



思博知识产权论坛
www.mysipo.com

2011年

全国专利代理人资格考试 应试宝典

相关法律知识

杨敏锋◎编

深入分析所有题型
快速攻克考试瓶颈

透彻讲解考试要点
全面提高应试能力



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



思博知识产权论坛
www.mysipo.com

2011 年

全国专利代理人资格考试 应试宝典

相关法律知识

杨敏锋◎编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

2011 年全国专利代理人资格考试应试宝典:相关法律知识 / 杨敏锋编. —北京:法律出版社,2011.6
ISBN 978-7-5118-2159-1

I. ①2… II. ①杨… III. ①专利—代理(法律)—中国—资格考试—自学参考资料 IV. ①D923.42

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 095456 号

2011 年全国专利代理人资格考试应试宝典
(相关法律知识)

杨敏锋 编

责任编辑 高山 董飞
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 787×1092 毫米 1/16

版本 2011 年 7 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 23.5 字数 642 千

印次 2011 年 7 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-2159-1

定价:55.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

作者简介

杨敏锋 男，北京市炜衡律师事务所律师、专利代理人，2001年毕业于南京大学，获理学学士学位，2008年毕业于中国政法大学，获法律硕士学位。

曾在高新技术企业工作多年，现主要执业领域为知识产权，代理过多起专利纠纷、版权纠纷、商标纠纷、商业秘密纠纷、合同纠纷等案件。

在知识产权理论研究方面有着浓厚的兴趣，勤于笔耕，曾出版过专著《企业商标全程谋略：运用、管理和保护》，代表性论文包括：“试论专利律师的职业规划”、“试论专利代理机构的业务开拓途径”、“拼音商标的缺陷”、“首字母缩写商标的利弊”、“论视频网站版权侵权纠纷中的政策倾向”以及“专利说明书的版权问题剖析”等。

序 言

前几日接到本书作者杨敏锋的电话,告知我他的新书《2011年全国专利代理人资格考试应试宝典》已经完成并即将出版,万事俱备只差前序一篇,并以学生的身份请我作序。

本人虽然在知识产权界从业二十年,涉足专利撰写、专利代理和专利诉讼,发表过多篇论文,也常常为事务所的新人讲课培训,或者为企业的研发人员做一些专门的讲座,但为专利代理人考试的应试教材作序,心情还是十分复杂的。自2006年全国专利代理人资格考试改为每年举行一次后,该资格考试不断受到考生的追捧,报名人数屡创新高。每年的考试已经成为备受业内外关注的大事,充分体现了专利代理事业的发展势头。但编写一本应试教材,难度还是很大的。原因在于:我国自1992年开始,正式地面向社会举行专利代理人考试,至今已近20年,2004年以前,每两年举办一次考试,且试题不公开,更重要的是,这二十年间,我国专利制度不断完善,专利法经历两次大的修改,审查指南也从1993年出版以来,先后多次修订。在这样的法律环境下,需要本书作者的视野不能仅停留在试题本身上。试题的内容不变,但答案却因为考试的时间而有所不同。本书作者从应试的实际出发,较好地解决了这一问题。

小杨是我比较欣赏的后辈之一,像他这样,很有想法,并能够静下心来,“衣带渐宽终不悔,为伊消得人憔悴”,这种坚守学术的精神,令我十分感动。他所完成的这两本教材,与现有的教材相比,也存在不少创新之处,对试题所体现的“难点、重点、盲点”都有关注。另外,根据小杨的说法,这也是思博知识产权论坛集体智慧的一个成果。思博论坛管理团队的很多人我都认识,他们都是一些有热心、有想法,很努力的青年才俊,我相信,只要他们坚持不懈地努力下去,一定可以做出一些不凡的事迹。

这套教材与市场上的其他教材相比,体现了实战的特点,具有以下特色:

1. 在内容编排上,采用这样的顺序:大纲中的考点、对考点的解析、历年真题、解题思路、相关法条、参考答案。通过这样的顺序,考生可以比较容易地掌握历年考试中对相关考点的考察方法和深度。并且,根据考点被考查的频率,也容易调整复习方向,掌握重点。另外,相关标题如是考试大纲中提到的考点,则加上阴影,提醒考生注意。

