

飞跃版

2008 国家司法考试

2008 GUO JIA SI FA KAO SHI FA LU FA GUI JING DU

法律法规精读

民法 · 商法 · 司法实务

法条 + 关联规定 + 命题点分析 + 题型运用
= 顺利通关

免费电子增补

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

2024版

2024版 国家司法考试

2024版 国家司法考试 法律法规精读 民法 物权法 合同法 侵权责任法 民事诉讼法 刑事诉讼法 行政诉讼法 行政复议法 国家赔偿法 仲裁法 公证法 律师法 法官法 检察官法 人民警察法 监狱法 社区矫正法 法律援助法 司法鉴定法 司法鉴定人 司法鉴定机构 司法鉴定程序 司法鉴定文书 司法鉴定人 司法鉴定机构 司法鉴定程序 司法鉴定文书

法律法规精读

民法 · 物权 · 合同实务

民法 · 物权 · 合同实务 · 侵权责任 · 民事诉讼法 · 刑事诉讼法 · 行政诉讼法 · 行政复议法 · 国家赔偿法 · 仲裁法 · 公证法 · 律师法 · 法官法 · 检察官法 · 人民警察法 · 监狱法 · 社区矫正法 · 法律援助法 · 司法鉴定法 · 司法鉴定人 · 司法鉴定机构 · 司法鉴定程序 · 司法鉴定文书

2024版

2024版

2008

国家司法考试 法律法规精读

GUO JIA SI FA KAO SHI
FA LU FA GUI JING DU

民法·商法·司法实务

考试中心/组编

中国法制出版社

责任编辑：舒丹

图书在版编目 (CIP) 数据

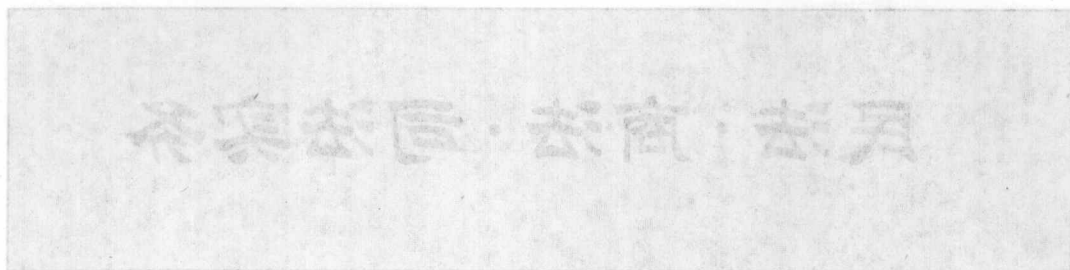
民法·商法·司法实务/中国法制出版社编. —北京：中国法制出版社，2007. 12

(2008 国家司法考试法律法规精读)

ISBN 978 - 7 - 5093 - 0305 - 4

I. 民… II. 中… 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司法制度 - 中国 - 法律工作者 - 资格考核 - 自学参考资料 IV. D92

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 177824 号



法律·司法实务

2008 国家司法考试法律法规精读——民法·商法·司法实务

2008 GUOJIA SIFA KAOSHI FALU FAGUI JINGDU——MINFA · SHANGFA · SIFA SHIWU

经销/新华书店

印刷/河北省三河市汇鑫印务有限公司

开本/787 × 1092 毫米 16

印张/29 字数/882 千

版次/2008 年 1 月第 1 版

2008 年 1 月印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 0305 - 4

定价：55.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真：66031119

网址：<http://www.zgfsz.com>

编辑部电话：66070042

市场营销部电话：66033393

邮购部电话：66033288

全新修订版

掌握正确的法条学习方法

——《2008 国家司法考试法律法规精读》编辑说明

通过对历年司考试题的分析，我们发现除个别部门法外，90% 以上的试题都有直接的法条依据，法条在司法考试中的重要地位是不容撼动的。因此，真正理解参透法条并在做题时运用自如，是取得司法考试成功的关键。

