

论公司分立行为的界定

彭 冰*

摘要:公司分立与某些转投资、资产转让行为效果相同,但现行法上对于公司分立行为缺乏明确界定,这给司法实践带来了很大困惑。某些人认为应当以分立公司是否分配继受公司股份给其股东作为区分标准,但其他国家的立法中并无此种做法,也与公司分立的经济功能并不相符。实际上,通过分析公司分立制度的立法价值和债权人保护的制度安排,可以发现公司分立应当作为与转投资、资产转让行为并列的一项资产处置安排,由当事人根据自身商业需求自由选择适用。法官不顾当事人的选择而对交易重新定性,只会破坏交易秩序,增加商事交易的不确定性,并不符合公共利益要求。

关键词:公司分立 物的分立 转投资 资产转让

公司分立与公司合并一样,属于公司的组织形式变更,但各国立法对这两者的态度却截然不同。许多国家的立法很早就明确规定了公司合并制度,

* 北京大学法学院教授,法学博士。

却很晚才规定公司分立制度。一般认为,公司分立制度最早出现于法国 1966 年修订的《商事公司法》中。此后,尽管欧盟 1982 年颁布《公司法第 6 号指令》专门规定了公司分立制度,但德国 1994 年才将其引入国内立法。日本于 2000 年规定了公司分立制度;我国台湾地区也于 2001 年引入(台湾称为公司分割制度)。美国公司法中则至今尚未专门规定公司分立制度(但税法中有特别规定)。^[1] 与这些国家和地区相比,我国对分立制度的立法则较为超前,1986 年《民法通则》中即已对企业分立后权利义务的承担做出了规定,1993 年《公司法》更明确规定了公司分立制度。但我国法律中对公司分立制度的规定非常简陋,学界对此也缺乏深入研究。

与法条简陋和研究缺乏形成对比的,是公司分立制度在我国企业改制重组实践中得到了广泛运用。不过,由于立法简略,相关诉讼特别是债务纠纷一直层出不穷。司法机关对公司分立的性质缺乏理解,对于相关重组行为是否应当被界定为分立、是否应当适用分立的债权人保护原则,一直存在重大争议。这集中表现为对公司改制重组行为的性质认定上:某些涉及公司资产转移至新设公司的重组行为,是属于公司转投资、资产转让还是公司分立?这一认定直接涉及原公司债权人保护问题——前两种行为中的继受公司基本不承担原公司债务,分立后存续的公司则必须对分立前的债务承担连带责任。

基于现实中这一突出问题,本文将集中讨论公司分立行为的界定问题。首先介绍我国公司分立制度的现行立法,讨论和分析司法实践中界定公司分立行为产生的种种混乱(第一部分),实践中对此初步提出的解决方案是企图以分立公司股东是否获得继受公司的股权作为区分公司分立与转投资、资产转让的标准(第二部分),然而比较各国立法可以发现,各国均未采纳这一区分标准(第三部分)。只有分析公司分立制度的立法价值和债权人保护制度安排(第四部分),才能明白公司分立制度不过是和转投资、资产转让制度相并列的一种特殊制度,立法的目的是为当事人提供更多选择,因此,界定公司分立行为的基础应

[1] 关于各国公司分立制度立法的介绍,参见林育廷等:《公司分割——问题研究与实例探讨》,元照出版有限公司 2002 年版,第 19~80 页。

当是当事人的自由选择(第五部分和结论)。

一、公司分立制度的立法与实践

(一) 公司分立制度的立法

我国最早规定公司分立制度的是1986年《民法通则》;^[2]1993年《公司法》专门规定了公司分立制度,与公司合并制度并列;1999年《合同法》第90条规定了在分立情况下合同权利义务的处理。这些规定非常简单,相互之间也并不协调。^[3]2005年《公司法》修订,修改了公司分立制度,与《合同法》的规定相协调,取消了债权人在公司分立时提出异议的权利。按照现行《公司法》的规定,我国公司分立制度的基本框架如下:

公司分立为分立公司的重大决策,将导致公司组织结构和股东权益的重大变化,因此,必须由董事会制定公司分立方案,经过股东会或者股东大会决议;该决议应当以特别决的方式,由三分之二以上表决权通过。股东对股东大会通过的分立决议投反对票的,可以请求公司收购其股权。

公司分立将减少分立公司的财产,因此,除非分立公司债权人对债务承担有特别约定,否则分立公司的债务由分立后的主体共同承担。公司在分立前必须通知和公告债权人,不过这种通知和公告,只是对债权人的一个警示,债权人并不因此享有类似合并时的异议权,不能要求公司提前清偿或者提供相应担保。

(二) 司法实践中的混乱

虽然《公司法》专门规定了公司分立制度,对其债权人保护和股东权保护制度都作出了特别规定,但该法以及其他法律都未对什么是公司分立作出明确界定。现实生活中出现了大量债务纠纷,当事人对于

