

教学项目 1 经济法基础知识

学习目标

1. 了解法的概念和特征，了解法的分类，理解经济法的概念和调整对象；
2. 理解经济法律关系的概念，掌握经济法律关系的主体、客体和内容；
3. 掌握经济法律关系产生、变更和消灭的法律事实；
4. 理解经济仲裁的概念与适用范围，掌握仲裁机构、仲裁协议与仲裁程序；
5. 掌握民事诉讼的适用范围，理解经济审判的概念、审判机构与受案范围，掌握经济纠纷案件的诉讼程序；
6. 了解民事起诉状的书写；
7. 理解代理的概念、代理的种类、代理权的行使、无权代理和代理权的终止。

任务 1.1 法律基础

案例导入

张某诉北京某汽车服务有限公司买卖合同纠纷案

2007年2月28日，原告张某从被告北京某汽车服务有限公司购买轿车一辆，价格是138 000元，双方签有《汽车销售合同》。该合同第七条约定：卖方保证买方所购车辆为新车，在交付之前已做了必要的检验和清洁，车辆路程表的公里数为18公里且符合卖方提供给买方的随车交付文件中所列的各项规格和指标。合同签订当日，原告向被告交付了全部购车款及车辆购置税等费用。被告将轿车交付原告，并办理了机动车登记手续。2007年5月13日，原告在被告处进行车辆保养时，发现该车曾于2007年1月17日维修过。因此，原告向法院提起诉讼。

（案例来源：最高人民法院指导案例17号，2013年11月8日发布）

根据上述资料，请同学们思考以下问题并说明理由：

- 1.为家庭生活消费需要购买汽车，发生欺诈纠纷的，适用哪些法律？
- 2.汽车销售者向消费者销售维修过的汽车，销售者不能证明已履行告知义务且得到消费者认可的，是否构成销售欺诈？消费者要求赔偿损失的，人民法院是否予以支持？

知识准备

一、法和法律的概念

在我国当代法学理论中，法与法律，在广义上是相同的；但“法律”这个概念有广义与狭义的区别。

（一）法的概念

法是由国家制定或认可并依靠国家强制力保证实施的，反映由特定社会物质生活条

件所决定的统治阶级意志，规定权利和义务，以确认、保护和发展有利于统治阶级的社会关系和社会秩序为目的的行为规范体系。

（二）法律的概念

广义的法律是指法的整体，包括由国家制定的宪法、法律、行政法规、部门规章、地方性法规等规范性法律文件和国家认可的政策、判例、习惯等。

狭义的法律是指有立法权的国家机关依照立法程序制定的规范性法律文件。在我国，狭义的法律仅指全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律。在社会生活中，人们所讲的法律通常是指广义的法律。

（三）经济法的概念和调整对象

1. 经济法的概念和特征

经济法是调整国家在管理与协调经济运行过程中发生的各种社会关系的法律规范的总称。经济法的最终目的就是通过国家对经济的干预来维护社会经济秩序，促进社会发展。经济法具有以下特征：综合性、经济性、行政主导性、政策性等。

2. 经济法的调整对象

经济法的调整对象是指经济法所干预、管理和调控的具有社会公共性的特定经济关系。我国经济法的调整对象包括以下四个方面：

（1）国民经济管理关系，是指各级国家机关之间，国家机关与经济组织、公民之间在国民经济管理活动中产生的经济关系；

（2）经济协作关系，是指法人、其他经济组织、农村承包经营户以及其他公民相互之间在经济往来中产生的、由国家调控的经济关系；

（3）市场经济主体在内部经济管理中产生的经济关系，是指企业、其他经济组织在内部经济管理中产生的经济关系；

（4）涉外经济关系，包括涉外经济管理关系和涉外经济协作关系。

【做中学1】经济法的调整对象是（ ）。

- A. 经济关系 B. 特定的经济关系 C. 法律关系 D. 特定关系

解析：答案为B。经济法的调整对象是在国家宏观协调本国经济运行过程中发生的具有社会公共性的特定经济关系。

【做中学2】下列关于经济法调整对象的想法，正确的是（ ）。

- A. 经济法的调整对象是综合的
B. 经济法的调整对象是各种经济关系
C. 经济法没有特定的调整对象，其调整对象随着实践的发展而发展

D.经济法的调整对象与其他部门法的调整对象是有区别的

解析：答案为D。经济法以特定经济关系为调整对象，并与其他部门法相区别。

二、法的本质、特征和原则

(一)法的本质

法的本质所揭示的是法内在的矛盾关系。它主要表现为以下三个方面：

(1)法是统治阶级整体意志的体现。

(2)法是国家意志的体现。

(3)法是由一定社会物质生活条件所决定的。社会物质生活条件是指与人类生存相关的地理环境、人口和物质资料的生产方式，其中，生产方式是决定性的内容。

【做中学3】法的最终决定因素是()。

A.统治阶级的意志

B.阶级斗争状况

C.社会物质生活条件

D.历史传统

解析：答案为C。法属于上层建筑的一种。根据马克思主义基本原理，经济基础决定上层建筑，因此，法最终是由社会物质生活条件决定的。

(二)法的特征

法的特征主要表现为以下三个方面：

(1)法是调整人的行为的社会规范。其调整对象是人的行为，也可以说是社会关系，不包括人的心理现象。

(2)法是由国家制定或者认可并由国家强制力保证实施的行为规范，具有普遍约束力。

(3)法以规定权利和义务为主要内容。权利意味着人们可以为或者不为一定行为，以及可以要求他人为或者不为一定行为。义务意味着人们必须为或者不为一定行为。

(三)法的原则

法的原则是指在一定法律体系中为法律规则提供指导思想、基础或本源的综合性的、稳定的法律原理或准则。法的原则对法的运行具有重要指导意义。

根据不同的标准，可以将法的原则分为：公理性原则和政策性原则、基本原则和具体原则、实体性原则和程序性原则等。

【做中学4】一般而言，法产生的主要方式包括()。

A.生成

B.制定

C.默许

D.认可

解析：答案为BD。根据法的概念和特征，法产生的方式有两种：制定和认可。

三、经济法律关系

(一) 经济法律关系的概念

法律关系,是经过法律规范所调整的人们之间形成的具有权利、义务内容的社会关系。它由主体、客体和内容三个要素组成。

经济法律关系,是指在国家干预社会经济运行的过程中,由经济法确认和调整的以经济权利和经济义务为主要内容的社会经济关系。经济权利是指经济法主体依法可以为或者不为,以及要求他人为或者不为一定行为的权利。经济义务是指经济法主体依法承担的必须为或者不为一定行为的责任。

(二) 经济法律关系的主体、客体和内容

经济法律关系由主体、客体和内容三个要素构成。

1. 经济法律关系的主体

经济法律关系的主体是受经济法调整的国家干预经济关系的参加者,是国家干预活动中权利、义务的承担者。它主要分为两类:一类是国家经济管理主体,另一类是国家经济的被管理主体。在我国,经济法律关系的主体包括以下几类:

(1) 国家机关。

(2) 社会组织,包括法人和非法人组织。其中,法人组织包括营利法人、非营利法人和特别法人。营利法人包括有限责任公司、股份有限公司和其他企业法人等。非营利法人包括事业单位、社会团体、基金会、社会服务机构等。特别法人包括机关法人、农村集体经济组织法人、城镇农村的合作经济组织法人和基层群众性自治组织法人。非法人组织包括个人独资企业、合伙企业、不具有法人资格的专业服务机构等。

(3) 自然人,是指依照自然规律出生的人。公民是指具有某一国国籍,并根据该国法律规定享有权利和承担义务的自然人。

法律关系的主体资格包括权利能力和行为能力。

(1) 权利能力,是指法律关系主体能够参加某种法律关系,依法享有权利和承担义务的法律资格。它包括自然人的权利能力和法人的权利能力。自然人的权利能力,是指自然人依法取得享有权利、承担义务的资格。其从出生时起到死亡时止,不能被任意剥夺或解除。法人权利能力的范围则由法人成立的宗旨和业务范围决定,自法人成立时产生,至法人终止时消灭。

(2) 行为能力,是指法律关系主体能够通过自己的行为实际取得权利和履行义务的能力。法人的行为能力和权利能力是一致的,同时产生、同时消灭。我国自然人的民事

行为能力划分为三类：

第一，完全民事行为能力人。十八周岁以上的自然人为成年人，不满十八周岁的自然人为未成年人。成年人为完全民事行为能力人，可以独立实施民事法律行为。十六周岁以上的未成年人，以自己的劳动收入为主要生活来源的，视为完全民事行为能力人。例如：十七周岁的王某在酒店打工，每月收入两千元，王某就被视为完全民事行为能力人。

第二，限制民事行为能力人。八周岁以上的未成年人为限制民事行为能力人，实施民事法律行为由其法定代理人代理或者经其法定代理人同意、追认，但是可以独立实施纯获利益的民事法律行为或者与其年龄、智力相适应的民事法律行为。例如：年满十周岁的未成年人购买自己平时使用的学习用品是符合其年龄、智力状况的民事法律行为，不需要其监护人的同意或追认。不能完全辨认自己行为的成年人为限制民事行为能力人，实施民事法律行为由其法定代理人代理或者经其法定代理人同意、追认，但是可以独立实施纯获利益的民事法律行为或者与其智力、精神健康状况相适应的民事法律行为。

第三，无民事行为能力人。不满八周岁的未成年人为无民事行为能力人，由其法定代理人代理实施民事法律行为。不能辨认自己行为的成年人为无民事行为能力人，由其法定代理人代理实施民事法律行为。例如：七周岁的小明刚上小学一年级，其购买学习用品必须要经过监护人的同意或追认。

此外，需要注意的是，我国刑法规定的刑事责任能力是指行为人构成犯罪和承担刑事责任所必须具备的刑法意义上辨认和控制自己行为的能力。已满十六周岁的人犯罪，应当负刑事责任。已满十四周岁不满十六周岁的人，犯故意杀人、故意伤害致人重伤或者死亡、强奸、抢劫、贩卖毒品、放火、爆炸、投毒罪的，应当负刑事责任。已满十四周岁不满十八周岁的人犯罪，应当从轻或者减轻处罚。因不满十六周岁不予刑事处罚的，责令其家长或者监护人加以管教；在必要的时候，也可以由政府收容教养。已满七十五周岁的人故意犯罪的，可以从轻或者减轻处罚；过失犯罪的，应当从轻或者减轻处罚。精神病人在不能辨认或者不能控制自己行为的时候造成危害结果，经法定程序鉴定确认的，不负刑事责任，但是应当责令他的家属或者监护人严加看管和医疗；在必要的时候，由政府强制医疗。间歇性的精神病人在精神正常的时候犯罪，应当负刑事责任。尚未完全丧失辨认或者控制自己行为能力的精神病人犯罪的，应当负刑事责任，但是可以从轻或者减轻处罚。

2. 经济法律关系的客体

经济法律关系的客体是经济法律关系主体之间的权利、义务所共同指向的对象。传

统理论认为，法律关系的客体是物、行为和智力成果三大类。

(1) 物，是指能够满足人们的某种需要，并能够被人力所控制和支配的物质实体。物可以是自然物，如土地、矿藏、水流、森林等；也可以是人造物，如建筑、机器、各种产品等；还可以是货币及有价证券。物既可以是有体物，也可以是无体物。有体物既可以是固定形态的；也可以是没有固定形态的，如天然气、电力等。无体物的例子有权利、数据信息等。

(2) 行为，是指法律关系主体为达到一定目的所进行的作为（积极行为）或不作为（消极行为），是人的有意识的活动，如生产经营行为、经济管理行为等。

(3) 智力成果，也称非物质财富、精神产品或精神财富，是指人们通过脑力劳动创造的能够带来经济价值的精神财富，如发明、实用新型、外观设计等。智力成果的价值在于其所承载的信息、知识、技术和其他精神财富，它通常有物质载体，如书籍、图册、录像、录音等。

3. 经济法律关系的内容

经济法律关系的内容是指法律关系主体所享有的权利和承担的义务，是经济法律关系的实质和核心。

经济法上的权利是指经济法主体所享有某种行为自由或利益的资格。它包括国家经济管理机关的经济法权利和经济活动主体的经济法权利。例如：财产权利人依法占有、处分自己财产的权利，债权人的请求权等。

经济法上的义务是经济法主体依据经济法规定，应当为或不应当为某种行为的责任或限制。国家经济管理机关和被管理者的经济法义务不同。此外，一般而言，义务分为积极的义务和消极的义务。前者如纳税的义务，服兵役的义务。后者如不得损害公物，不得破坏交通信号灯、交通标志等。

四、法律事实

法律事实，就是法律规定的能够引起法律关系产生、变更和消灭的客观情况或现象。与人类生活无直接关系的纯粹的客观现象就不是法律事实。现有法律规范没有规定的，也不是法律事实，如宇宙天体的运行。以是否以人们的意志为转移为标准，法律事实分为法律事件和法律行为。

(一) 法律事件

法律事件是法律规范规定的、与当事人意志无关的，且能够引起法律关系产生、变更、消灭的客观事实。它可被划分为社会事件和自然事件。前者如社会变革、战争、动

乱等，后者如人的生老病死、自然灾害等。这两种事件不以当事人的意志为转移，但其权利和义务有可能产生、变更或消灭。例如：婴儿的呱呱落地意味着监护关系、抚养关系的产生。

(二) 法律行为

法律行为是指以法律关系主体的意志为转移，能够引起法律关系发生、变更和消灭的人们有意识的活动。不由法律调整、不发生法律效力的行为，如通常的社交、恋爱等不是法律行为。

根据不同的标准，法律行为可以分为单方法律行为和多方法律行为、有偿法律行为和无偿法律行为、合法行为和违法行为、要式法律行为和不要式法律行为、主法律行为和从法律行为等。

【做中学5】区分法律事件与法律行为的标准是看一定的后果()。

- A. 是否产生法律效果
- B. 是否与当事人的意志有关
- C. 是否产生或变更法律关系
- D. 是否有法律意义

解析：答案为B。法律事件具有客观性，不以人的意志为转移，如自然灾害、战争等。法律行为具有主观性，人的意志可以去干预它，如订立合同等。

五、法的形式和分类

(一) 法的形式

法的形式，也称法的渊源，是指法的具体外部表现形式。如法由何种国家机关制定或认可，具有何种表现形式或效力等级。通常，法的形式可分为成文法、不成文法和一定范围内的法理或法的观念等。其中，成文法是主要的法的形式，它包括宪法、法律、行政法规、地方性法规、自治条例、国际条约等。

我国法的形式(法的渊源)包括正式和非正式两类。法的正式渊源主要是指成文法。法的非正式渊源包括习惯、判例和政策。

(二) 法的分类

法的分类，就是从不同的角度，按照不同的标准，将法律规范划分为不同的种类。法的分类包括一般分类和特殊分类。按照一般分类，法可以分为成文法和不成文法、实体法和程序法、根本法和普通法、一般法和特别法、国内法和国际法。按照特殊分类，法可以分为公法和私法、普通法和衡平法。

案例分析

北京市朝阳区人民法院生效裁判认为：原告张某购买汽车系因生活需要自用，应当适用《中华人民共和国消费者权益保护法》。被告销售维修过的车辆违反双方合同约定，该案争议的焦点为北京某汽车服务有限公司是否事先履行了告知义务。经审理查明，被告出具的证据不足以表明其对于车辆曾进行维修之事已在销售时明确告知张某，故认定被告在售车时隐瞒了车辆存在的瑕疵，有欺诈行为，应退车还款并增加赔偿张某的损失。法院依据《中华人民共和国消费者权益保护法》第二条、第五十五条第一款作出判决：（1）撤销原告与被告于2007年2月28日签订的《汽车销售合同》；（2）原告于判决生效后七日内将其所购的轿车退还被告；（3）被告于判决生效后七日内退还原告购车款十二万四千二百元；（4）被告于判决生效后七日内赔偿原告购置税一万二千四百元、服务费五百元、保险费六千零六十元；（5）被告于判决生效后七日内加倍赔偿原告购车款十三万八千元；（6）驳回原告其他诉讼请求。宣判后，被告提出上诉。北京市第二中级人民法院驳回上诉，维持原判。

知识拓展

扫描右侧二维码，在线查看关于“灋”字的解释。



灋

同步训练

一、单选题

1. 按照规定的内容、法律地位和制定程序的不同，法律分为根本法和普通法，其中，根本法又称（ ）。

- A. 刑法 B. 宪法 C. 民法 D. 行政法

2. 我国正式的法律渊源不包括（ ）。

- A. 法律 B. 法规 C. 规章 D. 制度

3. 下列各项属于法律事件的是（ ）。

- A. 签订合同 B. 发行债券 C. 发生地震 D. 承兑汇票



参考答案

二、判断题

1. 国家强制力是保障法律实施的唯一力量。()
2. 法的本质属性包括：阶级性、国家性、物质性。()
3. 法的创制，是国家机关依照法定程序，制定或认可、修改、废止法律规范的活动。()
4. 法律事实是法律关系发生、变更和消灭的直接原因。()
5. 工人罢工是一种法律行为。()

三、案例分析题

被告冉某于2011年12月31日找到原告郑某借款人民币20 000元。原告从当时在场的案外人杨某处借得1 200元后，凑齐20 000元交付被告本人。被告未出具书面借条，未约定具体的还款时间及利息的计算标准，仅口头承诺短时期内偿还。时隔半年，原告见被告仍未还款，便多次找其催收，被告却以各种理由拖延。原告因此向人民法院提起诉讼，要求被告归还借款及利息，并承担诉讼费用。原告明确资金利息从借款之日后一个月后开始计算，至实际清偿之日止，并自愿选择该利息以当地农村商业银行贷款利率作为参考。

法院审理后认为，虽然双方都无直接证据，但原告提交的间接证据来源合法，内容符合客观事实，证据真实有效，且各证据之间能形成证据锁链，能相互印证，足以认定原告和被告之间的债权债务关系。故判决被告归还原告借款本金20 000元，并按照农村商业银行同期同类贷款利率支付原告从法院受理之日起至实际清偿之日止的利息。

（案例来源：《“用公开促公正 建设核心价值”主题教育活动 合同纠纷典型案例》，最高人民法院2015年12月4日发布）

请问：

1. 在没有书面借条的情况下，原告需要出示哪些证据来举证证明借款事实？
2. 原告主张的借款利息能否得到法院支持？
3. 在被告不到庭的情况下，法院能否仅依据原告的证据材料和庭审情况作出判决？

案外提醒：

大量民间借贷纠纷发生于熟人之间。在生活中，熟人之间出于面子、人情等因素的考虑，一般很少写借条或其他凭证。而一旦对方违约，出借人一般很难拿出有效的直接证据来认定借款行为成立的事实。因此，即使是熟人之间，也要留存相关凭证，以免在发生纠纷时无力举证，导致败诉。

任务 1.2 经济纠纷的解决途径

案例导入

中华环保联合会诉谭某、方某环境污染民事公益诉讼案

2011年8月,方某将其承包的两个鱼塘转租给谭某。谭某向其中一个鱼塘倾倒不明固体污泥110车。之后,方某收回鱼塘,撒上石灰后继续养鱼。2011年9月14日,广州市白云区环境保护局到该鱼塘进行现场检查取样。经检测,确认该鱼塘铜和锌超标。中华环保联合会诉请法院判令谭某、方某共同修复鱼塘,或承担恢复原状所需的环境污染处理费400余万元,广州市白云区人民检察院作为支持起诉人支持中华环保联合会提起诉讼。

(案例来源:《最高人民法院环境资源刑事、民事、行政典型案例》,2017年6月22日发布)

根据上述资料,请同学们思考以下问题并说明理由:

- 1.该诉讼属于什么诉讼?
- 2.中华环保联合会能否作为适格的原告提起诉讼?

知识准备

一、经济纠纷的解决途径

经济纠纷,又称经济争议,是指市场经济主体之间因经济权利和经济义务的矛盾而引起的权益争议。它主要包括两类:(1)平等主体之间涉及经济内容的纠纷;(2)自然人、法人或者其他组织作为行政管理相对人与行政机关之间,因行政管理所发生的涉及经济内容的纠纷。在我国,解决经济纠纷的途径和方式主要有仲裁、民事诉讼、行政复议和行政诉讼。

二、经济仲裁

(一) 经济仲裁的概念

经济仲裁是由经济纠纷的各方当事人共同选定仲裁机构，依照法定程序对纠纷作出具有约束力的裁决的活动。它具有自愿性、专业性、强制性、快捷性等特征。

仲裁的法律依据：《中华人民共和国仲裁法》(以下简称《仲裁法》)、《最高人民法院关于审理仲裁司法审查案件若干问题的规定》等。

(二) 仲裁的适用范围

1. 《仲裁法》第二条规定，平等主体的公民、法人和其他组织之间发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷，可以仲裁。

2. 《仲裁法》第三条规定，下列纠纷不能仲裁：

- (1) 婚姻、收养、监护、扶养、继承纠纷；
- (2) 依法应当由行政机关处理的行政争议。

3. 《仲裁法》第七十七条规定，下列仲裁不属于《仲裁法》所规定的仲裁范围，而由其他法律予以调整：

- (1) 劳动争议的仲裁；
- (2) 农业集体经济组织内部的农业承包合同纠纷的仲裁。

【做中学1】下列纠纷中，可以适用《仲裁法》解决的是()。

- A. 甲公司和乙公司之间的买卖合同纠纷
- B. 张华和某公司的劳动合同纠纷
- C. 甲乙之间的遗产继承纠纷
- D. 甲乙之间的农村土地承包合同纠纷

解析：答案为A。《仲裁法》的适用范围是平等主体的公民、法人和其他组织之间发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷。与人身有关的纠纷不适用《仲裁法》，劳动争议以及农村土地承包合同纠纷分别适用《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》和《中华人民共和国农村土地承包经营纠纷调解仲裁法》，不能适用《仲裁法》。

(三) 仲裁协议

1. 仲裁协议的概念

仲裁协议，是指双方当事人在自愿、协商、平等互利的基础上，将他们之间已经发生或者可能发生的经济纠纷提交仲裁机构裁决的书面约定，是申请仲裁的必备材料。仲裁协议应当以书面形式订立。我国《仲裁法》第四条规定：“当事人采用仲裁方式解决

纠纷，应当双方自愿，达成仲裁协议。没有仲裁协议，一方申请仲裁的，仲裁委员会不予受理。”

2. 仲裁协议的内容

仲裁协议包括合同中订立的仲裁条款和以其他书面方式在纠纷发生前或者纠纷发生后达成的请求仲裁的协议。仲裁协议应当具有下列内容：（1）请求仲裁的意思表示；（2）仲裁事项；（3）选定的仲裁委员会。仲裁协议对仲裁事项或者仲裁委员会没有约定或者约定不明确的，当事人可以补充协议；达不成补充协议的，仲裁协议无效。

3. 仲裁协议的效力

仲裁协议独立存在，一经依法成立，即具有法律约束力。合同的变更、解除、终止或无效，不影响仲裁协议的效力。当事人对仲裁协议的效力有异议的，可以请求仲裁委员会作出决定或者请求人民法院作出裁定。一方请求仲裁委员会作出决定，另一方请求人民法院作出裁定的，由人民法院裁定。当事人对仲裁协议的效力有异议，应当在仲裁庭首次开庭前提出。

当事人达成仲裁协议，一方向人民法院起诉未声明有仲裁协议，人民法院受理后，另一方在首次开庭前提交仲裁协议的，人民法院应当驳回起诉，但仲裁协议无效的除外；另一方在首次开庭前未对人民法院受理该案提出异议的，视为放弃仲裁协议，人民法院应当继续审理。

有下列情形之一的，仲裁协议无效：（1）约定的仲裁事项超出法律规定的仲裁范围的；（2）无民事行为能力人或者限制民事行为能力人订立的仲裁协议；（3）一方采取胁迫手段，迫使对方订立仲裁协议的。

【做中学2】甲、乙签订买卖合同，在合同中约定了仲裁条款，选定了仲裁机构，现在因履行合同发生纠纷。甲就该纠纷向人民法院提起诉讼，未声明有仲裁协议。法院受理后，乙公司在首次开庭后提出异议并提交仲裁协议。法院应当如何处理？

