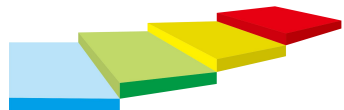


更多学习资料可添加 QQ 群号：705509112

CHINA  
**Promotion**

中 鹏 集 团



## 成考专升本民法笔记汇总

### 第一章 民法概述



群名称：全国成人高考交流18群  
群 号：705509112

#### 1、民法的概念

民法是调整平等主体的自然人、法人、其他组织之间的财产关系和人身关系的法律规范的总和。注：土地承包合同不是。

下列选项中哪些必须经过登记注册才能取得民事主体资格？

- A. 城镇个体工商户
- B. 农村承包经营户
- C. 公司法人
- D. 社会团体

AC。本题考民事主体的登记。

《民法通则》第 26 条规定：“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。” A 当选。第 27 条规定：“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。” B 不选。第 41 条规定：“（第 1 款）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。

（第 2 款）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。”《公司法》第 8 条第 1 款规定：“设立有限责任公司、股份有限公司，必须符合本法规定的条件。符合本法规定条件的，登记为有限责任公司或股份有限公司。不符合本法规定条件的，不得登记为有限责任公司或者股份有限公司。” C 当选。《民法通则》第 50 条第 2 款规定：“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。” D 不选。

#### 2、民法的调整对象、渊源、适用范围

更多学习资料可添加 QQ 群号：705509112

## 更多学习资料可添加 QQ 群号：705509112

3、民法的基本原则 书中没有提到的原则：情势变更原则、合同优先原则  
平等、自愿、公平、等价有偿、诚实信用、禁止权利滥用原则。

### 4、民事法律关系

（一）民事法律规范调整财产关系和人身关系所形成的社会关系；它是基于民事法律事实而形成的具体的社会关系，它是以权利、义务为内容的社会关系。

（二）民事法律事实：能够引起民事法律关系发生、变更或消灭的客观现象或事实。

（1）事件：与人意志无关、能够引起民事法律后果的客观现象。如：出生、死亡；

（2）行为：人有意识的活动。行为取得所有权需要登记，事件则事后登记就可。

#### （三）民事权利、民事义务和民事责任

##### （1）民事权利

A. 财产权（物权、债权、知识产权、继承权（后两者主要是财产权））与人身权（人格权、身份权）；

B. 支配权、请求权、形成权、抗辩权：

a. 支配权：权利人可以直接支配权利客体，而具有排他性的权利，如物权、知识产权、人格权；

b. 请求权：权利人要求他人为特定行为（作为或不作为）的权利。请求人必须通过义务人的作为或不作为才能实现其权利。

债权上的请求权：赔偿损失请求权，基于合同、不当得利、无因管理的请求权；

物权上的请求权：确认所有权，排除妨碍请求权，返还原物请求权，恢复原状请求权，消除危险请求权。

知识产权上的请求权，人格权上的请求权，身份权上的请求权（抚养费、赡养费）。

c. 形成权：权利人依自己单方的意思表示，使民事法律关系发生、变更或消灭的权利。包括：承认权、选择权、撤销权、抵销权、解除权及继承权的抛弃

## 更多学习资料可添加 QQ 群号：705509112

## 更多学习资料可添加 QQ 群号：705509112

权等。形成权适用除斥期间的规定，不适用诉讼时效的规定。（注意，催告本身并不发生法律关系的发生、变更、消灭）

在行为人行使的权利中，下列哪些属于形成权？

- A. 对越权代理的追认权
- B. 债权人对债务人行使的催告权
- C. 受遗赠人于知道受赠的期限内作出接受遗赠表示的权利
- D. 承租人擅自转租，出租人行使的解除权
- E. 监护人对限制民事行为能力人纯获利益的合同进行追认

