

商法复习内容提示

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。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,实现了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、秩序和效率。

自由在商法中的集中体现就是商事契约的自由,即商事主体能够按照自己的意志决定有关事项。具体而言,自由精神在多部商事法律,如公司法、合伙企业法、票据法、保险法、海商法中均得到贯彻,这些商事法律中都规定了大量的任意性规范,给予市场交易主体充分的交易自由。秩序精神在商法中则具体表现为法定交易规则的确定,即商法中除了有大量任意性规范,还有强制性规范。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,强制性规范的设置能更好的保障交易安全。效率精神是商法的应有之义,其要求商事交易尽可能的简便、快捷。只有保证商事交易的简便,才能节约交易时间、降低交易成本、提高资金利用率,从而更加有助于实现商事主体营利的目的。

商法的体系由两大部分组成: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》、《证券法》、《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,不仅要关注的是其“出生”,即设立的过程是否有利于逐利,而且要关注其“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,从静态和动态两方面进行多角度把握。

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。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,归入商事活动法较为合适。

虽然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。

商法复习方法提示

在历年司法考试中,商法平均占到 50 分,为司法考试总分的 1/12 左右。考查题型为客观题(即选择题)以及综合性的案例分析题。

商法体系分为主体法和活动法两部分。

主体法实质上是组织法,组织体的成立、运作和机构构成等是其主要的着眼点。《公司法》是这其中的核心部分,考查分值占据商法的半壁江山,除部分理论题之外,考查着重于法条,但不局限于一个法条,通常将众多法条综合在一起考;不仅考查《公司法》的内容,还与其他商事法律、民事法律结合起来考查。因此,考生须在理解公司法基本理论的基础上熟练掌握重点法条,并注意融会贯通。此外,最高人民法院颁布了三个关于《公司法》的司法解释,很多法条直接成为历年真题的选项,考生在复习中须仔细阅读这三个司法解释。

主体法的其他部分考查一般限于法条,考生重点把握好法条即可。对于这些法律,比较重要的有《合伙企业法》、《企业破产法》和《证券法》,次重要的有《个人独资企业法》、《中外合资经营企业法》。

活动法部分主要包括《票据法》和《保险法》。票据法往往会出现一些有一定难度的理论题,主要涉及票据的独立性和无因性,在掌握票据这些特性的基础上理解和识记相应的规则就容易得多。保险法部分也涉及一些基本理论,但该法的考查主要着眼于法条,理论的讲解有助于考生加深对法条的理解、掌握人身保险合同与财产保险合同诸多不同规定的原因,从而更好地区分和记忆。

2011 ~ 2015 年司法考试分值分布

一、按题型统计

	单项选择题	多项选择题	不定项选择题	案例分析题	论述题	总计
2015 年	10	18	6	18	0	52
2014 年	10	18	6	18	0	52
2013 年	10	18	6	18	0	52
2012 年	10	18	6	18	0	52
2011 年	10	18	6	0	0	34

二、按内容统计

	2015 年	2014 年	2013 年	2012 年	2011 年
公司法	28	27	28	32	10
合伙企业法	12	9	11	2	10
个人独资企业法	0	0	0	1	0
中外合资经营企业法	0	0	0	0	2
破产法	3	9	5	6	3
票据法	3	3	3	3	3
证券法	3	0	1	3	1
保险法	3	3	3	3	3
海商法	0	1	1	2	2
合计	52	52	52	52	34

第一章 公司法总论

★本章命题关键词:公司分类,转投资限制,公司章程,公司合并分立

一、公司的概念与特征

公司是依照法定条件与程序设立的、以营利为目的的财团法人。公司一般具有如下特征:

1. 资合性。

公司的信用基础在于资本和资产,资本和资产不仅是公司进行经营的基本条件,也是公司承担债务的基本担保。即公司对外承担责任的基础是公司资产而非股东信用。

2. 营利性。

利润最大化是公司的经营目标。

3. 独立性。

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以下三个方面:

(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资产清偿债务,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,只要后者具有法人资格,公司责任就应当与后者相互分离。

二、公司分类

(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6种:

1. 以股东对公司的责任形式为标准,可以分为无限公司、有限公司、股份有限公司和股份两合公司。

(1)无限公司,是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。

(2)有限公司,是指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。

(3)股份有限公司,是指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。

(4)两合公司,是指由部分对公司债务承担无限连带责任的股东和部分仅以出资财产额为限对公司债务承担有限责任的股东共同组成的公司。此外,还有一种特殊的两合公司,即股份两合公司,其与一般两合公司的不同在于,股份两合公司的有限责任股东是以认购股份即购买公司股票的形式进行出资。从而使得其在对外吸收社会投资上比一般两合公司更容易。

2. 以股份是否公开发行为及自由转让为标准,可以分为封闭式公司和开放式公司。

(1)封闭式公司,是指公司的股份只能向特定范围的股东发行,不能在证券交易所公开向社会发行,股东拥有的股份或者股票可以有条件的转让,但不能在证券交易所公开挂牌买卖或者流通。

(2)开放式公司,是指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。

3. 以公司之间的控制和从属关系为标准,可以分为母公司和子公司。

(1)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实行实际控制的公司。

(2)子公司,是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。

4. 以公司内部管辖关系为标准,可以分为总公司和分公司。

(1)总公司,是指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。

(2)分公司,是指在业务、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。

理解小贴士

关于分公司的设立,无论何时何地,均必须向

公司登记机关申请登记,领取营业执照。

5. 以信用标准为划分依据,可以分为资合公司、人合公司和人合兼资合公司。

(1) 资合公司,是指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。

(2) 人合公司,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,无限公司是典型的人合公司。

(3) 人合兼资合公司,是指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。

6. 以公司国籍为标准,可以分为中国公司和外国公司。

(1) 中国公司:凡依照中国法律在中国境内登记设立的公司,无论有无外国股东,无论外国股东出资多少,都是中国公司,即本国公司。

(2) 外国公司:外国公司则是非依我国法律且并非在我国境内登记设立,但经我国政府许可在国内进行业务活动的机构。

(二) 子公司与分公司的区别

1. 法律地位不同。

子公司是独立的法人,拥有自己独立的名称、章程和组织机构;分公司则只是公司的一个分支机构,不具备企业法人资格,没有独立的名称,其名称应冠以隶属公司的名称,由隶属公司依法设立。

