

# 法律规避行为：以合法形式 掩盖非法目的\*

——解释与评析

梅夏英 邹启钊

**【提要】**以合法形式掩盖非法目的系法律规避行为之一种，表面上并不违法。其与一般的直接违法行为的区别，在于该种行为的阻却生效要件需通过对法律行为的解释及相关法律的解释方可判定。在判定阻却生效要件所涉的解释方法上，除一般的解释规则外，尚需将相关的法律行为视为一个整体，按实质重于形式的原则，根据相关强行法是针对法律行为的法效意思还是目的意思而分别对待。我国司法实践对以合法形式掩盖非法目的的认识较为混乱，而相关司法解释数量有限，因此需要分析与梳理，并肯定法律规避行为在制度创新方面的积极意义，给予“以合法形式掩盖非法目的”一定的制度空间。

**【关键词】**合法形式 非法目的 法律规避 制度创新

**【中图分类号】**D913 **【文献标识码】**A **【文章编号】**1000-2952(2013)04-0063-05

## 一、引言

对于以合法形式掩盖非法目的，我国《民法通则》与《合同法》均有明文规定，但学界对其的研究大都放在通谋虚伪表示、恶意串通行为以及脱法行为中进行，因此较为薄弱。结果，“规避法律的民事行为极容易与民事欺诈行为、恶意串通行为、虚构的民事行为相混淆……实践中对规避法律的民事行为认定和处理非常困难”。<sup>①</sup>在立法上，由于将以合法形式掩盖非法目的进行明文规定并不符合其他大多数国家的立法例，因此我国的做法受到不少质疑。<sup>②</sup>

然而，无论合法形式掩盖非法目的是否由法律所明文规定，该种行为均大量存在。在私法自治领域，民事主体必将设计各种或巧或拙之手段，以规避法律对其施加的限制或负担。合法形式掩盖非法目的作为法律规避行为的一种，一方面因其对现行法律的蔑视而具有可责难性，但另一方面，其又具有制度创新的意义，表现了人类

寻求自发秩序的内在需求。为在司法实践中平衡该制度的利弊，有必要对其进行分析与梳理，帮助改变该制度在司法实践中泛而不当的适用现状，并为我国层出不穷的制度创新，特别是金融创新，提供一个法律评价的分析基础。

## 二、解释的基础：以合法形式 掩盖非法目的在我国民法 下的文意分析

从文字表面上看，以合法形式掩盖非法目的简单明

\* 本文为2011年教育部人文社会科学重点基地重大项目“物权法重大问题研究”(项目号:11JJD820012)阶段成果。

① 殷元庆：《规避法律的民事行为初探》，《政治与法律》1993年第6期。

② 汪情：“论合法形式掩盖非法目的行为”，南京大学硕士研究生毕业论文，2011年4月，第27页。

了,无非“合法形式”、“掩盖”、“非法目的”三个词语,但这三个词语的含义,尚需深入分析,以建立法律解释的基础。

### 1. 合法形式掩盖非法目的之“掩盖”

以合法形式掩盖非法目的,是我国特有的法律术语,学界对其理解,主要有隐藏行为说与规避行为说两种,区别就在于对“掩盖”一词的理解。隐藏行为说认为:“所谓合法形式掩盖非法目的的行为,是指行为人利用一个合法的民事行为掩盖一个非法的民事行为。这种民事行为实际上包括两种:一是用来掩盖另一种民事行为的伪装行为;二是被掩盖的真实行为。此行为也可称为隐藏行为、隐匿行为。”<sup>①</sup> 规避行为说认为:“所谓合法形式掩盖非法目的的行为,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,在民法理论上称为脱法行为或规避行为。”<sup>②</sup> 不难看出,前者的理解重在“隐藏”,后者的解释强调“规避”。

隐藏行为说关于以合法形式掩盖非法目的的民事行为涉及两个行为的观点,实际上是以通谋虚伪意思表示为解释对象,并认为通谋虚伪意思表示可涵盖以合法形式掩盖非法目的的全部。<sup>③</sup> 所谓通谋虚伪意思表示,指表意人与相对人进行通谋,双方一致对外作出虚假的意思表示。<sup>④</sup>

