

来胜 LICENSE

2010
精品丛书
New Edition

司考法规关联记忆

第三卷

民法类·商法类 民事诉讼法与仲裁制度类

姚欢庆 吴景明 杨秀清 编著



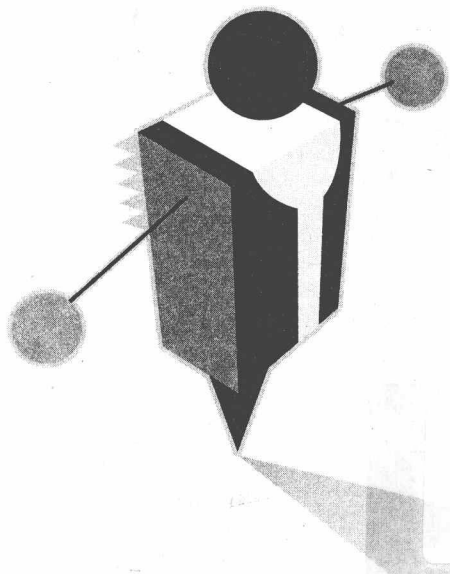
华中科技大学出版社
<http://www.hustp.com>

LICENSE 来胜司考丛书

司考法规关联记忆

第三卷：
民法类·商法类
民事诉讼法与仲裁制度类

姚欢庆 吴景明 杨秀清 编著



华中科技大学出版社

<http://www.hustp.com>

中国·武汉

图书在版编目(CIP)数据

司考法规关联记忆. 第三卷,民法类·商法类·民事诉讼法与仲裁制度/姚欢庆 吴景明
杨秀清 编著. —武汉:华中科技大学出版社,2010年4月

ISBN 978-7-5609-6131-6

I. 司… II. ①姚…②吴…③杨… III. ①民法-中国-法律工作者-资格考核-自学参考资料②商法-中国-法律工作者-资格考核-自学参考资料③民事诉讼法-中国-法律工作者-资格考核-自学参考资料④仲裁制度-中国-法律工作者-资格考核-自学参考资料 IV. D9

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 064834 号

司考法规关联记忆(第三卷)

民法类·商法类·民事诉讼法与仲裁制度

姚欢庆 吴景明 杨秀清 编著

责任编辑:王亚楠 于建

封面设计:罗元闵

责任监印:周治超

出版发行:华中科技大学出版社(中国·武汉)

武昌喻家山 邮编:430074 电话:(027)87557437

印刷:华中科技大学印刷厂

开本:787mm×1092mm 1/16

印张:33

字数:990 000

版次:2010年4月第1版

印次:2010年4月第1次印刷

定价:40.00元

ISBN 978-7-5609-6131-6/D·137

(本书若有印装质量问题,请向出版社发行部调换)

关于本书的特色及使用说明

法条是司法考试命题的根本。每年司法考试的备战物资中,法律、法规汇编类书籍是人手一册,不可或缺,这是由历年试卷“因法设题”的命题特点所决定的。例如《刑法》,其最大的特点就是“罪刑法定”,离开了法条,题又从何命起?故只有对法条足够熟悉,我们才能在司法考试中如鱼得水。

历年积攒的法律、法规非常多,并且司法解释层出不穷,它们相互之间纵横交错甚至冲突,考生要想在自己头脑中形成系统的认识,需要经过数次整理,费时费力。

有没有一本能为考生通过司法考试提供有效帮助的法律、法规汇编书籍呢?

本书特色

一、全面且重点突出。本书涵盖了所有司考大纲要求掌握的法律、法规及司法解释,包括新修订的《保险法》等,并将这些法律文件按照重要程度进行了不同的整理、加工,突出了重点。

二、体例科学、合理。为了方便携带和阅读,本书按司考大纲分为三卷。第一卷包括:宪法类、经济法类、国际法类、司法制度类;第二卷包括:刑法类、刑事诉讼法类、行政法与行政诉讼法类;第三卷包括:民法类、商法类、民事诉讼法与仲裁制度类。本书在每一类别中,又对法律、法规和司法解释等进行了更细一层的分类,以使结构更加清晰,查找更加便捷。

三、“法条群”与“提示叮咛”的有机组合。本书的最大特点在于以部门法为基础,将考纲要求的其他“关联法条”都加工整理并集中展示。“关联法条”如何定义?即对基本法条起补充、修正作用的司法解释,以及可以通过对比而强化记忆的其他法条。比如,《民法通则》中一些关于知识产权的生效规定与其后颁布的特别法存有冲突,就将其删去不再引用,避免混淆;再如《民法通则》中关于民事行为的无效与可撤销、可变更的界定和《合同法》存在差异,就将其放置一旁,以便于对比记忆,建立一个有针对性、能够真正解决问题的“法条群”。“提示叮咛”对“法条群”所涉及的重点进行了透彻的讲解,使考生举重若轻、事半功倍。

几点说明

一、关于重点法条的标示。为了使考生在学习的同时做到有所侧重,我们将重点法条都用“★”标出,以供学习时参考。

二、关于本书“法条主旨”。为了使考生更好地领会法条的意旨,我们对某些重要法律条文的主要内容进行了概括,并置于“【】”中。

三、关于下划线。为便于考生轻松地找出法条中的“题眼”(考试中容易涉及的地方),我们用加下划线的方式对其进行了标示。

四、民法、刑法、行政法、诉讼法等几大部门法的法律条文应仔细研读,特别是标注的重点法条,应结合“关联法条”和“提示叮咛”进行综合理解;而对于经济法等中的若干小法,简单记忆其重点法条即可;特别要提到的是“国际法类”,以往大家可能觉得该部分只宜看教材,无法通过条约、法规等的学习来掌握,此次修订,国际法类的作者根据考纲的要求对该部分进行了分类、节选、概括等加工,使其可读性、应试性大大增强。

本书几经改版,精益求精,每版都得到不少考生的认可,这让我们备感欣慰。我们期待着你的成功,你的成功,就是我们的快乐!

