

公司分割與營業讓與間的利弊得失

作者：顏雅倫律師

一、前言與問題提出

公司法於九十年代大幅翻修，九十一年初更通過了企業併購法，兩法大幅增定並修正了公司組織變動的法律制度與規範結構。而不論新公司法或企業併購法，在公司組織變動的部分中，均明文規範了公司分割制度。而我國企業在過去亦有將特定營業分割與裁減公司組織，以追求專業化與效率化的需要，但限於以往法律上並未明文規定公司分割制度，因此公司如有分割組織之需要，泰半而言均透過將該特定營業讓與給新設立或既存之從屬子公司的方式來達到實質分割公司的目的。而在新公司法與企業併購法修正通過之後，公司分割制度以及將營業讓與從屬子公司之營業讓與模式間的利弊如何，是實務上需要釐清的爭點。本文即先就現行法下的公司分割制度做一介紹，並與過去實務上常採用的營業讓與模式進行分析比較，以供企業在選擇調整公司組織之方式時做為參考。

二、現行法下的公司分割制度

所謂的公司分割，現行公司法並未加以定義，但甫於九十一年二月六日公佈之「企業併購法」，則在該法第四條第六款規定將「公司分割」明確定義如下：「分割：指公司依本法或其他法律規定將其得獨立營運之一部或全部之營業讓與既存或新設之他公司，作為既存公司或新設公司發行新股予該公司或該公司股東對價之行為。」

依據公司法第三百一十七條以下以及企業併購法之相關規定，目前公司如欲進行公司分割，其程序面的規定依序如下：

法條依據	程序內容
企業併購法第六條	先委請獨立專家就換股比例或配發股東之現金或其他財產之合理性表示意見，並分別提報董事會及股東會。
公司法第三百一十七條之二、企業併購法第三十三條	董事會就分割有關事項，作成分割計畫書、分割契約，提出於股東會。分割計畫書應以書面為之，並記載法定事項，且應於發送分割承認決議股東會之召集通知時，一併發送於股東。
公司法第一七二條第五項	召集股東會，且應於股東會召集事由中列舉公司分割事項，不得以臨時動議提出
公司法第三百一十七條第一項、企	少數股東之股份收買請求權：被分割公司之股東或受讓營業或財產之既存公司之股東於決議分割之股東會前，以書面表示異議，或以口頭表示

業併購法第十二條第一項第六款	異議經紀錄者，並放棄表決權，而請求公司按當時公平價格，收買其持有之股份。並準用公司法第一八七條及第一百八十八條之收買請求權之日期、價格與時效等規定。
公司法第三百一十六條、企業併購法第三十二條第二項、三項	股東會特別決議：經代表已發行股份總數三分之二以上股東之出席，以出席股東表決權過半數之同意行之。公開發行股票之公司，出席股東之股份總數不足前項定額者，得以有代表已發行股份總數過半數股東之出席，出席股東表決權三分之二以上之同意行之。
企業併購法第三十二條第七項	他公司為新設公司者，被分割公司之股東會視為他公司之發起人會議，得同時選舉新設公司之董事及監察人。
公司法第三百一十九條準用第七十三條與七十四條、公司法第企業併購法第三二條第五項	履踐債權人保護程序：公司為分割之決議後，應即向各債權人分別通知及公告，並指定三十日以上期限，聲明債權人得於期限內提出異議。如公司不為此一債權人通知及公告，或對於在指定期限內提出異議之債權人不為清償，或不提供相當擔保、未成立專以清償債務為目的之信託或未經公司證明無礙於債權人之權利者，不得以其分割對抗債權人。
證券交易法第三十六條第二項	如被分割公司為依證券交易法發行有價證券之公司，則由於公司分割應屬於「對股東權益或證券價格有重大影響之事項」，故應於事實發生之日起二日內公告並向主管機關申報。

而依據公司法與企業併購法進行公司分割後，其在實體上會發生下列的權利義務關係或限制。

法條依據	實體內容
公司法第三百一十六條一、企業併購法第三十二條第十一項	股份有限公司分割者，其存續公司或新設公司以股份有限公司為限。
公司法第二百六十七條第六項、企業併購法第八條	公司因分割而發行新股，得不保留發行之新股由員工承購、通知原有股東儘先分認，不適用公司法第二六七條保留一定比例供員工分認及股東新股優先認購權的規定。
公司法第三百一十九條準用第七十五條之規定	因分割而消滅之公司，其權利義務，應由分割後存續或另立之公司承受
公司法第三百十九條之一、企業併購法第三十二條第六項	分割後受讓營業之既存公司或新設公司，應就分割前公司所負債務於其受讓營業之出資範圍負連帶清償責任。但債權人之連帶清償責任請求權，自分割基準日起二年內不行使而消滅。

企業併購法第三十二條第十項	上市（櫃）公司進行分割後，該分割後受讓營業或財產之既存或新設公司，符合公司分割及上市（櫃）相關規定者，於其完成公司分割及上市（櫃）之相關程序後，得繼續上市（櫃）或開始上市（櫃）；原已上市（櫃）之公司被分割後，得繼續上市（櫃）。
---------------	---

