

司法考试商法必胜方法 PDF转换可能丢失图片或格式，建议
阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/482/2021_2022__E5_8F_B8_E6_B3_95_E8_80_83_E8_c36_482432.htm 一、对商法性质与特点的认识与理解 就司法考试而言，商法是作为民事法律或曰私法的一个大的板块而对待的，即民事法律是由民法、商法、知识产权法、亲属法等四个相对独立的学科板块组成的，商法的题目集中在民事法律这张试卷中（客观题），同时在案例与实例分析题（主观题）的试卷中也有体现。商法作为一个相对独立的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，同时又与相邻法律部门特别是民法有着十分紧密的联系，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。一般认为，商法是调整商事贸易关系的法律部门。从本质而言，即依法的性质为标准的划分，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。尽管商法中的公法成分较多，且有越来越多的趋势，即所谓的商法公法化，这的确也是商法与民法的一个很大的区别，但商法的性质仍属私法，而非公法，商法与民法共同构成完整的私法体系。商法与民法有着极为深刻的历史渊源上的联系，先有民法，后有商法，商法脱胎于民法，民法中的很多制度、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。例如，民法中的法律行为制度、私权制度、代理制度、法人制度、合伙制度、诉讼时效制度、合同制度等，均直接或间接地存在于商法制度中，构成商法的逻辑与概念基础，且对于整个商

法的理论与制度设计至为重要。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。商法是商品经济发展到较为发达程度时期的产物，是经济交易由即时交易、现货交易、小额交易、一次交易、货物交易、同城交易等形式走向远期交易、期货交易、大宗交易、连续交易、权利交易、异地交易等形式的结果。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，难以依据市民社会的一般生活经验与习惯进行推导，例如公司法中表决权的行使规则、股票的发行与交易规则等，票据法中追索权的行使、法定记载事项的确定、票据的抗辩等，保险法中的保险利益原则与近因原则、理赔与精算、代位求偿权的行使规则等，破产法中的破产宣告程序与后果、破产债权的确定、别除权、取回权等，专业性与技术性都很强，如果仅有民法的基础而不对这些学科有专门的与深入的研习，是很难真正掌握和理解好这些原理与制度的。商法与民法不同的另一个显著特点是，商法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，这些分支学科或分支部门尽管有一定的相通性，但差异是主要的，各自的内容基本上都只适用于本学科领域，具有较强的独立适用性与封闭性，并无相对明显的逻辑脉络将各学科串连起来。

二、对商法复习方法的一些建议 基于商法的上述特点，结合司法考试的命题特点与规律，对本学科的学习提出以下建议，供大家参考。（一）要联系民法的基本理论与制度进行学习，复习时要回忆

起与民法相关的知识，做到融会贯通。前面已经说过，商法与民法有着十分密切的联系，学习时一定要在脑子中带着民法的思维，运用民法的理论与制度去分析、理解商法中的理论与制度。例如，公司法中的核心问题之一就是围绕公司这一组织机构而形成的各利益主体之间的权利保护问题，包括股东的权利、公司本身的权利、公司的债权人的权利，而权利问题是民法的根本问题，民法已经为各种民事权利的取得、内容、效力等作出了规定，把握权利这根主线，就能把公司法的主要问题有机地串起来：股东的权利是一种社员权，是一种独立类型的民事权利，包括自益权与共益权，其权利取得方式、行使途径、丧失事由等由公司法及公司章程作出规定；公司债权人的权利是一种请求权，主要依合同法的规则及破产法的规则而行使与救济；公司自身的权利则是各种权利的结合体，既有物权，又有债权，还有知识产权、人格权等，各依相关的法律而行使与救济。所以，从某种意义上说，公司法的全部问题就可以归结到这些权利主体的权利取得、权利行使、权利救济、权利消灭等这样一根主线上来，这一理念实际上决定了整个公司法的制度设计与安排，体现在公司法的各个方面，如果没有这样一个主线，就难以把握公司法的实质与灵魂，而围绕这一主线的实际上一系列的民事权利制度，所以说民法的基础对于学习商法是至为重要的。

（二）要联系法规条文进行学习，不能完全是抽象的理解。目前，商法中的主要分支我国都颁布了相应的法律、法规，这些法律法规对于学习与研究很重要，是商法学习与研究的最基本的素材，如《中华人民共和国公司法》、《中华人民共和国合伙企业法》、《中华人民共和国中外合资经营企

