

关于我国有限责任公司变更为股份有限公司的思考 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/483/2021\\_2022\\_\\_E5\\_85\\_B3\\_E4\\_BA\\_8E\\_E6\\_88\\_91\\_E5\\_c122\\_483716.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/483/2021_2022__E5_85_B3_E4_BA_8E_E6_88_91_E5_c122_483716.htm)

破与立??关于我国有限责任公司变更为股份有限公司的思考???? 有限责任公司变更为股份有限公司，我国《公司法》对此问题的规定较为简单，立法的简单和空白必然导致实践中的无所适从，且理论界对此问题亦未引起足够的重视。因此，本文拟从笔者曾经操作过的一宗案例入手，并结合国外相关立法，对我国有限责任公司变更为股份有限公司问题作一探讨，以期引起理论界和实务界的重视。

一、案情简介 甲公司为一中外合作经营企业，其组织形式为有限责任公司，为扩大生产规模，拓展新的融资渠道，公司于2001年初通过变更设立的方式将其直接变更为股份有限公司，然后，经过一年的辅导，现正欲积极着手准备在证券市场首次公开发行人民币普通股股票(IPO项目)。在向中国证监会制作申报材料的过程中，土地问题成为公司、各中介机构关心的焦点问题。而土地问题的争论直接关系到对股份公司变更设立的本质思考。公司土地问题有其自身的特殊性，1996年公司与当地国土资源管理部门签订《国有土地使用权出让合同》，以协议减地价的方式获得了该等土地的使用权，正是由于该等土地使用权的获得减了部分地价，因此国土部门向公司签发的《国有土地使用权证书》上明确记载了如下条款：“本证书所记载的土地使用权不得买卖，出租、抵押应办理相关法律手续。”而且在双方签订的《国有土地使用权出让合同》中亦明确规定“该等土地只能自用，不得进入土地交易市场”，合同中关于土地用途的

约定以及土地使用权证书上的限制性条款说明公司获得的土地使用权是受到限制的，仅限于自用，是不完全、不充分的使用权。土地问题的特殊性直接引发了公司和券商、律师、会计师、各中介机构的如下激烈争论：在公司变更设立股份公司的过程中，是否要补交地价。一方认为：公司设立存在瑕疵，应补交地价。原因是在股份公司变更设立的过程中，原有限责任公司的股东作为发起人，以其对原有限责任公司所有者权益项下的净资产作价出资，是对包括土地在内的公司资产的处分，而公司土地使用权证书上明确注明该等土地不得买卖，只能自用，而拿土地投资入股即是对土地的处分，和对土地的买卖没有实质性区别。因此，应在补交地价，换发没有任何限制的土地使用权证书后，方能实现对土地使用权的处分，包括以土地进行投资入股。在变更设立时，公司没有补交地价，目前正欲首次公开发行人民币普通股，为了扫清发行上市的法律障碍，公司应采取补救措施，及时补交地价，此种观点是建立在公司设立存在瑕疵，事后应补交地价，消除瑕疵的基础之上的。另一方认为：公司设立不存在瑕疵，公司不应补交地价。原因是变更设立仅仅是公司组织形式的变更，它不涉及到出资、资产投入的概念，原有限责任公司的权利义务由变更后的股份有限公司概括承继，因此根本谈不上对土地使用权的处分，不需要补交地价。对于是否补交地价，两方观点相去甚远的根源在于双方对股份有限公司变更设立的理解上大相径庭。

二、股份有限公司变更设立的不同观点 在是否需补交地价的问题上，两方观点截然相反，其根源在于双方对股份有限公司变更设立的实质形成了如下两种极富代表性的观点。（一）变更设立是发起设立的

一种特殊方式。变更设立是发起设立的一种特殊方式，原因如下：第一，我国《公司法》第98条规定：“有限责任公司变更为股份有限公司，应当符合本法规定的股份有限公司的条件，并依照本法有关设立股份有限公司的程序办理”。依据我国《公司法》第74条的规定，股份公司的设立只有两种方式：发起设立和募集设立。鉴于募集设立将股份有限公司的设立和向社会公开发行股票两个环节合二为一，不利于公司建立科学、完善的公司治理结构，尤其是我国的上市公司大多是由国有企业改制而成，对公司治理极不熟悉。因此，1998年中国证监会发出通知停止以募集方式设立股份有限公司。故目前我国股份有限公司的设立仅存在一种方式，即发起设立方式。而《公司法》第98条又明确规定变更设立依照本法有关设立股份有限公司的程序办理。因此，不难得出结论，变更设立是发起设立的一种方式。第二，1995年对外贸易经济合作部颁发的《关于设立外商投资股份有限公司若干问题的暂行规定》第15条明确表明了在三资企业变更设立股份有限公司的过程中，股份有限公司的发起人为原三资企业的投资者，发起人应签订《发起人协议》，并缴足其认购的股本金。因此，三资企业变更设立股份有限公司的筹办者是原三资企业的出资者，签订《发起人协议》并交纳出资，该等事实足以表明变更设立和发起设立并无实质上的区别。第三，审批部门的意见和态度在股份有限公司变更设立的过程中是不得不考虑的一个重要因素。依据我国《公司法》的规定，股份有限公司的设立实行审批制，即股份有限公司的设立必须经国务院授权部门或省级人民政府部门批准，为了规范国有大中型企业的股份制改制，不少省市制定了关于股

