[专论]

公司设立之立法主义改革的思考

王保树 *

何为公司设立之立法主义？未见人明确阐释，但它包括的内容和不同立法主义的内涵却为人所共知。实际上，无论是放任主义、特许主义、许可主义，还是准则主义，都表示的是政府对公司设立采取的态度。因此，可以将公司设立之立法主义的内涵视为是国家对公司设立的立法政策。当今，各国公司法已广泛采用公司设立的准则主义，我国此次《公司法》的修改也因应了这一趋势。无疑，公司设立之准则主义不是公司法理论中的前沿课题，但是结合《公司法（修订草案）》对现行《公司法》的修改，疏理相关理论，仍有现实意义。本文试就以下问题做些分析：

一、《公司法（修订草案）》对公司设立准则主义的确立

所谓公司设立之准则主义"谓预以法律规定设立公司之一定要件,以为准则，凡公司之设立，符合这些要件时，即可取得法人人格。"① 无疑，即使公司设立采准则主义，公司法的条文中也不会出现"准则主义"的字样。但是，准则主义和许可主义相比，其不同之处在于：国家对公司设立的干预只限于审查是否具备了法定的设立要件，不需要批准和许可等另外的处分②。换言之，公司设立采准则主义者，公司法只规定公司设立条件和公司依设立条件登记而成立，不再保留公司设立需政府批准的规定。同时，在体制上不再保留某种主管机关负责审查公司设立条件、批准公司设立，而公司

* 清华大学法学院教授、博士生导师，中国法学会商法学研究会会长。

①柯芳枝：《公司法论》，台湾地区三民书局 1999 年版，第 16页。

②李哲松：《韩国公司法》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 71页。

需要全本请访问 www.ertongbook.com

登记机关不负责公司设立条件审查、仅负责登记的二元体制。依此进行分析，不难得出下列结论：

（一）现行《公司法》在公司设立之立法主义的二元态度

现行《公司法》第 8 条规定：“ 设立有限责任公司、股份有限公司，必须符合本法规定的条件。符合本法规定的条件的，登记为有限责任公司或者股份有限公司；不符合本法规定的条件的，不得登记为有限责任公司或者股份有限公司。法律、行政法规对设立公司规定必须报经审批的，在公司登记前依法办理审批手续。”

这是公司法总则中关于公司设立之立法主义的规则。仅依此规定，可以认为，我国公司法采用了公司设立的准则主义。但是，我国公司法关于公司设立的立法主义不仅有这一条的规定。

依现行《公司法》第 27 条的规定，“ 股东的全部出资经法定的验资机构验资后，由全体股东指定的代表或者共同委托的代理人向公司登记机关申请设立登记，提交公司登记申请书、公司章程、验资证明等文件。法律、行政法规规定需要经有关部门审批的，应当在申请设立登记时提交批准文件。公司登记机关对符合本法规定条件的，予以登记，发给公司营业执照；对不符合本法规定条件的，不予登记。 ”

这一规定与第 8 条规定的精神完全一致，因而可以认为，我国现行公司法在有限责任公司设立上采用了准则主义。

而现行《公司法》第 77 条规定：“ 股份有限公司的设立，必须经过国务院授权的部门或者省级人民政府批准。 ”

显然，这一规定十分清楚地表示，现行《公司法》在股份有限公司的设立上采用行政许可主义。

以上表明，现行《公司法》关于公司设立的立法主义的规则应包括《公司法》第 8 条、第 27 条和第 77 条。综合这三条分析，应认为我国现行《公司法》在公司设立上采用二元主义，即有限责任公司采准则主义，股份有限公司采行政许可主义。

（二）《公司法（修订草案）》在公司设立之立法主义上采准则主义的一元态度

《公司法（修订草案）》第 8 条仍然保留了现行《公司法》第 8 条的规定；第 28 条虽然对现行《公司法》第 27 条进行了文字性的修改，但有限责任公司设立采准则主义的立场没有变化。而变化最大的是，修订草案删除了现行《公司法》第 77 条关于“ 股份有限公司的设立，必须经过国务院授

权的部门或者省级人民政府批准”的规定。显然，此次《公司法》修改如能保留《公司法（修订草案）》的上述规定，我国公司设立之立法主义的二元态度将被公司设立准则主义的一元态度所代替。

二、《公司法（修订草案）》中仍然保留的“审批”是部分保留“公司设立的行政许可主义”吗？

值得注意的是，《公司法（修订草案）》仍然保留了现行公司法关于“法律、行政法规对设立公司规定必须报经审批的，在公司登记前依法办理审批手续”的规定。这是否意味着我国公司法将部分地保留“公司设立的行政许可主义”呢？回答是否定的。

