中外法学 Peking University Law Journal
Vol.27, No.3(2015)pp.628－648

法律规避行为及其裁判方法

王 军*

摘 要 我国法院在审理投融资领域的避法行为时已做到将其与虚伪表示相区别，承认避法行为的价值中性，通过归类法对不同避法行为分别处理。归类处理的过程中隐含着法律行为解释、法律解释或类推适用。但裁判文书对解释理由经常欠缺充分说明，随意处理各种解释方法的位阶关系；类推适用隐晦不清，有扩大化甚至滥用的危险。处理虚伪表示和避法行为均借助“以合法形式掩盖非法目的”、“名为实为”、“变相”等术语，容易将事实认定和法律适用混为一谈，模糊或掩盖了法律方法。法律方法上的模糊和紊乱，极大地削弱了法院对避法行为进行实质性审查和判断的理性基础，削弱了个案裁判和规则本身的确定性和可预见性。

关 键 词 规避法律 虚伪表示 名不副实 变相 以合法形式掩盖非法目的

引 言

当事人为避开或者排除特定法律规范适用而采取各种策略行为(以下简称“避法行为”或“规避行为”)，乃现实中的常见现象。在我国当前的投融资领域，避法行为尤为多见，且错综复杂、层出不穷。对避法行为的评价涉及法律、经济、社会、伦理等多重价值标准，颇多争议。否定论者认为，规避法律即“钻法律空子”，放任之将使法律目的落空，故不应承认其合法性。而同情论者认为，人们之所以规避法律通常是因为某些强行法规与现实脱节，限制了人们的正当需求，故避法行为有其正当性；〔1〕人们应拥有选择某种“合法状态”和采用某种“合法形式”的自由。〔2〕经济

* 中国政法大学副教授。本文的写作和修改得益于金振豹、冀诚、冯珏、陈汉、郭锐、彭冰、孙兆晖等老师的宝贵意见，谨致谢忱！

〔1〕 参见苏力：《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社 1996 年版，页 59－73。

〔2〕 参见(法)雅克·盖斯旦、吉勒·古博：《法国民法总论》，陈鹏等译，法律出版社 2004 年版，页 758。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.cn/

学者更是指出，规避法律是金融产品、服务和制度创新的重要原因和动力。〔3〕

在我国，部分法律、法规、规章明文禁止规避行为。〔4〕《民法通则》和《合同法》规定“以合法形式掩盖非法目的”之行为无效。理论上多认为“以合法形式掩盖非法目的”系指避法行为（或脱法行为）或具有规避法律目的的行为。在审判实践中，法律行为一旦被认定为“规避法律”或者“以合法形式掩盖非法目的”，则通常属于无效行为。〔5〕此外，各种与实质内容不符的名义合同关系（如“名为联营，实为借款”、“名为合作开发房地产，实为土地使用权转让”、“名为投资，实为借贷”、“名为委托理财，实为借款”等）和“变相”行为（如变相借贷、变相公开发行证券），也被认为具有避法目的，审判上认定无效。

然而，实践中活跃着大量与审判认定无效的避法行为相同或者相似的行为，既未被监管部门取缔亦未发生诉讼纠纷，而进入诉讼的也未必都被认定为“以合法形式掩盖非法目的”“变相”或者“名不副实”。某种交易或行为可能风行于投融资实务，但它究竟是商业模式或金融产品创新，还是“以合法形式掩盖非法目的”“名不副实”或者某种“变相”行为，在审判实践中可能成为极具争议的问题。

避法行为牵涉创新与违法、自由与强制的分界。显然，司法裁判对投融资避法行为的评价对于人们确定投融资领域自由和创新的可能边界有重要意义。〔6〕那么，当前究竟哪些避法行为被法院认定为非法和无效，哪些是合法、有效的？其方法和标准是什么？它们是否提供了确定、清晰和可预见的规则？这是本文旨在探讨的中心问题。

为此，本文首先对有关避法行为的法律和学说观点予以综述，梳理基本的理论脉络和分析框架；其次，对我国当前存在的避法行为予以类型化描述，分析审判实践的各种处理方法；在以上论述的基础上，本文将讨论当前审判实践所运用的法律方法，分析其方法对裁判和规范确定性以及投融资行为的影响。

---

〔3〕 See Jim Leitzel, “Breaking the Rules and Making the Rules: Evasion, Avoidance, and Policy Reform”, 29 *Policy Sciences*, 247—269 (1996 - 1997). 另见（美）弗雷德里克·米什金：《货币金融学》，郑艳文、荆国勇译，中国人民大学出版社 2011 年版，页 266。

〔4〕 例如：《证券法》（2005 年修订）第 10 条规定，禁止“变相”公开发行证券；《刑法》第 176 条惩处“非法吸收公众存款或者变相吸收公众存款”行为；《中国人民银行贷款通则》第 61 条规定，“企业之间不得违反国家规定办理借贷或者变相借贷融资业务”；商务部《关于外国投资者并购境内企业的规定》（2009 年修订）第 15 条规定，当事人“不得以信托、代持或其他方式规避前述要求”。

〔5〕 《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》第 194 条规定，在涉外民事法律关系的法律适用中，“当事人规避我国强制性或者禁止性法律规范的行为，不发生适用外国法律的效力”。尽管该意见针对涉外民事关系，但它反映了最高人民法院对待避法行为的一般立场。

〔6〕 最近两年，投融资领域发生了数起涉及避法行为合法性而备受国内外关注和争议的诉讼案件。例如：涉及私募股权投资“对赌协议”的甘肃世恒与海富投资案（许浩：“最高法审结首例对赌协议案为 PE 正名”，载《中国经营报》2012 年 12 月 21 日，第 A14 版）；涉及房地产项目控制权转让的浙江复星与 SOHO 中国案（王丽新：“上海外滩地王案复星胜诉，潘石屹或损失 6 亿元”，载《证券日报》2013 年 4 月 25 日，第 A01 版）；涉及海外融资“协议控制架构”的华懋金融服务公司案（胡中彬：“‘造反’隐患冲击 VIE 架构”，载《经济观察报》2013 年 6 月 1 日，第 17 版）；涉及房地产信托融资的安信信托与昆山纯高案（张伟霖：“受益权信托引爆司法地雷，判例决定行业变局”，载《证券时报》2013 年 3 月 13 日，第 A06 版）。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/　北大法宝www.pkulaw.cn/

一、法律和学说观点综述

(一)罗马法及其后之发展

规避法律的概念可以追溯至罗马法学家提出的欺诈法律之行为(*in fraudem legis facere*)。〔7〕保罗说:“做法律禁止之事的人是在违反法律,而那些不触犯法律言词,却违背法律精神的人则是对法律实行欺诈。”〔8〕罗马法曾规定夫妻间赠与无效。〔9〕有些夫妻便以买卖的名义,约定极低价格转让财产,以规避上述禁令。保罗的评论就是针对这种现象而发的。欺诈法律与直接违反法律(*contra legem facere*)的后果相同,行为均属无效。但罗马法学家对欺诈法律这一概念的外延没有明确界定,也未与虚伪表示作严格区分。〔10〕

至中世纪,法学家对欺诈法律之行为仍是列举一些事例加以说明。最常见的例子是规避利息限制法令的合同。〔11〕这一时期,学者并不区分欺诈法律之行为与虚伪表示行为。〔12〕

《德国民法典》第 117 条对虚伪表示行为设专门规范,从而使之区别于避法行为。法典制定之际,有人建议再专设一个条文规范避法行为。但起草者未接受该提议。其理由是:“为规避法律而实施的行为是否归于无效,取决于该法律行为的事实构成和规定这些事实构成的规范的解释”,如果立法干涉法官的解释自由,迫使其遵循法律的指示,则许多本可以实施的法律行为可能就被宣布为无效了。〔13〕这一理由表明,德国民法制定者并不认为避法行为都属于保罗所谓“违背法律精神”的“欺诈法律之行为”。在价值判断上,“欺诈法律之行为”均属违法,一律无效。而依德国民法,避法行为在价值上是中性的,不应一律认定其无效,应由法官依事实和法律解释分别处理。显然,德国民法上剥离了虚伪表示之后的避法行为与罗马法上的“欺诈法律之行为”已分道扬镳。

如今,民法法系判例和学说一般认为,避法行为(德语“Umgehungsgeschäft”,日本和我国

〔7〕 See Adolf Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, New Series, Vol.43, Part 2, American Philosophical Society, 1953, p.477; 郑玉波:《罗马法要义》,汉林出版社 1958 年版,页 32。

〔8〕 D. 1, 3, 29,乌尔比安也有类似表述(D. 1, 3, 30),(意)斯奇巴尼选编:《民法大全选译·正义与法》,黄风译,中国政法大学出版社 1992 年版,页 61－62。邵建东((德)梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社 2000 年版,页 493)和迟颖((德)弗卢梅:《法律行为论》,迟颖译,法律出版社 2013 年版,页 413)将此处的“欺诈法律”译为“规避法律”。

