



公司分立方式的构建与选择

——以中日公司法比较为中心

朱大明*

目次

- 一、东北高速公路分立事件的反省
——喧嚣后的沉默
- 二、我国公司分立方式的现状考察
- 三、日本公司法中公司分立方式的考察
- 四、中日制度对比后的反思
——完善我国公司分立的方式
- 五、结语

摘要 在我国公司法中，以第175条、第176条为核心构筑起了我国的公司分立制度。但是，由于公司法中的规定极为简略，不仅使得公司分立制度中诸如公司分立的定义、公司分立的方式等基本问题没有清晰的答案，更使我国的公司分立制度在适用过程中无法对应法律实践中的需求。在复杂的公司分立制度结构中，公司分立的方式构建是其中的核心问题。在有关公司分立方式的外国立法例中，日本的法制度是在2000年参考了德国以及美国的法制度之上建立的，具有较为完整的体系性与实践的可操作性。以构建公司分立的方式为视角，对比中日公司分立制度，更有利于在了解我国制度的欠缺之上，通过引入或明确吸收分立、共同分立、全部分立、分社式分立、三角分立、简易分立等分立方式构建完善的、符合我国国情的公司分立制度。

关键词 公司法 比较法 企业并购 公司分立 分立方式

* 北京大学国际法学院副教授，日本国立一桥大学法学博士。



一、东北高速公路分立事件的反省——喧嚣后的沉默

公司分立是公司重组的重要手段之一，也是公司实现经营专业化、效率化的重要途径。但是在我国公司法中，以第175条、第176条为核心而构筑的公司分立制度极为简略。在我国公司法的公司分立制度里，甚至连公司分立的定义、公司分立的基本方式都没有明确规定，以至于究竟如何实施公司分立从公司法的制度中都无法找到清晰的答案。

公司分立制度具有诸多的功能。例如，公司通过分立，可以减少经营的事业、缩小经营的规模，从而实现公司经营的专业化与效率化，以增强公司的竞争力；公司分立也可以为公司集团内部将各个子公司中相同的事业部门整合成独立之公司提供便捷之路径；公司分立还可以在公司重组中作为事业转让以及构建母子公司的手段加以利用。此外，公司分立还可以作为公司（主要指中小型公司）经营意见发生对立时解决公司内部纷争的手段，从而发挥在公司治理中的功能。然而，如果没有完善、规范的公司分立的制度支撑，将会给公司分立的具体实施带来理论与实践上的巨大障碍，也将极大地限制公司分立功能的发挥。

2010年我国发生了东北高速公路分立事件，作为第一起上市公司分立事件，东北高速公路分立事件引起了社会广泛关注。^{〔1〕}事件暴露出我国现行公司分立制度在分立的实施路径、股东的利益保护、分立对价的支付方式、分立事业的范围等问题上根本无法对应实践中的需求。作为我国证券市场的主管机关，中国证券监督管理委员会在事件结束后随即明确表示要尽快制订《上市公司分立试行办法》来规范上市公司的分立行为。^{〔2〕}但是，时至今日，并没有有关上市公司分立的任何法律规定出台。东北高速公路分立事件的发生似乎并没有引起公司法学界足够的重视，公司法学界依然基本保持着过往的沉默。

重新反思我国的公司分立制度，事实上，我国的公司分立制度早在1988年制定的《全民所有制工业企业法》中就有所涉及（《全民所有制工业企业法》第18条、第20条、第21条），1993年制定的《公司法》中就有了明确的规定（1993年《公司法》第185条），从德国、日本这些大陆法系代表国家的立法情况来看，我国的立法起步并不晚，甚至可以说是比较早的。^{〔3〕}

〔1〕 东北高速公路分立事件的基本概要如下：

1998年，国务院提出要利用资本市场解决高速公路建设资本金不足问题，于是多家企业进行捆绑，共享一个“上市指标”。具体由黑龙江省高速公路集团公司、吉林省高速公路集团有限公司、华建交通经济开发中心三家共同出资，发起设立了东北高速公路股份有限公司，并于1999年成功在上海证券交易所上市。

东北高速股份有限公司中的三大股东没有一家占有对公司的绝对控制地位。由于互相争夺公司控制权，造成公司经营极为混乱。中国证券监督管理委员会曾多次要求其改进无果。2009年12月31日东北高速公路股份有限公司正式宣布实施公司分立，2010年2月10日正式获得中国证券监督管理委员会的许可〔《关于核准东北高速公路股份有限公司分立的批复》证监许可（2010）194号〕，以新设分立的方式正式分立为黑龙江交通发展股份有限公司与吉林高速公路股份有限公司两家公司。2010年3月17日经上海证券交易所批复〔上证发字（2010）10号文件、上证发字（2010）11号文件〕，同意黑龙江交通发展股份有限公司与吉林高速公路股份有限公司在上海证券交易所上市。

〔2〕 参见于扬：“证监会正研究上市公司分立办法”，《证券时报》2010年3月19日。

〔3〕 德国在1994年的《企业组织再生法》中详细地规定了公司分立制度；日本在2000年的《商法》修改中详细规定了公司分立制度。

但是，进入20世纪90年代之后，公司分立制度在德国、日本等国家都得到了迅速发展，而我国的公司分立制度却并没有和世界同步发展。

2010年发生的东北高速公路分立事件可以说是一个偶然，但是它所折射出的我国公司分立制度中所存在的、由于法制度设计过于简略而导致制度本身缺乏可操作性的问题却是清晰的。如今，距离东北高速公路分立事件已经五年了，喧嚣早已不在。但是我国的公司分立制度却没有发生任何的变化。

