

历届真题精选

商法

——本单元《相关真题》选自北京大学出版社之《司考真题多维讲解》

知识点：股权（份）转让

股权（份）的转让既要自由，又要予以必要的限制。股权（份）的自由转让可以保证股东根据自己的意志处分其权利以实现自己利益的最大化，又可以促使公司的管理层勤勉尽责提高经营管理水平，还可以推动生产要素在各企业、各行业、各地区的流动实现整个社会资源的优化配置等。但是股权（份）的转让又可能产生一些弊端，比如会影响公司存续的稳定性、可能产生内幕交易、公司回购股权（份）时还会影响公司债权人利益等。因此，公司法对有限责任公司和公司有限公司分别设专章和专节规范其股权（份）转让行为。这些规范由于其对股东、公司乃至整个资本和金融市场意义重大以及其自身在公司法规范中所占的比重很大，因此在历年司法考试中皆被考查。

《相关真题》

- 一、甲上市公司在成立 6 个月时召开股东大会，该次股东大会通过的下列决议中哪项符合法律规定？（2006 年卷三第 26 题—单选）
- A. 公司董事、监事、高级管理人员持有的本公司股份可以随时转让
 - B. 公司发起人持有的本公司股份自即日起可以对外转让
 - C. 公司收回本公司已发行股份的 4%用于未来 1 年内奖励本公司职工
 - D. 决定与乙公司联合开发房地产，并要求乙公司以其持有的甲公司股份作为履行合同的质押担保

【知 识 点】 股份公司股份转让的限制

【命 题 思 路】 本题表面上是在考股份公司章程的问题，而实质上是在考查《公司法》关于公司股份转让的限制性规定，这样就同时考查了两个知识点。这是近年司法考试命题的趋势所在，因此考生必须在平时的学习过程中特别注意各个知识点相互之间的关联。

【法 条 导 读】 考生不但要掌握《公司法》第 142 条规定的内容，更重要的是要

掌握该条规定是强制性规范，公司不得通过其章程或者股东会的决议而将其予以废除。实际上大家在学习民法和商法时，特别是在学习商法时一定要明确每一个法律规范究竟是任意性还是强制性规范。只有这样才能够正确解答各种民商法方面的题目。

**【答
案】** C
**【分
析】**

本题涉及《公司法》的一个常规考点，几乎每年都会考到。但是今年考试方式较往年而言难度要大得多。股份公司作为资合公司其股份原则上是可以自由转让的，但是公司法基于一系列的考虑在特定的情形下则限制股份的转让。《公司法》第 142 条第 2 款规定：“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。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。”据此规定，本题选项 A 为不正确。

《公司法》第 142 条第 1 款规定：“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。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。”据此规定本题的 B 选项为错误。

《公司法》第 143 条第 1—3 款规定：“公司不得收购本公司股份。但是，有下列情形之一的除外：（一）减少公司注册资本；（二）与持有本公司股份的其他公司合并；（三）将股份奖励给本公司职工；（四）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的。公司因前款第（一）项至第（三）项的原因收购本公司股份的，应当经股东大会决议。公司依照前款规定收购本公司股份后，属于第（一）项情形的，应当自收购之日起十日内注销；属于第（二）项、第（四）项情形的，应当在六个月内转让或者注销。公司依照第一款第（三）项规定收购的本公司股份，不得超过本公司已发行股份总额的百分之五；用于收购的资金应当从公司的税后利润中支出；所收购的股份应当在一年内转让给职工。”依据该规定，本题 C 选项为正确选项。

《公司法》第 143 条第 4 款规定：“公司不得接受本公司的股票作为质押权的标的。”据此公司一律不得接受自己发行在外的股份作为质押的标的，这是《公司法》的强制性规范，不得通过股东会

修改，故 D 选项是错误。

【常见错误】 陷阱——本题主要是利用考生对于各个制度之间的关联不够熟悉的特点做文章，对于死记硬背法条的考生而言会觉得自己从来没有见过那个法律条文有关于本题所涉及的情况的直接规定，这样就会束手无策。

二、碧海公司减持新奇公司法人股后，将所获资金用于购买了 600 万股新奇公司的社会公众股，3 个月后，碧海公司将该 600 万股社会公众股卖出，获利 1800 万元。对碧海公司的这一买卖行为应如何处理？（2004 年卷三第 93 题）

