

民法拾粹（3）PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文
https://www.100test.com/kao_ti2020/482/2021_2022__E6_B0_91_E6_B3_95_E6_8B_BE_E7_c36_482297.htm 代理中关于连带责任的规定： 《民法通则》第65条第3款规定了委托书授权不明的，被代理人应当向第三人承担民事责任，代理人负连带责任。该连带责任是补充的连带的责任，即先由被代理人承担民事责任，在被代理人无能力承担全部责任时，才由代理人承担补充责任。 《民法通则》第66条第3款规定了代理人与第三人恶意串通的，由代理人和第三人负并行的连带责任。 《民法通则》第66条第4款规定了第三人恶意的无权代理，由第三人和行为人负并行的连带责任。 《民法通则》第67条规定了代理事项或代理行为违法的，由被代理人和代理人负并行的连带责任。 转委托授权不明的，转托代理人有过错的，应当与委托代理人负连带责任。 《民法通则》第66条第1款规定中“本人知道他人以本人名义实施民事行为而不作否认表示的，视为同意”，表明本人的沉默具有积极的法律意义；而《合同法》第48条第2款中“被代理人未作表示的，视为拒绝追认”，表明本人的沉默具有否定性的法律意义。 依据我国现行法的规定，诉讼时效适用于债权请求权，主要包括以下情形： 基于合同债权的请求权，如履行请求权、损害赔偿请求权、违约金请求权、利息请求权。 基于侵权行为的请求权，主要是损害赔偿请求权。 基于无因管理的请求权，主要有必要费用请求权、损害赔偿请求权。 基于不当得利的请求权。 其他债权请求权，如防卫过当、避险过当的赔偿请求权。根据我国《民通意见》第170条的规定：“未授权公民、法人经营、管理的国家财产受到侵

害的，不受诉讼时效期间的限制。”对于人格权是否适用诉讼时效，应根据诉讼时效的立法目的分别不同的情况而定。如果是因侵害人身权而造成财产损失的，其损害赔偿请求权是债权的，应适用诉讼时效的有关规定。《民法通则》第141条规定，法律对诉讼时效另有规定的，依照法律规定。《民通意见》第195条规定，涉外民事法律关系的诉讼时效，依冲突规范确定的民事法律关系的准据法确定。《产品质量法》第33条规定，因产品存在缺陷造成损害要求赔偿的诉讼时效期间为2年，自当事人知道或者应当知道其权益受到损害时起计算。因产品存在缺陷造成损害要求赔偿的请求权，在造成损害的缺陷产品交付最初用户、消费者满10年丧失；但是，尚未超过明示的安全使用期的除外。《合同法》第129条规定，因国际货物买卖合同和技术进出口合同争议提起诉讼或者申请仲裁的期限为4年，自当事人知道或者应当知道其权利受到侵害之日起计算。因其他合同争议提起诉讼或者申请仲裁的期限，依照有关法律的规定。《海商法》第265条规定，有关船舶发生油污损害的请求权，时效期间为3年，自损害发生之日起计算；但是，在任何情况下时效期间不得超过从造成损害的事故之日起6年。《环境保护法》第42条规定，因环境污染损害赔偿提起诉讼的时效期间为3年，从当事人知道或者应当知道受到污染损害时起计算。《民法通则》第136条第（二）项规定的是“出售质量不合格的商品未声明的”违约之诉的诉讼时效期间为1年；《产品质量法》第33条则规定的是（侵权产品责任之诉）的诉讼时效期间为2年。根据《产品质量法》第33条的规定，产品责任诉讼时效的最长保护期间为10年或超过10年的明示的安全使用期。 权利

人起诉后又自行撤诉，或因起诉不合法被法院驳回的，不构成提起诉讼，不能使诉讼时效期间中断。 物权的排他性并不排除下列情况： 多人共享同一物权，例如：夫妻对家庭财产共同享有所有权。 一物之上有所有权与他物权同时存在，例如：甲在自家房屋上为乙设立了使用权或抵押权。 一物之上有互不影响的数个他物权同时存在，用途上互不影响的或者虽为同一种类但互不影响的数个他物权，能够同时并存于一物之上。例如：甲在其价值100万元的汽车上为乙设定了50万元的抵押权，又为丙设定了30万元的抵押权。 法律针对物权所规定的限制，例如：禁止权利滥用原则、相邻权的发生等。 物权优先于债权并不是绝对的，法律另有规定或当事人另有约定的不在此限。例如：已出租的私有房屋由出租人出卖时，承租人享有优先于他人购买该房屋的权利，如果出租人在出卖房屋前未通知承租人，即便该房屋已由第三人取得了所有权，承租人也有权主张该买卖合同无效。 又如：甲将其所有的房屋出租给乙，在有效租赁期内，又将该房屋卖给了丙，租赁合同对丙仍然继续有效，此即“买卖不破租赁”。 由于对物的使用一般以对物的占有为前提，所以享有物的使用权能的同时通常也享有物的占有权能，但在一定条件下，享有物的占有权能的同时并不一定享有物的使用权能，例如：质权人、保管人等只能对标的物进行占有而不能对标的物进行使用。收益通常是和使用联系在一起，但收益是所有权中的一项独立的权能，不应包括在使用之中。在某些情形下，所有人虽然不直接占有、使用其财产，但仍然可以得到相应的收益。相反，使用不一定有收益。 只有在法律特别规定的情形下，非所有人才能处分他人所有的

财产，例如：旅客在包裹中夹带危险品或禁运物品，承运人有权依法处理。 多数人共同所有一物，并不是说共有是多个所有权。在法律上，共有财产只有一个所有权而由多人享有。共有人对财产进行处分行为，如转让等，应由全体共有人协商，按全体共有人的意志行事。但对财产的保存行为、改良行为、履行财产所负担义务等行为无须经全体共有人同意。 对船舶抵押权、民用航空器材抵押权的登记的效力，按“特别法优于一般法”的原则，依照《海商法》和《民用航空法》的特别法规定。根据《海商法》第13条、《民用航空法》第16条的规定，以船舶、航空器作抵押时应办理登记，但该登记只是起对抗第三人的作用。未予登记的，并不影响抵押合同生效。 以《担保法》第42条所列财产以外的其他财产设立抵押的，当事人可以自愿办理抵押登记，登记部门为所在地公证部门，也可以不去办理登记，但未办理登记的，不得对抗第三人。 《担保法解释》规定了以下一些特殊情况的处理： 根据《担保法解释》第47条规定，对于以建筑物为标的设定抵押权时，以依法获准尚未建造或正在建造的房屋或者其他建筑物抵押的，当事人办理了抵押登记，可以认定抵押有效。例如预购房屋（即楼花）等。 根据《担保法解释》第48条规定，以法定程序确认为违法、违章的建筑物抵押的，抵押无效。 根据《担保法解释》第53条规定，对于学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体，以其教育设施、医疗卫生设施和其他社会公益设施以外的财产为自身设定抵押的，可以认定抵押有效。 根据《担保法解释》第54条规定，对于以共有财产设定抵押，按份共有人以共有财产中享有的份额设定抵押的，抵押有效

