

## 相关法冲刺200个知识点

### 1、民法的调整对象

民法调整平等主体的自然人、法人和非法人组织之间的人身关系和财产关系。

行政机关与参与行政行为的相对人之间的关系由行政法律规范调整，例如国家知识产权局对专利的受理与授权、税务机关收缴税款、海关检查货物、公安机关行政处罚等都受行政法调整，不属于民法调整范围。

行政机关参与民事活动需要受民法调整，此时行政机关与民事活动另外一方的法律地位平等。

### 2、民法的基本原则

平等原则、自愿原则、公平原则、诚信原则、公序良俗原则、绿色原则。

### 3、民事权利能力

① 自然人的民事权利能力一律平等。

② 自然人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。

### 4、民事行为能力

#### (1) 完全民事行为能力人

成年人为完全民事行为能力人，可以独立实施民事法律行为。

① 成年人是指十八周岁以上的自然人，不满十八周岁的自然人为未成年人。

② 十六周岁以上的未成年人，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

限制民事行为能力人包括：

① 八周岁以上的未成年人；

② 不能完全辨认自己行为的成年人。

#### (3) 无民事行为能力人

无民事行为能力人包括：

① 不满八周岁的未成年人；

② 不能辨认自己行为的成年人；

③ 八周岁以上的未成年人不能辨认自己行为。

#### (4) 无民事行为能力人和限制民事行为能力人民事行为的效力

① 限制民事行为能力人，实施民事法律行为由其法定代理人代理或者经其法定代理人同意、追认，但是可以独立实施纯获利益的民事法律行为或者与其年龄、智力、精神健康状况相适应的民事法律行为。

② 无民事行为能力人，由其法定代理人代理实施民事法律行为。

### 5、监护人

#### (1) 未成年子女的监护人

父母是未成年子女的监护人。

未成年人的父母已经死亡或者没有监护能力的，由下列有监护能力的人按顺序担任监护人：

① 祖父母、外祖父母；

② 兄、姐；

③ 其他愿意担任监护人的个人或者组织，但是须经未成年人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门同意。

#### (2) 无民事行为能力或者限制民事行为能力的成年人的监护人

无民事行为能力或者限制民事行为能力的成年人，由下列有监护能力的人按顺序担任监护人：

① 配偶；

② 父母、子女；

③ 其他近亲属；

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。

④ 其他愿意担任监护人的个人或者组织，但是须经被监护人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门同意。

### (3) 其他监护人

没有依法具有监护资格的人的，监护人由民政部门担任，也可以由具备履行监护职责条件的被监护人住所地的居民委员会、村民委员会担任。

## 6、担任监护人的争议

对监护人的确定有争议的，由被监护人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门指定监护人，有关当事人对指定不服的，可以向人民法院申请指定监护人；有关当事人也可以直接向人民法院申请指定监护人。

监护人被指定后，不得自行变更。擅自变更的，不免除被指定的监护人的责任。

## 7、监护人的职责

代理被监护人实施民事法律行为；

保护被监护人的人身权利、财产权利以及其他合法权益等。

监护人不履行监护职责或者侵害被监护人合法权益的，应当承担法律责任。

监护人除为维护被监护人利益外，不得处分被监护人的财产。

## 8、宣告失踪

### (1) 宣告失踪的条件

- ① 自然人下落不明满二年的，利害关系人可以向人民法院申请宣告该自然人为失踪人。
- ② 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。
- ③ 下落不明的起算时间，从公民音讯消失之日起算。战争期间下落不明的，下落不明的时间自战争结束之日或者有关机关确定的下落不明之日起计算。

### (2) 宣告失踪的后果

- ① 失踪人的财产由其配偶、成年子女、父母或者其他愿意担任财产代管人的人代管。
- ② 失踪人所欠税款、债务和应付的其他费用，由财产代管人从失踪人的财产中支付。

## 9、宣告死亡

### (1) 宣告死亡的条件

自然人有下列情形之一的，利害关系人可以向人民法院申请宣告该自然人死亡：

- ① 下落不明满四年；
- ② 因意外事件，下落不明满二年。

因意外事件下落不明，经有关机关证明该自然人不可能生存的，申请宣告死亡不受二年时间的限制。

### (2) 宣告死亡与宣告失踪之间的关系

对同一自然人，有的利害关系人申请宣告死亡，有的利害关系人申请宣告失踪，符合本法规定的宣告死亡条件的，人民法院应当宣告死亡。

### (3) 死亡日的确定

被宣告死亡的人，人民法院宣告死亡的判决作出之日视为其死亡的日期；因意外事件下落不明宣告死亡的，意外事件发生之日视为其死亡的日期。

### (4) 宣告死亡后果

宣告死亡是在法律上宣告自然人死亡，自然人被宣告死亡后，与其有关的一切法律关系归于消灭，例如婚姻关系解除，财产开始继承等。

### (5) 死亡宣告的撤销

#### ① 撤销程序

被宣告死亡的人重新出现，经本人或利害关系人申请，人民法院应撤销死亡宣告。

#### ② 撤销的后果

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。

#### ③ 宣告死亡期间的行为效力

自然人被宣告死亡但是并未死亡的，不影响该自然人在被宣告死亡期间实施的民事法律行为的效力。

## 10、法人的概念

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。

(1) 法人成立的条件为：

- ① 依法成立；
- ② 有自己的名称、组织机构、住所、财产或者经费。
- ③ 设立法人，法律、行政法规规定须经有关机关批准的，依照其规定。

(2) 法人的能力和责任

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。

(3) 法人的责任能力

法人以其全部财产独立承担民事责任。

(4) 法定代表人

企业法人的法定代表人，以法人名义从事的经营活动，其法律后果由法人承受。

(5) 法人的住所

法人以其主要办事机构所在地为住所。依法需要办理法人登记的，应当将主要办事机构所在地登记为住所。

(6) 法人的分立与合并

法人合并的，其权利和义务由合并后的法人享有和承担。

法人分立的，其权利和义务由分立后的法人享有连带债权，承担连带债务，但是债权人和债务人另有约定的除外。

(7) 法人的终止

有下列原因之一并依法完成清算、注销登记的，法人终止：

- ① 法人解散；
- ② 法人被宣告破产；
- ③ 法律规定的其他原因。

法人终止，法律、行政法规规定须经有关机关批准的，依照其规定。

(8) 清算

法人解散的，除合并或者分立的情形外，清算义务人应当及时组成清算组进行清算。

清算期间法人存续，但是不得从事与清算无关的活动。

## 11、法人分类及非法人组织

(1) 法人分类

营利法人、非营利法人、特别法人。

(2) 非法人组织

非法人组织包括个人独资企业、合伙企业、不具有法人资格的专业服务机构等。

## 12、人身权

① 自然人的人身权包括：

生命权、身体权、健康权、姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权、隐私权、婚姻自主权等权利。

② 法人、非法人组织享有名称权、名誉权、荣誉权等权利。

③ 自然人的个人信息受法律保护。任何组织和个人需要获取他人个人信息的，应当依法取得并确保信息安全，不得非法收集、使用、加工、传输他人个人信息，不得非法买卖、提供或者公开他人个人信息。

④ 自然人因婚姻、家庭关系等产生的人身权利受法律保护。

## 13、财产权

财产所有权是财产所有人依法对自己的财产享有占有、使用、收益、处分的权利。

财产权主要包括物权、知识产权等。物权是权利人依法对特定的物享有直接支配和排他的权利，包括所有权、用益物权和担保物权。

## 14、债权

债发生的根据是指产生债的法律事实。能够产生债的法律事实的有如下几类：

- ① 合同之债

依法成立的合同，对当事人具有法律约束力。

## ② 侵权之债

民事权益受到侵害的，被侵权人有权请求侵权人承担侵权责任

## ③ 不当得利之债

因他人没有法律依据，取得不当利益，受损失的人有权请求其返还不当利益。

## ④ 无因管理之债

没有法定的或者约定的义务，为避免他人利益受损失而进行管理的人，有权请求受益人偿还由此支出的必要费用。

## 15、知识产权

知识产权是权利人依法就下列客体享有的专有的权利：

作品；发明、实用新型、外观设计；商标；地理标志；商业秘密；集成电路布图设计；植物新品种；法律规定的其他客体。

## 16、民事法律行为

### (1) 概念

民事法律行为是民事主体通过意思表示设立、变更、终止民事法律关系的行为。

### (2) 形式

民事法律行为可以采用书面形式、口头形式或者其他形式。

### (3) 生效

民事法律行为自成立时生效，但是法律另有规定或者当事人另有约定的除外。

## 17、民事法律行为有效的条件

具备下列条件的民事法律行为有效：

- ① 行为人具有相应的民事行为能力；
- ② 意思表示真实；
- ③ 不违反法律、行政法规的强制性规定，不违背公序良俗。

## 18、无效的民事法律行为

- ① 无民事行为能力人实施的民事法律行为无效。
- ② 行为人与相对人以虚假的意思表示实施的民事法律行为无效。
- ③ 违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效，但是该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外。
- ④ 违背公序良俗的民事法律行为无效。
- ⑤ 行为人与相对人恶意串通，损害他人合法权益的民事法律行为无效。

## 19、可撤销的民事法律行为

- ① 基于重大误解实施的民事法律行为，行为人有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。
- ② 一方以欺诈手段，使对方在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为，受欺诈方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。
- ③ 第三人实施欺诈行为，使一方在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为，对方知道或者应当知道该欺诈行为的，受欺诈方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。
- ④ 一方或者第三人以胁迫手段，使对方在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为，受胁迫方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。
- ⑤ 一方利用对方处于危困状态、缺乏判断能力等情形，致使民事法律行为成立时显失公平的，受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。

## 20、限制行为能力人效力待定的民事行为

限制民事行为能力人实施的纯获利益的民事法律行为或者与其年龄、智力、精神健康状况相适应的民事法律行为有效；实施的其他民事法律行为经法定代理人同意或者追认后有效。

## 21、无效及被撤销的民事法律行为的效力

- ① 无效的或者被撤销的民事法律行为自始没有法律约束力。
- ② 民事法律行为部分无效，不影响其他部分效力的，其他部分仍然有效。
- ③ 民事法律行为无效、被撤销或者确定不发生效力后，行为人因该行为取得的财产，应当予

以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方由此所受到的损失；各方都有过错的，应当各自承担相应的责任。法律另有规定的，依照其规定。

## 22、附条件、附期限的民事法律行为

### (1) 附条件的民事法律行为

附生效条件的民事法律行为，自条件成就时生效。附解除条件的民事法律行为，自条件成就时失效。

### (2) 附期限的民事法律行为

附生效期限的民事法律行为，自期限届至时生效。附终止期限的民事法律行为，自期限届满时失效。

## 23、代理

### (1) 概念

代理指代理人在代理权限范围内，以被代理人的名义进行民事法律行为，被代理人对代理人的代理行为，承担民事责任。

### (2) 代理的范围

依照法律规定、当事人约定或者民事法律行为的性质，应当由本人亲自实施的民事法律行为，不得代理。

### (3) 代理的种类

根据代理权产生的原因，代理可以分为：

#### ① 委托代理

委托代理是指代理权根据被代理人的委托授权行为而产生。

#### ② 法定代理

法定代理是指代理人的代理权直接根据法律规定而产生，例如监护人对被监护人的代理。

## 24、代理过程中的责任承担

① 代理人不履行或者不完全履行职责，造成被代理人损害的，应当承担民事责任。

② 代理人和相对人恶意串通，损害被代理人合法权益的，代理人和相对人应当承担连带责任。

③ 代理人知道或者应当知道代理事项违法仍然实施代理行为，或者被代理人知道或者应当知道代理人的代理行为违法未作反对表示的，被代理人和代理人应当承担连带责任。

## 25、禁止自己代理或双方代理

① 代理人不得以被代理人的名义与自己实施民事法律行为，但是被代理人同意或者追认的除外。

② 代理人不得以被代理人的名义与自己同时代理的其他人实施民事法律行为，但是被代理的双方同意或者追认的除外。

## 26、转委托

代理人需要转委托第三人代理的，应当取得被代理人的同意或者追认。

转委托代理经被代理人同意或者追认的，被代理人可以就代理事务直接指示转委托的第三人，代理人仅就第三人的选任以及对第三人的指示承担责任。

转委托代理未经被代理人同意或者追认的，代理人应当对转委托的第三人的行为承担责任，但是在紧急情况下代理人为了维护被代理人的利益需要转委托第三人代理的除外。

## 27、职务代理

执行法人或者非法人组织工作任务的人员，就其职权范围内的事项，以法人或者非法人组织的名义实施民事法律行为，对法人或者非法人组织发生效力。

法人或者非法人组织对执行其工作任务的人员职权范围的限制，不得对抗善意相对人。

## 28、无权代理及其后果

### (1) 无权代理的效力

行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后，仍然实施代理行为，未经被代理人追认的，对被代理人不发生效力。

### (2) 催告权和撤销权

相对人可以催告被代理人自收到通知之日起一个月内予以追认。被代理人未作表示的，视为拒

绝追认。行为人实施的行为被追认前，善意相对人有撤销的权利。撤销应当以通知的方式作出。

### (3) 赔偿责任

行为人实施的行为未被追认的，善意相对人有权请求行为人履行债务或者就其受到的损害请求行为人赔偿，但是赔偿的范围不得超过被代理人追认时相对人所能获得的利益。

### (4) 过错承担责任

相对人知道或者应当知道行为人无权代理的，相对人和行为人按照各自的过错承担责任。

### (5) 表见代理

行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后，仍然实施代理行为，相对人有理由相信行为人有代理权的，代理行为有效。

## 29、委托代理的终止及例外

### (1) 委托代理终止

- ① 代理期间届满或代理事务完成；
- ② 被代理人取消委托或代理人辞去委托；
- ③ 代理人丧失民事行为能力；
- ④ 代理人或者被代理人死亡；
- ⑤ 作为代理人或被代理人的法人、非法人组织终止。

### (2) 委托代理终止的例外

被代理人死亡后，有下列情形之一的，委托代理人实施的代理行为有效：

- ① 代理人不知道并且不应当知道被代理人死亡；
- ② 被代理人的继承人均予以承认；
- ③ 授权中明确代理权在代理事务完成时终止；
- ④ 被代理人死亡前已经实施，为了被代理人的继承人的利益继续代理。

作为被代理人的法人、非法人组织终止的，参照适用前款规定。

## 30、法定代理终止

- ① 被代理人取得或恢复民事行为能力；
- ② 代理人丧失民事行为能力；
- ③ 代理人或者被代理人死亡；
- ④ 法律规定的其他情形。

## 31、民事责任的方式

- ① 停止侵害；
- ② 排除妨碍；
- ③ 消除危险；
- ④ 返还财产；
- ⑤ 恢复原状；
- ⑥ 修理、重作、更换；
- ⑦ 继续履行
- ⑧ 赔偿损失；
- ⑨ 支付违约金；
- ⑩ 消除影响、恢复名誉；
- ⑪ 赔礼道歉。

以上承担民事责任的方式，可以单独适用，也可以合并适用。

## 32、免除民事责任的情形

### (1) 不可抗力

因不可抗力不能履行民事义务的，不承担民事责任。

### (2) 正当防卫

因正当防卫造成损害的，不承担民事责任。正当防卫超过必要的限度，造成不应有的损害的，正当防卫人应当承担适当的民事责任。

### (3) 紧急避险

因紧急避险造成损害的，由引起险情发生的人承担民事责任。

如果危险是由自然原因引起的，紧急避险人不承担民事责任，可以给予适当补偿。

紧急避险采取措施不当或者超过必要的限度，造成不应有的损害的，紧急避险人应当承担适当的民事责任。

#### (4) 见义勇为

因保护他人民事权益使自己受到损害的，由侵权人承担民事责任，受益人可以给予适当补偿。没有侵权人、侵权人逃逸或者无力承担民事责任，受害人请求补偿的，受益人应当给予适当补偿。

#### (5) 自愿救助

因自愿实施紧急救助行为造成受助人损害的，救助人不承担民事责任。

#### (6) 英烈名誉

侵害英雄烈士等的姓名、肖像、名誉、荣誉，损害社会公共利益的，应当承担民事责任。

### 33、诉讼时效的期间

#### (1) 一般诉讼时效的期间

向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为3年，法律另有规定的除外。

#### (2) 最长诉讼时效期间

自权利受到损害之日起超过二十年的，人民法院不予保护。有特殊情况的，人民法院可以根据权利人的申请决定延长。

### 34、期间的起算点

#### (1) 一般情况

诉讼时效期间从权利人知道或者应当知道权利受到损害以及义务人之日起计算。

#### (2) 分期履行

当事人约定同一债务分期履行的，诉讼时效期间自最后一期履行期限届满之日起计算。

#### (3) 非完全行为能力人

无民事行为能力人或者限制民事行为能力人对其法定代理人的请求权的诉讼时效期间，自该法定代理终止之日起计算。

#### (4) 未成年人性侵

未成年人遭受性侵害的损害赔偿请求权的诉讼时效期间，自受害人年满18周岁之日起计算。

### 35、诉讼时效的中止

在诉讼时效期间的最后六个月内，因下列障碍，不能行使请求权的，诉讼时效中止：

① 不可抗力；

② 无民事行为能力人或者限制民事行为能力人没有法定代理人，或者法定代理人死亡、丧失民事行为能力、丧失代理权；

③ 继承开始后未确定继承人或者遗产管理人；

④ 权利人被义务人或者其他控制；

⑤ 其他导致权利人不能行使请求权的障碍。

自中止时效的原因消除之日起满六个月，诉讼时效期间届满。

### 36、诉讼时效的中断

有下列情形之一的，诉讼时效中断，从中断、有关程序终结时起，诉讼时效期间重新计算：

① 权利人向义务人提出履行请求；

② 义务人同意履行义务；

③ 权利人提起诉讼或者申请仲裁；

④ 与提起诉讼或者申请仲裁具有同等效力的其他情形。

### 37、不适用诉讼时效的情形

下列请求权不适用诉讼时效的规定：

① 请求停止侵害、排除妨碍、消除危险；

② 不动产物权和登记的动产物权的权利人请求返还财产；

③ 请求支付抚养费、赡养费或者扶养费；

④ 依法不适用诉讼时效的其他请求权。

### 38、诉讼时效的效力

超过诉讼时效，当事人丧失胜诉权，并不丧失实体权利。但是，诉讼时效期间届满的，义务人可以提出不履行义务的抗辩。

诉讼时效期间届满后，义务人同意履行的，不得以诉讼时效期间届满为由抗辩；义务人已自愿履行的，不得请求返还。

### 39、合同法的适用范围

合同法适用于平等主体之间订立的民事权利义务关系的协议；有关婚姻、收养、监护等身份关系的协议不适用《合同法》的规定。

### 40、要约与要约邀请

#### (1) 要约与要约邀请之间的区别

- ① 寄送的价目表、拍卖广告、招标公告、招股说明书属于要约邀请。
- ② 商品广告一般情况下属于要约邀请。但是，如果商品广告内容具体明确，明确了商品的价格、质量、规格、优惠期，其内容符合要约构成要件，也可构成要约。

#### (2) 要约生效条件

要约到达受要约人时生效。

#### (3) 撤回

要约可以撤回，撤回要约的通知应当在要约到达受要约人之前到达受要约人，或者与要约同时到达受要约人。

#### (4) 撤销

要约可以撤销，撤销要约的通知应当在受要约人发出承诺通知之前到达受要约人。

但是下述情况要约不可撤销：

- ① 要约中确定了承诺期限或明示要约不可撤销的；
- ② 受要约人有理由认为要约是不可撤销，且为履行合同作了准备工作。

#### (5) 要约失效

有下列情形之一的，要约失效：

- ① 拒绝要约的通知到达要约人；
- ② 要约人依法撤销要约；
- ③ 承诺期限届满，受要约人未作出承诺；
- ④ 受要约人对要约的内容作出实质性变更。

### 41、承诺

#### (1) 承诺要件

承诺是指受要约人同意要约的意思表示。承诺的有效要件是：

- ① 承诺必须由受要约人向要约人作出；
- ② 承诺必须是在要约确定的期限内作出；
- ③ 承诺的内容应当与要约的内容一致；

受要约人对要约的内容作出实质性变更的，为新要约。有关合同标的、数量、质量、价款或者报酬、履行期限、履行地点和方式、违约责任和解决争议方法等的变更，是对要约内容的实质性变更。

- ④ 承诺必须表明受要约人决定与要约人订立合同。

#### (2) 承诺的生效

承诺通知到达要约人时生效。承诺不需要通知的，根据交易习惯或者要约的要求作出承诺的行为时生效。

#### (3) 承诺的效力

承诺生效时合同成立。

#### (4) 承诺的撤回

承诺可以撤回。撤回承诺的通知应当在承诺通知到达要约人之前或者与承诺通知同时到达要约人。

### 42、合同的成立的方式



① 承诺生效时，合同成立。

② 当事人采用合同书形式订立合同的，自双方当事人签字或者盖章时合同成立。

③ 当事人采用信件、数据电文等形式订立合同的，可以在合同成立之前要求签订确认书，签订确认书时合同成立。

④ 法律、法规规定或当事人约定应采用书面形式订立合同，当事人未用书面形式，但当事人一方已履行了合同主要义务，对方接受的，合同成立。

⑤ 采用合同书形式订立合同，在签字或盖章之前，当事人一方已经履行主要义务，对方接受的，该合同成立。

### 43、格式条款合同

#### (1) 格式条款合同的订立规则

采用格式条款订立合同的，提供格式条款的一方应当采取合理的方式提请对方注意免除或者限制其责任的条款，按照对方的要求，对该条款予以说明。

#### (2) 格式条款无效的情形

① 提供格式条款一方免除其责任；

② 加重对方责任；

③ 排除对方主要权利的条款。

#### (3) 格式条款的解释

① 对格式条款有两种以上解释的，应当做出不利于提供格式条款一方的解释。

② 格式条款与非格式条款不一致的，应当采用非格式条款。

### 44、缔约过失赔偿责任

当事人在订立合同过程中有下列情形之一，给对方造成损失的，应当承担损害赔偿责任：

① 假借订立合同，恶意进行磋商；

② 故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况；

③ 违反保密义务；

当事人在订立合同过程中知悉的商业秘密，无论合同是否成立，不得泄露或者不正当使用。泄露或者不正当地使用该商业秘密给对方造成损失的，应当承担损害赔偿责任。

### 45、无效合同

#### (1) 一般合同无效的种类

① 一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益；

② 恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益；

③ 以合法形式掩盖非法目的；

④ 损害社会公共利益；

⑤ 违反法律、行政法规的强制性规定。

#### (2) 无效合同的效力

① 无效的合同自始没有法律约束力。合同部分无效，不影响其他部分效力的，其他部分仍然有效。

② 合同无效的，不影响合同中独立存在的有关解决争议方法的条款的效力。

#### (3) 无效合同财产后果的处理

合同被无效后，因该合同取得的财产，应当予以返还；不能退还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的应当赔偿对方因此所受到的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。

