

国家统一司法考试参考用书

2008 年

司法考试

重点、难点、疑点精解丛书

商法学·经济法学卷

(修订版)

附：2003 年—2007 年司法考试分类真题解析

司法考试研究小组 编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

2008 年司法考试 重点、难点、疑点精解丛书 商法学·经济法学卷

(修订版)

附：2003 年—2007 年司法考试分类真题解析

司法考试研究小组 编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

2008年司法考试重点、难点、疑点精解丛书·商法学·经济法学卷(修订版)/司法考试研究小组编. —北京:北京大学出版社, 2008. 3

ISBN 978-7-301-06195-4

I. 2… II. 司法考试研究小组… III. ①商法—法的理论—中国—法律工作者—资格考核—自学参考资料②经济法—法的理论—中国—法律工作者—资格考核—自学参考资料
IV. D92

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 012773 号

书 名: 2008年司法考试重点、难点、疑点精解丛书·商法学·经济法学卷(修订版)

著作责任者: 司法考试研究小组 编

责任编辑: 陈 敦

标准书号: ISBN 978-7-301-06195-4/D·0723

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn> 电子信箱: wxy@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752817 出版部 62754962

印 刷 者: 河北滦县鑫华书刊印刷厂

经 销 者: 新华书店

787 毫米×1092 毫米 16 开本 24 印张 595 千字

2003 年 3 月第 1 版 2008 年 3 月第 7 版 2008 年 3 月第 1 次印刷

定 价: 35.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话: (010)62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

出版说明

李白诗云：蜀道难，难于上青天。凡参加过2002年全国司法考试的考生们无不感受了司法考试之难。全国36万考生，只有2.4万考生通过考试。而且，通过分数线仅为240分。全国民族自治地区和国家级贫困县的分数线仅为235分。许多考生奋斗数载，有的甚至从黑头发考到白头发，也未能通过考试，足见司法考试之难。

司法考试难在哪里？为什么许多考生皓首穷经，不能破解司法考试之谜？为什么有的考生能够一考中的，犹如囊中取物，从此平步青云？我们通过组织具有多年律考、司法考试教学经验的老师进行研讨发现，关键在于掌握司法考试中的重点、难点和疑点问题。司法考试涉及的法律条文，据不完全统计，近2万多条。司法考试涉及的学科涵盖法学14门核心课程。在浩瀚的法学知识海洋中，如果对司法考试的重点把握不准，对司法考试的难点无法破译，对司法考试的疑点缺少研究，自然就像漂泊在大海中的孤舟上的船翁，茫茫然不知所向，只能望洋兴叹。

为了落实依法治国的伟大方略，更为了帮助考生准确地把握司法考试中的重点、难点、疑点，直面考试并顺利通过考试，我们邀请了多年从事律考和司法考试命题、辅导、大纲编写和教材编写的具有丰富经验的教授们，编写《2003年司法考试重点、难点、疑点精解丛书》。丛书共分8卷，分别是宪法学·法理学与法制史学卷、刑法学卷、民法学卷、刑事诉讼法学卷、民事诉讼法学卷、商法学与经济法卷、行政法学·行政诉讼法学卷、国际公法学·国际私法学·国际经济法学卷。

本套丛书具有以下特点：

1. 权威性。其表现在丛书各卷浓缩教材，解析重点，解惑难点，探讨疑点。各卷丛书的撰稿人均为资深教授，如刑法的阮吉林教授、宪法的焦洪昌教授、行政法与行政诉讼法的张树义教授、民法的李仁玉教授，其他教授因尊重本人意愿，在此不予列明。

