。

⑧ 关于意思表示的“意思”所指代的范畴,理论上三种学说。参见[德]维尔纳·弗卢梅:《法律行为论》,迟颖译,法律出版社2013年版,第59~62页。

⑨ 参见北京市第一中级人民法院(2021)京01民终字1975号民事判决书。

⑩ 参见最高人民法院(2020)最高法民终字52号民事裁定书。

的认定为当事人的效果意思。<sup>①</sup> 不过,还有法院在一则“名为买卖、实为担保”案件中正确指出:债权人以担保为目的取得财产,乃是法律手段超越经济目的的情形,效果意思并无瑕疵。<sup>②</sup> 通谋虚伪表示是否成立的判定标准是真实意思(“实为”)的具体指向。若“实为”指向法律后果,则当事人不希望表面交易生效,通谋虚伪规则可以适用;然若“实为”指向事实后果,当事人通过表面交易的效力寻求事实后果发生,则效果意思真实,通谋虚伪表示不成立。以上文的股权转让为例,当事人的效果意思是股权转让,至于当事人意图借此取得股东资格还是“获得固定本息回报”,乃是法律后果伴生的事实后果。只要当事人真实追求股权转让的法律效果,通谋虚伪表示即不成立。在实践中穿透式审判思维强调的“真实意思”并非对立与于虚假意思,而是完结、终局的状态,其既可能是法律后果,更可能是事实后果。等置真实意思与效果意思、简单将伪装行为背后的意图全部纳入效果意思,必将导致效果意思的识别结果不当扩张。

### (三)待修正的解释方法

通谋虚伪规则泛化适用的第三层根源是虚假意思表示的解释方法错误。部分法院在管制理念驱使下,错误地将合同主给付义务的履约情况作为效果意思解释的关键事实。<sup>③</sup> 例如,债务人隐匿财产的,法院通常将受让人实际付款作为判断买卖合同效果意思的审查要点:受让人支付了合理对价的,所有权转让意思即属真实,否则即为虚假。<sup>④</sup> 在融资租赁纠纷中,法院不认可租赁物“低值高卖”,因为租赁物不足以实现担保功能,交易欠缺融物属性,构成“名租实贷”的情形。但法院容忍甚至鼓励“高值低卖”,因为这非但不损害出租人利益,反而强化了债务履行保障。<sup>⑤</sup> 上述裁判逻辑违背了虚假意思表示的解释规则,未能以当事人的真实意愿为解释基准。通谋虚伪表示只存在于需受领的意思表示中。由于内心真意无法为受领人知悉,故解释不能仅以表意人的内心真意为准,而须探查受领人客观理解之可能。正因如此,实际履约行为作为虚假意思支配下的客观表征,自然成为最佳审查对象。

不过,某些法院忽略了意思表示解释的前提,即表意人和受领人对表示符号的理解存在分歧。通谋虚伪表示的当事人已经就表面交易不生效形成合意,并不存在分歧。此时表意人欠缺可归责性,受领人也不享有信赖利益,意思表示的解释应以当事人的实际理解为准。换言之,通谋虚伪表示是“误载无害真意”的反转性表达。既然双方已事实上就表示符号的内容达成合意,则应以合意内容为准。因此,虚假意思表示的解释应当采用自然解释,以探查表意人的内心真意为目的。以买卖合同为例,其效果意思只取决于当事人追求所有权转让的一致意愿。债务人为规避执行将名下房屋转让给父母以报养育之恩的,双方一致追求所有权转让效果,故即使受让人未支付对价,《民法典》第146条亦无适用余地。<sup>⑥</sup> 融资租赁也涉及类似问题。尽管“低值高卖”确实会使出租人面临债权实现不能的风险,但其可能获得了更高的租金,故“低值高卖”属于出租

<sup>①</sup> 参见最高人民法院(2020)最高法民终字682号民事判决书。

<sup>②</sup> 参见最高人民法院(2018)最高法民终字119号民事判决书。

<sup>③</sup> 参见最高人民法院(2021)最高法民知终字809号民事判决书。

<sup>④</sup> 参见浙江省金华市中级人民法院(2018)浙07民终字5265号民事判决书;广西壮族自治区河池市中级人民法院(2021)桂12民终字448号民事判决书。