ACD。本题考形成权。

形成权是指只需要单方意思表示即可使得法律关系得丧变更的权利。追认权的行使令越权代理行为有效；接受遗赠的意思表示令受遗赠人能够获得遗赠物；解除权的行使令租赁关系解除。ACD 当选。催告权的行使仅仅是债权人要求债务人履行债务的意思通知，不足以导致法律关系得丧变更，更接近于请求权。B，E 不选。

d. 抗辩权：永久性抗辩权、延期性抗辩权、同时履行抗辩权、先诉抗辩权（担保法）

C. 绝对权与相对权

a. 绝对权：无须通过义务人实施一定的行为即可实现，又称对世权，包括人身权、物权、知识产权、继承权；

b. 相对权：必须通过义务人实施一定的行为才能实现，又称对人权，如债权。

D. 主权利与从权利，专属权（矿产、水流）与非专属权，既得权与期待权。

5. 民事权利的保护

a. 公力救济；b. 私力救济（自力救济），私力救济只能针对侵权行为。

自卫行为：正当防卫、紧急避险；如属于正当防卫的有：家中狼狗咬死小偷，果园电网电死人（国家禁止私设电网），将小偷耳朵咬掉一块（超过必要限度），将小偷开的车的车胎扎破。

6、民事义务、民事责任

## 更多学习资料可添加 QQ 群号：705509112

## 更多学习资料可添加 QQ 群号：705509112

合同责任、侵权责任与其他责任；财产责任与非财产责任；无限责任与有限责任；单独责任与共同责任（按份责任，连带责任、补充责任（担保法））；过错责任、无过错责任与公平责任。

### 第二章 自然人

自然人既包括本国自然人，也包括外国人和无国籍人

我国民法通则的自然人的概念与合同法自然人的概念相同

1、民事权利能力和民事行为能力：

A. 民事权利能力（依法享有民事权利和承担民事义务的资格）：

a. 公民从出生时起到死亡时止，具有民事权利能力。

b. 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。

c. 胎儿不享有继承权，但给予胎儿利益给予特殊保护：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。

d. 自然人死亡后，原则上不具有权利能力，但有特别规定的除外，如著作权。死者不再享有名誉、隐私、肖像权，但是，生前享有的这些权利可以延续。

B. 民事行为能力（能以自己的行为取得民事权利和享有民事义务的资格）：

a. 完全民事行为能力：纯粹获益行为不须行为能力

（一）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。

（二）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（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），视为完全民事行为能力人。注：不是等同于完全民事行为能力，遗嘱能力和处分不动产的权利必须年满 18 岁。

b. 限制民事行为能力：

（一）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（如享有以自己的行为取得荣誉权、发明权、著作权等民事权利）；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。

## 更多学习资料可添加 QQ 群号：705509112

## 更多学习资料可添加 QQ 群号：705509112

（二）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。

（三）认定：民事活动是否与其相适应，可以从行为与本人生活相关联的程度、本人的智力（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。

杨某 15 周岁，智力超常，大学三年级学生。杨某因有某项发明，而与刘某达成转让该发明的协议。问：该转让协议的效力如何？（ ）

A. 该转让协议有效 B. 该转让协议效力未定 C. 该转让协议无效 D. 该转让协议可撤销

[参考答案] B [解题思路和依据] 杨某为限制行为能力人，根据《合同法》第 47 条，协议在性质上属于效力待定的合同。

[应注意的问题]（1）行为能力的认定有法律规定，与智力超常无关，非个案认定（关于成年人的精神病鉴定除外）。（2）注意区别限制行为能力人订立合同的行为与从事其他民事行为的性质的认定。第一，限制行为能力人独立实施的与其年龄、智力状况相适应的民事行为有效；第二，根据《合同法》第 47 条的规定，限制行为能力人的订立合同的行为属于效力待定的合同。

c. 无民事行为能力：

（一）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，就算征得法定代理人的同意也不得单独实施。

（二）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，就算征得法定代理人的同意也不得单独实施。

d. 相关规定：

（一）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。

（二）无民事行为能力、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。

（三）当事人是否患有精神病，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。

## 更多学习资料可添加 QQ 群号：705509112

## 更多学习资料可添加 QQ 群号：705509112

（四）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）。法院认为确有必要认定的，应当按照民诉特别程序，先作出当事人有无民事能力的判决。确认精神病人（包括痴呆症人）为限制民事行为能力人的，也应当比照特别程序进行审理。

