

法律版

F A L U B A N

司法考试名师教程

SIFA KAOSHI MINGSHI JIAOCHENG

商法·经济法

2004

| 第一版 |

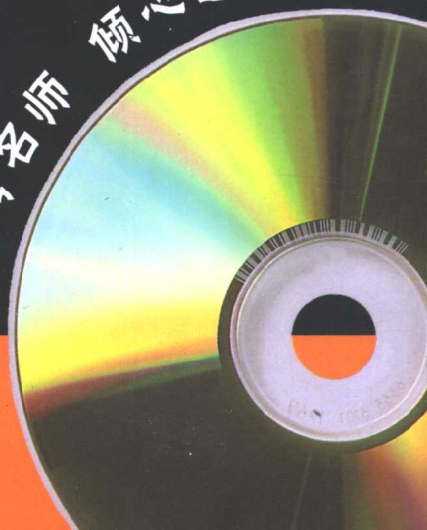
法律考试中心 / 组编

吴景明 朱晓娟 / 著



法律出版社

同考名师 倾心之作



司法考试名师教程

商法·经济法

第一版(2004年)

法律考试中心 组编

吴景明 朱晓娟 著

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

商法·经济法/吴景明,朱晓娟著. —北京:
法律出版社,2004.4
司法考试名师教程
ISBN 7-5036-4810-4

I. 商… II. ①吴…②朱… III. ①商法—中国—
法律工作者—资格考核—教材②经济法—中国—法律
工作者—资格考核—教材 IV. ①D923.99②D922.29

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 015191 号

责任编辑/任川霞	装帧设计/曹 铀 胡 欣
出版/法律出版社	编辑/法律考试出版分社
总发行/中国法律图书有限公司	经销/新华书店
印刷/北京北苑印刷有限责任公司	责任印制/陶 松
开本/787×960 毫米 1/16	印张/22.25 字数/434 千
版本/2004 年 4 月第 1 版	印次/2004 年 4 月第 1 次印刷
法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
电子邮件/info@lawpress.com.cn	电话/010-63939796
网址/www.lawpress.com.cn	传真/010-63939622
法律考试出版分社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
电子邮件/test@lawpress.com.cn	
读者热线/010-63939636	传真/010-63939650
中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
传真/010-63939777	中法图第一法律书店/010-63939781/9782
客服热线/010-63939792	中法图北京分公司/010-62534456
网址/www.Chinalawbook.com	中法图上海公司/021-62071010/1636
电子邮件/service@Chinalawbook.com	中法图苏州公司/0512-65293270
中法图深圳公司/0755-83072995	
书号:ISBN 7-5036-4810-4/D·4528	定价:36.00 元

国家司法考试应试资格及考试科目

考试性质	国家统一组织的从事特定法律职业(法官、检察官、律师)的资格考试。
报名条件	1. 具有中华人民共和国国籍; 2. 拥护《中华人民共和国宪法》,享有选举权和被选举权; 3. 具有完全民事行为能力; 4. 符合《法官法》、《检察官法》和《律师法》规定的学历、专业条件: 第一,具有高等院校法律专业本科以上学历,或者高等院校其他专业本科以上学历具有法律专业知识; 第二,各省、自治区、直辖市所辖自治县(旗),各自治区所辖县(旗),各自治州所辖县;国务院审批确定的国家扶贫开发工作重点县;西藏自治区所辖市、地区、县、县级市、市辖区,可以将报名的学历条件放宽为高等院校法律专业专科学历。 5. 品行良好。
考试科目	法理学、宪法、法制史、行政法与行政诉讼法、刑法、刑事诉讼法、民法、民事诉讼法、商法、经济法、国际法、国际私法、国际经济法、法律职业道德。
试题类型	1. 选择题 (1)单项选择题:每题给四个选项,选项中只有一个答案是正确的,应试人员应将正确的选项选择出来并按要求在答题卡相应位置填涂,多选或不选均不得分。 (2)多项选择题:每题给四个选项,选项中有两个或两个以上答案是正确的,应试人员应将正确的选项选择出来并按要求在答题卡相应位置填涂,多选、少选或不选均不得分。 (3)不定项选择题:每题给四个选项,选项中有一个或一个以上(包括四个)的答案是正确的,应试人员应将正确的选项选择出来并按要求在答题卡相应位置填涂,多选、少选或不选均不得分。 2. 案例(实例)分析题 要求应试人员按照试题提问回答问题,应试人员应仔细审阅试题及提问,按要求作答。 3. 法律文书制作 要求应试人员对试题所提供的事实材料进行加工整理,并按试题要求将其制作为相应的法律文书。法律文书制作题一般要求应试人员格式规范、文字通顺、标点正确、无语法错误等。

