

全国专利代理人资格考试

相关法考点法条精读及真题分类解析

曹京涛 编著

二零一五年七月

前 言

相关法共考察 100 道选择题，2012 年以后，1-30 题为单选，31-100 题为多选题，每题一分，共 100 分。近几年，法律部分即卷一专利法（满分 150）和卷二相关法的分数线是 150 分。

相关法具有以下特点：①从考察广度上说，涉及 20 余部法律法规，其中七部法律占约 85%的考题，这七部法律就是本讲义所要讲述的；②从考察深度上来说，侧重考察基本概念，往往直接考察法条，即使用案例的形式考察法条，案例也比较简单；③从考点分布上说，重者恒重，轻者恒轻，考点比较固定，本讲义使考生将考点尽收眼底。

对于本讲义，需要说明的有以下几点：

1、涉及《民法通则》、《合同法》、《民事诉讼法》、《行政复议法》、《行政诉讼法》、《著作权法》、《商标法》，对考点法条和应当了解的个别非考点法条加粗并简明释义。如果一部法律的条文较少，就保留所有法条，反之，仅仅保留考点法条和应当了解的个别非考点法条。

2、将所述七部法律 2010-2014 年真题按照所考察的法条进行分类，跟在法条之后，并根据现行法律法规进行解析。需要说明的是，修改了部分考题，以适应新法，并且以脚注进行说明。

3、本讲义原则上采用国家知识产权局条法司试题解析的答案。由于法律修改导致答案变化的情况，以脚注进行说明。

由于时间仓促，水平有限，尤其是这五年内，法律修改较多，内容繁琐，难免有粗糙、疏漏之处，恳请考生提出宝贵建议！

曹京涛

2015 年 7 月

2010~2014 年相关法分布统计

	2010 年	2011 年	2012 年	2013 年	2014 年	总计	年均
民法通则	12	13	11	13	12	61	12.2
合同法	13	11	14	13	14	65	13
民事诉讼法	14	12	12	12	12	62	12.4
行政复议法	7	8	11	10	8	44	8.8
行政诉讼法	11	11	10	11	11	54	10.8
著作权法	14	14	14	14	13	69	13.8
商标法	14	14	14	12	15	69	13.8
合计	85	83	86	85	85	424	84.8

总 目 录

第一部分 中华人民共和国民法通则	1
第二部分 中华人民共和国合同法	52
第三部分 中华人民共和国民事诉讼法	132
第四部分 中华人民共和国行政复议法	213
第五部分 中华人民共和国行政诉讼法	245
第六部分 中华人民共和国著作权法	300
第七部分 中华人民共和国商标法	349
参考文献	400

第一部分

中华人民共和国民法通则

(1986 年 4 月 12 日第六届全国人民代表大会第四次会议通过

根据 2009 年 8 月 27 日第十一届全国人民代表大会常务委员会

第十次会议《关于修改部分法律的决定》修正)

目 录

第一章 基本原则.....	3
第二章 公民（自然人）.....	5
第一节 民事权利能力和民事行为能力.....	5
第二节 监护.....	8
第三节 宣告失踪和宣告死亡.....	10
第三章 法人.....	13
第一节 一般规定.....	13
第二节 企业法人.....	16
第四章 民事法律行为和代理.....	18
第一节 民事法律行为.....	18
第二节 代理.....	24
第五章 民事权利.....	29
第一节 财产所有权和与财产所有权有关的财产权.....	29
第二节 债权.....	31
第三节 知识产权.....	35
第四节 人身权.....	36
第六章 民事责任.....	38
第一节 一般规定.....	38
第二节 违反合同的民事责任.....	39
第三节 侵权的民事责任.....	40
第四节 承担民事责任的方式.....	45
第七章 诉讼时效.....	46
第八章 涉外民事关系的法律适用.....	49
第九章 附则.....	51

第一章 基本原则

第一条【立法目的】 为了保障公民、法人的合法的民事权益，正确调整民事关系，适应社会主义现代化建设事业发展的需要，根据宪法和我国实际情况，总结民事活动的实践经验，制定本法。

一、本条含义

本条是关于立法目的的规定。

民法通则保障公民和法人在民事活动中的合法权益，适应改革、开放、搞活的需要，加强运用法律手段管理经济，保障社会主义现代化建设事业的顺利进行，具有重要意义。

第二条【调整范围】 中华人民共和国民法调整平等主体的公民之间、法人之间、公民和法人之间的财产关系和人身关系。

一、本条含义

本条是关于民法的调整范围的规定。

本条规定的“民法”的调整范围，不仅指《民法通则》的调整范围。民法是指包括《民法通则》在内的所有的民事法律，比如《合同法》、《担保法》、《婚姻法》、《继承法》等。民法调整的是平等主体之间的财产关系和人身关系。平等主体是指这些主体之间地位平等，没有相互领导和服从关系；这里的财产关系是指民事主体间的财产所有、财产交换、流转、财产继承等权利和义务关系；这里的人身关系则指除了财产关系以外的关于人格、身份方面的权利和义务关系。在我国，目前作为民事法律平等主体可以是公民个人，也可以是具有法人资格的企业、事业单位、机关、团体。

二、真题分析

1. 【2014 年第 31 题】根据民法通则及相关规定，下列哪些法律关系属于民法调整的范围？

- A. 张某将其完成的发明创造向国家知识产权局提交专利申请
- B. 王某与某专利代理机构签订委托合同
- C. 赵某与他人签订专利权转让合同
- D. 李某依法向税务局缴纳个人所得税

【考点】民法调整范围

【分析】根据《民法通则》第二条的规定，本题中，选项 BC 属于平等民事主体之间的财产关系，因此，选项 BC 正确。而选项 AD 属于行政机关与行政相对人之间的行政法律关系，不属于民法调整的范围，因此，选项 AD 错误。

【答案】BC

2. 【2013 年第 31 题】根据民法通则及相关规定，因下列哪些行为所产生的当事人之间的关系属于民法调整的范围？

- A. 某交通管理局对张某作出违章停车罚款决定
- B. 赵某委托某律师事务所办理诉讼事务
- C. 某公司与某高校合作研发新技术
- D. 海关检查入关者王某的可疑行李

【考点】民法调整范围

【分析】根据《民法通则》第二条的规定，选项 A 和 D 均属于行政机关与行政相对人之间的行政法律关系，不属于民法调整范围。选项 B 和 C 中的法律关系属于平等民事主体之间的财产关系，属于民法调整范围。

【答案】BC

3. 【2012 年第 31 题】根据民法通则及相关规定，下列哪些属于民法调整的范围？

- A、国家知识产权局受理王某提交的专利申请
- B、赵某与甲公司因专利权属产生纠纷
- C、钱某与乙律师事务所签订诉讼代理委托合同
- D、某政府机关从丙商场购买一批文具

【考点】民法调整范围

【分析】根据《民法通则》第二条的规定，选项 A 均属于行政机关与行政相对人之间的行政法律关系，不属于民法调整范围。选项 B、C、D 中的法律关系属于平等民事主体之间的财产关系，属于民法调整范围。

需要说明的是，在选项 D 中，该政府机关是作为与丙商场平等的民事主体进行买卖行为的，他们之间的法律关系属于平等民事主体之间的财产关系，属于民法调整的范围。

【答案】BCD

4. 【2011 年第 1 题】根据民法通则及相关规定，下列哪些属于民法调整的范围？

- A、甲公司与乙公司之间因签订办公设备买卖合同产生的关系
- B、田某因申请专利与国家知识产权局产生的关系
- C、美国公民怀特与中国公民赵某因在中国结婚产生的关系
- D、石某死亡后其配偶与子女之间因财产继承产生的关系

【考点】民法调整范围

【分析】根据《民法通则》第二条的规定，选项 A 属于法人之间的财产关系，选项 C 属于公民之间的人身关系，选项 D 中的财产继承关系属于是基于人身关系而产生的财产关系，都属于民法调整范围。选项 B 均属于行政机关与行政相对人之间的行政法律关系，不属于民法调整范围。

【答案】ACD

第三条【平等原则】当事人在民事活动中的地位平等。

一、本条含义

本条是关于平等原则的规定。

所谓“地位平等”不是指现实生活中人人所获得的利益和所获的权利完全一样或均等，而是指当事人的行为可以不受任何人的非法的干涉，不臣服于任何人，彼此相互尊重、权利对等，尤其在法律上受到平等对待，一体保护。

另外，需要注意的是，平等原则是民事活动的原则性规定，在行政管理关系中，因为法律赋予行政机关一定职权，与行政相对人之间有管理与被管理关系，所以不是完全平等的。

第四条【自愿、公平、等价有偿、诚实信用原则】民事活动应当遵循自愿、公平、等价有偿、诚实信用的原则。

一、本条含义

本条是关于自愿、公平、等价有偿、诚实信用原则的规定。

本条规定和第三条一样是关于民事活动的法律基本原则的规定，其实也是平等原则的延伸。

自愿原则是指民事主体在民事活动中，充分表达自己的真实意志，根据自己的意愿设

立、变更和终止民事法律关系，同时也受到相应的限制，不是无限制的自愿、自由。公平原则是法律基本精神的体现，是法律追求社会各方利益的平衡、和谐从而维持个体和总体的利益。公平原则的具体要求是机会同等，权利和义务相当，风险、利益及损失相平衡。等价有偿相对来说适用范围更窄，针对市场经济关系中，双方交换利益的等值性、有偿性，即无付出就无所得。诚实信用原则在法律上号称“帝王条款”，具有重要的作用和地位，其内涵就是要求所有参与民事特别是商事活动的人讲信用，诚实不欺，通过法律提供给大家的合理途径进行活动。

第七条【禁止权利滥用原则】民事活动应当尊重社会公德，不得损害社会公共利益，扰乱社会经济秩序。

一、本条含义

本条是关于维护社会公共利益和国家利益的规定。

社会公德是指人们在社会公共生活中形成的共同的生活基本准则。社会公共利益一般是指与社会公众有直接或间接关系，影响广泛，对社会整体的发展至关重要的利益。

另外，“国家利益”体现在国家经济计划的开展、社会经济秩序等，是从国家整体利益出发来保护比个人利益更为重要的利益，但是尊重国家利益和公众利益并不是完全否定个人权利、牺牲个人利益，而是要找到两者的最佳结合点。

第二章 公民（自然人）

第一节 民事权利能力和民事行为能力

第九条【公民民事权利能力的开始与终止】公民从出生时起到死亡时止，具有民事权利能力，依法享有民事权利，承担民事义务。

一、本条含义

本条是关于公民民事权利能力的规定。

所谓民事权利能力，用通俗的话讲就是公民作为主体在民事活动中可以去享有权利并承担相应义务的一种资格。只要具有中华人民共和国国籍就成为中国公民，公民从出生时起到死亡时止具有民事权利能力，即每一个公民从出生开始就享有法律赋予的权利，直到死亡。

《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》（以下简称《民通意见》）第1条规定，公民的出生时间以户籍证明为准；没有户籍证明的，以医院出具的出生证明为准。没有医院证明的，参照其他有关证明认定。

第十一条【完全民事行为能力人】十八周岁以上的公民是成年人，具有完全民事行为能力，可以独立进行民事活动，是完全民事行为能力人。

十六周岁以上不满十八周岁的公民，以自己的劳动收入为主要生活来源的，视为完全民事行为能力人。

一、本条含义

关于完全民事行为能力的规定。

民事行为能力是与民事权利能力相关联的一个概念，它指民事主体在现实生活中进行具有法律意义行为的资格。权利能力只是提供了可能性，所以只要是中国公民都具备权利能力。而行为能力就因为个人年龄、心智发展及健康状况的不同而分为了三等，每等都有差别。本条规定，年龄十八周岁以上且精神正常的，或者已满十六周岁但不满十八周岁且

已经以自己的劳动收入作为主要生活来源的，是完全民事行为能力人。

第十二条【未成年人的民事行为能力】十周岁以上的未成年人是限制民事行为能力人，可以进行与他的年龄、智力相适应的民事活动；其他民事活动由他的法定代理人代理，或者征得他的法定代理人的同意。

不满十周岁的未成年人是无民事行为能力人，由他的法定代理人代理民事活动。

一、本条含义

本条是关于未成年人民事行为能力的规定。

未成年人是指不满十八周岁的人，由于这个年龄段的人还没有完全成熟，身体、心智尚在发育过程中，所以法律基于对他们的保护态度，在行为上加以限制，主要表现在对其规定代理人代理其行为，不承认其自己所进行的不符合自身能力的行为的效力。在这里，又因为程度不同分为两种：十周岁以上的未成年人，法律根据实际情况推定其具有一定的认识和行为能力，可以进行与他的年龄、智力相适应的民事活动，比如一个十六周岁中学生花五十元钱买一本《汉英辞典》的合同行为，免除其同学五十元债务的单方行为等；不满十周岁的未成年人基本上各个方面都需要人照顾，所以只能由其法定代理人代理进行民事活动。

二、真题分析

5. 【2013 年第 39 题】根据民法通则及相关规定，关于民事权利能力和民事行为能力，下列哪些说法是正确的？

A、公民从出生时起到死亡时止，具有民事权利能力，依法享有民事权利，承担民事义务

B、公民的民事权利能力一律平等

C、限制民事行为能力人可以进行与其年龄、智力相适应的民事活动

D、无民事行为能力人的民事活动由其法定代理人代理

【考点】民事权利能力、民事行为能力

【分析】根据《民法通则》第九条的规定，选项 A 正确；根据《民法通则》第十条的规定，选项 B 正确；根据《民法通则》第十二条第一款的规定，选项 C 正确；根据《民法通则》第十二条第二款、第十三条第一款的规定，选项 D 正确。

【答案】ABCD

6. 【2010 年第 1 题】根据民法通则及相关规定，对于 6 岁的王某实施的下列哪些行为，他人不得以王某无民事行为能力为由主张无效？

A、接受亲友赠与的玩具

B、接受某基金会的资助

C、为自己购买一台电脑

D、接受参加歌唱比赛所获得的奖品

【考点】民事行为能力

【分析】根据《民法通则》第十二条的规定，本题中 6 岁的王某属于无民事行为能力人。另外，《民法通则》第六条规定，无民事行为能力人、限制民事行为能力人接受奖励、赠与、报酬，他人不得以行为人无民事行为能力、限制民事行为能力为由，主张以上行为无效。本题中，选项 ABD 均属于接受奖励、赠与、报酬的范围，因此，选项 ABD 正确。

【答案】ABD

第十三条【精神病人的民事行为能力】不能辨认自己行为的精神病人是无民事行为能

力人，由他的法定代理人代理民事活动。

不能完全辨认自己行为的精神病人是限制民事行为能力人，可以进行与他的精神健康状况相适应的民事活动；其他民事活动由他的法定代理人代理，或者征得他的法定代理人的同意。

一、本条含义

本条是关于精神病人的民事行为能力的规定。

民法上，不能辨认自己行为的精神病人（包括患有痴呆症的人）指缺乏判断能力和自我保护能力、不能做出正确的主客观一致的行为、不能预见自己行为后果的人。这类人只能靠他人的帮助才能进行民事活动，所以只有法定代理人才能代理其民事活动。而不能完全辨认自己行为的精神病人也缺乏判断和自我保护能力，但是没有完全丧失判断认识和自我保护能力，所以是限制民事行为能力人，可以进行与其精神健康状况相适应的民事活动。

需要注意的是，第十二条和第十三条规定无民事行为能力人（不满十周岁的未成年人和不能辨认自己行为的精神病人）单独进行的民事行为一般是无效的，但是也有例外：

（1）依《民通意见》第六条及第一百二十九条，无行为能力人纯获利益的行为并不因其无行为能力而无效。如，一个一周岁孩童受其叔父赠与的行为。（2）依民法原理，无行为能力人处分零花钱的行为一般也有效，如一个九周岁儿童花三元钱买一冰糕的合同行为。

二、真题分析

7. 【2011 年第 9 题】根据民法通则及相关规定，下列哪些人是限制民事行为能力人？

- A、不能完全辨认自己行为的精神病人齐某
- B、刚出生两天的婴儿王某
- C、十五周岁的大学生岳某
- D、十九周岁待业青年赵某

【考点】民事权利能力、民事行为能力

【分析】根据《民法通则》第十三条的规定，选项 A 正确。根据《民法通则》第十二条的规定，选项 B 中婴儿王某属于无民事行为能力人，选项 C 中大学生岳某属于限制民事行为能力人，因此，选项 B 错误，选项 C 正确。根据《民法通则》第十一条的规定，选项 D 中待业青年赵某属于完全民事行为能力人，因此，选项 D 错误。

【答案】AC

第十四条【法定代理人】无民事行为能力人、限制民事行为能力人的监护人是他的法定代理人。

一、本条含义

本条规定了无民事行为能力人、限制民事行为能力人的监护人即法定代理人，旨在对非完全民事行为能力人进行保护。

监护人（法定代理人）的行为虽然不受被代理人的意志左右，但是必须为了被代理人的利益为一定行为，因故意或重大过失造成损失的也要承担相应责任。

第十五条【公民的住所】公民以他的户籍所在地的居住地为住所，经常居住地与住所不一致的，经常居住地视为住所。

一、本条含义

本条是关于住所的规定。

民法上的住所是当事人进行民事活动的地域中心，提起诉讼、适用法律等都直接和住所相关联。住所就是公民长期居住生活的地点。住所与地址不同，地址是指一个人居住的具体地点，可能频繁的变动，而住所相对稳定。住所与籍贯也不同，籍贯是指公民的祖居或出生地。犹需注意的是，住所与居所有差别，居所是公民居住的地点，但是可以是长时间的，也可以是一时居住的地点或场所，只有经常居住地才是住所。所以，住所首先是由户籍所在地来确定，但是如果经常居住地与其不一致，经常居住地为住所。

《民通意见》第 9 条规定，公民离开住所地最后连续居住 1 年以上的地方，为经常居住地。但住医院治疗的除外。公民由其户籍所在地迁出后至迁入另一地之前，无经常居住地的，仍以其原户籍所在地为住所。

第二节 监护

第十六条【未成年人的监护人】未成年人的父母是未成年人的监护人。

未成年人的父母已经死亡或者没有监护能力的，由下列人员中有监护能力的人担任监护人：

(一) 祖父母、外祖父母；

(二) 兄、姐；

(三) 关系密切的其他亲属、朋友愿意承担监护责任，经未成年人的父、母的所在单位或者未成年人住所地的居民委员会、村民委员会同意的。

对担任监护人有争议的，由未成年人的父、母的所在单位或者未成年人住所地的居民委员会、村民委员会在近亲属中指定。对指定不服提起诉讼的，由人民法院裁决。

没有第一款、第二款规定的监护人的，由未成年人的父、母的所在单位或者未成年人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门担任监护人。

一、本条含义

本条是关于未成年人监护人的规定。

未成年人的监护人首先是其父母（法定代理人）。父母死亡或无监护能力的，有监护资格的人可以协议确定监护人，这些有监护资格的人就是本条第二款规定的三类人。对担任监护人有争议的，由未成年人的父、母的所在单位或者未成年人住所地的居民委员会、村民委员会在近亲属中按照本条所列顺序即指定监护人的顺序指定。

《民通意见》第 12 条规定，民法通则中规定的近亲属，包括配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女。《民通意见》第 18 条规定，监护人被指定后，不得自行变更。擅自变更的，由原被指定的监护人和变更后的监护人承担监护责任。

二、真题分析

8. 【2013 年第 57 题】根据民法通则及相关规定，下列哪些属于民法通则中规定的近亲属？

- A、配偶
- B、姐妹
- C、外孙女
- D、堂兄弟

【考点】近亲属

【分析】《民意》第十二条规定，民法通则中规定的近亲属，包括配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女。因此，选项 ABC 正确。

需要注意的是：《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第十一条规定，行政诉讼法第二十四条规定的“近亲属”，包括配偶、父母、子

女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女和其他具有扶养、赡养关系的亲属。

《刑事诉讼法》第一百零六条规定，“近亲属”是指夫、妻、父、母、子、女、同胞兄弟姊妹。

【答案】ABC

9. 【2011 年第 81 题】根据民法通则及相关规定，下列哪些属于公民的近亲属？

- A、外祖父母
- B、兄弟姐妹
- C、叔叔伯伯
- D、外孙子女

【考点】近亲属

【分析】《民意》第十二条规定，民法通则中规定的近亲属，包括配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女。因此，选项 ABD 正确。

【答案】ABD

10. 【2010 年第 9 题】根据民法通则及相关规定，下列关于监护的说法哪些是正确的？

- A、只有自然人才能担任监护人
- B、监护人可以是一人，也可以是多人
- C、监护人可以代理被监护人进行民事活动
- D、监护人被指定后，不得自行变更

【考点】监护人的设立、职责以及监护的终止

【分析】根据《民法通则》第十六条的规定，没有第一款、第二款规定的监护人的，由未成年人的父、母的所在单位或者未成年人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门担任监护人。因此，选项 A 错误。

《民意》第十四条第二款的规定，监护人可以是一人，也可以是同一顺序中的数人。因此，选项 B 正确。该意见第十条规定，监护人的监护职责包括：保护被监护人的身体健康，照顾被监护人的生活，管理和保护被监护人的财产，代理被监护人进行民事活动，对被监护人进行管理和教育，在被监护人合法权益受到侵害或者与人发生争议时，代理其进行诉讼。因此，选项 C 正确。该意见第十八条规定，监护人被指定后，不得自行变更。擅自变更的，由原被指定的监护人和变更后的监护人承担监护责任。因此，选项 D 正确。

【答案】BCD

第十七条【精神病人的监护人】无民事行为能力或者限制民事行为能力的精神病人，由下列人员担任监护人：

- (一) 配偶；
- (二) 父母；
- (三) 成年子女；
- (四) 其他近亲属；

(五) 关系密切的其他亲属、朋友愿意承担监护责任，经精神病人的所在单位或者住所地的居民委员会、村民委员会同意的。

对担任监护人有争议的，由精神病人的所在单位或者住所地的居民委员会、村民委员

¹ 即 2014 年修改的《行政诉讼法》第二十五条。

会在近亲属中指定。对指定不服提起诉讼的，由人民法院裁决。

没有第一款规定的监护人的，由精神病人的所在单位或者住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门担任监护人。

一、本条含义

本条是关于精神病人监护人的规定。

《民通意见》第13条规定，为患有精神病的未成年人设定监护人，适用民法通则第十六条的规定。

《民通意见》第14条规定，人民法院指定监护人时，可以将民法通则第十六条第二款中（一）、（二）、（三）项或第十七条第一款中的（一）、（二）、（三）、（四）、（五）项规定视为指定监护人的顺序。前一顺序有监护资格的人无监护能力或者对被监护人明显不利的，人民法院可以根据对被监护人有利的原则，从后一顺序有监护资格的人中择优确定。被监护人有识别能力的，应视情况征求被监护人的意见。监护人可以是一人，也可以是同一顺序中的数人。

第十八条【监护人的职责权利与民事责任】监护人应当履行监护职责，保护被监护人的人身、财产及其他合法权益，除为被监护人的利益外，不得处理被监护人的财产。

监护人依法履行监护的权利，受法律保护。

监护人不履行监护职责或者侵害被监护人的合法权益的，应当承担责任；给被监护人造成财产损失的，应当赔偿损失。人民法院可以根据有关人员或者有关单位的申请，撤销监护人的资格。

一、本条含义

本条是关于监护人的职责、权利和责任的规定。

《民通意见》第10条规定，监护人的监护职责包括：保护被监护人的身体健康，照顾被监护人的生活，管理和保护被监护人的财产，代理被监护人进行民事活动，对被监护人进行管理和教育，在被监护人合法权益受到侵害或者与人发生争议时，代理其进行诉讼。

尤其注意，非为被监护人利益的，不得处理被监护人财产，否则，该行为无效。监护既是一项权利，更是一项义务。监护人不履行职责或侵害被监护人权益的，应承担赔偿责任；且其他有监护资格的人或单位可起诉追究其责任或撤销其资格。

第三节 宣告失踪和宣告死亡

第二十条【宣告失踪的条件】公民下落不明满二年的，利害关系人可以向人民法院申请宣告他为失踪人。

战争期间下落不明的，下落不明的时间从战争结束之日起计算。

一、本条含义

本条是关于宣告失踪的规定。

宣告自然人失踪必须具备以下条件，一是须有失踪的事实；二是须达到法定期限；三是须有利害关系人向人民法院提出宣告失踪的申请；四是须人民法院根据法定程序进行失踪宣告。

“下落不明”的起算时间是从公民音讯消失之次日起算。所谓音讯消失是指从此之后再也没有接收到任何关于此人的消息。宣告失踪的案件，由被宣告失踪人住所地的基层人民法院管辖。住所地与居住地不一致的，由最后居住地的基层人民法院管辖。

需要留意的是战争期间的特殊规定，平时起算时间都是从音讯消失之次日起算，但是如果是战争期间，则只能从战争结束之日起算。当然，期限仍是两年。

第二十一条【宣告失踪的法律后果】失踪人的财产由他的配偶、父母、成年子女或者关系密切的其他亲属、朋友代管。代管有争议的，没有以上规定的人或者以上规定的人无能力代管的，由人民法院指定的人代管。

失踪人所欠税款、债务和应付的其他费用，由代管人从失踪人的财产中支付。

一、本条含义

本条是关于失踪人财产代管制度的规定。

失踪人被宣告失踪以后，其财产处于无人照看的状态，因此设立失踪人的财产代管人对其财产加以管理。本条规定了代管人的范围：配偶、父母、成年子女或者关系密切的其他亲属、朋友。一般是由这些人协商出代管人，但是法律考虑到可能有争议、没有以上规定的人或者以上规定的人无能力代管的情况，由人民法院根据有利于保护失踪人财产的原则指定失踪人的财产代管人。没有本条规定的代管人，或者他们无能力作代管人，或者不宜作代管人的，人民法院可以指定其他公民或者有关组织为失踪人的财产代管人。

需注意的是，无民事行为能力人、限制民事行为能力人失踪的，其监护人即为财产代管人。失踪人的财产代管人以无力履行代管职责，申请变更代管人的，人民法院依照特别程序进行审理。失踪人的财产代管人不履行代管职责或者侵犯失踪人财产权益的，失踪人的利害关系人（近亲属及与其有民事权利义务关系的人）可以向人民法院请求财产代管人承担民事责任，但无先后顺序之分。

二、真题分析

11. 【2013 年第 77 题】根据民法通则及相关规定，关于宣告失踪的下列哪些说法是正确的？

- A、公民下落不明满二年的，利害关系人可以向人民法院申请宣告其为失踪人
- B、宣告失踪是宣告死亡的必经程序
- C、宣告失踪后，失踪人的财产由其配偶、父母、成年子女或者关系密切的其他亲属、朋友代管
- D、宣告失踪后，失踪人所欠税款、债务和应付的其他费用应暂停支付

【考点】宣告失踪

【分析】根据《民法通则》第二十条第一款的规定，选项 AC 正确。根据《民法通则》第二十三条的规定，在宣告死亡的条件中，并不以已经宣告失踪为必要条件，因此，选项 B 错误。根据《民法通则》第二十条第二款的规定，选项 D 错误。

【答案】AC

第二十二条【宣告失踪的撤销】被宣告失踪的人重新出现或者确知他的下落，经本人或者利害关系人申请，人民法院应当撤销对他的失踪宣告。

一、本条含义

本条是关于宣告失踪的撤销的规定。

宣告失踪是对自然人失踪事实的确认，如果被宣告失踪的自然人重新出现或知道其确切下落，法院应当撤销对其失踪宣告。

宣告失踪撤销需要满足以下条件，一是失踪人重新出现或得知其下落；二是申请人本人或者利害关系人向法院提出撤销申请；三是法院作出撤销宣告失踪的判决。

第二十三条【宣告死亡的条件】公民有下列情形之一的，利害关系人可以向人民法院申请宣告他死亡：

- (一) 下落不明满四年的；

(二) 因意外事故下落不明，从事故发生之日起满二年的。

战争期间下落不明的，下落不明的时间从战争结束之日起计算。

一、本条含义

本条是关于宣告死亡条件的规定。

宣告死亡条件与宣告失踪不同，下落不明的期限要求为四年，战争期间的起算日与宣告失踪一样是从战争结束之日起算。在意外事故中下落不明的，从事故发生之日起满两年可以申请宣告死亡。与宣告失踪不同，申请宣告死亡的利害关系人是有顺序之分的，换言之，当存在在先顺位人时，在后顺位人即无申请权。

尤其注意的是，宣告失踪不是宣告死亡的必经程序。宣告失踪或宣告死亡由申请人决定，同一顺序的利害关系人的申请不一致的，则宣告死亡。

二、真题分析

12. 【2010 年第 17 题】王某于 2002 年 4 月 1 日离家出走、音讯消失，虽经多方努力，但仍然没有找到。根据民法通则及相关规定，王某的配偶欲申请宣告其死亡，最早可从何时提出申请？

- A、2004 年 4 月 2 日
- B、2005 年 4 月 2 日
- C、2006 年 4 月 2 日
- D、2007 年 4 月 2 日

【考点】宣告死亡的条件

【分析】根据《民法通则》第二十三条第一款的规定，本题中，王某离家出走，不是发生了意外事故，应适用第（一）项满 4 年的规定，选项 C 正确。

【答案】C

第二十四条【死亡宣告的撤销】被宣告死亡的人重新出现或者确知他没有死亡，经本人或者利害关系人申请，人民法院应当撤销对他的死亡宣告。

有民事行为能力人在被宣告死亡期间实施的民事法律行为有效。

一、本条含义

本条是关于撤销死亡宣告的规定。

撤销死亡宣告是指已经被宣告死亡的人证明确实没有死亡的情况下，由本人或其利害关系人提出申请，以撤销原宣告，恢复被宣告人正常的法律关系。条件是被宣告死亡的人重新出现或者确知他没有死亡，并由本人或利害关系人提出申请。这里的“利害关系人”与上一条宣告死亡的利害关系人相同，申请宣告死亡的利害关系人有：配偶；父母、子女；兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女；其他有民事权利义务关系的人。需注意的是，申请撤销死亡宣告不受上列顺序限制，而宣告死亡时则要受该顺序限制。¹

另外，重新出现的被宣告死亡人在被宣告死亡后，仍然进行民事活动，只要其具备以上规定的民事行为能力，其所实施的行为仍旧具有法律效力，这是一种尊重事实，保护当事人的表现。

二、真题分析

13. 【2012 年第 15 题】2008 年，何某在一次意外事故中下落不明。2011 年，经何某妻子申请，人民法院宣告何某死亡，其名下的财产也被继承。2012 年，何某回到家中。原来何某在该次事故中被救起，后一直在其他城市打工，但未与家人联系。根据民法通则及相关规定，下列哪种说法是正确的？

- A、由于何某下落不明未满四年，因此人民法院不应宣告其死亡

¹ 《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》第 25 条。

- B、经何某申请，人民法院应当撤销对他的死亡宣告
- C、何某被宣告死亡期间，其实施的民事行为应当被认定为无效
- D、何某无权请求返还其被继承的财产

【考点】宣告死亡

【分析】根据《民法通则》第二十三条的规定，本题中，何某因意外事故下落不明，并且从事故发生之日起已满二年，人民法院根据何某妻子的申请宣告其死亡并无不妥，因此，选项 A 错误。根据《民法通则》第二十四条的规定，选项 B 正确，选项 C 错误。根据《民法通则》第二十五条的规定，何某有权请求返还其被继承的财产，因此，选项 D 错误。

【答案】B

第二十五条【撤销死亡宣告的法律后果】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。

一、本条含义

本条是关于撤销死亡宣告法律后果的规定。

宣告死亡是依法推定公民死亡，但是公民可能实际上没有死亡，于是就产生被宣告死亡人重新出现并撤销对他的死亡宣告的情况。撤销死亡宣告否定了宣告死亡这一法律推定，必然产生新的法律后果。

本条主要规定了关于财产方面的法律后果。被撤销死亡宣告的人有权请求返还财产。合法占有如通过继承获得被宣告死亡的人的财产的，应当返还原物或适当补偿，利害关系人隐瞒真实情况使他人被宣告死亡而取得其财产的，除应返还原物及孳息外，还应对造成的损失予以赔偿。

第三章 法人

第一节 一般规定

第三十六条【法人的定义及其权利能力和行为能力】法人是具有民事权利能力和民事行为能力，依法独立享有民事权利和承担民事义务的组织。

法人的民事权利能力和民事行为能力，从法人成立时产生，到法人终止时消灭。

一、本条含义

本条是关于法人的基本规定。

我国现行法律对法人分类是：企业法人、机关法人、事业单位法人、社会团体法人（如基金会法人）。法人的一般特征有：独立的人格；独立的财产；独立的责任能力，即有限责任。“法人的有限责任”，是指法人以其全部财产对其债务承担无限责任，法人的成员以出资额为限承担有限责任。法人成员是指投资于法人的民事主体（如公司股东）其有别于法人的工作人员。

法人的民事权利能力、民事行为能力与公民有所差别：首先，法人的民事权利能力存续时间及范围同行为能力一致；其次，法人之间的民事权利能力不完全相同，法人不享有公民人身属性的权利能力，如结婚能力、继承能力等。

需要注意的是，切不可将经营范围视为企业法人的民事权利能力。对此，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》第十条规定：原则上，人民法院不能以“当事人超越经营范围订立合同”为由而认定该合同无效，除非当事人违反了禁止性规定。

二、真题分析

14. 【2014 年第 8 题】根据民法通则及相关规定，关于民事权利能力和民事行为能力，下列哪种说法是正确的？

- A. 成立不满一年的企业法人不具备完全民事行为能力
- B. 十二岁的公民为限制民事行为能力人
- C. 十三岁的公民进行的任何民事活动均无效
- D. 十七岁的公民以自己的劳动收入为主要生活来源的，视为完全民事行为能力人

【考点】民事权利能力、民事行为能力

【分析】根据《民法通则》第三十六条第二款的规定，选项 A 错误。根据《民法通则》第九条的规定，选项 B 错误。根据《民法通则》第十二条第一款的规定，选项 C 错误。根据《民法通则》第十一条第二款的规定，选项 D 正确。

【答案】D

15. 【2012 年第 50 题】根据民法通则及相关规定，关于民事权利能力和民事行为能力，下列哪些说法是正确的？

- A. 公民的民事权利能力出生时产生，死亡时消灭
- B. 公民的民事行为能力出生时产生，死亡时消灭
- C. 法人的民事权利能力成立时产生，终止时消灭
- D. 法人的民事行为能力成立时产生，终止时消灭

【考点】民事权利能力、民事行为能力

【分析】根据《民法通则》第九条的规定，公民从出生时起到死亡时止，具有民事行为能力，依法享有民事权利，承担民事义务。因此，选项 A 正确。根据《民法通则》第十一、十二、十三条的规定，公民的民事行为能力不是从出生时即产生的，而是需要满足一定的条件，例如年龄等；同时，公民的民事行为能力也可能由于精神疾病等原因而消灭。因此，选项 B 错误。根据《民法通则》第三十六条第二款的规定，选项 CD 正确。

【答案】ACD

16. 【2011 年第 17 题】村民钱某与村办食品厂共同设立了具有独立法人资格的“美新农副产品有限责任公司”（以下简称“美新公司”），钱某担任公司的执行董事并兼任经理。根据民法通则及相关规定，下列说法哪些是正确的？

- A. 美新公司从其依法成立时具有民事行为能力
- B. 美新公司对钱某的经营行为承担民事责任
- C. 美新公司在经营活动中产生的债务由钱某、食品厂按各自的出资比例承担
- D. 钱某和食品厂对美新公司在经营活动中产生的债务承担连带责任

【考点】法人的民事行为能力和民事责任

【分析】根据《民法通则》第三十六条的规定，选项 A 正确。而且由于法人依法独立享有民事权利和承担民事义务，因此美新公司的债务与钱某和食品厂无关，由此可知，选项 CD 错误。根据《民法通则》第四十三条的规定，企业法人对它的法定代表人和其他工作人员的经营行为，承担民事责任。因此，选项 B 正确。

【答案】AB

17. 【2010 年第 77 题】根据民法通则及相关规定，下列关于法人的说法哪些是正确的？

- A. 法人是具有民事行为能力，依法独立享有民事权利和承担民事义务

务的组织

- B、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
- C、法人终止，应当依法进行清算，停止清算范围外的活动
- D、法人以它的主要办事机构所在地为住所

【考点】法人

【分析】根据《民法通则》第三十六条的规定，选项 AB 正确。根据《民法通则》第四十条的规定，法人终止，应当依法进行清算，停止清算范围外的活动。因此，选项 C 正确。根据《民法通则》第三十九条的规定，法人以它的主要办事机构所在地为住所。因此，选项 D 正确。

【答案】ABCD

第三十七条【法人的条件】法人应当具备下列条件：

- (一) 依法成立；
- (二) 有必要的财产或者经费；
- (三) 有自己的名称、组织机构和场所；
- (四) 能够独立承担民事责任。

一、本条含义

本条是关于法人条件的规定。

法人必须同时具备本条规定的四个条件，缺一不可。

二、真题分析

18. 【2014 年第 57 题】根据民法通则及相关规定，下列关于法人的哪些说法是正确的？

- A. 法人应当有自己的名称、组织机构和场所
- B. 法人终止，应当依法进行清算，停止清算范围外的活动
- C. 企业法人对它的法定代表人和其他工作人员的经营行为，承担民事责任
- D. 企业法人分立、合并，它的权利和义务由变更后的法人享有和承担

【考点】法人

【分析】根据《民法通则》第三十七条的规定，选项 A 正确。根据《民法通则》第四十条的规定，选项 B 正确。根据《民法通则》第四十三条的规定，选项 C 正确。根据《民法通则》第四十四条第二款的规定，选项 D 正确。

【答案】ABCD

19. 【2012 年第 40 题】根据民法通则及相关规定，法人应当具备下列哪些条件？

- A、有自己的名称
- B、有自己的组织机构和场所
- C、有必要的财产或者经费
- D、能够独立承担民事责任

【考点】法人的成立条件

【分析】根据《民法通则》第三十七条的规定，选项 ABCD 正确。

【答案】ABCD

第三十八条【法定代表人】依照法律或者法人组织章程规定，代表法人行使职权的负责人，是法人的法定代表人。

一、本条含义

本条是关于法定代表人的规定。

我国的法定代表人是法人机关的一种，实行单一法定代表人制，即法人的法定代表人只能为一人。通常情形下法人的正职负责人（如董事长）是法定代表人。法人的法定代表人与代理人的法律地位不同。法人与代理人是委托代理关系，代理权源自法人的授权。而法定代表人与法人之间是代表法律关系，代表权是由法律和章程规定的，法定代表人的职务行为就是法人的行为。企业法人要对其法定代表人和其他工作人员的经营行为向第三人负责，但此仅限于职务经营行为及职务侵权行为；对于法定代表人和其他工作人员的个人行为，法人概不负责。

第三十九条【法人的住所】法人以它的主要办事机构所在地为住所。

一、本条含义

本条是关于法人的住所的规定。

法人住所是法人生产经营活动的中心场所，与其自身活动、有关管理机关监督管理、确定诉讼管辖关系十分紧密。法人的住所在我国法律上是指主要办事机构所在地。法人可能有好几个办事机构所在地，但只有主要办事机构所在地是住所，也即法人的住所只能有一个。

第四十条【法人的清算】法人终止，应当依法进行清算，停止清算范围外的活动。

一、本条含义

本条是关于法人终止时清算的规定。

法人终止是指法人的民事主体资格消灭，其直接的后果就是不能再以法人名义对外进行民事活动。法人终止必须经过清算程序，停止清算以外活动，不得再进行经营活动。清算程序首先要求依法组成清算组织。

二、真题分析

20. 【2013 年第 61 题】根据民法通则及相关规定，下列有关法人的哪些说法是正确的？

- A、法人的民事权利能力与民事行为能力的存续时间一致
- B、法人以它的主要办事机构所在地为住所
- C、企业法人分立、合并，它的权利和义务由变更后的法人享有和承担
- D、法人终止的，应当停止一切活动

【考点】法人

【分析】根据《民法通则》第三十六条第一款的规定，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，因此，法人的民事权利能力与民事行为能力的存续时间一致，选项 A 正确。根据《民法通则》第三十九条的规定，法人以它的主要办事机构所在地为住所。因此，选项 B 正确。根据《民法通则》第四十四条第二款的规定，企业法人分立、合并，它的权利和义务由变更后的法人享有和承担。因此，选项 C 正确。根据《民法通则》第四十条的规定，法人终止后，在一定时间内还应当进行清算范围内的活动，因此，选项 D 错误。

【答案】ABC

第二节 企业法人

第四十三条【企业法人的民事责任】企业法人对它的法定代表人和其他工作人员的经营行为，承担民事责任。

一、本条含义

本条是关于企业法人的民事责任的规定。

法人的法定代表人及其他工作人员执行职务的行为就是法人的行为，其职务行为的法律后果应由法人承担。此外，在法人对内部机关成员的职责规定不明确的情形下，法人机关成员进行的经营业务活动及因其工作人员的失误给他人造成损失的，法人应承担责任。

二、真题分析

21. 【2013 年第 1】题企业法人甲公司的法定代表人赵某以甲公司名义从事经营活动，给他人造成了经济损失。根据民法通则及相关规定，应由谁就该经济损失承担民事责任？

- A、赵某
- B、甲公司
- C、赵某和甲公司
- D、赵某和甲公司均无须承担

【考点】法人的能力和责任

【分析】《民意》第五十八条规定，企业法人的法定代表人和其他工作人员，以法人名义从事的经营活动，给他人造成经济损失的，企业法人应当承担民事责任。本题中，甲公司的法定代表人赵某以公司名义从事经营活动给他人造成的经济损失，应当由甲公司承担民事责任。因此，选项 B 正确。

【答案】B

第四十四条【企业法人的变更】企业法人分立、合并上或有其他重要事项变更，应当向登记机关办理登记并公告。

企业法人分立、合并，它的权利和义务由变更后的法人享有和承担。

一、本条含义

本条是关于企业法人变更的规定。

企业法人的变更的情形，包括分立、合并、名称变更、住所变更、法定代表人变更、注册资本变更、经营范围变更、类型变更、股东变更、营业期限变更等。涉及变更的，应当向登记机关办理登记并公告。当公司登记事项发生变化时，应当在规定期限内向原公司登记机关申请变更登记时所使用的法律文件。

企业法人的分立或合并，其权利义务就由变更后的法人继受，由变更后的法人享有和承担。

第四十五条【企业法人的终止】企业法人由于下列原因之一终止：

- (一) 依法被撤销；
- (二) 解散；
- (三) 依法宣告破产；
- (四) 其他原因。

一、本条含义

法人的终止意味着法人民事主体资格的消灭。法人的民事权利能力和民事行为能力不复存在。法人终止后，不能再以法人的名义从事民事活动。

第四十九条【法定代表人的法律责任】企业法人有下列情形之一的，除法人承担责任外，对法定代表人可以给予行政处分、罚款，构成犯罪的，依法追究刑事责任：

- (一) 超出登记机关核准登记的经营范围从事非法经营的；
- (二) 向登记机关、税务机关隐瞒真实情况、弄虚作假的；

- (三) 抽逃资金、隐匿财产逃避债务的；
- (四) 解散、被撤销、被宣告破产后，擅自处理财产的；
- (五) 变更、终止时不及时申请办理登记和公告，使利害关系人遭受重大损失的；
- (六) 从事法律禁止的其他活动，损害国家利益或者社会公共利益的。

一、本条含义

本条是关于法定代表人的法律责任的规定。

《民通意见》第61条规定，人民法院审理案件时，如果查明企业法人有民法通则第四十九条所列的六种情形之一的，除企业法人承担责任外，还可以根据民法通则第四十九条和第一百三十四条第三款的规定，对企业法定代表人直接给予罚款的处罚；对需要给予行政处分的，可以向有关部门提出司法建议，由有关部门决定处理；对构成犯罪需要依法追究刑事责任的，应当依法移送公安、检察机关。

第四章 民事法律行为和代理

第一节 民事法律行为

第五十四条【民事法律行为】民事法律行为是公民或者法人设立、变更、终止民事权利和民事义务的合法行为。

一、本条含义

本条是关于民事法律行为概念的规定。

简单的说，民事法律行为就是有行为能力的公民以自己的意思进行的使民事权利与义务关系发生变动的行为。比如，订立合同的行为，设定遗嘱的行为，变更或解除合同的行为等等。这一概念的核心就在于当事人的意思表示，也就是当事人意图发生一定法律效果而通过行为（包括语言、书面、举动等）表现出来的意思。现实中凡能引起民事法律关系变化的事实都是民事法律事实，但民事法律行为只是其中一部分，即当事人可以按照自己意思创造具体的法律关系的那一部分。

需要注意的是，民事法律行为与民事行为不是同一个概念。民事法律行为是行为人的合法行为，这种合法行为的目的在于设立、变更、终止民事权利和义务；而民事行为包括有效的民事行为和无效的民事行为，合法的民事行为和非法的民事行为。

第五十五条【实质要件】民事法律行为应当具备下列条件：

- (一) 行为人具有相应的民事行为能力；
- (二) 意思表示真实；
- (三) 不违反法律或者社会公共利益。

一、本条含义

本条是关于民事法律行为构成要件的规定。

民事法律行为因为是个十分抽象的概念，所以法律明确规定了其应当具备的条件，也就是构成要件。首先，具有相应的民事行为能力，其实就是要求行为人有相当的认识、判断能力，可以正常地进行意思的表达和行为的作出；其次，是要做到表达出来的意思和内心意思一致且表达自由，没有受到外界因素的不利干扰；最后，必须要符合法律规定和社会公共利益，“法律规定”应该指法律的强制性规定（因为涉及重要的原则和利益而必须遵守的规定），“社会公共利益”泛指更宽，是一个概括性的定性的规定，具体内容要结合实际加以确定，总之是影响公共领域内利益而非个人私利。

二、真题分析

22. 【2014 年第 41 题】根据民法通则及相关规定，民事法律行为应当具备下列哪些条件？

- A. 行为人具有相应的民事行为能力
- B. 采取书面形式
- C. 意思表示真实
- D. 不违反法律或者社会公共利益

【考点】民事法律行为的要件

【分析】根据《民法通则》第五十五条的规定，选项 ACD 正确。根据《民法通则》第五十六条的规定，选项 B 错误。

【答案】ACD

第五十六条【形式要件】民事法律行为可以采用书面形式、口头形式或者其他形式。法律规定用特定形式的，应当依照法律规定。

一、本条含义

本条是关于法律行为的形式分类及其法律意义的规定。

民事法律行为要被确认和了解才能发生法律上的意义，这就要通过一定的形式。法律规定了两种最常用的形式，一是口头形式，这种形式方便、简洁、明了，但是也难以保留，比较随便，不正式，发生争议后难以取证。二是书面形式，就是将所有的内容记载一定载体上，便于保存，比较正式和清楚，可以避免日后的纠缠不清。另外，法律也承认其他方式，比如推定形式和沉默形式，也分别称为作为的默示与不作为的默示。但是要注意，不作为的默示只有在法律有明确规定或当事人双方有明确约定的情况下，才可能具有法律意义。

第五十七条【法律效力】民事法律行为从成立时起具有法律约束力。行为人非依法律规定或者取得对方同意，不得擅自变更或者解除。

一、本条含义

本条是关于民事法律行为的法律效力的规定。

民事行为的成立，是符合民事行为的构成要件的客观情况。而民事法律行为的生效是已经成立的民事法律行为发生法律效力，从而在当事人之间引起了民事法律关系产生、变更、消灭等法律后果。

二、真题分析

23. 【2012 年第 66 题】根据民法通则及相关规定，下列关于民事法律行为的哪些说法是正确的？

- A. 民事法律行为是公民或者法人设立、变更、终止民事权利和民事义务的合法行为
- B. 民事法律行为的行为人必须具有完全民事行为能力
- C. 民事法律行为必须采用书面形式
- D. 民事法律行为从成立时起具有法律约束力

【考点】民事法律行为

【分析】根据《民法通则》第五十四条的规定，民事法律行为是公民或者法人设立、变更、终止民事权利和民事义务的合法行为。因此，选项 A 正确。根据《民法通则》第五十五条规定，民事法律行为应当具备下列条件：（一）行为人具有相应的民事行为能力；（二）意思表示真实；（三）不违反法律或者社会公共利益。由此可知，民事法律行为的行为人应具备“相应的民事行为能力”，而不是“完全民事行为能力”，因此，选项 B 错误。根据《民法通则》第五十六条的规定，民事法律行为可以采用书面形式、口头形式或

者其他形式。法律规定用特定形式的，应当依照法律规定。因此，选项 C 正错误。根据《民法通则》第五十七条的规定，选项 D 正确。

需要说明的是，《民法通则》第十二条第一款规定，十周岁以上的未成年人是限制民事行为能力人，可以进行与他的年龄、智力相适应的民事活动。由此可知，民事法律行为并不要求行为人具有完全民事行为能力。

【答案】AD

24. 【2011 年第 49 题】根据民法通则及相关规定，下列说法哪些是正确的？

- A、民事法律行为从成立时起具有法律约束力
- B、民事法律行为成立后，行为人只有取得对方同意，才能变更或者解除
- C、民事行为部分无效，不影响其他部分的效力的，其他部分仍然有效
- D、无效的民事行为，从被人民法院宣告无效时起没有法律约束力

【考点】民事法律行为的效力

【分析】根据《民法通则》第五十七条的规定，选项 A 正确，选项 B 错误。根据《民法通则》第六十条的规定，民事行为部分无效，不影响其他部分的效力的，其他部分仍然有效。根据《民法通则》第五十八条第二款的规定，无效的民事行为，从行为开始起就没有法律约束力。因此，选项 C 正确，选项 D 错误。

【答案】AC

第五十八条【无效民事行为】下列民事行为无效：

- (一) 无民事行为能力人实施的；
- (二) 限制民事行为能力人依法不能独立实施的；
- (三) 一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下所为的；
- (四) 恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益的；
- (五) 违反法律或者社会公共利益的；
- (六) 经济合同违反国家指令性计划的（2009 年 8 月 27 日删除）
- (七) 以合法形式掩盖非法目的的；

无效的民事行为，从行为开始起就没有法律约束力。

一、本条含义

本条是关于无效民事法律行为的规定。

无效民事法律行为，是行为缺乏法律规定的效力构成要件，因此从行为开始之时，其确定的内容就不对双方发生作用，但是不是不产生法律后果，对此负有责任的一方仍要承担相应的民事责任。本条规定了七种民事法律行为无效的情况：因为主体原因而无效的，包括无行为能力人实施的和限制行为能力人不能独立实施的行为，其中对于限制行为能力依法不能独立订立的合同，《合同法》将其作为效力待定的合同。即此种情况下，法定代理人予以追认的，合同有效；法定代理人不予追认的，合同无效。因为违背真实意思而无效的，包括欺诈、胁迫、乘人之危；《合同法》把基于欺诈、胁迫而订立的合同已分成两种情况：一是在损害国家利益的情况下，合同无效；二是在不损害国家利益的情况下都是作为可撤销的合同处理。双方一起恶意串通损害国家、集体、他人利益的；违反法律（特别指强制性法律规定）和社会公共利益；以貌似合法的行为达到非法目的；在以前有多部《合同法》时代（现在已经是统一的《合同法》）合同违反国家指令性计划的。最后一种情况随着市场经济健全，逐渐失去意义，因此，在 2009 年 8 月 27 日公布的《全国人民代表大会常务委员会关于修改部分法律的规定》中删除了本项。至于欺诈、胁迫、乘人之危

的合同因为《合同法》规定是可撤销的合同，所以在合同领域，这几种情况不是绝对的无效行为，而只是可以被撤销才归于无效的行为，但在民事法律行为的其他领域仍有适用余地。

二、真题分析

25. 【2014 年第 48 题】根据民法通则及相关规定，下列哪些民事行为无效？

- A. 恶意串通，损害国家利益的
- B. 违反法律或者社会公共利益的
- C. 以合法形式掩盖非法目的的
- D. 显失公平的

【考点】无效的民事行为

【分析】根据《民法通则》第五十八条第一款的规定，选项 ABC 分别属于第（四）、（五）、（六）项的规定，因此，选项 ABC 正确。根据《民法通则》第五十九条第一款的规定，选项 D 属于可变更或者可撤销的民事行为，而非无效民事行为，因此，选项 D 错误。

【答案】ABC

26. 【2013 年第 24 题】12 岁的周某在其某项发明专利申请获得授权后，接受了某基金会给予的一万元奖励。根据民法通则及相关规定，关于周某接受该奖励的行为，下列哪种说法是正确的？

- A. 经周某法定代理人追认后，该行为才有效
- B. 因周某为限制民事行为能力人，该行为无效
- C. 他人不得以周某为限制民事行为能力人为由，主张该行为无效
- D. 基金会可以周某为限制民事行为能力人为由，主张该行为无效

【考点】民事权利能力、民事行为能力

【分析】《民法》第六条规定，无民事行为能力人、限制民事行为能力人接受奖励、赠与、报酬，他人不得以行为人无民事行为能力、限制民事行为能力为由，主张以上行为无效。本题中，尽管周某为限制民事行为能力人，但他人不得以其限制民事行为能力为由主张其接受奖励的行为无效。因此，选项 C 正确。

【答案】C

27. 【2012 年第 58 题】根据民法通则及相关规定，下列哪些属于无效民事行为？

- A. 无民事行为能力人实施的民事行为
- B. 恶意串通，损害国家利益的民事行为
- C. 行为人对行为内容有重大误解的民事行为
- D. 一方当事人利用优势致使双方权利与义务明显违反公平、等价有偿原则的民事行为

【考点】无效民事行为

【分析】根据《民法通则》第五十八条的规定，选项 AB 分别属于第（一）、（四）项的规定，符合题意。选项 CD 属于《民法通则》第五十九条所规定的可变更、可撤销的民事行为，不符合题意。

【答案】AB

28. 【2011 年第 88 题】根据民法通则及相关规定，下列哪些行为属于无效民事行为？

- A、间歇性精神病人刘某在发病期间实施的民事行为
- B、张某在神志不清的状态下所实施的民事行为
- C、完全民事行为能力人陈某把一幅古画真品错当成复制品卖给季某的行为
- D、李某与黄某之间买卖假发票的行为

【考点】无效民事行为；可撤销、可变更民事行为

【分析】根据《民法通则》第五十八条的规定，买卖假发票的行为属于违反法律的行为，因此，选项 D 正确。选项 C 属于《民法通则》第五十九条规定的行为人对行为内容有重大误解的情形，属于可变更或者可撤销的民事行为，不符合题意。《民法通则》第六十七条规定，间歇性精神病人的民事行为，确能证明是在发病期间实施的，应当认定无效。行为人在神志不清的状态下所实施的民事行为，应当认定无效。因此，选项 AB 正确。

【答案】ABD

第五十九条【可变更、可撤销的民事行为】下列民事行为，一方有权请求人民法院或者仲裁机关予以变更或者撤销：

- (一) 行为人对行为内容有重大误解的；
- (二) 显失公平的。

被撤销的民事行为从行为开始起无效。

一、本条含义

本条是关于可撤销民事法律行为的规定。

可撤销的民事法律行为与无效民事法律行为不同，它是因为欠缺民事法律行为的有效要件而导致民事法律行为可能不发生效力，而无效民事法律行为是严重的不符合民事法律行为要件而确定的、自始不发生效力。可撤销的民事法律行为将撤销民事法律行为的权利赋予当事人，只有当事人请求且法院或仲裁机关作出撤销决定才可能发生撤销的结果。

本条规定了两种撤销情形：重大误解和显失公平。重大误解是指行为人对行为有至关重要影响的内容产生了误解，而使得继续履行将造成较大的经济损失；显失公平则是从民法公平原则出发，衡量双方的利益得失，做出该民事行为将造成一方获得过多利益而另一方遭受过多不利，结果上极端的不公平的情况。我国民法基于当事人利益考虑，还赋予当事人请求变更内容的权利，这样使得在原先的缔结关系得以延续的前提下，得到双方都达到满意的结果。

二、真题分析

29. 【2013 年第 91 题】根据民法通则及相关规定，下列哪些说法是正确的？

- A、无效的民事行为从行为开始起就没有法律约束力
- B、无效的民事行为从人民法院确认无效之日起无法律约束力
- C、被撤销的民事行为从行为开始起无效
- D、被撤销的民事行为从人民法院撤销该民事行为之日起无效

【考点】无效民事行为；可撤销、可变更民事行为

【分析】根据《民法通则》第五十八条第二款的规定，无效的民事行为，从行为开始起就没有法律约束力。因此，选项 A 正确，选项 B 错误。根据《民法通则》第五十九条第二款的规定，选项 C 正确，选项 D 错误。

【答案】AC

第六十条【民事行为部分无效】民事行为部分无效，不影响其他部分的效力的，其他部分仍然有效。

一、本条含义

本条是关于民事行为部分无效的规定。

民事行为的部分无效，是民事行为内容的一部分不具备民事法律行为的有效要件而无效，但其他部分仍然有效。无效的部分不影响其他有效部分的行为效力。

第六十一条【无效、撤销的法律后果】民事行为被确认为无效或者被撤销后，当事人因该行为取得的财产，应当返还给受损失的一方。有过错的一方应当赔偿对方因此所受的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。

双方恶意串通，实施民事行为损害国家的、集体的或者第三人的利益的，应当追缴双方取得的财产，收归国家、集体所有或者返还第三人。

一、本条含义

本条规定了民事法律行为无效或撤销的法律后果。

法律行为被确认无效或被撤销后，从行为开始起就没有法律效力，也就是说行为人作为行为的意思一开始就不受法律承认，其设立、变更、终止权利义务的内容不产生当事人预期的法律效果。但是，法律行为的无效或被撤销同时也产生了另外的法律后果，本条就规定了返还财产义务、赔偿损失责任和追缴所得财产的制裁。返还财产义务就是因为被确认无效或被撤销民事行为占有他方标的物的一方当事人应该将其已经占有的标的物，原物返还，原物不存在的应当给与相应补偿，因为有过错的一方还应该赔偿对方因此造成的损失。追缴财产主要是针对恶意串通损害国家、集体利益的情况下采取的制裁措施。

第六十二条【附条件的民事行为】民事法律行为可以附条件，附条件的民事法律行为在符合所附条件时生效。

一、本条含义

本条规定了附条件的民事法律行为。

附条件是指为民事法律行为设定一定的条件，条件的成就与否直接作为法律行为生效或失效的依据。总的来说，条件有两类：延缓条件和解除条件。延缓条件是指条件成就是民事法律行为的生效条件，解除条件是指条件成就是民事法律行为失效的条件。此处的“条件”是指当事人约定的，将来可能发生但是并不确定发生的合法事实，这样条件可能成就，可能不成就，有一定的或然性，民事法律行为的效力也就处于可能变动的状态。附条件和附期限有区别，附期限的民事法律行为，在所附期限到来时生效或者解除。¹两者最主要的区别是：期限是确定到来的事实，条件是不确定的。

二、真题分析

30. 【2013年第94题】赵某在某专利代理事务所实习，表现优异。该事务所与赵某达成协议，如果赵某当年通过了全国专利代理人资格考试，将资助其出国进修半年。根据民法通则及相关规定，在赵某参加全国专利代理人资格考试之前，下列哪些说法是正确的？

- A、该约定既未成立，也未生效
- B、该约定已经成立，但未生效
- C、该约定是附条件的民事法律行为
- D、该约定是附期限的民事法律行为

【考点】附条件的民事行为

【分析】根据《民法》第七十六条的规定，附期限的民事法律行为，在所附期限到来时生效或者解除。本题中，该事务所与赵某已经达成协议，意味着该约定已经成立。该约定附加了“赵某当年通过了全国专利代理人资格考试”的生效条件，因此，该约定是附条

¹ 《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》第76条。

件的民事法律行为。由于所附条件尚未符合，该约定尚未生效。因此，选项 BC 正确，选项 AD 错误。

本题中，在考试之前，赵某能否在当年通过代理人资格考试是未知的，如果赵某未能在当年通过考试，该约定将不会生效。因此，“当年通过考试”是该约定所附的一个条件，不能机械地将“当年”单独抽离出来作为“附期限”来理解。

【答案】BCD

第二节 代理

第六十三条【代理及其适用范围】公民、法人可以通过代理人实施民事法律行为。

代理人在代理权限内，以被代理人的名义实施民事法律行为。被代理人对代理人的代理行为，承担民事责任。

依照法律规定或者按照双方当事人约定，应当由本人实施的民事法律行为，不得代理。

一、本条含义

本条规定的是民法中的代理制度。

代理是指代理人在代理权限内，以被代理人的名义实施民事法律行为，被代理人对代理人的代理行为承担民事责任。

代理的法律特征可概括为四个方面：（1）代理行为是民事法律行为，以意思表示为核心。（2）代理人须以被代理人的名义为民事法律行为。（3）代理人是在代理权限内独立地向第三人为意思表示，代理人在代理关系中具有独立的地位。（4）代理人所为的民事法律行为的法律效果归属于被代理人。

需要注意的是，具有人身性质的行为不得通过代理进行。比如立遗嘱、婚姻登记、收养子女等行为。法律规定或者双方当事人约定应当由特定人亲自为之的，则不得适用代理。例如，某些与特定人身相关联的债务的履行（预约撰稿、演出、授课、讲演、特定的技术转让合同等）亦如此。

二、真题分析

31. 【2014 年第 1 题】根据民法通则及相关规定，下列关于代理的哪种说法是正确的？

- A. 公民、法人的任何民事法律行为，均可通过代理人实施
- B. 代理人应当在代理权限内，以自己的名义实施民事法律行为
- C. 民事法律行为的委托代理，应当采用书面形式
- D. 代理人不履行职责而给被代理人造成损害的，应当承担民事责任

【考点】代理

【分析】根据《民法通则》第六十三条第二、三款的规定，选项 AB 错误。根据《民法通则》第六十五条第一款的规定，选项 C 错误。根据《民法通则》第六十六条第二款的规定，选项 D 正确。

【答案】D

第六十四条【代理的种类】代理包括委托代理、法定代理和指定代理。

委托代理人按照被代理人的委托行使代理权，法定代理人依照法律的规定行使代理权，指定代理人按照人民法院或者指定单位的指定行使代理权。

一、本条含义

本条规定的是代理的分类。

代理是依代理权产生原因不同而划分的。委托代理的代理权的产生根据在于被代理人的委托授权行为。该委托授权行为是一种单方的不要式的法律行为，形成书面文件的即是授权委托书，又称代理证书。法定代理代理权来源于法律的规定。指定代理的代理权来源于法院或者指定单位（未成年人的父母所在单位或精神病人的所在单位；精神病人住所地的居民委员会或村民委员会）的指定。

二、真题分析

32. 【2011 年第 57 题】根据民法通则及相关规定，下列哪些行为属于代理行为？

- A、律师蔡某接受黄某委托代其提起民事诉讼
- B、某专利代理事务所接受强某委托为其提交专利申请
- C、某公司董事长张某代表公司出席与外商的投资洽谈活动
- D、未成年人杨某的父亲以杨某名义购买一套商品房

【考点】代理

【分析】根据《民法通则》第六十四条的规定，本题中，选项 A 为指定代理，选项 B 为委托代理，选项 D 为法定代理，选项 C 为法定代表人的行为，不是代理行为，因此，选项 ABD 正确，选项 C 错误。

【答案】ABD

33. 【2010 年第 41 题】根据民法通则的规定，按照代理权产生根据的不同，代理包括下列哪些种类？

- A、委托代理
- B、特别代理
- C、指定代理
- D、法定代理

【考点】代理的种类

【分析】根据《民法通则》第六十四条的规定，选项 ACD 正确，选项 B 错误。

【答案】ACD

第六十五条【委托代理的形式】民事法律行为的委托代理，可以用书面形式，也可以用口头形式。法律规定用书面形式的，应当用书面形式。

书面委托代理的授权委托书应当载明代理人的姓名或者名称、代理事项、权限和期间，并由委托人签名或盖章。

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。

一、本条含义

本条规定的是委托代理的产生。

委托代理权产生于被代理人的单方授权行为。授权行为是以发生代理权为目的的单方行为，不以征得代理人的承诺为生效要件，是非要式行为，独立于委托合同。可见，委托代理权的产生与委托合同并无直接关系。但委托合同往往构成代理权产生的基础法律关系。授权行为的书面形式为授权委托书，又称代理证书，是专用于出示给第三人表明其代理权的文书。委托书授权不明的，基于保护第三人对法律文书的信赖，法律规定由被代理人 and 代理人共同对第三人承担连带责任。

二、真题分析

34. 【2010 年第 25 题】根据民法通则及相关规定，书面委托代理的委托书授权不明的，代理过程中产生的民事责任应如何承担？

- A、被代理人不应对第三人承担民事责任

- B、由代理人单独对第三人承担民事责任
- C、由被代理人单独对第三人承担民事责任，代理人不承担责任
- D、由被代理人对第三人承担民事责任，代理人承担连带责任

【考点】委托书授权不明时责任的承担

【分析】根据《民法通则》第六十五条的规定，本题中，选项 ABC 错误，选项 D 正确。

【答案】D

第六十六条【无权代理及其法律后果】没有代理权、超越代理权或者代理权终止后的行为，只有经过被代理人的追认，被代理人才承担民事责任。未经追认的行为，由行为人承担民事责任。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。

代理人不履行职责而给被代理人造成损害的，应当承担民事责任。

代理人和第三人串通、损害被代理人的利益的，由代理人和第三人负连带责任。

第三人知道行为人没有代理权、超越代理权或者代理权已终止还与行为人实施民事行为给他人造成损害的，由第三人和行为人负连带责任。

一、本条含义

本条规定的是代理制度中的责任归属。

条文共规定了三个连带责任，分别是：委托书授权不明的；代理人与第三人恶意串通的；第三人恶意的无权代理。行为人的沉默，在民法中一般不具有产生、变更、消灭民事法律关系的积极意义，但此处规定不同。“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。

二、真题分析

35. 【2014 年第 14 题】根据民法通则及相关规定，代理人和第三人串通，损害被代理人利益的，下列关于责任承担的哪种说法是正确的？

- A. 由代理人和第三人负连带责任
- B. 由代理人承担全部责任
- C. 由第三人承担全部责任
- D. 由代理人和第三人各承担百分之五十的责任

【考点】代理

【分析】根据《民法通则》第六十六条第三款规定，选项 A 正确，选项 BCD 错误。

【答案】A

36. 【2013 年第 71 题】根据民法通则及相关规定，下列有关代理的哪些说法是正确的？

- A、本人知道他人以本人的名义实施民事行为而不作否认表示的，视为同意
- B、代理人不履行职责而给被代理人造成损害的，应当承担民事责任
- C、第三人知道行为人没有代理权还与行为人实施民事行为给他人造成损害的，由第三人和行为人负连带责任
- D、代理人和第三人串通，损害被代理人的利益的，由代理人和第三人负连带责任

【考点】无权代理；不当代理

【分析】根据《民法通则》第六十六条规定，选项 ABCD 正确。

【答案】ABCD

37. 【2010 年第 56 题】根据民法通则及相关规定，第三人知道代理人超越代理权限

还与其实实施民事行为，而给被代理人造成损害的，下列说法哪些是正确的？

- A、由第三人和行为人承担连带责任
- B、由第三人和行为人各承担百分之五十的责任
- C、由行为人承担全部责任，行为人无力承担全部责任的，由第三人承担补充责任
- D、由第三人承担全部责任，行为人不承担责任

【考点】不当代理的法律后果

【分析】根据《民法通则》第六十六条第四款规定，选项 A 正确，选项 BCD 错误。

【答案】A

第六十七条【违法代理及法律后果】 代理人知道被委托代理的事项违法仍然进行代理活动的，或者被代理人知道代理人的代理行为违法不表示反对的，由被代理人和代理人负连带责任。

一、本条含义

本条规定的是违法代理及法律后果。

《民通意见》第 83 条规定，代理人和被代理人对已实施的民事行为负连带责任的，在民事诉讼中，可以列为共同诉讼人。

第六十八条【转委托】 委托代理人为被代理人的利益需要转托他人代理的，应当事先取得被代理人的同意。事先没有取得被代理人同意的，应当在事后及时告诉被代理人，如果被代理人不同意，由代理人对自己所转托的人的行为负民事责任，但在紧急情况下，为了保护被代理人的利益而转托他人代理的除外。

一、本条含义

本条规定的是复代理制度。

所谓复代理，又称再代理，是指代理人为被代理人的利益将其所享有的代理权转托他人而产生的代理。复代理具有如下特征：（1）复代理人是行使代理人权限的人，其代理权限以原代理人的权限为限。（2）代理人以自己的名义选任第三人为复代理人，代理人对复代理人有监督权、解任权和发出指示权。（3）复代理人是被代理人的代理人而非原代理人的代理人，其所为法律行为的后果直接由被代理人承担。

复代理须具备如下条件才能成立：（1）须是为了被代理人利益。（2）须事先或事后取得被代理人的同意。事先或事后未取得被代理人同意的，在“紧急情况”下为被代理人利益而选任复代理人的，也视为被代理人同意。

二、真题分析

38. 【2012 年第 74 题】根据民法通则及相关规定，下列关于代理的哪些说法是正确的？

- A、代理包括委托代理、法定代理和指定代理
- B、代理人应当在代理权限内，以被代理人的名义实施民事法律行为
- C、依照法律规定应当由本人实施的民事法律行为，不得代理
- D、委托代理人需要转托他人代理的，在任何情况下均应当取得被代理人的同意

【考点】代理

【分析】根据《民法通则》第六十四条第一款的规定，选项 A 正确。根据《民法通则》第六十三条第二款的规定，选项 B 正确。根据《民法通则》第六十三条第三款的规定，选项 C 正确。根据《民法通则》第六十八条的规定，并非在所有的情形下委托代理人转委托均需要取得被代理人同意，因此，选项 D 错误。

【答案】ABC

第六十九条【委托代理的终止】有下列情形之一的，委托代理终止：

- (一) 代理期间届满或者代理事务完成；
- (二) 被代理人取消委托或者代理人辞去委托；
- (三) 代理人死亡；
- (四) 代理人丧失民事行为能力；
- (五) 作为被代理人或者代理人的法人终止。

一、本条含义

本条规定的是委托代理的终止。

《民通意见》第 82 条规定，被代理人死亡后有下列情况之一的，委托代理人实施的代理行为有效：（1）代理人不知道被代理人死亡的；（2）被代理人的继承人均予承认的；（3）被代理人与代理人约定到代理事项完成时代理权终止的；（4）在被代理人死亡前已经进行、而在被代理人死亡后为了被代理人的继承人的利益继续完成的。

二、真题分析

39. 【2014 年第 70 题】根据民法通则及相关规定，下列哪些情形下委托代理终止？

- A. 代理期间届满
- B. 代理事务完成
- C. 被代理人死亡
- D. 作为被代理人的法人终止

【考点】代理

【分析】根据《民法通则》第六十九条的规定，选项 AB 属于第（一）项的规定，选项 D 属于第（五）项的规定，因此，选项 ABD 正确。根据《民通意见》第八十二条的规定，被代理人死亡后有下列情况之一的，委托代理人实施的代理行为有效：（1）代理人不知道被代理人死亡的；（2）被代理人的继承人均予承认的；（3）被代理人与代理人约定到代理事项完成时代理权终止的；（4）在被代理人死亡前已经进行、而在被代理人死亡后为了被代理人的继承人的利益继续完成的。由此可知，被代理人死亡的，委托代理并不一定终止，因此，选项 C 错误。

【答案】ABD

40. 【2012 年第 84 题】根据民法通则及相关规定，下列哪些情形下委托代理终止？

- A. 被代理人取消委托
- B. 被代理人死亡
- C. 代理人死亡
- D. 代理人丧失民事行为能力

【考点】代理

【分析】根据《民法通则》第六十九条的规定，选项 ACD 分别属于本条第（二）、（三）、（四）项，因此均属于委托终止的情形，符合题意。选项 B 不属于本条所列情形。

需要注意的是，《民意》第八十二条规定，被代理人死亡后有下列情况之一的，委托代理人实施的代理行为有效：（1）代理人不知道被代理人死亡的；（2）被代理人的继承人均予承认的；（3）被代理人与代理人约定到代理事项完成时代理权终止的；（4）在被代理人死亡前已经进行、而在被代理人死亡后为了被代理人的继承人的利益继续完成的。由此可知，根据《民法通则》第六十九条、《民意》第八十二条的规定，被代理人死亡并不必然导致委托代理终止。因此，本题中，选项 B 错误。

【答案】ACD

第七十条【法定代理或指定代理的终止】有下列情形之一的，法定代理或者指定代理终止：

- (一) 被代理人取得或者恢复民事行为能力；
- (二) 被代理人或者代理人死亡；
- (三) 代理人丧失民事行为能力；
- (四) 指定代理的人民法院或者指定单位取消指定；
- (五) 由其他原因引起的被代理人和代理人之间的监护关系消灭。

一、本条含义

本条规定的是法定代理或指定代理的终止。

与《民法通则》第 69 条一样，需要注意《民通意见》第 82 条的规定。

二、真题分析

41. 【2013 年第 50 题】根据民法通则及相关规定，下列哪些情形下法定代理终止？

- A、被代理人取得民事行为能力
- B、被代理人死亡
- C、代理人死亡
- D、代理人丧失民事行为能力

【考点】代理

【分析】根据《民法通则》第七十条的规定，选项 ABCD 均属于法定代理终止的情形，均属于正确答案。

【答案】ABCD

第五章 民事权利

第一节 财产所有权和与财产所有权有关的财产权

第七十一条【财产所有权的定义】财产所有权是指所有人依法对自己的财产享有占有、使用、收益和处分的权利。

一、本条含义

本条是关于财产所有权定义的规定。

所有权属于物权，物权就是支配特定物的权利。物权分为所有权和他物权，其区别在于所有人是否对财产享有完整的权利。所有权具有支配物的所有权能，包括占有、使用、收益、处分，在法律上属于绝对权，具有强烈的排他性，主要表现在一物之上不得存在两个所有权，即一物一权主义。所有权具有追及效力和优先效力，所有权还具有永恒性，无期限限制，不会因为诉讼时效而消灭，也不因事先设定期限而受影响。

根据《物权法》的规定，物权是指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。《民法通则》所指的“财产所有权”就是所有权，“与财产所有权有关的财产权”就是用益物权和担保物权。

二、真题分析

42. 【2010 年第 33 题】根据民法通则及相关规定，所有权人依法对自己的财产享有下列哪些权利？

- A、占有
- B、收益

C、处分

D、使用

【考点】所有权的概念

【分析】根据《民法通则》第七十一条的规定，本题中，选项 ABCD 正确。

【答案】ABCD

第七十二条【所有权的取得】财产所有权的取得，不得违反法律规定。按照合同或者其他合法方式取得财产的，财产所有权从财产交付时起转移，法律另有规定或者当事人另有约定的除外。

一、本条含义

本条是关于所有权取得的规定。

所有权取得是指具体的民事主体（公民或者法人）以一定法律事实而获得某项财产的所有权。本条第一款是对所有权取得的合法性规定，要取得某项财产必须要以合乎法律规定的方式，否则，不能取得所有权。第二款规定的是所有权转移的时间，除了所有权原始取得方式如先占、生产、孳息、国家强制没收等，大多数情况下，都是所有权转移，即所有物从一人手中转到别人手中。一般情况下，转移时间的确定，有当事人约定的从其约定，有法律规定的从其规定，都没有的情况下，则从财产交付时转移。

但要注意的是，我国法律规定不动产所有权的转移必须登记、变换产权证，某些特殊动产也是，所以不能适用本条规定，只有动产是遵从财产交付时起转移的规定。

二、真题分析

43. 【2011 年第 25 题】根据民法通则及相关规定，下列关于财产所有权的说法哪些是正确的？

A、财产所有人依法对自己的财产享有占有、使用、收益和处分的权利

B、财产所有权的取得，不得违反法律规定

C、所有人不明的埋藏物、隐藏物，归发现的个人所有

D、财产可以由两个以上的公民、法人共有

【考点】财产所有权的概念、取得、共有

【分析】根据《民法通则》第七十一、七十二、七十八、七十九条的规定，本题中，选项 ABD 正确，选项 C 错误。

【答案】ABD

第七十六条【财产继承权】公民依法享有财产继承权。

一、本条含义

本条规定的是财产继承权。

第七十八条【共有】财产可以由两个以上的公民、法人共有。

共有分为按份共有和共同共有。按份共有人按照各自的份额，对共有财产分享权利，分担义务。共同共有人对共有财产享有权利，承担义务。

按份共有财产的每个共有人有权要求将自己的份额分出或者转让。但在出售时，其他共有人在同等条件下，有优先购买的权利。

一、本条含义

本条是关于财产共有权的规定。

共有又分为按份共有和共同共有。按份共有人按照预先确定的份额分别对共有财产享有占有、使用、收益、处分的权利，并按份额承担义务。按份共有人有权随时分出、转让

自己的份额，无需其他共有人的同意。但是某一共有人转让份额时，其他共有人在同等条件下有优先购买权。在一个或几个共有人未经全体共有人同意而擅自处分整个共有财产的，必须经过其他共有人承认方发生效力；如果被确定无效，造成其他共有人损失，擅自处分人必须赔偿损失。

共同共有是依据共同关系而产生，以共同关系的存在为前提。共同共有财产不分份额，存续期间各共有人无权请求分割共有财产，分割共有财产的应认定为无效。只有共同共有关系终止后，才能确定各共有人的份额。共同共有人平等地享受权利、承担义务。共同共有关系存续期间，对共有财产的处分必须征得全体共有人的同意。部分共有人擅自处分共有财产一部或全部的，其后果与按份共有部分人擅自处分一样。

二、真题分析

44. 【2010 年第 63 题】根据民法通则及相关规定，下列关于按份共有人权利义务的说法哪些是正确的？

- A、共有人对共有财产享有共同的权利，承担共同的义务
- B、共有人按照各自的份额，对共有财产分享权利，分担义务
- C、在共有人出售其份额时，其他共有人在同等条件下有优先购买的权利
- D、共有人有权要求将自己的份额分出或转让

【考点】按份共有的权利

【分析】根据《民法通则》七十八条第二、三款的规定，本题中，选项 A 是对财产共有人的规定，而不是关于按份共有人的规定，因此，选项 A 错误。选项 BCD 正确。

【答案】BCD

第七十九条【埋藏物与拾得物的归属】所有人不明的埋藏物、隐藏物，归国家所有。接收单位应当对上缴的单位或者个人，给予表扬或者物质奖励。

拾得遗失物、漂流物或者失散的饲养动物，应当归还失主，因此而支出的费用由失主偿还。

一、本条含义

本条是关于埋藏物、隐藏物、遗失物、漂流物或失散的饲养动物的规定。

前两者是属于所有权不明的物，也就是无主物的范畴，我国规定归国家所有，并为鼓励上缴，特规定了上缴人获得奖励的权利，这个奖励可能是物质也可能是精神的。至于遗失物、漂流物、失散的饲养动物则是属于有主物，只不过因为一些原因而暂时脱离了原主的控制，所以应当归还失主，这是保护失主所有权的体现。现行法同时规定拾得遗失物者支出的费用应由失主偿还，但是并没有规定请求报酬的权利。

第二节 债权

第八十四条【债的定义】债是按照合同的约定或者依照法律的规定，在当事人之间产生的特定的权利和义务关系。享有权利的人是债权人，负有义务的人是债务人。

债权人有权要求债务人按照合同的约定或者依照法律的规定履行义务。

一、本条含义

本条规定的是债。

债是按照合同的约定或者依照法律的规定，在当事人之间产生的特定的权利和义务关系，享有权利的人是债权人，负有义务的人是债务人。债权人有权要求债务人按照合同的约定或者依照法律的规定履行义务。债的本质是信用，具有以下特征：（1）是请求权，即债需要请求而为之，不能自动实现；（2）标的是行为（作为或不作为），即债的实现有赖

于某种行为；（3）是相对权、对人权，即只在债的相对人之间产生请求权；（4）效力上具有相对性；（5）债的种类设定及内容约定具有任意性；（6）债与债之间具有平等性；（7）有期限性。

第八十五条【合同的定义】合同是当事人之间设立、变更、终止民事关系的协议。依法成立的合同，受法律保护。

一、本条含义

本条规定的是合同。

合同是当事人之间的合意。即双方意思相合即成，从而使双方自愿受其共同意思的约束。合同是当事人之间的法律。是当事人自己为自己设定的权利和义务。只要不违反法律的强制性规定和公序良俗，合同的约定将优先于法律的规定。这充分反映了民主社会对个人意志自由的尊重。

第八十六条【按份之债】债权人为二人以上的，按照确定的份额分享权利。债务人为二人以上的，按照确定的份额分担义务。

一、本条含义

本条规定的是按份之债。

按份之债是指债的一方当事人为多数，且多数人一方的当事人各自按照确定的份额分享权利和分担义务的债。按份之债是债的一种。它主要成立于债的一方当事人为多数，且债的标的可分的情况下。所谓债的标的可分，是指债的标的分割后不损害其价值或者性质。在按份之债中，多数债权人或债务人的债权或债务是相互独立的，相互之间不存在连带关系；因此，在按份之债中，仅存在对外效力问题，即任一债权人实现了其份额债权或任一债务人履行了其份额债务，与其他债权人或债务人均不发生任何权利、义务关系。

第八十七条【连带之债】债权人或者债务人一方人数为二人以上的，依照法律的规定或者当事人的约定，享有连带权利的每个债权人，都有权要求债务人履行义务；负有连带义务的每个债务人，都负有清偿全部债务的义务，履行了义务的人，有权要求其他负有连带义务的人偿付他应当承担的份额。

一、本条含义

本条规定的是连带之债。

连带之债是指债的当事人一方为多数，且多数方的各个当事人都有权请求对方履行全部债务，或者负有向对方履行全部债务的义务，全部债权债务关系因债务的一次性全部履行而消灭的债。连带之债的连带债权人或连带债务人之间的权利或义务是连带的。在连带之债中既有对外效力问题，又有对内效力问题。即在连带之债中，任一连带债权人实现了全部债权，或者任一连带债务人履行了全部债务，连带之债即归于消灭，同时在连带债权人或连带债务人之间成立按份之债。简而言之，连带之债的“连带关系”仅是对外关系而言的，在内部则是按份债权或按份债务。连带之债内部关系的按份性质正是履行了义务的连带债务人产生向其他连带债务人求偿权的基础。

第八十八条【合同的履行】合同的当事人应当按照合同的约定，全部履行自己的义务。

合同中有关质量、期限、地点或者价款约定不明确，按照合同有关条款内容不能确定，当事人又不能通过协商达成协议的，适用下列规定：

（一）质量要求不明确的，按照国家质量标准履行，没有国家质量标准的，按照通常

标准履行。

(二) 履行期限不明确的，债务人可以随时向债权人履行义务，债权人也可以随时要求债务人履行义务，但应当给对方必要的准备时间。

(三) 履行地点不明确，给付货币的，在接受给付一方的所在地履行，其他标的在履行义务一方的所在地履行。

(四) 价格约定不明确，按照国家规定的价格履行；没有国家规定价格的，参照市场价格或者同类物品的价格或者同类劳务的报酬标准履行。

合同对专利申请权没有约定的，完成发明创造的当事人享有申请权。

合同对科技成果的使用权没有约定的，当事人都有使用的权利。

一、本条含义

本条规定的是合同的履行。

《合同法》第62条对本条进行了细化规定。

第八十九条【债的担保】依照法律的规定或者按照当事人的约定，可以采用下列方式担保债务的履行：

(一) 保证人向债权人保证债务人履行债务，债务人不履行债务的，按照约定由保证人履行或者承担连带责任；保证人履行债务后，有权向债务人追偿。

(二) 债务人或者第三人可以提供一定的财产作为抵押物。债务人不履行债务的，债权人有权依照法律的规定以抵押物折价或者以变卖抵押物的价款优先得到偿还。

(三) 当事人一方在法律规定的范围内可以向对方给付定金。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债务的，无权要求返还定金；接受定金的一方不履行债务的，应当双倍返还定金。

(四) 按照合同约定一方占有对方的财产，对方不按照合同给付应付款项超过约定期限的，占有人有权留置该财产，依照法律的规定以留置财产折价或者以变卖该财产的价款优先得到偿还。

一、本条含义

本条规定的是债的担保。

债的担保是指法律为保证特定债权人利益的实现，而特别规定的以第三人的信用或者特定财产保障债务人履行义务，债权人实现债权的制度。它分为人的担保和物的担保两种。人的担保，即本条第一项规定的保证。物的担保即本条第二项和第四项规定的抵押和留置，另外还有《担保法》上规定的质押。本条第三项规定的定金担保属于金钱担保。金钱是特殊的物，因而定金担保属于特别的物的担保。

第九十二条【不当得利】没有合法根据，取得不当利益，造成他人损失的，应当将取得的不当利益返还受损失的人。

一、本条含义

本条规定的是不当得利。

不当得利是引起法定之债发生原因的一种。不当得利是指没有合法根据，使他人受到损失而自己获得了利益，正因为不当得利没有合法根据，因此虽然既成事实也不能受到法律的保护，不当得利应返还给受损失的人。这种权利义务关系就是不当得利之债。

不当得利的构成要件是：(1) 一方获得利益。获得利益包括两种情况：一是财产的积极增加，即权利的增强或义务的消灭，使财产范围扩大；二是财产消极的增加，指当事人的财产本应减少却因一定事实而未减少。(2) 他方受到损失。损失，包括现有财产利益的减少，即积极损失和财产利益应当增加而未增加，即消极损失。(3) 获得利益与受损失

之间存在因果关系。(4) 无合法根据。

二、真题分析

45. 【2014 年第 65 题】根据民法通则及相关规定，下列哪些情形构成不当得利？

- A. 因收银员结算错误，张某在超市购物时少付了 60 元
- B. 因会计人员工作失误，李某多领了 1000 元工资
- C. 王某在垃圾箱里捡到一台破旧电视机，将其搬运回家
- D. 因收留了一走失的宠物狗，赵某获得失主偿付的收留期间的喂养费用

【考点】不当得利

【分析】根据《民法通则》第九十二条的规定，本题中，选项 A 中张某少付了货款，实际上也就是取得不当得利，造成超市的损失，且没有合法根据，构成不当得利，因此，选项 A 正确。选项 B 中多领工资的情形也构成不当得利，因此，选项 B 正确。选项 C 属于拾得遗弃物，尽管王某获得了利益，但这并无不当，也未造成他人损失，因此，不构成不当得利，选项 C 错误。根据《民法通则》第九十三条的规定，选项 D 错误。

【答案】AB

46. 【2012 年第 3 题】根据民法通则及相关规定，下列哪种情形存在不当得利？

- A. 某地新建一公园，使得刘某在该公园周边的房屋大幅升值
- B. 银行工作人员因失误多给了孙某 100 元钱
- C. 赵某的朋友自愿替其偿还 1 万元债务
- D. 丁某在垃圾箱中捡到 1 台废弃的电脑

【考点】不当得利

【分析】根据《民法通则》第九十二条的规定，本题中，选项 B 中孙某由于工作人员的失误而多获得的 100 元，这种获利没有合法依据，且造成了他人的损失，属于不当得利，因此，选项 B 正确。选项 ACD 中的获利均有合法依据，具有正当性，不属于不当得利，因此，选项 ACD 错误。

【答案】B

第九十三条【无因管理】没有法定的或者约定的义务，为避免他人利益受损失进行管理或者服务的，有权要求受益人偿付由此而支付的必要费用。

一、本条含义

本条规定的是无因管理。

无因管理之债同不当得利之债的法律性质是相同的，都是法定之债。无因管理是无因管理之债的发生原因。无因管理的构成要件为：（1）为他人管理事务，事务是指有关人们生活利益的一切事项。（2）有为他人谋利益的意思。（3）没有约定或法定义务。在无因管理中，本人的义务是：偿还管理人为管理事务支付的必要费用及其利息、负担的必要债务、遭受的损失。该义务不以管理人的管理是否违背本人的意志及本人是否获得利益为限制。

二、真题分析

47. 【2011 年第 33 题】根据民法通则及相关规定，下列哪些情形下当事人获得的利益构成不当得利？

- A. 居民何某位于地铁沿线的商品房因地铁通车大幅度升值
- B. 乙公司接收了物流公司误送的甲公司的货物
- C. 蒋某走失的宠物狗得到石某的喂养、照顾
- D. 李某屋内的积水由邻居帮助排出

【考点】不当得利、无因管理

【分析】根据《民法通则》第九十二条的规定，本题中，位于地铁沿线的商品房由于地铁开通大幅度升值是房地产市场运行的自然结果，何某由此收益具有合法根据且是正当的因此，选项A不符合题干要求，选项A错误。乙公司接收误送的货物没有合法根据，且获得的利益也是不当的，因此，选项B符合题干要求，选项B正确。选项CD都不是基于法定的或者约定的义务，属于《民法通则》第九十三条规定的无因管理，因此，选项CD不符合题干要求，选项CD错误。

【答案】B

48. 【2010年第70题】根据民法通则及相关规定，没有法定的或者约定的义务，为避免他人利益受损失进行管理的，管理人有权要求受益人偿付下列哪些必要费用？

- A、报酬
- B、收益中的合理份额
- C、管理活动中直接支出的费用
- D、管理活动中受到的实际损失

【考点】无因管理人的权利

【分析】根据《民法通则》第一百三十二条的规定，民法通则第九十三条规定的管理人或者服务人可以要求受益人偿付的必要费用，包括在管理或者服务活动中直接支出的费用，以及在该活动中受到的实际损失。因此，选项CD正确。选项AB错误。

【答案】CD

第三节 知识产权

第九十四条【著作权】公民、法人享有著作权（版权），依法有署名、发表、出版、获得报酬等权利。

一、本条含义

本条是关于著作权的规定，狭义的著作权又称为版权。

著作权是指作者及其他著作权人对文学、艺术和科学作品所依法享有的各种专有权利的总称。它是知识产权的一种，又分为著作人身权和著作财产权两个方面。著作人身权是作者基于创作作品而产生的与作者人身利益密切相关的权利，包括发表权、署名权、修改权和保护作品完整权等；著作财产权是著作权人自己使用或许可他人使用自己作品所获得报酬的权利，如复制权、发行权、出租权、展览权、表演权、放映权、广播权、信息网络传播权、摄制权、改编权、翻译权、汇编权等。著作权是专属权，著作权人对作品享有独占的、排他的权利。

第九十五条【专利权】公民、法人依法取得的专利权受法律保护。

一、本条含义

本条是关于专利权的规定。

专利权是指专利的所有人和持有人在法定期限内对其发明创造依法享有的独占和专用权。专利权制度的实质是以公开换权利，即通过公开发明创造，从而获得专利权，靠许可他人使用或自己使用来收取费用、获得利益。专利权一旦获得，其他人就不可以就同一内容的发明创造获得专利权，也不可以不经专利权人许可随意使用专利技术。专利是有期限的，期限届满，专利权自行丧失，此时专利技术就可以为公众无偿使用。

第九十六条【商标权】法人、个体工商户、个人合伙依法取得商标专用权受法律保护。

一、本条含义

本条是关于商标权的规定。

商标在法律上是指区别于不同企业的商品或服务的专用标记。商标一般由具有显著特征的文字和图形、文字、图形组合所构成。商标专用权是指商品或服务标记使用者将其使用的标记向国家商标管理部门（我国为商标局）提出申请，经审核予以注册成为注册商标，从而享有的独占的、专用的权利。表现在两个方面：一是使用权，商标注册人在依法核定的商品或服务标值的范围内充分享有使用商标的权利；二是商标权人可以禁止他人未经许可可在同类商品或类似商品上使用与注册商标相同或近似的商标。

第九十七条【发现权、发明权及其他科技成果权】公民对自己的发现享有发现权。发现人有权申请领取发现证书、奖金或者其他奖励。

公民对自己的发明或者其他科技成果，有权申请领取荣誉证书、奖金或者其他奖励。

一、本条含义

本条规定是发现权、发明权及其他科技成果权。

第四节 人身权

第九十八条【生命健康权】公民享有生命健康权。

一、本条含义

本条规定了健康权。

健康权是指自然人保持身体机能正常和维护健康利益的权利。健康权不同于身体权。健康权的内容是自然人保持身体机能安全，具体包括肉体组织、生理和心理机能三个方面。身体权的内容则是自然人保持其身体组织器官的完整性。

第九十九条【姓名权、名称权】公民享有姓名权、有权决定、使用和依照规定改变自己的姓名，禁止他人干涉、盗用、假冒。

法人、个体工商户、个人合伙享有名称权。企业法人、个体工商户、个人合伙有权使用、依法转让自己的名称。

一、本条含义

本条规定的是姓名权和名称权。

姓名权是指自然人享有的决定、变更和使用其姓名的权利。姓名权的法律限制有：从事重要法律行为时须使用正式姓名；不得基于不正当目的而取与他人相同的名字；不得故意造成姓名权冲突；不得滥用姓名权。侵害姓名权行为的形态有：干涉、盗用和假冒。

名称权是指自然人以外的特定团体享有的决定、变更、使用和转让其名称的权利。与姓名权不同的是：（1）一个企业只准使用一个名称，在登记主管机关辖区内不得与已注册的同行业名称相同或相近；（2）企业法人、个人合伙、个体工商户有转让其名称权的权利，但非企业法人的名称则不得转让。我国的名称注册为法定的强制注册，企业只对已依法登记注册的名称享有专有权。

二、真题分析

49. 【2013 年第 88 题】根据民法通则及相关规定，下列哪些属于法人所享有的人身权？

A、姓名权

- B、名称权
- C、名誉权
- D、荣誉权

【考点】法人人身权

【分析】根据《民法通则》第九十九条的规定，公民享有姓名权，而法人享有的是名称权，因此，选项 A 错误，选项 B 正确。根据《民法通则》第一百零一条的规定，选项 C 正确。根据《民法通则》第一百零二条的规定，选项 D 正确。

【答案】BCD

50. 【2011 年第 41 题】根据民法通则及相关规定，下列说法哪些是正确的？

- A、公民享有姓名权，有权决定、使用和依照规定改变自己的姓名，禁止他人干涉、盗用、假冒
- B、法人享有名称权，但是不得转让自己的名称
- C、公民享有肖像权，未经本人同意，不得以任何目的使用公民的肖像
- D、法人享有名誉权，禁止用侮辱、诽谤等方式损害法人的名誉

【考点】人身权的种类和内容

【分析】根据《民法通则》第九十九条的规定，选项 A 正确，选项 B 错误。根据《民法通则》第一百条的规定，法律禁止的是以营利为目的的使用而不是任何目的使用公民的肖像，因此，选项 C 错误。根据《民法通则》第一百零一条的规定，选项 D 正确。

【答案】AD

第一百条【肖像权】公民享有肖像权，未经本人同意，不得以营利为目的使用公民的肖像。

一、本条含义

本条是关于肖像权的规定。

肖像权的权能有制作专有权、使用专有权、利益维护权。侵犯肖像权的构成要件是未经许可而制作、使用他人肖像，且无正当理由。此外，恶意非法毁损、玷污、丑化他人肖像的行为，也构成对肖像权的侵权。现代社会利用人的肖像的现象越来越多，但利用他人肖像必须经过肖像权人本人的同意，否则就侵犯了肖像权。至于是否必须“以营利为目的”才构成侵权，在当今实践中已经逐渐不采此法。

二、真题分析

51. 【2014 年第 75 题】根据民法通则及相关规定，下列关于人身权的哪些说法是正确的？

- A. 公民享有肖像权，未经本人同意，不得以营利为目的使用公民的肖像
- B. 公民享有姓名权，有权决定、使用和依照规定改变自己的姓名
- C. 企业法人享有名称权，有权使用自己的名称，但不得转让
- D. 法人享有名誉权，禁止用侮辱、诽谤等方式损害法人的名誉

【考点】人身权

【分析】根据《民法通则》第一百条的规定，选项 A 正确。根据《民法通则》第九十九条的规定，选项 B 正确，选项 C 错误。根据《民法通则》第一百零一条的规定，选项 D 正确。

【答案】ABD

第一百零一条【名誉权】公民、法人享有名誉权，公民的人格尊严受法律保护，禁止

用侮辱、诽谤等方式损害公民、法人的名誉。

一、本条含义

本条是关于名誉权的规定。

名誉权是自然人或法人就其自身特性所表现出来的社会价值而获得社会公正评价的权利。名誉权的客体是名誉，即公众对特定人的社会评价，而不是荣誉感。荣誉感是自然人对其自身内在价值的自我评价。损害他人的荣誉感，并不构成对名誉权的侵害，而可能构成对他人一般人格权的侵害。

侵害名誉权的构成要件是：（1）行为人客观上实施了侮辱、诽谤等行为并指向特定人；（2）行为为第三人所知悉；（3）行为人主观上有过错。

名誉权区别于隐私权。隐私权是指自然人就自己个人私事、个人信息等个人生活领域内的情事不为他人知悉、禁止他人干涉的权利。二者区别在于：（1）隐私权主体只能是自然人，名誉权主体包括自然人和法人；（2）隐私权内容具有真实性、隐秘性，且保护范围受公共利益的限制；（3）在侵权行为认定上，侵害名誉权的行为主要是侮辱、诽谤等贬低他人人格，降低他人社会评价的行为，而侵害隐私权的行为主要是不经权利人许可，擅自向第三人披露他人隐私。

第一百零二条【荣誉权】公民、法人享有荣誉权，禁止非法剥夺公民、法人的荣誉称号。

一、本条含义

本条规定的是荣誉权。

荣誉权，是指公民、法人所享有的，因自己的突出贡献或特殊劳动成果而获得的光荣称号或其他荣誉的权利。荣誉权不是与生俱来的固有权，而是基于一定事实受到表彰奖励后取得的身份权。荣誉权不具有固有属性，一是并非出生即享有；二是须有机关或组织正式授予荣誉，依自己的行为无法取得；三是可以经一定程序而撤销，某些荣誉还可以依法定程序而判决剥夺，荣誉一经撤销或依法剥夺，荣誉权人即丧失荣誉权。

第一百零三条【婚姻自主权】公民享有婚姻自主权，禁止买卖、包办婚姻和其他干涉婚姻自由的行为。

一、本条含义

本条规定的是婚姻自主权。

婚姻自主权，是自然人依照法律规定，自主决定婚姻的缔结和解除，不受其他任何人的干涉或强迫的人格权。婚姻自主权包括结婚自由和离婚自由两方面的内容。

第六章 民事责任

第一节 一般规定

第一百零六条【归责原则】公民、法人违反合同或者不履行其他义务的，应当承担民事责任。

公民、法人由于过错侵害国家的、集体的财产，侵害他人财产、人身的应当承担民事责任。

没有过错，但法律规定应当承担民事责任的，应当承担民事责任。

一、本条含义

本条是关于承担民事责任的一般规定。

民事责任是公民、法人违反民事义务的法律后果。民事责任一般分为违约责任和侵权责任，除此之外还有一些不履行法定义务的民事责任，如不返还不当得利的责任、不履行无因管理中的相关义务的责任以及缔约上的过失责任等。

本条第一款规定就是违约责任的一般规定和不履行其他义务的责任的一般规定，这些责任的承担不以过错为要件。第二、三款是侵权责任的一般规定，不同的是第二款是讲过错责任，第三款讲的是无过错责任。过错责任是指以行为人的过错为承担民事责任的要件，并以过错作为确定责任范围的依据，无过错则无责任。无过错责任则不要求行为人有主观过错，依据法律规定承担民事责任。

《民法通则》中共有7条对特殊侵权行为的无过错责任作出了规定：第121条（职务侵权）、第122条（产品责任）、第123条（高度危险作业致人损害的民事责任）、第124条（环境污染致人损害的民事责任）、第125条（地面施工致人损害的民事责任）、第127条（动物致人损害的民事责任）、第133条（无行为能力人和限制行为能力人致人损害的民事责任）。

第二节 违反合同的民事责任

第一百一十一条【违约责任的一般条款】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条件的，另一方有权要求履行或者采取补救措施，并有权要求赔偿损失。

一、本条含义

本条是关于违约责任形式的规定。

违约责任是指当事人违反合同约定，不履行约定的义务或履行不符合约定而应当承担的民事责任。

本条指明违约包括两种情况：一是不履行，即客观上没有做出任何履行的行为，如拒绝履行、履行不能；二是履行不符合约定，即作出了履行行为，但是客观上不符合约定的条件而不能达到预期的效果，如不适当履行、瑕疵履行。这时，当事人可以采取补救措施进行救济，这些措施就是违约责任形式，包括要求继续履行（如果还可能履行且有利益存在）、采取补救措施（具体来说，指修理、更换、重作、退货、减价）、赔偿损失（即违约方以支付金钱的方式弥补受害方因违约行为所减少的财产或者所丧失的利益）。

第一百一十二条【赔偿责任与违约金】当事人一方违反合同的赔偿责任，应当相当于另一方因此所受到的损失。

当事人可以在合同中约定，一方违反合同时，向另一方支付一定数额的违约金；也可以在合同中约定对于违反合同而产生的损失赔偿额的计算方法。

一、本条含义

本条是关于违约赔偿责任的规定。

违约赔偿责任是指合同当事人不履行或不履行合同义务，给权利方造成财产上的损失时，由违约方以财产赔偿对方财产损失的一种违约责任形式。本条规定了违约金的赔偿方式。违约金是事先双方在合同中约定的，当一方违约应当向另一方支付的一定数额的金钱。违约金的约定可以是直接约定损害赔偿的固定数额，也可以是约定损害赔偿的计算方法然后再计算损害赔偿的金额。违约金是事先约定的，对违约造成损害的补救，在我国现行法上，一般不具有惩罚性质，主旨仍在损害赔偿。违约金的约定如果畸高畸低，当事人可以请求法院或仲裁机构加以变更。

第一百一十三条【双方违约】当事人双方都违反合同的，应当分别承担各自应负的民

事责任。

一、本条含义

本条是关于过失相抵规则的规定。

所谓过失相抵，就是当事人双方都存在违约责任，而根据各自应负的责任确定赔偿责任和赔偿范围。过失相抵不是简单的双方义务相互抵销，而是要对双方的过失大小进行比较，在此基础上确定是否具有责任或各自责任范围的大小。道理上讲，过失相抵不是责任的相互抵销而是各方各自承担起违约的责任，但实际操作中，一般首先确定各自的赔偿责任和赔偿金额，然后将其折抵以确定一方向另一方赔偿及赔偿数额。

第一百一十四条【防止损失扩大】当事人一方因另一方违反合同受到损失的，应当及时采取措施防止损失的扩大；没有及时采取措施致使损失扩大的，无权就扩大的损失要求赔偿。

一、本条含义

本条是关于减轻损失规则的规定。

所谓减轻损失规则，又称为减轻损害规则，简称为减损规则，是指一方违约后对方未尽防止损失扩大的义务，因而对于扩大的损失不再享有要求对方赔偿的权利。减损规则，针对的是违约直接带来的损失以外又扩大的损失，而这些损失之所以发生是由于受损失方没有积极、及时采取合理的措施（应当由受损方采取的措施）防止损失扩大，也就是受损失方本身有过错。这样产生的直接法律效果就是受害方丧失对此扩大部分的损失向违约方请求赔偿的权利。

第一百一十五条【合同变更或解除时的违约责任】合同的变更或者解除，不影响当事人要求赔偿损失的权利。

一、本条含义

本条规定的是合同变更或解除时的违约责任。

《合同法》第 97 条规定，合同解除后，尚未履行的，终止履行；已经履行的，根据履行情况和合同性质，当事人可以要求恢复原状、采取其他补救措施，并有权要求赔偿损失。

第一百一十六条【因上级机关的原因违约时的责任承担】当事人一方由于上级机关的原因，不能履行合同义务的，应当按照合同约定向另一方赔偿损失或者采取其补救措施，再由上级机关对它因此受到的损失负责处理。

一、本条含义

本条规定的是因上级机关的原因违约时的责任承担。

当事人一方由于上级机关的原因不能履行合同义务的，必须向另一方承担责任，这是由合同的相对性决定的。合同乃当事人双方的约定，只对当事人双方产生法律效力，一方只能根据合同请求另一方履行合同，而不能向第三人提出请求。合同当事人双方承担合同的义务和责任，而不能直接要求第三方承担义务和责任。

第三节 侵权的民事责任

第一百一十七条【侵害财产权的民事责任】侵占国家的、集体的财产或者他人财产的，应当返还财产，不能返还财产的，应当折价赔偿。

损坏国家的、集体的财产或者他人财产的，应当恢复原状或者折价赔偿。

受害人因此遭受其他重大损失的，侵害人并应当赔偿损失。

一、本条含义

本条是关于侵害财产权应承担的民事责任的规定。

侵占或损坏国家、集体或他人踩踩点，都要承担民事责任。具体的责任方式包括返还财产、折价赔偿、恢复原状和赔偿损失。

第一百一十八条【侵害知识产权的民事责任】公民、法人的著作权（版权），专利权、商标专用权、发现权、发明权和其他科技成果权受到剽窃、篡改、假冒等侵害的，有权要求停止侵害，消除影响，赔偿损失。

一、本条含义

本条规定是侵害知识产权的民事责任。

二、真题分析

52. 【2011 年第 65 题】根据民法通则及相关规定，下列哪些属于侵犯知识产权的民事责任承担方式？

- A、赔偿损失
- B、没收违法所得
- C、停止侵害
- D、消除影响

【考点】侵权责任

【分析】根据《民法通则》第一百一十八条的规定，选项 ACD 正确。选项 B 是行政处罚的方式之一，不属于民事责任的承担方式。

《行政处罚法》第八条规定，行政处罚的种类：（一）警告；（二）罚款；（三）没收违法所得、没收非法财物；（四）责令停产停业；（五）暂扣或者吊销许可证、暂扣或者吊销执照；（六）行政拘留；（七）法律、行政法规规定的其他行政处罚。

【答案】ACD

第一百一十九条【侵害生命健康权的民事责任】侵害公民身体造成伤害的，应当赔偿医疗费、因误工减少的收入、残废者生活补助费等费用；造成死亡的，并应当支付丧葬费、死者生前扶养的人必要的生活费等费用。

一、本条含义

本条规定是侵害生命健康权的民事责任。

第一百二十条【侵害人格权的民事责任】公民的姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权受到侵害的，有权要求停止侵害，恢复名誉，消除影响，赔礼道歉，并可以要求赔偿损失。

法人的名称权、名誉权、荣誉权受到侵害的，适用前款规定。

一、本条含义

本条规定是侵害人格权的民事责任。

第一百二十一条【职务侵权】国家机关或者国家机关工作人员在执行职务，侵犯公民、法人的合法权益造成损害的，应当承担民事责任。

一、本条含义

本条是关于国家机关和国家机关工作人员的职务侵权行为的赔偿责任的规定。

国家机关工作人员只有其职务行为才产生本条所说的责任，非职务行为致人损害的，应当由行为人自己承担。职务与非职务行为的区分标准采客观说，不采主观说。所谓客观

说是指不管行为人主观心理状态如何，只要其行为是利用职务之便或与其职务存在客观的联系，即认定为职务行为。

国家机关工作人员职务侵权责任（民事责任）不同于国家赔偿法上的国家机关行政赔偿责任与司法赔偿责任，区分标准很明显：若国家机关工作人员的职务侵权行为发生在非执行行政管理职能的场合，则为民事职务侵权责任；若发生在执行行政管理职能的场合，则为行政赔偿责任；若发生在执行司法职能的场合，则为司法赔偿责任。

第一百二十二条【产品责任】因产品质量不合格造成他人财产、人身损害的，产品制造者、销售者应当依法承担民事责任。运输者仓储者对此负有责任的，产品制造者、销售者有权要求赔偿损失。

一、本条含义

本条是关于产品责任的规定。

产品责任是指产品制造者、销售者对因制造、销售或者提供有缺陷产品并致他人遭受财产、人身损害所应承担的民事法律后果。这里的“产品”是指经过加工、制作用于销售的产品，且根据《产品质量法》不包括不动产。法律上的缺陷是指产品存在危及他人、人身财产安全的不合理的危险，产品质量不合格严格来说只是其中一种情况，合格的产品也可能是缺陷。在承担该责任的主体中，制造者、销售者承担无过错责任；运输者、仓储者则是过错责任。

第一百二十三条【高度危险作业致人损害的民事责任】从事高空、高压、易燃、易爆、剧毒、放射性、高速运输工具等对周围环境有高度危险的作业造成他人损害的，应当承担民事责任；如果能够证明损害是由受害人故意造成的，不承担民事责任。

一、本条含义

本条是关于高度危险作业致人损害的民事责任的规定。

高度危险作业是指在人类现有技术条件下，即使予以注意或谨慎经营仍有可能致人损害的危险性作业。高度危险作业致人损害的民事责任是典型的无过错责任，不管行为人主观上有无过失，他都应对受害人的损害承担责任，因为这种损害的发生是很难通过主观上的注意来避免的。但是，受害人的故意是该责任的唯一免责事由。

第一百二十四条【环境污染致人损害的民事责任】违反国家保护环境防止污染的规定，污染环境造成他人损害的，应当依法承担民事责任。

一、本条含义

本条是关于环境污染致人损害的民事责任的规定。

环境污染致人损害指违反国家保护环境、防止污染的规定，污染环境造成他人损害的行为，依法应当承担民事责任。污染环境的民事责任应当先有污染环境的行为和环境遭到污染造成损害的事实，因为环境污染的复杂性、潜伏性、持续性、广泛性，受害人难以举证，因此法律常常推定损害行为和损害结果之间存在因果关系，由行为人承担赔偿责任。而且污染环境责任是无过错责任，不要求污染环境者主观上有过错，即使没有故意或过失，也要承担责任。

第一百二十五条【地面施工致人损害的民事责任】在公共场所、道旁或者通道上挖坑、修缮安装地下设施等，没有设置明显标志和采取安全措施造成他人损害的，施工人应当承担民事责任。

一、本条含义

本条是关于地面施工致人损害的民事责任的规定。

地面施工致人损害责任是一种特殊侵权责任，采过错推定原则。所谓过错推定原则就是施工行为人的过错是其承担责任的必备条件，但是这个过错法律事先就推定施工者具有了，除非事后有相反证据表明施工者完全尽到了责任，即若施工人能证明其已设置明显标志和采取安全措施，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，否则就必须承担民事责任。

第一百二十六条【物件致人损害的民事责任】建筑物或者其他设施以及建筑物上的搁置物、悬挂物发生倒塌、脱落、坠落造成他人损害的，它的所有人或者管理人应当承担民事责任，但能够证明自己没有过错的除外。

一、本条含义

本条是关于建筑物致人损害责任的规定。

建筑物致人损害责任是一种特殊侵权责任，归责原则同地面施工致人损害责任一样，采过错推定原则。被告可通过证明自己没有过错而获免责，其可以主张的事由通常有不可抗力、受害人的过错、第三人的过错等。

第一百二十七条【动物致人损害的民事责任】饲养的动物造成他人损害的，动物饲养人或者管理人应当承担民事责任；由于受害人的过错造成损害的，动物饲养人或者管理人不承担民事责任；由于第三人的过错造成损害的，第三人应当承担民事责任。

一、本条含义

本条是关于动物致人损害责任的规定。

动物致人损害责任是典型的无过错责任原则，故该责任也是特殊侵权责任之一。本条规定的动物须为饲养的动物，且损害须为基于动物的本能行为所造成。如果是由于受害人的故意，如主动挑逗动物而致损害，动物饲养人或管理人将免责。由于第三人的过错（如第三人故意刺激动物使其伤害受害人）造成损害的，由第三人承担责任。如果是由于动物饲养人或管理人故意纵使动物主动侵害他人的，如狼狗的主人驱使狼狗去咬行人，则应成立一般侵权责任，甚至构成故意杀人、故意伤害罪，此时动物只是侵权或犯罪的工具。

第一百二十八条【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，应当承担适当的民事责任。

一、本条含义

本条是关于正当防卫民事责任的规定。

正当防卫是指当公共利益、他人或本人的人身或其他利益受到正在发生的不法侵害，行为人所采取的一种防卫措施。本质上，它是法律赋予公民的自卫权利，是公民依靠自身力量抵抗不法侵害的法律保障。但是，正当防卫也必须遵守法律设定的限制条件，不能任意行使。首先必须以不法侵害行为存在并在进行中为前提；其次应该具有必要性（手段上没有别的办法）和紧迫性（时间上来不及用其他合法方式）；再次，实施的打击对象必须为不法侵害人，保护的是合法的利益；最后，不能超过必要的限度，以能制止侵害从而保护合法利益为限度。如果不满足这些要件，就会演化为违法行为，需承担责任、赔偿损害。

第一百二十九条【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或者承担适当的民事责任。因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。

一、本条含义

本条是关于紧急避险的民事责任的规定。

紧急避险是指为使公共利益、他人或本人的人身或其他利益免受正在发生的现实和紧迫的危险，行为人不得不采取的一种致他人和本人损害的行为。和正当防卫一样，紧急避险也必须遵守法律设定的限制条件，不能任意行使。首先必须以合法权益会受到损害的紧迫危险为前提；其次应该具有必要性（手段上没有别的办法）和紧迫性（时间上来不及用其他合法方式），为了保护更大的合法利益；最后，不能超过必要的限度，以尽可能小的损失保护更大的利益为限度。如果不满足这些要件，就会演化为违法行为，需承担责任、赔偿损害。

二、真题分析

53. 【2011 年第 93 题】黄某在行驶过程中将车开上了逆行道，对面正常行驶的钱某紧急中为躲避而撞坏了正在右侧正常行驶的韩某的私家车。根据民法通则及相关规定，韩某的损失应由谁承担？

- A、黄某
- B、钱某
- C、韩某
- D、黄某和韩某

【考点】紧急避险造成损害的责任承担、损害赔偿的范围

【分析】根据《民法通则》第一百二十九条的规定，本题中，黄某将机动车开向逆行道引起钱某躲避并撞坏韩某私家车的险情，钱某的行为属于紧急避险且其采取的措施并无不当，也没有超过必要的限度，因此，韩某的损失应由引起险情的发生的黄某承担。因此，选项 A 正确。选项 BCD 错误。

【答案】A

第一百三十条【共同侵权】二人以上共同侵权造成他人损害的，应当承担连带责任。

一、本条含义

本条是关于共同侵权责任的一般规则的规定。

根据《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第三条的规定，二人以上共同故意或共同过失致人损害，或者虽无共同故意、共同过失，但其侵害行为直接结合发生同一损害后果的，成立共同侵权。这一规定不以当事人有意思联络为必要，只要数人实施的加害行为相互直接结合发生同一损害后果，就构成共同侵权，应依本条规定承担连带责任。

共同侵权行为依行为形态可分为共同加害行为与共同危险行为。前面所论述的主要指共同加害行为。共同危险行为是指两个或两个以上的行为人在没有意思联络的情况下，分别同时实施相同的危险行为，引致发生了一个损害结果，但无从判定是哪一个人的行为所致，故法律上推定为各行为人之间成立共同侵权行为。

第一百三十一条【混合过错】受害人对于损害的发生也有过错的，可以减轻侵害人的民事责任。

一、本条含义

本条是关于混合过错的规定。

所谓混合过错，就是对损害的发生，加害人和受害人都有过错。受害人受到的损害包括财产损失、人身伤害和精神损害。加害人和受害人双方都对损害后果具有因果关系，如

果仅仅只有一方有过错，不构成混合过错。双方引起损害发生的过错是偶然的结合在一起，不是通过意思联络共同做出的，如果受害人事先同意，加害人再对其造成损害就不是混合过错。

混合过错，因为受害人对损害发生也有过错，损害不是加害人一人造成，每个人都应当为自己行为负责，所以，受害人理应承担一部分损害结果，相应的就可以减轻侵害人的民事责任。

第一百三十二条【公平责任】当事人对造成损害都没有过错的，可以根据实际情况，由当事人分担民事责任。

一、本条含义

本条是关于公平责任的规定。

所谓公平责任是指人民法院在当事人双方对造成损害均无过错的情况下，根据当事人的财产状况及其他情况，由双方当事人分担民事责任。

第一百三十三条【无行为能力人和限制行为能力人致人损害的民事责任】无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的，由监护人承担民事责任。监护人尽了监护责任的，可以适当减轻他的民事责任。

有财产的无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的，从本人财产中支付赔偿费用。不足部分，由监护人适当赔偿，但单位担任监护人的除外。

一、本条含义

本条是关于被监护人致人损害责任的规定。

被监护人致人损害责任是八类特殊侵权责任中最为复杂的。构成被监护人侵权责任须具备两个要件：一是损害由被监护人所造成；二是责任承担者与加害人之间存有监护关系。本责任采无过错责任原则，监护人承担此项责任不以具有过错为要件，也并不因其尽了监护责任而免责，而仅仅是“可以适当减轻”责任。但单位监护人不是被监护人致人损害的责任主体。在具体承担责任方面，被监护人有财产的，应首先从其财产中支付，不足部分始由监护人赔偿；夫妻离婚后，未成年子女发生侵权行为的，应首先由与该子女共同生活的一方承担责任，只有在其独立承担有困难的，未与该子女共同生活的一方才负补充责任。

第四节 承担民事责任的方式

第一百三十四条【承担民事责任的方式】承担民事责任的方式主要有：

- (一) 停止侵害；
- (二) 排除妨碍；
- (三) 消除危险；
- (四) 返还财产；
- (五) 恢复原状；
- (六) 修理、重作、更换；
- (七) 赔偿损失；
- (八) 支付违约金；
- (九) 消除影响、恢复名誉；
- (十) 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。

人民法院审理民事案件，除适用上述规定外，还可以予以训诫、责令具结悔过，收缴进行非法活动的财物和非法所得，并可以依照法律规定处以罚款、拘留。

一、本条含义

本条规定的是承担民事责任的方式。

二、真题分析

54. 【2014 年第 82 题】根据民法通则及相关规定，下列哪些属于承担民事责任的方式？

- A. 停止侵害
- B. 消除危险
- C. 赔偿损失
- D. 赔礼道歉

【考点】民事责任的承担方式

【分析】根据《民法通则》第一百三十四条的规定，本条中，选项 ABCD 正确。

【答案】ABCD

55. 【2010 年第 84 题】根据民法通则及相关规定，下列哪些属于民事责任的承担方式？

- A. 停止侵害
- B. 恢复原状
- C. 返还财产
- D. 赔礼道歉

【考点】民事责任的承担方式

【分析】根据《民法通则》第一百三十四条的规定，本条中，选项 ABCD 正确。

【答案】ABCD

第七章 诉讼时效

第一百三十五条【普通诉讼时效】向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为二年，法律另有规定的除外。

一、本条含义

本条是关于一般诉讼时效期间的规定。

诉讼时效制度是民法上的一项重要制度。时效属于民事法律事实中的事件，它是基于一定事实状态在法律规定的一定期间内的持续存在而当然发生的，不为当事人的意志所决定。时效具有强制性。关于时效的法律规定属于强制性规范，当事人不得自行以协议加以变更或限制。诉讼时效不导致实体权利消灭，而仅仅使权利失去诉讼保护，即当事人仍可以起诉，法院也应当受理，只是超过诉讼时效期间而最终得不到法院的保护。我国《民法通则》上的诉讼时效分为两类：其一是本条规定的普通时效，期间为两年；其二为特殊诉讼时效，期间为一年。另外，其他民事立法上也有特殊时效的规定，期间有三年到五年不等。

二、真题分析

56. 【2014 年第 87 题】根据民法通则及相关规定，下列关于诉讼时效的哪些说法是正确的？

- A. 向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为二年，法律另有规定的除外
- B. 超过诉讼时效期间，当事人自愿履行的，不受诉讼时效限制

- C. 诉讼时效中止的，从中止时效的原因消除之日起，诉讼时效期间重新计算
- D. 诉讼时效因提起诉讼、当事人一方提出要求或者同意履行义务而中断

【考点】诉讼时效

【分析】根据《民法通则》第一百三十五条的规定，本题中，选项A正确。根据《民法通则》第一百三十八条的规定，选项B正确。根据《民法通则》第一百三十九条的规定，选项C错误。根据《民法通则》第一百四十条的规定，选项D正确。

【答案】ABD

第一百三十六条【短期诉讼时效】下列的诉讼时效期间为一年：

- (一) 身体受到伤害要求赔偿的；
- (二) 出售质量不合格的商品未声明的；
- (三) 延付或者拒付租金的；
- (四) 寄存财物被丢失或者损毁的。

一、本条含义

本条是关于特殊的短期诉讼时效的规定。

本条共规定了四种情形下，适用比一般诉讼时效两年更短的诉讼时效期间，仅一年。其中，第二种是指在出卖人未申明瑕疵的情况下，买受人或受害人可以向出卖人、商品制造人要求赔偿。

第一百三十七条【长期诉讼时效】诉讼时效期间从知道或者应当知道权利被侵害时起计算。但是，从权利被侵害之日起超过二十年的，人民法院不予保护。有特殊情况的，人民法院可以延长诉讼时效期间。

一、本条含义

本条是关于诉讼时效计算和最长保护期间的规定。

诉讼时效期间的起算点最为典型的法律表述即是“从知道或者应当知道权利被侵害时起计算”。可见，诉讼时效的起算点是以权利请求人知道与否为标准的，不知道或不应当知道权利被侵害的情况下就开始计算期间，对权利人不公平。但是这个“知道或者应当知道”也不是完全的依照权利人的主观标准，而是根据具体情况，客观判断的标准。法律除了诉讼时效，还规定了一个二十年的最长的保护期，最长保护期限从权利被侵害之日起算，不同于诉讼时效。对于这个最长保护期限，特殊情况可适用时效延长，但不适用时效中止、中断。

第一百三十八条【当事人自愿履行】超过诉讼时效期间，当事人自愿履行的，不受诉讼时效限制。

一、本条含义

本条规定的是当事人自愿履行。

第一百三十九条【诉讼时效的中止】在诉讼时效期间的最后六个月内，因不可抗力或者其他障碍不能行使请求权的，诉讼时效中止。从中止时效的原因消除之日起，诉讼时效期间继续计算。

一、本条含义

本条是关于诉讼时效中止的规定。

诉讼时效中止事由完全由法律规定，包括不可抗力和其他障碍。依司法解释，包括权利被侵害的无民事行为能力人、限制行为能力人没有法定代理人，或者法定代理人死亡、

丧失代理权，或者法定代理人本人丧失行为能力等。可中止的时间限定在诉讼时效期间届满的最后 6 个月内。其法律效果是中止事由发生前已经经过的时效期间仍然有效，等到时效再进行时，前后期间合并计算。在民法的权利最长保护期限内，诉讼时效中止的持续时间并无限制。

二、真题分析

57. 【2010 年第 49 题】根据民法通则及相关规定，在诉讼时效期间的最后六个月内，因不可抗力导致诉讼时效中止的，从中止时效的原因消除之日起，诉讼时效期间应如何计算？

- A、继续计算
- B、不再计算
- C、重新计算
- D、延长六个月

【考点】诉讼时效中止的法律后果

【分析】根据《民法通则》第一百三十九条的规定，本题中，选项 A 正确。选项 BCD 错误。

【答案】A

第一百四十条【诉讼时效的中断】诉讼时效因提起诉讼、当事人一方提出要求或者同意履行义务而中断。从中断时起，诉讼时效期间重新计算。

一、本条含义

本条是关于诉讼时效中断的规定。

诉讼时效中断的事由包括：（1）提起诉讼。此处对“诉讼”作最广义的解释，既包括《民事诉讼法》上的一切权利主张形式，如起诉、应诉、作为第三人参加诉讼、申请支付令、申报破产债权、申请强制执行等，但自动撤诉、驳回起诉、不予受理三种情形，虽有起诉行为，但不引起诉讼时效中断；也包括依其他法定的争议解决程序提出权利主张，如申请仲裁、请求行政机关处理；还包括向人民调解委员会提出保护民事权利请求，等等。

（2）当事人一方提出请求。（3）当事人一方同意履行义务。中断的法律效果是中断事由发生前已经经过的时效期间归于无效，等到中断事由消除时，诉讼时效期间重新计算。

二、真题分析

58. 【2013 年第 84 题】根据民法通则及相关规定，下列哪些属于诉讼时效中断的事由？

- A、权利人向法院提起诉讼
- B、因不可抗力导致权利人不能行使请求权
- C、权利人向债务人提出履行债务的要求
- D、债务人同意履行债务

【考点】诉讼时效的中断

【分析】根据《民法通则》第一百四十条的规定，本题中，选项 ACD 正确。选项 B 不是诉讼时效中断的事由，而是属于《民法通则》第一百三十九条规定的诉讼时效中止事由，因此，选项 B 错误。

【答案】ACD

59. 【2012 年第 8 题】根据民法通则及相关规定，下列关于诉讼时效的哪种说法是正确的？

- A、向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为一年，法律另有规定的除外

B、超过诉讼时效期间，一方当事人履行，另一方当事人接受的，该另一方当事人构成不当得利

C、诉讼时效因不可抗力而中断

D、诉讼时效因当事人一方提出要求或者同意履行义务而中断

【考点】诉讼时效

【分析】根据《民法通则》第一百三十五条的规定，向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为二年，法律另有规定的除外。因此，选项 A 错误。根据《民法通则》第一百三十八条的规定，超过诉讼时效期间，当事人自愿履行的，不受诉讼时效限制。选项 B 中的情形取得利益有合法根据，不构成不当得利，因此，选项 B 错误。根据《民法通则》第一百三十九条的规定，在诉讼时效期间的最后六个月内，因不可抗力或者其他障碍不能行使请求权的，诉讼时效中止。因此，诉讼时效因不可抗力中止，而不是中断，因此，选项 C 错误。根据《民法通则》第一百四十条的规定，选项 D 正确，

【答案】D

60. 【2011 年第 73 题】陈某欲就受到的身体伤害向加害人范某要求赔偿。根据民法通则及相关规定，下列说法哪些是正确的？

A、陈某起诉范某的诉讼时效期间为两年，从受伤害之日起算

B、如果在陈某起诉前，范某写下马上给予赔偿的书面承诺的，则诉讼时效中断，从中断时起，诉讼时效期间重新计算

C、如果在诉讼时效期间的最后六个月内，因当地发生地震，陈某不能行使请求权的，诉讼时效中止，从中止时效的原因消除之日起，诉讼时效期间重新计算

D、如果陈某超过诉讼时效期间仍未起诉，但范某自愿履行赔偿责任的，不受诉讼时效限制

【考点】诉讼时效

【分析】根据《民法通则》第一百三十六条的规定，选项 A 错误。根据《民法通则》第一百四十条的规定，选项 B 正确。根据《民法通则》第一百三十九条的规定，选项 C 错误。根据《民法通则》第一百三十八条的规定，选项 D 在。

【答案】BD

第八章 涉外民事关系的法律适用

第一百四十二条【一般规定】涉外民事关系的法律适用，依照本章的规定确定。

中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同中华人民共和国的民事法律有不同规定的，适用国际条约的规定，但中华人民共和国声明保留的条款除外。