### 46、可变更、可撤销的合同

#### (1) 可变更、可撤销合同的种类

① 因重大误解订立的合同；

② 显失公平的合同；

③ 一方以欺诈、胁迫的手段使对方在违背真实意思的情况下订立的合同，但未损害国家利益；

④ 一方乘人之危使对方在违背真实意思的情况下订立的合同。

#### (2) 合同被撤销后的效力及财产处理

被撤销的合同自始没有法律约束力。

合同被撤销的，不影响合同中独立存在的有关解决争议方法的条款的效力。

合同被撤销后，因该合同取得的财产，应当予以返还；不能退还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的应当赔偿对方因此所受到的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。

#### 47、效力待定的合同

##### ① 限制民事行为能力人订立的合同

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。

##### ② 无权代理人订立的合同

行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立的合同，未经被代理人追认，对被代理人不发生效力，由行为人承担责任。

行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立合同，相对人有理由相信行为人有代理权的，该代理行为有效。

##### ③ 无处分权人订立的处分他人财产的合同

无处分权人处分他人财产，经权利人追认或者无处分权人订立合同后取得处分权的，该合同有效。

#### 48、免责条款无效

合同中的下列免责条款无效：

- ① 造成对方人身伤害；
- ② 故意或者重大过失造成对方财产损失。

#### 49、合同的解释

合同生效后，当事人就质量、价款或者报酬、履行地点等内容没有约定或者约定不明确的，可以协议补充；不能达成补充协议的，按照合同有关条款或者交易习惯确定。按照上述规定仍不能确定的，适用下列规定：

- ① 质量要求不明确的，按照国家标准、行业标准履行；没有国家标准、行业标准的，按照通常标准或者符合合同目的的特定标准履行。
- ② 价款或者报酬不明确的，按照订立合同时履行地的市场价格履行；依法应当执行政府定价或者政府指导价的，按照规定履行。
- ③ 履行地点不明确，给付货币的，在接受货币一方所在地履行；交付不动产的，在不动产所在地履行；其他标的，在履行义务一方所在地履行。
- ④ 履行期限不明确的，债务人可以随时履行，债权人也可以随时要求履行，但应当给对方必要的准备时间。
- ⑤ 履行方式不明确的，按照有利于实现合同目的的方式履行。
- ⑥ 履行费用的负担不明确的，由履行义务一方负担。

#### 50、向第三人履行以及由第三人履行的合同

##### ① 向第三人履行的合同

当事人约定由债务人向第三人履行债务的，债务人未向第三人履行债务或者履行债务不符合约定，应当向债权人承担违约责任。

##### ② 由第三人履行的合同

当事人约定由第三人向债权人履行债务的，第三人不履行债务或者履行债务不符合约定，债务人应当向债权人承担违约责任。

#### 51、合同履行的抗辩权

##### (1) 同时履行抗辩权

同时履行抗辩权是指：当事人互负债务，没有先后履行顺序的，应当同时履行。一方在对方履行之前有权拒绝其履行要求。一方在对方履行债务不符合约定时，有权拒绝其相应的履行要求。

##### (2) 不安抗辩权

应当先履行债务的当事人，有确切证据证明对方有下列情形之一的，可以中止履行：

- ① 经营状况严重恶化；
- ② 转移财产、抽逃资金，以逃避债务；

- ③ 丧失商业信誉；
- ④ 有丧失或者可能丧失履行债务能力的其他情形。

当事人中止履行的，应当及时通知对方。对方提供适当担保时，应当恢复履行。中止履行后，对方在合理期限内未恢复履行能力并且未提供适当担保的，中止履行的一方可以解除合同。

### (3) 先履行抗辩权

先履行抗辩权是指，双方互负债务，有先后履行顺序，先履行一方未履行债务的，后履行一方有权拒绝其履行要求；先履行一方履行债务不符合合同约定的，后履行一方有权拒绝其相应的履行要求。

### (4) 债务履行困难时的中止履行

债权人分立、合并或者变更住所没有通知债务人，致使履行债务发生困难的，债务人可以中止履行或者将标的物提存。

## 52、代位权

### (1) 提起代位诉讼的条件

因债务人怠于行使其到期债权对债权人造成损害的，债权人可以向人民法院请求以自己的名义代位行使债务人的债权。提起代位权诉讼，应当符合下列条件：

- ① 债权人对债务人的债权合法；
- ② 债务人怠于行使其到期债权，对债权人造成损害；
- ③ 债务人的债权已到期；
- ④ 债务人的债权不是专属于债务人自身的债权。

专属于债务人自身的债权，是指基于扶养关系、抚养关系、赡养关系、继承关系产生的给付请求权和劳动报酬、退休金、养老金、抚恤金、安置费、人寿保险、人身伤害赔偿请求权等权利。

- ⑤ 代位权的范围以债权人的债权为限。

### (2) 代位权诉讼的程序问题

- ① 主体

次债务人为被告，债务人为第三人。

- ② 管辖

被告所在地，即次债务人所在地。

- ③ 代位诉讼的审理

在代位权诉讼中，次债务人对债务人的抗辩，可以向债权人主张。债务人在代位权诉讼中对债权人的债权提出异议，经审查异议成立的，人民法院应当裁定驳回债权人的起诉。

- ④ 债权人行使代位权的必要费用，由债务人承担。

## 53、撤销权

### (1) 概念

撤销权是指，因债务人放弃其到期债权或者无偿转让财产，对债权人造成损害的，债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为。债务人以明显不合理的低价转让财产，对债权人造成损害，并且受让人知道该情形的，债权人也可以请求人民法院撤销债务人的行为。

撤销权的行使范围以债权人的债权为限。债权人行使撤销权的必要费用，由债务人负担。

### (2) 撤销权的期间

撤销权自债权人知道或者应当知道撤销事由之日起1年内行使。自债务人的行为发生之日起5年内没有行使撤销权的，该撤销权消灭。

## 54、合同的转让

### (1) 权利转让的效力

- ① 从权利一起转移

债权人转让权利的，受让人取得与债权有关的从权利，但该从权利专属于债权人自身的除外。

- ② 抗辩权转移

债务人接到债权转让通知后，债务人对让与人的抗辩，可以向受让人主张。

- ③ 抵销权转移

债务人接到债权转让通知时，债务人对让与人享有债权，并且债务人的债权先于转让的债权到

期或者同时到期的，债务人可以向受让人主张抵销。

### (2) 权利转移的程序

债权人转让权利的，债权人应当通知债务人，未经通知的，该转让对债务人不发生效力。

### (3) 合同义务转让的效力

#### ① 从债务一起转移

债务人转移义务的，新债务人应当承担与主债务有关的从债务，但该从债务专属于原债务人自身的除外。

#### ② 抗辩权转移

债务人转移义务的，新债务人可以主张原债务人对债权人的抗辩。

### (4) 合同义务转移程序

债务人将合同的义务全部或者部分转移给第三人的，应当经债权人同意。

也即，债务的转让采取债权人同意主义，不经债权人同意，转让合同无效。

### (5) 合同权利义务的概括转让

当事人一方经对方同意，可以将自己在合同中的权利和义务一并转让给第三人。

### (6) 当事人的合并与分立

当事人订立合同后合并的，由合并后的法人或者其他组织行使合同权利，履行合同义务。当事人订立合同后分立的，除债权人和债务人另有约定的以外，由分立的法人或者其他组织对合同的权利和义务享有连带债权，承担连带债务。

## 55、合同终止的法定事由

有下列情形之一的，合同的权利义务终止：

- ① 债务已经按照约定履行；
- ② 合同解除；
- ③ 债务相互抵销；
- ④ 债务人依法将标的物提存；
- ⑤ 债权人免除债务；
- ⑥ 债权债务同归一人；
- ⑦ 法律规定或者当事人约定终止的其他情形。

合同的权利义务终止后，当事人应当遵循诚实信用原则，根据交易习惯履行通知、协助、保密等义务。

## 56、合同解除

### (1) 约定解除

- ① 当事人协商一致，可以解除合同；
- ② 当事人可以约定一方解除合同的条件。解除条件成就时，解除权人可以解除合同。

### (2) 法定解除

法定解除的解除事由有：

- ① 因不可抗力致使不能实现合同目的；
- ② 在履行期限届满之前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表示不履行主要债务；
- ③ 当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行；
- ④ 当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使履行会严重影响订立合同所期望的经济利益；
- ⑤ 法律规定的其他情形。

## 57、抵销

### ① 法定抵销

当事人互负到期债务，该债务的标的物种类、品质相同的，任何一方可以将自己的债务与对方的债务抵销，但依照法律规定或者按照合同性质不得抵销的除外。

当事人主张抵销的，应当通知对方。通知自到达对方时生效。抵销不得附条件或者附期限。

### ① 约定抵销

约定抵销是指当事人互负债务，但标的物的性质、种类不同的，经双方当事人协商一致，也可

以抵销。

## 58、提存

提存，指由于债权人的原因而无法向其交付合同标的物时，债务人将该标的物交给提存机关而消灭债务的制度。

### (1) 可以提存的情形

有下列情形之一的，难以履行债务的，债务人可以将标的物提存：

- ① 债权人无正当理由拒绝受领；
- ② 债权人下落不明；
- ③ 债权人死亡未确定继承人或者丧失民事行为能力未确定监护人；
- ④ 法律规定的其他情形。

标的物不适于提存或者提存费用过高的，债务人依法可以拍卖或者变卖标的物，提存所得的价款。

### (2) 提存的法律后果

① 标的物提存后，毁损、灭失的风险由债权人承担。提存期间，标的物的孳息归债权人所有。提存费用由债权人负担。

② 债权人领取提存物的权利，自提存之日起五年内不行使而消灭，提存物扣除提存费用后归国家所有。

## 59、因不可抗力违约的免责事由

因不可抗力不能履行合同的，根据不可抗力的影响，部分或者全部免除责任。当事人迟延履行后发生不可抗力的，不能免除责任。

当事人一方因不可抗力不能履行合同的，应当及时通知对方，以减轻可能给对方造成的损失，并应当在合理期限内提供证明。

## 60、违约责任的承担方式

### (1) 支付违约金

当事人可以约定一方违约时应当根据违约情况向对方支付一定数额的违约金，也可以约定因违约产生的损失赔偿额的计算方法。

约定的违约金低于造成的损失的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以增加；约定的违约金过分高于造成的损失的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以适当减少。

当事人就迟延履行约定违约金的，违约方支付违约金后，还应当履行债务。

### (2) 支付赔偿金

当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，在履行义务或者采取补救措施后，对方还有其他损失的，应当赔偿损失。

当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，给对方造成损失的，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益，但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失。

### (3) 定金

当事人可以约定一方向对方给付定金作为债权的担保。债务人履行债务后，定金应当抵作价款或者收回。给付定金的一方不履行约定的债务的，无权要求返还定金；收受定金的一方不履行约定的债务的，应当双倍返还定金。

当事人既约定违约金，又约定定金的，一方违约时，对方可以选择适用违约金或者定金条款。

### (4) 继续履行

① 当事人一方未支付价款或者报酬的，对方可以要求其支付价款或者报酬。

② 一方不履行非金钱债务或履行非金钱债务不符合约定的，对方可请求履行。但是，法律上或事实上不能履行的、债务的标的不适于强制履行或履行费用过高、债权人在合理期限内未请求履行的除外：

### (5) 采取补救措施

当事人一方提供的标的物的质量不符合约定，受害方可根据标的物的性质及损失大小，可以合理选择请求修理、更换、重作、减价或者退货。有其他损失的，受害方还可请求赔偿损失。

## 61、技术合同的种类

技术合同包括以下四种：

- ① 技术开发合同；
- ② 技术转让合同；
- ③ 技术咨询合同；
- ④ 技术服务合同。

技术开发合同、技术转让合同应当采用书面形式。

## 62、职务技术成果中完成者的权利

### ① 获得精神奖励

完成技术成果的个人有在有关技术成果文件上写明自己是技术成果完成者的权利和取得荣誉证书、奖励的权利。

### ② 物质奖励

单位应当从使用和转让该项职务技术成果所取得的收益中提取一定比例，对完成该项职务技术成果的个人给奖励或者报酬。

### ③ 优先受让权

法人或者其他组织订立技术转让合同转让职务技术成果时，职务技术成果的完成人享有以同等条件优先受让的权利。

## 63、无效的技术合同

除与一般合同相同的无效事由外，技术合同特有的无效情况是：非法垄断技术、妨碍技术进步或者侵害他人技术成果的技术合同无效。

下列情形，属于“非法垄断技术、妨碍技术进步”：

① 限制当事人一方在合同标的技术基础上进行新的研究开发或者限制其使用所改进的技术，或者双方交换改进技术的条件不对等，包括要求一方将其自行改进的技术无偿提供给对方、非互惠性转让给对方、无偿独占或者共享该改进技术的知识产权；

② 限制当事人一方从其他来源获得与技术提供方类似技术或者与其竞争的技术；

③ 阻碍当事人一方根据市场需求，按照合理方式充分实施合同标的技术，包括明显不合理地限制技术接受方实施合同标的技术生产产品或者提供服务的数量、品种、价格、销售渠道和出口市场；

④ 要求技术接受方接受并非实施技术必不可少的附带条件，包括购买非必需的技术、原材料、产品、设备、服务以及接收非必需的人员等；

⑤ 不合理地限制技术接受方购买原材料、零部件、产品或者设备等的渠道或者来源；

⑥ 禁止技术接受方对合同标的技术知识产权的有效性提出异议或者对提出异议附加条件。

## 64、技术开发合同风险负担与合同解除

① 在技术开发合同履行过程中，因出现无法克服的技术困难，致使研究开发失败或者部分失败的，该风险由当事人约定。没有约定或者约定不明确，风险责任由当事人合理分担。

当事人一方发现因出现无法克服的技术困难，可能致使研究开发失败或者部分失败时，应当通知另一方并采取适当措施减少损失。没有及时通知并采取适当措施，致使损失扩大的，应当就扩大的损失承担责任。

### ② 技术开发合同的解除

因作为技术开发合同标的的技术已经由他人公开，致使技术开发合同的履行没有意义的，当事人可以解除合同。

## 65、技术成果申请专利的权利

### ① 委托完成的发明创造

委托开发完成的发明创造，除当事人另有约定的以外，申请专利的权利属于研究开发人。研究开发人取得专利权的，委托人可以免费实施该专利。

研究开发人转让专利申请权的，委托人享有以同等条件优先受让的权利。

### ② 合作完成的发明创造

合作开发完成的发明创造，除当事人另有约定的以外，申请专利的权利属于合作开发的当事人

共有。当事人一方转让其共有的专利申请权的，其他各方享有以同等条件优先受让的权利。

合作开发的当事人一方声明放弃其共有的专利申请权的，可以由另一方单独申请或者由其他各方共同申请。申请人取得专利权的，放弃专利申请权的一方可以免费实施该专利。

合作开发的当事人一方不同意申请专利的，另一方或者其他各方不得申请专利。

## 66、技术转让合同

### (1) 技术秘密的要求

技术转让合同可以约定让与人和受让人实施专利或者使用技术秘密的范围，但不得限制技术竞争和技术发展。

技术转让合同的受让人应当按照约定的范围和期限，对让与人提供的技术中尚未公开的秘密部分，承担保密义务。

### (2) 后续成果

当事人可以按照互利的原则，在技术转让合同中约定实施专利、使用技术秘密后续改进的技术成果的分享办法。没有约定或者约定不明确，一方后续改进的技术成果，其他各方无权分享。

### (3) 专利实施许可合同

① 专利实施许可合同只在该专利权的存续期间内有效。

② 专利实施许可合同的让与人应当按照约定许可受让人实施专利，交付实施专利有关的技术资料，提供必要的技术指导。

③ 专利实施许可合同的受让人应当按照约定实施专利，不得许可约定以外的第三人实施该专利。

## 67、技术咨询合同

### ① 技术咨询合同当事人的违约责任

受托方的违约责任:技术咨询合同的受托方未按期提出咨询报告或者所提出的咨询报告不符合约定的，应当减收或免收报酬，支付违约金或者赔偿损失。技术咨询合同的委托人按照受托人符合约定要求的咨询报告和意见作出决策所造成的损失，由委托人承担，但当事人另有约定的除外。

### ② 成果归属

在技术咨询合同、技术服务合同履行过程中，受托人利用委托人提供的技术资料和工作条件完成的新的技术成果，属于受托人。委托人利用受托人的工作成果完成的新的技术成果，属于委托人。当事人另有约定的，按照其约定。

## 68、委托合同

### (1) 受托人的义务与责任

#### ① 亲自处理委托事务

受托人应当亲自处理委托事务。经委托人同意，受托人可以转委托。转委托经同意的，委托人可以就委托事务直接指示转委托的第三人，受托人仅就第三人的选任及其对第三人的指示承担责任。转委托未经同意的，受托人应当对转委托的第三人的行为承担责任，但在紧急情况下受托人为维护委托人的利益需要转委托的除外。

#### ② 报告义务

受托人应当按照委托人的要求，报告委托事务的处理情况。委托合同终止时，受托人应当报告委托事务的结果。

#### ③ 交付义务

受托人处理委托事务取得的财产，应当转交给委托人。

#### ④ 赔偿责任

有偿的委托合同，因受托人的过错给委托人造成损失的，委托人可以要求赔偿损失。

无偿的委托合同，因受托人的故意或者重大过失给委托人造成损失的，委托人可以要求赔偿损失。

受托人超越权限给委托人造成损失的，应当赔偿损失。

### (2) 委托人的义务与责任

#### ① 预付费用

委托人应当预付处理委托事务的费用。受托人为处理委托事务垫付的必要费用，委托人应当偿

还该费用及其利息。

## ② 支付报酬

受托人完成委托事务的，委托人应当向其支付报酬。因不可归责于受托人的事由，委托合同解除或者委托事务不能完成的，委托人应当向受托人支付相应的报酬。当事人另有约定的，按照其约定。

## (3) 委托合同的解除

委托人或者受托人可以随时解除委托合同。因解除合同给对方造成损失的，除不可归责于该当事人的事由以外，应当赔偿损失。

## 69、民事诉讼法的基本原则

- ① 独立行使审判权原则
- ② 以事实为根据，以法律为准绳原则
- ③ 平等原则
- ④ 调解原则

人民法院审理民事案件，应当根据自愿和合法的原则进行调解；调解不成的，应当及时判决。

- ⑤ 辩论原则
- ⑥ 诚实信用原则
- ⑦ 处分原则
- ⑧ 监督原则

人民检察院有权对民事诉讼实行法律监督。

## ⑨ 使用本民族语言的权利

各民族公民都有用本民族语言、文字进行民事诉讼的权利。

在少数民族聚居或者多民族共同居住的地区，人民法院应当用当地民族通用的语言、文字进行审理和发布法律文书。

人民法院应当对不通晓当地民族通用的语言、文字的诉讼参与人提供翻译。

## 70、合议制

民事诉讼的审理实行合议制，合议庭由审判员或者审判员和陪审员组成。

### (1) 合议庭组成形式

在普通程序中，合议庭的组成有如下形式：

- ① 第一审民事案件，由审判员、陪审员共同组成合议庭或由审判员组成合议庭。
- ② 在第二审程序中，合议庭由审判员组成。

### (2) 权利义务

合议庭成员地位平等，享有同等的权利；陪审员在执行陪审职务时，与审判员有同等的权利义务。

## 71、回避制度

### (1) 回避适用的对象

审判人员适用回避原则，包括审判员、助理审判员和人民陪审员、书记员、翻译人员、鉴定人、勘验人、执行员。

### (2) 适用回避的情形

审判人员或者其他人员有下列情形之一的，应当自行回避，当事人有权用口头或者书面方式申请他们回避：

- ① 是本案当事人或者当事人、诉讼代理人近亲属；
- ② 与本案有利害关系；
- ③ 与本案当事人、诉讼代理人有其他关系，可能影响对案件公正审理；
- ④ 接受当事人、诉讼代理人请客送礼，或者违反规定会见当事人、诉讼代理人。

### (3) 回避的提出程序

当事人提出回避申请，应当说明理由，在案件开始审理时提出；回避事由在案件开始审理后知道的，也可以在法庭辩论终结前提出。

### (4) 回避的决定



审判人员的回避由法院院长决定，其他人员的回避由审判长决定。院长担任审判长时的回避，由审判委员会决定。

## 72、两审终审制度

当事人不服地方人民法院第一审判决、裁定的，有权向上一级人民法院提起上诉。第二审人民法院的判决、裁定，是终审的判决、裁定。

## 73、公开审判制度

人民法院审理民事案件，应对公开进行，下列案件除外：

- (1) 一律不公开审理的案件
  - ① 涉及国家秘密的案件；
  - ② 涉及个人隐私的案件；
  - ③ 法律另有规定的案件。
- (2) 申请不公开审理的案件

