

法律版

1. 法理学·法制史·宪法·司法制度和法律

职业道德 焦洪昌 淳于闻/著

2. 刑法(附光盘) 阮齐林/著

3. 刑事诉讼法(附光盘) 刘玫 卫跃宁/著

4. 行政法与行政诉讼法(附光盘) 张树义/著

5. 民法(附光盘) 李仁玉/著

6. 民事诉讼法与仲裁制度(附光盘) 杨秀清/著

7. 商法·经济法·知识产权法(附光盘) 张海峡/著

8. 国际法·国际私法·国际经济法

杜新丽 朱子勤/著

司法考试名师讲义

商法·经济法·知识产权法



2009全新版

法律考试中心/组编

张海峡/著

牵手名师 成功司考



法律出版社

司法考试名师讲义

商法·经济法·知识产权法

(2009 全新版)

法律考试中心/组编

张海峡/著

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

商法·经济法·知识产权法/张海峡著. —北京:法律出版社,2008. 12
(2009 年司法考试名师讲义)
ISBN 978 - 7 - 5036 - 9087 - 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知识产权法—中国—法律工作者—资格考核—自学参考资料 IV. D923. 99 D922. 29 D923. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 193259 号

©法律出版社·中国

责任编辑/赵明霞

装帧设计/曹 铀 胡 欣

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/永恒印刷有限公司

责任印制/沙 磊

开本/787×960 毫米 1/16

印张/25.75 字数/496 千

版本/2009 年 1 月第 1 版

印次/2009 年 1 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

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 9087 - 7

定价:55.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

精华要点导引

司法考试科目很多,对于参加司法考试的考生而言,准确高效地复习备考,是成功的关键,而慎选一本好的教材更是十分必要。

为了节省考生的时间,经过广泛调研,充分借鉴司法考试高分通过者的经验,按照备考规律及应试要求,约请全国司法考试辅导领域名师,以课堂讲授为基础,对应试知识进一步系统归纳,整理整合,编写体例简洁清晰,彰显实用效果。

本书主要内容如下:

一、内容提要及体系表

提示重要内容,明晰学科体系,对最新修正、修改和重要法律法规、司法解释的相关条文对比列表或加以说明,参照记忆。

二、重点讲解

(一)在保持学科体系完整的前提下,突出考点;重点讲解、辨析考试要点及难点,略讲一般知识,不讲不具可考性的内容,繁简得当,重点突出。

(二)对最近6年司法考试考查的知识点进行统计,罗列在各考点之下,一目了然。

三、实例演练

每一重要知识点均设例题及答案解析,解疑释惑,辨析法理,实现从理论知识到解题能力的迅捷转化。

每一位司法考试考生都渴望得到名师的口传心授,悉心点拨,在此意义上,把他们亲力亲为的倾心之作编辑出版,无疑是广大考生的福音。同时,这种集大成“一站式”教科书的出版,也是我们根据司法考试的最新变化,及时满足考生备考需求,更好地服务考生一贯宗旨的最新奉献。

尽管尽心竭力,不足之处在所难免,敬祈批评指正。

选择法律版考试用书,选择成功!

目 录

商 法

第一讲 公司法	(1)
一、概述	(3)
二、公司法基本制度	(8)
三、有限责任公司	(25)
四、股份有限公司	(41)
第二讲 合伙企业法	(52)
一、合伙制度概述	(53)
二、普通合伙企业	(54)
三、合伙事务的执行及合伙人的相关权利	(59)
四、合伙企业与第三人关系	(62)
五、入伙与退伙	(63)
六、特殊的普通合伙企业	(68)
七、有限合伙企业	(71)
八、合伙企业的解散、清算	(75)
第三讲 个人独资企业法	(79)
一、个人独资企业的设立	(80)
二、投资人以及事务管理	(81)
第四讲 外商投资企业法	(83)
一、外商投资企业法概述	(84)
二、中外合资经营企业法	(84)
三、中外合作经营企业	(84)
四、外资企业法	(85)
第五讲 企业破产法	(86)
第一部分 破产法程序规则	(87)
一、破产法概述	(87)
二、破产案件的申请与受理	(89)
三、债权申报	(94)