首先，公司设立的准则主义所废除的是公司设立上的审批。换言之，它仅废除的是公司作为企业法人成立的审批，而不是所有的审批。甚至，不涉及其他是否需要审批的问题。而与公司目的关系密切的是“营业”，并非所有公司成立后都能从事任何的营业。譬如，所有公司都能从事炸药的生产与销售吗？所有公司都能从事枪支的生产与销售吗？恐怕不能。这里，存在着某些公司需经过政府主管机关审批方能进行某种营业的问题。对此，应将其称为“营业许可”。所谓“法律、行政法规对设立公司规定必须报经审批的，在公司登记前依法办理审批手续”，主要是指这种许可。无疑，这种许可不同于公司设立的许可主义，它是指批准从事某种营业，而不是批准一个公司作为企业法人的“出生”。可以说，不论是公司设立采许可主义，还是公司设立采准则主义，营业许可的问题都是存在的。后者是独立于公司设立之立法主义的问题，它不同于公司设立之立法主义的取向而与其有差别。

其次，在公司设立采准则主义的制度架构中，公司法规定负责审查公司设立是否符合条件的是公司登记机关，其审查条件和准予登记的职责均集中于公司登记机关，而不是与其他机关分享，即并非由某种机关审查条件并审批其设立，仅由公司登记机关登记。公司法规定的“审批”与审查公司是否符合公司设立条件是两个事情，而不是一个事情。这种审批与审批公司设立无关。

再次，营业许可是某些公司设立登记的前提条件，不是公司成立的条件。公司法之所以规定“法律、行政法规对设立公司规定必须报经审批的，在公司登记前依法办理审批手续”，并将其与关于公司设立登记的规定放在一个条文，是注意到营业许可与公司设立登记的关系。凡需要营业许可的，应在公司设立登记前办理许可手续。换言之，需要营业许可的公司，营业许

可是公司设立登记的前提。但是，公司法规定表明，营业许可并未列入公司设立条件之中。因此，这种营业许可并非改变公司设立的准则主义。考虑到营业许可不同于公司设立的行政许可，应使这一条款更符合此次公司设立之立法主义改革的本意，即明确将上述的“法律、行政法规对设立公司规定必须报经审批，在公司登记前依法办理审批手续。”改为“法律、行政法规对公司营业需许可者，在公司登记前应依法办理行政许可手续。”这样，更容易使人们明确地划清“公司设立的行政许可”与“营业许可”的界限，以避免将“营业许可”混同为“公司设立的行政许可”。

三、公司设立的立法主义不直接涉及“市场准入”

有一些公司法的著述或相关著述（包括本人的著述）在讨论有关公司设立的立法主义问题时，自觉不自觉地将公司设立的立法主义视为“市场准入”问题。譬如，我在一个命题讲演——市场准入法律制度——中提出，“实行准则主义以后，不但增加了市场准入的透明度，而且增加了市场准入的公平性。”① 以后，在一篇文章中继续引用了这一观点，认为，“从公司设立的特许主义到公司设立的行政许可主义，再从公司设立的行政许可主义到公司设立的准则主义。无疑，每一次过渡都是在纠正市场准入的限制竞争中向前迈出一步。而公司设立的准则主义，应是在市场准入上反对限制竞争的一大飞跃。因为，它不再给任何一个投资者以设立公司的特权。”② 公司登记机关的有些文件和其他学者的著述中也有类似的表述。现在看来，公司设立的立法主义与市场准入并无直接关系，将两者混为一谈似有理论上的缺陷。

何谓“市场准入”？国内法著述鲜有准确的概念分析，但又经常看到人们使用这一概念，似乎人们对“市场准入”是“意会”而来。譬如交通部2000年8月28日公布了一个《公路建设市场准入规定》，依其规定，凡进入公路建设市场的项目法人和从业单位必须符合本规定的准入条件。公路建设项目法人必须通过资格审查后方可进入公路建设市场。公路建设从业单位

①王保树：《市场准入法律制度》，《学习与思考》（全国工商行政管理局长研修班文集），工商出版社2001年版，第123～124页。《市场准入法律制度》根据在2000年7月全国工商行政管理局长研修班上的同名讲演整理而成的。

②王保树：《经济体制转变中的公司法面临的转变——〈公司法〉修改中值得注意的几个问题》，《商事法论集》（第5卷），2000年11月版，第7页。该文首次发表于中国法学会民法学经济法学研究会2000年年会（2000年9月25日～28日）。

必须通过资信登记后方可进入公路建设市场。 2005 年 2 月 29 日，国务院发布《关于鼓励支持和引导个体私营经济等非公有制经济发展的若干意见》，该文件也使用了“市场准入”的概念，如“放宽非公有制经济市场准入”，“允许非公有资本进入法律法规未禁入的行业和领域”。以上表明，“市场准入”讨论的是进入市场的问题，是具备什么条件进入市场和进入市场有无限制的问题。

与国内法相比，国际经济法著作对市场准入有明确的讨论，也有明确的概念。在世界贸易组织中，“所谓市场准入，是指一成员方允许另一成员方的货物、劳务与资本参与本国市场的程度。‘准入’体现了国家法律上的一种含义，是国家通过实施各种法律和规章制度对本国市场向外开放程度的一种宏观掌握和控制。’① 市场准入原则的实现依赖于增强成员国对外贸易体制的透明度、减少和取消关税和其他非关税壁垒、保证成员国开放市场的承诺、改善成员国市场准入条件等。