[2] 《民法通则》第44条规定:企业法人分立的,权利义务由变更后的法人享有和承担。

[3] 参见潘晓璇:“公司分立中债权人保护研究”,载江必新(编):《民商审判指导与参考》(2003年第1卷)(总第3卷),人民法院出版社2003年版。

涉及公司资产转让的企业改制重组行为如何定性,往往发生争议,这种争议主要涉及如何区分转投资、企业资产转让和公司分立行为。

当公司分立时,如果分立公司仍然存续,并持有分立对价(一般是继受公司的股权)不分配给股东,则分立公司成为继受公司的股东,这与公司转投资行为极为相似。^[4]如公司转让资产时,以受让公司的股权作为转让对价,则资产转让行为也与公司分立、转投资在结果上并无区别。但三者尽管在结果上看起来类似(都构成资产转移,结果都是转让公司持有受让公司的股权),在法律上受到的待遇却大不相同。在股东权保护方面,公司分立程序有股东(大)会特别决议和异议股东回购请求权安排,转投资程序则无此规定,重大资产转让则只在有限公司和上市公司中有类似要求。对于债权人保护,更是只有公司分立制度才要求分立后的公司对分立前的债务承担连带责任,转投资和资产转让都不要求受让公司(或被投资公司)共同承担转让公司(或投资公司)的债务。

现实争议主要发生在债权人和债务人之间。债权人往往对债务人改制重组行为的定性发生争议,因为一旦所谓的转投资、资产转让行为被重新定性为公司分立,分立后的公司就要对分立前的债务承担连带责任。

实践中,法院在此类案件中倾向于探求交易的本质,置当事人自己对改制重组交易行为的定性于不顾。但由于法官缺乏对公司分立性质的认识,对不同交易的认定不同,给公司改制、重组行为带来了极大的不确定性。

例如,在著名的中国进出口银行诉万宝冰箱公司案中,^[5]债务人万宝电器资产重组,广州市政府成立国有控股的万宝冰箱公司,接受万宝电器 1.27 亿元的资产和等额负债,债权未被转移的中国进出口银行

[4] 对公司分立,《公司法》并未像对公司合并一样进行分类,不过中国学界一般将公司分立分为新设分立与派生分立(也有称:存续分立)两种。前者指分立公司消灭,对其财产进行分割,形成两个或两个以上公司;后者指分立公司以部分财产分离出去形成另一公司,原公司仍然存续。参见甘培忠:《企业与公司法学》(第6版),北京大学出版社2012年版,第351页。本文所讨论的,容易与转投资、资产转让行为混淆的公司分立行为,主要是派生分立(或存续分立)行为。

[5] (2001)民二终字第166号。

起诉要求万宝冰箱承担连带清偿责任。一审法院认为万宝冰箱与万宝电器并无股权联系,两者之间只是资产转让关系,因此,万宝冰箱并不需要承担任何责任。但作为二审法院的最高人民法院则对此作出了不同认定。最高法院认为:

在万宝电器公司的改制中,该公司的部分财产随同部分债务从该公司剥离出来,并入万宝冰箱公司。当公司部分财产和债务直接从公司分离设立成为新公司,将构成公司简单分立,如无债权人之同意,分立的公司对分立前公司的债务应当承担连带责任;如果该部分财产和债务分离后与其他已经存在的企业合并,则构成合并分立,如无债权人之同意,接受分立财产的企业应当在接受财产价值范围内对分立前公司的债务承担连带责任。从本案实际情况看,万宝电器公司与万宝冰箱公司的改制即构成合并分立,万宝电器公司与万宝冰箱公司等各方当事人在《转让协议》中所作的债务划分安排,因未取得债权人进出口银行的同意,该协议中有关债务划分的内容对进出口银行不生效,万宝冰箱公司应当在接受万宝电器公司财产价值范围内对万宝电器公司的债务承担连带责任。^[6]

换句话说,在本案中,最高法院认为公司之间的资产转让如果连同负债,就构成了公司分立,因此,在债务承担上应当按照公司分立的债务承担方式来进行处理。即使当事人约定采取的是资产转让的形式,签订的是资产转让合同,法院也要透过现象看本质。

此后,随着企业改制重组纠纷越来越多,最高法院在2003年发布《关于审理与企业改制相关的民事纠纷案件若干问题的规定》(法释[2003]1号,以下简称:《企业改制司法解释》),其中不但规定了“企业分立”一节,还专门针对企业资产转让,规定了广受争议的第6条和第7条,^[7]确立

[6] (2001)民二终字第166号。

[7] 第6条规定:“企业以其部分财产和相应债务与他人组建新公司,对所转移的债务债权人认可的,由新组建的公司承担民事责任;对所转移的债务未通知债权人或者虽通知债权人,而债权人不予认可的,由原企业承担民事责任。原企业无力偿还债务,债权人就此向新设公司主张债权的,新设公司在所接受的财产范围内与原企业承担连带民事责任。”第7条则规定:“企业以其优质财产与他人组建新公司,而将债务留在原企业,债权人以新设公司和原企业作为共同被告提起诉讼主张债权的,新设公司应当在所接受的财产范围内与原企业共同承担连带责任。”

了“债务随企业资产转移原则”,^[8]起草者承认:该原则连带责任的基础是企业分立。^[9]

在另一起著名的工商银行山东分行诉信诚公司案中,^[10]债务人化肥厂进行部分公司制改造:由化肥厂、职工持股会和其他几家投资人共同发起设立信诚公司。其中,化肥厂投入实物资产 7772 万元,随实物资产转入债务 4812 万元,并以实物资产与负债相抵后的净资产 2960 万元作为其对信诚公司的出资,占信诚公司出资的 74%。化肥厂的债权人山东工行提起诉讼,请求信诚公司对化肥厂的债务承担连带责任。