编者

2010年1月

目 录

民法类

一、民法通则	1
中华人民共和国民法通则	1
最高人民法院关于贯彻执行《中华人民共和国民法通则》若干问题的意见(试行)	35
最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释	45
最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释	49
二、物权法	50
中华人民共和国物权法	50
三、合同法	76
中华人民共和国合同法	76
最高人民法院关于适用《中华人民共和国合同法》若干问题的解释(一)	119
最高人民法院关于适用《中华人民共和国合同法》若干问题的解释(二)	121
最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释	123
最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释	126
最高人民法院关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释	128
四、担保法	133
中华人民共和国担保法	133
最高人民法院关于适用《中华人民共和国担保法》若干问题的解释	147
五、著作权法	154
中华人民共和国著作权法	154
中华人民共和国著作权法实施条例	167
最高人民法院关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释	169
六、商标法	171
中华人民共和国商标法	171
中华人民共和国商标法实施条例	180
最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释	185

七、专利法	187
中华人民共和国专利法	187
中华人民共和国专利法实施细则	198
最高人民法院关于审理专利纠纷案件适用法律问题的若干规定	211
八、婚姻家庭法、继承法、收养法	213
中华人民共和国婚姻法	213
最高人民法院关于适用《中华人民共和国婚姻法》若干问题的解释(一)	221
最高人民法院关于适用《中华人民共和国婚姻法》若干问题的解释(二)	223
中华人民共和国继承法	225
最高人民法院关于贯彻执行《中华人民共和国继承法》若干问题的意见	230
中华人民共和国收养法	233

商法类

一、公司、企业法	237
中华人民共和国公司法	237
中华人民共和国合伙企业法	263
中华人民共和国个人独资企业法	276
中华人民共和国中外合资经营企业法	280
中华人民共和国中外合作经营企业法	283
中华人民共和国外资企业法	286
中华人民共和国企业破产法	288
二、票据法	302
中华人民共和国票据法	302
三、证券法	314
中华人民共和国证券法	314
四、保险法	336
中华人民共和国保险法	336
五、海商法	353
中华人民共和国海商法	353

民事诉讼法与仲裁制度类

一、民事诉讼法	377
中华人民共和国民事诉讼法	377
二、与民事诉讼法相关的综合规范性文件	432
最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》若干问题的意见	432

最高人民法院关于在经济审判工作中严格执行《中华人民共和国民事诉讼法》的 若干规定	448
最高人民法院关于民事经济审判方式改革问题的若干规定	450
最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定	453
三、证据	455
最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定	455
最高人民法院关于适用《关于民事诉讼证据的若干规定》中有关举证时限规定的 通知	461
四、调解	462
最高人民法院关于人民法院民事调解工作若干问题的规定	462
五、第一审普通程序	464
最高人民法院关于第一审经济纠纷案件适用普通程序开庭审理的若干规定	464
最高人民法院关于审理名誉权案件若干问题的解答	466
最高人民法院关于审理名誉权案件若干问题的解释	468
六、简易程序	469
最高人民法院关于适用简易程序审理民事案件的若干规定	469
七、审判监督程序	472
最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》审判监督程序若干问题的 解释	472
八、执行程序	475
最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》执行程序若干问题的 解释	475
最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定(试行)	478
最高人民法院关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的规定	486
最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定	489
九、民事诉讼程序的特别法	492
中华人民共和国海事诉讼特别程序法	492
十、仲裁制度	500
中华人民共和国仲裁法	500
最高人民法院关于适用《中华人民共和国仲裁法》若干问题的解释	508
中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则	510

民法类

一、民法通则

中华人民共和国民法通则

(1986年4月12日第六届全国人民代表大会第四次会议通过 1986年4月12日中华人民共和国主席令第37号公布 自1987年1月1日起施行)

导 读

2009年民法是司法考试各科中分值最高的,达到92分。但是民法范围广泛,内容复杂,考查比较灵活,所以复习时应当结合民法理论理解掌握,切忌仅关注法条,而忽略民法基本理论,或者相反。

从考试的一般规律来看,2010年考试,民法的总分值绝对不会减少,有可能还会增加,所以考生复习好民法是必须的。从复习内容上来看,《民法通则》的考查基本保持不变,应当重点掌握侵权部分。《合同法》应当与基本理论结合掌握,主要掌握总则部分和分则中的买卖合同和赠与合同。《物权法》作为民法部分最近期的一部法律,对中国民法典的制定意义重大,应当重点掌握。知识产权法分值基本不变,考查比较细微,考生应当认真理解记忆。婚姻继承在民法中相对比较简单,考生拿分比较容易,也不应当放弃。就出题特点而言,主要有三种:一是直接考查《民法通则》及《民通意见》的法条内容;二是考查法条内容,但需要深入理解法条并具备一定民法理论知识方能正确作答;三是考查教材及民法理论,要求考生除掌握法条内容外,还应当对教材中不属于法条内容的部分有所了解。因此,考生在复习《民法通则》时,应当注意在理解的基础上准确记忆法条内容。此外,作为基本法,《民法通则》及《民通意见》的内容同《公司法》、《合伙企业法》、《合同法》、《担保法》、《著作权法》等特别法存在着一定的重叠,甚至是冲突之处,其结果使得《民法通则》及《民通意见》的部分内容明显过时而不再适用。许多考生往往不能辨别出这些条文,或者难以处理这些冲突的问题。为便于考生复习,本书将为考生指出这些过时或冲突的内容。

目 录

第一章 基本原则	
第二章 公民(自然人)	
第一节 民事权利能力和民事行为能力	
第二节 监护	
第三节 宣告失踪和宣告死亡	
第四节 个体工商户、农村承包经营户	
第五节 个人合伙	
第三章 法人	
第一节 一般规定	
第二节 企业法人	
第三节 机关、事业单位和社会团体法人	
第四节 联营	
第四章 民事法律行为和代理	
第一节 民事法律行为	
第二节 代理	
第五章 民事权利	
第一节 财产所有权和与财产所有权有关的财产权	
第二节 债权	
第三节 知识产权	
第四节 人身权	
第六章 民事责任	
第一节 一般规定	
第二节 违反合同的民事责任	
第三节 侵权的民事责任	
第四节 承担民事责任的方式	
第七章 诉讼时效	
第八章 涉外民事关系的法律适用	
第九章 附则	

