

热点聚焦

论新《公司法》第 88 条第 1 款的溯及力之争： 兼议历史股东的出资责任

刘俊海

[摘要]新《公司法》第 88 条第 1 款规定了历史股东转让未届出资期限的股权后的出资责任配置规则。最高人民法院司法解释认为,该条款具有溯及力。但全国人大常委会法工委持相反意见。最高人民法院改弦易辙,见贤思齐。对溯及力司法解释催生的裁判文书的既判力不应全盘否定,也不宜一概维持,而应采取原则与例外相结合的中庸之策:一是原则上承认各类裁判文书的既判力,但债权人不是适格善意相对人的除外;二是原则上推翻各类裁判文书的既判力,但历史股东恶意出让未届出资期限股权的除外。股东与债权人既是合作伙伴,也是竞争对手,故建议确立基于股东剩余索取权的股债两分原则。在内部关系中,股权平等,债权平等。在外部关系中,内外有序,先人后己。利益相关者有权在立法与诉讼程序等平台上开展公开透明、理性有序的博弈。新旧《公司法》围绕历史股东出资责任的制度设计各有千秋。旧《公司法》框架下的救济手段存在碎片化与多元化的弊端,至少包括五种模式。法律是经验之学。经验法则在新旧《公司法》时代都历久弥新。司法解释将《立法法》第 104 条规定的有利溯及规则解释为“更有利于实现新《公司法》立法目的”,但未能明确多元立法目的之间的优先序,致使公司利益相关者之间发生权利冲突时孰先孰后语焉不详。建议最高人民法院重新修订《溯及力解释》,阐述溯及力条款对谁有利、为何对其有利,对谁不利、为何对其不利。若新法条款的有利溯及不涉及弱者权利与公序良俗,且对其他利益相关者的影响利弊参半,则司法解释无权激活有利溯及规则。溯及力之争是中国公司法现代化进程中的重要里程碑,并非坏事。

[关键词]溯及力;历史股东;股权转让;债权人;认缴制;期限利益

[基金项目]2024 年度全国工商联重点课题“法治民企课题研究”(2024K20310)

[作者简介]刘俊海,中国人民大学法学院教授、博士生导师。

[中图分类号]D922.291.91 **[文献标识码]**A **[文章编号]**1003-7071(2025)04-0011-14 **[收稿日期]**2025-03-20

一、新《公司法》第 88 条第 1 款有无溯及力的一波三折

(一)新《公司法》第 88 条第 1 款的横空出世

为增强公司资本信用、维护交易安全、促进经济高质量发展,全国人大常委会 2023 年 12 月 29 日修订的《公司法》(以下简称“新《公司法》”)对注册资本认缴制进行了全面改革,导入了最长实缴期限规则(第 47 条)、加速到期规则(第 54 条)与未实缴出资股权转让时的问责规则(第 88 条)。其中,第 88 条第 1 款规定:“股东转让已认缴出资但未届出资期限的股权的,由受让人承担缴纳该出资的义务;受让人未按期足额缴纳出资的,转让人对受让人未按期缴纳的出资承担补充责任。”由于 2013 年《公司法》带给股东的最大制度红利是注册资本金额下不保底,而实缴期限上不封顶的出资期限利益。2014 年 1 月 1 日至 2024 年 7 月 1 日之间成立的多数公司的注册资本往往认缴完毕,但尚未实缴。于是,该条款在新《公司法》通过以后迅速飙升为历史股东与债权人高度关注的“网红条款”。

(二)《溯及力解释》第 4 条第 1 款对新《公司法》第 88 条第 1 款溯及力的顶礼膜拜

《立法法》第 104 条规定:“法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章不溯及既往,但为了更

好地保护公民、法人和其他组织的权利和利益而作的特别规定除外。”这意味着,新法原则上不具有溯及力,但在对保护私权有利时例外具有溯及力。

为明确新《公司法》的时间效力、确保新旧《公司法》平稳过渡,最高人民法院2024年6月29日发布的《关于适用〈中华人民共和国公司法〉时间效力的若干规定》(以下简称《溯及力解释》)明确了新《公司法》的有限溯及力。其中,第4条第1款例外确认新《公司法》第88条第1款具有溯及力:“股东转让未届出资期限的股权,受让人未按期足额缴纳出资的,关于转让人、受让人出资责任的认定,适用新《公司法》第88条第1款。”

其背后的逻辑是,新《公司法》施行前的法律、司法解释对此类股权转让未作明确规定,而新《公司法》第88条第1款对此作了明确规定。易言之,新法是千里马,旧法是弩马。新法良制应尽早实施,越快越好。《溯及力解释》第4条第1款体现了最高人民法院热切希望新法良制尽快落地生根的能动性司法理念,初心纯正,动机善良。但问题在于,这种善良愿望在无意中与新法不溯及既往的法治原则发生了碰撞。

(三)立法者对新法不溯及既往原则的执着信念

让司法解释起草者始料不及的是,《溯及力解释》第4条第1款在司法实践中遭遇了历史股东群体的强烈抵制。他们不仅在个案中积极答辩、上诉与申诉,而且通过集体信访与社交媒体发声等多种方式表达利益诉求,并掀起了现象级的汹涌舆情。

作为回应,全国人大常委会法制工作委员会(以下简称“法工委”)2024年12月22日向十四届全国人大常委会第十三次会议提交的《关于2024年备案审查工作情况的报告》第三部分的标题是“认真做好审查纠错工作,维护国家法治统一”。该部分在提及“督促纠正处理涉企相关规定存在的问题,推动优化营商环境”时指出,“有的司法解释规定,公司法施行前,股东转让未届出资期限的股权,受让人未按期足额缴纳出资的,关于转让人、受让人出资责任的认定,适用公司法第88条第1款的规定。有些公民、组织对这一规定提出审查建议,认为公司法第88条不应适用于法律施行前发生的行为”。法工委经审查认为,《立法法》第104条“是一项重要法治原则;公司法第88条是2023年修订公司法时新增加的规定,新修订的公司法自2024年7月1日起施行;公司法第88条规定不溯及既往,即对新修订的公司法施行之后发生的有关行为或者法律事实具有法律效力,不溯及之前;公司法第88条规定的事项不存在立法法第104条规定的但书情形。法工委将督促有关司法解释制定机关采取适当措施予以妥善处理”^①。

该段措辞娓娓道来,柔中有刚,既未提及“司法解释”的全名,亦未点明“有关司法解释制定机关”是谁,但棱角分明,观点犀利,不怒自威。

(四)《溯及力解释》第4条第1款的黯然离场

一石激起千层浪。面对法工委的督导意见,最高人民法院从谏如流、改弦易辙,迅速在2024年12月24日发布《关于〈中华人民共和国公司法〉第88条第1款不溯及适用的批复》(以下简称《无溯及力批复》),郑重承诺:“2024年7月1日起施行的《公司法》第88条第1款仅适用于2024年7月1日之后发生的未届出资期限的股权转让行为。对于2024年7月1日之前股东未届出资期限转让股权引发的出资责任纠纷,人民法院应根据原公司法等有关法律的规定精神公平公正处理。本批复公布施行后,最高人民法院以前发布的司法解释与本批复规定不一致的,不再适用。”

(五)老文新推之后的理性思考

无独有偶。2024年12月25日,最高人民法院机关刊《人民司法》在其官方公众号上重新推送了笔者2023年9月在该杂志发表的拙作《恶意转让未届出资期限股权的民事责任认定:解释论与立法论的双重维度》。^② 该刊青睐拙作的主要原因是,拙作系统梳理与公允评价了地方法院在旧《公司法》时代有关历史股东出资责任的不同司法路径。这些弥足珍贵、百花齐放的裁判与执行恰恰有助于在新旧法律青黄不接之际弥补

^①全国人大常委会法制工作委员会主任沈春耀:《全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会关于2024年备案审查工作情况的报告——2024年12月22日在第十四届全国人民代表大会常务委员会第十三次会议上》,http://www.npc.gov.cn/npc/c2/c30834/202412/t20241225_442028.html。

