

· 2011年版 ·



GUOJIASIFAKAOSHI

国家司法考试

商法·经济法·知识产权法要义

刘 安/编著



中国政法大学出版社



2011年版

国家司法考试

商法·经济法·知识产权法要义



中国政法大学出版社

2011·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

国家司法考试商法、经济法、知识产权法要义: 2011年版 / 刘安编著. —
北京: 中国政法大学出版社, 2011. 4

ISBN 978-7-5620-3926-6

I. 国… II. 刘… III. ①商学-中国-法律工作者-资格考试-自学参考资料 ②经济法-中国-法律工作者-资格考试-自学参考资料 ③知识产权法-中国-法律工作者-资格考试-自学参考资料 IV. D①923. 99②D923. 4③D922. 29
中国版本图书馆CIP数据核字 (2011) 第063094号

-
- | | |
|------|---|
| 书 名 | 国家司法考试商法、经济法、知识产权法要义
GUOJIA SIFA KAOSHI SHANGFA JINGJIFA ZHISHI CHANQUANFA YAOYI |
| 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 邮编 100088 fada.sf@sohu.com
http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社)
(010) 58908433 (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 | 14.25 |
| 字 数 | 315 千字 |
| 版 本 | 2011 年 5 月第 1 版 2011 年 5 月第 1 次印刷 |
| 书 号 | ISBN 978-7-5620-3926-6/D · 3886 |
| 定 价 | 23.00 元 |
-

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由印刷厂负责退换。

前言

Preface

对广大“司考”考生而言,重视并感兴趣的往往是三大实体法和三大程序法,对商经、知产却感到枯燥无味。然而,商经、知产在司法考试中也占有极其重要的地位:在2010司法考试中,商经试题共91分,知产试题共12分,总计103分,占整体成绩的1/6。无数事实证明,商经、知产已成为考生能否通过“司考”的拦路虎。为帮助考生吃掉这只“虎”,我们精心编写了这部讲义,同时对这门学科的命题特点和2011年复习要旨、方略进行了总结,与广大考生共享。

一、重点突出,兼顾全面

商法涉及公司法、合伙企业法、个人独资企业法、外商投资企业法、企业破产法、票据法、保险法、海商法、证券法九大部门法;经济法涉及竞争法、消费者法、银行业法、财税法、劳动法、土地法和房地产法、环境保护法七大部门法;知识产权法涉及著作权法、商标法、专利法三大部门法。在这众多的部门法中,每年命题的规律是重点突出,兼顾全面。如商法中公司法(2009年12分、2010年39分)、合伙企业法(2009年6分、2010年3分)、保险法(2009年3分、2010年5分)的分值较高,其他法律分值几乎持平,均在2分或3分;经济法的重点分值分布在劳动法(2009年8分、2010年5分)、银行法(2009年6分、2010年5分)、税法(2009年4分、2010年4分)、土地法和房地产管理法(2009年4分、2010年10分),其他法律分值又几乎持平,均在2分或3分;知识产权法三大部门法的分值分布较均匀,均在4分。

据此,广大考生在学习时,必须依次重点突破公司法、合伙企业法、保险法、企业破产法、票据法、三资企业法、证券法、劳动法、银行法、税法、土地法和房地产管理法、反垄断法、著作权法、专利法、商标法。做到抓住重点,兼顾一般。

二、重在基础,兼顾综合

从近几年试题的内容看,重在考查对法条的准确及全面的理解,但每道题考的不只是一个知识点,往往是两个甚至三个知识点,这些点跳跃性很强,从而形成一定的综合性,这就加大了考试难度。

据此,广大考生在学习时,对核心知识点必须反复研读、体会,和相近的知识点加以对照,搞清法条之所以这样规定的原因,要把抽象的法条和现实场景联系起来。

三、重在修订,兼顾新增

近几年商经、知识产权法中都有修订、新增的法律。2009年修订了《保险法》和《专利法》,新增了《食品安全法》;2010年修订了《审计法实施条例》、《著作权法》,新

颁布实施了《农村土地承包经营纠纷调解仲裁法》。从历年考查的角度看，凡是修订法规的重大修订部分和新增法律法规的核心亮点，在当年和随后一年的司法考试中均会涉及。去年《著作权法》修订内容仅涉及著作权行使的原则和著作权出质问题，较易掌握；《审计法实施条例》修订内容较多，需广大考生认真理解；《农村土地承包经营纠纷调解仲裁法》中要着重把握农村土地承包经营纠纷的范围。2009年《保险法》和《专利法》的修订部分，也必须给予足够的重视。

