

论民商法的溯及力^{*}

——以《公司法》第 88 条第 1 款为参照

王利明

(中国人民大学民商事法律科学研究中心, 北京 100872)

摘要:民商法以不溯及为原则、以溯及为例外。《公司法》第 88 条引发了民商法溯及力的理论争议。溯及力并非纯粹公法领域的问题,民商法在例外情形下也具有溯及力,但应当以维护公共利益和法秩序统一为宗旨。民商法应当采纳重大公益溯及规则、有利溯及规则、空白溯及规则,但这些规则的适用应当有严格的条件限制,且具有一定的层次性。在例外溯及的情形下,必须妥善处理好与法律漏洞填补方法的关系,法律漏洞填补方法应当具有优先适用性。在适用民商法的溯及力规则时,应坚持既判力优先于溯及力的规则。

关键词:溯及力;重大公益;有利溯及;空白溯及

中图分类号: DF51 **文献标识码:** A **文章编号:** 1005-9512(2025)07-0095-21

DOI:10.15984/j.cnki.1005-9512.2025.07.011

萨维尼曾指出,“实证法可能会在法律关系产生时与现时之间产生变动,因此我们必须决定选取何时的法律规则适用于法律关系”。^[1]法的溯及力规则是明确法在时间上的适用范围、新法对其生效前的事件和行为是否具有约束力的重要制度。关于法的溯及力,《中华人民共和国立法法》(以下简称《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。”该法从立法层面明确了法不溯及既往的法治原则和例外溯及规则,为各法律部门确定法的时间效力提供了上位法依据。

近年来,围绕《中华人民共和国公司法》(以下简称《公司法》)第 88 条是否应当溯及既往的规定,产生了一定争议。《公司法》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。”2024 年 7 月 1 日起施行的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉时间效力的若干规定》(以下简称《公司法时间效力规定》)第 4 条确认了《公司法》第 88 条第 1 款溯及既往

作者简介:王利明,中国人民大学民商事法律科学研究中心研究员。

^{*}本文系国家社会科学基金重大项目“我国民法典实施中的重大疑难问题研究”(项目编号:23&ZD152)的研究成果。感谢中国人民大学法学院博士生章豪在本文写作中提供的帮助。

[1] Friedrich Carl von Savigny, *Private International Law, and the Retrospective Operation of Statutes: A Treatise on the Conflict of Laws, and the Limits of their Operation in Respect of Place and Time*, Translated with Notes by William Guthrie, T. & T. Clark, 1880, p. 49.

的效力。但全国人大常委会法制工作委员会于 2024 年 12 月 22 日,在关于 2024 年备案审查工作情况的报告中重申《立法法》第 104 条所规定的法不溯及既往原则是一项重要法治原则,同时宣告“公司法第八十八条规定不溯及既往”。该报告中提出的上述观点再次澄清了民商法的溯及力原则,也有利于解决一些法律适用的纷争,但仍然遗留了一些值得研究的问题。例如,在坚持法不溯及既往原则的前提下,如何准确把握《立法法》第 104 条所规定的“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”?如何理解民商法领域的溯及力例外规则?例外溯及具有哪些条件限制?其与法律漏洞填补是何种关系?以上问题是贯彻好实施好《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)及相关立法中的重大疑难问题,甚至可以说是新法适用的根本性、前提性问题。据此,笔者将不揣浅陋,就民商法的溯及力问题谈一点看法。

一、民商法以不溯及既往为原则、以溯及既往为例外

《公司法》第 88 条是否应当溯及既往的争议,首先涉及民商法领域是否存在溯及力的例外问题,以及如何确定溯及力的例外规则。

(一) 民商法以法不溯及既往为原则

所谓溯及力,是指具有溯及力的法律把过去的法律事实的后果纳入其管辖范围并因此影响这些后果。^[2]换言之,新法生效后,对其生效之前发生的事件和行为是否适用?如果适用,则该法即具有溯及力,否则就不具有溯及力。^[3]从原则上说,新法没有溯及既往的效力,因为不溯及既往是基本的法治原则,与法律的安定性、稳定性以及当事人信赖保护存在密切相关性。从法律发展的历史进程来看,法不溯及既往的理念由来已久,关于其正当性的系统论证可追溯至阿奎那等人提出的法律非经公布不得生效,故而法律当然没有溯及力的观点。^[4]此后,萨维尼发展出“既得权”(wohlerworbenen Rechte)理论,并总结出“新法不应溯及既往”和“新法不得影响既得权”两条基本公式。^[5]舒菲利茨(Schulze-Fielitz)进一步从法的安定性中推导出信赖保护。^[6]拉德布鲁赫(Gustav Radbruch)强调法的安定性(Rechtssicherheit)、法的合目的性和法的正义是法律理念,以概括法不溯及既往的原因。^[7]这些理论都旨在阐释法不溯及既往的正当性。

概括而言,法不溯及既往的正当性在于以下方面。一是维护法秩序的安定性。法本身是明确、确定、统一的规范,法一经颁布,就成为人们行为的基本准则,并在此基础上形成统一的法秩序。对于已经形成的法律关系而言,安定性首先意味着法秩序的稳定性。^[8]法不能朝令夕改。人们基于对既有法律规定的信赖而形成了一定秩序,若承认新法具有溯及力,会在新法与旧法存在冲突时,破坏基于

[2] Vgl. Friedrich C. von Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd.8, Berlin 1849, § 385, S. 381 ff.

[3] 参见公丕祥主编:《法理学》,复旦大学出版社 2002 年版,第 384 页。

[4] 参见杨登峰:《民事、行政司法解释的溯及力》,载《法学研究》2007 年第 2 期。

[5] 参见[德]弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼:《法律冲突与法律规则的地域和时间范围》,李双元等译,武汉大学出版社 2016 年版,第 147 页以下。但《德国民法典》立法者认为,“既得权”概念存在相当的模糊性(Unklarheit),尤其是立法者在多大程度上受其约束,以及一个权利在何时构成“既得”,都存在争议,所以并未采纳这一概念。

[6] Vgl. H. Schulze-Fielitz, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Band II, 1998, § 20 Rn.129. 转引自陈新民:《德国公法学基础理论》(下),法律出版社 2010 年版,第 159 页。

[7] 参见[德]古斯塔夫·拉德布鲁赫:《法哲学》,王朴译,法律出版社 2013 年版,第 81-82 页。

[8] 参见雷磊:《法秩序统一性原理之建构》,载《法学研究》2025 年第 1 期。

旧法所形成的法秩序,这显然不利于维护法秩序的安定性。二是有利于保护当事人的合理信赖和预期。安定性体现为当事人的合理预期,^[9]而可预期性是法秩序稳定性的重要内容。^[10]在法律公布之前,人们只能按照旧的法律实施行为,其合理预期是依据旧的法律所作出的任何行为都是合法的,受到法律保护。如果新的法律颁布后,产生推翻人们依据旧的法律所实施行为的效力,甚至追究行为人的责任,就会打破人们对依据法律而行为的后果的预期。如果因为法律溯及既往使人们依法行为不能产生预期效果,甚至承担一定的法律责任,那么人们就不会按照现行法律去行为,甚至会故意违反法律,从而影响法律秩序的稳定。^[11]正是基于对当事人信赖利益的保护,从而维持了法律秩序的稳定。^[12]

法不溯及既往作为一项基本原则,也当然适用于民商法领域。但也有观点认为,民事规范并不涉及对公权行使的信赖,因而并无信赖保护问题,自然也就没有法不溯及既往的原则,在民法领域抽象出一个不溯及既往的原则有待商榷。^[13]此种观点值得商榷。从历史发展的角度看,法的溯及力问题确实大多发生在公法领域。法国宪法委员会甚至曾认为,法无溯及力原则仅在刑事问题中具有宪法价值,^[14]但现在普遍接受了民商事法律领域也应当坚持法不溯及既往的原则。《法国民法典》第2条也专门就溯及力问题进行了规定。与《德国民法典》同时出台的《德国民法典施行法》(Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche, EGBGB),专门指导《德国民法典》适用上存在的时间、空间上的冲突问题。^[15]由于没有形成例外溯及的共识,《德国民法典施行法》并未对私法规范中的例外溯及规则作出一般性规定,但立法者最终采取了更为务实的做法,即对《德国民法典》中每一编的实体适用效力逐编具体进行规定。^[16]但也需要看到,《德国民法典施行法》第170条规定,“对于在德国民法典施行前发生的债务关系,适用当时的法律”。德国联邦最高法院原法官 Wolfgang Krüger 指出,第170条其实表达了法不溯及既往的基本理念,旨在强化信赖保护。^[17]美国最高法院曾在 *Calder v. Bull* 案^[18]中将禁止溯及的法律限为刑法,但此种立场受到了大量质疑,^[19]不少学者对美国宪法中禁止溯及条款的立法资料进行考察后认为,禁止溯及既往也适用于民法领域。^[20]时至今日,两大法系在民商事领域已普遍采纳了法不溯及既往的原则,一些国家的民法典如《俄罗斯民法典》第4条、《意大利民法典》第11条等,也对此进行了规定。

在我国,也有观点认为《立法法》第104条主要是以公法尤其是《刑法》条文为原型而设计的,法的溯及力问题主要是公法层面的问题,其并没有考虑到民事法律关系的特殊性。^[21]同时,从《立法法》第104条规定来看,其所确认有利溯及的例外情形主要针对公法中的情形(如《刑法》第12条规定的

[9] 参见戴建华:《论法的安定性原则》,载《法学评论》2020年第5期。

[10] Vgl. BVerfGE 1, 264 (280).

[11] 当然,法的安定性在不同问题面前有不同面向,其与信赖保护不能完全等同。参见展鹏贺:《德国公法上信赖保护规范基础的变迁——基于法教义视角》,载《法学评论》2018年第3期。

[12] Vgl. Leisner-Egensperger, in: Kischel/ Kube, Handbuch des Staatsrechts, Band II, 1. Aufl., 2024, § 37 Rn.14.

[13] 参见贺栩栩:《法的时间效力界限与法的稳定性——以德国民法为研究视角》,载《环球法律评论》2011年第5期。

[14] 参见《法国民法典》(上册),罗结珍译,法律出版社2005年版,第8页。

[15] Vgl. Wolf/Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 11. Aufl., 2019, § 8, S. 79.

[16] Vgl. Pieroth, Rückwirkung und Übergangsrecht, Verfassungsrechtliche Maßstäbe für intertemporale Gesetzgebung, Berlin 1981, S. 133.