。共同共有人以其共有财产设定抵押，未经其他共有人的同意，抵押无效。但是，其他共有人知道或应当知道而未提出异议的视为同意，抵押有效。当债务人有多数普通债权人的，在清偿债务时，债务人与其中一个债权人恶意串通，将其全部或者部分财产抵押给该债权人，若因此而丧失履行其他债务的能力，损害了其他债权人的合法权益，受损害的其他债权人可以请求法院撤销该抵押。抵押人对抵押物价值减少无过错的，抵押权人只能在抵押人因损害而得到的赔偿范围内要求提供担保。抵押价值未减少的部分，仍作为债权的担保。在抵押期间，抵押物孳息一般由抵押人收取。抵押权人未将扣押抵押物的事实通知应当清偿法定孳息的义务人的，抵押权的效力不及于该孳息。抵押权有两种设定方式：一为法定，二为约定，根据法律规定所设定的抵押权称为法定抵押权；基于当事人之间所订立的抵押合同而产生的抵押权称为约定抵押权，在我国，主要为约定抵押权。非法定抵押权，即约定的抵押权不得对抗质权。例如：甲将电视机抵押给乙，并办理了登记手续，后甲又将电视机质押给丙，当乙、丙均要求行使担保物权时，则丙的质权优先。

在抵押期间，抵押人有权转让抵押物；抵押人转让抵押物时应履行两个告知义务：通知抵押权人，告知受让人；转让行为不需征得抵押权人的同意；转让价款应用于提存或提前清偿；明显低价转让抵押物的，抵押权人有义务另行提供相应担保；明显低价转让，又不另行提供相应担保的，不得转让。当抵押人未履行两个告知义务时，根据《担保法》第49条规定，为无效。但根据《担保法解释》第67条的规定，未告知抵押权人的，转让行为是否无效，应区分以下

两种情形对待： 如果抵押物已登记的，可认定转让无效；

如果抵押物未登记的，不能因此而认定无效，而应依《合同法》第150条规定的出卖人权利瑕疵担保责任处理。出卖人违反了这一责任，并不当然导致买卖合同无效，而由出卖人向买受人承担违约责任。

适用留置的几种合同：第264条 定作人未向承揽人支付报酬或者材料费等价款的，承揽人对完成的工作成果享有留置权，但当事人另有约定的除外。（指加工承揽合同）第315条 托运人或者收货人不支付运费、保管费以及其他运输费用，承运人对相应的运输货物享有留置权，但当事人另有约定的除外。（指货物运输合同）第380条 寄存人未按照约定支付保管费以及其他费用的，保管人对保管物享有留置权，但当事人另有约定的除外。第395条 本章没有规定的，适用保管合同的有关规定。（指仓储合同）第422条 行纪人完成或者部分完成委托事务的，委托人应向其支付相应的报酬。委托人逾期不支付报酬的，行纪人对委托物享有留置权，但当事人另有约定的除外。（指行纪合同）

根据《合同法解释（一）》第8条的规定，《合同法》第75条规定的是“债权人的撤销权”，并规定了两种除斥期间，1年（自知道或应当知道撤销事由之日起）和5年（自行为发生之日起）。而《合同法》第55条规定的是“合同的撤销权”，是指在重大误解、显失公平、乘人之危、欺诈、胁迫等情形下，受损害方享有的撤销权，其除斥期间是1年（自知道或应当知道撤销事由之日起）。（民通意见第73条规定了可撤销民事行为的撤销权，自行为成立时起超过1年的，人民法院不予保护）。连带共同保证不同于连带责任保证。连带共同保证发生在各个保证人之间的，其对应是按份共同保证；而连带保

证发生在保证人与主债务人之间的，其对应的是一般保证。法律要求连带责任保证在合同中须有“连带责任”的字样，并未要求一般保证在合同中一定要有“一般保证”字样。事实上，一般保证在合同中的典型表述是：“债务人不能履行债务时，由保证人承担保证责任”。《担保法解释》第28第、第29条、第30条对《担保法》第23条、24条的“不再承担保证责任”中的“不再”作了进一步规定。债权人与被保证人未经保证人同意，变更主合同履行期限的，如保证合同中约定有保证责任期限，保证人仍在原保证责任期限内承担保证责任；如保证合同未约定保证责任期限，保证人仍在被保证人原来承担责任的期限内承担保证责任。债权人未经保证人同意，在主合同履行期限内变更合同其他内容而使被保证人债务增加的，保证人对增加的债务不承担保证责任。因此，不能认为债权人与债务人对主合同的任何变化都使保证人不再承担保证责任。只有在合同的变更构成合同更新即形成新的法律关系时，才能解除保证人的保证责任。同理，在《担保法》第23条主债务转移情形下，虽未经保证人书面同意，保证人对移转前的期间的保证责任仍不得免除，免除只是主债务移转后的保证责任。

反担保，是指为了换取担保人提供保证、抵押或质押等担保方式，由债务人或第三人向该担保人新设担保，该新担保相对于原担保而言被称为反担保。反担保方式可以是债务人提供的抵押或质押，也可以是其他人提供的保证、抵押或者质押。留置权不能作为反担保方式。因为根据《担保法》第4条规定，反担保产生于当事人之间的约定，而留置权的发生是基于法定。定金虽然在理论上可以作为反担保的方式，但由于支付定金会进一步削弱

债务人向债权人支付价款或酬金的能力，加之往往形成原担保与反担保不成比例的局面，因则在实践中极少采用。在债务人亲自向原担保人提供反担保的情形下，保证不能作为反担保方式，因为这样会形成债务人既要向原担保人承担因履行原担保而产生的必要费用的义务，又向原担保人负担保证责任，债务人与保证人合二为一，起不到反担保作用。

保证期间与诉讼时效的关系。保证期间是一次性行使，类似著作权中的发表权，过期不行使则不再受保护。只要债权人在保证期间内，即无论是第一天还是第6个月的最后一天，向保证人主张一次权利（含起诉、申请仲裁等），则保证期间即消灭，进而转入保证合同的诉讼时效2年。根据法条推理，当事人约定的保证期间须长于债务的履行期间，即使是债务履行期满后的1天也行，当然如果长于6个月也可以。例如：当事人可以约定，担保期间为债务履行期满后的6年内。保证债权的行使时间是：约定优先，无约定或者约定不明、无效的，法律推定为6个月或者2年。即：保证期间（6个月或2年除斥期间）保证合同的诉讼时效（2年，可以中止、中断、延长）。例如：甲借给乙10万元，约定乙于2001年5月1日归还，丙为连带保证人，未定保证期限。则甲必须自2001年5月1日至11月1日之间要求丙承担担保责任，如果甲于2001年10月30日找到丙要其承担保证责任，则从2001年10月30日开始计算保证合同的诉讼时效。

当事人交付的定金超过法定最高限额（20%）的，超过的部分应为无效，即不能作为定金，但不能认定定金全部无效。区分双务合同和单务合同的意义 两者在是否适用同时履行抗辩权上不同。在双务合同中，当事人各基于合同负履行义务，一方负担的义务是以他

方负担义务为前提的。因此一方当事人只有在自己已经履行或者提出履行以后，才能要求对方当事人向自己履行义务。即在对方未为对待履行和提出履行以前，也可以拒绝对方的履行请求。在单务合同中，因为只有一方负担义务或者另一方虽然负有义务但其所负有的义务并不是主要的义务，不存在双方权利义务的相互对应和牵连关系，不负有履行义务的一方向负有义务的一方提出履行请求时，对方无权要求同时履行。因此，单务合同不适用同时履行抗辩权制度。两者在风险负担上不同。在双务合同中，双方的权利义务互相依存、互为条件，如果不是因为一方当事人的原因而导致其不能履行合同义务，而是因发生不可抗力导致不能履行，其合同债务应被免除，其享有的合同权利也应归于消灭。此时，一方应不再负有合同义务，因此也无权要求对方履行；如果对方已经作出履行的，则应将其所得返还给对方。在单务合同中，如果一方因不可抗力而导致不能履行义务，不会发生双务合同中的风险负担问题。两者因一方的过错导致合同不能履行的后果不同。在双务合同中，如果非违约方已履行合同的，可以要求违约方履行合同或承担其他违约责任；如果违约方要求解除合同，则对其已经履行的部分有权要求未履行给付义务的一方返还其已取得的财产。在单务合同中，一般不存在上述情况。区分有偿合同与无偿合同的意义 限制民事行为能力人订立有偿合同时，须经法定代理人同意或追认方才有效；而对于纯获利益的赠与等无偿合同，则可单独自行订立。决定当事人在履行合同中的不同注意程度，有偿合同的注意义务要明显高于无偿合同。例如：在保管合同中，对保管物的灭失，有偿保管的保管人负

