



三校名师 司法考试
www.sanxiaomingshi.com

2010年 国家司法考试

三校名师讲义

6 | 商法 经济法 知识产权法

北京三校名师学校 / 组编

鄢梦萱 / 编著

点石成金，凝聚十八载名师课堂授业精华。

作为三校名师司法考试培训授课专用教材，本书历经十八年的经典传承，千锤百炼，实至名归，带给您身临其境的名师授业风范与智者的深邃启迪。



三校名师 司法考试
www.sanxiaomingshi.com

2010年国家司法考试

三校名师讲义

⑥ | 商法 经济法 知识产权法

北京三校名师学校 / 组编



中国政法大学出版社

2010·北京

应考指引

这是一本专门为司法考试复习备考编写的讲义。

统一司法考试资格证书是一条捷径，它可以帮助大家走上法律职业共同体之路，也有助于已经行进在这条路上的同道之人有更加美好的前程。既然，资格证书是一条获取成功的捷径，那么，为了取得这项资格的备考也应当有捷径可循，虽然，谁都不否认，通过司法考试是一项苦差使。

应对考试的捷径，可谓仁者见仁，智者见智，但凡参加过实战考试的，都会有一二心得。从小到大，一路考来，我们都不缺应付考试的本领，如果给每一位参加考试的朋友提供足够的时间，去研习商法、经济法、知识产权法的法理，去搜寻司法实务界对某一个问题的判例，去熟读背诵艰涩的法条，我敢断言，司法考试的通过率会大大提升，因为法律不止在于逻辑，更在于经验，~~考试也不例外。~~

但是，花费数年时间去研习法律~~然后再参加司法考试~~，对大多数人而言纯属奢侈，而且对每一个部门法都精通实为太~~现实~~，~~因为，拿到司法考试资格证书后，我们要么侧重公司业务，要么偏好刑事辩护，谁还会做全能型法律人呢？~~而我们都明了，越是高端的法律人才越需要专业精益求精。~~过犹不及~~，考试只不过是一块敲门砖罢了，备考的过程越简短越好，需要掌握的知识满足必须通过的分数足矣。

我一直认为，司法考试的培训并非传道授业解惑——那是法学本科教育的重心。陆游的诗句“汝果欲学诗，功夫在诗外”同样适用于这场考试，博大精深的法律知识或者工于心计的法律业务岂是一场考试能够解决得了的？基于此，虽然司法考试对国家的法制建设功不可没，对遴选优秀法律人才利在千秋，但是对备考的朋友而言，司法考试仅仅是一场考试而已，更加宽泛和持续的学习应贯穿于我们今后司法实践的始终。基于此，考试培训更加强调的是对考试的感觉和临场的经验；基于此，我们定位“培训”实乃“辅助”，我们是各位考生的助手，帮助您将考试重点挑出并将它系统化，找出这些考点在试卷中的出现方式，并总结出来后供您使用，免得您自己花费太多时间和精力。

这个思想主导了这本《商法·经济法·知识产权法讲义》的编写体例。在这本讲义中，商法以制度为纲要，经济法、知识产权法以考点为主线，力图将知识点、相关的法条结合起来。这本讲义没有寻求知识的全面，寻求的是一种应对考试的复习之道。

一、综合分析

2006年、2007年商法、经济法、知识产权法的总体分值突破了100分大关，2008、2009年分值有所下降，2008年三科为80分，2009年三科为80分。其中商法在卷四中没有单独的公司法案例分析题导致比重下降。近三四年，我国商事法有重大变革，如2006年的新《公司法》、《证券法》，2007年的新《企业破产法》、《合伙企业法》、《企业所得税法》，2008年《劳动合同法》施行，2009年《食品安全法》施行、《保险法》修订、《专

利法》修订,2010年《著作权法》修订,这些均是非常重要的变化。商法、经济法、知识产权法可谓法条庞杂,内容繁多,复习备考时颇为令人头疼。但在司法考试命题中仍然重点突出。此重点涵盖两方面内容:一是重点的部门法,如《公司法》、《合伙企业法》、《劳动法》、《劳动合同法》等;二是部门法中的重要制度,如《土地管理法》中的“土地确权纠纷”、《环境保护法》中的“环境侵权诉讼”。这些考点在司法考试中频频出现。

