

2012 国家司法考试

飞跃版

因为专业 所以卓越

全攻略 民法

法条+关联规定+命题点分析+强化自测=顺利过关

- ★ 主体法与配套法条融会贯通
- ★ 深入阐释命题点
- ★ 典型习题 以练促记

用最精简的内容涵盖最大的分值，
用最短的时间掌握最重要的知识！



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

2012 国家司法考试

全攻略

民 法

飞跃司考辅导中心 / 组编

参 编 人 员

史海涛	杨晓玲	郝战红
柴立丹	张 梅	孟庆亮
何 珍	袁 英	乔 宇
毋爱斌	李 涵	陈伟宏

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

民法/中国法制出版社编. —北京: 中国法制出版社,
2011. 10

(2012 国家司法考试全攻略)

ISBN 978 - 7 - 5093 - 3153 - 8

I. ①民… II. ①中… III. ①民法 - 中国 - 法律工作者 - 资格考试 - 自学参考资料 IV. ①D923

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 194930 号

策划编辑 舍宇

责任编辑 邱小芳

封面设计 杨泽江

2012 国家司法考试全攻略——民法

2012GUOJIA SIFA KAOSHI QUANGONGLUE——MINFA

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

版次/2011 年 10 月第 1 版

印张/18.75 字数/619 千

2011 年 10 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 3153 - 8

定价: 45.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话: 66017726

传真: 66031119

编辑部电话: 66078158

邮购部电话: 66033288

掌握正确的司法考试复习方法

——《2012 国家司法考试全攻略》出版前言

尽管近年来司法考试命题有所改革，但是法条在司法考试中的重要地位是难以取代的。通过对历年司考试题的分析，我们发现除社会主义法治理念、法理学、法制史等纯理论学科和个别部门法外（主要体现在国际法），90%以上的试题都有直接的法条依据，但是命题又绝不会停留在简单的法条记忆层面，而是一种事实与法条的穿梭适用。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实际经验的基础上，为广大考生提供最实际有效的一种司法考试复习方法。

一、主体法与配套法条融会贯通

本书在保证司法法条完整性的基础上，将与主体法相关的司法解释、实施条例等拆解，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、深入分析、讲解知识点

本书首先以【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条文；最后以【命题点分析】深入、透彻地剖析难记难理解、易混易错知识点。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【强化自测】，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。

四、对于理论科目，以知识点为线索，穿插【命题点分析】、【真题演练】、【强化自测】等，帮助全面理解和掌握司法考试的重点、难点和命题思路。

同时，为配合考生掌握最新动态，2012年司法考试大纲公布后，请读者登陆 www.zgfzs.com 免费下载我社提供的最新司法考试复习资料。

希望本书能帮助您把握住学习司法考试的正确方法，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。

飞跃司考辅导中心
中国法制出版社

目 录

中华人民共和国民事诉讼法通则	(1)
(2009年8月27日)①	
最高人民法院关于贯彻执行《中华人民共和国民事诉讼法通则》若干问题的意见(试行)(1988年4月2日)②	
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)	
最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定(2008年8月21日)	
中华人民共和国物权法	(55)
(2007年3月16日)	
最高人民法院关于审理建筑物区分所有权纠纷案件具体应用法律若干问题的解释(2009年5月14日)	
最高人民法院关于审理物业服务纠纷案件具体应用法律若干问题的解释(2009年5月15日)	
中华人民共和国合同法	(96)
(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)	
最高人民法院关于适用《中华人民共和国合同法》若干问题的解释(二)(2009年4月24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城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释(2009年7月30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	(166)
(2003年4月28日)	
中华人民共和国担保法	(169)
(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)	
中华人民共和国侵权责任法	(185)
(2009年12月26日)	
中华人民共和国婚姻法	(207)
(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)	
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(三)(2011年8月9日)	
中华人民共和国继承法	(220)
(1985年4月10日)	