- A. 碧海公司违法操作，1800 万元收益应收缴国库
- B. 碧海公司违规操作，应处以违法所得 1 倍以上 5 倍以下的罚款
- C. 碧海公司有权自由买卖新奇公司股票，故 1800 万元收益应归碧海公司所有
- D. 碧海公司可以买卖新奇公司股票，但所获 1800 万元收益应归新奇公司所有

【知 识 点】 短期交易

【命 题 思 路】 本题要求考生掌握法律对持股达到一定比例的股东买卖股票的限制。

【法 条 导 读】 要牢记“短期交易”的法律对象是上市公司董事、监事、高级管理人员和持有上市公司股份 5%以上的股东。

【答 案】 D

【分 析】 根据《证券法》第 47 条第 1 款规定：“上市公司董事、监事、高级管理人员、持有上市公司股份百分之五以上的股东，将其持有的该公司的股票在买入后六个月内卖出，或者在卖出后六个月内又买入，由此所得收益归该公司所有，公司董事会应当收回其所得收益。但是，证券公司因包销购入售后剩余股票而持有百分之五以上股份的，卖出该股票不受六个月时间限制。”明确了“短期交易”的法律对象是上市公司董事、监事、高级管理人员、持有上市公司股份 5%以上的股东。本题碧海公司减持新奇公司法人股后，仍持有 6000 万股，因新奇公司的股本总额为 4 亿元，故碧海公司持有新奇公司的股份已超过 5%，依法其在买入 600 万股新奇公司的社会公众股 3 个月后又将该 600 万股社会公众股卖出所得的收益 1800 万元应归新奇公司所有。因此，D 项正确，A、C 两项错误。碧海公司的行为并非违规操作，法律并没有相关的罚款规定。故 B 项错误。

【常见错误】 陷阱——很多考生对《公司法》第十章的“法律责任”并没有仔

细的记忆，故认为 B 项可能在该章有规定，而选择了 B 项。

《特别叮咛》

关于股权（份）转让，公司法分别设了第三章和第五章第二节来规范有限责任股权的转让和股份有限公司股权的转让，这些规定十分系统并且对司法考试而言不需要进行进一步的理论分析，考生应予以准确记忆。记忆过程中应注意：（一）有限责任公司章程对股权转让和股东资格继承可以另行做出规定，做题时不要看到与公司法的补充性规定不一致而马上认为其是违法的。（二）关于股权（份）回购要把有限责任公司和股份有限公司的情形比较记忆，其中要注意公司转让主要资产不是股份有限公司股份回购事由。（三）除公司法规定外，证券法四十七条和九十八条也对上市公司股份转让有相应规定。

知识点：破产债权

破产债权是基于破产宣告前原因发生的能够通过破产分配由破产财产公平受偿的财产请求权。破产法的最重要价值就是保证破产债权人公平受偿，因此什么样的债权构成破产债权以及破产债权如何受偿也就成为破产法的核心内容，其中什么样的债权构成破产债权构成了破产程序的基础，对此历年司法考试中的破产部分多有考查。

《相关真题》

一、南翔物流有限责任公司因严重亏损，已无法清偿到期债务。2006年6月，各债权人上门讨债无果，欲申请南翔公司破产还债。下列各债权人中谁有权申请南翔公司破产？（2006年卷三第31题—单选）

- A. 甲公司：南翔公司租用其仓库期间，因疏于管理于2005年12月失火烧毁仓库
- B. 乙公司：南翔公司拖欠其燃料款40万元应于2004年1月偿还，但该公司一直未追索
- C. 丙公司：法院于2005年10月终审判决南翔公司10日内赔偿该公司货物损失20万元，该公司一直未申请执行
- D. 丁公司：南翔公司就拖欠该公司货款30万元达成协议，约定于2006年10月付款

【知 识 点】 破产债权与破产申请人

【命题思路】 与以往破产法的试题相比，2006年司法考试命题难度又有所增加。这道题的考查方式有些迂回，一方面考查了破产债权，另一方面

也考查了能够申请破产的债权人的类型，因为若不是破产债权人则必然不能申请债务人破产，但是也并非所有的破产债权人均可申请债务人破产。

【法条导读】

由于新的《企业破产法》已经通过，所以 2007 年的司法考试所要掌握的《企业破产法》条文必须是新《企业破产法》的条文，因此大家必须对照原《企业破产法》将新《企业破产法》的条文全部熟悉，这样才能在 2007 年的司法考试中立于不败之地。就与破产债权有关的新《企业破产法》条文主要有第 46、47、50—55 条。另外需要掌握与债权相关的《民法通则》、《合同法》、《担保法》等相关条文，并掌握《民事诉讼法》中破产还债程序一章的相关条文。