[17] Vgl. Krüger, in: Münchener Kommentar BGB, Band 11, 5. Aufl., 2010, § 170 Rn.1, 3.

[18] *Calder et Wife v. Bull et Wife*, 3 U.S.386 (1798).

[19] 参见胡加祥:《美国宪法禁止溯及既往立法规定的司法实践与法律解读》,载《求是学刊》2016年第2期。

[20] Oliver P. Field, *Ex Post Facto in the Constitution*, 20 Michigan Law Review 315, 316-327(1921-1922).

[21] 参见冯玉军主编:《新〈立法法〉条文精释与适用指引》,法律出版社2015年版,第333页。

“从旧兼从轻”规则)。笔者认为,此种观点值得商榷。事实上,从《立法法》第 104 条“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”的规定来看,其并未将适用范围限定为公法,因为公民、法人和其他组织的权利和利益大量涉及民商法规定。民商法领域毫无疑问地存在溯及力问题。一方面,任何新的法律颁布后,都面临时间效力问题,法官对于待决的案件能否适用新法,都要进行决断,这实际上意味着溯及力是司法裁判不可回避的问题,公法如此,民商法亦不例外。正是因为这一原因,作为确定法律适用范围重要制度的法的溯及力制度,也是确定新的民商事法律适用范围的重要制度。另一方面,在民商法领域贯彻法不溯及既往原则有利于维持法秩序的稳定。在相关的民商事法律颁行之时,当事人基于既有的民商事法律规则已经形成了一定的法律秩序。在新的民商事法律颁行后,如果承认其具有过多的溯及力,可能推翻基于原民商事法律已经形成的社会关系,这既不利于保护民事主体的合法权利,也不利于社会关系的稳定和保障法律的权威性。^[22]此外,在民商法领域贯彻法不溯及既往原则也有利于保护民事主体的合理信赖。民事主体在行为时都是以对已经生效的民商事法律规则的信赖为基础的,在新的民商事法律颁行后,如果承认其具有溯及效力,则需要依据新的民商事法律对当事人之前的行为重新进行法律评价,这将破坏当事人对当时已经生效的民商事法律规范的信赖。换言之,信赖保护在民法中当然应予适用。^[23]

正因为如此,在我国每部重要的民商事法律颁行后,最高人民法院通常会通过司法解释(有的通过批复)确立一系列溯及力规则。^[24]在我国《民法典》颁行后,为保障《民法典》的准确实施,最高人民法院发布了《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉时间效力的若干规定》(以下简称《民法典时间效力规定》),明确了“法不溯及既往”的基本原则及其例外规则。新《公司法》颁布之后,最高人民法院在其颁布的《公司法时间效力规定》第 1 条第 2 款规定:“公司法施行前的法律事实引起的民事纠纷案件,当时的法律、司法解释有规定的,适用当时的法律、司法解释的规定,但是适用公司法更有利于实现其立法目的,适用公司法的规定……”这就明确了新《公司法》原则上不溯及既往的规则。应当说,这些规定是符合《立法法》第 104 条基本精神的。

(二)民商法以法溯及既往为例外

有原则必有例外。富勒指出:“尽管法律在时间维度上的正确运动方向是向前的,但我们有时也不得不停顿下来,并回过头去做一些拾遗补缺的工作。”^[25]民商法不溯及既往并不是绝对的,在例外情况下,也应当承认民商法的溯及力。《立法法》第 104 条的规定承认了“为了更好地保护公民、法人和其他组织的权利和利益”,可以溯及既往。毫无疑问,该规则也应当适用于民商法。问题在于,《立法法》该条规定仅仅承认了有利溯及的规则,并未规定基于重大公益的溯及,因此明确例外溯及的情形,首先需要讨论的是,在民商法领域,承认例外溯及的根本原因是什么?笔者认为,之所以产生例外溯及规则,主要是基于以下两方面原因。

一是为了维护重大公共利益。公共利益是绝大多数成员的共同利益,维护公共利益是例外溯及最为重要的原因。一方面,在许多情形下,公共利益与私权的利益相比较,具有一定的优位性。如果需要通过新法弥补原有秩序的不足,整治旧秩序的缺陷,重塑符合立法者意图的新秩序,就要允许某

[22] 参见高鸿钧:《现代法治的困境及其出路》,载《法学研究》2003 年第 2 期。

[23] 参见刘飞:《信赖保护原则的行政法意义——以授益行为的撤销与废止为基点的考察》,载《法学研究》2010 年第 6 期;杨登峰:《民事、行政司法解释的溯及力》,载《法学研究》2007 年第 2 期。

[24] 参见张新宝、王伟国:《最高人民法院民商事司法解释溯及力问题探讨》,载《法律科学(西北政法学报)》2010 年第 6 期。

[25] [美]富勒:《法律的道德性》,郑戈译,商务印书馆 2005 年版,第 64 页。

些矫治原有秩序缺陷的民事法律溯及既往。^[26]如果新法的目的就是要结束旧有的某种秩序,形成新秩序,在此情形下,承认新法的溯及力,有利于新秩序的形成,这恰恰是维护公共利益的体现。另一方面,例外溯及必须旨在维护重大的公共利益。换言之,例外溯及所要维护的公共利益,必须高于在一般情形下,不溯及既往所要维护的公共利益。^[27]从比较法来看,有的国家民法典明确对基于维护公共利益的需要而承认例外溯及的规则作出了规定。例如,《瑞士民法典》尾章第2条规定:“为公共秩序……而作的规定,其效力对所有事实适用。为善良风俗目的……而作的规定,其效力对所有事实适用。”在德国,司法判例中将公序良俗表述为“所有公平正义的思考者之价值感”(Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden),^[28]司法实践承认可溯及事由包括那些“足以压倒法的安定性要求的重大公共利益”。^[29]由此可见,维护重大公共利益也成为例外溯及的重要理论基础。

二是为了维护统一的法秩序。法秩序的统一必然要求在民商事领域,保持法律规范和制度体系的一致性,规范之间不存在矛盾或冲突的状态。但是,实践中经常出现法律规则相互之间不统一的现象。有的法律规定因为过于原则、概括,或者模糊不清,在适用中产生争议;有的是明显出现规则冲突问题,从而影响法秩序的统一。例如,原《侵权责任法》第87条规定:“从建筑物中抛掷物品或者从建筑物上坠落的物品造成他人损害,难以确定具体侵权人的,除能够证明自己不是侵权人的外,由可能加害的建筑物使用人给予补偿。”该条并没有就高楼抛物致人损害情形下物业服务企业的责任作出规定。在司法实践中,有的法院认为,由于该条没有规定物业服务企业的责任,因此排除了物业服务企业的责任;有的法院则依据原《侵权责任法》第37条有关安全保障义务的规定,认定物业服务企业应当承担责任,这就产生了法律适用方面的不统一。产生这一问题的主要原因在于,原《侵权责任法》有关物业服务企业责任的规定较为模糊。此类例子在民商事法律中不胜枚举。新法颁布后,为了结束这种规则不统一的问题,有必要实行例外溯及规则。因此,《民法典时间效力规定》第19条专门规定了《民法典》第1254条具有溯及力的规则。承认此类规定的溯及力,可能有利于保护当事人的利益,也并不当然会推翻原有的法律秩序,而是对相关的法律关系进行更为精细化的调整。当然,为了实现上述目的,立法者可以通过法律的废、立、改,统一法律规则,但不能期望通过立法一劳永逸地解决问题,毕竟立法成本高、周期长,很难对法律适用问题作出及时反应,而法官又不能因为没有法律规定而拒绝审判。因此,承认民商法在例外情形下具有溯及力,不失为一种实现法秩序统一的有效方式。

从比较法上看,各国普遍承认民商法在例外情形下有溯及力。德国基本法虽未明确规定法的溯及力规则,但主流观点认为,在刑法之外承认法的溯及力有利于实现公共利益、维护公平正义。^[30]换言之,宪法不保护当事人关于“现行法永远不变”的期待,尤其是涉及重大公共利益的领域,法的溯及力问题始终存在公法上“变动利益”和私法上“既有利益”之间的张力。^[31]在德国,学界也强调法治原则不能被狭隘地等同于保护期待,而应当包括维护实质公正。^[32]学界对此进一步归纳出治愈性(curative)法律可以溯及既往的观点,即治愈形式瑕疵或赋予当事人权利、维护意思自治的法律原则应

[26] 参见房绍坤、张洪波:《民事法律的正当溯及既往问题》,载《中国社会科学》2015年第5期。

[27] 参见姜秉曦:《法不溯及既往的宪法意涵及其界限》,载《清华法学》2024年第1期。

[28] Vgl. BGH NJW 2019, 3635 Rn. 24; BGH NJW-RR 2018, 906 Rn. 24.

[29] Vgl. BVerfGE 13, 261 (272); 95, 64 (86 f.).

[30] Vgl. Ulrich Meyer-Cording, Die Rückwirkung von Gesetzen, JZ 1952, S.162 ff.

[31] Vgl. Leisner-Egensperger, in: Kischel/ Kube, Handbuch des Staatsrechts, Band II, 1. Aufl., 2024, § 37 Rn.25.

[32] Vgl. BVerfGE 7, 89.