### 2. 合法形式掩盖非法目的之“合法形式”

“合法形式”指的是法律行为在形式上合法,意味着法律行为在客观上符合法律关于其成立、有效与生效的一切要件,满足法律适用过程中的形式化要求。如果法律行为未能在形式上符合法律的要求,则该法律行为直接不能发生效力,根本无需再根据其目的是否非法而进行实质判断。

为更清晰地认识“合法形式”,有必要跳出建立在事实与价值二分法基础上的成立与生效的分析模式,而改采建立在意思自治与国家管制区分基础上的三分法。该种分析模式认为,法律行为的构成要件分为成立要件、特别生效要件与阻却生效要件。成立要件与特别生效要件系积极要件,指行为发生效力的最低要求,即民法对行为主体、能力、客体、意思表示的生效、合意等方面的要求;阻却生效要件则是消极要件,指行为发生效力不得具备的情形,否则将导致满足成立要件及特别生效要件的行为无效。因此,“合法形式”系指法律行为成立并符合特别生效要件,且表面上不存在阻却生效要件,即表面上并不存在《合同法》第52条第4款及第5款所规定的违法情形。不过在实质上,以合法形式掩盖非法目的的行为是存在阻却生效要件的,但对其的判断需借助对法律行为的解释与对法律

的解释而为之。

### 3. 合法形式掩盖非法目的之“非法目的”

对于民法上“目的”的理解,可以结合意思表示的构造来进行。传统上,人们基于心理学研究成果,将意思的形成及表达过程描述为:第一,形成某种动机,即效果意思的形成阶段,例如拟用电脑提高工作效率。第二,基于该动机,形成发生一定法律效果的意思,即效果意思。例如产生购买一台电脑的意思。第三,产生将效果意思向外部进行公开的意识,即表示意思。例如,拟将购买一台电脑的意思向外部进行表示。第四,向外部表示效果意思,即表示行为。例如,用口头向卖家表示拟购买一台电脑。<sup>⑤</sup> 既有理论均认为,意思表示的起点应为效果意思,而效果意思的形成阶段即动机应排除在意思表示的构造之外。但是,不少学者在论述此问题时,却又引入目的意思的概念,认为目的意思与效果意思密不可分。至于具体何为目的意思,胡长清谓:“目的意思者,对于经济上之一定效果之欲望也”,“就其发生之次序言之,先有目的意思,后有法效意思,且一为经济的意思,一为法律的意思,故此两种意思应以分别观察为宜。”<sup>⑥</sup> 准此而论,则法效意思是法律行为欲达成的法律目的,目的意思是行为人通过法效意思欲达成的经济目的,二者虽为法律手段与经济目的的关系,但均为行为人的“目的”。因此,如果行为人的法效意思或目的意思损害社会公共利益或违反法律、行政法规的强制性规定,则其应为“非法目的”。唯需注意的是,此处“法律、行政法规的强制性规定”应与《合同法》第52条第5款所述的强制性规定一致而被限缩解释为效力性禁止性规范。究其理由,应当认为,合法形式掩盖非法目的系一种间接违法行为,其与《合同法》第52条第5款所规范的直接违法的不同之处,只是违法的表现形式不一样,而不应是法律后果的差异。

① 马强:《合同法总则》,法律出版社2007年版,第58页。

② 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,第148页。

③ 严小艳:“通谋虚伪表示研究”,中国政法大学硕士学位论文,2009年10月,第30页。

④ 严小艳:“通谋虚伪表示研究”,中国政法大学硕士学位论文,2009年10月,第2页。

⑤ 梁慧星:《民法总论》,法律出版社2001年版,第189页。

⑥ 转引自徐同远《意思表示的构造——从目的/效果意思到对目的/效果意思形成阶段的关注》,《西部法学评论》2011年第1期。

### 三、解释的路径：法律行为解释与法律解释的结合

如前所述，以合法形式掩盖非法目的系法律规避行为，应属传统脱法行为之一种。脱法行为伴随法律的出现而产生。早在罗马时代，法谚即谓：从事法律所禁止者，系违反法律；虽不违反法律之文字，但迂回法律趣旨者，乃脱法行为。<sup>①</sup> 至近代德国，关于脱法行为的学术研究日渐深入，虽有人提出独立类型说，认为应建立独立的脱法行为理论，抽象出脱法行为的构成要件，但主流观点仍赞成非独立类型说，认为“脱法行为”这一称谓并不能表达该类行为的实质特征，而只是对该类行为的法律评价，因此，脱法行为并非独立的违法类型，对其的处理，只需通过对法律行为进行解释，或对法律进行解释或漏洞填补，即可找到相应的适用规则。相应地，各具体脱法行为的法律后果，也并非一概而论，而应交由法官根据实际情况个案判定。在立法上，德国民法典并未规定“脱法行为”条款，因此在司法实践中，对脱法行为的处理，均由法院根据具体案件事实自由裁量。

