

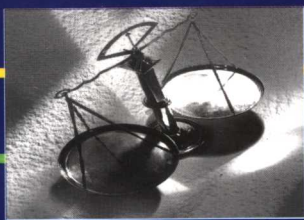
2008_年

国家司法考试配套备考手册

第三卷

指定法规关联编注 多功能立体化记忆

法律考试中心/编



- 1 全面收录2008年司法考试指定法规230件
- 2 2008年国家司法考试增减说明：新增17件、删减31件
- 3 重点、常考法条提示、详解、历年真题练习共500余组
- 4 标注重点法条主旨，提示相关法条索引
- 5 宪法、刑法、民事诉讼法等主要法律修改新旧条文对照
- 6 2008年国家司法考试新增罪名提示（第二卷）



D926/78

:2008(3)

2008

2008 年国家司法考试配套备考手册

第三卷

法律考试中心/编

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

2008 年国家司法考试配套备考手册. 第3卷/法律考试中心编.
—北京:法律出版社,2008.4
ISBN 978-7-5036-8286-5

I. 2… II. 法… III. 法律工作者—资格考核—中国—
自学参考资料 IV. D92

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 032417 号

©法律出版社·中国

责任编辑/宋杰鹏

装帧设计/曹 铀

出版/法律出版社

编辑统筹/法律考试出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/沙 磊

开本/787×1092 毫米 1/16

印张/22.25 字数/743 千

版本/2008 年 4 月第 1 版

印次/2008 年 4 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 978-7-5036-8286-5

定价:38.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

2008 年国家司法考试法律法规增减说明

学科	新增	删减
宪法	1. 中华人民共和国游行示威法 2. 中华人民共和国各级人民代表大会常务委员会监督法	
行政法与行政诉讼法	1. 行政机关公务员处分条例(新颁) 2. 中华人民共和国行政复议法实施条例(新颁) 3. 中华人民共和国政府信息公开条例(新颁) 4. 最高人民法院关于行政案件管辖若干问题的规定(新颁) 5. 最高人民法院关于行政诉讼撤诉若干问题的规定(新颁)	1. 法规规章备案条例 2. 中华人民共和国政府采购法 3. 中华人民共和国行政监察法 4. 中华人民共和国行政监察法实施条例 5. 信访条例 6. 中华人民共和国义务教育法 7. 突发公共卫生事件应急条例 8. 国家自然科学基金条例 9. 残疾人就业条例
刑法	最高人民法院、最高人民检察院关于办理与盗窃、抢劫、诈骗、抢夺机动车相关刑事案件具体应用法律若干问题的解释(新颁)	
刑事诉讼法		1. 最高人民检察院关于人民检察院直接受理立案侦查案件立案标准的规定(试行) 2. 最高人民检察院关于渎职侵权犯罪案件立案标准的规定 3. 最高人民法院关于规范人民法院再审立案案件的若干意见(试行) 4. 关于人民检察院保障律师在刑事诉讼中依法执业的规定
经济法	1. 中华人民共和国反垄断法(新颁) 2. 中华人民共和国个人所得税法(修正) 3. 中华人民共和国劳动合同法(新颁) 4. 中华人民共和国城乡规划法(新颁)	1. 中华人民共和国拍卖法 2. 中华人民共和国招标投标法 3. 中华人民共和国个人所得税法实施条例 4. 中华人民共和国会计法 5. 中华人民共和国审计法实施条例 6. 中华人民共和国土地管理法实施条例 7. 中华人民共和国农村土地承包法
民法		1. 保护工业产权巴黎公约 2. 保护文学和艺术作品伯尔尼公约
商法		中华人民共和国公司登记管理条例
民事诉讼法与仲裁制度	中华人民共和国民事诉讼法(修订)	诉讼费用交纳办法
国际法		中华人民共和国民用航空法
国际私法	1. 最高人民法院关于内地与澳门特别行政区相互认可和执行仲裁裁决的安排(新颁) 2. 最高人民法院关于人民法院受理涉及特权与豁免的民事案件有关问题的通知(新颁) 3. 最高人民法院关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件法律适用若干问题的规定(新颁)	1. 最高人民法院关于同时选择两个仲裁机构的仲裁条款效力的函 2. 最高人民法院关于确认仲裁协议效力几个问题的批复 3. 最高人民法院关于我国仲裁机构作出的仲裁裁决能否部分撤销问题的批复
国际经济法		最高人民法院转发对外经济贸易部《关于执行联合国国际货物销售合同公约应该注意几个问题》的通知
司法制度和法律职业道德	中华人民共和国律师法(修订)	1. 律师和律师事务所违法行为处罚办法 2. 公证程序规则