有溯及力。^[33]德国学者迈尔·科丁(Meyer·Cording)提出了“真正溯及”和“不真正溯及”的二分法理论,^[34]如果新法溯及施行前已经终结的法律事实或已经发生的法律效果,即为“真正溯及”(echte Rückwirkung);如果新法是根据新的实质性规则对未完成的事项以新的法律标准进行评估,比如对构成要件作出了新的规定,则是“非真正溯及”(unechte Rückwirkung)。^[35]德国联邦宪法法院第二庭目前也倾向采纳这一理论。^[36]在美国,联邦法院在 *Calder v. Bull* 案中认为,禁止溯及的应当是刑事法律,而非民事法律。^[37]例如,一些法院溯及地承认基于旧法(禁止高利贷)所签订的借款合同仍然有效。^[38]由此可见,承认法例外溯及既往还可以纠正法律技术问题从而发挥广泛的社会功能。^[39]

然而,即便为了公共利益和维护法秩序需要溯及既往,也仍然存在以下两项不可违背的基础规则。

一是溯及既往不得违背当事人的合理预期。德国联邦宪法法院也指出,“对于公民而言,法安定性原则首先意味着信赖保护(Vertrauensschutz)”。^[40]人们信赖当时有效的法律,并据此实施了相关的行为,其对当时立法有效性的信赖应受法律保护。进一步而言,不得因承认新法的溯及力而否定人们基于对旧法的信赖而实施行为的合法性。例如,《民法典》第 1232 条规定了故意污染环境、破坏生态,造成严重后果的,被侵权人有权请求相应的惩罚性赔偿。该规则就不应溯及既往,因为按照原《侵权责任法》的规定,即便行为人故意污染环境、破坏生态,其也无须承担惩罚性赔偿责任,当事人的此种信赖应当受到法律保护。维护法的安定性是民商法的重要目的,但是民商法规范本身具有很强的变动性,禁止法律过多地溯及既往,旨在保护当事人的合理信赖,在具体认定相关民商法规范是否具有溯及力时,需要妥当平衡法的安定性与当事人信赖之间的关系,而在新法的规则更有利于保护当事人合理信赖时,承认其具有溯及力,并不会损害当事人的合理信赖,因此,没有必要一概否定其溯及力。这就是说,在例外情形下承认民商法的溯及力,也符合拉德布鲁赫所说的“合目的性和正义”。^[41]

二是不得严重减损当事人的权益。如果承认民商法的例外溯及将严重减损当事人的权益,则不应当承认其溯及力。一方面,民商法的宗旨是维护当事人的合法权益,如果承认民商法的例外溯及将严重减损当事人的权益,则有违民商法的立法宗旨。事实上,《立法法》第 104 条在规定溯及力的例外规则时,也将为了更好地保护公民、法人和其他组织的权利和利益作为例外溯及的原因,如果承认民商法的溯及力会严重减损当事人权益,将与该法承认法律溯及力的立法目的相悖。需要指出的是,在民商事法律关系中,当事人之间的利益关系可能具有对立性,因此,所谓严重减损当事人的权益既包括严重减损双方当事人的权益,也包括严重减损一方当事人的权益。例如,如果《民法典》第 1232 条溯及既往,虽然会增加一方当事人的利益,但会明显减损另一方当事人的权益,因此其也属于此处严重减损当事人权益的情形。另一方面,承认民商法溯及力严重减损当事人权益的,也不符合比例原则。如前述,承认民商法溯及力的主要目的在于维护公共利益,而维护公共利益可以有多种途径,没

[33] Neil Duxbury, *Ex Post Facto Law*, 58 American Journal of Jurisprudence 138, 151-152 (2013).

[34] Vgl. Ulrich Meyer-Cording, Die Rückwirkung von Gesetzen, JZ 1952, S.161.

[35] Vgl. Oliver Lepsius, Die Rückwirkung von Gesetzen - Teil 1, JA 2018 (6), S. 577 ff.

[36] Vgl. Leisner-Egensperger, in: Kischel/ Kube, Handbuch des Staatsrechts, Band II, 1. Aufl., 2024, § 37 Rn.29.

[37] *Calder v. Bull*, 3 U.S. (3 Dall.) 386, 399 (1798).

[38] Charles B. Hochman, *The Supreme Court and the Constitutionality of Retroactive Legislation*, 73 Harvard Law Review 692, 704-705, 721 (1960).

[39] Stephen R. Munzer, *Retroactive Law*, 6 Journal of Legal Studies 373, 392-393 (1977).

[40] Vgl. BVerfGE 13, 261 (271).

[41] 参见[德]G.拉德布鲁赫:《法哲学》,王朴译,法律出版社 2005 年版,第 128 页。

有必要通过严重减损当事人权益的方式实现。尤其应当看到,承认例外溯及将形成普遍的规则,其对当事人利益的影响是广泛的,而不限于特定的当事人。因此,在严重损害当事人权益的情形下,通过承认民商法的溯及力实现公共利益,无异于“杀鸡”用“牛刀”。

基于上述原因,相关司法解释在确定溯及既往的效力规则时,都规定了溯及既往不得违背当事人的合理预期,不得严重减损当事人的权益。例如,《民法典时间效力规定》第3条在《民法典》的例外溯及力规则时,明确规定其不得明显减损当事人合法权益、增加当事人法定义务或者背离当事人合理预期。《公司法时间效力规定》第4条也明确规定,《公司法》的例外溯及不得明显背离相关当事人合理预期。

(三)《公司法》第88条不符合例外溯及规则

《公司法时间效力规定》第4条规定:“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,适用公司法第八十八条第一款的规定。”该条实际上承认了《公司法》第88条第1款的溯及力。然而,《公司法》第88条涉及的情形非常复杂。如果采用前述例外溯及的两项基础规则,即维护公共利益与维护法秩序统一性来判断,可以认定,《公司法》第88条第1款不具有溯及力。

第一,《公司法》第88条第1款并不完全涉及重大公共利益。该条在制定时,就涉及各种不同公益的冲突。例如,维护资本充实、防止逃避债务,需要强化转让人的责任。而维护股东的退出自由和投资活力,则转让人在完成合法转让后不应承担责任。^[42]根据立法者的解释,《公司法》第88条第1款的立法背景是实践中存在部分投资者将其认购的未到出资期限的股权,以低价甚至1元转让给没有任何履行能力的受让人,并主张其不承担出资责任的极端情况。^[43]实践中,有的公司股东为了逃避债务和逃避认缴的出资义务,将股权转让给自己的司机、秘书,甚至转让给濒危患者,以最终逃避出资义务。这种情形虽然会对公司资本充实和债权人保护带来重大损害,也涉及交易安全 and 市场秩序的维护,但其主要还是涉及私益的保护,不宜将公司利益和公司债权人的利益等同于公共利益。即便该条涉及公共利益保护,但也不存在明显高于不溯及既往所要保护的法的安定性利益。因此,不应当通过承认《公司法》第88条第1款具有溯及力的方式,强化对公司利益和公司债权人利益的保护。

第二,承认《公司法》第88条第1款的溯及力将破坏当事人的合理预期。除当事人恶意串通情形外,存在大量合法转让公司股权的情形。在合法转让公司股权的过程中,有的已经完成了转让,并且已经办理了股权变更登记。转让人已经支付合理对价,并且办理了变更登记,按照当时的法律,转让人不需要对出资承担补充责任。也正是基于此种合理预期,当事人才实施了相关的股权转让交易。在此情形下,承认《公司法》第88条第1款的溯及力,要求转让人承担补充责任,将损害当事人的合理预期。且如果当时的法律规定了转让人的补充责任,则转让人可能认为股权转让的风险过大,而不会从事股权转让交易。

第三,承认《公司法》第88条第1款的溯及力将不当减损当事人的权益。一方面,因为当时的法律没有规定转让人的补充责任,转让人有合理理由相信,其在股权转让之后将无须承担责任,这一因素也会被当事人纳入股权转让的定价。如果转让人未来将承担补充责任,则其股权转让的定价将更

[42] 参见范健、杨金铭:《出资未届期股权转让后的责任承担研究——兼论新〈公司法〉理解及适用中的理念与原则》,载《经贸法律评论》2024年第4期。

[43] 参见王瑞贺主编:《中华人民共和国公司法释义》,法律出版社2024年版,第467页。

高。另一方面,在合法转让股权的协议中,当事人可能就受让人的责任作出约定,如果受让人没有缴纳出资,此时由转让人承担补充责任,将不当增加其负担。在当事人对此没有合理预期的情形下,由其承担补充责任也并不合理。还应当看到,当事人在转让合同中约定的价格可能偏低,而因为受让人的原因导致迟延缴纳出资的,如果课以转让人承担补充责任,则可能导致其既需要缴纳出资,又需要负担相关的利息、违约金等损失,这会不当加重其负担。

总之,承认《公司法》第 88 条第 1 款的溯及力,与民商法例外溯及规则所要达到的目的并不相符。

二、民商法例外溯及既往的适用规则

有关《公司法》第 88 条是否应当溯及既往的争议,也涉及究竟在何种情形下可以例外溯及,以及应当适用何种例外溯及的规则。从实践来看,我国每颁布一部新法之后,最高人民法院通常会颁行涉及该法溯及力的司法解释,其中就涉及例外溯及规则。但从既有的司法解释规定来看,民商法的例外溯及规则并不统一,且较为杂乱,究竟哪些情形应当溯及,哪些情形不应当溯及,例外溯及规则应当有哪些条件限制,缺乏共识性意见,容易在个案适用中引发严重的理解分歧。^[44]因此,产生《公司法》第 88 条是否应当溯及既往的争议,在所难免。笔者认为,从我国司法解释有关民商法例外溯及的规定出发,并借鉴比较法上的经验,有关民商事法律的例外溯及规则应当包括如下几项。

(一) 重大公益溯及规则

重大公益溯及是指在新法有利于维护重大公益时可以例外溯及。如前述,例外溯及的主要理论基础在于维护公共利益。重大公益即重大公共利益,是关涉公共福祉的受私法保护的利益。在比较法上,许多国家都承认了以公共利益为目标的例外溯及规则。例如,在美国的 *Usery v. Turner Elkhorn Mining Co.* 案中,二十二家煤矿经营者对 1972 年《黑肺病福利法》的合宪性提出质疑。这些条款涉及对因在煤矿就业而患上尘肺病(黑肺病)的煤矿工人或其遗属的赔偿问题。该法允许矿工享受福利及医疗费用,但煤矿经营者对该法的溯及力提出异议。美国最高法院认为,宪法本身并不绝对禁止溯及立法,如果相关立法与政府追求的正当目的之间具有合理关系,则可以认可其溯及力,在本案中,为了保护煤矿工人及其遗嘱的利益,可以承认该法具有溯及力。^[45]大陆法系一些国家的民法典也明确确认了涉及重大公益可以溯及既往。例如,德国联邦宪法法院在“溯及既往征税案”判决中归纳的可溯及事由也包括那些“足以压倒法的安定性要求的重大公共利益”。^[46]

我国《民法典》中有许多规定涉及重大公共利益。如第 185 条规定的英烈保护、第 183 条规定的见义勇为、第 1234 条规定的环境侵权中的修复责任等,都涉及重大公共利益,此时即便这些规则可能缩减相对应的私主体行为自由的范围,适当减损其权益,也应当具有溯及力。《民法典时间效力规定》中规定有利于弘扬社会主义核心价值观时应当溯及,其实也表明,在涉及重大公益时,应当在例外情形下承认《民法典》的溯及力。但该司法解释并未就重大公益情形下《民法典》的溯及力这一例外规则作出明确的具体化规定。由于重大公益溯及可能给相对人带来权益削减,判断涉及重大公益的规则是否具有溯及力应当采审慎态度,以避免基于重大公益溯及泛化。^[47]在民商法众多涉及公益的规

[44] 参见张新宝、王伟国:《最高人民法院民商事司法解释溯及力问题探讨》,载《法律科学(西北政法学报)》2010 年第 6 期。

[45] See *Usery v. Turner Elkhorn Mining Co.*, 428 U.S. 1, 17-19 (1976).