单就商法而言,毫无疑问,备考的重点仍然是《公司法》和《合伙企业法》。《企业破产法》千呼万唤始出台,是一部极为复杂的法律,不仅立法理念上将原《企业破产法》“重破产清算”转换为“重企业更生”,而且程序设计上的“总分结构”也易混淆。但对于《企业破产法》,正是由于其复杂的理念和立法结构反而导致在司法考试中分值比例很低。本讲义虽然对《企业破产法》这一章写得较为详细,力图为大家展现《企业破产法》的全貌,但是建议大家在备考时只掌握重点制度。

经济法法条繁多且杂乱,既有权利义务等民事法内容,也有行政措施、行政处罚等行政法内容,单个部门法考查的分值普遍不高,多数部门法仅仅考查一两道题,似乎仅仅为了证明该法还没有被司法考试所遗忘、所抛弃。还有部分部门法“偶尔露峥嵘”,如《审计法》、《证券投资基金法》。

相比较而言,知识产权法的内容考查相对稳定也相对固定,试题花样的翻新较少。该部分内容理解运用起来非常复杂,实践中专业性极强,但在司法考试中却是蜻蜓点水般考查一些基本问题,是典型的“实践中的难点,考试中的得分点”。

至于商、经、知产法部分的案例分析,现在变数较多。以往较为固定的模式是第四卷中有一道分值较高的公司法案例分析题,间或出现知识产权法案例分析题(2005年是专利法案例分析)。但是2008、2009两年均未考公司法单独的案例分析题。不过,即使出现公司法案例分析试题,也有一定的分析解答方法,提请考生朋友注意本书中标注{重点掌握}、{理解运用}的制度和规则。

不得不提到的是,每年考试试题中均有一些不如人意的题目,所指的“不如人意”,是指不论从司法实践办案的角度,还是单纯从司法考试命题的角度都算不上重要的一些知识点,也在商法、经济法考试中,尤其是经济法中出现。当考试结束后两三天笔者按照学校的要求核对答案时,看着某些经济法试题,第一感觉竟然是无助,原因在于很多考生在一年的复习中所花费的时间、精力和金钱又是徒劳,因为这些题目让考生在复习备考时无从下手。不过,幸好这些生僻的题目大多在单选题中,幸好我们还有一套应对具有中国特色的考试的答题方法。所以,就笔者个人的经验来看,对这些刁钻的考点无需过于在意,临考前有针对性的强化记忆和答题技巧的训练比掌握这个知识本身更为有用。

二、对经济法试题的分析

(一)重点突出

近几年经济法分值较为固定,年均分值为40分左右(2007、2008年各为40分,2009年为34分)。其中07、08两年经济法的试题难度有所下降,知识点回归到了传统的重点,偏题较少。如2007年卷一第21题考查政府及其所属部门的限制竞争行为;第22题考查不正当竞争行为的认定;第23题考查税收强制措施;2007年和2008年均考查《土地管理法》第16条关于土地纠纷及其解决的规则;2007年的不定项选择题考查《劳动法》中的经济性裁员规则;2008年不定项选择题考查《劳动合同法》中的

劳务派遣制度。2009 年经济法试题既考查了重点,如无固定期限的劳动合同,也考查了一些生僻的知识点,如增值税、审计监督的范围。但是在复习备考时,仍请大家关注平时复习以及老师上课时反复强调的重点内容。

(二)试题反映了法律的修订

司法考试不单单是一门考试,它还和法律适用以及人们日常生活都有关联。新通过的法律或者新修订的法律历来是司法考试的重点。如 2007 年《劳动法》题量增加,反映了《劳动合同法》颁布在即,并且考查了《企业所得税法》的内容;2008 年更是以《劳动合同法》为考试重点,《反垄断法》和《城乡规划法》作为新法也有涉及;2009 年考查了《食品安全法》中的食品安全监测制度。

(三)关注社会热点问题

如 2008、2009 年均考查“无固定期限劳动合同”,2008 年《证券法》高达 4 题的题量,均是和当年的热点紧密相关。这要求我们在为 2010 年复习备考做准备时,一定要关注民生、关注时政。

(四)考查角度综合

需要强调的是,对经济法重点内容的考查角度有所变化,更加强调考生的细心和对知识点掌握的全面。如 2007 年卷一第 68 题:

根据我国《商业银行法》、《银行业监督管理法》的相关规定,下列哪些选项是正确的?