2. 在内容选择上,尽量援引法条原文,并参考了大量权威著述,如经典教科书和相关部分对法律的释义,保证书籍的质量。

3. 对法律进行了适合考生理解的理论阐述,减轻考生的记忆压力。如在大纲解析部分,通过“三位一体”的概念和防止消费者混淆的基本目的来解释商标制度。在解题思路部分,则通过出题意图的分析,用简明扼要的叙述帮助考生理解考点。理论阐述以帮助考生理解考试大纲为限,那些与考试关系不大的深奥的理论则不去涉及。

4. 将相关法律进行比对,帮助考生理解和记忆。如植物新品种制度是参照专利制度设立的,但也有不同,书中分析了专利制度中的“新颖性、创造性和实用性”标准同植物新品种保护

制度中“新颖性、特异性、一致性和稳定性”的区别。

5. 在法律适用上,统一适用新法。在历年真题中,尤其是那些考查现有技术、抵触申请的题目,都给出了明确的时间。如果根据题中的时间,考虑到新法生效的日期,这些真题应该适用旧法。不过,为了便于考生复习应试,本书一律适用新法。另外,本套教材对《专利法》第3次修改的内容也进行了重点的阐述。

6. 在相关法条的引用上,本书重点突出了《专利审查指南》的作用。在卷一的真题解析中,凡是可以援引指南中的内容,就不援引《专利法》或者细则中的条文。这主要是考虑到以下几个原因:(1)卷一教材中很多内容都来自于指南,援引指南可以节省篇幅;(2)援引指南也可以督促考生回头去复习相关考点,便于掌握考点内容;(3)由国家知识产权局制定、知识产权出版社出版的《专利审查指南》一书,就是根据《专利法》及其细则编写的,在每页左侧都标出了与指南正文相关的法律、法规的条款,该书也有电子版供人下载,如果考生有需要,完全可以按图索骥,查到《专利法》或细则中的条文。

相信本书能够有效地帮助考生进行复习,也祝愿广大考生能够顺利通过考试。

是为序。

刘国伟

北京律盟知识产权代理有限公司

专利部经理

2011年5月

相关缩略语解释

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)

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)

技术合同纠纷司法解释: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

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》若干问题的解释

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

商标管辖和法律适用解释:最高人民法院关于审理商标案件有关管辖和法律适用范围问题的解释

诉前提起侵犯商标权和保全证据解释:最高人民法院关于诉前停止侵犯注册商标专用权行为和保全证据适用法律问题的解释

植物新品种纠纷解释:最高人民法院关于审理植物新品种纠纷案件适用法律若干问题的解释

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

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

行诉解释:最高人民法院关于执行《中华人民共和国行政诉讼法》若干问题的解释

行诉证据规定:最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定

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

知识产权刑事案件解释:最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释

知识产权刑事案件解释(二):最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释(二)

不正当竞争应用法律解释:最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释

知识产权海关保护条例实施办法:中华人民共和国海关关于《中华人民共和国知识产权海关保护条例》的实施办法

目 录

第一章 相关基本法律法规	1
第一节 民法通则	1
一、民法的基本概念和原则	1
二、民事主体	3
三、民事权利	12
四、民事法律行为	21
五、民事责任	30
六、诉讼时效	35
七、涉外民事关系的法律适用	38
第二节 合同法	41
一、合同法的适用范围和基本原则	41
二、合同的订立	43
三、合同的效力	52
四、合同的履行	59
五、合同的变更和转让	64
六、合同的终止	67
七、违约责任	71
八、技术合同	76
九、委托合同	83
第三节 民事诉讼法	86
一、民事诉讼法的基本知识	86
二、民事诉讼的管辖	93
三、审判组织和诉讼参加人	100
四、民事诉讼证据	106
五、财产保全	113
六、民事审判程序	116
七、审判监督程序	124
八、执行程序	127
九、涉外民事诉讼程序	132
第四节 行政复议法	134
一、行政复议的概念和基本原则	134
二、行政复议机关和行政复议参加人	135

