

2003年

国家司法考试辅导用书

重点法条导读

第三辑

主编 刘东根

【依据】 2003年司法考试必读法律法规。

【重点法条】 针对考试重点与难点，精选重要法律、法规及司法解释，全面系统、方便快捷，帮助考生融会贯通，准确、高效掌握必考法律法规。

【法条提示】 对重点法条予以精准解读与阐释，提示复习难点及易混、易漏点，帮助考生把握重点，加深对法条内容的理解。

【例题】 以典型习题的形式，直观反映考点所在，强化应试要求，帮助考生活学活用，全面提高解题水平。

相信本书能帮助考生迈向成功之路。



2003 年国家司法考试辅导用书

重点法条导读

第三辑

主 编	刘东根				
副主编	金 玲	曲广娣	谢安平	韩 哲	
撰稿人	王 磊	刘 伟	李牧遥	裴晓蕾	
	陈书玲	马 非	赵 坤	程 艳	
	王 力	赵 超	沈 敏	吴东升	
	张巨兵	伍绪法	李 俊	王永贵	
	田深水	刘风梅	何苏妍	黄冠玉	
	张 森				

法律出版社

目 录

民 法

民法通则	(1)
一、公民的民事权利能力	(1)
二、公民的民事行为能力	(1)
三、公民的住所	(2)
四、监护	(2)
五、宣告失踪	(4)
六、宣告死亡	(5)
七、个体工商户	(6)
八、法人	(7)
九、民事法律行为	(9)
十、代理	(13)
十一、民事权利	(15)
十二、房屋典权	(18)
十三、债权	(18)
十四、人身权	(19)
十五、民事责任	(21)
十六、诉讼时效	(28)
十七、涉外民事法律关系的适用	(30)
担保法	(34)
一、担保方式	(34)
二、反担保	(34)
三、担保合同的从属性	(34)
四、担保合同无效及其责任承担	(35)
五、保证	(36)
六、抵押	(43)
七、质押	(49)
八、留置	(52)
九、定金	(54)

合同法	(56)
第一部分 总则	(56)
一、合同法的调整范围	(56)
二、合同形式	(56)
三、合同内容	(57)
四、要约	(58)
五、承诺	(59)
六、合同成立的时间	(61)
七、合同成立的地点	(62)
八、格式合同	(62)
九、缔约过失责任、后合同义务	(62)
十、合同的效力	(63)
十一、合同的履行	(67)
十二、合同的变更和转让	(71)
十三、合同的权利义务终止	(72)
十四、违约责任	(74)
十五、合同条款的解释	(77)
第二部分 分则	(78)
一、买卖合同	(78)
二、供用电合同	(82)
三、赠与合同	(83)
四、借款合同	(84)
五、租赁合同	(86)
六、融资租赁合同	(89)
七、承揽合同	(90)
八、建设工程合同	(91)
九、运输合同	(92)
十、技术合同	(93)
十一、保管合同	(97)
十二、仓储合同	(98)
十三、委托合同	(99)
十四、行纪合同	(101)
十五、居间合同	(103)
著作权法	(104)
一、著作权范围	(104)
二、受著作权法保护的作品	(104)
三、不受著作权法保护的作品	(105)
四、著作权集体管理组织	(105)
五、著作权人的范围	(105)
六、著作权的内容	(105)

七、著作权的使用许可、转让	(106)
八、著作权归属的确定	(106)
九、演绎作品的著作权	(107)
十、合作作品的著作权	(107)
十一、汇编作品的著作权	(108)
十二、电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品的著作权	(108)
十三、职务作品的著作权	(108)
十四、委托作品的著作权	(109)
十五、原件所有权转移的作品的著作权归属	(109)
十六、作者身份不明的作品的著作权	(110)
十七、著作权中财产权的继承	(110)
十八、著作权的保护期	(110)
十九、著作权权利的限制	(111)
二十、与著作权有关的权益	(112)
二十一、著作权侵权行为	(114)
专利法	(117)
一、授予专利权的条件	(117)
二、不授予专利权的情形	(118)
三、职务发明创造和非职务发明创造的专利申请权归属	(118)
四、职务发明的发明人或者设计人的权利	(119)
五、合作完成和委托完成的发明创造的申请权归属	(119)
六、专利代理	(119)
七、专利的申请	(119)
八、专利申请的审查	(121)
九、专利复审委员会	(121)
十、专利权的期限和终止	(122)
十一、专利权的无效	(122)
十二、专利的实施许可	(122)
十三、发明专利的指定实施	(123)
十四、专利实施的强制许可	(123)
十五、专利权的保护	(124)
商标法	(127)
一、注册商标的种类	(127)
二、商标注册的申请在先原则	(127)
三、商标的强制注册	(127)
四、商标注册条件	(128)
五、不予注册并禁止使用的几种情况	(129)
六、商标注册的申请	(130)
七、商标注册申请的优先权	(131)
八、注册商标申请的审查	(132)

