第一章　相关基本法律法规

第一节　民法通则

一、　民法的基本概念和原则

1．民法的调整对象（M2）

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。

- **财产关系：**（1）物权法律关系（知识产权可以理解为准物权）（2）债权法律关系（维持财产动的安全）
- **人身关系：**（1）人格权法律关系（维护基本人权）（2）身份权法律关系（维护特定身份权）

2．民法的基本原则　（M3/M4）

民法的基本原则是指民事立法，民事司法和民事活动的基本准则，包括平等原则、自愿原则、公平原则、等价有偿、诚实信用原则等。

- **平等原则：**当事人在民事活动中的地位平等。
- 民事活动应当遵循自愿、公平、等价有偿、诚实信用的原则

3．民事法律关系的概念和要素

- **民事法律关系：**当事人之间符合民法规范的具有民事权利和民事义务内容的社会关系。
  - ✓ 民事法律关系的四个特点：民事法律关系是一种人与人间的关系；民事法律关系是符合民法调整的对象而被其调整时的社会关系；民事法律关系是以双方当事人的权利义务为内容，并用强制力保证其实现；民事法律关系中当事人的地位平等。
  - ✓ 民事权利：人身权与财产权；相对权与绝对权；主权利与从权利；支配权、请求权、形成权
- **民事法律关系的客体：**民事法律关系中民事权利和义务指向的事物（标的），包括物、行为、智力成果和人身权。
- **民事法律关系的主体：**参加民事法律关系，享受权利与承担义务的当事人
- **民事权利和民事义务：**民事法律关系的内容
  - ✓ 民事权利是指民事法律赋予人们享有的某种民事权益，表现为享有权利的人有权做出一定的行为和要求他人做出相应的行为（履行义务），在必要时可请求有关国家机关（法院、行政机关）以强制性的协助实现其权益。
  - ✓ 民事义务指义务人为满足权利人的利益而为一定行为或不为一定行为的必要性。

二、　民事主体

1．自然人

1.1 民事权利能力：指公民依法享有民事权利和负担民事义务的资格。

- ✓ M9：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。
- ✓ M10：公民的民事权利能力一律平等。
- ✓ 公民的民事权利能力从出生时开始，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，没有证明的，参照其他有关证明认定。

1.2 民事行为能力：以自己的行为依法行使民事权利和承担民事义务的资格 M11-M13

- ✓ 不是任何公民都有民事行为能力，不仅包括进行合法行为而取得民事权利义务的能力，还包括进行违法行为而承担相应民事责任的能力。
- ✓ **完全民事行为能力人：**18 周岁以上具有完全民事行为能力，16 周岁以上不满 18 周岁但以自己的劳动收入为主要生活来源的，视为完全行为能力人。
- ✓ **限制民事行为能力人：**10 周岁以上的未成年人是限制民事行为能力人，可以进行与他的年龄、智力相适应的民事活动；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。限制民事行为能力的人依法不能独立进行的民事活动，应当由其法定代理人进行，或者征得代理人同意后独立进。

- ✓ **无民事行为能力人：**不满 10 周岁以及完全不能辨认自己行为的精神病人是无民事行为能力人，由法定代理人代理进行。

1.3 监护 第二节（近亲属规定，解释 12）

监护是为了监督和保护无民事行为能力和限制民事行为能力人的合法权益而设置的为其设定监护人或保护人的一项民事法律制度。

- ●**未成年人**的父母是监护人，已经死亡或者没有监护能力的，由下列人员：（1）祖父母，外祖父母；（2）兄，姐；（3）关系密切的其他亲属朋友，经父母单位或未成年人住所地居委会、村委会同意的。没有上述规定的人，由父母所在单位或未成年人住所地居委会或者民政部门担任监护人。
- ●**精神病人**的监护人：（1）配偶（2）父母　（3）成年子女；（4）其他近亲属（5）关系密切的其他亲属，经精神病人单位或精神病人住所地居委会、村委会同意的。没有上述规定的人，由精神病人所在单位或住所地居委会或者民政部门担任监护人。
  - ✓有监护资格的人可以通过协商确定，或由未成年人父母所在单位（精神病人单位）及未成年人（精神病人）住所地居委会在近亲属中指定。由有关单位指定后当事人不服，可以诉讼，由法院裁决，裁决时可按上述顺序。而前一顺序明显对被监护人不利的，从后一顺序择优确定。被监护人有识别能力，视情况征求其意见。
  - ✓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，监护人**除为被监护人的利益外，不得处理被监护人的财产**。代理进行诉讼。监护人可以将职责部分或全部委托给他人，因被监护人的侵权行为需要承担民事责任的，由监护人承担，被委托人确有过错的，负连带责任。
  - ✓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。人民法院可以根据其他有监护资格的人或单位申请，撤销监护人的资格。
  - ✓有财产的被监护人侵权造成损害，从本人财产中支付，不足部分由监护人适当赔偿，但单位担任监护人除外。
  - ✓侵权行为发生时不满 18 岁，而诉讼时已满 18 岁并有经济能力，应承担责任，没有经济能力则由原监护人承担。
  - ✓夫妻离婚的，由与子女共同生活的一方承担责任，确有困难由双方共同承担。
  - ✓在幼儿园、学校、精神病院的，单位有过错，可以责令单位给予适当赔偿。

1.4 宣告失踪和宣告死亡 第三节 （解释 25、29）

- ●**宣告失踪：**经利害关系人申请，由人民法院对下落不明满一定期间的人宣告为失踪人的制度。M20-22
  - ✓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。
  - ✓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。指定代管人应当根据有利于保护失踪人财产的原则。无、限制民事行为能力的，由监护人代管。
  - ✓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。
  - ✓涉及失踪人的法律关系由代管人为原告和被告。
  - ✓不履行代管职责或侵犯其财产权益，其他利害关系人可以向法院请求代管人承担民事责任。
  - ✓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，人民法院应撤销对他的失踪宣告。
- ●**宣告死亡：**经利害关系人申请，由人民法院宣告下落不明满一定期间的自然人为死亡的制度。M23-25
  - ✓宣告死亡的条件：（1）下落不明满 4 年（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），或意外事故发生之日起 2 年，或经意外事故由有关机关证明不可能生存。（2）经利害关系人申请，顺序是配偶、父母、子女，兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女，其他有权利义务关系的人。

✓判决宣告之日为死亡日期。

✓被宣告死亡人出现或者确知没有死亡，经本人或利害关系人申请，撤销宣告，不受顺序限制。

✓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。宣告时间在自然死亡时间之后的，宣告的法律后果有效，但自然死亡前的行为也同样有效。

✓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。被第三人合法取得，可以不予返还。

✓配偶尚未再婚的，撤销之日起自行恢复，再婚又离婚或者再婚后配偶死亡，不得认定自行恢复。子女被他人依法收养的，仅以未经本人同意为由而主张收养关系无效，不应准许，都同意的除外。

1.5 自然人的住所：以其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

1.6 经常居住地：公民离开住所地至起诉时已连续居住一年以上的地方，但住院就医的地方除外。

2. 法人

2.1 法人的概念：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

2.2 法人应具备的条件：依法成立；有必要的财产和经费；有自己的名称、组织机构和场所；能够独立承担民事责任

2.3 法人的能力和责任 M36 M42 M43 M48

✓法人的权利能力和行为能力是指法人作为民事活动的主体参与民事活动，享有民事权利、承担民事义务的资格。法人因其宗旨、任务和经营范围的不同，内容也不相同。法人的权利能力与行为能力相一致，同时产生、同时消灭。

✓法人的责任能力是其行为能力的一种特殊表现形式，主要指在自己的权利能力范围内对违法行为承担民事责任的能力。企业法人对他的法定代表人和其他工作人员的经营活动承担民事责任。

2.4 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。

例如企业法人的董事长、执行董事、经理、机关法人的首长。

2.5 法人的住所：指法人登记机关登记的主要办事机构所在地。 M39

法人的住所只能有一个。场所是法人从事生产经营的地方。法人可以同时有多个场所且可以在不同的地点。

2.6 企业法人的变更和终止 M44-46

✓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。

✓企业法人由于下列原因之一终止：1、依法被撤销；2、解散；3、依法宣告破产；4、其他原因。企业法人解散，应当成立清算组织，进行清算。企业法人被撤销、 被宣告破产的，应当由主管机关或者人民法院组织有关机关和有关人员成立清算组织，职权是对内清理财产，处理法人的有关事务，对外代表法人了结债权债务，在法院起诉和应诉。如果清算法人的财产不足以清偿债务，清算组织应申请宣告破产。清算终止后，法人最终归于消灭。清算组织应在法人登记机关进行注销登记，并在指定报刊上公告。

2.7 法律禁止的企业法人行为及其责任承担 M49

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。

✓ 起字号的个体工商户，民事诉讼中应以营业执照登记的户主（业主）为诉讼当事人。

✓ 用家庭共有财产投资，或者收益的主要部分供家庭成员享用，债务以家庭共有财产清偿。

✓法人的分类：

公法人与私法人（国知局为公法人，专利开发公司为私法人）

公益法人与营利法人（公司—营利法人，公益法人—学校、医院）

社团法人与财团法人（公司—社团法人；财团法人—基金会）

✓其他组织(部分)：

分公司(不具有法人资格，由本公司承担经济和法律后果)