### C. 住所：

a. 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。

b. 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。

c. 公民由其户籍所在地迁出后至迁入另一地之前，无经常居住的，仍以其原户籍所在地为住所。

### 2、监护：

#### A. 监护人比较：

	未成年人（包括患精神病的未成年人）	精神病人
一般 监护 人  （按 顺序）	首先是 <u>父母</u> ，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） <u>祖父母、外祖父母</u> 。 （二） <u>兄、姐</u> 。 （三） <u>关系密切的其他亲属、朋友</u> 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。	（一） <u>配偶</u> 。 （二） <u>父母</u> 。 （三） <u>成年子女</u> 。 （四） <u>其他近亲属</u> 。 （五） <u>关系密切的其他亲属、朋友</u> 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。
单位 监护 人	没有上述规定的监护人的，由未成年人的父、母的 <u>所在单位</u> 、精神病人的所在单位或被监护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。 <u>单位监护人不分顺序</u> ，按有利原则。	
精神病人被宣告为无限能力人的申请和撤销，都要 <u>通过法院</u> ，未成年人则不用		

#### B. 指定监护：

##### a. 单位指定：

## 更多学习资料可添加 QQ 群号：705509112

## 更多学习资料可添加 QQ 群号：705509112

（一）对担任监护人有争议的，由未成年人的父、母的所在单位、精神病人的所在单位或被监护人住所地的居民委员会、村民委员会在近亲属中指定。

（二）上述有关组织指定监护人，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 30 日内向法院起诉。逾期起诉的，按变更监护关系处理。

### b. 法院指定：

（一）对有关组织指定不服提起诉讼的，由法院裁决。

（二）法院指定监护人时，可将未成年人监护人中的（一）（二）（三）项或精神病人监护人中的（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，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。监护人可以是一人，也可以是同一顺序中的数人。被监护人有识别能力的，应视情况征求被监护人的意见。

（三）被指定人对指定不服提起诉讼的，法院应当根据前款中的规定，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，比照民诉特别程序进行审理。

（四）在法院作出判决前的监护责任，一般应当按照指定监护人顺序由有监护资格的人承担。

### c. 单位指定是法院指定的前置条件。

d. 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。

### C. 监护人的责任：

a. 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。

b. 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。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。

c. 如果因监护人管教不严，被监护人造成他人损害的，由监护人承担民事责任。监护人尽了监护职责的，可以适当减轻其民事责任。如果这种责任是赔偿经

## 更多学习资料可添加 QQ 群号：705509112

## 更多学习资料可添加 QQ 群号：705509112

济损失，应首先从被监护人的财产中支付赔偿费用，不足部分由监护人适当承担，但单位除外。

d. 监护人不履行监护职责，或者侵害了被监护人的合法权益，其他有监护资格的人或者单位向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。

### D. 监护人的相关规定：

a. 认定监护能力：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。

b. 协议监护人：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。父母不能通过协议排除监护权。

c. 离婚监护：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，法院认为可以取消的除外。

d. 委托监护：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，被委托人未尽力履行监护职责确有过错的，被委托人负连带责任。但另有约定的除外。

e. 收养监护：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。

### 3、宣告失踪和宣告死亡：

#### A. 比较表：

	条件	起算	利害关系人及申请顺序	公告期
宣告失踪	下落不明 2 年	从下落不明的次日开始计算，战争期间下落不明的则从战争结束开始计算。	近亲属、监护责任人、债权债务 人， <b>没有先后顺序</b> ，不告不理。	3 个月
宣告死亡	下落不明	从下落不明的次日开始计算，战争期间下落不明的则	近亲属、受遗赠人、债权债务 人、人寿保险合同受益人（单	普通：1 年 特殊：3 个月