目 录

2008 年国家司法考试法律法规增减说明	(1)
----------------------------	-------

民 法

中华人民共和国民法通则	(1)
(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)	
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)	(21)
(1988 年 1 月 26 日最高人民法院审判委员会讨论通过 1988 年 4 月 2 日发布施行) 法(办)发[1988]6 号	
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	(31)
(2001 年 2 月 26 日最高人民法院审判委员会第 1161 次会议通过 2001 年 3 月 8 日公布 自 2001 年 3 月 10 日起施行) 法释[2001]7 号	
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	(32)
(2003 年 12 月 4 日最高人民法院审判委员会第 1299 次会议通过 2003 年 12 月 26 日公布 自 2004 年 5 月 1 日起施行) 法释[2003]20 号	
中华人民共和国物权法	(35)
(2007 年 3 月 16 日第十届全国人民代表大会第五次会议通过 2007 年 3 月 16 日中华人民共和国主席令 第 62 号公布 自 2007 年 10 月 1 日起施行)	
中华人民共和国合同法	(49)
(1999 年 3 月 15 日第九届全国人民代表大会第二次会议通过 1999 年 3 月 15 日中华人民共和国主席令 第 15 号公布 自 1999 年 10 月 1 日起施行)	
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)	(81)
(1999 年 12 月 1 日最高人民法院审判委员会第 1090 次会议通过 1999 年 12 月 19 日公布 自 1999 年 12 月 29 日起施行) 法释[1999]19 号	
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	(83)
(2003 年 3 月 24 日最高人民法院审判委员会第 1267 次会议通过) 法释[2003]7 号	
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	(85)
(2004 年 9 月 29 日最高人民法院审判委员会第 1327 次会议通过 2004 年 10 月 25 日公布 自 2005 年 1 月 1 日起施行) 法释[2004]14 号	
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	(87)
(2004 年 11 月 30 日最高人民法院审判委员会第 1335 次会议通过 2004 年 12 月 16 日公布 自 2005 年 1 月 1 日起施行) 法释[2004]20 号	
中华人民共和国担保法	(91)
(1995 年 6 月 30 日第八届全国人民代表大会常务委员会第十四次会议通过 1995 年 6 月 30 日中华人民 共和国主席令第 50 号公布 自 1995 年 10 月 1 日起施行)	
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	(97)
(2000 年 9 月 29 日最高人民法院审判委员会第 1133 次会议通过 2000 年 12 月 8 日公布 自 2000 年 12 月 13 日起施行) 法释[2000]44 号	
中华人民共和国著作权法	(104)
(1990 年 9 月 7 日第七届全国人民代表大会常务委员会第十五次会议通过 根据 2001 年 10 月 27 日第九	

届全国人民代表大会常务委员会第二十四次会议《关于修改〈中华人民共和国著作权法〉的决定》修正)	
中华人民共和国著作权法实施条例	(111)
(2002年8月2日国务院令 第359号公布)	
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	(113)
(2002年10月12日最高人民法院审判委员会第1246次会议通过 2002年10月12日公布 自2002年10月15日起施行) 法释[2002]31号	
中华人民共和国商标法	(115)
(1982年8月23日第五届全国人民代表大会常务委员会第二十四次会议通过 根据1993年2月22日第七届全国人民代表大会常务委员会第三十次会议《关于修改〈中华人民共和国商标法〉的决定》第一次修正 根据2001年10月27日第九届全国人民代表大会常务委员会第二十四次会议《关于修改〈中华人民共和国商标法〉的决定》第二次修正)	
中华人民共和国商标法实施条例	(122)
(2002年8月3日国务院令 第358号公布)	
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	(126)
(2002年10月12日最高人民法院审判委员会第1246次会议通过 2002年10月12日公布 自2002年10月16日起施行) 法释[2002]32号	
中华人民共和国专利法	(128)
(1984年3月12日第六届全国人民代表大会常务委员会第四次会议通过 根据1992年9月4日第七届全国人民代表大会常务委员会第二十七次会议《关于修改〈中华人民共和国专利法〉的决定》第一次修正 根据2000年8月25日第九届全国人民代表大会常务委员会第十七次会议《关于修改〈中华人民共和国专利法〉的决定》第二次修正)	
中华人民共和国专利法实施细则	(133)
(2001年6月15日国务院令 第306号公布 根据2002年12月28日《国务院关于修改〈中华人民共和国专利法实施细则〉的决定》修改)	
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	(145)
(2001年6月19日最高人民法院审判委员会第1180次会议通过 2001年6月22日公布 自2001年7月1日起施行) 法释[2001]21号	
中华人民共和国婚姻法	(147)
(1980年9月10日第五届全国人民代表大会第三次会议通过 根据2001年4月28日第九届全国人民代表大会常务委员会第二十一次会议《关于修改〈中华人民共和国婚姻法〉的决定》修正)	
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)	(152)
(2001年12月24日最高人民法院审判委员会第1202次会议通过 2001年12月25日公布 自2001年12月27日起施行) 法释[2001]30号	
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)	(153)
(2003年12月4日最高人民法院审判委员会第1299次会议通过 2003年12月25日公布 自2004年4月1日起施行) 法释[2003]19号	
中华人民共和国继承法	(155)
(1985年4月10日第六届全国人民代表大会第三次会议通过 1985年4月10日中华人民共和国主席令 第24号公布 自1985年10月1日起施行)	
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	(159)
(1985年9月11日) 法(民)发[1985]22号	
中华人民共和国收养法	(162)
(1991年12月29日第七届全国人民代表大会常务委员会第二十三次会议通过 根据1998年11月4日第九届全国人民代表大会常务委员会第五次会议《关于修改〈中华人民共和国收养法〉的决定》修正)	