下列案件当事人申请不公开审理的，可以不公开审理。

- ① 离婚案件；
- ② 涉及商业秘密的案件。

无论是公开审理的案件，还是不公开审理的案件，宣判时一律公开。

## 74、中级人民法院管辖的一审民事案件：

- (1) 重大涉外案件

重大涉外案件，包括争议标的额大的案件、案情复杂的案件，或者一方当事人人数众多等具有重大影响的案件。

- (2) 在本辖区有重大影响的案件

- (3) 最高人民法院确定由中级人民法院管辖的案件，包括：

- ① 海事、海商案件，由海事法院管辖；
- ② 专利纠纷案件，由知识产权法院、最高人民法院确定的中级人民法院和基层人民法院管辖。

## 75、一般地域管辖

- ① 被告为自然人

对公民提起的民事诉讼，由被告住所地人民法院管辖；被告住所地与经常居住地不一致的，由经常居住地人民法院管辖。

公民的住所地是指公民的户籍所在地。公民的经常居住地是指公民离开住所地至起诉时已连续居住一年以上的地方，但公民住院就医的地方除外。

- ② 被告为法人或其他组织

对法人或者其他组织提起的民事诉讼，由被告住所地人民法院管辖。

法人或者其他组织的住所地是指法人或者其他组织的主要办事机构所在地。

法人或者其他组织的主要办事机构所在地不能确定的，法人或者其他组织的注册地或者登记地为住所地。

- ③ 多个被告的管辖

同一诉讼的几个被告住所地、经常居住地在两个以上人民法院辖区的，各该人民法院都有管辖权。

## 76、由原告所在地人民法院管辖

对于如下情形，由原告住所地（经常居住地）管辖：

- ① 对不在中华人民共和国领域内居住的人提起的有关身份关系的诉讼；
- ② 对下落不明或者宣告失踪人提起的有关身份关系的诉讼；
- ③ 对被采取强制性教育措施的人提起的诉讼；
- ④ 对被监禁的人提起的诉讼。

要注意，在上述的①和②规定中，都只限于身份关系的诉讼，如婚姻关系、亲子关系、收养关系等。

## 77、特殊地域管辖

特殊地域管辖包括：

- ① 因合同纠纷提起的诉讼，由被告住所地或者合同履行地人民法院管辖。
- ② 因侵权行为提起的诉讼，由侵权行为地或者被告住所地人民法院管辖。侵权行为地，包括侵权行为实施地和侵权结果发生地。

## 78、专属管辖

下列案件由规定的人民法院专属管辖，不适用“原告就被告”的原则：

- ① 因不动产纠纷引起的诉讼  
因不动产纠纷提起的诉讼，由不动产所在地人民法院管辖。
- ② 因继承遗产纠纷提起的诉讼  
因继承遗产纠纷提起的诉讼，由被继承人死亡时住所地或者主要遗产所在地人民法院管辖。

## 79、协议管辖

合同或者其他财产权益纠纷的当事人可以在书面协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地等与争议有实际联系的地点的人民法院管辖，但不得违反级别管辖和专属管辖的规定。

## 80、选择管辖、移送管辖和指定管辖

### (1) 选择管辖、移送管辖

- ① 两个以上的人民法院都有管辖权的诉讼，原告可以向其中一个人民法院起诉；原告向两个以上有管辖权的人民法院起诉的，由最先立案的人民法院管辖。
- ② 两个以上人民法院都有管辖权的诉讼，先立案的人民法院不得将案件移送给另一个有管辖权的人民法院。人民法院在立案前发现其他有管辖权的人民法院已先立案的，不得重复立案；立案后发现其他有管辖权的人民法院已先立案的，裁定将案件移送给先立案的人民法院。
- ③ 人民法院发现受理的案件不属于本院管辖的，应当移送有管辖权的人民法院，受移送的人民法院应当受理。受移送的人民法院认为受移送的案件依照规定不属于本院管辖的，应当报请上级人民法院指定管辖，不得再自行移送。

### (2) 指定管辖

- ① 有管辖权的人民法院由于特殊原因，不能行使管辖权的，由上级人民法院指定管辖。
- ② 人民法院之间因管辖权发生争议，由争议双方协商解决；协商解决不了的，报请它们的共同上级人民法院指定管辖。
- ③ 上级人民法院有权审理下级人民法院管辖的第一审民事案件；确有必要将本院管辖的第一审民事案件交下级人民法院审理的，应当报请其上级人民法院批准。
- ④ 下级人民法院对它所管辖的第一审民事案件，认为需要由上级人民法院审理的，可以报请上级人民法院审理。

## 81、公益诉讼

对污染环境、侵害众多消费者合法权益等损害社会公共利益的行为，法律规定的机关和有关组织可以向人民法院提起诉讼。

## 82、第三人诉讼

### (1) 有独立请求权的第三人

对当事人双方的诉讼标的，第三人认为有独立请求权的，有权提起诉讼。  
有独立请求权的第三人有权向人民法院提出诉讼请求和事实、理由，成为当事人。

### (2) 无独立请求权的第三人

对当事人双方的诉讼标的，第三人虽然没有独立请求权，但案件处理结果同他有法律上的利害关系的，可以申请参加诉讼，或者由人民法院通知他参加诉讼。

### (3) 第三人的诉讼

人民法院判决承担民事责任的第三人，有当事人的诉讼权利义务。

在诉讼中，无独立请求权的第三人，有当事人的诉讼权利义务，判决承担民事责任的无独立请求权的第三人有权提出上诉。但该第三人在一审诉讼中无权对案件的管辖权提出异议，无权放弃、变更诉讼请求或者申请撤诉。

## 83、诉讼代理人

### (1) 法定诉讼代理人

无诉讼行为能力人由他的监护人作为法定代理人。

#### (2) 委托诉讼代理人

委托诉讼代理人包括：

- ① 律师、基层法律服务工作者；
- ② 当事人近亲属或者工作人员；
- ③ 当事人所在社区、单位以及有关社会团体推荐的公民。

当事人、法定代理人可以委托1至2人作为诉讼代理人。

当事人委托诉讼代理人，本人可以出庭参加诉讼，也可以不再出庭。

#### (3) 社会团体推荐公民作为诉讼代理人的特别规定

有关社会团体推荐公民担任诉讼代理人的，应当符合下列条件：

- ① 社会团体属于依法登记设立或者依法免于登记设立的非营利性法人组织；
- ② 被代理人属于该社会团体的成员，或者当事人一方住所地位于该社会团体的活动地域；
- ③ 代理事务属于该社会团体章程载明的业务范围；
- ④ 被推荐的公民是该社会团体的负责人或者与该社会团体有合法劳动人事关系的工作人员。

专利代理人（专利代理师）经中华全国专利代理人协会推荐，可以在专利纠纷案件中担任诉讼代理人。

#### (4) 授权委托书

委托他人代为诉讼，必须向人民法院提交由委托人签名或者盖章的授权委托书。

授权委托书必须记明委托事项和权限。诉讼代理人代为承认、放弃、变更诉讼请求，进行和解，提起反诉或者上诉，必须有委托人的特别授权。

### 84、证据种类及要求

#### (1) 8种证据

当事人陈述、书证、物证、视听资料、电子数据、证人证言、鉴定意见与勘验笔录。

#### (2)、书证、物证

书证应当提交原件。物证应当提交原物。提交原件或者原物确有困难的，可以提交复制品、照片、副本、节录本。

提交外文书证，必须附有中文译本。

#### (3) 证人证言

凡是知道案件情况的单位和个人，都有义务出庭作证。证人应当出庭作证。有下列情形之一的，经人民法院许可，可以通过书面证言、视听传输技术或者视听资料等方式作证：

- ① 因健康原因不能出庭的；
- ② 因路途遥远，交通不便不能出庭的；
- ③ 因自然灾害等不可抗力不能出庭的；
- ④ 其他有正当理由不能出庭的。

证人因履行出庭作证义务而支出的交通、住宿、就餐等必要费用以及误工损失，由败诉一方当事人负担。当事人申请证人作证的，由该当事人先行垫付；当事人没有申请，人民法院通知证人作证的，由人民法院先行垫付。

#### (4) 鉴定意见

##### ① 当事人申请鉴定

当事人可以就查明事实的专门性问题向人民法院申请鉴定。当事人申请鉴定的，由双方当事人协商确定具备资格的鉴定人；协商不成的，由人民法院指定。

##### ② 法院委托鉴定

当事人未申请鉴定，人民法院对专门性问题认为需要鉴定的，应当委托具备资格的鉴定人进行鉴定。

##### ③ 鉴定人的权利和义务

鉴定人有权了解进行鉴定所需要的案件材料，必要时可以询问当事人、证人。鉴定人应当提出书面鉴定意见，在鉴定书上签名或者盖章。

当事人对鉴定意见有异议或者人民法院认为鉴定人有必要出庭的，鉴定人应当出庭作证。经人

民法院通知，鉴定人拒不出庭作证的，鉴定意见不得作为认定事实的根据；支付鉴定费用的当事人可以要求返还鉴定费用。

#### **(5) 有专门知识的人出庭**

具有专门知识的人在法庭上就专业问题提出的意见，视为当事人的陈述。

人民法院可以对出庭的具有专门知识的人进行询问。经法庭准许，当事人可以对出庭的具有专门知识的人进行询问，当事人各自申请的具有专门知识的人可以就案件中的有关问题进行对质。

具有专门知识的人不得参与专业问题之外的法庭审理活动。

#### **(6) 勘验笔录**

勘验物证或者现场，勘验人必须出示人民法院的证件，并邀请当地基层组织或者当事人所在单位派人参加。当事人或者当事人的成年家属应当到场，拒不到场的，不影响勘验的进行。

### **85、当事人的举证责任**

当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。

#### **无需举证的事实：**

- ① 自然规律以及定理、定律；
- ② 众所周知的事实；
- ③ 根据法律规定推定的事实；
- ④ 根据已知的事实和日常生活经验法则推定出的另一事实；
- ⑤ 已为人民法院发生法律效力裁判所确认的事实；
- ⑥ 已为仲裁机构生效裁决所确认的事实；
- ⑦ 已为有效公证文书所证明的事实。

前款第②项至第④项规定的事实，当事人有相反证据足以反驳的除外；第⑤项至第⑦项规定的事实，当事人有相反证据足以推翻的除外。

### **86、人民法院调查收集证据**

当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据，或者人民法院认为审理案件需要的证据，人民法院应当调查收集。

人民法院有权向有关单位和个人调查取证，有关单位和个人不得拒绝。

#### **(1) 人民法院自行收集证据**

人民法院认为审理案件需要的证据包括：

- ① 涉及可能损害国家利益、社会公共利益的；
- ② 涉及身份关系的；
- ③ 涉及公益诉讼的；
- ④ 当事人有恶意串通损害他人合法权益可能的；
- ⑤ 涉及依职权追加当事人、中止诉讼、终结诉讼、回避等程序性事项的。

除前款规定外，人民法院调查收集证据，应当依照当事人的申请进行。

#### **(2) 当事人申请人民法院收集证据**

符合下列条件之一的，当事人及其诉讼代理人可以申请人民法院调查收集证据：

- ① 证据由国家有关部门保存，当事人及其诉讼代理人无权查阅调取；
- ② 涉及国家秘密、商业秘密或者个人隐私；
- ③ 当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的其他证据。

当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据，可以在举证期限届满前书面申请人民法院调查收集。

### **87、举证期限的确定**

当事人对自己提出的主张应当及时提供证据。

人民法院根据当事人的主张和案件审理情况，确定当事人应当提供的证据及其期限。

#### **(1) 法院指定举证期限**

人民法院应当在审理前的准备阶段确定当事人的举证期限。人民法院确定举证期限，第一审普通程序案件不得少于15日，当事人提供新的证据的第二审案件不得少于10日。

#### **(2) 当事人协商举证期限**

举证期限可以由当事人协商，并经人民法院准许。

## 88、证据的质证

### (1) 质证的效力

证据应当在法庭上出示，由当事人质证。未经质证的证据，不得作为认定案件事实的根据。

### (2) 对各类证据质证的基本要求

#### ① 质证形式

证据应当在法庭上出示，由当事人互相质证。涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私或者法律规定应当保密的证据，不得公开开庭时出示。

#### ② 质证内容

人民法院应当组织当事人围绕证据的真实性、合法性以及与待证事实的关联性进行质证，并针对证据有无证明力和证明力大小进行说明和辩论。

能够反映案件真实情况、与待证事实相关联、来源和形式符合法律规定的证据，应当作为认定案件事实的根据。

#### ③ 证明证明的效力

经过法定程序公证证明的法律事实和文书，人民法院应当作为认定事实的根据，但有相反证据足以推翻公证证明的除外。

## 89、证据保全

### ① 诉讼中的证据保全

在证据有可能毁损、灭失，或以后难以取得的情况下，当事人可以在诉讼中向人民法院申请证据保全，人民法院也可以主动采取保全措施。

### ② 诉前证据保全

因情况紧急，在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下，利害关系人可以在提起诉讼或者申请仲裁前向证据所在地、被申请人住所地或者对案件有管辖权的人民法院申请保全证据。

### ③ 申请证据保全的时间及担保

当事人在诉讼中向人民法院申请保全证据的，可以在举证期限届满前书面提出。证据保全可能对他人造成损失的，人民法院应当责令申请人提供相应的担保。

## 90、调解的原则

① 人民法院审理民事案件，根据当事人自愿的原则，在事实清楚的基础上，分清是非，进行调解。

② 人民法院审理民事案件，应当根据自愿和合法的原则进行调解。当事人一方或双方坚持不愿调解的，人民法院应当及时判决。

③ 调解原则适用于各审判程序。一审判决前能调解的，还可以进行调解。第二审人民法院审理上诉案件，也可以进行调解。

## 91、调解的程序

① 人民法院进行调解，可以由审判员一人主持，也可以由合议庭主持，并尽可能就地进行。

人民法院进行调解，可以用简便方式通知当事人、证人到庭。

② 人民法院进行调解，可以邀请有关单位和个人协助。被邀请的单位和个人，应当协助人民法院进行调解。

### ③ 自愿合法

调解达成协议，必须双方自愿，不得强迫。调解协议的内容不得违反法律规定。

### ④ 调解书签收生效

调解达成协议，人民法院应当制作调解书。调解书应当写明诉讼请求、案件的事实和调解结果。

调解书由审判人员、书记员署名，加盖人民法院印章，送达双方当事人。

调解书需经当事人签收后才发生法律效力，应当以最后收到调解书的当事人签收的日期为调解书生效日期。

⑤ 调解未达成协议或者调解书送达前一方反悔的，人民法院应当及时判决。

⑥ 人民法院调解案件时，当事人不能出庭的，经其特别授权，可由其委托代理人参加调解，达成的调解协议，可由委托代理人签名。

## 92、诉讼中的保全

### ① 保全的种类

诉讼中的保全包括财产保全，也包括行为保全。人民法院可以裁定对其财产进行保全、责令一方当事人作出一定行为或者禁止其作出一定行为。

### ② 提出保全的主体

诉讼中的保全可以由当事人申请，当事人没有提出申请的，人民法院在必要时也可以裁定保全措施。

### ③ 提出保全的理由

对可能因当事人一方的行为或者其他原因，使判决难以执行或者造成当事人其他损害的案件，可以采取保全措施。

### ④ 担保

人民法院采取保全措施，可以责令申请人提供担保，申请人不提供担保的，裁定驳回申请。

### ⑤ 执行期限

人民法院接受申请后，对情况紧急的，必须在48小时内作出裁定；裁定采取保全措施的，应当立即开始执行。

### ⑥ 财产保全反担保解除保全

财产纠纷案件，被申请人提供担保的，人民法院应当裁定解除保全。行为保全不因反担保而解除。

## 93、诉前保全

诉前保全也包括财产保全和行为保全两类。诉前保全只能由利害关系人申请，法院不主动采取诉前保全措施。

### ① 诉前保全的理由

利害关系人因情况紧急，不立即申请保全将会使其合法权益受到难以弥补的损害的，可以在提起诉讼或者申请仲裁前，向人民法院申请采取保全措施。

### ② 有管辖权的法院

被保全财产所在地、被申请人住所地或者对案件有管辖权的人民法院有权采取保全措施。

### ③ 担保

申请人应当提供担保，不提供担保的，裁定驳回申请。

### ④ 执行期限

人民法院接受申请后，必须在48小时内作出裁定；裁定采取保全措施的，应当立即开始执行。

### ⑤ 解除保全的条件

申请人在人民法院采取保全措施后30日内不依法提起诉讼或者申请仲裁的，人民法院应当解除保全。

### ⑥ 财产保全反担保解除保全

财产纠纷案件，被申请人提供担保的，人民法院应当裁定解除保全。行为保全不因反担保而解除，例如专利侵权纠纷中，法院裁定的诉前停止侵权的禁令，不因被申请人提供反担保而解除。

## 94、起诉及其条件

### (1) 起诉条件

- ① 原告是与本案有直接利害关系的公民、法人或其他组织。
- ② 有明确的被告。
- ③ 有具体的诉讼请求和事实、理由。
- ④ 属于人民法院受理民事诉讼的范围和受诉人民法院管辖。

### (2) 起诉状

起诉应当向人民法院递交起诉状。书写起诉状确有困难的，可以口头起诉，由人民法院记入笔录，并告知对方当事人。

### (3) 先行调解

当事人起诉到人民法院的民事纠纷，适宜调解的，先行调解，但当事人拒绝调解的除外。

## 95、立案与不立案

① 符合起诉条件的，应当在7日内立案，并通知当事人；

② 不符合起诉条件的，应当在7日内裁定不予受理。（人民法院在立案后，发现起诉不符合法定条件的，裁定驳回起诉。）原告对不予受理的裁定不服的，可以提起上诉。

③ 管辖权异议

人民法院受理案件后，当事人对管辖权有异议的，应当在提交答辩状期间提出。人民法院对当事人提出的异议，应当审查。异议成立的，裁定将案件移送有管辖权的人民法院；异议不成立的，裁定驳回。

当事人未提出管辖异议，并应诉答辩的，视为受诉人民法院有管辖权，但违反级别管辖和专属管辖规定的除外。

## 96、撤诉、按撤诉处理、缺席审理与延期审理

### （1）撤诉

宣判前，原告可以申请撤诉，是否准许，由人民法院裁定。

### （2）按撤诉处理

原告经传票传唤，无正当理由拒不到庭的，或者未经法庭许可中途退庭的，可以按撤诉处理。

### （3）缺席审理

① 因被告不到庭的缺席审理

被告经传票传唤，无正当理由拒不到庭的，或者未经法庭许可中途退庭的，可以缺席判决。

对必须到庭的被告，经两次传票传唤，无正当理由拒不到庭的，可以拘传。必须到庭的被告，是指负有赡养、抚育、扶养义务和不到庭就无法查清案情的被告。给国家、集体或他人造成损害的未成年人的法定代理人，如其必须到庭，可以适用拘传。

② 因原告不到庭的缺席审理

a. 宣判前，原告申请撤诉，人民法院裁定不准许撤诉的，原告经传票传唤，无正当理由拒不到庭的，可以缺席判决。

b. 原告经传票传唤，无正当理由拒不到庭的，或者未经法庭许可中途退庭的，被告反诉，可以缺席审理。

### （4）延期审理

有下列情形之一的，可以延期开庭审理：

① 必须到庭的当事人和其他诉讼参与人有正当理由没有到庭的；

② 当事人临时提出回避申请的；

③ 需要通知新的证人到庭，调取新的证据，重新鉴定、勘验，或者需要补充调查的；

④ 其他应当延期的情形。

## 97、审理期限

人民法院适用普通程序审理的案件，应当在立案之日起六个月内审结。有特殊情况需要延长的，由本院院长批准，可以延长六个月；还需要延长的，报请上级人民法院批准。

上述审限，是指从立案的次日起至裁判宣告、调解书送达之日止的期间，但公告期间、鉴定期间、双方当事人和解期间、审理当事人提出的管辖权异议以及处理人民法院之间的管辖争议期间不计算在内。

## 98、诉讼中止

诉讼中止是指在诉讼进行过程中，因发生某种法定中止诉讼的原因，诉讼无法继续进行或不宜进行，因而法院裁定暂时停止诉讼程序的制度。

有下列情况之一的，应当中止诉讼：

① 一方当事人死亡，需要等待继承人表明是否参加诉讼的；

② 一方当事人丧失诉讼行为能力，尚未确定法定代理人的；

③ 作为一方当事人的法人或者其他组织终止，尚未确定权利义务承受人的；

④ 一方当事人因不可抗拒的理由，不能参加诉讼的；

⑤ 本案必须以另一案的审理结果为依据，而另一案尚未审结的；

⑥ 其他应当中止诉讼的情形。

## 99、诉讼终结

可以适用于诉讼终结的情形有：

- ① 原告死亡，没有继承人，或者继承人放弃诉讼权利的；
- ② 被告死亡，没有遗产，也没有应当承担义务的人的；
- ③ 离婚案件中的一方当事人死亡的；
- ④ 追索赡养费、抚养费、抚育费以及解除收养关系案件的一方当事人死亡的。

