



法学评论  
Law Review  
ISSN 1004-1303,CN 42-1086/D

## 《法学评论》网络首发论文

题目：论公司/组织法上的类型转换——“融通性”的公司法改革观——  
作者：蒋大兴  
网络首发日期：2021-02-26  
引用格式：蒋大兴. 论公司/组织法上的类型转换——“融通性”的公司法改革观——. 法学评论. <https://kns.cnki.net/kcms/detail/42.1086.D.20210226.1039.002.html>



**网络首发：**在编辑部工作流程中，稿件从录用到出版要经历录用定稿、排版定稿、整期汇编定稿等阶段。录用定稿指内容已经确定，且通过同行评议、主编终审同意刊用的稿件。排版定稿指录用定稿按照期刊特定版式（包括网络呈现版式）排版后的稿件，可暂不确定出版年、卷、期和页码。整期汇编定稿指出版年、卷、期、页码均已确定的印刷或数字出版的整期汇编稿件。录用定稿网络首发稿件内容必须符合《出版管理条例》和《期刊出版管理规定》的有关规定；学术研究成果具有创新性、科学性和先进性，符合编辑部对刊文的录用要求，不存在学术不端行为及其他侵权行为；稿件内容应基本符合国家有关书刊编辑、出版的技术标准，正确使用和统一规范语言文字、符号、数字、外文字母、法定计量单位及地图标注等。为确保录用定稿网络首发的严肃性，录用定稿一经发布，不得修改论文题目、作者、机构名称和学术内容，只可基于编辑规范进行少量文字的修改。

**出版确认：**纸质期刊编辑部通过与《中国学术期刊（光盘版）》电子杂志社有限公司签约，在《中国学术期刊（网络版）》出版传播平台上创办与纸质期刊内容一致的网络版，以单篇或整期出版形式，在印刷出版之前刊发论文的录用定稿、排版定稿、整期汇编定稿。因为《中国学术期刊（网络版）》是国家新闻出版广电总局批准的网络连续型出版物（ISSN 2096-4188，CN 11-6037/Z），所以签约期刊的网络版上网络首发论文视为正式出版。

## 论公司/组织法上的类型转换

### ——“融通性”的公司法改革观——

蒋大兴\*

**【内容提要】**长期以来，公司法上的组织变更并不被特别重视，法律有关合并分立及类型变更的条文简略，公司法上的企业类型转换形式单一、转换领域有限——立法仅认可有限公司与股份公司之间的双向变更，并未明确认同分公司、无限责任企业，甚至非企业法人与公司形态之间的转换。这是一种十分封闭的立法结构，未能将全部企业法以及组织法融通规整。事实上，基于政治改革的原因，政治实体与公司之间存在类型转换的可能；非营利组织甚至非法人企业与公司之间亦均存在转换可能。因此，应坚持“融通主义”的公司法改革观，为不同类型公司/组织的转换提供自由空间，以确保投资人营业自由权的实现。在公司法内部，现行立法关于公司组织类型转换的安排还存在重合并分立、轻类型变更的缺陷，立法未能区分不同公司/组织类型转换所遭遇的“利益平衡问题的特殊性”，无论是对股东权益保护，还是对债权人利益的保护，均存在明显不足。因此，在规制哲学上，对公司/组织类型转换应采“一步法”的“直接变更”规制模式，不应采“注销+新设”的“两步法”规制模式。这不仅基于对组织变动效率的追求，还涉及对债权人是否需要豁免清算及注销程序，以及对股东权益如何换算承继的考量。

**【关键词】**公司；类型转换；组织；变更；公司法

除了“企业改制”此种实质上的类型转换受到司法机关的重视，并形成复杂的企业改制司法解释之外<sup>1</sup>，在中国，组织法上的类型转换并未受到足够重视。不仅理论文献偏少，而且，公司法中相关条文简略，转换形式单一、转换领域有限——现行立法仅认可有限公司与股份公司之间的双向变更<sup>2</sup>，并不认同分公司、无限责任企业形态，甚至企业与非企业形态之间的转换。

公司类型转换不仅涉及企业组织形式的变更，还可能涉及企业与非企业组织形态之间的承接，甚至涉及新组织的重新设立。因此，在规制哲学上，到底是采用“一步法”的“组织变更”制度予以简化规范，还是采取“两步法”的“组织注销与新设”制度——先注销、再设立方式予以复杂规范？这不仅涉及对组织变动效率的追求，还涉及对债权人是否需要清算保护，以及对股东权益如何换算承继的考量。

鉴于我国学界长期不太关注公司法上的类型转换，不关注不同责任形态的企业组织之间的类型转换，更不关注营利组织与非营利组织之间的类型转换，本文拟坚持“融通性”的公司法改革观，试图从组织整体的角度，探讨公司法以及组织法上的类型转换，期望能扩张公司法中组织类型转换的规制领域，以“多元化”的组织类型转换理论促进公司类型变更制度的完善。

\*蒋大兴，男，1971年6月生，湖南邵阳人，北京大学法学院教授、博士生导师，华东政法大学“经天学者”荣誉教授。

<sup>1</sup> 参见《最高人民法院关于审理与企业改制相关的民事纠纷案件若干问题的规定》（法释[2003]1号）。

<sup>2</sup> 参见《公司法》第9条。

## 一、组织类型转换的概念法学：法教义上的选择

本文所谓组织类型转换，是指公司组织“法律形式的变更”，在法国法上被称为“转型”<sup>3</sup>，在德国法上被称为“法律形式变更”<sup>4</sup>，韩国也有学者将其称为“公司重组”，认为是指公司在维持其法人格的同一性（其性质类似）之情形，变更其公司法上的组织形态，转变为另一种公司的行为。<sup>5</sup>此种变更并不涉及组织财产的移转——相关法律规范的基本理念是：变更不影响“企业的同一性”。因此，可以采取简化的形式，企业组织形式变更是一种最单纯的变更<sup>6</sup>。尽管存在各种复杂的表述，但用何种法律概念表达此种组织类型的转换，只是一个法教义学上的选择问题——可以称为“变更”，也可以称为“类型转换”或“转换设立”。前者可能在表意上更侧重“直接变更登记”的程序构造——强调不需要采取设立登记程序而直接变更企业形态，后者则在表意上可能更倾向于“新设登记”的程序构造——强调新的法人组织需要重新设立登记。

在各国公司法的条文表达中，类型转换多习用“变更”的概念来描述，但对于“变更”的涵义与范围，尤其是，变更与企业合并分立、资产转移等企业重组形式之间的关系，在法教义学上仍存在不同选择。有将“变更”与公司合并分立予以区分规制、而采“区分主义”立场的，例如，我国《公司法》；也有以“变更”统合合并分立及组织变更予以规制、而采“并合主义”立场的，例如德国。

### （一）区分主义立场

在法教义学上，所谓区分主义立场，是在制度构造上，将“变更”与合并分立予以区分，分别设计不同的法律规范，甚至在公司法的不同章节予以规制。例如，我国《公司法》即将企业变更与合并分立区分规制。在《公司法》第九条规定了狭义的“企业变更”，即“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。股份有限公司变更为有限责任公司，应当符合本法规定的有限责任公司的条件。有限责任公司变更为股份有限公司的，或者股份有限公司变更为有限责任公司的，公司变更前的债权、债务由变更后的公司承继。”而在第九章又专门规定公司合并分立、增资、减资，这些广义上的变更制度，并对其法律程序、法律后果做了不同安排。可见，在我国立法上，是使用“公司变更”来描述组织类型转换的。但，此种变更仅在有限公司与股份公司之间“交互进行”，至于具体的变更程序——是采取变更登记的方式（一步法），还是采取先注销再新设的方式（两步法）进行？在法律上并无特别明确的规制。在行文表述上，特别强调变更后的存续企业需符合公司法规定的条件，似乎倾向于先注销再新设的“两步法”方式。

