

飞跃版
FEIYUE

因为专业 所以卓越

2009 国家司法考试

教材一本通

2

商法

王斐民/编著

荟集一线辅导名师，融**法理、法条、真题**三大司考备战元素于一体的**教材新革命**，突出重难点及高频考点，减轻复习压力，替代高额培训，提升司考备战**新境界**！

对现有法律学习的最高境界就是使自己成为“立法者”，看破蒙在法律条文上的面纱，真正理解核心的立法宗旨和目的，既要知其然，又要知其所以然，这是简化记忆内容，准确运用知识点解题的“金钥匙”。

— 王斐民



因为专业 所以卓越

2009 国家司法考试

教材一本通

2

商法

王斐民/编著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

商法/王斐民编著. —北京: 中国法制出版社, 2008. 11

(2009 国家司法考试教材一本通)

ISBN 978 - 7 - 5093 - 0842 - 4

I. 商… II. 王… III. 商法 - 中国 - 法律工作者 - 资格
考核 - 自学参考资料 IV. D923. 99

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 163502 号

2009 国家司法考试教材一本通

商法

SHANGFA

编著/王斐民

经销/新华书店

印刷/涿州市新华印刷有限公司

开本/787 × 1092 毫米 16

版次/2008 年 12 月第 1 版

印张/11.5 字数/210 千

2008 年 12 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 0842 - 4

定价: 25.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

网

址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话: 66033393

传真: 66031119

编辑部电话: 66070042

邮购部电话: 66033288

千头万绪两线穿

——略谈商法复习方法

每当有拟参加司法考试的同志问我,“王老师,商法、经济法复习备考有啥窍门?”我总是告诉他/她们七个字:“千头万绪两线穿”。

“什么是两线穿?”

我说,“这是我多年辅导司法考试的经验总结,即:以真题穿大纲,以大纲穿重要知识点(含法条)”。

这里主要以商法为例展开说明。

一、以真题穿大纲

从历年司法考试的试题看,商法考试具有以下三个特点:(1)考察的面比较广、比较全,但不是很难、很深;(2)理论性不是很强,侧重于对法条的理解和掌握;(3)涉及到的法规特别多,所考到的法条分布杂乱。

从司法考试的大纲和法规汇编看,商法包含八个子部门,而且每个子部门法知识点繁多,法规汇编中规范性文件偏多,重点法条分布杂乱。

如何从中理出头绪,如何把握重点,提纲挈领?

最简单的方法也是最有效的方法是,重视往年真题和大纲。

每年司法考试结束,我都把真题所考核的知识点找出来,然后放在商法考试大纲的对应知识点处,经过多年的这种试验,我发现了什么呢?

首先,我很容易地发现,司法考试中,商法一些知识点的考试重复频率很高。有一些司法考试辅导专家(不限于商法、经济法方面的专家)把这种现象叫做“重者恒重”,也就是说,重要的知识点始终是重要的,虽然这个说法有“同义重复”的嫌疑,倒也生动说明了一个问题,即通过这种方式可以预见到将要来临的司法考试的重要知识点,可以避免商法复习的偏差,可以克服整个复习备考内容多时间紧的问题(投入复习的时间、精力更易于合理分配于各个部分)。

其次,我还发现,司法考试中的“重要考点”在大纲中的分布非常有规律。由于大纲只是纲要性的,篇幅很少,所以可以清楚地看到“重要知识点”的分布规律,并能够在整个大纲体系中把握其位置所在。

最后,我发现,司法考试中,商法试题出现一个新的倾向,即,交叉考察多个子部门的知识点。2003年司法考试第四卷中商法的案例涉及到公司法、破产法的内容;2004年商法案例中涉及到担保法和公司法;2005年第三卷第30题涉及到个人独资企业法和婚姻法;2006年商法案例涉及到公司法、票据法和破产法;2007年的案例涉及到公司法和担保法。这样,我很难把一道大题完整的归类到某一个知识点下面,那么,我就根据小题归类,并把小题涉及到多个知识点的,根据其正确答案涉及到的考点进行归类。这

样仍然可以在大纲中把握到重要知识点的分布情况。

通过历年真题和大纲相结合，我们找到了重要知识点在大纲中的分布规律，那么下一步就是把握这些重要知识点。

二、以大纲穿重要知识点

这时候，我们还需要另外两种材料，即教材和法规汇编。

通读大纲和教材，对商法每个部门法知识获得体系性把握和形成体系化思维，这是个基础功夫（已经得到完整的法学本科教育的同志可以省略这个步骤）。

从大纲中凸现的重要知识点是我们复习商法教材和法规汇编的基础。根据这些大纲中的知识点，我们有目的地复习商法教材，把教材中的这个点给吃透，即理解正确、记忆准确。在这个复习中，如果涉及到法条，还要把法规汇编涉及到的具体法条给查阅到，并在通读数遍、深刻理解的基础上把这些法条简写成几个字或者几段话，方便以后复习、记忆。