解析：乙在首次开庭前未对人民法院受理该案提出异议，视为放弃仲裁协议，法院应当继续审理。

（四）仲裁机构

仲裁机构主要是指仲裁委员会。仲裁委员会是有权对当事人提交的经济纠纷进行审理和裁决的机构。我国的仲裁委员会可以在直辖市和省、自治区人民政府所在地的市设立，也可以根据需要在其他设区的市设立，不按行政区划层层设立。仲裁委员会独立于行政机关，与行政机关没有隶属关系，仲裁委员会之间也没有隶属关系。仲裁委员会应当具备下列条件：（1）有自己的名称、住所和章程；（2）有必要的财产；（3）有该委员

会的组成人员；(4)有聘任的仲裁员。

(五) 仲裁程序

1. 申请和受理

仲裁程序以当事人向仲裁机构申请仲裁为起始。当事人申请仲裁应当符合下列条件：(1)有仲裁协议；(2)有具体的仲裁请求和事实、理由；(3)属于仲裁委员会的受理范围。仲裁申请书应当载明下列事项：(1)当事人的姓名、性别、年龄、职业、工作单位和住所，法人或者其他组织的名称、住所和法定代表人或者主要负责人的姓名、职务；(2)仲裁请求和所根据的事实、理由；(3)证据和证据来源、证人姓名和住所。

仲裁委员会收到仲裁申请书之日起五日内，认为符合受理条件的，应当受理，并通知当事人；认为不符合受理条件的，应当书面通知当事人不予受理，并说明理由。仲裁委员会受理仲裁申请后，应当在仲裁规则规定的期限内将仲裁规则和仲裁员名册送达申请人，并将仲裁申请书副本和仲裁规则、仲裁员名册送达被申请人。被申请人收到仲裁申请书副本后，应当在仲裁规则规定的期限内向仲裁委员会提交答辩书。仲裁委员会收到答辩书后，应当在仲裁规则规定的期限内将答辩书副本送达申请人。被申请人未提交答辩书的，不影响仲裁程序的进行。

2. 仲裁庭的组成

仲裁庭可以由三名仲裁员或者一名仲裁员组成。由三名仲裁员组成的，设首席仲裁员。当事人约定由三名仲裁员组成仲裁庭的，应当各自选定或者各自委托仲裁委员会主任指定一名仲裁员，第三名仲裁员由当事人共同选定或者共同委托仲裁委员会主任指定。第三名仲裁员是首席仲裁员。当事人约定由一名仲裁员成立仲裁庭的，应当由当事人共同选定或者共同委托仲裁委员会主任指定仲裁员。

如果当事人没有在仲裁规则规定的期限内约定仲裁庭的组成方式或者选定仲裁员的，由仲裁委员会主任指定。仲裁庭组成后，仲裁委员会应当将仲裁庭的组成情况书面通知当事人。

仲裁员具有以下情形之一的，必须回避，当事人也有权提出回避申请：

- (1) 是本案当事人或者当事人、代理人的近亲属；
- (2) 与本案有利害关系；
- (3) 与本案当事人、代理人有其他关系，可能影响公正仲裁的；
- (4) 私自会见当事人、代理人，或者接受当事人、代理人的请客送礼的。

当事人提出回避申请，应当说明理由，在首次开庭前提出。回避事由在首次开庭后知道的，可以在最后一次开庭终结前提出。仲裁员是否回避，由仲裁委员会主任决定；

仲裁委员会主任担任仲裁员时，由仲裁委员会集体决定。

3. 开庭和裁决

(1) 开庭。

仲裁应当开庭进行。当事人协议不开庭的，仲裁庭可以根据仲裁申请书、答辩书以及其他材料作出裁决。仲裁委员会应当在仲裁规则规定的期限内将开庭日期通知双方当事人。当事人有正当理由的，可以在仲裁规则规定的期限内请求延期开庭。是否延期，由仲裁庭决定。申请人经书面通知，无正当理由不到庭或者未经仲裁庭许可中途退庭的，可以视为撤回仲裁申请。被申请人经书面通知，无正当理由不到庭或者未经仲裁庭许可中途退庭的，可以缺席裁决。

开庭时，双方当事人应当对自己的主张进行举证，并可以质证。仲裁庭认为有必要收集的证据，可以自行收集。当事人可以申请证据保全。当事人申请证据保全的，仲裁委员会应当将当事人的申请提交证据所在地的基层人民法院。

仲裁庭对专门性问题认为需要鉴定的，可以交由当事人约定的鉴定部门鉴定，也可以由仲裁庭指定的鉴定部门鉴定。根据当事人的请求或者仲裁庭的要求，鉴定部门应当派鉴定人参加开庭。当事人经仲裁庭许可，可以向鉴定人提问。

当事人在仲裁过程中有权进行辩论。辩论终结时，首席仲裁员或者独任仲裁员应当征询当事人的最后意见。仲裁庭应当将开庭情况记入笔录。笔录由仲裁员、记录人员、当事人和其他仲裁参与人签名或者盖章。

(2) 裁决。

仲裁庭在作出裁决前，可以先行调解。当事人自愿调解的，仲裁庭应当调解。调解不成的，应当及时作出裁决。调解达成协议的，仲裁庭应当制作调解书或者根据协议的结果制作裁决书。调解书与裁决书具有同等法律效力。调解书经双方当事人签收后，即发生法律效力。在调解书签收前当事人反悔的，仲裁庭应当及时作出裁决。

裁决应当按照多数仲裁员的意见作出，少数仲裁员的不同意见可以记入笔录。仲裁庭不能形成多数意见时，裁决应当按照首席仲裁员的意见作出。裁决书应当写明仲裁请求、争议事实、裁决理由、裁决结果、仲裁费用的负担和裁决日期。当事人协议不愿写明争议事实和裁决理由的，可以不写。裁决书由仲裁员签名，加盖仲裁委员会印章。对裁决持不同意见的仲裁员，可以签名，也可以不签名。仲裁庭仲裁纠纷时，其中一部分事实已经清楚，可以就该部分先行裁决。裁决书自作出之日起发生法律效力。

4. 申请撤销裁决

当事人如果对裁决有异议的，有权向仲裁委员会所在地的中级人民法院申请撤销裁

决。申请撤销裁决的时间是自收到裁决书之日起六个月内提出，人民法院应当在受理撤销裁决申请之日起两个月内作出撤销裁决或者驳回申请的裁定。当事人申请撤销裁决，必须要有证据证明裁决具有下列情形之一：

- (1) 没有仲裁协议的；
- (2) 裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁委员会无权仲裁的；
- (3) 仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序的；
- (4) 裁决所根据的证据是伪造的；
- (5) 对方当事人隐瞒了足以影响公正裁决的证据的；
- (6) 仲裁员在仲裁该案时有索贿受贿，徇私舞弊，枉法裁决行为的。

人民法院经组成合议庭审查核实裁决有上述情形之一的，应当裁定撤销。人民法院认定该裁决违背社会公共利益的，应当裁定撤销。人民法院受理撤销裁决的申请后，认为可以由仲裁庭重新仲裁的，通知仲裁庭在一定期限内重新仲裁，并裁定中止撤销程序。仲裁庭拒绝重新仲裁的，人民法院应当裁定恢复撤销程序。

5. 执行

如果一方当事人不履行裁决，那么另一方当事人可以依照《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民事诉讼法》)的有关规定向人民法院申请执行。受申请的人民法院应当执行。被申请人提出证据证明裁决有《民事诉讼法》第二百三十七条第二款规定的情形的，经人民法院组成合议庭审查核实，裁定不予执行。一方当事人申请执行裁决，另一方当事人申请撤销裁决的，人民法院应当裁定中止执行。人民法院裁定撤销裁决的，应当裁定终结执行。撤销裁决的申请被裁定驳回的，人民法院应当裁定恢复执行。

【做中学3】根据《仲裁法》的规定，下列各项中，不正确的是()。

- A. 仲裁实行自愿原则
- B. 当事人不履行仲裁裁决的，另一方当事人可以向人民法院申请执行
- C. 当事人不服仲裁裁决的，可以向人民法院提起诉讼
- D. 仲裁不实行级别管辖和地域管辖

解析：答案为C。仲裁裁决作出后，当事人就同一纠纷再申请仲裁或向人民法院起诉的，人民法院或者仲裁委员会不予受理。

三、经济审判

(一) 经济审判与民事诉讼的概念

经济审判是指人民法院依法对国内经济纠纷案件和涉外经济纠纷案件进行审判的

活动。

民事诉讼是指人民法院在当事人和全体诉讼参与人的参加下，依法审理和解决民事纠纷的活动，以及由这些活动所发生的诉讼关系。

现行《中华人民共和国民事诉讼法》于1991年4月9日由第七届全国人民代表大会第四次会议通过，并经过2007年、2012年和2017年三次修正。

（二）民事诉讼的受案范围

民事诉讼的受案范围是指人民法院依法受理和解决一定范围内民事纠纷的权限，即明确人民法院和其他国家机关、社会组织之间解决民事纠纷的分工，其实质是确立人民法院行使民事审判权的范围和权限。其主要有三类：

第一类是由受婚姻法、继承法、收养法等民事法律调整的平等主体间的财产关系和人身关系所引起的纠纷；

第二类是由经济法、劳动法调整的社会关系所引起的争议，依法应适用《民事诉讼法》审理的案件，如劳动争议纠纷；

第三类是法律规定的适用《民事诉讼法》审理的其他纠纷或事项，如适用特别程序审理的选民资格案件、宣告公民死亡、失踪案、公示催告程序、督促程序等。

（三）审判机构

人民法院的审判机构包括两种形式：合议制和独任制。合议制是由3名以上审判员和人民陪审员组成合议庭，代表人民法院行使审判权，对案件进行审理并作出裁判的制度。合议庭的成员人数，必须是单数。独任制是只有一名审判员独立对案件进行审理并作出裁判的制度。

除此之外，《民事诉讼法》还规定了公开审判制度、回避制度、两审终审制度等。

（四）诉讼时效

向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为三年。法律另有规定的，依照其规定。诉讼时效期间自权利人知道或者应当知道权利受到损害以及义务人之日起计算。法律另有规定的，依照其规定。但是，自权利受到损害之日起超过二十年的，人民法院不予保护，有特殊情况的，人民法院可以根据权利人的申请决定延长。

诉讼时效期间届满的，义务人可以提出不履行义务的抗辩。诉讼时效期间届满后，义务人同意履行的，不得以诉讼时效期间届满为由抗辩；义务人已经自愿履行的，不得请求返还。

人民法院不得主动适用诉讼时效的规定。在特定情形下，诉讼时效可以中止或者中断。

下列请求权不适用诉讼时效的规定：(1)请求停止侵害、排除妨碍、消除危险；(2)不动产物权和登记的动产物权的权利人请求返还财产；(3)请求支付抚养费、赡养费或者扶养费；(4)依法不适用诉讼时效的其他请求权。

(五) 诉讼程序

1. 管辖

诉讼管辖是指各级人民法院之间以及不同地区的同级人民法院之间，受理第一审民商事案件及其他各类案件的职权范围和具体分工。管辖按照不同标准可以有多种分类，其中最重要、最常用的分类是级别管辖和地域管辖。

(1) 级别管辖。

级别管辖，是指各级人民法院之间受理第一审民商事案件以及其他各类案件之间的职权范围和具体分工。地域管辖、专属管辖、协议管辖均不得违反级别管辖的规定。大多数一审案件由基层人民法院管辖。

(2) 地域管辖。

地域管辖是指同级人民法院之间受理第一审民商事案件的分工和权限。它可分为一般地域管辖、特殊地域管辖和专属管辖等。

一般地域管辖，也称普通管辖，是按照当事人所在地与人民法院辖区的隶属关系来确定案件管辖法院。一般地域管辖通常实行“原告就被告”原则，即由被告住所地人民法院管辖；被告住所地与经常居住地不一致的，由经常居住地人民法院管辖。

特殊地域管辖，是以诉讼标的所在地、法律事实所在地为标准确定管辖法院，也称特别管辖。《民事诉讼法》规定了十种属于特殊地域管辖的诉讼：

- ①因合同纠纷提起的诉讼，由被告住所地或者合同履行地人民法院管辖。
- ②因保险合同纠纷提起的诉讼，由被告住所地或者保险标的物所在地人民法院管辖。
- ③因票据纠纷提起的诉讼，由票据支付地或者被告住所地人民法院管辖。
- ④因公司设立、确认股东资格、分配利润、解散等纠纷提起的诉讼，由公司住所地人民法院管辖。

⑤因铁路、公路、水上、航空运输和联合运输合同纠纷提起的诉讼，由运输始发地、目的地或者被告住所地人民法院管辖。

⑥因侵权行为提起的诉讼，由侵权行为地(包括侵权行为实施地、侵权结果发生地)或者被告住所地人民法院管辖。信息网络侵权行为实施地包括实施被诉侵权行为的计算机设备所在地。侵权结果地包括被侵权人住所地。因产品、服务质量不合格造成他人财产、人身损害提起的诉讼，产品制造地、产品销售地、服务提供地、侵权行为地和

被告住所地人民法院均有管辖权。

⑦因铁路、公路、水上和航空事故请求损害赔偿提起的诉讼，由事故发生地，或者车辆、船舶最先到达地，航空器最先降落地，或者被告住所地人民法院管辖。

⑧因船舶碰撞或者其他海事损害事故请求损害赔偿提起的诉讼，由碰撞发生地、碰撞船舶最先到达地、加害船舶被扣留地或者被告住所地人民法院管辖。

⑨因海难救助费用提起的诉讼，由救助地或者被救助船舶最先到达地人民法院管辖。

⑩因共同海损提起的诉讼，由船舶最先到达地、共同海损理算地或者航程终止地的人民法院管辖。

专属管辖，是指法律强制规定某类案件必须由特定的人民法院管辖，其他人民法院无权管辖，当事人也不得协议变更的管辖。专属管辖的案件主要有三类：

①因不动产纠纷提起的诉讼，由不动产所在地人民法院管辖。

②因港口作业中发生纠纷提起的诉讼，由港口所在地人民法院管辖。

③因继承遗产纠纷提起的诉讼，由被继承人死亡时住所地或者主要遗产所在地人民法院管辖。

【做中学4】甲、乙因房屋买卖发生纠纷，甲欲提起诉讼，则甲应该向哪个法院提起诉讼？（ ）

- A. 甲住所地人民法院
- B. 乙住所地人民法院
- C. 房屋所在地人民法院
- D. 甲、乙协议选择的人民法院

解析：答案为C。根据《民事诉讼法》关于专属管辖的规定，因房屋买卖纠纷提起的诉讼由不动产所在地人民法院管辖。

2. 起诉和受理

起诉必须符合下列条件：原告是与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织；有明确的被告；有具体的诉讼请求和事实、理由；属于人民法院受理民事诉讼的范围和受诉人民法院管辖。起诉应当向人民法院递交起诉状，并按照被告人数提出副本。起诉状应当记明下列事项：原告、被告的基本情况，诉讼请求和所根据的事实与理由，证据和证据来源，证人姓名和住所。人民法院应当在立案之日起五日内将起诉状副本发送被告，被告应当在收到之日起十五日内提出答辩状。

3. 审理和判决

开庭审理阶段，主要分为法庭调查和法庭辩论两个环节。双方当事人进行法庭陈

述、举证和质证，就案件争议焦点进行辩论。法庭辩论终结，能够调解的，进行调解，调解不成的，法庭当庭宣判或择日及时判决。人民法院适用普通程序审理的案件，应当在立案之日起六个月内审结。适用简易程序审理案件，应当在立案之日起三个月内审结。

当事人不服地方人民法院第一审判决的，有权在判决书送达之日起十五日内向上一级人民法院提起上诉。当事人不服地方人民法院第一审裁定的，有权在裁定书送达之日起十日内向上一级人民法院提起上诉。人民法院审理对判决的上诉案件，应当在第二审立案之日起三个月内审结。有特殊情况需要延长的，由本院院长批准。人民法院审理对裁定的上诉案件，应当在第二审立案之日起三十日内作出终审裁定。

4. 执行

发生法律效力民事判决、裁定，当事人必须履行。一方拒绝履行的，对方当事人可以向人民法院申请强制执行，也可以由审判员移送执行员执行。

发生法律效力民事判决、裁定，以及刑事判决、裁定中的财产部分，由第一审人民法院或者与第一审人民法院同级的被执行的财产所在地人民法院执行。

调解书和其他应当由人民法院执行的法律文书，当事人必须履行。一方拒绝履行的，对方当事人可以向人民法院申请执行。

案例分析

本案是环境保护民事公益诉讼案件。中华环保联合会作为环境保护社会公益组织，对危害社会公益的行为提起公益诉讼，检察机关支持起诉，具有合法性和正当性，弥补了个体受害者难以应付专业性强、案情复杂的环境侵权诉讼的不足和环境公益救济主体的缺失，无论对个体权益还是对社会公共利益的保护都非常必要和及时。

双方对造成环境污染的事实均无异议，对该侵权事实予以认定。法院判决谭某、方某构成共同侵权，谭某起主要作用，承担80%的责任，方某起次要作用，承担20%的责任。两被告共同修复涉案鱼塘到本次污染损害发生之前的状态和功能；逾期未履行的，应当由人民法院选定代为修复的机构，由两被告承担修复费用。

知识拓展

扫描右侧二维码，在线查看《民事起诉状》范本。



同步训练



参考答案

一、单选题

- 当事人不服地方人民法院第一审判决的，有权在判决书送达之日起()内向上一级人民法院提起上诉。
 - 5日
 - 10日
 - 15日
 - 20日
- 因继承遗产引发的纠纷，应当由()管辖。
 - 被告住所地人民法院
 - 被继承人死亡时住所地或者主要遗产所在地人民法院
 - 原住所地人民法院
 - 双方当事人协议确定的人民法院
- 下列纠纷能够适用仲裁的是()。
 - 离婚纠纷
 - 继承纠纷
 - 买卖合同纠纷
 - 收养纠纷
- 某企业长期拖欠光华建筑公司的施工款项。为解决该纠纷，光华建筑公司采取的救济途径是()。
 - 报警
 - 提起行政诉讼
 - 提起民事诉讼
 - 提起仲裁
- 根据《仲裁法》的规定，下列各项中，不正确的是()。
 - 仲裁实行自愿原则
 - 当事人不履行仲裁裁决的，另一方当事人可以向人民法院申请执行
 - 当事人不服仲裁裁决的，可以向人民法院提起诉讼
 - 仲裁不实行级别管辖和地域管辖

二、判断题

- 当事人达成仲裁协议，一方向人民法院起诉的，人民法院不予受理。()
- 仲裁实行一裁终局制，仲裁裁决一经作出即发生法律效力。()
- 因确认股东资格纠纷提起的民事诉讼，由公司住所地人民法院管辖。()
- 民事诉讼中的原告必须是与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织。()

5.对公民提起的民事诉讼,由被告住所地人民法院管辖;被告住所地与经常居住地不一致的,由经常居住地人民法院管辖。()

三、案例分析题

甲、乙公司分属两地,双方在乙公司所在地签订了货物运输合同,由乙公司负责甲公司在乙公司所在地的货物运输。在合同履行过程中,因为油价、养路费上涨等原因,双方就运输价格发生争议。于是,乙公司向人民法院提起诉讼,要求与甲公司解除合同,并赔偿乙公司因此而受到的损失。人民法院组成合议庭进行了审理。庭审过程中,甲公司进行了答辩,表示不同意解除合同。第一审人民法院经过审理,判决驳回原告的诉讼请求。原告不服,认为第一审判决错误,提出上诉。第二审人民法院经过对上诉案件的审理,驳回上诉,维持原判。

请问:

- 1.何地人民法院对本案具有诉讼管辖权?
- 2.原告应在多长时间内提起上诉?
- 3.第一审和第二审的审理期限是多长?

任务 1.3 代理

案例导入

中铁沈阳物资公司与天津长芦盐业公司买卖合同纠纷案

天津长芦盐业公司与台安建平公司存在常年合作关系，后经建平公司介绍，长芦盐业公司与中铁沈阳物资公司签订了《煤炭购销合同》。长芦盐业公司交付煤炭后开具了 8 400 万增值税专用发票。中铁沈阳物资公司将银行承兑汇票背书给长芦盐业公司后交付给建平公司。但建平公司未将该汇票交付长芦盐业公司，而是自行进行了贴现。建平公司法定代表人自称其已得到长芦盐业公司的同意。长芦盐业公司起诉称，中铁沈阳物资公司未如约支付煤炭货款，故请求判令中铁沈阳物资公司立即支付货款 4 900 万元并赔偿损失。

（案例来源：《最高人民法院第二巡回法庭关于公正审理跨省重大民商事和行政案件典型案例》，2016 年 10 月 31 日发布）

根据上述资料，请同学们思考以下问题并说明理由：

1. 长芦盐业公司与建平公司之间是否形成委托代理关系？
2. 建平公司的行为是否构成表见代理？

知识准备

一、代理的概念和特征

（一）代理的概念

《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）总则编第七章第一百六十二条规定：“代理人在代理权限内，以被代理人名义实施的民事法律行为，对被代理人发生效力。”根据此条法律规定，代理是代理人依据代理权，以被代理人的名义与第三人实施民事法律行为，而后果由被代理人承担。在代理关系中，有三方参加人。依据代理权代

替他人实施民事法律行为的人，是代理人；被他人代替实施民事法律行为，承担民事法律行为后果的人是被代理人或本人；同代理人为民事法律行为的人是第三人或相对人。

代理有广义和狭义之分。狭义的代理是指直接代理，又称显名代理，是以被代理人的名义进行的民事法律行为，后果直接归属于被代理人。广义的代理包括直接代理和间接代理。间接代理又称隐名代理，是指代理人以自己的名义进行民事法律行为，后果间接归属于被代理人，如行纪行为。

《民法典》第一百六十一条规定：“民事主体可以通过代理人实施民事法律行为。依照法律规定、当事人约定或者民事法律行为的性质，应当由本人亲自实施的民事法律行为，不得代理。”该法条规定了代理的适用范围。禁止代理的法律行为包括：（1）身份行为不得代理，如结婚、收养、离婚。（2）当事人约定不得代理的行为。只要该约定不违反法律强制性规定和公序良俗，即为有效。（3）从其性质本身来看不得代理的法律行为。例如：遗嘱，只能由当事人亲自为之，不得代理。

（二）代理的特征

代理具有以下特征：

- （1）代理人必须在代理权限内实施代理行为。
- （2）代理人应以被代理人的名义实施代理行为。
- （3）代理行为是具有法律意义的民事法律行为。
- （4）代理行为直接对被代理人发生法律效力。

【做中学1】禁止代理的法律行为包括（ ）。

- A. 结婚
- B. 收养
- C. 当事人约定不得代理的行为
- D. 订立遗嘱

解析：答案为 ABCD。依据《民法典》的相关规定，不能代理的情形包括身份行为、当事人约定不得代理的行为和从其性质本身来看不得代理的法律行为。

二、代理的种类

（一）委托代理与法定代理

根据代理权产生的原因划分，代理可分为委托代理和法定代理。《民法典》第一百六十三条规定：“代理包括委托代理和法定代理。委托代理人按照被代理人的委托行使代理权。法定代理人依照法律的规定行使代理权。”

1. 委托代理

委托代理，又称为授权代理、意定代理，是代理人按照被代理人的委托而进行的代理。授权可以是书面形式，也可以是口头形式。授权的书面形式称为授权委托书，授权

委托书应当载明代理人的姓名或者名称、代理事项、权限和期间，并由被代理人签名或者盖章。代理人知道或者应当知道代理事项违法仍然实施代理行为，或者被代理人知道或者应当知道代理人的代理行为违法未作反对表示的，被代理人和代理人应当承担连带责任。

2. 法定代理

法定代理是指以法律的直接规定为根据而产生的代理。法定代理产生的依据是代理人和被代理人之间存在的血缘关系、婚姻关系、组织关系等。法定代理人所享有的代理权是由法律直接规定的，与被代理人的意志无关。《民法典》第二十三条规定：“无民事行为能力人、限制民事行为能力人的监护人是其法定代理人。”监护人代理被监护人为民事法律行为，实现和保护被监护人的合法权益，是监护人的重要职责。

（二）直接代理与间接代理

直接代理是代理人在代理权限范围内，以被代理人的名义为民事法律行为，直接对被代理人产生法律效力的代理。间接代理是代理人以自己的名义为民事法律行为，其效果移转于被代理人的代理。