本书即在对司法考试综合研究分析和总结众多过关者经验的基础上，为广大考生提供最实用有效的法条复习方法。其创新性体现在：

一、主体法与配套法条融会贯通

在保证司考法条完整性的基础上有效梳理法条，将与主体法相关的司法解释、实施条例、实施细则等拆散，以【关联规定】的形式融入主体法中，使二者紧密结合，不仅方便查阅，更有助于理解记忆。

二、分析、讲解法条考点

首先以【导读】对各部门法的主要内容、司考侧重点等作了简要说明；再以【常考法条归类提示】归纳总结了2002年司法考试以来常考的重难点知识；最后以【命题点分析】深入、透彻地剖析难记忆难理解、易混易错的法条。从而使考生多角度地掌握法条，提高复习效率。

三、典型习题 以练促记

在重难点法条后，附有【题型运用】，通过典型习题的考查方式帮助考生真正做到活学活用，全面提升考试能力。

同时，为配合考生掌握最新法律法规，2008年司法考试大纲公布后，我们将对本书做电子增补，届时请读者登陆 www.zgfzs.com 免费下载。

希望本书能帮助您把握住学习司法考试法律法规的正确方法，成功飞跃司法考试！

如有疏漏不当之处，敬请读者批评、指正，以期改正、完善。

中国法制出版社

缩略语

民法通则	中华人民共和国民法通则
民通意见	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）
名誉权解答	最高人民法院关于审理名誉权案件若干问题的解答
名誉权解释	最高人民法院关于审理名誉权案件若干问题的解释
精神损害赔偿解释	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
人身损害赔偿解释	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
物权法	中华人民共和国物权法
合同法	中华人民共和国合同法
合同法解释（一）	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）
商品房买卖解释	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
技术合同解释	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
建设工程施工合同解释	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
担保法	中华人民共和国担保法
担保法解释	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
著作权法	中华人民共和国著作权法
著作权法实施条例	中华人民共和国著作权法实施条例
著作权纠纷解释	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
专利法	中华人民共和国专利法
专利法实施细则	中华人民共和国专利法实施细则
专利纠纷规定	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
商标法	中华人民共和国商标法
商标法实施条例	中华人民共和国商标法实施条例
商标纠纷解释	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
婚姻法	中华人民共和国婚姻法
婚姻法解释（一）	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）
婚姻法解释（二）	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）
继承法	中华人民共和国继承法
继承法意见	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
收养法	中华人民共和国收养法
公司法	中华人民共和国公司法
公司法规定（一）	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）
公司登记管理条例	中华人民共和国公司登记管理条例
合伙企业法	中华人民共和国合伙企业法
中外合资经营企业法	中华人民共和国中外合资经营企业法
中外合资经营企业法实施条例	中华人民共和国中外合资经营企业法实施条例
中外合作经营企业法	中华人民共和国中外合作经营企业法
外资企业法	中华人民共和国外资企业法
外资企业法实施细则	中华人民共和国外资企业法实施细则
破产法	中华人民共和国企业破产法
票据法	中华人民共和国票据法
票据案件规定	最高人民法院关于审理票据纠纷案件若干问题的规定
保险法	中华人民共和国保险法
海商法	中华人民共和国海商法
民事诉讼法	中华人民共和国民事诉讼法
民诉意见	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
民诉证据规定	最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定
法官职业道德基本准则	中华人民共和国法官职业道德基本准则
公程规则	公证程序规则