我国《民法通则》第 58 条第 7 款及《合同法》第 52 条第 3 款均规定了以合法形式掩盖非法目的的行为（合同）无效，但不可据此认为以合法形式掩盖非法目的为独立的违法类型。以合法形式掩盖非法目的的行为与直接违反法律强制性规定的行为的区别，只是在于该种行为的阻却生效要件并非直接易见而需通过法律行为解释或法律解释方可认定。

#### 1. 合法形式掩盖非法目的情形下法律行为解释的特别之处

法律行为的解释，意在明晰和充实法律行为的内容。一般而言，对于无相对人的法律行为，采用探究表意人真实意思的解释规则；对于有相对人的法律行为，采用以表示主义为主并兼顾意思主义的解释方法；对于内容不完整的法律行为，采用补充解释的规则来维持法律行为的完整性。<sup>②</sup> 这些原则当然也适用于以合法形式掩盖非法目的的情形，但为认定表面合法行为是否存在有阻却生效要件而作的解释，尚有需特别注意之处。

#### 2. 合法形式掩盖非法目的情形下法律解释的特别之处

法律解释指一定的主体根据有关政策、法律法规、惯例、法学理论、公平正义观念等对现行法律规范的含义、内容以及适用条件等所做的说明。法律解释的方法多种多样，而在解释过程中，还会涉及到法律漏洞的填补、价值补充以及利益衡量等等。在合法形式掩盖非法

目的情形下，除以上法律解释的一般事项外，还需特别注意所涉强行法的类别。

在讨论违反某一强行法的法律效力时，通常讨论该强行法是效力规范还是取缔规范，这在合法形式掩盖非法目的的情形同样如此。但为确定某行为是否存在有阻却生效要件，最具意义的分类方法是将强行法分为针对法效意思的法律强制性规定、针对经济效果（目的意思）的法律强制性规定以及资格型强制性规定。鉴于规避资格型强制性规定在我国一般不纳入以合法形式掩盖非法目的进行讨论，且司法解释中对各种挂靠行为已有明确解释，因此本文不予讨论。

### 四、合法形式掩盖非法目的之形态与处理原则

#### 1. 规避针对法效意思的法律强制性规定的形态与处理原则

针对法效意思的法律强制性规定，系强行法禁止以特定手段发生一定的经济效果，即法律禁止的是某种法律效果，而非经济效果。通常为达成某一经济效果，当事人可以选择不同的法律路径，若某种路径并不为法律所禁止，则不发生违法的行为；若某种路径为法律所禁止，当事人仍选择为之，则发生直接违法；若某种路径为法律所禁止，当事人为防止出现不法后果，而由合法形式掩盖为之，则发生间接违法，即以合法形式掩盖非法目的，常见类型及处理如下：

##### （1）法律行为之分解

某类法律行为本为法律所禁止，为规避该类禁止，当事人将该法律行为分解为几个法律行为，使各单个法律行为均为合法，从而获得合法形式之外观。如人体器官抵偿医疗费力的变相买卖：患者先与医院签订单独的无偿捐献器官的合同，随后医院作出单独的医疗费等债务免除的意思表示。两个行为表面上互相独立且均为合法，但当事人的器官捐献以医院减免医疗费为前提，双方实质上系人体器官交易，显然为法律所禁止。

对法律行为之分解的规避类型的处理，应将当事人所分解的法律行为视为一个整体，以准确认定整体行为的性质。例如银监会《关于支持信托公司创新发展有关问题的通知》第 10 条规定，信托公司以投资附加回购承诺方式对房地产开发项目的间接融资应视为贷款，以

<sup>①</sup> 王泽鉴：《民法总论》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 284 页。