作为一个法制度，它最重要、也是最基本的需求就是如何实施这个制度。而公司分立制度的构建中，如果没有明确的公司分立的方式，不仅会使公司分立丧失可操作性，更会使公司分立的定义、公司分立的功能等问题无法避免地陷入一种模糊的状态。

日本于2000年引入通过修改商法公司分立制度，日本在参考了美国与德国制度基础上，制定了具有理论的体系性与实践的可操作性的公司分立制度。本文以探求完善的、并符合我国国情的公司分立制度为目的，以研究我国公司分立的方式为切入点，通过对比中日公司分立中的相关制度，参考、借鉴日本公司分立制度的立法与实践经验，提出相应的修改建议。

二、我国公司分立方式的现状考察

如上所述，我国的公司分立制度最早可以追溯到1988年制定的《全民所有制工业企业法》（《全民所有制工业企业法》第18条、第20条、第21条），1993年制定的建国后第一部公司法中也明确规定了公司分立制度（1993年《公司法》第185条）。2005年我国对公司法进行了大规模的修改。修改后的公司法中，虽然在公司分立中债权人利益保护制度^{〔4〕}以及股东利益制度^{〔5〕}保护的问题上做了一些重要的调整，但在公司分立制度的整体结构上还是基本上维持了原

〔4〕 2005年公司法修改中，我国对于公司分立中债权人利益保护的理念进行了重大的调整。从修改内容上来看，2005年公司法修改后的公司分立制度中债权人利益保护制度的变化主要包括三个方面，一是公告次数由三次修改为一次（2005年《公司法》第176条第2款）；二是取消了担保制度（债权人要求分立公司提供担保或提前清偿的制度）；三是规定了连带责任（对分立前的债务由分立后的公司承担连带责任）（2005年《公司法》第177条）。这些修改内容的实质是将债权人保护的从事前保护调整为事后保护。具体而言，2005年修改前的公司法中规定，公司应当自作出分立决议之日起在十日内通知债权人，同时还必须于三十日内在报纸上至少公告三次。债权人自接到通知书之日起三十日内，未接到通知书的自第一次公告之日起九十日内，有权要求公司清偿债务或者提供相应的担保。如果公司不向债权人清偿债务或者不提供相应的担保的，公司不得分立。2005年公司法修改后，取消了债权人可以向公司请求清偿债务或提供相应担保的规定，同时，增加了对于分立前的债务，由分立公司与分立后的公司承担连带责任，此外还增加了对于违反通知义务的公司的处罚条款（第205条）。2005年公司法修改对于公司分立债权人利益保护制度的调整，体现了在债权人保护与公司分立的效率之间，立法的价值天平倾向于追求公司分立的效率。虽然，债权人保护制度无法再影响到公司分立的实施，但是，连带责任的确立对于单个债权人的利益保护无疑将会发挥出最大限度的保护作用。因此，在现行公司分立制度中，关于债权人利益保护的问题不是保护措施不足，更多的可能是从促进公司分立实施的角度应当从连带责任的期间、连带责任的上限等角度对连带责任进行适度的调整。

〔5〕 在2005年公司法修改中，作为保护公司分立中股东利益的措施，在公司分立的制度中引入了股东的股份回购请求权（2005年《公司法》第143条、第75条）。



公司法中的结构。2013年的公司法修改并没有涉及到公司分立制度，因此，2005年修改后的公司分立制度一直延续到今天。

在现行公司法中，包括公司分立的方式在内，整个公司分立制度都规定的极为简单，因此，要全面了解我国公司分立的具体方式，除了要观察我国的公司法以外，还有必要去关注相关的司法解释以及税收、登记等主管机关制定的相关规定。

（一）模糊不清的公司法条文

我国的公司分立制度主要规定在《公司法》第175条与第176条。但是，由于《公司法》第175条与第176条规定的极为粗略，并不能清晰地勾画出公司分立整体结构。

我国现行《公司法》第175条与第176条的规定如下：

【175条】

公司分立，其财产作相应的分割。

公司分立，应当编制资产负债表及财产清单。公司应当自作出分立决议之日起十日内通知债权人，并于三十日内在报纸上公告。

【176条】

公司分立前的债务由分立后的公司承担连带责任。但是，公司在分立前与债权人就债务清偿达成的书面协议另有约定的除外。

关于具体的公司分立方式，现行公司法并没有进行明确的规定。根据现行《公司法》第175条第1款中的规定，“公司分立，其财产作相应的分割”^{〔6〕}。围绕着该规定来思考，该规定中不仅没有明确说明公司分立的方式、甚至对公司分立方式中所涉及到必要构成要素，如“公司分立的主体”、“分立财产的继受对象”、“分立的对价范围”、“分立对价的支付对象”等问题、也没有给出清晰的答案。简言之，仅仅依照该条文，公司不知如何进行公司分立。