- A. 商业银行的组织形式既可以是有限责任公司,也可以是股份有限公司
- B. 商业银行的设立、变更等应经中国人民银行批准
- C. 由于商业银行涉及存款人的利益,故商业银行不能通过破产程序而终止
- D. 中国银监会负责对所有金融机构的监管

这道题目既考查了商业银行的组织形式,也考查了银监会和央行职权划分,并且考查了商业银行的破产。考生对银监会和中国人民银行(央行)的职权划分记忆不准确的话,就极易忽视 B 选项。正确的表述应当是:“商业银行的设立、变更等应当经银监会批准。”

三、对商法、知识产权法的分析

2007 年,总分值为 56 分,其中分布在卷三为 36 分,卷四有一道 20 分的案例分析。2008 年,商法部分总分值为 40 分,均分布在卷三。2009 年,商法总分值为 34 分。商法中仍然以《公司法》为龙头法,卷三客观题在考查方式上仍延续了以往考法条的传统,但是案例题结合民诉内容,注重公司的实务操作,属于非常综合的题目。

(一)重点突出

“考重点”体现在两个方面:一是着重考查《公司法》和《合伙企业法》,二是没有偏离部门法本身的重点,试题不偏不怪,考试的重点也基本是教学重点。如:2007 卷三第 25 题考查公司设立方式,第 26 题考查股东出资程序,第 30 题考查股权转让规则,第 78 题考查股东资格的确定、公司债务的承担、公司人格否认制度,案例分析中涉及股东代表诉讼制度和公司担保行为的效力;其他部门法中,第 72 题考查保险利益,第 77 题考查财保合同的代位求偿权,第 32 题考查票据法中的票据抗辩,第 71 题考查票据无因性,第 74 题考查中外合资企业股权转让规则;2008 年卷三第 30 题考查公司担保,第 31 题考查股东对公司的义务,第 32 题考查司法解散,第 25 题、

第 69 题和第 70 题均考查有限合伙人,其他部门法中,第 27 题和第 71 题均考查担保合同的代位求偿权,第 28 题考查期后背书,第 72 题考查票据的无因性、票据的变造、伪造(票面记载)等;2009 年卷三第 26 题考查股权转让规则、第 27 题和第 74 题考查有限合伙人的特殊权利、第 28 题考查普通合伙人死亡退伙的后果,其他部门法中,第 29 题考查债务人财产的范围、77 题考查禁转背书的后果、79 题考查保险利益等。这些内容本身就是我们在教学中强调的重点内容和关键性制度,说明目前的趋势为:考试的重点就是法律本身的重点或热点。就试题来看,这两年都很少纠缠于不重要的期日、数字等内容。

这再一次表明,复习备考时一定要将主要精力和时间投入到相应部门法的主要制度上,不要求全面和钻牛角尖。

(二)关注法规中的新制度和新规则

2007 年商法中修订的法律有《企业破产法》、《合伙企业法》,二法均有较大幅度的变化,这两年的试题中也充分体现了修订的内容。2009 年修订了《保险法》。反映在试题中,如合伙企业法中的有限合伙制度,首次将其上升为合伙企业的法定形式,2007 年卷三第 27 题、第 73 题考查了该制度,2008 年、2009 年更是将其作为合伙企业法中的重中之重,比重相当之高。

(三)案例综合性加大——“非典型性”公司法案例

纵观 2004 年到 2007 年三年情况,公司法的案例均属于高难度的综合题,不仅涉及公司法本身的重要制度,也和实践中的热点相联系。特别是 2007 年的公司法案例分析题,除了考查公司对外担保效力、股东代表诉讼制度等公司法意义上的重点外,案例更加综合,更注重实务,如第一问的“如何提出诉讼请求”,第二问的“需要证明哪些事实”都和民事诉讼制度联系紧密,突破了传统公司法的考查方式,使得考生拿到试题后无从下手。

四、备考策略

从试题反映出的“考重、考新、考热”的思路来看,我们在备考复习可以采取一些针对性措施。

(一)强调重点,抓大放小

经济法覆盖面广,分值分散,被认为是耗费精力但是得分率较低的法律部门。但是在众多的经济法中,仍然有重点,而且这个重点是比较明显的。我们强调对传统重点部门法重点复习,比如《劳动合同法》、《反不正当竞争法》、《反垄断法》、《环境保护法》(强调环境侵权诉讼和环境行政责任)需要大家下大力气,法条真题都要认真对待;其次是次重要的法律,这些部门法在考试中每年都有 1 或 2 道题出现,但这些法规本身没有理解上的难度,强调的是记忆,比如税法(含《个人所得税法》、《企业所得税法》和《税收征收管理法》)、《银行业监督管理法》、《土地管理法》和《城市房地产管理法》等;最后是不太重要的法律,这些法律每年或者不被考查到,即使考查到,也是象征性的 1 道题,如《证券投资基金法》等,对这些分值非常少的部门法,可以在复习时少花一些时间和精力。