[46] Vgl. BVerfGE 13, 261 (272); 95, 64 (86 f.).

[47] 参见熊丙万:《论〈民法典〉的溯及力》,载《中国法学》2021 年第 2 期。

则中,一概溯及既往显然并非妥当的方案,而应当进行必要限制。

一是相关规范所保护的公益应当是重大公益。所谓“重大”,是指此种公益明显高于维护安定性所体现的公益。不溯及既往旨在维护法的安定和法律秩序以及当事人的信赖利益,这本身就涉及公共利益。如果新法溯及既往,也会在一定程度上减损这些公益,维护一般的公益不足以否定维护法的安定和法律秩序这一公益。只有将不溯及既往要保护的公共利益与溯及既往所要保护的公共利益进行比较,仅在更为重大的公益出现时,才具有溯及既往的必要性。这就需要对公益进行价值层面的考量,一般而言,只有溯及既往所要维护的公共利益具有“重大性”和“紧迫性”时才会考虑能否溯及既往。^[48]

二是需要衡量该公益与其他公益之间的关系。在适用重大公益溯及的场合,需要判断溯及力的规则可能仅以保护某一公益为目的,但是多种公益之间可能也存在一定的并存关系,此时如果保护某一公益的规则与其他公益保护之间存在冲突,则需要进行综合衡量。例如,《公司法》第88条本身涉及多种公益保护,溯及既往有利于维护资本充实、防止逃避债务,但也可能因强化转让人的责任而损害合理预期,甚至损害股东的退出自由和投资活力,等等,这就需要对所要维护的多种公益进行考虑。《民法典时间效力规定》第2条规定,“更有利于维护社会和经济秩序,更有利于弘扬社会主义核心价值观的除外”,该规定实际上也要求法官运用比例原则,在个案中权衡利益位阶,以判断承认溯及力所要保护的公益是否明显高于否定溯及力所要保护的公益,以确定《民法典》的规则是否具有溯及力。

三是需要判断该公益与维护法的安定性和当事人合理期待之间的关系。法律的安定性本身也是公益,如果某一公益的保护会严重破坏法律安定性,则应慎重考虑该规则的溯及既往。需要针对重大公益内容、信赖利益以比例原则方式进行衡量。德国联邦宪法法院在一起判例中指出:“要综合考量当事人受损权益的保护价值、新法干预的严重程度、信赖的损害程度、信赖落空的原因及方式、立法目标对公共福祉的意义,当公共利益的实现优于当事人对原有法律状态的信赖时才可予以溯及。”^[49]在具体衡量中,新规定的需求超过了民众对既往法律事实的信赖利益时,可以允许溯及既往。^[50]此种经验是值得借鉴的。例如,在某个民间借贷案件中,双方于2018年签订借款合同,约定借款利率为24%,一年后,借款人因不能偿还借款,借款人请求确认合同无效。一审法院依据当时的规定认定借款合同有效。二审认为,在《民法典》颁行后,其第680条明确规定禁止高利放贷,该利率违反了司法解释不得超过银行同期借款利率(LPR)4倍的规定,应当认定无效。笔者认为,该案中的民间借贷合同仅涉及当事人民事权的保护,并不涉及重大社会公益,不应当承认《民法典》及相关司法解释规则的溯及力。如果一概承认溯及既往,可能导致大量已经生效的民间借贷裁判被推翻,将严重影响司法的权威性和法律秩序的稳定,反而会严重损害公共利益。其实在《民法典》颁行前,我国原《合同法》及相关司法解释也并不保护高利借贷,只不过对借款利率的限制规则存在明显区别。但依据当时的法律,当事人对相关规则存在合理预期才从事了相关交易,此种信赖形成的交易应受法律保护。如果依据《民法典》及相关司法解释的规定推翻生效的裁判,则不仅严重影响法的安定性,也会严重破坏已经形成的交易关系和交易秩序。

四是重大公益溯及既往不应当不合理地减损当事人的合法权益。一方面,重大公益确实是法律

[48] 参见姜秉曦:《法不溯及既往的宪法意涵及其界限》,载《清华法学》2024年第1期。

[49] Vgl. BVerfGE 76, 256.

[50] Vgl. Oliver Lepsius, Die Rückwirkung von Gesetzen-Teil 1, JA 2018 (6), S. 577 ff.

要实现的重大利益,其可以成为例外溯及的重要依据。但另一方面,认定基于重大公益的例外溯及规则应当符合比例原则的要求,即应考虑实现重大公益与减损当事人合法权益之间的关系,如果承认法律的溯及力并不会损害当事人的合法权益,或损害并不显著,则当事人基于旧法产生的法律状态和信赖不能对抗公共利益。^[51]反之,如果承认法律的例外溯及有违适当性、必要性或狭义的比例原则,都不应允许法律溯及既往。^[52]换言之,如果可以通过其他方式实现重大公益,而承认例外溯及将不合理地减损当事人的合法权益,不应当承认相关规定可以例外溯及。例如,在前述民间借贷案件中,贷款人收到利息后又从事其他投资,这些投资也会给其带来一定收益,在投资过程中也会与其他主体进行交易,如果承认《民法典》的溯及力,可能影响相关法律关系的效力,严重损害贷款人的利益。可见,法律溯及既往适用的正当性与立法所指向的公共利益的强度和溯及既往的必要性密不可分。

涉及重大公益溯及规则,有必要回到《公司法》第 88 条第 1 款的规定。如前所述,该款规定并不符合重大公益溯及规则的适用条件。一方面,按照立法者的观点,《公司法》第 88 条第 1 款旨在解决实践中存在的转让人和受让人恶意串通,将未届出资期限的股权转让给毫无履行能力的受让人,从而规避出资责任的问题,因此转让人不能一概免除出资责任。^[53]但即便如此,其也仅涉及当事人之间私益的保护,而不涉及重大公益。另一方面,该条还适用于大量的合法转让股权的情形,在当时法律没有规定自然人的补充责任时,合法转让的当事人难以预见到转让合法完成并办理股权变更登记后,还应当继续承担补充责任。所以,如果承认《公司法》第 88 条第 1 款可以溯及既往,将破坏当事人的合理预期。有学者认为,该款具有警示当事人审慎交易、量力而行并保护交易安全的功能。^[54]笔者认为,依据《公司法》第 88 条第 1 款的规定,转让人需要承担补充责任,其在转让股权时,确实应当审慎交易、量力而行。而在原《公司法》没有规定补充责任的前提下,转让人并不需要承担补充责任,其在交易时也无须考虑后续补充责任的承担问题。因此,该条并不属于基于重大公益溯及的情形。

(二) 有利溯及规则

有利溯及是指当适用新法规定更有利于保护民事主体的合法权益时,可以将新法适用于其生效之前的事件和行为。《立法法》第 104 条的规定确立了有利溯及规则,但问题在于,该条主要针对公法关系,其能否适用于私法?《民法典时间效力规定》第 2 条规定“适用民法典的规定更有利于保护民事主体合法权益”时,可以例外溯及,这就明确了例外溯及规则可以适用于私法。事实上,有利溯及规则的主要目的在于保护民事主体的合法权益,而民商法以确认和保护民事主体的民事权益为目的。《民法典》第 1 条确认了其立法目的首先是“为了保护民事主体的合法权益”,对私权进行全面确认和充分保障,民法最基本的职能在于对民事权利的确认和保护。“民法是作为权利的体系而被构建的。”^[55]因此,有利溯及规则最应当适用于民商法领域,这也符合民商法的宗旨和目的。

然而,有利溯及规则在适用于民商法领域时,具有一定的特殊性。一方面,民商法调整的是平等主体之间的利益关系,这与公法调整国家与公民个体之间的关系不同。在发生民事纠纷后,争议双方的利益关系往往具有对抗性,二者常常处于此消彼长的博弈关系,无论适用何种规则裁判,在对一方当事人有利时,通常会对另一方不利,这与公法调整的国家与公民之间的利益关系明显不

[51] Vgl. BVerfGE 30, 367.

[52] Vgl. BVerfGE 96, 330.

[53] 参见王瑞贺主编:《中华人民共和国公司法释义》,法律出版社 2024 年版,第 126、467 页。

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

[55] [日]大村敦志:《民法总论》,江潮、张立艳译,北京大学出版社 2004 年版,第 34 页。

同。^[56]因此,对民事关系而言,如果适用某一规则只是有利于一方主体而不利于另一方主体,则在总体上就不能评价为对双方有利。换言之,在“更有利于保护民事主体合法权益”的判断上,应当将其限定为对各方当事人均有利,或者至少对一方更加有利的同时不损害其他方利益的情形。^[57]另一方面,在民商法领域,有利溯及也不能仅对一方有利。特别是在涉及抽象制度、抽象权利和资格时,其虽然对所涉及的民事主体效果相同,但并不一定对所有主体均有利,甚至可能对一方有利而对其他主体不利,或者对部分主体有利,而对部分主体不利。萨维尼对此举例,罗马法禁止妇女成为保证人,当罗马法被引入到一个原来承认妇女保证人地位的国家时,该国所有妇女便失去了可以成为保证人的权利。再如,假设规定25岁为成年的罗马法被引入到一个规定21岁为成年的国家中,那么新法生效时,所有未满25岁的人都丧失了成年人的权利。因此,判断溯及既往的效果是否有利,需要确定究竟对哪一方有利。^[58]

笔者认为,在民商法中,对于有利溯及中的“有利”应当进行狭义的解释,不能将对某一当事人有利的所有规则均作为可以溯及既往的规范。具体而言,私法中的有利溯及的规范主要应当包括以下三种情形。

一是适用新规则有利于保护各方利益。例如,在《民法典》施行前成立的民事法律行为,如果《民法典》规定更有利于维持民事法律行为效力的,则应适用《民法典》的规定(例如原《物权法》否定了流押、流质的效力,但《民法典》承认流押、流质合同有效)。再如,根据原《继承法》的规定,打印遗嘱或者录像遗嘱无效,鉴于《民法典》继承编第1136条增加规定打印遗嘱、录像遗嘱制度,将该规定溯及既往更有利于保护当事人的合法权益,因此,《民法典时间效力规定》第15条规定:“民法典施行前,遗嘱人以打印方式立的遗嘱,当事人对该遗嘱效力发生争议的,适用民法典第一千一百三十六条的规定,但是遗产已经在民法典施行前处理完毕的除外。”还应当看到,在《民法典》施行前发生的民事活动,如果《民法典》的规定更有利于尊重民事主体的意思自治,更有利于减少公权力介入民事关系的(减轻公权力对意思自治的干预),则适用《民法典》的规定。^[59]