四、债权人会议的召开	(95)
五、破产宣告和破产清算	(96)
六、破产程序的终结	(99)
七、破产选择性程序	(101)
第二部分 破产法实体规则	(107)
一、破产程序主体	(107)
二、破产程序中的实体权利	(112)
三、破产财产	(116)
四、破产费用和共益债务	(116)
五、其他	(118)
第六讲 票据法	(121)
第一部分 票据流程简易解析	(122)
第二部分 票据法基本理论	(129)
一、票据法概述	(129)
二、票据权利	(132)
三、汇票制度	(138)
四、本票和支票	(146)
第七讲 保险法	(151)
一、保险法概述	(153)
二、保险合同总论	(154)
三、保险合同分论	(166)
四、保险业法律制度	(170)
第八讲 海商法	(174)
一、海商法的适用范围	(176)
二、船舶与船员	(176)
三、海上货物运输合同	(179)
四、海上旅客运输合同	(183)
五、船舶租赁合同	(184)
六、船舶碰撞	(186)
七、海难救助	(188)
八、共同海损	(189)
九、海事赔偿责任限制	(191)
十、海事诉讼	(192)

经 济 法

第一讲 竞争法	(194)
一、反垄断法	(194)
二、反不正当竞争法	(198)
第二讲 消费者法	(206)
一、消费者权益保护法	(207)
二、产品质量法	(215)
第三讲 银行业法	(221)
一、商业银行法	(222)
二、银行业监督管理法	(229)
第四讲 证券法	(232)
一、证券法概述	(234)
二、证券机构	(236)
三、证券发行	(242)
四、证券交易	(248)
五、证券上市	(254)
六、上市公司的收购制度	(258)
七、证券投资基金法律制度	(262)
第五讲 财税法	(265)
一、税法	(266)
二、审计法	(275)
第六讲 劳动法	(282)
一、劳动法概述	(283)
二、劳动合同	(285)
三、集体合同	(297)
四、劳动基准法	(299)
五、劳动争议	(301)
第七讲 土地法和房地产法	(308)
一、土地管理法	(309)
二、城市房地产管理法	(315)
第八讲 环境保护法	(319)

知识产权法

第一讲 著作权法	(324)
一、知识产权的概念和范围	(325)
二、著作权的客体	(326)
三、著作权的主体	(330)
四、著作权的内容	(336)
五、著作权的保护期限	(339)
六、著作权的合理使用	(341)
七、著作权法定使用许可制度	(347)
八、邻接权	(348)
九、计算机软件著作权	(352)
十、著作权侵权行为	(353)
第二讲 商标法	(357)
一、商标	(358)
二、商标权	(359)
三、商标注册	(364)
四、注册商标的终止	(369)
五、商标侵权行为	(371)
六、有关驰名商标的问题	(373)
七、商标权纠纷的解决程序	(375)
第三讲 专利法	(377)
一、专利权的客体	(378)
二、专利权的主体	(381)
三、授予专利权的实质条件	(383)
四、专利的申请与审批	(385)
五、专利权的内容和限制	(393)
六、专利侵权行为	(396)
七、专利权纠纷的解决	(399)