第一章 基本原则

本章命题趋势

本章了解平等主体的含义以及基本原则的具体化。一般不会考到。

第一条 【立法目的】为了保障公民、法人的合法的民事权益,正确调整民事关系,适应社会主义现代化建设事业发展的需要,根据宪法和我国实际情况,总结民事活动的实践经验,制定本法。

第二条 【调整对象】中华人民共和国民法调整平等主体的公民之间、法人之间、公民和法人之间的财产关系和人身关系。(06-3 卷-1)

第三条 【平等原则】当事人在民事活动中的地位平等。

第四条 【自愿、公平、等价有偿、诚实信用原则】民事活动应当遵循自愿、公平、等价有偿、诚实信用的原则。

第五条 【民事权益受法律保护原则】公民、法人的合法的民事权益受法律保护,任何组织和个人不得侵犯。

第六条 【合法原则】民事活动必须遵守法律,法律没有规定的,应当遵守国家政策。

第七条 【禁止权利滥用原则】民事活动应当尊重社会公德,不得损害社会公共利益,破坏国家经济计划,扰乱社会经济秩序。

第八条 【适用范围】在中华人民共和国领域内的民事活动,适用中华人民共和国法律,法律另有规定的除外。

本法关于公民的规定,适用于在中华人民共和国领域内的外国人、无国籍人,法律另有规定的除外。

第二章 公民(自然人)

第一节 民事权利能力和民事行为能力

本节命题趋势

本节考点较为分散,难度一般,但已多年未考,2010年应当予以重视。

★ **第九条 【公民民事权利能力的开始与终止】**公民从出生时起到死亡时止,具有民事权利能力,依法享有民事权利,承担民事义务。(08 川-3 卷-16)

关联法条

《民通意见》

1. 公民的民事权利能力自出生时开始。出生的时间以户籍证明为准;没有户籍证明的,以医院出具的出生证明为准。没有医院证明的,参照其他有关证明认定。

★ **第十条 【公民民事权利能力平等】**公民的民事权利能力一律平等。

提示叮咛

1. 公民是指具有一国国籍的自然人。自然人除包括公民外,还包括外国公民和无国籍人。《民法通则》将公民、自然人并用,《合同法》用自然人替代了公民的提法。

2. 注意出生时间的证明(《民通意见》第1条)的先后顺序。

3. 《继承法意见》第2条对有继承关系的多人在同一事件中死亡的,如何确定死亡时间作了明确规定。

★ **第十一条 【完全民事行为能力人】**十八周岁以上的公民是成年人,具有完全民事行为能力,可以独立进行民事活动,是完全民事行为能力人。

十六周岁以上不满十八周岁的公民,以自己的劳动收入为主要生活来源的,视为完全民事行为能力人。

关联法条

《民通意见》

2. 十六周岁以上不满十八周岁的公民,能够以自己的劳动取得收入,并能维持当地群众一般生活水平的,可以认定为以自己的劳动收入为主要生活来源的完全民事行为能力人。

提示叮咛

注意 16 周岁以上不满 18 周岁的人在某些特殊情形下可视为完全民事行为能力人。

★ **第十二条 【未成年人的民事行为能力】**十周岁以上的未成年人是限制民事行为能力人,可以进行与他的年龄、智力相适应的民事活动;其他民事活动由他的法定代理人代理,或者征得他的法定代理人的同意。

不满十周岁的未成年人是无民事行为能力人,由他的法定代理人代理民事活动。

关联法条

《民通意见》

3. 十周岁以上的未成年人进行的民事活动是否与其年龄、智力状况相适应,可以从行为与本人生活相关联的程度、本人的智力能否理解其行为,并预见相应的行为后果,以及行为标的数额等方面认定。

6. 无民事行为能力人、限制民事行为能力人接受奖励、赠与、报酬,他人不得以行为人无民事行为能力、限制民事行为能力为由,主张以上行为无效。

提示叮咛

限制民事行为能力人在某些情形下从事的民事活动有效,而无民事行为能力人除了接受奖励、赠与、报酬之外,其所从事的其他民事活动都是无效的。

★ **第十三条 【精神病人的民事行为能力】**不能辨认自己行为的精神病人是无民事行为能力人,由他的法定代理人代理民事活动。

不能完全辨认自己行为的精神病人是限制民事行为能力人,可以进行与他的精神健康状况相适应的民事活动;其他民事活动由他的法定代理人代理,或者征得他的法定代理人的同意。

★ **第十四条 【监护人】**无民事行为能力人、限制民事行为能力人的监护人是他的法定代理人。

提示叮咛

1. 16周岁以上不满18周岁公民的民事行为能力的认定(《民法通则》第11条第2款;《民通意见》第2条)。

2. 自然人民事行为能力的分类,依个人年龄、心智发展及健康状况,分为三等,即:(1)完全行为能力必须符合的两个条件:①年龄在18周岁以上;②精神正常,但有一例外,即:《民法通则》第11条第2款及《民通意见》第2条中关于16周岁以上不满18周岁的特别规定。正是基于此,《劳动法》第15条将童工的下限规定为16周岁而非18周岁。(2)限制行为能力有两种情形:①年龄10周岁以上不满18(16)周岁的;②不能完全辨认自己行为的。(3)无行为能力也有两种情形:①年龄不满10周岁;②完全不能辨认自己行为的。

3. 注意区分《民法通则》第13条“不能辨认”与“不能完全辨认”的区别。

4. 监护人是法定代理人的同义词(《民法通则》第14条)。

5. 无行为能力人的民事行为效力可分为三种情况:(1)依《民通意见》第6条及第129条,无行为能力人纯获利益的行为并不因其无行为能力而无效。(2)依民法原理,无行为能力人处分零花钱的行为一般亦有效。(3)除以上两行为外,其余皆无效。