**【答
案】**

A

本题有两个考点一个是破产债权，另一个是破产申请人。所谓破产债权是指破产案件破产宣告前发生的没有财产担保的一切债权，包括到期债权和未到期的债权，也包括附条件的债权和附期限的债权；包括因合同而发生的债权也包括因合同以外的其它原因发生的债权，如侵权行为之债、无因管理之债、不当得利之债和缔约过失之债。但是需要注意的是能够申请债务人破产的债权应当是已经到清偿期的债权，未到期的债权不能申请债务人破产，因为该债权人还不能行使其债权。对此新《企业破产法》第 7 条规定：“债务人有本法第二条规定的情形，可以向人民法院提出重整、和解或者破产清算申请。债务人不能清偿到期债务，债权人可以向人民法院提出对债务人进行重整或者破产清算的申请。企业法人已解散但未清算或者未清算完毕，资产不足以清偿债务的，依法负有清算责任的人应当向人民法院申请破产清算。”在本题中，A 选项中甲公司对于南翔公司享有损害赔偿请求权，该项债权是破产债权作为侵权行为之债，从行为发生之日起即到了清偿期，故其可以申请南翔公司破产，因此 A 选项是正确选项。B 选项中，乙公司对于南翔公司的债权由于从到期日起两年没有行使，故已经过了诉讼时效而不能行使，故不能申请破产，因此 B 选项不能选。C 选项中丙公司已经获胜诉判决，但是由于没有在半年内申请人民法院强制执行，因此不得再行强制执行，不具有强制执行力的债权不得作为破产债权。对此《民事诉讼法》第 219 条规定：“申请执行的期限，双方或一方当事人是公民的为一年，双方是法人或者其他组织的为六个月。前款规定的期限，从法律文

书规定的履行期间的最后一日起计算。”因此 C 选项是不能选的。D 选项中丁公司的债权还没有到期所以不能申请破产，故不能选。

【常见错误】 陷阱①——考生往往会误以为所谓破产债权必须是基于合同而发生的债权，故出了 A 选项作为正确选项。

陷阱②——B 选项中的债权已经过了诉讼时效，但是考生往往在做商法题目时会忘记诉讼时效的制度。

陷阱③——C 选项中的债权依据民事诉讼法的规定已经不具有强制执行力，而考生在商法的考试中也往往会忽略适用民事诉讼法的规定，从而错误地选择了 C 选项。

二、松花江实业有限公司因不能清偿到期债务而申请破产救济，各债权人纷纷向清算组申报债权。下列选项哪些属于破产债权？（2003 年卷三第 52 题—多选）

- A. 甲公司要求收回其租赁给松花江公司的一套设备
- B. 乙银行因派员参与破产程序花去的差旅费 5 万元
- C. 丙银行贷给松花江公司的 50 万元贷款，但尚未到还款期
- D. 丁银行行使抵押权后仍有 10 万元债权未受偿

【知 识 点】 破产债权的范围

【命题思路】 本题要求考生掌握破产债权的含义、包含的范围及不得成为破产债权的请求权。

【法条导读】 对破产债权范围的确定要从如下几个方面着手：

首先，必须确定参加破产分配的人对于破产债务人拥有一项债权，而这一点需要依据民法来加以确定，根据我国《民法通则》及相关法律的规定，能够引起债权债务的法律事实共有六项：合同、单方允诺、侵权行为、无因管理、不当得利和缔约过失，对此必须掌握民法债权部分的相关规定。

其次，必须确定该项债权是否享有优先受偿的权利，只有不享有优先受偿的债权才是破产债权才需要参加破产分配。对此考生主要掌握的是破产法上的别除权，除了别除权之外只要权利人对标的物享有取回权的也不属于破产债权，因为该项权利实际上 是民法上的物权而不是债权。

