

2010年版



中国政法大学
国家司法

法 考试

[第五册]

辅导用书

商法 经济法

吴景明 魏敬森 / 编著

D9/87
:2010(5)
2010

2010年版

中国政法大学
国家司法



法考试

[第五册]

辅导用书

商法 经济法

吴景明 魏敬森 / 编著



中国政法大学出版社

2010·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

中国政法大学国家司法考试辅导用书. 商法、经济法/吴景明, 魏敬森编著. - 北京: 中国政法大学出版社, 2010. 3

ISBN 978 - 7 - 5620 - 3621 - 0

I. 中... II. ①吴... ②魏... 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 IV. D92

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 030771 号

书 名 中国政法大学国家司法考试辅导用书·商法、经济法
出版发行 中国政法大学出版社 (北京市海淀区西土城路 25 号)
北京 100088 信箱 8034 分箱 邮政编码 100088 fada.sf@sohu.com
<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
(010) 58908433(考试图书编辑部) 58908325 (发行部) 58908334(邮购部)

承 印 固安华明印刷厂
规 格 787 × 1092mm 1/16
印 张 17.5
字 数 400 千字
版 本 2010 年 3 月第 1 版 2010 年 3 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978 - 7 - 5620 - 3621 - 0/D · 3581
定 价 32.00 元

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。
2. 如有缺页、倒装问题, 由本社发行部负责退换。



前言

2001年,《中华人民共和国法官法》、《中华人民共和国检察官法》和《中华人民共和国律师法》修正案相继通过。其中规定,国家对初任法官、检察官和取得律师资格实行统一的司法考试制度。这标志着我国正式确立了统一的司法考试制度。这是我国司法改革的一项重大举措。它对提高我国司法队伍和律师队伍素质,确保司法公正,全面推进依法治国,建设社会主义法治国家,具有重大而深远的意义。

中国政法大学作为教育部直属“211”全国重点大学,以拥有作为国家一级重点学科的法学学科见长。其法学师资队伍汇集了一大批国内外知名法学家。他们不仅是法学教育园地的出色耕耘者,也是国家立法和司法战线的积极参与者。他们积累了法学教育和法律实践的丰富经验,取得了大量有影响的科研成果。

国家统一司法考试实行以来,我校专家学者在参与司法考试的制度建设和题库建设中作出了许多贡献,同时在司法考试教育中付出了大量心血。在此期间,我校不仅有一批长期参加国家司法考试题库建设和考题命制的权威专家,也涌现了众多在国家司法考试培训中经验丰富和业绩突出的名师,形成了强大的司法考试研究阵容和师资队伍。

2005年,我校成立了中国高校首家司法考试学院。该院本着教学、科研和培训一体化的宗旨,承担着为在校学生和社会考生提供司法考试培训的任务。司法考试学院成立后,选拔了一批司法考试方面的权威专家或名师,精心编写了中国政法大学《司法考试全科辅导纲要》。在此基础上,根据司法考试的特点及广大备考人员的要求,修订为中国政法大学《国家司法考试辅导用书》(共六册)和《国家司法考试重点法条解析》(上下册),作为校内学生司法考试课程教学及对社会培训的专用教材。

司法考试学院组织编写的这套教材,紧扣司法考试大纲,体系完整,编排得当,重点突出,内容丰富,表述精准,文字简明。全书渗透着参编教师多年的教学经验,体现着对司法考试规律和应考学科知识的深刻理解与把握,同时适应备考人员的学习方式、学习习惯等特点,在编排格式上做了匠心独到的设计。

我相信,该套教材的出版,将会对广大备考人员学习、理解和掌握国家司法考试的知识内容和应试方法起到积极的引导与促进作用,对考生提高考场实战能力以及未来的从业能力给予有力的支持与帮助。

预祝各位备考人员在国家司法考试中取得满意的成绩。

中国政法大学校长助理 王卫国教授

2010年3月



目 录

商 法

修订说明	(1)
第一章 公司法	(2)
第二章 合伙企业法	(33)
第三章 个人独资企业法	(43)
第四章 三资企业法	(46)
第五章 企业破产法	(55)
第六章 票据法	(86)
第七章 证券法	(102)
第八章 保险法	(125)
第九章 海商法	(146)

经 济 法

修订说明	(163)
第一章 竞争法	(164)
第二章 消费者法	(177)
第三章 银行法	(196)
第四章 财税法	(204)
第五章 劳动法	(221)
第六章 土地法和房地产法	(247)
第七章 环境保护法	(267)



商 法

修 订 说 明

商法包括公司法、合伙企业法、个人独资企业法、“三资企业”法、企业破产法、保险法、票据法和海商法等内容，2009年证券法也放到了商法中，是司法考试大纲规定的必考内容和第三卷的重要部分。分值在30分到50分之间，大多数情况下维持在50分上下。但2008年情况比较特殊，商法共出了28分，还不及2007年公司法一门法律的分值高（2007年公司法有29分），2009年为34分，略有上升。在商法部分，分值分布极不均衡，多年来，公司法在商法分值中一直独占鳌头，占商法总分值的40%—70%左右；其次是合伙企业法分值也比较高；分值最低的是个人独资企业法和海商法，有时有一两题，有时不出题。“三资企业”法、保险法、企业破产法、证券法和票据法一般各都在3分至4分左右。所以考生复习时在时间有限的情况下根据以往的规律合理分配时间，多注意重点部门法。

