

民法与商法适用关系的方法论诠释

——以《公司法》司法解释(三)第 24、25 条为例

● 钱玉林

【内容摘要】 民法与商法的关系是一般法与特别法的关系,依照“特别法优先”的原则,在商事法律没有就相关问题作出特别规定时相关纠纷适用民事基本法的一般规则。但当出现商事特别法漏洞时,是适用民事基本法的一般规则,还是作为商事法上的漏洞去填补,这一问题常常被忽略。以名义股东和实际出资人的关系为例,《公司法》司法解释(三)第 24 条和第 25 条即未能很好地处理好这个问题。隐名投资合同包含了债权债务的财产关系和股权变动的身份关系,第 24 条应当对二元法律关系分别加以解释,以解决法律适用的问题,使其具有方法论的基础。第 25 条确立的裁判规则在内在逻辑和法理上是有待商榷的,对股东资格的认定未能优先适用《公司法》的规定,而《物权法》第 106 条不宜完全适用于名义股东处分股权的行为。对于商事纠纷,应充分认识到商法漏洞的存在以及司法填补的意义。

【关键词】 民商关系 法律适用 公司法解释 法律漏洞填补

一、问题的提出:商事特别法的意义追问

我国公司法对实际出资人和名义股东之间的关系问题未作任何规定,如何认定实际出资人和名义股东之间有关投资收益的合同效力? 股东资格如何确认? 名义股东处分登记于其名下的股权之行为效力如何? 这些都是股权确认纠纷和股权转让纠纷案件中的热点和难点问题。最高人民法院“着眼审判实践的需要,根据既有的立法规定、结合成熟的学说观点”^[1]制定了《关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(三)》(以下简称《公司法》司法解释(三))。^[2]其中,该司法解释第 24 条和第 25 条对上述问题作出了解释性的规定。法律适用的过程也就是裁判者在案件事实和法律规范之间寻求关联的一个找法过程,在这一司法过程中,裁判者的任务既可能是对确定性法律规范的解

* 作者单位:华东政法大学经济法学院。本文系江苏省第四期“333 工程”科研项目《公司纠纷案件裁判说理研究》(BRA2015335)的研究成果。

[1] 《规范审理公司设立、出资、股权确认等案件——最高人民法院民二庭负责人答本报记者问》,《人民法院报》2011 年 2 月 16 日第 3 版。

[2] 2010 年 12 月 6 日最高人民法院审判委员会第 1504 次会议通过了《关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(三)》(法释[2011]3 号),2014 年 2 月 17 日最高人民法院审判委员会第 1607 次会议作出了《关于修改关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定的决定》(法释[2014]2 号)。

释,也可能是对法律漏洞的填补。在《公司法》无明文规定的情况下,《公司法》司法解释(三)第24条和第25条的解释基础是什么,是民法一般规定的适用还是法律漏洞的填补,这一貌似个案中的法律适用问题,实质上牵涉到民法与商法的关系问题。

学理上,民法与商法的关系是一般法与特别法的关系,这一点已成为国内外学术界和实务界的一种共识。^[3]依照“特别法优先”的法律适用原则,“在商事法律没有就相关问题作出特别规定时,相关纠纷适用民事基本法的一般规则。”^[4]在民商分立的国家,立法上都确立了这一法律适用的原则。^[5]应当说,该法律适用的原则在逻辑上是能够自洽的,惟值得讨论的是,商事特别法也好,民事一般法也罢,立法经验表明一经法典化以后就不可避免地产生了法律漏洞。民法上出现法律漏洞时,有的国家和地区在立法上制定了法律适用条款,^[6]以资法官对法律漏洞予以司法填补时援用。我国目前并无类似立法例,^[7]这样,当出现商事特别法漏洞时,是适用民事基本法的一般规则,还是作为商事法上的漏洞去填补,这一问题常常被忽略,但对于待决案件而言,这是关系到裁判结果是否正当的实质性问题。《公司法》无疑是商事特别法,关于实际出资人和名义股东之间的关系问题,在《公司法》无明文规定的情况下,究竟是用民事基本法的一般规则补充适用,还是将它视为商事特别法的漏洞予以填补,这是最高人民法院作出司法解释时无法回避的问题。本文以《公司法》司法解释(三)第24条和第25条为样本,从法律适用的角度,对民法与商法的关系问题作一方法论的诠释,抛砖引玉,期待更多的学者关注和讨论。