① 目录中的日期为该法律文件的公布日期或最后修正、修订日期。

② 此法以[关联规定]形式收录于本书中,下同。

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	(230)
(1998 年 11 月 4 日)	
中华人民共和国著作权法	(233)
(2010 年 2 月 26 日)	
中华人民共和国著作权法实施条例 (2011 年 1 月 8 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)	
中华人民共和国商标法	(251)
(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)	
最高人民法院关于审理涉及驰名商标保护的民事纠纷案件适用法律若干问题的解释 (2009 年 4 月 23 日)	
中华人民共和国专利法	(266)
(2008 年 12 月 27 日)	
中华人民共和国专利法实施细则 (2010 年 1 月 9 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)	
最高人民法院关于审理侵犯专利权纠纷案件适用法律若干问题的解释 (2009 年 12 月 28 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 根据 2009 年 8 月 27 日第十一届全国人民代表大会常务委员会第十次会议《关于修改部分法律的决定》修正)

导 读

我国目前尚未完成民法典的制定，民法制定法主要以《中华人民共和国民法通则》以及各种单行法律（如《物权法》、《合同法》、《侵权责任法》、《婚姻法》、《继承法》等）的形式公布。《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（试行）》（注意，该意见第 88、94、115、117、118、177 条因与《物权法》冲突已废止）、《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；人格权制度；诉讼时效（对于时效制度，要特别注意 2008 年 9 月 1 日开始施行的《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》）。物权、侵权、合同等法律制度均主要在《物权法》、《侵权责任法》、《合同法》中讲解，本法中不再赘述。

常考法条归类提示^①

考查次数	已考法条	所涉考点
6	《民法通则》第 93 条 《民通意见》第 132 条	无因管理
6	《民法通则》第 135 - 141 条	诉讼时效
5	《精神损害赔偿解释》第 1、4、5、6、8 条	精神损害赔偿
5	《民法通则》第 133 条 《民通意见》第 158、161 条	未成年人侵权责任
4	《民法通则》第 25 条 《民通意见》第 37 条	宣告死亡
4	《民法通则》第 100 条	肖像权
4	《民法通则》第 43 条	企业法人的民事责任
3	《民法通则》第 122 条 《民通意见》第 153 条	产品责任
3	《民法通则》第 127 条	动物致害责任
3	《民法通则》第 92 条 《民通意见》第 131 条	不当得利
1	《民法通则》第 18 条	监护人的职责
1	《民法通则》第 140 条	诉讼时效中断的事由

① 加黑部分为 2011 年司考真题考点，请考生予以注意。

考查次数	已考法条	所涉考点
1	《民法通则》第20条 《民通意见》第24条	申请宣告失踪程序
1	《民通意见》第69、71条	合同效力的认定

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。

命题点分析

1. 人身关系是“人格关系”和“身份关系”的合称。

所谓人格，是指主体性要素的总称。人格关系是基于彼此的人格或者人格要素而形成的关系。人格要素是与人身不能分离的，没有直接经济内容的，包括生命、身体、健康等物质性要素和姓名、肖像、名誉、荣誉、隐私等精神性要素。人格在法律上不得抛弃、不得转让并不得剥夺。根据民法通则的规定，法人亦享有名称权、名誉权、荣誉权等有限人格权。(08/3/1; 06/3/1)

所谓身份关系，是指自然人基于彼此的身份形成相互关系。包括父母子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母等亲属关系。身份关系仅存在于自然人之间，不得抛弃和转让。

2. 财产是人们可以支配的有经济价值的资源和物品，财产关系是人们基于财产的支配和交易而形成的社会关系。平等主体之间的财产关系，可分为两类：支配型与流转型。支配型财产关系表述的是财产归何人控制的状态，回答财产“是谁的”或“由谁利用”这样的问题。在支配型财产关系中，对物的支配，民法上谓之物权关系；对智力成果的支配，民法谓之知识产权。流转型财产关系反映的是商品交换中的财产关系，表述财产在交易中即财产因买卖、租赁、借贷、承揽等行为而发生的移转状态。流转型财产关系民法上谓之债的关系。

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，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）

命题点分析

民事法律关系的主体，简称民事主体，是指民事法律关系中享受权利、承担义务的参与者、当事人。民事法律关系在什么人之间发生，谁是权利义务的承受者，都涉及民事主体问题。

民法承认的民事法律关系的主体主要是自然人和法人。自然人是因出生而获得生命的人类个体，是与法人相对应的概念；法人是法律拟制的“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。国家有时也直接参与民事活动，但基于民事主体的平等性，国家出现在民事活动中时，其身份只是公法人。另外，在一些特定的民事法律关系中，其主体也可以是不具有法人资格的其他社会组织。

