

西南政法大学

西南政法大学 2000 年试题解析

学科专业：民商法学
研究方向：商法
考试科目：商法

一、多项选择题（每题 2 分，共 10 分）

1. 依我国公司法规定，须经三分之二以上有表决权的股东通过的决议有：（ ）
A. 修改公司章程
B. 决定公司利润分配方案
C. 公司合并
D. 解散公司
2. 股东权的基本内容包括（ ）
A. 公司盈余分配权
B. 优先认股权
C. 参与公司经营管理权
D. 剩余财产分配权
3. 对破产财产的范围采固定主义的立法理由是（ ）
A. 充分保护破产债权人
B. 符合破产程序节俭和迅速原则
C. 有助于破产人再兴
D. 有助于破产人与债权人达成和解
4. 法律规定票据的种类限于汇票和本票，支票不属于票据的国家包括（ ）
A. 日本 B. 美国
C. 法国 D. 中国
5. 票据抗辩中的绝对抗辩事由可以是（ ）
A. 票据已依法付款
B. 票据权力因时效而消灭
C. 持票人欠缺受领能力
D. 欠缺票据行为能力

答：1. (ACD) 2. (ABD) 3. (BC) 4. (AC) 5. (ABD).

[参考资料]《中华人民共和国公司法》相关规定；赵万一主编：《商法学》，法律出版社，2001 年版；王欣新主编：《破产法》，中国人民大学出版社，2002 年版。

二、判断分析题（先判断正误，后说明理由。每题 4 分，共 20 分）

1. 民商合一的结果不是商法被民法吸收，而是民法被商法征服。（西南政法大学 2000 研）

答：此说法不正确。所谓民商合一，是指在立法观念上采取大民法主义，将商事法视为民法的一个组成部分，在立法上由民法统率商法，在民法典中吸收基本商事规范，于民法典外不制定商法典，只根据需要制定单行商事法规的立法体制。所以，在采取民商合一的国家

中，是以将商事观念纳入民事观念为立法基础的，而不是民法被商法征服。

2. 合伙人个人负有债务的，其债权人可代位行使该合伙人在合伙企业中的权利。（西南政法大学 2000 研）

答：此说法不正确。因为合伙具有很强的人身信赖色彩，而绝非单纯的财产关系，因此不能一概认为，合伙人个人负有债务的，其债权人可代位行使该合伙人在合伙企业中的权利。而应分别情况，如果仅是财产权利，如分得利润而合伙人本身又急于受领，其债权人可代位行使，如果涉及到经营管理等事务，其债权人不得代位行使。

3. 按照我国公司法的规定，公司董事、经理不得同本公司订立合同或者进行交易。（西南政法大学 2000 研）

答：此说法不够准确。根据《公司法》第 61 条第 2 款规定，除章程规定或股东会同意外，公司负责人不得同公司订立合同或进行交易。这里的负责人主要指公司的董事，经理，监事及其他高级管理人员。

4. 是否承兑是汇票付款人的权利，同时也是持票人的权利。（西南政法大学 2000 研）

答：本说法不正确。是否承兑系付款人的权利，他可以承兑，也可以拒绝承兑。而提示承兑则是持票人行使票据权利的表现，也是其保全票据权利的手段。

5. 债权人逾期未依破产程序申报其债权的，视为放弃自己的债权。（西南政法大学 2000 研）

答：本说法是正确的。根据我国企业破产法第 9 条第 2 款的规定，债权人逾期未申报债权的，视为自动放弃债权。这一条款，应解释为此时债权人丧失依破产程序获得清偿的资格，但该债权人的民事权利并不因此消灭。

[参考资料]王保树主编：《中国商事法》（新编本），人民法院出版社，2002 年；赵万一主编：《商法学》，法律出版社，2001 年版。

三、概念比较题（每小题 10 分，共 30 分）

1. 国有独资公司与个人独资公司（西南政法大学 2000 研）

答：根据《个人独资企业法》和《公司法》的规定，个人独资企业与国有独资公司的主要区别有，（1）个人独资企业设立比较简单，法律对其设立条件及程序要求一般比较低，实行资金申报制，没有注册资本的要求，而国有独资公司的设立比较复杂，法律对其设立条件及程序要求一般比较高，而且规定设立国有独资公司要有最低注册资本限制。（2）国有独资公司的治理比较规范，由董事会和总经理负责经营，权力机构是股东大会或股东会，投资者由股东大会进行参与经营，个人独资公司的投资人要直接参与企业经营，执行企业事务，因故不能执行事务的要委托他人或聘用他人代为执行。（3）国有独资公司具有法人资格，公司股东对公司债务承担有限责任，而个人独资公司没有法人资格，投资人对公司债务承担无限责任。此外，在企业经营规模，国家对企业的管理以及有关政策上国有独资公司与个人独资公司也不同。