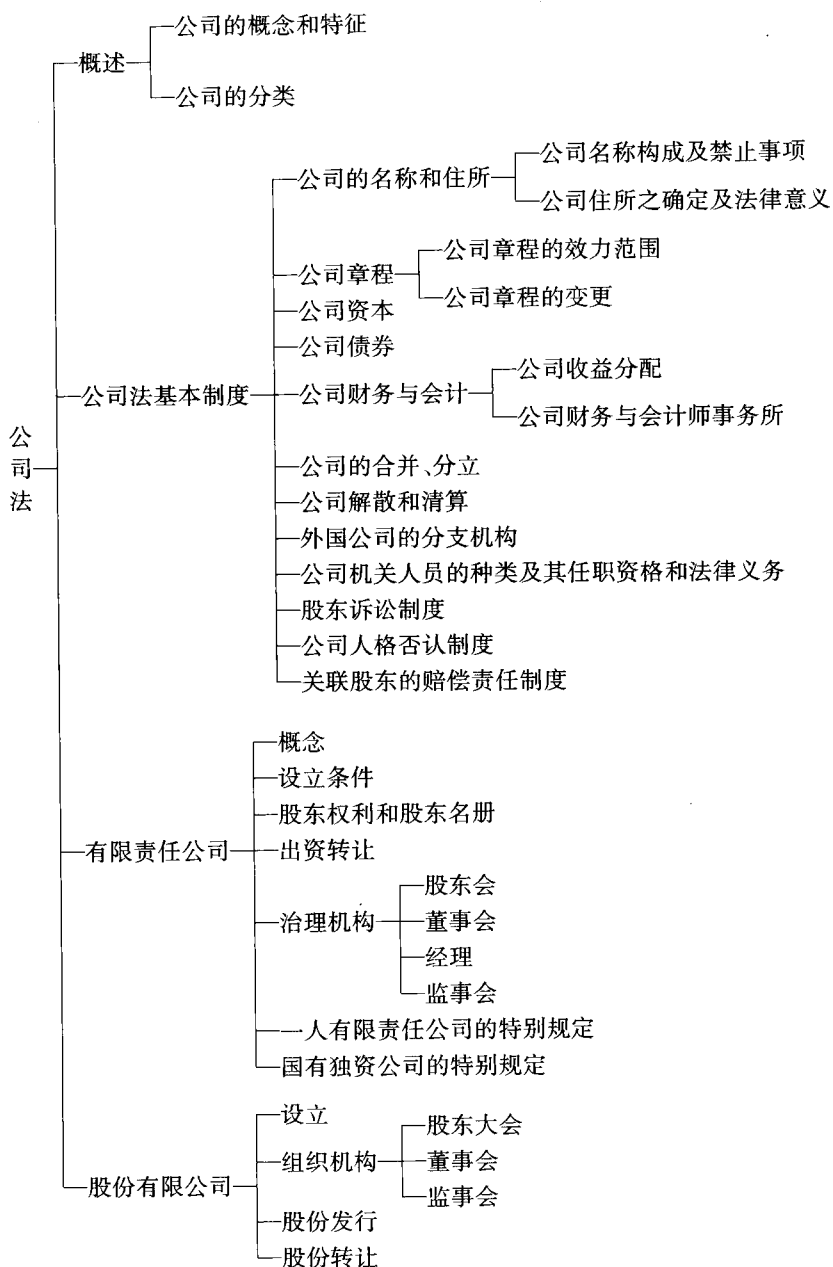
第一讲 公 司 法

内容提要

公司法为商法中最为重要的法律部门,从历届司法考试的分值分布来看,公司法都占据整个商法部分的半壁江山,超过了商法其他法律部门的分值总和,其重要性可想而知。

公司法与其他商事法律联系密切,因此,在复习时既要把握好公司法本身的知识点,同时也要注意与其他商事法律的比较与联系。本法的法条可考性很强,重点不是很突出,除了法律责任尚未考查过外,其他部分都有出题点,所以复习时不可心存侥幸。尤其,本法中的许多数字也为司法考试的出题者所热衷,因此需要在复习时精确记忆,切不可混淆。

【体系表】



一、概述

(一)公司的概念和特征

公司是依照法定的条件与程序设立的、以营利为目的的社团法人。根据我国《公司法》的规定,包括有限责任公司和股份有限公司两种类型,属于我国法人分类中的企业法人。注意,在我国法定公司分类中不包括无限公司和两合公司。

1. 公司具有独立法人资格。公司作为法人,必然具备《民法通则》第37条规定的条件,其中最重要的是具有独立的财产并且能够以自己的名义享有民事、商事权利并独立承担民事、商事责任。

〔最有价值提示〕 众所周知,民商主体分为人主体与非人主体,前者包含自然人和法人,后者包含合伙、个体户等。人主体的本质属性笔者总结为“三独”:

(1)独立的人格意味着人主体要以自己的名义起诉应诉,以自己的名义签约履约,以及参与其他的民事活动。在这一点上,法人和自然人都是一样的。比如:一个4岁的孩子和小伙伴玩耍时,咬伤后者的耳朵,那么,后者起诉谁呢?就起诉这个4岁的孩子,虽然其自身是无行为能力人,但是其父母完全可以担任法定代理人,补充其能力的不足嘛!名义上是应该独立的!法人也是人,我们与公司建立法律关系,因纠纷起诉时,只能起诉公司,不能起诉其背后的股东,因为公司是人,人格独立,名义独立。

