

在合法与违法之间

国内法领域法律规避现象的实证研究

• 董淳铎 著 •

ZAI HEFA YU WEIFA ZHIJIAN
GUONEIFA LINGYU FALUGUIBIXIANXIANG
DE SHIZHENGYANJIU



中国政法大学出版社

在合法与违法之间

国内法领域法律规避现象的实证研究

• 董淳铎 著 •

ZAI HEFA YU WEIFA ZHIJIAN
GUONEIFA LINGYU FALUGUIBIXIANXIANG
DE SHIZHENGYANJIU



中国政法大学出版社

2015 · 北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

在合法与违法之间：国内法领域法律规避现象的实证研究/董淳锷著. —北京：中国政法大学出版社，2015. 10
ISBN 978-7-5620-6394-0

I. ①在… II. ①董… III. ①法律—研究—中国IV. ①D920.4

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第247600号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路25号
邮寄地址	北京100088信箱8034分箱 邮编100088
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名：中国政法大学出版社)
电 话	010-58908437(编辑室) 58908334(邮购部)
承 印	固安华明印业有限公司
开 本	880mm×1230mm 1/32
印 张	8.5
字 数	200千字
版 次	2015年10月第1版
印 次	2015年10月第1次印刷
定 价	29.00元

2011年教育部人文社会青年基金项目最终成果 (11YJC820017)

序 言

董淳鐸博士的专著即将付梓。作为他硕士研究生和博士研究生阶段的导师，我很高兴将这本优秀的著作推荐给各位读者。之所以称其为“优秀”，是因为本书无论在选题方面，还是在研究方法和具体观点方面，都体现了很多创新点。而在学术领域，选题、方法和观点这三个层面，一直以来就是评价一项研究成果质量的最基本的标准。

我们知道，在中国法治建设不断推进的历史背景下，如何运用规范的方法对现实中存在的问题（尤其是具有中国本土特点的那些特殊现象、特殊规律和特殊问题）进行归纳、分析并提出具有可行性的解决方案，是当代法学研究者需要承担的一项重要使命。而在这一过程中，“发现并揭示新问题、真问题”是首要任务，它要求研究者具备良好的专业理论基础以及对法律实践现状的洞察力。董淳鐸博士对国内法领域法律规避问题

的系统研究，就很好地体现了这一特点。他敏锐地注意到，在探讨中国法治建设“漏洞”和“问题”的时候，不能将眼光仅仅聚焦于传统意义上的违法行为（现象），因为实践中还存在很多不具有典型合法性，也不具有典型违法性，而是介于合法与违法之间灰色地带的法律规避行为（现象）。由于法律规避行为既有可能被解释为合法行为，也有可能被解释为违法行为，但无论哪种情况，法律规避行为的存在本身都将对法律实效、法制权威和法治文化构成一定的消极影响，因此它们更应该引起实务工作者和理论研究者的重视。然而遗憾的是，过去若干年来，国内法学领域并未有专门的研究成果从实证分析的角度对这一问题进行系统探讨。因此我相信，本书的出版，可以为我国研究当代中国法治建设过程中带有本土特点的问题开启一扇新的窗口。

本书并不是单纯从理论层面对法律规避问题进行抽象说理，更不是对传统理论进行汇编和重述，而是以实证分析为主要思路，重点从工程建设、企业融资、证券市场以及公司治理等法律实践领域，通过大量的典型司法案例的收集和整理，以及对大量的法律、法规、规章、司法解释、地方立法、规范性文件的梳理和分析，详尽阐述了“当事人为何规避法律”、“如何规避法律”、“法官如何解释法律规避行为”等问题，让读者有机会与其一同深入实践的“真实场景”来观察法律规避现象。事实上，即便是第一章对法律规避基本理论的阐述，董淳铎博士也大量运用了目前法律实践中存在的最新的法律规避例子对相关问题进行注解。这一过程充分体现了一位法学理论研究者严谨的治学态度。

在实证分析基础上，综合运用法解释学、比较法分析以及法律经济分析等方法对相关问题进行论述，是本书研究方法的另一创新之处。应该指出，中国经济体制改革过程中的法制问题，既是法律（法学）问题，一定程度上也是经济（经济学）问题。因

此，如果要客观分析市场经济实践中的法律规避行为（现象），离不开经济学基本思维和方法的运用。本书充分借鉴了新制度经济学的交易成本、契约治理、制度变迁等理论，对法律规避行为的内部结构、对立法机关如何看待法律规避现象以及法律规避如何影响制度变迁和创新等问题，都进行了精彩的分析。我认为，本书所建立起来的这些分析思路、研究方法和理论框架，能够很好的为以后其他学者研究法律规避问题提供借鉴经验。