公司办事处(不具有独立的经济和法律地位，不能从事经营性营利活动)

合伙企业(不具有法人资格，属于民事活动主体，可以进行民事活动，合伙人承担无限连带责任)

联营企业(法人联营，非法人联营)

个人独资企业(自然人投资，不具法人资格，无限连带责任)

补充：

自然人和法人的民事权利能力的区别：

✓自然人的权利能力与行为能力是不同步的，法人是同步的（均是始于成立，终止于法人消灭）。

✓自然人的权利能力和行为能力是平等的，法人是不平等的。（自然人的权利能力生而平等）

✓自然人与法人各有独有的权利能力（交叉关系）

三、 民事权利

1. 财产所有权和与财产所有权有关的财产权

1.1 财产所有权的概念和种类

✓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。

✓按权利主体不同—国家所有权、集体所有权、个人所有权、社会团体（第 73、74、75、77 条）

✓按权利主体数量不同—单一所有权，共同所有权（共有）（第 78 条）

✓按物可否移动—动产所有权、不动产所有权

✓财产权：物权—（自物权，他物权—用益物权、担保物权，占有）

债权—（合同之债；侵权之债；无因管理之债；不当得利之债）

知识产权

继承权（期待权利）

1.2 财产权的转移

✓财产所有权因买卖、赠与、继承等而发生转移。

✓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。

1.3 财产继承权：公民依照法律规定或者被继承人生前立下的合法遗嘱取得被继承人遗产的权利，是一种财产权

1.4 共有　M78

✓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。

✓按份共有（1）实物分割；（2）变价分割；（3）作价补偿

✓共同共有：不确定份额的共有，只要共同共有关系存在，共有人就不能划分自己对财产的份额。夫妻共有财产，家庭共有财产，共同继承的财产。另外，对于共有财产，部分共有人主张共同共有，部分共有人主张按份共有，如果不能证明按份共有，则认定为共同共有。

2. 债权

2.1 债的概念和种类 第 84 条

✓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。

✓债权概念：要求他人为一定行为或者不为一定行为的请求权。特点：债权为请求权 (不能直接支配财产)；债权为相对权（针对特定人的请求权）；债权具有期限性 1）约定期限（如合同的履行期限）；2）法定期限；3）时效期限（物上请求权一般没有时效）

✓债从产生的原因看一般可分为合同之债、侵权之债、无因管理之债以及不当得利之债几种类型。

2.2 合同之债：通过订立合同设立的以债权债务为内容的民事法律关系　第 85、88、91 条

✓特点：双方当事人的法律行为引起；因双方当事人意思表示一致而成立；合同中的债权债务相互对应；合同之债具有任意性

2.3 侵权之债：侵权行为发生后加害人负有赔偿受害人损失的义务　第 117-127 条

（几种特殊的侵权行为—无过错责任、过错推定，第 121-127 条）

✓特点：非法行为引起；加害人单方行为引起；法定之债；主要内容为赔偿损失

2.4 不当得利：没有合法原因取得利益而造成他人损失的行为　第 92 条，解释 131

●不当得利的构成要件(这是不当得利的理论基础)

✓(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。例：张三捡到李四丢失的手表，张三此时构成不当得利。但张三将表再丢弃，属于处分行为，为侵权行为。

✓(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。

●不当得利的基本类型(这是不当得利理论的难点)

✓**(1)民事法律行为不成立，无效及被撤销所产生的不当得利。**

✓(2)履行不存在的债务所引起的不当得利。

✓**(3)因合同解除产生的不当得利。**

✓(4)基于受益人、受害人或第三人行为而产生的不当得利。 **如银行多付款。应返还多付的钱及利息。**

✓(5)基于事件而产生的不当得利。

重点注意第(1)、(3)种类型，许多考生对此很陌生。

●法律效果：返还原物；赔偿损失。受损失的一方有权请求返还，不当得利人有义务返还。返还的不当利益，应当包括原物和孳息，利用不当得利所取得的其他利益，扣除劳务管理费用后应当收缴。

2.5 无因管理：指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事实。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受到的实际损失。 第 93 条，解释 132

✓构成要件：客观上为他人管理事务；主观上有为他人管理的意思（为他人谋利益）；无法定或约定的义务；不违反本人的意思

✓例子：如代为管理他人走失的宠物；如专利权人不在时，专利被实施许可人代专利权人缴年费。或者在代理机构与当事人失去联系的情况下，代权利人缴年费

2.6 债权人：在债的法律关系中享有权利的人

2.7 债务人：指在债的法律关系中负有义务的人

2.8 债权/债务:债权指在债的法律关系中，当事人一方对他方有请求其为特定行为的权利。 债务指依据债的法律关

系负有为满足债权人的请求而为特定行为的**义务**。

2.9 债的发生：债因一定的法律事实而发生，包括合同行为、侵权行为、不当得利、无因管理等原因。

2.10 债的履行：指债务人按照合同的约定或者法律的规定履行其义务

全面履行、实际履行、协作履行、连带履行—第 87 条

2.11债的担保：指通过特定的方式保障债的履行　第 89 条（保证[人的担保]、抵押、定金、留置、质押[物的担保]）

●**保证**：债权担保的一种形式，属于**人的担保**的范围。指保证人和债权人约定，当债权人不履行债务时，保证人按约定履行债务或承担责任的行为。

✓如：甲借给乙 50 万元，丙向甲提供书面保证，如果到期乙不偿还，丙承担偿还的义务。

✓国家机关和公益法人不能作为保证人

✓保证方式：一般保证（强制执行后）；连带保证（强制执行前）

●**抵押**：指债务人或者第三人不转移对财产的占有。将该财产作为债权的担保。债务人不履行债务时，债权人对该财产有优先受偿权

✓特点：不转移对财产的占有（一般为不动产）；是让渡抵押物中交换价值支配权的行为；抵押人在抵押期间不得转让抵押物；抵押物有余时，一物上可以设定多个抵押；禁止“流质契约”

●**留置**：债权人按照合同约定占有债务人的动产，债权已届清偿期而未受清偿前，债权人有权扣留债务人的该动产

✓构成要件：留置物为动产；债权人必须按合同占有留置物；债权已届清偿期

●**定金**：是当事人在合同订立或代价支付前，由一方向对方支付的金钱（不超过主合同标的额的 20%）

✓定金的效力：交付定金后生效；支付定金一方不履行义务的，无权返还；对方不履行义务的，双倍返还；双方均履行义务的，抵作价款或者收回

✓定金和违约金的主要区别：定金必须先行给付，违约金可以是后付；定金属于法定担保形式，违约金由当事人自行约定。权利行使时的限制：定金和违约只能主张一项

●**质押**：指债务人或者第三人将其动产移交债权人占有，将该动产作为债权的担保，债务人不履行债务时，债权人有权以该动产折价或者拍卖，并优先受偿。这种优先受偿权就是质权

✓特征：包括动产质押和权利质押；转移质物（动产、债券）的占有；质物转移后合同生效；无形财产的质押登记后生效；具有物上代位性（质权因质物灭失而消灭。因灭失所得的赔偿金，应作为出质财产）；禁止“流质”

2.12 债的消灭：指债权人与债务人之间法律关系的消灭（清偿、提存、抵销、免除、混同）

3. 知识产权的种类

（1）著作权和邻接权（2）专利权（3）注册商标专用权（4）**商业秘密权**（5）植物新品种权

（6）集成电路布图设计专有权（7）**商号权**

4. 人身权的种类和内容 第 99-103 条

●**姓名权**：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。

●**名称权**：法人、个体工商户、个人合伙享有名称权。

●**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。

●**名誉权**：指法律所保护的自然人、法人或者其他组织等的名誉不受他人侵害的权利。

●**荣誉权**：指自然人、法人或其他组织获得、保持、利用荣誉并享有其所生利益的权利。

●**婚姻自主权**：也叫婚姻自由，是指婚姻当事人依法自主决定自己的婚姻问题,不受任何人强制或干涉。

四、 民事法律行为

1. 民事法律行为的概念 第 54 条

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。

（1）以意思表示为构成要件；（2）发生私法效果的法律事实；　如合同行为、遗嘱行为

2. **民事法律行为的有效要件**　第 55 条

(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。

3. **民事法律行为的形式和效力**

● **口头形式、书面形式和其他形式**

✓民事法律行为可以采用书面形式、口头形式或者其他形式。法律规定用特定形式的，应当依照法律规定。

✓书面形式—合同书、信件、数据电文（电报、电传、传真、电子数据交换、电子邮件）

✓视听资料形式，如果有两个以上无利害关系人作为证人或者有其他证据证明该民事行为符合规定，则认定有效。

✓默示形式，作为的默示和不作为的默示，不作为的默示只有在法律有规定或者当事人双方有约定的情况下才可以视为意思表示。

● **附条件的民事行为** 第 62 条

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。

● **无效的民事行为** 第 58 条

(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；

(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。

● **可撤销、可变更的民事行为** 第 59 条

✓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（行为人因对行为的性质、对方当事人、标的物的品种、质量规格和数量等的错误认识而使行为的后果与自己的意思相悖，造成重大损失）；(二) 显失公平的（一方当事人利用优势或者利用对方没有经验，致使双方的权利义务明显违反公平等价有偿原则）。