2. 经营范围不同。

子公司的经营范围由股东在章程中约定,可以超过母公司的经营范围;而分公司的人事、业务、财产受总公司直接控制,在总公司的经营范围內从事经营活动。

3. 责任承担不同。

母公司仅以其对子公司的出资额为限对子公司在经营活动中的债务承担责任;子公司作为独立的法人,以自身的全部财产对其债务承担责任。分公司在经营活动中的负债由自己先行清偿,不足清偿的部分由总公司以其全部资产为限承担责任。

理解小贴士

虽然分公司不具有法人资格,但根据《民事诉讼法》的规定,部分分公司具有民事诉讼主体资格,其诉讼的效力及于自身及总公司;而子公司的诉讼效力仅及于自身。

《公司法》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。

(三) 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:

1. 有限责任公司。股东以其认缴的出资额为限对公司债务承担责任。

2. 股份有限公司。股东以其认购的股份为限对公司债务承担责任。

(四) 外国公司的分支机构

1. 外国公司分支机构的特点。

(1) 无法人资格。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。

(2) 无组织机构。不具有公司法人的内部组织机构。

(3) 无独立的名称章程。虽然没有自己独立的公司名称和公司章程,但其名称中要表明该外国公司的国籍及责任形式,且应在本机构中置备该外国公司章程。

(4) 无独立财产。不能进行独立核算。

2. 外国公司分支机构的撤销条件。

(1) 清偿债务。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。未清偿债务之前,不得将其分支机构的财产移至中国境外。

(2) 处分财产。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、缴纳所欠税款以及清偿债务之前不得向出资人分配财产。

三、公司能力

(一) 公司的权利能力

公司的权利能力是指公司作为法律主体依法享有权利和承担义务的资格。公司的权利能力起始于营业执照签发之日,终止于注销登记之日。

公司权利能力的限制:

1. 权利性质的限制。

公司不享有自然人独有的、与身体特征相关的权利。

2. 经营范围的限制。

公司将其所从事经营活动的业务范围记载于公司章程,公司不得超越经营范围进行活动。

理解小贴士

公司超越经营范围订立合同不一定导致合同无效,为了保护善意第三人的利益,一般认定合同有效。但违反国家限制经营、特许经营以及法律、行政法规禁止经营规定的除外。

3. 转投资的限制。

(1)不得承担无限连带责任。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无限连带责任的出资人。

理解小贴士

《公司法》规定,除法律另有规定外,公司不得成为对所投资企业的债务承担无限连带责任的出资人。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”,联系《合伙企业法》第3条的规定,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。该法并没有明确公司可以成为普通合伙人,而只是由于某些主体涉及社会利益,因此在法律中特别强调禁止该类主体成为普通合伙人。根据《合伙企业法》的规定,我国的合伙企业分为有限合伙企业和普通合伙企业两种。普通合伙企业所有的合伙人对合伙企业的债务承担无限连带责任,而有限合伙企业的有限合伙人对合伙企业债务只承担有限责任。因此,结合《公司法》的规定,法律只允许公司向有限合伙企业投资,并且只能充任有限合伙人的角色。

(2)决议程序及数额限制。公司向其他企业投资,按公司章程规定由董事会或股东(大)会决议;公司章程对投资总额及单项投资数额有限额规定的,不得超过规定限额。

4. 担保能力的限制。

(1)对外担保:按公司章程规定由董事会或股东(大)会决议;公司章程对投资总额及单项投资数额有限额规定的,不得超过规定限额。

(2)对内担保: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。被担保的股东或者受实际控制人支配的股东,不得参加对该担保事项进行的表决。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。

理解小贴士

公司对内担保和对外担保的最大不同在于,对内担保经法律强制规定只有股东(大)会有决定权,董事会则无权。原因如下:第一,防止大股东操纵董事会。董事会由股东会选举产生,在资本多数决的制度下,董事会是大股东利益的代表,若此时允许董事会通过决议,大股东将会操纵董事会,使得对内担保决议顺利通过,不利于中小股东利益的保护。第二,股东(大)会决议适用回避制度。即如果由股东(大)会进行决议,被担保的股东或者受实际控制人支配的股东,不得参加对该担保事项进行的表决,这便能更好的保障中小股东的利益。

(二)公司的行为能力

公司的行为能力是指公司基于自己的意思表示,以自己的行为独立取得权利和承担义务的能力。它与公司的权利能力同时产生,同时终止,范围和 content 也与权利能力一致。

公司行为能力的实现:公司的行为能力由公司的法定代表人实现,法定代表人所实施的法律行为就是公司的法律行为,该行为所导致的权利义务均应由公司承担。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。

理解小贴士

公司的法定代表人超越章程规定的权限订立合同,除相对人知道或应当知道其超越权限的以外,该代表行为有效,即公司承担该合同的法律后果。

四、公司资本制度

资本制度可谓《公司法》的基石,有限责任公司和股份有限公司都具有“资合性”,其信用基础在于资本的真实和稳定,这样才能保障交易安全,维护债权人的利益。目前,世界各国采用的资本制度可以简要概括为以下三种:法定资本制、授权资本制和折中(授权)资本制,比较如下:

1. 法定资本制。

即在设立公司时,发起人必须将章程中所确定的资本总额足额缴纳或募足后,才能使公司成立的一种资本制度。

其核心内容是:

(1)资本确定原则:公司设立时应在章程中载明公司资本总额,并由发起人认足或缴足,否则公司不能成立。

(2)资本维持原则:公司在存续过程中,应当

经常保持与其资本额相当的财产。这是资本确定原则的延伸。

(3) 资本不变原则: 公司资本总额一旦确定, 非经法定程序, 不得任意变动。

2. 授权资本制。

即公司设立时, 要在公司章程中确定注册资本总额, 但发起人只需认购部分股份, 公司就正式成立。其余股份授权董事会根据公司生产经营情况和证券市场行市再随时发行的一种资本制度。

3. 折中(授权)资本制。

即公司设立时, 要在公司章程中确定注册资本总额, 但发起人只需认购部分股份, 公司就正式成立。其余股份授权董事会根据公司生产经营情况和证券市场行市再随时发行的一种资本制度, 但授权部分的比例和募足时间有法律限制。本质仍属于授权资本制。

