

2010年版

中国政法大学
国家司法



法考试

[上册]

重点法条解析

民法 民事诉讼法 商法 经济法 国际法 国际私法 国际经济法

刘智慧 刘家安 史飏 鄢梦萱 曾涛 / 编著

2010年版

中国政法大学
国家司法



法考试

[上册]

重点法条解析

民法 民事诉讼法 商法 经济法 国际法 国际私法 国际经济法

刘智慧 刘家安 史飏 鄢梦萱 曾涛 / 编著



中国政法大学出版社

2010·北京



前言

2001年,《中华人民共和国法官法》、《中华人民共和国检察官法》和《中华人民共和国律师法》修正案相继通过。其中规定,国家对初任法官、检察官和取得律师资格实行统一的司法考试制度。这标志着我国正式确立了统一的司法考试制度。这是我国司法改革的一项重大举措。它对提高我国司法队伍和律师队伍素质,确保司法公正,全面推进依法治国,建设社会主义法治国家,具有重大而深远的意义。

中国政法大学作为教育部直属“211”全国重点大学,以拥有作为国家一级重点学科的法学学科见长。其法学师资队伍汇集了一大批国内外知名法学家。他们不仅是法学教育园地的出色耕耘者,也是国家立法和司法战线的积极参与者。他们积累了法学教育和法律实践的丰富经验,取得了大量有影响的科研成果。

国家统一司法考试实行以来,我校专家学者在参与司法考试的制度建设和题库建设中作出了许多贡献,同时在司法考试教育中付出了大量心血。在此期间,我校不仅有一批长期参加国家司法考试题库建设和考题命制的权威专家,也涌现了众多在国家司法考试培训中经验丰富和业绩突出的名师,形成了强大的司法考试研究阵容和师资队伍。

2005年,我校成立了中国高校首家司法考试学院。该院本着教学、科研和培训一体化的宗旨,承担着为在校学生和社会考生提供司法考试培训的任务。司法考试学院成立后,选拔了一批司法考试方面的权威专家或名师,精心编写了中国政法大学《司法考试全科辅导纲要》。在此基础上,根据司法考试的特点及广大备考人员的要求,修订为中国政法大学《国家司法考试辅导用书》(共六册)和《国家司法考试重点法条解析》(上下册),作为校内学生司法考试课程教学及对社会培训的专用教材。

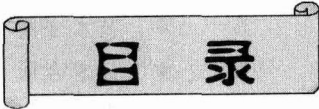
司法考试学院组织编写的这套教材,紧扣司法考试大纲,体系完整,编排得当,重点突出,内容丰富,表述精准,文字简明。全书渗透着参编教师多年的教学经验,体现着对司法考试规律和应考学科知识的深刻理解与把握,同时适应备考人员的学习方式、学习习惯等特点,在编排格式上做了匠心独到的设计。

我相信,该套教材的出版,将会对广大备考人员学习、理解和掌握国家司法考试的知识内容和应试方法起到积极的引导与促进作用,对考生提高考场实战能力以及未来的从业能力给予有力的支持与帮助。

预祝各位备考人员在国家司法考试中取得满意的成绩。

中国政法大学校长助理 王卫国教授

2010年3月



目 录



民 法

概 要	(1)
民法通则	(3)
侵权责任法	(26)
物权法	(44)
第一编 总则	(44)
第二编 所有权	(50)
第三编 用益物权	(56)
第四编 担保物权	(58)
第五编 占有	(73)
担保法 (不含担保物权)	(75)
总 则	(75)
保 证	(76)
定 金	(85)
合同法	(87)
总 则	(88)
第一章 一般规定	(88)
第二章 合同的订立	(88)
第三章 合同的效力	(98)
第四章 合同的履行	(104)
第五章 合同的变更和转让	(110)
第六章 合同的权利义务终止	(112)
第七章 违约责任	(115)
第八章 其他规定	(119)
分 则	(119)
第九章 买卖合同	(119)
第十章 赠与合同	(124)
第十一章 借款合同	(127)
第十二章 租赁合同	(128)
第十三章 融资租赁合同	(131)
第十四章 承揽合同	(132)