商 法

- 中华人民共和国公司法 (165)
(1993年12月29日第八届全国人民代表大会常务委员会第五次会议通过 根据1999年12月25日第九届全国人民代表大会常务委员会第十三次会议《关于修改〈中华人民共和国公司法〉的决定》第一次修正
根据2004年8月28日第十届全国人民代表大会常务委员会第十一次会议《关于修改〈中华人民共和国公司法〉的决定》第二次修正 2005年10月27日第十届全国人民代表大会常务委员会第十八次会议修订)
- 最高人民法院关于适用《中华人民共和国公司法》若干问题的规定(一) (184)
(2006年3月27日最高人民法院审判委员会第1382次会议通过 2006年4月28日公布 自2006年5月9日起施行) 法释[2006]3号
- 中华人民共和国合伙企业法 (184)
(1997年2月23日第八届全国人民代表大会常务委员会第二十四次会议通过 2006年8月27日第十届全国人民代表大会常务委员会第二十三次会议修订)
- 中华人民共和国个人独资企业法 (192)
(1999年8月30日第九届全国人民代表大会常务委员会第十一次会议通过 1999年8月30日中华人民共和国主席令第20号公布 自2000年1月1日起施行)
- 中华人民共和国外资企业法 (196)
(1986年4月12日第六届全国人民代表大会第四次会议通过 根据2000年10月31日第九届全国人民代表大会常务委员会第十八次会议《关于修改〈中华人民共和国外资企业法〉的决定》修正)
- 中华人民共和国中外合作经营企业法 (197)
(1988年4月13日第七届全国人民代表大会第一次会议通过 根据2000年10月31日第九届全国人民代表大会常务委员会第十八次会议《关于修改〈中华人民共和国中外合作经营企业法〉的决定》修正)
- 中华人民共和国中外合资经营企业法 (199)
(1979年7月1日第五届全国人民代表大会第二次会议通过 根据1990年4月4日第七届全国人民代表大会第三次会议《关于修改〈中华人民共和国中外合资经营企业法〉的决定》修正 根据2001年3月15日第九届全国人民代表大会第四次会议《关于修改〈中华人民共和国中外合资经营企业法〉的决定》第二次修正)
- 中华人民共和国企业破产法 (201)
(2006年8月27日第十届全国人民代表大会常务委员会第二十三次会议通过 2006年8月27日中华人民共和国主席令第54号公布 自2007年6月1日起施行)
- 中华人民共和国票据法 (212)
(1995年5月10日第八届全国人民代表大会常务委员会第十三次会议通过 根据2004年8月28日第十届全国人民代表大会常务委员会第十一次会议《关于修改〈中华人民共和国票据法〉的决定》修正)
- 中华人民共和国保险法 (220)
(1995年6月30日第八届全国人民代表大会常务委员会第十四次会议通过 根据2002年10月28日第九届全国人民代表大会常务委员会第三十次会议《关于修改〈中华人民共和国保险法〉的决定》修正)
- 中华人民共和国海商法 (232)
(1992年11月7日第七届全国人民代表大会常务委员会第二十八次会议通过 1992年11月7日中华人民共和国主席令第64号公布 自1993年7月1日起施行)

民事诉讼法与仲裁制度

- 中华人民共和国民事诉讼法 (254)
(1991年4月9日第七届全国人民代表大会第四次会议通过 根据2007年10月28日第十届全国人民代表大会常务委员会第三十次会议《关于修改〈中华人民共和国民事诉讼法〉的决定》修正)

附:《民事诉讼法》新旧条文对照表	(282)
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	(285)
(1992年7月14日最高人民法院审判委员会第528次会议讨论通过) 法发[1992]22号	
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	(300)
(1994年12月22日发布) 法发[1994]29号	
最高人民法院关于审理名誉权案件若干问题的解答	(301)
(1993年6月15日最高人民法院审判委员会第579次会议讨论通过) 法发[1993]15号	
最高人民法院关于审理名誉权案件若干问题的解释	(302)
(1998年7月14日最高人民法院审判委员会第1002次会议通过 自1998年9月15日起施行) 法释[1998]26号	
最高人民法院关于第一审经济纠纷案件适用简易程序开庭审理的若干规定	(303)
(1993年11月16日最高人民法院审判委员会第602次会议讨论通过) 法发[1993]34号	
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	(305)
(1998年6月19日最高人民法院审判委员会第995次会议通过 自1998年7月11日起施行) 法释[1998]14号	
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)	(307)
(1998年6月11日最高人民法院审判委员会第992次会议通过 自1998年7月18日起施行) 法释[1998]15号	
最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定	(315)
(2001年12月6日最高人民法院审判委员会第1201次会议通过 2001年12月21日公布 自2002年4月1日起施行) 法释[2001]33号	
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	(320)
(2003年7月4日最高人民法院审判委员会第1280次会议通过 2003年9月10日公布 自2003年12月1日起施行) 法释[2003]15号	
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	(323)
(2004年8月18日最高人民法院审判委员会第1321次会议通过 2004年9月16日公布 自2004年11月1日起施行) 法释[2004]12号	
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	(324)
(2004年10月26日最高人民法院审判委员会第1330次会议通过 2004年11月4日公布 自2005年1月1日起施行) 法释[2004]15号	
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	(326)
(2004年10月26日最高人民法院审判委员会第1330次会议通过 2004年11月15日公布 自2005年1月1日起施行) 法释[2004]16号	
中华人民共和国仲裁法	(329)
(1994年8月31日第八届全国人民代表大会常务委员会第九次会议通过 1994年8月31日中华人民共和国主席令第31号公布 自1995年9月1日起施行)	
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	(335)
(2005年12月26日最高人民法院审判委员会第1375次会议通过 2006年8月23日公布 自2006年9月8日起施行) 法释[2006]7号	
中华人民共和国海事诉讼特别程序法	(337)
(1999年12月25日第九届全国人民代表大会常务委员会第十三次会议通过 1999年12月25日中华人民共和国主席令第28号公布 自2000年7月1日起施行)	