(2)财产独立意味着公司是人,应当有独立的财产,股东出资必须转移财产的所有权,公司不接受留有任何控制的出资,当然国有土地使用权和知识产权出资性质和名称上不可能是所有权出资,但是也要求在合法的转移限度上,将全部的权能都转移给公司这个人。如果在司法考试试题上说:某股东给公司出资一套房屋,但是没有变更登记,这是出资了没有呢?没有!所有权不转移等于没有出资,该股东要补缴出资并承担违约责任!那么这个人有没有取得股东资格呢?取得了,按照新的公司法,出资人只需要认缴出资,不需要实缴。

(3)责任独立意味着公司作为人主体,民事责任独立承担,股东不承担直接的责任。此点上类比一下自然人:一个4岁的孩子和小伙伴玩耍时,咬伤后者的耳朵,假如其父亲刚刚辞世,留下10万元遗产给这个孩子,那么赔偿小伙伴的医药费是自己承担还是监护人承担呢?当然是孩子自己承担!这是由人的独立性决定的!在无行为能力和限制行为能力人没有财产的情况下,民事侵权责任的承担监护人才负责。公司也是人,当然也要独立承担民事责任,这是人的“三独”中最为核心的一条:当一个人的责任不独立时,就是由别人连带承担时,其人格就已经被否认了!参见《公司法》第20条(公司人格否认制度)公司股东应当遵守法律、行政法规和公司章程,依法行使股东权利,不得滥用股东权利损害公司或者其他股东的利益;不得滥用公司法人独立地位和股东有限责任损害公司债权人的利益。公司股东滥用股东权利给公司或者其他股东造成损失的,应当依法承担赔偿责任。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。

公司的股东一旦把自己的财产投入并转移给公司,就丧失了对该财产的所有权或使用权,从而取得股权,而公司则对股东投入的财产享有完全的、独立的法人财产权。公司独立承担责任是公司法人资格的最终体现,具体包含以下三点:(1)公司应以它的全部财产对其债务承担责任;(2)公司股东不对公司债务直接承担责任;(3)当公司资产不足以抵偿其债务时,就依法宣告破产,清算结束后未受清偿的债务不再清偿。

[最有价值提示] 由此我们可以知道,公司承担有限责任和自然人承担无限责任的根源在于,法人的虚拟性,使得其全部财产承担责任后,法人就消灭了,注销登记了,不存在了,因此只能承担有限的责任;而自然人以现有全部财产承担责任后,还有实体存在,就是人还在,劳动力在,可以持续无限地挣钱还债,因此可以承担无限责任。

2. 公司是社团组织,具有社团性。

[最有价值提示] 其实,公司的字面意思,就是这样:“公”就是“多数人”的意思;“司”就是“管理”的意思;合二为一,“公司”就是“多数人管理”的意思。之所以这样不是因为股东们是多数人,都出资了嘛!当然都有管理权了,并且可以通过股东大会这个机构实现其管理权。以法人内部组织基础为标准,可将法人分为社团法人和财团法人。社团法人是以社员为成立基础的法人,公司属于社团法人。公司的社团性主要表现为它通常要求2个或2个以上的股东出资设立。我国公司法在总体上坚持了公司的社团性特征,例外是一人有限责任公司、国有独资公司,股东唯一,分别为一个自然人和国家授权投资的机构或部门。

3. 公司以营利为目的,具有营利性。所谓以营利为目的,是指公司必须从事经营活动,其经营活动的目的在于获取超出资本的利润并将其分配给投资者。公司所从事的以营利为目的的经营活动,具有连续性和固定性,即具有营业性的特点。营利性是公司区别于非营利性法人组织的重要特征。

(二)公司的分类

[考查频率] ☆☆(2003年,单选;2006年,单选)

1. 以公司股东的责任形式划分,公司可分为无限责任公司、两合公司、股份两合公司、有限责任公司、股份有限公司。随着公司制度的发展,前三种公司类型渐趋消亡,我国《公司法》仅规定了有限责任公司和股份有限公司两种形式。

[最有价值提示] 记一句口诀:股东的责任是有限的,公司的责任是独立的。

有限责任公司,股东以其出资额为限对公司承担责任,公司以其全部资产为限对公司债务承担责任。

股份有限公司,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。

无限公司就是股东要对公司债务承担无限责任的公司,按照前面讲过的公司作为人的独立性,股东如果要对公司债务承担无限责任的话,那么公司的责任是不独立的,公司就缺乏了作为人主体最关键的第三独:责任独!因此就没有资格做人主体了,因为无限公司不是法人。