这个过程，我们要做到对法律规定的精确理解、准确记忆。这种精确理解、准确记忆未必是精确记忆整个法条，这是没必要的，更是不现实的。它指的是对法条背后立法目的的深刻领悟。对现有法律学习的最高境界就是使自己成为“立法者”，看破蒙在法律条文上的面纱，真正理解核心的立法宗旨和目的，既要知其然，又要知其所以然，这是简化记忆内容，准确运用知识点解题的“金钥匙”。

通过“以真题穿大纲，以大纲穿重要知识点（含法条）”，我们在复习商法时就能将分散的重要知识点串起来。这样，一方面使我们对相关的知识点和法条记得牢固、理解的正确全面，另一方面也使我们庞杂而烦琐的内容条分缕析、井井有条。

总之，考生在商法复习的时候一定要秉持“千头万绪两线穿”这七字要诀，“以真题穿大纲”找出重要的基础知识，以“以大纲穿重要知识点（含法条）”获得对商法知识的体系把握和重点把握，从而取得考试的胜利通过。本书的写作遵循的也是这个“七字要诀”，通过历年真题找到了重要的知识点，对于这些经常考察的重点知识，不厌其详，多面解析，配有重点法条，并通过历年真题进行讲解；对于不太重要的知识，则一笔带过。

最后，衷心希望这一本整合所有复习资料的书，能够祝大家一臂之力。衷心祝愿诸位读者复习愉快、考试顺利。

王斐民

目 录

第一章 公司法

第一节 公司法概述	1
重 点 公司的权利能力和行为能力	
第二节 公司的设立	12
重 点 公司章程	
难 点 公司的资本	
第三节 公司的股东	18
重 点 股东资格的确认	
股东权利（无效请求权和撤销权）	
股东权利（转让股份的权利和优先购买权）	
股东的积极义务（出资比例）	
难 点 股东的积极义务（出资责任）	
股东代表诉讼制度	
第四节 公司的董事、监事、高级管理人员	32
第五节 公司的财务会计制度	36
第六节 公司债券	38
第七节 公司的变更、合并与分立	40
第八节 公司的解散与清算	42
第九节 外国公司的分支机构	46
第十节 有限责任公司和股份有限公司	46
对比记忆 有限公司和股份公司的比较	
重 点 上市公司组织机构的特别规定	

第二章 合伙企业法

第一节 合伙制度概述	52
对比记忆 普通合伙企业和有限合伙企业的比较	
合伙企业和民法上的个人合伙的区别	
合伙与公司的比较	
第二节 普通合伙企业的设立条件与程序	56

第三节	普通合伙企业的财产	58
第四节	普通合伙事务的执行	60
第五节	普通合伙与第三人的关系	62
第六节	普通合伙的入伙与退伙	65
	难 点 退伙的效力	
第七节	特殊的普通合伙企业	69
第八节	有限合伙企业	71
	难 点 有限合伙人的责任承担	
	合伙人身份的转变及其责任承担	
第九节	合伙企业的解散与清算	76
第三章	个人独资企业法	79
	重 点 个人独资企业的事务管理	
第四章	外商投资企业法	83
	对比记忆 三种外商投资企业的比较	
第五章	破 产 法	94
	重 点 破产原因	
	对比记忆 重整、和解和破产清算三大程序的主要规则	
第六章	票 据 法	
第一节	票据法概述	121
	难 点 票据的法律特征（无因性）	
第二节	票据行为和票据权利	127
	难 点 票据行为的独立性	
	付款请求权与追索权之间的关系	
第三节	票据抗辩与票据的伪造、变造与更改	136
第四节	汇票、本票和支票	139
第七章	保 险 法	
第一节	保险法概述	143
	重 点 保险利益原则	
第二节	保险合同	145
	重 点 保险合同的解除	
	代位求偿权	

人身保险合同（法定除外责任）

第三节 保险业法律制度	154
-------------------	-----

第八章 海 商 法

第一节 海商法的适用范围与船舶“三权”	157
重 点 船舶抵押权	
船舶优先权	
第二节 船舶碰撞、海难救助和共同海损	160
对比记忆 共同海损与单独海损的区别	
第三节 海上货物运输、海上旅客运输和船舶租用合同	165
重 点 提单	
承运人的免责	
对比记忆 定期租船合同和光船租赁合同的对比	