目 录

第一部分 民 法

中华人民共和国民法通则	(2)
(1986年4月12日)	
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)(1988年4月2日)	
最高人民法院关于审理名誉权案件若干问题的解答(1993年8月7日)	
最高人民法院关于审理名誉权案件若干问题的解释(1998年8月31日)	
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(2001年3月8日)	
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(2003年12月26日)	
中华人民共和国物权法	(47)
(2007年3月16日)	
中华人民共和国合同法	(81)
(1999年3月15日)	
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)(1999年12月19日)	
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(2004年12月16日)	
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(2004年10月25日)	
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	(143)
(2003年4月28日)	
中华人民共和国担保法	(146)
(1995年6月30日)	
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(2000年12月8日)	
中华人民共和国婚姻法	(161)
(2001年4月28日)	
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)(2001年12月25日)	
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)(2003年12月25日)	
中华人民共和国继承法	(172)
(1985年4月10日)	
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(1985年9月11日)	
中华人民共和国收养法	(182)
(1998年11月4日)	
中华人民共和国著作权法	(184)
(2001年10月27日)	
中华人民共和国著作权法实施条例(2002年8月2日)	
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(2002年10月12日)	

伯尔尼保护文学和艺术作品公约	(201)
(1979 年 10 月 2 日)	
中华人民共和国专利法	(212)
(2000 年 8 月 25 日)	
中华人民共和国专利法实施细则 (2002 年 12 月 28 日)	
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 (2001 年 6 月 22 日)	
中华人民共和国商标法	(232)
(2001 年 10 月 27 日)	
中华人民共和国商标法实施条例 (2002 年 8 月 3 日)	
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 (2002 年 10 月 12 日)	
保护工业产权巴黎公约 (节录)	(247)
(1967 年 7 月 14 日)	

第二部分 商 法

中华人民共和国公司法	(254)
(2005 年 10 月 27 日)	
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) (2006 年 4 月 28 日)	
中华人民共和国公司登记管理条例	(285)
(2005 年 12 月 18 日)	
中华人民共和国合伙企业法	(292)
(2006 年 8 月 27 日)	
中华人民共和国个人独资企业法	(304)
(1999 年 8 月 30 日)	
中华人民共和国中外合资经营企业法	(309)
(2001 年 3 月 15 日)	
中华人民共和国中外合资经营企业法实施条例 (2001 年 7 月 22 日)	
中华人民共和国中外合作经营企业法	(317)
(2000 年 10 月 31 日)	
中华人民共和国外资企业法	(321)
(2000 年 10 月 31 日)	
中华人民共和国外资企业法实施细则 (2001 年 4 月 12 日)	
中华人民共和国企业破产法	(327)
(2006 年 8 月 27 日)	
中华人民共和国票据法	(345)
(2004 年 8 月 28 日)	
最高人民法院关于审理票据纠纷案件若干问题的规定 (2000 年 11 月 14 日)	
中华人民共和国保险法	(359)
(2002 年 10 月 28 日)	
中华人民共和国海商法	(375)
(1992 年 11 月 7 日)	

第三部分 司法实务

一、审判制度和法官职业道德

中华人民共和国法官法	(400)
(2001 年 6 月 30 日)	
中华人民共和国法官职业道德基本准则	(405)
(2001 年 10 月 18 日)	
人民法院审判纪律处分办法(试行)	(409)
(1998 年 9 月 7 日)	

二、检察制度和检察官职业道德

中华人民共和国检察官法	(412)
(2001 年 6 月 30 日)	
检察官职业道德规范	(416)
(2002 年 3 月 7 日)	
检察人员纪律处分条例(试行)	(417)
(2007 年 5 月 14 日)	

三、律师制度和律师职业道德

中华人民共和国律师法	(424)
(2007 年 10 月 28 日)	
最高人民法院 司法部关于规范法官和律师相互关系维护司法公正的若干规定	(430)
(2004 年 3 月 19 日)	
律师和律师事务所违法行为处罚办法	(432)
(2004 年 3 月 19 日)	
律师执业行为规范(试行)	(434)
(2004 年 3 月 20 日)	
法律援助条例	(443)
(2003 年 7 月 21 日)	