三、公司分割制度與營業讓與的異同與利弊分析

由於我國在九十年修正公司法之前並沒有規劃公司分割制度，也因此實務上如有分割調整公司組織的需要時，多半是以先轉投資設立一家從屬的子公司或利用既存的從屬公司，然後視需要將所欲分割獨立的營業移轉給該新設或既存的公司，如果進一步需要與其他公司共同經營該部分的營業，就將該公司與他公司合併。換言之，乃是透過營業讓與並搭配設立新的從屬子公司或利用既存的從屬子公司，來達到實質的公司分割目的。以下筆者即進一步說明過去實務上以營業讓與新設或既存從屬子公司的模式與現行法下所規範的公司分割制度在程序上與實體關係上的差異。

（一）一般性的差異

首先，採用公司分割可以經由一次的股東會將公司分割為或將獨立營業讓與給數個獨立的公司，如果是採用營業讓與子公司的方式，則可能要經歷數個發起設立（當要新設子公司時）或讓與程序。再者，如果要將該營業分割並移轉予新設公司的話，採用公司分割的方法，新設公司之發起、章程的擬定以及董監事的選任，都可已在被分割公司之股東會通過公司分割合併契約或分割計畫書的時候一併完成，但是如採營業讓與的模式，尚有一形式上的發起人會議。

此外，採用公司分割制度，與利用既存或新設從屬子公司搭配營業讓與模式另一重要的區別，即為是否取得該受讓公司之股份以及該受讓公司之股份如何分配的問題。參照企業併購法第四條第六款之定義或是公司法第三百十七條之二、企業併購法第三十三條關於分割計畫書的法定應記載事項，進行公司分割時，承受營業的既存或新設之他公司為給付該受讓營業之對價而發行之新股，可配發予被分割公司或被分割公司的股東。而若是採用將營業讓與予既存或新設從屬公司此一方式，一來就該營業未必會以取得受讓公司之股份作為對價，二來即使是以取得受讓公司之股份作為該營業之對價，由於此僅為公司之資產處分或投資行為，解釋上亦僅能歸屬於讓與公司本身，而不能直接歸屬於讓與公司之股東，讓與公司之股東僅能藉由讓與公司分派股利等方式間接地享受到利益。

（二）不屬於企業併購法規範之「收購」的營業讓與模式

透過營業讓與新設或既存從屬公司的事實上公司分割，由於企業併購法另行針對公司以概括承受或概括讓與，或依公司法第一百八十五條第一項第二款、第三款讓與全部或主要部分之營業或財產，或受讓他人全部營業或財產，對公司營運產生重大影響的企業收購行為有所規範。因此，若所擬分離出去的營業範圍已經達到全部或主要部分的程度，就會適用企業併購法的規定。為便比較容易起見，而筆者以下即先就不屬於企業併購法規範之「收購」的營業讓與從屬子公司模式先作說明。

1、股東會決議與債權人保護等程序上面的歧異點

首先，此種不適用企業併購法而將營業讓與從屬子公司的類型，參照公司法第二百零二條以及經濟部八十二年八月五日商字第二二四二四號函釋，公司間之資產讓與行為，係屬公司之理財行為，除公司章程另有規定者依其規定辦理外，於股份有限公司，本得由董事會依公司法第二二二條規定逕依職權決議行之，也並無其他程序上或書面契約上的限制。

但如果採用公司分割制度，不論所分割之營業是不是屬於被分割公司之全部或主要部分之營業或財產，都須經股東會輕度特別決議通過，且董事會並須就分割有關事項，作成分割計畫書、分割契約，提出於股東會。分割計畫書並應以書面為之，並記載法定事項。除此之外，少數股東尚享有股份收買請求權，且被分割公司尚須踐履債權人保護程序。

2、債權讓與、債務承擔之處理與連帶清償責任的有無

此外，此種不適用企業併購法而將營業讓與從屬子公司的類型在進行營業或財產之移轉時，也常會涉及到債權的讓與與債務的承擔，如依據民法的規定，尚應通知債務人或經債權人承認，始能對債務人或債權人生效。（參照民法第二百九十七、第三百零一條之規定）。因此，在踐行個別債權人之通知與請求債權人同意債務承擔等行為上，程序上顯得相當龐雜，甚至有時會因為某一單獨債權人之因素，導致無法進一步為讓與行為。

而公司分割制度則是採用不同的設計。參照公司法第三百十九條準用公司法第七十五條之規定，解釋上被分割公司所讓與營業之相關權利義務均應當然由受讓公司承受，因此不用個別處理請求債權人同意與通知債務人等程序；然而，公司法與企業併購法卻另行要求公司為分割之決議後，要先踐履債權人保護程序，並且規定分割後受讓營業之既存公司或新設公司，應就分割前公司所負債務於其受讓營業之出資範圍自分割基準日起兩年內負連帶清償責任。