### （二）并合主义立场

所谓并合主义立场，是指以“变更”统合公司合并分立及狭义的法律形式变更，或者在同一法律形式中对三者予以规范。按此立场，“变更”是一种广义概念，包含公司合并分立。

<sup>3</sup> 参见【法】伊夫·居荣：《法国商法》（第1卷），罗结珍译、赵海峰译，法律出版社2004年版，第616页。

<sup>4</sup> 参见【德】托马斯·莱塞尔、吕迪格·法伊尔：《德国资合公司法（下）》（第六版），高旭军等译，上海人民出版社2019年版，第989页。

<sup>5</sup> 参见【韩】郑燦亨：《韩国公司法》，崔文玉译，上海大学出版社2011年版，第38页。

<sup>6</sup> 参见【德】托马斯·莱塞尔、吕迪格·法伊尔：《德国资合公司法（下）》（第六版），高旭军等译，上海人民出版社2019年版，第991页。

德国是采取此种“并合主义立场”的典型国家。例如，在德国，是以《变更法》来规范组织类型转换的。《变更法》被视为对包括所有企业主体的公司形式变更的法典性编纂。企业变更的原因是多种多样的，企业法律形式的转换可能是由于其企业内部结构调整引起的，也可能是由于外部经济条件变化造成的<sup>7</sup>。所谓变更，是《变更法》所规定的有关经济企业主体的四种结构调整方式的上位概念，该四种方式分别是合并、分立、资产转移和法律形式的转换<sup>8</sup>。只有“法律形式转换”才是狭义上的变更。

公司法律形式的单纯变更与合并分立存在的最大不同是在公司形式变更时，公司资产并不发生转移<sup>9</sup>，而无论是公司合并，还是公司分立，都可能存在公司资产的移动。因此，将公司变更作为“特殊的类型转换”单独予以规范是有价值的。

## 二、组织类型转换的法律经济学：直接变更，还是“注销+设立”？

组织类型转换的实质是股东依法新设一家公司，并将旧公司/组织的资产转移到新公司，同时，终结旧的公司/组织。按照此种分解的“两步法”变更步骤，组织类型转换可以通过两个过程完成——注销旧的公司/组织，同时，设立新的公司/组织。此种“注销+设立”的方式，可能导致组织变更比较繁琐且成本高昂，此种变更过程不仅在法律程序上十分复杂，而且财务费用也可能很高。

### （一）“两步法”法律程序的复杂性

在法律程序上，两步法的组织类型转换虽然比较清晰，但却需要经历复杂的程序。此种转换不仅需要经历组织法上的程序——注销公司与新设公司，还将经历财产法与交易法上的程序。

在财产法上，依照物权特定性原则，旧的公司/组织拥有的每一财产客体都应按照其适用的有效规则进行转让<sup>10</sup>，才能确保变更后的公司取得先前的财产。例如，不动产应当登记转让<sup>11</sup>，动产应当交付转让<sup>12</sup>，特定的动产也应当登记才能产生对抗第三人的效果<sup>13</sup>，等等。而且，如果该财产设定了担保，还必须遵守担保财产的转让及涤除担保权或将转让财产所得提存的规则<sup>14</sup>，这势必使得公司/组织的财产移转变得非常不便利。在实践中，一些实务部

<sup>7</sup> 参见【德】托马斯·莱塞尔、吕迪格·法伊尔：《德国资合公司法（下）》（第六版），高旭军等译，上海人民出版社 2019 年版，第 986 页。

<sup>8</sup> 参见【德】托马斯·莱塞尔、吕迪格·法伊尔：《德国资合公司法（下）》（第六版），高旭军等译，上海人民出版社 2019 年版，第 985 页。

<sup>9</sup> 参见【德】托马斯·莱塞尔、吕迪格·法伊尔：《德国资合公司法（下）》（第六版），高旭军等译，上海人民出版社 2019 年版，第 989 页。

<sup>10</sup> 参见【德】托马斯·莱塞尔、吕迪格·法伊尔：《德国资合公司法（下）》（第六版），高旭军等译，上海人民出版社 2019 年版，第 988 页。

<sup>11</sup> 例如，我国《民法典》第二百零九条规定：“不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生法律效力；未经登记，不发生法律效力，但是法律另有规定的除外。”

<sup>12</sup> 例如，我国《民法典》第二百二十四条规定：“动产物权的设立和转让，自交付时发生法律效力，但是法律另有规定的除外。”

<sup>13</sup> 例如，我国《民法典》第二百二十五条规定：“船舶、航空器和机动车等的物权的设立、变更、转让和消灭，未经登记，不得对抗善意第三人。”

<sup>14</sup> 例如，我国《民法典》第四百零六条规定：“抵押期间，抵押人可以转让抵押财产。当事人另有约定的，按照其约定。抵押财产转让的，抵押权不受影响。抵押人转让抵押财产的，应当及时通知抵押权人。抵押权人能够证明抵押财产转让可能损害抵押权的，可以请求抵押人将转让所得的价款向抵押权人提前清偿债务或者提存。转让的价款超过债权数额的部分归抵押人所有，不足部分由债务人清偿。”

门将组织变更而引发的财产移转按照财产转让的方式予以办理,无疑增加了企业的转换成本。例如,在不动产登记工作中是经常遇到公司类型由有限公司转变为股份公司,或者是由股份公司转变为有限公司时,如何办理其不动产的业务登记类型的问题,这不仅涉及到权属变动的处理,还涉及到税收的处理。实务操作中有两种观点,一是考虑到公司的营业执照是从原来的公司变更过来的,营业执照号码没有变更,认为是变更登记;二是有限公司和股份公司为《公司法》规定的两种不同的企业法人,即两个不同的民事主体,房屋、土地权属在两个主体之间变动为投资入股产生的转移登记。有限公司转变为股份公司或者股份公司转变为有限公司,涉及公司房屋、土地权属登记的,应当办理不动产的权属转移登记。<sup>15</sup>财税部门在实践中也将此种产权变动视为“移转”。例如,财政部、国家税务总局《关于企业改制重组若干契税政策的通知》(财税〔2008〕175号)规定,有限责任公司整体改建为股份有限公司的,对改建后的公司承受原企业土地、房屋权属,免征契税。而按照《中华人民共和国契税暂行条例》第一条的规定,免征契税是针对不动产转移而设立的制度。即,在中华人民共和国境内转移土地、房屋权属,承受的单位和个人为契税的纳税人。由此可见,财税部门认为,将有限公司变更为股份公司而产生的房屋权属变动是房屋的移转,因为只有转移房屋权属,承受单位和个人才发生纳税的行为,才存在所谓“免税问题”。因此,官方部门将组织变更而产生的不动产权属主体变更理解为转移登记。如此理解,无疑是将组织法上的类型转换而产生的财产权属主体变动混同于普通的财产移转。尽管在技术上采取了免税措施,但仍未充分关注到组织法上类型转换的财产移动便利机制。