四、公证制度和公证员职业道德

中华人民共和国公证法	(446)
(2005 年 8 月 28 日)	
公证程序规则	(450)
(2006 年 5 月 18 日)	
公证员职业道德基本准则	(455)
(2002 年 3 月 3 日)	

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 1987年1月1日起施行)

导 读

《民法通则》是我国民事法律制度中的基本法。围绕《民法通则》，最高人民法院出台了一系列重要的司法解释，司法考试中涉及的主要是《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》、《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》、《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》、《关于审理名誉权案件若干问题的解释》、《关于审理名誉权案件若干问题的解答》、《关于审理名誉权案件若干问题的解释》。对于这些法律规定，司法考试的侧重点包括：监护制度；宣告失踪、宣告死亡；民事法律行为；代理制度；无因管理与不当得利；侵权责任；人格权制度；时效制度。

常考法条归类提示

考查次数	已考法条	所涉考点
5	《民法通则》第93条 《民通意见》第132条	无因管理
5	《精神损害赔偿解释》第1、4、5、6、8条	精神损害赔偿
3	《民法通则》第25条 《民通意见》第37条	宣告死亡
3	《民法通则》第30条 《民通意见》第46、52条	个人合伙
3	《民法通则》第136条	特殊诉讼时效
3	《民法通则》第145条	涉外合同的法律适用
3	《民法通则》第149条	涉外继承关系的法律适用
2	《民法通则》第43条	企业法人的民事责任
2	《民通意见》第158、161条	未成年人侵权责任

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。

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 【空间效力】 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 【公民民事权利能力的起止】 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。

关联规定

《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。

《继承法》

第二十八条 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》

45. 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。

命题点分析

1. 公民的民事权利能力指公民享有民事权利、承担民事义务的资格，始于出生终于死亡。故而，胎儿不具有民事权利能力。但是法律为了保护胎儿的利益，在《继承法》中对胎儿给予了特殊保护，即《继承法》第28条的应留份制度，而《继承法意见》第45条对此制度的适用状况进行了详细的列举。据此，在涉及遗产继承时，对于胎儿利益的保护可以分为以下三种情形：

(1) 胎儿出生为活体时，应为其保留的继承份额属于婴儿所有，一般由其监护人监护保管。

(2) 胎儿出生时就为死体时，其预留份额因主体的缺失也失去了意义，此时应依据法定继承办理，由原被继承人的继承人继承。

(3) 胎儿出生时为活体，但随后死去的，其预留份额已经转化为了该婴儿的财产，由该婴儿的法定继承人继承。

2. 注意出生时间的确定：(1) 首先以户籍证明为准；(2) 无户籍证明的，以医院出具的出生证明为准；(3) 没有医院证明的，参照其他证明认定。

题型运用

公民的民事权利能力自出生时开始。出生的时间首先以（ ）为准。

A. 以户籍证明为准

B. 以医院出具的出生证明为准

C. 以身份证的记载为准

D. 没有医院出具的出生证明的，以户籍证明为准
(答案：A)

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。

命题点分析

注意正确理解民事权利能力的“平等”。自然人的某些特殊的民事权利能力不是始于出生，而是要达到一定年龄以后才能享有。例如，结婚的权利能力必须达到法定年龄才能享有。

题型运用

下列有关公民权利能力的表述，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)

第十一条 【完全民事行为能力人】 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。

第十二条 【未成年人的民事行为能力】 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。

关联规定**《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。

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。

4. 不能完全辨认自己行为的精神病人进行的民事活动, 是否与其精神健康状态相适应, 可以从行为与本人生活相关联的程度, 本人的精神状态能否理解其行为, 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, 应当按照民事诉讼法 (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, 应当依照民事诉讼法 (试行) 规定的特别程序进行审理。

161. 侵权行为发生时行为人不满十八周岁, 在诉讼时已满十八周岁, 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十八周岁的, 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。