民事诉讼法 与仲裁法

第十五章 建设工程合同	(133)
第十六章 运输合同	(135)
第十七章 技术合同	(136)
第十八章 保管合同	(139)
第十九章 委托合同	(140)
第二十章 行纪合同	(142)
第二十一章 居间合同	(143)
婚姻法	(145)
继承法	(154)
知识产权法	(160)
民事诉讼法	(182)
总 则	(182)
第一章 基本理论与基本制度	(182)
第二章 管辖	(184)
第三章 审判组织	(198)
第四章 回避	(198)
第五章 诉讼参加人	(199)
第六章 证据	(214)
第七章 期间、送达	(228)
第八章 调解	(229)
第九章 财产保全和先予执行	(231)
第十章 对妨害民事诉讼的强制措施	(234)
审判程序	(236)
第十一章 第一审普通程序	(236)
第十二章 简易程序	(244)
第十三章 第二审程序	(247)
第十四章 特别程序	(251)
第十五章 审判监督程序	(254)
第十六章 督促程序	(265)
第十七章 公示催告程序	(266)
执行程序	(268)
第十八章 一般程序	(268)
第十九章 执行的申请和移送	(277)
第二十章 执行措施	(279)
第二十一章 执行中止和终结	(288)
涉外民事诉讼程序的特别规定	(289)
第二十二章 一般原则	(289)
第二十三章 管辖	(289)



第二十四章 送达、期间	(290)
第二十五章 财产保全	(291)
第二十六章 仲裁	(291)
第二十七章 司法协助	(292)
仲裁法	(295)
第一章 总则	(295)
第二章 仲裁委员会和仲裁协会	(296)
第三章 仲裁协议	(297)
第四章 仲裁程序	(301)
第五章 申请撤销裁决	(305)
第六章 执行	(308)

商 法

公司法	(311)
合伙企业法	(333)
个人独资企业法	(343)
中外合资经营企业法	(345)
中外合作经营企业法	(347)
外资企业法	(349)
企业破产法	(350)
票据法	(363)
证券法	(372)
证券投资基金法	(378)
保险法	(379)

经济法

反垄断法	(387)
反不正当竞争法	(390)
消费者权益保护法	(393)
产品质量法	(396)
食品安全法	(398)
商业银行法	(399)
银行业监督管理法	(403)
企业所得税法	(404)
个人所得税法	(406)
税收征收管理法	(408)
审计法	(411)
劳动法	(413)
劳动合同法	(416)
土地管理法	(424)
城市房地产管理法	(427)



国际法

环境保护法 (430)

一、国际法主体中的个人 (432)

二、海洋法 (434)

三、空间法 (435)

四、条约法 (435)

国际私法

一、冲突规范 (437)

二、国际私法的主体 (438)

三、国际民商事具体领域的法律适用 (439)

四、国际民商事争议的解决 (444)

五、区际法律问题 (451)

国际经济法

一、平向贸易法——国际货物买卖 (456)

二、平向贸易法——国际贸易支付 (459)

三、平向贸易法——保险 (461)

四、纵向贸易法——我国对外贸易管制 (462)

五、国际知识产权法 (465)

六、国际投资法 (465)

七、海商法 (465)



民法

概要

一、民法法条与民法理论、真题的关系

从考查目的看,司法考试中民法的题目可分为纯粹理论型、纯粹法条型以及综合应用型,应付这三种题目的相应学习手段也就有理解基本概念和基础理论、读熟法条、演练真题。这三种手段在某种意义上是递进和反复的关系。明白了民法的基本概念和基础理论,才能比较准确地领会法条,掌握了理论和法条,才有可能做好题目,而做题过程就是对理论和法条的掌握程度的检验过程。虽然近年来司法考试的民法试题有客观题主观化的趋势,但即便是偏重理论性的题目,也多有民法规范作为支撑,故法条仍然是司法考试中民法复习的重要组成部分。而且,相对于基本概念和基本理论而言,法条具有简洁的特点。即使考生有着较为扎实的法学理论功底,民法法条也是万万不能不读的。本编旨在以法条为主线(考点以专题分类列出重点法条与相关法条),挖掘探求法条真义(法条释义),培养应试题感(真题链接),做到举一反三。