〔9〕 参见(意)斯奇巴尼选编:《婚姻·家庭和遗产继承》,费安玲译,中国政法大学出版社 2001 年版,页 57。

〔10〕 例如,夫妻间规避赠与禁令是欺诈法律的典型事例,但该例也被作为虚伪表示的例子(参见(意)彭凡得:《罗马法教科书》,黄风译,中国政法大学出版社 1992 年版,页 69),或者被认为是欺诈性的、虚假的表示(Adolf Berger,见前注〔7〕,页 477,词条“Fraudare legem”)。

〔11〕 参见黄瑞明:《契约自由与脱法行为》,台湾大学法律学研究所硕士论文,1980 年,页 48。

〔12〕 如法谚所说:“虚伪行为的种类与避法行为的种类一样多”。弗卢梅,见前注〔8〕,页 414。

〔13〕 转引自弗卢梅,见前注〔8〕,页 413。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.cn/

台湾地区学者称“脱法行为”或“法律规避行为”)意指回避强行法规范,而发生实质上与法规所禁止者相同效果的行为。〔14〕避法行为不同于虚伪表示行为。避法行为是当事人真正意图发生法律效果的行为;而虚伪表示行为的当事人无意实现其表示所指向的法律效果,其表示无效,无法实现规避禁止性法律的目的。〔15〕20世纪中叶,在法律补充理论发展的基础上,德国民法学说进一步提出以法律补充方法(如类推适用)解决避法行为的理论。〔16〕

在英美普通法系,当事人为规避特定规范而订立的合同有别于虚假合同,其是否属于非法合同(illegal contract)因而无效,是一个合同解释和法律解释问题。在英国法中,为规避法律(evasion of statute)而成立的合同可能违反公共政策进而构成目的非法的合同,不具有法律上的执行力(unenforceable)。但一个旨在排除特定规范适用的合同是否构成规避法律,须依合同解释和法律解释判断。〔17〕在美国法中,合同规避法律是否构成非法合同,也须通过合同解释和法律解释判断。法官对法律及相关公共政策具有解释权。〔18〕

(二)我国学者观点

由上述罗马法及其以后的法律和学说发展可知,关于避法行为的两个最基本的问题是:第一,是否区分避法行为与虚伪表示。这一点决定法律上是否承认避法行为的多样性和复杂性,是否承认避法行为的价值中性。第二,如果承认了避法行为的多样性和价值中性,那么,法官应通过何种标准和方法对不同的避法行为作出有区别的、合理的处理。

对于上述两个问题,我国民法学说尚无正面和系统的回答,但观点并非无迹可循。我国法律上没有“法律规避行为”的概念。在一些学者看来,《民法通则》第58条和《合同法》第52条规定的“以合法形式掩盖非法目的”行为是或类似于脱法行为。学者亦仿效民法法系观点,认为脱法行为“是通过使用不直接违反禁止性规定的手段,在实质上实现法律所禁止内容的行为”;〔19〕或者是“迂回避开强制性规定而实施规定所禁止的行为。”〔20〕然而,用“以合法形式掩盖非法目的”比附脱法行为概念是很难成立的。因为,民法法系国家或地区的民法典一般不概括性地规定脱法行为一律无效。如要类比的话,莫如说“以合法形式掩盖非法目的”这一无效规则更类似于罗马法上“欺诈法律之行为”无效的学说观点。

---

〔14〕 参见黄瑞明,见前注〔11〕,页29;盖斯旦等,见前注〔2〕,页749;王泽鉴:《民法总则》,中国政法大学出版社2001年版,页284;(日)山本敬三:《民法讲义Ⅰ·总则》,解亘译,北京大学出版社2012年版,页210—211。

〔15〕 参见弗卢梅,见前注〔8〕,页414。

〔16〕 参见黄瑞明,见前注〔11〕,页54。

〔17〕 See H. G. Beale (ed.), *Chitty on Contracts*, 30th ed., Sweet & Maxwell, Thomson Reuters, 2008, p.1100.

〔18〕 See Brian A. Blum, *Contracts*, 4th ed., Wolters Kluwer Law & Business, 2007, p.425. Also see "Fraud on the Law—The Doctrine of Evasion", 42 *Columbia Law Review*, 1015—1029 (1942).

〔19〕 梁慧星:《中国民法典草案建议稿附理由:总则篇》,法律出版社2004年版,页148。

〔20〕 崔建远:《合同法总论》(上卷),中国人民大学出版社2008年版,页263。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.cn/

另一些学者认为,“以合法形式掩盖非法目的”系指虚伪表示,但其目的也是为了规避法律。〔21〕还有观点认为,脱法行为其实是虚伪表示的“一种特殊形态”。〔22〕这些看法(尤其后一种看法)都在一定程度上混淆了虚伪表示行为和避法行为,至少对二者没有作出清晰区分。实际上在人们通常观念中,避法行为与虚伪表示常常不分彼此——虚伪表示被认为是一种规避法律的方式,而避法行为同样具有弄虚作假的性质。〔23〕

但基于以上学说观点就认为当前的审判实践对虚伪表示和避法行为不加区分,则不符合真实情况。其次,尽管我国学说对避法行为缺乏系统论述,但审判实践并未将一切避法行为均定性为“以合法形式掩盖非法目的”、“名不副实”或“变相”行为。因此,避法行为的多样性和价值中性在事实上也是得到承认的。

下文将在对投融资领域避法行为的类型化描述的基础上,揭示和分析我国法院所运用的判断标准和方法。

二、避法行为的类型与实例

法律适用的基本逻辑是三段论推理。法律规范为大前提,案件事实为小前提,小前提符合大前提的构成要件时,方可将规范的法律效果赋予案件事实。〔24〕避法行为的目的是排除特定法律规范适用于某个法律行为。因此,改变法律行为的构成要素(如主体、标的物或行为的类型),使之不符合特定规范的构成要件,逻辑上应可实现排除该规范适用的效果。〔25〕由此可将各种避法行为区分为以下三类:变换主体之规避、变换标的物之规避以及变换行为类型之规避。〔26〕

(一)变换主体

针对法律法规中对行为人主体资格加以限制或者为特定主体施加一定法律义务的规范,实践中存在如下规避方法:当事人以合格主体或不负担义务之人挂名或出面,满足法律要求,

〔21〕 参见佟柔:《民法总则》,中国人民公安大学出版社 1990 年版,页 242—243;张俊浩主编:《民法学原理》,中国政法大学出版社 2000 年版,页 179;王利明:《合同法新问题研究》,中国社会科学出版社 2003 年版,页 313;魏振瀛:《民法》,北京大学出版社、高等教育出版社 2013 年版,页 151、165。

〔22〕 吴汉东、陈小君主编:《民法学》,法律出版社 2013 年版,页 152。

〔23〕 例如司法解释曾规定,“合同双方当事人恶意串通,为了规避法律,达到非法的目的,采用欺骗手段,订立形式上合法而实际上不准备履行的经济合同,是假经济合同……应当认定为无效合同。”最高人民法院关于在审理经济合同纠纷案件中具体适用《经济合同法》若干问题的解答(1987 年 7 月发布,2000 年 7 月失效)。

〔24〕 参见(德)拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆 2003 年版,页 150。

〔25〕 当然,人们还可以通过选择法律体系而避开于己不利的法律。例如,我国境内企业通过其实际控制人在境外(如开曼群岛、维京、百慕大等地)注册壳公司、实际控制境内企业资产等一系列操作,实现在境外证券市场融资,从而规避了国内监管部门对企业赴境外上市的限制。业内人士称之为“曲线海外上市”或者“红筹模式”(肖昕:“中国对红筹上市政策态度变化的分析”,《创新科技》2010 年第 3 期)。对一国法律体系之规避主要是国际私法上的问题,这里不作讨论。

〔26〕 本文对避法行为的分类方法得益于黄瑞明的论文,见前注〔11〕,页 30。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.cn/

而其本人退居幕后控制和受益。

例如,国家严禁企业间相互借贷,但不禁止企业与少数特定个人间的借贷。A 企业和 B 企业为实现借款采取以下做法:A 先将资金借给自然人甲(甲通常是 B 的大股东),甲再将资金借给 B;B 为甲对 A 之债务提供连带保证或提供抵押、质押等担保;如甲不能还款,则 A 可直接要求 B 承担担保责任。〔27〕 由于甲的介入,行为主体发生变化,A 与 B 之间未发生企业间借贷,故不受限制。但上述交易的实际效果与 A 直接向 B 贷款基本相同。

再如,外商未经监管部门审批,不得以任何形式向境内金融机构投资。香港 H 公司为规避该限制而投资于中国民生银行,与境内 Z 公司签订"委托书"约定:H 委托 Z 为全权代表,担任民生银行的董事,全权管理和行使 H 在民生银行中的 900 万美元资本金的各项权益;Z 承诺全力维护 H 在民生银行的权益,并根据 H 的意愿行使表决权等。H 与 Z 又签订一份借款协议,将 900 万美元入股资金借给 Z,由 Z 投资于民生银行。〔28〕 基于上述协议安排,H 试图以具有合法投资资格的 Z 为替身,行使其对民生银行事实上的决策和收益权。

(二)变换标的物

如果法律规范对法律行为标的物的数量、面积、重量予以限制,那么,分解标的物有可能避开限制。例如,法律规定一定面积以上的农地移转须经某一层级政府批准,〔29〕当事人可能化整为零分多次移转农地,以实现不经审批而移转农地的效果。