以上表明，不论是在国内法意义上还是在国际经济法意义上，“市场准入”都是指允许参与市场的问题。这里的“允许”，是指国家法律、法规允许。显然，这里不涉及商事主体制度，不直接涉及公司设立的立法主义问题，即不涉及公司是经行政许可成立，还是依准则主义成立。而公司设立的立法主义则仅仅涉及公司成立采取什么原则的问题，它本身不涉及参与市场问题。如硬要说它涉及市场，它也仅与前述的营业自由与营业许可有关，即某种领域是否能被进入营业的问题。然而，营业自由与营业许可不包含于公司设立条件之中。因此，还是应将公司设立之立法主义与市场准入作为不同的问题对待。

四、公司设立准则主义与公司设立登记审查的关系

公司的设立登记存在着不同的审查制度，即实质审查与形式审查两种制度。其实，这两种不同的审查制度，也广泛地存在于其他领域。就公司设立登记而言，实质审查的特点在于，既审查公司登记申请在形式上的合法性，也审查其申请事项是否真实。形式审查的特点在于，只审查公司登记申请在形式上的合法性，不审查申请事项的真实性。

我国的公司登记曾长期采用实质审查，加之，市场经济发展中又不断出现“虚假”现象，因此，实践中有一种认为实质审查最有效的思想，似乎它

①曹建明、贺小勇：《世界贸易组织》，法律出版社 1999 年版，第 78～79 页。

需要全本请访问 www.ertongbook.com

可以治理“虚假”现象。实际上，这是政府希望通过实质审查为人们承担交易风险，忽视了市场的淘汰机制惩罚“虚假”现象的作用。并且，实质审查容易助长人们在回避交易风险上对政府的依赖，然而，经过实质审查，仍然有不少的“虚假”问题存在。同时，在市场经济条件下，公司不能不讲成本。采用实质审查，势必要求公司提供繁杂的文件证明诸多的“真实性”。显然，这必定增加公司的成本，并且，也很难体现审查的透明度要求。

采用形式审查的做法，公司登记机关只负责审查公司登记申请在形式上的合法性，而合法性审查又是有法律明确规定的，因此，它可以保证审查的极高的透明度。并且，由于不审查申请登记项目在实质上的真实性，从而节省了当事人为证明其真实所花费的费用。当然，公司登记机关不审查其实质上的真实性，并不是忽视申请登记项目的真实性，而是按照行为者为自己行为负责的要求，将保证真实性的义务归于公司设立登记申请者。这样，社会公众不应再依赖公司登记机关保证登记事项的真实，有利于提高全社会的信用。

公司设立的立法主义与公司设立登记的审查制度是什么关系？是否公司设立的行政许可主义一定导致实行公司设立登记的实质审查，公司设立的准则主义一定导致公司设立登记的形式审查？回答是否定的。公司设立无论是采用行政许可主义，还是采用准则主义，在公司登记之前都存在某种主管机关的审查批准。其中，采用行政许可主义者，既有营业许可机关的审查，又有公司设立许可机关的审查；采用准则主义者，只有营业许可机关的审查。但是，不论是营业许可机关的审查，还是公司设立许可机关的审查，都是独立于公司登记机关的审查。由于是不同机关分别进行的独立审查，它们可以奉行同样的审查原则，也可以奉行不同的审查原则，前者的实质审查并不导致后者的实质审查，同样，前者的形式审查也不必然导致后者的形式审查。而且，我国的实践也已表明这一点。如前所述，依现行公司法规定，股份有限公司设立采用行政许可主义，即并非所有公司的设立都实行准则主义。然而，国家工商行政管理总局自 2004 年 7 月 1 日开始在企业（包括公司）登记中实行形式审查，即“企业登记机关依法对申请材料是否齐全、是否符合法定形式进行审查。’① 这说明，公司设立行政许可中的实质审查并没有

①见《企业登记程序规定》（国家工商行政管理总局 2004 年 6月 10 日颁布）。该规章第 3 条第一款规定，“企业登记机关依法对申请材料是否齐全、是否符合法定形式进行审查。”实行形式审查，但并未完全废除实质审查。同条第二款规定：“根据法定条件和程序，需要对申请材料的实质内容进行核实的，依法进行核实。”

使公司设立登记必须坚持实质审查主义。同样，目前的营业许可中的审查也大多是实质审查，但没有影响公司设立登记将实质审查改革为形式审查。以上告诉我们，公司登记前的审查，不论是公司设立行政许可的审查，还是营业许可的审查，并不对公司登记的审查构成“决定”关系。但是，就降低公司设立成本和增加公司设立登记的透明度而言，公司设立登记的审查应采用形式审查原则。至于公司设立采用准则主义后，公司设立过程和公司设立登记都表现了政府管制缓和和透明，这只是殊途同归。从理论上说，并不是因人们主张公司设立的准则主义才主张公司设立登记采形式审查主义，两者是不同的问题。