二、民法法条学习步骤

1. 找到重点法条。民法法条可以说是浩如烟海,因此,复习法条重在事半功倍。所谓重点法条,具有相当可考性,且多就是有着理论支撑的那些民法规范。

2. 解析重点法条所涵制度价值。法条的具体规定无非是法的精神的具体体现,但法条本身多无显性表述。这就需要考生不能孤立的只看法条,而是应该在掌握基本概念和

基本理论的前提下看法条,在学习法条时探寻其中的规范价值。

3. 熟读重点法条。任何人都难以记住全部的各种具体规定,进而司法考试也不会立足于以考法条的具体规定为其最主要内容,起码在民法考试中是如此。因此,在复习过程中也就不必把死记法条作为复习的重点,熟读即可。看法条时一定要掌握关键词,要细致。在考试时经常出现这样的现象:看到题目后感觉大概知道,但排除了一两个明显错误的答案以后,剩下的就怎么也分辨不清楚了,之所以如此,实际上就是看得不细致的结果。比如,“发生不可抗力并且不能实现合同目的”,此为法律规定的可以法定解除合同的原因,有的考生只注意了“发生不可抗力”,而忽略了“不能实现合同目的”,这在做题时就很可能出错。

三、本部分所涉法条说明

本编主要涉及《民法通则》、最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》(以下简称《民通意见》)、《侵权责任法》、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》(以下简称《精神损害赔偿解释》)、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》(以下简称《人身损害赔偿解释》)、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》(以下简称《时效问题规定》)、《物权法》及相关司法解释、《合同法》及相关司法解释、《担保法》及相关司法解释、《婚姻法》、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、二)(以下简称《婚姻法解释》(一、二))、《继承法》、最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的解释》(以下简称《继承法意见》)、《收养法》、《著作权法》、《著作权法实施条例》(以下简称《著作权条例》)、《专利法》、《专利法实施细则》(以下简称《专利细则》)、《商标法》以及《商标法实施条例》(以下简称《商标条例》)等法律文件。从历年试题的分值比例来看,有两个特点需要把握:一是以上法律文件所涉题目总分通常在50分以上;二是各司法解释(或条例、细则)比被解释

的条文可考性更强。

本部分以下分为《民法通则》及相关司法解释、《侵权责任法》及相关司法解释、《物权法》及相关司法解释、《合同法》及相关司法解释、《担保法》及相关司法解释、《婚姻法》及相关司法解释、《继承法》及相关司法解释以及知识产权法,每一大法作若干考点分类,每一考点对所涉重点条文进行法条释义和真题链接。本书选择重点法条以摒弃“过时”条文为原则,必要时就法律对某些“过时”条文的修订作出提示或者比较说明。



民法通则

概要

《民法通则》及相关司法解释。民法理论的各项制度之间关联性很强，而且不少法律条文都涉及重大的基本理论问题，这使得《民法通则》及相关司法解释一度承载着重要的考查功能。随着我国民事立法的逐步完善，尤其是《物权法》、《担保法》、《合同法》、《土地管理法》、《房地产管理法》、《保险法》、《产品质量法》、《合伙企业法》、《公司法》等单行民商事立法及相关司法解释的先后颁行，《民法通则》和《民通意见》的一些规定就已经失去了考查的意义。不过，这些法律文件作为民法基本制度的发源地，仍然还有不少具有重要价值的考点，年均分值仍然占到20分左右。再考虑到它们对其他民商立法的基础性作用，仍然不失为司法考试的重中之重。

