



法学原论系列

Modern Corporation Law

By Prof. Dr. Liu Junhai

现代公司法

(第三版)

下册

刘俊海 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



法学原论系列

Modern Corporation Law

By Prof. Dr. Liu Junhai

现代公司法

(第三版)

下册

刘俊海 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

现代公司法/刘俊海著. —3版. —北京:法律出版社, 2015. 8(2016. 3重印)
(法学原论系列)
ISBN 978-7-5118-8228-8

I. ①现… II. ①刘… III. ①公司法—研究—中国
IV. ①D922. 291. 914

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第173172号

现代公司法(第三版)

刘俊海 著

责任编辑 刘文科 李峰云
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 720毫米×960毫米 1/16

版本 2015年9月第3版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 三河市龙大印装有限公司

印张 82 字数 1714千

印次 2016年3月第2次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-8228-8

定价:168.00元(全二册)

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

下 册

第十章 公司并购重组

- 第一节 公司并购重组概述 721
- 第二节 公司合并 725
- 第三节 公司分立 731
- 第四节 控制权收购 736
- 第五节 资产收购 743
- 第六节 营业转让 744
- 第七节 股份转换 746
- 第八节 公司组织形式变更 748
- 第九节 公司重整制度 750
- 第十节 外资并购制度 755
- 第十一节 公司并购重组与反垄断 764
- 第十二节 上市公司并购重组财务顾问制度 769
- 第十三节 中国企业赴美并购的法律风险及其防范对策 775

第十一章 公司社会责任

- 第一节 公司社会责任概述 788
- 第二节 强化公司社会责任的理论根据 794
- 第三节 公司社会责任运动的实践 803
- 第四节 公司对消费者的社会责任 813
- 第五节 公司对劳动者的社会责任 827

- 第六节 建设服务型政府,推动公司社会责任运动 837
- 第七节 行业协会的社会责任 843
- 第八节 消费者协会在强化公司社会责任方面的积极作用 846
- 第九节 强化公司社会责任是全社会的共同责任 850

第十二章 公司债券

- 第一节 公司债券概述 856
- 第二节 公司债券的发行 863
- 第三节 公司债券的流转 867
- 第四节 公司债券持有人的利益保护机制 869
- 第五节 优化企业融资的法律环境 879

第十三章 公司财务会计制度

- 第一节 概 述 884
- 第二节 新企业会计准则体系的制度创新 888
- 第三节 使用者友好型的会计信息质量要求 895
- 第四节 财务会计报告、会计要素和会计计量属性 900
- 第五节 公司财务会计报告的编制和提供 910
- 第六节 公司会计监督 915
- 第七节 公司财务会计报告审计 917
- 第八节 公司净利润的分配 926
- 第九节 公司内部控制制度 930

第十四章 国有企业公司制改革

- 第一节 新公司法对国有企业公司制改革的整体影响 937
- 第二节 国有企业改革的三步曲及其评析 943
- 第三节 国有企业公司制改革中的国家股权保护 951
- 第四节 夯实全民股东权利,推进国企治理现代化 959
- 第五节 《企业国有资产管理法》的立法使命与角色定位 980
- 第六节 国家出资企业的产权、代理和转委托制度 984
- 第七节 国家股东二级代理机构 988
- 第八节 国家出资企业的法律地位及其内部治理 993
- 第九节 国家出资企业管理者的选择与考核 1000
- 第十节 关系国有资产出资人权益的重大事项 1003

- 第十一节 公司的股权分置改革的回顾与思考 1009
- 第十二节 国有独资公司 1014
- 第十三节 企业国有产权向管理层转让制度 1020
- 第十四节 国有企业职工持股的法律问题 1023
- 第十五节 国有控股上市公司股权激励制度 1026
- 第十六节 国有公司高管的刑事责任 1030

第十五章 特殊类型公司

- 第一节 一人公司 1037
- 第二节 有限合伙 1047
- 第三节 外商投资公司 1057

第十六章 优化民营企业健康发展的法治生态环境

- 第一节 非公有制经济的宪法地位和政治地位的历史演变 1090
- 第二节 平等保护是对非公有制经济的最大保护 1095
- 第三节 公司法对非公有制经济的平等保护 1098
- 第四节 物权法对非公有制经济的平等保护 1103
- 第五节 《国务院2005年3号文》的荣光与失落 1112
- 第六节 民营企业要慎独自律 1116
- 第七节 构建非公经济友好型法院的新起点 1120