二审法院认可了债权人的请求。参与审理该案的法官以及最高法院的其他法官都认为,所谓的企业部分公司制改造属于“分立基础上的重组行为”,^[11]因此,应当按照公司分立的原则来进行处理,要求分立后的企业在接受财产范围内对原企业债务承担连带责任。

这里,化肥厂以实物资产和负债与其他人共同组建信诚公司,显然属于公司转投资,但法院却重新定性为分立,并由此确立了新公司在接受资产范围内对原企业债务承担连带责任的新规则。这在增强债权人保护力度的同时,也带来了许多问题。^[12]

当然也有相反的案例,在南京玄武湖信用社诉化工容器厂、县郊化工公司、新朝阳公司案中,^[13]债务人公司以分立的名义设立了新公司,但在债权人要求分立后的企业对原企业债务承担连带责任时,法院却

[8] 参见彭冰:“企业改制中的债权人保护——论‘债务随企业财产转移原则’”,载《烟台大学学报》(哲学社会科学版)2005年第2期。

[9] 叶小青:“《最高人民法院关于审理与企业改制相关的民事纠纷案件若干问题的规定》有关条款的理解和适用问题”,载江必新编:《民商事审判指导与参考》(2003年第2卷),人民法院出版社2004年版。

[10] (2003)民二终字第106号,另可参见《最高人民法院公报》2004年第11期,第16~21页。

[11] 刘敏:“财产与债务相抵的约定不能对抗其他债权人——山东信诚化工股份有限公司与中国工商银行山东省分行、滕州市化肥厂、山东鲁南化学工业集团公司、滕州市国有资产经营有限公司借款合同纠纷上诉案”,载最高人民法院民事审判第二庭编:《民商事审判指导》2004年第2辑。

[12] 对其的批评,参见彭冰:“债务随企业财产变动原则研究”,载《江流有声:北大法学院百年院庆文存之民商法学经济法学卷》,法律出版社2004年版。

[13] 二审判决书(2007)宁民二终字第152号,本案来自樊荣禧、曹艳:“公司分立和转投资的区别与认定”,载《人民司法——案例》2008年第6期。

认为:虽然债务人公司在各种公文和批复中都使用了分立字样,但在新公司设立过程中,工商登记资料及验资报告中均载明其组建单位和投资人是债务人公司,因此,该行为属于企业投资行为,新公司不需要对原公司的债务承担连带责任。与前面两个案例相反,本案中法院不同意当事人把自己的投资行为定性为公司分立,驳回了要求新公司承担连带责任的要求。

虽然探求交易本质的做法“听起来很美”,但由于缺乏对公司分立性质的明确认定,法官探求交易本质的做法实际上给商业领域带来了极大的不确定性。同时,到底如何认定交易的实质,是不是在这种思路下根本就不存在以股权为对价的资产转让行为或者大规模的转投资行为,都成为实务界非常担心的问题。

二、司法实践提出的初步解决方案

最高法院也认识到了这个问题。2003年,在《企业改制司法解释》发布后没有多久,最高法院又发布了《关于企业资产出售合同效力民事责任承担问题的答复》(法研[2003]138号),明确规定:企业出售资产行为不适用《企业改制司法解释》,企业出售其资产后应自行承担其对外债务。但如何界定企业出售资产的行为,该答复仍然没有明确规定,只是宣称:“企业出售资产的合同,如果买受人支付了合理的对价而且不具有合同法第五十二条规定的情形的,人民法院应当认定出售合同有效。”

同时,某些法官也试图对企业合法转投资行为与转移财产逃废债务行为作出合理区分。在工行鸡西分行诉鸡西煤炭公司等案中,债务人煤炭公司与其他四人共同出资设立了天源煤炭公司。鸡西工行作为煤炭公司的债权人起诉要求天源公司对债务承担连带责任。最高法院在二审中认为:煤炭公司投资设立天源公司的行为,属于企业正常的投资行为,不适用《改制司法解释》第7条的规定。最高法院的法官在解释中认为:由于原《公司法》第12条第2款对于公司对外投资总额有不超过本公司净资产50%的限制,可以此作为评判的依据,对于超出该

限额的投资行为,适用《改制司法解释》第7条的规定,要求接受投资的一方在接受投资总额的范围内对投资方的债务承担连带责任。^[14]不过,2005年《公司法》修订取消了对公司对外投资的限制,这一区分标准失去了法律根据。

此后,在多个案例中,最高人民法院的终审判决慢慢偏向限制适用《企业改制司法解释》的第6条和第7条。例如,在工商银行抚顺分行诉抚顺铝业公司等案中,债务人抚顺铝厂出资设立了抚顺铝业公司,并向抚顺铝业公司转让了大部分资产,此后,抚顺铝厂又将持有的抚顺铝业公司100%的股权转让给中铝股份公司。抚顺铝厂的债权人抚顺工行起诉,要求抚顺公司对债务承担连带责任。最高法院在终审判决中认为三个交易都合法有效,都是正常的投资行为和资产转让、股份转让行为,被投资公司和资产受让人并不应对投资人和资产转让人的债务承担连带责任。^[15]