* 为新增、修订法律法规。

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)

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

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 【调整范围】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。

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 【遵守法律和政策原则】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

第九条 【公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。

【相关法条】《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》(以下简称《民通意见》)第1条

第十条 【公民事权利能力平等】公民的民事权利能力一律平等。

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。

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。

【相关法条】《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》(以下简称《民

通意见》)第2、6条

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 【法定代理人】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。

第十五条 【公民的住所】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。

【相关法条】《民通意见》第9条

第二节 监 护

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。

【相关法条】《民通意见》第13—18、21、23条

【详解】1. 未成年人之监护人的确定。

(1)法定监护人:

①父母:父、母是未成年人的当然法定监护人,父母离婚并不影响其成立。但依《民通意见》第21条,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之监护资格:a. 对子女有犯罪行为的;
b. 对子女有虐待行为的;c. 对该子女明显不利的。

②其他法定监护人:若父、母均不在人世或均丧失监护能力,下列人员亦为法定监护人:祖父母、外祖父母;成年兄、姐。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(《民通意见》第14条第2款)。

(2)指定监护人: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之情。在此情形下,有关近亲属可以协议解决;协议不成,可由有关组织指定。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。该指定有两种及相互关系等问题如下:

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)。

③两个指定之关系:前者是后者的必经程序;否则,人民法院不予受理(《民法通则》第16条第3款及《民通意见》第16条)。

④一经指定,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(《民通意见》第18条)。

(3)委托监护人:依《民通意见》第22条,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。

(4)其他监护人:除上述指定、法定监护人外,还有其他自然人(组织)担任监护人:

①未成年人的其他亲(亲属)友(朋友):值得注意的是,此类人并无法定义务,故应具备两个条件:一是该亲友自愿;二是征得有关组织同意。

②有关组织。

2. 精神病人之监护人。上面论述的是未成年人之情形,至于精神病人之情形,原理同上,但有关人员范围、顺序与上面所述有所不同,考生自己多加注意(参见《民法通则》第17条)。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)。

3. 考生应当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。

【例题】(2002年司法考试试卷三第33题)

甲与乙离婚并达成协议:婚生男孩丙(3岁)由乙(女方)抚养,如双方中一方再婚,丙则由另一方抚养。后乙在丙6岁时再婚,甲去乙家接丙回去抚养,乙不允。甲即从幼儿园将丙接回,并电话告知乙。为此,双方发生争执,诉至法院。下列有关论述正确的有哪些?

A. 甲、乙均为丙的监护人

B. 乙的行为是违约行为,受合同法调整

C. 甲欲行使对丙的抚养权,应通过诉讼程序解决

D. 甲、乙的协议违反了法律

【答案】AC

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。

第十八条 【监护人的职责权利与民事责任】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。

【相关法条】《民通意见》第10、22条

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,根据他健康恢复的状况,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

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。

第二十一条 【宣告失踪的法律后果】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。

【相关法条】《民通意见》第24、28、30—35条

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。

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。

【相关法条】《民通意见》第25、27、36条

第二十四条 【死亡宣告的撤销】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。

【相关法条】《民通意见》第37条

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。

【详解】死亡宣告撤销的法律后果,应当掌握以下几点:

1. 该人在被宣告死亡期间所为的民事法律行为不因此而无效。

2. 特别注意婚姻关系处理分为三种情况:

(1)配偶尚未再婚的,夫妻关系自行恢复;

(2)配偶再婚后一婚姻正在存续的,不得自行恢复;

(3)配偶再婚但又离婚或再婚后配偶死亡的,也不得自行恢复。

3. 收养关系:其子女被他人依法收养的,仅以未经本人同意为由而主张收养无效者,一般不允许;但收养人、被收养人同意的除外。

4. 返还原物:

(1)依继承取得财产的,应返还原物(无孳息要求);原物不存在的,“适当”补偿(而非“相应”补偿);

(2)原物已为第三人合法取得的(不要求其取得方式为“有偿”,只需方式“合法”),第三人无返还义务;

(3)利害关系人隐瞒真实情况致他人被宣告死亡而取得财产的,负两项义务:

①返还原物及孳息;

②赔偿损失。

【例题】(2006年司法考试试卷三第2题)

甲被法院宣告死亡,甲父乙、甲妻丙、甲子丁分割了其遗产。后乙病故,丁代位继承了乙的部分遗产。丙与戊再婚后因车祸遇难,丁、戊又分割了丙的遗产。现甲重新出现,法院撤销死亡宣告。下列哪种说法是正确的?