四、重在一役，三从一大

司法考试不同于注册会计师可以单科累计考试（5年内通过即可），它要求一次性过关，能否通过司法考试重在“一役”，不过的话明年要全部重来。因此，要求考生必须集中精力打“歼灭战”，做好充分的准备。如何准备？中国女排“三从一大”的训练方针值得借鉴，即从难、从严、从实战出发，加上大运动量。所谓从难，指必须重视核心考点的系统性与综合性，将知识点融会贯通；所谓从严，指对核心考点的理解必须准确、全面，绝对不要“百密一疏”，更不能“百疏一密”；所谓从实战出发，一方面是指学习内容的宽度与深度要参照历年司法考试的水平，另一方面是指要“把抽象的法条和现实场景联系起来”，理论必须要解决实际问题；所谓大运动量，是指必须集中时间、精力，调整好身体状态，全面、彻底、刻苦地学习，对“司考”来说学习量小，无异于杯水车薪。要强调的是：大运动量并不意味着“痛苦”，要从良好的学习方法和学习内容中体会到快乐。

通过司法考试是你们人生的一个里程碑，正是你们的通过，才使我们教育工作者的良心得以安宁！让我们为共同的目标——成为中国司法界的精英而不懈地努力！

刘 安

2011年4月

Contents

目录

商 法

第一章 公司法	/1	第四节 个人独资企业的解散与清算	/44
第一节 公司法概述	/1	第四章 外商投资企业法	/47
第二节 公司的设立	/4	第一节 中外合资经营企业法	/47
第三节 公司的股东	/6	第二节 中外合作经营企业法	/49
第四节 公司的董事、监事、高级管理人员	/8	第三节 外资企业法	/51
第五节 公司的财务与会计制度	/9	第五章 企业破产法	/55
第六节 公司债券	/10	第一节 一般规定	/55
第七节 公司的变更、合并与分立	/11	第二节 破产申请和受理	/55
第八节 公司的解散与清算	/12	第三节 管理人	/57
第九节 外国公司的分支机构	/14	第四节 债务人财产	/58
第十节 有限责任公司	/15	第五节 债权申报	/60
第十一节 股份有限公司	/20	第六节 债权人会议	/61
第二章 合伙企业法	/30	第七节 重整程序	/63
第一节 合伙制度概述	/30	第八节 和解程序	/65
第二节 普通合伙企业的设立条件与程序	/30	第九节 破产清算程序	/66
第三节 普通合伙企业的财产	/31	第六章 票据法	/69
第四节 普通合伙事务的执行	/32	第一节 票据法概述	/69
第五节 普通合伙与第三人的关系	/33	第二节 票据权利和票据行为	/70
第六节 普通合伙的入伙与退伙	/35	第三节 票据抗辩与补救	/72
第七节 特殊的普通合伙企业	/37	第四节 汇 票	/73
第八节 有限合伙企业	/37	第五节 本票和支票	/76
第九节 合伙的解散与清算	/39	第七章 证券法	/82
第三章 个人独资企业法	/43	第一节 证券法概述	/82
第一节 个人独资企业概述	/43	第二节 证券发行	/82
第二节 个人独资企业的设立	/43	第三节 证券交易	/84
第三节 个人独资企业的投资人及事务管理	/44	第四节 证券上市	/87
		第五节 上市公司收购制度	/88

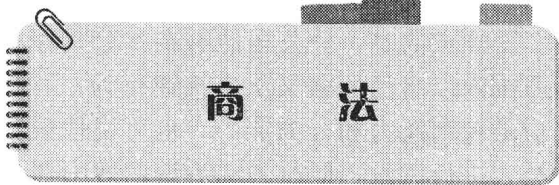
第六节 证券机构	/89	第二节 船舶与船员	/109
第七节 证券投资基金法律制度	/92	第三节 海上货物运输合同	/111
第八章 保险法	/98	第四节 海上旅客运输合同	/113
第一节 保险法概述	/98	第五节 船舶租用合同	/115
第二节 保险合同总论	/99	第六节 船舶碰撞	/117
第三节 保险合同分论	/102	第七节 海难救助	/118
第四节 保险业法律制度	/105	第八节 共同海损	/119
第九章 海商法	/109	第九节 海事赔偿责任限制	/120
第一节 海商法概述	/109	第十节 海事诉讼特别程序	/121

经济法

第一章 竞争法	/127	第五章 劳动法	/160
第一节 反垄断法	/127	第一节 劳动法概述	/160
第二节 反不正当竞争法	/130	第二节 劳动合同法	/160
第二章 消费者法	/135	第三节 劳动基准法	/166
第一节 消费者权益保护法	/135	第四节 劳动争议	/167
第二节 产品质量法	/136	第六章 土地法和房地产法	/172
第三节 食品安全法	/139	第一节 土地管理法	/172
第三章 银行业法	/145	第二节 城市房地产管理法	/176
商业银行法	/145	第七章 环境保护法	/182
第四章 财税法	/150	第一节 概述	/182
第一节 税法	/150	第二节 环境保护法的基本制度	/182
第二节 审计法	/154	第三节 环境责任和环境纠纷	/184