2. 新颖性。本套丛书列出考试重点、考试难点、考试疑点，并通过例解的方式予以解答，使考生达到事半功倍的效果。

3. 准确性。在对重点、难点、疑点的分析中，不仅语言简洁，而且分析到位，以达到解惑之目的。

古人云：种瓜得瓜，种豆得豆。拥有和阅读本套丛书，领悟司法考试的精髓，播下成功的种子，必能结出胜利的果实！

北京大学出版社

2003年3月

2008 年修订版说明

本套丛书在 2003 年首版以来,得到了社会各界,特别是广大考生的充分肯定。在 2007 年司法考试成绩公布以后,许多考生电话、电传我社,认为这套丛书的出版对广大考生来说,是一福音。从前经过多年司法考试鏖战的考生,在阅读本套丛书之后,发现自己有顿悟之感,找到了破解司法考试之谜的方法,成功通过了 2007 年的司法考试。

为了答谢广大考生对本套丛书的厚爱,并帮助参加 2008 年司法考试的广大考生成功通过今年的司法考试,我社决定修订再版本套丛书。在本次修订再版过程中,丛书每卷仍由原权威作者担纲,以保证本套丛书的权威性。为了使广大考生把握司法考试之脉搏,真正理解司法考试中重点,解惑司法考试中难点,领悟司法考试中的疑点,在修订再版时,增加了 2003 年至 2007 年司法考试真题分析的内容。依据 2008 年司法考试大纲的变化,以及近一年来我国现行法律法规的变化,各卷作者对重点、难点、疑点内容进行了增删和调整,对相关练习及其解答和分析也进行了相应的调整。

真心希望阅读和拥有本套丛书的考生,在 2008 年的司法考试中,围着幸运,拥着成功,伴着喜悦,并从此谱写人生的美丽诗篇!

北京大学出版社

2008 年 2 月

前 言

本书为本套丛书的第四分册,即商法、经济法部分。

商法与经济法作为法律部门或法律学科,有着与其他法律部门与学科不同的特点,对这种特点的理解对于学好本学科以及取得理想的司法考试成绩都非常重要。

商法是调整商事贸易关系的法律部门。从本质而言,商法属于私法,以对私的权利与利益的保护为本旨,以对商事交易活动提供规则为内容。故商法与民法有着极为深刻的逻辑上的与内涵上的联系,民法的很多制度、原则、精神对商法规范有着直接的适用意义。所以学习商法、掌握商法,首先要有比较好的民法基础,这是十分重要的。但是,商法又不同于民法,不能简单地将商法理解为民法的特别法。事实上,商法的很多制度、原则与精神已经超越了民法,举凡票据法、保险法、海商法、破产法以及公司法等商法的分支部门,都有着较强烈的专业性、技术性,同时还有着较明显的国际性、灵活性,仅有民法的基础,而不对这些学科有专门的与深入的研习,是决无可能真正掌握和理解好商法的。

经济法则相反,其本质为公法而非私法,是国家宏观调控经济、规制市场的法律部门,所以学好经济法应当有较好的宪法与行政法的基础,也即有公法的理论奠基,但同时由于经济法所调整的社会关系多与自然人、法人这些民事主体的权益密切相关,所以学习经济法又对民法基础有一定的要求。这是经济法的一个显著特征。

作为司法考试的主要学科,商法与经济法同别的法律学科如民法、刑法、行政法、各种诉讼程序法等有一个最明显的不同,就是商法和经济法都是由若干既有一定联系但更有显著不同的分支部门或分支学科组成,如商法,是由公司法、合伙法、破产法、票据法、保险法、海商法等相对独立的法律部门组成,经济法则由竞争法、消费者权益法、产品责任法、土地法、劳动法、税法、环境法等相对独立的法律部门组成。这就要求我们自己善于去发现它们的规律,找到它们相通的地方,同时掌握它们的区别所在,这样才能收到事半功倍的效果。在编写体例上,每一分支学科的试题部分与参考答案部分放在一起,也是考虑到商法、经济法的这些特征,方便读者查阅而设计的。

2005年10月,我国的商事立法有两个重大的法律修订活动,一个是公司法的修订,一个是证券法的修订。本书主要即是依据此两个修订的法律而进行修订的。其中公司法的修订主要是体现在公司法理念的变化上,这种理念上的变化体现在很多具体的制度方面,需要特别注意掌握。这些重大修改包括:(一)新修订