附章 主观题高分突破指南	171
--------------------	-----

第一章 公 司 法

公司是最基本、最主要的一种企业形态，它是社会财富的创造者，也是社会进步的发动机，因此公司法在整个法律体系中有着举足轻重的地位。在司法考试中，公司法分值占到商法的 3/5，主要原因是它每年总是有一道案例题（2008 年特殊情况除外）。因此，是绝对的重点，故而应特殊关注。商法的复习一般以法条为主。但是对公司法不仅要复习法条，还要了解一些基本的理论知识。比如 2003 年出的一道题，问“下列关于公司的分类哪一种是以信用为基础的分类？”，这就是个纯理论问题，没有法条依据。

本章 2004 - 2008 考点分值分布

年份	单选题号	多选题号	不定项题号	案例与论述	合计分值
2008	三/29、30、31、32	三/74、75、76、77			12
2007	三/25、26、30、31	三/76、78、79		四/五	30
2006	三/24、25、26、32	三/71	三/94、95、96	四/二	32
2005	三/23、24、 25、26、27	三/65、69		四/四	24
2004	三/31、32	三/68、69、70	三/89、90、91、92	四/三	32

第一节 公司法概述

本节重点提示

公司的特征及其例外情况，即公司法人性（公司的独立财产、公司的独立责任）的例外情况是公司法人人格否认制度；公司营利性的例外情况是公司社会责任；公司社团性的例外情况是一人公司。该部分考核过入合公司与资合公司分类标准——公司信用基础；考核过本公司与分公司、母公司与子公司之间债权债务的承担关系，即现行公司法第 14 条的规定。须注意，公司法的很多特殊规定都是以公司的不同类别为基础的，因此需要重视公司的分类。



最近一年真题水平自测①

徽南公司由甲乙丙3个股东组成，其中丙以一项专利出资。丙以专利出资后，自己仍继续使用该专利技术。下列哪一选项是正确的？(2007/3/26，单选)

- A. 乙认为既然丙可以继续使用，则自己和甲也可以使用
- B. 甲认为丙如果继续使用该专利则需向徽南公司支付费用
- C. 丙认为自己可在原使用范围内继续使用该专利
- D. 丙认为甲和乙使用该项专利应取得自己的书面同意



基本法理

一、公司的概念和特征

(一) 公司的概念

世界各国、各地区在公司立法与理论解释上，对公司概念的规定与理解差异较大。这主要是因为各国立法规定公司组织形式的适用范围有所不同，种类较多，不同类型公司的特征也有较大区别，即使是相同类型的公司在不同国家、地区的法律规定中也有差异。我国《公司法》没有对公司概念作统一的定义，但在公司法第2条规定：“本法所称公司是指依照本法在中国境内设立的有限责任公司和股份有限公司”。概括而言，公司是指依法设立，以营利为目的，由股东投资形成的法人。

(二) 公司的特征

从法律上讲，公司主要有三项特征：

1. 公司是依法成立的企业法人

法人成立有四个要件，包括依法成立，有自己的名称、组织机构和场所，有独立的财产和独立承担责任。

(1) 依法成立

什么是依法成立？就是要办理登记，取得营业执照。领取营业执照是依法设立取得法人资格的标志。公司不象自然人那样，呱呱坠地时就当然地获得法律的认可，无论办不办手续，有没有户口，人家都是一个人，法律必须承认其主体资格。公司的成立要具备法定的条件，依照法定程序进行登记，有的还要经过审批，得到法律的认可以后才可以取得法律上的主体资格。通常，公司是依公司法设立，但有时其设立还必须符合其他法律的规定，如行业管理法律（商业银行法、保险法、证券法等），有时公司还可能是依据特别法或行政命令设立。

(2) 公司要有自己的名称、组织机构和场所

① 公司的名称

第一，必须有名称。如同自然人出生到世间要有自己的名字一样，公司成立也要有自己的名称，这是公司成为独立民事主体的重要标志之一。公司的名称必须规定在公司的章程之中，必须

① [最近一年真题答案及考点] B (公司设立时的出资与公司财产权问题)。丙以专利权作为出资，应当将该专利权移转于公司所有；出资完毕后如仍使用该专利，则必须依法向作为专利权人的公司支付许可使用费。

依法登记。我国法律对公司名称实行强制注册制，登记是取得企业名称的唯一途径。

第二，只能有一个名称，且需要依法取名和依法使用。作为企业的公司，在名称方面须适用企业名称登记管理的一般规定。比如，一个企业只能有一个名称；企业的名称由行政区划、字号或商号、反映行业或经营特点的字样、企业的组织形式等构成（以“沈阳市紫罗兰服装有限公司”为例）；企业法人的名称中不得含有其他法人的名称等等。此外，依照公司法设立的有限责任公司，必须在公司名称中标明有限责任公司或者有限公司的字样；依照公司法设立的股份有限公司，必须在公司名称中标明股份有限公司或者股份公司的字样（公司法第8条）。