知识产权法

第一章 著作权	/187	第三节 授予专利权的条件	/201
第一节 著作权的客体	/187	第四节 授予专利权的程序	/202
第二节 著作权的主体	/188	第五节 专利权的内容和限制	/204
第三节 著作权的内容	/190	第六节 专利侵权行为	/206
第四节 著作权的限制	/191	第三章 商标权	/211
第五节 邻接权	/193	第一节 商标概述	/211
第六节 著作权侵权行为	/194	第二节 商标权的取得	/212
第七节 对《著作权法》的最新修订	/195	第三节 商标权的内容	/214
第二章 专利权	/199	第四节 商标权的消灭	/215
第一节 专利权的主体	/199	第五节 商标侵权行为	/216
第二节 专利权的客体	/200	第六节 驰名商标的保护	/216



商 法

第一章 公司法

第一节 公司法概述

● 考点要述 ●

本节的基本考点有：公司的概念和特征（公司概念、公司的营利性、公司的独立财产、公司的独立责任、公司法人人格否认制度）；公司的分类；公司法的强制性与任意性；公司法的基本原则（鼓励投资、公司自治、公司及利益相关者保护、股东平等、权利制衡、股东有限责任、公司社会责任）。

核心考点是：公司的特征；公司的分类；公司法人人格否认制度。

◁ 考点详述 ▷

一、公司的特征

（一）法人性

公司获得法人资格意味着：①公司必须依法设立。或直接申请设立登记，或依法办理批准手续后申请设立登记。②公司具有独立的财产。公司具有法人财产权，公司财产与股东财产相分离。③公司承担独立责任。即公司用其全部法人财产（非注册资本）对公司的债务承担独立的责任，该责任是无限的，而股东仅以其出资额为限对公司承担责任。

（二）社团性

依法人内部组织基础的不同，可将法人分为社团法人和财团法人，公司属于社团法人。公司的社团性表现在它通常由两

个或者两个以上的股东出资组成。

公司社团性的例外情况：①一人有限责任公司和国有独资公司；②根据《外商投资企业法》成立的外商独资设立的有限责任公司。在这些公司中都只有一个股东。

（三）营利性

二、公司的分类

（一）以股东的责任范围为标准

可将公司分为：无限公司、两合公司、股份两合公司、股份有限公司与有限责任公司。

1. 无限公司是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. 两合公司是由部分无限责任股东和部分有限责任股东共同组成，前者对公司债务承担连带无限责任，后者仅以其出资额为限承担责任的公司。

3. 股份两合公司，是指由部分对公司债务负连带无限责任的股东和部分仅以其所持股份对公司债务承担有限责任的股东共同组成。

4. 股份有限公司，是指由一定发起人发起设立或社会公众募集设立的，公司资本分为等额股份，投资者以其所持股份对公司承担责任，公司以其全部资产对公司债务承担责任的公司。

5. 有限责任公司指由不超过法定人数的股东出资组成，股东仅以其出资额为限

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公司。

(二) 以公司信用基础为标准

可将公司分为:人合公司、资合公司与人合兼资合公司。

1. 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。

2. 资合公司是公司的经营活动以公司的资本规模而非股东个人的信用为基础的公司。股份有限公司是最典型的资合公司。

3. 人资兼合公司,是指公司的设立和经营同时依赖股东个人的信用和公司资本为基础的公司。两合公司即属人合兼资合公司。

(三) 以公司相互之间法律上的关系为标准

可将公司分为:母公司和子公司、总公司和分公司。

1. 母公司和子公司。

(1) 母公司通常指拥有另一公司一定份额的股份,或者根据协议能够控制、支配其他公司的人事、财务、业务等事项的公司。

(2) 子公司是指一定数额的股份被另一公司控制或者依照协议被另一公司实际控制或支配的公司。特别注意的是,子公司拥有独立的法人资格,拥有自己的财产、自己公司的名称、章程和董事会,对外独立开展业务和承担责任。但涉及公司利益的重大决策或重大人事安排,仍由母公司决定。

2. 总公司和分公司。

(1) 总公司又称本公司,是指具有独立的法人资格,能够以自己的名义直接从事各种业务活动,并管辖公司全部组织的总机构。

(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独立法人资

格的分支机构,其民事责任由总公司承担。需要注意的是,分公司能够在本公司授权范围内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。也可以代表本公司进行诉讼,但行为和诉讼的效力当然及于本公司。