中华人民共和国法律 and 中华人民共和国缔结或者参加的国际条约没有规定的，可以适用国际惯例。

一、本条含义

本条是涉外民事关系的一般规定。

涉外民事关系，是在主体、客体和法律事实方面有一个或一个以上的涉外因素的民事法律关系，具体表现为：民事关系的一方或双方当事人为外国的自然人、法人或无国籍人；民事关系的标的物在外国境内；产生、变更或消灭民事权利义务关系的法律事实发生在外国的民事法律关系。

第一百四十三条【涉外民事行为能力的法律适用】中华人民共和国公民定居国外的，他的民事行为能力可以适用定居国法律。

一、本条含义

本条规定的是涉外民事行为能力的法律适用。

第一百四十四条【不动产所有权的法律适用】不动产的所有权，适用不动产所在地法律。

一、本条含义

本条规定的是不动产所有权的法律适用。

第一百四十五条【涉外合同的法律适用】涉外合同的当事人可以选择处理合同争议所适用的法律，法律另有规定的除外。

涉外合同的当事人没有选择的，适用与合同有最密切联系的国家的法律。

一、本条含义

本条是关于涉外合同争议的法律适用问题的规定。

涉外合同当事人之间发生纠纷，适用的法律可先由当事人选择，如果未选择，适用最密切联系地法。自由选择体现了当事人意思自治原则，但是法律有除外规定时，就只能依照法律规定。所谓“最密切联系”是一个十分灵活而富有弹性的原则，我国采取“特征履行说”，即以特征履行方的营业所所在国或特征履行方所在地国家的标准来确定最密切联系地，比如，国际货物买卖合同适用合同订立时卖方营业所所在地的法律。

第一百四十六条【侵权行为的法律适用】侵权行为的损害赔偿，适用侵权行为地法律。当事人双方国籍相同或者在同一国家有住所的，也可以适用当事人本国法律或者住所地法律。

中华人民共和国法律不认为在中华人民共和国领域外发生的行为是侵权行为的，不作为侵权行为处理。

一、本条含义

本条是关于涉外侵权责任争议的法律适用的规定。

侵权责任争议的法律适用的基本原则是侵权行为地法，侵权行为地包括：侵权行为实施地；侵权行为结果发生地。当事人双方同一国籍或同一国家有住所的，也可适用当事人本国法或住所地法。至于第二款是关于侵权行为的认定，认定的依据是中华人民共和国的法律。

第一百四十七条【涉外婚姻关系的法律适用】中华人民共和国公民和外国人结婚适用婚姻缔结地法律，离婚适用受理案件的法院所在地法律。

一、本条含义

本条是关于涉外婚姻即中国公民和外国人之间婚姻适用法律的规定。

结婚行为适用婚姻缔结地法律，在哪里结婚就依照当地所在国法律认定结婚的效力；离婚适用受理案件的法院所在地法律，向中国法院提起离婚诉讼适用中国离婚的有关法律规定，向国外法院提起离婚诉讼则适用该国的离婚法律规定。

第一百四十八条【涉外扶养关系的法律适用】扶养适用与被扶养人有最密切联系的国家的法律。

一、本条含义

本条规定的是涉外扶养关系的法律适用。

涉外扶养关系，包括含有涉外因素的夫妻间、亲子间、旁系血亲间及姻亲间相互承担生活供养义务的法律关系。涉外扶养关系适用与被扶养人有最密切联系的国家的法律，扶养人与被扶养人的国籍、住所、财产所在地等都可以视为有密切联系。

第一百四十九条【涉外继承关系的法律适用】遗产的法定继承，动产适用被继承人死亡时住所地法律，不动产适用不动产所在地法律。

一、本条含义

本条规定的是涉外继承关系的法律适用。

二、真题分析

61. 【2012 年第 92 题】根据民法通则及相关规定，关于涉外民事关系的法律适用，下列哪些说法是正确的？

- A、中华人民共和国公民定居国外的，他的民事行为能力可以适用定居国法律
- B、不动产的所有权，适用不动产所在地法律
- C、除法律另有规定外，涉外合同的当事人可以选择处理合同争议所适用的法律
- D、动产遗产的法定继承适用继承人住所地的法律

【考点】对外民事关系的法律适用

【分析】《民法通则》第一百四十三条规定，中华人民共和国公民定居国外的，他的民事行为能力可以适用定居国法律。因此，选项 A 正确。《民法通则》第一百四十四条规定，不动产的所有权，适用不动产所在地法律。因此，选项 B 正确。《民法通则》第一百四十五条第二款规定，涉外合同的当事人没有选择的，适用与合同有最密切联系的国家的法律。因此，选项 C 正确。根据《民法通则》第一百四十九条的规定，动产遗产的法定继承适用“被继承人”住所地的法律，而非“继承人”住所地的法律，因此，选项 D 错误。

【答案】ABC

第九章 附则

第一百五十六条【生效日期】本法自一九八七年一月一日起施行。

一、本条含义

本条规定的是《民法通则》的生效日期。

第二部分

中华人民共和国合同法

(1999 年 3 月 15 日第九届全国人民代表大会第二次会议通过

1999 年 3 月 15 日中华人民共和国主席令第 15 号公布

自 1999 年 10 月 1 日起施行)

目 录

总 则.....	54
第一章 一般规定.....	54
第二章 合同的订立.....	58
第三章 合同的效力.....	73
第四章 合同的履行.....	85
第五章 合同的变更和转让.....	93
第六章 合同的权利义务终止.....	98
第七章 违约责任.....	106
分则.....	111
第十八章 技术合同.....	111
第一节 一般规定.....	111
第二节 技术开发合同.....	114
第三节 技术转让合同.....	119
第四节 技术咨询合同和技术服务合同.....	124
第二十一章 委托合同.....	126
附则.....	131

总 则

第一章 一般规定

第一条【立法目的】为了保护合同当事人的合法权益，维护社会经济秩序，促进社会主义现代化建设，制定本法。

一、本条含义

本条是关于合同法立法目的的规定。

合同法是民商法的重要组成部分，是规范市场交易的基础法律，它涉及生产、生活领域的方方面面，与企业的生产经营和人们的生活密切相关。

党的十一届三中全会以来，我国先后制定了经济合同法、涉外经济合同法和技术合同法三部合同法。但是，随着改革开放的不断深入和扩大、经济贸易的不断发展，这三部合同法的一些规定已经不能完全适应现阶段的经济状况了。

制定合同的原则是：第一，制定一部统一的、较为完备的合同法；第二，以三部合同法为基础，总结实践经验，加以补充完善；第三，从我国实际出发，充分借鉴国外合同法律的有益经验。

第二条【调整范围】本法所称合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。

婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议，适用其他法律的规定。

一、本条含义

本条是关于合同概念及其调整范围的规定。

本条所称“自然人”，既包括在中国人，也包括外国人和无国籍人。本条所称“法人”，是指依法成立，能够独立享有民事权利和承担民事义务的组织，包括公司、企事业单位、机关、团体等。本条所称“其他组织”，是指不具备法人资格的合伙组织以及分支机构等。

根据本条规定，可以从以下几个方面理解合同法适用范围：

（一）合同法的适用范围比之前制定的经济合同法、涉外经济合同法和技术合同法相比，作了适当扩大。主要体现在：一是合同主体，包括中国、外国个人之间、组织之间以及个人与组织之间订立的合同；二是合同的种类，不仅包括经济合同、技术合同，而且包括所有当事人设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。

这里所说的民事权利义务关系，主要是指财产关系，有关婚姻、收养、监护等身份关系的协议不适用合同法，因此本条第二款规定：“婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议，适用其他法律的规定。”

（二）合同是平等主体之间订立的民事权利义务关系的协议，属于民事法律关系。不属于民事法律关系的其他活动，不适用合同法。

1. 政府对经济的管理活动，属于行政管理关系，不适用合同法。例如，贷款、租赁、买卖等民事合同关系，适用合同法；而财政拨款、征用、征购等，是政府行使行政管理职权，属于行政关系，适用有关行政法，不适用合同法。

2. 企业、单位内部的管理关系，是管理与被管理的关系，不是平等主体之间的关系，也不适用合同法。例如，加工承揽是民事关系，适用合同法；而工厂车间内的生产责任制，是企业的一种管理措施，不适用合同法。

（三）政府机关参与的合同，应当区别不同情况分别处理。

1. 政府机关作为平等的主体与对方签订合同的，如购买办公用品，属于一般的合同关系，适用合同法。

2. 属于行政管理关系的协议，如有关综合治理、计划生育、环境保护等协议，不是民事合同，不适用合同法。

3. 政府的采购活动。对政府的采购行为应加以规范，目的在于防止浪费，杜绝腐败，保护民族工业等。但这种规范，仅是对政府的采购行为加以约束，并不是约束对方，政府与对方之间订立的合同要适用合同法。对于政府采购行为本身，要专门制定政府采购法来规范。

4. 关于指令性任务和国家订货任务问题。我们实行社会主义市场经济体制，指令性计划不是合同法普遍适用的基本原则。为了保证国防重点建设以及国家战略储备的需要，在个别情况下，国家需要下达指令性任务或者国家订货任务，为此，在合同法关于合同订立的一章中规定，国家根据需要下达指令性任务或者国家订货任务的，有关企业、事业单位之间应当按照有关法律、行政法规的权利和义务去订立合同。

二、真题分析

1. 【2014 年第 32 题】当事人之间的下列哪些协议不适用合同法的规定？

- A. 有关婚姻关系的协议
- B. 有关收养关系的协议
- C. 有关委托代理关系的协议
- D. 有关监护关系的协议

【考点】合同法的调整范围

【分析】根据《合同法》第二条的规定，选项 ABD 正确，选项 C 错误。

【答案】ABD

2. 【2013 年第 40 题】下列哪些协议适用合同法的规定？

- A. 张某与李某签订的转让二手汽车的协议
- B. 甲出版社与蒋某签订的出版蒋某专著的协议
- C. 孙某与乙公司签订的专利实施许可协议
- D. 韩某与丙福利院签订的收养该福利院孤儿的协议

【考点】合同法的调整范围

【分析】根据《合同法》第二条的规定，选项 ABC 中的协议均为平等主体之间的设立民事权利义务关系的协议，适用于《合同法》的规定，因此，选项 ABC 正确。而选项 D 中的协议属于有关身份关系的协议，不适用于《合同法》的规定，因此，选项 D 错误。

【答案】ABC

3. 【2012 年第 33 题】下列哪些协议适用合同法的规定？

- A. 吴某与某专利代理机构签订的专利事务委托协议
- B. 俞某与其前妻贾某签订的变更子女监护权协议
- C. 专利权人冯某与某公司签订的专利实施许可协议
- D. 蒋某与许某签订的解除婚姻关系协议

【考点】合同法的调整范围

【分析】根据《合同法》第二条的规定，选项 AC 是平等主体签订的设立民事权利义务关系的协议，适用《合同法》的规定，因此，选项 AC 正确。选项 BD 涉及有关身份关系的协议，不适用《合同法》的规定，因此，选项 BD 错误。

【答案】AC

4. 【2011 年第 10 题】根据合同法及相关规定，下列哪些协议适用合同法的规定？

- A、张某与李某签订的茶叶买卖协议
- B、甲公司与某研究院签订的技术开发协议
- C、黄某与某装修公司签订的房屋装修协议
- D、韩某与某福利院签订的收养该福利院孤儿的协议

【考点】合同法的适用范围

【分析】根据《合同法》第二条的规定，选项 ABC 是平等主体签订的设立民事权利义务关系的协议，适用《合同法》的规定，因此，选项 ABC 正确。选项 D 涉及有关收养这一身份关系的协议，不适用《合同法》的规定，因此，选项 D 错误。

【答案】ABC

第三条【平等原则】合同当事人的法律地位平等，一方不得将自己的意志强加给另一方。

一、本条含义

本条是关于平等原则的规定。

平等原则是指地位平等的合同当事人，在权利义务对等的基础上，经充分协商达成一致，以实现互利互惠的经济利益目的的原则。这一原则包括三方面的内容：

（一）合同当事人法律地位一律平等。在法律上，合同当事人是平等主体，没有高低、从属之分，不存在命令者与被命令者、管理者与被管理者。这意味着不论所有制性质，也不问单位大小和经济实力的强弱，其地位都是平等的。

（二）合同中的权利义务对等。所谓“对等”，是指享有权利，同时就应承担义务，而且，彼此的权利、义务是相应的。这要求当事人所取得财产、劳务或工作成果与其履行的义务大体相当；要求一方不得无偿占有另一方的财产，侵犯他人权益；要求禁止平调和无偿调拨。

（三）合同当事人必须就合同条款充分协商，取得一致，合同才能成立。合同是双方当事人意思表示一致的结果，是在互利互惠基础上充分表达各自意见，并就合同条款取得一致后达成的协议。因此，任何一方都不得凌驾于另一方之上，不得把自己的意志强加给另一方，更不得以强迫命令、胁迫等手段签订合同。同时还意味着凡协商一致的过程、结果，任何单位和个人不得非法干涉。例如，工商行政管理部门在依法维护市场秩序时，与企业之间是管理与被管理的关系，但在购买商品时，与企业的法律地位是平等的，不能因为是工商管理部門就可以不管企业愿意不愿意，将自己的意志强加给企业。法律地位平等是自愿原则的前提，如果当事人的法律地位不平等，就谈不上协商一致，谈不上什么自愿。

第四条【自愿原则】当事人依法享有自愿订立合同的权利，任何单位和个人不得非法干预。

一、本条含义

本条是关于自愿原则的规定。

自愿原则是合同法的重要基本原则，合同当事人通过协商，自愿决定和调整相互权利义务关系。自愿原则体现了民事活动的基本特征，是民事关系区别于行政法律关系、刑事法律关系的特有的原则。民事活动除法律强制性的规定外，由当事人自愿约定。

自愿原则是贯穿合同活动的全过程，包括：第一，订不订合同自愿，当事人依自己意愿自主决定是否签订合同；第二，与谁订合同自愿，在签订合同时，有权选择对方当事人；第三，合同内容由当事人在不违法的情况下自愿约定；第四，在合同履行过程中，当事人可以协议补充、协议变更有关内容；第五，双方也可以协议解除合同；第六，可以约

定违约责任，在发生争议时，当事人可以自愿选择解决争议的方式。总之，只要不违背法律、行政法规强制性的规定，合同当事人有权自愿决定。

本条规定当事人依法享有自愿订立合同的权利，任何单位和个人不得非法干预。这样规定，既体现了当事人有权按照自己的意愿订立合同，又明确了当事人行使这项权利必须“依法”。依法订立合同，包括在内容上应当遵守法律、行政法规，违反法律、行政法规的强制性规定的合同无效，也包括在程序上应当遵守法律、行政法规，法律、行政法规规定应当办理批准登记手续的，依照其规定。比如，金融领域里发生的高息揽储情况，是违法有关金融法律、行政法规规定的，即使当事人双方自愿，该合同也是无效的，对违法者还应当依法追究法律责任。

第五条【公平原则】当事人应当遵循公平原则确定各方的权利和义务。

一、本条含义

本条是关于公平原则的规定。

公平原则要求合同双方当事人之间的权利义务要公平合理，要大体上平衡，强调一方给付与对方给付之间的等值性，合同上负担和风险的合理分配。具体包括：第一，在订立合同时，要根据公平原则确定双方的权利和义务，不得滥用权利，不得欺诈，不得假借订立合同恶意进行磋商；第二，根据公平原则确定风险的合理分配；第三，根据公平原则确定违约责任。

公平原则作为合同法的基本原则，其意义和作用是：公平原则是社会公德的体现，符合商业道德的要求。将公平原则作为合同当事人的行为准则，可以防止当事人滥用权利，有利于保护当事人的合法权益，维护和平衡当事人之间的利益。

第六条【诚实信用原则】当事人行使权利、履行义务应当遵循诚实信用原则。

一、本条含义

本条是关于诚实信用原则的规定。

诚实信用原则要求当事人在订立、履行合同，以及合同终止后的全过程中，都要诚实、讲信用、相互协作。诚实信用原则具体包括：第一，在订立合同时，不得有欺诈或其他违背诚实信用的行为；第二，在履行合同义务时，当事人应当遵循诚实信用的原则，根据合同的性质、目的以及交易习惯履行及时通知、协助、提供必要的条件、防止损失扩大、保密等义务；第三，合同终止后，当事人也应当遵循诚实信用的原则，根据交易习惯履行通知、协助、保密等义务成为后契约义务。

诚实信用原则作为合同法基本原则的意义和作用，主要有以下两个方面：第一，将诚实信用原则作为指导合同当事人订立合同、履行合同的行为准则，有利于保护合同当事人合法权益，更好的履行合同义务；第二，合同没有约定或者约定不明明确而法律有没有规定的，可以根据诚实信用原则进行解释。

第七条【公序良俗原则】当事人订立、履行合同，应当遵守法律、行政法规，尊重社会公德，不得扰乱社会经济秩序，损害社会公共利益。

一、本条含义

本条是关于遵守法律，不得损害社会公共利益原则的规定。

遵守法律，尊重公德，不得扰乱社会经济秩序，损害社会公共利益，是合同法的基本原则。一般来讲，合同的订立和履行，属于合同当事人之间的民事权利义务关系，主要涉及当事人的利益，只要当事人的意思不与强制性规范、社会公共利益和社会公德相抵触，就承认合同的法律效力，国家及法律尽可能尊重合同当事人的意思，一般不予干预，由当

事人自主约定，采取自愿的原则。但是，合同绝不仅仅是合同当事人之间的问题，有时可能涉及社会公共利益和社会公德，涉及维护经济秩序，合同当事人的意思应当在法律允许的范围内表示，不是想怎么样就怎么样。为了维护社会公共利益，维护正常的社会经济秩序，对于损害公共利益、扰乱社会经济秩序的行为，国家应当予以干预。至于哪些要干预，怎么干预，都要依法进行，由法律、行政法规作出规定。

第八条【依法成立的合同效力】依法成立的合同，对当事人具有法律约束力。当事人应当按照约定履行自己的义务，不得擅自变更或者解除合同。

依法成立的合同，受法律保护。

一、本条含义

本条是关于依法成立的合同效力的规定。

根据合同法的自愿原则，订不订合同、与谁订合同、合同内容如何等，由当事人自愿决定。但是，合同依法成立生效之后，对当事人就具有了法律约束力。所谓法律约束力，也就是说，当事人应当按照合同的约定履行自己的义务，非依法律规定或者取得对方同意，不得擅自变更或者解除合同。如果不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，就要承担违约责任。

依法成立的合同受法律保护。所谓受法律保护，就是说，如果一方当事人未取得对方当事人同意，擅自变更或者解除合同，不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，从而使对方当事人的权益受到损失，受损害方向人民法院起诉要求维护自己的权益时，法院就要依法维护，对于擅自变更或者解除合同的一方当事人强制其履行合同义务并承担违约责任。

第二章 合同的订立

第十条【合同的形式】当事人订立合同，有书面形式、口头形式和其他形式。

法律、行政法规规定采用书面形式的，应当采用书面形式。当事人约定采用书面形式的，应当采用书面形式。

一、本条含义

本条的关于合同形式的规定。

民法通则第五十六条规定：“民事法律行为可以采取书面形式、口头形式或者其他形式。法律规定用特别形式的，应当依照法律规定。”民法通则的这一规定并没有提出严格的书面形式要求，应当说对于合同形式采取的是不要式原则，一般不作特殊要求，法律规定用特定形式的属例外情形。

书面形式是指以文字等可以有形式再现内容的方式达成的协议。这种形式明确肯定，有据可查，对于防止争议和解决纠纷，有积极意义。书面形式一般是指当事人双方以合同书、书信、电报、电传、传真等形式达成协议。

口头形式是指当事人面对面地谈话或者以通讯工具如电话交谈达成协议。以口头订立合同的特点是直接、简便、快速，数额较小或者现款交易通常采用口头形式。如在自由市场买菜、在商店买衣服等。口头合同是老百姓日常生活中广泛采用的合同形式。口头合同当然也可以适用于企业之间，但口头形式没有凭证，发生争议后，难以取证，不易分清责任。

除了书面形式和口头形式，合同还可以其他形式成立。我们可以根据当事人的行为或者特定情形推定合同的成立，或者也可以称之为默示合同。此类合同是指当事人未用语言明示表示成立，而是根据当事人的行为推定合同成立，如租赁房屋合同，在租赁房屋的

合同期满后，出租人未提出让承租人退房，承租人也未表示退房而是继续交房租，出租人仍然接受租金。根据双方当事人的行为，我们可以推定租赁合同继续有效。再如，当乘客上公交汽车并达到目的地时，尽管乘车人与承运人之间没有明示协议，但可以依当事人的行为推定运输合同成立。

第十一条【书面形式】书面形式是指合同书、信件和数据电文（包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件）等可以有形地表现所载内容的形式。

一、本条含义

本条是关于书面形式含义的规定。

（一）合同书、信件、电报、电传和传真

合同的书面形式有多种，最通常的是当事人双方对合同有关内容进行协商项了项并由双方签字（或者同时盖章）的文本合同，也称作合同书或者书面合同。通常合同书中明确地记载合同的双方当事人的权利义务、解决争议的方法等具体内容。一般说来，作为合同书应当符合如下条件：1. 必须以某种文字、符合书写。2. 必须有双方当事人（或者代理人）的签字（或者同时盖章）。3. 必须规定当事人的权利义务。

合同也可以信件订立，也就是我们平时所说的书信。书信有平信、邮政快件、挂号信以及特快专递等多种形式。

电报、电传、传真也属于书面形式，大量的合同通过这三种形式订立。

（二）电子数据交换和电子邮件

通过计算机网络系统订立合同，近年来在国外发展迅速，我们也已出现网上交易形式并且发展很快。通过计算机网络系统订立合同，主要形式有电子数据交换（Electronic Data Interchange, EDI）和电子邮件（E-mail）。

电子邮件（E-mail），又称电子信箱，电子邮件的传递是通过电子计算机系统来完成的。它要求发信人和收信人都有计算机终端，与计算机网络系统连接并登记注册，网络系统为每一个注册用户分配一个信箱，也就是在计算机的存储空间内划分出区域并确定相应的用户名及口令，用户可以随时随地通过计算机使用口令开启信箱，进行写作和收发邮件。

电子数据交换（EDI），又称“电子资料联通”，是一种在公司、企业间传输订单、发票等商业文件进行贸易的电子化手段。它通过计算机通信网络，将贸易、运输、保险、银行和海关等行业信息，用一种国际公认的标准格式，完成各有关部门或者公司、企业之间的数据交换与处理，实现以贸易为中心的全部过程。

（三）关于“可以有形地表现所载内容的形式”

合同书、信件和数据电文是“可以有形地表现所载内容的形式”，但也不限于明确规定的这几类。凡是“可以有形地表现所载内容的形式”都可以作为合同的书面形式。

第十二条【合同内容】合同的内容由当事人约定，一般包括以下条款：

- （一）当事人的名称或者姓名和住所；
- （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。

当事人可以参照各类合同的示范文本订立合同。

一、本条含义

本条是对合同主要条款和示范文本的规定。

合同的条款是合同中经双方当事人协商一致、规定双方当事人权利义务的具体条文。合同的条款就是合同的内容。合同的条款是非常重要的，所以在此条规定了合同的主要条款。但是，并不是说当事人签订的合同中缺了其中任何一项就会导致合同的不成立或者无效。主要条款的规定只具有提示性与示范性。

(一) 当事人的名称或者姓名和住所。这是每一个合同必须具备的条款，当事人是合同的主体。合同中如果不写明当事人，谁与谁做交易都搞不清楚，就无法确定权利的享受和义务的承担，发生纠纷也难以解决。

(二) 标的。标的是合同当事人的权利义务指向的对象，包括有形财产、无形财产、劳务、工作成果。

(三) 数量。在大多数的合同中，数量是必备条款，没有数量，合同是不能成立的。一般而言，合同的数量要准确，选择使用共同接受的计量单位、计量方法和计量工具。

(四) 质量。质量条款的重要性是毋庸置疑的，许许多多的合同纠纷由此引起。合同中应当对质量问题尽可能地规定细致、准确和清楚。

(五) 价款或者报酬。价款或者报酬，是一方当事人向对方当事人所付代价的货币支付。

(六) 履行期限。履行期限是指合同中规定的当事人履行自己的义务如交付标的物、价款或者报酬，履行劳务、完成工作的时间界限。

(七) 履行地点和方式。履行地点是指当事人履行合同义务和对方当事人接受履行的地点。

(八) 违约责任。违约责任是指当事人一方或者双方不履行合同或者不适当履行合同，依照法律的规定或者按照当事人的约定应当承担的法律责任。

(九) 解决争议的方法。解决争议的方法指合同争议的解决途径，对合同条款发生争议时的解释以及法律适用等。解决争议的途径主要有：一是双方通过协商和解，二是由第三人进行调解，三是通过仲裁解决，四是通过诉讼解决。

第十三条【订立合同方式】当事人订立合同，采取要约、承诺方式。

一、本条含义

本条是对订立合同方式的规定。

合同是当事人之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。合同本质上是一种合意。使合同得以成立的合意是指当事人对合同必备条款达成一致意见。当事人合意的过程，对合同内容协商一致的过程，就是经过要约、承诺完成的。向对方提出合同条件作出签订合同的意思表示称为“要约”，而另一方如果表示接受就称为“承诺”。

第十四条【要约】要约是希望和他人订立合同的意思表示，该意思表示应当符合下列规定：

(一) 内容具体确定；

(二) 表明经受要约人承诺，要约人即受该意思表示约束。

一、本条含义

本条是对要约的定义及其构成要件的规定。

(一) 关于要约的定义

要约是希望和他人订立合同的意思表示。要约在不同的情况下可以称为“发盘”、

“发价”等，发出要约的人称为“要约人”，接收要约的人称为“受要约人”。

（二）要约的构成要件

1、内容具体确定。要约应当至少包括合同的主要条款，条款内容清楚明确，受要约人一旦承诺，要约人无需再进行意思表示，合同即告成立。

2、要约人具有订立合同的意旨，只要一经受要约人承诺，要约人和受要约人即达成合意，要约人受其发出要约的意思表示的约束。这一构成要件也是区别要约和要约邀请的关键。

二、真题分析

5. 【2012 年第 49 题】根据合同法及相关规定，下列哪些说法是正确的？

- A、要约是希望和他人订立合同的意思表示
- B、要约邀请是希望他人向自己发出要约的意思表示
- C、要约在发出时生效
- D、要约到达受要约人时生效

【考点】要约、要约邀请

【分析】根据《合同法》第十四条的规定，选项 A 正确。根据《合同法》第十五条的规定，选项 B 正确。根据《合同法》第十六条的规定，选项 C 错误，选项 D 正确。

【答案】ABD

6. 【2011 年第 26 题】田某在网站发声明求购某款二手手机一部，价格面议。钟某给田某打电话，表示有该款手机一部，八成新，售价 800 元，如果田某同意购买，即刻送货上门，货到付款。根据合同法及相关规定，下列说法哪些是正确的？

- A、田某的求购声明构成要约
- B、田某的求购声明构成要约邀请
- C、钟某的电话内容构成承诺
- D、钟某的电话内容构成要约

【考点】要约、要约邀请和承诺

【分析】根据《合同法》第十四、十五、二十一条的规定，本题中，由于田某在网站发的声明中明确“价格面议”，因此该声明仅仅是希望他人向其发出要约，其本身并不构成要约，而是要约邀请。因此，选项 A 错误，选项 B 正确。由于田某的求购声明构成要约邀请，钟某的电话内容就不可能构成承诺，因此，选项 C 错误。同时，由于钟某的电话内容具体确定，并且“如果田某同意购买，即可送货上门，货到付款”，因此，钟某的电话内容构成要约，选项 D 正确。

【答案】BD

第十五条【要约邀请】要约邀请是希望他人向自己发出要约的意思表示。寄送的价目表、拍卖公告、招标公告、招股说明书、商业广告等为要约邀请。

商业广告的内容符合要约规定的，视为要约。

一、本条含义

本条是对要约邀请的规定。

要约邀请，又称要约引诱，是邀请或者引诱他人向自己发出订立合同的要约的意思表示。要约邀请可以是向特定人发出的，也可以是向不特定的人发出的。要约邀请与要约不同，要约是一个一经承诺就成立合同的意思表示，而要约邀请只是邀请他人向自己发出要约，自己如果承诺才成立合同。要约邀请处于合同的准备阶段，没有法律约束力。

（一）寄送的价目表。发送的商品价目表，是商品生产者或者销售者推销商品的一种

方式。这种方式当然表达行为人希望订立合同的意思，但并不表明他人表示承诺就立即达成一个合同。

（二）拍卖公告。拍卖是一种特殊买卖方式。一般认为，在拍卖活动中，竞买人的出价为要约，拍卖人击槌（或者以其他方式）拍定为承诺。拍卖人在拍卖前刊登或者以其他形式发出拍卖公告、对拍卖物的宣传介绍或者宣布拍卖物的价格等，都属于要约邀请。

（三）招标公告。招标投标是一种特殊的签订合同的方式，所谓招标是指招标人采取招标通知或者招标公告的方式，向不特定的人发出，以吸引投标人投标的意思表示。所谓投标是指投标人按照招标人的要求，在规定的期限内向招标人发出的包括合同全部条款的意思表示。对于招标公告或者招标通知，一般都认为属于要约邀请，不是要约。而投标是要约，招标人选定中标人，为承诺。

（四）招股说明书。招股说明书是股份有限公司在公司设立时由公司发起人向社会公开募集股份时或者公司经批准向社会公开发行人股时，向社会公众公开的说明文书。招股说明书是向社会发出的要约邀请，邀请公众向公司发出要约，购买公司的股份。认股人认购股份，为要约，公司卖出股份，为承诺，买卖股份的合同成立。

（五）商业广告。商业广告是指商品经营者或者服务提供者承担费用、通过一定的媒介和形式直接或间接地介绍自己所推销的商品或者所提供的服务的广告。商业广告的目的在于宣传商品或者服务的优越性，并以此引诱顾客购买商品或者接受服务。对于商业广告，均认为是要约邀请。但法律并不排除商业广告如果符合要约的要件也可以成为要约。因此，本条第二款规定，商业广告的内容符合要约规定的，视为要约。如果广告中含有“保证现货供应”、“先来先买”，或者含有确切的期限保证供货等词语，即表明，广告中含有一经承诺即受拘束的意思，这种广告就应视为要约。如广告中称：“我公司现有某型号的水泥 1000 吨，每吨价格 200 元，先来先买，欲购从速。”

二、真题分析

7. 【2014 年第 40 题】某高校采用公告招标的方式选择专利代理机构为其办理专利申请事务。某专利代理机构根据该招标公告制定了一份完整的投标书参加投标。根据合同法及相关规定，下列哪些说法是正确的？

- A. 该高校发布的招标公告为要约邀请
- B. 该高校发布的招标公告为要约
- C. 该专利代理机构提交的投标书为承诺
- D. 该专利代理机构提交的投标书为要约

【考点】要约邀请和要约

【分析】根据《合同法》第十五条第一款的规定，本题中，该高校发布的招标公告为要约邀请，因此，选项 A 正确，选项 B 错误。根据《合同法》第十四条的规定，该投标书是针对该高校所发要约邀请的要约，因此，选项 C 错误，选项 D 正确。

【答案】AD

8. 【2013 年第 32 题】根据合同法及相关规定，下列哪些属于要约邀请？

- A、拍卖公告
- B、招标公告
- C、寄送的价目表
- D、招股说明书

【考点】要约邀请

【分析】根据《合同法》第十五条第一款的规定，选项 ABCD 均属于要约邀请。

【答案】ABCD

第十六条【要约的生效】要约到达受要约人时生效。

采用数据电文形式订立合同，收件人指定特定系统接收数据电文的，该数据电文进入该特定系统的时间，视为到达时间；未指定特定系统的，该数据电文进入收件人的任何系统的首次时间，视为到达时间。

一、本条含义

本条是对要约生效时间的规定。

要约“到达受要约人时”并不是指一定实际送达到受要约人或者其代理人手中，要约只要送达到受要约人通常的地址、住所或者能够控制的地方（如信箱等）即为送达。“送达到受要约人时”生效，即使在要约送达受要约人之前受要约人已经知道其内容，要约也不生效。

第十七条【要约的撤回】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或者与要约同时到达受要约人。

一、本条含义

本条是对要约撤回的规定。

要约的撤回是指，在要约发出之后但在发生法律效力以前，要约人欲使该要约不发生法律效力而作出的意思表示。

要约得以撤回的原因是，要约尚未发生法律效力，所以不会对受要约人产生任何影响，不会对交易秩序产生任何影响。在此阶段，应当允许要约人使尚未生效的要约不产生预期的效力。

撤回的条件是，在要约通知到达受要约人之前或者同时到达受要约人。此时应当认为要约尚未生效。撤回要约也可以采取下列方法，即在一个文件中，前面写了要约的内容，后面写一句话：上述内容无效。

第十八条【要约的撤销】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。

一、本条含义

本条是对要约撤销的规定。

要约的撤销是指，要约人在要约发生法律效力之后而受要约人承诺之前，欲使该要约失去法律效力的意思表示。

要约的撤销与要约的撤回不同在于：要约的撤回发生在要约生效之前，而要约的撤销发生在要约生效之后；要约的撤回是使一个未发生法律效力的要约不发生法律效力，要约的撤销是使一个已经发生法律效力的要约失去法律效力；要约撤回的通知只要在要约到达之前或与要约同时到达就发生效力，而要约撤销的通知在受要约人发出承诺通知之前到达受要约人，不一定发生效力。在法律规定的特别情形下，要约是不得撤销的。

二、真题分析

9. 【2014 年第 49 题】根据合同法及相关规定，在下列哪些情形下，要约不得撤销？

- A. 要约已经到达受要约人
- B. 要约人确定了承诺期限
- C. 要约人明示要约不可撤销
- D. 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

【考点】要约的撤销

【分析】根据《合同法》第十八条的规定，选项 A 错误。根据《合同法》第十九条的

规定，选项 BC 属于其中第（一）项的规定，选项 D 属于其中第（二）项的规定，因此，选项 BCD 正确。

【答案】BCD

第十九条【要约不得撤销的情形】有下列情形之一的，要约不得撤销：

- （一）要约人确定了承诺期限或者以其他形式明示要约不可撤销；
- （二）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。

一、本条含义

本条是对要约不得撤销的规定。

本条规定了不可撤销的两个例外，一是要约中有不可撤销的表示，二是受要约人有理由认为要约不可撤销并依其信赖行事。

（一）要约中不可撤销的表示

不可撤销的意思表示可以用不同的方式作出，最直接和最清楚的方式是由要约人在要约中作一个有效的声明，如“这是一个确定的要约”、“我们坚持我们的要约直到收到贵方的回复”等。另外，还可以从要约人的其他表示或者行为推断出来。

（二）有理由认为要约不可撤销并依其信赖行事

这种情况适用诚实信用和公平交易的原则，受要约人的信赖可源于要约人的行为，比如受要约人对要约人有所了解，或者以前在商业上就有来往等，因此相信要约人的要约不可撤销。受要约人的信赖也可源于要约本身的性质，如对某一项要约的承诺需要受要约人进行广泛的、费用昂贵的调查，或者某一要约的发出意在允许受要约人继续向第三方发出要约。

受要约人基于对要约不可撤销的信赖所做的行为，可以包括为生产所做的准备、购买或者租用材料或者设备、负担费用等等。只要这些行为在有关的贸易中可被视为是正常的，或者应是要约人所预见或者知悉的行为。

第二十条【要约的失效】有下列情形之一的，要约失效：

- （一）拒绝要约的通知到达要约人；
- （二）要约人依法撤销要约；
- （三）承诺期限届满，受要约人未作出承诺；
- （四）受要约人对要约的内容作出实质性变更。

一、本条含义

本条是对要约失效的规定。

要约的失效，也可以称为要约的消灭或者要约的终止，指要约丧失法律效力，要约人与受要约人均不再受其约束。要约人不再承担接受承诺的义务，受要约人亦不再享有通过承诺使合同得以成立的权利。本条规定了要约失效的几种情形。分述如下：

（一）对要约的拒绝

受要约人接到要约后，通知要约人不同意与之签订合同，则拒绝了要约。在拒绝要约的通知到达要约人时，该要约失去法律效力。

（二）要约人撤销要约

要约被撤销当然使要约失效。

（三）受要约人未在承诺期限内承诺

要约中确定了承诺期限的，表明要约人规定了要约发生法律效力的期限，超过这个期限不承诺，要约的效力当然归于消灭。

（四）受要约人对要约的内容作出实质性变更

受要约人对一项要约的内容作出实质性的变更，为反要约。反要约是否就使原要约失去效力呢？一般的看法是，提出反要约就是对要约的拒绝，使要约失去效力，要约人即不受其要约的拘束。

二、真题分析

10. 【2013 年第 59 题】根据合同法及相关规定，有下列哪些情形的，要约失效？

- A、拒绝要约的通知到达要约人
- B、要约人依法撤销要约
- C、承诺期限届满，受要约人未作出承诺
- D、受要约人对要约的内容作出实质性变更

【考点】要约失效

【分析】根据《合同法》第二十条的规定，选项 ABCD 均属于要约失效的情形。因此，选项 ABCD 正确。

【答案】ABCD

第二十一条【承诺的定义】承诺是受要约人同意要约的意思表示。

一、本条含义

本条是对承诺定义的规定。

所谓承诺，是指受要约人同意接受要约的全部条件以缔结合同的意思表示。在商业交易中，与“发盘”、“发价”等相对称，承诺称作“接受”。在一般情况下，承诺作出生效后合同即告成立。

作为使合同得以成立生效的承诺，必须具备一定的条件，其必要条件是：

1. 承诺必须由受要约人作出。要约是要约人向特定的受要约人发出的，受要约人是要约人选定的交易相对方，受要约人进行承诺的权利是要约人赋予的，只有受要约人才能取得承诺的能力，受要约人以外的第三人不享有承诺的权利。因此，第三人进行承诺不是承诺，只能视作对要约人发出了要约。

2. 承诺须向要约人作出。承诺是对要约的同意，是受要约人与要约人订立合同，当然要向要约人作出。如果承诺不是向要约人作出，则作出的承诺不视为承诺，达不到与要约人订立合同的目的。

3. 承诺的内容须与要约保持一致。这是承诺最核心的要件，承诺必须是对要约完全的、单纯的同意。因为受要约人如果想与要约人签订合同，必须在内容上与要约的内容一致，否则要约人就可能拒绝要约人而使合同不能成立。

4. 承诺必须在要约的有效期内作出。如果要约规定了承诺期限，则承诺应在规定的承诺期限内作出，如果要约没有规定承诺期限，则承诺应当在合理的期限内作出。

第二十二条【承诺的方式】承诺应当以通知的方式作出，但根据交易习惯或者要约表明可以通过行为作出承诺的除外。

一、本条含义

本条是对承诺定义的规定。

承诺方式是指，受要约人将其承诺的意思表示传达给要约人所采用的方式。一般说来，法律并不对承诺必须采取的方式作规定，而只是一般规定承诺应当以明示或者默示的方式作出。

所谓明示的方法，一般依通知，可以口头或者书面表示承诺。一般说来，如果法律或要约中没有规定必须以书面形式表示承诺，当事人就可以口头形式表示承诺。

所谓以行为承诺，如果要约人对承诺方式没有特定要求，承诺可以明确表示，也可由

受要约人的行为来推断。所谓的行为通常是指履行的行为，比如预付价款、装运货物或在工地上开始工作等。如甲写信向乙借款，乙未写回信但直接将借款寄来。

缄默是不作任何表示，即不行为，与默示不同。默示不是明示但仍然是表示的一种方法，而缄默与不行为是没有任何表示，所以不构成承诺。但是，如果当事人约定或者按照当事人之间的习惯做法，承诺以缄默与不行为来表示，则缄默与不行为又成为一种表达承诺的方式。

第二十三条【承诺的期限】 承诺应当在要约确定的期限内到达要约人。

要约没有确定承诺期限的，承诺应当依照下列规定到达：

- (一) 要约以对话方式作出的，应当即时作出承诺，但当事人另有约定的除外；
- (二) 要约以非对话方式作出的，承诺应当在合理期限内到达。

一、本条含义

本条是对承诺到达时间的规定。

要约中规定了承诺期限的，承诺必须在要约规定的期限内到达要约人。因为超过承诺期限，则要约失效，在此期限内作出的承诺才是有效的承诺。

要约没有规定承诺期限的，如果是口头要约，则按照一般的法律规定，必须即时承诺才有效。口头发出的要约包括双方面谈提出的要约和在电话交谈中提出的要约，对于这种口头要约，如当时不立即表示接受，则在谈话结束后，该项口头要约即不复存在。本条第二款第（一）项中“当事人另有约定的”，不仅指要约人在要约中规定了承诺期限，也指事先约定好的情况。

要约没有规定承诺期限，如果要约以非对话方式作出，承诺应当在合理期限内到达。合理期限的确定应当考虑具体情况，包括要约到达受要约人的必要时间、受要约人考虑是否承诺的必要时间、承诺到达要约人所需要必要时间。

第二十五条【合同成立的时间】 承诺生效时合同成立。

一、本条含义

本条是对合同成立时间的规定。

承诺为意思表示，所以意思表示效力发生之时也就是承诺效力发生之时。合同因对方要约的承诺而成立，所以承诺效力发生之时，就是合同成立之时。

二、真题分析

11. 【2010年第2题】甲公司为建办公大楼以公告方式进行招标。乙公司根据招标公告制定了一份完整的投标书参加投标，但没有中标。根据合同法及相关规定，下列说法哪些是正确的？

- A、甲公司发布的招标公告为要约邀请
- B、乙公司提交的投标书为要约
- C、乙公司提交的投标书为承诺，合同成立
- D、乙公司没有中标，合同没有成立

【考点】要约邀请、要约、合同成立

【分析】根据《合同法》第十五条的规定，本题中，甲公司的招标公告是要约邀请，相应的，乙公司提交的投标书是要约，因此，选项 AB 正确。根据《合同法》第二十五条的规定，本题中乙公司没有中标，意味着甲公司未同意要约的意思表示，没有作出承诺，因此合同没有成立，因此，选项 C 错误，选项 D 正确。

【答案】ABD

第二十六条【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。

采用数据电文形式订立合同的，承诺到达的时间适用本法第十六条第二款的规定。

一、本条含义

本条是对承诺生效时间的规定。

承诺生效的时间即为合同成立的时间，当事人亦于此时开始享有合同权利、承担合同义务。承诺生效的时间又与合同订立的地点密切相联，与法院管辖的确定以及法律的选择适用密切相关。

我国在承诺何时生效的问题上采用到达主义，或称为送达主义。即承诺的意思表示到达要约人时生效，合同成立。如果由于邮局、电报局及其他原因导致承诺通知丢失或延误，一律由发出承诺的人承担后果。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，承诺生效。

采用数据电文形式订立合同的，承诺到达的时间适用合同法第十六条第二款的规定，即：采用数据电文订立合同，收件人指定特定系统接收数据电文的，该数据电文进入该特定系统的时间，视为到达时间；未指定特定系统的，该数据电文进入收件人的任何系统的首次时间，视为到达时间。需要说明的是，不采用特定系统发送的传真、电传、电报应当与信件同样看待。

第二十七条【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。

一、本条含义

本条是对承诺撤回的规定。

承诺的撤回是指受要约人阻止承诺发生法律效力的意思表示。由于承诺一经送达要约人即发生法律效力，合同即刻成立，所以撤回承诺的通知应当在承诺通知到达之前或者与承诺通知同时到达要约人。如果撤回承诺的通知晚于承诺的通知到达要约人，则承诺已经生效，合同已经成立，受要约人便不能撤回承诺。

第二十八条【延迟承诺】受要约人超过承诺期限发出承诺的，除要约人及时通知受要约人该承诺有效的以外，为新要约。

一、本条含义

本条是对延迟承诺的规定。

承诺本应在承诺期限内作出，超过有效的承诺期限，要约已经失效，对于失效的要约发出承诺，不能发生承诺的效力，应视为新要约。受要约人超过承诺期限发出承诺，要约人及时通知受要约人该承诺有效的，该承诺有效。

本条的“承诺期限”不但指要约人在要约中规定的承诺期限，也指要约人未规定承诺期限，而根据实际需要推断的合理的承诺期限。

第二十九条【迟到的承诺】受要约人在承诺期限内发出承诺，按照通常情形能够及时到达要约人，但因其他原因承诺到达要约人时超过承诺期限的，除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以外，该承诺有效。

一、本条含义

本条是对未迟发而迟到承诺的规定。

受要约人在要约的有效期限内发出承诺通知，依通常情形可于有效期限内到达要约人而迟到的，对这样的承诺，如果要约人不愿意接受，即负有对承诺人发迟到通知的义务。

要约人及时发出迟到通知后，该迟到的承诺不生效力、合同不成立。如果要约人怠于发迟到通知，则该迟到的承诺视为未迟到的承诺，具有承诺的效力、合同成立。

第三十条【承诺对要约的实质性变更】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。

一、本条含义

本条是关于承诺对要约的内容变更的规定。

承诺的内容必须与要约的内容完全一致，不得作任何更改，是英美法与大陆法两大法系一致的原则。否则，视为新的要约。

承诺对要约的内容并非绝对不可以改变，对非实质内容可以变更，改变实质内容则是一个新要约。本条对实质性条款作了列举，所列项目为实质性条款，但实质性条款不限于所列各项。如对法律的选择也应是实质性的条款。

第三十一条【承诺对要约的非实质性变更】承诺对要约的内容作出非实质性变更的，除要约人及时表示反对或者要约表明承诺不得对要约的内容作出任何变更的以外，该承诺有效，合同的内容以承诺的内容为准。

一、本条含义

本条是关于承诺对要约内容作非实质性变更的规定。

本条的规定参考了《美国统一商法典》、公约以及通则的规定，本条的意思与公约及通则的规定相同。

第三十二条【书面合同成立时间】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。

一、本条含义

本条是对采用合同书形式订立的合同何时成立的规定。

采用合同书等书面形式订立合同，由合同双方当事人签字、盖章是我国企业间订立合同的一般方式。

除非法律、行政法规要求必须签订合同书，当事人要求签订合同书的，一般应当在合同成立之前提出，因在承诺生效之后提出签订合同书的，对方当事人可以拒绝，并且在承诺生效之后提出签订合同书的，因为合同已经成立，合同书只是作为合同成立的证明，合同并非从签字盖章时成立。

二、真题分析

12. 【2012 年第 59 题】边某与某工厂于 2011 年 12 月 1 日签订了一份设备租赁合同，双方约定该合同自 2013 年 1 月 1 日起生效，有效期为三年。根据合同法及相关规定，下列哪些说法是正确的？

- A、该合同是附生效条件和解除条件的合同
- B、该合同是附生效期限和终止期限的合同
- C、该合同自 2011 年 12 月 1 日起成立，但未生效
- D、该合同自有效期届满时失效

【考点】附期限的合同；附条件的合同；合同成立

【分析】根据《合同法》第三十二、四十六条的规定，边某与某工厂在合同中约定了具体的生效时间和终止日期，是附期限的合同，因此，选项 BD 正确，选项 A 错误。在

2011 年 12 月 1 日，合同中约定的生效日期还未到来，所以该合同虽已成立，但尚未生效，因此，选项 C 正确。

【答案】BCD

13. 【2010 年第 10 题】王某与张某 2010 年 11 月 1 日签订了一份房屋租赁合同，双方约定 2011 年 4 月 1 日该房屋租赁合同生效。根据合同法及相关规定，下列关于该合同的说法哪些是正确的？

- A、该合同是附期限的合同
- B、该合同是附条件的合同
- C、2010 年 11 月 2 日该合同已成立，已生效
- D、2010 年 11 月 2 日该合同已成立，但未生效

【考点】附期限的合同；附条件的合同；合同成立

【分析】根据《合同法》第三十二、四十六条的规定，本题中，张某与王某已经签订租赁合同，表明合同已经成立。张某与王某在合同中约定了具体的生效日期，是附期限的合同，因此，选项 A 正确，选项 B 错误。而在 2010 年 11 月 2 日时，合同中约定的期限还未到来，所以合同虽已成立，但尚未生效。因此，选项 C 错误，选项 D 正确。

【答案】AD

第三十三条【确认书与合同成立】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。

一、本条含义

本条是对确认书的规定。

当事人在合同的订立过程中，常常会提出签订确认书的要求。按照我国对外贸易企业的习惯做法，双方以函电方式达成协议后，中方往往还要提出一式两份的销售确认书，邮寄对方交换签字后，才作为合同正式成立的依据。这种销售确认书实质上是一份简单的书面合同。

本条规定，采用信件、数据电文订立合同的，当事人可以在要约或者承诺中提出签订确认书的要求，合同以最后签订的确认书为成立。一方当事人在承诺生效后（即合同成立后）提出签订确认书的要求，如果对方不表示同意，不影响已经成立的合同的效力。按照本条规定，在合同成立后，如果一方当事人提出签订确认书的要求，对合同的成立不产生任何影响。

第三十四条【合同成立地点】承诺生效的地点为合同成立的地点。

采用数据电文形式订立合同的，收件人的主营业地为合同成立的地点；没有主营业地的，其经常居住地为合同成立的地点。当事人另有约定的，按照其约定。

一、本条含义

本条是对合同成立地点的规定。

承诺生效合同成立，而承诺生效地点为合同成立地点是基本原则。我国由于承诺生效采用送达主义，承诺生效的地点为收件人所在地，因而合同成立的地点为收件人所在地。

法律规定或者当事人约定采用特定形式成立合同的，特定形式完成地点为合同成立的地点。如当事人在合同成立前要求采用确认书、合同书等书面形式的，确认书从签订生效时起合同成立，合同成立时的地点为合同成立的地点。合同书从签字或者盖章时起成立，签字或者盖章的地点为合同成立的地点。

合同成立的地点也可以由双方当事人自行约定。

以数据电文形式订立合同，合同成立地点的确定适用本条第二款。

二、真题分析

14. 【2011 年第 58 题】根据合同法及相关规定，在没有约定的情况下，对于采用数据电文形式订立合同，下列说法哪些是正确的？

- A、发件人有主营业地的，其主营业地为合同成立的地点
- B、发件人没有主营业地的，其经常居住地为合同成立的地点
- C、收件人有主营业地的，其主营业地为合同成立的地点
- D、收件人没有主营业地的，其经常居住地为合同成立的地点

【考点】合同成立的地点

【分析】根据《合同法》第三十四条的规定，本题中，选项 AB 错误，选项 CD 正确。

【答案】CD

第三十五条【书面合同成立地点】当事人采用合同书形式订立合同的，双方当事人签字或者盖章的地点为合同成立的地点。

一、本条含义

本条是对采用合同书形式订立合同如何确定合同成立地点的规定。

非要式的合同，一般以承诺生效地点为合同成立的地点。要式合同，以要式达成的地点为合同成立的地点。双方当事人在合同成立以前约定以合同书形式订立合同的，以签字或者盖章的地点为合同成立的地点。如果当事人以要约与承诺达成合同后又协商签订合同书的，除非当事人另有约定，合同已于承诺生效时成立，承诺生效的地点为合同订立的地点，不适用本条的规定。

本条规定，也适用于双方当事人在合同成立前约定签订确认书的情况。

二、真题分析

15. 【2014 年第 9 题】北京市的甲公司和上海市的乙公司采用合同书形式订立合同。在合同订立过程中，双方在深圳市谈妥合同主要条款后，在广州市盖章。根据合同法及相关规定，该合同成立的地点为下列哪个城市？

- A. 北京市
- B. 上海市
- C. 深圳市
- D. 广州市

【考点】合同成立的地点

【分析】根据《合同法》第三十五条的规定，本题中，选项 ABC 错误，选项 D 正确。

【答案】D

第三十六条【书面合同与合同成立】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。

一、本条含义

本条是对应当采用书面形式而未采用的合同如何成立的规定。

法律、行政法规规定或者当事人约定采用书面形式订立的合同，当事人应当采用书面形式订立合同。在未采用书面形式之前，应当推定合同不成立。但是，形式不是主要的，重要的在于当事人之间是否真正存在一个合同。如果合同已经得到履行，即使没有以规定或者约定的书面形式订立，合同也应当是成立的。如果合同不违反法律的强制性规定，就是有效的。

第三十七条【合同书与合同成立】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。

一、本条含义

本条是对没有签字或者盖章的合同书如何成立的规定。

在合同书中双方当事人的签字盖章是十分重要的，没有双方当事人的签字盖章，就不能最终确认当事人对合同的内容协商一致，也就不能证明合同的成立有效，所以本法第三十二条规定，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。但是，双方当事人的签字盖章也只是形式问题，实质上应当追求当事人的真实意思。如果一个以合同书形式订立的合同已经履行，而仅仅是没有签字盖章，就认定合同不成立，则违背了当事人的真实意思。当事人既然已经履行。合同当然成立，除非当事人的协议违背法律的强制性规定。

第三十九条【格式条款定义及使用人义务】采用格式条款订立合同的，提供格式条款的一方应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务，并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。

格式条款是当事人为了重复使用而预先拟定，并在订立合同时未与对方协商的条款。

一、本条含义

本条是对格式条款的规定。

“格式条款”，又称为标准条款、标准合同、格式合同、定式合同、定型化合同，也有人称作附合合同等。格式条款具有以下特点：对象具有广泛性、条款具有持久性、条款具体细致、由事业者提出。

使用格式条款的好处是，简捷、省时、方便、降低交易成本，但其弊端在于，提供商品或者服务的一方往往利用其优势地位，制定有利于自己而不利于交易对方的条款，这一点在消费者作为合同相对方时特别突出。因此，必须在立法上予以限制。合同法本条第一款规定了提供格式条款一方在拟定格式条款以及在订立合同时应当遵循的原则和义务。

第四十条【格式条款的无效】格式条款具有本法第五十二条和第五十三条规定情形的，或者提供格式条款一方免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利的，该条款无效。

一、本条含义

本条是对格式条款无效的规定。

本条明确规定了格式条款在什么情况下无效。本法第五十二条是对于无效合同的规定。如果格式条款具有本法第五十二条规定的情形当然无效。本法第五十三条是对合同中的免责条款的规定，如果合同中有免除“造成对方人身伤害的”或者“因故意或者重大过失造成对方财产损失的”责任的条款，则该条款无效。如果格式条款具有第五十三条规定的情形，当然无效。

除了上述两种情况，如果提供格式条款的一方当事人免除其责任、加重对方责任、排除对方当事人的主要权利，则该条款无效。这一规定与第五十二条、第五十三条规定的情形一样，是当然无效的条款，即使当事人同意，也不使其产生效力。

二、真题分析

16. 【2014 年第 58 题】根据合同法及相关规定，下列关于合同中格式条款的哪些说法是正确的？

- A. 提供格式条款一方免除其责任的条款无效
- B. 提供格式条款一方排除对方主要权利的条款无效

- C. 对格式条款有两种以上解释的，应当作出不利于提供格式条款一方的解释
- D. 格式条款和非格式条款不一致的，应当采用格式条款

【考点】格式条款的解释

【分析】根据《合同法》第四十条规定，选项 AB 正确。根据《合同法》第四十一条规定，选项 C 正确，选项 D 错误。

【答案】ABC

第四十一条【格式条款的解释】对格式条款的理解发生争议的，应当按照通常理解予以解释。对格式条款有两种以上解释的，应当作出不利于提供格式条款一方的解释。格式条款和非格式条款不一致的，应当采用非格式条款。

一、本条含义

本条是对格式条款解释以及格式条款与非格式条款不一致时如何处理的规定。

对格式条款的理解发生争议，对该条款的解释，当然适用本法第一百二十五条关于合同解释的规定。但是，在对格式条款的解释上还是适用本条的特别规定。按通常理解予以解释，指的是当提供格式条款的对方订约能力较弱时，可以不按提供格式条款的一方的理解予以解释，而是按可能订立该合同的一般人的理解予以解释，这对保护采用格式条款订立合同的公民、小企业是有利的。有两种以上解释的，应当作出不利于提供格式条款一方的解释，也就是作出有利于其相对方的解释。

非格式条款一般是在格式条款外另行商定的条款，或对原来的格式条款重新协商修改的条款，是当事人特别约定的，如果与格式条款不一致，当然采用非格式条款。

二、真题分析

17. 【2012 年第 41 题】根据合同法及相关规定，关于合同中的格式条款，下列哪些说法是正确的？

- A. 格式条款是当事人为了重复使用而预先拟定，并在订立合同时未与对方协商确定的条款
- B. 提供格式条款一方免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利的，该条款无效
- C. 对格式条款的理解发生争议的，应当按照通常理解予以解释
- D. 对格式条款有两种以上解释的，应当作出有利于提供格式条款一方的解释

【考点】格式条款

【分析】根据《合同法》第三十九条第二款规定，本题中，选项 A 正确。根据《合同法》第四十条规定，选项 B 正确。根据《合同法》第四十一条规定，选项 C 正确，选项 D 错误。

【答案】ABC

第四十二条【缔约过失责任】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：

- (一) 假借订立合同，恶意进行磋商；
- (二) 故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况；
- (三) 有其他违背诚实信用原则的行为。

一、本条含义

本条是对缔约过失责任的规定。

缔约过失责任指因当事人在订立合同过程中，因违背诚实信用原则而给对方造成损失的赔偿责任。

根据自愿原则，当事人可以自由决定是否订合同，与谁订合同，订什么样的合同。为订立合同与他人进行协商，协商不成的，一般不承担责任。但是，当事人进行合同的谈判，应当遵循诚实信用原则。在本条规定的情况下，给对方当事人造成损失的，应当承担损害赔偿赔偿责任。

负有缔约过失责任的当事人，应当赔偿受损害的当事人。赔偿应当以受损害的当事人的损失为限。这个损失包括直接利益的减少，如谈判中发生的费用，还应当包括受损害的当事人因此失去的与第三人订立合同的机会的损失。

第四十三条【保守商业秘密义务】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地使用。泄露或者不正当地使用该商业秘密给对方造成损失的，应当承担损害赔偿赔偿责任。

一、本条含义

本条是对当事人保密义务的规定。

按照我国《反不正当竞争法》第十条中的规定，商业秘密是指，不为公众所知悉、能为权利人带来经济利益、具有实用性并经权利人采取保密措施的技术信息和经营信息。这些信息，一般当事人是严格保密的，除非当事人认为其不需要保密。

无论合同是否达成，当事人均不得泄露或者不正当地使用所知悉的商业秘密，而且只要商业秘密仍然是商业秘密，无论经过了多长时间，都不得泄露或者不正当地使用。违反法律规定泄露或者不正当地使用商业秘密的，不仅仅限于承担民事赔偿责任，还有可能承担行政责任甚至刑事责任。

二、真题分析

18. 【2012 年第 67 题】根据合同法及相关规定，当事人在订立合同过程中有下列哪些行为，给对方造成损失的，应当承担损害赔偿赔偿责任？

- A、故意隐瞒与订立合同有关的重要事实
- B、假借订立合同，恶意进行磋商
- C、泄露在订立合同过程中知悉的商业秘密
- D、不正当地使用在订立合同过程中知悉的商业秘密

【考点】缔约过失责任；保留责任

【分析】根据《合同法》第四十二条规定，本题中，选项 AB 正确。根据《合同法》第四十三条规定，选项 CD 正确。

【答案】ABCD

第三章 合同的效力

第四十四条【合同的生效】依法成立的合同，自成立时生效。法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效的，依照其规定。

一、本条含义

本条是对合同生效时间的规定。

合同生效是指合同产生法律约束力。合同生效后，其效力主要体现在以下几个方面：

1. 在当事人之间产生法律效力。一旦合同成立生效后，当事人应当依合同的规定，享受权利，承担义务。当事人依法受合同的拘束，是合同的对内效力。

2. 合同生效后产生的法律效果还表现在对当事人以外的第三人产生一定的法律拘束力。合同的这一效力表现，称为合同的对外效力。合同一旦生效后，任何单位或个人都不得侵犯当事人的合同权利，不得非法阻挠当事人履行义务。

3. 合同生效后的法律效果还表现在，当事人违反合同的，将依法承担民事责任，必要时人民法院也可以采取强制措施使当事人依合同的规定承担责任、履行义务，对另一方当事人进行补救。对此本法第七章作了规定。

合同什么时候产生效力？民法通则第五十五条规定，民事法律行为应该具备下列条件：（一）行为人具有相应的民事行为能力；（二）意思表示真实；（三）不违反法律或者社会公共利益。这是合同的一般生效要件。

合同什么时候产生效力？我国民法通则第五十七条规定，民事法律行为从成立时起具有法律约束力。本条对合同何时生效作了两层规定：

1. 依法成立的合同，自成立时生效。也就是说，合同的生效，原则上是与合同的成立一致的，合同成立就产生效力。那么合同何时成立？根据本法第二十五条的规定：“承诺生效时合同成立。”例如买卖合同，如果双方当事人对合同的生效没有特别约定，那么双方当事人就买卖合同的主要内容达成一致时，合同就成立并且生效。

2. 法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效的，自批准、登记时生效。也就是说，某些法律、行政法规规定合同的生效要经过特别程序后才产生法律效力，这是合同生效的特别要件。例如，我国的中外合资经营法、中外合作经营法规定，中外合资经营合同、中外合作经营合同必须经过有关部门的审批后，才具有法律效力。

第四十五条【附条件的合同】当事人对合同的效力可以约定附条件。附生效条件的合同，自条件成就时生效。附解除条件的合同，自条件成就时失效。

当事人为自己的利益不正当地阻止条件成就的，视为条件已成就；不正当地促成条件成就的，视为条件不成就。

一、本条含义

本条是对附条件合同效力的规定。

根据本条的规定，合同的双方当事人可以对合同的效力附条件，即附条件的合同。所谓附条件的合同，是指合同的双方在合同中约定某种事实状态，并以其将来发生或者不发生作为合同生效或者不生效的限制条件的合同。

所附条件是指合同当事人自己约定的、未来有可能发生的、用来限定合同效力的某种合法事实。所附条件有以下特点：

（1）所附条件是由双方当事人约定的，并且作为合同的一个条款列入合同中。其与法定条件的最大区别就在于后者是由法律规定的，不由当事人的意思取合并具有普遍约束力的条件。因此、合同双方当事人不得以法定条件作为所附条件。

（2）条件是将来可能发生的事实。过去的、现存的事实或者将来必定发生的事实或者必定不能发生的事实不能作为所附条件。此外，法律规定的事实也不能作为附条件，如子女继承父亲遗产要等到父亲死亡，就不能作为条件。

（3）所附条件是当事人用来限制合同法律效力的附属意思表示。它同当事人约定的所谓供货条件、付款条件是不同的，后者是合同自身内容的一部分，而附条件合同的所附条件只是合同的附属内容。

（4）所附条件必须是合法的事实。违法的事实不能作为条件，如双方当事人不能约定某人杀死某人作为合同生效的条件。

所附条件可分为生效条件和解除条件。生效条件是指使合同的效力发生或者不发生的条件。在此条件出现之前，也即本条所说的条件成就之前，合同的效力处于不确定状态，当此条件出现后，即条件成就后，合同生效；当条件没有出现（或成就），合同也就不生效。例如甲与乙签订买卖合同，甲同意把房子卖给乙，但是条件是要在甲调到外地工作过后。这个条件一旦出现后，则卖房的合同即生效。解除条件又称消灭条件，是指对具有效

力的合同，当合同约定的条件出现（即成就）时，合同的效力归于消灭；若确定该条件不出现（不成就），则该合同仍确保其效力。

这里需要特别指出的是，附条件的合同虽然要在所附条件出现时生效或者失效，但是对于当事人仍然具有法律约束力，双方当事人不能随意变更或者解除。一旦符合所附条件时，一方如果不履行，就要赔偿因此给对方造成的损失。

由于附条件的合同的生效或者终止的效力取决于所附条件的成就或者不成就（即出现或不出现），并且所附条件事先是不确定的，因此，任何一方均不得以违反诚实信用原则的方法恶意地促成条件的成就或者阻止条件的成就（出现）。

第四十六条【附期限的合同】当事人对合同的效力可以约定附期限。附生效期限的合同，自期限届至时生效。附终止期限的合同，自期限届满时失效。

一、本条含义

本条是对附期限合同效力的规定。

根据本条的规定，合同的双方当事人可以对合同的效力附期限，即附期限的合同。所谓附期限的合同，是指附有将来确定到来的期限作为合同的条款，并在该期限到来时合同的效力发生或者终止的合同。所附的期限就是双方当事人约定的将来确定到来的某个时间。

附期限合同中的期限的特征在很多方面与附条件合同中的条件是相同的。但是二者是不完全相同的。在附条件的合同中条件的成就与否是当事人不能预见的，条件可能成就（出现），也可能不成就（不出现），因此，条件是不确定的事实。但是在附期限的合同中，合同的当事人在合同中规定一定的期限，把期限的到来作为合同生效和失效的根据，但期限的到来是当事人所预知的，所以期限是确定的事实。当事人在签订合同时，对于确定的事实只能在合同中附期限，而不能附条件。

附期限合同中的附期限可分为生效期限和终止期限。生效期限又可称为始期，是指以其到来使合同发生效力的期限。该期限的作用是延缓合同效力的发生，其作用与附条件合同中的生效条件相当。合同在该期限到来之前，其效力处于停止状态，待期限到来时，合同的效力才发生。终止期限是指以其到来使合同效力消灭的期限。附终止期限合同中的终止期限与附条件合同中的附解除条件的作用相当，故其又称为解除期限。本条规定，附生效期限的合同，自期限届至时生效。附终止期限的合同，自期限届满时失效。

附期限合同中的期限可以是一个具体的期日，如某年某月某日；也可以是一个期间，如“合同成立之日起 5 个月”。

第四十七条【限制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。

相对人可以催告法定代理人在一个月内予以追认。法定代理人未作表示的，视为拒绝追认。合同被追认之前，善意相对人有撤销的权利。撤销应当以通知的方式作出。

一、本条含义

本条是对限制民事行为能力人订立的合同效力的规定。

民法通则第五十五条规定，行为人具有相应的民事行为能力是民事法律行为有效的必备要件之一。合同作为一种民事法律行为也必须要求合同当事人具有相应的民事行为能力。限制民事行为能力人所签订的合同从主体资格上讲是有瑕疵的，因为当事人缺乏完全的缔约能力、代签合同的资格和处分能力。本条将此类合同列入了效力待定合同中。

限制民事行为能力人签订的合同要具有效力，一个最重要的条件就是要经过其法定代

理人的追认，这种合同一旦经过法定代理人的追认就具有法律效力，在没有经过追认前，该合同虽然成立，但是并没有实际生效。所谓追认，是指法定代理人明确无误地表示同意限制民事行为能力人与他人签订的合同。这种同意是一种单方意思表示，无须合同的相对人同意即可发生效力。这里需要强调的是，法定代理人的追认应当以明示的方式作出，并且应当为合同的相对人所了解，才能产生效力。

对于限制民事行为能力人签订的合同，并非所有的都必须经过法定代理人的追认。本条规定，限制民事行为能力人签订的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就具有法律效力。所谓“纯获利益”在我国一般是指限制民事行为能力人在某合同中只享有权利或者利益，不承担任何义务，如限制民事行为能力人接受奖励、赠与、报酬等，对于这些纯获利益的合同，他人不得以行为人的限制民事行为能力为由，主张该合同不具有效力。同时，限制民事行为能力人也可独立订立与其年龄、智力、精神健康相适应的合同，这类合同一般是日常生活方面的合同，如购买书本、乘坐交通工具等；对于不能完全辨认其行为的精神病人在其健康状况允许时，可订立某些合同，而不经法定代理人追认。除此之外，限制民事行为能力人订立的合同就必须经过其法定代理人的同意后才具有法律效力。

根据本条第二款的规定，合同的相对人可以催告限制民事行为能力人的法定代理人在 1 个月内予以追认。法定代理人未作表示的，视为拒绝追认。所谓“催告”就是指合同的相对人要求法定代理人在一定时间内明确答复是否承认限制民事行为能力人所签订的合同，法定代理人逾期不作表示的，视为法定代理人拒绝追认。

本条第二款除了规定相对人有催告权外，还规定了相对人有撤销合同的权利。这里的撤销权，是指合同的相对人在法定代理人未追认限制民事行为能力人所签订的合同之前，撤销自己对限制民事行为能力人所作的意思表示。

第四十八条【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。

相对人可以催告被代理人在一个月予以追认。被代理人未作表示的，视为拒绝追认。合同被追认之前，善意相对人有撤销的权利。撤销应当以通知的方式作出。

一、本条含义

本条是对无代理权人签订的合同效力的规定。

所谓无权代理合同，就是无代理权人代理他人从事民事行为所签订的合同。根据民法通则第六十六条的规定，因无权代理而签订的合同有以下三种情形：（1）根本没有代理权而签订的合同。是指签订合同的人根本没有经过被代理人的授权，就以被代理人的名义签订的合同。（2）超越代理权而签订的合同。是指代理人与被代理人之间有代理关系存在，但是代理人超越了被代理人的授权范围与他人签订了合同。例如，甲委托乙购买电视机 300 台，但是乙擅自与他人签订了购买 500 台电视机的合同，这就是超越代理权而签订的合同。（3）代理关系终止后签订的合同。这是指行为人与被代理人之间原有代理关系，但是由于代理期限届满、代理事务完成或者被代理人取消委托关系等原因，被代理人与代理人之间的代理关系已不复存在，但原代理人仍以被代理人的名义与他人签订的合同。

对于无权代理人以被代理人名义与他人签订的合同，本法规定的是一种效力待定的合同。

本条第一款规定，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。本条的追认，是指被代理人对无权代理行为事后予以承认的一种单方意思表示。被代理人的追认应当以明示的意思表示

向相对人作出，如果仅向无代理人作出意思表示，也必须使相对人知道后才能产生法律效力。一旦被代理人作出追认，因无权代理所订立的合同就从成立时起产生法律效力。

与本章第四十七条的第二款一样，本条的第二款也规定了合同的相对人享有催告权和撤销权。所谓催告权，是指合同的相对人催促被代理人在一定期限内明确答复是否承认无权代理合同。所谓撤销权，是指相对人在被代理人未追认合同之前，可撤回其对无权代理人所作的意思表示。

第四十九条【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。

一、本条含义

本条是对表见代理合同效力的规定。

所谓表见代理，是行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后签订了合同，如果相对人有理由相信其有代理权，那么相对人就可以向本人主张该合同的效力，要求本人承担合同中所规定的义务，受合同的约束。

构成表见代理合同要满足以下条件：1. 行为人并没有获得本人的授权就与第三人签订了合同。本条规定了没有代理权、超越代理权或者代理权终止这三种情形。2. 合同的相对人在主观上必须是善意的、无过失的。所谓善意，是指相对人不知道或者不应当知道行为人实际上无权代理；所谓无过失，是指相对人的这种不知道不是因为其大意造成的。如果相对人明知或者理应知道行为人是没有代理权、超越代理权或者代理权已终止，而仍与行为人签订合同，那么就不构成表见代理，合同相对人也就不能受到保护。

需要注意的是本条的规定与本法第四十八条的规定是不相同的。第四十八条规定的合同必须要经过本人的追认才具有效力，而本条规定的合同不必经过本人的追认就当然具有效力。

二、真题分析

19. 【2013年第3题】 行为人超越代理权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，根据合同法及相关规定，该代理行为的效力如何？

- A、有效
- B、无效
- C、经被代理人追认后才有效
- D、对被代理人不发生法律效力

【考点】表见代理

【分析】根据《合同法》第四十九条规定，本题中，选项 A 正确，选项 BCD 错误。

【答案】A

第五十条【法定代表人越权订立的合同】 法人或者其他组织的法定代表人、负责人超越权限订立的合同，除相对人知道或者应当知道其超越权限的以外，该代表行为有效。

一、本条含义

本条是对因代表行为订立的合同效力的规定。

我国民法通则第三十八条规定，法人的法定代表人是指依照法律或者法人的组织章程的规定，代表法人行使职权的负责人。可见法人的法定代表人或者其他组织的负责人是代表法人或者其他组织行使职权的。从以往的司法实践来看，由于对大量法定代表人或者其他组织的负责人超越权限而订立的合同作无效处理，严重地损害了合同相对人的利益，助长了一些法人或者其他组织借此逃避责任，谋取非法利益。因此，规定法定代表人或者其他组织的负责人超越权限的行为一般也有效，可以有效地防止此类现象的发生，也符合交

易的规则。

需要特别注意的是，在订立合同的过程中，合同的相对人知道或者应当知道法定代理人或者其他组织的行为是超越了权限，而仍与之订立合同，则具有恶意，那么此时，合同就不具效力。

第五十一条【无处分权人订立的合同】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。

一、本条含义

本条是对无权处分合同的效力的规定。

所谓无处分权人，就是对归属于他人的财产没有权利进行处置的权利或者虽对财产拥有所有权，但由于在该财产上负有义务而对此不能进行自由处分的人。例如，A 将某物租赁给 B 使用，B 却将该物非法转让给 C，则 B 与 C 之间的买卖合同就属于因无权处分而订立的合同。

因无权处分他人财产而签订的合同一般具有如下特点：

1. 无处分权人实施了处分他人财产的行为。这里所说的处分，是指法律意义上的处分，例如财产的转让、财产的赠与、在财产上设定抵押权等行为。

2. 无处分权人处分他人财产而签订的合同必须经过权利人的事后追认或者在合同订立后取得对财产的处分权。这里的权利人，是指对财产享有处分权的人。所谓追认是指权利人事后同意该处分财产行为的意思表示。这种追认可以直接向买受人作出，也可以向处分人作出；可以用口头形式作出，也可以用书面形式作出。不管用何种形式，追认都必须用明显的方式作出，沉默和不作为都不视为追认。在权利人追认前，因无权处分而订立的合同处于效力待定状态，在得到追认以前，买受人可以撤销该合同；在追认以后，则合同将从订立合同时起就产生法律效力，任何一方当事人都可以请求对方履行合同义务。

根据本条的规定，如果无处分权人订立合同后取得处分权，该合同仍为有效合同。

二、真题分析

20. 【2012 年第 75 题】根据合同法及相关规定，下列哪些说法是正确的？

A、行为人没有代理权却以被代理人名义订立合同，未经被代理人追认的，对被代理人不发生效力，由行为人承担责任

B、行为人代理权终止后仍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

C、限制民事行为能力人订立的任何合同均需经法定代理人追认后才有效

D、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

【考点】合同的效力

【分析】根据《合同法》第四十八条第一款规定，本题中，选项 A 正确。根据《合同法》第四十九条表见代理的规定，选项 B 正确。根据《合同法》第四十七条第一款规定，选项 C 错误。根据《合同法》第五十一条规定，选项 D 正确。

【答案】ABD

第五十二条【合同无效的法定条款】有下列情形之一的，合同无效：

- (一) 一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益；
- (二) 恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益；
- (三) 以合法形式掩盖非法目的；
- (四) 损害社会公共利益；

（五）违反法律、行政法规的强制性规定。

一、本条含义

本条是关于无效合同的规定。

所谓无效合同就是不具有法律约束力和不发生履行效力的合同。一般合同一旦依法成立，就具有法律拘束力，但是无效合同却由于违反法律、行政法规的强制性规定或者损害国家、社会公共利益，因此，即使其成立，也不具有法律拘束力。无效合同一般具有以下特征：

1. 无效合同具有违法性。一般来说本法所规定的无效合同都具违法性，它们大都违反了法律和行政法规的强制性规定和损害了国家利益、社会公共利益，例如，合同当事人非法买卖毒品、枪支等。

2. 无效合同是自始无效的。所谓自始无效，就是合同从订立时起，就没有法律约束力，以后也不会转化为有效合同。对于已经履行的，应当通过返还财产、赔偿损失等方式使当事人的财产恢复到合同订立前的状态。

本条规定，有下列情形之一的合同无效：

1. 一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益

所谓欺诈，就是故意隐瞒真实情况或者故意告知对方虚假的情况，欺骗对方，诱使对方作出错误的意思表示而与之订立合同。欺诈具有以下构成要件：（1）欺诈一方当事人有欺诈的故意。（2）要有欺诈另一方的行为。（3）受欺诈方签订合同是由于受欺诈的结果。

所谓胁迫，是指行为人以将要发生的损害或者以直接实施损害相威胁，使对方当事人产生恐惧而与之订立合同。因胁迫而订立的合同要具有如下构成要件：（1）胁迫人具有胁迫的故意。（2）胁迫者必须实施了胁迫行为。（3）胁迫行为必须是非法的。（4）必须要有受胁迫者因胁迫行为而违背自己的真实意思与胁迫者订立的合同。

2. 恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益的合同

所谓恶意串通的合同，就是合同的双方当事人非法勾结，为牟取私利，而共同订立的损害国家、集体或者第三人利益的合同。例如，甲企业产品的质量低劣，销不出去，就向乙企业的采购人员或者其他订立合同的主管人员行贿，然后相互串通订立合同，将次品当成合格产品买入。本法依据民法通则第五十八条的规定，将此类合同纳入了无效合同之中。

3. 以合法形式掩盖非法目的而订立合同

民法通则第五十八条第七项规定，以合法形式掩盖非法目的的民事行为无效。此类合同中，行为人为达到非法目的以迂回的方法避开了法律或者行政法规的强制性规定，所以又称为伪装合同。例如，当事人通过虚假的买卖行为达到隐匿财产、逃避债务的目的就是一种比较典型的以合法形式掩盖非法目的合同。

4. 损害社会公共利益的合同

公序良俗或者公共秩序对于维护国家、社会一般利益及社会道德具有极其重要的作用。我国虽然没有采用公序良俗或者公共秩序的提法，但是我国民法通则第五十八条第五项确立了社会公共利益的原则。第五十八条第五项规定，违反法律或者社会公共利益的民事行为无效。损害社会公共利益的合同实质上是违反了社会主义的公共道德。破坏了社会经济秩序和生活秩序。例如，与他人签订合同出租赌博场所。

5. 违反法律、行政法规的强制性规定的合同

从本条的规定可知，只有违反了这些法律、行政法规的强制性规定的合同才无效。

这是因为法律、行政法规包含强制性规定和任意性规定。强制性规定排除了合同当事人的意思自由，即当事人在合同中不得合意排除法律、行政法规强制性规定的适用，如果

当事人约定排除了强制性规定，则构成本项规定的情形；对任意性规定，当事人可以约定排除，如当事人可以约定商品的价格。

应当特别注意的是本项的规定只限于法律和行政法规，不能任意扩大范围。这里的法律是指全国人大及其常委会颁布的法律；行政法规是指由国务院颁布的法规。

二、真题分析

21. 【2014 年第 2 题】王某和赵某签订合同，向其购买法律禁止买卖的物品。根据合同法及相关规定，下列关于该合同效力的哪种说法是正确的？

- A. 该合同为无效合同
- B. 该合同为可变更合同
- C. 该合同为可撤销合同
- D. 该合同效力待定

【考点】合同的效力

【分析】根据《合同法》第五十二条第（五）项的规定，选项 A 正确，选项 BCD 错误。

【答案】A

第五十三条【合同免责条款的无效】合同中的下列免责条款无效：

- （一）造成对方人身伤害的；
- （二）因故意或者重大过失造成对方财产损失的。

一、本条含义

本条是对合同中免责条款效力的规定。

合同中的免责条款就是指合同中的双方当事人合同中约定的，为免除或者限制一方或者双方当事人未来责任的条款。免责条款一般有以下特征：（1）免责条款具有约定性；（2）免责条款的提出必须是以明示的方式作出，任何以默示的方式作出的免责都是无效的；（3）合同中的免责条款具有免责性。

本条规定了以下两种免责条款无效：

1. 造成对方人身伤害的条款无效。对于人身的健康和生命安全，法律是给予特殊保护的，并且从整体社会利益的角度来考虑，如果允许免除一方当事人对另一方当事人人身伤害的责任，那么就无异于纵容当事人利用合同形式对另一方当事人的生命进行摧残，这与保护公民的人身权利的宪法原则是相违背的。

2. 因故意或者重大过失给对方造成财产损失的免责条款。我国合同法确立免除故意或者重大过失造成合同一方当事人财产的条款无效，是因为这种条款严重违反了诚实信用原则，如果允许这类条款的存在，就意味着允许一方当事人可能利用这种条款欺骗对方当事人，损害对方当事人的合同权益，这是与合同法的立法目的完全相违背的。

二、真题分析

22. 【2010 年第 18 题】根据合同法及相关规定，合同中免除下列哪些责任的条款无效？

- A. 造成对方人身伤害的
- B. 因故意造成对方财产损失的
- C. 因重大过失造成对方财产损失的
- D. 因不可抗力造成对方财产损失的

【考点】无效的免责条款

【分析】根据《合同法》第五十三条规定，本题中，选项 ABC 正确。根据《合同法》第一百一十七条规定，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，但法律另有规定的除外。当事人迟延履行后发生不可抗力的，不能免除责任。因此，《合同法》并没有禁止有关不可抗力的免责条款，选项 D 错误。

【答案】ABC

第五十四条【可撤销合同】下列合同，当事人一方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销：

- (一) 因重大误解订立的；
- (二) 在订立合同时显失公平的。

一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立的合同，受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销。

当事人请求变更的，人民法院或者仲裁机构不得撤销。

一、本条含义

本条是关于可撤销合同的规定。

所谓可撤销合同，就是因意思表示不真实，通过有撤销权的当事人行使撤销权，使已经生效的意思表示归于无效的合同。我国的民法通则第五十九条规定：下列民事行为，一方有权请求人民法院或者仲裁机构予以变更或者撤销：（一）行为人对行为内容有重大误解的；（二）显失公平的。被撤销的民事行为从行为开始时起无效。可撤销合同具有以下特点：

1. 可撤销的合同在未被撤销前，是有效的合同。
2. 可撤销的合同一般是意思表示不真实的合同。无论是在大陆法系还是在英美法系，大多规定意思表示不真实的合同，撤销权人可以请求撤销合同。
3. 可撤销合同的撤销要由撤销权人通过行使撤销权来实现。

可撤销合同与无效合同有相同之处，如合同都会因被确认无效或者被撤销后而使合同自始不具有效力，但是二者是两个不同的概念。可撤销合同主要是涉及意思不真实的合同，而无效合同主要是违反法律的强制性规定和社会公共利益；可撤销合同在没有被撤销之前仍然是有效的，而无效合同是自始都不具有效力；可撤销合同中的撤销权是有时间限制的，本法第五十五条第一款规定，具有撤销权的当事人自合同成立时起 1 年内具有撤销权；可撤销合同中的撤销权人有选择的权利，他可以申请撤销合同，也可以让合同继续有效，他可以申请变更合同，也可以申请撤销合同，而无效合同是当然的无效，当事人无权进行选择。

本条规定了三种可撤销的合同：

1. 因重大误解而订立的合同

所谓重大误解，是指误解者作出意思表示时，对涉及合同法律效果的重要事项存在着认识上的显著缺陷，其后果是使误解者的利益受到较大的损失，或者达不到误解者订立合同的目的。因重大误解而可撤销的合同一般具有以下几个要件：（1）误解一般是因受害方当事人自己的过失产生的。（2）必须是要对合同的内容构成重大的误解。（3）这类合同要能直接影响到当事人所应享有的权利和承担的义务，合同一旦履行就会使误解方的利益受到损害。（4）重大误解与合同的订立或者合同条件存在因果关系。

2. 在订立合同时显失公平的

所谓显失公平的合同，就是一方当事人在紧迫或者缺乏经验的情况下订立的使当事人之间享有的权利和承担的义务严重不对等的合同。显失公平制度具有以下构成要件：（1）客观要件，即在客观上当事人之间的利益不平衡。（2）主观要件，即一方当事人故意利用其优势或者另一方当事人的草率、无经验等订立了合同。

3. 一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背对方真实意思的情况下订立的合同

本法第五十二条已规定因欺诈、胁迫订立的合同无效的问题，这和本条对因欺诈、胁迫订立的合同最大的区别是是否损害了国家利益。损害国家利益的，涉及社会公共秩序，大陆法系一般规定为无效。如果未损害国家利益，受欺诈、胁迫的一方可以自主决定该合同有效或者撤销。

二、真题分析

23. 【2013 年第 9 题】王某以胁迫的手段，使李某在违背真实意思的情况下与其订立了一买卖合同。根据合同法及相关规定，下列哪种说法是正确的？

- A、该合同为无效合同
- B、李某有权请求人民法院变更该合同
- C、王某有权请求人民法院撤销该合同
- D、人民法院可以依职权主动撤销该合同

【考点】合同效力

【分析】根据《合同法》第五十四条第二款规定，该合同是王某以胁迫的手段使李某在违背真实意思的情况下订立的，属于可撤销或可变更合同，因此，选项 A 错误。并且只有受损害方李某有权请求人民法院或者仲裁机构变更或撤销该合同，王某无权请求，人民法院也不能依职权撤销或变更因此，选项 B 正确，选项 CD 错误。

【答案】B

24. 【2011 年第 42 题】根据合同法及相关规定，有下列哪些情形的，合同无效？

- A、以欺诈的手段订立合同，损害对方利益
- B、恶意串通，损害第三人利益
- C、在订立时存在重大误解
- D、违反行政法规的强制性规定

【考点】合同无效

【分析】根据《合同法》第五十二条规定，本题中，选项 BD 正确。选项 AC 属于《合同法》第五十四条第一款规定的可变更或撤销合同的情形，因此，选项 AC 错误。

【答案】BD

25. 【2010 年第 34 题】王某与张某签订了一个二手汽车买卖合同，但王某隐瞒了该汽车存在重大质量瑕疵的情况。根据合同法及相关规定，下列说法哪些是正确的？

- A、张某有权请求人民法院变更该买卖合同
- B、张某有权请求人民法院撤销该买卖合同
- C、张某只能请求人民法院变更该买卖合同
- D、张某只能请求人民法院撤销该买卖合同

【考点】可撤销的合同

【分析】根据《合同法》第五十四条第二、三款的规定，选项 AB 正确，选项 CD 错误。

【答案】AB

第五十五条【撤销权的消灭】有下列情形之一的，撤销权消灭：

（一）具有撤销权的当事人自知道或者应当知道撤销事由之日起一年内没有行使撤销权；

(二) 具有撤销权的当事人知道撤销事由后明确表示或者以自己的行为放弃撤销权。

一、本条含义

本条是对撤销权消灭的规定。

撤销权是一种权利，具有撤销权的当事人既可以行使撤销权，向人民法院或者仲裁机构请求撤销或者变更该合同，也可以放弃撤销权，不行使该权利。本条规定了两种撤销权消灭的情形。

具有撤销权的当事人放弃撤销权后，造成的法律效果就是，该撤销权消灭，合同产生绝对的效力，该当事人不得再以相同的理由要求撤销该合同，而应按照合同的规定履行自己的义务，否则就构成违约。

第五十六条【合同自始无效和部分无效】无效的合同或者被撤销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。

一、本条含义

本条是对无效合同和被撤销合同效力的规定和对合同部分无效的规定。

合同被确认无效或者被撤销后，将导致该合同自始无效。所谓的自始无效，就是指合同被确认无效后，将溯及既往，从合同成立之时就无效。本条的规定与民法通则的规定也是一致的，民法通则第五十八条规定：无效的民事行为，从行为开始时就没有法律约束力。

民事行为无效包括部分无效和全部无效两种。民法通则第六十条规定：“民事行为部分无效，不影响其他部分的效力的，其他部分仍然有效。”同样，无效的合同也可分部分无效的合同和全部无效的合同。部分无效的合同就是指有些合同条款虽然违反法律规定，但并不影响其他条款效力的合同。

本条规定，合同部分无效，不影响其他部分效力的，其他部分仍然有效。这规定包含了以下两层意思：

1. 如果认定合同的某些条款无效，该部分内容与合同的其他内容相比较，应当是相对独立的，该部分与合同的其他部分具有可分性，也就是本条所说的，合同的无效部分不影响其他部分的效力。

2. 如果合同的目的是违法的，或者根据交易习惯或者诚实信用和公平原则，剩余部分的合同内容的效力对当事人已没有任何意义或者不公平合理的，合同应全部确认为无效。

二、真题分析

26. 【2010年第42题】根据合同法及相关规定，对于因重大误解订立的合同，当事人一方有权请求人民法院予以撤销。对此，下列说法哪些是正确的？

A、具有撤销权的当事人自知道或者应当知道撤销事由之日起一年内没有行使撤销权的，撤销权消灭

B、具有撤销权的当事人自合同成立之日起六个月内没有行使撤销权的，撤销权消灭

C、具有撤销权的当事人知道撤销事由后明确表示或者以自己的行为放弃撤销权的，撤销权消灭

D、被撤销的合同自始没有法律约束力

【考点】撤销权

【分析】根据《合同法》第五十五条的规定，本题中，选项AC正确，选项B错误。根据《合同法》第五十六条的规定，选项D正确。

【答案】ACD

第五十七条【合同解决争议条款的效力】合同无效、被撤销或者终止的，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。

一、本条含义

本条是关于解决争议条款效力的规定。

合同无效或者被撤销，虽不能产生当事人所预期的法律效果，但并不是不产生任何法律后果。根据本法第五十九条的规定，合同无效或者被撤销后，要使当事人负返还财产、赔偿损失的民事责任。同样，在合同终止的情况下，双方当事人之间也有民事责任的存在。对于如何划分这些民事责任，解决双方之间的民事争议，双方当事人在原合同中往往订有解决争议的条款存在，当事人希望用约定的解决争议的方法来解决双方之间的争议。这些条款的效力是独立于合同的效力的，合同的有效与否、变更与否或者终止与否都不影响解决争议条款的效力。

本条所说的有关解决争议方法的条款包括（1）仲裁条款；（2）选择受诉法院的条款；（3）选择检验、鉴定机构的条款；（4）法律适用条款。

二、真题分析

27. 【2010 年第 26 题】甲乙两公司签订了一份购销合同，该合同标的是法律禁止流通的物品，其余条款均齐备并符合规定，并有独立存在的有关解决争议方法的条款。根据合同法及相关规定，下列关于该合同效力的说法哪些是正确的？

- A、该合同所有条款均无效
- B、该合同有效，但无法履行
- C、该合同无效，但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
- D、该合同的效力待定

【考点】无效合同；解决争议条款效力

【分析】根据《合同法》第五十二条的规定，本题中合同标的是国家禁止流通的物品，违反了国家法律、行政法规的强制性规定，该合同属于无效合同，因此，选项 BD 错误。根据《合同法》第五十七条的规定，选项 A 错误，选项 C 正确。

【答案】C

第五十八条【合同无效或被撤销的法律后果】合同无效或者被撤销后，因该合同取得的财产，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。

一、本条含义

本条是对合同无效或者被撤销的法律后果的规定。

《民法通则》第六十一条第一款规定：民事行为被确认为无效或者被撤销后，当事人因该行为取得的财产，应当返还给受损失的一方。有过错的一方应当赔偿对方因此所受到损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。

本条规定，在合同无效或者被撤销的情形下，当事人仍应负返还财产、折价补偿和赔偿损失等民事责任。

第五十九条【恶意串通获取财产的返还】当事人恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益的，因此取得的财产收归国家所有或者返还集体、第三人。

一、本条含义

本条是对恶意串通合同后果的规定。

本法第五十二条第二项规定，恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益的合同是无效合同。民法通则第六十一条第二款规定：双方恶意串通，实施民事行为损害国家的、集

体的或者第三人利益的，应当追缴双方取得的财产，收归国家、集体所有或者返还第三人。本条是依据民法通则的规定作出的。

恶意串通是指合同当事人在订立合同过程中，为牟取不法利益合谋实施的违法行为。恶意串通的合同具有两个特征：（1）当事人双方是出于故意；（2）恶意串通的合同是为牟取非法利益。

第四章 合同的履行

第六十条【严格履行与诚实信用】当事人应当按照约定全面履行自己的义务。

当事人应当遵循诚实信用原则，根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。

一、本条含义

本条规定了诚信履行的原则。

诚实信用原则在合同法中居特殊地位，在合同履行中，诚信履行亦构成合同履行的基本原则。合同的当事人应当依照诚信原则行使债权，履行债务。合同的约定符合诚信原则的，当事人应当严格履行合同，不得擅自变更或者解除。

诚信履行原则，又导出履行的附随义务。当事人除应当按照合同约定履行自己的义务外。也要履行合同未做约定但依照诚信原则也应当履行的协助、告知、保密、防止损失扩大等义务。

第六十一条【合同约定不明的补救】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。

一、本条含义

本条规定了当事人就合同中质量等内容的补充确定。

合同的标的、数量是合同的必备条款，需由当事人明确约定。当事人没有约定，或者约定不明确的，合同内容无法确定，合同不成立。

当事人约定了合同的标的、数量，不影响合同成立。对质量、价款、履行地点、履行方式、履行期限、履行费用未做出约定，或者约定不明确，当事人可以协议补充确定。不能达成补充协议的，可以通过合同的有关条款或者交易习惯确定。

第六十二条【合同约定不明的履行】当事人就有关合同内容约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，适用下列规定：

（一）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。

（二）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。

（三）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。

（四）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。

（五）履行方式不明确的，按照有利于实现合同目的的方式履行。

（六）履行费用的负担不明确的，由履行义务一方负担。

一、本条含义

本条规定了对质量、价款、履行地点、履行方式、履行期限、履行费用的确定。

当事人在合同中对质量、价款、履行地点、履行方式、履行期限、履行费用未约定，或者约定不明确，既不能通过协商达成补充协议，又不能按照合同的有关条款或者交易习惯确定，可以适用下列规定：

（一）质量标准不明确的，有国家标准、行业标准的，按照国家标准、行业标准履行。没有国家标准、行业标准的，按照同类产品或者同类服务的市场通常质量标准或者符合合同目的特定标准履行。这里讲的通常标准，指的是同一价格的中等质量标准。

（二）价款不明确的，除依法必须执行政府定价、政府指导价的以外，按照同类产品、同类服务订立合同时履行地的市场价格履行。

（三）履行地点不明确的，如果是给付货币，在接受给付一方的所在地履行。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的所在地履行。

（四）履行期限不明确的，债务人可以随时向债权人履行义务，债权人也可以随时请求债务人履行义务。不能即时履行的，应当给对方必要的准备时间。

（五）履行方式不明确的，按照标的物性质决定的方式或者有利于实现合同目的的方式履行。

（六）履行费用的负担不明确的，由履行义务一方负担履行费用。

第六十四条【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。

一、本条含义

本条规定了向第三人履行的合同。

涉及第三人的合同，又称涉他合同，包括为第三人的合同和由第三人履行的合同。

向第三人履行的合同，又称利他合同，或者为第三人合同，指双方当事人约定，由债务人向第三人履行债务，第三人直接取得请求权的合同。合同的第三人亦称受益人。

第六十五条【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。

一、本条含义

本条规定了由第三人履行的合同。

由第三人履行的合同，又称第三人负担的合同，指双方当事人约定债务由第三人履行的合同。

保证合同也可以发生由第三人履行的法律事实，但与由第三人履行的合同不同。保证合同是从合同，保证人需承担连带责任。由第三人履行的合同非从合同，第三人不是债务人，其只实施履行行为，不承担违约责任。

二、真题分析

28. 【2014年第21题】甲公司与某专利代理机构签订合同，委托该专利代理机构为其办理专利申请事务，并约定由其子公司乙公司在年底结算时统一向该专利代理机构支付费用。但年底结算时，乙公司拒绝支付这一费用。根据合同法及相关规定，应由谁向该专利代理机构承担违约责任？

- A. 甲公司
- B. 乙公司
- C. 甲公司或乙公司
- D. 甲公司和乙公司承担连带责任

【考点】合同的违约责任

【分析】根据《合同法》第六十五条的规定，本题中，当事人甲公司与该代理机构约定由第三人乙公司向该代理机构履行债务，但乙公司拒绝履行债务，根据上述规定，甲公司应当向专利代理机构承担责任。因此，选项 A 正确，选项 BCD 错误。

【答案】A

29. 【2013 年第 78 题】根据合同法及相关规定，下列哪些说法是正确的？

A、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，债务人应当向债权人承担违约责任

B、合同当事人约定由第三人向债权人履行债务的，第三人履行债务不符合约定，应当由第三人向债权人承担违约责任

C、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，应当向债权人承担违约责任

D、合同当事人约定由债务人向第三人履行债务的，债务人向第三人履行债务不符合约定，应当向第三人承担违约责任

【考点】合同的履行

【分析】根据《合同法》第六十五条的规定，本题中，选项 A 正确，选项 B 错误。根据《合同法》第六十四条的规定，选项 C 正确，选项 D 错误。

【答案】AC

第六十六条【同时履行抗辩权】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。

一、本条含义

本条规定了同时履行抗辩权。

同时履行抗辩权，是指在双务合同中应当同时履行的一方当事人有证据证明另一方当事人在同时履行的时间不能履行或者不能适当履行，到履行期时其享有不履行或者部分履行的权利。

（一）同时履行抗辩权的发生条件

同时履行抗辩权的发生，需具备以下条件：

1. 需基于同一双务合同。

2. 该合同需由双方当事人同时履行。同时履行指双方当事人在同一时间同时相互对待给付。双务合同的当事人之间可以直接约定双方同时履行合同，或者不能确立谁先履行合同，双方当事人可以同时履行。同时履行的情形是不多的。

3. 一方当事人有证据证明同时履行的对方当事人不能履行合同或者不能适当履行合同。具备上述条件，发生同时履行抗辩权，即已到履行期的一方当事人享有不履行或者部分履行的权利。

（二）同时履行抗辩权的适用

同时履行抗辩权可适用于以下情形：

1. 一方当事人有证据证明对方当事人在同时履行的时间不能履行义务，到同时履行的时间该当事人享有不履行合同的权力。例如，卖方在同时履行的日期根本无法供货，买方在同时履行的日期有权不付款。

2. 一方当事人有证据证明对方当事人在同时履行的时间只能部分履行，该当事人有权就其不能履行部分拒绝给付，只为相应给付。例如一万吨大米的买卖合同，卖方只有八千

吨大米，尚缺二千吨，买方应当在同时履行日期支付八千吨大米的价金，有权不履行二千吨大米的价金。

（三）同时履行抗辩权的效力

同时履行抗辩权属延期的抗辩权，只是暂时阻止对方当事人请求权的行使，非永久的抗辩权。对方当事人完全履行了合同义务，同时履行抗辩权消灭，当事人应当履行自己的义务。当事人行使同时履行抗辩权致使合同迟延履行行的，迟延履行责任由对方当事人承担。

第六十七条【先履行抗辩权】当事人互负债务，有先后履行顺序，先履行一方未履行的，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约定的，后履行一方有权拒绝其相应的履行要求。

一、本条含义

本条规定了后履行抗辩权。

后履行抗辩权，是指在双务合同中应当先履行的一方当事人未履行或者不适当履行，到履行期限的对方当事人享有不履行、部分履行的权利。

（一）后履行抗辩权的发生条件

后履行抗辩权的发生，需具备以下条件：

1. 需基于同一双务合同。双方当事人因同一合同互负债务，在履行上存在关联性，形成对价关系。单务合同无对价关系，不发生后履行抗辩权。如果当事人互负的债务不是基于同一双务合同，亦不发生后履行抗辩权。

2. 该合同需由一方当事人先为履行。在双务合同中，双方当事人的履行，多是有先后的。这种履行顺序的确立，或依法律规定，或按当事人约定，或按交易习惯。很多法律对双务合同的履行顺序做有规定。当事人在双务合同中也可以约定履行顺序，谁先履行，谁后履行。在法律未有规定、合同未有约定的情况下，双务合同的履行顺序可依交易习惯确立。例如，在饭馆用餐，先吃饭后交钱。旅店住宿，先住宿后结帐。乘飞机、火车，先购票，后乘坐。

3. 应当先履行的当事人不履行合同或者不适当履行合同。

具备上述条件，发生后履行抗辩权，即没有先履行义务但已到履行期的对方当事人享有不履行或者部分履行的权利。应当先履行合同的当事人不能行使后履行抗辩权。

（二）后履行抗辩权的适用，后履行抗辩权可适用于以下情形：

1. 应当先履行的当事人不履行义务，已到履行期的应当后履行的对方当事人享有不履行合同的权力。例如出租方不交付租赁物，承租方有权不付租金。

2. 应当先履行的当事人不适当履行合同造成根本违约，对方当事人享有不履行的权利。例如，供货方交付假冒商品、购买方有权不付货款。

3. 应当先履行的当事人不适当履行构成部分履行，对方当事人有权就未履行部分拒绝给付，只对其相应给付。例如一万吨大米的买卖合同，卖方只交付了八千吨大米，尚欠二千吨。买方应当支付八千吨大米的价金，有权不付二千吨大米的价金。

（三）后履行抗辩权的效力

后履行抗辩权属延期的抗辩权，只是暂时阻止对方当事人请求权的行使，非永久的抗辩权。对方当事人完全履行了合同义务，后履行抗辩权消灭，当事人应当履行自己的义务。当事人行使后履行抗辩权致使合同迟延履行行的，迟延履行责任应由对方当事人承担。

第六十八条【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：

- (一) 经营状况严重恶化;
 - (二) 转移财产、抽逃资金, 以逃避债务;
 - (三) 丧失商业信誉;
 - (四) 有丧失或者可能丧失履行债务能力的其他情形。
- 当事人没有确切证据中止履行的, 应当承担违约责任。

一、本条含义

本条规定了不安抗辩权。

不安抗辩权, 又称先履行抗辩权, 指双务合同成立后, 应当先履行的当事人有证据证明对方不能履行义务, 或者有不能履行合同义务的可能时, 在对方没有履行或者提供担保之前, 有权中止履行合同义务。在双务合同中, 应当先履行的当事人没有后履行抗辩权, 故法律设立不安抗辩权, 使其在对方无力履行的情况下享有拒绝履行合同义务的权利。

不安抗辩权的发生, 需基于双务合同, 当事人之间具有对价关系。单务合同不发生不安抗辩权。

双务合同成立后, 后履行的当事人且发生变化, 这种变化导致其不能履行合同义务或者可能不能履行合同义务。后履行合同义务的当事人的情形发生变化, 可能是财产上减少, 也可能是其他变化。这种变化包括经营状况恶化, 转移财产、抽逃资金以逃避债务, 丧失商业信誉和其他丧失、可能丧失履行债务能力的情形。

具备上述情形, 不安抗辩权发生, 应当先履行合同义务的当事人可以中止合同的履行。

二、真题分析

30. 【2013 年第 28 题】甲公司与乙公司签订合同, 由甲公司为乙公司翻译一批技术资料, 约定完成全部翻译工作后再支付报酬。后甲公司有确切证据证明乙公司经营状况严重恶化, 濒临破产。根据合同法及相关规定, 下列哪种说法是正确的?

- A、甲公司应当无条件地继续履行该合同
- B、甲公司可以中止履行该合同, 并及时通知对方
- C、甲公司可以直接解除该合同
- D、甲公司可以要求乙公司承担违约责任

【考点】不安抗辩权

【分析】根据《合同法》第六十八条的规定, 本题中, 甲公司有确切证据证明乙公司经营状况严重恶化, 濒临破产, 因此, 可以终止履行该合同。同时, 根据《合同法》第六十九条的规定, 当事人依照本法第六十八条的规定中止履行的, 应当及时通知对方。因此, 选项 ACD 错误, 选项 B 正确。

【答案】B

31. 【2012 年第 88 题】根据合同法及相关规定, 下列关于合同履行的哪些说法是正确的?

- A、当事人应当按照约定全面履行自己的义务
- B、当事人互负债务, 没有先后履行顺序的, 应当同时履行
- C、当事人互负债务, 有先后履行顺序, 先履行一方未履行的, 后履行一方有权拒绝其履行要求
- D、当事人互负债务, 有先后履行顺序, 应当先履行债务的当事人, 有确切证据证明对方经营状况严重恶化的, 可以中止履行

【考点】合同的履行; 抗辩权

【分析】根据《合同法》第六十条第一款的规定，本题中，选项 A 正确。根据《合同法》第六十六条的规定，选项 B 正确。根据《合同法》第六十七条的规定，选项 C 正确。根据《合同法》第六十八条的规定，选项 D 正确。

【答案】ABCD

32. 【2011 年第 50 题】根据合同法及相关规定，应当先履行债务的当事人，有确切证据证明对方有下列哪些情形的，可以中止履行？

- A、抽逃资金逃避债务的
- B、转移财产逃避债务的
- C、丧失商业信誉的
- D、经营状况严重恶化的

【考点】不安抗辩权

【分析】根据《合同法》第六十八条的规定，本题中，选项 AB 均属于属于第（二）项所列情形，选项 CD 分别属于第（三）、（一）项所列情形。因此，选项 ABCD 正确，

【答案】ABCD

第六十九条【不安抗辩权的行使】当事人依照本法第六十八条的规定中止履行的，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。

一、本条含义

本条规定了不安抗辩权的行使。

行使不安抗辩权，举证责任在先履行合同义务的当事人，其应当有证据证明对方不能履行合同或者有不能履行合同的可能性。

当事人行使不安抗辩权后，应当立即通知对方当事人。

不安抗辩权属延期抗辩权，当事人仅是中止合同的履行。倘若对方当事人提供了担保或者做了对待给付，不安抗辩权消灭，当事人应当履行合同。对方当事人的提供担保或者对待给付，履行不安抗辩权的再抗辩权。

应当先履行的当事人行使了不安抗辩权，对方当事人既未提供担保，也不能证明自己的履行能力，行使不安抗辩权的当事人有权解除合同。

当事人行使不安抗辩权错误的，应当承担违约责任。

第七十三条【债权人的代位权】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，但该债权专属于债务人自身的除外。

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

一、本条含义

本条规定了代位权。

代位权和撤销权共为合同的保全。保全，又称责任财产的保全，指债权人行使代位权和撤销权，防止债务人的责任财产不当减少，以确保无特别担保的一般债权得以清偿。从保全责任财产的角度，保全属于一般担保的手段。保全责任财产，最终使债权得以保障，从这个意义上来说，保全又为债权的保全。

担保分为一般担保和特别担保，债务人以其财产承担债务责任为一般担保，作为一般担保的债务人的财产亦称为责任财产，责任财产的增减与一般债权能否实现攸关。虽然债

权人不能支配债务人的财产，倘若债务人任意处分财产，自由地减少责任财产，就会害及一般债权，故法律赋予债权人干预债务人责任财产的权利。

代位权指债务人怠于行使权利，债权人为保全债权，以自己的名义向第三人行使债务人现有债权的权利。代位权虽有代位诉权、间接诉权之称，然其仍属债权人的实体权利。因代位权是债权人的权利，故代位权与代理权全然不同。

代位权发生的条件有四个：一是需债务人对第三人享有债权，倘若债务人没有对外的债权，就无所谓代位权。二是需债务人怠于行使其债权，债务人应当收取债务，且能够收取，而不收取。三是债务人怠于行使自己的债权，已害及债权人的债权。四是需债务人已陷于迟延履行。

具备上述条件，债权人即可行使债务人的权利，以自己的名义请求第三人向债务人清偿债务。

二、真题分析

33. 【2014 年第 71 题】甲公司欠乙公司工程款 50 万元，债务到期后甲公司因资金不足久拖不还。同时，李某欠甲公司的 80 万元货款也已到期，但甲公司未以任何方式催促李某还款，对乙公司造成了损害。根据合同法及相关规定，下列关于乙公司行使代位权的哪些说法是正确的？

- A. 乙公司可以向人民法院请求以自己的名义代位行使甲公司对李某的债权
- B. 乙公司可以向人民法院请求以甲公司的名义代位行使甲公司对李某的债权
- C. 乙公司代位权行使的范围为 80 万元
- D. 乙公司行使代位权的必要费用，由甲公司负担

【考点】合同履行的保全

【分析】根据《合同法》第七十三条第一款的规定，本题中，甲公司怠于行使其对李某的到期债务，对乙公司造成了损害，且李某欠甲公司的货款不是专属于甲公司自身的债权，因此，乙公司可以向人民法院请求以自己的名义代位行使甲公司对李某的债务，因此，选项 A 正确，选项 B 错误。根据《合同法》第七十三条第二款的规定，乙公司代位行使的范围为 50 万，而非 80 万，因此，选项 C 错误，选项 D 正确。

【答案】AD

34. 【2012 年第 23 题】根据合同法及相关规定，下列关于代位权的哪种说法是错误的？

- A. 代位权是债权人以自己的名义代位行使债务人的到期债权
- B. 代位权的行使范围以债权人的债权为限
- C. 对专属于债务人自身的债权，债权人不能行使代位权
- D. 债权人行使代位权的必要费用，由债权人自己负担

【考点】代位权

【分析】根据《合同法》第七十三条的规定，本题中，选项 ABC 的说法正确，不符合题干要求，选项 D 的说法错误，符合题干要求。因此，本题应当选 D。

【答案】D

第七十四条【债权人的撤销权】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。

一、本条含义

本条规定了撤销权。

撤销权亦称废罢诉权，指债务人、第三人有害债权的行为，债权人享有撤销该行为的权利。

引起撤销权发生的要件是有损害债权的行为。债务人实施损害债权的行为主要指债务人以赠与、免除等无偿行为处分债权。无偿行为不问第三人的主观动机均得撤销。债务人、第三人若以有偿行为损害债权，则以债务人实施行为时明知损害债权和第三人受益时明知其情形为限。即债务人与第三人恶意串通，货物价值与价款悬殊，显失公平，故意损害债权人的利益。倘若第三人受益时主观上无恶意，则不能撤销其善意取得的行为，以保护交易之安全。受益的第三人包括直接受益人和间接受益人。

债务人、第三人有害债权的行为，债权人可以行使撤销权。债权人行使撤销权，可以向债务人、第三人提出，也可以诉请法院撤销。债务人、第三人的行为被撤销的，其行为自始无效。

债务人若以无偿行为损害债权，第三人无论主观上是否有过错，无论是直接受益人还是间接受益人，债权人均有权撤销其行为，恢复财产原状，保护债务人的责任财产。

债务人与第三人以有偿行为损害债权的，无论第三人是直接受益人还是间接受益人，债权人均有权撤销其行为，恢复财产之原状，保持债务人的责任财产。

企业分立应当债权债务一并分立。债务人借企业分立转移责任财产，害及债权的，债权人可以行使撤销权，撤销其分立行为。

债务人通过担保方式害及债权的，债权人可以行使撤销权，撤销其抵押、出质行为。物的担保被撤销后，担保合同不影响主合同的存在，主合同依然有效。例如，甲向乙借款，将责任财产抵押于乙，害及原有债权，原有债权人可以行使撤销权，撤销抵押行为，然借款合同不因抵押合同被撤销而失效，出借人和其他债权人一样，都是无特别担保的债权人。

债权人行使撤销权恢复责任财产，是保全全体债权人的利益，故行使撤销权的范围，应以保全全体一般债权人的总债权额为限度。

二、真题分析

35. 【2013 年第 15 题】张某欠李某 30 万元借款到期未还。张某得知李某准备向人民法院起诉索款，便将自己价值 50 余万元的房产无偿转让给赵某，从而使自己名下无任何可供执行的财产。根据合同法及相关规定，李某得知这一情况后，可通过下列哪种途径维护自己的合法权益？

- A、请求人民法院撤销张某的无偿转让行为
- B、向人民法院请求以自己的名义代位要求赵某支付房产对价
- C、向人民法院请求赵某代张某偿还所欠借款
- D、向人民法院请求赵某承担侵权责任

【考点】债权人的撤销权

【分析】根据《合同法》第七十四条的规定，本题中，张某无偿转让其房产对债权人李某造成了损害，因此，李某可以请求人民法院撤销张某的无偿转让行为，选项 A 正确。根据《合同法》第七十三条的规定，债权人行使代位权和撤销权的前提条件明细不同。本题中，张某对债权人李某造成损害的原因是“无偿转让其房产”而非“怠于行使其到期债权”，因此，李某只能行使撤销权，不能行使代位权。因此，选项 B 错误。选项 CD 也不符合要求。

【答案】A

第五章 合同的变更和转让

第七十七条【合同变更条件】当事人协商一致，可以变更合同。

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。

一、本条含义

本条是关于当事人变更合同的规定。

合同的变更是指合同成立后，当事人在原合同的基础上对合同的内容进行修改或者补充。

合同变更既可能是合同标的的变更，也可能是合同数量的增加或者减少。既可能是履行地点的改变，也可能是履行方式的改变。既可能是合同履行期的提前或者延期，也可能是违约责任的重新约定。当事人给付价款或者报酬的调整更是合同变更的主要原因。此外，合同担保条款以及解决争议方式的变化也会导致合同的变更。

合同变更需要当事人协商一致，但有的情况下，仅有当事人协商一致是不够的，当事人还应当履行法定的程序。根据本条第二款的规定，法律、行政法规对变更合同事项有具体要求的，当事人应当按照有关规定办理相应的手续。如果没有履行法定程序，即使当事人已协议变更了合同，变更的内容也不发生法律效力。

应当指出的是，本条规定的合同变更仅指合同中权利和义务关系的变更，不包括合同主体的变更。

第七十八条【合同变更内容不明的处理】当事人对合同变更的内容约定不明确的，推定为未变更。

一、本条含义

本条是关于合同变更的内容约定不明确的规定。

合同变更的过程，就是当事人协商一致的过程。因此，合同中关于要约、承诺的规定也适用于合同变更的情况。当事人在变更合同的过程中，可能出现对需要变更的内容达不成统一意见的情况。比如，甲方向乙方订购 100 台空调，交货期为 5 月 30 日。由于当年暑期提前到来，甲方提出要求交货期改为 5 月 15 日。但是乙方货源很紧张，经过双方反复协商，乙方仅答应根据当时的货源情况，尽量提前交货。由于双方当事人对具体的交货期没有明确做出变更的约定，所以，在这种情况下推定为合同未变更。乙方未在 5 月 15 日交货，其行为不构成违约。

为了减少在合同变更时可能发生的纠纷，本条明确规定，当事人对于合同变更的内容约定不明确的，推定为未变更。当事人只需按照原有合同的规定履行即可，任何一方不得要求对方履行变更中约定不明确的内容。

第七十九条【债权的转让】债权人可以将合同的权利全部或者部分转让给第三人，但有下列情形之一的除外：

- (一) 根据合同性质不得转让；
- (二) 按照当事人约定不得转让；
- (三) 依照法律规定不得转让。

一、本条含义

本条是关于合同权利转让的规定。

合同权利的转让是指不改变合同权利的内容，由债权人将权利转让给第三人。债权人

既可以将合同权利的全部转让，也可以将合同权利部分转让。

在吸取有关国家和地区的立法经验和总结我国实践经验的基础上，本条明确有以下情形之一的，债权人不得转让其权利：

1. 根据合同性质不得转让的权利

根据合同性质不得转让的权利，主要是指合同是基于特定当事人的身份关系订立的，合同权利转让给第三人，会使合同的内容发生变化，动摇合同订立的基础，违反了当事人订立合同的目的，使当事人的合法利益得不到应有的保护。当事人基于信任关系订立的委托合同、雇佣合同及赠与合同等，都属于合同权利不得转让的合同。

2. 按照当事人约定不得转让的权利

当事人在订立合同时可以对权利的转让做出特别的约定，禁止债权人将权利转让给第三人。这种约定只要是当事人真实意思的表示，同时不违反法律禁止性规定，那么对当事人就有法律的效力。

合同当事人的这种特别约定，不能对抗善意的第三人。如果债权人不遵守约定，将权利转让给了第三人，使第三人在不知实情的情况下接受了转让的权利，该转让行为就有效，第三人成为新的债权人。转让行为造成债务人利益损害的，原债权人应当承担违约责任。

3. 依照法律规定不得转让的权利

我国一些法律中对某些权利的转让做出了禁止性规定。对于这些规定，当事人应当严格遵守，不得违反法律的规定，擅自转让法律禁止转让的权利。

第八十条【债权转让的通知】债权人转让权利的，应当通知债务人。未经通知，该转让对债务人不发生效力。

债权人转让权利的通知不得撤销，但经受让人同意的除外。

一、本条含义

本条是关于债权人转让权利应当通知债务人的规定。

债权人转让权利是法律赋予其的一项权利，债权人可以在不违反法律和公共利益的基础上处分自己的权利。但是，由于债权人和债务人之间存在合同关系，债权人的转让权利的行为会给债务人的履行造成一定的影响。因此，在债权人的转让权利时给其增加相应的义务，更有利于保护债务人的合法利益。

债务人接到债权人权利转让的通知后，权利转让就生效，随之会引起合同权利和义务关系的一系列变化。原债权人被新的债权人替代或者新债权人的加入使原债权人已不能完全享有原债权。因此，债权人一旦发出转让权利的通知，就意味着合同的权利已归受让人所有或者和受让人分享，债权人不得再对转让的权利进行处置，因此，原债权人无权撤销转让权利的通知。只有在受让人同意的情况下，债权人才能撤销其转让权利的通知。

应当指出的是，本条关于权利转让的规定是对民法通则第九十一条的规定的进一步具体化。该条规定，合同一方将合同的权利、义务全部或者部分转让给第三人的，应当取得合同另一方的同意，并不得牟利。该条不仅包括合同权利转让的内容，还包括合同义务转让的情形，所以，规定一方转让时应当取得另一方的同意。本条仅指债权人转让权利的情形，所以，确定了债权人通知债务人为权利转让生效的条件。

二、真题分析

36. 【2014年第91题】根据合同法及相关规定，下列关于合同转让的哪些说法是正确的？

- A. 债权人将合同的权利转让给第三人的，应当经债务人同意
- B. 债权人将合同的权利转让给第三人的，应当通知债务人
- C. 债务人将合同的义务转移给第三人的，应当经债权人同意

D. 债务人将合同的义务转移给第三人的，可以不经债权人同意

【考点】合同义务的转让

【分析】根据《合同法》第八十条第一款的规定，选项 A 错误，选项 B 正确。根据《合同法》第八十四条的规定，选项 C 正确，选项 D 错误。

【答案】BC

第八十一条【从权利的转移】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。

一、本条含义

本条是关于转让权利时，主权利和从权利不能分离的规定。

从权利是指附随于主权利的权利。担保物权中的抵押权、质权、保证以及附属于主债权的利息等，都属于主权利的从权利。由于从权利是从主权利派生出来的，主权利无效从权利也无效，从权利随主权利的消灭而消灭，所以，从权利不得脱离主权利而单独存在。

根据本条规定，债权人转让主权利时应当将从权利一并转让，受让人在得到权利的同时，也取得与债权人有关的从权利。考虑到有的从权利的设置是针对于债权人自身的，与债权人有不可分离的关系，本条在确立从权利随主权利转让原则的同时，规定专属于债权人自身的从权利不随主权利的转让而转让。

第八十二条【债务人的抗辩权】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。

一、本条含义

本条是关于债务人在债权转让时的抗辩权的规定。

债权人转让合同权利，不需要经债务人同意。债务人接到权利转让通知后，转让行为就生效，权利的受让人成为新的债权人，享有和原债权人同样的权利，债务人向新的债权人履行合同义务。

根据本条规定，债务人接到债权转让通知时，债务人对让与人的抗辩，可以向受让人主张。债务人接到权利转让通知后，可以行使抗辩权来保护自己的权利。

第八十四条【合同义务转让的条件】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。

一、本条含义

本条是关于债务人转移合同义务的规定。

合同义务转移是指债务人经债权人同意，将合同的义务全部或者部分地转让给第三人。正如债权人可以全部或者部分转让权利一样，债务人也可以将合同的义务转移给第三人。转移合同义务也是法律赋予债务人的一项权利。但是，债权人和债务人的合同关系是产生在相互了解的基础上，在订立合同时，债权人一般要对债务人的资信情况和偿还能力进行了解，而对于取代债务人或者加入到债务人中的第三人的资信情况及履行债务的能力，债权人不可能完全清楚。所以，如果债务人不经债权人的同意就将债务转让给了第三人，那么，对于债权人来说显然是不公平的，不利于保障债权人合法利益的实现。

转移义务要经过债权人的同意，这也是合同义务转移制度与合同权利转让制度最主要的区别。

应当指出的是，债务人转移义务有别于第三人替债务人履行债务。合同法第六十五条对第三人替债务人履行债务的问题做出了规定，明确当事人可以约定由第三人向债权人履行债务。第三人不履行或者履行债务不符合的，债务人应当向债权人承担违约责任。

二、真题分析

37. 【2012 年第 2 题】根据合同法及相关规定，关于合同的转让，下列哪种说法是正确的？

- A、合同的权利可以转让给第三人，但合同的义务不能转移给第三人
- B、合同的义务可以转移给第三人，但合同的权利不能转让给第三人
- C、债权人将合同的权利全部或者部分转让给第三人的，应当经债务人同意
- D、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

【考点】合同的转让

【分析】根据《合同法》第七十九、八十、八十四条的规定，合同的权利可以转让，合同的义务可以转移，合同权利的转让不需要事先征得债务人同意，但合同义务的转移应当经债权人同意。因此，选项 ABC 错误，选项 D 正确。

【答案】D

38. 【2011 年第 34 题】根据合同法及相关规定，下列关于合同转让的说法哪些是正确的？

- A、债权人转让权利的，所有与债权有关的从权利亦由受让人取得
- B、债权人转让权利的，应当通知债务人。否则，该转让对债务人不发生效力
- C、债务人将合同的义务全部转移给第三人的，应当经债权人同意
- D、债务人将合同的义务部分转移给第三人的，可以不经债权人同意

【考点】合同的转让

【分析】根据《合同法》第八十一条的规定，本题中，选项 A 没有排除从权利专属于债权人自身的情形，因此，选项 A 错误。根据《合同法》第八十条第一款的规定，选项 B 正确。根据《合同法》第八十四条的规定，选项 C 正确，选项 D 错误。

【答案】BC

第八十五条【债务承担人的抗辩权】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。

一、本条含义

本条是关于债务人转让义务时，新债务人抗辩权的规定。

债务人转移义务的，新的债务人取代了原债务人的地位，承担其履行义务的责任。原债务人从合同关系中退出后，其享有的抗辩权由新债务人承受。债务人的抗辩权不因债务的转移而消灭。

二、真题分析

39. 【2013 年第 80 题】根据合同法及相关规定，下列关于合同权利和义务的哪些说法是正确的？

- A、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
- B、债权人转让权利的，应当通知债务人，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
- C、债务人将合同的义务全部转移给第三人的，应当经债权人同意
- D、债务人转移合同义务的，新债务人不得主张原债务人对债权人的抗辩

【考点】合同的转让

【分析】根据《合同法》第九十条的规定，本题中，选项 A 正确。根据《合同法》第八十条第一款、第八十二条的规定，选项 B 正确。根据《合同法》第八十四条的规定，选项 C 正确。根据《合同法》第八十五条的规定，选项 D 错误。

【答案】ABC

第八十六条【从债务的转移】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。

一、本条含义

本条是关于债务人转移义务，从债务不得与主债务分离的规定。

债务人转移义务的，其从债务随着主债务的转移而转移，新债务人应当承担与主债务有关的从债务。比如，为了实现债权而设定的抵押权、质权等权利以及主债务的利息等从债务，都随着主债务的转移而转移给新的债务人承担。但是，有的从债务是专属于债务人本身的，这些从债务不随主债务的转移而转移。

第八十七条【合同转让行使要件】法律、行政法规规定转让权利或者转移义务应当办理批准、登记等手续的，依照其规定。

一、本条含义

本条是关于转让权利及转移义务转让应当依法办理批准、登记等手续的规定。

债权人转让权利、债务人转移义务是当事人对自己权利的处分，债权人通知对方或者债务人经对方的同意后，转让行为即生效力。但是对有些权利的转让和义务的转移，法律、行政法规规定要办理批准、登记等手续后才有效，债权人应当遵守法定的程序办理，以保障合同转让行为最终的法律效力。

债权人转让权利或者债务人转移义务需要办理批准、登记等手续的，主要是指涉及外商投资企业的一些合同，比如，中外合作经营合同、外资企业合同、中外合作勘探开发海洋石油合同等。

法律、行政法规规定权利转让或者义务转移应当办理批准、登记等手续的，当事人应当按照规定办理。如果有关部门未予办理批准或者登记等手续的，债权人转让权利或者转移义务的行为是无效的。

第八十八条【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。

一、本条含义

本条是关于权利和义务一并转让的规定。

权利和义务一并转让又称为概括转让，是指合同一方当事人将其权利和义务一并转让给第三人，由第三人全部地承受这些权利和义务。权利和义务一并转让不同于权利转让和义务转让的是，它是合同一方当事人对合同权利和义务的全面处分，其转让的内容实际上包括权利的转让和义务的转移两部分内容。

根据合同法有关权利转让和义务转移的规定，债权人转让权利应当通知债务人；债务人转移义务的必须经债权人的同意。权利和义务一并转让既包括了权利的转让，又包括义务的转移，所以，合同一方当事人在进行转让前应当取得对方的意见，使对方能根据受让方的具体情况来判断这种转让行为能否对自己的权利造成损害。只有经对方当事人同意，才能将合同的权利和义务一并转让。

权利和义务一并转让只出现在双务合同中。对于当事人只承担义务或者享受权利的单务合同不存在权利和义务一并转让的问题。比如，赠与合同的被赠与人只享有权利而不承

担义务，这些合同的当事人不可能出现将权利和义务一并转让的情况。

二、真题分析

40. 【2010 年第 64 题】甲公司和乙公司签订一份食用油买卖合同，现甲公司拟将其合同中全部权利义务一并转让给丙公司。根据合同法及相关规定，下列说法哪些是正确的？

- A、转让须经乙公司同意才能够进行
- B、转让只需要通知乙公司就可进行
- C、转让后，若丙公司违约，甲公司仍须承担连带责任
- D、转让后，乙公司有权向丙公司主张其对甲公司的抗辩

【考点】合同的转让

【分析】根据《合同法》第八十八条的规定，本题中，选项 A 正确，选项 B 错误。根据《合同法》第八十五条的规定，选项 C 错误。根据《合同法》第八十二条的规定，选项 D 正确。

【答案】AD

第八十九条【概括转让的效力】权利和义务一并转让的，适用本法第七十九条、第八十一条至第八十三条、第八十五条至第八十七条的规定。

一、本条含义

本条是关于权利和义务一并转让应当适用有关条款的规定。

合同关系的一方当事人将权利和义务一并转让时，除了应当征得另一方当事人的同意外，还应当遵守合同法有关转让权利和义务转移的其他规定。主要有以下几方面内容：

1. 不得转让法律禁止转让的权利。（第七十九条）
2. 转让合同权利和义务时，从权利和从债务一并转让，受让人取得与债权有关的从权利和从债务，但该从权利和从债务专属于让与人自身的除外。（第八十一条、第八十六条）
3. 转让合同权利和义务不影响债务人抗辩权的行使。（第八十二条、第八十五条）
4. 债务人对让与人享有债权的，可以依照有关规定向受让人主张抵销。（第八十三条）
5. 法律、行政法规规定应当办理批准、登记手续的，应当依照其规定办理。（第八十七条）

第九十条【新当事人的概括承受】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。

一、本条含义

本条是关于当事人订立合同后合并或者分立的规定。

当事人合并和分立虽然也是一种权利和义务的概括转让，但当事人合并或者分立引起的债权债务关系的转让一般不通过合同来约定，而是根据法律的规定进行，具有其自身的特点，所以，本条对当事人合并或者分立的情况做出了专门规定。