国家司法考试试卷结构及分值比例

试卷一：综合知识	100 道试题，每题 1 分，本卷分值共 100 分。试题由单项选择题、多项选择题和不定项选择题组成。本卷包括下列科目： 法理学(10%—12%) 法制史(10%) 宪法(10%—12%) 经济法(20%) 国际法(8%—10%) 国际私法(10%—12%) 国际经济法(12%—15%) 法律职业道德(10%)
试卷二：刑事与行政法律制度	100 道试题，每题 1 分，本卷分值共 100 分。试题由单项选择题、多项选择题和不定项选择题组成。本卷包括下列科目： 刑法(40%) 刑事诉讼法(35%) 行政法与行政诉讼法(25%)
试卷三：民商事法律制度	100 道试题，每题 1 分，本卷分值共 100 分。试题由单项选择题、多项选择题和不定项选择题组成。本卷包括下列科目： 民法(45%) 商法(20%) 民事诉讼法(35%，其中仲裁制度约占 5%—10%)
试卷四：实例(案例)分析	由论述、案例分析、实例分析或法律文书等试题类型组成，约 8—10 题。本卷分值共 100 分。本卷包括下列科目： 刑法(20%—25%) 刑事诉讼法(15%—20%) 民商法(35%—40%) 民事诉讼法(15%—20%) 行政法与行政诉讼法(12%—15%)
考试要求	四张试卷总分 400 分，每张试卷考试时间为 3 小时。 合格人员必须参加四张试卷的全部考试，且四张试卷中不得有零分。 应试人员各卷考试成绩当年有效。

国家司法考试录取比例统计表

年度	2002 年	2003 年
报名人数	360751 人	194286 人
参考人数	311344 人	166995 人
录取人数	24098 人	17000 多人
合格分数线	240 分 (部分放宽地区 235 分)	240 分 (部分放宽地区 225 分)
录取比例	6.68% (占参考人数的 7.74%)	8.75% (占参考人数的 10.18%)

精华要点导引

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

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

本书主要内容如下:

一、导读。简介学科构架,指点复习方法与应试技巧。

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

三、重点讲解。在保持学科体系完整的前提下,突出考点。重点讲解考试要点,略讲一般知识,不讲不具可考性的内容,繁简得当,重点突出。

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

五、历年试题。每讲附列涉及本讲内容的司法考试(律师资格考试)试题及答案,了解命题规律,把握命题特点。

另外,附有本学科必读法律法规、司法解释目录,指引考生重视结合现行法律规定,扎实基础知识。

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

尽管尽心竭力,不足之处在所难免,敬祈批评指正。

选择法律版考试用书,选择成功!