3、勞動契約之處理

如果適用公司分割制度，關於被分割營業部門的員工如何留用、轉任、工作年資的承認以及其已提撥之勞工退休準備金的隨同移轉等事項，均得適用企業併購法第十五條至第十七條的規定。

但若僅將部分而非全部或主要部分之營業讓與給從屬子公司，因為不是企業併購法所規範之收購行為，就不能適用企業併購法的規定，而原雇主應先依勞動基準法之相關規定終止勞動契約，就勞工所服務之工作年資部分辦理結清給付資遣費或退休金。並不適用企業併購法第十六條擬制員工同意以及如員工因個人因素不願留任時，不得請求雇主給予資遣費、新雇主承認工作年資以及勞工退休準備金隨同移轉之規定。

4、租稅優惠措施的適用

在企業併購法未通過之前，由於公司法第三百十七條之三的租稅優惠，僅限於公司合併的情況方得適用，對於公司分割並沒有特殊的租稅優惠措施，因此採用公司分割制度的效益不顯。但是在企業併購法通過之後情形即有不同，採用公司分割制度，最大的好處就是適用企業併購法第三十四條以下的租稅與金融優惠措施。而不屬於企業併購法所規範之「收購」的營業讓與模式，就無法適用企業併購法第三十四條以下租稅優惠的規定。

（三）屬於企業併購法規範之「收購」的營業讓與模式

如同前述，如果採用營業讓與從屬子公司之模式，而所擬讓與的營業範圍已經達到概括承受或概括讓與，或依公司法第一百八十五條第一項第二款、第三款讓與全部或主要部分之營業或財產，或受讓他人全部營業或財產的程度，就會適用企業併購法。

首先，依據企業併購法第二十八條第一項規定：「公司之子公司收購公司全部或主要部分之營業或財產，符合下列規定者，得經公司董事會決議行之，不適用公司法第一百八十五條第一項至第四項應經讓與公司與受讓公司股東會決議之規定及公司法第一百八十六條至第一百八十八條之規定：一、該子公司為公司百分之百持有。二、子公司以受讓之營業或財產作價發行新股予該公司。三、該公司與子公司已依一般公認會計原則編製合併財務報表。」由於實務上用來搭配營業讓與作法的公司，多半是讓與公司之從屬公司，而符合企業併購法第二十八條第一項所規定的要件，因此透過讓全部或主要部分之營業或財產予新設立或既存之從屬子公司，藉由適用企業併購法第二十八條第一項之規定，將僅需要經過

董事會決議通過後即可，而不用適用公司法第一百八十五條須經股東會特別決議之規定，且亦不適用公司法第一百八十六條之少數股東股票收買請求權。再者，企業併購法對於符合企業併購法以及公司法第一百八十五條所規範之公司間的資產讓與或受讓行為，亦無必須訂定如合併契約、分割契約等記載一定事項之書面契約的要求。

並依據企業併購法第二十七條之規定，此種屬於企業併購法之「收購」的營業讓與行為，債權讓與之通知得以公告方式代之，承擔債務時也免經債權人之承認，大幅簡化債權讓與與債務承擔的處理程序。除此之外，更可如公司分割一般適用企業併購法中關於員工留用、退休金隨同移轉以及同法第三十四條以下之租稅優惠。

四、綜合分析與結語

比較起來，公司分割與利用新設或既存子公司並搭配營業讓與的作法兩者之利弊取捨，在企業併購法通過之後，將會視所欲讓與的營業到底是不是到達概括承受或概括讓與，或依公司法第一百八十五條第一項第二款、第三款讓與全部或主要部分之營業或財產，或受讓他人全部營業或財產的程度，而有所不同。

如果僅是打算將部份而不是全部或主要部分的獨立營業分離出去，這個時候，採用營業讓與從屬子公司的方式，固然可以避免遵守應經股東會特別決議、擬定分割計畫書、因應少數股東股份收買請求權之行使，以及履踐債權人保護程序等要求，但是卻也無法如採用公司分割般享受企業併購法關於員工留用、退休金移轉以及租稅優惠的規定，且在踐行個別債權人之通知與請求債權人同意債務承擔等行為上，程序上也顯得相當龐雜。特別重要的是，由於此種方式在股東與債權人的保護上有所不足，此時不採用公司分割的方法，將很容易引起董監事責任的爭議。

至於若所欲分離並讓與之營業，已經到達全部或主要部分之營業或財產的程度，採用營業讓與從屬子公司的方法，就可以適用企業併購法的相關規定，程序上甚且會比運用公司分割更為簡便。然而因此種將營業讓與從屬子公司模式，並無法如公司分割一般，得將因承受營業的既存或新設之他公司為給付該受讓營業之對價而發行之新股，可配發予讓與公司的股東，此時在與公司分割制度的選擇上進行取捨時，股東的意向以及利益的權衡，即值得考慮。