第六章 合同的权利义务终止

第九十一条【合同终止的原因】有下列情形之一的，合同的权利义务终止：

- (一) 债务已经按照约定履行；
- (二) 合同解除；
- (三) 债务相互抵销；
- (四) 债务人依法将标的物提存；
- (五) 债权人免除债务；
- (六) 债权债务同归于一人；
- (七) 法律规定或者当事人约定终止的其他情形。

一、本条含义

本条是关于合同的权利义务终止情形的规定。

合同的权利义务终止，指依法生效的合同，因具备法定情形和当事人约定的情形，合同债权、债务归于消灭，债权人不再享有合同权利，债务人也不必再履行合同义务。按照本条规定，有下列情形之一的，合同终止。

(一) 债务已经按照约定履行

合同是当事人为了达到其利益要求而达成的合意，合同目的的实现，有赖于债务的履行。债务按照合同约定得到履行，一方面可使合同债权得到满足，另一方面也使得合同债务归于消灭，产生合同的权利义务终止的后果。

债务已经按照约定履行，指债务人按照约定的标的、质量、数量、价款或者报酬、履行期限、履行地点和方式全面履行。

(二) 合同解除

合同的解除，指合同有效成立后，当具备法律规定的合同解除条件时，因当事人一方或双方的意思表示而使合同关系归于消灭的行为。

合同解除与附解除条件的合同，虽然在解除合同的条件成就时，都使合同消灭，但两者有区别，表现在：（1）附解除条件，是行为人以意思表示对自己的行为所加的限制性附款；合同的解除不是合同的附款，不仅基于当事人约定发生，也基于法律规定发生。（2）附解除条件的合同，条件成就时合同自然解除，不需要当事人再有什么意思表示；合同的解除，仅具备条件还不能使合同消灭，必须有解除合同的意思表示。（3）附解除条件的合同，条件成就时，合同对于将来失其效力；合同解除，合同不仅对于将来失其效力，有些具有溯及既往的效力。

(三) 债务相互抵销

债务相互抵销，指当事人互负到期债务，又互享债权，以自己的债权充抵对方的债权，使自己的债务与对方的债务在等额内消灭。

(四) 债务人依法将标的物提存

提存，指由于债权人的原因，债务人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合同的制度。

(五) 债权人免除债务

债权人免除债务，指债权人放弃自己的债权。债权人可以免除债务的部分，也可以免除债务的全部。

(六) 债权债务同归于一人

债权和债务同归于一人，指由于某种事实的发生，使一项合同中，原本由一方当事人享有的债权，而由另一方当事人负担的债务，统归于一方当事人，使得该当事人既是合同的债权人，又是合同的债务人。

(七) 法律规定或者当事人约定终止的其他情形

除了前述合同的权利义务终止的情形，出现了法律规定的终止的其他情形的，合同的权利义务也可以终止。比如。民法通则第六十九条规定：代理人死亡、丧失民事行为能力，

作为被代理人或者代理人的法人终止，委托代理终止。本法第四百一十一条规定：委托人或者受托人死亡、丧失民事行为能力或者破产的，委托合同终止。

二、真题分析

41. 【2012 年第 81 题】根据合同法及相关规定，有下列哪些情形的，合同的权利义务终止？

- A、合同解除
- B、债务相互抵销
- C、债权债务同归于一人
- D、债务已经按照约定履行

【考点】合同终止

【分析】根据《合同法》第九十一条的规定，本题中，选项 ABCD 正确。

【答案】ABCD

第九十二条【合同终止后的义务】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。

一、本条含义

本条是关于后合同义务的规定。

后合同义务，指合同的权利义务终止后，当事人依照法律的规定，遵循诚实信用原则，根据交易习惯履行的义务。

遵循诚实信用原则，根据交易习惯，合同终止后的义务通常有以下几方面：（1）通知的义务。合同权利义务终止后，一方当事人应当将有关情况及时通知另一方当事人。（2）协助的义务。合同的权利义务终止后，当事人应当协助对方处理与原合同有关的事务。

（3）保密的义务。保密指保守国家秘密、商业秘密和合同约定不得泄露的事项。

第九十三条【合同的约定解除】当事人协商一致，可以解除合同。

当事人可以约定一方解除合同的条件。解除合同的条件成就时，解除权人可以解除合同。

一、本条含义

本条是关于约定解除合同的规定。

根据合同自愿原则，当事人在法律规定范围内享有自愿解除合同的权利。当事人约定解除合同包括两种情况：（1）协商解除，是指合同生效后，未履行或未完全履行之前，当事人以解除合同为目的，经协商一致，订立一个解除原来合同的协议。（2）约定解除权，是指当事人在合同中约定，合同履行过程中出现某种情况，当事人一方或者双方有解除合同的权利。

第九十四条【合同的法定解除】有下列情形之一的，当事人可以解除合同：

（一）因不可抗力致使不能实现合同目的；
（二）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明不履行主要债务；

（三）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；

（四）当事人一方迟延履行债务或者其他违约行为致使不能实现合同目的；

（五）法律规定的其他情形。

一、本条含义

本条是关于法定解除合同的规定。

法定解除，指合同生效后，没有履行或者未履行完毕前，当事人在法律规定的解除条件出现时，行使解除权而使合同关系消灭。

法定解除与约定解除既有区别又有联系。其区别表现在，法定解除是法律直接规定解除合同的条件，当条件具备时，解除权人可直接行使解除权，将合同解除；而约定解除是双方的法律行为，一方的行为不能导致合同解除。其联系表现在：约定解除可以对法定解除作补充。比如约定违反合同中的任何一项规定，不论程度如何，均可解除合同。

本条规定的解除合同的有条件：

（一）因不可抗力致使不能实现合同的目的

我国民法通则第一百五十三条规定：不可抗力是指不能预见、不能避免并不能克服的客观情况。

不能预见、不能避免并不能克服是对不可抗力范围的原则规定，至于哪些可作为影响合同履行的不可抗力事件，我国法律没有具体规定，各国法律规定不尽相同，一般说来，以下情况被认为属于不可抗力：（1）自然灾害，包括地震、水灾等因自然界的力引发的灾害。（2）战争；（3）社会异常事件，主要指一些偶发的阻碍合同履行的事件，比如罢工、骚乱，一些国家认为属于不可抗力；（4）政府行为，主要指合同订立后，政府颁布新的政策、法律，采取行政措施导致合同不能履行，如发布禁令等，有些国家认为属于不可抗力。

（二）因预期违约

因预期违约解除合同，指在合同履行期限届满之前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务的，对方当事人可以解除合同。预期违约分为明示违约和默示违约。

（三）因迟延履行

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的，对方当事人可以解除合同。迟延履行，指债务人无正当理由，在合同约定的履行期间届满，仍未履行合同债务；或者对于未约定履行期限的合同，债务人在债权人提出履行的催告后仍未履行。

债务人迟延履行债务是违反合同约定的行为，但并非就可以因此解除合同。只有符合以下条件，才可以解除合同：（1）迟延履行主要债务；（2）经催告后债务人仍然不履行债务。

（四）因迟延履行或者有其他违约行为不能实现合同目的

迟延履行不能实现合同目的，指迟延的时间对于债权的实现至关重要，超过了合同约定的期限履行合同，合同目的就将落空。

致使不能实现合同目的的其他违约行为，主要指违反的义务对合同目的的实现十分重要，如一方不履行这种义务，将剥夺另一方当事人根据合同有权期待的利益。

（五）法律规定的其他解除情形

除了上述四种法定解除情形，本法还规定了其他解除合同的情形。比如，因行使不安抗辩权而中止履行合同，对方在合理期限内未恢复履行能力，也未提供适当担保的，中止履行的一方可以请求解除合同。

二、真题分析

42. 【2014 年第 76 题】根据合同法及相关规定，下列关于合同解除的哪些说法是正确的？

- A. 因不可抗力致使不能实现合同目的的，当事人可以解除合同
- B. 当事人协商一致，可以解除合同
- C. 合同解除的，合同的权利义务终止
- D. 合同解除后，尚未履行的，终止履行

【考点】合同解除

【分析】根据《合同法》第九十四条的规定，本题中，选项 A 属于其中第（一）项规定的情形，因此，选项 A 正确。根据《合同法》第九十三条第一款的规定，选项 B 正确。根据《合同法》第九十一条第（二）项的规定，选项 C 正确。根据《合同法》第九十七条的规定，选项 D 正确。

【答案】ABCD

43. 【2013 年第 99 题】根据合同法及相关规定，有下列哪些情形的，当事人可以解除合同？

- A、因不可抗力致使不能实现合同目的
- B、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
- C、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
- D、在履行期限届满之前，当事人一方明确表示不履行主要债务

【考点】合同解除

【分析】根据《合同法》第九十四条的规定，本题中，选项 ACD 分别属于第（一）、（三）、（二）项所列情形，当事人可以解除合同，因此，选项 ACD 正确。根据《合同法》第三百三十七条的规定，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。因此，选项 B 正确。

【答案】ABCD

44. 【2010 年第 50 题】根据合同法及相关规定，有下列哪些情形的，当事人可以解除合同？

- A、因不可抗力致使不能实现合同目的
- B、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明不履行主要债务
- C、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
- D、当事人一方迟延履行债务致使不能实现合同目的

【考点】合同解除

【分析】根据《合同法》第九十四条的规定，本题中，选项 ABCD 正确。

【答案】ABCD

第九十六条【解除合同的程序】当事人一方依照本法第九十三条第二款、第九十四条的规定主张解除合同的，应当通知对方。合同自通知到达对方时解除。对方有异议的，可以请求人民法院或者仲裁机构确认解除合同的效力。

法律、行政法规规定解除合同应当办理批准、登记等手续的，依照其规定。

一、本条含义

本条是关于解除合同程序的规定。

当事人一方依照本法第九十三条第二款、第九十四条规定解除合同，应当遵守下列程序规定：一是必须具备法定解除合同的条件；二是行使解除权应当通知对方当事人；三是法律、行政法规规定解除合同应当办理批准、登记手续的，未办理有关手续，合同不能终止。

第九十九条【债务的法定抵消】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。

一、本条含义

本条是关于法定抵销的规定。

抵销，指当事人双方互负债务，各以其债权充抵债务的履行。

抵销因其产生的根据不同，可分为法定抵销和协议抵销。法定抵销，指法律规定抵销的条件，具备条件时依当事人一方的意思表示即发生抵销的效力。

法定抵销应当具备以下条件：（1）当事人双方互负债务互享债权；（2）双方债务均已到期；（3）债务的标的物种类、品质相同。

当事人双方互负到期债务的，任何一方可以将自己的债务与对方的债务抵销，但下列情况除外：（1）依照法律规定不得抵销的；（2）按照合同的性质不得抵销的。

抵销不得附条件或附期限。附条件的抵销只有在条件成就时才能实行，而条件有可能不成就。附期限的抵销在期限尚未到来时也不能实现。抵销附条件和附期限，使得抵销不确定，不符合设立抵销制度的目的，并可能损害一方当事人的权利。

二、真题分析

45. 【2011 年第 2 题】甲公司欠乙商场货款 12 万元，同时乙商场应付甲公司装修费 12 万元。现甲公司欠款到期，甲公司欲以已到期的装修费充抵货款。根据合同法及相关规定，下列说法哪些是正确的？

- A、甲公司可以将自己的债务与乙商场的债务抵销
- B、双方债务性质不同，不得抵销
- C、甲公司主张抵销的，须经乙商场同意
- D、甲公司主张抵销的，应当通知乙商场

【考点】债务抵消

【分析】根据《合同法》第九十九条的规定，本题中，甲公司欠乙商场的贷款和乙商场欠甲公司的装修费都属于欠款，且均已到期，因此，甲公司可以主张抵消，其主张抵消的，应当通知乙商场，该通知到达乙商场即生效，不需征得乙商场同意，因此，选项 AD 正确，选项 BC 错误。

【答案】AD

第一百条【债务的约定抵消】当事人互负债务，标的物种类、品质不相同的，经双方协商一致，也可以抵销。

一、本条含义

本条是关于约定抵销的规定。

约定抵销，指当事人双方协商一致，使自己的债务与对方的债务在对等额内消灭。

法定抵销与约定抵销都是将双方的债务在对等额内消灭。但两者有不同，主要表现在：

（1）抵销的根据不同

法定抵销是基于法律规定，只要具备法定条件，任何一方可将自己的债务与对方的债务抵销；约定抵销，双方必须协商一致，不能由单方决定抵销。

（2）对抵销的债务的要求不同

法定抵销要求标的物的种类、品质相同；约定抵销标的物的种类、品质可以不同。比如可以约定以煤炭抵销运输费，以二级大米抵销一级大米。

(3) 对抵销的债务的期限要求不同

法定抵销当事人双方互负的债务必须均已到期；约定抵销，双方互负的债务即使没有到期，只要双方当事人协商一致，愿意在履行期到来前将互负的债务抵销，也可以抵销。

(4) 程序要求不同

法定抵销，当事人主张抵销的应当通知对方，通知未到达对方，抵销行为不生效；约定抵销，双方达成抵销协议时，发生抵销的法律效力，不必履行通知义务。

二、真题分析

46. 【2013 年第 19 题】甲公司与乙公司互负债务，但标的物种类、品质不相同。根据合同法及相关规定，下列哪种说法是正确的？

- A、这两项债务不可能抵销
- B、这两项债务可自然抵销
- C、经双方协商一致，这两项债务可以抵销
- D、经任何一方主张，这两项债务即可抵销

【考点】债务抵消

【分析】根据《合同法》第一百条的规定，本题中，尽管甲公司与乙公司互负债务的标的物种类、品质不相同，但经双方协商一致，也是可以抵消的。因此，选项 ABD 错误，选项 C 正确。

【答案】C

第一百零一条【提存的条件】有下列情形之一，难以履行债务的，债务人可以将标的物提存：

- (一) 债权人无正当理由拒绝受领；
- (二) 债权人下落不明；
- (三) 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；
- (四) 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。

一、本条含义

本条是关于提存条件的规定。

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。

根据本条规定，有下列情形之一，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

债权人无正当理由拒绝受领，指在合同约定的履行期间，债务人提出履行债务的请求，债权人能够接受履行，却无理由的不予受领。

(2) 债权人下落不明

所谓下落不明，指债权人离开自己的住所或者变更住所，在合理期间经多方查找仍无下落。债权人下落不明，债务人无法给付，为消灭债权债务关系，债务人可以将标的物提存。

(3) 债权人死亡或者丧失行为能力而未确定继承人或者监护人

按照宪法和民法通则，债权人死亡，可以由其继承人享有债权；债权人丧失行为能力应当由其监护人代理行使债权，但是如果债权人的继承人和监护人没有确定，债务就不能因履行而消灭，为此，可以将标的物提存以终止合同。

(4) 法律规定的其他情形

法律对提存问题有规定的，应当依照法律规定。

所谓标的物不适于提存，指标的物不适于长期保管或者长期保管将损害价值的，比如易腐烂、变质的物品，有危险性的物品等。提存费用过高，一般指提存费与所提存的标的的价额不成比例。标的物不适于提存或者提存费用过高有悖设立提存制度的目的，但不提存，债务人又达不到合同义务消灭的目的，为此，可以依照我国拍卖法等有关规定，拍卖或者变卖标的物，提存所得的价款。

第一百零二条【提存后的通知】标的物提存后，除债权人下落不明的以外，债务人应当及时通知债权人或者债权人的继承人、监护人。

一、本条含义

本条是关于提存通知的规定。

标的物提存后，债务消灭，但债权人还未现实地获得其合同利益。为了便于债权人受领提存物，债务人应当将提存的事实及时通知债权人或者债权人的继承人、监护人。只有债权人下落不明，无法通知的，债务人才可以免除通知义务。

第一百零三条【提存的效力】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。

一、本条含义

本条是关于提存效力的规定。

标的物提存后，不论债权人是否提取，都产生债务消灭的法律后果。根据法律规定，标的物所有权自标的物交付时起转移。提存视为标的物的交付，因此，自提存之日起，提存物的所有权转移，债权人作为提存标的物的所有者，该标的物上的权利由其享有，义务和风险由其承担。

二、真题分析

47. 【2011 年第 18 题】根据合同法及相关规定，下列关于提存的说法哪些是正确的？

- A、标的物提存费用过高的，债务人依法可以拍卖或者变卖标的物，提存所得的价款
- B、标的物不适于提存的，债务人依法可以拍卖或者变卖标的物，提存所得的价款
- C、标的物提存后，毁损、灭失的风险由债权人承担
- D、提存期间，标的物的孳息归债务人所有，提存费用由债务人负担

【考点】提存

【分析】根据《合同法》第一百零一条第二款的规定，本题中，选项 AB 正确。根据《合同法》第一百零三条的规定，选项 C 正确，选项 D 错误。

【答案】ABC

第一百零四条【提存物的受领和提存权的消灭】债权人可以随时领取提存物，但债权人对债务人负有到期债务的，在债权人未履行债务或者提供担保之前，提存部门根据债务人的要求应当拒绝其领取提存物。

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。

一、本条含义

本条是关于领取提存物的权利和期限的规定。

标的物提存后债务消灭，债权人取得提存物的所有权，他可以随时领取提存物。

债权人虽然可以随时领取提存物，但该权利长期不行使，不仅使权利长期处于不稳定

状态，也会给提存部门增加负担，同时也不符合物质有效利用的原则。因此，本条规定了领取提存物的时效期间，即债权人领取提存物的权利，自提存之日起5年内不行使而消灭。

第一百零五条【债务免除的效力】债权人免除债务人部分或者全部债务的，合同的权利义务部分或者全部终止。

一、本条含义

本条是关于免除债务的规定。

免除，指债权人抛弃债权，从而消灭合同关系及其他债的关系。

免除具有以下特点：（1）免除是无因行为；（2）免除为无偿行为；（3）免除不需要特定的形式。

免除行为产生以下法律效果：（1）免除使债务消灭；（2）免除消灭债权和债权的从权利。

免除可以附条件或者附期限。附生效条件的免除比如，债权人表示只要债务人在合同履行期归还本金，可以免除利息。附解除条件的免除比如，赠与人表示赠与合同成立后，如果赠与人经济状况恶化，赠与合同不再履行。附生效期限的免除比如，出租人通知承租人下月1号开始不必再支付房租。附终止期限的合同比如，出卖人通知买受人，其售予买受人商品的八折优惠月底终止。

第一百零六条【混同的效力】债权和债务同归于一人的，合同的权利义务终止，但涉及第三人利益的除外。

一、本条含义

本条是关于债权债务混同的规定。

混同，指债权人和债务人同归于一人，致使合同关系及其他债的关系消灭的事实。

混同发生的原因主要有：

1. 概括承受

概括承受是发生混同的主要原因。主要有（1）企业合并；（2）债权人继承债务人；（3）债务人继承债权人；（4）第三人继承债权人和债务人。

2. 特定承受

特定承受主要包括：（1）债务人受让债权人的债权，比如债权人甲与债务人乙签订合同后，甲将合同权利转让给乙；（2）债权人承受债务人的债务，比如甲乙二人签订合同后，债务人乙的债务转移给债权人甲。

第七章 违约责任

第一百零七条【违约责任】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，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。

一、本条含义

本条规定了违约的基本形态和承担违约责任的种类。

违约，即违反合同。违约行为从不同角度可做多种分类。

1. 根本违约和非根本违约

按照违约行为是否完全违背缔约目的，可分为根本违约和非根本违约。完全违背缔约目的的，为根本违约。部分违背缔约目的的，为非根本违约。

2. 合同的不履行和不当履行

按照合同是否履行与履行状况，违约行为可分为合同的不履行和不当履行。合同的不履行，指当事人不履行合同义务。合同的不履行包括拒不履行和履行不能，拒不履行指当事人能够履行合同却无正当理由而故意不履行，履行不能指因不可归责于债务人的事由致使合同的履行在事实上已经不可能。合同的不当履行，又称不完全给付，指当事人履行合同义务不符合约定的条件。不当履行又分为一般瑕疵履行和加害履行，一般瑕疵履行又含迟延履行。

3. 一般瑕疵履行和加害履行

按照违约行为是否造成侵权损害，可分为一般瑕疵履行和加害履行。当事人履行合同有一般瑕疵的，为一般瑕疵履行。当事人履行合同除有一般瑕疵外，还造成对方当事人的其他财产、人身损害的，为加害履行。

4. 债务人履行迟延和债权人受领迟延

按照迟延履行的主体，可分为债务人履行迟延履行和债权人受领迟延。债务人超逾履行期履行的，为债务人履行迟延。债权人超逾履行期受领的，为债权人受领迟延。

违反合同义务，就要承担违约责任。民法通则第一百一十一条规定：“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条件，另一方有权要求履行或者采取补救措施，并有权要求赔偿损失。”据此，承担违约责任的种类有继续履行、采取补救措施、停止违约行为、赔偿损失，此外，还有支付违约金及定金责任等形态。

二、真题分析

48. 【2012 年第 85 题】根据合同法及相关规定，下列关于违约责任的哪些说法是正确的？

- A、当事人一方不履行合同义务的，应当承担违约责任
- B、当事人一方履行合同义务不符合约定的，应当承担违约责任
- C、承担违约责任的方式包括继续履行、采取补救措施、赔偿损失等
- D、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

【考点】违约责任

【分析】根据《合同法》第一百零七条的规定，本题中，选项 ABC 正确。根据《合同法》第一百一十四条第一款的规定，选项 D 正确。

【答案】ABCD

第一百零八条【预期违约】当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行合同义务的，对方可以在履行期限届满之前要求其承担违约责任。

一、本条含义

本条规定了预期违约。

按照违约行为发生的时间，可分为预期违约和届期违约。违约行为发生于合同履行期届至之前的，为预期违约。预期违约又作先期违约，包括明示毁约和默示毁约。当事人在合同履行期到来之前无正当理由明确表示将不履行合同，或者以自己的行为表明将不履行合同，即构成预期违约。依照本条规定，可以在履行期之前请求其承担违约责任。

第一百一十条【非金钱债务的违约责任】当事人一方不履行非金钱债务或者履行非金钱债务不符合约定的，对方可以要求履行，但有下列情形之一的除外：

- (一) 法律上或者事实上不能履行；
- (二) 债务的标的不适于强制履行或者履行费用过高；
- (三) 债权人在合理期限内未要求履行。

一、本条含义

本条规定了不履行非金钱债务或者履行非金钱债务不符合约定的违约责任。

当事人一方不履行非金钱债务或者履行得不适当，对方可以请求其履行，还可以请求其承担其它违约责任，如支付违约金、赔偿损失。

如果非金钱债务在法律上或者事实上不能履行，或者履行费过高，或者债权人在合理期限内未请求履行，则不宜继续履行的方式承担违约责任。

第一百一十一条【瑕疵履行】质量不符合约定的，应当按照当事人的约定承担违约责任。对违约责任没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，受损害方根据标的的性质以及损失的大小，可以合理选择要求对方承担修理、更换、重作、退货、减少价款或者报酬等违约责任。

一、本条含义

本条规定了质量不符合约定的违约责任。

质量不符合约定的，当事人应当承担违约责任。违约责任有约定的，按约定承担。没有约定或者约定不明，又不能协商确定的，受损害当事人可以合理选择请求对方承担修理、更换、重作、退货、减少价款或者报酬、赔偿损失等违约责任。

第一百一十二条【不履行或者不当履行的赔偿责任】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。

一、本条含义

本条规定了违约后的赔偿损失的责任。

违约人继续履行或者采取补救措施后，对方还有损失的，还应当赔偿损失。

第一百一十三条【损害赔偿的范围】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。

经营者对消费者提供商品或者服务有欺诈行为的，依照《中华人民共和国消费者权益保护法》的规定承担损害赔偿责任。

一、本条含义

本条规定了赔偿损失。

1. 赔偿损失的构成

赔偿损失在民法上包括违约的赔偿损失、侵权的赔偿损失及其它的赔偿损失。本条的赔偿损失指违约的赔偿损失，它是一方当事人违反合同给另一方当事人造成财产等损失的赔偿。

承担赔偿责任的构成要件有四：一是有违约行为；二是有损失后果；三是违约行为与财产等损失之间有因果关系；四是违约人有过错，或者虽无过错，但法律规定应当赔偿。

赔偿损失的属性是补偿，弥补非违约人所遭受的损失。这种属性决定赔偿损失的适用前提是违约行为造成财产等损失的后果，如果违约行为未给非违约人造成损失，则不能用赔偿损失的方式追究违约人的民事责任。

2. 赔偿损失的范围

赔偿损失的范围可由法律直接规定，或由双方约定。在法律没有特别规定和当事人没

有另行约定的情况下，应按完全赔偿原则，赔偿全部损失，包括直接损失和间接损失。直接损失指财产上的直接减少。间接损失又称所失利益，指失去的可以预期取得的利益。

3. 赔偿损失的方式

赔偿损失的方式包括恢复原状、金钱赔偿和代物赔偿。

第一百一十四条【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。

一、本条含义

本条规定了违约金。

违约金是指按照当事人的约定或者法律直接规定，一方当事人违约的，应向另一方支付的金钱。违约金的标的物是金钱，但当事人也可以约定违约金的标的物为金钱以外的其它财产。违约金有法定违约金和约定违约金之分。

当事人约定了违约金的，一方违约时，应当按照该约定支付违约金。如果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。

如果当事人专门就迟延履行约定违约金的，该种违约金仅是违约方对其迟延履行所承担的违约责任，因此，违约方支付违约金后，还应当继续履行债务。

第一百一十五条【定金】当事人可以依照《中华人民共和国担保法》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。

一、本条含义

本条规定了定金责任。

定金是债的一种担保方式，是指合同当事人一方为了担保合同的履行而预先向对方支付一定数额的金钱。

根据《中华人民共和国担保法》的规定，当事人在订立合同时，可以约定一方向对方给付定金作为债权的担保。

第一百一十六条【违约金和定金的选择】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。

一、本条含义

本条规定了选择适用违约金与定金条款。

在合同当事人既约定了违约金，又约定了定金的情况下，如果一方违约，对方当事人可以选择适用违约金或者定金条款，即对方享有选择权，可以选择适用违约金条款，也可以选择适用定金条款，但二者不能并用。

二、真题分析

49. 【2010年第71题】甲公司与乙公司签订了一份购销合同，合同总价款为20万元。双方约定，一方违约的，需支付总价款3%的违约金。甲公司还依照约定向乙公司支付了定金1万元。后乙公司未履行合同约定的义务。根据合同法及相关规定，下列说法哪些是正

确的？

- A、甲公司可以要求乙公司双倍返还定金
- B、甲公司只能要求乙公司支付违约金
- C、甲公司可以要求乙公司双倍返还定金，同时支付违约金
- D、甲公司可以选择适用定金或者违约金条款

【考点】定金；违约金

【分析】根据《合同法》第一百一十五、一百一十六条的规定，本题中，甲公司可以选择适用违约金或者定金条款，如果其选择适用定金条款，则可以要求乙公司双倍返回定金，因此，选项 AD 正确，选项 BC 错误。

【答案】AD

第一百一十七条【不可抗力】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，但法律另有规定的除外。当事人迟延履行后发生不可抗力的，不能免除责任。

本法所称不可抗力，是指不能预见、不能避免并不能克服的客观情况。

一、本条含义

本条规定了不可抗力。

不可抗力指当事人订立合同时不可预见，它的发生不可避免，人力对其不可克服的自然灾害、战争等客观情况。

不可抗力造成违约的，违约方没有过错，因此通常是免责的，但法律规定因不可抗力造成的违约也要承担责任的，违约方也要承担无过错的违约责任。

二、真题分析

50. 【2011 年第 74 题】根据合同法及相关规定，下列说法哪些是正确的？

- A、因不可抗力不能履行合同的，应当全部免除责任
- B、当事人迟延履行后发生不可抗力的，不能免除责任
- C、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
- D、约定的违约金低于造成的损失，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以增加

【考点】违约责任

【分析】根据《合同法》第一百一十七条的规定，本题中，选项 A 错误，选项 B 正确。根据《合同法》第一百一十四条的规定，选项 CD 正确。

【答案】BCD

第一百二十一条【因第三人过错造成的违约】当事人一方因第三人的原因造成违约的，应当向对方承担违约责任。当事人一方和第三人之间的纠纷，依照法律规定或者按照约定解决。

一、本条含义

本条规定了因第三人原因造成的违约。

违约是由第三人造成的，为因第三人原因造成的违约。因第三人原因造成一方当事人违约的，如第三人迟延交货造成一方当事人迟延履行的，该当事人应当承担违约责任。该当事人承担违约责任后，应当向第三人追偿。第三人原因构成意外事故致使一方当事人违约，且第三人无力赔偿的，损失由双方当事人分担。法律规定因第三人原因造成违约第三人直接承担责任的，第三人应当直接承担责任。

二、真题分析

51. 【2014 年第 93 题】张某欲将珍藏多年的古董瓷器转让给赵某。两人在合同中约定，如果一方违约，需要支付给对方违约金，同时约定赵某支付一定数额的定金给张某作为债权的担保。交付前，张某的朋友李某不慎将该瓷器摔碎。根据合同法及相关规定，下列哪些说法是正确的？

- A. 张某不能向赵某交付瓷器，构成违约，违约责任应由张某承担
- B. 张某不能向赵某交付瓷器，构成违约，违约责任应由李某承担
- C. 赵某追究违约责任时，可以要求同时适用违约金和定金条款
- D. 赵某追究违约责任时，可以选择适用违约金或者定金条款

【考点】违约责任

【分析】根据《合同法》第一百二十一条的规定，本题中，张某因为第三人李某的原因造成违约，应当由其本人向对方承担违约责任，因此，选项 A 正确，选项 B 错误。根据《合同法》第一百一十六条的规定，本题中，张某与赵某在合同中同时约定了违约金和定金，因此，赵某追究违约责任时只能选择适用违约金或者定金条款，而不能同时主张，选项 C 错误，选项 D 正确。

【答案】AD

第一百二十二条【违约责任与侵权责任竞合】因当事人一方的违约行为，侵害对方人身、财产权益的，受损害方有权选择依照本法要求其承担违约责任或者依照其他法律要求其承担侵权责任。

一、本条含义

本条规定了违约责任与侵权责任的竞合。

违约责任与侵权责任竞合，是说债务人的违法行为，既符合违约要件，又符合侵权要件，导致违约责任与侵权责任一并产生，又违约责任引发债权人索赔的请求权，侵权责任也引发债权人索赔的请求权，两个请求权有重叠之处，形成请求权的竞合。

按照本条的规定，违约责任与侵权责任竞合的，受损害人可以选择违约责任或者侵权责任请求对方承担。

分则

第十八章 技术合同

第一节 一般规定

第三百二十二条【定义】技术合同是当事人就技术开发、转让、咨询或者服务订立的确立相互之间权利和义务的合同。

一、本条含义

本条是对技术合同定义的规定。

技术合同是当事人就技术开发、转让、咨询或者服务订立确立相互之间权利和义务的合同。本条的规定，不仅适用国内技术合同，也适用涉外技术合同。

第三百二十三条【订立技术合同的原则】订立技术合同，应当有利于科学技术的进步，加速科学技术成果的转化、应用和推广。

一、本条含义

本条是对订立技术合同应当遵循的原则的规定。

当事人订立技术合同，首先应当遵循平等、自愿、公平、诚实信用、遵守法律的基本

原则。依据技术合同的特点，当事人订立技术合同，还应当遵循有利于科学技术的进步，加速科学技术成果的转化、应用和推广的原则。

第三百二十四条【技术合同的主要条款】技术合同的内容由当事人约定，一般包括以下条款：

- (一) 项目名称；
- (二) 标的的内容、范围和要求；
- (三) 履行的计划、进度、期限、地点、地域和方式；
- (四) 技术情报和资料的保密；
- (五) 风险责任的承担；
- (六) 技术成果的归属和收益的分成办法；
- (七) 验收标准和方法；
- (八) 价款、报酬或者使用费及其支付方式；
- (九) 违约金或者损失赔偿的计算方法；
- (十) 解决争议的方法；
- (十一) 名词和术语的解释。

与履行合同有关的技术背景资料、可行性论证和技术评价报告、项目任务书和计划书、技术标准、技术规范、原始设计和工艺文件，以及其他技术文档，按照当事人的约定可以作为合同的组成部分。

技术合同涉及专利的，应当注明发明创造的名称、专利申请人和专利权人、申请日期、申请号、专利号以及专利权的有效期限。

一、本条含义

本条是对技术合同条款内容的规定。

技术合同的内容即合同条款是当事人权利和义务的体现，也是当事人履行合同、判明违约责任的主要依据。技术合同条款一般由合同双方当事人协商约定，不需要由法律作出具体规定。但是，考虑到我国法律知识尚不普及，技术合同的内容比较复杂，有必要在法律中作一些规定，以指导当事人订立技术合同。

本条规定技术合同应当具备的条款是指导性条款，不要求订立技术合同的当事人必须采用，也不限制当事人在合同中约定其他权利义务，如当事人可以约定对技术合同的担保等。

第三百二十六条【职务技术成果的财产权归属】职务技术成果的使用权、转让权属于法人或者其他组织的，法人或者其他组织可以就该项职务技术成果订立技术合同。法人或者其他组织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予奖励或者报酬。法人或者其他组织订立技术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。

职务技术成果是执行法人或者其他组织的工作任务，或者主要是利用法人或者其他组织的物质技术条件所完成的技术成果。

一、本条含义

本条是对职务技术成果及职务技术成果财产权归属的规定。

技术成果，是指利用科学技术知识、信息和经验作出的产品、工艺、材料及其改进等技术方案。因技术成果所产生的权益属于知识产权。知识产权包括人身权和财产权。人身权是指与人身相联系或者密不可分的没有直接财产内容的权利。财产权是人身权的对称，指具有经济利益的权利。

技术成果的财产权，即使用和转让技术成果的权利。技术成果财产权的归属要根据技术成果是职务技术成果还是非职务技术成果来决定。

一项技术成果，根据完成技术成果个人的研究开发活动与岗位职责及法人或者其他组织的物质技术投入的关系，可以划分为职务技术成果和非职务技术成果。

职务技术成果是执行法人或者其他组织的工作任务或者主要是利用法人或者其他组织的物质技术条件所完成的技术成果。依据这一规定，确认职务技术成果的标准有两条，一是执行法人或者其他组织的工作任务；二是主要是利用法人或者其他组织的物质技术条件。

职务技术成果的使用权、转让权属于法人或者其他组织，法人或者其他组织可以就该项职务技术成果订立技术合同。

职务技术成果凝聚了技术成果完成者的创造性劳动，应当对完成职务技术成果的完成者给予相应的奖励和报酬。同时，还应当根据使用和转让该项技术成果所取得的经济收益，给予一定的奖励和报酬。

此外，合同法还规定法人或者其他组织订立技术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。

第三百二十七条【非职务技术成果的财产权归属】非职务技术成果的使用权、转让权属于完成技术成果的个人，完成技术成果的个人可以就该项非职务技术成果订立技术合同。

一、本条含义

本条是对非职务技术成果财产权归属的规定。

未执行法人或者其他组织的工作任务，也未利用法人或者其他组织的物质技术条件所完成的技术成果，是非职务技术成果。

非职务技术成果的财产权即非职务技术成果的使用权、转让权属于完成技术成果的个人。完成技术成果的个人有权就该项非职务技术订立技术合同，有权获得因使用或者转让该项技术成果所取得的收益。

第三百二十九条【技术合同无效】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。

一、本条含义

本条是对无效技术合同的规定。

合同的无效，指合同虽然已经成立，但因其违反法律、行政法规或社会公共利益而被确认为不具有法律效力。本条规定了技术合同无效的两种情形，即非法垄断技术，妨碍技术进步或者侵害他人技术成果的技术合同无效。

无效的技术合同，从订立时起就没有法律约束力。但是，技术合同的部分无效，不影响其余部分的效力，其余部分仍然有效。技术合同被确认为无效后，对合同无效负有责任的一方应当赔偿因合同无效给另一方造成的损失，当事人双方对合同无效均负有责任的，各自承担相应的责任。

二、真题分析

52. 【2014年第28题】甲公司与乙公司签订专利实施许可合同，并约定被许可方乙公司不得就该专利提出无效宣告请求。该合同还有独立存在的有关解决争议方法的条款。根据合同法及相关规定，下列关于该合同效力的哪种说法是正确的？

- A. 该合同有效
- B. 该合同效力待定

- C. 该合同无效，合同中独立存在的有关解决争议方法的条款也相应无效
D. 该合同无效，但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

【考点】合同效力、技术合同

【分析】根据《合同法》第三百二十九条的规定，以及《最高人民法院关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第十条第（六）项的规定，禁止技术接受方对合同标的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的，属于合同法第三百二十九条所称的“非法垄断技术、妨碍技术进步”。因此，甲公司与乙公司签订的专利实施许可合同无效。根据《合同法》第五十七的规定，尽管合同无效，但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。因此，ABC 错误，选项 D 正确。

【答案】D

53. 【2012 年第 96 题】根据合同法及相关规定，下列哪些属于当事人可以请求人民法院变更或者撤销的合同？

- A、甲公司与乙公司恶意串通签订的损害丙公司利益的买卖合同
B、贾某以欺诈的手段使齐某在违背真实意思的情况下与之订立的买卖合同
C、韩某把一个古董花瓶错当成现代仿制花瓶与赵某签订的买卖合同
D、非法垄断技术的技术合同

【考点】可变更、撤销的合同

【分析】根据《合同法》第五十四条的规定，本题中，选项 BC 正确。根据《合同法》第五十二条第（二）项的规定，选项 A 属于无效合同，不符合题意，因此，选项 A 错误。根据《合同法》第三百二十九条的规定，选项 D 属于无效合同，不符合题意，因此，选项 D 错误。

注意区分无效合同与可变更或撤销合同，详见《合同法》第五十二、五十四条。

【答案】BC

第二节 技术开发合同

第三百三十条【订立及合同形式】技术开发合同是指当事人之间就新技术、新产品、新工艺或者新材料及其系统的研究开发所订立的合同。

技术开发合同包括委托开发合同和合作开发合同。

技术开发合同应当采用书面形式。

当事人之间就具有产业应用价值的科技成果实施转化订立的合同，参照技术开发合同的规定。

一、本条含义

本条是对技术开发合同定义和种类的规定。

（一）技术开发合同的概念

技术开发合同是当事人之间就新技术、新产品、新工艺和新材料及其系统的研究开发所订立的合同。

订立技术开发合同，应当有必要的研究开发经费、基础设施、技术情报资料等条件。当事人在订立合同前应当进行必要的、全面细致的可行性论证，广泛收集有关的技术信息，选择适当的研究开发方案，尽量避免重复研究和开发。

与其他合同相比，技术开发合同的内容较多；技术开发合同是一项探索性活动，履行期长，涉及风险责任的承担；技术开发合同标的比较复杂，涉及研究开发行为及研究开发行为的对象，因此，本条规定当事人订立技术开发合同应当采用书面形式。

（二）技术开发合同的种类

技术开发合同包括委托开发合同和合作开发合同。

委托开发合同，是指当事人一方委托另一方进行研究开发所订立的合同。合作开发合同，是指当事人各方就共同进行研究开发所订立的合同。

第三百三十一条【委托人义务】委托开发合同的委托人应当按照约定支付研究开发经费和报酬；提供技术资料、原始数据；完成协作事项；接受研究开发成果。

一、本条含义

本条是对委托开发合同的委托人主要义务的规定。

委托人的主要义务：

第一，按照合同的约定，支付研究开发经费和报酬。

研究开发经费，是指完成研究开发工作所需要的成本。除合同另有约定，委托人应当提供全部研究开发工作所需要的经费，包括购买研究必需的设备仪器、研究资料、试验材料、能源、试制、安装以及情报资料等项费用。

第二，按照合同的约定，提供技术资料、原始数据、完成协作事项。

合同成立后，委托人负有按照合同约定提供研究开发工作必要的技术资料、原始数据并完成协作的义务。但是，委托人为研究开发人提供有关资料、数据，完成协作工作，只是为开发工作提供的辅助性劳动，不能因此认为是参加了开发研究，将委托开发合同变为合作开发合同。

第三，按期接受研究开发成果。

委托开发合同履行后，委托人享有接受该项研究开发成果的权利。这也是委托人的义务。委托人应当按期接受这一成果。

第三百三十二条【受托人义务】委托开发合同的研究开发人应当按照约定制定和实施研究开发计划；合理使用研究开发经费；按期完成研究开发工作，交付研究开发成果，提供有关的技术资料和必要的技术指导，帮助委托人掌握研究开发成果。

一、本条含义

本条是对委托开发合同的研究开发人主要义务的规定。

研究开发人的主要义务：

第一，按照约定制定和实施研究开发计划。

为保证研究开发成果符合委托人的要求，研究开发人应当进行必要的可能性论证，并根据合同的要求，选择适当的研究开发方案，制定切实可行的计划，并积极组织实施。

第二，合理使用研究开发经费。

研究开发经费是专为研究开发工作使用的，开发人应当按照合同的约定，本着专款专用的原则，根据开发项目的实际需要，合理有效地使用委托人支付的研究开发经费，不得擅自挪作他用。

第三，按期完成研究开发工作，交付研究开发成果，提供有关的技术资料和必要的技术指导，帮助委托人掌握研究开发成果。

第三百三十三条【委托人违约责任】委托人违反约定造成研究开发工作停滞、延误或者失败的，应当承担违约责任。

一、本条含义

本条是对委托人违反委托开发合同违约责任的规定。

委托人违反约定造成研究开发工作停滞、延误或者失败的，应当承担违约责任。这是

对委托人违反约定应当承担责任的—般规定。

第三百三十四条【受托人违约责任】研究开发人违反约定造成研究开发工作停滞、延误或者失败的，应当承担违约责任。

一、本条含义

本条是对研究开发人违反委托开发合同违约责任的规定。

研究开发人违反约定，造成研究开发工作停滞、延误或者失败的，应当承担违约责任。这是对研究开发人违反委托开发合同应当承担责任的—般规定。

第三百三十五条【合作各开发方的主要义务】合作开发合同的当事人应当按照约定进行投资，包括以技术进行投资；分工参与研究开发工作；协作配合研究开发工作。

一、本条含义

本条是对合作开发合同各方当事人主要义务的规定。

在合作开发合同中，当事人各方的主要义务是：

第一，按照合同的约定进行投资，包括以技术进行投资。

共同投资是合作开发合同的重要特征，也是合作开发合同各方当事人的主要义务。合同当事人各方应当依照合同的约定投资。

第二，按照合同约定的分工参与研究开发工作。

合作开发合同的各方当事人虽然都要出钱，进行投资，但各方还必须出人直接参与研究开发工作。所以参与研究开发工作是合作开发合同的特征。

第三，协作配合研究开发工作。

合作各方可以在合同中约定成立由双方代表组成的指导机构，对研究开发工作中的重大问题—进行决策、协调和组织研究开发活动，保证研究开发工作的顺利进行。

第三百三十六—条【合作各开发方的违约责任】合作开发合同的当事人违反约定造成研究开发工作停滞、延误或者失败的，应当承担违约责任。

一、本条含义

本条是对合作开发合同当事人违约责任的规定。

合作开发合同的当事人违反约定造成研究开发工作停滞、延误或者失败的，应当承担违约责任。如果当事人—方逾期不进行投资或者不履行其他约定的义务，另—方或者其他各方当事人有权解除合同。当事人—方应当赔偿因此给另—方或者其他各方造成的损失。

第三百三十七—条【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。

一、本条含义

本条是对解除技术开发合同条件的规定。

合同的解除，是指合同有效成立后，当具备合同解除条件时，因当事人—方或者双方的意思表示而使合同关系消灭的—种行为。

合同法第九十三条、第九十四条规定了解除合同的条件。根据技术开发合同的特点，合同法又规定了技术开发合同可以解除的另—种情形，即作为技术开发合同标的的技术已经由他人公开，致使履行技术开发合同没有意义，当事人可以解除合同。

第三百三十八—条【风险负担及通知义务】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，该风险责任由当事人约定。没有约定

或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，风险责任由当事人合理分担。

当事人一方发现前款规定的可能致使研究开发失败或者部分失败的情形时，应当及时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。

一、本条含义

本条是对技术开发合同风险责任的规定。

一项技术开发的失败或者部分失败属于风险，应当具备以下各项条件：（1）课题本身在国际和国内现有技术水平下具有足够的难度；（2）研究开发方尽了主观努力；（3）该领域专家认为研究开发失败属于合理的失败。

由于技术开发存在着的风险，风险一旦出现，将使技术开发合同无法履行，给当事人造成损失。因此，当事人应当在订立合同时明确约定风险责任的承担。如果当事人没有约定或者约定不明确，风险发生后，当事人可以协议补充风险责任。不能达成补充协议的，可以按照合同的有关条款或者交易习惯确定，仍不能确定，风险责任由当事人合理分担。

在研究开发过程中，当事人一方发现可能导致研究开发失败或者部分失败的情况时，应当及时通知另一方并采取适当措施减少损失。如果当事人未能及时通知对方当事人，也未能及时采取措施，制止损失的扩大，应当就扩大的损失承担责任。

第三百三十九条【技术成果的归属】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。

一、本条含义

本条是对履行委托开发合同完成的技术成果的归属和分享的规定。

委托开发合同的当事人可以在合同中约定委托开发完成的发明创造的权利归属。如果当事人在合同中没有约定或者约定不明确，那么，委托开发完成的发明创造，申请专利的权利属于研究开发人，但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，委托人可以优先受让该专利申请权。

二、真题分析

54. 【2014 年第 25 题】甲公司委托乙研究所研发一项新技术，双方签订了技术开发合同，但没有约定研发成果申请专利的权利的归属。根据合同法及相关规定，下列哪种说法是正确的？

- A. 该研发成果申请专利的权利属于甲公司和乙研究所共有，当事人一方转让其共有的专利申请权的，另一方享有以同等条件优先受让的权利
- B. 该研发成果申请专利的权利属于甲公司和乙研究所共有，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
- C. 该研发成果申请专利的权利属于乙研究所，乙研究所取得专利权的，甲公司可以免费实施该专利
- D. 该研发成果申请专利的权利属于甲公司，甲公司取得专利权的，乙研究所可以免费实施该专利

【考点】技术开发合同

【分析】根据《合同法》第三百三十九条第一款的规定，本题中，在甲公司与乙研究所未约定研发成果申请专利的权利归属的情况下，申请专利的权利属于研发人乙研究所，但乙研究所取得专利权的，甲公司可以免费实施该专利。因此，选项 ABD 错误，选项

C 正确。

【答案】C

55. 【2013 年第 69 题】甲公司委托乙研究所为其开发一种技术，并签订了技术开发合同，但双方没有约定技术成果的归属。乙研究所按约定交付了符合要求的技术成果，甲公司按约定支付了研究开发经费和报酬。后乙研究所就该技术成果提交了专利申请。根据合同法及相关规定，下列哪些说法是正确的？

A、乙研究所就该技术成果申请专利的行为侵犯了甲公司就该技术成果申请专利的权利

B、乙研究所享有就该技术成果申请专利的权利，但若乙研究所转让该专利申请权，则甲公司享有以同等条件优先受让的权利

C、如果乙研究所的该专利申请被授予专利权，则甲公司未经乙研究所许可，不得以生产经营为目的实施该专利

D、如果乙研究所的该专利申请被授予专利权，则甲公司可以免费实施该专利

【考点】技术开发合同

【分析】根据《合同法》第三百三十九条的规定，本题中，甲公司委托乙研究所完成了发明创造，但未约定技术成果归属，因此，该技术成果申请专利的权利属于研究开发人乙研究所，如果乙研究所转让该申请权，委托人甲公司享有以同等条件优先受让的权利。因此，选项 B 正确，选项 A 错误。同时，根据上述规定，研究开发人乙研究所取得专利权，则委托人甲公司可以免费实施该专利，因此，选项 D 正确，选项 C 错误。

【答案】BD

56. 【2010 年第 57 题】某研究所与刘某签订了一份技术开发合同，约定由刘某为该研究所开发一套设备，但双方没有约定技术成果的归属。刘某按约定交付了符合要求的技术成果。后刘某欲就该技术成果申请专利，双方遂发生争执。根据合同法及相关规定，下列说法哪些是正确的？

A、该研究所享有就该技术成果申请专利的权利，刘某无权申请

B、刘某享有就该技术成果申请专利的权利，但如果其转让专利申请权，该研究所享有以同等条件优先受让的权利

C、该研究所和刘某共同享有就该技术成果申请专利的权利，双方均可单独申请专利

D、该研究所和刘某共同享有就该技术成果申请专利的权利，该研究所不同意申请专利的，刘某不得申请

【考点】委托开发完成的发明创造

【分析】根据《合同法》第三百三十九条的规定，本题中，刘某单独享有就该技术成果申请专利的权利，因此，选项 ACD 错误，选项 B 正确。

【答案】B

第三百四十条【合作开发技术成果的归属】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。

一、本条含义

本条是对履行合作开发合同完成的技术成果的归属和分享的规定。

技术开发合同的当事人可以在合同中约定合作开发完成的发明创造的权利归属。如果当事人在合同中没有约定或者约定不明确，那么，合作开发完成的发明创造，申请专利的权利属于合作开发的当事人共有。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。当事人一方转让其共有的专利申请权的，其他各方可以优先受让其共有的专利申请权。当事人一方声明放弃其共有的专利申请权，可以由另一方单独申请或者由其他各方共同申请。申请人取得专利的，放弃专利申请权的一方可以免费实施该专利。

第三节 技术转让合同

第三百四十二条【内容及形式】技术转让合同包括专利权转让、专利申请权转让、技术秘密转让、专利实施许可合同。

技术转让合同应当采用书面形式。

一、本条含义

本条是对技术转让合同定义和范围的规定。

技术转让，就是某一主体将其所有或者掌握的技术让与另一主体使用的行为。

本条所称的技术转让合同包括专利权转让合同、专利申请权转让合同、专利实施许可合同和技术秘密转让合同。

技术转让合同应当转让特定和现有的专利权、专利申请权、专利实施权、技术秘密使用权和转让权为内容，不包括尚待研究开发的技术成果或者传授不涉及专利或者技术秘密知识、技术、经验和信息订立的合同。

技术转让合同的内容复杂，涉及转让技术的范围、转让的对象、受让人使用转让技术的范围和方式、技术的保密、使用费的支付，以及对使用技术产生的新的技术成果的归属等，技术转让合同涉及专利的，还要明确专利申请日、申请号、专利号和专利权的有效期限，因此，当事人应当采用书面形式订立技术转让合同。

第三百四十三条【技术转让范围的约定】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。

一、本条含义

本条是对技术转让合同限制性条款的规定。

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专利技术的范围。实施专利或者使用专利技术的范围，是指实施专利的期限、实施专利或者技术秘密的地区和方式。但是，技术转让合同的当事人不得以合同条款限制技术竞争和技术发展，包括（1）不得通过合同条款限制另一方在合同标的技术的基础上进行新的研究开发；（2）不得通过合同条款限制另一方从其他渠道吸收技术，或者阻碍另一方根据市场的需求，按照合同的方式充分实施专利和使用技术秘密。

第三百四十四条【专利实施许可合同的限制】专利实施许可合同只在该专利权的存续期间内有效。专利权有效期限届满或者专利权被宣布无效的。专利权人不得就该专利与他人订立专利实施许可合同。

一、本条含义

本条是对专利实施许可合同有效期限的规定。

专利实施许可合同只在该项专利权的存续期间内有效。根据专利法的规定，发明专利

权的期限为二十年，实用新型专利权和外观设计专利权的期限为十年，均自申请日起计算。在专利权有效期限终止或者专利权宣布无效后，专利权人不得就该项专利与他人订立专利实施许可合同。

专利实施许可合同的让与人应当在合同有效期内维持专利的有效性。在合同有效期内，专利权被终止的，合同同时终止，让与人应当支付违约金或者赔偿损失。专利权被宣布无效的，让与人应当赔偿由此给受让人造成的损失。

第三百四十五条【专利实施许可合同让与人主要义务】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。

一、本条含义

本条是对专利实施许可合同让与人主要义务的规定。

专利实施许可合同让与人的主要义务是，第一，保证自己是所提供的专利技术的合法拥有人，并且保证所提供的专利技术完整、无误、有效，能够达到合同约定的目的。第二，按照合同的约定，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。第三，承担保密义务。第四，排他实施许可合同的让与人不得在已经许可让与人实施专利的范围内，就同一专利与第三人订立专利实施许可合同。独占实施许可合同的让与人不得在已经许可受让人实施专利的范围内实施该专利。

第三百四十六条【专利实施许可合同受让人主要义务】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；并按照约定支付使用费。

一、本条含义

本条是对专利实施许可合同受让人主要义务的规定。

专利实施许可合同受让人的主要义务，第一，按照合同的约定，支付价款。第二，按照合同约定的范围、方式、期限等实施专利技术，并按照约定支付使用年费。第三，未经让与人同意，不得许可合同约定以外第三人实施该项专利技术。第四，承担保密义务。

二、真题分析

57. 【2014年第64题】根据合同法及相关规定，下列关于专利实施许可合同的哪些说法是正确的？

- A. 除合同另有约定外，被许可人可以许可约定以外的第三人实施该专利
- B. 专利实施许可合同只在该专利权的存续期间内有效
- C. 许可人应当保证自己是所许可实施的专利的合法拥有者
- D. 被许可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

【考点】专利实施许可合同

【分析】根据《合同法》第三百四十六条的规定，选项 A 错误。根据《合同法》第三百四十四条的规定，选项 B 正确。根据《合同法》第三百四十九条的规定，以及《合同法》第三百四十二条的规定，因此，选项 C 正确。根据《合同法》第三百五十条的规定，选项 D 正确。

【答案】BCD

第三百四十七条【技术秘密转让合同让与人的义务】技术秘密转让合同的让与人应当按照约定提供技术资料，进行技术指导，保证技术的实用性、可靠性，承担保密义务。

一、本条含义

本条是对技术秘密转让合同让与人义务的主要规定。

技术秘密转让合同让与人的主要义务是，第一，保证自己是所提供技术的合法拥有者，并且保证所提供的技术完整、无误、有效，能够达到合同约定的目标；第二，按照合同约定，提供技术资料，进行技术指导，保证技术的实用性、可靠性；第三，承担保密义务；第四，承担受让人按照约定使用技术秘密侵害他人合法权益的责任；第五，使用技术秘密不得超出约定的范围；第六，不得擅自许可第三人使用该项技术秘密。

第三百四十八条【技术秘密转让合同受让人的义务】技术秘密转让合同的受让人应当按照约定使用技术，支付使用费，承担保密义务。

一、本条含义

本条是对技术秘密转让合同受让人主要义务的规定。

技术秘密转让合同受让人的主要义务是，第一，按照合同的约定使用技术，支付使用费；第二，未经让与人同意，不得擅自许可第三人使用该项技术秘密；第三，使用技术秘密不得超越合同约定的范围；第四，承担保密义务。

第三百四十九条【技术转让合同让与人基本义务】技术转让合同的让与人应当保证自己是所提供的技术的合法拥有者，并保证所提供的技术完整、无误、有效，能够达到约定的目标。

一、本条含义

本条是对技术转让合同让与人保证义务的规定。

向受让人转让技术是技术转让合同让与人的基本义务。让与人转让的技术不能是剽窃、冒充、仿造的，必须是自己合法拥有的，也就是说，让与人应当保证自己是所提供技术的合法拥有者，或者保证自己有权转让或者有权许可、使用、实施该项技术。让与人在转让技术时，还应当保证所提供的技术或者文件资料的完整、准确、有效，能够达到合同预期的目标。

第三百五十条【技术转让合同受让人技术保密义务】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。

一、本条含义

本条是对技术转让合同受让人保密义务的规定。

技术转让合同的让与人对受让人转让的技术，有的是处于保密状态的技术、有的技术虽已公开，但是相关的背景材料、技术参数等未曾公开，这些技术及相关材料有可能涉及国家利益或者让与人的重大经济利益。因此，受让人对让与人提供或者传授的技术和有关技术资料，应当按照合同约定的范围和期限承担保密义务。对超过合同约定范围和期限仍需保密的技术，受让人应当遵循诚实信用的原则，履行合同保密的附随义务。

第三百五十一条【让与人违约责任】让与人未按照约定转让技术的，应当返还部分或者全部使用费，并应当承担违约责任；实施专利或者使用技术秘密超越约定的范围的，违反约定擅自许可第三人实施该项专利或者使用该项技术秘密的，应当停止违约行为，承担违约责任；违反约定的保密义务的，应当承担违约责任。

一、本条含义

本条是对技术转让合同的让与人违约责任的规定。

（一）违反专利权转让合同的责任。让与人不履行合同义务，迟延办理专利权移交手续，未提供有关的技术资料，转让的专利不是让与人合法拥有的专利或者违反保密义务的，应当返还部分或者全部使用费，并且应当承担违约责任。

(二) 违反专利申请权转让合同的责任。让与人不履行合同，迟延提供技术情报和资料的，或者所提供的技术情报和资料没有达到使该领域一般专业技术人员能够实施发明创造的程度的，应当承担违约责任。违反保密义务的，应当承担违约责任。

(三) 违反专利实施许可合同的责任。让与人未按照约定转让专利技术，应当返还部分或者全部使用费，并且承担违约责任；使用专利技术超越约定的范围，违反约定擅自许可第三人使用该项专利技术，应当停止违约行为，承担违约责任；违反保密义务的，承担违约责任；承担受让人按照约定使用专利技术侵害他人合法权益的责任。

(四) 违反技术秘密转让合同的责任。让与人未按照合同约定转让技术秘密的，应当返还部分或者全部使用费，并且承担违约责任；使用技术秘密超越合同约定的范围，违反约定擅自许可第三人使用该项技术秘密，应当停止违约行为，承担违约责任；技术秘密成果达不到合同约定的技术指标，承担违约责任。违反保密义务，泄露技术秘密，使受让人遭受损失的，承担违约责任。承担受让人按照约定使用技术秘密侵害他人合法权益的责任。

第三百五十二条【受让人违约责任】 受让人未按照约定支付使用费的，应当补交使用费并按照约定支付违约金；不补交使用费或者支付违约金的，应当停止实施专利或者使用技术秘密，交还技术资料，承担违约责任；实施专利或者使用技术秘密超越约定的范围的，未经让与人同意擅自许可第三人实施该专利或者使用该技术秘密的，应当停止违约行为，承担违约责任；违反约定的保密义务的，应当承担违约责任。

一、本条含义

本条是对技术转让合同的受让人违约责任的规定。

(一) 违反专利权转让合同的责任。受让人未按照约定支付价款，应当补交并按照约定支付违约金，不补交价款或者支付违约金的，应当停止实施专利，交还技术资料，承担违约责任；违反保密义务的，承担违约责任。

(二) 违反专利申请权转让合同的责任。受让人不履行合同，迟延支付价款的，承担违约责任。未按照约定支付价款，应当补交并承担违约责任；不补交价款或者不支付违约金的，应当返还专利申请权，交还技术资料，并承担违约责任。违反保密义务的，承担违约责任。

(三) 违反专利实施许可合同的责任。受让人未按照约定支付使用费，应当补交使用费并按照约定支付违约金；不补交使用费或者支付违约金的，应当停止使用专利技术，交还技术资料，承担违约责任；使用专利技术超越约定范围，未经让与人同意擅自许可第三人使用该专利技术的，应当停止违约行为，承担违约责任。违反保密义务的，应当承担违约责任。

(四) 违反技术秘密转让合同的责任。受让人不按照合同约定支付使用费的，应当补交使用费并按照约定支付违约金；不补交使用费或者支付违约金的，应当停止使用技术秘密，交还技术资料，承担违约责任；使用技术秘密超越约定的范围，未经让与人同意擅自许可第三人实施使用该技术秘密的，应当停止违约行为，承担违约责任；违反保密义务，泄露技术秘密，给让与人造成损失的，应当承担违约责任。

第三百五十四条【后续技术成果的归属与分享】 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，依照本法。

一、本条含义

本条是对技术转让合同中后续改进技术成果分享办法的规定。

后续改进，是指在技术转让合同有效期内，一方或双方对作为合同标的的专利技术或者技术秘密成果所作的革新和改良。

本条规定首先明确了实施专利、使用技术秘密后续改进的技术成果属于完成该项后续改进的人。其次，技术转让合同的当事人双方可以按照互利的原则，在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办法。没有约定或者约定不明确，当事人可以协议补充，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。按照合同有关条款或者交易习惯仍不能确定，一方后续改进技术的技术成果，其他各方无权分享。

互惠使用后续改进的技术，当事人应当另行订立合同。

二、真题分析

58. 【2013 年第 49 题】根据合同法及相关规定，下列关于技术转让合同的哪些说法是正确的？

- A、技术秘密转让合同应当采用书面形式
- B、技术秘密转让合同的当事人未就使用技术秘密后续改进技术成果的分享办法作出约定的，一方后续改进的技术成果，其他各方均有权分享
- C、专利实施许可合同的被许可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
- D、专利实施许可合同只在该专利权的存续期间内有效

【考点】技术转让合同

【分析】根据《合同法》第三百四十二条的规定，本题中，选项 A 正确。根据《合同法》第三百五十四条的规定，选项 B 错误。根据《合同法》第三百五十条的规定，选项 C 正确。根据《合同法》第三百四十四条的规定，选项 D 正确。

【答案】ACD

59. 【2011 年第 82 题】根据合同法及相关规定，下列关于技术转让合同的说法哪些是正确的？

- A、技术转让合同的当事人未就后续改进技术成果的分享办法作出约定的，一方后续改进的技术成果，其他各方无权分享
- B、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
- C、专利权有效期限届满后，专利权人不得就该专利与他人订立专利实施许可合同
- D、技术转让合同应当采用书面形式

【考点】技术转让合同

【分析】根据《合同法》第三百五十四条的规定，本题中，选项 A 正确。根据《合同法》第三百五十条的规定，选项 B 正确。根据《合同法》第三百四十四条的规定，选项 C 正确。根据《合同法》第三百四十二条第二款的规定，选项 D 正确。

【答案】ABCD

61. 【2010 年第 85 题】根据合同法及相关规定，下列关于技术转让合同的说法哪些是正确的？

- A、技术转让合同的当事人未就后续改进技术成果的分享办法作出约定的，当事人各方共同享有后续改进的技术成果
- B、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
- C、专利实施许可合同的有效期间可以由双方当事人任意约定

D、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

【考点】技术转让合同

【分析】根据《合同法》第三百五十四条的规定，本题中，选项 A 错误。根据《合同法》第三百四十三的规定，选项 B 正确。根据《合同法》第三百四十四条的规定，选项 C 错误。根据《合同法》第三百四十六条的规定，选项 D 正确。

【答案】BD

第四节 技术咨询合同和技术服务合同

第三百五十六条【内容】技术咨询合同包括就特定技术项目提供可行性论证、技术预测、专题技术调查、分析评价报告等合同。

技术服务合同是指当事人一方以技术知识为另一方解决特定技术问题所订立的合同，不包括建设工程合同和承揽合同。

一、本条含义

本条是对技术咨询合同和技术服务合同定义的规定。

技术咨询合同，是指科技人员作为受托人运用自己的科学技术知识和技术手段，对委托人提出的特定技术项目进行可行性论证、技术预测、专题技术调查、分析评价等活动，委托人支付咨询费的合同。

技术服务合同是指当事人一方以技术知识为另一方解决特定技术问题所订立的合同，不包括建设工程合同和承揽合同。

第三百五十七条【技术咨询合同委托人主要义务】技术咨询合同的委托人应当按照约定阐明咨询的问题，提供技术背景材料及有关技术资料、数据；接受受托人的工作成果，支付报酬。

一、本条含义

本条是对技术咨询合同的委托人主要义务的规定。

技术咨询合同的委托人应当全面履行合同约定的各项义务：第一，按照合同的约定，阐明咨询问题，提供技术背景材料及有关技术资料、数据；第二，为受托人进行调查论证提供必要的工作条件；第三，除合同另有约定，承担受托人进行调查研究、分析论证、试验测定的经费；第四，应受托人的要求及时补充有关资料和数据；第五，应受托人的要求，对受托人提供的技术资料和数据予以保密，只有在合同没有约定的情况下，可以引用、发表和向第三人提供；第六，按照合同约定的期限和方式接受受托人的工作成果，及时支付报酬。

第三百五十八条【技术咨询合同受托人主要义务】技术咨询合同的受托人应当按照约定的期限完成咨询报告或者解答问题；提出的咨询报告应当达到约定的要求。

一、本条含义

本条是对技术咨询合同的受托人主要义务的规定。

技术咨询合同的受托人应当全面履行合同约定的各项义务：第一，对技术项目进行调查、论证；第二，发现委托人提供的技术资料、数据有明显错误和缺陷的，应当及时通知委托人补充、修改；第三，利用自己的技术知识和人才优势，按照合同的约定完成咨询报告或者解答问题；保证咨询报告和意见符合合同约定的要求；第四，应委托人的要求，对委托人提供的技术资料和数据予以保密，只有在合同没有约定的情况下，可以引用、发表

和向第三人提供；第五，按时合同约定，承担调查研究、分析论证、试验测定的经费；第六，维护委托人的技术、经济权益。在合同有效期内，就同类技术项目与委托人的竞争者订立技术咨询合同的，应当征得委托人的同意。

第三百五十九条【委托人和受托人违约责任】技术咨询合同的委托人未按照约定提供必要的资料和数据，影响工作进度和质量，不接受或者逾期接受工作成果的，支付的报酬不得追回，未支付的报酬应当支付。

技术咨询合同的受托人未按期提出咨询报告或者提出的咨询报告不符合约定的，应当承担减收或者免收报酬等违约责任。

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。

一、本条含义

本条是对技术咨询合同当事人违约责任和涉及决策风险责任的规定。

（一）违约责任

技术咨询合同的当事人违反合同约定，应当依照合同约定的违约条款以及合同法有关违约责任的规定，承担违约责任。

（二）技术咨询合同涉及的决策风险责任

当事人可以在技术咨询合同中约定对咨询报告和意见的验收或者评价办法。合同没有约定的，按照合乎实用的一般要求组织鉴定。咨询报告和意见经验收合格后，合同即告终止。委托人是否采纳以及如何采纳受托人作出的咨询报告或者意见，由委托人自行决策。受托人对委托人实施咨询报告或意见所受到的损失，不负赔偿责任，除非合同另有约定。这就是技术咨询合同涉及的决策风险责任。

二、真题分析

61. 【2012 年第 10 题】甲单位委托乙研究所就某技术项目提供可行性论证。双方在合同中约定乙研究所在三个月内提供咨询报告，甲单位在收到符合约定要求的报告后应支付乙研究所 10 万元报酬。根据合同法及相关规定，下列哪种说法是正确的？

- A、该合同属于技术开发合同
- B、如果乙研究所未按期提供咨询报告，则应当承担减收或者免收报酬等违约责任
- C、如果双方没有约定，则乙研究所利用甲单位提供的技术资料和工作条件完成新的技术成果，属于甲单位
- D、如果双方没有约定，则甲单位按照乙研究所符合约定要求的咨询报告和意见作出决策所造成的损失，由乙研究所承担

【考点】技术咨询合同

【分析】根据《合同法》第三百五十六条的规定，本题中，选项 A 错误。根据《合同法》第三百五十九条第一款的规定，选项 B 正确。根据《合同法》第三百六十三条的规定，选项 C 错误。根据《合同法》第三百五十九条第二款的规定，选项 D 错误。

【答案】B

第三百六十条【技术服务合同委托人义务】技术服务合同的委托人应当按照约定提供工作条件，完成配合事项；接受工作成果并支付报酬。

一、本条含义

本条是对技术服务合同的委托人主要义务的规定。

技术服务合同的委托人应当全面履行合同约定的义务：第一，按照合同的约定提供工作条件，完成配合事项；第二，按照合同的约定，承担受托人完成专业技术工作，解决技

术问题需要的经费；第三，应受托人的要求，在约定的期限内补充、修改或者更换已提供的，不符合合同约定的技术资料、数据、样品、材料或者工作条件，并及时通知受托人；第四，在履行合同期间，对受托人因发现继续工作对材料、样品或者设备等有损坏危险，而中止工作的通知以及处理建议，在约定的期限内作出答复；第五，接受工作成果并支付报酬；第六，对受托人完成的工作成果承担保密义务。

第三百六十一条【技术服务合同受托人义务】技术服务合同的受托人应当按照约定完成服务项目，解决技术问题，保证工作质量，并传授解决技术问题的知识。

一、本条含义

本条是对技术服务合同的受托人主要义务的规定。

技术服务合同的受托人应当全面履行合同约定的义务：第一，按照约定完成服务项目，解决技术问题，保证工作质量，并传授解决技术问题的知识；第二，除合同另有约定的以外，承担完成专业技术工作。解决技术问题的经费；第三，发现委托人提供的技术资料、数据、样品、材料或者工作条件不符合合同约定的，应当及时通知委托人在约定的期限内补充、修改或者更换；第四，在履行合同期间、发现继续工作对材料、样品或者设备等有损坏危险时，应当中止工作，并及时通知委托人或者提出建议；第五，对委托人提供的技术资料、数据、样品承担保密义务。

第三百六十二条【技术服务合同双方当事人的违约责任】技术服务合同的委托人不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，影响工作进度和质量，不接受或者逾期接受工作成果的，支付的报酬不得追回，未支付的报酬应当支付。

技术服务合同的受托人未按照合同约定完成服务工作的，应当承担免收报酬等违约责任。

一、本条含义

本条是对技术服务合同的当事人违约责任的规定。

技术服务合同的当事人违反合同约定，应当承担违约责任

（一）委托人的违约责任

委托人不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，影响工作进度和质量，不接受或者逾期接受工作成果的，支付的报酬不得追回，未支付的报酬应当支付。

（二）受托人的违约责任

技术服务合同的受托人未按照合同约定完成服务工作的，应当承担免收报酬等违约责任。

第二十一章 委托合同

第三百九十六条【定义】委托合同是委托人和受托人约定，由受托人处理委托人事务的合同。

一、本条含义

本条是对委托合同概念的规定。

委托合同又称委任合同，是指当事人双方约定一方委托他人处理事务，他人同意为其处理事务的协议。在委托合同关系中，委托他人为自己处理事务的人称委托人，接受委托的人称受托人。

委托合同有广泛的适用范围，它可产生于任何一种民事主体之间，它可以在自然人之间、法人之间或者自然人与法人之间缔结；可以为概括的委托，也可以为特别的委托。具

有人身属性的法律行为或事实行为，一般不适用委托合同，如收养关系的建立或终止、婚姻关系的产生和消灭、立遗嘱、结婚、收养子女等。

第三百九十七条【委托范围】 委托人可以特别委托受托人处理一项或者数项事务，也可以概括委托受托人处理一切事务。

一、本条含义

本条是对委托权限的规定。

受托人在处理委托事务时，应以委托人指示的权限为准。以受托人权限范围为标准把委托划分为两大类，即特别委托和概括委托。

特别委托是指双方当事人约定受托人为委托人处理一项或者数项事务的委托。

概括委托是指双方当事人约定受托人为委托人处理一切事务的协议。例如，委托人委托受托人处理其买卖业务或租赁业务的所有事宜，即是概括委托。

第三百九十八条【委托费用】 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。

一、本条含义

本条是对委托人应当预付费用的规定。

受托人在处理事务过程中往往需要花费一定的费用，无论委托合同是否有偿，委托人都义务事先提供处理委托事务的费用和补偿受托人为处理委托事务所垫付的必要的费用。

第三百九十九条【委托人服从指示的义务】 受托人应当按照委托人的指示处理委托事务。需要变更委托人指示的，应当经委托人同意；因情况紧急，难以和委托人取得联系的，受托人应当妥善处理委托事务，但事后应当将该情况及时报告委托人。

一、本条含义

本条是对受托人应当按照委托人的指示处理委托事务的规定。

受托人按照委托人的指示处理委托事务，这是受托人首要的义务。受托人原则上不得变更委托人的指示，如果受托人在处理委托事务的过程中，因客观情况发生变化，为了维护委托人的利益而需要变更委托人的指示时，法律规定应当经委托人同意。

受托人只有在具备以下条件的情况下才可以不按这些指示办事：（1）因情况紧急，需要立即作出新的措施；（2）由于客观上的原因，难以和委托人取得联系；（3）依据情况这样办是为了委托人的利益所必须。

第四百条【亲自处理及转委托】 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。

一、本条含义

本条是对受托人有义务亲自处理委托事务的规定。

委托合同强调当事人的人身属性。这样就要求受托人应当亲自办理委托事务，受托人不得擅自将自己受托的委托事务转托他人处理。

合同法对于转委托的情况作了如下规定：第一，转委托须事先取得委托人的同意。第二，在紧急情况下受托人为维护委托人的利益转委托的，对第三人的行为不承担责任。

第四百零一条【受托人的报告义务】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。

一、本条含义

本条是对受托人负有报告义务的规定。

受托人在办理委托事务的过程中，应当根据委托人的要求，向委托人报告事务处理的进展情况、存在的问题，以使委托人及时了解事务的状况。如果委托合同约定了报告的时间，受托人应按时进行报告。

委托合同终止时，受托人应就办理委托事务的情况，向委托人全面报告办理经过和结果，如处理委托事务的始末、各种帐目、收支计算等，并要提交必要的书面材料和证明文件。

第四百零二条【间接代理】受托人以自己的名义，在委托人的授权范围内与第三人订立的合同，第三人在订立合同时知道受托人与委托人之间的代理关系的，该合同直接约束委托人和第三人，但有确切证据证明该合同只约束受托人和第三人的除外。

一、本条含义

本条是对受托人以自己的名义和第三人订立合同，第三人知道代理关系的，该合同直接约束委托人与第三人的规定。

依照本条的规定，在下列条件下，受托人以自己的名义与第三人订立的合同，该合同不是直接约束受托人和第三人，而是直接约束委托人和第三人：第一，第三人清楚地知道受托人与委托人之间的代理关系，也就是说第三人知道受托人是委托人的代理人；第二，第三人是在订立合同时就知道受托人与委托人之间的代理关系，如果是订立合同的当时不知道，是事后知道，不适用本条的规定；第三，有确切证据证明该合同只约束受托人与第三人的，也不能适用本条的一般规定。

二、真题分析

62. 【2010 年第 78 题】甲公司委托姚某购买一批化肥。在甲公司的授权范围内，姚某以自己的名义与乙公司签订了一份化肥买卖合同，并在订立合同的过程中，将他与甲公司之间的代理关系告诉了乙公司。根据合同法及相关规定，下列关于该买卖合同的说法哪些是正确的？

- A、该合同直接约束姚某和乙公司，但有确切证据证明该合同只约束甲公司和乙公司的除外
- B、该合同直接约束甲公司和乙公司，但有确切证据证明该合同只约束姚某和乙公司的除外
- C、该合同直接约束甲公司、乙公司和姚某
- D、该合同无效，对甲公司、乙公司和姚某均没有约束力

【考点】间接代理

【分析】根据《合同法》第四百零二条的规定，本题中，姚某是受托人，甲公司是委托人，乙公司是第三人，并且乙公司知道甲公司与姚某之间的代理关系，因此，选项 ACD 错误，选项 B 正确。

【答案】B

第四百零三条【委托人的介入权及第三人选择相对人的权利】受托人以自己的名义与第三人订立合同时，第三人不知道受托人与委托人之间的代理关系的，受托人因第三人的原因对委托人不履行义务，受托人应当向委托人披露第三人，委托人因此可以行使受托人

对第三人的权利，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。

受托人因委托人的原因对第三人不履行义务，受托人应当向第三人披露委托人，第三人因此可以选择受托人或者委托人作为相对人主张其权利，但第三人不得变更选定的相对人。

委托人行使受托人对第三人的权利的，第三人可以向委托人主张其对受托人的抗辩。第三人选定委托人作为其相对人的，委托人可以向第三人主张其对受托人的抗辩以及受托人对第三人的抗辩。

一、本条含义

本条是对委托人的介入权、第三人的选择权的规定。

委托人的介入权指的是在受托人与第三人的合同关系中，委托人取代受托人的地位，介入到原本是受托人与第三人的合同关系中。

第三人的选择权指的是在受托人与第三人的合同关系中，因委托人的原因造成受托人不履行义务，受托人应当向第三人披露委托人，第三人因此可以选择受托人或者委托人作为相对人主张其权利，即第三人可以选择请求委托人承担违约责任，也可以请求仍然由受托人承担违约责任。但第三人只能选择其一，选定后不得变更。

第四百零四条【受托人交付财产义务】受托人处理委托事务取得的财产，应当转交给委托人。

一、本条含义

本条是对受托人转移利益的规定。

受托人应当将自己因处理委托事务而取得的各种利益及时转交给委托人。这是受托人的义务。这里所说的“取得的财产”包括取得的金钱、实物，以及金钱与实物所生的孳息，以及其他财产权利。

受托人转移利益的义务，不仅适用于受托人，还适用于转委托的第三人。

第四百零五条【委托人支付报酬的义务】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。

一、本条含义

本条是对委托人支付报酬的规定。

有偿的委托合同，在委托事务完成后，委托人应当按照约定向受托人支付报酬。即使是委托合同中并没有约定报酬的，但依据习惯或者依据委托事务的性质应该由委托人给付报酬的，委托人仍然有支付给受托人报酬的义务。

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，其原因主要来自以下两个方面：第一，是因委托人的原因。第二，由于客观原因，如发生不可抗力。上述事由都不是因受托人的过错造成的，不能归责于受托人，委托人应当根据受托人处理委托事务所付出的工作时间的长短或者所提供事务的大小，给付受托人相应的报酬。

第四百零六条【受托人的损害赔偿责任】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。

一、本条含义

本条是对受托人过错致委托人损失的责任的规定。

在有偿的委托合同中，受托人在处理委托事务时只要有过错，并给委托人造成损失，就要承担赔偿责任。在无偿的委托合同中，受托人在一般过失下并不承担赔偿责任，只有在故意和重大过失的情况下，才对损害承担赔偿责任。所谓重大过失是指一般人对该行为所产生的损害后果都能预见到，而行为人却因疏忽大意没有预见到，致使损害后果发生。由于无偿委托合同，受托人没有报酬，因此，其承担责任相比有偿委托合同要轻一些。

受托人超越权限给委托人造成损失的，无论委托合同是否有偿，都应当赔偿损失。

二、真题分析

63. 【2012 年第 93 题】根据合同法及相关规定，下列关于委托合同的哪些说法是正确的？

- A、委托合同是委托人和受托人约定，由受托人处理委托人事务的合同
- B、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
- C、受托人应当按照委托人的要求，报告委托事务的处理情况
- D、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

【考点】委托合同

【分析】根据《合同法》第三百九十六条的规定，本题中，选项 A 正确。根据《合同法》第四百条的规定，选项 B 正确。根据《合同法》第四百零一条的规定，选项 C 正确，根据《合同法》第四百零六条第一款的规定，选项 D 正确。

【答案】ABCD

64. 【2011 年第 66 题】甲公司有偿委托乙公司代为销售其产品。根据合同法及相关规定，下列说法哪些是正确的？

- A、除不可归责于当事人的事由以外，甲、乙不得解除该委托合同
- B、乙超越委托权限给甲造成损失的，应当赔偿损失
- C、因乙的过错给甲带来损失的，甲可以要求乙赔偿
- D、经甲同意，乙可以转委托

【考点】委托

【分析】根据《合同法》第四百一十条的规定，本题中，选项 A 错误。根据《合同法》第四百条的规定，选项 D 正确。根据《合同法》第四百零六条的规定，选项 BC 正确。

【答案】BCD

65. 【2010 年第 92 题】王某委托胡某销售一批货物，双方约定胡某不收取报酬。根据合同法及相关规定，下列说法哪些是正确的？

- A、胡某有权请求王某偿还为处理委托事务垫付的必要费用及其利息
- B、胡某因为故意给王某造成损失的，王某可以要求胡某赔偿
- C、胡某因为重大过失给王某造成损失的，王某可以要求胡某赔偿
- D、如果胡某转委托第三人处理王某委托的事务，应经过王某同意

【考点】无偿的委托合同、转委托

【分析】根据《合同法》第三百九十八条的规定，本题中，选项 A 正确。根据《合同法》第四百零六条的规定，选项 BC 正确。根据《合同法》第四百条的规定，选项 D 正确。

【答案】ABCD

第四百零七条【委托人的赔偿招责任】受托人处理委托事务时，因不可归责于自己的

事由受到损失的，可以向委托人要求赔偿损失。

一、本条含义

本条是对委托人对受托人损失承担责任的规定。

受托人在委托权限范围内认真处理委托事务，在自己毫无过错和过失的情况下，使自己的财产或者人身造成损害的，有向委托人请求赔偿的权利。

受托人在处理委托事务过程中因不可归责于自己的事由遭受损害的情况有很多，如，由于委托人在受托人无过错的情况下，解除委托合同的；委托人未经受托人同意，又委托第三人处理同一事务致使受托人报酬减少的。

第四百零九条【受托人的连带责任】两个以上的受托人共同处理委托事务的，对委托人承担连带责任。

一、本条含义

本条是对共同委托的规定。

共同委托是指委托人委托两个或者两个以上的受托人共同行使代理权处理事务。但是，如果委托人为两个或者两个以上的数人时，而受托人只有一个人时，则不是共同委托。

第四百一十条【任意解除权】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。

一、本条含义

本条是对解除合同的规定。

委托合同是以双方信任为存在的条件，如果一方不守信用，失信于另一方，继续履行合同已无必要，法律赋予了双方当事人的权利，即只要一方想终止合同，就可以随时解除合同，而且不须有任何的理由。

附则

第四百二十八条【生效日期及废止条款】本法自 1999 年 10 月 1 日起施行，《中华人民共和国合同法》、《中华人民共和国合同法》、《中华人民共和国合同法》同时废止。

一、本条含义

本条是对合同法施行时间和合同法、涉外合同法、技术合同法废止时间的规定。

第三部分

中华人民共和国民事诉讼法

(1991 年 4 月 9 日第七届全国人民代表大会第四次会议通过)

根据 2007 年 10 月 28 日第十届全国人民代表大会常务委员会第三十次会议

《关于修改〈中华人民共和国民事诉讼法〉的决定》第一次修正

根据 2012 年 8 月 31 日第十一届全国人民代表大会常务委员会第二十八次会议

《关于修改〈中华人民共和国民事诉讼法〉的决定》第二次修正)

目 录

第一编 总 则.....	134
第一章 任务、适用范围和基本原则.....	134
第二章 管辖.....	138
第一节 级别管辖.....	138
第二节 地域管辖.....	140
第三节 移送管辖和指定管辖.....	144
第三章 审判组织.....	145
第四章 回 避.....	147
第五章 诉讼参加人.....	148
第一节 当事人.....	149
第二节 诉讼代理人.....	152
第六章 证据.....	154
第八章 调解.....	164
第九章 保全和先予执行.....	166
第十章 对妨害民事诉讼的强制措施.....	168
第十一章 诉讼费用.....	170
第二编 审判程序.....	170
第十二章 第一审普通程序.....	170
第一节 起诉和受理.....	170
第二节 审理前的准备.....	173
第三节 开庭审理.....	176
第四节 诉讼中止和终结.....	182
第五节 判决和裁定.....	184
第十三章 简易程序.....	187
第十四章 第二审程序.....	187
第十六章 审判监督程序.....	191
第三编 执行程序.....	198
第十九章 一般规定.....	198
第二十章 执行的申请和移送.....	202
第二十一章 执行措施.....	204
第二十二章 执行中止和终结.....	209
第四编 涉外民事诉讼程序的特别规定.....	210
第二十三章 一般原则.....	210
第二十四章 管辖.....	211
第二十七章 司法协助.....	212

第一编 总 则

第一章 任务、适用范围和基本原则

第一条【立法依据】中华人民共和国民事诉讼法以宪法为根据，结合我国民事审判工作的经验和实际情况制定。

一、本条含义

本条是关于民事诉讼法立法依据的规定。

民事诉讼是指作为平等主体的公民之间、法人之间、其他组织之间或者他们相互之间因财产关系和人身关系发生纠纷，向人民法院提起诉讼，请求人民法院通过审判解决争议，保护自身的合法权益。民事诉讼法是规定民事诉讼程序的法律，属于国家的基本法之一。

民事诉讼法的立法根据有两个：一是法律根据，即以宪法为根据；二是事实根据，即立足于我国的实际情况，总结并结合民事审判工作的经验。

第三条【适用范围】人民法院受理公民之间、法人之间、其他组织之间以及他们相互之间因财产关系和人身关系提起的民事诉讼，适用本法的规定。

一、本条含义

本条是关于民事诉讼法适用范围的规定。

民事诉讼的主体包括公民、法人和其他组织。这里的“公民”，指具有中华人民共和国国籍的自然人。民事诉讼法也适用于在我国参加民事诉讼的外国人、无国籍人。这里的“法人”，是指具有民事权利能力和民事行为能力，依法独立享有民事权利和承担民事义务的组织。法人包括企业法人、机关、事业单位和社会团体法人。其他组织，是指尚不具备法人资格的独立的社会组织。

公民、法人和其他组织提起民事诉讼的范围包括因财产关系和人身关系而产生的纠纷。财产关系，是指基于物质财富关系而形成的相互关系，包括基于债权、物权、知识产权而形成的相互关系等。人身关系，是指人们基于人格和身份而形成的相互关系，如姓名权、名誉权以及有关婚姻、收养、继承等家庭关系。

第四条【空间效力】凡在中华人民共和国领域内进行民事诉讼，必须遵守本法。

一、本条含义

本条是关于民事诉讼法空间效力的规定。

民事诉讼法的空间效力，就是指我国民事诉讼法在什么地方有效。根据本条规定，凡在中华人民共和国领域内进行的民事诉讼，都适用本法。中华人民共和国领域包括领土、领海和领空。无论该民事纠纷是否发生在我国领域内，无论诉讼主体是中国公民、法人和其他组织还是外国人、无国籍人、外国企业和组织，只要是在我国领域内进行民事诉讼活动，都必须遵守本法。

本条规定是民事诉讼空间效力的一般规定，有两点需要注意：一是，我国是统一的多民族国家，考虑到少数民族地区存在自己的特殊情况和特殊需要，本法第十七条规定，民族自治地方的人民代表大会根据宪法和本法的原则，结合当地民族的具体情况，可以制定变通或者补充规定并在当地适用。二是，在实行“一国两制”的地区，根据特别法的规定而不适用我国的民事诉讼法。

第五条【涉外民诉同等原则、对等原则】外国人、无国籍人、外国企业和组织在人民法院起诉、应诉，同中华人民共和国公民、法人和其他组织有同等的诉讼权利义务。

外国法院对中华人民共和国公民、法人和其他组织的民事诉讼权利加以限制的，中华

中华人民共和国民事诉讼法对该国公民、企业和组织的民事诉讼权利，实行对等原则。

一、本条含义

本条是关于涉外民事诉讼同等原则和对等原则的规定。

涉外民事诉讼仅从诉讼主体来看，是指原告、被告一方或者双方均是外国人、无国籍人、外国企业和组织向人民法院提起的民事诉讼。本条规定了适用涉外民事诉讼的特殊原则，即同等原则和对等原则。

本条第一款规定，外国人、无国籍人、外国企业和组织在我国领域内进行民事诉讼，享受与中华人民共和国公民、法人和其他组织同等的诉讼权利和义务。这一规定有两个含义：一是外国人、无国籍人、外国企业和组织与中国公民、法人和其他组织按照我国实体法和程序法的规定，有同等的诉讼权利能力和诉讼行为能力；二是外国人、无国籍人、外国企业和组织在我国人民法院起诉、应诉，享有与中国公民、法人和其他组织同等的民事诉讼权利，承担相同的民事诉讼义务，不能因其是外国人或者外国企业而有所歧视或者给予特殊照顾，这也是国际上的一个惯例。

本条第二款规定，外国法院对中华人民共和国公民、法人和其他组织的民事诉讼权利加以限制的，我国人民法院对该国公民、企业和组织的民事诉讼权利也实行同等限制。对等原则是国际关系中的一项基本原则，也是对外处理国际事务的一项基本政策，主要是为了各国间相互尊重主权，有利于各国间平等交往。我国的涉外民事诉讼中实行对等原则，一方面可以维护我国的主权，另一方面也能保护我国的公民、法人和其他组织在国外进行民事诉讼时的合法权益。

第六条【审判权】民事案件的审判权由人民法院行使。

人民法院依照法律规定对民事案件独立进行审判，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。

一、本条含义

本条是关于民事案件审判权的规定。

本条规定了两个原则，即民事审判由人民法院统一行使原则和人民法院独立进行审判的原则。

（一）民事案件的审判权统一由人民法院行使

根据国家机关职权的分工，宪法赋予人民法院统一行使审判权。统一行使民事案件的审判权，一是指民事案件由各级人民法院和各专门人民法院审理，其他任何机关都无权行使民事案件的审判权；二是指由整个人民法院行使审判权，而不是由某个审判员或者人民法院某个审判庭拥有审判权。

（二）人民法院依照法律规定对民事案件独立进行审判

人民法院独立行使审判权，不受行政机关、社会团体和个人的干涉，是司法公正的重要保证。行政机关、社会团体和个人不得干涉人民法院依法独立行使审判权，即任何行政机关、社会团体和个人不得以权代法、以言代法或者拉关系、走后门，干涉人民法院的审判活动。需要注意的是，人民法院虽然是独立行使审判权，但必须依照法律规定，并非任意活动，自由裁量。这里的法律，包括实体法和程序法。

第七条【审判原则】人民法院审理民事案件，必须以事实为根据，以法律为准绳。

一、本条含义

本条是关于以事实为根据，以法律为准绳的原则的规定。

“以事实为根据，以法律为准绳”是司法公正的重要体现，只有坚持实事求是，以充分确凿的事实作为判案的根据，用法律这个尺度来衡量，以法律作为定案的准绳，才能做

到不枉不纵，公正无私，保证公正的审判。

第八条【诉讼权利平等原则】民事诉讼当事人有平等的诉讼权利。人民法院审理民事案件，应当保障和便利当事人行使诉讼权利，对当事人在适用法律上一律平等。

一、本条含义

本条是关于民事诉讼权利平等原则的规定。

我国宪法明确规定，中华人民共和国公民在法律面前一律平等，本条是宪法规定在民事诉讼法上的体现。

本条包括以下三层含义：一是民事诉讼当事人有平等的诉讼权利；二是人民法院应当保障和便利当事人行使诉讼权利；三是人民法院对诉讼当事人在适用法律上一律平等。

第九条【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。

一、本条含义

本条是关于调解原则的规定。

这里的调解是指双方当事人在人民法院的主持下，本着互谅互让的精神，在自愿的基础上达成协议，以使双方的争议得以解决。调解是在民事诉讼活动中各个阶段，包括起诉、开庭审理前准备阶段，调查、辩论阶段以及上诉阶段都可以进行。

所谓“自愿”，是指在调解过程中，必须是双方当事人完全自愿，不得勉强。所谓“合法”，是指调解也应以法律为准绳，调解程序、调解方法和调解内容都不得违反法律，不得损害国家、集体和他人的权益。

第十条【审判制度】人民法院审理民事案件，依照法律规定实行合议、回避、公开审判和两审终审制度。

一、本条含义

本条是关于审理民事案件实行合议、回避、公开审判和两审终审制度的规定。

合议制度是民主集中制在人民法院审理案件时的具体体现，实行合议制度可以充分发挥审判人员的集体智慧，集思广益，同时，还可以防止审判人员独断专行，保证案件公正审判。

回避制度，是指审判人员以及其他有关人员与其审理的案件有特定关系，在符合法律规定的条件时，应当退出或者避开该案件的审理。

公开审判制度，是指人民法院审理民事案件时，除法律规定可以不公开的以外，允许群众旁听、允许记者公开报道。人民法院审理民事案件，除涉及国家秘密、个人隐私或者法律另有规定的以外，应当一律公开进行。离婚案件、涉及商业秘密的案件，当事人申请不公开审理的，可以不公开审理。

两审终审制度是指民事案件经过两级人民法院的审理，第二审人民法院的裁判，是发生法律效力终审裁判，当事人不能再行上诉的制度。

第十一条【语言文字】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。

一、本条含义

本条是关于使用本民族语言文字进行民事诉讼原则的规定。

根据本条规定，人民法院在审理民事案件时，应当尊重当事人和其他诉讼参与人使用本民族语言文字进行民事诉讼的权利，并提供必要的条件，保障他们行使这项权利，避免因语言、文字的障碍，影响对民事案件的审理。

在少数民族聚居或者多民族共同居住的地区审理民事案件时，人民法院应当做到以下三点：一是使用当地民族通用的语言、文字审理案件；二是使用当地民族通用语言发布法律文书；三是对不懂当地民族通用语言、文字的诉讼参与人，应当为他们提供翻译。

二、真题分析

1. 【2013 年第 33 题】根据民事诉讼法及相关规定，下列哪些说法是正确的？

- A、民事诉讼当事人有平等的诉讼权利
- B、民事诉讼应当遵循诚实信用原则
- C、在民事诉讼中，人民法院进行审理和发布法律文书均应使用汉语
- D、人民检察院有权对民事诉讼实行法律监督

【考点】民事诉讼法的基本原则

【分析】根据《民事诉讼法》第八条的规定，本题中，选项 A 正确。根据《民事诉讼法》第十三条第一款的规定，选项 B 正确。根据《民事诉讼法》第十一条第二款的规定，选项 C 错误。根据《民事诉讼法》第十四条的规定，选项 D 正确。

【答案】ABD

第十二条【辩论权】人民法院审理民事案件时，当事人有权进行辩论。

一、本条含义

本条是关于当事人有权辩论的规定。

辩论是指在人民法院的主持下，民事诉讼双方当事人就争议的事实、争议的问题以及法律的适用，各自陈述自己的主张和根据，互相进行反驳和答辩，以维护自己的合法权益。

辩论权的行使贯穿诉讼的整个过程而不仅限于法庭辩论。在一审程序、二审程序以及审判监督程序中，都允许当事人进行辩论。

辩论的形式既有口头形式，也有书面形式。例如，法庭辩论主要采用的是口头形式；原告提出起诉状，被告提出答辩状，就属书面形式的答辩。

第十三条【诚实信用原则、当事人处分原则】民事诉讼应当遵循诚实信用原则。

当事人有权在法律规定的范围内处分自己的民事权利和诉讼权利。

一、本条含义

本条是关于民事诉讼中诚实信用原则和当事人处分原则的规定。

诚实信用原则，应当贯穿民事诉讼活动的全过程，包括：依法行使诉讼权利，履行诉讼义务，遵守诉讼秩序，自觉履行发生法律效力判决书、裁定书和调解书。违反诚实信用原则，应当承担相应的法律责任。诚实信用原则不仅是当事人和其他诉讼参与人应当遵守的原则，人民法院行使审判权也应当遵守这一原则。

当事人处分原则，当事人有权在法律规定范围内处分自己的民事权利和诉讼权利，这是由民法和民事诉讼法的特点决定的。民法以自治为原则，作为民法生命形式的民事诉讼法，应当贯彻民法自治的原则。当事人有权在法律规定范围内处分自己的民事权利和诉讼权利，是民事诉讼同刑事诉讼、行政诉讼的一个重要区别。

第十四条【法律监督权】人民检察院有权对民事诉讼实行法律监督。**一、本条含义**

本条是关于人民检察院法律监督权的规定，修改后的法律将人民检察院有权进行法律监督的对象由“民事审判活动”修改为“民事诉讼”，扩大了监督的范围。

人民检察院实行监督的内容主要有：第一，对人民法院作出生效判决、裁定认为有错误的，或者发现调解书损害国家利益、社会公共利益的，可以通过提出检察建议、抗诉的方式实施监督；第二，对审判监督程序以外的其他审判程序中审判人员的违法行为，有权提出检察建议；第三，对民事执行活动实施法律监督。

二、真题分析

2.【2012年第32题】根据民事诉讼法及相关规定，下列哪些说法是正确的？

- A、民事诉讼当事人有平等的诉讼权利
- B、人民法院审理民事案件时，当事人有权进行辩论
- C、当事人有权在法律规定的范围内处分自己的民事权利和诉讼权利
- D、人民检察院有权对民事审判活动实行法律监督

【考点】民事诉讼法的基本原则

【分析】根据《民事诉讼法》第八条的规定，本题中，选项 A 正确。根据《民事诉讼法》第十二条的规定，选项 B 正确。根据《民事诉讼法》第十三条的规定，选项 C 正确。根据《民事诉讼法》第十四条的规定，选项 D 正确。

【答案】ABCD

第二章 管辖

第一节 级别管辖

第十七条【基层法院管辖】基层人民法院管辖第一审民事案件，但本法另有规定的除外。

一、本条含义

本条是关于基层人民法院管辖的第一审民事案件的规定。

根据本条规定，第一审民事案件原则上应由基层人民法院管辖。基层人民法院包括：县人民法院和市中级人民法院，自治县人民法院，市辖区人民法院。基层人民法院根据地区、人口和案件情况可以设立若干人民法庭。人民法庭是基层人民法院的组成部分。当事人请求人民法院解决民事争议的，应当依照本法关于地域管辖的规定，向基层人民法院（包括其派出法庭）提起诉讼。但本法规定应由中级人民法院、高级人民法院和最高人民法院管辖的第一审民事案件的除外。

第十八条【中级法院管辖】中级人民法院管辖下列第一审民事案件：

- (一) 重大涉外案件；
- (二) 在本辖区有重大影响的案件；
- (三) 最高人民法院确定由中级人民法院管辖的案件。

一、本条含义

本条是关于中级人民法院管辖的第一审民事案件的规定。

民事案件原则上应由基层人民法院管辖，但实践中有的案件属于重大涉外案件，有的案件在本辖区影响较大，有的案件涉及较强的专业知识，基层人民法院对这些案件不便于行使管辖权，由中级人民法院作为第一审管辖人民法院比较适宜。中级人民法院包括：在省、

自治区内按地区设立的中级人民法院，在直辖市内设立的中级人民法院，自治州中级人民法院。

需要注意的是，最高人民法院指定由中级人民法院管辖的案件主要包括两类：一是海事、海商案件。海事、海商案件包括海事侵权纠纷案件、海商合同纠纷案件、其他海事、海商案件、海事执行案件以及请求海事保全案件等。二是除专利行政案件外的其他专利纠纷案件。如专利申请权纠纷案件、专利权纠纷案件、专利侵权纠纷案件等。

二、真题分析

3. 【2010 年第 11 题】根据民事诉讼法及相关规定，下列哪些案件的一审只能由中级人民法院管辖？

- A、商标民事纠纷案件
- B、涉外民事案件
- C、著作权民事纠纷案件
- D、专利纠纷案件

【考点】中级人民法院管辖的一审民事案件

【分析】根据《最高人民法院关于商标法修改决定施行后商标案件管辖和法律适用问题的解释》第三条第一款的规定，第一审商标民事案件，由中级人民法院及最高人民法院指定的基层人民法院管辖。因此，选项 A 错误。根据《民事诉讼法》第十八条的规定，只有重大涉外案件才有中级人民法院管辖，因此，选项 B 错误。根据《最高人民法院关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第二条的规定，著作权民事纠纷案件，由中级人民法院管辖。各高级人民法院根据本辖区的实际情况，可以确定若干基层人民法院管辖第一审著作权民事纠纷案件。因此，选项 C 错误。根据《民诉解释》第二条第一款的规定，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。因此，选项 D 错误。

需要注意的是，《最高人民法院关于北京、上海、广州知识产权法院案件管辖的规定》第三条第一款规定，北京市、上海市各中级人民法院和广州市中级人民法院不再受理知识产权民事和行政案件。

【答案】无¹

第十九条【高级法院管辖】高级人民法院管辖在本辖区有重大影响的第一审民事案件。

一、本条含义

本条是关于高级人民法院管辖的第一审民事案件的规定。

高级人民法院包括：省高级人民法院，自治区高级人民法院，直辖市高级人民法院。高级人民法院的任务主要不是审判第一审民事案件，而是对省、自治区、直辖市内的基层人民法院和中级人民法院的民事审判工作实行监督，总结和交流民事审判工作的经验，指导本辖区内的基层人民法院和中级人民法院的审判工作；还要审判不服中级人民法院判决、裁定依法提起上诉的第二审民事案件以及当事人申请再审的案件等。因此，高级人民法院管辖第一审民事案件不宜太多。

第二十条 最高人民法院管辖下列第一审民事案件：

- (一) 在全国有重大影响的案件；
- (二) 认为应当由本院审理的案件。

¹ 国家知识产权局条法司 2010 年试题解析适用《最高人民法院关于关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》（1992），第 11 题答案为选项 D。

一、本条含义

本条是关于最高人民法院管辖的第一审民事案件的规定。

最高人民法院的主要任务是对全国地方各级人民法院和军事法院等专门人民法院实行审判监督；通过总结审判工作经验，作出有关适用法律、法规的批复、指示或者司法解释，对全国地方各级人民法院和军事法院等专门人民法院的审判工作进行指导；还要审判不服高级人民法院判决、裁定的上诉案件以及当事人申请再审的案件等。因此，最高人民法院管辖的第一审民事案件应当是极少数。

至于什么是在全国有重大影响，哪些案件应由最高人民法院审理，由最高人民法院自己规定或者作出决定。

第二节 地域管辖

第二十一条【一般地域管辖】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。

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。

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。

一、本条含义

本条是关于一般地域管辖的规定。

一般地域管辖也称普通管辖，是指以当事人住所地与法院辖区的关系来确定管辖法院。一般地域管辖的原则是“原告就被告”，即民事诉讼由被告所在地人民法院管辖。一方面，有利于传唤被告出庭应诉；另一方面，防止原告滥用诉权，给被告造成不应有的损失。

公民的住所地，是指公民的户籍所在地；经常居住地，是指公民离开住所地至起诉时连续居住一年以上的地方，但公民住院就医的地方除外。法人或者其他组织的住所地，是指其主要营业地或者主要办事机构所在地。如果被告是不具有法人资格的其他组织形式，又没有办事机构，则应由被告注册登记地人民法院管辖。

二、真题分析

4.【2014 年第 33 题】王某欲以刘某和赵某为共同被告提起民事诉讼。经查，王某的住所地和经常居住地均为甲地；刘某的住所地为乙地，经常居住地为丙地；赵某的住所地和经常居住地均为丁地。根据民事诉讼法及相关规定，下列哪些人民法院对该案有管辖权？

- A. 甲地人民法院
- B. 乙地人民法院
- C. 丙地人民法院
- D. 丁地人民法院

【考点】地域管辖

【分析】根据《民事诉讼法》第二十一条的规定，本题中，被告刘某和赵某住所地或者经常居住地人民法院对该案件均有管辖权。被告刘某的住所地与经常居住地不一致，由其经常居住地丙地人民法院管辖，选项 C 正确。被告赵某的住所地丁地人民法院对该案件也有管辖权，选项 D 正确。

【答案】CD

第二十二条【特别规定】下列民事诉讼，由原告住所地人民法院管辖；原告住所地与经常居住地不一致的，由原告经常居住地人民法院管辖：

- (一) 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；

- (二) 对下落不明或者宣告失踪的人提起的有关身份关系的诉讼；
- (三) 对被采取强制性教育措施的人提起的诉讼；
- (四) 对被监禁的人提起的诉讼。

一、本条含义

本条是关于一般地域管辖的例外规定。

一般地域管辖的“原告就被告”原则，在某些特殊情况下无法适用或者适用后将对原告、对法院极为不便。为此，本条规定了四种例外的情形由原告住所地人民法院管辖；原告的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。

除本条规定的四种情况外，最高人民法院根据司法实践的需要，对被告就原告的适用进行了以下补充规定：（1）追索赡养费案件的几个被告住所地不在同一辖区的，可以由原告住所地人民法院管辖；（2）夫妻一方离开住所地超过一年，另一方起诉离婚的案件，由原告住所地法院管辖；（3）非军人对军人提出的离婚诉讼，如果军人一方为非文职军人，由原告住所地或经常居住地人民法院管辖。

二、真题分析

5. 【2011 年第 11 题】根据民事诉讼法及相关规定，下列哪些情形下，民事诉讼案件由原告住所地人民法院管辖，原告住所地与经常居住地不一致的，由原告经常居住地人民法院管辖？

- A、对被监禁的人提起的诉讼
- B、对下落不明的人提起的有关身份关系的诉讼
- C、对被劳动教养的人提起的诉讼
- D、对侵害名誉权的人提起的诉讼

【考点】民事诉讼的管辖

【分析】根据《民事诉讼法》第二十二条的规定，本题中，选项 ABC 分别对应于第（四）、（二）、（三）项，因此，选项 ABC 正确。根据《民事诉讼法》第二十九条的规定，选项 D 错误。

【答案】ABC

6. 【2010 年第 19 题】根据民事诉讼法及相关规定，在原告住所地与经常居住地不一致的情况下，下列哪些民事诉讼由原告经常居住地人民法院管辖？

- A、张某对被劳动教养的姚某提起侵权之诉
- B、王某对被监禁的刘某提起侵权之诉
- C、陈某对被宣告失踪的王某提起离婚之诉
- D、姜某对旅居美国的伊某提起离婚之诉

【考点】一般地域管辖

【分析】根据《民事诉讼法》第二十二条的规定，本题中，选项 ABD 分别对应于第（三）、（四）、（一）项，因此，选项 ABD 正确。由于婚姻、收养、监护关系等属于身份关系，因此，选项 C 属于上述规定第（二）项的情形，选项 D 正确。

【答案】ABCD

第二十三条【合同纠纷管辖】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。

一、本条含义

本条是关于因合同纠纷提起的诉讼管辖的规定。

民事诉讼法从本条至第三十二条规定了特殊地域管辖的几种情形。特殊地域管辖，是

指以诉讼标的所在地或者引起民事法律关系发生、变更、消灭的法律事实所在地为标准确定的管辖。特殊地域管辖是相对于一般地域管辖而言的，是法律针对特别类型案件的诉讼管辖作出的规定。同时这些特殊地域管辖的情形并不排斥一般地域管辖的适用。也就是说，这些特殊情形的法定管辖，允许当事人住所地确定的一般地域管辖和法律事实所在地、诉讼标的物所在地确定的特殊地域管辖进行共同管辖，使多个人民法院对同一案件有共同管辖权。

本条规定，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。因合同发生纠纷，有的是因合同是否成立发生的争议；有的是因合同变更发生的争议；还有的是因合同的履行发生的争议。法律规定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，便于法院查明案情，便于在必要时及时采取财产保全等紧急措施，以利于合同纠纷的正确解决。

第二十七条【运输合同纠纷管辖】因铁路、公路、水上、航空运输和联合运输合同纠纷提起的诉讼，由运输始发地、目的地或者被告住所地人民法院管辖。

一、本条含义

本条是关于因铁路、公路、水上、航空运输和联合运输合同纠纷提起的诉讼管辖的规定。

运输合同纠纷，是指承运人与托运人双方在履行运输合同中发生的权利义务争议。例如，因托运的货物被损坏、丢失引起的纠纷；旅客因乘坐运输工具时人身受到伤害引起的纠纷等。对这类纠纷，运输始发地（即客运或货运合同规定的出发地点）、目的地（合同约定的客运、货运最终到达地）、被告住所地三地人民法院都有管辖权。这样便于当事人进行诉讼，也便于法院了解案情调查取证，使纠纷得到及时解决。

根据最高人民法院的司法解释，铁路运输合同纠纷及与铁路运输有关的侵权纠纷，由铁路运输法院管辖。

第二十八条【侵权纠纷管辖】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。

一、本条含义

本条是关于因侵权行为提起的诉讼管辖的规定。

侵权行为，是指加害人不法侵害他人财产权利和人身权利的行为。侵权行为地，包括侵害行为实施地和侵权结果发生地。

根据本条规定，侵权行为发生后，受害人既可以向侵权行为地人民法院起诉，也可以向被告住所地人民法院起诉。根据最高人民法院的司法解释，因产品质量不合格造成他人财产、人身损害提起诉讼的，产品制造地、产品销售地、侵权行为地和被告住所地人民法院都有管辖权。在涉外民事诉讼中，只要侵权行为发生地或者侵权结果地在中国领域内的，人民法院依法享有诉讼管辖权。

第三十三条【专属管辖】下列案件，由本条规定的人民法院专属管辖：

- （一）因不动产纠纷提起的诉讼，由不动产所在地人民法院管辖；
- （二）因港口作业中发生纠纷提起的诉讼，由港口所在地人民法院管辖；
- （三）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。

一、本条含义

本条是关于专属管辖的规定。

专属管辖，是指对某些特定类型的案件，法律强制规定只能由特定的人民法院行使管辖权。凡是专属管辖的案件，只能由法律明文规定的人民法院管辖，其他人民法院均无管辖权，并且当事人双方无权以协议或者约定的方式变更管辖法院。外国的法院更没有管辖权。因此，专属管辖是排斥其他类型的法定管辖，也排斥协议管辖的管辖制度。

二、真题分析

7. 【2013 年第 4 题】甲县的周某与乙县的郑某在丙县签订了一份合同，将周某位于丁县的厂房卖给郑某。后双方发生纠纷，周某欲起诉郑某。根据民事诉讼法及相关规定，周某应向何地人民法院起诉？

- A、甲县
- B、乙县
- C、丙县
- D、丁县

【考点】民事诉讼管辖

【分析】根据《民事诉讼法》第三十三条第（一）项的规定，本题中，诉讼因不动产厂房纠纷提起，应由厂房所在地丁县的人民法院管辖，因此，选项 ABC 错误，选项 D 正确。

【答案】D

第三十四条【协议管辖】合同或者其他财产权益纠纷的当事人可以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，但不得违反本法对级别管辖和专属管辖的规定。

一、本条含义

本条是关于协议管辖的规定。

协议管辖，又称合意管辖或者约定管辖，是指双方当事人就在纠纷发生之前或发生之后，以合意方式约定解决他们之间纠纷的管辖法院。

根据本条规定，当事人协议选择管辖法院应当符合以下条件：（1）只有合同或者其他财产权益纠纷的双方当事人可以协议选择管辖法院，因身份关系产生的民事纠纷的当事人不能协议选择管辖法院；（2）可以协议选择的法院应当是被告住所地、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；（3）协议选择管辖法院不得违反本法对级别管辖和专属管辖的规定；（4）当事人协议管辖应当采用书面形式。

二、真题分析

8. 【2013 年第 81 题】甲公司与乙公司签订了家具买卖合同，并欲就发生合同纠纷时的管辖问题进行约定。根据民事诉讼法及相关规定，在不违反级别管辖和专属管辖规定的情况下，下列哪些约定符合规定？

- A、双方书面约定由合同签订地人民法院管辖
- B、双方口头约定由合同签订地人民法院管辖
- C、双方书面约定由原告住所地人民法院管辖
- D、双方口头约定由原告住所地人民法院管辖

【考点】民事诉讼中的协议管辖

【分析】根据《民事诉讼法》第三十四条的规定，协议管辖中的“协议”应当是书面协议，而不能是口头协议；同时所约定的法院应当是与争议有实际联系的地点的人民法院。本题中，甲公司和乙公司可以书面约定合同签订地、原告住所地等地人民法院管辖，但不能口头约定，因此，选项 AC 正确，选项 BD 错误。

【答案】AC

9. 【2012 年第 51 题】根据民事诉讼法及相关规定，在不违反民事诉讼法对级别管辖和专属管辖规定的情况下，合同双方当事人可以就合同纠纷通过书面协议选择下列哪些人民法院管辖？

- A、被告住所地人民法院
- B、合同履行地人民法院
- C、合同签订地人民法院
- D、标的物所在地人民法院

【考点】民事诉讼中的协议管辖

【分析】根据《民事诉讼法》第三十四条的规定，本题中，选项 ABCD 正确。

【答案】ABCD

10. 【2010 年第 99 题】根据民事诉讼法及相关规定，在不违反法律强制性规定的前提下，下列哪些涉外民事纠纷的当事人可以用书面协议选择与争议有实际联系的地点的法院管辖？

- A、涉外婚姻纠纷
- B、涉外收养关系纠纷
- C、涉外财产权益纠纷
- D、涉外合同纠纷

【考点】涉外纠纷的协议管辖

【分析】本题考察《民事诉讼法》修改之前第二百四十二条关于涉外协议管辖的规定，2012 年修改的《民事诉讼法》删除了原第二百四十二条和第二百四十三条关于涉外协议管辖的规定，适用国内协议管辖的相关规定。根据《民事诉讼法》第三十四条协议管辖的规定，只有合同或者其他财产权益纠纷的双方当事人可以协议选择管辖法院，因此，选项 AB 错误，选项 CD 正确。

【答案】CD

第三十五条【共同管辖】两个以上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。

一、本条含义

本条是关于共同管辖的规定。

共同管辖，是指依照法律规定两个或者两个以上的人民法院对同一诉讼案件都有管辖权。这种情况既可以因诉讼主体或诉讼客体的原因发生，也可以因法律的直接规定而发生。

在几个人民法院对同一案件都有管辖权的情况下，就形成了管辖权的冲突。解决管辖权冲突的最主要的办法，是赋予原告选择权，原告可以向其中任一法院起诉。如果原告向两个以上有管辖权的人民法院起诉，由最先立案的人民法院管辖。

第三节 移送管辖和指定管辖

第三十六条【移送管辖】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。

一、本条含义

本条是关于移送管辖的规定。

移送管辖，是指没有管辖权的人民法院接受原告起诉后，发现原告起诉的案件不属于自己管辖的，查明这个案件应当由哪个法院管辖，主动移送有管辖权的人民法院管辖。设立移送管辖制度是为了适应各种复杂的实际情况，解决管辖中有争议的问题，从而避免案件因管辖不明等原因而拖延审理，以致影响保护当事人的合法权益。

根据本条的规定，人民法院移送案件应当具备以下三个条件：（1）移送案件的人民法院对该民事案件没有管辖权。对案件有管辖权的人民法院不得推脱责任而将案件移送到其他人民法院；（2）移送案件的人民法院已经受理了该民事案件。对于尚未受理的民事案件不存在移送的问题；（3）受移送的人民法院对该民事案件有管辖权。

第三十七条【指定管辖】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。

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。

一、本条含义

本条是关于指定管辖的规定。

指定管辖，是指由于种种特殊原因，有管辖权的法院不能行使管辖权，或者由于几个人民法院对案件的管辖发生异议，或者移送来的案件也不属于本院管辖时，需要由上级法院指定某一法院管辖。

根据本条的规定和本法第三十六条的规定，在以下三种情况下出现指定管辖：（1）受移送的人民法院认为移送来的案件不属于本院管辖时，报请上级法院指定管辖。（2）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。（3）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。

第三十八条【管辖权转移】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。

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。

一、本条含义

本条是关于管辖权转移的规定。

所谓管辖权转移，是指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，也可以把本院管辖的第一审民事案件交下级人民法院审理，以及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，报请上级人民法院审理。

根据本条规定，上级人民法院审理下级人民法院管辖的第一审民事案件，主要有两种情况：一种情况是上级人民法院有权审理下级人民管辖的第一审民事案件。另一种情况是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。

第三章 审判组织

第三十九条【一审审判组织】人民法院审理第一审民事案件，由审判员、陪审员共同组成合议庭或者由审判员组成合议庭。合议庭的成员人数，必须是单数。

适用简易程序审理的民事案件，由审判员一人独任审理。

陪审员在执行陪审职务时，与审判员有同等的权利义务。

一、本条含义

本条是关于人民法院审理第一审民事案件的审判组织和人民陪审员权利的规定。

人民法院通过审判组织对每一具体案件的审理来实现审判权。本条规定了两种审判组织形式：合议制和独任制。

本条第一款规定了合议制。合议制是集体审判案件的一种制度。合议庭是实现这种集体审判制度的组织形式。一审民事案件合议庭的组成形式有两种：一是由审判员组成合议庭，即合议庭的组成人员全部为审判员，不吸收陪审员；二是由审判员和陪审员共同组成合议庭。

本条第二款规定了独任制。所谓独任制，是指由审判员一人对具体案件进行审理和裁判的制度。人民法院审理民事案件应以合议制为原则，但对简单的案件可以适用独任制。

人民陪审员在人民法院执行陪审任务期间，有权查阅全部案件材料，有权参加案件的调查，也有权参加开庭审判和对案件的评议，同时也有义务依法办案。

第四十条【二审、重审、再审审判组织】人民法院审理第二审民事案件，由审判员组成合议庭。合议庭的成员人数，必须是单数。

发回重审的案件，原审人民法院应当按照第一审程序另行组成合议庭。

审理再审案件，原来是第一审的，按照第一审程序另行组成合议庭；原来是第二审的或者是上级人民法院提审的，按照第二审程序另行组成合议庭。

一、本条含义

本条是对人民法院审理第二审民事案件、重审和再审案件审判组织的规定。

根据本条第一款的规定，第二审人民法院合议庭的组成人员，只能是审判员，不能有陪审员参加。这是与第一审人民法院合议庭组成的最大不同点。

本条第二款对重审案件的审判组织作了规定。重审案件的合议庭与第一审合议庭一样，既可以由审判员组成，也可以由审判员和陪审员组成。需要特别强调的是，对于发回重审案件合议庭的组成，应当依照第一审程序另行组成合议庭，不得再由原来的合议庭进行审理，也不能适用简易程序独任审判，以避免先入为主，使错误得不到纠正。

对于再审案件的审判组织，根据本条第三款的规定，原来是第一审的，应当按照第一审程序另行组成合议庭，原来是第二审的，应当按照第二审程序另行组成合议庭。但是，如果上级人民法院发现下级人民法院已经发生法律效力判决、裁定、调解书错误的，也可以直接提审，并且应当按照第二审程序另行组成合议庭，即由审判员组成合议庭。应当特别注意的是，审理再审案件，原来第一审是独任审判的，应当按照第一审程序组成合议庭，不能再由审判员一人独任审判，且原独任审判员不得参加新合议庭。

第四十一条【审判长】合议庭的审判长由院长或者庭长指定审判员一人担任；院长或者庭长参加审判的，由院长或者庭长担任。

一、本条含义

本条是关于合议庭的审判长由谁担任的规定。

审判长的主要职责就是负责案件的审判活动，如宣布开庭，查明当事人是否到庭，宣布法庭组成人员，告知当事人在审判过程中的各种诉讼权利，主持法庭调查、法庭辩论等各项活动。审判长不是固定的职务。

第四十二条【评议原则】合议庭评议案件，实行少数服从多数的原则。评议应当制作笔录，由合议庭成员签名。评议中的不同意见，必须如实记入笔录。

一、本条含义

合议庭由若干审判员或者审判员和陪审员组成，是民主集中制原则在审判活动中的具体运用。本法规定合议庭评议案件实行少数服从多数的原则，每一个合议庭成员都可以充分发表自己的意见，对于少数意见，必须如实记入笔录，然后由合议庭成员签名。对案件的判决、裁定要按照合议庭的多数意见制定。

第四章 回 避

第四十四条【回避情形】审判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：

- (一) 是本案当事人或者当事人、诉讼代理人近亲属的；
- (二) 与本案有利害关系的；
- (三) 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的。

审判人员接受当事人、诉讼代理人请客送礼，或者违反规定会见当事人、诉讼代理人的，当事人有权要求他们回避。

审判人员有前款规定的行为的，应当依法追究法律责任。

前三款规定，适用于书记员、翻译人员、鉴定人、勘验人。

一、本条含义

本条是关于回避情形的规定。

回避，是指承办案件的审判人员和其他人员与本案有利害关系或者其他关系，可能影响对案件公正审理的，经一定程序退出对本案的审理，包括审判人员自行回避和当事人申请回避。回避是人民法院审理案件的基本制度，也是当事人的一项重要诉讼权利。

二、真题分析

11.【2013 年第 58 题】根据民事诉讼法及相关规定，当事人可以申请下列哪些人员回避？

- A、陪审员李某，其是被告诉讼代理人近亲属
- B、审判员刘某，其违反规定会见了原告
- C、鉴定人陈某，其与本案有利害关系
- D、证人张某，其与被告是母子关系

【考点】回避

【分析】根据《民事诉讼法》第四十四条的规定，本题中，违反规定会见了原告的审判员刘某、与本案有利害关系的鉴定人陈某均属于回避对象，因此，选项 BC 正确。根据《民事诉讼法》第三十九条第三款的规定，作为被告诉讼代理人近亲属的陪审员李某也属于回避对象因此，选项 A 正确。根据上述规定，证人不属于回避对象，因此，选项 D 错误。

【答案】ABC

12.【2012 年第 76 题】根据民事诉讼法及相关规定，有关回避的规定适用于下列哪些人员？

- A、审判员
- B、书记员

C、翻译人员

D、证人

【考点】回避

【分析】根据《民事诉讼法》第四十四条的规定，本题中，选项 ABC 正确，选项 D 错误。

【答案】ABC

第四十五条【回避申请】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。

被申请回避的人员在人民法院作出是否回避的决定前，应当暂停参与本案的工作，但案件需要采取紧急措施的除外。

一、本条含义

本条是关于当事人申请回避的提出时间和应当说明理由的规定。

回避分为审判人员自行回避和当事人申请回避。审判人员自行回避，是指承办案件的审判人员和其他相关人员，在有本法第四十四条规定情形的，应当自动退出本案的审判活动。当事人申请回避，一般应当在案件开始审理时提出。在特殊情况下，如果当事人是在审理开始后发现回避事由的，或者回避事由是在审理开始后发生的，也可以在法庭辩论终结前提出。

当事人的回避申请应当经过人民法院审查，人民法院审查后，根据审查情况作出是否同意相关人员回避的决定。

第四十六条 院长担任审判长时的回避，由审判委员会决定；审判人员的回避，由院长决定；其他人员的回避，由审判长决定。

一、本条含义

本条是关于回避决定权人的规定。

本条为了确保当事人的回避申请权利，根据不同的回避对象对回避决定权人作了不同规定。根据本条规定，院长担任审判长时的回避，由审判委员会决定；审判人员的回避，由院长决定；其他人员的回避，由审判长决定。这里的“其他人员”，主要是指本法第四十四条第三款规定的书记员、翻译人员、鉴定人、勘验人。

二、真题分析

13.【2011 年第 35 题】根据民事诉讼法及相关规定，下列关于民事诉讼中回避的说法哪些是正确的？

A、陪审员和书记员的回避均由审判长决定

B、陪审员的回避由人民法院院长决定，书记员的回避由审判长决定

C、陪审员的回避由审判委员会决定，书记员的回避由审判长决定

D、陪审员的回避由审判委员会决定，书记员的回避由人民法院院长决定

【考点】回避

【分析】根据《民事诉讼法》第三十九条第三款的规定，根据《民事诉讼法》第四十六条的规定，本题中，陪审员的回避由人民法院院长决定，书记员的回避由审判长决定，因此选项 ACD 错误，选项 B 正确。

【答案】B

第五章 诉讼参加人

第一节 当事人

第四十八条【诉讼当事人】公民、法人和其他组织可以作为民事诉讼的当事人。法人由其法定代表人进行诉讼。其他组织由其主要负责人进行诉讼。

一、本条含义

本条是关于诉讼当事人的规定。

民事诉讼当事人，是指因民事上的权利义务关系发生纠纷，以自己的名义进行诉讼，并受人民法院裁判拘束的利害关系人。

民事诉讼当事人具有以下三个特征：一是以自己的名义进行诉讼；二是与案件有直接利害关系；三是受人民法院裁判拘束。

第四十九条【诉讼权利义务】当事人有权委托代理人，提出回避申请，收集、提供证据，进行辩论，请求调解，提起上诉，申请执行。

当事人可以查阅本案有关材料，并可以复制本案有关材料和法律文书。查阅、复制本案有关材料的范围和办法由最高人民法院规定。

当事人必须依法行使诉讼权利，遵守诉讼秩序，履行发生法律效力的判决书、裁定书和调解书。

一、本条含义

本条是关于当事人诉讼权利和诉讼义务的规定。

民事诉讼的目的是使民事纠纷得到公正及时的裁判。为了达到这一目的，民事诉讼法赋予了民事诉讼当事人广泛的诉讼权利，同时也规定了他们应当承担的诉讼义务。当事人行使诉讼权利和履行诉讼义务是统一的。

本条规定的当事人的诉讼权利包括：（1）委托诉讼代理人权利；（2）申请回避的权利；（3）收集、提供证据的权利；（4）进行辩论的权利；（5）请求调解的权利；（6）提起上诉的权利；（7）申请执行的权利；（8）查阅并复制本案有关材料和法律文书的权利。

本条规定的当事人的诉讼义务包括：（1）依法行使诉讼权利；（2）遵守诉讼秩序；（3）履行发生法律效力的判决书、裁定书和调解书。

二、真题分析

14.【2011 年第 19 题】根据民事诉讼法及相关规定，下列说法哪些是正确的？

- A、民事诉讼当事人有权请求调解
- B、民事诉讼当事人有权提出回避申请
- C、民事诉讼当事人有权申请执行
- D、民事诉讼当事人可以按照相关规定查阅本案有关材料

【考点】民事诉讼中当事人的权利

【分析】根据《民事诉讼法》第四十九条的规定，选项 ABCD 正确。

【答案】ABCD

15.【2011 年第 27 题】根据民事诉讼法及相关规定，在民事诉讼一审程序中，无独立请求权的第三人享有下列哪些诉讼权利？

- A、申请撤诉
- B、提出回避申请
- C、变更诉讼请求
- D、对案件的管辖权提出异议

【考点】无独立请求权的第三人的诉讼权利

【分析】根据《民事诉讼法》第四十九条的规定，以及《民诉解释》第八十二条的规定，在一审诉讼中，无独立请求权的第三人无权提出管辖异议，无权放弃、变更诉讼请求或者申请撤诉，被判决承担民事责任的，有权提起上诉。因此，选项 B 正确，选项 ACD 错误。

【答案】B

第五十二条【共同诉讼】当事人一方或者双方为二人以上，其诉讼标的是共同的，或者诉讼标的是同一种类、人民法院认为可以合并审理并经当事人同意的，为共同诉讼。

共同诉讼的一方当事人对诉讼标的有共同权利义务的，其中一人的诉讼行为经其他共同诉讼人承认，对其他共同诉讼人发生法律效力；对诉讼标的没有共同权利义务的，其中一人的诉讼行为对其他共同诉讼人不发生法律效力。

一、本条含义

本条是关于共同诉讼的规定。

当事人一方或者双方为二人以上的诉讼为共同诉讼。原告为二人以上的，称为积极的共同诉讼；被告为二人以上的，称为消极的共同诉讼。共同诉讼是诉讼主体的合并。根据本条规定，共同诉讼分为必要的共同诉讼和普通的共同诉讼：

（一）必要的共同诉讼

当事人一方或者双方为二人以上，其诉讼标的是共同的，为必要的共同诉讼。必要的共同诉讼的特点在于共同诉讼的一方当事人对诉讼标的有不可分的共同的权利义务。

（二）普通的共同诉讼

当事人一方或者双方为二人以上，其诉讼标的为同一种类，人民法院认为可以合并审理并经当事人同意的诉讼为普通的共同诉讼。普通的共同诉讼的特点在于共同诉讼的一方当事人对诉讼标的没有共同的权利义务，是一种可分之诉，只是因为他们的诉讼标的属于同一种类，人民法院为审理方便，才将他们作为共同诉讼审理。