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

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。

① 即《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）》，下同。

《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》①

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) 胎儿出生时为活体时，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) 胎儿出生时即为死体时，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。

3. 自然人死后民事权利能力消灭，不能再享有权利和承担义务，但其所享有的人身性质的利益仍受法律保护，如名誉、著作权中的人身性质的利益等。

强化自测

1. 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)

2. 关于自然人和法人的权利能力，下列哪一选项是正确的？()

- A. 自然人和法人都享有人格权
- B. 自然人和法人人格权受侵害时都可向法院请求精神损害赔偿
- C. 自然人与法人民事权利能力的范围相同
- D. 各类法人的民事权利能力的范围相同

(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。法律对某些人的民事权利也会做出限制，如患有某些疾病的人不可结婚等。

强化自测

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)

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。

① 即《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》，下同。

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; 行为人不具有经济能力的, 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

1. 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。(10/3/2)

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》第22条第一款, 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能力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分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。

2. 民事权利能力和民事行为能力的区别: 具有民事权利能力是成为民事主体的前提和基础, 自然人一旦出生即享有完全的民事权利能力; 民事行为能力是指民事主体得自行以其法律行为取得相应法律效果的能力, 并非所有的民事主体都享有完全的民事行为能力, 具有民事权利能力的民事主体不一定具有民事行为能力。

强化自测

1. 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)

2. 完全不能辨认自己行为的精神病人甲将自己的手表丢向路边, 被乙拾得。下列哪一选项是正确的?()

- A. 甲丧失手表所有权
- B. 乙依先占取得手表所有权
- C. 乙应将手表返还权利人
- D. 乙的行为构成无因管理

(答案: C)

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。

命题点分析

住所是自然人以久住的意思而经常居住的中心生活场所；居所是自然人经常居住的场所。构成住所，必须有久住的意思和经常居住的事实两个条件。自然人的住所只能有一个。

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。

强化自测

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》

11. 认定监护人的监护能力，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的(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。

命题点分析

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。(10/3/3、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。

指定监护只是在法定监护人有争议时才产生。所谓争议, 在未成年人是其父母以外的监护人范围内的人争抢担任监护人或互相推诿都不愿意担任监护人; 在成年精神病人则是监护范围内的任何人之间的争议。

民法通则规定的指定监护的权力机关, 是未成年人父母或精神病人的所在单位或被监护人住所地的居民委员会或村民委员会。指定监护可以用口头方式, 也可以用书面方式, 只要指定监护的通知送到被指定人, 指定即成立。被指定人不服指定的, 可在接到指定通知次日起30天内向人民法院起诉, 由人民法院裁决。指定监护被指定人未提起诉讼时, 自收到通知满30天后生效; 在提起诉讼时, 自法院裁决之日起生效。

强化自测

甲、乙二人离婚后不久, 乙死亡, 死前留下一亲笔遗嘱, 将其全部财产留给乙与甲所生的独生女, 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

《侵权责任法》

第三十二条 无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的, 由监护人承担侵权责任。监护人尽到监护责任的, 可以减轻其侵权责任。

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, 由监护人赔偿。

第三十八条 无民事行为能力人在幼儿园、学校或者其他教育机构学习、生活期间受到人身损害的, 幼儿园、学校或者其他教育机构应当承担责任, 但能够证明尽到教育、管理职责的, 不承担责任。

第三十九条 限制民事行为能力人在学校或者其他教育机构学习、生活期间受到人身损害, 学校或者其他教育机构未尽到教育、管理职责的, 应当承担责任。

《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¹满十八周岁, 在诉讼时已²满十八周岁, 并有³经济能力的, 应当⁴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，由抚养人垫付，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》①

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。(11/3/2)

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，无行为能力人，限制行为能力人在学校、幼儿园或精神病医院学习、生活期间，致他人损害，应由法定监护人承担监护责任。同时，学校等教育机构没有尽到保护义务的，依照《侵权责任法》第38、39条承担责任。(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)