九、申请人的申请复审	(132)
十、异议的裁定	(132)
十一、注册商标的使用许可	(132)
十二、注册商标的转让	(133)
十三、注册商标的有效期限与续展	(133)
十四、注册商标争议的裁定	(134)
十五、商标使用的管理	(135)
十六、注册商标专用权的保护	(136)
婚姻法	(139)
一、结婚	(139)
二、家庭关系	(140)
三、离婚	(141)
四、家庭暴力、虐待、重婚受害人的救济途径	(143)
五、过错离婚的赔偿	(143)
继承法	(144)
一、继承开始的时间	(144)
二、遗产的范围	(144)
三、法定继承、遗嘱继承、遗赠扶养协议的关系	(144)
四、继承权的丧失	(145)
五、继承权纠纷的诉讼时效	(145)
六、法定继承	(145)
七、遗嘱继承	(147)
八、遗产的处理	(148)
九、涉外继承	(149)
收养法	(151)
一、被收养人、收养人的条件	(151)
二、收养的登记	(151)
三、收养的效力	(151)
四、收养关系解除的法律后果	(151)

民法

民法通则

一、公民的民事权利能力

〔重点法条〕《民法通则》

第9条 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。

第10条 公民的民事权利能力一律平等。

《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)》(以下简称《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。

〔法条提示〕 公民从出生时起到死亡时止,具有民事权利能力,因此,胎儿不具有民事权利能力,但《继承法》第28条对胎儿给予了特殊保护。还应注意证明出生时间的三种情况:首先以户籍证明为准;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。

〔例题〕 1. 张家为孙子张明过生日,却为确定出生日期犯愁。张明的母亲记得儿子是8月28日晚生,医院的接生记录簿上记载的是8月29日,出生证上记载的是8月30日。而户口簿上记载的是9月1日。依照有关法律,张明的出生时间应以哪一日期为准?

- A. 8月28日 B. 8月29日
C. 8月30日 D. 9月1日

〔答案〕 D

〔注解〕 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。

2. 下列有关公民权利能力的表述,有哪一项是错误的?

- A. 权利能力是公民构成法律关系主体的一

种资格

B. 所有公民的权利能力都是相同的

C. 公民具有权利能力,并不必然具有行为能力

D. 权利能力也包括公民承担义务的能力或资格

〔答案〕 B

〔注解〕 公民的民事权利能力一律平等,但不一定相同。

二、公民的民事行为能力

〔重点法条〕《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。

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。

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。

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》

2. 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。

3.10 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。

5. 精神病人(包括痴呆症人)如果没有判断能力和自我保护能力,不知其行为后果的,可以认定为不能辨认自己行为的人;对于比较复杂的事物或者比较重大的行为缺乏判断能力和自我保护能力,并且不能预见其行为后果的,可以认定为不能完全辨认自己行为的人。

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。

7. 当事人是否患有精神病,人民法院应当根据司法精神病学鉴定或者参照医院的诊断、鉴定确认。在不具备诊断、鉴定条件的情况下,也可以参照群众公认的当事人的精神状态认定,但应以利害关系人没有异议为限。

8. 在诉讼中,当事人及利害关系人提出一方当事人患有精神病(包括痴呆症),人民法院认为确有必要认定的,应当依照民事诉讼法(试行)规定的特别程序,先作出当事人有无民事行为能力的判决。

确认精神病人(包括痴呆症人)为限制民事行为能力人的,应当比照民事诉讼法(试行)规定的特别程序进行审理。

〔法条提示〕 (1)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。(2)限制行为能力、无行为能力的公民的纯获利的行为有效。(3)监护人是法定代理人的同义词。

〔例题〕 甲、乙均为 1979 年 6 月 30 日出生。甲 1997 年初参加工作,乙在高中读书。1997 年 5 月 31 日,甲、乙与丙发生口角,且将丙打伤。丙住院两个月康复,并于 1997 年 8 月 1 日向法院起诉,要求甲、乙赔偿医药费 5000 元。本案中,丙的医药费应由谁承担?