## 100、判决、裁定

### (1) 判决

人民法院审理民事纠纷后，应当以判决书的形式对当事人的纠纷作出判定。判决书应当写明判决结果和作出该判决的理由。

人民法院审理案件，其中一部分事实已经清楚，可以就该部分先行判决。

### (2) 裁定

民事裁定主要是解决程序问题，可以上诉的三种裁定：不予受理；管辖权异议；驳回起诉。

## 101、上诉期间及方式

### (1) 上诉期间

当事人不服地方人民法院第一审判决的，有权在判决书送达之日起十五日内向上一级人民法院提起上诉。

当事人不服地方人民法院第一审裁定的，有权在裁定书送达之日起10日内向上一级人民法院提起上诉。

### (2) 上诉方式

上诉应当提交上诉状。

上诉状应当通过原审人民法院提出，并按照对方当事人或者代表人的人数提出副本。

当事人直接向第二审人民法院上诉的，第二审人民法院应当在5日内将上诉状移交原审人民法院。

## 102、上诉审理的范围及方式

### (1) 上诉审理范围

第二审人民法院应当对上诉请求的有关事实和适用法律进行审查。

当事人没有提出请求的，不予审理，但一审判决违反法律禁止性规定，或者损害国家利益、社会公共利益、他人合法权益的除外。

### (2) 上诉审理的方式

#### ① 开庭审理

第二审人民法院对上诉案件，应当组成合议庭，开庭审理。

#### ② 不开庭审理

经过阅卷、调查和询问当事人，对没有提出新的事实、证据或者理由，合议庭认为不需要开庭审理的，可以不开庭审理。

#### ③ 审理地点

第二审人民法院审理上诉案件，可以在本院进行，也可以到案件发生地或者原审人民法院所在地进行。

## 103、上诉案件的裁判

第二审人民法院对上诉案件，经过审理，按照下列情形，分别处理：

① 原判决、裁定认定事实清楚，适用法律正确的，以判决、裁定方式驳回上诉，维持原判决、裁定。

② 原判决、裁定认定事实错误或者适用法律错误的，以判决、裁定方式依法改判、撤销或者变更；

③ 原判决认定基本事实不清的，裁定撤销原判决，发回原审人民法院重审，或者查清事实后改判；

④ 原判决遗漏当事人或者违法缺席判决等严重违反法定程序的，裁定撤销原判决，发回原审人民法院重审。

原审人民法院对发回重审的案件作出判决后，当事人提起上诉的，第二审人民法院不得再次发



回重审。

第二审人民法院对不服第一审人民法院裁定的上诉案件的处理，一律使用裁定。

#### 104、二审中程序事项

##### ① 二审中的调解

第二审人民法院审理上诉案件，可以进行调解。调解达成协议，应当制作调解书，调解书送达后，原审人民法院的判决即视为撤销。

##### ② 二审中的撤诉

第二审人民法院判决宣告前，上诉人申请撤回上诉的，是否准许，由第二审人民法院裁定。

##### ③ 审理期限

人民法院审理对判决的上诉案件，应当在第二审立案之日起3个月内审结。有特殊情况需要延长的，由本院院长批准。

人民法院审理对裁定的上诉案件，应当在第二审立案之日起30日内作出终审裁定。

##### ④ 第二审判决、裁定的法律效力（《民诉法》第175条）

第二审人民法院的判决、裁定，是终审的判决、裁定。

#### 105、再审情形

##### （1）基于审判监督权的再审

① 各级人民法院院长对本院已经发生法律效力、调解书，发现确有错误，认为需要再审的，应当提交审判委员会讨论决定。

② 最高人民法院对地方各级人民法院已经发生法律效力、调解书，上级人民法院对下级人民法院已经发生法律效力、调解书，发现确有错误的，有权提审或者指令下级人民法院再审。

按照审判监督程序决定再审的案件，裁定中止原判决、裁定、调解书的执行，但追索赡养费、扶养费、抚育费、抚恤金、医疗费用、劳动报酬等案件，可以不中止执行。

##### （2）基于当事人诉权的申请再审

当事人对已经发生法律效力、调解书，认为有错误的，可以向上一级人民法院申请再审；当事人一方人数众多或者当事人双方为公民的案件，也可以向原审人民法院申请再审。当事人申请再审的，不停止判决、裁定的执行。

##### （3）法定理由

当事人的申请符合下列情形之一的，人民法院应当再审：

- ① 有新的证据，足以推翻原判决、裁定的；
- ② 原判决、裁定认定的基本事实缺乏证据证明的；
- ③ 原判决、裁定认定事实的主要证据是伪造的；
- ④ 原判决、裁定认定事实的主要证据未经质证的；
- ⑤ 对审理案件需要的主要证据，当事人因客观原因不能自行收集，书面申请人民法院调查收集，人民法院未调查收集的；
- ⑥ 原判决、裁定适用法律确有错误的；
- ⑦ 审判组织的组成不合法或者依法应当回避的审判人员没有回避的；
- ⑧ 无诉讼行为能力人未经法定代理人代为诉讼或者应当参加诉讼的当事人，因不能归责于本人或者其诉讼代理人的事由，未参加诉讼的；
- ⑨ 违反法律规定，剥夺当事人辩论权利的；
- ⑩ 未经传票传唤，缺席判决的；
- ⑪ 原判决、裁定遗漏或者超出诉讼请求的；
- ⑫ 据以作出原判决、裁定的法律文书被撤销或者变更的；
- ⑬ 审判人员审理该案件时有贪污受贿，徇私舞弊，枉法裁判行为的。

当事人申请再审，应当在判决、裁定发生法律效力后六个月内提出；有上述第①项、第③项、第⑫项、第⑬项规定情形的，自知道或者应当知道之日起六个月内提出。

##### （4）对调解书的再审

当事人对已经发生法律效力、调解书，提出证据证明调解违反自愿原则或者调解协议的内容违

反法律的，可以申请再审。经人民法院审查属实的，应当再审。

#### (5) 不予再审的情形

当事人对已经发生法律效力解除婚姻关系的判决，不得申请再审。

#### (6) 再审合议庭的组成

发生法律效力的判决、裁定是由第一审法院作出的，按照第一审程序审理，所作的判决、裁定，当事人可以上诉；发生法律效力的判决、裁定是由第二审法院作出的，按照第二审程序审理，所作的判决、裁定，是发生法律效力的判决、裁定；上级人民法院按照审判监督程序提审的，按照第二审程序审理，所作的判决、裁定是发生法律效力的判决、裁定。

人民法院审理再审案件，应当另行组成合议庭。

### 106、基于检察监督权的抗诉、检察建议

最高人民检察院对各级人民法院已经发生法律效力判决、裁定，上级人民检察院对下级人民法院已经发生法律效力判决、裁定，发现有当事人可申请再审 13 种情形之一的，或者发现调解书损害国家利益、社会公共利益的，应当提出抗诉。

地方各级人民检察院对同级人民法院已经发生法律效力判决、裁定，发现有当事人可申请再审 13 种情形之一的，或者发现调解书损害国家利益、社会公共利益的，可以向同级人民法院提出检察建议，并报上级人民检察院备案；也可以提请上级人民检察院向同级人民法院提出抗诉。

### 107、执行程序一般规定

#### (1) 执行管辖

发生法律效力的民事判决、裁定，以及刑事判决、裁定中的财产部分由第一审人民法院或者与第一审人民法院同级的被执行的财产所在地人民法院执行。

#### (2) 执行异议

当事人、利害关系人认为执行行为违反法律规定的，可以向负责执行的人民法院提出书面异议。执行过程中，案外人可对执行标的提出书面异议。

#### (3) 执行和解

在执行中，双方当事人自行和解达成协议的，执行员应当将协议内容记入笔录，由双方当事人签名或者盖章。

一方当事人不履行或者不完全履行在执行中双方自愿达成的和解协议，对方当事人申请执行原生效法律文书的，人民法院应当恢复执行，但和解协议已履行的部分应当扣除。和解协议已经履行完毕的，人民法院不予恢复执行。

#### (4) 执行担保

在执行中，被执行人向人民法院提供担保，并经申请执行人同意的，人民法院可以决定暂缓执行及暂缓执行的期限。

被执行人逾期仍不履行义务的，人民法院有权执行被执行人的担保财产或担保人的财产。

#### (5) 执行承担

作为被执行人的公民死亡的，以其遗产偿还债务。作为被执行人的法人或者其他组织终止的，由其权利义务承受人履行义务。

#### (6) 执行回转

执行完毕后，据以执行的判决、裁定和其他法律文书确有错误，被人民法院撤销的，对已被执行的财产，人民法院应当作出裁定，责令取得财产的人返还；拒不返还的，强制执行。

### 108、执行中止和终结

#### (1) 执行中止

有下列情形之一的，人民法院应当裁定中止执行：

- ① 申请人表示可以延期执行的；
- ② 案外人对执行标的提出确有理由的执行异议的；
- ③ 作为一方当事人的公民死亡，需要等待继承人继承权利或承担义务；
- ④ 作为一方当事人的法人或其他组织终止，尚未确定权利义务承受人的；
- ⑤ 人民法院认为应当中止执行的其他情形。

#### (2) 执行终结

有下列情形之一的，人民法院应当裁定终结执行：

- ① 申请人撤销执行申请的；
- ② 据以执行的法律文书被撤销的；
- ③ 作为被申请执行人的公民死亡，无遗产可供执行，又无义务承担人的；
- ④ 追索赡养费、抚养费、抚育费案件的权利人死亡的；
- ⑤ 作为被执行人的公民因生活困难无力偿还借款，无收入来源，又丧失劳动能力的；
- ⑥ 人民法院认为应当终结执行的其他情形。

### 109、行政复议的基本原则

- ① 合法、公正、公开、及时、便民原则
- ② 有错必纠原则
- ③ 合法性与合理性审查原则

行政复议机关负责法制工作的机构具体办理行政复议事项，应当审查具体行政行为是否合法、是否恰当。也即，行政复议机关既要审查具体行政行为的合法性，又要审查合理性。

### 110、复议范围

#### (1) 受案范围

- ① 对行政机关作出的警告、罚款、没收违法所得、没收非法财物、责令停产停业、暂扣或者吊销许可证、暂扣或者吊销执照、行政拘留等行政处罚决定不服的；
- ② 对行政机关作出的限制人身自由或者查封、扣押、冻结财产等行政强制措施决定不服的；
- ③ 对行政机关作出的有关许可证、执照、资质证、资格证等证书变更，中止、撤销的决定不服的；
- ④ 对行政机关作出的关于确认土地、矿藏等自然资源的所有权或者使用权的决定不服的；
- ⑤ 认为行政机关侵犯合法的经营自主权的；
- ⑥ 认为行政机关变更或者废止农业承包合同，侵犯其合法权益的；
- ⑦ 认为行政机关违法集资、征收财物、摊派费用或者违法要求履行其他义务的；
- ⑧ 认为符合法定条件，申请行政机关颁发许可证、执照、资质证、资格证等证书，或者申请行政机关审批、登记有关事项，行政机关没有依法办理的；
- ⑨ 申请行政机关履行保护人身权利、财产权利、受教育权利的法定职责，行政机关没有依法履行的；
- ⑩ 申请行政机关依法发放抚恤金、社会保险金或者最低生活保障费，行政机关没有依法发放的；
- ⑪ 认为行政机关的其他具体行政行为侵犯其合法权益。

#### (2) 行政复议的排除范围

对于以下案件，不可以申请行政复议：

- ① 内部行政行为，如行政处分或其他人事处理决定。
- ② 调解等不属于行政行为的行为。

#### (3) 对部分抽象行政行为的附带审查

公民、法人或者其他组织认为行政机关的具体行政行为所依据的下列规定不合法，在对具体行政行为申请行政复议时，可以一并向行政复议机关提出对该规定的审查申请：

- ① 国务院部门的规定；
- ② 县级以上地方各级人民政府及其工作部门的规定；
- ③ 乡、镇人民政府的规定。

### 111、行政复议被申请人

① 公民、法人或者其他组织对行政机关的具体行政行为不服申请行政复议的，作出该具体行政行为的行政机关是被申请人。

② 行政机关与法律、法规授权的组织以共同的名义作出具体行政行为的，行政机关和法律、法规授权的组织为共同被申请人。

③ 行政机关与其他组织以共同名义作出具体行政行为的，行政机关为被申请人。

④ 下级行政机关依照法律、法规、规章规定，经上级行政机关批准作出具体行政行为的，批

准机关为被申请人。

⑤ 行政机关设立的派出机构、内设机构或者其他组织，未经法律、法规授权，对外以自己名义作出具体行政行为的，该行政机关为被申请人。

### 112、行政复议机关

① 对地方各级人民政府的具体行政行为不服的，向上一级地方人民政府申请行政复议；

② 对省、自治区人民政府依法设立的派出机关（如行政公署）所属的县级地方人民政府的具体行政行为不服的，向该派出机关申请行政复议；

③ 对县级以上地方各级人民政府工作部门的具体行政行为不服的，由申请人选择，可以向该部门的本级人民政府申请行政复议，也可以向上一级主管部门申请行政复议；

④ 对县级以上地方人民政府依法设立的派出机关的具体行政行为不服的，向设立该派出机关的人民政府申请行政复议；

⑤ 对政府工作部门依法设立的派出机构依照法律、法规或者规章规定，以自己的名义作出的具体行政行为不服的，向设立该派出机构的部门或者该部门的本级地方人民政府申请行政复议；

⑥ 对法律、法规授权的组织的具体行政行为不服的，分别向直接管理该组织的地方人民政府、地方人民政府工作部门或者国务院部门申请行政复议；

⑦ 对两个或者两个以上行政机关以共同的名义作出的具体行政行为不服的，向其共同上一级行政机关申请行政复议；

⑧ 对被撤销的行政机关在撤销前所作出的具体行政行为不服的，向继续行使其职权的行政机关的上一级行政机关申请行政复议；

⑨ 对实行垂直领导的行政机关如海关、金融、国税、外汇、国家安全等行政机关的具体行政行为不服的，向上一级主管部门申请行政复议；

⑩ 对国务院部门或者省、自治区、直辖市人民政府的具体行政行为不服的，向作出该具体行政行为的国务院部门或者省、自治区、直辖市人民政府申请行政复议。对行政复议决定不服的，可以向人民法院提起行政诉讼；也可以向国务院申请裁决，国务院作出最终裁决。

### 113、行政复议的申请

#### （1）提出申请的期限

公民、法人或者其他组织认为具体行政行为侵犯其合法权益的，可以自知道该具体行政行为之日起 60 日内提出行政复议申请；但是法律规定的申请期限超过 60 日的除外。

#### （2）申请形式

申请人申请行政复议，可以书面申请，也可以口头申请；口头申请的，行政复议机关应当当场记录申请人的基本情况、行政复议请求、申请行政复议的主要事实、理由和时间。

申请人书面申请行政复议的，可以采取当面递交、邮寄或者传真等方式提出行政复议申请。

#### （3）费用

行政复议机关受理行政复议申请，不得向申请人收取任何费用。

#### （4）具体行政行为在行政复议期间的执行力

行政复议期间具体行政行为不停止执行；但是，有下列情形之一的，可以停止执行：

① 被申请人认为需要停止执行的；

② 行政复议机关认为需要停止执行的；

③ 申请人申请停止执行，行政复议机关认为其要求合理，决定停止执行的；

④ 法律规定停止执行的。

### 114、行政复议的审理

#### （1）审理方式

行政复议原则上采取书面审查的办法，但是申请人提出要求或者行政复议机关负责法制工作的机构认为有必要时，可以向有关组织和人员调查情况，听取申请人、被申请人和第三人的意见。

#### （2）审理人员

行政复议机构审理行政复议案件，应当由二名以上行政复议人员参加。

#### （3）举证责任

① 行政复议的举证责任由被申请人负担。

行政复议机关负责法制工作的机构对行政复议申请受理之日起7日内，将行政复议申请书副本或者行政复议申请笔录复印件发送被申请人。被申请人应当自收到申请书副本或者申请笔录复印件之日起10日内，提出书面答复，并提交当初作出具体行政行为的证据、依据和其他有关材料。

被申请人不按上述规定提出书面答复、提交当初作出具体行政行为的证据、依据和其他有关材料的，视为该具体行政行为没有证据、依据，复议机关应撤销该具体行政行为。

② 在行政复议过程中，被申请人不得自行向申请人和其他有关组织或者个人收集证据。

③ 申请人、第三人可以查阅被申请人提出的书面答复、作出具体行政行为的证据、依据和其他有关材料，除涉及国家秘密、商业秘密或者个人隐私外，行政复议机关不得拒绝。

④ 行政复议申请材料不齐全或者表述不清楚的，行政复议机构可以自收到该行政复议申请之日起5日内书面通知申请人补正。

#### (4) 审理期限

行政复议机关应当自受理申请之日起60日内作出行政复议决定；但是法律规定的行政复议期限少于60日的除外。情况复杂，不能在规定期限内作出行政复议决定的，经行政复议机关的负责人批准，可以延长不超过30日，并告知申请人和被申请人。

### 115、复议的中止和终止

#### (1) 行政复议中止

行政复议期间有下列情形之一，影响行政复议案件审理的，行政复议中止：

- ① 作为申请人的自然人死亡，其近亲属尚未确定是否参加行政复议的；
- ② 作为申请人的自然人丧失参加行政复议的能力，尚未确定法定代理人参加行政复议的；
- ③ 作为申请人的法人或者其他组织终止，尚未确定权利义务承受人的；
- ④ 作为申请人的自然人下落不明或者被宣告失踪的；
- ⑤ 申请人、被申请人因不可抗力，不能参加行政复议的；
- ⑥ 案件涉及法律适用问题，需要有权机关作出解释或者确认的；
- ⑦ 案件审理需要以其他案件的审理结果为依据，而其他案件尚未审结的；
- ⑧ 其他需要中止行政复议的情形。

行政复议中止的原因消除后，应当及时恢复行政复议案件的审理。

行政复议机构中止、恢复行政复议案件的审理，应当告知有关当事人。

#### (2) 行政复议终止

行政复议期间有下列情形之一的，行政复议终止：

- ① 申请人要求撤回行政复议申请，行政复议机构准予撤回的；
- ② 作为申请人的自然人死亡，没有近亲属或者其近亲属放弃行政复议权利的；
- ③ 作为申请人的法人或者其他组织终止，其权利义务的承受人放弃行政复议权利的；
- ④ 申请人与被申请人经行政复议机构准许达成和解的；
- ⑤ 申请人对行政拘留或者限制人身自由的行政强制措施不服申请行政复议后，因申请人同一违法行为涉嫌犯罪，该行政拘留或者限制人身自由的行政强制措施变更为刑事拘留的。

中止行政复议的①②③情形，满60日行政复议中止的原因仍未消除的，行政复议终止。

### 116、行政复议决定的种类

#### (1) 维持的决定

具体行政行为认定事实清楚、证据确凿、适用依据正确、程序合法、内容适当的，决定维持。

#### (2) 履行法定职责的决定

被申请人不履行法定职责的，决定其在一定期限内履行。

#### (3) 撤销、变更、确认违法和重新作出具体行政行为的决定

具体行政行为有下列情形之一的，决定撤销、变更或者确认该具体行政行为违法；决定撤销或者确认该具体行政行为违法的，可以责令被申请人在一定期限内重新作出具体行政行为：

- ① 主要事实不清、证据不足的；
- ② 适用依据错误的；
- ③ 违反法定程序的；
- ④ 超越或者滥用职权的；

⑤ 具体行政行为明显不当的。

#### (4) 撤销具体行政行为

被申请人不按照法定的期限提出书面答复、提交当初作出具体行政行为的证据、依据和其他有关材料的，视为该具体行政行为没有证据、依据，撤销具体行政行为。

#### (5) 驳回申请

有下列情形之一的，行政复议机关应当决定驳回行政复议申请：

① 申请人认为行政机关不履行法定职责申请行政复议，行政复议机关受理后发现该行政机关没有相应法定职责或者在受理前已经履行法定职责的；

② 受理行政复议申请后，发现该行政复议申请不符合行政复议法和本条例规定的受理条件的。上级行政机关认为行政复议机关驳回行政复议申请的理由不成立的，应当责令其恢复审理。

### 117、行政复议附带行政赔偿

#### (1) 依申请作出的赔偿决定

申请人在申请行政复议时可以一并提出行政赔偿请求，行政复议机关对符合国家赔偿法的有关规定应当给予赔偿的，在决定撤销、变更具体行政行为或者确认具体行政行为违法时，应当同时决定被申请人依法给予赔偿。

#### (2) 依职权作出的赔偿决定

申请人在申请行政复议时没有提出行政赔偿请求的，行政复议机关在依法决定撤销或者变更罚款，撤销违法集资、没收财物、征收财物、摊派费用以及对财产的查封、扣押、冻结等具体行政行为时，应当同时责令被申请人返还财产，解除对财产的查封、扣押、冻结措施，或者赔偿相应的价款。

### 118、行政复议决定的执行

(1) 行政复议决定书一经送达，即发生法律效力。被申请人应当履行行政复议决定。

(2) 被申请人不履行或者无正当理由拖延履行行政复议决定的，行政复议机关或者有关上级行政机关应当责令其限期履行。

(3) 申请人逾期不起诉又不履行行政复议决定的，或者不履行最终裁决的行政复议决定的，按照下列规定分别处理：

① 维持具体行政行为的行政复议决定，由作出具体行政行为的行政机关依法强制执行，或者申请人民法院强制执行；

② 变更具体行政行为的行政复议决定，由行政复议机关依法强制执行，或者申请人民法院强制执行。

### 119、行政复议的调解

有下列情形之一的，行政复议机关可以按照自愿、合法的原则进行调解：

① 公民、法人或者其他组织对行政机关行使法律、法规规定的自由裁量权作出的具体行政行为不服申请行政复议的；

② 当事人之间的行政赔偿或者行政补偿纠纷。

当事人经调解达成协议的，行政复议机关应当制作行政复议调解书。

行政复议调解书经双方当事人签字，即具有法律效力。

调解未达成协议或者调解书生效前一方反悔的，行政复议机关应当及时作出行政复议决定。

### 120、行政诉讼应予受理的案件

#### (1) 受案范围

人民法院受理公民、法人或者其他组织提起的下列诉讼：

① 对行政拘留、暂扣或者吊销许可证和执照、责令停产停业、没收违法所得、没收非法财物、罚款、警告等行政处罚不服的；

② 对限制人身自由或者对财产的查封、扣押、冻结等行政强制措施和行政强制执行不服的；

③ 申请行政许可，行政机关拒绝或者在法定期限内不予答复，或者对行政机关作出的有关行政许可的其他决定不服的；

④ 对行政机关作出的关于确认土地、矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂、海域等自然资源的所有权或者使用权的决定不服的；

- ⑤ 对征收、征用决定及其补偿决定不服的；
  - ⑥ 申请行政机关履行保护人身权、财产权等合法权益的法定职责，行政机关拒绝履行或者不予答复的；
  - ⑦ 认为行政机关侵犯其经营自主权或者农村土地承包经营权、农村土地经营权的；
  - ⑧ 认为行政机关滥用行政权力排除或者限制竞争的；
  - ⑨ 认为行政机关违法集资、摊派费用或者违法要求履行其他义务的；
  - ⑩ 认为行政机关没有依法支付抚恤金、最低生活保障待遇或者社会保险待遇的；
  - ⑪ 认为行政机关不依法履行、未按照约定履行或者违法变更、解除政府特许经营协议、土地房屋征收补偿协议等协议的；
  - ⑫ 认为行政机关侵犯其他人身权、财产权等合法权益的。
- 除前款规定外，人民法院受理法律、法规规定可以提起诉讼的其他行政案件。

