

法律版

2009司法考试精神和体系

商经法·国际法学48专题

张能宝/主编

知识体系构建 历年真题思考

考查方向提示 考点及其实例

重点法条归纳

2008年司法考试95%以上试题，可以直接在本书2008年版上找到答案。2009年全新修订再版——

潜心研读 20天 提高效率百分百



法律出版社

2009 司法考试精神和体系

商经法·国际法学 48 专题

主 编 张能宝

副主编 杨艳霞 张 玲 秦华伦
刘方飞 刘亚莉 张劲晗
李 磊 韩景慧

法 律 出 版 社

图书在版编目(CIP)数据

商经法·国际法学48专题/张能宝主编. —北京:法律出版社,2008.12

(2009司法考试精神和体系)

ISBN 978-7-5036-9063-1

I. 商… II. 张… III. ①商法—中国—法律工作者—资格考核—自学参考资料②经济法—中国—法律工作者—资格考核—自学参考资料③国际法—法的理论—法律工作者—资格考核—自学参考资料 IV. D9

中国版本图书馆CIP数据核字(2008)第188251号

©法律出版社·中国

责任编辑/杨大康

装帧设计/曹 铀

出版/法律出版社

编辑统筹/法律考试出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京外文印刷厂

责任印制/沙 磊

开本/787×1092毫米 1/16

印张/23.25 字数/701千

版本/2008年12月第1版

印次/2008年12月第1次印刷

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

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-9063-1

定价:50.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

提高阶段,我们应当如何学习

——代前言

每年到司法考试复习的提高阶段,很多考生都会产生这样的困惑:越学越多,越学越乱,越学越不会。究其原因,一是不会重点学习:不会、不敢、不忍放弃,一般性知识、次重点知识与考点知识不加区分、广取博爱。二是不会深入学习:掌握了考点知识的概念,却没有理解其内涵,掌握了考点知识的表面特征,却没有领会其实质构成,不能由表及里,深入把握其内在精神与要领。三是不会联系学习:不会加强相同考点的串联、相异考点的对比、相似考点的区分,不能以点带面、融会贯通,不能形成考点知识系统。四是不会整体学习:只见树木不见森林,只掌握了一个一个孤立零散的具体制度这些“棋子”,没有在此基础上,形成整个部门法的考点知识“一盘棋”。

为帮助大家克服上述提高阶段之不足,我们修订编写了《2009 司法考试精神和体系》,本书分为《民法 60 专题》、《刑法 50 专题》、《诉讼法 47 专题》、《商经法·国际法学 48 专题》、《行政法·理论法学·司法制度 55 专题》五部分,通过精心筛选考点,深度解析考点,形成考点知识系统,在近 6 年司法考试考点涵盖基础上,加强联系对比区分,揭示考点、分解考点、突破考点、训练考点,推进大家在提高阶段的复习中迈上一个更高台阶,实现高分突破。

值得一提的是,2008 年考试,有超过 95% 的试题可以直接在本书上找到答案。以民法为例,依据《2008 司法考试精神和体系》之《民法 62 专题》可以直接得出当年 94.6% 的民法试题答案。除 3 道单项选择题外(第 4、18、24 题),其余的 53 道题本书全部进行了准确的提示和讲解。帮助大家强化突破最重要的 95%,这就是本书的目标!

一、本书主要特点

1. 明晰部门法精神,形成考点知识系统。

首先,提炼部门法精神。所谓的部门法精神,就是该部门法不同于其他部门法的内在特性。它是一个部门法的灵魂,统率着部门法具体制度的建立和形成。只有把握住了部门法精神,才能从总体上准确把握部门法具体制度的精髓和要领。其次,构建部门法知识体系。通过知识体系的构建分析,将单个的考点知识串起来形成考点知识的面,让一个一个考点知识面串起来形成 $1+1>2$ 的考点知识系统。通过精神和体系,展现部门法考点知识内在逻辑和外在结构,彼此紧密相连,相互融会贯通。

2. 揭示考点、分解考点、突破考点。

本书以近 6 年司法考试考点为中心,凸现提高强化特性。(1)揭示考点。在部门法一般性知识、次重点知识、考点知识的纷繁复杂中,明确告诉大家,部门法的考点是什么,让考点昭然若揭。(2)分解考点。对考点知识的本质内涵进行剖析,对考点中的疑点难点进一步澄清,由表及里,直击考点精髓。(3)突破考点。根据司法考试考查规律,着力考点知识的联系对比和区分,加强相同点,辨析相似点,甄别相异点,让大家对考点知识切实做到不仅知其然还知其所以然。

3. 精选历年真题和典型案例,全方位推进考点训练。

首先,每一专题的讲解均由一道近 6 年的典型真题引领,以考试为中心,检验对专题考点知识的掌握程度,启发大家对专题考点的深层思考。其次,围绕考点,设计连环案例,环环相扣、步步追问,加强考点理解,深化每一专题考点训练。第三,每一专题案例的最后再安排一道近 6 年的典型真题进行总结,再次对考点进行实战强化。

4. 归纳重点法条,强化考点的多层次理解与记忆。

在每一专题的最后,特别设计了一个重点法条归纳,挑拣出部门法的重点法条,与前面的考点讲解互相印证,理论和实践结合,考点知识和法律规定结合,再次加强考点理解记忆,促进全面提高。

