

法律版|<<<<

2008司法考试精神和体系

商经法·国际法学51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

潜心研读 20天 提高效率百分百



083
D92/35
:2008(5)
2008

2008 司法考试精神和体系

商经法·国际法学 51 专题

主 编 张能宝
副主编 杨艳霞 张 玲 秦华伦
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 51 专题/张能宝主编. —北京:法律出版社,2008.1
(2008 司法考试精神和体系)
ISBN 978-7-5036-8112-7

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 000293 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/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/沙 磊

开本/787×1092 毫米 1/16

印张/26.5 字数/852 千

版本/2008 年 2 月第 1 版

印次/2008 年 2 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

苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 978-7-5036-8112-7

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,我们应当做什么

——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:一是越学越多,二是越学越乱,三是越学越不会。究其原因,一是不会提炼重点考点,胡子眉毛一把抓,结果越学越多;二是不会对考点进行联系对比区分,孤立僵化零散,结果越学越乱;三是不会对考点进行深入分解辨析,不能由表及里掌握知识本质,结果越学越不会。为此,我们编写了《2008 司法考试精神和体系》这套书,通过揭示考点、分解考点、突破考点、训练考点,加强联系对比区分,推进大家提高阶段的复习迈上一个更高台阶,实现高分突破。

一、本书主要特点

1. 从精神和体系入手,促进考点融会贯通。

本书分为《民法 62 专题》、《刑法 50 专题》、《诉讼法 48 专题》、《商经法、国际法学 51 专题》、《行政法、理论法学、司法制度 58 专题》五个部分,每一部分从精神和体系入手,首先,总结分析部门法精神,揭示部门法知识的基本特性,展现部门法考点知识的内在精神与实质,帮助大家在学习前就深刻把握部门法整体的知识本质和学习要领。其次,构建部门法知识体系,构建每一专题的知识体系,让一个一个考点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考点知识的立方体,展现部门法考点知识外在发展脉络,彼此紧密相连,相互融会贯通,提高大家对考点的举一反三、综合分析能力。

2. 揭示考点、分解考点、突破考点。

本书不是停留在事无巨细全面讲解的层面,其宗旨是打造一套高效的提高强化用书,核心是以近 5 年的司法考试考查特点为中心,对考点进行精炼提纯深化。首先是突出考点,明确无误地告诉大家,部门法中最重点的知识是什么,让考点昭然若揭;其次是分解考点,尤其对考点知识的本质内涵予以深刻点明,对难点予以分解透析,做到直击考点精髓、难点不再难;最后是突破考点,根据司法考试考查方向和考查模式,加强考点间的联系对比和区分,让大家对考点不仅知其然还要知其所以然。

3. 历年真题和典型案例助阵,全方位推进考点训练。

首先,每一专题的讲解均由一道近 5 年的历年真题引领,以考试为中心,检验大家对专题考点的掌握程度,启发大家对专题考点的深层思考;其次,在每一专题的讲解中,围绕考点,设计连环案例,环环相扣、步步追问,加强考点理解,深入考点训练;第三,每一专题案例的最后再安排一道近 5 年的历年真题,凸显考试特点,再次对考点进行实战强化和总结。

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,与前面的考点讲解训练互相印证,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,专题的设计以考试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 5 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框架和基本发展脉络。做到不盲目,不混乱。

第二步,【历年真题思考】每专题的第二项内容是一道近 5 年的历年真题,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5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5年的司考真题为蓝本,提炼部门法考点,精炼重点,舍弃非重点,突出考点,分解考点,突破难点;(2)实例。实例是为考点服务的,考点是主,实例为辅。实例围绕专题的考点进行,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,构成一个训练考点内容的综合整体。每专题实例的最后安排一道近5年的真题,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。在使用本书过程中如有疑问,请登录亿则司法考试网司考释疑版块咨询 www.chinayize.com。