三、行政复议程序	138
四、行政复议决定	152
第五节 行政诉讼法	157
一、行政诉讼的基本知识	157
二、行政诉讼的管辖	165
三、行政诉讼参加人	170
四、行政诉讼的证据	174
五、行政诉讼的审理和判决	182
六、国家赔偿	196
第六节 其他相关法律	201
一、对外贸易法	201
二、刑法	204
 第二章 相关知识产权法律法规	211
第一节 著作权法	211
一、著作权的客体	211
二、著作权的主体	215
三、著作权及与著作权有关的权利的内容	223
四、著作权及其相关权利的保护	244
五、计算机软件著作权的特殊规定	248
六、信息网络传播权的保护	253
第二节 商标法	255
一、注册商标专用权的客体	255
二、注册商标专用权的主体	259
三、注册商标专用权的取得	261
四、注册商标专用权的内容	271
五、注册商标专用权的消灭	277
六、商标使用的管理	283
七、注册商标专用权的保护	285
八、驰名商标	290
第三节 反不正当竞争法	292
一、适用范围和基本原则	292
二、商业秘密	294
第四节 植物新品种保护条例	297
一、品种权的保护客体	297
二、品种权的主体	299
三、获得品种权的程序	300
四、品种权的内容	303
五、品种权的无效	306
六、品种权的保护	307
第五节 集成电路布图设计保护条例	308
一、集成电路布图设计专有权的客体	308

二、集成电路布图设计专有权的主体	309
三、集成电路布图设计专有权的取得	310
四、集成电路布图设计专有权的内容	315
五、布图设计登记申请的复审、复议和专有权的撤销	318
六、集成电路布图设计专有权的保护	319
第六节 其他知识产权法规、规章	320
一、知识产权的备案	321
二、侵权嫌疑货物的扣留及其处理	323
三、法律责任	326
四、展会知识产权的保护	327
 第三章 相关国际条约	 331
第一节 保护工业产权巴黎公约	331
一、巴黎公约基本知识	331
二、巴黎公约确立的核心原则和内容	332
第二节 与贸易有关的知识产权协定	339
一、协议的基本知识	340
二、知识产权保护的基本要求	342
三、对协议许可中限制竞争行为的控制	354
四、知识产权执法	355
五、争端的防止和解决	358
 主要参考文献	 361
 后记	 362

第一章 相关基本法律法规

第一节 民法通则

【基本要求】

了解民法的基本概念和基本原则;了解涉外民事关系的法律适用。

掌握民事法律行为、民事主体、民事权利、民事责任、诉讼时效的规定。

本节内容主要涉及《民法通则》和最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释(试行)》的规定。

一、民法的基本概念和原则

(一)民法的调整对象

《民法通则》第2条规定:“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。”民法调整的关系分为人身关系和财产关系两种,但不管是哪一种关系,主体之间的地位都是平等的。如果主体之间地位不平等,那就不属于民法调整的范围。

1.【2007年第8题】因下列哪些行为所产生的当事人之间的关系不属于民法调整的范围?

- A. 税务机关向某公司收取营业税
- B. 发明人委托某专利代理机构办理专利申请事务
- C. 海关检查某公司进口的货物
- D. 清华大学和某公司共同完成一项发明创造

【解题思路】

本题考的是民事法律关系和行政法律关系的区别。民事法律关系的特点就是当事人地位平等,关系自愿。税务机关收税和海关检查中,当事人地位不平等,双方的关系也不是自愿的,公司没有拒绝纳税的权利,也无权拒绝海关检查,故AC不属于民法调整范围,排除。

【相关法条】

《民法通则》第2条:见上文。

【参考答案】 AC

2.【2008年第1题】根据民法通则的规定,下列哪些事项属于民法调整的范围?