《公司法》作如此规定，至少有如下两点意义：其一是防止滥用。因为公司的社会经济影响比较大，在公司名称中标明有限责任公司或股份有限公司，便于社会公众监督，对与公司有业务往来的对方是一种法律上的提示。而不具备公司条件的企业随意标明某种公司字样将被视为非法组织，应承担相应的法律责任。其二是排他效力。公司名称具有专有性，公司名称一经登记注册，在登记主管机关辖区内，同行业不得使用与本公司相同或者近似的名称。公司名称专用权依法受到法律保护。

第三，设立公司应当申请名称预先核准。设立申请人按《企业名称登记管理规定》的要求在此处起一个合法的名称，查看新名称是否已被其他企业使用。

公司登记管理条例第20、21条规定，设立有限责任公司，应当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。设立国有独资公司，应当由国务院或者地方人民政府授权的本级人民政府国有资产监督管理机构作为申请人，申请设立登记。设立股份有限公司，应当由董事会向公司登记机关申请设立登记。

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。

②公司的住所

公司的住所也是公司章程必须记载的事项。它是公司履行合同、接受管辖、参加诉讼等的依据。住所国际私法上具有重要意义，国际上对于法人住所的确定有三种模式：第一，管理中心主义。该模式的优点在于容易确定，缺点在于法人容易通过将管理中心迁到海外以逃避法律管制。第二，营业中心主义。其优点在于便于控制法人的主要财产收入。缺点在于当法人有多个营业中心时，不容易确定公司住所。第三，由章程确定。我国公司法第10条规定，公司以其主要办事机构所在地为住所，这实质上是管理中心主义。因此，我国法律所指的公司住所就是公司主要办事机构所在地，公司在登记时也应把主要办事机构所在地登记为住所。一个公司只能有一个住所。公司有多个办事机构的，以统辖公司全部事务和分支机构的办事机构所在地为住所。公司住所变更必须办理登记，否则不能对抗第三人。须注意，在确定公司的住所时应当以其登记的住所为准，如果公司的登记住所与实际的主要办事机构所在地不一致的，应当以其登记住所为住所。

《公司法》规定公司的法定住所，在法律上有重要意义：其一，确定了登记机关和税务机关等行政管辖；其二，确定了债务清偿等民事行为的履行地；其三，为诉讼等司法管辖标准提供了依据。

公司的组织机构包括股东（大）会、董事会（执行董事）、监事会等，具体在公司的能力和两类公司的组织机构中展开叙述。

（3）独立财产，即有独立的法人财产，享有法人财产权

公司在外人来看就是一个有独立资格的法律拟制的人，跟股东是两码事儿，股东财产和公司

财产实现了彻底分离，这是公司的最大魅力，也是公司法的核心法则。因为公司财产和个人财产分离后，投资人对风险具有了可预见性，知道自己最多会承担多少风险，这个风险有了底线，人们就有了安全感，可以放心大胆地去投资，因为大不了就是投出去的这部分全部亏光，自己的其他财产还是安全的。同时，公司的交易相对人也对自己的交易风险有了预见，公司独立财产是自己债权的保障，是债权的责任财产。因此，公司有独立的法人财产，享有法人财产权（公司法第3条第1款）。

（4）独立的责任

享有独立责任是法人这个概念的核心。区别法人和非法人就是看它能否独立承担法律责任。比如普通合伙企业，也是依法成立，财产也具有一定的独立性，也有名称，机构，但是有一条，它不能独立承担民事责任。它的财产独立性是有限制的，组织的财产和个人财产混同，分不清是组织财产还是个人财产，对外的债务，也是合伙人个人要承担无限连带责任，这跟公司大不相同。

我国公司法上的独立责任有两个表现：一是，公司以其全部财产对公司的债务承担责任（公司法第3条第1款），股东以其出资额为限承担有限责任（公司法第3条第2款）。如果股东承担的是无限责任，那投资人会十分谨慎，不利于激发投资积极性。但是凡事有利必有弊，有限责任也给一些不法奸商提供了逃债、欺诈的机会。有人会利用公司的有限责任，大肆举债，从银行贷款，或者进行赤裸裸地诈骗活动，然后金蝉脱壳，自己把钱花了，却以公司独立为名，不承担相当责任，这极不利于债权人利益的保护。二是，公司法2005年修改的一项重要内容就是吸收了英美法刺破公司面纱的理论，在特殊情况下，可以要求股东向债权人承担连带责任，这是公司独立法人原则的例外（公司法第20条第3款：公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任，逃避债务，严重损害公司债权人利益的，应当对公司债务承担连带责任；公司法第64条：一人有限责任公司的股东不能证明公司财产独立于股东自己的财产的，应当对公司债务承担连带责任）。承担连带责任的实质就是否认了公司责任的有限性，在股东滥用公司法人独立性和股东有限责任，逃避债务，严重损害债权人利益的情况下，将公司的独立性忽略掉，就象对待普通合伙企业和个人独资企业那样，让出资人和企业一起承担责任，财产不再区分。