在交易法上,公司/组织变更还涉及公司交易相对人的保护,需要解决旧公司/组织在交易上已形成的债务负担的移转问题。而且,旧公司/组织对外承担的债务的移转也是一个非常复杂的问题。例如,按照债法的规定,该等债务的移转要征得债权人同意<sup>16</sup>,如果征求每一债权人同意,姑且不论能否取得该类同意,这本身就是一件极为复杂的事情。

## (二)“两步法”可能导致财务成本高昂

“两步法”的公司/组织类型转换所涉及的财务成本很高。此种财务成本的支出主要体现在两方面:

其一,交易法上的费用导致财务成本增加。此所谓交易法上的费用,涉及私人交易费用和公共交易费用的双向增长。私人交易费用的增加,是指资产移转和债务移转本身可能涉及一些私人交易费用。例如,在“两步法”公司/组织类型转换中,资产移转和债务移转所涉及的通知、给付成本会增加公司/组织类型转换的支出。诸如,制作和发出转换通知的费用;将不动产过户给新公司/组织的权证费用、代理费用;将动产交付给新公司/组织所产生的运输费用,等等。公共交易费用的增加,是指公司/组织类型转换可能涉及税收等公共成本的支出。从财务技术角度而言,每笔财产的转让均会导致应税收益,这会增加公司的变更成本,对公司变更产生阻挠作用。<sup>17</sup>

其二,组织法上的费用导致财务成本增加。此所谓组织法上的费用,是指因处理组织变更事宜而增加的支出。例如,进行组织清算、注销、新设的费用,等等。在法律对财产移转和债务移转无特别规定的情况下,通过解散旧的公司/组织,再将其财产投入新的公司/组织的方式,要经过复杂的解散、清算及注销过程,不仅程序复杂,而且将产生巨额费用与税收

<sup>15</sup> 参见吴则明:《公司类型变更后涉及的不动产登记》,载《中国房地产》2017年第4期。

<sup>16</sup> 例如,我国《民法典》第五百五十一条规定:“债务人将债务的全部或者部分转移给第三人的,应当经债权人同意。”

<sup>17</sup> 参见【德】托马斯·莱塞尔、吕迪格·法伊尔:《德国资合公司法(下)》(第六版),高旭军等译,上海人民出版社2019年版,第988页。

负担。

正是因为“两步法”的组织类型转换设计所存在的上述问题，催生了“一步法”的直接变更模式。采取直接变更模式，因为组织体前后的同一性，不仅可以简化法律程序，不需要进行清算、转移财产和移转债务，而且，还可以免除交易费用和组织法上的费用支出，是有百利而无一害的制度创新。因此，在“组织同一性”理论基础上，以“一步法”方式解决组织变更的程序设计，是节省成本的方式。关键是，我们如何辨识、控制此种“组织同一性”？

“组织同一性”中最为重要的是基于“财产同一性”而形成的“人格同一性”和“责任同一性”。可见，用“直接变更”，而非“注销+设立”解决组织类型转换的问题，是最符合法律经济学逻辑的选择。

### 三、组织类型的转换的空间：走向“融通主义的公司法”

所谓组织类型转换的空间，是指何种组织类型之间可以相互转换？或言之，公司法上的组织类型转换，是否仅仅存在于公司之间？非公司企业以及非企业机构与公司之间是否可以进行类型转换？这一问题在公司法理论上讨论很不充分，但在实践中却可能经常运用。

#### （一）性质不同的实体转换：非营利机构与公司企业之间的转换

所谓性质不同的实体，最典型的是非营利机构与公司企业之间的转换。而所谓非营利机构包括政治性机构（例如，国家机关）和非政治性机构（例如，各种协会、社会团体法人、民办非企业单位）。公司法上对此并无明确规定。在实务中，政治性机构、非企业法人团体（例如事业单位、科研机构）转换为公司企业的现象是存在的，例如，铁道部转换为铁路总公司；物资局转换为物资公司；科研机构转换为公司。此种政治/事业实体向经济组织——企业的转换，大多是因为政治体制改革的原因造成，政治实体/事业单位的企业化/商事化，一般适用于以商事的方法完成公共功能的领域。因政治机构多因行政命令设立，此种组织类型转换，也需依行政命令完成。例如，国家铁道部转换为中国铁路总公司即是如此完成。国务院专门下发了《国务院关于组建中国铁路总公司有关问题的批复》（国函〔2013〕47号），财政部也专门下发了《关于印发〈中国铁路总公司组建方案〉和〈中国铁路总公司章程〉的通知》（财建〔2013〕76号）。按照上述批复和组建方案，中国铁路总公司的“组建方式”是，将原铁道部的企业职责、相关资产、负债和人员划入中国铁路总公司，将原来铁道部在所属18个铁路局（含广州铁路集团、青藏铁路公司）、3个专业运输公司及其他企业的权益划为中国铁路总公司的国有资本，作为中国铁路总公司对各下属单位的出资。组建所涉及的有关国有资产（包括控股公司、参股公司中的国有股权）经财政部批准后，无偿划转至中国铁路总公司，不进行资产评估和审计验资。按国家有关规定，做好清产核资工作，明确产权关系。企业有关资产、负债、工资、职工在册人数等财务指标的划转，以2012年12月31日的财务会计报表数据为准。<sup>18</sup>按照该方案，中国铁路总公司是经国务院批准，依据《中华人民共和国全民所有制工业企业法》设立，由中央管理的国有独资企业，由财政部代表国务院履行出资人职责，交通运输部、国家铁路局依法对公司进行行业监管。<sup>19</sup>可见，中国铁路总公司的转换设立，是采取“两步法”完成的——先撤销铁道部（将铁道部的职能并入新成立的国家铁路局），再设立中国铁路总公司。政治实体转换为公司的个案不止一例，但公司转换为

<sup>18</sup> 参见《中国铁路总公司组建方案》。

<sup>19</sup> 参见《国务院关于组建中国铁路总公司有关问题的批复》（国函〔2013〕47号）。

政治实体的情形却几未见到。这可能与政治实体的成立方式以及权威有关，由公司转换而成的政治实体，很难保证其在国家治理上的权威性。

政治实体以外的非营利机构与公司之间的转换，在不同国家受到限制。例如，在英国，根据其《2011年慈善法》，在公司成员通过特别会议、经过慈善委员会批准、确信慈善法人组织的计划目标是行善，且其宪章符合规定格式时，慈善公司可能转换为慈善法人组织。此时，新设立的慈善组织需到慈善委员会注册，无需到公司注册处注册。但法律并未规定这一转换过程的反向路径。感觉立法者似乎隐含了这一判断——对于一家希望成为法人团体的慈善机构而言，慈善法人组织而非慈善公司可能是更为合适的组织形态。国务大臣还被授权指定规章以调整社区利益公司转变为慈善法人组织的行为。<sup>20</sup>在英国，还允许有限公司转换为社区利益公司，无论该有限公司是股份有限公司还是保证有限公司，以及无论是公众公司还是私人公司，都可以转换成社区利益公司。但社区利益公司并不能直接转变为非社区利益公司。除非其解散，否则，社区利益公司的选择仅限于成为一家慈善机构或勤俭互助会。这是因为，如果不作此种限制，社区利益公司就可以通过摆脱其身份而轻易地规避不得向其成员分配财产的限制。<sup>21</sup>