第十七章 公司解散、清算与终止

- 第一节 概 述 1126
- 第二节 公司解散事由 1128
- 第三节 公司僵局及其救济 1130
- 第四节 清算中公司的独特法律地位 1140
- 第五节 清算组及其组成人员的法律地位 1141
- 第六节 公司清算程序 1146
- 第七节 法院强制清算程序 1152
- 第八节 公司终止 1154
- 第九节 清算义务人的义务与责任 1155

第十八章 外国公司

- 第一节 外国公司的概念 1163

- 第二节 外国公司分支机构 1165
- 第三节 外国公司常驻代表机构 1166
- 第四节 外国公司在华境内从事生产经营活动 1171

第十九章 建设服务型政府,打造投资者友好型社会

- 第一节 笔者对服务型政府的研究兴趣的由来 1175
- 第二节 服务型政府的六个层次 1178
- 第三节 建设服务型政府应当坚持的基本原则 1187
- 第四节 积极推进大部门制改革,提升政府服务效能 1201

第二十章 公司争讼的裁判思维与公司法的解释方法

- 第一节 金字塔型的多元化公司争讼解决体系 1205
- 第二节 公司争讼的主要类型 1210
- 第三节 公司争讼案件的主要特点 1213
- 第四节 开门立案,凡诉必理 1215
- 第五节 慎思明辨,求索规则 1221
- 第六节 析案以理,胜败皆明 1232
- 第七节 尊重自治,鼓励创新 1235
- 第八节 平等保护,关怀弱者 1243
- 第九节 以和为贵,调解优先 1248
- 第十节 服务为本,裁判亲民 1254
- 第十一节 动静结合,恪守中立 1257
- 第十二节 刑民并进,和而不同 1260
- 第十三节 公司法的解释方法 1268
- 第十四节 打造法律人共同体的思考:以公司法为视角 1288

第十章 公司并购重组

第一节 公司并购重组概述

一、公司并购重组的概念与特征

公司并购重组有助于提高公司资本的运营效率,实现公司资源的合理流动与优化配置,优化产业布局,避免公司资源的浪费与闲置。资本市场越发达,公司并购重组活动越活络。

公司并购重组具有广、狭二义。狭义的公司并购重组仅限于公司并购,包括公司合并、公司收购与公司分立(分割)。而广义的公司并购重组泛指公司与公司之间、股东与公司之间、股东与股东之间依据私法自治原则,为实现公司资源的合理流动与优化配置而实施的各种商事行为。公司之间的重组活动包括两家以上公司之间的公司合并和公司分立行为。股东与公司之间的重组活动包括一家公司背后的股东与另外一家收购公司之间的控制权收购活动以及资产收购活动。股东之间、股东与第三人之间的公司并购重组行为主要指股权转让活动。

公司并购重组具有以下特征:

1. 公司并购重组活动是受到公司法强制规范适度干预的商事活动。公司并购重组作为商事活动,当然要弘扬私法自治的精神,反对行政权的不当微观干预和“拉郎配”措施。在我国公司并购重组实践中,很多由政府硬性捏合的公司合并等重组活动并不成功,甚至出现了重组后公司经营绩效的滑坡甚至亏损现象。因此,公司并购重组活动应当尊重市场规律,尊重公司及其股东们的商业智慧与创新精神。但是,为保护中小股东、债权人、职工等利益相关者,公司法必须为公司并购重组设定必要的强制性规范与倡导性规范。

2. 公司并购重组的主体既包括公司,也包括股东。公司并购重组活动是公司组织事项的重大调整。股权结构、经营范围、发展战

略或公司治理结构的任何变化,都直接攸关股东切身利益,当然需要允许股东们的深度介入。股东的介入程度有时表现为出让自己的股权(在股份转换的情况下,目标公司的股东将自己持有的全部股权作价出资给另外一家公司,从而对后一公司享有股权),有时表现为股东限制自己股权的行使(在公司重整的情况下,限制股东的分红权与表决权),有时表现为股东在股东大会上对公司重整活动行使表决权和决策权,有时表现为异议股东对公司行使退股权。

3. 公司并购重组的客体是公司股东享有的物权、债权、股权、知识产权等各种财产权利。相应地,公司并购重组手段就包括资产收购、营业转让、营业租赁、营业托管、公司合并、股权收购、控制权收购、股份转换、公司重整、公司组织形式变更等类型。