✓被撤销的民事行为从行为开始起无效。

✓行使撤销权的除斥期间：1 年

4. **代理**

● **代理的概念、种类** 第 63 条第二款 第 64 条

✓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。

✓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。

✓构成代理的四要件：（1）代理人是以被代理人的名义进行活动（代理人可以是法人）；（2）代理人须向相对方为意思表示或接受意思表示；（3）代理人在代理权范围内活动；（4）代理活动直接对被代理人产生权利义务

✓代理包括委托代理、法定代理和指定代理

委托代理——委托代理人按照被代理人的委托行使代理权

法定代理——法定代理人依法律规定行使代理权

指定代理——按照人民法院或者指定单位的指定行使代理权

再代理——代理人对复代理人有监督和解除委托的权利，如果代理人授权不明，由代理人和复代理人负连带责任。复代理人是代理人的代理人，其民事法律行为的后果由被代理人承受。所以，若转委托，则事先应征得被代

理人同意，没有事先应事后及时转达，如果不予认可则由代理人对复代理人的行为负责。但是在紧急情况下，为了保护被代理人的利益而转委托的除外，如疾病、通信终端等特殊原因代理人自己不能办理而又无法联系上被代理人的。

●**委托代理：**指依据被代理人的委托而产生的代理

✓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。

✓超越代理权限范围的行为，除被代理人追认外，对被代理人不发生法律效力，由代理人承担后果，被代理人知道而不加制止的，负连带责任。

●**委托人和代理人的权利和义务**

✓委托人权利—要求代理人履行代理义务、受领代理后果

✓委托人义务—支付报酬，向代理人提供有关条件

✓代理人权利—获得报酬，获取有关代理业务的信息和资料

✓代理人义务—勤勉履行代理职责，诚信、忠实、不滥用代理权（自己代理、双方代理、与第三人串通的代理），不得泄露代理中获知的商业秘密，不得擅自转委托

●**不当代理及其法律后果** 第 66 条第 2、3 款，第 67 条

✓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。

✓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。

✓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

●**无权代理及其后果** 第 66 条第 1 款、第 4 款，第 68 条

✓（1）自始没有代理权（2）超越代理权（3）代理权已经终止。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。

✓相对人在任何情况下都有催告权，但只有善意相对人，即进行民事行为时不知无权代理，才享有因表示撤销而使民事行为归于无效的权利。即，相对人可以催告被代理人在 1 个月内予以追认，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，撤销应当书面作出。

✓“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”。（第 49 条）

● **代理关系的消灭** 第 69、70 条

✓ 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。

✓被代理人死亡后，委托关系原则上也终止，但如下情况，代理人实施的代理行为有效：

（1）代理人不知道死亡；（2）被代理人的继承人予以承认（3）约定的代理事项完成时代理权终止（4）死亡前已经进行，死后为了维护继承人的利益继续完成。

五、 民事责任

1. 民事责任的概念和构成要件

✓民事责任是民事主体不履行民事义务时所应当承受的不利法律后果

✓违约责任构成要件—违约行为，主观过错（故意或过失）（不可抗力）

✓侵权责任构成要件—侵权行为，有损害后果，行为与后果有因果关系，主观有过错（特殊侵权责任除外）

2. 民事责任的分类

●**违反合同的民事责任：**第 111-116 条

✓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。

✓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。

✓合同的变更或者解除，不影响当事人要求赔偿损失的权利。

●**侵权的民事责任** 第 117-127 条

✓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。

✓国家机关或者国家机关工作人员在执行职务中，侵犯公民、法人的合法权益造成损害的，应当承担民事责任。

✓ 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。

✓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。

✓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。

✓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。

✓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。

✓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。

3. 共同侵权

●**共同侵权的民事责任** 第 130 条

✓二人以上实施的共同故意或者共同过失致人损害，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行为。

✓二人以上共同侵权造成他人损害的，应当承担连带责任。

●**教唆、帮助他人实施侵权的民事责任** 解释 148

✓教唆、帮助他人实施侵权行为的人为共同侵权人，应承担连带侵权责任。

✓如果教唆限制民事行为能力人，则承担主要责任，教唆无民事行为能力人，不够成共同侵权，由教唆人承担。

4. 承担民事责任的方式 第 134 条

✓(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。

5. 民事责任的归责原则

●**过错责任原则—**第 106 条第 2 款（过错推定原则）、第 131、133 条

✓是以过错作为价值判断标准判断行为人对其造成的损害应否承担侵权责任的归责原则，适用于一般侵权行为。

✓谁主张谁举证。还有一种过错推定责任原则，举证倒置，只适用于法律有特别规定的行为。

●**无过错原则**—第 106 条第 3 款

✓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。

●**公平责任原则**—第 132 条

✓公平责任原则是指致使害人和受害人都没有过错，在损害事实已经发生的情况下，以公平考虑作为价值判断标准，根据实际情况和可能，由双方当事人公平分担损失的原则。

✓双方均无过错，但一方是在为对方的利益或者共同的利益进行活动的过程中受到损害的，可以责令对方或者受益人给予一定的经济补偿。（例如拦架受伤）

6. 免除民事责任的情形

●**不可抗力**—第 107 条

✓不可抗力是指不能预见、不能避免并不能克服的客观情况。（第 153 条）

✓不可抗力事由的构成：（1）客观方面：不能预见；或者虽然可以预见但不可避免及克服；主观方面：主观努力损失也不可避免

✓例如：（1）自然灾害（2）政府行为，如征收征用（3）社会异常时间，如罢工骚乱

✓因不可抗力不能履行合同的，根据不可抗力的影响，部分或全部免除责任，但有下述例外：（1）金钱债务的延迟责任（2）延迟履行期间发生的不可抗力不具有免责效力。

●**正当防卫**—第 128 条

✓为了使公共利益、本人或者他人的人身和其他权利免受正在进行的不法侵害，而采取的正当防卫行为

✓正当防卫构件：（1）必须是针对不法侵害行为；（2）必须是针对正在进行的侵害；（3）必须是针对侵害人进行；（4）不能超过必要的限度

●**紧急避险**—第 129 条

✓是指行为人在遇到某种危险的情况下，为了防止公共利益、本人或者他人的人身和其他权益遭受损害，不得已而采取的侵犯法律所保护的公共利益或者他人利益的行为。

✓构成要件：（1）必须是公共利益、本人或者他人的人身和其他权益遭受损害；（2）必须是正在发生的危险；（3）必须是在没有其他办法可行的情况下；（4）不能超过必要的限度。

六、 诉讼时效

1. 诉讼时效的期间

●**一般诉讼时效的期间—**第 135 条

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

●**特殊诉讼时效的期间—**第 136、137 条

✓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。

●**期间的起算点**

✓从知道或者应当知道权利被侵害时起计算，但从权利被侵害之日起超过二十年的，人民法院不予保护。

✓特殊情况：（1）附延缓条件的债权，自条件成就之时起算，还约定有履行期限，则届满时起算（2）附始期的债权，从始期到来日起算，约定了履行期限，届满起算（3）未定有期限的债权，从权利成立日起算，定有期

限，届满起算（4）人身损害赔偿，伤害明显从受伤害日起算，不明显，从伤势确诊之日起算。

●**诉讼时效期间的延长:** 有特殊情况的，人民法院可以延长诉讼时效期间。（第 137 条、解释 169）

客观上的障碍。普通、特别、最长时效均适用延长规定。

2. **诉讼时效的中止**　第 139 条

✓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。

✓无（限制）民事行为能力人没有法定代理人或代理人死亡、丧失代理权、法定代理人本人丧失行为能力，可以认定属此。

✓特点：（1）中止诉讼时效的事由必须为不可抗力或其他障碍不能行使请求权的事件；（2）发生诉讼时效中止的事由必须发生在诉讼时效最后六个月内。（3）原因消除后继续计算（以原剩时间为准）

3. **诉讼时效的中断**　第 140 条

✓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。

特点：（1）在诉讼时效期间，但不得超过绝对时效 20 年；（2）必须是权利人向对方作出了主张权利的表示，或者对方作出了同意履行义务的表示；（如停止侵权通知）（3）中断不同于中止，中止是继续计算。中断是从“头开始”。（4）诉讼时效中断的举证责任在权利人（应当注意保存证据）（5）可撤销合同的撤销期不适用时效中断。（除斥期间不中断）