第五十三条【人数确定的代表人诉讼】当事人一方人数众多的共同诉讼，可以由当事人推选代表人进行诉讼。代表人的诉讼行为对其所代表的当事人发生法律效力，但代表人变更、放弃诉讼请求或者承认对方当事人的诉讼请求，进行和解，必须经被代表的当事人同意。

一、本条含义

本条是关于人数众多且确定的共同诉讼的规定。

民事诉讼法将涉及多数人利益的诉讼分为人数众多且确定的共同诉讼和人数不确定的涉及多数人权益的共同诉讼分别作了规定。本条主要规定人数众多且确定的共同诉讼。

人数众多且确定的共同诉讼，是指诉讼标的是同一种类，当事人一方人数众多但起诉时人数可以确定的共同诉讼。为了保证诉讼有序进行，本条规定可以由当事人推选代表人进行诉讼。当事人必须推选他们之中的人作代表进行诉讼，而不能推选当事人之外的人。

需要指出的是，当事人一方人数众多且确定的共同诉讼不是必须推选代表人进行诉讼，因为在这种诉讼中当事人的请求可能不完全一致，因此，如果某个或者某几个当事人不愿推选代表而想亲自诉讼，也应当允许。

第五十四条【人数不确定的代表人诉讼】诉讼标的是同一种类、当事人一方人数众多在起诉时人数尚未确定的，人民法院可以发出公告，说明案件情况和诉讼请求，通知权利人在一定期间向人民法院登记。

向人民法院登记的权利人可以推选代表人进行诉讼；推选不出代表人的，人民法院可

以与参加登记的权利人商定代表人。

代表人的诉讼行为对其所代表的当事人发生效力，但代表人变更、放弃诉讼请求或者承认对方当事人的诉讼请求，进行和解，必须经被代表的当事人同意。

人民法院作出的判决、裁定，对参加登记的全体权利人发生效力。未参加登记的权利人在诉讼时效期间提起诉讼的，适用该判决、裁定。

一、本条含义

本条是对人数不确定的涉及多数人权益的共同诉讼的规定。

人数不确定的涉及多数人权益的共同诉讼，是指诉讼标的是同一种类，当事人一方人数众多但起诉时人数尚未确定的共同诉讼。人民法院受理该诉讼后，可以发出公告，说明案件情况及诉讼请求，通知权利人在一定期限内向人民法院登记。

向人民法院登记的权利人可以推选代表人参加诉讼，推选不出代表的，人民法院可以与参加登记的权利人商定代表人。对于在公告期间没有登记的权利人，只要其在诉讼时效期间提起诉讼，人民法院的判决、裁定对其也适用，而不必再经过诉讼程序进行审理。

第五十五条【民事公益诉讼】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。

一、本条含义

本条是关于民事公益诉讼的规定。

民事公益诉讼是指法律规定的机关和有关社会团体，为了社会公共利益，以自己的名义向国家司法机关提起的诉讼。简单的讲就是以机关或团体的抗争，去捍卫大众的利益。

公益诉讼与公诉有显著不同。公益诉讼既可以由特定的国家机关提起，也可以由相关组织提起。其本质是一种民事救济方式。公诉，是指人民检察院针对犯罪嫌疑人的犯罪行为向人民法院提出控告，要求法院通过审判确定犯罪事实、惩罚犯罪人的诉讼活动，目的是惩罚犯罪嫌疑人，恢复被破坏的社会秩序，其不是民事救济方式。

第五十六条【诉讼第三人、第三人撤销之诉】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。

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。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。

前两款规定的第三人，因不能归责于本人的事由未参加诉讼，但有证据证明发生法律效力的判决、裁定、调解书的部分或者全部内容错误，损害其民事权益的，可以自知道或者应当知道其民事权益受到损害之日起六个月内，向作出该判决、裁定、调解书的人民法院提起诉讼。人民法院经审理，诉讼请求成立的，应当改变或者撤销原判决、裁定、调解书；诉讼请求不成立的，驳回诉讼请求。

一、本条含义

本条是关于民事诉讼第三人和第三人撤销之诉的规定。

本条第一款、第二款是对民事诉讼第三人的规定。民事诉讼的第三人，是指对当事人争议的诉讼标的具有独立的请求权，或者虽无独立的请求权，但案件处理结果同他有法律上的利害关系，从而参加到他人已开始的诉讼中去的人。

本条第三款是关于第三人撤销之诉的规定，这是新增加的一项重要制度。第三人撤销之诉，是指未参加诉讼的第三人，有证据证明发生法律效力的判决、裁定、调解书的部分或者全部内容错误，损害其民事权益的，向作出该判决、裁定、调解书的人民法院提起诉讼，请求改变或者撤销原判决、裁定、调解书的制度。

二、真题分析

16.【2010年第27题】根据民事诉讼法及相关规定，下列关于民事诉讼第三人的说法哪些是正确的？

- A、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
- B、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
- C、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
- D、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

【考点】民事诉讼第三人

【分析】根据《民事诉讼法》第五十六条的规定，选项ACD正确。根据《民诉解释》第八十一条第一款的规定，根据民事诉讼法第五十六条的规定，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；无独立请求权的第三人，可以申请或者由人民法院通知参加诉讼。选项B正确

【答案】ABCD

第二节 诉讼代理人

第五十七条【法定代理人】无诉讼行为能力人由他的监护人作为法定代理人代为诉讼。法定代理人之间互相推诿代理责任的，由人民法院指定其中一人代为诉讼。

一、本条含义

本条是关于法定代理人的规定。

诉讼代理人，是指以当事人的名义，在一定权限范围内，为当事人的利益进行诉讼活动的人。被代理的一方当事人称为被代理人。

根据民事诉讼法的规定，以诉讼代理权发生的原因为标准，诉讼代理人可以分为法定代理人和委托代理人两种。法定代理人，是指根据法律规定行使代理权的人。

法定代理人是基于法律确定的监护权而代理当事人的人，既不是基于当事人的意思表示，也不是基于他自己的意思表示，而是法律规定。法定代理人参加诉讼不需要办理委托代理书，只要证明自己的身份和与被代理人具有监护关系，其代理权便成立。

第五十八条【委托代理人】当事人、法定代理人可以委托一至二人作为诉讼代理人。

下列人员可以被委托为诉讼代理人：

- (一) 律师、基层法律服务工作者；
- (二) 当事人的近亲属或者工作人员；
- (三) 当事人所在社区、单位以及有关社会团体推荐的公民。

一、本条含义

本条是关于委托代理人的规定。

委托代理人，是指受当事人、法定代理人委托，代为诉讼行为的人。委托代理人具有以下三个特征：（1）代理权的发生是基于当事人、法定代理人的意思表示，而不是由法律规定；（2）代理事项及权限一般由当事人、法定代理人决定；（3）当事人、法定代理人委托他人代为诉讼，必须向受诉人民法院提交授权委托书。

二、真题分析

17.【2013年第68题】根据民事诉讼法及相关规定，在民事诉讼中，下列哪些人员可以被委托为诉讼代理人？

- A、当事人的近亲属或者工作人员

- B、当事人所在社区、单位推荐的公民
- C、有关社会团体推荐的公民
- D、基层法律服务工作者

【考点】诉讼代理人

【分析】根据《民事诉讼法》第五十八条第二款的规定，选项 ABCD 正确。

【答案】ABCD

第五十九条【委托程序】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。

侨居在外的中华人民共和国公民从国外寄交或者托交的授权委托书，必须经中华人民共和国驻该国的使领馆证明；没有使领馆的，由与中华人民共和国有外交关系的第三国驻该国的使领馆证明，再转由中华人民共和国驻该第三国使领馆证明，或者由当地的爱国华侨团体证明。

一、本条含义

本条是关于委托诉讼代理人的程序的规定。

委托他人代理诉讼，应当遵守以下几方面的规定：一是委托他人代为诉讼，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；二是授权委托书必须记明委托事项和权限；三是诉讼代理人代为放弃、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。

为保证侨居国外的中国公民委托诉讼代理人行为的真实性，更好地保护当事人的合法权益，本条第三款对在国外授权委托书他人代为诉讼作了规定。

二、真题分析

18.【2014 年第 50 题】赵某与其所在单位就某发明专利申请的权属产生纠纷，委托律师李某代为诉讼。根据民事诉讼法及相关规定，如无赵某的特别授权，李某在诉讼中无权实施下列哪些行为？

- A. 代为变更诉讼请求
- B. 代为放弃诉讼请求
- C. 代为申请保全证据
- D. 代为提起反诉

【考点】委托代理人

【分析】根据《民事诉讼法》第五十九条第二款的规定，本题中，选项 ABD 正确。选项 C 代为申请保全证据不需要特别授权，因此，选项 C 错误。

【答案】ABD

19.【2012 年第 60 题】甲公司发现乙公司侵犯其专利权，遂委托律师王某作为其诉讼代理人向人民法院提起专利侵权诉讼。根据民事诉讼法及相关规定，王某的下列哪些行为必须有甲公司的特别授权

- A、代为进行和解
- B、代为放弃诉讼请求
- C、代为提出回避申请
- D、代为提起上诉

【考点】委托代理人

【分析】根据《民事诉讼法》第五十九条第二款的规定，本题中，王某作为甲公司的诉讼代理人，代为进行和解、代为放弃诉讼请求、代为提起上诉均需得到甲公司的特别授权，因此，选项 ABD 正确，选项 C 错误。

【答案】ABD

20. 【2010 年第 35 题】郑某因与某公司发生合同纠纷，委托律师马某全权代理诉讼，但未作具体的授权。根据民事诉讼法及相关规定，在无郑某特别授权的情形下，马某在诉讼中无权代为实施下列哪些行为？

- A、提出管辖权异议
- B、提起反诉
- C、提起上诉
- D、进行和解

【考点】委托代理

【分析】根据《民事诉讼法》第五十九条第二款的规定，本题中，选项 A 错误，选项 BCD 正确。

【答案】BCD

第六十一条【诉讼代理人权利】 代理诉讼的律师和其他诉讼代理人有权调查收集证据，可以查阅本案有关材料。查阅本案有关材料的范围和办法由最高人民法院规定。

一、本条含义

本条是关于诉讼代理人的权利的规定。

诉讼代理人在代理权限内代理当事人进行诉讼活动，根据本条规定，律师和其他诉讼代理人代理诉讼主要有以下两个方面的权利：

（一）有权调查收集证据

根据民事诉讼法的规定，当事人对自己的主张，有提供证据的责任，只有在当事人因客观原因不能收集证据或者人民法院认为有必要时，人民法院才主动调查、收集证据。

（二）查阅本案有关材料

有关材料，一般指法庭审理过程中所有的证据材料、庭审笔录以及起诉状、答辩状、代理意见书等在法庭审理中涉及的材料。有关材料的具体范围以及查阅的办法，由最高人民法院规定。

第六章 证据

第六十三条【证据种类】 证据包括：

- （一）当事人的陈述；
- （二）书证；
- （三）物证；
- （四）视听资料；
- （五）电子数据；
- （六）证人证言；
- （七）鉴定意见；
- （八）勘验笔录。

证据必须查证属实，才能作为认定事实的根据。

一、本条含义

本条是关于证据种类的规定。

证据是指证明案件事实是否客观存在的材料，可以用于证明案件事实的材料，都是证据。

根据本款规定，民事诉讼中的证据包括：

（一）当事人的陈述，是指案件的当事人向人民法院提出的关于案件事实和证明这些事实情况的陈述。

（二）书证，是指以文字、符号所记录或表示的，以证明待证事实的文书，如合同、书信、文件、票据等。

（三）物证，是指用物品的外形、特征、质量等说明待证事实的一部或全部的物品，如质量不合格的家具、被汽车撞坏的自行车等。

（四）视听资料，是指用录音、录像的方法记录下来的有关案件事实的材料，如用录音机录制的当事人的谈话、用摄像机拍摄的人物形象及其活动等。视听资料是随着科学技术的发展进入证据领域的。

（五）电子数据，是指与案件事实有关的电子邮件、网上聊天记录、电子签名、网络访问记录等电子形式的证据。

（六）证人证言，是指证人以口头或书面方式向人民法院所作的对案件事实的陈述。

（七）鉴定意见，是指具备资格的鉴定人对民事案件中出现的专门性问题，通过鉴别和判断后作出的书面意见，如医学鉴定、指纹鉴定，产品质量鉴定、文书鉴定、会计鉴定等。

（八）勘验笔录，是指人民法院对能够证明案件事实的现场或者不能、不便拿到人民法院的物证，就地进行分析、检验、勘查后作出的记录。

本条第一款所提到的证据，只是可以用于证明案件事实的材料，其内容是否真实还需要查证。因此，本条第二款明确规定：“证据必须查证属实，才能作为认定事实的根据。”

二、真题分析

21. 【2014 年第 59 题】根据民事诉讼法及相关规定，当事人的下列哪些做法符合关于证据的规定？

- A. 原告赵某以电子数据作为证据来证明自己提出的主张
- B. 原告张某因在人民法院确定的期限内提供证据确有困难，向人民法院申请延长期限
- C. 被告李某因提交某书证原件确有困难，提交了经人民法院核对无异的复制件
- D. 被告王某提交外文书证作为证据，未附中文译本

【考点】证据

【分析】根据《民事诉讼法》第六十三条第一款的规定，本题中，选项 A 正确。根据《民事诉讼法》第六十五条第二款的规定，选项 B 正确。根据《民事诉讼法》第七十条第一款的规定，以及《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第十条的规定，当事人向人民法院提供证据应当提供原件或者原物。如需自己保存证据原件、原物或者提供原件、原物确有困难的可以提供经人民法院核对无异的复制件或者复制品。因此，选项 C 正确。根据《民事诉讼法》第七十条第二款的规定，选项 D 错误。

【答案】ABC

第六十四条【举证责任】当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。

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。

人民法院应当按照法定程序，全面地、客观地审查核实证据。

一、本条含义

本条是关于举证责任的规定。

在民事诉讼中，提供证据既是当事人的权利，也是当事人向人民法院应尽的义务。人民法院对于当事人提供的证据，应当全面地、客观地审查核对，不能片面地、主观地确认证据的证明效力。

在以下情况，人民法院应当主动地收集证据：（1）当事人及诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据。（2）人民法院认为审理案件需要的证据。

总之，民事诉讼法一方面规定当事人应当提供证据，另一方面规定人民法院应当全面地、客观地审查核实证据并可以主动调查收集证据，以上两方面结合起来即为民事诉讼法规定的举证责任原则。

二、真题分析

22. 【2011 年第 43 题】根据民事诉讼法及相关规定，下列关于举证责任的说法哪些是正确的？

A、因产品制造方法发明专利引起的专利侵权诉讼，由制造同样产品的单位或者个人对其产品制造方法不同于专利方法承担举证责任

B、高度危险作业致人损害的侵权诉讼，由加害人就受害人故意造成损害的事实承担举证责任

C、因环境污染引起的损害赔偿诉讼，由加害人就法律规定的免责事由及其行为与损害结果之间不存在因果关系承担举证责任

D、建筑物或者其他设施以及建筑物上的悬挂物发生脱落致人损害的侵权诉讼，由所有人或者管理人对其无过错承担举证责任

【考点】举证责任

【分析】《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第四条规定，下列侵权诉讼□按照以下规定承担举证责任：

（一）因新产品制造方法发明专利引起的专利侵权诉讼，由制造同样产品的单位或者个人对其产品制造方法不同于专利方法承担举证责任；

（二）高度危险作业致人损害的侵权诉讼，由加害人就受害人故意造成损害的事实承担举证责任；

（三）因环境污染引起的损害赔偿诉讼，由加害人就法律规定的免责事由及其行为与损害结果之间不存在因果关系承担举证责任；

（四）建筑物或者其他设施以及建筑物上的搁置物、悬挂物发生倒塌、脱落、坠落致人损害的侵权诉讼，由所有人或者管理人对其无过错承担举证责任；

（五）饲养动物致人损害的侵权诉讼，由动物饲养人或者管理人就受害人有过错或者第三人有过错承担举证责任；

（六）因缺陷产品致人损害的侵权诉讼，由产品的生产者就法律规定的免责事由承担举证责任；

（七）因共同危险行为致人损害的侵权诉讼，由实施危险行为的人就其行为与损害结果之间不存在因果关系承担举证责任；

（八）因医疗行为引起的侵权诉讼，由医疗机构就医疗行为与损害结果之间不存在因果关系及不存在医疗过错承担举证责任。

有关法律对侵权诉讼的举证责任有特殊规定的，从其规定。

本题中，选项 BCD 分别对应于上述第（二）至（四）项，均是正确答案。而上述第（一）项中特别指明“新产品制造方法发明专利”，不是所有产品制造方法发明专利，因

此，选项 A 错误。

【答案】BCD

第六十五条【及时提供证据义务】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。当事人在该期限内提供证据确有困难的，可以向人民法院申请延长期限，人民法院根据当事人的申请适当延长。当事人逾期提供证据的，人民法院应当责令其说明理由；拒不说明理由或者理由不成立的，人民法院根据不同情形可以不予采纳该证据，或者采纳该证据但予以训诫、罚款。

一、本条含义

本条是关于当事人及时提供证据义务的规定。

本条第一款规定了当事人及时提供证据的义务，属于原则性规定。本条第二款是对当事人及时提供证据义务并承担相应后果的规定，明确了当事人的举证期限和逾期提供证据的法律后果。

（一）举证期限

当事人对自己的主张应当及时提供证据，根据本条第二款的规定，首先，人民法院应当根据当事人的主张和案件审理情况来确定举证期限；其次，人民法院要确定的一般是具体证据的举证期限，而不是对整个案件的所有证据笼统地确定一个举证期限；最后，当事人在该期限内提供证据确有困难的，有权向人民法院申请延长期限，人民法院根据当事人的申请适当延长。

（二）逾期提供证据的法律后果

对当事人未及时提供证据的，应当令其承担一定的法律后果，只有这样才能促使其积极举证。

第六十六条【证据收据】人民法院收到当事人提交的证据材料，应当出具收据，写明证据名称、页数、份数、原件或者复印件以及收到时间等，并由经办人员签名或者盖章。

一、本条含义

本条是关于证据收据的规定。

收据是人民法院收到当事人证据材料的凭证，能够有效防止证据丢失、更改或者被抽换。负责接受证据材料的审判人员和书记员应当在收据上签名或者盖章，然后将收据出具给提交证据材料的当事人。

第六十七条【人民法院调查取证】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。

人民法院对有关单位和个人提出的证明文书，应当辨别真伪，审查确定其效力。

一、本条含义

本条是关于人民法院调查取证的规定。

在民事诉讼中，许多情况下，人民法院需要向有关单位和个人调取证据。调取证据可以说是人民法院行使审判权所进行的重要职权活动。对于单位和个人来说，提供证据则是其应尽的义务。

对证明文书的审查主要从两方面进行。首先应当对证明文书的形式证明力进行审查，即对书证的真伪作出确认。此外，应当从实质上看证明文书是否能证明待证的事实。只有形式和实质上符合要求的证明文书，人民法院才能确认其证明力。

二、真题分析

23. 【2010 年第 43 题】根据民事诉讼法及相关规定，下列关于民事诉讼证据的说法哪些是正确的？

- A、人民法院向有关单位和个人调查取证，有关单位和个人不得拒绝
- B、证据应当在法庭上出示，并由当事人互相质证
- C、涉及商业秘密的证据，当事人及其诉讼代理人可以申请人民法院调查收集
- D、书证应当提交原件，提交原件确有困难的，可以提交经人民法院核对无异的复制件

【考点】证据

【分析】根据《民事诉讼法》第六十七条第一款的规定，本题中，选项 A 正确。根据《民事诉讼法》第六十八条的规定，选项 B 正确。《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第十七条规定，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：（一）申请调查收集的证据属于国家有关部门保存并须人民法院依职权调取的档案材料；（二）涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私的材料；（三）当事人及其诉讼代理人确因客观原因不能自行收集的其他材料。因此，选项 C 正确。《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第十条规定，当事人向人民法院提供证据应当提供原件或者原物。如需自己保存证据原件、原物或者提供原件、原物确有困难的□可以提供经人民法院核对无异的复制件或者复制品。因此，选项 D 正确。

【答案】ABCD

第六十八条【法庭质证】证据应当在法庭上出示，并由当事人互相质证。对涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私的证据应当保密，需要在法庭出示的，不得在公开开庭时出示。

一、本条含义

本条是关于法庭质证的规定。

作为认定事实根据的证据，必须在法庭上出示。经当事人互相质证，是人民法院审查核实证据最重要、最基本的方式。对于出示的证据，双方当事人无异议的，人民法院即可以确认该证据的证明效力。对于涉及国家秘密、商业秘密或者个人隐私的证据，虽应在法庭上出示，但不得在公开开庭时出示。

第六十九条【公正证据效力】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。

一、本条含义

本条是关于公证证明作为证据的效力。

公证证明是公证机构根据当事人的申请，依法定程序对法律事实和文书，作出的确认其真实性、合法性的证明。公证机构作出的证明，一般都具有真实性和可靠性，它们往往有助于人民法院查明案件的真实情况，有效地预防或解决纠纷。公证证明的证明效力高于其他种类的证据。

但是，根据民事诉讼法的规定，一切证据必须经过法定程序查证属实，才能作为认定事实的根据。因此，不是所有的公证证明都理所当然地可以作为人民法院定案的依据。如果由于公证机构工作失误或者其他原因，致使公证证明出现错误的，那么，只要有相反的证据足以推翻公证证明的，人民法院就应当否认公证证明的证明效力，人民法院可以将公证证明退回公证机构，以便公证机构重新进行审查。

第七十条【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。

一、本条含义

本条是关于书证、物证的规定。

当事人提交书证的，应当提交原件。所谓“原件”是指文书制作人作出的最初定稿、签字的原本或者加盖印章与原本有同一效力的正本。如果当事人提交原件确有困难的，当事人可以提交复制品、照片、副本、节录本。其中“复制品”是指影印件等；“照片”主要指与原件明暗程度相同的影像；“副本”是指加盖公章或签字的，与原本和正本同一内容的抄送本，它与原本、正本具有同一的效力。“节录本”是指原本、正本、副本的主要内容，即从这些文本中摘录下来的。应当指出的是，提交照片、副本、节录本必须附有有关机关的证明。

当事人提交的书证是外文的，必须附有中文的译本。

当事人提交物证的，应当提交原件。如果提交原物确有困难的，比如，该物证无法移动，不易保存的、或者原物不存在的、当事人可以向人民法院提交复制品即根据原物制作的模型或者照片等。

第七十一条【视听资料】人民法院对视听资料，应当辨别真伪，并结合本案的其他证据，审查确定能否作为认定事实的根据。

一、本条含义

本条是关于视听资料作为证据的规定。

视听资料是通过现代科学技术手段，记录案件的真实情况，并能使案件得以再现的证据。视听资料可以通过声音、图像、储存的数据和资料形象地反映一定的法律事实。

科学技术的发展也使伪造视听资料变得极其容易，当事人通过对视听资料的剪辑、编排、加工后，往往可以制出对自己有利的证据，或者虚造出新的证据。因此，人民法院对于视听资料，应当辨别其真伪，不要被其表面的现象所迷惑。此外，人民法院还应当根据本案的书证、物证、证人证言等证据，对视听资料进行综合的分析和判断。

第七十二条【证人义务、资格】凡是知道案件情况的单位和个人，都有义务出庭作证。有关单位的负责人应当支持证人作证。

不能正确表达意思的人，不能作证。

一、本条含义

本条是关于证人作证义务和证人资格的规定。

关于证人作证义务，根据本条的规定，凡是知道案件情况的单位和个人，都有义务出庭作证。人民法院审理案件，查明事实，必须依靠知道案情的各方面证人，对于证人来说，出庭作证是法律规定的义务。

但是，不是所有的人都能作为证人，根据本条第二款的规定，不能正确表达意思的人，不能作证。根据这一款的规定，精神病患者、呆痴、年幼无知或者其他不能正确表达意思的人，不能作为证人。

第七十三条【证人出庭作证】经人民法院通知，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：

- (一) 因健康原因不能出庭的；
- (二) 因路途遥远，交通不便不能出庭的；
- (三) 因自然灾害等不可抗力不能出庭的；

（四）其他有正当理由不能出庭的。

一、本条含义

本条是关于证人出庭作证的规定。

本条规定主要包括三方面的内容：

第一，证人有出庭作证的义务。民事诉讼中的证人出庭义务，是指证人负有的在人民法院进行法庭审理时出庭接受询问的义务。

第二，证人确有困难的，可以不出庭作证。证人负有出庭义务，但并不是说在任何情况下都应当出庭。由于各种主客观因素的影响以及从利于诉讼、方便诉讼的角度考虑，在某些例外情形下，证人可以不出庭作证。

第三，证人不出庭时的其他作证方式。一般说来，证人应当出席庭审提供证言，但如果出现本条规定的法定例外情形，证人可以不出庭作证，此时必须通过其他方法来调查证人证言。

二、真题分析

24.【2012 年第 25 题】根据民事诉讼法及相关规定，下列哪种说法是错误的？

- A、证据应当在法庭上出示，由当事人质证
- B、未经质证的证据，不能作为认定案件事实的根据
- C、涉及商业秘密的证据，不得在开庭时公开质证
- D、未出庭作证的证人证言不能作为认定案件事实的依据

【考点】质证

【分析】《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第四十七条第一款规定，证据应当在法庭上出示□由当事人质证。未经质证的证据，不能作为认定案件事实的依据。因此，选项 AB 的说法正确。《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第四十八条规定，涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私或者法律规定的其他应当保密的证据，不得在开庭时公开质证。因此，选项 C 的说法正确。

根据《民事诉讼法》第七十三条的规定，《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第五十六条第二款规定，经人民法院许可，证人可以提交书面证言或者视听资料或者通过双向视听传输技术手段作证。《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第六十九条第（五）项规定，无正当理由未出庭作证的证人证言不能单独作为认定案件事实的依据。由此可知，未出庭作证的证人证言可以作为认定案件事实的依据，有正当理由未出庭作证的证人证言甚至可以单独作为认定案件事实的依据，因此，选项 D 的说法错误。

综上，按照题干要求，本题正确答案为选项 D。

【答案】D

第七十四条【证人出庭费用负担】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。

一、本条含义

本条是关于证人出庭费用负担的规定。

证人因履行出庭作证义务而支出的必要费用以及因出庭作证而影响其正常收入时，在经济上理应有权获得必要的补偿。

一是证人出庭费用的范围。根据本条规定，这些费用包括证人因履行出庭作证义务而支出的交通、住宿、就餐等必要费用和误工损失两部分。

二是证人出庭费用的负担主体。证人出庭费用属于诉讼费用的一部分，从诉讼费用负担原则上来看，应当由败诉一方当事人负担更为合理，但从证人出庭作证到确定哪一方当

事人败诉有一段时间，因此，本条还对证人出庭作证费用的垫付作了规定。如果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，则由人民法院先行垫付。

第七十五条【当事人陈述】人民法院对当事人的陈述，应当结合本案的其他证据，审查确定能否作为认定事实的根据。

当事人拒绝陈述的，不影响人民法院根据证据认定案件事实。

一、本条含义

本条是关于当事人陈述作为证据的规定。

当事人的陈述是民事诉讼证据的一种。人民法院审理民事案件时，对当事人的陈述应认真听取。如果当事人的陈述和其他证据没有矛盾，并且双方当事人的陈述也不存在矛盾的，人民法院应当承认其证明效力。

但是，有时当事人由于种种原因在案件审理时拒绝作出陈述，在这种情况下，如果人民法院掌握的书证、物证、证人证言等证据足以证明案件真实情况的，那么，人民法院即可以根据这些证据认定事实、作出判决。当事人拒绝向人民法院陈述的，不影响人民法院对案件的审理和判决，有其他证据就可以认定案件事实的，即使没有当事人陈述，也应当根据其他证据认定案件事实。

第七十六条【鉴定程序启动】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。

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。

一、本条含义

本条是关于鉴定程序启动和确定鉴定人的规定。

关于鉴定程序的启动，这次修改民事诉讼法，增加规定了当事人申请鉴定的内容，明确规定：“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。”同时也就人民法院主动委托鉴定作了规定：“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。”

关于鉴定人的确定，本条规定了两种方式：协商和指定。根据本条规定，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，才由人民法院指定；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，可以直接委托具备资格的鉴定人进行鉴定。

第七十七条【鉴定人权利义务】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。

一、本条含义

本条是关于鉴定人权利和义务的规定。

鉴定人实施鉴定，就鉴定所需的案件材料，自然有权予以了解，否则将无从履行鉴定。

鉴定人依法接受委托，经过科学鉴定，不管鉴定结果的性质如何，都应当按照规定和要求提出书面鉴定意见。提出书面鉴定意见是鉴定人进行鉴定必须履行的一项义务。鉴定人还要在鉴定书上签名或者盖章。

第七十八条【鉴定人出庭作证】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。

一、本条含义

本条是关于鉴定人出庭作证的规定。

鉴定意见是对民事诉讼中涉及的查明事实的专门性问题进行鉴别和判断形成的意见，属于证据的一种，对于案件的定性具有直接影响，有必要进行质证。鉴定人出庭作证，接受当事人的发问，回答有关鉴定争议的问题，并说明鉴定的过程、依据等，是鉴定人的义务，也是保证鉴定意见真实性、合法性和证明力的重要形式。

本条明确了鉴定人出庭作证的条件，以及关于鉴定人不出庭作证的后果。

二、真题分析

25.【2014 年第 72 题】在某专利侵权诉讼中，原告张某依法向人民法院申请鉴定。具备资格的某鉴定人依法出具了鉴定意见，张某支付了鉴定费用。案件审理过程中，被告王某对该鉴定意见有异议，人民法院通知该鉴定人出庭作证，但其拒不出庭作证。据此，根据民事诉讼法及相关规定，下列哪些说法是正确的？

- A. 人民法院应当拘传该鉴定人出庭作证
- B. 该鉴定意见不得作为认定事实的根据
- C. 张某可以要求该鉴定人返还鉴定费用
- D. 人民法院应当责令张某确定其他鉴定人重新作出鉴定

【考点】鉴定

【分析】根据《民事诉讼法》第七十八条的规定，本题中，选项 AD 错误，选项 BC 正确。

【答案】BC

第七十九条【专家证人出庭】当事人可以申请人民法院通知有专门知识的人出庭，就鉴定人作出的鉴定意见或者专业问题提出意见。

一、本条含义

本条是关于有专门知识的人出庭的规定。

本条规定当事人可以申请有专门知识的人出庭参加诉讼。由于这是一项新的制度，这次修改民事诉讼法只作了较为原则的规定，具体内容还需要在实践的继承上进一步完善。

第八十条【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。

有关单位和个人根据人民法院的通知，有义务保护现场，协助勘验工作。

勘验人应当将勘验情况和结果制作笔录，由勘验人、当事人和被邀参加人签名或者盖章。

一、本条含义

本条是关于勘验笔录的规定。

在民事诉讼中，当事人争议的标的物，有些是无法移动或者难以携带、搬运到法院的。这些物件有时会成为人民法院审理案件的重要证据。在此情况下，人民法院就需要对这些物品进行勘验。

第八十一条【证据保全】在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下，当事人可以在诉讼过程中向人民法院申请保全证据，人民法院也可以主动采取保全措施。

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。

证据保全的其他程序，参照适用本法第九章保全的有关规定。

一、本条含义

本条是关于证据保全的规定。

证据保全是指在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下，人民法院依申请或者依职权予以调查收集和固定保护的行为。根据证据保全适用的阶段不同，可以将证据保全分为诉讼证据保全和诉前证据保全。诉讼证据保全是当事人起诉之后进行的证据保全。诉前证据保全是当事人起诉之前进行的证据保全。

二、真题分析

26.【2014 年第 67 题】根据民事诉讼法及相关规定，下列关于证据保全的哪些说法是正确的？

- A. 证据保全只能依当事人申请进行，人民法院不得主动采取保全措施
- B. 在证据可能灭失的情况下，当事人可以在诉讼过程中申请保全证据
- C. 因情况紧急，在证据可能灭失的情况下，利害关系人可以在提起诉讼前申请保全证据
- D. 当事人申请保全证据的，人民法院可以要求其提供相应的担保

【考点】证据保全

【分析】根据《民事诉讼法》第八十一条的规定，本题中，选项 A 错误，选项 BC 正确。根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二十三条第二款的规定，当事人申请保全证据的，人民法院可以要求其提供相应的担保。因此，选项 D 正确。

【答案】BCD

27.【2013 年第 48 题】根据民事诉讼法及相关规定，下列哪些情况下当事人可以在诉讼过程中向人民法院申请保全证据？

- A、证据涉及个人隐私
- B、证据涉及商业秘密
- C、证据可能灭失
- D、证据以后难以取得

【考点】证据保全

【分析】根据《民事诉讼法》第八十一条的规定，本题中，选项 AB 错误，选项 CD 正确。

【答案】CD

28.【2012 年第 42 题】根据民事诉讼法及相关规定，下列哪些说法是正确的？

- A、在证据可能灭失的情况下，原告可以向人民法院申请保全证据
- B、在证据可能灭失的情况下，人民法院可以主动采取保全措施
- C、在证据可能以后难以取得的情况下，人民法院可以主动采取保全措施
- D、在证据可能以后难以取得的情况下，有独立请求权的第三人可以向人民法院申请保全证据

【考点】证据保全

【分析】根据《民事诉讼法》第八十一条的规定，以及第四十八、五十六条的规定，当事人包括原告、被告和第三人。因此，选项 ABCD 正确。

【答案】ABCD

第八章 调解

第九十三条【调解原则】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。

一、本条含义

本条是关于人民法院调解中自愿原则和查明事实、分清是非原则的规定。

本法第九条确立了我国民事审判中的法院调解原则。法院调解是以当事人行使诉权为基础、以当事人意思自治为条件、以当事人依法行使处分权为内容的一项诉讼制度。

调解贯穿于各个审判阶段，在审理前的准备阶段，如果事实清楚，可以进行调解；在开庭审理中，直至辩论终结作出判决前，也可以进行调解。调解并非审理民事纠纷的必经程序，不是一切案件都必须经过调解。

第九十四条【调解组织形式】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。

一、本条含义

本条是关于调解程序中审判人员的组成、地点与传唤方式的规定。

法院调解没有单独的程序而是与整个审理程序结合在一起的。调解的开始均包括两种方式：一是由当事人提出申请而开始，二是法院在征得当事人同意后依职权开始。

本条规定了调解程序中审判人员的组成、地点与传唤方式：（1）关于调解中审判人员的组成，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；（2）关于调解的地点，人民法院进行调解，可以在法院内进行，但应尽可能就地进行；（3）关于调解的传唤方式，人民法院进行调解，可以用简便方式通知当事人、证人到庭。

第九十五条【协助调解】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。

一、本条含义

本条是关于调解中邀请有关单位和个人协助的规定。

人民法院进行调解，根据案件需要，可以邀请当事人所在单位、纠纷发生地基层组织以及当事人的亲友、邻居等个人协助人民法院进行调解。被邀请的有关单位和个人应当积极协助法院进行调解，不应推托。

第九十六条【调解协议】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。

一、本条含义

本条是关于调解自愿原则与调解合法原则的规定。

在法院调解的原则中，自愿原则居于核心地位。调解自愿原则包括两个方面：一是调解工作必须在双方当事人自愿的基础上进行；二是调解达成协议必须双方自愿，即双方都是自愿接受协议的内容，不能用强制的办法要求当事人接受调解协议的内容。

调解合法原则也是法院调解应当遵循的一项重要原则。合法原则，是指人民法院和双

当事人的调解活动及其协议内容，必须符合法律的规定。

第九十七条【调解书】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。

调解书经双方当事人签收后，即具有法律效力。

一、本条含义

本条是关于调解书的制作、调解书的内容和生效的规定。

调解的结束包括两种情况一是因当事人达成调解协议而结束，二是因调解不成，未达成调解协议而结束。对于经调解达成协议的，人民法院应当及时对调解协议进行审查。对于当事人双方自愿达成，内容又不违反法律禁止性规定的协议，人民法院应当认可。调解协议依法成立后，对于应当制作调解书的，人民法院应当制作调解书，送达双方当事人签收；对于不需要制作调解书的调解协议，由书记员记入笔录，并由双方当事人、审判人员、书记员签名或者盖章。

第九十八条【不能制作调解书的情形】下列案件调解达成协议，人民法院可以不制作调解书：

- (一) 调解和好的离婚案件；
- (二) 调解维持收养关系的案件；
- (三) 能够即时履行的案件；
- (四) 其他不需要制作调解书的案件。

对不需要制作调解书的协议，应当记入笔录，由双方当事人、审判人员、书记员签名或者盖章后，即具有法律效力。

一、本条含义

本条是关于可以不制作调解书的情形程序的规定。

调解达成协议的案件，人民法院应当根据协议制作调解协议书，这是原则。本条规定有些案件在调解达成协议后，人民法院可以不制作调解书，这些案件具有以下特征：一是属于确认、变更之诉的案件。这些案件没有给付的内容，不存在调解协议达成后，一方当事人不履行义务需要强制执行的情况。二是虽然属于给付之诉，但是能够即时履行，也不发生一方当事人不履行义务需要强制执行的情况。

对不需要制作调解书的协议，应当记入笔录，由双方当事人、审判人员、书记员签名或者盖章后，即具有法律效力，也可以通过原告撤诉的方式结案。调解笔录与调解书在法律上具有同等的法律效力，同是人民法院审结案件的一种法律形式。

第九十九条【调解失效】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。

一、本条含义

本条是关于调解未达成协议或者调解书送达前一方反悔的情况处理的规定。

调解未达成协议的，人民法院应当及时判决。调解协议虽然是当事人自愿达成的，但有的当事人对已经达成的协议事后又反悔，包括在调解书签收前反悔和签收后反悔两种情况。在调解书签收前，双方当事人有权反悔，如果调解书签收前一方反悔的，人民法院应当及时判决。调解书签收后当事人反悔的，不影响调解书的效力，因为调解书在双方当事人签收时已经发生法律效力。

第九章 保全和先予执行

第一百条【诉讼中保全】 人民法院对于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，根据对方当事人的申请，可以裁定对其财产进行保全、责令其作出一定行为或者禁止其作出一定行为；当事人没有提出申请的，人民法院在必要时也可以裁定采取保全措施。

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。

人民法院接受申请后，对情况紧急的，必须在四十八小时内作出裁定；裁定采取保全措施的，应当立即开始执行。

一、本条含义

本条是关于诉讼中保全制度的规定。

财产保全，是指人民法院作出裁定，对一方当事人的财产采取查封、扣押、冻结等保全措施，防止该当事人转移、处分被保全的财产，以保证将来生效判决的执行。如在金钱给付之诉中，为保证日后生效判决得以顺利执行，以判决可能支付的数额为限对被告的财产进行保全，以防止被告转移财产。

行为保全，是指人民法院作出裁定，责令一方当事人作出一定行为，或者禁止其作出一定行为，防止该当事人正在实施或者将要实施的行为给申请人造成不可弥补的损害。

因保全只是一种临时性救济，如果申请有错误的，申请人应当赔偿被申请人因保全遭受的损失，为了使这种赔偿届时不致落空，申请人事先就应当通过提供担保来证实自己确有这种赔偿能力，这充分体现了对被申请人合法权益的保护。

二、真题分析

29.【2011 年第 83 题】根据民事诉讼法及相关规定，下列关于财产保全的说法哪些是正确的？

A、人民法院在民事诉讼中对于可能因一方当事人的原因使判决难以执行的案件，可以根据对方当事人的申请，作出财产保全的裁定

B、人民法院在民事诉讼中采取财产保全措施，可以责令申请人提供担保；申请人不提供担保的，驳回申请

C、人民法院在民事诉讼中接受财产保全申请后，对情况紧急的，必须在二十四小时内作出裁定；裁定采取财产保全措施的，应当立即开始执行

D、申请人在人民法院采取诉前财产保全措施后十日内不起诉的，人民法院应当解除财产保全

【考点】民事诉讼财产保全

【分析】根据《民事诉讼法》第一百条的规定，本题中，选项 AB 正确，选项 C 错误。根据《民事诉讼法》第一百零一条第三款的规定，选项 D 错误。

【答案】AB

第一百零一条【诉前保全】 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申请采取保全措施。申请人应当提供担保，不提供担保的，裁定驳回申请。

人民法院接受申请后，必须在四十八小时内作出裁定；裁定采取保全措施的，应当立即开始执行。

申请人在人民法院采取保全措施后三十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。

一、本条含义

本条是关于诉讼前保全制度的规定。

根据申请保全的时间不同，保全可以分为诉讼中保全和诉讼前保全，本条是对诉讼前保全的规定。诉讼前保全，又称诉前保全，是指在起诉或者仲裁前，对于因情况紧急不立即申请保全，将会使利害关系人的合法权益遭受到难以弥补的损害，依据利害关系人的申请而采取的保全措施。

和诉讼中保全一样，本条规定的诉讼前保全也包括财产保全和行为保全。

第一百零二条【保全范围】保全限于请求的范围，或者与本案有关的财物。

一、本条含义

本条是关于保全范围的规定。

“限于请求的范围”，是指所保全的财产或者行为，应当在对象或者价值上与当事人所提诉讼请求的内容相符或者相等。“与本案有关的财物”，是指本案的诉争标的，或者当事人在诉讼请求中没有直接涉及，但是与日后本案生效判决的强制执行相牵连的财物。

第一百零三条【财产保全措施】财产保全采取查封、扣押、冻结或者法律规定的其他方法。人民法院保全财产后，应当立即通知被保全财产的人。

财产已被查封、冻结的，不得重复查封、冻结。

一、本条含义

本条是关于财产保全措施的规定。

查封，是一种针对不动产的临时性措施，是指把被执行人的财产清查封闭贴上封条，就地封存，不准任何人转移和处理；扣押也是一种临时性的措施，一般用于动产，是指把被执行人的财产就地或者运到另外的场所，加以扣留，避免被执行人占有、使用和处分；冻结，是指人民法院向银行、证券公司等金融机构发出协助执行通知书，不准被执行人在一定期限内提取和转移该项存款、证券的执行措施；法律规定的其他办法，是指法律规定的除查封、扣押、冻结以外的其他执行措施。

在执行保全裁定时，无须事先向债务人发出执行通知，可以不经通知直接执行，但为了保护债务人的合法权益，人民法院应当在采取保全措施后，立即通知被保全财产的人。

禁止重复查封、冻结原则是指执行法院依法对被执行人的财产查封、冻结后，任何单位包括其他法院不得对该执行标的物在相同时间对同一标的物再行查封、冻结，否则后来的查封、冻结行为无效。

第一百零四条【保全解除】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。

一、本条含义

本条是关于被申请人提供担保后解除保全的规定。

保全的目的是保障将来生效判决的执行，避免申请人遭受不可弥补的损害，一旦被申请人提供担保，日后生效判决不能执行的可能性便不复存在，申请人可能遭受的损害也能得到弥补，同样达到了法院采取保全措施的目的，因此，继续实施保全已无必要。

所谓财产纠纷案件，主要是指原告提出的诉讼请求涉及财产归属、要求被告承担金钱或者可以金钱计算的给付义务的案件。

第一百零五条【保全错误补救】申请有错误的，申请人应当赔偿被申请人因保全所遭

受的损失。

一、本条含义

本条是关于申请保全错误的赔偿的规定。

在一般情况下，保全措施都是得当的，但是由于现实情况的复杂性，也存在错误申请保全的可能。一旦出现错误，被申请人会因为其财产或者行为被采取保全措施而遭受损失。在多数情形下，保全由一方当事人申请启动的，当因保全给对方当事人造成损失时，申请采取保全措施的一方应当赔偿被申请人因保全所遭受的损失。

二、真题分析

30.【2012年第86题】根据民事诉讼法及相关规定，下列关于财产保全的哪些说法是正确的？

- A、利害关系人只有在起诉后才可以向人民法院申请采取财产保全措施
- B、在诉讼过程当中，人民法院根据当事人申请采取财产保全措施的，可以责令申请人提供担保
- C、财产保全不限于请求的范围，也不限于与本案有关的财物
- D、申请财产保全有错误的，申请人应当赔偿被申请人因财产保全所遭受的损失

【考点】财产保全

【分析】根据《民事诉讼法》第一百零一条第一款的规定，本题中，选项A错误。根据《民事诉讼法》第一百零二条第二款的规定，选项B正确。根据《民事诉讼法》第一百零二条的规定，选项C错误。根据《民事诉讼法》第一百零五条的规定，选项D正确。

【答案】BD

第十章 对妨害民事诉讼的强制措施

第一百零九条【拘传】人民法院对必须到庭的被告，经两次传票传唤，无正当理由拒不到庭的，可以拘传。

一、本条含义

本条是关于拘传的规定。

拘传，是指司法机关对必须到庭的被告，由司法警察强制其到庭的措施。

根据本条规定，拘传适用于必须到庭的被告。通常情况下，被告不出席庭审，并不影响法庭审理，根据本法规定，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。但在某些类型的案件中，被告不到庭将使法庭难以查清案情，案件迟迟无法了结。“必须到庭的被告”，一般指追索赡养费、抚养费、抚育费、抚恤金、劳动报酬案件和婚姻案件的被告，以及其他不到庭就无法查清案情的被告。

第一百一十条【对妨害法庭秩序的强制措施】诉讼参与人和其他人应当遵守法庭规则。

人民法院对违反法庭规则的人，可以予以训诫，责令退出法庭或者予以罚款、拘留。

人民法院对哄闹、冲击法庭，侮辱、诽谤、威胁、殴打审判人员，严重扰乱法庭秩序的人，依法追究刑事责任；情节较轻的，予以罚款、拘留。

一、本条含义

本条是关于对妨害法庭秩序的强制措施的规定。

诉讼参与人，是指在民事诉讼过程中，参与诉讼活动的人，包括当事人（共同诉讼人）、诉讼代理人、诉讼中的第三人、证人、鉴定人、翻译人员。其他人，是指并未参与诉讼，但关心诉讼活动进行的人，如法庭审理的旁听人。

训诫，是指人民法院以批评、警告的方式，指出行为人的违法事实和错误，并且责令其不许再犯。责令退出法庭，指命令违反法庭规则、扰乱法庭秩序的人暂离法庭或者依法强制其离开法庭，以防止妨害法庭审理的行为继续。罚款，是指责令妨害诉讼的人或者单位按照法律规定交纳一定的金钱，以达到制止妨害诉讼的行为，并防止违法行为再次发生的目的。拘留，是指在一定期间限制行为人自由，防止妨害行为继续，这是对妨害诉讼的人采用的一种最严厉的措施。

第一百一十一条【对某些妨害诉讼行为的强制措施】诉讼参与人或者其他有下列行为之一的，人民法院可以根据情节轻重予以罚款、拘留；构成犯罪的，依法追究刑事责任：

- (一) 伪造、毁灭重要证据，妨碍人民法院审理案件的；
- (二) 以暴力、威胁、贿买方法阻止证人作证或者指使、贿买、胁迫他人作伪证的；
- (三) 隐藏、转移、变卖、毁损已被查封、扣押的财产，或者已被清点并责令其保管的财产，转移已被冻结的财产的；
- (四) 对司法工作人员、诉讼参加人、证人、翻译人员、鉴定人、勘验人、协助执行的人，进行侮辱、诽谤、诬陷、殴打或者打击报复的；
- (五) 以暴力、威胁或者其他方法阻碍司法工作人员执行职务的；
- (六) 拒不履行人民法院已经发生法律效力的判决、裁定的。

人民法院对有前款规定的行为之一的单位，可以对其主要负责人或者直接责任人员予以罚款、拘留；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

一、本条含义

本条是关于某些妨害诉讼行为的强制措施的规定。

第一百一十四条【不协助调查、执行的强制措施】有义务协助调查、执行的单位有下列行为之一的，人民法院除责令其履行协助义务外，并可以予以罚款：

- (一) 有关单位拒绝或者妨碍人民法院调查取证的；
- (二) 有关单位接到人民法院协助执行通知书后，拒不协助查询、扣押、冻结、划拨、变价财产的；
- (三) 有关单位接到人民法院协助执行通知书后，拒不协助扣留被执行人的收入、办理有关财产权证照转移手续、转交有关票证、证照或者其他财产的；
- (四) 其他拒绝协助执行的。

人民法院对有前款规定的行为之一的单位，可以对其主要负责人或者直接责任人员予以罚款；对仍不履行协助义务的，可以予以拘留；并可以向监察机关或者有关机关提出予以纪律处分的司法建议。

一、本条含义

本条是关于单位及其主要负责人或者直接责任人员不协助调查、执行的强制措施的规定。

在人民法院审理案件过程中，有些证据材料可能由案外人掌握，需要相关单位配合人民法院调查取证。为维护人民法院的司法权威，保护当事人的合法权益，有必要对拒绝协助调查、执行的行为规定适用妨害民事诉讼的强制措施。

第一百一十五条【罚款、拘留】对个人的罚款金额，为人民币十万元以下。对单位的罚款金额，为人民币五万元以上一百万元以下。

拘留的期限，为十五日以下。

被拘留的人，由人民法院交公安机关看管。在拘留期间，被拘留人承认并改正错误的，人民法院可以决定提前解除拘留。

一、本条含义

本条是关于适用罚款和拘留措施的规定。

第十一章 诉讼费用

第一百一十八条【诉讼费用的交纳】当事人进行民事诉讼，应当按照规定交纳案件受理费。财产案件除交纳案件受理费外，并按照规定交纳其他诉讼费用。

当事人交纳诉讼费用确有困难的，可以按照规定向人民法院申请缓交、减交或者免交。

收取诉讼费用的办法另行制定。

一、本条含义

本条是关于诉讼费用的种类和诉讼费用的缓交、减交或者免交的规定。

本条第一款规定了诉讼费用的种类。根据本条规定，诉讼费用有两种：一种是案件受理费，另一种是其他诉讼费用。

案件受理费，是指原告起诉，法院受理该案件时，由原告向法院交纳的费用。案件受理费有两种：一是非财产案件受理费，二是财产案件受理费；其他诉讼费用，主要是指人民法院在审理民事案件过程中实际支出的，应当由当事人支付的费用。

本条第二款是对诉讼费用缓交、减交和免交的规定。诉讼费用的缓交、减交和免交，是指依照法律规定应当交纳诉讼费用的当事人，因经济上确有困难，无力负担或者暂时无力交付时，经当事人申请，由人民法院决定缓交、减交和免交的制度。案件受理费缓交、减交和免交，只适用于自然人，不适用法人或者其他组织。

第二编 审判程序

第十二章 第一审普通程序

第一节 起诉和受理

第一百一十九条【起诉条件】起诉必须符合下列条件：

- (一) 原告是与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织；
- (二) 有明确的被告；
- (三) 有具体的诉讼请求和事实、理由；
- (四) 属于人民法院受理民事诉讼的范围和受诉人民法院管辖。

一、本条含义

本条是关于起诉条件的规定。

公民、法人和其他组织之间因财产关系和人身关系发生纠纷，其中一方向人民法院提出诉讼请求，要求人民法院行使国家审判权，依法裁决纠纷双方的民事法律关系，以保护自己合法权益的诉讼行为，称为起诉。

本条规定了公民、法人或者其他组织向人民法院起诉必须符合的四项条件。

二、真题分析

31.【2010 年第 51 题】根据民事诉讼法对第一审普通程序的规定，起诉必须符合下列哪些条件？

- A、原告是与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织

- B、有明确的被告
- C、有具体的诉讼请求和事实、理由
- D、属于人民法院受理民事诉讼的范围和受诉人民法院管辖

【考点】法定解除权的行使

【分析】根据《民事诉讼法》第一百一十九条的规定，本题中，选项 ABCD 正确。

【答案】ABCD

第一百二十条【起诉方式】起诉应当向人民法院递交起诉状，并按照被告人数提出副本。

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。

一、本条含义

本条是关于起诉方式的规定。

根据本条规定，原告起诉有两种方式：一为书面方式；二为口头方式。两种方式中以书面方式为主，只有在起诉人“书写起诉状确有困难的”情况下，为便利其行使起诉的权利，才可以允许原告口头起诉。

第一百二十一条【起诉状】起诉状应当记明下列事项：

（一）原告的姓名、性别、年龄、民族、职业、工作单位、住所、联系方式，法人或者其他组织的名称、住所和法定代表人或者主要负责人的姓名、职务、联系方式；

（二）被告的姓名、性别、工作单位、住所等信息，法人或者其他组织的名称、住所等信息；

（三）诉讼请求和所根据的事实与理由；

（四）证据和证据来源，证人姓名和住所。

一、本条含义

本条是关于起诉状应记明事项的规定。

起诉状是重要的诉讼文书，在民事诉讼中具有重要作用，是原告提起诉讼的根据，原告为争取人民法院受理本案并在诉讼中胜诉，应当认真书写起诉状。

第一百二十二条【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。

一、本条含义

本条是关于先行调解的规定。

先行调解的适用范围，主要指向法院立案前或者立案后不久的调解，案件受理之后尚未开庭审理前，人民法院仍然可以进行调解；先行调解的适用条件，主要是两项，二者缺一不可：其一，人民法院认为“适宜调解”。“其二，当事人不拒绝。”

二、真题分析

32.【2014 年第 77 题】根据民事诉讼法及相关规定，下列有关调解的哪些说法是正确的？

- A. 当事人起诉到人民法院的民事纠纷，一律应当先行调解
- B. 第一审普通程序中法庭辩论终结后，人民法院一律不再进行调解
- C. 第二审人民法院审理上诉案件，可以进行调解
- D. 调解达成协议的，人民法院制作的调解书经双方当事人签收后，即具有法律效力

【考点】调解

【分析】根据《民事诉讼法》第一百二十二条的规定，选项 A 错误。根据《民事诉讼

法》第一百四十二条的规定，选项 B 错误。根据《民事诉讼法》第一百七十二条的规定，选项 C 正确。根据《民事诉讼法》第九十七条的规定，选项 D 正确。

【答案】CD

第一百二十三条【立案期限】 人民法院应当保障当事人依照法律规定享有的起诉权利。对符合本法第一百一十九条的起诉，必须受理。符合起诉条件的，应当在七日内立案，并通知当事人；不符合起诉条件的，应当在七日内作出裁定书，不予受理；原告对裁定不服的，可以提起上诉。

一、本条含义

本条是关于人民法院审查起诉、决定受理与否的期间，以及原告对不予受理的裁定不服可以上诉的规定。

本条关于立案期间和不予受理的期间，都是从人民法院收到当事人的起诉状的次日起计算。人民法院因起诉状内容欠缺令原告补正的，立案或不予受理的期间自补正后交法院的次日起计算。由上级人民法院交下级人民法院，或者由基层法院转交有关人民法庭受理的案件，从受诉法院或人民法庭收到起诉状的次日起计算。

第一百二十四条【审查起诉】 人民法院对下列起诉，分别情形，予以处理：

- (一) 依照行政诉讼法的规定，属于行政诉讼受案范围的，告知原告提起行政诉讼；
- (二) 依照法律规定，双方当事人达成书面仲裁协议申请仲裁、不得向人民法院起诉的，告知原告向仲裁机构申请仲裁；
- (三) 依照法律规定，应当由其他机关处理的争议，告知原告向有关机关申请解决；
- (四) 对不属于本院管辖的案件，告知原告向有管辖权的人民法院起诉；
- (五) 对判决、裁定、调解书已经发生法律效力的案件，当事人又起诉的，告知原告申请再审，但人民法院准许撤诉的裁定除外；
- (六) 依照法律规定，在一定期限内不得起诉的案件，在不得起诉的期限内起诉的，不予受理；
- (七) 判决不准离婚和调解和好的离婚案件，判决、调解维持收养关系的案件，没有新情况、新理由，原告在六个月内又起诉的，不予受理。

一、本条含义

本条是关于人民法院对起诉进行审查的规定。

人民法院对当事人以起诉状或者口头方式起诉的，应当按照本法第一百一十九条规定的起诉条件进行审查，对符合起诉条件的，必须予以受理，不得以法定条件之外的其他理由将当事人拒之门外；不符合起诉条件的，不予受理，但应当分别情形，予以处理。

二、真题分析

33. 【2011 年第 51 题】根据民事诉讼法及相关规定，下列关于起诉与受理的说法哪些是正确的？

- A、立案后发现起诉不符合受理条件的，人民法院应当裁定驳回起诉
- B、对本院没有管辖权的案件，人民法院应当告知原告向有管辖权的人民法院起诉；原告坚持起诉的，应予受理并移送至有管辖权的人民法院
- C、当事人撤诉后，又以同一诉讼请求再次起诉的，人民法院不予受理
- D、裁定驳回起诉的案件，原告再次起诉的，如果符合起诉条件的，人民法院应予受理

【考点】起诉和受理

【分析】根据《民诉解释》第二百零八条第三款的规定，立案后发现不符合起诉条件

或者属于民事诉讼法第一百二十四条规定情形的，裁定驳回起诉。因此，选项 A 正确。根据《民诉解释》第二百一十一条的规定，对本院没有管辖权的案件，告知原告向有管辖权的人民法院起诉；原告坚持起诉的，裁定不予受理；立案后发现本院没有管辖权的，应当将案件移送有管辖权的人民法院。因此，选项 B 错误。根据《民诉解释》第二百一十四条第一款的规定，原告撤诉或者人民法院按撤诉处理后，原告以同一诉讼请求再次起诉的，人民法院应予受理。因此，选项 C 错误。根据《民诉解释》第二百一十二条的规定，裁定不予受理、驳回起诉的案件，原告再次起诉，符合起诉条件且不属于民事诉讼法第一百二十四条规定情形的，人民法院应予受理。因此，选项 D 正确。

【答案】AD

第二节 审理前的准备

第一百二十五条【答辩状提出】人民法院应当在立案之日起五日内将起诉状副本发送被告，被告应当在收到之日起十五日内提出答辩状。答辩状应当记明被告的姓名、性别、年龄、民族、职业、工作单位、住所、联系方式；法人或者其他组织的名称、住所和法定代表人或者主要负责人的姓名、职务、联系方式。人民法院应当在收到答辩状之日起五日内将答辩状副本发送原告。

被告不提出答辩状的，不影响人民法院审理。

一、本条含义

本条是关于人民法院发送起诉状副本、被告提出答辩状和人民法院发送答辩状副本以及期间的规定。

根据本条规定，人民法院受理案件后，应当在立案之日起五日内将起诉状副本发送被告，如果原告是口头起诉的，人民法院也应在五日内将口诉笔录的复制本发送被告。

被告在收到起诉状副本后，应当按照原告的人数，自收到之日起十五日内向人民法院提交答辩状。答辩状应当记明有关被告身份信息及联系方式。

需要说明的是，如果被告不提出答辩状，或逾期不作出答辩的，不影响人民法院对案件的审理，即并不影响民事诉讼程序下一阶段的进行。

第一百二十六条【权利义务告知】人民法院对决定受理的案件，应当在受理案件通知书和应诉通知书中向当事人告知有关的诉讼权利义务，或者口头告知。

一、本条含义

本条是关于人民法院告知当事人有关诉讼权利义务的规定。

根据本条规定，人民法院对决定受理的案件，应当告知当事人有关的诉讼权利和义务，告知可以采用两种方式：一是书面方式，二是口头方式。

第一百二十七条【管辖异议、应诉管辖】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。

一、本条含义

本条是关于管辖权异议和应诉管辖的规定。

管辖权异议，是指人民法院受理案件后，被告对人民法院对案件是否有管辖权提出异议，这是当事人的一项诉讼权利。受诉人民法院收到当事人提出的管辖权异议后，应当认

真进行审查，必要时需召集双方当事人听证。

应诉管辖，学理上也称为默示或者拟制的合意管辖。2012年本法第二次修正将应诉管辖的适用范围由原来的涉外民事案件扩大到非涉外民事案件。

当事人如果在答辩期间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，但是违反本法第十七条、第十八条、第十九条、第二十条及第三十三条有关级别管辖和专属管辖的除外。

二、真题分析

34.【2014年第7题】根据民事诉讼法及相关规定，人民法院受理案件后，当事人对管辖权有异议的，应当在何时提出？

- A. 起诉期间
- B. 提交答辩状期间
- C. 法庭调查期间
- D. 法庭辩论终结前

【考点】管辖权异议

【分析】根据《民事诉讼法》第一百二十七条第一款的规定，选项ACD错误，选项B正确。

【答案】B

35.【2013年第42题】根据民事诉讼法及相关规定，有关管辖权异议的下列哪些说法是正确的？

- A、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
- B、当事人未提出管辖权异议，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
- C、经审查管辖权异议成立的，人民法院裁定将案件移送有管辖权的法院
- D、经审查管辖权异议不成立的，人民法院裁定驳回

【考点】民事诉讼管辖权异议

【分析】根据《民事诉讼法》第一百二十七条的规定，本题中，选项ABCD正确。

【答案】ABCD

第一百二十八条【告知合议庭组成】合议庭组成人员确定后，应当在三日内告知当事人。

一、本条含义

本条是关于告知合议庭组成人员的规定。

当事人有权及时知晓负责审判的合议庭所有组成人员，以便日后开庭审理时依法充分、有效地行使申请回避的权利。

需要说明的是，人民法院在告知当事人后，可以根据需要对合议庭组成人员进行必要的调整，因情事变化，必须调整合议庭组成人员的，应当于调整后三日内告知当事人。

第一百二十九条【审核取证】审判人员必须认真审核诉讼材料，调查收集必要的证据。

一、本条含义

本条是关于审判人员审核诉讼材料、调查收集必要证据的规定。

诉讼材料，是指原、被告双方向受诉法院提交的起诉状、答辩状，以及他们各自提交的有关证据材料；必要的证据，是指对于认定事实、适用法律必不可少的证据材料。

审核诉讼材料，主要是指承办案件的审判人员对原告的起诉状、被告的答辩状以及他们提出的证据和其他诉讼材料进行审查和核实。

人民法院调查、收集证据分为两种情形：一是人民法院依职权主动调查、收集与案件有关的证据；二是人民法院依当事人的申请，调查、收集与案件有关的证据。

第一百三十条【法院调查程序】人民法院派出人员进行调查时，应当向被调查人出示证件。

调查笔录经被调查人校阅后，由被调查人、调查人签名或者盖章。

一、本条含义

本条是关于人民法院调查程序问题的规定。

根据本条规定，人民法院派出的审判员或书记员进行调查时，应当向被调查人出示表明调查人员身份的证件，取得被调查人的信任和合作。调查应当由两人以上共同进行。调查时应当制作调查笔录，调查完毕后应当将制作的调查笔录送请被调查人校阅，经核对准确后，由被调查人、调查人、记录人在笔录末尾处签名或者盖章。

第一百三十一条【委托调查】人民法院在必要时可以委托外地人民法院调查。

委托调查，必须提出明确的项目和要求。受委托人民法院可以主动补充调查。

受委托人民法院收到委托书后，应当在三十日内完成调查。因故不能完成的，应当在上述期限内函告委托人民法院。

一、本条含义

本条是关于委托调查的规定。

根据本条规定，受诉人民法院除自行调查以外，对在外地的证据，在必要的时候可以委托外地人民法院调查，这样可以在保证调查质量的前提下降低调查成本，提高调查效率。

第一百三十二条【当事人追加】必须共同进行诉讼的当事人没有参加诉讼的，人民法院应当通知其参加诉讼。

一、本条含义

本条是关于人民法院追加当事人的规定。

追加当事人是指人民法院发现对诉讼标的具有共同权利或义务的当事人未参加诉讼时，依照职权追加其为案件的原告或被告的诉讼行为。

根据本法第五十三条的规定，以共同诉讼人之间对诉讼标的的关系，可分为必要的共同诉讼和普通的共同诉讼。追加当事人只存在于必要的共同诉讼中，普通的共同诉讼不会发生追加当事人的问题。

第一百三十三条【开庭准备程序】人民法院对受理的案件，分别情形，予以处理：

- (一) 当事人没有争议，符合督促程序规定条件的，可以转入督促程序；
- (二) 开庭前可以调解的，采取调解方式及时解决纠纷；
- (三) 根据案件情况，确定适用简易程序或者普通程序；
- (四) 需要开庭审理的，通过要求当事人交换证据等方式，明确争议焦点。

一、本条含义

本条是关于开庭前准备阶段对案件处理情况的规定。

依据本条，人民法院受理案件之后，开庭审理之前，应当根据案件的性质和情况，分别处理：

1.对于当事人之间没有争议并且符合督促程序适用条件的案件,转入督促程序。“督促”是指对于给付金钱或者有价证券为标的的请求,人民法院根据债权人的申请,向债务人发出附有条件的支付令,如果债务人在法定期间内未履行义务又不提出书面异议,债权人可以根据支付令向人民法院申请强制执行。

2.对开庭前可以调解的,采取调解等方式及时解决纠纷。调解这一基本原则,贯彻于整个民事诉讼的各主要环节。

3.根据案件情况,确定案件适用简易程序或者普通程序。本法第一百五十七条对于简易程序的适用条件作了明确的规定,主要分为两类:一类是“事实清楚、权利义务关系明确、争议不大的简单的民事案件”,上述标准由受理该类案件的基层人民法院和它派出的法庭判断掌握;另一类是在上述民事案件之外,“当事人双方也可以约定适用简易程序”。

4.需要开庭审理的,通过要求当事人交换证据等方式,明确争议焦点。民事诉讼中的庭前证据交换,是指人民法院在案件开庭审理前,组织当事人及其诉讼代理人在指定的时间和地点互相交换已经持有的、证明各自诉讼主张的各种证据的活动。

第三节 开庭审理

第一百三十四条【审理方式】人民法院审理民事案件,除涉及国家秘密、个人隐私或者法律另有规定的以外,应当公开进行。

离婚案件,涉及商业秘密的案件,当事人申请不公开审理的,可以不公开审理。

一、本条含义

本条是关于不公开审理的规定。

开庭审理根据是否向公众和社会公开,分为公开审理和不公开审理。根据本法第十条的规定,人民法院审理民事案件,依照法律规定实行公开审判制度。公开审理是人民法院审判案件的一项基本原则,是开庭审理的主要形式。

但根据本法规定,公开审理也存在例外情形。主要有两类案件:一类是法定不公开审理,主要是指涉及国家秘密、个人隐私的案件。另一类是依当事人申请而不公开审理的案件,是指离婚案件、涉及商业秘密的案件。

二、真题分析

36.【2014年第10题】某公司工程师王某辞职后,非法使用了该公司的商业秘密。该公司因此向人民法院起诉王某。根据民事诉讼法及相关规定,关于该案件的审理,下列哪种说法是正确的?

- A. 该案件应当公开审理
- B. 该案件应当不公开审理
- C. 该公司申请不公开审理的,该案件可以不公开审理
- D. 只有该公司和王某协商一致,该案件才可以不公开审理

【考点】开庭审理

【分析】根据《民事诉讼法》第一百三十四条的规定,选项 ABD 错误,选项 C 正确。

【答案】C

37.【2011年第3题】根据民事诉讼法及相关规定,下列说法哪些是正确的?

- A. 涉及商业秘密案件不得公开审理
- B. 涉及商业秘密案件是否公开审理由当事人协商决定

C、涉及商业秘密案件当事人申请不公开审理的，一律不公开审理

D、涉及商业秘密案件当事人申请不公开审理的，可以不公开审理

【考点】公开审理

【分析】根据《民事诉讼法》第一百三十四条的规定，本题中，选项 ABC 错误，选项 D 正确。

【答案】D

38. 【2010 年第 3 题】根据民事诉讼法及相关规定，下列关于公开审判制度的说法哪些是正确的？

A、公开审判制度是民事诉讼的基本制度，所有民事案件一律公开审理

B、涉及国家秘密、个人隐私的民事案件，不应当公开审理

C、涉及商业秘密的民事案件，当事人申请不公开审理的，可以不公开审理

D、离婚案件，当事人申请不公开审理的，可以不公开审理

【考点】公开审理

【分析】根据《民事诉讼法》第一百三十四条的规定，本题中，选项 A 错误，选项 BCD 正确。

【答案】BCD

第一百三十五条【巡回审理】人民法院审理民事案件，根据需要进行巡回审理，就地办案。

一、本条含义

本条是关于人民法院巡回审理、就地办案的规定。

便利人民群众进行诉讼，便利人民法院审理案件，是民事诉讼法和审判实践一贯遵循的“两便原则”。巡回审理、就地办案就是人民法院派出流动法庭，轮流到民事案件发生地就近审理简单的民事案件。

第一百三十六条【开庭通知及公告】人民法院审理民事案件，应当在开庭三日前通知当事人和其他诉讼参与人。公开审理的，应当公告当事人姓名、案由和开庭的时间、地点。

一、本条含义

本条是关于人民法院通知当事人等诉讼参与人参加诉讼和对决定公开审理的案件发布公告的规定。

为了给当事人准备开庭审理留有必要的准备时间，人民法院审理民事案件，应当依法告知当事人和其他诉讼参与人出庭日期。鉴于开庭日期是法院根据审理前准备情形单方决定的，人民法院应当在开庭三日前用通知书通知诉讼代理人、证人、鉴定人、翻译人员等出席庭审，对当事人应当采用传票传唤。

第一百三十七条【庭前准备】开庭审理前，书记员应当查明当事人和其他诉讼参与人是否到庭，宣布法庭纪律。

开庭审理时，由审判长核对当事人，宣布案由，宣布审判人员、书记员名单，告知当事人有关的诉讼权利义务，询问当事人是否提出回避申请。

一、本条含义

本条是关于人民法院在开庭审理前和审理时应作事项的规定。

在审理开始阶段，主要任务是为开庭审理作必要的准备工作，解决影响庭审开始有关

程序方面的问题。

第一百三十八条【法庭调查顺序】法庭调查按照下列顺序进行：

- (一) 当事人陈述；
- (二) 告知证人的权利义务，证人作证，宣读未到庭的证人证言；
- (三) 出示书证、物证、视听资料和电子数据；
- (四) 宣读鉴定意见；
- (五) 宣读勘验笔录。

一、本条含义

本条是关于法庭调查顺序的规定。

法庭调查，是指人民法院依照法定程序，在法庭上对案件事实进行调查，对各种证据予以核实的诉讼活动。法庭调查是开庭审理的核心，是案件进入实体审理的主要阶段，主要任务是进一步明确当事人的诉讼请求，在当事人均在场的情况下，通过法院的直接审理，查明案件事实，审查核实证据，从而全面揭示案情，为认定案件事实、正确适用法律提供依据。

第一百三十九条【当事人庭审权利】当事人在法庭上可以提出新的证据。

当事人经法庭许可，可以向证人、鉴定人、勘验人发问。

当事人要求重新进行调查、鉴定或者勘验的，是否准许，由人民法院决定。

一、本条含义

本条是关于当事人在法庭调查阶段的诉讼权利的规定。

法庭调查阶段对于案件的审理结果具有重要影响，明确当事人在法庭调查阶段的诉讼权利，有利于当事人及时行使权利，维护自己的实体权益，但庭审活动必须在法庭的指挥下进行，当事人行使诉讼权利也应当遵循一定的程序。

第一百四十条【诉的合并】原告增加诉讼请求，被告提出反诉，第三人提出与本案有关的诉讼请求，可以合并审理。

一、本条含义

本条是关于合并审理已有诉讼请求和新增诉讼请求的规定。

根据本条的规定，人民法院合并审理已有诉讼请求和新增诉讼请求主要包括以下三种情形：

(一) 原告增加诉讼请求

作为民事实体权利的主张人和民事诉讼的发起人，原告对自己的实体权利和诉讼权利拥有处分权，可以根据自身情况和诉讼形势的变化调整诉讼请求，包括在已提出的诉讼请求不足以满足自己的主张时，增加新的诉讼请求。

(二) 被告提出反诉

作为民事纠纷的另一方，被告对自己的实体权利和诉讼权利有与原告相同的处分权。根据本法第五十一条的规定，原告可以放弃或者变更诉讼请求；被告可以承认或者反驳原告提出的诉讼请求，也有权提起反诉。反诉是指在已经开始的民事诉讼程序中，被告对原告提出的与本诉牵连的诉讼请求。

(三) 第三人提出与本案有关的诉讼请求

民事诉讼的复杂性往往体现在，一个民事纠纷往往涉及双方当事人之外的民事主体的权利，会出现第三人与双方当事人的权利义务争议。

第一百四十一条【法庭辩论】法庭辩论按照下列顺序进行：

- (一) 原告及其诉讼代理人发言；
- (二) 被告及其诉讼代理人答辩；
- (三) 第三人及其诉讼代理人发言或者答辩；
- (四) 互相辩论。

法庭辩论终结，由审判长按照原告、被告、第三人的先后顺序征询各方最后意见。

一、本条含义

本条是关于法庭辩论的规定。

法庭辩论是在法庭调查的基础上，双方当事人运用法庭调查已查实的证据和有关法律的规定，对认定案件事实、确定诉讼请求等方面仍有争议的问题进行辩论，反驳对方的意见，阐明自己主张的正确性。通过法庭辩论，便于认定事实，辨明是非，使人民法院作出正确的裁判。

第一百四十二条【法庭辩论后的调解】法庭辩论终结，应当依法作出判决。判决前能够调解的，还可以进行调解，调解不成的，应当及时判决。

一、本条含义

本条是关于法庭辩论后的调解的规定。

调解是民事诉讼的一个基本原则，贯穿民事诉讼的整个过程。调解是人民法院解决民事纠纷的两种法定方式之一，调解和判决各有所长，在定分止争方面相辅相成。在司法实践中，能调解的要努力调解，调解不成的，应当及时判决。

第一百四十三条【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；被告反诉的，可以缺席判决。

一、本条含义

本条是关于原告无正当理由拒不到庭，或者未经法庭许可中途退庭如何处理的规定。

在民事诉讼中，经人民法院传票传唤，原告有义务按时到庭，以保证诉讼活动及时、顺利地进行。如果原告不履行出庭义务，将承担相应的法律后果。

(一) 原告无正当理由拒不到庭的法律后果

原告如果确实有不能到庭的事由，在接到人民法院的传票后，应当及早向人民法院提出。人民法院经审查，认为原告提出的不能到庭的理由正当，确实不能到庭的，可以决定延期审理，并及时将延期审理的情况通知被告。人民法院经审查，认为原告提出的理由不正当，可以决定不延期审理，并通知原告。原告接到不延期审理的通知后，应当按时出庭。原告经人民法院传票传唤，没有正当理由拒不到庭的，可以视为放弃自身的诉讼请求，也是一种对自己诉讼权利的消极处分，可以按照撤诉处理。如果被告提出反诉，为了保障被告的合法权益，人民法院可以缺席判决。

(二) 原告未经法庭许可中途退庭的法律后果

原告未经法庭许可中途退庭，是一种藐视法庭的行为。这一行为违反了法庭纪律，扰乱了诉讼程序，干扰了诉讼进程。为了维护法律的尊严和人民法院的权威，对原告未经法庭许可中途退庭的，人民法院可以按照原告撤诉处理，被告反诉的，可以缺席判决。

(三) 按撤诉处理和缺席判决

撤诉是原告撤回起诉的诉讼行为。民事诉讼法规定撤诉分两种情况：一是原告申请撤诉，二是人民法院按撤诉处理。

根据民事诉讼法的规定，适用缺席判决的，有以下四种情况：（1）被告经合法传唤，无正当理由拒不到庭的，或者未经法庭许可中途退庭的；（2）宣判前，原告申请撤诉，人

民法院裁定不准撤诉，经传票传唤无正当理由拒不到庭的；（3）原告经传票传唤，无正当理由拒不到庭或者未经法庭许可中途退庭，又不宜按撤诉处理的；（4）在被告提出反诉的情况下，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。

第一百四十四条【缺席审判】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。

一、本条含义

本条是关于被告无正当理由拒不到庭或者未经法庭许可中途退庭如何处理的规定。

被告确有不能按时到庭的事由，应当及早向人民法院提出。人民法院经审查，认为被告提出的理由正当，确实不能到庭的，可以决定延期审理，并将延期审理的情况及时通知原告。人民法院经审理，认为被告提出的理由不正当，可以决定不延期审理，并将不延期审理的决定通知被告。被告接到人民法院的通知后，应当按时出庭。如果被告经人民法院传票传唤，无正当理由拒不到庭，或者被告虽然到庭，但在审理过程中，未经法庭许可中途退庭的，人民法院可以缺席判决。

对于必须到庭的被告，经人民法院两次传票传唤，无正当理由拒不到庭，人民法院可以根据民事诉讼法的有关规定，对其采取拘传的强制措施。必须到庭的被告，一般是指追索赡养费、扶养费、抚育费、抚恤金、劳动报酬案件和离婚案件的被告，以及其他不到庭就无法查清案情的被告。

第一百四十五条【撤诉】宣判前，原告申请撤诉的，是否准许，由人民法院裁定。

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。

一、本条含义

本条是关于原告撤诉的规定。

撤诉，是指原告向人民法院起诉后，在判决宣告前，全部放弃自己诉讼请求的行为。撤诉是原告的一项诉讼权利。撤诉和起诉都是原告处分权的体现，其行使应当遵循诚实信用原则，不得违反法律的规定。

如果原告的撤诉法院没有支持，诉讼程序就必须继续进行。原告仍然应当配合人民法院的审判工作，如果在接下来的审理过程中，原告经传票传唤，无正当理由拒不到庭的，人民法院可以缺席判决。

二、真题分析

39.【2011年第59题】根据民事诉讼法及相关规定，关于第一审普通程序，下列说法哪些是正确的？

- A、原告经传票传唤，无正当理由拒不到庭的，应当缺席判决
- B、被告未经法庭许可中途退庭的，可以缺席判决
- C、宣判前，原告申请撤诉的，人民法院应当准许
- D、宣判前，原告申请撤诉的，是否准许，由人民法院裁定

【考点】第一审普通程序的撤诉和缺席审判

【分析】根据《民事诉讼法》第一百四十三条的规定，本题中，选项A错误，根据《民事诉讼法》第一百四十四条的规定，选项B正确。根据《民事诉讼法》第一百四十五条的规定，选项C错误，选项D正确。

【答案】BD

第一百四十六条【延期审理】有下列情形之一的，可以延期开庭审理：

- (一) 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；
- (二) 当事人临时提出回避申请的；
- (三) 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；
- (四) 其他应当延期的情形。

一、本条含义

本条是关于延期审理的规定。

延期审理是指在诉讼过程中，由于发生了法律规定的情况，致使人民法院不能在原定的日期对案件进行审理时，人民法院把已经开庭审理的案件，改到另一日期进行审理。

人民法院决定延期审理后，对下次开庭审理的日期和地点能够即时确定的，应当当庭通知当事人和其他诉讼参与人。不能即时确定的，可以在确定以后另行通知。

二、真题分析

40. 【2014 年第 42 题】根据民事诉讼法及相关规定，下列哪些情形下可以延期开庭审理？

- A. 必须到庭的原告有正当理由没有到庭的
- B. 被告临时提出回避申请的
- C. 需要通知新的证人到庭的
- D. 需要补充调查的

【考点】延期开庭审理

【分析】根据《民事诉讼法》第一百四十六条的规定，本题中，选项 ABCD 正确。

【答案】ABCD

41. 【2012 年第 68 题】根据民事诉讼法及相关规定，下列哪些情形下可以延期开庭审理？

- A. 必须到庭的当事人有正当理由没有到庭的
- B. 当事人临时提出回避申请的
- C. 需要通知新的证人到庭的
- D. 本案必须以另一案的审理结果为依据，而另一案又尚未审结的

【考点】延期审理

【分析】根据《民事诉讼法》第一百四十六条的规定，本题中，选项 ABC 正确。选项 D 属于《民事诉讼法》第一百五十一条中止诉讼的情形，因此，选项 D 错误。

【答案】ABC

42. 【2010 年第 58 题】某民事诉讼案开庭审理时，原告王某临时申请审判长回避，根据民事诉讼法及相关规定，人民法院可以如何处理？

- A. 裁定中止诉讼
- B. 裁定终结诉讼
- C. 延期开庭审理
- D. 裁定不予受理

【考点】延期审理

【分析】根据《民事诉讼法》第一百四十六条的规定，本题中，选项 ABD 正错误，选项 C 正确。

【答案】C

第一百四十七条【法庭笔录】书记员应当将法庭审理的全部活动记入笔录，由审判人员和书记员签名。

法庭笔录应当当庭宣读，也可以告知当事人和其他诉讼参与人当庭或者在五日内阅读。当事人和其他诉讼参与人认为对自己的陈述记录有遗漏或者差错的，有权申请补正。如果不予补正，应当将申请记录在案。

法庭笔录由当事人和其他诉讼参与人签名或者盖章。拒绝签名盖章的，记明情况附卷。

一、本条含义

本条是关于法庭笔录的制作、宣读以及由当事人和其他诉讼参与人签名或者盖章的具体程序规定。

法庭笔录是由书记员制作的，如实反映人民法院在审判民事案件中审判人员、当事人以及其他诉讼参与人的主要活动的书面记录。法庭笔录是法庭审判全部活动的反映，是人民法院依法判案的重要依据。

第一百四十八条【宣判】人民法院对公开审理或者不公开审理的案件，一律公开宣告判决。

当庭宣判的，应当在十日内发送判决书；定期宣判的，宣判后立即发给判决书。

宣告判决时，必须告知当事人上诉权利、上诉期限和上诉的法院。

宣告离婚判决，必须告知当事人在判决发生法律效力前不得另行结婚。

一、本条含义

本条是关于公开宣告判决的规定。

从诉讼程序角度讲，宣告判决是审判程序的最后一环。从实体权利角度讲，宣判是当事人争议的民事法律关系得到司法确认的标志。判决的公开宣告既体现了司法程序的文明、进步，又体现了国家司法权力的神圣和庄严。

第一百四十九条【审限】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。

一、本条含义

本条是关于人民法院审理民事案件的期限的规定。

本条根据人民法院按第一审普通程序审结民事案件所需时间的情况，规定人民法院适用普通程序审理案件的期限，为立案之日起六个月。由于民事案件范围广、种类多，不同种类案件的复杂程度不同，有的案件需要专门性知识，如专利、商标等知识产权侵权案件，有的需要做大量的调查取证与核实证据工作，如合同纠纷、知识产权纠纷等案件，还有各类案件中不少需要进行鉴定、公告等，有的案件可能在六个月内不能及时审结。因此，民事诉讼法作了可以延长期限的规定。为了避免任意延长期限，把本院院长批准延长期限的权限，限制在六个月内；还需要延长的，由上级人民法院批准。

第四节 诉讼中止和终结

第一百五十条【中止诉讼】有下列情形之一的，中止诉讼：

- (一) 一方当事人死亡，需要等待继承人表明是否参加诉讼的；
- (二) 一方当事人丧失诉讼行为能力，尚未确定法定代理人的；
- (三) 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；

- (四) 一方当事人因不可抗拒的事由，不能参加诉讼的；
- (五) 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；
- (六) 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。

一、本条含义

本条是关于中止诉讼的规定。

一般情况下，民事诉讼程序开始后，应当依照法定程序连续进行，但有时会出现某种无法克服和难以避免的特殊情况，导致诉讼程序不能或者不宜进行，需要使诉讼程序暂时停止。

中止诉讼应当由人民法院以书面形式作出裁定，由审判人员、书记员署名并加盖人民法院印章。中止诉讼的裁定一经作出即发生法律效力，当事人不得上诉，不得申请复议。

二、真题分析

43. 【2013 年第 93 题】根据民事诉讼法及相关规定，有下列哪些情形的，民事诉讼中止？

- A、一方当事人丧失诉讼行为能力，尚未确定法定代理人的
- B、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
- C、一方当事人因不可抗拒的事由，不能参加诉讼的
- D、离婚案件一方当事人死亡的

【考点】民事诉讼中止

【分析】根据《民事诉讼法》第一百五十条的规定，本题中，选项 ABC 分别属于上述第（二）、（五）、（四）项的规定，因此，选项 ABC 正确。选项 D 属于《民事诉讼法》第一百五十一条终结诉讼的情形，因此，选项 D 错误。

【答案】ABC

第一百五十一条【终结诉讼】有下列情形之一的，终结诉讼：

- (一) 原告死亡，没有继承人，或者继承人放弃诉讼权利的；
- (二) 被告死亡，没有遗产，也没有应当承担义务的人的；
- (三) 离婚案件一方当事人死亡的；
- (四) 追索赡养费、扶养费、抚育费以及解除收养关系案件的一方当事人死亡的。

一、本条含义

本条是关于终结诉讼的规定。

通常情况下，民事诉讼因人民法院对案件作出裁判后终结，但在诉讼进行中如果发生了法律规定的某种特殊情况，使案件的审理不可能进行下去或者进行下去没有意义时，就要以裁定终结诉讼的方式结束诉讼程序。

诉讼终结，案件就不再审理，当事人不得再就同一诉讼标的提起诉讼。人民法院决定案件诉讼终结，应当作出书面裁定。裁定应当由审判人员、书记员署名，并加盖人民法院印章，送达当事人。诉讼终结的裁定，一经作出即发生法律效力，当事人对该裁定，不得提起上诉。

二、真题分析

44. 【2012 年第 57 题】根据民事诉讼法及相关规定，下列哪些情形下民事诉讼终结？

- A、原告死亡，没有继承人的
- B、一方当事人丧失诉讼行为能力，尚未确定法定代理人的
- C、离婚案件一方当事人死亡的
- D、追索赡养费案件的一方当事人死亡的

【考点】诉讼终结、诉讼中止

【分析】根据《民事诉讼法》第一百五十一条的规定，本题中，选项ACD分别属于上述第（一）、（三）、（四）项规定的情形，因此，选项ACD正确。选项B属于《民事诉讼法》第一百五十条中止诉讼的情形，因此，选项B错误。

【答案】ACD

45. 【2010年第65题】根据民事诉讼法及相关规定，下列哪些情形下民事诉讼终结？

- A、原告死亡，继承人放弃诉讼权利的
- B、一方当事人因不可抗拒的事由，不能参加诉讼的
- C、离婚案件一方当事人死亡的
- D、解除收养关系案件的一方当事人死亡的

【考点】诉讼终结

【分析】根据《民事诉讼法》第一百五十一条的规定，本题中，选项ACD正确，选项B错误。

【答案】ACD

第五节 判决和裁定

第一百五十二条【判决书】判决书应当写明判决结果和作出该判决的理由。判决书内容包括：

- （一）案由、诉讼请求、争议的事实和理由；
- （二）判决认定的事实和理由、适用的法律和理由；
- （三）判决结果和诉讼费用的负担；
- （四）上诉期间和上诉的法院。

判决书由审判人员、书记员署名，加盖人民法院印章。

一、本条含义

本条是关于制作判决书的规定。

民事判决是人民法院通过法定程序，行使国家审判权，对所受理的民事案件，经过审理，依法作出的解决当事人民事纠纷的判决。将判决的内容依规定的格式制成的法律文书，即判决书。

人民法院的民事判决可以从不同角度作出不同的分类，按照判决所解决的案件的性质，可以分为确认判决、给付判决和变更判决。按照案件审理的结果，可以分为全部判决和部分判决。按照当事人是否出庭，可以分为对席判决和缺席判决。

第一百五十三条【先行判决】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。

一、本条含义

本条是关于人民法院就部分已查清事实进行先行判决的规定。

部分先行判决是为了及时保护当事人的民事权益。可以进行先行判决的部分，主要是指在诉讼请求中可以独立分出的部分，或者是几个合并审理的诉中的一个相对独立部分；而且先行判决部分事实必须已经清楚。

依据本条规定进行的先行判决并不是对全案作出的判决。没有判决的部分不是不管，而是仍然在审理中。所以就部分事实先行作出判决的，不会构成本法第二百零条第（十一）项所说的遗漏诉讼请求的情况。

第一百五十四条【裁定】裁定适用于下列范围：

- (一) 不予受理；
- (二) 对管辖权有异议的；
- (三) 驳回起诉；
- (四) 保全和先予执行；
- (五) 准许或者不准许撤诉；
- (六) 中止或者终结诉讼；
- (七) 补正判决书中的笔误；
- (八) 中止或者终结执行；
- (九) 撤销或者不予执行仲裁裁决；
- (十) 不予执行公证机关赋予强制执行效力的债权文书；
- (十一) 其他需要裁定解决的事项。

对前款第一项至第三项裁定，可以上诉。

裁定书应当写明裁定结果和作出该裁定的理由。裁定书由审判人员、书记员署名，加盖人民法院印章。口头裁定的，记入笔录。

一、本条含义

本条是关于裁定适用范围，可否上诉以及形式和内容要求的规定。

本条第一款规定了裁定的适用范围。

对本条第一款第（一）项至第（三）项的裁定，当事人不服的，可以上诉，对第（四）项的裁定不服的，可以申请复议一次。对于可以上诉的裁定，在上诉期间原裁定不发生法律效力。对于可以申请复议的裁定，当事人申请复议的，在作出新的裁定之前，原裁定不停止执行。

裁定按其形式，可分为口头裁定和书面裁定。裁定书应主要写明以下内容：（1）当事人的基本情况和诉讼代理人、案由；（2）认定的事实和理由、适用的法律和理由等作出裁定的理由；（3）裁定的结果；（4）允许上诉的裁定，注明上诉期间和上诉的法院。允许复议的，注明复议的权利和复议的法院；（5）审判人员、书记员署名，加盖人民法院印章，注明日期。

二、真题分析

46.【2013 年第 25 题】根据民事诉讼法及相关规定，当事人对人民法院在一审程序中作出的下列哪种裁定不服的，可以上诉？

- A、驳回起诉
- B、不准许撤诉
- C、采取保全措施
- D、终结诉讼

【考点】可以上诉的裁定

【分析】根据《民事诉讼法》第一百五十四条的规定，本题中，选项 A 正确，选项 BCD 错误。

【答案】A

47.【2010 年第 79 题】根据民事诉讼法及相关规定，当事人对于人民法院在民事诉讼一审程序中作出的下列哪些裁定不服的，可以提起上诉？

- A、对管辖权异议的裁定
- B、驳回起诉的裁定

C、财产保全的裁定

D、中止执行的裁定

【考点】可以上诉的裁定

【分析】根据《民事诉讼法》第一百五十四条的规定，本题中，选项 AB 正确，选项 CD 错误。

【答案】AB

第一百五十五条【生效裁判】最高人民法院的判决、裁定，以及依法不准上诉或者超过上诉期没有上诉的判决、裁定，是发生法律效力的判决、裁定。

一、本条含义

本条是关于发生法律效力判决、裁定的规定。

（一）判决的法律效力

1.法律效力的发生。不同级别的法院和适用不同程序作出的判决，发生法律效力的时间也不同，主要有以下几种情况：

（1）最高人民法院作出的判决，一经宣判即发生法律效力。最高人民法院无论作为第一审人民法院，还是作为第二审人民法院，其作出的判决都是终审的判决。

（2）各级人民法院适用第二审程序作出的判决，一经宣判即发生法律效力。

（3）实行一审终审不准上诉的判决，一经宣告即发生法律效力。

（4）实行两审终审的案件，适用第一审程序作出的判决，当事人在收到判决书后的十五日内未提出上诉，又无延长期限的正当事由的，该判决即发生法律效力。

2.生效判决的法律效力

民事判决生效后即具有执行力，当事人必须履行。一方当事人拒绝履行的，对方当事人可以向人民法院申请执行。

对判决已经发生法律效力案件，当事人又起诉的，人民法院不予受理。如果当事人认为生效判决确有错误的，只能按审判监督程序申请再审。

（二）裁定的法律效力

由于作出裁定的法院级别不同以及是否准许上诉的情况不同，裁定生效的时间也不同。

1.最高人民法院作出的所有裁定，是具有法律效力的裁定，该裁定是发生终局效力的裁定。

2.不准上诉的裁定，一经宣布，即具有法律效力。

3.第二审人民法院对提起上诉的裁定作出的裁定是终审裁定，一经宣布，即发生法律效力。

4.可以上诉的裁定，超过法定期限当事人未提出上诉，又没有延长期限的正当事由，上诉期届满后，裁定即发生法律效力。

第一百五十六条【裁判文书公开】公众可以查阅发生法律效力的判决书、裁定书，但涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私的内容除外。

一、本条含义

本条是关于裁判文书公开的规定。

裁判文书记录着人民法院审理案件的审判活动、裁判理由、裁判依据和裁判结果等内容。裁判文书公开，是审判公开制度的一项重要内容，对提高审判质量、释法服判具有重要作用。

第十三章 简易程序

第一百六十条【审理方式】简单的民事案件由审判员一人独任审理，并不受本法第一百三十六条、第一百三十八条、第一百四十一条规定的限制。

一、本条含义

本条是关于简易程序审理方式的规定。

我国人民法院审理民事案件的组织形式，分为合议制和独任制。按照普通程序审理民事案件，应当采取合议制的审判方式，即由审判员和陪审员组成合议庭，或者由审判员组成合议庭。由于适用简易程序审理的民事案件，事实清楚、权利义务关系明确、争议不大，因此无须用合议制，一人独任审判也可以保证审判质量。不过一人独任审判，是一个“审判员”独任审判，而不是书记员独任审判。

独任审判是指审判组织的简化，同时也要遵守有关回避的规定。独任审判同样要告知当事人审判员、书记员的名单，询问当事人是否提出回避申请，当事人如果提出，应按民事诉讼法关于回避的有关规定办理。

第十四章 第二审程序

第一百六十四条【上诉】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十日内向上一级人民法院提起上诉。

一、本条含义

本条是关于提起上诉的规定。

第一审程序中的原告和被告，在民事诉讼中具有实体权利义务，享有上诉权，可以提起上诉。有权提起上诉的公民如果死亡，其继承人可以提起上诉。有权提起上诉的法人或者其他组织终止，承受其权利的法人或者其他组织可以提起上诉。

本条规定，对判决提起上诉的期限为十五日，对裁定提起上诉的期限为十日。规定对判决的上诉期限比对裁定的上诉期限长，这是因为，判决是解决民事案件的实体性问题，关系到当事人双方的权利义务，影响较大；规定对裁定的上诉期限为十天，比对判决的上诉期限短，这是因为，裁定是解决秩序性问题，不涉及当事人双方实体权利义务，影响较小。

二、真题分析

48.【2014 年第 83 题】根据民事诉讼法及相关规定，当事人不服地方人民法院第一审判决提起上诉的，下列哪些说法是正确的？

- A. 当事人应当在判决书送达之日起十五日内提起上诉
- B. 上诉状应当向第二审人民法院提出
- C. 第二审人民法院判决宣告前，上诉人不得撤回上诉
- D. 第二审人民法院的判决是终审的判决

【考点】民事诉讼第二审程序

【分析】根据《民事诉讼法》第一百六十四条第一款的规定，选项 A 正确。根据《民事诉讼法》第一百六十六条第一款的规定，选项 B 错误。根据《民事诉讼法》第一百七十三条的规定，选项 C 错误。根据《民事诉讼法》第一百七十五条的规定，选项 D 正确。

【答案】AD

第一百六十五条【上诉状】 上诉应当递交上诉状。上诉状的内容，应当包括当事人的姓名，法人的名称及其法定代表人的姓名或者其他组织的名称及其主要负责人的姓名；原审人民法院名称、案件的编号和案由；上诉的请求和理由。

一、本条含义

本条是关于递交上诉状的规定。

不服一审人民法院的判决或者裁定，向上级人民法院提起上诉，应当提出上诉状。

上诉状是上诉人不服第一审人民法院的裁判，请求上一级人民法院撤销或者变更原审人民法院裁判的诉讼文书。

上诉状与起诉书虽然同样都是引起人民法院审理程序的诉讼文书，但两者是不同的，起诉书要求人民法院对民事争议进行处理，维护自己的合法的民事权益。上诉状的提起，固然也是从维护自身利益出发的，但这是通过要求上级人民法院撤销或者改变原审人民法院的判决、裁定来达到维护其权利的目的。

上诉人要提出上诉必须提出上诉状，不能口头提出。这与起诉不同，起诉可以口头提出。当事人在一审法院宣告判决、裁定时，当庭表示不服要上诉的，法庭应记入法庭笔录，承认其上诉的意思表示，但不能以此代替上诉状的提出，当事人仍应在法定上诉期内向人民法院提出上诉状，这样才能引起上诉审程序。即使当事人当庭声明不上诉，在法定上诉期内仍然有上诉权。

第一百六十八条【审查范围】 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。

一、本条含义

本条是关于审查范围的规定。

第二审人民法院在审理上诉案件时应当对以下两个方面进行审查：第一，上诉请求涉及的有关事实，即针对上诉人提出的原判决、裁定中需要撤销或者变更的部分，以及其主张的民事权利有无事实根据进行审查，如果上诉请求涉及整个案件事实的认定，即应当全面审查一审人民法院对案件的全部事实是否查明，证据是否充分，是非是否分清。当事人在二审中提出了新的事实和证据的，第二审人民法院应当一并审查核实。第二，对当事人提出上诉请求涉及的一审判决、裁定的内容在适用法律上是否正确，进行审查。如果上诉请求涉及一审判决、裁定的所有内容，则对一审判决、裁定所有适用法律的事项都要进行审查。

第一百六十九条【二审审理方式】 第二审人民法院对上诉案件，应当组成合议庭，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。

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。

一、本条含义

本条是关于二审可以不开庭审理的情况及二审审理地点的规定。

二审人民法院审理上诉案件，必须组成合议庭，不能由独任审判员审理。二审人民法院接到上诉状及案卷材料后，应立即组成合议庭开始对上诉案件进行审查。二审的合议庭，应由审判员组成合议庭，与一审可以由审判员、陪审员组成合议庭不同。合议庭的成员，应为三人以上单数。

原则上，第二审人民法院对上诉案件应当开庭审理。但是，人民法院经过审查案卷，调查、询问当事人，对于没有提出新的事实、证据或者理由，在事实核对清楚后，如果认

为案件事实清楚，上诉人的请求和理由明确，上诉人与被上诉人双方提出的事实和证据基本一致，纠纷也比较清楚，可以不开庭审理而径行判决。但如果案情比较复杂，双方争执不一，事实不清楚，或者当事人又有新的事实、证据或者理由提出，则应当开庭审理。

二审人民法院在做好准备工作之后，如果决定开庭审理的，则应当确定开庭的地点。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。这些做法的目的是方便当事人，方便人民法院审理，提高办案效率，维护当事人的合法权益。

二、真题分析

49. 【2012 年第 89 题】根据民事诉讼法及相关规定，下列关于民事诉讼第二审程序的哪些说法是正确的？

- A、上诉应当递交上诉状
- B、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
- C、第二审人民法院对上诉案件，一律应开庭审理
- D、第二审人民法院审理上诉案件，不可以进行调解

【考点】上诉

【分析】根据《民事诉讼法》第一百六十五条的规定，本题中，选项 A 正确。根据《民事诉讼法》第一百六十八条的规定，选项 B 正确。根据《民事诉讼法》第一百六十九条第一款的规定，选项 C 错误。根据《民事诉讼法》第一百七十二条的规定，选项 D 错误。

【答案】AB

第一百七十条【二审裁判】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：

（一）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；

（二）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；

（三）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；

（四）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。

一、本条含义

本条是关于对上诉案件进行判决、裁定的规定。

根据本条的规定，第二审人民法院对于上诉案件，应当根据不同的情形，作不同的处理：

1. 以判决、裁定方式驳回上诉，维持原判决、裁定。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。驳回上诉，以原判决、裁定的正确合法为根据，原判决、裁定正确合法，上诉理由不成立，以判决、裁定方式驳回上诉，维持原审判决、裁定的法律效力。对判决的上诉，原判决认定事实清楚，适用法律正确的，第二审人民法院以判决方式驳回上诉，维持原判决；对裁定的上诉，原裁定认定事实清楚，适用法律正确的，第二审人民法院以裁定方式驳回上诉，维持原裁定。

2. 以判决、裁定方式依法改判、撤销或者变更。原判决、裁定认定事实或者适用法律

错误的，以判决、裁定方式依法改判、撤销或者变更。改判、撤销或者变更出现在以下几种情况下：一是认定事实错误，二是适用法律错误，三是认定事实和适用法律都存在错误。第二审人民法院直接以判决、裁定方式对原审判决、裁定进行改判、撤销或者变更。

3.查清事实后改判。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.发回重审。根据本条第一款第（三）项、第（四）项的规定，对于原判决认定基本事实不清的，可以发回原审人民法院重审，也可以查清事实后改判。对于原判决遗漏当事人或者违法制度判决等严重违法法定程序的，裁定撤销原判决，发回原审人民法院重审。此外，本条第二款规定，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。

第一百七十二条【二审调解】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，由审判人员、书记员署名，加盖人民法院印章。调解书送达后，原审人民法院的判决即视为撤销。

一、本条含义

本条是关于二审调解的规定。

一审程序中可以调解，二审程序中也可以调解。二审的调解与一审的调解一样，调解达成协议，应当制作调解书，由审判人员、书记员署名，加盖人民法院印章。二审的调解书送达后，原审人民法院的判决即视为撤销。

二、真题分析

50.【2013 年第 30 题】民事诉讼第二审人民法院对上诉案件进行调解后达成协议，并依法制作了调解书。根据民事诉讼法及相关规定，对于原审人民法院的判决，下列哪种说法是正确的？

- A、第二审人民法院应作出裁定，撤销原审人民法院的判决
- B、第二审人民法院应在调解书中注明撤销原审人民法院的判决
- C、原审人民法院应主动撤销原判决
- D、调解书送达后，原审人民法院的判决即视为撤销

【考点】第二审程序

【分析】根据《民事诉讼法》第一百七十二条的规定，本题中，选项 ABC 错误，选项 D 正确。

【答案】D

第一百七十五条【二审裁判效力】第二审人民法院的判决、裁定，是终审的判决、裁定。

一、本条含义

本条是关于二审判决、裁定效力的规定。

二审判决、裁定是终审的判决、裁定，一经宣告或者送达，当事人即不能对二审的判决、裁定再上诉。终审判决如果是对当事人实体权利义务的裁判，争议自当结束，判决一经作出，任何一方当事人，不得再以此民事争议提起新的诉讼。

第一百七十六条【二审审限】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三个月内审结。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三十日内作出终审裁定。

一、本条含义

本条是关于审限的规定。

由于审查实体与审查程序简繁不同，本条规定对判决的上诉案件审限为三个月，而裁定为三十日。二审案件的审理是在一审的基础上进行的，大量审查核实和调查取证工作已由第一审人民法院进行，第二审人民法院的重点是对上诉请求的有关事实和适用法律进行审查。第二审人民法院审理事实清楚的民事案件，在认真审阅诉讼材料和询问当事人后，即可进行判决。相对来讲适用二审程序审理上诉案件的工作量与一审相比要少。因此，本条规定第二审人民法院审理对判决的上诉案件的期限为三个月。但是，有的上诉案件也因调查核实证据的工作量较大，或者有其他疑难问题，不能在三个月内审结。因此，考虑到案件情况不同，本条规定允许由第二审人民法院院长批准延长审限。第二审人民法院审理对裁定的上诉案件，都是关系到一审案件的审理能否开始进行的程序问题，需要及时作出处理决定，同时审查程序问题也比较简单，因此本条对审理不服原审裁定提起上诉的案件的期限，仅规定为三十天，并不得延长期限。

第十六章 审判监督程序

第一百九十八条【法院依职权提起再审】各级人民法院院长对本院已经发生法律效力
的判决、裁定、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。

最高人民法院对地方各级人民法院已经发生法律效力
的判决、裁定、调解书，上级人民法院对下级人民法院已经发生法律效力
的判决、裁定、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。

一、本条含义

本条是关于人民法院依职权提起再审的规定。

本条第一款是关于作出生效裁判的法院基于自我监督而对案件进行再审的规定。人民法院审理民事案件必须以事实为根据，以法律为准绳，这是我国民事诉讼法确立的重要原则。但法院的审判人员在认识能力和判断能力上也会有局限性，他们有可能在事实认定或者适用法律方面出现错误。按照有错必纠的原则，各级人民法院应当对本院作出的生效裁判负责。按照人民法院组织法和本条的规定，各级法院院长对本院的生效判决、裁定发现确有错误，在本院审判委员会确认并决定后，应当进入再审程序。

本条第二款是基于最高人民法院对地方各级人民法院审判工作的监督，以及上级人民法院对下级人民法院审判工作的监督而引起案件再审的规定。按照人民法院组织法的规定，最高人民法院是国家的最高审判机关，有权监督地方各级人民法院和专门人民法院的审判工作。同时，上级人民法院有权监督下级人民法院的审判工作。

第一百九十九条【当事人申请再审】当事人对已经发生法律效力
的判决、裁定，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。

一、本条含义

本条是关于当事人申请再审的规定。

把握本条规定需要注意两点：第一，向上一级人民法院申请再审是一般原则，只要当事人向上一级法院提出再审申请，就是选择了上一级人民法院；第二，向原审人民法院申请再审是例外规定，只能在当事人一方人数众多或者当事人双方为公民的案件中可以作为当事人的选择之一，其他案件还是要向上一级人民法院申请再审；第三，允许当事人在上

一级人民法院和原审人民法院之中选择其一申请再审，并不意味着可以多头申诉、重复申请。如果当事人已经向原审人民法院提出再审申请，就不应当再向上一级人民法院提出；反之亦然。

当事人申请再审的，不停止判决、裁定的执行。根据民事诉讼法第二百零四条的规定，人民法院对再审申请的审查期间为三个月。在作出是否进入再审程序的裁定前，不停止该判决、裁定的执行。一旦裁定进入再审程序，依照民事诉讼法第二百零六条的规定，对于追索赡养费、扶养费、抚育费、抚恤金、医疗费用、劳动报酬等案件，决定再审的人民法院可以不中止执行；而对于其他案件，决定再审的人民法院裁定中止原判决、裁定的执行。

二、真题分析

51. 【2013 年第 89 题】刘某与萧某由于专利权属纠纷诉至法院。人民法院作出的一审判决发生法律效力后，刘某认为一审适用法律错误，欲申请再审。根据民事诉讼法及相关规定，下列哪些说法是正确的？

- A、刘某可以向原审人民法院申请再审
- B、刘某可以向原审人民法院的上一级人民法院申请再审
- C、刘某申请再审的，应当在一审判决发生法律效力后六个月内提出
- D、刘某申请再审的，人民法院应当裁定停止原判决的执行

【考点】民事诉讼再审

【分析】根据《民事诉讼法》第一百九十九条的规定，本题中，当事人刘某与萧某均是自然人，因此，欲申请再审的，既可以向原审人民法院的上一级人民法院申请，也可以向原审人民法院申请，因此，选项 AB 正确。并且刘某申请再审的，原判决不停止执行，因此，选项 D 错误。根据《民事诉讼法》第二百零五条的规定，刘某申请再审的理由是“一审适用法律错误”，属于《民事诉讼法》第二百条第六项的情形，因此应当在判决发生法律效力后 6 个月内提出再审，因此，选项 C 正确。

【答案】ABC

52. 【2012 年第 27 题】根据民事诉讼法及相关规定，下列关于审判监督程序的哪种说法是错误的？

- A、当事人对已经发生法律效力的调解书，一律不得申请再审
- B、当事人对已经发生法律效力的解除婚姻关系的判决，不得申请再审
- C、按照审判监督程序决定再审的案件，裁定中止原判决的执行
- D、人民法院审理再审案件，应当另行组成合议庭

【考点】审判监督程序

【分析】根据《民事诉讼法》第一百九十九条的规定，本题中，选项 A 的说法错误，符合题干要求。根据《民事诉讼法》第二百条的规定，选项 B 的说法正确，不符合题干要求。根据《民事诉讼法》第二百零六条的规定，选项 C 的说法正确，不符合题干要求。根据《民事诉讼法》第二百零七条的规定，选项 D 的说法正确，不符合题干要求。

【答案】A

53. 【2010 年第 86 题】根据民事诉讼法及相关规定，当事人不得对下列哪些已发生法律效力法律文书申请再审？

- A、调解书
- B、解除婚姻关系的判决
- C、驳回起诉裁定

D、不予受理的裁定

【考点】不可以申请再审的情形

【分析】根据《民事诉讼法》第一百九十九条的规定，本题中，选项 A 错误。根据《民事诉讼法》第二百条的规定，选项 B 正确。根据《民诉解释》第三百八十一条的规定，当事人认为发生法律效力的不予受理、驳回起诉的裁定错误的，可以申请再审。因此，选项 CD 错误。

【答案】B

第二百条【申请再审的条件】当事人的申请符合下列情形之一的，人民法院应当再审：

- (一) 有新的证据，足以推翻原判决、裁定的；
- (二) 原判决、裁定认定的基本事实缺乏证据证明的；
- (三) 原判决、裁定认定事实的主要证据是伪造的；
- (四) 原判决、裁定认定事实的主要证据未经质证的；
- (五) 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；
- (六) 原判决、裁定适用法律确有错误的；
- (七) 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；
- (八) 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；
- (九) 违反法律规定，剥夺当事人辩论权利的；
- (十) 未经传票传唤，缺席判决的；
- (十一) 原判决、裁定遗漏或者超出诉讼请求的；
- (十二) 据以作出原判决、裁定的法律文书被撤销或者变更的；
- (十三) 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。

一、本条含义

本条是关于申请再审条件的规定。

申请再审是当事人的一项权利，即当事人只要认为判决、裁定有错误，就可以申请再审。但决定进入再审程序，则需要符合严格的条件。因为发生法律效力的判决、裁定具有稳定性和公信力，非经法定的条件和程序是不能撤销和改判的。明确应当再审的具体情形，可以增强当事人申请再审的可操作性，减少进入再审的随意性，避免应当再审的不予再审，不应当再审的不当再审，切实保障当事人的申诉权利，同时也在维护正确判决、裁定已经发生的法律效力。

二、真题分析

54. 【2014 年第 94 题】根据民事诉讼法及相关规定，当事人的再审申请符合下列哪些情形的，人民法院应当再审？

- A. 有新的证据，足以推翻原判决的
- B. 原判决认定事实的主要证据未经质证的
- C. 据以作出原判决的法律文书被撤销的
- D. 原判决超出诉讼请求的

【考点】审判监督程序

【分析】根据《民事诉讼法》第二百条的规定，选项 ABCD 分别属于其中第（一）、（四）、（十二）、（十一）项规定的情形，因此，选项 ABCD 正确。

【答案】ABCD

第二百零一条【对调解书申请再审】当事人对已经发生法律效力的调解书，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。

一、本条含义

本条是关于调解书再审的规定。

调解书是由人民法院制作的、记载当事人双方协商，共同达成协议的法律文书。按照民事诉讼法第九十七条的规定，调解达成协议，人民法院应当制作调解书。调解书经双方当事人签收后，即具有法律效力，对第一审程序中作出的调解书而言，调解书生效后，当事人不能上诉。但是有时调解是违反自愿原则的，调解协议是违法达成的；对不合法的调解书，应当给当事人救济。

第二百零二条【离婚判决、调解不得再审】当事人对已经发生法律效力的解除婚姻关系的判决、调解书，不得申请再审。

一、本条含义

本条是关于决定离婚的案件，当事人不得申请再审的规定。

许多离婚案件是通过调解解除婚姻关系的，根据民事诉讼法的规定，调解书与判决书具有同等法律效力。因此，对解除婚姻关系的调解书也不得申请再审。

人民法院作出解除婚姻关系的判决或者调解书，一旦发生法律效力，男或女任何一方都可以与他人再婚。如果男方与他人再婚，女方以感情未破裂为由，申请对离婚案件进行再审已失去任何意义，因为男方与他人的婚姻不可能强行解除，所以法律不允许对已经发生法律效力的解除婚姻关系的判决申请再审。

第二百零三条【当事人申请再审程序】当事人申请再审的，应当提交再审申请书等材料。人民法院应当自收到再审申请书之日起五日内将再审申请书副本发送对方当事人。对方当事人应当自收到再审申请书副本之日起十五日内提交书面意见；不提交书面意见的，不影响人民法院审查。人民法院可以要求申请人和对方当事人补充有关材料，询问有关事项。

一、本条含义

本条是关于当事人申请再审程序的规定。

当事人申请再审是法律赋予当事人的一项诉讼权利，但当事人要启动再审程序，也有义务提交再审申请书等材料。

人民法院应当自收到再审申请书之日起五日内将再审申请书副本发送对方当事人。对方当事人应当自收到再审申请书副本之日起十五日内提交书面意见；不提交书面意见的，不影响人民法院审查。需要说明的是，第一，人民法院对再审申请的审查，是审查是否符合再审条件，是否应当再审，不是重新审理案件。第二，在人民法院对再审申请进行审查的阶段，被申请人可以提交书面意见，也可不提交书面意见。

人民法院可以要求申请人和对方当事人补充有关材料，询问有关事项。从某些国家或地区的规定来看，在对再审申请的审查阶段，法院可以采用类似于听证的程序，听证程序不是对案件正式进行再次审理的程序，而是证明原判决、裁定是否存在错误的程序。在这个阶段，法院可以向一方当事人进行询问，也可以向双方当事人询问原判的有关情况。

第二百零四条【再审申请的审查和再审案件的审级】人民法院应当自收到再审申请书

之日起三个月内审查，符合本法规定的，裁定再审；不符合本法规定的，裁定驳回申请。有特殊情况需要延长的，由本院院长批准。

因当事人申请裁定再审的案件由中级人民法院以上的人民法院审理，但当事人依照本法第一百九十九条的规定选择向基层人民法院申请再审的除外。最高人民法院、高级人民法院裁定再审的案件，由本院再审或者交其他人民法院再审，也可以交原审人民法院再审。

一、本条含义

本条是关于人民法院对再审申请进行审查的程序和再审案件审理法院的规定。

人民法院对再审申请，除了要审查再审申请书，还要审查对方当事人提交的书面意见，特别要结合原审法院进行审理的案卷进行审查。除了进行书面审查以外，人民法院根据实际情况，在审查过程中还可以当面询问当事人。

根据民事诉讼法第一百九十九条的规定，当事人对已经发生法律效力判决、裁定申请再审，一般应当向作出生效裁判的法院的上一级人民法院提出，即对再审申请的审查法院一般是作出生效裁判法院的上一级人民法院。在这条一般规则之外，本法在第一百九十九条中规定了例外情况：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，也就是说，对于这两种情况，如果当事人不向上一级人民法院申请，而向原审法院申请，原审法院就可以审查再审申请。

第二百零五条【当事人申请再审期限】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；有本法第二百条第一项、第三项、第十二项、第十三项规定情形的，自知道或者应当知道之日起六个月内提出。

一、本条含义

本条是关于当事人申请再审期限的规定。

2012年修改民事诉讼法从三方面对之前的规定作出修改：一是将二年的申请再审时间缩短为六个月；二是将后来才可能发现的再审事由增列为四种；三是将自知道或者应当知道之日起三个月的申请再审时间延长为六个月。

需要明确的是，目前本条规定中，申请再审的六个月时间限制为不变期间，不存在中断或中止的情况。一般六个月的期限是从判决、裁定发生法律效力时才开始起算的。但在以下四种情况下，当事人在判决、裁定发生法律效力后，期间及其起算点是不同的：

第一，判决、裁定发生法律效力后，发现有新的证据，足以推翻原判决、裁定的，当事人应当自知道或者应当知道之日起六个月内申请再审。

第二，判决、裁定发生法律效力后，发现原判决、裁定认定事实的主要证据是伪造的，当事人应当自知道或者应当知道之日起六个月内申请再审。

第三，判决、裁定发生法律效力后，据以作出原判决、裁定的法律文书被撤销或者变更的，当事人应当自知道或者应当知道之日起六个月内申请再审。

第四，判决、裁定发生法律效力后，发现审判人员在审理该案件时有贪污受贿、徇私舞弊、枉法裁判行为的，当事人应当自知道或者应当知道之日起六个月内申请再审。

第二百零六条【中止执行及例外】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、抚养费、抚育费、抚恤金、医疗费用、劳动报酬等案件，可以不中止执行。

一、本条含义

本条是关于对决定再审的案件，中止原判决、裁定、调解书执行的规定。

按照审判监督程序决定再审的案件，是判决、裁定、调解书发生法律效力的案件，判

决、裁定、调解书所发生的法律效力包括执行力。当事人应当自觉履行发生法律效力的判决、裁定、调解书确定的义务。一方当事人拒绝履行的，对方当事人可以向人民法院申请强制执行。在当事人尚未自觉履行完毕的情况下，或者人民法院强制执行尚未终结的情况下，如果人民法院决定对该案进行再审，原则上应当裁定中止执行。

法院决定再审的案件，原则上都应当中止执行，否则不利于保护合法的民事权益，但是对此也存在例外情况。对于追索赡养费、抚养费、医疗费用等影响当事人生计、涉及其生命健康的案件，不中止执行有时更有利于扶危济困，以人为本。对于上述情况，可以不中止执行。人民法院在适用时可以根据上述案件的具体实际，客观判断是否中止执行，并且作出相应的裁定。

第二百零七条【再审审理程序】 人民法院按照审判监督程序再审的案件，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。

一、本条含义

本条是关于再审案件审理程序和再审判决、裁定效力的规定。

我国民事诉讼实行二审终审，再审是通过重新审理的方式达到纠错目标的程序，因而再审没有专门的审理程序。人民法院决定或者裁定再审的案件，应当根据原生效判决、裁定作出的法院而分别适用一审程序或者二审程序。

二、真题分析

55.【2011 年第 67 题】根据民事诉讼法及相关规定，关于民事案件的审判监督程序，下列说法哪些是正确的？

A、人民法院按照审判监督程序再审的案件，发生法律效力的判决是由第一审人民法院作出的，按照第一审程序审理，但对所作判决，当事人不能再提出上诉

B、人民法院按照审判监督程序再审的案件，发生法律效力的判决是由第二审人民法院作出的，按照第二审程序审理

C、人民法院审理再审案件，应当另行组成合议庭

D、按照审判监督程序决定再审的案件，裁定中止原判决的执行

【考点】审判监督程序

【分析】根据《民事诉讼法》第二百零七条的规定，本题中，选项 A 错误，选项 BC 正确。根据《民事诉讼法》第二百零六条的规定，选项 D 正确。

【答案】BCD

第二百零八条【检察院提出抗诉或者检察建议】 最高人民检察院对各级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定，上级人民检察院对下级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定，发现有本法第二百条规定情形之一的，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的判决、裁定，发现有本法第二百条规定情形之一的，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。

各级人民检察院对审判监督程序以外的其他审判程序中审判人员的违法行为，有权向

同级人民法院提出检察建议。

一、本条含义

本条是关于人民检察院对生效判决、裁定、调解书提出抗诉或者检察建议的规定。

根据本条第二款的规定，对生效民事判决、裁定、调解书的抗诉原则上实行“上级抗”，即由上级人民检察院对下级人民法院生效的民事判决、裁定、调解书提出抗诉。地方各级人民检察院对同级人民法院的民事审判活动也有法律监督权，但不能提起抗诉，即不能“同级抗”，如果发现同级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定有本法第二百条规定情形之一的，以及调解书损害国家利益、社会公共利益的，只能提请上级人民检察院提出抗诉。

需要明确的是，最高人民检察院可以进行“同级抗”，即最高人民检察院对最高人民法院已经发生法律效力的判决、裁定、调解书，发现确有错误的，即符合本法第二百条规定情形之一的，或者调解书损害国家利益、社会公共利益的，有权向最高人民法院提起抗诉。

本条第二款中规定了在审判监督程序中如何运用检察建议。检察建议不同于抗诉：其一，检察建议不能立刻引发对生效判决、裁定、调解书的再审，但检察建议却可以加强人民法院和人民检察院在审判监督方面的合作配合，能够促使人民法院发现错误、纠正错误。其二，检察建议不同于上级人民检察院提出的抗诉，检察建议是人民检察院向同级人民法院发出的监督建议。

二、真题分析

56.【2013 年第 55 题】根据民事诉讼法及相关规定，下列哪些说法是正确的？

A、上级人民检察院对下级人民法院已经发生法律效力的判决，发现适用法律确有错误的，可以向下级人民法院提出检察建议，并报上级人民检察院备案

B、上级人民检察院对下级人民法院已经发生法律效力的判决，发现适用法律确有错误的，应当提出抗诉

C、地方各级人民检察院对同级人民法院已经发生法律效力的判决，发现适用法律确有错误的，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

D、地方各级人民检察院对同级人民法院已经发生法律效力的判决，发现适用法律确有错误的，应当提出抗诉

【考点】抗诉、检察建议

【分析】根据《民事诉讼法》第二百零八条的规定，同时，本题选项中的“原判决、适用法律确有错误的”属于《民事诉讼法》第二百条规定的情形之一，因此，选项 AD 错误，选项 BC 正确。

【答案】BC

57.【2011 年第 75 题】某债务纠纷案件已由甲县人民法院一审、乙市中级人民法院二审终结，二审判决已发生法律效力。现乙市人民检察院发现该判决确有错误，拟启动审判监督程序。根据民事诉讼法及相关规定，下列说法哪些是正确的？

A、乙市人民检察院应当向甲县人民法院提出抗诉

B、乙市人民检察院应当向乙市中级人民法院提出抗诉

C、乙市人民检察院应当提请上级人民检察院向乙市中级人民法院提出抗诉

D、乙市人民检察院应当提请上级人民检察院向同级人民法院提出抗诉

【考点】抗诉

【分析】根据《民事诉讼法》第二百零八条的规定，本题中，乙市人民检察院拟启动审判监督程序的，应当提请上级人民检察院向同级人民法院提出抗诉，因此，选项 D 正确。

选项 ABC 错误。

注意区分以下法律术语：①起诉，是指当事人作为原告到法院提起一审诉讼。②上诉，是指当事人对一审法院的判决书或裁定不服时，在拿到判决书的一定期限内，判决生效前，向上一级法院提出上诉，要求上一级法院对案件进行二审审理。③申诉，是指当事人对已经生效的判决书不服，申请法院再审，但提出申诉并不影响判决的生效和执行。④抗诉，是指人民检察院对人民法院作出的判决、裁定，认为确有错误时，依法向人民法院提出重新审理要求的诉讼活动。

【答案】D

第二百零九条【当事人申请检察建议或者抗诉】有下列情形之一的，当事人可以向人民检察院申请检察建议或者抗诉：

- (一) 人民法院驳回再审申请的；
- (二) 人民法院逾期未对再审申请作出裁定的；
- (三) 再审判决、裁定有明显错误的。

人民检察院对当事人的申请应当在三个月内进行审查，作出提出或者不予提出检察建议或者抗诉的决定。当事人不得再次向人民检察院申请检察建议或者抗诉。

一、本条含义

本条是关于当事人申请检察建议或者抗诉的规定。

当事人对于已经发生法律效力的判决、裁定、调解书，应当首先依法向人民法院申请再审，在以下三种情况下才可以转向向人民检察院申请检察建议或者抗诉：一是，人民法院驳回再审申请的。二是，人民法院逾期未对再审申请作出裁定的。三是，再审判决、裁定有明显错误的。

本条第二款规定，人民检察院对当事人的申请应当在三个月内进行审查，作出提出或者不予提出检察建议或者抗诉的决定。这里的三个月审查期限应当严格遵守，以保证检察监督的及时性。这里的决定，是对当事人申请的明确回应。

本条第二款规定，当事人不得再次向人民检察院申请检察建议或者抗诉。当事人提出申请之后，如果人民检察院已经在审查处理，再次提出是没有必要的；如果人民检察院已经作出了提出检察建议或者抗诉的决定，再次提出也不再具有价值；如果人民检察院已经作出了不予提出检察建议或者抗诉的决定，允许再次提出就可能导致反复纠缠，引发“终审不终”的不良后果。不管是哪种情况，都是不符合法律规定的。

第三编 执行程序

第十九章 一般规定

第二百二十四条【执行根据、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。

法律规定由人民法院执行的其他法律文书，由被执行人住所地或者被执行的财产所在地人民法院执行。

一、本条含义

本条是关于执行根据和执行管辖的规定。

执行根据也称执行文书，是申请人据以申请执行和执行人员据以执行的凭证，即法律规定由人民法院执行的法律文书。

根据本条规定，作为执行根据的法律文书有以下几种：（1）人民法院制作的发生法律效力

效力的民事判决书、裁定书和调解书。(2) 人民法院依督促程序发布的支付令。(3) 发生法律效力而具有财产内容的刑事判决书、裁定书。(4) 仲裁机构制作的生效的裁决书。(5) 公证机构制作的依法赋予强制执行效力的债权文书。

执行管辖，是指生效的法律文书由哪一个法院负责执行。不论终审判决、裁定由哪一级法院作出，执行工作原则上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。

二、真题分析

58.【2014 年第 95 题】根据民事诉讼法及相关规定，下列有关执行程序的哪些说法是正确的？

A. 发生法律效力民事判决，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

B. 发生法律效力民事判决，由作出生效判决的人民法院或者与该人民法院同级的被执行的财产所在地人民法院执行

C. 当事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

D. 当事人认为执行行为违反法律规定的，可以向作出生效判决的人民法院提出书面异议

【考点】执行程序

【分析】根据《民事诉讼法》第二百二十四条第一款的规定，选项 A 正确，选项 B 错误。根据《民事诉讼法》第二百二十五条的规定，选项 C 正确，选项 D 错误。

【答案】AC

第二百二十五条【对违法执行行为的异议】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。当事人、利害关系人提出书面异议的，人民法院应当自收到书面异议之日起十五日内审查，理由成立的，裁定撤销或者改正；理由不成立的，裁定驳回。当事人、利害关系人对裁定不服的，可以自裁定送达之日起十日内向上一级人民法院申请复议。

一、本条含义

本条是关于对违法的执行行为提出异议的规定。

本条首先明确了执行行为异议的提出。提出执行异议的主体为当事人和利害关系人。当事人是指申请执行人和被执行人。利害关系人是指执行当事人以外，因强制执行而侵害到其法律上的权益的公民、法人或者其他组织。异议指向的对象为人民法院的违法执行行为。异议的理由为认为执行行为违反法律规定。提出异议的时限为在执行过程中。异议的管辖法院为负责执行的人民法院。

其次，对于违法执行行为的异议，本条明确规定了人民法院的处理程序。负责执行的人民法院应当自收到书面异议之日起十五日内审查，经审查，发现执行行为确实违反法律规定的，应当裁定“撤销”或者“改正”。经审查，认为执行行为没有违反法律规定的，裁定驳回。本条还进一步赋予了当事人、利害关系人向上一级法院申请复议的权利，即当事人、利害关系人对裁定不服的，可以自裁定送达之日起十日内向上一级人民法院申请复议。

二、真题分析

59.【2011 年第 89 题】根据民事诉讼法及相关规定，下列关于发生法律效力民事判决执行的说法哪些是正确的？

A. 发生法律效力民事判决，应当由被执行的财产所在地基层人民法院执行

B. 当事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

- C、在执行中，双方当事人自行达成的和解协议无效
- D、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