司法解释可以说是对法律的补充，关于公司分立的主体问题，最高人民法院于2003年制定的《关于审理与企业改制相关的民事纠纷若干问题的规定》中曾经涉及到了该问题。根据该《关于审理与企业改制相关的民事纠纷若干问题的规定》第5条的规定，“企业以其部分财产和相应债务与他人组建新公司的行为，属于企业分立基础上的改制，相当于公司法上的公司分立”。简言之，可以理解为在存续分立的分立方式中，允许两个以上的公司共同实施分立行为。两个以上的公司共同实施公司分立的行为在理论上被称之为“共同分立”。共同分立的分立方式对于企业集团整合资源而言具有重要的意义。^{〔7〕}当然，该规定是为了解决企业改制的相关问题而制定的，因此具有显著的特殊性与局限性。但是，从另一个角度思考，从最高人民法院上述规定的出台，也可推测在法律实践中多有突破上述理论界限由两个以上公司共同实施公司分立行为的事例。

（二）停滞不前的学理解释

如上所述，公司法中对于公司分立的方式以及公司分立的方式中所涉及到的构成要素等问题规定甚为模糊。由此，我国公司法学界对这些问题进行了相应的学理解释。关于公司分立的

〔6〕 该表述源自于1993年《公司法》第185条。

〔7〕 参见〔日〕中村直人、山田和彦：《会社分割の進め方》（第三版），日经文库2011年版，第150页。

方式，根据目前我国学界的通说，公司分立作为一个组织法上的行为，^{〔8〕}其实施的方式包括两种，即存续分立与解散分立。存续分立是指，一个公司以其一部分资产（以下将作为分立对象的“资产”统一称之为“事业”^{〔9〕}）另设一个或数个新的公司，原公司存续；解散分立是指一个公司将其全部资产分割为两部分以上，并相应分别设立新的公司，原公司解散。^{〔10〕}

事实上，上述学理上的分立方式事实上与1992年制定的《股份有限公司规范意见》第91条中规定的公司分立的方式完全相同。^{〔11〕}因此，至少从制度的外观层面而言，我国公司分立的方式从1992年至今二十余年中，不仅在制度建设上并没有大的进展，在学界的理论解释中也基本没有发生变化。

以上述公司分立的学理解释作为基础来观察，可以归纳出我国公司分立的方式构建上具有两个特征，第一是分立主体（实施分立的主体）仅限于一个公司；第二是实施分立必须要设立为了继受公司事业的新公司。根据这两个特点，可以为我国的公司分立确定一个大致的范围与框架。但是，在我国学理中，对于公司分立的解释也基本止步于此，对于上述的公司分立的方式，并没有进一步去体系性地明确相应的公司分立方式的构成要素。

〔8〕 按照现行《公司法》第175条第1款的字面表述，公司分立应当可以解释为是一个公司对自己财产进行分割的法律行为。这样的解释虽然可以指出公司分立是一个“公司的法律行为”的特征，但是却无法容纳公司分立作为法律行为的特征。鉴于此，法学理论界进一步丰富了公司分立的行为界定。江平教授认为：“公司分立是指一个公司依据法律、法规的规定，分成两个或两个以上公司的行为”，明确地阐述了公司分立是一个组织法上的行为（江平主编：《新编公司法教程》，法律出版社1994年版，第151页）。王保树教授进一步指出：“公司分立是指一个公司对其财产作相应分割，不经清算程序，分为两个以上公司”，在明确公司分立作为一个组织法上的行为之上，进一步指出公司分立作为组织法上的行为的一个重要特征就是不经过清算程序解散公司（王保树主编：《中国商法》，人民法院出版社2010年版，第272页）。作为组织法上的行为的公司分立，其另一个重要特征是资产转移具有概括性转移的特点。所谓概括性转移，不仅包括资产本身、还包括资产所附带的债权债务关系以及劳动关系都随着资产的转移而发生转移。

〔9〕 关于公司分立的对象，《公司法》第175条第1款中明确规定了“公司分立是对公司的财产进行分割”。根据该条文的规定，公司分立的对象（分立的标的物）应当为公司的“财产”；根据财政部、国家税务总局制定的《关于企业重组业务企业所得税处理若干问题的通知》第1条第5款规定，“分立是指一家企业将部分或全部资产分离转让给现存或新设的公司，被分离企业股东换取分立企业的股权或非股权支付，实现企业的依法分立。”公司分立的对象又被规定为公司的“资产”。由此可见，事实上，我国对于公司分立中的分立对象并没有一个清晰的界定。笔者认为，在公司分立中，其分立的对象应当是公司经营中的一个完整的事业。换言之，公司分立作为一个组织法上的行为，作为分立对象的财产或资产并非一般意义上的财产与资产，而应当是一个事业。从公司分立的行为具有概括性转移的特征来看，作为分立对象的事业应当包括资产、债权债务、劳动合同等部分，构成分立对象的事业的判断标准应当是分立的事业必须可以迅速、独立地运转。因此，本文中为避免概念的混乱，除法条规定的原文以外，将公司分立的对象统一称之为“事业”。