二、本书的编写体例

1. 以专题为单位,突出考点。

部门法按照专题进行编写,专题的设计以大纲和历年真题的考点归类为基本依据,只有被反复考查的知识才安排专题进行讲解,近6年没有考查过的内容一般不设计专题。

2. 五步递进讲解,强化考点。

每个专题的讲解分成五步进行。

第一步,【知识体系构建】每专题的第一项内容是考点知识体系构建,让大家在学一个专题前,就能从总体上把握本专题考点知识的基本结构和发展脉络。

第二步,【历年真题思考】每专题的第二项内容是一道近6年的典型真题,这道真题包含本专题一个以上的核心考点,让大家在开始考点的正式学习前,就加强对专题考点的思考,以考点为中心,以考试为中心。

第三步,【考查方向提示】这是每专题的第三项内容,目的是让大家在系统深入学习前,对该专题的考查方向和考查模式有一个明确把握,有的放矢,包含:(1)最近6年考查过的考点;(2)未来极可能考查的考点。

第四步,【考点及其实例】这是每专题的第四项内容。(1)考点。以近6年的司法真题为蓝本,提炼部门法考点,分解考点,突破考点;(2)实例。实例是为考点服务的,考点是主,实例为辅。实例围绕考点进行,按照前后内容结合、总则分则结合、实体程序结合的原则编写。每专题实例的最后安排一道近6年的典型真题,以真题总结考试,以真题印证考试。

第五步,【重点法条归纳】以重点法条带动考点,考点知识与重点法条相互印证。

本书的作者已研究或辅导司法考试多年,都是来自最高人民法院、最高人民检察院、亿则司法研究中心、中国政法大学、北京大学、中国人民大学的法学学者,均以高分通过国家司法考试。扎实的理论功底与丰富的实战经验相结合,是本书作者的最大特色。本书是在各位作者的潜心研究与通力合作下完成的,全书最后由主编统编定稿。

让我们勇往而无畏,大步向前!

张能宝

商 法

商法的精神	1
商法的体系	3
专题1 公司法基本概念	4
专题2 有限责任公司法律制度	8
专题3 股份有限公司法律制度	26
专题4 公司董事、监事、高级管理人员的资格和义务	38
专题5 公司合并、分立、增资、清算等重大变化	42
专题6 公司法其他	49
专题7 合伙企业法	53
专题8 个人独资企业法	67
专题9 外商投资企业法	71
专题10 票据法	78
专题11 保险法相关法律制度	93
专题12 企业破产法	106

经 济 法

经济法的精神	120
经济法的体系	121
专题1 不正当竞争行为和垄断行为	122
专题2 消费者权益保护法	132
专题3 产品质量法	142
专题4 商业银行及银行业监管	149
专题5 证券机构	159
专题6 证券发行与证券交易	165
专题7 个人所得税与企业所得税(实体税法)	179
专题8 税收征管法(程序税法)	186
专题9 劳动合同	192
专题10 劳动法其他	200

专题11 土地的所有权与使用权	207
专题12 房地产开发与交易	216
专题13 环境法律制度和环境纠纷	221

国际法学

国际法的精神	225
国际私法的体系	227
专题1 国际私法的主体	228
专题2 冲突规范及其适用	233
专题3 涉外民商事法律关系的法律适用	241
专题4 国际商事仲裁	253
专题5 国际民事诉讼	258
国际经济法的体系	265
专题1 《联合国国际货物销售合同公约》	266
专题2 国际贸易术语	275
专题3 国际货物运输	280
专题4 国际货物运输保险	289
专题5 国际贸易支付	293
专题6 政府对外贸易管制	299
专题7 世界贸易组织制度	304
专题8 国际经济法领域的其他制度	309
国际公法的体系	315
专题1 国际法的基本理论	316
专题2 国际法的主体	322
专题3 国际责任	329
专题4 国际法上的空间划分	333
专题5 国际法上的个人	341
专题6 外交和领事关系法	345
专题7 条约法	349
专题8 和平解决国际争端	352
专题9 战争法	356
专题10 海商法	359

商 法

商法的精神

商法源于罗马法中规范商品交易的规则以及商事主体的交易习惯,具有私法的禀性,尊重市场调节机制,崇尚私法自治、契约自由、诚实信用。但随着商事活动的发展和单一市场调节机制弊端的逐步显现,商法逐渐吸纳了一些公法的元素,实现其从传统向现代的自我调整和完善。如果民法的基本精神可以概括为自由、平等、博爱的话,商法则可以归纳为自由、秩序和效益。

自由体现为保障交易的顺利,包括交易的简便性与迅捷性。只有这样,商事主体才能在尽可能短的时间内进行多次反复的交易。商法中的契约定型化、短期时效、权利证券化、程序简易化等都是这方面的体现。秩序的功用在于保障交易的安全,现代商事活动中,交易手段复杂、交易标的巨大、交易频率加快、交易风险增加、交易安全对秩序的需求也日渐强烈。效益精神的根本贯彻,使商法能够以较少或较小的投入获得较多或较大的产出。商事主体通过商事活动,实现了市场资源的有效配置和充分利用,从而提高了市场资源的利用效益。

简单地说,商法调整的对象主要是商事主体及其交易活动。由于商事活动的灵活性以及市场经济的发展,商法的体系表现出一种变动不拘的特点,构成其体系的各单行法随着商业活动的需要或增或减或删或废。但无论怎样变化,商法的体系总是由两大部分组成:一是商事主体法,用来规范参加交易活动的主体;二是商事活动法,用来规范交易活动的游戏规则。商法是以商事主体为核心,以商事活动为主线的一个发展变化的法规群。