最高法院的另一位法官更明确提出:区分公司行为究竟是分立基础上的重组行为还是公司对外的正常投资行为,主要标准是看公司是否将部分财产转移给新公司后,其就该部分财产是否持有对新公司相对应的股权,持有相应股权的,应当定性为正常投资行为,则投资公司的债务与新成立公司之间没有任何关系;不持有相应股权的,则应当定性为分立基础上的重组行为,分立重组的新公司对分立前公司的债务应当按照《企业改制司法解释》第6条和第7条的规定,在接受财产范围内与原企业承担连带责任。^[16]一些地方法官也得出相同结论,认为

[14] 徐瑞柏:“区分企业合法投资行为与转移财产逃废债务的界限——中国工商银行鸡西市分行与鸡西市煤炭公司、黑龙江天源煤炭股份有限公司借款合同纠纷上诉案”,载奚晓明主编:《民商事审判指导》(2004年第1辑)(总第5辑),人民法院出版社2004年版。

[15] 潘勇锋:“《最高人民法院关于审理与企业改制相关的民事訴訟案件若干问题的规定》第七条的适用与反向揭开公司面纱制度——中国工商银行股份有限公司抚顺分行与抚顺铝业有限公司、抚顺铝厂、抚顺新抚钢有限责任公司借款合同纠纷上诉案”,载奚晓明主编:《民商事审判指导》(2008年第2辑)(总第14辑),人民法院出版社2008年版。

[16] 参见刘敏:“公司合并分立中的债权人利益保护——在21世纪商法论坛国际研讨会上的主旨发言”,载奚晓明主编:《民商事审判指导》(2008年第4辑)(总第16辑),人民法院出版社2009年版。

公司分立的特征之一就是分立公司与新设公司或者承继公司之间发生股东构成的重叠。^[17]

这种看法在某些政府部门的文件也可以找到支持。在原对外经贸部和国家工商总局发布的《关于外商投资企业合并与分立的规定》(1999年发布,2001年修订)中,不但规定了公司分立可以采取存续分立和解散分立两种形式,还进一步规定:“各方投资者在分立后的公司中的股权比例,由投资者在分立后的公司合同、章程中确定”,该条隐约可以读出分立后的公司股权应当由各方投资者持有,而非由存续公司持有的意思。

国家税务总局在2000年发布的《关于企业合并分立业务有关所得税问题的通知》(国税发[2000]119号)中,明确规定:“企业分立包括被分立企业将部分或全部营业分离转让给两个或两个以上现存或新设的企业,为其股东换取分立企业的股权或其他财产。”该《通知》强调分立后,其股东应当直接取得分立企业的股权或者其他财产。

然而外商投资和税务总局的规定自有其各自的理由,我们仍然需要在理论上分析,公司分立的概念中是否一定必须包括将继受公司的股权分配给分立公司的股东这一要素?

也许放宽视野,看看其他国家的相关立法会对我们有所帮助。

三、公司分立的比较法分析:人的分立与物的分立

公司分立有多种类型,可按照不同标准进行划分,其中唯一共同的因素就是分立公司转移全部或者部分资产给继受公司,继受公司以其股权支付资产转移对价。不同国家基于不同的认识和理由,在公司分立立法时采取了不同的分类标准。其中,分立公司是否将获得的资产转移对价直接分配给其股东,并未被作为界定公司分立的重要因素。

以继受公司的股权是支付给分立公司还是分立公司的股东,公司

[17] 参见樊荣禧、曹艳:“公司分立和转投资的区别与认定”,载《人民司法——案例》2008年第6期。

分立可以区分为物的分立与人的分立,也可分别称为分社型公司分立和分割型公司分立。^[18] 物的分立是指分立公司将部分之营业或者财产转移给另一公司(继受公司,既可以是新设公司——新设分立,也可以是已经存在的公司——吸收分立^[19]),同时分立公司取得继受公司所发行的新股,以为对价。因此,物的分立的后果是分立公司因为分立成为继受公司的股东。这种结构与公司转投资或者以股权为对价的资产转让非常类似。

人的分立则是指在分立时继受公司的股权被直接分配给分立公司的股东。这种分立方式与转投资或者以股权为对价的资产转让都不相同,具有自己的独特性,因此,有些人才会认为公司分立就应当只包括这一种类型。

不过,从各国立法例来看,基本上都没有将物的分立直接排除在公司分立概念之外。综合专门针对公司分立有立法的国家,可以发现基本分为法国模式和德国模式。

(一) 法国模式

法国是最早规定公司分立制度的国家,其《商业公司法》在针对公司分立立法时考虑到接受分立财产的公司是新设公司还是既存公司会导致不同的分立程序,因此,立法主要将公司分立区分为纯粹分立(scission pure)和分立合并(fusion - scission)。现在理论界习惯将其分别称为吸收分立和新设合并。在一般情况下,分立公司本身应当在分立之后消灭,因此,接受分立财产的公司所支付的股权对价当然会直接分配给分立公司的股东。但这并不意味着物的分立并不存在。分立公司仍然存续的情况,被称为不完全分立,虽然并未直接规定在公司分立的类型中,但《商业公司法》第 387 条明确允许其当事人选择适用公司分立的程序。^[20] 对于不完全分立公司所取得的继受公司股份,允许其选择由分立公司持有还是直接分配给分立公司的股东。^[21] 前者显然属