理解小贴士

修订后的《公司法》对资本制度做了重大改革, 由法定资本制转化为授权资本制。具体体现为以下三个方面: 第一, 取消了法定最低注册资本的要求; 第二, 对于分期缴纳的注册资本, 取消了认缴期间的强制规定; 第三, 取消了实缴登记制度, 实行认缴登记制度, 由章程自治。关于认缴出资额、出资方式、出资期限等, 可以全凭公司股东在章程中自主约定, 营业执照中只体现全体股东拟认缴出资额, 而不体现已经实际缴纳出资额。

五、公司章程

(一) 章程的概念及地位

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文件。设立公司必须订立公司章程。

(二) 章程的效力

章程作为公司内部规章, 其效力仅及于公司、股东、董事、监事、高级管理人员等相关当事人, 而不具有普遍的约束力。

(三) 章程的变更

公司章程的变更是指已经生效的公司章程的修改, 程序如下:

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(股东大会)表决通过。

根据《公司法》的规定, 有限责任公司修改章程的股东会决议需要经代表 2/3 以上表决权的股东同意方能通过; 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, 应办理变更登记。但注意, 公司章程的订立和变更并不以工商登记为生效要件, 而仅是对抗要件。

六、公司董事、监事、高级管理人员的资格

《公司法》对董事、监事、高级管理人员的资格作出了明确的强制性规定, 公司违反这些规定进行的选举、聘任行为无效。下列人员不得担任公司的董事、监事、高级管理人员:

1. 无民事行为能力或者限制民事行为能力;
2. 因贪污、贿赂、侵占财产、挪用财产或者破坏社会主义市场经济秩序, 被判处刑罚, 执行期满未逾 5 年, 或者因犯罪被剥夺政治权利, 执行期满未逾 5 年;
3. 担任破产清算的公司、企业的董事或者厂长、经理, 对该公司、企业的破产负有个人责任的, 自该公司、企业破产清算完结之日起未逾 3 年;
4. 担任因违法被吊销营业执照、责令关闭的公司、企业的法定代表人, 并负有个人责任的, 自该公司、企业被吊销营业执照之日起未逾 3 年;
5. 个人所负数额较大的债务到期未清偿。

董事、监事、高级管理人员在任职期间出现上述所列情形的, 公司应当解除其职务。

理解小贴士

在上述第 2 项消极条件中, 前半句有罪名限制, 具体针对经济犯罪。诸如交通肇事罪、重大工程责任事故罪因不是经济犯罪, 并不受限制。后半句中则没有罪名限制, 无论是何罪名, 只要被剥夺政治权利, 执行期满未逾 5 年均不得担任董事、监事、高级管理人员。

七、公司董事、监事、高级管理人员的义务和责任

(一) 忠实义务

忠实义务是指董事、监事、高级管理人员在经营公司业务时所承担的以公司利益作为自己行为的最高准则, 不得追求自己和其他人利益的义务。董事、高级管理人员从事下列行为, 监事从事下列第 1~4 项行为应被视为违反忠实义务:

1. 利用职权收受贿赂或者其他非法收入;
2. 侵占公司财产;
3. 利用在公司的地位和职权为自己牟取私利;
4. 泄露公司秘密;
5. 违反公司章程的规定, 未经股东会、股东大会或者董事会同意, 将公司资金借贷给他人或者

以公司财产为他人提供担保;

6. 违反公司章程的规定或者未经股东会、股东大会同意,与本公司订立合同或者进行交易;

7. 未经股东会或者股东大会同意,利用职务便利为自己或者他人谋取属于公司的商业机会,自营或者为他人经营与所任职公司同类的业务。

理解小贴士

(1) 董事、高级管理人员违反上述第5~7项规定所得的收入应当归公司所有,公司享有归入权。

(2) 《公司法》并未绝对禁止董事、高级管理人员从事上述第5~7项规定的行为,如果章程允许或者股东会、股东大会、董事会同意,可以从事上述行为。

(二) 勤勉义务

勤勉义务是英美法上的概念,在大陆法系被称为“善良管理人的注意义务”,是指董事、监事、高级管理人员在经营公司业务时必须谨慎、诚信,尽到普通人在类似情况下处于类似地位时的合理

注意义务。

(三) 董事、监事、高级管理人员的责任及追究

1. 责任追究形式。

董事、监事、高级管理人员承担责任的前提是违反了忠实义务和勤勉义务,给公司或股东造成损失。如果违反,则承担责任的形式如下:

(1) 公司直接诉讼:如果董事、监事、高管违反法律、行政法规或公司章程,损害了公司的利益,则公司可以以自己的名义为公司的利益对相关责任人提起诉讼;

(2) 股东派生诉讼:如果董事、监事、高管违反法律、行政法规或公司章程,损害了公司的利益,而公司又怠于起诉时,具有一定资格的股东可以以自己名义为公司的利益对侵害人提起诉讼;

(3) 股东直接诉讼:如果董事、监事、高管违反法律、行政法规或公司章程,损害了股东的利益,则股东可以以自己的名义为自己的利益对相关责任人提起诉讼。

具体如下表:

诉讼原因	提起主体	诉讼方式	具体内容
董事、监事、高管违反法律、行政法规或公司章程,损害公司利益	公司	直接诉讼	公司以自己的名义为公司的利益对相关责任人提起诉讼
	股东	派生诉讼	公司怠于起诉时,具有一定资格的股东以自己名义为公司的利益对侵害人提起诉讼
董事、监事、高管违反法律、行政法规或公司章程,损害股东利益	股东	直接诉讼	股东以自己的名义为自己的利益对相关责任人提起诉讼

2. 股东派生诉讼提起的条件。

(1) 原因条件:

董事、高级管理人员执行公司职务时违反法律、行政法规或者公司章程的规定,给公司造成损失的或者他人侵犯公司合法权益,给公司造成损失的。

(2) 主体条件:

有限责任公司的所有股东;股份有限公司连续180日以上单独或合计持有公司1%以上股份的股东。

(3) 前置条件:

① 用尽内部救济。

若责任人为董事、高级管理人员,前述股东可

以书面请求监事会或者不设监事会的有限责任公司的监事向人民法院提起诉讼;若责任人员为监事,前述股东可以书面请求董事会或者不设董事会的有限责任公司的执行董事向人民法院提起诉讼。