^②刘俊海:《恶意转让未届出资期限股权的民事责任认定:解释论与立法论的双重维度》,《人民司法》2023年第26期。

法律真空与制度漏洞。就 2024 年 7 月 1 日之前历史股东出让股权的出资责任纠纷而言,这些旧《公司法》时代的救济手段也如同古树开花一般重焕青春,迅速增值。

其实,笔者论及旧《公司法》的解释论具有一定的偶然性。笔者 2023 年 8 月应邀撰稿之初,《公司法修订草案》的三次审议稿均已陆续公布。因此,笔者曾试图聚焦立法论。但《人民司法》编辑部向笔者提供了多地法院针对历史股东恶意出让未届出资期限股权的不同判例。笔者在阅研这些案例后,掩卷而思,如获至宝,遂在拙作中增添解释论,旨在与广大读者分享不同法官的裁判视角,凝聚旧法框架下的共识,也为新法创新提供论据支持。所幸,歪打正着,变旧为宝。

至此,新《公司法》第 88 条第 1 款的溯及力之争已历经立法创新、鼓励溯及、批评溯及、否定溯及、回归旧法的百转千回。看似尘埃落定,实则不然。一系列更加重大的争议随之暗潮涌动,并最终浮出水面:一是《无溯及力批复》的溯及力与《溯及力解释》影响下的裁判文书的既判力之争。各地法院在 2024 年 7 月 1 日至 12 月 24 日之间根据新《公司法》第 88 条第 1 款裁判的历史股东出资责任案件应否纠错、如何纠错?二是历史股东与债权人的权利之争。历史股东与债权人的权利是否存在顺位之别?如何甄别历史股东与债权人的主观善恶?三是新旧《公司法》围绕历史股东出资责任的制度设计之争。二者究竟有何本质性异同?四是有利溯及与不利溯及之争。作为《溯及力解释》底层逻辑的有利溯及规则是否体现,如何体现《立法法》第 104 条但书条款的精髓?回答上述问题,有助于加速中国公司法的现代化与可诉化进程,铸就司法公信力基石。

二、《无溯及力批复》的溯及力与《溯及力解释》的既判力之争

(一)《溯及力解释》第 4 条第 1 款遗留的生效裁判文书的效力之谜

从 2024 年 6 月 29 日至 2024 年 12 月 24 日,《溯及力解释》第 4 条第 1 款仅存活了 178 天。不过,该条款在这半年之内硕果累累。各地法院根据新《公司法》第 88 条第 1 款,审结甚至执行了大量的历史股东责任案件。据笔者对 Alpha 案例库的检索统计,截至 2024 年 12 月 30 日,各级法院援引新《公司法》第 88 条第 1 款裁判的案件共有 129 件。

对于这些案件究竟应如何处置,法工委《关于 2024 年备案审查工作情况的报告》与《无溯及力批复》都讳莫如深。若一概摧毁此类案件的既判力,债权人依据此类案件的裁判文书从历史股东获得的赔偿必须按照执行回转程序,完璧归赵。若一概维护此类案件的既判力,则又会引发历史股东群体内部的心理失衡:案件裁判程序高效的历史股东竟然不如案件裁判程序缓慢的历史股东更幸运。因此,《溯及力解释》影响下的裁判文书的既判力问题不容回避。

(二)《溯及力解释》视角下的溯及力与既判力之争

生效裁判文书的既判力优位规则不简单等同于新法不溯及既往原则。为落实新法不溯及既往原则,《溯及力解释》第 7 条明确了衍生性的既判力优位规则,强调裁判文书既判力优于新法溯及力:公司法施行前已终审的民事案件当事人申请再审或法院决定再审的,适用当时的法律、司法解释。因此,新《公司法》的有限溯及力仅限于 2024 年 7 月 1 日以后法院受理的一审与二审案件;而当事人申请再审、检察院抗诉与法院决定再审的案件不在此限。在 2024 年 7 月 1 日以前已终审的民事案件既已尘埃落定,就不宜朝令夕改。既判力优位规则有助于维护生效裁判文书的既判力、确定力与权威性,节约司法资源,增强司法公信,确保案结事了,鼓励两造服判息诉,促其尽快重返正常的民商生活,遏制滥诉缠讼。

(三)《溯及力解释》第 4 条第 1 款遗留的生效裁判文书的特殊性

既判力受尊重的传统裁判文书通常依据旧法而作出。而《溯及力解释》第 4 条第 1 款催生的生效裁判文书乃依据本来缺乏溯及力的新法而作出,无法直接套用《溯及力解释》第 7 条。接踵而来的疑问是:《溯及力解释》第 4 条第 1 款遗留的生效裁判文书是否具有既判力?若有既判力,能否不受《无溯及力批复》的影响?

若确认《溯及力解释》第 4 条第 1 款遗留的生效裁判文书的既判力优位,似乎顺理成章。理由有三:其一,既然《溯及力解释》第 4 条第 1 款确认新《公司法》第 88 条第 1 款的溯及力,法官援引新《公司法》第 88 条第 1 款作为裁判依据,无咎可责。其二,既然法官援引新法并无过错,胜诉人更有理由相信《溯及力解释》第 4 条第

1款的正当性与合法性。其三,若《溯及力解释》第4条第1款催生的生效裁判文书已被履行完毕,执行法院要让债权人执行回转、物归原主,有可能诱发债权人尤其是弱势群体(如消费者或农民工)的不理性抵制与社会戾气的蔓延。

若否认《溯及力解释》第4条第1款遗留的生效裁判文书的既判力,也能逻辑自洽。理由有四:其一,法官援引新《公司法》第88条第1款作为裁判依据的前提是《溯及力解释》第4条第1款合法有效。皮之不存,毛将焉附?既然《无溯及力批复》承认新《公司法》第88条第1款无溯及力,附属于新《公司法》第88条第1款的生效裁判文书的既判力也就成为无源之水、无本之木。其二,否认既判力,有助于确保历史股东之间的地位平等原则,消除历史股东内部因运气不同而苦乐不均。其三,否认既判力,有助于彻底捍卫新法不溯及既往原则,稳定历史股东与债权人基于股权转让之时旧法环境的合理预期。其四,否认既判力,有助于彻底清除《溯及力解释》第4条第1款的影响,体现实事求是、有错必纠的原则。

既然两种解释的正当性平分秋色,最高人民法院的态度就变得举足轻重。经查,《无溯及力批复》指出,“本批复公布施行后,最高人民法院以前发布的司法解释与本批复规定不一致的,不再适用”。其中,“不再适用”言近旨远,耐人寻味。从文义解释看,“不再适用”一语双关:一是坦承《溯及力解释》第4条第1款曾适用过;二是承诺在将来不再继续适用《溯及力解释》第4条第1款。至于如何看待与处理《溯及力解释》第4条第1款曾催生的裁判文书的既判力,《无溯及力批复》仍有“犹抱琵琶半遮面”的含蓄之美:既不愿正面否认既判力,也不愿正面确认既判力。

(四)不偏不倚的中庸之道

鉴于《溯及力解释》不但具备司法解释的形式要件,而且剔除第4条第1款之后的其他内容尚未受到立法者的质疑与挑战;鉴于法工委与最高人民法院对《溯及力解释》第4条第1款遗留的生效裁判文书的既判力均语焉不详;鉴于《溯及力解释》第4条第1款虽曾过度解读《立法法》第104条规定的有利溯及规则,但初心纯正;鉴于各级法院援引《溯及力解释》第4条第1款判案时无咎可责;鉴于该条款存续半年之久方被叫停,债权人从中受益也非无功受禄的不当得利;鉴于司法解释质量缺陷引发的风险不宜不分是非、不明善恶地一概由历史股东或债权人承担,为统一纠错标准、最大限度地践行个案正义和降低纠错成本,笔者认为,对《溯及力解释》第4条第1款催生的裁判文书的既判力不应全盘否定,也不宜一概维持,而应采取原则与例外相结合的中庸之策。