4. 公司并购重组适用于各类公司。不仅股份公司,有限责任公司包括一人有限责任公司和国有独资公司也可参与公司并购重组活动。从广义看,公司制企业与合伙企业(包括有限合伙和有限责任合伙)之间也可发生重组活动。例如,有限责任公司可以担任合伙企业的普通合伙人或者有限合伙人。实际上,有限合伙就是有限责任公司制度与普通合伙制度的“杂交”品种和“混血儿”。

二、公司并购重组的类型

天高任鸟飞,海阔凭鱼跃。市场经济体制鼓励和允许资本、商品、服务、创意与人才等资源的合理流动与优化配置。公司大事,合久必分,分久必合。传统公司并购重组仅限于公司合并与公司分立两种形式。随着资本市场的不断发育和成熟,公司并购重组方式日趋多元化。由于许多公司并购重组行为逾越了传统契约法的边界,立法者有必要规范和引导花样不断翻新的公司并购重组行为。

公司并购重组可以作多种分类。以客体为准,公司并购重组分为公司部分资产的重组、公司人格的重组、公司股权的重组、公司控制权和公司经营方式的重组。(1)公司部分资产的重组,主要包括公司资产收购、营业转让。出让公司以合理、公允的价格让渡对出售资产或营业的所有权,换回货币或其他等值对价,符合等价有偿的商事交易规则。公司的资产形态发生流转和变化,但各方公司的法人资格不受影响。(2)公司人格的重组,主要包括公司合并与公司分立。此类活动会导致一家以上既存公司的消灭(在吸收合并与新设分立的情况下),或者导致一家以上新设公司的诞生(在新设合并、存续分立、新设分立的情况下)。(3)公司股权的重组,主要指两家公司之间发生的股权流转行为以及股权转换制度(包括股份交换与股份移转)。由于股份转换的结果不仅导致股权的流转,而且导致新设母公司的诞生,因此股份转换既是股权重组活动,也是公司人格重组活动。(4)公司控制权的重组。一家公司通过收购另外一家公司的大宗股权或者建立表决权信托等方式取得对后一公司股东会或董事会的绝对或相对控制权,至于目标公司的法人资格依然存在,发生流转与变化的仅限于公司股东会和董事会中的控制权。当然,一家公司取得控制权以后,可以改变目标公司的发展战略和经营方针,进而提高公司的规模经济效益。(5)公司经营方式的重组。在公司自身无意或无力经营,或者虽有意和有力经营但经营成本显著过高的情况下,可以采取租赁或者承包经营

的方式,将公司经营权在一定期限内让渡给具有经营管理经验和卓越声誉的品牌公司。

以重组的公司数量为准,公司并购重组分为公司之间的重组以及公司自身的重组。(1)公司之间的重组。既包括既存公司之间的重组,也包括既存公司与新设公司之间的重组,还包括子公司与分公司之间的相互转换。子公司可以转变为分公司,分公司也可转变为子公司。为加大对下属公司的控制力度,母公司可依法定程序兼并子公司,从而将子公司上收为分公司。例如,胜利油田原本是一家独立公司,后被整合为中石化股份公司的分公司(胜利油田分公司)。为避免总公司对分公司债务承担民事责任的法律风险,总公司也可将其特定分公司的资产作为出资设立一家子公司甚至全资控股子公司。(2)公司自身的重组,既包括公司组织形式的改变(如有限责任公司与股份公司之间的组织形式转换),也包括公司与其股东、债权人之间的权利义务关系的改变(如公司重整制度、可转换公司债券制度)。

根据主体为准,公司并购重组分为内资重组与外资重组。前者指内资公司之间的重组,后者指外资公司与内资公司之间的重组。

以重组效果为准,公司并购重组分为以壮大公司资产和经营规模为目的的增重型(如公司合并、公司控制权收购、营业收购)以及以收缩公司资产规模和经营规模为目的的瘦身型(如公司分立、营业出售)。

以参与重组公司的竞争力为准,公司并购重组分为扩张型(如公司合并、公司控制权收购、营业收购)和康复型(如公司重整)。前者锦上添花,使强者更强,后者雪中送炭,使弱者变强。前者针对本已具备较强竞争力的公司而言,后者针对病入膏肓但有挽救希望的公司而言。

公司并购重组的不同手段之间并非截然对立,有时相与结合、搭配使用,共同服务于公司发展战略一盘棋。例如,看似对立的公司合并与公司分立也可共同组合。试举例说明。A公司通过存续分立一分为二,一为A公司,二为新设B公司;B公司又可兼并C公司。再如,A公司可以分立为B公司和C公司,D公司可以分立为E公司和F公司;之后,C公司可与F公司合并,E公司可与B公司合并。