[18] 王志诚:《企业组织重组法制》,北京大学出版社 2008 年版,第 75~76 页。

[19] 同上注。

[20] 参见柯芳枝:“法国公司法上公司分割制度之研究”,载柯芳枝:《公司法专题研究》,台湾自刊 1976 年。

[21] 同上注,第 260 页。

于上述物的分立。

欧盟 1982 年发布了专门针对公司分立的第六号公司法指令,完全继承了法国模式。该指令以分立公司不经过清算消灭(wound up without going into liquidation)作为一般假设,因此,将取得的继受公司股权直接分配给分立公司的股东作为分立的直接后果(见第 17 条)但其在第 25 条允许成员国在国内立法时可以特别规定分立公司不消灭。^[22]

日本于 2000 年修订《商法典》时引入公司分立制度,当时同时采取法国模式和德国模式,将公司分立类型按照两种不同标准进行划分:以继受公司为新设公司还是既存公司为标准,将公司分立分为新设分立和吸收分立;又以分立对价即继受公司股份交付对象的不同分为分割型公司分立(物的分立)和分社型公司分立(人的分立)以及部分分立(继受公司的股份同时交给分立公司本身和其股东)。^[23]

不过,此后日本将《公司法》从商法典中分离,专门立法,并对公司分立制度作出重大修订。现行日本《公司法》中对公司分立类型只规定了吸收分立和新设分立两种,即完全改为法国模式。但与法国模式不同的是,日本公司法对公司分立基本模式的假设与法国恰好相反。法国公司分立的基本模式是假设分立公司消灭,而日本公司分立的基本模式是假设分立公司存续,而且直接持有继受公司的股份,成为继受公司的母公司。因此,日本公司法取消了上述分割型分立和分社型分立的区分,实际上只规定了分割型分立,即物的分立。如果分立的是原公司全部资产,在新设分立中,分立公司就变成了纯粹的控股公司。^[24]

(二) 德国模式

德国于 1994 年《公司改组法》中明确规定了公司分立制度,不过其没有采取法国模式的类型划分,而是以分立公司是否存续为主要标准,并辅之以继受公司的股份是否交付给分立公司的股东之标准,将公

[22] SIXTH COUNCIL DIRECTIVE OF 17 December 1982 based on Article 54(3)(g) of the Treaty, concerning the division of public limited liability companies(82/891/EEC).

[23] 参见林育廷等:《公司分割——问题研究与实例探讨》,元照出版有限公司 2002 年版,第 37 页。

[24] 前田庸:《公司法入门》(第 12 版),王作全译,北京大学出版社 2012 年版,第 550 页。

司分立分为三种类型:[25]

(1)分裂式分立:即我们一般说的消灭分立,原企业消失,其财产被分给多个公司,原企业的股东获得存续公司的股份;

(2)分割式分立:转移财产的公司仍然存在,接受财产的公司将股份交付给转移财产公司的股东;

(3)派生式分立:与分割式分立一样,但区别是由此产生的股份不是提供给转移财产的法律主体的股份所有人,而是转移财产的法律主体本身(即从一个公司分出一个母公司和一个子公司)。

可见,德国明确将物的分立纳入公司分立概念,并且在规则上适用上,特别是债权人保护规则的适用上一体适用,并无特殊规定。

从各国立法例来看,物的分立并没有被排除在公司分立的范畴之外,即作为分立对价的继受公司的股权并不一定必须分配给分立公司的股东。以此作为区分公司分立与转投资、资产转让行为的标准,看来并不为各国立法所接受。

当然,各国立法都没有规定,并不意味着中国就不能这么规定,关键还在于公司分立制度的本质属性是否决定了其概念中必须包含分立公司将取得的股权分配给股东这一因素。因此,我们还需要讨论:公司分立制度的立法价值是什么?为什么公司法上要规定公司分立制度,规定的目的何在?

四、公司分立制度的立法价值

公司法中为什么要特别规定公司分立制度,是界定公司分立行为的主要理论依据。从法律发展来看,公司分立制度出现较晚,可见公司分立制度并非公司法所必需。实际上,美国公司法中至今也没有专门关于公司分立制度的特别规定。^[26]那么,是什么导致公司立法中出现

[25] 格茨-怀特、克里斯蒂娜-温德比西勒:《德国公司法》,殷盛译,法律出版社2010年版,第727页。

[26] Stanley Siegel, *When Corporations Divide: A Statutory and Financial Analysis*, 79 *Harvard Law Review* 534 (1966).

了公司分立制度的立法需求呢？

关于公司分立的经济理由已经有很多讨论,核心不过是基于各种经济上的,或者经营上的,或者组织上的原因,公司需要减少资产、缩减规模。^[27]但无论是资产出售还是转投资,都可满足公司缩减规模、独立部分营业之需要,为什么仍然需要公司分立制度?公司分立能够解决什么问题,是转投资或者资产转让所不能解决的?

一般而言,公司分立可以分为三个步骤,第一个步骤是分立公司将拟分立资产转移到一个以上的新设公司(新设分立)或者现存公司(吸收分立);第二个步骤是分立公司消灭;第三个步骤是分立公司将转移资产所取得的继受公司股权分配给其股东。

公司分立概念是否必须同时包括这三个步骤?显然,分立公司并不必然需要消灭,同时,分立公司必须将拟分立资产移转给继受公司,对这两点,中国实践和理论中都并无争议。争议焦点在于:将继受公司的股权分配给分立公司的股东是否必须?