(四) 以公司的国籍为标准

可将公司分为:本国公司、外国公司和跨国公司。

1. 本国公司,是指按本国法律登记成立的公司。所有依中国法律在中国境内登记成立的公司,都具有中国国籍,属中国公司。

2. 外国公司,是指依照外国法律在中国境外登记成立的公司。依照我国《公司法》规定,允许外国公司在我国境内设立分支机构,从事生产经营活动,但是外国公司属于外国法人,其在中国境内设立的分支机构不具有中国法人资格,该分支机构在中国境内进行经营活动而产生的民事责任,由其所属外国公司承担。

三、公司人格否认制度

(一) 公司人格否认制度的概念

公司人格的否认,是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,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,责令股东对公司的债务直接负责的一种法律制度。

(二) 公司人格否认制度的适用要点

1. 构成要件。对于一般公司,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;对于一人公司,只要股东不能举证证明公司财产独立于自己的财产,即可适用该原则。

【注意】 股东举证责任的倒置。

2. 否认的效力。公司人格否认后,股东不能再主张其对公司的有限责任,而要对公司的债务承担连带责任。公司人格的

否认,是对公司独立责任的一种补充和修正,其效力范围仅限于在特定的法律关系中。在某个方面人格的否认不影响到其他方面,公司仍然作为一个独立的法人实体存在。

例 关于有限责任公司和股份有限公司,下列哪些表述是正确的?

A. 有限责任公司体现更多的人合性,股份有限公司体现更多的资合性

B. 有限责任公司具有更多的强制性规范,股份有限公司通过公司章程享有更多的意思自治

C. 有限责任公司和股份有限公司的注册资本都可以在公司成立后分期缴纳,但发起设立的股份有限公司除外

D. 有限责任公司和股份有限公司的股东在例外情况下都有可能对公司债务承担连带责任

答案 AD

命题预测举要

一、如何理解公司财产的独立性

一定的财产是公司得以存在的物质基础,公司成立时的原始财产由股东的出资构成,股东一旦履行了出资义务,其作为出资的标的物的所有权即转移至公司,构成公司的财产。公司的财产与股东的财产相分离。这点是公司能够独立承担民事责任、取得法人资格的基础,也是股东只以其出资额为限对公司债务承担责任的依据。

二、如何判断一个公司是属于人合公司、资合公司还是人合兼资合公司

关键在于掌握:公司的交易信用来源和责任承担依据。

例 下列关于公司分类的哪些表述是正确的?

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

答案 BCD

三、如何理解分公司的法律地位

分公司不是独立法人,仅是本公司的分支机构,不能独立承担民事责任,但分公司可以在本公司的授权范围内以自己的名义进行业务活动,也可以代表本公司进行诉讼,但行为和诉讼的效力当然及于本公司。

例 华夏科技公司在北京设立了一家分公司。该分公司以自己的名义与北京科勒公司签订了一份商品买卖合同,购买科勒公司的商品50万元。现分公司因拖欠货款而与北京科勒公司发生纠纷。下列判断哪一个是正确的?

A. 商品买卖合同有效,法律责任由合同的当事人独立承担

B. 该分公司不具有民事主体资格,又无华夏科技公司的授权,商品买卖合同无效

C. 合同有效,依该合同产生的法律责任由华夏科技公司承担

D. 合同有效,依该合同产生的法律责任由华夏科技公司及其分公司承担连带责任

答案 C

四、公司人格否认制度的适用范围

公司人格的否认,其效力范围仅限于特定的法律关系中。

例 甲公司与乙公司投资设立了丙有限公司,丙公司拖欠丁公司货款一直不还,丁公司起诉丙公司要求还款,丙公司在被起诉后将资产无偿转让给甲公司,丁公司虽然胜诉,但丙公司无资产可供执行。以下说法正确的是?

A. 丁公司只能要求丙公司承担责任

B. 丁公司可以要求甲公司承担连带

责任

C. 丁公司可以要求甲公司、乙公司承担连带责任

D. 丁公司可以要求甲、乙公司按照出资比例承担按份责任

答案 B

第二节 公司的设立

● 考点要述 ●

本节的基本考点有：公司设立的概念（公司设立与公司成立的区别）；公司设立的方式（发起设立、募集设立）；公司设立的登记（公司登记与营业登记、登记机关、登记的程序、登记的效力）；公司章程（公司章程的概念和性质、公司章程的特点、公司章程的订立与修改、公司章程的效力）；公司的资本（公司资本、资产及净资产的概念及相互关系、公司资本原则、资本的一次缴纳制与分期缴纳制）；股东的出资（股东出资的法律意义、股东出资义务、股东出资责任、股东出资的形式、股东出资的法定要求）。