<sup>⑤</sup> 参见最高人民法院(2021)最高法民终字44号民事判决书。

<sup>⑥</sup> 我国台湾地区判例指出,仅当事人有特殊亲谊关系或价金支付不实的事实,并非赠与或买卖构成通谋虚伪表示的基础。参见陈聪富:《民法总则》,元照出版有限公司2019年版,第260页。

人的正常经营策略。当前的解释方法导致部分法院过度介入合同的利益关系,破坏了当事人的利益自主性,应当予以纠正。

不过,效果意思的自然解释可能会影响交易安全。若通谋虚伪表示的当事人意图欺诈第三人,则效果意思的解释仍须采取规范解释,第三人得主张通谋虚伪表示构成真意保留。相较于当事人的意思自治,第三人的合理信赖应予优先保护。

综上所述,区分通谋虚伪表示与真实法律行为的基准是当事人追求表面交易生效的主观严肃性。欲探求主观严肃性,法院必然审查客观履约情况,因为自然解释与规范解释均以外在行为为基础。但在自然解释中,客观履约情况不能作为探查表意人内心真意的决定性因素。德国法院对此使用“主观的虚假概念”。<sup>①</sup>若双方意图通过严肃的法律行为寻求终局目的,则效果意思真实;若双方认为通过虚伪行为即可实现该目的,则效果意思不真实。这也体现了通谋虚伪规则的迷惑性:一项看似充满管制意味的规则,实际上却是意思自治的体现。

### 三、回归理性:“名为……实为”之辨正

诚如开篇所提,“名为……实为”是否必然存在虚假意思表示?行文至此,答案不言而喻。教义学所指称的虚伪(Schein)不是客观形式虚伪,而是主观约束意愿虚伪。“名为”虽是实现终局目的的法律手段,但真实约束意愿仍可能存在,法院不能一概按通谋虚伪表示处理。“名为”是否构成通谋虚伪表示,取决于其法律后果是否构成“实为”的前提。<sup>②</sup>若是,则“名为”是真实的表面交易,其效力应得到承认;若否,则“名为”仅具法律形式意义,构成通谋虚伪表示。

进言之,“名为……实为”实际上杂糅了两类名实矛盾。一是“有名无实”,即当事人欠缺效果意思。二是“名不符实”,即当事人效果意思真实,但事实后果偏离法律后果。区分两者的关键是表面交易的虚构性。“有名无实”的表面交易是当事人捏造的虚假交易,当事人既不追求效力发生,亦不享有信赖利益,只是借助“名为”的虚构法律形式追求“实为”目的。“名不符实”的表面交易则真实存在,当事人不仅追求效力发生,而且客观上亦有履约行为,只是意图寻求超越常规的事实后果。在“名不符实”的情形中,“实为”是否应当优先,法院能否强行介入,尚值得进一步反思。

#### (一)“有名无实”外观

“有名无实”外观是当事人不希望表面交易生效的“名为……实为”。“名为”只是达成“实为”目的的合法形式而已。以循环贸易为例,封闭式循环买卖和无真实货物流转之所以是界分买卖合同与民间借贷的关键,是因为其直接体现当事人是否具有受买卖合同约束的意思。<sup>③</sup>与普通商事交易不同,此类层层嵌套的买卖合同只是为资金融通创造的合法外观,当事人欠缺转让标的物的真实意思,且通常也不履行给付义务。当事人“高买低卖”并不必然构成通谋虚伪表示,因为虚假意思表示的认定优先以自然解释为基准,法院不应仅凭对价的合理性认定当事人欠缺法律

<sup>①</sup> Vgl. Staudinger/Singer (2021) BGB § 117 Rn.10.

<sup>②</sup> Vgl. NJW 1982, 569, 570.