二、“第24条”解释路径的检讨:民商二元法律关系的厘清

《公司法》司法解释(三)第24条对于实际出资人和名义股东之间有关投资权益的合同效力、投资权益归属和股权变动等问题作了规定,具体内容如下:

“有限责任公司的实际出资人与名义出资人订立合同,约定由实际出资人出资并享有投资权益,以名义出资人为名义股东,实际出资人与名义股东对该合同效力发生争议的,如无《合同法》第五十二条规定的情形,人民法院应当认定该合同有效。

前款规定的实际出资人与名义股东因投资权益的归属发生争议,实际出资人以其实际履行了出资义务为由向名义股东主张权利的,人民法院应予支持。名义股东以公司股东名册记载、公司登记机关登记为由否认实际出资人权利的,人民法院不予支持。

实际出资人未经公司其他股东半数以上同意,请求公司变更股东、签发出资证明书、记载于股东

[3] 参见王保树:《商事通则:超越民商合一与民商分立》,《法学研究》2005年第1期。

[4] 王利明:《民商合一体例下我国民法典总则的制定》,《法商研究》2015年第4期。

[5] 《德国商法典施行法》第2条规定:“在商事案件中,仅于商法未作相反规定时,民法典的规定始可适用。”日本、韩国《商法典》第1条均明文规定:“关于商事,本法无规定者,适用商习惯法,无商习惯法者,适用民法典。”

[6] 例如,《瑞士民法》第1条规定:“本法未规定者,审判官依习惯;无习惯者,依自居于立法者之地位所应行制定之法规判断之。于此情形,法院须恪遵稳妥之学说与判例。”《奥地利民法》第7条规定:“无类推之法规时,应熟思慎虑,依自然法则判断之。”我国台湾地区“民法”第1条规定:“民事,法律未规定者,依习惯;无习惯者,依法理。”

[7] 目前正在制定的民法总则中也引入了法律适用的一般规则,根据全国人大初次审议的《中华人民共和国民法总则(草案)》的规定,主要包括两个方面:一是法律渊源,该草案第10条规定:“处理民事纠纷,应当依照法律规定;法律没有规定的,可以适用习惯,但是不得违背公序良俗。”二是普通法与特别法的关系,该草案第11条规定:“其他法律对民事关系另有特别规定的,依照其规定。”应当说这个规则对适用法的意义是不言而喻的,但该条款是否也能为法官填补商法漏洞提供足够的支持,仍值得商榷。商事法律漏洞的填补,本质上是站在立法者的地位填补缺失的商事特别法规则,这就需要研究诸如商事法的学说、判例、一般条款等填补商法漏洞的方法论基础,以求填补的法律规范不失商事特别法的法意。

名册、记载于公司章程并办理公司登记机关登记的,人民法院不予支持。”

商事实践中,由于各种原因当事人出资但不出名,将出资人登记在他人名下的情况并不少见。理论和实务中将出资不出名的当事人称为“隐名股东”或“实际出资人”,将未出资但登记在其名下的当事人称为“名义股东”。由于双方当事人就出资协议的效力以及股权的归属问题经常发生争议,该司法解释将出资不出名的当事人称为“实际出资人”而不用“隐名股东”的概念。应当说,这一表述是值得称道的。实际出资人的法律地位如何,是否具有股东资格,这些本身都是悬而未决的问题,在“实际出资人”概念下能够通顺地演绎,相反,如果使用“隐名股东”之概念,对这些问题的阐释就会走入概念的怪圈,尤其是在观点的表述上难免会陷入绕口令似的境地,而使用“实际出资人”这一概念为相关规定在逻辑上的证成奠定了基础。

实际出资人和名义股东作为权益纠纷中的两造当事人或一对概念,是相互依存的,没有实际出资人也就没有名义股东,反之亦然。将两者连接起来的,正是他们之间订立的合同。合同的效力如何?如果有效,那么基于合同的出资而形成的股权,谁为股东?这是《公司法》司法解释(三)第24条回答的两个核心问题。