二是新规则虽然对一方明显有利,但并没有明显损害另一方权益。^[60]例如,《民法典》有关代位继承的新规则扩大了被代位继承人的范围,使其及于被继承人的兄弟姐妹。此时,允许该规则溯及既往,使得兄弟姐妹的子女请求代位继承并不会显著侵害其他继承人的利益。该规则溯及既往并不会使其他继承人的利益受到明显损害。因此,《民法典时间效力规定》第14条规定:“被继承人在民法典施行前死亡,遗产无人继承又无人受遗赠,其兄弟姐妹的子女请求代位继承的,适用民法典第一千一百二十八条第二款和第三款的规定,但是遗产已经在民法典施行前处理完毕的除外。”相反,如果新规则对一方当事人明显有利,而对另一方当事人明显不利,则并不构成有利溯及,除非是基于其他溯及原因(如重大公益溯及),否则不应当溯及。例如,《民法典》第1177条新增了自助行为规则,依该规则,在一方合法权益受到侵害时,如来不及获得国家机关的保护,必须采取措施维护其合法权

[56] 参见熊丙万:《论〈民法典〉的溯及力》,载《中国法学》2021年第2期。

[57] 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组办公室:《〈关于适用民法典时间效力的若干规定〉的理解与适用》,载《人民司法》2021年第10期。

[58] 参见[德]萨维尼:《法律冲突与法律规则的地域和时间范围》(现代罗马法体系第八卷),李双元等译,武汉大学出版社2016年,第152页。

[59] 参见王雷:《民法典适用衔接问题研究动态法源观的提出》,载《中外法学》2021年第1期。

[60] 参见房绍坤、张洪波:《民事法律的正当溯及既往问题》,载《中国社会科学》2015年第5期。

益,受害人可以在必要范围内采取扣留侵权人财物等措施。如果该规则溯及既往,对受害人有利,但显然会明显损害另一方利益,因此,其并不符合有利溯及的适用条件。此外,还有一些规则对双方当事人均构成不利,如法律关于禁止某类交易的规则,一般也不能溯及既往。

三是新规则更有利于保护消费者、妇女儿童等弱势群体一方的利益。在新规定旨在保护消费者、妇女儿童等弱势群体的利益时,应当承认其溯及力。因为对弱势群体利益的保护应当优于对法律安定性的维护。^[61]例如,原《侵权责任法》第 46 条虽然规定了产品投入流通后发现存在缺陷的,生产者、销售者应当及时采取警示、召回等补救措施,但没有规定生产者、销售者采取召回措施的费用负担规则。《民法典》第 1206 条第 2 款规定:“依据前款规定采取召回措施的,生产者、销售者应当负担被侵权人因此支出的必要费用。”该规定有利于保护消费者利益,应当可以例外溯及。也就是说,如果旧法对弱者的保护明显不公平,而新法纠正了旧法的规定,此时应当承认新法的溯及力。

回到《公司法》第 88 条第 1 款规定,该款规定同样不符合有利溯及规则的适用条件。该条规定本身是对各种利益冲突平衡考虑的结果。如果要维护资本充实、防止逃避债务,需要确定转让人的补充责任。如果维护股东的退出自由和投资活力,则不必规定合法转让完成后转让人的责任。^[62]该条确定了转让人的补充责任,本身就涉及对一方有利而对另一方不利的现象。有观点认为,《公司法》第 88 条第 1 款的正当性在于有利于保护公司与债权人的利益。^[63]笔者认为,该款规定虽然涉及公司与债权人利益,但其利益并不当然具有绝对的优先性。一方面,《公司法》第 88 条第 1 款虽然考虑到公司 and 公司债权人利益的保护,但并没有顾及对股权转让人利益的保护。因此,即便该规则的适用有利于保护公司与债权人的利益,但如果其以减损转让人的利益为代价,也不符合有利溯及的规则。另一方面,其没有考虑当事人合同自由的保护问题。如果当事人在股权转让合同中明确排除了转让人的补充责任,在当时立法并未规定转让人补充责任的情形下,应当承认当事人约定的效力。在此情形下,如果承认《公司法》第 88 条第 1 款的溯及力,将损害当事人的合同自由。

(三) 空白溯及规则

空白溯及是指旧法未对相关情形作出规定,而新法对此作出规定时,为填补法律空白,允许适用新法规则。因为某个纠纷发生时,当时法律没有作出相应的规定,但在纠纷进入诉讼程序后,法官又不得以法无明文规定为由拒绝裁判,此时,如有必要,可以适用新法规则裁判该纠纷。空白溯及的正当性在于,一方面,其有利于解决裁判规则供给的问题。在新法颁行前,旧法可能并未对相关情形作出规定,法官在裁判时可能面临无法可依的问题,而新法的颁行则可以解决法官找法的困难。另一方面,其有利于维护法秩序的统一。在新法颁行前,由于旧法并未对相关情形作出规定,法官在裁判时的自由裁量权较大,这可能导致裁判不统一的问题,而适用新法规则可以为法官裁判相关纠纷提供明确的法律依据,这有利于统一裁判规则、维护法秩序的统一。^[64]

空白溯及规则在比较法上也有先例可循。在德国法中,没有“空白溯及”此类专门概念,但是德国法中有类似“空白溯及”的场景。德国联邦宪法法院在一起案例中指出,为了消除旧法的法律误解(Irrtümer)并填补漏洞(Lücken),可在例外时认可补充性法律的溯及力,但要满足以下要件:其一,与

[61] 参见广东省高级人民法院专项调研组:《民法典溯及力问题研究》,载《人民司法》2020 年第 31 期。

[62] 参见范健、杨金铭:《出资未届期股权转让后的责任承担研究——兼论新〈公司法〉理解及适用中的理念与原则》,载《经贸法律评论》2024 年第 4 期。

[63] 参见赵旭东、陈莹:《论未出资股权转让后的出资责任——新〈公司法〉第 88 条的正当性与适用解读》,载《交大法学》2024 年第 5 期。

[64] 参见高晓力、麻锦亮、丁俊峰:《〈关于适用公司法时间效力的若干规定〉的理解与适用》,载《人民司法》2024 年第 19 期。

原法律体系没有断裂、与立法意义和目的相融;其二,不包含内在违宪要素;其三,没有借补充之名行实质性法律变更之实。^[65]德国学者 Hess 又将法律分为评价型规则(Beurteilungsregel)和遵守型规则(Befolungsregel)。评价型规则往往可以溯及既往,但遵守型规则往往不应当被允许溯及既往。原因在于,溯及力是对过去发生的法律状况重新评估,但是已经按照旧法行动了的人无法再遵循新法,如果新法在此种情况下可以溯及既往,溯及已经作出的行为,会让新法在公民这里产生信任危机,由此可能引发宪法问题。^[66]Hess 的论述对德国司法实践也产生了一定的影响。

《民法典时间效力规定》第 3 条规定:“民法典施行前的法律事实引起的民事纠纷案件,当时的法律、司法解释没有规定而民法典有规定的,可以适用民法典的规定,但是明显减损当事人合法权益、增加当事人法定义务或者背离当事人合理预期的除外。”该条承认,当时的法律、司法解释没有规定而《民法典》有规定的,原则上可以适用空白溯及规则,只是在例外情形下不得溯及。该规则旨在扩大《民法典》新规则的适用范围,不无道理。我国处于一个社会关系激烈变化的转型时期,社会生活复杂多变,新领域、新业态大量产生,在《民法典》颁行之前,许多规则是不健全的。而《民法典》通过确立大量的新规则,构建了较为完备的民事法律规则体系,解决了在许多领域无法可依的问题,为法官运用法律解决纠纷提供了明确的规范依据。因此,依据空白溯及规则,允许法官在裁判时适用《民法典》的新规则,可以有效解决相关纠纷。但问题在于,对《民法典》新规则的溯及力,也应当持审慎态度,如果《民法典》的新规则原则上都具有溯及力,这可能会架空“法不溯及既往”的基本原则,极大地扩张了空白溯及规则的范围,显然不符合民商法以不溯及为原则、以溯及为例外的精神。

通过总结我国溯及既往的司法实践,并借鉴比较法经验,笔者认为,适用空白溯及规则首先应当区分“真空白”和“假空白”。空白溯及规则针对的应当是“真空白”,而非“假空白”。对于“假空白”的情形,如果旧法已经作出了规定,或者立法者本意是不作出规定,则不得基于空白溯及规则适用《民法典》新规则。换言之,对于旧法虽然没有明确规定,但实际上有据可循的情形,不应适用空白溯及规则。因此,在适用空白溯及规则时,首先要做出真假空白的判断,这是空白溯及规则适用的前提。笔者认为,可以采取如下标准区分真假空白。

第一,过去的立法有原则性而无具体规定的,不构成立法空白。这就是说,过去的立法并非完全没有规定,而只是规定过于原则、抽象,此类情形并不构成立法空白,需要通过法律解释等方法,将相关规则具体化,而不宜承认新法的溯及力。例如,依据原《合同法》第 52 条的规定,当事人恶意串通,损害国家、集体或者第三人利益的合同无效。关于该条是否要求特定第三人主张合同无效,存在争议。因为该条对国家、集体利益的表述过于模糊,通过法律解释的方法可以看出,此处损害国家、集体的利益应当解释为损害特定的国家、集体组织的利益,因而其仍然需要特定第三人主张合同无效,因此,没有必要溯及既往地适用《民法典》第 154 条规定,认定必须由特定第三人主张无效。再如,在我国原《侵权责任法》的制定过程中,曾经在相关草案中规定,免费乘车时,机动车使用人应当承担相应的责任,但可以减轻其责任。但原《侵权责任法》删除了草案的这一规定,这就使得“好意同乘”缺乏法律规范。从历史的考察来看,这并非是立法者有意沉默,而是立法者希望将此类情形交给法官根据相关的规则和原则来处理。例如,法官可以援引原《侵权责任法》第 24 条关于“受害人和行为人对损害的发生都没有过错的,可以根据实际情况,由双方分担损失”的规定来处理。因此,此种情形也不属于“真空白”,

[65] Vgl. BVerfGE 7, 129.