两合公司就是一部分股东对公司债务负有限的责任,一部分股东负无限责任的公

司。其实只要有一个股东对公司债务负责任,公司的责任就已经不独立承担了,按照人格体的“三独”理论就不具备人格了,因此两合公司也不是法人。股份两合公司同理。

[最有价值提示] 股份有限公司的全部资本划分为等额股份,而有限责任公司则没有这样的划分。甚至,有限公司使用的都不是股份、股票,而是出资额的概念。

2. 以股份转让方式为标准,可将公司分为封闭式公司与开放式公司,这是一种英美法上对公司的分类。封闭式公司是指根据公司章程的规定,全部股份由设立公司的股东持有,股份转让受到严格限制,不能在证券市场上自由转让的公司。开放式公司是指可以按照法定的程序公开招股,股东人数无法限定且股份可以在证券市场上自由转让的公司。

[最有价值提示] 通说认为,我国有限责任公司属于封闭式公司,而股份有限公司则属于开放式公司。但是发起设立的股份有限公司由于并不向社会募集股份,因此也具有封闭性。

3. 以公司信用基础为标准,公司可以分为人合公司、资合公司以及人资兼合公司。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,无限公司属于典型的人合公司。资合公司是指公司的经营活动以公司资本的规模而不是股东的个人信用为基础的公司,股份有限公司属典型的资合公司。人资兼合公司是指公司的设立和经营同时依赖股东个人信用和公司资本规模,从而兼有人合与资合特点的公司,有限责任公司、两合公司均属此类公司。

[最有价值提示] 我国的有限责任公司的人合性是指股东之间的相互信任而不是股东对公司债务承担责任的意思,这与国外的人合公司是完全不同的。

4. 以公司之间的组织关系为标准,可以分为本公司和分公司、母公司与子公司。我国《公司法》第14条第1款规定,公司可以设立分公司,分公司不具有企业法人资格,其民事责任由公司承担。本公司和分公司的重要区别是,前者具有法人资格,后者只是本公司的一个分支机构,不具有独立的法人资格。因此,从严格意义上讲,分公司不是公司法上的公司。

分公司不是独立法人,由本公司承担全部责任。注意不是连带责任,连带意味着双方是平等主体。

《公司法》第14条第2款规定,公司可以设立子公司,子公司具有企业法人资格,依法独立承担民事责任。当一个公司持有另一个公司一定数额的股份,或根据协议,能够控制、支配另一个公司人事、财务、业务等事项时,前者即为母公司,后者为子公司。

[最有价值提示] 依《公司法》第14条的规定,“母子”,顾名思义,是两个人的意思:一个母亲,一个孩子;孩子是一个独立的人。因此子公司具有独立的法人资格,承担独立责任。而分公司只是企业法人的分支机构,无独立责任能力,其责任由设立分公司的本公司承担。

子公司与分公司的区别如下表所示:

	子 公 司	分 公 司
法律地位	虽受母公司实际控制,但具有独立的法人人格,在工商部门领取《企业法人营业执照》,有自己的公司名称和章程,以自己的名义开展经营活动。	不具有独立的法人人格,虽有“公司”字样但并非真正意义上的公司,无自己的章程,公司名称只要在本公司名称后加上“分公司”字样即可。 注意:分公司虽不具有独立法律地位,但依《民事诉讼法》第49条和《民诉意见》第40条,依法设立的分公司可以作为民事诉讼的当事人,具有诉讼资格,另外分公司也具有独立的缔约能力。
责任承担	以其自身财产独立承担民事责任,与母公司互不连带,除出资人(即子公司的各股东)出资不实或有抽逃资金,以及公司人格否认的情形下,债权人不得就未得清偿部分向出资人追偿。	业务开展过程中出现债务履行不能情形时,债权人可以要求设立公司(本公司)承担清偿义务;提起诉讼时,可以直接把设立公司列为共同被告要求承担责任。但是要特别注意:这并不意味着两者之间为连带关系,应当是同一个人格,由本公司承担全部责任。
设立方式	由一个股东(一人有限责任公司)或者两个以上股东按照公司法规定的公司设立条件和方式投资设立。	本公司在其住所地之外向当地工商部门申请设立,属于设立公司的分支机构,在公司授权范围内独立开展业务活动。
对 母 公 司/本 公 司 的 投 资 限 制	公司向其他有限责任公司、股份有限公司投资的,公司章程对投资或者担保的总额及单项投资或者担保的数额有限额规定的,不得超过规定的限额。	本公司对分公司的投入原则上不受限制。注意:依照《商业银行法》第19条第2款的规定,商业银行拨付其分公司运营资金的总和不得超过总行资本金总额的60%。