上述机构或人员收到前述股东书面请求后拒绝提起诉讼的,或者自收到请求之日起30日内未提起诉讼的,前述股东有权为了公司的利益以自己的名义向人民法院提起诉讼。

② 用尽内部救济的例外。

情况紧急,不立即提起诉讼将会给公司利益受到难以弥补的损害的,前述股东有权为了公司的利益以自己的名义向人民法院提起诉讼。

理解小贴士

(1) 他人侵犯公司合法权益,给公司造成损失的,前述股东可以依照上述程序向人民法院提起派生诉讼。

(2) 之所以对股份公司股东的原告资格作出了持股时间的限制,是为了防止竞争对手通过短

期持股进行恶意诉讼;之所以对股东的原告资格作出了持股比例的限制,是为了防止个别小股东滥用诉权,妨碍公司的正常经营。

3. 股东直接诉讼与股东派生诉讼比较如下表所示:

区别项	股东直接诉讼	股东派生诉讼
起诉原因	对股东权的侵害,具体的诉因分为: (1) 请求支付已经合法宣布的股利的诉讼; (2) 要求查阅公司账簿和有关记录的诉讼; (3) 要求保护新股认购优先权的诉讼; (4) 对妨碍行使表决权提起的诉讼; (5) 因违反股东之间的协议提起的诉讼; (6) 对股东转让股份侵犯自己合法权益提起的诉讼	直接侵害公司利益,间接侵害股东利益,具体的诉因分为: (1) 董事、监事、高级管理人员的违法越权行为的诉讼; (2) 董事、监事、高级管理人员和控股股东违反对公司所负的诚信义务的诉讼; (3) 公司股东对公司外部人侵害公司合法权益而产生的损害赔偿诉讼
适格原告	任何股东均可提起	(1) 有限责任公司的任何股东均可提起; (2) 股份有限公司连续 180 日以上单独或者合计持有公司 1% 以上股份的股东
适格被告	一般为公司董、监事、高级管理人员,不得为公司之外的第三人	除公司董事、监事、高级管理人员之外,还可以是公司之外第三人
起诉名义	以股东名义	以股东名义
诉讼结果	归股东	由公司承担

八、公司的增资与减资

(一) 公司增资

1. 增资的条件及程序:

《公司法》对公司增资条件的规定较为宽松。公司可以根据需要,由代表 2/3 以上表决权的股东通过,董事会决定具体的增资方式和方法。

2. 增资的缴纳:

(1) 有限责任公司增资时,股东认缴新增资本的出资,依照《公司法》设立有限责任公司缴纳出资的有关规定执行。

(2) 股份有限公司为增资发行新股时,股东认购新股,依照《公司法》设立股份有限公司缴纳股款的有关规定执行。

3. 增资完成的程序:

公司进行增资后应当变更公司章程,并相应地办理公司注册资本变更和公司章程变更的登记手续。

(二) 公司减资

由于公司资本是公司经营和对外承担责任的重要保障,因此,《公司法》对公司减资的条件和程

序作出了严格的规定:

1. 绝对多数表决通过。减资必须经代表 2/3 以上表决权的股东通过。

2. 编制财务报表。公司需要减资时,必须编制资产负债表及财产清单。

3. 通知和公告。公司应当自作出减资决议之日起 10 日内通知债权人,并于 30 日内在报纸上公告。

4. 债务清偿或者担保。债权人自接到通知书之日起 30 日内,未接到通知书的自公告之日起 45 日内,有权要求公司清偿债务或者提供相应的担保。

5. 办理减资登记手续。

九、公司融资

公司筹集资金的活动称为“公司融资”,公司融资主要依靠两种手段:一是股权融资;二是债券融资。

1. 股权融资。

股权融资是公司向投资者募集股权资本的活动,此处所界定的股权融资不包括公司成立时各

出资人对公司的投资。由于有限责任公司增资为股东认缴新增资本的出资,因此此处所界定的股权融资主要针对股份有限公司。股份有限公司将公司资本分为若干股份,股份的表现形式为股票。股份有限公司通过各投资者在资本市场上认购其股票进行融资。

2. 债券融资。

债券融资是指公司通过向第三人借款而筹集资本的活动。公司债券,是指公司依照法定条件和程序发行的,约定在一定期限内还本付息的有价证券。有限责任公司和股份有限公司均可成为债券发行的主体。公司债券与一般债务的区别在于:

区别项	公司债券	一般债务
形成原因	为向社会公众募集资金而形成	因合同或者侵权而形成
表现形式	有价证券	无形式要求
与债权人关系	同一次发行的公司债券的持有人所享有的权利是相同的	与不同债权人的债权债务关系不同,所承担的义务也不同
债务标的	仅以金钱为限	债务标的具有多样性
流转性	可因转让和抵押而流转	债务转让须经债权人同意,流转性差

3. 公司债券与股票的区别:

比较事项	股票	公司债券
发行主体	股份有限公司	有限责任公司和股份有限公司
反映的法律关系	股权法律关系	债权法律关系
投资者享有的权利	资产收益权、重大决策权、选择管理者的权利	债券到期之后请求还本付息的权利
投资者所承担的风险	不得抽回投资,没有固定投资回报,风险较大	到期还本付息,投资回报固定,不受公司经营业绩影响,风险较小
发行条件	(1)具备健全且运行良好的组织机构; (2)具有持续盈利能力,财务状况良好; (3)最近3年财务会计文件无虚假记载,无其他重大违法行为; (4)经国务院批准的国务院证券监督管理机构规定的其他条件	(1)股份有限公司的净资产不低于人民币3000万元,有限责任公司的净资产不低于人民币6000万元; (2)累计债券余额不超过公司净资产的40%; (3)最近3年平均可分配利润足以支付公司债券1年的利息; (4)筹集的资金投向符合国家产业政策; (5)债券的利率不超过国务院限定的利率水平; (6)公开发行公司债券筹集的资金,必须用于核准的用途,不得用于弥补亏损和非生产性支出; (7)国务院规定的其他条件

十、公司合并与分立

(一)公司合并、分立的种类

1. 公司合并的种类。吸收合并和新设合并,前者是指两个或两个以上的公司合并后,其中一个公司吸收其他公司而继续存在,而剩余公司主体资格归于消灭的合并;后者是指两个或两个以上的公司合并后,成立一个新的公司,参与合并的

原有各公司均归于消灭的合并。

2. 公司分立的种类。新设分立和派生分立,前者是指一个公司将其全部财产分割,解散原公司,并分别归入两个或两个以上新公司中的行为。后者是指一个公司将其部分资产或营业进行分离,另设一个或数个新的公司或分支机构,原有公司继续存在的分立。