改变标的物外形也有可能避开法律限制。例如,国家规定出口某种金属须申请主管部门许可。有人发现国家对出口小百货不要求办理许可证。于是,将该种金属制成渔网坠,以出口小商品的名义申办出口手续。〔30〕 再如,《枪支管理法》禁止制造、销售仿真枪,有人将仿真枪拆为零件销售。〔31〕

另一种方式是完全替换行为的标的物。《公司法》规定,有限公司股东对外转让其股权的,须征求其他股东过半数同意;经同意对外转让的股权,其他股东在同等条件下有先买权。实践中有这样的例子:为避免目标公司的其他股东行使先买权,收购方不直接收购目标公司的股权,而是收购目标公司的某法人股东之母公司的股权,从而达到间接控制目标公司的效果。交易仍为股权转让,但转让的并非目标公司股权,故改变了法律行为的标的物,至少在文义上不符合《公司法》上述规定的适用条件。

(三)变换行为类型

不同类型的行为可能具有相同或相似的经济效果。例如,买卖、互易和赠与都有永久转让

---

〔27〕 参见蒙瑞华:"公司借贷法律问题研究",《西南政法大学学报》2010 年第 2 期。

〔28〕 华懋金融服务有限公司诉中国中小企业投资有限公司案判决书摘要,发布于 http://blog.sina.com.cn/s/blog_a1855e0f0101ecv7.html,最后访问日期:2014 年 4 月 1 日。

〔29〕 1986 年《土地管理法》第 25 条规定,国家建设征用耕地一千亩以上,其他土地二千亩以上的,由国务院批准。征用省、自治区行政区域内的土地,由省、自治区人民政府批准;征用耕地三亩以下,其他土地十亩以下的,由县人民政府批准;省辖市、自治州人民政府的批准权限,由省、自治区人民代表大会常务委员会决定。

〔30〕 参见王卫国主编:《民法》,中国政法大学出版社 2007 年版,页 125。

〔31〕 参见张洋:"枪支弹药竟能网购",载《人民日报》2013 年 10 月 16 日,第 9 版。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.cn/

物之所有权的功能;雇佣、承揽、委托、居间、保管等都有提供劳务的特征;赌博、打赌、保证、保险都具有承担和分配风险的特点;〔32〕借贷、租赁、分期付款买卖、买回、赊销、赊购、信用证等都具有给与信用的作用,而信用的本质就是货币借贷。因此,改变行为类型可能达到规避特定法律规范,同时实现与受禁止行为相同或类似效果的目的。而基于合同自由原则,当事人拥有选择类型和创造新型合同的自由。〔33〕

常见的一种做法是选择其他合同类型而避开强制规范。例如,转让房地产开发项目不仅须符合土地使用权转让规范,而且受让方须重新申请建设、规划等行政主管部门的审批。为避开限制和简化手续,房地产公司通常不直接转让开发项目,而由房地产公司的股东转让公司股权,效果与直接转让项目相似。〔34〕

再如,房地产开发企业因监管限制而无法向银行或信托公司贷款时,可能借助信托渠道融资。例如,某房地产企业与某信托公司订立"资产收益财产权信托合同",前者以房地产项目的"收益权"(即对房地产项目未来预售、销售等方式形成的现金收入所享有的权益)作为信托财产委托给后者,设立自为受益人的信托;后者代理前者将信托财产的"优先级受益权"转让给其他投资者,前者从而获得资金;前者承诺按协议分期向"信托专户"支付"项目收益",以确保信托优先受益人(即投资者)本金和收益实现,前者并为上述义务提供抵押。〔35〕在这个交易中,房地产企业融得资金,而购买"优先级受益权"的投资者依合同将按期收回投资本金和固定收益。该交易旨在规避信贷监管部门对信托公司净资本的限制性要求而实现与资金借贷相同的效果。〔36〕

第二种做法是另辟蹊径,创设新型合同(包括混合合同和非典型合同)。例如,各种"表外融资"合同就是以设计混合合同的方式规避信贷管制。以售后回租和售后回购为例说明。售后回租,是指卖方将一项资产出售后又将之从买方租回使用。卖方通过出售资产获得流动资金,通过回租得以不间断地使用资产;而买方通过这一交易,获得了资产所有权和持续的租金收益。售后回购,是指卖方在出售产品或资产时承诺一定时日后再将之购回。卖方通过出售资产获得流动资金,买方取得标的物所有权具有债权保全作用;而卖方日后的溢价回购将偿还买方的支出并使买方获得一定收益。〔37〕通过售后回租或售后回购,卖方(融资方)以出售资产而非借贷的方式获得资金,买方(提供融资方)则通过收取租金或售回资产而非收取利息的

〔32〕 参见(德)梅迪库斯:《德国债法分论》,杜景林、卢谌译,法律出版社 2007 年版,页 5—6。

〔33〕 参见姚新华:"契约自由论",《比较法研究》1997 年第 1 期;(德)梅迪库斯:《德国债法总论》,杜景林、卢谌译,法律出版社 2004 年版,页 61。

〔34〕 参见陈文主编:《房地产开发经营法律实务》,法律出版社 2005 年版,页 25—27。

〔35〕 典型案例如安信信托与昆山纯高案,参见上海市高级人民法院判决书,(2013)沪高民五(商)终字第 11 号。关于该案的新闻报道参见张伟霖,见前注〔6〕。

〔36〕 参见胡伟:"反思与完善:资产收益权信托之检视—兼析安信信托'昆山纯高'案",《华北金融》2013 年第 8 期。

〔37〕 参见赵丽文:"表外融资的几种形式",《包钢科技》2005 年第 5 期;马洪达、于珊:"浅析表外融资的类型及形成",《财务与会计》2010 年第 8 期。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.cn/

方式获得资金收益。这两种合同都不是典型的借贷合同,故具有规避信贷管制的效果。〔38〕

再如,近年来流行的“对赌协议”、“类固定收益”等投资合同,亦为以新型合同规避借贷管制的途径。比如,A 公司与 B 公司订立“对赌协议”约定:A 对 B 增资入股 5000 万元,如增资后届满 1 年,B 的业绩达不到某一标准,B 及其股东 b 承诺按约定的计算公式对 A 进行补偿。〔39〕再如,一份“类固定收益”投资合同约定:A 公司对 B 公司增资入股,B 之股东 b 承诺,5 年期满后以约定溢价购买 A 所持之全部股份。〔40〕“对赌协议”和“类固定收益”投资合同都是通过出资入股与投资补偿或股份转让的组合,达到 A 向 B 融入资金并获取固定回报的效果。这两种合同外观上也不同于借贷合同。

又如,境外投资者以“协议控制”方式替代直接持有境内企业股权,亦为变换类型而规避法令的例子。国家对外商投资实行审查和限制。〔41〕因此,外国投资者投资境内企业或者境内企业利用境外实体向境外投资者融资,常采用“协议控制”方式规避审查和限制。基本做法是:境外投资者不直接持有境内被投资企业的股权,而是另设一家境内外商独资企业,由该外商独资企业通过管理协议、贷款协议、顾问服务协议等控制境内被投资企业并从中收取经营收益。“协议控制”是若干种类合同的组合,其法律关系在外观上亦有别于境外投资者直接持有境内企业股份,故可产生避法效果。〔42〕

(四)虚假主体和虚伪表示

实践中,有些当事人通过在主体资格上或者在意思表示中作假,制造变换法律行为要素的假象或者完全虚构某种行为,以图排除特定规范的适用。

主体资格上的造假,例如在登记股东时使用虚假身份材料,或者将私人投资的企业虚假登记为集体所有制或者全民所有制企业(俗称“红帽子”企业)。

虚伪意思表示分双方一致同意的虚伪表示(或称“通谋虚伪表示”)和一方的单独虚伪表示(或者“真意保留”)两种。〔43〕实践中出现较多的是双方虚伪表示,即虚假合同。虚假合同的表意人和表示受领人一致同意,所表示事项不应该发生意思表示所指向的法律效果;他们并不希望虚假合同得到完全实现,其目的只是掩盖某个真实的交易,后一个交易才是当事人真正希望实现的。〔44〕而避法行为是当事人的真实意思表示,当事人也希望避法行为发生法律效果。

---

〔38〕 当前,企业或者建设项目通过售后回购的方式(如售后回购债权、股权收益权、矿产资源收益权等),从信托公司获得融资的现象非常多见,参见王巍主编:《房地产信托投融资实务及典型案例》,经济管理出版社 2012 年版,页 33、51。

〔39〕 案例原型为甘肃世恒与海富投资再审案,参见最高人民法院民事判决书,(2012)民提字第 11 号。

〔40〕 案例参见王巍,见前注〔38〕,页 44－51。

〔41〕 参见国家发展和改革委员会等制定的《外商投资产业指导目录》和商务部等制定的《关于外国投资者并购境内企业的规定》(2009 年修订)。

〔42〕 新浪、搜狐、网易、百度、腾讯、阿里巴巴、新东方等企业均通过此类架构完成海外融资,参见苏龙飞:“支付宝 VIE 生死局”,《经理人》2011 年第 8 期;刘燕:“企业境外间接上市的监管困境及其突破路径”,《法商研究》2012 年第 5 期。