## 更多学习资料可添加 QQ 群号：705509112



死亡	4 年 意外 事故 时为 2 年	从战争结束开始计算，意外事故从发生事故之日起。	位不是利害关系人），不告不理。申请宣告死亡的顺序： (一) <sup>1</sup> 配偶； <sup>2</sup> 父母、子女； <sup>3</sup> 兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女； <sup>4</sup> 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。	被宣告死亡的人，判决宣告之日为其死亡的日期。
----	------------------------------	-------------------------	---	------------------------

注意：

1. 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。
2. 宣告失踪不是宣告死亡的必须程序。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，则应宣告死亡。
3. 申请失踪或死亡的利害关系人本身必须具有完全民事行为能力，无限人没有资格申请。

王某在意外事故中下落不明，依照《民法通则》的规定，计算宣告死亡的期间应当自（ ）起算

- A. 意外事故发生之日 B. 确认王某失踪之日 C. 向法院申请之日 D. 意外事故发生之次日

[参考答案]：A [解析]：《民法通则》第 23 条第 1 款第 2 项规定，因意外事故下落不明，从事故发生之日起满 2 年的，可以宣告死亡或者宣告失踪。而《民通意见》第 28 条特别规定了“民法通则第 20 条第 1 款、第 23 条第 1 款第 1 项中的下落不明的起算时间，从公民音讯消失之次日起算”。

B. 宣告失踪的诉讼问题：

- a. 管辖：宣告失踪的案件，由被宣告失踪人住所地的基层法院管辖。住所地与居住地不一致的，由最后居住地基层法院管辖。

## 更多学习资料可添加 QQ 群号：705509112

b. 法院审理：法院审理宣告失踪的案件，比照民诉特别程序进行，应当查清被申请宣告失踪人的财产，指定临时的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 3 个月（不要与死亡宣告期（1 年或 3 个月）混淆）。公告期间届满，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。

c. 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，法院应当撤销对他的失踪宣告。

自然人被宣告为失踪人后，只会产生两个法律后果：一是失踪人财产的代管；其第二个法律后果就是债务的清偿。故宣告失踪的法律后果只影响失踪人财产的管理问题，并不影响其婚姻的效力。

C. 宣告失踪后的财产代管问题：按有利原则，婚姻不改变，财产不继承。

a. 财产代管人的确定：

（一）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。

（二）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，法院可以指定公民或者有关组织为失踪人的财产代管人。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。

（三）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。

b. 代为偿还债务：失踪人所欠税款、债务和应付的其他费用（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），由代管人从失踪人的财产中支付。

c. 财产代管人的诉讼地位：

（一）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。

（二）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，法院应当将代管人列为被告。

d. 财产代管人的变更：

## 更多学习资料可添加 QQ 群号：705509112

## 更多学习资料可添加 QQ 群号：705509112

（一）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，法院比照特别程序进行审理。

（二）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法院请求财产代管人承担民事责任。如果同时申请法院变更财产代管人的，变更之诉比照特别程序单独审理。

注：失踪人的其他利害关系人申请变更代管的，法院应告知原指定的代管人为被告，并按普通程序审理（195 条）。

试比较：《民通意见》

35. 失踪人的财产代管人以无力履行行管职责，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。

195 条是对 35 条的解释，要求承担民事责任只能是普通。注意：35 条中变更之诉要求单独审理。

D. 宣告死亡：

a. 死亡时间：被宣告死亡的人，判决宣告之日为其死亡的日期。

b. 行为效力：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。

c. 宣告死亡的效力：主体消灭，婚姻解除，财产发生继承。

只要有前一个顺序的人，后一个顺序的人就不能主张权利。所以，如果这个时候配偶不同意宣告死亡的话，其父母子女都不能够宣告死亡。

E. 撤销死亡宣告：

## 更多学习资料可添加 QQ 群号：705509112

## 更多学习资料可添加 QQ 群号：705509112

（一）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，法院应当撤销对他的死亡宣告。

（二）财产：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。但其原物已被第三人合法取得的，第三人可不予返还。若又遗嘱他人，撤销继承后按遗嘱。