## （二）性质不同的企业转换：非公司企业与公司企业之间的转换

按照参与转换的企业主体的法人格的不同，公司企业与非公司企业之间的转换大体可区分为两类：

其一，法人企业与公司之间的转换，比较典型的是国企改制或者集体企业改制。全民所有制国企改制为公司之前都是法人企业，集体所有制企业改制为公司之前也多为法人企业，因此，国企改制或者集体企业改制实质上可能是法人企业与公司之间的类型转换。

当然，企业改制的方式是多种多样的，包括合并分立、兼并、资产出售、企业出售（股权转让）、转投资，等。并非所有企业改制都构成本文意义上的公司类型转换，只有国有企业整体改制为公司才有可能构成本文意义上的“企业类型转换”。因为，企业类型转换是企业法律形式上的整体变更，仅仅变更股东、出售企业资产，或者丧失企业同一性的公司合并分立，都未必能成立企业类型转换。因此，在企业改制过程中，比较接近企业类型转换的改制形式是国企整体改制为公司，即最高人民法院关于企业改制司法解释第四条所规定的：“国有企业依公司法整体改造为国有独资有限责任公司的，原企业的债务，由改造后的有限责任公司承担。”<sup>22</sup>可见，非公司的法人企业，是可能直接转换为公司企业的。但因为公司被视为法人企业中的现代形式，因此，从公司企业转换为其他非公司的法人企业的可能性几乎没有，这是因为此种转换既无经济上的需求，又无法律上的价值。

其二，非法人企业与公司之间的转换，例如，个体工商户、个人独资企业、合伙企业与公司之间的转换。非法人企业能否直接转换为公司企业？或者公司能否转换为非法人企业？

在韩国，组织变更只允许适用于性质相似的公司之间。所以，韩国商法上的组织变更只有在人合公司（无限公司和两合公司）、资合公司（股份公司和有限公司）的相互之间才被承认<sup>23</sup>。

<sup>20</sup> 参见【英】保罗·戴维斯、莎拉·沃辛顿：《现代公司法原理》（第九版），罗培新等译，法律出版社2016年版，第108页。

<sup>21</sup> 参见【英】保罗·戴维斯、莎拉·沃辛顿：《现代公司法原理》（第九版），罗培新等译，法律出版社2016年版，第107-108页。

<sup>22</sup> 参见《最高人民法院关于审理与企业改制相关的民事纠纷案件若干问题的规定》（法释[2003]1号）。

<sup>23</sup> 参见韩国商法第242条、286条、604条、607条。转引自【韩】郑燦亨：《韩国公司法》，崔文玉译，上海大学出版社2011年版，第38页。

在德国，人合公司之间或个人商主体与人合公司之间并非不可以进行法律形式变更。只要满足法定的概念特征，它们依然可进行变更。例如，当最后一位有限股东退出两合公司，因而只剩下两名无限股东时，两合公司便自然变更为无限公司；若无限公司仅剩一名无限股东，则该无限公司便实质上变更为个体企业。此外，一家从事商事经营的公司不能是民法上的合伙；而一家既未从事商事经营活动，又未进行商事登记的公司则按照法律规定是民法上的合伙。在上述情况下，公司的法定形式也发生了变更，但这是实际情况发生变化的结果（变为从事非商事经营业务），或有意为之的法律行为的结果（如有限股东加入无限公司）<sup>24</sup>。无论如何，在德国存在非法人企业与公司之间转换的可能。

在英国，可以类比的是无限公司的转换。在法律上，私人有限公司或者公众有限公司可以转换为无限公司。于此情形，公司成员显然会在当公司由有限公司转换为无限公司时要面临巨大的风险。学者认为，这种做法并未被彻底禁止，可能是因为公司成员或许会合理认为，在可以像合伙一样灵活地运作公司、可以抽回资本并保有隐私的同时，丧失有限责任所带来的优势是值得的。所以，《2006年公司法》允许若所有成员同意，有限公司可以重新注册为无限公司。<sup>25</sup>然而，对无限公司转换为私人有限公司的情形，债权人丧失无限责任保护之情形，英国法律并未给予债权人周全的保护。根据相关规定，在公司转换完成之时，赋予债权人的唯一保护措施是在公司名称之后加上一个新的后缀“有限责任”（Ltd），以警示债权人关注公司成为有限公司这一事实。但英国《1986年破产法》对债权人给予了保护，即，若公司在重新注册之后三年内解散，则在公司重新注册之时的公司成员必须对此前公司签订的合同可能产生的债务和义务负有责任<sup>26</sup>。但为避免公司在有限公司与无限公司之间犹疑不决，英国法律禁止在有限与无限公司之间来回变更超过一次。一旦有限公司被重新注册为无限公司，它不能再重新注册为公众公司或私人有限公司。反之，一旦无限公司已经被重新注册为有限公司，它也不能被重新注册为无限公司。这实际上是公司类型转换中的“禁止反言”的表现，然而，法律却并不禁止私人有限公司和公众公司之间地位的转换。

在我国，虽然《公司法》目前并未明确规定非法人企业与公司之间的此种直接转换。但从理论上而言，由公司企业转换为非法人企业类型的企业，例如，合伙企业、个人独资企业、甚至个体工商户，虽然加重了股东的风险，且因对公司财产的抽回管制放松，似乎对债权人也存在不利的一面，但由于股东责任从有限责任转换为无限责任，总体上对债权人仍比较有利。此种类型转换，因使全体投资人面临更大风险，因此，需要遵循“全体股东同意”原则，法理上似无特别禁止的需求及意义。反之，由非法人企业转换为公司则有所不同，此时股东从无限责任转为有限责任，减轻了股东的投资风险，但却可能使债权人面临更大的风险。因此，此种情形，应设置特别的债权人保护程序——例如，应遵循债权人同意原则、或者实行转换前债务保留无限责任原则，或者为债权人提供提前清偿或担保的原则。当然，在转换程序上，此种转换因法律上的主体之责任方式发生了实质变化，是实行“一步法”的变更登记程序，还是“两步法”的注销+新设程序，理论上可能会存在争议。

### （三）公司内部的企业转换：不同类型公司之间的转换

公司内部不同类型公司之间的转换是最为顺畅的，因为，此种情形的转换并未跨越组织形式之间的实质差异，往往属于同一责任形态的企业之间的转换，或者同一企业体内部的转

<sup>24</sup> 参见【德】托马斯·莱塞尔、吕迪格·法伊尔：《德国资合公司法（下）》（第六版），高旭军等译，上海人民出版社2019年版，第993页。

<sup>25</sup> 参见【英】保罗·戴维斯、莎拉·沃辛顿：《现代公司法原理》（第九版），罗培新等译，法律出版社2016年版，第106页。

<sup>26</sup> 参见【英】保罗·戴维斯、莎拉·沃辛顿：《现代公司法原理》（第九版），罗培新等译，法律出版社2016年版，第107页。

换（分公司与公司之间的转换），思想或观念上的阻碍自然是少了很多。由于无限公司与合伙企业类似，所以，对无限公司与公司之间的类型转换本部分不再讨论。本文所谓公司内部的企业类型转换，主要可以区分为两类：

其一，分公司与公司之间的类型转换。为减少管控风险，将分公司升级为公司，使其取得独立法人人格，从而降低管控风险；或者为强化对下属企业的控制，将公司降级为分公司，从而使其失去独立法人人格的现象，均不少见。