- A. 甲 B. 乙
C. 甲的父母 D. 乙的父母

〔答案〕 AD

〔注解〕 本题中的甲是完全民事行为能力人。

三、公民的住所

〔重点法条〕 《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》

9. 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。但住医院治病的除外。

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。

〔法条提示〕 (1)注意公民住所的确定:以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。(2)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。

〔例题〕 张大来的原户籍所在地在杨村,1994 年张大来从杨村开出迁住证,迁往李村。但在李村登记前,张大来得病,在县城关医院住院 1 年零 3 个月,病愈后张大来前往北京市打工,并在某区办理了暂住证,居住期限为 6 个月,现住在某区某街道某号。现问,张的住所应确定为何处?

- A. 杨村
B. 李村
C. 县城关医院
D. 北某区某街道某号

〔答案〕 A

〔注解〕 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。但住医院治病的除外。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。

四、监护

(一)监护人的范围和顺序

〔重点法条〕 《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:

- (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。

第17条 无民事行为能力或者限制民事行为能力人的精神病人,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》

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16条的规定。

14. 人民法院指定监护人时,可以将民法通则第16条第2款中(一)、(二)、(三)项或第17条第1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。

15. 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。

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。

23. 夫妻一方死亡后,另一方将子女送给他入收养,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。

〔法条提示〕 注意未成年人和精神病人的监护人的范围和顺序。还应注意夫妻离婚后的子女监护问题,即夫妻离婚后,与子女共同生活的一方无权取消对方对该子女的监护权。未与该子女共同生活的一方,有三种情形可以被人民法院取消:(1)对该子女有犯罪行为;(2)虐待行为;(3)对该子女明显不利。

(二)监护职责和监护人民事责任的承担

〔重点法条〕 《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。

第133条 无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的,由监护人承担民事责任。监护人尽了监护责任的,可以适当减轻他的民事责任。

有财产的无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的,从本人财产中支付赔偿费用。不足部分,由监护人适当赔偿,但单位担任监护人的除外。

《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。

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。

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。

158. 夫妻离婚后,未成年子女侵害他人权益的,同该子女共同生活的一方应当承担民事责任;如果独立承担民事责任确有困难的,可以责令未与该子女共同生活的一方共同承担民事责任。

159. 被监护人造成他人损害的,有明确的监护人时,由监护人承担民事责任;监护人不明朗的,由顺序在前的有监护能力的人承担民事责任。

160. 在幼儿园、学校生活、学习的无民事行为能力的人或者在精神病院治疗的精神病人,受到伤害或者给他人造成损害,单位有过错的,可以责令这些单位适当给予赔偿。

161. 侵权行为发生时行为人不满18周岁,在诉讼时已满18周岁,并有经济能力的,应当承担民事责任;行为人没有经济能力的,应当由原监护人承担民事责任。

行为人致人损害时年满18周岁的,应当由本人承担民事责任;没有经济收入的,由扶养人垫付,垫付有困难的,也可以判决或者调解延期给付。

【法条提示】 监护职责尤其应注意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。还应掌握委托监护的问题: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。

【例题】 1. 甲为一儿童影星,片酬颇丰,乙为甲的监护人。乙的下列哪些行为在征得甲同意时,属于合法有效的民事行为?

- A. 因甲的侵权行为给他人造成损失,用其片酬予以支付的行为
- B. 用甲的片酬赠与他人的行为
- C. 用甲的片酬为甲购买人身保险的行为
- D. 用甲的片酬为乙母购买房产的行为

【答案】 AC

【注解】 注意监护人处理被监护人财产的效力。

- 2. 精神病患者甲在妻陪伴下外出散步,顽童

乙前来挑逗,甲受刺激追赶,甲妻见状,竭力阻拦无效,甲将乙头打破。乙的医药费如何承担?

- A. 完全由甲妻承担
- B. 主要由甲妻承担,但乙的监护人也应适当承担
- C. 完全由乙的监护人承担
- D. 主要由乙的监护人承担,甲妻也应适当承担

【答案】 B

【注解】 注意监护人民事责任的承担。

3. 高中生钱某于1980年9月2日出生。1998年6月1日在校将同学李某打伤,致其花去医药费2000元。钱某毕业后进入一家炼钢厂工作。1999年2月,李某起诉要求钱某赔偿医药费。该民事责任应由谁承担?