（注意，此种规定仅仅是为了保障被撤销死亡宣告的公民的基本生活需要，而并非是一种民事责任。因为这些人取得被宣告死亡的公民的财产是有法律根据的，因而其所负的返还义务，仅以现存利益为限，对已经不存在的财产并无返还和赔偿责任。）

甲有二子乙和丙。乙离家出走，经法院依法判决宣告死亡。后甲病故，遗产由丙继承。甲病故 3 年后，乙返回并要求继承甲的遗产，请判断下列哪种说法是正确的？

- A. 乙、丙均为甲的继承人，理由是甲与乙、丙之间是父子关系
- B. 只有丙为继承人，理由是继承开始后，乙被宣告死亡
- C. 乙无权要求继承甲的遗产，理由是遗产已由丙继承，该继承行为已经发生法律效力
- D. 乙有权继承甲的遗产，理由是乙为甲的继承人，且提出权利请求未超过诉讼时效

AD。本题考被宣告死亡之人重新出现时的继承权问题。乙虽被宣告死亡，但宣告死亡的法律效果只是结束以被宣告人住所地为中心的民事法律关系，却不能取消该人的继承权。因此 A 项正确。至于乙如何取得他本应继承的财产，法律无明确规定，我以为，可类推适用《民通意见》第 40 条：“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。”又根据《继承法》第 8 条规定：“继承权纠纷提起诉讼的期限为 2 年，自继承人知道或者应当知道其权利被侵犯之日起计算。但是，自继承开始之日起超过 20 年的，不得再提起诉讼。”本案，“权利被侵犯之日”应自被宣告死亡之人重新出现之日起算，故未超过诉讼时效。

## 更多学习资料可添加 QQ 群号：705509112

## 更多学习资料可添加 QQ 群号：705509112

(三) 婚姻：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（非经法定程序，个人拒绝无效），期间的财产和债务转化为共同财产；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，此时没有转化共同财产的问题。

(四) 收养：被宣告死亡的人在死亡宣告期间，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。

### (五) 继承

F. 赔偿：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。

#### 4. 个体工商户，农村承包经营户：

单人自然人申请个体经营的，必须是享有劳动权的自然人，即应年满 16 岁，个体工商户必须依法进行核准登记。

A. 诉讼当事人：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，在诉讼文书中注明系某字号的户主。

B. 债务清偿：谁投资、谁使用，就由谁清偿。

a. 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。

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。

#### 5、个人合伙：

A. 个人合伙与合伙企业的区别：

## 更多学习资料可添加 QQ 群号：705509112

## 更多学习资料可添加 QQ 群号：705509112

a. 个人合伙是指两个以上自然人合伙，而合伙企业是两个以上承担无限责任的主体的合伙，可以说个人合伙是合伙企业的一种原始形式，但不是合伙企业。

b. 虽然个人合伙与合伙企业不同，但由于都是无限责任承担者的合伙形式，所以个人合伙的许多规定与《合伙企业法》相一致。

c. 个人合伙由民法规定，合伙企业由商法规定；合伙是一个协议/合同行为，无须章程。

### B. 个人合伙的诉讼当事人：

a. 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。

b. 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，应当办理书面委托手续。

### C. 相关规定：

a. 协议：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。

b. 个人合伙的组成不受彼此有无人身关系的限制，比如兄弟间可以成立个人合伙。

c. 实际入伙：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。注：此时即使不参予经营，亦为合伙人。

### D. 财产归属：

a. 合伙人投入的财产，由合伙人统一管理和使用。

b. 合伙经营积累的财产，归合伙人共有。

c. 初期投入财产和经营积累财产的区别：前者归属依约定，后者为共有财产。

### E. 经营管理：

a. 个人合伙的经营活动，由合伙人共同决定，合伙人有执行或监督的权利。

b. 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。注：内部协议不得对外。

## 更多学习资料可添加 QQ 群号：705509112

## 更多学习资料可添加 QQ 群号：705509112

### F. 主体资格认定：

a. 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。

b. 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，法院可以认定为合伙关系。

### G. 债务承担：

a. 一般规定：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盈余分配比例承担。但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。