<sup>②</sup> 常鹏翱：《法律行为解释与解释规则》，《中国社会科学院研究生院学报》2007 年第 6 期。

计算房地产开发项目资本金比例,即为整体解释的例子。

## (2) 法律行为性质之表面变更

法律行为性质之表面变更,系指某一法律行为名义上是甲行为,但实际上是乙行为。该类规避方式与法律行为之分解有相似之处,即行为的实际性质与名义上的性质不同,但在法律行为分解的情形,表面上各不违法的多个行为整体上构成一个违法的行为,而法律行为性质的表面变更,多表现为一个名义上不违反强行法的典型行为增减部分权利义务,从而在实质上构成另一个被强行法禁止的行为。在此种名实不符的情形,需根据法律行为的实质内容确定法律行为的性质,而不能仅仅依照其形式上的名称或类型。名实不符司法实例的处理如最高法院《〈关于审理联营合同纠纷案件若干问题的解答〉的通知》中第四条规定:“企业法人、事业法人作为联营一方对联营体投资,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,违反了有关金融法规,应当确认合同无效。”

## 2. 规避针对经济效果的法律强制性规定的形态与处理原则

在某些情况下,法律认为某些标的物的某一数量或某种状态的一定时间,具有某种重要性,因此有进行强行规制的必要,是为针对经济效果的法律强制性规定。为规避该限制,当事人将标的物进行分解,以表面独立的法律行为进行交易,称为标的物的分解,大致包括时间的分解与数量的分解。时间分解的例子,如我国《劳动法》第20条规定:“劳动者在同一用人单位连续工作满10年以上,当事人双方同意续延劳动合同的,如果劳动者提出订立无固定期限的劳动合同,应当订立无固定期限合同。”为规避无固定期限劳动合同,有用人单位在劳动者即将连续工作满10年时,故意终止劳动关系,随后又重新建立劳动关系,使本为延续的劳动关系分开为两段劳动关系,构成典型的时间分解以规避无固定期限劳动合同。数量分解的例子,如国务院《企业债券管理条例》第18条规定:“企业债券的利率不得高于银行同期限居民储蓄定期存款利率的百分之四十。”为规避该规定,实践中出现付息债券,使利息的计算走向复利化,导致债券每次利息的发放均不超过银行同期限居民储蓄定期存款利率的百分之四十,但在实际效果上却能超过该限定。

## 五、我国相关司法实践之评析

长期以来,我国司法实践倾向认为,凡规避法律

之行为均应无效,而不再考虑所违之法的性质与类别。结果至少产生两大弊端:一是对同一强制性规定的违反,可能出现因直接违法与间接违法方式的不同而产生不同的法律后果,更兼以合法形式掩盖非法目的本身的概念并未厘清,导致司法适用时极易与恶意串通等行为混淆,更显无序与混乱;二是规避法律的行为被认为是欺诈行为而应严加取缔,从而压制了法律规避行为在制度创新方面的重大意义,导致法律在某种程度上阻滞了社会经济的发展。有鉴于此,最高法院先后出台了一些司法解释,主要集中在对变相融资行为的规范上。

1. 已有的司法解释从实证法的角度值得肯定,但数量有限

关于变相融资行为的司法解释包括有关企业拆借的《关于审理联营合同纠纷案件若干问题的解答》、有关企业非法集资的《最高人民法院关于如何确认公民与企业之间借贷行为效力问题的批复》及关于带资承包的相关解释等。这些司法解释欲规范的对象,都是规避针对法效意思的法律强制性规定的行为。前者即名为联营实为借贷,属于法律行为性质之表面变更的类型,司法解释按实质内容即借贷处理。有关企业非法集资的批复针对的是拆分法律行为的行为,即表面上是多个民间借贷关系,实则在整体上属于非法集资,因此应按非法集资处理。带资承包行为,指施工承包方利用自有资金先进场施工,待工程施工到一定阶段或者工程全部完成后,再由发包方逐步偿还其所垫付的工程款的行为。对于这种行为,1996年6月4日建设部、原国家计委及财政部联合发布《关于严格禁止在工程建设中带资承包的通知》进行严格禁止,法院当时一般也认为带资承包系企业间非法拆借,因此常根据该通知认定其无效。但2005年最高人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》明确规定垫资有效,从而改变了司法实践的做法。应该说,最高法院对此问题的司法解释是一种进步。单纯从法律解释的角度,法律禁止企业间拆借的规定,系禁止企业间以借款的方式进行融资,而不禁止与业务相关的垫资等融资方式,否则很多商业中常用的融资将遭遇非法的困境,如履约定金、工程质量保证金、货物预付款,甚至分期付款等等。