### (2) 行政诉讼的排除范围

人民法院不受理公民、法人或者其他组织对下列事项提起的诉讼：

- ① 国防、外交等国家行为；
- ② 行政法规、规章或者行政机关制定、发布的具有普遍约束力的决定、命令；
- ③ 行政机关对行政机关工作人员的奖惩、任免等决定；
- ④ 法律规定由行政机关最终裁决的行政行为。

### (3) 附带审查

公民、法人或者其他组织认为行政行为所依据的国务院部门和地方人民政府及其部门制定的规范性文件不合法，在对行政行为提起诉讼时，可以一并请求对该规范性文件进行审查。

前款规定的规范性文件不含规章。

### 121、行政诉讼法的基本原则

#### ① 出庭应诉原则

被诉行政机关负责人应当出庭应诉。不能出庭的，应当委托行政机关相应的工作人员出庭。

#### ② 不适用调解原则

人民法院审理行政案件，不适用调解。但是，行政赔偿、补偿以及行政机关行使法律、法规规定的自由裁量权的案件可以调解。

调解应当遵循自愿、合法原则，不得损害国家利益、社会公共利益和他人合法权益。

### 122、中级人民法院的管辖

中级人民法院管辖下列第一审行政案件：

- ① 对国务院部门或者县级以上地方人民政府所作的行政行为提起诉讼的案件；
- ② 海关处理的案件；
- ③ 本辖区内重大、复杂的案件；
- ④ 其他法律规定由中级人民法院管辖的案件。

### 123、地域管辖

#### (1) 一般性规则

行政案件由最初作出行政行为的行政机关所在地法院管辖。

#### (2) 经复议的案件

经复议的案件，也可以由复议机关所在地人民法院管辖。

#### (3) 特殊地域管辖

① 对限制人身自由的行政强制措施不服而提起的诉讼，由被告所在地或者原告所在地法院管辖。

② 因不动产而提起的诉讼，由不动产所在地的人民法院管辖。

因不动产而提起的诉讼是指因行政行为导致不动产权属变动而提起的诉讼。

### 124、被告

① 公民、法人或者其他组织直接向人民法院提起诉讼的，作出行政行为的行政机关是被告。

② 经复议的案件，复议机关决定维持原行政行为的，作出原行政行为的行政机关和复议机关是共同被告；复议机关改变原行政行为的，复议机关是被告。

“复议机关决定维持原行政行为”，包括复议机关改变原行政行为所适用的规范依据，但未改变原行政行为处理结果的情况。

“复议机关改变原行政行为”，是指复议机关改变原行政行为的处理结果。复议机关确认原行政行为无效，属于改变原行政行为。

复议机关确认原行政行为违法属于改变原行政行为，但复议机关以违反法定程序为由确认原行政行为违法的除外。

③ 复议机关在法定期限内未作出复议决定，公民、法人或者其他组织起诉原行政行为的，作出原行政行为的行政机关是被告；起诉复议机关不作为的，复议机关是被告。

④ 两个以上行政机关作出同一行政行为的，共同作出行政行为的行政机关是共同被告。

⑤ 行政机关委托的组织所作的行政行为，委托的行政机关是被告。

⑥ 行政机关被撤销或者职权变更的，继续行使其职权的行政机关是被告。

## 125、举证责任和举证期限

### (1) 被告的举证责任

被告应当在收到起诉状副本之日起15日内向人民法院提交作出行政行为的证据和所依据的规范性文件，并提交答辩状。

被告在此期限内不提供或无正当理由逾期提供证据的，视为被诉的具体行政行为没有相应的证据，不影响人民法院审理。

### (2) 被告证据的收集与补充

在诉讼过程中，被告及其诉讼代理人不得自行向原告、第三人和证人收集证据。以下情形除外：

① 被告在作出行政行为时已经收集了证据，但因不可抗力等正当事由不能提供的，经人民法院准许，可以延期提供。

② 原告或者第三人提出了其在行政处理程序中没有提出的理由或者证据的，经人民法院准许，被告可以补充证据。

### (3) 原告举证

原告可以提供证明行政行为违法的证据。原告提供的证据不成立的，不免除被告的举证责任。

### (4) 调查取证

人民法院有权向有关行政机关以及其他组织、公民调取证据。但是，不得为证明行政行为的合法性调取被告作出行政行为时未收集的证据。

## 126、行政复议与行政诉讼的关系

### ① 当事人选择为原则

对属于人民法院受案范围的行政案件，公民、法人或者其他组织可以先向行政机关申请复议，对复议决定不服的，再向人民法院提起诉讼；也可以直接向人民法院提起诉讼。

### ② 复议前置为例外

法律、法规规定应当先向行政机关申请复议，对复议决定不服再向人民法院提起诉讼的，依照法律、法规的规定。

例如，《行政复议法》第30条第1款规定，公民、法人或者其他组织认为行政机关的具体行政行为侵犯其已经依法取得的土地、矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂、海域等自然资源的所有权或者使用权的，应当先申请行政复议；对行政复议决定不服的，可以依法向人民法院提起行政诉讼。

## 127、起诉期限

### (1) 直接起诉

公民、法人或者其他组织直接向人民法院提起诉讼的，应当自知道或者应当知道作出行政行为之日起6个月内提出。法律另有规定的除外。

### (2) 复议后起诉

公民、法人或者其他组织不服复议决定的，可以在收到复议决定书之日起15日内向人民法院提起诉讼。

复议机关逾期不作决定的，申请人可以在复议期满之日起15日内向人民法院提起诉讼。法律另有规定的除外。



### （3）行政机关不履行法定职责的起诉时间

公民、法人或者其他组织申请行政机关履行保护其人身权、财产权等合法权益的法定职责，行政机关在接到申请之日起两个月内不履行的，公民、法人或者其他组织可以向人民法院提起诉讼。法律、法规对行政机关履行职责的期限另有规定的，从其规定。

#### 128、立案登记

##### ① 当场立案

人民法院在接到起诉状时对符合规定的起诉条件的，应当登记立案。

##### ② 7日内决定

对当场不能判定是否符合本法规定的起诉条件的，应当接收起诉状，出具注明收到日期的书面凭证，并在7日内决定是否立案。

不符合起诉条件的，作出不予立案的裁定。裁定书应当载明不予立案的理由。

原告对裁定不服的，可以提起上诉。

7日内仍不能作出判断的，应当先予立案。

##### ③ 指导和释明

起诉状内容或者材料欠缺的，人民法院应当一次性全面告知当事人需要补正的内容、补充的材料及期限。在指定期限内补正并符合起诉条件的，应当登记立案。当事人拒绝补正或者经补正仍不符合起诉条件的，裁定不予立案，并载明不予立案的理由。

人民法院不得未经指导和释明即以起诉不符合条件为由不接收起诉状。

##### ④ 法律责任

对于不接收起诉状、接收起诉状后不出具书面凭证，以及不一次性告知当事人需要补正的起诉状内容的，当事人可以向上级人民法院投诉，上级人民法院应当责令改正，并对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分。

##### ⑤ 向上一级人民法院起诉

人民法院既不立案，又不作出不予立案裁定的，当事人可以向上一级人民法院起诉。上一级人民法院认为符合起诉条件的，应当立案、审理，也可以指定其他下级人民法院立案、审理。

#### 129、行政诉讼不停止行政行为（《行政诉讼法》第56条）

在诉讼期间，不停止行政行为的执行。但有下列情形之一的，裁定停止行政行为的执行：

##### ① 被告认为需要停止执行的；

② 原告或者利害关系人申请停止执行，人民法院认为该行政行为的执行会造成难以弥补的损失，并且停止执行不损害国家利益、社会公共利益的；

##### ③ 人民法院认为该行政行为的执行会给国家利益、社会公共利益造成重大损害的；

##### ④ 法律、法规规定停止执行的。

当事人对停止执行或者不停止执行的裁定不服的，可以申请复议一次。

#### 130、庭前准备及庭审程序

##### （1）转文

人民法院应当在立案之日起5日内，将起诉状副本发送被告。被告应当在收到起诉状副本之日起15日内向人民法院提交作出行政行为的证据和所依据的规范性文件，并提出答辩状。

被告不提出答辩状的，不影响人民法院审理。

##### （2）先予执行

人民法院对起诉行政机关没有依法支付抚恤金、最低生活保障金和工伤、医疗社会保险金的案件，权利义务关系明确、不先予执行将严重影响原告生活的，可以根据原告的申请，裁定先予执行。

##### （3）审理的期限

人民法院应当在立案之日起六个月内作出第一审判决。有特殊情况需要延长的，由高级人民法院批准，高级人民法院审理第一审案件需要延长的，由最高人民法院批准。

#### 131、法律适用

##### ① 审理依据

人民法院审理行政案件，以法律和行政法规、地方性法规为依据。地方性法规适用于本行政区

域内发生的行政案件。

② 参照规章

人民法院审理行政案件，参照规章。

③ 处理建议

人民法院在审理行政案件中，经审查认为审理案件所依据的规范性文件不合法的，不作为认定行政行为合法的依据，并向制定机关提出处理建议。

### 132、第一审判决种类

#### (1) 驳回诉讼请求

行政行为证据确凿，适用法律、法规正确，符合法定程序的，或者原告申请被告履行法定职责或者给付义务理由不成立的，人民法院判决驳回原告的诉讼请求。

#### (2) 撤销或者部分撤销

行政行为有下列情形之一的，人民法院判决撤销或者部分撤销，并可以判决被告重新作出行政行为：

- ① 主要证据不足的；
- ② 适用法律、法规错误的；
- ③ 违反法定程序的；
- ④ 超越职权的；
- ⑤ 滥用职权的；
- ⑥ 明显不当的。

#### (3) 履行判决

人民法院经过审理，查明被告不履行法定职责的，判决被告在一定期限内履行。

#### (4) 给付判决

人民法院经过审理，查明被告依法负有给付义务的，判决被告履行给付义务。

#### (5) 确认违法判决

行政行为有下列情形之一的，人民法院判决确认违法，但不撤销行政行为：

- ① 行政行为依法应当撤销，但撤销会给国家利益、社会公共利益造成重大损害的；
- ② 行政行为程序轻微违法，但对原告权利不产生实际影响的。

行政行为有下列情形之一的，不需要撤销或者判决履行的，人民法院判决确认违法：

- ① 行政行为违法，但不具有可撤销内容的；
- ② 被告改变原违法行政行为，原告仍要求确认原行政行为违法的；
- ③ 被告不履行或者拖延履行法定职责，判决履行没有意义的。

#### (6) 确认无效判决

行政行为有实施主体不具有行政主体资格或者没有依据等重大且明显违法情形，原告申请确认行政行为无效的，人民法院判决确认无效。

人民法院判决确认违法或者无效的，可以同时判决责令被告采取补救措施；给原告造成损失的，依法判决被告承担赔偿责任。

#### (7) 变更判决

行政处罚明显不当，或者其他行政行为涉及对款额的确定、认定确有错误的，人民法院可以判决变更。

人民法院判决变更，不得加重原告的义务或者减损原告的权益。但利害关系人同为原告，且诉讼请求相反的除外。

### 133、判决的效力

#### (1) 判决的效力

人民法院判决被告重新作出行政行为的，被告不得以同一的事实和理由作出与原行政行为基本相同的行政行为。

#### (2) 对复议决定和原行政行为一并裁判

复议机关与作出原行政行为的行政机关为共同被告的案件，人民法院应当对复议决定和原行政行为一并作出裁判。

### 134、上诉的期限

当事人不服人民法院第一审判决的，有权在判决书送达之日起15日内向上一级人民法院提起上诉。当事人不服人民法院第一审裁定的，有权在裁定书送达之日起10日内向上一级人民法院提起上诉。逾期不提起上诉的，人民法院的第一审判决或者裁定发生法律效力。

### 135、第二审判决和裁定

人民法院审理上诉案件，按照下列情形，分别处理：

① 原判决、裁定认定事实清楚，适用法律、法规正确的，判决或者裁定驳回上诉，维持原判决、裁定；

② 原判决、裁定认定事实错误或者适用法律、法规错误的，依法改判、撤销或者变更；

③ 原判决认定基本事实不清、证据不足的，发回原审人民法院重审，或者查清事实后改判；

④ 原判决遗漏当事人或者违法缺席判决等严重违反法定程序的，裁定撤销原判决，发回原审人民法院重审。

原审人民法院对发回重审的案件作出判决后，当事人提起上诉的，第二审人民法院不得再次发回重审。

人民法院审理上诉案件，需要改变原审判决的，应当同时对被诉行政行为作出判决。

### 136、诉讼的中止与终结

#### (1) 中止

在诉讼过程中，有下列情形之一的，中止诉讼：

① 原告死亡，须等待其近亲属表明是否参加诉讼的；

② 原告丧失诉讼行为能力，尚未确定法定代理人的；

③ 作为一方当事人的行政机关、法人或者其他组织终止，尚未确定权利义务承受人的；

④ 一方当事人因不可抗力事由不能参加诉讼的；

⑤ 案件涉及法律适用问题，需要送请有权机关作出解释或者确认的；

⑥ 案件的审判须以相关民事、刑事或者其他行政案件的审理结果为依据，而相关案件尚未审结的；

⑦ 其他应当中止诉讼的情形。

中止诉讼的原因消除后，恢复诉讼。

#### (2) 终结

在诉讼过程中，有下列情形之一的，终结诉讼：

① 原告死亡，没有近亲属或者近亲属放弃诉讼权利的；

② 作为原告的法人或者其他组织终止后，其权利义务的承受人放弃诉讼权利的。

### 137、作品的种类

著作权法所称作品，是指文学、艺术和科学领域内具有独创性并能以某种有形形式复制的智力成果。

① 文字作品；

文字作品，是指小说、诗词、散文、论文等以文字形式表现的作品。

② 口述作品；

口述作品，是指即兴的演说、授课、法庭辩论等以口头语言形式表现的作品；

③ 音乐、戏剧、曲艺、舞蹈、杂技艺术作品；

音乐作品，是指歌曲、交响乐等能够演唱或者演奏的带词或者不带词的作品；戏剧作品，是指话剧、歌剧、地方戏等供舞台演出的作品；曲艺作品，是指相声、快书、大鼓、评书等以说唱为主要形式表演的作品。

④ 美术作品；

美术作品，是指绘画、书法、雕塑等以线条、色彩或者其他方式构成的有审美意义的平面或者立体的造型艺术作品。

⑤ 建筑作品；

建筑作品是以建筑物或建筑物形式表现的有审美意义的作品。

⑥ 摄影作品；

摄影作品，是指借助器械在感光材料或者其他介质上记录客观物体形象的艺术作品。

⑦ 电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品：

电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品，是指摄制在一定介质上，由一系列有伴音或者无伴音的画面组成，并且借助适当装置放映或以其他方式传播的作品。

⑧ 工程设计图、产品设计图、地图、示意图等图形作品：

图形作品，是指为施工、生产绘制的工程设计图、产品设计图，以及反映地理现象、说明事物原理或者结构的地图、示意图等作品。

⑨ 模型作品：

模型作品，是指为展示、试验或者观测等用途，根据物体的形状和结构，按照一定比例制成的立体作品。

⑩ 计算机软件。

### 138、不受著作权法保护的對象

著作权法不适用于：

① 法律、法规，国家机关的决议、决定、命令和其他具有立法、行政、司法性质的文件，及其官方正式译文；

② 时事新闻；

时事新闻是指通过报纸、期刊、广播电台、电视台等媒体报道的单纯事实消息。

③ 历法、通用数表、通用表格和公式。

### 139、著作权的产生与受保护时间

著作权自作品完成创作之日起产生。

首先在中国境内出版的外国人、无国籍人的作品，其著作权自首次出版之日起受保护。

### 140、作者

著作权原则上属于作者，特殊情形除外。

① 创作作品的公民是作者。

② 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。

为他人创作进行组织工作，提供咨询意见、物质条件，或进行其他辅助工作，不属于创作，不是作者。

### 141、著作权集体管理组织

著作权集体管理组织是非营利性组织。

著作权人和与著作权有关的权利人可以授权著作权集体管理组织行使著作权或者与著作权有关的权利。著作权集体管理组织被授权后，可以以自己的名义为著作权人和与著作权有关的权利人主张权利，并可以作为当事人进行涉及著作权或者与著作权有关的权利的诉讼、仲裁活动。

### 142、特殊作品的著作权人

#### (1) 演绎作品的著作权人

① 演绎作品是指改编、翻译、注释、整理已有作品而产生的作品，其著作权由改编、翻译、注释、整理人享有。

② 演绎作者行使著作权时不得侵犯原作品的著作权。

#### (2) 合作作品的著作权人

① 两人以上合作创作的作品，著作权由合作作者共同享有。没有参加创作的人，不能成为合作作者。

② 合作作品可以分割使用的，作者对各自创作的部分可以单独享有著作权，但行使著作权时不得侵犯合作作品整体的著作权。

合作作品不可以分割使用的，其著作权由各合作作者共同享有，通过协商一致行使；不能协商一致，又无正当理由的，任何一方不得阻止他方行使除转让以外的其他权利，但是所得收益应当合理分配给所有合作作者。

#### (3) 汇编作品的著作权归属

① 汇编若干作品、作品的片段或者不构成作品的数据或者其他材料，对其内容的选择或者编

排体现独创性的作品，为汇编作品，其著作权由汇编人享有。

#### ② 权利的行使

汇编作品著作权人行使著作权时，不得侵犯原作品的著作权。

汇编的是受著作权保护的作品，汇编人应取得著作权人许可并支付报酬。

汇编的是不受著作权保护的作品，不需要得到著作权人的许可，但是应当尊重作者人身权。

#### (4) 影视作品的著作权归属

##### ① 汇编作品著作权的归属

电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品著作权由制片者享有，但编剧、导演、摄影、作词、作曲等作者享有署名权，并有权按照与制片者签订的合同获得报酬。

##### ② 权利的行使

电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品中的剧本、音乐等可以单独使用的作品的作者有权单独行使其著作权。

#### (5) 职务作品的著作权归属

职务作品是指公民为完成法人或其他组织的工作任务所创作的作品。

①对于一般的职务作品，著作权由作者享有，但法人或者其他组织有权在其业务范围内优先使用。作品完成两年内，未经单位同意，作者不得许可第三人以与单位使用的相同方式使用该作品。

②对于主要是利用法人或者其他组织的物质技术条件创作，并由法人或者其他组织承担责任的工程设计图、产品设计图、地图、计算机软件等职务作品，作者享有署名权，著作权的其他权利由法人或者其他组织享有，法人或者其他组织可以给予作者奖励。

#### (6) 委托作品的著作权归属

##### ① 委托作品著作权归属

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。

##### ② 权利的行使

对于委托作品著作权属于受托人的情形，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。

#### (7) 自传体作品

当事人合意以特定人物经历为题材完成的自传体作品，当事人对著作权权属有约定的，依其约定；没有约定的，著作权归该特定人物享有，执笔人或整理人对作品完成付出劳动的，著作权人可以向其支付适当的报酬。

#### (8) 原件所有权转移的作品著作权归属

美术等作品原件所有权的转移，不视为作品著作权的转移，但美术作品原件的展览权由原件所有人享有。

#### (9) 作者身份不明的作品著作权归属

作者身份不明的作品，由作品原件的所有人行使除署名权以外的著作权。作者身份确定后，由作者或者其继承人行使著作权。

### 143、著作人身权的种类

#### ① 发表权

发表权是指作者决定作品是否公之于众的权利。发表权只能行使一次。

作者生前未发表的作品，如果作者未明确表示不发表，作者死亡后50年内，其发表权可由继承人或者受遗赠人行使。

#### ② 署名权

署名权是指表明作者身份，在作品上署名的权利。

#### ③ 修改权

修改权是修改或者授权他人修改作品的权利。

#### ④ 保护作品完整权

保护作品完整权，即保护作品不受歪曲、篡改的权利。

### 144、著作财产权的种类

① 复制权

复制权即以印刷、复制、拓印、录音、录像、翻录、翻拍等方式将作品制作一份或者多份的权利。

② 发行权

发行权即以出售或赠予方式向公众提供作品的原件或复制件的权利。

③ 出租权

出租权即有偿许可他人临时使用电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品、计算机软件的权利，计算机软件不是出租的主要标的的除外。

④ 展览权

展览权，即公开陈列美术作品、摄影作品的原件或者复制件的权利。

⑤ 表演权

表演权，即公开表演作品，以及用各种手段公开播送作品的表演的权利。

⑥ 放映权

放映权，即通过放映机、幻灯机等技术设备公开再现美术、摄影、电影和以类似摄制电影的方法创作的作品等的权利。

⑦ 广播权

广播权，即以无线方式公开广播或者传播作品，以有线传播或者转播的方式向公众传播广播的作品，以及通过扩音器或者其他传送符号、声音、图像的类似工具向公众传播广播的作品的权利。

⑧ 信息网络传播权

信息网络传播权，即以有线或者无线方式向公众提供作品，使公众可以在其个人选定的时间和地点获得作品的权利。

⑨ 摄制权

摄制权，即以摄制电影或者以类似摄制电影的方法将作品固定在载体上的权利。

⑩ 改编权

改编权，即改变作品，创作出具有独创性的新作品的权利。

⑪ 翻译权

翻译权，即将作品从一种语言文字转换成另一种语言文字的权利。

⑫ 汇编权

汇编权，即将作品或者作品的片段通过选择或者编排，汇集成新作品的权利。

## 145、著作权的保护期

### (1) 人身权保护期

作者的署名权、修改权、保护作品完整权的保护期不受限制。

### (2) 公民作品的发表权及财产权保护期

公民的作品，其发表权、著作财产权的权利的保护期为作者终生及其死亡后50年，截止于作者死亡后第50年的12月31日；如果是合作作品，截止于最后死亡的作者死亡后第50年的12月31日。