由于我国举办司法考试时间较短,再加上编写仓促,不足之处望各位专家与考生不吝指正。

张能宝
2008年2月

目录

商 法

商法的精神	1	专题4 消费者权益保护法	158
商法的体系	3	专题5 产品质量法	169
专题1 公司法基本概念	4	专题6 商业银行及银行业监管	176
专题2 有限责任公司法律制度	12	专题7 证券机构	186
专题3 股份有限公司法律制度	32	专题8 证券发行与证券交易	193
专题4 公司董事、监事、高级管理人员的资格和义务	46	专题9 个人所得税与企业所得税(实体税法)	210
专题5 公司合并、分立、增资、清算等重大变化	50	专题10 税收征管法(程序税法)	218
专题6 公司法其他	58	专题11 劳动合同	224
专题7 合伙企业法	63	专题12 劳动法其他	233
专题8 个人独资企业法	77	专题13 土地的所有权与使用权	240
专题9 外商投资企业法	81	专题14 房地产开发与交易	250
专题10 票据法	90	专题15 环境法律制度和环境纠纷	255
专题11 保险法相关法律制度	106		
专题12 企业破产法	120		

经 济 法

经济法的精神	135
经济法的体系	136
专题1 不正当竞争行为和限制竞争行为	137
专题2 拍卖法	146
专题3 招标投标法	153

国际法 学

国际法的精神	260
国际私法的体系	262
专题1 国际私法的主体	263
专题2 冲突规范和准据法	269
专题3 有关适用冲突规范的制度	274
专题4 涉外民商事法律关系的法律适用	280
专题5 国际商事仲裁	295
专题6 国际民事诉讼	300
国际经济法的体系	308
专题1 《联合国国际货物销售合同公约》	309
专题2 国际贸易术语	320

专题3 国际货物运输	326	专题3 国际责任	378
专题4 国际货物运输保险	336	专题4 国际法上的空间划分	382
专题5 国际贸易支付	341	专题5 国际法上的个人	390
专题6 政府对外贸易管制	348	专题6 外交和领事关系法	394
专题7 世界贸易组织制度	353	专题7 条约法	398
专题8 国际经济法领域的其他制度	358	专题8 和平解决国际争端	402
国际公法的体系	364	专题9 战争法	406
专题1 国际法的基本理论	365	专题10 海商法	409
专题2 国际法的主体	371		