中庸之策又有两个方案可资选择:一是原则上承认各类裁判文书的既判力,但债权人不是适格善意相对人的除外;二是原则上推翻各类裁判文书的既判力,但历史股东恶意出让未届出资期限股权的除外。两利相权取其重,两弊相衡取其轻。为尽量节约法院与各方当事人的稀缺资源、尽量减少对裁判秩序的不必要颠覆,笔者青睐第一个方案。

尊重为原则、否定为例外的规则意味着,原则上应确认与尊重《溯及力解释》第4条第1款曾催生的裁判文书的既判力。历史股东若认为其与后手签署的股权转让协议已豁免其出资责任,其在对债权人担责后可依约向后手求偿。但若历史股东能举证证明胜诉债权人获得清偿的债权发生于其股权转让之后,且债权人在债权创设之时明知或应知股权转让协议豁免历史股东出资责任的约定,则既判力应予否认。既然历史股东、现股东与债权人存在三方合意,被判令对债权人担责的历史股东就有权申请终审法院予以撤销。例外规则的正当性依据有二:一是新法不溯及既往原则;二是私法自治(意思自治)原则。例外规则的上述两项门槛不低,因而适用范围较为有限。

当然,否定为原则、尊重为例外的规则也并非必然是弊大于利的次优方案。在理论上,该方案确实会激励全体历史股东鸣冤叫屈、徒增全盘“翻烧饼”的讼累。但在司法实践中,慑于恶意出让未届出资期限股权的例外规则,历史股东也不会轻易启动再审程序。毕竟,各级法院在旧《公司法》时代探索了实体法与程序法框架下的法律规则,也积累了识别历史股东主观恶意的经验法则。这些“测谎器”法宝具有激浊扬清的震慑作用,且操作成本透明可控。

因此,究竟是应选择尊重为原则、否定为例外的纠错模式,抑或原则上否定为原则、尊重为例外的规则,实

则取决于历史股东与债权人的理性博弈,而非法院的积极干预。

(五) 仲裁机构裁决的既判力

仲裁程序一裁终局,且无审判监督程序。尊重与维护裁决书的既判力,有助于增强仲裁公信。但因新《公司法》未提及仲裁机构,《溯及力解释》第7条亦步亦趋地仅提及法院。仲裁机构非属法院系列,但裁决书经常援引司法解释作为裁判依据。此外,二者和而不同,存在竞争伙伴关系。一方面,法院是仲裁机构的程序监督机构与裁决执行机构;另一方面,法院与仲裁机构对商事纠纷的案源存在竞争关系。

为推动法院与仲裁机构实现同案同判、类案类判,就《溯及力解释》第4条第1款曾催生的仲裁裁决书而言,既判力优位规则应准用于当事人申请法院撤销仲裁裁决或裁定不予执行裁决的情形。

三、历史股东与债权人的权利之争

(一) 历史股东与债权人的利益冲突与权利顺位

股东与债权人都是新《公司法》第1条立法宗旨列举的、应予保护的公司核心利益相关者,堪称一对和而不同的欢喜冤家。如果说2013年《公司法》淋漓尽致地体现了股东友好型理念,2023年《公司法》则向被冷落的债权人适度倾斜,体现了债权人与股东包容性友好型的理念。^①

其一,股东与债权人都是与公司命运息息相关的核心利益相关者。国际通行的会计恒等式为“资产=负债+股东权益”。其中,“资产”代表公司法人产权;“负债”代表债权人对公司的债权;“股东权益”代表股东对公司的股权,包括实缴资本、资本公积、盈余公积与未分配利润。财政部2014年版《企业会计准则——基本准则》第26条将股东权益界定为“企业资产扣除负债后由所有者享有的剩余权益”。《企业会计准则第30号——财务报表列报》第29条要求资产负债表列示资产总计项目、负债和股东权益总计项目。因此,若公司经营成功、盈利甚丰,债权人的债权可以获得及时足额清偿,股东分红也会盘满钵满。若公司经营失败、破产关门,债权人只能排队打折受偿,股东更是颗粒无收。

其二,股东与债权人都是公司资本的贡献者。其中,股东提供股权资本,而债权人提供债权资本。至于股权资本与债权资本的具体比例,则取决于公司自治以及债权人与股东之间的实力博弈。中国各产业的资产负债率普遍较高。2021年末,中国规模以上工业企业资产负债率为56.1%。^②2022年末,该指标上升为56.6%。^③2023年末,该指标又上升为57.1%。^④就所有制类型看,国企的资产负债率普遍高于民企。例如,2023年末,国企资产负债率为64.6%。^⑤其原因是,民营企业普遍面临融资难、融资贵、融资慢的窘境,而国企在国家信用的背书护佑之下融资滚滚,左右逢源。然而,资产负债率越高,公司违约风险愈高,债权人愈危。

其三,股东与债权人通常处于不对等的博弈地位。债权人可请求债务人履行特定给付,若无特别约定,无权介入债务人的经营管理。契约之债的债权人在缔约之前既可开展充分的尽职调查,也可索要担保手段,甚至约定债权人对债务人公司特定决策事项(如额外的对外融资、改变借款资金用途)的否决权以及加速还款条款。即便如此,一旦债权人向公司授信,债权人的资产就变为公司的法人资产,纳入股东尤其是控制股东、实际控制人的支配范围,债权人无权置喙公司的资产处置行为,也无权问鼎公司的控制权。至于遭受飞来横祸的侵权之债的债权人更加不幸,因其无缘事先的知情权、谈判权、选择权、公平交易权与担保权等附属权利。相比之下,股东兼有自益权与共益权。基于剩余索取权人的地位,股东享有对公司的终极控制权。而股东中心主义价值观与股东会中心主义治理体系为股东的终极职权提供了法理依据与制度加持。

因此,股东与债权人既是合作伙伴,也是竞争对手。信息的严重不对称、股东有限责任的恶意滥用、注册资本认缴制的规则漏洞、股东与债权人不对称的零和游戏、高杠杆融资模式、崇尚外延扩张的潜规则与商业诚

①刘俊海:《债权人友好型〈公司法〉理念和制度重塑》,《国家检察官学院学报》2022年第3期。

②国家统计局:《中华人民共和国2021年国民经济和社会发展统计公报》,《光明日报》2022年2月28日。

③国家统计局:《中华人民共和国2022年国民经济和社会发展统计公报》,《光明日报》2023年3月1日。

④国家统计局:《中华人民共和国2023年国民经济和社会发展统计公报》,《光明日报》2024年3月1日。

⑤鲁元珍:《2023年国有企业利润总额同比增长7.4%》,《光明日报》2024年1月30日。

信自律机制的失灵决定了,债权人很容易沦为弱者。因此,公司法面临的主要矛盾之一就是股东与债权人在争夺公司有限资源方面的利益冲突。而历史股东虽已退出公司舞台,但继承其衣钵的现股东若无法履行历史股东承诺、现股东背书的出资义务,则债权人仍会锁定历史股东的出资责任。打造股东与债权人之间各行其道、各得其所、同舟共济的利益共同体,才是准确解释与适用新《公司法》第88条第1款乃至历史股东出资责任制度整体的最高价值追求。

(二) 注册资本认缴制项下股东出资责任期限利益的有限性

在股东与债权人的权利冲突中,尤以特殊股东(历史股东、名义股东与隐名股东、瑕疵出资股东、出资加速到期股东)与债权人之间的对抗为甚。

就2014年1月1日至2024年7月1日之间成立的存量公司而言,多数股东虽已认缴注册资本,但实缴出资的期限利益往往长达数十年。这些存量公司遗留的认缴制历史难题构成了债权人在公司退出时的重大隐患。不过,股东在注册资本认缴制项下享有的出资责任期限利益并非是绝对的,而是相对的。因为旧《公司法》框架下的《九民纪要》与新《公司法》第54条都确立了加速到期规则,只不过规则细节不同而已。即使抛开新《公司法》第88条第1款与第54条暂且不论,债权人仍可从旧《公司法》时代的法律资源中挖掘出历史股东出资责任加速到期的法律根据与法理依据。