限制行为能力人的民事行为效力分为四种情况:(1)纯获利益的行为有效。(2)在相应的民事行为能力范围内的行为有效。(3)超出民事行为能力范围而实施的合同行为为效力待定行为(《合同法》第47条)。(4)超出行为能力范围而实施的单方民事行为为无效行为。

★ **第十五条 【住所】**公民以他的户籍所在地的居住地为住所,经常居住地与住所不一致的,经常居住地视为住所。

关联法条

《民通意见》

9. 公民离开住所地最后连续居住一年以上的地方,为经常居住地。但住医院治病的除外。在监狱服刑也除外,适用特殊规定。

公民由其户籍所在地迁出后至迁入另一地之前,无经常居住地的,仍以其原户籍所在地为住所。

提示叮咛

1. 公民首先以户籍地为住所,当经常居住地与户籍地不一致时,以前者为住所。特别注意《民通意见》第9条第2款:公民户籍迁出后迁入另一地之前,无经常居住地的,仍以原户籍地为住所。

2. 经常居住地的确定。指公民离开住所地最后连续居住一年以上的地方,住院治疗除外。在监狱服刑也除外,适用特殊规定。

第二节 监 护

本节命题趋势

本节作为基础知识掌握,直接考查比较少,考点只有可能是监护人处理被监护人财产时遵循的原则。

★ **第十六条 【未成年人的监护人】**未成年人的父母是未成年人的监护人。

未成年人的父母已经死亡或者没有监护能力的,由下列人员中有监护能力的人担任监护人:

- (一) 祖父母、外祖父母;
- (二) 兄、姐;
- (三) 关系密切的其他亲属、朋友愿意承担监护

责任,经未成年人的父、母的所在单位或者未成年人住所地的居民委员会、村民委员会同意的。

对担任监护人有争议的,由未成年人的父、母的所在单位或者未成年人住所地的居民委员会、村民委员会在近亲属中指定。对指定不服提起诉讼的,由人民法院裁决。

没有第一款、第二款规定的监护人的,由未成年人的父、母的所在单位或者未成年人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门担任监护人。

关联法条

《民通意见》

14. 人民法院指定监护人时,可以将民法通则第十六条第二款中的(一)、(二)、(三)项或者第十七条第一款中的(一)、(二)、(三)、(四)、(五)项规定视为指定监护人的顺序。前一顺序有监护资格的人无监护能力或者对被监护人明显不利的,人民法院可以根据对被监护人有利的原则,从后一顺序有监护资格的人中择优确定。被监护人有识别能力的,应视情况征求被监护人的意见。

监护人可以是一人,也可以是同一顺序中的数人。

21. 夫妻离婚后,与子女共同生活的一方无权取消对方对该子女的监护权;但是,未与该子女共同生活的一方,对该子女有犯罪行为、虐待行为或者对该子女明显不利的,人民法院认为可以取消的除外。

《民诉意见》

198. 被指定的监护人不服指定,应当在接到通知的次日起三十日内向人民法院起诉。经审理,认为指定并无不当的,裁定驳回起诉;指定不当的,判决撤销指定,同时另行指定监护人。判决书应送达起诉人、原指定单位及判决指定的监护人。

提示叮咛

1. 未成年人的监护人首先是其父母(法定代理人),如果是兄姐,必须是成年兄姐。

2. 对担任监护人有争议的,由有关单位指定,本法第16条第2款所列顺序即是指定监护人的顺序。监护人可以不限于1人(《民通意见》第14条)。

3. 对指定不服可以起诉;且指定是设定监护人争议诉讼的前置程序(《民通意见》第16条),为必经程序。

4. 特别注意夫妻离婚后的子女监护问题(《民通意见》第21条):(1)离婚后的夫妻双方均是子女监护人,不经人民法院认可,离婚后的夫妻一方无

权取消另一方对子女的监护权。(2)但具有下列情形之一,且法院认为可以取消监护资格的,未与子女共同生活的一方无监护权:①对子女有犯罪行为的;②对子女有虐待行为的;③对子女明显不利的。此处与经济状况无关。

第十七条 【精神病人的监护人】无民事行为能力或者限制民事行为能力的精神病人,由下列人员担任监护人:

(一)配偶;

(二)父母;

(三)成年子女;

(四)其他近亲属;

(五)关系密切的其他亲属、朋友愿意承担监护责任,经精神病人的所在单位或者住所地的居民委员会、村民委员会同意的。

对担任监护人有争议的,由精神病人的所在单位或者住所地的居民委员会、村民委员会在近亲属中指定。对指定不服提起诉讼的,由人民法院裁决。

没有第一款规定的监护人的,由精神病人的所在单位或者住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门担任监护人。

关联法条

《民通意见》

11. 认定监护人的监护能力,应当根据监护人的身体健康状况、经济条件,以及与被监护人在生活上的联系状况等因素确定。

12. 民法通则中规定的近亲属,包括配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女。

13. 为患有精神病的未成年人设定监护人,适用民法通则第十六条的规定。

14. 人民法院指定监护人时,可以将民法通则第十六条第二款中的(一)、(二)、(三)项或者第十七条第一款中的(一)、(二)、(三)、(四)、(五)项规定视为指定监护人的顺序。前一顺序有监护资格的人无监护能力或者对被监护人明显不利的,人民法院可以根据对被监护人有利的原则,从后一顺序有监护资格的人中择优确定。被监护人有识别能力的,应视情况征求被监护人的意见。

监护人可以是一人,也可以是同一顺序中的数人。

16. 对于担任监护人有争议的,应当按照民法通则第十六条第三款或者第十七条第二款的规定,由有关组织予以指定。未经指定而向人民法院起诉

的,人民法院不予受理。

提示叮咛

1. 为精神病人指定监护人的程序同未成年人基本相同,区别在于有监护资格的人的顺序和范围不同(《民法通则》第17条第1款)。但是,为患有精神病的未成年人设定监护人,应适用关于未成年人的规定(《民通意见》第13条)。