过失赔偿责任，无偿保管的保管人则负故意和重大过失责任，即一般过失不负赔偿责任。 债权人撤销权的行使，须债务人与第三人的合同以无偿转让为条件，债权人不得撤销非恶意的有偿对价行为；若被撤销的是有偿合同，须受让人知道对债权人造成损害为要件；无偿合同则无此要求。 有偿合同一般有同时履行抗辩权问题，无偿合同一般则无此问题。

区分要式合同与不要式合同的意义 要式合同如果不具备要求的书面形式或者没有履行要求的法定程序的，可能会导致合同的无效；而不要式合同则没有这一要求。 区分有名合同与无名合同的意义 两者适用的法律规则不同。有名合同直接适用合同法的规定，如不愿适用，也可在不违反强制性规范的条件下，特别约定排除有名合同的有关条款；无名合同，应首先考虑适用合同法的一般规则。 无名合同，只要不违反社会公德、社会公共利益和法律的禁止性规定，当事人可以自由创设，法律承认其效力。在无名合同因当事人意思不完备而出现纠纷时，应参照最相类似的有名合同的条款，结合合同的目的及当事人的意思等进行处理。例如：旅行合同，其中包含了运输合同、服务合同、房屋租赁合同等多项有名合同的内容，因此可以类推适用这些有名合同的规则。

区分诺成合同与实践合同的意义 诺成合同与实践合同的区别，并不在于一方是否应交付标的物。就大量的诺成合同来说，一方当事人根据合同约定也负有交付标的物的义务。实际上，两者的主要区别在于成立的时间不同。诺成合同自双方当事人意思表示一致（即达成合意）时起即告成立；而实践合同则在当事人达成合意，还必须由当事人交付标的物以后，合同才能成立。诺成合同与实践合同的确定，通常

应根据法律的规定及交易而定。例如：根据传统民法，买卖、租赁、雇佣、承揽、委托等属于诺成合同，而自然人借贷、保管、运送等都属于实践合同。但此种分类并非绝对的不变。区分主合同与从合同的意义主、从合同是相对而言的，没有主合同就没有从合同；没有从合同，也就无所谓主合同。尽管主合同的存在并生效将直接影响到从合同的成立及效力，但因为主合同并不依附于从合同，相反它是可以独立存在的，因此从合同不成立或失效，一般并不影响到主合同的效力。在一般情况下，如果主合同发生变更或解除，从合同也随之变更或解除。《合同法》第12条规定：“合同的内容由当事人约定，一般包括以下条款：（一）当事人的名称或姓名和住址；（二）标的；（三）数量；（四）质量；（五）价款或者报酬；（六）履行期限、地点和方式；（七）违约责任；（八）解决争议的方法。”该条使用了“一般包括”而未使用“必须包括”的用语，表明上述条款并不是每一个合同所必须包括的条款。事实上，上述某些条款不是为所有的合同所必须包括的。各种合同因性质不同，其所应具备的主要条款也是不一样的。为了准确认定合同的主要条款，需要法院在实践中根据特定合同的性质具体认定。例如：价款是买卖合同的必要条款，但对无偿合同来说并不需要此类条款。从实践看来，合同规定的某些条款不明确或缺某些条款，但这并不一定导致合同的不成立。只要当事人就合同的主要条款达成合意，合同就可以成立。例如：在一般的国内货物买卖中，只要当事人就标的和价金达成合意就可以使合同成立。即使合同缺乏对履行期限、地点等条款的规定，也可以根据《民法通则》第88条、《合同法》第61条、

第62条的规定加以解释或填补。商业广告原则上是要约邀请，特殊情形下如果符合要约规定的，可视为要约。判断一商业广告是否为要约，关键看其是否符合了《合同法》第14条规定的要约的条件。要约原则上应向特定人发出，并不是说法律要严格禁止要约向不特定人发出。法律在某些特定情况下允许向不特定的人发出要约的提议具有要约的效力。例如：对悬赏广告可明确规定为要约。要约人愿意向不特定人发出要约，并自愿承担由此产生的后果，在法律上也是允许的。要约人可以从选择订约伙伴、广泛参与市场竞争的需要出发，而向不特定人发出要约。例如：向多数人散发其已经起草好的标准合同，或向多人提出出售某件物品的要约。向不特定人发出要约，必须具备以下两个要件：必须明确表示其作出的建议是一项要约而不是要约邀请。这里所说的“明确表示”可以用各种方式表示。例如：在广告中注明“本广告构成要约”，或者注明“本广告所列的各种商品将售予最先支付现金或最先开来信用证的人”等。必须明确承担向多人发出要约的责任，尤其是要约人向不特定人发出要约后，应当具有在合同成立以后，向不特定的受要约人履行合同的能力。撤销与撤回的目的都在于使要约作废，或取消要约，并且都只能在承诺作出之前实施。但两者存在一定的区别，即：撤回发生在要约尚未到达受要约人，并生效之前；撤销则发生在要约已经到达并生效，但受要约人尚未发出承诺的之前。由于撤销要约时要约已经生效，因此对要约的撤销必须有严格的限定；而对要约的撤回并没有这些限制。根据《合同法》第19条的规定：对于要约人确定有承诺期限或者以其他形式明示要约不可撤销，或者受要约人

有理由认为要约是不可撤销的，并已经为履行合同作了准备工作的，要约为不可撤销要约，要约人不得撤销要约。如果要约人在收到要约以后，基于对要约的信赖，已为准备承诺支付了一定的费用，在要约撤销以后，有权要求要约人给予适当补偿。

《合同法》第28条、第29条区分了两种情形下承诺迟到的效力：因承诺人自身原因致使承诺迟到的（一般是指在合理期限内未发出，即迟发的承诺），原则上承诺无效，为新要约。其例外情形是：如果要约人及时通知受要约人该承诺有效的，该承诺有效。不是由于承诺人自身原因致使承诺迟到的（即迟到的承诺），如邮局传递迟延，原则上承诺有效。其例外情形是：如果要约人及时通知受要约人因承诺超过期限不接受该承诺的，承诺无效。

《合同法》第52条规定了合同无效的情形，与《民法通则》的有关规定比较，其进行了大幅度的修改，缩小了无效合同的范围，具体体现在以下几个方面：区分了欺诈、胁迫的两种情形，将一般的欺诈、胁迫合同规定为可变更、可撤销合同，仅将损害国家利益的欺诈、胁迫合同规定为无效合同。将乘人之危合同规定为可变更、可撤销的合同，不再作为无效合同处理。将限制行为能力人依法不能独立实施的合同规定为效力未定合同，不再作为无效合同处理。剔除了国家指令性计划的内容。

《合同法》第52条对《民法通则》第58条的修正并不导致《民法通则》第58条相应规定被废除。对于合同无效的认定，当《合同法》第52条与《民法通则》第58条有冲突时，则应适用前者。但是，民事法律行为除了合同之外，还有遗嘱、婚姻等行为，《民法通则》第58条关于民事行为无效的规定仍适用于合同之外的其他民事行为。以