在实践中，将分公司升级为子公司，是通过先注销分公司，再设立子公司的方式进行。此种单向的“两步法”操作方式，原则上应对分公司进行清算，偿还债务，或者明确其未偿还的债务由公司承担，再予以注销。但在实践中存在极不规范的做法——直接注销分公司而设立子公司，因子公司独立对外担责，如此操作可能使分公司的债权人丧失向公司追偿的权利，这对分公司债权人而言无疑扩大了其损失风险。而且，此种先注销分公司再设立子公司升级方式，还可能使分公司拥有的一些行政许可资源流失。因为，按照《行政许可法》，行政许可不能转让，注销分公司可能使得其拥有的行政许可资源无法转移到子公司。例如，某分公司拥有汽车制造许可证，一旦采取先注销该分公司再新设子公司的方式，则该行政许可证无法转移给新设的子公司，新设子公司如欲取得生产许可，则需另行重新申请。此时，牌照资源无疑会受到损失或被浪费。如若采取“一步法”的公司类型直接转换方式，则因主体同一性，可以保留牌照资源，不存在行政许可在新旧公司之间转移的问题，此时因为将分公司升级为子公司改变了责任承担主体，只是需要履行债权人保护程序和机制。

相反，将子公司降格为分公司，可能对子公司债权人是更为有利的安排，因为，此时子公司的独立责任被打破，公司需要直接对子公司的债权人负责，这实质上增加了子公司债务的偿债主体，强化了对子公司债权人的保护。因此，采用“一步法”的方式，直接将子公司变更为分公司，对子公司债权人并无风险损失。若采取“两步法”，则子公司应予注销，由此，需要对其债权债务履行清算程序，转换效率会受到影响。而且，如若采取注销+新设的方式进行转换，也存在类似于分公司升级为子公司时，可能发生的“牌照资源损失”的现象。可见，“一步法”是保留转换前公司的牌照资源，提升公司类型转换效率的方式。当然，公司需要评估待转换子公司的资产及经营状况，若子公司本身已处于破产状态，公司为减轻债务负担，可能选择“两步法”转换是有价值的。可见，能否进行转换，以及如何进行转换，可能还是公司进行商业判断的过程。

其二，不同类型法人公司之间的类型转换。例如，有限公司与股份公司之间的互相转换，上市公司与非上市公司之间的互相转换，外商投资公司与内资公司之间的互相转换。

有限公司与股份公司之间的转换大多没有特别限制，只是此种转换必须符合法律关于有限公司与股份公司的设立要求，例如，股份公司转换为有限公司，在股东人数上要符合法定要求；有限公司转换为股份公司，在资本制度上要符合法定要求。在英国，私人公司转换为公众公司，要符合有关特定的资本制度的要求：第一，公司的已配售股本的票面价值不低于授权的最低限额（目前是 50,000 英镑）；第二，公司必须出具由审计师验证的无保留意见的近期账目，声明公司的净资产不低于其已催缴股本与不可分配储备之总和；第三，如果公司在前述账目制备之后、特别决议通过之前的期间内配售股份，并且该配售股份已经以非现金方式全部或部分缴付，则公众公司接受非现金对价的规则必须得以遵守。<sup>27</sup>

上市公司与非上市公司之间的转换，是目前亟待改革的领域。其中，非上市公司向上市公司转换，需要遵循改制合规程序，此种改制合规程序极大地增加了转换成本，但却并未改善公司治理，应当予以摒弃。<sup>28</sup>上市公司向非上市公司转换的程序相对简单，主要应符合非

<sup>27</sup> 参见【英】保罗·戴维斯、莎拉·沃辛顿：《现代公司法原理》（第九版），罗培新等译，法律出版社 2016 年版，第 103-104 页。

<sup>28</sup> 参见蒋大兴：《公司组织形态与证券（融资）权利——摒弃有限公司“改制上市”的法律习规》，载《现

上市公司的股东规则即可。应当注意的是，此处上市公司与非上市公司之间的转换，不仅仅等同于上市公司退市或私有化，通常所谓的退市，虽然也是上市公司向非上市公司的转换过程，但上市公司退市之后，其在基本类型上仍属股份公司，只是停止了其股票的上市交易。但此处上市公司向非上市公司的转换，还包括上市公司转换为非上市的有限责任公司的形式，是范围更广泛的类型转换。上市公司向非上市有限责任公司的转换，需要特别考量公众股东的利益保护，此时，因公司股东的责任形态并不发生变化，债权人的保护退居次位。

外资公司与内资公司之间的转换，通常是通过增减资或股权转让的方式实现，直接办理变更登记即可实现类型转换，不需要先注销旧公司再新设公司。例如，外资公司因为减资导致其外资股东完全退出公司，从而成为纯粹的内资公司，因此需要变更企业类型。相反，内资公司的股东若将其部分股权转让给境外投资人，则公司会发生类型转换，需要变更公司形式。

#### **（四）公司/组织类型转换中的“融通主义”的观念**

公司/组织类型转换规则长期局限在公司法内部封闭运转，现行立法将可转换的主体局限于有限公司和股份公司，此种“封闭转换”的立法模式极大地影响了营业自由。从公司实务运作来看，不仅性质不同的实体之间存在转换可能，例如，政治实体与经济组织之间在特定情形下可能发生转换；非营利组织与营利组织之间可能发生转换；性质不同的企业之间也存在转换可能，法人企业相互之间存在转换可能，非法人企业与法人企业之间也可能相互转换；即便在公司内部，也存在各种公司相互转换的空间，例如分公司可能直接升级转换为公司，公司也可能降级转换为分公司。显然，目前《公司法》关于公司/组织类型转换采取的是一种“分割主义”的模式，非企业法人、非公司组织、非营利机构等均不在公司/组织类型转换的可能通道之中，此种立法安排不能适应实践的需要，应当坚持一种“融通主义”的立法观，在公司/组织类型转换制度设计中坚持一种“更开放”的心态，允许政治实体、非营利机构、非企业法人、非公司组织等在满足特定要件时，均可转换为公司；反之，公司在符合特定要件时，也可转换为非公司企业，等等。

### **四、组织类型转换规制的法哲学：在自由与强制之间**

#### **（一）保持“主体同一性”原则**

单纯的公司/组织类型转换与企业合并分立等复杂变更不同之处在于是否保持了“主体同一性”原则。所谓“主体同一性”原则，是指变更前后的企业在主体构造的主要事项上保持了同一或者基本同一。如学者所言：“组织变更不是消灭变更前的公司，设立新公司的过程，而是在维持法人格的同一性，这与合并有着根本的区别”<sup>29</sup>。此种“同一性”可能与以下诸方面相关：

其一，公司成员的同一性。在公司/组织类型转换时，转换前和转换后的成员应当保持不变。当然，也可能存在“转换+增资”、“转换+减资”或“转换+股权转让”的现象，此种情形，就可能导致转换前后公司成员发生变化，但此种变化是因为附加了其他法律行为，已

代法学》2013年第1期，第72-85页。

<sup>29</sup> 参见【韩】郑燦亨：《韩国公司法》，崔文玉译，上海大学出版社2011年版，第38页。

经不是单纯的企业类型转换，而是复杂转换，是转换与其他多重法律行为共同作用的结果。

其二，公司资产的一同性。在公司/组织类型转换时，因公司资产保持了一同性，因此，没有必要再进行清算程序，故有简化转换流程、实施“一步法”转换的可能。一旦公司/组织类型转换导致企业资产发生了贬损，打破了“资产一同性”原则，则在采取“一步法”方式进行转换时，应设计特别的债权人或股东保护程序。