(二)强化备考和专题复习相结合,真题和法条相联系

在复习备考的初期,也就是复习的起始阶段是非常重要的,此时一定要将重点规则理解透,此阶段复习的最大忌讳就是“吃夹生饭”。在授课时,我们会将重点和难点

内容,比如公司的设立制度、资本制度、有限责任原则与公司法人人格否认制度、股东代表诉讼制度等详加讲解。该阶段对一些单纯依赖记忆,没有太多理解上难点的内容可以暂且放到一边。

到了复习的中期,也就是第二阶段,可以重点记忆法条内容,标注出法条中的关键词,结合第一阶段积累的知识,发现法条中隐藏的或者容易混淆的内容。在边看教材和法条的同时,一定不要忽视做题,看书和做题是一个互补的关系。

但经过两个阶段的复习后,很多考生仍然感觉做题时心中没谱,那么,这就需要第三阶段:真题训练阶段。这是一个非常关键的阶段,不仅要检验对部门法的理解和记忆水平,更重要的是对知识的融会贯通和答题技巧的训练。

五、结语

在对司法考试试题的分析中,我们强烈地感受到司法考试对法学知识准确性的要求。本书在开篇即表明这是一本专门为司法考试编写的讲义。既然为考试所需,本书便以准确性为原则,以有效性为目标,以应试性为指导,以能够为应考朋友提供帮助为宗旨,通过我们的努力来减轻备考的工作量。总而言之,本讲义贯穿始终的思路是“减负、辅助”,而非观点的创新。衷心希望本讲义对各位考生朋友有所帮助,也诚挚地祝愿各位考生朋友能顺利通过司法考试!