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。

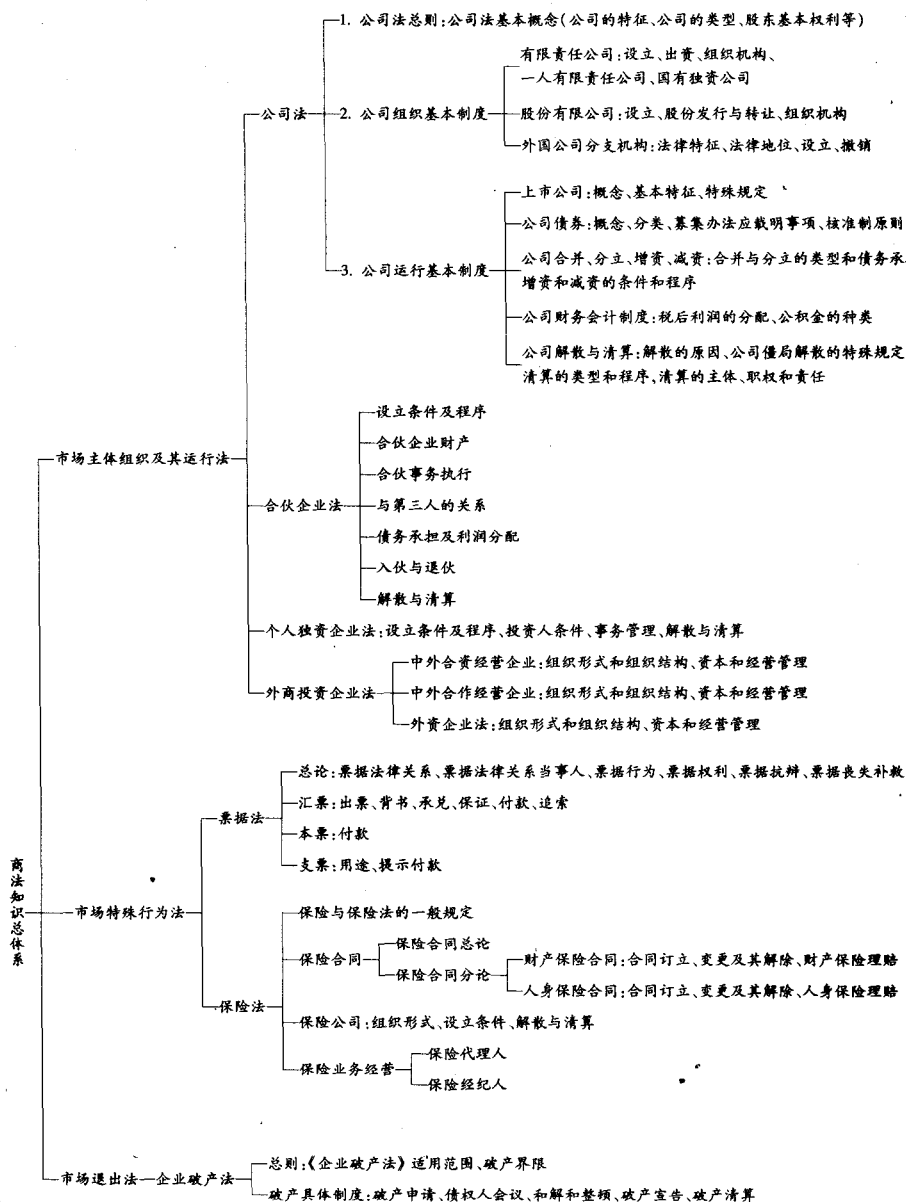
2005年年底全国人大常委会对《公司法》作出了重大修改。在市场主体准入方面,降低了注册资本的限制,允许分期缴纳注册资本,取消了股份有限公司的审批制,“一人有限公司”的合法性得到承认,在很大程度上降低了设立有限责任公司、股份有限公司的门槛。在公司治理结构方面,着力健全“三会”,尤其对董事会和监事会的规范更加细致、严谨。同时,进一步严格对上市公司的要求,完善上市公司治理结构。在股东权利方面,加大了对中小股东保护的力度,强化了平衡公司利益的机制。所有这些,都是商事主体法随着时代发展而逐步完善的证明。