<sup>③</sup> 参见贺小荣主编:《最高人民法院第二巡回法庭法官会议纪要》第二辑,人民法院出版社2021年版,第78~81页。

拘束意思。<sup>①</sup> 不过,缺乏真实货物流转时,“高买低卖”可作为效果意思解释的辅助事实。保理中的虚构应收账款亦属“有名无实”外观。保理以应收账款转让为基础,当事人只需通过买卖合同虚构出应收账款的外观即可,所有权转让效果是否发生并不影响保理成立。同样,虚构租赁物的融资租赁合同、无真实买卖关系的保兑仓交易都经由虚构“名为”外观向借贷关系转化。前述表面交易的识别要点是虚构性,比如当事人虚构标的物或交付凭证。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》(以下简称《合同编通则解释》)第15条将“当事人是否存在虚构交易标的”列举为认定真实法律关系的要素。尽管如此,这不过是实务经验的总结,却非虚假表面交易的根本特征。即使标的物客观存在、真实交付,只要当事人不追求所有权转让效果,所涉交易仍为“有名无实”外观。

“有名无实”的表面交易名实矛盾显著。法院在“逃废债”纠纷中仍有泛化适用通谋虚伪规则的倾向。根据最高人民法院指导案例33号,债权人可就债务人无偿转让财产的行为主张恶意串通或行使债权人撤销权。<sup>②</sup> 《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)生效后,部分裁判文书也会援引通谋虚伪表示宣告债务人的无偿转让行为无效。《全国法院民商事审判工作会议纪要》(法〔2019〕254号)颁行以来,债权人主张债务人的无偿转让行为无效的,部分法院还依该“纪要”第42条审查债权人撤销权的事实构成。<sup>③</sup> 《民法典》第146条、第154条与第538条因此形成竞合状态。这引发一项有趣的结果:债务人无偿转让财产的行为兼具无效和可撤销两种效力。无效的法律行为是否可撤销,是颇具争议的学理问题。支持者认为,若因行为能力欠缺或形式瑕疵导致无效的法律行为同时还存在可撤销事由,则无效法律行为兼具可撤销性。这属于“法律上的双重效果”,即同一事实满足两个规范构成,分别产生相同的法律后果。<sup>④</sup> 反对者则认为“法律上的双重效果”存在概念和逻辑上的双重悖论,因为撤销权仅以有效法律行为为对象,而自始已经无效的法律行为当无撤销之可能。<sup>⑤</sup> 无效法律行为的撤销问题绝非教义学上的空谈。德国联邦最高法院曾判决,因形式瑕疵而无效的法律行为还可因错误、欺诈或胁迫而被撤销。<sup>⑥</sup> 此后,双重效果理论逐渐被教义学接受。弗卢梅更是称赞该理论契合现代法律思想,如果已经无效的法律行为仍然损害债权人利益,那么它可以被撤销。<sup>⑦</sup>

债务人无偿转让财产的法律事实是诈害债权的构成要件,是否同时满足其他条文的规范构成则须进一步认定当事人的主观心态。就《民法典》第154条而言,无偿转让财产均系出自主观恶意。无偿转让同时满足第538条和第154条两个规范构成正是指导案例33号的裁判要旨。就第146条而言,买卖合同的效果意思取决于当事人追求所有权转让的主观严肃性,与无偿转让无关。系属通谋虚伪表示的应当是虚假转让财产的情形,实务对此存在泛化适用的倾向。部分法院一方面混淆了诈害债权和虚假转让对效果意思的解释意义,另一方面错误预设了诈害债权

① 不同观点可参见最高人民法院(2021)最高法民终字435号民事判决书。

② 参见最高人民法院(2012)民四终字1号民事判决书。

③ 参见江苏省无锡市中级人民法院(2022)苏02民终字983号民事判决书。

④ 参见[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2013年版,第557~558页。

⑤ Vgl. G. Hubernagel, Doppelwirkungen und Konkurrenzen, AcP 137(1933), 205, 211.

⑥ Vgl. BGH Urt. v. 21.6.1955 - V ZR 53/54, BeckRS 1955, 31396031.

⑦ Vgl. Werner Flume, Rechtsakt und Rechtsverhältnis: Römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken, 1990, S. 13.

者不追求所有权转让效力。虚假买卖和诈害债权是债务人无偿转让财产的两种形态,前者无效的原因是当事人欠缺效果意思,后者可撤销的原因是债务人不当处分责任财产。二者规范价值迥异、事实构成有别,应予界分。区分二者的做法也见于我国台湾地区司法实务。<sup>①</sup>此外,若兼具无偿转让和虚假转让两个事实,则通谋虚伪诈害债权的行为也可以撤销。在涉及第三人的情况下,行使撤销权更有利于保障债权人利益。<sup>②</sup>