（三）单独代理与共同代理

根据代理人的人数，可以将代理划分为单独代理和共同代理。代理人只有一人，代理权由其单独行使的，称为单独代理，或独立代理。代理人为二人或二人以上，代理权由二人或二人以上共同行使的，称为共同代理。《民法典》第一百六十六条规定：“数人为同一代理事项的代理人的，应当共同行使代理权，但是当事人另有约定的除外。”该法条明确了共同代理权的行使方式，即共同代理只有一个代理权，需要各代理人共同行使。

【做中学2】案例分析：甲欲购买丁的一套房屋，遂与乙、丙签订委托代理协议，授权乙和丙代理其与丁磋商，并最终签订购房合同，但委托代理协议中并未明确说明乙和丙必须共同行使代理权。乙独自与丁协商后，以甲的名义签订了购房合同。甲以乙无权单独代理自己为由，拒绝履行合同。请问，该代理行为是否有效？

解析：根据《民法典》第一百六十六条，在没有约定的情况下，被代理人就同一事项确定了数个代理人时，法律推定为共同代理。该案就属于这种情况。因此，乙无权单独行使代理权，其代理甲与丁签订购房合同的行为属于无权代理行为。

（四）本代理与再代理

以代理人是否亲自为代理行为为标准，代理可被划分为本代理与复代理。代理人以被代理人的名义亲自实施代理行为的，称为本代理，也称为原代理；不是由代理人自己，而是由代理人委托的其他人实施代理行为的，称为复代理，也称为再代理、次代理或转代理。接受代理人委托的人称为再代理人。

代理人需要转委托第三人代理的，应当取得被代理人的同意或者追认。转委托代理经被代理人同意或者追认的，被代理人可以就代理事务直接指示转委托的第三人，代理人仅就第三人的选任以及对第三人的指示承担责任。转委托代理未经被代理人同意或者追认的，代理人应当对转委托的第三人的行为承担责任，但是在紧急情况下代理人为了维护被代理人的利益需要转委托第三人代理的除外。

《民法典》规定了职务代理制度。职务代理，是指代理人根据其在法人或者非法人组织中所担任的职务，依据其职权对外实施民事法律行为的代理。《民法典》第一百七十条规定：“执行法人或者非法人组织工作任务的人员，就其职权范围内的事项，以法人或者非法人组织的名义实施民事法律行为，对法人或者非法人组织发生效力。法人或者非法人组织对执行其工作任务的人员职权范围的限制，不得对抗善意相对人。”在职场中，我们经常听到这样的表述：“我是××公司项目部的经理，我作为公司的代表，与您商谈这个项目。”这种表述实际上是不准确的。职务行为包括职务代表行为和职务代理行为。职务代表行为是指法人的法定代表人履行其职务所实施的行为。《民法典》第六十一条规定：“依照法律或者法人章程的规定，代表法人从事民事活动的负责人，为法人的法定代表人。法定代表人以法人名义从事的民事活动，其法律后果由法人承受。法人章程或者法人权力机构对法定代表人代表权的限制，不得对抗善意相对人。”代表制度的核心在于法定代表人和法人的同一性。在商事交易中，只有法定代表人才能真正“代表”公司，其他员工以公司的名义对外进行商事活动，只能是“代理”。因此，上述行为属于职务代理行为，而不是职务代表行为。

三、代理权的行使

（一）代理权行使的一般要求

代理权是指代理人基于被代理人的意思表示，或法律的直接规定，或有关机关的指定，能够以被代理人的名义为意思表示或受领意思表示，其法律效果直接归于被代理人的资格。代理权的行使是指代理人在代理权限范围内，以被代理人的名义独立、依法有效地实施民事法律行为，以实现被代理人的合法权益的法律效果。代理权的行使要求代理人不得无权代理，不得任意转托他人代理，必须积极行使代理权，尽勤勉和谨慎的义务。

（二）禁止代理权的滥用

1. 滥用代理权的概念

滥用代理权，是指代理人行使代理权时，违背代理权的设定宗旨和代理行为的基本准则，有损被代理人利益的行为。滥用代理权的行为是违背诚实信用原则的行为，应当

予以禁止。

2. 滥用代理权的类型

(1) 自己代理。

自己代理是指代理人以被代理人名义与自己进行民事法律行为。例如，甲委托乙购买印刷覆膜机，乙以甲的名义与自己订立合同，把自己的印刷覆膜机卖给甲。《民法典》第一百六十八条第一款规定：“代理人不得以被代理人的名义与自己实施民事行为，但是被代理人同意或者追认的除外。”可见，自己代理是无效的，但是经过被代理人同意或者追认的，则视为有效。

(2) 双方代理。

双方代理又称同时代理，是指一人同时担任双方的代理人为民事法律行为。例如，甲受乙的委托购买计算机，又受丙的委托销售计算机，甲此时以乙丙双方的名义订立计算机买卖合同。《民法典》第一百六十八条第二款规定：“代理人不得以被代理人的名义与自己同时代理的其他人实施民事法律行为，但是被代理的双方同意或者追认的除外。”

(3) 代理人和第三人恶意串通，进行损害被代理人利益的行为。

《民法典》第一百五十四条规定：“行为人与相对人恶意串通，损害他人合法权益的民事法律行为无效。”第一百六十四条第二款规定：“代理人和第三人恶意串通，损害被代理人合法权益的，代理人和第三人应当承担连带责任。”

【做中学3】下列代理行为中，属于滥用代理权的有()。

- A. 超越代理权进行代理
- B. 代理人与第三人恶意串通，损害被代理人利益
- C. 没有代理权而进行代理
- D. 代理他人与自己进行民事行为

解析：答案为BD。选项A、C属于无权代理的情形。

四、无权代理

无权代理是指非基于代理权而以本人名义实施的旨在将效果归属于本人的代理。无权代理包括狭义无权代理和表见代理。

狭义无权代理是指没有代理权、超越代理权或者代理权终止后所进行的代理。《民法典》第一百七十一条第一款规定：“行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后，仍然实施代理行为，未经被代理人追认的，对被代理人不发生效力。”被代理人有追认权和拒绝权，相对人有催告权。行为人实施的行为被追认前，善意相对人有撤销的权利。

表见代理，是指行为人虽无代理权，但以被代理人的名义进行民事法律行为，善意相对人客观上有充分理由相信行为人具有代理权，被代理人对该民事法律行为的后果直接承担责任的代理。《民法典》第一百七十二条规定：“行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后，仍然实施代理行为，相对人有理由相信行为人有代理权的，代理行为有效。”

【做中学4】下列关于无权代理行为的说法，正确的是()。

- A. 无权代理行为因为没有代理权而当然无效
- B. 无权代理行为经被代理人追认即直接对被代理人发生法律效力，产生与有权代理相同的法律后果
- C. 为了保护善意第三方的利益，无权代理行为应有效，除非被代理人明确表示该行为无效
- D. 无权代理的民事责任由无权代理人和被代理人共同承担

解析：答案为B。《民法典》第一百七十一条规定：“行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后，仍然实施代理行为，未经被代理人追认的，对被代理人不发生法律效力。”因此，无权代理并非当然无效，经被代理人追认，即直接对被代理人发生法律效力，产生与有权代理相同的法律后果。

五、代理权的终止

代理权的终止又叫代理权的消灭，指代理人与被代理人之间的代理关系消灭，代理人不再具有以被代理人名义进行民事活动的资格。

(一) 委托代理权终止的原因

根据《民法典》第一百七十三条的规定，有下列情形之一的，委托代理终止：

- (1) 代理期间届满或者代理事务完成；
- (2) 被代理人取消委托或者代理人辞去委托；
- (3) 代理人丧失民事行为能力；
- (4) 代理人或者被代理人死亡；
- (5) 作为代理人或者被代理人的法人、非法人组织终止。

(二) 法定代理权的消灭原因

根据《民法典》第一百七十五条的规定，有下列情形之一的，法定代理终止：

- (1) 被代理人取得或者恢复完全民事行为能力；
- (2) 代理人丧失民事行为能力；
- (3) 代理人或者被代理人死亡；

(4)法律规定的其他情形。

关于法律规定的其他情形,例如,收养关系解除后,收养人与被收养人之间的监护关系亦随之消灭,则代理资格丧失,代理权消灭。

案例分析

该案是一起关于表见代理的典型案件,需要结合合同缔结、合同履行、交易模式、交易惯例等各种因素进行综合考量。法院认为,长芦盐业公司与建平公司在本案前存在着常年的合作与交易,涉案合同亦是建平公司一手经办而签订的。在此前的大额交易中,亦是由建平公司代为转交汇票而完成的。在此后三方交易中,长芦盐业公司即使在向沈阳公司付款的情形下,也未提出涉案汇票从未收到这一主张。综合行为人与本人在涉案协议履行之前的行为、涉案合同签订过程、合同履行过程中各方的态度等因素,足以认定长芦盐业公司与建平公司之间形成了委托代理的表象。基于对该表象的信任,建平公司领取汇票的行为构成表见代理,应视为中铁沈阳物资公司向长芦盐业公司付款完毕。

知识拓展

扫描右侧二维码,在线查看《授权委托书》范本。



授权委托书

同步训练

一、单选题

1.没有代理权、超越代理权或者代理权终止后的代理行为,只有经过被代理人的追认,被代理人才承担民事责任。未经追认的行为,其民事责任的承担者是()。

- A.被代理人
- B.保证人
- C.权利人
- D.行为人

2.下列哪一种情形构成无权代理?()

- A.甲冒用乙的姓名从某杂志社领取乙的论文稿酬据为己有
- B.某公司董事长超越权限以本公司名义为他人提供担保
- C.李华受同学周军之托冒充丁杨参加考试
- D.关某代收某推销员谎称关某的邻居李某订购的保健品并代为付款

3.小明委托小华购买电脑,小华明确知道其朋友吴某卖冒牌电脑,仍与其串通将冒



参考答案

牌电脑卖予小明，从中牟利。下列说法正确的是()。

- A.小华无责任
- B.吴某自己承担责任
- C.吴某和小华承担连带责任
- D.小明和小华共同承担责任

4.代理人张三知道代理事项违法，但他仍然实施了代理行为，给第三人造成了损失。责任由谁承担?()

- A.代理人张三承担责任
- B.被代理人 and 代理人应当承担连带责任
- C.被代理人承担责任
- D.第三人自己承担责任

5.表见代理的法律后果由()承担。

- A.被代理人
- B.代理人
- C.第三人
- D.被代理人 and 代理人共同承担

二、判断题

1.民事主体可以通过代理人实施一切民事法律行为。()

2.代理包括委托代理、法定代理、指定代理。()

3.代理人不得以被代理人的名义与自己实施民事法律行为。()

4.转委托代理未经被代理人同意或者追认的，代理人应当对转委托的第三人的行为承担责任，但是在紧急情况下代理人为了维护被代理人的利益需要转委托第三人代理的除外。()

5.对于无权代理，相对人可以催告被代理人自收到通知之日起一个月内予以追认。被代理人未作表示的，视为追认。()

三、案例分析题

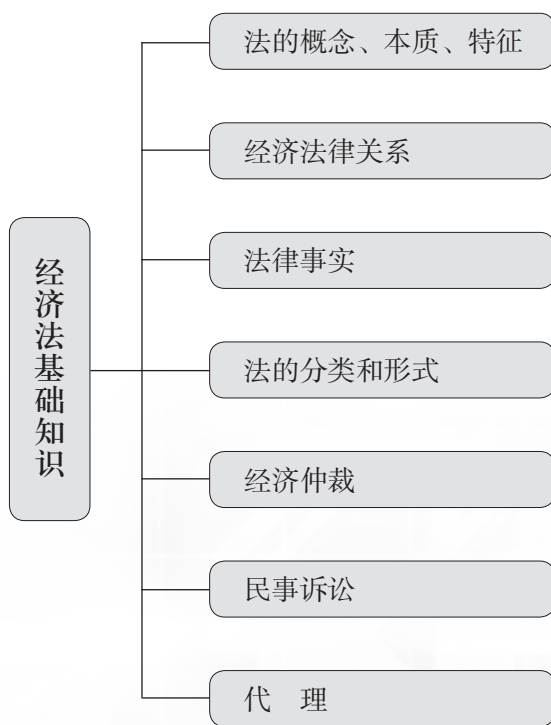
1.我国民间有一种说法：“受人之托，忠人之事。”请运用代理的理论知识加以辨析。

2.吴起系在校学生，16周岁时曾作为同学刘默的委托代理人与某商场签订过一份买卖照相机的合同。吴起20周岁时将朋友杨光委托他保管的电脑以3 000元的价格卖给陈波。

请问：

- (1)吴起与商场签订的买卖合同是否有效？为什么？
- (2)吴起与陈波签订的买卖合同是否有效？为什么？

项目小结



考核评价

本项目职业能力测试与考核采用百分制，将过程考核与结果考核相结合，加大技能考核比重。过程考核主要包括职业态度、组织纪律、团队合作、实训练习，占40%。结果考核以实务考核为主，占60%。

考核评价记录表

过程考核(40%)				结果考核(60%)	
职业态度 (10%)	组织纪律 (10%)	团队合作 (10%)	实训练习 (10%)	考核内容	分值 比重
教师根据课堂表现进行评价，采取扣分制	教师电子考勤 (每次课电子签到)	学生小组评价	教师根据学生提交的实训练习情况进行评价	法律基础、代理	30%
				民事诉讼、仲裁	30%

教学项目 2 公司法律制度

学习目标

1. 了解公司的概念、特征；
2. 了解公司的分类与登记管理；
3. 理解公司董事、监事、高级管理人员的资格和义务；
4. 掌握有限责任公司与股份有限公司的设立条件与组织机构；
5. 理解有限责任公司的股权转让。

任务 2.1 公司法基本理论

案例导入

美国矿产金属有限公司与厦门联发有限公司债务纠纷案

联发贸易有限公司（系厦门联发有限公司投资成立）购买美国矿产金属有限公司货物后，因尚欠其贷款本息被诉。案件执行中，因联发贸易有限公司经营严重亏损，无可执行的财产，法院于1998年11月23日裁定中止执行。1998年12月13日，联发贸易有限公司的进出口经营权被撤销。2001年7月，厦门市工商行政管理局以未按规定参加年检为由向联发贸易有限公司公告送达行政处罚书，决定对其予以吊销营业执照的行政处罚。2003年11月7日，美国矿产金属有限公司向法院提起诉讼，请求判令厦门联发有限公司对联发贸易有限公司所欠的上述本息债务承担连带责任。美国矿产金属有限公司被一审法院判决驳回诉请后，上诉称：（1）联发贸易有限公司系违法设立，被吊销营业执照，不具备独立法人的条件，不能独立对外承担责任；（2）厦门联发有限公司对联发贸易有限公司无实际注册资金投入；（3）被上诉人不能对已收回的贷款去向给出合理说明，上诉人认为被上诉人涉嫌非法转移资金。此外，上诉人无法得知被上诉人与联发贸易有限公司间是否存在财产、账户混同的其他情形。故请求判令厦门联发有限公司对联发贸易有限公司所欠的上述本息债务承担连带责任。

（案例来源：江必新等著：《最高人民法院指导性案例裁判规则理解与适用·公司卷》，中国法制出版社2012年版）

请根据你所了解的公司法知识判断：

厦门联发有限公司是否应就联发贸易有限公司的债务承担连带责任？并说明理由。

知识准备

一、公司的概念和特征

(一) 公司的概念

公司，是指依法设立的、以营利为目的企业法人。

《中华人民共和国公司法》(以下简称《公司法》)所称公司，是指依法在中国境内设立的有限责任公司和股份有限公司。

(二) 公司的特征

1. 法定性

公司是规范化程度较高的企业组织形式，是企业形式与法律形式相结合的体现。我国公司法对公司的种类、组织结构、权利义务、设立、运行、变更和终止等都做了专门规定。

2. 营利性

公司是适应市场经济社会化大生产的需要而形成的一种重要的企业组织形式，是社会经济活动重要的主体。一般来说，实现营利是企业的典型特征，也是公司的典型特征。公司是以营利为目的的独立社团法人，与非营利性的事业单位、社会团体、基金会、社会服务机构等不同。

3. 法人性

法人是具有民事权利能力和民事行为能力，依法独立享有民事权利和承担民事义务的组织。从法律上赋予公司以独立法人人格，使公司像一个真实的人那样，以自己的名义从事经营，独立享有权利、承担责任，从而使公司在市场上成为竞争主体。公司的债务，由公司这个拟人化的实体以其独立的财产对债权人负责，而公司股东不直接对债权人负责；公司的股东对公司债务仅以其出资额为限，承担间接、有限的责任，这就为股东分散了投资风险，不致影响出资以外的个人财产。营利无上限，负责有下限，这种有限的责任形式对于投资者具有极强的吸引力。

【做中学1】公司的特征有()。

A. 依法设立 B. 以营利为目的的企业 C. 独立法人 D. 依法运行

解析：答案为 ABCD。公司是指依法设立和运行的，以营利为目的企业法人。所以，选项全部正确。

二、公司的分类

公司的类型繁多，根据不同标准，可以分为不同类型。

(一) 根据股东对公司所负责任的不同，可以将其分为无限责任公司、有限责任公司、两合公司、股份有限公司、股份两合公司

1. 无限责任公司

它是所有股东无论出资数额多少，均须对公司债务承担无限连带责任的公司。

2. 有限责任公司

它是所有股东均以其出资额为限对公司债务承担责任的公司。

3. 两合公司

它是由无限责任股东和有限责任股东共同组成的公司。

4. 股份有限公司

它的全部资本分为金额相等股份，股东以其所持股份为限对公司债务承担责任。

5. 股份两合公司

它是由无限责任股东和股份有限公司股东共同组成的公司。

以上是国际上对公司进行划分的最基本的方法。我国现行《公司法》规定的有限责任公司和股份有限公司，股东都是仅承担有限责任，不同于个人独资企业（一个自然人承担无限责任）、普通合伙企业（合伙人承担无限连带责任）。

(二) 根据公司的信用基础的不同，可以将其分为人合公司、资合公司和两合公司

公司的经营活动以股东个人的信用而非公司资本的多寡为基础的公司，称为人合公司，如无限责任公司；公司的经营活动以公司的资本规模为基础的称为资合公司，如股份有限公司即是典型的资合公司；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的公司，为两合公司。

(三) 根据公司在控制与被控制关系中所处地位的不同，可以将其分为母公司和子公司

母公司是指拥有其他公司一定数额的股份，或依约能够控制、支配其他公司的人事、财务、业务等事项的公司。子公司是指一定数额的股份被另一公司控制，或依约被另一公司实际控制、支配的公司。子公司具有独立法人资格，拥有自己的财产、公司名称、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，仍要由母公司决定。我国《公司法》第十四条第二款规定：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。

(四)根据公司在管辖与被管辖关系中所处地位的不同,可以将其分为总公司和分公司

总公司又称本公司,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。总公司通常先于分公司设立,在公司内部管辖系统中,处于领导、支配地位。分公司是指在业务、资金、人事等方面受总公司管辖而不具有法人资格的分支机构。分公司不具有法律上和经济上的独立地位,但其设立程序简单。我国公司法规定,公司可以设立分公司,分公司不具有企业法人资格,其民事责任由本公司承担。

另外,根据公司国籍的不同,可以将其分为本国公司、外国公司和跨国公司。

【做中学2】根据股东对公司所负责任的不同,可以把公司划分为()。

- A.无限责任公司 B.有限责任公司 C.两合公司 D.股份有限公司
E.股份两合公司

解析:答案为ABCDE。详见公司的分类。

【做中学3】判断题:子公司、分公司都不具备法人资格。()

解析:答案为错误。子公司具备法人资格,分公司不具备法人资格。

三、公司的登记管理

公司的登记,是国家赋予公司法人资格与企业经营资格,并对公司的设立、变更、注销加以规范、公示的行政行为。设立公司,应当依法向公司登记机关申请设立登记。工商行政管理机关是公司登记机关。国家市场监督管理总局主管全国的公司登记工作。下级公司登记机关在上级公司登记机关的领导下开展公司登记工作。公司登记机关依法履行职责,不受非法干预。

(一)登记管辖

我国公司登记机关实行国家、省(自治区、直辖市)、市(县)三级管辖制度。在中央层面是国家市场监督管理总局,然后依照行政层次依次为省级、市级(县级)工商行政管理部门(或相应的市场监督管理部门)。近年来,由于实行了体制改革,有些市级、县级的工商行政管理局逐渐归入市场监督管理部门。

第一,国家市场监督管理总局负责登记的公司有:

(1)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;(2)外商投资的公司;(3)依照法律、行政法规或者国务院决定的规定,应当由国家市场监督管理总局登记的公司;(4)国家市场监督管理总局规定应当由其登记的其他公司。

第二，省、自治区、直辖市工商行政管理局负责本辖区内下列公司的登记：

(1)省、自治区、直辖市人民政府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；(2)省、自治区、直辖市工商行政管理局规定由其登记的自然人投资设立的公司；(3)依照法律、行政法规或者国务院决定的规定，应当由省、自治区、直辖市工商行政管理局登记的公司；(4)国家市场监督管理总局授权登记的其他公司。

第三，设区的市(地区)工商行政管理局、县工商行政管理局，以及直辖市的工商行政管理分局、设区的市工商行政管理局的区分局，负责本辖区内下列公司的登记：

(1)上述国家市场监督管理总局层面和省级工商行政管理局所负责登记的公司以外的其他公司；(2)国家市场监督管理总局和省、自治区、直辖市工商行政管理局授权登记的公司。

上述规定的具体登记管辖由省、自治区、直辖市工商行政管理局规定。但是，其中的股份有限公司由设区的市(地区)工商行政管理局负责登记。

【做中学4】省、自治区、直辖市工商行政管理局负责本辖区内下列公司的登记：()。

- A.省、自治区、直辖市人民政府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
- B.省、自治区、直辖市工商行政管理局规定由其登记的法人投资设立的公司
- C.依照法律、行政法规或者国务院决定的规定，应当由省、自治区、直辖市工商行政管理局登记的公司
- D.国家市场监督管理总局授权登记的其他公司

解析：答案为ACD。详见《中华人民共和国公司登记管理条例》第七条规定。

(二) 登记事项

公司的登记事项应当符合法律、行政法规的规定，不符合法律、行政法规规定的，公司登记机关不予登记。公司登记事项包括名称、住所、法定代表人姓名、注册资本、公司类型、经营范围、营业期限、有限责任公司的股东或者股份有限公司的发起人姓名或名称。

1. 名称

名称是公司法律人格的文字符号，是其区别于其他公司、企业的识别标志。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。公司名称应当依次包括四个部分：(1)所属行政区划名称；(2)字号；(3)公司的行业或营业部类；(4)公司的形式。

2.住所

公司的住所是公司的主要办事机构所在地。一个公司只能登记一个住所，并应当标明所在地省、市、县及街道门牌号码。公司的住所应当在其公司登记机关辖区内。

3.法定代表人姓名

法定代表人是指代表公司行使职权的负责人。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。

4.注册资本

公司的注册资本和实收资本应当以人民币表示，法律、行政法规另有规定的除外。

5.公司类型

公司类型包括有限责任公司和股份有限公司。一人有限责任公司应当在公司登记中注明自然人独资或者法人独资，并在公司营业执照中载明。

6.经营范围

经营范围是指企业可以从事的生产经营与服务项目。经营范围反映企业业务活动的内容和生产经营方向，是企业业务活动范围的法律界限，直接决定并反映着公司的权利能力和行为能力。公司的经营范围由公司章程规定，并依法登记。公司的经营范围中法律、行政法规规定须经批准的项目，应当依法经过批准。

7.营业期限

公司的营业期限由公司章程确定。

8.有限责任公司股东或者股份有限公司发起人的姓名或者名称

对有限责任公司股东或者股份有限公司发起人的姓名或者名称的登记注册，要依据相应的能证明其真实姓名或者名称的文件、资格证明或身份证明进行。

公司的股东或发起人是企业法人的，应依据该股东或发起人加盖登记主管机关印章的执照复印件登记注册；公司的股东或发起人是其他法人的，应依据能证明其法人资格或名称的有关文件登记注册；公司的股东或发起人是自然人的，应依据其居民身份证复印件或其他能证明其真实姓名的身份证明登记注册。