2. 注意民法上“近亲属”的范围不同于刑事诉讼法上“近亲属”的范围(《民通意见》第12条)。

★ 第十八条 【监护人的职责、权利和责任】监护人应当履行监护职责,保护被监护人的人身、财产及其他合法权益,除为被监护人的利益外,不得处理被监护人的财产。

监护人依法履行监护的权利,受法律保护。

监护人不履行监护职责或者侵害被监护人的合法权益的,应当承担责任;给被监护人造成财产损失的,应当赔偿损失。人民法院可以根据有关人员或者有关单位的申请,撤销监护人的资格。

关联法条

《民通意见》

10. 监护人的监护职责包括:保护被监护人的身体健康,照顾被监护人的生活,管理和保护被监护人的财产,代理被监护人进行民事活动,对被监护人进行管理和教育,在被监护人合法权益受到侵害或者与人发生争议时,代理其进行诉讼。

18. 监护人被指定后,不得自行变更。擅自变更的,由原被指定的监护人和变更后的监护人承担监护责任。

20. 监护人不履行监护职责,或者侵害了被监护人的合法权益,民法通则第十六条、第十七条规定的其他有监护资格的人或者单位向人民法院起诉,要求监护人承担民事责任的,按照普通程序审理;要求变更监护关系的,按照特别程序审理;既要求承担民事责任,又要求变更监护关系的,分别审理。

22. 监护人可以将监护职责部分或者全部委托给他人。因被监护人的侵权行为需要承担民事责任的,应当由监护人承担,但另有约定的除外;被委托人确有过错的,负连带责任。

23. 夫妻一方死亡后,另一方将子女送给他人收养,如收养对子女的健康成长并无不利,又办了合法收养手续的,认定收养关系成立;其他有监护资格的人不得以收养未经其同意而主张收养关系无效。

提示叮咛

1. 了解监护职责六项内容(《民通意见》第10条)。尤其注意:非为被监护人利益的,不得处分被监护人财产(《民法通则》第18条第1款)。

2. 监护是一项权利,更是一项义务。监护人不履行职责(不作为)或侵害被监护人权益的(作为),应承担责任(《民法通则》第18条第3款)。其他有监护资格的人或单位可起诉追究其责任或撤销其资格。

3. 特别注意《民通意见》第20条,追究监护人责任的普通程序之诉与变更监护人的特别程序之诉应分别审理。

4. 重点掌握委托监护问题(《民通意见》第22条):委托人对被监护人的侵权责任承担无过错责任,被委托人承担过错责任。

5. 一旦指定,即不得自行变更。否则,由变更前后的监护人共同承担监护责任(《民通意见》第18条),即连带责任。

第十九条 【精神病人民事行为能力的宣告】精神病人的利害关系人,可以向人民法院申请宣告精神病人为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人。

被人民法院宣告为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的,根据其健康恢复的状况,经本人或者利害关系人申请,人民法院可以宣告他为限制民事行为能力人或者完全民事行为能力人。

第三节 宣告失踪和宣告死亡

本节命题趋势

宣告失踪一般不是考查重点,但宣告死亡是司考重点,应当掌握。

★ 第二十条 【宣告失踪的条件】公民下落不明满二年的,利害关系人可以向人民法院申请宣告他为失踪人。

战争期间下落不明的,下落不明的时间从战争结束之日起计算。

关联法条

《民通意见》

24. 申请宣告失踪的利害关系人,包括被申请宣告失踪人的配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女以及其他与被申请人有民事权利义务关系的人。

26. 下落不明是指公民离开最后居住地后没有

音讯的状况。对于在台湾或者在国外,无法正常通讯联系的,不得以下落不明宣告死亡。

28. 民法通则第二十条第一款、第二十三条第一款第一项中的下落不明的起算时间,从公民音讯消失之次日起算。

宣告失踪的案件,由被宣告失踪人住所地的基层人民法院管辖。住所地与居住地不一致的,由最后居住地的基层人民法院管辖。

《民事诉讼法》

第一百六十六条 公民下落不明满二年,利害关系人申请宣告其失踪的,向下落不明人住所地基层人民法院提出。

申请书应当写明失踪的事实、时间和请求,并附有公安机关或者其他有关机关关于该公民下落不明的书面证明。

提示叮咛

1. 申请宣告失踪的“利害关系人”包括被申请人的近亲属及与其有民事权利义务关系的人(《民通意见》第24条)。

2. 注意宣告失踪的管辖法院:下落不明人住所地(《民事诉讼法》第166条)或者最后居住地的基层人民法院(《民通意见》第28条第2款)。

3. 日期从次日起算。

4. 申请宣告失踪的利害关系人没有顺序先后。

★ 第二十一条 【宣告失踪的后果】失踪人的财产由他的配偶、父母、成年子女或者关系密切的其他亲属、朋友代管。代管有争议的,没有以上规定的人或者以上规定的人无能力代管的,由人民法院指定的人代管。

失踪人所欠税款、债务和应付的其他费用,由代管人从失踪人的财产中支付。

关联法条

《民通意见》

30. 人民法院指定失踪人的财产代管人,应当根据有利于保护失踪人财产的原则指定。没有民法通则第二十一条规定的代管人,或者他们无能力作代管人,或者不宜作代管人的,人民法院可以指定公民或者有关组织为失踪人的财产代管人。

无民事行为能力人、限制民事行为能力人失踪的,其监护人即为财产代管人。

31. 民法通则第二十一条第二款中的“其他费用”,包括赡养费、扶养费、抚育费和因代管财产所需的管理费等必要的费用。

32. 失踪人的财产代管人拒绝支付失踪人所欠的税款、债务和其他费用,债权人提起诉讼的,人民法院应当将代管人列为被告。

失踪人的财产代管人向失踪人的债务人要求偿还债务的,可以作为原告提起诉讼。

35. 失踪人的财产代管人以无力履行代管职责,申请变更代管人的,人民法院比照特别程序进行审理。

失踪人的财产代管人不履行代管职责或者侵犯失踪人财产权益的,失踪人的利害关系人可以向人民法院请求财产代管人承担民事责任。如果同时申请人民法院变更财产代管人的,变更之诉比照特别程序单独审理。