## (二)“名不符实”外观

“名不符实”外观是当事人追求表面交易生效的“名为……实为”。“实为”目的之实现以“名为”的法律后果为前提,交易外观是表意人将内心真意转化成私法秩序的迂回路径,具备法律效力价值。“名不符实”外观本属意思自治的范畴,但已成为法院泛化通谋虚伪表示的典型情形。即便当事人真实追求“名为”的法律后果,只要其不追求通常意义上的经济或社会后果,则部分法院会按通谋虚伪表示处理。德国司法实践同样存在类似的隐忧,且当前只在信托行为、规避行为和稻草人行为中形成通说。<sup>③</sup>虽然这些法律构造存在名实矛盾,但是“名为”的法律后果是实现“实为”目的之前提,故通谋虚伪表示并不成立。立足当前实务经验,哪些“名为……实为”属于这三种法律构造,需得详细甄别。

### 1. 信托行为

让与担保是信托行为之典型,又谓担保信托。债务人通过信托协议为债权人设定超越经济目的的法律地位,以中断债务人对信托财产的物上权利,保障债权人能够对抗债务人或防止第三人侵害。<sup>④</sup>这在实务上惯称“名为买卖、实为担保”,用以描述当事人通过转让所有权担保债务的交易。信托当事人一致追求所有权转让效果,受托人因此可对抗其他债权人。<sup>⑤</sup>这与现行裁判观点差异显著。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》第68条第1款采用“形式上转移至债权人”的表述,否定买卖合同的效力。债权人擅自处分担保财产的,法院依无权处分规则裁判。<sup>⑥</sup>这并不妥当,因为买卖之名虽与担保之实不符,却能在事实上实现担保目的,当事人的效果意思真实。股权让与担保也存在类似的不当判决,如将“股权让与担保理解为名为股权转让、实为让与担保”,认为“股权转让是假,让与担保是真”。<sup>⑦</sup>

买卖型担保和让与担保相近。买卖型担保虽有“后让与担保”之名,但欠缺信托属性,因为信托以财产转让为构成要素。原《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第24条否定了买卖合同效力。起草者认为,买受人欠缺买卖的意思,其真实意思是要求借款人

<sup>①</sup> 虚假买卖虽以规避强制执行为目的,但并非债权人可撤销的债务人行为。参见王泽鉴:《民法总则》,北京大学出版社2009年版,第339页。

<sup>②</sup> 关于通谋虚伪诈害债权行为可被撤销的实益,参见王泽鉴:《民法学说与判例研究》,北京大学出版社2015年版,第287~289页。

<sup>③</sup> 参见[德]维尔纳·弗卢梅:《法律行为论》,迟颖译,法律出版社2013年版,第482页。

<sup>④</sup> 参见陈聪富:《民法总则》,元照出版有限公司2019年版,第265页。

<sup>⑤</sup> Vgl. MüKoBGB/Armbrüster, 9. Aufl. 2021, BGB § 117 Rn.18.

<sup>⑥</sup> 参见最高人民法院(2019)最高法民终字1725号民事判决书。

<sup>⑦</sup> 最高人民法院民事审判第二庭编著:《〈全国法院民商事审判工作会议纪要〉理解与适用》,人民法院出版社2019年版,第404页。

返还本金和支付利息。<sup>①</sup> 买卖型担保中的物权转让意思真实,买卖意思虚假。<sup>②</sup> 前述观点不尽妥当。诚如上文所述,效果意思的识别以法律后果与事实后果之界分为基础,否则法院难以回归正确的规范适用。买卖合同的法律后果之一是所有权转让,至于当事人意图抵债还是买卖,并不影响当事人于债务不履行时追求所有权转让的主观严肃性。不过,买卖型担保合同并未引起所有权转让,当事人只是借助买卖形式追求担保目的,表面交易仍然虚假。