从理论上来说,公司分立的经济目的在于缩减公司营业和规模。分立公司移转拟分立资产给继受公司后,这一目标已经达成。是由分立公司持有转让对价,还是由分立公司的股东持有,可能涉及各种商业考量因素,但这一步骤对于分立目标来说显然并非必不可少。因此,仅从公司分立的经济功能分析,将继受公司的股权分配给分立公司股东并非公司分立所必需,尽管其可成为设计分立交易结构时一种可能的选择。

如果不考虑第二和第三步骤,则存续分立和资产转移、转投资可能达到的交易目的是一样的,那公司分立能够提供什么样的特殊安排,解决什么样的问题,是转投资和资产转移所不能安排和达成、或者安排和达成的成本太高的呢?由于转投资和以受让公司股权作为对价的资产转移基本类似,我们统一讨论这两种交易类型存在的问题以及公司分立制度可能提供的解决方案。

首先,拟转移财产中如果附带债务的,公司分立不需要经过债权人同意。无论是转投资还是资产转移,都可以用现金之外的财产作为出

[27] F. H. Buckley, *The Divestiture Decision*, 16 *Journal of Corporation Law* 805 (1991).

资或者资产转移标的,但基于债权人保护的需要,拟转移财产中如果涉及债务转移的,仍然需要经过相应债权人同意。迄今为止,我国公司法和民法制度中都没有所谓营业让与或者概括转移的制度安排。^[28]公司不能以营业转让为目的,仅仅通过所谓的通知或者公告的方式,不经过相应债权人同意,就直接将部分债务打包放入资产池,用于出资或者资产转让。这种必须经过债权人同意才能转移债务的要求,给交易设计带来很大困扰。因为一旦被转移的债权人不同意,则交易就不能完成或者必须重新设计。更困难的是,即使被转移的债权人同意,其他未被转移的债权人仍然可能提出异议,要求受让公司在接受财产范围内对原转让公司的债务承担连带责任。^[29]

公司分立制度则可以解决这个问题。公司分立构成了公司的一项重大组织变迁,其可以采取“一揽子”协议的方式,在特殊的程序和债务承担安排下,公司转移其全部或者部分资产,即使其中涉及某些债务转移的,也不需要经过债权人同意。按照我国现行《公司法》第176条和第177条的规定,公司分立只要通知债权人即可,并不需要他们同意,甚至没有给他们提出异议的权利。这是因为公司法明确规定了分立后的公司必须对分立前公司的债务承担连带责任。^[30]将分立后公司的资产相加,债权人可以追偿的公司资产范围并没有减少。换句话说,公司分立对他们债权的受偿风险并没有直接影响。

其次,小股东保护问题。公司采取多数决的方式,小股东权益往往受到大股东的侵害。在转投资或者资产转移的情况下,法律往往只关注交易价格的公允性,对于小股东权益保护不够。例如,按照我国现行《公司法》,转投资需要按照公司章程的规定,由董事会或者股东(大)会;对于资产转移则是否必须经过股东(大)会批准,《公司法》并无强制要求——仅要求上市公司的重大资产买卖必须经过股东大会特别决议。因此,可能存在公司将大量资产转入(出资或者出售)另一个公

[28] 参见我国台湾地区民法和公司法上对于概括转移和营业让与的相关规定。

[29] 参见本文第一部分讨论几个案例和《改制的司法解释》第6条和第7条的规定。

[30] 当然由于连带责任的规定,实际上也可以反过来说,分立必须经过所有债权人同意,因为对任何未达成债权转移协议的债权人来说,分立对其都不发生效力,其可以要求分立后的公司共同承担责任。

司,而并不经过股东(大)会的情况。此外,即使按照公司章程,重大资产的转移或者出资必须通过股东(大)会批准,大股东作为控制人也可能强行通过决议,损害中小股东的利益。在这种情况下,我国现行《公司法》仅针对有限公司的小股东,规定在公司转让主要财产时这些在股东会该项决议上投反对票的股东可以行使异议回购权(《公司法》第75条)。

公司分立制度也为解决这种情况下的股东权益保护问题提供了解决方案。按照我国现行《公司法》的规定,公司分立必须由董事会制订方案,由股东会或者股东大会采取特别决议的方式通过。并且尽管规定尚存模糊之处,但现行《公司法》还是明确规定了在所有公司(包括有限责任公司和股份公司)分立时,投反对票或者持异议的股东有权要求公司回购其股权,即为小股东在公司分立时提供了异议评估权。

最后,无论是转投资还是以股权为对价的资产转移,都需要履行大量而复杂的手续和程序,公司分立制度则可以简化这些程序。例如,转投资涉及资产的清查、评估、验资,受让公司需要经过增资程序才能发行新股,如果是新设公司,还需要经过公司注册设立的程序。如果转让公司需要解散消灭,需要经过复杂的公司清算程序。如果转让公司希望能够将获得的受让公司股权直接分配给其股东,还需要经过严格的利润分配程序或者减资程序。对于所有这一切,公司分立制度都可以通过分立合同或者分立计划的安排,“一揽子”直接完成上述步骤。^[31]

由此可见,公司分立制度与转投资和资产转移相比,确有特殊优势。但既然其与转投资或者资产转移在结果上如此类似,实践中如何区分转投资、资产转让行为和公司分立交易?

