



► 刘东根 主编

2011年 国家司法考试法律法规 深度汇编

下 册

● 必考法条 ● 相关规定 ● 命题题眼 ● 真题提示

真正提高
法条复习效果和
应试水平

中国检察出版社



· 国家司法考试 ·

2011年 国家司法考试法律法规 深度汇编

· 卷一 ·

· 宪法和行政法 · · 刑法和刑事诉讼法 · · 民法和民事诉讼法 · · 经济法



中国政法大学出版社

2011 年国家司法考试 法律法规深度汇编

(下册)

刘东根 编著

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

2011 年国家司法考试法律法规深度汇编 / 刘东根编著. —北京: 中国
检察出版社, 2010. 12

ISBN 978 - 7 - 5102 - 0404 - 3

I. ①2… II. ①刘… III. ①法律 - 汇编 - 中国 - 法律工作者 - 资格
考核 - 自学参考资料 IV. ①D920.9

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 234237 号

2011 年国家司法考试法律法规深度汇编

刘东根 编著

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www. zgjcbs. com)

电 话: (010)68639243(编辑) 68650015(发行) 68636518(门市)

经 销: 新华书店

印 刷: 北京鑫海金澳胶印有限公司

开 本: 787mm × 1092mm 16 开

印 张: 73.75 印张

字 数: 2538 千字

版 次: 2011 年 1 月第一版 2011 年 1 月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 5102 - 0404 - 3

定 价: 108.00 元 (上下册)

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

目 录 CONTENTS

民 商 法

- 中华人民共和国民法通则 / 587
- 中华人民共和国物权法 / 618
- 中华人民共和国合同法 / 667
- 中华人民共和国侵权责任法 / 731
- 中华人民共和国担保法 / 762
- 中华人民共和国婚姻法 / 780
- 中华人民共和国继承法 / 788
- 中华人民共和国收养法 / 795
- 中华人民共和国著作权法 / 797
- 中华人民共和国商标法 / 810
- 中华人民共和国专利法 / 825
- 中华人民共和国公司法 / 837
- 中华人民共和国证券法 / 869
- 中华人民共和国合伙企业法 / 894
- 中华人民共和国个人独资企业法 / 908
- 中华人民共和国中外合资经营企业法 / 911
- 中华人民共和国中外合作经营企业法 / 914
- 中华人民共和国外资企业法 / 916
- 中华人民共和国保险法 / 917
- 中华人民共和国票据法 / 938
- 中华人民共和国企业破产法 / 947
- 中华人民共和国海商法 / 962
- 中华人民共和国民事诉讼法 / 982
- 中华人民共和国人民调解法 / 1076
- 中华人民共和国仲裁法 / 1078

国际法、国际私法、国际经济法

- 中华人民共和国国籍法 / 1089
- 中华人民共和国涉外民事关系法律适用法 / 1090
- 2000 年国际贸易术语解释通则 * / 1092
- 联合国国际货物销售合同公约 * / 1094
- ICC 跟单信用证统一惯例 (UCP 600) * / 1098
- 国际商会托收统一规则 (ICC 522) * / 1103
- 中华人民共和国对外贸易法 / 1104
- 中华人民共和国反倾销条例 / 1109
- 中华人民共和国反补贴条例 / 1114
- 中华人民共和国保障措施条例 / 1118
- 关于解决各国和其他国家国民之间投资争端的公约 * / 1120
- 中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则 / 1121

法律职业道德和执业规范

- 中华人民共和国法官法 / 1131
- 中华人民共和国法官职业道德基本准则 / 1135
- 中华人民共和国检察官法 / 1138
- 中华人民共和国检察官职业道德基本准则 (试行) / 1142
- 中华人民共和国律师法 / 1144
- 法律援助条例 / 1149
- 律师执业行为规范 (试行) / 1152
- 关于规范法官和律师相互关系维护司法公正的若干规定 / 1161
- 中华人民共和国公证法 / 1162
- 公证员职业道德基本准则 / 1166