- A. 钱某承担,因钱某诉讼时已满18周岁,且有经济能力
- B. 钱某之父承担,因钱某在侵权行为发生时未满18周岁,没有经济能力
- C. 主要由钱某之父承担,钱某适当赔偿
- D. 主要由钱某承担,钱某之父适当赔偿

【答案】 A

【注解】 侵权行为发生时行为人不满18周岁,在诉讼时已满18周岁,并有经济能力的,应当承担民事责任。

五、宣告失踪

【重点法条】 《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。

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。

第22条 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。

《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。

28. 民法通则第20条第1款、第23条第1款第1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,由最后居住地基层人民法院管辖。

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。

31. 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。

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。

33. 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。

34. 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。

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。

【法条提示】(1)注意申请宣告失踪的条件、利害关系人的范围。(2)宣告失踪的管辖法院是:下落不明人住所地基层人民法院或者最后住所地

的基层人民法院。(3)尤其应注意宣告失踪的法律后果: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;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;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。(4)《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,存在着冲突,应以后者为准。

【例题】刘某出海打鱼,因遇台风下落不明。现其妻王某向法院申请宣告刘某失踪。因刘某失踪后,王某与他人姘居,并与姘夫合用家中财产,在确定刘某的财产代管人时,刘某父母与王某发生争议。本案中法院应依法指定谁为财产代管人?

- A. 王某,理由是王某提出了宣告失踪的申请
- B. 王某,理由是王某是刘某失踪后的第一顺序的财产代管人
- C. 刘某的父母,理由是若指定王某则不利于保护刘某的财产
- D. 王某和刘某的父母,理由是他(她)们均为法律规定的财产代管人

【答案】 C

【注解】 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。

六、宣告死亡

【重点法条】《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:

- (一)下落不明满4年的;
- (二)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。

第24条 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。

第25条 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。

【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。

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。

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23条第1款第1项的规定。

28. 民法通则第20条第1款、第23条第1款第1项中的下落不明的起算时间,从公民音讯消失之次日起算。

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,有的申请宣告死亡,有的不同意宣告死亡,则应当宣告死亡。

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。

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。

【法条提示】宣告死亡制度是司法考试的重点,应重点掌握。(1)申请宣告死亡的利害关系人有先后顺序之分,这与宣告失踪不同,但申请撤销死亡宣告不受顺序限制。(2)重点掌握撤销死亡宣告的法律后果:被宣告死亡时间与自然死亡时间不一致的处理、被撤销死亡宣告的人请求返还权、夫妻关系的恢复问题、子女收养的效力问题、恶意利害关系人的侵权责任。

【例题】 1. 甲1991年离家出走,杳无音讯。1995年其妻乙向人民法院申请甲宣告死亡,1996年人民法院依法宣告甲死亡,其房屋3间被其妻乙和其子丙继承。1997年,妻乙带产改嫁,同年,乙又与后夫离婚。甲离家出走后,南下深圳,1998年因福利彩票中奖20万元。甲用该款购买股票,同年获利200万元。1998年12月甲因饮酒过量心脏病发作死亡。经查,甲于1997年与丁在教堂举行了婚礼(但未办理婚姻登记),并生子戊。现问:甲的200万元遗产的法定继承人是谁?

A. 乙 B. 丙
C. 丁 D. 戊

【答案】 BD

【注解】 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。本题还涉及其他知识点。

2. 丁某因一次沉船事故下落不明,后被法院宣告死亡。此后,有人意外发现丁某依然生存。经其利害关系人申请,法院作出新判决,撤销原判。请问:在下列哪些情况下,丁某因宣告死亡而消灭的婚姻关系不能自行恢复?

A. 原配偶再婚
B. 原配偶再婚又离婚
C. 原配偶再婚后其配偶病故
D. 原配偶虽未再婚,但拒绝恢复婚姻关系

【答案】 ABC

【注解】 撤销死亡宣告,如果配偶尚未再婚的,夫妻关系自行恢复,而不论原配偶是否愿意。

七、个体工商户

【重点法条】《民法通则》

第26条 公民在法律允许的范围内,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29条 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。