本部分内容在写作时遵照大纲要求，但每一部分与考试无关的内容基本不涉及，并不刻意追求体系的完整而赘述非重点内容，尽量做到简明扼要，重点突出，考点覆盖全面，最大限度地减轻考生复习的负担，这一点多年来已得到了考生的充分肯定。

商法部分内容变化不大，只是保险法是今年新修订的法律，在一些重点制度规定上有较大的变动，在写作时已根据新法的规定全面重新编写。希望考生在注重公司法复习的同时一定注意作为新法的保险法。

总之，本部分内容能够满足考生复习考试的需要，尽可放心使用。

吴景明



第一章 公司法

公司是市场经济中最重要的主体之一，是最典型的企业法人，公司法是调整公司法律关系的法律规范，是商法体系中十分重要的法律部门。其与《证券法》、《中外合资企业法》、《中外合作企业法》、《外资企业法》、《企业破产法》等商法中的法律有着密切的联系，在某种意义上可以说公司法是这些部门法的母法。在最近几年，不论商法总分值如何变动，公司法在商法占据高分值的位置从未动摇过。因此公司法内容的掌握程度如何，直接关系到商法分值乃至总分值的高低。所以考生复习《公司法》时，一方面要熟练掌握公司法本身的重点法条，做到较为熟练和精通；另一方面要善于掌握各法与公司法之间的内在联系，能够主动将公司法与各法在相同和相近的规定方面的相关法条进行比较、鉴别。2009年商法部分出现特殊情况，总分值陡降至34分，公司法有10分，仍是商法中分值最高的。

第一节 公司法概述

 **大纲提示** 公司的概念☆☆、公司的营利性、公司的独立财产、公司的独立责任、公司的种类（人合公司与资合公司、本公司与分公司、母公司与子公司）。☆☆☆

 **考点精解**

一、公司的概念

根据我国公司法的规定，我国的公司是指由符合法定人数的股东依照公司法的规定出资设立，股东以其认缴的出资额或所认购的股份为限对公司承担责任、公司以其全部资产对公司债务承担责任的企业法人。

二、公司的特征

一般来说，公司有如下特征：

1. 公司的营利性。公司由投资者出资组成，投资者的投资目的是为了获得收益和回报，公司不过是投资者实现投资利益的法律工具。公司的营利性非仅指其自身简单的盈利，而是包括向其成员分配盈利，公司是以营利为目的开展活动的，其营业应具有内容的确定性并保持其经营的连续性或稳定性。所以盈利的物质基础是股东出资形成的资产，盈利的过程是不间断地开展经营活动。

2. 公司的独立法人资格。首先，公司拥有独立的财产，公司的财产主要由股东出资构成，公司的盈利积累或其他途径也是形成公司财产的来源。公司的股东在其将财产出资于公司之后，不再对这些财产享有任何直接的支配权，而只作为股东享有股权。我国公司法规定，“公司享有由股东投资形成的全部法人财产权，依法享有民事权利，承担民事责任”，因此公司对其财产应有权实际占有、使用、收益和处分。

其次，公司独立承担责任。公司的独立责任是其独立人格的标志，是公司具有法人地位的集中表现。公司的独立责任与股东的有限责任是相辅相成的，公司的独立财产必然决定了公司对公司经营中产生的债务以全部公司财产承担独立责任，而公司股东则仅以出资额为限对公司承担有限责任。公司财产责任的独立性，保障了投资者的安全，因而大大地增强了公司在吸收资本方面的作用。

此外，作为公司独立法人资格的标志还有章程和健全的组织机构。

但如果股东实施了滥用公司法人资格和股东有限责任的行为并给他人或社会造成了损害，则应按照公司人格否认理论，否认公司与其背后的股东各自独立的人格及股东的有限责任，责令公司的股东对公司债权人或公共利益直接负责，以实现公平、正义目标



的要求。这是公司独立责任的例外情况。

三、公司的权利能力和行为能力

1. 公司的权利能力是指公司作为独立的法律主体依法享有权利和承担义务的资格。首先,公司权利能力的存续期间。根据《中华人民共和国公司法》(以下简称《公司法》)第7条的规定,公司营业执照签发之日为公司成立之日,自公司成立之日起公司即享有权利能力。公司的权利能力终于其注销之日,《公司法》第189条规定:“公司清算结束后,清算组编制清算报告,报公司登记机关申请注销登记,公司注销登记之日起权利能力丧失。”

其次,对公司权利能力的限制。包括性质的限制、经营范围的限制和转投资的限制。

(1) 性质的限制关键是与自然人相区别,即自然人独有的、与其身体特征直接相关的权利能力,公司不享有,如生命权、健康权等。

(2) 经营范围的限制即公司对其超范围经营部分不享有权利能力。根据《公司法》第12条的规定:“公司的经营范围由公司章程规定,并依法登记。公司改变经营范围的必须进行变更登记;依法必须经批准的项目应当经过批准。”从这些规定可看出:公司登记经营范围后未经变更登记而从事新的经营活动的,或者依法必须经批准而未获得批准即经营的,视为超范围经营。

(3) 转投资的限制。《公司法》第15条规定:“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。”第16条规定:“公司章程对投资总额及单项投资数额有限额规定的,不得超过规定的限额。”

关于这方面的限制,从三个角度来理解:

第一,投资对象,从原则上讲是所有企业。投资后不能成为承担无限责任的出资人,依照《合伙企业法》的规定,合伙企业的合伙人分为普通合伙人和有限合伙人,所以,公司作为投资者可以向合伙企业投资。依照