- A. 税务局向某个体工商户征税
- B. 赵某与其邻居因为房屋采光产生纠纷
- C. 工商局向某公司颁发营业执照
- D. 钱某与孙某签订房屋租赁合同

【解题思路】

本题考的是民法的调整范围。这类题目的考点是民法的当事人地位平等,行为自愿。税务局征税和工商局颁发执照过程中,双方地位不平等,也不存在自由选择权,不属于民法调整的范围,AC排除。如果C项改为工商局的工作人员去商场购物,则属于民法调整的范围。

【相关法条】

《民法通则》第2条:见上文。

【参考答案】 BD

民法所调整的财产关系是指人们在产品的生产、分配、交换和消费过程中形成的具有经济内容的关系,可以用金钱来衡量,如买卖关系、借贷关系、货物保管关系等。人身关系包括人格关系和身份关系,人格关系是基于人格利益发生的社会关系,身份关系则是以特定身份利益为内容的关系。在人格权中,根据权利客体不同可以分为物质性人格权和精神性人格权。物质性人格权包括身体权、健康权、生命权;精神性人格权包括姓名权(名称权)、肖像权、自由权、名誉权、隐私权、贞操权、信用权、婚姻自主权以及其他人格权。在身份权中,根据身份不同可以分为亲属法上的身份权和亲属法外的身份权,前者包括配偶权、亲权、亲属权;后者包括荣誉权、知识产权中的人身权等。人身关系与人身不可分离,不直接体现为财产利益。当然,当人身权受到侵害时,受害人有获得赔偿的权利,但这不属于财产利益的直接体现。

(二)民法的基本原则

1. 平等原则

《民法通则》第3条规定:“当事人在民事活动中地位平等。”平等原则的具体含义包括:(1)民事主体资格平等,即民事权利能力平等;(2)民事主体地位平等;(3)民事主体平等地享有权利,承担义务;(4)民事主体的民事权益平等地受到法律保护。

2. 自愿、公平、等价有偿

《民法通则》第4条规定:“民事活动应当遵循自愿、公平、等价有偿、诚实信用的原则。”

自愿原则意味着民法规范应体现当事人意思自治,国家不应过多干预。在民事规范中含有较多的任意性规范,当事人可以选择适用,除违反法律、行政法规的强制性规定外,效力不被否定。

公平是人们崇高的理念,也是基本的法律价值理念。如当事人在订立合同时,应本着公平原则确定双方的权利和义务。对显失公平的民事行为,当事人有权请求撤销。

等价有偿是指民事主体在实施转移财产等的民事活动中要实行等价交换,取得一项权利应当向对方履行相应的义务,不得无偿占有、剥夺他方的财产,不得非法侵害他方的利益;在造成他方损害的时候,应当等价有偿。当然,等价有偿原则也不能机械的理解,赠与、赡养和继承等并不是等价有偿进行的,故等价有偿原则只是一个相对的原则,不能绝对化。

3. 诚实信用的原则

《民法通则》第4条也规定了诚实信用原则。诚实信用原则被认为是民事领域的“帝王条款”,其含义是当事人在市场活动中应讲信用,恪守诺言,诚实不欺,在追求自己利益的同时不损害他人和社会利益,要求民事主体在民事活动中维持双方利益平衡以及当事人利益与社会利益的平衡。

3. 【2006年第1题】根据民法通则的规定,民事活动应当遵循下列哪些原则?

- A. 自愿、公平原则
- B. 等价有偿原则
- C. 公开透明原则
- D. 诚实信用原则

【解题思路】

本题考的是民法的基本原则。公开透明原则应当是对权力机关的要求,用以防止腐败,而不是对平等的民事主体的要求,C排除,其余选择。

【相关法条】

《民法通则》第4条:见上文。

【参考答案】 ABD

(三)民事法律关系的概念和要素

1.民事法律关系

民事法律关系是指基于民事法律事实,由民法规范调整而形成的民事权利义务关系。民事法律关系包括主体、客体、内容三个要素不可分离的有机整体。

2.民事法律关系的客体

民事法律关系的客体指民事权利、义务所指向的对象,主要分为物、行为、智力成果和人身利益四类。有些权利也可以成为民事法律关系的客体,如国有土地使用权。物、行为、智力成果和人身利益分别对应的是物权关系、债权关系、知识产权关系和人身权关系。