《民通意见》

41. 起字号的工商户，在民事诉讼中，应以营业执照登记的户主（业主）为诉讼当事人，在诉讼文书注明系某字号的户主。

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。

43. 在夫妻关系存续期间，一方从事个体经营或者承包经营的，其收入为夫妻共有财产，债务亦应以夫妻共有财产清偿。

44. 个体工商户、农村承包经营户的债务，如以其家庭共有财产承担责任时，应当保留家庭成员的生活必需品和必要的生产工具。

〔法条提示〕 注意个人经营与家庭经营的个体工商户承担责任的区分。以家庭财产承担责任的有：家庭经营的；以家庭共有财产投资的；收益的主要部分供家庭成员享用的。

八、法人

（一）法人概念和特征

〔重点法条〕《民法通则》

第36条 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。

第37条 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。

第50条 有独立经费的机关从成立之日起，具有法人资格。

具备法人条件的事业单位、社会团体，依法不需要办理法人登记的，从成立之日起，具有法人资格；依法需要办理法人登记的，经核准登记，取得法人资格。

〔法条提示〕 （1）注意结合教材掌握我国法人的分类。我国的法人分为企业法人和非企业法人。企业法人分为公司制企业法人和非公司制企

业法人。非企业法人分为机关法人、事业单位法人、社会团体法人和基金会法人。（2）注意法人权利能力与公民权利能力的不同，法人的民事权利能力和行为能力在存续时间和范围方面相同，法人之间的民事权利能力具有差异性，法人不享有公民人身属性的权利能力。（3）法人的有限责任是指法人以其全部财产对其债务承担责任，法人的成员以出资额为限承担有限责任。法人成员与法人的工作人员有区别，法人成员是指法人的投资主体，如公司股东。（3）企业法人必须核准登记，而社团法人不一定都需要经过登记。

〔例题〕 1. 有限责任公司从其性质上说，属于哪类法人？

- A. 企业法人 B. 财团法人
- C. 事业法人 D. 营利法人

〔答案〕 AD

〔注解〕 注意法人理论上的分类。

2. 下列选项中哪些必须经过登记注册才能取得民事主体资格？

- A. 城镇个体工商户
- B. 农村承包经营户
- C. 公司法人
- D. 社会团体

〔答案〕 AC

〔注解〕 注意民事主体资格取得的条件，企业法人必须核准登记，而社团法人不一定都需要经过登记。

（二）法定代表人和法人责任

〔重点法条〕《民法通则》

第38条 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。

第43条 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。

第48条 全民所有制企业法人以国家授予它经营管理的财产承担民事责任。集体所有制企业法人以企业所有的财产承担民事责任。中外合资经营企业法人、中外合作经营企业法人和外资企业法人以企业所有的财产承担民事责任，法律另有规定的除外。

第49条 企业法人有下列情形之一的，除法人承担责任外，对法定代表人可以给予行政处分、罚款，构成犯罪的，依法追究刑事责任：

（一）超出登记机关核准登记的经营范围从事非法经营的；

(二)向登记机关、税务机关隐瞒真实情况、弄虚作假的;

(三)抽逃资金、隐匿财产逃避债务的;

(四)解散、被撤销、被宣告破产后,擅自处理财产的;

(五)变更、终止时不及时申请办理登记和公告,使利害关系人遭受重大损失的;

(六)从事法律禁止的其他活动,损害国家利益或者社会公共利益的。

《民通意见》

58. 企业法人的法定代表人和其他工作人员,以法人名义从事的经营活动,给他人造成经济损失的,企业法人应当承担民事责任。

62. 人民法院在审理案件中,依法对企业法定代表人或者其他人采用罚款、拘留制裁措施,必须经院长批准,另行制作民事制裁决定书。被制裁人对决定不服的,在收到决定书的次日起 10 日内可以向上一级法院申请复议一次。复议期间,决定暂不执行。

63. 对法定代表人直接处以罚款的数额一般在 2000 元以下。法律另有规定的除外。

【法条提示】(1)法人的法定代表人与代理人有区别:法定代表人和法人之间是代表关系,代表权是由法律和章程规定的,法定代表人的职务行为就是法人的行为,因此,《合同法》第 50 条规定了表见代理的制度。法人与代理人之间是委托代理关系,代理权源自法人的单方授权。(2)注意企业法人民事责任的承担。企业法人对它的法定代表人和其他工作人员开展经营活动,对第三人承担民事责任,但可以追偿有过错的法定代表人或者其他工作人员的赔偿责任。

【例题】1. 在法定代表人和法人关系的问题上,下列哪些表述是正确的?

A. 法定代表人既是法人的代表人,又是法人机关的代表人

B. 法定代表人履行职务的行为是法人的行为

C. 法定代表人只能是法人单位的行政正职负责人

D. 法定代表人的代表权源于法律和章程,而不是源于法人的授权

【答案】BD

【注解】行政副职也可以成为法定代表人。

2. 李某与合伙企业“大木采石场”各出资 50 万元组建了一家具有独立法人资格的大木贸易有

限责任公司,经营建筑材料,聘请营销专家陈某担任经理。这里谁负“有限责任”?