好的研究成果当然离不开理论观点的创新，而本书在不同层面都闪烁着理论的闪光点。比如在运用科斯定理分析法律规避行为结构及成因的时候，董淳铎博士指出，如果当事人之间的交易成本过高以至于谈判无法进行，法律的强制性规定将有助于明晰产权关系和降低交易成本；但是商人规避法律强制性规定并通过私下协议形式重新设计交易模式的现象则“反向”地说明，如果现有的法律强制性规定不符合市场效率，而商人之间的谈判成本又足够低廉，那么他们完全可能采取法律规避的策略，进而通过私下谈判重新设计交易模式或者界定产权关系。这种现象，实际上也可以理解为是科斯定理的“逆推论”。

又比如，本书的研究过程中始终贯穿着一条主线，即强调从“中立”立场来看待法律规避行为（现象），尤其不能忽视法律规避对法制创新可能带来的推动作用。正如董淳铎博士所强调的，我们不应该简单地将法律规避行为（现象）等同于社会公众语境中的“钻法律空子”，也不应该因此一概将其视为非法行为或违法行为并彻底否定。因为从法制变迁的宏观层面来看，法律规避的产生可能是源于现有立法不符合市场经济发展的效率要求，从而促使市场主体不得不通过规避的形式来减少或避免这些法律对社会实践尤其是市场实践效率的消极影响。而如果某一法律规避行为能够降低交易成本而又不会增加社会成本，那么从解决监管成

本（执法成本）的角度来看，立法机关就应当及时考虑如何把被规避的强制法规范修改为任意法规范。在这一意义上，法律规避对于国家法制创新存在积极的推动作用。上述结论并不是简单的通过逻辑推导得出来的，而是有实实在在制度变迁（详见本书第三、四、五章）的例子可以印证，因而也就更具有理论上的说服力。

自从2004年以来（尤其是2006年他攻读博士学位开始），董淳铎博士参与我主持的多项国家级和省部级课题，与我合著发表过若干篇论文，也曾在2008年与我合著《法律经济学：理论与方法》一书并在湖南人民出版社出版。毕业之后，董淳铎博士开始独立开展学术研究工作。几年来，他自己已先后主持了三项省部级课题，在国内重要核心期刊也发表了多篇论文。而本书的出版，则可以被视为他近年来学术研究工作的一个阶段性的总结，其中凝聚着他对法律、法学问题的很多新思考。

事实上，本书的研究主题与我早年的学术研究工作也有一定的渊源。1998年，我在北京大学出版社出版《法律经济学论纲：中国经济法律构成和运行的经济分析》，该书的一些内容提及法律规避，但由于当时书的研究主题是法律经济学和中国经济法的基本理论，因此并没有专门就法律规避做深入探讨。2003年，我在中国政法大学出版社（中青年法学文库）出版《WTO规则与中国经济法理论创新：一种法律经济学的观点》，该书是在我博士论文基础上修改而成的。而现在，看到我的弟子同样将在中国政法大学出版社出版他的研究成果，而且这一成果的主题恰好又是早年我感兴趣但尚未做系统研究的问题，作为他的导师，我倍感欣喜。在这一过程中，我看到了一位青年学者不断取得的进步，也看到了学术事业的传承。

我相信，本书作为一部系统研究国内法领域法律规避问题的

著作，其通过一系列扎实的实证研究所得出的结论，对我们完善立法、司法和执法工作将具有重要的启发意义，而且对企业法律风险防控以及律师实务工作也会有很大帮助。我也相信，本书不会是也不应该是有关国内法领域法律规避问题研究的句号——无论对于董淳鐸博士自己而言，还是对于其他法学研究者而言。诚如他自己所说的，法律规避行为（现象）具有客观性和必然性，只要有强制法规范的存在，就将有法律规避的存在，这意味着实践中必定会不断涌现新的法律规避的行为和现象，可见，国内法领域的法律规避行为（现象）应当是需要持续研究的一个问题。因此，我非常期待董淳鐸博士能够在已有成果的基础上，继续对相关问题保持研究热情和兴趣，并不断推出新的成果，我也期待有更多的研究者加入，不断推进这一领域的研究，共同为中国法治建设和法学理论的创新贡献应有之力。