份有限公司设立条件与程序的规定。而在这些规定中，并没有将变更设立作为一种不同于发起设立的方式单独加以规定，而是统一对股份有限公司的设立程序及需要提交的文件进行规定，如需提交《发起人协议》、《验资报告》等，审批部门的立法意向是变更设立股份公司时不得不考虑的一个重要因素，虽然其具有《公司法》第99条、第100条所具有的特殊性，但仍然是发起设立的一种特殊方式。第四，鉴于审批部门在此问题上的立场和态度，不少律师在参与股份有限公司的变更设立实践中，用发起设立的程序操作变更设立股份有限公司。

(二)变更设立是完全不同于发起设立的一种独立的股份有限公司的设立方式。有限责任公司变更设立股份有限公司仅仅是公司组织形式的变更，构成公司的两大重要因素人的要件和物的要件即公司的人员和资产并未发生任何变化，它们仅仅是一个承继的过程。与发起设立相比，二者存在以下主要区别：第一，设立的主体不同。发起设立，依据《公司法》的规定，必须有5人以上作发起人。而变更设立，因其仅仅是公司自身组织形式的变更，因此变更设立的主体也必然是公司本身，而非公司的股东决定是否将组织形式由有限责任公司变更为股份有限公司。对此我国《公司法》第38条作出了明确规定，即有限责任公司合并、分立、变更公司形式、解散和清算由公司股东会作出决议(如果采用有限责任公司形式的三资企业变更其组织形式当然由其最高权力机关董事会作出决议)，而非由公司的股东作为发起人签订《发起人决议》来决定，是否将公司变更设立股份有限公司。而且整个变更设立的过程是由公司(一般由董事会负责整个变更事宜)而非由公司股东负责操作。第二，实质内容不同。

发起设立，是发起人以实物资产、货币、无形资产等作为出资，进行资产投入，并在《发起人协议》中约定按一定的折股比例(国有资产的折股比例不得低于65%)将该等资产折为股份。而变更设立，不存在出资、资产投入行为，它仅仅是公司自身改变其组织形式，和公司合并一样，其权利义务发生整体概括承继、转移的法律后果，和发起设立相比，在内容上存在本质区别。形象地说，发起设立就像在一张白纸上构建一副股份有限公司的蓝图，而变更设立就像在已有的一副蓝图上改变其排列组合而使之呈现出新的画面。第三，设立的程序不同。发起设立与变更设立相比，其设立程序较为复杂，主要经过以下步骤(以国有企业进行股份制改制为例)：

：向审批部门递交改制申请报告并获得批准，聘请券商、律师、评估师、会计师等各中介机构，向国有资产管理部门递交资产评估的立项申请并获得其批准，评估师出具《资产评估报告》并获得国有资产管理部门关于该《资产评估报告》合规性确认书，拟定《资产重组方案》并获得股份有限公司审批部门的批复，召开发起人会议并签订《发起人协议》和《发起人决议》，向工商管理部门进行名称预核准、向公安机关申请刻制公司公章、到银行开立临时账户，拟定《国有股权管理方案》并由律师对该方案出具法律意见书，律师对整个设立行为出具法律意见书，向审批部门申报材料并获得国务院授权部门或省级人民政府设立股份有限公司的批文，各发起人依据《发起人协议》的约定对拟设立的股份有限公司进行注资，会计师验资并出具《验资报告》，召开公司创立大会，进行工商登记，公告公司成立。相反，变更设立在程序上较为简单，因其是资产的概括承继，因此它不涉及出

资、资产投入行为，它仅存在一个股份换算行为，即将原有限责任公司股东的出资额在某一基准日换算成股份有限公司的股份。其设立程序主要包括以下几个步骤：原有限责任公司股东会以2 / 3多数作出将有限责任公司变更为股份有限公司的决议，原有限责任公司股东会授权公司董事会办理一切变更设立事宜，以某一天为审计基准日由会计师出具《审计报告》，以该基准日经审计的公司净资产折合成股份有限公司的股份总额，将原有限责任公司股东的出资额换算成相应的股份，如存在国有股东，则需拟定《国有股权管理方案》，律师对《国有股权管理方案》出具法律意见书，向国有资产管理部门申报《国有资产管理方案》并获得其批复，向公安部门申请刻制股份有限公司公章，向审批部门申报变更材料并获得其批复，向工商部门申请变更登记，公告公司成立。