《民诉意见》

194. 宣告失踪或者宣告死亡案件,人民法院可以根据申请人的请求,清理下落不明人的财产,指定诉讼期间的财产管理人。公告期满后,人民法院判决宣告失踪的,应同时依照民法通则第二十一条第一款的规定指定失踪人的财产代管人。

195. 失踪人的财产代管人经人民法院指定后,代管人申请变更代管的,比照民事诉讼法特别程序的有关规定进行审理。申请有理的,裁定撤销申请人的代管人身份,同时另行指定财产代管人;申请无理,裁定驳回申请。失踪人的其他利害关系人申请变更代管的,人民法院应告知其以原指定的代管人为被告起诉,并按普通程序进行审理。

★ 第二十二条 【宣告失踪的撤销】被宣告失踪的人重新出现或者确知他的下落,经本人或者利害关系人申请,人民法院应当撤销对他的失踪宣告。

提示叮咛

1. 宣告失踪的最重要法律后果即是指定财产代管人。应注意:(1) 无民事行为能力、限制行为能力人失踪的,其监护人为当然代管人;(2) 其他人失踪的,人民法院指定代管人的范围并不限于第21条所列人员(《民通意见》第30条);(3) 代管人在有关失踪人的诉讼中,有充当原告或被告的资格(《民通意见》第32条);(4) 代管人不履行代管职责(不作为)或侵犯失踪人权益的(作为),其他利益关系人可起诉追究责任或变更代管人;同时提起的,应分别审理(《民通意见》第35条)。

2. 《民通意见》第34条规定宣告失踪案的公告期为半年,《民事诉讼法》第168条规定为3个月,二者存在冲突,应以后者为准。

3. 注意被宣告失踪人仍具有民事权利能力,其

民事权利、义务不发生变化,只是由其财产代管人代为行使。

★ **第二十三条 【宣告死亡的条件】**公民有下列情形之一的,利害关系人可以向人民法院申请宣告他死亡:

(一) 下落不明满四年的;

(二) 因意外事故下落不明,从事故发生之日起满二年的。

战争期间下落不明的,下落不明的时间从战争结束之日起计算。

关联法条

《民通意见》

25. 申请宣告死亡的利害关系人的顺序是:

(一) 配偶;

(二) 父母、子女;

(三) 兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女;

(四) 其他有民事权利义务关系的人。

申请撤销死亡宣告不受上列顺序限制。(09-3卷-51)

27. 战争期间下落不明的,申请宣告死亡的期间适用民法通则第二十三条第一款第一项的规定。

29. 宣告失踪不是宣告死亡的必经程序。公民下落不明,符合申请宣告死亡的条件,利害关系人可以不经申请宣告失踪而直接申请宣告死亡。但利害关系人只申请宣告失踪的,应当宣告失踪;同一顺序的利害关系人,有的申请宣告死亡,有的不同意宣告死亡,则应当宣告死亡。

《民事诉讼法》

第一百六十七条 公民下落不明满四年,或者因意外事故下落不明满二年,或者因意外事故下落不明,经有关机关证明该公民不可能生存,利害关系人申请宣告其死亡的,向下落不明人住所地基层人民法院提出。

申请书应当写明下落不明的事实、时间和请求,并附有公安机关或者其他有关机关关于该公民下落不明的书面证明。

第一百六十八条 人民法院受理宣告失踪、宣告死亡案件后,应当发出寻找下落不明人的公告。宣告失踪的公告期间为三个月,宣告死亡的公告期间为一年。因意外事故下落不明,经有关机关证明该公民不可能生存的,宣告死亡的公告期间为三个月。

公告期间届满,人民法院应当根据被宣告失踪、

宣告死亡的事实是否得到确认,作出宣告失踪、宣告死亡的判决或者驳回申请的判决。

提示叮咛

1. 宣告失踪不是宣告死亡的必经程序(《民通意见》第29条)。

2. 与宣告失踪不同,申请宣告死亡的利害关系人是有顺序之分的,换言之,当存在在先顺位人时,在后顺位人即无申请权;但申请撤销死亡宣告则不受顺序限制(《民通意见》第25条)。宣告失踪或宣告死亡由申请人决定,同一顺序的利害关系人的申请不一致的,则宣告死亡(《民通意见》第29条)。

3. 战争期间下落不明的,申请宣告死亡的期间是4年而非2年(《民通意见》第27条)。

4. 宣告死亡案的公告期是1年,但因意外事故下落不明,经有关机关证明该公民不可能生存的,公告期间为3个月(《民事诉讼法》第168条)。

5. 被宣告死亡时间与自然死亡时间不一致的,以后者为准,自然死亡前实施的民事法律行为与被宣告死亡引起的法律后果相抵触的,以其实施的民事法律行为为准(《民通意见》第36条第2款)。另外,注意被宣告死亡的人的死亡日期是指该判决宣告之日(《民通意见》第36条第1款)。

★ **第二十四条 【宣告死亡的撤销】**被宣告死亡的人重新出现或者确知他没有死亡,经本人或者利害关系人申请,人民法院应当撤销对他的死亡宣告。

有民事行为能力人在被宣告死亡期间实施的民事法律行为有效。(08川-3卷-93)

关联法条

《民事诉讼法》

第一百六十九条 被宣告失踪、宣告死亡的公民重新出现,经本人或者利害关系人申请,人民法院应当作出新判决,撤销原判决。

《民通意见》

36. 被宣告死亡的人,判决宣告之日为其死亡的日期。判决书除发给申请人外,还应当在被宣告死亡的人住所地和人民法院所在地公告。

被宣告死亡和自然死亡的时间不一致的,被宣告死亡所引起的法律后果仍然有效,但自然死亡前实施的民事法律行为与被宣告死亡引起的法律后果相抵触的,则以其实施的民事法律行为为准。