加速到期规则既有实定法上的合法性,也有自然法上的正当性,因为期限利益是附解除条件的期限利益。股东若要同时享受股东有限责任特权与出资期限利益,则必须向公司全体利益相关者(包括不特定债权人与潜在交易伙伴)作出默示承诺、履行两项不可或缺的义务:一是在章程所载出资期限届满时及时足额实缴出资;二是保证公司在股东实缴出资之前始终具备偿债能力,保持可持续经营发展的健康状态。认缴出资股东若持续享受期限利益,则必须以同时满足前述两项默示承诺为前提。股东期限利益与公司可持续经营能力如影随形。公司偿债能力是本,股东期限利益是末。倘若公司在股东实缴出资前有足够的资源与信用支撑公司的正常运营与偿债能力,债权人则无须击穿股东期限利益、激活股东出资加速到期机制。一旦公司丧失可持续经营能力,股东期限利益赖以存在的法律基础将不复存在,期限利益即土崩瓦解,出资义务将加速到来。股东违反承诺之时乃股东期限利益的解除条件成就之时,亦系股东期限利益终止之时、实缴出资义务自动提前触发之时。^①

(三) 股债两分、先债后股的法律理念

全球现代公司法普遍确立了基于股东剩余索取权的股债两分原则。剩余索取权意味着,公司在清偿债务后的剩余经营成果都归属股东,但同时承担公司亏损的也是股东。^②

在内部关系中,股权平等,债权平等。债权平等具有两层含义:一是从正面要求类别与顺序相同的债权人群体内部的平等待遇;二是从反面禁止不同类别与顺序的债权人群体内部的恣意而为的歧视性待遇,包括但不限于有担保债权人对无担保债权人、内部债权人对外部债权人的恃强凌弱、违背公序良俗的行为。另外,“股权礼让债权”不能被简单地解释为“股东礼让债权人”。股东也可对公司提供授信或担保,兼具股东与债权人双重角色。但是,只有债权层面的分红权才能作为债权申报。

在外部关系中,内外有序,先人后己。股东劣后于债权人分享股利,率先承受风险。在债权与股权的义务人均指向同一公司时,债权优于股权。在债权人足额受偿之前,股东不得染指公司财产。股东虽为债权人,倘若未对公司足额履行出资义务,既无资格与外部债权人一道平等受偿,也无权就其未出资的部分股权享受分红权与表决权。为避免股东作为内部人与外部债权人“抢跑道”的道德风险,股东不得主张其股权出资义务与对公司债权的抵销。为清除PE/VC与目标公司对赌之债滋生蔓延的潜规则,法院应确认该对赌条款无效。^③为夯实公司资本信用,应确立以债权平等为原则、股东债权居次为例外的折中主义规则。为遏制公司集团丢

^①刘俊海:《论注册资本认缴制的兴利除弊:兼论期限利益与交易安全的动态平衡》,《学术论坛》2024年第1期。

^②William W. Bratton, *Corporate Finance Cases and Materials*, 8th Edition, Foundation Press, p.717.

^③刘俊海:《目标公司对赌条款无效的法理证成》,《河北法学》2022年第4期。

车保帅的道德风险,建议立法者确认“执转破”的可逆性,规定“破转执”的法律制度。建议对滥用公司集团的关联关系而实施的“假破产、真逃债”案件,应一律推行公司集团实质合并破产。合并揭开公司集团面纱规则也适用于股权资本显著不足的公司家族。^①

(四)瑕疵出资的历史股东对债权人的赔偿责任

公司资本信用主要取决于股东出资义务的履行状况。因此,出资瑕疵会导致股东对债权人的赔偿责任。狭义的出资瑕疵特指注册资本实缴制框架下的股东出资的迟延、不足额与不适当。广义的出资瑕疵还包括注册资本实缴制框架下的股东拒绝或怠于履行加速出资义务的情形,包括在未届出资期限之前出让股权的历史股东的出资责任。

公司债权人对瑕疵出资股东主张代位权,请求其承担补充清偿责任系债权人代位权在公司法领域的延伸。公司债权人对瑕疵出资股东的代位权与瑕疵出资股东对公司债权人的补充清偿责任是一枚硬币的正反两面,是横跨债权保全制度与公司资本制度的交叉性法律规范。^② 不管公司章程所载实缴出资期限如何,一旦公司陷入经营困局、拒绝或怠于及时清偿到期债务,股东就违反了保证公司可持续发展的承诺,债权人即可对其主张代位权。

在股权代持的场合,对瑕疵出资责任人的识别较为复杂。既要甄别历史股东与现股东,也要区分名义股东与隐名股东,更要辨识前名义瑕疵出资股东与前隐名瑕疵出资股东。这里仅以纯粹的名义股东、隐名股东与债权人之间立体多元的三角权利冲突为例予以说明。笔者一直力主“别内外,论阴阳,分善恶,讲先后,重担保,防双悬”的理念。^③ “别内外”强调,区分隐名股东与名义股东间的内部法律关系,以及两类特殊股东与债权人之间的外部法律关系。“论阴阳”强调,区分代持股权是否已通过登记、备案、国家企业信用信息公示系统(国家企信网)公示或者个别通知等方式,获得公示公信效力。若代持关系已被披露或公示,即使隐名股东的姓名或名称未予登记,名义股东的债权人对名义股东行权时也不能请求执行代持股权。“分善恶”强调,债权人对债务人代持股权事实究系恶意明知、重大过失、轻微过失,抑或无过失。“讲先后”强调,在债务人公司进入破产程序之前,仅使用该先来后到的个别清偿规则,不适用平等保护全体债权人的入库规则。“重担保”强调,有担保债权人优先于无担保债权人。“防双悬”强调,无论法律规则如何解释与适用,都要避免名义股东的债权人或隐名股东的债权人的债权被恶意双双规避或悬空的道德风险。

(五)历史股东与债权人在庭外博弈的法治化

智慧在市场,疾苦在苍生。近年来,立法者问计于民,开通了立法意见征集系统,立法质量得到明显提升。但由于信息不对称、专业不熟悉与搭便车心理等原因,公众参与立法的理性冷漠现象依然存在。^④ 难怪对游戏规则的批评有时发生在立法出台以后,而非法律或司法解释出台前的民意征集与审议阶段。公众理性冷漠是原因之一,但起草者对立法争议焦点与潜在风险的信息披露不足也是关键原因。就新《公司法》第88条第1款而言,社会各界已有共识。但就《溯及力解释》第4条第1款而言,由于制定者似乎并未事先公布草案征求意见,历史股东向立法者投诉反映也在情理之中。

个案中的理性博弈通常应在裁判程序之内的质证、辩论、上诉或申诉阶段完成。若最终救济在诉讼程序之外寻找,只能意味着裁判程序也有失灵之时。针对新《公司法》第88条第1款的溯及力与《溯及力解释》第4条第1款的效力之争,历史股东与债权人的博弈显然已从法庭延伸到法庭外的立法者。这不能怪罪于历史股东,因为新《公司法》第88条第1款确无溯及力,诉讼程序自身也难以自我纠偏。更何况,历史股东吁请立法者纠正司法解释时发挥了吹哨人的积极角色,理应为之点赞。

历史股东集体既推动省级法院向最高人民法院请示《溯及力解释》第4条第1款的效力,也呈请法工委对《溯及力解释》第4条第1款的效力予以合法性审查,体现了自益权与公益权的同频共振,体现了自转与公转

^①刘俊海:《论合并揭开公司集团面纱制度:治理失灵时的债权人保护机制》,《法学杂志》2024年第4期。

^②刘俊海:《论公司债权人对瑕疵出资股东的代位权——兼评〈公司法〉(修订草案二审稿)》,《中国应用法学》2023年第1期。

^③刘俊海:《代持股权作为执行标的时隐名股东的异议权研究》,《天津法学》2019年第3期。

^④刘俊海:《新〈公司法〉的设计理念与框架建议》,《法学杂志》2021年第2期。

的内在统一。在理想、完美的法治社会,利益相关者有权在立法(含司法解释等)与诉讼程序(含仲裁程序)等平台上开展公开透明、理性有序的博弈。因为,法乃公器(公共产品)。