A. 丁应将其从甲、乙、丙处继承的全部财产返还给甲

B. 丁只应将其从甲、乙处继承的全部财产返还给甲

C. 戊从丙处继承的全部财产都应返还给甲

D. 丁、戊应将从丙处继承的而丙从甲处继承的财产返还给甲

【答案】 D

第四节 个体工商户、农村承包经营户

第二十六条 【个体工商户的定义】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。

第二十七条 【农村承包经营户的定义】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。

【相关法条】《民通意见》第41、42、138条

第五节 个人合伙

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。

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 【合伙字号与经营范围】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內从事经营。

第三十四条 【合伙的内部关系】个人合伙的经营,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,由全体合伙人承担民事责任。

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。

【相关法条】《民通意见》第46、48、53条

【详解】1. 个人合伙在诉讼中的地位。《民通意见》第45条对起字号和不起字号的个人合伙在民事诉讼中的地位作了区分,但《民诉意见》第47条对此作出了不同规定:不论起字号与否,个人合伙的全体合伙人在诉讼中均为共同诉讼人;起字号的应在法律文书中注

明登记的字号;全体合伙人人数众多的,成立代表人诉讼。此规定修改了《民通意见》第45条,应当适用《民诉意见》第47条的规定。

另外,个人合伙组织在诉讼中的地位有别于合伙企业组织。依《民诉意见》第4条及《合伙企业法》之规定,合伙企业是经依法登记并领取营业执照的营利性组织,在诉讼中享有诉讼当事人地位,并不以全体合伙人为诉讼当事人。

2. 注意合伙人的情形:公民按照协议提供资金或者实物,并约定参与合伙盈余分配,但不参与合伙经营、劳动的,或者提供技术性劳务而不提供资金、实物,但约定参与盈余分配的,视为合伙人。

3. 个人合伙的责任承担问题几乎每年都考,考生应当掌握:

(1) 对外,全体合伙人承担无限连带责任。其中应注意的是,退伙后,不论其是否在内部承担了责任份额;还必须就合伙期间的债务承担连带责任,连带责任不得以合伙人内部协议而排除;

(2) 对内,全体合伙人为按份之债,其中各自份额的确定依据为:

- ①有协议的依协议;
- ②无协议的,依合伙人实际的盈余分配比例;
- ③无协议且无盈余分配比例的,推定为均额。

【例题】(2002年司法考试试卷三第11题)

赵某与钱某经口头协议,在闹市区租门面房合伙经营服装店。不久,房主孙某同意将门面房折价2万元加入合伙,但不参与经营,只每半年收取经营收益的10%。后赵某独自决定进了一批童装,销售情况不佳,童装厂催款。下列哪一说法是正确的?

- A. 赵、钱、孙之间虽没有书面合伙协议,但可以认定为合伙关系,故须连带承担还款义务
- B. 孙某没有参加合伙的经营,应当认定入伙无效,不承担还款义务
- C. 赵某一人执行合伙事务,没有征得其他合伙人的同意,其行为后果由赵某一人承担
- D. 孙某入伙虽无效,但仍应以其所得收益为限对合伙债务承担连带责任

【答案】A

第三章 法人

第一节 一般规定

第三十六条 【法人的定义及其权利能力和行为能力】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。

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。

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。

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。

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。

第四十四条 【企业法人的变更】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。

第四十五条 【企业法人的终止】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。

第四十六条 【注销登记】企业法人终止，应当向登记机关办理注销登记并公告。

第四十七条 【清算】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。

第四十八条 【承担责任的财产范围】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。

第四十九条 【法定代表人的法律责任】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。

第三节 机关、事业单位和社会团体法人

第五十条 【法人资格的取得】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。

第四节 联 营

第五十一条 【法人型联营】企业之间或者企业、事业单位之间联营，组成新的经济实体，独立承担民事责任、具备法人条件的，经主管机关核准登记，取得法人资格。

第五十二条 【合伙型联营】企业之间或者企业、事业单位之间联营，共同经营、不具备法人条件的，由联营各方按照出资比例或者协议的约定，以各自所有的或者经营管理的财产承担民事责任。依照法律的规定或者协议的约定负连带责任的，承担连带责任。