的公司法删除了专为国有投资主体和国有企业改革设置的条文而突出了公司法规则的普适性,使公司法真正成为便于各种投资者设立公司的法律。(二)就公司设立的立法体例而言,由原来的防止滥设公司而转变为方便设立公司,对公司设立采准则主义,其具体措施包括降低公司最低注册资本数额,允许股东分期缴纳出资,允许设立一人有限公司,等等。(三)公司法修订后特别强调尊重公司的自治,放松管制,强调股东在决定公司重大事项中的地位。新公司法取消了原来的对公司转投资的限额(即对外投资总额累计不得超过公司净资产的 50%),而改由公司章程规定。由于章程是公司股东制定的,因而实质是将其决定权交给了股东。新公司法在原公司法规定的基础上增加了 10 处公司章程可以另行作出规定的规则,大大突出了公司章程的地位。(四)新修订的公司法加强了对相关权利人权利的事后救济规则,其中包括增加民事责任的规定,使当事人通过诉讼追究有关人员的赔偿责任有了依据;引进公司法人格否认的措施,使债权人追究滥用公司地位和有限责任股东的连带责任有了依据;规定了股东会、股东大会、董事会决议无效、撤销的规则,使股东会、股东大会、董事会决议瑕疵的诉讼成为可能;健全股东直接诉讼制度,建立股东代表诉讼制度,使法院管辖股东诉讼案件具有了现实性。突出有限责任公司的简化,彰显其人合特色。譬如,有限责任公司股东会的召开可以适用简易程序,经理仅作为任意设立的机关等,都较前更适应小公司的需要,符合公司自治的要求。(五)在公司法与证券法的关系上,净化了公司法的内容,协调了公司法与证券法的关系,将股票、公司债券的公开发行、上市交易和监管的问题纳入证券法规定,公司法不再重复规定这些内容。

希望本书的读者能细心琢磨,勤于思考,惟其如此方能有所收获。古云:学而不思则罔,思而不学则殆。诚哉斯言!

祝本书的读者心想事成。

作者谨识

目 录

上篇 商事法

第一部分 商事法

第一章 公司法	3
重点提示	3
疑点解惑	23
难点精析	25
真题解析	33
第二章 外商投资企业法	55
重点提示	55
疑点解惑	61
难点精析	62
真题解析	65
第三章 个人独资企业法	69
重点提示	69
难点精析	71
真题解析	73
第四章 合伙企业法	76
重点提示	76
疑点解惑	82
难点精析	82
真题解析	84
第五章 破产法	89
重点提示	89
难点精析	96
真题解析	99
第六章 票据法	104
重点提示	104

疑点解惑	111
难点精析	114
真题解析	115
第七章 保险法	120
重点提示	120
疑点解惑	128
难点精析	132
真题解析	135
第八章 海商法	141
重点提示	141
疑点解惑	151
难点精析	152
真题解析	153

第二部分 经济法

第一章 竞争法	156
重点提示	156
疑点解惑	171
难点精析	171
真题解析	175
第二章 消费者法与产品质量法	182
重点提示	182
疑点解惑	190
难点精析	192
真题解析	192
第三章 商业银行法与证券法	198
重点提示	198
疑点解惑	214
真题解析	217
第四章 土地法和房地产法	224
重点提示	224
疑点解惑	234
难点精析	235
真题解析	236

第五章 税法	243
重点提示	243
疑点解惑	248
真题解析	248
第六章 劳动法	253
重点提示	253
疑点解惑	261
真题解析	263
第七章 环境保护法与自然资源法	270
重点提示	270
疑点解惑	276
真题解析	277

