



三校名师 司法考试
www.sanxiaomingshi.com

2009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

《《《 掌司考之命脉 传道 >>>

《《《 悟司考之战术 授业 >>>

《《《 破司考之疑点 解惑 >>>



三校名师 司法考试
www.sanxiaomingshi.com

2009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

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不现实,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,谁会去做“全科”职业法律人呢?而我们都明了,越是高端的法律人才越需求专业精益求精。这样想想,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年有所下降,三科总共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。近两三年,我国商事法有重大变革,如2006年施行的新《公司法》、《证券法》,2007年施行的新《企业破产法》、《合伙企业法》、《企业所得税法》,2008年《劳动合同法》的施行,均是非常重要的变化。商法经济法可谓法条庞杂,内容繁多,复习备考时

颇为令人头疼。但商法、经济法、知识产权法仍然考查重点突出。此重点涵盖两个内容,一是重点的部门法,如《公司法》、《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”,较为简单。

至于商、经、知产法部分的案例分析。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,2008年将公司法和民事诉讼法结合进行考查)。所以我们在编写讲义时进行了灵活处理,突出公司法的案例,单设一节分析公司法案例的解答方法,并且为和司法考试的难度相匹配,我们设计的案例题目综合性较强。

不得不提到的是,每年考试试题中均有一些不尽如人意的题目,所谓的“不尽如人意”,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、经济法——回归传统重点,偏题大幅降低

(一)重点突出

2007年和2008年经济法年分值均为40分,通观2007、2008年司法考试经济法试题,考查重点基本趋向不变,仍然保持着经济法考查中一贯的思路。这两年经济法的试题难度有所下降,知识点回归到了经济法中传统的重点,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21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。试题的考查范围和

出题点基本都是大家平时复习以及老师上课时反复强调的重点。

(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。

(三) 关注社会热点问题

如2008年考查“无固定期限劳动合同”,《环境保护法》考查了4题,《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2009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

但是,需要强调的是,虽然经济法以及各部门法的重点是集中的,但是考查的角度有变化,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、商法、知识产权法——重者恒重

商法部分2007年总分为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年总分为40分,均分布在卷三。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,但是这两年卷四的案例结合民诉内容,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》,二是没有偏离这两个部门法本身的重点,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;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;32题考查司法解散;第25题、69题和第70题均考查有限合伙人;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。

商法中其他部门法,所考查的内容都是最基本的,考生在复习时需要重点掌握的制度或者规则,如2007年第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年第27题和第71题均考查财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。这些试题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。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、73题考查了该制度,2008年更是将其作为合伙企业法中的重中之重,比重相当之高。再如企业破产法中的管理人制度,也出现在2007年卷三第28题中。因此,对于2009年修订的《保险法》,考生应重点关注。

(三)案例综合性加大——“非典型性”公司法案例

在卷四中基本固定有一道公司法的案例分析,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,今年考查的案例更加综合,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2007、2008年试题注重于“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

在对司法考试以及之前律师资格考试试题的分析中,我们感到司法考试难度的增加,也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!

鄢梦萱

2008年12月18日于北京

目 录

应考指引 / 1

商 法

第一章 公司法 / 1

- 第一节 公司法概述{一般了解} / 2
- 第二节 公司设立概述{一般了解} / 9
- 第三节 公司设立的条件{重点理解} / 11
- 第四节 公司的股东{重点掌握} / 19
- 第五节 有限责任公司的股权转让、股份公司的股份转让{重点掌握} / 24
- 第六节 公司董事、监事、高级管理人员的资格和义务{理解记忆} / 28
- 第七节 公司的组织机构{理解运用} / 30
- 第八节 公司的变更、合并与分立{理解运用} / 37
- 第九节 公司的解散与清算{理解运用} / 39
- 第十节 其他知识点 / 42
- 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{重点掌握} / 61
- 第三节 普通合伙企业的财产{理解运用} / 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{重点掌握} / 66
- 第六节 普通合伙企业的入伙与退伙{理解运用} / 67
- 第七节 特殊的普通合伙企业{重点掌握} / 70
- 第八节 有限合伙企业{重点掌握} / 71
- 第九节 合伙企业解散、清算、破产{重点掌握} / 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 / 78