是为序。

周林彬

2015年7月18日于广州

（周林彬：中山大学法学院教授、博士生导师，中国商法学研究会副会长，广东省法学会民商法研究会会长）

内容摘要

法律规避 (Evasion of Law) 原是国际私法的一个概念。它本意是指在国际民商事法律关系中, 当事人故意制造或者改变冲突规范的联结点, 从而回避本来应当适用但又不符合自己利益的某些国家或地区的强制性准据法, 并使得其他国家或地区另一项符合自己利益的准据法得以适用的一种行为。本质上, 国际私法领域的法律规避也可理解为当事人基于私人利益而做出的一种带有欺诈性的“法律选择”行为 (Choice of Law)。

在国内法意义上, 与法律规避含义相近的概念是传统民法理论所称的“脱法行为”。它是指当事人为了谋取私人利益, 通过外观合法的迂回措施回避国家强制法约束的行为。但在后期的研究当中, 为了便于表述和沟通, 研究者在阐述相关问题的时候, 大多用法律规避概念来代替传统国内法语境下的脱法行为概念。本书将国内法意义

上法律规避的概念界定为：在私法领域，行为人通过借助本不应适用的另一项法律规范，构建形式合法的行为方式来掩盖其真实行为目的，进而绕开某一项强制性法律规范的规制，从事法律本应禁止的行为，或者逃避本应承担的法律义务或责任，或者取得法律本不予授予的资格或利益的行为。

法律规避现象具有客观性和普遍性。实践经验表明，不管在国际法领域还是国内法领域，或在公法领域还是私法领域，或在实体法领域还是程序法领域，或在民事生活领域还是商业活动领域，也不管立法水平如何发达，法律监督如何细致，惩罚措施如何严苛，有史以来，任何国家都无法杜绝法律规避现象。从某种意义上讲，只要有法律规制和法律强制性规范的存在，就必定会有法律规避现象的存在。法律规制与法律规避共同构成了辩证统一的一个“矛盾体”。

法律规避现象产生的原因具有复杂性。从外在表现来观察，导致法律规避的因素至少可以归结于行为人主观上的自利性、法律制度衔接不严密、立法明显滞后于市场发展需求、行政机关执法和责任追究不严格、法律监督信息不对称等原因。但如果从行为内部结构来分析，法律规避行为产生的客观基础主要是因为行为人用以掩饰其真实目的而采取的另外一种行为可以从其他法律制度中找到“合法”依据。其具体是指，立法机关针对同一性质的社会问题，往往会根据不同标准建立不同制度，而这些制度的实施将导致不同的利益结果。在这种差异化的制度结构当中，单独来看，每一项法律制度本身通常都具备立法层面上的合法性与正当性，而且每一项法律制度也未必存在法律漏洞，但是一旦法律适用主体拥有“挑选法律”的现实可能性，那么这种差异化的结构就可能引发法律规避行为。以往实践表明，导致法律规避的法律制度差异主要体现为立法的地区差异或立法的主体资格（身

份) 差异。此外, 在一些特殊情形下, 原本分属不同部门法的法律制度如果最终能够用于实现同一个行为目的, 但实现目的所需要的成本有所差别, 或者说, 两者将导致两个不同的利益结果, 那么这种差异也可能诱发法律规避现象。

法律规避行为的效力具有模糊性和争议性。从性质上分析, 法律规避行为既不是典型合法行为, 也不是典型的违法行为, 而是介于两者之间的灰色地带, 它实际上是行为人为了节约守法成本和降低违法风险而在守法与违法之间做出的一种“均衡”的行动策略。对于特定的每一项法律规避行为, 法官应当在法律基本原则的指引下, 通过对相关法律规范立法目的的阐释来评价行为的性质和效力, 最终判定其究竟应归属于合法范畴还是违法范畴。简言之, 法律规避行为效力的判定首先是司法问题而不是立法问题, 它可以通过法律解释方法予以解决。

法律规避行为对法律实效存在一定的消极影响。由于一些法律规避行为在司法实践中可能被解释为合法行为, 而这些规避行为本身又带有当事人的主观欺诈, 且客观上将导致相关法律立法目的无法实现(起码无法完全实现), 法律效力也无法从应然充分转化为实然, 因此, 经过法律解释而被认定为合法的那些法律规避行为与典型的合法行为仍有较大差别, 不能因为某一项法律规避行为在法律适用层面上可能被解释为合法行为, 就认为它对法律实效不产生实质的负面影响。至于那些最终经过法律解释程序而被归入违法行为范畴的法律规避行为, 其对法律实效的消极影响则显而易见。