我国商事主体法主要包括《公司法》、《合伙企业法》、《个人独资企业法》、《中外合资经营企业法》、《中外合作经营企业法》、《外资企业法》和《破产法》。作为组织法,商事主体法是一部动静结合的法律。从静的方面讲,商事主体作为一种拟制“人”,与自然人一样,也要具备表达自己意思的各个“器官”,要具备对自己行为承担责任的能力。但与自然人不同的是,其表达自己意思的“器官”只能是组织机构,而承担责任只能以财产为基础。其中,财产基础是商事主体对外交易的基础,是重中之重。财产责任分为有限责任和无限责任两种形式,这主要是针对商事主体的投资人而言的,如果该商事主体有独立的财产,则其投资人不能抽回其投资,但该商事主体要以其全部资产对商事主体的活动承担责任;否则,投资人可以抽回投资,但要以其全部资产对商事主体的活动承担责任。从动的角度看,该拟制“人”同样遵循由生到死的自然规律,但其“出生”的目的仅仅是追逐利益,如果该目的不能实现,则只有走向灭亡。因此在进行拟制时,要关注的是其“出生”,即设立的过程是否有利于逐利,其“死亡”,即终止解散前是否了结了生前的债务。这种拟制的结果就是一部法律的出台和一类商事主体的诞生。我们掌握商事主体法,要将财产基础、组织机构和设立、经营和终止等结合起来,从静态和动态进行多角度把握。

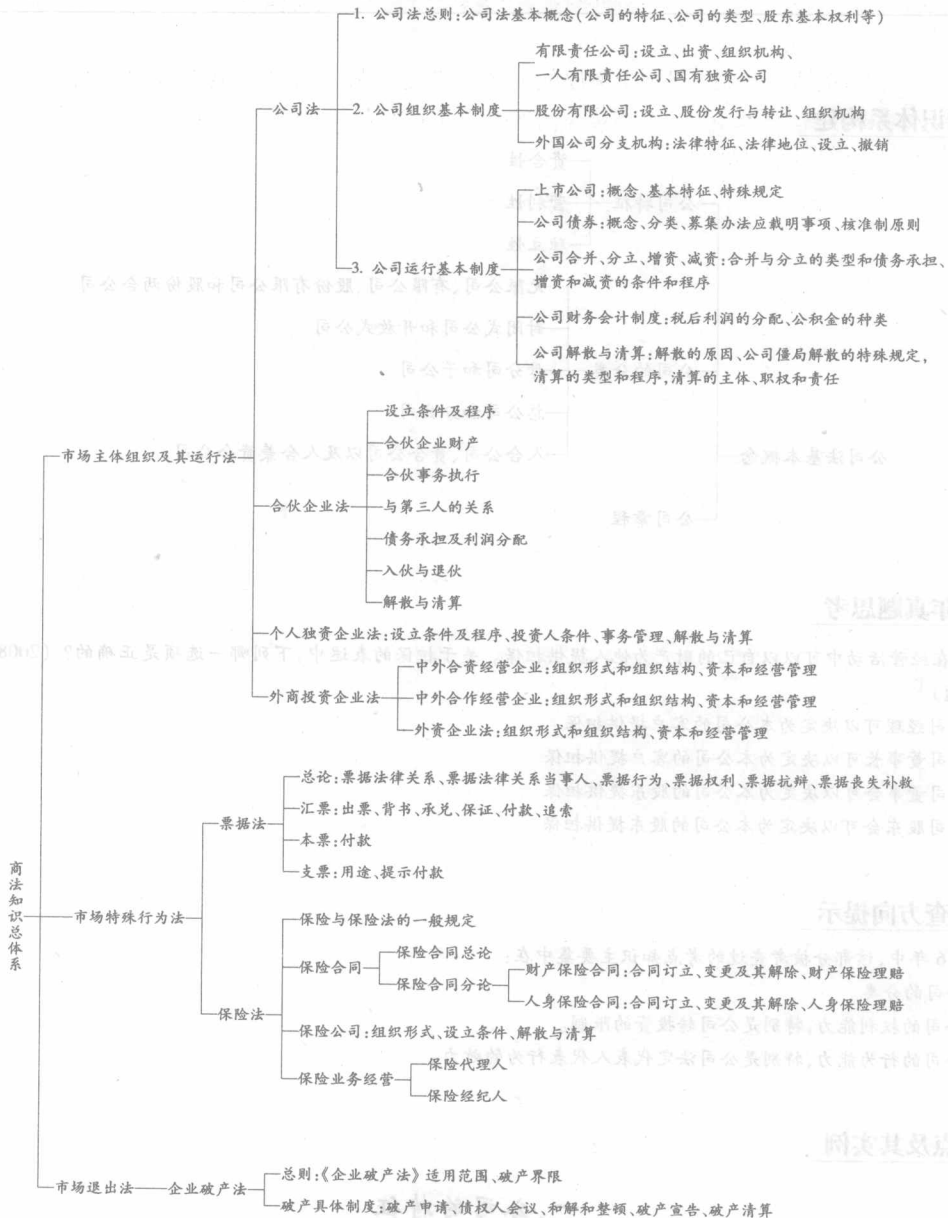
2005年年底全国人大常委会对《公司法》作出了重大修改。在市场主体准入方面,降低了注册资本的限制,允许分期缴纳注册资本,取消了股份有限公司的审批制,“一人有限公司”的合法性得到承认,在很大程度上降低了设立有限责任公司的门槛。在公司治理结构方面,着力健全“三会”,尤其对董事会和监事会的规范更加细致、严谨。同时,进一步严格对上市公司的要求,完善上市公司治理结构。在股东权利方面,加大了对中小股东保护的力度,强化了平衡公司利益的机制。所有这些,都是商事主体法随着时代发展而逐步完善的证明。