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。

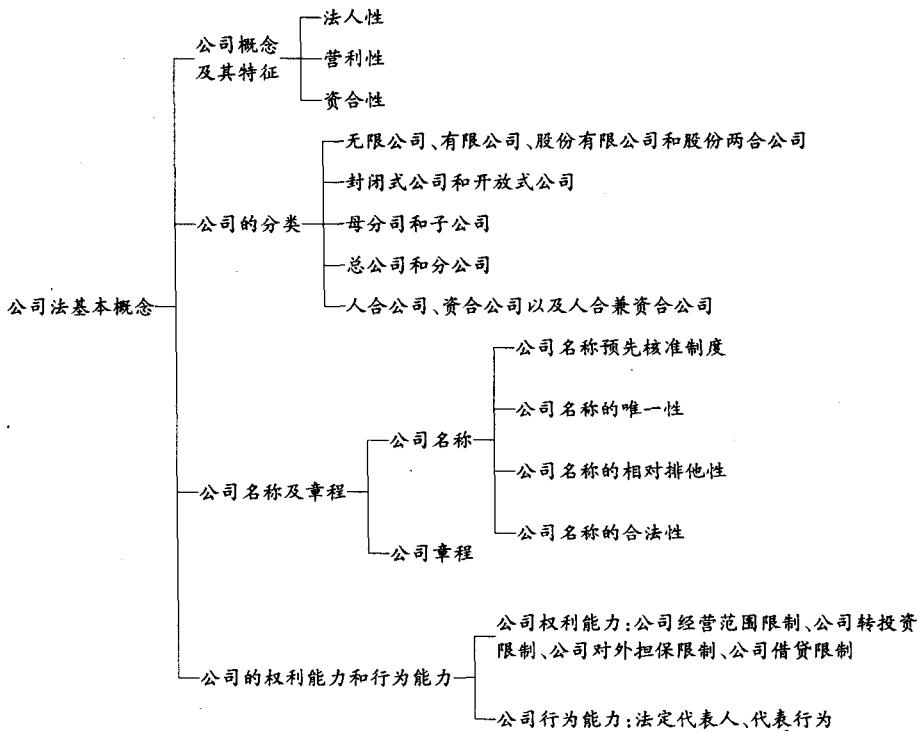
商法的体系



专题 1

公司法基本概念

知识体系构建



历年真题思考

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）^①

- 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

考查方向提示

公司法基本概念的考查在司考中所占比重不大，但是偏重于理解，有一定难度，而且对这一内容的掌握有助于考生加深对公司法其他具体制度的理解，请考生注意掌握。在近5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。如2006年试卷三第34题、2003年试卷三第19题。

^① 答案：A。本题考查的是公司的性质，一人公司是股东只有一人的公司，并无股东间的结合，故不是典型的人合公司。

2. 公司的权利能力,特别是公司转投资的限制,如2003年试卷三第51题、2004年试卷三第31题。
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,如2005年试卷三第25题。

考点及其实例

一、公司的特征

(一) 公司具有法人性

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财产清偿债务,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司或者下属关系,只要后者有法人资格,公司责任就应当与后者相互分离。

(二) 公司具有营利性

设立公司这种企业法人的目的是为了营利,利润最大化是公司的经营目标。

(三) 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。

【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5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
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】在英国注册登记的梅花有限责任公司在北京设立了分公司,该分公司经营1年后,亏损严重,梅花公司为缩小损失,作出了立即撤销北京分公司的决定,请问以下行为哪些不符合我国法律规定?

- A. 由于梅花公司对北京分公司的债务承担连带责任,因此不必经过清算程序即可撤销分公司
- B. 由于北京分公司无独立财产,其财产的所有权属于梅花公司,因此,梅花公司对北京分公司的财产可以随时进行处分
- C. 由于北京分公司是梅花公司的分支机构,因此,梅花公司有权不通过北京分公司负责人的同意,即作出撤销的决定
- D. 由于北京分公司在中国境内设立和经营,因此,梅花公司欲撤销该分公司必须经过中国有关主管机关的同意
- E. 由于北京办事处不独立核算,因此,其撤销时的债务可以在撤销后的规定时间内由梅花公司进行清偿

答案:ABDE。

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、公司名称及公司章程

(一) 公司名称

公司名称是用来确定和代表公司的符号,是一个公司区别其他公司的重要标志。公司的名称需要经过预先核准程序,预先核准的公司名称保留期为6个月,保留期内该公司名称不得用于经营,也不得转让,如设立公司需要报经有关部门审批的,应当以预先核准的公司名称报送审批。

(二) 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法律文件。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。

【例】 A 公司经营运作一直很顺利,效益良好。为了扩大营利,2004 年 12 月 A 公司设立了分公司 B,并取得营业执照。A 公司在章程中规定:“下属分公司经理等高级管理人员的任免须经总公司董事会讨论决定,由董事长签字方能生效。”2005 年 1 月,A 公司总经理王某未经董事会讨论通过,擅自以总公司的名义,任命李某为分公司经理。2005 年 3 月 14 日,李某持该分公司的营业执照向银行申请流动资金贷款,经银行审查同意后,双方签订了借款合同,借款 24 万元,期限 6 个月。由于该分公司经营管理不善,到 2005 年 9 月贷款到期时,该分公司只能偿还 12 万元,尚欠 12 万元及利息 2 万元。该银行找到 A 公司,要求其承担下属分公司的贷款债务。A 公司以其章程规定,下属分公司经理的任免应由董事会决定,而李某的任命不符合章程规定为由,拒绝了银行的请求。银行遂以 A 公司及其分公司为共同被告,向人民法院起诉。请问,公司章程是否有对抗第三人的效力?为什么?