〔43〕 参见王泽鉴,见前注〔14〕,页 356－359。

〔44〕 参见(德)拉伦茨:《德国民法通论》,王晓晔等译,法律出版社 2003 年版,页 497。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.cn/

这两点是虚伪表示和避法行为的关键区别。

虚假合同的类型通常与当事人隐藏的、真实的交易类型不同。以此方式,当事人试图造成类型变换的假象。例如,当事人订立一份“融资租赁合同”,但“出租人”将资金直接交付“承租人”,“承租人”获得资金后并未购买约定的租赁物。法院认为,出租人直接将购置款汇给承租人,并对承租人如何使用购置款不管不问,是虚构交易,“明显是以融资租赁之名,行放贷收取高息之实”。〔45〕

另一种情形是,虚假合同与隐藏行为属同一类型,但二者约定的内容不同(俗称“阴阳合同”)。例如,主管部门禁止建筑施工合同约定施工方“垫资”,有当事人便将表面合规的虚假合同交主管部门备案,而实际履行有“垫资”约定的真实合同。又如,转让商品房的双方为少缴营业税和所得税,签订一份约定较低转让价格的虚假合同。〔46〕

三、审判实践中的处理办法

处理法律行为争议,法院首先要查明案件事实。在此过程中,法院将剔除法律行为主体、标的物和意思表示中的虚假成分。对于类型不明确的法律行为,法院将识别其类型(实务上称为“合同定性”)。有些试图规避法律的行为仅仅拆分了行为和标的物或者更换了行为名称而实质上没有变换类型,故无法避开特定规范。真正变换了类型的行为通常会得到法院的承认。但个别案例表明,法院可能将类型确定的行为重新定性为当事人本来试图避开的某个类型,或者以规避法律为由直接宣告其无效。

(一)对于虚假主体和虚伪表示

法院首先要辨别行为人主体资格是否真实。例如,个人合伙或个体营业者虚假登记为集体企业的,司法解释要求法院据实甄别。〔47〕审判实践中,它们可能被认定为“名为集体,实为私营”。〔48〕

如何处理虚伪表示,我国法中没有可直接适用的规范。目前,法院处理虚假合同的依据通常是《民法通则》第 58 条或者《合同法》第 52 条规定的“恶意串通,损害国家、集体或者第三人利益”或者“以合法形式掩盖非法目的”的民事行为无效。〔49〕在一些案件中,法院认为“虚假

〔45〕 河南省国际信托投资公司诉河南省驻马店地区内衣厂案,法律教育网(www.chinalawedu.com),最后访问日期:2013 年 10 月 11 日。

〔46〕 案例如曾翔与赖智明房屋买卖合同纠纷案[(2009)穗中法民终字第 3840 号民事判决书]和严某某与黄某某房屋买卖合同纠纷案[(2011)沪一中民二(民)终字第 1948 号民事判决书]。

〔47〕 参见《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》第 49 条。

〔48〕 如刘本元与浦江县乡镇企业管理局案,《最高人民法院公报》1994 年第 2 期。

〔49〕 如中国工商银行青岛市市北区第一支行诉青岛华悦物资发展公司等上诉案,《最高人民法院公报》1997 年第 4 期;勋怡公司诉瑞申公司案,《最高人民法院公报》2004 年第 3 期;查莉莉与杭州天恒实业有限公司等再审案,最高人民法院民事审判第二庭编:《最高人民法院商事审判指导案例》(6),中国法制出版社 2013 年版,页 369。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.cn/

合同”(或“规避法律”)构成“以合法形式掩盖非法目的”。〔50〕

法院通常宣告虚假合同“名为××,实为××”或实为“变相××”,或者“以合法形式掩盖非法目的”。这一宣告有两层含义:一方面,宣告当事人的虚伪表示(“名”、“合法形式”)是假象,因此无效;另一方面,基于当事人的真实意思表示(“实”、“非法目的”)对合同归类或定性,并依据类型确定应适用的法律规范。一旦被认定是虚伪表示因而无效,则隐藏行为的效力依与该行为有关的法律规范处理。这与德国、日本和我国台湾地区的民法规范和审判实践是相同的。〔51〕

(二)对于变换主体和标的物

对于行为人通过具有法定资格的他人(“挂名者”)实施行为而自己退居幕后操纵的情形,法院通常不否认挂名者已取得的法律地位,而是审查控制者与挂名者之间约定的合法性。这就使得对变换主体之避法行为的评价转换为对某一法律行为之真伪、类型及效力的评价。

例如,对于隐名出资争议,司法解释不否定名义股东的股东资格,而是规定法院应依《合同法》第52条判断公司实际出资人与名义股东间代持股份协议的合法性。〔52〕前述香港H公司通过境内Z公司隐名投资于民生银行的案例,最高人民法院没有否定Z为民生银行股东的资格,而是审查了H与Z之间的委托合同和借款协议的有效性。判决认为,系争委托合同和借款协议旨在规避有关金融法规,使H的投资行为“表面上合法化”,属于“以合法形式掩盖非法目的”,故皆属无效。〔53〕

对于义务人通过他人实施行为而逃避自身义务的做法,法院通常会考虑该他人行为的效果是否可归属于义务人。例如,公司董事、高管通过他人投资或经营另一家与其所任职公司同类业务的公司,试图规避其对所任职公司的竞业禁止义务。有判决认为,被告董事非以自己名义从事与公司竞争之业务而“经济效果归属于自己”的,属于“间接经营”,构成《公司法》禁止之“利用职务便利自营或者为他人经营与所任职公司同类的业务”的行为。〔54〕

主体变换有时直接造成行为类型的变化。前述企业之间通过自然人介入实现事实上的资金借贷的做法,实际上是借助第三人的介入而改变了交易类型。对于这类实质性变换类型的避法行为,已有的审判案例表明,法院通常承认其类型变换,不将其定性为借贷合同或者变相借贷合同。〔55〕

对于分解标的物的规避行为,有的法规已明文禁止。例如,《土地管理法》(1986年)第26

〔50〕 例如静海县台头镇人民政府与天津开发区京津建信租赁公司等案(天津市高级人民法院民事判决书,(1999)高经终字第249号);深圳俊宝首饰制造厂诉深圳市福田区贺岭实业公司案(最高人民法院中国高级法官培训中心、中国人民大学法学院编:《中国审判案例要览》(1992年综合本),中国人民公安大学出版社1992年版,页893)。

〔51〕 参见《德国民法》第117条、《日本民法》第94条和我国台湾地区《民法》第87条。

〔52〕 《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。

〔53〕 见前注〔28〕。

〔54〕 福建亚通新材料科技股份有限公司诉刘道敏等案,辽宁省沈阳市中级人民法院民事判决书,(2006)沈中民四权初字第1号。

〔55〕 参见董淳锷:“合法形式掩盖下的非法合同问题研究”,《华东政法大学学报》2014年第2期。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.cn/

条规定,“一个建设项目需要使用的土地,应当根据总体设计一次申请批准,不得化整为零。”《招投标法》(1999 年)第 4 条规定,任何人“不得将依法必须进行招标的项目化整为零或者以其他任何方式规避招标”。在此情况下,分解标的物已不属于规避法律,而是明显的违法行为。如果法律未作此类明文禁止,则法院通常要对当事人分解标的物并分别作出的意思表示进行判断。有时,当事人分解标的物的行为被认为是虚假行为而归于无效。例如,甲银行支行为规避放贷数额和对象上的限制,将一笔大额贷款分解为 5 笔小额款项分别借贷给乙企业的 5 家下属企业,而事实上乙企业是真正的借款人,法院认定该 5 笔贷款为虚假合同,均属无效。〔56〕当然,法院也可能将被分解的标的物视为一个标的物对待。

而完全替换标的物的方式实际上也改变了行为本身,对这种避法行为的评价也转化为对特定法律行为之真伪和类型的评价,下文一并讨论。

(三)对于变换行为类型

当事人采取变换行为类型的策略规避特定法律规范时,法院分两种情况处理:

其一,如果系争行为真实且类型明确,法院一般不会否认当事人选择的类型。只是在个别情形下,法院可能以当事人规避法律或“以合法形式掩盖非法目的”为由宣告行为无效,或者对当事人所选择的类型“重新定性”。

其二,如果系争行为真实而类型不明确,法官将基于其对当事人真意的认知和解释进行归类。通常有两种处理结果:一是据实正名,揭示掩藏在合同名称或措辞之后的真正类型;二是承认现有法定合同类型无法涵盖系争合同,认定其为新型合同。

1.对于意思表示真实且类型明确的行为

基于意思自治原则和合同自由原则,法院通常尊重并承认当事人意思表示真实的类型选择。例如,在涉及房地产项目权益转让的案件中,法院通常承认项目公司股权转让合同有效,即便其最终目的是转让开发项目的全部控制权和收益权,也不影响合同效力。〔57〕类似的,法院通常也区分矿业公司股权转让和矿业权转让而分别处理。〔58〕基于司法和行政分立的原