b. 实际合伙人：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。

### c. 承担债务的财产：

（一）合伙的债务，由合伙人以各自的财产承担清偿责任，合伙人以个人财产出资的，以合伙人的个人财产承担。（无限责任）

（二）合伙人以其家庭共有财产出资的，以其家庭共有财产承担。

（三）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。

注：合伙企业财产优先清偿合伙企业债务，抵押财产仅在抵押财产内进行清偿，银行债务在抵押财产范围内优先清偿，个人债务与合伙债务按比例由个人财产清偿。

d. 追偿：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。

## 更多学习资料可添加 QQ 群号：705509112

## 更多学习资料可添加 QQ 群号：705509112

e. 逃避债务：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，还可以由法院予以训诫、责令具结悔过，收缴进行非法活动的财物和非法所得，并可以依照法律规定处以罚款、拘留。

H. 入伙：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。

I. 退伙：

a. 一般规定：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情况，确定其应当承担的赔偿责任。

例：合伙中的甲死亡，指定 A 为合伙人，然而 A 不愿意成为合伙人，要不要履行退伙手续？答：不用，设立身份可能有权利和义务，设立纯权利可以，但是义务要征求第三人同意。

b. 退伙债务：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。

c. 退伙财产：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。

J. 终止：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，应当考虑多数人意见酌情处理；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。

某合伙组织起字号为“兴达商行”，其中甲出资 60%，乙、丙各出资 20%，甲被推举为负责人。在与兴达商行的债务人丁的一场诉讼中，甲未与乙、丙商量而放弃兴达商行对丁的债权 5 万元，乙、丙知道后表示反对。甲放弃债权的行为的效力应如何认定？03 年题

A. 是有效行为

## 更多学习资料可添加 QQ 群号：705509112



- B. 是无效行为
- C. 是可撤销行为
- D. 是效力未定行为

「答案」 A 「详解」 司法部的答案认为，题干中的合伙组织应当认定为合伙企业。《合伙企业法》第三十八条规定：“合伙企业对合伙人执行合伙企业事务以及对外代表合伙企业权利的限制，不得对抗不知情的第三人。”甲作为负责人，其放弃债权的行为有效。

### 第三章 法人

#### 1、一般规定：

a. 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。

b. 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。

c. 法人机关：根据法律、章程或条例的规定，于法人成立时产生（具有法定性），具有如下特点：

（一）根据法律、章程或条例的规定而设立。

（二）法人机关是法人的有机组成部分。

（三）法人机关是形成、表示和实现法人意志的机构。法人机关的行为即为法人行为。

（四）法人机关是法人的领导或代表机关。

（五）由单个个人或集体组成，单个个人形成的法人机关称为独任机关，如全民所有制企业的厂长，由集体组成的法人机关称为合议制机关，如股东大会，董事会等。

d. 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。特点如下：法定性，无行政正职时为常务付职，无常务付职时为主持行政工作的付职。

e. 住所：法人以它的主要办事机构所在地为住所。

f. 终止：法人终止，应当依法进行清算，停止清算范围外的活动。

## 更多学习资料可添加 QQ 群号：705509112

在法定代表人和法人关系的问题上，下列哪些表述是正确的？

- A. 法定代表人既是法人的代表人，又是法人机关的代表人
  - B. 法定代表人履行职务的行为是法人的行为
  - C. 法定代表人只能是法人单位的行政正职负责人
  - D. 法定代表人的代表权源于法律和章程，而不是源于法人的授权
- BD。本题考法定代表人。