应当客观、中立地看待法律规避行为。一方面, 从法律适用的微观层面来看, 法律规避是行为人通过欺诈手段回避国家强制性法律约束以牟取个人私利的行为, 因此具有一定的不法性; 另一方面, 从法制变迁的宏观层面来看, 法律规避的产生可能是源

于现有立法不符合市场经济发展的效率要求，从而促使市场主体不得不通过规避形式来减少或避免这些法律对社会实践尤其是市场实践效率的消极影响，在这一意义上，法律规避对国家法制创新存在一定的积极作用。因此，无论在法学理论研究当中还是在法律实践当中，都不能先见性地将法律规避行为完全等同于违法行为。

法律规避现象是透视中国经济体制改革过程中法律制度演化特点及规律的一扇“窗口”。通过研究市场交易中的法律规避现象，有助于从新的角度检讨和反思中国经济体制改革和市场经济法制建设过程中存在的一些特殊问题。研究法律规避现象，还有助于立法者对法律实效或法律实施效率进行深入考察和客观评价，并从新的角度探讨中国法制创新的方向和路径，而且有助于企业和律师更好地设计防控法律风险的工作方案，还有助于法官全面分析法律适用的疑难问题，促进司法判决结果的统一及维护司法的权威。

目 录

| 序 言.....1

| 内容摘要.....1

第一章

| 为什么研究国内法领域的法律规避问题？.....1

一、法律规避概念的界定：从国际法到国内法.....7

（一）从“钻法律空子”的现象谈起.....7

（二）“法律规避”概念的界定.....12

二、法律规避效力的判定：从违法性到合法性.....23

（一）立法的一般规定及司法裁判的基本规则.....23

（二）法律规避行为对法律实效的影响.....32

三、法律规避成因的分析：从主观层面到客观层面.....36

（一）为什么规避法律？.....37

在合法与违法之间：国内法领域法律规避现象的实证研究

（二）法律为何被规避？40

四、研究法律规避的意义：从理论层面到实践层面49

（一）国内有关法律规避问题的研究现状49

（二）研究法律规避问题的理论意义57

（三）研究法律规避问题的实践意义60

五、研究法律规避的方法：从规范分析到实证分析65

（一）分析思路65

（二）研究方法69

第三章

法律规避情形下契约设计与契约治理探微：以建筑工程市场违法分包现象为例74

一、法律规避情形下的契约设计79

（一）立法的强制性规定79

（二）违法分包契约的设计84

二、法律规避情形下的契约治理88

（一）行为人面临的风险与契约治理机制的选择88

（二）契约治理机制的运作基础92

三、契约治理中当事人的合作策略100

（一）当事人的合作策略100

（二）当事人选择行动策略的约束条件102

四、本章小结106

第三章

法律解释与法律规避行为效力的判定：以非金融类企业之间的借贷现象为例74

一、“双轨制”立法导致的法律规避现象114

（一）立法对民间借贷的“双轨制”立法115

	(二) 采用“双轨制”立法模式的原因.....121
	二、法院判定法律规避行为效力的难点.....129
	(一) 非法合同目的为何需要合法形式掩盖.....131
	(二) 认定合同具有非法目的的难点.....137
	三、解决法律规避纠纷的司法对策.....143
	(一) 法律规避行为的查明和认定.....144
	(二) 当事人利益关系的界定与调整.....153
	四、本章小结.....161
第四章	制度变迁视野中法律规避行为效力的判定：以证券市场的“法人股个人持有”现象为例.....74
	一、法律规避现象及相关诉讼纠纷.....167
	(一) 从“合作牟利”到“利益纷争”167
	(二) 不同的司法判决结果.....171
	二、法院宽容对待法律规避现象的原因.....175
	(一) 法律适用的切入点.....175
	(二) 政治导向与社会效果.....179
	三、法律规避现象促成的制度变迁.....186
	(一) 制度变迁的背后.....187
	(二) 国家的立场.....191
	四、本章小结.....196
第五章	“规避型”法制创新与立法改革的内在驱动：以公司法领域的法律规避现象为例.....74
	一、公司法实践中的法律规避现象及其影响.....201
	(一) 中国公司法改革历程中的特殊现象.....201

(二) 法律规避现象对立法改革的影响.....	208
二、以公司“自治——管制”关系为基础的规范分析.....	213
(一) 立法机关与商人的关系.....	213
(二) 立法机关对法律规避行为的治理对策.....	218
三、公司法制改革的路径检讨与前景展望.....	222
(一) 商事法律制度变迁的一般原理.....	222
(二) 公司法改革的检讨与展望.....	226
四、本章小结.....	229
 结 语.....	232
 参考文献.....	235
 后 记.....	250