最后,售后回租式融资租赁亦属信托行为。承租人将自有财产转让给出租人,并在获取融资的同时也为出租人设定对抗其他债权人的优先法律地位。虽然融资租赁是手段,但当事人转让财产的意愿真实,且为实现担保目的之必需。多年来,由于售后回租与直租的差异,法院在性质认定上存在分歧。《最高人民法院关于审理融资租赁合同纠纷案件适用法律问题的解释》(2020年修正)虽承认售后回租具有非典型担保的属性,但仍较为谨慎,只规定承租人和出卖人的同一性不影响融资租赁关系成立(第2条)。司法实践中,虚构租赁物、所有权未转让、所有权转让不能、“低值高卖”是区分售后回租与“名租实贷”的重要考量因素。<sup>③</sup> 其中,第四项要素“低值高卖”与信托构造无关,法院考量该因素是解释方法运用不当的体现。其他三项因素与所有权转让效力相关,应予考量。例如,租赁物应是客观存在的特定的物,否则租赁物所有权无转让之可能,不成立融资租赁合同。<sup>④</sup> 信托构造的核心是担保财产转让真实发生,不仅要求租赁物客观存在,而且要求承租人享有处分权。需注意的是,信托须当事人转让财产,但不要求租赁物的现实交付,且占有改定是售后回租的交易惯例。<sup>⑤</sup>

由此可见,“名为买卖、实为担保”概因法律手段超越经济目的所致。部分法院未能严守法律后果范畴,误将作为经济后果的担保识别成效果意思,故导致通谋虚伪规则的泛化适用。回归自然解释,信托行为的审查要点在于,当事人是否追求所有权转让的法律后果。当事人仅以信托构造妨碍债权实现的,仍构成通谋虚伪表示。<sup>⑥</sup> 让与担保型买卖合同有效,已经在学界形成共识。<sup>⑦</sup> 法院坚持“穿透”买卖外观,多因解释便利之故:先否定表面的买卖合同,可排除“流押”的结果,再依隐藏行为规则审查真实目的,可实现担保效力。现有法律就让与担保的规定似无不妥之处,唯后续法律适用仍待研究。若买卖效力得到认可,则债权人取得真正的所有权。债权人的处分构成有权处分,并且在债务人破产或标的物被强制执行的情形中,债权人还可依所有权人身份直接取回标的物、提出执行异议。至于“流押”问题,《民法典》第401条与第428条已作柔性处理。承认买卖合同效力,并基于担保目的将该效力限制于优先受偿的范围,不失为更顺畅的调整路径。

<sup>①</sup> 参见最高人民法院民事审判第一庭编著:《最高人民法院民间借贷司法解释理解与适用》,人民法院出版社2015年版,第427页。

<sup>②</sup> 参见高治:《担保型买卖合同纠纷的法理辨析与裁判对策》,《人民司法》2014年第23期。

<sup>③</sup> 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合同编理解与适用(三)》,人民法院出版社2020年版,第1617页。

<sup>④</sup> 参见最高人民法院(2016)最高法民终字286号民事判决书。

<sup>⑤</sup> 参见河南省高级人民法院(2020)豫民终字437号民事判决书。

<sup>⑥</sup> Vgl. NJOZ 2011, 881, 883.

<sup>⑦</sup> 参见王泽鉴:《不动产让与担保——第一个习惯物权的创设》,《荆楚法学》2022年第4期;王洪亮:《让与担保效力论——以〈民法典担保解释〉第68条为中心》,《政法论坛》2021年第5期;司伟、陈泫华:《股权让与担保效力及内外部关系辨析——兼议〈民法典担保制度解释〉第68条、第69条》,《法律适用》2021年第4期。

## 2. 规避行为

脱法目的催生大量多层嵌套、分层设计的交易模式,当事人迂回地规避强制性规定。当事人通过法律构造的转换追求终局目的,即以替代性构造的法律后果寻求应然构造的事实后果。针对法律手段与经济目的之割裂,法院多以替代性法律构造(“名为”)与当事人的终局目的(“实为”)不符为由,直接援引《民法典》第146条否定表面交易效力。<sup>①</sup>如此处理,亦属通谋虚伪表示的泛化适用,因为终局目的并非识别效果意思的决定性因素。既然当事人意图通过替代性法律构造的法律后果规避强制性规定,那么其实际上希望该法律后果发生,故通谋虚伪表示一般不成立。