核心考点是：公司章程；公司资本原则；股东的出资。

□ 考点详述

一、公司章程

（一）公司章程的概念

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。

（二）公司章程的特点

1. 法定性。公司章程的法律地位、主要内容及修改程序、效力都由法律强制规定，任何公司都不得违反。

2. 自治性。由公司依法自行制定，由公司自己来执行。

3. 公开性。公开性主要是对股份公司而言，章程的内容不仅要对投资人公开，还要对包括持券人在内的一般社会公众公开。

（三）公司章程的效力范围

公司章程自公司成立之日起生效；公司章程只对公司、股东、董事、监事、高级管理人员五类内部主体有约束力，对公司职工无约束力。公司章程一般不具有对外的约束力，不得对抗善意第三人。

（四）公司章程的订立

公司章程的订立方式有两种：共同订立和部分订立。

1. 共同订立，是指全体股东或发起人共同起草、协商制定公司章程，否则公司章程不得生效。有限公司和发起设立的股份公司的章程订立采用这种方式。

2. 部分订立，是指股东或发起人负责起草、制定公司章程，而后再经其他股东、认股人审议通过。募集设立的股份公司采用这种方式。

3. 公司章程必须采取书面形式，经全体股东或者发起人同意并在章程上签名盖章后立即生效，其并不以工商登记为生效要件。

（五）公司章程的变更

1. 公司章程的变更首先由董事会提出修改公司章程的提议，然后由股东会或者股东大会通过。有限责任公司在讨论通过修改公司章程的决议时必须经代表 2/3 以上表决权的股东通过；股份有限公司则必须经出席股东大会的股东所持表决权的 2/3 以上通过。

2. 公司章程变更后董事会应当向工商行政管理机关申请变更登记。

二、公司资本原则

（一）资本确定原则

是指公司设立时应在章程中载明公司资本总额，并由发起人认足或者募足，否则公司不能成立。具体实现方式各国不同规定：

1. 法定资本制。公司资本总额必须要在公司章程中明确规定，而且必须要在公司设

立时一次性全部认足或募足，否则公司不能成立。

2. 授权资本制。公司在设立时只需满足章程规定资本的一定比例，公司即可成立，其余部分则授权董事会在公司成立后根据业务需要随时募集。这是英美法系国家广泛采用的一种资本确定原则的实现方式。

3. 折中资本制。要求公司章程规定的资本总额只要实现一定的比例，公司即可成立，但是它规定了第一次发行的资本最低要达到的比例数或资本额数，其余部分在公司设立后由董事会依据需要随时筹集，同时规定最后一期资本筹集的最长时间，如果在法定时间内没有筹集完毕，公司可能面临解散。

我国《公司法》修改后虽然规定公司的资本可以分期缴纳，但仍然属于法定资本制。

（二）资本维持原则

又称资本充实原则，是指公司在其存续过程中，应当保持与其注册资本相当的资金。其目的在于维持公司资本，以保护债权人利益和社会交易的安全。

（三）资本不变原则

是指公司的注册资本确定后非依法定程序，不得任意变动。其目的是为了保证公司经营的生命力和发展前途以及维护债权人和股东的利益。所以，无论是增资还是减资，法律都规定了严格的程序。

三、股东的出资

（一）出资方式

股东出资可以是货币，也可以是实物、知识产权、土地使用权等可以用货币估价并可以依法转让的非货币财产作价出资。其中，货币出资不得少于注册资本的30%。禁止以劳务、信用、自然人姓名、商誉、特许经营权和设定担保的财产出资。

（二）公司资本最低出资额

一般有限责任公司的法定最低注册资本为3万元；一般股份有限公司的法定最低注册资本为500万元；一人有限公司为人民币10万元。

【注意】其他法律中对其他特殊公司的最低出资额的规定：

（1）保险公司为2亿元。

（2）证券公司根据不同的经营范围分别为5000万元、1亿元、5亿元（《证券法》第127条）。

（3）设立分支机构的全国性商业银行为10亿元，城市商业银行为1亿元，农村合作商业银行为5000万元。

命题预测举要

一、公司章程变更的程序

1. 董事会提议。

2. 股东会或者股东大会通过（有限责任公司在讨论通过修改公司章程的决议时必须经代表2/3以上表决权的股东通过；股份有限公司则必须经出席股东大会的股东所持表决权的2/3以上通过）。

3. 向工商行政管理机关申请变更登记。

【注意】变更公司章程，是股东会或者股东大会的权利。

例 甲股份有限公司经董事会决议，变更公司章程，在其营业范围中增加“食品销售”一项，但尚未向工商行政管理部门办理变更登记手续。董事长李东升未经授权与乙钢厂签订一项订购钢材的合同，并代表公司签发以某银行为付款人、乙为收款人的汇票一张给乙，作为定金。对甲公司变更公司章程的行为，下列判断中正确的是：