〔10〕 参见前注〔8〕，王保树主编书，第272页；刘俊海：《现代公司法》（第2版），法律出版社2011年版，第595页；前注〔8〕，江平主编书，第151页。

〔11〕 1992年颁布的《股份有限公司规范意见》第91条如下：

公司分立，以下列方式进行：

- （一）公司以其部分财产和业务另设一个新的公司，原公司存续；
- （二）公司全部财产分别归入两个以上的新设公司，原公司解散。



(三) 多有突破的主管机关规定

公司分立的法律依据,除了上述公司法的规定,还包括在法律实务中,为了推进公司分立的顺利实施,与公司分立的行为相关联的主管机关制定的一些实施公司分立的具体规定。这其中,作为登记机关的国家工商管理总局2011年颁布实施的《关于做好公司合并分立登记支持企业兼并重组的意见》,与作为税务机关主管机关的国家税务总局联与财政部颁布的《关于企业重组业务企业所得税处理若干问题的通知》[财税(2009)59号],内容极为丰富,甚至可以说在一定程度上填补了公司法中存在的空白,值得关注。

但是,必须要指出的是,虽然相关的主管机关出台了一些操作层面的具体规定,在一定程度上弥补了立法的缺失,并发挥了相应的作用,但是从实施公司分立法律依据的角度来看,这些规定主要针对各主管机关的管理事项(如税收、登记),因此无法弥补公司分立本身制度构建上的缺失;另外,这些主管机关制定的规定的法律层级较低,各规定之间甚至存在冲突之处,容易引起法律适用的混乱。

关于公司分立的方式,2011年国家工商管理总局颁布实施的《关于做好公司合并分立登记支持企业兼并重组的意见》[工商企字(2011)226号]第2条第1款第2项,对于公司分立的基本方式明确规定为包括存续分立与解散分立两种方式。^[12]该规定与上述我国学界解释是一致的,由此似乎可以推断,在法律实务中主管机关对上述学界对于公司分立方式的解释应当是持肯定态度的。但是如果以学理中对公司分立方式的解释为框架,相关的主管机关所颁布的规定又多有突破。这些突破的内容归纳一下主要包括以下三点:

1. 分立事业继受的主体

关于公司分立中分立事业的继受主体,理论上可以包括两个,即为了实施分立而设立的新设公司与已经存在的既存公司。如上所述,在我国的公司法中,对于分立事业的继受主体中是否可以包括既存公司的问题,没有明确的规定。而在上述我国学理上公司分立的方式中,由于分立事业的继受主体只能是新设公司,所以事实上在我国的学理中显然排除了“向既存公司转让公司事业”的分立方式。

关于“向既存公司转让公司事业”的方式,虽然我国公司法中没有明确的规定,但是根据财政部、国家税务总局制定的《关于企业重组业务企业所得税处理若干问题的通知》第1条第5款规定,“分立是指一家企业将部分或全部资产分离转让给现存或新设的公司,被分离企业股东换取分立企业的股权或非股权支付,实现企业的依法分立。”根据该规定,公司分立的方式中不仅包括“分立公司将分立事业转让给新设公司”的方式,还包括“分立公司将分立事业转让给既存公司”的方式。但是必须要指出的是,该规定是从税务的角度制定的规则,并非是从公司法制的角度进行规范的法律规定,因此其是否可以适用于公司制度应当是存疑的。

2. 对价的种类

在公司分立中,股票与现金或者其他有价证券是否都可成为对价?关于这个问题,我国公

[12] 2011年国家工商管理总局颁布实施的《关于做好公司合并分立登记支持企业兼并重组的意见》[工商企字(2011)226号]第2条第1款第2项条文如下:

公司分立可以采取两种形式:一种是存续分立,指一个公司分出一个或者一个以上新公司,原公司存续;另一种是解散分立,指一个公司分为两个或者两个以上新公司,原公司解散。

司法上没有加以规定。但是，2009年财政部、国家税务总局联合颁布的《关于企业重组业务企业所得税处理若干问题的通知》[财税(2009)59号]中，明确规定公司分立的对价包括股权与非股权。^[13]并进一步规定股权是指本企业或其控股企业的股权、股份作为支付的形式；非股权是指本企业的现金、银行存款、应收款项、本企业或其控股企业股权和股份以外的有价证券、存货、固定资产、其他资产以及承担债务等。^[14]依照此规定，我国公司分立对价的种类非常广泛，既包括本公司股票、也包括母公司股票，还包括现金、其他有价证券等内容，可以说几乎没有限制。如果是这样的话，在公司分立中，三角分立的分立方式（分立的对价为获得分立事业的继受公司的母公司的股票的分立方式）在我国理论上似乎也是可能的。

3. 对价的支付对象

在公司分立中，关于“分立事业的对价向谁来支付”是一个关系到分立路径、分立结构、公司的股东与债权人利益的重要问题。在公司分立中，分立事业对价的支付对象可以包括分立公司（实施分立的公司）与分立公司的股东，“向分立公司支付对价”的方式在我国理论中一般被称之为“物的分立”，在日本也被称之为“分社式公司分立”；“向分立公司的股东支付对价”的方式在我国一般被称之为“人的分立”，^[15]在日本也被称之为“分割式公司分立”。

在我国公司法中，并没有对公司分立中可以接受对价的主体范围加以明确规范。在2009年财政部、国家税务总局联合颁布的《关于企业重组业务企业所得税处理若干问题的通知》[财税(2009)59号]的规定中，从征税的角度规定了分立公司及其股东获得对价时的税收征收问题。依照这个规定，从另一个角度思考似可推测我国公司分立中的对价可以支付给分立公司、也可以支付给分立公司的股东。