[31] 我国公司法上目前对此类的规定并不完整,不过也明确规定了公司在合并分立的情况下可以直接不经过清算而解散公司。更为完整的规定,可以参见我国台湾地区“企业并购法”的相关规定,参见王志诚:《企业组织重组法制》,北京大学出版社2008年版,第86~102页。

五、如何区分物的分立与转投资、资产转让

物的分立与转投资、以股权为对价的资产转让在效果上基本相同,很难区分,给中国法律实践带来许多困惑。法院倾向于刺破形式去探寻交易实质,往往置当事人对交易的定性于不顾,以自己交易性质的认识而重新定性交易,给当事人设计交易模式带来了很大的不确定性。其中发生最多的就是:法官在债权人追偿压力下,将当事人定性为转投资或者资产转让的交易重新定性为公司分立,要求分立后的公司对分立前的债务承担连带责任。最高法院甚至出于保护金融债权的目的,以公司分立的债权承担模式确立了“企业债务随财产转移原则”,基本上将企业重组过程中的所有重大转投资和资产转让行为都隐含定性为分立行为,要求接受财产的公司在接受财产范围内对原企业的债务承担连带责任。这已经严重干扰了企业改制重组工作。

法官重新定性商业交易实际上并不具有合理性。法律既然为达同一目标设置了多种手段,则司法在事后应当尊重当事人的选择,不能采取实质主义的态度,强行改变当事人自己为交易所选择的标签。换句话说,司法应当尊重当事人的意思自治,尊重当事人自己对交易类型的选择,如此才可以为商业交易带来确定性。当然,尊重意思自治并非绝对,在当事人的意思自治危及第三人利益或者损害公共利益的情况下,司法也会出面纠正。《合同法》第52条就明确规定当事人恶意串通损害国家、集体、第三人利益,以及损害社会公共利益的合同无效。转投资、以股权为对价的资产转让往往并不涉及社会公共利益和国家利益问题,实践中提起诉讼的往往是债权人,这些债权人的利益是否受到了损害是应否将这些交易重新界定为公司分立的关键。

首先,尽管转投资或者资产转让没有像公司分立那样,以连带责任为债权人提供保护,但这并不意味着转投资或者资产转让行为损害了债权人的利益。最高法院在颁布《企业改制司法解释》不久,就发现了其带来的严重后果。现在,最高法院也承认:“在正常情况下,企业基于出资目的以其资产投资入股,该行为为合法的出资行为。企业对外

投资后,原企业的资产价值并不减少,资本金也不发生变化,只是企业部分财产改变了原有的形态,由实物性财产转变为价值型财产,以企业在新设公司中的股权形式表现出来。”^[32]在2007年5月31日全国民商事审判工作会议上,最高法院副院长奚晓明更明确指出:在企业出资设立公司时,“若该企业发生偿债问题时,可以通过执行出资企业在新设公司中的股权的方式解决,而不能适用”《企业改制司法解释》第7条的规定。^[33]一般而言,转投资或者资产转让中发生损害债权人利益的可能,主要发生在低价或者无偿转让资产的情况下,对此,合同法中的债权人撤销权应当就足以保护债权人的利益,甚至破产法中还有更为便利和严格的撤销欺诈性转让的制度安排。^[34]

其次,如果转投资或者以股权为对价的资产转让对债权人的利益有所影响,也应当只限于那些非自愿债权人,即因分立企业侵权行为而受有损失的受害人,因为除了他们之外,合同债权人往往可以通过在事前订立的合同中增加相关的合同条款来保护自己不受转投资或者重大资产转让的影响。标准的国际银团贷款合同文本中,往往在约定事项(covenants)下订有“借款人不得对其重要资产进行出售、转让、出租或进行其他形式处置”的约定;往往也有“关于限制借款人投资”的约定和“限制借款人资本性支出”(capital expenditure)的约定。^[35]尽管小债权人可能没有机会或者实力在谈判中加入这些条款,但银行等优势

[32] 宋晓明、张雪樾:“企业改制纠纷案件审理中的疑难问题”,载奚晓明主编:《民商事审判指导》(2007年第1辑),人民法院出版社2007年版,第168页。当然对此也有不同看法,参见楼建波:“化解企业部分改制下债权僵局的制度设计——兼对最高人民法院改制司法解释第6条、第7条理论基础之争的反思”,载《清华法学》2009年第3期(该文认为转投资和以股权为对价的资产转让改变了原企业的财产形态,对债权人利益有重大影响,因此应当为债权人提供类似公司分立的债权人保护措施)。

[33] 奚晓明:“充分发挥民商事审判职能作用 为构建社会主义和谐社会提供司法保障——在全国民商事审判工作会议上的讲话”,载奚晓明主编:《民商事审判指导》(2007年第1辑),人民法院出版社2007年版。

[34] 参见彭冰:“‘债随物走原则’的重构与发展——企业重大资产出售中的债权人保护”,载《法律科学》2008年第6期,第147~158页。

[35] 参见陈孝周(编著):《借款人、贷款人与贷款协议》,中国金融出版社2001年版; Philip Wood, *International Loans, Bonds, Guarantees, Legal Opinions*, Sweet & Maxwell 2007.