目 录

商 法

第一讲 公司法	(2)
一、公司概念、特征及其分类	(3)
二、公司法的主要内容	(7)
三、有限责任公司	(13)
四、股份有限公司	(19)
第二讲 合伙企业法	(32)
一、合伙企业概述	(33)
二、合伙企业的设立	(33)
三、合伙企业的财产	(33)
四、合伙企业财产的管理和使用	(34)
五、合伙企业事务的执行	(34)
六、合伙企业事务的决定	(35)
七、竞业禁止	(36)
八、合伙企业的利润分配和亏损的承担	(36)
九、合伙企业与第三人的关系	(37)
十、入伙和退伙	(37)
十一、合伙企业的解散和清算	(39)
第三讲 个人独资企业法	(46)
一、个人独资企业	(47)
二、个人独资企业设立条件和设立程序	(47)
三、个人独资企业的地位和能力	(48)
四、个人独资企业的事务管理有三种模式	(48)
五、个人独资企业的解散和清算	(49)
第四讲 外商投资企业法	(52)
一、中外合资经营企业法	(53)
二、中外合作企业法	(58)

三、外资企业法	(65)
第五讲 破产法	(72)
一、破产法概述	(73)
二、破产案件的申请和受理	(74)
三、债权人会议	(79)
四、破产和解和破产企业整顿程序	(81)
五、破产宣告与破产清算	(82)
六、破产债权	(84)
七、破产财产	(87)
八、取回权	(90)
九、别除权	(90)
十、破产抵销权	(90)
十一、破产费用	(91)
十二、破产程序的终结	(91)
第六讲 票据法	(95)
一、票据法概述	(96)
二、票据权利和票据行为	(100)
三、票据抗辩与补救	(106)
四、汇票	(110)
五、本票和支票	(119)
第七讲 保险法	(124)
一、保险法概述	(125)
二、保险合同总论	(128)
三、人身财产保险合同	(134)
四、保险业法律制度	(140)
第八讲 海商法	(147)
一、海商法概述	(148)
二、船舶与船员	(148)
三、海上货物运输合同	(153)
四、海上旅客运输合同	(160)
五、船舶租用合同	(164)
六、船舶碰撞	(166)
七、海难救助	(171)
八、共同海损	(175)
九、海事赔偿责任限制	(180)
十、海事诉讼特别程序	(183)

经 济 法

第一讲 竞争法	(191)
一、反不正当竞争法	(192)
二、拍卖法	(199)
三、招标投标法	(207)
第二讲 消费者法	(214)
一、产品质量法	(215)
二、消费者权益保护法	(222)
第三讲 银行业法	(230)
一、商业银行业法律制度	(234)
二、商业银行的业务法律制度	(236)
三、贷款法律制度	(239)
四、商业银行的接管、终止与清算	(241)
五、银行业监督管理法概述	(243)
六、银行业监督管理机构	(245)
七、银行业监督管理职责	(247)
八、银行业监督管理措施	(251)
第四讲 证券法	(256)
一、证券法概述	(257)
二、证券机构	(259)
三、证券发行	(265)
四、证券交易	(268)
五、证券上市	(272)
六、上市公司收购	(273)
第五讲 财税法	(280)
一、税法	(281)
二、会计法	(294)
三、审计法	(296)
第六讲 劳动法	(300)
一、劳动法概述	(301)
二、劳动合同	(304)
三、集体合同	(311)
四、劳动基准法	(312)
五、劳动争议	(317)

第七讲 土地法和房地产法.....	(322)
一、土地法	(322)
二、房地产法	(329)
第八讲 环境保护法与自然资源法.....	(337)

商 法

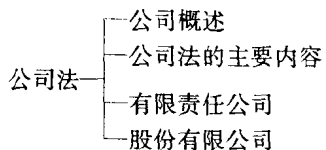
商法是司法考试中一块独立的、重要的内容之一。在每年的司法考试中,其分值为 35—45 分之间。但是,同其他科目的考试相比较,商法设计的法律门类要庞杂得多,它覆盖了公司法、合伙企业法、个人独资企业法、“三资”企业法、破产法、票据法、保险法和海商法。而每一门法律又附带了一系列相关的法规、规章和司法解释,这就进一步增加了考生复习考试的难度。为了帮助大家更好地复习掌握商法的相关内容,顺利通过考试,作者集十几年进行(律师)司法考试辅导经验,在深入研究司法考试命题规律的基础上,极为用心地编写了本部分内容。