事实上，继受公司（继受公司事业的公司）不论是向分立公司支付还是向分立公司的股东支付，最终都可以成为由股东获得对价的结果（向分立公司支付的情况下，可以由分立公司将获得的对价再以利润分配的方式支付给公司股东）。但是，必须要注意的是，如果分立公司将获得对价以利润分配的方式支付给公司股东的话，分立公司向股东支付对价的行为必须符合利润分配的规则。同时，向分立公司的股东支付的方式潜藏着损害公司债权人利益的可能性。

三、日本公司法中公司分立方式的考察

日本在2000年的《商法》修改中正式明确规定了公司分立制度。2005年日本将《商法》中规定公司的部分（《商法第二编》）独立成典，制定了《公司法》。在《公司法》中关于公司分立的内容基本延续了原《商法》中公司分立的内容。以下将归纳并介绍日本公司法中公司分立的方式。

（一）新设分立与吸收分立

根据日本现行公司法的规定，日本公司分立的方式主要可以分为新设分立与吸收分立。新

[13] 2009年财政部、国家税务总局联合颁布的《关于企业重组业务企业所得税处理若干问题的通知》[财税(2009)59号]第1条第1款第6项。

[14] 同上，第2条。

[15] 前注[10]，刘俊海书，第596页。



设分立与吸收分立可以说是公司分立中最为基础的两种方式。

根据日本现行公司法的规定,新设分立是指一个或两个以上分立公司在分立过程中设立新的公司,让新的公司继受分立公司分割出的与公司事业相关的权利义务的一部分或全部(日本《公司法》第2条第1款第30项)。日本的新设分立的分立方式类似于我国的存续分立的分立方式。在日本的公司分立制度中,由于允许分立对象为公司的全部事业,所以新设分立具有创建母子公司结构的功能(关于此问题,后面会有详细论述)。^[16]吸收分立是指分立公司将公司事业相关的权利义务的一部分或全部让与既存公司继受的方式(日本《公司法》第2条第1款第29项)。

(二) 共同分立

在日本公司法中,明确规定了共同分立的分立方式。共同分立的分立方式仅限于共同新设分立(日本《公司法》第762条第2款)。所谓共同新设分立是指复数以上的公司共同实施一个新设公司分立的行为。将复数的公司共同实施新设分立的作法作为法定的公司分立方式纳入到法律所允许的范围之内,为复数的公司之间进行事业的统合提供了有力的方法。^[17]

(三) 分社式公司分立、分割式公司分立、中间式公司分立

在日本公司分立的方式中,规定了分社式公司分立的方式。所谓分社式公司分立是指在公司分立中,分立财产的继受公司将分立对价支付给分立公司的方式,这种方式也被称之为物的分立。事实上,在日本公司分立的理论中,以公司分立的对价向谁进行支付作为判断标准,将公司分立区分为分社式公司分立与分割式公司分立以及中间式公司分立三种方式。^[18]具体而言,除了上述的分社式公司分立以外,分立的对价向分立公司股东支付的方式被称之为分割式公司分立,也被称之为人的分立;此外,作为一种折衷的方式,日本的公司分立理论中还存在分立的对价同时向分立公司以及分立公司股东进行支付的方式,这种方式被称之为“中间式公司分立”。^[19]

分立公司接受分立事业的继受公司支付的的对价(即分社式公司分立)以后,分立公司可以采取利润分配、股份回购等方式将对价分配给公司的股东。从而效果上最终实现将分立对价分配给公司股东的效果(分割式公司分立)。换言之,分社式公司分立与分割式公司分立之间存在效果重叠的部分,分社式公司分立亦可以实现分割式公司分立的效果。也正是基于这个原因,立法没有必要确立两个具有同样功能的制度。^[20]因此,日本公司法中明确规定了分社式公司分立的方式,以规范公司分立的路径。

(四) 全部分立与部分分立

在日本的公司分立制度中,围绕着“分立的事业为公司全部的事业或是一部分事业”的问题,在立法上除了允许“分立的事业为公司的一部分事业”的分立方式(这种方式在日本公司法中被称之为部分分立)以外,还允许分立公司将自己全部的事业分离出去的分立方式,并将

[16] 参见〔日〕江头宪治郎:《株式会社法》(第5版),有斐阁2014年版,第886页。

[17] 参见前注〔7〕,〔日〕中村直人、山田和彦书,第34页。

[18] 参见〔日〕森本滋编:《会社法コンメンタール》(第17卷),商事法务2010年版,第241页。

[19] 同上注。

[20] 同上,第242页。

这种分立方式称之为“全部分立”。全部分立的公司分立方式可以为分立公司提供一种脱壳的方法，为分立公司通过自身调整实现形成母子公司结构的目标提供一条有效的路径，也正是因此，全部分立的分立方式作为一种法定的公司分立方式被日本公司法所接纳。

（五）均分式公司分立与非均分式公司分立

无论是分社式公司分立还是分割式公司分立，由于分立的对价最终还是可能会支付给分立公司的股东，因此，为了规范将分立对价支付给分立公司的行为，在日本的公司分立中，又以接受分立事业的继受公司是否按照分立公司股东的持股比例将分立对价支付给分立公司的股东而将公司分立区分为“均分式公司分立”与“非均分式公司分立”两种分立方式。所谓“均分式公司分立”就是分立事业的继受公司按照分立公司的股东在分立公司中的持股比例将分立事业的的对价分配给公司股东；所谓“非均分式公司分立”就是分立事业的继受公司不按照分立公司的股东在分立公司中的持股比例将分立事业的的对价分配给公司股东。^[21]