〔56〕 长沙铜铝材厂诉长沙城市合作银行金城支行案,参见吴庆宝:“制作一审民商判决书中的几个问题”,《法律适用》2000 年 10 期。

〔57〕 参见刘崇理:“全国部分法院公司法司法解释论证及审理公司纠纷案件工作经验交流会综述”,载最高人民法院民二庭编:《商事审判指导》(总第 29 辑),人民法院出版社 2012 年版,页 144。另见姚晨奕、钟瑛:“是股权转让,还是土地买卖”,载《人民法院报》2007 年 1 月 22 日(该文指出,地方法院通常不会将房地产项目公司股权转让合同认定为土地使用权转让合同,尽管有法官认为这类股权转让有规避法律的目的)。最高人民法院的一个判例是苏州市农工商房地产开发有限公司与苏州中盈房地产有限公司等案,载最高人民法院民事审判第一庭编著:《最高人民法院国有土地使用权合同纠纷司法解释的理解与适用》,人民法院出版社 2005 年版,页 489—503。

〔58〕 最高人民法院在一个判决中区分了矿山企业股权转让和采矿权资产转让,认为二者系不同法律关系,应适用不同规范(上诉人青海汇吉实业集团有限责任公司、周卫军与被上诉人杜红亚等股权转让纠纷案,载最高人民法院民事审判第二庭编:《商事审判指导》(总第 31 辑),人民法院出版社 2013 年版,页 226)。在另一案中,最高人民法院也认为出资人转让其在煤矿企业享有的投资者权益与转让煤矿本身不同(陈国健等与新汶矿业集团地质勘探有限责任公司申请再审民事裁定书,最高人民法院民事裁定书,(2012)民申字第 416 号,中国裁判文书网:http://www.court.gov.cn/zgcpwsw/,最后访问日期:2013 年 10 月 2 日)。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.cn/

则,在类型合法性的判断上,法院一般不对监管部门核准或默许的交易类型提出质疑。例如,信托公司在法律和监管许可范围内的投融资交易(如前述“收益权信托”),尽管效果上类似于贷款,但法院通常不认定其规避法律。再如,境内企业为实现境外融资而设计的系列“控制协议”,尽管规避意图明显,但法院亦未明确表示否定态度。

法院否定当事人类型选择的做法主要有以下两种:

(1)重新定性。在一些案件中,尽管当事人采用不同于受法规限制之类型的合同,但法院依然不承认当事人的类型选择,而是对系争合同的类型重新作出认定。

例如,股权转让被重新定性为土地使用权转让。最高人民法院在1998年审理的苏州新兴公司与利山公司案(下称苏州新兴案)中认为,项目公司股权转让实质上是项目公司名下土地使用权的转让。判决指出,“新兴公司将受让得来的34.8亩土地作价投入隆天公司,后又将自己在隆天公司的股份转让给合作伙伴利山公司,是名为合作实为土地使用权的转让。”〔59〕通过“名实”认定,法院否认了当事人对合同类型的选择,将关于土地使用权转让的规范适用于股权转让交易(或者说将股权转让合同当做土地使用权转让合同处理)。

再如,转让矿业公司股权被重新定性为矿业权转让。审判实践中历来存在这种观点,认为矿业公司股权转让尤其是全部或者大部分股权的转让,实质效果与矿业权转让无异,应该适用矿业权转让的相关法律规范。〔60〕依此观点作出的判决,也是对转让矿业公司股权行为的重新定性。

(2)径判无效。有的案件中,法院并未对合同重新定性,而是以其规避法律、构成“以合法形式掩盖非法目的”为由,直接认定无效。在浙江复星公司诉上海长烨公司等案(以下简称浙江复星案),被告有意控制目标公司50%的权益,但被告没有直接收购目标公司的股权,而是收购了目标公司两个法人股东(设为A公司、B公司)各自的独一股东(设为C公司和D公司)的100%股权。收购完成后,被告分别持有C公司和D公司的100%股权。由于C公司和D公司又分别拥有A公司和B公司的全部股权,而A、B公司合计拥有目标公司50%的股权,故被告可以间接控制目标公司50%权益。这一交易旨在避免因直接收购目标公司股权而触发原告(目标公司另一股东)的优先购买权。法院肯定当事人意思表示的真实性,但认为该交易的实质是通过间接控股实现与直接收购股权相同的交易目的,“完全规避了法律赋予原告享有股东优先购买权的设定要件”,属于“以合法形式掩盖非法目的”的行为,应认定无效。〔61〕

前述香港H公司与内地Z公司案,最高人民法院也是以同样的理由和逻辑宣告二公司间的委托合同无效。

---

〔59〕 苏州市新兴房地产开发公司与广州白云利山发展公司等上诉案,载最高人民法院民事庭编:《民事审判指导与参考》2000年第1卷,法律出版社2000年版,页236。

〔60〕 参见马艳辉:“涉矿纠纷若干疑难法律问题初探”,载最高人民法院民事审判第一庭编:《民事审判指导与参考》(总第45辑),人民法院出版社2012年版,页46;李显东、王宁:“从典型案例看矿业公司股权转让与矿业权变动之效力规制”,载《判解研究》2011年第2期,人民法院出版社2011年版,页160、161。

〔61〕 浙江复星商业发展有限公司诉上海长烨投资管理有限公司案,上海市第一中级人民法院民事判决书,(2012)沪一中民四(商)初字第23号。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.cn/

2.对于意思表示真实而类型不明确的行为

对这类行为,法院依当事人真实意思表示而非合同名称和措辞确认合同类型。〔62〕有些当事人用“投资”“合作”“委托理财”等无类型意义的措辞为合同命名,以“开发费”“服务费”等指代转让金,以“回报”“利润”指代利息等,试图在名称和用语上与受限制之合同类型划清界限(或想显示为一种非典型合同),但法院依据合同实际约定的权利义务仍然将其归类为当事人试图回避的某种合同类型。

例如,永利公司与某信托咨询公司、怡盈公司签订的一份“合作开发某商住楼协议书”,关于三方利益分配约定如下:①永利公司须在两年内或未满两年但销售收入足以还清信托咨询公司、怡盈公司所投本金时,先行偿还本金;②各方按约定分配利润:永利公司在付清所有应付款项及还清信托咨询公司、怡盈公司投入本金,付清利润分成之后,获得项目收益;信托咨询公司按投入资金 5000 万元的 20%(年回报率)分成;怡盈公司按投入资金 5000 万元的 25%(年回报率)分成。〔63〕尽管合同条款极力避免借款合同的专用术语(如借款、利息、利率),而使用“投入”“利润”“分成”“回报率”等措辞,但其约定的利益和风险分配方式仍然使法院确信,该合同“名为合作开发房地产,实为借贷”。〔64〕与前文“类固定收益”投资合同相比,永利公司案的合同并非区别于借贷的另类合同。其所谓“利润”“回报率”等措辞并无类型意义,不过是“利息”“利率”的另一种表述。而“类固定收益”投资合同则确实由另外两类合同即出资入股合同和股权转让合同组合而成。〔65〕

对于一些常见的“名不副实”合同,司法解释创制了类型化的认定标准,反映了最高人民法院对某些典型合同(如借贷合同)之类型特征的解释观点。例如:企、事业法人加入联营,“但不参加共同经营,也不承担联营的风险责任,不论盈亏均按期收回本息,或者按期收取固定利润的,是明为联营,实为借贷。”〔66〕再如,以“合作开发房地产合同”为名,实为其他合同的四类交易被司法解释归类为四种名不副实的合同。〔67〕这些司法解释实际上将某些避法行为典型化了,符合其描述特征的合同将被直接归类为某种“名不副实”合同。

还有的案例,当事人试图通过拆分法变换行为类型。但分解后的各个行为仍与受禁止之类型没有实质区别,当事人亦无变化,法院不承认其类型变换。例如,当事人将某个受禁止的行为分解为数个行为,但该数个行为组合起来与受禁止行为完全相同。例如,Y 将钱借给 Z,双方签订借款协议;Z 另出具委托书授予 Y 对其某一房屋享有如下权利:签订房地产买卖合

〔62〕 参见《最高人民法院关于经济合同的名称与内容不一致时如何确定管辖权的问题的批复(法复[1996]16 号)》。

〔63〕 中国银行广东分行诉广州永利房地产开发有限公司等案,载陈华杰主编:《房地产纠纷典型案例评述》,人民法院出版社 2004 年版,页 53—76。

〔64〕 同上注,页 69。

〔65〕 当然,审判上未必绝对承认“类固定收益”合同合法有效,因为法院可能以该类合同规避法律而对之“重新定性”。

〔66〕 《最高人民法院关于审理联营合同纠纷案件若干问题的解答(法(经)发[1990]27 号)》。

〔67〕 《最高人民法院关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释(法释[2005]5 号)》第 24—27 条。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.cn/

同、收取房款、办理产权过户手续等。法院认为：该委托书使Y实际上取得对该房屋的处分权，可以独立处分该房屋而无须与Z协商，因此双方的约定属于流质契约，为法律所禁止，依法应认定无效。〔68〕

审判实践表明，法官在判断类型时，通常会优先考虑系争合同是否属于某种典型合同（包括司法解释创设的典型“名不副实”合同）或者若干典型合同相结合的联立合同或混合合同。排除以上各种可能之后，法官才会考虑系争合同是否构成纯粹的非典型合同。〔69〕