实际出资人和名义股东之间的合同称之为隐名投资合同或代持股合同(以下简称隐名投资合同)。这类合同虽然名称各异,但拥有共同实质,都包含当事人之间的隐名持股合意,即由实际出资人出资,名义股东行使股权,实际出资人享受股权收益。^[8]该类合同《公司法》没有作出特别规定,依照法律适用原则,能否适用合同法的一般性规则呢?我国《合同法》规定了15种有名合同,隐名投资合同不在其列,应属于非典型合同。对非典型合同的法律适用,“民法关于法律行为的规定及《合同法》的总则对非典型合同均有适用余地。”^[9]依照《合同法》第2条的规定,“本法所称合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。”“婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议,适用其他法律的规定。”可见,《合同法》上所称的合同不包含身份合同,规范的仅仅是债权合同。^[10]而隐名投资合同既包括了债权属性的内容,又包含了身份属性的内容。因为实际出资人与名义股东可以约定实际出资人享有的投资权益包含股权的全部权能,即双方可以约定实际出资人间接行使全部股权,包括自益权与共益权。^[11]这就意味着隐名投资合同具有双重性质,即包含了债权债务关系和股权变动身份关系的二元法律关系,《合同法》并不能管辖隐名投资合同的全部法律关系。

《公司法》司法解释(三)第24条区分了隐名投资合同的效力和股权变动两种不同的法律关系,并为这两种法律关系建立了不同的法律规则。该条第1款和第2款对隐名投资合同的效力和投资权益的归属确立了裁判思路,该条第3款则对股权变动作出了规范。这一双重法则的确立是否建立在隐名投资合同双重性质的基础之上呢?答案是否定的。有学者指出,《公司法》司法解释(三)关于名义股东与实际股东的分离规则,本质上是在将股权等同于物权的思维模式下产生的。^[12]正是基于这样的思维模式,《公司法》司法解释(三)第24条规定,隐名投资合同的效力依合同法认定,认为“由实际出资人享受投资权益时,这属于双方间的自由约定,根据缔约自由的精神,如无其他违法情形,该约

[8] 参见奚晓明主编:《最高人民法院关于公司法解释(三)、清算纪要理解与适用》,人民法院出版社2011年版,第370页。

[9] 崔建远:《合同法》,北京大学出版社2013年版,第21页。

[10] 参见梁慧星:《民法学说判例与立法研究(二)》,国家行政学院出版社1999年版,第122页。

[11] 同前注[8],奚晓明主编书,第370页。

[12] 参见邓峰:《物权式的股东间纠纷解决方案——〈公司法〉司法解释(三)评析》,《法律科学》2015年第1期。

定应有效,实际出资人可依照合同约定向名义股东主张相关权益。”^[13]而股权变动依公司法而定,因为“此时实际出资人的要求就已经突破了双方合同的范围,实际出资人将从公司外部进入公司内部、成为公司的成员。此种情况下,参照《公司法》第七十二条(现为第七十一条,笔者注)第二款规定的股东向股东以外的人转让股权,应当经其他股东过半数同意,我们规定此时应当经其他股东半数以上同意。”^[14]这一规定的解释思路可以简单地概括为:合同归合同法,股权变动归公司法。这貌似呈现了清晰的二元解释结构,其实不然。该规定实际上并不是基于隐名投资合同的双重属性而展开的,第24条前两款使用了“投资权益”的概念来定义隐名投资合同的核心内容,而正是这一概念的使用导致了该条规定陷入了法理未明的窘境。如前所述,投资权益可以包含股权的全部权能,而涉及身份属性的内容并不是合同法的调整范围,故该规定将当事人之间有关投资权益的全部约定都纳入合同法的评价范围是不适当的。事实上,合同法只能管辖隐名投资合同中有关投资而产生的债权债务关系,隐名投资合同中有关股权变动的身份关系合同法没有任何适用的余地。实际出资人股权变动的请求不是“突破了双方合同的范围”,而是突破了合同法的管辖范围。换言之,隐名投资合同中的债权债务关系在《公司法》没有特别规定的情形下,可以适用民法和合同法的一般性规定,而有关实际出资人股权变动的身份关系在《公司法》没有规定的情况下,则构成了商法上的漏洞,应采取法律漏洞填补的方法予以补充。这才是隐名投资合同二元法律关系下司法解释应当采取的解释路径。