业法》、《中华人民共和国中外合作经营企业法》、《中华人民共和国个人独资企业法》、《中华人民共和国企业破产法（试行）》、《中华人民共和国保险法》、《中华人民共和国票据法》、《中华人民共和国海商法》等。仅看教材，不联系法律法规，对立法没有感性的认识，就难以对法律有全面而深刻的理解，尤其是对于商法这样应用性极强的法律部门更是如此。法律往往是一个法律学科的高度浓缩与抽象，集中了这个法律部门的名词术语，囊括了这个法律部门的制度内容，体现了这个法律部门的宗旨理念，是反映这一法律部门文明成果的最高形式，所以研习法律特别是部门法的人如果说不看法条那是不可想象的。要对照教材与法律，反复揣摩，仔细领会，方可得立法之旨趣与法理之精髓。事实上，一部法律的逻辑体例与编章安排往往就是这一法律的学科体系与理论脉络，加之大陆法系的概念法学与注释法学之特征，教材往往根据立法的体系而撰写，所以在有了一定的基础之后，看教材与看法律已是殊途同归之事，若达此境界，则得其真经矣。以《合伙企业法》为例：除第一章总则和第八章法律责任外，其他各章依次为合伙企业的设立、合伙企业的财产、合伙企业的事务执行、合伙企业与第三人的关系、入伙与退伙、合伙企业的解散与清算，这些章名实际上已经包括了整个合伙企业法的制度内容，这与一般关于合伙企业法的教材的体系也是基本上一致的，看法律等于就在看教材。当然，看法律绝对不是说要去背法条，无论是对于法律学习还是司法考试，一字不拉地背下法律条文是绝无必要的。看法条、读法条的目的不在于背诵或记忆，而在于更好地理解 and 领会法律的原意和精神，以利融会贯通。司法考试

的试题中确实也有少量的题目直接取自于法律条文，但第一，这种情况已经在近几年的律师考试和司法考试中变得越来越少，其二，即使有一般也是由于这样的法律条文本身就是制度的重要组成部分，它不过是学理的立法表述而已。可以说，现在的司法考试是越来越重视考察考生对法律原理的理解与掌握的，但这种原理往往又包含在法律条文当中。例如下面这道公司法的试题（1995年律师资格考试试题）：有限责任公司与股份有限公司的最主要的区别是：（ ）A．后者的全部资本分为等额的股份并采取股票的形式，前者则不然 B．后者必须以股东大会为权力机构，前者则不然 C．前者以其全部资产对公司债务承担责任，后者则不然 D．前者股东有最高人数的限制即2人以上50人以下，后者则不然 四个选项涉及四个知识点：公司的资本结构、公司的组织机构、公司的责任承担、公司的股东人数。C项的表述本身就是错误的，首先被排除；B、D项本身的表述并无错误，但题目问的是有限责任公司与股份有限公司“最主要的区别”，只有A项符合题意。对这一问题的理解，教材上都会说得很清楚，但若领会和掌握了《公司法》第3条第2、3款的条文规定，即“有限责任公司，股东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的债务承担责任。股份有限公司，其全部资本分为等额股份，股东以其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”，回答这一问题就很简单了。所以说，看教材与看法条同样重要。有一个问题考生经常问到：“法条上有很多的数字，要不要记？”我的理解是：原则上不要记，或者说极大部分的数字是不要记的，特别是法律责任中有很多如罚款多少以上多少以下

等的数字，是决无必要记的，又如公司法中有不少涉及公司的公积金、公益金的提留比例，保险法中有不少涉及保证金、保险公积金、保险准备金、自留保险费、承保责任等的比例，也是没有必要记的，考这样的题目实在是毫无意义的。但是，有些数字非常重要，它本身已经构成某种制度的一个部分了，不止是一个单纯的数字，这样的数字还是能记住一些好，比如，有限公司的股东人数2人以上50人以下，有限公司的最低注册资本分别为10万元、30万元、50万元，股份有限公司的最低注册资本为1000万元，中外合作经营企业外方在注册资本的比例一般不少于25%，等，像这样的数字就是制度化的数字，最好能记住。另外，有些数字尽管不能说是制度化的数字，但的确也很重要，比如知识产权作价出资不得超过公司注册资本的20%（《公司法》第24条、第80条），个人独资企业投资人对企业债务的责任消灭期间自企业解散后5年（《个人独资企业法》第28条），被保险人或受益人对保险人请求给付保险金的权利的除斥期间，人寿保险为5年，其他保险为2年（《保险法》第26条），等，能记住是再好不过的。当然，你觉得自己记性不是很好，那就干脆别理它，反正这样的题目是很少的。（三）要善于抓住重点学科和学科中的重点、疑点问题，分清主次，合理分配复习时间。从近几年的律师资格考试和司法考试的命题思路上看，商法部分的题目重点主要集中在公司法、合伙企业法，其次是外商投资企业法，再次是票据法、保险法、海商法，个人独资企业法份量很少，一般就是1 - 2分的题目甚至不涉及，破产法由于这几年处于修改中，所以涉及较少，但随着最高法院关于破产法的司法解释的出台以及破产案件的日益增多，破