《合同法》

第四十七条 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作出。

命题点分析

以上第11~14条是对自然人民事行为能力的规定。主

要考点有:

1. 限制民事行为能力人从事民事行为的效力分为四种情形:

(1) 在法律规定的范围内从事的, 与其年龄、智力相适应的民事行为有效。

(2) 纯获利益的行为有效。

(3) 根据《合同法》第47条, 超出其民事行为能力范围而实施的合同行为, 其效力待定, 法定代理人享有追认权, 相对人享有催告权, 善意相对人同时享有撤销权, 注意追认权和撤销权行使的条件和先后顺序。

(4) 根据《继承法》, 限制行为能力人所订立的遗嘱无效。

2. 无民事行为能力人的民事行为效力可分为下列三种情况:

(1) 纯获利益的民事行为有效。

(2) 依民法原理, 无民事行为能力人处零花钱的行为或简单的民事行为一般有效。

(3) 除上述两种行为外, 其余民事行为均无效。

题型运用

曹蕴今年7岁, 下面哪些行为, 相对人得以行为人无民事行为能力为由, 主张行为无效? ()

- A. 曹蕴接受叔叔赠与的一块手表
- B. 曹蕴品学兼优, 一家公司给她奖学金500元
- C. 曹蕴为替邻居张大妈给儿子写信, 张大妈给她一块雪糕作为报酬
- D. 曹蕴每天带邻居5岁的孩子上幼儿园, 邻居每月给她一盒巧克力作为报酬

(答案: D)

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。

关联规定**《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。

命题点分析

特别注意在经常居住地、户籍所在地不一致, 以及户籍迁出迁入的情况下, 如何确认住所。

题型运用

甲户籍在合肥, 单位派其常驻深圳工作, 3年后辞职到上海发展, 并在上海买房居住1年半, 现因患病在北京治疗15个月, 其住所应当是: ()

- A. 合肥
- B. 深圳

C. 上海 D. 北京

(答案: C)

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。

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。

关联规定

《民通意见》第 53 条

11. 认定监护人监护能力, 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. 为患有精神病的精神病人设定监护人, 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 (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。

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。

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。

17. 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三十日内向人民法院起诉。逾期起诉的, 按变更监护关系处理。

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。

19. 被指定人对指定不服提起诉讼的, 人民法院应当根据本意见第十四条的规定, 作出维持或者撤销指定监护人的判决。如果判决是撤销原指定的, 可以同时另行指定监护人。此类案件, 比照民事诉讼法 (试行) 规定的特别程序进行审理。

在人民法院作出判决前的监护责任, 一般应当按照指定监护人的顺序, 由有监护资格的人承担。

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。

命题点提示

第 16~17 条规定了监护情形。注意的知识点:

1. 未成年人、精神病人的监护人的范围和顺序。(02/3/33)

2. 夫妻双方对子女的监护权何时消灭。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监护权。(《民通意见》第

21 条)

3. 特殊情况下监护人的指定及由此产生的法律效果,特别是单位担任监护人的情形。

题型运用

甲、乙二人离婚后不久,乙死亡,死前留下一亲笔遗嘱,将其全部财产留给她与甲所生的独生女,但特别指定乙的妹妹为其女儿的监护人,声明“绝对不许”其生父甲为其监护人。甲向法院起诉,要求抚养女儿,并作为其监护人,法院应当:()

- A. 驳回甲的请求,指定第三人为监护人
- B. 驳回甲的请求,指定乙的妹妹为监护人
- C. 驳回甲的请求,指定女孩的祖父母为其监护人
- D. 接受甲的请求

(答案:D)

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。

关联规定

《民法通则》

第一百三十三条 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。

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,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十八周岁,在诉讼时已满十八周岁,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十八周岁的,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。

《人身损害赔偿解释》

第七条 对未成年人依法负有教育、管理、保护义务的学校、幼儿园或者其他教育机构,未尽职责范围内的相关义务致使未成年人遭受人身损害,或者未成年人致他人人身损害的,应当与其过错相应的赔偿责任。