对于是否许可“均分式公司分立”与“非均分式公司分立”的问题，日本公司法中也并没有明确的规定。按照日本学界的通说，按照股东在分立公司的持股比例向分立公司的股东支付对价（均分式公司分立）的方式符合股东平等原则的要求，当然应当允许。对于不按照分立公司股东在分立公司中的持股比例支付对价的方式（非均分式公司分立），作为原则，在全体股东同意的前提下，分立公司可以将分立事业的的对价由分立事业的继受公司不按照分立公司股东在分立公司的持股比例支付给分立公司的股东。^[22] 在2005年日本公司法制定以后，由于新的公司法中日本大量地增加了类别股的类型，^[23] 通过支付附带取得条件等类别股^[24]作为对价，同样可以实现不按照分立公司股东在分立公司的持股比例支付给分立公司的股东对价的效果。^[25]

（六）三角分立

通常，在公司分立中都是由分立事业的继受公司来支付分立对价。在日本的公司分立中，允许分立事业的继受公司以外的第三方来支付分立对价，这种分立方式在日本公司法中被称之为三角分立。

围绕着公司分立对价种类的问题，日本公司法学界有着诸多的讨论。2005年日本通过立法对公司分立的对价种类进行了多元化的改革。^[26] 改革的内容，就是将公司分立对价的范围进行扩大。具体而言，除了公司的股票之外，现金以及其它公司的股票等有偿证券都纳入到公司分

[21] 同上注。

[22] 同上注。

[23] 日本在2005年制定的公司法中，根据股份的权利内容以及转让性为区分将股份公司可以发行的种类股份明确分为九种。即①与公司利润分配相关的种类股、②与公司剩余财产分配相关的种类股、③限制表决权的种类股、④限制转让的种类股、⑤附带取得请求权的种类股、⑥附带取得条件的种类股、⑦附带全部取得条件的种类股、⑧附带拒绝权的种类股、⑨与董事、监事选任相关的种类股（〔日〕布井千博、朱大明：“在风险金融中利用种类股份制度的作用与意义”，《商事法论集》（18、19合卷），第24页）。

[24] 根据日本《公司法》第108条第1款第6项的规定，股份公司可以发行附带取得条件的种类股。附带取得条件的种类股是指已发生一定的事由为条件公司可以强制性的取得该股份的一种种类股（日本《公司法》第2条第19项）。

[25] 〔日〕江头宪治郎等：“会社分割法制のあり方”，《商事法务》1999年1525号，第10页。

[26] 参见前注〔7〕，〔日〕中村直人、山田和彦书，第45页。



立对价的范围之中,从而极大地扩大了公司分立的对价范围。日本通过对分立对价进行多元化的改革,使日本在事实上承认了三角分立的分立方式。所谓三角分立是指,分立公司转让公司事业的对价为继受公司向分立公司支付继受公司母公司的股份(也存在由继受公司母公司之间向分立公司支付对价的可能性)。^[27]三角分立的实现对于促进吸收分立具有重要意义。

(七) 简易式分立与省略式分立

在日本公司法中,和我国一样,公司分立属于公司的重大经营事项,因此,作为原则,作为公司重大经营事项的公司分立行为必须经过公司股东大会决议通过。

为了建立更加合理与灵活的公司分立制度,日本从实施公司分立的决定机制上,换言之,就是以“公司分立是否需要股东大会决议”为判断标准,进一步规定了“简易式分立”与“省略式分立”两种分立方式。所谓简易式分立是指分立公司分立的事业价值如果不超过分立公司总资产的五分之一,分立公司可以不经股东大会决议即可实施公司分立(日本《公司法》第784条第3款、第805条)。所谓省略式分立是指,母子公司之间的吸收分立(以子公司为继受公司),如果母公司持有子公司表决权数量达到百分之九十以上,那么子公司对于吸收分立的表决就成了一种形式,因此作为例外,法律允许可以省略子公司的股东大会决议(日本《公司法》第796条第1款)。本来,公司分立是公司的重大经营事项,作为原则应当需要公司的股东大会决议通过,但是日本公司法中明确规定在法定的两种特殊情况下,可以免除分立所必须的双方或者单方的股东大会决议,从而提高公司分立的效率。

四、中日制度对比后的反思——完善我国公司分立的方式

通过上述的整理,事实上,虽然从外观上日本公司分立方式中的有些问题在我国公司法中即使没有规定,在我国的学理解释以及相关主管机关所制定的规定中还是或多或少地有所涉及。但是,不可否认的是,相比我国的制度,日本的公司分立制度在立法上规定的更加详细,更加清晰、也因此其制度更具有可操作性。而具有体系性与可操作性的公司分立方式的制度设计,对于我国而言,正是当前我国完善与规范公司分立制度时所急需的。公司分立的方式可以说是公司分立制度中的核心内容,没有明确、法定的公司分立方式,就无法确定公司分立的路径,同时也无法明确公司分立的概念,由此也将会阻碍公司分立制度应有功能的发挥。如何完善我国公司分立的方式,笔者认为可以在参考日本公司分立制度的理论与实践经验的基础之上,从以下六个方面入手修改我国的公司分立制度。