- 第一节 概述{一般了解} / 78
- 第二节 中外合资经营企业法{重点掌握} / 79
- 第三节 中外合作经营企业法{一般了解} / 80

第四节 外资企业法{一般了解} / 81

第五章 企业破产法 / 83

第一节 一般规定{一般了解} / 83

第二节 破产申请和受理{重点掌握} / 85

第三节 破产管理人{理解运用} / 88

第四节 债务人财产{重点掌握} / 89

第五节 债权申报{理解运用} / 95

第六节 债权人会议{一般了解} / 97

第七节 重整程序{重点掌握} / 99

第八节 和解程序{重点掌握} / 102

第九节 破产清算程序{理解运用} / 104

第六章 票据法 / 108

第一节 票据法概述{重点掌握} / 108

第二节 票据权利{重点掌握} / 110

第三节 票据抗辩与补救{重点掌握} / 112

第四节 汇票{一般了解} / 114

第五节 本票和支票{一般了解} / 119

第七章 保险法 / 121

第一节 保险法概述{理解运用} / 122

第二节 保险合同总论{重点掌握} / 123

第三节 人身保险合同{理解运用} / 126

第四节 财产保险合同{理解运用} / 131

第五节 保险业法律制度{一般了解} / 134

经济法

第一章 竞争法 / 137

第一节 反垄断法{重点掌握} / 137

第二节 反不正当竞争法{重点掌握} / 142

第二章 消费者法 / 146

第一节 食品安全法{重点掌握} / 147

第二节 消费者权益保护法{理解运用} / 148

第三节 产品质量法{重点掌握} / 152

第三章 劳动法和劳动合同法{重点掌握} / 155

第一节 劳动合同法{重点掌握} / 156

第二节 劳动法{一般了解} / 165

第三节 劳动争议{重点掌握} / 167

第四章 环境保护法{重点掌握} / 170

第五章 银行业法 / 174

第一节 商业银行法{重点掌握} / 174

- 第二节 银行业监督管理法{记忆、理解} / 177
- 第六章 证券法{理解运用} / 179
- 第七章 税法 / 187
 - 第一节 个人所得税法、增值税法{重点掌握} / 187
 - 第二节 企业所得税法{重点掌握} / 190
 - 第三节 税收征收管理法{重点掌握} / 190
 - 第四节 审计法{一般了解} / 193
- 第八章 土地管理法、房地产法 / 195
 - 第一节 土地管理法{重点掌握} / 195
 - 第二节 城市房地产管理法{重点掌握} / 199

知识产权法

第一章 著作权 / 204

- 一、知识产权概述{一般了解} / 205
- 二、著作权的取得原则{理解运用} / 206
- 三、著作权的客体{理解记忆} / 206
- 四、著作权的主体(归属){重点掌握} / 207
- 五、著作权的内容{重点理解} / 209
- 六、著作权的限制{重点理解} / 210
- 七、邻接权{难点、理解掌握} / 212
- 八、著作权的侵权行为{一般了解} / 213
- 九、计算机软件著作权{一般了解} / 216

第二章 专利权 / 217

- 一、专利权的主体(专利权的归属){理解记忆} / 217
- 二、专利权的客体{理解运用} / 218
- 三、授予专利权的条件{重点掌握} / 218
- 四、授予专利权的程序{重点掌握} / 219
- 五、专利权的限制:强制许可{理解运用} / 220
- 六、专利侵权行为{重点掌握} / 221

第三章 商标权 / 224

- 一、注册商标的种类{记忆、了解} / 224
- 二、商标权的取得{重点掌握} / 225
- 三、商标权的内容{一般了解} / 226
- 四、注册商标的撤销{重点掌握} / 227
- 五、商标侵权行为{重点掌握} / 228
- 六、驰名商标{重点掌握} / 229



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。从历年试题来看,2006年考查新《公司法》的分值为37分。2007年达到30分,2008年为11分。从试题角度来看,《公司法》的考查力度和深度都在加大。不仅考查到公司法的法条规定,如股份转让的规则、高管人员任职资格的规则等,而且考查公司法律制度在分析和解决公司实务中的适用。卷四中关涉公司法的案例分析题目也呈现出越来越综合的趋势。

【理解】本法需要重点理解掌握下列内容(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】本法下列内容需要能够熟悉运用(即可能在案例分析中出现的考试要素)

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. 公司司法解散及对公司解散和清算中的实务问题的分析和处理;
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	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、78、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
5次	有限责任公司股权转让	《公司法》第72、73、75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
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
1次	公司的分立	《公司法》第38、62、176条