A. “大木采石场”对合伙企业债务

B. 大木有限公司对公司所负债务

C. 李某和“大木采石场”对大木有限公司债务

D. 陈某对大木有限公司债务

【答案】C

【注解】注意对法人责任有限性的正确理解。

3. 甲请 A 搬家公司搬家, A 公司派出 B、C、D 三人前往。在搬家过程中, B 发现甲的掌上电脑遗落在一角,便偷偷藏入自己腰包; C 与 D 在搬运甲最珍贵的一盆兰花时不慎将其折断,为此甲与 C、D 二人争吵起来,争吵之时不知是谁又将甲阳台上的另一盆鲜花碰下,砸伤路人 E。B、C、D 见事已至此便溜之大吉。请问下面哪些说法是正确的?

A. 甲可以要求 A 公司赔偿名贵兰花被折断造成的损失

B. 甲可以要求 A 公司承担没有履行搬运任务的违约责任

C. 路人 E 可以要求甲、C 以及 D 承担连带赔偿责任

D. 甲可以就丢失掌上电脑的损失要求 A 公司承担赔偿责任

【答案】ABCD

【注解】企业法人对它的法定代表人和其他工作人员开展经营活动,承担民事责任。当然法人可以就此侵权向其工作人员追偿。C 项属于共同危险行为,即指两个或者两个以上的人,共同实施了侵害他人的危险行为,造成了损害后果,但不能判断真正的加害人的情况。共同危险行为属于共同侵权行为的一种,由行为人承担连带责任。

(三)法人住所

【重点法条】《民法通则》

第 39 条 法人以它的主要办事机构所在地为住所。

【法条提示】根据有关法人登记制度的规定,法人的主要办事机构应在登记机关管辖范围内。

(四)法人变更

【重点法条】《民法通则》

第 44 条 企业法人分立、合并或者有其他重要事项变更,应当向登记机关办理登记并公告。

企业法人分立、合并,它的权利和义务由变更后的法人享有和承担。

【法条提示】 注意法人变更应当向登记机关办理登记并公告,还应注意法人变更的责任承担,企业法人分立后对外要承担连带责任。

【例题】 1. 某市国有投资部门出资 51%,其他 34 名股东共出资 49% 组建红星有限责任公司。1997 年 5 月国有投资部门作出了撤销公司董事长张某的决定,并通知了各股东,但未及时到工商行政管理部门办理变更登记。在此期间,张某应李某所求,以红星公司的名义为李某个人提供了 50 万元的担保。后因李某的债权人向红星公司请求承担担保责任而发生纠纷。现问:下列有关说法中哪些是正确的?

A. 在办理变更登记之前,张某仍是公司董事长

B. 从撤销决定做出之日起,张某不再是公司董事长

C. 本案担保因张某被撤董事长职务而无效

D. 应责令张某取消担保

【答案】 AD

【注解】 法人变更必须登记公告。

2. 甲公司分立为乙公司和丙公司。在分立过程中,乙公司和丙公司对甲公司所欠丁、戊、己、庚的债务达成协议。乙公司承担丁、戊的债务,丙公司承担己、庚的债务。后因丙公司无力承担己、庚的债务而发生纠纷。现问:乙公司和丙公司达成的债务承担协议效力如何?

A. 该协议无效

B. 该协议有效

C. 该协议可撤销

D. 该协议效力未定

【答案】 A

【注解】 企业法人分立后对外要承担连带责任。

(五)法人终止

【重点法条】 《民法通则》

第 40 条 法人终止,应当依法进行清算,停止清算范围外的活动。

第 45 条 企业法人由于下列原因之一终止:

(一)依法被撤销;

(二)解散;

(三)依法宣告破产;

(四)其他原因。

第 46 条 企业法人终止,应当向登记机关办

理注销登记并公告。

第 47 条 企业法人解散,应当成立清算组织,进行清算。企业法人被撤销、被宣告破产的,应当由主管机关或者人民法院组织有关机关和有关人员成立清算组织,进行清算。

《民通意见》

59. 企业法人解散或被撤销的,应当由其主管机关组织清算小组进行清算。企业法人被宣告破产的,应当由人民法院组织有关机关和有关人员成立清算组织进行清算。

60. 清算组织是以清算企业法人债权、债务为目的而依法成立的组织。它负责对终止的企业法人的财产进行保管、清理、估价、处理和清偿。

对于涉及终止的企业法人债权、债务的民事诉讼,清算组织可以用自己的名义参加诉讼。

以逃避债务责任为目的而成立的清算组织,其实施的民事行为无效。

【法条提示】 (1)清算期间,法人的民事权利能力和行为能力并未完全终止,但仅限于清算范围内活动。(2)注意企业法人终止的四个原因、不同终止情形下清算组织的组成方式、清算组织的诉讼当事人资格。

【例题】 依民法原理和现行民事法律,下列选项中,哪一表述是正确的?