第一讲 公 司 法

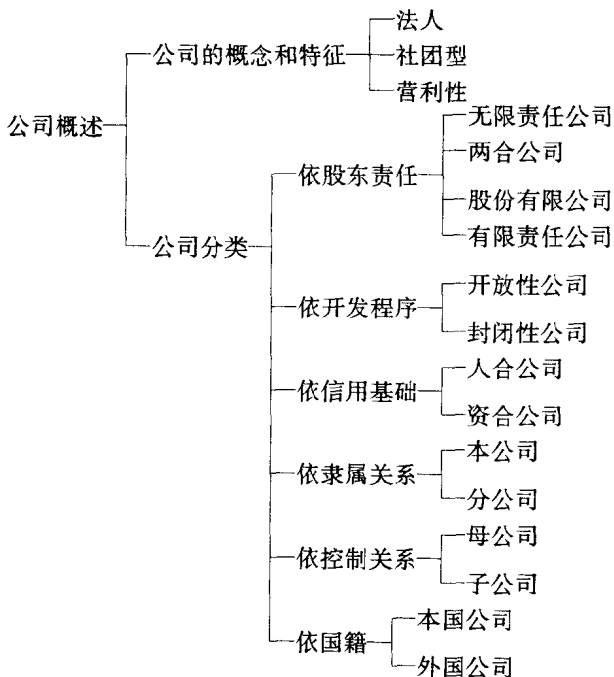
内容提要

公司法在司法考试商法中的地位是举足轻重的。在 2003 年司法考试中,公司法即占商法总分值的 50%。虽然经多次改革使商法经济法由原来的一张卷 100 分降到现在的 50 多分,但是公司法在高分值中却独领风骚多年,在最近 6 年中,其年平均分值为 15.8 分,2003 年公司法单科分值为 18 分,公司法在司法考试中的独特地位又进一步得到了体现。所以,考生在备考时,切不可对公司法有丝毫懈怠。本部分内容在编写时,充分考虑到了考试的需要,内容尽量做到详尽,叙述上尽量做到通俗易懂、便于记忆。

【体系表】



一、公司概念、特征及其分类



(一)公司的概念和特征

公司是一种企业形态,一般是指依照法定条件和程序设立的,从事商品生产经营或者提供服务的,以营利为目的的商事组织。具体是指其资本由股东出资构成,股东以其出资额或者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,并依公司法设立的企业法人。

作为我国公司法规定的公司,其特征有以下几方面:

首先,公司都是依法设立的。包括设立程序、设立条件(最低资本额、出资方式、出资程序、名称、场所、组织机构)都必须符合中国境内现行的法律规定。所依据的法律有公司法、“三资企业法”、公司登记管理条例等。

其次,公司都具有法人资格。作为法人应该具备的条件,即民法通则所规定的,包括名称、住所、章程,有自己独立支配的财产,有健全的组织机构,能够独立对外承担民事责任。作为公司,这些条件它都具备。

再次,公司都是以营利为目的的。公司营利,必须具备两个条件:有独立支配的财产和从事经营活动。公司的财产是股东投资形成的,但是股东投资形成的公司财产公司就对这部分财产享有占有、使用、收益和处分的权利。公司有了财产以后就必须开展经营活动,通过自己的经营活动赚取利润。

第四,公司是社团性组织。社团是与财团相对而言的,前者是人的集合,后者是资本的集合。公司组织上的社团性,表现在我国的有限责任公司除了国有独资公司

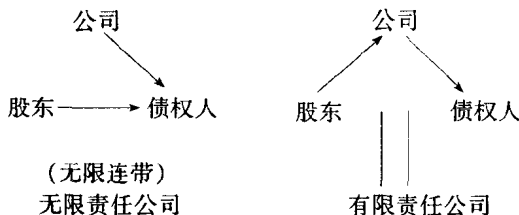
以外,它必须有2个以上50个以下的股东;而股份有限公司要有5个以上的发起人(最初的股东)。所以说公司就是一个社团,即是由多数人组成的一种组织。