三、公司并购重组的法律适用

公司并购重组既然体现契约自由、公司自治和竞争公平的精神,当然应适用《民法通则》、《证券法》与《合同法》等民事基本法律。公司并购重组行为既然属于平等主体之间的民事行为,就要充分尊重各方的意思自治,公权力原则上不宜强行干预。

公司并购重组的结果不仅会涉及投资者,也会涉及竞争者、消费者、劳动者的切身利益,有时甚至影响国家宏观调控政策尤其是产业政策、公共利益、国家利益、国家安全。有些公司并购重组的出发点在于排除和限制竞争,强化垄断地位进而鱼肉消费者,大规模裁员,规避国家宏观调控政策,或危害国家安全。因此,对有可能损害国家安全与公共利益的并购重组,立法者与监管者必须依法监管。

2007年8月30日出台的《反垄断法》专章规定了“经营者集中”,旨在约束与控制公司经

济力量的过度集中。证监会《上市公司收购管理办法》第4条也明文禁止公司的收购及相关股份权益变动活动危害国家安全和社会公共利益;公司的收购及相关股份权益变动活动涉及国家产业政策、行业准入、国有股份转让等事项,需要取得国家相关部门批准的,应当在取得批准后进行;外国投资者进行公司的收购及相关股份权益变动活动的,应当取得国家相关部门的批准,适用中国法律,服从中国的司法、仲裁管辖。

2006年9月8日,商务部、国务院国有资产监督管理委员会、国家税务总局、国家工商行政管理总局、中国证监会和国家外汇管理局重新发布的修订后的《关于外国投资者并购境内企业的规定》第12条也要求外国投资者并购境内企业并取得实际控制权,涉及重点行业、存在影响或可能影响国家经济安全因素或者导致拥有驰名商标或中华老字号的境内企业实际控制权转移的,当事人应就此向商务部进行申报。

在借鉴美国外资投资委员会(CFIUS)的国家安全审查机制的基础上,国务院办公厅于2011年发出了《关于建立外国投资者并购境内企业安全审查制度的通知》(国办发〔2011〕6号),建立外国投资者并购境内企业安全审查(以下简称并购安全审查)制度。随后,商务部发布了《实施外国投资者并购境内企业安全审查制度有关事项的暂行规定》。

国家安全审查范围为:(1)外国投资者并购境内军工及军工配套企业,重点、敏感军事设施周边企业,以及关系国防安全的其他单位;(2)外国投资者并购境内关系国家安全的重要农产品、重要能源和资源、重要基础设施、重要运输服务、关键技术、重大装备制造等企业,且实际控制权可能被外国投资者取得。

外国投资者并购境内企业的情形包括:(1)外国投资者购买境内非外商投资企业的股权或认购境内非外商投资企业增资,使该境内企业变更设立为外商投资企业;(2)外国投资者购买境内外商投资企业中方股东的股权,或认购境内外商投资企业增资;(3)外国投资者设立外商投资企业,并通过该外商投资企业协议购买境内企业资产并且运营该资产,或通过该外商投资企业购买境内企业股权;(4)外国投资者直接购买境内企业资产,并以该资产投资设立外商投资企业运营该资产。

外国投资者取得实际控制权,是指外国投资者通过并购成为境内企业的控股股东或实际控制人。包括下列情形:(1)外国投资者及其控股母公司、控股子公司在并购后持有的股份总额在50%以上;(2)数个外国投资者在并购后持有的股份总额合计在50%以上;(3)外国投资者在并购后所持有的股份总额不足50%,但依其持有的股份所享有的表决权已足以对股东会或股东大会、董事会的决议产生重大影响;(4)其他导致境内企业的经营决策、财务、人事、技术等实际控制权转移给外国投资者的情形。

并购安全审查内容包括:(1)并购交易对国防安全,包括对国防需要的国内产品生产能力、国内服务提供能力和有关设备设施的影响;(2)并购交易对国家经济稳定运行的影响;(3)并购交易对社会基本生活秩序的影响;(4)并购交易对涉及国家安全关键技术研发能力的影响。