行为作出承诺，绝不同于单纯的缄默或不行动。缄默或不行动都是指受要约人没有作任何意思表示，也无从确定其具有承诺的意思，因此不属于承诺。例如：甲问乙、丙是否愿意购买一筐苹果，价值60元，乙沉默不语，未作任何表示，而丙则点头表示同意。乙的行为属于缄默或不行动，不属于承诺；丙的行为则属于以行为作出的承诺。推定，在《民通意见》第66条中又称为作为的默示，《合同法》第35条、第37条也规定了这种形式。沉默，沉默在《民通意见》第66条中又称为不作为的默示。在一般情况下，当事人保持沉默无任何法律意义，只有在法律有规定或当事人双方有约定的情况下，才可以赋予当事人的不作为以一定的表示意思，产生相应的法律效果，这种效果多是消极的。例如：《合同法》第47条、第48条规定，第三人催告限制行为能力的法定代理人或无权代理中的被代理人追认的，法定代理人或被代理人未作表示的视为拒绝。又如：《继承法》第25条第2款规定，受遗赠人在知道受赠后两个月内未作表示接受或放弃受遗赠的，视为放弃。但沉默有时也会发生积极的法律效果。例如：《民法通则》第66条第1款规定，本人知道他人以本人名义实施民事行为而不作表示的，视为同意。又如：《继承法》第25条第1款规定，继承开始后，继承人未就接受或放弃继承作出表示的，视为接受继承。再如：《合同法》第171条规定，试用期满买受人未作表示的，视为购买。当事人可以事先约定一方沉默行为的法律意义。但是，如果当事人没有事先约定，又不存在大家公认的交易习惯时，任何一方不得单独科以另一方沉默所表示的法律意义。例如：甲公司向乙公司发出的要约中载明：“如果在30日内不作出承诺

表示，也不作出拒绝表示的，视为接受要约。”如果甲、乙双方在此之前从未有过如此约定，也不存在此类交易习惯，则甲的单方约定对乙没有拘束力。《合同法》第236条中依“承租人继续使用租赁物，出租人没有提出异议的”，而认定“原租赁合同继续有效”，是合同成立形式中典型推定形式。如果法律明确规定或双方当事人约定采用书面形式订立合同，后来双方当事人又未采用书面形式的，合同并不成立。但这个原则有例外。根据《合同法》第36条的规定，法律、行政法规规定或者当事人约定采用书面形式订立合同，当事人未采用书面形式但一方已经履行主要义务，对方接受的，该合同成立。根据《合同法》第37条的规定，采用合同书形式订立合同，在签字或者盖章之前，当事人一方已经履行主要义务，对方接受的，该合同成立。因此，合同的其他形式是合同书面形式的有效补充。《合同法》第36条、第37条的适用，强调一方已经履行了合同的“主要义务”。而如果一方只履行了一小部分义务，则不能适用《合同法》第36条、37条的规定。基于情事变更原则变更合同，或变更意思表示不真实的合同，均须经法院裁决的方式。当事人协议变更合同，有时需要采用书面形式，有时则无此要求。债务人违约而变更合同一般不强求特定方式。法律、行政法规规定变更合同应当办理批准、登记等手续的，依照其规定。违约责任的归责原则概括为严格责任；而缔约过失责任在主观上必须有过失。违约责任形式不包括赔礼道歉、精神损害赔偿等责任形式。强制履行、采取其他补救措施、定金这三种违约责任的运用是不以实际损害发生为要件的，但损害赔偿金则以实际损害发生为适用要件。定金在现实生活中存

在的预付款是不同的。所谓预付款，是当事人预先付给对方一定数额的价款。实质上是一种在合同履行期限还没到来而提前支付的价款，是对合同义务的预先履行，它本身就是价款或者价款的一部分，不是对合同履行的担保，在对方不履行合同义务时，也不适用双倍返还的定金罚则。 《合同法》第163条规定了标的物的孳息。孳息的归属权采交付主义，这与《合同法》第142条风险负担的交付主义是相对应的。在附所有权保留特约的买卖合同中，出卖人将标的物交付给买受人后仍拥有所有权，买受人在交清最后的一笔货款后始得到标的物的所有权。则在标的物交付后至交清最后一笔款前的这一段期间内，标的物所产生的孳息应归买受人所有，而不是归出卖人（即所有权人）所有。 在试用买卖合同中，出卖人将标的物交与买受人试用的行为不是交付行为。在试用期间，标的物的风险仍应由其所有权人即出卖人负担，而非由买受人负担。试用期满买受人表示购买时，合同成立并生效，适用《合同法》第140条规定的简易交付，合同生效时视为标的物交付。 如果合同当事人约定或者法律规定标的物的所有权不是从交付时转移，例如：买卖合同的双方当事人采所有权保留作为合同履行的担保，或者法律明文规定需要经过登记或办理相关手续才发生标的物所有权移转的情形（如房屋买卖合同），若当事人未明确标的物风险转移时间的，其风险的负担仍应采交付主义，即风险随着交付走。标的物毁损、灭失的风险由买受人承担的，不影响因出卖人履行债务不符合约定，买受人要求其承担违约责任的权利。风险责任的承担与是否已付款并没有直接的关系。《合同法》第135条规定：“出卖人应当履行向买受人交付标的物或者

交付提取标的物的单证，并转移标的物的所有权的义务。”因在提单买卖中，如果标的物未交付，但依照合同的约定交付了提取标的物的单证，应当认为已适当履行了自己的义务。“提取标的物的单证”应作广义理解，它一般包括股单、仓单、提单、标的物所有权证书等。“有关单证和资料”主要包括原产地证、发票、商检单等单证，虽《合同法》第136条规定：“出卖人应当按照约定或者交易习惯向买受人交付提取标的物单证以外的有关单证和资料。”但未交付这些单证和资料并不影响标的物交付义务的适当履行。

赠与合同的法定解除和赠与合同的法定撤销有所不同，区别在于：赠与合同的法定撤销有溯及效力，即使赠与人已移转赠与标的物的权利，也可请求受赠人返还；赠与合同的法定解除则不具有溯及效力，解除只向后（应赠财产）发生效力。赠与合同的法定撤销，目的主要是对受赠人的忘恩行为或不履行义务的一种惩罚，而赠与合同的法定解除，目的在于照顾确实已处于困窘中的赠与人，平衡双方利益。《合同法》第211条第2款关于自然人之间借款合同的利息最高限额，根据最高人民法院的有关司法解释，应以同期中国人民银行公布的贷款利息的4倍为限。我国法律禁止非金融机构的企业法人之间的非法资金拆借行为。（非金融机构的法人、非法人组织之间的借款合同由于事关国家金融秩序，司法机关皆认为其为无效合同。）《合同法》第224条并未禁止在有效的转租关系中，承租人可以从中间赚取差价而牟利。

关于房屋租赁的几个问题 承租人在租赁期间死亡的，与其生前共同居住的人可以按照原租赁合同继续租赁该房屋。买卖不破租赁指租赁房屋被买卖的场合，承租人对于该房的使用权，