第五十三条 【合同型联营】企业之间或者企业、事业单位之间联营，按照合同的约定各自独立经营的，它的权利和义务由合同约定，各自承担民事责任。

第四章 民事法律行为和代理

第一节 民事法律行为

第五十四条 【民事法律行为】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。

第五十五条 【实质要件】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。

第五十六条 【形式要件】民事法律行为可以采取书面形式、口头形式或者其他形式。法律规定用特定形式的，应当依照法律规定。

第五十七条 【法律效力】民事法律行为从成立时起具有法律约束力。行为人非依法律规定或者取得对方同意，不得擅自变更或者解除。

第五十八条 【无效民事行为】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。

第五十九条 【可变更、可撤销的民事行为】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。

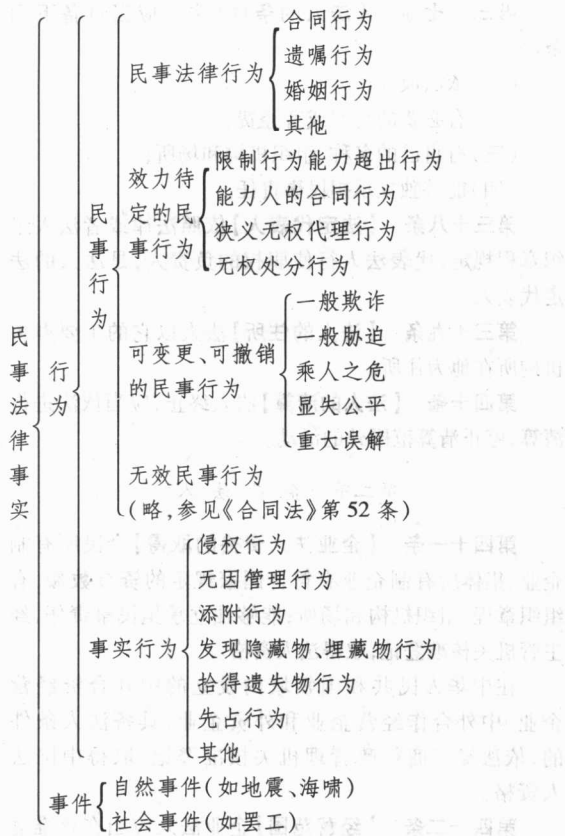
第六十条 【部分无效】民事行为部分无效，不影响其他部分的效力的，其他部分仍然有效。

【详解】 有关民事法律行为的法学理论乃民法理论之最深奥者，考生应掌握基本的理论背景。

1. 民事法律行为的地位。

民事法律关系是民事法律规范调整人们之间的社会关系过程中形成的权利义务关系的一种。

民事法律规范本身并不能在当事人之间引起民事法律关系，只有在一定的法律事实发生后，才能使民事法律关系产生、变更和消灭。那么，民事法律行为就是作为一种民事法律事实而在民事法律关系中发挥作用的。基于《民法通则》及《合同法》的立法精神，民事法律事实可分为：



2. 民事法律行为的特征。

(1) 民事法律行为是民事主体以达到一定民事法律后果为目的的行为，是民事主体创设法律关系的最主要方式。

(2) 民事法律行为以意思表示为要素。意思表示是行为人将其期望发生法律效果的内心意愿以一定方式表达于外部的行为。它可以分解为三个部分：①当事人出于某种动机而希望发生一定法律效果的意愿，为“效果意思”；②效果意思表达于外部即为“表示意思”；③当事人将效果意思表示于外部的行为，则为“表示行为”。

民事法律行为由一个或数个意思表示要素构成，无意思表示即无民事法律行为，这是民事法律行为区别于其他法律事实的标志。

(3) 民事法律行为是具有法律拘束力的合法行为。

3. 民事法律行为的分类。

(1) 单方、双方、多方法律行为。

(2) 单务、双务法律行为。这是依法律行为申请当事人双方的权利义务关系是否相互对待而分的。分类意义在于正确确认法律行为的成立及其效力。如双务法律行为中存在履行抗辩权，一方因可归责于己方的原因导致不能履行义务时，他方得解除法律关系并要求赔偿损失。而单务法律行为无此效力。

(3) 有偿、无偿法律行为。依民事法律行为是否存

在对待给付而划分。对待给付是指一方为获取对方提供的利益而偿付的代价。分类意义在于确立当事人权利义务的范围及其责任后果的承担。一般地说,有偿法律行为义务人的法律责任较之无偿法律行为义务人的法律责任要重。例如,赠与合同的赠与人、无偿保管合同的保管人、无偿委托合同的受托人都是在故意或重大过失情形下才承担赔偿责任,而有偿保管合同的保管人、有偿委托合同的受托人有过错即须承担赔偿责任(《合同法》第189条、第374条、第406条)。

(4) 诺成、实践性法律行为。依民事法律行为的成立是否以标的物实际交付为要件而划分。实践性法律行为,又称要物行为,指除当事人意思表示一致外,还须交付标的物始能成立的民事法律行为。如自然人之间的借款合同、保管合同等(《合同法》第210条、第367条)。诺成性法律行为指仅以意思表示为成立要件的法律行为。大多数合同行为都是诺成性法律行为。

(5) 要式、不要式法律行为。

4. 民事法律行为的种类。

合同行为是最重要的民事法律行为,此外,还包括遗嘱行为和婚姻行为等。

【例题】(2002年司法考试试卷三第14题)

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

第六十一条 【无效、撤销的法律后果】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,双方都有过错的,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。

第六十二条 【附条件的民事行为】民事法律行为可以附条件,附条件的民事法律行为在符合所附条件时生效。

第二节 代 理

第六十三条 【代理及其适用范围】公民、法人可以通过代理人实施民事法律行为。

代理人在代理权限内,以被代理人的名义实施民事法律行为。被代理人对代理人的代理行为,承担民事

责任。

依照法律规定或者按照双方当事人约定,应当由本人实施的民事法律行为,不得代理。

第六十四条 【代理的种类】代理包括委托代理、法定代理和指定代理。

委托代理人按照被代理人的委托行使代理权,法定代理人依照法律的规定行使代理权,指定代理人按照人民法院或者指定单位的指定行使代理权。

【相关法条】《民通意见》第79条

第六十五条 【委托代理的形式】民事法律行为的委托代理,可以用书面形式,也可以用口头形式。法律规定用书面形式的,应当用书面形式。

书面委托代理的授权委托书应当载明代理人的姓名或者名称、代理事项、权限和期间,并由委托人签名或者盖章。

委托书授权不明的,被代理人应当向第三人承担民事责任,代理人负连带责任。

第六十六条 【无权代理及其法律后果】没有代理权、超越代理权或者代理权终止后的行为,只有经过被代理人的追认,被代理人才承担民事责任。未经追认的行为,由行为人承担民事责任。本人知道他人以本人名义实施民事行为而不作否认表示的,视为同意。