商事活动法基本上是商业交易习惯的法律化,是商事主体在交易活动中应当遵循的游戏规则,统一的交易规则有助于降低交易成本,符合商事主体利润最大化的要求。因此,商事活动法尊重交易习惯,

以诚实信用、自愿有偿为原则,以明确统一的交易规则为主要内容,突出体现商业活动的技术性和可操作性要求。也正是由于以上特点,在掌握这类法律时,我们只能以识记为主要手段,强化记忆效果。商事活动法体现了商法的变动性,其具体法律部门构成尚无定论,本书暂将《票据法》和《保险法》归入此类。《票据法》是支付活动的经验总结,主要包括汇票、本票、支票三种类型票据的交易规则,属于典型的商事活动法。《保险法》不仅调整保险交易,同时将保险公司作为一类特殊的公司进行了特别的规定,但总的来讲,该法还是以保险交易和理赔规则为主要内容,因此我们不妨以识记为主要手段对其进行掌握。

总的来讲,初看商法给我们一种零散无序的感觉,但经过分析归纳,我们还是能够根据法律的理念和原则对不同的单行法进行分类,并根据每类法律的特点采取不同的策略。只要我们掌握了方法,对商法的变动与发展同样可以了然于胸。

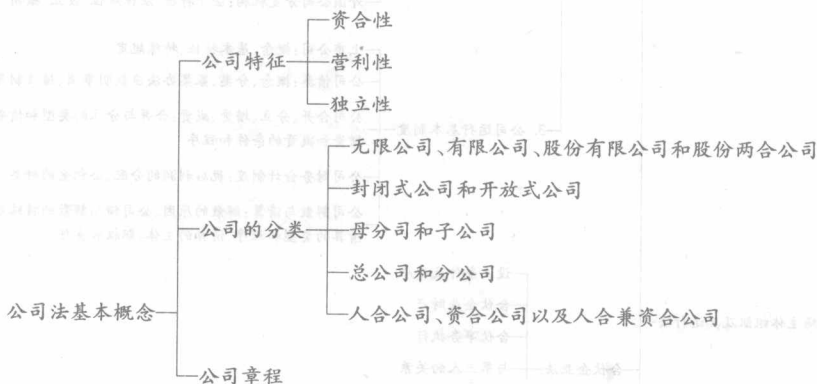
商法的体系



专题 1

公司法基本概念

知识体系构建



历年真题思考

公司在经营活动中可以以自己的财产为他人提供担保。关于担保的表述中,下列哪一选项是正确的?(2008 年试卷三第 30 题)^①

- A. 公司经理可以决定为本公司的客户提供担保
- B. 公司董事长可以决定为本公司的客户提供担保
- C. 公司董事会可以决定为本公司的股东提供担保
- D. 公司股东会可以决定为本公司的股东提供担保

考查方向提示

在近 6 年中,该部分被考查过的考点知识主要集中在:

1. 公司的分类。
2. 公司的权利能力,特别是公司转投资的限制。
3. 公司的行为能力,特别是公司法定代表人代表行为的效力。

考点及其实例

一、公司的特征

(一) 公司具有资合性

公司的组成方式是股东投资,公司的股东必须按照约定或者规定的份额或者比例缴纳自己的出资,这是股东最基本的义务。公司对外承担责任的基础是公司资产而非股东信用。

^① 答案:D。本题考查的是公司对外提供担保的决定机关。公司对外提供担保的决定机关是董事会或者股东会、股东大会,具体由谁决定根据章程的规定。公司为本公司股东以及实际控制人提供担保的,由股东会作出决议。

【例1】 甲打算与朋友丙出资设立有限责任公司,由于没有相关经验和法律知识,甲向律师乙进行咨询。律师乙提出的下列咨询意见中正确的有哪些?

- A. 设立公司的目的是为了营利,公司应当具有营利性
- B. 公司以其股东出资作为经营运作和清偿债务的基础,因此,公司的股东必须按照约定或者规定的份额或者比例缴纳自己的出资
- C. 公司成立后,股东仅以其认缴的出资额或认购的股份为限对公司债务承担责任
- D. 公司必须具有两个以上的股东,否则不能成立

答案:ABC。

【例2】 甲按照律师乙的咨询意见与朋友丙顺利成立了公司A。在经营期间,公司状况良好,利润颇丰,而且市场前景非常乐观,因此甲想扩大经营规模,就此事再次咨询律师乙。律师乙提出的下列咨询意见中正确的有哪些?