[66] Vgl. Hess, Intertemporales Privatrecht, Tübingen 1998, S. 52 ff.

不宜溯及既往地适用《民法典》的好意同乘规则。

第二,立法者的“有意沉默”不构成立法空白。在认定真假空白时,需要区分立法者的“有意沉默”与法律漏洞。在立法者“有意沉默”的情形下,不宜适用空白溯及规则承认新法规则的溯及力,否则可能违背旧法的立法目的。“有意沉默”是指立法者已经预测到法律调整的对象和情形,但由于诸多原因而未能直接予以明确规定,而要留待进一步研究或司法实践来解决。立法者的“有意沉默”并不属于法律漏洞。^[67]即使其构成法政策上的错误,也不能认定为法律漏洞。例如,原《合同法》制定时未规定情势变更规则,主要是出于对合同严守原则的尊重。关于情势变更制度是否应当原《合同法》中采纳,时任全国人大委员长李鹏指出,虽然该制度适用于国内交易有一定的必要性,“但是在国际贸易中使用情势变更制度,对发展我国经济、保护我国债权人是否有利,需要谨慎论证”。^[68]因而,原《合同法》虽未规定情势变更规则,但其并不属于违反计划的不圆满性,而是立法者有意不作规定,不构成法律漏洞,属于立法者的“有意沉默”。在此情形下,虽然《民法典》第 533 条规定了情势变更规则,但不宜基于空白溯及规则,认定该规则具有溯及力。尤其应当看到,如果立法者在制定旧法时已明确对某种规则持否定态度,法官不得违背立法者的意愿而自行依据新法规则填补法律漏洞。

第三,对原有的法律修改不构成立法空白。空白溯及适用于旧法没有作出规定而新法作出了相关规定的情形。如果旧法已经对某种情形作出了规定,而《民法典》的新规则修改了旧法的规则,不能依据空白溯及的规则适用《民法典》的新规则。因为在《民法典》颁行之前,旧法已经对相关情形作出了规定,人们在行为时信赖旧法的规则,并对此产生了合理预期,如果承认新法具有溯及力,将破坏人们的合理预期,也可能不当影响当事人的权利义务关系。例如,在保证合同当事人没有明确约定保证方式的情形下,关于保证人所提供的是一般保证还是连带责任保证,《民法典》第 686 条第 2 款改变了原《担保法》的规定,将其由连带责任保证变更为一般保证。对此种情形,由于原《担保法》已经作出了规定,不宜基于空白溯及规则适用《民法典》的规定。

第四,《民法典》中已经明确规定了参照适用条款时,并不构成立法空白。此类情形不能采用溯及既往规则,而必须适用参照适用规则。参照适用又称准用,它是指法律明确规定特定法律规范可以参照适用于本不属于该条规范调整范围的其他情形。据统计,《民法典》中共有 28 个条文使用了“参照适用”的表述,这也可以说是《民法典》立法技术上的一个重大举措。凡是法律规定了参照适用规则的,表明立法者已经对相关情形进行了调整,此时不宜再适用空白溯及规则,法官应当直接依据法律关于参照适用的规定适用法律。参照适用作为一种法定的类推,在具体适用中,法官需要考察被参照的规范能否都适用到争议案件,只有确定参照与被参照的情形包含共同的、相似性的要素,才能将法律规定情形的法律效果适用于法律未规定的情形,^[69]从而完成参照适用过程。

即使构成立法“真空白”,也不能当然依据空白溯及规则适用新法规定。《民法典时间效力规定》第 3 条规定了空白溯及规则的例外排除情形,通过这些例外规则限制空白溯及规则的适用是十分必要的。有学者认为,在旧法空白或模糊的情形,当事人实施行为很难谈得上存在基于法律的稳定预期,让新法溯及适用并不涉及损及既有利益预期的问题。^[70]笔者认为,此种观点值得商榷。因为在旧法没有规定的情形下,当事人对其行为产生的法律效果可能不存在预期,但对其行为将不会引发法律责

[67] 参见[德]魏德士:《法理学》,吴越等译,法律出版社 2005 年版,第 354 页。

[68] 全国人大法制工作委员会民法室编著:《〈中华人民共和国合同法〉立法资料选》,法律出版社 1999 年版,第 30 页。

[69] Vgl. Zippelius, Juristische Methodenlehre, 12. Aufl., München 2021, § 11 II, S. 56 f.

[70] 参见熊丙万:《论〈民法典〉的溯及力》,载《中国法学》2021 年第 2 期。

任的后果是存在预期的。在一些情形下,虽然出现了法律空白,但是如果空白溯及显著减损了当事人的利益,出于当事人对法律安定性的信赖,则不应当允许溯及。相反,如果适用新法规则即便对一方有利,但没有明显减损另一方的利益,或违背其预期,则应当依据有利溯及规则适用新法的规定。^[71]当然,当事人对旧法的信赖利益受新法溯及适用的影响程度不能一概而论,需结合具体场景予以判断,这些场景包括:旧法规范在性质上是强制性或任意性规定、规范的明确程度以及违反规范的后果等都影响到当事人预期利益的有无、程度和合理性等。^[72]还需要通过比例原则对相关要素进行衡量,表明溯及既往的需求显著超过了当事人信赖利益。同时,即便出现“真空白”,也不一定采用空白溯及的方式,要考虑能否用法律解释方法解释相关规则,或者填补漏洞,以解决相关的纠纷。填补漏洞本质上就是法官通过一定的标准和方法,努力寻求可适用到具体个案的裁判规则。相对于例外溯及规则的适用而言,此种方式更具灵活性。

回到《公司法》第88条第1款规定,该款规定也难以适用空白溯及规则。一方面,在新《公司法》修订前,我国当时的法律并没有规定转让人要承担责任。从历史解释来看,《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18条和2018年《公司法》第28条都没有明确规定转让人要承担责任。可见,从当时的法律、法规规定来看,难以认定转让人应当依法承担责任。所以,当时的法律对转让人是否应当承担责任问题已经表明了立场,不能以当时的法律没有规定转让人的责任就当然认定其属于法律空白。因此,此种情形属于立法者“有意沉默”,不构成立法空白。另一方面,如果适用空白溯及规则,将破坏当事人的合理预期。因为当时的法律法规并没有要求转让人承担责任的意图,在股权交易中,转让人对承担补充责任没有合理的预期,此时,如果承认《公司法》第88条第1款的溯及力,并要求转让人承担责任,也不符合当事人对当时法律规定的合理预期。因此,该条规定并不符合空白溯及规则的适用条件。

(四)例外溯及规则的体系性

综上,公益溯及规则、有利溯及规则、空白溯及规则本身构成完整的体系,且这个体系具有层次性。确定层次性,必须要进行基本的价值考量,也就是说,各项规则所追求的价值是不同的,因而也导致相关规则的适用可能存在一定的冲突。正如霍尔姆斯所指出的,“在逻辑形式之后,是对于各种不同立法理由彼此之间的相关价值与重要性的判断”。^[73]价值考量决定了各项例外溯及规则之间具有一定的层次性。

首先,重大公益溯及规则应当优先。因为例外溯及的根本原因在于维护公共利益,一旦重大公益相对于其他利益关系处于压倒性的地位,则应当适用重大公益溯及规则,以维护法秩序稳定。因此,在这三项规则中,如果重大公益溯及规则与其他规则发生冲突,例如与有利溯及等规则发生冲突,则需要判断相关的利益是否涉及重大公益,而应当溯及既往。在不存在重大公益溯及的情形下,才能适用有利溯及等规则。

其次,有利溯及应当置于第二个层次。一方面,有利溯及规则本身就是对重大公益溯及规则的一种限制,即便是基于重大公益溯及,也应当基于比例原则的考量,判断相关规则的例外溯及是否会不当损害当事人的合法权益。另一方面,有利溯及本身也可以限制空白溯及规则的适用。如果承认一

[71] Charles B. Hochman, *The Supreme Court and the Constitutionality of Retroactive Legislation*, 73 *Harvard Law Review* 692, 693 (1960).

[72] See Jill E. Fisch, *Retroactivity and Legal Change: An Equilibrium Approach*, 110 *Harvard Law Review* 1055, 1086-1088 (1997).

[73] Oliver Wendell Holmes, *The Path of the Law*, in *Collected Legal Papers*, Peter Smith, 1952, p.181.

些新增规定的空白溯及效力,会破坏当事人的合理预期,或者不当减损当事人的合法权益,则应当认定其有悖《民法典》“保护民事主体的合法权益”的立法目的,就不能溯及适用。^[74]因此,为了进一步明确新增规定的溯及适用标准、便于司法审判,《民法典时间效力规定》第 3 条明确了空白溯及的限制性规则,即排除明显减损当事人合法权益、增加当事人法定义务或者背离当事人合理预期的新增规定的溯及适用。

最后,空白溯及应当置于第三个层次考量。这就是说,在民商事领域,虽然新的法律设置了一些新规则,这些规则是前所未有的,但在判断相关的规则是否应当溯及既往时,应基于前述两项规则加以判断。在无法适用前两项规则时,为了裁判规则的统一适用,可以通过法律解释的方法与空白溯及并用等方式解决。通常情形下,如果可以通过法律解释方法解决,则不应当适用空白溯及规则。

史尚宽先生指出,“要以法律之溯及力如何,本无一定原则。当探究各条之性质如何,而为个别之规定,为最得策也”。^[75]在确定各项例外溯及规则的适用关系时,也应当结合个案的具体情形,考量民商法适用中的各种利益关系,确定相关规则是否具有溯及力,以及依据各种规则认定其溯及力。

三、妥善处理例外溯及与法律漏洞填补的关系

《公司法》第 88 条是否应当溯及既往的争议,也提出了另外一个需要探讨的问题,即如何妥善处理例外溯及与法律漏洞填补的关系。

“法典不可能没有缝隙。”^[76]事实上,无论在成文法国家,还是在判例法国家,法律漏洞都是各国共同面临的法律难题,如何确定法律漏洞以及如何对其进行填补成为几十年来法学界讨论的核心问题之一。法条有限,世事无穷。期望法律能够规范社会生活的方方面面,只能是法学家的幻想。即便是在民法法典化国家,一部法典也难以涵盖社会生活的方方面面,难以为所有纷繁复杂的纠纷提供裁判依据。所谓法律漏洞(英语: gap in law, 德语: gesetzeslücke),是指由于立法者在立法时未能充分预见待调整的社会关系,或者未能有效协调与现有法律之间的关系,或者由于社会关系的发展变化超越了立法者立法时的预见范围等原因导致立法缺陷,这种缺陷表现为:调整特定社会关系的具体法律规范的缺失,或者既有法律规范之间存在矛盾,或者既有法律规则在今天的适用明显违背了法律对公平正义的基本要求。^[77]可依类推适用、目的性扩张、目的性限缩、基于习惯法和比较法填补漏洞,以及基于法律原则填补漏洞等。社会法学派代表庞德(R. Pound)曾提出:“法律必须稳定,但又不能静止不变。”^[78]他认为,法律是社会控制的工具,如果要将其正确地适用于社会实际,必须承认,它自颁布之日起,就会逐渐与社会现实发生脱节,从而产生法律漏洞。因此,“法官应当以追求艺术的方式对法律作出科学的解释,对既存的规则适用新的情况作出正确判断”。^[79]

如前述,由于社会生活急剧变化,新领域、新业态不断出现,科学技术发展日新月异,许多民商事

[74] 参见广东省高级人民法院专项调研组:《民法典溯及力问题研究》,载《人民司法》2020 年第 31 期。

[75] 史尚宽:《民法总论》,中国政法大学出版社 2000 年版,第 14-15 页。

[76] Vgl. Bernert/Hattenhauer, Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten von 1794, München 1996, S. 1, 21.