例外唯在于,即便“实为”指向法律后果,希望表面交易生效的当事人意图以该交易掩饰真实的效果意思的,通谋虚伪表示仍成立。<sup>②</sup>“阴阳合同”即为典型。当事人为降低计税基准签订“阴阳合同”的,分别追求“阳合同”的税法结果和“阴合同”的民法结果。“阳合同”的效果意思无法在税法与民法上同时成立,故构成无效的通谋虚伪表示。《合同编通则解释》第14条第1款就此有明文规定。不过,当事人为避税而将房屋总价拆分出一部分作为家具转让款或装修费的,通谋虚伪表示是否成立?不同法院就此仍有分歧。根据肯定说,房屋的售价应以双方真实约定为准,拆分出的交易乃是无效的虚伪行为。<sup>③</sup>根据否定说,拆分出的交易构成买卖合同的一部分,故当事人的整体意思表示真实。<sup>④</sup>根据自然解释,意图避税的当事人当然希望以拆分金额作为计税基准。拆分并未实际降低交易总价,买卖合同在民法上的效力也为当事人所追求,属于真实交易。<sup>⑤</sup>

规避行为高发于金融领域。“明股实债”“名租实贷”“名为买卖、实为借贷”与委托贷款等是当事人为规避金融监管而采取的惯常交易。近年来,最高人民法院倡导金融司法与金融监管的协同,也在一定程度上鼓励各级法院积极介入多层次法律构造。部分法院多因规避目的之不法性“穿透”表面交易,误解了通谋虚伪规则的规范价值。通谋虚伪表示无效乃是意思自治的内在要求,而规避行为的效力涉及外部评价。法院不应将《民法典》第153条的管制逻辑强加于第146条。当前裁判模式——先审查规避目的,再确定与其匹配的法律手段——无异于整齐划一地建构金融秩序,将抑制金融创新。本文认为,金融司法与金融监管的协同不是机械地要求审判结果与监管结果一致,而是将监管规范作为目的解释的价值导向。于私法领域,法无禁止即可为。只要不构成《民法典》第153条的情形,当事人迂回选定的法律形式应得到私法的承认。

## 3. 稻草人行为

所谓“稻草人行为”,乃是一种形象的比喻,指中间人以自己的名义为真正权利人的利益进行交易,以实现不为他人知晓或客观上无法实现的结果。<sup>⑥</sup>实务中颇具争议的间接借名,即属于

① 参见最高人民法院(2020)最高法民终字682号民事判决书。

② Vgl. Staudinger/Singer (2021) BGB § 117 Rn.17.

③ 参见江苏省南京市鼓楼区人民法院(2020)苏0106民初字7833号民事判决书。

④ 参见北京市第三中级人民法院(2020)京03民初字509号民事判决书。

⑤ Vgl. BeckRS 2007, 29677.

⑥ Vgl. Staudinger/Schilken (2019) Vorbemerkungen zu § § 164ff Rn. 49.

“稻草人行为”。<sup>①</sup>以委托贷款为例,名义借款人签订贷款合同,满足实际用款人的融资目的,法律后果与经济利益分属不同的主体。“借名买房”亦是如此,出名人承受房屋交易的法律后果,借名人享有房屋使用利益,以致合同利益的现实分配与法律结构不一致。若以“名为……实为”论,借名交易乃是“主体伪装”,即当事人名不符实。<sup>②</sup>由于意思表示非由真正权利人作出,法院普遍认为出名人欠缺缔约意愿,径行认定出名人意思表示不真实。<sup>③</sup>少数判决则以合同的相对性原理为基础,排除借名约定对效果意思的影响。<sup>④</sup>根据理论上的通说,中间人订立的合同可以生效,真正权利人才享有经济利益;中间人与真正权利人具有委托关系,而非伪装主体背后隐藏真正受益者的情形。<sup>⑤</sup>

当然,“稻草人行为”也在例外情形中构成通谋虚伪表示。当事人虽然实施了“稻草人行为”,但是不希望由中间人概括承受交易后果的,表面交易仍为虚假。例如,贷款人与实际用款人亲自商议借贷细节,案涉款项也由实际用款人直接收取,中间人只在“纸面上”担负借款人之名,即形成“虚假的稻草人行为”。<sup>⑥</sup>审查“稻草人行为”是否构成通谋虚伪表示的关键,是中间人向真正权利人概括移转表面交易的权利义务,还是仅提供名义载体。至于第三人是否知道借名事实,则非审查要点。有裁判不当地认为,三方串通的借名交易是通谋虚伪表示。<sup>⑦</sup>根据委托合同,中间人以自己的名义为他人处理事务(借款)的,须自担合同风险。贷款人知道实际用款人,只涉及经济利益归属,与表面交易的效果意思无关。