公司分立程序与效力研究

刘凯湘*

公司分立为公司法中之重要制度。对公司分立程序的规制旨在提高其效率以实现公司分立制度的价值与功用，同时保护因公司分立而可能产生的各利益相关人之权益，而公司分立效力的制度设计则主要是为着明晰公司分立行为对各利益相关人之利害预期，从而实现公司法对公司分立行为的指引功能。

一、公司分立程序论

公司分立作为一项公司法中重要制度，对于保障投资人运用公司组织形式去追求资本的最佳组合和利润的最大化具有重要意义，但公司分立又不可避免地对处于弱势地位的利益相关人产生重大影响。所以，立法上对公司分立的程序规制应当贯彻效率和公平并重，债权人利益和股东利益尤其是小股东利益并重的原则。

(一)公司分立之意思决定

公司分立显然属于公司重大经营决策事项，应由公司最高权力机构作出决议。根据我国《公司法》的规定，公司合并、分立和解散的方案由董事会拟订，由有限责任公司的股东会或股份有限公司的股东大会作出决议，且必须由出席会议的股东所持表决权的三分之二以上通过方为有效。①

(二)公司分立协议之制定

无论新设分立还是存续分立，于分立之初均需由分立各方签订分立协议。新设分立的分立协议通常被称为分立计划书，存续分立的分立协议通常

*北京大学法学院教授、博士生导师。

①《中华人民共和国公司法》第38条、第39条、第46条、第112条、第103条、第106条。

被称为分立契约，这是由于新设分立是由原公司主持进行的，存续分立则会发生原公司与派生公司的契约关系，但事实上在新设分立的情形仍会发生所有新设公司之间就分立而达成的契约，故统称分立协议并无不妥。

我国《公司法》第185条第2款规定："公司分立时，应当编制资产负债表及财产清单。"除此之外，《公司法》再无任何关于分立协议或者分立文件的规定，显得过于简陋。在此之前的《股份有限公司规范意见》反倒对公司分立协议作了较为粗略的规定："公司分立时，应由分立各方签订分立协议。分立协议中明确划分分立各方的财产、营业范围、债权债务等。"原对外贸易与经济合作部颁布的《关于外商投资企业合并与分立的规定》则作了更为进一步的规定。①

公司分立协议当无统一的格式要求，但区分新设分立与存续分立，分立协议的主要内容应当包括：在新设分立的情形为：（1）新设公司之名称、章程、发行新股总数及种类等事项；（2）新设公司之资本额；（3）新设公司承受分割公司权利义务之范围；（4）分割公司之章程变更事项及减资事项；（5）分割公司之股份消除事项；（6）对分割公司或其股东配发新股之比例及相关事项等；（7）分割支付金事项；（8）分割基准日；（9）新设公司组织机构。② 在派生分立的情形为：（1）承受公司之名称、章程变更事项、发行新股总数及种类等事项；（2）承受公司之资本额及增资事项；（3）承受公司承受分割公司权利义务事项；（4）分割公司之章程变更事项及减资事项；（5）分割公司之股份消除事项；（6）对分割公司或其股东配发新股之比例及相关事项；（7）分割支付金事项；（8）分割基准日；（9）承受

① 《关于外商投资企业合并与分立的规定》第21条规定：拟分立的公司应向审批机关报送下列文件：（1）公司法定代表人签署的关于公司分立的申请书；（2）公司最高权力机构关于公司分立的决议；（3）因公司分立而拟存续、新设的公司（以下统称分立协议各方）签订的公司分立协议；（4）公司合同、章程；（5）公司的批准证书和营业执照复印件；（6）由中国法定验资机构为公司出具的验资报告；（7）公司的资产负债及财产清单；（8）公司的债权人名单；（9）分立后的各公司合同、章程；（10）分立后的各公司最高权力机构成员名单；（11）审批机关要求报送的其他文件。因公司分立而在异地新设公司，公司还必须向审批机关报送拟设立公司的所在地审批机关对因分立而新设公司签署的意见。第22条规定：公司分立协议应包括下列主要内容：（1）分立协议各方拟定的名称、住所、法定代表人；（2）分立后公司的投资总额和注册资本；（3）分立形式；（4）分立协议各方对拟分立公司财产的分割方案；（5）分立协议各方对拟分立公司债权、债务的承继方案；（6）职工安置办法；（7）违约责任；（8）解决争议的方式；（9）签约日期、地点；（10）分立协议各方认为需要规定的其他事项。

② 王志诚：《公司分割之立法取向与课题》，《月旦法学杂志》2001年9月第76期，第161～162页。

公司组织机构。

（三）公司分立之信息公开

公司分立信息公开旨在通过保障中小股东及债权人对公司分立的知情权而实现对其利益的保护。信息公开分为事前公开和事后公开，事前公开的范围颇广，除应作成分立协议并于股东会开会前发送给公司股东或向债权人通知或公告外，尚应作成及备置所谓分立报告书或配发新股比例理由书、清偿债务能力说明书、分立公司之资产负债表、损益表及主要财产目录等财务报表，以为股东作出是否承认公司分立及债权人作出是否提出异议的判断提供依据。事后公开是指公司完成公司分立后，尚应将公司分立之过程、分立基准日、资产负债总额、继承公司或新设公司所承受之权利义务等相关事项作成书面报告，置于公司，供股东、债权人等相关利害关系人阅览作为判断是否提起公司分立无效之诉的资料。