实际出资人股东资格的确认问题,本质上应属于法律漏洞的司法填补问题。《公司法》司法解释(三)第24条第3款之所以作出这样的规定,解释者认为,实际出资人请求公司办理变更股东、签发出资证明书、记载于股东名册、记载于公司章程并办理公司登记机关登记,实际出资人将从公司外部进入公司内部、成为公司的成员,对于公司和其他股东而言,这类似于发生了股权的对外转让。为保障公司的人合性,维护公司内部关系的稳定,应当参照《公司法》有关股权外部转让的规则,经由公司其他股东过半数同意时,实际出资人才能取代名义股东成为公司股东,否则实际出资人不能成为公司股东。^[15]实践中,公司相关文件记载和登记机关登记的股东与真正的投资人所谓“名”与“实”分离的现象屡见不鲜,《公司法》原本应积极地对此加以规定,但由于立法者的疏忽造成该规范的缺失,显然属于《公司法》上公开的漏洞。当出现法律漏洞时,法官应探究法律规范的目的,对漏洞加以补充,以消除公司法秩序中的体系违反,从而使公司法所追求的保护公司、股东、债权人利益的价值得以圆满实现。对于公开的法律漏洞,一般采用类推适用的方法予以填补。^[16]这一方法是基于相类似的案件应为相同之处处理的法理,即“有同一或类似之法律理由时,应认同一或类似之法律效果,为法理上所当然。”^[17]公司法有关股东资格的规范主要包括《公司法》第32条和第71条。^[18]依照《公司法》第32条的规定,股东名册的记载对抗公司,工商登记对抗第三人。在隐名投资关系中,股东名册和工商登记上的当事人是名义股东,因此,实际出资人主张变更记载或登记的请求时,对公司而言,意味着名义股东的退出和实际出资人的进入,其法律效果类似于向股东以外的第三人转让股权。如果不尊重其

[13] 同前注[1]。

[14] 同上注。

[15] 同前注[8],奚晓明主编书,第371页。

[16] 参见杨仁寿:《法学方法论》,中国政法大学出版社1999年版,第147页。

[17] 1964年台上字第3518号民事判决。转引自黄茂荣:《法学方法论与现代民法》,中国政法大学出版社2001年版,第393页。

[18] 《公司法》第32条第2款规定:“记载于股东名册的股东,可以依股东名册主张行使股东权利。”第3款规定:“未经登记或者变更登记的,不得对抗第三人。”第71条第2款规定:“股东向股东以外的人转让股权,应当经其他股东过半数同意。”

他股东的意见,势必会破坏公司的人合性,这样,基于保障公司人合性而对第三人成为股东加以限制的《公司法》第71条第2款就有了类推适用的余地。所以,《公司法》司法解释(三)第24条第3款的规定是以类推适用的方法填补法律漏洞的结果。

基于以上分析,可以得出以下简要结论:第一,《公司法》对隐名投资合同没有作出特别规定,是适用民法的一般规定,还是作为法律漏洞予以填补,是《公司法》解释需要厘清的首要问题。第二,隐名投资合同包含了二元法律关系,即债权债务关系和股权变动的身份关系,前者适用合同法的规定;后者属于公司法上的漏洞,应以类推适用的方法予以填补。《公司法》司法解释(三)第24条则是将整个隐名投资合同和实际出资人股权变动区分开来,在法理上不够清晰,应当从隐名投资合同的二元法律关系出发,对这两种法律关系分别加以解释,以解决法律适用的问题,从而使该司法解释的规定具有方法论的基础。

三、“第25条”解释依据的反思:公司法优先与民法补充

《公司法》司法解释(三)第25条对名义股东处分其名下的股权行为的效力作出了规定,具体内容如下:

“名义股东将登记于其名下的股权转让、质押或者以其他方式处分,实际出资人以其对于股权享有实际权利为由,请求认定处分股权行为无效的,人民法院可以参照物权法第一百零六条的规定处理。

名义股东处分股权造成实际出资人损失,实际出资人请求名义股东承担赔偿责任的,人民法院应予支持。”

《公司法》司法解释(三)第25条的规定遭到了不少质疑和批评。有的学者认为,隐名出资情形下名义股东处分股权并非真正股权善意取得问题;^[19]而有的则从根本上否定股权的善意取得,认为“将《物权法》第106条善意取得规则套用于股权变动将产生很多问题,问题的根源在于股权变动与物权变动存在不同的结构。”^[20]那么,名义股东处分股权的行为到底有无参照《物权法》第106条的空间呢?