[77] 在学理上,法律漏洞也通常被界定为“违反立法计划的不圆满状态”。参见黄茂荣:《法学方法与现代民法》,法律出版社 2007 年版,第 377 页。

[78] [美]罗斯科·庞德:《法律史解释》,邓正来译,中国法制出版社 2002 年版,第 2 页。

[79] Arthur L. Cabin, *The Judicial Process Revisited: Introduction*, 71 Yale Law Journal 195, 199 (1961-1962).

的新规则应运而生,《民法典》中的大量规则都是新型规则。但这些规则如果都要溯及既往,必然会严重影响当事人的合理预期,损害法不溯及既往的基本规则,影响法的安定性和稳定性。因此,我们必须要考虑在出现法律“真空白”的情形下,也未必都要采用例外溯及的方式解决,而可以尽量通过法律解释尤其是漏洞填补方法填补漏洞。《民法典》之所以大量采用参照适用条款,一个重要原因就是,通过法定准用的方式填补漏洞,这也表明了用法律解释方法填补法律漏洞的重要性。

诚然,在过去的法律没有作出规定而构成法律漏洞时,例外溯及也是填补法律漏洞、解决相关纠纷的一种方式,其也可以起到统一裁判规则的作用。所以,有学者认为,在存在法律漏洞的情况下,法官不得拒绝裁判,在填补漏洞时适用新规则,不仅成本较低而且有利于规则的具体明确和裁判统一。^{〔80〕}在《民法典》颁布时,有不少法官建议,在新旧法律交替时期,法院可将《民法典》的规定用于填补旧法(九部民事基本法律)的漏洞,并据此作出判决。此时,法院适用的是旧法,《民法典》被作为填补旧法的漏洞而适用,事实上具有一定的溯及力。^{〔81〕}这种观点虽然不无道理,但仍然值得商榷。

应当看到,例外溯及与法律漏洞填补方法都可以为法官在个案裁判中提供裁判依据,从方法论的角度来看,例外溯及与法律漏洞填补,保证了类似问题类似处理。但两者属于不同的方法,二者的区别主要表现在以下几个方面。

第一,适用的效果不同。例外溯及是通过新法解决原法律没有规定的情形,一旦在法律或者司法解释中确立了例外溯及规则,该规则即具有强制性,其涉及规范的时间效力问题,法官应当基于新规则解决相关纠纷。此时,例外溯及将导致新规则产生直接适用的延伸效果。而对漏洞填补方法而言,其允许法官通过一定的法律解释方法,选择特定的漏洞填补方法填补漏洞。从这一意义上说,法律漏洞填补方法本质上是一种规范解释适用的方法。

第二,效力范围不同。法官在漏洞填补中所确定的规则一般认为只具有个案的妥当性、合理性,只能针对特定的个案产生拘束力,而不具有普遍效力。从这个意义上说,法官在漏洞填补时为个案裁判所创造性地确定的规则不是法律,也不具有立法效力。而对例外溯及规则而言,相关规则具有溯及力是法律明确规定的,其适用具有强制性,只要符合该规则的适用条件,法官就应当适用该规则,因此,其并非专门解决个案的规则,而是适用于一般情形。

第三,依据的规则不同。在例外溯及的情形下,法官是依据新法规则解决相关纠纷。而对漏洞填补方法而言,法官在填补法律漏洞时,仍然要适用旧法的规则,在旧法规则的体系范围内填补漏洞。“在填补漏洞的情况下,解释者看起来是在法律之外,但实际上,他又是在法律之内。因为解释者必须在‘体系的精神之中’作出解决。”^{〔82〕}从这一意义上说,二者对法秩序的影响也不同:漏洞填补是在旧法体系下解决相关纠纷,因此有利于维护法的安定性;而对例外溯及而言,其通过新法规则解决相关纠纷,本身会影响当事人对旧法规则的合理预期,可能构成对旧法秩序的一种矫治。^{〔83〕}

第四,法官的自由裁量权不同。在例外溯及的情形下,法官在裁判中应当直接适用相关的新法规则,法官在解释新法规则时虽有一定的自由裁量权,但其在选择裁判依据方面的自由裁量权较小。换言之,对于旧法出现的法律漏洞,法官只能根据例外溯及规则依据新法规则裁判,这可能出现法律规则的僵化适用、裁判“一刀切”的问题。而对漏洞填补方法而言,法官在填补法律漏洞方面的自由裁

〔80〕参见姜秉曦:《法律保留与司法解释的溯及力》,载《浙江社会科学》2023年第9期。

〔81〕参见刘贵祥:《〈民法典〉实施的若干理论与实践问题》,载《法律适用》2020年第15期。

〔82〕〔葡〕马沙度:《法律及正当论题导论》,黄清薇、杜慧芳译,澳门基金会、澳门大学法学院2007年版,第168页。

〔83〕参见房绍坤、张洪波:《民事法律的正当溯及既往问题》,载《中国社会科学》2015年第5期。

量权较大。例如,在采用类推适用、目的性扩张等方法填补法律漏洞时,法官应当进行相关性检验。所谓“相关性检验”,是指通过分析确定待决案件与特定的法律基本原则能够实现最佳的契合,即选出一个最佳的适用于具体个案的原则。在进行相关性检验时,首先必须对具体案件中需要调整的法律关系性质进行判断。不同类型的法律规范所协调的不同类型的利益关系,其所应遵循的相对具体的法律原则也可能存在差异。这使得法官在个案中具有较大的自由裁量权,可以结合个案的情形来判断,从而灵活解决法律漏洞填补问题,避免出现过于僵硬、“一刀切”的后果。

正是因为上述区别,如果能够通过法律解释和漏洞填补的方式填补漏洞,弥补原有法律规定的不足,则法官应当尽量通过此种方式填补漏洞,以针对具体个案实现法律的续造,而不宜通过相对较为僵硬的例外溯及的规则解决。事实上,从比较法的发展趋势来看,此种法律续造的方法正是法律发展和完善的重要方式。正如埃尔利希(Ehrlich)指出的,“每一已发展的法律体系,都必须经过一段由司法判决形成法律的时期”,^[84]由法官通过裁判而填补法律漏洞,正是法律成长和完善的动力和来源。在原有法律没有规定的情形下,之所以优先适用法律漏洞填补方式,一方面,是因为其有利于维护法的安定性和稳定性,同时也不会因为例外溯及规则适用的失误导致对当事人预期的损害。另一方面,其主要针对个案,所产生消极影响的范围有限,但例外溯及规则的适用一旦失误,可能对不特定当事人的利益产生广泛影响,甚至影响某个新行业、新业态的发展。此外,优先适用漏洞填补规则,也可以限制例外溯及规则的适用。按照法治的一般原则,新法具有溯及力属于例外情形,应当对其进行必要的限制。

以《公司法》第 88 条第 1 款的例外溯及为例,司法解释确定该规则具有溯及力的原因在于,旧法对该问题没有作出规定,需要通过该规则填补漏洞。但事实上,将此种情形交给法官通过漏洞填补的方式解决更具有合理性。一方面,《公司法》修订前,法律没有规定转让人对受让人未按期缴纳的出资承担补充责任的,转让人就不应当承担补充责任。此处立法的立场很明确,并不存在法律空白,难以采用空白溯及的方式。另一方面,《公司法》第 88 条第 1 款针对股权转让的类型本身具有多样性,其既针对当事人恶意串通、为逃避债务进行的股权转让,也有当事人之间合法的股权转让;既有当事人没有最终完成变更登记手续等的股权转让,也有已经办理股权转让登记的情形;既有支付合理对价的股权转让,也有对价不合理的股权转让;既有转让期限已届满的情形,也有转让期限尚未届满的情形。各类情形大相径庭,需要法官在个案中进行甄别和判断,采用漏洞填补的方式,从而确定转让人是否应当承担补充责任,以及如何承担补充责任等。而在原有的法律没有规定的情形下,简单通过例外溯及规则解决,是一种简单的、“一刀切”的方式,忽略了个案所具有的特殊性,以及因此所需要采取的不同规则。例如,在股权转让中,在认定股权转让是否属于正常交易时,需要综合考虑公司债权形成的时间、受让人的支付能力、股权转让价格等因素。如果受让人明显不具备支付能力的,或者股权转让价格明显偏离市场价格等,可能构成恶意逃避债务。^[85]由于各种具体情形较为复杂,只能交由法官在个案中进行具体认定。还应当看到,一概采用例外溯及的方式,也会损害当事人的合理预期。而漏洞填补的方式则是在原有的法律体系框架内进行,可以在维护法的安定性的前提下,解决相关纠纷。例如,当事人通过恶意串通的方式转让股权,逃避债务,法官可以依据资本充实原则、诚信原则等,确定转让人的责任,填补合同漏洞;也可以类推适用共同侵权规则,确定双方应当向债权人承担的责任。但是在

[84] Eugen Ehrlich & Nathan Isaacs, *The Sociology of law*, 36 Harvard Law Review 130, 134 (1922).