（四）公司分立之债权人利益保护程序

债权人保护程序之于公司分立制度尤为重要，否则，股东的收益将建立在对公司债权人进行掠夺的基础之上，这与法律公平正义的抽象价值显然相悖。公司分立中，针对债权人的保护程序分为事前保护和事后保护。事前保护主要体现为知情权和异议权，事后保护主要体现在继承公司对分立公司的债务承担连带责任的具体制度设计上。例如，《意大利民法典》第 2504 条附加 7 条是针对公司分立的规定，其第 4 款准用第 2503 条，第 2503 条规定：只有在登记或者根据要求于意大利共和国官方公报上发表参与公司的决议的 2 个月之后，才能实行合并，除非在履行 2501 条附加 1 条第 3 款和第 4 款规定的行为之前享有债权的人分别予以同意，向未给予同意的债权人实行清偿，或者将相应钱款寄存在一家信用机构。在上述期限内，第 1 款列举的债权人可以提出异议。即使提出异议，法院仍可以决定在由公司提供适当担保后实行合并。又如，《日本商法典》第 374 条之 4 第 1 项规定：于新设分立之际，公司分立计划书经股东会同意后两周内，分立公司对其债权人定一定之期间（1 个月以上）使债权人可对之提出异议，如有提出异议者，应在公报公告之；吸收分立与此大体相同[①]。针对分割型公司分立，无论新设分立还是吸收分立，于所定期间之内，有债权人提出异议时，公司应对该债权人为清偿，或提供担保或以相当之财产为信托。但如分立对该债权人无损害

①日本区分新设分立与吸收分立，债权人保护程序略有不同，主要体现在公告通知与个别通知有所不同。

之虞时，则毋庸提供担保或信托财产。反之，期间内无人异议时，则视为债权人承认分立计划书或分立契约书。① 依韩国《商法》的规定，单纯分立时原则上无须进行债权人保护程序，但有两种例外情形：一是新设公司的责任被限制时，因其责任主体有变化，故须保护债权人，这为韩国《商法》第530 条之 9 的 4 所明文确定；二是向分立公司的股东支付交付金时，这导致为公司债权人的担保财产减少，故须保护债权人，韩国学界将其视为是准资本减少，认为应准用韩国《商法》第 439 条之债权人保护程序。②

根据我国现行《公司法》的规定，我国是通过事前保护机制对公司分立债权人提供保护的，可与上述域外立法例归于一类。

关于公司分立中债权人的异议权尚有两个问题值得探讨：一是若法定期间内无人异议时，即无债权人要求清偿或提供担保，应作如何推定？笔者认为应视为债权人已承认分立计划书或分立契约书。《关于外商投资企业合并与分立的规定》也采此意见，其第 26 条第 2 款规定：如果公司债权人未在前款规定期限内行使有关权利，视为债权人同意拟合并或分立公司的债权、债务承继方案，该债权人的主张不得影响公司的合并或分立进程。二是如何界定债权范围？笔者建议采日本立法例的方法，即对已届清偿期的债权当然应为清偿，对未届清偿期的债权亦应为期前清偿。

公司分立中债权人利益的事后保护机制主要是通过分立后公司的责任承担来实现。域外立法大致上体现为两种思路，一种以英国及我国台湾地区公司法为代表，他们将继承公司承担所谓连带责任限制在一定范围内。例如，英国公司法规定：新设公司以其由分立公司承继下来的净资产的价额为限，对分立公司的债务承担连带责任。③ 我国台湾地区“公司法”第 319 条之 1 规定：分立后受让营业之既存公司或新设公司，应就分立前公司所负债务于其受让营业之出资范围负连带清偿责任，但债权人之连带清偿责任请求权，自分割基准日起二年内不行使而消灭。另一种以法国和韩国商法为代表，他们以继承公司承担连带责任为通常情况，以分立相关公司根据自行约定的债务范围或以与分立所涉及的营业有关的债务为对象各自承担责任为例外。例

① 见《日本商法典》第 374 条之 4、第 374 条之 20、第 100 条Ⅲ。

② ［韩］李哲松著，吴日焕译：《韩国公司法》，中国政法大学出版社 2000 年 1 月第 1 版，第 727 页。

③ 见 Schedule15A Para:15 英国 1987 年之《公司合并与分立规则》通过后，纳为英国 1985 年《公司法》 15A 附表，即 Schedule15 A；其后英国 1989 年《公司法》通过后，将其编号调整为英国 1985 年《公司法》 15B附表。