下篇 试题、答案及分析

一、商事主体法试题	283
参考答案及分析	295
二、破产法试题	303
参考答案及分析	309
三、票据法试题	314
参考答案及分析	318
四、保险法试题	320
参考答案及分析	324
五、海商法试题	326
参考答案及分析	331
六、竞争法试题	333
参考答案及分析	338
七、消费者法与产品质量法试题	340
参考答案及分析	345
八、商业银行法与证券法试题	347
参考答案及分析	349
九、税法试题	350
参考答案及分析	352
十、土地法与房地产法试题	354

参考答案及分析·····	357
十一、劳动法试题·····	358
参考答案及分析·····	363
十二、环境保护法与自然资源法试题·····	365
参考答案及分析·····	368

上篇 商事法

第一部分 商事法

第一章 公司法

重点提示

一、公司的权利能力和行为能力

(一) 公司的权利能力

1. 公司权利能力的概念

公司的权利能力是公司作为法律上的主体,从事法律所允许的活动,享受权利和承担义务
的资格。公司权利能力的理论和制度来源于民法上民事主体特别是法人权利能力的理论和制
度。公司的权利能力,始于公司成立,终于公司终止。成立的标志是公司经登记机关登记取得
法人营业执照。值得注意的是,公司解散以后在清算期间,在清算必要的范围内,仍拥有清结
公司未了的业务、清偿债权债务、参加民事诉讼等权能。只有在办理了注销登记或被吊销营业
执照,并公告其终止时,公司的权利能力才完全消灭。

2. 公司权利能力的限制

公司的权利能力与自然人的权利能力有较大不同。公司权利能力多属于特别的民事权利
能力,往往受到公司法、公司章程以及公司自身性质的限制。主要有:

(1) 性质上的限制。公司毕竟为拟制人格,其本身并非为具有新陈代谢功能的生命体,故
凡与自然人自身性质相关的权利义务,公司均不可能享有。如前所述,专属于自然人的生命
权、健康权、婚姻权、继承权、隐私权、名誉权等,公司都不享有。

(2) 目的范围的限制。公司作为营利性法人,其所持续经营的事业或业务记载于公司章
程,登记于公司营业执照,称为经营范围,亦即公司设立的宗旨和目的,其意义表现在以下几个
方面:其一,公司的经营范围必须由公司章程作出规定,公司章程未规定的,公司不得经营;其
二,公司的经营范围必须依法登记,经依法登记的,才产生公示的效力;其三,公司的经营范围

中属于法律、行政法规限制的项目,还必须依法进行批准,否则,公司不得经营。如经营银行业、保险业、证券业,须经银监会、保监会、证监会的批准;其四,公司应当在登记的经营范围内从事经营活动;其五,公司需要变更其经营范围的,必须依照法定程序修改公司章程,并经公司登记机关变更登记,才可以变更其经营范围。《公司法》第 12 条规定:“公司的经营范围由公司章程规定,并依法登记。公司可以修改公司章程,改变经营范围,但是应当办理变更登记。公司的经营范围中属于法律、行政法规规定须经批准的项目,应当依法经过批准。”

(二) 公司的行为能力

1. 公司行为能力的概念

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。

依照通说,公司的行为能力与其权利能力具有一致性,这种一致性不仅表现在公司的行为能力与其权利能力同时产生,同时终止,而且表现在公司行为能力的范围和内容与其权利能力的范围和内容也是相一致的,公司权利能力所受到的限制,也同样适用于公司行为能力。这也是法人的权利能力、行为能力制度与自然人的权利能力、行为能力制度不同的地方。自然人的权利能力都是一致的,但行为能力各有不同,包括完全行为能力、限制行为能力和无行为能力,法人包括公司法人的权利能力就存在差异,不同的法人享有不同的权利能力,而由于法人的权利能力与行为能力的一致性,所以不同的法人也就具有了不同的行为能力。法人行为能力的差异是由于其权利能力的差异导致的,而不像自然人那样其行为能力的差异是由于年龄、智识状况决定的。