【做中学5】公司法定代表人依照公司章程的规定，由()担任，并依法登记。

A. 董事长 B. 执行董事 C. 经理 D. 监事

解析：答案为ABC。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。

(三) 设立登记

公司设立登记，是指公司设立人按法定程序向公司登记机关申请，并提交法定登记事项文件，经公司登记机关审核准予登记并记录在案，以供公众查阅的行为。

公司的设立登记要经过以下两个主要步骤：

第一步：设立公司应当申请名称预先核准。

设立有限责任公司，应当由全体股东指定的代表或者共同委托的代理人向公司登记机关申请名称预先核准；设立股份有限公司，应当由全体发起人指定的代表或者共同委托的代理人向公司登记机关申请名称预先核准。

预先核准的公司名称保留期为6个月，保留期内不得用于从事经营活动，不得转让。

法律、行政法规或者国务院决定规定设立公司必须报经批准，或者公司经营范围中属于法律、行政法规或者国务院决定规定在登记前须经批准的项目的，应当在报送批准前办理公司名称预先核准，并以公司登记机关核准的公司名称报送批准。

第二步：公司设立的申请与登记。

设立有限责任公司，应当由全体股东指定的代表或者共同委托的代理人向公司登记机关申请设立登记。设立国有独资公司，应当由国务院或者地方人民政府授权的本级人民政府国有资产监督管理机构作为申请人，申请设立登记。法律、行政法规或者国务院决定规定设立有限责任公司必须报经批准的，应当自批准之日起90日内向公司登记机关申请设立登记；逾期申请设立登记的，申请人应当报批准机关确认原批准文件的效力或者另行报批。

设立股份有限公司，应当由董事会向公司登记机关申请设立登记。以募集方式设立股份有限公司的，应当于创立大会结束后30日内向公司登记机关申请设立登记。

依法设立的公司，由公司登记机关发给《企业法人营业执照》，方取得企业法人资格。公司营业执照签发日期为公司成立日期。公司凭公司登记机关核发的《企业法人营业执照》刻制印章，开立银行账户，申请纳税登记。未经公司登记机关登记的，不得以公司名义从事经营活动。

【做中学6】判断题：公司开业日期为公司成立日期。（ ）

解析：答案为错误。公司营业执照签发日期为公司成立日期。

(四) 变更登记

公司变更登记事项，应当向原公司登记机关申请变更登记。未经变更登记，公司不得擅自改变登记事项。

公司变更名称的，应当自变更决议或者决定作出之日起30日内申请变更登记。

公司变更住所的，应当在迁入新住所前申请变更登记，并提交新住所使用证明。

公司变更法定代表人的，应当自变更决议或者决定作出之日起30日内申请变更登记。

公司增加注册资本的，应当自变更决议或者决定作出之日起30日内申请变更登记。公司减少注册资本的，应当自公告之日起45日后申请变更登记，并应当提交公司在报纸上登载公司减少注册资本公告的有关证明和公司债务清偿或者债务担保情况的说明。

公司变更经营范围的，应当自变更决议或者决定作出之日起30日内申请变更登记；变更经营范围涉及法律、行政法规或者国务院决定规定在登记前须经批准的项目的，应当自国家有关部门批准之日起30日内申请变更登记。

有限责任公司变更股东的，应当自变更之日起30日内申请变更登记，并应当提交新股东的主体资格证明或者自然人身份证明。

（五）注销登记

公司解散有两种情况：一是不需要清算的，如因合并、分立而解散的公司，因为其债权债务已由合并、分立后继续存续的公司承继；二是应当清算的，即公司债权债务无人承继的。公司解散应当申请注销登记，经公司登记机关注销登记，公司终止。《中华人民共和国公司登记管理条例》规定，有下列情形之一的，公司清算组应当自公司清算结束之日起30日内向原公司登记机关申请注销登记：（1）公司被依法宣告破产；（2）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，但公司通过修改公司章程而存续的除外；（3）股东会、股东大会决议解散或者一人有限责任公司的股东、外商投资的公司董事会决议解散；（4）依法被吊销营业执照、责令关闭或者被撤销；（5）人民法院依法予以解散；（6）法律、行政法规规定的其他解散情形。

（六）分公司的登记

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。

分公司的登记事项包括：名称、营业场所、负责人、经营范围。分公司的经营范围不得超出公司的经营范围。

公司设立分公司的，应当自决定作出之日起30日内向分公司所在地的公司登记机关申请登记；法律、行政法规或者国务院决定规定必须报经有关部门批准的，应当自批准之日起30日内向公司登记机关申请登记。

分公司被公司撤销、依法责令关闭、吊销营业执照的，公司应当自决定作出之日起30日内向该分公司的公司登记机关申请注销登记。申请注销登记应当提交公司法定代

表人签署的注销登记申请书和分公司的《营业执照》。公司登记机关准予注销登记后，应当收缴分公司的《营业执照》。

（七）登记程序

申请公司、分公司登记，申请人可以到公司登记机关提交申请，也可以通过信函、电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件等方式提出申请。通过电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件等方式提出申请的，应当提供申请人的联系方式以及通信地址。

公司登记机关应当根据申请人提交的申请文件、材料、申请事项，分别作出是否受理的决定。公司登记机关决定予以受理的，应当出具《受理通知书》；决定不予受理的，应当出具《不予受理通知书》，说明不予受理的理由，并告知申请人享有依法申请行政复议或者提起行政诉讼的权利。

公司登记机关对决定予以受理的登记申请，应当分别情况在规定的期限内作出是否准予登记的决定。

【做中学7】判断题：申请公司、分公司登记，申请人可以到公司登记机关提交申请，不能通过信函、电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件等方式提出申请。（ ）

解析：答案为错误。申请公司、分公司登记，申请人可以到公司登记机关提交申请，也可以通过信函、电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件等方式提出申请。

四、股东出资形式、股东权利

股东出资是公司资本确定、维持原则的基本要求，出资是股东最基本、最重要的义务。股东的出资形式可以多样化，但也有必要的限制。

（一）股东出资形式

股东可以用货币出资，也可以用实物、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。但是，股东不得以劳务、信用、自然人姓名、商誉、特许经营权或者设定担保的财产等作价出资。

股东或者发起人可以以其依法持有的在中国境内设立的公司股权出资。该用于出资的股权应当权属清楚、权能完整、可以转让且已进行价值评估。具有下列情形的股权不得用于出资：（1）已被设立质权；（2）股权所在公司章程约定不得转让；（3）法律、行政法规或者国务院决定规定，股权所在公司股东转让股权应当报经批准而未经批准；（4）法律、行政法规或者国务院决定规定不得转让的其他情形。

债权人可以依法将其享有的对在中国境内设立的公司债权，转为公司股权。但应当符合以下情形之一：（1）债权人已经履行债权所对应的合同义务且不违反法律、行政法规、国务院决定或者公司章程的禁止性规定；（2）经人民法院生效裁判或者仲裁机构裁决确认；（3）公司破产重整或者和解期间，列入经人民法院批准的重整计划或者裁定认可的和解协议。

用以转为公司股权的债权有两个以上债权人的，债权人对债权应当已经分割。债权转为公司股权的，公司应当增加注册资本。

《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》司法解释（三）”〕规定，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资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经承担上述责任，其他债权人提出相同请求的，人民法院不予支持。股东在公司设立时未履行或者未全面履行出资义务，依照上述规定提起诉讼的原告，请求公司的发起人与被告股东承担连带责任的，人民法院应予支持；公司的发起人承担责任后，可以向被告股东追偿。

股东在公司增资时未履行或者未全面履行出资义务，依照上述规定提起诉讼的原告，请求未尽《公司法》规定的忠实和勤勉义务而使出资未缴足的董事、高级管理人员承担相应责任的，人民法院应予支持；董事、高级管理人员承担责任后，可以向被告股东追偿。

股东抽逃出资，公司或者其他股东请求其向公司返还出资本息、协助抽逃出资的其他股东、董事、高级管理人员或者实际控制人对此承担连带责任的，人民法院应予支持。

公司债权人请求抽逃出资的股东在抽逃出资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、协助抽逃出资的其他股东、董事、高级管理人员或者实际控制人对此承担连带责任的，人民法院应予支持；抽逃出资的股东已经承担上述责任，其他债权人提出相同请求的，人民法院不予支持。

有限责任公司的股东未履行出资义务或者抽逃全部出资，经公司催告缴纳或者返还，其在合理期间内仍未缴纳或者返还出资，公司以股东会决议解除该股东的股东资格，该股东请求确认该解除行为无效的，人民法院不予支持。

《公司法》司法解释（三）规定，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。

《公司法》规定，对作为出资的非货币财产应当评估作价，核实财产，不得高估或者低估作价。法律、行政法规对评估作价有规定的，从其规定。但根据2014年修订的《公司注册资本登记管理规定》，登记机关不再要求非货币出资一律要经过具有评估资格的资产评估机构评估作价，即对非货币财产的评估作价，可以由股东协商一致确定。

《公司法》司法解释(三)规定，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。

《公司法》司法解释(三)还规定，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。出资人以前述规定的财产出资，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。

(二) 股东权利

股东权利简称股权，是指股东基于股东资格而享有的从公司获取经济利益并参与公司管理的权利。股东权利主要有资产收益权、参加重大决策权和选择、监督管理者的权利。资产收益权，主要体现为股利分配请求权，也包括优先认股权、剩余财产分配权等；参加重大决策权，包括增加或者减少公司资本、发行公司债券、修改公司章程、对外投资担保、公司的合并与分立等；选择、监督管理者的权利，例如选举谁当董事、谁当监事。

除以上三项基本权利外，股东的其他权利还有：股东身份权、知情权、质询权、提案权、异议股东股权收购请求权、请求解散权、诉讼权等。

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。

【做中学8】股东可以用()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。

- A. 货币 B. 实物 C. 知识产权 D. 土地使用权

解析：答案为BCD。股东可以用货币出资，也可以用实物、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。

【做中学9】股东不得以()等作价出资。

- A. 劳务 B. 信用 C. 自然人姓名 D. 商誉
E. 特许经营权 F. 设定担保的财产

解析：答案为ABCDEF。股东不得以劳务、信用、自然人姓名、商誉、特许经营权或者设定担保的财产等作价出资。

案例分析

我国《公司法》规定：有限责任公司，股东以其出资额为限对公司承担责任，公司以其全部资产对公司的债务承担责任。美国矿产公司提起本案诉讼的实质是要否认联发贸易公司的公司人格。股东滥用公司人格、利用有限责任的面纱侵犯公司及其债权人利益的行为，包括转移财产逃避债务并以其财产成立新公司，或者新公司成立后抽逃资本，或者将公司财产与股东财产混同，或者股东任意干预公司的事务使公司的经营自主权名存实亡，等等。

从本案的实际情况看，联发贸易公司的设立过程以及注册资本的变更均经过了政府主管部门的批准，美国矿产公司并没有证据证明厦门联发公司有出资不实、抽逃资本、转移财产恶意逃债等事实存在。况且，美国矿产公司是在联发贸易公司成立六年后与联发贸易公司进行的贸易行为。即使联发贸易公司在设立过程中存在某些瑕疵，但美国矿产公司不能提供足够的证据否认联发贸易公司的公司人格。

故厦门联发公司不应对联发贸易公司的债务承担连带赔偿责任。

知识拓展

扫描右侧二维码，在线查看《企业名称预先核准申请书》范本。



企业名称预先核准申请书

同步训练

一、单选题



参考答案

1. 张某与潘某欲共同设立一家有限责任公司。关于公司的设立，下列哪一说法是错误的？（ ）

- A. 张某、潘某签订公司设立书面协议可代替制定公司章程
- B. 公司的注册资本可约定为50元人民币
- C. 公司可以张某姓名作为公司名称
- D. 张某、潘某二人可约定以潘某住所作为公司住所

2. 在我国，公司设立的登记机关是（ ）。

- A. 工商行政管理机关
- B. 税务机关
- C. 财政机关
- D. 公安机关

3. 公司的法律特征不包括（ ）。

- A. 合法性
- B. 营利性
- C. 集团
- D. 独立性

4. 根据我国公司法，有限责任公司的设立申请人是（ ）。

- A. 全体股东（发起人）
- B. 全体发起人指定的代表
- C. 全体发起人共同委托的代理人
- D. B或C

5. 公司股东与公司对公司债务所承担的责任分别是（ ）。

- A. 有限责任、无限责任
- B. 无限责任、有限责任
- C. 有限责任、有限责任
- D. 无限责任、无限责任

二、判断题

- 1. 我国的公司类型仅限于有限责任公司和股份有限公司两种。（ ）
- 2. 子公司不具有法人资格，不能独立承担民事责任。（ ）

3. 公司章程对公司、股东、董事、监事、高级管理人员均具有约束力。()
4. 法律意义上的公司资产也就是注册资本。()
5. 分公司不具备法人资格。()

三、案例分析题

甲企业(有限责任公司)欠被服有限责任公司货款100万元,乙企业(合伙企业)欠被服有限责任公司货款120万元,丙企业(个人独资企业)欠被服有限责任公司货款50万元。

(1)被服有限责任公司向甲企业的股东张某、李某要求偿还100万元,理由是甲企业无力偿还,张某和李某均表示,他们设立公司时,出资已到位,没有偿还100万元的义务。(2)被服有限责任公司向乙企业的合伙人赵某要求偿还120万元。赵某提出,自己与另一合伙人王某有约定,2人各自对外承担50%的债务,因此只愿偿还给被服有限责任公司60万元。(3)被服有限责任公司向丙企业业主黄某要求偿还50万元。黄某提出,自己的注册资本是10万元,因此应当在10万元内承担责任。

请问:

1. 对甲企业的债务适用哪部法律的规定? 张某和李某的主张是否正确? 为什么?
2. 对乙企业的债务适用哪部法律的规定? 赵某的主张是否正确? 为什么?
3. 对丙企业的债务适用哪部法律的规定? 黄某的主张是否正确? 为什么?

任务 2.2 有限责任公司

案例导入

北京新奥特集团诉华融公司股权转让合同纠纷二审案

2002年6月28日，华融公司与新奥特集团等签订《股权转让协议》约定：新奥特集团等以不低于3亿元的价格收购华融公司持有的北广集团有限公司的全部股权。同日，北广集团有限公司召开股东会，就上述收购事项进行决议。北广集团有限公司的另一股东电子公司未在相关决议上签章认可，并于9月23日，提起仲裁请求确认其所享有的优先购买权。2002年9月27日，华融公司与新奥特集团等签订《股权转让协议书》，约定：新奥特集团等于9月28日前交付股权转让款3亿元，若华融公司在仲裁中败诉，造成协议无法履行，新奥特集团不得追究其承担其中2亿资金占有产生的利息责任等。2002年12月9日，仲裁机构作出裁决，电子公司有权行使优先购买权。依据上述裁决，华融公司将其拟转让给新奥特集团的55%股权转让给了电子公司。新奥特集团提起诉讼，请求判令华融公司赔偿因违反股权转让协议造成的损失。北京市高级人民法院判决华融公司对合同目的不能实现负有责任，应酌情赔偿新奥特集团的损失。华融公司向最高人民法院提起上诉，称其对不能履行股权转让协议无任何过错，不应承担损失。

（案例来源：江必新等著：《最高人民法院指导性案例裁判规则理解与适用·公司卷》，中国法制出版社2012年版）

请根据你所了解的公司法知识判断该案应如何处理，并说明理由。

知识准备

一、有限责任公司的概念和特征

(一) 有限责任公司的概念

有限责任公司简称有限公司，是指依法在中国境内设立，股东以其认缴的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企业法人。我国《公司法》第三条规定：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。

(二) 有限责任公司的特征

1. 股东责任的有限性。每个股东以其认缴的出资额为限对公司承担责任。
2. 公司以其全部资产为限对公司债务承担责任。
3. 有限责任公司的股东有最高人数的限制。我国《公司法》规定，有限责任公司由五十个以下股东出资设立。
4. 股权转让应符合法定程序及公司章程规定，当股东向股东以外的人转让股权，应当经其他股东过半数同意。经股东同意转让的股权，在同等条件下，其他股东对该股权有优先购买权。
5. 有限责任公司不能公开募集股份和发行股票。有限责任公司不能公开募集股份，不能发行股票，生产经营过程中所需资金只能由其他合法方式融资取得。

【做中学1】有限责任公司的特征有()。

- A. 股东以其认缴的出资额为限对公司承担责任
- B. 公司以资产为限承担债务责任
- C. 有限责任公司由1个以上50个以下股东共同出资设立
- D. 股东向股东以外的人转让股权，无须经其他股东同意
- E. 公司不能公开募集股份，不能发行股票

解析：答案为ABCE。参见本任务中有关有限责任公司特征的内容。

二、有限责任公司的设立

(一) 设立条件

1. 股东符合法定人数

有限责任公司由五十个以下股东出资设立，允许设立一人公司和国有独资公司。

2.有符合公司章程规定的全体股东认缴的出资额

公司法取消了最低注册资本、首次出资比例以及货币出资比例等限制，将注册资本的实缴登记制改为认缴登记制。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。另有规定的情形主要是指证券法对证券公司、商业银行法对商业银行、保险法对保险公司、国际货物运输代理业管理规定对国际货运代理公司最低注册资本的要求等。

公司成立后，股东不得抽逃出资。

3.股东共同制定公司章程

公司章程是记载公司组织、活动基本准则的公开性法律文件。公司章程有“公司宪法”或“公司基本法”之称，制定公司章程是设立公司的必备条件和必经程序。股东应当在公司章程上签名、盖章。公司章程对公司、股东、董事、监事、高级管理人员具有约束力。

有限责任公司章程应当载明下列事项：（1）公司名称和住所；（2）公司经营范围；（3）公司注册资本；（4）股东的姓名或者名称；（5）股东的出资方式、出资额和出资时间；（6）公司的机构及其产生办法、职权、议事规则；（7）公司法定代表人；（8）股东会会议认为需要规定的其他事项。

4.有符合法律规定的公司名称，建立符合有限责任公司要求的组织机构

公司名称中必须标明“有限责任公司”或者“有限公司”字样，名称必须符合有关法律、行政法规的规定。公司应该建立符合有限责任公司要求的组织机构，即股东会、董事会（或者执行董事）和监事会（或者监事）。

5.有公司住所

设立公司必须有住所。公司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住所只能有一个。

（二）设立程序

有限责任公司的设立原则主要采用准则主义，即除法律法规明确规定须经审批的外，只要具备有限责任公司的设立条件，即可向公司登记机关直接办理注册登记。主要设立程序是：

（1）股东共同制定章程。

（2）申请名称预先核准。我国实行公司名称预先核准制度，在设立有限责任公司时，应向公司登记机关申请拟设立公司的名称的预先核准。

（3）报经有关部门审批。并非所有公司设立前都要经过审批，只有法律、行政法规

规定设立公司必须报经审批的，才应当在公司登记前依法办理批准手续。

(4) 申请设立登记。

(5) 登记发照。

公司登记机关核准登记发给《企业法人营业执照》，方取得企业法人资格。公司营业执照签发日期为公司成立日期。

有限责任公司成立后，应当向股东签发出资证明书。出资证明书应当载明下列事项：(1) 公司名称；(2) 公司成立日期；(3) 公司注册资本；(4) 股东的姓名或者名称、缴纳的出资额和出资日期；(5) 出资证明书的编号和核发日期。出资证明书由公司盖章。

有限责任公司应当置备股东名册。股东名册是公司记载股东情况及其资本事项而设置的簿册。记载于股东名册的股东，可依股东名册主张行使股东权利。公司应当将股东的姓名或者名称及其出资额向公司登记机关登记，登记事项发生变更的，应当向公司登记机关办理变更登记。未经登记或者变更登记的，不得对抗第三人。

【做中学2】有限责任公司章程应当载明下列事项：()。

- A. 公司名称和住所
- B. 公司经营范围
- C. 公司注册资本
- D. 股东的姓名或者名称、出资方式、出资额和出资时间
- E. 公司的机构及其产生办法、职权、议事规则
- F. 公司法定代表人

解析：答案为 ABCDEF。详见有限责任公司章程相关规定。

三、有限责任公司的组织机构

我国《公司法》对有限责任公司组织机构的设置做了灵活的规定，一般的有限责任公司，其组织机构为“三会”，即股东会、董事会、监事会；股东人数较少和规模较小的有限公司，其组织机构可以为股东会、执行董事和监事；一人有限责任公司不设股东会。

(一) 股东会

有限责任公司股东会由全体股东组成，股东会是公司的权力机构，依照《公司法》行使职权。

1. 股东会的职权

(1) 决定公司的经营方针和投资计划；(2) 选举和更换非由职工代表担任的董事、监事，决定有关董事、监事的报酬事项；(3) 审议批准董事会的报告；(4) 审议批准监

事会或者监事的报告；(5) 审议批准公司的年度财务预算方案、决算方案；(6) 审议批准公司的利润分配方案和弥补亏损方案；(7) 对公司增加或者减少注册资本作出决议；(8) 对发行公司债券作出决议；(9) 对公司合并、分立、解散、清算或者变更公司形式作出决议；(10) 修改公司章程；(11) 公司章程规定的其他职权。

股东会作出决议原则上采取召集会议的方式，但对前述所列事项股东以书面形式一致表示同意的，可以不召开股东会会议，直接作出决定，并由全体股东在决定文件上签名、盖章。

2. 股东会的召开

股东会会议分为首次会议、定期会议和临时会议。

首次股东会会议，由出资最多的股东召集和主持，依照《公司法》规定行使职权。

定期会议也叫普通会议、股东常会、股东年会，应当依照公司章程的规定按时召开。有限责任公司设立董事会的，股东会会议由董事会召集，董事长主持；董事长不能履行职务或者不履行职务的，由副董事长主持；副董事长不能履行职务或者不履行职务的，由半数以上董事共同推举一名董事主持。有限责任公司不设董事会的，股东会会议由执行董事召集和主持。董事会或者执行董事不能履行或者不履行召集股东会会议职责的，由监事会或者不设监事会的公司的监事召集和主持；监事会或者监事不召集和主持的，代表十分之一以上表决权的股东可以自行召集和主持。

临时会议也叫特别会议，是指在定期会议以外必要的时候，由于法定事由出现或者根据有关人员、机构的提议而临时召开的股东会议。代表十分之一以上表决权的股东，三分之一以上的董事，监事会或者不设监事会的公司的监事提议召开临时会议的，应当召开临时会议。

召开股东会会议，应当于会议召开十五日前通知全体股东；但是，公司章程另有规定或者全体股东另有约定的除外。股东会应当对所议事项的决定作成会议记录，出席会议的股东应当在会议记录上签名。

股东会会议由股东按照出资比例行使表决权，但是，公司章程另有规定的除外。股东会的议事方式和表决程序，除公司法有规定的外，由公司章程规定。股东会会议作出修改公司章程、增加或者减少注册资本的决议，以及公司合并、分立、解散或者变更公司形式的决议，必须经代表(全体股东)三分之二以上表决权的股东通过。

(二) 董事会

1. 董事会的设立及职权

有限责任公司董事会是一般有限责任公司的必设、常设业务执行机关，享有业务执

行权和日常经营的决策权，向股东会负责。

董事会成员为三人至十三人，由股东会选举产生。两个以上的国有企业或者两个以上的其他国有投资主体投资设立的有限责任公司，其董事会成员中应当有公司职工代表；其他有限责任公司董事会成员中可以有公司职工代表。董事会中的职工代表由公司职工通过职工代表大会、职工大会或者其他形式民主选举产生。

董事会设董事长一人，可以设副董事长。董事长、副董事长的产生办法由公司章程规定。董事任期由公司章程规定，但每届任期不得超过三年。董事任期届满，连选可以连任。董事任期届满未及时改选，或者董事在任期内辞职导致董事会成员低于法定人数的，在改选出的董事就任前，原董事仍应当依照法律、行政法规和公司章程的规定，履行董事职务。

董事会行使下列职权：（1）召集股东会会议，并向股东会报告工作；（2）执行股东会的决议；（3）决定公司的经营计划和投资方案；（4）制订公司的年度财务预算方案、决算方案；（5）制订公司的利润分配方案和弥补亏损方案；（6）制订公司增加或者减少注册资本以及发行公司债券的方案；（7）制订公司合并、分立、解散或者变更公司形式的方案；（8）决定公司内部管理机构的设置；（9）决定聘任或者解聘公司经理及其报酬事项，并根据经理的提名决定聘任或者解聘公司副经理、财务负责人及其报酬事项；（10）制定公司的基本管理制度；（11）公司章程规定的其他职权。