6. 注意《侵权责任法》第32、38、39条对《民法通则》第133条、《人身损害赔偿解释》第7条所作的变化规定。

强化自测

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。(11/3/52)

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

① 即《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》，下同。

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》①

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,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。

强化自测

张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张某的财产代管人,没有配偶或者配偶无行为能力,应当指定张某的父母为其财产代管人

B. 如果张某只有一个儿子,十五周岁,人民法院可以指定他的儿子为财产代管人

C. 如果张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. 如果张某的母亲已经死亡,父亲又嗜酒好赌,人民

① 即《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》,下同。

法院可以指定张某母亲生前的一位好友为张某的财产代管人

(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。

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,还应对其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 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》

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。

命题点分析

第23~25条规定了宣告死亡制度,是司法考试的重点。主要考点有:

1. 宣告自然人死亡的条件: 宣告死亡的利害关系人有先后顺序之分。而死亡宣告的撤销则无顺序。

2. 宣告失踪与宣告死亡的关系, 宣告失踪不是必经程序。

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。注意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。有民事行为能力人在被宣告死亡期间, 其实施的民事法律行为仍然可以是有效的。其实施的民事法律行为与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。

4. 人民法院审理宣告失踪和宣告死亡的案件, 比照民事诉讼法规定的特别程序进行。

5. 死亡宣告的撤销及其法律后果:

(1) 被宣告死亡时间与自然死亡时间不一致的, 以后者为准。

(2) 被撤销死亡宣告的人有权请求返还财产, 依继承关系取得人应返还原物; 原物不存在的, 应予适当补偿(《民通意见》第40条)。

(3) 第三人合法取得被撤销死亡宣告的人的财产的, 可不予返还(《民通意见》第40条)。

(4) 夫妻关系的恢复区分配偶再婚与否(《民通意见》第37条)。(09/3/51; 06/3/2; 03/3/9; 02/3/85-89)

强化自测

李永宏于2001年离家出去打工后就没有任何消息, 下面哪些做法合乎法律的规定?()

A. 如果李永宏的父母要求人民法院宣告李永宏死亡, 而他的妻子不同意, 人民法院不应当宣告李永宏死亡

B. 如果他的妻子也同意宣告李永宏死亡, 人民法院应当首先宣告李永宏为失踪人, 然后才能宣告李永宏死亡

C. 假如人民法院已经宣告李永宏死亡后, 一位打工的同事告诉他的妻子, 一次在公共汽车上看见像李永宏的人, 但未同他招呼, 他妻子于是要求人民法院撤销死亡宣告, 人民法院应当撤销死亡宣告

D. 假如人民法院已经宣告李永宏死亡后, 李永宏寄了一笔钱回家, 他的妻子正准备同他人结婚, 不同意申请人民法院撤销死亡宣告, 而李永宏父母要求人民法院撤销死亡宣告, 人民法院应当撤销死亡宣告

(答案: AD)

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。

命题点分析

农村承包经营户是承包经营农村集体经济组织土地或者其他资源的成员或其家庭。注意掌握以下几点:

1. 农村承包经营户是农村集体经济组织的成员, 而不是独立的个体劳动者。

2. 农村承包经营户的设立以承包经营合同为依据, 以土地或者其他资源为承包标的, 以完成粮油等农产品的交售为主要义务。

3. 农村承包经营户的设立和存续、终止均无须工商行政管理机关核准登记。

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。

关联规定

《民通意见》

41. 起字号的个体工商户, 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。

《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。

命题点分析

1. 在民事诉讼中, 无论个体工商户是否起字号, 都以户主为诉讼当事人, 如果起字号的, 则应当在诉讼文书中注明字号。

2. 无论个体工商户还是农村承包经营户, 只要是个人的经营的, 应以个人财产承担无限责任; 以家庭名义经营的, 应以家庭共有财产承担无限责任。

强化自测

下面是对个体工商户和农村承包经营户的表述, 其中符合法律规定的有()。

A. 个体工商户为在法律允许的范围内, 依法经核准登记, 从事工商业经营的公民; 农村承包经营户是指在法律

允许的范围内，按照承包合同规定从事商品经营的公民

B. 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

C. 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

D. 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

(答案：BCD)

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。

关联规定

《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的意见处理，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