【考点】生效判决、裁定的执行

【分析】根据《民事诉讼法》第二百二十四条的规定，本题中，选项A错误。根据《民事诉讼法》第二百二十五条的规定，选项B正确。根据《民事诉讼法》第二百三十条的规定，选项C错误。根据《民事诉讼法》第二百三十一条的规定，选项D正确。

【答案】BD

第二百二十七条【案外人异议】执行过程中，案外人对执行标的提出书面异议的，人民法院应当自收到书面异议之日起十五日内审查，理由成立的，裁定中止对该标的的执行；理由不成立的，裁定驳回。案外人、当事人对裁定不服，认为原判决、裁定错误的，依照审判监督程序办理；与原判决、裁定无关的，可以自裁定送达之日起十五日内向人民法院提起诉讼。

一、本条含义

本条是关于案外人异议的规定。

执行异议是指在执行过程中，案外人对执行标的提出不同意见。执行过程中，指执行程序开始后终结前。案外人，指本案当事人之外的人。对执行标的提出不同意见，指对人民法院强制执行的标的的主张权利。

实践中发生的案外人异议的情况较复杂，主要有三种情形：一是对生效判决、裁定指向的标的的权属有异议；二是对判决、裁定并未涉及但执行过程中被作为执行标的的予以执行有异议；三是认为执行行为影响了自己对执行标的物的使用权而提出异议。

第二百二十九条【委托执行】被执行人或者被执行的财产在外地的，可以委托当地人民法院代为执行。受委托人民法院收到委托函件后，必须在十五日内开始执行，不得拒绝。执行完毕后，应当将执行结果及时函复委托人民法院；在三十日内如果还未执行完毕，也应当将执行情况函告委托人民法院。

受委托人民法院自收到委托函件之日起十五日内不执行的，委托人民法院可以请求受委托人民法院的上级人民法院指令受委托人民法院执行。

一、本条含义

本条是关于委托执行的规定。

我国的人民法院是按行政区划设置的，执行工作一般是在本辖区内进行。但有时，被执行人、被执行的财产在外地，负责执行的法院不便执行，为了节省人力、物力和时间，更好地完成执行任务，当被执行人、被执行的财产在外地时，可以委托当地人民法院代为执行。

第二百三十条【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。

申请执行人因受欺诈、胁迫与被执行人达成和解协议，或者当事人不履行和解协议的，人民法院可以根据当事人的申请，恢复对原生效法律文书的执行。

一、本条含义

本条是关于执行和解的规定。

执行和解是指在执行过程中，双方当事人自行协商，达成协议，执行员将协议内容记入笔录，由双方当事人签名或者盖章后，义务人按照协议的内容履行义务，从而结束执行

程序的活动。

执行和解不同于审判阶段的调解。审判中的调解是法官行使职权的行为，是一种审判活动。在法官的主持下，当事人就他们之间的权利义务作出安排，法院作出的调解书具有终局确定当事人权利义务的效力，当事人不得上诉。而执行和解是当事人之间就生效法律文书确定的标的物及其数额、履行期限和履行方式等作出新的安排，是当事人的自行协商行为，执行员并不实际参与主持当事人之间的和解活动。

2012 年民事诉讼法修改，增加规定申请执行人因受欺诈、胁迫与被执行人达成和解协议的，也可以申请法院恢复对原生效法律文书的执行，并将“一方当事人”、“对方当事人”均修改为“当事人”。执行和解协议是当事人双方的共同意思表示，对当事人双方具有拘束力。

第二百三十一条【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的，人民法院有权执行被执行人的担保财产或者担保人的财产。

一、本条含义

本条是关于执行担保的规定。

执行担保，是指执行开始后，被执行人向人民法院提供某种履行义务的保证，经申请执行人同意后，暂缓执行程序的进行。

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和暂缓执行的期限。但是，如果超过了暂缓执行的期限，被执行人仍不履行义务，人民法院不必经过权利人申请，而直接依职权执行被执行人的担保财产或者担保人的财产。

二、真题分析

60.【2010 年第 91 题】根据民事诉讼法及相关规定，下列关于执行程序的说法哪些是正确的？

- A、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
- B、在执行中，双方当事人可以自行达成和解协议
- C、作为被执行人的法人终止的，执行终结
- D、执行完毕后，据以执行的判决被人民法院撤销的，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

【考点】执行和解、执行担保、执行承担、执行回转

【分析】根据《民事诉讼法》第二百三十一条的规定，本题中，选项 A 正确。根据《民事诉讼法》第二百三十条的规定，选项 B 正确。根据《民事诉讼法》第二百三十二条的规定，选项 C 错误。根据《民事诉讼法》第二百三十三条的规定，选项 D 正确。

【答案】ABD

第二百三十二条【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。

一、本条含义

本条是关于被执行人死亡或者终止执行的规定。

在执行程序中，有时出现作为被执行人的公民死亡，作为被执行人的法人或者其他组织终止的情况，为了使权利人的合法权益不因这些情况的出现而得不到保护，本条规定“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中止的，由其权利义务承受人履行义务”。

第二百三十三条【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。

一、本条含义

本条是关于执行回转的规定。

执行回转，是指执行完毕后，由于出现某种特殊原因，将已经执行了的标的，一部或者全部回复至原有状态。

第二百三十五条【民事执行法律监督】人民检察院有权对民事执行活动实行法律监督。

一、本条含义

本条是关于民事执行活动进行法律监督的规定。

本条明确规定，人民检察院有权对执行活动实施法律监督。同时将本法第十四条修改为，人民检察院有权对民事诉讼实行法律监督。这为人民检察院对执行活动实行法律监督提供了明确的法律依据。

第二十章 执行的申请和移送

第二百三十六条【申请执行和移送执行】发生法律效力的民事判决、裁定，当事人必须履行。一方拒绝履行的，对方当事人可以向人民法院申请执行，也可以由审判员移送执行员执行。

调解书和其他应当由人民法院执行的法律文书，当事人必须履行。一方拒绝履行的，对方当事人可以向人民法院申请执行。

一、本条含义

本条是关于申请执行和移送执行的规定。

申请执行和移送执行是引起执行开始的两种途径。

申请执行，是指根据生效法律文书，享有权利的一方当事人在对方拒绝履行义务的情况下，向人民法院提出申请，请求人民法院强制执行。

移交执行，是指人民法院审判人员审结案件后，将生效的判决书、裁定书移交给执行员执行。审判实践中，执行程序一般由当事人提出申请开始，但在某些特殊情况下，如追索国家财产案件的判决，追索赡养费、抚育费、扶养费案件的判决，人民法院往往不经当事人申请而直接移交执行。

根据本条规定，由审判员移送执行的情形是，发生法律效力民事判决、裁定，负有义务的一方拒绝履行。

第二百三十七条【仲裁裁决执行】对依法设立的仲裁机构的裁决，一方当事人不履行的，对方当事人可以向有管辖权的人民法院申请执行。受申请的人民法院应当执行。

被申请人提出证据证明仲裁裁决有下列情形之一的，经人民法院组成合议庭审查核实，裁定不予执行：

- (一) 当事人在合同中没有订有仲裁条款或者事后没有达成书面仲裁协议的；
- (二) 裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁机构无权仲裁的；
- (三) 仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序的；
- (四) 裁决所根据的证据是伪造的；

(五) 对方当事人向仲裁机构隐瞒了足以影响公正裁决的证据的；

(六) 仲裁员在仲裁该案时有贪污受贿，徇私舞弊，枉法裁决行为的。

人民法院认定执行该裁决违背社会公共利益的，裁定不予执行。

裁定书应当送达双方当事人和仲裁机构。

仲裁裁决被人民法院裁定不予执行的，当事人可以根据双方达成的书面仲裁协议重新申请仲裁，也可以向人民法院起诉。

一、本条含义

本条是关于仲裁裁决执行的规定。

仲裁，是指双方当事人之间的纠纷由第三者居中解决。根据我国仲裁法的规定，依法设立的仲裁机构作出的裁决自作出之日起即发生法律效力，对各方当事人都有约束力和强制执行力。当事人应当在裁决规定的期限内自动履行仲裁裁决所确定的义务。如果一方当事人拒不履行仲裁裁决，对方当事人可以向有管辖权的人民法院申请强制执行。

对仲裁裁决进行司法审查，有利于当事人对仲裁裁决寻求合理的救济，督促仲裁员公正仲裁，维护法律统一。经合议庭审查核实，不予执行仲裁裁决的，人民法院应当作出裁定书，并送达双方当事人和仲裁机构。仲裁裁决被人民法院裁定不予执行的，当事人可以根据双方达成的书面仲裁协议重新申请仲裁，也可以向人民法院起诉。

第二百三十八条【公证债权文书执行】对公证机关依法赋予强制执行效力的债权文书，一方当事人不履行的，对方当事人可以向有管辖权的人民法院申请执行，受申请的人民法院应当执行。

公证债权文书确有错误的，人民法院裁定不予执行，并将裁定书送达双方当事人和公证机关。

一、本条含义

本条是关于执行公证债权文书的规定。

民事法律关系的当事人，可以请求公证机构对借款、借用财物等债权文书进行公证，经公证的债权文书具有强制执行的法律效力。一方当事人不履行经过公证的债权文书的，对方当事人可以持此文书请求人民法院强制执行。

但是，公证机构的工作有可能出现失误，比如，某甲对其所请求公证的债权文书并不享有权利，但公证机关却证明甲是债权人。人民法院在收到执行公证债权文书的申请后，如果有证据证明公证文书确有错误的，应当作出裁定，不予执行公证债权文书，同时，应当将此裁定送达双方当事人和公证机关。

第二百三十九条【申请执行期间】申请执行的期间为二年。申请执行时效的中止、中断，适用法律有关诉讼时效中止、中断的规定。

前款规定的期间，从法律文书规定履行期间的最后一日起计算；法律文书规定分期履行的，从规定的每次履行期间的最后一日起计算；法律文书未规定履行期间的，从法律文书生效之日起计算。

一、本条含义

本条是关于申请执行期间的规定。

按照本条的规定，当事人申请执行的期限为二年。申请执行的期限，从法律文书规定履行期间的最后一日起计算。如果法律文书未规定履行期间的，申请执行期限从法律文书生效之日起计算。本法规定申请执行的期间，是为了促使权利人尽快主张权利，及早稳定经济关系，避免时过境迁，难以执行。如果权利人确因法定事由未能在法定申请执行期间内提出执行申请，申请执行时效的中止、中断，适用法律有关诉讼时效中止、中断的规定。

第二十一章 执行措施

第二百四十一条【被执行人报告义务】被执行人未按执行通知履行法律文书确定的义务，应当报告当前以及收到执行通知之日前一年的财产情况。被执行人拒绝报告或者虚假报告的，人民法院可以根据情节轻重对被执行人或者其法定代理人、有关单位的主要负责人或者直接责任人员予以罚款、拘留。

一、本条含义

本条是关于被执行人报告财产情况的规定。

本条明确规定了被执行人报告财产义务的适用条件、报告财产的时间范围和被执行人拒绝报告或者虚假报告的法律后果。（1）适用的条件：只要被执行人未按执行通知履行法律文书确定的义务，就负有报告财产状况的法定义务。（2）报告财产的时间范围：被执行人应当报告当前以及收到执行通知书前一年的财产情况。“当前”指被执行人报告时。

（3）被执行人拒绝报告或者虚假报告的法律后果：对于拒绝报告或者虚假报告的，人民法院可以根据情节轻重对被执行人或者其法定代理人、有关单位的主要负责人或者直接负责人予以罚款、拘留。

第二百四十二条【查询、扣押、冻结、划拨、变价金融资产】被执行人未按执行通知履行法律文书确定的义务，人民法院有权向有关单位查询被执行人的存款、债券、股票、基金份额等财产情况。人民法院有权根据不同情形扣押、冻结、划拨、变价被执行人的财产。人民法院查询、扣押、冻结、划拨、变价的财产不得超出被执行人应当履行义务的范围。

人民法院决定扣押、冻结、划拨、变价财产，应当作出裁定，并发出协助执行通知书，有关单位必须办理。

一、本条含义

本条是关于查询、扣押、冻结、划拨、变价金融资产的规定。

本条第一款是关于人民法院有权对存款、债券、股票、基金份额等金融资产采取强制执行措施的规定，包含以下两方面的内容：一是，采取的强制执行措施包括查询、扣押、冻结、划拨、变价。二是，人民法院采取强制执行措施的财产不得超出被执行人应当履行义务的范围。例如，判决确定某公司偿还债务 20 万元人民币，那么人民法院查询、扣押、冻结、划拨、变价的存款、债券、股票、基金份额等财产的数额应当限于 20 万元人民币和依法应当支付的利息，不得多于这一数额。

本条第二款是关于人民法院对金融资产采取执行措施的程序性规定，包括两方面的内容：一是，人民法院对存款、债券、股票、基金份额等财产的执行措施，必须严格依法进行。人民法院决定扣押、冻结、划拨、变价财产，应当作出裁定，并发出协助执行通知书。否则，有关单位有权予以拒绝。二是，明确规定有关单位的协助执行义务。根据相关法律的规定，有些单位对客户具有保密的义务。例如，商业银行法明确规定，对个人、单位存款，商业银行有权拒绝任何单位或者个人查询、冻结、扣划，但法律另有规定的除外。民事诉讼法本条规定的有关单位的协助执行义务，即属于商业银行法的除外规定。

第二百四十三条【扣留、提取收入】被执行人未按执行通知履行法律文书确定的义务，人民法院有权扣留、提取被执行人应当履行义务部分的收入。但应当保留被执行人及其所扶养家属的生活必需费用。

人民法院扣留、提取收入时，应当作出裁定，并发出协助执行通知书，被执行人所在

单位、银行、信用合作社和其他有储蓄业务的单位必须办理。

一、本条含义

本条是关于扣留、提取被执行人收入的规定。

被执行人未按执行通知履行法律文书确定的义务，人民法院有权扣留、提取被执行人应当履行义务部分的收入。

扣留、提取被执行人的收入主要是针对自然人采取的措施。收入主要指金钱收入，收入的形式可以是工资、奖金、劳务报酬、稿酬、咨询费、存款利息、房屋租金等。扣留被执行人的收入，主要指被执行人所在单位按照人民法院的协助执行通知书扣留被执行人的工资、奖金等收入。

第二百四十四条【查封、扣押、冻结、划拨、拍卖、变卖被执行人财产】被执行人未按执行通知履行法律文书确定的义务，人民法院有权查封、扣押、冻结、拍卖、变卖被执行人应当履行义务部分的财产。但应当保留被执行人及其所扶养家属的生活必需品。

采取前款措施，人民法院应当作出裁定。

一、本条含义

本条是关于人民法院有权查封、扣押、冻结、拍卖、变卖被执行人财产的规定。

查封、扣押、冻结、拍卖、变卖被执行人的财产，是人民法院经常采取的强制措施，正确使用这些措施，对于做好执行工作具有重要意义。

查封、扣押、冻结、拍卖、变卖被执行人的财产，应当注意以下几点：（1）必须是被执行人未按执行通知履行法律文书确定的义务。（2）查封、扣押、冻结、拍卖、变卖的财产应当相当于履行义务部分的财产。查封、扣押财产不一定和执行标的物相同，但价值应当相当。（3）应当保留被执行人及其所扶养家属的生活必需品。（4）查封、扣押被执行人财产时，被执行人是公民的，应当通知被执行人或者他的成年家属到场；被执行人是法人或者其他组织的，应当通知其法定代表人或者主要负责人到场。（5）人民法院查封、扣押、冻结、拍卖、变卖被执行人的财产，应当作出裁定。

第二百四十五条【查封、扣押财产程序】人民法院查封、扣押财产时，被执行人是公民的，应当通知被执行人或者他的成年家属到场；被执行人是法人或者其他组织的，应当通知其法定代表人或者主要负责人到场。拒不到场的，不影响执行。被执行人是公民的，其工作单位或者财产所在地的基层组织应当派人参加。

对被查封、扣押的财产，执行员必须造具清单，由在场人签名或者盖章后，交被执行人一份。被执行人是公民的，也可以交他的成年家属一份。

一、本条含义

本条是关于查封、扣押财产的程序的规定。

查封、扣押被执行人的财产，直接涉及被执行人的财产及其相关利益，人民法院采取这一执行措施，一方面要保证生效法律文书的履行，另一方面也要注意保证被执行人合法的财产权益不受侵害。

本条第二款规定了对执行员要对被查封、扣押的财产要造具清单的要求，这是为了确认查封、扣押财产的具体内容，保证执行的财物清楚、明确，避免执行机构与被执行人就查封、财产的内容发生争执，以备将来有据可查。

二、真题分析

61.【2012年第98题】根据民事诉讼法及相关规定，下列关于执行过程中查封、扣押财产的哪些说法是正确的？

A、人民法院查封、扣押财产时，被执行人是公民的，应当通知被执行人或者其成年

家属到场

B、人民法院查封、扣押财产时，被执行人是法人或其他组织的，应当通知其法定代表人或主要负责人到场

C、被查封的财产，执行员可以指定被执行人负责保管

D、对被查封、扣押的财产，执行员必须造具清单，由在场人签名或者盖章后，交被执行人一份，被执行人是公民的，也可以交他的成年家属一份

【考点】执行措施、对被执行人财产的强制执行

【分析】根据《民事诉讼法》第二百四十五条的规定，本题中，选项 ABD 正确。根据《民事诉讼法》第二百四十六条的规定，选项 C 正确。

【答案】ABCD

第二百四十六条【查封财产保管】被查封的财产，执行员可以指定被执行人负责保管。因被执行人的过错造成的损失，由被执行人承担。

一、本条含义

本条是关于被查封财产的保管的规定。

如果由被执行人保管和继续使用查封财产，不会对债权人的合法权益产生不能受偿或者使被查封财产明显减值的危险的，执行员可以指定被执行人保管被查封财产，因被执行人的过错造成的损失，由他自己承担。被执行人的过错，主要指其主观上没有毁损、灭失被查封财产的故意，由于保管不善致使被查封财产损失的情况，在这种情况下，被执行人仍然要承担责任，可以以其他财产清偿债务。如果因被执行人的故意造成被查封财产毁损、灭失的，除应当以其他财产清偿债务外，还应当承担相应的法律责任。因此，被执行人应当妥善地保管被查封财产，以备清偿法律文书所确定的债务。

第二百四十七条【拍卖、变卖财产】财产被查封、扣押后，执行员应当责令被执行人在指定期间履行法律文书确定的义务。被执行人逾期不履行的，人民法院应当拍卖被查封、扣押的财产；不适于拍卖或者当事人双方同意不进行拍卖的，人民法院可以委托有关单位变卖或者自行变卖。国家禁止自由买卖的物品，交有关单位按照国家规定的价格收购。

一、本条含义

本条是关于拍卖、变卖被查封、扣押的财产的规定。

依照本条规定，可以把握以下几个层次：一是查封、扣押。拍卖、变卖的前提是财产被查封、扣押。二是被执行人自觉履行。财产被查封、扣押后，执行员应当责令被执行人在指定期间履行法律文书确定的义务，被执行人应当自觉履行。三是拍卖。被执行人逾期不履行的，人民法院应当拍卖被查封、扣押的财产。人民法院可以自己组织拍卖，也可以委托拍卖。四是变卖。实践中有的财产不适于拍卖，如保质期较短，需及时处理的财产。有的当事人希望尽快变现财产，实现债权。因此，对于不适于拍卖或者当事人双方同意不进行拍卖的财产，人民法院可以委托有关单位变卖或者自行变卖。五是收购。国家禁止自由买卖的物品，交有关单位按照国家规定的价格收购。“国家禁止自由买卖的物品”主要是指金银（不包含金银制品）等物品。

第二百四十八条【搜查被执行人财产】被执行人不履行法律文书确定的义务，并隐匿财产的，人民法院有权发出搜查令，对被执行人及其住所或者财产隐匿地进行搜查。

采取前款措施，由院长签发搜查令。

一、本条含义

本条是关于搜查被执行人财产的规定。

根据本条的规定，人民法院在执行中有权对被执行人及其住所或者财产隐匿地进行搜查。搜查分为对被执行人的搜查和对被执行人的住所或者财产隐匿地的搜查。对被执行人搜查，指对被执行人的人身搜查，这是为了防止某些被执行人将财物藏在身上，抗拒人民法院执行。对住所搜查，主要指对被执行人的户籍所在地和经常居住地搜查，也可以是对被执行人现时所住的地方搜查。对财产隐匿地搜查，是指根据线索对藏匿财产的地点进行搜查。

第二百四十九条【指定交付】法律文书指定交付的财物或者票证，由执行员传唤双方当事人当面交付，或者由执行员转交，并由被交付人签收。

有关单位持有该项财物或者票证的，应当根据人民法院的协助执行通知书转交，并由被交付人签收。

有关公民持有该项财物或者票证的，人民法院通知其交出。拒不交出的，强制执行。

一、本条含义

本条是关于强制被执行人交付财物或者票证的规定。

交付执行是以转移物的占有为目的。本条规定的交付执行是指将由债务人或第三人将占有的法律文书所指定的财物或票证转移为由债权人占有或支配，执行的标的应当是特定的财物或者票证。

本条规定了两种交付特定标的物的具体办法和程序一是由执行程序中的当事人当面交付。执行员指定交付的日期和地点，传唤双方当事人同时到达某一地点，被执行人将财物或者票证直接交给债权人，执行员制作执行笔录，由双方当事人签字。二是由执行员转交，即执行员将被执行人交来法律文书指定的财物或者票证，转交给债权人并由债权人签收。

第二百五十条【强制迁出】强制迁出房屋或者强制退出土地，由院长签发公告，责令被执行人在指定期间履行。被执行人逾期不履行的，由执行员强制执行。

强制执行时，被执行人是公民的，应当通知被执行人或者他的成年家属到场；被执行人是法人或者其他组织的，应当通知其法定代表人或者主要负责人到场。拒不到场的，不影响执行。被执行人是公民的，其工作单位或者房屋、土地所在地的基层组织应当派人参加。执行员应当将强制执行情况记入笔录，由在场人签名或者盖章。

强制迁出房屋被搬出的财物，由人民法院派人运至指定处所，交给被执行人。被执行人是公民的，也可以交给他的成年家属。因拒绝接收而造成的损失，由被执行人承担。

一、本条含义

本条是关于强制被执行人迁出房屋或者退出土地的规定。

本条的规定主要针对房屋、土地等不动产方面的强制执行。生效法律文书确定房屋占有人迁出房屋，土地占有人退出土地的，房屋占有人、土地占有人必须履行，如不履行将给对方当事人的合法权益或者社会公共利益造成损害，为此民事诉讼法规定了强制迁出房屋、强制退出土地的执行措施。

强制执行应当依照本条规定的程序进行：（1）通知到场。（2）相关单位派员参加。

（3）制作执行笔录。（4）被搬出财物的交付。

第二百五十一条【财产权证照转移】在执行中，需要办理有关财产权证照转移手续的，人民法院可以向有关单位发出协助执行通知书，有关单位必须办理。

一、本条含义

本条是关于办理财产权证照转移手续的规定。

在执行程序中，有些案件需要办理有关财产权证照转移手续，本条所称“有关财产权

的证照”，是指有财产权内容的证照，如土地使用权证、房产证等。

第二百五十二条【对行为执行】对判决、裁定和其他法律文书指定的行为，被执行人未按执行通知履行的，人民法院可以强制执行或者委托有关单位或者其他人员完成，费用由被执行人承担。

一、本条含义

本条是关于强制执行法律文书指定的行为的规定。

人民法院作出的生效法律文书，有的属于要求当事人从事某种行为。行为的执行，是指要求被执行人履行作为或者不作为的义务。作为执行标的的行为，可以分为作为和不作为两种。作为也称积极的行为，即被执行人以积极的方式作出某种行为，如修缮房屋、拆除违章建筑等。不作为，也称消极的行为，是指被执行人不得作出某种行为，如停止侵害。

第二百五十三条【迟延履行】被执行人未按判决、裁定和其他法律文书指定的期间履行给付金钱义务的，应当加倍支付迟延履行期间的债务利息。被执行人未按判决、裁定和其他法律文书指定的期间履行其他义务的，应当支付迟延履行金。

一、本条含义

本条是关于强制被执行人加倍支付迟延履行期间的债务利息或者支付迟延履行金的规定。

本条对被执行人未按判决、裁定和其他法律文书指定的期间履行给付金钱义务或者其他义务的，规定了加倍支付迟延履行期间的债务利息或者支付迟延履行金。债务利息是指被执行人没有按期履行给付金钱义务而应当向债权人支付的除债务本金之外的一定费用。迟延履行金是指被执行人因迟延履行生效法律文书确定的其他义务而应当向权利人支付的除原债务以外的款项，具有弥补权利人损失和对义务人惩罚的双重功能。

第二百五十四条【继续履行】人民法院采取本法第二百四十二条、第二百四十三条、第二百四十四条规定的执行措施后，被执行人仍不能偿还债务的，应当继续履行义务。债权人发现被执行人有其他财产的，可以随时请求人民法院执行。

一、本条含义

本条是关于继续履行义务及随时申请执行的规定。

在执行过程中执行法院已经实施了法律所规定的关于查询、冻结、划拨存款，扣留、提取被执行人收入，以及查封、扣押、冻结、拍卖、变卖被执行人财产的措施后，被执行人仍无法偿还债务的，债务并不因此而消灭，债务人还应当继续履行义务；债权人发现被执行人有其他财产的，可以随时请求人民法院执行。

第二百五十五条【对被执行人的限制措施】被执行人不履行法律文书确定的义务的，人民法院可以对其采取或者通知有关单位协助采取限制出境，在征信系统记录、通过媒体公布不履行义务信息以及法律规定的其他措施。

一、本条含义

本条是关于对被执行人的限制措施的规定。

对本条规定有两点需要注意：第一，限制措施是针对逾期不履行生效法律文书及执行通知书所确定的义务的主体。第二，限制措施的实施主体有的是法院的执行部门，有的是其他有关部门。例如，限制出境的实施主体就应当是公安机关，有关部门应当按照法律的规定协助实施。

第二十二章 执行中止和终结

第二百五十六条【执行中止】有下列情形之一的，人民法院应当裁定中止执行：

- (一) 申请人表示可以延期执行的；
- (二) 案外人对执行标的提出确有理由的异议的；
- (三) 作为一方当事人的公民死亡，需要等待继承人继承权利或者承担义务的；
- (四) 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；
- (五) 人民法院认为应当中止执行的其他情形。

中止的情形消失后，恢复执行。

一、本条含义

本条是关于执行中止的规定。

执行中止是执行程序开始后，由于出现某种法定原因暂时停止执行，等待法定原因解除后再继续执行。从暂时停止执行到继续执行这一段期间，可以称为执行中止的期间。

人民法院对决定中止执行的案件，应当作出裁定，并通知当事人。中止执行只是执行程序的暂时停止，不是执行程序的结束。引起中止执行的情况消除后，应当恢复执行。恢复执行可以由人民法院依职权主动进行，也可以由当事人申请，经法院同意后恢复。如果引起中止执行的原因永不消除，人民法院可以终结执行程序。

第二百五十七条【执行终结】有下列情形之一的，人民法院裁定终结执行：

- (一) 申请人撤销申请的；
- (二) 据以执行的法律文书被撤销的；
- (三) 作为被执行人的公民死亡，无遗产可供执行，又无义务承担人的；
- (四) 追索赡养费、抚养费、抚育费案件的权利人死亡的；
- (五) 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；
- (六) 人民法院认为应当终结执行的其他情形。

一、本条含义

本条是关于执行终结的规定。

执行终结分为正常情况下的执行终结和特殊情况下的执行终结。前者是指法院执行员按照已经生效的法律文书的要求，采取相应措施全部执行完毕。后者是指执行开始后，由于出现某种法定原因使执行工作永远无法进行或者无须进行，因而以裁定的方式结束执行程序。

二、真题分析

62.【2010 年第 96 题】根据民事诉讼法及相关规定，在执行过程中出现下列哪种情形的，人民法院裁定终结执行？

- A、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
- B、追索抚育费案件的权利人死亡的
- C、申请人撤销执行申请的
- D、据以执行的法律文书被撤销的

【考点】执行终结

【分析】根据《民事诉讼法》第二百五十七条的规定，本题中，选项 ABCD 正确。

【答案】ABCD

第二百五十八条【中止、终结裁定效力】中止和终结执行的裁定，送达当事人后立即

生效。

一、本条含义

本条是关于中止执行和终结执行的裁定效力问题的规定。

人民法院受理民事案件后，对诉讼程序问题所作的处理决定叫做裁定，和判决书一样，人民法院的裁定也是人民法院行使国家审判权的表现形式，具有严肃性和权威性。人民法院作出的中止执行或者终结执行的裁定，送达当事人后立即生效，当事人不得对执行中止或者执行终结的裁定提起上诉。

第四编 涉外民事诉讼程序的特别规定

第二十三章 一般原则

第二百五十九条【适用本国法】在中华人民共和国领域内进行涉外民事诉讼，适用本编规定。本编没有规定的，适用本法其他有关规定。

一、本条含义

本条是关于在我国领域内进行涉外民事诉讼适用我国民事诉讼法的规定。

本条对在我国领域内进行涉外民事诉讼，适用我国民事诉讼法的问题作了明确规定。这一规定是国家主权原则的重要体现，是涉外民事诉讼程序的首要原则。进行民事诉讼，在程序法上适用法院地国家的法律，也是国际上公认的一条准则。

根据本条规定，对于涉外民事诉讼，首先要适用涉外民事诉讼程序的特别规定，在涉外民事诉讼程序的特别规定中未作规定的，则适用民事诉讼法其他各编的相关规定。

涉外民事诉讼，是指含有涉外因素的民事诉讼。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第三百零四条规定，当事人一方或双方是外国人、无国籍人、外国企业或组织，或者当事人之间民事法律关系的设立、变更、终止的法律事实发生在外国，或者诉讼标的物在外国的民事案件，为涉外民事案件。

第二百六十条【国际条约优先】中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同本法有不同规定的，适用该国际条约的规定，但中华人民共和国声明保留的条款除外。

一、本条含义

本条是关于适用我国缔结或者参加的国际条约的规定。

国际条约是国家间就其相互权利义务关系所作的书面形式的约定。国际条约有双边国际条约和多边国际条约之分。

对于国际条约，缔约国或者参加国均有信守和付诸实施的义务。民事诉讼法的这条规定表明，人民法院在审理涉外民事案件时，应当承认我国缔结或者参加的国际条约在涉外民事诉讼中的效力，即使国际条约的规定与我国民事诉讼法的规定有所不同，也应当适用国际条约的规定。同时，我国民事诉讼法没有规定但国际条约有规定的，也应当依照国际条约的规定办理。

第二百六十一条【外交特权与豁免】对享有外交特权与豁免的外国人、外国组织或者国际组织提起的民事诉讼，应当依照中华人民共和国有关法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约的规定办理。

一、本条含义

本条是关于外交特权与豁免原则的适用的规定。

外交特权与豁免，是指为了便于外交代表或者具有特殊身份的外交官员有效地执行职

务，各国根据其缔结或者参加的国际条约、国际惯例，或者根据平等互惠原则，给予驻在本国的外交代表和以外交官员的身份来本国执行职务的人员以特别权利和优惠待遇。

本条所指的享有外交特权与豁免的外国人，主要是外国驻在我国的外交代表（外国驻华使馆的馆长和具有外交官衔的使馆工作人员），还包括来中国访问的外国国家元首、政府首脑、外交部长及其他具有同等身份的官员。

本条所指的法律和国际公约，主要是指《中华人民共和国外交特权与豁免条例》、《中华人民共和国领事特权与豁免条例》、《维也纳外交关系公约》和《维也纳领事关系公约》等。

第二百六十二条【语言文字】 人民法院审理涉外民事案件，应当使用中华人民共和国通用的语言、文字。当事人要求提供翻译的，可以提供，费用由当事人承担。

一、本条含义

本条是关于审理涉外民事案件使用我国通用的语言文字的规定。

一个国家的法院审理涉外案件，使用法院所在国的语言、文字，这是世界各国的一致做法。人民法院在审理涉外案件时，必须使用我国通用的语言、文字，这是国家主权的体现，不能有任何变通。即使审判人员通晓外语，也不能使用外语对外国当事人进行询问、审判。外国当事人提供的有关诉讼材料，也必须附有中文译文。

第二百六十三条【中国律师代理】 外国人、无国籍人、外国企业和组织在人民法院起诉、应诉，需要委托律师代理诉讼的，必须委托中华人民共和国的律师。

一、本条含义

本条是关于外国当事人需要委托律师代理诉讼，必须委托中国律师的规定。

外国当事人可以亲自在我国人民法院起诉或者应诉，进行诉讼活动，也可以委托他人代理诉讼。但是委托律师代理诉讼的，只能委托中国的律师，而不能委托别国律师，包括外国当事人本国的律师以及除我国以外的其他任何一个国家的律师。

本条规定仅指在需要委托律师代理诉讼的情况下，必须委托中国律师。而并不排斥外国当事人委托本国律师以非律师身份担任诉讼代理人；不排斥外国当事人委托其本国公民或者其他国家的公民作为诉讼代理人；也不排斥外国驻华使领馆官员，受本国公民的委托，以个人名义而非官方名义担任该国当事人的诉讼代理人；更不排斥外国当事人委托中国公民作为诉讼代理人。

第二十四章 管辖

第二百六十五条【特殊地域管辖】 因合同纠纷或者其他财产权益纠纷，对在中华人民共和国领域内没有住所的被告提起的诉讼，如果合同在中华人民共和国领域内签订或者履行，或者诉讼标的物在中华人民共和国领域内，或者被告在中华人民共和国领域内有可供扣押的财产，或者被告在中华人民共和国领域内设有代表机构，可以由合同签订地、合同履行地、诉讼标的物所在地、可供扣押财产所在地、侵权行为地或者代表机构住所地人民法院管辖。

一、本条含义

本条是关于被告在我国领域内没有住所的合同或者其他财产权益纠纷案件的管辖的规定。

在涉外民事案件中，被告一方在我国领域内没有住所是经常出现的情况。为了便于人民法院对被告在我国领域内无住所的涉外案件行使审判权，民事诉讼法对因涉外合同纠纷

或者其他财产权益纠纷提起的诉讼，而被告在我国领域内又没有住所的案件的管辖问题作了明确规定：（1）合同在我国领域内签订或者履行的，由合同签订地或者履行地人民法院管辖；（2）侵权行为或者损害结果发生在我国领域内的，由侵权行为发生地或者结果地人民法院管辖；（3）被告有财产在我国领域内可供扣押的，由被告可供扣押的财产所在地人民法院管辖；（4）被告在我国领域内设有代表机构的，由代表机构所在地人民法院管辖。这一规定体现了诉讼与法院所在地实际联系的原则。诉讼与我国法院所在地存在一定实际联系的，我国人民法院都有管辖权。

第二百六十六条【专属管辖】因在中华人民共和国履行中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同发生纠纷提起的诉讼，由中华人民共和国人民法院管辖。

一、本条含义

本条是关于在我国领域内履行中外合资经营、中外合作经营、中外合作勘探开发合同发生的诉讼，由我国法院专属管辖的规定。

专属管辖，是指特定的涉外民事案件的管辖权，专属于我国特定的人民法院管辖。

《中华人民共和国合同法》第一百二十六条第二款规定，在我国境内履行的中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同，适用我国法律。这里所说的适用我国法律，包括适用我国法律中的实体法和程序法。本条规定在程序法中明确了在我国履行上述涉外合同发生纠纷提起的诉讼，由我国人民法院专属管辖，排除了其他任何国家的法院对这类案件的管辖权。

第二十七章 司法协助

第二百八十四条【实施日期】本法自公布之日起施行，《中华人民共和国民事诉讼法（试行）》同时废止。

一、本条含义

本条是关于本法施行日期的规定。

2012年8月31日十一届全国人大常委会第二十八次会议审议通过的《全国人民代表大会常务委员会关于修改〈中华人民共和国民事诉讼法〉的决定》规定：“本决定自2013年1月1日起施行。”根据这一规定，经修改后的民事诉讼法，内容未作改动的条文，生效时间分别为1991年4月9日和2008年4月1日；经过修改的条文，包括新增加的条文，生效时间为2013年1月1日。

第四部分

中华人民共和国行政复议法

(1999 年 4 月 29 日第九届全国人民代表大会常务委员会第九次会议通过

根据 2009 年 8 月 27 日第十一届全国人民代表大会常务委员会

第十次会议《关于修改部分法律的决定》修正)

目 录

第一章 总则.....	215
第二章 行政复议范围.....	216
第三章 行政复议申请.....	221
第四章 行政复议受理.....	232
第五章 行政复议决定.....	234
第六章 法律责任.....	243
第七章 附则.....	243

第一章 总则

第一条【立法目的】 为了防止和纠正违法的或者不当的具体行政行为，保护公民、法人和其他组织的合法权益，保障和监督行政机关依法行使职权，根据宪法，制定本法。

一、本条含义

本条是关于行政复议法立法宗旨的规定。

行政复议法开宗明义规定了本法的立法宗旨，明确规定有下列三个方面：为了防止和纠正违法或者不当的具体行政行为；为了保护公民、法人和其他组织的合法权益；三、为了保障和监督行政机关依法行使职权。

第二条【适用范围】 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，向行政机关提出行政复议申请，行政机关受理行政复议申请、作出行政复议决定，适用本法。

一、本条含义

本条是关于行政复议法适用范围的规定。

行政复议是解决行政争议的一种广泛运用的行政方法，是指行政相对人，即公民、法人或者其他组织不服行政机关作出的具体行政行为，依据行政复议法的规定，向行政复议机关提出申请，请求重新审查并纠正原具体行政行为，行政复议机关据此对行政机关的具体行政行为是否合法、适当进行审查并作出决定的法律制度。

本条对我国行政复议制度的范围作出了规定。其要点有二：一是申请行政复议的对象是“行政机关的具体行政行为”，包括作为与不作为；二是申请行政复议的前提是行政机关的具体行政行为“侵犯行政相对人的合法权益”。这种侵害，可以是实际上已经成为事实上的侵害，也可以是公民、法人或者其他组织认为行政机关的具体行政行为构成了侵害。

第三条【行政复议机关及职责】 依照本法履行行政复议职责的行政机关是行政复议机关。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，履行下列职责：

- (一) 受理行政复议申请；
- (二) 向有关组织和人员调查取证，查阅文件和资料；
- (三) 审查申请行政复议的具体行政行为是否合法与适当，拟订行政复议决定；
- (四) 处理或者转送对本法第七条所列有关规定的审查申请；
- (五) 对行政机关违反本法规定的行为依照规定的权限和程序提出处理建议；
- (六) 办理因不服行政复议决定提起行政诉讼的应诉事项；
- (七) 法律、法规规定的其他职责。

一、本条含义

本条是关于行政复议机关、行政复议机构及其职责的规定。

行政复议是上级行政机关对下级行政机关的一种层级监督和自我监督，不仅仅是对公民、法人或者其他组织因行政行为的过错造成的损害进行补救的制度，还对化解大量的社会矛盾，促进社会的稳定发挥着巨大的作用。

行政复议机关是指依照法律的规定，有权受理行政复议申请，依法对具体行政行为进行审查并作出裁决的行政机关。行政复议机构是指复议机关内设的具体办理有关行政复议工作的机构。目前承担行政复议工作的机构，包括地方各级人民政府和政府工作部门的行政复议机构。

二、真题分析

1. 【2011年第44题】根据行政复议法及相关规定，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，应当履行下列哪些职责？

- A、审查申请行政复议的具体行政行为是否合法
- B、审查申请行政复议的具体行政行为所依据的规章是否合法
- C、审查申请行政复议的具体行政行为是否适当
- D、对违法作出具体行政行为的行政机关进行处理

【考点】行政复议审查范围

【分析】根据《行政复议法》第三条的规定，本题中，选项AC均属于上述第（三）项的规定，因此，选项AC正确。由上述第（五）项可知，选项D错误。根据《行政复议法》第七条第一款的规定，选项D错误。

【答案】AC

第四条【复议原则】 行政复议机关履行行政复议职责，应当遵循合法、公正、公开、及时、便民的原则，坚持有错必纠，保障法律、法规的正确实施。

一、本条含义

本条是关于行政复议应当遵循的基本原则的规定，即合法原则、公正原则、公开原则、及时原则、便民原则。

第五条【司法救济】 公民、法人或者其他组织对行政复议决定不服的，可以依照行政诉讼法的规定向人民法院提起行政诉讼，但是法律规定行政复议决定为最终裁决的除外。

一、本条含义

本条是关于对行政复议决定不服向人民法院提起行政诉讼的规定。

行政复议也是一种行政行为，虽然它具有法律救济的性质，但仍然是行政系统内运作，从监督机制的角度来看，对行政复议行为应当有司法救济途径。

行政诉讼是公民、法人及其他组织对行政机关作出的具体行政行为不服，或者认为行政机关侵害其合法权益的，可以通过向人民法院提起诉讼而获得法律救济的一条渠道，也是最重要和最公正的一条渠道。

行政复议与行政诉讼两个法律制度相衔接，是由以下两项法律原则所决定，一是司法最终解决原则，即行政复议并非终局裁决，行政相对人对行政复议决定不服的，仍然可以提起行政诉讼。最终对所争议的行政行为究竟如何裁决，由司法机关决定；二是行政复议并非必经阶段原则，即行政复议的存在更多考虑的是行政效率，而行政诉讼解决行政争议，是其更具有公正性，对行政争议，行政相对人可以选择，可以行政复议，也可以直接向人民法院起诉；还可以先行政复议，对行政复议决定不服时，再向法院起诉。

第二章 行政复议范围

第六条【复议范围】 有下列情形之一的，公民、法人或者其他组织可以依照本法申请行政复议：

（一）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；

（二）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；

（三）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；

- (四) 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；
- (五) 认为行政机关侵犯合法的经营自主权的；
- (六) 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；
- (七) 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；
- (八) 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；
- (九) 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；
- (十) 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；
- (十一) 认为行政机关的其他具体行政行为侵犯其合法权益的。

一、本条含义

本条规定了可以申请行政复议的具体行政行为的范围。

具体行政行为是指行政机关针对特定公民、法人或者其他组织作出的影响其权益的决定或者措施的行为。对下列具体行政行为不服的，可以申请行政复议：（1）行政处罚；（2）行政强制措施；（3）对许可证、执照、资质证、资格证等证书的变更、中止、撤销行为；（4）行政确权行为；（5）侵犯经营自主权的行为；（6）干涉农业承包合同的行为；（7）违法集资、征收、摊派等要求履行义务的行为；（8）不予颁发许可证、执照等许可行为；（9）未履行保护人身权利、财产权利或者受教育权利的行为；（10）行政机关不依法发放抚恤金、社会保险金或者最低生活保障费的行为；（11）其他具体行政行为。

二、真题分析

2. 【2014年第34题】根据行政复议法及相关规定，下列哪些情形可以申请行政复议？

- A. 张某对某行政机关作出的暂扣其许可证的行政处罚决定不服的
- B. 王某对某行政机关作出的限制其人身自由的行政强制措施决定不服的
- C. 赵某对某行政机关就其与某公司之间的民事纠纷作出的调解不服的
- D. 李某对某行政机关作出的撤销其资格证的决定不服的

【考点】行政复议的范围

【分析】根据《行政复议法》第六条的规定，本题中，选项 ABD 分别属于其中第（一）、（二）、（三）项规定的情形，因此，选项 ABD 正确。根据《行政复议法》第八条第二款的规定，选项 C 错误。

【答案】ABD

3. 【2013年第51题】根据行政复议法及相关规定，在下列哪些情形下，当事人可以申请行政复议？

- A. 某工商局对张某作出没收违法所得的处罚决定，张某不服的
- B. 某公安局对其工作人员王某作出撤职的处分决定，王某不服的
- C. 某民政局拒绝给刘某发放最低生活保障费，刘某不服的
- D. 赵某认为乡人民政府违法集资的

【考点】行政复议范围

【分析】根据《行政复议法》第六条的规定，本题中，选项 ACD 正确。根据《行政复议法》第八条第一款的规定，选项 B 错误。

【答案】ACD

4. 【2012 年第 17 题】王某认为某行政机关不履行法定职责而申请行政复议，行政复议机关受理后发现该行政机关没有相应法定职责。根据行政复议法及相关规定，该行政复议机关应当如何处理？

- A、作出中止该行政复议的决定
- B、作出终止该行政复议的决定
- C、作出该行政复议申请视为撤回的决定
- D、作出驳回该行政复议申请的决定

【考点】行政复议决定

【分析】根据《行政复议法实施条例》第四十八条第（一）项的规定，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，行政复议机关应当决定驳回行政复议申请。因此，本题中，选项 ABC 错误。选项 D 正确。

【答案】D

5. 【2012 年第 43 题】根据行政复议法及相关规定，公民、法人或者其他组织在下列哪些情形下可以申请行政复议？

- A、对国务院部门制定的规章不服的
- B、对行政机关作出的责令其停产的行政处罚决定不服的
- C、申请行政机关履行保护其人身权利的法定职责，该行政机关没有依法履行的
- D、申请行政机关依法发放最低生活保障费，该行政机关没有依法发放的

【考点】行政复议范围

【分析】根据《行政复议法》第六条的规定，本题中，选项 BCD 正确。制定的规章不属于具体行政行为，并且根据《行政复议法》第七条的规定，规章的审查依照法律、行政法规办理。因此，选项 A 错误。

【答案】BCD

6. 【2011 年第 4 题】根据行政复议法及相关规定，下列哪些情形可以申请行政复议？

- A、李某对某行政机关作出的扣押其财产的行政强制措施不服的
- B、齐某对某行政机关作出的撤销其执业证的处罚不服的
- C、何某对某行政机关作出的没收其违法所得的处罚不服的
- D、孙某对某行政机关就其与黄某之间的民事纠纷作出的调解不服的

【考点】行政复议范围

【分析】根据《行政复议法》第六条的规定，本题中，选项 ABC 分别对应上述第（二）、（一）、（三）项，因此，选项 ABC 正确。根据《行政复议法》第八条第二款的规定，选项 D 错误。

【答案】ABC

7. 【2011 年第 60 题】李某认为某行政机关不履行法定职责，欲申请行政复议。根据行政复议法及相关规定，行政复议机关受理该行政复议申请后发现有下列哪些情形的，应当驳回该行政复议申请？

- A、该行政机关没有相应法定职责的
- B、该行政机关在受理前已经履行法定职责的

C、行政复议申请的部分材料是在行政复议机构收到该行政复议申请之日起三日内补正的

D、该申请不符合行政复议法及其实施条例规定的受理条件的

【考点】行政复议决定

【分析】根据《行政复议法实施条例》第四十八条的规定，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：（一）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；（二）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。因此，选项 ABD 正确。

根据《行政复议法实施条例》第二十九条的规定，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。补正通知应当载明需要补正的事项和合理的补正期限。无正当理由逾期不补正的，视为申请人放弃行政复议申请。补正申请材料所用时间不计入行政复议审理期限。因此，选项 C 错误。

【答案】ABD

第七条【规定的审查】 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：

- （一）国务院部门的规定；
- （二）县级以上地方各级人民政府及其工作部门的规定；
- （三）乡、镇人民政府的规定。

前款所列规定不含国务院部、委员会规章和地方人民政府规章。规章的审查依照法律、行政法规办理。

一、本条含义

本条是关于对抽象行政行为的申请审查的规定。

本条所称的“规定”是指行政机关发布的具有普遍约束力的决定、命令等规范性文件，也就是行政机关的抽象行政行为。

二、真题分析

8. 【2014 年第 5 题】根据行政复议法及相关规定，公民、法人或者其他组织认为行政机关具体行政行为的下列哪项依据不合法的，可以在申请行政复议时一并申请对其进行审查？

- A. 国务院部门规章
- B. 国务院部门的规定
- C. 省人民政府规章
- D. 市人民政府规章

【考点】对部分抽象行政行为的附带审查

【分析】根据《行政复议法》第七条的规定，在申请行政复议时可一并申请对国务院部门的规定进行审查，但不能申请对国务院部门、省人民政府、市人民政府的规章进行审查，因此，选项 ACD 错误，选项 B 正确。

【答案】B

9. 【2012 年第 52 题】根据行政复议法及相关规定，公民、法人或者其他组织认为行

政机关的具体行政行为所依据的下列哪些不合法的，可以在申请行政复议时一并申请对其进行审查？

- A、行政法规
- B、省人民政府规章
- C、县人民政府的规定
- D、镇人民政府的规定

【考点】对部分抽象行政行为的附带审查

【分析】根据《行政复议法》第七条的规定，本题中，行政法规和省人民政府规章均不属于在申请行政复议时一并申请对其进行审查的范围，因此，选项 AB 错误，选项 CD 正确。

【答案】CD

10. 【2010 年第 12 题】根据行政复议法及相关规定，下列说法哪些是正确的？

- A、申请人认为行政机关具体行政行为所依据的地方人民政府规章不合法的，在对具体行政行为申请行政复议时，可以一并提出对该规章的审查申请
- B、行政机关工作人员不服行政机关对其作出的行政处分决定的，可以依法申请行政复议
- C、对县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
- D、行政复议决定作出前，申请人自愿撤回行政复议申请的，经行政复议机构同意，可以撤回

【考点】行政复议的排除范围、受理时机、撤回；对部分抽象行政行为的附带审查

【分析】根据《行政复议法》第七条的规定，本题中，选项 A 错误。根据《行政复议法》第八条的规定，选项 B 错误。根据《行政复议法》第十三条第一款的规定，选项 C 正确。根据《行政复议法实施条例》第三十八条第一款的规定，申请人在行政复议决定作出前自愿撤回行政复议申请的，经行政复议机构同意，可以撤回。选项 D 正确。

【答案】CD

第八条【申诉及诉讼】不服行政机关作出的行政处分或者其他人事处理决定的，依照有关法律、行政法规的规定提出申诉。

不服行政机关对民事纠纷作出的调解或者其他处理，依法申请仲裁或者向人民法院提起诉讼。

一、本条含义

本条是关于不属于行政复议范围的规定。

根据行政复议法的规定，对行政机关的下列行为，不能申请复议：

（一）行政处分或者其他人事处理决定

行政处分是行政机关对违法、违纪的国家公务员所给予的惩戒。根据《国家公务员条例》的规定，国家公务员对有违纪行为，尚未构成犯罪的，或者虽然构成犯罪但是依法不追究刑事责任的，应当给予行政处分。其他人事决定是指除行政处分外，行政机关在内部人事管理活动中，对国家公务员个人作出的具体人事处理决定，它包括公务员定级、考核等次、降职、免职、回避、晋级、增资、辞职、辞退以及退休等涉及其个人权益的决定。

（二）不服行政机关对民事纠纷作出的调解或者其他处理

在我国，行政权对民事活动的干预有其历史基础和现实需求。许多法律、法规都规定了行政机关可以对民事纠纷作出调解或处理。行政机关对民事纠纷作出的调解或处理是解决民事纠纷的方式之一，但不是最终，也不是最主要的方式，当事人不服的还可以向法院

提起诉讼。因此，为了尽快解决民事纠纷，行政复议法将不服行政机关对民事纠纷作出的调解或者其他处理排除在复议范围之外。

二、真题分析

11. 【2013 年第 5 题】某省知识产权局对职务发明人姚某与其所在单位的职务发明报酬纠纷作出了调解，姚某对该调解不服。根据行政复议法及相关规定，姚某可以通过下列哪种途径解决该纠纷？

- A、向该省知识产权局提出申诉
- B、向国家知识产权局申请行政复议
- C、向该省人民政府申请行政复议
- D、向人民法院提起诉讼

【考点】行政复议的排除范围

【分析】根据《行政复议法》第八条第二款的规定，姚某与其所在单位的职务发明报酬纠纷为民事纠纷，省知识产权局对此作出的调解属于“对民事纠纷作出的调解”，根据上述规定，当事人对该调解不服的，可依法申请仲裁或者向人民法院提起诉讼，不能申请行政复议，选项 D 正确，选项 BC 错误。根据《行政复议法》第八条第一款的规定，选项 A 错误。

【答案】D

第三章 行政复议申请

第九条【复议期间】 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六十日内提出行政复议申请；但是法律规定的申请期限超过六十日的除外。

因不可抗力或者其他正当理由耽误法定申请期限的，申请期限自障碍消除之日起继续计算。

一、本条含义

本条是关于复议申请期限的规定。

关于申请行政复议期限的计算问题，根据本条的规定，要从公民、法人或者其他组织知道具体行政行为之日起计算。也就是行政管理相对人通过法定途径，得以了解具体行政行为已经作出并知晓其内容的时间。

本条第二款是对发生了法定的意外情况复议申请期限可以延期的规定。根据本款的规定，可以适当延期的情况有两类：一是因不可抗力的发生耽误了法定申请期限；二是其他一些正当理由耽误了法定申请期限的，如法人处于合并或者改组阶段，复议申请人病重等。根据本款的规定出现上述两种情况耽误了法定申请期限，申请期限自障碍消除之日起继续计算，注意这里不是重新计算。

二、真题分析

12. 【2010 年第 36 题】根据行政复议法及相关规定，在其他法律对于行政复议的申请期限没有特殊规定的情况下，下列说法哪些是正确的？

- A、行政复议申请人应当自知道具体行政行为之日起六十日内提出复议申请
- B、行政复议申请人应当自具体行政行为作出之日起六十日内提出复议申请
- C、因不可抗力耽误法定申请行政复议的期限的，该期限自障碍消除之日起继续计算
- D、因正当理由耽误法定申请行政复议的期限的，该期限自障碍消除之日起继续计算

【考点】行政复议的申请期限

【分析】根据《行政复议法》第九条的规定，本题中，选项 ACD 正确，选项 B 错误。

【答案】ACD

第十条【复议申请人】 依照本法申请行政复议的公民、法人或者其他组织是申请人。

有权申请行政复议的公民死亡的，其近亲属可以申请行政复议。有权申请行政复议的公民为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的，其法定代理人可以代为申请行政复议。有权申请行政复议的法人或者其他组织终止的，承受其权利的法人或者其他组织可以申请行政复议。

同申请行政复议的具体行政行为有利害关系的其他公民、法人或者其他组织，可以作为第三人参加行政复议。

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，作出具体行政行为的行政机关是被申请人。

申请人、第三人可以委托代理人代为参加行政复议。

一、本条含义

本条是关于复议申请人、第三人和被申请人的规定。

本条第一款对复议申请人作出了规定。复议申请人应当具备以下几个条件：一是认为具体行政行为侵犯了自己的合法权益；二是依法向复议机关提出复议申请；三是对于公民来说，通常情况下申请人大多是有权申请行政复议公民本人，由自己提出复议申请；四是对于法人或者其他组织来说，申请行政复议的多是法定代表人，当然也可以委托代理人提出复议申请。

本条第二款对几种特殊情况下的复议申请问题作出了进一步明确的规定。大致包括三个层次的内容：第一层内容是规定了有权申请行政复议的公民死亡的，其近亲属可以申请行政复议；第二层内容是规定了有权申请行政复议的公民为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的，其法定代理人可以代为申请行政复议；第三层内容是有权申请行政复议的法人或者其他组织终止的，承受其权利的法人或者其他组织可以申请行政复议。

本条第三款对行政复议第三人作出了规定。行政复议第三人是指，与行政复议的具体行政行为有利害关系，为维护自己的合法权益，经复议机关同意参加复议的公民、法人或者其他组织。

本条第四款规定，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，作出具体行政行为的行政机关是被申请人。能够成为被申请人必须具备以下几个条件：一是应当是行政机关，而且是具有外部管理职能的行政机关（包括一些经法律、法规授权施行行政管理职能的组织）；二是实施了申请人认为侵犯其合法权益的具体行政行为，也就是说该行政机关（包括经法律、法规授权的组织）实施的具体行政行为与申请人提出的复议请求有必然的因果关系；如果没有实施申请人所指控的具体行政行为，或者实施的行为与复议请求无因果关系，不能成为行政复议的被申请人；三是经复议机关确认并通知其参加行政复议，说明行政复议机关已经受理了申请人的复议申请，并确定该行政机关或者组织为被申请人。

本条第五款规定还明确规定申请人、第三人可以委托代理人代为参加行政复议。本法第二十条规定，“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。”在这种情况下，如果复议申请人或者第三人认为必要，可以委托近亲属或者聘请律师代为参加行政复议，以更好的维护自己的合法权益。需要明确指出的是，行政复议法只规定了申请人和第三人可以委托代理人参加行政复议，而没有规定被申请人可以委托代理人，所以被申请人是不可以委托代理人参加行政复议的，如果行政

复议机关组织情况调查会，向有关人员了解情况，被申请人必须到场，不可以委托律师等代理人。

二、真题分析

13. 【2014 年第 51 题】根据行政复议法及相关规定，下列关于行政复议被申请人的哪些说法是正确的？

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

B. 行政机关与法律授权的组织以共同的名义作出具体行政行为的，仅行政机关为被申请人

C. 行政机关设立的内设机构，未经法律、法规授权，对外以自己名义作出具体行政行为的，该内设机构为被申请人

D. 行政机关设立的内设机构，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

【考点】行政复议的被申请人

【分析】根据《行政复议法实施条例》第十二条第一款的规定，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。因此，选项 A 正确，选项 B 错误。根据《行政复议法实施条例》第十四条的规定，选项 C 错误，选项 D 正确。

【答案】AD

14. 【2013 年第 34 题】甲行政机关依照相关法律规定，经其上级乙行政机关批准，对股份制企业丙公司作出行政处罚决定，丙公司董事会认为该具体行政行为侵犯了企业合法权益，欲申请行政复议。根据行政复议法及相关规定，下列哪些说法是正确的？

A. 丙公司董事会可以以自己的名义申请行政复议

B. 丙公司董事会可以以企业的名义申请行政复议

C. 该行政复议申请应以甲行政机关为行政复议被申请人

D. 该行政复议申请应以乙行政机关为行政复议被申请人

【考点】行政复议的申请人、被申请人

【分析】根据《行政复议法实施条例》第七条的规定，股份制企业的股东大会、股东代表大会、董事会认为行政机关作出的具体行政行为侵犯企业合法权益的，可以以企业的名义申请行政复议。本题中，选项 A 错误，选项 B 正确。根据《行政复议法实施条例》第十三条的规定，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。甲行政机关对丙公司作出的行政处罚决定是依照法律规定经其上级乙行政机关批准后作出的，因此乙行政机关是被申请人。选项 C 错误，选项 D 正确。

【答案】BD

15. 【2013 年第 41 题】行政复议期间，行政复议机构认为申请人以外的公民管某与被审查的具体行政行为有利害关系。根据行政复议法及相关规定，下列哪些说法是正确的？

A. 该行政复议机构可以追加管某为行政复议申请人，通知其参加行政复议

B. 该行政复议机构可以通知管某作为第三人参加行政复议

C. 管某不参加行政复议的，该行政复议终止

D. 管某不参加行政复议的，不影响该行政复议案件的审理

【考点】行政复议的第三人

【分析】根据《行政复议法》第十条第三款的规定，以及《行政复议法实施条例》第九条第一款的规定，行政复议期间，行政复议机构认为申请人以外的公民、法人或者其他组织与被审查的具体行政行为有利害关系的，可以通知其作为第三人参加行政复议。本题中，行政复议机构可以通知管某作为第三人参加行政复议，而不是追加管某为行政复议申请人，因此，选项 A 错误，选项 B 正确。根据《行政复议法实施条例》第九条第三款的规定，第三人不参加行政复议，不影响行政复议案件的审理。因此，选项 C 错误，选项 D 正确。

【答案】BD

16. 【2012 年第 34 题】根据行政复议法及相关规定，下列哪些说法是正确的？

- A、有权申请行政复议的公民死亡的，其近亲属可以申请行政复议
- B、有权申请行政复议的公民为无民事行为能力人的，其法定代理人可以代为申请行政复议
- C、有权申请行政复议的公民为限制民事行为能力人的，其法定代理人可以代为申请行政复议
- D、有权申请行政复议的法人或者其他组织终止的，承受其权利的法人或者其他组织可以申请行政复议

【考点】行政复议的申请人

【分析】根据《行政复议法》第十条第二款的规定，本题中，选项 ABCD 正确。

【答案】ABCD

17. 【2011 年第 12 题】根据行政复议法及相关规定，下列关于复议申请人的说法哪些是正确的？

- A、合伙企业申请行政复议的，应当以核准登记的企业为申请人
- B、合伙企业以外的其他合伙组织申请行政复议的，由其合伙人共同申请行政复议
- C、股份制企业的股东大会认为某行政机关作出的具体行政行为侵犯该企业合法权益的，可以以该企业的名义申请行政复议
- D、同一行政复议案件申请人超过 5 人的，应当推选 1 至 3 名代表参加行政复议

【考点】行政复议的申请人

【分析】根据《行政复议法实施条例》第六条的规定，合伙企业申请行政复议的，应当以核准登记的企业为申请人，由执行合伙事务的合伙人代表该企业参加行政复议；其他合伙组织申请行政复议的，由合伙人共同申请行政复议。前款规定以外的不具备法人资格的其他组织申请行政复议的，由该组织的主要负责人代表该组织参加行政复议；没有主要负责人的，由共同推选的其他成员代表该组织参加行政复议。因此，选项 AB 正确。

根据《行政复议法实施条例》第七条的规定，股份制企业的股东大会、股东代表大会、董事会认为行政机关作出的具体行政行为侵犯企业合法权益的，可以以企业的名义申请行政复议。因此，选项 C 正确。根据《行政复议法实施条例》第八条的规定，同一行政复议案件申请人超过 5 人的，推选 1 至 5 名代表参加行政复议。因此，选项 D 错误。

【答案】ABC

18. 【2011 年第 28 题】根据行政复议法及相关规定，下列关于行政复议的被申请人的说法哪些是正确的？

- A、行政机关设立的派出机构，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

B、行政机关设立的派出机构，未经法律、法规授权，对外以自己名义作出具体行政行为的，该派出机构为被申请人

C、下级行政机关依照规章规定，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

D、下级行政机关依照法律规定，经上级行政机关批准作出具体行政行为的，该下级行政机关为被申请人

【考点】 行政复议的被申请人

【分析】 根据《行政复议法实施条例》第十四条的规定，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。因此，选项 A 正确，选项 B 错误。根据《行政复议法实施条例》第十三条的规定，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。因此，选项 C 正确，选项 D 错误。

【答案】 AC

第十一条【复议申请】 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。

一、本条含义

本条是关于行政复议申请形式的规定。

行政复议的申请方式，是公民、法人或者其他组织提出复议要求和表达复议意愿的具体表现形式。依据本条的规定，提出复议申请可以有两种形式：一种是书面形式，即申请人向行政复议机关提出的据以请求复议机关启动复议程序的申请文书；另一种是口头形式，即不向复议机关递交书面申请，但有明确的意思表示向复议机关申请行政复议。

二、真题分析

19. **【2014 年第 66 题】** 根据行政复议法及相关规定，下列哪些说法是正确的？

- A. 申请人申请行政复议，可以书面申请，也可以口头申请
- B. 申请人申请行政复议，应当按规定缴纳申请费
- C. 行政复议申请人可以委托代理人参加行政复议
- D. 行政复议决定作出前，申请人不得撤回行政复议申请

【考点】 行政复议申请

【分析】 根据《行政复议法》第十一条的规定，选项 A 正确。根据《行政复议法》第三十九条的规定，选项 B 错误。根据《行政复议法》第十条第五款的规定，选项 C 正确。根据《行政复议法》第二十五条的规定，选项 D 错误。

【答案】 AC

20. **【2013 年第 60 题】** 林某不服县教育局对其作出的某具体行政行为，欲向行政复议机关申请行政复议。根据行政复议法及相关规定，下列哪些说法是正确的？

- A. 林某可以口头申请行政复议
- B. 林某可以传真的方式书面申请行政复议
- C. 林某应当缴纳行政复议申请费
- D. 林某可以委托代理人代为参加行政复议

【考点】 行政复议的申请

【分析】 根据《行政复议法》第十一条的规定，以及《行政复议法实施条例》第十八

条第一款的规定，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。本题中，李某可以口头申请行政复议，也可以通过传真的方式书面申请行政复议，因此，选项 AB 正确。根据《行政复议法》第三十九条的规定，选项 C 错误。根据《行政复议法》第十条第五款的规定，选项 D 正确。

【答案】ABD

第十二条【部门具体行政行为的复议机关】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。

对海关、金融、国税、外汇管理等实行垂直领导的行政机关和国家安全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。

一、本条含义

本条是关于不服县级以上地方各级政府工作部门作出的具体行政行为，如何确定复议管辖问题的规定。

二、真题分析

21. 【2014 年第 60 题】赵某不服甲市乙区环保局对其作出的一项行政处罚决定，欲申请行政复议。根据行政复议法及相关规定，赵某可以向下列哪些行政机关申请行政复议？

- A. 乙区环保局
- B. 甲市环保局
- C. 乙区人民政府
- D. 甲市人民政府

【考点】行政复议申请

【分析】根据《行政复议法》第十二条第一款的规定，本题中，赵某不服环保局具体行政行为，可以向该区人民政府申请行政复议，也可以向区环保局的上一级主管部门即市环保局申请行政复议，因此，选项 AD 错误，选项 BC 正确。

【答案】BC

22. 【2012 年第 63 题】张某对某市辖区教育局作出的一项具体行政行为不服，欲申请行政复议。根据行政复议法及相关规定，下列哪些说法是正确的？

- A. 张某可向该区教育局申请行政复议
- B. 张某可向该区政府申请行政复议
- C. 张某可向该市教育局申请行政复议
- D. 张某可向该市政府申请行政复议

【考点】行政复议的受理机关

【分析】根据《行政复议法》第十二条第一款的规定，本题中，市辖区教育局属于“县级以上地方各级人民政府工作部门”，该部门的本级人民政府即为该区政府；其上一级主管部门则为该市教育局，因此，选项 AD 错误，选项 BC 正确。

【答案】BC

23. 【2011 年第 20 题】根据行政复议法及相关规定，下列关于行政复议受理机关的说法哪些是正确的？

- A. 对外汇管理行政机关的具体行政行为不服的，向其上一级主管部门申请行政复议
- B. 对县级公安机关的具体行政行为不服的，可以向该县人民政府申请行政复议，也

可以向上一级公安机关申请行政复议

C、对海关的具体行政行为不服的，向其上一级主管部门申请行政复议

D、对省级人民政府的具体行政行为不服的，可以向省人民政府申请行政复议，也可以向国务院申请行政复议

【考点】行政复议的受理机关

【分析】根据《行政复议法》第十二条的规定，本题中，选项ABC正确。根据《行政复议法》第十四条的规定，根据《行政复议法》第十四条的规定，选项D错误。

【答案】ABC

第十三条【对其他行政机关具体行政行为不服的复议申请】 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。

对省、自治区人民政府依法设立的派出机关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。

一、本条含义

本条是关于不服地方各级人民政府的具体行政行为复议管辖问题的规定。

我国地方组织法第五十九条对县级以上地方各级人民政府行使的职权规定了十项，但从总体上讲，地方各级人民政府在行政管理方面主要是以宏观管理为主，因此，由其亲自实施的具体行政行为为较之由政府工作部门实施的具体行政行为为要少得多。主要有土地、矿产、森林等管理领域。对于县级以上地方各级人民政府作出的具体行政行为不服，只能向上一级地方人民政府申请复议，因为，地方组织法明确规定，地方人民政府的工作是受同级人民代表大会和上一级国家行政机关监督的，上一级政府的工作部门同下一级人民政府没有领导关系，所以无权对下一级人民政府作出的具体行政行为进行复议。

本条第二款明确规定了对省、自治区人民政府依法设立的派出机关所属的县级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。这是根据我国的实际情况作出的专门规定。因为，根据一般规定，对县级人民政府的具体行政行为不服，应当向领导它的上一级人民政府即省、自治区、直辖市、设区的市、州的人民政府申请复议。但是，我国地方组织法明确规定：“省、自治区的人民政府在必要的时候，经国务院批准，可以设立若干派出机关。”这些派出机关（地区行政公署或者盟）在省、自治区的范围设立，受省、自治区人民政府的委托指导下级国家行政机关工作并负责办理各项事宜，它不是一级独立的国家机关，受派出它的机关的领导，同时又代表派出它的机关指导和管理下级行政机关完成行政管理任务。正因为在我国有这样一个特殊的行政管理方式，所以，对于县级人民政府作出具体行政行为的复议管辖问题就不能只遵循一个一般规定，应当对特殊问题作出特别规定，对由省、自治区的派出机关（地区行政公署或者盟）指导和管理下的县级人民政府作出具体行政行为为行政管理相对人不服的，行政复议申请应当向派出机关（地区行政公署或者盟）提出。这样规定符合我国当前的行政管理实际，也符合行政复议的便民原则。

二、真题分析

24. 【2014年第43题】根据行政复议法及相关规定，下列关于行政复议机关的哪些说法是正确的？

- A. 对乡人民政府的具体行政行为不服的，向其上一级地方人民政府申请行政复议
- B. 对县人民政府的具体行政行为不服的，向县人民政府申请行政复议
- C. 对省人民政府的具体行政行为不服的，向该省人民政府申请行政复议
- D. 对国务院部门的具体行政行为不服的，向国务院申请行政复议

【考点】行政复议机关

【分析】根据《行政复议法》第十三条第一款的规定，选项 A 正确，选项 B 错误。根据《行政复议法》第十四条的规定，选项 C 正确，选项 D 错误。

【答案】AC

第十四条【诉讼和裁决】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，国务院依照本法的规定作出最终裁决。

一、本条含义

本条是关于不服国务院部门或者省、自治区、直辖市人民政府的具体行政行为复议管辖问题的规定。

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，按照向上一级行政机关申请复议的原则，应向国务院复议。但是，考虑到国务院是最高国家行政机关，它主要是制定方针政策的，从全局上处理行政事务，一般不宜、也难以处理大量的具体行政事务。如果规定国务院也要受理复议决定，可能不胜其繁，影响国务院的正常工作。因此，本条规定：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。

需要注意的是，这里首先规定了对国务院部门或者省、自治区、直辖市人民政府作出的具体行政行为不服必须先由本机关复议，对该复议仍不服的，作出了可以选择的规定，即可以选择向人民法院提起行政诉讼，也可选择向国务院部门或者省、自治区的上一级行政机关即国务院申请裁决。但必须要注意，这两条救济途径的选择是择一的，也就是说，选择了向人民法院提起行政诉讼，就不得再向国务院申请裁决了；选择了向国务院申请裁决，就不得再向法院提起行政诉讼，国务院作出的行政复议决定为终局决定。

二、真题分析

25. 【2012 年第 4 题】根据行政复议法及相关规定，对直辖市人民政府作出的具体行政行为不服的，可以通过下列哪种途径寻求救济？

- A、向该直辖市人民政府申请行政复议
- B、向国务院有关部门申请行政复议
- C、向国务院申请行政复议
- D、向国务院申请裁决

【考点】行政复议的申请

【分析】根据《行政复议法》第十四条的规定，本题中，对直辖市人民政府作出的具体行政行为不服的，可以向该直辖市人民政府申请行政复议，因此，选项 A 正确。选项 BC 错误。另外，只有在对行政复议决定不服的情况下，才可以向国务院申请裁决，因此，选项 D 错误。

【答案】A

26. 【2011 年第 52 题】甲公司对国务院某部门作出的某具体行政行为不服，欲申请行政复议。对此，下列说法哪些是正确的？

- A、甲公司应当向该部门提出行政复议申请；如果甲公司对行政复议决定不服，可以向人民法院提起行政诉讼
- B、甲公司应当向该部门提出行政复议申请；如果甲公司对行政复议决定不服，可以向国务院申请裁决
- C、甲公司应当向国务院提出行政复议申请；如果甲公司对行政复议决定不服，可以

向人民法院提起行政诉讼

D、甲公司应当向国务院提出行政复议申请；如果甲公司对行政复议决定不服，不得再向人民法院提起行政诉讼

【考点】行政复议程序

【分析】根据《行政复议法》第十四条的规定，本题中，选项 AB 正确，选项 CD 错误。

【答案】AB

27. 【2010年第28题】张某因不服国家知识产权局作出的吊销其专利代理人资格证的行政决定，欲申请行政复议。根据行政复议法及相关规定，下列说法哪些是正确的？

A、张某的行政复议申请应当向国家知识产权局提出

B、张某的行政复议申请应当向国务院提出

C、张某的行政复议申请已经被行政复议机关依法受理的，在法定行政复议期限内，张某不得向人民法院提起行政诉讼

D、张某在申请行政复议时，应当缴纳复议申请费

【考点】行政复议的申请

【分析】根据《行政复议法》第十四条的规定，本题中，国家知识产权局是国务院部门，因此，选项 A 正确，选项 B 错误。根据《行政复议法》第十六条第一款的规定，选项 C 正确。根据《行政复议法》第三十九条的规定，选项 D 错误。

【答案】AC

第十五条【其他机关具体行政行为的复议机关】 对本法第十二条、第十三条、第十四条规定以外的其他行政机关、组织的具体行政行为不服的，按照下列规定申请行政复议：

（一）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；

（二）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；

（三）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；

（四）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；

（五）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。

有前款所列情形之一的，申请人也可以向具体行政行为发生地的县级地方人民政府提出行政复议申请，由接受申请的县级地方人民政府依照本法第十八条的规定办理。

一、本条含义

本条是关于对不服地方人民政府及政府工作部门以外的其他行政机关、组织作出的具体行政行为复议管辖问题的规定。

本法第十二条、第十三条、第十四条分别对申请人不服地方各级人民政府部门、地方各级人民政府以及国务院各部门、省、自治区、直辖市人民政府作出的具体行政行为提出复议申请的复议管辖问题作出了规定。本条规定是对以上三条规定以外的其他行政机关、组织的具体行政行为不服，申请复议的管辖，具体列举了五种特殊的情况。

本条第二款规定，出现了本条规定的五种特殊情况，除了依照前面介绍的办法来申

请行政复议外，申请人也可以向具体行政行为发生地的县级地方人民政府申请复议，由接受申请的县级地方人民政府依照本法第十八条的规定办理。根据本法第十八条规定，接受申请的地方人民政府在自接到申请的七日内，应当转送有关行政复议机关，并告知申请人，接受转送的机关应当对申请人的申请进行审查，作出是否受理的决定。

二、真题分析

28. 【2012年第77题】根据行政复议法及相关规定，下列哪些说法是正确的？

A、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

B、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，向该地方人民政府的上一级人民政府申请行政复议

C、对两个以上国务院部门共同作出的具体行政行为不服的，可以向其中任何一个国务院部门申请行政复议

D、对两个以上国务院部门共同作出的具体行政行为不服的，向国务院申请行政复议

【考点】行政复议的受理机关

【分析】根据《行政复议法》第十五条第（一）项的规定，本题中，选项A正确，选项B错误。根据《行政复议法实施条例》第二十三条的规定，申请人对两个以上国务院部门共同作出的具体行政行为不服的，依照行政复议法第十四条的规定，可以向其中任何一个国务院部门提出行政复议申请，由作出具体行政行为的国务院部门共同作出行政复议决定。因此，选项BD错误。

需要注意的是，本题中，选项D应当根据《行政复议法实施条例》第二十三条的规定来进行判断，而不是根据《行政复议法》第十五条第（四）项的规定来进行判断。这是因为，《行政复议法》第十五条第（四）项的规定不适用“两个以上国务院部门共同作出的具体行政行为”的情形。

【答案】AC

第十六条【复议与诉讼的选择】公民、法人或者其他组织申请行政复议，行政复议机关已经依法受理的，或者法律、法规规定应当先向行政复议机关申请行政复议、对行政复议决定不服再向人民法院提起行政诉讼的，在法定行政复议期限内不得向人民法院提起行政诉讼。

公民、法人或者其他组织向人民法院提起行政诉讼，人民法院已经依法受理的，不得申请行政复议。

一、本条含义

本条是关于公民、法人或者其他组织如何处理行政复议和行政诉讼的关系的规定。

行政复议和行政诉讼是解决行政争议的两种不同法律制度，两者都是由不服具体行政行为的行政管理相对人提出。根据我国现行法律的规定，对这两者的关系有两种规定，一是自由选择制度，即行政管理相对人可以选择解决行政争议的方式，可以申请复议，也可以申请诉讼。二是复议前置制度，即行政管理相对人能否提起行政诉讼，是以是否经过复议为前提的，只有经过复议，对复议决定不服才能提起诉讼。

本条第一款规定的是行政复议程序正式启动后，在法定的行政复议期限内，行政复议申请人不得再向人民法院提起行政诉讼的问题。这一规定包括了两种情况，一种情况是申请人可以自由选择时申请复议和提起行政诉讼的关系，在通常情况下，依照法律、法规的规定，行政管理相对人对行政机关作出的具体行政行为不服，可以采取两种救济手段，一是向复议机关申请复议，二是向法院提起行政诉讼。第二种情况是对复议前置情况下申请复议和提起行政诉讼的关系，根据法律、法规的规定行政管理相对人对行政机关作出的具

体行政行为不服，必须先向行政复议机关申请复议，不允许未经行政复议程序直接向人民法院提起行政诉讼，只有对行政复议决定不服，才能到法院提起行政诉讼。在复议前置的情况下，行政管理相对人必须先向行政复议机关申请行政复议，只有出现了以下三种情况，申请人才可以向人民法院提起行政诉讼。一是行政复议机关明确告知不予受理；二是复议机关作出了行政复议决定，申请人不服；三是已超过了法定的行政复议期限。

本条第二款规定的是行政管理相对人向人民法院提起行政诉讼并已受理的，不得再申请行政复议的问题。《行政诉讼法》第三十七条规定：“公民、法人或者其他组织如果对行政机关的具体行政行为不服，可以先申请复议，对复议不服的，再向人民法院提起诉讼；也可以直接向人民法院提起行政诉讼。”

通常来说，根据行政程序的一般原则，行政程序一般要先于司法程序，行政程序正在进行时，司法程序不能介入。进入了司法程序，司法程序的决定往往是终局决定，因此，选择进入了司法程序，也就意味着对行政程序的放弃。本条对行政复议和行政诉讼关系的规定，也是遵循了这样一个原则。

二、真题分析

29. 【2013 年第 16 题】某行政复议机关受理王某提出的行政复议申请后，发现王某在申请行政复议之前已向人民法院提起行政诉讼并被受理。根据行政复议法及相关规定，该行政复议机关应当如何处理？

- A、通知人民法院中止审理该行政诉讼
- B、将该案移送人民法院一并审理
- C、中止审理，在人民法院作出生效判决后继续审理
- D、驳回该行政复议申请

【考点】复议和诉讼的关系

【分析】根据《行政复议法》第十六条第二款的规定，以及《行政复议法实施条例》第四十八条第（二）项的规定，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，行政复议机关应当决定驳回行政复议申请。本题中，王某在申请行政复议之前已经向人民法院提起行政诉讼并被受理，不符合行政复议申请条件，但行政复议机关是在受理该申请后才发现其不符合受理条件的，因此，应驳回该行政复议申请，选项 ABC 错误，选项 D 正确。

【答案】D

30. 【2012 年第 61 题】根据行政复议法及相关规定，下列哪些说法是正确的？

- A、对法律、法规授权的组织的行政行为不服的，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
- B、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
- C、公民、法人或者其他组织申请行政复议，行政复议机关已经依法受理的，在法定行政复议期限内不得向人民法院提起行政诉讼
- D、公民、法人或者其他组织向人民法院提起行政诉讼，人民法院已经依法受理的，不得申请行政复议

【考点】行政复议的受理机关、申请

【分析】根据《行政复议法》第十五条第一款第（一）项的规定，本题中，选项 A 正确。根据《行政复议法》第十五条第一款第（五）项的规定，选项 B 正确。根据《行政复议法》第十六条的规定，选项 D 正确。

【答案】ABCD

第四章 行政复议受理

第十七条【复议的处理】 行政复议机关收到行政复议申请后，应当在五日内进行审查，对不符合本法规定的行政复议申请，决定不予受理，并书面告知申请人；对符合本法规定，但是不属于本机关受理的行政复议申请，应当告知申请人向有关行政复议机关提出。

除前款规定外，行政复议申请自行政复议机关负责法制工作的机构收到之日起即为受理。

一、本条含义

本条是关于行政复议受理期限的规定。

行政管理相对人提出行政复议申请后，行政复议机关通过对行政复议申请的审查，认为该申请符合法定条件时，接受申请，并予以立案。通常人们把行政复议机关的这一活动，称为行政复议的受理。

行政复议机关对行政复议申请进行审查，是确保行政复议活动正常进行的重要环节。做好这一工作，既可以保证管理相对人正确行使自己的权利；也可以避免行政复议机关盲目立案，为顺利地开展行政复议活动创造有利条件。

二、真题分析

31. 【2013 年第 56 题】根据行政复议法及相关规定，下列有关行政复议调解的哪些说法是正确的？

A、公民对行政机关行使法律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，行政复议机关可以按照自愿、合法的原则进行调解

B、对于当事人之间的行政赔偿纠纷，行政复议机关可以按照自愿、合法的原则进行调解

C、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

D、调解未达成协议的，行政复议机关应当及时作出行政复议决定

【考点】行政复议程序中的调解

【分析】根据《行政复议法实施条例》第五十条第一款的规定，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：（一）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；（二）当事人之间的行政赔偿或者行政补偿纠纷。因此，选项 AB 正确。根据《行政复议法实施条例》第五十条第二款的规定，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。调解书应当载明行政复议请求、事实、理由和调解结果，并加盖行政复议机关印章。行政复议调解书经双方当事人签字，即具有法律效力。因此，选项 C 正确。根据《行政复议法实施条例》第五十条第三款的规定，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。因此，选项 D 正确。

【答案】ABCD

第十八条【复议申请的转送】 依照本法第十五条第二款的规定接受行政复议申请的县级地方人民政府，对依照本法第十五条第一款的规定属于其他行政复议机关受理的行政复议申请，应当自接到该行政复议申请之日起七日内，转送有关行政复议机关，并告知申请人。接受转送的行政复议机关应当依照本法第十七条的规定办理。

第十九条【复议之后的行政诉讼】 法律、法规规定应当先向行政复议机关申请行政复

议、对行政复议决定不服再向人民法院提起行政诉讼的，行政复议机关决定不予受理或者受理后超过行政复议期限不作答复的，公民、法人或者其他组织可以自收到不予受理决定书之日起或者行政复议期满之日起十五日内，依法向人民法院提起行政诉讼。

第二十条【上级机关责令受理及直接受理】 公民、法人或者其他组织依法提出行政复议申请，行政复议机关无正当理由不予受理的，上级行政机关应当责令其受理；必要时，上级行政机关也可以直接受理。

一、本条含义

本条是关于行政复议机关无正当理由不予受理的处理规定。

不予受理包括拒绝受理和不予答复的两种情况。

本条规定体现了上级行政机关对行政复议机关行政复议工作的监督职能，对于加强行政机关内部监督，促进行政机关合法、正确地行使职权，维护社会经济秩序，维护公民、法人和其他组织的合法权益，维护社会稳定，具有重要意义。上级行政机关对行政复议机关拒绝受理行政复议申请情况的了解，主要是通过申请人的申诉或者对下级行政机关工作的检查。

第二十一条【执行停止事项】 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：

- （一）被申请人认为需要停止执行的；
- （二）行政复议机关认为需要停止执行的；
- （三）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；
- （四）法律规定停止执行的。

一、本条含义

本条是关于具体行政行为的执行力与行政复议关系的规定。

行政复议期间不停止具体行政行为的执行是行政复议制度的一项原则。但是在某些具体情况下，不停止执行也可能给行政复议申请人的合法权益造成实际损害，待行政复议机关撤销或变更了违法或不当的具体行政行为后再予以补救，就显得十分被动，特别是在当前我国的行政赔偿制度还不发达的情况下更是如此。因此，为了体现行政复议法保护公民、法人和其他组织的合法权益的立法目的，在本条规定的四种情形下，申请行政复议期间停止具体行政行为的执行也是必要的。

从行政复议法的规定看，对行政复议期间具体行政行为的停止执行把握了一个从严原则。行政复议期间具体行政行为的停止执行是由行政机关启动或者由行政机关决定的。从规定的条件看，要同时符合具体行政行为的执行会造成难以弥补的损失和停止执行不损害社会公共利益这两个条件，才能批准申请人停止执行的请求。总的来说，以行政复议申请不停止具体行政行为执行为原则，同时兼以附条件的停止执行，在维护国家行政权的尊严和兼顾管理相对人合法权益方面，是一种可行而且合理的选择。

具体行政行为具有行政约束力和执行力，不因原告提起行政诉讼而失效，具体行政行为的执行也不因原告提起行政诉讼而中断，只有按照法律规定，才能停止执行。《行政诉讼法》第五十六条对此也作了规定：“诉讼期间，不停止行政行为的执行。但有下列情形之一的，裁定停止执行：（一）被告认为需要停止执行的；（二）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；（三）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；（四）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。”也就是说，在诉讼期间，不停止具体行

政行为的执行是原则，停止执行是例外。

二、真题分析

32. 【2013 年第 73 题】某县公安局以钟某扰乱社会秩序为由对其作出行政处罚决定，钟某不服，向市公安局申请行政复议。根据行政复议法及相关规定，关于行政复议期间该行政处罚决定的执行，下列哪些说法是正确的？

- A、该行政处罚决定应当停止执行
- B、该县公安局认为需要具体行政停止执行的，可以停止执行该行政处罚决定
- C、该市公安局认为需要停止执行的，可以停止执行该行政处罚决定
- D、钟某申请停止执行，该市公安局认为其要求合理决定停止执行的，可以停止执行该行政处罚决定

【考点】具体行政行为在行政复议期间的执行力

【分析】根据《行政诉讼法》第二十一条的规定，本题中，选项 A 错误，选项 BCD 正确。

【答案】BCD

第五章 行政复议决定

第二十二条【书面审查原则及例外】 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。

一、本条含义

本条是关于行政复议审理方式的规定。

为了避免给申请人和被申请人造成诉累，体现效率原则，行政复议的审理采取书面复议形式。所谓书面复议，是指行政复议机关在审理复议案件时，仅就案件的有关书面材料进行审理的一种方式。这种方式原则上不传唤复议参加人和证人等到行政复议机关；行政复议参加人可以采用邮寄的方式递交行政复议申请书和有关材料；证人也可以用书面材料作证。行政复议机关书面审查的客体是被申请人作出的具体行政行为是否合法和适当。

几年来我国的行政复议工作实践说明，书面审理案件的方式是比较符合行政复议工作性质的，但是为了更好地做好行政复议工作，行政复议法同时也不排斥其他的审理方式，并且赋予了申请人在审理方式上选择的权力，即申请人可以要求行政复议机关主动调查取证、听取意见。因此，行政复议法规定了“原则上”采取书面审查的办法，这使行政复议机关在复议案件的审理方式上有了很大的选择余地，可以通过对具体案件的具体分析，灵活运用适当的方式及时审结案件。

二、真题分析

33. 【2014 年第 79 题】根据行政复议法及相关规定，下列哪些说法是正确的？

- A. 行政复议原则上采取书面审查的办法，但是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
- B. 行政复议机关责令被申请人重新作出具体行政行为的，被申请人不得作出与原具体行政行为相同的具体行政行为
- C. 在行政复议过程中，行政复议的第三人不得查阅被申请人提出的书面答复
- D. 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

【考点】行政复议的审理

【分析】根据《行政复议法》第二十二条的规定，选项 A 正确。根据《行政复议法》第二十八条第二款的规定，选项 B 错误。根据《行政复议法》第二十三条第二款的规定，选项 C 错误。根据《行政复议法》第二十四条的规定，选项 D 正确。

【答案】AD

第二十三条【复议程序事项】 行政复议机关负责法制工作的机构应当自行政复议申请受理之日起七日内，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十日内，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。

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。

一、本条含义

本条是关于被申请人答辩期限、举证责任以及申请人、第三人阅卷的有关规定。

行政复议工作坚持的及时原则，要求行政复议机关在受理、审理行政复议案件的各个环节中都能在法定期限内履行职责。

被申请人在收到复议机关送达的受理文书后，应当在法定期限内履行答辩义务，并向复议机关提交证据材料及作出具体行政行为所依据的规范性文件。这主要包括三方面的要求：第一，期限，被申请人的答辩期限在行政复议法中规定为十天；第二，举证责任，行政复议中的举证责任是指复议当事人对自己提出的主张，有提供证据加以证明的责任。行政复议法要求被申请人“提交当初作出具体行政行为的证据、依据和其他有关材料。”并分别在第二十八条、第三十六条中明确规定了不举证的法律后果；第三，行政机关应当遵守“先取证，后裁决”的法律程序规则，即行政机关在作出决定之前，必须有事实根据，不得在没有事实根据的时候作出任何决定。

二、真题分析

34. 【2013 年第 82 题】根据行政复议法及相关规定，下列哪些说法是正确的？

- A、在行政复议过程中，被申请人可以自行向申请人收集证据
- B、在行政复议过程中，行政复议机关应当为申请人查阅有关材料提供必要条件
- C、在行政复议过程中，申请人可以查阅被申请人作出具体行政行为的证据，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
- D、在行政复议过程中，第三人可以查阅被申请人提出的书面答复，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

【考点】举证责任

【分析】根据《行政复议法》第二十四条的规定，本题中，选项 A 错误。根据《行政复议法实施条例》第三十五条规定，行政复议机关应当为申请人、第三人查阅有关材料提供必要条件。因此，选项 B 正确。根据《行政复议法》第二十三条第二款的规定，选项 CD 正确。

【答案】BCD

35. 【2011 年第 36 题】根据行政复议法及相关规定，下列关于行政复议证据的说法哪些是正确的？

- A、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
- B、被申请人应当自收到行政复议申请书副本十五日内，提交当初作出具体行政行为的证据

C、被申请人未在规定的期限内提交当初作出具体行政行为的证据的，视为该具体行政行为没有证据

D、申请人要求查阅被申请人作出具体行政行为的证据的，行政复议机关均应当允许

【考点】行政复议证据

【分析】根据《行政复议法》第二十三条的规定，本题中，选项 BD 错误。根据《行政复议法》第二十四条的规定，选项 A 正确，根据《行政复议法实施条例》第四十六条的规定，被申请人未依照行政复议法第二十三条的规定提出书面答复、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，行政复议机关应当决定撤销该具体行政行为。因此，选项 C 正确。

【答案】AC

第二十四条【被申请人不得自行取证】 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。

一、本条含义

本条是关于在行政复议过程中，行政机关不得自行取证的规定。

本条规定内涵：一是行政复议机关受理复议申请后，只限制被申请人取证，而并不限制申请人、第三人及行政复议机关取证。二是只限制被申请人自行取证。即如果被申请人有关于案件的重要证据线索，可向复议机关提出取证要求，复议机关认为有必要时，可以根据行政复议法第二十二条之授权调取证据。

在行政复议过程中，因产生行政争议的具体行政行为已经作出。而行政机关作出具体行政行为之前，在行政程序的基本规则是应当首先调查取证，在证据确定充分后，行政机关才能作出具体行政行为。对此，我国目前尽管尚无行政程序法予以明确规定，但在一些单行法律中已有规定。如我国行政处罚法第三十条规定：“公民、法人或者其他组织违反行政管理秩序的行为，依法应当给予行政处罚的，行政机关必须查明事实；违法事实不清的，不得给予行政处罚”。

二、真题分析

36. 【2012 年第 11 题】根据行政复议法及相关规定，下列哪种说法是正确的？

A、行政复议一律采取书面审查的办法

B、行政复议决定作出前，申请人不得撤回行政复议申请

C、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

D、行政复议机关责令被申请人重新作出具体行政行为的，被申请人不得作出与原具体行政行为相同的具体行政行为

【考点】行政复议的审理

【分析】根据《行政复议法》第二十二条的规定，本题中，选项 A 的说法过于绝对，因此，选项 A 错误。根据《行政复议法》第二十五条的规定，选项 B 错误。根据《行政复议法》第二十四条的规定，选项 C 正确。根据《行政复议法》第二十八条第二款的规定，选项 D 错误。

【答案】C

第二十五条【申请撤回】 行政复议决定作出前，申请人要求撤回行政复议申请的，经说明理由，可以撤回；撤回行政复议申请的，行政复议终止。

一、本条含义

本条是关于撤回行政复议申请的规定。

从行政复议法的有关规定来看，申请人撤回复议申请必须具备四个条件，即：第一，提出撤回申请的必须是申请人一方当事人，包括申请人特别授权的法定代理人和委托代理人。对没有诉讼能力的申请人，可以由他的法定代理人提出。其他人均不能提出撤回申请要求；第二，撤回申请必须自愿。撤回申请是申请人无条件放弃复议的请求，不得强行动员申请人撤回申请，更不得强迫。且申请人附条件的撤回请求，也不能准许；第三，申请撤回必须在复议决定作出前提出。行政复议机关作出复议决定，即标志着行政复议活动已完结。如果申请人收到复议决定书后不满意，又要求撤回复议申请，实际上已不可能。因为复议决定一经送达即生效；第四，申请人撤回申请需说明理由。

第二十六条【复议机关对规定的处理】申请人在申请行政复议时，一并提出对本法第七条所列有关规定的审查申请的，行政复议机关对该规定有权处理的，应当在三十日内依法处理；无权处理的，应当在七日内按照法定程序转送有权处理的行政机关依法处理，有权处理的行政机关应当在六十日内依法处理。处理期间，中止对具体行政行为的审查。

第二十七条【对具体行政行为合法性的审查处理】行政复议机关在对被申请人作出的具体行政行为进行审查时，认为其依据不合法，本机关有权处理的，应当在三十日内依法处理；无权处理的，应当在七日内按照法定程序转送有权处理的国家机关依法处理。处理期间，中止对具体行政行为的审查。

一、本条含义

本条是关于行政复议机关认为作出具体行政行为的依据不合法的，其处理方式及处理期限的规定。

本条的关键在于“有权处理”。国家机关是一个庞大的组织系统，对于何为有权处理容易发生认定错误。一般原则是上级行政机关有权撤销下级行政机关不适当的决议和命令；国家权力机关有权撤销国家行政机关不适当的决议和命令，即依据法律规定或者领导关系、监督关系，国家权力机关有权依法撤销或改变有关国家行政机关发布的规范性文件。有权处理具体包括：行政机关对自己发布的规范性文件有权；上级人民政府对下级人民政府发布的规定有权处理；各级人民政府对本级工作部门中不受上级主管机关直接领导的行政机关发布的规定有权处理等。

第二十八条【复议决定的作出】行政复议机关负责法制工作的机构应当对被申请人作出的具体行政行为进行审查，提出意见，经行政复议机关的负责人同意或者集体讨论通过后，按照下列规定作出行政复议决定：

（一）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；

（二）被申请人不履行法定职责的，决定其在一定期限内履行；

（三）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。

（四）被申请人不按照本法第二十三条的规定提出书面答复、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，决定撤销该具体行政行为。

行政复议机关责令被申请人重新作出具体行政行为的，被申请人不得以同一的事实和理由作出与原具体行政行为相同或者基本相同的具体行政行为。

一、本条含义

本条是行政复议案件审查工作和作出决定具体处理被申请的具体行政行为及依据的原则规定，它是行政复议工作程序和结果的形式上的法律依据。

行政复议的全过程主要可以划分二个阶段，第一阶段是受理阶段，包括申请在内，它以行政机关正式受理为标志告一段落；自受理之后直到作出复议决定，是第二阶段，因此，本条是对这一阶段的程序活动作出原则规定。

行政复议的结果主要有维持撤销、变更、确认违法。此外尚可作出辅助性质的决定，即“并可以责令被申请人在一定期限内重新作出具体行政行为”。这种做法应当同时适用于撤销和确认违法，而不适用于变更，这是因为撤销之后，原具体行政行为不复存在，但对原具体行政行为所指向的管理相对人及行为说来，如果确实应当由行政机关予以管理，撤销就会造成行政权的空白，可能妨碍社会秩序和利益，因此有必要责令该机关重新依照法律规定处理，并且对新的行政行为仍可请求复议。

对于本条第二款，应当注意：第一，只有行政复议机关作出撤销原行政行为，并责令重新作出具体行政行为时适用这一规定；第二，新的具体行政行为认定的事实不得与原行政行为认定的事实一致或者基本一致；第三，重新作出新的具体行政行为时，不可以仍然适用原具体行政行为的法律依据；第四，重新作出的具体行政行为与被撤销的相同或基本相同，主要是指行为的内容，如性质、数量、程序以及产生的社会效果等特征完全一样或基本一样。由于原行为已被撤销，即上级机关认为是错误的，再重复原有具体行政行为等于被申请的行政机关坚持错误，对抗上级领导，这是违背基本的行政工作原则的。

二、真题分析

37. 【2010年第4题】根据行政复议法及相关规定，下列说法哪些是正确的？

- A、申请行政复议，可以书面申请，也可以口头申请
- B、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
- C、行政复议机关的复议决定责令被申请人重新作出具体行政行为的，被申请人不得再作出与原具体行政行为相同的具体行政行为
- D、同申请行政复议的具体行政行为有利害关系的其他公民，可以作为第三人参加行政复议

【考点】行政复议申请、被申请人不得自行取证、复议决定的作出、复议申请人

【分析】根据《行政复议法》第十一条的规定，本题中，选项A正确。根据《行政复议法》第二十四条的规定，选项B正确。根据《行政复议法》第二十八条第二款的规定，选项C正确。根据《行政复议法》第十条第三款的规定，选项D正确。

【答案】ABD

38. 【2010年第20题】根据行政复议法及相关规定，对有下列哪些情形的具体行政行为，行政复议机关可以决定撤销、变更或者确认其违法？

- A、主要事实不清、证据不足的
- B、违反法定程序的
- C、滥用职权的
- D、具体行政行为明显不当的

【考点】复议决定的种类

【分析】根据《行政复议法》第二十八条第一款第（三）项的规定，本题中，选项ABCD正确。

【答案】ABCD

第二十九条【行政赔偿】 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。

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。

一、本条含义

本条是对行政复议过程中有关行政赔偿内容的规定。

国家赔偿是指国家机关及其工作人员在执行职务，行使国家管理职权的过程中，因违法给公民、法人或其他组织造成损害、承担责任并予以经济赔偿的制度。国家赔偿分为行政赔偿和刑事赔偿。

本条第一款的规定与国家赔偿法的规定是一致的。国家赔偿法第九条第二款规定：

“赔偿请求人要求赔偿应当先向赔偿义务机关提出，也可以在申请行政复议和提起行政诉讼时一并提出。” 这项规定赋予了公民法人在复议中提出赔偿请求的权利。

本条第二款赋予了行政复议机关主动履行保护公民法人合法权益的职责，对特定的被确认为违法的行为决定予以赔偿的责任。第一，如果申请人提出复议申请时没有同时提出赔偿请求，在特定的情况下，复议机关可以履行决定赔偿的职责；第二，这种职能的行使不是全方位的，而是特定的，即有以下几类情况时可以发生：一是决定撤销或变更罚款时；二是决定撤销没收财物的处罚行为时；三是决定撤销违法集资、征收财物摊派费用等履行义务行为的要求时；四是决定解除对财产的查封、扣押、冻结的行政强制措施行为时。对除上述之外的其他违法行为虽然可以依法决定撤销、变更或确认违法并可责令重作行为，但却不能以行政复议机关的名义，在申请人未提出赔偿申请的情况下，主动决定给予赔偿。

对符合上述条件决定撤销、变更的具体行政行为可以采取三类措施补救，一类是责令被申请人返还财产，这主要适用于没收财物、罚款等；另一类是解除强制措施；这两类情况实质上是消除错误的具体行政行为；第三类是赔偿相应的价款，这主要是指不能偿还原物以补偿相应损失时，应向申请人支付依照法律规定和实际情况确定的赔偿金额。这项工作应按照国家赔偿法的规定办理。

第三十条【对侵犯自然资源所有权或使用权行为的先行复议原则】 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。

根据国务院或者省、自治区、直辖市人民政府对行政区划的勘定、调整或者征收土地的决定，省、自治区、直辖市人民政府确认土地、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行政复议决定为最终裁决。

第三十一条【复议期限】 行政复议机关应当自受理申请之日起六十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六十日的除外。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，可以适当延长，并告知申请人和被申请人；但是延长期限最多不超过三十日。

行政复议机关作出行政复议决定，应当制作行政复议决定书，并加盖公章。

行政复议决定书一经送达，即发生法律效力。

一、本条含义

本条是关于行政复议期限和行政复议决定书的规定。

依照本条一款规定，复议机关自受理复议申请之日起六十日内要作出复议决定，也就是说，六十日内要完成整个复议工作。受理之日，按本法第十二条、第十六条、第十八条、第十九条的规定，应当履行复议职责的行政机关收到复议申请书或接受申请人申请之日即为受理之日。在这里，属于按第十六条第二款收到申请并依法转送有关机关的县级人民政府收到申请之日不算“受理之日”，接受转送的行政机关，对属于自己管辖应予处理的复议申请，收到转来的申请之日应为“受理之日”。

本条中的六十日不按工作日计算，国家法定节假日亦应计算在内，这是因为按照本法第四十条规定的精神，民事诉讼法的规定中没有将诸如春节、劳动节、国庆节、星期六和星期日排除于期限之外，只是规定期间最后一日为法定假日的，以假日之后第一日为最后一日，因此不能将法定假日不计算在期间内。

本条第一款规定法律规定的行政复议期限少于六十日的除外，是指少于六十日的应按具体规定的期限办理。

本条第二款对行政复议的形式作了规定，明确“应当制作行政复议决定书”。行政复议决定书是复议决定的载体，也是书面证明，复议决定书草稿应由复议机构草拟，作为意见的附件一并报机关领导审定，如原则同意可在此稿基础上形成复议决定书。

本条第三款明确了复议决定书的法律效力。未经发出的行政复议决定书尚未发生法律效力；一旦发出，不论是同时发给各方，还是先发给某一方，立即发生法律效力。

二、真题分析

39. 【2014年第84题】根据行政复议法及相关规定，下列有关行政复议决定的哪些说法是正确的？

- A. 行政复议机关审理行政复议案件，不适用调解
- B. 行政复议决定书一经送达，即发生法律效力
- C. 行政复议被申请人应当履行行政复议决定
- D. 行政复议机关在申请人的行政复议请求范围内，不得作出对申请人更为不利的行政复议决定

【考点】行政复议决定

【分析】根据《行政复议实施条例》第五十条第一款的规定，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：（一）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；（二）当事人之间的行政赔偿或者行政补偿纠纷。因此，选项A错误。根据《行政复议法》第三十一条第三款的规定，选项B正确。根据《行政复议法》第三十二条第一款的规定，选项C正确。根据《行政复议实施条例》第五十一条的规定，行政复议机关在申请人的行政复议请求范围内，不得作出对申请人更为不利的行政复议决定。选项D正确。

【答案】BCD

40. 【2013年第10题】根据行政复议法及相关规定，下列哪种说法是正确的？

- A. 行政复议决定书一经作出，即发生法律效力
- B. 行政复议决定书一经发出，即发生法律效力

- C、行政复议决定书一经送达，即发生法律效力
- D、行政复议决定书自法定起诉期限届满时发生法律效力

【考点】复议决定生效的时间

【分析】根据《行政复议法》第三十一条第三款的规定，本题中，选项 ABD 错误，选项 C 正确。

【答案】C

41. 【2010 年第 52 题】根据行政复议法及相关规定，下列说法哪些是正确的？

A、行政复议机关收到行政复议申请后应当在 5 个工作日内进行审查，决定是否受理
B、行政复议机关在对被申请人作出的具体行政行为进行审查时，认为其依据不合法，但本机关无权处理的，应当在 7 个工作日内按照法定程序转送有权处理的国家机关依法处理

C、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

D、对于情况复杂不能在规定的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，可以适当延长，并告知申请人和被申请人；但延长期限最多不超过 30 日

【考点】行政复议的审查方式

【分析】根据《行政复议法》第十七条第一款的规定，本题中，选项 A 正确。根据《行政复议法》第二十七条的规定，选项 B 正确。根据《行政复议法》第三十一条第一款的规定，选项 CD 正确。

【答案】ABCD

第三十二条【复议决定的履行】 被申请人应当履行行政复议决定。

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。

一、本条含义

本条是关于被申请人履行行政复议决定的规定。

按照本法第三十一条第三款的规定，行政复议决定一经送达，即发生法律效力。作为复议机关的下级机关的被申请人，应当在收到决定书之后开始履行决定。履行是指采取措施，实施复议决定的内容，如果是撤销或变更的，应当对改变部分进行处理，如恢复原状，赔偿损失。对未改变的部分在事实上已经确认，也应当予以落实；如果确认违法并被责令重作具体行政行为，就要采取措施进入工作程序；这些均为履行的具体形式。

被申请人执行复议机关的复议决定，是该机关的法定职责，由于行政机关是上级领导下级，即使被申请人对复议决定有不同意见，亦应按决定的内容办理，然后再以合适的方式，如报告、请示等向上级表示不同意见的内容，不可以采取置之不理的态度。不履行是指明确表示不能执行复议决定或者不予理睬复议决定的内容，仍然按照自己的原来意愿去办理，或者仍然坚持原具体行政行为。本条所说的无正当理由拖延履行的，是指被申请人坚持自己的意见不立即采取措施执行行政复议决定。对无正当理由延缓履行复议决定或者不履行的，行政复议机关或者有关机关都可以依照本款规定，责令被申请人履行复议决定，并将责令和履行的情况上报或函告作出复议决定的机关。

责令限期履行的行政机关应当制作“责令限期履行通知书”。通知书应写明主送机关即被申请人，责令履行的复议决定内容，责令的法律依据，责令履行的期限，责令履行的形式，以及其他有关内容，并应以适当方式通知申请人。

如果复议机关或上一级行政机关对被申请人没有采取责令限期履行措施的，申请人也

可以依照本条规定向人民法院申请强制执行。申请强制执行应依照《行政诉讼法》和最高人民法院有关执行的司法解释进行。

第三十三条【不履行行政复议的处理】 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：

（一）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；

（二）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。

一、本条含义

本条是关于对申请人不执行行政复议决定，行政机关应采取措施保证履行的规定。

行政复议决定维护原具体行政行为的，申请人应当履行原决定的义务性内容；变更的需要履行变更部分或未变更的原决定。撤销或确认违法以及责令重作具体行政行为的因不涉及到申请人的义务，不存在申请人应当为一定行为、履行义务的问题。

申请人履行行政复议决定的义务同样适用于第三人。

行政复议决定一经送达即发生法律效力。允许申请人等提起诉讼仍然是一种行政救济性的程序，也就是当事人可以提出异议，寻求法院依法保护的过程。复议决定在未被依法撤销之前始终具有效力，申请人必须履行。

二、真题分析

42. 【2012 年第 28 题】根据行政复议法及相关规定，下列哪种说法是错误的？

A、对于维持具体行政行为的行政复议决定，申请人逾期不起诉又不履行的，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

B、对于变更具体行政行为的行政复议决定，申请人逾期不起诉又不履行的，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

C、被申请人无正当理由拖延履行行政复议决定的，行政复议机关应当代为履行

D、被申请人不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

【考点】行政复议决定的执行

【分析】根据《行政复议法》第三十三条的规定，本题中，选项 AB 的说法正确，不符合题干要求。根据《行政复议法》第三十二条第二款的规定，选项 C 的说法错误，符合题干要求，而选项 D 的说法正确，不符合题干要求。

【答案】C

43. 【2010 年第 44 题】根据行政复议法及相关规定，行政复议决定作出后，对于申请人逾期不起诉又不履行行政复议决定的情况，下列说法哪些是正确的？

A、对于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

B、对于维持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

C、对于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

D、对于变更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，或者由行政复议机关申请人民法院强制执行

【考点】行政复议决定的执行

【分析】根据《行政复议法》第三十三条的规定，本题中，选项 AC 正确，选项 BD 错误。

【答案】AC

第六章 法律责任

第三十四条【复议机关不依法履行职责的处罚】行政复议机关违反本法规定，无正当理由不予受理依法提出的行政复议申请或者不按照规定转送行政复议申请的，或者在法定期限内不作出行政复议决定的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予警告、记过、记大过的行政处分；经责令受理仍不受理或者不按照规定转送行政复议申请，造成严重后果的，依法给予降级、撤职、开除的行政处分。

第三十五条【渎职处罚】行政复议机关工作人员在行政复议活动中，徇私舞弊或者有其他渎职、失职行为的，依法给予警告、记过、记大过的行政处分；情节严重的，依法给予降级、撤职、开除的行政处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

第三十六条【被申请人不提交答复、资料和阻碍他人复议申请的处罚】被申请人违反本法规定，不提出书面答复或者不提交作出具体行政行为的证据、依据和其他有关材料，或者阻挠、变相阻挠公民、法人或者其他组织依法申请行政复议的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予警告、记过、记大过的行政处分；进行报复陷害的，依法给予降级、撤职、开除的行政处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

第三十七条【不履行、迟延履行复议决定的处罚】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，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予警告、记过、记大过的行政处分；经责令履行仍拒不履行的，依法给予降级、撤职、开除的行政处分。

第三十八条【复议机关的建议权】行政复议机关负责法制工作的机构发现有无正当理由不予受理行政复议申请、不按照规定期限作出行政复议决定、徇私舞弊、对申请人打击报复或者不履行行政复议决定等情形的，应当向有关行政机关提出建议，有关行政机关应当依照本法和有关法律、行政法规的规定作出处理。

第七章 附则

第三十九条【经费来源】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。行政复议活动所需经费，应当列入本机关的行政经费，由本级财政予以保障。

一、本条含义

本条是关于行政复议不收费原则的规定。

行政复议法确定了行政复议不得收取任何费用的法律规则，确定受理行政复议申请、作出行政复议决定是行政机关的法定职责，行政机关在受理并且办理行政复议的时候，不得以行政经费不足为由，向申请人收取任何费用。

二、真题分析

44. 【2012年第26题】根据行政复议法及相关规定，下列哪种说法是错误的？

- A、申请人申请行政复议的，可以书面申请，也可以口头申请
- B、申请人申请行政复议的，应当缴纳复议申请费

C、申请人申请行政复议的，应当在法律规定的申请期限内提出申请

D、申请人申请行政复议的，可以委托代理人代为参加行政复议

【考点】行政复议的复议期间、申请、申请人、经费

【分析】根据《行政复议法》第十一条的规定，本题中，选项 A 的说法正确，不符合题干要求。根据《行政复议法》第三十九条的规定，选项 B 的说法错误，符合题干要求。根据《行政复议法》第九条的规定，选项 C 的说法正确，不符合题干要求。根据《行政复议法》第十条第五款的规定，选项 D 的说法正确，不符合题干要求。

【答案】B

第四十条【期间计算和文书送达】行政复议期间的计算和行政复议文书的送达，依照民事诉讼法关于期间、送达的规定执行。

本法关于行政复议期间有关“五日”、“七日”的规定是指工作日，不含节假日。

第四十一条【适用范围补充规定】外国人、无国籍人、外国组织在中华人民共和国境内申请行政复议，适用本法。

第四十二条【法律冲突的解决】本法施行前公布的法律有关行政复议的规定与本法的规定不一致的，以本法的规定为准。

第四十三条【生效日期】 本法自 1999 年 10 月 1 日起施行。1990 年 12 月 24 日国务院发布、1994 年 10 月 9 日国务院修订发布的《行政复议条例》同时废止。

一、本条含义

本条是对法律开始施行时间的规定。

法律的施行时间也就是法律的生效时间。正确地理解法律的生效时间，是运用法律不可缺少的条件。

第五部分

中华人民共和国行政诉讼法

(1989 年 4 月 4 日第七届全国人民代表大会第二次会议通过

根据 2014 年 11 月 1 日《全国人民代表大会常务委员会关于修改〈中华人民共和国
行政诉讼法〉的决定》修订)

目 录

第一章 总 则.....	247
第二章 受案范围.....	249
第三章 管 辖.....	252
第四章 诉讼参加人.....	260
第五章 证 据.....	267
第六章 起诉和受理.....	274
第七章 审理和判决.....	281
第一节 一般规定.....	281
第二节 第一审普通程序.....	288
第三节 简易程序.....	292
第四节 第二审程序.....	293
第五节 审判监督程序.....	295
第八章 执 行.....	297
第九章 涉外行政诉讼.....	298
第十章 附 则.....	298

第一章 总 则

第一条【立法目的】为保证人民法院公正、及时审理行政案件，解决行政争议，保护公民、法人和其他组织的合法权益，监督行政机关依法行使职权，根据宪法，制定本法。

一、本条含义

本条是关于行政诉讼法的立法目的的规定。

行政诉讼法的立法目的包括：（1）保证人民法院公正、及时审理行政案件：所谓公正审理行政案件，是指人民法院在查明事实的基础上，正确适用法律、法规，作出正确的判决、裁定。所谓及时审理行政案件，是指人民法院在行政诉讼的各个阶段，都要依照行政诉讼法规定的期间要求审理案件，避免案件久拖不决，从而使公民、法人和其他组织的合法权益得到及时的司法救济，也可以使行政行为的合法性得到及时确认。（2）解决行政争议：构成行政争议必须具备以下条件：第一，争议的双方为行政机关和行政管理相对人；第二，争议是由行政机关实施行政管理行为引起的。（3）保护公民、法人和其他组织的合法权益：行政诉讼的一个显著特点是“民告官”。行政诉讼作为对行政相对人进行司法救济的渠道，通过人民法院对被诉行政行为的合法性进行审查监督，来保护行政相对人即公民、法人和其他组织的合法权益。（4）监督行政机关依法行使职权：强调行政诉讼就是要对行政行为的合法性进行控制和监督，以保护公民、法人和其他组织的合法权益。

本条除规定了上述立法目的外，还规定了本法的立法依据为宪法。

第二条【诉权】公民、法人或者其他组织认为行政机关和行政机关工作人员的行政行为侵犯其合法权益，有权依照本法向人民法院提起诉讼。

前款所称行政行为，包括法律、法规、规章授权的组织作出的行政行为。

第三条【行政机关负责人出庭应诉】人民法院应当保障公民、法人和其他组织的起诉权利，对应当受理的行政案件依法受理。

行政机关及其工作人员不得干预、阻碍人民法院受理行政案件。

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。

第四条【独立行使审判权】人民法院依法对行政案件独立行使审判权，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。

人民法院设行政审判庭，审理行政案件。

第五条【以事实为根据，以法律为准绳原则】人民法院审理行政案件，以事实为根据，以法律为准绳。

第六条【合法性审查原则】人民法院审理行政案件，对行政行为是否合法进行审查。

一、本条含义

本条是关于行政诉讼合法性审查原则的规定。

人民法院审理行政案件，对行政行为是否合法进行审查这一规定确立了人民法院通过行政审判对行政行为进行合法性审查的原则，即合法性审查原则。合法性审查原则是行政诉讼的一个特有原则，包括两层含义：

一是人民法院依法审理行政案件，有权对被诉行政行为是否合法进行审理并作出裁判。行政行为合法性的标准，包括两个方面：第一，实体合法，即行政机关所作出的行政行为，

是否有法律依据，是否在其法定职权范围内作出，适用的法律、法规是否正确等。第二，程序合法。程序合法是实体合法的保障，是依法行政的重要组成部分。

二是人民法院只对行政行为是否合法进行审查，一般不对行政行为是否合理进行审查。所谓行政行为的合理性，通常的理解是指行政机关在其法定的自由裁量权范围内所作出的行政行为是否准确、恰当。

第七条【合议、回避、公开审判和两审终审原则】人民法院审理行政案件，依法实行合议、回避、公开审判和两审终审制度。

一、本条含义

本条是关于行政审判实行合议、回避、公开审判和两审终审原则的规定。

人民法院审理行政案件，依法实行合议、回避、公开审判和两审终审制度，这是行政诉讼的四个重要原则，也是刑事诉讼、民事诉讼的共有原则。

二、真题分析

1. 【2012年第35题】根据行政诉讼法及相关规定，下列哪些说法是正确的？¹

- A、人民法院审理行政案件，依法实行两审终审制度
- B、人民法院审理行政案件，对具体行政行为是否合法进行审查
- C、当事人在行政诉讼中的法律地位平等
- D、各民族公民都有用本民族语言、文字进行行政诉讼的权利

【考点】行政诉讼的基本知识

【分析】根据《行政诉讼法》第七条的规定，选项A正确。根据《行政诉讼法》第六条的规定，选项B正确。根据《行政诉讼法》第八条的规定，选项C正确。根据《行政诉讼法》第九条的规定，选项D正确。

【答案】ABCD

第八条【法律地位平等原则】当事人在行政诉讼中的法律地位平等。

一、本条含义

本条是关于当事人在行政诉讼中法律地位平等原则的规定。

当事人在行政诉讼中的法律地位平等，是“中华人民共和国公民在法律面前一律平等”这一宪法原则在行政诉讼中的具体体现。在行政诉讼的双方当事人中，一方是行政机关，它在行政管理活动中代表国家行使行政权力，处于管理者的地位；另一方是公民、法人或者其他组织，他们在行政管理活动中处于被管理者的地位，是行政管理相对人。但是，当双方发生行政争议依法进入行政诉讼程序后，他们之间就由原来的管理者与被管理者的关系，转变为平等性的行政诉讼关系，成为行政诉讼的双方当事人。在整个诉讼过程中，原告与被告的诉讼法律地位是平等的，没有高低之分，亦无贵贱之别，没有领导与服从的关系，而是处于相同的法律地位，共同受人民法院裁判的约束。作为被告的行政机关不能因自己在行政管理中所处的管理地位而在行政诉讼中享有特权，不能再以管理者、领导者的身份自居。

行政诉讼当事人的法律地位平等，与民事诉讼当事人法律地位平等不完全相同，表现为行政诉讼的双方当事人的诉讼权利与义务不完全对等。如作出行政行为的行政机关只能当被告，不能提起行政诉讼而充当原告；原告享有起诉权，被告的行政机关没有反诉权；被告的行政机关单方面负有举证责任，原告一般不需要承担举证责任；在行政诉讼过程中，被告的行政机关不得自行向原告和证人收集证据等，这些规定体现了行政诉讼的特点。因为在行政诉讼中，作为被告的行政机关由于手握行政权力而处于强势地位，相比之下，作

¹ 适当修改本题，以适应新法。

为原告一方的公民、法人或者其他组织则处于弱势地位，所以法律需要在诉讼权利、义务的规定上对原告一方予以倾斜性保护，以达到与被告的行政机关一方在实质上的平等。

第九条【本民族语言文字原则】各民族公民都有用本民族语言、文字进行行政诉讼的权利。

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。

一、本条含义

本条是关于使用民族语言文字进行诉讼原则的规定。

在行政诉讼中，规定各民族公民都有用本民族语言文字进行诉讼的权利，是我国宪法规定各民族一律平等原则的体现，也是民族平等的法律保证。本条明确了使用本民族语言文字进行诉讼的原则，这也是刑事诉讼法、民事诉讼法和行政诉讼法均规定的基本原则。

第十条【辩论原则】当事人在行政诉讼中有权进行辩论。

第十一条【法律监督原则】人民检察院有权对行政诉讼实行法律监督。

第二章 受案范围

第十二条【行政诉讼受案范围】人民法院受理公民、法人或者其他组织提起的下列诉讼：

（一）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；

（二）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；

（三）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；

（四）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；

（五）对征收、征用决定及其补偿决定不服的；

（六）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；

（七）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；

（八）认为行政机关滥用行政权力排除或者限制竞争的；

（九）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；

（十）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；

（十一）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；

（十二）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。

一、本条含义

本条是关于行政诉讼受案范围的规定。

行政诉讼的受案范围是公民权利受到行政权侵害时受司法保护的¹范围。按照法治原则，行政行为侵犯了公民的合法权益，都应当受到监督，公民都应当得到司法救济，因此，行政诉讼的受案范围应当是非常宽的，不应当限定哪些受理，哪些不受理。但实际上，行政诉讼受案范围的确定受行政争议的特点、法治发展的阶段性等诸多因素的影响。

2014 年修改后的行政诉讼法维持列举方式，将原法列举的 8 项增加到 12 项，扩大了受案范围。同时保留了原法规定的“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”的兜底条款，为以后的立法扩大受案范围留下空间。

二、真题分析

2. 【2014 年第 45 题】根据行政诉讼法及相关规定，下列哪些属于行政诉讼受案范围？

- A. 商标局不受理张某的商标注册申请，张某不服的
- B. 专利复审委员会宣告赵某的外观设计专利权无效，赵某不服的
- C. 某县教育局从个体户李某处购置文具后拖欠其货款，李某不服的
- D. 某县地方税务局对林某作出罚款 1000 元的处罚决定，林某不服的

【考点】行政诉讼受案范围

【分析】根据《行政诉讼法》第十三条第（八）项的规定，选项 AB 中，商标局不受理张某的商标注册申请、专利复审委员会宣告赵某的外观设计专利权无效均属于行政行为，当事人可以向人民法院提起诉讼。根据《行政诉讼法》第十三条第（一）项的规定，选项 D 中的林某也可以向人民法院提起诉讼，采用，选项 D 正确。

根据《民事诉讼法》第二条的规定，中华人民共和国民法调整平等主体的公民之间、法人之间、公民和法人之间的财产关系和人身关系。选项 C 中县教育局与个体户李某之间的债务纠纷属于平等民事主体之间的民事法律关系，李某可以向人民法院提起民事诉讼。因此，选项 C 错误。

【答案】ABD

3. 【2012 年第 5 题】根据行政诉讼法及相关规定，下列哪项不属于行政诉讼的受案范围？¹

- A. 公民王某对全国人大常委会修改专利法的决定不服的
- B. 甲公司认为某行政机关的具体行政行为侵犯其经营自主权的
- C. 乙公司对本市知识产权局责令其停止侵犯丙公司专利权的决定不服的
- D. 公民赵某申请某行政机关履行保护其财产权的法定职责，该行政机关拒绝履行，赵某不服的

【考点】行政诉讼的受案范围

【分析】根据《行政诉讼法》第十三条第（二）项的规定，选项 A 正确。选项 BCD 属于《行政诉讼法》第十二条规定的行政诉讼受案范围，因此，选项 BCD 错误。

【答案】A

第十三条【受案范围的排除】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：

- （一）国防、外交等国家行为；
- （二）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；
- （三）行政机关对行政机关工作人员的奖惩、任免等决定；
- （四）法律规定由行政机关最终裁决的行政行为。

一、本条含义

¹ 适当修改本题，以适应新法。

本条是关于法院不受理的事项的规定。

行政诉讼受案范围受国家机关之间职权分工和法院在国家权力架构中的定位的影响。我国实行的是人民代表大会制度，人民政府在人民代表大会及其常委会监督下开展工作，人民法院对行政行为的监督，应当符合这一制度的特点。

根据本条规定，对于所列四种行为，法院不受理。

二、真题分析

4. 【2014 年第 62 题】根据行政诉讼法及相关规定，人民法院不受理对下列哪些事项提起的诉讼？¹

- A. 法律规定由行政机关最终裁决的具体行政行为
- B. 国家制定外交政策的行为
- C. 行政机关对其工作人员的免职决定
- D. 省人民政府制定的规章

【考点】行政诉讼受案范围

【分析】根据《行政诉讼法》第十三条的规定，选项 ABCD 分别属于其中第（四）、（一）、（三）、（二）项的规定，因此，选项 ABCD 正确。

【答案】ABCD

5. 【2013 年第 70 题】根据行政诉讼法及相关规定，人民法院不受理公民、法人或者其他组织对下列哪些事项提起的行政诉讼？

- A. 国防、外交等国家行为
- B. 行政机关的调解行为
- C. 法律规定的仲裁行为
- D. 不具有强制力的行政指导行为

【考点】行政诉讼不予受理的范围

【分析】根据《行政诉讼法》第十三条第（一）项的规定，选项 A 正确。根据《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第一条第二款的规定，公民、法人或者其他组织对下列行为不服提起诉讼的，不属于人民法院行政诉讼的受案范围：（一）行政诉讼法第十二条²规定的行为；（二）公安、国家安全等机关依照刑事侦查法的明确授权实施的行为；（三）调解行为以及法律规定的仲裁行为；（四）不具有强制力的行政指导行为；（五）驳回当事人对行政行为提起申诉的重复处理行为；（六）对公民、法人或者其他组织权利义务不产生实际影响的行为。因此，选项 BCD 正确。

【答案】ABCD

6. 【2012 年第 97 题】根据行政诉讼法及相关规定，对于下列哪些诉讼请求，人民法院不予受理？³

A. 法律、法规规定应当先申请行政复议，公民、法人或其他组织未申请复议而直接提起诉讼的

B. 法律规定由行政机关最终裁决的具体行政行为，公民、法人或其他组织不服该具体行政行为，向人民法院提起诉讼的

C. 复议机关在法定期限内不作出复议决定，公民、法人或其他组织不服，依法向人民法院提起诉讼的

¹ 适当修改本题，以适应新法。

² 按照新法，此处为第十三条。

³ 适当修改本题，以适应新法。

D、人民法院裁定准许原告撤诉后，原告以同一事实和理由重新提起诉讼的

【考点】起诉和受理的受理条件

【分析】根据《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第三十三条的规定，法律、法规规定应当先申请复议，公民、法人或者其他组织未申请复议直接提起诉讼的，人民法院不予受理。复议机关不受理复议申请或者在法定期限内不作出复议决定，公民、法人或者其他组织不服，依法向人民法院提起诉讼的，人民法院应当依法受理。因此，选项 A 正确，选项 C 错误。根据《行政诉讼法》第十三条第（四）项的规定，选项 B 正确。根据《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第三十六条第一款的规定，人民法院裁定准许原告撤诉后，原告以同一事实和理由重新起诉的，人民法院不予受理。选项 D 正确。

【答案】ABD

7. 【2011年第5题】根据行政诉讼法及相关规定，对下列哪些事项提出的行政诉讼，人民法院不予受理？

- A、国家知识产权局发布的部门规章
- B、地方知识产权局对专利侵权纠纷的处理
- C、地方知识产权局对假冒专利行为的处罚
- D、公安机关依照刑事诉讼法明确授权实施的行为

【考点】行政诉讼不予受理的范围

【分析】根据《行政诉讼法》第十三条第（二）项的规定，选项 A 正确。】根据《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第一条第二款第（二）项的规定，公安、国家安全等机关依照刑事诉讼法的明确授权实施的行为不属于人民法院行政诉讼的受案范围。因此，选项 D 正确。选项 BC 属于《行政诉讼法》第十二条规定的受案范围。因此，选项 BC 错误。

【答案】AD

8. 【2010年第5题】根据行政诉讼法及相关规定，对下列哪些事项不能提起行政诉讼？

- A、国家作出的与某外国签订条约的决定
- B、公民认为某行政机关违法要求其履行义务的
- C、某市人民政府任免其工作人员的决定
- D、公民对吊销其许可证的行政处罚不服的

【考点】行政诉讼的受案范围

【分析】根据《行政诉讼法》第十三条的规定，选项 AC 分别属于上述第（一）、（三）项规定的情形，因此，选项 AC 正确。根据《行政诉讼法》第十二条的规定，选项 BD 分别属于上述第（九）、（一）项规定的情形，因此，选项 BD 错误。