2. 董事会的召开和议事规则

董事会会议由董事长召集和主持；董事长不能履行职务或者不履行职务的，由副董事长召集和主持；副董事长不能履行职务或者不履行职务的，由半数以上董事共同推举一名董事召集和主持。

董事会的议事方式和表决程序，除《公司法》有规定的外，由公司章程规定。

董事会应当对所议事项的决定作成会议记录，出席会议的董事应当在会议记录上签名。

董事会决议的表决，实行一人一票。

股东会（或者股份公司的股东大会）、董事会的决议内容违反法律、行政法规的无效。

股东会（或者股份公司的股东大会）、董事会的会议召集程序、表决方式违反法律、行政法规或者公司章程，或者决议内容违反公司章程的，股东可以自决议作出之日起六十日内，请求人民法院撤销。但会议召集程序或者表决方式仅有轻微瑕疵，且对决议未产生实质影响的，人民法院不予支持。

根据《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（四）》

[以下简称“《公司法》司法解释(四)”]第五条的规定,股东会(或者股份公司的股东大会)、董事会决议存在下列情形之一,当事人主张决议不成立的,人民法院应当予以支持:(1)公司未召开会议,但依据公司法规定(即前述股东以书面形式一致表示同意的)或者公司章程规定可以不召开股东会或者股东大会而直接作出决定,并由全体股东在决定文件上签名、盖章的除外;(2)会议未对决议事项进行表决的;(3)出席会议的人数或者股东所持表决权不符合公司法或者公司章程规定的;(4)会议的表决结果未达到公司法或者公司章程规定的通过比例的;(5)导致决议不成立的其他情形。

3. 经理的设立及职权

有限责任公司的经理是负责公司日常经营管理的高级管理人员。有限责任公司可以设经理(是选设机构而非必设机构),由董事会决定聘任或者解聘。经理对董事会负责,行使下列职权:(1)主持公司的生产经营管理工作,组织实施董事会决议;(2)组织实施公司年度经营计划和投资方案;(3)拟订公司内部管理机构设置方案;(4)拟订公司的基本管理制度;(5)制定公司的具体规章;(6)提请聘任或者解聘公司副经理、财务负责人;(7)决定聘任或者解聘除应由董事会决定聘任或者解聘以外的负责管理人员;(8)董事会授予的其他职权。

公司章程对经理职权另有规定的,从其规定。经理列席董事会会议。

股东人数较少或者规模较小的有限责任公司,可以设一名执行董事,不设董事会。执行董事的职权由公司章程规定。执行董事可以兼任公司经理。执行董事在担任董事的同时也担任公司其他内部管理职务;非执行董事除了担任公司的董事外不再担任公司其他管理职务,只参加董事会,行使一般的董事权利。

(三) 监事会

1. 监事会或监事的设立

监事会是经营规模较大的有限责任公司的常设内部监督机关,专司监督职能。有限责任公司监事会成员不得少于三人;股东人数较少或者规模较小的有限责任公司,可以设一名至二名监事,不设监事会。

监事会应当包括股东代表和适当比例的公司职工代表,其中职工代表的比例不得低于三分之一,具体比例由公司章程规定。监事会中的职工代表由公司职工通过职工代表大会、职工大会或者其他形式民主选举产生。

监事会设主席一人,由全体监事过半数选举产生。监事会主席召集和主持监事会会议;监事会主席不能履行职务或者不履行职务的,由半数以上监事共同推举一名监事召

集和主持监事会会议。

董事、高级管理人员不得兼任监事。

监事的任期每届为三年。监事任期届满，连选可以连任。监事任期届满未及时改选，或者监事在任期内辞职导致监事会成员低于法定人数的，在改选出的监事就任前，原监事仍应当依照法律、行政法规和公司章程的规定，履行监事职务。

2. 监事会或监事的职权

监事会、不设监事会的公司的监事行使下列职权：（1）检查公司财务；（2）对董事、高级管理人员执行公司职务的行为进行监督，对违反法律、行政法规、公司章程或者股东会决议的董事、高级管理人员提出罢免的建议；（3）当董事、高级管理人员的行为损害公司的利益时，要求董事、高级管理人员予以纠正；（4）提议召开临时股东会会议，在董事会不履行《公司法》规定的召集和主持股东会会议职责时召集和主持股东会会议；（5）向股东会会议提出提案；（6）依照《公司法》的规定，对董事、高级管理人员提起诉讼；（7）公司章程规定的其他职权。

监事可以列席董事会会议，并对董事会决议事项提出质询或者建议。监事会、不设监事会的公司的监事发现公司经营情况异常，可以进行调查；必要时，可以聘请会计师事务所等协助其工作，费用由公司承担。监事会、不设监事会的公司的监事行使职权所必需的费用，由公司承担。

监事会每年度至少召开一次会议，监事可以提议召开临时监事会会议。监事会的议事方式和表决程序，除《公司法》有规定的外，由公司章程规定。监事会决议应当经半数以上监事通过。监事会应当对所议事项的决定作成会议记录，出席会议的监事应当在会议记录上签名。

【做中学3】()提议召开临时会议的，应当召开股东会临时会议。

- A. 代表十分之一以上表决权的股东
- B. 四分之一以上的董事
- C. 监事会
- D. 不设监事会的公司的监事

解析：答案为ACD。代表十分之一以上表决权的股东，三分之一以上的董事，监事会或者不设监事会的公司的监事提议召开临时会议的，应当召开临时会议。

【做中学4】股东会会议作出()的决议，必须经代表三分之二以上表决权的股东通过。

- A. 修改公司章程

- B.增加或者减少注册资本
- C.公司合并、分立、解散
- D.发行公司债券

解析：答案为ABC。股东会会议作出修改公司章程、增加或者减少注册资本的决议，以及公司合并、分立、解散或者变更公司形式的决议，必须经代表三分之二以上表决权的股东通过。其中不包括发行公司债券。

四、一人有限责任公司的特别规定

(一)一人有限责任公司的概念

一人有限责任公司，是指只有一个自然人股东或者一个法人股东的有限责任公司。一人有限责任公司也是独立的企业法人，具有完全的民事权利能力、民事行为能力 and 民事责任能力，是有限责任公司中的特殊类型。

(二)一人有限责任公司的特别规定

确认一人公司的存在，有利于吸引民间投资，扩大投资渠道。但由于一人公司权力集中于唯一的股东，为避免发生股东滥用非法人地位、损害债权人利益的情况，《公司法》规定了特别适用的法律规则。

1. 出资的限制

一个自然人只能投资设立一个一人有限责任公司。该一人有限责任公司不能投资设立新的一人有限责任公司。

2. 公示的要求

一人有限责任公司应当在公司登记中注明自然人独资或者法人独资，并在公司营业执照中载明。

3. 组织机构的规定

一人有限责任公司不设股东会。股东行使股东会职权，作出决定时，应当采用书面形式，并由股东签名后置备于公司。

4. 公司财务的监督

一人有限责任公司应当在每一会计年度终了时编制财务会计报告，并经会计师事务所审计。这是为了防止股东既是出资人又是经营管理者，因缺乏监督而导致财会资料不实的情况发生。

5. 公司法人人格的否认

为了防止一人有限责任公司的股东滥用公司法人人格与有限责任制度，将公司财产

混同于个人财产，抽逃资产，损害债权人利益，《公司法》规定，一人有限责任公司的股东不能证明公司财产独立于股东自己的财产的，股东应当对公司债务承担连带责任。

一人有限责任公司没有特别规定的，适用一般有限责任公司的规定。

五、国有独资公司的特别规定

（一）国有独资公司的概念

国有独资公司，是指国家单独出资、由国务院或者地方人民政府授权本级人民政府国有资产监督管理机构履行出资人职责的有限责任公司。国有独资公司的股东具有单一性和特定性，即只能是国有资产监督管理机构。

国有独资公司，是针对中国的特殊国情，借鉴现代各国通行的公司法制度，为促进国有企业制度改革而专门设立的一种特殊的公司形态。

国有独资公司没有特别规定的，适用一般有限责任公司的规定。

（二）国有独资公司的特别规定

1. 公司章程

《公司法》第六十五条规定：“国有独资公司章程由国有资产监督管理机构制定，或者由董事会制订报国有资产监督管理机构批准。”

2. 股东权的行使

国有独资公司不设股东会，由国有资产监督管理机构行使股东会职权。国有资产监督管理机构可以授权公司董事会行使股东会的部分职权，决定公司的重大事项，但公司的合并、分立、解散、增加或者减少注册资本和发行公司债券，必须由国有资产监督管理机构决定；其中，重要的国有独资公司合并、分立、解散、申请破产的，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。上述所称重要的国有独资公司，按照国务院的规定确定。

3. 董事会

国有独资公司设董事会，依照《公司法》规定的董事会的职权、国有资产监督管理机构的授权行使职权。董事每届任期不得超过三年。董事会成员中应当有公司职工代表。董事会成员由国有资产监督管理机构委派，但是，董事会成员中的职工代表由公司职工代表大会选举产生。董事会设董事长一人，可以设副董事长。董事长、副董事长由国有资产监督管理机构从董事会成员中指定。

4. 国有独资公司其他特殊规定

国有独资公司设经理，由董事会聘任或者解聘。经国有资产监督管理机构同意，董

事会成员可以兼任经理。国有独资公司经理行使职权，与一般有限责任公司经理相同。

国有独资公司的董事长、副董事长、董事、高级管理人员，未经国有资产监督管理机构同意，不得在其他有限责任公司、股份有限公司或者其他经济组织兼职。

国有独资公司监事会成员不得少于五人，其中职工代表的比例不得低于三分之一，具体比例由公司章程规定。监事会成员由国有资产监督管理机构委派，但是，监事会成员中的职工代表由公司职工代表大会选举产生。监事会主席由国有资产监督管理机构从监事会成员中指定。国有独资公司监事会行使的职权包括：检查公司财务；对董事、高级管理人员执行公司职务的行为进行监督，对违反法律、行政法规、公司章程或者股东会决议的董事、高级管理人员提出罢免的建议；当董事、高级管理人员的行为损害公司的利益时，要求董事、高级管理人员予以纠正；国务院规定的其他职权。

【做中学5】国有独资公司监事会行使的职权范围包括()。

- A. 检查公司财务
- B. 对董事、高级管理人员执行公司职务的行为进行监督
- C. 对违反法律、行政法规、公司章程或者股东会决议的董事、高级管理人员提出罢免的建议
- D. 当董事、高级管理人员的行为损害公司的利益时，要求董事、高级管理人员予以纠正
- E. 对董事、高管提起诉讼

解析：答案为ABCD。参见《公司法》第七十条的规定。

六、有限责任公司的股权转让

有限责任公司的股东出资之后不可以抽回，但可以依法转让。这种转让具体包括股东之间相互转让股权、向股东以外的人转让股权和人民法院强制转让股东的股权等情形。

(一) 股东之间转让股权

有限责任公司的股东之间可以相互转让其全部或者部分股权。公司法对股权内部转让无限制，因为股东之间转让股权不会有新的股东加入。

(二) 股东向股东以外的人转让股权

与股份公司不同，有限公司股东人数少，且股东之间具有封闭性、紧密型和人合性。股权对外转让，意味着新的股东加入，原有股东通常希望对股权流向能有所控制。因此，《公司法》及其相关司法解释规定，有限责任公司的股东向股东以外的人转让股

权，应当经其他股东过半数同意。股东应就其股权转让事项以书面或者其他能够确认收悉的合理方式通知其他股东征求同意。其他股东自接到书面通知之日起满三十日未答复的，视为同意转让。其他股东半数以上不同意转让，不同意的股东不购买的，人民法院应当认定视为同意转让。

经股东同意转让的股权，其他股东主张转让股东应当向其以书面或者其他能够确认收悉的合理方式通知转让股权的同等条件的，人民法院应当予以支持。

有限责任公司的转让股东，在其他股东主张优先购买后又不同意转让股权的，对其他股东优先购买的主张，人民法院不予支持，但公司章程另有规定或者全体股东另有约定的除外。其他股东主张转让股东赔偿其损失合理的，人民法院应当予以支持。

有限责任公司的股东向股东以外的人转让股权，未就其股权转让事项征求其他股东意见，或者以欺诈、恶意串通等手段，损害其他股东优先购买权，其他股东主张按照同等条件购买该转让股权的，人民法院应当予以支持，但其他股东自知道或者应当知道行使优先购买权的同等条件之日起三十日内没有主张，或者自股权变更登记之日起超过一年的除外。

前述规定的其他股东仅提出确认股权转让合同及股权变动效力等请求，未同时主张按照同等条件购买转让股权的，人民法院不予支持，但其他股东非因自身原因导致无法行使优先购买权，请求损害赔偿的除外。

股东以外的股权受让人，因股东行使优先购买权而不能实现合同目的的，可以依法请求转让股东承担相应民事责任。

两个以上股东主张行使优先购买权的，协商确定各自的购买比例；协商不成的，按照转让时各自的出资比例行使优先购买权。

公司章程对股权转让另有规定的，从其规定。

（三）人民法院强制转让股东股权

人民法院依照法律规定的强制执行程序（拍卖、变卖或者其他方式）转让股东的股权时，应当通知公司及全体股东，其他股东在同等条件下有优先购买权。其他股东自人民法院通知之日起满二十日不行使优先购买权的，视为放弃优先购买权。

依照上述规定转让股权后，公司应当注销原股东的出资证明书，向新股东签发出资证明书，并相应修改公司章程和股东名册中有关股东及其出资额的记载。对公司章程的该项修改不需再由股东会表决。

（四）请求转让

具备法定条件的股东，可以依法请求转让自己的股权给公司，进而退出公司。

1. 投反对票股东退出公司的法定条件

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）公司连续五年不向股东分配利润，而公司该五年连续盈利，并且符合本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章程规定的其他解散事由出现，股东会会议通过决议修改章程使公司存续的。可见，股东退出公司应当满足两个条件：一是具备上述情形之一，二是对股东会上上述决议投了反对票。

2. 投反对票股东退出公司的法定程序

具备上述法定条件的股东，退出公司的法定程序是：（1）应当以合理的价格请求公司收购其股权；（2）应当尽量通过协商的方式解决；（3）自股东会会议决议通过之日起六十日内，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九十日内向人民法院提起诉讼。

另外，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。

【做中学6】关于有限责任公司的股东向股东以外的人转让股权，下列表述合法的是（ ）。

- A. 应当经其他股东过半数同意
- B. 股东应就其股权转让事项以书面或者其他能够确认收悉的合理方式通知其他股东
征求同意
- C. 其他股东自接到书面通知之日起满三十日未答复的，视为同意转让。
- D. 其他股东半数以上不同意转让，不同意的股东不购买的，人民法院应当认定视为同意转让
- E. 两个以上股东主张行使优先购买权的，协商确定各自的购买比例；协商不成的，视为放弃优先购买权

解析：答案为 ABCD。有限责任公司的股东向股东以外的人转让股权，应当经其他股东过半数同意。股东应就其股权转让事项以书面或者其他能够确认收悉的合理方式通知其他股东征求同意。其他股东自接到书面通知之日起满三十日未答复的，视为同意转让。其他股东半数以上不同意转让，不同意的股东不购买的，人民法院应当认定视为同意转让。两个以上股东主张行使优先购买权的，协商确定各自的购买比例；协商不成的，按照转让时各自的出资比例行使优先购买权。

案例分析

华融公司和新奥特集团在签订股权转让协议时，均知悉公司法规定的其他股东在同等条件下享有优先购买权，也知悉电子公司不放弃优先权的态度。双方在认为电子公司已丧失优先权的情况下签订了股权转让协议。后由于电子公司实际行使优先权的行为，最终导致本案股权转让协议终止履行。因为华融公司与新奥特集团在签约时，应当预见该合同可能因电子公司行使优先权而终止，造成合同终止履行，对此双方均有过错。最高人民法院判决，新奥特集团因准备合同履行及实际履行中产生的损失应由华融公司、新奥特集团各自承担50%。

同步训练



参考答案

一、单选题

1. 有限责任公司的权力机构是()。
 - A. 股东大会
 - B. 股东会
 - C. 董事会
 - D. 监事会
2. 有限责任公司董事的任期由公司章程规定，但每届任期不得超过()。
 - A. 3年
 - B. 2年
 - C. 5年
 - D. 7年
3. 我国《公司法》规定的有限责任公司的股东人数为()。
 - A. 2个以上，没有上限
 - B. 50个以下，没有下限
 - C. 2个以上，30个以下
 - D. 1个以上，50个以下
4. 根据公司法律制度的相关规定，下列各项中，不属于有限责任公司监事会职权的是()。
 - A. 检查公司财务
 - B. 解聘公司财务负责人
 - C. 提议召开临时股东会会议
 - D. 建议罢免违反公司章程的经理
5. 某有限责任公司股东甲、乙、丙、丁分别持有公司5%、20%、35%和40%的股权，该公司章程未对股东行使表决权及股东会决议方式作出规定。下列关于该公司股东会会议召开及决议作出的表述中，符合《公司法》规定的是()。
 - A. 甲可以提议召开股东会临时会议
 - B. 只有丁可以提议召开股东会临时会议

- C. 只要丙和丁表示同意，股东会即可作出增加公司注册资本的决议
- D. 只要乙和丁表示同意，股东会即可作出变更公司形式的决议

二、判断题

1. 乙有限责任公司不设监事会，只设了一名监事甲，甲有权提议召开临时股东会会议。()
2. 有限责任公司以公司的资产对外担保，根据《公司法》规定，必须经代表2/3以上表决权的股东通过才能作出决议。()
3. 有限责任公司股东的三项基本权利：收益权、决策权和选择管理者的权利。()
4. 申请公司、分公司登记，申请人可以到公司登记机关提交申请，不可以通过信函、电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件等方式提出申请。()
5. 分公司的经营范围不得超出公司的经营范围。()

三、案例分析题

甲、乙、丙、丁四人出资设立太平有限公司，拟定章程为：除每年一个会议外，还可以召开临时会议，临时会议必须经代表1/2以上表决权的股东或1/2以上董事提出召开。在申请设立登记时，公司登记机关指出了公司章程存在问题，经全体股东会协商后予以纠正。2014年3月公司成立，注册资本为3 600万元，其中甲以工业产权作价出资800万元，乙以现金出资1 200万元，丙、丁各以现金出资800万元。公司成立后，由甲召集和主持了股东会首次会议，设立了董事会。5月，公司董事会发现，甲作为出资的工业产权实际价额为600万元，为了使公司注册资本达到3 600万元，公司董事会提出解决方案，即由甲补足其差额200万元，如果甲不能补足差额，则由其他股东按照出资比例出资分担该差额。2015年6月，公司董事会确定了一个增资方案，提出将公司注册资本增到5 000万元。增资方案提交股东会表决时，甲、乙、丙同意，丁反对。股东会通过了增资决议，并授权董事会执行。2016年，太平有限公司在北京依法成立了北京分公司。北京分公司在经营过程中，因违反合同被诉至法院。原告以太平有限公司是北京分公司的总公司为由，要求太平有限公司承担违约责任。

请问：

1. 太平有限公司在设立前拟定的章程中有关召开临时股东会的决定是否合法？为什么？
2. 太平有限公司首次股东会由甲召集和主持，是否符合《公司法》的规定？为

什么？

3. 太平有限公司作出的关于甲出资不足的解决方案，是否符合《公司法》的规定？

为什么？

4. 太平有限公司股东会作出的增资决议，是否符合《公司法》的规定？为什么？

5. 太平有限公司是否应为北京分公司承担责任？为什么？

任务 2.3 股份有限公司

案例导入

张桂平诉王华股权转让合同纠纷案

原告张桂平和被告王华于2002年9月20日成立南京浦发建设发展股份有限公司。2004年10月22日签订《股份转让协议》及《过渡期经营管理协议》，原告以8300万元受让被告的股份，被告承诺在股份转让手续办理完毕前，授权原告代行其一切权利义务；任何一方违约，须向对方支付4.15亿元的特别违约金。按照约定，原告应该在2004年12月31日前支付最后的4000万元，原告于2005年1月4日支付给被告3800万元，尚有200万元没有支付。故被告于2005年1月8日通知原告构成根本性违约，终止股权转让协议。后原告诉至江苏省高级人民法院。本案争议焦点之一是《股份转让协议》及《过渡期经营管理协议》是否有效的问题。

（案例来源：江必新等著：《最高人民法院指导性案例裁判规则理解与适用·公司卷》，中国法制出版社2012年版）

试用你所了解的《公司法》知识，分析涉案《股份转让协议》及《过渡期经营管理协议》是否有效，并说明理由。

注：本案审判时适用修订前的《公司法》，修订后的《公司法》已将限制发起人转让股份的期限由3年缩短为1年。由于新《公司法》并未取消禁售期，本案对实践仍有重要指导意义。

知识准备

一、股份有限公司的概念和特征

(一) 股份有限公司的概念

股份有限公司简称股份公司，是指全部资本分为金额相等股份，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债务承担责任的企业法人。股份公司是现代公司的典型形态。

(二) 股份有限公司的特征

股份有限公司具有以下特征：

(1) 股东责任的有限性。股份有限公司是通过发行股票集资，资本总额分为等额的股份，每个股东以其所持股份为限对公司承担责任。

(2) 公司以其全部资产为限对公司债务承担责任。

(3) 股东人员的广泛性、公开性。股份有限公司通常都以发行股票的方式公开募集资本，这种募集方式使得股东人数众多，分布广泛。股东人数无上限限制，任何投资者只要认购股票和支付股款，都可成为股份有限公司的股东。

(4) 股份公开、财务公开原则。股份有限公司的经营状况不仅要向股东公开，还必须向社会公开，使社会公众了解公司的经营状况。

(5) 股份的自由性、流通性。为提高股份的融资能力和吸引投资者，股份必须有较高程度的流通性，股票必须能够自由转让和交易。

二、股份有限公司的设立

(一) 设立方式

股份有限公司的设立，可以采取发起设立或者募集设立的方式。

发起设立，又称同时设立或单纯设立，是指由发起人认购公司应发行的全部股份而设立公司。发起人，是指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。有限责任公司只能采取发起设立方式，有限责任公司设立时的股东都是发起人。发起设立在程序上较为简单。

募集设立，是指由发起人认购公司应发行股份的一部分，其余股份向社会公开募集或者向特定对象募集而设立公司。公开募集设立具有较强的资金筹集能力，但因公司股东数量多、分散性高、流动性高，因此往往只适用于资合性较强的股份有限公

司。又因其具有较大的社会影响，稳定性较差，为保护广大投资者利益和正常的经济秩序，法律规定对公开募集设立了严格而复杂的程序和限制条件。因此，这种设立方式又称渐次设立或复杂设立。

股份有限公司的发起设立和向特定对象募集设立，实行准则设立原则；但某些特殊行业在申请登记前，须经行业监管部门批准，如证券公司的设立须经中国证监会批准，以核准设立为例外。

股份有限公司的公开募集设立，实行核准设立原则。

（二）设立条件

设立股份有限公司，应当具备下列条件：

（1）发起人符合法定人数。设立股份有限公司，应当有二人以上二百人以下为发起人，其中须有半数以上的发起人在中国境内有住所。发起人承担公司筹办事务，他们应当签订发起人协议，明确各自在公司设立过程中的权利和义务。

（2）有符合公司章程规定的全体发起人认购的股本总额或者募集的实收股本总额。股份有限公司采取发起设立方式设立的，注册资本为在公司登记机关登记的全体发起人认购的股本总额。在发起人认购的股份缴足前，不得向他人募集股份。股份有限公司采取募集方式设立的，注册资本为在公司登记机关登记的实收股本总额。法律、行政法规以及国务院决定对股份有限公司注册资本实缴、注册资本最低限额另有规定的，从其规定。

（3）股份发行、筹办事项符合法律规定。

（4）发起人制订公司章程，采用募集方式设立的经创立大会通过。股份有限公司章程应当载明下列事项：①公司名称和住所；②公司经营范围；③公司设立方式；④公司股份总数、每股金额和注册资本；⑤发起人的姓名或者名称、认购的股份数、出资方式 and 出资时间；⑥董事会的组成、职权和议事规则；⑦公司法定代表人；⑧监事会的组成、职权和议事规则；⑨公司利润分配办法；⑩公司的解散事由与清算办法；⑪公司的通知和公告办法；⑫股东大会会议认为需要规定的其他事项。