一、民法的调整对象

重点法条 民事法律关系与其他社会关系的区别

《民法通则》第2条 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。

法条释义

1. 民事法律关系是由民法规范调整的以权利义务为内容的社会关系。

2. 民事法律关系是平等主体之间的人身关系和财产关系。

3. 民事法律关系的主体是指民事法律关系中享有权利、承担义务的人，包括自然人（个体工商户、农村承包经营户为自然人的特殊形式）、法人以及其他组织。国家在特殊情况下也可以成为民事主体。注意民事主体不限于《民法通则》第2条规定的范围。

4. 本条可从多角度考查。参见“真题链接”涉及的角度。

真题链接

2009-3-1

2008-3-1

2008-3-51

2006-3-1

2005-3-58

二、自然人的能力

本专题涉及的法条可以分为自然人的民事权利能力与民事行为能力2个部分。

重点法条 自然人的民事权利能力

《民法通则》第9条 公民从出生时起至死亡时止，具有民事权利能力，依法享有民事权利，承担民事义务。

《民通意见》第1条 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。

《继承法》第28条 遗产分割时，应当保留胎儿的继承份额。胎儿出生时是死体的，保留的份额按照法定继承办理。

《继承法意见》第2条 相互有继承关系的几个人在同一事件中死亡，如不能确定死亡先后时间的，推定没有继承人的人先死亡。死亡人各自都有继承人的，如几个死亡人辈份不同，推定长辈先死亡；几个死亡人辈份相同，推定同时死亡，彼此不发生继承，由他们各自的继承人分别继承。

《继承法意见》第45条 应当为胎儿保留的遗产份额没有保留的，应从继承人所继承的遗产中扣回。

为胎儿保留的遗产份额，如胎儿出生后死亡的，由其继承人继承；如胎儿出生时就是死体的，由被继承人的继承人继承。

法条释义

自然人的民事权利能力是指自然人享有



民事权利、承担民事义务的资格。以上条文是关于自然人民事权利能力起止时间的原则性规定以及例外规定。自然人的民事权利能力始于出生，终于死亡，但对胎儿和死者的利益法律给予特殊保护。

1. 出生时间的确定。依《民通意见》第1条的规定，在无其他确切的相反证据的情况下，认定自然人出生时间的标准依次为：①户籍证明；②医院出生证明；③其他有关证明。

2. 有继承关系的多人在同一事件中死亡时死亡时间的确定。根据《继承法意见》第2条的规定，相互有继承关系的多人在同一事件中死亡，如不能确定死亡先后时间的，推定没有继承人的人先死亡；死亡人各自都有继承人的，如几个死亡人辈份不同，推定长辈先死亡，辈份相同则推定同时死亡。

3. 关于胎儿的特留份和死者的人格利益保护。若严格恪守自然人的民事权利能力始于出生，则“遗腹子”在其父亲死亡时将得不到任何遗产，这显然对该胎儿不公平。故《继承法》第28条及相关司法解释规定了对胎儿的特留份制度，以作为“权利能力始于出生”原则性规定的一个例外。此外，我国现行立法对于死者的人格利益也予以保护。不过，我国对死者人格利益的保护也不是基于考虑其权利能力，而是基于对死者近亲属利益或者社会利益的综合考虑。对此请参阅本编“侵权责任法”部分的专题。

真题链接

2008-3-2（延考地区）

1998-2-5

重点法条 自然人的民事行为能力

《民法通则》第11条 18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。16周岁以上不满18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。

《民法通则》第12条 10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10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。

《民法通则》第13条 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。

《民法通则》第14条 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。

《民通意见》第2条 16周岁以上不满18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。

《民通意见》第6条 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。

《合同法》第47条 限制民事行为能力人订立的合同，经法定代理人追认后，该合同有效，但纯获利益的合同或者与其年龄、智力、精神健康状况相适应而订立的合同，不必经法定代理人追认。