37. 被宣告死亡的人与配偶的婚姻关系,自死亡宣告之日起消灭。死亡宣告被人民法院撤销,如果其配偶尚未再婚的,夫妻关系从撤销死亡宣告之日

起自行恢复;如果其配偶再婚后又离婚或者再婚后配偶又死亡的,则不得认定夫妻关系自行恢复。

38. 被宣告死亡的人在宣告死亡期间,其子女被他人依法收养,被宣告死亡的人在死亡宣告被撤销后,仅以未经本人同意而主张收养关系无效的,一般不应准许,但收养人和被收养人同意的除外。

★ **第二十五条** 【死亡宣告撤销后的财产返还】被撤销死亡宣告的人有权请求返还财产。依照继承法取得他的财产的公民或者组织,应当返还原物;原物不存在的,给予适当补偿。(06-3 卷-2,09-3 卷-51)

✧ 关联法条

《民通意见》

39. 利害关系人隐瞒真实情况使他人被宣告死亡而取得其财产的,除应返还原物及孳息外,还应对造成的损失予以赔偿。

40. 被撤销死亡宣告的人请求返还财产,其原物已被第三人合法取得的,第三人可不予返还。但依继承法取得原物的公民或者组织,应当返还原物或者给予适当补偿。

✧ 提示叮咛

撤销死亡宣告的法律后果包括:

1. 被撤销死亡宣告的人有权请求返还财产,依继承关系取得人应返还原物,但不包括孳息;原物不存在的,应予适当补偿(而非相应补偿)(《民通意见》第40条)。

2. 第三人合法取得被撤销死亡宣告的人的财产的,可不予返还(《民通意见》第40条)。注意“合法”并不意味着第三人一定善意。

3. 特别注意夫妻关系的恢复问题(《民通意见》第37条)。

4. 子女被收养的效力问题(《民通意见》第38条)。

5. 恶意利害关系人的侵权责任(《民通意见》第39条)。

第四节 个体工商户、农村承包经营户

本节命题趋势

本节考点很少,几乎没有出现考点。

★ **第二十六条** 【个体工商户】公民在法律允许范围内,依法经核准登记,从事工商业经营的,为个体工商户。个体工商户可以起字号。

第二十七条 【农村承包经营户】农村集体经济组织的成员,在法律允许的范围内,按照承包合同规

定从事商品经营的,为农村承包经营户。

第二十八条 【“两户”合法权益的保护】个体工商户、农村承包经营户的合法权益,受法律保护。

第二十九条 【“两户”民事责任的承担】个体工商户、农村承包经营户的债务,个人经营的,以个人财产承担;家庭经营的,以家庭财产承担。

✧ 关联法条

《民通意见》

42. 以公民个人名义申请登记的个体工商户和个人承包的农村承包经营户,用家庭共有财产投资,或者收益的主要部分供家庭成员享用的,其债务应以家庭共有财产清偿。

✧ 提示叮咛

1. 个体工商户可起字号,有权申请商标(《民通意见》第138条)。

2. 起字号的个体工商户在民诉中以户主为诉讼当事人而非以字号为当事人。

3. 注意个人经营与家庭经营的个体工商户承担责任的区别(《民法通则》第29条,《民通意见》第42条)。

4. 个体工商户和农村承包经营户以家庭共有财产承担清偿责任的情况:以家庭共有财产投资或者收益的主要部分供家庭成员享用的。

5. 即使是家庭共有财产承担债务的,诉讼中的当事人仍为营业执照上登记的户主,而非家庭所有成员。

第五节 个人合伙

本节命题趋势

个人合伙年均1题左右,以解决个人合伙的债务问题为落脚点。《合伙企业法》修订后,关于合伙问题到底适用本节规定还是适用合伙企业法规定,令考生头疼。总结历年的司法考试,可以用下列技巧进行确定:如果题目中出现“企业”或“合伙企业”的字眼,则必须适用合伙企业法;题目中未出现“企业”或“合伙企业”的字眼,但可能是企业的,则两者皆可适用;题目中未出现“企业”或“合伙企业”的字眼,但不可能是企业的,则只能适用本节规定。

注意《民通意见》与《民诉意见》有关“起字号的个人合伙,以谁为诉讼当事人”规定的不同。《民通意见》第45条的规定是“以依法核准登记的字号为诉讼当事人,并由合伙负责人为诉讼代表人”;《民诉意见》第47条的规定是“全体合伙人在诉讼中为共

同诉讼人。个人合伙有依法核准登记的字号的,应在法律文书中注明登记的字号”。对此,根据后法优于前法的原则,本应当适用《民诉意见》的规定,而不适用于《民通意见》的规定。但考虑到起字号的合伙应当适用《合伙企业法》,因此,起字号的合伙皆以字号为被告。

第三十条 【个人合伙的定义】个人合伙是指两个以上公民按照协议,各自提供资金、实物、技术等,合伙经营、共同劳动。(06-4 卷-1)

提示叮咛

1. 成立个人合伙,可以订立书面协议,也可以订立口头协议。
2. 注意个人合伙出资方式的灵活性。经合伙人同意,劳务、技术都可以出资,这不同于公司。
3. 合伙人不必都参加经营劳动,只要共同出资、共担风险即可认定为合伙。

第三十一条 【合伙合同】合伙人应当对出资数额、盈余分配、债务承担、入伙、退伙、合伙终止等事项,订立书面协议。

第三十二条 【合伙财产】合伙人投入的财产,由合伙人统一管理和使用。

合伙经营积累的财产,归合伙人共有。

第三十三条 【合伙字号和经营范围】个人合伙可以起字号,依法经核准登记,在核准登记的经营范围内从事经营。

关联法条

《民通意见》

45. 起字号的个人合伙,在民事诉讼中,应当以依法核准登记的字号为诉讼当事人,并由合伙负责人为诉讼代表人。合伙负责人的诉讼行为,对全体合伙人发生法律效力。

未起字号的个人合伙,合伙人在民事诉讼中为共同诉讼人。合伙人人数众多的,可以推举诉讼代表人参加诉讼。诉讼代表人的诉讼行为,对全体合伙人发生法律效力。推举诉讼代表人,应当办理书面手续。