（5）必须有公司名称，建立符合股份有限公司要求的组织机构。

（6）必须有公司住所。

（三）设立程序

1. 发起设立的程序

（1）签订发起人协议。（2）制订公司章程。（3）申请名称预先核准。（4）发起人认缴股款。发起人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。(5) 选举董事会和监事会成员。(6) 申请设立登记。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。公司登记机关审查报送的登记资料，认为符合登记条件的，予以登记注册，并向公司颁发营业执照，营业执照的签发日期为公司成立日期。(7) 公告。股份有限公司应在其被核准登记后的 30 日内发布登记公告，并应当在公告之日起 30 日内将发布的公告报送公司登记机关备案。

2. 募集设立的程序

(1) 签订发起人协议。(2) 制订公司章程。(3) 申请名称预先核准。(4) 发起人认购股份。以募集设立方式设立股份有限公司的，发起人认购的股份不得少于公司股份总数的百分之三十五；但是，法律、行政法规另有规定的，从其规定。(5) 向国务院证券监督管理机构申请募股。未经国务院证券监督管理机构核准，发起人不得向社会公开募集股份。(6) 公告招股说明书，制作认股书。招股说明书应当附有发起人制订的公司章程，并载明下列事项：发起人认购的股份数，每股的票面金额和发行价格，无记名股票的发行总数，募集资金的用途，认股人的权利、义务，本次募股的起止期限及逾期未募足时认股人可以撤回所认股份的说明。认股书应当载明招股说明书所列事项，由认股人填写认购股数、金额、住所，并签名、盖章。认股人按照所认购股数缴纳股款。(7) 签订承销协议和代收股款协议。发起人向社会公开募集股份，应当由依法设立的证券公司承销，签订承销协议。发起人向社会公开募集股份，应当同银行签订代收股款协议。代收股款的银行应当按照协议代收和保存股款，向缴纳股款的认股人出具收款单据，并负有向有关部门出具收款证明的义务。在募集设立方式下，发起人和认股人应当一次缴纳出资额。发行股份的股款缴足后，必须经依法设立的验资机构验资并出具证明。(8) 召开创立大会。发起人应当自股款缴足之日起三十日内主持召开公司创立大会。创立大会由发起人、认股人组成。发行的股份超过招股说明书规定的截止期限尚未募足的，或者发行股份的股款缴足后，发起人在三十日内未召开创立大会的，认股人可以按照所缴股款并加算银行同期存款利息，要求发起人返还。发起人应当在创立大会召开十五日前将会议日期通知各认股人或者予以公告。创立大会应有代表股份总数过半数的发起人、认股人出席，方可举行。创立大会行使下列职权：审议发起人关于公司筹办情况的报告；通过公司章程；选举董事会成员；选举监事会成员；对公司的设立费用进行审核；对发起人用于抵作股款的财产的作价进行审核；发生不可抗力或者经营条件发生重大变化直接影响公司设立的，可以作出不设立公司的决议。创立大会对前款所列事项作出决议，必须经出席会议的认股人所持表决权过半数通过。发起人、认股人缴纳股款或者交付抵

作股款的出资后，除未按期募足股份、发起人未按期召开创立大会或者创立大会决议不设立公司的情形外，不得抽回其股本。(9)申请设立登记。董事会应于创立大会结束后三十日内，向公司登记机关报送下列文件，申请设立登记：公司登记申请书；创立大会的会议记录；公司章程；验资证明；法定代表人、董事、监事的任职文件及其身份证明；发起人的法人资格证明或者自然人身份证明；公司住所证明；国务院证券监督管理机构的核准文件。公司登记机关核准登记发给《企业法人营业执照》，取得企业法人资格。公司营业执照的签发日期为公司成立日期。(10)公告。股份有限公司应在其被核准登记后的三十日内发布登记公告，并应当在公告之日起三十日内将发布的公告报送公司登记机关备案。

3. 股份有限公司发起人的责任

(1) 公司成立后的资本补足责任。

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。

(2) 公司成立后的损害赔偿责任。

在公司设立过程中，由于发起人的过失致使公司利益受到损害的，应当对公司承担赔偿责任。

(3) 公司不能成立时的责任。

公司因故未成立，债权人请求全体或者部分发起人对设立公司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。部分发起人依照前述规定承担责任后，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。

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。

公司不能成立时，对认股人已缴纳的股款，发起人负返还股款并加算银行同期存款利息的连带责任。

(4) 公司设立阶段的合同责任。

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。公司成立后对前述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。

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。

【做中学1】关于股份有限公司的募集设立，下列说法合法的是()。

- A. 以募集设立方式设立股份有限公司的，发起人认购的股份不得少于公司股份总数的百分之三十五
- B. 未经国务院证券监督管理机构核准，发起人不得向社会公开募集股份
- C. 发起人应当自股款缴足之日起三十日内主持召开公司创立大会
- D. 发起人、认股人缴纳股款或者交付抵作股款的出资后，除未按期募足股份、发起人未按期召开创立大会或者创立大会决议不设立公司的情形外，不得抽回其股本
- E. 创立大会应有代表股份总数二分之一以上的发起人、认股人出席，方可举行

解析：答案为 ABCD。创立大会应有代表股份总数过半数的发起人、认股人出席，方可举行(二分之一以上包含二分之一，不等于过半数)。所以，选项 E 错误。

三、股份有限公司的组织机构

(一) 股东大会

股份有限公司股东大会由全体股东组成，股东大会是公司的权力机构和必设机关。

1. 股东大会的职权

《公司法》中关于有限责任公司股东会职权的规定，适用于股份有限公司股东大会。此外，根据中国证券监督管理委员会发布的《上市公司章程指引》的规定，上市公司的股东大会还有权对公司聘用、解聘会计师事务所作出决议，审议公司在一年内购买、出售重大资产超过公司最近一期经审计总资产 30% 的事项，审议批准变更募集资金用途事项，审议股权激励计划。此外，其还有权审议批准下列担保行为：(1) 本公司及本公司控股子公司的对外担保总额，达到或超过最近一期经审计净资产的 50% 以后提供的任何担保；(2) 公司的对外担保总额，达到或超过最近一期经审计总资产的 30% 以后提供的任何担保；(3) 为资产负债率超过 70% 的担保对象提供的担保；

(4) 单笔担保额超过最近一期经审计净资产 10% 的担保; (5) 对股东、实际控制人及其关联方提供的担保。

2. 股东大会的形式

股东大会分为股东年会和临时股东大会。

股东大会应当每年召开一次年会, 公司章程规定具体的召开时间。上市公司股东大会年会应当于上一会计年度结束后的六个月内举行。

有下列情形之一的, 应当在两个月内召开临时股东大会: (1) 董事人数不足《公司法》规定人数或者公司章程所定人数的三分之二时; (2) 公司未弥补的亏损达实收股本总额三分之一时; (3) 单独或者合计持有公司百分之十以上股份的股东请求时; (4) 董事会认为必要时; (5) 监事会提议召开时; (6) 公司章程规定的其他情形。

3. 股东大会的召开

股东大会会议由董事会召集, 董事长主持; 董事长不能履行职务或者不履行职务的, 由副董事长主持; 副董事长不能履行职务或者不履行职务的, 由半数以上董事共同推举一名董事主持。

董事会不能履行或者不履行召集股东大会会议职责的, 监事会应当及时召集和主持; 监事会不召集和主持的, 连续九十日以上单独或者合计持有公司百分之十以上股份的股东可以自行召集和主持。

召开股东大会会议, 应当将会议召开的时间、地点和审议的事项于会议召开二十日前通知各股东; 临时股东大会应当于会议召开十五日前通知各股东; 发行无记名股票的, 应当于会议召开三十日前公告会议召开的时间、地点和审议事项。

单独或者合计持有公司百分之三以上股份的股东, 可以在股东大会召开十日前提出临时提案并书面提交董事会; 董事会应当在收到提案后二日内通知其他股东, 并将该临时提案提交股东大会审议。临时提案的内容应当属于股东大会职权范围, 并有明确议题和具体决议事项。股东大会不得对前两款通知中未列明的事项作出决议。

无记名股票持有人出席股东大会会议的, 应当于会议召开五日前至股东大会闭会时将股票交存于公司。

4. 股东大会的决议

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。股东可以委托代理人出席股东大会会议, 代理人应当向公司提交股东授权委托书, 并在授权范围内行使表决权。

股东大会作出决议, 必须经出席会议的股东所持表决权过半数通过。但是, 股东大

会作出修改公司章程、增加或者减少注册资本的决议，以及公司合并、分立、解散或者变更公司形式的决议，必须经出席会议的股东所持表决权的三分之二以上通过。

《公司法》和公司章程规定公司转让、受让重大资产或者对外提供担保等事项必须经股东大会作出决议的，董事会应当及时召集股东大会会议，由股东大会就上述事项进行表决。

股东大会通常采用直接投票制，即一股一票表决权。但为了保护中小股东的合法权益，《公司法》规定，股东大会选举董事、监事，可以依照公司章程的规定或者股东大会的决议，实行累积投票制。累积投票制，是指股东大会选举董事或者监事时，每一股份拥有与应选董事或者监事人数相同的表决权，股东拥有的表决权可以集中使用。例如某股份公司中，A股东有5%股份，B股东有5%股份，C股东有5%股份，D股东有5%股份，E股东有80%股份，共100股，选五位董事。如果采取直接投票制，那么大股东可使自己推选的五个董事（每个董事投80票对所有小股东20票的绝对优势）全部当选；而采取累积投票制，则1股投5票，所有股东选票500票，小股东合计票数100，大股东合计票数400票，大股东平均到每个人的票数是80票，所以小股东联合后的100票就比大股东平均到每个人的80票多。如此一来，大股东最多决定四个董事，小股东至少决定一个董事。

《上市公司治理准则》规定，单一股东及其一致行动人拥有权益的股份比例在30%及以上的上市公司，应当采取累积投票制，且应在公司章程里规定该制度的实施细则。

股东大会应当对所议事项的决定制作成会议记录，主持人、出席会议的董事应当在会议记录上签名。会议记录应当与出席股东的签名册及代理出席的委托书一并保存。

（二）董事会

1. 董事会的性质和组成

股份有限公司董事会是公司的经营决策和业务执行机构，依法对公司进行经营管理。董事会成员为五人至十九人。董事会成员中可以有公司职工代表。董事会中的职工代表由公司职工通过职工代表大会、职工大会或者其他形式民主选举产生。

董事会设董事长一人，可以设副董事长。董事长和副董事长由董事会以全体董事的过半数选举产生。

《公司法》中关于有限责任公司董事任期的规定，适用于股份有限公司董事。

2. 董事会的职权

《公司法》中关于有限责任公司董事会职权的规定，适用于股份有限公司董事会。

3. 董事会会议的召开

董事会每年度至少召开两次会议，每次会议应当于会议召开十日前通知全体董事和

监事。

代表十分之一以上表决权的股东、三分之一以上董事或者监事会，可以提议召开董事会临时会议。董事长应当自接到提议后十日内，召集和主持董事会会议。董事会召开临时会议，可以另定召集董事会的通知方式和通知时限。

董事长召集和主持董事会会议，检查董事会决议的实施情况。副董事长协助董事长工作，董事长不能履行职务或者不履行职务的，由副董事长履行职务；副董事长不能履行职务或者不履行职务的，由半数以上董事共同推举一名董事履行职务。

4. 董事会的决议

董事会会议应有过半数的董事出席方可举行。董事会作出决议，必须经全体董事的过半数通过。董事会决议的表决，实行一人一票。

董事会会议，应由董事本人出席；董事因故不能出席，可以书面委托其他董事代为出席，委托书中应载明授权范围。董事会应当对会议所议事项的决定作成会议记录，出席会议的董事应当在会议记录上签名。

董事应当对董事会的决议承担责任。董事会的决议违反法律、行政法规或者公司章程、股东大会决议，致使公司遭受严重损失的，参与决议的董事对公司负赔偿责任。但经证明在表决时曾表明异议并记载于会议记录的，该董事可以免除责任。

5. 经理

股份有限公司设经理，由董事会决定聘任或者解聘。董事会可以决定由董事会成员兼任经理。

《公司法》中关于有限责任公司经理职权的规定，适用于股份有限公司经理。

(三) 监事会

1. 监事会的性质和组成

监事会是股份有限公司的监督机构，其成员不得少于三人。监事会应当包括股东代表和适当比例的公司职工代表，其中职工代表的比例不得低于三分之一，具体比例由公司章程规定。监事会中的职工代表由公司职工通过职工代表大会、职工大会或者其他形式民主选举产生。

监事会设主席一人，可以设副主席。监事会主席和副主席由全体监事过半数选举产生。监事会主席召集和主持监事会会议；监事会主席不能履行职务或者不履行职务的，由监事会副主席召集和主持监事会会议；监事会副主席不能履行职务或者不履行职务的，由半数以上监事共同推举一名监事召集和主持监事会会议。董事、高级管理人员不得兼任监事。高级管理人员简称高管，是指公司的经理、副经理、财务负责人，上市公司董

事会秘书和公司章程规定的其他人员。《公司法》中关于有限责任公司监事任期的规定，适用于股份有限公司监事。

2. 监事会的职权

《公司法》中关于有限责任公司监事会职权的规定，适用于股份有限公司监事会。监事会行使职权所必需的费用，由公司承担。

3. 监事会会议的召开和议事规则

监事会每六个月至少召开一次会议。监事可以提议召开临时监事会会议。监事会的议事方式和表决程序，除《公司法》有规定的外，由公司章程规定。监事会决议应当经半数以上监事通过。监事会应当对所议事项的决定作成会议记录，出席会议的监事应当在会议记录上签名。

【做中学2】股份有限公司有下列情形之一的，应当在两个月内召开临时股东大会：（ ）。

- A. 董事人数不足本法规定人数或者公司章程所定人数的三分之二时
- B. 公司未弥补的亏损达实收股本总额三分之一时
- C. 单独或者合计持有公司百分之十以上股份的股东请求时
- D. 董事会认为必要时
- E. 监事人数不足本法规定人数或者公司章程所定人数的三分之二时

解析：答案为ABCD。详见《公司法》第一百条关于召开临时股东大会的相关规定。

【做中学3】判断题：股份有限公司董事会的决议违反法律、行政法规或者公司章程、股东大会决议，致使公司遭受严重损失的，参与决议的所有董事对公司负赔偿责任。即使有证据证明在表决时曾表明异议并记载于会议记录的，该董事也不可免除责任。（ ）

解析：答案为错误。股份有限公司董事应当对董事会的决议承担责任。董事会的决议违反法律、行政法规或者公司章程、股东大会决议，致使公司遭受严重损失的，参与决议的董事对公司负赔偿责任。但经证明在表决时曾表明异议并记载于会议记录的，该董事可以免除责任。

四、上市公司的特别规定

上市公司，是指其股票在证券交易所上市交易的股份有限公司。

上市公司在一年内购买、出售重大资产或者担保金额超过公司资产总额百分之三十的，应当由股东大会作出决议，并经出席会议的股东所持表决权的三分之二以上通过。

上市公司董事与董事会会议决议事项所涉及的企业有关联关系的，不得对该项决议行使表决权，也不得代理其他董事行使表决权。该董事会会议由过半数的无关联关系董事出席即可举行，董事会会议所作决议须经无关联关系董事过半数通过。出席董事会的无关联关系董事人数不足三人的，应将该事项提交上市公司股东大会审议。

上市公司必须依照法律、行政法规的规定，公开其财务状况、经营情况及重大诉讼，在每会计年度内半年公布一次财务会计报告。

上市公司设立独立董事，具体办法由国务院规定。独立董事是指不在公司担任除董事之外的其他职务，并与其所受聘的上市公司及其主要股东不存在可能妨碍其进行独立判断的关系的董事。独立董事除了应履行董事的一般职责外，主要职责在于对控股股东及其选任的上市公司的董事、高级管理人员，以及其与公司进行的关联交易等进行监督。独立董事对上市公司及全体股东负有诚信与勤勉义务。

上市公司设董事会秘书，负责公司股东大会和董事会会议的筹备、文件保管以及公司股东资料的管理，办理信息披露事务等事宜。上市公司董事会秘书是公司的高级管理人员。

五、股份有限公司的股份发行和转让

股份有限公司的资本划分为股份，每一股的金额相等，股份采取股票的形式。股票是公司签发的证明股东所持股份的凭证。股票应当载明下列主要事项：公司名称，公司成立日期，股票种类、票面金额及代表的股份，股票的编号。股票由法定代表人签名，公司盖章。

（一）股份发行

1. 股份发行的原则

股份的发行，实行公平、公正的原则，同种类的每一股份应当具有同等权利。同次发行的同种类股票，每股的发行条件和价格应当相同；任何单位或者个人所认购的股份，每股应当支付相同价额。

2. 股份发行的种类、价格

发起人的股票，应当标明发起人股票字样。

公司发行的股票，可以为记名股票，也可以为无记名股票。公司向发起人、法人发行的股票，应当为记名股票，并应当记载该发起人、法人的名称或者姓名，不得另立户名或者以代表人姓名记名。公司发行记名股票的，应当置备股东名册，记载下列事项：股东的姓名或者名称及住所，各股东所持股份数，各股东所持股票的编号，各股东取得

股份的日期。发行无记名股票的，公司应当记载其股票数量、编号及发行日期。

股票发行价格可以按票面金额，也可以超过票面金额，但不得低于票面金额。

股票采用纸面形式或者国务院证券监督管理机构规定的其他形式。

股份有限公司成立后，即向股东正式交付股票。公司成立前不得向股东交付股票。

公司发行新股，股东大会应当对下列事项作出决议：新股种类及数额，新股发行价格，新股发行的起止日期，向原有股东发行新股的种类及数额。

公司经国务院证券监督管理机构核准公开发行新股时，必须公告新股招股说明书和财务会计报告，并制作认股书。

公司发行新股，可以根据公司经营情况和财务状况，确定其作价方案。

公司发行新股募足股款后，必须向公司登记机关办理变更登记，并公告。

（二）股份转让

股份可以依法转让。

1. 股份转让的方式

股份转让应当在依法设立的证券交易场所进行或者按照国务院规定的其他方式进行。上市公司的股票，依照有关法律、行政法规及证券交易所交易规则上市交易。

记名股票，由股东以背书方式或者法律、行政法规规定的其他方式转让；转让后由公司将受让人的姓名或者名称及住所记载于股东名册。股东大会召开前二十日内或者公司决定分配股利的基准日前五日内，不得进行前述股东名册的变更登记。但是，法律对上市公司股东名册变更登记另有规定的，从其规定。

记名股票被盗、遗失或者灭失，股东可以依照《中华人民共和国民事诉讼法》规定的公示催告程序，请求人民法院宣告该股票失效。人民法院宣告该股票失效后，股东可以向公司申请补发股票。

无记名股票的转让，由股东将该股票交付给受让人后即发生转让的效力。

2. 股份转让的限制

为防止发起人“圈钱后”向公众投资者转嫁投资风险，法律规定，发起人持有的本公司股份，自公司成立之日起一年内不得转让，因司法强制执行、继承、遗嘱、依法分割财产等导致最后股份变动的除外。

为保持公司上市前后股权结构稳定，法律规定，公司公开发行股份前已发行的股份，自公司股票在证券交易所上市交易之日起一年内不得转让，因司法强制执行、继承、遗嘱、依法分割财产等导致最后股份变动的除外。

为防止董事、监事、高级管理人员进行有利益冲突的交易，法律规定，公司董事、

监事、高级管理人员应当向公司申报所持有的本公司的股份及其变动情况，在任职期间每年转让的股份不得超过其所持有本公司股份总数的百分之二十五；所持本公司股份自公司股票上市交易之日起一年内不得转让；上述人员离职后半年内，不得转让其所持有的本公司股份；因司法强制执行、继承、遗嘱、依法分割财产等导致最后股份变动的除外。上市公司董事、监事、高级管理人员所持股份不超过1 000股的，可一次全部转让，不受上述转让比例的限制。公司章程可以对公司董事、监事、高级管理人员转让其所持有的本公司股份作出其他限制性规定。

公司不得收购本公司股份。但是，有下列情形之一的除外：（1）减少公司注册资本；（2）与持有本公司股份的其他公司合并；（3）将股份用于员工持股计划或者股权激励；（4）股东因对股东大会作出的公司合并、分立决议持异议，要求公司收购其股份；（5）将股份用于转换上市公司发行的可转换为股票的公司债券；（6）上市公司为维护公司价值及股东权益所必需。公司因前述第1项、第2项规定的情形收购本公司股份的，应当经股东大会决议；公司因前述第3项、第5项、第6项规定的情形收购本公司股份的，可以依照公司章程的规定或者股东大会的授权，经三分之二以上董事出席的董事会会议决议。公司依照前述规定收购本公司股份后，属于第1项情形的，应当自收购之日起十日内注销；属于第2项、第4项情形的，应当在六个月内转让或者注销；属于第3项、第5项、第6项情形的，公司合计持有的本公司股份数不得超过本公司已发行股份总额的百分之十，并应当在三年内转让或者注销。上市公司收购本公司股份的，应当依照《中华人民共和国证券法》的规定履行信息披露义务。上市公司因前述第3项、第5项、第6项规定的情形收购本公司股份的，应当通过公开的集中交易方式进行。

公司不得接受本公司的股票作为质押权的标的。

【做中学4】公司不得收购本公司股份。但是，有下列情形之一的除外：（ ）。

- A. 增加公司注册资本
- B. 与持有本公司股份的其他公司合并
- C. 将股份奖励给本公司职工
- D. 股东因对股东大会作出的公司合并、分立决议、变更公司形式持异议，要求公司收购其股份的

解析：答案为BCD。公司不得收购本公司股份，但是我国法律对此有例外情形的规定，详见《公司法》第一百四十二条。

六、有限责任公司和股份有限公司的区别

(一) 概念

有限责任公司简称有限公司，是指全部资本不区分为金额相等股份，股东以其认缴的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企业法人。

股份有限公司简称股份公司，是指全部资本分为金额相等股份，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债务承担责任的企业法人。

(二) 特征

有限责任公司的资本不分为等额股份，不能发行股票，股东以其出资额为限对公司负责。

股份有限公司的资本分为等额股份，表现为发行股票，股东以其所持股份为限对公司负责。

(三) 设立条件

有限责任公司是闭合性公司，股东有最高人数限制，即最多五十人。它只能采取发起设立方式，设立程序、条件简单。

股份有限公司是开放性公司，股东无最高人数限制，采取股份公开、财务公开原则。它既可以采取募集设立，也可以公开发行股票募集资金并上市，设立程序条件复杂，限制严格。

(四) 组织机构的名称

一般的有限责任公司，其组织机构为“三会”，即股东会、董事会、监事会；股东人数较少和规模较小的有限责任公司，其组织机构可以为股东会、执行董事和监事；一人有限责任公司不设股东会。

股份有限公司必设的组织机构：股东大会、董事会和监事会。

(五) 股权(股份)转让

有限责任公司股东股份转让以法律限制为原则，以自由转让为例外。对外转让股份，应当通知其他股东，经其他股东过半数同意。经股东同意转让的股权，在同等条件下，其他股东有优先购买权。

股份有限公司股东所拥有的股票以自由转让原则，以法律限制为例外。除了对发起人、“董、监、高”等特定人员在特定时期的限制外，股票可以自由交易和转让。股票转让无须通知原股东，无须经其他股东同意，原股东也无优先购买权。

案例分析

《公司法》第一百四十一条禁止的发起人在公司成立之日起一年(审判时为三年)内转让股份,但法律并不禁止发起人为公司成立一年(审判时为三年)后转让股份而预先签订合同。只要不实际交付股份,就不会引起股东身份和股权关系的变更,即拟转让股份的发起人仍然是公司的股东,其作为发起人的法律责任并不会因签订转让股份的协议而免除。因此,发起人与他人订立合同约定在公司成立一年之后转让股权的,并不违反《公司法》第一百四十一条的禁止性规定,应认定为合法有效。