其三，公司治理的一同性。在公司/组织类型转换时，公司治理的一同性是非常脆弱的。因为，即便公司正常经营，公司治理的变更也是常态，因此，公司治理一同性并非组织类型转换一同性的当然内容。尤其是在非公司企业转换为公司企业时，组织治理的一同性经常被打破。即便在公司类型相互转换时，也只是在特殊情形下，才可能保持公司治理的一同性——这取决于公司治理是否到期，以及投资人是否对当下的公司治理结构保持足够的信任，而与公司/组织类型是否转换没有必然关系。但在公司合并分立或者股权转让等情形下，公司治理转换是常态性的。

其四，法人格的一同性。公司/组织类型转换可能导致法人格发生变化。例如，个体商人转换为公司，则其法人格会发生显著的“进化”变化，反之，公司转换为无限责任商人，其法人格也会发生“退化”现象。因此，法人格的一同性，更多不是从法人资格的有无，而是从前后人格主体的继承角度而言的，就此而言，转换后的公司继承转换前的人格主体，尽管其在法人资格表现形式上可能不一致。

其五，责任的一同性。公司/组织类型转换适用权利义务概括性承受的程序。概括性承受是资产一同性和主体一同性的当然结果。概括性承受意味着转换前主体的权利义务和责任在无特别安排的情形下，均由转换后的主体承接。当然，在不同责任形式企业之间发生转换时，此种承接需要辅助于利害关系人同意原则。

可见，对于法人格一同性的诸多要素而言，在组织/公司类型转换时，能否继续予以保持是存在差异的，但成员与资产、责任的一同性是其中最为核心的内容。组织转换通常并不损害成员的完整性，不分割资产的完整性，不影响责任的继承。也正是如此，法律才通常规定可以省略清算程序，采取“简式转换”的方式进行责任承继和移转。此种公司类型转换的一同性原则，在理论上并未认真、细致予以研究。

## （二）类型转换法定 or 自由：“类推禁止”是否是原则

在德国，其《变更法》第1条第2款明确规定了“类推禁止”原则，即，除了《变更法》规定的情形外，只有在联邦法律或某一州法律有明确规定时，才可以进行企业合并、分立、资产移转和形式变更。从中可以得出这样的结论：如果不属于《变更法》列举的主体，它既不能适用（或部分适用）权利概括性继受的程序，也不能在按照保持“一同性”原则条件下变更为其他法律形式。学者认为，这一规定，对于合并构建实践和通过司法实践及学术的法律续造具有重要的意义<sup>30</sup>。“类推禁止”是“企业形态法定主义”在类型转换方面的折射。按照“类推禁止”原则，非经法律明确规定，则企业变更不可进行，以此确保商事组织在形态和组织构造上的可识别性。然而，企业实践大多会超越此种限制，从而使得类型转换在商业过程中呈现出一定的自由。例如，在我国，《公司法》所限定的公司变更是极为狭窄的，但在实践中，企业变更却呈现出复杂和自由的一面，既有国家机关与企业之间的变更转换，又有非公司企业与公司企业之间的变更转换，甚至还可能出现事业单位法人、社会团体法人与公司之间的转换问题，可见，商事实践总是在不断打破人类理性所构造的“法定主义”。即便在德国，类推禁止原则也并不排除通过个别权利继受的方式进行企业重组，主流观点认

<sup>30</sup> 参见【德】托马斯·莱塞尔、吕迪格·法伊尔：《德国资合公司法（下）》（第六版），高旭军等译，上海人民出版社2019年版，第993页。

为，类推禁止原则的适用范围并无如此广泛，其不能限制通过实物出资的方式进行企业合并或设立子公司。<sup>31</sup>

公司/组织类型转换的另一限制还体现在类型转换规则与企业设立强制规则之间的关系上。虽然法规范上的类型转换通常省略了企业设立的复杂程序，以直接变更方式解决“两步法”可能衍生的问题，但理论上仍然认为，类型转换法与企业设立法二者之间是特别法与一般法的关系。在德国，《变更法》也是以《股份法》中的强制性规定为合同自由的边界的一一只有在《变更法》有明确规定的情况下，才能偏离《股份法》的相关规定。例如，因为《变更法》的特殊规定，组织变更时的清算程序可以豁免，但在有限公司转换为股份公司时，要符合股份公司关于资本的特殊规定；反之，《变更法》有明确规定的，也不能用《股份法》中的自由去排除。例如，虽然在合同、章程或意思表示中做出补充规定是允许的，但若《变更法》已对此做出排除性安排，则不能以自由的方式予以变更。此一安排旨在保护债权人和少数股东的权益，只有在少数股东或债权人得到保护的情况下，才能采取一些程序简化的措施<sup>32</sup>。这依然是在一定程度上体现了“类推禁止”的法理。

### （三）相关人员利益不贬损原则

虽然公司/组织法律形式的变更是要保持“主体同一性”原则，但仍存在可能害及相关人员利益的问题。因此，对公司/组织类型转换进行规制的主要问题点，是立法者能否妥当平衡相关人员可能失衡的权益。简言之，若类型转换可能损及相关人员权益，则应用“同意原则”予以补救，对不同意的利害关系人，还应从组织法与债法的角度，设计回购请求权或补充担保等补救机制予以保护。在类型转换中可能受到影响的公司关系人主要有股东和债权人，但因该两类人员在不同类型转换中可能受损或受益的情形不同，因此，需要设计的保护机制会存在一些差别。在特殊情形下，可能还涉及员工权益的保护问题。在德国，针对不同的变更情况，《变更法》也分别规定了适当的组织性规定以保护股东和债权人，学者认为，这些组织性规定“遵循了公司法的基本目的”<sup>33</sup>。具体而言，此种利益平衡措施主要体现如下。

其一，股东利益平衡。按照营业自由原则，企业/组织类型转换是投资者的企业形态选择自由的体现。因此，“在进行形式变更时，立法者的出发点是，选择最合适的企业形式原则上是股东自己的事情，法律必须允许企业变更其法律形式，而不必怀疑公司的同一性问题；因此，公司将以变更决议中确定的法律形式继续存续”<sup>34</sup>。可见，决定类型转换首先是“股东的自由”，法律要保护股东的此种自由选择权，对于企业类型转换此种根本变更，需要股东予以决议。另一方面，公司/组织类型转换在本质上损害了股东/投资人/组织成员最初的期待利益，而且，还可能导致股东的股权面临“被稀释”的风险。因此，在其不同意类型转换时，需设计合适的退出规则。这些规则包括征求股东同意、允许异议股东提出回购请求、股东可以申请宣告变更决议无效或撤销、也可以主张滥用股东权利实施变更行为的控制性股东或者董事高管承担赔偿责任。