(二)公司合并、分立的程序

1. 公司合并的程序:

(1)起草合并协议。

(2)表决合并协议。

①有限责任公司。由股东会作出决议,经过代表2/3以上表决权的股东通过。

②国有独资公司。由国有资产监督管理机构决定,重要的国有独资公司的合并应当由国有资产监督管理机构审核后,报本级人民政府批准。

③股份有限公司。由股东大会作出决议,经过出席会议的股东所持表决权的2/3以上通过。

(3)编制资产负债表和财产清单。

(4)通知债权人并进行公告。

公司应当自作出合并决议之日起10日内通知债权人,并于30日内在报纸上公告。

债权人自接到通知书之日起30日内,未接到通知书的自公告之日起45日内,可以要求公司清偿债务或者提供相应的担保。

(5)办理公司合并登记。

①新设合并,应当进行设立登记,原参与合并各方办理注销登记。

②吸收合并,被吸收方办理注销登记,吸收方则应当进行变更登记。

公司合并,应当自公告之日起45日后申请登记。

2. 公司分立的程序:

(1)起草分立协议。

(2)表决分立协议。

(3)编制资产负债表和财产清单。

(4)通知债权人。公司应当自作出分立决议之日起10日内通知债权人,并于30日内在报纸上公告。

理解小贴士

①公司分立的程序中并没有规定债权人可以要求公司清偿债务或者提供相应的担保。因为公司在分立过程中原公司作为其对债权人保障的总资产没有变化;且分立后的公司对分立前的债务承担连带责任,债权人的利益不会受到损害。

②公司合并中,被合并公司的债权人可以要求清偿债务或提供担保,原因在于公司合并时,赖以保障债权人利益的被合并公司的资产发生了变动;且公司合并中很可能带来新的债权人,被合并公司原债权人的受偿顺序也可能发生变动,从而导致对债权人利益的侵害。

③公司分立程序和公司合并程序:

比较项	公司分立程序	公司合并程序
赋予债权人的权利	分立程序中债权人没有在特定情形下要求公司清偿债务或提供担保的权利	合并程序赋予债权人在特定情形下有要求公司清偿债务或提供担保的权利,具体表现在《公司法》第173条“公司合并……债权人自接到通知书之日起三十日内,未接到通知书的自公告之日起四十五日内,可以要求公司清偿债务或者提供相应的担保”
债务承继主体	由分立后的公司承担连带责任。具体表现在《公司法》第174条和第176条	债务承继主体为合并后存续的公司或者新设的公司
相同点	第一,通知义务的期限与方式相同,具体表现在《公司法》第175条第2款:“公司分立……公司应当自作出分立决议之日起十日内通知债权人,并于三十日内在报纸上公告。”《公司法》第173条:“公司合并……公司应当自作出合并决议之日起十日内通知债权人,并于三十日内在报纸上公告。” 第二,登记要求相同,具体表现在《公司法》第179条第1款:“公司合并或者分立,登记事项发生变更的,应当依法向公司登记机关办理变更登记;公司解散的,应当依法办理公司注销登记;设立新公司的,应当依法办理公司设立登记。”	

(三)公司合并、分立后的债务承担问题

1. 公司合并后的债务承担问题:公司合并时,合并各方的债权、债务应当由合并后存续的公司

或者新设的公司承继,除非公司与债权人另行达成协议。

2. 公司分立的债务承担:公司分立前的债务

由分立后的公司承担连带责任。但是,公司在分立前与债权人就债务清偿达成的书面协议另有约定的除外。

理解小贴士

此规定比较笼统,考生可以结合《合同法》等相关规定,重点掌握以下原则:

- (1) 公司分立前的债务承担在公司分立时进行约定,并经过债权人认可,公司分立后即按照该约定由分立后的公司承担。
- (2) 公司分立时对分立前债务承担没有约定或者约定不明,或者未经债权人认可的,分立后的公司对此承担连带责任。
- (3) 分立后的公司承担连带责任后,各分立的公司之间对债务承担有约定的,按照约定处理;没有约定或者约定不明的,根据公司分立时的资产比例分担。

十一、公司财务会计制度

(一)公司的财务会计报告组成

公司的财务会计报告包括下列财务会计报表及附属明细表:

- 1. 资产负债表:反映公司某一特定日期的静态财务状况;
- 2. 损益表:反映公司一定期间的经营成果及其分配情况,是公司纳税的基础;
- 3. 现金流量表:反映公司一定会计期间的现金及现金等价物的流入和流出情况;
- 4. 财务情况说明书:反映上述报表未能列示,但对公司财务状况有重大影响的其他重要事项;
- 5. 利润分配表:反映的是公司利润分配情况和年末未分配利润的情况。

(二)公司税后利润的分配制度

1. 分配顺序。

- (1) 被没收财物损失,违反税法规定支付的滞纳金和罚款;
- (2) 弥补公司以前年度亏损;
- (3) 提取法定公积金;
- (4) 提取任意公积金;
- (5) 支付股利。

① 有限责任公司按照股东实缴的出资比例分取红利,但全体股东约定不按照出资比例分取红利的除外。股份有限公司按照股东持有的股份比例分配,但股份有限公司章程规定不按持股比例分配的除外。

② 公司持有的本公司股份不得参与分配利润。

理解小贴士

公司违反上述规定,在弥补亏损和提取法定公积金之前向股东分配利润的,股东必须将违反规定分配的利润退还公司。

2. 公积金。

公积金是公司为了增强公司自身财力,扩大业务范围和预防意外亏损,依照法律和公司章程以及股东会决议而从公司税后利润中提取的资金。

(1) 公积金的分类:

① 按照公积金的提留是否为法律上的强制性规定,公积金可以分为法定公积金和任意公积金。其中,法定公积金是指根据法律的强制性规定而提取的公积金;而任意公积金是指根据企业章程的规定而自愿提取的公积金。

两者的区别可参见下表:

区别项	法定公积金	任意公积金
提取来源	税后利润、资本溢价、捐赠所得、资产重估增值等	税后利润
比例要求	税后利润的 10%,法定公积金达到注册资本的 50% 时,可不再提盈余公积金	由股东会或者股东大会决议决定
分类	法定盈余公积金和资本公积金	无
用途	只能用于弥补亏损、扩大公司生产经营或者增加公司注册资本。资本公积金不得用于弥补公司的亏损。法定公积金转为资本时,所留存的该项公积金不得少于转增前公司注册资本的 25%	公司自主决定