第一节 公司法概述{一般了解}

一、公司的概念和特征

(一)公司的概念{一般了解}

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)。

(二)公司的特征

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{重点理解}。

《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。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。”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。

公司具有法人资格,该特征对于理解公司法非常重要,需要掌握下列几点:

(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。然而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,但是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,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。

公司的财产是和股东个人的财产相分离的。公司的财产和股东个人财产相分离,被称为“分离原则”。

(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。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3条)。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。

(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—个组织体，而不仅仅是社员人数为多数。

(三) 有限责任公司特征{理解运用}

我国《公司法》所称公司，是指有限责任公司和股份有限公司。

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. 股东人数有最高数额限制，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化。这是相对于股份有限公司而言。
4. 公司的封闭性。体现为：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. 是人资两合公司，股东对外转让出资受到较为严格的限制。

所谓“人合性”，是指以股东的个人信用为企业的信用基础。所谓“资合性”，是指以企业的资本为企业的信用基础。我国目前不承认人合性公司，我国股份公司是典型的资合性公司，但是有限公司具有一定的人合性，被称为“人资两合性”，是人合兼资合性质的公司。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内对外承担责任外，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作出了较为严格的限制。（详见下文“股权转让”一节）

(四) 股份有限公司的特征{理解运用}

股份有限公司，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，这是股份公司的最重要特征。

2. 是典型的资合公司。以区别于有限责任公司的人资两合性。
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。

二、公司的种类{记忆}

从学理上可以对公司作出下列分类：

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。

本法第14条规定,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。

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。

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,公司法中强制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作出规定的规则,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) 股东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。它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筹集资本,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。《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) 公司人格否认,又被称为“揭开公司面纱理论”,该制度只有当公司人格被滥用时才适用,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)目前,当公司资不抵债或公司解散清算过程中才适用“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最大限度地为股东们营利或赚钱作为自己的惟一存在目的,而应当最大限度地增进其他所有社会利益。这种社会利益包括雇员(职工)利益、消费者利益、债权人利益、中小竞争者利益、环境利益、社会弱者利益及整个社会公共利益等内容。我国《公司法》第5条规定:“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。”

虽然公司以营利为目的,为了公司自身的利益和公司出资者的利益,它必须追求经济利益。但是追求股东利益的最大化只是公司价值的一部分,公司还应该成为为其他社会利益者服务的工具,因为公司作为一个社会上的人,它占有和处置了社会上大部分的资源,也必须承担相应的社会责任,例如环境保护、社会经济稳定等。

(三)权力制衡原则{理解运用}

权力制衡原则是指对公司各种权力以合理分配、相互制衡为出发点而进行配置。坚持权力制衡原则就要对公司内部应该存在哪些权力和权力的适当分配进行分析和界定,对各种权力制衡运作进行制度构建。具体而言,公司将不同的权力分配给不同的机构:公司重大问题的决策权由公司权力机构股东(大)会行使,公司经营管理权由公司业务执行机构董事会(执行董事)行使,公司监督检查权由公司监督机构监事(会)行使。权力分别由三种机构独立行使,不受非法干预,形成内在的约束。其次,在制度层面明确规定股东及股东(大)会与董事会(执行董事)之间、董事会与监事(会)之间的制衡关系,为不同有权机构采取制衡措施提供明确的法律依据,避免公司内部权力的不当集中和滥用。

(四)公司自治原则{一般了解}

公司自治原则是指由出资人自己进行重大决策,选择公司的管理者,公司作为独立的市场主体,自主经营、自负盈亏,不受非法干预。我国《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。”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。”并且公司法增加了公司章程优先条款,如第44条规定,有限公司股东会的议事方式和表决程序,除本法有规定的外,由公司章程规定;再如第46条规定,董事任期由公司章程规定等。这些规定体现了自治原则互为依存的两个方面:一方面,出资人享有重大决策权和选择管理者等权力,并对自己的行为承担责任;另一方面,公司按照市场需求,自主组织生产经营,并对自己的行为负责。

自治原则是公司法的一项基本原则,目的是在公司运行中防止国家权力的过度干预。如前所述,虽然公司法中也有一定数量的强制性规范但这不能改变公司法的私法性质,也不能否认“公司自治”为公司法的基本原则。

(五)股东平等原则{理解运用}

股东平等原则,又称作股东权平等原则。是指任一股东所享有之权利与负担之义