2. 公司以营利为目的

以营利为目的，是指股东即出资者出资设立公司的目的是为营利，即从公司经营中取得利润。公司的营利性不仅要求公司本身为营利而经营，而且要求公司有盈利时应当分配给股东。

某些具有营利活动的组织，如果不是以营利为目的，而是以社会公益为目的，虽有营利，但利润不分配给股东或出资人，也不属于公司。根据本项特征，公司得以区别于以行政管理为目的的国家机关（公司一般不得具有任何政府的行政管理职能）；区别于不以营利为目的的公益性事业法人等，如科、教、文、卫组织，慈善机构，财团法人（基金会）等。这表明，公司首先是一个商事组织，以创造社会财富为己任；明确公司是以营利为目的的，可以认识到公司的企业性质，把它和国家机关，事业单位，军事机构等分开。

但是2005年公司法总则部分的修改有一个重大变化就是公司法的第5条，增加了公司社会责任的规定，这在以前是没有的。关于公司社会责任的问题公司法第5条专门列了进去，并在第17、18条有了具体体现。第17条明确规定，公司应当同职工签订劳动合同，为职工办理社会保险。第18条又规定了公司对工会的法定义务。从广义上讲，公司的社会责任是广泛的，不仅包括公司法第17、18条保护职工权益的规定，还有比如环境保护，不得随意破产（企业维持）等规定。公司的运作行为不仅关系股东、职工等内部利益关系人的利益，也对市场经济秩序和社会

公共利益发挥着重要的影响。公司及其股东、董事、监事在追逐公司经济效益最大化的同时，也必须承担一定的社会责任。

3. 公司是社团法人

社团法人和财团法人相对应，两者共同点是都是法人，也就是说，组织具有独立性，出资人的财产和法人的财产是相分离的。两者最显著的区别一是成立时的基础不同，二是目的和宗旨不同。财团法人成立的基础是财产组合，财团法人成立后，就是见物不见人，只剩下一个为特定目的而运作的财产集团，跟出资人已经没有任何关系了。而社团法人成立以成员权为基础，出资人让渡财产后，虽然财产划分清楚了，但出资人并没有消失，而是用财产换来了一个身份，即股东，或者说是成员权，并且以后法人的运作无时无刻不在和出资人发生联系，如公司事务的管理，开会，还要参加利润分配。从形态上来看，财团法人最典型的是基金会，寺院和慈善机构。不管钱从哪里来，一旦捐出去，就成为财团自己的财产，按照特定目的来运转，跟出资人没关系了。用形象的比喻，财团法人的财产好象是放飞的鸟，一去不回，人家也不认识你了。可是社团法人的财产，就象是放飞的风筝，虽然人是人，风筝是风筝，但中间还有一条线。社团法人的出资人享有成员权，因此存在从企业分取利润的问题，而财团法人，无论你捐出多少钱，也不会再跟出资人发生关系。另一个区别是从成立的目的来看，社团法人可以营利为目的，也可以为公益目的，而财团法人只能是公益的目的。

公司的社团性强调公司是多个股东合作的产物，公司之所以受投资人青睐，是因为它聚沙成塔，集腋成裘，能把社会各方资金甚至普通百姓的闲散资金集中起来办大事。这种团体性使得公司摆脱了个人财力薄弱，不能成就大业的局限性，通过多人合作，可以实现资金的集中利用；比如通过股份公司这种形式，象修成的铁路这样的事原来个人财产需要几百年积累才能办到，现在一夜之间就办成了。

当然，公司的社团性也有例外，这就是国有独资公司和一人有限公司的问题，后者是2005年公司法修改后的新的公司形态。对于一人有限责任，我们以前是“只许州官放火，不许百姓点灯”。只能成立国有独资公司，却不能成立由一个自然人或者法人设立的有限公司，这在一定程度上存在着不合理性。修改后自然人和法人都可以设立一人公司了。一人有限责任公司和国有独资公司都是有限公司的特殊形式，这也是公司社团性特征的例外。