需要全本请访问 www.ertongbook.com

如，韩国《商法》第530条之9第1款规定：因分立或者分立合并而被设立的公司或者存续公司，关于分立或者分立合并之前的公司债务承担连带责任，但是第2款随后规定：不受第1款规定的限制，被分立的公司依第530条之3第2款之规定的决议，因分立或者分立合并而设立公司时，可以使被设立的公司只承担公司债务中的相当于所出资的财产部分的债务，在此情形下，若被分立的公司存续，只承担因分立或者分立合并而被设立的公司不承担的债务。法国《公司法》第385条规定：分立所生出资的受让公司替代被分立的公司，成为被分立公司的公司债债权人和非公司债债权人的连带债务人，对他们而言，这种替代不导致公司债务的更新。法国《公司法》第386条第1款规定：与前条规定不一样，可以规定分立的受让公司，仅对由被分立公司分配给他们各自负担的债务部分承担责任，而他们间无连带关系。[①] 换言之，即原则上由分立所涉及的各公司承担连带责任，但是，他们也可以具体分配债务并规定继承公司只对他们所承继的债务承担责任。该规定可以促进公司分立制度的运用，而且便于实务中操作。

由上述立法例可以看出，在公司分立中应该将债权人的利益放于重要地位，因为不加规制的公司分立首先会降低债权所有人最初所依赖的责任财产的数量或改变责任财产的性质，但与此同时，也应当避免让债权人在分立过程中过分干预分立的进程，导致分立程序过于繁琐，严重偏离公司分立制度的效率取向。

结合上述立法例，笔者建议，将公司分立债权人利益保护制度设计为：在公司分立前，应切实保护债权人的知情权；涉及合并的公司分立情形，债权人享有异议权；不涉及合并的公司分立情形，债权人原则上没有异议权，但若新设公司的责任被限制时，或分立公司的股东取得交付金时，作为例外情形，债权人有异议权，法定期间内无人异议时，视为债权人已承认分立计划书或分立契约书。异议权的行使方法可采我国现行《公司法》规定的方法。公司分立后，若有证据证明，由于当事人的过错，致使债权人的资讯取得权或异议权未得到实现，或根据法律规定债权人不享有异议权的，继承公司与分立公司应当对债权人承担连带清偿责任，但继承公司承担连带责任的范围限定在其承继下来的净资产的价额之内。债权人的连带清偿责任请求权，自公司分立登记之日起二年内不行使而消灭。

①卞耀武主编、李萍译：《法国公司法规范》，法律出版社1999年版，第225页。

（五）限制利害关系人表决权行使制度

公司分立决议于股东会表决时，应实行限制利害关系人表决权行使制度。限制利害关系人表决权行使制度又称股东表决权排除制度，指当某一股东与股东大会讨论的决议事项有特别的利害关系时，该股东或其代理人均不得就其所持有的股份行使表决权的制度。① 可以设想，公司分立后，新公司的董事和管理人员和原来公司可能会基本相同，董事是否是想利用职权推动公司分立，从而占有更多的公司资源，实现有利于自己的局面呢？如果分立的动机如此，这显然与公司股东，尤其是小股东的利益相悖。为了预防控股股东滥用表决权损害公司及小股东权益的现象的发生，很多国家规定了限制利害关系人表决权行使制度等防弊措施，如《意大利民法典》第 2373 条第 1 款规定：“在己方的利益或者所代表的第三人的利益与公司的利益发生冲突的情况下，该股东不得就审议的事项行使表决权。”其第 3 款规定：“在审议涉及董事责任的事项时，董事不得行使表决权。”根据欧盟《公司法第六号指令》第 5 条之 1 的规定，公司分立关于分别表决等的要求应适用欧盟《公司法第三号指令》第 7 条的规定，该条之 2 规定：“合并各方公司的股份包括一个以上的类型时涉及公司合并的决议应当由股东权受影响的各类股东分别进行表决。”欧盟《公司法第五号指令》第 34 条也规定了限制利害关系人表决权行使制度。②

（六）股东异议估价权和股权收买请求权

股东异议估价权和股权收买请求权是紧密相连、不可分割的。这两种制度的产生有其历史必然性。早期，为了保障股东对公司的期望权，凡有关重大改变公司结构、财产处分、股东权利、公司章程等的行为，均须经过公司全体股东的同意。这使得公司很难从事任何改变其营业或结构的行为。随着商业的加速发展，该规则与时代愈发脱节。为了使公司能够有弹性的改变其营业与结构，从而实现股东的最大利益，同时又能兼顾股东的契约与财产权，使得反对公司进行改变的小股东也能得到适度保护，各国公司法纷纷进行了修正，引进了股东异议估价权和股权收买请求权，如美国相当多的州《公司法》规定：公司只要能获得全部已发行股份简单多数或 2/3 以上多数

①刘俊海：《股东诸权利如何行使与保护》，人民法院出版社 1995 年版，第 108 页。

②欧盟《公司法第五号指令》第 34 条规定：就与下列事项有关的决议而言，无论是股东，还是其代理人都不得行使自己股份、或者属于第三人的股份的表决权：（1）该股东责任的解除；（2）公司可以对该股东行使的权利；（3）免除该股东对公司所负的义务；（4）批准公司与该股东之间订立的协议。