A. 因其是董事会作出的决议，故发生变更效力

B. 董事会可以对此作出决议，但其未

向工商机关办理变更登记而不发生变更效力

C. 应由股东会作出决议, 自决议生效时发生变更效力

D. 应由董事会作出决议, 并自办理变更登记时发生变更效力

答案 C

二、资本维持原则在公司法中的体现

有限责任公司的初始股东对现金之外的出资负担担保责任; 发起人不得抽逃出资; 股票不得折价发行; 除法定情形外, 公司不得回购本公司股票; 在弥补亏损、提取法定公积金之前不得向股东分配利润等。

第三节 公司的股东

考点要述

本节的基本考点有: 股东的概念 (自然人股东、法人股东、国家股东、股东资格的取得与确认); 股东的权利 (股东权利的原则、股东权利的特征、股东权利的类型、股东权利的内容、利害关系股东表决权的排除); 股东的义务 (股东的一般义务、控股股东的特别义务、公司实际控制人及其义务); 股东代表诉讼制度 (股东代表诉讼的概念和特点、股东代表诉讼的当事人、股东代表诉讼可诉行为的范围、股东代表诉讼的程序和法律后果)。

核心考点是: 股东的权利; 股东代表诉讼制度。

考点详述

一、股东的权利

(一) 股权的分类

1. 以权利行使的目的为标准, 可分为自益权与共益权。自益权, 是指股东专为自己利益行使的权利, 如发给股票或其他股权证明请求权、股份转让权、股息和红利分配请求权、公司剩余财产分配请求权等。共益权, 是指股东为自己利益同时也为公司利益而行使的权利, 如出席股东会

并行使表决权、请求法院宣告股东会决议无效权、请求召集股东临时会或自行召集权。

2. 依权利的性质为标准, 可分为固有权和非固有权。前者指根据《公司法》规定不得以章程或股东会议予以剥夺的权利, 如特别权与共益权; 后者指可依公司章程或股东会议加以剥夺的权利, 自益权多属此类权利。

3. 依权利的行使方式为标准可分为单独股东权和少数股东权。前者指股东一人可单独行使的权利, 如表决权、股息红利分配请求权、股东代表诉讼权等; 后者指达不到一定股份数额便不能行使的权利, 如股东会临时召集请求权、公司重整申请权等。

(二) 股东权利的内容

1. 资本收益权: 股份转让权、盈余分配权、剩余财产分配权。

2. 参与管理权: 出席股东会或者股东大会的权利、投票表决权、提议权、提案权、召集主持权、建议质询权。

3. 知情权。

4. 股东诉权: 派生诉权、直接诉权。

5. 其他权利: 如优先认购权、异议股东回购请求权、新增资本优先认购权等。

(三) 股东几个权力行使导致的直接诉权

1. 查阅权和复制权。

(1) 股东有权查阅、复制公司章程、股东会会议记录、董事会会议决议、监事会会议决议和财务会计报告。

【注意】股份公司中股东有权查阅公司章程、股东名册、公司债券存根、股东大会会议记录、董事会会议决议、监事会会议决议、财务会计报告, 对公司的经营提出建议或者质询。

(2) 股东要求查阅公司会计账簿的, 应当向公司提出书面请求, 说明目的。公

司有合理根据认为股东查阅会计账簿有不正当目的,可能损害公司合法利益的,可以拒绝提供查阅,并应当自股东提出书面请求之日起15日内书面答复股东并说明理由。公司拒绝提供查阅的,股东可以请求人民法院要求公司提供查阅。

2. 司法解散公司请求权。公司经营管理发生严重困难,继续存续会使股东利益受到重大损失,通过其他途径不能解决的,持有公司全部股东表决权10%以上的股东,可以请求人民法院解散公司。

3. 股权回购请求权。根据《公司法》第75条的规定,有下列情形之一的,对股东会该项决议投反对票的股东可以请求公司按照合理的价格收购其股权:

(1) 公司连续5年不向股东分配利润,而公司该5年连续盈利,并且符合《公司法》规定的分配利润条件的。

(2) 公司合并、分立、转让主要财产的。

(3) 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,股东会会议通过决议修改公司章程使公司存续的。

自股东会会议决议通过之日起60日内,股东与公司不能达成股权收购协议的,股东可以自股东会会议决议通过之日起90日内向人民法院提起诉讼。

【注意】上述股份回购请求权是规定在有限公司一章中,不能同时适用于股份公司。在股份公司中对股东大会做出的公司合并、分立决议持异议的,可以要求公司回购股份。

二、股东代表诉讼制度

(一) 股东代表诉讼的概念

股东代表诉讼,又称派生诉讼、股东代位诉讼,是指当公司的合法权益受到不法侵害而公司怠于起诉时,公司的股东即以自己的名义起诉,所获赔偿归于公司的

一种诉讼制度。

(二) 起诉原因

董事、监事、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;或者他人侵犯公司合法权益,给公司造成损失的,股东可以提起股东代表诉讼。因此,股东代表诉讼所要救济的对象是被公司董事、监事、高管或者其他人侵害的公司权利和利益,而不是提起诉讼的股东个人利益。