七、　涉外民事关系的法律适用

1. **涉外民事关系法律适用的原则**—第 142 条（国际条约、国际惯例、国内法）

✓**国际条约和国际惯例优先国内法**。但我国声明保留的条款除外。不得违背中国的社会公共利益。

2. **定居国外的公民的民事行为能力的法律适用**—第 143 条（可以适用定居国法律）

3. **涉外不动产的法律适用**—第 144 条（不动产所在地法律）

4. **涉外合同争议的法律适用**—第 145 条（选择适用法律，最密切联系的国家的法律）

✓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。

✓　在**中国境内履行**的**中外合资经营**企业合同、**中外合作经营**企业合同以及**中外合作勘探自然资源**合同只能适用中国法律。

5. **涉外侵权纠纷的法律适用**—第 146 条（侵权行为地法律（行为、结果），共同住所地法律）

侵权行为的损害赔偿，适用侵权行为地法律（**包括实施地和结果发生地**）。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。我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。

6. **涉外婚姻的法律适用**—第 147 条（结婚—婚姻缔结地法律，离婚—受理案件法院所在地法律）

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。

7. **涉外抚养的法律适用**—第 148 条（与被抚养人有最密切联系的国家法律）

扶养人和被扶养人的国籍、住所、以及供养被扶养人的财产所在地均可。

8. **涉外继承的法律适用**—第 149 条（动产—被继承人死亡地，不动产—不动产所在地）

第二节　合同法

一、 合同法的适用范围和基本原则

1. 合同法的适用范围

合同的含义:

合同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。

合同法的适用范围:

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。

2. 合同法的基本原则

平等原则:

当事人在行政诉讼中的法律地位平等。

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。

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。

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。

遵守公益原则:

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。

效力原则:

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。

二、 合同的订立

1. 合同的形式

书面形式:

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。

口头形式:

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。

其他形式:

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。

2. 合同的一般条款

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。

3. 要约和承诺

要约邀请的含义及其效力:

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。

要约的含义:要约是希望和他人订立合同的意思表示。

要约的要件:

- ✓有效的要约应具备两个要件：（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。

要约的效力、撤销、撤回:

- ✓要约到达受要约人时生效。

✓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。

✓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。

承诺的含义:承诺是受要约人同意要约的意思表示。

承诺的要件:

✓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。

✓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。

承诺的效力承诺的撤回和延迟:

✓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。

✓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。

✓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。

✓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。

4. 合同的成立

合同成立的要件:承诺生效时合同成立。

合同成立的时间和地点:

✓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。 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。

✓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。 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。

5. 格式条款合同

格式条款合同的含义:

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。

格式条款合同的订立规则:

采用格式条款订立合同的，提供格式条款的一方应当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。

格式条款的效力:

格式条款具有合同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。

格式条款的解释:

对格式条款的理解发生争议的，应当按通常理解予以解释。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。格式条款和非格条　式款不一致的，应当采用非格式条款。

6. 订立合同过程中的责任

订立合同过程中的缔约过失赔偿责任:

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

订立合同过程中的保密责任:

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，应当承担损害赔偿责任。

三、 合同的效力

1. 合同的生效

一般合同的生效:

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。

特殊合同的生效:

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。

2. 合同的效力

无效合同:

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。

可变更、可撤销的合同:

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。

效力待定的合同:

- ✓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。撤销应以通知的方式作出。
- ✓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内予以追认。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。
- ✓无处分权的人处分他人财产，经权利人追认或者无处分权的人订立合同后取得处分权的，该合同有效。

无效免责条款:

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。

合同中争议解决条款的效力:

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。

合同无效或撤销的效力:

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。

四、 合同的履行

1. 合同履行的原则

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。

2. 合同的解释

合同的补充协议:

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。

合同的解释规则:

当事人就有关合同内容约定不明确，依照合同法第六十一条　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。

3. 合同履行的抗辩权

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。

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。

4. 合同履行的保全

代位权撤销权:

- ✓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。
- ✓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。

五、 合同的变更和转让

1. 合同的变更

合同变更的条件:

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。

变更内容约定不明的处理:

当事人对合同变更的内容约定不明确的，推定为未变更。

2. 合同的转让

合同转让的含义:

合同转让，是指合同权利、义务的转让，亦即当事人一方将合同的权利或义务全部或部分转让给第三人的现象。

合同权利的转让:

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。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。

合同义务的转让:

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。

六、 合同的终止

合同终止的法定事由:

有下列情形之一的，合同的权利义务终止：（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。

合同终止后当事人的义务:

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。

合问解除:

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。

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有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。

变更：

合同的变更通常需要经当事人协商一致或者由人民法院或仲裁机关依法变更，当事人不能单方变更

抵销：

当事人互负到期债务，该债务的标的物种类、品质相同的，任何一方可以将自己的债务与对方的债务抵销，但依照法律规定或者按照合同性质不得抵销的除外。当事人主张抵销的，应当通知对方。通知自到达对方时生效。抵销不得附条件或者附期限。 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。

提存：

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。

混同：

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。

债务的免除：

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。

七、 违约责任

违约行为：

违约行为指当事人不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的行为。

违约责任的概念及特征：

违约责任是合同当事人不履行合同义务或履行合同义务不符合合同约定而应承担的否定性法律后果。 违约责任具有以下特征：1、违约责任的产生以合同当事人不履行合同义务为条件；2、只能在合同关系的特定当事人之间产生，对合同关系当事人以外的第三人不负违约责任；3、主要具有补偿性；4、可由当事人约定。

违约责任的归责原则：

违约责任的归责原则，是指当合同当事人不履行合同义务或履行义务不符合合同约定时，应凭由何种依据来使其负责。这种依据实际上就反映了法律的价值判断标准。从各国的民事立法来看，有关合同责任的归责方面，主要采纳了过错责任和严格责任两种归责原则。

违约责任的承担方式：

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。

八、 技术合同

1. 技术合同的概念

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。

技术合同的一般条款：

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。

2. 职务技术成果和非职务技术成果

职务技术成果的使用权和转让权的归属：

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。

非职务技术成果的使用权和转让权的归属:

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。

3. 无效的技术合同

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。

4. 技术合同的种类

(1)技术开发合同

技术开发合同的概念:

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。

法定形式和种类:

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。

合同当事人的权利和义务:

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。 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。 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。 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。

风险负担和权利分配:

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，依照合同法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。

违约责任:

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。 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。

(2)技术转让合同

技术转让合同的概念、法定形式和种类:

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。

合同当事人的权利和义务:

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。 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。 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。 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。

违约责任:

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。 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。

(3)技术咨询和技术服务合同 （不一定书面形式）

技术咨询和枝术服务合同的概念:

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。

合同当事人的权利和义务:

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。 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。 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。 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。

违约责任:

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。 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。

九、 委托合同

委托合同的概念特别委托:

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。 特别委托受托人处理一项或者数项事务的委托为特别委托。

概括委托:

概括委托受托人处理一切事务的委托为概括委托。

委托人和受托人的权利和义务:

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。 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。

违约责任:

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。 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。

第三节 民事诉讼法

基本要求

了解民事诉讼的效力范围．基本原则和基本的诉讼制度；理解民事诉讼法中关于管辖、证据，诉讼当事人，财产保全和先予执行以及证据的规定；掌握关于一般民事审判程序和执行程序的基本规定；了解关于涉外民事诉讼的规定。

本节内容主要涉及(中华人民共和国民事诉讼法)。《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民事诉讼>若干问题的意见)和<最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定)的规定

一、 民事诉讼法的基本知识

1.民事诉讼法的效力

●**适用范围**

第三条 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。

●**对人的效力**

✓第五条 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。

✓第二百三十九条　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。

●**空间效力**

第四条 凡在中华人民共和国领域内进行民事诉讼，必须遵守本法。

（领土、领空、领海、领土的延伸—离开我国领空的我国航空器、离开我国领海的我国船舶）

●**时间效力：**1991 年 4 月 9 日起

2.民事诉讼法的基本原则

●**独立行使审判权—第 6 条**

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。

●**以事实为依据，以法律为准绳—第 7 条**

人民法院审理民事案件，必须以事实为根据，以法律为准绳。

●**平等原则—第 8 条**

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

●**调解原则—第 9 条**

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。

●**辩论原则—第 12 条**

人民法院审理民事案件时，当事人有权进行辩论。

●**处分原则—第 13 条**

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，

●**监督原则—第 14 条**

人民检察院有权对民事审判活动实行法律监督

3.民事诉论的基本制度

第十条　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。

●**合议制度：**由 3 名或 3 名以上的审判人员组成审判集体，代表人民法院行使审判权，对案件进行审理并做出裁判的制度

✓第四十条 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。

✓第四十一条 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。

●**回避制度：**指审判人员或者其他有关人员遇有法律规定的情形时，退出对某一具体案件审理的制度

第四十五条 审判人员有下列情形之一的，必须回避，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、诉讼代理人的近亲属；