关于委托借款纠纷的审理,长期存在通谋虚伪表示和间接代理两种观点。其中,间接代理的观点在全国法院金融审判工作会议中得到明确,而通谋虚伪表示的观点“既不符合法理,社会效果也差”。<sup>⑧</sup>这体现了限制通谋虚伪规则泛化适用的司法态度。合同的有效解释优先于无效解释(《合同编通则解释》第1条第3款),通谋虚伪表示的泛化适用并不符合这一解释原理。特别是在金融借贷纠纷中,借款合同无效还会导致担保合同无效,金融债权更难实现。合同是经济生活中的交往工具,动辄否定合同的效力,不仅不当增加交易成本,也影响交易安全。因此,法院应当优先选择可维持借贷合同效力的解释路径,谨慎适用通谋虚伪规则。

### (三)“名为……实为”中的自治与强制

通谋虚伪规则显著泛化适用,可归因于法律技术,但主要原因是法院的管制立场。部分法院意图以《民法典》第146条为规范或正当性基础,强行纠正名实矛盾,但忽略了该条文承载的自治价值。在“有名无实”外观中,“实为”之所以优先于“名为”,根本原因涉及私法自治的内在限制,而非外部的强制干预。在“名不符实”外观中,法院先“穿透”表面交易,再根据终局目的强制转化

<sup>①</sup> 参见冉克平:《论借名实施法律行为的效果》,《法学》2014年第2期;杨代雄:《使用他人名义实施法律行为的效果——法律行为主体的“名”与“实”》,《中国法学》2010年第4期。

<sup>②</sup> 参见翟远见:《论通谋虚伪行为的法律效力》,《环球法律评论》2023年第5期。

<sup>③</sup> 参见上海市第一中级人民法院(2019)沪01民终字14556号民事判决书;辽宁省高级人民法院(2017)辽民再字89号民事判决书;北京市朝阳区人民法院(2017)京0105民初字第10274号民事判决书。

<sup>④</sup> 参见最高人民法院(2018)最高法民终字964号民事判决书。

<sup>⑤</sup> 参见[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2013年版,第452页。

<sup>⑥</sup> 参见最高人民法院(2016)最高法民再字434号民事判决书。

<sup>⑦</sup> 参见福建省泉州市中级人民法院(2018)闽05民终字686号民事判决书。

<sup>⑧</sup> 刘贵祥:《关于金融民商事审判工作中的理念、机制和法律适用问题》,《法律适用》2023年第1期。

当事人本欲舍弃的法律手段的,虽化解了名实矛盾,但也限制了当事人选择法律形式的自由。多层次法律构造本身无可厚非。“名不符实”外观中的每一层交易均属真实,只是因多层次构造的迂回转化,事实后果偏离了效果意思对社会生活的类型化引导。“实为”通常指向经济后果或社会后果,即终局目的。遵循“名为……实为”逻辑,无异于根据既定事实结果倒推法律手段,违背意思表示解释的逻辑。当事人虽不能“指鹿为马”,但应享有选择“马”或“鹿”的自由。<sup>①</sup>“名为……实为”审判模式中的管制理念已侵犯法律形式自由,应予限制。

“名为”向“实为”的转化过程伴随着自治与强制的更迭交替。法院应当遵循多层次法律构造的自然属性,监管态度也应随之宽严相济。详言之,《民法典》规定的典型合同具有确认效果意思的技术功能。<sup>②</sup>若合同约定一方转让标的物所有权,另一方支付价款,则合同只能依《民法典》第595条产生买卖的法律后果。就此而言,表示行为与法律后果的关联性由法律强制赋予,法院有义务确保效力赋予环节正常运转。通谋虚伪表示、指称错误、“误载无害真意”等规则都在该环节发挥作用,以确定表示内容适用的法律规范。当法律后果转化为事实后果,效果意思的类型化指引仍会潜移默化地影响主体的行为方式。例如,欲设立担保物权的当事人,会选择订立担保合同。若当事人以转让所有权的方式实现担保目的,则囿于固化的法律思维,法律手段与事实后果似乎脱节。效果意思的类型化引导仅限于法律后果,而在事实后果层面,意思自治占据主导地位。买卖合同当事人可自主确定所有权转让效力伴生的事实后果。即使该事实后果与法律后果不对应、不关联,也只意味着当事人在追求事实后果时选择了迂回表达。于民事主体意思自治空间内,法无禁止即可为。