《中外合作企业法》的规定,公司是设立中外合作企业的适格主体,但如果合作企业不具备中国法人资格,合作各方对企业债务承担连带责任,对中方公司来说,这里的连带责任是合法承担的。

第二,对外投资的最高限额及投资比例法律不作限制,法律将此权利授予了公司章程,但是只要章程有投资限额的规定,超过限额即属违法。

第三,对外投资由公司章程规定,并由董事会、股东会或股东大会作出决议。

(4) 公司提供担保的限制。《公司法》第16条对公司对外提供担保作出了规定,对公司担保,公司法从以下几个方面做出了限制:

第一,公司对外提供担保必须由公司章程作出规定,同时应由董事会、股东会或者股东大会作出决议;公司对内即对本公司的股东或实际控制人提供担保,必须经股东会或者股东大会决议,董事会无权决议。

第二,公司对外或者对内提供担保的总额或者单项担保的数额的限额由公司章程规定,而且提供担保的数额不得超过该规定的限额。

第三,公司向本公司的股东或者实际控制人提供担保的,接受担保的股东和接受担保的实际控制人支配的股东不享有对该担保事项表决的投票权。

第四,股东会或者股东大会在决议对内担保的事项时,由其他股东所持表决权的过半数通过。

(5) 公司借贷的禁止。公司不得直接或者通过其子公司向董事、监事、高级管理人员提供借款。

2. 公司的行为能力是指公司以自己的意思表示取得权利,承担义务的能力。公司的行为能力是通过公司股东会、董事会、监事会、经理机构及其组成成员在各自权限范围内的活动得以实现的。在法律规定范围内,公司法定代表人的行为是公司法人行为,其行为后果归属于公司。公司法人以其全部资



产对外承担民事责任。

重点提示

1. 公司的定义，要掌握股东承担责任的基础。
2. 对公司权利能力的限制。

四、公司的种类

依不同的标准，从不同的角度可以对公司作不同的分类。公司的分类有法律上的分类，也有理论、学理上的分类。同时在不同国家，也有不同的分类。按照我国公司法的规定，主要掌握以下几种分类即可：

1. 人合公司与资合公司。这一分类是大陆法系国家公司法理论上所作的一种分类，是一种学理分类。人合公司是指以股东个人条件作为公司信用基础而组成的公司。这种公司对外进行经济活动时，依据的主要不是公司本身的资本或资产状况，而是股东个人的信用状况和偿债能力。而资合公司是指以公司资本和资产条件作为其信用基础的公司。这种公司对外进行经济活动时，依靠的不是股东个人的信用情况，而是公司本身资本和资产是否雄厚，股份有限公司则是最典型的资合公司。

另外还有人合公司兼资合公司，如有限责任公司。

2. 本公司与分公司。一个公司随着经营规模的扩大，往往有许多业务分布于各个地方，甚至不同国家，直接从事这些业务的许多都是公司内部所设置的分支机构或附属机构，它们就是所谓的分公司，而原公司本身则称为之本公司或总公司。

我们需要掌握的是，分公司没有独立的法人地位或资格，虽然它可以有自己的名称，如办事处、分行、分公司等，但其名称应反映其与总公司的隶属关系。分公司也没有自己的独立财产，其实际占有、使用的财产是作为本公司的财产而计入本公司的资产负债表之中，同时本公司应以其财产对其分公司活动所产生的债务承担责任。由此可见，分公司实际上并不是法律意义上的公司，而只

是本公司的组成部分或业务活动机构。

3. 母公司与子公司。母公司，是指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进行实际控制的公司。母公司也称为控股公司。但控股公司的概念范围更广。它有时还指专事股权控制而不直接进行生产经营活动的母公司，如某些投资公司。与其相对应，其一定比例以上的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即为子公司。虽然子公司通常受母公司的实际控制，但母公司、子公司各为独立的法人。在财产责任上，母公司和子公司也各以自己所有的财产对各自的债务负责，互不连带。这是和本公司与分公司关系重要的区别。

4. 本国公司和外国公司。按照公司的国籍不同将公司分为本国公司和外国公司。这种分类就看公司具有哪国国籍。公司的国籍取得适用准据法说，即依照哪国法律设立的公司就是哪国公司。

 重点提示 注意分公司和子公司的区别，分公司没有独立的法人地位或资格，子公司活动所产生的债务由本公司承担责任。

五、公司法的概念和性质

公司法有广义和狭义之分。广义的公司法，是指有关公司规定的一切法律规范的总和，包括民法、破产法、企业法、外商投资企业法、民事诉讼法、证券法等各类法律、法规中所有涉及公司的内容及公司法单行法规。狭义的公司法，是指经国家立法机关制定并以公司法名称命名的单项法律规范，即《中华人民共和国公司法》。我们这里所讲的公司法，是针对狭义公司法而言的。

1. 公司法是一种企业组织法。公司是企业组织形式中的一种，以公司这种企业组织作为调整对象的公司法就是企业组织法。公司法作为企业组织法，主要规定了公司的设立、变更、终止，公司的法律地位和组织机构，公司的名称和住所，公司股东的权利和义务，以及公司内部的法律关系。



2. 公司法是一种活动法。作为活动法,并不是指公司所有对外活动都归公司法调整。只有那些与公司组织特点有着密切联系的活动归公司法调整。因此,我们是在确认公司法是组织法的前提下,承认公司法是一种活动法。