国务院建立了外国投资者并购境内企业安全审查部际联席会议制度,具体承担并购安全审查工作。联席会议在国务院领导下,由发展改革委、商务部牵头,根据外资并购所涉及的行业和领域,会同相关部门开展并购安全审查。联席会议的主要职责是:分析外国投资者并购境内企业对国家安全的影响;研究、协调外国投资者并购境内企业安全审查工作中的重大问题;对需要进行安全审查的外国投资者并购境内企业交易进行安全审查并作出决定。

第二节 公司合并

一、公司合并的概念与特征

公司合并指两家以上的公司不经过清算程序,直接合并成为一家公司的法律行为。公司合并的主要动因包括但不限于:(1)收编竞争对手,整合竞争对手的技术与市场资源,取得规模经济效益,扩大市场占有率,增强公司竞争力,提升公司的社会形象和知名度;(2)利用公司合并机会,将劣势公司的亏损冲抵强势公司的营利,以实现节税目的;(3)抱团取暖,避免各方公司在激烈市场竞争中被淘汰出局等。当然,公司合并中各方当事人的动机会有所不同。对强者来说,公司合并旨在做大做强做优;而对弱者而言,公司合并旨在躲过破产一劫。在经济全球化时代,势单力孤、缺乏国内产业保护屏障的国内企业为与跨国公司争雄,也会选择公司合并。

男怕入错行,女怕嫁错郎。公司合并未必永远成功。财务亏损的企业会拖垮盈利甚丰的企业。业绩很好但公司治理与文化落后的企业也会拖垮优秀企业。即使两家企业同样优秀,但若利益关系没有理顺,公司治理的制度与文化无法磨合,也会出现同床异梦、貌合神离的症状。

公司合并具有以下特征:

1. 公司合并是公司之间的契约行为。公司合并的主体是公司而非股东,合并决定由合并各方股东会分别作出。公司合并要弘扬私法自治精神,力戒“拉郎配”和“包办婚姻”现象。当然,政府可依据《反垄断法》授权,为维护公平竞争秩序而对公司合并予以反垄断审查。政府可依据国家安全审查制度授权,就公司合并对国家安全的影响予以国家安全审查。政府可依据法律或者行政法规的授权,为保护自然资源与生态环境而对小规模矿产资源企业作出强制合并的行政决定。

2. 公司合并是合并各方实施的共同行为。与携手同行的合伙合同、公司设立协议相似,合并各方的意思表示内容相同、方向平行,均指向相同的合并内容。这与相向而行、意思表示方向相反但相互合作的买卖合同迥然有异。

3. 公司合并公司的股东资格并不消失。虽然公司合并会导致一家或多家公司的法人资

格的消失,但消灭公司的股东并不因此而丧失股东资格;相反,他们可以在存续公司或新设公司中取得相应的股东资格。当然,这并不排除异议股东在公司合并之时行使退股权,进而脱离公司。

二、公司合并的类型

(一)吸收合并与新设合并

以合并前后公司的组织形态变化为准,公司合并分为吸收合并(Merger)与新设合并(Consolidation)。依《公司法》第172条,公司合并可以采取吸收合并或者新设合并。

吸收合并又称存续合并、公司兼并,指一家公司吞并和吸收另外一家公司,存续公司的资本规模和业务规模更大,而被合并公司未经清算而解散,并将全部资产和负债转让给存续公司的法律行为。其中,被合并公司股东所持的股份转换为对存续公司所持的股份。在吸收合并中,兼并方的法人资格得以保全,而被兼并公司的法人资格则告消灭。

新设合并又称新创合并、创设合并,指两家以上的公司未经清算而解散,并将其全部资产和负债转让给新设公司的法律行为。在新设合并中,所有公司均丧失法人资格,新公司在此基础上得以破土而出,被合并公司股东所持股权转换为对新设公司所持的股权。

吸收合并与新设合并各有利弊。就吸收合并而言,兼并公司并不消失,亦无须设立新公司,合并程序较为简单,但资产整合与文化整合的挑战较大。未获得公平对待的被兼并公司的管理层、职工和股东可能会心怀不满,滋生“被吃掉”的失落感。在控股公司兼并内资企业的一些案例中,被兼并公司的许多资源尤其是无形资产(如商誉、商标等资源)可能被故意打入冷宫,进而导致资源浪费。就新设合并而言,各家公司的高管和股东平起平坐进入新公司,不存在孰高孰低的问题,但其缺点在于新设公司程序烦琐、同归于尽的原公司的诸多资源(如知名度和上市公司的壳资源)在事实上和法律上无法或很难传承给新设公司。在IPO注册制改革没有到位的情况下,很难担保上市公司分立后会出现两家上市公司。