在德国，《变更法》也规定，公司必须将变更事项充分告知股东，并且，公司法上的一

<sup>31</sup> 参见【德】托马斯·莱塞尔、吕迪格·法伊尔：《德国资合公司法（下）》（第六版），高旭军等译，上海人民出版社2019年版，第993页。

<sup>32</sup> 参见【德】托马斯·莱塞尔、吕迪格·法伊尔：《德国资合公司法（下）》（第六版），高旭军等译，上海人民出版社2019年版，第994页。

<sup>33</sup> 参见【德】托马斯·莱塞尔、吕迪格·法伊尔：《德国资合公司法（下）》（第六版），高旭军等译，上海人民出版社2019年版，第988页。

<sup>34</sup> 参见【德】托马斯·莱塞尔、吕迪格·法伊尔：《德国资合公司法（下）》（第六版），高旭军等译，上海人民出版社2019年版，第988页。

般救济措施也适用于组织变更的特殊情形。此外,《变更法》还赋予股东同意权和补偿请求权,以防止股东的法律地位受到不合理的影响。<sup>35</sup> 在英国,将公众公司转换为私人公司,也赋予异议股东在决议通过 28 日内向法院申请撤销决议的权利,法院还可判决公司购买其成员的股份,从而让其退出公司,而非必须接受公司地位的变更。当然,若公众公司已发行股本的名义数额低于“授权的最低数额”,则公众公司须重新注册为私人公司。此时,公司必须修改其章程,异议成员也不得向法院申诉。因此,此种转换是法定强制转换,公司别无选择,只能转换为私人公司。<sup>36</sup>

征求股东同意在公司/组织类型由有限责任转换为无限责任时,显得极为重要。因为任何人都不能强迫他人遭受不利益,除非得到其许可。在当公司/组织类型转换在有限责任形态之间发生时,则股东同意的价值可能大打折扣。公司/组织类型转换由无限责任形态转变为有限责任形态时,股东虽然可能得到有限制责任利益,但会丧失经营的灵活性,征求股东同意仍是有重要价值的。

其二,债权人利益平衡。因为公司/组织类型转换,实行债权债务的概括承受,将导致债务移转到变更后的企业,因此,若公司/组织类型转换影响到变更企业的偿债能力,可能使债权人利益/地位受到贬损,则必须履行债权人保护程序。在公司变更之情形,原则上坚持“主体同一性”原则,组织变更前资产不发生变化,债权债务概括移转,就此而言对债权人利益损害似乎并不大。但可能会因公司成员责任形态发生变化而使债权人居于不利地位,由此,则应设计债权人保护机制。当然,不同形态的公司类型转换,对债权人权益实现的影响不同,因此,债权人需要得到保护的力度就会有差异。

原则上,有限责任企业形态之间转换,只要不影响财产的同一体性,对债权人利益的实质影响不大。例如,有限责任公司转换为股份有限公司,对债权人利益实现并无特别不利影响,相反,因为股份公司对公司资产的规制更为严格,反而对债权人更为有利。但在特殊情况,若涉及股东个人对债权人负有特别责任时(例如,认缴出资的加速到期,或可能涉及法人格否认追责),即便是有限公司与股份公司之间的类型转换,也可能因投资人的变化(原则上投资人不会发生变化,但可能存在转换+增资的现象),以及因此而产生的投资人偿债能力的改变,进而可能影响到债权偿还,但此种情况极为罕见。当然,若系上市公司转换为非上市公司,因公司失去公开融资渠道,对债权人利益实现的影响也会较大,需要有特别的保护机制。有限责任企业形态转换为无限责任形态,对债权人不会有太大不利影响,此时因为投资人的责任转变为无限责任,可能反而会有助于债权人权益的实现。相反,当企业从无限责任企业形态转变为有限责任企业形态,则因股东对债权人的责任机制发生“向下的突变”,债权人的利益保护需求会变得异常突出,此时,债权人保护将成为公司/组织类型转换的重点。

在企业/组织类型转换时,债权人利益保护的方式主要是通知债权人,对法律地位变得更为不利的债权人,为其债权实现提供担保,若不能提供担保,则应提前清偿其债权。或者,在未履行上述保护程序,从而使地位下降的债权人受到损失时,做出变更决议的主体应承担赔偿责任。在德国,债权人保护首先表现为提供担保请求权。当管理者在审查资产状况和签署变更合同过程中违反其应承担的义务时,则其应对债权人承担损害赔偿义务,债权人因此可主张损害赔偿。<sup>37</sup>

其三,员工利益的平衡。在公司/组织类型转换时,若员工地位发生改变,则可能应给予其特殊保护。例如,在我国国企改革时,当企业类型从国企转换为公司,员工丧失国企雇员

<sup>35</sup> 参见【德】托马斯·莱塞尔、吕迪格·法伊尔:《德国资合公司法(下)》(第六版),高旭军等译,上海人民出版社 2019 年版,第 988 页。

<sup>36</sup> 参见【英】保罗·戴维斯、莎拉·沃辛顿:《现代公司法原理》(第九版),罗培新等译,法律出版社 2016 年版,第 105-106 页。

<sup>37</sup> 参见【德】托马斯·莱塞尔、吕迪格·法伊尔:《德国资合公司法(下)》(第六版),高旭军等译,上海人民出版社 2019 年版,第 1012 页。

特别待遇时，改制方案须得到员工认可（表现为召开职工大会讨论通过），并同时给予员工“买断身份”的特别补偿。公司/组织类型转换原则上不影响营业的进行，资产权利和债权债务的概括继受，也意味着企业业务中劳动关系的继承。如果变更后的企业以企业业务移转为由解除劳动关系，在法律上是无效的。在德国，《变更法》也专门为员工提供了“解雇保护”<sup>38</sup>。因此，公司/组织类型转换对员工关系的影响不大，但企业类型转换毕竟属“根本性变更”，应特别维护员工的知情权。员工如同股东或债权人一样，其在与公司缔结劳动契约时，对公司组织类型也存在默示的“期待”，若公司改变其组织类型，对员工的此种作为缔约基础的期待也有一定的实质影响。例如，某员工之所以去公司求职，是因为公司为上市公司，当公司组织类型变更为非上市公司时，则自然会影响到其最初的求职期待。虽然员工对公司的投资，不像股权投资和债权投资那么直接，但基于人力资本专用性所具有的“锁定”特征，长期在一个公司从事劳动服务的员工，其移动的自由度会受到影响。因此，组织类型转换可能影响到此类与公司签订了长期契约的员工的期待利益。只是在立法中，此类期待利益大多由劳动法予以调整，组织法调整的空间较小。

可见，组织法对公司/组织类型变更的规制，与交易法的规制明显不同，交易法侧重于交易效力的维护，组织法侧重于利益相关者权益的平衡。在公司/组织类型变更中，因为主体的同一性，以及资产债权债务的概括承继，原则上可能对股东、债权人、员工的利益影响不大，但类型转换可能使股东的责任形式发生变化，也可能在特殊情形下，使债权人最终追讨债务的责任主体、偿债能力发生变化。因此，需要设计特别程序予以保护。但，只有类型转换导致相关主体利益贬损时，此种特别保护才有需求和价值。该种特别保护的程序因公司类型转换的主体、方式不同而有差异，但特别保护方式不外乎通知、征得同意、保障退出（债权提前清偿或股东回购退出）、事后救济（例如提供担保或诉请赔偿损失），此种保护方式是实体权利与程序救济的融合。公司/组织类型转换就是在保护股东决定公司形式自由，与法律强制维护利害关系人利益之间进化与发展的。