3. 公司法是公法化了的私法。按照大陆法系公法与私法划分的理论,私法是调整当事人之间关系的法律;公法是调整社会公共利益的法律。公司法产生之初像民法一样都属于私法。自19世纪以来,由于经济的发展、公司规模不断扩大,使得以往公司解散、破产这些原本只涉及公司自身利益的事情变成了与社会公众密切相关的事情,涉及社会公众利益,甚至影响到整个国家的安定。由于国家对公司这种经济组织及其活动的干预越来越多,今天的公司法已不再是18、19世纪的公司法,它已逐渐被公法化,是最典型的公法化了的私法。

第二节 公司的设立

 **大纲提示** 公司设立的概念、公司设立与成立的区别、公司设立的发起设立和募集设立、公司的登记机关、登记程序与等级效力。

 **考点精解**

一、公司设立的概念

公司设立,是指设立人依《公司法》规定,为组建公司进行的协商、订立公司章程、决定公司种类和名称、确定经营范围及资本的总额、选择营业地点、由发起人或股东认缴并出资、召开创立会议、选举董事和监事以及申请设立登记等的活动。设立的主体可以是自然人、法人和国家等。在公司设立过程中,发起人对内执行设立业务,对外代表正在设立中的公司。设立行为只能发生在公司成立之前,并应当严格履行法定程序和符合法定条件。公司设立的目的在于取得法律上的资格,因此,设立人在设立阶段从事的与设立公司无关的活动,不应纳入公司设立

范畴。

公司的成立是指已经具备了法律规定的实质要件,完成设立程序,由主管机关发给营业执照而取得公司主体资格的一种法律事实。

二、公司设立与公司成立的区别

公司的成立与设立的区别主要有:

1. 公司的设立行为发生于营业执照颁发之前,成立则发生于被依法核准登记、签发营业执照之时。因此,公司的成立是设立行为被法律认可后依法存在的一种法律后果。简单来说,公司设立是过程,公司成立是结果。

2. 设立行为以发起人的意思表示为要件,受平等、自愿、诚实信用等民商法基本原则的指导,公司设立过程中的争议,一般依发起人之间订立的设立协议来解决。而公司的成立发生在发起人与有权核准成立的主管登记机关之间,关于公司是否成立的争议,一般依据有关行政法规来解决。

3. 公司在被核准登记之前属于设立中的公司,此时的公司尚不具备独立的主体资格,其内、外部关系一般被视为合伙。因此,如果公司最终没有成立,设立行为的后果应由设立人负连带责任;如果公司最终成立,发起人为设立所实施的法律行为的后果原则上归属于公司。公司成立后所实施行为的后果原则上由公司承担。

三、公司设立原则

公司设立的原则是指公司设立的基本依据及基本方式。公司的设立先后经历了自由设立主义、特许主义、核准主义、准则主义等设立原则。

我国在公司设立问题上曾经长期实行核准主义原则,这种做法在我国公司法制尚不健全的时代曾经起到过积极作用,但随着经济的发展,其弊端日益显露,如公司设立成本高,政府操纵市场等。现行《公司法》对公司设立的条件、程序等作了修改,第6条规定:“设立公司,应当依法向公司登记机



关申请设立登记。符合本法规定的设立条件的，由公司登记机关分别登记为有限责任公司或者股份有限公司；不符合本法规定的设立条件的，不得登记为有限责任公司或者股份有限公司。法律、行政法规规定设立公司必须报经批准的，应当在公司登记前依法办理批准手续。”即我国公司法修改后公司设立原则一般为准则主义，除依法需要审批的以外。实践中，一般需要审批的通常是特殊行业，如金融业、保险业等。

 **重点提示** 我国公司法中公司设立原则一般为准则主义，除依法需要审批的以外。

四、公司设立的方式

公司设立的方式有发起设立和募集设立两种。

发起设立，是指由发起人认购应发行的全部股份而设立公司。募集设立，是指发起人认购公司应发行股份的一部分，其余部分向社会公开募集而设立公司。按照我国公司法规定的公司类型，有限责任公司因其人合性与资本封闭性，其设立方式应为发起设立。

股份有限公司因其开放性与资合性，可采取募集设立，至于是采取发起设立方式还是募集设立方式，可以由发起人根据实际情况自由选择。当设立规模较大而本身资金不足，需要向社会广泛筹集资金时，可采取募集设立方式，否则可采取发起设立方式。对哪种公司必须采取发起设立或必须采取募集设立公司法没有规定。

《公司法》第85条规定：“以募集设立方式设立股份有限公司的，发起人认购的股份不得少于公司股份总数的35%；但是，法律、行政法规另有规定的，从其规定。”

五、公司设立登记

公司设立登记是指公司在设立时，依法在公司注册登记机关由申请人提出申请，登记机关审查无误后予以核准并记载法定登记事项的行为。目的是创设法律人格，赋予公司以独立主体资格。公司设立登记是公司进行经营活动的基本前提和首要条件。公司设

立一经登记，公司即告合法成立，取得了从事生产经营和商业服务活动的资格。通过设立登记，便于国家进行监督管理。

公司登记须在国家规定的公司注册登记机关进行。依《公司登记管理条例》及相关法律文件的规定，我国的公司登记机关是国家工商行政管理局和地方各级工商行政管理局。

公司登记的程序因各种不同类型的公司及不同种类的登记而异，一般而言，按照《公司法》与《公司登记管理条例》规定，各种公司的设立登记应共同遵守的基本程序主要有下列各项：