(二)公司的分类

公司的分类就是按照不同的标准从不同的角度对公司进行的划分。

1. 根据公司股东的责任不同将公司划分为无限公司、两合公司、股份有限公司和有限责任公司。

这里的核心是无限和有限,关于无限和有限用下面图示表示:



从以上图示可以看出,无限责任公司表现为对公司的债权人,公司和股东都要对其承担责任。并且股东不以出资额为限,而是用自己的全部资产对公司的债务承担责任,即无限连带责任。而有限责任公司是股东进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,股东和公司的债权人之间不发生任何关系。明确了无限和有限,两合公司也就迎刃而解了,即由无限责任股东和有限责任股东共同组成的公司。而股份有限公司和有限责任公司相比较,股东都承担有限责任,但是股份有限公司的资本必须进行等额划分,股东以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。

我们国家公司法没有规定设立无限公司和两合公司。所以设立公司必须是有限责任公司和股份有限公司。

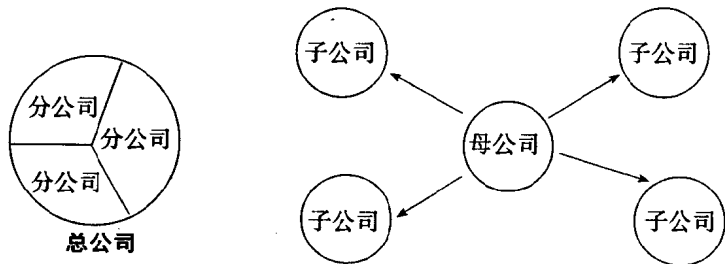
2. 根据公司的开放程度不同将公司分为封闭式公司和开放式公司。决定公司开放程度的要素包括公司股东有无最高人数限制、公司能否以发行股票的方式筹集资本、公司的出资或者股份能否自由转让、公司的财务状况和经营状况是否公开。如果股东没有最高人数的限制,通俗点说也就是任何人出了钱都可以成为公司的股东,而且股份可以自由转让,使股东处于不断的变动状态,这就是开放式公司,即对任何人都开放。作为有限责任公司,法律规定股东是2人以上50人以下,就是说最高不能超过50人,所以它就是封闭式的公司。有限责任公司不能通过向社会发行股票来筹集资本,不是谁想成为有限责任公司的股东都可以,那么在公司成立以后,股东转让他自己的出资还有一定的限制,即法律规定必须由公司全体股东过半数同意,也就是说股东的身份还不能随便的变化。并且,公司的财务状况和经营状况不需要公开。所以有限责任公司是封闭式公司。相反,股份有限公司就是封闭性公司。

3. 根据公司的信用基础不同,将公司分为人合公司和资合公司。这是英美法系

国家的分类。人合公司是公司的对外信用基础决定于人的信用,而以公司的资产为公司的信用基础就是资合公司。由此可见,无限责任公司股东对外承担无限连带责任,所以其他人跟公司做交易时首先要看各个股东的信用,而不看公司的信用,所以该类公司都是典型的人合公司;而股份有限公司是以其全部资产对外承担责任,所以其他人与该公司进行交易时要看公司本身的经济实力,股东的个人信用与公司毫无关系,因此,股份有限公司就是典型的资合公司;有限责任公司既强调股东之间的信用关系(如转让出资的限制),又强调公司的资产(如最低注册资本额的要求,公司积累的要求),所以有限责任公司是人合兼资合的公司。

4. 根据公司的隶属关系,将公司分为总公司(又称本公司)和分公司。依法设立并管辖公司全部组织机构并具有独立法人资格的公司即为总公司亦称本公司,分公司是总公司的分支机构,它是总公司的组成部分,分公司没有自己独立的名称,没有自己的章程,没有健全的组织机构,没有自己独立的财产,也不能独立对外承担民事责任,所以分公司没有独立法人资格,而总公司都具有法人资格。分公司只是总公司的构成部分。