吸收合并与新设合并的战略选择最终取决于合并各方的市场地位和博弈关系。势均力敌的公司有可能选择新设合并,原有公司同归于尽;而竞争力相差悬殊的公司有可能选择吸收合并方式。但在公司合并实践中,吸收合并往往多于新设合并。

(二)同类公司合并与不同类公司合并

以合并各方的组织形式是否相同为准,公司合并分为同类公司合并与不同类公司合并。同类公司合并指组织形式相同的公司之间的合并,如有限责任公司之间的合并、股份公司之间的合并、上市公司之间的合并;不同类公司合并指组织形式不同的公司之间的合并,如有限责任公司与股份公司之间的合并、非上市公司与上市公司之间的合并、一人公司与股东多元化公司之间的合并等。

同类公司合并后公司组织形式一般不发生变化,而不同类公司合并后的组织形式必然会发生变化:在某些情况下,合并后公司采取原公司的组织形式之一(例如,股份公司兼并有限责任公司之后依然保留股份公司的地位);而在某些情况下,合并后公司采取原公司之外的其

他组织形式(例如,一人公司与一家有限责任公司新设合并后组建一家股份公司)。

我国《公司法》并未禁止不同类型组织形式的公司合并。根据私法自治原则,法无禁止即可为。因此,不同类型组织形式的公司合并具有合法性。至于合并后的公司组织形式,要由各方合并公司及其广大股东根据吸收合并与新设合并的不同特点以及合并后公司是否满足特定公司组织形式的法定门槛而定。一般说来,股份公司与有限责任公司合并的,存续公司或新设公司采取股份公司的形式有利于扩大公司规模,提升股权的流通性,更符合公司合并的战略目标。有限责任公司股东经由公司合并一跃而为股份公司甚至公司的股东;股份公司的资本规模和经营规模亦可进一步壮大。

(三)普通公司兼并与简易兼并

以其是否需获各方公司股东会同意为准,公司兼并分为普通公司兼并与简易兼并。普通公司兼并指履行股东会决议程序的公司兼并。而简易兼并指仅需履行董事会决议程序的公司兼并。我国《公司法》并未确认简易兼并制度。《美国模范商事公司法》及受其影响下的立法例(包括我国台湾地区“企业并购法”第19条)确认简易兼并。

简易兼并仅适用于对子公司持有90%以上有表决权股份的控制公司兼并其子公司的情形。鉴于母公司已经保持对其子公司的高度控制力和影响力,公司兼并只不过将此种借助股权纽带的间接高度控制关系转化为法人资格内部的直接高度控制关系而已;又鉴于母公司已经拥有子公司股东会上90%以上的表决权,即使履行股东会决议程序,子公司的反对派小股东也无力推翻股东会决议,立法者遂决定分别以母子公司的董事会决议程序取代母公司(兼并公司)与子公司(被兼并公司)各自本应履行的股东会决议程序,以提高公司兼并效率。但立法者对公司合并中异议股东的退股权以及债权人保护程序的规定依然适用于简易兼并的情况。可见,简易兼并制度只是简化了公司内部的决策程序而已,而不能忽略对子公司异议股东和债权人的权利保护条款。

依据我国《公司法》第74条和第142条,无论是母公司的股东,还是子公司的股东,只要反对公司合并的股东会决议,就可行使退股权。笔者认为,鉴于公司合并之前母子公司之间已经存在高度控制关系,公司合并后对母公司的股东一般不会产生重大影响,因此在未来立法改革时,在母公司持有子公司90%以上有表决权股份的情况下,母公司兼并子公司似乎不必赋予母公司的异议股东退股权,只需赋予子公司股东退股权即可。

三、公司合并的程序

(一)董事会草签公司合并协议

公司合并协议的极端重要性远非公司在日常经营活动中缔结的买卖契约和服务契约所能比拟的。基于董事对公司的勤勉义务,合并各方董事会应代表各自公司就合并事项充分协商,草签合并协议或拟定意见一致的合并方案,并经各方公司董事会分别讨论通过。必要时,合并各方董事会应聘请律师事务所、会计师事务所和投资银行等中介机构提供相应的专业服务。