民 商 法

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)

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。

命题题眼

注意婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议，适用其他法律的规定。

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，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）

本章为历年考试的重点，共有9个知识点：权利能力、行为能力、自然人住所、监护、宣告失踪、宣告死亡、个体工商户、农村承包经营户和个人合伙。其中，宣告失踪的程序和宣告死亡的法律效果是考试的重点，有关公民的权利能力和行为能力的试题也经常出现；个人合伙中无限责任、入伙、退伙也需要掌握。

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。

◇ **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。

相关规定

《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。

命题题眼

以上两条规定了民事权利能力，主要考点有：

(1) 自然人的民事权利能力开始时间的认定。注意，时间的确定是有先后顺序的。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。(1998/2/5)

(2) 自然人的民事权利能力终于死亡。注意，

有继承关系的多人在同一事件中死亡的,死亡时间的确定。

(3) 自然人民事权利能力始于出生终于死亡有两个例外规定:①在继承中胎儿的应留份额。②死者的人格利益保护。死者不再享有民事权利能力,也不再享有人格权。但他人侵犯死者的隐私、名誉等人格利益,法律仍然应当予以保护,此时保护的是社会公共利益。

(4) 应正确理解民事权利能力的“平等”,公民的民事权利能力平等是原则,但也有例外,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、劳动的权利能力必须达到法定年龄才有。(1999/1/1)

★ 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。

★ 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。

相关规定的规定

《合同法》

第四十七条 【限制行为能力人订立合同的处理】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一个月内予以追认。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。

《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况相适应,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,应当比照民事诉讼法(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。

行为人数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。

命题题眼

以上4条是对民事行为能力的规定,主要考点有:

(1) 第11条第2款应引起注意,此处法律规定的推定完全民事行为能力,有两个要点:16周岁以上18周岁以下;以自己的劳动收入为生活主要来源。(1998/2/45)

(2) 限制民事行为能力的两种情形、限制民事行为能力人的民事行为效力,后者是考试的重点。限制民事行为能力人的民事行为效力可以分为以下几种情况:①接受奖励、赠与、报酬等纯获利的行为有效;②在相应的民事行为能力范围内的行为有效;③根据《合同法》第47条的规定,超出民事行为能力范围而实施的合同行为为效力待定的行为,注意与合同法中关于效力未定合同的追认的联系;④超出行为能力范围而实施的单方民事行为为无效的行为,如立遗嘱的行为。值得注意的是,根据《民法通则》第58条第2款的规定,限制行为能力人超出民事行为能力范围实施的所有民事行为都无效,但根据《合同法》第47条的规定,超出民事行为能力范围而实施的合同行为为效力待定的行为。所以,只有超出行为能力范围而实施的单方民事行为为无效的行为。(1997/2/53; 2010/3/2)

(3) 无行为能力有两种情形。无行为能力人实施的一切民事行为并不是都无效,而是有两个例外:接受奖励、赠与、报酬等纯获利的行为有效;处分一定数量的零花钱的行为有效。(2005/1/91)

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。

◎ 命题题眼

注意在经常居住地、户籍所在地不一致,以及迁出迁入的情况下,如何确认住所。(1997/2/9)

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。

☞ 相关规定

《民通意见》

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. 为患有精神病的未成年人设定监护人,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。

◎ 命题题眼

以上两条规定了监护权,主要考点有:

(1) 未成年人、精神病人的监护人的范围和顺序。(2010/3/3)

(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3种情形可以被人民法院取消:①对该子女有犯罪行为;②有虐待行为;③对该子女明显不利。

(3) 特殊情况下监护人的指定及由此产生的法律效果。

★ 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

《民法通则》

第一百三十三条 【无民事行为能力人和限制民事行为能力人致人损害的民事责任】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。

□ 相关规定

《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。

《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》)

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,应当承担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。

◎ 命题题眼

本条规定了监护人的职责与民事责任,是重要的知识点。主要考点有:

(1) 监护人处理被监护人财产的行为效力。监护人只有在为被监护人利益的情况下,其处分被监护人财产的行为有效。(1998/2/2; 1999/2/43)

(2) 监护人侵犯被监护人合法权益的法律责任。监护人不履行监护职责或者侵害被监护人的合法权益的,应当承担赔偿责任;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。

(3) 被监护人侵权责任承担问题。这是难点和重点。(1997/2/14; 1999/2/7; 2002/3/5、81—84; 2007/3/24; 2008/3/64)

具体内容如下:

①**承担原则**:被监护人无独立财产的,由监护人承担民事责任。监护人尽了监护责任的,可以适当减轻其民事责任。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。

②**父母离婚后的责任分担**: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;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。可见,此时父母承担的责任有先后之分,是一种补充性赔偿责任,即与子女共同生活的一方不能独立承担时,另一方再承担余额。所以,与子女共同生活的一方承担责任较重,另一方处于补充地位。补充性赔偿责任并不是一方承担主要责任,另一方承担次要责任,即与责任的大小没有关系,而是责任的先后。

③**委托监护时责任的承担**。原则上由监护人承担,但另有约定的除外(此时仍应由监护人对第三人承担责任,监护人在承担后再向受托人追偿);被委托人确有过错的,负连带责任。

④**监护责任不明时的责任承担**。

⑤**擅自变更监护人的责任承担**。

⑥**教育、医疗单位的赔偿责任**。《人身损害赔偿解释》对《民通意见》第160条的规定作了修改,即将无行为能力人扩大到未成年人,将适当承担赔偿责任改为承担与其过错相应的赔偿责任,应以前者为准确。教育单位承担责任的归责原则是过错责任。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,注意不是连带赔偿责任。也就是说,在这种情况下,监护人承担责任的基础是监护义务,学校只有在有过错的情况下才承担责任,而监护人即使无过错也不能免除责任。

⑦**掌握侵权时不满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。

◇ **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。

☆ **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。

☞ 相关规定

《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、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。

《民事诉讼法》

第一百六十六条 【宣告失踪案件的提起】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。

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。

第一百六十八条 【公告与判决】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 【判决的撤销】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》

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。

命题题眼

以上3条规定了宣告失踪制度,主要考点有:

(1) 宣告失踪制度的目的在于结束失踪人财产关系的不确定状态,宣告失踪的法律效力在于财产代管人的设立。因此,如何确定财产代管人是考试的重点。指定财产代管人以有利于保护失踪人的财产为原则。财产代管人应履行失踪人的民事义务并代其参加诉讼。(1998/2/4)

(2) 申请宣告失踪的利害关系人的范围。注意申请人之间并无先后顺序之分,这与宣告死亡中申请宣告死亡的利害关系人有先后顺序的规定不同。

(3) 2年的起算点问题。非战争期间,公民下落不明满2年的,下落不明的起算时间,从公民音讯消失之次日起算;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。

这里涉及期间起算点的问题。《民法通则》第154条规定了民法中期间的计算,即“民法所称的期间按照公历年、月、日、小时计算。规定按照小时计算期间的,从规定时开始计算。规定按照日、月、年计算期间的,开始的当天不算入,从下一天开始计算。期间的最后一天是星期日或者其他法定节假日的,以节假日的次日为期间的最后一天。期间的最后一天的截止时间为二十四点。有业务时间的,到停止业务活动的时间截止”。从这条规定可以看出,民法

中的期间如果没有特别规定，期间的计算方法就应该按本条的规定计算。《民通意见》第28条对《民法通则》第20条第1款的解释正是《民法通则》第154条的贯彻落实，即使没有该意见第28条的规定，《民法通则》第20条第1款中的下落不明的起算时间，也是从公民音讯消失之次日起算。