从以上可以看出,最高人民法院关于法律规避行为的司法解释基本是可取的,但是由于我国的司法解释并非个案解释,因此,其相对于社会生活的滞后性显而易见,纳入司法解释范围的法律规避行为只占现实发生的法律规避行为中极少的一部分。

2. 大量法律规避行为司法适用缺乏确定性,既纵容

了应予禁止的行为，又迟滞了应予肯定的创新行为

对于未被纳入司法解释的大多数法律规避行为而言，由于理论界与实务界均未确立“以合法形式掩盖非法目的的民事行为无效”的解释规则或司法适用准则，因此均有在司法中被认定为无效的可能。另一方面，由于否定某一民事行为的效力有损交易安全且易引发其他相关问题，因此司法实务对此的态度倾向于谨慎。结果，任何一个法律规避行为的效力都有可能被认定为无效，也有可能被认定为有效，这不但损害了法律的确定性，更易产生纵容应予禁止的行为及迟滞应予肯定的创新行为的后果。

纵容应予禁止的行为的例子如以 VIE 模式规避我国外商产业政策的情形。VIE 直译为可变利益实体，又称协议控制，指投资企业通过协议控制的方式达到股权投资的经济目的的一种投资模式。VIE 结构常用于《外商投资产业指导目录》中禁止型产业的海外融资中，虽然该结构下各协议表面上合法，但总体上无疑规避了我国的产业政策。从法律解释的角度，VIE 模式明显属于以合法形式掩盖非法目的，其效力应予否定，因为相关产业政策应属于针对经济效果的法律强制性规定，行为人无论通过股权投资或是其他任何方式，只要经济效果相当于外资进入，即应受其规范。当然，我国有些产业政策的限制本身是不合理的，但这是另外一个问题，需要《外商投资产业指导目录》本身随着我国经济环境的变换不断做出变更。

3. 司法应重视“以合法形式掩盖非法目的”的积极意义，以促进合理的制度创新

原则上，以合法形式掩盖非法目的的适用，属于解释论的范畴，法院应按照现行的法律，明确法律规避的

司法判决规则，严格按照现行法律进行裁判。但法律的滞后性决定了现行法总会存有并非合理的部分，尤其是在我国社会经济生活快速发展的情况下，更是难免出现现行法律阻碍人们实现正常现实需求的情形，导致人们以各种方法规避法律，从而形成所谓的非正式规则。面对这种情况，在我国司法解释具有某种法律创设功能的背景下，法院应重视“以合法形式掩盖非法目的”的积极意义，采取例如将经济效果禁止解释为手段禁止等方法，给予“以合法形式掩盖非法目的”一定的空间，积极促进合理的制度创新。

## 六、结论

以合法形式掩盖非法目的，系法律规避行为，其与一般违法行为的区别，在于其阻却生效要件并非显而易见，需经由对法律行为及相关法律的解释方可判定。

在对以合法形式掩盖非法目的的行为进行阻却生效要件判定时，需将相关的法律行为视为一个整体，按实质重于形式的原则，根据相关强行法是针对法律行为的法效意思还是目的意思而分别对待。

法律规避行为固然有其可责难性，但其也为制度创新提供了活力。我国的司法实践应考虑到法律滞后性的客观存在，在可能的范围内给予“以合法形式掩盖非法目的”一定的空间，积极促进合理的制度创新。

本文作者：梅夏英是对外经济贸易大学法学院教授、博士生导师，法学博士、博士后；邹启钊是对外经济贸易大学法学院民商法专业博士生  
责任编辑：赵俊

## Interpretation and Review of the Behavior with Illegal Purposes Covered by Legal Forms

Mei Xiaying Zou Qizhao

**Abstract:** The behavior with illegal purposes covered by legal forms, as a means of evasion of the law, differs from normal illegal behaviors in the sense that it is legal prima facie, thus interpretation of the behavior and relevant laws and regulations is required to judge whether there is any element that prevents the behavior from coming into effect. In addition to normal interpretation techniques, such interpretation involves the distinction between the behavior's legal purpose and economic purpose, the principle of substance over form and the integration of apparently separate legal behaviors. The judicial application of this regime is incoherent and relevant judicial interpretation is not enough in number, which requires careful analysis of the system to take advantage of its potential function of system innovations.

**Key words:** legal form; illegal purpose; evasion of law; system innovation