四、新旧《公司法》围绕历史股东出资责任的制度设计之争

(一)旧《公司法》框架下救济手段的多元化

即使在旧《公司法》时代,历史股东未实缴出资并非没有后果。只不过,旧《公司法》规范具有碎片化与多元化特征而已。据不完全统计,追究历史股东出资责任的司法路径至少存在以下五种模式。

其一,有些判例类推适用最高人民法院《关于民事执行中变更、追加当事人若干问题的规定》(以下简称《执行规定》)。若被执行公司财产不足以偿债,申请执行人可申请变更、追加未缴纳或未足额缴纳出资的股东或对该出资承担连带责任的发起人为被执行人,在尚未缴纳出资的范围内依法承担责任(第17条)。若被执行公司财产不足以偿债,股东未依法履行出资义务即转让股权,申请执行人亦可申请变更、追加该原股东或对该出资承担连带责任的发起人为被执行人担责(第19条)。区别在于,第17条锁定尚未出让股权的瑕疵出资股东(现股东),后者锁定已出让股权的瑕疵出资股东(历史股东)。有判例同时援引第17条与第19条,将未实缴出资的历史股东解释为瑕疵出资股东,允许公司债权人申请追加其为被执行人。^①也有判例仅援引第19条。^②依限缩解释,未届认缴出资期限即转让股权的股东,不简单等同于未依法履行出资义务即转让股权的股东。若出资义务未加速到期,股东仍享期限利益。依扩张解释,“未依法履行出资义务”也可以扩张解释为包括“未依法履行出资加速到期义务”。裁判者若援引该条规定保护债权人,只能对其作扩张解释。

其二,有些判例类推适用《公司法解释(三)》的裁判思路。瑕疵出资股东对公司债权人负有补充清偿责任,公司债权人对瑕疵出资股东享有代位权(第13条第2款)。公司债权人可请求未履行或未全面履行出资义务即转让股权的转让人与非善意受让人对其代位权承担连带责任(第18条第2款)。有判例认为,鉴于历史股东无充足证据证明其已履行出资义务,也无证据证明受让人知晓其未履行出资,股东在章定实缴出资期限届满前有权转让股权,但公司有权从出让方或受让方中择一主张履行出资义务。^③后手在担责后有权依约定向前手追偿。也有判例同时援引《执行规定》与《公司法解释(三)》追加原股东为被执行人。^④

其三,有些判例援引《民法典》第146条规定的通谋虚伪意思表示无效制度。据此,有限公司股东滥用注册资本认缴制,与他人通谋、虚假转让股权从而转移出资义务的行为无效。^⑤有法院认为,案涉股权转让系恶意利用认缴制出资期限利益逃避债务的行为,当事人的真实意思并非转让股权,属通谋虚伪的法律行为,应认定无效;并援引原《民法总则》第146条第1款、2013年《公司法》第3条与第177条及《公司法解释(三)》第13条第2款,判令历史股东各自在认缴注册资本范围内对公司债务不能清偿部分向债权人承担补充赔偿责任,新股东(受让人)在受让股权对应的注册资本范围内对上述债务承担补充赔偿责任。^⑥

其四,有些判例援引《民法典》第154条规定的恶意串通行为无效制度。申言之,股东为逃避债务,与他人恶意串通转让未届出资期限股权、严重损害债权人利益的行为无效。某判例认为,在公司债权债务纠纷案件尚在审理的情况下,历史股东出让尚有注册资本未实缴的股权,属恶意逃债,严重损害公司债权人的权益,确认此股权转让协议无效,判令恢复股权登记。^⑦

其五,有些判例援引《民法典》第132条禁止权利滥用条款,确认未实缴出资股东在出资期限届满前恶意转让股权的行为构成侵权行为。《公司法》第21条亦禁止股东滥用权利损害公司、其他股东或债权人的利益。

①参见北京市大兴区人民法院(2021)京0115民初17168号民事判决书;北京市第二中级人民法院(2022)京02民终9240号判决书。

②参见河南省宜阳县人民法院(2021)豫0327执异47号裁定书;河南省宜阳县人民法院(2021)豫0327民初2673号民事判决书;安徽省宿州市中级人民法院(2021)皖13民初167号民事判决书;安徽省高级人民法院(2022)皖民终68号民事判决书。

③参见河北省石家庄市中级人民法院(2018)冀01民终3970号民事判决书。

④参见新疆维吾尔自治区高级人民法院(2022)新民终30号民事判决书。

⑤李志刚:《认缴资本制语境下的股权转让与出资责任》,《人民司法(应用)》2017年第13期。

⑥参见浙江省慈溪市人民法院(2020)浙0282民初7108号民事判决书;浙江省宁波市中级人民法院(2020)浙02民终5716号民事判决书。

⑦参见厦门市思明区人民法院(2020)闽0203民初1699号民事判决书;厦门市中级人民法院(2021)闽02民终651号民事判决书。

据此,股东为逃避出资加速到期义务、损害公司及其债权人的利益,故意设置不合理过长实缴出资期限并在出资期限届满前向明显缺乏出资能力的人恶意转让股权的行为是权利滥用行为,转让双方狼狈为奸,已构成侵权行为,故应承担共同侵权责任。

(二)旧《公司法》框架下救济手段的利弊权衡

尺有所短,寸有所长。将《执行规定》中的瑕疵出资股东责任准用于已认缴尚未实缴出资的历史股东,有助于执行法院以迅雷不及掩耳之势,快速保全与执行历史股东的责任财产,遏制其金蝉脱壳的隐患,有助于高效保护债权人。但缺憾是重结果、轻程序,重效率、轻公平,重快捷、轻安全。为兼顾实体正义与程序正义,宜将出资加速到期股东的责任脱离应急性执行追加程序,回归常态化裁判程序。

与准用《执行规定》的思路相比,适用《公司法解释(三)》有助于充分均等保护债权人与瑕疵出资股东及后手的程序权利与期限利益,达至平衡交易安全与股东有限责任的价值目标。而且,无论援引《执行规定》,抑或援引《公司法解释(三)》,均未限制股权转让自由,均未否定股权转让协议的效力,也都不拷问历史股东出让股权时的主观过失,亦属于对契约自由与市场机制伤害最小的“微创手术”。

将恶意股权转让解释为无效的通谋虚伪意思表示,有助于通过实质穿透的裁判思维,遏制未实缴出资股东在出资期限届满前恶意转让股权的道德风险。但该路径的缺憾是,减损有余而增益不足,难以创设转让双方对公司债权人的赔偿责任。其理由有三:其一,虚假意思表示背后是否存在相悖意思表示的事实不易查明。为查明该事实,法官必须激活举证责任分配规则,主动调取证据,关注证据链,进而形成自由心证。其二,即使虚假意思表示无效,被掩盖的行为未必无效。若有效,仍应获得尊重与保护。例如,基于借款的股权让与担保就应受尊重。其三,即使股权转让无效,法律关系也只能恢复到缔约前的初始状态。出资义务加速到期的股东固然对债权人承担补充清偿责任,但公司债权人无法问责受让方。受让方既然不受无效股权转让合同拘束,就无由继受出资加速到期义务。恰因通谋虚伪意思表示制度无力同时破解出资加速到期与股权转让难题,有些法院为追究股权受让方对公司债权人的连带责任,同时援引第三人恶意加害债权的侵权责任理论追究转让双方对出资加速到期的连带责任。^①但如此一来,受让方担责的制度基础就悄然演变为侵权制度。

将恶意股权转让解释为损害他人利益的恶意串通行为,有助于否定股权转让的有效性,但这并非是公司债权人的核心利益诉求。而《民法典》第157条仅要求民事法律行为无效的过错方赔偿无过错方所受损失,但不苛求其对第三人(公司的债权人)担责。因此,恶意串通行为无效的裁判思维的射程有限。

基于权利滥用的侵权制度也有助于釜底抽薪,否定股权转让效力,夯实认缴出资股东的出资加速到期义务,全面惠及公司及其债权人。若转让双方不存在恶意合谋,公司的债权人要追责受让人,也鞭长莫及。若转让双方存在恶意合谋,公司的债权人就有权将受让人一网打尽。