目 录

商 法

第一章 公司法 / 1

第一节 公司法概述 / 2

第二节 公司的设立 / 9

第三节 公司的股东 / 18

第四节 有限责任公司的股权转让、股份公司的 股份转让 / 23

第五节 公司董事、监事、高级管理人员 / 28

第六节 公司的组织机构{重点} / 30

第七节 一人公司、国有独资公司、上市公司的特别规定 / 36

第八节 公司的变更、合并与分立 / 39

第九节 公司的解散与清算{理解运用} / 41

第十节 其他知识点 / 44

附:《公司法》案例分析 / 45

第二章 合伙企业法 / 59

第一节 合伙企业概述{一般了解} / 59

第二节 普通合伙企业的设立条件与程序 / 61

第三节 普通合伙企业的财产 / 63

第四节 普通合伙企业事务的执行{一般了解} / 65

第五节 普通合伙企业与第三人的关系{重点} / 66

第六节 普通合伙企业的入伙与退伙 / 67

第七节 特殊的普通合伙企业{重点} / 70

第八节 有限合伙企业{重点} / 71

第九节 合伙企业解散、清算、破产 / 74

第三章 个人独资企业法{一般了解} / 76

第四章 外商投资企业法 / 79

第一节 概述{一般了解} / 79

第二节 中外合资经营企业法{重点} / 80

第三节 中外合作经营企业法{一般了解} / 81

第四节 外资企业法{一般了解} / 82

第五章 企业破产法 / 84

第一节 一般规定 / 85

第二节 破产申请和受理{重点掌握} / 86

第三节 破产管理人{重点} / 90

第四节 债务人财产{重点掌握} / 91

第五节 债权申报 / 97

第六节 债权人会议{一般了解} / 99

第七节 重整程序 / 101

第八节 和解程序 / 104

第九节 破产清算程序{重点} / 106

第六章 票据法 / 110

第一节 票据法概述{重点} / 111

第二节 票据权利{重点} / 112

第三节 票据抗辩与补救{重点} / 115

第四节 汇票 / 117

第五节 本票和支票{了解} / 123

第七章 证券法{理解运用} / 125

第八章 保险法 / 136

第一节 保险法概述 / 137

第二节 保险合同总论{重点} / 138

第三节 人身保险合同{重点} / 141

第四节 财产保险合同{重点} / 146

第五节 保险业法律制度{一般了解} / 149

经济法

第一章 竞争法 / 152

第一节 反垄断法 / 152

第二节 反不正当竞争法 / 157

第二章 消费者法 / 161

第一节 消费者权益保护法 / 162

第二节 产品质量法 / 165

第三节 食品安全法 / 168

第三章 银行业法 / 174

第一节 商业银行法 / 174

第二节 银行业监督管理法 / 177

第四章 财税法 / 180

第一节 个人所得税法、增值税法 / 180

第二节 企业所得税法 / 183

第三节 税收征收管理法 / 183

第四节 审计法{一般了解} / 187

第五章 劳动法和劳动合同法{重点} / 188

第一节 劳动法 / 189

第二节 劳动合同法{重点} / 194

第六章 土地法和房地产法 / 204

第一节 土地管理法 / 205

第二节 城市房地产管理法 / 209

第七章 环境保护法 / 213

知识产权法

第一章 著作权 / 217

一、知识产权概述{一般了解} / 218

二、著作权的取得原则{理解} / 219

三、著作权的客体{理解} / 219

四、著作权的主体(归属){重点} / 220

五、著作权的内容{重点、理解掌握} / 222

六、著作权的限制{重点、记忆} / 224

七、邻接权{难点、理解掌握} / 226

八、著作权的侵权行为{一般了解} / 227

九、计算机软件著作权{一般了解} / 229

第二章 专利权 / 231

一、专利权的主体(专利权的归属) / 231

二、授予专利权的条件{重点、修改点} / 233

三、授予专利权的申请与审查批准程序 / 234

四、专利实施的强制许可{修改点、理解} / 235

五、专利权的保护{重点} / 237

第三章 商标权 / 240

一、注册商标的种类 / 240

二、商标注册的审查和核准 / 241

三、商标权的内容{一般了解} / 242

四、注册商标的撤销{重点} / 243

五、商标侵权行为{重点} / 244

六、驰名商标{重点} / 245



商 法

2007年商法总分为56分(含卷四20分的案例分析题)。2008年商法部分总分为40分(无案例分析)。2009年商法总分为34分(单选10题、多选12题)。

第一章 公司法

【重点提示】

《公司法》的重要性不容忽视,作为商法部分的龙头法,其地位非常重要。从试题角度来看,06、07年《公司法》的考查力度和难度都较大,但08年,特别是09年不仅分值降低,难度也大幅降低。但近几年的考查均没有脱离重点,如股权转让规则、股东代表诉讼制度、公司担保规则、高管人员的任职资格,等等。

【理解】本法需要重点理解掌握:(即不需记忆,但对理解公司法的规定大有益处)

1. 公司的独立财产与独立责任;
2. 公司法强制性和任意性的关系;
3. 有限公司的人合性及与其他制度和规定之间的内在关联;
4. 股份有限公司的公开性及与其他制度和规定之间的内在关联;
5. 公司资本原则(尤其是资本维持原则、注册资本的规定)

【熟悉运用】本法需要熟悉运用:(即可能在案例分析中出现的考点要素)

1. 公司人格否认制度;
2. 有限责任公司股东出资的法律要求、股东出资瑕疵;
3. 有限公司的设立条件和设立程序等原理和法律规定,并能分析和解决实务中的问题;
4. 公司担保规则在分析和解决公司实务中的适用;
5. 股东代表诉讼;
6. 股东资格的取得与确认;
7. 公司合并、分立的法律效力等公司实务问题的分析;
8. 公司司法解散、并能对公司解散和清算中的实务问题做出分析和处理;
9. 有限公司的股权转让等原理和法律规定,并能分析和解决实务中的问题;
10. 对公司、股东承担赔偿责任的主体(董监高、大股东、清算人)。

★ 已考考点及法条归纳:

考查次数	已考考点	已考法条
2次	公司的种类	
1次	有限责任公司和股份公司的特征	
1次	公司权利能力的限制	《公司法》第150条
2次	公司的章程	《公司法》第11条等
2次	公司投资的限制	《公司法》第15条
3次	公司的出资形式	《公司法》第27、28条;《公司登记条例》第14条
2次	出资不实的法律责任	《公司法》第20、28、31、33、35条
3次	股份有限公司的募集设立	《公司法》第77—79、88、90条
1次	股本的抽回	《公司法》第92条
1次	公司注册资本	《公司法》第178条
7次	有限责任公司股权转让、股权回购	《公司法》第72—76条
1次	新股的发行	《公司法》第127、131、134、137条
1次	股票发行价格的确认	《公司法》第128条;《证券法》第13条
2次	股东代表诉讼	《公司法》第150、152条
1次	股东对股东会或董事会违法决议的诉讼	《公司法》第22条
1次	股东会会议	《公司法》第39、40条
2次	股东资格	《公司法》第34条
1次	股东会职权	《公司法》第38、100条
3次	高管的任职资格和义务	《公司法》第148、149条
2次	一人有限责任公司与个人独资企业	《公司法》第58条;《个人独资企业法》第2条
1次	公司登记的类型	
1次	法定资本公积金	《公司法》第168条
1次	股票的种类	《公司法》第129、130条
2次	有限责任公司的清算	《公司法》第184—191条
2次	司法解散	《公司法》第183条
2次	发行公司债券的条件	《证券法》第16、18条
3次	公司的合并、分立	《公司法》第38、62、176—181条