5. 以公司的国籍为标准,可以分为本国公司、外国公司和跨国公司。外国公司是依照外国法律在中国境外登记成立的公司,而不是依据我国《公司法》在中国境内登记成立的公司。需要注意的是:外国公司可以在中国境内设立分支机构,从事生产经营活动,但外国公司属于外国法人,其分支机构不具有中国法人资格,因此,该分支机构在中国境内进行经营活动产生的责任由所属外国公司承担。而外国公司出资依照我国法律设立的公司,则属于本国公司。

实例演练

1. 下列属公司可以自治的权利有:

- A. 股东可以不按照出资比例行使表决权
- B. 股权继承可以排除
- C. 股份公司可以不按照出资比例分红
- D. 公司以公积金转增资本留存额的限制可以以章程来限制

【答案】 ABC

【解析】 A 正确,但是以有限公司为限,股份公司必须法定,不得自治。第 35 条规定,有限公司股东按照实缴的出资比例分取红利;公司新增资本时,股东有权优先按照实缴的出资比例认缴出资。但是,全体股东约定不按照出资比例分取红利或者不按照出资比例优先认缴出资的除外。第 104 条规定,股份公司股东出席股东大会会议,所持每一股份有一表决权。但是,公司持有的本公司股份没有表决权。B 正确,第 76 条规定,自然人股东死亡后,其合法继承人可以继承股东资格;但是,公司章程另有规定的除外。C 正确,第 167 条规定,公司分配当年税后利润时,应当提取利润的 10% 列入公司法定公积金。公司法定公积金累计额为公司注册资本的 50% 以上的,可以不再提取。公司的法定公积金不足以弥补以前年度亏损的,在依照前款规定提取法定公积金之前,应当先用当年利润弥补亏损。公司从税后利润中提取法定公积金后,经股东会或者股东大会决议,还可以从税后利润中提取任意公积金。公司弥补亏损和提取公积金后所余税后利润,有限责任公司依照本法第 35 条的规定分配;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。股东会、股东大会或者董事会违反前款规定,在公司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。公司持有的本公司股份不得分配利润。D 错误,留存额的比例是法定的,不得自治。第 169 条规定,公司的公积金用于弥补公司的亏损、扩大公司生产经营或者转为增加公司资本。但是,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%。

2. 2004 年,张三、李四、王二麻子共同投资设立了甲有限责任公司,下设分公司 A、B,子公司有限公司 C、D,其后,张三和 C 公司共同在韩国设立了股份有限公司 E,据此判断以下选项不正确的是:

- A. B 公司具有法人资格
- B. E 公司是本国公司
- C. D 公司的民事责任由甲承担
- D. 张三对 E 公司的责任不负责

【答案】 ABC

【解析】 公司的分类。A 错误,AB 均为分公司,无法人独立地位和人格;B 错误,E 的国籍在韩国,是韩国公司;C 错误,CD 均为子公司,具有独立地位和人格,责任自己承担;D 正确,由于 E 公司是股份有限公司所以具有独立的地位和人格,所以责任自负。因此,本题目选择错误答案,应当选择 ABC。

二、公司法基本制度

(一) 公司的名称和住所

1. 公司名称是公司在生产经营活动中区别于其他民事主体的人格特定化的标记,它是公司章程的必要记载事项之一,也是公司设立的必要条件。公司名称具有唯一性,一个公司只能有一个名称。公司名称的命名受到《公司法》等相关法律法规的限制,主要有以下内容:

(1) 一个标准的公司名称中应当包括四方面的内容:

①公司类型。有限责任公司名称中须含有“有限责任公司”的字样,股份有限公司其名称中必须包含“股份有限公司”的字样。

②公司注册机关的行政级别。根据我国现行法律法规的规定,在同一登记机关的辖区内,同行业的企业不允许有相同和类似的名称,因此,一般要求公司名称中必须冠以公司登记地的地名。但是外商投资企业以及历史悠久、字号驰名的企业不受该条限制。另外,冠以“中国”、“中华”、“全国”、“国际”等字样的公司,须经国家工商行政管理局核准。

③公司的行业 and 经营特点。

④商号,它是公司名称的核心内容,是公司名称中当事人唯一可以自由选择的部分。

(2) 公司名称中禁止出现的内容,包括:

①有损国家、社会公众利益的;

②可能对公众造成欺骗和误解的;

③外国国家(地区)的名称、国际组织的名称;

④政党、党政军机关、群众组织、社会团体等的名称和部队番号;

⑤汉语拼音字母(外文名称中使用的除外)、数字。

2. 公司住所也是公司章程的必要记载事项之一,也是公司设立登记的必备条件。

(1) 公司住所的确定。根据我国《公司法》第10条的规定,公司以其主要办事机构所在地为住所。所谓主要办事机构,指管辖全部组织的中枢机构,如公司总部。公司住所自登记之日起发生对抗第三人的效力,如果公司变更住所而未变更公司章程,不作变更登记,则不得以其变更事项对抗第三人。另外,根据《公司登记管理条例》的规定,在申请公司成立登记时,申请人必须向登记机关出具“住所证明”。

(2) 公司住所的法律意义主要体现在:确定诉讼管辖地和诉讼文书送达地;履行地不明确时,住所是确认合同履行地的唯一标准;据以确认公司登记机关;在涉外法律关系中,作为确定准据法之连结点的。

(二) 公司章程

公司章程是规定公司的组织及行为的基本规则的重要文件,制定公司章程是公司设立的必要条件和必经程序之一。

[最有价值提示] 章程和公司的关系好比驱动程序和电脑的关系,公司这个法人只是一个硬件,必须有章程这个规定了内部行为规范的程序软件使它活起来。

公司章程是由股份有限公司的发起人或有限责任公司的设立人全体共同制定。制定公司章程是多人的共同行为,须经全体制定人一致同意。公司章程应当采用书面形式,全体制定人在公司章程上签名盖章,公司章程才能生效。但是,仅此而已,无须登记才生效。

1. 公司章程的效力范围。《公司法》第 11 条规定,设立公司必须依法制定公司章程。公司章程对公司、股东、董事、监事、高级管理人员具有约束力。请注意,公司章程对公司员工和公司债权人、债务人并不具有约束力。

2. 公司章程的变更。原则上公司章程所记载的事项,不论是绝对记载事项,还是任意记载事项,均可变更,但要遵循以下原则:第一,不损害股东利益;第二,不损害债权人利益;第三,不妨害公司的一致性。

(三) 公司资本

1. 公司资本的含义。公司资本在不同意义上使用,其含义也不尽相同。公司资本通常有以下几种含义:

(1) 注册资本,即狭义上的公司资本,是指公司在设立时筹足的、由公司章程记载的、不低于法定最低资本限额且经公司登记机关登记的资本。

(2) 发行资本,是指每股发行价与已经发行股份总数的乘积,无论股东是否已付清认股款。在实行授权资本制的国家,一般不要求注册资本都能得到发行,所以它小于注册资本。

(3) 认购资本,是指出资人同意缴付的出资总额。

(4) 实缴资本,是指公司发行股份并经股东出资,是公司实际收到的现金或其他出资的总额。

在我国公司法意义上,注册资本是公司股东的认缴资本额,所以,在我国,注册资本即认购资本。

2. 公司资本三原则。

(1) 资本确定原则。是指公司设立时应在章程中载明的公司资本总额,并由发起人认足或募足,否则公司不能成立。根据我国《公司法》的规定,公司资本于公司成立后 2 年内(投资公司可以在成立后 5 年内),必须全部募足并全部缴足,并经法定验资机构验资方能成立,可见实行的是并非严格的资本确定原则。

(2) 资本维持原则。指公司在其存续过程中,应当经常保持与其资本额相当的财产。目的在于维持公司的偿债能力、保护债权人利益。我国《公司法》中,体现资本维持原则的规定有: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。

(3) 资本不变原则。指公司资本总额一经确定,非经法定程序,不得任意变动。我国《公司法》对资本的减少作出了严格限制。