总之，在公司法总则部分有三个地方要注意：一是第20条的法人人格否认制度，是对法人独立责任的矫正；第二是第5条的公司社会责任，是对公司是以营利为目的这一原则的矫正；第三是第58、65条的规定，即国有独资公司和一人有限公司是公司社团性的例外。这些都是2005年修改公司法有所变化的地方，也是公司三大特征的三大例外情形，因此是重要的知识点，具有很大的可考性。



相关法条

《中华人民共和国公司法》

第三条 【法人财产权及股东责任】 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。

第五条 【公司义务及权益保护】 公司从事经营活动，必须遵守法律、行政法规，遵守社会公德、商业道德，诚实守信，接受政府和社会公众的监督，承担社会责任。

公司的合法权益受法律保护，不受侵犯。

第二十条 【股东禁止行为】 公司股东应当遵守法律、行政法规和公司章程，依法行使股东权利，不得滥用股东权利损害公司或者其他股东的利益；不得滥用公司法人独立地位和股东有限责任损害公司债权人的利益。

公司股东滥用股东权利给公司或者其他股东造成损失的，应当依法承担赔偿责任。

公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任，逃避债务，严重损害公司债权人利益的，应当对公司债务承担连带责任。

第五十八条第2款 【一人公司的概念】 本法所称一人有限责任公司，是指只有一个自然人股东或者一个法人股东的有限责任公司。

★★ **第六十五条第2款 【国有独资公司的概念】** 本法所称国有独资公司，是指国家单独出资、由国务院或者地方人民政府授权本级人民政府国有资产监督管理机构履行出资人职责的有限责任公司。



基本法理

二、公司的权利能力和行为能力

公司的权利能力和行为能力主要是一种学理上的解释。关于公司的能力，我们注意三点就够了：

一是，公司的能力也分为权利能力和行为能力，但是公司权利能力和行为能力不像自然人那样是分离的，而是完全一致，并且权利能力和行为能力的大小也是以公司章程规定并记载于营业执照之上的范围来确定，并受到自身性质和法律的限制。

公司的权利能力就是公司依法可以享受权利、承担义务的资格。公司的权利能力与公司的经营范围是相适应、相一致的。章程和营业执照中确定公司的经营范围有多大，公司的权利能力就有多大。公司的经营范围由公司章程规定，并依法登记。公司可以修改公司章程，改变经营范围，但是应当办理变更登记。公司的经营范围中属于法律、行政法规限制的项目，应当依法经过批准（公司法第12条）。公司依法只能在其登记的经营范围内从事经营活动。否则，由公司登记机关责令限期变更经营范围，逾期未变更登记的处以1万元以上10万元以下的罚款；变更经营范围涉及法律、行政法规或者国务院决定规定须经批准的项目而未取得批准，擅自从事相关经营活动，情节严重的，吊销营业执照。公司经营范围是公司章程的必要记载事项，章程中确定经营范围实际上是对股东给予公司及其管理者进行经营活动的授权范围的记载。当然，现代社会，国家对某些行业进行特殊监管，因此，公司的经营范围中属于法律、行政法规限制的项目，应当依法经过批准，并应进行登记。

公司是一种企业法人，没有自然人的自然实体，因此，凡以性别、年龄、生命、身体及亲属关系为前提的权利和义务，公司一概不能享有，也无需承担。

新公司法修改后，扩大了公司的自治权，取消了许多原来的法定事项，而是交由公司自己决定，比如转投资，以前有不超过净资产50%的限制，现在没有了，由公司自己决定。公司向其他企业投资原则上是自由的，其限制是，除法律另有规定外，不得成为对所投资企业的债务承担连带责任的出资人（公司法第15条）。所谓法律另有规定，主要是指《合伙企业法》第3条的规定，即国有独资公司、国有企业、上市公司以及公益性的事业单位、社会团体不得成为普通合伙人。言外之意，除了国有独资公司、上市公司之外的其他公司（非属国有企业）都可以成为合伙企业的普通合伙人，即所有类型的公司都可以成为有限合伙人，除了国有独资公司、上市公司之外的其他公司（非属国有企业）可以向合伙企业投资成为普通合伙人。

二是，公司的行为能力和权利能力起点、终点都和公司本身的成立、终止相一致。具体标志就是看营业执照的签发与注销。

公司的权利能力开始于公司依法成立、营业执照的签发之日，消灭于公司依法解散、营业执照的缴销之日。设立中的公司没有权利能力。所谓设立中的公司是指自订立公司章程起至设立登记完成前尚未正式成立的公司，由于它正在创设之中，还没有办理公司的设立登记手续，没有领到营业执照，故设立中的公司依法没有权利能力。清算中的公司权利能力虽然尚未消灭，但是受清算目的的限制。