第一种观点侧重于从我国现行立法规定、行政审批部门的执法意见以及实务操作中的具体做法来考察有限责任公司变更设立为股份有限公司问题；第二种观点侧重于从法理的角度来思考有限责任公司变更设立为股份有限公司的本质。如何正确理解和把握有限责任公司变更为股份有限公司的实质，比较和借鉴国外相关立法是非常必要的。

三、国外对此问题的相关立法 国外就有限责任公司变更为股份有限公司的相关立法，可以从立法体例和立法内容两个方面进行考察。（一）德国 有限责任公司变更为股份有限公司，德国分别规定在其《联邦德国股份公司法》和《德国公司形式变更法》中。

1、《联邦德国股份公司法》 《联邦德国股份公司法》第四编“合并、财产转让和变更”第三部分“变更”第四章“有限责任公司变更为股份公司”对该问题作出了较为详细的规

定。该法第376条规定了有限责任公司变更为股份有限公司的前提条件：第一，有限责任公司股东会以3 / 4的多数通过将其变更为股份有限公司的决议，该决议还需经过公证；第二，变更决议必须确定公司的商业名称和进行变更所必须的公司合同的修改内容。同意变更的股东的姓名应写入记录。第三，股份公司监事会的人员组成；第四，任命审计员对变更前有限责任公司的财务情况进行审计；第五，变更登记申报，申报材料包括股份公司董事会成员、监事会成员情况、审计员的审查报告等；第六，进行变更登记公告；第七，登记注册的生效。变更一经登记注册，有限责任公司即作为股份公司继续存在，有限责任公司的股份转变为股份公司的股票。第八，异议股东。反对变更的股东有两种选择：一是自行转让其持有的股份；二是将股份提交公司支配，由公司在证券交易所将其出售，如不能出售时，通过公开拍卖出售。

2、《德国公司形式变更法》 《德国公司形式变更法》第一章第三节“有限责任公司的变更”规定：有限责任公司变更其组织形式包括但不限于变更为股份公司须股东会以多数票通过变更决议。

(二)法国 有限责任公司变更为股份有限公司，法国分别规定在其《法国民法典》和《商事公司法》中。

1、《法国民法典》 《法国民法典》第1844-3条规定：“一个公司依法转变成另一种形式的公司，并不导致产生新的法人。延长公司或对章程作任何其他修改的，亦同。”

2、《商事公司法》 《商事公司法》第69条规定：“如有限责任公司尚未制作并经股东批准的头两个会计年度的资产负债表，则不得以修改章程所要求的多数决定将公司转变为股份有限公司。但在同样条件下，如最后一个资产负债表上的资本超过

五百万法郎，代表一半“公司股份”的股东可决定将公司转变为股份有限公司。(三)日本有限责任公司变更为股份有限公司，日本规定在其《日本有限公司法》第六章“合并及组织变更”中。该法第67条对此问题作出了明确规定，主要内容如下：第一，股东会以有表决权的全体股东的半数以上、全体股东的有表决权的3/4以上通过变更决议；第二，变更议案的内容应记载于召开股东会的通知中；第三，组织变更时发行价总额，不得超过公司的净资产额；第四，当公司的净资产额不足组织变更时发行股份的发行价总额时，由公司股东和董事承担补足责任；第五，公司财产的承继及进行变更登记。(四)比利时有限责任公司变更为股份有限公司，比利时公司法律作出了较为详细的规定：首先，该内容规定在“变更与合并”章节中；其次，从内容与程序上看，第一，有限公司变更为股份有限公司，其股东须有7人以上；第二，股东会以有表决权的4/5多数通过变更决议；第三，董事会制作变更报告并对变更的理由作出充分的解释和说明，审计员出具关于公司财务状况的审计报告并将之送达各股东；第四，修改公司章程；第五，到商事注册官署进行变更登记。综合以上各国立法规定，可以看出，在有限责任公司变更为股份有限公司的问题上，存在以下两个共同特点：第一，在立法体例上，将变更事宜与公司合并放在一起，单列一章或一节，而非像我国《公司法》那样，将有限责任公司变更为股份有限公司放在“股份有限公司的设立与组织机构”章节中；第二，变更的程序较为简单。由公司股东会以绝对多数作出变更决议，对公司财务状况进行审计，规定对异议股东和债权人的保护措施，修改公司章程，进行变更登记。四、