再次，要确定哪些权利是共益费用（即破产费用）和共益债权（即为了全体债权人的利益而发生的债权），这两项权利可以就破产财产优先受偿而无须通过破产程序与破产债权一同按比例受偿。对此新《企业破产法》第 41 条规定：“人民法院受理破产申请后发

生的下列费用，为破产费用：（一）破产案件的诉讼费用；（二）管理、变价和分配债务人财产的费用；（三）管理人执行职务的费用、报酬和聘用工作人员的费用。”第 42 条规定：“人民法院受理破产申请后发生的下列债务，为共益债务：（一）因管理人或者债务人请求对方当事人履行双方均未履行完毕的合同所产生的债务；（二）债务人财产受无因管理所产生的债务；（三）因债务人不当得利所产生的债务；（四）为债务人继续营业而应支付的劳动报酬和社会保险费用以及由此产生的其他债务；（五）管理人或者相关执行职务致人损害所产生的债务；（六）债务人财产致人损害所产生的债务。”

最后，还要确定一些属于破产债权的特殊债权，对此新《企业破产法》作了如下之规定。第 46 条规定：“未到期的债权，在破产申请受理时视为到期。附利息的债权自破产申请受理时起停止计息。”第 47 条规定：“附条件、附期限的债权和诉讼、仲裁未决的债权，债权人可以申报。”第 50 条规定：“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，也可以共同申报债权。”第 51 条规定：“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。债务人的保证人或者其他连带债务人尚未代替债务人清偿债务的，以其对债务人的将来求偿权申报债权。但是，债权人已经向管理人申报全部债权的除外。”第 52 条规定：“连带债务人数人被裁定适用本法规定的程序的，其债权人有权就全部债权分别在各破产案件中申报债权。”第 53 条规定：“管理人或者债务人依照本法规定解除合同的，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。”第 54 条规定：“债务人是委托合同的委托人，被裁定适用本法规定的程序，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。”第 55 条规定：“债务人是票据的出票人，被裁定适用本法规定的程序，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。”

【答
案】
【分
析】

C、D

破产债权是基于破产宣告前的原因而产生的，能够通过破产分配由破产财产公平受偿的财产请求权。依新《企业破产法》第 38 条的规定，人民法院受理破产申请后，债务人占有的不属于债务人的财产，该财产的权利人可以通过管理人取回。但是，本法另有规定的除外。A 项中的设备为甲公司所有，故甲公司要求收回该

设备的行为属于基于所有权的物上请求权而非破产债权。因此，A 项错误。

依新《企业破产法》第 44 条规定：“人民法院受理破产申请时对债务人享有债权的债权人，依照本法规定的程序行使权利。”B 项，乙银行因派员参与破产程序花去的差旅费 5 万元依法不属于“破产申请时对债务人享有的债权”，因此，B 项不当选。

依新《企业破产法》第 46 条规定：“未到期的债权，在破产申请受理时视为到期。附利息的债权自破产申请受理时起停止计息。”

C 项中丙银行的贷款即破产宣告时未到期的债权。因此，C 项正确。

依新《企业破产法》第 109 条规定：“对破产人的特定财产享有担保权的权利人，对该特定财产享有优先受偿的权利。”第 110 条规定：“享有本法第一百零九条规定权利的债权人行使优先受偿权利未能完全受偿的，其未受偿的债权作为普通债权；放弃优先受偿权利的，其债权作为普通债权。”D 项中丁银行的 10 万元债权即属于“对破产人的特定财产享有担保权，但未能完全受偿”依法为普通债权。因此，D 项正确。

【常见错误】 陷阱——部分考生没有意识到 A 项中请求权的性质而作出了错误的选择。

《特别叮咛》

关于破产债权，首先必须确定当事人对破产债务人合法的享有民法上的债权，这需要考生掌握民法上关于债权的相关理论和规定。此外，破产债权必须是在破产宣告前成立并且不具有优先受偿权。另外，新的破产法将经于今年 6 月 1 日生效，并被考试大纲列入法律法规附录目录，最高人民法院 2002 年公布实施的《关于审理企业破产案件若干问题的规定》虽然依然有效，但是并未被列入大纲的附录。