### (3) 法人作品的发表权及财产权保护期

法人或者其他组织的作品、著作权（署名权除外）由法人或者其他组织享有的职务作品，其发表权、著作财产权保护期为50年，截止于作品首次发表的第50年的12月31日。但作品自创作完成后50年内未发表的，不再保护。

### (4) 电影作品和摄影作品的发表权及财产权保护期

电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品、摄影作品的发表权、著作财产权保护期为50年，截止于作品首次发表的第50年的12月31日。但作品自创作完成后50年内未发表的，不再保护。

## 146、著作权的限制

### (1) 合理使用

在下列情况下使用作品，可以不经著作权人许可，不向其支付报酬，但应当指明作者姓名、作品名称，并且不得侵犯著作权人依照本法享有的其他权利：

- ① 为个人学习、研究或者欣赏，使用他人已经发表的作品；
- ② 为介绍、评论某一作品或者说明某一问题，在作品中适当引用他人已经发表的作品；

③ 为报道时事新闻，在报纸、期刊、广播电台、电视台等媒体中不可避免地再现或者引用已经发表的作品；

④ 报纸、期刊、广播电台、电视台等媒体刊登或者播放其他报纸、期刊、广播电台、电视台已经发表的关于政治、经济、宗教问题的时事性文章，但作者声明不许刊登、播放的除外；

⑤ 报纸、期刊、广播电台、电视台刊登或者播放在公共集会上发表的讲话，但作者声明不许刊登、播放的除外；

⑥ 为学校课堂教学或者科学研究，翻译或者少量复制已经发表的作品，供教学或者科学研究人员使用，但不得出版发行；

⑦ 国家机关为执行公务在合理范围内使用已经发表的作品；

⑧ 图书馆、档案馆、纪念馆、博物馆、美术馆等为陈列或者保存版本的需要，复制本馆收藏的作品；

⑨ 免费表演已经发表的作品，未向公众收取费用，也未向表演者支付报酬；

⑩ 对设置或陈列在室外公共场所的艺术作品进行临摹、绘画、摄影、录像；

⑪ 将中国公民、法人或者其他组织已经发表的以语言文字创作的作品翻译成少数民族语言文字作品在国内出版发行；

⑫ 将已经发表的作品改成盲文出版。

### (2) 教科书的法定许可

为实施九年制义务教育和国家教育规划而编写出版教科书，除作者事先声明不许使用的外，可以不经著作权人许可，在教科书中汇编已经发表的作品片段或者短小的文字作品、音乐作品或者单幅的美术作品、摄影作品，但应当按照规定支付报酬，指明作者姓名、作品名称，并且不得侵犯著作权人依照本法享有的其他权利。

### 147、与著作权相关权利的概念

与著作权相关权利又称为邻接权、著作邻接权或作品传播者权，是在传播作品的基础上产生类似著作权的权利。

著作权法和条例所称与著作权有关的权益，是指出版者对其出版的图书和期刊的版式设计享有的权利，表演者对其表演享有的权利，录音录像制作者对其制作的录音录像制品享有的权利，广播电台、电视台对其播放的广播、电视节目享有的权利。

### 148、出版者的权利和义务

#### ① 版式设计权

出版者有权许可或者禁止他人使用其出版的图书、期刊的版式设计。

前款规定的权利的保护期为10年，截止于使用该版式设计的图书、期刊首次出版后第10年的12月31日。

② 图书出版者经作者许可，可以对作品修改、删节。

③ 图书出版者重印、再版作品的，应当通知著作权人，并支付报酬。图书脱销后，图书出版者拒绝重印、再版的，著作权人有权终止合同。

### 149、报刊出版者的权利和义务

#### ① 报刊社与著作权人就“一稿多投”的法律关系

著作权人向报社、期刊社投稿的，自稿件发出之日起15日内未收到报社通知决定刊登的，或者自稿件发出之日起30日内未收到期刊社通知决定刊登的，可以将同一作品向其他报社、期刊社投稿。双方另有约定的除外。

#### ② 报刊社转载、摘编作品权

作品刊登后，除著作权人声明不得转载、摘编的外，其他报刊可以转载或者作为文摘、资料刊登，但应当按照规定向著作权人支付报酬。

#### ③ 作品修改权（《著作权法》第34条）

报社、期刊社可以对作品作文字性修改、删节。对内容的修改，应当经作者许可。

### 150、表演者的权利和义务

#### (1) 表演者的权利

##### ① 表演者人身权利

表演者人身权包括：表明表演者身份；保护表演形象不受歪曲。

## ② 表演者财产权利

表演者财产权包括：许可他人从现场直播和公开传送其现场表演；许可他人录音录像和复制，发行录有其表演的录音录像制品；许可他人通过信息网络向公众传播其表演。在许可他人进行以上行为时，表演者有获得报酬的权利。

### (2) 表演者的义务

使用他人作品演出，表演者（演员、演出单位）应当取得著作权人许可，并支付报酬。演出组织者组织演出，由该组织者取得著作权人许可，并支付报酬。

使用改编、翻译、注释、整理已有作品而产生的作品进行演出，应当取得改编、翻译、注释、整理作品的著作权人和原作品的著作权人许可，并支付报酬。

### (3) 表演者的保护期

表演者表明表演者身份、保护表演形象不受歪曲的权利的保护期不受限制；表演者其他权利保护期限为50年，截止于该表演发生后的第50年的12月31日。

## 151、音像制作者的权利和义务

### (1) 音像制作者的权利

音像录像制作者对其制作的录音录像制品，享有许可他人复制、发行、出租、通过信息网络向公众传播并获得报酬的权利。

权利的保护期为50年，截止于该制品首次制作完成后第50年的12月31日。

### (2) 音像制作者和著作权人、表演者的关系

#### ① 录音录像制作者与著作权人的关系

录音录像制作者使用他人作品制作录音录像制品，应取得著作权人的许可，并支付报酬。

录音录像制作者使用改编、翻译、注释、整理已有作品而产生的作品，应当取得改编、翻译、注释、整理作品的著作权人和原作品著作权人许可，并支付报酬。

#### ② 使用音乐作品

录音制作者使用他人已经合法录制为录音制品的音乐作品制作录音制品，可以不经著作权人许可，但应当按照规定支付报酬；著作权人声明不许使用的不得使用。

#### ③ 音像制作者与表演者的关系

录音录像制作者制作录音录像制品，应当同表演者订立合同，并支付报酬。

## 152、广播电台、电视台播放者的权利和义务

### (1) 广播电台、电视台的权利

广播电台、电视台有权禁止未经其许可的下列行为：

- ① 将其播放的广播、电视转播；
- ② 将其播放的广播、电视录制在音像载体上以及复制音像载体。

前款规定的权利的保护期为50年，截止于该广播、电视首次播放后第50年的12月31日。

### (2) 广播电台、电视台的义务（《著作权法》第43条，第44条，第46条）

#### ① 一般作品

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。

#### ② 录音制品

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。

#### ③ 影视作品

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。

## 153、侵犯著作权及其相关权利的行为

### (1) 损害著作权人利益的侵权行为

- ① 未经著作权人许可，发表其作品。



② 未经合作作者许可，将与他人合作创作的作品当作自己单独创作的作品发表。

③ 没有参加创作，为谋取个人名利，在他人作品上署名。

④ 歪曲、篡改他人作品。

⑤ 剽窃他人作品。

⑥ 未经著作权人许可，以展览、摄制电影和以类似摄制电影的方法使用作品等方式使用作品，或者以改编、翻译、注释等方式使用作品，法律另有规定的除外。

⑦ 使用他人作品，应当支付报酬而未支付。

⑧ 未经电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品、计算机软件、录音录像制品的著作权人或者与著作权有关的权利人许可，出租其作品或者录音录像制品，法律另有规定的除外。

⑨ 未经出版者许可，使用其出版的图书、期刊的版式设计。

⑩ 未经表演者许可，从现场直播或公开传送其现场表演，或者录制其表演的。

⑪ 其他侵犯著作权以及与著作权有关权益的行为。

对以上行为，承担停止侵害、消除影响、赔礼道歉、赔偿损失等民事责任。

### (2) 损害著作权人利益和社会公共利益的侵权行为

① 未经著作权人许可，复制、发行、表演、放映、广播、汇编、通过信息网络向公众传播其作品，法律另有规定的除外。

② 出版他人享有专有出版权的图书。

③ 未经表演者许可，复制、发行录有其表演的录音录像制品，或者通过信息网络向公众传播其表演，法律另有规定的除外。

④ 未经录音录像制作者许可，复制、发行、通过信息网络向公众传播其制作的录音录像制品，法律另有规定的除外。

⑤ 未经广播电台、电视台许可，播放或复制广播、电视，法律另有规定的除外。

应注意，广播电台、电视台播放的所有作品都包括在内，无论是自己还是他人制作。

⑥ 未经著作权人或者与著作权有关的权利人许可，故意避开或者破坏权利人为其作品、录音录像制品等采取的保护著作权或者与著作权有关的权利的技术措施，法律另有规定的除外。

⑦ 未经著作权人或者与著作权有关的权利人许可，故意删除或者改变作品、录音录像制品等的权利管理电子信息，法律另有规定的除外。

⑧ 制作、出售假冒他人署名的作品。

对以上行为，承担停止侵害、消除影响、赔礼道歉、赔偿损失等民事责任；同时损害公共利益的，可以由著作权行政管理部门责令停止侵权行为，没收违法所得，没收、销毁侵权复制品，并可处以罚款；情节严重的，著作权行政管理部门还可以没收主要用于制作侵权复制品的材料、工具、设备等；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

## 154、侵权纠纷的解决

### (1) 诉前停止侵权、财产保全、证据保全

① 诉前停止侵权和财产保全

著作权人或者与著作权有关的权利人有证据证明他人正在实施或者即将实施侵犯其权利的行为，如不及时制止将会使其合法权益受到难以弥补的损害的，可以在起诉前向人民法院申请采取责令停止有关行为和财产保全的措施。

② 诉前证据保全

为制止侵权行为，在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下，著作权人或者与著作权有关的权利人可以在起诉前向人民法院申请保全证据。

### (2) 侵权责任承担

侵犯著作权或者与著作权有关的权利的，侵权人应当按照权利人的实际损失给予赔偿；实际损失难以计算的，可以按照侵权人的违法所得给予赔偿，并且赔偿数额还应当包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支。当权利人的实际损失或侵权人的违法所得不能确定的，由人民法院根据侵权行为的情节，判决给予50万元以下的赔偿。

## 155、软件著作权的客体

软件著作的客体有计算机程序和文档。

同一计算机程序的源程序和目标程序为同一作品。

受保护的软件必须由开发者独立开发，并已固定在某种有形物体上。

对软件著作权的保护不延及开发软件所用的思想、处理过程、操作方法或者数学概念等。

### 156、软件著作权的保护范围及期限

软件著作权自软件开发完成之日产生。自然人的软件著作权，保护期为自然人终生及其死亡后50年，截止于自然人死亡后第50年的12月31日；软件是合作开发的，截止于最后死亡的自然人死亡后第50年的12月31日。

法人或者其他组织的软件著作权，保护期为50年，截止于软件首次发表后第50年的12月31日，但软件自开发完成之日起50年内未发表的，不再保护。

软件著作权人可以向国务院著作权行政管理部门认定的软件登记机构办理登记。软件登记机构发放的登记证明文件是登记事项的初步证明。

### 157、对软件著作权的限制

#### (1) 软件的合法复制品所有人享有的权利

软件的合法复制品所有人享有下列权利：

- ① 根据使用的需要把该软件装入计算机等具有信息处理能力的装置内。
- ② 为了防止复制品损坏而制作备份复制品。这些备份复制品不得通过任何方式提供给他人使用，并在所有人丧失该合法复制品的所有权时，负责将备份复制品销毁。
- ③ 为了把该软件用于实际的计算机应用环境或者改进其功能、性能而进行必要的修改。但是，除合同另有约定外，未经该软件著作权人许可，不得向任何第三方提供修改后的软件。

#### (2) 为学习、研究目的使用

为了学习和研究软件内含的设计思想和原理的目的，通过安装、显示、传输或者存储软件等方式使用软件的，可以不经软件著作权人许可，不向其支付报酬。

#### (3) 表达形式相似软件不构成对著作权的侵权

软件开发者开发的软件，由于可供选用的表达方式有限而与已经存在的软件相似的，不构成对已经存在的软件的著作权的侵犯。

#### (4) 不承担赔偿责任的使用情形

软件的复制品持有人不知道也没有合理理由应当知道该软件是侵权复制品的，不承担赔偿责任；但是，应当停止使用、销毁该侵权复制品。如果停止使用并销毁该侵权复制品将给复制品使用人造成重大损失的，复制品使用人可以在向软件著作权人支付合理费用后继续使用。

### 158、信息网络传播权的概念

信息网络传播权，是指以有线或者无线方式向公众提供作品、表演或者录音录像制品，使公众可以在其个人选定的时间和地点获得作品、表演或者录音录像制品的权利。

网络信息传播权的权利主体只限于著作权人、表演者和录音录像制作者。

### 159、注册商标的类型

#### ① 商品商标

商品商标是指在成为商品的各种产品上使用的区别其他商品生产经营者的标志。

#### ② 服务商标

服务商标是指在经营的服务项目上区别于其他服务提供者的标志，例如中国移动公司使用的标志。

#### ③ 集体商标

集体商标，是指以团体、协会或者其他组织名义注册，供该组织成员在商事活动中使用，以表明使用者在该组织中的成员资格的标志。

#### ④ 证明商标

证明商标，是指由对某种商品或者服务具有监督能力的组织所控制，而由该组织以外的单位或者个人使用于其商品或者服务，用以证明该商品或者服务的原产地、原料、制造方法、质量或者其他特定品质的标志。

### 160、注册商标的组合要素

任何能够将自然人、法人或者其他组织的商品与他人的商品区别开的标志，包括文字、图形、

字母、数字、三维标志、颜色组合和声音等，以及上述要素的组合，均可以作为商标申请注册。

### 161、不得作为商标使用的标志

下列标志不能作为商标使用：

① 同中华人民共和国的国家名称、国旗、国徽、国歌、军旗、军徽、军歌、勋章等相同或者近似的，以及同中央国家机关的名称、标志、所在地特定地点的名称或者标志性建筑物的名称、图形相同的；

② 同外国的国家名称、国旗、国徽、军旗等相同或者近似的，但经该国政府同意的除外；

③ 同政府间国际组织的名称、旗帜、徽记等相同或者近似的，但经该组织同意或者不易误导公众的除外；

④ 与表明实施控制、予以保证的官方标志、检验印记相同或者近似的，但经授权的除外；

⑤ 同“红十字”、“红新月”的名称、标志相同或者近似的；

⑥ 带有民族歧视性的；

⑦ 带有欺骗性，容易使公众对商品的质量等特点或者产地产生误认的；

⑧ 有害于社会主义道德风尚或者有其他不良影响的；

⑨ 县级以上行政区划的地名或者公众知晓的外国地名，不得作为商标。但是，地名具有其他含义或者作为集体商标、证明商标组成部分的除外；已经注册的使用地名的商标继续有效。

### 162、不得作为商标注册的标志

下列标志不得作为商标注册：

① 仅有本商品的通用名称、图形、型号的；

② 仅直接表示商品的质量、主要原料、功能、用途、重量、数量及其他特点的；

③ 其他缺乏显著特征的。

前款所列标志经过使用取得显著特征，并便于识别的，可以作为商标注册。

### 163、其他禁止注册的情形

#### (1) 功能性三维标识不得注册

以三维标志申请注册商标的，仅由商品自身的性质产生的形状、为获得技术效果而需有的商品形状或者使商品具有实质性价值的形状，不得注册。

#### (2) 禁止代理人或代表人抢注

未经授权，代理人或者代表人以自己的名义将被代理人或者被代表人的商标进行注册，被代理人或者被代表人提出异议的，不予注册并禁止使用。

就同一种商品或者类似商品申请注册的商标与他人在先使用的未注册商标相同或者近似，申请人与该他人具有前款规定以外的合同、业务往来关系或者其他关系而明知该他人商标存在，该他人提出异议的，不予注册。

#### (3) 禁止恶意抢注

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。

#### (4) 地理标志

商标中有商品的地理标志，而该商品并非来源于该标志所标示的地区，误导公众的，不予注册并禁止使用；但是，已经善意取得注册的继续有效。

地理标志可以作为证明商标或者集体商标申请注册。

### 164、商标注册申请的提出

#### (1) 一标多类

商标注册申请人可以通过一份申请就多个类别的商品申请注册同一商标。

#### (2) 提交方式

商标注册申请等有关文件，可以以书面方式或者数据电文方式提出。

#### (3) 注册商标的另行提出、变更和更正

① 注册商标需要在核定使用范围之外的商品上取得商标专用权的，应当另行提出注册申请。

② 注册商标需要改变其标志的，应当重新提出注册申请。

③ 注册商标需要变更注册人的名义、地址、代理人、删减指定的商品或者其他注册事项的，

应当提出变更申请，向商标局办理变更手续。

④ 商标注册申请人或者注册人发现商标申请文件或者注册文件有明显错误的，可以申请更正。商标局依法在其职权范围内作出更正，并通知当事人。更正错误不涉及商标申请文件或者注册文件的实质性内容。

⑤ 转让注册商标的，转让人和受让人应当签订转让协议，并共同向商标局提出申请。

### 165、优先权

(1) 要求优先权的一般情况

商标注册申请人自其商标在外国第一次提出商标注册申请之日起6个月内，又在中国就相同商品以同一商标提出商标注册申请的，依照该外国同中国签订的协议或者共同参加的国际条约，或者按照相互承认优先权的原则，可以享有优先权；

(2) 因国际展览会展出要求优先权

商标在中国政府主办的或者承认的国际展览会展出的商品上首次使用的，自该商品的展出之日起6个月内，该商标的注册申请人可以享有优先权。

### 166、初步审定和公告

(1) 初步审定

① 对申请注册的商标，商标局审查完毕后，对符合本法有关规定的，予以初步审定公告。

② 在审查过程中，商标局认为商标注册申请内容需要说明或者修正的，可以要求申请人做出说明或者修正。申请人未做出说明或者修正的，不影响商标局做出审查决定。

(2) 核准注册

商标注册申请经初步审定公告后3个月内无异议的核准注册，发给商标注册证，并予以公告。

(3) 违反先申请制的驳回

① 申请日不同

两个或者两个以上的商标注册申请人，在同一种商品或者类似商品上，以相同或者近似的商标申请注册的，初步审定并公告申请在先的商标，驳回其他的注册申请。

② 申请日相同

对于两个或两个以上的申请人，在同一种商品或者类似商品上，以相同或者近似的商标在同一天申请注册的，初步审定并公告在先使用的商标，驳回其他人的申请，不予公告；

同日使用或者均未使用的，各申请人可以自行协商；不愿协商或协商不成，商标局通知各申请人以抽签的方式确定一个申请人，驳回其他的注册申请。

(4) 因与他人商标相同或相近似而驳回

申请注册的商标，同他人在同一种商品或者类似商品上已经注册的或者初步审定的商标相同或者近似的，由商标局驳回申请，不予公告。

(5) 不符合其他规定而驳回申请的情形

① 属于商标法规定的不得作为商标使用的（《商标法》第10条）；

② 属于商标法规定的不得作为商标注册的（《商标法》第11条）；

③ 三维标志仅是功能性形状（《商标法》第12条）；

④ 复制、摹仿和翻译他人驰名商标（《商标法》第13条）；

⑤ 地理标志，但商品并非来源于该地区，误导公众（《商标法》第16条）。

### 167、注册申请的复审

对驳回申请、不予公告的商标，商标局应当书面通知商标注册申请人。商标注册申请人不服的，可以自收到通知之日起15日内向商标评审委员会申请复审。当事人对商标评审委员会的决定不服的，可以自收到通知之日起30日内向人民法院起诉。

### 168、商标异议

对初步审定公告的商标，自公告之日起3个月内可以提出异议。

(1) 相对理由

在先权利人、利害关系人认为初步审定公告违反以下规定的，可以向商标局提出异议：

① 就相同或者类似商品申请注册的商标是复制、摹仿或者翻译他人未在中国注册的驰名商标，容易导致混淆的（《商标法》第13条第2款）；

② 就不相同或者不相类似商品申请注册的商标是复制、摹仿或者翻译他人已经在中国注册的驰名商标，误导公众，致使该驰名商标注册人的利益可能受到损害的（《商标法》第13条第3款）；

③ 未经授权，代理人或者代表人以自己的名义将被代理人或者被代表人的商标进行注册的（《商标法》第15条）；

④ 商标中有商品的地理标志，而该商品并非来源于该标志所标示的地区，误导公众的（《商标法》第16条第1款）；

⑤ 申请注册的商标同他人在同一种商品或者类似商品上已经注册的或者初步审定的商标相同或者近似的（《商标法》第30条）；

⑥ 两个或者两个以上的商标注册申请人，在同一种商品或者类似商品上，以相同或者近似的商标申请注册的（《商标法》第31条）；

⑦ 申请商标注册损害他人现有的在先权利，或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的（《商标法》第32条）。

### （2）绝对理由

任何人认为违反初步审定公告的商标违反以下规定的，可以向商标局提出异议：

① 属于商标法规定的不得作为商标使用的（《商标法》第10条）；

② 不得作为商标注册的（《商标法》第11条）；

③ 三维标志仅是功能性形状（《商标法》第12条）。

### （3）商标异议审理（《商标法》第35条）

① 对初步审定公告的商标提出异议的，商标局应当听取异议人和被异议人陈述事实和理由，经调查核实后做出是否准予注册的决定，并书面通知异议人和被异议人。

② 商标局做出准予注册决定的，发给商标注册证，并予公告。异议人不服的，可以向商标评审委员会请求宣告该注册商标无效。

③ 商标局做出不予注册决定，被异议人不服的，可以自收到通知之日起15日内向商标评审委员会申请复审。

被异议人对商标评审委员会的决定不服的，可以自收到通知之日起30日内向人民法院起诉。人民法院应当通知异议人作为第三人参加诉讼。

④ 商标评审委员会在依照前款规定进行复审的过程中，所涉及的在先权利的确定必须以人民法院正在审理或者行政机关正在处理的另一案件的结果为依据的，可以中止审查。中止原因消除后，应当恢复审查程序。