相对人可以催告法定代理人在1个月内予以追认。法定代理人未作表示的，视为拒绝追认。合同被追认之前，善意相对人有撤销的权利。撤销应当以通知的方式做出。

法条释义

1. 以上是关于自然人民事行为能力的分类、不同类型行为能力人确立民事法律关系的条件以及相应行为的效力的规定。自然人的民事行为能力的分类对确定法律行为的效



力有着重要意义,是司法考试的重要考点,几乎历年考试都会涉及,需要熟练掌握。

2. 完全民事行为能力人必须符合两个条件:①精神正常;②年龄在18周岁以上,或者16周岁以上且能够以自己的劳动收入为主要生活来源。

限制民事行为能力人包括两种情形:①10周岁以上不满18(或者16)周岁的未成年人;②不能完全辨认自己行为的精神病人。

无民事行为能力人包括两种情形:①不满10周岁的;②完全不能辨认自己行为的。

3. 无民事行为能力人和限制行为能力人的行为并非都无效。下列民事行为被认为有效:①对于无民事行为能力人和限制民事行为能力人纯获利益的行为以及限制民事行为能力人在相应的民事行为能力范围内实施的行为,一般应当认定为有效。②实践中对于无民事行为能力人从事的微小行为一般也认定为有效,比如8岁儿童花1元钱购买1支冰激凌的行为。

限制行为能力人在其行为能力范围以外订立的合同属于效力未定行为;其实施的单方行为无效,如遗嘱行为。

相关法条

《合同法》第9条;《继承法》第22条;《继承法意见》第7条;《票据法》第46条、第66条;《劳动法》第15条;《民事诉讼法》第170~173条;《民诉法意见》第193条等条文应与本部分条文结合复习,以应对综合题目。

真题链接

2008-3-6

1997-2-53

1995-3-10

三、自然人的住所

重点法条 自然人住所的确定

《民法通则》第15条 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。

《民通意见》第9条 公民离开住所地最后连续居住1年以上的地方,为经常居住地。但住医院治疗的除外。

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。

法条释义

以上条文是关于确定自然人住所的规定。

1. 公民首先以户籍所在地的居住地为住所。

2. 当经常居住地与户籍所在地的居住地不一致时,以前者为住所。

3. 确定经常居住地时需要注意两点:①公民离开住所地最后连续居住1年以上的地方;②住医院治疗的除外。

4. 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。

真题链接

1997-2-9

四、监护

本专题涉及的法条可以分为监护人的确定、监护人的职责2个部分。

重点法条 监护人的确定

《民法通则》第16条 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:

(1) 祖父母、外祖父母;

(2) 兄、姐;

(3) 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1款、第2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。

《民法通则》第17条 无行为能力人或者限制行为能力的精神病人，由下列人员担任监护人：

- (1) 配偶；
- (2) 父母；
- (3) 成年子女；
- (4) 其他近亲属；

(5) 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1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。

《民通意见》第12条 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。

《民通意见》第13条 为患有精神病的未成年人设定监护人，适用民法通则第16条的规定。

《民通意见》第14条 人民法院指定监护人时，可以将民法通则第16条第2款中的1、2、3项或者第17条第1款中的1、2、3、4、5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。

《民通意见》第15条 有监护资格的人之间协议确定监护人的，应当由协议确定的

监护人对被监护人承担监护责任。

《民通意见》第16条 对于担任监护人有争议的，应当按照民法通则第16条第3款或者第17条第2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。

《民通意见》第17条 有关组织依照民法通则规定指定监护人，以书面或者口头通知了被指定人的，应当认定指定成立。被指定人不服的，应当在接到通知的次日起30日内向人民法院起诉。逾期起诉的，按变更监护关系处理。

《民通意见》第18条 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。

《民通意见》第21条 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。

《民通意见》第23条 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。

法条释义

1. 限制民事行为能力人和无民事行为能力人的监护人的确定方法为重要考点。

2. 近亲属的范围。在需要由近亲属担任监护人的情形下，需要注意比较不同部门法中近亲属的不同范围。《民法通则》中规定的近亲属的范围包括配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女。

