

# 商 法

## 从 12 年大纲看命题趋势

### 一、大纲总体变化概述

12 年司法考试大纲商法部分略有变化，新增考点 4 个，新增司法解释 4 部。12 年大纲新增的“名义股东与实际股东”“债权申报的范围”等都是可考性很强的考点，另外新增的司法解释也很可能成为重点考察的内容，总体上来看，改动集中在公司法以及企业破产法部分。

### 二、12 年命题趋势分析

一方面，商法整体要考察的知识体系并没有大的变动，说明了往年重点考察的内容如公司法等今年依然会占据较大分值，而且新增“名义股东与实际股东”也可能会有不小的分值。另一方面，破产法改动的内容较多，尤其新增了相关的司法解释，这些内容也将成为今年的命题热点

今年新增的司法解释较多，但新增内容一般难度不大，是容易拿分的内容，需要重点关注。

### 三、备考 12 年司考方法与技巧

商法的内容以公司法最为重要，而且分值最多。另外，公司法相对于商法其它的部门法对理论知识的掌握要求更高，对于公司法要在熟悉法条的同时了解公司法的相关基础理论和概念。其它的商法部门法主要考察点还是集中在法条的内容上，但法条的精确记忆切不可寄希望于死记硬背，要通过真题等练习来熟悉相关的考点。

## 12 年大纲增删考点汇总

### ■ 刑事诉讼法

#### 12 年新增考点

章名	节名	新增考点
公司法	公司的股东	◇ 名义股东与实际股东
企业破产法	破产申请和受理	◇ 破产申请的撤回 ◇ 破产申请的接收
	债权申报	◇ 债权申报的范围

12 年修改考点：无

12 年删除考点：无

#### 12 年法律法规目录增删

增加	删除
◇ 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（一）法释[2006]3号 ◇ 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）法释[2008]6号 ◇ 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）法释[2011]6号 ◇ 最高人民法院关于适用《中华人民共和国企业破产法》若干问题的规定（一）法释[2011]22号	◇ 无

## 新增考点精讲

### 考点一、名义股东与实际股东

所谓名义股东，是指登记于股东名册及公司登记机关的登记文件，但事实上并没有真实向公司出资、并且也不会向公司出资的人。从形式上而言，名义股东是公司的股东，需承担一定的股东义务，但这种义务主要是从保护善意的交易第三人出发的，至于名义股东与实际股东之间的法律关系，则主要从合同法角度予以规制。所谓实际股东，就是向公司履行了出资义务、并且实际享有股东权利但其姓名或者名称未记载于公司股东名册及公司登记机关的登记文件的人。实际股东也被称为隐名股东，名义股东则也被称为显名股东。

实践中，名义股东与实际股东往往签订有协议，一般称为持股协议或者代持协议，对双方当事人的权利义务包括如何参加公司股东会会议、行使股东权等有明确约定。这种协议并不违反公司法的强制性规定，是有效的合同。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《公司法规定（三）》）第25条规定：“有限责任公司的实际出资人与名义出资人订立合同，约定由实际出资人出资并享有投资权益，以名义出资人为名义股东，实际出资人与名义股东对该合同效力发生争议的，如无合同法第五十二条规定的情形，人民法院应当认定该合同有效。”

如果实际出资人与名义股东因投资权益的归属发生争议，实际出资人以其实际履行了出资义务为由向名义股东主张权利的，人民法院应支持其请求。名义股东以公司股东名册记载、公司登记机关登记为由否认实际出资人权利的，则不予支持。这就是对于名义股东与实际股东事项采取的实际出资原则。