之决议同意，即能从事一般重大改变公司营业与结构的行为；同时赋予反对股东股份收买请求权，使得不愿接受此改变的反对股东，能取得合理的金钱补偿而放弃其股东权。

反对股东股份收买请求权行使的范围是否应包括公司分立的情形？包括公司分立的何种情形？各国公司法的规定殊有不同。欧盟《公司法第六号指令》对股东行使股份收买请求权给予了最严格的限制。其第 5 条第 1 项规定：“对在接受公司将其股份分配给被分立公司的股东时，如果不是按照此类股东于被分立公司享有的股东权比例进行的，成员国可以规定被分立公司的小股东有权请求接受公司购买自己持有的股份。在这种情形下，小股东有权获得与其所持股份的价值相对应的对价。如果就对价问题产生了争议，必须有可能提交法院确定对价的具体金额。”即欧盟只是对非按比例分配型公司分立方要求各成员国必须赋予股东股份收买请求权。德国立法例通过在分立合同中给予持异议股东一次性给付补偿的要约的方式来保护异议股东的利益。① 韩国立法例对分立合并之中的原公司的异议股东赋予了股份收买请求权，但是对单纯分立中的异议股东并没有赋予此权利。依日本《商法》第 374 条第 3 款的规定，得以行使股份收买请求权之股东，限于股东会召开前即以书面通知公司为反对分立之意思，并于股东大会时反对承认分割计划书（分割契约书）之股东者，得请求公司以当时公平之价格收买其所有之股份。我国台湾地区“公司法”第 317 条规定：“股东在集会前或集会中，以书面表示异议，或以口头表示异议经记录者，得放弃表决权，而请求公司按当时公平价格，收买其持有之股份。”其具体程序准用公司重大营业议案股东行使股份收买请求权程序之规定。② 美国《模范公司法典》对此的基本理念是：基于股东多数决原理、禁反言理论及维护交易安全的考量，原则上，股份收买请求权为反对股东的惟一救济途径，即使公司重组行为有诈欺情形，股东只得请求其他形式之赔偿，而不得请求撤销该行为。③

股东异议估价权和股权收买请求权的设立有两大目的：一是帮助反对股东能将其股份换取合理的价格而离开公司，毕竟，法律不能强迫反对股东继续留在结构与权利已作改变的公司中；二是作为制衡董事会或大股东的工具，防止

①见德国《企业组织再造法》第 125 条，结合第 29 条。

② 见台湾地区“公司法”第 317 条、第 187 条、第 188 条。

③林仁光：《论公司合并及其他变更营运政策之重大行为与小股东股份收买请求权之行使》，《东吴法律学报》第 11 卷，1999 年 5 月第 2 期，第 125～126 页。

其滥用权利任意改变公司结构。作为维权的重要工具，股东应随时享有股东异议估价权和股权收买请求权。我国公司法在构建股份收买请求权及股东异议估价权时，应采概括和列举相结合的方法完整的规定股东可以行使相关权利的情形，当然应当包括公司分立情形。无论是公司分立的何种具体情形，只要不属于简易分立中的个别情形，皆应赋予异议股东股份收买请求权。

二、公司分立效力研究

(一)公司分立的法律效力

公司分立的法律效力是指公司分立后原公司的权利义务对分立后的公司产生何种影响，或者说分立后的公司如何承继原公司的权利义务。就立法例而言，此有两种类型：

一是“部分概括继承说”。此为通说与通例。如欧盟、德国的立法例皆规定：分立公司的权利义务，应依公司分立计划书或公司分立契约书的规定，由新设公司或承受公司概括继承。① 德国学者将其称为“局部概括承受”，日本学者将其称为“部分概括继承”。在德国、日本等国法律界针对公司分立的效力创设“部分概括继承”这一法律概念之前，“全部概括继承”这一概念并不独立存在，或者说“全部概括继承”只是“概括继承”的强调说法。随着针对公司分立的效力创设的“部分概括继承”这一法律概念的广为传播，在公司法领域，“全部概括继承”不再是“概括继承”的同义语，而逐渐变为“概括继承”的下位概念。法学界将公司合并的效力用“全部概括继承”这一概念加以概括，将公司分立的效力用“部分概括继承”这一概念加以概括。质言之，针对公司分立与合并效力的异同，公司法学界衍生出“部分概括继承”与“全部概括继承”的概念。但“部分概括继承”又有二说，一说指“分割公司之权利义务，应依分割计划书或公司分割契约书的规定，由新设公司或承受公司概括承受”②，另一说指“与分立部分营业有关的权利义务并经记载于分立计划书（或分立契约书）者为限，均发生概括继承的效力。未记载于分立计划书（或分立契约书）

①见《欧盟公司法第六号指令》第17条第1项、第22条；德国《企业组织再造法》第131条、第135条。

②王志诚：《公司分割法制之基础构造——兼评金融控股公司法草案之公司分割法制》，《台大法学评论》第31卷，台湾大学法律学系2002年7月第4期，第186页。

者不生概括继承的效力”①。这两种解释区别在于第二种解释强调“与分立部分营业有关的权利义务”经记载方产生概括继承的效力。笔者认为，“部分概括继承”应采第一种解释，因为第二种解释中的“与分立部分营业有关的权利义务”此一表述本身就是难以解释清楚的，徒增理解上的模糊性所引起的法律适用上的差异性。