3. 未成年人的监护人的确定。监护人包括法定监护人、指定监护人、委托监护和其他监护人四种情形：

法定监护人的确定：①父母：父、母是



未成年人的当然法定监护人，且父母离婚原则上并不影响其监护人的地位。但依《民通意见》第21条的规定：下列三种情形下与子女共同生活的一方可通过（如要取消也必须通过）人民法院取消另一方的监护资格：一是对子女有犯罪行为的；二是对子女有虐待行为的；三是对该子女明显不利的。②其他法定监护人的确定：若父、母均已死亡或者均丧失监护能力，下列人员可以作为法定监护人：祖父母、外祖父母；成年兄、姐。需要注意的是以上人员有顺序之分，但同一顺序中担任监护人的，并无人数限制，一人或数人均可。

指定监护人的确定：未成年人父母之外的近亲属担任监护人，可能会发生争执或推脱担任监护人的情形。在这种情形下，有关近亲属可以协议解决；协议不成，可进行指定。该指定包括两种情形：①有关组织（即未成年人父母生前所在单位或未成年人住所地的居民委员会、村民委员会）指定；②人民法院指定（裁决）。这两种情形之间，前者是后者的必经程序；如果没有经过前者，人民法院不予受理。需要注意的是，监护人一经指定，不得擅自变更；否则，由变更前后的监护人共同承担监护责任。

委托监护人的确定：依《民通意见》第22条的规定，法定或指定监护人也可通过委托协议将监护职责委托给他人履行，此时成立委托监护。

其他类型监护人的确定：除上述指定、法定、委托监护人外，还可以由其他自然人（未成年人的其他亲属或朋友）或者组织担任监护人。需要注意的是，此类自然人并无法定义务，其担任监护人原则上应具备两个条件：一是该亲友自愿；二是征得有关组织同意。

4. 精神病人的监护人。上面概括的是未成年人的监护人的确定情形，至于精神病人的监护人的确定，原理同上，区别主要在于有监护资格的人的范围和顺序有所不同（可

依《民法通则》第17条的规定确定）。当然，为患有精神病的未成年人设定监护人，仍应适用上面关于未成年人的规定。

真题链接

2002 - 3 - 33

重点法条 监护人的职责

《民法通则》第18条 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。

《民通意见》第10条 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。

《民通意见》第20条 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16条、第17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。

《民事诉讼法》第57条 无诉讼行为能力人由他的监护人作为法定代理人代为诉讼。法定代理人之间互相推诿代理责任的，由人民法院指定其中一人代为诉讼。

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》（以下简称《民诉意见》）第198条 被指定的监护人不服指定，应当在接到通知的次日起30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。

法条释义

1. 对监护人处分财产的限制:非为被监护人的利益,监护人不得处分其财产。注意处分的后果为无效,这里的无效是指对被监护人不生效。

2. 《民通意见》第10条规定了监护人的职责。监护人怠于履行监护职责或积极侵害被监护人合法权益所导致的法律责任,不同于监护人对于被监护人的侵权行为承担的法律职责。依《民法通则》的规定,前者的情形包括:①致被监护人财产损失的,应承担赔偿责任;②依其他有监护资格的人员或者单位的申请,人民法院可撤销其监护资格。

3. 关于监护人的普通程序之诉和特别程序之诉:监护人不履行监护职责,或者侵害了被监护人的合法权益,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。

4. 被监护人作原告或者被告时,他的监护人作为法定代理人代为诉讼。

真题链接

2004-3-60

1999-2-43

1998-2-2

五、宣告失踪和宣告死亡

重点法条 宣告失踪

《民法通则》第20条 公民下落不明满2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。

《民法通则》第21条 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。

《民通意见》第24条 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。

《民通意见》第26条 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。

《民通意见》第28条 民法通则第20条第1款、第23条第1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。

《民通意见》第30条 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21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。

《民通意见》第31条 民法通则第21条第2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。

《民通意见》第32条 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。

《民通意见》第33条 债务人下落不



明,但未被宣告失踪,债权人起诉要求清偿债务的,人民法院可以在公告传唤后缺席判决或者按中止诉讼处理。

《民通意见》第34条 人民法院审理宣告失踪的案件,比照民事诉讼法(试行)规定的特别程序进行。

人民法院审理宣告失踪的案件,应当查清被申请宣告失踪人的财产,指定临时管理人或者采取诉讼保全措施,发出寻找失踪人的公告。公告期间为半年。公告期间届满,人民法院根据被宣告失踪人失踪的事实是否得到确认,作出宣告失踪的判决或者终结审理的裁定。如果判决宣告为失踪人,应当同时指定失踪人的财产代管人。