（二）与本案有利害关系；

（三）与本案当事人有其他关系，可能影响对案件公正审理的。

前款规定，适用于书记员、翻译人员、鉴定人、勘验人。

●**两审终审制度：**指一个民事案件经过两级法院的审判就告终结的制度

第一百五十八条 第二审人民法院的判决、裁定，是终审的判决、裁定

（例外：特别程序审理的非诉案件、申请支付令案件、申请公示催告案件、破产案件、最高人民法院审理的一审案件）

●**公开审判制度**

第一百二十条 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。

二、　民事诉讼的管辖

1.级别管辖：

各级人民法院管辖的一审民事案件

✓第十八条 【基层法院一审管辖】 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。

✓第十九条 【中院一审管辖】 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。

✓第二十条【最高院一审管辖】 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。

✓第二十一条【最高院一审管辖】 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、民事诉讼法第十九条第（一）项规定的重大涉外案件，是指争议标的额大，或者案情复杂，或者居住在国外的当事人人数众多的涉外案件。

2、专利纠纷案件由最高人民法院确定的中级人民法院管辖。海事、海商案件由海事法院管辖。

3、各省、自治区、直辖市高级人民法院可以依照民事诉讼法第十九条第（二）项、第二十条的规定，从本地实际情况出发，根据案情繁简、诉讼标的金额大小、在当地的影响等情况，对本辖区内一审案件的级别管辖提出意见，报最高人民法院批准。

2.地域管辖

●一般地域管辖—第 22、23 条

✓第二十二条 【原告就被告原则】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。

✓第二十三条 【原告就被告的**例外**】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）对被劳动教养的人提起的诉讼；（四）对被监禁的人提起的诉讼。

4、公民的住所地是指公民的户籍所在地，法人的住所地是指法人的主要营业地或者主要办事机构所在地。

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

6、被告一方被注销城镇户口的，依照民事诉讼法第二十三条规定确定管辖；双方均被注销城镇户口的，由被告居住地的人民法院管辖。

7、当事人的户籍迁出后尚未落户，有经常居住地的，由该地人民法院管辖。没有经常居住地，户籍迁出不足一年的，由其原户籍所在地人民法院管辖；超过一年的，由其居住地人民法院管辖。

8、双方当事人都被监禁或被劳动教养的，由被告原住所地人民法院管辖。被告被监禁或被劳动教养一年以上的，由被告被监禁地或被劳动教养地人民法院管辖。

9、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。

10、不服指定监护或变更监护关系的案件，由被监护人住所地人民法院管辖。

11、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，由原告住所地人民法院管辖。　离婚诉讼双方当事人都是军人，由被告住所地或者被告所在的团级以上单位驻地的人民法院管辖。

12、夫妻一方离开住所地超过一年，另一方起诉离婚的案件，由原告住所地人民法院管辖。夫妻双方离开住所地超过一年，一方起诉离婚的案件，由被告经常居住地人民法院管辖；没有经常居住地的，由原告起诉时居住地的人民法院管辖。

13、在国内结婚并定居国外的华侨，如定居国法院以离婚诉讼须由婚姻缔结地法院管辖为由不予受理，当事人向人民法院提出离婚诉讼，由婚姻缔结地或一方在国内的最后居住地人民法院管辖。

14、在国外结婚并定居国外的华侨，如定居国法院以离婚诉讼须由国籍所属国法院管辖为由不予受理，当事人向人民法院提出离婚诉讼的，由一方原住所地或在国内的最后居住地人民法院管辖。

15、中国公民一方居住在国外，一方居住在国内，不论哪一方向人民法院提起离婚诉讼，国内一方住所地的人民法院都有权管辖。如国外一方在居住国法院起诉，国内一方向人民法院起诉的，受诉人民法院有权管辖。

16、中国公民双方在国外但未定居，一方向人民法院起诉离婚的，应由原告或者被告原住所地的人民法院管辖。

17、对没有办事机构的公民合伙、合伙型联营体提起的诉讼，由被告注册登记地人民法院管辖。没有注册登记，几个被告又不在同一辖区的，被告住所地的人民法院都有管辖权。

●特殊地域管辖—第 24、26∽33 条 意见 18∽30

✓第二十四条 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。

✓第二十六条 因保险合同纠纷提起的诉讼，由被告住所地或者保险标的物所在地人民法院管辖。

✓第二十七条　因票据纠纷提起的诉讼，由票据支付地或者被告住所地人民法院管辖。
✓第二十八条　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。
✓第二十九条　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。
✓第三十条　因铁路、公路、水上和航空事故请求损害赔偿提起的诉讼，由事故发生地或者车辆、船舶最先到达地、航空器最先降落地或者被告住所地人民法院管辖。
✓第三十一条　因船舶碰撞或者其他海事损害事故请求损害赔偿提起的诉讼，由碰撞发生地、碰撞船舶最先到达地、加害船舶被扣留地或者被告住所地人民法院管辖。
✓第三十二条　因海难救助费用提起的诉讼，由救助地或者被救助船舶最先到达地人民法院管辖。
✓第三十三条　因共同海损提起的诉讼，由船舶最先到达地、共同海损理算地或者航程终止地的人民法院管辖。

18、因合同纠纷提起的诉讼，如果合同没有实际履行，当事人双方住所地又都不在合同约定的履行地的，应由被告住所地人民法院管辖。

19、购销合同的双方当事人在合同中对交货地点有约定的，以约定的交货地点为合同履行地；没有约定的，依交货方式确定合同履行地：采用送货方式的，以货物送达地为合同履行地；采用自提方式的，以提货地为合同履行地；代办托运或按木材、煤炭送货办法送货的，以货物发运地为合同履行地。购销合同的实际履行地点与合同中约定的交货地点不一致的，以实际履行地点为合同履行地。

20、加工承揽合同，以加工行为地为合同履行地，但合同中对履行地有约定的除外。

21、财产租赁合同、融资租赁合同以租赁物使用地为合同履行地，但合同对履行地有约定的除外。

22、补偿贸易合同，以接受投资一方主要义务履行地为合同履行地。

23、民事诉讼法第二十五条规定的书面合同中的协议，是指合同中的协议管辖条款或者诉讼前达成的选择管辖的协议。

24、合同的双方当事人选择管辖的协议不明确或者选择民事诉讼法第二十五条规定的人民法院中的两个以上人民法院管辖的，选择管辖的协议无效，依照民事诉讼法第二十四条的规定确定管辖。

25、因保险合同纠纷提起的诉讼，如果保险标的物是运输工具或者运输中的货物，由被告住所地或者运输工具登记注册地、运输目的地、保险事故发生地的人民法院管辖。

26、民事诉讼法第二十七条规定的票据支付地，是指票据上载明的付款地。票据未载明付款地的，票据付款人（包括代理付款人）的住所地或主营业所所在地为票据付款地。

27、债权人申请支付令，适用民事诉讼法第二十二条规定，由债务人住所地的基层人民法院管辖。

28、民事诉讼法第二十九条规定的侵权行为地，包括侵权行为实施地、侵权结果发生地。

29、因产品质量不合格造成他人财产、人身损害提起的诉讼，产品制造地、产品销售地、侵权行为地和被告住所地的人民法院都有管辖权。

✓ 30、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。

●专属管辖—第 34 条（不动产、港口作业纠纷、遗产继承）

第三十四条 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。

●协议管辖—第 25 条

第二十五条　合同的双方当事人可以在书面合同中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。

●多重管辖—第 24∽33 条、第 34 条第 3 项、第 35 条（最先立案）

第三十五条　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。

●移送管辖和指定管辖　第 36、37、39（广义）条

✓第三十六条　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。
✓第三十七条　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。

✓第三十九条　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。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

●**管辖权异议　第 38 条**

第三十八条 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

三、 审判组织和诉讼参加人

1.审判组织

●**合议庭　案件评议**　第 40∽43 条

✓第四十条 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。

✓第四十一条 人民法院审理第二审民事案件，由审判员组成合议庭。合议庭成员人数，必须是单数。

✓第四十三条 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。

2.诉讼当事人

●**诉讼当事人的权利和义务—第 49、50、51、52 条**

✓第四十九条 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。

✓第五十条 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。

✓第五十一条 双方当事人可以自行和解。

✓第五十二条 原告可以放弃或者变更诉讼请求。被告可以承认或者反驳诉讼请求，有权提起反诉。

●**共同诉讼—第 53 条（必要共同诉讼—遗产继承，普通共同诉讼—可分之诉）**

第五十三条 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效力

●**代表人诉讼—第 54、55 条，意见 59∽64**

✓第五十四条 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，进行和解，必须经被代表的当事人同意，

５９、民事诉讼法第五十四条和第五十五条规定的当事人一方人数众多，一般指十人以上。

６０、依照民事诉讼法第五十四条规定，当事人一方人数众多在起诉时确定的，可以由全体当事人推选共同的代表人，也可以由部分当事人推选自己的代表人；推选不出代表人的当事人，在必要的共同诉讼中可由自己参加诉讼，在普通的共同诉讼中可以另行起诉。