首先，由拟设立的公司向其所在地的工商行政管理机关提出设立登记申请。对于需要申请公司名称预先核准的，应申请公司名称的预先核准。

其次，登记主管机关对于设立登记申请的各种文件应进行审查，经过形式审查合格的，即发给申请人《公司登记受理通知书》。登记机关自发出《公司登记受理通知书》之日起30日内，经过实质审查，即对符合规定条件的申请，做出予以登记的决定，自做出予以登记的决定之日起15日内通知申请人，发给《企业法人营业执照》；对不符合规定条件的，作出不予登记的决定，自做出不予登记的决定之日起15日内通知申请人，发给《公司登记驳回通知书》。

最后，登记主管机关核准登记后，应发布公司登记公告。经公告后，公司登记程序才告全部完成。此时，登记事项可发生对抗第三人的效力。

第三节 公司章程

 **大纲提示** 章程的概念和性质、章程的订立☆☆、章程的效力、章程的修改☆☆。

 **考点精解**

公司章程是指公司必须具备的由发起设立公司的投资者制定并对公司、股东、公司



经营管理人员具有约束力的调整公司内部组织关系和经营行为的自治规则。

一、公司章程的订立

章程是公司的设立要件之一，因此，章程的订立发生在公司设立环节。根据我国公司法的规定，公司章程的制定主体和程序因公司的种类不同而异，设立有限责任公司，应当由股东共同制定公司章程；国有独资公司的公司章程由国家授权投资的机构或者国家授权的部门依照公司法制定，或者由董事会制订，报国家授权投资的机构或者国家授权的部门批准；而对于股份有限公司，发起设立的股份有限公司，由发起人制订公司章程，对于募集设立的股份有限公司，其章程的制定过程比较复杂，先由发起人制订，然后经创立大会决议通过。

 **重点提示** 公司章程的制定主体和程序因公司的种类不同而异。

二、公司章程的效力

1. 公司章程的时间效力。关于章程的生效时间，目前主要有两种不同的观点：一种观点认为，章程自发起设立公司的投资者签字时生效；另一种观点认为，章程自公司成立时生效。我国公司法没有将公司设立协议规定为设立公司的必备文件，公司章程需要调整公司成立前后两个不同阶段的民事关系，许多本来属于应当由设立协议调整的在设立过程中发起人之间权利义务关系也规定在了章程之中。大多数公司章程包括了两部分内容：一部分调整公司成立前，即公司设立过程中发生的民事关系；一部分调整公司成立之后才可能发生的民事关系。因此，本书认为，章程中调整发起设立公司的投资者的内容，相当于公司设立协议，可以适用《合同法》的一般规则，签字盖章时成立并生效，发起设立公司的投资者均自章程成立时受其约束。章程中调整尚未成立的公司、尚未产生的董事、监事、经理以及未来可能加入公司的其他股东的那些内容，则自公司成立时生效。

2. 公司章程的对人效力。公司章程对公

司、股东、董事、监事、高级管理人员具有约束力。股东依章程规定享有权利和承担义务。董事、监事、经理应当遵守公司章程，依照法律和公司章程的规定行使职权。若董事、监事、经理之行为超出公司章程对其赋予的职权范围，其应就自己的行为对公司负责。

3. 公司章程的修改。公司章程的修改是股东会或者股东大会的职权，且必须以绝对多数表决权通过，即有限责任公司由全体股东所持表决权的2/3以上通过，股份有限公司由出席股东大会股东所持表决权的2/3以上通过。

重点提示

1. 章程中调整发起设立公司的投资者的内容，相当于公司设立协议，可以适用《合同法》的一般规则，签字盖章时成立并生效。

2. 公司章程对公司、股东、董事、监事、高级管理人员具有约束力。

3. 章程修改的条件。

第四节 公司资本

 **大纲提示** 公司资本的概念、公司资本与资产的关系、公司资本原则和制度。

考点精解

一、公司资本的概念

资本是公司法最基本的概念之一，资本制度在公司法中起着主导性的作用，公司法中的许多其他制度和规则都与资本制度有着内在的密切的联系，因此要重点掌握公司资本制度的内容。

公司资本又称股本或股份资本，是公司成立时章程规定的由股东出资构成的财产总额。资本是公司自有的独立财产，是一个抽象的财产金额。

二、公司资本形成制度

公司资本是通过股份或资本的发行而形成的，各国公司法对资本的形成方式有不同的设计，并制定了其相应的法律规则，由此产生了以下3种相对稳定的资本形成制度。



● 重点提示

1. 法定资本制。法定资本制，是指在公司设立时，必须在章程中明确规定公司资本总额，并一次性发行、全部认足或募足，否则公司不得成立的资本制度。法定资本制的主要特点是资本或股份的一次发行，而不是一次缴纳股款。法定资本制是大陆法系国家所普遍实行的公司资本制度，它不仅适用于股份有限公司，也适用于有限公司。我国公司法实行的是分期缴纳的法定资本制。

法定资本制利于公司资本的稳定和确定，利于提高市场交易的安全性。但这一制度也因导致某些公司资本的闲置和浪费、增资程序繁琐、费时费钱等弊端而受到批判。

2. 授权资本制。授权资本制，是指在公司设立时，虽然应在章程中载明公司资本总额，但公司不必发行资本的全部，只要认足或缴足资本总额的一部分，公司即可成立。其余部分，授权董事会在认为必要时，一次或分次发行或募集。授权资本制的主要特点是资本或股份的分期发行，而不是法定资本制的一次发行、分期缴纳。