系争合同如被认定为联立合同、混合合同或者纯粹非典型合同，法院仍将从有关法定合同类型的规范中发现处理规则。其方法是，从联立、混合合同或者纯粹非典型合同中尽量发掘法定合同类型的要素或者与法定类型相似的成分，采取吸收法、结合法和类推法将法定类型的规范适用于系争合同。〔70〕

在被称为“对赌协议第一案”的甘肃世恒与海富投资案（以下简称甘肃世恒案）中，海富以2000万元人民币增资世恒公司，其中114万余元计入股本，1885万余元列入资本公积金，海富持有世恒全部股权的3.85%。世恒（甲方）与海富（乙方）、世恒另一股东迪亚（丙方）以及世恒与迪亚共同的法定代表人陆某（丁方）共同签署的增资协议书中包含如下“补偿条款”：“如果甲方2008年实际净利润完不成3000万元，乙方有权要求甲方予以补偿，如果甲方未能履行补偿义务，乙方有权要求丙方履行补偿义务。补偿金额＝（1－2008年实际净利润/3000万元）×本次投资金额。”世恒2008年的净利润只有不足2.7万元。海富要求世恒、迪亚依上述补偿条款履行补偿义务，遭到拒绝。对于该案补偿条款的性质，理论上有不同观点。〔71〕一审判决将之归类为“利润分配”条款，二审判决将计入资本公积金的出资认定为“名为投资，实为借贷”。最高人民法院的再审判决未对类型予以认定，而是从利益衡量的角度对条款合法性作出判断。〔72〕最高人民法院的处理与其说回避了归类问题，不如说是默认此种新型合同的合法性。但在法律适用上，最高人民法院仍然比照典型的股权投资行为的规范（投资者不应取得脱离企业经营业绩的“固定收益”，“保底条款”无效）作出裁判。

总结审判实践可知，简单分解组合标的物或者行为要件（如流质条款例），单纯更换合同名称和措辞（如永利公司例）并不是真正的类型创新，都很难被法院承认为新型合同。被法院承认为新型合同的，通常都引进了新的合同主体，在利益和风险配置上有别于受限制的合同类型。例如前述自然人介入企业间借贷之例，虽然资金最终流向企业，但由于自然人介入，合同

〔68〕 郑巍诉陈剑平等案，载国家法官学院、中国人民大学法学院编：《中国审判案例要览》（2010年民事审判案例卷），中国人民大学出版社2011年版，页82－89。

〔69〕 参见刘兰芳：“无名合同及其法律适用”，《人民司法》1999年第3期（作者认为，无名合同包括纯粹无名合同、准无名合同、联立合同和混合合同）。无名合同又称非典型合同，本文采后一称谓。

〔70〕 同上注。

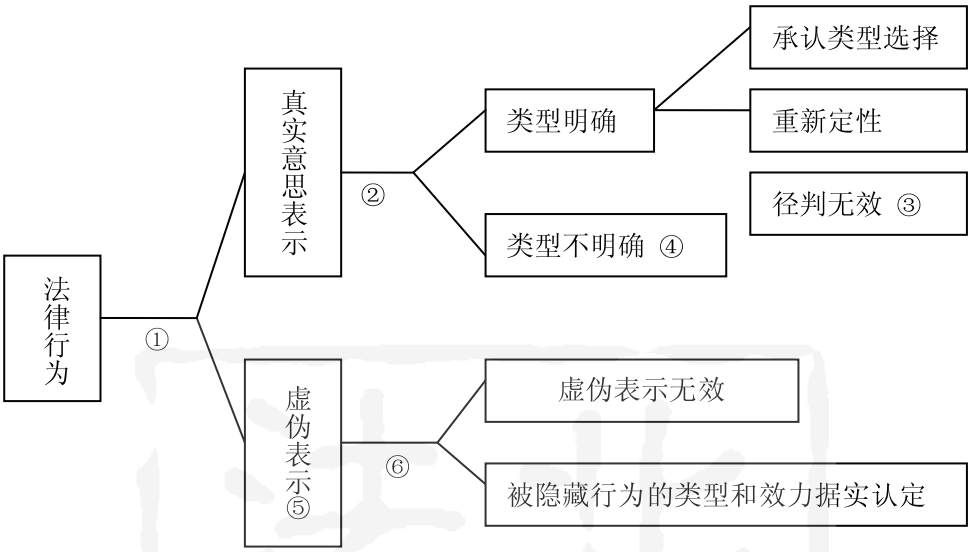
〔71〕 有学者认为，该条款是投资合同中的“一种结构性的定价机制，其主要目的是通过分期结算，部分排除定价时的不确定性因素”（参见彭冰：“‘对赌协议’第一案分析”，《北京仲裁》2012年第3期，中国法制出版社2012年版，页188－199）；也有人认为属于非典型合同，并称之为“金融创新”（参见潘林：“金融创新与司法裁判：以我国‘对赌协议’的案例、学说、实践为样本”，《南京师大学报（社会科学版）》2013年第3期）。

〔72〕 参见最高人民法院民事判决书，（2012）民提字第11号。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/　北大法宝www.pkulaw.cn/

的风险承担已经不同于企业间借贷。“对赌协议”(尤其是股东与股东“对赌”的约定〔73〕)和“类固定收益”投资合同在合同主体进而交易结构方面也都有不同程度的创新。

下图对审判实践中的处理办法做一全面展示：



说明：①法官对意思表示进行真伪识别，去伪存真；

②法官对合同进行归类；

③理由包括“规避法律”或“以合法形式掩盖非法目的”；

④对类型不明确的合同，法官要么将之归类为某种典型合同，要么认定为新型合同；

⑤包括单方虚伪和通谋虚伪，可能表述为“名为××实为××”、“变相××”或“以合法形式掩盖非法目的”；

⑥区分虚伪表示和被掩盖行为分别处理。

四、法律方法及其表述方式

如前所述，虚伪表示不具有规避法律的效果，在法院去伪存真的识别过程中即予以排除。而单纯拆分行为内容或者变换行为名称、措辞的行为，经法院归类过程的“过滤”，通常都不被认定为新型合同，因而也不产生避法效果。所以，就上述实例而言，避法行为仅指那些行为人通过变换法律行为主体、标的物或行为类型，外观上不同于受禁止行为而实质上与受禁止行为效果相同的行为。

避法行为究竟能否免于适用特定强制性规范，多数情况下都需要进行法律解释；而如果法律本身存在漏洞，则有必要进行法律补充。因此，避法行为的处理最终都要转化为法律解释和

〔73〕 参见上海瑞泓股权投资合伙企业与连云港鼎发投资有限公司上诉案，上海市第一中级人民法院民事判决书，(2014)沪一中民四(商)终字第 730 号。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.cn/

法律补充问题,〔74〕甚至在某些情况下需要法官续造法律。

(一)已有学说及其方法

应依何种标准和方法对避法行为效力作出区别性处理,学说上主要有以下观点:

其一,如被规避之法律的规范目的是禁止某种结果,则无论当事人采取何种迂回手段,禁止性规范仍可适用于系争行为,应认定其无效;但如果规范目的只是禁止某种手段或行为,则避法行为可以被认定有效。〔75〕

其二,应区分法规的主要目的是保护经济上弱者还是维护交易安全:如是前者,应倾向于认定规避行为无效;如是后者,应倾向于承认避法行为有效。〔76〕

其三,还有学者主张,法院应从"社会需要"角度审视避法行为:基于合理的社会需要而产生、有存在之必要的避法行为,应该认为有效。〔77〕

上述第一种看法看似是法律目的解释,实际上却是类推适用。正如学者指出,基于法律禁止某种结果为由而否认避法行为效力,是依法律目的、超出文义适用该禁止性规范的结果,〔78〕而这恰是类推适用的特征。类推适用是将法律对某类案件明定的规则,转移适用于法律未设规定但与前述案件相类似的另一类案件之上。〔79〕

从类推的角度重新阐释第一种观点的内在逻辑就是:如果被规避之法律旨在禁止某种结果发生,法院可以不顾当事人手段为何,而将被规避之法律类推适用于避法行为,否认避法行为的效力;相反,规范目的如仅禁止某种手段的运用,则法院应承认当事人选择的行为方式,不进行类推,承认避法行为效力。简言之,是否运用类推取决于被规避法律之目的是禁止某种结果发生还是禁止使用某种手段。

以规范目的是效果禁止还是手段禁止为区分标准,的确可以解决一些问题。例如,当事人通过变换主体而实现法律禁止的某种效果的(如前述香港H公司投资内地银行案),法院可以以规范目的是禁止某种效果为由宣告避法行为无效。但这种"解释"常常超出规范文义,遗漏或省略了对法律漏洞的论证。将类推适用隐含在法律解释之中,可能导致类推适用的滥用。而且,以结果禁止和手段禁止二分法检视规范目的未必总是有效的。比如上述土地使用权限制转让规范,其规范目的究竟是禁止某种结果还是只禁止某种手段,不易解释。因此,手段禁止抑或结果禁止不失为探究规范目的的一个有益视角(上述第二种观点提出的以规范目的是保护经济上弱者抑或维护交易安全为区分标准亦同),但不是唯一视角。