## 五、重设公司/组织类型转换程序

### （一）组织类型转换的立法模型：集中立法 OR 分散立法

在公司/组织类型转换程序的立法规制上，大体有两种做法。一种是集中立法；一种是分散立法。两种不同立法方式所灌输的规制思维，和对不同组织类型转换程序所提供的保护密度略有差异。集中立法的典型是采取类似于德国《变更法》的模式，以公司合并分立的程序规制为基础模型，其他公司变更类型参照此一结构进行安排。由此，其在立法结构上共设置 7 编。第一编只有一条，列举了变更的种类，包括合并分立、资产转让、法律形式变更；第二编为公司合并，包括境内合并与跨境合并；第三编为关于分立的规定；第四编为资产转让；第五编为形式变更。并且，《变更法》没有设置总则，而是赋予了合并编以总则的功能。此种立法结构要求运用完善的法律指引技术，合并是该法规范的基本形式，在该法中，不仅在分立和资产转让部分指引这些条款，而且在形式变更部分也时常指引这些规定。由此，形成了一种强烈的以“合并”章节为基础的组合式的适用规范体系。但学者对此提出了批评，尤其是对在形式变更（公司/组织类型转换）时，首先适用规范合并的条款是值得怀疑的，因为在形式变更时资产并未发生转移。此外，人们无法厘清保护股东及债权人的不同手段的

<sup>38</sup> 参见【德】托马斯·莱塞尔、吕迪格·法伊尔：《德国资合公司法（下）》（第六版），高旭军等译，上海人民出版社 2019 年版，第 1014 页。

功能及联系<sup>39</sup>。分散立法是并未对各种公司变更进行集中规范，而是根据公司/组织变更的不同形式，分别予以规范。例如，我国公司法即在不同章节，分散规范资产转让、股权转让、公司类型变更以及公司合并分立等法律行为。公司合并亦非公司类型转换的基础性规范。由此可能产生的问题是，不太重视合并分立之外的公司变更程序。并且，对公司/组织类型转换所遇到的共性问题，未能在制度设计上做“整体考量”。因此，在公司法修改过程中，需要对公司组织类型转换设计共同性、原则性的规定。

## （二）组织类型转换的程序规制

组织类型转换立法重构的另一个重要问题，是如何规制组织类型的转换程序，从而能有效实现转换效率的促进与利害关系人的利益平衡。对此，如前所述，存在“一步法”与“两步法”的选择可能。“一步法”是采取直接变更登记的程序完成组织类型转换；“两步法”是采取注销与登记并存的方式完成组织类型转换。前者有助于交易效率的提升，后者在法律行为上比较清晰。不同国家立法对具体类型转换与登记程序的规制存在差异。在韩国，尽管组织变更不会让公司丧失同一性，但形式上仍要进行解散和设立登记<sup>40</sup>。由于公司组织变更不管是对内还是对外都对公司利害关系人起很重要的影响。因此，商法规定：对内，公司变更要有全体社员的同一或股东（社员）大会全员的一致同意；对外，公司变更要做好保护债权人利益的措施。特别是资合公司，为了资本充实，规定了社员的补充责任。<sup>41</sup>

在我国，根据《公司登记管理条例》第三十三条规定：“公司变更类型的，应当按照拟变更的公司类型的设立条件，在规定的期限内向公司登记机关申请变更登记，并提交有关文件。”因此，整体变更很显然是一个变更公司类型的民事法律行为，不是新设股份公司。但该条提及“按照设立条件”申请变更登记，容易引入误解公司类型转换应进行设立登记。在公司登记实务中，整体变更中的当事人（公司、工商部门、会计师事务所及其他相关方）似乎也更倾向于将公司变更作为新设公司来处理。例如，在验资制度没有废除之前，要求该类公司变更应进行验资；要求以变更前的公司的净资产折股；要求对变更前的公司资产进行评估；因为净资产折股、进而认为变更导致自然人股东获得了收益，要求其缴纳个人所得税，等等<sup>42</sup>。这些做法事实上都是将组织变更视为组织新设，从而按照企业新设进行规制，无形中增加了组织类型变更的成本。

鉴于公司类型转换所涉及到的股东及债权人权益保护问题，公司/组织类型转换程序大体应注意规制以下内容：

其一，成员会议决议。公司/组织类型转换是股东意思自由的领域，因此，应以股东会决议予以决定。因类型转换构成企业/组织形态的根本改变，该决议应以特别多数的方式通过。对于表明异议的公司成员，则应赋予其回购请求权。

其二，公告或通知债权人或者员工。若公司/组织类型转换导致债权人遭遇更大的风险，例如，将无限责任企业形态转变为有限责任公司，则应公告或通知债权人。若仅在同一责任形态的企业之间进行转换，则仅在特定情形下才需要公告或通知债权人，例如，将上市公司转换为非上市的有限公司。其他情形，则可能使债权人地位更为有利，无需通知或公告债权人。若因组织类型转换，使员工身份发生根本性变化，也应通知公司员工，例如，征求职工代表大会的意见或者取得工会同意。

<sup>39</sup> 参见【德】托马斯·莱塞尔、吕迪格·法伊尔：《德国资合公司法（下）》（第六版），高旭军等译，上海人民出版社 2019 年版，第 1014 页。

<sup>40</sup> 参见【韩】郑燦亨：《韩国公司法》，崔文玉译，上海大学出版社 2011 年版，第 38 页。

<sup>41</sup> 参见【韩】郑燦亨：《韩国公司法》，崔文玉译，上海大学出版社 2011 年版，第 38 页。

<sup>42</sup> 参见高峰、韩厚军：《有限公司变更为股份公司过程中的若干财务与法律问题探讨》，载《中国注册会计师》2009 年第 12 期。

其三，变更登记。如前所述，公司/组织类型转换是法律形式的变更，应以变更登记的方式简化程序。目前法律或实践中多采取“两步法”——“注销+新设”的方式进行登记变更，势必难以解决清算豁免的问题。因此，应采“一步法”的程序设计，直接予以变更登记。同时，豁免有关注销及清算程序。此系公司/组织类型转换与合并分立存在重大差异的地方。

其四，其他特别程序。包括国企转换为普通公司、外资公司转换为内资公司的审批或备案程序，等等。

## 六、结语

长期以来，公司法上的组织变更并不被特别重视，法律有关合并分立以及类型变更的规范条文简略，尤其是公司类型转换的规范，仅有一条予以规制。并且，公司法上的企业类型，转换形式单一、转换领域有限——现行立法仅认可有限公司与股份公司之间的双向变更，并不认同分公司、无限责任企业，甚至非企业与公司形态之间的转换。此种组织类型转换的立法是一种十分封闭的结构，未能将全部企业法甚至组织法打通。基于政治改革的原因，国家政治实体/事业单位与公司之间存在转换的可能，非营利组织与公司之间也存在转换的可能，甚至非法人企业与公司之间，也存在类型转换的可能，我国现行《公司法》完全未能充分关注到此种“多元转换”的需求，有关公司类型转换的排列组合极为单调，因此，应当坚持“融通主义”的公司法改革观，为不同类型公司/组织的转换提供最大的自由空间，以确保投资人营业自由权的实现。而且，现行立法关于公司组织类型转换的安排存在重合并分立，轻类型变更的缺陷。法律仅对企业组织类型变更而产生的债务承继做出原则规定，但现行立法未能区分不同公司/组织类型转换所遭遇的“利益平衡的特殊性”问题，无论是对股东权益保护，还是对债权人利益的保护，均存在明显不足。公司/组织类型转换的存在价值是“程序简化、节约成本”，因此，在规制哲学上，应采行“一步法”的“组织变更”制度予以简化规范，不应采“注销+新设”的“两步法”制度予以规范。这不仅涉及对组织变动效率的追求，还涉及对债权人是否需要清算保护，以及对股东权益如何换算承继的考量。