不因买卖而受影响。《民通意见》第119条第2款规定：“私有房屋在租赁期内，因买卖、赠与或者继承发生房屋产权转移的，原租赁合同对承租人和新房主继续有效”。承租人的优先购买权《民通意见》第118条规定：“出租人出卖出租房屋，应提前3个月通知承租人，承租人在同等条件下，享有优先购买权；出租人未按此规定出卖房屋的，承租人可以请求人民法院宣告该房屋买卖无效。”私房租赁的特殊问题依《城镇私有房屋管理条例》第22条规定：“机关、团体、部队、企业、事业单位不得租用或变相租用城市私有房屋。如因特殊需要必须租用，须经县以上人民政府批准。”该法第21条规定：承租人有下列行为之一的，出租人有权解除租赁合同：出租人擅自将承租的房屋转租、转让或者转借的；承租人利用房屋进行非法活动，损害公共利益的；承租人累计6个月不交租金的。《合同法》规定，在承揽合同签订后，定作物和原材料因不可归责于双方当事人的意外事件发生毁损、灭失的风险，按下列规则承担。因意外事故致使承揽人不能交付工作成果的，承揽人无权收取酬金。因承揽人自身过错不能交付工作成果的，承揽人也无权取得酬金。因意外事故或自身过错，造成人身伤亡时，承揽人无权要求定作人承担损失。因意外事故致使承揽人提供的原材料、半成品毁损灭失的，承揽人独自承担损失，无权要求定作人承担责任。但原材料由定作人提供或付款购买的，意外风险损失由定作人承担。因定作人迟延接受而未能交付定作物的，定作物意外灭失的风险由定作人承担。客运合同中，承运人对旅客伤亡承担无过错责任，但有两个免责情形：旅客自身健康原因；旅客故意、重大过失，但须由

承运人承担证明责任。（承运人证明伤亡是由于一般过失及不可抗力造成的，并不免责。）（承运人对旅客自带物品的损失承担过错责任。）承运人对运输过程中货物的毁损、灭失承担损害赔偿责任，但承运人证明货物的毁损、灭失是因为不可抗力、货物自身的自然性质或者合理损耗以及托运人、收货人的过错造成的，承担损害赔偿责任。 《合同法》第313条规定了单式联运合同，是指当事人约定当事人两个以上的承运人以同一种运输方式将货物运送到约定地点，托运人支付运费的货物运输合同。《合同法》第317条规定了多式联运合同，是指多式联运经营人与托运人订立的，约定以两种或两种以上的不同运输方式，采用同一运输凭证将货物运输至约定地点的货物运输合同。如果其中的一种运输方式为海上运输，则该合同即属于《海商法》所调整的多式联运合同。《合同法》第318条规定了多式联运经营人与实际承运人的责任分担。多式联运经营人与单式联运订立合同的承运人在责任承担上既有共性，又有区别。 单式联运承运人的责任规则： 与托运人订立合同的承运人对全程运输承担责任； 损失发生在某一运输区段的，与托运人订立合同的承运人与该区段的承运人承担连带责任。 多式联运合同承运人的责任规则： 多式联运经营人对全程运输承担责任； 在各实际承运人负责运输的区段内发生的损失，由经营人负责赔偿；经营人与各区段承运人就运输责任的内部约定不得对抗托运人，不影响经营人对全程运输的责任。 饭店、旅馆的住宿客人将携带的行李等物品存于饭店、旅馆的合同不是无偿合同，因为虽然保管本身不收费，但是住宿合同是有偿的，该有偿服务包括了寄存服务。 间接委托中的委托人介

入权。 自动介入权。即在第三人与受托人缔约时知道受委托人是为了委托人处理事务的，该合同亦对委托人有约束力。委托人可以介入委托事务，直接对第三人行使受托人的权利。包括请求权、抗辩权等，同时负担受托人对第三人应负义务。 被动介入权。即在受托人因委托人的原因不能履行对第三人的义务，而向第三人披露委托人时，第三人因行使选择权，选定委托人为义务人时，委托人成为债务人，委托人既负受托人应履行的债务，同时也得对第三人行使受托人对第三人的抗辩权和自己对受托人的抗辩权。《合同法》第403条第1款的但书部分“但第三人与受托人订立合同时如果知道该委托人就不会订立合同的除外。”出现这种情况，委托人不享有“介入权”。 居间合同与委托合同、行纪合同都是一方受他方委托为他方办理一定事务的合同，都属于提供服务的合同。但它们之间有着显著的区别，这些区别主要表现在以下几个方面： 居间人对委托人与第三人之间的合同没有介入权，只负责向委托人报告缔约的机会或为委托人与第三人缔约居中斡旋，传达双方意思，起牵线搭桥的作用，不参与委托人与第三人订约的具体商洽活动；而在委托合同中，受托人以委托人的名义或自己的名义活动，代委托人与第三人订立合同，参与并可决定委托人与第三人之间的关系内容；在行纪合同，行纪人以自己的名义为委托人与第三人完成交易事务，与第三人发生直接的权利义务关系。 居间合同为有偿合同，但居间人只有在有居间结果时才得请求报酬，并且在为订约媒介居间时，可从委托人和其相对人双方取得报酬；而委托合同原则上是无偿合同；行纪合同虽为有偿合同，行纪人却仅从委托人一方取得报酬。 居间人

没有将处理事务的后果移交给委托人的义务；而在委托合同和行纪合同中都有委托人取得事务处理结果的问题。居间合同是双务、有偿、诺成、不要式合同。居间合同只要委托人与居间人双方意思表示一致，合同即告成立，居间合同的成立不需要采用特定的形式、口头、书面形式均可。下列事项不能成为无因管理的对象：违法事项。不能发生债的关系的事项，如纯粹宗教的、道德的和属公益性质的事项。依照法律规定必须经本人授权才能办理的事项。必须由本人亲自办理的事项，例如：结婚登记。不作为事项等。管理的事务，还须合乎法律和社会公共利益，如代为清偿赌债，就不能构成无因管理。管理的事务须是他人的事务，如误将自己的事务当做他人的事务管理，不成立无因管理。至于事务是否属于他人，一般认为存在两种情形：客观的为他人事务，即依事务的客观内容可判定为他人事务，例如：收留迷路的儿童。主观的为他人事务。在这种情形下，事务在外部上属于中性，既可能是自己的事务，也可能是他人事务，例如：购买物品，难以从客观内容上判定事务是否为他人。这时，只能依据主观标准，即管理人在主观上是否使之成为他人事物。例如：管理人购买物品，如果主观上是为自己购买，则不构成无因管理；如果主观上是为他人购买，则该事务属于他人事务，当然，管理人的主观意思仍须管理人加以证明。在他人事务这一点上，并不要求纯粹的为他人事务，例如：修缮他人和自己共同使用的院墙；而且，也可以就属于他人事务的部分成立无因管理。受益人是否真正受益并不是无因管理之债成立的要件，只要管理人为避免他人利益受损失进行管理或者服务的并由此而支付必要费用或受

到实际损失的，即可成立无因管理之债。 《著作权法》第2条规定了著作权法的适用范围，采取了国际通行的做法，即实行国籍原则、互惠原则和地域原则来确定著作权法的适用范围。 本条第1款体现了国籍原则，即具有中国国籍的公民和在中国境内依法成立的法人或其他组织只要创作了作品，不论是否发表，从作品完成之日起，就可依照著作权法享有著作权。 本条第2款体现了互惠原则。适用本款必须满足三个条件： 外国人的所属国或者经常居住地国、无国籍人的经常居住地国同中国签订了有关著作权的协议或者共同参加了的有关著作权的国际条约。 该协议或者国际条约承认该外国人或者无国籍人的作品享有著作权。 该协议或者国际条约要求协议国或者参加国相互保护其承认的著作权。满足上述三个条件的外国人或者无国籍人的作品，才受我国著作权法的保护。此处的“受本法保护”，是指我国著作权法按照该协议或者国际条约所确定的标准去保护，与本条第1款中的“依照本法享有著作权”不同。 本条第3款体现了地域原则，即外国人、无国籍人的作品首先在中国境内出版的，依照著作权法享有著作权。其中“首先在中国境内出版”是指该外国人或者无国籍人的作品的复制、发行第一次发生在中国境内。 根据本条第4款的规定，未与中国签订协议或者共同参加国际条约的国家的作者以及无国籍人的作品首次在中国参加的国际条约的成员国出版的，或者在成员国和非成员国同时出版的，受本法保护。但须具备以下两个条件： 该作者是无国籍人、外国人。该外国人的所属国未同我国签订有关著作权的双边协议，也未同我国共同加入有关著作权的某个国际公约。 该作者的作品首次在中国参加的国际条约