(三) 诉讼当事人

在股东代表诉讼中,股东以自己的名义提起诉讼,即股东具有原告的身份;被告则是实施侵害公司利益的行为人,包括公司董事、经理、监事和其他人。公司不是股东代表诉讼的被告。

(四) 起诉主体资格及起诉顺序

前提——董事或者高管违法的,由监事会或者监事起诉;监事违法的,由董事会或者执行董事起诉。

1. 第一顺序:有限责任公司的股东、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,可以书面请求上述主体向人民法院提起诉讼。

【注意】该主体以公司名义起诉。

2. 第二顺序:监事会、不设监事会的有限责任公司的监事,或者董事会、执行董事收到前款规定的股东书面请求后拒绝提起诉讼,或者自收到请求之日起30日内未提起诉讼,或者情况紧急、不立即提起诉讼将会使公司利益受到难以弥补的损害的,前款规定的股东有权为了公司的利益以自己的名义直接向人民法院提起诉讼。

【注意】以股东自己的名义起诉。

(五) 诉讼结果的归属

股东代表诉讼的后果由公司承担,归于公司,而不是归于提起诉讼的股东。

【注意】区别于《公司法》第153条规定的股东的直接诉讼制度。董事、高管违

反法律、行政法规和公司章程,损害股东利益时,受损害的股东可以直接以自己的名义起诉(没有持股条件和时间的限制),诉讼效果归于股东自己,在该诉讼中,被告是公司。

命题预测举要

一、股权回购请求权的法定情形与行使期限

例 甲、乙等六位股东各出资 30 万元于 2004 年 2 月设立一有限责任公司,5 年来公司效益一直不错,但为了扩大再生产一直未向股东分配利润。2009 年股东会上,乙提议进行利润分配,但股东会仍然作出分配利润的决议。对此,下列哪些表述是错误的?

- A. 该股东会决议无效
- B. 乙可请求法院撤销该股东会决议
- C. 乙有权请求公司以合理价格收购其股权

D. 乙可不经其他股东同意而将其股份转让给第三人

答案 ABD

二、股东代表诉讼的起诉主体资格及起诉顺序

例 李东升是甲有限责任公司的董事长兼总经理。任职期间,多次利用职务之便,指示公司会计将资金借贷给一家主要由李东升的妻子投资设立的乙公司。对此,持有公司股权 0.8% 的股东张飞认为甲公司应该起诉乙公司还款,但公司不可能起诉,张飞便自行直接向法院对乙公司提起股东代表诉讼。下列哪些选项是正确的?

- A. 张飞持有公司股权不足 1%,不具有提起股东代表诉讼的资格
- B. 张飞不能直接提起诉讼,必须先向董事会或监事会提出请求
- C. 张飞应以甲公司的名义起诉,但无

需甲公司盖章或李东升签字

D. 张飞应以自己的名义起诉,但诉讼请求应是借款返还给甲公司

答案 BD

第四节 公司的董事、监事、高级管理人员

考点要述

本节的基本考点有:董事、监事、高级管理人员的任职资格(高级管理人员的范围、任职资格的禁止性规定、违反任职资格禁止性规定的后果);董事、监事、高级管理人员的义务(忠诚义务、勤勉义务、禁止性行为、违反禁止性行为所得收入的归属);董事、监事、高级管理人员的责任(赔偿责任、对股东的司法救济)。

核心考点是:董事、监事、高级管理人员任职资格的禁止性规定;董事、监事、高级管理人员的义务。

考点详述

一、董事、监事、高管任职资格的禁止性规定

公司董事、监事、高级管理人员不得具有下列情形:

1. 无民事行为能力或限制民事行为能力。
2. 因犯有贪污、贿赂、侵占财产、挪用财产罪或破坏社会主义市场经济秩序罪,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、企业的董事或厂长、经理,对该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。此外,根据其他法律的规定,国家公务员也不得担任公司高管。

二、董事、监事、高管的法定义务和责任

(一) 董事、监事、高管的法定义务

1. 忠实与勤勉义务。董事、监事、高级管理人员应当遵守法律、行政法规和公司章程,对公司负有忠实义务和勤勉义务。董事、监事、高级管理人员不得利用职权收受贿赂或者其他非法收入,不得侵占公司的财产,不得将他人与公司交易的佣金归为己有。

【注意】股份公司高管的特别忠实义务:①公司不得直接或者通过子公司向高管提供借款;②公司应当定期向股东披露高管从公司获得报酬的情况。

2. 善管义务。①不得挪用公司资金;②不得将公司资金以其个人名义或者以其他个人名义开立账户存储;③不得违反公司章程的规定,或者未经股东会、股东大会、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;④不得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。