６２、民事诉讼法第五十四条和第五十五条规定的代表人为二至五人，每位代表人可以委托一至二人作为诉讼代理人。

✓第五十五条 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。

６１、当事人推选不出的，可以由人民法院提出人选与当事人协商，协商不成的，也可以由人民法院在起诉的当事人中指定代表人。

６３、依照民事诉讼法第五十五条规定受理的案件，人民法院可以发出公告，通知权利人向人民法院登记。公告期根据具体案件的情况确定，最少不得少于三十日。

６４、依照民事诉讼法第五十五条规定向人民法院登记的当事人，应证明其与对方当事人的法律关系和所受到的损害。证明不了的，不予登记，当事人可以另行起诉。人民法院的裁判在登记的范围内执行。未参加登记的权利人在诉讼时效期间内提起诉讼，人民法院认定其请求成立的，裁定适用人民法院已作出的判决、裁定。

●第三人　　第 56 条（有独三、无独三），意见 65、66

✓第五十六条　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。

６５、依照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。

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

９７、无独立请求权的第三人参加诉讼的案件，人民法院调解时需要确定无独立请求权的第三人承担义务的，应经第三人的同意，调解书应当同时送达第三人。第三人在调解书送达前反悔的，人民法院应当及时判决。

3.诉讼代理人

●法定代理人—第 57 条，意见 67

✓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。

６７、在诉讼中，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。事先没有确定监护人的，可以由有监护资格的人协商确定，协商不成的，由人民法院在他们之间指定诉讼中的法定代理人。当事人没有民法通则第十六条第一、二款或者第十七条第一款规定的监护人的，可以指定该法第十六条第四款或者第十七条第三款规定的有关组织担任诉讼期间的法定代理人。

●委托代理人—第 58 条，意见 68

✓第五十八条　【诉讼代理人】当事人、法定代理人可以委托一至二人作为诉讼代理人。律师、当事人的近亲属、有关的社会团体或者所在单位推荐的人、经人民法院许可的其他公民，都可以被委托为诉讼代理人。

６８、除律师、当事人的近亲属、有关的社会团体或者当事人所在单位推荐的人之外，当事人还可以委托其他公民为诉讼代理人。但无民事行为能力人、限制民事行为能力人或者可能损害被代理人利益的人以及人民法院认为不宜作诉讼代理人的人，不能作为诉讼代理人。

●授权委托书—第 59 条，意见 69

✓第五十九条　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。侨居在国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。

６９、当事人向人民法院提交的授权委托书，应在开庭审理前送交人民法院。授权委托书仅写“全权代理”而无具体授权的，诉讼代理人无权代为承认、放弃、变更诉讼请求，进行和解，提起反诉或者上诉。

●诉讼代理人的权利—第 61 条

✓第六十条　【代理权限的变更或解除】诉讼代理人的权限如果变更或者解除，当事人应当书面告知人民法院，并由人民法院通知对方当事人。

✓第六十一条　【律师和其他诉讼代理人的权利】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。

✓第六十二条　【本人必须出庭的情形】离婚案件有诉讼代理人的，本人除不能表达意志的以外，仍应出庭；确因特殊情况无法出庭的，必须向人民法院提交书面意见。

四、 民事诉讼证据

1.证据的种类

●证据的种类—第 63 条

证据有下列几种：（一）书证；（二）物证；（三）视听资料；（四）证人证言；（五）当事人的陈述；（六）鉴定结论；（七）勘验笔录。 以上证据必须查证属实，才能作为认定事实的根据。

●对各种证据的原则要求—第 68∽73 条

✓第六十八条　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。

✓第六十九条　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。

✓第七十条　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。证人确有困难不能出庭的，经人民法院许可，可以提交书面证言。不能正确表达意志的人，不能作证。

✓第七十一条　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。

✓第七十二条　人民法院对专门性问题认为需要鉴定的，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。鉴定部门及其指定的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。鉴定部门和鉴定人应当提出书面鉴定结论，在鉴定书上签名或者盖章。鉴定人鉴定的，应当由鉴定人所在单位加盖印章，证明鉴定人身份。

✓第七十三条　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。

2.当事人举证

●当事人的举证责任—第 64 条，证据规定 2

✓第六十四条　当事人对自己提出的主张，有责任提供证据（即“谁主张谁举证”）。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。

第二条 当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明

●特殊侵权诉讼的举证责任—意见 74，证据规定 4

✓74、在诉讼中，当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。但在下列侵权诉讼中，对原告提出的侵权事实，被告否认的，由被告负责举证：（1）因产品制造方法发明专利引起的专利侵权诉讼；（2）高度危险作业致人损害的侵权诉讼；（3）因环境污染引起的损害赔偿诉讼；（4）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；（5）饲养动物致人损害的侵权诉讼；（6）有关法律规定由被告承担举证责任的。

✓第四条　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。

●当事人对事实的承认

第八条　诉讼过程中，一方当事人对另一方当事人陈述的案件事实明确表示承认的，另一方当事人无需举证。但涉及身分关系的案件除外。

对一方当事人陈述的事实，另一方当事人既未表示承认也未否认，经审判人员充分说明并询问后，其仍不明确表示肯定或者否定的，视为对该项事实的承认。

当事人委托代理人参加诉讼的，代理人的承认视为当事人的承认。但未经特别授权的代理人对事实的承认直接导致承认对方诉讼请求的除外；当事人在场但对其代理人的承认不作否认表示的，视为当事人的承认。

当事人在法庭辩论终结前撤回承认并经对方当事人同意，或者有充分证据证明其承认行为是在受胁迫或者重大误解情况下作出且与事实不符的，不能免除对方当事人的举证责任。

●无需举证的事实—意见 75，证据规定 9

75、下列事实，当事人无需举证：

（1）一方当事人对另一方当事人陈述的案件事实和提出的诉讼请求，明确表示承认的；

（2）众所周知的事实和自然规律及定理；

（3）根据法律规定或已知事实，能推定出的另一事实；

（4）已为人民法院发生法律效力的裁判所确定的事实；

（五）已为仲裁机构的生效裁决所确认的事实

（5）已为有效公证书所证明的事实。

●境外证据的规定—证据规定 11、12

✓第十一条　当事人向人民法院提供的证据系在中华人民共和国领域外形成的，该证据应当经所在国公证机关予以证明，并经中华人民共和国驻该国使领馆予以认证，或者履行中华人民共和国与该所在国订立的有关条约中规定的证明手续。当事人向人民法院提供的证据是在香港、澳门、台湾地区形成的，应当履行相关的证明手续。

✓第十二条 当事人向人民法院提供外文书证或者外文说明资料应当附有中文译本。

●当事人提交证据的形式要求—证据规定 10、14

✓第十条　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。

✓第十四条　当事人应当对其提交的证据材料逐一分类编号，对证据材料的来源、证明对象和内容作简要说明，签名盖章，注明提交日期，并依照对方当事人人数提出副本。人民法院收到当事人提交的证据材料，应当出具收据，注明证据的名称、份数和页数以及收到的时间，由经办人员签名或者盖章。

3.人民法院调查收集证据

●人民法院自行收集证据—第 64 条，证据规定 15

✓第六十四条　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。

✓第十五条　《民事诉讼法》第六十四条规定的“人民法院认为审理案件需要的证据”，是指以下情形：（一）涉及可能有损国家利益、社会公共利益或者他人合法权益的事实；（二）涉及依职权追加当事人、中止诉讼、终结诉讼、回避等与实体争议无关的程序事项。

●当事人申请人民法院收集证据—第 64 条，证据规定 3、17、18、19

✓第十六条　除本规定第十五条规定的情形外，人民法院调查收集证据，应当依当事人的申请进行。

✓第十七条　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。

✓第十八条　当事人及其诉讼代理人申请人民法院调查收集证据，应当提交书面申请。申请书应当载明被调查人的姓名或者单位名称、住所地等基本情况、所要调查收集的证据的内容、需要由人民法院调查收集证据的原因及其要证明的事实。

✓第十九条　当事人及其诉讼代理人申请人民法院调查收集证据，不得迟于举证期限届满前七日。人民法院对当事人及其诉讼代理人的申请不予准许的，应当向当事人或其诉讼代理人送达通知书。当事人及其诉讼代理人可以在收到通知书的次日起三日内向受理申请的人民法院书面申请复议一次。人民法院应当在收到复议申请之日起五日内作出答复。

●调查人员调查收集证据的规定—证据规定 20、21、22

✓第二十条　调查人员调查收集的书证，可以是原件，也可以是经核对无误的副本或者复制件。是副本或者复制件的，应当在调查笔录中说明来源和取证情况。

✓第二十一条　调查人员调查收集的物证应当是原物。被调查人提供原物确有困难的，可以提供复制品或者照片。提供复制品或者照片的，应当在调查笔录中说明取证情况。

✓第二十二条　调查人员调查收集计算机数据或者录音、录像等视听资料的，应当要求被调查人提供有关资料的原始载体。提供原始载体确有困难的，可以提供复制件。提供复制件的，调查人员应当在调查笔录中说明其来源和制作经过。