第一节 公司法概述

一、公司的概念和特征

公司,是指股东依照公司法的规定,股东以其认缴的出资额或认购的股份为限对公司承担责任,公司以其全部独立法人财产对公司债务承担责任的企业法人。在民事主体的分类中,法人与自然人为两类民事主体,其中公司是以营利为目的的社团法人、企业法人。

《公司法》所称公司,是指有限责任公司和股份有限公司。(第2条)

(一)公司的一般特征

1. 公司具有营利性(一般了解)

“营利性”是指,公司是以营利为目的企业法人,设立公司的目的以及公司的运作,都是为了谋求经济利益。

公司的营利性是公司区别于非营利法人组织的重要特征。非营利性法人如宋庆龄基金会、茅盾文学基金会等。

该特征不仅包括公司自身的盈利,还包括对其成员分配盈利。因此《公司法》在规定股东权利时,首先于第4条规定:“公司股东依法享有资产收益、参与重大决策和选择管理者等权利。”

2. 公司具有法人资格(★“法人”是理解重点)

《公司法》第3条规定:“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。……”

法人是与自然人并列的一类民商事主体,具有独立的主体性资格。公司是最典型的法人类型,具有独立财产,能够对外独立承担责任,它体现了法人的最本质特征。具体而言:

(1)公司必须具备必要的财产,享有独立的法人财产权。即公司必须有可供公司自身控制支配的财产,公司依靠自己的财产对外独立承担责任。

公司的财产,是和股东的财产相分离的,这被称为“分离原则”。

但公司毕竟是一个组织,公司成立之初的原始财产来源于股东的出资,依据“分离原则”,股东一旦履行了出资义务后,股东对自己的出资财产不再享有所有权,出资财产的所有权即转移至公司,也就是说,转变为公司财产。因此,股东丧失自己财产的所有权,作为对价,股东享有股权。

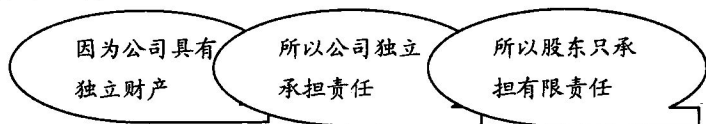
(2)公司独立承担财产责任。即公司以其全部财产对公司债务承担责任。公司的这种责任承担方式属于“无限责任”,如果公司不能清偿到期债务,有可能导致公司破产。

(3)公司能够对外独立承担责任,也就意味着股东的有限责任,股东仅仅以其对公司的出资额为限对公司债务承担责任。原则上,股东不和公司的债权人发生直接关系,债权人首先应当向公司请求清偿债务。《公司法》第3条规定:“……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。”

(4)公司必须依法设立。《公司法》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。公众可以向公司登记机关申请查询公司登记事项,公司登记机关应当提供查询服务。”

(5)公司必须有名称、住所、章程。《公司法》第8条规定:“依照本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字样。依照本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字样。第10条:“公

司以其主要办事机构所在地为住所。”第 11 条：“设立公司必须依法制定公司章程。”



3. 公司是社团法人,具有社团性{一般了解}

公司的社团性,表现在公司通常由两个或两个以上股东出资组成。

(1) 股份有限公司具有完全的社团性,股东为 2 人以上。

(2) 有限责任公司同样体现了公司的社团性,但当股东只有 1 人时,构成公司“社团性”特征的例外。例外情况包括:一人公司、国有独资公司。

(3) 虽然有例外存在,但是法人的社团性仍然是公司的基本特征之一。因为社团性强调的是组织体,而不仅仅是社员人数为多数。

(二) 有限责任公司特征

有限责任公司,是指股东以其认缴的出资额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。其特征为:

1. 设立人数的限制。有限责任公司由 50 个以下股东出资设立。

2. 股东以出资额为限对公司承担责任。这是有限责任公司区别于无限责任公司、两合公司的本质特征。

3. 设立手续和公司机关简易化。这是相对于股份有限公司而言。

4. 具有封闭性,属于“封闭性公司”。如有限责任公司的设立程序不公开;公司的经营状况不公开;股东出资不得随意转让。

5. 有限责任公司是人资两合公司,具有“人资两合性”。所谓“人合性”,是指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。人合公司的对外信用主要取决于股东个人的信用状况,故人合公司的股东之间通常存在特殊的人身信任或人身依附关系。