对《民法通则》第20条第2款中的下落不明的起算时间有不同意见。一种意见认为，该款是对期间起算点的明确规定，既然有明确规定，就不再适用《民法通则》第154条的规定，即从战争结束之日的当天起算。另一种意见认为，第20条第2款中的下落不明的起算时间也是从战争结束之日的次日起算。“战争结束之日”，一般将战争结束日的二十四点视为该日的结束，这实际上也是从战争结束之日的次日起算。再者，法律也没有必要对非战争和战争中下落不明的具体起算点作出如此精确的区分。第20条第2款的规定是为了明确在战争期间下落不明的期间是从下落不明之日计算还是从战争结束之日计算这个主要问题。本书认为第二种观点更为合理。另外，宣告失踪与宣告死亡都要由人民法院适用民事诉讼法的有关规定进行。《民诉意见》第79条规定，民事诉讼中以日计算的各种期间都从次日起算。这也表明法律认可第二种观点。

(4) 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。注意，《民通意见》第35条第2款的规定由于与《民诉意见》第195条的规定相冲突而失效。

☆ **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。

☆ **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。

相关规定的规定

《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。

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的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。

《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。

第一百六十七条 (第一款) 公民下落不明满四年, 或者因意外事故下落不明满二年, 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。

第一百六十八条 【公告与判决】 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 【判决的撤销】 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》

194. 宣告失踪或者宣告死亡案件, 人民法院可以根据申请人的请求, 清理下落不明人的财产, 指定诉讼期间的财产管理人。公告期满后, 人民法院判决宣告失踪的, 应同时依照民法通则第二十一条第一款的规定指定失踪人的财产代管人。

196. 人民法院判决宣告公民失踪后, 利害关系人向人民法院申请宣告失踪人死亡, 从失踪的次日起满四年的, 人民法院应当受理, 宣告失踪的判决即是该公民失踪的证明, 审理中仍应依照民事诉讼法第一百六十八条的规定进行公告。

◎命题题眼

以上3条规定了宣告死亡制度, 是考试的重点, 很容易出题。主要考点有:

(1) 宣告自然人死亡的条件: 一是自然人下落不明须达到法定的期间。二是须有利害关系人的申请, 申请人有法定的顺序限制。三是须由人民法院进行宣告。注意公告的期间, 公告的期间不包括在被宣告死亡的自然人下落不明所须达到的法定期间之内。人民法院宣告判决中确定的失踪人的死亡日期, 视为失踪人死亡的日期, 判决中没有确定其死亡日期的,

则以判决生效的日期为失踪人死亡的日期。(1998/2/3; 2000/2/6)

(2) 宣告失踪与宣告死亡的关系。①宣告失踪不是宣告死亡的必经程序。②利害关系人只申请宣告失踪的, 即使符合宣告死亡条件的, 也只应当宣告失踪。③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。④同一顺序的利害关系, 有的申请宣告死亡, 有的申请宣告失踪的, 则应当宣告死亡。⑤申请宣告死亡的利害关系人必须遵守法定的顺序, 即有前一顺序的人存在时, 后顺序的人不能行使申请权。

(3) 宣告死亡的法律后果。自然人被宣告死亡会产生与生理死亡同样的法律后果, 主要包括: 被宣告死亡的自然人与其配偶之间婚姻关系消灭; 其继承人因此可以继承其遗产; 受遗赠人可以取得其遗赠等。宣告死亡只是依法对失踪人死亡的推定。如果该失踪人的生命没有终结, 就应承认其享有民事权利能力。此外, 有民事行为能力人在被宣告死亡期间, 其实施的民事行为仍然可以是有效的; 其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, 以其实施的民事法律行为为准。(1999/2/46; 2009/3/51)

(4) 死亡宣告的撤销。申请撤销死亡宣告不受申请宣告死亡的顺序的限制。被撤销死亡宣告的人有权请求返还财产。依照继承法取得被宣告死亡之人的财产的自然人或者组织, 应当返还原物; 原物不存在的, 给予适当补偿。撤销死亡宣告后, 如果被撤销死亡宣告的人其配偶已与他人再婚的, 新的婚姻关系受到法律保护; 其配偶没有再婚的, 原婚姻关系从撤销死亡宣告之日起恢复。被撤销死亡宣告的人有子女的, 父母子女的权利义务应当恢复, 但子女已被他人依法收养的, 其收养关系不得单方解除。(1998/2/46; 1999/2/2; 2000/2/59; 2003/3/9; 2006/3/2)