4.举证时限与证据交换

●举证期限—证据规定 33、81（简易程序例外）

✓第三十三条　人民法院应当在送达案件受理通知书和应诉通知书的同时向当事人送达举证通知书。举证通知书应当载明举证责任的分配原则与要求、可以向人民法院申请调查取证的情形、人民法院根据案件情况指定的举证期限以及逾期提供证据的法律后果。举证期限可以由当事人协商一致，并经人民法院认可。由人民法院指定举证期限的，指定的期限不得少于三十日，自当事人收到案件受理通知书和应诉通知书的次日起计算。

✓第八十一条 人民法院适用简易程序审理案件，不受本解释中第三十二条、第三十三条第三款和第七十九条规定的限制。

●举证期限效力—证据规定 34

✓第三十四条　当事人应当在举证期限内向人民法院提交证据材料，当事人在举证期限内不提交的，视为放弃举证权利。对于当事人逾期提交的证据材料，人民法院审理时不组织质证。但对方当事人同意质证的除外。当事人增加、变更诉讼请求或者提起反诉的，应当在举证期限届满前提出。

●举证期限的延长—证据规定 36

✓第三十六条 当事人在举证期限内提交证据材料确有困难的　应当在举证期限内向人民法院申请延期举证，经人民法院准许可以适当延长举证期限。当事人在延长的举证期限内提交证据材料仍有困难的可以再次提出延期申请是否准许由人民法院决定。

●证据交换的期限—证据规定 37、38

✓第三十七条　经当事人申请，人民法院可以组织当事人在开庭审理前交换证据。人民法院对于证据较多或者复杂疑难的案件，应当组织当事人在答辩期届满后、开庭审理前交换证据。

✓第三十八条　交换证据的时间可以由当事人协商一致并经人民法院认可，也可以由人民法院指定。人民法院组织当事人交换证据的，交换证据之日举证期限届满。当事人申请延期举证经人民法院准许的，证据交换日相应顺延。

●当事人可以在当庭提出的新证据及其要求—第 125 条第 1 款，证据规定 41、42、43

✓第一百二十五条　当事人在法庭上可以提出新的证据。

✓第四十一条　《民事诉讼法》第一百二十五条第一款规定的“新的证据”，是指以下情形：

（一）一审程序中的新的证据包括：当事人在一审举证期限届满后新发现的证据；当事人确因客观原因无法在举证期限内提供，经人民法院准许，在延长的期限内仍无法提供的证据；

（二）二审程序中的新的证据包括：一审庭审结束后新发现的证据；当事人在一审举证期限届满前申请人民法院调查取证未获准许，二审法院经审查认为应当准许并依当事人申请调取的证据。

✓第四十二条　当事人在一审程序中提供新的证据的，应当在一审开庭前或者开庭审理时提出。 当事人在二审程序中提供新的证据的，应当在二审开庭前或者开庭审理时提出；二审不需要开庭审理的，应当在人民法院指定的期限内提出。

✓第四十三条　当事人举证期限届满后提供的证据不是新的证据的，人民法院不予采纳。当事人经人民法院准许延期举证，但因客观原因未能在准许的期限内提供，且不审理该证据可能导致裁判明显不公的，其提供的证据可视为新的证据。

5.证据的质证（质证的效力 对各类证据质证的基本要求）

●质证的效力—第 66 条，证据规定 47（对证据的“三性”及证明力的有无、大小予以说明和质辩）

✓第六十六条　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。

✓第四十七条 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。

●对各类证据质证的基本要求

✓ 对书证、物证和视听资料的—证据规定 49

第四十九条 对书证、物证、视听资料进行质证时当事人有权要求出示证据的原件或者原物。但有下列情况之一的除外：（一）出示原件或者原物确有困难并经人民法院准许出示复制件或者复制品的；（二）原件或者原物已不存在，但有证据证明复制件、复制品与原件或原

物一致的。

✓ 对证人证言的—证据规定 55

第五十五条 证人应当出庭作证接受当事人的质询。证人在人民法院组织双方当事人交换证据时出席陈述证言的，可视为出庭作证

✓ 对鉴定结论的—证据规定 59、60、61

第五十九条 鉴定人应当出庭接受当事人质询。 鉴定人确因特殊原因无法出庭的，经人民法院准许，可以书面答复当事人的质询。

第六十条 经法庭许可，当事人可以向证人、鉴定人、勘验人发问。询问证人、鉴定人、勘验人不得使用威胁、侮辱及不适当引导证人的言语和方式。

第六十一条 当事人可以向人民法院申请由一至二名具有专门知识的人员出庭就案件的专门性问题进行说明。人民法院准许其申请的，有关费用由提出申请的当事人负担。审判人员和当事人可以对出庭的具有专门知识的人员进行询问。经人民法院准许，可以由当事人各自申请的具有专门知识的人员就有案件中的问题进行对质。具有专门知识的人员可以对鉴定人进行询问。

6.证据保全

●可以申请证据保全的情形—第 74 条（商标、专利的保全规定见相关司法解释）

✓第七十四条　在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下，诉讼参加人可以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。

●当事人申请证据保全的条件—证据规定 23

✓第二十三条 当事人依据《民事诉讼法》第七十四条的规定向人民法院申请保全证据，不得迟于举证期限届满前七日。 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。 法律、司法解释规定诉前保全证据的，依照其规定办理。

●人民法院采取证据保全的方法—证据规定 24

✓第二十四条 人民法院进行证据保全可以根据具体情况采取查封、扣押、拍照、录音、录像、复制、鉴定、勘验、制作笔录等方法。人民法院进行证据保全，可以要求当事人或者诉讼代理人到场

7.对当事人权益的保护——第 102 条，证据规定 80

✓第一百零二条　诉讼参与人或者其他人有下列行为之一的，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。

✓第八十条　对证人、鉴定人、勘验人的合法权益依法予以保护。 当事人或者其他诉讼参与人伪造、毁灭证据，提供假证据，阻止证人作证，指使、贿买、胁迫他人作伪证，或者对证人、鉴定人、勘验人打击报复的，依照《民事诉讼法》第一百零二条的规定处理。

五、 财产保全

1.诉讼中的财产保全—第 92 条

✓第九十二条　人民法院对于可能因当事人一方的行为或者其他原因，使判决不能执行或者难以执行的案件，可以根据对方当事人的申请，作出财产保全的裁定；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财产保全措施。

人民法院采取财产保全措施，可以责令申请人提供担保；申请人不提供担保的，驳回申请。

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；裁定采取财产保全措施的，应当立即开始执行。

2.诉前财产保全—第 93 条

✓第九十三条　利害关系人因情况紧急，不立即申请财产保全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财产保全措施。

申请人应当提供担保，不提供担保的，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；裁定采取财产保全措施的，应当立即开始执行。

申请人在人民法院采取保全措施后十五日内不起诉的，人民法院应当解除财产保全。

诉前财产保全，由当事人向财产所在地的人民法院申请

3.保全的范围、方式—第 94 条

✓第九十四条　财产保全限于请求的范围，或者与本案有关的财物。财产保全采取查封、扣押、冻结或者法律规定的其他方法。人民法院冻结财产后，应当立即通知被冻结财产的人。财产已被查封、冻结的，不得重复查封、冻结。

4.申请人提供的担保—第 92 条第 2 款、93 条第 1 款

✓人民法院采取财产保全措施，可以责令申请人提供担保；申请人不提供担保的，驳回申请。

✓利害关系人因情况紧急，不立即申请财产保全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财产保全措施。申请人应当提供担保，不提供担保的，驳回申请。

5.被申请人的反担保—第 95 条

第九十五条　被申请人提供担保的，人民法院应当解除财产保全。

6.申请错误的损害赔偿—第 96 条

第九十六条　申请有错误的，申请人应当赔偿被申请人因财产保全所遭受的损失。

六、　民事审判程序

1.第一审普通程序

●起诉及其条件—第 108、111 条

✓第一百零八条　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。

✓第一百零九条　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。

●受理和立案—第 111（受理）、112 条（立案）

✓第一百一十一条　人民法院对符合本法第一百零八条的起诉，必须受理；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，双方当事人对合同纠纷自愿达成书面仲裁协议向仲裁机构申请仲裁、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、裁定已经发生法律效力的案件，当事人又起诉的，告知原告按照申诉处理，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。

✓第一百一十二条　人民法院收到起诉状或者口头起诉，经审查，认为符合起诉条件的，应当在七日内立案，并通知

当事人；认为不符合起诉条件的，应当在七日内裁定不予受理；原告对裁定不服的，可以提起上诉。

●**审理前的准备—第 113∽119 条**

✓第一百一十三条　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，被告在收到之日起十五日内提出答辩状。被告提出答辩状的，人民法院应当在收到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。