代理人不履行职责而给被代理人造成损害的,应当承担民事责任。

代理人和第三人串通,损害被代理人的利益的,由代理人和第三人负连带责任。

第三人知道行为人没有代理权、超越代理权或者代理权已终止还与行为人实施民事行为给他人造成损害的,由第三人和行为人负连带责任。

第六十七条 【违法代理及法律后果】代理人知道被委托代理的事项违法仍然进行代理活动的,或者被代理人知道代理人的代理行为违法不表示反对的,由被代理人 and 代理人负连带责任。

【相关法条】《民通意见》第83条

第六十八条 【转委托】委托代理人为被代理人的利益需要转托他人代理的,应当事先取得被代理人的同意。事先没有取得被代理人同意的,应当在事后及时告诉被代理人,如果被代理人不同意,由代理人对自己所转托的人的行为负民事责任,但在紧急情况下,为了保护被代理人的利益而转托他人代理的除外。

【相关法条】《民通意见》第80、81条

第六十九条 【委托代理的终止】有下列情形之一的,委托代理终止:

- (一)代理期间届满或者代理事务完成;
- (二)被代理人取消委托或者代理人辞去委托;
- (三)代理人死亡;
- (四)代理人丧失民事行为能力;

(五)作为被代理人或者代理人的法人终止。

第七十条 【法定代理或指定代理的终止】有下列情形之一的,法定代理或者指定代理终止:

- (一)被代理人取得或者恢复民事行为能力;
- (二)被代理人或者代理人死亡;
- (三)代理人丧失民事行为能力;
- (四)指定代理的人民法院或者指定单位取消指定;
- (五)由其他原因引起的被代理人和代理人之间的监护关系消灭。

第五章 民事权利

第一节 财产所有权与财产所有权有关的财产权

第七十一条 【财产所有权的定义】财产所有权是指所有人依法对自己的财产享有占有、使用、收益和处分的权利。

第七十二条 【所有权的取得】财产所有权的取得,不得违反法律规定。

按照合同或者其他合法方式取得财产的,财产所有权从财产交付时起转移,法律另有规定或者当事人另有约定的除外。

【相关法条】《民法通则》第79条,《民通意见》第86、87、93、94条

第七十三条 【国家财产所有权】国家财产属于全民所有。

国家财产神圣不可侵犯,禁止任何组织或者个人侵占、哄抢、私分、截留、破坏。

第七十四条 【集体财产所有权】劳动群众集体组织的财产属于劳动群众集体所有,包括:

(一)法律规定为集体所有的土地和森林、山岭、草原、荒地、滩涂等;

(二)集体经济组织的财产;

(三)集体所有的建筑物、水库、农田水利设施和教育、科学、文化、卫生、体育等设施;

(四)集体所有的其他财产。

集体所有的土地依照法律属于村农民集体所有,由村农业生产合作社等农业集体经济组织或者村民委员会经营、管理。已经属于乡(镇)农民集体经济组织所有的,可以属于乡(镇)农民集体所有。

集体所有的财产受法律保护,禁止任何组织或者个人侵占、哄抢、私分、破坏或者非法查封、扣押、冻结、没收。

第七十五条 【个人财产所有权】公民的个人财产,包括公民的合法收入、房屋、储蓄、生活用品、文物、图书资料、林木、牲畜和法律允许公民所有的生产资料以及其他合法财产。

公民的合法财产受法律保护,禁止任何组织或者个

人侵占、哄抢、破坏或者非法查封、扣押、冻结、没收。

第七十六条 【财产继承权】公民依法享有财产继承权。

第七十七条 【社团财产】社会团体包括宗教团体的合法财产受法律保护。

第七十八条 【共有】财产可以由两个以上的公民、法人共有。

共有分为按份共有和共同共有。按份共有人按照各自的份额,对共有财产分享权利,分担义务。共同共有人对共有财产享有权利,承担义务。

按份共有财产的每个共有人有权要求将自己的份额分出或者转让。但在出售时,其他共有人在同等条件下,有优先购买的权利。

【相关法条】《民通意见》第88—92、177条

【详解】共有是指两个以上主体对同一财产享有所有权。数个所有权人依他们之间的相互权利义务关系的不同,分为按份共有与共同共有。优先购买权是其中的难点。

1. 按份共有。

(1)特征:

①各共有人对共有物按各自份额享有所有权;

②各共有人对共有物按各自份额分享权利,分担义务、责任。

(2)内部关系:

①占有、使用、收益:依各自份额行使;

②对整个共有物的处分,应掌握两点:

a. 原则上,这种处分必须得到全体共有人的同意而为之,任何个人或其中几个人未经其他共有人同意,不得擅自处分;

b. 若其中一个或几个共有人擅自处分的,构成无权处分行为(《合同法》第51条),属效力待定行为;但若共有物为动产,且第三人为有偿、善意的,第三人依善意取得所有权的其他共有人可追究行为人的侵权责任。