2. 公司行为能力的实现方式

公司是法人,具有法律上的团体人格,它在按照自己的意志实施行为时,与自然人有所不同。首先,公司的意思能力是一种社团的意思能力,它必须通过公司的法人机关来形成和表示。公司的法人机关就是公司的意思机关。公司的法人机关由公司的股东会或股东大会、董事会和监事会组成,它们依照公司法规定的职权和程序,相互配合又相互制衡,进行公司的意思表示。其次,公司的行为能力体现在对外行为的实施上,公司的对外行为由公司的法定代表人来实施,或者由法定代表人的授权代表来实施。公司的法定代表人依照公司章程的规定,由公司的董事长、执行董事或者经理担任(《公司法》第 13 条)。公司董事长(或执行董事,或经理)作为公司的法定代表人,按照公司的意思,以公司的名义,对外进行法律行为,为公司取得权利和承担义务。在公司权利能力范围内,法定代表人或其授权代表所实施的法律行为就是公司自身实施的法律行为,其后果包括权利和义务由公司承受。

二、公司的种类及其分类标准与意义

公司法理论上依据不同的标准,可将公司作不同的分类,而每一种分类均有其法律上之意义。

(一) 以公司股东的责任范围为标准分类

以此标准,可将公司分为无限责任公司、两合公司、股份两合公司、股份有限公司和有限责任公司。

无限责任公司是指由两个以上股东组成,全体股东对公司债务负连带无限责任的公司。两合公司是指由部分无限责任股东和部分有限责任股东共同组成,对公司债务前者负连带无

限责任,后者仅以出资额为限承担责任的公司。股份两合公司是指由部分对公司债务负连带无限责任的股东和部分仅以所持股份对公司债务承担有限责任的股东共同组建的公司。因这三种公司的固有缺陷,其数量已经很少,我国公司法未对这些公司作出规定。

股份有限公司是指由一定以上人数组成,公司全部资本分为等额股份,股东以其所持股份对公司承担责任,公司以其全部资产对公司债务承担责任的公司。在公司发展历史上,股份有限公司是在两合公司之后产生较早的公司形式。股份有限公司因其可以在社会上广泛筹资,股份可以自由转让,公司可以实行所有权与经营权分离的经营方式和分权制衡机制,以及股东有限责任等特点,特别适合于大型企业的经营,现今已成为十分重要的公司形式。我国公司法将股份有限公司作为最基本的公司形式之一予以规定。

有限责任公司是指股东仅以其出资额为限对公司承担责任,公司以其全部资产对公司债务承担责任的公司。在公司的发展史上,有限责任公司出现较晚,由于它较好地吸收了其他公司形式的优点并克服其不足,所以这种公司形式在世界各国得到了迅速发展。我国公司法也将有限责任公司作为一种主要公司形式予以确认。

就股东对公司所负责任而言,股份有限公司和有限责任公司属于同一类型的公司。

(二) 以股份转让方式为标准分类

以此为标准,可将公司分为封闭式公司与开放式公司。封闭式公司又称不公开公司、不上市公司、私公司等,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,其主要特征是股东人数较少,股权转让受到限制,不得向社会公开募股,实行封闭式经营管理。我国公司法上的有限责任公司即属于此类封闭式公司。开放式公司又称公开公司、上市公司、公公司等,是指可以按法定程序公开招股,股东人数无法定限制,股份可以在证券市场公开自由转让的公司。我国公司法规定的股份有限公司即属此类。当然,需要注意的是,并非所有的股份有限公司都是上市公司,只有上市公司才是真正意义上的开放性公司。