的成员国出版，或首次在成员国与非成员国同时出版。 《著作权法》第6条规定了民间文学艺术作品的著作权受著作权法保护，保护办法由国务院另行规定。民间文学艺术作品与经过整理者提炼、加工的民间文学艺术作品是不同的。前者的著作权主体是创作民间文学艺术作品的某个民族或某个地区的社会群众，不是特定的个人或几个人；后者的著作权主体是民间文学艺术作品的整理者，即著作权归整理者所有，其作品列入《著作权法》第3条规定的文字、口述、音乐、戏剧、舞蹈等作品中。但整理者在将整理本发表时，应当注明主要素材提供者，并依素材提供者的贡献大小向其支付适当报酬。对同一民间文学艺术作品，某人进行整理后，他人仍可进行整理，后者的整理只要不是剽窃、抄袭前者的整理本，同样享有著作权。概括作品的具体形式不同，作品可以分为：文字作品；口述作品；音乐、戏剧、曲艺、舞蹈、杂技艺术作品；美术、建筑作品；摄影作品；电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品；工程设计图、产品设计图、地图、示意图等图形作品和模型作品；计算机软件；法律、行政法规规定的其他作品。根据其他的分类标准，作品又可划分为：文学作品、艺术作品与科学作品；原作品与演绎作品、汇编作品；个人作品与合作作品、委托作品；职务作品与非职务作品等。著作权属于作者，是著作权归属的一般原则。这里的作者既包括自然人，也包括法人和其他组织。著作权人和作者是两个概念，除作者以外，其他自然人、法人或社会组织以及国家在一定情况下依法也可以成为著作权的主体。另外，外国人也可依法在我国享有著作权。法人或其他组织视为作者的情况。根

据《著作权法》第11第3款的规定：“由法人或者其他组织主持，代表法人或者其他组织意志创作，并由法人或者其他组织承担责任的作品，法人或者其他组织视为作者。”例如：大百科全书、地图、工程设计、产品设计图纸等作品的著作权一般由法人或其他组织享有。法人或者其他组织拥有职务作品著作权的情况。即在《著作权法》第16条所规定的职务作品的情况下，作者享有署名权，法人和其他社会组织享有著作权。根据《著作权法》第15条的规定，电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品中除去导演、编剧、作词、作曲、摄影等作者享有署名权以外，作品的著作权由制片者享有。根据《著作权法》第17条的规定：受委托创作的作品，著作权的归属由委托人和受托人通过合同约定；合同未作明确约定或者没有订立合同的，著作权属于受托人，对于此种情形，根据2002年10月15日起施行的《关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第12条的规定，委托人在约定的使用范围内享有使用作品的权利；双方没有约定使用作品范围的，委托人可以在委托创作的特定目的范围内免费使用该作品。《著作权法》第19条规定，公民的著作权在权利人去世以后，其继承人可以继承该著作财产权，成为著作权人。继受取得的著作财产权限于著作财产权，属于作者个人特有的人身权利，一般情况不发生转移。除此之外，通过转让部分或全部著作财产权，受让人也可以成为著作权人。国家作为公法人在特殊情况下也可以成为著作权的主体。例如：接受赠与或遗赠。由于著作权这一民事权利是基于创作出文学、艺术作品这一事实而依法产生的，因此未成年人的作者也可以成为著作权人。其著作权的行使，

通常由其父母、监护人、收养人或其他代理人来完成。发表权属于人身权，但和财产权享有同样的保护期限，原因是此项权利与财产权密切相关。著作财产权只有在作品发表后才能实现。因发表权一经行使便不复存在，故上述规定中保护期为50年的发表权是指作者生前未发表过的作品，如果作者未明确表示不发表，作者死亡后50年内，由继承人或者受遗赠人决定作品何时、何地以何种方式公之于众的权利。

翻译的合理使用权仅限于原作品为中国人所著的汉语言作品翻译成少数民族语言作品，且在国内出版；对于少数民族语言作品的翻译须经过作者的同意。出版者对其出版的图书、期刊的版式设计享有版式设计权。版式设计权与专有出版权的区别主要在于：版式设计权的有效期是10年；专有出版权的有效期取决于当事人的约定。版式设计权的主体包括图书、报刊出版者；专有出版权的法定主体只限于图书出版者。

播放者，是指广播电视台和电视台。播放者权利的客体为广播电视节目。广播电视节目是综合了作品、表演、录音录像制品以及各种材料和技术手段而产生的合成品。播放者对著作权人应承担的义务有：广播电台、电视台播放他人未发表的作品，应当取得著作权人许可，并支付报酬。广播电台、电视台播放他人已发表的作品，可以不经著作权人许可，但应当支付报酬。广播电台、电视台播放已经出版的录音制品，可以不经著作权人许可，但应当支付报酬。当事人另有约定的除外。具体办法由国务院规定。电视台播放他人的电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品、录像制品，应当取得制片者或者录像制作者许可，并支付报酬；播放他人的录像制品，还应当取得著作权人许可，并支

付报酬。第二次修订后的专利法对“主要是利用本单位的物质技术条件所完成的发明创造”并未一律认定为职务发明，而是允许单位与发明人订立合同，约定技术成果的权利归属。根据《专利法》第6条第3款的规定：“利用本单位的物质技术条件所完成的发明创造，单位与发明人或者设计人订有合同，对申请专利的权利和专利权的归属作出约定的，从其约定。”也就是说，如果单位和发明人没有对权属问题作出约定或约定不明的，在“主要是利用本单位的物质技术条件所完成的发明创造”的情形下完成的发明创造仍应视为职务发明创造。将后续申请的申请日提前到首次申请的申请日的权利就是优先权。在要求优先权时，首次申请日被称作优先权日。申请人要求优先权的，应当在申请的时候提出书面声明并且在3个月内提交第一次提出的专利申请文件的副本；未提出书面声明或者逾期未提交专利申请文件副本的，视为未要求优先权。优先权可分为国际优先权和国内优先权。

国际优先权，是指申请人自发明或者实用新型在外国第一次提出专利申请之日起12个月内，或者自外观设计在外国第一次提出专利申请之日起6个月内，又在中国就相同主题提出专利申请时享有的优先权。国内优先权，是指申请人自发明或者实用新型在中国第一次提出专利申请之日起12个月内，又向国务院专利行政部门就相同主题提出专利申请享有的优先权。国际优先权和国内优先权的区别在于：国际优先权是跨国的，是不同的国家给予申请人的优惠；国内优先权是一国之内的，是同一个国家给予申请人的优惠。国内优先权仅适用于发明和实用新型，不适用于外观设计。要求国内优先权的，在后申请提出时，在先申请即被视为撤回。

根据《专利法》第63条第2款的规定，为生产经营目的使用或者销售不知道是未经专利权人许可而制造并售出的专利产品或者依照专利方法直接获得的产品，只有在能证明其产品合法来源的情形下，可不承担赔偿责任，但仍为侵权行为。