A. 清算法人不具有民事行为能力

B. 清算法人具有与原法人相同的民事行为能力

C. 清算法人仅具有清算范围内的民事行为能力

D. 清算法人仅具有资产清理的民事行为能力

【答案】 C

【注解】 法人终止,应当依法进行清算,停止清算范围外的活动,据此,清算法人仅具有清算范围内的民事行为能力。

九、民事法律行为

(一)民事法律行为的特征

【重点法条】 《民法通则》

第 54 条 民事法律行为是公民或者法人设立、变更、终止民事权利和民事义务的合法行为。

【法条提示】 (1)民事法律行为有三个特征:是民事主体以达到一定民事法律后果为目的的行为;以意思表示为要素;是合法行为。(2)民事法律行为可以根据不同的标准分成不同的类,如单方、双方、多方法律行为;单务、双务法律行为;有

偿、无偿法律行为；诺成、实践性法律行为；要式、不要式法律行为。(3)单务、双务法律行为与无偿、有偿法律行为不是一一对应的关系，单务法律行为可以有偿的，如有约定利息条款的自然人之间的借款合同；双务法律行为可以是无偿的，如无偿保管合同、无偿委托合同。

【例题】1. 王某与张某签订了一份书面合同，约定由王某在签约后3日借给张某1万元，张某于半年后偿还该1万元并支付7%的利息。该行为属于何种民事法律行为？

- A. 有偿民事法律行为
- B. 无偿民事法律行为
- C. 单务民事法律行为
- D. 双务民事法律行为

【答案】AC

【注解】注意结合教材掌握民事法律行为的分类。

2. 某县政府为鼓励县属酒厂多创税利，县长与酒厂厂长签订合同约定：酒厂如果完成年度税收100万元的指标，第二年厂长和全厂职工都可以加两级工资。该合同属于什么性质的行为？

- A. 双方民事法律行为
- B. 无效民事行为
- C. 附条件民事法律行为
- D. 不属于民事法律行为

【答案】D

【注解】民事法律行为必须是设立、变更、终止民事权利和民事义务的合法行为，此题中行为的内容并不是关于民事权利和义务，属于行政奖励的范围。

(二)民事法律行为的成立条件

【重点法条】《民法通则》

第55条 民事法律行为应当具备下列条件：

- (一)行为人具有相应的民事行为能力；
- (二)意思表示真实；
- (三)不违反法律或者社会公共利益。

【法条提示】民事法律行为的成立和生效是两个既有区别又有联系的法律概念，但《民法通则》并没有对此作出区分，在《合同法》中规定了合同的成立和生效。民事法律行为的成立是民事法律行为生效的前提，在大多数情况下，民事法律行为的成立与生效在时间上是一致的，但在少数情况下，二者是分离的，即民事法律行为已经成立，但不具有法律效力。

【例题】下列民事行为中，哪些属于意思表示

不真实的民事行为？

- A. 恶意串通损害他人利益的行为
- B. 以合法形式掩盖非法目的行为
- C. 误将赝品作为真品出卖的行为
- D. 与他人合伙开设赌场的行为

【答案】ABC

【注解】意思表示不真实是指当事人外部的意思表示与其内心的效果意思不一致。

(三)民事法律行为的形式

【重点法条】《民法通则》

第56条 民事法律行为可以采取书面形式、口头形式或者其他形式。法律规定是特定形式的，应当依照法律规定。

《民通意见》

65. 当事人以录音、录像等视听资料形式实施的民事行为，如有两个以上无利害关系人作为证人或者有其他证据证明该民事行为符合民法通则第55条的规定，可以认定有效。

66. 一方当事人向对方当事人提出民事权利的要求，对方未用语言或者文字明确表示意见，但其行为表明已接受的，可以认定为默示。不作为的默示只有在法律有规定或者当事人双方有约定的情况下，才可以视为意思表示。

