

2013年

配套《历年试题及考点归类精解》精心打造

通过专用讲义系统梳理考点，通过研习真题深入训练考点

讲义与真题相结合，形成高效复习整体

司法考试

专 用 讲 义

商法·经济法·国际法学

张能宝/主编

专用于突破司法考试

打好坚实基础与助力冲刺提高并重

揭示已考分值与已考考点

让不同内容的轻重缓急一目了然，让考点更加清晰并可预测

串讲强化常考重要知识点

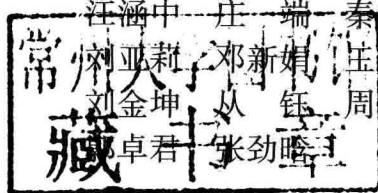
讲解考点、分析考点、归纳考点、对比考点、总结考点



2013 年司法考试专用讲义

商法·经济法·国际法学

主 编 张能宝
副 主 编 杨艳霞 张 玲 田域基
主要撰稿人 张能宝 杨艳霞 张 玲
田域基 李慧琦 倪 燕
郭 玮 施金晶 王托弟
汪涵中 庄 端 秦华伦
刘亚莉 邓新娟 王光明
刘金坤 从 钰 周 静
卓 君 张劲晖



法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

商法·经济法·国际法学 / 张能宝主编. —北京:
法律出版社, 2012. 12
(2013 年司法考试专用讲义)
ISBN 978-7-5118-4419-4

I. ①商… II. ①张… III. ①商法—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国际法—法的理论—法律工作者—资格考试—自学参考资料 IV. ①D923.99
②D922.29③D990

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 310777 号

©法律出版社·中国

责任编辑/陈 睿

装帧设计/曹 铀 汪 锋

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/固安华明印刷厂

责任印制/沙 磊

开本/787 毫米×1092 毫米 1/16

印张/14.25 字数/355 千

版本/2013 年 2 月第 1 版

印次/2013 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

书号:ISBN 978-7-5118-4419-4

定价(全 6 册):158.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

商法

商法复习提示 (1)

2008—2012 年司法考试分值分布

..... (3)

第一章 公司法总论 (4)

第二章 有限责任公司法律制度 (14)

第三章 股份有限公司法律制度 (27)

第四章 合伙企业法 (33)

第五章 外商投资企业法 (41)

第六章 企业破产法 (46)

第七章 票据法 (54)

第八章 证券法 (63)

第九章 保险法 (75)

第十章 海商法 (83)

经济法

经济法复习提示 (86)

2008—2012 年司法考试分值分布

..... (87)

第一章 反垄断法 (88)

第二章 反不正当竞争法 (91)

第三章 消费者权益保护法 (94)

第四章 产品质量法 (97)

第五章 食品安全法 (100)

第六章 商业银行法 (103)

第七章 银行业监督管理法 (107)

第八章 企业所得税法 (110)

第九章 个人所得税法 (112)

第十章 税收征收管理法 (115)

第十一章 审计法 (118)

第十二章 劳动法 (119)

第十三章 社会保险法 (126)

第十四章 土地管理法 (128)

第十五章 城市房地产管理法 (135)

第十六章 城乡规划法 (138)

第十七章 环境保护法 (140)

国际法

国际法复习提示 (143)

国际公法

2008—2012 年司法考试分值分布

..... (145)

第一章 国际法的基本理论 (145)

第二章 国际法的主体 (148)

第三章 海洋法 (154)

第四章 空间法 (157)

第五章 国际环境法 (158)

第六章 国际法上的居民 (159)

第七章 外交和领事关系法 (161)

第八章 条约法 (164)

第九章 国际争端解决 (166)

国际私法

2008—2012 年司法考试分值分布

..... (168)

第一章 国际私法的概念、范围和渊源

..... (168)

第二章 国际私法的主体 (169)

第三章 冲突规范及其适用制度 (172)

第四章 涉外民商事法律关系适用法律

适用 (176)

第五章 国际商事仲裁 (185)

第六章 国际民事诉讼 (188)

国际经济法

2008—2012 年司法考试分值分布

.....	(196)
第一章 国际货物买卖	(196)

第二章 国际货物运输与保险	(203)
第三章 国际贸易支付	(209)
第四章 对外贸易管理制度	(211)
第五章 世界贸易组织制度	(215)
第六章 国际经济法领域的其他制度	(218)

商法复习提示

一、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率。

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,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。