第三人侵权致未成年人遭受人身损害的,应当承担赔偿责任。学校、幼儿园等教育机构有过错的,应当承担相应的补充赔偿责任。

命题点分析

第18条规定了监护人的职责与民事责任,是重要的考点。

1. 了解监护人的职责,尤为注意的是,监护人除为被监护人的利益外,不得处理被监护人的财产。

2. 监护人不履行监护职责,或侵犯被监护人合法权益的,应该承担民事责任,但有权提起诉讼的主体是其他有监护资格的人或者单位。

3. 重点掌握委托监护问题:

(1) 委托监护的,被监护人的侵权责任由委托人承担,但允许另行约定。

(2) 被委托人有过错的情形下,委托人与被委托人负连带责任。换言之,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。

4. 在人身侵权损害赔偿中,未成年人侵害他人人身权利,学校、幼儿园等教育机构,未尽职责范围内的相关义务的,按照其过错程度承担相应的责任,主要责任还应由未成年人的监护人承担。(02/3/81-84)

5. 侵权时不满18周岁而诉讼时已满18周岁的责任承担、侵权时已满18周岁在几种特殊情况下责任的承担。(《民通意见》第161条)(02/3/5)

题型运用

甲的父亲乙与母亲丙于2000年3月离婚。甲与乙共同生活。乙因下岗一直未找到工作，生活困难，遂将甲送到弟弟丁处，由丁抚养，丁把甲当亲儿子，两人感情非常好。2002年10月后，丙起诉到法院要求抚养已年满9岁的甲。设甲在放学回家的路上与同学戊打架，把戊打成脑震荡，花治疗费3000元，则()。

- A. 该费用应由乙承担
- B. 该费用应由丙承担
- C. 该费用应由丁承担
- D. 该费用应由学校承担

(答案：A)

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无民事行为能力或者限制民事行为能力。

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。

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。

关联规定

《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。

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、抚养费、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能力履行代管职责，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》

第一百六十六条第一款 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。

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。

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。

《民诉意见》 由,倘若一不就其原已故,其财产

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的代管人为被告起诉,并按普通程序进行审理。

命题点分析

以上第20~22条规定了宣告失踪制度。主要考点有:

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,但无先后顺序之分,此不同于宣告死亡的情形。

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,存在着冲突,“后法优于前法”,应以后者为准。

3. 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)。

4. 宣告失踪的最重要法律后果即是指定财产代管人。应当注意:

(1) 无民事行为能力人,限制民事行为能力人失踪的,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《民法通则》第21条所列举的人员,且无先后顺序的限制。

(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。

(4) 代管人不履行代管职责或者侵犯失踪人合法权益的,其他利害关系人可起诉追究其法律责任或者变更代管人;同时提起的,应分别审理。

5. 注意《民通意见》第30条中“不宜作代管人”的含义,并就具体案件灵活掌握。

6. 《民通意见》第28条第1款的期间起算点以音讯消失的次日为期间的第一天。

题型运用

【例题】 李某被人民法院宣告为失踪人,人民法院为其指定财产代管人,下面的说法哪些正确?()

A. 人民法院应指定他的配偶为李某的财产代管人,没有配偶或者配偶无行为能力,应当指定李某的父母为其财产代管人

B. 如果李某只有一个儿子,十五岁,人民法院可以指定他的儿子为财产代管人

C. 如果李某为无民事行为能力人、限制民事行为能力人,他的监护人即为财产代管人

D. 如果李某的母亲已经死亡,父亲又嗜酒好赌,人民

法院可以指定李某母亲生前的一位好友为李某的财产代管人

(答案: ACD)

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。

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。

关联规定

《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二十三条第一款第一项的规定。

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。

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。

30. 被宣告死亡的人,判决宣告之日为其死亡的日期。