本案原告和被告所签订的《过渡期经营管理协议》的性质属于股份或股权的托管协议,双方形成事实上的股份托管关系,即法律上和名义上的股东仍是王华,而实际上王华作为浦发公司股东的权利和义务由张桂平享有、承担。由于我国《公司法》对公司股份的托管行为和托管关系并无禁止性规定,因此,本案当事人所签订的《过渡期经营管理协议》合法有效。尽管双方在协议中约定过渡期内王华作为浦发公司股东的一切义务和责任由张桂平承担,但这种约定只在双方当事人之间内部有效,而对第三人并不具有法律约束力。法院判决:本案原告、被告作为浦发公司的发起人,在浦发公司成立两年后,于2004年10月22日签订《股份转让协议》及《过渡期经营管理协议》,约定“过渡期”后王华将所持的标的股份转让于张桂平名下。上述约定并不违反《公司法》关于发起人禁售期的规定,不违反浦发公司章程的相关规定,亦不违反社会公共利益,应认定为合法有效。

同步训练



参考答案

一、单选题

- 由发起人认购公司发行的全部股份而设立公司,称为()。
 - 募集设立
 - 发起设立
 - 认购设立
 - 核准设立
- 股份有限公司的发起人中须有()在中国境内有住所。
 - 1/3以上
 - 1/2以上
 - 1/5以上
 - 2/3以上
- 以募集方式设立的股份有限公司,发起拟订的章程草案须经()通过。
 - 出席创立大会的认股人所持表决权的2/3以上

- B.全体发起人、认股人所持表决权的2/3以上
 C.出席创立大会的认股人所持表决权的过半数
 D.全体认股人所持表决权的过半数
- 4.公司收购本公司股份后,属于减少公司注册资本情形的,应当自收购之日起()内注销;属于与持有本公司股份的其他公司合并情形的,应当在()内转让或者注销。
- A. 10日; 6个月 B. 10日; 60日
 C. 5日; 6个月 D. 5日; 60日
- 5.下列不属于股份公司股东大会行使的职权是()。
- A.决定聘任或解聘公司经理及其报酬事项
 B.对公司聘用、解聘会计师事务所作出决议
 C.对发行公司债券作出决议
 D.审议批准公司的利润分配方案和弥补亏损方案

二、判断题

- 1.在发起设立股份有限公司的方式中,经主管机关批准,社会公众可以参加股份认购。()
- 2.股份有限公司的发起人应为2~200人。()
- 3.根据《公司法》,全体发起人的货币出资额不得低于公司注册资本的20%。()
- 4.以募集方式设立股份有限公司的,应于创立大会结束后15日内向公司登记机关申请设立登记。()
- 5.经股东大会批准,公司可以接受本公司的股票作为质押权的标的。()

三、案例分析题

有四个发起人拟采用募集方式设立一家股份有限公司,公司总注册资本为1 500万元,每个发起人各承担100万元,其余1 100万元向社会募集。为了吸引投资者购买,他们将每股1元的股票优惠到每股0.9元开始募集。一个月后,股款全部募足,发起人召开创立大会,参加人所代表的股份总数为7%。四个发起人中的两个人突然改变主意,抽回了股本。创立大会决定仍要成立公司,并向公司登记机关提交了申请书,但公司登记机关认为公司设立过程违法之处较多,不予登记。此时,发起人也心灰意懒,宣布不成立公司了,各股东的股本也随即退回。但这样一来,公司在设立的过程中所产生的费

用已达12万元，发起人以外的股东要求赔偿的利息损失也有3万元。对合计15万元的债务，各发起人之间相互推诿，谁也不愿意承担，各债权人于是推选两名代表到法院起诉四个发起人，要求偿还债务。四个发起人辩称，公司不能成立，大家都有责任，因此个人损失自己承担。

请问：

- 1.该股份有限公司成立过程中有哪些违法之处？
- 2.本案四个发起人是否应承担公司不能成立的债务？为什么？

任务 2.4 公司董事、监事、高级管理人员的资格和义务

案例导入

损害股东利益责任纠纷案

李健原系道清选煤公司股东，后其将自己在道清选煤公司的股份转让给通化矿业集团。因李健认为道清选煤公司董事长郝贵东在履行职务时就精煤销售价格低于市场价格给公司造成损失，损害了李健作为道清选煤公司的股东期间的权益，故向人民法院提起股东直接诉讼，要求郝贵东对自己进行赔偿。

[案例来源：《李健与郝贵东、通化矿业(集团)有限责任公司损害股东利益责任纠纷申诉、申请民事裁定书》，最高人民法院(2016)最高法民申84号]

请根据你所了解的公司法知识判断：法院是否应支持李健的诉讼请求？并说明理由。

知识准备

一、公司董事、监事、高级管理人员的资格

在公司组织结构下，股东并不直接参与公司管理。股东只能通过选举董事组成董事会，由董事会聘任经理来负责公司的日常经营管理活动，而监事会负责监督。在所有权和控制权分离的情况下，为保证董事、监事、高级管理人员有正确履行职责的能力和条件，《公司法》规定，有下列情形之一的人员，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) 因犯有贪污、贿赂、侵占财产、挪用财产或破坏社会主义市场经济秩序，被判处有期徒刑，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、企业的董事长或厂长、经理，并对该公司、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。

公司违反前述规定选举、委派董事、监事或者聘任高级管理人员的，该选举、委派或者聘任无效。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。

二、公司董事、监事、高级管理人员的义务

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。

董事、高级管理人员不得有下列行为：

(1)挪用公司资金；

(2)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)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；

(4)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；

(5)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；

(6)接受他人与公司交易的佣金归为己有；

(7)擅自披露公司秘密；

(8)违反对公司忠实义务的其他行为。

董事、高级管理人员违反上述规定所得的收入应当归公司所有。与不参与公司经营决策而只负责监督的监事相比，董事、高级管理人员负责公司经营管理，故对其忠实义务要求较高。

公司管理层应当接受质询和监督。股东会或者股东大会要求董事、监事、高级管理人员列席会议的，董事、监事、高级管理人员应当列席并接受股东的质询。董事、高级管理人员应当如实向监事会或者不设监事会的有限责任公司的监事提供有关情况和资

料，不得妨碍监事会或者监事行使职权。

三、股东诉讼

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，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任；公司亦应当向其主张损害赔偿。董事会作为公司的法定代表机关，应该代表公司主张权利。

（一）股东代表诉讼

股东代表诉讼，又叫股东派生诉讼、股东代为诉讼、股东间接诉讼，是指公司的合法权益受到不法侵害而公司怠于起诉时，具有法定资格的股东以自己的名义起诉，所获赔偿归于公司的一种诉讼制度。股东代表诉讼的目的是保护公司利益和股东的共同利益，而不仅仅是个别股东的利益。为保护个别股东利益而进行的诉讼是股东直接诉讼。

根据责任人身份的不同和具体情况的不同，提起股东代表诉讼有以下几种程序：

1. 股东对董事、监事、高级管理人员给公司造成损失行为提起股东代表诉讼的程序

（1）股东通过监事会或者监事提起诉讼。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，有限责任公司的股东、股份有限公司连续一百八十日以上单独或者合计持有公司百分之一以上股份的股东，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。

（2）股东通过董事会或者董事提起诉讼。监事违反法律、行政法规或者公司章程的规定，给公司造成损失的，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。

前述规定的一百八十日以上连续持股期间，应为股东向人民法院提起诉讼时，已届满的持股时间；规定的合计持有公司百分之一以上股份，是指两个以上股东持股份额的合计。

（3）股东直接提起诉讼。监事会、不设监事会的有限责任公司的监事，或者董事会、执行董事收到前述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三十日内未提起诉讼，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，前述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。

2. 股东对他人给公司造成损失行为提起诉讼的程序

公司董事、监事、高级管理人员以外的他人侵犯公司合法权益，给公司造成损失的，上述股东可以依照上述规定，为了公司的利益通过书面请求董事会或董事、监事会或监事向人民法院提起诉讼，或者直接以自己的名义向人民法院提起诉讼。

(二) 股东直接诉讼

股东直接诉讼是指股东对董事、高级管理人员损害个别股东利益行为而提起的诉讼。董事、高级管理人员违反法律、行政法规或者公司章程的规定，损害股东利益的，股东可以依法直接向人民法院提起诉讼。

【做中学1】有下列情形之一的人员，不得担任公司的董事、监事、高级管理人员：()。

- A. 无民事行为能力或者限制民事行为能力
- B. 因犯有贪污、贿赂、侵占财产、挪用财产罪或破坏经济秩序罪，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
- C. 担任破产清算的公司、企业的董事长或厂长、经理，并对该公司、企业的破产负有个人责任的，自该公司、企业破产清算之日起未逾3年
- D. 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
- E. 个人所负数额较大的债务到期未清偿

解析：答案为ABCDE。详见《公司法》关于不得担任公司的董事、监事、高级管理人员的规定。

案例分析

首先，根据《公司法》第一百四十九条的规定，公司高管人员给公司造成损失的应向公司承担赔偿责任。本案中，李健并非代表道清选煤公司向公司董事长提起诉讼，也并未要求公司董事长郝贵东向道清选煤公司承担赔偿责任。况且，李健已将其股权全部转让，已不具备股东资格，无权代表道清选煤公司向公司高管人员提起公司代表诉讼。据此，李健不具备原告主体资格。其次，本案中即便存在李健所主张的公司董事长郝贵东低价销售精煤的行为，是对道清选煤公司造成损失，仅是间接损害了李健作为股东的利益，而与其自身财产权益之间并没有直接的因果关系。因其股权已转让，李健主张的所谓损失与其并无利害关系。再次，虽然李健在起诉状中将《中华人民共和国民法通则》第一百零六条(公民、法人违反合同或者不履行其他义务的，应当承担民事责任。公民、法人由于过错侵害国家的、集体的财产，侵害他人财产、人身的，应当承担民事责任。没有过错，但法律规定应当承担民事责任的，应当承担民事责任)的规定作为其行使请求权的法律依据，但本案系李健基于其曾是公司股东的身份而对公司董事长提起的诉讼，并非一般意义上的侵权之诉，故应当适用《公司法》的相关规定审查其与本案是

否存在直接利害关系。基于前述分析，应裁定驳回李健起诉。

同步训练



参考答案

一、多选题

1. 董事、高级管理人员不得有下列行为：()。
 - A. 挪用公司资金
 - B. 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
 - C. 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
 - D. 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
2. 董事、高级管理人员不得有下列行为：()。
 - A. 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
 - B. 接受他人与公司交易的佣金归为己有
 - C. 擅自披露公司秘密
 - D. 违反对公司忠实义务的其他行为

二、判断题

1. 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。()
2. 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，有限责任公司的股东、股份有限公司连续一百八十日以上单独或者合计持有公司百分之一以上股份的股东，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。()
3. 董事、高级管理人员违反法律、行政法规或者公司章程的规定，损害股东利益的，股东不可以向人民法院提起诉讼。()

三、案例分析题

原告诉称：原告与第一被告是第二被告某有限责任公司的合法股东。从2013年至

2017年间，第二被告一直为第一被告提供包装产品。2018年1月21日，第一被告与第二被告进行了对账，第一被告确认欠第二被告5 149 497.08元。对账后，除其中第一被告所欠的200万元双方同意冲抵账外，余款3 149 497.08元一直未付。为此，原告曾多次找第一被告协商。原告还于2018年1月25日与第一被告召开董事会，同意第一被告欠第二被告的款项可以通过诉讼解决。但第二被告起诉后，第一被告的原法定代表人周某利用其作为第二被告法定代表人的特殊身份，出尔反尔，不同意起诉，以致第二被告的起诉被法院裁定驳回起诉，以达到其逃避债务的目的。现原告作为第二被告的合法股东，请求判令第一被告偿还余款3 149 497.08元及利息给第二被告。

请问：

原告的诉讼请求应得到法院的支持吗？为什么？

任务 2.5 公司债券与公司财务、会计

案例导入

上市公司发行公司债券、新股案

某股份有限公司是上市公司，经济效益良好。为了进一步筹集生产经营资金，该公司准备发行公司债券，由董事会制订了方案，作出了决议。经过向国务院证券管理部门申请，获得批准。公司于是一次性发行可转换为股票的公司债券3 000万元人民币，此时公司的净资产额为6 000万元人民币。债券发行后，由于市场竞争激烈，公司产品积压，销售不旺，出现亏损，公司便将筹集的债券用于弥补亏损，但仍然不能扭转亏损的局面。董事会于是决定，向社会公开发行人新股，以募集资金，并决定采取溢价发行、平价发行、低价发行三种方式。公司成立销售部，专门负责销售所发行的股票。另外，考虑到将来公司债券到期后还要还本付息，公司于是要求所有债券持有人将债券转换为公司的股票，从而与公司共担风险。

请回答下列问题并说明理由：

1. 某股份有限公司发行公司债券有无不妥之处？
2. 某股份有限公司发行公司债券筹集的资金可否用于弥补公司亏损？
3. 某股份有限公司发行新股的决定和方式有无不妥之处？
4. 某股份有限公司能否发行新股？
5. 某股份有限公司可以要求所有债券持有人将债券转换成公司股票吗？

知识准备

一、公司债券的概念与特征

(一) 公司债券的概念

公司债券，是指公司依照法定程序发行、约定在一定期限还本付息的有价证券。

公司以实物券方式发行公司债券的，必须在债券上载明公司名称、债券票面金额、利率、偿还期限等事项，并由法定代表人签名，公司盖章。

(二) 公司债券的特征

公司债券与公司股票有不同的法律特征。

1. 法律性质不同

公司债券表示的是债权人对公司享有的债权，股票代表的是股东对公司享有的是股权。

2. 法定的权利和义务不同

公司债券的持有人是公司的局外人，仅仅是公司的债权人，有权按照约定期限取得利息，收回本金，但无参与公司经营的法定权利，也无权分享公司剩余财产，但在公司清算时，有权比公司股东优先得到债务清偿。债券持有人对公司的经营状况不承担责任；而股票的持有人是公司的股东，是组成公司的成员，有权参加股东大会并进行投票，参与公司的经营决策，有权分享股利和剩余财产分配，但同时在自己股份内承担风险责任。

3. 期限不同

公司债券本息到期归还，公司股票所代表的股金则不可抽回。

4. 收益风险与方式不同

公司债券收益即利息是固定的，不管公司盈利与否都须支付；公司股票的收益即红利可能较高，可能较低，也可能没有，决定于公司盈利水平，风险比债券大。

5. 收益支付时间不同

债券的利息从税前利润中支付，股利从税后利润中支付。

二、公司债券的种类和发行

(一) 公司债券的种类

1. 记名公司债券和无记名公司债券

以是否记名为标准，公司债券分为记名公司债券和无记名公司债券。

记名公司债券，即在券面上登记持有人姓名或名称，支取本息要凭印鉴领取，转让时必须背书并到债券发行公司登记的公司债券；不记名公司债券，即券面上不需载明持有人姓名，还本付息及流通转让仅以债券为凭，不需登记。

发行记名公司债券的，应当在公司债券存根簿上载明下列事项：债券持有人的姓名或者名称及住所；债券持有人取得债券的日期及债券的编号；债券总额，债券的票面金

额、利率、还本付息的期限和方式；债券的发行日期。发行记名公司债券的，应当在公司债券存根簿上载明债券总额、利率、偿还期限和方式、发行日期及债券的编号。

2. 可转换公司债券和不可转换公司债券

以是否可以转换成发行公司的股票为标准，可以将公司债分为可转换公司债券（简称“转债”）和不可转换公司债券。我国《公司法》规定，只有上市公司可以申请发行可转换为股票的公司债券，并在公司债券募集办法中规定具体的转换办法。上市公司发行可转换为股票的公司债券，除了应当符合公司债券的发行条件外，还应当符合发行股票的条件，并报国务院证券监督管理机构核准。发行可转换为股票的公司债券，应当在债券上标明可转换公司债券字样，并在公司债券存根簿上载明可转换公司债券的数额。

发行可转换为股票的公司债券的，公司应当按照其转换办法向债券持有人换发股票，但债券持有人对转换股票或者不转换股票有选择权。

（二）公司债券的发行

1. 公司债券的发行条件

为筹集生产经营资金，公司可以依法发行债券。发行债券必须符合如下条件：（1）股份有限公司的净资产不低于人民币三千万元，有限责任公司的净资产不低于人民币六千万元；（2）累计债券余额不超过公司净资产的百分之四十；（3）最近三年平均可分配利润足以支付公司债券一年的利息；（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）国务院规定的其他条件。

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。

2. 再次发行债券的限制性规定

公司存在下列情形的，不得再次发行公司债券：（1）前一次公开发行的公司债券尚未募足；（2）对已发行的公司债券或其他债务有违约或者迟延履行本息的事实，仍处于继续状态；（3）违反规定，改变公开募集公司债券所募资金的用途。

3. 公司债券发行的程序

（1）作出决议或决定。由董事会制订方案，股东会作出决议；国有独资公司发行公司债券，应由国家授权投资的机构或者国家授权的部门作出决定。

（2）申请发行。公司在作出发行公司债券的决议或者决定后，必须依照公司法规定的条件，向国务院授权的部门提交规定的申请文件，报请批准。所提交的申请文件，必须真实、准确、完整。向国务院授权的部门提交的申请文件包括公司登记证明、公司章程、公司债券募集办法、资产评估报告和验资报告等。

(3)发行的批准。国务院授权的部门依照法定条件负责批准公司债券的发行，该部门应当自受理公司债券发行申请文件之日起三个月内作出决定；不予审批的，应当作出说明。

(4)与证券商签订承销协议。

(5)公告募集办法。发行公司债券申请经批准后，应当公告债券募集办法。在募集办法中应当载明下列事项：公司名称，债券总额和债券的票面金额，债券的利率，还本付息的期限和方式，债券发行的起止日期，公司净资产额，已发行的尚未到期的公司债券总额，公司债券的承销机构。

(6)认购公司债券。

【做中学】发行公司债券必须符合如下条件：()。

- A.股份有限公司的净资产不低于人民币三千万元，有限责任公司的净资产不低于人民币六千万元
- B.累计债券余额不超过公司净资产的百分之四十
- C.最近三年平均可分配利润足以支付公司债券一年的利息
- D.筹集的资金投向符合国家产业政策
- E.债券的利率不超过国务院限定的利率水平

解析：答案为ABCDE。详见发行公司债券的相关法律规定。

三、公司利润分配和公积金

(一)利润分配

公司利润是指公司当年利润减除应纳所得税的余额。根据《中华人民共和国公司法》《中华人民共和国企业所得税法》等相关法律的规定，公司应当按照如下顺序进行税后利润分配：(1)弥补以前年度亏损。公司的法定公积金不足以弥补以前年度亏损的，在依照规定提取法定公积金之前，应当先用当年利润弥补亏损。(2)提取法定公积金。(3)提取任意公积金。(4)向股东分配利润。公司弥补亏损和提取公积金后所余税后利润，有限责任公司股东按照实缴的出资比例分取红利；但是，全体股东约定不按照出资比例分取红利除外。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。

公司法在股利的分配上，贯彻“无盈不分”的原则，即公司只有在弥补亏损、提取法定公积金后有剩余利润时，才可向股东分配股利。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。

（二）公积金

公积金是公司在资本之外保留的资金金额，又称为附加资本或准备金。公司可将其用于增强自身财力，扩大营业范围或者预防意外亏损。公积金分为盈余公积金和资本公积金两类。

（1）盈余公积金是从公司税后利润中提取的公积金，分为法定公积金和任意公积金。

法定公积金又称强制公积金，是《公司法》规定必须从税后利润中提取的公积金。公司分配当年税后利润时，应当提取利润的百分之十列入公司法定公积金。《公司法》规定，公积金累计额为公司注册资本的百分之五十以上的，可以不再提取。法定公积金主要用于公司弥补亏损、扩大生产或者转增资本。

任意公积金是公司在法定公积金之外，依照公司章程或者股东会（股东大会）决议而从税后利润中提取的公积金。《公司法》规定，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。《公司法》对任意公积金提取比例、最低限额及用途均无规定，相关事项由公司自行决定。

（2）资本公积金是直接由资本原因等形成的公积金。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。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百分之二十五。

案例分析

1. 某股份有限公司发行公司债券，董事会无权作出决议。股份公司发行公司债券需要股东大会作出决议，董事会无权作出决议。

2. 某股份有限公司发行公司债券筹集的资金不可用于弥补公司亏损。发行债券筹集的资金必须用于核准的生产经营用途，不得用于弥补亏损和非生产性支出。

3. 某股份有限公司发行新股的决定和方式违法。股份公司发行新股需要股东大会作出决议，报证监会批准后，由证券承销商负责发行，股票发行时不能低于其票面金额发行。该公司由董事会来作出决议，且由公司所成立的销售部负责销售都是错误的，公司采用低价发行的方式也是错误的。

4. 某股份有限公司不能自行发行新股。股份公司未符合新股发行条件、未取得证监

会的批准是不能发行新股的。

5.某股份有限公司不能单方要求所有债券持有人将债券转换成公司股票。因为是否转换成股票的问题，债券持有人有选择权而公司没有选择权。

同步训练



参考答案

一、多选题

- 1.公司存在下列哪些情形的，不得再次发行公司债券？（ ）
 - A.前一次公开发行的公司债券尚未募足
 - B.对已发行的公司债券，仍处于继续状态
 - C.违反规定，改变公开募集公司债券所募资金的用途
 - D.对公司其他债务有违约或者迟延支付本息的事实，仍处于继续状态
- 2.公司债券募集办法中应当载明下列事项：（ ）。
 - A.公司名称
 - B.债券总额和债券的票面金额
 - C.债券的利率
 - D.还本付息的期限和方式
- 3.公司债券募集办法中应当载明下列事项：（ ）。
 - A.债券发行的起止日期
 - B.公司净资产额
 - C.已发行的尚未到期的公司债券总额
 - D.公司债券的承销机构
- 4.下列有关《公司法》规定的法定公积金的表述，正确的是：（ ）。
 - A.法定公积金又称强制公积金，是公司法规定必须从税后利润中提取的公积金
 - B.公司分配当年税后利润时，应当提取利润的百分之十列入公司法定公积金
 - C.公司法定公积金累计额为公司注册资本的百分之五十以上的，可以不再提取
 - D.法定公积金主要用于弥补亏损、扩大生产或者转增资本
 - E.公司的法定公积金不足以弥补以前年度亏损的，在依照相关规定提取法定公积金之前，应当先用当年利润弥补亏损
- 5.下列有关《公司法》规定的资本公积金的表述，正确的是：（ ）。
 - A.是直接由资本原因等形成的公积金。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，应当列为公司资本公积金
- B. 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
- C. 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
- D. 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百分之二十五

二、判断题

1. 公司弥补亏损和提取公积金后所余税后利润，有限责任公司股东按照实缴的出资比例分取红利；但是，全体股东约定不按照出资比例分取红利除外。（ ）
2. 股份有限公司按照股东持有的股份比例分配，股份有限公司章程规定不按持股比例分配的违法。（ ）
3. 股东会、股东大会或者董事会，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。（ ）
4. 公司持有的本公司股份可以分配利润。（ ）

三、案例分析题

兴达公司是改制企业，现共有 25 名自然人股东，谢某、刘某系该公司的股东。在本案起诉前，谢某、刘某因认为公司法定代表人及其他一些管理人员侵害公司及谢某、刘某的利益，双方发生纠纷，谢某、刘某在诉讼中提出由兴达公司给谢某、刘某 40 万元补偿款的调解方案。兴达公司为此召开股东会，股东会通过决议，决议内容为兴达公司给予每位股东发放补偿款 40 万元，谢某、刘某签字表示不同意。后公司通过转账方式向每位股东支付 40 万元。谢某、刘某诉至法院，请求确认上述股东会决议无效。谢某、刘某认为公司发放的 40 万元是分红款，兴达公司认为是福利。

请问：

本案如何处理？为什么？

任务 2.6 公司合并、分立、增资、减资、解散和清算

案例导入

股东对公司债务承担连带清偿责任案

原告上海存亮贸易有限公司(以下简称“存亮公司”)诉称:其向被告常州拓恒机械设备有限公司(以下简称“拓恒公司”)供应钢材,拓恒公司尚欠货款1 395 228.6元。被告房恒福、蒋志东和王卫明为拓恒公司的股东。拓恒公司未年检,被工商部门吊销营业执照,至今未组织清算。因其怠于履行清算义务,导致公司财产流失、灭失,存亮公司的债权得不到清偿。根据法律规定,房恒福、蒋志东和王卫明应对拓恒公司的债务承担连带责任。故请求判令拓恒公司偿还存亮公司货款1 395 228.6元及违约金,房恒福、蒋志东和王卫明对拓恒公司的债务承担连带清偿责任。