【答案】AC

第三章 管 辖

第十四条【基层人民法院管辖第一审行政案件】基层人民法院管辖第一审行政案件。

第十五条【中级人民法院管辖的第一审行政案件】中级人民法院管辖下列第一审行政案件：

- (一) 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；
- (二) 海关处理的案件；
- (三) 本辖区内重大、复杂的案件；
- (四) 其他法律规定由中级人民法院管辖的案件。

一、本条含义

本条是关于中级人民法院管辖的第一审行政案件的规定。

本条是对原法第十四条的修改。增加了两类情形：一是县级、地市级人民政府为被告的行政案件；二是其他法律规定由中级法院管辖的案件，这主要是指知识产权类案件。根据本条规定，由中级人民法院管辖的第一审行政案件有四种：

一是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。以国务院部门为被告的案件，被告级别较高，且其行政行为政策性、专业性较强，案件审理结果对社会影响较大，不宜由基层法院审理。这里的国务院部门，除国务院组成部门外，也包括国务院直属机构、直属事业单位、部管国家局等。县级以上地方各级人民政府包括省、自治区、直辖市、自治州、设区的市、县、自治县、不设区的市、市辖区的人民政府。以县级以上地方人民政府为被告的案件主要集中在土地、林地、矿藏等所有权和使用权争议案件、征收征用土地及其安置补偿案件等，这类案件一般在当地影响较大，案件相对复杂，且易受到当地政府的干预，规定这类案件由中级法院管辖，有助于人民法院排除干扰，公正审判。需要说明的是，这里的行政行为是指县级以上地方人民政府直接作出的行政处理决定，不包括其所作出的维持原行政行为的行政复议决定。

二是海关处理的案件，即公民、法人或者其他组织对海关作出的行政行为不服向人民法院提起诉讼的案件。虽然我国设有海事法院，但是，根据最高人民法院《关于海事行政案件管辖问题的通知》、《关于海关行政处罚案件诉讼管辖问题的解释》，行政案件、行政赔偿案件和审查行政机关申请执行其行政行为的案件由各级人民法院行政审判庭审理，海事法院对这类案件不予审理。之所以把涉及海关处理的案件放到中级法院专属管辖，是因为从海关的业务来看，种类繁多，专业技术性较强，同时也涉及对外贸易和科技文化的交流；从海关的设置来看，只有部分地方设置了海关，且多设在大中城市。把海关处理的案件，规定由中级法院管辖，符合方便当事人进行诉讼的原则，也便于人民法院审理。

三是本辖区内重大、复杂的案件。本辖区是指中级法院的辖区。“重大复杂”包括案情的疑难和轻重程度、政策性与专业性的深度与广度、判决结果可能产生的社会影响大小等，如社会影响重大的共同诉讼、集团诉讼案件，重大涉外或者涉及港澳台的案件。这里的“重大复杂”是相对而言的，可能会因地区和案件的不同有所不同，在审判实践中，需要通过对具体案件的难度和影响进行衡量来具体确定。

四是其他法律规定由中级人民法院管辖的案件。这一项是衔接性规定。根据全国人大常委会《关于在北京、上海、广州设立知识产权法院的决定》，知识产权法院管辖有关专利、植物新品种、集成电路布图设计、技术秘密等专业技术性较强的第一审知识产权行政案件；北京知识产权法院管辖不服国务院行政部门裁定或者决定而提起的第一审知识产权授权确权行政案件。

二、真题分析

9. 【2014年第3题】根据行政诉讼法及相关规定，对国务院各部门所作的具体行政行为不服提起诉讼的第一审行政案件，由下列哪级人民法院管辖？¹

- A. 基层人民法院
- B. 中级人民法院
- C. 高级人民法院

¹ 适当修改本题，以适应新法。

D. 最高人民法院

【考点】行政诉讼的管辖

【分析】根据《行政诉讼法》第十五条的规定，选项 B 正确，选项 ACD 错误。

【答案】B

10. 【2013 年第 14 题】甲公司对某直辖市人民政府对其作出的具体行政行为不服，欲提起行政诉讼。根据行政诉讼法及相关规定，甲公司应向哪级人民法院提起诉讼？¹

- A、基层人民法院
- B、中级人民法院
- C、高级人民法院
- D、最高人民法院

【考点】行政诉讼的管辖

【分析】根据《行政诉讼法》第十五条的规定，选项 B 正确，选项 ACD 错误。

【答案】B

第十六条【高级人民法院管辖的第一审行政案件】高级人民法院管辖本辖区内重大、复杂的第一审行政案件。

第十七条【最高人民法院管辖的第一审行政案件】最高人民法院管辖全国范围内重大、复杂的第一审行政案件。

第十八条【一般地域管辖和法院跨行政区域管辖】行政案件由最初作出行政行为的行政机关所在地人民法院管辖。经复议的案件，也可以由复议机关所在地人民法院管辖。

经最高人民法院批准，高级人民法院可以根据审判工作的实际情况，确定若干人民法院跨行政区域管辖行政案件。

一、本条含义

本条是关于一般地域管辖和法院跨区域管辖的规定。

本条为原法第十七条，作了两处修改：一是删去了“复议机关改变原具体行政行为的”这一前提条件；二是增加了法院跨区域管辖的规定。

（一）一般地域管辖

公民、法人或者其他组织依法未经过复议直接向人民法院提起诉讼的案件，由最初作出行政行为的行政机关所在地人民法院管辖。地域管辖是根据人民法院的辖区来划分第一审行政案件的审判权。级别管辖解决的是案件由哪一级法院管辖，而地域管辖是进一步解决同级法院之间，特别是基层人民法院之间审理第一审行政案件的分工和权限。“原告就被告”是行政诉讼地域管辖的一般原则，经复议的案件，也适用这一原则。这样的制度设计主要是便于法院审查，人民法院在审理行政案件时调查、取证、执行主要在行政机关的所在地进行，由行政机关所在地人民法院管辖有利于审判。同时，能够避免行政机关异地奔波应诉，降低行政成本。大多数情况下，原告的居住地与作出行政行为的行政机关的所在地都同属于一个行政区域，由该辖区的人民法院管辖，也不会使原告负担过重。当然，由被诉行政机关所在地法院管辖也存在一些弊端，司法辖区与行政辖区合一，法院的财政供给受同级行政机关的控制，在现实中造成了一些地方保护主义问题。

经复议的案件，无论复议机关改变还是维持原行政行为，既可以由最初作出行政行为的行政机关所在地人民法院管辖，也可以由复议机关所在地人民法院管辖，由当事人自行

¹ 适当修改本题，以适应新法。

选择。这是地域管辖的特殊规定，赋予了当事人对管辖的选择权。根据新法第 21 条规定，两个法院都有管辖权的情况下，原告可以选择其中一个人民法院提起诉讼，如果原告向两个法院都提起诉讼的，由最先立案的人民法院管辖。这样规定也体现了对原告权利的保护，方便当事人。

（二）法院跨区域管辖案件

法院跨区域管辖行政案件的原则规定是本次修改新增内容。地方保护和行政干预，是行政诉讼制度运行不畅、行政审判困难重重的重要原因。本次修改，除了在适当扩大中级法院管辖第一审行政案件的范围、增加请求上级法院指定管辖规定的同时，还为贯彻落实党的十八届三中全会决定中“探索建立与行政区划适当分离的司法管辖制度”以及“法院实行省以下人财物统管”的要求，以及十八届四中全会关于“最高人民法院设立巡回法庭，探索设立跨行政区划的人民法院和人民检察院”的要求，增加规定：经最高人民法院批准，高级人民法院可以根据审判工作的实际情况，确定若干人民法院跨行政区域管辖行政案件。

二、真题分析

11. 【2012 年第 80】甲行政机关以违反法律相关规定为由对某公司进行了处罚。该公司不服，向乙复议机关申请行政复议。乙复议机关作出维持原具体行政行为的复议决定。该公司仍不服，欲向人民法院提起诉讼。根据行政诉讼法及相关规定，下列哪些说法是正确的？

- A、应以甲行政机关为被告
- B、应以乙复议机关为被告
- C、甲行政机关所在地人民法院对此案有管辖权
- D、乙复议机关所在地人民法院对此案有管辖权

【考点】行政诉讼参加人、管辖

【分析】根据《行政诉讼法》第二十六条第二款的规定，本题中，应当以甲行政机关和乙复议机关为共同被告，因此，选项 AB 错误。根据《行政诉讼法》第十八条第一款的规定，选项 CD 正确。

【答案】CD¹

12. 【2010 年第 21 题】根据行政诉讼法及相关规定，下列说法哪些是正确的？²

- A、除有特殊规定外，行政案件一般由最初作出具体行政行为的行政机关所在地人民法院管辖
- B、经复议的案件，复议机关改变原具体行政行为的，可以由复议机关所在地人民法院管辖
- C、因不动产提起的行政诉讼，由不动产所在地人民法院管辖
- D、对限制人身自由的行政强制措施不服提起的行政诉讼，可以由原告所在地人民法院管辖

【考点】行政诉讼的管辖

【分析】根据《行政诉讼法》第十八条第一款的规定，选项 AB 正确。根据《行政诉讼法》第二十条的规定，选项 C 正确。根据《行政诉讼法》第十九条的规定，选项 D 正确。

【答案】ABCD

¹ 国家知识产权局条法司 2012 年试题解析适用旧法，第 80 题答案为选项 AC。

² 适当修改本题，以适应新法。

13. 【2010年第29题】根据行政诉讼法及相关规定，下列哪些经行政复议的案件可以由行政复议机关所在地人民法院，也可以由最初作出具体行为的行政机关所在地人民法院管辖？¹

- A、复议决定改变原具体行政行为所认定的主要事实和证据的
- B、复议决定维持原具体行政行为的
- C、复议决定部分撤销原具体行政行为处理结果的
- D、复议决定改变原具体行政行为所适用的规范依据且对定性产生影响的

【考点】行政诉讼的管辖

【分析】根据《行政诉讼法》第十八条第一款的规定，以及《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第七条的规定，复议决定有下列情形之一的，属于行政诉讼法规定的“改变原具体行政行为”：（一）改变原具体行政行为所认定的主要事实和证据的；（二）改变原具体行政行为所适用的规范依据且对定性产生影响的；（三）撤销、部分撤销或者变更原具体行政行为处理结果的。因此，选项 ABCD 正确。

【答案】ABCD²

第十九条【限制人身自由行政案件的管辖】对限制人身自由的行政强制措施不服提起的诉讼，由被告所在地或者原告所在地人民法院管辖。

一、本条含义

本条是关于对限制人身自由的行政强制措施实行特殊地域管辖的规定。

本条是一般地域管辖的例外规定。对限制人身自由的行政强制措施不服提起的诉讼，被告所在地和原告所在地人民法院均有管辖权。原告所在地，包括原告的户籍所在地、经常居住地和被限制人身自由地。户籍地为公民的户口所在地。经常居住地是指公民离开住所地，最后连续居住满1年以上的地方。限制人身自由所在地，是指被告行政机关将原告收容审查、强制治疗等场所所在地。在立法之初，本条规定的限制人身自由的行政强制措施主要针对劳动教养等情形。2013年全国人大常委会通过了《关于废止有关劳动教养法律规定的决定》，实施了50多年的劳教制度被依法废止。这一规定现在适用情形减少了。

原告可以选择被告所在地或者原告所在地人民法院管辖，主要遵循就近进行诉讼的原则，便于当事人起诉，保护其合法权益。因为行政行为在行政诉讼期间一般不停止执行，被限制人身自由的公民，失去行动自由，异地提起和参加诉讼十分不便，如果仍由最初作出行政行为的行政机关所在地人民法院管辖，可能会使原告失去通过司法途径获得救济的权利。从保护当事人的角度看，在被告所在地管辖原则之外，也允许在原告所在地提起诉讼。当然，作出限制人身自由行政行为的行政机关到外地应诉会有一些不便，但相比于人身受限制的当事人来说，行政机关无论是在财力还是人力上都更有优势，困难比较容易解决。同时，考虑到行政争议就地解决，节约行政和司法成本，调查取证、审判执行和化解争议等因素，这种例外情形不宜太宽，仅限于限制人身自由的行政强制措施，不包括其他行政强制措施，也不包括限制人身自由的行政处罚。

在法律适用上，本条关于特殊地域管辖的规定要优先于一般地域管辖的规定，如果一个案件兼具一般和特殊两种性质，就应当优先适用特殊地域管辖的规定。例如，一个经过复议的行政案件，同时也属于限制人身自由的行政强制措施的案件，在管辖上就应当适用本条的规定，而不应只能由复议机关所在地人民法院管辖。

¹ 适当修改本题，以适应新法。

² 国家知识产权局条法司2010年试题解析适用旧法，第29题答案为选项ACD。

第二十条【不动产行政案件的管辖】因不动产提起的行政诉讼，由不动产所在地人民法院管辖。

一、本条含义

本条是关于对因不动产提起的行政诉讼实行专属管辖的规定。

不动产案件管辖是专属管辖，此类案件只能由本法规定的人民法院管辖，其他法院无管辖权，当事人没有选择管辖的余地，人民法院之间也不得协议管辖。涉及不动产的案件由不动产所在地法院进行管辖是各国的通例，主要是为便于法院就近调查、勘验、测量、取证，以及就地执行判决。

不动产，是指土地以及土地上的附着物，不能移动或移动会损害其用途或价值的物，如土地、房屋等。实践中，对什么是因不动产提起的行政诉讼，有一些不同认识。原则上，因不动产引起的行政诉讼，包括因不动产所有权、使用权发生纠纷而起诉的案件，如房屋登记、土地确权案件、房屋拆迁案件。这类行政案件适用不动产案件的管辖规定，由不动产所在地人民法院管辖。对行政行为不是直接针对不动产，但涉及不动产内容，如国有资产产权界定行为是针对包含不动产在内的整体产权作出的，则不属于因不动产提起的诉讼。

二、真题分析

14.【2011年第13题】根据行政诉讼法及相关规定，下列关于行政诉讼地域管辖的说法哪些是正确的？¹

- A、因不动产提起的行政诉讼，由不动产所在地人民法院管辖
- B、行政案件由最初作出具体行政行为的行政机关所在地人民法院管辖
- C、经复议的行政案件，复议机关改变原具体行政行为的，应由最初作出具体行政行为的行政机关所在地人民法院管辖
- D、对限制人身自由的行政强制措施不服提起的诉讼，由被告所在地或者原告所在地人民法院管辖

【考点】行政诉讼的管辖

【分析】根据《行政诉讼法》第二十条的规定，选项A正确。根据《行政诉讼法》第十八条第一款的规定，选项B正确，选项C错误。根据《行政诉讼法》第十九条的规定，选项D正确。

【答案】ABD

第二十一条【选择管辖】两个以上人民法院都有管辖权的案件，原告可以选择其中一个人民法院提起诉讼。原告向两个以上有管辖权的人民法院提起诉讼的，由最先立案的人民法院管辖。

一、本条含义

本条是关于共同管辖的规定。

共同管辖是指两个以上的法院对同一案件都有管辖权的情况。一般情况下，行政案件管辖法院只有一个，即被诉行政机关所在地法院。在有的行政案件中，会出现两个以上法院都有管辖权的情况，形成了共同管辖。

共同管辖只是表明多个法院对同一案件都具有管辖权，并不代表多个法院可以同时或分别审理同一行政案件，该案件最终由哪个法院行使管辖权，必须根据原告的选择来确定，原告可以选择向其中任一法院起诉，由选定的人民法院作为案件的管辖法院。原告一旦选择其中一个法院，该法院因此获得案件的管辖权，其他法院丧失对案件的管辖权。

实践中，有的原告为了及时保护自己的合法权益，会向两个以上有管辖权的人民法院

¹ 适当修改本题，以适应新法。

都提起诉讼，为避免一事多头审理，也为了防止法院之间推诿或者争夺管辖权，本条规定原告向两个以上有管辖权的人民法院提起诉讼的，由最先立案的人民法院管辖，相应其他法院则失去对该案的管辖权。

在理解本条时要把握以下几点：（1）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。（2）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）当事人没有选择的法院，不能取得案件的管辖权。尽管依照法律规定某一法院对案件具有管辖权，但由于当事人没有选择，法院不能依职权主动要求管辖。

二、真题分析

15. 【2014年第15题】赵某因不服某行政机关对其作出的行政处罚，向对该案件都有管辖权的甲、乙两个人民法院提起了行政诉讼，甲人民法院比乙人民法院先收到起诉状立案。根据行政诉讼法及相关规定，该行政诉讼案件应由下列哪个人民法院管辖？¹

- A. 甲人民法院
- B. 乙人民法院
- C. 甲、乙两个人民法院的共同上级人民法院
- D. 甲、乙两个人民法院共同上级人民法院指定的法院

【考点】行政诉讼的管辖

【分析】根据《行政诉讼法》第二十一条的规定，选项A正确，选项BCD错误。

【答案】A

16. 【2013年第21题】赵某不服某具体行政行为，向两个有管辖权的人民法院分别提起了行政诉讼。根据行政诉讼法及相关规定，该行政诉讼应由下列哪个人民法院管辖？

- A、该两个人民法院协商确定的人民法院
- B、最先收到起诉状立案的人民法院²
- C、该两个人民法院的共同上级人民法院
- D、该两个人民法院的共同上级人民法院指定的人民法院

【考点】行政诉讼管辖

【分析】根据《行政诉讼法》第二十一条的规定，选项B正确，选项ACD错误。

【答案】B

17. 【2010年第74题】根据行政诉讼法及相关规定，下列关于行政诉讼管辖的说法哪些是正确的？

- A、两个以上人民法院都有管辖权的案件，原告可以选择其中一个人民法院提起诉讼
- B、人民法院发现受理的案件不属于自己管辖时，应当移送有管辖权的人民法院
- C、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
- D、上级人民法院可以把自己管辖的第一审行政案件移交给下级人民法院审判

【考点】行政诉讼的管辖

【分析】根据《行政诉讼法》第二十一条的规定，选项A正确。根据《行政诉讼法》第二十二条的规定，选项B正确。根据《行政诉讼法》第二十三条第一款的规定，选项C正确。根据《行政诉讼法》第二十四条的规定，选项D错误。

【答案】ABC³

¹ 适当修改该选项，以适应新法。

² 适当修改该选项，以适应新法。

第二十二条【移送管辖】 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按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。

一、本条含义

本条是关于移送管辖的规定。

移送管辖，是指人民法院受理案件后经审查，发现案件不属于本院管辖而移送给有管辖权的人民法院处理的管辖制度，它是对管辖发生错误所采用的一种纠正措施。没有管辖权的人民法院接受原告起诉后，发现原告起诉的案件不属于自己管辖的，查明这个案件应当由哪个法院管辖，主动移送给有管辖权的人民法院管辖。移送管辖的实质是对案件进行移送，而不是对案件管辖权进行移送。移送管辖主要发生在同级法院之间，对于上下级法院之间主要适用管辖权转移的规定。

根据本条的规定，人民法院移送案件应当具备以下三个条件：（1）移送案件的人民法院已经立案受理了行政案件，即诉讼程序已经开始，但案件并未审结，仍在第一审程序中。对尚未受理的案件，不存在移送管辖的问题，应告知当事人向有管辖权的人民法院起诉。如果案件已经作出了判决，也不发生移送管辖，而是需要通过其他程序与方法予以纠正。

（2）移送案件的人民法院认为自己对案件没有管辖权。也就是说，虽已受理，但在审理过程中又发现是错误受理，自己对已受理的案件根本就没有管辖权。（3）接受移送案件的人民法院依法享有管辖权。移送不得随意移送，只能向有管辖权的人民法院移送。对于符合以上三个条件的案件，必须实行案件移送。受理的人民法院有移送案件的义务，不能不移送。

移送是人民法院的一种程序上的单方法律行为，移送案件的裁定将产生程序法上的效力，对接受移送案件的人民法院具有约束力。其效力包括：受移送的人民法院应当按照立案程序，及时受理，不得拒收、退回或再自行移送；案件一经移送，原则上受移送法院即是管辖法院，不能再自行移送。如有争议，可提请上一级人民法院确定。移送管辖只能移送一次。所谓不得再自行移送，是指既不能将案件再退回原移送的人民法院，也不能再移送给其他人民法院，而只能依照有关规定，报请上级人民法院指定管辖。

第二十三条【指定管辖】 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。

人民法院对管辖权发生争议，由争议双方协商解决。协商不成的，报它们的共同上级人民法院指定管辖。

一、本条含义

本条是关于指定管辖的规定。

指定管辖，是指上级人民法院依职权指定下级人民法院对行政案件行使管辖权。被指定的人民法院因被指定获得了案件管辖权。指定管辖是对法定管辖的补充，其目的是使人民法院早日确定管辖权，及时进行审判，使当事人的合法权益尽快得到保护。

本条规定的指定管辖有两种适用情形：一是有管辖权的法院由于特殊原因不能行使管辖权的，报请上级法院指定管辖。二是两个以上法院对管辖权发生争议时，协商不成的，报请共同的上级法院指定管辖。主要适用于人民法院之间管辖权争议的指定。

第二十四条【管辖权转移】 上级人民法院有权审理下级人民法院管辖的第一审行政案件。

³ 国家知识产权局条法司 2010 年试题解析适用旧法，第 74 题答案为选项 ABCD。

下级人民法院对其管辖的第一审行政案件，认为需要由上级人民法院审理或者指定管辖的，可以报请上级人民法院决定。

一、本条含义

本条是关于管辖权转移的规定。

本条为原法第二十三条，作了两处修改：一是取消了管辖权转移中的上转下，删去了原法中“上级法院可以把自己管辖的第一审行政案件移交下级法院审判”的规定；二是增加了下一级法院申请上级法院指定管辖的规定。

由于管辖问题较为复杂，仅有法定管辖和指定管辖，尚不足以适应复杂多变的情况，管辖权转移的规定赋予上下级法院灵活处理的权力，目的是让法院更好地行使审判权。理论上，管辖权转移有两种情况：一种是将管辖权上移，包括上提下和下交上，上级法院有权将下级法院管辖的第一审行政案件提上来自己审理，下级法院对其管辖的第一审行政案件认为审理确有困难，需要由上级法院审理的，可以报请上级法院决定；另一种是管辖权下放，上级法院本院管辖的第一审行政案件交给下级法院来审理。管辖权转移只限于第一审案件。

实践中，管辖权转移出现了一些问题。这次修法主要有两方面修改：一是取消了管辖权下放，删去了上级法院可以把自己管辖的第一审行政案件移交下级法院审判。有的律师提出，实践中有些地方为了让案件不出市、不出省，将本应由中级法院、高级法院管辖的第一审案件交给下级法院审理，不说明理由也不征求原告意见，法律对此也没有明确规范，规避了法律中有关中级法院管辖等规定，不利于案件的公正审理，建议取消上指下规定。考虑到行政诉讼的实际情况，采纳了这一意见。二是增加了指定管辖情形，原法中指定管辖的适用情形是明确的，只有在法院由于特殊原因不能行使管辖权或者管辖权有争议协商不了的情况下，上级法院才指定管辖。有的提出，实践中，有的基层法院受到干预很明显，无法公正审理，也需要指定管辖。考虑到行政诉讼的实际情况，应当为法院排除干预留有更多空间，采纳了这一意见，放宽了指定管辖的适用情形。

二、真题分析

18.【2012年第44题】根据行政诉讼法及相关规定，下列关于管辖的哪些说法是正确的？

- A、上级人民法院有权审判由下级人民法院管辖的第一审行政案件
- B、两个以上人民法院都有管辖权的案件，原告应当向其共同的上级人民法院起诉
- C、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
- D、人民法院发现受理的案件不属于自己管辖时，应当移送有管辖权的人民法院

【考点】行政诉讼的管辖

【分析】根据《行政诉讼法》第二十四条第一款的规定，选项A正确。根据《行政诉讼法》第二十一条的规定，选项B错误。根据《行政诉讼法》第二十三条第一款的规定，选项C正确。根据《行政诉讼法》第二十二条的规定，选项D正确。

【答案】ACD

第四章 诉讼参加人

第二十五条【原告资格】行政行为的相对人以及其他与行政行为有利害关系的公民、法人或者其他组织，有权提起诉讼。

有权提起诉讼的公民死亡，其近亲属可以提起诉讼。

有权提起诉讼的法人或者其他组织终止，承受其权利的法人或者其他组织可以提起诉讼。

一、本条含义

本条是关于原告资格的规定。

本条第1款对原法第24条第1款作了修改。第2款、第3款未作修改。

（一）原告与行政行为有利害关系

原法两个条款规定行政诉讼的原告资格：一是第24条第1款规定，依照本法提起诉讼的公民、法人或者其他组织是原告。二是第41条中规定，原告是认为具体行政行为侵犯其合法权益的公民、法人或者其他组织。这两款并没有明确原告的客观标准，只规定了主观标准，即“认为”自己的合法权益受到侵犯。这种主观“认为”，显然不利于法官对起诉人是否具有原告资格作出客观判断。由于没有客观标准，有的在法院各种压力之下，不愿受理行政案件，对原告资格作过度限制；有的法院仅将原告理解为行政行为的相对人，使一些应当纳入行政诉讼解决的争议没有纳入。为解决这一问题，最高人民法院2000年《若干解释》规定原告是“与具体行政行为有法律上利害关系的公民、法人或者其他组织”，将原告资格的认定标准客观化了一些，与日本和我国台湾地区的规定是一致的。参照最高人民法院2000年《若干解释》的规定，除行政相对人外，本条规定的“其他与行政行为有利害关系的公民、法人或者其他组织”，至少应当包括：（1）被诉的行政行为涉及其相邻权或者公平竞争权的；（2）与被诉的行政复议决定有利害关系或者在复议程序中被追加为第三人的；（3）要求主管行政机关依法追究加害人法律责任的；（4）与撤销或者变更的行政行为有利害关系的。

（二）原告的近亲属提起诉讼

有权提起诉讼的公民死亡的，其近亲属可以作为原告提起诉讼。本款是原法的规定，没有修改。根据最高人民法院2000年《若干解释》的规定，这里的“近亲属”，包括配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女和其他具有扶养、赡养关系的亲属。

（三）法人或者其他组织的权利承受人提起诉讼

有权提起诉讼的法人或者其他组织终止，承受其权利的法人或者其他组织可以提起诉讼。本款是原法的规定，没有修改。法人是指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、承担民事义务的组织；其他组织是指没有取得法人资格的社会组织。最高人民法院2000年《若干解释》规定的非法人组织包括：合伙企业以和他合伙组织以及其他非法人组织。

二、真题分析

19.【2012年第18】根据行政诉讼法及相关规定，合伙企业向人民法院提起诉讼的，下列哪种说法是正确的？

- A、应当以核准登记的字号为原告
- B、应当以所有合伙人为共同原告
- C、应当以执行合伙企业事务的合伙人为原告
- D、可以任一合伙人为原告

【考点】行政诉讼参加人

【分析】根据《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第十四条的规定，合伙企业向人民法院提起诉讼的，应当以核准登记的字号为原告，由执行合伙企业事务的合伙人作诉讼代表人；其他合伙组织提起诉讼的，合伙人为共同原告。因此，选项A正确，选项BCD错误。

【答案】A

第二十六条【被告资格】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。

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。

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。

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。

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。

一、本条含义

本条是关于行政诉讼被告资格的规定。

行政诉讼的被告是因侵犯公民、法人或者其他组织合法权益而被起诉到法院的行政机关和法律、法规、规章授权的组织。

（一）未经复议的案件，作出行政行为的行政机关作被告

公民、法人或者其他组织对行政行为不服，有两种法定的救济途径：一是向上级行政机关申请行政复议，二是向法院提起行政诉讼。根据新法第44条和行政复议法的相关规定，除法律、法规规定应当先向行政机关申请复议的外，公民、法人或者其他组织可以选择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。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。根据新法第2条第2款的规定，法律、法规、规章授权的组织作出的行政行为，该组织是被告。需要注意，对于不是最终决定的行政行为如何确定被告。有些行政行为依法需要下级行政机关或者经授权的组织初步审查，这种初步审查，虽然不是最终决定，但会对行政相对人的权利产生实际影响，应当提供司法救济，对初步审查行为不服的，可以依法行使初步审查权的下级行政机关或者授权的组织为被告。这样规定，在实践中的好处就是原告的诉讼请求更有针对性，法院的监督也更有针对性。理论上的依据是上级行政机关尚未参与行政过程，未体现本机关的意志，不宜作被告。

（二）经复议的案件，复议机关维持原行政行为的，原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

本条第2款对原法作了重要修改，明确复议机关维持原行政行为，作出原行政行为的行政机关和复议机关是共同被告。原法规定复议机关决定维持原具体行政行为的，作出原具体行政行为的行政机关是被告。之所以作这样的修改，主要是解决目前行政复议维持率高、纠错率低的问题。行政复议是解决行政争议的重要手段，从制度上讲，行政复议具有方便、快捷、成本低等特点，应当是解决行政争议的主渠道。但从实践的情况看，事实并非如此，每年进入复议渠道的行政案件数量并不多，长期以来，复议受理的案件数量少于行政诉讼，近年来与行政诉讼受理案件的数量大体持平。究其原因，主要是公民、法人或者其他组织对复议机关不够信任，一方面是因为复议机构中立性、权威性不够，受到的掣肘比较多，该受理的不受理，已受理的，有些也不能公正地作出复议决定；另一方面也有制度不合理的原因，就是原法规定，复议机关维持原行政行为不作被告，改变原行政行为作被告这一制度。如果复议机关改变原行政行为，满足了复议申请人的要求，一般情况下，不会发生再向法院起诉的问题，但许多引起争议的行政行为，往往涉及行政相对人以外的第三人的利益，复议决定如果满足了复议申请人的要求，可能会影响第三人的利益，第三人就会向法院起诉。这样，复议机关就变成了被告。但是，如果行政复议维持了原行政行为，申请人不服，向法院起诉，复议机关就不作被告。因此，实践中，有些复议机关就一味维持原行政行为，该撤销的不撤销，该纠正的不纠正，导致维持率过高，复议制度解决行政争议的作用没有很好地发挥，复议制度的优势没有得到很好的实现，与行政复议作为

解决行政争议主渠道的定位相去甚远。为了从制度上促使复议机关发挥监督下级机关的行政行为、救济公民权利的作用，新法对现行制度作了如上修改。

复议机关改变原行政行为的，复议机关作被告。复议机关是作出原行政行为的行政机关的上级，可以改变原行政行为，改变后复议决定就是一个新的行政行为，原行政行为的效力就不存在，如果当事人对复议决定不服，只能起诉复议机关，由复议机关作被告。

（三）复议机关不作为的，由当事人选择原行政机关还是复议机关作被告

本条第3款规定，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；起诉复议机关的，复议机关是被告。本款是最高人民法院2000年《若干解释》增加的内容，本款确认了这一规定的法律效力。复议机关在法定期限内未作出复议决定，公民、法人或者其他组织既可以起诉原行政行为，也可以起诉复议机关不作为。本来从权利救济角度，行政相对人起诉原行政行为更直接、更合理。之所以赋予行政相对人可以选择起诉复议机关，一是行政复议也是一种行政行为，无论是作为还是不作为，都应当受司法监督，由法院对复议机关的不作为进行监督，有利于促使复议机关积极作为，履行化解行政争议的职责；二是复议机关不作为，虽然没有增加行政相对人的义务，但使行政相对人失去了一次权利救济机会，通过法院判决，使复议机关行使复议权，行政相对人可以多一次救济；三是行政复议对行政相对人的合法权益救济更为全面，如果通过诉讼能使复议机关发挥作用，可以更好地保护其合法权益。

（四）两个以上行政机关作出同一行政行为的，是共同被告

本条第4款规定，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。如行政许可法第26条第2款规定，行政许可依法由地方人民政府两个以上部门分别实施的，本级人民政府可以确定一个部门受理行政许可申请并转告有关部门分别提出意见后统一办理，或者组织有关部门联合办理、集中办理。这时，一个行政许可决定，可能由不同政府部门根据不同的法律、法规作出，从性质上可以分解为几个行政行为，只是为了方便行政相对人，才由一个行政许可决定作出。认定是否属于共同作出的行政行为，简单的方法是看行政决定文书上的署名和印章。

实践中，有些经上级机关批准的行政决定并没有上级机关的署名和印章，这时认定是否是共同作出的行政行为有一定的困难。原则上，应当以行政决定文书是否有署名作为认定标准。因为有的行政机关事先请示上级行政机关，不是法律、法规规定的程序，是行政机关内部程序，上级行政机关不对外承担法律后果，不能作为共同被告。但如果批准程序是法定程序，就应当认定为共同作出行政行为。

（五）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

本条第5款对原法作了修改，将法律、法规授权的组织的有关内容移至新法第2条第2款。这里行政机关委托的组织，主要是指行政机关以外的社会组织，也包括行政机关。由于受委托的组织不是以自己的名义作出行政行为，不能对受委托作出的行政行为承担法律后果，因此，不能作为行政诉讼的被告。无论是从理论上，还是从行政许可法、行政处罚法的相关规定看，都要求委托行政机关对受委托的组织的行为负责监督，并对行为后果承担法律责任。因此，行政相对人提起诉讼，委托机关是被告。

（六）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

本条对原法作了修改，增加了职权变更的情形。改革开放以来，我国政府的机构调整和职能转变一直在进行中，有的行政机关被撤销、合并，有的部门职权发生调整，原来行使的职权由别的部门行使。在上述情况下，行政相对人对原行政机关作出的行政行为不服提起的诉讼，需要明确被告是谁。本条第6款明确了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。

二、真题分析

20. 【2014 年第 26 题】根据行政诉讼法及相关规定，不服由行政机关委托的组织所作的具体行政行为的，应以谁为被告提起行政诉讼？¹

- A. 作出委托的行政机关
- B. 接受委托的组织
- C. 作出委托的行政机关的上级机关
- D. 作出委托的行政机关和接受委托的组织

【考点】行政诉讼被告

【分析】根据《行政诉讼法》第二十六条第五款的规定，选项 A 正确，选项 BCD 错误。

【答案】A

21. 【2014 年第 36 题】根据行政诉讼法及相关规定，下列关于诉讼参加人的哪些说法是正确的？²

- A. 公民、法人或者其他组织直接向人民法院提起诉讼的，作出具体行政行为的行政机关是被告
- B. 经复议的案件，复议机关是被告
- C. 同提起诉讼的具体行政行为有利害关系的其他公民、法人或者其他组织，可以作为第三人申请参加诉讼
- D. 没有诉讼行为能力的公民，由其法定代理人代为诉讼

【考点】诉讼参加人

【分析】根据《行政诉讼法》第二十六条第一款的规定，选项 A 正确。根据《行政诉讼法》第二十九条第一款的规定，选项 C 正确。根据《行政诉讼法》第三十条的规定，选项 D 正确。

需要注意的是，选项 B 考察旧法第二十五条第二款，按照该款规定经复议的案件并不是一律以复议机关作为被告，被告要么是行政机关，要么是复议机关，因此，选项 B 错误。而按照新法第二十六条第二款的规定，经复议的案件，被告要么是行政机关和复议机关，要么是复议机关，选项 B 的说法欠妥。

【答案】ACD

22. 【2013 年第 7 题】王某不服县卫生局对其作出的某具体行政行为，依法向县人民政府申请行政复议。县人民政府经过复议后，维持了原具体行政行为。王某仍不服，拟向人民法院提起行政诉讼。根据行政诉讼法及相关规定，关于该行政诉讼被告的下列哪种说法是正确的？³

- A. 王某应以该县人民政府作为被告
- B. 王某应以该县卫生局作为被告
- C. 王某应以该县人民政府和卫生局作为共同被告
- D. 王某可选择该县人民政府或卫生局作为被告

【考点】诉讼参加人

【分析】根据《行政诉讼法》第二十六条第二款的规定，选项 C 正确。选项 ABD 错误。

【答案】C⁴

¹ 适当修改本题，以适应新法。

² 适当修改本题，以适应新法。

³ 适当修改本题，以适应新法。

23.【2013 年第 83 题】某县公安局对张某作出了一项行政处罚决定。张某不服，遂向该县人民政府申请行政复议，但该县人民政府未在法定期限内作出复议决定。张某欲向人民法院提起行政诉讼。根据行政诉讼法及相关规定，下列哪些说法是正确的？

- A、张某因对该行政处罚决定不服提起诉讼的，应当以县公安局为被告
- B、张某因对该行政处罚决定不服提起诉讼的，应当以该县人民政府为被告
- C、张某因对该县人民政府不作为不服提起诉讼的，应当以该县人民政府为被告
- D、张某因对该县人民政府不作为不服提起诉讼的，应当以该县人民政府和县公安局作为共同被告

【考点】行政诉讼的被告

【分析】根据《行政诉讼法》第二十六条第三款的规定，以及《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第二十二条的规定，复议机关在法定期间内不作复议决定，当事人对原具体行政行为不服提起诉讼的，应当以作出原具体行政行为的行政机关为被告；当事人对复议机关不作为不服提起诉讼的，应当以复议机关为被告。因此，选项 AC 正确，选项 BD 错误。

【答案】AC

24.【2012 年第 69 题】根据行政诉讼法及相关规定，下列关于行政诉讼被告的哪些说法是正确的？¹

- A、由法律、法规授权的组织所作的具体行政行为，该组织是被告
- B、由法律、法规授权的组织所作的具体行政行为，直接管理该组织的行政机关是被告
- C、由行政机关委托的组织所作的具体行政行为，该行政机关是被告
- D、由行政机关委托的组织所作的具体行政行为，该组织是被告

【考点】诉讼参加人

【分析】根据《行政诉讼法》第二条第二款、第二十六条第五款的规定，选项 AC 正确。

【答案】AC

25.【2011 年第 21 题】根据行政诉讼法及相关规定，下列关于行政诉讼被告的说法哪些是正确的？²

- A、公民、法人或者其他组织直接向人民法院提起诉讼的，作出具体行政行为的行政机关是被告
- B、经复议的案件，复议机关决定维持原具体行政行为的，复议机关是被告
- C、由行政机关委托的组织所作的具体行政行为，该组织是被告
- D、两个以上行政机关作出同一具体行政行为的，共同作出具体行政行为的行政机关是共同被告

【考点】行政诉讼被告

【分析】根据《行政诉讼法》第二十六条的规定，选项 AD 正确。

【答案】AD

⁴ 国家知识产权局条法司 2013 年试题解析适用旧法，第 7 题答案为选项 B。

¹ 适当修改本题，以适应新法。

² 适当修改本题，以适应新法。

26. 【2011 年 29 题】根据行政诉讼法及相关规定，下列哪些主体可以依法提起行政诉讼？

- A、与被诉的行政复议决定有法律上利害关系的公民
- B、被诉的具体行政行为涉及其公平竞争权的法人
- C、在复议程序中被追加为第三人的法人
- D、要求主管行政机关依法追究加害人法律责任的公民

【考点】可依法提起行政诉讼的主体

【分析】根据《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第十三条的规定，有下列情形之一的，公民、法人或者其他组织可以依法提起行政诉讼：（一）被诉的具体行政行为涉及其相邻权或者公平竞争权的；（二）与被诉的行政复议决定有法律上利害关系或者在复议程序中被追加为第三人的；（三）要求主管行政机关依法追究加害人法律责任的；（四）与撤销或者变更具体行政行为有法律上利害关系的。本题中，选项 AC 属于上述第（二）项规定的情形，选项 BD 分别属于上述第（一）、（三）项的规定的情形，因此，选项 ABCD 正确。

【答案】ABCD

第二十七条【共同诉讼】当事人一方或者双方为二人以上，因同一行政行为发生的行政案件，或者因同类行政行为发生的行政案件、人民法院认为可以合并审理并经当事人同意的，为共同诉讼。

第二十八条【代表人诉讼】当事人一方人数众多的共同诉讼，可以由当事人推选代表人进行诉讼。代表人的诉讼行为对其所代表的当事人发生效力，但代表人变更、放弃诉讼请求或者承认对方当事人的诉讼请求，应当经被代表的当事人同意。

第二十九条【诉讼第三人】公民、法人或者其他组织同被诉行政行为有利害关系但没有提起诉讼，或者同案件处理结果有利害关系的，可以作为第三人申请参加诉讼，或者由人民法院通知参加诉讼。

人民法院判决第三人承担义务或者减损第三人权益的，第三人有权依法提起上诉。

一、本条含义

本条是关于第三人的规定。

行政诉讼第三人是原、被告之外，同被诉的行政行为有利害关系，或者同案件处理结果有利害关系，为维持自己的合法权益，参加到已开始的诉讼中的公民、法人或者其他组织。除公民、法人或者其他组织外，行政机关也可以作为第三人，如最高人民法院 2000 年《若干解释》规定，应当追加被告，而原告不同意追加的，人民法院应当通知其以第三人身份参加诉讼。在诉讼中，第三人享有当事人的地位。本条规定对原法第三人制度作了修改：一是增加了“同案件处理结果有利害关系的”，可以作为第三人；二是增加了第 2 款，即规定法院判决第三人承担义务或者减损第三人权益的，第三人有权依法提起上诉。

二、真题分析

27. 【2010 年第 45 题】根据行政诉讼法及相关规定，在行政诉讼过程中，下列哪些行为须征得原告同意？¹

- A、被告改变原具体行政行为
- B、人民法院通知第三人参加诉讼
- C、人民法院追加被告

¹ 适当修改本题，以适应新法。

D、人民法院决定合并审理

【考点】行政诉讼的审判和判决

【分析】根据《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第五十条第一款的规定，被告在一审期间改变被诉具体行政行为的，应当书面告知人民法院。该规定并没有要求被告在一审期间改变被诉行政行为必须征得原告同意，因此，选项A错误。根据该司法解释第二十三条的规定，原告所起诉的被告不适格，人民法院应当告知原告变更被告；原告不同意变更的，裁定驳回起诉。应当追加被告而原告不同意追加的，人民法院应当通知其以第三人的身份参加诉讼。因此，选项C正确。

根据该司法解释第四十六条的规定，有下列情形之一的，人民法院可以决定合并审理：

（一）两个以上行政机关分别依据不同的法律、法规对同一事实作出具体行政行为，公民、法人或者其他组织不服向同一人民法院起诉的；（二）行政机关就同一事实对若干公民、法人或者其他组织分别作出具体行政行为，公民、法人或者其他组织不服分别向同一人民法院起诉的；（三）在诉讼过程中，被告对原告作出新的具体行政行为，原告不服向同一人民法院起诉的；（四）人民法院认为可以合并审理的其他情形。因此，选项D错误。

根据《行政诉讼法》第二十九条第一款的规定，人民法院通知第三人参加诉讼不须征得原告同意，选项B错误。

【答案】C

第三十条【法定代理人】没有诉讼行为能力的公民，由其法定代理人代为诉讼。法定代理人互相推诿代理责任的，由人民法院指定其中一人代为诉讼。

第三十一条【委托代理人】当事人、法定代理人，可以委托一至二人作为诉讼代理人。

下列人员可以被委托为诉讼代理人：

- （一）律师、基层法律服务工作者；
- （二）当事人的近亲属或者工作人员；
- （三）当事人所在社区、单位以及有关社会团体推荐的公民。

第三十二条【当事人及诉讼代理人权利】代理诉讼的律师，有权按照规定查阅、复制本案有关材料，有权向有关组织和公民调查，收集与本案有关的证据。对涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私的材料，应当依照法律规定保密。

当事人和其他诉讼代理人有权按照规定查阅、复制本案庭审材料，但涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私的内容除外。

第五章 证 据

第三十三条【证据种类】证据包括：

- （一）书证；
- （二）物证；
- （三）视听资料；
- （四）电子数据；
- （五）证人证言；
- （六）当事人的陈述；
- （七）鉴定意见；

（八）勘验笔录、现场笔录。

以上证据经法庭审查属实，才能作为认定案件事实的根据。

一、本条含义

本条是关于证据种类的规定。

证据是证明案件事实是否客观存在的材料。证据是人民法院认定案件事实的根据，也是人民法院正确审理案件的基础。人民法院审理案件应当坚持“证据裁判”原则，诉讼的过程就是运用证据查明案件事实的过程，没有证据就没有裁判的公正。

证据有以下三个基本特征：（1）客观性，是指证据是否能够客观反映案件事实真相的属性。证据的客观性是证据的本质要求，任何推测、假设、想象的情况，都不能作为认定案件事实的依据。（2）关联性，是指证据必须与待证事实有内在的联系。证据应当直接或者间接地证明案件事实形成的条件、发生的原因和相应的后果。（3）合法性，是指证据主体、证据形式、证据取得方法、运用证据的程序等是否符合法律的规定。

本条规定了八种证据，并且规定证据经法庭审查属实，才能作为认定案件事实的根据。证据需经法定的程序加以查证属实，一般包括证据的提供、调取和保全、质证、审核认定等程序。证据应当在法庭上出示，并由当事人互相质证。当事人应当围绕证据的关联性、合法性和真实性，针对证据有无证明效力以及证明效力大小，进行质证。人民法院应当按照法定程序，全面、客观地审查核实证据。

二、真题分析

28.【2014 年第 52 题】根据行政诉讼法及相关规定，下列哪些可以作为证据？

- A. 书证
- B. 物证
- C. 当事人的陈述
- D. 勘验笔录

【考点】证据类型

【分析】根据《行政诉讼法》第三十三条的规定，选项 ABCD 分别属于其中第（一）、（二）、（六）、（八）项的规定，因此，选项 ABCD 正确。

【答案】ABCD

29.【2013 年第 76 题】下列哪些可作为行政诉讼中的证据？¹

- A. 视听资料
- B. 证人证言
- C. 现场笔录
- D. 鉴定结论意见

【考点】证据类型

【分析】根据《行政诉讼法》第三十三条的规定，选项 ABCD 正确。

【答案】ABCD

30.【2012 年第 91 题】根据行政诉讼法及相关规定，在下列哪些情形下，原告或者第三人可以要求相关行政执法人员作为证人出庭作证？

- A. 对现场笔录的合法性或者真实性有异议的
- B. 对扣押财产的品种或者数量有异议的
- C. 对检验的物品取样或者保管有异议的
- D. 对行政执法人员的身份的合法性有异议的

¹ 适当修改本题，以适应新法。

【考点】行政诉讼证据

【分析】根据《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》第四十四条的规定，有下列情形之一，原告或者第三人可以要求相关行政执法人员作为证人出庭作证：（一）对现场笔录的合法性或者真实性有异议的；（二）对扣押财产的品种或者数量有异议的；（三）对检验的物品取样或者保管有异议的；（四）对行政执法人员的身份的合法性有异议的；（五）需要出庭作证的其他情形。因此，选项 ABCD 正确。

【答案】ABCD

31. 【2012 年第 94 题】根据行政诉讼法及相关规定，下列哪些证据不能作为认定被诉具体行政行为合法的依据？

- A、被告及其诉讼代理人在作出具体行政行为后自行收集的证据
- B、被告及其诉讼代理人在诉讼程序中自行收集的证据
- C、被告在行政程序中非法剥夺公民、法人或者其他组织依法享有的陈述、申辩或者听证权利所采用的证据
- D、原告在诉讼程序中提供的、被告在行政程序中未作为具体行政行为依据的证据

【考点】行政诉讼证据

【分析】根据《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》第六十条的规定，下列证据不能作为认定被诉具体行政行为合法的依据：（一）被告及其诉讼代理人在作出具体行政行为后或者在诉讼程序中自行收集的证据；（二）被告在行政程序中非法剥夺公民、法人或者其他组织依法享有的陈述、申辩或者听证权利所采用的证据；（三）原告或者第三人在诉讼程序中提供的、被告在行政程序中未作为具体行政行为依据的证据。因此，选项 ABCD 正确。

【答案】ABCD

第三十四条【被告举证责任】被告对作出的行政行为负有举证责任，应当提供作出该行政行为的证据和所依据的规范性文件。

被告不提供或者无正当理由逾期提供证据，视为没有相应证据。但是，被诉行政行为涉及第三人合法权益，第三人提供证据的除外。

一、本条含义

本条是关于被告对作出的行政行为负有举证责任的规定。

（一）被告的举证责任

举证责任是指当事人根据法律规定对特定的事实提供相关的证据加以证明的责任，如果不能提供证据，将在诉讼中承担不利的诉讼后果，甚至可能败诉。

被告对作出的行政行为负有举证责任是行政诉讼举证责任分配的基本原则，也是行政诉讼区别于其他诉讼的特有原则。在刑事诉讼中实行无罪推定原则，公诉案件的主要证明责任由公诉机关承担，但在巨额财产来源不明罪等特殊情况下实行举证责任倒置；自诉案件应由自诉人负有证明责任。在民事诉讼法中，当事人对自己提出的主张应当及时提供证据，即“谁主张，谁举证”。

规定被告对作出的行政行为负举证责任主要是出于以下考虑：（1）贯彻公平原则。

（2）当事人举证能力的差异性。（3）有利于促使行政机关依法行政，防止滥用职权。

（二）证据失权

证据失权是指负有提交证据责任的一方诉讼当事人如果未能按照规定的向人民法院提交证据，则视为放弃举证权利。行政诉讼中，被告对作出的行政行为负有举证责任；如果被告不提供或者无正当理由逾期提供证据，则视为没有相应证据。首先，被告应当主

动提供证据，并且在举证期限内提供证据。其次，如果被告不提供或者无正当理由逾期提供证据，致使人民法院无法查证属实的，则视为被诉行政行为没有相应的证据，被告将承担不利后果。

此外，本条第二款还规定了被告证据失权的除外情形，即被诉行政行为涉及第三人合法权益，第三人提供证据的除外。第三人是指公民、法人或者其他组织同被诉行政行为有利害关系但没有提起诉讼，或者同案件处理结果有利害关系的诉讼参加人。与案件有“利害关系”是第三人的特征。在行政诉讼中，虽然第三人举证应只围绕自己的利益主张，但在有些情况下，第三人的利益主张和行政行为的合法性密切相关。如甲殴打乙致伤，被公安机关处以行政拘留，甲提起行政诉讼要求撤销行政拘留的决定，而乙认为行政拘留的决定合法。此时，乙可以作为第三人参加诉讼，并提出行政拘留合法的相关证据。

二、真题分析

32. 【2014 年第 88 题】根据行政诉讼法及相关规定，下列哪些说法是正确的？¹

- A. 被告应当提供作出被诉具体行政行为的证据
- B. 被告应当提供作出被诉具体行政行为所依据的规范性文件
- C. 在证据可能灭失的情况下，原告可以向人民法院申请保全证据
- D. 在证据可能灭失的情况下，人民法院可以主动采取保全措施

【考点】行政诉讼证据

【分析】根据《行政诉讼法》第三十四条第一款的规定，选项 AB 正确。根据《行政诉讼法》第四十二条的规定，选项 CD 正确。

【答案】ABCD

33. 【2013 年第 96 题】根据行政诉讼法及相关规定，下列有关行政诉讼证据的哪些说法是正确的？²

- A. 原告不承担任何举证责任
- B. 被告对作出的具体行政行为负有举证责任
- C. 在诉讼过程当中，被告不得自行向原告和证人收集证据
- D. 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

【考点】行政诉讼证据

【分析】根据《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第二十七条的规定，原告对下列事项承担举证责任：（一）证明起诉符合法定条件，但被告认为原告起诉超过起诉期限的除外；（二）在起诉被告不作为的案件中，证明其提出申请的事实；（三）在一并提起的行政赔偿诉讼中，证明因受被诉行为侵害而造成损失的事实；（四）其他应当由原告承担举证责任的事项。因此，选项 A 错误。

根据《行政诉讼法》第三十四条第一款的规定，选项 B 正确。根据《行政诉讼法》第三十五条的规定，选项 C 正确。根据《行政诉讼法》第四十条的规定，选项 D 正确。

【答案】BCD

34. 【2010 年第 60 题】根据行政诉讼法及相关规定，下列关于行政诉讼证据的说法哪些是正确的？³

- A. 被告应当提供作出被诉具体行政行为的证据和所依据的规范性文件
- B. 人民法院有权要求当事人提供或者补充证据

¹ 适当修改本题，以适应新法。

² 适当修改本题，以适应新法。

³ 适当修改本题，以适应新法。

- C、在诉讼过程中，被告可以自行向原告和证人收集证据
- D、被告认为原告起诉超过法定期限的，由被告承担举证责任

【考点】行政诉讼证据

【分析】根据《行政诉讼法》第三十四条第一款的规定，选项 A 正确。根据《行政诉讼法》第三十九条的规定，选项 B 正确。根据《行政诉讼法》第三十五条的规定，选项 C 错误。根据《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》第四条第三款的规定，被告认为原告起诉超过法定期限的，由被告承担举证责任。选项 D 正确。

【答案】ABD

第三十五条【行政机关收集证据的限制】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。

一、本条含义

本条是关于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的规定。

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。这一规定体现了案卷主义规则。案卷主义规则又称案卷排他主义原则，是指行政机关在行政程序之外形成的证据不能作为证明行政机关的行为合法或者定案的根据。案卷主义规则是行政诉讼的特有规则。民事诉讼法明确规定，当事人对自己提出的主张应当及时提供证据。根据这一规定，当事人应当对自己的主张自行收集证据。民事诉讼法还规定，代理诉讼的律师和其他诉讼代理人有权调查收集证据。因此，民事诉讼中的被告及其诉讼代理人是可以收集证据的。与民事诉讼不同，行政诉讼对被告及其诉讼代理人收集证据作了严格的限定。

行政机关应当依法行政，以证据证明其行政行为认定的事实，以法律为依据作出行政行为，是对行政机关的基本要求。因此，行政机关应当“先取证，后裁决”，即行政机关只能以其在作出行政行为时收集的证据作为证明行政行为合法的依据。行政决定一旦送达生效，行政机关则不应再自行收集证据。因此，在诉讼程序中行政机关也不能为证明行政行为的合法性而再行收集新的证据。如果行政机关先作出行政行为，等行政行为被诉到法院后，再向原告、第三人和证人收集证据，就意味着行政机关可以“先裁决，后取证”，这就等于纵容行政机关在程序上违法，是与依法行政的原则相悖的。因此被告及其诉讼代理人在诉讼过程中，不得再自行收集证据。这样规定，可以促使行政机关依法行政，防止行政机关轻率、片面地作出行政行为，并可以更好地保护公民、法人和其他组织的合法权益。如行政处罚法规定，设定和实施行政处罚必须以事实为依据；公民、法人或者其他组织违反行政管理秩序的行为，依法应当给予行政处罚的，行政机关必须查明事实；违法事实不清的，不得给予行政处罚。此外，行政机关在作出行政行为过程中向公民、法人和其他组织收集证据，是行政机关在行政法律关系中行使行政权的行为，是合法的。但是行政行为被诉到人民法院后，被告及原告、第三人和证人便从行政法律关系转入诉讼法律关系。在这一关系中，除人民法院准许的情况以外，被告一般不得继续行使行政权，再自行收集证据。

被告及其诉讼代理人不得自行收集证据的对象包括原告、第三人和证人。第三人是此次修改新增加的内容。第三人是指公民、法人或者其他组织同被诉行政行为有利害关系但没有提起诉讼，或者同案件处理结果有利害关系的诉讼参加人。之所以增加第三人，是因为第三人与案件有利害关系，被告在作出行政行为时，应当充分考虑第三人的合法权益，并收集了相关的证据，因此不能在行政诉讼过程中再向其收集证据。

被告违反本条规定自行收集证据的，该证据不能作为认定被诉行政行为合法的根据。被告只有在人民法院准许的特殊情况下，才可以收集证据。

二、真题分析

35. 【2011 年第 37 题】根据行政诉讼法及相关规定，下列说法哪些是正确的？

- A、在行政诉讼过程中，原告不承担任何举证责任
- B、在行政诉讼过程中，被告不得自行向原告收集证据
- C、在行政诉讼过程中，被告可以自行向证人收集证据
- D、在行政诉讼过程中，原告可以提供证明被诉具体行政行为违法的证据，其提供的证据不成立的，可免除被告对被诉具体行政行为合法性的举证责任

【考点】行政诉讼的举证责任

【分析】根据《行政诉讼法》第三十四条第一款、第三十五条的规定，选项 B 正确，选项 C 错误。根据《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第二十七条的规定，原告对下列事项承担举证责任：（一）证明起诉符合法定条件，但被告认为原告起诉超过起诉期限的除外；（二）在起诉被告不作为的案件中，证明其提出申请的事实；（三）在一并提起的行政赔偿诉讼中，证明因受被诉行为侵害而造成损失的事实；（四）其他应当由原告承担举证责任的事项。由此可知，原告并不是不承担任何举证责任，因此，选项 A 错误。根据《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》第六条的规定，原告可以提供证明被诉具体行政行为违法的证据。原告提供的证据不成立的，不免除被告对被诉具体行政行为合法性的举证责任。因此，选项 D 错误。

【答案】B

第三十六条【被告延期提供证据和补充证据】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。

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。

第三十七条【原告可以提供证据】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。

第三十八条【原告举证责任】在起诉被告不履行法定职责的案件中，原告应当提供其向被告提出申请的证据。但有下列情形之一的除外：

- （一）被告应当依职权主动履行法定职责的；
- （二）原告因正当理由不能提供证据的。

在行政赔偿、补偿的案件中，原告应当对行政行为造成的损害提供证据。因被告的原因导致原告无法举证的，由被告承担举证责任。

第三十九条【法院要求当事人提供或者补充证据】人民法院有权要求当事人提供或者补充证据。

一、本条含义

本条是关于人民法院有权要求当事人提供或者补充证据的规定。

在审理案件过程中，人民法院不只是被动地接受当事人提供的证据，在当事人提供的证据尚不足以证明案件真实情况时，人民法院有权要求被告和原告提供或者补充证据，以便进一步查明案情。要求当事人提供证据或者补充证据，是国家赋予人民法院的权力。

提供证据是指当事人向人民法院提供证明案件事实的根据。补充证据是指当事人向法院提供的证据不足，继而对同一事项的证据向人民法院所作的补充。补充证据分为两种情

况：当事人申请补充证据和人民法院依职权要求补充证据。关于被告申请补充证据，新法第三十六条第二款规定，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。本条则是关于人民法院依职权要求补充证据的规定。

本条的规定主要是考虑到：人民法院审查被诉行政行为的合法性应当从两个方面审查，既应保护行政相对人的合法权益，又应保护国家利益、公共利益和他人的合法权益。在审判实践中，有的当事人趋利避害，仅提供对自己有利的证据；有的被告不履行法定职责而怠于举证；有的被告因为疏忽，没有保存好相关证据，而造成证据遗失。上述情形在特殊情况下可能会给国家利益、公共利益和他人的合法权益带来不利影响，人民法院为了全面了解案件的事实情况，监督行政机关依法行政，保护国家利益、公共利益和他人的合法权益，有权要求当事人提供或者补充证据。

第四十条【法院调取证据】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。

一、本条含义

本条是关于人民法院依职权调取证据的规定。

人民法院要正确解决行政争议，必须运用证据证明案件的事实。人民法院只有掌握了充分的证据，才能在事实清楚的基础上适用法律，对行政案件作出正确的处理。我国实行的是人民法院职权查证规则与当事人主义查证规则相结合的证据提供和调取规则。一般情况下，应由当事人举证，主要体现在：被告对其作出的行政行为负有举证责任；原告可以提供证明行政行为违法的证据；在被告不作为、行政赔偿和补偿案件等特殊情况下，原告有举证责任。但有时经当事人举证，仍不能获取充分的证据，人民法院为了查清案件事实，有权向有关行政机关以及其他组织、公民调取证据。

第四十一条【申请法院调取证据】与本案有关的下列证据，原告或者第三人不能自行收集的，可以申请人民法院调取：

- (一) 由国家机关保存而须由人民法院调取的证据；
- (二) 涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私的证据；
- (三) 确因客观原因不能自行收集的其他证据。

第四十二条【证据保全】在诉讼过程中，人民法院认为对专门性问题需要鉴定的，应当交由法定鉴定部门鉴定；没有法定鉴定部门的，由人民法院指定的鉴定部门鉴定。

第四十三条【证据适用规则】证据应当在法庭上出示，并由当事人互相质证。对涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私的证据，不得在公开开庭时出示。

人民法院应当按照法定程序，全面、客观地审查核实证据。对未采纳的证据应当在裁判文书中说明理由。

以非法手段取得的证据，不得作为认定案件事实的根据。

一、本条含义

本条是关于证据适用规则的规定。

实践中，往往存在证据使用不规范，裁判文书说理不充分等问题。为了规范证据使用，增强判决的公正性和说服力，2014年修改增加了证据适用规则的内容，包括证据出示和质证、证据审查核实和非法证据排除三方面内容。

二、真题分析

36. 【2011 年第 45 题】根据行政诉讼法及相关规定，下列哪些证据材料在任何情况下均不能作为定案依据？

- A、以偷拍、偷录、窃听等手段获取侵害他人合法权益的证据材料
- B、难以识别是否经过修改的视听资料
- C、以欺诈手段获取的证据材料
- D、无法与原件、原物核对的复制件或者复制品

【考点】行政诉讼的定案依据

【分析】根据《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》第五十七条的规定，下列证据材料不能作为定案依据：（一）严重违反法定程序收集的证据材料；（二）以偷拍、偷录、窃听等手段获取侵害他人合法权益的证据材料；（三）以利诱、欺诈、胁迫、暴力等不正当手段获取的证据材料；（四）当事人无正当理由超出举证期限提供的证据材料；（五）在中华人民共和国领域以外或者在中华人民共和国香港特别行政区、澳门特别行政区和台湾地区形成的未办理法定证明手续的证据材料；（六）当事人无正当理由拒不提供原件、原物，又无其他证据印证，且对方当事人不予认可的证据的复制件或者复制品；（七）被当事人或者他人进行技术处理而无法查明真伪的证据材料；（八）不能正确表达意志的证人提供的证言；（九）不具备合法性和真实性的其他证据材料。本题中，选项 AC 分别属于上述第（二）、（三）项规定的情形，因此，选项 AC 正确。

根据《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》第七十一条的规定，下列证据不能单独作为定案依据：（一）未成年人所作的与其年龄和智力状况不相适应的证言；（二）与一方当事人有亲属关系或者其他密切关系的证人所作的对该当事人有利的证言，或者与一方当事人有不利关系的证人所作的对该当事人不利的证言；（三）应当出庭作证而无正当理由不出庭作证的证人证言；（四）难以识别是否经过修改的视听资料；（五）无法与原件、原物核对的复制件或者复制品；（六）经一方当事人或者他人改动，对方当事人不予认可的证据材料；（七）其他不能单独作为定案依据的证据材料。需要注意的是，不能单独作为定案依据并不意味着绝对不能作为定案依据，因此，选项 BD 错误。

【答案】AC

第六章 起诉和受理

第四十四条【行政复议与行政诉讼的关系】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。

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。

一、本条含义

本条是关于行政复议与行政诉讼关系的规定。

行政复议和行政诉讼对于行政相对人而言，都是一种救济机制，都可以通过撤销或者改变原行政行为等方式来维护自身合法权益。同时，按照司法最终原则，除特殊情况外，经过复议的案件都可以提起诉讼。因此，在行政诉讼法中有必要处理两种制度的关系，做好两种制度的衔接。

（一）行政复议和行政诉讼的受案范围

行政复议是行政机关内部自我纠错的一种监督制度，是行政复议机关通过受理复议申请，对争议的行政行为进行审查并作出裁决的行政行为。行政复议由于是行政机关内部上级对下级的监督，因此既可以对行政行为合法性进行审查，又可以对行政行为合理性进行

审查，范围比较宽。

本条第一款规定，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。行政复议作为行政机关内部救济机制，具有便捷高效的优点，应当充分发挥其作用。从行政诉讼法和行政复议法的规定看，行政复议的受案范围比行政诉讼的宽。新法第12条规定：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。

根据行政复议法的规定，行政复议的范围包括：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；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；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；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；认为行政机关侵犯合法的经营自主权的；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；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；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；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；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；认为行政机关的其他具体行政行为侵犯其合法权益的。另外，行政复议还可以对有关行政规定进行一并审查。

依照法律规定，还有一些行政行为只能复议不能诉讼，称之为复议终局。如行政复议法第14条规定：“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，国务院依照本法的规定作出最终裁决。”再如，集会游行示威法第13条规定：集会、游行、示威的负责人对主管机关不许可的决定不服的，可以自接到决定通知之日起3日内，向同级人民政府申请复议，人民政府应当自接到申请复议书之日起3日内作出决定。

(二) 当事人选择为原则，行政复议前置为例外

如何处理行政复议和行政诉讼的关系，主要有两种意见。一种意见主张行政复议前置，其理论基础是“穷尽行政救济”原则，当事人在寻求救济时，首先必须利用行政内部存在的、最近的和简便的救济手段，然后才能请求法院救济。另一种意见主张由当事人选择。在行政复议和行政诉讼的关系上，立法机关继续实行当事人自主选择为原则，行政复议前

置为例外。

本条第二款规定，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。从现行法律、法规来看，规定复议前置的不多。如行政复议法第十四条规定：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，国务院依照本法的规定作出最终裁决。

（三）行政复议和行政诉讼的具体衔接

依照行政复议法的规定，公民、法人或者其他组织申请行政复议，行政复议机关已经依法受理的，或者法律、法规规定应当先向行政复议机关申请行政复议、对行政复议决定不服再向人民法院提起行政诉讼的，在法定行政复议期限内不得向人民法院提起行政诉讼。公民、法人或者其他组织向人民法院提起行政诉讼，人民法院已经依法受理的，不得申请行政复议。根据有关司法解释，法律、法规未规定行政复议为提起行政诉讼必经程序，公民、法人或者其他组织既提起诉讼又申请行政复议的，由先受理的机关管辖；同时受理的，由公民、法人或者其他组织选择。公民、法人或者其他组织已经申请行政复议，在法定复议期间内又向人民法院提起诉讼的，人民法院不予受理。法律、法规未规定行政复议为提起行政诉讼必经程序，公民、法人或者其他组织向复议机关申请行政复议后，又经复议机关同意撤回复议申请，在法定起诉期限内对原行政行为提起诉讼的，人民法院应当依法受理。

第四十五条【经行政复议的起诉期限】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十五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十五日内向人民法院提起诉讼。法律另有规定的除外。

一、本条含义

本条是关于经行政复议的起诉期限的规定。

行政复议是行政系统内部的监督机制，行政复议决定属于一种行政行为。行政复议决定书一经送达，即发生法律效力，即会对当事人的权利义务产生影响，因此，当事人不服行政复议决定的，可以提起诉讼。同时，行政复议也具有权利救济的性质，经过复议后，继续提起行政诉讼进行再救济，需要兼顾行政法律关系的稳定性。故本条将不服行政决定情况下的起诉期限与一般起诉期限进行了区分，限定为收到复议决定书之日起15日内或复议期满之日起15日内。

二、真题分析

37.【2010年第53题】根据行政诉讼法及相关规定，下列关于向人民法院提起行政诉讼期限的说法哪些是正确的？

A、除法律另有规定的外，复议申请人不服复议决定的，可以在收到复议决定书之日起十五日内向人民法院提起诉讼

B、除法律另有规定的外，复议机关逾期不作决定的，申请人可以在复议期满之日起十五日内向人民法院提起诉讼

C、除法律另有规定的外，直接向人民法院提起行政诉讼的，应当在知道作出具体行政行为之日起一个月内提出

D、因不可抗力或者其他特殊情况未在法定期限内提起诉讼的，可以在障碍消除后的十五日内申请延长期限

【考点】起诉期限

【分析】根据《行政诉讼法》第四十五条的规定，选项AB正确。根据《行政诉讼法》

第四十六条第一款的规定，选项 C 错误。根据《行政诉讼法》第四十八条第二款的规定，选项 D 错误。

【答案】AB

第四十六条【起诉期限】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六个月内提出。法律另有规定的除外。

因不动产提起诉讼的案件自行政行为作出之日起超过二十年，其他案件自行政行为作出之日起超过五年提起诉讼的，人民法院不予受理。

一、本条含义

本条是关于直接起诉的一般起诉期限的规定。

起诉期限是当事人向法院提起诉讼，并获法院受理的期间，是起诉条件之一。起诉如无正当事由超过起诉期限，当事人则丧失诉权，法院将不再受理。确定起诉期限的目的是督促当事人及时启动权利救济程序，避免行政法律关系长期处于不确定状态。

第四十七条【行政机关不履行法定职责的起诉期限】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。

公民、法人或者其他组织在紧急情况下请求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，行政机关不履行的，提起诉讼不受前款规定期限的限制。

第四十八条【起诉期限的扣除和延长】公民、法人或者其他组织因不可抗力或者其他不属于其自身的原因耽误起诉期限的，被耽误的时间不计算在起诉期限内。

公民、法人或者其他组织因前款规定以外的其他特殊情况耽误起诉期限的，在障碍消除后十日内，可以申请延长期限，是否准许由人民法院决定。

一、本条含义

本条是关于起诉期限扣除和延长的规定。

起诉期限是一个不变期间，一般情况下，对于超过起诉期限的案件，法院不再受理。但实践中导致超过起诉期限的原因非常多也比较复杂，有的是主观、客观原因，有的是自身或者他人原因。为了更好地保障当事人诉权，有必要规定起诉期限扣除和延长制度。

需要注意的是，行政诉讼法规定的起诉期限与民法上的诉讼时效类似。诉讼时效有中止和中断的情形。民法通则规定：在诉讼时效期间的最后 6 个月内，因不可抗力或者其他障碍不能行使请求权的，诉讼时效中止。从中止时效的原因消除之日起，诉讼时效期间继续计算。诉讼时效因提起诉讼、当事人一方提出要求或者同意履行义务而中断，从中断时起，诉讼时效期间重新计算。因此，有观点认为行政诉讼的起诉期限也应该适用中止、中断，甚至有的观点将起诉期限等同于诉讼时效，如果行政相对人在法定期间内不断向行政机关申诉、向上级行政机关控告、主张权利等的，起诉期限应当中断。实际上，行政诉讼法之所以用起诉期限的概念就是为了区别于民法上的诉讼时效。二者在理论基础上有共通之处，但却是两种独立制度。在实践中，行政诉讼中起诉期限的扣除、延长应该按照本条规定适用，不宜简单类比民法上的诉讼时效。

第四十九条【起诉条件】提起诉讼应当符合下列条件：

- (一) 原告是符合本法第二十五条规定的公民、法人或者其他组织；
- (二) 有明确的被告；

(三) 有具体的诉讼请求和事实根据；

(四) 属于人民法院受案范围和受诉人民法院管辖。

一、本条含义

本条是关于起诉条件的规定。

起诉权是法律赋予公民、法人或者其他组织的一项重要诉讼权利。对于起诉权，包括法院在内的任何国家机关都应予尊重和保障。同时，起诉权的行使也要符合一定的条件，以便将那些不必通过诉讼或者通过诉讼无法解决的行政争议过滤掉。本条列举了提起诉讼需要符合的4项条件，但这并不是说提起诉讼的全部条件。提起诉讼，除了满足本条的有关规定外，还要符合起诉期限等其他条件。

除此之外，本法的其他一些规定也是起诉条件。如第四十四条规定，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。第四十六条规定，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。这些虽然没有在本条列明，但当事人在起诉时也应当符合这些条件。

二、真题分析

38. 【2013年第87题】根据行政诉讼法及相关规定，提起行政诉讼应当符合下列哪些条件？¹

A、原告应当是认为具体行政行为侵犯其合法权益的公民、法人或者其他组织原告是符合本法第二十五条规定的公民、法人或者其他组织

B、应当有明确的被告

C、应当有具体的诉讼请求和事实根据

D、应当属于人民法院的受案范围和受诉人民法院管辖

【考点】提起行政诉讼的条件

【分析】根据《行政诉讼法》第四十九条的规定，选项ABCD正确。

【答案】ABCD

第五十条【起诉方式】起诉应当向人民法院递交起诉状，并按照被告人数提出副本。

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，出具注明日期的书面凭证，并告知对方当事人。

第五十一条【登记立案】人民法院在接到起诉状时对符合本法规定的起诉条件的，应当登记立案。

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，并在七日内决定是否立案。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。

起诉状内容欠缺或者有其他错误的，应当给予指导和释明，并一次性告知当事人需要补正的内容。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。

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。

一、本条含义

本条是关于登记立案的规定。

党的十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》

¹ 适当修改本题，以适应新法。

提出，改革法院案件受理制度，变立案审查制为立案登记制，对人民法院依法应该受理的案件，做到有案必立、有诉必理，保障当事人诉权。本条规定是落实这一精神的具体体现。

为了保证法院工作人员严格按照法律规定做好立案工作，本条特别规定了相应的法律责任。对于不接收起诉状、接到起诉状后不出具书面凭证，以及不一次性告知当事人补正起诉状的全部内容的，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。

二、真题分析

39.【2014年第18题】刘某向某人民法院提起行政诉讼，该人民法院审查后在法定期限内作出不予受理立案的裁定。根据行政诉讼法及相关规定，刘某对该裁定不服的，可以选择下列哪种救济途径？¹

- A. 向上一级人民法院申诉
- B. 向上一级人民法院提起上诉
- C. 向该人民法院申诉
- D. 向该人民法院提起抗诉

【考点】行政诉讼的立案

【分析】根据《行政诉讼法》第五十一条第二款的规定，选项ACD错误，选项B正确。

【答案】B

40.【2013年第66题】根据行政诉讼法及相关规定，下列哪些说法是正确的？²

- A. 对人民法院不予受理立案的裁定不服的，原告可以提起上诉
- B. 被告无正当理由拒不到庭的，人民法院可以缺席判决
- C. 原告在人民法院对行政案件宣告判决前申请撤诉的，由人民法院裁定是否准许
- D. 人民法院审理行政案件，不适用调解

【考点】行政诉讼的审理和判决

【分析】根据《行政诉讼法》第五十一条第二款的规定，选项A正确。根据《行政诉讼法》第五十八条的规定，选项B正确。根据《行政诉讼法》第六十二条的规定，选项C正确。根据《行政诉讼法》第六十条第一款的规定，选项D正确。

【答案】ABCD

41.【2010年第37题】根据行政诉讼法及相关规定，下列关于行政诉讼的说法哪些是正确的？³

- A. 对于人民法院不予受理立案的裁定不服的，原告可以提起上诉
- B. 经人民法院两次合法传唤，原告无正当理由拒不到庭的，人民法院应当缺席判决
- C. 被告在人民法院对行政案件宣告判决前改变其所作的具体行政行为，原告同意并申请撤诉的，人民法院应当终结诉讼

D. 原告在人民法院对行政案件宣告判决前申请撤诉的，是否准许，由人民法院裁定

【考点】行政诉讼的审理和判决

【分析】根据《行政诉讼法》第五十一条第二款的规定，选项A正确。根据《行政诉讼法》第五十八条的规定，选项B错误。根据《行政诉讼法》第六十二条的规定，选项

¹ 适当修改本题，以适应新法。

² 适当修改本题，以适应新法。

³ 适当修改本题，以适应新法。

C 错误。选项 D 正确。

【答案】AD

第五十二条【法院不立案的救济】第人民法院既不立案，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。

一、本条含义

本条是关于人民法院不立案，当事人向上一级法院起诉的规定。

最高人民法院《若干解释》规定，受诉人民法院在 7 日内既不立案，又不作出裁定的，起诉人可以向上一级人民法院申诉或者起诉，上一级人民法院认为符合受理条件的，应予受理；受理后可以移交或者指定下级人民法院审理，也可以自行审理。从实践来看，这有利于及时保障当事人诉权，此次修改，吸收了司法解释规定的这一处理方式，并根据各方面提出的意见，对其进行了调整。

第一，本条规定，上一级人民法院认为符合起诉条件的，应当立案、审理，也可以指定下级人民法院立案、审理。这改变了先由上一级人民法院受理，然后可以移交或者指定下级法院审理的做法。这样，上一级法院认为符合起诉条件的，可以让下级法院立案。

第二，既不立案又不作出不予立案裁定的法院，不能再被上一级法院指定审理该案件。下级法院既不立案又不作出不予立案裁定，是明显违反了行政诉讼法的规定，对于当事人而言，便难以相信其还能持公正立场审理该案，难以期望其能够作出公正的判决。因此，本条规定“可以指定其他下级人民法院立案、审理”。

二、真题分析

42.【2010 年第 13 题】刘某向某人民法院提起行政诉讼，受诉人民法院在 7 日内既不立案，又不作出裁定，根据行政诉讼法及相关规定，刘某可以如何处理？

- A、向上一级人民法院申诉
- B、向上一级人民法院起诉
- C、向上一级人民检察院抗诉
- D、请求同级人民检察院抗诉

【考点】行政诉讼的起诉和受理

【分析】根据《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第三十二条第三款的规定，受诉人民法院在 7 日内既不立案，又不作出裁定的，起诉人可以向上一级人民法院申诉或者起诉。上一级人民法院认为符合受理条件的，应予受理；受理后可以移交或者指定下级人民法院审理，也可以自行审理。因此，选项 AB 正确，选项 CD 错误。

【答案】AB

第五十三条【规范性文件的附带审查】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。

一、本条含义

本条是关于对有关规范性文件进行附带审查的规定。

（一）规定规范性文件附带审查制度的必要性

根据我国宪法和有关法律的规定，行政机关有权制定规范性文件。规范性文件作为行政机关行使行政权的一种方式，对加强行政管理，完善行政法制和提局行政效率，是必要

的。但是，也应当看到抽象行政行为在实践中还存在一些问题，损害了公民的合法权益，影响了法制的权威和统一。立法机关经过反复研究论证，规定了规范性文件的附带审查制度。

（二）对哪些规定可以提出审查请求

行政机关制定的具有普遍约束力的规定的范围很广，包括国务院制定的行政法规、规章以及规章以下规范性文件。但是，纳入复议审查的只是规章以下的规范性文件，排除了对行政法规和规章的复议审查。这是考虑到行政法规是由国务院制定的，层次较高，根据有关法律的规定，对国务院制定的行政法规、决定和命令，只能由全国人大常委会行使撤销权。规章是由国务院部门、省级人民政府和省会所在地的市人民政府以及国务院批准的较大市的人民政府制定的，根据国务院《法规规章备案条例》，它有一套比较严格的备案审查制度，通过备案审查也能解决问题。现在出现问题多的是规章以下的规范性文件。

（三）公民、法人或者其他组织认为规定不合法的，如何提出审查申请

行政机关制定的具有普遍约束力的规定是对不特定的人或事作出的，如果不具体适用到具体的人或事，它并不能产生现实的危害，公民、法人或者其他组织如果认为它们违反了法律，可以通过其他途径提出和解决。本法规定能够提出审查请求的只是受依据该规范性文件作出的行政行为影响的公民、法人或者其他组织。这样规定也能够避免行政机关陷入不断的纠纷之中。此外，公民、法人或者其他组织还不能单独就规范性文件提出审查请求，必须是在对行政行为提起诉讼时一并提出。

法院在案件审理过程中，应当对本条规定的规范性文件进行审查，并可以在判决中对其合法性进行评议，认为其违法的，不中止案件审理，不作为裁判依据。

第七章 审理和判决

第一节 一般规定

第五十四条【公开审理原则】人民法院公开审理行政案件，但涉及国家秘密、个人隐私和法律另有规定的除外。

涉及商业秘密的案件，当事人申请不公开审理的，可以不公开审理。

一、本条含义

本条是关于公开审理原则的规定。

根据新法第7条的规定，人民法院审理行政案件依法实行公开审判制度，本条规定的公开审理为原则、不公开审理为例外是公开审判制度的具体实施。根据本条规定，除涉及国家秘密、个人隐私和法律另有规定的之外，所有行政案件的审理一律公开进行。但是，也有一些涉及商业秘密的行政案件，当事人申请不公开审理的，可以不公开审理。

但需要注意，开庭审理情况下，即使是依法或者依申请不公开审理的行政案件，也仅仅是指不向群众和社会公开，对当事人和其他诉讼参与人仍应公开。法院在不公开审理行政案件时，仍应传唤双方当事人并通知其他诉讼参与人到庭参加诉讼，并应当保证宣判公开进行。

二、真题分析

43.【2014年第12题】根据行政诉讼法及相关规定，下列哪种说法是正确的？¹

- A. 人民法院审理行政案件，一律公开审理
- B. 行政诉讼期间，应当停止具体行政行为的执行
- C. 人民法院审理行政案件，不适用调解

¹ 适当修改本题，以适应新法。

D. 人民法院对行政案件宣告判决或者裁定前，原告不得申请撤诉

【考点】行政诉讼审理和判决

【分析】根据《行政诉讼法》第五十四条第一款的规定，选项A错误。根据《行政诉讼法》第五十六条的规定，行政诉讼期间，原则上不停止行政行为的执行，只有在特定情形下才停止执行，因此，选项B错误。根据《行政诉讼法》第六十条第一款的规定，选项C正确。根据《行政诉讼法》第六十二条的规定，选项D错误。

【答案】C

第五十五条【回避】当事人认为审判人员与本案有利害关系或者有其他关系可能影响公正审判，有权申请审判人员回避。

审判人员认为自己与本案有利害关系或者有其他关系，应当申请回避。

前两款规定，适用于书记员、翻译人员、鉴定人、勘验人。

院长担任审判长时的回避，由审判委员会决定；审判人员的回避，由院长决定；其他人员的回避，由审判长决定。当事人对决定不服的，可以申请复议一次。

一、本条含义

本条是关于回避制度的规定。

（一）回避制度

回避，是指承办案件的审判人员和其他人员与本案有利害关系或者其他关系，可能影响对案件公正审理的，应经一定程序退出对本案审理的制度。既包括当事人申请回避，也包括审判人员和其他人员的自行回避。规定回避制度的目的，一是避开可能不公正审理的嫌疑，使案件审理过程能够顺利进行，获得当事人更多的信任；二是避免审判人员和有关人员利用权力弄虚作假、徇私舞弊，进行不公正的裁判。

（二）回避情形

申请回避的条件或者情形是“与本案有利害关系或者有其他关系”。具体如何理解“审判人员与本案有利害关系或者有其他关系”，根据民事诉讼法第44条的规定，至少可以认为包括以下两种情形：（1）审判人员是本案当事人或者当事人、诉讼代理人近亲属的；（2）审判人员接受当事人、诉讼代理人请客送礼，或者违反规定会见当事人、诉讼代理人的情形。其他类似情形，如审判人员与本案当事人或其诉讼代理人是有密切关系的同学、同事、朋友等，或者曾经与当事人有过恩怨，都有可能影响到对案件的公正审理，审判人员也应回避。

（三）适用回避的人员范围

本条规定的回避制度不仅适用于审判人员，而且适用于书记员、翻译人员、鉴定人、勘验人。书记员是人民法院的工作人员，担负审判案件时的记录、文书和卷宗整理、证据保管等工作。翻译人员是人民法院委托或者指定从事案件翻译工作的人员。鉴定人是运用自己的专业知识进行鉴定活动，并向人民法院提出全面鉴定结论的人员。勘验人是人民法院的工作人员或者指定的其他人员，对一定的事件进行勘验、检验的人员。

（四）回避申请的决定权及救济程序

回避申请是当事人的一项重要诉讼权利，人民法院对当事人提出的回避申请应当慎重对待，法律也应当从救济程序上予以保障，特别要防止审判人员自己作出是否回避的决定。本条为了确保当事人申请回避的权利，根据不同的申请回避对象规定了不同的回避申请的决定权。根据本条规定，院长担任审判长时的回避，由审判委员会决定；审判人员的回避，由院长决定；其他人员的回避，由审判长决定。这里的“其他人员”，主要是指前述规定的书记员、翻译人员、鉴定人、勘验人。

关于回避申请的救济程序，新法对申请复议的次数作出限制性规定。为了规范当事人

申请回避权利的行使，保障法庭审理过程能够顺利进行，同时与民事诉讼法的规定保持一致，新法规定当事人对决定不服的，可以申请复议一次。

二、真题分析

44.【2012年第12题】王某不服某行政机关作出的具体行政行为，依法向人民法院提起行政诉讼。根据行政诉讼法及相关规定，下列哪种说法是正确的？¹

- A、王某和该行政机关均有权申请审判人员回避
- B、王某认为需要停止执行该具体行政行为的，该行政机关应当停止执行
- C、在人民法院对该行政案件宣告判决或者裁定前，该行政机关不能改变其所作的具体行政行为
- D、人民法院可以根据该行政机关的请求对该行政案件进行调解

【考点】行政诉讼的审理

【分析】根据《行政诉讼法》第五十五条第一款的规定，选项A正确。根据《行政诉讼法》第五十六条的规定，原告王某认为需要停止执行该行政行为不属于应当停止执行行政行为的情形，因此，选项B错误。

【答案】A

第五十六条【诉讼不停止执行】诉讼期间，不停止行政行为的执行。但有下列情形之一的，裁定停止执行：

- (一) 被告认为需要停止执行的；
- (二) 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；
- (三) 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；
- (四) 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。

一、本条含义

本条是关于诉讼不停止执行原则的规定。

新法继续采用行政诉讼不停止执行原则。主要基于以下几点考虑：一是基于行政行为的公定力理论。二是基于行政效率的需要。三是基于保护社会公共利益的需要。四是基于对行政行为错误矫正机制的信任。并本条规定了四种诉讼不停止执行原则的例外情形。

申请停止执行是当事人在行政诉讼中的一项重要程序权利，能够通过临时性救济避免造成不可弥补的损失，往往关系到胜诉以后能否顺利实现其实体权利。为了保障当事人申请停止执行的权利，规定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。

第五十七条【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。

当事人对先予执行裁定不服的，可以申请复议一次。复议期间不停止裁定的执行。

第五十八条【拒不到庭或中途退庭的法律后果】经人民法院传票传唤，原告无正当理由拒不到庭，或者未经法庭许可中途退庭的，可以按照撤诉处理；被告无正当理由拒不到庭，或者未经法庭许可中途退庭的，可以缺席判决。

¹ 适当修改本题，以适应新法。

一、本条含义

本条是关于当事人拒不到庭或未经法庭许可中途退庭的法律后果的规定。

本条主要有两层含义，分别规定了原告和被告拒不到庭或未经法庭许可中途退庭的法律后果：一是对原告来说，经人民法院传票传唤，无正当理由拒不到庭，或者未经法庭许可中途退庭的，可以按照撤诉处理；二是对被告来说，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。

第五十九条【妨害行政诉讼强制措施】诉讼参与人或者其他有下列行为之一的，人民法院可以根据情节轻重，予以训诫、责令具结悔过或者处一万元以下的罚款、十五日以下的拘留；构成犯罪的，依法追究刑事责任：

- (一) 有义务协助调查、执行的人，对人民法院的协助调查决定、协助执行通知书，无故推拖、拒绝或者妨碍调查、执行的；
- (二) 伪造、隐藏、毁灭证据或者提供虚假证明材料，妨碍人民法院审理案件的；
- (三) 指使、贿买、胁迫他人作伪证或者威胁、阻止证人作证的；
- (四) 隐藏、转移、变卖、毁损已被查封、扣押、冻结的财产的；
- (五) 以欺骗、胁迫等非法手段使原告撤诉的；
- (六) 以暴力、威胁或者其他方法阻碍人民法院工作人员执行职务，或者以哄闹、冲击法庭等方法扰乱人民法院工作秩序的；
- (七) 对人民法院审判人员或者其他工作人员、诉讼参与人、协助调查和执行的人员恐吓、侮辱、诽谤、诬陷、殴打、围攻或者打击报复的。

人民法院对有前款规定的行为之一的单位，可以对其主要负责人或者直接责任人员依照前款规定予以罚款、拘留；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

罚款、拘留须经人民法院院长批准。当事人不服的，可以向上一级人民法院申请复议一次。复议期间不停止执行。

第六十条【调解】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。

一、本条含义

本条是关于行政诉讼调解的规定。

行政诉讼调解是指当事人在人民法院的主持下，自愿达成协议，解决纠纷的行为。根据本条规定，可以适用调解的行政案件有三类：行政赔偿案件，行政补偿案件，行政机关行使法律、法规规定的自由裁量权的案件。这三类案件的共同点是行政机关都有一定的裁量权。

根据本条规定，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。自愿原则包括程序和实体两个方面。在程序方面，当事人有权决定是否调解、有权选择调解开始时间、有权选择调解方式。在实体方面，调解达成的协议内容必须反映双方当事人的真实意思；对有关实体权利进行处分，必须双方自愿，不能强迫。

第六十一条【民事争议和行政争议交叉】在涉及行政许可、登记、征收、征用和行政机关对民事争议所作的裁决的行政诉讼中，当事人申请一并解决相关民事争议的，人民法院可以一并审理。

在行政诉讼中，人民法院认为行政案件的审理需以民事诉讼的裁判为依据的，可以裁定中止行政诉讼。

一、本条含义

本条是关于民事争议和行政争议的交叉问题的规定。

实践中有些行政行为引起的争议，往往伴随着相关的民事争议。这两类争议依照行政诉讼法和民事诉讼法分别立案，分别审理，浪费了司法资源，有的还导致循环诉讼，影响司法效率，不利于保护当事人的合法权益。此次修改，一是根据实践中行政争议与相关民事争议一并审理的做法，明确在涉及行政许可、登记、征收、征用和行政机关对民事争议所作的裁决的行政诉讼中，当事人申请一并解决相关民事争议的，人民法院可以一并审理；二是规定在行政诉讼中，人民法院认为行政案件的审理需以民事诉讼的裁判为依据的，可以裁定中止行政诉讼。在行政诉讼中一并审理民事争议，有利于减轻当事人的诉累，使争议得以迅速解决，当事人的权益得到及时、合法的保护，也有利于节约审判资源，提高审判效率，同时防止行政诉讼和民事诉讼的裁判结果相冲突。

在行政诉讼中一并审理民事争议，应当具备一定的条件。首先，行政诉讼成立，符合起诉条件、起诉期限等规定。其次，该行政诉讼是涉及行政许可、登记、征收、征用和行政机关对民事争议所作的裁决的行政诉讼。再次，当事人在行政诉讼过程中申请一并解决民事争议。最后，行政诉讼与民事诉讼之间具有相关性。而行政诉讼与附带的民事诉讼的相关性主要体现在两个诉讼都涉及某一行政行为的合法性问题。

根据本条第一款的规定，在行政诉讼中一并审理民事争议有以下 4 类案件：涉及行政许可的案件；涉及登记的案件；涉及征收、征用的案件；涉及行政机关对民事争议所作的裁决的案件，即行政裁决案件。

根据本条第二款的规定，如果在行政诉讼中，人民法院认为行政案件的审理需以民事诉讼的裁判为依据的，可以裁定中止行政诉讼，待民事诉讼作出裁判后，再以民事裁判为依据，继续完成行政诉讼程序。实践中，先行解决基础民事争议的做法有时不利于行政争议和民事争议的解决。例如，民事诉讼中法官不会对登记行为的合法性进行审查，登记证书反而成为民事诉讼中的优势证据。因此，本款规定“可以”民事先行，并未作出强制性要求。

二、真题分析

45. 【2011 年第 61 题】根据行政诉讼法及相关规定，在下列哪些情形下，人民法院中止行政诉讼？

- A、原告死亡，须等待其近亲属表明是否参加诉讼的
- B、案件的审判须以相关民事案件的审理结果为依据，而相关案件尚未审结的
- C、原告死亡，没有近亲属或者近亲属放弃诉讼权利的
- D、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

【考点】行政诉讼的中止和终结

【分析】根据《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第五十一条规定，在诉讼过程中，有下列情形之一的，中止诉讼：（一）原告死亡，须等待其近亲属表明是否参加诉讼的；（二）原告丧失诉讼行为能力，尚未确定法定代理人的；（三）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；（四）一方当事人因不可抗力事由不能参加诉讼的；（五）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；（六）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；（七）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。选项 AB 分别属于第（一）、（六）项规定的情形，因此，选项 AB 正确。

根据《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第五十二条 在诉讼过程中，有下列情形之一的，终结诉讼：（一）原告死亡，没有近亲属或者

近亲属放弃诉讼权利的；（二）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。选项 CD 属于终结诉讼的情形，因此，选项 CD 错误。

【答案】AB

第六十二条【撤诉】 人民法院对行政案件宣告判决或者裁定前，原告申请撤诉的，或者被告改变其所作的行政行为，原告同意并申请撤诉的，是否准许，由人民法院裁定。

一、本条含义

本条是关于原告撤诉的规定。

撤诉是在人民法院对案件宣告判决或者裁定前，原告撤回起诉的诉讼行为。根据本条规定，行政诉讼中原告申请撤诉有两种情况：一种是被告未改变其所作的行政行为，但原告认为胜诉无望或者出于其他考虑申请撤诉；另一种是被告改变其所作的行政行为，原告认为诉讼的目的已经达到，所以申请撤诉。

根据本条规定，是否准许原告撤诉，由人民法院裁定。这样规定的理由主要是：（1）避免原告撤诉的随意性，防止浪费司法资源。（2）防止被告以欺骗、胁迫等非法手段使原告撤诉。（3）监督被告依法行使职权。行政诉讼的目的不仅是保护相对人的合法权益，还有监督行政机关依法行政的目的。如果行政机关确实违法行政，不能因为原告撤诉而导致人民法院无法进行监督，使违法行政行为无法被纠正。

申请撤诉不符合法定条件，或者被告改变被诉行政行为后原告不撤诉的，人民法院应当及时作出裁判。依照民事诉讼法的规定，在原告申请撤诉而人民法院裁定不准许撤诉的情况下，如果原告经传票传唤，无正当理由拒不到庭的，可以缺席判决。

另外，根据新法第 58 条的规定，经人民法院传票传唤，原告无正当理由拒不到庭，或者未经法庭许可中途退庭的，可以按照撤诉处理。

第六十三条【审理依据】 人民法院审理行政案件，参照国务院部、委根据法律和国务院的行政法规、决定、命令制定、发布的规章以及省、自治区、直辖市和省、自治区的人民政府所在地的市和经国务院批准的较大的市的人民政府根据法律和国务院的行政法规制定、发布的规章。

人民法院认为地方人民政府制定、发布的规章与国务院部、委制定、发布的规章不一致的，以及国务院部、委制定、发布的规章之间不一致的，由最高人民法院送请国务院作出解释或者裁决。

人民法院审理行政案件，参照规章。

一、本条含义

本条是关于行政案件审理依据的规定。

本条第 1 款、第 2 款为原法第 52 条，未作修改；第 3 款为原法第 53 条，作了简化修改，主要原因是立法法对规章的制定主体和适用规则已有明确规定，行政诉讼法可不再规定。

根据本条规定，人民法院审理行政案件，以法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例为依据；同时，参照规章。

此外，根据立法法、《行政法规制定程序条例》和《规章制定程序条例》的规定，全国人大常委会的法律解释，国务院或者国务院授权的部门公布的行政法规解释，人民法院也应当作为审理行政案件的法律依据；规章制定机关作出的与规章具有同等效力的规章解释，人民法院审理行政案件时予以参照。

二、真题分析

46. 【2013 年第 36 题】根据行政诉讼法及相关规定，人民法院审理行政案件时以下列

哪些作为依据？

- A、法律
- B、国务院部、委制订和发布的规章
- C、本行政区域内的地方政府规章
- D、本行政区域内的地方性法规

【考点】人民法院审理行政案件时的依据

【分析】根据《行政诉讼法》第六十三条第一款的规定，选项AD正确。根据《行政诉讼法》第六十三条第三款的规定，人民法院审理行政案件时“参照”，而不是“依据”规章，因此，选项BC错误。

【答案】AD

47. 【2011年第53题】根据行政诉讼法及相关规定，下列说法哪些是正确的？

- A、人民法院审理行政案件，以法律和行政法规、部门规章和地方性法规为依据
- B、人民法院审理行政案件，地方性法规适用于本行政区域内发生的行政案件
- C、人民法院审理行政案件，参照国务院部、委制定、发布的规章
- D、人民法院审理行政案件，认为国务院部、委制定、发布的规章之间不一致的，由最高人民法院作出解释或者裁决

【考点】人民法院审理行政案件时的依据

【分析】根据《行政诉讼法》第六十三条第一、三款的规定，选项BC正确，人民法院对规章只是“参照”，因此，选项A错误。根据《立法法》第八十六条的规定，地方性法规、规章之间不一致时，由有关机关依照下列规定的权限作出裁决：（一）同一机关制定的新的一般规定与旧的特别规定不一致时，由制定机关裁决；（二）地方性法规与部门规章之间对同一事项的规定不一致，不能确定如何适用时，由国务院提出意见，国务院认为应当适用地方性法规的，应当决定在该地方适用地方性法规的规定；认为应当适用部门规章的，应当提请全国人民代表大会常务委员会裁决；（三）部门规章之间、部门规章与地方政府规章之间对同一事项的规定不一致时，由国务院裁决。因此，选项D错误。

需要注意的是，本题中，选项D考察旧法第五十三条第二款，而在新法中将其删除了。

【答案】BC

第六十四条【规范性文件审查和处理】人民法院在审理行政案件中，经审查认为本法第五十三条规定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。

第六十五条【裁判文书公开】人民法院应当公开发布发生法律效力的判决书、裁定书，供公众查阅，但涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私的内容除外。

第六十六条【有关行政机关工作人员和被告的处理】人民法院在审理行政案件中，认为行政机关的主管人员、直接责任人员违法违纪的，应当将有关材料移送监察机关、该行政机关或者其上一级行政机关；认为有犯罪行为的，应当将有关材料移送公安、检察机关。

人民法院对被告经传票传唤无正当理由拒不到庭，或者未经法庭许可中途退庭的，可以将被告拒不到庭或者中途退庭的情况予以公告，并可以向监察机关或者被告的上一级行政机关提出依法给予其主要负责人或者直接责任人员处分的司法建议。

第二节 第一审普通程序

第六十七条【发送起诉状和提出答辩状】人民法院应当在立案之日起五日内，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十五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。人民法院应当在收到答辩状之日起五日内，将答辩状副本发送原告。

被告不提出答辩状的，不影响人民法院审理。

一、本条含义

本条是关于人民法院发送起诉状副本和被告提供答辩状的规定。

本条对原法第 43 条作了修改，一是将被告提出答辩状的时间由 10 日延长为 15 日；二是将被告提交作出行政行为的有关材料明确为作出行政行为的证据和所依据的规范性文件。

为了保证案件审理的顺利开展，便于被告及时提出答辩状，法院在决定立案后应当及时将原告起诉状副本发送被告。发送起诉状副本的期限为从立案之日起 5 日内，这是对法院的要求。本次修改增加了口头起诉的方式，口头起诉的并无起诉状，是由法院将起诉内容记入笔录。如果是口头起诉的，法院也应当将口头起诉告知被告，在 5 日内将口头起诉笔录的复制本发送被告。

答辩状是被告对于原告向法院提出的诉讼请求进行反驳的诉讼文书。提交答辩状是被告的一项提出自己主张和反驳理由的权利，同时也是一项义务。被告在提交答辩状时，还要提交作出行政行为的证据和所依据的规范性文件。要求提交证据，是与行政诉讼中由被告负举证责任和逾期不举证视为没有证据等证据规则相关联的。尽管行政行为所依据的规范性文件不属于证据范畴，但与被告负举证责任的原理是一致的，被告更接近于规范性文件，同时规范性文件数量很多，由被告提供有利于提高审判效率。

二、真题分析

48.【2010 年第 67 题】根据行政诉讼法及相关规定，除因不可抗力或者客观上不能控制的其他正当事由外，行政诉讼的被告应当在何时提供据以作出被诉具体行政行为的全部证据和所依据的规范性文件？¹

- A、开庭审理时
- B、人民法院指定的交换证据之日
- C、收到起诉状副本之日起 10 日内
- D、收到起诉状副本之日起 15 日内

【考点】被告的举证期限

【分析】根据《行政诉讼法》第六十七条第一款的规定，本题中，选项 ABC 错误。选项 D 正确。

需要注意的是，根据《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定 2002 年》第一条第一款的规定，根据行政诉讼法第三十二条²和第四十三条³的规定，被告对作出的具体行政行为负有举证责任，应当在收到起诉状副本之日起十日内，提供据以作出被诉具体行政行为的全部证据和所依据的规范性文件。而新法对此进行了修改。

【答案】D⁴

¹ 适当修改本题，以适应新法。

² 按照新法，此处应为第三十四条。

³ 按照新法，此处应为第六十七条。

⁴ 国家知识产权局条法司 2010 年试题解析适用旧法和《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》（2002 年），第 67 题答案为选项 C。

第六十八条【审判组织形式】人民法院审理行政案件，由审判员组成合议庭，或者由审判员、陪审员组成合议庭。合议庭的成员，应当是三人以上的单数。

第六十九条【驳回原告诉讼请求判决】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。

一、本条含义

本条是关于驳回原告诉讼请求判决的规定。

此次修法，以驳回原告诉讼请求判决取代了维持判决，而有关司法解释中驳回原告诉讼请求判决是与维持判决并列的，因此本法所称的驳回原告诉讼请求判决的范围应当要宽。司法实践中，驳回原告诉讼请求有两种形式：一种是程序上的裁定驳回，另一种是实体上的判决驳回，本条是指后者。

第七十条【撤销判决和重作判决】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：

- （一）主要证据不足的；
- （二）适用法律、法规错误的；
- （三）违反法定程序的；
- （四）超越职权的；
- （五）滥用职权的；
- （六）明显不当的。

一、本条含义

本条是关于撤销判决和要求重新作出行政行为判决的规定。

撤销判决是行政诉讼中重要的判决形式，其法律后果是行政机关承担败诉责任，依照判决撤销被诉行政行为。判决被诉行政行为撤销的理由是行政行为违法，本条列举了六类违法情形。被诉行政行为只要存在一类违法情形，就应当判决撤销。撤销分为全部撤销和部分撤销，行政行为中部分违法的，应当撤销违法部分，保留正确部分。

需要指出的是，撤销判决与确认违法判决、确认无效判决、变更判决是一般与例外的关系，有些适用情形有包容关系，一方面不能扩大确认违法判决、确认无效判决、变更判决的适用条件和范围，冲击撤销判决的重要地位；另一方面符合法定条件的，应当优先适用确认违法判决、确认无效判决、变更判决。

要求重新作出行政行为判决是撤销判决的补充，也是司法权与行政权分工，法院不能代替行政机关作出行政行为原理的体现。行政行为被判决撤销后，如有原告的权利或者义务尚需确定等情况，法院应当在判决撤销的同时，判决被告重新作出行政行为。司法实践中，法院往往为保护国家利益、社会公共利益或者当事人合法权益，作出责令重新作出行政行为判决。如行政处罚因违反法定程序被判决撤销但当事人违法行为确需予以处罚的，对当事人民事权益争议的行政裁决被撤销但该民事争议确需解决的，错误登记行为被撤销后依法应当变更登记的，复议机关改变原行政行为被判决撤销的，等等。

二、真题分析

49.【2011年第68题】根据行政诉讼法及相关规定，具体行政行为有下列哪些情形的，人民法院应当判决撤销或者部分撤销？¹

- A、违反法定程序的

¹ 适当修改本题，以适应新法。

- B、被诉具体行政行为合法但存在合理性问题的
- C、被诉具体行政行为合法，但因法律、政策变化需要变更或者废止的
- D、被告不履行法定职责，但判决责令其履行法定职责已无实际意义的

【考点】行政诉讼的判决方式

【分析】根据《行政诉讼法》第七十条的规定，选项 A 正确。根据《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第五十六条的规定，有下列情形之一的，人民法院应当判决驳回原告的诉讼请求：（一）起诉被告不作为理由不能成立的；（二）被诉具体行政行为合法但存在合理性问题的；（三）被诉具体行政行为合法，但因法律、政策变化需要变更或者废止的；（四）其他应当判决驳回诉讼请求的情形。选项 BC 属于应当判决驳回原告的诉讼请求的情形，因此，选项 BC 错误。

根据《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第五十七条第二款的规定，有下列情形之一的，人民法院应当作出确认被诉具体行政行为违法或者无效的判决：（一）被告不履行法定职责，但判决责令其履行法定职责已无实际意义的；（二）被诉具体行政行为违法，但不具有可撤销内容的；（三）被诉具体行政行为依法不成立或者无效的。选项 D 属于人民法院应当作出确认被诉行政行为违法或者无效的判决的情形，因此，选项 D 错误。

【答案】A

第七十一条【重作判决对被告的限制】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。

一、本条含义

本条是关于被告依撤销判决重新作出行政行为的规定。

为保护国家利益、社会公共利益或者当事人合法权益，法院在有的情况下判决撤销行政行为时，还需要判决行政机关重新作出行政行为。行政机关重新作出行政行为，应当受到法院判决既判力的约束，否则不仅损害司法权威，也不利于行政争议的解决，徒增当事人诉累。同时，由于司法权与行政权的分工，法院不能代替行政机关作出行政行为。因此，如何处理好法院判决既判力和行政机关自我决定的关系，成为行政诉讼所特有的问题。法院判决既判力既体现在被诉行政机关必须重新作出行政行为，不得拒绝作出，还体现在重新作出的行政行为要受到法院撤销判决所认定事实和阐述理由的约束，即不得以同一事实和理由作出与原行政行为基本相同的行政行为。换言之，行政机关重新作出行政行为，不仅要依法作出，还要受判决所载明内容的约束。这里的“同一事实”，是指被撤销行政行为所认定的事实。同一理由，是指被撤销行政行为的证据和所依据的规范性文件。

理解本条，一方面要尊重行政机关所作的行政行为，同一事实、同一理由是指完全相同的事实和理由；另一方面要明确本条规定只是实体方面的最低要求，除了本条规定还需要遵循法院判决既判力的一般理论，如撤销判决中对原行政行为认定事实明确为不成立或者适用法律错误的，被告应遵循。需要指出的是，不仅法院判决重作的行政行为要受撤销判决的约束，法院未判决重作但行政机关自己重作的行政行为也要受撤销判决的约束。

二、真题分析

50.【2013 年第 63 题】根据行政诉讼法及相关规定，下列哪些说法是正确的？¹

A、人民法院判决被告重新作出具体行政行为的，被告不得作出与原具体行政行为基本相同的具体行政行为

B、复议决定维持原具体行政行为的，人民法院判决撤销原具体行政行为，复议决定自然无效

¹ 适当修改本题，以适应新法。

- C、人民法院审理行政案件不得加重对原告的处罚，但利害关系人同为原告的除外
 D、人民法院审理行政案件不得对行政机关未予处罚的人直接给予行政处罚

【考点】行政诉讼判决

【分析】根据《行政诉讼法》第七十一条的规定，选项 A 错误。根据《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第五十三条第一款的规定，复议决定维持原具体行政行为的，人民法院判决撤销原具体行政行为，复议决定自然无效。因此，选项 B 正确。根据该司法解释第五十五条规定，人民法院审理行政案件不得加重对原告的处罚，但利害关系人同为原告的除外。人民法院审理行政案件不得对行政机关未予处罚的人直接给予行政处罚。因此，选项 CD 正确。

【答案】BCD

第七十二条【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。

一、本条含义

本条是关于履行职责判决的规定。

行政机关违法作出行政行为，以及消极懈怠不履行法定职责，都是行政违法情形。实践中，行政机关不作为危害很大，特别是随着依法行政的要求越来越高，行政问责的力度越来越大，有的行政机关工作人员当“太平官”，不求有功但求无过的懒政思想有所抬头，需要予以重视，将治理乱作为和不作为放在同样重要的位置。行政机关不履行法定职责，损害公民的合法权益的，应当给予司法救济。随着针对行政不作为案件的增多，履行职责判决成为行政诉讼的一种重要判决方式。

第七十三条【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。

第七十四条【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：

- (一) 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；
 - (二) 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，不需要撤销或者判决履行的，人民法院判决确认违法：
- (一) 行政行为违法，但不具有可撤销内容的；
 - (二) 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；
 - (三) 被告不履行或者拖延履行法定职责，判决履行没有意义的。

第七十五条【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。

第七十六条【确认违法和无效判决的补充规定】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。

第七十七条【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。

一、本条含义

本条是关于变更判决的规定。

变更判决是撤销判决的补充形式。变更判决的适用情形要大大少于撤销判决，且能包含在撤销判决的适用情形中，是一种被包含与包含关系。换言之，能作出变更判决的也能作出撤销判决。法院作出变更判决，需要把事实查清，准确适用法律、法规。一旦囿于各种客观条件难以对行政行为内容作出判断时，法院作变更判决的基础欠缺，就不宜作出变更判决。因此，本条规定法院是“可以”作出变更判决，而不是一定要作出变更判决。司法实践中，法院对变更权运用得很谨慎，甚至可以说是处于“备而不用”的状态。

这次修法扩大了变更判决的适用范围，两类情形可以适用变更判决。一是行政处罚明显不当。二是其他行政行为中对款额的确定或认定确有错误的。这主要是指涉及金钱数量的确定和认定的除行政处罚外的其他行政行为。

诉讼禁止不利变更是行政诉讼、行政复议的一项原则，是指法院依法判决变更行政行为，不能增加原告的义务或者减损原告的权益，使原告处于更为不利的境地。其法理是行政诉讼、行政复议都是公民权利救济机制，而不是针对公民的违法责任追究机制。如果允许不利变更，当事人在行使诉权时就会缩手缩脚，不利于行政诉讼制度整体作用的发挥。诉讼禁止不利变更虽是本次修法增加的内容，但在相关司法解释中已有规定。

诉讼禁止不利变更原则也有例外，在利害关系人同为原告，且诉讼请求相反时，不再适用这一原则。如治安案件中，受害人和加害人同时对治安处罚决定提起了诉讼，加害人认为处罚畸重，受害人认为畸轻，法院进行审判时无法适用禁止不利变更原则。因此，本条第2款明确规定了不适用禁止不利变更原则的情形。

第七十八条【行政协议履行及补偿判决】 被告不依法履行、未按照约定履行或者违法变更、解除本法第十二条第一款第十一项规定的协议的，人民法院判决被告承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等责任。

被告变更、解除本法第十二条第一款第十一项规定的协议合法，但未依法给予补偿的，人民法院判决给予补偿。

第七十九条【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。

第八十条【公开宣判】 人民法院对公开审理和不公开审理的案件，一律公开宣告判决。

当庭宣判的，应当在十日内发送判决书；定期宣判的，宣判后立即发给判决书。

宣告判决时，必须告知当事人上诉权利、上诉期限和上诉的人民法院。

第八十一条【第一审审限】 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。

第三节 简易程序

第八十二条【简易程序适用情形】 人民法院审理下列第一审行政案件，认为事实清楚、权利义务关系明确、争议不大的，可以适用简易程序：

- (一) 被诉行政行为是依法当场作出的；
- (二) 案件涉及款额二千元以下的；
- (三) 属于政府信息公开案件的。

除前款规定以外的第一审行政案件，当事人各方同意适用简易程序的，可以适用简易程序。

发回重审、按照审判监督程序再审的案件不适用简易程序。

第八十三条【简易程序的审判组织形式和审限】适用简易程序审理的行政案件，由审判员一人独任审理，并应当在立案之日起四十五日内审结。

第八十四条【简易程序与普通程序的转换】人民法院在审理过程中，发现案件不宜适用简易程序的，裁定转为普通程序。

第四节 第二审程序

第八十五条【上诉】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十五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十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。

一、本条含义

本条是关于当事人提起上诉的规定。

第二审程序从当事人提起上诉开始。上诉，是指当事人不服第一审人民法院的判决、裁定而请求上级人民法院对第一审判决、裁定的合法性进行审查，并要求撤销或者改变原判决、裁定的诉讼行为。当事人提起上诉，不仅要求解决原行政争议，还要求上级人民法院对原审人民法院的裁判予以撤销或者改变。

(一) 关于提起上诉的主体

提起上诉的当事人是符合法定条件、享有上诉权的当事人，包括第一审程序中的原告、被告和第三人。第一审程序中的原告和被告，在行政诉讼中具有实体权利义务，享有上诉权，可以提起上诉。当事人只能向第一审人民法院的上一级人民法院提起上诉，而不能越级提起上诉。上诉应当递交上诉状。上诉状可以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。

(二) 关于提起上诉的理由

当事人提起上诉的理由为不服人民法院第一审判决或者裁定。提起上诉是法律赋予当事人的一种诉讼权利，只要当事人主观上不服人民法院的第一审裁判，就可以提起上诉，而不需要第一审判决、裁定确实存在认定事实不清、适用法律错误、违反法定程序等错误情形。

(三) 关于可以提起上诉的裁判文书

当事人可以提起上诉的裁判文书为没有发生法律效力的第一审判决、裁定。在上诉期限内的第一审判决、裁定可以上诉，但最高人民法院作出的第一审判决、裁定是发生法律效力的判决、裁定，不能上诉。对第一审法院没有发生法律效力的不予立案的裁定、对管辖权有异议的裁定和驳回起诉的裁定可以上诉，其他裁定不能上诉。由于调解书经双方当事人签收后，即具有法律效力，因此不能上诉。

(四) 提起上诉的期限

当事人上诉应当在法定期限内提出。新法规定，当事人不服人民法院第一审判决的，

应当在15日内提起上诉；不服第一审裁定的，应当在10日内提起上诉。规定对判决的上诉期限为15日，比对裁定的上诉期限长10日，这是因为，判决是解决行政案件的实体性问题，关系到当事人双方的权利义务，影响较大；裁定是解决程序性问题，不涉及当事人双方实体权利义务，影响较小。提起上诉的期限从判决书、裁定书送达之日起计算。

当事人在上诉期限内不提起上诉的，人民法院的第一审判决或者裁定发生法律效力。当事人如果认为生效的判决或者裁定确有错误的，只能申请再审。需要明确的是，上诉期限应当以每个有上诉权的诉讼参加人各自收到判决书、裁定书之日起分别计算，任何一方均可在自己的上诉期内上诉，只有在所有有上诉权的诉讼参加人的上诉期限都届满而没有提起上诉的情况下，判决和裁定才发生法律效力。在必要的共同诉讼中，共同诉讼人的上诉期限，以最后一个共同诉讼人的上诉期限为全体共同诉讼人的上诉期限。在普通的共同诉讼中，共同诉讼人的上诉期限，以各自的起算日期计算。

二、真题分析

51.【2011年第77题】根据行政诉讼法及相关规定，下列关于行政诉讼二审程序的说法哪些是正确的？

- A、第一审人民法院作出判决和裁定后，当事人均提起上诉的，上诉各方均为上诉人
- B、第一审人民法院作出判决和裁定后，诉讼当事人中的一部分人提出上诉，没有提出上诉的其他当事人为被上诉人
- C、原审人民法院收到上诉状，应当在5日内将上诉状副本送达其他当事人，对方当事人应当在收到上诉状副本之日起10日内提出答辩状
- D、第二审人民法院审理上诉案件，仅对原审人民法院的裁判是否合法进行审查

【考点】行政诉讼二审程序

【分析】根据《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第六十五条的规定，第一审人民法院作出判决和裁定后，当事人均提起上诉的，上诉各方均为上诉人。诉讼当事人中的一部分人提出上诉，没有提出上诉的对方当事人为被上诉人，其他当事人依原审诉讼地位列明。因此，选项A正确，选项B错误。

根据该司法解释第六十六条第二款的规定，原审人民法院收到上诉状，应当在5日内将上诉状副本送达其他当事人，对方当事人应当在收到上诉状副本之日起10日内提出答辩状。因此，选项C错误。根据该司法解释第六十七条的规定，第二审人民法院审理上诉案件，应当对原审人民法院的裁判和被诉具体行政行为是否合法进行全面审查。选项D错误。

【答案】AC

第八十六条【二审审理方式】人民法院对上诉案件，应当组成合议庭，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，也可以不开庭审理。

第八十七条【二审审查范围】人民法院审理上诉案件，应当对原审人民法院的判决、裁定和被诉行政行为进行全面审查。

第八十八条【二审审限】人民法院审理上诉案件，应当在收到上诉状之日起三个月内作出终审判决。有特殊情况需要延长的，由高级人民法院批准，高级人民法院审理上诉案件需要延长的，由最高人民法院批准。

第八十九条【二审裁判】人民法院审理上诉案件，按照下列情形，分别处理：

(一) 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;

(二) 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;

(三) 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;

(四) 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。

第五节 审判监督程序

第九十条【当事人申请再审】当事人对已经发生法律效力判决、裁定,认为确有错误的,可以向上一级人民法院申请再审,但判决、裁定不停止执行。

一、本条含义

本条是关于当事人申请再审的规定。

本条规定了当事人申请再审的前提条件是判决、裁定已经发生法律效力。主要指二审的判决、裁定和当事人超过上诉期而没有上诉的一审判决、裁定。

需要说明的是,按照民事诉讼法第203条和第204条第1款的规定,行政诉讼当事人申请再审的,应当提交再审申请书等材料。人民法院应当自收到再审申请书之日起5日内将再审申请书副本发送对方当事人。对方当事人应当自收到再审申请书副本之日起15日内提交书面意见;不提交书面意见的,不影响人民法院审查。人民法院可以要求申请人和对方当事人补充有关材料,询问有关事项。人民法院应当自收到再审申请书之日起3个月内审查,符合本法规定的,裁定再审;不符合本法规定的,裁定驳回申请。

二、真题分析

52.【2011年第85题】根据行政诉讼法及相关规定,下列说法哪些是正确的?¹

A、当事人对已经发生法律效力判决、裁定,认为确有错误的,可以向原审人民法院提出申诉申请再审

B、当事人对已经发生法律效力判决、裁定,认为确有错误的,可以向原审人民法院的上一级人民法院提出申诉申请再审

C、人民法院院长对本院已经发生法律效力判决、裁定,发现违反法律、法规规定认为需要再审的,有权决定再审

D、上级人民法院对下级人民法院已经发生法律效力判决、裁定,发现违反法律、法规规定的,有权提审或者指令下级人民法院再审

【考点】行政诉讼申诉、再审

【分析】根据《行政诉讼法》第九十条的规定,选项A错误,选项B正确。根据《行政诉讼法》第九十二条的规定,选项C错误,选项D正确。

【答案】BD²

第九十一条【再审事由】当事人的申请符合下列情形之一的,人民法院应当再审:

¹ 适当修改本题,以适应新法。

² 国家知识产权局条法司2011年试题解析适用旧法,第85题答案为选项ABD。

- (一) 不予立案或者驳回起诉确有错误的；
- (二) 有新的证据，足以推翻原判决、裁定的；
- (三) 原判决、裁定认定事实的主要证据不足、未经质证或者系伪造的；
- (四) 原判决、裁定适用法律、法规确有错误的；
- (五) 违反法律规定的诉讼程序，可能影响公正审判的；
- (六) 原判决、裁定遗漏诉讼请求的；
- (七) 据以作出原判决、裁定的法律文书被撤销或者变更的；
- (八) 审判人员在审理该案件时有贪污受贿、徇私舞弊、枉法裁判行为的。

第九十二条【人民法院依职权再审】各级人民法院院长对本院已经发生法律效力¹的判决、裁定，发现有本法第九十一条规定情形之一，或者发现调解违反自愿原则或者调解书内容违法，认为需要再审的，应当提交审判委员会讨论决定。

最高人民法院对地方各级人民法院已经发生法律效力¹的判决、裁定，上级人民法院对下级人民法院已经发生法律效力¹的判决、裁定，发现有本法第九十一条规定情形之一，或者发现调解违反自愿原则或者调解书内容违法的，有权提审或者指令下级人民法院再审。

一、本条含义

本条是关于人民法院依职权提起再审的规定。

本条第一款是关于作出生效裁判的本院基于自我监督而对案件进行再审的规定。人民法院审理行政案件必须以事实为根据，以法律为准绳，这是我国行政诉讼法确立的重要原则。但法院的审判人员有可能在事实认定或适用法律方面出现错误。按照有错必纠的原则，各级人民法院应当对本院作出的生效裁判负责。

本条第二款是基于最高人民法院对地方各级人民法院审判工作的监督，以及上级人民法院对下级人民法院审判工作的监督而引起案件再审的规定。按照《人民法院组织法》的规定，最高人民法院是国家的最高审判机关，有权监督地方各级人民法院和专门人民法院的审判工作。同时，上级人民法院有权监督下级人民法院的审判工作。上级法院对下级法院监督的主要内容之一就是¹对下级法院已经发生法律效力¹的判决、裁定，发现确有错误的，有权提审或者指令下级人民法院再审。

本次修改行政诉讼法，增加了人民法院对行政案件进行调解的规定。新法第60条规定，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。民事诉讼法第96、97条规定，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。调解达成协议，人民法院应当制作调解书。

本条规定了发起再审程序的主体之一是人民法院，也可以概括为是人民法院依职权再审。但人民法院依职权再审，主要是当事人没有在判决、裁定、调解书发生法律效力后的6个月内申请再审，当事人又认为判决、裁定、调解书符合再审事由的，就可以向作出生效判决、裁定、调解书的人民法院申诉，也可以向其上级人民法院申诉。

二、真题分析

53.【2014年第98题】根据行政诉讼法及相关规定，下列哪些说法是正确的？¹

A. 上级人民法院对下级人民法院已经发生法律效力¹的判决，发现违反法律、法规规定的，有权提审

B. 上级人民法院对下级人民法院已经发生法律效力¹的判决，发现违反法律、法规规定的，有权指令下级人民法院再审

¹ 适当修改本题，以适应新法。

C. 人民检察院对人民法院已经发生法律效力判决, 发现违反法律、法规规定的, 有权裁定撤销判决

D. 人民检察院对人民法院已经发生法律效力判决, 发现违反法律、法规规定的, 有权按照审判监督程序应当提出抗诉

【考点】行政诉讼再审、审判监督程序

【分析】根据《行政诉讼法》第九十二条第二款的规定, 选项 AB 正确。根据《行政诉讼法》第九十三条的规定, 选项 C 错误, 选项 D 正确。

【答案】ABD

第九十三条【抗诉和检察建议】 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, 发现有本法第九十一条规定情形之一, 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, 发现有本法第九十一条规定情形之一, 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。

各级人民检察院对审判监督程序以外的其他审判程序中审判人员的违法行为, 有权向同级人民法院提出检察建议。

一、本条含义

本条是关于人民检察院对生效判决、裁定、调解书提出抗诉或者检察建议的规定。

本条借鉴民事诉讼法第 208 条的规定, 对原法第 64 条作了修改。细化了抗诉的条件和程序, 扩大了抗诉的范围, 增加了再审检察建议和其他检察建议。

抗诉是人民检察院对行政诉讼实行法律监督的主要方式。人民检察院组织法第 18 条第 1 款规定: “最高人民检察院对于各级人民法院已经发生法律效力判决和裁定, 上级人民检察院对于下级人民法院已经发生法律效力判决和裁定, 如果发现确有错误, 应当按照审判监督程序提出抗诉。”

人民检察院抗诉案件的来源, 主要基于当事人向人民检察院提出的申诉。民事诉讼法第 209 条规定, 当事人就下列情形, 可以向人民检察院申请抗诉: 一是人民法院驳回再审申请的; 二是人民法院逾期未对再审申请作出裁定的; 三是再审判决、裁定有明显错误的。此外, 人民检察院在没有当事人申诉的前提下, 从其他渠道发现行政案件的判决、裁定符合再审事由, 也可以向人民法院提出抗诉。

本条第 1 款规定, 对生效行政判决、裁定的抗诉原则上实行“上级抗”, 即由上级人民检察院对下级人民法院生效的行政判决、裁定向与上级检察院同级的人民法院提出抗诉。地方各级人民检察院发现同级人民法院已经发生法律效力判决、裁定有新法第 91 条规定情形之一的, 可以提请上级人民检察院向同级人民法院提出抗诉。需要说明的是, 最高人民检察院可以进行“同级抗”, 即最高人民检察院对最高人民法院已经发生法律效力判决、裁定, 发现有新法第 91 条规定情形之一的, 有权向最高人民法院提出抗诉。

2012 年修改的民事诉讼法第 208 条在 2007 年修改的民事诉讼法第 187 条的基础上, 增加了“检察建议”的监督方式, 其中包括再审检察建议和其他检察建议。本次修改行政诉讼法, 借鉴民事诉讼法第 208 条的规定, 也增加了检察建议的监督方式。

第八章 执 行

第九十四条【生效裁判和调解书的执行】当事人必须履行人民法院发生法律效力的判决、裁定、调解书。

第九十五条【申请强制执行和执行管辖】公民、法人或者其他组织拒绝履行判决、裁定、调解书的，行政机关或者第三人可以向第一审人民法院申请强制执行，或者由行政机关依法强制执行。

第九十六条【对行政机关拒绝履行的执行措施】行政机关拒绝履行判决、裁定、调解书的，第一审人民法院可以采取下列措施：

- (一) 对应当归还的罚款或者应当给付的款额，通知银行从该行政机关的账户内划拨；
- (二) 在规定期限内不履行的，从期满之日起，对该行政机关负责人按日处五十元至一百元的罚款；
- (三) 将行政机关拒绝履行的情况予以公告；
- (四) 向监察机关或者该行政机关的上一级行政机关提出司法建议。接受司法建议的机关，根据有关规定进行处理，并将处理情况告知人民法院；
- (五) 拒不履行判决、裁定、调解书，社会影响恶劣的，可以对该行政机关直接负责的主管人员和其他直接责任人员予以拘留；情节严重，构成犯罪的，依法追究刑事责任。

第九十七条【非诉执行】公民、法人或者其他组织对行政行为在法定期间不提起诉讼又不履行的，行政机关可以申请人民法院强制执行，或者依法强制执行。

第九章 涉外行政诉讼

第九十八条【涉外行政诉讼的法律适用原则】外国人、无国籍人、外国组织在中华人民共和国进行行政诉讼，适用本法。法律另有规定的除外。

第九十九条【同等与对等原则】外国人、无国籍人、外国组织在中华人民共和国进行行政诉讼，同中华人民共和国公民、组织有同等的诉讼权利和义务。

外国法院对中华人民共和国公民、组织的行政诉讼权利加以限制的，人民法院对该国公民、组织的行政诉讼权利，实行对等原则。

第一百条【中国律师代理】外国人、无国籍人、外国组织在中华人民共和国进行行政诉讼，委托律师代理诉讼的，应当委托中华人民共和国律师机构的律师。

第一百零一条【适用民事诉讼法规定】人民法院审理行政案件，关于期间、送达、财产保全、开庭审理、调解、中止诉讼、终结诉讼、简易程序、执行等，以及人民检察院对行政案件受理、审理、裁判、执行的监督，本法没有规定的，适用《中华人民共和国民事诉讼法》的相关规定。

第十章 附 则

第一百零二条【诉讼费用】人民法院审理行政案件，应当收取诉讼费用。诉讼费用由败诉方承担，双方都有责任的由双方分担。收取诉讼费用的具体办法另行规定。

一、本条含义

本条是关于诉讼费用的规定。

诉讼费用是指当事人进行行政诉讼时，依照法律规定应向人民法院交纳和支付的一定数量的费用。诉讼费用是现代各国诉讼法中的一项不可或缺的制度，与诉讼权利一样，关系到诉讼者的利益。我国行政诉讼收费制度的确立经历了一个漫长的过程，是伴随着民事诉讼收费制度的解决而解决的。