知识点：附条件的票据行为

我国票据法对票据的背书、承兑、保证所附条件的效力作了明确规定，第三十三条规定“背书不得附有条件。背书时附有条件的，所附条件不具有汇票上的效力。”第四十三条规定“付款人承兑汇票，不得附有条件；承兑附有条件的，视为拒绝承兑”。第四十八条规定“保证不得附有条件；附有条件的，不影响对汇票的保证责任。”这些规定虽然十分明确，但是因为它的法律效力不同于民法上的附条件的法律行为的效力，而是票据法特有的，因此被反复考查。

《相关真题》

一、乙公司与丙公司交易时以汇票支付。丙公司见汇票出票人为甲公司，遂要求乙公司提供担保，乙公司请丁公司为该汇票作保证，丁公司在汇票背书栏签注“若甲公司出票真实，本公司愿意保证。”后经了解甲公司实际并不存在。丁公司对该汇票承担什么责任？（2005年卷三第32题一单选）

- A. 应承担一定赔偿责任
- B. 只承担一般保证责任，不承担票据保证责任
- C. 应当承担票据保证责任
- D. 不承担任何责任

【知 识 点】 票据的保证

【命 题 思 路】 票据关系具有不同于普通民商事关系的特殊性，保证所附条件不具有票据法上的效力即特殊性之一。

【法 条 导 读】 须注意不同的票据行为所附条件的效力，根据《票据法》第33条第1款规定：“背书不得附有条件。背书时附有条件的，所附条件不具有汇票上的效力。”第43条规定：“付款人承兑汇票，不得附有条件；承兑附有条件的，视为拒绝承兑。”

【答 案】 C

【分 析】 根据《票据法》第48条规定：“保证不得附有条件；附有条件的，不影响对汇票的保证责任。”丁公司在汇票背书栏签注“若甲公司出票真实，本公司愿意保证。”即对于保证附有条件，依法该所附条件不具有票据法上的效力，丁公司仍需承担票据保证责任。因此，C项正确，A、B、D三项错误。

【常见错误】 陷阱——“后经了解甲公司实际并不存在”使得丁公司的保证所附条件未成立，这在一定程度上迷惑了考生。

二、乙公司在与甲公司交易中获金额为300万元的汇票一张，付款人为丙公司。乙公司请求承兑时，丙公司在汇票上签注：“承兑。甲公司款到后支付。”下列关于丙公司付款责任的表述哪个是正确的？（2003年卷三第17题一单选）

- A. 丙公司已经承兑，应承担付款责任
- B. 应视为丙公司拒绝承兑，丙公司不承担付款责任
- C. 甲公司给丙公司付款后，丙公司才承担付款责任
- D. 按甲公司给丙公司付款的多少确定丙公司应承担的付款责任

【知 识 点】 汇票的承兑

【命题思路】 本题要求考生知道汇票承兑的无条件性。

【法条导读】 注意，不同汇票的提示承兑期不同：根据《票据法》第39条第1款，定日付款或者出票后定期付款的汇票，持票人应当在汇票到期日前向付款人提示承兑；根据《票据法》第40条第1款，见票后定期付款的汇票，持票人应当自出票日起1个月内向付款人提示承兑；而见票即付的汇票无需提示承兑。若汇票未按照规定期限提示承兑的，持票人丧失对其前手的追索权。

【答 案】 B

【分 析】 根据《票据法》第43条规定：“付款人承兑汇票，不得附有条件；承兑附有条件的，视为拒绝承兑。”丙公司在汇票上签注：“承兑。甲公司款到后支付。”即附有了条件，依法应视为拒绝承兑。因此，B项正确。

【常见错误】 陷阱——部分考生因为丙公司在汇票上已签注“承兑”，故认为丙公司已经承兑，没有意识到签注后面注明的“甲公司款到后支付”，其性质上是承兑附有条件。

《特别叮咛》

票据行为是典型的商行为，其所附条件的后果是票据法特有的，千万不能想当然的照搬民法的规则。此外，附条件的承兑与附条件的背书和保证效力相反，承兑附有条件的，视为拒绝承兑。顺便说一下，关于背书，出票人在汇票上记载“不得转让”字样的，汇票不得转让，背书人在汇票上记载“不得转让”字样，其后手再背书转让的，原背书人对后手的被背书人不承担保证责任；关于承兑，付款人承兑后，必须承担到期付款的责任；关于保证，保证人为二人以上的，保证人之间承担连带责任，无论当事人之间如何约定。