---

〔74〕 参见黄瑞明,见前注〔11〕,页160。

〔75〕 参见史尚宽:《民法总论》,中国政法大学出版社2000年版,页333;胡长清:《中国民法总论》,中国政法大学出版社1997年版,页237;(德)布洛克斯、瓦尔克:《德国民法总论》,张艳译,中国人民大学出版社2012年版,页212。

〔76〕 参见(日)我妻荣:《新订民法总则》,于敏译,中国法制出版社2008年版,页252。

〔77〕 参见刘得宽:《民法总则》,中国政法大学出版社2006年版,页198;我妻荣,同上注,页252;崔建远,见前注〔20〕,页263。

〔78〕 参见布洛克斯等,见前注〔75〕,页212。

〔79〕 参见拉伦茨,见前注〔24〕,页258;王泽鉴:《法律思维与民法实例》,中国政法大学出版社2001年版,页253;(德)齐佩利乌斯:《法学方法论》,金振豹译,法律出版社2009年版,页99。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.cn/

第三种观点主张符合社会需要的避法行为应当承认其效力。这种裁判实际上是法官超越法律解释和法律补充,根据现实的正当需求进行司法续造。〔80〕民法法系历史上,判例、学说因应社会需要而最终承认某种避法行为合法有效的最典型例子就是"动产让与担保"。〔81〕在我国,最高人民法院的司法解释一直发挥着"造法"作用。在个案判决中,法院超越法律文义和其本身规范目的而进行司法续造,也不乏其例。〔82〕因此,法院通过个案中的司法续造承认某种避法行为合法有效亦有可能。

(二)审判实践所用的方法

我国法院处理避法行为时,也时常运用法律解释和类推适用方法。但其法律解释的理由大多缺乏充分说明,解释方法的位阶关系也未得到足够重视;而类推适用则常常是不明显的。

1.*法律解释*

法官在决定应否将某种避法行为纳入法律禁止范围时,需解释法律。对合同进行归类时,也须对法定合同类型的典型特征作出解释。〔83〕

法律解释中的突出问题,一是判决书欠缺对解释理由的详细说明。例如,"以合法形式掩盖非法目的"条款是法院处理避法行为的主要法律依据,但判决却极少正面解释"非法目的"的含义以及系争行为因何具有"非法目的"(后者属于法律行为解释)。在浙江复星案,被告的交易目的如其公告所说,是想通过间接收购的方式避开原告行使股东先买权,并最终控制目标公司 50%的权益。该交易目的是否为"非法目的",是本案应否适用"以合法形式掩盖非法目的"条款的关键问题。要回答这一问题,法官应对有关法律(如 2005 年《公司法》第 72 条)是否限制股权转让目的进行解释。但判决没有解释任何法律规范,而是直接以被告旨在规避该第 72 条为由就认定被告"以合法形式掩盖非法目的"。这表明,法院认为避法行为本身就足以证明当事人具有"非法目的"。香港 H 公司与内地 Z 公司案的判决亦复如此。这实际上使"规避法律"和"以合法形式掩盖非法目的"本身成为一种独立的法律类型,〔84〕法院可以不经法律解释而直接宣判其无效。

法律解释中的第二个突出问题是忽视不同解释方法间的位阶关系。法律解释的方法主要

〔80〕 参见拉伦茨,见前注〔24〕,页 287;王泽鉴,见前注〔79〕,页 198。

〔81〕 参见拉伦茨,见前注〔24〕,页 287;我妻荣,见前注〔76〕,页 252。

〔82〕 例如,1994 年《公司法》未规定股东代位诉讼,但法院在个案中基于公平考虑允许小股东为公司利益起诉控股股东。见小股东无锡市南长区房地产经营公司等诉恒通公司利用控股优势地位以低价高估的房地产向公司抵债属关联交易要求确认其侵权并赔偿公司损失案,《人民法院案例选》2002 年第 2 辑,人民法院出版社 2002 年版,页 293－300。

〔83〕 这类解释经常由最高人民法院通过制定司法解释完成。例如,司法解释将合伙型联营的类型化特征解释为联营各方"共同经营"、"共担风险",而将借款合同的特征表述为,提供资金一方"不承担风险,按期收回本息或者按期收取固定利润"。参见《最高人民法院关于审理联营合同纠纷案件若干问题的解答(法(经)发[1990]27 号)》。2005 年,《最高人民法院关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释(法释[2005]5 号)》第 26 条,又将借贷的典型特征表述为"约定提供资金的当事人不承担经营风险,只收取固定数额货币"。

〔84〕 以"脱法行为"为独立类型的学说观点,参见黄瑞明,见前注〔11〕,页 53－54。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.cn/

有文义解释、体系解释、立法史及立法资料解释、比较法解释和立法目的解释。〔85〕通常情况下,法律文义上的疑义应先通过体系、立法理由或比较法方法的解释解决;如仍有歧义,才需进一步探求立法目的。〔86〕但在我国审判实践中,法院常省略文义解释和体系解释,一步跨入立法目的解释。例如,在启迪公司与国华公司一案,股东之间约定,公司全部资本由股东国华公司投入,另一股东启迪公司虽未实际投入资金但享有55%股权。争议焦点是:启迪公司是否享有股权?对此,最高人民法院的裁判意见作出肯定回答。其理由谓:"……在注册资本符合法定要求的情况下,我国法律并未禁止股东内部对各自的实际出资数额和占有股权比例做出约定,这样的约定并不影响公司资本对公司债权担保等对外基本功能实现,并非规避法律的行为,应属于公司股东意思自治的范畴。"〔87〕依2005年《公司法》第35和第43条,股东仅在利润分配、新股认购比例以及表决权这三个事项上,有权作出与出资比例不一致的约定或规定。那么,对于其他类型的股东权利或者全部股权能否约定与实际出资比例不一致,则需要基于立法目的进行体系解释。但最高人民法院的裁判理由并未结合第35条和第43条进行体系解释,而是直接依法官对规范目的或功能的理解就得出了结论。

2.类推适用

当法院以名不副实、规避法律或者交易目的(或效果)背离某类合同之宗旨为由,否认当事人的类型选择,进而将规范另一类型合同的规则适用于系争合同时,法院是在类推适用规范。此外,对非典型合同比照最相类似的典型合同之规范处理,也属于类推适用。〔88〕

类推是在符合法律目的前提下,超出法律文义而补充法律。例如,股权转让从文义上看显然无法归入土地使用权转让或者矿业权转让的范畴,如将针对后者的规范适用于前者,方法上属于类推适用而非扩大解释。

类推的正当性在于,如果法律上缺乏处理系争案件的适当规范,不加处理又有悖于法律目的,法院就应比照与系争案件类似之案件应适用的规范加以解决——唯如此才符合相似情形应为相同处理的原则。〔89〕运用类推方法解决案件的前提是,法律确有漏洞存在。〔90〕以类推方法处理案件的三个步骤依次是:①确认关于某类案件法律应设而未设规定,构成漏洞;②寻找相类似案型,探求其规范目的,以发现同一法律理由;③将后一案型的法律规范转移适用于前一案型之上。这个过程中,最关键的是探求后一案型之法律规则的规范目的。因为它是确认法律漏洞的依据,也是类推适用的基础。〔91〕

举例而言,如果法院要将土地使用权转让规则类推适用于房地产公司股权转让之上,那么

〔85〕 参见王泽鉴,见前注〔79〕,页220－238。

〔86〕 参见王泽鉴,见前注〔79〕,页240－244。

〔87〕 深圳市启迪信息技术有限公司与郑州国华投资有限公司等股权确认纠纷案,《最高人民法院公报》2012年第1期。

〔88〕 参见王泽鉴:《债法原理》(第一册),中国政法大学出版社2001年版,页112－113。

〔89〕 参见拉伦茨,见前注〔24〕,页252。

〔90〕 所谓法律漏洞,是指法律对特定案件类型缺乏适当的规范。参见拉伦茨,见前注〔24〕,页249－272;齐佩利乌斯,见前注〔79〕,页92－103。

〔91〕 参见王泽鉴,见前注〔79〕,页254。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.cn/

判决应当完成以下论证:首先,说明法律应限制通过转让公司股权而转让开发项目控制权的情形但未设限制,构成法律漏洞;其次,说明系争案件中的股权转让与土地使用权转让具有相同或高度类似的法律效果;再次,阐释土地使用权转让规则的立法目的,说明对系争股权转让案件适用土地使用权转让规范符合该立法目的(或者说明土地使用权转让规范具有限制土地权益发生实质性转移结果的规范目的),否则将导致相似案件不同处理的不公正后果。在成立上述论证的基础上,法院对股权转让案件类推适用土地使用权转让规则才是正当的。