本条规定人民法院审理行政案件，应当收取诉讼费用。根据国务院 2006 年 12 月 8 日颁布的《诉讼费用交纳办法》的规定，当事人应当向人民法院交纳的诉讼费用包括：案件受理费、其他诉讼费用。

关于行政诉讼费用的负担方式。本条规定，诉讼费用由败诉方承担，双方都有责任的由双方分担。表明我国行政诉讼费用主要有两种负担方式。一种是败诉方承担。败诉方承担是诉讼费用负担的一条基本原则。在各国诉讼立法中，大都采用这一原则。另一种是双方承担。双方承担是指双方当事人都有责任，在诉讼中部分胜诉、部分败诉，由人民法院根据双方当事人各自的责任大小，确定各自分担的适当比例，双方各自分别承担相应的诉讼费用。

二、真题分析

54. 【2010 年第 88 题】根据行政诉讼法及相关规定，下列说法哪些是正确的？

- A、人民法院审理行政案件，应当收取诉讼费用
- B、人民法院审理行政案件，不得对行政机关未予处罚的人直接给予行政处罚
- C、人民法院审理行政案件，以法律、行政法规、地方性法规和国务院部委制定的规章为依据
- D、人民法院审理行政案件，认为行政处罚显失公正的，可以判决变更

【考点】行政诉讼的审理和判决

【分析】根据《行政诉讼法》第一百零二条的规定，选项 A 正确。根据《行政诉讼法》第六十三条第一款的规定，选项 C 正确。根据《行政诉讼法》第七十七条第一款的规定，选项 D 正确。根据《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第五十五条第二款的规定，人民法院审理行政案件不得对行政机关未予处罚的人直接给予行政处罚。因此，选项 D 正确。

【答案】ABD

第一百零三条【施行日期】 本法自一九九〇年十月一日起施行。

一、本条含义

本条是关于本法施行日期的规定。

第六部分

中华人民共和国著作权法

(1990年9月7日第七届全国人民代表大会常务委员会第十五次会议通过)

根据2001年10月27日第九届全国人民代表大会常务委员会第二十四次会议《关于

修改〈中华人民共和国著作权法〉的决定》第一次修正

根据2010年2月26日第十一届全国人民代表大会常务委员会第十三次会议《关于

修改〈中华人民共和国著作权法〉的决定》第二次修正)

目 录

第一章 总 则.....	302
第二章 著作权.....	307
第一节 著作权人及其权利.....	307
第二节 著作权归属.....	310
第三节 权利的保护期.....	322
第四节 权利的限制.....	326
第三章 著作权许可使用和转让合同.....	330
第四章 出版、表演、录音录像、播放.....	332
第一节 图书、报刊的出版.....	333
第二节 表 演.....	336
第三节 录音录像.....	338
第四节 广播电台、电视台播放.....	339
第五章 法律责任和执法措施.....	341
第六章 附 则.....	348

第一章 总 则

第一条【立法宗旨】为保护文学、艺术和科学作品作者的著作权，以及与著作权有关的权益，鼓励有益于社会主义精神文明、物质文明建设的作品的创作和传播，促进社会主义文化和科学事业的发展与繁荣，根据宪法制定本法。

一、本条含义

本条是关于立法目的和立法根据的规定。

我国是一个具有悠久历史和灿烂文化的文明古国，是传播知识的重要媒介--纸张和印刷术的发明者，曾对人类文明的发展作出了杰出贡献。著作权法自 1991 年 6 月 1 日施行以来，对保护著作权人的权益，激发其创作积极性，促进经济、科技的发展和文化的繁荣，发挥了积极作用。

著作权法的立法根据是宪法。宪法规定了国家的根本制度和根本任务，是国家的根本大法，具有最高法律效力。宪法是母法，所有法律都要根据宪法制定，不得与宪法相抵触。制定著作权法，主要是根据宪法的有关原则，即“中华人民共和国公民有进行科学研究、文化艺术创作和其他文化活动的自由。国家对于从事教育、科学、技术、文学、艺术和其他文化事业的公民的有益于人民的创造性工作，给以鼓励和帮助”。“国家发展为人民服务、为社会主义服务的文学艺术事业、新闻广播电视事业、出版发行事业、图书馆博物馆和其他文化事业，开展群众性的文化活动”，“国家发展自然科学和社会科学事业，普及科学和技术知识，奖励科学研究成果和技术发明创造”等。著作权法的制定和修改体现了宪法的原则，是对宪法原则的具体化，以保障宪法的贯彻实施。

第二条【适用范围】中国公民、法人或者其他组织的作品，不论是否发表，依照本法享有著作权。

外国人、无国籍人的作品根据其作者所属国或者经常居住地国同中国签订的协议或者共同参加的国际条约享有的著作权，受本法保护。

外国人、无国籍人的作品首先在中国境内出版的，依照本法享有著作权。

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。

一、本条含义

本条是关于著作权法适用范围的规定。

本条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。

二、真题分析

1.【2013 年第 47 题】根据著作权法及相关规定，下列哪些说法是正确的？

- A、无国籍人的作品首先在中国境内出版的，依法享有著作权
- B、外国人的作品首先在中国境内出版的，依法享有著作权
- C、外国人的作品根据其作者经常居住地国同中国签订的协议享有的著作权，受著作权法保护
- D、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，受著作权法保护

【考点】著作权主体

【分析】根据《著作权法》第二条的规定，本题中，选项 ABCD 正确。

【答案】ABCD

2.【2012 年第 19 题】我国公民李某在非洲某国旅游期间写了两篇游记，并将其中一篇

发表在我国某杂志上。根据著作权法及相关规定，下列哪种说法是正确的？

- A、该两篇文章不是在我国创作的，不受我国著作权法保护
- B、该两篇文章是否受我国著作权法保护，取决于该非洲国家是否与我国签订了协议或共同参加了相关国际条约
- C、只有该已发表的文章受我国著作权法保护
- D、该两篇文章均受我国著作权法保护

【考点】中国公民著作权保护条件

【分析】根据《著作权法》第二条第一款的规定，本题中，选项 D 正确，选项 ABC 错误。

【答案】D

第三条【作品范围】本法所称的作品，包括以下列形式创作的文学、艺术和自然科学、社会科学、工程技术等作品：

- (一) 文字作品；
- (二) 口述作品；
- (三) 音乐、戏剧、曲艺、舞蹈、杂技艺术作品；
- (四) 美术、建筑作品；
- (五) 摄影作品；
- (六) 电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品；
- (七) 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；
- (八) 计算机软件；
- (九) 法律、行政法规规定的其他作品。

一、本条含义

本条是关于著作权客体的规定，即规定本法所称的作品应具备的条件和作品的具体表现形式。

作为本法所称的作品应具备的条件：1.必须属于创作，而不是抄袭。有的称为必须具有独创性、初创性或原创性；2.必须属于文学、艺术和科学范围的创作；3.必须有一定的表现形式。即作者须以文字、言语、符号、声音、动作、色彩等一定的表现形式将其无形的思想表达出来，使他人通过感官能感觉其存在，如无一定的表现形式，思想仅存在于脑海之中，他人无法感知，不能称为作品。简言之，著作权保护表达，不保护思想；4.能够固定于某种有体物上，并能复制使用。

本条规定了九种作品的具体表现形式。

二、真题分析

3.【2013 年第 35 题】根据著作权法及相关规定，下列哪些说法是正确的？

- A、作品应当具有独创性并能以某种有形形式复制
- B、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
- C、为生产绘制的产品设计图属于图形作品
- D、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模型不属于作品

【考点】作品

【分析】根据《著作权法实施条例》第二条的规定，《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。本题中，选项 A 正确。根据《著作权法实施条例》第四条第（一）项的规定，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。因此，选项 B 正确。根据《著作权法实施条例》

第四条第（十二）项的规定，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。因此，选项 C 正确。根据《著作权法实施条例》第四条第（十三）项的规定，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。因此，选项 D 错误。

【答案】ABC

4. 【2012 年第 1 题】下列各项中，哪项不属于我国著作权法保护的客体？

- A、某幼儿园小朋友的绘画
- B、某观众用手机拍摄的运动会 100 米决赛照片
- C、某农民在民歌节上即兴创作的歌曲
- D、某市人民政府发布的关于进一步加强社会保障房建设的通知

【考点】著作权的客体

【分析】根据《著作权法》第三条的规定，本题中，选项 ABC 属于著作权法保护的客体。根据《著作权法》第五条的规定，选项 D 不属于著作权法保护的客体。

【答案】D

5. 【2012 年第 22 题】根据著作权法及相关规定，下列关于计算机软件的哪种说法是正确的？

- A、受著作权保护的计算机软件包括计算机程序及其有关文档
- B、同一计算机程序的源程序和目标程序为两个不同的作品
- C、未经登记的计算机软件不受我国著作权法保护
- D、对软件著作权的保护延及开发软件所用的处理过程 and 操作方法

【考点】计算机软件著作权

【分析】根据《著作权法》第三条的规定，以及《计算机保护条例》第二条的规定，本条例所称计算机软件（以下简称软件），是指计算机程序及其有关文档。因此，选项 A 正确。根据《计算机保护条例》第三条第（一）项的规定，计算机程序，是指为了得到某种结果而可以由计算机等具有信息处理能力的装置执行的代码化指令序列，或者可以被自动转换成代码化指令序列的符号化指令序列或者符号化语句序列。同一计算机程序的源程序和目标程序为同一作品。因此，选项 B 错误。根据《计算机保护条例》第七条的规定，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。因此，选项 C 错误。根据《计算机保护条例》第六条的规定，本条例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。因此，选项 D。

【答案】A

6. 【2012 年第 37 题】下列各项中，哪些属于我国著作权法规定的作品？

- A、口述作品
- B、摄影作品
- C、曲艺作品
- D、戏剧作品

【考点】作品的种类

【分析】根据《著作权法》第三条的规定，选项 ABCD 正确。

【答案】ABCD

7. 【2010 年第 6 题】下列各项中，哪些属于我国著作权法保护的客体？

- A、某公民创作的小说
- B、某法官发表的关于如何撰写判决书的论文
- C、某教授自行翻译的美国著作权法的中文译文
- D、某电视台报道的时事新闻

【考点】著作权的客体

【分析】根据《著作权法》第三条的规定，选项 A 明显属于文学作品。选项 B 虽然涉及判决书，但实为论文，属于文学作品。选项 C 虽然是法律条文的译文，但不属于法律条文的官方译文，仍可受到著作权法保护，因此，选项 ABC 正确。根据《著作权法》第五条的规定，选项 D 错误。

【答案】ABC

第四条【依法行使著作权】著作权人行使著作权，不得违反宪法和法律，不得损害公共利益。国家对作品的出版、传播依法进行监督管理。

一、本条含义

本条是关于著作权人行使著作权的规定。

著作权人行使著作权要受到一定的限制，即不得违反宪法和法律，不得损害公共利益。公民依法行使自由出版、传播作品的权利，各级人民政府应当予以保障。公民在行使自由出版、传播作品权利的同时，必须遵守宪法和法律，不得违反宪法的基本原则，不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的自由和合法权利。

第五条【不适用本法保护的客体】本法不适用于：

(一) 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；

(二) 时事新闻；

(三) 历法、通用数表、通用表格和公式。

一、本条含义

本条列举了三种不适用我国著作权法保护的客体。

(一) 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。这些作品不仅具有特定的内容和一定的表现形式，而且具有独特性。这些作品都属于公共文化财产，人人有权使用。

(二) 时事新闻。通过大众传媒媒介传播的单纯事实消息属于本条所规定的时事新闻。由于其不具备独创性，不符合作品的构成要件，因此不适用著作权法予以保护，或者独创性很低，没有必要进行保护。

(三) 历法、通用数表、通用表格和公式。这些大部分都是前人创造的，本身已经成为公共领域的财富，同时，由于这些都是人们日常生活、工作、学习中经常使用的，为了促进社会的发展，不应赋予这些历法、通用数表、通用表格和公式以垄断性的权利。

需要注意的是，对于本条规定的一些对象而言，不适用著作权法保护是相对的，不能一概而论。比如数表，那些通用数表由于不具备独创性而不适用著作权法保护，但是如果在选择和编排上具备了独创性，就有可能作为汇编作品而受到保护。另外，尽管本条中规定的对象不适用著作权法保护，但是在利用和传播过程中也要正确的标明出处，不能够侵犯创作者的人身权利。比如传播报道他人采编的时事新闻，应当注明出处。

二、真题分析

8. 【2014 年第 37 题】下列哪些不适用我国著作权法的规定？

- A. 某 9 岁儿童创作的短篇小说
- B. 某电视台报道的时事新闻
- C. 某城市交通电子地图
- D. 某法律的官方英文译文

【考点】著作权法适用范围

【分析】根据《著作权法》第五条的规定，选项 BD 正确。根据《著作权法》第三条的规定，选项 AC 分别属于其中第（一）、（七）项规定的情形，均适用于著作权法，另外，是否适用著作权法与作者的民事行为能力无关，因此，选项 AC 错误。

【答案】BD

9. 【2013 年第 2 题】下列哪项不属于我国著作权法保护的客体？

- A. 通过互联网发布的时事新闻
- B. 建筑物的工程设计图
- C. 未发表的小说
- D. 用文字记录的舞蹈动作设计

【考点】著作权的客体

【分析】根据《著作权法》第五条的规定，选项 A 正确。选项 BCD 错误。

【答案】A

10. 【2011 年第 6 题】根据著作权法及相关规定，下列哪些是不受著作权法保护的客体？

- A. 化学元素周期表
- B. 北京市交通旅游地图
- C. 人民日报评论员文章
- D. 专利复审委员会作出的无效宣告请求审查决定

【考点】著作权法不予保护的客体

【分析】根据《著作权法》第五条的规定，选项 AD 正确。根据《著作权法》第三条的规定，选项 BC 错误。

【答案】AD

第六条【民间文艺作品的著作权保护】民间文学艺术作品的著作权保护办法由国务院另行规定。

第七条【著作权管理机构】国务院著作权行政管理部门主管全国的著作权管理工作；各省、自治区、直辖市人民政府的著作权行政管理部门主管本行政区域的著作权管理工作。

第八条【著作权集体管理组织】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，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。

著作权集体管理组织是非营利性组织，其设立方式、权利义务、著作权许可使用费的收取和分配，以及对其监督和管理等由国务院另行规定。

一、本条含义

本条是关于著作权集体管理组织的规定。

著作权集体管理组织是实施著作权法的重要手段。著作权人在行使其权利的过程中，不可避免地出现一些对其权利不能控制或者难以控制的情况。例如词曲作者在其作品发表后对作品的舞台表演权、机械表演权、广播权就很难再授权，也就基本失去了获得应有报酬的机会。表演者对他们表演权的控制、文字作品作者对他们作品复印权的控制，也都有类似的情况。另一方面，许多作品的使用者通常要大量长期地使用数以千计作者的作品，对于他们来说，寻找大量作者一一取得使用其作品的许可并对作者一一支付报酬是极其困难的。

国内外实践证明，对于著作权人不能或难以控制的权力，采用著作权集体管理组织的形式进行管理是比较有效的办法。集体管理组织向作品的使用者集体授权并收取作品使用费，收取的使用费按一定比例返还给著作权人。这样，著作权人既实现了自己的权利，作品的使用者也免去了寻找作者的困难，提高了经营效率，著作权集体管理组织起到了沟通著作权人与作品使用者的桥梁作用。

二、真题分析

11. 【2013 年第 52 题】根据著作权法及相关规定，下列关于著作权集体管理组织的哪些说法是正确的？

- A、著作权人可以授权著作权集体管理组织行使著作权
- B、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主张权利
- C、著作权集体管理组织不得作为当事人进行涉及著作权的诉讼、仲裁活动
- D、著作权集体管理组织是非营利性组织

【考点】著作权集体管理组织

【分析】根据《著作权法》第八条的规定，选项 ABD 正确，选项 C 错误。

【答案】ABD

12. 【2011 年第 14 题】甲影视公司未经王某同意在其影视作品中使用了王某的音乐作品作为背景音乐，双方由此产生纠纷。王某系某著作权集体管理组织的会员，并授权该组织行使其著作权。根据著作权法及相关规定，下列说法哪些是正确的？

- A、该著作权集体管理组织可以以自己的名义为王某主张权利
- B、该著作权集体管理组织只能以王某的名义为王某主张权利
- C、该著作权集体管理组织无权作为原告起诉甲影视公司
- D、该著作权集体管理组织可以作为原告起诉甲影视公司

【考点】著作权集体管理组织

【分析】根据《著作权法》第八条第一款的规定，选项 AD 正确，选项 BC 错误。

【答案】AD

第二章 著作权

第一节 著作权人及其权利

第九条【著作权人的范围】著作权人包括：

- (一) 作者；
- (二) 其他依照本法享有著作权的公民、法人或者其他组织。

第十条【著作权的内容】著作权包括下列人身权和财产权：

- (一) 发表权，即决定作品是否公之于众的权利；
- (二) 署名权，即表明作者身份，在作品上署名的权利；
- (三) 修改权，即修改或者授权他人修改作品的权利；
- (四) 保护作品完整权，即保护作品不受歪曲、篡改的权利；
- (五) 复制权，即以印刷、复印、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；
- (六) 发行权，即以出售或者赠与方式向公众提供作品的原件或者复制件的权利；
- (七) 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；
- (八) 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；
- (九) 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；
- (十) 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；
- (十一) 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；
- (十二) 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；
- (十三) 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；
- (十四) 改编权，即改变作品，创作出具有独创性的新作品的权利；
- (十五) 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；
- (十六) 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；
- (十七) 应当由著作权人享有的其他权利。

著作权人可以许可他人行使前款第（五）项至第（十七）项规定的权利，并依照约定或者本法有关规定获得报酬。

著作权人可以全部或者部分转让本条第一款第（五）项至第（十七）项规定的权利，并依照约定或者本法有关规定获得报酬。

一、本条含义

本条是对著作权内容的规定。

著作权内容是指著作权人对作品拥有什么权利。著作权内容分为两类，一类是精神权利，即本法所称的人身权，与作者的身份密切相关，专属作者本人，一般情况下不能转让；另一类是经济权利，即本法所称的财产权，是作者利用其作品获益的权利，可以授权许可他人使用，也可以转让。人身权与财产权密切相关，然而又可以相互独立。财产权转让后，作者仍有人身权。受转让的著作权人一般只有财产权而无人身权。

本条第一款具体规定了作者的十六项人身权与财产权，第(十七)项是兜底条款，作者的权利不止明文规定的这十六项。

本条规定了发表权、署名权、修改权和保护作品完整权等四项权利，一般认为，均属人身权。从外国的著作权法看，人身权并不限于这四项。有些国家还规定了表明作者身份权、作品的收回权。

民法上的财产权，最主要的是所有权。所有权是指所有人依法对自己的财产享有占有、使用、收益和处分的权利。著作权中的财产权也可以使用、收益和转让，与所有权相仿，

但并不等同于民法上所有权。本条第(五)项至第(十七)项规定了著作权人对其作品具体的财产权。

二、真题分析

13.【2014 年第 46 题】根据著作权法及相关规定，著作权人对其下列哪些作品享有出租权？

- A. 电影作品
- B. 以类似摄制电影的方法创作的作品
- C. 美术作品
- D. 摄影作品

【考点】出租权

【分析】根据《著作权法》第十条第一款第（七）项的规定，由此可知，著作权人对电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品享有出租权，但对于美术作品、摄影作品则不享有出租权，因此，选项 AB 正确，选项 CD 错误。

【答案】AB

14.【2014 年第 6 题】根据著作权法及相关规定，下列哪项权利属于著作权中的人身权？

- A. 汇编权
- B. 改编权
- C. 修改权
- D. 发行权

【考点】著作权人享有的人身权利

【分析】根据《著作权法》第十条的规定，其中第（一）项至第（四）项为著作权中的人身权，因此，选项 ABD 错误，选项 C 正确。

【答案】C

15.【2013 年第 17 题】根据著作权法及相关规定，下列哪项属于著作权中的财产权？

- A. 决定作品是否公之于众的权利
- B. 授权他人修改作品的权利
- C. 公开陈列美术作品复制件的权利
- D. 表明作者身份，在作品上署名的权利

【考点】著作权中的财产权

【分析】根据《著作权法》第十条的规定，选项 C 正确。选项 ABD 错误。

【答案】C

16.【2012 年第 45 题】根据著作权法及相关规定，下列哪些说法是正确的？

- A. 作者身份不明的作品，任何人都可以自由使用
- B. 作者身份不明的作品，由作品的原件所有人行使除署名权以外的著作权
- C. 作者身份不明的作品，作者身份确定后，由作者或其继承人行使著作权
- D. 作者身份不明的作品，其著作权中的财产权保护期为原件所有人终生及死后五十年

【考点】作者身份不明的著作权保护

【分析】根据《著作权法实施条例》第十三条的规定，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。因此，选项 A 错误，选项 BC 正确。根据《著作权法实施条例》第十八条的规定，作者身份不明的作品，其著作权法第十条第一款第五项至第十七项规定的权利的保护期截止于作品首次发表后第 50 年的 12 月 31 日。作者身份确定后，适用著作权法第二十一条的规定。因此，选项 D 错误。

【答案】BC

17. 【2012 年第 55 题】根据著作权法及相关规定，关于著作权的继承，下列哪些说法是正确的？

A、作者死亡后，其著作权无人继承又无人受遗赠的，其署名权、修改权和保护作品完整权不再受著作权法保护

B、作者死亡后，其著作权无人继承又无人受遗赠的，其署名权、修改权和保护作品完整权由著作权行政管理部门保护

C、作者生前未发表的作品，如作者未明确表示不发表，且没有继承人又无人受遗赠的，作者死亡后 50 年内，其发表权由作品原件的所有人行使

D、合作作品作者之一死亡的，其对合作作品享有的著作权中的财产权无人继承又无人受遗赠的，由其他合作作者享有

【考点】著作权的继承

【分析】根据《著作权法实施条例》第十五条的规定，作者死亡后，其著作权中的署名权、修改权和保护作品完整权由作者的继承人或者受遗赠人保护。著作权无人继承又无人受遗赠的，其署名权、修改权和保护作品完整权由著作权行政管理部门保护。因此，选项 A 错误，选项 B 正确。根据《著作权法实施条例》第十七条的规定，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；没有继承人又无人受遗赠的，由作品原件的所有人行使。因此，选项 C 正确。根据《著作权法实施条例》第十四条的规定，合作作者之一死亡后，其对合作作品享有的著作权法第十条第一款第五项至第十七项规定的权利无人继承又无人受遗赠的，由其他合作作者享有。因此，选项 D 正确。

【答案】BCD

18. 【2010 年第 38 题】根据著作权法及相关规定，下列说法哪些是正确的？

A、只有电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品才享有出租权

B、展览权是指公开陈列美术作品、摄影作品原件或者复制件的权利

C、发表权是决定作品是否公之于众的权利

D、修改权是指改变作品，创作出具有独创性的新作品的权利

【考点】著作权中的出租权、展览权、修改权、发表权

【分析】根据《著作权法》第十条第一款的规定，选项 AD 错误，选项 BC 正确。

【答案】BC

第二节 著作权归属

第十一条【著作权归属的一般原则】著作权属于作者，本法另有规定的除外。

创作作品的公民是作者。

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。

如无相反证明，在作品上署名的公民、法人或者其他组织为作者。

一、本条含义

本条是关于如何认定作者的规定。

作者是文学、艺术、科学作品的创作者，作者对作品的创作，付出了辛勤的劳动，因此，在通常情况下，著作权属于作者，作者与著作权人是同一的。伯尔尼公约以及多数国家的版权法也都承认版权应当首先属于创作作品的作者。但是，也有著作权不属于作者的例外情况，根据本法规定，作者以外的自然人、法人或者其他组织也可以享有著作权，主要包括：(1)根据第十条第三款的规定，受让人经转让取得第十条第一款第(五)项至第(七)项规定的权利；(2)根据第十九条第一款的规定，著作权属于公民的，公民死亡后，其继承人享有第十条第一款第(五)项至第(七)项规定的权利；(3)根据第十九条第二款的规定，著作权属于法人或者其他组织的，法人或者其他组织变更、终止后，承受其权利义务的法人的或者其他组织享有第十条第一款第(五)项至第(七)项规定的权利；没有承受其权利义务的法人的或者其他组织的，由国家享有著作权；(4)根据第十五条的规定，电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品的著作权除编剧、导演、摄影、作词、作曲等作者享有署名权外，由制片者享有；(5)根据本法第十六条第二款的规定，职务作品的所在法人或者其他组织享有除署名权以外的著作权；(6)根据第十七条的规定，委托他人创作的作品，委托人通过合同约定取得著作权；(7)根据第十八条的规定，美术等作品原件所有权转移后，原件所有人享有展览权。

公民能够运用自己的智慧通过创造性的劳动创作作品而成为作者，因此，本条第二款规定：“创作作品的公民是作者。”需要说明的是，只有进行创作的人才能成为作者，这里的创作是指直接产生文学、艺术或者科学作品的智力劳动。仅为他人创作进行组织工作，提供咨询意见、物质条件等，由于其行为不具有创造性而不能成为作者。

此本条第三款规定，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。根据这一规定，法人或者其他组织可以视为作者的要件包括：(1)由法人或者其他组织主持创作，而不是由该法人或者其他组织的工作人员自发进行；(2)创作思想及表达方式须代表、体现法人或者其他组织的意志，法人或者其他组织的意志一般是通过法人或者其他组织的领导机构(如公司的董事会)和法定代表人(如行政机关的首长)依法或者依章程执行职务而体现出来的；(3)由法人或者其他组织承担责任，而不是由执笔人负责，如某公司研制的程序软件在运行上存在缺陷，该缺陷的责任由该公司承担，而非直接设计者承担。具备以上三个要件的作品，称为法人或者其他组织的作品，该法人或者其他组织视为作者，享有著作权。这里的法人是指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；“其他组织”是指法人以外的不具备法人条件的组织。

二、真题分析

19.【2011年第62题】黄某请李某执笔以黄某的人生经历为素材创作一本自传体小说。在小说写作过程中，黄某给李某提供了素材，在小说完成后，黄某向李某支付了5万元，但双方并未约定著作权的归属。根据著作权法及相关规定，下列说法哪些是正确的？

- A、该小说的著作权应当由黄某享有
- B、该小说的著作权应当由李某享有
- C、该小说的著作权应当由黄某和李某共同享有
- D、该小说的著作权应当由李某享有，黄某可以无偿使用

【考点】自传体作品的著作权归属

【分析】根据《最高人民法院关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第十四条的规定，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。因此，选项 A 正确，选项 BCD 错误。

【答案】A

第十二条【演绎作品的著作权归属】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，但行使著作权时不得侵犯原作品的著作权。

一、本条含义

本条是关于演绎作品著作权归属的规定。

演绎作品是在已有作品的基础上经过创造性劳动而派生出来的作品，是传播原作品的重要方法。演绎作品虽然是原作品的派生作品，但并不是简单的复制原作品，而是以新的思想表达形式来表现原作品，需要演绎者在正确理解、把握原作品的基础上，通过创造性的劳动产生新作品。演绎作品的著作权由演绎作品的作者享有。

需要注意的是，演绎作品是在已有作品的基础上产生的，没有原作品，也就无所谓演绎作品。正由于演绎作品是以原作品为基础，因此，除法律规定的“合理使用”的范围外，在著作权保护期内，演绎原作品，需要征得原作者以及其他对原作品享有著作权的权利人的同意。因此，本法第四十六条第六项规定，除本法另有规定外，未经著作权人许可，以改编、翻译、注释等方式使用作品的，应当承担侵权的民事责任。

同时，由于演绎作品是以原作品为基础，对原作品具有依赖性，因此，演绎作者对演绎作品享有的著作权，并不是完整的著作权，不能独立地行使，如本法第三十四条规定：

“出版改编、翻译、注释、整理、汇编已有作品而产生的作品，应当取得改编、翻译、注释、整理、汇编作品的著作权人和原作品的著作权人许可，并支付报酬。”第三十六条第二款规定：“使用改编、翻译、注释、整理已有作品而产生的作品进行演出的，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。”第三十九条第二款规定：“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。”只有当原作品著作权的保护期届满，或者原作品的著作权人放弃其著作权时，演绎作者对演绎作品才享有独立的著作权。

由于演绎作品是对原作品的再创作，所以演绎作品的作者在行使其演绎作品的著作权时，不得侵犯原作者的著作权，包括尊重原作者的署名权(演绎作者应当在演绎作品上注明原作品的名称、原作者的姓名)，尊重原作品的内容，不得歪曲、篡改原作品等，否则可能导致对原作品的侵权而承担民事责任，如本法第四十六条第四项规定，歪曲、篡改他人作品的，应当承担侵权的民事责任。

二、真题分析

20.【2014 年第 54 题】金某于 2012 年 12 月 24 日创作完成了某小说，并于 2013 年 2 月 14 日发表于某网络文学网站。经金某许可，张某将该小说改编为电影剧本，甲公司作为电影制片人将该剧本拍摄成电影，导演为周某。根据著作权法及相关规定，下列哪些说法是正确的？

- A. 金某自 2013 年 2 月 14 日起对该小说享有著作权
- B. 该电影剧本的著作权由张某享有
- C. 该电影作品的著作权由甲公司享有
- D. 该电影作品的著作权由张某和周某共同享有

【考点】著作权的取得、改编作品的著作权、电影著作权

【分析】根据《著作权法实施条例》第六条的规定，著作权自作品创作完成之日起产生。本题中，金某自创作完成之日即 2012 年 12 月 24 日起享有该小说的著作权，因此，选

项 A 错误。根据《著作权法》第十二条的规定，选项 B 正确。根据《著作权法》第十五条的规定，该电影作品的著作权由制片者甲公司享有，因此，选项 C 正确，选项 D 错误。

【答案】BC

21. 【2012 年第 62 题】张某创作了一部小说，李某经张某同意将该小说改编为电影剧本，某电影公司欲将该剧

- A、该电影剧本的著作权由李某享有
- B、该电影剧本的著作权由张某和李某共同享有
- C、电影公司拍摄该电影只需征得李某同意
- D、电影公司拍摄该电影需要征得张某和李某同意

【考点】演绎作品的著作权

【分析】根据《著作权法》第十二条的规定，本题中，选项 A 正确，选项 B 错误。尽管李某享有剧本的著作权，但电影公司依据该剧本拍摄电影时不得侵犯原小说的著作权，即还需征得原著作者张某的同意，因此，选项 C 错误，选项 D 正确。

【答案】AD

22. 【2011 年第 91 题】郭某撰写的毕业论文大量抄袭了胡某刊登在某杂志上的一篇翻译文章，而该译文原文的作者是美国学者詹姆斯。根据著作权法及相关规定，下列说法哪些是正确的？

- A、郭某的行为侵犯了胡某和詹姆斯的著作权
- B、郭某的行为侵犯了胡某和杂志社的著作权
- C、郭某的行为侵犯了詹姆斯和杂志社的著作权
- D、郭某的行为侵犯了胡某、詹姆斯和杂志社的著作权

【考点】翻译作品的侵权行为

【分析】根据《著作权法》第十二条的规定，本题中，郭某的行为侵犯了翻译人胡某的著作权，同时也侵犯了原作者詹姆斯的著作权。而杂志社只是对该作品的版式设计享有著作权，郭某的抄袭行为并没有侵犯其著作权。因此，选项 A 正确，选项 BCD 错误。

【答案】A

23. 【2010 年第 14 题】王某创作了一部小说。经王某许可，李某将该小说翻译成英文。杨某发表了一篇对该小说的评论。张某经王某许可，将该小说改编成了电视剧本。赵某受王某之邀为该小说作序。根据著作权法及相关规定，下列说法哪些是正确的？

- A、李某对该小说的上述英文译本享有著作权
- B、杨某对该小说的上述评论享有著作权
- C、张某对上述改编的电视剧本享有著作权
- D、赵某对上述小说的序不享有著作权

【考点】演绎作品

【分析】根据《著作权法》第十二条的规定，本题中，李某系翻译王某作品；杨某虽有可能引用王某作品，但系创作出了新的作品；张某系改编王某作品；赵某也系创作出新的产品。因此，四人均对各自的作品享有著作权。因此，选项 ABC 正确，选项 D 错误。

【答案】ABC

第十三条【合作作品的著作权归属】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。

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。

一、本条含义

本条是关于合作作品著作权归属的规定。

合作作品是两人以上合作共同创作的作品。根据本条的规定，我国的合作作品包括不可分割使用的合作作品，也包括可以分割使用的合作作品。

一般认为，创作一个合作作品需要合作作者之间的合意，如果一方未经对方同意，就将对方的作品合入自己的作品，或者对对方的作品进行一定的修改、补充后就认为是该作品的合作作者，这种情况，不仅不能成为该作品的合作作者，还侵犯了该作品的著作权。

合作作品的作者必须是参加创作的人，没有参加创作的人，不能成为合作作品的作者。所谓“参加创作”，是指对作品的思想观点、表达形式付出了创造性的智力劳动，或者构思策划，或者执笔操作，如果没有对作品付出创造性的劳动，就不能成为合作作者，例如，甲乙丙丁四人合作出一部小说，由甲出资，由乙、丙、丁执笔创作，则乙、丙、丁是合作作品的作者，甲不是合作作者。如果乙只负责抄写等服务性活动而未付出创造性劳动，那么乙也不是合作作者。

合作作品包括可以分割使用和不能分割使用两种。可以分割使用的合作作品，指合作作者对各自创作的部分可以单独使用，可以单独享有著作权(包括人身权和财产权)的作品。例如，甲、乙、丙三人合写一本包括十五个故事的童话集，每人各写五个故事。甲、乙、丙对各自创作的五个故事都分别享有著作权。此外，甲、乙、丙对这本共同创作的童话集共同享有著作权。不能分割使用的合作作品，指合作作者虽有各自的创作，但在作品中已融为一体，区分不出作品的某个部分是哪个合作作者写的。例如，四个合作作者共同构思作品的形式、内容、情节、结构等，然后分头执笔而成的作品。这类作品只存在一个合作作品的整体的著作权。

合作作品的著作权，由合作作者共同享有，其权利的分配和行使，可以由合作作者协议确定。如果没有协议，或者协议没有约定的权利，则由合作作者共同行使。

二、真题分析

24.【2014 年第 80 题】赵某和程某合作创作了一部不可分割使用的小说。某出版社与赵某联系欲出版该小说，程某表示坚决反对，两人不能协商一致。根据著作权法及相关规定，下列哪些说法是正确的？

- A. 赵某和程某为该小说的合作作者，共同享有著作权
- B. 未经程某同意，赵某不得许可该出版社出版该小说
- C. 程某无正当理由不得阻止赵某许可该出版社出版该小说，赵某由此所得收益无需分配给程某
- D. 程某无正当理由不得阻止赵某许可该出版社出版该小说，但赵某由此所得收益应当合理分配给程某

【考点】合作作品的著作权的归属

【分析】根据《著作权法》第十三条第一款的规定，选项 A 正确。根据《著作权法实施条例》第九条的规定，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。因此，选项 BC 错误，选项 D 正确。

【答案】AD

25.【2013 年第 11 题】编剧王某和李某共同创作完成了一部不可分割使用的电影剧本。

对于是否许可或转让该剧本的摄制权，王某和李某有不同意见，李某在无正当理由的情况下既不同意许可也不同意转让。根据著作权法及相关规定，下列哪种说法是正确的？

- A、王某不能许可他人将该剧本拍摄成电影
- B、王某可以许可他人将该剧本拍摄成电影，所得收益归王某所有
- C、王某可以许可他人将该剧本拍摄成电影，但所得收益应当与李某合理分配
- D、王某可以将该剧本的摄制权转让给他人，但所得收益应当与李某合理分配

【考点】合作作品著作权的行使

【分析】根据《著作权法》第十三条的规定，以及《著作权法实施条例》第九条的规定，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。因此，本题中，电影剧本的著作权应由合作者王某和李某共同享有。李某没有正当理由不得阻止王某许可他人将该剧本拍摄成电影，但王某所得收益应当与李某合理分配，因此，选项 C 正确，选项 AB 错误。同时，未经与李某协商一致，王某不得单独转让该剧本的拍摄权，因此，选项 D 错误。

【答案】C

26. 【2012 年第 13 题】李某以乡村教师常某为原型创作了一部小说，并请王某提供了一些咨询意见。根据著作权法及相关规定，下列关于该小说作者的哪种说法是正确的？

- A、只有李某是作者
- B、只有常某是作者
- C、只有李某和常某是作者
- D、李某、常某和王某均是作者

【考点】作者的认定

【分析】根据《著作权法》第十一条第二款、第十三条第一款的规定，以及《著作权法实施条例》第三条的规定，著作权法所称创作，是指直接产生文学、艺术和科学作品的智力活动。为他人创作进行组织工作，提供咨询意见、物质条件，或者进行其他辅助工作，均不视为创作。本题中，王某和常某都没有参与创作，不是作者，因此仅有李某为作者，选项 A 正确。选项 BCD 错误。

需要注意的是，根据《最高人民法院关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第十四条的规定，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。本题中，李某创作的是小说，而不是自传体作品，因此，选项 B 错误。

【答案】A

第十四条【汇编作品的著作权归属】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，但行使著作权时，不得侵犯原作品的著作权。

一、本条含义

本条是关于汇编作品著作权归属的规定。

汇编作品是将两个以上的作品、作品的片断或者不构成作品的数据或者其他材料进行选择、汇集、编排而产生的新作品。包括百科全书、词典、选集、全集、期刊、报纸等。汇编人在内容的选择、安排上付出了创造性劳动，因此，享有汇编作品的著作权。但是，在内容的选择与安排上没有体现独创性，只是简单地将作品或者材料拼凑在一起，则不认

为产生了新作品，因此，也不构成汇编作品。

本条的汇编作品包括对不构成作品的数据和其他材料的汇编，将电子计算机数据库纳入其中了。数据库作品是根据既定标准挑选的经过系统整理并被存储在可供用户存取的计算系统内的一整套信息资料。数据库也可以制作成为光盘。数据库所存储的信息如果是著作权的作品，可以作为汇编作品(原称编辑作品)保护，但许多数据库汇编的是没有著作权的作品、数据或者其他材料，如法律数据库等。虽然其设计的程序部分可以作为软件进行保护，但由于其所存储的内容是没有著作权的，因而他人可以复制。考虑到虽然信息资料本身可能是没有著作权的作品或者其他材料，但是数据库的汇编体现了汇编人的创造性劳动，同时数据库的建立需要大量的投资。因此，数据库作品应当纳入汇编作品受著作权法保护。

汇编作品作为一个整体，由汇编人享有著作权。汇编人汇编有著作权的作品，应当经过原作品著作权人的许可，并支付报酬，还应当尊重原作品著作权人的人身权。在行使著作权时，不得侵犯原作品的著作权。汇编已过保护期的作品，也应当尊重原作品作者的人身权。

汇编作品中可以单独使用的部分，其作者对该部分作品享有著作权。例如，《中国大百科全书》的法学部分作者就有许多人，他们每个人对自己创作的那部分作品单独享有著作权，都有权单独使用自己创作的那部分作品。同合作作品一样，单独使用自己作品的作者不得侵犯汇编者的著作权。

二、真题分析

27.【2014 年第 63 题】根据著作权法及相关规定，下列哪些说法是正确的？

- A. 汇编若干作品的片段，对其内容的选择或者编排体现独创性的作品，属于汇编作品
- B. 汇编作品不包括对不构成作品的数据或者其他材料进行的汇编
- C. 汇编作品的著作权由汇编人和原作品的著作权人共同享有
- D. 汇编作品的著作权由汇编人享有，但行使著作权时不得侵犯原作品的著作权

【考点】汇编作品

【分析】根据《著作权法》第十四条的规定，本题中，选项 AD 正确，选项 BC 错误。

【答案】AD

28.【2010 年第 22 题】根据著作权法及相关规定，下列说法哪些是正确的？

- A. 汇编若干作品的片段，对其内容的选择或者编排体现独创性的作品，属于汇编作品
- B. 汇编作品的著作权由汇编人享有，但行使著作权时，不得侵犯原作品的著作权
- C. 两人以上合作创作的作品，著作权由合作作者共同享有
- D. 没有参加合作作品创作的人，不能成为合作作者

【考点】汇编作品、合作作品的著作权归属

【分析】根据《著作权法》第十四条的规定，本题中，选项 AB 正确。根据《著作权法》第十三条第一款的规定，选项 CD 正确。

【答案】ABCD

第十五条【电影作品的著作权归属】电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品，其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。

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。

一、本条含义

本条是关于电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品著作权归属的规定。

电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品是一个特别的作品类型。摄制电影类作品是一个比较复杂的、系统的智力创作过程，要有提供资金和组织拍摄的制片人，要有电影脚本(包括改编和直接创作的剧本和音乐、作词等)，要有导演、摄影、演员、特技设计、美工(包括服装、道具设计)、灯光、布景等等。摄制电影投资巨大并且编剧、导演、摄影等作者付出了大量的创造性劳动，电影的发行、放映也会带来巨大的商业利益，但也有巨大的商业风险。作为著作权法保护的作品，许多国家的著作权法都对此作专门规定。尽管各国的规定不尽一致，但其规定的目的主要是解决电影类作品著作权的归属问题，核心问题是协调电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品编剧、导演、摄影、作词、作曲等作者与制片人的关系。

我们采纳大陆法国家的做法。根据创作产生著作权的原则，首先应当承认电影作品或以类似摄制电影的方法创作的作品是由编剧、导演、摄影、作词、作曲等作者创作完成的。考虑到制片人的巨额投资和电影作品的商业运作，将电影作品的著作权赋予制片人，在理论上讲是将著作权法定转让给了制片人。但是，编剧、导演、摄影、作词、作曲等作者仍享有署名权。

电影作品与其他一些法人享有著作权的作品一样，存在整体著作权与作者个别的著作权的问题。特别涉及编剧、作词、作曲等作者，他们的剧本、歌词、音乐作品，虽然可能是专为拍摄该电影所作，也可以作其他使用，只要不与电影作品著作权的行使相冲突即可。如编剧作者可以另外出版其创作的剧本，词曲作者也可以将他们的作品另外制作唱片。制片人行使电影作品的著作权，也不能超过电影的正常商业运作的合理限度，超过这一限度，就有可能侵犯电影作者的权利，除非在与电影作者的合同中获得了这些权利。比如，如果音乐作者只转让了其作品在电影中使用的权利，制片人就不能将其制作唱片，除非其获得了音乐作者的授权。这是个一般性原则，也是个普遍做法。因此，本条第二款也规定，电影作品中的剧本、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。

二、真题分析

29.【2013年第62题】根据著作权法及相关规定，下列哪些说法是正确的？

- A、电影作品的著作权由制片者享有
- B、电影作品的著作权由导演享有
- C、电影作品中的剧本作者有权单独行使其著作权
- D、电影作品中的音乐作者有权单独行使其著作权

【考点】影视作品著作权归属

【分析】根据《著作权法》第十五条第一款的规定，选项 A 正确，选项 B 错误。根据《著作权法》第十五条第二款的规定，选项 CD 正确。

【答案】ACD

第十六条【职务作品的著作权归属】公民为完成法人或者其他组织工作任务所创作的作品是职务作品，除本条第二款的规定以外，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。

有下列情形之一的职务作品，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：

(一) 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；

(二) 法律、行政法规规定或者合同约定著作权由法人或者其他组织享有的职务作品。

一、本条含义

本条是关于职务作品著作权归属的规定。

本法所称的职务作品是指机关、社会团体、企业、事业单位的工作人员或者借调人员和临时聘用人员，为完成该单位的工作任务所创作的作品。如国家机关工作人员在其业务范围内撰写的研究资料。职务作品的要件包括：(1)创作作品须是法人或者其他组织依其单位的性质所提出的工作任务。职务作品的性质须符合该单位工作任务的性质，例如，某法制部门可以依据其有宣传法制的任务，要求其工作人员编写一份宣传法制的宣传材料。但是该部门不能要求工作人员创作与其工作任务无关的作品，如果该部门的法定代表人要求所属的某工作人员帮他写小说，就不属于职务作品。如果工作人员在职务以外，主动创作了与工作无关的作品，如某报社记者利用业余时间创作了一部小说，也不属于职务作品。(2)职务作品的作者通常是本单位职工，为完成单位工作任务而借调或者招聘的工作人员也可以成为职务作品的作者。(3)基本上是以作者自己的意志创作，而不是依照单位的意志创作。如果在单位的主持下、按照单位的意志进行创作就是法人或者其他组织的作品，不属于职务作品。

根据“著作权属于作者”的基本原则，本条第一款规定，职务作品的著作权除第二款的规定以外，归作者享有，但作者所在的法人或者其他组织在其业务范围内有权优先使用职务作品。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。例如，学校教师为教学编写的教材，社会科学研究人员为本单位研究课题所写的论文，记者为本报社、杂志社撰写的稿件，剧团创作人员为剧团编写的剧本、曲谱等职务作品原则上都可以适用本条第一款的规定。之所以规定法人或者其他组织的优先使用权，是由于职务作品不是作者自发的随意创作，而是为了完成本单位的工作任务，在使用职务作品时，应当首先考虑作者所在单位的需要。在作品完成的两年内，如果单位在其业务范围内不使用，作者可以要求单位同意由第三人以与单位使用的相同方式使用，单位没有正当理由不得拒绝。在作品完成的两年内，经单位同意，作者许可第三人以与单位使用的相同方式使用作品所获得的报酬，由作者与单位按约定的比例分配。作品完成两年后，单位可以在其业务范围内继续使用。作品完成两年的期限，自作者向单位交付作品之日起计算。

依照本条第二款的规定，(1)主要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；(2)法律、行政法规规定著作权由法人或者其他组织享有的职务作品；(3)由作者与其所在单位以合同约定著作权由法人或者其他组织享有的职务作品。符合上述三种情况的职务作品，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。之所以这样规定，是由于在实践中，工程设计图、产品设计图、地图、计算机软件等职务作品的创作仅靠一两个人的努力是很难完成的，需要由法人或者其他组织提供物质技术条件，而创作出的作品的有关责任，也需要由法人或者其他组织向社会负责。在这种情况下创作的职务作品，其著作权主要由法人或者其他组织享有，作者仅享有署名权，同时法人或者其他组织可以对作者的创作给予奖励。这里所讲的物质技术条件，是指为创作专门提供的资金、设备或者资料。

本条的规定考虑到职务作品的复杂性，在没有将法人或者其他组织视为作者的情况下，给予其部分著作权，既保障了作者的著作权人地位，有利于鼓励作者创作，也照顾了单位

的利益，能充分满足作者所在单位在正常业务范围内使用作品的需要。

二、真题分析

30. 【2011 年第 30 题】根据著作权法及相关规定，下列哪些属于职务作品？

- A、某记者为其所在报社撰写的人物专访
- B、某编剧为其所在话剧团编写的话剧剧本
- C、某大学教授应某杂志邀请撰写的评论文章
- D、某公司程序员为执行公司确定的开发目标而设计的计算机程序

【考点】职务作品的认定

【分析】根据《著作权法》第十六条第一款的规定，《著作权法实施条例》第十一条第一款的规定，著作权法第十六条第一款关于职务作品的规定中的“工作任务”，是指公民在该法人或者该组织中应当履行的职责。根据《计算机软件保护条例》第十三条的规定，自然人在法人或者其他组织中任职期间针对本职工作中明确指定的开发目标所开发的软件的著作权由该法人或者其他组织享有。因此，选项 ABD 正确。选项 C 错误。

【答案】ABD

31. 【2011 年第 38 题】黄某为完成公司的任务创作了一套软件。该创作主要是利用公司的物质技术条件，并由公司承担责任。后该软件被发表。根据著作权法及相关规定，下列说法哪些是正确的？

- A、该软件为职务作品，著作权由黄某享有
- B、该软件为职务作品，黄某仅享有署名权，著作权的其他权利由该公司享有
- C、该软件的著作权保护期为黄某终生及其死亡后 50 年，截止于黄某死亡后第 50 年的 12 月 31 日
- D、该软件的著作权保护期为 50 年，截止于其首次发表后第 50 年的 12 月 31 日

【考点】职务作品、软件著作权

【分析】根据《著作权法》第十六条第二款的规定，本题中，软件的著作权由公司享有，黄某仅享有署名权，因此，选项 A 错误，选项 B 正确。根据《计算机软件保护条例》第十四条的规定，软件著作权自软件开发完成之日起产生。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，本条例不再保护。本题中，该软件著作权由该公司享有，保护期为 50 年，截止于软件首次发表后第 50 年的 12 月 31 日。因此，选项 C 错误，选项 D 正确。

【答案】BD

第十七条【委托作品的著作权归属】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。

一、本条含义

本条是关于委托作品著作权的归属的规定。

委托创作的作品就是指受托人根据与委托人签订的委托合同创作的作品。委托人与受托人之间是平等的民事关系，即使法人与公民之间的委托也属于平等主体的关系。委托人与受托人应当在平等、自愿的基础上意思表示一致，签订委托创作合同。委托他人创作作品的人是委托人，受委托创作作品的人是受托人。

委托作品一般具有以下几个特点：(1)委托作品不是按照受托人的意志进行创作，而是

要按照委托人的要求创作作品，即受托人需要将委托人的要求通过自己的创作表现出来，但是，委托人的思想、观点只能为受托人的创作限定范围，并不能取代受托人的创造性智力劳动，而且委托人也没有参与具体的创作过程。如果委托人参与了作品的构思和具体创作，而双方又有共同创作的意愿，就变成合作作品而不是委托作品了。(2)委托作品的内容由委托人对外承担责任，而不是由受托人承担。(3)委托创作一般是有偿的，即委托作品创作完成后，委托人应当向受托人支付创作的报酬，支付的数额、方式和期限等由委托合同约定。

关于委托作品著作权的归属，本条的规定比较灵活，受委托创作的作品，其著作权的归属首先由委托人和受托人通过合同约定。由委托人和受托人通过合同约定，意思是在委托创作合同中，委托人和受托人可以约定著作权或者归属于委托人，或者归属于受托人，或者由委托人、受托人共同享有，或者各自享有一部分权利。在此，委托人并不是作者，其之所以可能取得著作权，完全是双方约定的结果。在合同未明确约定著作权归属或者没有订立合同的情况下，著作权属于受托人。这是因为，一般说来，承担创作工作的是受托人，受托人是创作委托作品的作者，根据本法第十一条“著作权属于作者”的规定，在没有合同或者合同未明确约定的情况下，受托人享有著作权。例如，一对新婚夫妇请摄影师拍摄婚纱照，双方可以约定照片的著作权归该夫妇享有，也可以约定归摄影师享有，双方没有约定的，其著作权属于摄影师，但摄影师在行使该照片的著作权时，不得侵害该夫妇的肖像权。

二、真题分析

32.【2014 年第 17 题】某学院委托设计师陈某为其设计院徽，双方约定了院徽的使用范围，但未约定其著作权归属。该学院使用院徽一段时间后，双方对该院徽的著作权归属产生了争议。根据著作权法及相关规定，下列哪种说法是正确的？

- A. 该学院享有该院徽的著作权
- B. 该学院和陈某共同享有该院徽的著作权
- C. 陈某享有该院徽的著作权，有权要求该学院停止使用
- D. 陈某享有该院徽的著作权，但该学院在约定的使用范围内享有使用的权利

【考点】委托作品的版权归属

【分析】根据《著作权法》第十七条的规定，本题中，院徽的的著作权属于受托人陈某。根据《最高人民法院关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第十二条的规定，按照著作权法第十七条规定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。因此，选项 ABC 错误，选项 D 正确。

【答案】D

33.【2011 年第 22 题】甲公司向社会征集广告用语，承诺如被采用将给应征者奖金。张某设计的广告用语被选中后获得了奖金，但甲公司和张某并未明确约定著作权的归属。甲公司使用该广告用语一年后，张某对该广告用语的著作权提出了主张，并要求甲公司停止使用。根据著作权法及相关规定，下列说法哪些是正确的？

- A. 甲公司享有该广告用语的著作权
- B. 甲公司和张某共同享有该广告用语的著作权
- C. 张某享有该广告用语的著作权，但甲公司可以在其广告宣传活动中使用
- D. 张某享有该广告用语的著作权，甲公司应当根据张某的要求停止使用

【考点】委托作品的著作权人

【分析】根据《著作权法》第十七条的规定，本题中，该广告用语的著作权属于属于

张某，因此，选项 AB 错误。根据《最高人民法院关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第十二条的规定，按照著作权法第十七条规定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。因此，甲公司可以在其广告宣传活动中免费使用该用语，选项 C 正确，选项 D 错误。

【答案】C

34. 【2010 年第 30 题】根据著作权法及相关规定，下列关于受委托创作作品著作权归属的说法哪些是正确的？

- A、委托人和受托人可以通过合同约定著作权的归属
- B、双方没有合同约定的，著作权由委托人、受托人共同享有
- C、双方没有合同约定的，著作权属于委托人
- D、双方没有合同约定的，著作权属于受托人

【考点】委托作品的著作权归属

【分析】根据《著作权法》第十七条的规定，选项 AD 正确，选项 BC 错误。

【答案】AD

第十八条【美术作品的著作权归属】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。

一、本条含义

本条是对作品原件所有权和作品著作权之间关系的规定。

作品的所有权与作品的著作权不是一回事。作品原件所有权的转移，不视为作品著作权的转移。取得作品原件的所有权，不等于就取得了该作品的著作权。例如，某画家将其所创作的一幅国画卖给某收藏家，收藏家取得了该画的所有权，他有权占有该画，自己欣赏，提供他人欣赏、出卖甚至丢弃、毁掉该画，但是，他对该画没有署名权，没有修改权和保护作品完整权，也不能擅自把该画让人出版。对该画的著作权仍然属于创作该画的画家。作品原件所有权的转移，不视为作品著作权的转移是一个原则，对此本条也有例外规定，即美术作品的原件所有人享有对美术作品原件的展览权。这是适合实际需要的规定。作品原件在所有人手里，再强调著作权人有展览权，在实际上很难行得通。而且，给所有人享有对原件的展览权，一般不会损害作者，且有益于社会欣赏美术作品。当然，所有人享有作品原件的展览权仅限于美术作品，一般说来，展览权也是对美术作品才有重要意义。

二、真题分析

35. 【2013 年第 72 题】王某创作了一幅油画，以 3 万元的价格卖给李某并交付了画作。根据著作权法及相关规定，下列哪些说法是正确的？

- A、李某取得该幅油画的所有权
- B、李某有权将该幅油画放在美术馆展出
- C、李某有权许可他人复制该幅油画
- D、李某有权许可出版社出版该幅油画

【考点】原件所有权转移的作品著作权归属

【分析】根据《民法通则》第七十二条第二款的规定，按照合同或者其他合法方式取得财产的，财产所有权从财产交付时起转移，法律另有规定或者当事人另有约定的除外。本题中，王某向李某交付该油画之后，该油画的所有权即转移给了李某，因此，选项 A 正确。根据《著作权法》第十八条的规定，本题中，李某在取得该油画所有权的情况下，同

时获得了该油画原件的展览权，但并未取得了复制权、出版权等著作权，因此，选项 B 正确，选项 D 错误。

【答案】AB

36. 【2012 年第 70 题】美术学院教授王某受某公司委托，创作了一件象征该公司文化和精神的雕塑，并按照合同约定将该雕塑原件交付给该公司，但双方未约定该雕塑著作权的归属。根据著作权法及相关规定，下列哪些说法是正确的？

- A、王某享有该雕塑的著作权
- B、该公司享有该雕塑的著作权
- C、王某享有该雕塑原件的展览权
- D、该公司享有该雕塑原件的展览权

【考点】委托作品归属、美术作品原件转移

【分析】根据《著作权法》第十七、十八条的规定，以及《著作权法实施条例》第四条第（八）项的规定，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。本题中，该雕塑是王某受某公司委托创作的作品，双方未约定其著作权的归属，因此其著作权应属于受托人王某，并且其著作权也不会随着雕塑原件所有权的转移而转移，因此，选项 A 正确，选项 B 错误。根据《著作权法》第十八条的规定，该雕塑原件所有权转移给该公司后，其展览权由原件所有人即该公司所有，因此，选项 C 错误，选项 D 正确。

【答案】AD

37. 【2011 年第 46 题】著名画家何某将其创作的奔马图赠送给某美术馆。根据著作权及相关规定，下列说法哪些是正确的？

- A、该美术馆获得该画作原件的所有权
- B、该美术馆获得该画作的著作权
- C、该美术馆获得该画作原件的展览权
- D、何某对该画作原件仍享有展览权

【考点】展览权

【分析】根据《民法通则》第七十二条第二款的规定，按照合同或者其他合法方式取得财产的，财产所有权从财产交付时起转移，法律另有规定或者当事人另有约定的除外。本题中，由于该画家的赠与行为，美术馆获得该画的所有权，因此，选项 A 正确。根据《著作权法》第十八条的规定，美术馆并不能依画家的赠与行为获得该画作的著作权，如复制权、发行权等，因此，选项 B 错误。而美术馆获得该画作原件的展览权，因此，选项 C 正确，选项 D 错误。

【答案】AC

第十九条【著作权的继受】著作权属于公民的，公民死亡后，其本法第十条第一款第（五）项至第（十七）项规定的权利在本法规定的保护期内，依照继承法的规定转移。

著作权属于法人或者其他组织的，法人或者其他组织变更、终止后，其本法第十条第一款第（五）项至第（十七）项规定的权利在本法规定的保护期内，由承受其权利义务的法人或者其他组织享有；没有承受其权利义务的法人或者其他组织的，由国家享有。

第三节 权利的保护期

第二十条【署名权、修改权、保护作品完整权的保护期】作者的署名权、修改权、保护作品完整权的保护期不受限制。

一、本条含义

本条是对作者的署名权、修改权、保护作品完整权的保护期的规定。

著作权的保护期是指著作权人对作品享有专有权的有效期间，也即由法律规定的对著作权人的著作权予以保护的期限。在著作权保护期限内，作者或者其他依法享有著作权的公民、法人或者其他组织等著作权人对作品享有著作权，其他人使用作品，需依法征得著作权人许可并需支付相应的报酬。著作权的保护期届满，著作权人便丧失其著作权，作品进入公有领域，人们对作品的使用可以不再经过著作权人的许可，并且可以无偿地使用作品。由此可见，著作权的保护期的含义是，在法律规定的一定期限内，著作权依法受到保护；超过这一法定期限，法律对著作权便不再保护。它是对著作权人所享有的著作权进行一定限制的方式之一。

署名权是作者表明其身份，在作品上署名的权利，它是作者最基本的人身权利；修改权是作者在其作品发表之前或者发表以后修改或者授权他人修改作品的权利；保护作品完整权是作者保护其作品不受歪曲和篡改的权利，它是作者人身权利中的重要权利。著作权法规定作者的这几项权利的保护期不受限制，表明了作者的署名权、修改权和保护作品完整权永远受法律保护。

作者的署名权、修改权和保护作品完整权属于著作权中的人身权。由于著作权中的这几项作者的人身权利原则上只能由作者本人享有(即使当作为作者的公民死亡后，其人身权仍旧可以通过其作品的存在而得以体现)，并且可以独立于财产权而单独存在；也由于这几项权利与作者本人的品德、才智、声誉、荣誉直接相关，并且涉及到作品的归属，以及作品是否真实地反映了作者的创作原意等方面，因此，对作者的这几项权利的保护，不仅仅是作者生前的问题，也是一个永久性问题。

著作权法的这条规定告诉我们，当作者的财产权等权利的保护期结束后，人们虽然可以自由地以复制、发行、出租、展览、表演、放映、广播、摄制以及改编、翻译、汇编等方式使用其作品，但无权更动作者的署名和作品的内容，否则也要以侵犯著作权而追究其法律责任，这就能够有效地保障作品的原样传播而不被侵害。

二、真题分析

38.【2012 年第 16 题】根据著作权法及相关规定，下列哪种说法是正确的？

- A、某 14 岁的初中生创作的诗歌，其著作权自该初中生成年之日起产生
- B、某书法家创作的书法作品，其著作权自该书法作品创作完成之日起产生
- C、某作家创作的小说，其著作权自该小说首次发表之日起产生
- D、某电影公司拍摄的电影，其著作权自该电影公映之日起产生

【考点】著作权的产生时间

【分析】根据《著作权法实施条例》第六条的规定，著作权自作品创作完成之日起产生。由此可知，著作权的产生仅与创作是否完成有关，而与作者的民事行为能力、作品是否公开、发表时间等均没有关系。因此，选项 ACD 错误，选项 B 正确。

【答案】B

第二十一条【发表权、财产权的保护期】公民的作品，其发表权、本法第十条第一款第（五）项至第（十七）项规定的权利的保护期为作者终生及其死亡后五十年，截止于作者死亡后第五十年的 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五十年的 12 月 31 日。

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、本法第十条第一款第（五）项至第（十七）项规定的权利的保护期为五十年，截止于作品首次发表后第五十年的 12 月 31 日，但作品自创作完成后五十年内未发表的，本法不再保护。

电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品、摄影作品，其发表权、本法第十条第一款第（五）项至第（十七）项规定的权利的保护期为五十年，截止于作品首次发表后第五十年的 12 月 31 日，但作品自创作完成后五十年内未发表的，本法不再保护。

一、本条含义

本条是对作者的发表权、财产权的保护期的规定。

著作权的保护与限制，是由充分、恰当地保护著作权人的合法权益，鼓励创作，以及有利于作品的传播，促进文化、科学事业的发展与繁荣这两个方面的因素来决定的。一方面，著作权要得到保护，使著作权人尤其是作者享有人身权利，并因其作品得到传播和使用而获得经济上的利益。但另一方面，社会的发展与进步，社会公众的文化需求，又需要作品这一精神产品更加广泛的传播，更加及时地为社会所利用，作者及其他著作权人的财产权利也就不能永无休止地存续下去。因此，有必要对著作权人的著作权进行一定的限制。如果对著作权的保护没有限制，行使著作权在时间上没有任何约束，那么，对著作权的保护就将与社会公众利益产生矛盾，发生冲突，就会成为妨碍文化、科技、教育等事业发展的障碍。

为了保证作品，特别是优秀作品的正常使用，并使之得到广泛、及时的传播与交流，在对著作权人实行权利保护的同时，对其权利的行使需要作出必要、适当的限制。在这一问题上，我国著作权法规定了在特定条件下使用某一作品可以不经著作权人许可，不向其支付报酬的“合理使用”制度；以及在法定条件下使用某一作品可以不经著作权人许可，只需在使用后向著作权人支付报酬的“法定许可”制度。除此之外，就是规定了著作权的保护期，以期对著作权人行使其权利从时间上给予必要的限制。一旦超过了保护期限，著作权人所享有的著作权便归于消灭，作品即进入公有领域，成为社会共同财富，任何人可以不经著作权人许可，并无需向其支付报酬便可使用作品。

著作权法第二十一条对著作权人享有的发表权、财产权(复制权、发行权、出租权、展览权、表演权、放映权、广播权、信息网络传播权、摄制权、改编权、翻译权和汇编权等)的保护规定了期限限制，并且根据不同的著作权主体(公民与法人、其他组织)和作品的不同种类(一般作品与电影和摄影作品)作了不同的规定。在规定的权利保护期限内，著作权人可以依照法律规定充分地行使其权利，决定作品是否发表以及以何种形式发表，决定自己如何使用作品以及是否允许他人使用作品，并在他人使用其作品时获取相应的报酬。但是一旦超过了权利的保护期限，著作权法对著作权人的发表权、财产权便不再给予保护，作品进入公有领域，人们可以不经著作权人许可，也不必支付报酬地使用作品。

值得提出的是，发表权与署名权、修改权和保护作品完整权同属作者的人身权利，为什么著作权法要对发表权的保护予以时间限制？这是因为，发表权与其他几项人身权利相比有其特别之处。首先，作品的问世会带给作者经济利益，这就使发表权成为一项与财产权益直接相关的人身权利；其次，作者去世或者终止、变更后，这项权利可以由其继承人、受遗赠人或者承受其权利义务的单位来管理和行使，并且基于作品的发表而获得经济上的收益。所以，在对发表权的保护期限问题上，应当采取与财产权相类似的措施。此外，为了满足社会公众的精神需求，促使作品的及早发表，也有必要对发表权的保护在时间上予以限制。

二、真题分析

39. 【2014 年第 11 题】陈某和王某共同创作完成了一部长篇小说。后陈某于 2000 年 4 月 6 日病故，王某于 2002 年 11 月 7 日逝世。根据著作权法及相关规定，该小说复制权

的保护期截止于何时？

- A. 2050 年 4 月 6 日
- B. 2050 年 12 月 31 日
- C. 2052 年 11 月 7 日
- D. 2052 年 12 月 31 日

【考点】著作权的保护期

【分析】根据《著作权法》第二十一条第一款的规定，复制权属于《著作权法》第十条第一款第（五）项规定的权利，本题中的长篇小说属于合作作品，其复制权的保护期限截止于最后死亡的作者王某死亡后第 50 年的 12 月 31 日，即 2052 年 12 月 31 日，因此，选项 ABC 错误，选项 D 正确。

【答案】D

40. 【2013 年第 23 题】2010 年作家钟某创作完成了一部小说，但未发表，也未明确表示不发表。后钟某将该小说的手稿送给好友李某收藏。2011 年钟某因病去世，立下遗嘱由其唯一的儿子继承全部遗产。根据著作权法及相关规定，有关该小说发表权的下列哪种说法是正确的？

- A. 该小说的发表权应由李某行使
- B. 该小说的发表权可由钟某之子行使
- C. 该小说的发表权应由钟某之子和李某共同行使
- D. 该小说的发表权已不受著作权法保护

【考点】作品发表权的行使

【分析】根据《著作权法实施条例》第十七条的规定，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；没有继承人又无人受遗赠的，由作品原件的所有人行使。本题中，钟某小说的发表权可由其继承人即其儿子行使，因此，选项 B 正确。选项 ACD 错误。

需要注意的是，本题中尽管钟某将该小说的手稿送给李某收藏，但该作品的发表权并未随之发生转移，而且李某也不属于上述规定中的“受遗赠人”，因此，李某不能行使该小说的发表权。

【答案】B

41. 【2013 年第 90 题】袁某创作完成了一部小说，并发表在某杂志上。此后，经许可，赵某将该小说改编成舞台剧剧本，陈某在某剧院公开演出该舞台剧，某电视台对该演出进行了现场录像并制作成光盘。根据著作权法及相关规定，下列哪些说法是正确的？

- A. 袁某对该小说的发行权保护期截止于首次发表后第五十年的 12 月 31 日
- B. 赵某对该舞台剧剧本的修改权保护期截止于首次公开演出后第五十年的 12 月 31 日
- C. 陈某享有许可电视台对其表演的该舞台剧进行录像并获得报酬的权利，此项权利的保护期限截止于该表演发生后第五十年的 12 月 31 日
- D. 该电视台享有许可他人对其制作的该光盘进行复制并获得报酬的权利，此项权利的保护期限截止于该光盘首次制作完成后第五十年的 12 月 31 日

【考点】著作权及与其相关的权利的保护期

【分析】根据《著作权法》第二十一条的规定，本题中，袁某对该小说的发行权保护期为作者终生及其死亡后 50 年，而非首次发表后 50 年，因此，选项 A 错误。根据《著作权法》第二十条的规定，本题中赵某对该舞台剧剧本的修改保护期不受限制，而非公开

演出后 50 年，因此，选项 B 错误。根据《著作权法》第三十八条第一款、第三十九条第二款的规定，本题中陈某享有上述权利的保护期限为该表演发生后第 50 年的 12 月 31 日，因此，选项 C 正确。根据《著作权法》第四十二条第一款的规定，选项 D 正确。

【答案】CD

42. 【2012 年第 9 题】张某于 1994 年 2 月 9 日创作完成了一部小说，并于 1996 年 7 月 5 日发表。2001 年 9 月 18 日张某去世。根据著作权法及相关规定，该小说著作权中的财产权的保护期截止于何时？

- A、2044 年 2 月 8 日
- B、2046 年 12 月 31 日
- C、2051 年 9 月 17 日
- D、2051 年 12 月 31 日

【考点】自然人享有著作权的保护期

【分析】根据《著作权法》第二十一条第一款的规定，本题中，张某小说著作权中财产权的保护期截止于 2051 年 12 月 31 日，因此，选项 ABC 错误，选项 D 正确。

【答案】D

43. 【2010 年第 46 题】根据著作权法及相关规定，下列说法哪些是正确的？

- A、作者的署名权的保护期不受限制
- B、公民的作品，其发表权与发行权保护期一致
- C、电影作品自创作完成后五十年内未发表的，其放映权不再受著作权法保护
- D、署名权由作者享有、著作权的其他权利由法人享有的职务作品，其复制权保护期为作者终生及死亡后五十年

【考点】著作权保护期

【分析】根据《著作权法》第二十条的规定，选项 A 正确。根据《著作权法》第二十一条的规定，发行权是《著作权法》第十条第一款第（六）项规定的权利，由上述规定可知，发行权和发表权的保护期限是一致的，因此，选项 B 正确。电影作品自创作完成后 50 年内未发表的，《著作权法》不再保护，因此，选项 C 正确。署名权由作者享有、著作权的其他权利由法人享有的职务作品的保护期截止于首次发表后第 50 年的 12 月 31 日，因此，选项 D 错误。

【答案】ABC

第四节 权利的限制

第二十二条【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：

- (一) 为个人学习、研究或者欣赏，使用他人已经发表的作品；
- (二) 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；
- (三) 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；
- (四) 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、电视台等媒体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；

(五) 报纸、期刊、广播电台、电视台等媒体刊登或者播放在公众集会上发表的讲话，但作者声明不许刊登、播放的除外；

(六) 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，供教学或者科研人员使用，但不得出版发行；

(七) 国家机关为执行公务在合理范围内使用已经发表的作品；

(八) 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；

(九) 免费表演已经发表的作品，该表演未向公众收取费用，也未向表演者支付报酬；

(十) 对设置或者陈列在室外公共场所的艺术作品进行临摹、绘画、摄影、录像；

(十一) 将中国公民、法人或者其他组织已经发表的以汉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；

(十二) 将已经发表的作品改成盲文出版。

前款规定适用于对出版者、表演者、录音录像制作者、广播电台、电视台的权利的限制。

一、本条含义

本条是关于合理使用著作权的规定。

本条规定的权利限制，指的是在一定情况下使用作品，可以不经著作权人同意，不向其支付报酬，即合理使用。

根据本条规定，对著作权人的权利的 12 个方面的限制不仅适用于作者，而且适用于对出版社、表演者、录音录像制作者、广播电台、电视台等邻接权人的权利的限制。对于这种使用行为，著作权人不能够追究使用者的责任，与这些作品的著作权相关的邻接权人也不能够主张权利。

二、真题分析

44. 【2014 年第 90 题】根据著作权法及相关规定，下列哪些使用作品的行为可以不经著作权人许可且不向其支付报酬？

- A. 某国家机关为执行公务在合理范围内使用赵某已经发表的作品
- B. 某美术馆为保存版本的需要，将其收藏的白某画作进行复制
- C. 某大学教授张某自行将美国某大学教材全文翻译成中文后低价发行
- D. 某出版社将中国公民赵某已经发表的作品改成盲文出版

【考点】著作权的限制与例外

【分析】根据《著作权法》第二十二条第一款的规定，本题中，选项 ABD 分别属于其中第（七）、（八）、（十二）项规定的情形，因此，选项 ABD 正确。其中第（一）项规定，为个人学习、研究或者欣赏，使用他人已经发表的作品，属于对著作权的合理利用，但选项 C 中张某发行教材译文的行为已超过了“个人学习、研究或者欣赏”的范围，不属于合理利用。因此，选项 C 错误。

【答案】ABD

45. 【2013 年第 26 题】根据著作权法及相关规定，下列哪种说法是正确的？

- A. 为个人学习而使用他人已经发表的作品，可以不经著作权人许可，不向其支付报酬
- B. 为说明某一问题在作品中适当引用他人已经发表的作品，应当经著作权人许可，但可以不经其支付报酬

C、在商业晚会上表演他人已发表的作品，仅向表演者支付了报酬，但未向公众收取费用的，可以不经著作权人许可，不向其支付报酬

D、国家机关为执行公务在合理范围内使用已经发表的作品，可以不经著作权人同意，但应向其支付报酬

【考点】著作权权利的限制

【分析】根据《著作权法》第二十二条的规定，选项 A 正确，选项 BCD 错误。

【答案】A

46. 【2012 年第 79 题】根据著作权法及相关规定，下列哪些使用作品的行为可以不经著作权人许可且不向其支付报酬？

A、某期刊转载了王某在其他报纸上发表的一篇关于经济问题的时事性文章，而王某未作任何禁止转载的声明

B、某大学教授赵某为了科学研究需要，将某期刊上刊登的一篇文章复印了两份，供其助手使用

C、某纪念馆为了举办地震纪念展，复制了本馆收藏的有关照片

D、某出版社将中国公民李某以汉语创作的散文翻译成少数民族语言在国内出版发行

【考点】不视为侵权使用的情形

【分析】根据《著作权法》第二十二条的规定，本题中，选项 ABCD 分别对应上述第（四）、（六）、（八）、（十一）项的规定，因此，选项 ABCD 正确。

【答案】ABCD

47. 【2011 年第 69 题】根据著作权法及相关规定，下列哪些情况下使用作品，可以不经著作权人许可，不向其支付报酬，但不能侵犯著作权人依照著作权法享有的其他权利？

A、为个人欣赏使用他人已经发表的作品

B、将中国公民已经发表的以少数民族语言文字创作的作品翻译成汉语言文字作品在国内出版发行

C、将已经发表的作品改成盲文出版

D、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

【考点】著作权的限制

【分析】根据《著作权法》第二十二条的规定，选项 AC 分别对应上述第（一）、（十二）项的规定，因此，选项 AC 正确。而根据上述第（十一）项的规定，选项 B 错误。根据《著作权法》第二十三条的规定，选项 D 错误。

【答案】AC

48. 【2010 年第 54 题】根据著作权法及相关规定，下列哪些行为可以不经著作权人许可，不向其支付报酬？

A、王某为说明某一问题，在作品中引用他人未发表的作品

B、甲刊物转载张某发表在乙刊物上的一篇文章，张某未在乙刊物上声明不得转载

C、某大学英语教师翻译某刊物上的文章供其课堂教学使用

D、公安机关为执行公务，在合理范围内使用胡某拍摄并发表的照片

【考点】著作权的限制

【分析】根据《著作权法》第二十二条的规定，选项 CD 分别属于上述第（六）、（七）项的规定，选项 A 中，王某引用他人未发表的作品，不属于《著作权法》第二十二條所允许的情形，因此，选项 A 错误。根据《著作权法》第三十三条第二款的规定，选项

D 错误。

【答案】CD

第二十三条【特定教科书的法定许可】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。

前款规定适用于对出版者、表演者、录音录像制作者、广播电台、电视台的权利的限制。

一、本条含义

本条是关于法定许可的规定。

法定许可，是指依照法律的规定，可不经作者或其他著作权人的同意而使用其已经发表的作品。法定许可是对著作权的一种限制。根据法定许可使用他人作品时，应当向作者或其他著作权人支付报酬，并应注明作者姓名、作品名称和出处。

考虑到教育事业是关系国家的经济、文化和科学事业的发展，全社会都应当给予大力支持，在借鉴国外一些国家及国际条约规定的基础上，本条规定，为了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，但是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。

在适用本条时需要注意的是：第一，本条中所提到的教科书是指课堂教学所用的正式教材，而不应当包含教学参考书、辅导丛书、辅导材料等。第二，未经许可，使用他人已经发表的目的必须是为了实施九年制义务教育和国家教育规划而编写出版教科书。第三，使用他人已经发表的作品用于教科书，须符合法律确定的量的要求，如作品的“片段”、“短小”的文字作品、音乐作品，“单幅”的美术作品、摄影作品。第四，应当按照规定向著作权人支付报酬，并指明作者姓名、作品名称。第五，使用他人已发表的作品编写出版教科书时，不得侵犯著作权人依照著作权法享有的其他权利。第六，为照顾到有些作者可能对自己原先发表的某些作品不满意或出于其他原因，不想让他人再出版使用的情况，本条明确规定作者事先声明不许使用的不得使用。第七，本条法定许可的规定，同样适用于对出版者、表演者、录音录像制作者、广播电台、电视台的权利限制。

二、真题分析

49.【2013 年第 85 题】小学教师邹某将其创作的一部童话故事作品向甲杂志社投稿，未对其版权作任何声明。该童话故事被甲杂志刊出后，乙报社转载了该童话故事，某教材编写单位将该童话故事的精彩选段收录在为实施九年制义务教育的小学教材中。根据我国著作权法及相关规定，下列哪些说法是正确的？

- A、乙报社可以不经邹某许可转载该童话故事，但是应当向其支付报酬
- B、未经邹某许可，乙报社不得转载该童话故事
- C、该教材编写单位可以不经邹某许可使用该童话故事选段，但是应当向其支付报酬
- D、该教材编写单位可以不经邹某许可使用该童话故事选段，且无须向其支付报酬

【考点】教科书的编写出版、报刊出版

【分析】根据《著作权法》第二十三条的规定，本题中，邹某未对其版权作任何声明，因此该教材编写单位可以不经邹某许可使用该童话故事选段，但是应当向其支付报酬，因此，选项 C 正确，选项 D 错误。根据《著作权法》第三十三条第二款的规定，本题中，邹

某未对其版权作任何声明，因此乙报社可以不经邹某许可转载该童话故事，但是应当向其支付报酬，因此，选项 A 正确，选项 B 错误。

【答案】AC

50. 【2012 年第 30 题】 吴某在某报刊发表了一篇如何统筹利用时间的短文，未作任何不许使用的声明。根据著作权法及相关规定，下列哪种说法是正确的？

A、其他出版社可以不经吴某同意，在其出版的畅销书中使用该短文，且无需支付报酬

B、其他出版社可以不经吴某同意，在其出版的畅销书中使用该短文，但需按照规定支付报酬

C、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的，可以不经吴某同意使用该短文，且无需支付报酬

D、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的，可以不经吴某同意使用该短文，但需按照规定支付报酬

【考点】著作权的限制

【分析】根据《著作权法》第二十三条的规定，本题中，选项 ABC 错误，选项 D 正确。

【答案】D

51. 【2010 年第 61 题】 根据著作权法及相关规定，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，在满足下列哪些条件的情况下，可以不经著作权人许可，在教科书中汇编其已发表的小说片段？

A、作者未事先声明不许使用其作品

B、按照规定支付报酬

C、指明作者姓名、作品名称

D、没有侵犯著作权人依照著作权法享有的其他权利

【考点】编写出版教科书的法定许可

【分析】根据《著作权法》第二十三条第一款的规定，本题中，选项 ABCD 正确。

【答案】ABCD

第三章 著作权许可使用和转让合同

第二十四条【著作权许可使用合同】使用他人作品应当同著作权人订立许可使用合同，本法规定可以不经许可的除外。

许可使用合同包括下列主要内容：

- (一) 许可使用的权利种类；
- (二) 许可使用的权利是专有使用权或者非专有使用权；
- (三) 许可使用的地域范围、期间；
- (四) 付酬标准和办法；
- (五) 违约责任；
- (六) 双方认为需要约定的其他内容。

第二十五条【著作权转让合同】转让本法第十条第一款第（五）项至第（十七）项规定的权利，应当订立书面合同。

权利转让合同包括下列主要内容：

- (一) 作品的名称；
- (二) 转让的权利种类、地域范围；
- (三) 转让价金；
- (四) 交付转让价金的日期和方式；
- (五) 违约责任；
- (六) 双方认为需要约定的其他内容。

一、本条含义

本条是关于转让著作权的某些权利应当遵循的原则和权利转让合同应当包括的主要内容的规定。

著作权转让是著作权人在法律规定的范围内，按照自己的意愿将其所拥有的著作权的全部或者一部分权利转移给他人所有的法律行为。著作权转让分为部分转让和全部转让两种。著作权的全部转让是指著作权人在著作权保护期内，将其拥有的著作权中的法定许可转让的权利有偿地全部转移给他人所有。著作权的部分转让是指著作权人在著作权保护期内，只将其拥有的著作权中的法定许可转让的权利的一种或几种权利转让给他人所有。

著作权法第十条第三款规定，著作权人可以全部或者部分转让的著作权只能是本法第十条第一款第(五)项至第(七)项规定的权利，即复制权、发行权、出租权、展览权、表演权、放映权、广播权、信息网络传播权、摄制权、改编权、翻译权、汇编权等，也就是通常所说的“著作权中的财产权”。。著作权人转让这些权利，应当遵循的基本原则是除本法有例外规定，应当订立书面合同。这里所讲的订立著作权转让书面合同，包含两层含义：第一，他人获得某一作品的某些著作权必须取得著作权人的许可，并要明确授权；第二，要将著作权人转让给他人的著作权用文字确定下来，即要签订权利转让书面合同。著作权的权利转让应当订立书面合同，是由于著作权权利转让合同较著作权许可使用合同的内容复杂，涉及转让的权利种类与范围、转让的对象、受让人使用的方式与范围、权利的归属、转让费的支付以及转让的有效期等内容，因此，当事人应当采用书面形式订立著作权转让合同。

二、真题分析

52. 【2014 年第 74 题】根据著作权法及相关规定，下列关于著作权转让的哪些说法是正确的？

- A. 著作权人可以全部或者部分转让其依法享有的著作权中的财产权
- B. 著作权转让合同应当采用书面形式
- C. 与著作权人订立著作权转让合同的，可以向著作权行政管理部门备案
- D. 著作权转让合同中著作权人未明确转让的权利，未经著作权人同意，另一方当事人不得行使

【考点】著作权中的财产权、转让合同

【分析】根据《著作权法》第十条第三款的规定，选项 A 正确。根据《著作权法》第二十五条第一款的规定，选项 B 正确。根据《著作权法实施条例》第二十五条的规定，与著作权人订立专有许可使用合同、转让合同的，可以向著作权行政管理部门备案。因此，选项 C 正确。根据《著作权法》第二十七条的规定，选项 D 正确。

【答案】ABCD

53. 【2010 年第 68 题】根据著作权法及相关规定，下列关于著作权转让合同的说法哪些是正确的？

- A. 著作权转让合同应当采用书面形式

- B、著作权中的署名权不得转让
- C、著作权中的改编权可以转让
- D、著作权转让合同自向著作权行政管理部门备案之日起生效

【考点】著作权转让合同

【分析】根据《著作权法》第二十五条第一款的规定，本题中，选项 A 正确。署名权属于精神权利，不得转让，因此，选项 B 正确。改编权属于著作权法第十条第一款第（五）项至第（十七）项规定的权利，因此，选项 C 正确。根据《著作权法实施条例》第二十五条的规定，与著作权人订立专有许可使用合同、转让合同的，可以向著作权行政管理部门备案。因此，选项 D 错误。

【答案】ABC

第二十六条【著作权的出质】以著作权出质的，由出质人和质权人向国务院著作权行政管理部门办理出质登记。

一、本题含义

本条是 2010 年著作权法修改新增加的内容。法律的修改与经济发展密不可分，著作权法修改增加质押的内容正是因为随着经济的不断发展，大家对名人字画、出版物等有了很大需求，使得著作权的质押成为一种必要。同时，为了配合本条内容的实践应用，国家版权局在 2010 年 11 月 25 日公布了《著作权质权登记办法》，废止了 1996 年公布的《著作权质押合同登记办法》。

二、真题分析

54. 【2014 年第 22 题】根据著作权法及相关规定，以著作权出质的，由出质人和质权人向下列哪个部门办理出质登记？

- A. 国务院著作权行政管理部门
- B. 国务院工商行政管理部门
- C. 省级人民政府著作权行政管理部门
- D. 著作权集体管理组织

【考点】著作权出质

【分析】国家《著作权法》第二十六条的规定，选项 A 正确，选项 BCD 错误。

【答案】A

第二十七条【著作权许可使用额转让合同中未明确的权利】许可使用合同和转让合同中著作权人未明确许可、转让的权利，未经著作权人同意，另一方当事人不得行使。

第二十八条【著作权使用费的支付】使用作品的付酬标准可以由当事人约定，也可以按照国务院著作权行政管理部门会同有关部门制定的付酬标准支付报酬。当事人约定不明确的，按照国务院著作权行政管理部门会同有关部门制定的付酬标准支付报酬。

第二十九条【取得他人著作权使用权者的权利限制】出版者、表演者、录音录像制作者、广播电台、电视台等依照本法有关规定使用他人作品的，不得侵犯作者的署名权、修改权、保护作品完整权和获得报酬的权利。

第四章 出版、表演、录音录像、播放

第一节 图书、报刊的出版

第三十条【出版合同】图书出版者出版图书应当和著作权人订立出版合同，并支付报酬。

一、本条含义

本条是关于订立图书出版合同及图书出版者在出版图书时应尽义务的规定。

图书出版一般是指用排版方式将作品制成图书并向公众出售的行为，同表演、广播等利用作品的方式(以有形至无形)不同，它在使用作品过程中完成的是从有形到有形的循环。本法第十条关于著作权人各项权利的规定中并未单列“出版权”，从某种意义上讲，出版不过是复制的一种方式，它所包含的内容完全可被第十条中的复制权和发行权涵盖。

图书出版者在我国指经国家出版行政管理机关审批登记，规定了出书范围，发给了统一编号的图书出版单位。根据现行法律法规，自然人不具备图书出版者的资格，因此，图书出版合同中的一方当事人只能是经国家有关部门批准登记享有出版经营权的正式出版单位(包括出版社和报刊社)。图书出版合同中的另一方当事人--著作权人，是依法享有著作权保护的原始主体(作者)和继受主体(作者的合法继承人或通过授权转让获得作品财产权利的其他人)，也即是本法第二条及第十一条涵盖的各类主体，包括中国公民及所有适格的外国公民及无国籍人。

图书出版合同属著作权许可使用合同的一种。正如前文所述，具有出版资格的只能是经国家有关部门批准登记享有出版经营权的正式出版单位，著作权人(自然人作者或不具备出版经营资格的法人作者及其他著作权继受主体)如果希望以出版的方式行使本法第十条规定的复制权和发行权，只能通过同图书出版者订立图书出版合同，著作权人向图书出版者让与复制和发行的权利，而获得金钱补偿，图书出版者承诺由其承担一定的风险，按商定和法定条件进行复制和发行的工作。

第三十一条【专有出版权】图书出版者对著作权人交付出版的作品，按照合同约定享有的专有出版权受法律保护，他人不得出版该作品。

第三十二条【出版者与著作权人的义务】著作权人应当按照合同约定期限交付作品。图书出版者应当按照合同约定的出版质量、期限出版图书。

图书出版者不按照合同约定期限出版，应当依照本法第五十四条的规定承担民事责任。

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。

一、本条含义

本条是有关图书出版者与著作权人在交付作品、出版期限以及图书的重印、再版等问题上权利义务的规定。

图书出版合同一经订立，即具有法律效力，著作权人及图书出版者均应按照约定条件履行义务。

本条第二款规定，图书出版者不按照合同约定期限出版，应当依照本法第五十三条的规定承担民事责任，即依照民法通则及合同法等有关法律的规定承担相应的民事责任。此外关于出版期限的问题，本法未作明确规定，仅是规定图书出版者未按合同约定期限出版的应承担相应的民事责任。

图书需要重印、再版时，图书出版者应当通知著作权人，并支付报酬。所谓重印是指将以出版物的形式发表的作品不作任何改变而重新印刷。所谓再版，又称重版，即利用原

有的纸型、图版或底片再次印刷，再版时，著作权人有权修改，图书出版者也可以改变版本种类。

二、真题分析

55.【2011 年第 78 题】李某将自己创作的一部小说交某出版社出版。根据著作权法及相关规定，下列说法哪些是正确的？

- A、该出版社应当与李某订立出版合同，并支付报酬
- B、经李某许可，该出版社可以对小说进行删节
- C、该出版社有权禁止其他出版社使用该小说的版式设计
- D、该出版社再版该小说的，可以不通知李某，但应支付报酬

【考点】出版合同、出版者的权利

【分析】根据《著作权法》第三十条的规定，选项 A 正确。根据《著作权法》第三十二条第三款的规定，选项 D 错误。根据《著作权法》第三十四条第一款的规定，因此，选项 C 正确。根据《著作权法》第三十六条第一款的规定，选项 C 正确。

【答案】ABC

第三十三条【报社、期刊社的权利和义务】著作权人向报社、期刊社投稿的，自稿件发出之日起十五日内未收到报社通知决定刊登的，或者自稿件发出之日起三十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。

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。

一、本条含义

本条规定了报社、期刊社与著作权人就作品发表时的权利义务关系及报纸期刊转载的法定许可问题。

（一）报社、期刊社与向其投稿的著作权人之间的权利义务关系

报纸、期刊是定期出版的刊物，稿件来源除了一部分是约稿外，大多是著作权人向其投稿，由于报社、期刊社众多，难免会遇到一稿多投的问题。法律为了平衡著作权人及报社、期刊社的利益，规定著作权人向报社投稿的，报社应当及时通知著作权人是否采用，著作权人自投稿之日起 15 日内未收到报社决定采用的通知的，可以将同一作品投给其他报社。著作权人向期刊社投稿的，期刊社应当及时通知著作权人是否采用，著作权人自投稿之日起 30 日内未收到期刊社决定采用的通知的，可以将同一作品投给其他期刊社。著作权人同报社、期刊社另有约定的，从其约定。从此意义上讲，法律虽然在一定期间上禁止一稿多投，但并未赋予报刊社对作品的专有出版权或登载权，实践中，许多报刊为了维护自己的利益而发表声明对本刊发表的作品一律拥有专有出版权，此类声明若未经作者授权则是无效的。

（二）报刊转载、摘编的法定许可

本条第二款规定了报刊转载或摘编的法定许可问题。即作品刊登后，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。

所谓法定许可，是指他人依法律的明文规定不经著作权人许可而有偿地使用其作品。这是我国著作权法对作者权利的一种主要限制，其实质在于将著作权中的某些权利由一种绝对权降格成为一种获酬权。根据本款的规定，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，但应当向著作权人支付报酬。

著作权法不但没有规定报刊出版者对其刊载的作品享有专有出版权，而且规定报刊出

版者对其他报刊刊载的作品有转载权。这一规定是为了公共利益制定的，它可以使有价值的作品迅速进入不同的读者层，满足公众的文化需要。虽然报刊转载、摘编的法定许可是对著作权人权利的限制，但从逻辑上分析，报刊的转载只要支付了合理报酬，应该说并不悖于作者的合法利益，因为作品业已发表，以新的形式进一步传播一般并不违背作者的意志。著作权人如欲排除法定许可的适用，例如只愿在特定报纸而不愿在其他刊物上刊登其作品，或者在登载后发现有问题而不愿转载的，应在发表作品时作出声明，或者在国家版权局的《著作权公报》上刊登声明。由于法律允许作者通过声明保留权利，排除有关限制，故有人称之为“准法定许可”。还需要明确一点的是实践中许多报刊出于实际利益的考虑而发表声明“未经本刊同意，不得转载本刊发表的作品”，这类声明若非经著作权人授权应当是无效的。

第三十四条【图书出版者、报社、期刊社对作品的修改权】图书出版者经作者许可，可以对作品修改、删节。

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。

一、本条含义

本条是对图书出版者、报社、期刊社修改作品的规定。

图书出版社因出版时间比较充裕，一般图书的一版和二版的间隔要以年为单位计算，畅销书也要几个月，并且图书的文字篇幅较为灵活，因此，图书出版社编辑人员对作品无论是文字性删改，还是作实质性修改，均应得到著作权人的授权。而报社、期刊社由于出版时间和篇幅所限，如报刊出版周期日报一般为 24 小时，多数期刊为半月、一个月或两个月，实践中的问题是期刊社经常来不及同作者商量修改作品的问题，比如，在稿件交付排版后发现因版面所限要减少篇幅，时间紧迫无法及时取得著作权人的授权，因此，著作权法第三十三条授予报刊社对作品的文字性修改权--“报刊、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。”需明确的是此修改权仅限于文字性，因为内容的修改涉及“文责自负”的问题，并且，期刊社在决定采用稿件时也应内容作过审查，如必须对内容进行修改则应在交付排版前与著作权人协商。

无论是报社、期刊社享有对作品非经作者许可的文字性修改权或是图书出版者经作者授权后享有的作品修改权，权利均源自作者对其作品的修改权及保护作品完整权。一部作品作为一个整体，反映了作者独特的创作思想和创作艺术，任何增删或者修改作品的行为都有可能违背作者的创作思想。作者对其作品享有的修改权，其权利内容从正面讲，作者有权修改自己的作品，从反面讲，作者有权禁止他人修改或者增删自己的作品。在禁止他人修改或歪曲自己作品的权利范围方面，许多国家都作了较严格的限制。如德国著作权法第十四条规定，作者有权禁止对其作品所作的任何有损其合法的知识产权利益或人身利益的歪曲或增删。日本著作权法第二十条规定，作者有权保持其作品与标题的统一性，有权禁止他人作违反这种统一性的修饰、删节或其他改动。英国版权法第八十条也规定，作者有权禁止他人对其作品进行的不合理改动。因此，无论是图书出版者或是报社、期刊社均应尽到充分尊重作者人身权的义务。

第三十五条【出版演绎作品的义务】出版改编、翻译、注释、整理、汇编已有作品而产生的作品，应当取得改编、翻译、注释、整理、汇编作品的著作权人和原作品的著作权人许可，并支付报酬。

第三十六条【板式设计的专有使用权】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十年，截止于使用该版式设计的图书、期刊首次出版后第十年的 12 月 31 日。

一、本条含义

本条是关于出版者对其出版的图书、期刊的版式设计专有使用权的规定。

所谓版式设计，是对印刷品的版面格式的设计，包括对版心、排式、用字、行距、标点等版面布局因素的安排。版式设计是出版者在编辑加工作品时完成的劳动成果。被出版的作品是否受到著作权保护并不影响版式设计的成立。即便是影印古籍，只要出版者投入了智力劳动，如寻求善本、配书、补页、文字润色、版面修饰等，他仍然创造出来了受保护的版式。

出版者对其版式设计享有专有使用权，即除了出版者自己可以随意使用其版式设计外，其他人未经许可不得擅自按原样复制。出版者得禁止的使用还包括很简单的、改动很小的复制以及变化了的比例尺的复制。由此可见，版式设计权的保护范围是很狭小的，一般仅仅表现为专有复制权。另外，通常它也不包含人身权利的因素。

二、真题分析

56. 【2012 年第 87 题】丁某创作了一部小说，获得了国际大奖。某图书出版社经其许可在国内出版该作品。根据著作权法及相关规定，下列哪些说法是正确的？

- A、出版过程中，该出版社对该作品内容的修改应当经丁某许可
- B、出版过程中，该出版社对该作品内容的修改无需经丁某许可
- C、该图书首次出版后 10 年内，该出版社有权禁止他人使用其出版的该图书的版式设计
- D、该图书首次出版后 50 年内，该出版社有权禁止他人使用其出版的该图书的版式设计

【考点】出版者的权利和义务

【分析】根据《著作权法》第三十四条的规定，本题中，该出版社对作品内容等方面的修改需经得丁某同意，因此，选项 A 正确，选项 B 错误。根据《著作权法》第三十六条的规定，因此，选项 C 正确，选项 D 错误。

【答案】AC

第二节 表 演

第三十七条【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。

一、本条含义

本条是关于表演者使用他人作品演出时对作品著作权人应尽义务的规定。本次著作权法修改略有改动。

表演指演奏乐曲、上演剧本、朗诵诗词等直接或借助技术设备以声音、表情、动作公开再现作品的行为。根据本法第三条的规定，杂技艺术也视为作品而受到保护，杂技艺术表演可视为表演者(杂技演员)对杂技艺术造型设计者作品的表演，除此之外的魔术、武术、体操表演者的“表演”均非著作权法意义上的表演。

我国著作权法承认法人作者地位的合法性，自然在承认表演者的主体包括法人及其他组织的问题上不存在障碍--表演者包括自然人的表演者及演出单位，即剧团、歌舞团等表

演法人及其他组织。

本法第二款的规定源于演绎作品的著作权人与原作作品的著作权人都享有完整的著作权，故使用演绎作品表演，必须取得原作著作权人及演绎作品著作权人的双层许可，这一点同本法第三十五条规定图书出版者在出版演绎作品时需尽的义务，其原理一致。

第三十八条【表演者的权利】表演者对其表演享有下列权利：

- (一) 表明表演者身份；
- (二) 保护表演形象不受歪曲；
- (三) 许可他人从现场直播和公开传送其现场表演，并获得报酬；
- (四) 许可他人录音录像，并获得报酬；
- (五) 许可他人复制、发行录有其表演的录音录像制品，并获得报酬；
- (六) 许可他人通过信息网络向公众传播其表演，并获得报酬。

被许可人以前款第（三）项至第（六）项规定的方式使用作品，还应当取得著作权人许可，并支付报酬。

一、本条含义

本条是有关表演者权利的保护规定。

著作权的客体是作品，表演者权利的客体是表演者的表演，即演员的形象、动作、声音的组合。即使剧本将演员的动作细节、语调高低皆给出明确的标识，受表演者权保护的客体也不是剧目，而是演员的表演。

表演者权利由于是在传播作品的过程中产生的，与原作作者权利不同，但又与作者所享有的权利很接近，因此，称作邻接权。顾名思义，它是与著作权相邻的权利。

本条规定了表演者享有的六种权利，并且本条第二款规定，表演者人可以通过许可的方式将第一款中第（三）项至第（六）项规定的权利授予被许可人，同时也有禁止他人以第一款第（三）项至第（六）项的方式使用和传播其表演的权利，但是他人在使用、传播表演者的表演的同时，不仅要征得表演者的许可，还要获得表演的作品的著作权人的许可，并支付报酬。

二、真题分析

57.【2014 年第 86 题】根据著作权法及相关规定，表演者对其表演享有下列哪些权利？

- A. 表明表演者身份
- B. 保护表演形象不受歪曲
- C. 许可他人复制、发行录有其表演的录音录像制品，并获得报酬
- D. 许可他人从现场直播和公开传送其现场表演，并获得报酬

【考点】表演者的权利

【分析】根据《著作权法》第三十八条第一款的规定，选项 ABCD 正确。

【答案】ABCD

58.【2010 年第 72 题】根据著作权法及相关规定，下列哪些属于表演者对其表演所享有的权利？

- A、表明表演者身份
- B、许可他人录音录像，并获得报酬
- C、许可他人通过信息网络向公众传播其表演，并获得报酬
- D、保护表演形象不受歪曲

【考点】表演者的权利

【分析】根据《著作权法》第三十八条的规定，选项 ABCD 正确。

【答案】ABCD

第三十九条【表演者权的保护期】本法第三十八条第一款第（一）项、第（二）项规定的权利的保护期不受限制。

本法第三十八条第一款第（三）项至第（六）项规定的权利的保护期为五十年，截止于该表演发生后第五十年的 12 月 31 日。

一、本条含义

本条是有关表演者权利保护期的规定。

（一）对表演者的人身权利永久保护

对作者的人身权，著作权法规定永远保护。对于表演者的人身权，也给予同样保护。表演者权利中精神权利的内容同表演者人身相连，不可转让，不受剥夺。

（二）对表演者权中的财产权保护期为五十年

本条根据世界贸易组织协定中《与贸易有关的知识产权协议》第十四条的内容对表演者权利保护期的规定：对表演者人身权利的保护不受限制；对表演者权中的财产权利的保护期为五十年，截止于该表演发生后的第五十年的 12 月 31 日。

第三节 录音录像

第四十条【录音录像制作者的义务】录音录像制作者使用他人作品制作录音录像制品，应当取得著作权人许可，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。

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。

一、本条含义

本条是关于录音录像制作者使用作品的规定。

根据《著作权法实施条例》第五条规定，录音制品，是指任何对表演的声音和其他声音的录制品；录像制品，是指电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品以外的任何有伴音或者无伴音的连续相关形象、图像的录制品。

录音录像制品是使用他人作品制作完成的，必然要和作品的著作权人发生多方面的权利义务关系，主要有本条所规定的三种情况。

二、真题分析

59.【2014 年第 92 题】根据著作权法及相关规定，下列哪些说法是正确的？

A. 录音录像制作者使用他人作品制作录音录像制品，应当取得著作权人许可，并支付报酬

B. 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，无需支付报酬

C. 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

D. 录音录像制作者对其制作的录音录像制品，享有许可他人通过信息网络向公众传播并获得报酬的权利

【考点】录音录像

【分析】根据《著作权法》第四十条第一款的规定，选项 A 正确。根据《著作权法》第四十条第三款的规定，选项 B 错误。根据《著作权法》第四十一条的规定，选项 C 正确。

根据《著作权法》第四十二条第一款的规定，选项 D 正确。

【答案】ACD

60. 【2011 年第 86 题】根据著作权法及相关规定，在著作权人未声明不许使用的情况下，下列说法哪些是正确的？

A、录音制作者可以不经著作权人许可，使用其已经发表的作品制作录音制品，但应按规定支付报酬

B、录音制作者可以不经著作权人许可，使用其已经合法录制成为录音制品的音乐作品制作录音制品，但应按规定支付报酬

C、录音制作者可以不经翻译作品的著作权人许可，使用其已发表的翻译作品制作录音制品，但应按规定向翻译作品的著作权人支付报酬

D、录像制作者可以不经著作权人许可，使用其未发表作品制作录像制品，但应按规定支付报酬

【考点】录音录像制作者的义务

【分析】根据《著作权法》第四十条的规定，选项 ACD 错误。选项 B 正确。

【答案】B

第四十一条【录音录像制作者的义务】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。

第四十二条【录音录像制作者的权利】录音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；权利的保护期为五十年，截止于该制品首次制作完成后第五十年的 12 月 31 日。

被许可人复制、发行、通过信息网络向公众传播录音录像制品，还应当取得著作权人、表演者许可，并支付报酬。

一、本条含义

本条是关于录音录像制作者专有权和权利保护期，以及录音录像制作者与著作权人、表演者关系的规定。

录音录像制作者的专有权也是著作邻接权的一项重要内容。录音录像制作，指用机械、光学、电磁、激光等科学技术手段，将作品音响或者图像记录在唱片、磁带、磁盘、激光盘或其他载体上的行为。在这一过程中，录音录像制作者同样付出了创造性的劳动，因此，应当受到著作权法的保护。

录音录像制作者的专有权包括录音录像制作者的复制发行权、录音录像制作者的出租权、录音录像制作者的网络传播权、录像制作者的广播权。

录音录像制作者的专有权与表演者权同为邻接权，但权利内容不同于表演者权，其只有财产性权利的内容，而没有人身性权利的内容。

第四节 广播电台、电视台播放

第四十三条【广播电台、电视台对著作权人的义务】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。

一、本条含义

本条是关于广播电台、电视台使用作品的规定。

广播电台、电视台播放作品分为两种情况：

(一) 播放他人未发表的作品

根据本法规定，著作权人享有发表权，有权决定自己的作品是否公之于众，以及以何种方式公之于众；同时享有广播权，即享有许可他人以无线方式公开广播或传播作品，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。由于著作权人上述权利的存在，广播电台、电视台播放著作权人未发表的作品，应当取得著作权人许可。著作权人同意将自己的作品以电台、电视台播放的方式公之于众的，应当与电台、电视台签订许可使用合同。

(二) 播放他人已发表的作品

本条规定，播放已发表作品可以不经著作权人许可，但应当支付报酬。由于播放已发表的作品没有经过著作权人许可，著作权人对付酬问题不可能事先提出要求，因此，就会遇到如何付酬的问题。本法第二十八条的规定：“使用作品的付酬标准可以由当事人约定，也可以按照国务院著作权行政管理部门会同有关部门制定的付酬标准支付报酬。当事人约定不明确的，按照国务院著作权行政管理部门会同有关部门制定的付酬标准支付报酬。”

二、真题分析

61. 【2013 年第 67 题】根据著作权法及相关规定，关于广播电台电视台播放他人作品，下列哪些说法是正确的？

- A、广播电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
- B、广播电台播放他人未发表的作品，应当取得著作权人许可，但无需支付报酬
- C、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
- D、电视台播放他人已发表的作品，可以不经著作权人许可，也无需支付报酬

【考点】广播电台电视台播者的权利义务

【分析】根据《著作权法》第四十三条第一款的规定，选项 A 正确，选项 B 错误。根据《著作权法》第四十三条第二款的规定，选项 C 正确，选项 D 错误。

【答案】AC

第四十四条【播放已经出版的录音制品时的义务】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。

第四十五条【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：

- (一) 将其播放的广播、电视转播；
- (二) 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五十年，截止于该广播、电视首次播放后第五十年的 12 月 31 日。

第四十六条【电视台播放他人电影作品的义务】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。

一、本条含义

本条是关于电视台播放他人的电影作品和录像制品的规定。

（一）电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品

根据本条规定，不论电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品是否公映，公映时间多长，电视台要播放该作品，都应当取得制片者的许可，并支付报酬。

电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品离不开编剧、导演、摄影、作词、作曲等作者多方面的创造性劳动，但本条没有规定电视台播放电影作品要征得编剧、导演、摄影、作词、作曲等作者的许可，并支付报酬。主要因为本法第十五条规定，电影和以类似摄制电影的方法创作的作品著作权由制片人享有。根据本条和本法第十条第(十一)项规定，电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品制片人有权许可电视台播放其作品，电视台取得制片许可后，不必再逐个取得编剧、导演、摄影、作词、作曲等作者许可，否则，不说取得所有作者许可太麻烦，就是找到了所有作者，只要一个作者不许可，就会出现能否播放的复杂局面。当然，所谓不必取得所有作者的播放许可，不等于说电视台播放电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品不考虑编剧、导演、摄影、作词、作曲等作者的经济利益。本法第十五条规定，编剧、导演、摄影、作词、作曲等作者有权按照与制片者签订的合同获得报酬。根据这一规定，作者在与制片者签订许可使用合同时，可以与制片者对作品使用(包括在电视台播放)的付酬作出约定，以维护自己因行使广播权而取得的经济利益。

本法第十五条还规定，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。根据这一规定，如果电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品的一部分可以单独用于电视台的播放，如将电视连续剧《三国演义》中的主题歌提取出来在电视台播放，电视台就要取得该作品的作词、作曲许可，并向其支付报酬。

（二）录像制品的播放

制作录像制品，虽然不像摄制电影和以类似摄制电影的方法创作的作品那样复杂和投资巨大，但也包含了录像制作者的创造性劳动和相当的财力、物力。电视台播放录像制品后，一些人可能因满足了欣赏要求而不再购买录像制品；一些人因已将电视台播放的节目复制，也不再购买录像制品，从而给录像制作者的经济利益造成损害。为保护录像制作者合法的权益，本条规定，播放他人的录像制品，还应当取得录像制作者许可，并支付报酬。

第五章 法律责任和执法措施

第四十七条【承担民事责任的侵权行为】有下列侵权行为的，应当根据情况，承担停止侵害、消除影响、赔礼道歉、赔偿损失等民事责任：

- （一）未经著作权人许可，发表其作品的；
- （二）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的；
- （三）没有参加创作，为谋取个人名利，在他人作品上署名的；
- （四）歪曲、篡改他人作品的；
- （五）剽窃他人作品的；
- （六）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，或者以改编、翻译、注释等方式使用作品的，本法另有规定的除外；
- （七）使用他人作品，应当支付报酬而未支付的；
- （八）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的，本法另

有规定的除外；

- (九) 未经出版者许可，使用其出版的图书、期刊的版式设计的；
- (十) 未经表演者许可，从现场直播或者公开传送其现场表演，或者录制其表演的；
- (十一) 其他侵犯著作权以及与著作权有关的权益的行为。

一、本条含义

本条是关于侵犯著作权和与著作权有关的权益应当承担民事责任的规定。

侵犯著作权和与著作权有关的权益是一种侵权行为，对权利人的人身权和财产权造成了损害，侵权行为人对其造成的损害后果应当承担法律责任。

针对本条规定的侵权行为，承担民事法律责任的方式有：停止侵害；消除影响、赔礼道歉；赔偿损失。除上述民事责任外，根据侵犯著作权的实际情况，还应当承担其他民事责任。上述民事责任，可以单独适用，也可以合并适用。

适用本条民事责任的侵权行为，一共规定了十一项。

二、真题分析

62.【2013 年第 75 题】根据著作权法及相关规定，下列哪些行为侵犯了著作权或与著作权有关的权利？

- A、张某未经王某许可，发表了王某创作完成的小说
- B、郑某为谋取个人名利，在许某创作完成的作品上署名
- C、甲出版社未经乙出版社的许可，使用了其出版的图书的版式设计
- D、丙电视台未经歌星张某许可，录制了其表演

【考点】侵犯著作权或与著作权有关的权利的行为

【分析】根据《著作权法》第四十七条的规定，选项 ABCD 分别属于上述第（一）、（三）、（九）、（十）项的规定，因此，选项 ABCD 正确。

【答案】ABCD

63.【2010 年第 75 题】根据著作权法及相关规定，下列说法哪些是正确的？

- A、剽窃他人作品的，应当承担民事责任
- B、复制品的出版者不能证明其出版有合法授权的，应当承担法律责任
- C、所有侵犯著作权的行为，都可以由著作权行政管理部门进行处罚
- D、使用他人作品，应当支付报酬而未支付的，应当承担民事责任

【考点】著作权侵权的行政责任

【分析】根据《著作权法》第四十七条的规定，选项 AD 分别属于上述第（五）、（七）项的规定，因此，选项 AD 正确。根据《著作权法》第五十三条的规定，选项 B 正确。根据《著作权法》第四十八条的规定，可知，并不是所有的侵犯著作权的行为，都可以由著作权行政管理部门进行处罚，必须同时侵犯了公共利益，因此，选项 C 错误。

【答案】ABD

第四十八条【承担民事责任、行政责任和刑事责任的侵权行为】有下列侵权行为的，应当根据情况，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：

（一）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的，本法另有规定的除外；

（二）出版他人享有专有出版权的图书的；

(三) 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的，本法另有规定的除外；

(四) 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的，本法另有规定的除外；

(五) 未经许可，播放或者复制广播、电视的，本法另有规定的除外；

(六) 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的，法律、行政法规另有规定的除外；

(七) 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的，法律、行政法规另有规定的除外；

(八) 制作、出售假冒他人署名的作品的。

一、本条含义

本条是关于侵犯著作权以及与著作权有关的权益应当承担民事责任，并可以给予行政处罚，直至追究刑事责任的规定。

本条规定的侵权行为从性质和后果上看，与第四十七条规定的侵权行为相比，要严重一些。本条规定的侵权行为不仅侵害了著作权人的权利以及与著作权有关的权益，同时，扰乱了文化市场的秩序，损害了社会公共利益。因此，本条除规定侵权行为人应当承担民事责任外，还规定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，并可以处以罚款；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。

本条规定了八项侵犯著作权的行为。

二、真题分析

64. 【2011 年第 54 题】根据著作权法及相关规定，下列哪些侵权行为损害公共利益的，可由著作权行政管理部门给予行政处罚？

- A、未经作者许可，发表其论文的
- B、未经演唱者许可，对其表演制作录音制品并出版的
- C、未经钢琴演奏者许可，从现场直播其独奏音乐会的
- D、未经教学录像制作者许可，复制发行其制作的录像制品的

【考点】著作权侵权行为所应承担的法律责任方式

【分析】根据《著作权法》第四十八条的规定，选项 BD 分别属于上述第（三）、（四）项规定的情形，侵权行为既要承担民事责任，还要承担行政责任，因此，选项 BD 正确。根据《著作权法》第四十七条的规定，选项 AC 的情形应当承担民事责任的侵权行为，并不承担行政责任，因此，选项 AC 错误。

【答案】BD

第四十九条【赔偿标准】 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。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。

权利人的实际损失或者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，判决给予五十万元以下的赔偿。

一、本条含义

本条是关于赔偿标准的规定。

本法第四十七条、第四十八条都规定了侵犯著作权或者与著作权有关的权利的，应当根据情况，承担赔偿责任的民事责任。

目前我国的司法实践中，损害赔偿的数额主要是根据一般损害赔偿的原则来处理的。一般损害赔偿的原则是按照侵权行为人给权利人造成的实际损失来计算。实际损失包括直接损失和间接损失。实际损失难以计算的，根据侵权行为人因侵权行为所获得的违法所得给予赔偿。这种赔偿额的计算方法对某些情况是可行的，但由于著作权和与著作权有关的权利的特殊性，在有些情况下，无论是权利人的实际损失，还是侵权行为人的违法所得都难以计算。往往导致纠纷长期得不到解决。由于查证难，实践中经常出现即使著作权人打赢了官司也得不到多少赔偿的现象，有时得到的赔偿远不如为打官司所付出的代价，以致著作权人不愿打官司，吃点亏也忍了；而侵权行为人即使败诉也损失不大，赚多赔少，反而更加变本加厉地侵权。根据实践中存在的问题，本条在原有的一般处理原则上，作了两处新的处理规定，第一，规定了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。这将从经济上维护著作权人为保护自己的权利所付出的代价，提高了著作权人保护自己权利的积极性。第二，是增加了法定赔偿额度。根据我国的实际情况，采取有条件的法定赔偿制度是可行的。本条第二款规定的就是法定赔偿制度。确立了以一般赔偿原则为主，以法定赔偿为辅的赔偿原则。即在权利人的实际损失或者侵权人的违法所得不能确定的情况下，由人民法院根据侵权行为的情节，判决给予五十万元以下的赔偿。

二、真题分析

65.【2011 年第 16 题】甲公司开发了一套财务管理软件，乙公司未经甲公司同意复制了大量该软件进行销售。甲公司向人民法院提起诉讼要求乙公司赔偿。下列关于赔偿数额的说法哪些是正确的？

A、甲公司的实际损失和乙公司的违法所得均能确定的，赔偿数额应当按照乙公司的违法所得计算

B、甲公司的实际损失和乙公司的违法所得均能确定的，赔偿数额应当按照甲公司的实际损失计算

C、甲公司的实际损失和乙公司的违法所得不能确定的，由人民法院根据侵权行为的情节，判决给予五十万元以下的赔偿

D、甲公司的实际损失和乙公司的违法所得不能确定的，由人民法院根据侵权行为的情节，判决给予一百万元以下的赔偿

【考点】赔偿数额的确定

【分析】根据《著作权法》第四十九条的规定，选项 AD 错误，选项 BC 正确。

【答案】BC

66.【2010 年第 82 题】在某案审理中，人民法院确认了以下事实：甲公司侵犯乙公司的著作权，乙公司因此遭受到的实际损失为 100 万元，甲公司因侵权行为取得违法所得为 50 万元，乙公司为制止侵权行为所支付的合理开支为 10 万元。根据著作权法及相关规定，甲公司应当给予乙公司的赔偿数额是多少？

A、60 万元

B、100 万元

C、110 万元

D、160 万元

【考点】赔偿数额的确定

【分析】根据《著作权法》第四十九条的规定，本题中，实际损失已经确定，因此应当按照权利人的实际损失给予赔偿，并应包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支，选项 C 正确，选项 ABD 错误。

【答案】C

第五十条【诉前禁止令】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。

人民法院处理前款申请，适用《中华人民共和国民事诉讼法》第九十三条至第九十六条和第九十九条的规定。

一、本条含义

本条是关于诉前财产保全措施和禁止令的规定。

在对著作权案件的审判过程中，经常发生由于没有及时采取措施，侵权行为没有得到及时制止，致使损害后果扩大。等到诉讼中，有关侵权制品、侵权工具、设备等证据和财物已经转移或者灭失，难以证实行为人的侵权事实，即使胜诉了，也难以执行，致使著作权人得不到应有的保护。

诉前禁止令，是指在诉讼前，人民法院对于因情况紧急，不立即停止有关人的行为将会使损害继续扩大，而依法发出责令停止有关行为的命令。诉前保全，是指在诉讼前，人民法院对于因情况紧急不立即限制财产转移，将会使利害关系人的合法权益受到难以弥补的损失，而采取的财产保全措施。关于证据的诉前保全在本法第五十一条规定。

根据本条规定，申请采取诉前禁止令和诉前财产保全应当符合下列条件：（1）有证据证明行为人正在实施或者即将实施侵犯其权利的行为。（2）因情况紧急，如不立即采取措施将会使申请人的著作权或者与著作权有关的权益受到难以弥补的损害。（3）必须由著作权人或者与著作权有关的权利人的申请。（4）申请人必须提供担保。以上四个条件必须同时具备，才能采取诉前禁止令或者诉前财产保全。

根据民事诉讼法第九十三条至第九十六条和第九十九条的规定，采取诉前禁止令或者诉前财产保全的范围和措施如下：

诉前禁止令或者诉前财产保全限于申请人请求的范围，或者与该侵权行为有关的财物。采取诉前禁止令或者诉前财产保全的目的，在于使申请人的著作权或者与著作权有关的权益能够得到保护和实现。因此，禁止令和财产保全的范围，也只能限制在请求的范围或者与侵权行为有关的财物。

人民法院经审查，接受申请后，必须在四十八小时内作出裁定。裁定采取诉前禁止令或者诉前财产保全的，应当立即开始执行。采取禁止令的，人民法院应当将禁止令送达或者通知被申请人。诉前财产保全采取查封、扣押、冻结或者法律规定的其他方法。

申请人申请诉前禁止令或者诉前财产保全，是因为情况紧急，来不及起诉，一旦申请后，应当及时提起诉讼。申请人在人民法院采取禁止令或者保全措施后十五日内不起诉的，人民法院即应解除禁止令或者保全措施，以免被申请人因被禁止或者保全时间过长而扩大其经济损失。

人民法院采取禁止令或者保全措施后，被申请人提供担保的，人民法院应当解除禁止令或者保全措施。

申请人因错误地申请诉前禁止令或者诉前财产保全，给被申请人造成损害的，应当承担民事责任。

当事人对人民法院作出的禁止令或者财产保全的裁定不服的，可以申请本法院复议一次。复议期间不停止裁定的执行。

二、真题分析

67.【2010年第89题】甲公司有证据证明乙网络公司正在非法传播其享有著作权的某部影视作品，如不及时制止将会使其合法权益受到难以弥补的损害。根据著作权法及相关规定，甲公司可以在起诉前向人民法院申请采取下列哪些措施？

- A、责令乙网络公司停止传播行为
- B、对乙网络公司采取财产保全措施
- C、责令乙网络公司先行赔付
- D、没收乙网络公司的服务器

【考点】诉前财产保全

【分析】根据《著作权法》第五十条第一款的规定，选项 AB 正确，选项 CD 错误。

【答案】AB

第五十一条【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。

人民法院接受申请后，必须在四十八小时内作出裁定；裁定采取保全措施的，应当立即开始执行。

人民法院可以责令申请人提供担保，申请人不提供担保的，驳回申请。

申请人在人民法院采取保全措施后十五日内不起诉的，人民法院应当解除保全措施。

第五十二条【人民法院对侵权行为的民事制裁】人民法院审理案件，对于侵犯著作权或者与著作权有关的权利的，可以没收违法所得、侵权复制品以及进行违法活动的财物。

第五十三条【有关复制品侵权的过错责任】复制品的出版者、制作者不能证明其出版、制作有合法授权的，复制品的发行者或者电影作品或者以类似摄制电影的方法创作的作品、计算机软件、录音录像制品的复制品的出租者不能证明其发行、出租的复制品有合法来源的，应当承担法律责任。

一、本条含义

本条是关于过错推定而承担法律责任的规定。

我国民法通则对侵权责任的规定，以过错责任为归责原则，以无过错责任(又称严格责任)为例外。民法通则第一百零六条第二款和第三款规定：“公民、法人由于过错侵害国家的、集体的财产，侵害他人财产、人身的，应当承担民事责任。没有过错，但法律规定应当承担民事责任的，应当承担民事责任。”也就是说，只有侵权人主观上有过错，即出于故意或者过失，其行为与损害结果之间有因果关系，才承担民事责任。无过错责任是指即使侵权人主观上没有过错，但法律规定应当承担民事责任的，也应当承担民事责任。因此无过错责任仅于法律的特殊规定，例如按民法通则第一百二十三条规定，对周围环境有高度危险作业造成他人损害的，即使主观上没有过错，也应当承担民事责任。

就侵犯著作权而言，不像侵犯他人财产、人身行为那样容易界定侵权人主观上的过错。例如，侵害他人身体健康权、侵夺他人财产，从原告人的角度比较容易证明侵权人在主观上有故意或者过失。而对于侵权人来讲，其推脱责任也是极其困难的，因为不能无故殴打他人和抢夺他人财物是世人皆知的常识，辩解其主观上没有过错是很难的。而就侵犯著作权引起的纠纷来讲，让原告证明被告主观上有过错就有一定难度，而被告证明自己“无过错”相对容易，所以在现实生活当中，侵权人往往以“无过错”为由逃避法律制裁。例如，甲将乙未发表的作品署一个假名，交丙出版社出版。作者找到丙出版社，丙出版社认为是甲的错，而以自己没有过错为由，拒绝承担责任。但因为甲署的是假名，人又找不到了，如果没有人对乙承担责任，那对乙来说就太不公平了。为了充分、有效保护著作权人的权益，本条规定了过错推定的制度。

本条有三层意思：第一，复制品的出版者、制作者不能证明其出版、制作有合法授权的，就应当承担法律责任。第二，复制和发行往往为同一人，但有时也分开，即复制者为

一人，而发行为另一人。第三，电影作品或者以类似摄制电影的方法创作的作品、计算机软件、录音录像制品的复制品的出租者不能证明其出租的复制品有合法来源的，也推定其有过错，需要承担法律责任。

第五十四条【违约责任】当事人不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定条件的，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》、《中华人民共和国合同法》等有关法律规定承担民事责任。

第五十五条【著作权纠纷的解决】著作权纠纷可以调解，也可以根据当事人达成的书面仲裁协议或者著作权合同中的仲裁条款，向仲裁机构申请仲裁。

当事人没有书面仲裁协议，也没有在著作权合同中订立仲裁条款的，可以直接向人民法院起诉。

一、本条含义

本条是对著作权纠纷解决途径的规定。

当事人遇有著作权合同纠纷或者著作权人的权利被侵害时，可以通过协商的方式解决其间的争议。但是如果双方对是非曲直认识不一，或者对损害赔偿等民事责任的承担难以协商一致，则需要通过以下三种途径解决他们之间的争议：调解、仲裁、诉讼。

二、真题分析

68.【2011 年第 96 题】根据著作权法及相关规定，下列关于著作权纠纷解决途径的说法哪些是正确的？

- A、著作权纠纷可以先进行调解
- B、当事人可以根据达成的书面仲裁协议向仲裁机构申请仲裁
- C、当事人可以根据著作权合同中的仲裁条款向仲裁机构申请仲裁
- D、当事人没有书面仲裁协议，也没有在著作权合同中订立仲裁条款的，可以直接向人民法院起诉

【考点】著作权纠纷的解决途径

【分析】根据《著作权法》第五十五条的规定，选项 ABCD 正确。

【答案】ABCD

69.【2010 年第 94 题】根据著作权法及相关规定，著作权合同纠纷双方当事人可以通过下列哪些途径解决其纠纷？

- A、调解
- B、依据书面仲裁协议申请仲裁
- C、向人民法院起诉
- D、请求著作权行政管理部门裁决

【考点】著作权纠纷的解决途径

【分析】根据《著作权法》第五十五条的规定，选项 ABC 正确，选项 D 错误。

【答案】ABC

第五十六条【对行政处罚不服的救济】当事人对行政处罚不服的，可以自收到行政处罚决定书之日起三个月内向人民法院起诉，期满不起诉又不履行的，著作权行政管理部门可以申请人民法院执行。

第六章 附 则

第五十七条【著作权与版权的关系】本法所称的著作权即版权。

第五十八条【出版的含义】本法第二条所称的出版，指作品的复制、发行。

第五十九条【计算机软件、信息网络传播权的保护】计算机软件、信息网络传播权的保护办法由国务院另行规定。

第六十条【追溯力】本法规定的著作权人和出版者、表演者、录音录像制作者、广播电台、电视台的权利，在本法施行之日尚未超过本法规定的保护期的，依照本法予以保护。

本法施行前发生的侵权或者违约行为，依照侵权或者违约行为发生时的有关规定和政策处理。

第六十一条【实施日期】本法自 1991 年 6 月 1 日起施行。

一、本条含义

本条规定了我国著作权法的实施日期。

第七部分

中华人民共和国商标法

(1982 年 8 月 23 日第五届全国人民代表大会常务委员会第二十四次会议通过

根据 1993 年 2 月 22 日第七届全国人民代表大会常务委员会第三十次会议《关于修

改〈中华人民共和国商标法〉的决定》第一次修正

根据 2001 年 10 月 27 日第九届全国人民代表大会常务委员会第二十四次会议《关于

修改〈中华人民共和国商标法〉的决定》第二次修正

根据 2013 年 8 月 30 日第十二届全国人民代表大会常务委员会第四次会议《关于修

改〈中华人民共和国商标法〉的决定》第三次修正)

目 录

第一章 总 则.....	351
第二章 商标注册的申请.....	364
第三章 商标注册的审查和核准.....	368
第四章 注册商标的续展、变更、转让和使用许可.....	374
第五章 注册商标的无效宣告.....	381
第六章 商标使用的管理.....	384
第七章 注册商标专用权的保护.....	391
第八章 附则.....	399

第一章 总 则

第一条【立法宗旨】 为了加强商标管理，保护商标专用权，促使生产、经营者保证商品和服务质量，维护商标信誉，以保障消费者和生产、经营者的利益，促进社会主义市场经济的发展，特制定本法。

一、本条含义

本条是关于商标法立法宗旨的规定。

所谓商标，就是在学习经营活动中使用的，用于识别商品或者服务来源的标志。其中，“商”就是商事，就是要求商标应当用于生产经营活动中，与商品或者服务结合起来，代表该商品或者服务的质量及其生产、经营者的信誉；脱离商业活动、没有与商品或者服务结合在一起的标志本身没有价值。“标”就是标志，就是要求商标应当具有识别能力，具有显著性特征，能够和其他标志区分开，清楚地指示商品或者服务来源于特定生产、经营者，而非其他生产、经营者；不具备显著特征的标志不适合作为商标。

第二条【商标主管部门】 国务院工商行政管理部门商标局主管全国商标注册和管理的工作。

国务院工商行政管理部门设立商标评审委员会，负责处理商标争议事宜。

一、本条含义

本条是关于国务院工商行政管理部门商标局和商标评审委员会的职责的规定。

国家主管商标的部门为国务院工商行政管理部门，商标局和商标评审委员会都是国务院工商行政管理部门的内设机构，但这两个机构又与国家行政机关所属的一般机构不同，这两个机构是法定设立的机构，有法定的名称、法定的职能、法定的地位。

国务院工商行政管理部门商标局的职责：（1）商标局主管全国商标注册的工作，这从法律上确定了全国的商标注册工作实行集中统一的体制，或者说，商标局是全国统一办理商标注册的法定机构，其他任何机构都无权办理商标注册；（2）商标局主管全国商标管理的工作。