任何法律规范都是基于立法者特定的指导观点而赋予其效果,法律解释最重要的任务之一就是要透过立法指导观点,去揭示法律规范的意义以及该等意义与待决案件事实的关联,因此,在找法的过程中,裁判者必须厘清法条与法条之间的意义脉络,以发现立法的指导观点或者目的所在,唯有这样,法律规范“对系争生活类型的意义才能确定下来,同时也才能产生其规范功能”。^[21]对于名义股东处分股权的行为,如何参照《物权法》第106条的规定处理才能贯通与公司法规范的意义脉络,是裁判者在找法过程中必须要厘清的问题。起草《公司法》司法解释(三)的有关负责人对第25条的规定给出了这样的理由:“《公司法》第三十三条(现为第三十二条,笔者注)第三款规定股东姓名或名称未在公司登记机关登记的,不得对抗第三人。所以第三人凭借对登记内容的信赖,一般可以合理地相信登记的股东(即名义股东)就是真实的股权人,可以接受该名义股东对股权的处分,实际出资人不能主张处分行为无效。但是实践中,有的情况下名义股东虽然是登记记载的股东,但第三人明知该股东不是真实的股权人,股权应归属于他人(即实际出资人),在名义股东向第三人处分股权后如果仍认定

[19] 参见张双根:《股权善意取得之质疑——基于解释论的分析》,《法学家》2016年第1期。

[20] 王涌:《股权如何善意取得?——关于〈公司法〉司法解释三第28条的疑问》,《暨南学报(哲学社会科学版)》2012年第12期。

[21] 同前注[17],黄茂荣书,第106页。

该处分行为有效,实际上就助长了第三人及名义股东的不诚信行为,这是应当避免的。所以我们规定实际出资人主张处分股权行为无效的,应按照《物权法》第一百零六条规定的善意取得制度处理。”〔22〕很显然,解释者的基本判断是,名义股东系《物权法》第106条所称的无处分权人,实际出资人则属于真实的权利人。这难免产生疑惑,《公司法》司法解释(三)第24条才说到实际出资人请求变更股东、签发出资证明书、记载于股东名册、记载于公司章程并办理工商登记的,应经公司其他股东半数以上同意,但为什么紧随其后的第25条就立刻承认实际出资人即为真实的权利人呢?关于名义股东的法律地位,在理论上确有实质说、形式说和折中说的争议,〔23〕对《公司法》司法解释(三)第24条和第25条采取不同学说的原因我们不得而知,但这样的解释至少引起了体系违反,成为“不可化解的规范矛盾”。〔24〕

如前所述,实际出资人要成为股东须经公司其他股东半数以上同意,《公司法》司法解释(三)第24条的该项规定是类推适用《公司法》第71条有关股权转让规则的结果,实际出资人只有成为实质意义上的股东后,才能提出变更股东名册和工商登记的请求。换言之,实际出资人未经公司其他股东半数以上同意,是不能成为公司股东的。在这种情况下,对公司和第三人而言,名义股东仍应推定为合法的公司股东。作出《公司法》司法解释(三)第24条规定的理由也认为,“股东名册中的记名,是名义股东(即记名人)用来向公司主张权利或向公司提出抗辩的身份依据。”〔25〕也即是说,名义股东并非公司法意义上当然的无处分权人,相反,原则上应推定名义股东为合法的股权人,只是在例外的情形下,即实际出资人经公司其他股东半数以上同意后,才能认定实际出资人为真实的股权人。也只有在这种例外的情形下,股权的善意取得才能成为可能。因此,《公司法》司法解释(三)第25条将例外视为一般,把实际出资人一概认定为真实的股权人,从而对名义股东处分股权的行为纳入《物权法》第106条规制的范围,在法理上是难以证成的。