产法应当是处于与保险法、票据法大体相当的地位甚或更重要一些。因此，时间分配上应当根据这一规律确定，这样才能收到事半功倍的效果。公司法无疑是商法中的重中之重，这是由公司在现代市场经济中的主体地位决定的，加之公司法的制度内容也较多，涉及的法理也较广，知识点多，所以公司法容易被反复出题。合伙也是一种重要的商事组织，其所涉及到的民商法原理也很多，知识点也多，所以近几年有关合伙企业法的题目所占比例也较大，乃情理中事。外商投资企业法、保险法、票据法所占的分值大体差不多，一般在4 - 6分之间，偶有达到7 - 8分的情况。海商法一般放在国际经济法中，特别是涉及到货物运输合同、旅客运输合同的内容，基本上不放在商法而是放在国际经济法中，但像船舶、共同海损、海难救助等内容还是在商法中。当然放在哪个部分并不要紧，关键是要掌握这方面的内容。除了前面所说的民商法的基本原理的掌握外，学习时特别要注意商法的各个部分的独有的一些制度与规则，同时要善于将基本原理与具体规则联系起来掌握。有点问题就在于这种联系的思考。例如2002年司法考试卷三中的一道商法题目：甲为自己投保一份人寿险，指定其妻为受益人。甲有一子4岁，甲母50岁且自己单独生活。某日，甲因交通事故死亡。该份保险的保险金依法应如何处理？A．应作为遗产由甲妻、甲子、甲母共同继承 B．应作为遗产由甲妻一人继承 C．应作为遗产由甲妻、甲子继承 D．应全部支付给甲妻 很多考生花了半天精力在思考保险金如何在甲妻、甲子、甲母之间进行分配，而事实上选项ABC都是干扰项，人身保险在指定了受益人的情况下保险金只能支付给受益人，除非受益人先于被保险人死亡

或放弃受益权或依法丧失受益权，而题目中并未给出这种条件，所以保险金应全部支付给受益人甲妻，正确答案是D。假设题目变为甲妻先于甲死亡，现甲身亡，则该份保险金应作为甲的遗产由甲子与甲母共同继承。这里既有保险法的知识点，又有继承法的知识点。商法中每门学科的内容都显得比较庞杂，头绪多，知识点多，这就要求我们自己在学习中善于去发现学科的体系规律，找出其脉络，突出掌握最基本、最主要的知识点，考试中的大部分分值应当是集中在这些最基本、最主要的知识点上。比如公司法，其基本脉络是有限责任公司和股份有限公司从设立条件、设立方式、资本构成、资本转让、组织机构、合并分立到解散清算、债务承担等这样一系列的制度，又比如票据法，其基本脉络是票据权利、权利的行使、权利的丧失、票据抗辩、票据补救以及各种票据（汇票、本票、支票）的特征比较。等等。还有一个问题同学也经常问到：“要不要做练习题或模拟题？做题有没有用处？”我的理解是：可以适当做一些题，这是复习的一种有效的方法，能够帮助理解，巩固记忆，检测学习效果，所以做题是没有坏处的，但关键是要选择好资料，现在市场上各种关于司法考试的模拟题、练习题多如牛毛，难免鱼目混珠，有的粗制滥造，误人子弟，所以建议大家在选择资料时一定要慎重，最好是选择正规的、大的出版社，特别是法律类图书有声望的出版社的书，如法律出版社、中国政法大学出版社、北京大学出版社等。古云：有志者事竟成。祝读者诸君考出好成绩。作者：刘凯湘 北京大学法学院教授

100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com