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】 公民在法律允许范围内, 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】 农村集体经济组织的成员, 在法律允许范围内, 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 【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 【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。

相关规定

《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，在诉讼文书中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。

《民诉意见》

46. 在诉讼中，个体工商户以营业执照上登记的业主为当事人。有字号的，应在法律文书中注明登记的字号。

营业执照上登记的业主与实际经营者不一致的，以业主和实际经营者为共同诉讼人。

命题题眼

以上4条规定了“两户”制度，主要考点有：

(1) “两户”在法律上成立的条件不同：个体工商户要依法经核准登记；农村承包经营户不需要登记。

(2) 个体工商户的诉讼主体问题。这需要与民事诉讼法的有关规定结合起来掌握。个体工商户可以起字号，以字号名义从事民事活动。但诉讼主体与此不同。《民诉意见》第46条规定，在诉讼中，个体工商户以营业执照上登记的业主为当事人。有字号的，应在法律文书中注明登记的字号。营业执照上登记的业主与实际经营者不一致的，以业主和实际经营者为共同诉讼人。

(3) 两户的经营责任承担问题。核心是坚持投资、收益与责任承担相一致的原则。

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 【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】个人合伙的经营活动，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活动，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。

相关规定

《民通意见》

45. 起字号的个人合伙，在民事诉讼中，应当以依法核准登记的字号为诉讼当事人，并由合伙负责人为诉讼代表人。合伙负责人的诉讼行为，对全体合伙人发生法律效力。

、未起字号的个人合伙，合伙人在民事诉讼中为共同诉讼人。合伙人人数众多的，可以推举诉讼代表人参加诉讼，诉讼代表人的诉讼行为，对全体合伙人发生法律效力。推举诉讼代表人，应当办理书面手续。

46. 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。

47. 全体合伙人对合伙经营的亏损额，对外应当负连带责任；对内则应按照协议约定的债务承担比例或者出资比例分担；协议未规定债务承担比例或者出资比例的，可以按照约定的或者实际的盈余分配比例承担。但是对造成合伙经营亏损有过错的合伙人，应当根据其过错程度相应的多承担责任。

48. 只提供技术性劳务，不提供资金、实物的合伙人，对于合伙经营的亏损额，对外也应当承担连带责任；对内则应当按照协议约定的债务承担比例或者技术性劳务折抵的出资比例承担；协议未规定债务承担比例或者出资比例的，可以按照约定的或者合伙人实际的盈余分配比例承担；没有盈余分配比例的，按照其余合伙人平均投资比例承担。

49. 个人合伙或者个体工商户，虽经工商行政管理部门错误地登记为集体所有制的企业，但实际为个人合伙或者个体工商户的，应当按个人合伙或者个体工商户对待。

50. 当事人之间没有书面合伙协议，又未经工商

行政管理部门核准登记,但具备合伙的其他条件,又有两个以上无利害关系人证明有口头合伙协议的,人民法院可以认定为合伙关系。

51. 在合伙经营过程中增加合伙人,书面协议有约定的,按照协议处理;书面协议未约定的,须经全体合伙人同意,未经全体合伙人同意的,应当认定入伙无效。

52. 合伙人退伙,书面协议有约定的,按书面协议处理;书面协议未约定的,原则上应予准许。但因其退伙给其他合伙人造成损失的,应当考虑退伙的原因、理由以及双方当事人的过错等情况,确定其应当承担的赔偿责任。

53. 合伙经营期间发生亏损,合伙人退出合伙时未按约定分担或者未合理分担合伙债务的,退伙人对原合伙的债务,应当承担清偿责任;退伙人已分担合伙债务的,对其参加合伙期间的全部债务仍负连带责任。