所谓“资合性”,是指公司的经营活动以公司的资本规模为企业的信用基础。资合公司的对外信用和债务清偿保障主要取决于公司的资本总额以及现有财产状况。

我国目前不承认人合性公司,我国的有限公司具有一定的人合性,是人合兼资合性质的公司。但是股份公司(尤其是上市公司)是典型的资合性公司。

既然有限公司具有一定的人合性,所以除了公司要有独立财产可以对外承担责任外,而且股东之间的相互信任关系非常重要,而股权转让会导致公司新股东增加的后果,因此我国《公司法》第 72—76 条对有限责任公司的股权转让做出了较为严格的限制。(详见下文“股权转让”一节)

(三) 股份有限公司的特征

股份有限公司(简称为“股份公司”)是指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企业法人。其特征为:

1. 公司资本股份化、证券化,股东以其所持股份为限对公司承担责任。

股份公司全部资本分为等额股份,是指公司资本划分为股份,每股金额相等,由发起人或股东认购并持有。股份作为公司资本的基本单位。

2. 是典型的资合公司,但是股份公司中的非上市公司仍具有一定的人合性质。

3. 是公开公司,具有开放性和社会性。具体表现为,股份的发行和转让的公开性与自由性;股份公司的经营状况需要公开。此与有限责任公司的封闭性完全不同。

【小结】两类公司的特征:

	有限责任公司(有限公司)	股份有限公司(股份公司)
概念	是指股东以其认缴的出资额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。	是指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企业法人。
相同点	股东以出资额为限对公司承担责任	股东以出资额为限对公司承担责任
区别点	是人资两合公司	是典型的资合公司
	具有封闭性,属于“封闭性公司”	是公开公司
	资本不划分为股份形式	公司资本股份化、证券化
	设立手续和公司机关简易化	复杂

二、公司的种类{记忆}

从学理上可以对公司做出下列分类:

1. 以公司股东的责任范围为标准,即以公司股东是否对公司债务承担责任为标准,可将公司分为无限责任公司、两合公司、股份两合公司、股份有限公司、有限责任公司。其中,股份有限公司的出现早于有限责任公司。

2. 以股份的转让方式为标准,即以公司股份是否可以自由转让和流通为标准,可将公司分为封闭式公司、开放式公司。我国公司法中,有限责任公司属于封闭式公司,股份有限公司属于开放式公司。虽然,股份有限公司还区分为上市公司和非上市公司,其中非上市公司具有一定的封闭性,其发行的股票和债券不能上市交易,但仍然可以申请发行股份和债券,所以并没有从根本上否定股份有限公司的开放性。

3. 以公司的信用基础为标准,即以公司的交易信用来源和责任承担依据为标准,可将公司分为人合公司、资合公司、人资两合公司。人合公司的股东之间通常存在特殊的人身信任关系或人身依附关系。我国公司法上,有限责任公司是人资两合公司,股份有限公司是典型的资合公司,虽然其中的非上市公司具有一定的人合性质,但不能从根本上改变股份有限公司的资合性质。

4. 以公司之间的关系为标准,可以分为:本公司和分公司、母公司和子公司。

(1)总公司(本公司)与分公司。《公司法》第14条第1款规定,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。

所以,分公司不具有法律上和经济上的独立地位,不具有法人资格,不能独立承担民事责任。但是,分公司能够以自己的名义从事法律行为,有相应的权利能力和行为能力。民法理论上,分公司可以归入非法人组织中。

(2)母公司和子公司。《公司法》第14条第2款规定:“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。”

母公司是指拥有其他公司一定数额的股份或根据协议,能够控制、支配其他公司的人事、财务、业务等事项的公司。

子公司是指一定数额的股份被另一公司控制或依照协议被另一公司实际控制、支

配的公司。

【表】公司比较：

类型	是否具有法人资格	是否独立承担责任
本公司	是	是
分公司	否	否
母公司	是	是
子公司	是	是

三、公司法的强制性与任意性{理解运用}

公司法属于私法,其主旨在于维护股东的意思自治和权利自由,如股东设立何种类型公司、聘请何人管理公司、股份如何转让等,都是建立在股东意思自治的基础之上的。私法自治和权利保障的理念是公司法的最高理念。

但是,在现代经济条件下,为确保社会交易安全和公众利益,带有公法色彩的强制性规定越来越多地渗透到公司法领域。如公司法中关于法定事项的公示主义、公司登记的要式主义、公司章程中必要记载事项、公司财务会计制度、公司名称的要求、董事和高管人员任职资格的要求、最低注册资本制度等规定,无不反映国家公权对公司法中股东私权的限制和干预。