② 按照公积金的来源不同,公积金又可分为盈余公积金和资本公积金。盈余公积金是指企业

依法或依企业章程从企业的利润中提取的公积金;而资本公积金是指直接由资本、资产或其收益

所形成的公积金。资本公积金的来源主要有:一是公司溢价发行股份所得的溢价款;二是处置公司资产所得的收入;三是资产重估价值与账面净值的差额;四是接受捐赠。股份有限公司以超过股票票面金额的发行价格发行股份所得的溢价款以及国务院财政部门规定列入资本公积金的其他收入,应当列为公司资本公积金。

(2) 公积金的用途:弥补公司的亏损、扩大公司生产经营、转增公司资本。

理解小贴士

资本公积金不得用于弥补公司亏损。法定公积金转为注册资本时,所留存的该项公积金不得少于转增前公司注册资本的 25%。

十二、公司的解散与清算

(一) 公司的解散

公司的解散是公司退出市场并消灭主体资格的法律途径。公司解散的原因主要包括以下情形:

1. 自愿解散。

(1) 公司章程规定的营业期限届满或者公司章程规定的其他解散事由出现;

(2) 股东会或者股东大会决议解散;

(3) 因公司合并或者分立需要解散。

2. 强制解散。

依法被吊销营业执照、责令关闭或者被撤销。

3. 司法解散。

(1) 含义。

司法解散是指公司经营管理发生了严重困难,在股东或高级管理人员之间发生分歧或纠纷,且彼此不愿妥协而处于僵持状况,导致公司不能按照法定或者公司章程规定的程序作出决策的情况下,法院根据一方股东的请求依法所采取的判令公司解散的救济措施。

(2) 申请要件。

第一,主体要件。即单独或者合计持有公司全部股东表决权 10% 以上的股东,可以请求法院解散公司。第二,“公司僵局”要件。即公司经营管理发生严重困难。具体指以下四种情形之一:①公司持续 2 年以上无法召开股东会或者股东大会;②股东表决无法达到法定或者公司章程规定的比例,持续 2 年以上不能作出有效的股东会或者股东大会决议;③公司董事长期发生冲突,且无法通过股东会或者股东大会解决;④公司经营管理发生严重困难,公司继续存续会使得股东利益

受到重大损失的情形。第三,股东利益重大受损要件。公司继续存续会使得股东利益受到重大损失。第四,穷尽内部救济要件。即解决争议的内部救济已经用尽。

理解小贴士

在公司出现僵局时申请解散公司是股东固有权利,公司不得以章程规定剥夺。

(二) 公司清算

公司清算是依照法律规定了结公司事务并使公司主体资格消灭的程序,清算是终结已解散公司的一切法律关系、处理公司剩余财产的程序。此处的公司清算不包含破产清算。

1. 公司清算的适用情形。

依照《公司法》的规定,公司除因合并或分立解散无须清算,以及因破产而解散的公司适用破产清算程序外,其他解散的公司都应当按《公司法》的规定进行清算。

2. 清算组的构成。

(1) 自行清算:

有限责任公司的清算组由股东组成,股份有限公司的清算组由董事会或者股东大会确定的人员组成。

理解小贴士

①此时清算组的成员里没有债权人。因为公司不存在资不抵债的情形,清算不会损害到债权人的利益。如果清算中发现存在资不抵债的情形,则转入破产程序,适用《企业破产法》。②清算是办理注销登记的必备前置程序,公司因分立或合并而解散的情形除外。

(2) 指定清算:

①适用情形:公司逾期不成立清算组。此时,债权人可以申请人民法院指定有关人员组成清算组进行清算。人民法院应当受理该申请,并及时组织清算组进行清算。

②清算组成员:法院受理公司清算案件,应当及时指定有关人员组成清算组。清算组可以从下列人员或者机构中产生:第一,公司股东、董事、监事、高级管理人员;第二,依法设立的律师事务所、会计师事务所、破产清算事务所等社会中介机构;第三,依法设立的律师事务所、会计师事务所、破产清算事务所等社会中介机构中具备相关专业知识并取得执业资格的人员。

理解小贴士

除去公司因合并、分立而解散,若出现其他法定解散事由,均应当在解散事由出现之日起15日内成立清算组,开始清算。

3. 清算组的职权:

(1)清理公司财产,编制资产负债表和财产清单;

(2)通知或者公告债权人;

(3)处理与清算有关的公司未了结的业务;

(4)清缴所欠税款以及清算过程中产生的税款;

(5)清理债权、债务;

(6)处理公司清偿债务后的剩余财产;

(7)代表公司参与民事诉讼或仲裁活动,清算组在诉讼中具有诉讼当事人的法律地位。

理解小贴士

清算组在公司清算期间只能进行清算范围内的以清算为目的的活动,不得开展与清算无关的经营活动。

4. 清算组的职责。

(1)积极义务:清算组成员应当忠于职守,依法履行清算义务。

(2)消极义务:清算组成员不得利用职权收受贿赂或者其他非法收入,不得侵占公司财产。

(3)责任:清算组成员因故意或者重大过失给公司或者债权人造成损失的,应当承担赔偿责任。

5. 清算程序。

(1)清理财产。清算组须编制资产负债表和财产清单。

(2)债权申报及登记。

①清算组应当自成立之日起10日内通知债权人,并于60日内在报纸上公告。

②债权人应当自接到通知书之日起30日内,未接到通知书的自公告之日起45日内,向清算组申报其债权。债权人申报债权,应当说明债权的有关事项,并提供证明材料。

理解小贴士

法律对于清算组公告只有时间上的限制,无次数上的限制。

③清算组应当对债权进行登记。在申报债权期间,清算组不得对债权人进行清偿。

(3)制定清算方案。清算方案须报股东会、股东大会或者人民法院确认。

(4)财产分配。法定分配顺序如下:

①支付清算费用。

②支付职工的工资、社会保险费用和法定补偿金。

③清缴所欠税款。

④清偿企业债务。

⑤上述清偿完毕后还有剩余财产的,有限责任公司按照股东的出资比例分配,股份有限公司按照股东持有的股份比例分配。

清算期间,公司存续,但不得开展与清算无关的经营活动。公司财产在未按前款规定清偿前,不得分配给股东。

(5)制作清算报告。

公司清算结束后,清算组应当制作清算报告,报股东会、股东大会或者人民法院确认,并报送公司登记机关,申请注销公司登记,公告公司终止。

(三)公司的破产

清算组在清理公司财产、编制资产负债表和财产清单后,发现公司财产不足清偿债务的,应当依法向人民法院申请宣告破产。公司经人民法院裁定宣告破产后,清算组应当将清算事务移交给人民法院。公司被依法宣告破产的,依照有关企业破产的法律实施破产清算。

★本章考查基本规律

1. 本章年均考查6分左右,主要涉及以下内容:

(1)公司分类:通常与公司设立方式、组织机构、责任制度等结合进行考查。

(2)公司设立:除与分类结合考查外,还会与公司资本制度、发起人责任、公司增资、公司变更等进行结合或对比考查。

(3)合并分立:常将合并与分立结合考查,如对合并分立中债权人权益的保护进行对比考查,同时,还可能考查合并和分立的各具体制度,如不同分类形式下公司债权债务的承担及债务清偿协议等。

(4)公司解散:常考查公司司法解散的申请要件,还可能考查公司解散之后的清算,比如清算人的资格,清算财产的分配,与破产清算的比较等。

(5)上述内容也常常会在公司法案例中考查。

2. 本章近5年的已考考点与已考法条归纳总结:

考查次数	已考考点	已考法条
*	分公司、子公司	《公司法》第 14 条
**	公司章程	《公司法》第 11、23、25 条
*	公司设立	《公司法》第 11、23 条
*	有限公司组织机构	《公司法》第 50 条
*	董事任职资格	《公司法》第 146 条
*	高管义务	《公司法》第 148 条

续表

考查次数	已考考点	已考法条
*	发起人责任	《公司法解释(三)》第 2 条
*	冒名股东	《公司法解释(三)》第 28 条
*	公司合并	《公司法》第 173、174 条
*	公司分立	《公司法》第 175、176 条
*	公司财务	《公司法》第 164 ~ 168 条

第二章 有限责任公司法律制度

★本章命题关键词:股东资格,公司组织机构及其职权,股权转让

一、有限责任公司的设立

(一)设立条件

1. 股东符合法定人数。

(1)有限责任公司的股东人数为 50 人以下。

(2)我国目前允许设立一人有限责任公司。

(3)我国目前允许设立国有独资公司。

2. 有符合公司章程规定的全体股东认缴的出资额。依据修订后《公司法》的规定,需要注意的是:第一,股东不必实际缴纳全部出资,可以先成立公司,再分期缴纳出资;第二,股东需要按照公司章程的约定缴纳出资,如果股东未依认缴文件的规定实际缴付注册资本,仍需要按照其认缴的出资额承担有限责任。

法律、行政法规以及国务院决定对有限责任公司注册资本实缴、注册资本最低限额另有规定的,从其规定。

3. 股东共同制定公司章程。

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。公司章程由股东共同制定,经股东签名、盖章后生效。

4. 设立符合法定要求的组织机构。

组织机构是公司具备意思能力和执行能力的重要保障。有限责任公司的组织机构一般包括股东会、董事会和监事会。

5. 有合法的公司名称及公司住所。

公司名称可以使公司法人人格特定化,一个公司只能有一个名称。公司以其主要办事机构所在地为住所。

6. 完成登记。

公司营业执照签发之日,为公司成立之日。公司自成立之日起,取得法人资格。

理解小贴士

公司的设立与公司的成立是不同的。公司成立是公司设立过程的法律后果,公司设立阶段,公司尚不具有法人资格,不能以公司法人名义进行法律行为;公司成立以登记为要件,如果出资不到位或者实物出资未办理相应的手续,但经过了公司登记,则公司仍然成立,只不过此时存在瑕疵而已。

(二)设立公司中的发起人

1. 发起人的认定。

为设立公司而签署公司章程、向公司认购出资或者股份并履行公司设立职责的人。包括有限责任公司设立时的股东和股份有限公司设立时的发起人,故该部分内容同样适用于股份有限公司的发起人。

2. 发起人对外签订合同的效力。

(1)以自己名义对外签订合同的效力。

发起人为设立公司以自己名义对外签订合同,合同相对人请求该发起人承担合同责任的,人民法院应予支持。

公司成立后对前款规定的合同予以确认,或者已经实际享有合同权利或者履行合同义务,合同相对人请求公司承担合同责任的,人民法院应予支持。

(2)以公司名义对外签订合同的效力。

发起人以设立中公司名义对外签订合同,公司成立后合同相对人请求公司承担合同责任的,人民法院应予支持。

公司成立后有证据证明发起人利用设立中公司的名义为自己的利益与相对人签订合同,公司

以此为由主张不承担合同责任的,人民法院应予支持,但相对人为善意的除外。

3. 公司未能成立的发起人责任。

(1) 对外:

公司因故未成立,债权人请求全体或者部分发起人对设立行为所产生的费用和债务承担连带清偿责任的,人民法院应予支持。

(2) 内部:

部分发起人依照前款规定承担责任后,请求其他发起人分担的,人民法院应当判令其他发起人按照约定的责任承担比例分担责任;没有约定责任承担比例的,按照约定的出资比例分担责任;没有约定出资比例的,按照均等份额分担责任。

因部分发起人的过错导致公司未成立,其他发起人主张其承担设立行为所产生的费用和债务的,人民法院应当根据过错情况,确定过错一方的责任范围。

4. 公司设立过程中发起人的侵权责任。

发起人因履行公司设立职责造成他人损害,公司成立后受害人请求公司承担侵权赔偿责任的,人民法院应予支持;公司未成立,受害人请求全体发起人承担连带赔偿责任的,人民法院应予支持。

公司或者无过错的发起人承担赔偿责任后,可以向有过错的发起人追偿。

二、有限责任公司股东的出资制度

我国目前采取宽松的法定资本制,要求股东一次认足全部资本,但允许分期缴纳。具体规定如下:

(一) 注册资本

数额为在公司登记机关登记的全体股东认缴的出资额。有限责任公司股东认缴出资额,公司实收资本不再作为登记事项。公司登记时,不需要提交验资报告,登记事项和登记文件都得到了极大的简化。