第三，公司法定代表人、负责人超越经营范围对外签订合同，除非违反法律行政法规的强制性规定，和专营专卖的规定，对外仍产生效力。（《合同法解释（一）第10条》）

公司的行为能力是通过公司的机关实现的。公司是一种法人，其本身并不具有思维能力、识别能力，也不能亲自实施法律行为，那么，公司的行为能力又是怎样体现和实现的呢？一般来说，公司的行为能力是通过公司的机关实现的，更具体点说，是通过公司机关的自然人成员的行为实现的，公司机关的行为，就是公司的行为。

公司的机关是公司的代表者，不是独立的权利主体，而是公司有机体的组成部分，公司的行为能力就是通过公司的机关实现的。公司的机关应由意思表示机关、执行机关和监督机关等三部分构成。公司的意思机关是公司意志的表示机关，公司的执行机关是公司的经营管理机关，而公司的监督机关则是公司的监督检查机关。公司的机关就是这三部分构成的有机体。由于公司的机关是公司的有机组成部分，同公司密不可分，故公司机关的意志就是公司的意志，公司的意志通过公司机关的自然人而表示出来，公司机关的行为就是公司的行为，公司的行为通过公司机关的自然人，如法定代表人和其他成员的代表行为而表现出来。因此，凡公司机关及其成员在其权利范围内代表公司执行业务的行为，在法律上就认为是公司本身的行为，公司应对其承担一切法律后果。

法人或者其他组织的法定代表人、负责人超越经营范围订立合同是超越权限订立合同的一种重要的表现形式，但签订合同的行为是公司的行为，因此，除非相对人知道或者应当知道其超越权限，该合同对公司产生法律效力。合同法第50条也有规定，法人或者其他组织的法定代表人、负责人超越权限订立的合同，除相对人知道或者应当知道其超越权限的以外，该代表行为有效，目的是为了保护善意第三人的利益。



相关法条

《中华人民共和国公司法》

★★ 第十五条 【转投资】公司可以向其他企业投资；但是，除法律另有规定外，不得成为对所投资企业的债务承担连带责任的出资人。

《中华人民共和国合伙企业法》

第三条 【不得成为普通合伙人的主体】国有独资公司、国有企业、上市公司以及公益性的事业单位、社会团体不得成为普通合伙人。



基本法理

三、公司的种类

在英美法系，大体上可将注册公司分为开放与非开放，或称公开与封闭（即公司股份是否向

社会公开募集、能否自由转让)两种类型。

按照大陆法系法律的规定或学理的标准,可以将公司分为不同的种类。

1. 以公司资本结构和股东对公司及其债务承担责任的方式为标准的分类

(1) 有限责任公司

这是我国《公司法》规定的两种公司形式之一,又称有限公司。有限责任公司是“股东以其出资额为限对公司承担责任,公司以其全部资产对公司的债务承担责任”的公司。

(2) 股份有限公司

这是我国《公司法》规定的另一种公司形式,又称股份公司。股份有限公司是将其“全部资本分为等额股份,股东以其所持股份为限对公司承担责任,公司以其全部资产对公司的债务承担责任”的公司。

(3) 无限公司

无限公司又称“合名公司”,是指由两个以上的股东组成,全体股东对公司的债务承担无限连带责任的公司。无限公司实质上属于合伙性质。所以,股东对公司的债务承担无限连带责任。

(4) 两合公司

这是由一个以上负无限责任的股东和一个以上负有限责任的股东所组成,无限责任股东对公司债务负无限连带的清偿责任,有限责任股东仅就其出资额为限对公司债务承担责任的公司。其中,无限责任股东是公司的实际经营管理者,有限责任股东则是不参与经营管理的出资者。所谓“两合”,就是指经营资本与经营管理劳务的结合,或者指无限责任股东与有限责任股东的结合。

(5) 股份两合公司

这是由一个以上负无限责任的股东和一个以上负有限责任的股东所组成,公司的资本分为等额股份的公司。其与两合公司的主要区别,就在于公司的资本分为等额股份。

我国《公司法》规定有两种公司形式,即有限责任公司和股份有限公司。在我国《公司法》中,没有规定无限公司、两合公司和股份两合公司。

2. 以公司的信用基础为标准的分类

这是按公司在市场经济活动中取得信用所依赖的基础,将公司分为资合公司、人合公司和资合兼人合的公司。

(1) 资合公司

指以资本的结合作为公司信用基础的公司。这种公司以资本的实质取信于人,使他人相信其具有足够的交易能力和偿债能力,而愿意与之发生经济往来;至于股东个人是否有能力或信誉,他人可以不必过问。资合公司建立在资本信用之上,有钱就有信用。资合公司以上市的股份有限公司为典型。在《公司法》中;对其有最低注册资本、实缴资本制、设立时验资和法定公积金等一系列规定,目的就是为维持其资信基础。