名与实的矛盾贯穿着明暗交织的两条线索。通谋虚伪表示无效在“明”,乃是法律在贯彻私法自治理念中对虚假法律后果的勘误。违法或悖俗法律行为无效在“暗”,是立法者对事实后果设置的底线。法院强行化解名实矛盾须止于法律后果层面,若不当延伸至事实层面,则会侵害民事主体享有的法律形式自由。当然,当事人并无追求事实后果的绝对自由,须受违法或悖俗法律行为无效规则之限制。就此而言,通谋虚伪规则不可越俎代庖。

## 四、结 论

“实质重于形式”的司法审查传统由来已久,“名为……实为”即是该传统在论证逻辑上的总结概括。自《民法总则》生效以来,“名为……实为”逐渐由事实认定逻辑演变成裁判规则:若表面交易与当事人的真实意思不一致,则外观行为构成欠缺效果意思的通谋虚伪表示。这是对通谋虚伪表示的误解。“名为……实为”只是对法律行为名实矛盾的事实性描述,名义与实质的背离状态是否归因于当事人欠缺效果意思,尚须考察“名为”向“实为”的转换机制。若“名为”的法律形式足以实现“实为”目的,则“名为”仅具法律形式价值,构成无效的通谋虚伪表示。若“实为”目的之实现只能以“名为”的法律效力为基础,则纵有名不符实,亦属法律形式自由的范畴。

通谋虚伪规则泛化适用的深层逻辑是穿透式审判思维。根据该审判思维,法院先确认表面交易无效,再依隐藏行为规则审查真实意愿。诚然,穿透式审判思维确实能揭穿遮蔽法律内涵的

<sup>①</sup> 参见于程远:《论法律行为定性中的“名”与“实”》,《法学》2021年第7期。

<sup>②</sup> 参见张翔:《论效果意思的辨别》,《法律科学》(西北政法大学学报)2019年第6期。

外在形式,直抵法律规范的实质意义。然而,民事主体享有的选择法律形式自由同样值得尊重。强制当事人选择其欲舍弃的法律构造,势必过度干预私法自治。当前实务中的通行做法,是先确定行为性质,再将表面交易定性为通谋虚伪表示。如此一来,《民法典》第146条成为部分法院强行化解名实矛盾的“利器”。

穿透式审判思维映射到个案事实须遵循一定方式。法院不宜直接越过当事人创设的外观形式直接认定行为性质。应“穿透”的乃是法律构造转换的实质,而非审查逻辑本身。详言之,“名为……实为”的审查应当以认定表面交易的法律效力、识别效果意思为前置程序。效果意思虚假者,直接适用通谋虚伪规则;效果意思真实者,再评价法律后果与事实后果的对应性。二者相互对应的,可谓“名符其实”的法律行为,概无名实矛盾。二者不对应甚至不关联的,则须进一步审查当事人追求的终局目的是否属于《民法典》第153条规定的情形。若不属于,则偏离类型化指引的事实后果应当得到承认。

---

**Abstract:** In response to the legal application challenges posed by multi-tiered and stratified transactions, courts have increasingly subsumed all “nominal—versus—substantive” contracts under the rule of collusive simulation, which results in excessive expansion of the rule of collusive simulation. This expansion stems from a misinterpretation and distortion of the legal—effect will (Geschäftswille) by courts. Surface transactions may yield not only legal effects but also economic, social, and other factual outcomes. Where parties genuinely intend to bring about the legal effects associated with the “nominal”, the additional pursuit of factual outcomes unrelated to legal effects should not negate the existence of such intention. Courts shall respect parties’ autonomy in choosing the legal form of transactions. The “nominal—versus—substantive” is merely a factual indicator of collusive simulation and does not necessarily constitute collusive agreement. To determine the real legal—effect will, courts shall further scrutinize the conversion from the “nominal” to the “substantive”. “Nominal—versus—substantive” contracts encompass two types: (1) nominal transactions without any substance that constitute collusive simulation; (2) nominal transactions, the legal form of which diverges from their substance, such as fiduciary transactions, circumventive transactions, and nominee transactions. The second type is a multi-tiered and stratified transaction but does not constitute a collusive simulation.

**Key Words:** collusive simulation, legal—effect will, atypical security, nominee transactions, thinking of penetrative trial

---

责任编辑 何 艳