- A. 甲想扩大经营规模,可以设立分公司,也可以设立子公司
- B. 若设立分公司,分公司不具有独立法人资格,分公司的民事责任由公司A承担
- C. 若设立子公司,子公司具有独立法人资格,公司A的责任与其子公司相互分离
- D. 若设立子公司,甲乙必须按照设立公司A所需的条件和程序进行

答案:ABCD。

(二)公司具有营利性

利润最大化是公司的经营目标。

(三)公司具有独立性

公司具有独立的法人地位,能够依法独立享有民事权利、承担民事义务。公司作为法人组织,其独立性主要表现在三个方面:

1. 财产独立性。
2. 组织机构和经营活动的独立性。
3. 责任独立性,即股东仅以其认缴的出资额或认购的股份为限对公司承担责任。主要包括:

(1)公司责任与股东责任分离。公司只能以自己拥有的资产清偿债务,股东除缴纳出资外,对公司债务不再承担责任。

(2)公司责任与其工作人员责任分离,不能要求公司的管理人员对公司的债务负责。

(3)公司责任与其他公司或者法人组织的责任独立。即使公司与其他公司或者法人组织为母子公或者下属关系,只要后者具有法人资格,公司责任就应当与后者相互分离。

二、公司的分类

(一)公司的分类

公司按照不同的标准可以做不同的划分,经常涉及的划分方式有以下6种:

分类标准	具体分类
公司国籍	中国公司和外国公司
股东对公司的责任形式	无限公司:指由两个以上股东组成,全体股东对公司债务负无限连带责任的公司。 有限公司:股东以其出资额为限对公司债务承担责任,公司以其全部资产对公司债务承担责任的公司。 股份有限公司:公司的全部资本划分为等额股份,股东以所持有股份为限对公司债务承担责任,公司以其全部资产对公司债务承担责任的公司。 股份两合公司:由部分对公司债务承担无限连带责任的股东和部分仅以所持股份对公司债务承担有限责任的股东共同组成的公司
股份是否公开发行及自由转让	封闭式公司:指公司股本全部由设立公司的股东拥有,且其股份不能在证券市场上自由转让的公司。有限责任公司、股份有限公司中的非上市公司都属于封闭式公司。 开放式公司:可以按法定程序公开招股,公司的股份可以在证券市场公开自由转让的公司。上市公司属于典型的开放式公司

【续表】

分类标准	具体分类
公司之间的控制和从属关系	母公司:拥有另一公司一定比例以上的股份,或通过协议方式能够对另一公司的经营实行实际控制的公司。 子公司:指一定比例股份被另一公司所拥有或通过协议受到另一公司实际控制的公司
公司内部管辖关系	总公司:依法设立并管辖公司全部组织的具有企业法人资格的总机构。 分公司:指在业务、资金、人事等方面受本公司管辖而不具有法人资格的分支机构
信用标准	资合公司:公司的经营活动以公司的资本规模而非股东的个人信用为基础的公司,股份有限公司是典型的资合公司。 人合公司:公司的经营活动以股东个人信用而非公司资本的多寡为基础的公司,无限公司是典型的人合公司。 人合兼资合公司:公司的设立和经营同时依赖于股东个人信用和公司资本规模,从而兼有两种公司的特点。两合公司、股份两合公司和有限责任公司均属此类

(二) 需要注意的问题

1. 总分公司与母子公司的区别。

两者虽然都存在控制关系,但分公司没有独立的法人地位,不独立承担财产责任,它实际上是总公司的分支机构,其名称应当反映与总公司的隶属关系,而子公司有独立法人地位,能够独立承担财产责任。

2. 我国的公司形式。

虽然公司按照股东的责任形式可以划分为无限公司、有限公司、股份有限公司和两合公司,但是我国《公司法》规定的公司形式只有两种,即有限责任公司和股份有限公司。有限责任公司的股东以其认缴的出资额为限对公司债务承担责任;股份有限公司的股东以其认购的股份为限对公司债务承担责任。

3. 外国公司的分支机构。

(1) 外国公司分支机构的特点:

第一,不具有法人资格,不能单独承担法律责任,该外国公司对其分支机构在中国境内进行的经营活动承担法律责任。这是外国公司分支机构最突出的特征。

第二,不具有公司法人的内部组织机构。

第三,没有自己的公司名称和公司章程,其名称中要表明该外国公司的国籍及责任形式。

第四,没有独立的财产,不能进行独立核算。

(2) 外国公司分支机构的撤销条件。

外国公司撤销其在中国境内的分支机构时,必须依法清偿债务,未经清算人同意,对外国公司分支机构的财产不得处分。在支付清算费用、职工的工资、社会保险费用和法定补偿金、交纳所欠税款以及清偿债务之前不得向出资人分配财产。未清偿债务之前,不得将其分支机构的财产移至中国境外。

【例1】 下列所作的各种关于公司的分类,哪一种是以公司的信用基础为标准的分类?(2003年试卷三第19题)

- A. 总公司与分公司 B. 母公司与子公司 C. 人合公司与资合公司 D. 封闭式公司与开放式公司

答案:C。本题考查的是公司的分类。AB都是以公司之间的关系为标准的分类,D项是按照股份是否公开发行及自由转让划分的。

【例2】 在德国登记注册的格林公司在北京设立了分公司,关于该分公司,下列说法正确的有:

- A. 该分公司是依据德国法成立的
B. 该分公司以其财产为限对外独立承担责任
C. 该分公司应当在其名称中标明德国国籍
D. 格林公司必须在中国境内指定负责该分公司的代表人或者代理人

答案:CD。

【例3】 下列关于公司分类的哪一表述是错误的?(2006年试卷三第34题)