54. 合伙人退伙时分割的合伙财产,应当包括合伙时投入的财产和合伙期间积累的财产,以及合伙期间的债权和债务。入伙的原物退伙时原则上应予退还;一次清退有困难的,可以分批分期清退;退还原物确有困难的,可以折价处理。

55. 合伙终止时,对合伙财产的处理,有书面协议的,按协议处理;没有书面协议,又协商不成的,如果合伙人出资额相等,应当考虑多数意见酌情处理;合伙人出资额不等的,可以按出资额占全部合伙额多的合伙人意见处理,但要保护其他合伙人的利益。

56. 合伙人互相串通逃避合伙债务的,除应令其承担清偿责任外,还可以按照民法通则第一百三十四条第三款的规定处理。

57. 民法通则第三十五条第一款中关于“以各自的财产承担清偿责任”,是指合伙人以个人财产出资的,以合伙人的个人财产承担;合伙人以其家庭共有财产出资的,以其家庭共有财产承担;合伙人以个人财产出资,合伙的盈余分配所得用于其家庭成员生活的,应先以合伙人的个人财产承担,不足部分以合伙人的家庭共有财产承担。

《民诉意见》

47. 个人合伙的全体合伙人在诉讼中为共同诉讼人。个人合伙有依法核准登记的字号的,应在法律文书中注明登记的字号。全体合伙人可以推选代表人;被推选的代表人,应由全体合伙人出具推选书。

命题题眼

上述6条规定了个人合伙,主要考点有:

(1) 在合伙中,合伙人一般应共同出资、共同经营、共享收益、共担风险。尽管根据《民通意见》

第46条的相关规定,合伙人也可能不参与合伙经营,但共同出资、共担风险依然是成立合伙的基本要求。(2006/4/1)

(2) 出资。合伙人可以出资金和实物,也可以提供技术、劳务等。

(3) 合伙财产。合伙财产既包括合伙人的最初出资,以及用出资资金购买和以其他方式取得的财产,也包括在合伙的经营期间所取得的盈利和利息。在合伙关系中,全体合伙人应当作为一个整体共同管理和使用合伙财产,同时各合伙人又要按其出资比例享有一定的财产份额。

(4) 合伙经营事务的执行。合伙的一个重要特点是合伙人共同管理、共同经营。(1999/2/5; 2002/3/48)

(5) 合伙的债务。承担无限责任,是指合伙人都应以自己的全部财产承担债务的清偿责任。承担连带责任,是指每一个合伙人均负有清偿全部合伙债务的义务,合伙的债权人有权向任何一个、几个或全体合伙人提出履行债务的请求。

(6) 退伙。在分担合伙债务的责任方面,合伙人退伙后,对于退伙前的合伙债务仍应负责。(2000/2/48; 2004/3/2)

(7) 入伙。新合伙人与其他合伙人共享合伙现存的全部债权;同时,新合伙人也应与其他合伙人一起对合伙原有的债务承担连带责任。注意入伙的其他形式,例如,只出资不参加合伙经营,未明确表示但分享合伙利润的,也都是合伙。(2000/2/3; 2002/3/11; 2009/3/2)

(8) 个人合伙的诉讼主体问题,应与民事诉讼法的有关规定结合起来掌握。对个人合伙的诉讼主体问题,《民通意见》与《民诉意见》的规定不同,对此,应依新法优于旧法的原则,以《民诉意见》第47条为准。

另外,应注意,个人合伙组织与合伙企业的诉讼主体不同。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,不以全体合伙人为诉讼当事人。