不予注册且不能作为一般商标使用的标志,由《商标法》第10条、第13条所规定。 不得注册但可作为一般商标使用的标志，由《商标法》第11条、第12条所规定。 根据《商标法》第31条的规定，申请商标注册不得损害他人现有的在先权利，也不得以不正当手段抢先注册他人已经使用并有一定影响的商标。 继父或继母和受其抚养教育的继子女间的权利和义务，适用《婚姻法》对父母子女关系的有关规定。

《婚姻法》以继父母子女间是否形成抚养关系为依据，将继父母子女关系分为两种类型：一种是受继父母抚养教育的继子女间的关系；另一种是未受继父母抚养教育的继子女间的关系。未形成抚养教育关系的继子女与继父母无法定的权利义务；已形成抚养教育关系的继父母子女，双方享有父母子女间的各种权利，承担相应的义务。继父母子女关系可以通过协议或诉讼解除，也可以因为继父母子女一方死亡或因生父母与继父母离婚而自然解除。但是继子女已被继父母抚养成人，已形成的抚养关系不能因生父与继母或生母与继父离婚而终止。生父母死亡时，继父母与继子女形成抚养教育关系的，不能自行解除，继父母不得因未成年继子女的生父母死亡而停止对未成年继子女的抚养教育。 离婚当事人必须具备民事行为能力。无民事行为能力人或限制民事行为能力的人不适用离婚的行政程序，而应依诉讼程序办理。 当事人认为符合离婚登记条件而婚姻登记机关不予登记的，

或者当事人对处罚不服的，可依法申请行政复议；对复议决定不服的，可以依法提起行政诉讼。 婚姻法判断离婚的标准是感情是否确已破裂，而不考虑当事人一方是否有过错。不论是过错方提出离婚还是无过错方提出的离婚诉讼，只要符合该条规定的情形，就说明双方已经达到感情破裂的程度，经调解无效的，一般应准予离婚。离婚时，无过错方可根据《婚姻法》第46条的规定，请求有过错一方给予赔偿。《婚姻法解释（一）》第22条对此作出了规定，人民法院审理离婚案件，符合《婚姻法》第32条第2款规定“应准予离婚”情形的，不应当因当事人有过错而判决不准离婚。 现役军人是指在解放军和武装警察部队服现役，具有军籍的军官和士兵。已经转业、复员的退伍军人、离退休军人及退役的革命伤残军人和在部队没有军籍从事后勤管理、生产、经营的人员，都不属现役军人，他们的婚姻不受特殊保护。 “军人一方有重大过错”，是指军人一方具有下列情形之一：重婚或有配偶者与他人同居的； 实施家庭暴力或虐待、遗弃家庭成员的； 有赌博、吸毒等恶习屡教不改的。 继承权放弃与继承权丧失的区别主要在于以下几个方面： 继承权的放弃是继承人自愿地放弃自己已经取得的继承权；而继承权的丧失是由于某种违法犯罪行为或不道德行为，依法自动丧失继承权或经人民法院判决或经被继承人剥夺而丧失继承权。 继承权的放弃是继承人从继承开始之日到遗产处理前所作出的放弃继承的意思表示；而继承权的丧失既可以发生在继承开始以后，遗产处理以前，也可以发生在遗产处理以后或继承开始以前。 继承权的放弃是继承人的一种权利，它不受任何条件的限制，而继承权的丧失是对继承人的违

法犯罪行为或不道德行为的一种惩罚，只有符合法定条件才导致继承权的丧失。 收养关系可以解除。解除收养关系后，养子女与养父母的权利义务关系也同时终止，对养父母的遗产不再享有继承权。未成年养子女与生父母及其他近亲属间的权利义务关系自行恢复，成年子女与生父母及其他近亲属间的权利义务关系是否恢复，可以协商确定。如自动恢复或协商恢复了权利义务关系的，对亲生父母的遗产有继承权。法定继承主要适用于以下几种情形： 被继承人生前未立遗嘱，也没有立遗赠扶养协议的； 被继承人虽立有遗嘱，但遗嘱继承人放弃继承或者受遗赠人放弃受遗赠的； 被继承人虽立有遗嘱，但遗嘱继承人丧失继承权的； 被继承人虽立有遗嘱，但遗嘱继承人、受遗赠人先于遗嘱人死亡的； 被继承人虽立有遗嘱，但遗嘱无效或者部分无效，无效部分所涉及的遗产； 遗嘱未处分的遗产。 法定继承人的范围： 配偶，这种继承权基于合法有效婚姻而产生； 子女，子女包括婚生子女、非婚生子女、养子女以及有抚养关系的继子女； 父母，父母包括生父母、养父母、有抚养关系的继父母； 兄弟姐妹，包括同父同母的兄弟姐妹、同父异母或同母异父的兄弟姐妹、养兄弟姐妹、有抚养关系的继兄弟姐妹； 祖父母、外祖父母； 丧偶儿媳、女婿，丧偶儿媳对公婆、丧偶女婿对岳父母尽了主要赡养义务的，作为第一顺序法定继承人； 胎儿，我国继承法规定：“遗产分割时，应当保留胎儿的继承份额”，但是胎儿出生后死亡的，保留的份额应当按法定继承处理。 酌情分配遗产的权利主体是继承的继承人以外的不得参加继承的人，既可以是非法定继承人，也可以是不能参加继承的法定继承人。例如：在

由第一顺序继承人继承遗产时，第二顺序的法定继承人不能参加继承，如果其具备法定的条件，也可以分得适当的遗产。（但不属于继承）有权酌情分配遗产的人主要是以下几种：

继承人以外的依靠被继承人扶养的缺乏劳动能力又无生活来源的人。继承人以外的对被继承人扶养较多的人。对被继承人的扶养，包括经济上的扶助、劳务上的扶助，也包括精神上的慰藉。

遗赠与遗嘱继承的区别遗赠与遗嘱继承都是遗嘱人以遗嘱方式处分其遗产的行为，都可以附有义务，都是遗产所有权转移的方式，都是在遗嘱人死亡时开始生效。两者的区别主要在于以下几方面。

接受权利的主体范围不同。受遗赠人可以是法定继承人以外的任何自然人，也可以是国家和集体组织，而遗嘱继承人只能是法定继承人范围之内的人。

主体所承担的义务不同。受遗赠人接受遗赠时只承受遗产中的权利，一般不承受遗赠人的债务。如果遗赠人设立遗赠，而他生前又有债务时，则受遗赠人必须在遗赠人的债务清偿后，才能接受遗赠的财产，如果遗产不足以清偿债务时，受遗赠人无权接受遗赠，但受遗赠人不负清偿债务责任；而遗嘱继承人有权继承遗产，同时负有清偿被继承人债务的义务。

取得遗产的方式不同。受遗赠人一般不直接参与遗产的分配，而是从遗嘱执行人或继承人那里取得遗产；而遗嘱继承人可以直接参与遗产的分配而取得遗产。

作出接受遗产表示的要示不同。受遗赠人应当在知道受遗赠后两个月内作出接受的表示，到期没有表示接受的，视为放弃遗产；而遗嘱继承人必须在遗产处理前作出放弃继承的表示，不表示放弃的，视为接受。