《民法通则》第 38 条规定：“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 43 条规定：“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。”BD 当选。公司法人机关有董事会、监事会、股东大会，法定代表人不可能同时是这些机关的代表人。A 不选。《民诉法意见》第 38 条第 1 款规定：“法人的正职负责人是法人的法定代表人。没有正职负责人的，由主持工作的副职负责人担任法定代表人。设有董事会的法人，以董事长为法定代表人；没有董事长的法人，经董事会授权的负责人可作为法人的法定代表人。”C 不选。

### 2、法人的分类：

（一）企业法人，机关法人，事业单位法人，社会团体法人（如基金会法人），设立程序上，企业法人须经过审批登记或核准登记；机关法人，依法律或者行政命令；事业单位法人依法律或行政命令，或依登记设立；社会团体法人，需要登记则必须经过登记。

a. 有独立经费的机关从成立之日起，具有法人资格；b. 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；企业法人均须办理法人登记，自领取企业法人营业执照之日起取得法人资格。

（二）社团法人（社员权，人的组合，如公司、合作社、各种协会与学会）与财团法人（财产权，财产组合，如基金会、寺院、慈善组织）

（三）营利法人（我国仅指企业法人）与公益法人。

（四）本国法人与外国法人。

### 3、企业法人：

A. 企业法人的根本特征：将其所获利润分配给出资者。

## 更多学习资料可添加 QQ 群号：705509112

## 更多学习资料可添加 QQ 群号：705509112

### B. 取得资格：

a. 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。

b. 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。

### C. 特别企业法人：

法律法规	具备法人资格	不具备法人资格
《铁路法》	各铁路局、铁路分局	火车站
《邮政法》	邮电局、邮政局、电信局	邮电所
《银行法》	人行、各商业银行总行	各银行分行、支行
《保险法》	总公司	分公司
《航空法》	航空公司、机场	—

### D. 相关规定：

a. 企业法人应当在核准登记的经营范围内从事经营。

b. 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。法定代表人变更的，必须办理变更登记，否则不能对抗善意第三人。注：法人的设立登记具有生效效力（公示效力），法人的其它登记仅具有对抗效力。如，甲企业注册 100 万，实际出资 20 万，甲企业与其它企业发生债务纠纷时，合同无效？有效合同？无效合同，投资人负无限责任？有效合同，投资人负补充责任？此时企业登记则合同成立，股东负补充的有限责任。

民法上的“有限责任”指：（）

- A. 法人对其债务承担的责任
- B. 法人的出资者对法人债务承担的责任
- C. 法人的法定代表人对法人的债务承担的责任
- D. 法人的职工对法人债务承担的责任

[参考答案]：B [解析]：主要应当掌握“无限责任”与“有限责任”的区别。所谓“无限责任”，是指责任人以自己的全部财产承担责任。当然债务人以“自

## 更多学习资料可添加 QQ 群号：705509112

## 更多学习资料可添加 QQ 群号：705509112

己的全部财产”承担责任中的“全部财产”仍是有限的，而非无限的。因此与“无限责任”相区别，所谓“有限责任”，是指责任人以其所有财产中的一部分财产承担责任。当然广义的有限责任还包括限额赔偿的内容。根据这种区别，只有法人的股东对法人债务承担有限责任，而法人自己对外承担责任时，仍是以全部法人财产对外承担责任，因此，在性质上不属于有限责任。

补充：登记，是合同生效要件，还是所有权转让的要件？有些一个生效，有些两个有效

房屋买卖，仅发生物权法上的效力（所有权转让的效力），买卖合同有效，能请求继续履行或支付违约金，但不发生所有转移转的效力，不影响合同效力，汽车买卖遵循这一规则；

抵押登记，两个生效，必须登记的抵押物，担保法规定，登记为抵押合同生效要件，同时也是抵押权产生的效力；

登记仅产生对抗效力，如企业的变更登记、注销登记是对抗效力，设立登记是生效效力。

海商法、民用航空法，海船和航空器的效力是对抗效力，不是生效效力；担保法规定，不是必须登记的其它物仅仅是对抗效力。

c. 企业法人分立、合并上或有其他重要事项（如企业名称权的转让）变更，应当向登记机关办理登记并公告。有限责任公司在符合法定条件的前提下，经全体股东一致同意，可以变更为股份公司，但这种公司组织形式的变更，应经国务院授权部门或省组人民政府的批准，方为有效。

d. 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。（注意内部债务承担协议是有效的，只是不能对抗善意第三人）企业法人的合并应经债权人同意或向债权人提供担保，否则不能发生合并的法律后果；企业法人的分立应经债权人同意或向债权人提供担保，否则债权人反对的，则不发生分立的法律后果（即承担连带责任）。