综上,旧《公司法》框架下保护公司债权人的工具箱里琳琅满目,但不同制度工具的构成要件、适用范围、功能与禁忌皆有所不同。基于不告不理、尊重自治的原则,法官在面临债权人选择的不同诉讼策略时,只能在斟酌个案事实的基础上精准识别法律关系的性质,审慎行使自由裁量权。工具箱的丰富性令人喜忧参半,因为同案不同判的概率也会如影随形。公司债权人追责历史股东时可以在综合研究不同请求权基础与可获得证据资源的基础上,理性确定诉讼目标与诉请范围,合理选择适当的诉讼策略。

(三)终结旧《公司法》框架下救济手段碎片化的艰难求索

鉴于旧《公司法》框架下的多元化救济手段并非直接源于《公司法》自身的制度设计,而源于两个间接性的法律渊源:一是最高人民法院修补旧《公司法》漏洞的司法解释;二是《民法典》《民法总则》与《合同法》的一般性、广谱性规则。前者较为精准,但因受制于“司法解释只能释法,无权造法”的局限性,难以有所作为。后者的立法阶位虽高,但其制度设计难以做到量体裁衣式的个性化设计。因此,治本之策是鼎新革旧,终结旧《公司法》的制度碎片化,拥抱新《公司法》的制度体系化。

为保持未实缴出资股东出资责任的一致性、兼顾股权转让自由与外部交易安全,笔者曾建议新《公司法》

^①最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组:《中华人民共和国民法典侵权责任编理解与适用》,北京:人民法院出版社,2020年,第17页。

第88条第1款参酌该条第2款与《公司法解释(三)》第18条第2款,明确责任配置规则如下:“股东转让已认缴出资但未届缴资期限的股权的,由受让人承担缴纳该出资的义务;公司不能清偿到期债务的,公司或者已到期债权的债权人有权要求已认缴出资但未届缴资期限的股东提前缴纳出资;受让人知道或者应当知道存在上述情形的,在出资不足的范围内与该股东承担连带责任。”^①

最终出台的新《公司法》第88条第1款虽未采纳笔者的建议,但仍独具魅力。其一,受让人(后手)是履行出资义务的首要主体(第一责任人),历史股东(前手)是兜底责任人(一般保证人)。因此,新《公司法》并未加重历史股东的责任。其二,后手的第一责任与历史股东的兜底责任均不以主观过错为前提。而旧《公司法》时代的有些救济手段(通谋虚伪行为无效、恶意串通行为无效、禁止权利滥用与侵权行为等制度)以历史股东存在恶意为前提。其三,受让人的出资责任既然挺在前面,也就没有动力受让未届出资期限的二手股权。即使原始股东有动力出售股权,受让人也无意问津。其四,与旧《公司法》时代的碎片化救济手段相比,新《公司法》第88条第1款简便易行,有助于统一裁判,提升新旧股东与债权人的制度预期。这也是《溯及力解释》第4条第1款迫不及待地赋予其溯及力的主要原因。其五,新旧《公司法》虽有制度差异,但都对历史股东见利忘义、损人利己的道德风险持零容忍态度。即使《无溯及力批复》否定了新《公司法》第88条第1款的溯及力,失信历史股东仍难以摆脱旧《公司法》框架下来自公司债权人的责任追究。

关于新《公司法》第88条第1款,仍可予以细化解。新老划断原则在社会转型或新旧法律衔接期间通常被视为天经地义。以股权变动节点为准,法官较易确定公司的新旧债务。股权转让前形成的公司旧债由老股东在未实缴出资范围内负责清偿,股权转让后形成的公司新债由新股东在未实缴出资范围内负责清偿。由于股权变动具有公示公信效力,新老划断具有稳定性与可预期性。股权转让双方内部可以特别约定,老股东不承担老债务,只承担新债务;新股东不承担新债务,只承担老债务;甚至新旧股东均不对新旧债务担责。但此种约定不能对抗善意相对人。另外,关于新老债务划分,也有一刀切之嫌,并非尽善尽美。例如,历史股东在持股期间侵占或挪用公司资金的行为就会弱化公司在股权转让之后的偿债能力。结果,新债务貌似发生于股权转让之后,但公司偿债能力的弱化实源于历史股东的过错。对此,立法者与裁判者不可不察。

(四) 穿越新旧《公司法》时空的经验法则

美国联邦最高法院大法官霍尔姆斯(Oliver Wendell Holmes)在1880年11月23日的演讲中曾感喟:“法律的生命从来都不是逻辑,而是经验。人们在特定时代共同感受的需求、主流的道德与政治理论、公开宣示或无意识的公共政策直觉,甚至法官们与其同胞共有的偏见,在确定人民治理规则方面都比三段论更有作为。法律之中蕴含着—个国家在千百年发展历程中发生的故事,因而绝不能将法律曲解为一本仅包含公理和推论的数学书。”^②此言信夫!

历史股东恶意转让未实缴出资股权,时常会有不符合常人思维、诚信原则与交易惯例的诸多诡异因素。一是转让人往往是认缴出资金额较高的控制股东,且在未实缴或实质性实缴出资的情况下出让所持全部股权。二是股权转让合同往往签署于公司涉讼期间,包括法院强制执行之前的敏感期。也有些转股合同签署于公司债权人以非诉方式主张债权时。三是受让人往往年高体弱,退休多年,不适于被强制执行。四是受让人既缺乏公司治理与经营的才干,也不真正管理公司,致使公司难以持续经营。五是前后手往往存在具有互信元素的特殊身份或利益关系(如父子、翁婿、司机、秘书等)。六是出让股东往往在股权转让后另起炉灶,重新开展同业竞争。七是转股对价显著不合理。有些合同未约定对价或对价显著不合理;有些约定对价虽合理,但受让人并未实际支付。诡异的是,买主不向卖主支付股权转让款,卖主反倒向买主支付感谢费。八是受让人普遍缺乏实缴出资能力,要么缺乏稳定收入来源,要么缺乏资本原始积累。他们既未向受让人支付对价,也未向目标公司履行出资义务(含出资加速到期义务)。九是出让人承诺出资期限过长,动辄长达半世纪。十是有些历史股东怂恿新股东在受让股权后通过不当减少注册资本的方式限制新旧股东的出资责任风险。不当

^①刘俊海:《恶意转让未届出资期限股权的民事责任认定:解释论与立法论的双重维度》。

^②Oliver Wendell Holmes, Jr., The Common Law, 1881, p.1. <https://www.gutenberg.org/files/2449/2449-h/2449-h.htm>.

减资行为往往侵害公司债权人的知情权、异议权、到期债务清偿请求权与未到期债务担保请求权。

鉴于法律是经验之学,经验法则在旧《公司法》时代屡试不爽,其在新《公司法》时代也会历久弥新。

五、新《公司法》的有利溯及与不利溯及之争

(一)《立法法》第104条但书条款的微言大义

《立法法》第104条的精髓有二:一是新法不溯及既往的基本原则;二是私权友好型新法溯及既往的例外规则。二者相辅相成,缺一不可。

《立法法》第104条中的但书条款“但为了更好地保护公民、法人和其他组织的权利和利益而作的特别规定除外”,堪称要言不烦的经典范例。从价值观角度看,保护民众权利符合政治正确、法治正确与道德正确的基本要求,不会存在任何争议。但从方法论角度看,其在公法领域与私法领域的操作难度存在天壤之别。

就公法争论而论,两造泾渭分明,官与民分坐大堂两侧。基于保护弱势群体的实质平等原则以及约束公权、保护私权的良法善治理念,对私权有利的新法溯及力的法律效果、社会效果与政治效果很容易出现三位一体的高度融合。例如,基于罪刑法定、无罪推定与疑罪从无的原则,《刑法》第12条确立的从旧兼从轻原则很少受到非议。基于法治政府理念,《行政处罚法》第37条亦确认从旧兼从轻原则,旨在落实法定职责必须为、法无授权不可为、授权不明不宜为、违法作为必问责的职权法定要求。