可能的情形是,当实际出资人经公司其他股东半数以上同意成为股东后,在工商登记变更登记之前,名义股东处分了股权,这时才涉及到第三人善意取得的问题。这里,之所以认为“有可能”,是因为受制于《公司法》对于股权转让的特别规定,即便是这种场合也未必完全符合《物权法》第106条规定的善意取得的构成要件。以下根据《公司法》司法解释(三)第25条规定的股权处分方式分别作出分析。

第一种情形,名义股东依转让方式处分股权。依照《公司法》第71条的规定,股东相互之间可以转让股权;股东向股东以外的人转让股权应当经其他股东过半数同意。首先,在股东相互之间转让股权的场合,名义股东将其名下的股权转让给其他股东时,如果要适用善意取得,受让股东在主观上必须是善意的,即受让股东以工商登记的内容来主张其不知道股权归属于实际出资人。但是,受让人对工商登记的信赖难以认定为“善意”,因为实际出资人成为真实股权人的前置程序是经公司其他股东

〔22〕 同前注〔1〕。

〔23〕 有关论述可参见蒋大兴:《公司法的展开与评判——方法·判例·制度》,法律出版社2001年版,第463~470页;赵旭东主编:《公司法》,高等教育出版社2003年版,第281页;冯果:《公司法要论》,武汉大学出版社2003年版,第99页;虞政平:《股东资格的法律确认》,《法律适用》2003年第8期。

〔24〕 德国学者提出,数个不同的法律规范对同一法律事实加以规范,并赋予不同的法律效果的情况下产生规范矛盾。能被依竞合理论圆满解决的矛盾,一般称为可化解的规范矛盾,反之,则为不可化解的规范矛盾。规范矛盾如果不能被化解,那么这个矛盾所牵涉到的法条便会相互把对方废止,于是便形成法律漏洞,这个漏洞只能依法律补充的一般原则来填补。同前注〔17〕,黄茂荣书,第312页。

〔25〕 同前注〔1〕。

半数以上的同意,实际出资人仅凭这一点就可以证明受让股东应当知道该股权归属于实际出资人,因此,名义股东将股权转让与其他股东不可能适用善意取得制度;其次,在名义股东向股东以外的人转让股权的场合,该股权转让的生效要件是须经其他股东过半数同意,受让人即可取得股权。由于实际出资人成为真实股权人已经公司其他股东半数以上的同意,故对公司股东而言,名义股东不再是公司的股东已成为其他股东的共识,此时,名义股东再将其名下的股权转让给第三人时,不可能获得公司其他股东过半数的同意,善意取得制度在事实上几乎没有适用的余地。

第二种情形,名义股东将登记于其名下的股权质押或者以其他方式处分。对于股权质押或以其他方式处分,由于并不涉及股东的变更,故无需遵守《公司法》第71条的程序性规定。^[26]例如,对于股权质押,《物权法》第226条规定以非证券登记结算机构登记的股权出质,质权自工商行政管理部门办理出质登记时设立。这时,名义股东将登记于其名下的股权设定质押,质权人当然可以依照《物权法》第106条之规定善意取得该股权的质押权。股权转让与股权质押的本质区别就在于股权转让是股权所有权能的让渡,而股权质押仅以能实现股权交换价值为目的,性质上仍属于物的担保。因此,名义股东以股权质押方式处分登记于其名下的股权,与善意取得制度的宗旨、功能和理论基础并不相悖,无需考量公司法为维护有限公司的人合性而设计的制度性规则。

由此可见,从解释论的角度,《公司法》司法解释(三)第25条确立的裁判规则在内在逻辑和法理上是有待商榷的。当实际出资人未经公司其他股东半数以上同意成为股东时,名义股东是公司法意义上完全合法的股东权人,其处分股权的行为不存在适用《物权法》第106条的任何余地;当实际出资人经公司其他股东半数以上同意成为股东后,在工商变更登记之前,也仅是在名义股东质押或以其他方式处分股权的情形中,《物权法》第106条方有适用之可能,而并不包含股权转让的情形。之所以会产生这种不同的处理结果,原因在于第三人试图从外部进入有限公司成为公司股东时,《公司法》采取了维护公司人合性的立场,在第71条中制定了尊重公司其他股东意思的政策性规范,而且赋予了这一规范强制性的效力。^[27]参照《物权法》第106条的规定判断名义股东的处分行为时,不能无视《公司法》第71条的存在,相反,公司法上的这一规定属于特别法的规定,还应当优先适用。显而易见的是,《公司法》司法解释(三)第25条完全抛弃了这样的解释逻辑,在名义股东处分登记于其名下的股权时,《公司法》第71条失去了应有的规范意义。