必须指出,公司法中强行性规范的存在并不意味着公司法的性质发生了改变,公司法仍然是私法领域的法律规范。我国现行公司法充分体现了公司法的私法属性,体现了放松管制、尊重公司自治的立法精神。如现行公司法突出了公司章程作为自治法在调整公司内部关系中的地位与作用,增加了公司章程可以另行做出规定的规则,大大突出了公司章程的地位,以彰显公司法的私法性质。

四、公司法的基本原则

(一)有限责任原则与公司法人人格否认制度{重点理解}

1. 股东有限责任原则。股东的有限责任原则,是指股东除按认缴的股份缴足出资款外,对公司的债务或公司债权人不负其他责任。也即“股东仅以出资额为限对公司承担责任”。

《公司法》第3条规定:“……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。”要点为:

(1)“有限责任”是指股东承担有限责任。有限责任原则并非“公司承担有限责任”,因为公司以公司的全部财产对债务承担责任,这是一种无限责任。正是由于股东的有限责任原则才使得公司能够募集资本,扩充规模。

(2)股东承担有限责任的基础:认缴的出资额或认购的股份数额(需要对比的是,股东按照实缴出资比例分取红利。见《公司法》第35条)。

(3)有限责任原则虽然是公司法的基本原则,但是随着实践中大股东侵占公司财产的行为越来越严重,现代公司法规定了有限责任原则的例外——公司人格否认制度。

※【题例】

李某与合伙企业“大木采石场”各出资50万元组建了一家具有独立法人资格的大木贸易有限责任公司,经营建筑材料,聘请营销专家陈某担任经理。这里谁负“有限责任”? (C)

- A. “大木采石场”对合伙企业的债务
- B. 大木有限公司对公司的债务
- C. 李某和“大木采石场”对大木有限公司的债务
- D. 陈某对大木有限公司的债务

解析: 本题考查“有限责任”承担的主体。根据《公司法》第3条的规定:“……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。”可知,股东是承担有限责任的主体。本题中,李某与合伙企业“大木采石场”是公司的投资人,二者对公司的债务承担有限责任。故C选项正确。

A选项错误。根据《合伙企业法》第38条的规定:“合伙企业对其债务,应先以其全部财产进行清偿。”第39条的规定:“合伙企业不能清偿到期债务的,合伙人承担无限连带责任。”所以,“大木采石场”对合伙企业债务应当以企业的全部财产清偿,此为无限责任,合伙人对合伙企业的债务承担补充责任。

B选项错误。根据《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。”可知,公司以全部财产对公司债务承担责任,此为无限责任。

D选项错误。因为公司是企业法人,具有独立的人格,可以独立对外承担责任。陈某是公司的经理,即使假设陈某在经营过程中有过错的话,也是应当由公司对债务承担清偿责任,而不是由员工对公司债务承担清偿责任。

2. 公司法人人格否认制度(股东直索责任)

《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。”此规定就是公司人格否认制度在立法上的表述。

(1)公司法人人格否认制度,又被称为“揭开公司面纱理论”,该制度只有当公司法人人格被滥用时才适用,它是有限责任原则的补充。也就是公司股东滥用有限责任或恶意利用有限责任制度而损害到债权人和社会公共利益时,要否认公司的独立法人人格,否认股东的有限责任,由股东对公司债权人承担清偿责任。该制度目的是为了协调因股东有限责任制度被滥用而导致公司股东和公司债权人利益的失衡。

(2)在适用公司法人人格否认情形下,要由股东以自己的个人财产对公司的债务承担个人责任。即现行公司法确立了股东对公司债务承担责任的制度。

(3)公司法人人格否认的适用前提,是具有股东滥用公司法人人格的事实和行为,股东的主观目的难以考察,所以不是公司法人人格否认的必备要件。实践中常见的公司被股东不当控制,公司与股东之间财产或业务或组织机构混同等,均构成否认公司法人人格的事由。

(4)在诉讼中,一般仍然适用“谁主张谁举证”的举证原则,但如果是一人公司的股东滥用有限责任,则在诉讼中适用“举证责任倒置”的原则。

(5)在目前的司法实践中,当公司资不抵债或公司解散清算过程中,即,当公司财产不足以清偿债务时,才适用“人格否认”。(详见下文“公司的解散与清算”一节)。

(二)公司社会责任(一般了解)

公司社会责任是对公司营利性特征的补充。公司社会责任,是指公司不能仅仅以