③共有物的管理注意三点:

a. 对共有物的管理,原则上应由全体共有人共同进行;

b. 对保存行为,单个共有人可为之;

c. 对改良行为,取得持有一半以上份额的共有人同意即可为之。

(3)外部关系:

①共有人对第三人之权利:第三人侵害共有物时,成立连带债权,每个共有人均可行使全部的物上请求权或债权请求权。

②共有人对第三人之义务:若共有物侵权造成第三人损害,则成立连带之债。

2. 共同共有。

(1) 特征:

①共同共有只能基于共同关系而生;

②共同关系终止前,任何共有人不得提出分出、转让自己的份额;

③共同共有存续期间,每个共有人对共有物分享共同的权利,承担共同的义务、责任,即每个共有人并无明确份额,份额是潜在的,唯在共有关系终止时,每个共有人的份额才清楚显现。

(2) 类型。公认的共同关系有三种:

①夫妻关系(夫妻共同共有财产);

②家庭成员关系(家庭共同共有财产);

③在继承开始到分割完毕这一期间的遗产。

(3) 处分(《民通意见》第89条)。

①原则上,共同共有财产之处分应由全体共有人共同为之;若部分共有人擅自处分的,构成无权处分行为,为效力待定行为;但若第三人有偿、善意,应保护第三人利益。

②同理,以共有物作抵押亦需全体共有人共同为之;部分共有人擅自为之的,抵押无效;但其他共有人明知而未持异议的,视为同意,抵押有效,此之谓“抵押权善意取得”(《担保法解释》第54条第2款)。

3. 按份共有、共同共有之关系:对共有关系的性质认定,各共有人意见不一且无法查明时,推定为共同共有(《民通意见》第88条)。

4. 民法上的优先购买权。

(1) 按份共有人的优先购买权:

①依《民法通则》第78条第3款,按份共有人转让自己份额的,其他共有人在同等条件下,有优先于他人的购买权。

②若其他共有人为两人以上,且都想购买,则依民法原理,由转让人决定受让人。

(2) 原共同共有人的优先购买权。共同共有关系终止后,则反而有可能发生优先购买权(《民通意见》第92条)。

(3) 房屋承租人的优先购买权(《合同法》第230条及《民通意见》第118条)。

①其他物品承租人并无此权利,这是与共有人之优先权的一大区别;

②出租人出卖出租房屋,应提前3个月通知承租人;

③出租人侵害承租人优先权的,承租人可主张该房屋买卖无效。

(4) 典权人的优先购买权:典权人对承典房屋亦有优先购买权。

(5) 优先购买权的冲突解决。民法上的优先购买权人共有三类人:①共有人;②房屋典权人;③房屋承租人。三者在房屋这一特定标的物转让场合下,有可能存在冲突。上述三人发生优先权冲突时,依物权优先于债

权之原理,其权利序位为:共有人>典权人>承租人。

特别注意:房屋抵押权人无优先购买权。

5. 商法上的优先购买权。

(1) 有限公司股东的优先购买权:

其一,依《公司法》第72条,有限公司某一股东转让出资份额时,其他股东在同等条件下有优先于第三人的购买权。

其二,有限公司新增资本时,股东有优先认缴出资权(《公司法》第33条)。

(2) 合伙人的优先购买权:依《合伙企业法》第23条,合伙企业的合伙人转让其财产份额时,其他合伙人有优先购买权。

(3) 特别注意:股份公司股东无优先购买权。依《证券法》规定,上市股份公司之股票交易,实行集中竞价规则,价格优先、时间优先。因而,股份公司股东转让股份,完全自由,不受优先购买权的限制。事实上,有限责任公司及合伙企业存在优先购买权,乃由其封闭性、人合性所决定;而股份公司强调公开性、资合性,自无优先购买权存在的基础。

6. 善意取得制度。

善意取得,是指无权处分他人动产的占有人,在不法将动产转让给第三人以后,如果受让人在取得该动产时出于善意,就可依法取得该动产的所有权。受让人在取得所有权后,原所有人不得要求受让人返还财产,而只能请求转让人(占有人)赔偿损失。

如前所述,作为财产所有权原始取得的一种方式,善意取得十分重要。我国法未明确确认该制度,但司法实践一直是承认该制度的,《民通意见》第89条也间接涉及了该制度,历届试题也多有相关考查。

善意取得的构成要件:

(1) 受让人取得财产时出于善意;

(2) 受让人取得的财产限于依法可以流通的动产(包括货币、有价证券在内);

(3) 受让人必须通过有效交换方式而有偿取得财产;

(4) 不法处分人占有财产是基于原权利人的意思;

(5) 受让人已经占有了该动产。

特别注意要件之(4),依此,不法处分人处分赃物、拾得物、漂流物、遗失的失散动物等财产时,不适用善意取得制度。

善意取得的法律后果表现在:

(1) 受让人取得财产所有权,原权利人丧失所有权,并不得向受让人追回财产;

(2) 不法处分人的非法所得应作为不当得利返还给原权利人,并赔偿原权利人的损失。

7. 共有财产的分割。分割方式包括以下三种:

(1) 实物分割;