被告蒋志东、王卫明辩称:(1)两人从未参与过拓恒公司的经营管理;(2)拓恒公司实际由大股东房恒福控制,两人无法对其进行清算;(3)拓恒公司由于经营不善,在被吊销营业执照前已背负了大量债务,资不抵债,并非由于蒋志东、王卫明怠于履行清算义务而导致拓恒公司财产灭失;(4)蒋志东、王卫明也曾委托律师对拓恒公司进行清算,但由于拓恒公司财物多次被债权人哄抢,导致无法清算,因此蒋志东、王卫明不存在怠于履行清算义务的情况。故请求驳回存亮公司对蒋志东、王卫明的诉讼请求。

被告拓恒公司、房恒福未到庭参加诉讼,亦未进行答辩。

法院经审理查明:拓恒公司尚欠货款1 395 228.6元。房恒福、蒋志东和王卫明为拓恒公司的股东,所占股份分别为40%、30%、30%。拓恒公司因未进行年检,被工商部门吊销营业执照,至今股东未组织清算。现拓恒公司无办公经营地,账册及财产均下落不明。拓恒公司在其他案件中因无财产可供执行被中止执行。

(案例来源:江必新等著:《最高人民法院指导性案例裁判规则理解与适用·公司

卷》，中国法制出版社2012年版）

请根据你所了解的公司法知识判断：房恒福、蒋志东和王卫明应否对拓恒公司的债务承担连带清偿责任？并说明理由。

知识准备

一、公司合并

公司合并，是指两个或两个以上的公司订立合并协议，不需要经过清算，依照法定程序直接结合成为一个公司的法律行为。

（一）合并的形式

公司的合并分为吸收合并和新设合并两种形式。吸收合并又称存续合并，它是指一个公司吸收其他公司后存续，被吸收的公司解散；新设合并是指两个或两个以上的公司合并组成一个新的公司，原合并各方解散。

为防止公司合并侵害债权人和股东的利益，《公司法》规定公司的合并程序是：由合并各方签订合并协议，编制资产负债表及财产清单，由参与合并公司各自的股东大会或股东会作出决定或决议，通知、公告债权人，办理合并登记手续。股份有限公司的合并，还必须经国务院授权的部门或者省级人民政府批准。

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。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。公司不清偿债务或者不提供相应的担保的，公司不得合并。

公司合并，应当自合并决议或决定作出之日起九十日后申请登记。

（二）合并各方债权债务的承继

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。

二、公司分立

公司分立是指一个公司通过依法签订分立协议，不经过清算程序，分为两个或两个以上公司的法律行为。公司分立，其财产作相应的分割，应当编制资产负债表及财产清单。

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。除了没有赋予债权人要求公司清偿债务或者提供相应担保的权利，公司分立程序与公司

合并程序基本相同。

公司合并、分立的，应当自公告之日起四十五日后申请登记，提交合并协议和合并、分立决议或者决定，以及公司在报纸上登载公司合并、分立公告的有关证明和债务清偿或者债务担保情况的说明。法律、行政法规或者国务院决定规定公司合并、分立必须报经批准的，还应当提交有关批准文件。

（一）分立的形式

公司分立有两种形式：一是派生分立，是指公司以其部分资产另设一个或数个新的公司，原公司存续；二是新设分立，是指公司的全部资产分别划归两个或两个以上的新公司，原公司解散。

（二）分立前各方债务的承担

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。

三、公司注册资本的增加和减少

（一）公司注册资本的增加

公司增加注册资本，是指公司经股东会（股东大会）决议使公司的注册资本在原来的注册资本的基础上予以扩大的民事法律行为。公司为了扩大经营规模或者经营范围，或为了与公司的实际资产相符，或为了提高公司的资本信誉，有时需要增加注册资本。公司注册资本的增加不会损害公司债权人的利益，因此，没有必要增设保护债权人的特别程序。

但是，资本增加涉及股东的利益和公司本身财产的变化，因此，《公司法》规定增资必须经过股东会（股东大会）作出特别决议才能进行。

有限责任公司增加注册资本时，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。股份有限公司为增加注册资本发行新股时，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。

公司增加注册资本，应当依法向公司登记机关办理变更登记。

（二）公司注册资本的减少

公司减少注册资本，指公司经股东会（股东大会）决议使公司的注册资本在原来的注册资本的基础上予以减少的民事法律行为。一般情况下，公司的注册资本不得减少。但是，如果出现净资产大大少于注册资本，或者在派生分立情况下，原公司的资产减少等情况，公司就可以减少注册资本。由于减少注册资本直接关系到公司的发展前景，关

系到公司的偿债能力，因而直接关系到广大股东和债权人的利益，所以《公司法》对此规定了严格的程序。

公司减少注册资本的内部程序：由董事会制定公司减少注册资本的方案，交由股东大会作出决议。

公司减少注册资本的外部程序：公司需要减少注册资本时，必须编制资产负债表及财产清单。公司应当自作出减少注册资本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。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，有权要求公司清偿债务或者提供相应的担保。

公司减少注册资本，应当依法向公司登记机关办理变更登记。

四、公司解散和清算

（一）公司解散

公司解散是公司基于章程规定或者法定的除破产以外的解散事由而停止营业活动，并进入清算程序，而使公司消失的法律行为。公司因下列原因解散：

- （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；
- （4）依法被吊销营业执照、责令关闭或者被撤销；

（5）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百分之十以上的股东，可以请求人民法院解散公司。

公司有上述第（1）项情形的，可以通过修改公司章程而存续。

《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（二）》[以下简称“《公司法》司法解释（二）”]对前述第5项情形中的“公司经营管理发生严重困难”进行了界定：（1）公司持续两年以上无法召开股东会或者股东大会，公司经营管理发生严重困难的；（2）股东表决时无法达到法定或者公司章程规定的比例，持续两年以上不能作出有效的股东会或者股东大会决议，公司经营管理发生严重困难的；（3）公司董事长期冲突，且无法通过股东会或者股东大会解决，公司经营管理发生严重困难的；（4）经营管理发生其他严重困难，公司继续存续会使股东利益受到重大损失的情形。

股东以知情权、利润分配请求权等权益受到损害，或者公司亏损、财产不足以偿还全部债务，以及公司被吊销企业法人营业执照未进行清算等为由，提起解散公司诉讼

的，人民法院不予受理。

股东提起解散公司诉讼应当以公司为被告。原告以其他股东为被告一并提起诉讼的，人民法院应当告知原告将其他股东变更为第三人；原告坚持不予变更的，人民法院应当驳回原告对其他股东的起诉。原告提起解散公司诉讼应当告知其他股东，或者由人民法院通知其参加诉讼。其他股东或者有关利害关系人申请以共同原告或者第三人身份参加诉讼的，人民法院应予准许。

人民法院审理解散公司诉讼案件，应当注重调解。当事人协商同意由公司或者股东收购股份，或者以减资等方式使公司存续，且不违反法律、行政法规强制性规定的，人民法院应予支持。当事人不能协商一致使公司存续的，人民法院应当及时判决。

经人民法院调解公司收购原告股份的，公司应当自调解书生效之日起六个月内将股份转让或者注销。股份转让或者注销之前，原告不得以公司收购其股份为由对抗公司债权人。

人民法院关于解散公司诉讼作出的判决，对公司全体股东具有法律约束力。

人民法院判决驳回解散公司诉讼请求后，提起该诉讼的股东或者其他股东又以同一事实和理由提起解散公司诉讼的，人民法院不予受理。

股东提起解散公司诉讼，同时又申请人民法院对公司进行清算的，人民法院对其提出的清算申请不予受理。人民法院可以告知原告，在人民法院判决解散公司后，依据《民法典》第七十条、《公司法》第一百八十三条及《公司法》司法解释（二）第七条的规定，自行组织清算或者另行申请人民法院对公司进行清算。

（二）公司清算

公司清算，是指公司解散或被依法宣布破产后，依法处理公司未了的事务，使公司的法人资格归于消灭的法律行为。进入清算程序，是为了公平分配财产、保护股东、债权人和职工利益。公司除了因合并或分立解散无须清算，以及因破产而解散的公司使用破产清算程序外，其余原因引起的解散，均须经过清算程序。

1. 清算组的成立

解散的公司，应当在解散事由出现之日起十五日内成立清算组，开始自行清算。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或者股东大会确定的人员组成。

有下列情形之一的，债权人、公司股东、董事或其他利害关系人申请人民法院指定清算组进行清算的，人民法院应予受理：（1）公司解散逾期不成立清算组进行清算的；（2）虽然成立清算组但故意拖延清算的；（3）违法清算可能严重损害债权人或者股东利

益的。

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：（1）公司股东、董事、监事、高级管理人员；（2）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；（3）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。人民法院指定的清算组成员有下列情形之一的，人民法院可以根据债权人、公司股东、董事或其他利害关系人的申请，或者依职权更换清算组成员：（1）有违反法律或者行政法规的行为；（2）丧失执业能力或者民事行为能力；（3）有严重损害公司或者债权人利益的行为。

2. 清算组的职权

清算组在清算期间行使下列职权：（1）清理公司财产，分别编制资产负债表和财产清单；（2）通知、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活动。

3. 清算组成员的义务和责任

清算组成员应当忠于职守，依法履行清算义务。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。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。

4. 债权通知和债权的申报与登记

清算组应当将公司解散清算事宜自成立之日起十日内书面通知全体已知债权人，并于六十日内根据公司规模和营业地域范围在全国或者公司注册登记地省级有影响的报纸上进行公告。

清算组未按照前述规定履行通知和公告义务，导致债权人未及时申报债权而未获清偿，债权人主张清算组成员对因此造成的损失承担赔偿责任的，人民法院应依法予以支持。

债权人应当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，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。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。

公司清算时，债权人对清算组核定的债权有异议的，可以要求清算组重新核定。清算组不予重新核定，或者债权人对重新核定的债权仍有异议，债权人以公司为被告向人民法院提起诉讼请求确认的，人民法院应予受理。

债权人在规定的期限内未申报债权，在公司清算程序终结前补充申报的，清算组应予登记。债权人补充申报的债权，可以在公司尚未分配财产中依法清偿。公司尚未分配财产不能全额清偿，债权人主张股东以其在剩余财产分配中已经取得的财产予以清偿的，人民法院应予支持；但债权人因重大过错未在规定期限内申报债权的除外。但债权人或者清算组，以公司尚未分配财产和股东在剩余财产分配中已经取得的财产，不能全额清偿补充申报的债权为由，向人民法院提出破产清算申请的，人民法院不予受理。

5. 公司财产的清算

清算组在清理公司财产、编制资产负债表和财产清单后，应当制定清算方案，并报股东会、股东大会或者人民法院确认。

公司财产在分别支付清算费用、职工的工资、社会保险费用和法定补偿金，缴纳所欠税款，清偿公司债务后的剩余财产，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。公司财产在未依照前述规定清偿前，不得分配给股东。

人民法院指定的清算组在清理公司财产、编制资产负债表和财产清单时，发现公司财产不足清偿债务的，可以与债权人协商制作有关债务清偿方案。债务清偿方案经全体债权人确认且不损害其他利害关系人利益的，人民法院可依清算组的申请裁定予以认可。清算组依据该清偿方案清偿债务后，应当向人民法院申请裁定终结清算程序。债权人对债务清偿方案不予确认或者人民法院不予认可的，清算组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。

6. 公司注销的公告与登记

公司清算程序终结，是指清算报告经股东会、股东大会或者人民法院确认完毕。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（其中公司自行清算的，清算方案应当报股东会或者股东大会决议确认；人民法院组织清算的，清算方案应当报人民法院确认），并报送公司登记机关，申请注销公司登记，公告公司终止。

未经确认的清算方案，清算组不得执行。执行未经确认的清算方案给公司或者债权人造成损失，公司、股东或者债权人主张清算组成员承担赔偿责任的，人民法院应依法予以支持。

人民法院组织清算的，清算组应当自成立之日起六个月内清算完毕。因特殊情况无法在六个月内完成清算的，清算组应当向人民法院申请延长。

《公司法》司法解释(二)规定，有限责任公司的股东、股份有限公司的董事和控股股东未在法定期限内成立清算组开始清算，导致公司财产贬值、流失、毁损或者灭失，债权人主张其在造成损失范围内对公司债务承担赔偿责任的，人民法院应依法予以支持。有限责任公司的股东、股份有限公司的董事和控股股东因怠于履行义务，导致公司主要财产、账册、重要文件等灭失，无法进行清算，债权人主张其对公司债务承担连带清偿责任的，人民法院应依法予以支持。上述情形系实际控制人原因造成，债权人主张实际控制人对公司债务承担相应民事责任的，人民法院应依法予以支持。

有限责任公司的股东、股份有限公司的董事和控股股东，以及公司的实际控制人在公司解散后，恶意处置公司财产给债权人造成损失，或者未经依法清算，以虚假的清算报告骗取公司登记机关办理法人注销登记，债权人主张其对公司债务承担相应赔偿责任的，人民法院应依法予以支持。

公司解散应当在依法清算完毕后，申请办理注销登记。公司未经清算即办理注销登记，导致公司无法进行清算，债权人主张有限责任公司的股东、股份有限公司的董事和控股股东，以及公司的实际控制人对公司债务承担清偿责任的，人民法院应依法予以支持。公司未经依法清算即办理注销登记，股东或者第三人在公司登记机关办理注销登记时承诺对公司债务承担责任，债权人主张其对公司债务承担相应民事责任的，人民法院应依法予以支持。

有限责任公司的股东、股份有限公司的董事和控股股东，以及公司的实际控制人为二人以上的，其中一人或者数人按照上述规定承担民事责任后，主张其他人员按照过错大小分担责任的，人民法院应依法予以支持。

公司解散时，股东尚未缴纳的出资均应作为清算财产。股东尚未缴纳的出资，包括到期应缴未缴的出资，以及依照公司法的规定分期缴纳尚未届满缴纳期限的出资。

公司财产不足以清偿债务时，债权人主张未缴出资股东，以及公司设立时的其他股东或者发起人在未缴出资范围内对公司债务承担连带清偿责任的，人民法院应依法予以支持。

清算组成员从事清算事务时，违反法律、行政法规或者公司章程给公司或者债权人造成损失，公司或者债权人主张其承担赔偿责任的，人民法院应依法予以支持。

有限责任公司的股东、股份有限公司连续一百八十日以上单独或者合计持有公司百分之十以上股份的股东，依据《公司法》第一百五十一条第三款(即他人侵犯公司合法

权益，给公司造成损失的，符合条件的股东可提起股东代表诉讼)的规定，以清算组成员有前述行为为由向人民法院提起诉讼的，人民法院应予受理。

公司已经清算完毕注销，上述股东参照《公司法》第一百五十一条第三款的规定，直接以清算组成员为被告、其他股东为第三人向人民法院提起诉讼的，人民法院应予受理。

解散公司诉讼案件和公司清算案件由公司住所地人民法院管辖。公司住所地是指公司主要办事机构所在地。公司办事机构所在地不明确的，由其注册地人民法院管辖。基层人民法院管辖县、县级市或者区的公司登记机关核准登记公司的解散诉讼案件和公司清算案件；中级人民法院管辖地区、地级市以上的公司登记机关核准登记公司的解散诉讼案件和公司清算案件。

【做中学1】公司合并程序包括()。

- A.应当由公司的股东大会或股东会作出决定或决议
- B.由合并各方签订合并协议
- C.编制资产负债表及财产清单
- D.通知、公告债权人
- E.办理合并登记手续

解析：答案为ABCDE。详见公司合并的规定。

【做中学2】关于公司合并的规定的表述，合法的是()。

- A.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
- B.债权人自接到合并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
- C.公司不应要求清偿债务或者不提供相应的担保的，公司不得合并
- D.公司合并，应当自合并决议或决定作出之日起90日后申请登记

解析：答案为ABCD。详见公司合并的规定。

案例分析

存亮公司按约供货后，拓恒公司未能按约付清货款，应当承担相应的付款责任及违约责任。房恒福、蒋志东和王卫明作为拓恒公司的股东，应在拓恒公司被吊销营业执照后及时组织清算。因房恒福、蒋志东和王卫明怠于履行清算义务，导致拓恒公司的主要财产、账册等均已灭失，无法进行清算。房恒福、蒋志东和王卫明怠于履行清算义务的行为，违反了《公司法》及其司法解释的相关规定，应当对拓恒公司的债务承担连带清偿责任。拓恒公司作为有限责任公司，其全体股东在法律上应一体成为公司的清算义务

人。《公司法》及其司法解释并未规定蒋志东、王卫明所辩称的例外条款，因此无论蒋志东、王卫明在拓恒公司中所占的股份为多少，是否实际参与了公司的经营管理，两人在拓恒公司被吊销营业执照后，都有义务在法定期限内依法对拓恒公司进行清算。

拓恒公司在其他案件中因无财产可供执行被中止执行的情况，只能证明人民法院在执行中未查找到拓恒公司的财产，不能证明拓恒公司的财产在被吊销营业执照前已全部灭失。拓恒公司的三名股东怠于履行清算义务与拓恒公司的财产、账册灭失之间具有因果联系，蒋志东、王卫明的该项抗辩理由不成立。蒋志东、王卫明委托律师进行清算的委托代理合同及律师的证明，仅能证明蒋志东、王卫明欲对拓恒公司进行清算，但事实上对拓恒公司的清算并未进行。据此，不能认定蒋志东、王卫明依法履行了清算义务。法院判决：房恒福、蒋志东和王卫明怠于履行清算义务的行为，违反了《公司法》及其司法解释的相关规定，应当对拓恒公司的债务承担连带清偿责任。

同步训练



参考答案

一、多选题

1. 下列关于公司减少注册资本的规定的表述，合法的是（ ）。
 - A. 公司需要减少注册资本时，必须编制资产负债表及财产清单
 - B. 公司应当自作出减少注册资本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
 - C. 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，有权要求公司清偿债务或者提供相应的担保
 - D. 由董事会制定公司减少注册资本的方案并作出决议
2. 公司因下列原因解散：（ ）。
 - A. 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
 - B. 股东会或者股东大会决议解散
 - C. 因公司合并或者分立需要解散
 - D. 依法被吊销营业执照、责令关闭或者被撤销
 - E. 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百分之五以上的股东，可以请求人民法院解散公司
3. 下列关于公司解散时清算组的规定的表述，合法的有（ ）。
 - A. 清算组应当自成立之日起十日内通知债权人
 - B. 清算组应当自成立之日起三十日内在报纸上公告
 - C. 清算组应当依法清理债权债务
 - D. 清算组应当依法处理公司财产
 - E. 清算组应当依法编制清算报告

- A.解散的公司，应当在解散事由出现之日起十五日内成立清算组，开始清算
 - B.有限责任公司的清算组由股东组成
 - C.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
 - D.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
- 4.下列选项中属于公司解散时清算组的职权的有()。
- A.清理公司财产，分别编制资产负债表和财产清单
 - B.通知、公告债权人
 - C.处理与清算有关的公司未了结的业务
 - D.清缴所欠税款以及清算过程中产生的税款
 - E.清理债权、债务
 - F.处理公司清偿债务后的剩余财产
 - G.代表公司参与民事诉讼活动

二、判断题

- 1.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。()
- 2.公司分立前的债务由分立后的公司承担连带责任。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无效。()
- 3.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。()
- 4.在申报债权期间，清算组可以对债权人进行清偿。()

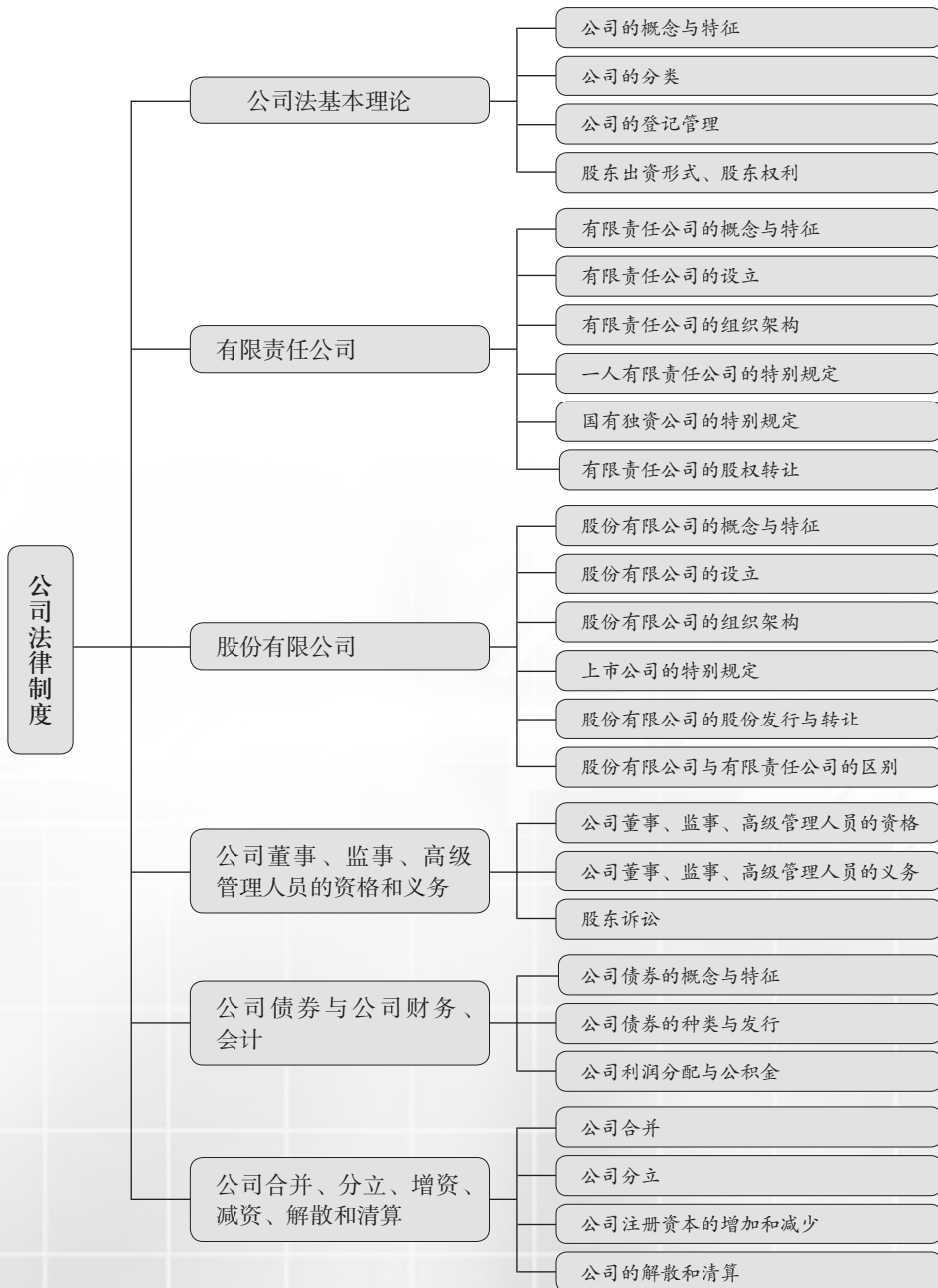
三、案例分析题

2013年，持股49%的某科技公司股东杨某以持股51%的周某强行拿走公司资产及公司财务、档案资料，公司形成僵局为由，诉请解散公司。庭审时，杨某称目前该科技公司原有项目仍在继续经营，且其未提供其他证据证明该科技公司存在经营管理发生严重困难情况。

请问：

法院应该判决公司解散吗？理由是什么？

项目小结



考核评价

本项目职业能力测试与考核采用百分制，将过程考核与结果考核相结合，加大技能考核比重。过程考核主要包括职业态度、组织纪律、团队合作、实训练习，占40%。结果考核以实务考核为主，占60%。

考核评价记录表

过程考核(40%)				结果考核(60%)	
职业态度 (10%)	组织纪律 (10%)	团队合作 (10%)	实训练习 (10%)	考核内容	分值 比重
教师根据课堂表现进行评价，采取扣分制	教师电子考勤 (每次课电子签到)	学生小组评价	教师根据学生提交的实训练习情况进行评价	有限责任公司	30%
				股份有限公司	30%