第三十四条 【合伙的内部关系】个人合伙的经营活动,由合伙人共同决定,合伙人有执行和监督的权利。

合伙人可以推举负责人。合伙负责人和其他人员的经营行为,由全体合伙人承担民事责任。

提示叮咛

合伙协议对合伙人执行合伙事务以及对外代表合伙企业权利的限制,不得对抗善意第三人。

第三十五条 【合伙的民事责任】合伙的债务,由合伙人按照出资比例或者协议的约定,以各自的财产承担清偿责任。

合伙人对合伙的债务承担连带责任,法律另有规定的除外。偿还合伙债务超过自己应当承担数额的合伙人,有权向其他合伙人追偿。

关联法条

《民通意见》

47. 全体合伙人对合伙经营的亏损额,对外应当负连带责任;对内则应按照协议约定的债务承担比例或者出资比例分担;协议未规定债务承担比例或者出资比例的,可以按照约定的或者实际的盈余分配比例承担。但是对造成合伙经营亏损有过错的合伙人,应当根据其过错程度相应的多承担责任。

48. 只提供技术性劳务,不提供资金、实物的合伙人,对于合伙经营的亏损额,对外也应当承担连带责任;对内则应当按照协议约定的债务承担比例或者技术性劳务折抵的出资比例承担;协议未规定债务承担比例或者出资比例的,可以按照约定的或者合伙人实际的盈余分配比例承担;没有盈余分配比例的,按照其余合伙人平均投资比例承担。

53. 合伙经营期间发生亏损,合伙人退出合伙时未按约定分担或者未合理分担合伙债务的,退伙人对原合伙的债务,应当承担清偿责任;退伙人已分担合伙债务的,对其参加合伙期间的全部债务仍负连带责任。

57. 民法通则第三十五条第一款中关于“以各自的财产承担清偿责任”,是指合伙人以个人财产出资的,以合伙人的个人财产承担;合伙人以其家庭共有财产出资的,以其家庭共有财产承担;合伙人以个人财产出资,合伙的盈余分配所得用于其家庭成员生活的,应先以合伙人的个人财产承担,不足部分以合伙人的家庭共有财产承担。

提示叮咛

1. 合伙人对外承担连带责任,其内部协议约定的债务承担比例不能对抗第三人。

2. 对“各自的财产”的理解(《民通意见》第57条)。

3. 合伙人内部责任份额的确定顺序(《民通意见》第47条)。

第三章 法 人

本章命题趋势

本章在 2005—2008 年期间,均有题目出现,主要考点包括法人分类、法人分支机构、法人机关、法定代表人等内容。相信 2010 年仍会在这些重点中命题。

第一节 一般规定

★ **第三十六条** 【法人的定义及其权利、行为能力】法人是具有民事权利能力和民事行为能力,依法独立享有民事权利和承担民事义务的组织。

法人的民事权利能力和民事行为能力,从法人成立时产生,到法人终止时消灭。(08-3 卷-2)

关联法条

《合同法解释(一)》

第十条 当事人超越经营范围订立合同,人民法院不因此认定合同无效。但违反国家限制经营、特许经营以及法律、行政法规禁止经营规定的除外。

提示叮咛

1. 法人能力与经营范围之关系:

传统民法理论及司法实践多认为法人的权利能力要受法律的限制,且每个法人的权利能力不相同,法律限制的表象即是法人(以企业法人为例)所领取的企业法人营业执照上的“经营范围”。故企业法人超出了核定的经营范围,就是超出了权利能力,依《民法通则》第 58 条之规定就应属于无效行为。实际上,企业法人的民事权利能力与经营范围之间并无必然联系,切不可将经营范围视为企业法人的民事权利能力。对此,《合同法解释(一)》第 10 条规定:原则上,人民法院不能以“当事人超越经营范围订立合同”为由而认定该合同无效,除非当事人违反了以下禁止性规定:(1) 限制经营的,如麻醉品、黄金及黄金制品等;(2) 特许经营的,如食盐、烟草制品;(3) 法律、行政法规(不包括其他立法文件)禁止经营的,如毒品等。实际上,以上三种禁止性规定在当前社会经济生活中仅属极其例外的情况。

2. 法人的民事权利能力和民事行为能力存续时间和范围相同。

3. 法人的民事权利能力具有差异性,这不同于自然人的民事权利能力。

4. 法人的民事权利能力受到一定的限制:自然

性质的限制和法律法规的限制。

5. 企业法人的民事权利能力与经营范围无必然的联系。

第三十七条 【法人的条件】法人应当具备下列条件:

- (一) 依法成立;
- (二) 有必要的财产或者经费;
- (三) 有自己的名称、组织机构和场所;
- (四) 能够独立承担民事责任。(05-3 卷-51)

提示叮咛

了解法人成立的四个条件(《民法通则》第 37 条),注意企业法人成立条件还包括组织章程。

★ **第三十八条** 【法定代表人】依照法律或者法人组织章程规定,代表法人行使职权的负责人,是法人的法定代表人。(06-3 卷-3,05-3 卷-51)

第三十九条 【法人的住所】法人以它的主要办事机构所在地为住所。

★ **第四十条** 【法人的清算】法人终止,应当依法进行清算,停止清算范围外的活动。

提示叮咛

1. 清算期间,法人的民事权利能力和行为能力并未终止,但仅限于清算范围内的活动,不得再进行经营活动。

2. 不同的终止原因,清算组的组成方式不同。

第二节 企业法人

第四十一条 【企业法人资格的取得】全民所有制企业、集体所有制企业有符合国家规定的资金数额,有组织章程、组织机构和场所,能够独立承担民事责任,经主管机关核准登记,取得法人资格。

在中华人民共和国领域内设立的中外合资经营企业、中外合作经营企业和外资企业,具备法人条件的,依法经工商行政管理机关核准登记,取得中国法人资格。

第四十二条 【经营范围】企业法人应当在核准登记的经营范围内从事经营。

★ **第四十三条** 【企业法人的民事责任】企业法人对它的法定代表人和其他工作人员的经营活动,承担民事责任。

关联法条

《民通意见》

58. 企业法人的法定代表人和其他工作人员,以