[参考资料]赵万一主编：《商法学》，法律出版社，2001 年版。

2. 票据伪造与票据变造（西南政法大学 2000 研）

答：票据伪造，是指无权限之人以行使票据权利为目的，假冒他人或虚构人名签章的行为。其分为基本票据行为和附属票据行为。须具备以下构成要件：须假冒他人或虚构人名在票据上签章；在外观上须具备他人自为票据行为的特征；伪造人的目的为获得行使票据的权利。票据变造是指无权更改票据内容的人，对票据上签章以外的记载事项加以改变的行为。票据变造的构成须具备以下要件：必须是变更已经成立的有效票据；必须是变更票据签章以外的重要记载事项；必须是无变更权限之人的第三人；必须以行使票据权利为目的。票据变造和票据伪造的区别主要在于：前者是票据债务内容的伪造，后者则是票据债务人的伪造；

票据伪造一般只涉及特定的被伪造人是否承担责任的问题，而票据变造则涉及所有票据上签章人的责任问题。

[参考资料]赵万一主编：《商法学》，法律出版社，2001 年版。

3. 破产与重整（西南政法大学 2000 研）

答：破产是指当债务人不能清偿到期债务时，法院根据当事人的申请或依职权，以债务人的所有财产公平清偿给全体债权人的一种概括性执行程序。重整，是指对于已濒于破产又有再生希望的债务人实施的旨在挽救其生存的积极程序。公司重整与破产都属特别程序，均体现了债权人待遇公平原则，程序开始后即发生与债务人财产有关的一切民事诉讼及执行程序中止的效果，债务人均丧失对其财产的管理处分权。二者的区别是：（1）宗旨不同。破产程序的宗旨自**阿与使所有**债权人公平受偿，而公司重整的宗旨在于挽救处于困境的公司。（2）适用范围不尽相同。破产程序的适用范围较公司重整为宽。公司重整仅适用于公司法人，而破产程序既适用于法人，也适用于自然人。

（3）自治机关不同。破产程序的自治机关是债权人会议，公司重整程序的自治机关则是关系人会议。（4）程序的效力不同。破产程序开始后将导致债务人主体资格的消灭，而公司重整程序的开始则是公司走向新生的起点。

[参考资料]赵万一主编：《商法学》，法律出版社，2001 年版。

三、简述题（每题 10 分，共 20 分）

1. 简述公司资本的原则。（西南政法大学 2000 研）

答：在大陆法系国家，为了维护交易安全和债权人利益，资本确定、资本维持、资本不变三原则曾经普遍地适用于股份有限公司。我国公司法关于股份有限公司和有限责任公司的规定均体现了上述原则，而且适用范围因更为广泛，要求更为严格。

所谓“资本确定原则”，是指公司资本总额应记载于公司章程，并在公示成立时认足、募足。根据我国公司法，有限责任公司、股份有限公司的注册资本均不得低于法律规定的最低限额、均须记载于公司章程，均应在公司成立时认定、募足，因而是严格地实行资本确定原则。

所谓“资本维持原则”，是指公司应当维持与公司资本总额相应的财产，其目的在于维持公示清偿债务的能力、保护债权人的利益。我国公司法中，体现资本维持制度的规定有：累计转投资不得超过净资产的 50%；有限责任公司的初始股东对现款之外的出资价值负保证责任；股份有限公司不得以低于股票面额的价格发行股份；除依本法特别规定的目的和程序之外，公示不得收购本公司的股票；公司在弥补亏损、提取公积金、公益金之前，不得向股东分配利润。

所谓“资本不变原则”，系指公司资本总额，非依法定程序变更章程，不得改变。其目的在于防止资本减少而损害债权人的利益，亦防止资本过剩而使股东承担过多的风险。根据我国公司法，增加和减少资本均须股东会决议通过，其中，减少资本还应编制资产负债表、财产清单，并向债权人发出通知。

上述三原则无疑有助于交易安全和维护债权人利益。但在当今学者的反思下，可以发现一味地奉行这些原则不利于效率的提高，因此我国亦应考虑如何使公司资本制度更加科学、合理。

[参考资料]赵万一主编：《商法学》，法律出版社，2001 年版；江平主编：《新编公司法教程》（第二版），法律出版社，2003 年。

2. 简述票据行为的有效要件。（西南政法大学 2000 研）

答：票据行为的有效要件为实质要件和形式要件。实质要件主要是指行为人须具有票据能力，意思表示真实合法。形式要件主要是指行为人须依票据法规定的方式为票据行为，使

能产生票据效力。票据法通常不对票据行为的形式要件单独作出规定，而适用民法的一般规定。这里亦只讨论票据行为的形式要件。票据法规定的票据行为的形式要件包括票据记载、票据签章和票据交付三个方面。

(1) 票据记载是票据行为有效成立的首要条件，票据法对各种票据行为的票据记载均有明确具体记载。票据记载的具体内容称为票据的记载事项。依据票据记载事项的不同效力，可将票据记载事项分为必要记载事项，可记载事项，不产生票据效力的记载事项和不得记载事项四种。

(2) 票据签章是各种票据行为的共同要件。任何一种票据行为都必须由行为人在票据上签章方为有效。签章是指签名、盖章以及签名加盖章。各国票据法一般都将行为人的签章规定为绝对必要记载事项。其法律意义在于：从主观上讲，签章是票据行为人确定参加票据关系，决定承担票据债务的主观意志的体现，行为人因签章而成为票据债务人，应依票据上的记载事项承担票据责任。从客观上讲，签章是判断票据行为人同一性的标准，根据签章就可以确认票据行为人。