二、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 1/15 左右。考查题型主要为客观题(即选择题),部分年份会考查公司法的案例分析题。

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》,次重要的是《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。

2008—2012 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
2012 年	10	18	6	18	0	52
2011 年	10	18	6	0	0	34
2010 年	10	18	6	22	0	56
2009 年	10	18	6	0	0	36
2008 年	8	28	0	0	0	36

二、按内容统计

	2012 年	2011 年	2010 年	2009 年	2008 年
公司法	32	10	39	14	12
合伙企业法	2	10	4	4	6
个人独资企业法	1	0	0	2	0
中外合资经营企业法	0	2	1	2	2
企业破产法	6	3	3	4	2
票据法	3	3	3	3	3
证券法	3	1	1	3	8
保险法	3	3	5	4	3
海商法	2	2	0	0	0
总计	52	34	56	36	36

第一章 公司法总论

2008—2012 年已考考点及已考法条

考查次数	已考考点	已考法条
*	企业法人的登记	《公司法》第 7、189 条
*	有限公司和股份有限公司区别	《公司法》第 84 条
*	发起人责任	《公司法解释(三)》第 2 条
*	股东资格及其继承	《公司法》第 76 条
*	冒名股东	《公司法解释(三)》第 29 条
*	董事任职资格	《公司法》第 147 条
* *	子公司设立及地位	《公司法》第 14 条
*	公司对外担保	《公司法》第 16 条
*	公司合并	《公司法》第 174、175 条
*	公司分立	《公司法》第 176、177 条
*	有限公司组织机构	《公司法》第 51 条

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。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. 以公司国籍为标准,可以分为中国公司和外国公司。

2. 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) 股份两合公司,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。

3. 以股份是否公开发行及自由转让为标准,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。

(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。

4. 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拥有或通过协议受到另一公司实际控制的公司。

5. 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。

6. 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。

(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。

此外,需要注意的是,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。

(2) 无组织机构。不具有公司法人的内部组织机构。

(3) 无名称章程。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。

(4) 无独立财产。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。

(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、交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。

注意:公司权利能力的限制:

1. 权利性质的限制。

自然人独有的、与身体特征相关的权利公司不享有。

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。

注意: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。

注意:公司不能成为普通合伙人。公司成为普通合伙人会损害公司的股东和债权人的利益,同时会架空普通合伙人承担无限责任的制度。

(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。

(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,范围和内容也与权利能力一致。

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。

注意: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情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公司设立时,要在公司章程中确定注册资本总额,并只需发行和认足部分资本和股份,公司即可成立。未发行部分授权董事会根据需要发行,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。

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。

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。

注意:(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。

(2)公司法并未绝对禁止董事、高级管理人员从事上述行为,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。

注意: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。

3. 股东直接诉讼与股东派生诉讼比较如下表所示:

区别点	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

区别点	股东直接诉讼	股东派生诉讼
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
起诉资格	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

八、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。
2. 公司分立的种类:新设分立和派生分立。

(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)通过合并协议。

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)编制资产负债表及财产清单。

(2)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。

注意: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。

(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。此规定比较笼统,考生可以结合《合同法》以及《关于审理与企业改制相关的民事纠纷案件若干问题的规定》,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。

九、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。公司可以根据自己的需要,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. 编制必要财务报表。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. 注册资本要求。公司减资后的注册资本不得低于法定的最低限额。

6. 办理减资登记手续。

十、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. 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;

4. 依法被吊销营业执照、责令关闭或者被撤销;

5. 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)申请条件:

一是提起的主体须为掌握一定表决权的股东,我国规定的是“持有公司全部股东表决权 10% 以上”;二是僵局存在不可补救的损害,且解散对于股东有益;三是解决争议的内部救济已经用尽。

注意: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)正常情形:

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或者股东大会确定的人员组成。

注意: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)逾期不清算的处理:

逾期不成立清算组进行清算的,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。

注意:属于上述解散情形中第 1 项、第 2 项、

第4项、第5项的,应当在解散事由出现之日起15日内成立清算组,开始清算。

《公司法解释(二)》第8条 人民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。

清算组成员可以从下列人员或者机构中产生:

(一)公司股东、董事、监事、高级管理人员;

(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;

(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。

3. 清算组的职权:

(1)清理公司财产,分别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。

注意: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。

注意: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)制订清算方案。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。

十一、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。即股份有限公司则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:

	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

十二、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. 公司税后利润的分配顺序。

- (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;