司法解释的基本职责,是决定与待决案件相关的法律条文究竟提供了什么样的指示。^[28]将名义股东处分股权的行为纳入《物权法》第106条规制的范围,毫无疑问,解释者在这其中一定是考虑到了股权登记、实际权利人、第三人信赖等表征善意取得制度的核心要素,应当说,解释者是在努力地寻找与该等待决案件相关的法律条文背后的指示,但却忽略了股权虽具有财产属性、终究与物权相区别的现实。^[29]司法解释首先要尊重《公司法》关于股权的特殊性规范,在对名义股东处分股权的行为补

[26] 需要特别说明的是,《担保法》第78条第3款规定:“以有限责任公司的股份出质的,适用公司法股份转让的有关规定。质押合同自股份出质记载于股东名册之日起生效。”该规定显然与《物权法》第226条不一致,依照《物权法》第178条的规定,“担保法与本法的规定不一致的,适用本法。”所以,以有限责任公司股权出质,不再遵守公司法有关股权转让规定的程序性规定。

[27] 对未经其他股东过半数同意的有限公司股权转让合同的效力问题,有些地方法院认为该合同为可撤销合同(参见《山东省高级人民法院关于审理公司纠纷案件若干问题的意见(试行)》第45条)。但是,最高人民法院倾向于认定为合同无效(参见2016年4月12日发布的《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(四)》(征求意见稿)第27条)。

[28] 参见陈林林、许杨勇:《司法解释立法化问题三论》,《浙江社会科学》2010年第6期。

[29] 关于股权性质的争论由来已久,参见江平、孔祥俊:《论股权》,《中国法学》1994年第1期;左羽、书生:《公司法人所有权和股东的权利》,《中国法学》1994年第3期。

充适用物权法上的规定时,应站在公司法立法者的地位,遵循稳妥的学说,作出合乎公司法立法意旨的解释。《公司法》司法解释(三)在起草的时候似乎也注意到了这一点,认为该司法解释是“根据既有的立法规定、结合成熟的学说观点”,“按照商法规律正确解决一些在实践中长期存在分歧的问题,依法引导各级法院树立商法意识,强化商法理念,妥善审理公司诉讼案件。”^[30]然而,《公司法》司法解释(三)第25条未能彻底贯彻这一指导思想,未免留有遗憾。

四、代结语:重构民商法律适用规则

本文选择名义股东与实际出资人的关系问题为样本,其中虽未涉及全部,但尚能说明民法与商法的法律适用规则,以及商事法律漏洞的填补问题。由于我国在立法上采纳了民商合一体例,凡商事法律没有就相关问题作出特别规定时,相关纠纷应适用民法总则的一般规则,^[31]长期以来,这也是民法与商法关系在法律适用上的一种经典表达。但对于公司纠纷案件而言,“特别法优先”的原则一直到2005年《公司法》修正后才逐步被落实。在此之前,涉及股权转让、股票确权、公司收购、股份回购等方面的纠纷一直被类型化为“合同纠纷”、“权属纠纷”和“侵权纠纷”等民事纠纷加以处理,^[32]绝大多数案件法院是依照《民法通则》和《合同法》作出裁判的,直到2007年最高人民法院修订了《民事案件案由规定》才将这类案件表述为“与公司有关的纠纷”^[33]。所以,最高人民法院于2010年发布《公司法》司法解释(三)时强调商法意识和商法理念,是有历史原因的。在这之后,法院在审理与公司有关的纠纷案件中,多数直接援引公司法相关法条作出了裁判,这的确是一个不小的进步,但对于公司法没有规定的情形如何处理,商事审判实践似乎仍习惯于传统的裁判思维,从民法的一般性规则中寻找补充的法源,忽视了公司法应当规定而未规定从而存在法律漏洞时应当如何填补的问题。最高人民法院的司法解释本质上是裁判者对法律的解释或法律漏洞的司法填补。对于名义股东与实际出资人的关系问题,《公司法》没有明文规定,那么“特别法优先”的原则如何体现,这是解释者在确立裁判规则时首先应当考虑的一个方法论问题。