3.民事法律关系的主体

民事法律关系的主体是指参加民事法律关系,享有民事权利和承担民事义务的当事人,包括自然人、法人和不具有法人资格的其他组织。另外,在一些情况下,国家也可以成为民事法律关系的主体。

4.民事权利和民事义务

民事权利和民事义务属于民事法律关系的内容,即民事法律关系的一方主体对他方享有的民事权利或者负有的民事义务。

二、民事主体

(一)自然人

1.民事权利能力

民事权利能力是指民事主体依法享有民事权利和承担民事义务的资格。《民法通则》第9条规定:“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。”《民通意见》第1条规定:“公民的民事权利能力自出生时开始。出生的时间以户籍为准;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。”自然人的死亡可以分为生理死亡和宣告死亡两种,宣告死亡我们将在后面讨论。

4.【2009年第1题】根据民法通则及相关规定,公民从何时起具有民事权利能力?

- A. 出生时 B. 年满10周岁时 C. 年满16周岁时 D. 年满18周岁时

【解题思路】

本题考的是民事权利能力,考生在做题是需要注意分辨民事权利能力和民事行为能力这两个概念的区别。自然人的民事权利能力始于出生。A正确。

【相关法条】

《民法通则》第9条:见上文。

【参考答案】 A

2.民事行为能力

民事行为能力是指民事主体以自己的行为取得民事权利和承担民事义务的资格。民事权利能力和民事行为能力之间的区别就在于是否“以自己的行为”来获得某种“资格”。自然人只有达到一定年龄,且智力正常的情况下,才能具有判断自己行为后果的能力,从而能以自己的行为取得民事权利、承担民事义务。

自然人的民事行为能力分为三种:(1)完全民事行为能力人。《民法通则》第11条规定:“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。”(2)限制民事行为能力人。顾名思义,限制民事行为能力人的行为受到一定的“限制”。《民法通则》第12条第1款规定:“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。”第13条第2款规定:“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。”(3)无民事行为能力人。《民法通则》第12条第2款规定:“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。”第13条第1款规定:“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。”

需要注意的是,不管是限定民事行为能力人还是无民事行为能力人,那些接受奖励、赠与等对本人有利,且不设定负担的行为有效。《民通意见》第6条规定:“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。”

5.【2006年第32题】根据民法通则的规定,下列哪些自然人属于限制民事行为能力人?

- A. 8岁的儿童
- B. 12岁的中学生
- C. 不能辨认自己行为的精神病人
- D. 不能完全辨认自己行为的精神病人

【解题思路】

本题考的是限制民事行为能力人。在年龄上,限制民事行为能力人和无民事行为能力人之间的分界点是10岁;在精神状况上,两者的区别是“不能完全辨认自己的行为”还是“不能辨认自己的行为”。12岁的中学生和不能完全辨认自己行为的精神病人为限制民事行为能力人,选择。

【相关法条】

《民法通则》第12条第1款:见上文。

《民法通则》第13条第2款:见上文。

【参考答案】 BD

6.【2008年第43题】17岁的中学生李某,其主要生活来源为其叔叔遗赠的10万元。根据民法通则的规定,下列哪些说法是正确的?

- A. 李某为完全民事行为能力人
- B. 李某视为完全民事行为能力人
- C. 李某为限制民事行为能力人
- D. 李某视为限制民事行为能力人

【解题思路】

本题考的是自然人的民事行为能力。完全民事行为能力人的年龄需达到18周岁,例外是年龄达16周岁,但能以自己的劳动收入作为主要生活来源。李某有17岁,靠他人的遗赠生活,不属于以自己的劳动收入作为主要生活来源,属于限制民事行为能力人。

【相关法条】

《民法通则》第11条:见上文。

《民法通则》第12条第1款:见上文。

【参考答案】 C

7.【2008年第47题】贫困山区12周岁小学生甲接受乙捐赠的5000元助学款。甲的老师丙将其中的2000元转赠给另一名小学生,并写信将此事告知了乙,乙表示赞同。据此,下列哪些说法是正确的?