(三) 以公司的信用基础为标准分类

以此为标准,可将公司分为人合公司与资合公司以及人合兼资合公司。人合公司是指公司的经营活动以股东个人信用而非公司资本的多寡为基础的公司。人合公司的对外信用主要取决于股东个人的信用状况,故人合公司的股东之间通常存在特殊的人身信任或人身依附关系。无限责任公司是典型的人合公司。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个人信用为基础的公司。由于资合公司的对外信用和债务清偿保障主要取决于公司的资本总额及其现有财产状况,因此,为防止公司由于资本不足而损害公司债权人利益,各国法律都对资合公司的设立和运行作了较严的规定,如强调最低注册资本额、法定公示制度等。股份有限公司是典型的资合公司。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公司。需要注意的是,在商事组织中,人合与资合是相对而言的,有限责任公司相当于股份有限公司是人合公司,但相当于无限公司而言,它又更倾向于资合公司,无限公司才是典型的人合公司。

(四) 以公司之间的关系为标准分类

以此为标准,可将公司分为总公司与分公司、母公司与子公司。

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而设立,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、人事等方面受本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》第14条第1款规定,公司可以设立分公司,分公司可以自己的名义进行法律行为,但其不具有法人资格,其民事责任由公司承担。实践中,有的分公司的名称中直接表明其为分公司,例如:“深圳康佳电器股份有限公司北京分公司”;有的分公司的名称中并不含有表明其分公司性质的字样,而是以营业部、经理部、经营部、事业部、项目部、办事处等名义出现,但其性质属于分公司,适用公司法中分公司的相关规定。有些特殊公司的分公司与其总公司的名称对应,例如中国建设银行深圳分行,“中国建设银行”为总公司,“深圳分行”为分公司。分公司与公司内部的职能部门是不同的,例如公司内部的人事部、生产部、技术部、市场部、财务部、公关部等,这些职能部门不是分公司。

母公司是指拥有其他公司一定数额的股份或根据协议,能够控制、支配其他公司的人事、财务、业务等事项的公司。子公司是指一定数额的股份(通常为半数以上,但有时无须达到半数)被另一公司控制或依照协议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,拥有自己所有的财产,自己的公司名称、章程和董事会,对外独立开展业务和承担责任。这是子公司与分公司的本质区别。我国《公司法》第14条第2款规定:公司可以设立子公司,子公司具有企业法人资格,依法独立承担民事责任。但实践中子公司在人事安排、经营计划、财务等方面都要受到母公司的制约。子公司可以分为全资子公司和控股子公司,全资子公司的资产全部由母公司投入,属于独家投资设立的子公司,控股子公司是由母公司和其他投资主体共同投资设立的。

(五) 以公司的国籍为标准分类

以此为标准,可将公司分为本国公司、外国公司和跨国公司。依照我国《公司法》的规定,允许外国公司在中国境内设立分支机构,从事生产经营活动,但外国公司属于外国法人,其在中国境内设立的分支机构不具有中国法人资格,该分支机构在中国境内进行经营活动而产生的民事责任,由其所属外国公司承担。

三、公司的设立方式

公司设立是指公司设立人依照法定的条件和程序为组建公司并取得法人资格而必须采取和完成的法律行为。从事并完成公司设立行为,并不等于公司已经成立。只有经公司登记机关核准登记,发给企业法人营业执照,公司始为成立。对于一些特殊行业,如金融业,法律如果规定设立公司须经有关主管部门批准的,在申请登记之前还须依法审批。我国《公司法》对公司“设立”和“成立”的概念原则上也做了区分。如《公司法》第95条规定,股份有限公司的发起人在公司不能“成立”时,应对其“设立”行为所产生的债务和费用负连带责任。

在大陆法系国家,公司设立方式有发起设立和募集设立两种。发起设立是由拟设立公司的人或发起人认购公司的全部股份或出资额,不向他人招募资本的一种公司设立方式。其设立的程序简单,所以又被称为“简单设立”、“单纯设立”或“同时设立”。

募集设立是由拟设立公司的人或发起人认购公司发行的部分股份或资本,其余部分向社会公开募集的公司设立方式。由于其程序比较复杂,如需要制定和公布招股说明书、发起人须同银行签订代收股款协议、需要召开创立大会等等,所以又被称为“复杂设立”、“渐次设立”。在我国,募集设立仅为股份有限公司可以选择采取的一种设立方式。