我国《公司法》未规定合并协议草案的强制性条款,意在尊重与鼓励契约自由。《欧盟第3号公司法指令》第14条要求合并协议草案至少应当载明下列事项:(1)参与合并各方公司的类型、名称和登记住所;(2)股份交换的比例及现金的支付金额;(3)存续公司分配股份的条件;(4)此种股份的持有人开始享有公司利润分配请求权的日期,以及影响该权利的特殊要件;(5)被合并公司的营业活动开始在会计上被视为存续公司的营业活动的日期;(6)存续公司赋予被合并公司特别股股东、股票之外的证券持有人的权利,或者其他有关的拟议措施;(7)对注册会计师事务所和律师事务所等中介机构,以及合并各方公司的董事、监事和高级管理人员和其他高级管理人员之间所赋予的特别利益。

我国台湾地区“公司法”第317-1条要求合并契约记载下列事项:合并之公司名称,合并后存续公司之名称或新设公司之名称;存续公司或新设公司因合并发行股份之总数、种类及数量;存续公司或新设公司因合并对消灭公司股东配发新股之总数、种类及数量与配发之方法及其他有关事项;对合并后消灭之公司,其股东配发之股份不满一股应支付现金者,其有关规定;存续公司之章程需变更者或新设公司应订立之章程。公司合并协议应于发送股东会的召集通知时一并发送于股东,以便广大股东在参加股东会时有所准备。

(二)股东大会作出公司合并的特别决议

董事会起草的公司合并协议草案并非已成立且生效的合同。只有当合并各方公司的股东会分别作出同意合并的特别决议后,公司才能依法成立。

股东会有权对公司合并、分立、解散、清算或者变更公司形式作出决议(《公司法》第37条第1款第9项)。但在股东会作出决策之前,董事会负责拟订公司重大收购、收购本公司股票或者合并、分立、解散及变更公司形式的方案(《上市公司章程指引》第106条第7项)。鉴于公司合并对公司及其股东来说关系重大,公司合并属于资本绝对多数决事项而非资本简单多数决事项,公司合并决议属特别决议而非普通决议。因此,股东会作出公司合并的决议时,必须经代表2/3以上有限责任公司表决权的股东通过(《公司法》第43条第2款),或者必须经出席会议的股东所持股份公司表决权的2/3以上通过(《公司法》第103条第2款)。倘若公司发行了不同类别的股份,公司合并决议还需得到各类股份股东以绝对资本多数决规则表示同意。

在合并各方公司的股东会上,董事会应解释合并协议草案的内容,说明合并协议草案诸条款,尤其是股份转换比例的法律和经济理由。报告还应当说明报告起草中遇到的所有特殊的评估困难。在必要的情况下,董事会应当聘请会计师事务所审查合并协议草案,并向股东提交书面报告,对公司合并的对价尤其是股份转换比例是否公平合理发表意见。

股东大会决议的内容包括两个不可或缺的重要内容:一是批准合并协议草案;二是为推行公司合并计划而修改公司章程。

(三)异议股东保护程序

强扭的西瓜不甜。由于不同股东对公司合并对价以及合并后公司发展前景的评价不同,

公司合并决议很难获得全体股东一致同意。为保护对公司合并持反对意见的少数派股东的正当权益,法律例外赋予此类股东退股权。在有限责任公司,对股东会作出的公司合并决议投反对票的股东可以请求公司按照合理的价格收购其股权。自股东会会议决议通过之日起60日内,股东与公司不能达成控制权收购协议的,股东可以自股东会会议决议通过之日起90日内向法院提起诉讼(《公司法》第74条)。在股份公司,股东对股东大会作出的公司合并决议持异议的,也有权要求公司收购其股份;但公司回购的股份应当在6个月内予以注销(《公司法》第142条)。

就异议股东的外延而言,除了对股东会作出的公司合并决议投反对票的股东,解释上还应包括在股东会召开前明确以书面形式表示反对公司合并并放弃参加股东会权利的股东。这种解释既有利于保护异议股东的退股权,又有利于公司合并决议的顺利作出。因为,此类异议股东的表决权不计入出席股东大会股东所代表的表决权总数,有助于提高赞成公司合并决议的通过率。

(四) 签订公司合并协议,并予公告

股东大会作出公司合并决议后,应当在合理期限内签订公司合并协议,并编制资产负债表及财产清单。公司应当自作出合并决议之日起10日内通知债权人,并于30日内在报纸上公告(《公司法》第173条)。在决议作出之前,各方公司董事会应当认真雕琢与磨合合并协议草案,以确保协议草案被各方共同接受。