- A. 甲接受赠与的行为无效,因为其是限制民事行为能力人
- B. 甲接受赠与的行为有效
- C. 丙的转赠行为有效,因为已经得到乙的同意
- D. 丙无权处理甲受赠的助学款

【解题思路】

本题考的是无效的民事行为。未成年人和精神病人难以分辨自己行为的意义,容易上当受骗,

为了保护他们的权利,法律限定了他们从事民事行为能力的效力,根据情况不同分别作为限定民事行为能力人和无民事行为能力人。但是,对那些纯获利益的行为,行为人是否有足够的判断能力,是否能够认识到行为的后果,对于行为人的利益并无妨害,从保护未成年人利益的精神出发,法律应当承认无民事行为能力人和限制民事行为能力人实施的纯获利益行为的效力。限制民事行为能力人纯获利益的行为有效,甲接受赠与的行为有效,该助学款已经成为甲的财产,其老师丙无权将其转赠给另一名学生,即使获得原捐赠人乙的许可也不行。

【相关法条】

《民通意见》第6条:见上文。

《民法通则》第72条: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。

【参考答案】 BD

8.【2010年第1题】根据民法通则及相关规定,对于6岁的王某实施的下列哪些行为,他人不得以王某无民事行为能力为由主张无效?

- A. 接受亲友赠与的玩具
- B. 接受某基金会的资助
- C. 为自己购买一台电脑
- D. 接受参加歌唱比赛所获得的奖品

【解题思路】

本题考的是无效的民事行为。接受亲友赠与的玩具、接受基金会的资助和歌唱比赛所获得的奖品都属于纯获利益的行为,ABD选择。购买电脑则不属于纯获利益的行为,且价值巨大,C排除。

【相关法条】

《民通意见》第6条:见上文。

【参考答案】 ABD

3. 监护

监护是指对未成年人和精神病人的人身、财产及其他合法权益进行监督和保护的一种民事制度,起源于罗马法。承担监护职责的人称为监护人,被保护的一方称为被监护人。《民通意见》第10条规定:“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。”

监护主要分为法定监护和指定监护两种情形。法定监护是指由法律直接规定的人担任监护人而形成的监护。指定监护是指具有监护资格的人之间对担任监护人存在争议,或者都要求当监护人,或者都不愿意当监护人,则由有关组织或人民法院依法制定监护人而形成的监护。《民法通则》根据未成年人和精神病人的不同情况,分别作出了规定。

(1)未成年人的法定监护。未成年人的法定监护人分为以下几种情况:①父母为未成年人的当然法定监护人。父母分居或者离异,监护人资格不受影响。未与该子女共同生活的一方,如对该子女有犯罪行为、虐待行为或者对该子女明显不利的,人民法院可以取消其监护权。②未成年人父母双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:祖父母、外祖父母;兄、姐。他们担任监护人是法定义务。③未成年人父母双亡,又没有祖父母、外祖父母以及成年兄、姐的,由未成年人的其他亲属朋友担任监护人,如叔、伯、姨、姑、舅等。他们担任监护人不是法定义务,除具有监护能力外,还需要自愿,并得到未成年人的父、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。④在没有上述监护人的情况下,由未成年人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。

未成年人的指定监护。对担任未成年人的监护人有争议的,如几个有监护权的人都要求担任监护人或者都相互推诿不愿意担任监护人时,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。需要指出的是,如果有争议,首先需要通过有关单位指定,如果直接提起诉讼,法院不会受理。

(2)精神病人的监护。这里的精神病人指的是成年精神病人,未成年精神病人的监护适用未成年人监护的规定。法定监护,可以担任精神病人监护人的有: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。没有这些规定的人担任监护人时,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。

精神病人的指定监护。同样,如果上述人员对担任监护人有争议的,由精神病人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。

(3)约定监护和委托监护。除了法定监护和指定监护之外,还存在约定监护和委托监护。约定监护是指具有监护资格的人之间协议确定由其中一人或数人担任监护人而形成的监护。《民通意见》第15条规定:“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责任。”委托监护是指监护人以协议的方式将自己的监护职责部分或全部委托给他人担任监护人而形成的监护,接受委托的人应是本来没有监护资格的人。《民通意见》第22条规定:“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。”

9.【2008年第15题】根据民法通则及相关规定,下列哪些属于民法通则中规定的近亲属?