授权资本制减轻了公司设立的难度，简化了公司增资程序。但授权资本制也有其弊端，由于公司章程中的资本仅是一种名义上的数额，同时又未对公司首次发行资本的最低限额及其发行期限作出规定，因而极易造成公司实缴资本与其实际经营规模和资产实力的严重脱节，容易发生欺诈行为，并对债权人的利益构成风险。

3. 折衷资本制。折衷资本制是在授权资本制基础上通过对董事会股份发行授权的限制、规定其发行股份的比例和期限形成的资本制度。这种制度既坚持了授权资本制的基本精神，又体现了法定资本制的要求，而其核心则是授权资本制。

三、公司资本原则

公司资本原则包括资本确定原则、资本维持原则与资本不变原则。

1. 资本确定原则是指公司在设立时，必

须在章程中对公司的资本总额作出明确规定，并须全部认足或募足，否则公司即不能成立。公司成立后若发行股份，必须履行增资程序，经股东会决议并修改公司章程。通常把资本确定原则等同于或另称之为法定资本制，实质上，法定资本制是体现资本确定原则的资本形成制度。资本确定原则的目的是为了保证公司设立时资本的真实可靠，使公司形成稳固的财产基础和健全的财务结构，并防止公司的滥设，维护经济秩序的稳定和交易的安全。但其不足则是增加了公司设立的难度，也会造成资金在公司中的闲置和浪费。我国公司法修改之前实行的是严格的资本确定原则。

2. 资本维持原则。是指公司在其存续过程中，应经常保持与其资本额相当的财产。资本维持原则的立法目的正是为了防止资本的实质减少，保护债权人利益。

各国公司法围绕资本制度建立的绝大多数法律规则都是资本维持原则直接或间接的体现。包括：公司成立后，股东不得抽回出资；不得折价发行股份，公司股份可以按面额平价发行或溢价发行，但不允许折价发行等。我国公司法对资本维持原则亦有充分的体现。

3. 资本不变原则。是指公司的资本一经确定，即不得随意改变，如需增减，必须严格按法定程序进行。由此可见，这里的不变，并非资本绝对的不可改变，而是指不得随意增减，也不是随构成资本的具体资产价值的实际变化而增减。资本不变原则的立法意图是防止资本总额的减少导致公司财产能力的降低和责任范围的缩小，保护债权人利益。

四、公司资本与资产的关系

公司资产是公司实际拥有的全部财产，包括有形财产和无形财产。在财产形态上，资产分为流动资产、长期投资、固定资产、无形资产和递延资产等。在财产来源上，资产主要来自于三个方面：股东的出资即公司资本、公司对外负债、公司的资产收益和经营收益。资产与负债作为公司资产负债表中



的两个栏目,存在互动的对应关系,由于负债是资产的来源,因此,公司负债的增减必导致资产的相应增减。

● 重点提示

1. 就概念而言,公司资产要大于资本,资本只是资产的一部分。但就实际情况而言,资本与资产的对应关系会因公司的经营状况而有很大差别。公司成立时,没有任何对外负债,其资本就是其全部资产,公司成立后,随着公司对外负债的发生,资产通常都会高于资本,但并不排除因公司的极度亏损或公司资产价值的剧烈变化而导致资产低于资本的情况发生。

2. 公司法人的独立财产责任,是以实有的全部资产对其债务负责,公司资产才是公司对外承担财产责任的实际担保,因此,不能夸大公司资本的信用担保作用。

第五节 公司的股东

● 大纲提示 股东的概念、股东权利的类型和内容、利害关系股东表决权的排除☆☆、股东的一般义务、控股股东的义务☆☆、公司人格否认制度☆☆。

● 考点精解

一、股东的概念

一般而言,有限责任公司的股东是指因在公司成立时向公司投入资金或在公司存续期间依法继受取得出资而对公司享有权利和承担义务的人;股份有限公司的股东是指在公司设立时或在公司成立后合法取得公司股份并对公司享有权利和承担义务的人。一般来说,自然人、法人、国家均可成为股东。

二、股东资格的取得

投资人通过认购公司的出资或股份而获得股东资格。就取得股东资格的时间及原因而论,可将股东资格的取得方式分为原始取得和继受取得。

● 重点提示

1. 凡在公司成立时就因创办公司或认购

公司首次发行的出资或股份而成为公司股东的,属于股东资格的原始取得,这些股东属于公司的原始股东。在有限责任公司及发起设立的股份有限公司中,原始股东主要包括公司的发起人或创办人,而在募集设立的股份有限公司中,还包括其他在公司设立时即认购了公司股份的人。此外,因在公司成立后认购公司新增资本而取得公司股东资格的,也属于股东资格的原始取得。

2. 凡因转让、继承、公司合并等概括继取得公司出资或股份并成为公司股东的,属于股东资格的继受取得,这类股东即为继受股东。继受股东主要包括受让原始股东的出资或股份的人,以及因其他事由继受他人的出资或股份的人。

三、股东的权利

股东将自己的财产交由公司进行经营,按其投资份额对公司享有一定权利并承担一定义务,这种权利和义务的总称就是股权。股权既是股东法律地位的具体化,又是对股东具体权利义务的抽象概括。