但就私法(民商法)争论而论,两造均为民商事主体,没有公权力主体。即使国有公司涉讼,也是私权主体;即使国家机关参与民商事关系,也是民事主体中的法人。如此,既然权利冲突方没有公权力,两造均为民商事主体。若新法规则对部分公民、法人和其他组织有利,而对其余公民、法人和其他组织不利,执法者再简单地祭出“有利溯及”的法理旗帜,就会显得苍白无力。其理由有四:其一,任何公民、法人和其他组织都有权坚信自己是当家作主且受法律保护的人民群众。其二,法律面前人人平等的法治观念早已深入人心。其三,司法解释若选边站队,恣意选定权利冲突中的一方当事人为新法溯及力的受益者,则涉嫌构成厚此薄彼、看客下菜的司法专横甚至腐败行为。其四,无论新法有利溯及规则仅惠及哪些民事主体,只要部分民事主体因此而受损,有利溯及就有沦为“不利溯及”或“有害溯及”之讥,与良法善治背道而驰。

保护私权、限制公权已有社会共识。但私权群体内部并非铁板一块。鉴于私法领域的新法有利溯及规则操作难度大,鉴于公司法中的利益相关者群体复杂多元,《溯及力解释》第4条第1款的推出与执行不可能一帆风顺,而注定是一次在悬崖峭壁的刀尖之上表演芭蕾的冒险之旅。

(二)《溯及力解释》对《立法法》有利溯及规则的粗放化解读

在被记者问及有利溯及规则与实质性修改、新增规定、具体细化规定之间的关系时,最高人民法院民二庭负责人有三点回答:(1)《立法法》第104条规定的法不溯及既往例外被称为有利溯及;(2)《溯及力解释》为体现公司法的特性,以《公司法》第1条“更有利于实现公司法立法目的”为有利溯及的判断标准,即“更有利于规范公司的组织和行为,保护公司、股东、职工和债权人的合法权益,完善中国特色现代企业制度,弘扬企业家精神,维护社会经济秩序,促进社会主义市场经济的发展”;(3)《溯及力解释》在梳理公司法条文后,根据修订情况,将条文区分为实质性修改、新增规定和具体细化规定,是否溯及适用均需以有利溯及作为判断标准。^①

司法解释虽围绕立法而展开,但仍属司法权范畴。司法解释无权为民商事主体制定行为规则,仅能为法官制定裁判规则。恰因司法权不能染指立法权,且不能借口司法解释而曲解、悬空或否定立法文件,司法解释起草者须战战兢兢、如履薄冰,胸怀对法治的信仰、对风险的敬畏、对人民的感恩,不得越雷池一步。

为师出有名,《溯及力解释》的起草者在起草伊始就将溯及力规则的正当性、合宪性与合法性建立在《立法法》第104条但书条款之上。接踵而来的难题是,但书条款中的“更好地保护公民、法人和其他组织的权利和利益”是具有普适性的概括条款。而公司、历史股东、现股东、债权人、职工、消费者与利益相关者要么属于“公民”,要么属于“法人”,要么属于“其他组织”。在公司法律关系主体与利益相关者之间产生冲突时,究竟

^①孙航:《最高人民法院民二庭负责人就公司法时间效力的规定答记者问》,《人民法院报》2024年7月20日。

哪些权利人属于《立法法》第104条特别保护的“公民、法人和其他组织”,不无疑问。倘若起草者不能证成《立法法》第104条但书条款与新《公司法》溯及力解释之间的逻辑衔接关系,司法解释就会沦为空中楼阁。

遗憾的是,《溯及力解释》的起草者在答记者问时,有意回避了这一重大法理问题,无意间预埋了新《公司法》第88条第1款溯及力被推翻的风险隐患。起草者虽明知自己无力回答这些问题,但为证成溯及力解释的正当性,必须在《立法法》第104条但书条款与新《公司法》第1条之间建立逻辑联系。

平心而论,《溯及力解释》将《立法法》第104条规定的有利溯及规则解释为“更有利于实现新《公司法》立法目的”,确属睿智之举,但利弊参半。其利有二:一是公司、股东、职工和债权人比“公民、法人和其他组织”的法律角色更精准;二是新旧法的立法宗旨有异。新法增加了保护职工权益、完善中国特色现代企业制度、弘扬企业家精神等目的。其弊有二:一是《溯及力解释》未能明确新法确立的多元立法目的之间的优先序,致使公司利益相关者之间发生权利冲突时孰先孰后、孰优孰劣,语焉不详;二是在立法者敦促最高人民法院废止《溯及力解释》第4条第1款之后,其余条款的合法性根基也随之摇摇欲坠。这种不确定性,既会引发公司利益相关者之间无穷无尽的非理性博弈,也会动摇公众对法律规则与司法解释公信力的信任及信赖。也正因如此,笔者早在《溯及力解释》出台之初就对这种简单贴标签式的、大而不适当地套用有利溯及规则的起草逻辑忧心忡忡,既直言批评其“未能明确新《公司法》第1条规定的多元立法目的之优先顺序,仍有群龙无首的遗憾”,也委婉预言“《规定》自身的解释与适用在实践中势必激发新一轮头脑风暴”。^①该预言竟在数月后成真。

(三)《溯及力解释》确认新《公司法》第88条第1款之外的条款溯及既往的法理依据的再认识

迄今为止,《溯及力解释》确认新《公司法》第88条第1款具有溯及力的内容已由最高人民法院收回成命,历史股东出资责任的溯及力之争似已尘埃落定。但痛定思痛,溯及力之争也许是一盘没有下完的棋。因为法官会经常面临新法溯及对原告有利而对被告不利的棘手境地。新《公司法》第88条第1款即其适例。又如,注册资本认缴制的期限利益对股东有利,对债权人不利;而加速到期制度对债权人有利,对股东不利。因此,新《公司法》第47条应具有溯及力,必然仁智互见。

实际上,此番历史股东出资责任的溯及力之争主要源于舆情发酵,而其他溯及力条款尚未引发舆情。倘若将来某些公司债权人中的弱势群体尤其是农民工、消费者或侵权行为的受害者重新与历史股东对垒,也许舆论的天平会向债权人倾斜。为实现维稳与维权的统一,追求理性与温度的融合,促进法治与天理的契合,预防司法解释无原则地“翻烧饼”,有必要重新梳理《溯及力解释》的法理依据。

由于《立法法》第104条规定的有利溯及规则本身具有高度的抽象性、模糊性、原则性与不确定性,在公司利益相关者之间发生利益冲突时,对谁有利的判断标准就变得扑朔迷离。总结《溯及力解释》第4条第1款的前车之鉴,建议最高人民法院重新修订《溯及力解释》。

其一,对《立法法》第104条但书条款规定的有利溯及规则的解释必须有利于新《公司法》的九大核心价值体系的整体、均衡与全面的实现:一是尊重与保障公司生存权与发展权、促进公司可持续发展;二是弘扬股权文化、鼓励投资兴业;三是强化交易安全、化解金融风险;四是保护职工权益、构建和谐劳动关系;五是赋能公司社会责任、促进经济高质量发展;六是完善中国特色现代企业制度、增强公司全球竞争力;七是弘扬企业家精神、鼓励公司创新创造创优;八是鼓励公司理性自治、提升公司善治水平;九是落实“两个毫不动摇”方针,优化民企、国企、外企与混合所有制企业的发展生态环境。这九大价值体系相辅相成,缺一不可。若立法价值之间存在冲突,裁判者应着眼于提取立法价值的最大公约数,画大利益相关者利益的同心圆。

其二,既要重申新《公司法》部分条款具有溯及力的上位法依据仍系《立法法》第104条但书条款,更要在前言(解释宗旨与起草依据)与正文中详细阐述在公司资源稀缺的情况下,溯及力条款对谁有利、为何对其有利,对谁不利、为何对其不利。随着法治社会的日趋成熟,当事人不仅关注裁判结论,而且开始关注裁判理由与裁判依据。笼统泛泛地推出“有利溯及”理论,以不变应万变,会显得力不能及。结果,言者谆谆,听者藐藐。例如,法官在两家民企成讼时,若仅强调保护民企权益、促进民企发展,必然文不对题。