债权人在贷款合同中的这些约定也间接起到了保护中小债权人的效果。相比法院在事后重新定性交易性质给交易带来的重大不确定性影响,债权人在合同中约定具体的限制条款,显然可以在维护确定性的同时更为精确地保护债权人利益。

最后,只有在一些特殊的资产转让案例中可能确实存在欺诈或者影响公共利益情况时,法院才能重新定性交易的性质。例如,公司控股股东设立新一个新公司,购买原公司的全部或几乎全部资产,新公司继续经营原公司的业务,原公司则作为一个空壳被废弃或者注销,这种情况实际上是原公司摆脱债务的“金蝉脱壳”之计。在这种交易中,虽然新公司购买原公司资产时看起来支付了公平的市场价格,但由于原公司的业务几乎整体被新公司继受,所以新公司其实等于继承了原公司的运营价值(going - concern value)和“商誉”(goodwill)这些无形财产而并未支付对价。在这种情况下,将这种资产转让定性为公司分立,有其一定的合理性。^[36]另外,则是在一些特殊的情况下,基于产品责任 and 环境保护等公共利益理由,要求受让资产的新公司承担一些原公司的债务,即美国实践中发展出来的所谓“继受人责任”制度。^[37]

公司分立、转投资、资产转让其实是法律提供的公司转移和处置资产的几种道路,这些道路虽然有所不同,平坦崎岖程度各异,但却通向同一目标。各个道路之间并无优劣之分,当事人选择哪条道路,应当得到司法的尊重。这也正是美国特拉华州法院拒绝采用“实质合并”(de facto merger)原则的理由。^[38]

其实并不担心当事人自由选择的结果是公司分立制度会被放弃。公司分立制度在债权人保护和小股东保护方面的安排,在某程

[36] Franklin A. Gevurtz, *Corporation Law*, second edition, West 2010, pp. 697 - 698.

[37] 关于该制度的介绍,参见彭冰:“美国法上的继受人责任”,载《环球法律评论》2008年第2期。

[38] 所谓实质合并原则是美国一些州法院发展出来的一个原则,该原则认为公司全部出售其资产然后解散清算的情况在效果上等同于法定合并,因此也应当适用合并中的债权人保护和股东保护要求。参见 Franklin A. Gevurtz, *Corporation Law*, second edition, West 2010, pp. 699 - 701。但美国公司法中最重要的特拉华州在 *Hariton v. Arco Electronics, Inc.* 案中拒绝适用实质合并原则,认为资产转让和合并在公司法中具有同等地位,都应当得到尊重,41 Del. Ch. 74, 188 A. 2d 123 (Sup. Ct. 1963)。

度上确实增加了公司重组改制的成本,因此,在各国都存在逃避公司分立制度的实践。无论在德国还是法国,尽管法律中对公司分立制度有详尽的规定,但仍然允许当事人选择通过资产转让或者转投资的方式而避免公司分立制度的适用。^[39]但相比公司分立,转投资和资产转让也有巨大的成本。^[40]第一,在转投资和资产转让时,如果拟转让的资产中涉及相关债务的,必须获得债权人的同意。否则,原债务人就不能摆脱债务,其效果和公司分立中的债务连带责任也就区别不大。

第二,在转投资和资产转让时,必须办理各项资产转移的手续,无法实现概括性移转。当涉及新公司设立时,必须履行公司设立的完整程序,涉及某些公司消灭时,必须经过复杂的清算程序才能解散。

第三,各国税务机关往往会为公司分立提供优惠的税负,而转投资或者资产转让行为则不能享受此类税收优惠。税负考虑往往是许多交易选择采用公司分立模式的一个重要原因。

相比转投资和资产转让,公司分立制度有优势——通过提供简化程序提高了资产转让的效率,但也有成本,例如债权人保护和股东保护制度等。应该说,转投资、资产转让和公司分立这几类制度,都各有利弊,如何选择适用,应当交给当事人自己,根据其各自不同的商业需求,自行选择。

六、结论

绕了一圈,看来我们又回到了起点。法律提供了三种手段——转投资、资产转让和公司分立制度,都可以达到缩减企业资产和规模的效果,不同制度安排有不同的程序要求和不同的待遇,如何取舍应当由当事人自行选择。

[39] 参见 Reinier Kraakman, ect. *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*, Second Edition, Oxford University Press 2009, p. 212。

[40] 公司分立与资产转让等的比较,参见刘连煜:《现代公司法》(初版),新学林出版股份有限公司 2006 年版,第 119 ~ 131 页;武憶舟:“公司分割与营业让与二制之分析比较”,载《法令月刊》第 54 卷第 1 期。

法院不顾当事人的选择而对交易重新定性,虽然看起来好像是在保护某些当事人,但其实更可能是在实现某种政策目标,^[41]并且由于这种政策目标不是通过立法程序落实在法律制度中,缺乏对各方利益公开和公正的平衡,而是通过法官在个案中的自由心证来实现,往往给商事交易带来了极大的不确定性,结果往往是得不偿失。只有在一些特殊的案例中,基于当事人可能具有的欺诈目的或者保护公共利益的需要,法院才能对交易重新定性,但为了维护商事交易中最重要确定性目标,这些例外应当被限制在狭窄的范围内。

[41] 参见彭冰:“企业改制中的债权人保护——论‘债务随企业财产转移原则’”,载《烟台大学学报》(哲学社会科学版)2005年第2期(该文认为最高法院在司法解释中确立“债随物走原则”的目的是要限制地方法院的自由裁量空间,代表中央保护金融债权)。