《民通意见》第35条 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。

《民事诉讼法》第166条 公民下落不明满2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。

《民事诉讼法》第168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3个月,宣告死亡的公告期间为1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3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。

《民诉意见》第195条 失踪人的财产

代管人经人民法院指定后,代管人申请变更的,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;申请无理的,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代管人为被告起诉,并按普通程序进行审理。

法条释义

1. 申请宣告失踪的“利害关系人”包括被申请宣告失踪人的近亲属(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)以及其他与被申请人有民事权利义务关系的人。申请人之间无先后顺序之分。

2. 宣告失踪的构成要件为:①自然人离开自己的住所或居所没有任何音讯,下落不明;②这种下落不明状态持续时间满2年。

下落不明的时间,一般从公民音讯消失之次日起算,但战争期间下落不明的,《民法通则》第20条规定从战争结束之日起计算。对于该规定的解释有不同意见。本书认为,该条规定旨在强调“战争期间下落不明的期间计算不是从音讯消失开始考虑,而是从战争结束开始考虑”,所以依据期间计算的一般原则“按日计算期间的,开始的当天不算入”,实际上战争期间下落不明的起算时间应为“战争结束之日的次日”。

3. 宣告失踪案件由下落不明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。法院受理案件后,要进行公告。《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,两者规定不一致,以后者为准。公告期满,受理法院根据宣告失踪的事实是否得到确认,作出宣告失踪的判决或驳回申请的判决。

4. 宣告失踪的最重要法律后果即是指定财产代管人。财产代管人的指定要遵循下列原则:①无民事行为能力人、限制行为能力



人失踪的,其监护人为当然代管人;其他人失踪的,人民法院指定代管人应根据有利于保护失踪人财产的原则进行,范围并不限于《民法通则》第21条所列人员。②代管人在有关失踪人的诉讼中,有充当原告或被告的资格。③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人的,人民法院比照民事诉讼法特别程序的有关规定进行审理;失踪人的其他利害关系人申请变更代管人的,人民法院应按普通程序进行审理。注意《民诉意见》第195条的规定修改了《民通意见》第35条第2款的规定,以《民诉意见》的规定为准。

5. 关于失踪人债权债务的处理。①在指定了财产代管人后,财产代管人应当清偿失踪人所欠的税款、债务和其他费用,如果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。②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。

真题链接

2009-3-51

1998-2-4

重点法条 宣告死亡的要件及法律后果

《民法通则》第23条 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:①下落不明满4年的;②因意外事故下落不明,从事故发生之日起满2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。

《民通意见》第25条 申请宣告死亡的利害关系人的顺序是:①配偶;②父母、子女;③兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女;④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。

《民通意见》第27条 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

23条第1款第1项的规定。

《民通意见》第29条 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167条 公民下落不明满4年,或者因意外事故下落不明满2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。

法条释义

1. 自然人可以被申请宣告死亡的情形有三种:①下落不明满4年的;②因意外事故下落不明满2年的;③因意外事故下落不明,经有关机关证明不可能生存的。

2. 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。因意外事故下落不明而申请宣告死亡的期间为2年。下落不明的起算时间与宣告失踪相同,参见“宣告失踪”相关部分的阐述。

3. 宣告死亡的申请人的范围与宣告失踪基本相同,但宣告死亡的申请人是有先后顺序之分的:前一顺序的人不申请,后一顺序的人不得申请。但申请撤销死亡宣告并不受此顺序的限制。同时需要特别注意,宣告失踪并非宣告死亡的必经程序,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,如果具备了申请宣告死亡的条件,则应当宣告死亡。

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,公告期为3个月。