^①刘俊海:《论新〈公司法〉的溯及力:对最高人民法院司法解释的诠释》,《地方立法研究》2024年第5期。

其三,《溯及力解释》须立足股东剩余索取权的法律地位,明确股债两分、先债后股的法律理念。在内部关系中,股权平等,债权平等。在外部关系中,内外有序,先人后己。股东劣后于债权人分享股利,率先承受风险。倘若《溯及力解释》第4条第1款明确阐明债权人优位于股东的法理依据,也许不会引发历史股东的误解,更不会因此而中途夭折。

其四,法律是有温度的。依据公众的朴素法感情,良法必须是国法、天理、人情的有机融合。新法有利溯及若定向惠及公众认可的弱势群体(如残疾人、农民、消费者、中小微企业),进而扶弱抑强、除暴安良、激浊扬清、惩恶扬善,则不会引发严重的舆论危机,反而有助于培育公众对法治的信仰。因此,新《公司法》的有利溯及的合法性出路主要在于保护弱势群体,维护公序良俗。这就需要法官精准甄别权利人与弱者。若双方当事人都是弱者(如从开发商处购房自住的业主、开发商为高空抛物伤及的行人、对建筑工程享有工程款享有优先受偿权的建筑工程承包商),司法解释还应对不同弱者推出差异化救济方案,包括但不限于侵权债权优于无担保的契约债权。

其五,若新《公司法》部分条款的有利溯及对公司利益相关者的保护不涉及弱者的生存权与公序良俗,且对其他利益相关者的影响利弊参半,则司法解释无权激活有利溯及规则。

六、结 论

祸兮,福之所倚。新《公司法》第88条第1款溯及力之争是新《公司法》扬帆起航、全面实施过程中的重要里程碑,并非是坏事,而是好事与幸事。这次溯及力之争,蕴含着司法者对新法规则至善至美的挚爱,折射出立法者对新旧法律有序过渡的眷顾。历史股东与债权人之间的权利冲突与观点辩论,以公司债务人为支点而展开,犹如儿童乐园中的跷跷板游戏:欢乐,有序,健康,无害。这一博弈掀起的波澜经由地方法院逐级延伸到省级法院与最高人民法院,惊动了立法者,引起了公众与法学界的全程关注。复盘此次博弈的来龙去脉,就会发现,私权博弈引发的新法溯及力之争拨动了立法者的心弦,促成了立法权与司法权的同频共振。这是面向全民普及《公司法》与《立法法》的一堂生动的法治课。此番溯及力之争的过程与结果表明:新法虽善,旧法亦法;新旧之选,决于公信;有利溯及,从严掌握;法律博弈,公开透明。

没有资本信用,就没有交易安全,也没有公司的核心竞争力。夯实资本信用是固本培元的核心。当前,资本制度的外强中干仍是阻碍中国经济高质量发展的绊脚石。新《公司法》虽已出台,深化注册资本制度改革依然任重道远。而要夯实公司三大信用(资本信用、资产信用与人格信用),既要推进股东认缴出资承诺的理性化,也要强化股东实缴出资义务的可诉化,更要推进注册资本认缴实缴信息的透明化。^①好高骛远、“打肿脸充胖子”的历史股东是诱发“破窗效应”的始作俑者。为避免误导债权人、锁定自身投资风险,睿智的股东在认缴出资时应量力而行,适度承诺,理性认缴,诚信实缴。诚信是现代法治社会建设的基石。新旧《公司法》均不容忍失信股东浑水摸鱼、乱中取胜。股东吹牛必须依法照章“上税”。

智慧在民间,公道在民心。司法解释既引领法官的裁判活动,也间接影响市场主体的商事预期。司法解释既是国之重器,就必须遵循开门决策、民主决策、透明决策的协同共治理念,充分发挥人大代表、政协委员、特邀咨询员、特邀监督员的院外智库作用。实际上,《溯及力解释》第4条第1款无疾而终的主因之一是,起草者在仓促起草之际未及运用大数据分析的定量研究模型对新《公司法》第88条第1款溯及既往的成本效益与社会风险作深入分析与预先评估,也未广泛征求法学界与企业界的意见。为防患于未然,建议司法解释草稿形成以后的每次变动都实时公布、开门纳谏,扭转公众在司法解释征求意见阶段保持沉默、在司法解释公布后却牢骚满腹的马后炮式思维。

立法权与司法权和而不同,同频共振。人民代表为人民。立法者挺身而出,为民做主,护法保民,值得赞赏。最高人民法院见贤思齐,择善而从,值得敬重。依惯例,司法解释草稿在形成后通常会征询法工委意见或请其派员参会。法工委未能在《溯及力解释》出台前叫停第4条第1款的原因很多。其一,被征求意见时的司

^①刘俊海:《深化注册资本认缴登记制度改革的体系化思考》,《山东大学学报(哲学社会科学版)》2025年第1期。

法解释草稿尚未最终定稿。重大司法解释在出台之前往往数易其稿,既有文字的润色修改,也有内容的增删减。在最高人民法院审判委员会讨论通过之前,司法解释草稿都处于不断打磨与持续修改之中,不便事无巨细地征询法工委的意见。其二,法工委内部的部门法室与备案室即使有共识,但因司法解释草稿尚未定案而难以形成机构意志。其三,《立法法》第 119 条要求司法解释在公布之日起 30 日内报全国人大常委会备案,立法者无法在司法解释出台前事先叫停。为进一步全面提高司法解释的公信力与竞争力,建议立法者与司法者构建信息共享、无缝对接、良性互动、同频共振的司法解释起草监督机制。

On the Dispute over the Retroactivity of Paragraph 1 of Article 88 of the New Company Law: Concurrently Discussing the Capital Contribution Liability of Historical Shareholders

LIU Jun-hai

Abstract: Paragraph 1 of Article 88 of the new Company Law stipulates the rules for the allocation of capital contribution liabilities after the transfer of equity by historical shareholders who have not yet completed the capital contribution. The judicial interpretation of the Supreme People's Court holds that this clause has retroactive effect. However, the Legislative Affairs Committee of the Standing Committee of the National People's Congress held the opposite view. The Supreme People's Court changed course and saw the same wisdom. The res judicata of adjudication documents spawned by judicial interpretations of retroactive effect should not be completely denied, nor should they be maintained altogether, but a middle-of-the-road approach combining principles and exceptions should be adopted. First, the res judicata of all types of adjudication documents should be recognized in principle, unless the creditor is not a qualified bona fide counter-party. Second, in principle, the res judicata of all types of judgments and judgments is overturned, except for the malicious transfer of equity by historical shareholders who have not yet completed the capital contribution. Shareholders and creditors are both partners and competitors. It is proposed to establish the principle of dichotomy of equity and debt based on the shareholder's residual claim. In internal relations, equity is equal, debt is equal. In external relations, internal relationship should yield to external relationship. Stakeholders have the right to conduct open, transparent, rational and orderly games on platforms such as legislation and litigation procedures. The old and new Company Laws have their own advantages in the design of the system around the historical shareholders' capital contribution liability. The remedies under the framework of the old Company Law are fragmented and diversified, and there are at least five models. The judicial interpretation interprets the favorable retroactivity rule provided for in Article 104 of the Legislation Law as "more conducive to the realization of the legislative purpose of the new Company Law", but fails to clarify the prioritization among the multiple legislative purposes, resulting in a lack of clarity as to which comes first in the event of a conflict of rights between corporate stakeholders. The Supreme People's Court should revise the Retroactive Interpretation to explain why the retroactive clause is beneficial to some people, and why is it disadvantageous to other people? If the beneficial retroactivity of the provisions of the new law does not involve the rights of the weak and public order and good customs, and the impact on other stakeholders is mixed, the judicial interpretation has no right to activate the beneficial retroactivity rule.

Key Words: retrospect; historical shareholders; equity transfer; creditor; subscription system; term benefits

[责任编辑:赵新潮]