- A. 一人公司是典型的人合公司
B. 上市公司是典型的资合公司

C. 非上市股份公司是资合为主兼具人合性质的公司

D. 有限责任公司是以人合为主兼具资合性质的公司

答案:A。本题考查的是公司的分类。

重点法条归纳

《公司法》

第3条 公司是企业法人,有独立的法人财产,享有法人财产权。公司以其全部财产对公司的债务承担责任。

有限责任公司的股东以其认缴的出资额为限对公司承担责任;股份有限公司的股东以其认购的股份为限对公司承担责任。

第14条 公司可以设立分公司。设立分公司,应当向公司登记机关申请登记,领取营业执照。分公司不具有法人资格,其民事责任由公司承担。

公司可以设立子公司,子公司具有法人资格,依法独立承担民事责任。

第194条 外国公司在中国境内设立分支机构,必须在中国境内指定负责该分支机构的代表人或者代理人,并向该分支机构拨付与其所从事的经营活动相适应的资金。

对外国公司分支机构的经营资金需要规定最低限额的,由国务院另行规定。

第195条 外国公司的分支机构应当在其名称中标明该外国公司的国籍及责任形式。

外国公司的分支机构应当在本机构中置备该外国公司章程。

第196条 外国公司在中国境内设立的分支机构不具有中国法人资格。

外国公司对其分支机构在中国境内进行经营活动承担民事责任。

第198条 外国公司撤销其在中国境内的分支机构时,必须依法清偿债务,依照本法有关公司清算程序的规定进行清算。未清偿债务之前,不得将其分支机构的财产移至中国境外。

《公司登记管理条例》

第46条 分公司是指公司在其住所以外设立的从事经营活动的机构。分公司不具有企业法人资格。

三、公司章程

1. 公司章程的效力。

章程是公司必备的,规定其名称、宗旨、资本、组织机构等对内对外事务的基本文件。章程对公司、股东、董事、监事、高级管理人员具有约束力。公司章程作为公司内部规章,其效力仅及于公司和相关当事人,而不具有普遍的约束力。

2. 公司章程的变更。

(1)由董事会提出修改公司章程的提议;

(2)将该提议通知其他股东;

(3)由股东会表决通过。

我国《公司法》规定,有限责任公司股东会会议作出修改公司章程的决议,必须经代表2/3以上表决权的股东通过;股份有限公司股东大会作出修改公司章程的决议,必须经出席会议的股东所持表决权的2/3以上通过。章程变更后,董事会应向工商行政管理机关申请变更登记。公司章程的订立或变更并非以工商登记为生效要件,而是对抗要件。

重点法条归纳

《公司登记管理条例》

第11条 公司名称应当符合国家有关规定。公司只能使用一个名称。经公司登记机关核准登记的公司名称受法律保护。

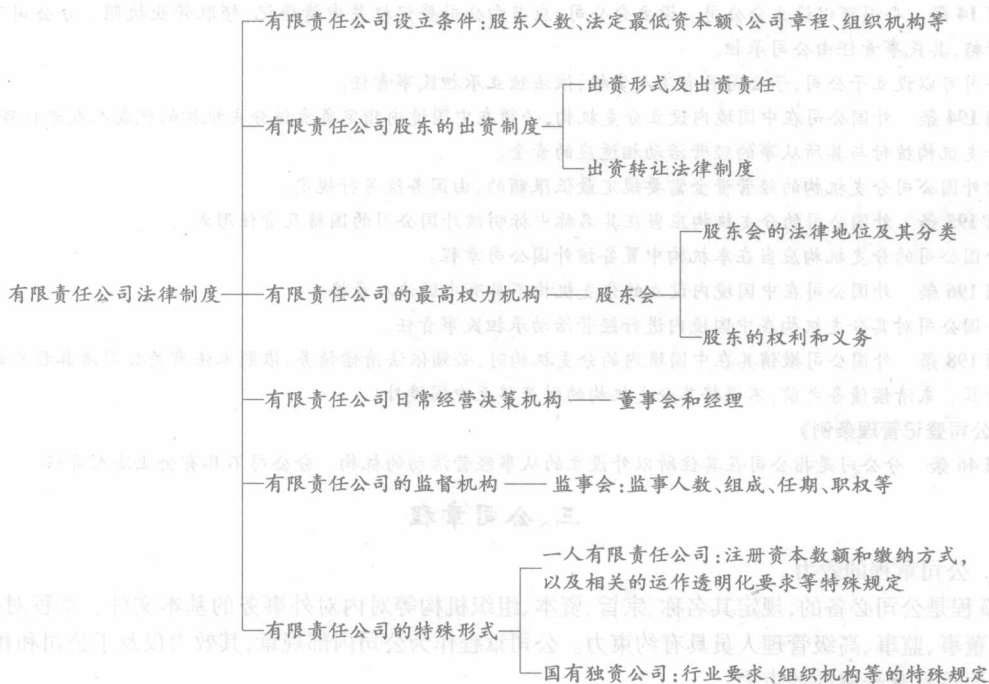
第12条 公司的住所是公司主要办事机构所在地。经公司登记机关登记的公司的住所只能有一个。公司的住所应当在其公司登记机关辖区内。

第19条 预先核准的公司名称保留期为6个月。预先核准的公司名称在保留期内,不得用于从事经营活动,不得转让。

专题 2

有限责任公司法律制度

知识体系构建



历年真题思考

周某向钱某转让其持有的某有限责任公司的全部股权, 并签署了股权转让协议。关于该股权转让和股东的认定问题, 下列哪些选项是正确的? (2008 年试卷三第 74 题)①

- A. 在公司登记机关办理股权变更登记前股东仍然是周某
- B. 在出资证明书移交给钱某后, 钱某即成为公司股东
- C. 在公司变更股东名册后, 钱某即成为公司股东
- D. 在公司登记机关办理股权登记后该股权转让取得对抗效力

考查方向提示

在近 6 年中, 该部分被考查过的考点主要集中在:

- 1. 有限责任公司的设立条件。
- 2. 出资制度, 特别是股东的出资形式、股东的出资转让、股东的出资责任等。
- 3. 异议股东回购请求权, 由于法条采用了封闭式列举的立法模式, 考生需要牢记股东可以要求回购的情形, 以及股东

① 答案: CD。本题考查的是股东资格的认定。根据《公司法》第 33 条规定, 就公司内部而言, 记载在股东名册上的可确认其股东资格。就外部效力而言, 股东只有在公司登记机关办理了股权变更登记才取得对抗第三人的效力。

的救济方式。

4. 有限责任公司的组织机构。
5. 股东的权利和义务。
6. 一人公司的特殊规定,例如一人有限公司的机构设置以及股东权的行使。
7. 国有独资公司的特殊规定。
8. 股东资格的认定。

考点及其实例

一、有限责任公司的设立条件

根据我国《公司法》的规定,设立有限责任公司应当符合下列法律规定的条件:

(一) 股东符合法定人数

1. 有限责任公司的股东人数为50人以下。
2. 我国目前允许设立一人有限责任公司。
3. 我国目前允许设立国有独资公司。

(二) 注册资本达到法定资本最低限额

有限责任公司注册资本的最低限额为人民币3万元。法律、行政法规对有限责任公司注册资本的最低限额有较高规定的,从其规定。

(三) 股东共同制定公司章程

公司章程是以书面形式固定下来的股东共同一致的意思表示,是公司组织和活动的基本准则。公司章程由股东共同制定,经股东签名、盖章后生效。

(四) 有公司名称,建立符合有限责任公司要求的组织机构

1. 公司名称是公司的法定登记事项,可以使公司的法人人格特定化,一个公司必须有一个公司名称。
2. 组织机构是公司具备意思能力和执行能力的重要保障。有限责任公司的组织机构一般包括股东会、董事会和监事会。由于公司的具体形式、股东人数和经营规模等的不同,法律对有限责任公司组织结构的要求也不尽相同,尤其对一人有限责任公司和国有独资公司作出了特殊规定。

(五) 有公司住所

公司以其主要办事机构所在地为住所。

公司营业执照签发之日,为公司成立之日。公司自成立之日起,取得法人资格。

注意:公司的设立与公司的成立是不同的,公司成立是公司设立过程的法律后果,公司设立阶段,公司尚不具有法人资格,不能以公司法人名义进行法律行为,公司成立以登记为要件,如果出资不到位或者实物出资未办理相应的手续,但是经过了公司登记,则公司仍然成立,只不过此时存在瑕疵而已。

重点法条归纳

《公司法》

第23条 设立有限责任公司,应当具备下列条件:(一)股东符合法定人数;(二)股东出资达到法定资本最低限额;(三)股东共同制定公司章程;(四)有公司名称,建立符合有限责任公司要求的组织机构;(五)有公司住所。

第24条 有限责任公司由五十个以下股东出资设立。

第25条 有限责任公司章程应当载明下列事项:(一)公司名称和住所;(二)公司经营范围;(三)公司注册资本;(四)股东的姓名或者名称;(五)股东的出资方式、出资额和出资时间;(六)公司的机构及其产生办法、职权、议事规则;(七)公司法定代表人;(八)股东会会议认为需要规定的其他事项。股东应当在公司章程上签名、盖章。

第26条 有限责任公司的注册资本为在公司登记机关登记的全体股东认缴的出资额。公司全体股东的首次出资额不得低于注册资本的百分之二十,也不得低于法定的注册资本最低限额,其余部分由股东自公司成立之日起

两年内缴足;其中,投资公司可以在五年内缴足。

有限责任公司注册资本的最低限额为人民币三万元。法律、行政法规对有限责任公司注册资本的最低限额有较高规定的,从其规定。

二、有限责任公司的出资制度

(一) 有限责任公司股东的出资形式及出资责任

1. 有限责任公司股东的出资缴纳方式。

资本制度可谓公司法的基石,有着极其重要的价值和地位。目前资本制度可分为法定资本制、授权资本制和折中资本制。

(1) 资本制度概述。

①所谓法定资本制,是指在设立公司时,发起人必须按照章程中所确定的资本总额,足额缴纳或募足后,才能使公司成立的一种资本制度。

法定资本制以资本确定原则、资本维持原则和资本不变原则为其核心。资本确定原则是指公司在设立的同时,资本总额必须在章程中确定并应该缴足,以确保公司在成立的同时就有稳定的财产基础;资本维持原则是指公司在经营的过程中,至少应当维持相当于公司注册资本额的财产,以保护公司债权人的利益;资本不变原则是指资本总额一经章程确定,就应当保持固定不变,公司如果要增加或减少资本,应当经过严格的法定程序,以防止公司资本随意变动。

②所谓授权资本制,是指公司设立时,虽然要在公司章程中确定注册资本总额,但发起人只需认购部分股份,公司就可正式成立,其余的股份授权董事会根据公司生产经营情况和证券市场行情再随时发行的公司资本制度。

③折中授权资本制,是指公司设立时,在公司章程中载明资本总额,并只需发行和认足部分资本或股份,公司即可成立,未发行部分授权董事会根据需要发行,但授权发行的部分不得超过公司资本的一定比例,同时募足未发行部分的时间不得超过法律规定的期限。折中授权资本制是兼具法定资本制和授权资本制特色的一种资本制度,就其本质而言仍然属于授权资本制。

(2) 资本制度的比较。

①法定资本制和授权资本制(折中授权资本制)的相同之处在于:公司设立时都必须在公司章程中载明资本总额。

②不同之处在于:

首先,法定资本制下,发起人必须一次认足全部资本,公司才能成立;而授权资本制下,发起人只需认购部分资本,公司即可成立。

其次,法定资本制下,公司股东会对公司增减资本享有最终决定权;而授权资本制下,公司董事会掌握发行其余股份的权力。

注意:法定资本制和授权资本制(折中授权资本制)的根本区别在于是否一次认足全部资本。

(3) 我国目前采纳的资本制度。

我国现行《公司法》要求全体股东一次认足全部资本,采纳的资本缴纳方式仍为法定资本制,但是在原《公司法》的基础上进行了重要修改。原《公司法》采纳的是最严格的法定资本制,即一次认足、一次全部缴纳,公司注册资本为实收资本。现行《公司法》放宽了限制,采取一次认足、分期缴纳,公司注册资本为认缴资本。

注意:全额缴纳、分期缴纳是公司收取资本的具体方式,并不影响法定资本制的本质。

(4) 现行《公司法》具体规定。

有限责任公司的注册资本为在公司登记机关登记的全体股东认缴的出资额。公司全体股东的首次出资额不得低于注册资本的20%,也不得低于法定的注册资本最低限额,其余部分由股东自公司成立之日起两年内缴足;其中,投资公司可以在5年内缴足。

注意:

①注册资本为登记的认缴出资而非实缴出资额。

②全体股东的首次出资额必须同时符合两个条件限制,即不得低于注册资本的20%,不得低于法定的注册资本最低限额(3万元,另有规定的除外)。

2. 有限责任公司股东的出资形式。

(1) 股东的出资形式。

股东可以用货币出资,也可以用实物、知识产权、土地使用权等可以用货币估价并可以依法转让的非货币财产作价出资;但是,法律、行政法规规定不得作为出资的财产除外。原《公司法》规定只能以货币、实物、工业产权、非专利技术和土地使用权出资,而现行《公司法》放宽了限制,以是否具有货币价值和财产价值、是否可以转让作为出资形式的认定标准,本质上扩大了出资形式的范围,不再限于某种或几种具体形式。

《公司登记管理条例》规定,股东不得以劳务、信用、自然人姓名、商誉、特许经营权或者设定担保的财产等作价出资。

注意: 股东以专利权出资的,只能以专利的所有权出资,而不能以专利的使用权出资,原因有二:首先,如果允许股东以专利的使用权出资,则专利权人与公司的关系实际上是许可人与被许可人的关系,是一种债权关系而非股权关系,在将来公司破产或解散时,作为入股的专利使用权的处置就会遇到问题;其次,专利使用权的价值不具有确定性,会随专利许可数量的多少而有所变化,这也不符合《公司法》关于出资方式的规定。所以,在任何情形下,专利权人以专利使用权入股都是不合适的。

(2) 非货币出资的作价。

对作为出资的非货币财产应当评估作价,核实财产,不得高估或者低估作价。法律、行政法规对评估作价有规定的,从其规定。

(3) 对货币出资金额的最低限制。

全体股东的货币出资金额不得低于有限责任公司注册资本的30%。

注意: 现行《公司法》取消了“以工业产权、非专利技术作价出资的金额不得超过有限责任公司注册资本20%”的规定,只规定全体股东的货币出资金额不得低于有限责任公司注册资本的30%,只要满足此条件,法律就不对非货币财产出资额的具体分配进行限制,因此,非货币财产的出资比例在不超过有限责任公司注册资本70%的范围内可以由出资人自由协商决定。

3. 缴资与验资。

(1) 缴资: 股东应当按期足额缴纳公司章程中规定的各自所认缴的出资额。股东以货币出资的,应当将货币出资足额存入有限责任公司在银行开设的账户;以非货币财产出资的,应当依法办理其财产权的转移手续。(2) 验资: 股东缴纳出资后,必须经依法设立的验资机构验资并出具证明。

4. 未履行出资义务的责任。

(1) 现行《公司法》允许股东分期缴纳出资,股东不履行出资义务的情形分为两种:

第一种情形, 股东不按期足额缴纳其认缴的全部出资或首期出资, 股东应按照出资协议(在股份有限公司为发起人协议)承担补缴责任, 并且向已按期足额缴纳出资的股东承担违约责任;

第二种情形, 公司成立以后, 分期缴纳出资的股东没有按期缴纳即期出资, 此时股东不仅要按照公司章程向公司承担补缴责任, 还要向设立时的其他股东承担违约责任, 也就是说, 在这两种情形下, 虽然承担责任的依据不同, 但是责任的内容一样。

(2) 现行《公司法》规定, 公司成立后, 发现作为设立公司出资的非货币财产的实际价额显著低于公司章程所定价额时, 应由交付该出资的股东向公司承担补缴责任, 公司设立时的其他股东承担连带责任。但并没有规定此时出资不足的股东对公司设立时的其他股东承担违约责任。我们认为, 对于非货币财产出资的评估作价一般应当经过公司设立时的全体股东协商通过, 即使非货币财产的实际价额显著低于公司章程所定价额, 交付该出资的股东也无须向其他股东承担违约责任。当然, 如果在评估作价的过程中, 确实存在欺诈其他股东的行为, 即其他股东是受到欺诈才同意章程所定价额的, 交付出资的股东仍应承担违约责任。

此外, 承担资产评估、验资或者验证的机构因其出具的评估结果、验资或者验证证明不实, 给公司债权人造成损失的, 除能够证明自己没有过错的外, 在其评估或者证明不实的金额范围内承担赔偿责任。