(五) 债权人保护程序

在强强联合、锦上添花的情况下,公司合并对债权人都是大好事、大喜事。因为两家债务公司的优质资产的叠加更有利于债权人的及时足额受偿。当然,也有例外,在公司治理的制度、人员与文化无法很好整合的情况下,公司绩效也会滑坡。

而在强弱联合、雪中送炭的情况下,强大债务公司的债权人未必欢迎公司合并。因为,此种合并有可能将强大的债务公司拖入债务泥潭。优质债务公司有可能由富可敌国的公司瞬间变成净资产为零、为负的劣势公司。这样的教训非常深刻。

在弱弱联合、相依为命的情况下,也可能发生债权人利益遭受贬损的情况。困难公司的合并伙伴可能更困难。当然,也不排除两家亏损企业携手努力,卧薪尝胆,更弦易辙,发愤图强,东山再起。

既然公司合并潜伏着对债权人利益的损害,立法者对债权人的冷暖当然不能漠然待之。《公司法》第173条规定:“公司合并,应当由合并各方签订合并协议,并编制资产负债表及财产清单。公司应当自作出合并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。债权人自接到通知书之日起三十日内,未接到通知书的自公告之日起四十五日内,可以要求公司清偿债务或者提供相应的担保”。可见,《公司法》未规定公司合并的公告次数,允许拟合并公司在法定期限内只公告一次。这就要求债权人格外留意债务公司的合并信息,并在公司合并完成之前尽快在法定期限内要求公司偿债或者提供相应担保。

债权人究竟作出何种选择,均属自由。倘若债权已届清偿期限,债权人当然有权要求公司偿债或者提供相应的担保;倘若债权未届清偿期限,债权人只能要求公司提供相应担保;倘若公司拒绝或者怠于提供相应担保,则债权人有权要求公司立即偿债。要做到此点,债权人必须高度关注债务公司的合并事实。作为应对之策,债权人可事先与债务公司达成协议;倘若未来债务公司发生合并事实,债权人有权迅速启动自我保护机制。例如,协议可以约定,公司合并之前应经过银行同意;否则,所有未到期债权全部立即到期。

倘若债权人未在前述期限内要求公司偿债或者提供相应的担保,则应视为债权人承认公司合并行为。但债权人有权请求合并后的存续公司或新设公司承担债务清偿责任。《公司法》第174条规定:“公司合并时,合并各方的债权、债务,应当由合并后存续的公司或者新设的公司承继。”

即使公司合并各方未履行通知与公告义务,或者未按债权人要求偿债或者提供相应的担保,亦不影响公司合并的效力,只不过此种合并行为不能对抗分立前各公司的债权人而已。换言之,债权人保护程序不是公司合并的生效要件,而是公司合并的对抗要件。

(六)公司变更登记

根据《公司法》第179条第1款与《公司登记管理条例》第38条,因合并而存续的公司,其登记事项发生变化的,应当申请变更登记;因合并而解散的公司,应当申请注销登记;因合并、分立而新设立的公司,应当申请设立登记。公司合并的,应当自公告之日起45日后申请登记,提交合并协议或者决定以及公司在报纸上登载公司合并公告的有关证明和债务清偿或者债务担保情况的说明。法律、行政法规或者国务院决定规定公司合并必须报批的,还应当提交有关批文。因此,公司合并时的变更登记应遵循严格的时间要求。

除办理公司登记机关的登记手续,因合并而消灭的公司项下的物权依据《物权法》需要办理登记手续的,还应办理以新设公司或兼并公司为受让人的变更登记手续。

在通常情况下,公司合并只需履行以上程序。但在公司合并存在垄断之虞和威胁国家安全的情况下,公司合并还要履行有关部门的反垄断审查和国家安全审查程序。

四、公司合并的法律效果

公司合并同时发生以下法律效果:

1. 被合并公司终止其存在,丧失其法人资格。在新设合并的情况下,原公司均自动丧失法人资格;在吸收合并的情况下,兼并公司继续存在,被兼并公司自动丧失法人资格。由于合并前公司的权利义务关系由合并后公司概括继受,无论是在新设合并还是在吸收合并的情况下,原公司之消灭均无须履行清算程序。

2. 合并前公司的股东变成存续公司或新设公司的股东。但依《公司法》第74条和第142条,股东倘若对股东会作出的公司合并决议持异议,有权要求公司以合理价格收购其所持股权(股份)。

3. 权利义务的概括承继。因合并而消灭的各家公司项下的全部权利义务(包括资产和