(二) 出资形式

1. 货币。

2. 非货币财产:可以用货币估价并可以依法转让的非货币财产,如实物、知识产权、土地使用权、股权、债权等;对作为出资的非货币财产应当评估作价。

理解小贴士

1. 关于货币出资,修订后的《公司法》不再要求货币出资的比例,有利于鼓励创业,降低设立公

司的门槛和难度。

2. 关于非货币出资,一般都要求股东出资必须转移所有权,但有一个例外,即用土地出资不需转移所有权。原因在于,土地所有权只能属于国家或者集体,公司不能享有所有权。

3. 关于股权出资,即出资人以其他公司股权出资的,需要符合如下条件:第一,出资的股权由出资人合法持有并依法可以转让;第二,出资的股权无权利瑕疵或者权利负担;第三,出资人已履行关于股权转让的法定手续;第四,出资的股权已依法进行了价值评估。

3. 不得用于出资的财产:信用、劳务、自然人姓名、商誉、特许经营权、设定担保的财产。

(三) 出资义务的履行

股东应当足额缴纳公司章程规定的各自所认缴的出资额;以货币出资的,将货币足额存入公司在银行开设的账户;以非货币财产出资的,依法办理财产权转移手续。

最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(三)》(以下简称《公司法解释(三)》)第8条 出资人以划拨土地使用权出资,或者以设定权利负担的土地使用权出资,公司、其他股东或者公司债权人主张认定出资人未履行出资义务的,人民法院应当责令当事人在指定的合理期间内办理土地变更手续或者解除权利负担;逾期未办理或者未解除的,人民法院应当认定出资人未依法全面履行出资义务。

第9条 出资人以非货币财产出资,未依法评估作价,公司、其他股东或者公司债权人请求认定出资人未履行出资义务的,人民法院应当委托具有合法资格的评估机构对该财产评估作价。评估确定的价额显著低于公司章程所定价额的,人民法院应当认定出资人未依法全面履行出资义务。

第10条 出资人以房屋、土地使用权或者需要办理权属登记的知识产权等财产出资,已经交付公司使用但未办理权属变更手续,公司、其他股东或者公司债权人主张认定出资人未履行出资义务的,人民法院应当责令当事人在指定的合理期间内办理权属变更手续;在前述期间内办理了权属变更手续的,人民法院应当认定其已经履行了出资义务;出资人主张自其实际交付财产给公司使用时享有相应股东权利的,人民法院应予支持。

出资人以前款规定的财产出资,已经办理权

属变更手续但未交付给公司使用,公司或者其他股东主张其向公司交付、并在实际交付之前不享有相应股东权利的,人民法院应予支持。

第11条 出资人以其他公司股权出资,符合下列条件的,人民法院应当认定出资人已履行出资义务:

(一) 出资的股权由出资人合法持有并依法可以转让;

(二) 出资的股权无权利瑕疵或者权利负担;

(三) 出资人已履行关于股权转让的法定手续;

(四) 出资的股权已依法进行了价值评估。

股权出资不符合前款第(一)、(二)、(三)项的规定,公司、其他股东或者公司债权人请求认定出资人未履行出资义务的,人民法院应当责令该出资人在指定的合理期间内采取补正措施,以符合上述条件;逾期未补正的,人民法院应当认定其未依法全面履行出资义务。

股权出资不符合本条第一款第(四)项的规定,公司、其他股东或者公司债权人请求认定出资人未履行出资义务的,人民法院应当按照本规定第九条的规定处理。

(四)瑕疵出资的责任

1. 不履行出资义务的违约责任: 股东不按期缴纳出资的,除应当向公司足额缴纳外,还应当向已按期足额缴纳出资的股东承担违约责任。

2. 履行出资义务不当的瑕疵担保责任: 公司成立后,发现作为设立公司出资的非货币财产的实际价额显著低于公司章程所定价额的,应当由交付该出资的股东补足其差额;公司设立时的其他股东承担连带责任。

理解小贴士

(1) 不履行出资义务的违约责任和履行出资义务不当的瑕疵担保责任:

	不履行出资义务的违约责任	履行出资义务不当的瑕疵担保责任
适用情形	股东不按期缴纳出资(针对货币出资不足情形)	股东履行出资义务不当(针对非货币财产出资实际价额偏低情形)
责任形式	① 股东补足差额; ② 向其他股东承担违约责任	① 股东补足差额; ② 其他股东承担连带责任

在履行出资义务不当的瑕疵担保责任中,需要注意的是,连带责任针对的是设立时的股东,对于公司成立后新加入的股东不适用。原因在于,公司设立时的老股东之间是合伙关系,彼此之间负有监督义务,新加入的股东对公司设立时的股东则没有监督义务。

(2) 股东的这一资本充实责任,不得以公司章程规定或股东会决议免除。

(3) 股份有限公司不履行出资义务与有限公司的区别,具体参见《公司法》第83、93条,其中有限责任公司的规定是重点。

(4) 承担评估、验资或者验证的机构因其出具的评估结果、验资或者验证证明不实,给公司债权人造成损失的,除能够证明自己没有过错的外,在其评估或者证明不实的金额范围内承担赔偿责任。

(5) 股东的出资义务,不适用诉讼时效(《公司法解释(三)》第19条第1款)。

《公司法》第83条 以发起设立方式设立股份有限公司的,发起人应当书面认足公司章程规定其认购的股份,并按照公司章程规定缴纳出资。以非货币财产出资的,应当依法办理其财产权的转移手续。

发起人不依照前款规定缴纳出资的,应当按照发起人协议承担违约责任。

发起人认足公司章程规定的出资后,应当选举董事会和监事会,由董事会向公司登记机关报送公司章程以及法律、行政法规规定的其他文件,申请设立登记。

第93条 股份有限公司成立后,发起人未按照公司章程的规定缴足出资的,应当补缴;其他发起人承担连带责任。

股份有限公司成立后,发现作为设立公司出资的非货币财产的实际价额显著低于公司章程所定价额的,应当由交付该出资的发起人补足其差额;其他发起人承担连带责任。

《公司法解释(三)》第13条 股东未履行或者未全面履行出资义务,公司或者其他股东请求其向公司依法全面履行出资义务的,人民法院应予支持。

公司债权人请求未履行或者未全面履行出资义务的股东在未出本息范围内对公司债务不能清偿的部分承担补充赔偿责任的,人民法院应予支持;未履行或者未全面履行出资义务的股东已