(3) 票据交付是票据行为有效成立的最终要件。它是指票据行为人在依法完成票据记载和票据签章后，以自己的意思将票据交于持票人。只有在票据交付之后，票据行为才最终完成，票据上的权利义务才得以产生。

[参考资料]赵万一主编：《商法学》，法律出版社，2001年版。

四、论述题（20分）

论商法与民法的联系与区别。（西南政法大学2000研）

答：一、商法与民法的联系

商法与民法的关系是特别法和普通法的关系。民法所规定的内容是一般社会生活的原则性规定，而商法所规定的内容则是特殊社会生活的具体性或技术性规定，故商法对于民法处于特别法的地位。在民商合一的主张下，商事法律规范或为补充民法的规定，或为变更民法的规定。商法对于民法的补充变更的结果，使商法在某种程度上优于民法。这主要表现在：商法可以先于民法而适用；商法优于民法的效力。

商法与民法的联系具体可归结为以下几点：(1) 民法的所有权制度是对从事商品经济活动正常条件的一般规定。(2) 民法的主体制度是对商品经济活动主体资格的一般规定。(3) 民法的债权制度是关于流通领域中的商品交换活动的一般规定。此外，票据法、保险法及海商法中短期诉讼时效的规定，是民法诉讼时效制度的补充与变更。商法中有关公司活动的代理，票据和保险行为的代理，在清产还债中的财产代理制度，都适用于民法中关厂代理制度的有关规定。而且民法中的民事责任制度也可以适用于一切商事法规和商事制度中。

总之，商事法律规范不过是依附于民法的单行法规，因为有民法的指导，这些商事法规才能有所依靠。从这个意义上说，所谓商事法规只不过是民法法规的特殊表现。

二、商法与民法的区别

商法与民法的不同主要表现在如下方面：(1) 立法价值取向不同。民法与商法的区别最主要地体现在二者具有不同的立法价值取向上。所谓立法价值取向主要有两层含义，其一指各国在制定法律时希望通过立法所欲达到的目的或追求的社会效果；其二是指当法律所追求的多个价值目标出现矛盾时的最终价值目标选择。作为私法，民商法有许多相同的价值取向，包括公平价值、效益价值、平等价值、诚实信用价值、合法性价值等。但两者价值取向亦有显著不同，此种不同无疑是区分民商法分属不同法律部门的重要原因之一。这种差异主要表现在：在民法的诸项价值目标中，最基本的价值取向是公平，在公平与其他民法原则的关系是公平至上兼顾效益与其他。在商法中最高的价值取向是效益，其基本立法要求是效益至上兼顾公平与其他。(2) 商法与民法的产生的经济基础不同。不同的经济基础既决定了民

法和商法具有不同的调整内容和特点，也决定了二者具有不同的立法价值取向。民法产生的经济基础是商品经济。民法是和商品经济紧密结合在一起的，有商品经济就应当有法律，就应当有调整商品经济的基本法律——民法。而商法产生的经济基础是市场经济。所谓市场经济就是以市场机制调节社会资源的配置和调解市场行为的一种经济运行方式或经济运行模式。商品经济和市场经济的主要区别在于：商品经济是与自然经济相对应的概念，指的是一种社会仅仅形态，强调的是社会产品的实现方式，即必须进行等价劳动相交换以实现各自的生存和发展需要。而市场经济作为一种经济实现方式所对应的是非市场经济（主要是计划经济、国家垄断经济、独裁经济等），主张市场是实现社会资源配置、满足人们需要的手段和场所。（3）商法与民法的主体基础不同。作为民事主体，其基本特点是在适用主体上具有广泛性。民法适用于一切社会大众，是所有市民主体的基本保障法，因此应最大限度地满足社会主体地基本要求。作为商事主体，在法律适用上通常仅限于特定的商人亏普通民事主体不同，作为商人最主要的特征在于他的营利性。（4）商法与民法的法律规范基础不同。从社会学角度观察，法律条款无非包括伦理性条款和技术性条款两大类。由于民法规范所调整的社会关系及其本身的性质所决定，民法规范具有强烈的伦理性，其条款绝大多数属于伦理性条款，即凭社会主体的简单伦理判断就可确定其行为性质，并不需要当事人必须有丰富的法律专业知识和专业判断能力。而商法规范体现为大量的技术性规范。商法最早起源于：“商人法”，从它产生伊始就具有专门性及职业性，而后虽经多次进化，从“商人法”发展成为“商行为法”，但它依然是对市场经济的直接调整，其规范与市场交易方式和市场交易内容有着非常紧密的联系。由此决定了商法规范必然具有很强的操作性、技术性，即商法规范中必然包含大量的技术性规范，这些技术性规范的设计目的是出于对主体营利性行为的保护，并且对这些技术性规范并不能简单地凭伦理道德意识就能判断其行为的效果。

[参考资料]赵万一主编：《商法学》，法律出版社，2001年版。