[85] 参见林一英:《未缴出资股权转让的责任规则构建》,载《环球法律评论》2024 年第 1 期。

当事人从事合法交易的情形下,由于原有的法律没有规定补充责任,则应当排除转让人的补充责任。

四、坚持既判力优于溯及力的规则

在新法颁行后,需要解决新法与旧法适用的衔接问题,其不仅涉及新法规则的溯及力,即新法规则能否适用于其颁行之前的情形,也涉及新法与依据旧法作出的生效裁判之间的关系,即新法规则能否溯及地改变依据旧法作出的生效裁判,这就涉及新法溯及力与既判力的关系问题。

既判力即判决实质上的确定力,它是指法院作出的终局判决一旦生效,当事人和法院都应当受该判决内容的拘束,当事人不得在以后的诉讼中主张与该判决相反的内容,法院也不得在以后的诉讼中作出与该判决冲突的判断。^{〔86〕}一般而言,生效裁判的拘束力主要针对以后的诉讼:一方面,在裁判生效后,当事人不得在之后的诉讼中提出与生效裁判结论相悖的主张,在当事人提出此类主张后,法院也不得作出与生效裁判相反的判决。例如,如果法院所作出的被告应当给付原告10万元的判决已经生效,被告在之后的诉讼中就不得主张原告债权的诉讼时效期间已经届满,法院也不得支持被告的此种主张。另一方面,在二审审理的法院的裁判应以一审审理的法院生效裁判为前提。例如,在确认所有权的诉讼中,原告A获得了胜诉。在后诉中,A提出要求变更登记时,二审法院的裁判就应当以A享有所有权为前提。生效裁判的上述两方面既判力关联密切,前者也称为既判力的消极作用,即禁止作为的消极性;而后者则称为既判力的积极作用,即要求积极作为。^{〔87〕}

在认定民商法的溯及力时,应当妥当协调其与生效裁判既判力之间的关系。溯及既往针对的必须是尚未终审的案件,如果相关案件已经终审,且裁判已经产生了既判力,则即便当事人依据新法提起了再审,亦应按照既判力优于溯及力的原则,不宜承认民商法的溯及力。^{〔88〕}进一步地,坚持既判力优于溯及力的规则,应当维持已生效裁判的效力,不得以新法与旧法规定不一致为由,推翻生效裁判所确立的法律后果。当然,即便是依据审判监督程序改变生效裁判的结论,也应当依据《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民事诉讼法》)的规定裁判,并严格遵循相关的程序要求,而不能简单地以新法的规定为由推翻既有的裁判结论。为此,《民法典时间效力规定》第5条明确规定了裁判的既判力优先于溯及力的原则,该条规定:“民法典施行前已经终审的案件,当事人申请再审或者按照审判监督程序决定再审的,不适用民法典的规定。”依据该规定,当事人不得以判决的个案解释不同于《民法典》的规定为由推翻已经生效的判决。我国司法实践历来采取既判力优先于溯及力的原则,可以说,这是我国长期司法实践经验的总结。该规则的正当性主要在于以下三个方面。

第一,维持既有裁判的稳定性、安定性。生效裁判已经确定了相关的法律事实,并得到既有法律秩序的认可,当事人之间的法律关系也已经确定,不能通过溯及力加以推翻,否则不仅当事人的合理预期无法得到保护,而且在生效裁判基础上形成的法律秩序将被破坏。在新法颁行后,如果一概可以改变依据旧法作出的生效裁判,则判决的安定性和稳定性就无法维持。对当事人而言,如果承认新的法律可以改变已经生效的裁判,也会破坏当事人对法律的合理预期,因为当事人只能依据当时的法律行为,其依据当时的法律所产生的法律后果都应当受到法律保护。如果不维持已生效裁判的既判力,

〔86〕参见张卫平:《民事诉讼法》(第六版),法律出版社2023年版,第511页。

〔87〕参见张卫平:《民事诉讼法》(第六版),法律出版社2023年版,第511页。

〔88〕参见最高人民法院研究室编著:《最高人民法院民法典时间效力司法解释理解与适用》,人民法院出版社2021年版,第78-85页。

则当事人将失去行为的基本依循,丧失对法律公信力的信赖,法律秩序也将荡然无存。

第二,维护司法裁判的权威性。对于已经生效的裁判而言,如果仅以新法与旧法规定不一致为由否定其有效性,则势必影响法的安定性和生效裁判的权威性。尤其应当看到,承认民商法案件的既判力优先于溯及力,也有利于节省司法资源。如果再审以新的法律作为判断标准,由于法律处于不断变化之中,并可能改变原法律规定,如果承认新法的溯及力,则已生效裁判都有被新法推翻的风险,这可能导致大量的案件进入再审程序。可见,溯及力优先于既判力会使司法机关压力陡增,现有司法资源尚难以应对目前案件审理的压力,再采取更具有压力的做法,法院将不堪其苦、无力承担。^[89]

第三,即使是再审后被裁定发回重审的案件,或者是再审已经立案的案件,也同样要遵守既判力优于溯及力的原则。^[90]针对任何再审的案件,也只能适用当时有效的法律,而不能适用新法。依据《民事诉讼法》第 209 条至第 211 条规定,原判决、裁定适用法律错误是再审程序启动的重要情形。在认定原判决、裁定适用法律是否错误时,应当以当时的法律作为判断标准,而不应当以新法为标准。为此,《民法典时间效力规定》第 5 条从消极层面规定了《民法典》溯及适用的范围不包括再审的案件。依据该规定,只要是在《民法典》施行之前已经终审的民事纠纷案件,不论是当事人申请再审,还是按照审判监督程序决定再审,都须遵守既判力优先于溯及力的规则。

从比较法上看,各国也大多采取了既判力优于溯及力的立场。德国法上形成的关于溯及既往例外规则的通说为“真正溯及与不真正溯及理论”,该通说首先由联邦宪法法院提出,在联邦宪法法院的司法实践中被持续使用。这一通说最大的意义,是对“既往”给了相对清晰的判定标准。按照该理论,如果新法溯及施行前已经终结的法律事实或已经发生的法律效果,即“真正溯及”(echte Rückwirkung)。真正溯及违反法治原则,一般情况下不被允许,除非是基于公共利益的强制性原因,或个体信赖保护的情况不再存在。如果新法是根据新的实质性规则对未完成的事项依据新的法律标准进行评估,比如对构成要件进行了新的规定,则是“非真正溯及”(unechte Rückwirkung)。^[91]可见,在德国法上,新法只有在极其例外的情形下才有溯及力,且不得改变生效裁判的既判力,这实际上也是采纳了既判力优于溯及力的原则。

五、结 语

民商法以不溯及既往为原则,以溯及力为例外,这是法治原则的具体体现。由于《立法法》第 104 条过于抽象、原则,且主要以公法溯及力为原型而规定,民商法是否具有溯及力,确实存在一定的争议。长期以来,我们都是通过司法解释单个解决各个民商法的溯及力问题,但各项司法解释有关民商法溯及力规则不统一,尤其是有关例外溯及的理论基础并不明确,这也导致民商法的溯及力规则在适用中存在一定的争议。因《公司法》第 88 条第 1 款的例外溯及规则引发的争议,就集中反映了民商法例外溯及规则不统一的问题。

关于如何规定民商法的溯及力规则,从域外经验来看,德国有专门的《德国民法典施行法》,^[92]法

[89] 参见杨立新、李怡雯:《从原则到例外:〈民法典〉时间效力规则的体系化展开》,载《法学杂志》2022 年第 1 期。

[90] 参见最高人民法院研究室编著:《最高人民法院民法典时间效力司法解释理解与适用》,人民法院出版社 2021 年版,第 78-85 页。

[91] Vgl. Oliver Lepsius, Die Rückwirkung von Gesetzen-Teil 1, JA 2018 (6), S. 577 ff.

[92] 德国在颁布其民法典的同时,就颁布了《德国民法典施行法》,该法最初只有 218 条,目前已经增加到 245 条。

国、瑞士等国直接将其规定在民法典中，^{〔93〕}俄罗斯既制定了施行法又将其规定在民法典中。^{〔94〕}可见，对于法律的溯及力问题，虽然在比较法上存在不同的做法，但大多通过立法的方式确定有关溯及力的规则。我国没有制定“施行法”的立法惯例，没有单独的《民法典》“施行法”，立法机关也未颁布相关的立法解释对《民法典》的溯及力作出规定。考虑到法官在适用新法的过程中，首先面对的是新法的时间效力问题，在法律没有规定的情形下，司法解释要解决法律适用中的难题，统一裁判规则，从而对新法的溯及力作出规定，是十分必要的，也回应了司法实践的现实需求。但是，将民商法的溯及力这一民事立法的基本问题完全交由司法解释解决，对司法机关而言也未免力有不逮。尤其是长期以来，不同司法解释对不同法律的例外溯及规定不一致，也成为司法实践中适用法律的“老大难”问题。^{〔95〕}在此背景下，确有必要由立法机关通过专门的法律或立法解释的方式，确定民商法溯及力的一般性规则，尤其是例外溯及的规则，从而为司法解释的制定提供依据和指引，如此才能保障新法的准确实施，维护法律秩序的统一。

（责任编辑：蔡蔚然）

On the Retroactivity of Civil and Commercial Law ——With Reference to Article 88 (1) of Chinese Company Law

WANG Liming

Abstract: Civil and commercial law generally adheres to the principle of non-retroactivity, with exceptions permitted under specific conditions. Article 88 of Chinese Company Law has sparked theoretical debates concerning the retroactivity of civil and commercial law. Retroactivity is not an issue exclusive to public law; civil and commercial law may exhibit retroactive effects in exceptional cases, provided such application serves to safeguard compelling public interests and maintain the unity of the legal order. Three rules of retroactivity should be recognized in civil and commercial law: (1) retroactivity for compelling public interests, (2) favorable retroactivity, and (3) gap-filling retroactivity. However, the application of these rules must be subject to strict conditions and follow a hierarchical structure. In cases of exceptional retroactivity, the relationship with methods of filling legal gaps must be properly handled, that is, priority in application should be given to the latter. When applying rules on retroactivity of civil and commercial law, it is imperative to adhere to the rule that *res judicata* takes precedence over retroactivity.

Keywords: Retroactivity; Compelling Public Interest; Favorable Retroactivity; Gap-filling Retroactivity

〔93〕《法国民法典》第2条、《瑞士民法典》末章第1条至第4条。

〔94〕《俄罗斯联邦民法典》第4条和《关于施行〈俄罗斯联邦民法典〉第一部分的联邦法律》等。

〔95〕参见张新宝、王伟国：《最高人民法院民商事司法解释溯及力问题探讨》，载《法律科学（西北政法大學學報）》2010年第6期。