第三章 法 人

本章重要的知识点是:法人的分类、法人的机关、法人的变更、法人的责任、法人的联营和清算。其他关于法人的基本理论与《公司法》结合起来出题。

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。

◎命题眼

此节内容一般掌握。下列几点虽然不是考试重点，但却是掌握公司法等其他法律的基础理论。

(1) 法人有 3 大特征：独立人格、独立财产、独立承担责任。法人财产由两部分组成：出资者的财产和经营积累之财产。法人拥有独立的财产所有权，出资者一经出资就丧失了出资财产的所有权，而转归法人所有。法人的独立责任，是指法人以其财产独立对外承担责任。法人有限责任，是指法人成员仅以其出资为限对法人的债务承担责任，而不是法人对其债务承担有限责任。法人对其债务是以法人所有的财产承担责任，在性质上属于无限责任。（2000/2/8；2008/3/2）

(2) 法人的分类。依据不同的标准，法人主要有以下分类：以法人成立的基础为标准，可以把法人分为社团法人和财团法人；以法人的设立目的为标准，可将法人区分为公益法人和营利法人。我国民法通则中，法人被分为企业法人、机关法人、事业单位法人和社会团体法人。（1997/2/47；2010/3/4）

(3) 法人机关。其是根据法律或法人章程的规定，对内管理法人事务，对外代表法人从事民事活动的个人或集体，一般由权力机关、执行机关、代表机关和监督机关四部分构成。其中，权力机关是法人意思的形成机关，它们有权决定法人生产经营活动中的重大问题。执行机关是法人权力机关的执行机关，负责实现业已形成的法人意志，如股份有限公司的董事会。代表机关是法人的意思表示机关，其对外代表法人为意思表示，是法人的对外机关。代表机关须由自然人担任，故称为法人代表。监督机关是对法人执行机关的行为进行监督检查的机关，如股份有限公司的

监事会。法人机关是法人的组成部分，法人机关在其权限范围内所为的一切行为，均为法人本身的行为，其行为后果由法人承担。（1998/2/41；2005/3/51）

(4) 法人工作人员。法人工作人员与法人在内部关系上属于劳动合同关系或者雇佣合同关系，工作人员对外以法人名义从事民事活动时属委托代理关系。法人对其工作人员的职务行为要承担法律责任，对职务以外的行为不承担责任。

(5) 法人的分支机构、职能机构。分支机构是在法人总部之外依法设立的执行法人一部分营业活动的组织，如分公司。职能机构是法人总部设立的执行法人一部分职能的机构，如车间、财务室等。二者的主要区别在于：分支机构在法人授权范围内能以自己名义从事经营活动，有相对独立的民事主体资格；而职能机构不具有任何民事主体资格，以其名义从事的民事活动是无效的，如《担保法》第 10 条的规定。此外，法人分支机构也与法人机关不同。法人机关对内形成法人的意思，对外代表法人为民事法律行为；而法人分支机构在参与民事活动时不能形成自己的独立意思，须有法人机关的授权，对外不得代表法人。

(6) 法人的设立与成立。①设立原则。不同的法人设立原则不同，主要有特许主义、核准主义。②设立方式：命令设立、发起设立、募集设立、捐助设立。③法人成立与资格取得。不需要办理登记的，从设立时就取得法人资格；需要办理登记的，自领取企业法人营业执照之日起取得法人资格。④设立失败的责任。设立费用及所生债务由发起人承担连带责任；对认股人已缴纳的股款，由发起人负连带返还义务，并加算同期存款利息；设立过程中有过失致使公司（公司已经成立）利益受损害的，发起人承担连带赔偿责任。

(7) 法人分支机构民事责任的承担。①法人分支机构民事责任的承担与分支机构的诉讼地位是两个问题。无论分支机构是否能作为独立的诉讼主体，其民事责任承担的原则是相同的。也就是说，在诉讼中不论是以分支机构为单独被告，还是以法人为单独被告，还是以分支机构与法人为共同被告，分支机构的民事责任都是由设立该分支机构的法人承担。当然，在执行时，可以（注意是“可以”，而不是“应当”）先由分支机构的相对独立的财产承担，不足部分再以法人财产承担；也可以直接由法人的财产承担。②分支机构与法人承担连带责任的说法是错误的。因为连带责任的承担以连带责任人之间相互独立为前提。

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