3. 竞业禁止和禁止自我交易义务。未经股东会或者股东大会同意,不得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。

4. 保守秘密义务。

【注意】上述第2~4项义务不适用于监事。

(二) 违反法定义务行为的效力和责任

董事、高管违反上述规定所得收入应当归公司所有。但是为了保护交易第三人,这些违反义务的行为并不因此无效。董事、监事、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,给公司造成损害的,应当承担赔偿责任。

【注意】在违反法律、行政法规、公司章程并导致公司严重损失的决议中,如果某董事在决议过程中明确表示异议并且该异议已书面记载的,可以不需要对该决议承担责任。

命题预测举要

董事、监事、高管任职的5点限制

例 甲公司于2009年6月依法成立,现有数名推荐的董事人选,依照《公司法》规定,下列哪些人员不能担任公司董事?

A. 甲因担任企业负责人犯重大责任事故罪于2002年6月被判处有期徒刑,2005年刑满释放

B. 乙与他人共同投资设立一家有限责任公司,持股51%,该公司长期经营不善,负债累累,于2007年被宣告破产

C. 丙2004年5月向他人借款100万元,为期3年,但因资金被股市套住至今未清偿

D. 丁曾任某音像公司董事长,该公司因未经著作权人许可大量复制音像制品于2007年5月被工商部门吊销营业执照,丁负个人责任

答案 CD

第五节 公司的财务与会计制度

考点要述

本节的基本考点有:公司财务会计制度的依据,会计事务所的聘请与解聘,公司的收益分配制度(公司法对公司收益分配制度的强制性规定、公司收益分配顺序、股东利润的分配)。

核心考点是:公司的收益分配制度。

考点详述

一、公司收益分配顺序

公司的经营所得依法缴纳所得税后形

成税后利润,按《公司法》规定作如下分配:①首先弥补上一年度的亏损;②提取法定公积金和公益金;③提取任意公积金;④向股东分配股利。

二、公积金的提取

公积金,是指为扩大公司生产经营规模和弥补亏损在其注册资本之外保留的一定数量的储备金。公积金分为法定公积金和任意公积金。法定公积金是依照法律规定的比例从税后利润或其他收入中提取的,分为法定盈余公积金和资本公积金。法定公积金是按照《公司法》规定从税后利润中提取10%积累而成的,其累计额达到公司注册资本的50%以上的可不再提取。资本公积金是由公司非营业所得收益构成的,包括公司因超过票面金额发行股票所得的溢价款、公司重估的增值部分、接受捐献和赠与以及处置公司资产所得的收入。

三、法定公积金的用途

1. 弥补亏损。

2. 增加公司注册资本。在公司没有亏损、公积金的数额较大时,公司股东会可以决议用公积金来充实公司资本,但以公积金增加资本后的留存额不得低于公司注册资本的25%为限。

3. 扩大生产经营规模。

【注意】资本公积金不能用于弥补亏损。

四、股东利润的分配

有限责任公司股东分配红利的原则是按照实缴的出资比例。但如果全体股东通过出资协议、公司章程或者其他方式约定不按出资比例分配红利的,该约定具有法律效力,依照该约定分配红利,而不依各股东的出资比例。股份有限公司的股东原则上依其所持有的股份比例分配红利。但股东可以通过公司章程规定不按持股比例分配红利。如果股份公司的公司章程规定了红利分配方法,依其规定分配。公司持

有的本公司股份不得分配利润。

命题预测举要

以法定公积金增加公司注册资本时,如何保留法定公积金

在公司没有亏损、公积金的数额较大时,公司股东会可以决议用公积金来充实公司资本,但以公积金增加资本后的留存额不得低于公司注册资本的25%为限。

【例】某股份公司注册资本4000万元,公司现有法定公积金2000万元,任意公积金800万元。现该公司拟以公积金1500万元转为公司资本以增资扩股,为此,公司股东提出以下几项建议,不合法的有:

A. 将法定公积金1400万元,任意公积金100万元转为公司资本

B. 将法定公积金1200万元,任意公积金300万元转为公司资本

C. 将法定公积金1000万元,任意公积金500万元转为公司资本

D. 将法定公积金800万元,任意公积金700万元转为公司资本

答案 AB

第六节 公司债券

考点要述

本节的基本考点有:公司债券的特征;公司债券与公司股票的区别;公司债券的发行(债券发行的核准制、发行主体、发行条件、发行程序、债券发行承销协议);公司债券的转让(转让的方式、转让的场所、记名债券的转让、无记名债券的转让)。

核心考点是:公司债券的发行;公司债券的转让。

考点详述

一、公司债券的发行条件

1. 净资产额。股份有限公司的净资产额不低于人民币3000万元,有限责任公司