5. 根据公司的控制与被控制关系,将公司分为母公司和子公司。一个公司持有另一个公司一定比例以上的股份并足以对该公司进行控制,那么其即为母公司;反之,一个公司一定比例以上的股份被其他公司所持有并受其控制的公司即为子公司。母公司与子公司和总公司与分公司这两种情况一定要搞清楚,借此将子公司与分公司区别开来。上面已经提到过,分公司实际上是总公司的一个构成部分,分公司没有任何独立的法律地位,它不具有独立的财产,它不具有独立的法人资格,也不能对外独立承担民事责任。母子公司之间都是各自独立的法人,子公司不隶属于母公司,它只是自己一部分股份控制在母公司的手里,原则讲母公司可以通过控股来影响子公司,可是不能直接来管理子公司,不直接决定和更换子公司的管理人员,也不能随便调拨子公司的资金。子公司是具有独立法人资格的企业,它能够以自己的财产独立对外承担民事责任,它有自己独立支配的资产。分公司为什么都不是独立的,因为它就像公司里的一个部门一样。子公司就不同,子公司有自己独立健全的机构,这里子公司有控股子公司和全资子公司之分。图示表示:



6. 根据公司的国籍,将公司划分为本国公司、外国公司和跨国公司。这种分类很简单,即具有哪国国籍的公司就是哪国公司,具有本国国籍的公司就是本国公司,

具有外国国籍的公司就是外国公司。公司的国籍怎么确定,各国公司法关于公司国籍的确定有几种标准,有的国家是以公司主要的股东所具有的国籍为公司的国籍,有的是以公司的主要营业所所在地来确定公司的国籍,第三种是以公司设立所依据的法律来确定公司的国籍。那么我们国家关于公司的国籍的确定是采取第三种标准,即依哪国法律设立就具有哪国国籍。那么,外商投资企业在我国都是有限责任公司,它是外国人,带着外国的钱在中国境内设立,它具有哪国国籍呢?不能说依照外国的法律在我国设立公司,因为任何其他国家对我们国家都不享有治外法权,因为现在中国不是殖民地,所以在中国设立公司必须依照中国法律设立。所以说外商投资企业,尽管它是外国人用外国钱设立的,但是它毫无疑问是中国的公司,是中国法人。那么依照外国法律,在中国境外设立的公司,就是外国的公司。跨国公司严格讲不是一个法律概念,只是一个政治经济学的概念。因为任何国家和任何国际组织都没有专门的跨国公司的立法,跨国公司只是企业或企业集团的跨国经营,它不具有任何的法律意义。

在本部分内容中,考试重点是公司的分类。在最近几年中,公司分类在单选题、多选题和不定项选择题中反复出现,一方面说明出题者对此情有独钟,另一方面也说明作为一个重要的知识点是考生备考时必须加以重视的。从另一个角度讲,学了公司法而不知道公司有多少种也是不应该的。

实例演练

房地产开发商中国人李某,利用其在中国境内从事房地产开发赚的钱 50 万美元在太平洋岛国汤加开设一家房地产开发公司亨达有限责任公司;又以 46 万美元在美国设立一家宏达建材有限责任公司。后李某经批准以汤加亨达公司的名义在哈尔滨设立一家公司(简称哈尔滨公司),宏达公司在北京设立一家分公司(简称北京公司),宏达公司出资 60%,亨达公司出资 40% 又在上海设立一家有限责任公司(简称上海公司)。请完成下题:

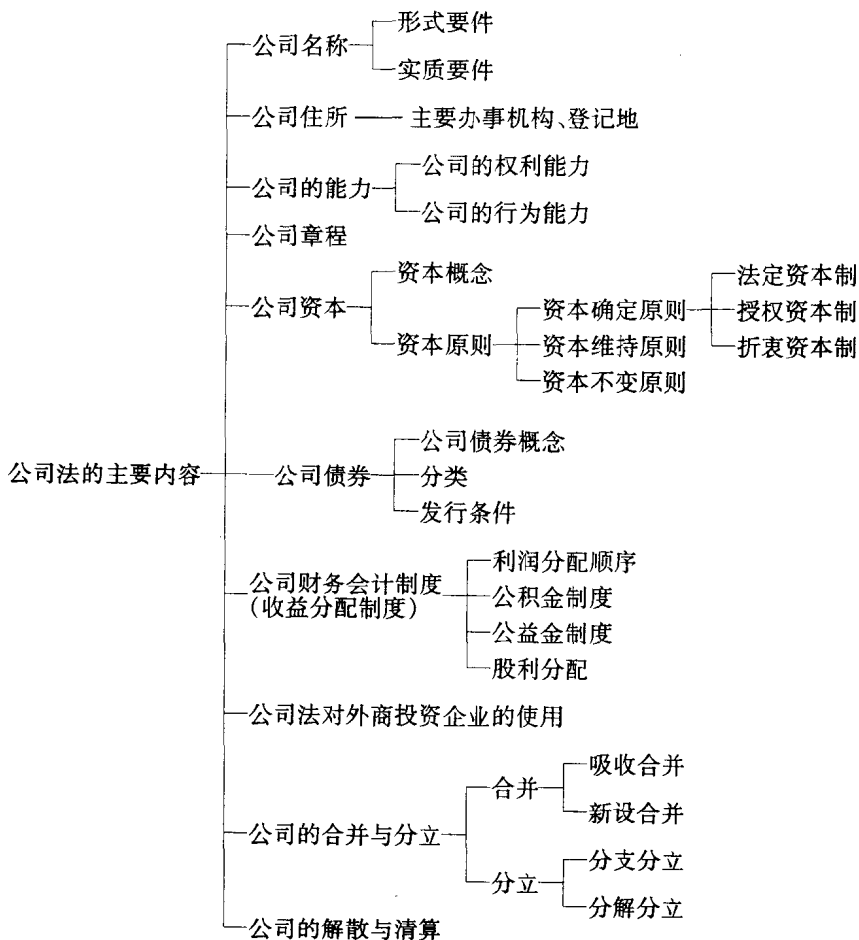
下列说法正确的是哪项?

- A. 亨达和宏达有限责任公司是中国人以中国的资金设立的,所以是中国公司
- B. 亨达和宏达公司是跨国公司,是外国公司
- C. 哈尔滨公司和上海公司是中国公司,是子公司
- D. 北京公司是中国公司

【答案】 BC

【解析】 本题中,亨达公司和宏达公司虽然是中国人以中国的资金设立的,但是它是外国设立的,必须依照东道国即外国法律设立,而不能依中国法律设立,所以它们具有外国国籍是外国公司;亨达公司和宏达公司都进行跨国经营,所以都是跨国公司;哈尔滨公司和上海公司是外国公司在中国境内设立的外资企业,但是它们必须依照我国法律设立,所以其具有中国国籍,是中国公司,同时又是外国公司的子公司;北京公司是外国公司在我国境内设立的分支机构,它必须依照中国法律设立,但是却不具有中国法人资格,不是中国公司,而是外国公司的分公司。

二、公司法的主要内容



(一)公司的名称

公司作为企业法人必须有自己的名称,而且只能有一个名称。公司的名称不能违反法律关于企业名称的禁止性规定,而且必须由四部分构成。以“北京万通房地产开发有限责任公司”这个名称为例,它即由四个部分构成:“北京”是公司所在行政区划,“万通”是公司的商号,“房地产开发”是公司的经营性质及行业特点,“有限责任”是公司的责任形式。法律所禁止或限制的部分是商号,这一部分不能有害于我国的国家主权和社会公共利益,不能使用外国国家及国际组织的名称,不能使用政党、社会团体的名称和部队番号,不能以数字或汉语拼音字母作为公司的名称,等等;公司名称冠以“中华”、“国际”、“中国”、“国家”等字样的必须在国家工商局登记注册;必须有两个以上分公司的公司才能叫“总公司”。

公司对其经合法登记注册的名称依法享有专用权。