● 重点提示

1. 股权是指在公司中各股东依其所持有的股份比例或拥有的出资额享有平等的权利,负担同等的义务。如同股同权和同股同利等。

2. 股权的享有者只能是股东;股权既有财产权的一面,又有非财产权的一面。前者如股利分配请求权;后者如表决权。这就决定了股权的内容具有综合性。我国《公司法》对股权的内容有明确规定:股权是股东对公司所行使的权利,即以公司为作用对象。

3. 一般来说,股东权利类型有以下分类:

(1) 自益权与共益权。这是依股权行使的目的和内容为标准进行的划分。凡股东以自己的利益为目的而行使的权利是自益权。凡股东以自己的利益并兼以公司的利益为目的而行使的权利是共益权。

自益权与共益权相辅相成,共同构成了股东所享有的完整股权。当然,自益权与共益权间的界限并不是绝对的。



(2) 固有权和非固有权。这是依股权的重要程度为标准进行的划分。固有权是公司法赋予股东的、不得以公司章程或股东(大)会决议予以剥夺或限制的权利。非固有权是指依公司章程或股东(大)会决议可剥夺或可限制的权利。

将股权分为固有权与非固有权的意义,主要在于让公司发起人和股东明确哪些权利是可依公司章程或决议予以限制的,哪些权利是不得以公司章程或决议予以限制的,从而增强其权利意识。

(3) 单独股东权和少数股东权。这是依股权行使方式为标准进行的划分。单独股东权是指可以由股东一人单独行使的权利。少数股东权是指持有已发行股份一定比例以上的股东才能行使的权利,如我国公司法规定的持有公司股份10%以上的股东提请召开临时股东大会的请求权。

四、股东权利的内容

股东权利的具体内容因公司的种类及股权的性质不同而不尽一致,但就一般权利而言,股东享有的权利主要包括:出席或委托代理人出席股东(大)会(优先股股东例外)的权利、选举权和被选举权、依法转让出资或股份的权利、查阅公司章程和股东(大)会会议记录等有关资料的权利、股利分配权、公司终止后对公司剩余财产的分配权、公司发行新股时的新股认股权、对公司的经营提出建议或者质询的权利、提起召开临时股东大会的权利、对股东(大)会的决议向人民法院提起诉讼的权利等。

五、利害关系股东表决权的排除

股东决议权是股东有权参加股东大会,并就决议事项作出一定意思的权利。当对决议事项有特别利害关系时,对有关股东的表决权须作特别的限制,即排除该股东对决议事项的表决权。这一制度称为表决权的排除制度。

我国公司法规定,股东出席股东大会,所持每一股份有一表决权。股东享有表决权

的数目以其所持股份数而非股东人数为计算标准。从各国公司法立法例来看,在规定一股一权原则的同时,大都规定了一些例外情形,其主要表现是对大股东所享有的表决权进行限制和排除,以实现大小股东之间的利益平衡,防止大股东滥用其在公司中的优势地位,侵害中小股东的合法权益。确立表决权排除制度的主要立法宗旨是为了确保股东会决议结果的公正性,进而保护公司和其他股东的正当权益。

● 重点提示

1. 在股东表决权排除制度中,不但要求与股东大会决议事项有特别利害关系股东不得行使表决权,而且利害关系股东的表决权亦不得由他人代理行使;同时利害关系股东亦不得代理他人行使表决权。

2. 这里所谓的特别利害关系,是指决议事项会直接导致股东特别取得权利或负担义务,或是导致该股东权利丧失或义务免除。有特别利害关系的股东由于把关不严而在股东大会上行使了表决权时,该决议即为有瑕疵的决议,可以依法定程序予以撤销。

3. 利害关系股东表决权的排除在《公司法》中主要体现在以下条款:第16条规定,“公司向股东或实际控制人提供担保的,接受担保的股东和接受担保的实际控制人支配的股东对该事项没有表决权”;第72条规定,“股东对外转让股权时,出让人对是否同意转让没有表决权”;第104条规定,“公司持有本公司股份的,不得行使表决权”。

六、股东的一般义务

各国公司法对股东义务的规定大同小异,主要包括缴纳股款、对公司承担有限责任。缴纳股款,这是股东的出资义务,即股东必须依其所认数额向公司缴纳股款。实际上,这一义务是认股人取得股东资格的前提条件。

对公司承担有限责任,即股东以其认缴的出资额或所认购的股份为限对公司承担有限责任;股东除其出资外,对公司不承担任何其他财产责任,公司债务与股东无关。也

就是说,股东一旦完成了其出资义务,除非特别例外,如公司人格被否认,股东对公司债务即不承担任何责任。严格地说,股东对公司承担有限责任的义务实际上只是股东的出资义务在公司债务责任上的表现;股东一旦完成了其出资义务,即完成了对公司的所有义务。

除此之外,股东还应承担公司章程规定的其他义务。

七、股东行使权利的限制

任何权利的行使都是有界限的,权利不能滥用,股东应该基于正当目的按照法律规定行使权利,如果滥用权利谋取不当利益或者侵害公司或他人权益,则应当受到禁止权利滥用原则的限制。

● 重点提示

我国《公司法》规定,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。根据这一规定:

1. 股东应当依法行使股东权利。股东作为公司的出资人,依法享有资产收益、参与重大决策和选择管理者等权利。股东应当遵守法律、行政法规和公司章程的规定,依法行使股东权利。