二是仿效“并存的债务负担说”，对公司分立的效力加以规制。“债务亦可因承担人加入现有债之关系，与此前之债务人，负连带债务之责任，是为并存债务承担。”② 我国台湾地区“民法典”债编至少对以下两种情况规定了法定的并存债务承担：一是财产或营业的概括承受③，此项概括承受，为债权及债务同时移转，债权之让与，故无须债务人同意；债务之承担，因系并存之承担，于债权人并无不利之处，故可由承担人对债务人或债权人公告、通知或为类似行为，即生效力。另一是营业合并④，无论是吸收合并，还是新设合并，均可依“并存的债务负担说”对其效力加以规制。“并存的债务负担说”作为民法成说，自有其存在的价值。但在公司分立的效力领域，采此说似有不妥之处。“并存的债务负担说”着力于“债务负担”的解决，而对债权、公司资质等的承担，并无妥善解决方式，只能依其他债法原理加以解决。而采“部分概括继承说”，当事公司意思自治及法律规制并举，可以有效的对分立公司债权、债务、资质等进行有效地划分，主流法律先进国家皆采此说，我国当不例外。

（二）公司分立无效之诉

1. 公司分立无效的原因。导致公司分立无效的原因可分为两大部分：一是公司分立程序的瑕疵。如分立有关书类中应记载事项未记载、资讯公开程度不够、种类股东大会未召开、利害关系人的表决权未排除、债权人的资讯取得权和异议权未得到保护、未进行检查人检查程序等。二是公司分立内容不公平。如换股比例不公平、分立有关书类的内容违反强行法规或者显著

①林怡静：《企业组织再造与公司分割制度一以日本公司分割制度之研究为中心》，《月旦法学杂志》 2002 年 2月第 81 期，第 143 页。

②黄立：《民法债编总论》，中国政法大学出版社 2002 年版，第 636 页。

③我国台湾地区“民法”第 305 条规定：“①就他人之财产或营业概括承受其资产及负债者，因对于债权人为承受之通知或公告，而生承担债务之效力。②前项情形，债务人关于到期之债权，自通知、或公告时起，未到期之债权，自到期时起，两年以内，与承担人连带负其责任。”

④我国台湾地区“民法”第 306 条规定：“营业与他营业合并，而互相承认其资产及负债者，与前条之概括承受同。其合并之新营业，对于各营业之债务，负其责任。”

不当等。

2. 公司分立无效之诉的诉权人。笔者认为应包括分立有关公司的股东、债权人、董事、清算人、破产管理人。

3. 公司分立无效的判决效力。公司分立无效判决具有对世性效力。一经判决确定分立无效之后，新设分立者，因所设立的新公司向将来失其效力，故分立公司对于新设公司分立后之债务负清偿责任，新设公司分立后取得之财产亦归分立公司所有；如为存续分立者，继承公司于分立后所负担之债务由分立公司与继承公司负连带清偿责任，继承公司于分立后所取得之财产为分立公司与继承公司所共有，此外，分立无效之诉确立后，为新设分立者，分立公司应当办理变更登记，新设公司应当办理解散登记。为存续分立者，分立公司与继承公司应办理变更登记。

（三）公司分立产生一人公司之研讨

公司分立产生的一人公司显然属于继发性一人公司。继发性一人公司又称设立后一人公司，指原公司设立时股东人数为合于法律要求之复数，但公司成立后，由于公司的出资或股份可因转让、赠与等集中为股东一人所有，使公司从复数股东嬗变为一人股东。① 就目前世界各国对一人公司的规定来看，大约有四种立法例：一是允许设立一人有限公司和一人股份公司，此种模式为德国、日本、加拿大等国采用；二是只允许设立一人有限公司，此种模式为法国等国采用；三是禁止设立一人公司，但公司设立后，公司只剩一个股东时，并不要求公司解散，该股东也不因此而负无限责任，此种模式为奥地利、瑞士等国采用；四是不准许设立一人公司，若公司股票全归于一人持有时，该公司必须立即解散或要求该股东承担连带责任，此种模式为英国等国采用。②

承认一人公司的存在是公司法的发展趋势。在我国，依一人公司的股东身份不同，可分为国有独资公司、法人独资公司和自然人独资公司。我国《公司法》第 64 条允许设立国有独资公司。在公司分立问题上涉及更多的应当是法人独资公司。法人独资公司指由一具有法人资格之实体或单独投资设立，或通过收购而拥有一公司全部股份的一人公司，即母公司的全资子公司。我国若允许分社型之公司分立（又称物的分立），则必须对《公司法》作相应的修改，允许法人独资公司的存在。

①朱慈蕴：《公司法人格否认法理研究》，法律出版社 1998 年版，第 185 页。

② 同 上 ， 第 193 ~ 194 页 。

需要全本请访问 www.ertongbook.com