### （4）商标异议未成立的后果

经审查异议不成立而准予注册的商标，商标注册申请人取得商标专用权的时间自初步审定公告3个月期满之日起计算。自该商标公告期满之日起至准予注册决定做出前，对他人在同一种或者类似商品上使用与该商标相同或者近似的标志的行为不具有追溯力；但是，因该使用人的恶意给商标注册人造成的损失，应当给予赔偿。

## 169、注册商标的期限

### （1）注册商标的有效期和期限起算

商标权的有效期从核准注册之日起计算，有效期10年。

### （2）注册商标的续展

注册商标有效期满，需要继续使用的，商标注册人应当在期满前十二个月内按照规定办理续展手续；在此期间未能办理的，可以给予六个月的宽展期。每次续展注册的有效期为十年，自该商标上一届有效期满次日起计算。期满未办理续展手续的，注销其注册商标。

## 170、注册商标转让

### ① 协议和责任

转让注册商标的，转让人和受让人应当签订转让协议，并共同向商标局提出申请。受让人应当保证使用该注册商标的商品质量。

### ② 类似商标一并转让

转让注册商标的，商标注册人对其在同一种商品上注册的近似的商标，或者在类似商品上注册的同一种或者近似的商标，应当一并转让。

### ③ 不能转让的情形

对容易导致混淆或者有其他不良影响的转让，商标局不予核准，书面通知申请人并说明理由。

### ④ 转让的生效

转让注册商标经核准后，予以公告。受让人自公告之日起享有商标专用权。

## 171、注册商标使用许可

### ① 协议

商标注册人可以通过签订商标使用许可合同，许可他人使用其注册商标。

### ② 责任

许可人应当监督被许可人使用其注册商标的商品质量。被许可人应当保证使用该注册商标的商品质量。

经许可使用他人注册商标的，必须在使用该注册商标的商品上标明被许可人的名称和商品产地。

### ③ 备案的效力

许可他人使用其注册商标的，许可人应当将其商标使用许可报商标局备案，由商标局公告。商标使用许可未经备案不得对抗善意第三人。

## 172、注册商标的注销

注册商标注销，包括因放弃而注销和因未续展而注销两种情况：

① 商标注册人向商标局书面声明放弃注册。

② 注册商标有效期届满，宽展期已过，商标注册人仍未提出续展注册申请，则商标注销。

## 173、注册不当的商标的无效

### (1) 注册不当商标的无效理由

对已经注册的商标，违反以下规定的，由商标局宣告该注册商标无效，其他单位或者个人可以请求商标评审委员会宣告该注册商标无效：

① 属于商标法规定的不得作为商标使用的（《商标法》第10条）；

② 不得作为商标注册的（《商标法》第11条）；

③ 三维标志仅是功能性形状（《商标法》第12条）；

④ 以欺骗手段或者其他不正当手段取得注册。

### (2) 无效程序

商标局做出宣告注册商标无效的决定，应当书面通知当事人。当事人对商标局的决定不服的，可以自收到通知之日起15日内向商标评审委员会申请复审。

当事人对商标评审委员会的决定不服的，可以自收到通知之日起30日内向人民法院起诉。

## 174、违法损害他人合法权益的注册商标的无效

已经注册的商标，违反如下规定的，自商标注册之日起5年内，在先权利人或者利害关系人可以请求商标评审委员会宣告该注册商标无效。对恶意注册的，驰名商标所有人不受5年的时间限制：

① 就相同或者类似商品申请注册的商标是复制、摹仿或者翻译他人未在中国注册的驰名商标，容易导致混淆的（《商标法》第13条第2款）；

② 就不相同或者不类似商品申请注册的商标是复制、摹仿或者翻译他人已经在中国注册的驰名商标，误导公众，致使该驰名商标注册人的利益可能受到损害的（《商标法》第13条第3款）；

③ 未经授权，代理人或者代表人以自己的名义将被代理人或者被代表人的商标进行注册的（《商标法》第15条）；

④ 商标中有商品的地理标志，而该商品并非来源于该标志所标示的地区，误导公众的（《商标法》第16条第1款）；

⑤ 申请注册的商标同他人在同一种商品或者类似商品上已经注册的或者初步审定的商标相同或者近似的（《商标法》第30条）；

⑥ 两个或者两个以上的商标注册申请人，在同一种商品或者类似商品上，以相同或者近似的商标申请注册的（《商标法》第31条）；

⑦ 申请商标注册损害他人现有的在先权利，以不正当手段抢先注册他人已经使用并有一定影

响的商标的（《商标法》第32条）

### 175、无效的效力及救济

#### （1）救济

当事人对商标评审委员会的裁定不服的，可以自收到通知之日起30日内向人民法院起诉。人民法院应当通知商标裁定程序的对方当事人作为第三人参加诉讼。

#### （2）宣告无效的法律效力

宣告无效的注册商标，由商标局予以公告，该注册商标专用权视为自始即不存在。

宣告注册商标无效的决定或者裁定，对宣告无效前人民法院做出并已执行的商标侵权案件的判决、裁定、调解书和工商行政管理部门做出并已执行的商标侵权案件的处理决定以及已经履行的商标转让或者使用许可合同不具有追溯力。但是，因商标注册人的恶意给他人造成的损失，应当给予赔偿。

不返还商标侵权赔偿金、商标转让费、商标使用费，明显违反公平原则的，应当全部或者部分返还。

### 176、对商标的使用及撤销

#### （1）撤销的情形

撤销的商标与使用不当有关，具体包括：

##### ① 商标局主动撤销的情形

商标注册人在使用注册商标的过程中，自行改变注册商标、注册人名义、地址或者其他注册事项的，由地方工商行政管理部门责令限期改正；期满不改正的，由商标局撤销其注册商标。

##### ② 申请撤销的情形

注册商标成为其核定使用的商品的通用名称或者没有正当理由连续三年不使用的，任何单位或者个人可以向商标局申请撤销该注册商标。

#### （2）救济

对商标局撤销或者不予撤销注册商标的决定，当事人不服的，可以自收到通知之日起15日内向商标评审委员会申请复审。

当事人对商标评审委员会的决定不服的，可以自收到通知之日起30日内向人民法院起诉。

#### （3）撤销商标决定的生效

被撤销的注册商标，由商标局予以公告，该注册商标专用权自公告之日起终止。

### 177、对商标使用的管理

#### （1）商标使用的含义

商标的使用，是指将商标用于商品、商品包装或者容器以及商品交易文书上，或者将商标用于广告宣传、展览以及其他商业活动中，用于识别商品来源的行为。

#### （2）对未注册商标的使用管理

① 法律、行政法规规定必须使用注册商标的商品，未使用注册商标的，由地方工商行政管理部门责令限期申请注册，并进行罚款。

② 将未注册商标冒充注册商标使用的，或者使用《商标法》第10条规定的禁止使用的商标的，由地方工商行政管理部门予以制止，限期改正，并可以予以通报，进行罚款。

### 178、对注册商标被撤销、被宣告无效或者期满不再续展的商标的管理

注册商标被撤销、被宣告无效或者期满不再续展的，自撤销、宣告无效或者注销之日起一年内，商标局对与该商标相同或者近似的商标注册申请，不予核准。

### 179、侵犯注册商标专用权的行为

有下列行为之一的，均属侵犯注册商标专用权：

- ① 未经商标注册人的许可，在同一种商品上使用与其注册商标相同的商标的；
- ② 未经商标注册人的许可，在同一种商品上使用与其注册商标近似的商标，或者在类似商品上使用与其注册商标相同或者近似的商标，容易导致混淆的；
- ③ 销售侵犯注册商标专用权的商品的；
- ④ 伪造、擅自制造他人注册商标标识或者销售伪造、擅自制造的注册商标标识的；
- ⑤ 未经商标注册人同意，更换其注册商标并将该更换商标的商品又投入市场的；

- ⑥ 故意为侵犯他人商标专用权行为提供便利条件，帮助他人实施侵犯商标专用权行为的；
- ⑦ 给他人的注册商标专用权造成其他损害的。

### 180、注册商标专用权的限制

① 注册商标中含有的本商品的通用名称、图形、型号，或者直接表示商品的质量、主要原料、功能、用途、重量、数量及其他特点，或者含有的地名，注册商标专用权人无权禁止他人正当使用。

② 三维标志注册商标中含有的商品自身的性质产生的形状、为获得技术效果而需有的商品形状或者使商品具有实质性价值的形状，注册商标专用权人无权禁止他人正当使用。

③ 商标注册人申请商标注册前，他人已经在同一种商品或者类似商品上先于商标注册人使用与注册商标相同或者近似并有一定影响的商标的，注册商标专用权人无权禁止该使用人在原使用范围内继续使用其商标，但可以要求其附加适当区别标识。

### 181、侵权纠纷的解决

#### (1) 行政处理

对侵犯注册商标专用权的行为，工商行政管理部门有权依法查处；涉嫌犯罪的，应当及时移送司法机关依法处理。

县级以上工商行政管理部门根据已经取得的违法嫌疑证据或者举报，对涉嫌侵犯他人注册商标专用权的行为进行查处时，可以行使下列职权：

- ① 询问有关当事人，调查与侵犯他人注册商标专用权有关的情况；
- ② 查阅、复制当事人与侵权活动有关的合同、发票、账簿以及其他有关资料；
- ③ 对当事人涉嫌从事侵犯他人注册商标专用权活动的场所实施现场检查；
- ④ 检查与侵权活动有关的物品；对有证据证明是侵犯他人注册商标专用权的物品，可以查封或者扣押。

工商行政管理部门依法行使前款规定的职权时，当事人应当予以协助、配合，不得拒绝、阻挠。

在查处商标侵权案件过程中，对商标权属存在争议或者权利人同时向人民法院提起商标侵权诉讼的，工商行政管理部门可以中止案件的查处。中止原因消除后，应当恢复或者终结案件查处程序。

#### (2) 诉前临时措施

商标注册人或者利害关系人有证据证明他人正在实施或者即将实施侵犯其注册商标专用权的行为，如不及时制止将会使其合法权益受到难以弥补的损害的，可以依法在起诉前向人民法院申请采取责令停止有关行为和财产保全的措施。

#### (3) 证据保全

为制止侵权行为，在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下，商标注册人或者利害关系人可以依法在起诉前向人民法院申请保全证据。

### 182、侵犯注册商标专用权的民事责任

#### (1) 赔偿数额的确定

- ① 侵犯商标专用权的赔偿数额，按照权利人因被侵权所受到的实际损失确定；
- ② 实际损失难以确定的，可以按照侵权人因侵权所获得的利益确定；
- ③ 权利人的损失或者侵权人获得的利益难以确定的，参照该商标许可使用费的倍数合理确定。
- ④ 对恶意侵犯商标专用权，情节严重的，可以在按照上述方法确定数额的一倍以上三倍以下确定赔偿数额。赔偿数额应当包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支。
- ⑤ 权利人因被侵权所受到的实际损失、侵权人因侵权所获得的利益、注册商标许可使用费难以确定的，由人民法院根据侵权行为的情节判决给予三百万元以下的赔偿。

#### (2) 文书提供令

人民法院为确定赔偿数额，在权利人已经尽力举证，而与侵权行为相关的账簿、资料主要由侵权人掌握的情况下，可以责令侵权人提供与侵权行为相关的账簿、资料；侵权人不提供或者提供虚假的账簿、资料的，人民法院可以参考权利人的主张和提供的证据判定赔偿数额。

#### (3) 3年未使用的，被控侵权人不承担赔偿责任

注册商标专用权人请求赔偿，被控侵权人以注册商标专用权人未使用注册商标提出抗辩的，人



民法院可以要求注册商标专用权人提供此前三年内实际使用该注册商标的证据。注册商标专用权人不能证明此前三年内实际使用过该注册商标，也不能证明因侵权行为受到其他损失的，被控侵权人不承担赔偿责任。

#### (4) 善意销售不承担赔偿责任

销售不知道是侵犯注册商标专用权的商品，能证明该商品是自己合法取得并说明提供者的，不承担赔偿责任。

### 183、行政责任

工商行政管理部门处理时，认定侵权行为成立的，可以采取以下措施：

- ① 责令立即停止侵权行为；
- ② 没收、销毁侵权商品和主要用于制造侵权商品、伪造注册商标标识的工具；
- ③ 罚款

违法经营额五万元以上的，可以处违法经营额五倍以下的罚款，没有违法经营额或者违法经营额不足五万元的，可以处二十五万元以下的罚款。对五年内实施两次以上商标侵权行为或者有其他严重情节的，应当从重处罚。

#### ④ 善意销售部分免责

销售不知道是侵犯注册商标专用权的商品，能证明该商品是自己合法取得并说明提供者的，由工商行政管理部门责令停止销售。

### 184、驰名商标

#### (1) 驰名商标的认定

在商标注册审查、工商行政管理部门查处商标违法案件过程中，当事人主张权利的，商标局根据审查、处理案件的需要，可以对商标驰名情况作出认定。

在商标争议处理过程中，当事人主张权利的，商标评审委员会根据处理案件的需要，可以对商标驰名情况作出认定。

在商标民事、行政案件审理过程中，当事人主张权利的，最高人民法院指定的人民法院根据审理案件的需要，可以对商标驰名情况作出认定。

#### (2) 驰名商标的使用

生产、经营者不得将“驰名商标”字样用于商品、商品包装或者容器上，或者用于广告宣传、展览以及其他商业活动中。

#### (3) 驰名商标的特殊保护

##### ① 在同一种或者类似商品上的保护

就相同或者类似商品申请注册的商标，是复制、模仿或者翻译他人未在中国注册的驰名商标，容易导致混淆的，不予注册并禁止使用。

##### ② 驰名商标的排他注册权

就不相同或者不相类似商品申请注册的商标，是复制、模仿或者翻译他人已经在中国注册的驰名商标，误导公众，致使该驰名商标注册人的利益可能受到损害的，不予注册并禁止使用。

### 185、不正当竞争行为的种类

#### (1) 混淆行为引起误认

经营者不得实施下列混淆行为，引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系：

- ① 擅自使用与他人有一定影响的商品名称、包装、装潢等相同或者近似的标识；
- ② 擅自使用他人有一定影响的企业名称（包括简称、字号等）、社会组织名称（包括简称等）、姓名（包括笔名、艺名、译名等）；
- ③ 擅自使用他人有一定影响的域名主体部分、网站名称、网页等；
- ④ 其他足以引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系的混淆行为。

#### (2) 商业贿赂

经营者不得采用财物或者其他手段贿赂下列单位或者个人，以谋取交易机会或者竞争优势：

- ① 交易相对方的工作人员；
- ② 受交易相对方委托办理相关事务的单位或者个人；
- ③ 利用职权或者影响力影响交易的单位或者个人。

经营者在交易活动中，可以以明示方式向交易相对方支付折扣，或者向中间人支付佣金。经营者向交易相对方支付折扣、向中间人支付佣金的，应当如实入账。接受折扣、佣金的经营者也应当如实入账。

经营者的工作人员进行贿赂的，应当认定为经营者的行为；但是，经营者有证据证明该工作人员的行为与为经营者谋取交易机会或者竞争优势无关的除外。

### （3）虚假宣传

经营者不得对其商品的性能、功能、质量、销售状况、用户评价、曾获荣誉等作虚假或者引人误解的商业宣传，欺骗、误导消费者。

经营者不得通过组织虚假交易等方式，帮助其他经营者进行虚假或者引人误解的商业宣传。

### （4）侵犯商业秘密

经营者不得实施下列侵犯商业秘密的行为：

- ① 以盗窃、贿赂、欺诈、胁迫或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密；
- ② 披露、使用或者允许他人使用以前项手段获取的权利人的商业秘密；
- ③ 违反约定或者违反权利人有关保守商业秘密的要求，披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密。

第三人明知或者应知商业秘密权利人的员工、前员工或者其他单位、个人实施前款所列违法行为，仍获取、披露、使用或者允许他人使用该商业秘密的，视为侵犯商业秘密。

本法所称的商业秘密，是指不为公众所知悉、具有商业价值并经权利人采取相应保密措施的技术信息和经营信息。

### （5）不正当有奖销售

经营者进行有奖销售不得存在下列情形：

- ① 所设奖的种类、兑奖条件、奖金金额或者奖品等有奖销售信息不明确，影响兑奖；
- ② 采用谎称有奖或者故意让内定人员中奖的欺骗方式进行有奖销售；
- ③ 抽奖式的有奖销售，最高奖的金额超过五万元。

### （6）损害商誉

经营者不得编造、传播虚假信息或者误导性信息，损害竞争对手的商业信誉、商品声誉。

### （7）干扰网络秩序

经营者利用网络从事生产经营活动，应当遵守本法的各项规定。

经营者不得利用技术手段，通过影响用户选择或者其他方式，实施下列妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务正常运行的行为：

- ① 未经其他经营者同意，在其合法提供的网络产品或者服务中，插入链接、强制进行目标跳转；
- ② 误导、欺骗、强迫用户修改、关闭、卸载其他经营者合法提供的网络产品或者服务；
- ③ 恶意对其他经营者合法提供的网络产品或者服务实施不兼容；
- ④ 其他妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务正常运行的行为。

## 186、植物新品种

### （1）授予品种权的条件

#### ① 国家植物品种保护名录

申请品种权的植物新品种应当属于国家植物品种保护名录中列举的植物的属或者种。

#### ② 新颖性

新颖性，是指申请品种权的植物新品种在申请日前该品种繁殖材料未被销售，或者经育种者许可，在中国境内销售该品种繁殖材料未超过1年；在中国境外销售藤本植物、林木、果树和观赏树木品种繁殖材料未超过6年，销售其他植物品种繁殖材料未超过4年。

#### ③ 特异性

特异性，是指申请品种权的植物新品种应当明显区别于在递交申请以前已知的植物品种。

#### ④ 一致性

一致性，是指申请品种权的植物新品种经过繁殖，除可以预见的变异外，其相关的特征或者特性一致。

### ⑤ 稳定性

稳定性，是指申请品种权的植物新品种经过反复繁殖后或者在特定繁殖周期结束时，其相关的特征或者特性保持不变。

### ⑥ 适当的名称

授予品种权的植物新品种应当具备适当的名称，并与相同或者相近的植物属或者种中已知品种的名称相区别。名称不能仅以数字组成；不能违反社会公德；不能对植物新品种的特征、特性或者育种者的身份等容易引起误解。

### (2) 品种权的保护期限

品种权的保护期限，自授权之日起，藤本植物、林木、果树和观赏树木为20年，其他植物为15年。

## 187、集成电路布图设计

### (1) 申请保护的实质性条件

受保护的布图设计应当具有独创性，即该布图设计是创作者自己的智力劳动成果，并且在其创作时该布图设计在布图设计创作者和集成电路制造者中不是公认的常规设计。

受保护的由常规设计组成的布图设计，其组合作为整体应当符合前款规定的条件。

### (2) 登记的效力与登记机关

布图设计专有权经国务院知识产权行政部门登记产生。未经登记的布图设计不受本条例保护。国务院知识产权行政部门负责布图设计登记工作，受理布图设计登记申请。

### (3) 提出申请的时间

布图设计自其在中国任何地方首次商业利用之日起2年内，未向国务院知识产权行政部门提出登记申请的，国务院知识产权行政部门不再予以登记。

### (4) 登记证书

布图设计登记申请经初步审查没有发现驳回理由的，国家知识产权局应当颁布布图设计登记证书，并在国家知识产权局互联网站和中国知识产权报上予以公告。布图设计专有权自申请日起生效。

### (5) 保护期限

布图设计专有权的保护期为10年，自布图设计登记申请之日或者在世界任何地方首次投入商业利用之日起计算，以较前日期为准。但是，无论是否登记或者投入商业利用，布图设计自创作完成之日起15年后，不再受保护。

### (6) 合理使用

下列行为可以不经布图设计权利人许可，不向其支付报酬：

- ① 为个人目的或者单纯为评价、分析、研究、教学等目的而复制受保护的布图设计的；
- ② 在依据前项评价、分析受保护的布图设计的基础上，创作出具有独创性的布图设计的；
- ③ 对自己独立创作的与他人相同的布图设计进行复制或者将其投入商业利用的。

### (7) 权利要求用尽

受保护的布图设计、含有该布图设计的集成电路或者含有该集成电路的物品，由布图设计权利人或者经其许可投放市场后，他人再次商业利用的，可以不经布图设计权利人许可，并不向其支付报酬。

### (8) 善意商业利用

在获得含有受保护的布图设计的集成电路或者含有该集成电路的物品时，不知道也没有合理理由应当知道其中含有非法复制的布图设计，而将其投入商业利用的，不视为侵权。

前款行为人得到其中含有非法复制的布图设计的明确通知后，可以继续将现有的存货或者此前的订货投入商业利用，但应当向布图设计权利人支付合理的报酬。

### (9) 侵权纠纷的解决途径

未经布图设计权利人许可，使用其布图设计，即侵犯其布图设计专有权，引起纠纷的，由当事人协商解决；不愿协商或者协商不成的，布图设计权利人或者利害关系人可以向人民法院起诉，也可以请求国务院知识产权行政部门处理。

## 188、巴黎公约基本内容

### (1) 工业产权的对象

工业产权的保护对象有专利（相当于中国的发明）、实用新型、工业品外观设计、商标、服务标记、厂商名称、货源标记或原产地名称、制止不正当竞争。

考试中注意，植物新品种、集成电路布图设计、著作权、软件等都不属于《巴黎公约》所称的工业产权。

### (2) 国民待遇原则

① 国民待遇是指，联盟国内的任何国家的国民（包括自然人和法人）以及符合一定条件的外国国民，在工业产权保护方面，享有该国授予国民的各种利益。

② 享有国民待遇的主体包括成员国的国民和非成员国的国民（包括自然人和法人），只要在《巴黎公约》的一个成员国内有住所或有真实和有效的工商业营业所。

③ 成员国的法律可对司法和行政程序管辖权、指定送达地址和委派代理人这三项事项作出国民待遇原则的例外规定。例如，中国专利法规定涉外主体强制委托专利代理机构的规定。

### (3) 相互独立原则

专利的相互独立原则是指，成员国的国民向其他国家申请的专利，就同一发明所取得的专利是互相独立的。也即，一项专利申请在一个国家的审查过程以及授权或者驳回，对该专利申请在另外一个国家审理过程没有影响。