- A. 配偶 B. 父母 C. 外孙子女 D. 堂兄弟

【解题思路】

本题考的是近亲属的范围。我国刑法、民法和行政法对近亲属范围的界定各不相同,极易混淆。不过,根据考试大纲,我们只需要记住民法中的近亲属范围。D排除。

【相关法条】

《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。

【参考答案】 ABC

10.【2010年第9题】根据民法通则及相关规定,下列关于监护的说法哪些是正确的?

- A. 只有自然人才能担任监护人
B. 监护人可以是一人,也可以是多人
C. 监护人可以代理被监护人进行民事活动
D. 监护人被指定后,不得自行变更

【解题思路】

本题考的是监护。监护制度的设立是为了维护被监护人的利益,如果某个机构也能履行监护的职责,那没有理由规定该机构不能担任监护人,A错误。只要能更好地维护被监护人的利益,监护人的数量不是问题,如父母为未成年人的当然法定监护人,法律没有规定一定要是父亲还是母亲,B正确。监护人为了维护被监护人的利益,自然需要有权代理被监护人进行民事活动,C正确。指定监护人是一件严肃的事情,如果可以自行变更,那被监护人的利益就难以获得有效的保护,D正确。

【相关法条】

《民法通则》第16条第4款: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。

《民通意见》第10条:见上文。

《民通意见》第14条第2款: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。

【参考答案】 BCD

4. 宣告失踪和宣告死亡

宣告失踪是指自然人离开自己的住所下落不明达到法定的期限,经利害关系人申请,人民法院依照法定程序宣告其为失踪人的一项制度。宣告失踪的目的是通过人民法院确认失踪人失踪的事实,结束失踪人财产无人管理以及其应当履行的义务不能得到及时履行的不正常状态,保护失踪人和利害关系人的利益,维护社会经济秩序的稳定。

《民法通则》第20条规定:“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。”《民通意见》第24条规定:“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。”

考生需要注意,根据《民通意见》第34条,申请宣告失踪的公告期为半年。不过,根据《民事诉讼法》第168条第1款的规定,宣告失踪的公告期为3个月,双方存在法律上的冲突。《民通意见》于1988年生效,《民事诉讼法》则是1991年生效,根据新法优于旧法的原则,适用《民事诉讼法》中的规定。

宣告失踪并不会引起失踪人民事主体资格的丧失,不会导致婚姻关系解除和继承开始。宣告失踪将产生的后果包括:(1)为失踪人的财产设立代管人;(2)清偿失踪人的债务,并追索其债权。《民法通则》第21条规定:“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。”

宣告失踪是对失踪人失踪事实的确认,如果被宣告失踪的人重新出现或者确知其下落,则说明他不再是下落不明的人。《民法通则》第22条规定:“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。”

宣告死亡是自然人下落不明达到法定期间,经利害关系人申请,由人民法院宣告其死亡,从而结束以其生前住所地为中心的民事法律关系的制度。宣告死亡制度与宣告失踪制度除了在宣告条件和程序上不同外,最重要的是两者目的不同。宣告失踪只结束失踪人财产关系的不稳定状态,并需要为其指定财产代管人;而宣告死亡不仅结束被宣告死亡人财产关系的不稳定状态,而且结束被宣告死亡人人身关系的不稳定状态。因此,宣告失踪重在保护失踪人的利益,而宣告死亡重在保护被宣告死亡人的利害关系人的利益。正因如此,宣告失踪并不是宣告死亡的必经程序。

《民法通则》第23条规定:“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。”

与宣告失踪不同,宣告死亡的利害关系人有先后顺序。前一顺序利害关系人未提出宣告死亡申请的,后一顺序利害关系人不得提出宣告死亡申请。《民通意见》第25条规定:“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。”

宣告失踪和宣告死亡需要经过法院公告。《民事诉讼法》第168条第1款规定:“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