(一) 引入吸收分立——完善分立方式的基本结构建设

如本文二中所述,由于我国公司法对于公司分立的方式并没有进行明确的规定,根据学界的解释以及公司分立相关主管机关颁布的规定的內容来看,我国的公司分立的方式区分解散分立与存续分立。这样的分立方式的分类中存在两个值得思考的问题。第一,比较日本的公司分立制度可以发现,在日本的公司分立制度中都没有规定解散分立的方式。其理由主要有两个,一是法律实务中的需求不大;二是即使有需求,在实施存续分立之后,公司可以根据需要,通

[27] 参见前注[16],〔日〕江头宪治郎书,第884页。

过解散公司的方式也同样可以达到解散分立的效果。^[28] 因此，从理论上来看，我国即使维持解散分立的分立方式，作为一种重要的分立方式其实际的意义与作用似乎也并不大。但是，笔者仍然认为至少当前我国应当维持解散分立的分立方式。其理由有两个：①虽然若干个存续分立加上一个解散公司的行为同样可以实现解散分立的效果，但是毕竟解散分立的方式更为便捷与清晰；②通过东北高速公路分立的事例，考虑到我国资本市场形成过程中的特殊性，有必要至少在一段时间内维持解散分立的分立方式，作为一个解决内部纠纷的手段。第二，我国缺少吸收分立的方式。吸收分立与解散分立以及存续分立之间存在不同，吸收分立需要两个公司来共同完成，因此其实施的路径与功能与解散分立及存续分立多有差异。^[29] 我国对于吸收分立虽然在财政部、国家税务总局制定的《关于企业重组业务企业所得税处理若干问题的通知》中有所涉及，但是在法律层面上并没有明确承认吸收分立的分立方式。因此，从构建公司分立方式的角度，有必要在立法上明确吸收分立作为公司分立的法定方式，以丰富我国公司分立的基本方式。

吸收分立的分立方式在行为外观上与公司法中的转投资行为或资产转让的行为之间具有高度的相似性。三者之间最大的差异在于公司分立中分立财产（事业）的转移是“概括性转移”，而在这种“概括性转移”中除了财产所有权发生转移以外，还包括债权债务的转移以及与转让事业相关的企业职工劳动关系的转移。转投资的行为通常而言仅发生转让财产的所有权转移，而不发生相关债权债务、劳动关系的一并转移。而资产转让中继受公司通常不继受相关的职工劳动合同。^[30] 公司分立作为一种公司组织法上的行为，公司分立中如果涵盖“向既存公司转让公司事业”的实施路径，其行为的强制性特点（不需要债权人同意）以及概括性转移的特点（资产、债权债务、劳动关系等一并转移）将会为公司转让资产提供一条新的路径。

（二）引入共同分立——丰富公司分立当事人的主体范围

比较日本的公司分立制度，可以发现我国的制度中不存在共同分立的分立方式。在我国不论是采取新设分立还是解散分立的方式，其实施公司分立的主体只能是一个。如果我国引入共同分立的分立方式，允许复数以上的公司共同实施一个分立的行为，可以为复数以上的公司共同经营事业提供一条便捷的路径。

如本文三中所所述，日本公司法在共同分立中只允许共同新设分立的分立方式。在我国的公司分立中，如果在解散分立中引入共同分立，换言之，两个以上的公司共同实施解散分立的行为并没有特别意义。因此，关于共同分立的制度设计，我国可以参考日本的立法经验，将共同分立的适用范围限定在共同新设分立。

共同新设分立的行为本质在外观上与投资行为（我国公司法中规定为转投资）相类似，其区别在于公司分立作为一个组织法上的行为，其行为具有强制性（不需要债权人同意）与概括性转让（资产、债权债务、劳动合同等都会发生转移）的特征，共同新设分立可以使公司在以现金进行投资的方式之外，增加一个以完整的事业进行投资的方式，这对公司统合事业、开展

[28] 参见〔日〕前田庸：“商法等の一部を改正する法律案要綱の解説”，《商事法务》1553号，第5页。

[29] 参见前注〔7〕，〔日〕中村直人、山田和彦书，第30页。

[30] 参见郭娅丽：《营业转让法律制度研究》，法律出版社2012年版，第26页。



风险性经营活动具有特别的意义。^[31]

(三) 引入全部分立——创立构建母子公司的手段

如上所述,在日本的公司分立中明确允许全部分立的分立方式。而在公司分立中,关于公司分立是否可以将公司的全部事业转让给新设公司(解散分立或存续分立)或是既存公司(吸收分立),在我国公司法中并没有明确的规定。但是在财政部、国家税务总局制定的《关于企业重组业务企业所得税处理若干问题的通知》第1条第5款中明确规定,“分立是指一家企业将部分或全部资产分离转让给现存或新设的公司”,明确指出了公司不仅可以将其事业的一部分也可以将全部的事业转让给新设公司或既存公司。

在存续分立中允许公司将自己的全部事业转让给新设公司的做法可以使分立公司成为纯粹持股公司。^[32]从结果来看,通过该行为可以构建一个百分之百持股的母子公司结构,同时该母子公司结构的子公司数量可以自由决定。^[33]因此,我国在公司法上明确“公司可以分立全部的事业给新设公司”将会在法律上为公司提供“调整公司经营,构建母子公司结构”的手段。关于构建母子公司结构的意义,对于公司而言,除了在经营上具有降低经营风险、增强公司事业经营的灵活性等显而易见的意义之外,在抵御敌意收购的问题上亦可发挥功能。