《公司法》司法解释(三)第24条和第25条的规定,表明了贯彻“特别法优先”的原则其实不是一个简单的问题。所谓“特别法优先”,是指特别法对某一事项有规定的,优先适用;特别法对某一事项没有规定的,则适用一般法的规定。这样的解释几乎成为所有教科书上的基本常识,很少有人提出质疑。的确,从逻辑上讲,这一解释似乎没有什么矛盾可言,但仔细斟酌,我们不难发现,这个解释如果要成立的话,必须有个前提,即特别法的立法是十分完美的,不存在任何法律漏洞。换言之,特别法对应当规定的事项都已经充分地纳入了立法计划,实现了立法计划的完美无缺性或圆满性。只有满足了这一条件,当特别法对某一事项没有规定时,才能当然地适用一般法的规定,否则,“特别法无规定时适用一般法的规定”就不是一个不可追问的“公理”。然而,商事特别法的立法计划真的圆满吗?

任何采取形式理性的法律都不可能做到没有漏洞。作为一般法的民法有漏洞,作为特别法的商法同样也有漏洞。法律漏洞是由社会发展的无限多样性和人类认识的局限性所决定的,在某种意义上,商事特别法的事项“常与商界习惯有关,而商界习惯,又常有变易”,^[34]商法的漏洞更是难以避免。

[30] 同前注[1]。

[31] 参见王利明:《民法总则的制定应体现民商合一体制》,《法制日报》2015年5月27日第9版。

[32] 参见最高人民法院《民事案件案由规定(试行)》(法发[2000]26号)。

[33] 参见最高人民法院《民事案件案由规定》(法发[2008]11号)。

[34] 史尚宽:《民法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第63页。

当司法实践中出现商法规范缺失时往往意识不到是法律漏洞,直接地、当然地援引民法规定予以补充适用。这种做法在大多数情况下确实并没有什么不当,但果真出现需要商法作出特别规定而立法上暂付阙如时,假如不把这种现象视为商法的漏洞而直接援引民法的规定,一定会陷入法理不明的困境。名义股东与实际出资人的关系问题,虽然《公司法》没有特别规定,但民法上也没有明文的补充规则。对于名义股东或实际出资人的股东资格问题,适用合同法的一般性规则不仅无法解决这一问题,反而造成了规范体系在逻辑上的紊乱,因为这一问题原本就应当由公司法来作出规范,只是由于立法者疏忽或未预见等原因在公司法上未作明文规定,从而构成了公司法上的漏洞。因此,只有公司法建立无漏洞的规范体系,才能解释和解决这类纠纷,如果《公司法》对这一事项的规范出现漏洞时,无法从民法中找到一般规定,唯一办法就是站在立法者的角度,用公司法理念、原则、一般规定、习惯等作为法律渊源,配以法学方法去填补这一漏洞。因此,有必要对没有明文规定的商事特别法作出甄别,探究是否属于商法的漏洞问题,而不能简单地适用民法的一般规则。这不仅是立法和司法面临的任务和使命,更是商法学研究面对的重大课题。应当说,我国商法学的研究和商事审判实践已经形成了一些较为成熟的理论、学说和裁判规则,关键是在编纂民商合一体例的民法典之际,能否真正去吸收商法学理论和实践的成果。如果无视商事特别法存在的意义,那么正如当年萨维尼与蒂堡关于德国民法典的论战中萨维尼所论述的那样,“我不认为我们具备制定一部优秀民法典的能力……我们不能在依然远离这一目标时就相信我们已经臻达这一目标。”^[35]当然,民商合一体例的民法典并非意味着民法典外不存在商事单行法,但民法典至少应当承认法律漏洞不可避免,并积极主动地为法律漏洞的填补提供方法论的指导性规则。在此之前,最高人民法院的《公司法》解释还将继续,期待在未来的司法解释中能够看到准确把握民法与商法的关系又不失商事特别法法意的解释。

(特约编辑:季奎明)

[35] [德]弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼:《论立法与法学的当代使命》,许章润译,中国法制出版社2001年版,第37~38页。