在宣告死亡的情形下，《继承意见》与《民通意见》的规定不一致，根据《继承意见》

第1条的规定，失踪人被宣告死亡，以法院判决中确定的失踪人的死亡日期为继承开始时间，即人民法院宣告死亡判决中确定的失踪人死亡的时间就是失踪人的死亡时间；而根据《民通意见》第36条的规定，被宣告死亡的人，判决宣告之日内为其死亡的日期。正确的确定应依照《民通意见》第200条的规定，应当以时间在后《民通意见》第36条的规定来确定宣告死亡的时间，即应以判决宣告之日为失踪人宣告死亡的时间。清偿被继承人债务优先于执行遗赠的原则，应只适用于遗嘱中的遗赠，而不适用于遗赠扶养协议中的“遗赠”。因为，遗赠扶养协议中的接受“遗赠”是有偿取得，扶养人须履行特定的义务，不同于一般的赠与。同时，遗赠扶养协议不同于遗嘱，它在受扶养人生前就发生了法律效力。协议中作为报偿“遗赠”给扶养人的财产，是受扶养人生前已作特殊处分的财产，故只要不存在可以解除除扶养协议的条件。在受扶养人死后就不能用这部分财产去清偿受扶养人的其他债务，而应移交给遗赠扶养人所有。自然人的的人格权与法人的人格权相比，有如下特点：法人作为一种社会组织，不具有与生命密切相关的人格权，如生命权、健康权、肖像权、婚姻自主权等。法人人身权与财产权有密切联系，企业法人的人身权具有无形财产的性质，企业名称权既是人格权又是财产权。法人的某些人身权可以依法转让。例如：《民法通则》规定企业法人的名称权可以依法转让。由于法人的组织特性和精神损害的心理性特点，对企业法人人格权的侵害往往只给法人造成财产上的损害，不会产生精神损害。法律在制定自然人的的人身权和法人的人身权方面的立法主义是不同的。对于自然人的的人身权，不能采取法定主

义，根据民主与宪政的理念，凡是法律未限制者都是人民的权利。法律列举了部分人格权类型，又通过一般人格权的规定弥补其不足，授权法官在司法实践中自由裁量；对法人的人身权，则只能采法定主义，凡是法律明文规定的权利类型才予保护。实践中，处理类似以公益为目的使用肖像权的案件，要求经过肖像权人同意，未经过同意的，常以是否造成严重不良后果来判断其是否构成侵权。在现实生活中比较常见的侵犯他人名誉权的行为主要有：新闻采访报道中，严重失实造成当事人名誉损害的。文学作品中虚构事实，对他人进行诽谤的。在向司法机关或有关部门检举揭发中捏造事实、陷害他人的。传播谣言对他人进行侮辱的等。过错推定责任不能任意运用，只有在法律进行明确规定的情况下才可适用。例如：三个人一起去打猎，约定三人平行前进，如果看到前面有野兔、野猪或野鸡，就一起开枪，三个不可能互相打到别的人，因为他们是平行前进的。后来，三人看到草丛中有动静，就同时开了枪。随后查看，却发现躺在草丛中的一个小孩被三人中的一个人的子弹打中了。由于这个小孩身上只中了一颗子弹，根据过错责任原则，就需要受伤的人证明是谁的子弹打中的，才能向打中他的人提起诉讼，显然这时要被告来承担举证责任太难，正确的处理办法是按共同危险行为，适用过错推定原则处理本案。过错推定原则仍然是过错责任原则，仅仅是通过举证责任倒置，更好地来保护受害人的利益，即过错推定原则是过错责任原则的特殊情况。高度危险作业致人损害（无过错责任原则）应具备以下三个要件：须被告人从事对周围环境有高度危险的作业；须原告人受有损害；须原告人所受的损

害与被告人所从事的高度危险作业之间有因果关系。 环境污染致人损害(无过错责任原则)的构成要件有： 加害人污染环境； 加害人违反国家保护环境防止污染的规定； 受害人受到损害； 加害人污染环境与受害人所受损害之间有因果关系。依有关特别法的规定，环境污染致人损害的免责事由有： 战争行为； 不可抗力； 第三人的行为（《水污染防治法》第41条）； 受害人的过错（《水污染防治法》第41条）。 地面施工致人损害（过错推定）的构成要件有： 加害人是在公共场所、道旁或者通道上从事挖坑、修缮安装地下设施等作业的施工人； 加害人违反设置明显标志和采取安全措施的注意义务 受害人受有损害； 加害人违反注意义务之不作为与受害人所有损害之间有因果关系。如果加害人能够证明其已妥当地设置了明显标志并采取了安全措施，而且这些标志足以使任何人以通常的注意即可避免损害发生，则其不承担民事责任。 建筑物致人损害（过错推定）的要件有四个； 加害人是造成损害的建筑物的所有人或管理人； 存在建筑物或者其搁置物、悬挂物倒塌、脱落、坠落的事实； 受害人受有损害； 建筑物或其搁置物、悬挂物倒塌、脱落、坠落的事件与受害人所受损害之间有因果关系。其免责事由包括： 不可抗力； 受害人的过错； 第三人的过错。 饲养的动物致人损害（无过错责任原则）的要件有： 须为饲养的动物； 须为动物加害； 须受害人受有损害； 须动物加害与受害人所受损害之间有因果关系。其免责事由包括： 受害人过错； 第三人过错； 其他，如受害人同意。 被监护人致人损害的要件有： 受害人受有损害； 受害人受有的损害是由于被监护人的

违法行为造成； 加害人与被监护人之间存在监护关系。

责任限制 监护人尽了监护责任的,可以适当减轻他的民事责任，但是由单位担任监护人的除外。 有财产和无民事行为能力的、限制民事行为能力人造成他人损害的，从本人的财产中支付赔偿费用。不足部分，由监护人适当赔偿； 夫妻离婚后，未成年子女侵害他人权益的，同孩子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（《民通意见》第158条）； 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； 侵权行为发生时行为人不满18周岁，在诉讼时已满18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18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； 单位担任监护人的，应当对被监护人致人损害承担全部的损害赔偿赔偿责任。

公平责任原则与无过错责任原则的区别 主要在于以下几个方面： 公平原则只有在法律没有规定的时候才适用；无过错责任原则是在法律有特别规定的时候才能够适用，法院在适用无过错原则的时候，必须严格按照法律规定的适用范围和条件。 对于公平责任原则来讲，完全是法官自由裁量权的正确应用；无过错责任原则是强制赔偿制度，而且一般都有最高补偿限额的限制。 公平原则适用的关键在于原告、被告双方的经济条件。对于公平原则来说，原告有补偿的需要，而被告正好有补偿的能

力，是其适用的根本所在；无过错责任原则最终通过社会保险以及各种各样的其他保险来解决赔偿。根据《民法通则》的规定，可能适用公平责任原则的情形主要有： 紧急避险致人损害的； 在为对方利益或共同利益的活动中致人损害等情形。因紧急避险造成他人损失的，如果险情是由自然原因引起，行为人采取的措施又无不当，则行为人不承担民事责任。受害人要求补偿的，可以责令受益人适当补偿。当事人对造成损害均无过错，但一方是在为对方的利益或者共同的利益进行活动的过程中受到损害的，可以责令对方或者受益人给予一定的经济补偿。 无行为能力人的监护人不能直接被列为原告或被告作为诉讼当事人参加诉讼，而应是以诉讼参与人的身份进行诉讼，保护无行为能力诉讼当事人的诉讼权力。 代理所适用的事务的范围除民事法律行为之外，代理扩展到适用于民事法律行为以外的其他行为： 申请行为，如申请专利； 申报行为，如税收申报； 诉讼行为，如代理民事诉讼。 代理适用范围的限制 身份行为不能代理：如婚姻登记、收养子女等； 违法行为禁止代理：犯罪行为、侵权行为。特别说明：本文由“中国律师杂志社司法考试培训班”提供 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com