(四) 建立分社式公司分立——构建事中的公司债权人利益保护手段

根据日本的公司分立制度,分社式公司分立可以说是对公司分立路径的一种规范。而明确分立对价的接受主体最重要的意义在于在公司分立的事中建立防止公司债权人利益受到损害的制度。

在公司分立中,接受分立事业对价的主体原则上应当是分立公司。但是,由于公司的所有者是股东,因此,公司的利润最终要分配给公司的股东,从这个角度考虑,接受分立事业对价的主体中选择为分立公司的股东亦存在正当性。在公司分立中,由于不论是采取分社式公司分立(对价支付给分立公司)还是采取分割式公司分立(对价支付给分立公司的股东),最终分立事业的的对价都将可能由分立公司的股东获得(比如即使将对价支付给分立公司,在分立公司获得对价后可以以利润分配的方式将对价分配给股东)。因此,事实上,分社式公司分立与分割式公司分立之间从最终效果上来看,由于分社式公司分立亦可以实现分割式公司分立的效果,因此,从公司分立路径构建的角度考虑,如何选择是一个难题。

笔者认为我国应当排除分割式公司分立的方式(分立事业的继受公司将分立对价支付给分立公司股东的方式),明确分社式公司分立为我国的法定分立方式,以规范我国公司分立的路径。其理由主要有两个方面:①正是由于分社式公司分立与分割式公司分立最终都可以实现将分立对价支付给分立公司股东的效果,因此,在立法上没有必要建立两条具有同样功能的路径。②如果采取分社式公司分立最终要达到分割式公司分立的效果,分立公司要通过利润分配的方式(由于我国公司法中没有附带取得条件的种类股,所以无法采取日本法中股份回购的方式进行分配),因此就必须要考虑公司法中对于利润分配以及股份回购的规制。^[34]简言之,如果采

[31] 参见前注〔7〕,〔日〕中村直人、山田和彦书,第34页。

[32] 此处所指纯粹持股公司是指,公司本身并不经营事业,而只是持有自己子公司的股票的公司。

[33] 参见前注〔16〕,〔日〕江头宪治郎书,第886页。

[34] 参见〔日〕神田秀树:《会社法》(第15版),成文堂2013年版,第344页。

用分社式公司分立，分立公司将对价支付给股东时，该支付行为必须要符合利润分配的要求（比如公司必须有净利润才能进行分配），这对于公司债权人利益的保护具有重要的意义。

（五）引入均分式公司分立与非均分式公司分立——在坚持股东平等原则之外建立股东平等原则的例外规则

对比我国与日本的公司分立制度，可以发现日本公司分立制度中非常重视如何将分立对价分配给分立公司股东的问题，并从这个视角，建立了均分式公司分立与非式公司分立的分立方式，以规范向分立公司股东支付分立对价的行为，切实有效地保护股东的利益在公司分立中不受损害。

从向分立公司的股东支付分立对价的行为属性来观察，在坚持只允许分社式分立的前提下，将由分立公司来向公司股东支付对价，由于我国的股票类型中目前不存在“附带取得条件的类别股”，根据现行的公司法规定，也很难采取股份回购的方式来支付对价，因此，在现行的公司法体系中，作为可行的方法，分立公司可以采取的方式似乎只有通过利润分配的方式将分立对价支付给分立公司的股东。关于利润分配的具体方式，我国可以参考日本的公司分立方式的设计，引入均分式公司分立与非均分式公司分立的分立方式。具体而言，如果采用均分式公司分立的方式的话，将由分立公司按照股东的持股比例来支付分立对价；如果采用非均分式公司分立的方式，分立公司可以不按照股东的持股比例来支付分立对价，但是作为原则，采用非均分式公司分立的分立方式必须得到全体股东的同意。

（六）引入简易式分立与省略式公司分立——优化公司分立的决定机制

在我国公司法中，公司分立属于公司的重大经营事项。作为公司重大经营事项的决定机制，公司分立的实施必须获得股东大会的特别决议（《公司法》第43条、第103条）通过。这本来无可厚非，但是，在公司分立的行为本身无法构成公司的重大经营事项的情形下，从法理上而言，似乎就失去了再坚持必须通过股东大会决议的必要性。坚持股东大会决议的决定机制在保护股东利益的同时也会损害公司经营效率与灵活性。如果要对该决定机制进行调整，如何确定公司重大行为的判断标准是一个难题。关于这个问题，可以参考上述日本公司分立的中简易式公司分立与省略式公司分立的做法，在“公司分立的事业价值如果不超过公司总资产的五分之一”的情形下，在公司分立中的分立公司可以不经股东大会决议即可实施公司分立（简易式公司分立）。在“母公司持有子公司表决权数量达到百分之九十以上”的情形下，实施公司分立，可以省略子公司的股东大会决议（省略式公司分立）。区分公司分立的具体情形，优化公司分立的决定机制，对于提高公司分立的效率具有显著的意义。

五、结 语

完善与规范公司分立的方式，对于规范公司分立的行为、释放公司分立的功能具有重要的意义。在当前我国面临经济下行的压力之下，有效的公司分立方式将为公司通过公司分立调整公司经营、提高竞争力提供有效的路径。这对于促进我国产业结构调整、推动我国经济持续健康的发展将大有裨益。