苏州新兴案的案例编写者指出,系争房地产公司股权之转让势必导致"股权利益的体现物"土地使用权发生转让,这一转让理应受土地转让法规的约束,因此合同"名为股权转让,实为土地使用权转让"。〔92〕这表明法官已发觉系争合同与普通股权转让合同之间的差异,以及系争股权转让的经济后果与土地使用权转让后果的相似性。但是,判决书没有基于该点展开论证,说明法律上存在规范漏洞,说明土地使用权转让规范的立法目的,以及将系争股权转让纳入土地使用权转让规范处理符合法律目的,最终证明类推适用的正当性。对于为何依土地使用权转让规范处理股权转让,判决以"名为合作实为土地使用权转让"的表述一笔带过,类推适用隐而不提。

(三)审判实践所用的表述

无论是识别真伪,还是对行为归类、重新定性或者直接宣告无效,法院都可能运用"名为、实为""变相""合法形式、非法目的"以及"法律规避"这类表述方式。但在不同情景下,这些术语其实有完全不同的含义。

"名"与"实"在不同情形下的意义有:①区分意思表示真伪时,"名"是指当事人的虚伪表示,"实"是指真实意思(或隐藏行为);②透过合同之名或其措辞揭示合同真正类型时,"名"是指合同称谓或措辞,而"实"是指合同实质上的类型;③对合同重新定性时,"名"是指当事人选择的行为类型,而"实"则指交易目的或效果相同的另一行为类型。

"变相"也通用于各种情形。例如,司法解释列举的各种"变相吸收公众存款"行为,有的是虚伪表示,有的可能是变换主体或标的物的行为,有的则可能是变换类型或者变换名目的行为。〔93〕在个案判决中,法院也会以"变相"一词泛指规避行为和虚伪表示。〔94〕

法院用"以合法形式掩盖非法目的"指称虚伪表示或避法行为时,"合法形式"和"非法目的"的含义也经常含糊不清。当"合法形式"是指当事人合谋订立的虚假合同时,"非法目的"究竟指当事人企图掩盖的某个行为的目的,还是指当事人想以虚伪表示避开禁令的意图,并不清楚。在处理变换类型的避法行为时,"合法形式"是指当事人之间意思表示真实的合同,但"非法目的"究指当事人规避法律的意图,还是交易的实质目的,也不明确。

---

〔92〕 参见案例编写人的评论,最高人民法院民事庭,见前注〔58〕,页 240。

〔93〕 《最高人民法院关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释(法释〔2010〕18 号)》第 2 条。

〔94〕 例如:河南省宋庆龄基金会基金发展部与河南恒兴纸业股份有限公司等上诉案(河南省商丘市中级人民法院民事判决书,(2009)商民终字第 650 号),判决认为当事人的虚假捐赠实为"变相收息";上海楷格房地产开发经营有限公司与厦门大洋集团有限公司上诉案(最高人民法院民事审判庭编:《最高人民法院民事案件解析》(第 2 辑),法律出版社 2000 年版,页 107),法院认定当事人变换名目的合同实为"变相转让土地使用权"。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.cn/

“名为、实为”“变相”“形式”“目的”等措辞的含义十分宽泛，〔95〕缺乏法律上的确定性。法院广泛和随意使用上述措辞，使得作为裁判基础的意思表示解释、法律解释尤其是类推适用无法充分展现。例如，当判决以“名为合作实为土地使用权转让”的表述方式完成法律规范的类推适用时，极易使人产生这样的误解：法院在此仅是确认案件事实，而不是选择应适用之法律规范（似乎系争合同是一个虚假合同）；只是对系争合同的类型加以认定（似乎系争合同是变换名目而类型不明的合同），而不是类推适用法律；抑或是扩张解释土地使用权转让而非类推适用。这就既混淆了事实和法律问题，又模糊了判决的方法论。

五、结　论

避法行为旨在排除特定法律规范的适用而实现与受禁止之行为相同的效果。其方法大多是变换行为主体、标的物或者行为类型。其本质乃是行为人试图通过变换法律事实而选择适用对自己最有利的法律规范。行为人的选择难免与立法、执法和司法机关对法律规范之含义和意旨的意见相左。如何处理这种意见上的冲突是避法行为之法律解决的中心问题。

固然，法律规范生效之后应对之做客观解释，法院不能随意扩大或缩小其适用范围。法律针对不同类型行为的规范各有其“独立法律含义”，法院应尊重不同规范之间的独立性，尊重当事人对法律规范的信赖和所作的类型选择。〔96〕但很显然，法院在解释法律行为时不应被言辞蒙蔽，应透过表象分析实质性的权利义务关系；解释法律时不应拘泥法律文义，必要时还应补充法律漏洞甚至续造法律规范，以达成法的规范意旨。但是，法院的解释、实质性考量和法律补充乃至续造都必须纳入科学的方法论框架，才可能使其判决获得理性上的正当性以及必要的公信力和确定性。脱离方法论的解释、实质性考量和法律补充愈多，恣意裁判的危险就愈大，规则的确定性和可预见性就越弱。

我国法院在审理投融资避法行为时已能做到与虚伪表示相区别，承认避法行为的价值中性，通过归类法对不同避法行为分别处理。

对于虚假合同，法院通常区分当事人的虚伪表示和隐藏行为，虚伪表示无效，隐藏行为的效力依与该行为有关的法律规范处理。虚伪表示无效的司法立场，有助于排除投融资活动中的虚假和欺骗行为，具有最低程度的“风险过滤”作用。〔97〕同时也事实上承认了避法行为的价值中性，为进一步区分处理避法行为奠定了基础。

对于当事人通过其他种类典型合同规避特定法律规范的做法，法院通常会尊重当事人的类型选择。基于司法和行政分立原则，在类型合法性的判断上，法院一般不对行业监管部门核准或默许的交易类型提出质疑。但在个别案例中法院可能基于实质重于形式的立场，通过对

〔95〕“名”“实”二字在中国语言和哲学中含义复杂，参见张娟娟、董志铁：“中国名实论与西方指称理论之比较”，《山东师范大学学报（人文社会科学版）》2005 年第 3 期。

〔96〕See Bigler & Rohrbacher, “Form or Substance? The Past, Present, and Future of The Doctrine of Independent Legal Significance”, 63 *Business Lawyer*, 1, 24 (2007).

〔97〕欺诈是金融系统风险的总根源，有无欺诈也是区分违法和创新的关键标准。参见（美）比特纳：《贪婪、欺诈和无知：美国次贷危机真相》，覃扬眉、丁颖颖译，中信出版社 2008 年版，页 73 及以下。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/　北大法宝www.pkulaw.cn/

合同重新定性或者认定为“以合法形式掩盖非法目的”而使避法行为不能达其效果。

对于当事人试图创设新型合同以规避法律的做法,法院通常优先尝试将之归类为某种典型合同,排除典型合同之后才考虑是否构成新型合同。因此,那些试图通过拆分行为或标的物、变更行为名称等简单方式避开特定法律规范的行为,通常无法产生避法效果,法院将依行为的实质内容归类。法院承认的新型合同通常是那些在行为主体上与典型合同不同,因而风险和利益配置也不同的合同。

本文的分析发现,审判中的上述归类过程隐含着法律行为解释、法律解释和类推适用等方法。但裁判文书提供的解释理由经常没有或欠缺充分说明,随意处理解释方法的位阶关系;类推适用隐晦不清,有扩大化甚至滥用的危险。从法律方法的表述方式上看,法院认定避法行为和虚伪表示时均使用“以合法形式掩盖非法目的”“名为实为”“变相”等表述。这些术语尽管具有区分真伪和归类的作用,法官运用起来也得心应手,但它们很容易将事实认定和法律适用混为一谈,模糊或掩盖法律解释和类推适用,使外界难以辨识其奥妙。

总的来说,尽管当前法院在投融资纠纷的处理中形成了一些看似固定的认定标准和审理思路,但由于法律方法上的含糊不清和紊乱,貌似确定的标准和规范都有可能在个案中被轻易颠覆。法律方法上的不确定极大地削弱了法院对避法行为进行实质性审查和判断的理性基础,削弱了个案裁判和规则本身的确定性和可预见性。

Abstract: In the cases involving transactions of investing and financing, China's courts usually distinguish between the evasion of law and the disguised actions, and do not necessarily consider the former to be illegal action. Courts make different decisions based on the types of specific evasion－of－law transactions. When identifying and characterizing the evasion－of－law actions, courts usually employ several methods, such as interpretation of contract, interpretation of law, analogical reasoning and so on. However, judges often fail to adequately articulate their reasons for their interpretation of law or contract in their judicial decisions. Judge's analogical reasoning also usually operates inexplicitly which could be found in the details of a decision. It seems easy for courts to misuse the analogizing method. Moreover, the similar terms or concepts, such as "term unfit for substance" (ming shi bu fu), "in disguised form" (bian xiang) and "to disguise illegal intention with legal form" (yi hefa xingshi yangai feifa mudi), are used to describe both the evasion of law and the disguised actions. Misuse of the terms further confuse the application of law and the question of fact in a case, and also creates troubles for people to accurately understand the legal methods in a decision. The methodological confusion significantly weakens Courts' rational basis of reviewing those evasion－of－law transactions, and also decreases the stability and foreseeability of their decisions on evasion－of－law transactions.

Key Words: Evasion of Law; Disguised Statement; Term Unfit for Substance; Disguised Form; To Disguise Illegal Intention With Legal Form

(责任编辑:许德风)

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.cn/