此外，在优先权期间内申请的各项专利，就其无效和丧失权利的理由，也是相互独立的。

因享有优先权而取得的专利的有效期限应当与没有享有优先权的专利保护期间相同。

### (4) 不因销售禁止而影响专利性

不得以专利产品的销售或依专利方法制造的产品销售受到国内法的限制为理由，而拒绝授予专利或使专利无效。

### 189、优先权

① 可享有优先权的类型，包括：专利、实用新型、外观设计、商标、发明人证书。

② 与正规的国家申请相当的任何申请，都可作为要求优先权的基础。

正规的国家申请是指足以确定在有关国家中提出申请日期的任何申请，而不问该申请以后的结局如何。

③ 优先权的期间，对于专利和实用新型应为12个月，对于外观设计和商标应为6个月。

这些期间应自第一次申请的申请日开始；申请日不应计入期间之内。

如果期间的最后一日在请求保护地国家是法定假日或者是主管局不接受申请的日子，期间应延至其后的第一个工作日。

④ 任何人希望利用以前提出的一项申请的优先权的，需要作出声明，说明提出该申请的日期和受理该申请的国家。每一国家应确定必须作出该项声明的最后日期。

⑤ 以专利申请（相当于中国的发明专利申请）为优先权基础而在一个国家提出专利申请（指发明专利申请）或者实用新型专利新申请都是可以的，反之亦可。

允许以实用新型专利为基础提出外观设计申请，优先权期间为6个月。

⑥ 《巴黎公约》联盟国应按其本国法律对在联盟任何国家领土内举办的官方的或经官方承认的国际展览会展出的商品中可以取得专利的发明、实用新型、工业品外观设计和商标，给予临时保护。

该项临时保护不应延展优先权规定的期间。如以后要求优先权，任何国家的主管机关可以规定其期间应自该商品在展览会展出之日开始。

### 190、强制许可

① 自提出专利申请之日起满4年，或自授予专利之日起满3年，以后到期的期间为准；

② 专利权人不实施或不充分实施。

这种强制许可不是独占性的，而且除与利用该许可的部分企业或商誉一起转让外，不得转让，包括授予分许可证的形式在内。

上述各项规定准用于实用新型。

对外观设计的保护，在任何情况下，都不得以不实施或以进口物品与受保护的外观设计相同为理由而予以取消。

## 191、Trips 协定的基本原则

### ① 最低保护标准原则

Trips 协定规定了对知识产权保护的最低标准，各成员应当实施协定的规定，本国法律不能低于协定所要求的保护水平。但是，成员可以在本国法律中实行比协定要求更为广泛的保护，只要这种保护不与协定的条款相抵触，但并无义务在本国法律中规定比协定要求更为广泛的保护。成员可以在其法律制度和实践中确定实施协定规定的适当方法。

### ② 国民待遇原则

国民待遇是指，每一成员给予其他成员国民的待遇不得低于给予本国国民的待遇。

就有关的知识产权而言，其他成员的国民应理解为符合《巴黎公约》、《伯尔尼公约》等条约规定的享受保护的标准的自然人和法人。

### ③ 最惠国待遇原则

最惠国待遇是指，关于知识产权的保护，一成员对任何其他国家的国民授予的任何利益、优惠、特权或豁免，应当立即无条件地给予所有其他成员的国民。

### ④ 禁止权利滥用原则

为了防止权利持有人滥用知识产权，或者采用不合理地限制贸易或不利于国际技术转让的做法，可以采取适当措施，但是以这些措施符合 Trips 协定的规定为限。

## 192、与贸易有关的知识产权的范围

Trips 协定规定的与贸易有关的知识产权包括：

- ① 著作权和邻接权；
- ② 商标权；
- ③ 地理标志权；
- ④ 工业品外观设计权；
- ⑤ 专利权（相当于中国的发明，不包括实用新型）；
- ⑥ 集成电路布图设计权；
- ⑦ 对未公开信息的保护。

## 193、版权和有关权利

### （1）版权的范围

版权的保护应当及于表达，而不及于构思、程序、操作方法或者数学概念本身。

### （2）计算机程序和数据汇编

计算机程序，无论是以源代码还是目标代码表达，应根据《伯尔尼公约》作为文字作品加以保护。

数据汇编或其他资料汇编，无论是机器可读形式还是其他形式，只要对其内容的选取或安排而构成了智力创造，就应作为智力创造加以保护。该保护不涉及数据或资料本身，不应损害存在于数据或资料本身的任何版权。

### （3）出租权

至少就计算机程序和电影作品而言，成员应当向作者及其权利继受人提供许可或者禁止将其享有版权作品的原件或者复制品向公众商业性出租的权利。

### （4）保护期

除摄影作品或实用艺术作品外，如果作品的保护期间不是以自然人的一生作为计算的基础，该期间应当自授权出版之年年终起不少于 50 年，或者，如果自作品完成起 50 年内没有授权出版，则自作品完成之年年终起不得少于 50 年。

### （5）对表演者、录音制品制作者和广播组织的保护

#### ① 表演者的权利

对其表演固定于录音制品而言，表演者应有权阻止下列未经其授权的行为：对其未曾固定过的表演加以固定，和复制这种固定品；以无线方法将其现场表演广播，和向公众传播。

#### ② 录音制品制作者的权利

录音制品制作者应享有许可或禁止直接或间接复制其录音制品的权利。

#### ③ 广播组织的权利

广播组织应有当权禁止下列未经其许可的行为：将广播予以固定；复制固定品；以无线方法转播；以及将广播组织的电视广播向公众传播。

#### ④ 录音制品的出租权

如该录音制品不是出租的主要标的，则此义务不适用于出租。如在 1994 年 4 月 15 日，成员在录音制品的出租方面已实施向权利持有人公平付酬的制度，则可维持该制度，只要录音制品的商业性出租不对权利持有人的专有复制权造成实质性减损。

### 194、商标

#### (1) 可保护的主体

① 任何标记或标记的组合，能将一企业的商品或服务与其他企业的商品或服务区别开来的，就能构成商标。

这类标记，尤其是文字（包括人名）、字母、数字、图形要素和色彩的组合，以及这类标记的任何组合，均适合于作为商标予以注册。

如果标记缺乏区别有关商品或服务的固有能力和成员可以将该标记可否注册取决于使用后所获得的显著性。

各成员可以要求将视觉可以感知的标记作为注册的条件。

② 上述第①项规定不应理解为阻止成员以其他理由拒绝商标的注册，只要这些理由不违反巴黎公约的规定。

③ 各成员可以将可否注册取决于使用。然而，不应将商标的实际使用作为提交注册申请的条件。一项申请不应仅仅由于商标的意图使用在申请日起 3 年期间届满以前没有实现而予以拒绝。

④ 预期使用商标的商品或服务的性质，在任何情况下均不应成为商标注册的障碍。

⑤ 各成员应在商标注册以前或者在注册以后迅速将每一商标公布，并应当提供请求取消注册的合理机会。此外，各成员可以提供对商标的注册提出异议的机会。

#### (2) 权利的范围

注册商标的所有人应当享有排他权，以制止所有第三方未经其同意而在贸易中将与注册商标相同或类似的标记使用于与该商标所注册的商品或服务相同或类似的商品或服务，而这种使用是有造成混淆的可能性的。

上述权利不应损害任何现有的在先权利，也不应影响各成员根据使用授予权利的可能性。

#### (3) 权利的例外

各成员可以对商标所授予的权利规定有限的例外，如说明词语的合理使用，只要这些例外考虑到了商标所有人和第三方的合法利益。

#### (4) 保护期限

商标首次注册及其每次续展的期限不得少于 7 年。商标的注册可以无限期地续展。

#### (5) 使用的要求

如果使用是维持注册的必要条件，则只有在至少连续 3 年不使用以后，才可取消其注册，除非商标所有人提出有效的理由说明存在着使用该商标的障碍。

在受所有人控制的情况下，他人使用该商标应视为为维持商标注册目的而使用商标。

#### (6) 许可和转让

各成员可以规定商标的许可和转让的条件。这应理解为，商标的强制许可是不允许的，并且注册商标所有人有权将商标连同或不连同其所属的企业一起转让。

### 195、地理标志

在地理标志方面，各成员应为有利害关系的各方提供法律手段，以制止下列行为：

① 在商品的名称或外表上使用任何方法，以明示或暗示该有关商品来源于真实原产地意外的一个地理区域，在某种意义上对商品的地理来源误导公众；

② 任何构成不公平竞争行为的使用。

如果一项商标包含有商品的地理标志，或由商品的地理标志所组成，而该商品并非来源于该标志所表明之领土，而且如果在成员内这种商品的商标中使用这种标志具有对其真实产地误导公众的性质，则该成员如其法律允许应当依职权，或者依利害关系方的请求，拒绝该商标的注册或者使该注册无效。

## 196、工业品外观设计

### (1) 保护的條件

各成员可以规定,外观设计如果与已知的外观设计或者已知的外观设计特征的组合没有显著区别的,即不是新颖的或者原创的外观设计。各成员可以规定,这种保护不应延及主要是根据技术或功能的考虑而作出的设计。

### (2) 权利人的权利

受保护的工业品外观设计的所有人,应当有权制止第三方未得所有人同意而为商业目的制造、销售或者进口载有或体现受保护的外观设计的复制品或者实质上是复制品的物品。

### (3) 保护期限

工业品外观设计的有效保护期限应至少达到 10 年。

## 197、专利

Trips 协定中涉及的专利与《巴黎公约》一致,仅指发明专利。

### (1) 可获得专利的主题

除可不授予专利权的情况外,专利可授予所有技术领域的任何发明,无论是产品还是方法,只要它们具有新颖性、包含创造性,并能在产业上应用。

专利的获得和专利权的享有,不应因发明地点、技术领域以及产品是进口还是本国生产的不同而受到歧视。

### (2) 可以不给予专利保护的客体

各成员可拒绝对下列内容授予专利权:

- ① 医治人或动物的诊断、治疗和手术方法;
- ② 植物和动物(微生物除外),和生产植物和动物的主要是生物学的方法(非生物学方法和微生物学方法除外)。但是,各成员应规定依专利或依有效的特别制度,或依二者的组合,保护植物品种。

### (3) 专利申请应满足的条件

① 成员应要求专利申请人以足够清楚与完整的方式披露其发明,使熟悉同一技术领域的技术人员能够实施该发明,并可要求申请人说明在申请日或优先权日该发明的发明人所知的最佳实施方案。

② 各成员可以要求专利申请人提供关于其相应的外国申请和授予专利的信息。

### (4) 权利人的权利

专利应当授予其所有人以下列排他权:

- ① 如果该专利所保护的是产品,有权制止第三方未经许可的下列行为:制造、使用、为销售而作出要约、销售、或者为这些目的而进口该产品;
- ② 如果该专利保护的是方法,有权制止第三方未经许可使用该行为以及下列行为:使用、为销售而作出要约、销售、或者为这些目的而进口依照该方法直接所获得的产品。
- ③ 专利所有人还应有权转让或者依继承而转移该专利,应有权缔结许可证合同。

### (5) 专利的强制许可的条件

如果成员的法律允许,未经权利持有人许可即可对专利的主题作其他的使用,包括政府使用或经政府许可的第三方使用,则应当遵守以下规定:

- ① 这种使用的许可应当根据个案情况予以考虑;
- ② 这种使用,只有在使用前,意图使用的人曾经努力按合理的商业条款和条件请求权利持有人给予许可,但在合理的期间内这种努力没有成功的,才能允许。在国家处于紧急状态或有其他极端紧急的情形,或者在公共的非商业性使用的情形,成员可以放弃这一要求。然而,在国家处于紧急状态或有其他极端紧急的情况,只要合理可行,仍应尽快通知权利持有人。在公共的非商业性使用的情形,如果政府或订约人未经专利检索,即知悉或有明显的理由应知政府或者为政府使用或者将使用某有效专利,则应迅速通知权利持有人;
- ③ 这种使用的范围和期间应受许可使用的目的的限制,并且在半导体技术的情形,只能限于为公共的非商业性使用,或者用于经司法或行政程序确定为反竞争行为而给予的补救;
- ④ 这种使用应当是非独占性的;

⑤ 这种使用不得转让，但与享有这种使用的企业或者商誉一起转让的不在其限；

⑥ 这种使用的许可应当主要是为了供应给予许可的成员的国内市场；

⑦ 在对被许可人的合法利益给予足够保护的前提下，如果以及在导致这种许可的情况已不存在，并且不大可能再发生时，这种使用的许可应即终止。主管机关接到怀有此种动机的请求后，有权对这些情况是否继续存在进行审查；

⑧ 应当根据每一案的情况，并考虑许可的经济价值，向权利持有人支付足够的报酬；

⑨ 如果允许这种使用是对经过司法或行政程序确定为反竞争行为给予的补救，各成员没有义务适用上述第②项和第⑥项规定的条件。在这种情形，在确定报酬的数额时可以将纠正反竞争行为的需要考虑在内。如果以及在导致这种许可的情况可能再发生时，主管机关有权拒绝终止这种许可；

⑩ 如果这种使用的许可是为了允许利用一项专利（第二专利），因为利用该项专利就不能不侵犯另一项专利（第一专利），则应适用以下的附加条件：

a. 与第一专利的权利要求中声称的发明相比，第二专利的权利要求中声称的发明应当包含具有相当大的经济意义的重要技术进步；

b. 第一专利的所有人应有权以合理的条件依交叉许可使用第二专利的权利要求中声称的发明；以及

c. 除与第二专利一起转让外，就第一专利许可的使用是不可转让的。

#### **(6) 专利权的撤销或取消**

撤销专利或取消专利的任何决定，均应提供司法审查的机会。

#### **(7) 专利的保护期限**

可享有的保护期间，自申请提交之日起计算 20 年期间届满以前不应终止。

#### **(8) 侵犯方法专利权的举证责任**

如果一项专利的主题是获得一种产品的方法，司法当局应当有权责令被告证明其获得相同产品的方法不同于该专利方法。因此，各成员应当规定，至少在遇有下列情形之一时，任何未经专利所有人同意而生产的相同产品，如无相反证明，应当视为是依专利方法所获得：

(a) 如果依专利方法所获得的产品是新产品；

(b) 如果相同产品有相当大的可能性是依该方法所制造，而专利所有人经过适当的努力仍未确定其实际使用的方法。

任何成员有自由规定，只有符合 (a) 项所述的条件或者只有符合 (b) 项所述的条件的，本条第 1 款所述的举证责任才应当由被指控的侵权人承担。

在引用相反证明时，应当顾及被告在保护其制造和商业秘密方面的合法利益。

### **198、 集成电路布图设计**

#### **(1) 集成电路布图设计的保护范围**

成员应将未得权利持有人的许可而进行的下列行为视为非法：为商业目的进口、销售或者以其他方式发行受保护的布图设计、包含受保护的布图设计的集成电路、或者包含上述集成电路的物品（在该物品继续包含非法复制的布图设计的限度内）。

#### **(2) 无需权利人许可的行为**

如果从事或命令从事与含有非法复制的布图设计的集成电路或包含此种集成电路的物品有关的行为的人，在获得该集成电路或包含该集成电路的物品时，不知道且无合理的根据知道其中包含此种非法复制的布图设计，则任何成员不得将从事该条所指的任何行为视为非法。各成员应规定，在该人收到关于该布图设计被非法复制的充分通知后，可对现有的存货和此前的订货从事此类行为，但有责任向权利持有人支付费用，数额相当于根据就此种布图设计自愿达成的许可协议应付的合理使用费。

#### **(3) 集成电路布图设计的保护期限**

① 在以登记作为保护条件的成员中，布图设计的保护期间自登记申请提交之日算起，或者自其在世界上任何地方第一次商业利用算起 10 年期间届满前不应终止。

② 在不以登记作为保护条件的成员中，布图设计的保护期间自其在世界上任何地方第一次商业利用之日算起不少于 10 年。



③ 成员可以规定，布图设计自创作以后 15 年，保护应当终止。

### 199、未公开信息的保护

自然人和法人应当有可能制止他人未得其同意，以违反诚实的商业做法的方式，将其合法控制下的信息向他人公开，或者获得或使用此种信息，只要这种信息符合下列条件：

① 符合这样意义的保密，即该信息的整体或其各部分的确切排列和组合，并不是通常从事有关这类信息的人所普遍了解或容易获得的；

② 由于是保密信息而具有商业上的价值；和

③ 合法控制该信息的人已经根据情况采取了合理措施予以保密。

### 200、对协议许可中限制竞争行为的控制

成员可在与本协定其他规定一致的前提下，顾及该成员的有关法律及条例，采取适当措施防止或控制这类活动。这类活动包括诸如：

① 独占性返授条件；

② 禁止对有关知识产权的有效性提出异议的条件；

③ 强迫性的一揽子许可。

### 201、民事和行政程序及救济

#### (1) 侵犯知识产权的救济措施

侵犯知识产权的救济措施包括强制令、损害赔偿以及其他救济措施。

##### ① 强制令

司法机关应当有权命令当事人停止侵权，除其他外，有权在海关放行后立即阻止那些涉及侵犯知识产权的进口货物进入其管辖范围内的商业渠道。

##### ② 损害赔偿

如果侵权人明知或有合理的根据应知其从事了侵权活动，司法机关有权责令侵权人向权利持有人支付足以补偿权利持有人由于侵权人侵犯其知识产权而所受损失的损害赔偿金。

司法机关还应当有权责令侵权人向权利持有人支付费用，其中可包括适当的律师费用。在适当的情况下，即使侵权人并非明知或有合理的根据应知其从事了侵权活动，各成员仍可以授权司法机关责令返还利润，和/或支付法定的损害赔偿金。

##### ③ 其他救济措施

为对侵权产生有效的威慑力量，司法机关应当有权在不给予任何补偿的情况下，责令将已经发现正处于侵权状态的货物清除出商业渠道，以避免对权利持有人造成任何损害，或责令将其销毁，除非此点会违背宪法要求。司法机关还有权在不给予任何补偿的情况下，责令将主要用于制造侵权货物的材料和工具清除出商业渠道，以便将产生进一步侵权的风险减少到最低限度。在考虑此类请求时，应考虑侵权的严重程度与给予的救济以及第三方利益之间的均衡性。除例外情况外，仅仅除去非法缀附在货物上的商标并不足以允许该货物放行进入商业渠道。

#### (2) 临时措施

##### ① 司法机关有权命令采取迅速和有效的临时措施以便：

制止任何侵犯知识产权行为的发生，尤其是制止有关货物包括刚由海关放行的进口货物，进入其管辖下的商业渠道；

保存被指控侵权的有关证据。

② 司法机关应当有权在适当情况下，尤其是在任何迟延可能对权利持有人造成不可弥补损害的情况下，或者在证据显然有被毁灭危险的情况下，不听取另一方的意见而即采取临时措施。

③ 司法机关应当有权要求申请人提供可以合理地获得的任何证据，以便该机关足以确认申请人是权利持有人，并且申请人的权利正在受到侵犯或者这种侵犯即将发生，并有权要求申请人提供足以保护被告和防止滥用此种措施的保证金或相当的担保。

④ 如果临时措施是在没有听取一方意见的情况下采取的，最迟应在执行该措施后立刻通知受影响的各方。根据被告的请求，应对这些措施进行审查，包括给被告以陈述权，以便在通知这些措施后的合理期间内决定这些措施是否应进行修改、撤销或确认。

⑤ 执行临时措施的主管机关可要求申请人提供确认有关货物的其他必要信息。

⑥ 如在合理的期间内没有提起判决案件是非的诉讼，应依被告的请求撤销临时措施或依其他

方式使其停止生效。上述合理期间，如成员的法律允许，由命令采取临时措施的司法机关确定，或者，如该机关没有确定，为不超过 20 个工作日或 31 个日历日，以较长者为准。

⑦ 如果临时措施被撤销或者由于申请人的任何作为或不作为而失效，或者如果嗣后发现知识产权并没有受到侵犯或侵犯的威胁，则司法机关根据被告的请求，应当有权命令申请人向由于这些措施而受到损害的被告提供适当的补偿。

⑧ 如果依行政程序进行处理，其结果能采取任何临时措施的，在此范围内该程序应当符合与上述司法程序实质相当的原则。

#### **(4) 边境措施**

##### **① 依申请采取边境措施**

各成员应制定程序，以便权利持有人在有确实根据的理由怀疑有假冒商标货物或盗版货物可能进口时，能向行政或司法主管机关提出书面申请，要求海关当局中止放行此类货物进入自由流通。

##### **② 依职权采取边境措施**

各成员可要求主管机关自行采取行动，并对其已取得初步证据证明知识产权正在被侵犯的货物中止放行。

#### **(5) 刑事程序**

各成员应当规定刑事程序和刑罚，至少适用于故意的具有商业规模的假冒商标或者盗版案件。可以采用的救济应当包括足以起威慑作用的监禁和 / 或罚金，其处罚标准应当与同样严重的犯罪所适用的处罚标准相一致。

#### **202、透明度**

任何成员已经生效的与 Trips 协定内容（即知识产权的效力、范围、获得、执法和防止滥用）有关的法律和规章，以及普遍适用的终局司法判决和终局行政决定，均应以本国语言公布，如果公布实际上不可行，则应以本国语言向公众提供，以便各成员政府和权利持有人能够知悉。任何成员的政府或政府机构和另一成员的政府或政府机构之间有关该协定内容的有效协定，也应予以公布。

要求各成员公开那些会妨碍法律执行或违反公共利益的机密信息，或者损害特定的公有或私有企业的合法商业利益的机密信息。

添加韩龙助教 微信号，入培训群答疑。微信号：Cshb2017 大写C，小写shb