对我国有限责任公司变更为股份有限公司的立法分析及建议(一)立法分析 关于有限责任公司变更为股份有限公司，我国的立法规定主要体现在两处：一是《公司法》；二是《关于设立外商投资股份有限公司若干问题的规定》。就《公司法》对该问题的规定，可以从两方面进行分析：首先，从立法体例上，它将有限责任公司变更为股份有限公司和“股份有限公司的设立和组织机构”放在一章，明显混淆了公司设立和公司变更组织形式的区别，公司设立是在法律上拟制出一个新的独立存在的主体，而公司变更仅是公司从一种组织形式转变成另外一种形式，并不因此而产生一个新的法律主体，正像《法国民法典》第1844-3条所规定的那样：一个公司依法转变成另一种形式的公司，并不导致产生新的法人。笔者并不赞同将有限责任公司变更为股份有限公司视为发起设立的一种特殊方式，也不赞同将之视为股份有限公司设立的一种独立方式，变更就是变更，它和公司设立没有必然联系，笔者比较赞同本文第二部分第二种观点对有限责任公司变更为股份有限公司法理的分析。而且从国外对此问题的相关立法来看，公司变更是和公司合并放在一起的，单列一章或一节。其次，从立法内容上，一是规定相当简单，仅有三条半对之加以规范，即《公司法》第39条第2款、第98条、99条和第100条。二是规定不合理，第一，第98条规定有限责任公司变更为股份有限公司，应当符合本法规定的股份有限公司的条件，此点倒无可厚非，且为了满足此点要求，在实务操作中，变更之前，如原有限责任公司在“人的要件”和“物的要件”方面达不到股份有限公司的条件(股东5人以上，注册资本不低于1000万元人民币)，往往进行一个增资扩股或股权

转让的过程；但该条后半部分“并依照本法关于设立股份有限公司的程序办理”就让人费解了。该种规定实质上是将有限责任公司变更为股份有限公司看作是发起设立的一种方式。如上所述，变更仅是公司组织形式的变化，它和公司设立完全是两个不同的概念，二者在操作程序上应完全不同，变更程序应较为简单。笔者比较赞同本文第二部分第二种观点所主张的操作程序，基于此并借鉴国外立法，在公司变更的过程中，应增加异议股东和公司债权人的保护程序。第二，《公司法》第99条规定：“有限责任公司依法经批准变更为股份有限公司时，折合的股份总额应当相等于公司净资产额……”。此条立法原意在于防止公司在变更时虚增资本，进行折价“发行”，损害公司债权人利益，但此条规定使公司在存续的过程中因变更而发生“中断”，不符合公司变更原意。因为如果依据上述规定，则在有限责任公司变更为股份有限公司这一点上，公司的股份总额等于公司净资产额，即此时公司的资本公积、盈余公积和未分配利润为零，而变更前原有限责任公司的净资产分布状况绝非如此，正是因为《公司法》的此种规定，使得公司在从一种组织形式变更到另外一种组织形式的过程中，发生公司的净资产总额全部转变为公司股份总额，公司的资本公积、盈余公积、未分配利润转变为零的荒唐现象。而且，该条规定“折合的股份总额应当相等于公司净资产额”，而非股本总额等于公司净资产额，这就人为地限制了有限责任公司在变更为股份有限公司时，其股票面值只能为1的僵化模式，因为股本总额等于股份总额乘以股票面值。该条后半部分“有限责任公司依法经批准变更为股份有限公司，为增加资本向社会公开募集股份时，

应当依照本法有关向社会公开募集股份的规定办理。”该规定实质上将公司变更和向社会公开发行股票两个环节合二为一，此种做法不利于股份公司建立科学、完善的公司治理结构，尤其是我国的上市公司大多是由国有企业改制而成，对公司治理极不熟悉，因此建议删除该部分。1995年对外贸易经济合作部发布的《关于设立外商投资股份有限公司若干问题的规定》并未明确规定有限责任公司变更为股份有限公司的情况，它规定了三资企业转变为股份有限公司的情况，当然也就包括了采用有限责任公司组织形式的三资企业变更为股份公司的情况，如前文所述，该规定同样体现了将公司变更视为发起设立的浓厚色彩。

(二)立法建议 鉴于我国立法的弊端以及借鉴国外立法经验，对于有限责任公司变更为股份有限公司问题，笔者提出如下建议：1、在立法体例上，将公司变更和公司合并、分立放在一起，单列一章，该章名称相应调整为“公司合并、分立与变更”。2、立法内容上，可做如下规定：第X条 有限责任公司变更为股份有限公司，由股东会作出决议，且必须经代表2/3以上有表决权的股东通过。第XI条 有限责任公司依法经批准变更为股份有限公司，折合的股份价格总额应当相等于公司净资产额。第XII条 对变更持有异议的股东，可以自由转让其出资额，不受《公司法》第35条的限制；也可以将其出资额提交公司支配，由公司将其出售。第X 条 有限责任公司依法变更为股份有限公司的，原有限责任公司的债权、债务由变更后的股份有限公司承继。

100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 [www.100test.com](http://www.100test.com)