国务院工商行政管理部门商标评审委员会的职责：商标评审委员会是负责处理商标争议事宜的法定机构，它与商标局是平行的。商标评审委员会的职责、与商标局的关系、在处理商标争议中所处的法律地位，都在商标法中作出了规定，这就确立了商标争议的处理机制。

第三条【注册商标及其分类、保护】 经商标局核准注册的商标为注册商标，包括商品商标、服务商标和集体商标、证明商标；商标注册人享有商标专用权，受法律保护。

本法所称集体商标，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。

本法所称证明商标，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。

集体商标、证明商标注册和管理的特殊事项，由国务院工商行政管理部门规定。

一、本条含义

本条是关于注册商标及其分类，以及商标专用权受法律保护的规定。

商标是一种能将商品或者服务的来源区别开来的标志，生产、经营者可以自行决定是否采用商标，以表示某一项产品或者服务来自于自己。对于在生产经营活动中已使用的或者准备使用的商标，生产、经营者可以自主决定是否申请注册，这就是商标自愿注册原则；

当然，对用于特定商品或者服务（例如烟草）的商标，法律规定其必须注册，这是例外。

集体商标的主要特点为：（1）其所有权属于一个集体，以团体、协会或者其他组织的名义注册；（2）集体商标由这个集体的成员共同使用，不是该集体的成员不能使用；

（3）该集体的成员只能在商事活动中使用该集体商标；（4）集体商标的作用在于表明使用该商标的商品或者服务来源于该集体的成员，以便于与非这个集体的成员的商品或者服务相区别。一般来说，集体商标由其成员使用，使用人较多，覆盖面较宽，有利于形成市场优势。在使用集体商标时，并不排除使用集体成员自身所拥有的商标，可以将集体商标与集体成员自己的商标同时使用。

证明商标的主要特点是：（1）证明商标是由对某些商品或者服务在所欲证明的事项上具有监督能力的组织申请注册，这种监督能力是一种保证能力、检验能力，只有这样才能发挥证明商标的证明功能，保护消费者的利益；（2）证明商标持有人不得使用该商标，而只能由被该组织认定的单位或者个人使用，这是证明商标的一个重要特点，与集体商标有明显的不同；（3）证明商标的作用是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，而非仅指示来源，这是与集体商标的另一个明显区别。

注册商标专用权受法律保护，这是一条重要的法律原则，也是注册商标的一个重要特点。这一规定有以下几层含义：（1）商标只有经过商标局核准注册，才能产生注册商标专用权，即在其所注册的商品或者服务上享有独占使用该商标的权利。（2）商标专用权归属于商标注册人。即商标注册人对其注册商标在所注册的商品或者服务上享有独占使用的权利，他人未经许可不得在相同或者类似的商品或者服务上使用与该商标相同或者近似的商标。（3）商标专用权受法律保护。任何侵犯注册商标专用权的行为，都要承担相应的法律责任。

二、真题分析

1. 【2012 年第 46 题】根据商标法及相关规定，下列关于证明商标、集体商标的哪些说法是正确的？

- A、地理标志可以作为证明商标申请注册
- B、地理标志可以作为集体商标申请注册
- C、集体商标只能是服务商标
- D、证明商标只能是商品商标

【考点】注册商标的类型

【分析】根据《商标法实施条例》第四条的规定，商标法第十六条规定的地理标志，可以依照商标法和本条例的规定，作为证明商标或者集体商标申请注册。因此，本题中，选项 AB 正确。根据《商标法》第三条第一、二款的规定，由此可知，《商标法》并未限制“组织”和“商事活动”的类型，集体商标既可以是商品商标，也可以是服务商标，因此，选项 C 错误。根据《商标法》第三条第三款的规定，证明商标既可以是商品商标，也可以是服务商标，因此，选项 D 错误。

【答案】AB

2. 【2011 年第 87 题】根据商标法及相关规定，下列关于证明商标的说法哪些是正确的？

- A、由对某种商品或者服务具有监督能力的组织所控制
- B、由对某种商品或者服务具有监督能力的组织成员内的单位或者个人使用于其商品或者服务
- C、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
- D、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

【考点】证明商标

【分析】根据《商标法》第三条第三款的规定，本题中，选项AC正确，选项B错误。根据《商标法》第三条第二款的规定，选项D错误，选项D是关于集体商标的说法，不是证明商标。

【答案】AC

第四条【商标注册】自然人、法人或者其他组织在生产经营活动中，对其商品或者服务需要取得商标专用权的，应当向商标局申请商标注册。

本法有关商品商标的规定，适用于服务商标。

一、本条含义

本条是关于商标注册主体、注册范围和注册原则，以及服务商标适用法律的规定。

（一）商标注册主体

按照本法规定，自然人、法人或者其他组织都可以申请注册商标。这既包括中国的自然人、法人和其他组织，也包括外国自然人和外国企业。

（二）商标自愿注册原则

商标经过注册，即取得注册商标专用权，注册人有权禁止他人在相同或者类似商品上使用或者注册与该商标相同或者近似的商标。因此，注册商标能够比未注册商标获得更全面更有力的保护。是否通过注册获得这种保护，由商标使用人自由选择；自然人、法人或者其他组织认为需要取得商标专用权以获得保护的，应当向商标局申请商标注册。

（三）申请注册的商标应当用于生产经营活动

商标是在生产经营活动中用于识别商品和服务来源的标志，代表其所标示的特定商品或者服务的质量及其生产经营者的信誉。申请商标注册应当将其用于生产经营活动。自然人、法人或者其他组织不论是已经在其生产经营活动中实际使用该商标，还是准备在今后的生产经营活动中使用该商标，都可以申请商标注册。

（四）商品商标和服务商标

在商品上使用的商标称为商品商标。在服务上使用的商标称为服务商标，服务商标一般用于银行、保险、广告、旅游、电信、运输、学校、医院等服务领域。商品商标和服务商标在商标注册簿上都有相应的分类，都可以申请商标注册。

商品商标和服务商标的最大区别在于使用对象不同，但它们之间又有共同的性质，有许多共同的法律关系，甚至在某些情况下，从理论上也将服务作为一种商品，或者提供商品也包含着提供服务。在商标法中，虽然对商品商标和服务商标作了区分，但它们可以适用共同的规则，因此，本条第二款规定，本法中有关商品商标的规定，适用于服务商标。这也就是从法律上表明，在商标法的调整范围内，商品商标与服务商标适用同样的法律规范，在商标法中使用“商标”一词时，是将商品商标和服务商标都包括在内的。

第五条【注册商标共有】两个以上的自然人、法人或者其他组织可以共同向商标局申请注册同一商标，共同享有和行使该商标专用权。

第六条【商标强制注册】法律、行政法规规定必须使用注册商标的商品，必须申请商标注册，未经核准注册的，不得在市场销售。

第七条【诚实信用原则和商品质量】申请注册和使用商标，应当遵循诚实信用原则。商标使用人应当对其使用商标的商品质量负责。各级工商行政管理部门应当通过商标

管理，制止欺骗消费者的行为。

第八条【商标的本质特征和构成要素】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。

一、本条含义

本条是关于商标的本质特征和构成要素的规定。

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，均可以作为商标申请注册，换言之，要成为注册商标，就应当具备识别商品或者服务来源的能力，这是商标的本质特征，也是建立商标制度的根本意义所在。

商标可以由文字、图形、字母、数字、三维标志、颜色组合和声音等要素中的任何一种构成，也可以是上述要素的任意组合构成。

(1) 文字，这是构成商标的最基本的也是最常见的要素之一，它在表现商标的区别性上有不可替代的作用。有的商标是以文字和其要素组合而成，也有的商标是单纯以文字构成，比如有的商标就是一个喜字或者一个福字等。文字作为商标构成要素，可以是各种字体的文字，也可以是在艺术上有所变化的文字。字母和数字属于文字的特殊类型，适用与文字基本相同的规则。

(2) 图形，这是构成商标的又一个最基本的要素，图形的表现力很强，可以鲜明地表现出区别性。图形可以是具体描绘人和物的形状，也可以是虚构的图形，或者是抽象的图形。有些商标是图形与文字的结合，也有不少是单纯的图形。

(3) 三维标志，即能够通过商品本身的形状、商品的包装物或者其他三维形状识别商品和服务来源的标志，比如可口可乐的玻璃瓶外形。三维标志构成的商标称为立体商标。

(4) 颜色组合。颜色是丰富多彩的，有许多种的变化，因此与商标的其他要素组合在一起，或者是几种颜色的组合，都可以成为识别商品来源的标志。应该注意的是，目前只有颜色组合才可以作为商标申请注册；对于单一颜色，虽然有的国家已经允许将其注册为商标，但是，实践中我国企业还没有将其作为商标注册的需求，因此暂不在法律中作出明确规定。

(5) 声音，这是 2013 年修改商标法新增的商标要素，突破了此前对商标要素必须具有可视性的要求，是符合商标本质特征的一次重要的商标要素扩展。声音商标既可以是音乐片段（包括声乐、器乐），例如诺基亚手机的开机铃声；也可以是自然界的聲音，例如米高梅公司的狮子吼。

二、真题分析

3. 【2014 年第 35 题】根据商标法及相关规定，下列哪些可以作为商标申请注册？

- A. 文字
- B. 气味
- C. 单一颜色
- D. 声音

【考点】商标申请的客体

【分析】根据《商标法》第八条的规定，本题中，选项 AD 正确，选项 BC 错误。

【答案】AD

4. 【2012 年第 36 题】根据商标法及相关规定，下列哪些可以作为商标申请注册？

- A. 阿拉伯数字
- B. 气味

C、三维标志

D、声音

【考点】注册商标的组成要素

【分析】根据《商标法》第八条的规定，本题中，选项 ACD 正确。选项 B 错误。

【答案】ACD¹

5. 【2010 年第 7 题】根据商标法及相关规定，下列哪些可以作为商标申请注册？

A、文字

B、数字

C、颜色组合

D、气味

【考点】注册商标的组成要素

【分析】根据《商标法》第八条的规定，本题中，选项 ABC 正确，选项 D 错误。

【答案】ABC

第九条【申请注册和使用商标的原则】申请注册的商标，应当有显著特征，便于识别，并不得与他人在先取得的合法权利相冲突。

商标注册人有权标明“注册商标”或者注册标记。

一、本条含义

本条是关于申请注册和使用商标应当遵循的基本原则的规定。

（一）申请注册的商标应当有显著特征

商标是用于识别商品或者服务来源的标志，应当具备帮助消费者将其所代表的生产、经营者的商品或者服务同其他生产、经营者的商品或者服务区分开来的能力，这就是商标的显著特征，或者称为商标的显著性、区别性。商标显著特征有强弱之分，与构成商标的标志本身、商标指定使用商品、商标指定使用商品的相关公众的认知习惯、商标指定使用商品所属行业的实际使用情况等因素都有关系。不具有显著特征的标志，不得作为商标申请注册。

（二）申请注册的商标不得与他人在先取得的合法权利相冲突

作为商标申请注册的标志，可能同时存在其他合法权利，如著作权、外观设计专利权等。为防止不同权利之间的冲突，避免在商标注册中产生侵权行为，商标法专门作出规定，申请注册的商标不得与他人在先取得的合法权利，如商号权、著作权、外观设计专利权、姓名权、肖像权等相冲突。

（三）商标注册人有权标明注册标记

对已经注册的商标，商标注册人可以在该商标上标明注册标记，以标示该商标为注册商标。注册标记可以是“注册商标”字样，也可以是“注”或者“®”。这项标明注册标记的权利属于商标注册人，其他人无权使用这种注册标记，更不允许使用这种方式冒充注册商标，从事假冒注册商标的违法活动。

二、真题分析

6. 【2013 年第 37 题】根据商标法及相关规定，下列哪些说法是正确的？

A、申请注册的商标应当具有独创性

B、申请注册的商标应当有显著特征，便于识别

C、申请注册的商标不得与他人在先取得的合法权利相冲突

D、申请注册的商标应当富有美感

¹ 国家知识产权局条法司 2012 年试题解析适用《商标法》（2001 年），第 36 题答案为选项 AC。

【考点】申请注册商标的条件

【分析】根据《商标法》第九条的规定，本题中，选项AD错误，选项BC正确。

【答案】BC

第十条【不得作为商标使用的标志】下列标志不得作为商标使用：

(一) 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；

(二) 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；

(三) 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；

(四) 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；

(五) 同“红十字”、“红新月”的名称、标志相同或者近似的；

(六) 带有民族歧视性的；

(七) 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；

(八) 有害于社会主义道德风尚或者有其他不良影响的。

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。

一、本条含义

本条是关于不得作为商标使用的标志及使用地名作商标的管理的规定。

(一) 不得作为商标使用的标志

商标是用以区别不同生产经营者所提供的商品或者服务的标志，但不是所有的标志都可以作为商标使用。有关国际公约和许多国家的商标法都对不能作为商标使用的标志作了规定。如《保护工业产权巴黎公约》第六条之三规定，“本公约成员国的国旗、国徽、表明实施国家管制和保证的官方标志、检验印记及政府间国际组织的标志等均不得作为商标注册和使用”。结合我国的实际情况，本条规定了八种标志不得作为商标使用。

(二) 地名作为商标的管理

1.原则上，县级以上行政区划的地名或者公众知晓的外国地名，不得作为商标使用。本款中的县级以上行政区划包括县级的县、自治县、县级市、市辖区、旗；地级的市、自治州、地区、盟；省级的省、直辖市、自治区；两个特别行政区即香港、澳门；台湾地区。县级以上行政区划的地名以我国民政部编辑出版的《中华人民共和国行政区划简册》为准。本条中的县级以上行政区划地名包括全称、简称以及拼音形式。本款中的公众知晓的外国地名，是指我国公众知晓的我国以外的其他国家和地区的地名，如“曼哈顿”、“波尔多”等。

2.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，可以作为商标使用；已经注册使用地名的商标继续有效。“地名具有其他含义的”，如“凤凰”除了具有地域名称含义外，还有“传说中的百鸟之王”的含义，因此可以作为商标使用。集体商标和证明商标从其本身的性质考虑可以使用地名作为其商标的组成部分，如原产地证明商标等。对已经注册使用地名的商标允许其继续有效，如天津生产的“北京牌”电视机等，有利于对商标所有权人合法权益的保护。

(三) 适用范围

本条规定既适用于注册商标，也适用于非注册商标。对正在申请注册的商标违反本条规定的，将依法驳回申请；对已经注册的，将依法宣告无效。未注册商标违反本条规定的，由工商行政管理部门予以制止，限期改正，并可以予以通报或处以罚款。

二、真题分析

7. 【2014 年第 4 题】根据商标法及相关规定，下列哪种标志可以作为商标使用？

- A. 同中华人民共和国国歌近似的
- B. 同政府间国际组织的旗帜近似，但经该组织同意的
- C. 带有欺骗性，容易使公众对商品的产地产生误认的
- D. 同“红十字”的名称近似的

【考点】可作为商标使用的标志

【分析】根据《商标法》第十条的规定，本题中，选项 ACD 分别属于其中第（一）、（七）、（五）项规定的情形，不得作为商标使用，因此，选项 ACD 错误。根据其中第（三）项的规定，选项 B 正确。

【答案】B

8. 【2013 年第 43 题】根据商标法及相关规定，下列哪些标志不得作为商标使用？

- A. 有害于社会主义道德风尚的
- B. 带有民族歧视性的
- C. 同政府间国际组织的名称近似，但经该组织同意的
- D. 同“红新月”标志相近似的

【考点】不得作为商标使用或注册的标志

【分析】根据《商标法》第十条的规定，本题中，选项 ABD 正确，选项 C 属于第（三）项规定的“除外”情形，因此，选项 C 错误。

【答案】ABD

9. 【2011 年第 70 题】根据商标法及相关规定，下列哪些标志不得作为商标使用？

- A. “红新月”字样
- B. “中国牌”字样
- C. 拟用于葡萄酒上的“葡萄牌”字样
- D. 拟用于风衣上的“橘子牌”字样

【考点】禁止作为商标使用的标志

【分析】根据《商标法》第十条的规定，本题中，选项 A 属于第（五）项规定的情形，选项 B 属于第（一）项规定的情形，因此，选项 AB 正确。根据《商标法》第十一条的规定，选项 C 属于仅仅直接表示商品主要原料的标识，不得作为注册商标，但并未禁止其作为商标使用，而选项 D 不属于上述情形，既可以作为商标使用，也可以作为商标注册，因此，选项 CD 错误。

【答案】AB

10. 【2010 年第 15 题】根据商标法及相关规定，下列哪些标志可以作为商标使用？

- A. 同某外国的国旗近似，但经该国政府同意的
- B. 同“红新月”的标志近似的
- C. 与表明实施控制、予以保证的官方标志近似，但已经获得授权的
- D. 同政府间国际组织的徽记近似，但经该组织同意的

【考点】可以作为商标使用的标志

【分析】根据《商标法》第十条的规定，本题中，选项 ACD 属于《商标法》所排除标志的例外情形，可以作为商标使用，因此，选项 ACD 正确。选项 B 属于第（五）项规定的情形，不能作为商标使用，因此，选项 B 错误。

【答案】ACD

第十一条【不得作为商标注册的标志及显著特征的取得】下列标志不得作为商标注册：

- （一）仅有本商品的通用名称、图形、型号的；
- （二）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；
- （三）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。

一、本条含义

本条是关于禁止缺乏显著特征的标志作为商标注册以及商标经过使用取得显著特征的规定。

（一）禁止缺乏显著特征的标志作为商标注册

根据本法第九条规定，申请注册的商标应当具有显著特征，便于识别。可识别性是商标的基本特征。生产经营者通过商标推介自己的商品和服务，消费者通过商标区别不同生产经营者的商品和服务。如果商标不具有显著特征，就无法实现商标的功能，也就无法作为商标申请注册。商标显著特征的判定应当综合考虑构成商标的标志本身（含义、呼叫和外观构成）、商标指定使用商品、商标指定使用商品的相关公众的认知习惯、商标指定使用商品所属行业的实际使用情况等因素。

（二）商标经过使用取得显著特征

商标显著特征的取得有两种途径：一是通过对商标构成要素的精心设计，使商标具有显著特征；二是通过使用得到公众认同，使商标产生显著特征。在实践中，确有一些原来没有显著特征的商标经过使用后，使消费者能够通过其识别商品或者服务的来源，即经过使用产生了显著特征，对于此类商标，国际通行做法是给予注册保护。因此，本条第二款规定，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。

第十二条【三维标志商标的限制】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。

第十三条【驰名商标的特别保护】为相关公众所熟知的商标，持有人认为其权利受到侵害时，可以依照本法规定请求驰名商标保护。

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，不予注册并禁止使用。

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，不予注册并禁止使用。

一、本条含义

本条是关于驰名商标的特别保护的规定。

本条第一款规定，驰名商标持有人认为其权利受到侵害时，可以依照本法规定请求驰名商标保护。这表明，驰名商标的保护适用被动保护原则，即商标局、商标评审委员会、人民法院等不得主动适用本法有关保护驰名商标的规定，只有当事人提出保护其驰名商标

的申请后，才可以适用相应的规定。

本条从两个方面对驰名商标的保护做出明确规定，对未在我国注册的驰名商标和已在我国注册的驰名商标的保护范围有所不同。一是，对未在我国注册的驰名商标，只保护其在相同或者类似商品或服务上注册和使用的权利。但是，如果使用该申请注册的商标的商品或服务与使用未在我国注册的驰名商标的商品或服务不相同或不相类似，则不禁止其注册和使用。二是，对已在我国注册的驰名商标，不仅禁止他人在相同或者类似商品或服务上注册和使用，也禁止他人在其声誉所及的不相同或者不相类似商品或服务上注册和使用，体现了我国商标法侧重保护注册商标的原则。

二、真题分析

11.【2014 年第 16 题】针对商标局初步审定公告的某商标，某公司认为该商标摹仿其已经在中国注册的驰名商标，误导公众并致使公司利益受到损害。根据商标法及相关规定，该公司可以如何处理？

- A. 自公告之日起三个月内向商标局提出异议
- B. 自公告之日起三个月内向商标局申请复审
- C. 自公告之日起三个月内向商标评审委员会提出异议
- D. 自公告之日起三个月内请求商标评审委员会宣告该商标无效

【考点】商标异议

【分析】根据《商标法》第十三条第三款、第三十三条的规定，本题中，该公司可以自公告之日起三个月内向商标局提出异议，因此，选项 A 正确，选项 BCD 错误。

【答案】A

12.【2012 年第 99 题】甲公司的某商标在我国被认定为驰名商标。根据商标法及相关规定，下列哪些说法是正确的？

- A、如果甲公司未在中国注册该商标，则他人就类似商品申请注册的商标是复制该驰名商标，容易导致混淆的，不予注册并禁止使用
- B、如果甲公司未在中国注册该商标，则他人就类似商品申请注册的商标是复制该驰名商标，容易导致混淆的，不予注册但允许使用
- C、如果甲公司已在中国注册该商标，则他人就不相类似商品申请注册的商标是摹仿该商标，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
- D、如果甲公司已在中国注册该商标，则他人就不相类似商品申请注册的商标是摹仿该商标，误导公众，致使该驰名商标注册人的利益可能受到损害的，不予注册但允许使用

【考点】驰名商标的特殊保护

【分析】根据《商标法》第十三条的规定，本题中，选项 AC 正确，选项 BD 错误。

【答案】AC

第十四条【驰名商标认定】驰名商标应当根据当事人的请求，作为处理涉及商标案件需要认定的事实进行认定。认定驰名商标应当考虑下列因素：

- (一) 相关公众对该商标的知晓程度；
- (二) 该商标使用的持续时间；
- (三) 该商标的任何宣传工作的持续时间、程度和地理范围；
- (四) 该商标作为驰名商标受保护的记录；
- (五) 该商标驰名的其他因素。

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，当事人依照本法第十三条规定主张权利的，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，当事人依照本法第十三条规定主张权利的，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，当事人依照本法第十三条规定主张权利的，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。

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。

一、本条含义

本条是关于驰名商标认定的规定。

2001 年修改商标法时，增加了认定驰名商标应当考虑的因素的规定。2013 年修改增加了有关驰名商标事实认定、个案认定、被动认定、按需认定的原则及其认定主体、认定程序的规定；同时，还就禁止将“驰名商标”字样用于市场推广作了专门规定。

驰名商标，是指为相关公众所熟知的商标。商标是否为相关公众所熟知，是客观存在的事实状态；商标局、商标评审委员会、人民法院对商标驰名情况作出认定，是对这种事实状态的确认，而非对商标持有人的授权。商标因为其本身驰名而获得认定，而非因为认定而变得驰名。因此，驰名商标认定是事实认定。

商标驰名情况不是固定不变的，原本不驰名的商标可能通过长时间的使用、广告宣传而变得驰名，原本驰名的商标也可能因为市场的发展变化而变得不再驰名。因此，商标是否驰名，应当在个案中作出认定，有关主管机关在特定案件中认定驰名商标，也仅在该案件中具有意义，一个商标在一个案件中被认定驰名，并不必然表明其在另一个案件中也会被认定驰名。

应当注意的是，驰名商标认定是被动认定、按需认定。商标局、商标评审委员会、人民法院不得主动对商标驰名情况作出认定；只有当事人依照本法第十三条规定主张权利，且对商标驰名情况作出认定是处理涉及商标案件需要认定的事实时，商标局、商标评审委员会、人民法院才可以对商标驰名情况作出认定。

二、真题分析

13.【2014 年第 96 题】根据商标法及相关规定，下列有关驰名商标的哪些说法是正确的？

- A. 驰名商标应当根据当事人的请求，作为处理涉及商标案件需要认定的事实进行认定
- B. 在商标注册审查过程中，商标局根据审查的需要，可以主动对商标驰名情况作出认定
- C. 在商标争议处理过程中，商标评审委员会根据处理案件的需要，可以主动对商标驰名情况作出认定
- D. 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

【考点】驰名商标

【分析】根据《商标法》第十四条的规定，选项 AD 正确，选项 BC 错误。

【答案】AD

14.【2011 年第 79 题】根据商标法及相关规定，关于驰名商标的认定，下列说法哪些是正确的？

- A. 人民法院在审理商标纠纷案件中，根据当事人的请求和案件的具体情况，可以对涉及的注册商标是否驰名依法作出认定
- B. 在名牌推进战略实施过程中，可由相关行业协会进行认定

C、在商标注册过程中产生争议时，有关当事人认为其商标构成驰名商标的，可以向商标局请求认定驰名商标

D、在商标评审过程中产生争议时，有关当事人认为其商标构成驰名商标的，可以向商标评审委员会请求认定驰名商标

【考点】驰名商标的认定

【分析】根据《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第二十二第一款的规定，人民法院在审理商标纠纷案件中，根据当事人的请求和案件的具体情况，可以对涉及的注册商标是否驰名依法作出认定。本题中，选项 A 正确。根据《商标法实施条例》第三条规定，第三条商标持有人依照商标法第十三条规定请求驰名商标保护的，应当提交其商标构成驰名商标的证据材料。商标局、商标评审委员会应当依照商标法第十四条的规定，根据审查、处理案件的需要以及当事人提交的证据材料，对其商标驰名情况作出认定。因此，选项 B 错误，选项 CD 正确。

【答案】ACD¹

第十五条【禁止恶意抢注】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。

第十六条【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。

前款所称地理标志，是指标示某商品来源于某地区，该商品的特定质量、信誉或者其他特征，主要由该地区的自然因素或者人文因素所决定的标志。

一、本条含义

本条是关于地理标志的定义及含有地理标志的商标的注册和使用管理的规定。

所谓地理标志，按照《与贸易有关的知识产权协定》第二十二第一款的规定，系指下列标志：其标示出某商品来源于某成员地域内，或来源于该地域中的某个地区或某地方，该商品的特定质量、信誉或者其他特征，主要与该地理来源的自然因素或者人文因素相关联。也就是说，由于地理条件、人文因素不同，同一种商品来自不同地区，就意味着不同的质量和信誉。例如，来自金华的火腿就与其他地区的火腿在品质上不同；同样是茶叶，产自杭州西湖的龙井茶就享有西湖龙井的美誉。鉴于地理标志是表明商品来源的标记，起着识别商品的作用，与商品的质量和信誉关系密切，因此，《与贸易有关的知识产权协定》将其列为知识产权保护的对象之一。

地理标志具有以下特征：第一，地理标志是实际存在的地理名称，而不是臆造出来的；第二，使用地理标志的商品其真实产地必须是该地理标志所标示的地区，而不是其他地区；第三，只有该地理标志标示地区的生产经营者才能在其商品上使用该地理标志；第四，使用地理标志的商品必须具有特定质量、信誉或者其他特征，而且其特定质量、信誉或者其他特征主要是由该地区的自然因素或者人文因素所决定的；第五，地理标志不是商标，不具有独占性，不能转让。

地理标志虽然不是商标，但作为表明商品来源的标记，与商标一样具有识别商品的作

¹ 本题中选项 CD 直接考察《商标法实施条例》（2002）第五条第一款的规定，依照商标法和本条例的规定，在商标注册、商标评审过程中产生争议时，有关当事人认为其商标构成驰名商标的，可以相应向商标局或者商标评审委员会请求认定驰名商标。2014 年将该条进行了修改。

用。特别是地理标志与商品的特定质量、信誉和其他特征紧密相关，因此，在市场经济条件下，有必要加强对地理标志的管理，以保护消费者的利益。本条第一款从保护消费者利益的角度出发，对地理标志的管理做出了规定。其中的“但书”主要是考虑由于历史原因，已经善意取得注册的含有地理标志的商标经过使用，已经在消费者中产生了特定的含义，不会造成消费者对商品来源的误认，如“青岛啤酒”等。

二、真题分析

15. 【2013 年第 6 题】根据商标法及相关规定，下列哪种说法是正确的？

- A、在市场上销售的任何商品均须使用注册商标
- B、两个以上的自然人、法人或其他组织不得共同申请注册同一商标
- C、商标使用人应当对其使用商标的商品质量负责
- D、商标中有商品地理标志的，不予注册并禁止使用

【考点】商标注册、商标使用

【分析】根据《商标法》第六条的规定，并非在市场上销售的任何商品均需使用注册商标，因此，选项 A 错误。根据《商标法》第五条的规定，选项 B 错误。根据《商标法》第七条第二款的规定，选项 C 正确。根据《商标法》第十六条第一款的规定，选项 D 错误。

【答案】C

第十七条【外国人或者外国企业在中国申请商标注册】外国人或者外国企业在中国申请商标注册的，应当按其所属国和中华人民共和国签订的协议或者共同参加的国际条约办理，或者按对等原则办理。

一、本条含义

本条是关于外国人或者外国企业在中国申请商标注册应遵循的原则的规定。

(一) 按其所属国和中华人民共和国共同参加的国际条约办理

涉及外国人或者外国企业申请商标注册的国际条约主要有《巴黎公约》和世界贸易组织《与贸易有关的知识产权协定》，我国目前是这两个公约的成员国。此外，如果外国人或者外国企业的所属国与中华人民共和国共同参加了其他有关商标保护的国际条约的，也应当按其规定办理。

(二) 按其所属国和中华人民共和国签订的协议办理

如果在我国申请商标注册的外国人或者外国企业的所属国不是《巴黎公约》和《与贸易有关的知识产权协定》的成员国，但是与我国签订了商标保护双边协议的，按协议办理。

(三) 按对等原则办理

如果在我国申请商标注册的外国人或者外国企业的所属国既不是《巴黎公约》和《与贸易有关的知识产权协定》的成员国，也没有与我国共同参加其他商标保护的国际条约，同时也没有与我国签订商标保护协议，则应当按照对等原则办理。即该国的法律如果给予我国个人、企业商标注册保护，我国也给予该国个人、企业同等的商标注册保护。

二、真题分析

16. 【2012 年第 54 题】根据商标法及相关规定，在中国申请注册商标或办理其他商标事宜的，下列哪些应当委托国家认可的具有商标代理资格的组织代理？

- A、在中国没有经常居所的美国人
- B、在中国没有营业所的英国企业
- C、在中国有经常居所的美国人
- D、在中国有营业所的英国企业

【考点】商标注册主体

【分析】根据《商标法》第十七条的规定，以及根据《商标法》第十八条第二款的规定，根据《商标法实施条例》第五条第四款的规定，商标法第十八条所称外国人或者外国企业，是指在中国没有经常居所或者营业所的外国人或者外国企业。本题中，选项 AB 均有权在中国申请注册商标，并且在中国申请商标注册和办理其他商标事宜的，应当委托依法设立的商标代理机构办理。因此，选项 AB 正确。而选项 CD 不需要委托依法设立的商标代理机构办理申请商标注册和其他商标事宜。因此选项 CD 错误。

【答案】AB

第十八条【商标代理】申请商标注册或者办理其他商标事宜，可以自行办理，也可以委托依法设立的商标代理机构办理。

外国人或者外国企业在中国申请商标注册和办理其他商标事宜的，应当委托依法设立的商标代理机构办理。

一、本条含义

本条是关于商标代理机构的规定。

2013 年修改增加了本国个人和企业可以委托商标代理机构办理商标事宜的规定，即第一款。

商标代理，是指商标代理机构接受委托人的委托，以委托人的名义办理商标注册申请及其他有关商标事宜。商标代理机构，是指接受委托人的委托，以委托人的名义办理商标注册申请或者其他商标事宜的法律服务机构。

外国人或者外国企业在我国申请商标注册和办理其他商标事宜，应当委托依法设立的商标代理机构办理，这是强制性规定。外国人或者外国企业在我国直接申请商标注册和办理其他商标事宜可能存在语言和书件送达障碍，例如有些外国人或者外国企业在我国没有固定住所或者工商营业所等。为了保证申请书件的质量和有关书件的及时送达，使商标注册审查及其他相关工作顺利进行，外国人或者外国企业在我国申请商标注册和办理其他商标事宜必须委托依法设立的商标代理机构办理。

我国公民、企业申请商标注册或者办理其他商标事宜，可以自行办理，也可以委托依法设立的商标代理机构办理。其中，自行办理既包括亲自办理，也包括委托商标代理机构以外的主体代为办理。也就是说，商标法对我国公民、企业申请商标注册或者办理其他商标事宜，并未强制要求其委托依法设立的商标代理机构办理。

二、真题分析

17.【2014 年第 44 题】根据商标法及相关规定，下列关于商标代理机构的哪些说法是正确的？

- A. 申请商标注册或者办理其他商标事宜，应当委托商标代理机构办理
- B. 委托人申请注册的商标可能存在商标法规定不得注册情形的，商标代理机构应当明确告知委托人
- C. 商标代理机构除对其代理服务申请商标注册外，不得申请注册其他商标
- D. 商标代理机构对在代理过程中知悉的被代理人的商业秘密，负有保密义务

【考点】商标代理机构

【分析】根据《商标法》第十八条的规定，选项 A 错误。根据《商标法》第十九条第一款的规定，选项 D 正确。根据《商标法》第十九条第二款的规定，选项 B 正确。根据《商标法》第十九条第四款的规定，选项 C 正确。

【答案】BCD

第十九条【商标代理机构的行为规范】商标代理机构应当遵循诚实信用原则，遵守法律、行政法规，按照被代理人的委托办理商标注册申请或者其他商标事宜；对在代理过程中知悉的被代理人的商业秘密，负有保密义务。

委托人申请注册的商标可能存在本法规定不得注册情形的，商标代理机构应当明确告知委托人。

商标代理机构知道或者应当知道委托人申请注册的商标属于本法第十五条和第三十二条规定情形的，不得接受其委托。

商标代理机构除对其代理服务申请商标注册外，不得申请注册其他商标。

第二十条【商标代理行业组织】商标代理行业组织应当按照章程规定，严格执行吸纳会员的条件，对违反行业自律规范的会员实行惩戒。商标代理行业组织对其吸纳的会员和对会员的惩戒情况，应当及时向社会公布。

第二十一条【商标国际注册】商标国际注册遵循中华人民共和国缔结或者参加的有关国际条约确立的制度，具体办法由国务院规定。

第二章 商标注册的申请

第二十二条【商标注册申请的提出】商标注册申请人应当按规定的商品分类表填报使用商标的商品类别和商品名称，提出注册申请。

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。

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。

一、本条含义

本条是关于商标注册申请人应当如何提出商标注册申请的规定。

为了方便商标注册申请人，本条对修改前的商标法第二十条作了修改，明确规定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，同时增加了可以以数据电文方式提出商标注册申请的规定。

二、真题分析

18.【2014 年第 61 题】根据商标法及相关规定，下列关于商标注册申请的哪些说法是正确的？

A. 商标注册申请人应当按规定的商品分类表填报使用商标的商品类别和商品名称，提出注册申请

B. 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

C. 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

D. 注册商标需要改变其标志的，应当申请更正

【考点】注册商标的申请

【分析】根据《商标法》第二十二条的规定，本题中，选项 ABC 正确。根据《商标法》第二十四条的规定，选项 D 错误。

【答案】ABC

19.【2012 年第 24 题】根据商标法及相关规定，下列关于商标注册申请的哪种说法是错误的？

A. 商标注册申请应当按商品分类表填报使用商标的商品类别和商品名称

B. 在一件商标注册申请中，可以要求在不同类别的商品上注册同一商标

C、商标注册申请人发现商标申请文件有不涉及实质内容的明显错误的，可以申请更正

D、商标注册申请人可以转让其商标注册申请

【考点】注册商标的申请

【分析】根据《商标法》第二十二条第一款的规定，本题中，选项 A 的说法正确，不符合题干要求。根据《商标法》第二十二条第二款的规定，选项 B 的说法正确，不符合题干要求。根据《商标法》第三十八条的规定，选项 C 的说法正确，不符合题干要求。根据《商标法实施条例》第十七条第二款的规定，申请人转让其商标注册申请的，应当向商标局办理转让手续。因此，选项 D 的说法正确，不符合题干要求。

【答案】无¹

20. 【2012 年第 64 题】根据商标法及相关规定，下列关于商标注册申请的哪些说法是正确的？²

A、申请商标注册应当提交《商标注册申请书》和商标图样

B、申请注册的商标为外文或者包含外文的，应当说明其含义

C、商标注册申请等有关文件，应当打字或者印刷

D、商标注册申请人应当提交能够证明其身份的有效证件的复印件

【考点】商标注册的申请

【分析】根据《商标法实施条例》第十三条第一款的规定，申请商标注册，应当按照公布的商品和服务分类表填报。每一件商标注册申请应当向商标局提交《商标注册申请书》1 份、商标图样 1 份；以颜色组合或者着色图样申请商标注册的，应当提交着色图样，并提交黑白稿 1 份；不指定颜色的，应当提交黑白图样。因此，选项 A 正确。根据《商标法实施条例》第十三条第七款的规定，商标为外文或者包含外文的，应当说明含义。因此，选项 B 正确。根据《商标法实施条例》第十五条第二款的规定，商标注册申请等有关文件以纸质方式提出的，应当打字或者印刷。因此，选项 C 正确。根据《商标法实施条例》第十四条第一款的规定，申请商标注册的，申请人应当提交其身份证明文件。商标注册申请人的名义与所提交的证明文件应当一致。因此，选项 D 正确。

【答案】ABCD

第二十三条【核定使用范围之外需另行申请】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。

一、本条含义

本条是关于注册商标核定使用范围之外商品上如何取得商标专用权的规定。

为了更加准确，本条将修改前的商标法第二十一条注册商标需要“在同一类的其他商品上使用”，应当另行提出注册申请的规定，修改为：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”，应当另行提出注册申请。

根据本法第五十六条的规定，注册商标的专用权，以核准注册的商标和核定使用的商品为限。对于注册商标而言，其专用权仅存在于其核定使用的商品上，在未核定使用的商品上，该商标不是注册商标，要在该商品上取得注册商标专用权，需要另行申请。如不另行申请即将注册商标在核定使用范围之外的商品上使用的，其权利无法得到法律保护，甚

¹ 国家知识产权局 2012 年条法司试题解析适用旧法，第 24 题答案为选项 B。

² 本题中，选项 CD 直接考察《商标法实施条例》（2002 年）第十五条第二款的规定，商标注册申请等有关文件，应当打字或者印刷。以及第十四条的规定，申请商标注册的，申请人应当提交能够证明其身份的有效证件的复印件。商标注册申请人的名义应当与所提交的证件相一致。《商标法实施条例》（2014 年）对上述法条进行了适当修改。

至可能侵犯他人的注册商标专用权。因此，本条规定，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，应当另行提出注册申请。另行提出申请时，应当遵守本法有关商标申请的规定。

第二十四条【改变标志需重新注册】注册商标需要改变其标志的，应当重新提出注册申请。

一、本条含义

本条是关于注册商标改变标志应当重新注册的规定。

商标经核准注册以后，不应随意变动，否则会直接影响消费者对商品的识别和选择。如果商标注册人需要改变注册商标标志，那就意味着需要使用一个新的商标，应经过法定的程序重新取得新的商标专用权。根据本法，商标是一种由文字、图形、字母、数字、三维标志、颜色组合和声音等构成的标志，因此本条所指的标志的改变，包括上述各种构成要素的改变。商标注册人在使用注册商标的过程中，自行改变注册商标的，根据本法第四十九条的规定，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。

第二十五条【优先权】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六个月内，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。

依照前款要求优先权的，应当在提出商标注册申请的时候提出书面声明，并且在三个月内提交第一次提出的商标注册申请文件的副本；未提出书面声明或者逾期未提交商标注册申请文件副本的，视为未要求优先权。

一、本条含义

本条是关于商标注册申请优先权的规定。

根据本条规定，在我国商标注册申请中的优先权制度的主要内容有：第一，优先权的期限是 6 个月，即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 个月内可以享有优先权，没有在 6 个月内主张，则不可再主张。第二，所主张的商标须是同一商标且就相同商品提出注册申请。如果在中国提出注册申请的商标与其在外国提出申请注册的商标不相同，即使申请注册在相同商品上，该商标注册申请人在该商标注册申请上不享有优先权；如果在中国提出注册申请的商标与其在外国提出申请注册的商标是同一商标，但申请注册的商品不相同，则商标注册申请人在该商标注册申请上也不享有优先权。第三，可以享有优先权的商标注册申请人，其第一次提出商标注册申请的所在国，应当与我国签订涉及优先权的协议，或者也参加了我国参加的规定了优先权的国际条约，或者与我国相互承认优先权。

商标注册申请优先权，不是自动产生的，需要商标注册申请人主张。要求优先权，第一，形式上应以书面声明方式提出；第二，时间上应在提出商标注册申请的时候提出；第三，证明文件方面，需要提交第一次提出的商标注册申请文件的副本，且须在提出书面声明 3 个月内提交。

二、真题分析

21.【2011 年第 39 题】巴黎公约某成员国的公民史密斯，首次将某商标向其所在国提出申请，此后欲就该商标向中国提出商标注册申请并要求优先权。根据商标法及相关规定，下列说法哪些是正确的？

A、其优先权期限为自史密斯对该商标在该外国第一次提出商标注册申请之日起十二个月

- B、其优先权期限为自史密斯对该商标在该外国第一次获得商标注册之日起六个月
 C、为享有优先权，史密斯应当在提出商标注册申请的时候提出要求优先权的书面声明
 D、为享有优先权，史密斯应当在中国就相同商品以该商标提出商标注册申请

【考点】优先权

【分析】根据《商标法》第二十五条的规定，本题中，史密斯自其商标在其所在国第一次提出商标注册申请要求优先权的期限应为“自其商标在外国第一次提出商标注册申请之日起六个月内”，而不是十二个月，也不是自获得注册之日起算，因此，选项 AB 错误。同时可知，要求优先权，需就相同商品以同一商标提出商标注册申请，并应当在提出商标注册申请的时候提出书面声明，未提出书面声明的，视为未要求优先权。因此，选项 CD 正确。

【答案】CD

第二十六条【国际展览会中的临时保护】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，自该商品展出之日起六个月内，该商标的注册申请人可以享有优先权。

依照前款要求优先权的，应当在提出商标注册申请的时候提出书面声明，并且在三个月内提交展出其商品的展览会名称、在展出商品上使用该商标的证据、展出日期等证明文件；未提出书面声明或者逾期未提交证明文件的，视为未要求优先权。

一、本条含义

本条是关于对商标在国际展览会中临时保护的规定。

我国关于国际展览会首次使用于展出商品上的商标予以临时保护制度的内容有：一是展览会须为中国政府主办的或者承认的国际展览会；二是商标须在上述国际展览会展出的商品上首次使用；三是优先权的期限是自该商品展出之日起 6 个月内。

特定国际展览会上首次使用的商标的优先权，不是自动产生的，需要商标注册申请人主张。要求优先权，第一，形式上应以书面声明方式提出；第二，时间上应在提出商标注册申请的时候提出；第三，证明文件方面，需要提交展出其商品的展览会名称、在展出商品上使用该商标的证据、展出日期等证明文件，且须在提出书面声明 3 个月内提交。如果没有提出要求优先权的书面声明，或者虽然提出了书面声明但没有在提出书面声明 3 个月内提交上述证明文件，则视为没有要求优先权，即不能将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该商标的日期视为提出注册申请的日期，只能以实际提交注册申请的日期作为提出注册申请的日期。

二、真题分析

22.【2013 年第 22 题】根据商标法及相关规定，商标在中国政府主办或承认的国际展览会展出的商品上首次使用的，自该商品展出之日起多长时间内，就该商标提出注册申请的，该申请人可以享有优先权？

- A、3 个月
 B、6 个月
 C、12 个月
 D、18 个月

【考点】商标优先权

【分析】根据《商标法》第二十六条第一款的规定，本题中，选项 ACD 错误，选项 B 正确。

【答案】B

23. 【2010 年第 81 题】根据商标法及相关规定，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，自该商品展出之日起多长时间内，就该商标提出注册申请的，该申请人可以享有优先权？

- A、6 个月
- B、9 个月
- C、12 个月
- D、18 个月

【考点】商标优先权

【分析】根据《商标法》第二十六条第一款的规定，本题中，选项 BCD 错误，选项 A 正确。

【答案】A

第二十七条【申请商标注册的行为规则】为申请商标注册所申报的事项和所提供的材料应当真实、准确、完整。

第三章 商标注册的审查和核准

第二十八条【初步审查】对申请注册的商标，商标局应当自收到商标注册申请文件之日起九个月内审查完毕，符合本法有关规定的，予以初步审定公告。

第二十九条【说明或者修正】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。

第三十条【驳回申请】申请注册的商标，凡不符合本法有关规定或者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。

一、本条含义

本条是关于商标局驳回商标注册申请的规定。

（一）申请注册的商标，不符合本法有关规定

这里所指的“本法有关规定”，主要包括本法第十条（关于商标禁用标志）、第十一条（因不具有显著特征不得注册）、第十二条（关于三维标志不得注册的情形）等有关绝对对拒绝注册理由的情形的规定等。不符合本法关于商标注册的规定，应当驳回其商标注册申请。

（二）申请注册的商标，同他人在同一种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

商标具有识别不同生产、经营者的商品或者服务的功能，如果不同的生产、经营者在同一种商品或者类似商品上使用相同或者近似的商标，就会造成消费者对商品来源的误认，商标将起不到区别商品来源的作用。因此，出现上述情形时，商标局应当驳回申请。“同一种商品”，是指名称相同的商品，或者名称虽然不相同，但指同一事物或者内容的商品。“类似商品”，是指在功能、用途等方面相同或基本相同的商品。在我国商标注册、管理实践中，商标审查员通常以商品分类表为参考来对同一种或者类似商品进行认定。需要注

意的是，商品分类表不是判断商品或者服务是否类似的标准，只是为了方便申请人填报和商标局进行审查的参考工具。因此，类似商品并不局限在商品分类表所划分的同一类中，有些在商品分类表中不属于同一类的，也可能被认定为是类似商品，甚至有些服务项目与商品也可能被认定为是类似的。“商标相同”，是指商标的构成要素完全相同或者基本相同。“商标近似”，是指商标的构成要素虽不完全相同，但其要素或者要素组合与比对商标近似，易使相关公众对商品的来源产生误认或者认为与比对商标有特定联系。商标相同和近似的判定，应从商标本身的形、音、义和整体表现形式等方面，以相关公众的一般注意力为标准，并采取整体观察与比对主要部分的方法，判断商标标志本身是否相同或者近似。

第三十一条【申请在先原则】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；同一天申请的，初步审定并公告使用在先的商标，驳回其他人的申请，不予公告。

一、本条含义

本条是关于申请在先原则的规定。

按照本条规定，我国对商标注册实行申请在先的原则。即两个或者两个以上的申请人在同一种商品或类似商品上申请相同或者近似商标时，应当初步审定并公告申请在先的商标。申请是否在先，根据商标局收到申请文件的日期来判断。其次，当申请日期是同一天时，根据申请在先原则将无法判断应初审公告哪一个商标，因此，为了解决同一天申请的这一特殊情况，本条规定了申请在先原则的补充原则：使用在先原则，即当两个或者两个以上的商标注册申请人，以相同或者近似的商标同一天在同一种商品或者类似商品上申请注册的，应当初步审定并公告使用在先的商标。

根据本法规定，初步审定并公告申请在先的商标，或者初步审定并公告同一天申请但使用在先的商标，应当相应地对申请在后的商标、同一天申请但使用在后的商标驳回申请，不予公告。根据本法规定，对于驳回申请、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，可以依法向商标评审委员会申请复审，对商标评审委员会的决定不服的，还可以依法向人民法院起诉。

二、真题分析

24.【2013 年第 13 题】甲公司自 2010 年底在其生产的洗涤剂上使用 X 商标，并于 2012 年 9 月 20 日向商标局申请注册该商标用于其生产的洗涤剂上。乙公司自 2011 年底在其生产的洗涤剂上使用相同的 X 商标，并于 2012 年 7 月 10 日向商标局申请注册 X 商标用于其生产的洗涤剂上。根据商标法及相关规定，在符合其他条件的情况下，下列哪种说法是正确的？

- A、商标局应当初步审定并公告甲公司申请的商标
- B、商标局应当初步审定并公告乙公司申请的商标
- C、商标局应当要求甲公司和乙公司协商确定商标注册申请人
- D、商标局应当要求甲公司和乙公司抽签确定商标注册申请人

【考点】商标申请在先原则

【分析】根据《商标法》第三十一条的规定，本题中，甲公司和乙公司在同一商品即洗涤剂上以相同的 X 商标申请注册，因此商标局应初步审定并公告申请在先的商标，即乙公司于 2012 年 7 月 10 日（早于甲公司申请日 2012 年 9 月 20 日）申请的商标，因此，选项 ACD 错误，选项 B 正确。

【答案】B

25. 【2011 年第 7 题】甲、乙两公司均在同一种商品上向商标局申请注册“伊人”商标。根据商标法及相关规定，下列说法哪些是正确的？

A、如果甲公司先于乙公司一天提出注册申请，但乙公司使用在先，则商标局应初步审定并公告甲公司申请注册的商标

B、如果甲公司先于乙公司一天提出注册申请，但乙公司使用在先，则商标局应初步审定并公告乙公司申请注册的商标

C、如果甲、乙两公司同一天提出注册申请，但乙公司使用在先，则商标局应初步审定并公告乙公司申请注册的商标

D、如果甲、乙两公司同一天提出注册申请，且甲、乙公司均未使用该商标，则商标局可以直接通知甲、乙两公司以抽签的方式确定一个申请人，驳回另一人的注册申请

【考点】商标申请在先原则

【分析】根据《商标法》第三十一条的规定，本题中，选项 AC 正确，选项 B 错误。根据《商标法实施条例》第十九条的规定，两个或者两个以上的申请人，在同一种商品或者类似商品上，分别以相同或者近似的商标在同一天申请注册的，各申请人应当自收到商标局通知之日起 30 日内提交其申请注册前在先使用该商标的证据。同日使用或者均未使用的，各申请人可以自收到商标局通知之日起 30 日内自行协商，并将书面协议报送商标局；不愿协商或者协商不成的，商标局通知各申请人以抽签的方式确定一个申请人，驳回其他人的注册申请。商标局已经通知但申请人未参加抽签的，视为放弃申请，商标局应当书面通知未参加抽签的申请人。因此，选项 D 错误。

【答案】AC

第三十二条【保护在先权利和禁止恶意抢注】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。

一、本条含义

本条是关于保护在先权利和禁止恶意抢注的规定。

“他人现有的在先权利”是指在商标注册申请人提出商标注册申请之前，他人已经取得的权利，如外观设计专利权、著作权、企业名称权等。商标权容易与这些权利发生冲突，所以本条规定申请商标注册不应损害他人现有的在先权利，即不得将他人已获得权利的外观设计等作为商标申请注册。

抢注他人商标，是将他人已经使用，并在消费者中已产生一定影响但未申请注册的商标抢先以自己的名义申请注册。这种行为违反了诚实信用原则，是一种恶意行为，扰乱了社会经济秩序，对这种行为应当制止。需要注意的是，本法规定的是，第一，“不得以不正当手段”抢先注册他人使用在先的商标，即抢注行为是一种恶意行为。第二，本条规定并不涉及所有使用在先的商标，仅仅涉及“有一定影响的商标”，即不得抢注他人使用在先并有一定影响的商标。

第三十三条【商标异议程序和核准注册】对初步审定公告的商标，自公告之日起三个月内，在先权利人、利害关系人认为违反本法第十三条第二款和第三款、第十五条、第十六条第一款、第三十条、第三十一条、第三十二条规定的，或者任何人认为违反本法第十条、第十一条、第十二条规定的，可以向商标局提出异议。公告期满无异议的，予以核准注册，发给商标注册证，并予公告。

一、本条含义

本条是关于商标异议程序和核准注册的规定。

异议是指社会公众对商标局初步审定予以公告的商标，提出反对注册的意见。即商标

局受理商标注册申请后，根据商标法的规定进行审查，将符合注册条件的商标注册申请，予以公告，让社会公众对该商标的注册提出意见。2013 年修改对异议主体进行了限定，将以侵犯在先权利为由提出异议的主体限定为在先权利人或者利害关系人。

本次修改对可以提出异议的主体根据异议的理由作了区分，将以侵犯在先权利为由提出异议的主体限定为在先权利人或者利害关系人。即针对可能违反本法第十三条第二款和第三款（驰名商标保护）、第十五条（禁止他人抢注）、第十六条第一款（地理标志保护）、第三十条（与在先商标相同或者近似）、第三十一条（初审公告申请在先商标，同一天申请初审公告使用在先商标）、第三十二条（不得损害在先权利、不得以不正当手段抢注他人已经使用并有一定影响的商标）的规定，仅能由在先权利人或者利害关系人提出异议。对违反本法第十条（关于商标禁用标志）、第十一条（因不具有显著特征不得注册）、第十二条（关于三维标志不得注册的情形）等有关绝对拒绝注册理由，任何人都可以提出异议。

二、真题分析

26. 【2011 年第 55 题】澳大利亚人汤姆逊欲对我国商标局初步审定并予以公告的某商标提出异议。根据商标法及相关规定，下列说法哪些是正确的？

- A、汤姆逊无权对该商标提出异议
- B、汤姆逊有权提出异议，提出异议的时间期限为自公告之日起三个月内
- C、汤姆逊有权提出异议，其异议应由商标评审委员会裁定
- D、汤姆逊有权提出异议，其异议应由商标局裁定

【考点】商标异议

【分析】根据《商标法》第三十三条的规定，商标法并没有限制对初步审定商标提出异议的主体的国籍，本题中，汤姆逊虽然是外国人，仍有权对该商标提出异议，但应在公告之日起三个月内提出异议，因此，选项 A 错误，选项 B 正确。根据《商标法》第三十五条的规定，对初步审定，予以公告的商标提出异议的应首先由商标局进行裁定，因此，选项 C 错误，选项 D 正确。

【答案】BD

第三十四条【驳回申请的救济程序】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十五日内向商标评审委员会申请复审。商标评审委员会应当自收到申请之日起九个月内做出决定，并书面通知申请人。有特殊情况需要延长的，经国务院工商行政管理部门批准，可以延长三个月。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三十日内向人民法院起诉。

一、本条含义

本条是关于驳回申请不予公告商标的处理程序的规定。

根据本法，申请注册的商标不符合本法规定或者同他人在同一种商品或者类似商品上已经注册或者初步审定的商标相同或者近似的，即有本法规定的绝对拒绝注册理由或者相对拒绝注册理由的，商标局应驳回申请，不予公告。根据本法规定的申请在先原则，如果两个或者两个以上的商标注册申请人，在同一种或者类似商品上，以相同或者近似商标申请注册的，初步审定并公告申请在先的商标；同一天申请的，初步审定并公告使用在先的商标，驳回其他人的申请，不予公告。驳回申请、不予公告的，商标局应当书面通知商标注册申请人，即应当作出书面决定，不得以口头方式通知。

对于驳回申请的决定，商标注册申请人如果不服，可以通过相应的行政程序和司法程序获得救济：第一，可以自收到驳回申请通知之日起 15 日内向商标评审委员会申请复审。

商标评审委员会应当作出决定并书面通知申请人。第二，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。这是商标法第二次修改时增加的内容，目的是与《与贸易有关的知识产权协议》的规定相一致，使有关获得与维持知识产权程序中做出的行政决定接受司法审查。

关于驳回申请复审的审查时限，是 2013 年商标法修改新增的内容，目的是提高商标审查效率，规范行政行为。按照本条规定，对商标驳回申请复审的基础审查时限为 9 个月。如果有特殊情况，商标评审委员会无法在 9 个月内对驳回申请复审做出决定而需要延长审查时限的，可以在前述九个月的基础上再延长 3 个月，但必须经国务院工商行政管理部门批准，不能由商标评审委员会自行延长。

二、真题分析

27. 【2013 年第 53 题】根据商标法及相关规定，针对商标局作出的下列哪些决定，当事人不服的，可以在法定期限内向商标评审委员会申请复审？

- A、商标注册申请不予受理的决定
- B、驳回商标注册申请、不予公告的决定
- C、撤销注册商标的决定
- D、商标异议申请不予受理的决定

【考点】注册商标的复审

【分析】根据《商标法》第三十四条第一款的规定，本题中，选项 B 正确。根据《商标法》第五十四条第一款的规定，因此，选项 C 正确。而当事人对商标注册申请不予受理的决定、商标异议申请不予受理的决定不服的，《商标法》及相关规定未规定可以向商标评审委员会申请复审，当事人可以根据《行政复议法》、《行政诉讼法》申请行政复议或行政诉讼。因此，选项 AD 错误。

【答案】BC

28. 【2011 年第 47 题】李某对商标局作出的驳回其注册申请的决定不服。根据商标法及相关规定，下列说法哪些是正确的？

- A、李某可以自收到通知之日起十五日内向商标局提出行政复议
- B、李某可以自收到通知之日起十五日内向商标评审委员会申请复审
- C、李某可以自收到通知之日起三个月内向商标评审委员会申请复审
- D、李某可以自收到通知之日起三个月内向北京市第一中级人民法院提起行政诉讼

【考点】驳回商标注册申请的复审

【分析】根据《商标法》第三十四条的规定，本题中，选项 B 正确，选项 ACD 错误。

【答案】B

第三十五条【商标异议的处理程序】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，自公告期满之日起十二个月内做出是否准予注册的决定，并书面通知异议人和被异议人。有特殊情况需要延长的，经国务院工商行政管理部门批准，可以延长六个月。

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，可以依照本法第四十四条、第四十五条的规定向商标评审委员会请求宣告该注册商标无效。

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十五日内向商标评审委员会申请复审。商标评审委员会应当自收到申请之日起十二个月内做出复审决定，并书面通知异议人和被异议人。有特殊情况需要延长的，经国务院工商行政管理部门批准，

可以延长六个月。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三十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。

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。

一、本条含义

本条是关于商标异议的处理程序的规定。

根据本规定，异议程序处理如下：（1）商标局听取异议人和被异议人的陈述事实和理由，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，发给商标注册申请人商标注册证，并予以公告。异议人如对此不服的，根据本规定，只能根据本法第四十四条、第四十五条的规定请求宣告无效，不能向商标评审委员会申请复审。（3）商标局做出不予注册决定的，被异议人如果不服的，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。商标评审委员会应当做出复审决定，并通知异议人和被异议人。（4）商标评审委员维持商标局的不予注册决定，被异议人不服的，可以自收到通知之日起 30 日内向人民法院提起诉讼。人民法院通知异议人作为第三人参加诉讼。（5）商标评审委员会经复审认为对被异议商标应当准予注册的，异议人不服的，只能依据本法第四十四条、第四十五条的规定通过无效宣告程序解决。

关于异议审查时限和不予注册决定复审审查时限，是 2013 年修改新增的内容，主要目的是为了提高商标审查效率，规范行政行为：（1）商标局对异议进行调查核实的基础审查时限为 12 个月，如果有特殊情况，商标局无法在 12 个月内作出是否准予注册的决定，可以在前述 12 个月的基础上延长 6 个月，但必须经国务院工商行政管理部门批准，不能由商标局自行延长。（2）商标评审委员会对不予注册决定进行复审的审查时限为 12 个月，如果有特殊情况，商标评审委员会无法在 12 个月内做出复审决定，可以在前述 12 个月的基础上延长 6 个月，但必须经国务院工商行政管理部门批准，不能由商标评审委员会自行延长。

第三十六条【决定的生效时间、权利取得时间及其效力】法定期限届满，当事人对商标局做出的驳回申请决定、不予注册决定不申请复审或者对商标评审委员会做出的复审决定不向人民法院起诉的，驳回申请决定、不予注册决定或者复审决定生效。

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三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。

一、本条含义

本条是关于对商标局、商标评审委员会所做决定的生效时间，以及对经审查异议不成立而准予注册商标的商标专用权生效时间和效力的规定。

对于在 3 个月的公告期内被提出异议的初步审定公告商标，商标局需要根据本法第三十五条的规定对异议进行调查核实，法定基础审查时限是 12 个月，有特殊情况的，经批准还可延长 6 个月。在异议不成立的情况下，申请人的商标权本该在 3 个月的公告期满即核准注册，但因异议而被动地拖延了。因此，本条在确定商标权取得时间时，对于异议不成立的，不是将异议调查结束准予注册的时间作为权利的取得时间，而是将初步审定公告 3 个月期满的时间作为商标权的取得时间，即自 3 个月的公告期满之日起该商标注册申请人即对该商标享有商标专用权，这样更有利于对商标权人的保护。

本条规定，自该商标异议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，但另一方面，如果使用者对该商标进行恶意使用，给商标注册人造成了损失，如果不要求该恶意使用者对商标注册人赔偿，也是不公平的。因此，本条在所述有关不具有追溯力的规定的基础上，规定因该使用者的恶意给商标注册人造成的损失，应当给予赔偿。

第三十七条【及时审查】对商标注册申请和商标复审申请应当及时进行审查。

第三十八条【更正】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。

前款所称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。

一、本条含义

本条是关于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，可以申请进行更正的规定。

申请更正的主体，可以是商标注册申请人，也可以是注册人。即无论是在商标注册申请程序中，还是在商标被核准注册后，商标注册申请人或者注册人均可以申请更正。关于申请更正的原因，是商标申请文件或者注册文件有明显的错误，例如将商标注册申请人或者注册人的地址写错，或者是名称写得不准确等。

进行更正的主体是商标局，即商标注册申请人或者注册人应当向商标局提出更正申请，商标局依法在其职权范围内作出更正，并通知当事人。

这种更正不能涉及商标申请文件或者注册文件的实质性内容。因为如果涉及实质性的内容，比如对商标构成要素进行更正，实际上是将原商标变成一个新的商标。在这种情况下就应当重新提出商标注册申请，在申请日期上就不能沿用原来商标申请的日期。

二、真题分析

29.【2010 年第 47 题】根据商标法及相关规定，下列说法哪些是正确的？

- A、商标注册申请人发现商标申请文件有明显错误的，可以申请更正
- B、商标注册人发现商标注册文件有明显错误的，可以申请更正
- C、更正商标注册文件的错误不应当涉及实质性内容
- D、更正商标申请文件的错误在一定条件下可以涉及实质性内容

【考点】错误的更正

【分析】根据《商标法》第三十八条的规定，本题中，选项 ABC 正确，选项 D 错误。

【答案】ABC

第四章 注册商标的续展、变更、转让和使用许可

第三十九条【有效期】注册商标的有效期为十年，自核准注册之日起计算。

一、本条含义

本条是关于注册商标有效期限的规定。

在实行商标注册制的国家，商标专用权是通过商标注册取得的，注册商标的有效期有严格的时间界限。商标权作为知识产权的一种，具有专有性、地域性和时间性等特征。商标权的时间性是指商标经商标注册机关核准后，在正常使用的情况下，可以在法定期间内受到法律保护。这一法定期间又称为注册商标的保护期、有效期。有效期届满后，商标权人如果希望继续使用注册商标并使之得到法律保护，则需按照法定程序进行续展注册。如果不发生宣告注册商标无效或者撤销注册商标的情况，商标注册人只要按照法定程序进行

续展注册，就可以将注册商标无限期地保护下去。在这一点上，商标权不同于同属知识产权的专利权和著作权。

二、真题分析

30. 【2013 年第 29 题】根据商标法及相关规定，注册商标有效期从下列哪一日期起算？

- A、核准注册之日
- B、申请注册之日
- C、初审公告之日
- D、初审合格之日

【考点】注册商标的期限

【分析】根据《商标法》第三十九条的规定，本题中，选项 A 正确。选项 BCD 错误。

【答案】A

31. 【2011 年第 15 题】甲公司就某商标于 2009 年 8 月 6 日向商标局提出注册申请，商标局于 2010 年 9 月 10 日初步审定并予以公告，并于 2010 年 12 月 22 日予以核准注册。根据商标法及相关规定，关于注册商标的有效期限，下列说法哪些是正确的？

- A、该注册商标的有效期限为 10 年，自 2009 年 8 月 6 日起计算
- B、该注册商标的有效期限为 7 年，自 2010 年 9 月 10 日起计算
- C、该注册商标的有效期限为 10 年，自 2010 年 12 月 22 日起计算
- D、该注册商标的有效期限为 7 年，自 2010 年 12 月 22 日起计算

【考点】注册商标的有效期限和期限起算日

【分析】根据《商标法》第三十九条的规定，本题中，选项 C 正确。选项 ABD 错误。

【答案】C

第四十条【续展手续】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限为十年，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。

商标局应当对续展注册的商标予以公告。

一、本条含义

本条是关于办理商标续展手续的规定。

为更好保护商标注册人权益，方便其办理续展手续，2013 年修改商标法对商标续展制度进行了修改：一是取消了办理商标续展的核准制，将商标续展由商标局的“核准”，修改为“按照规定办理续展手续”。商标注册人只要在法定期限内按照规定办理提交有效商标注册证、缴纳相关费用等手续后，商标局即应当予以续展。二是将办理商标续展的期限由修改前的“期满前六个月”，修改为“期满前十二个月”，使商标注册人可以更加从容地办理续展手续，同时也有助于解决实践中由于办理商标续展的时间较长，在商标有效期满时该商标仍未获得续展，从而给商标注册人正常使用商标造成不便（如无法通过注册商标海关备案阻止侵犯商标专用权的商品的进出口）等问题。

续展注册的商标，由商标局予以公告。商标续展注册连续不断，商标专用权可以成为一种“长久权”。

二、真题分析

32. 【2013 年第 64 题】根据商标法及相关规定，下列关于注册商标有效期的哪些说法是正确的？

- A、商品注册商标的有效期为 15 年，期满可以续展
- B、服务注册商标的有效期为 10 年，期满可以续展
- C、注册商标的每次续展注册有效期为 10 年
- D、注册商标续展注册最多不得超过 5 次

【考点】注册商标的有效期

【分析】根据《商标法》第三十九、四十条的规定，本题中，选项 BC 正确，选项 AD 错误。《商标法》及相关规定未对注册商标续展注册的次数作出限制性规定。

【答案】BC

33. 【2012 年第 6 题】根据商标法及相关规定，下列关于注册商标有效期的哪种说法是正确的？

- A、注册商标的有效期自申请之日起计算
- B、注册商标的有效期为 20 年
- C、注册商标有效期满，需要继续使用的，可以在期满前 6 个月内申请续展注册
- D、注册商标每次续展注册的有效期为 7 年，自核准续展注册之日起计算

【考点】注册商标的有效期、期限起算日

【分析】根据《商标法》第三十九条规定，本题中，选项 AB 错误。根据《商标法》第四十条的规定，选项 CD 错误。

【答案】无¹

34. 【2010 年第 55 题】商标注册人王某拥有的注册商标将于 2012 年 6 月 1 日有效期满。根据商标法及相关规定，在符合其他规定的情况下，王某在下列哪些时间申请续展注册，可以获得核准？

- A、2012 年 3 月 1 日
- B、2012 年 6 月 1 日
- C、2012 年 11 月 1 日
- D、2012 年 12 月 31 日

【考点】注册商标续展

【分析】根据《商标法》第四十条的规定，本题中，选项 ABC 的时间均在注册商标有效期满前十二个月、期满后六个月内，因此，选项 ABC 正确。选项 D 错误。

【答案】ABC

第四十一条【变更】注册商标需要变更注册人的名义、地址或者其他注册事项的，应当提出变更申请。

一、本条含义

本条是关于注册商标变更的规定。

商标注册人名义的变更，比如已经注册了商标的企业、事业单位，由于机制转换、体制改革、资产重组，引起了企业、事业单位名称的改变，使用新名称的单位或者个人不能简单地继续使用原商标注册人的名义，而应当向商标局申请变更商标注册人名义，使更换了名称的单位或者个人成为合法的商标注册人，依法享有商标专用权，不致因为未作变更而使其商标专用权得不到保护。商标注册人的地址和其他已作注册的事项，凡是发生改变

¹ 国家知识产权局条法司 2012 年试题解析适用旧法，第 6 题答案为选项 C。

时，都需要向商标局申请变更相应的注册事项。因为每一注册事项都反映了一定的权利义务，与一定的法律关系相联系，所以已经作了注册的事项一旦有了改变，就应依法办理变更手续。

按照本条规定，变更商标注册事项，应当向商标局提出变更申请。包括按照规定提交变更注册事项申请书，以及有关变更的证明材料等。有关变更商标注册事项的申请经商标局核准后，由商标局发给相应的证明，并予以公告。

二、真题分析

35. 【2012 年第 71 题】根据商标法及相关规定，下列哪些说法是正确的？

- A、注册商标需要在同一类的其他商品上使用的，应当提出变更申请
- B、注册商标需要改变其标志的，应当提出变更申请
- C、注册商标需要变更注册人地址的，应当提出变更申请
- D、注册商标需要变更注册人名义的，应当提出变更申请

【考点】注册商标的申请

【分析】根据《商标法》第二十三条的规定，本题中，选项 A 错误。根据《商标法》第二十四条的规定，选项 B 错误。根据《商标法》第四十一条的规定，选项 CD 正确。

【答案】CD

第四十二条【转让】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。

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相同或者近似的商标，应当一并转让。

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。

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。

一、本条含义

本条是关于注册商标转让的规定。

注册商标的转让，是指注册商标所有人在法律允许的范围内，将其注册商标转移给他人所有。转让注册商标是注册商标的主体发生变更，转让后的商标所有人不再是原商标注册人。转让注册商标与变更商标注册人名义不同，后者注册商标的主体并不发生改变，只是商标注册人的名义发生了变化。

我国商标法不强制要求商标与营业一起转让。但是，如果商标转让可能引起消费者对不同厂家的商品的来源产生混淆或导致商品质量的下降，或者商标转让有损于第三人或公众的利益，则应予禁止。按照本条规定，受让人应当保证使用该注册商标的商品质量。同时，这次修改商标法，还增加了关于商标转让的两项规定：一是要求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相同或者近似的商标，必须一并转让。二是明确对容易导致混淆或者有其他不良影响的商标转让申请，商标局不予核准。这两项规定就是出于防止因注册商标转让导致消费者对商品来源产生混淆以及导致他人或者公共利益受到损害的考虑。

本条规定注册商标的转让形式为协议转让，即由转让人与受让人签订注册商标转让协议，并共同向商标局提出申请。注册商标转让申请经商标局核准后，发给受让人相应证明，并予以公告。受让人自公告之日起享有商标专用权。

二、真题分析

36. 【2014 年第 68 题】根据商标法及相关规定，下列关于注册商标转让的哪些说法是正确的？

- A. 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
- B. 转让注册商标的，商标注册人对其在类似商品上注册的相同商标，应当一并转让
- C. 对容易导致混淆的转让，商标局不予核准
- D. 受让人自转让协议成立之日起享有商标专用权

【考点】商标转让

【分析】根据《商标法》第四十二条的规定，选项 ABC 正确，选项 D 错误。

【答案】ABC

37. 【2012 年第 90 题】张某在同一种商品上注册了两件近似的商标。现其欲转让给王某。根据商标法及相关规定，下列哪些说法是正确的？

- A、张某可以仅将这两件商标之一转让给王某
- B、张某应将这两件商标一并转让给王某
- C、张某应当和王某签订转让协议，并共同向商标局提出转让申请
- D、张某和王某的转让注册商标申请经商标局核准的后，予以公告，王某自公告之日起享有商标专用权¹

【考点】注册商标的转让

【分析】根据《商标法实施条例》第三十一条第二款的规定，转让注册商标，商标注册人对其在同一种或者类似商品上注册的相同或者近似的商标未一并转让的，由商标局通知其限期改正；期满未改正的，视为放弃转让该注册商标的申请，商标局应当书面通知申请人。本题中，张某应当将其在同一种商品上注册的相同或者相近的商标一并转让给王某，因此，选项 A 错误，选项 B 正确。根据《商标法》第四十二条的规定，以及《商标法实施条例》第三十一条第一款的规定，转让注册商标的，转让人和受让人应当向商标局提交转让注册商标申请书。转让注册商标申请手续应当由转让人和受让人共同办理。商标局核准转让注册商标申请的，发给受让人相应证明，并予以公告。因此，选项 CD 正确。

【答案】BCD

38. 【2010 年第 23 题】根据商标法及相关规定，转让注册商标的，受让人自何时起享有商标专用权？

- A、转让合同成立之日
- B、转让合同生效之日
- C、转让人和受让人共同向商标局提出转让申请之日
- D、转让注册商标经核准后，予以公告之日

【考点】注册商标转让的生效时间

【分析】根据《商标法》第四十二条第三款的规定，选项 D 正确，选项 ABC 错误。

【答案】D

39. 【2010 年第 62 题】根据商标法及相关规定，下列关于转让注册商标的说法哪些是正确的？

- A、转让人和受让人应当签订转让协议
- B、转让人和受让人应当向商标局提交转让注册商标申请书
- C、商标注册人对其在同一种或者类似商品上注册的相同或者近似的商标，应当一并转让

¹ 本选项考察 2002 年修改的《商标法实施条例》第二十五条第一款，为适应 2014 年修改的《商标法实施条例》第三十一条第一款，将其进行了适当修改。

D、对可能产生误认、混淆或者其他不良影响的转让注册商标申请，商标局不予核准，书面通知申请人并说明理由

【考点】注册商标的转让

【分析】根据《商标法》第四十二条第一款的规定，选项 A 正确。《商标法实施条例》第三十一条的规定，转让注册商标的，转让人和受让人应当向商标局提交转让注册商标申请书。转让注册商标申请手续应当由转让人和受让人共同办理。商标局核准转让注册商标申请的，发给受让人相应证明，并予以公告。转让注册商标，商标注册人对其在同一种或者类似商品上注册的相同或者近似的商标未一并转让的，由商标局通知其限期改正；期满未改正的，视为放弃转让该注册商标的申请，商标局应当书面通知申请人。因此，选项 BC 正确。

需要注意的是，选项 D 考察 2002 年修改的《商标法实施条例》第二十五条第三款，“对可能产生误认、混淆或者其他不良影响的转让注册商标申请，商标局不予核准，书面通知申请人并说明理由。”而在 2014 年修改《商标法实施条例》第三十一条中删除了该规定。

【答案】ABCD

第四十三条【使用许可】 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。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。

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。

一、本条含义

本条是关于注册商标使用许可的规定。

注册商标使用许可，是指商标权人将其所有的注册商标使用权分离出一部或全部许可给他人有偿使用。商标权人为许可人，使用商标的一方为被许可人。商标使用许可不同于商标的转让，后者的结果是原商标注册人丧失了商标的所有权；而商标使用许可不发生商标所有权转移的问题。商标使用许可有利于更好地发挥商标促进商品生产和流通的作用，也是商标权人充分行使其权利的表现。

商标使用许可可以分为独占使用许可、排他使用许可和普通使用许可。独占使用许可，是指商标注册人在约定的期间、地域和以约定的方式，将该注册商标仅许可一个被许可人使用，商标注册人依约定不得使用该注册商标。排他使用许可，是指商标注册人在约定的期间、地域和以约定的方式，将该注册商标仅许可一个被许可人使用，商标注册人依约定可以使用该注册商标但不得另行许可他人使用该注册商标。普通使用许可，是指商标注册人在约定的期间、地域和以约定的方式，许可他人使用其注册商标，并可自行使用该注册商标和许可他人使用其注册商标。商标使用许可也可以分为完全使用许可和部分使用许可。完全使用许可，是指被许可人依约定可以在该注册商标核定使用的商品上使用；部分使用许可，是指被许可人只能依约定在该注册商标核定使用的部分商品上使用。

按照本条规定，商标注册人许可他人使用其注册商标，应当将该商标使用许可报商标局备案，由商标局公告。需要注意的是，2013 年修改商标法，将报商标局备案的对象，由“商标使用许可合同”修改为“商标使用许可”。即当事人向商标局报送有关商标使用许可的情况，如被许可使用的商标的情况、许可人、被许可人、许可范围等即可，不再要求

其提交商标使用许可合同。这主要是出于保护相关当事人商业秘密的考虑。

此次修改商标法还增加了“商标使用许可未经备案不得对抗善意第三人”的规定，主要是针对实践中存在多个具有独占或者排他性质的商标使用许可，被许可人之间的权利范围存在交叉冲突的情况。在这种情况下，经商标局备案的商标使用许可的被许可人，可以对抗其他未经备案的被许可人；未经商标局备案的商标使用许可的被许可人，则不得对抗其他善意的被许可人。

二、真题分析

40. 【2014 年第 53 题】甲公司与乙公司签订商标使用许可合同，许可乙公司使用其注册商标。根据商标法及相关规定，下列哪些说法是正确的？

- A. 甲公司应当将其商标使用许可报商标局备案，未经备案该商标使用许可不得对抗善意第三人
- B. 甲公司应当监督乙公司使用该注册商标的商品质量
- C. 乙公司必须在其使用该注册商标的商品上标明乙公司名称
- D. 乙公司必须在其使用该注册商标的商品上标明商品产地

【考点】商标使用许可

【分析】根据《商标法》第四十三条的规定，选项 ABCD 正确。

【答案】ABCD

41. 【2013 年第 79 题】甲公司将其注册商标以独占许可的方式许可给乙公司使用，并向商标局办理了备案手续。根据商标法及相关规定，下列哪些说法是正确的？

- A. 甲公司应当监督乙公司使用该商标的商品质量
- B. 乙公司应当在使用该商标的商品上标明自己的名称和产地
- C. 在该注册商标专用权被侵害时，乙公司可以单独向人民法院提起诉讼
- D. 在该注册商标专用权被侵害时，乙公司只有在甲公司不起诉的情况下才可以自行向人民法院提起诉讼

【考点】注册商标的许可

【分析】根据《商标法》第四十三条第一款的规定，本题中，甲公司将其商标许可给乙公司使用，因此，应当监督乙公司使用该商标的商品质量，选项 A 正确。根据《商标法》第四十三条第二款的规定，被许可人乙公司应当在使用该商标的商品上标明自己的名称和产地，因此，选项 B 正确。《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第四条第二款规定，在发生注册商标专用权被侵害时，独占使用许可合同的被许可人可以向人民法院提起诉讼；排他使用许可合同的被许可人可以和商标注册人共同起诉，也可以在商标注册人不起诉的情况下，自行提起诉讼；普通使用许可合同的被许可人经商标注册人明确授权，可以提起诉讼。本题中，乙公司是独占使用许可合同的被许可人，因此其可以在发生注册商标专用权被侵害时直接向人民法院提起诉讼，因此，选项 C 正确，选项 D 错误。

【答案】ABC

42. 【2012 年第 82 题】根据商标法及相关规定，下列关于商标使用许可的哪些说法是正确的？

- A. 注册商标使用许可合同应当报商标局备案
- B. 许可人应当监督被许可人使用其注册商标的商品质量
- C. 经许可使用他人注册商标的，可以不标明被许可人的名称和商品产地
- D. 发生商标侵权纠纷的，排他使用许可合同的被许可人可以在商标注册人不起诉的

情况下自行向人民法院提起诉讼

【考点】注册商标的许可

【分析】根据《商标法》第四十三条的规定，本题中，选项 AB 正确，选项 C 错误。根据《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第四条第二款的规定，选项 D 正确。

【答案】ABD

43. 【2010 年第 31 题】根据商标法及相关规定，订立商标使用许可合同后应当到商标局办理下列哪些手续？

- A、注册
- B、登记
- C、备案
- D、核准

【考点】注册商标的许可

【分析】根据《商标法》第四十三条第三款的规定，选项 ABD 错误，选项 C 正确。

【答案】C

第五章 注册商标的无效宣告

第四十四条【违反绝对拒绝注册理由的无效程序】已经注册的商标，违反本法第十条、第十一条、第十二条规定的，或者是以欺骗手段或者其他不正当手段取得注册的，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。

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十五日内向商标评审委员会申请复审。商标评审委员会应当自收到申请之日起九个月内做出决定，并书面通知当事人。有特殊情况需要延长的，经国务院工商行政管理部门批准，可以延长三个月。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三十日内向人民法院起诉。

其他单位或者个人请求商标评审委员会宣告注册商标无效的，商标评审委员会收到申请后，应当书面通知有关当事人，并限期提出答辩。商标评审委员会应当自收到申请之日起九个月内做出维持注册商标或者宣告注册商标无效的裁定，并书面通知当事人。有特殊情况需要延长的，经国务院工商行政管理部门批准，可以延长三个月。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三十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。

一、本条含义

本条是关于对违反本法有关不得作为商标使用、注册规定的注册商标、以欺骗手段或者其他不正当手段取得注册商标的处理规定。

2013 年修改商标法，对撤销注册商标与宣告注册商标无效这两种情形进行了区分：违反有关商标使用管理规定的注册商标，由商标局依法予以撤销并公告，该注册商标专用权自公告之日起终止；违反有关商标注册规定的注册商标，由商标局或者商标评审委员会依法宣告该注册商标无效并由商标局公告，该注册商标专用权视为自始即不存在。

本条是针对违反本法第十条、第十一条、第十二条等有关不得作为商标使用、注册的规定（学理上一般称之为绝对拒绝注册理由）的注册商标和以欺骗手段或者其他不正当手段取得注册商标的处理规定。本条还对以欺骗手段或者其他不正当手段取得注册商标的处

理作出了规定。以欺骗手段或者其他不正当手段取得注册，是指以虚构、隐瞒事实真相或者提交伪造的申请文件及其他有关证明文件取得商标注册等情况，如伪造申请文件签章、使用虚假的身份证或营业执照、涂改经营范围、编造有关虚假申请事项等。

无论是对商标评审委员会作出的有关注册商标无效宣告的复审决定不服提起的诉讼，还是对商标评审委员会作出的有关注册商标无效宣告的裁定不服提起的诉讼，都属于行政诉讼。按照行政诉讼法的规定，公民、法人或者其他组织认为行政机关和行政机关工作人员的具体行政行为侵犯其合法权益的，有权依照行政诉讼法向人民法院提起诉讼。本法第二条中规定，国务院工商行政管理部门设立商标评审委员会，负责处理商标争议事宜。商标评审委员会属于行政主体，其所做出有关注册商标无效宣告的决定或者裁定属于具体行政行为。因此，当事人可以依法在收到有关复审决定或者裁定的通知之日起 30 日内向人民法院提起行政诉讼。人民法院经审理认为商标评审委员会的决定或者裁定正确的，应当予以维持；属于维持宣告注册商标无效的决定或者裁定的，应当移交商标局办理注销手续。

二、真题分析

44. 【2014 年第 73 题】根据商标法及相关规定，已经注册的商标有下列哪些情形的，由商标局宣告该注册商标无效？

- A. 商标标志带有民族歧视性
- B. 商标标志缺乏显著特征
- C. 商标注册人在使用注册商标的过程中，自行改变注册商标
- D. 商标是以欺骗手段取得注册的

【考点】注册商标无效

【分析】根据《商标法》第四十四条第一款、第十条第（六）项、第十一条的规定，本题中，选项 ABD 正确。根据《商标法》第四十九条第一款的规定，选项 C 不属于商标局可以宣告注册商标无效的情形，因此，选项 C 错误。

【答案】ABD

45. 【2010 年第 69 题】根据商标法及相关规定，如果已经注册的商标是以欺骗手段或者其他不正当手段取得注册的，则下列说法哪些是正确的？

- A. 由商标局宣告撤销该注册商标无效¹
- B. 由商标评审委员会直接撤销该注册商标
- C. 其他单位或者个人可以请求商标局裁定撤销该注册商标
- D. 其他单位或者个人可以请求商标评审委员会裁定撤销该注册商标

【考点】注册商标的撤销

【分析】根据《商标法》第四十四条第一款的规定，本题中，选项 AD 正确，选项 BC 错误。

【答案】AD

第四十五条【违反相对拒绝注册理由的无效程序】已经注册的商标，违反本法第十三条第二款和第三款、第十五条、第十六条第一款、第三十条、第三十一条、第三十二条规定的，自商标注册之日起五年内，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五年的时间限制。

商标评审委员会收到宣告注册商标无效的申请后，应当书面通知有关当事人，并限期提出答辩。商标评审委员会应当自收到申请之日起十二个月内做出维持注册商标或者宣告

¹ 本题考察 2002 年修改的《商标法》第四十一条第一款，为适应 2014 年修改的《商标法》第四十四条第一款的规定，将该选项进行了适当修改。

注册商标无效的裁定，并书面通知当事人。有特殊情况需要延长的，经国务院工商行政管理部门批准，可以延长六个月。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三十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。

商标评审委员会在依照前款规定对无效宣告请求进行审查的过程中，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。

一、本条含义

本条是关于对违反本法有关商标注册不得与他在在先权利相冲突的规定的注册商标的处理规定。

由于本条规定的违法注册商标主要涉及民事权益争议的内容，因此未赋予商标局直接宣告上述注册商标无效的职权，而是规定在先权利人或者利害关系人可以自商标注册之日起 5 年内，向商标评审委员会请求宣告该注册商标无效。对恶意注册驰名商标的，驰名商标所有人还可以无限期追究，不受 5 年时间的限制。

2014 年修改商标法，增加了关于商标评审委员会中止审查程序的规定。实践中较多的商标无效宣告案件需要等待该案涉及的在先权利的确定，当案件涉及的在先权利正在由人民法院审理或者行政机关处理，其确定需要以相关案件的处理结果为依据的，为公平保障当事人的权益，商标评审委员会可以中止对本案的审查处理，待在先权利确定后再行恢复审查程序。商标评审委员会中止审查的期间，不计入商标评审委员会对该案的审查期限。

二、真题分析

46. 【2014 年第 20 题】王某认为某注册商标侵犯了其在先的著作权，根据商标法及相关规定，王某可以如何处理？

- A. 自商标注册之日起五年内请求商标局撤销该注册商标
- B. 自商标注册之日起五年内请求商标评审委员会撤销该注册商标
- C. 自商标注册之日起五年内请求商标局宣告该注册商标无效
- D. 自商标注册之日起五年内请求商标评审委员会宣告该注册商标无效

【考点】注册商标无效

【分析】根据《商标法》第四十五条第一款、第三十二条的规定，本题中，王某可以自商标注册之日起 5 年内请求商标评审委员会宣告该注册商标无效，因此，选项 ABC 错误，选项 D 正确。

【答案】D

47. 【2010 年第 76 题】根据商标法及相关规定，如果某注册商标属于未经许可使用著作权人王某在先完成的美术作品，则下列说法哪些是正确的？

- A. 自商标注册之日起三年内，商标局可以直接撤销该注册商标
- B. 自商标注册之日起五年内，商标局可以直接撤销该注册商标
- C. 自商标注册之日起五年内，王某可以请求商标评审委员会裁定撤销该注册商标
- D. 自商标注册之日起六年内，王某可以请求商标评审委员会裁定撤销该注册商标

【考点】注册商标的撤销

【分析】根据《商标法》第四十五条第一款的规定，本题中，选项 ABD 错误，选项 C 正确。

【答案】C

第四十六条【无效审查决定、裁定的生效】法定期限届满，当事人对商标局宣告注册

商标无效的决定不申请复审或者对商标评审委员会的复审决定、维持注册商标或者宣告注册商标无效的裁定不向人民法院起诉的，商标局的决定或者商标评审委员会的复审决定、裁定生效。

一、本条含义

本条是关于商标局、商标评审委员会有关宣告注册商标无效或者维持注册商标的决定、裁定生效的规定。

根据本法规定，对于商标局宣告注册商标无效的决定，当事人应当在 15 日内向商标评审委员会申请复审；对于商标评审委员会做出的复审决定，以及商标评审委员会根据有关单位或者个人的请求做出的维持注册商标或者宣告注册商标无效的裁定，有关当事人应当在 30 日内向人民法院起诉。这里的“十五日”和“三十日”就是本条规定的“法定期限”。按照本条规定，当事人在法定期限内对商标局做出的决定不申请复审，该决定即生效；当事人在法定期限内对商标评审委员会的复审决定和裁定不向人民法院起诉的，该复审决定、裁定生效。超过法定期限，当事人即丧失了申请复审权、起诉权。

如果当事人在法定期限内就商标局的决定申请复审，或者就商标评审委员会的复审决定、裁定向人民法院起诉的，则商标局的决定、商标评审委员会的复审决定、裁定不产生效力。

第四十七条【商标无效的法律效力】依照本法第四十四条、第四十五条的规定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。

依照前款规定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。

第六章 商标使用的管理

第四十八条【商标使用】本法所称商标的使用，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。

一、本条含义

本条是关于商标使用的含义的规定。

按照本条的规定，商标使用是以识别商品来源为目的将商标用于商业活动的行为。如果不是以识别商品来源为目的使用商标，或者将商标用于非商业活动中，都不构成本法意义上的商标使用。商标使用在形式上，表现为将商标用于商品、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，但并不限于以上几种情形。对于不属于本条规定的情形，但实质上是以识别商品来源为目的将商标用于商业活动的行为，即应认定为本法意义上的商标使用。

第四十九条【注册商标的撤销】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。

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。商标局应当自收到申请之日起九个月内做出决定。有特殊情况需要延长的，经国务院工商行政管理部门批准，可以延长三个月。

一、本条含义

本条是关于对使用注册商标的违法行为处理，以及撤销成为其核定使用的商品的通用名称及无正当理由连续 3 年不使用的注册商标的规定。

2013 年修改商标法，增加了任何单位或者个人可以申请商标局撤销“成为其核定使用的商品的通用名称”的注册商标的规定。商品的通用名称是在某一范围内约定俗成，被特定行业普遍使用的某一类商品或者服务的名称，具有公用性，为某行业共同使用。商品的通用名称缺乏显著性，其作为商标起不到区分商品来源的作用。按照本法第九条的规定，申请注册的商标应当具有显著特征。在具有显著特征的商标获得注册后，出于商标所有人的广告宣传不当，其对商标管理不善、保护不力，或者出于其他竞争者或社会公众方面的原因，有可能导致该注册商标逐渐失去显著特征，成为该类商品的通用名称。如“热水瓶”、“尼龙”、“阿司匹林”等，都曾是商标，由于各种原因都转化成了商品的通用名称。注册商标成为其核定使用商品的通用名称，即丧失了显著特征，不再具备区分商品来源的功能。按照本条规定，对于这类注册商标，任何单位或者个人可以向商标局申请撤销。

注册商标没有正当理由连续 3 年不使用，不但该商标不会产生价值，发挥商标的功能和作用，而且还会影响到他人注册或使用该商标。这次修改商标法，对这类商标的处理作了修改：一是将该类商标由“商标局责令限期改正或者撤销”，改为商标局依任何单位或者个人的申请予以撤销，商标局不再主动撤销该类商标。二是明确了申请撤销的商标限于“没有正当理由”而不使用的商标。即对于有正当理由而连续 3 年不使用的注册商标，不予撤销。如使用于药品的注册商标，因该药品上市审批等原因导致其连续 3 年不使用的，即应属于本条规定的“正当理由”。

二、真题分析

48. 【2014 年第 27 题】某注册商标在使用过程中成为了其核定使用的商品的通用名称。根据商标法及相关规定，下列有关该注册商标的哪种说法是正确的？

- A. 任何单位或者个人可以请求商标局宣告该注册商标无效
- B. 任何单位或者个人可以向商标局申请撤销该注册商标
- C. 任何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
- D. 地方工商行政管理部门可以责令限期改正；期满不改正的，由商标局撤销该注册

商标

【考点】商标的撤销

【分析】根据《商标法》第四十九条第二款的规定，选项 ACD 错误，选项 B 正确。

【答案】B

49. 【2013 年第 18 题】甲公司为某注册商标的商标注册人，现其没有正当理由已连续三年停止使用该商标。根据商标法及相关规定，下列哪种说法是正确的？¹

- A. 任何人均可向商标局提出异议
- B. 任何人均可向商标局申请撤销该注册商标
- C. 任何人均可向商标评审委员会提出异议
- D. 任何人均可向商标评审委员会申请撤销该注册商标

【考点】注册商标的使用

【分析】根据《商标法》第四十九条第二款的规定，以及《商标法实施条例》第六十

¹ 本题考察旧法第四十四条，将其适当修改，即在题干增加“无正当理由”以适应新法第四十九条的规定。

六条第一款的规定，有商标法第四十九条规定的注册商标无正当理由连续 3 年不使用情形的，任何单位或者个人可以向商标局申请撤销该注册商标，提交申请时应当说明有关情况。因此，选项 B 正确，选项 ACD 错误。

【答案】B

50. 【2012 年第 20 题】根据商标法及相关规定，下列哪种情况导致注册商标被撤销或注销的，该注册商标专用权视为自始即不存在？

- A、因无正当理由连续三年停止使用而被撤销的¹
- B、因商标注册人死亡而被注销的²
- C、因商标标志缺乏显著特征而被撤销的
- D、因自行改变注册商标而被撤销的

【考点】注册商标专有权的消灭

【分析】根据《商标法》第四十九条的规定，《商标法》第四十四条第一款的规定，以及《商标法》第五十五条第二款的规定，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。因此，选项 ACD 错误。

需要注意的是，根据《商标法》第四十七条第一款、第五十五条第二款的规定，2013 年修改商标法，对宣告注册商标无效和撤销注册商标两种情形进行了区分：对于被撤销的注册商标，法律后果为该注册商标专用权自公告之日起终止；而对于违反有关商标注册规定的注册商标，法律后果为该注册商标专用权视为自始即不存在。

【答案】无³

51. 【2011 年第 92 题】根据商标法及相关规定，下列哪些情况下，商标局可以责令商标注册人限期改正或者撤销其已注册的商标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？⁴

- A、无正当理由连续三年停止使用的
- B、在使用注册商标时自行改变注册商标的
- C、在使用注册商标时自行改变注册商标的注册人地址的
- D、在宽展期满后仍未就其注册商标申请续展注册的

【考点】注册商标使用的管理

【分析】根据《商标法》第四十九条的规定，选项 ABC 正确。根据《商标法》第四十条的规定，选项 D 错误。

【答案】ABC

52. 【2010 年第 83 题】根据商标法及相关规定，使用注册商标有下列哪些行为的，由商标局责令限期改正或者撤销其注册商标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？⁵

- A、自行改变注册商标的
- B、自行改变注册商标的注册人地址的
- C、自行改变注册人名义的
- D、连续两年停止使用的

¹ 本选项考察旧法第四十四条，将其适当修改，即增加“无正当理由”以适应新法第四十九条的规定。

² 本选项考察旧实施条例第四十七条第二款，现在已经将该款删除，因此，删除本选项。

³ 国家知识产权局条法司 2012 年试题解析适用旧法，第 20 题答案为选项 C。

⁴ 本题考察旧法第四十四条，将其适当修改以适应新法第四十九条的规定。

⁵ 本题考察旧法第四十四条，将其适当修改以适应新法第四十九条的规定。

【考点】注册商标的使用

【分析】根据《商标法》第四十九条的规定，选项 ABC 正确。选项 D 错误。

【答案】ABC

第五十条【一年内不予核准】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。

一、本条含义

本条是关于被撤销、被宣告无效或者被注销商标管理的规定。

本条规定并不是仍要保护已被撤销、被宣告无效或注销的商标的权利，而主要是出于维护市场秩序和保护消费者的利益、防止消费者对商品来源产生混淆的考虑。当一些注册商标被撤销、被宣告无效或注销时，由于商品本身的周转期较长和商标声誉在消费者中的影响较大，商标专用权终止或被宣告自始无效时，并不等于该商标在市场上或者消费者中彻底消失，原商标注册人生产的使用该注册商标的商品并不能立即退出市场，在流通领域还会存在一定时期。因此，如果立刻核准其他人注册的与之相同或者近似的商标，就有可能使市场上同时出现带有相同或者近似的商标的商品，从而可能造成消费者的误认、误购。为了防止出现这种情况，维护消费者的利益，对这些已被撤销、被宣告无效或注销的商标，也要加强管理。

本条规定了 1 年的过渡期。在这个过渡期内，不核准他人提出的相同或者近似商标的注册申请。过渡期后，商标局可以核准该类商标注册申请。

二、真题分析

53.【2011 年第 100 题】1998 年 3 月 23 日，甲公司获得“明辉”商标的核准注册，核定使用在金属合页商品上。乙公司于 2008 年 6 月 3 日开始在金属合页商品上使用“明辉”商标。甲公司欲续展其“明辉”商标。根据商标法及相关规定，下列说法哪些是正确的？

- A、甲公司应当在 2007 年 9 月 23 日至 2008 年 3 月 23 日期间内提出续展注册申请
- B、若甲公司的续展申请获得核准，则该商标的有效期自 2008 年 3 月 24 日起计算
- C、在甲公司提出续展申请后获得核准前，甲公司可以乙公司侵犯其注册商标专用权提起诉讼的，人民法院可以不予受理
- D、若甲公司未获得商标续展，则对于乙公司 2008 年 10 月对其金属合页商品提出“明辉”商标的注册申请，商标局应不予核准注册

【考点】注册商标的续展申请

【分析】根据《商标法》第三十九、四十条的规定，本题中，甲公司 1998 年 3 月 23 日获得“明辉”商标的核准注册，该商标的有效期满之日应为 2008 年 3 月 22 日，因此，甲公司应当在该商标有效期满前 12 个月内即 2007 年 3 月 23 日至 2008 年 3 月 22 日期间提出续展申请，因此，选项 A 错误。并且甲公司“明辉”商标上一届有效期满之日为 2008 年 3 月 22 日，其续展商标的有效期应自 2008 年 3 月 23 日起计算。因此，选项 B 错误。

根据《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第五条的规定，商标注册人或者利害关系人在注册商标续展宽展期内提出续展申请，未获核准前，以他人侵犯其注册商标专用权提起诉讼的，人民法院应当受理。因此，选项 C 错误。根据《商标法》第五十条的规定，即使甲公司未对“明辉”商标提出续展申请，注销之日起 1 年内商标局对乙公司就该商标提出的注册申请仍应不予核准，因此，选项 D 正确。

【答案】D

54. 【2010 年第 90 题】根据商标法及相关规定，注册商标被撤销的，自撤销之日起多长时间内，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？

- A、一年内
- B、三年内
- C、五年内
- D、七年内

【考点】注册商标的使用

【分析】根据《商标法》第五十条的规定，选项 A 正确，选项 BCD 错误。

【答案】A

第五十一条【违反强制注册规定的法律责任】违反本法第六条规定的，由地方工商行政管理部门责令限期申请注册，违法经营额五万元以上的，可以处违法经营额百分之二十以下的罚款，没有违法经营额或者违法经营额不足五万元的，可以处一万元以下的罚款。

第五十二条【不当使用未注册商标的法律责任】将未注册商标冒充注册商标使用的，或者使用未注册商标违反本法第十条规定的，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，违法经营额五万元以上的，可以处违法经营额百分之二十以下的罚款，没有违法经营额或者违法经营额不足五万元的，可以处一万元以下的罚款。

一、本条含义

本条是关于强制注册商标管理的规定。

我国商标注册制度在总的原则上实行自愿注册，但对极少数商品又规定必须使用注册商标。本法第六条明确规定，法律、行政法规规定必须使用注册商标的商品，必须申请商标注册，未经核准注册的，不得在市场销售。目前，在我国必须使用商标的商品为烟草制品，对这类商品法律要求强制使用注册商标，有利于对商标注册人实行监督，有利于对特殊商品进行严格的管理。强制使用注册商标，本身就是要商标注册人对强制使用商标的商品负责。本条的规定是对第六条规定的补充，明确规定了违法者所应承担的法律责任。

按照本法第六条和本条的规定，对法律、行政法规规定必须使用注册商标的商品，不使用商标或者使用未注册商标的，由地方工商行政管理部门责令其在规定的期限内申请注册，并可以根据情节处以罚款：违法经营额 5 万元以上的，可以处违法经营额 20% 以下的罚款；没有违法经营额或者违法经营额不足 5 万元的，可以处 1 万元以下的罚款。

二、真题分析

55. 【2012 年第 78 题】根据商标法及相关规定，使用未注册商标，有下列哪些行为的，由地方工商行政管理部门予以制止，限期改正，并可以予以通报或者处以罚款？¹

- A、冒充注册商标的
- B、使用的商标带有民族歧视的
- C、粗制滥造，以次充好，欺骗消费者的
- D、夸大宣传并带有欺骗性的带有欺骗性，容易使公众对商品的质量等特点或者产地产生误认的

【考点】未注册商标的使用

【分析】根据《商标法》第五十二、十条的规定，选项 ABCD 正确。

【答案】ACD²

¹ 本题考察旧法第四十八、十条，现删除选项 B，并修改选项 C 以适应新法第五十二、十的规定。

² 国家知识产权局条法司 2012 年试题解析适用旧法，第 78 题答案为 ABCD。

56. 【2011 年第 23 题】根据商标法及相关规定，使用未注册商标有下列哪些情形的，由地方工商行政管理部门予以制止，限期改正？¹

- A、冒充注册商标
- B、商标标志缺乏显著特征
- C、商标标志夸大宣传并带有欺骗性带有欺骗性，容易使公众对商品的质量等特点或者产地产生误认
- D、使用商标的商品粗制滥造，以次充好，欺骗消费者

【考点】未注册商标的使用

【分析】根据《商标法》第五十二、十、十一条的规定，选项 AC 正确，而选项 B 只是规定不得作为商标注册。

【答案】AC

57. 【2011 年第 97 题】根据商标法及相关规定，下列说法哪些是正确的？

- A、未注册商标不得在市场销售的商品上使用
- B、使用未注册商标不得冒充注册商标
- C、国家规定必须使用注册商标的商品，必须申请商标注册，未经核准注册的，不得在市场销售
- D、国家规定必须使用注册商标的商品，必须申请商标注册，未经核准注册的，可以在市场销售，但不享有商标专用权

【考点】未注册商标的使用

【分析】根据《商标法》第五十二的规定，选项 B 正确。根据《商标法》第三十二的规定，商标法允许未注册商标在市场上销售的产品上使用，因此，选项 A 错误。根据《商标法》第六的规定，选项 C 正确，选项 D 错误。

【答案】BC

第五十三条【违法使用“驰名商标”字样的法律责任】违反本法第十四条第五款规定的，由地方工商行政管理部门责令改正，处十万元罚款。

第五十四条【撤销决定的救济程序】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十五日内向商标评审委员会申请复审。商标评审委员会应当自收到申请之日起九个月内做出决定，并书面通知当事人。有特殊情况需要延长的，经国务院工商行政管理部门批准，可以延长三个月。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三十日内向人民法院起诉。

一、本条含义

本条是关于撤销或者不予撤销注册商标决定的复审和司法审查的规定。

2013 年修改商标法增加了关于商标评审委员会对是否撤销注册商标决定的复审审查时限的规定：商标评审委员会应当自收到申请之日起 9 个月内做出复审决定，有特殊情况需要延长复审时限并经国务院工商行政管理部门批准，可以延长 3 个月，即商标评审委员会最长应当自收到申请之日起 12 个月内做出复审决定。

本条还规定了对撤销或者不予撤销注册商标决定的司法审查制度，即由司法机关最终决定商标专用权是否应当被撤销。按照本条规定，当事人对商标评审委员会的复审决定不服的，可以自收到通知之日起 30 日内向人民法院提起行政诉讼。这有利于当事人通过严格的司法程序充分地主张自己的权利，获得足够的司法救济，从而有效地保障当事人的合法

¹ 本题考察旧法第四十八、十、十一条，现删除选项 D，并修改选项 C 以适应新法第五十二、十的规定。

权利，确保商标确权的公正性。

二、真题分析

58.【2012 年第 14 题】根据商标法及相关规定，商标所有人对商标局撤销其注册商标的决定不服的，可以选择下列哪项救济途径？

- A、向国家工商行政管理总局申请行政复议
- B、向商标评审委员会申请复审
- C、直接向人民法院起诉
- D、既可以向商标评审委员会申请复审，也可以直接向人民法院起诉

【考点】注册商标被撤销后的救济

【分析】根据《商标法》第五十四条的规定，向商标评审委员会申请复审是商标所有人对商标局撤销其注册商标的决定不服时唯一的救济程序，不能申请行政复议或者向人民法院起诉。而对商标评审委员会的决定不服的，当事人则可以向人民法院起诉。因此，选项 B 正确，选项 ACD 错误。

【答案】B

第五十五条【撤销决定的生效及其效力】法定期限届满，当事人对商标局做出的撤销注册商标的决定不申请复审或者对商标评审委员会做出的复审决定不向人民法院起诉的，撤销注册商标的决定、复审决定生效。

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。

一、本条含义

本条是关于商标局、商标评审委员会有关撤销注册商标的决定的生效，以及注册商标被撤销法律效力的规定。

根据本法规定，对于商标局撤销注册商标的决定，当事人应当在 15 日内向商标评审委员会申请复审；对于商标评审委员会做出的复审决定，当事人应当在 30 日内向人民法院起诉。这里的“十五日”和“三十日”就是本条规定的“法定期限”。按照本条第一款的规定，当事人在法定期限内对商标局做出的决定不申请复审，该决定即生效；当事人在法定期限内对商标评审委员会的复审决定不向人民法院起诉的，该复审决定生效。超过法定期限，当事人即丧失了复审权、起诉权。如果当事人在法定期限内就商标局撤销注册商标的决定申请复审，或者就商标评审委员会的复审决定向人民法院起诉的，商标局的决定、商标评审委员会的复审决定则不产生效力。

2013 年修改商标法，对宣告注册商标无效和撤销注册商标两种情形进行了区分：对于被撤销的注册商标，法律后果为该注册商标专用权自公告之日起终止；而对于违反有关商标注册规定的注册商标，法律后果为该注册商标专用权视为自始即不存在。本条第二款规定，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。这一规定明确了注册商标被撤销的法律后果，即该注册商标专用权自公告之日起终止。

二、真题分析

59.【2014 年第 78 题】根据商标法及相关规定，下列有关注册商标撤销和无效的哪些说法是正确的？

- A. 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
- B. 被撤销的注册商标，由商标局予以公告，该注册商标专用权视为自始即不存在
- C. 被宣告无效的注册商标，由商标局予以公告，该注册商标专用权自公告之日起终止
- D. 被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

【考点】商标的撤销、无效

【分析】根据《商标法》第五十五条第二款的规定，选项 A 正确，选项 B 错误。根据《商标法》第四十七条第一款的规定，选项 C 错误，选项 D 正确。

【答案】AD

第七章 注册商标专用权的保护

第五十六条【保护范围】注册商标的专用权，以核准注册的商标和核定使用的商品为限。

一、本条含义

本条是关于注册商标专用权保护范围的规定。

注册商标的专用权，是指商标注册人在核定使用的商品上专有使用核准注册的商标的权利，它是一种法定的权利。本法第三条就明确规定，经商标局核准注册的商标为注册商标，商标注册人享有商标专用权，受法律保护。本条的规定正是对总则第三条规定具体化的一个方面。它包括以下两层含义：一是注册商标的使用权只在特定的范围即核定使用的商品与核准注册的商标范围内有效；二是在该特定范围内商标注册人对其注册商标的使用是一种专有使用。换句话说，对注册商标的保护，仅限于核准注册的商标和核定使用的商品范围之内，不得任意改变或者扩大保护范围。

所谓“核准注册的商标”，是指登载在商标注册簿上的商标，即由商标局注册在案的组成商标的文字、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。所谓“核定使用的商品”，是指注册时核准使用的指定商品类别中的具体商品。核准注册的商标和核定使用的商品是确定注册商标专用权保护范围的两个具体标准，它们是相互依存、不可分割的统一整体。两个因素必须结合起来，不存在没有确定商品的商标专用权。只有在两个因素同时具备的情况下，商标注册人才享有商标专用权，受到法律保护，任何人都不得侵犯。

第五十七条【商标侵权的情形】有下列行为之一的，均属侵犯注册商标专用权：

- （一）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；
- （二）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；
- （三）销售侵犯注册商标专用权的商品的；
- （四）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；
- （五）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；
- （六）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；
- （七）给他人的注册商标专用权造成其他损害的。

一、本条含义

本条是关于侵犯注册商标专用权行为的规定。

侵犯注册商标专用权行为又称商标侵权行为，是指一切损害他人注册商标权益的行为。判断一个行为是否构成侵犯注册商标专用权，主要看它是否具备四个要件：一是损害事实的客观存在；二是行为的违法性；三是损害事实是违法行为造成的；四是行为的故意或过失。上述四个要件同时具备时，即构成商标侵权行为。

本条规定了七类侵犯注册商标专用权行为，其中，第七类是一项兜底性规定，概括上述六项不能包含的其他商标侵权行为。

需要注意的是，第二类商标侵权行为的具体表现形式包括以下三种情况：一是在同一种商品上使用与他人的注册商标近似的商标；二是在类似商品上使用与他人的注册商标相同的商标；三是在类似商品上使用与他人的注册商标近似的商标。无论上述哪种形式都必须以是否“容易导致混淆”作为判断是否构成商标侵权的依据。

二、真题分析

60. 【2014 年第 85 题】根据商标法及相关规定，下列哪些行为属于侵犯注册商标专用权的行为？

- A. 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
- B. 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
- C. 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
- D. 未经商标注册人的许可，在类似商品上使用与其注册商标近似的商标，容易导致混淆的

【考点】侵犯注册商标专用权的行为

【分析】根据《商标法》第五十七条的规定，本题中，选项 ABCD 分别属于其中第（一）、（五）、（六）、（二）项规定的情形，因此，选项 ABCD 正确。

【答案】ABCD

61. 【2013 年第 98 题】根据商标法及相关规定，下列哪些属于侵犯注册商标专用权的行为？

- A. 未经商标注册人许可，在同一种商品上使用与其注册商标相同的商标
- B. 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
- C. 销售伪造、擅自制造的注册商标标识
- D. 销售侵犯注册商标专用权的商品

【考点】侵犯注册商标专用权的行为

【分析】根据《商标法》第五十七条的规定，本题中，选项 ABCD 分别属于第（一）、（五）、（四）、（三）项规定的情形，因此，选项 ABCD 正确。

【答案】ABCD

62. 【2011 年第 63 题】甲公司在衬衫商品上注册了“百合”文字商标。根据商标法及相关规定，下列哪些行为侵犯其注册商标专用权？

A. 乙公司未经甲公司许可，在衬衫商品上使用与甲公司“百合”注册商标相近似相同的文字作为商标¹

B. 丙公司将“百合”注册为域名，并通过该域名进行衬衫商品交易的电子商务，使相关公众产生误认

C. 丁公司购入甲公司生产的“百合”牌衬衫后，未经甲公司同意将商标更换为“茉莉”并将该更换商标的衬衫商品又投入市场销售

D. 戊公司伪造甲公司的“百合”注册商标标识，但并未将该伪造标识与衬衫商品结合投入市场销售

【考点】商标侵权行为

【分析】根据《商标法》第五十七条的规定，本题中，选项 ACD 分别属于第（一）、

¹ 本选项考查旧法第五十二条第一项的规定，将其适当修改以适应新法第五十七条第一项的规定。

(五)、(四)项的规定,因此,选项 ACD 正确。根据《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第一条的规定,将与他人注册商标相同或者相近似的文字注册为域名,并且通过该域名进行相关商品交易的电子商务,容易使相关公众产生误认的,属于给他人注册商标专用权造成其他损害的行为。因此,选项 B 正确。

【答案】ABCD

第五十八条【将商标用作企业字号】将他人注册商标、未注册的驰名商标作为企业名称中的字号使用,误导公众,构成不正当竞争行为的,依照《中华人民共和国反不正当竞争法》处理。

第五十九条【注册商标专用权的限制】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。

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。

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,但可以要求其附加适当区别标识。

一、本题含义

本条是关于注册商标专用权行使限制的规定。

(一) 对注册商标要素的正当使用

我国商标法遵循注册原则,注册商标享有商标专用权。然而,这一专用权并不是绝对的,在一些情况下,他人可以对注册商标中的一些要素进行正当使用。所谓正当使用,是指经营者为了说明自己所提供的商品或服务,便于消费者辨认,可以对他人注册商标中所包含的信息依法不经注册商标权人许可而使用。商标要素的正当使用本质上并非是对他人注册商标的使用,而是对他人商标中所包含的公共领域中的描述性信息的使用。商标要素的正当使用不构成商标侵权,可以作为对商标侵权的抗辩事由提出。

根据本条规定,下列法定情形构成对商标要素的正当使用,注册商标专用权人无权禁止:(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。

(二) 在先商标的继续使用

本条第三款是 2013 年修改商标法时为了平衡商标在先使用人和注册商标专用权人之间的利益而新增加的内容,主要目的是保护那些已经在市场上具有一定影响但未注册的商标所有人的权益。本法第三十二条对恶意抢注他人已在先使用并有一定影响的商标作了禁止性规定,即申请商标注册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。而依据本条第三款规定,在先善意地在同一种或类似商品或服务上使用与他人注册商标相同或相近似并有一定影响的商标,在先使用人有权在原有的范围内继续使用,而不应被认定为侵犯他人注册商标专用权。

二、真题分析

63.【2014 年第 23 题】甲公司是某注册商标的专用权人。在甲公司申请该商标注册前,乙公司已经在同一种商品上先于甲公司使用与该注册商标相同并有一定影响的商标。根据

商标法及相关规定，下列哪种说法是正确的？

- A. 甲公司有权禁止乙公司继续使用商标并要求其赔偿损失
- B. 甲公司有权禁止乙公司继续使用商标，但无权要求其赔偿损失
- C. 甲公司无权禁止乙公司在原使用范围内继续使用商标，但可以要求其支付一定的使用费
- D. 甲公司无权禁止乙公司在原使用范围内继续使用商标，但可以要求其附加适当区别标识

【考点】注册商标专用权的限制

【分析】根据《商标法》第五十九条第三款的规定，本题中，在甲公司申请该商标注册前，乙公司已经在同一商品上使用与其注册商标相同并有一定影响的商标，因此，甲公司无权禁止乙公司在原使用范围内继续使用商标，但可以要求其附加适当区别标识，由此可知，选项 ABC 错误，选项 D 正确。

【答案】D

第六十条【商标侵权的处理】有本法第五十七条所列侵犯注册商标专用权行为之一，引起纠纷的，由当事人协商解决；不愿协商或者协商不成的，商标注册人或者利害关系人可以向人民法院起诉，也可以请求工商行政管理部门处理。

工商行政管理部门处理时，认定侵权行为成立的，责令立即停止侵权行为，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，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。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。

对侵犯商标专用权的赔偿数额的争议，当事人可以请求进行处理的工商行政管理部门调解，也可以依照《中华人民共和国民事诉讼法》向人民法院起诉。经工商行政管理部门调解，当事人未达成协议或者调解书生效后不履行的，当事人可以依照《中华人民共和国民事诉讼法》向人民法院起诉。

一、本条含义

本条是关于侵犯注册商标专用权行为处理的规定。

值得注意的是，根据本法第五十七条第三项的规定，销售侵犯注册商标专用权的商品的，无论侵权人是否具有主观上的故意，都属于侵犯注册商标专用权的行为。如果行为人明知或者应当知道其所销售的商品为侵犯注册商标专用权的商品而仍进行销售的，应当按照本条规定的关于商标侵权行为的一般罚则处理；如果行为人不具有主观上的故意，即不知道该商品为侵权商品，并且能证明该商品是自己合法取得并说明提供者的，则只由工商行政管理部门责令停止销售，不再给予其他行政处罚。

二、真题分析

64.【2014 年第 89 题】根据商标法及相关规定，工商行政管理部门处理侵犯注册商标专用权纠纷，认定侵权行为成立的，可以作出下列哪些决定？

- A. 责令立即停止侵权行为
- B. 处以罚款
- C. 根据侵权行为情节，判定侵权赔偿数额
- D. 没收、销毁主要用于制造侵权商品的工具

【考点】工商行政管理部门的职权

【分析】根据《商标法》第六十条第二款的规定，本题中，工商行政管理部门不能判

定侵权赔偿数额，因此，选项 C 错误，选项 ABD 正确。

【答案】ABD

65. 【2013 年第 74 题】根据商标法及相关规定，工商行政管理部门处理侵犯注册商标专用权纠纷，认定侵权行为成立的，可以作出下列哪些决定？

- A、责令立即停止侵权行为
- B、没收、销毁侵权商品
- C、处以罚款
- D、判定侵权赔偿数额

【考点】商标侵权行为的行政救济

【分析】根据《商标法》第六十条第二款的规定，本题中，选项 ABC 正确。根据《商标法》第六十条第三款的规定，选项 D 错误。

【答案】ABC

66. 【2012 年第 95 题】甲公司未经乙公司许可，在同一种商品上使用了与乙公司注册商标相同的商标，引起纠纷。根据商标法及相关规定，乙公司可以选择下列哪些途径解决该纠纷？

- A、协商解决
- B、请求工商行政管理部门处理
- C、请求商标评审委员会处理
- D、向人民法院起诉

【考点】注册商标专用权的保护

【分析】根据《商标法》第五十七条第（一）项的规定，本题中，甲公司侵犯了乙公司的注册商标专用权。根据《商标法》第六十条第一款的规定，选项 ABD 正确。根据《商标法》的规定，商标评审委员会不负责商标侵权纠纷的处理。因此，选项 C 错误。

【答案】ABD

67. 【2011 年第 31 题】甲公司认为乙公司侵犯了其注册商标专用权。根据商标法及相关规定，下列关于两者之间侵权纠纷解决途径的说法哪些是正确的？

- A、甲、乙两公司可以协商解决
- B、乙公司不愿协商的，甲公司可以向人民法院起诉，也可以请求工商行政管理部门处理
- C、乙公司不愿协商的，甲公司只能先请求工商行政管理部门处理，再向人民法院起诉
- D、乙公司不愿协商的，甲公司只能向人民法院起诉，不得请求工商行政管理部门处理

【考点】注册商标专用权侵权纠纷的解决途径

【分析】根据《商标法》第六十条第一款的规定，本题中，选项 AB 正确，选项 CD 错误。

【答案】AB

68. 【2010 年第 39 题】根据商标法及相关规定，销售侵犯注册商标专用权的商品，引起纠纷的，商标注册人或者利害关系人可以向人民法院起诉。对此，下列说法哪些是正确的？

- A、独占使用许可合同的被许可人可以向人民法院提起诉讼
- B、排他使用许可合同的被许可人可以和商标注册人共同向人民法院提起诉讼
- C、排他使用许可合同的被许可人，在商标注册人不起诉的情况下，可以自行向人民法院提起诉讼
- D、普通使用许可合同的被许可人经商标注册人明确授权，可以向人民法院提起诉讼

【考点】注册商标专用权的保护

【分析】根据《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第四条的规定，商标法第五十三条¹规定的利害关系人，包括注册商标使用许可合同的被许可人、注册商标财产权利的合法继承人等。在发生注册商标专用权被侵害时，独占使用许可合同的被许可人可以向人民法院提起诉讼；排他使用许可合同的被许可人可以和商标注册人共同起诉，也可以在商标注册人不起诉的情况下，自行提起诉讼；普通使用许可合同的被许可人经商标注册人明确授权，可以提起诉讼。因此，选项 ABCD 正确。

【答案】ABCD

69. 【2010 年第 95 题】根据商标法及相关规定，工商行政管理部门处理侵犯注册商标专用权纠纷，认定商标侵权行为成立的，可以作出下列哪些决定？

- A、责令立即停止侵权行为
- B、没收、销毁侵权商品和专门用于制造侵权商品、伪造注册商标标识的工具
- C、责令侵权人赔偿损失
- D、罚款

【考点】侵权商标专用权的法律责任

【分析】根据《商标法》第六十条第二款的规定，本题中，选项 ABD 正确。根据《商标法》第六十条第三款的规定，选项 C 错误。

【答案】ABD

第六十一条【商标侵权的查处和司法移送】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。

第六十二条【工商部门的职权及中止查处】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：

- (一) 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；
- (二) 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；
- (三) 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；
- (四) 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。

第六十三条【商标侵权的赔偿数额】侵犯商标专用权的赔偿数额，按照权利人因被侵

¹ 按照新法，此处应为商标法第六十条。

权所受到的实际损失确定；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；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。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上确定赔偿数额。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。

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。

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。

一、本条含义

本条是关于侵犯商标专用权的赔偿数额如何确定的规定。

2013年修改商标法时对侵犯商标专用权的赔偿数额的确定方式及顺序作了重新规定。确定侵犯商标专用权的赔偿数额按法定顺序有以下几种方式：

1.按照权利人因被侵权所受到的实际损失来确定。简单地说，因侵权人的侵权商品在市场上销售，使商标专用权人的商品销售量下降，其销量减少的总数乘以每件商品的利润所得之积，即为被侵权人因被侵权所受到的实际损失。

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。侵权人在侵权期间从每件侵权商品获得的利润，乘以在市场上销售的商品数额，所得之积，为侵权人在侵权期间所得利润，即侵权人在侵权期间因侵权所获得的利益。

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.同时，这次修改商标法还引入了惩罚性赔偿制度，规定对恶意侵犯商标专用权情节严重的，可以在权利人因侵权受到的损失、侵权人因侵权获得的利益或者商标使用许可费的1倍到3倍的范围内确定赔偿数额。

5.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。合理开支包括权利人所支付的用于制止侵权行为的交通费、调查费、鉴定费、适当的律师费及其他合理费用。

为了减轻商标专用权人的举证责任，本条新增加了第二款有关文书提供令的规定。这一规定在一定程度上减轻了权利人的举证责任，有利于解决商标侵权案件中权利人索赔依据不充分的问题。

此外，实践中，有很多侵犯商标专用权的案件，难以取得充分的证据以确定被侵权人所受到的实际损失、侵权人因侵权所获得的利益或者注册商标许可使用费。在这种情况下，人民法院可以根据侵权行为的情节判决给予被侵权人法定的侵权赔偿。这里所说的“侵权行为的情节”，包括侵权人的主观过错程度、使用的侵权手段和方式、侵权行为持续的时间、给权利人造成损害的程度等。为了有效保护商标专用权人的合法权益，加大对商标侵权行为的打击力度，这次修改商标法提高了法定赔偿额的上限，即将法定的侵权赔偿额的上限由原来的50万元提高到300万元。

第六十四条【不承担赔偿责任的情形】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。

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。

第六十五条【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。

一、本条含义

本条是关于商标注册人或者利害关系人向人民法院申请采取诉前临时措施的规定。

2013年1月1日起施行的新民事诉讼法第一百条规定，人民法院对于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，根据对方当事人的申请，可以裁定对其财产进行保全、责令其作出一定行为或者禁止其作出一定行为；当事人没有提出申请的，人民法院在必要时也可以裁定采取保全措施。为了具体体现世界贸易组织的这一要求以及和民事诉讼法相衔接，本条对诉前临时措施作了规定，主要包括三项内容：一是规定了采取诉前临时措施的法定条件；二是规定了诉前临时措施的内容，即责令停止有关行为和财产保全；三是规定了申请人向人民法院申请采取诉前临时措施是依法而为。

第六十六条【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，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。

第六十七条【刑事责任】未经商标注册人许可，在同一种商品上使用与其注册商标相同的商标，构成犯罪的，除赔偿被侵权人的损失外，依法追究刑事责任。

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，构成犯罪的，除赔偿被侵权人的损失外，依法追究刑事责任。

销售明知是假冒注册商标的商品，构成犯罪的，除赔偿被侵权人的损失外，依法追究刑事责任。

第六十八条【商标代理机构的法律责任】商标代理机构有下列行为之一的，由工商行政管理部门责令限期改正，给予警告，处一万元以上十万元以下的罚款；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告，处五千元以上五万元以下的罚款；构成犯罪的，依法追究刑事责任：

（一）办理商标事宜过程中，伪造、变造或者使用伪造、变造的法律文件、印章、签名的；

（二）以诋毁其他商标代理机构等手段招徕商标代理业务或者以其他不正当手段扰乱商标代理市场秩序的；

（三）违反本法第十九条第三款、第四款规定的。

商标代理机构有前款规定行为的，由工商行政管理部门记入信用档案；情节严重的，商标局、商标评审委员会并可以决定停止受理其办理商标代理业务，予以公告。

商标代理机构违反诚实信用原则，侵害委托人合法利益的，应当依法承担民事责任，并由商标代理行业组织按照章程规定予以惩戒。

第六十九条【国家机关工作人员的行为规范】从事商标注册、管理和复审工作的国家机关工作人员必须秉公执法，廉洁自律，忠于职守，文明服务。

商标局、商标评审委员会以及从事商标注册、管理和复审工作的国家机关工作人员不得从事商标代理业务和商品生产经营活动。

第七十条【工商部门的内部监督】工商行政管理部门应当建立健全内部监督制度，对负责商标注册、管理和复审工作的国家机关工作人员执行法律、行政法规和遵守纪律的情况，进行监督检查。

第七十一条【国家机关工作人员的法律责任】从事商标注册、管理和复审工作的国家机关工作人员玩忽职守、滥用职权、徇私舞弊，违法办理商标注册、管理和复审事项，收受当事人财物，牟取不正当利益，构成犯罪的，依法追究刑事责任；尚不构成犯罪的，依法给予处分。

第八章 附则

第七十二条【费用】申请商标注册和办理其他商标事宜的，应当缴纳费用，具体收费标准另定。

第七十三条【实施日期及效力】本法自 1983 年 3 月 1 日起施行。1963 年 4 月 10 日国务院公布的《商标管理条例》同时废止；其他有关商标管理的规定，凡与本法抵触的，同时失效。

本法施行前已经注册的商标继续有效。

一、本条含义

本条是关于本法时间效力的规定。

参考文献

- [1] 法律出版社法规中心. 中华人民共和国民法通则注释本. 北京: 法律出版社, 2010.
- [2] 法律出版社法规中心. 中华人民共和国民法通则注释全书. 北京: 法律出版社, 2012.
- [3] 法律出版社法规中心. 中华人民共和国合同法注释本. 北京: 法律出版社, 2011.
- [4] 全国人大常委会法制工作委员会. 中华人民共和国合同法释义. 北京: 法律出版社, 2012.
- [5] 法律出版社法规中心. 中华人民共和国民事诉讼法注释本. 北京: 法律出版社, 2012.
- [6] 全国人大常委会法制工作委员会. 中华人民共和国民事诉讼法释义. 北京: 法律出版社, 2012.
- [7] 法律出版社法规中心. 中华人民共和国行政复议法注释本. 北京: 法律出版社, 2012.
- [8] 法律出版社法规中心. 中华人民共和国行政诉讼法注释本. 北京: 法律出版社, 2015.
- [9] 全国人大常委会法制工作委员会. 中华人民共和国行政诉讼法释义. 北京: 法律出版社, 2014.
- [10] 国务院法制办公室. 中华人民共和国著作权法注解与配套. 北京: 中国法制出版社, 2011.
- [11] 法律出版社法规中心. 中华人民共和国商标法注释本. 北京: 法律出版社, 2013.
- [12] 全国人大常委会法制工作委员会. 中华人民共和国商标法释义. 北京: 法律出版社, 2013.
- [13] 国家知识产权局条法司. 2010年全国专利代理人资格考试试题解析. 北京: 知识产权出版社, 2011.
- [14] 国家知识产权局条法司. 2011年全国专利代理人资格考试试题解析. 北京: 知识产权出版社, 2012.
- [15] 国家知识产权局条法司. 2012年全国专利代理人资格考试试题解析. 北京: 知识产权出版社, 2013.
- [16] 国家知识产权局条法司. 2013年全国专利代理人资格考试试题解析. 北京: 知识产权出版社, 2014.
- [17] 国家知识产权局条法司. 2014年全国专利代理人资格考试试题解析. 北京: 知识产权出版社, 2015.