资合公司以资取信的特点也导致了两种后果。一是由于资本和个人信用相脱离,资本集中的阻力大大减少,任何人只要不是法定禁止,都可以参与投资,这样把所有闲散资金都利用起来了,因此,资合公司在筹资功能方面,是任何形态的公司都无法比拟的。另一个后果是由于资本和个人信用相脱离,导致投资人之间以及投资人和公司之间的关系极为松散。资合公司的股东对公司债务彼此承担独立、有限的责任,其组合为公司原则上不以相互信任、了解为前提。大家可能同是一个公司的股东而互不认识,也可以对公司的事务不闻不问,或知之甚少。比如,我们买股票,当了股东,可以不认识公司老总,可以不了解公司行业背景,还可以随时把股份卖掉,而不用征求任何人的同意。股票的流动性使得股份公司对投资人具有非常大的吸引力。

当然，资合公司也有其特别的问题。比如由于资合公司经营权与所有权相分离，就带来了所有者缺位问题，即积累的财产，相当多一部分已经脱离了投资人的实际控制，必须要有一套健全的制度实现权力的相互制约以保护投资者，特别是中小股东的利益。这就是公司治理的问题。比如，必须要有股东大会，董事会，监事会等股份公司的法定机构及其相互制衡的机制，还必须有大量的强制性规定。没有这套机构和规定，没有形成公司治理结构，资合公司就可能成为一盘散沙。因此，资合公司通常具有比较健全的制度，依赖制度化的管理，有较强的独立性，其经营和公司的存续与个别股东没有直接联系。

由于资合公司有强大的筹资功能和完善的管理制度，它就成为了世界公认的现代企业类型，被各国广泛采用。

(2) 人合公司

这是指以股东个人的能力、财力、声望和信誉等作为公司信用基础的公司。人合公司在市场交往中，不以自身资本为信用的基础，法律上也不强调公司的最低资本额。在公司内部，股东加入公司，可以用劳务、信用和其他权利入股，企业的所有权和经营权一般也不分离；所以，他人与人合公司交往，必然依赖于股东个人的信用。人合公司的股东对公司债务彼此承担无限连带责任，其组合为公司必须以相互信任、了解为前提。人合公司建立在对个人能力，信用，品质认同的基础之上，人合公司的人格与其股东的人格没有完全分离，其典型形式为无限公司。我国不承认无限责任公司这种形态。但是，尽管我国没有人合公司，但仍有人合企业，比如合伙企业、个人独资企业就是这种以个人信用为基础的企业形态。

在人合公司中，身份关系非常重要，我跟他合作是看上他这个人的能力，信用和品质，而不是单纯是他的钱。人合公司这个特点导致两个后果，一是出资人之间的关系十分紧密，每个人都是不可代替的，大家都彼此熟悉，密切合作。表现在出资转让方面，就是转让比较麻烦，需要其他股东的认可。另一个后果，就是由于人合公司过于局限个人的信用和能力，因此其规模发展受到限制，不是标准的现代企业制度。

(3) 资合兼人合的公司

这是指同时以公司资本和股东个人信用作为公司信用基础的公司，其典型形式为两合公司和股份两合公司。此外，有限责任公司尤其是一人有限责任公司是以人合为主兼具资合性质的公司；非上市股份有限公司尤其是发起设立的股份有限公司是资合为主兼具人合性质的公司。

3. 以公司组织关系为标准的分类

公司的组织关系有外部和内部之分，外部组织关系是指不同公司之间在组织上的相互联系，内部组织关系是指某一公司内部的隶属关系。

(1) 母公司和子公司

这是按公司外部组织关系的分类。在不同公司之间的控制与被控制、依附与被依附的关系中，处于控制和被依附地位的公司是母公司，处于被控制和依附地位的则是子公司。母公司或控制公司与子公司或附属公司之间虽然有控制与被控制的组织关系，但它们在参与外部的交易和管理关系时，都具有法人资格。所以，“子公司具有法人资格，依法独立承担民事责任”（公司法第14条第2款）。

同属于一个母公司的各个层次的公司与母公司之间及其相互之间，或者连锁控制的若干公司之间的关系，都属于关联企业的范畴。由于母公司、子公司和关联企业都是法人，为了防止这些公司利用其法人资格，相互勾结从事不当交易、不当经营行为或不当输送利益，损害他人利益及社会经济秩序，法律上须对其相互间的关系加以控制和调整，即形成有关关联企业暨关联交易制度。