2. 股东不得滥用股东权利。股东不得利用自己的股东权利,通过操控股东会或者股东大会作出决议等形式,损害公司的利益或者其他股东的利益。

3. 股东不得滥用公司法人独立地位和股东有限责任。股东不得利用自己的股东权利,通过利用公司法人独立地位或者股东有限责任的方式,规避法律,逃避债务,损害公司债权人的利益。

八、公司法人人格否认制度

股东滥用股东权利、公司法人独立地位和股东有限责任,给公司造成损失的,应当依法承担赔偿责任;股东滥用股

东权利,给其他股东造成损失的,应当依法承担赔偿责任;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,对公司债务承担连带责任。

这一规定叫做公司人格否认制度,又称“刺破公司的面纱”,指为阻止公司独立法人人格的滥用和保护公司债权人利益及社会公共利益,就具体法律关系中的特定事实,否认公司与其背后的股东各自独立的人格及股东的有限责任,责令公司的股东对公司的债权人或公共利益直接负责,以实现公平、正义目标的要求而设置的一种法律措施。公司人格否认原则不是对公司独立人格全面的永久的剥夺,也不是对法人制度本身的否定,而是对公司法人人格本质的内涵的严格恪守。公司人格否认原则的效力范围限于特定法律关系中。通常公司的独立人格在某方面被否认,并不影响到承认公司在其他方面仍是一个独立自主的法人实体。因此,公司人格否认原则的效力是对人的,是基于特定的原因的,而非普遍适用的。

● 重点提示

1. 对公司人格否认原则的适用,需要具备下列条件:

(1) 公司设立合法有效,并且已取得独立法人人格。

(2) 股东滥用对公司的控制权。

(3) 股东控制权的滥用,客观上损害了债权人利益或社会公共利益。这是指公司外部关系人利益受损的事实及其与股东滥用控制权行为之间的因果关系。

2. 有限责任制和公司人格否认制度的宗旨都在于将商业风险合理地分配于股东与其他当事人之间,其间规则的设置乃是股东利益与其他利益衡平的结果。股东若合理地维护了公司独立性,就理所当然地享有有限责任制度的优惠;如果股东行为有悖于公司人格独立性原则,若没有造成公司外部关系人的利益损失,也不应主张否认公司人格,因



为公司人格否认原则的目的是保护公司的外部关系人的利益。只有公司外部关系人利益因此受到损害,才应当否认公司人格,对公司外部关系予以必要的救济。

3. 对公司人格否认制度的理解应掌握以下几点:首先,这一制度是个案使用并且一案一决,否认的效力没有扩展性和延续性;其次,公司人格否认的主体是法院,即在司法程序中才有价值;再次,公司人格否认的结果是使股东对公司的债权人和因其行为损害的公共利益负责。另外,我国公司法规定的公司人格否认的适用范围仅限于滥用和财产混同两种情形,即《公司法》第20、64条。

九、控股股东及其义务

公司的控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员具有直接或间接控制企业的能力,这种能力很容易被滥用来谋取不当利益,与限制权利滥用原则相同,对于这类主体的滥用权利行为也要加以规制。《公司法》第21条规定:“公司的控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员不得利用其关联关系损害公司利益。违反前款规定,给公司造成损失的,应当承担赔偿责任。”

重点提示 控股股东,是指其出资额占有限责任公司资本总额50%以上或者其持有的股份占股份有限公司股本总额50%以上的股东;出资额或者持有股份的比例虽然不足50%,但依其出资额或者持有的股份所享有的表决权已足以对股东会、股东大会的决议产生重大影响的股东。实际控制人,是指虽不是公司的股东,但通过投资关系、协议或者其他安排,能够实际支配公司行为的人。

第六节 股东代表诉讼制度、 诉权和撤销决议申请权

大纲提示 股东代表诉讼制度的概念和

特点、股东代表诉讼的当事人、股东代表诉讼制度可诉行为的范围、股东代表诉讼程序和法律后果☆☆☆。

考点精解

股东代表诉讼的概念与特征

股东代表诉讼,又称派生诉讼、代位诉讼,是指当公司怠于通过诉讼手段追究有关侵权人员的民事责任及实现其它权利时,具有法定资格的股东为了公司的利益而依据法定程序代公司提起的诉讼。也就是股东为了公司的利益而以自己的名义起诉公司董事、监事、高级管理人员或他人。

重点提示

1. 需要注意以下几点:

(1) 有代表诉讼权的股东是有限责任公司的全体股东,股份有限公司连续180日以上单独持有或者合计持有公司1%以上股份的股东;股东只是作为名义上的诉讼方,原告股东并不能取得诉讼结果的任何直接利益,法院的判决结果直接归于公司承担。

(2) 起诉的对象是董事、监事、高级管理人员或他人。

(3) 起诉的理由是董事、监事、高级管理人员违法或违反章程给公司造成损失或他人侵犯公司合法权益给公司造成损失。

(4) 程序为:首先书面请求监事会或者监事起诉董事、高级管理人员和书面请求董事会或者执行董事起诉监事,如果书面请求得以实现,股东即不再享有代表诉讼的权利;其次,当出现以下三种情况之一时,即产生股东代表诉讼权:监事会或者监事、董事会或者执行董事接到书面请求后拒不起诉,或者收到书面请求后30日内不起诉,或者情况紧急不立即起诉会使公司利益受到难以弥补的损害。

2. 诉权。董事、高级管理人员因违反法律、法规或章程损害股东利益的,股东可以向人民法院提起诉讼(第153条)。

3. 撤销决议申请权。股东会或股东大会、董事会的决议内容违反法律、法规的无效;股