但是，就其法律上或者名义上而言，名义股东仍然是合法的股东。实际股东如果想要“浮出水面”，取代名义股东的法律地位，必须履行相关的股权转让手续。实际出资人未经公司其他股东半数以上同意，请求公司变更股东、签发出资证明书、记载于股东名册、记载于公司章程并办理公司登记机关登记的，人民法院不予支持。换言之，必须履行相关的股权转让手续后，实际股东才能成为法律意义上的股东，做到“名实相符”。若涉及到对善意第三人利益保护时，名义股东和实际股东均须承担相应的责任；若涉及到名义股东与实际股东之间的利益时，以合同约定为准并兼顾实际出资的原则；若涉及到股东资格的认定，则需符合公司法的相关规定。

如果名义股东将登记于其名下的股权进行了诸如转让、质押或者以其他方式处分，实际出资人以其对于股权享有实际权利、名义股东不享有实际权利为由，请求认定处分股权行为无效的，人民法院可以参照物权法第106条关于善意取得的规定处理。亦即如果股权的受让人不知名义股东为名义股东、背后尚有实际股东之事实，则其为善意，股权转让行为有效；若受让人明知名义股东为名义股东、背后尚有实际股东之事实，仍然与名义股东签订股权转让协议受让股权的，则其为恶意，不能取得股权。在受让人善意取得的情况下，如果名义股东处分股权造成实际出资人损失的，实际出资人可以请求名义股东承担赔偿责任。

就对外责任而言，如果公司债权人以登记于公司登记机关的名义股东未履行出资义务为由，请示其对公司债务不能清偿的部分在未出本息范围内承担补充赔偿责任，股东以其权为名义股东而非实际出资人为由进行抗辩的，该抗辩不能成立，名义股东应当承担出资不足或者出资不实的赔偿责任。名义股东承担上述赔偿责任后，有权向实际出资人追偿。

但是，冒用他人名义出资并将他人作为股东在公司登记机关登记的，冒名登记行为人，也就是所谓的冒名股东，应当承担相应责任；公司、其他股东或者公司债权人以未履行出资义务为由，请求被冒名登记为股东的承担补足出资义务为由，请示被冒名登记为股东的承担补足出资责任或者对公司债务不能清偿部分的赔偿责任的，人民法院不予支持。

### 考点二、破产申请的撤回和破产申请的接收

#### （一）破产申请的撤回

根据破产法第9条的规定，人民法院受理破产申请前，申请人可以请求撤回申请。我国破产法采取的是开始主义，即法院收到破产申请之时，程序尚未开始；只有当法院对破产申请作出受理裁定时，程序才告开始。除清算责任人外，申请人向人民法院提出破产申请是行使法律赋予的权利，其撤回申

请也是行使权利。但是，申请人的撤回权是有时间限制的，即请求撤回申请只能在人民法院受理破产申请之前。在人民法院受理破产案件后，申请人请示撤回破产申请的，应予驳回。

如同在普通民事诉讼中原告撤诉一样，由于破产事件已经进入司法权的控制范围，当事人处分自己的权利要受制于司法机关的决定。因此，人民法院对于申请人提出的撤回申请的请求，有权审查其处分权利的正当性，及考虑其撤回行为是否存在恶意的权利滥用，是否有害于其他当事人的合法权益等，并最终裁定是否准许其撤回申请。

根据司法解释，人民法院准许申请人撤回破产申请，在撤回之前已经支出的费用由破产申请人承担。

## （二）破产申请的接收

1、接收破产申请的工作规范。人民法院收到破产申请时，应当向申请人出具收到申请及所附证据的书面凭证。人民法院收到破产申请后，应当及时对申请人的主体资格、债务人的主体资格和破产原因，以及有关材料和证据等进行审查，并依据企业破产法第 10 条的规定作出是否受理的裁定。人民法院认为申请人应当补充、补正相关材料，应当自收到破产申请之日起 5 日内告知申请人。当事人补充、补正相关材料的期间不计入企业破产法第 10 条规定的期限。

2、破产申请未被接收时的补救。申请人提出破产申请，人民法院未接收申请人提出的破产申请、未向申请人出具收到申请及所附证据的书面凭证，或者未在法定期限内作出是否受理的裁定等情形下，申请人可以向上一级人民法院提出破产申请。上一级人民法院接到破产申请后，应当责令下级法院依法审查并及时作出是否受理的裁定；下级法院仍不作出是否受理裁定，上一级人民法院可以径行作出裁定。上一级人民法院裁定受理破产申请的，可以同时指令下级人民法院审理该案件。