E. 终止：

a. 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。

b. 注销：企业法人终止，应当向登记机关办理注销登记并公告。

## 更多学习资料可添加 QQ 群号：705509112

c. 清算：

（一）解散或撤销：应当由其主管机关组织清算小组进行清算。

（二）被宣告破产：应当由法院组织有关机关和有关人员成立清算组织进行清算。

（三）清算组织可以用自己的名义参加对于涉及终止的企业法人债权、债务的民事诉讼。

（四）以逃避债务责任为目的而成立的清算组织，其实施的民事行为无效。

（五）清算期间，该企业仍有权利能力和行为能力，但仅在清算范围内活动。

例如：A 企业清算期，与 B 企业签订合同，有效？无效？可撤销？效力待定？

F. 责任承担：

a. 企业责任承担：

（一）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。

（二）集体所有制企业法人以企业所有的财产承担民事责任。

（三）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。

b. 个人责任归为企业责任：企业法人的法定代表人和其他工作人员，以法人名义从事的经营活动，给他人造成经济损失的，企业法人应当承担民事责任。

c. 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。

d. 法院在审理案件中，依法对企业法定代表人或者其他人员采用罚款、拘留制裁措施，必须经院长批准，另行制作民事制裁决定书。被制裁人对决定不服的，

## 更多学习资料可添加 QQ 群号：705509112

在收到决定书的次日起 10 日内可以向上一级法院申请复议一次。复议期间，决定暂不执行。

### e. 企业法人的分支机构

#### (1) 成立条件：

(一) 依法成立。(二) 有自己的名称、组织机构和场所(独立名称权)。

(三) 有一定的财产或经费

(2) 类型：非独立性分支机构；相对独立性分支机构(如某某银行某某支行)，相对独立性的分支机构的行为后果由分支机构和所属法人连带承担，即先由分支机构承担，分支机构的财产不足以清偿对外债务时，不足部分则由设立分支机构的法人承担(补充责任)。

### 4、联营：

#### A. 联营类型比较：

法人型	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。
合伙型	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。
合同型	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。

#### B. 联营中的非法行为：

	区别	后果
保底条款	1. 参与共同经营。 2. <u>分享盈利，不承担亏损。</u>	1. <u>条款无效。</u> 2. 收取的固定利润应如数退出，用于补偿联营企业亏损。 3. 如无亏损或有剩余，应 <u>重新合理分配或按投资比例分配。</u>
明为联营实	1. 不参与共同经营。	1. <u>合同无效。</u>

## 更多学习资料可添加 QQ 群号：705509112

更多学习资料可添加 QQ 群号：705509112

为借贷	2. 不分享盈利，也不承担亏损，只按比例收取固定利润。	2. 除本金可返还，利息予以没收。 3. 对另一方处以相当于银行利息的罚款。
-----	-----------------------------	---

下列民事行为中，属于部分无效的民事行为的有：（）

- A. 甲（18 周岁）将自己价值 1000 元的 MP3 播放器与乙（21 岁）的一套价值 2100 元的丛书进行交换
- B. 甲与乙签订了一份价值 20 万元的买卖合同，合同中规定定金为 5 万元
- C. 甲公司与乙公司签订一份“明为联营，实为借贷”的协议
- D. 甲公司与乙公司签订一份联营协议，但该联营协议有保底条款
- 选择 BD。

更多学习资料可添加 QQ 群号：705509112

更多学习资料可添加 QQ 群号：705509112



更多学习资料可添加 QQ 群号：705509112