【法条提示】应特别注意不作为的默示只有在法律有规定或者当事人双方有约定的情况下，才可以视为意思表示。

【例题】意思表示的默示形式是不通过语言文字，而是通过推定或沉默使他人可以推断真实意思。选项所列行为哪些属于默示形式？

- A. 行人向出租车招手，出租车司机将车停靠在行人旁边等候行人上车
- B. 继承开始后，继承人没有表示放弃或接受继承
- C. 租赁期届满，承租人继续支付租金，出租人也予以接受
- D. 要约中附有如果受要约人10天内不作出否认表示即视为同意的内容，10天过去，受要约人未作出否认表示

【答案】ABC

【注解】默示有两种：一是推定形式；二是沉默形式。法律有特别规定时，此种形式才可以作为意思表示的方式。

(四)无效民事行为

【重点法条】《民法通则》

第58条 下列民事行为无效：

(一)无民事行为能力人实施的;

(二)限制民事行为能力人依法不能独立实施的;

(三)一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危,使对方在违背真实意思的情况下所为的;

(四)恶意串通,损害国家、集体或者第三人利益的;

(五)违反法律或者社会公共利益的;

(六)经济合同违反国家指令性计划的;

(七)以合法形式掩盖非法目的的。

无效的民事行为,从行为开始起就没有法律约束力。

第60条 民事行为部分无效,不影响其他部分的效力的,其他部分仍然有效。

第61条 民事行为被确认为无效或者被撤销后,当事人因该行为取得的财产,应当返还给受损失的一方。有过错的一方应当赔偿对方因此所受的损失,对方都有过错的,应当各自承担相应的责任。

双方恶意串通,实施民事行为损害国家的、集体的或者第三人的利益的,应当追缴双方取得的财产,收归国家、集体所有或者返还第三人。

《民通意见》

67. 间歇性精神病人的民事行为能力,确能证明是在发病期间实施的,应当认定无效。

行为人在神志不清的状态下所实施的民事行为,应当认定无效。

74. 民法通则第61条第2款中的双方取得财产的范围,应当包括双方当事人已经取得和约定取得的财产。

75. 附条件的民事行为,如果所附的条件是违背法律规定或者不可能发生的,应当认定该民事行为无效。

78. 凡是依法或者依双方的约定必须由本人亲自实施的民事行为,本人未亲自实施的,应当认定行为无效。

〔法条提示〕 注意无效民事法律行为的具体情形和民事法律行为无效后的法律后果。

〔例题〕 1. 杨某15周岁,智力超常,大学三年级学生。杨某因有某项发明,而与刘某达成转让该发明的协议。该转让协议的效力如何?

- A. 该转让协议有效
- B. 该转让协议效力未定
- C. 该转让协议无效
- D. 该转让协议可撤销

〔答案〕 B

〔注解〕 根据《民法通则》第58条的规定,杨某的行为属于无效,但根据《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的规定,杨某的行为属于效力未定。根据后法优于前法的原则,应适用合同法的规定。

2. 甲为一乘客(老烟民,熟知烟的价格),乙为一小贩。乙在火车车厢叫卖:“红塔山香烟,10元钱一条。”甲欣然买之。经查,该烟为假烟,甲与乙之间的行为性质应如何认定?

- A. 无效民事行为,理由为欺诈
- B. 可撤销民事行为,理由为欺诈
- C. 无效民事行为,理由是违反法律规定
- D. 有效民事行为,理由是双方达成合意

〔答案〕 C

〔注解〕 卖假烟是违法行为,属于无效民事法律行为的情形之一。

(五)可变更、可撤销的民事行为

〔重点法条〕 《民法通则》

第59条 下列民事行为,一方有权请求人民法院或者仲裁机关予以变更或者撤销:

- (一)行为人对行为内容有重大误解的;
- (二)显失公平的。

被撤销的民事行为从行为开始起无效。

第61条 民事行为被确认为无效或者被撤销后,当事人因该行为取得的财产,应当返还给受损失的一方。有过错的一方应当赔偿对方因此所受的损失,对方都有过错的,应当各自承担相应的责任。

双方恶意串通,实施民事行为损害国家的、集体的或者第三人的利益的,应当追缴双方取得的财产,收归国家、集体所有或者返还第三人。

《民通意见》

68. 一方当事人故意告知对方虚假情况,或者故意隐瞒真实情况,诱使对方当事人作出错误意思表示的,可以认定为欺诈行为。

69. 以给公民及其亲友的生命健康、荣誉、名誉、财产等造成损失或者以给法人的荣誉、名誉、财产等造成损害为要挟,迫使对方作出违背真实意思表示的,可以认定为胁迫行为。

70. 一方当事人乘对方处于危难之机,为牟取不正当利益,迫使对方作出不真实的意思表示,