## 考点三、债权申报的范围

1. 一般规定。可申请的债权要满足以下几点要求：

- (1) 须为以财产给付为内容的请求权。给付标的为劳务或者不作为的请求权，不能申报，但是，因它们的不履行或者不适当履行而产生的赔偿请求权，为可以申报的债权。
- (2) 须为以债务人财产为受偿基础的请求权。此处的债务人财产是指受破产程序拘束的财产。故信托财产或者根据法律规定不受破产程序拘束的财产，不是此处所称的债务人财产；以这些财产为受偿基础的请求权，不得申报。至于请求权所指向的是财产是债务人的一般财产还是特定财产，不影响申报的资格。因此，有财产担保的债权和无财产担保的债权均在申报之列
- (3) 须为法院受理破产申请前成立的对债务人享有的债权。至于债权的到期时间，不影响申报资格。根据破产法的规定，未到期的债权，在破产案件受理时视为已到期。
- (4) 须为平等民事主体之间的请求权。因此，罚款等行政处罚不得申报。企业破产清算情况下若执行对债务人的财产性行政处罚，事实上处罚的是债权人。但是，在破产程序终结后，如果债务人因重整或和解而继续存续，处罚机关可以根据情况决定是否执行原来的处罚决定。
- (5) 须为合法有效的债权。因此，无效的债权、诉讼时效已届满的债权、无证据或证据为虚假的债权不得申报。

不具备上述条件的债权被申报的，管理人有权提异议。申报人坚持申报的，管理人可以在债权表中另页记载，并载明所发现的问题，以供债权人会议作出决定。必要时，管理人可以请示人民法院裁定不予确认。

2. 特别情形

- (1) 职工债权。债务人所欠职工的工资和医疗、伤残补助、抚恤费用，所欠的应当划入职工个人账户的基本养老保险、基本医疗保险费用，以及法律法规规定应当支付给职工的补

偿金，为我国破产法上的职工债权。职工不必申报，由管理人调查扣列出清单并予以公示。职工对清单记载有异议的，可以要求管理人更正；管理人不予更正的，职工可以向人民法院提起诉讼。

- (2) 利息请求权。附利息的债权自破产申请受理时起停止计息。破产申请受理前的利息，随本金一同申报。
- (3) 待定债权。指效力有等确定的债权，包括附条件、附期限的债权和诉讼、仲裁未决的债权。这些债权可以申报，但必须说明其待定的状况。
- (4) 连带债权。连带债权人可以由其中一人代表全体连带债权人申报债权，也可以共同申报。申报的债权是连带债权的，应当说明。
- (5) 连带债务人的代位求偿权。债务人的保证人或者其他连带债务人，已经代替债务人清偿债务的，以其对债务人的求偿权申报债权；尚未代替债务人清偿债务的，除债权人已经向管理人申报全部债权的外，以其对债务人的将来求偿权申报债权。
- (6) 连带债务的债权人。在连带债务人之一破产时，其债权人享有在破产程序中申报债权的权利。连带债务人数人被裁定适用破产程序的，其债权人有权就其全部债权分别在各破产案件中申报债权。
- (7) 待履行合同相对人的赔偿请求权。管理人或者债务人依照破产法第 18 条的规定解除合同的，对方当事人以因合同解除所产生的损害赔偿请求权申报债权。
- (8) 善意受托人的请求权。债务人是委托合同的委托人，被裁定适用破产法规定的程序，受托人不知该事实，继续处理委托事务的，受托人以由此产生的请求权申报债权。
- (9) 票据付款人的请求权。破产债务人是票据的出票人，该票据的付款人继续付款或者承兑的，付款人以由此产生的请求权申报债权。