答案:不具有对抗第三人的效力。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。公司章程的社团规章特性,决定了公司章程的效力只及于公司、股东、董事、监事、高级管理人员,对外不具有对抗效力。

重点法条归纳

《公司登记管理条例》

第 6 条 国家工商行政管理总局负责下列公司的登记:

(一) 国务院国有资产监督管理机构履行出资人职责的公司以及该公司投资设立并持有 50% 以上股份的公司;

(二) 外商投资的公司;

(三) 依照法律、行政法规或者国务院决定的规定,应当由国家工商行政管理总局登记的公司;

(四) 国家工商行政管理总局规定应当由其登记的其他公司。

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。

《企业法人登记管理条例》

第 10 条 企业法人只准使用一个名称。企业法人申请登记注册的名称由登记主管机关核定,经核准登记注册后在规定的范围内享有专用权。

四、公司的权利能力和行为能力

公司作为法律拟制的主体,其权利能力和行为能力与自然人的权利能力和行为能力不同,公司的权利能力受到法律的诸多限制,公司的行为能力只能通过公司股东会、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。在法律规定范围内,公司法定代表人的行为是公司法人的行为,其行为后果归属于公司。在司法考试中,经常涉及公司权利能力的法律限制问题和公司法定代表人代表行为的效力问题。

(一) 公司权利能力的法律限制

1. 经营范围限制。

(1) 公司经营范围的确定。

公司经营范围由公司章程规定,并依法登记,但属于法律、行政法规限制的项目,应当依法经过批准。

(2) 公司经营范围的修改。

公司依照法定程序修改公司章程并经公司登记机关变更登记,可以变更其经营范围。

(3) 公司经营范围的效力。

① 公司应当在登记的经营范围內从事经营活动。

② 公司如超越经营范围订立合同,根据《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释》(以下简称《合同法解释(一)》)第10条的规定,该合同原则上具有法律效力,但是违反以下经营范围而订立的合同是无效的:限制经营的,特许经营的,法律、行政法规禁止经营的。

2. 公司转投资限制。

注意:现行《公司法》取消了原《公司法》关于累计投资额不得超过本公司净资产的50%的限制,并具体规定了公司转投资的决议程序,考生应当注意。

(1) 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。

这里的“法律另有规定的除外”应理解为“法律有明确规定的除外”,除明确规定可以外,法律禁止公司成为其他组织的无限股东或合伙人,即禁止公司承担无限责任,考生须联系立法意图理解法条规定。注意,《合伙企业法》第3条“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”的规定并不能作为公司成为普通合伙人的依据。

(2) 公司向其他企业投资,应当依照公司章程的规定,由董事会或者股东会、股东大会决议通过。

(3) 公司章程对投资的总额及单项投资的数额有限额规定的,不得超过规定的限额。

3. 公司提供担保的限制。

注意:现行《公司法》取消了原《公司法》关于董事、经理不得以公司资产为本公司的股东或者其他个人债务提供担保的规定,考生应当注意。

(1) 公司为他人提供担保,应当依照公司章程的规定,由董事会或者股东会、股东大会决议。

(2) 公司章程对担保的总额及单项担保的数额有限额规定的,不得超过规定的限额。

(3) 公司为公司股东或者实际控制人提供担保的,必须经股东会或者股东大会决议。前述股东或者受前述实际控制人支配的股东,不得参加该事项的表决。该项表决由出席会议的其他股东所持表决权的过半数通过。

4. 公司借贷的限制。

注意:

首先,现行《公司法》取消了原《公司法》关于公司董事、经理不得将公司资金借贷给他人的规定,因此公司可以通过法定程序将资金借贷给他人。

其次,根据法律规定,企业之间禁止拆借资金,因此,公司对外借贷的对象仅限于自然人。

(1) 依照公司章程的规定,经股东会、股东大会或者董事会同意,可以将公司资金借贷给他人。

(2) 公司不得直接或者通过子公司向董事、监事、高级管理人员提供借款。

(二) 公司行为能力——公司法定代表人代表行为的效力

1. 公司法定代表人。

(1) 概念:依照《民法通则》第38条的规定,依照法律或者法人组织章程的规定,代表法人行使职权的负责人,是法人的法定代表人。

(2) 公司法定代表人依照公司章程的规定,由董事长、执行董事或者经理担任,并依法登记。

① 董事长、执行董事或者经理均有资格担任公司法定代表人,但是具有唯一性,即一个公司只能有一个法定代表人。

②公司法定代表人由公司章程规定。

③公司法定代表人的产生和变更都必须依法登记。

注意:原《公司法》明确规定董事长为公司的法定代表人,即法定代表人具有严格法定性和唯一性。现行《公司法》维持了唯一性,但是弱化了法定性,赋予法定代表人一定的可选择范围,并且将确认权纳入公司章程规定范畴。

2. 代表行为的构成要件:

(1)具有法定代表人的身份;

(2)以公司法人名义活动;

(3)在职权范围内。

注意:一般来说,如果法定代表人的行为超越权限,其代表行为无效。但是依据《合同法》第50条的规定,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。因此,公司法定代表人超越权限与他人订立合同,只要相对人是善意的,该合同就有效。

公司以股东大会、董事会决议或者公司章程等方式对法定代表人权利的限制,并不具有公示作用,公司法定代表人行为的后果由公司承担。

【例1】 甲公司章程规定:董事长未经股东会授权,不得处置公司资产,也不得以公司名义签订非经营性合同。一日,董事长任某见王某开一辆新款宝马车,遂决定以自己乘坐的公司旧奔驰车与王调换,并办理了车辆过户手续。对任某的换车行为,下列哪一种说法是正确的?(2005年试卷三第25题)

A. 违反公司章程处置公司资产,其行为无效

B. 违反公司章程从事非经营性交易,其行为无效

C. 并未违反公司章程,其行为有效

D. 无论是否违反公司章程,只要王某无恶意,该行为就有效

答案:本题依新《公司法》无答案。本题考查的是法定代表人越权行为的效力,公司法定代表人超越权限与他人订立合同,只要相对人善意,该合同就有效,本题中,任某虽然是董事长,但并不意味着其一定是公司的法定代表人,由于无法判断任某的身份,所以本题无法作答。

【例2】 某有限责任公司,经营塑料产品,总资产1200万元,总负债200万元。现公司股东会作出了以下决定,请判断其哪些决定是不符合法律规定的?(2003年试卷三第51题)

A. 投资300万元,与乙公司组成合伙企业

B. 向丙电脑有限责任公司投资350万元

C. 发行100万元公司债券

D. 减少注册资本50万元

答案:C。本题考查的是公司转投资的对象。根据《公司法》的规定,公司的转投资只有对象限制并无数额限制,而且公司可以成为有限合伙企业的有限合伙人。

【例3】 A公司的股东丙经股东过半数同意,将其持有的3万元股权转让给科学家戊,戊成为A公司的股东。为了继续研究,戊向银行借贷10万元,银行要求戊提供担保。戊向甲提出希望A公司能作为担保人进行担保。针对此事项,A公司召开股东会进行表决,甲乙丙丁戊全部出席,甲乙戊赞成(所持表决权数为11万元),丙丁(所持表决权数为9万元)反对。甲宣布该决议经出席会议的股东所持表决权的过半数通过。请问该决议是否有效通过?

答案:没有有效通过。根据《公司法》的规定,有限责任公司为公司股东提供担保的,必须经股东会决议,作为被担保人的股东不得参加该事项的表决,该项表决应当由出席会议的其他股东所持表决权的过半数通过。本案中,A公司共5名股东,戊不得参与表决,甲乙赞成(所持表决权数为8万元),丙丁反对(所持表决权数为9万元),因此该项决议并不能过半数通过。

重点法条归纳

《公司法》

第12条 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、行政法规规定须经批准的项目,应当依法经过批准。

第13条 公司法定代表人依照公司章程的规定,由董事长、执行董事或者经理担任,并依法登记。公司法定代表人变更,应当办理变更登记。