✓第一百一十四条　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。

✓第一百一十五条　合议庭组成人员确定后，应当在三日内告知当事人。

✓第一百一十六条　审判人员必须认真审核诉讼材料，调查收集必要的证据。

✓第一百一十七条　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。

✓第一百一十八条　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。

✓第一百一十九条　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。

●**开庭审理—第 120∽134 条**

✓第一百二十条　【公开审理原则】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。

✓第一百二十一条　【就地办案原则】人民法院审理民事案件，根据需要进行巡回审理，就地办案。

✓第一百二十二条　【审前准备】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。

✓第一百二十三条　【准备开庭】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。

✓第一百二十四条　【法庭调查】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、物证和视听资料；

（四）宣读鉴定结论；

（五）宣读勘验笔录。

✓第一百二十五条　【庭审中当事人的诉讼权利】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。

✓第一百二十六条　【合并审理】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。

✓第一百二十七条　【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。

✓第一百二十八条　【调解与判决】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。

✓第一百二十九条　【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。

✓第一百三十条　【缺席判决】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。

✓第一百三十一条　【缺席判决】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。

✓第一百三十二条　【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。

✓第一百三十三条　【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。

✓第一百三十四条　【判决宣告】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。

●审理期限—第 135 条

✓第一百三十五条　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。

●诉讼中止—第 136 条

✓第一百三十六条　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。

●诉讼终结—第 137 条

第一百三十七条　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。 第五节　判　　决和裁定

●判决—第 138、139 条

✓第一百三十八条　判决书应当写明：（一）案由、诉讼请求、争议的事实和理由；（二）判决认定的事实、理由和适用的法律依据；（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。

✓第一百三十九条　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。

●裁定—第 140 条　（发生法律效力的判决、裁定—第 141 条）

✓第一百四十条　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）财产保全和先予执行；

（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）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）、（二）、（三）项裁定，可以上诉。
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。

✓第一百四十一条　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。

2.第二审程序

●上诉时效—第 147 条（15 日、10 日）

✓第一百四十七条　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。

●上诉审理的范围—第 151 条

第一百五十一条　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。

●上诉审理的方式—第 152 条（合议庭、可书面可开庭）

第一百五十二条　第二审人民法院对上诉案件，应当组成合议庭，开庭审理。经过阅卷和调查，询问当事人，在事实核对清楚后，合议庭认为不需要开庭审理的，也可以径行判决、裁定。

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

●上诉案件的裁判—第 153 条（维持、改判、发回）

第一百五十三条　【二审案件的处理】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）原判决认定事实清楚，适用法律正确的，判决驳回上诉，维持原判决；
（二）原判决适用法律错误的，依法改判；
（三）原判决认定事实错误，或者原判决认定事实不清，证据不足，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）原判决违反法定程序，可能影响案件正确判决的，裁定撤销原判决，发回原审人民法院重审。

当事人对重审案件的判决、裁定，可以上诉。

●审理期限—第 159 条

✓第一百五十九条　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

●第二审判决、裁定的法律效力—第 158 条

第一百五十八条　第二审人民法院的判决、裁定，是终审的判决、裁定。

七、　审判监督程序

1.　有权启动审判监督程序的主体（人民法院院长 最高人民法院　当事人 人民检察院） 177、178

✓第一百七十七条　各级人民法院院长对本院已经发生法律效力的判决、裁定，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，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，发现确有错误的，有权提审或者指令下级人民法院再审。

✓第一百七十八条　当事人对已经发生法律效力的判决、裁定，认为有错误的，可以向原审人民法院或者上一级人民法院申请再审，但不停止判决、裁定的执行。

2.当事人启动再审程序的条件和程序　第 178、179∽182 条

✓第一百七十八条　当事人对已经发生法律效力的判决、裁定，认为有错误的，可以向原审人民法院或者上一级人民法院申请再审，但不停止判决、裁定的执行。

✓第一百七十九条　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、裁定认定事实的主要证据不足的；

（三）原判决、裁定适用法律确有错误的；

（四）人民法院违反法定程序，可能影响案件正确判决、裁定的；

（五）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。

人民法院对不符合前款规定的申请，予以驳回。

✓第一百八十条　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。

✓第一百八十一条　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。

✓第一百八十二条　当事人申请再审，应当在判决、裁定发生法律效力后二年内提出。

八、 执行程序

1.一般规定

●**执行根据—第 207 条　　执行管辖—第 207、209 条**

✓第二百零七条　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。

✓第二百零九条　执行工作由执行员进行。采取强制执行措施时，执行员应当出示证件。执行完毕后，应当将执行情况制作笔录，由在场的有关人员签名或者盖章。

基层人民法院、中级人民法院根据需要，可设立执行机构。执行机构的职责由最高人民法院规定

●**执行异议—第 208 条**

✓第二百零八条　执行过程中，案外人对执行标的提出异议的，执行员应当按照法定程序进行审查。理由不成立的，予以驳回；理由成立的，由院长批准中止执行。如果发现判决、裁定确有错误，按照审判监督程序处理。

●**执行委托—第 210 条**

✓第二百一十条　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。

●**执行和解—第 211 条，意见 266、267**

✓第二百一十一条　在执行中，双方当事人自行和解达成协议的，执行员应当将协议内容记入笔录，由双方当事人签名或者盖章。一方当事人不履行和解协议的，人民法院可以根据对方当事人的申请，恢复对原生效法律文书的执行。

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

✓２６７、申请恢复执行原法律文书，适用民事诉讼法第二百一十九条申请执行期限的规定。申请执行期限因达成执行中的和解协议而中止，其期限自和解协议所定履行期限的最后一日起连续计算。

●**执行担保—第 212 条**

✓第二百一十二条　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。

●**执行承担—第 213 条**

✓第二百一十三条　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。

●**执行回转—第 214 条**

✓第二百一十四条　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。

2.执行的申请和移送

●**执行申请—第 216 条**

✓第二百一十六条　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。

●**不予执行的情况— 第 217 条，意见 277　第 218 条**

✓第二百一十七条　【仲裁裁决的执行】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）认定事实的主要证据不足的；

（五）适用法律确有错误的；

（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。

✓２７７、仲裁机构裁决的事项部分属于仲裁协议的范围，部分超过仲裁协议范围的，对超过部分，人民法院应当裁定不予执行。

✓第二百一十八条　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。

●**申请执行的期限—第 219 条**

✓第二百一十九条　申请执行的期限，双方或者一方当事人是公民的为一年，双方是法人或者其他组织的为六个月。前款规定的期限，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。

●**强制执行—第 220 条**

✓第二百二十条　执行员接到申请执行书或者移交执行书，应当向被执行人发出执行通知，责令其在指定的期间履行，逾期不履行的，强制执行。

3.执行措施

●**对被执行人存款、收人、财产的强制执行—第 221∽230、232、233 条**

✓第二百二十一条　被执行人未按执行通知履行法律文书确定的义务，人民法院有权向银行、信用合作社和其他有储蓄业务的单位查询被执行人的存款情况，有权冻结、划拨被执行人的存款，但查询、冻结、划拨存款不得超出被执行人应当履行义务的范围。人民法院决定冻结、划拨存款，应当作出裁定，并发出协助执行通知书，银行、信用合作社和其他有储蓄业务的单位必须办理。

✓第二百二十二条　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。

✓第二百二十三条　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。

✓第二百二十四条　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。

✓第二百二十五条　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。

✓第二百二十六条　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，人民法院可以按照规定交有关单位拍卖或者变卖被查封、扣押的财产。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。

✓第二百二十七条　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。

✓第二百二十八条　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。

✓第二百二十九条　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。

✓第二百三十条　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。

✓第二百三十二条　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。

✓第二百三十三条　人民法院采取本法第二百二十一条、第二百二十二条、第二百二十三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。

●对被执行人行为的强制执行—第 231 条（如登报赔礼道歉）

✓ 第二百三十一条　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完成，费用由被执行人承担。

4.执行中止和执行终结

●执行中止—第 234 条

第二百三十四条　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。

●执行终结—第 235 条

第二百三十五条　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、扶养费、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。

●中止和终结执行裁定的生效—第 236 条（送达生效）

第二百三十六条　中止和终结执行的裁定，送达当事人后立即生效。

九、 涉外民事诉讼程序

1.涉外民事诉讼的一般原则

（涉外民事案件—具有涉外因素的民事案件。涉外因素，体现为：争议法律关系的主体一方或双方是外国人、无国籍人、外国企业组织；法律关系的内容产生、变更发生在国外；法律关系标的物在国外）

●**适用我国诉讼法的原则—第 237 条**

✓第二百三十七条　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。

●**国际条约优先原则—第 238 条**

✓第二百三十八条　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。

●**司法豁免原则—第 239 条（使领馆人员）**

✓第二百三十九条　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。

●**委托中国律师代理诉讼的原则—第 241 条**

✓第二百四十一条 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。

●**使用我国通用语言文字的原则—第 240 条**

✓ 第二百四十条　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。

2.涉外民事诉讼管辖

●**最紧密联系管辖—第 243 条（如果合同已经约定管辖则遵照约定）**

✓第二百四十三条　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。

●**协议管辖—第 244 条（与争议有实际联系地点的法院）**

✓第二百四十四条　涉外合同或者涉外财产权益纠纷的当事人，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。选择中华人民共和国人民法院管辖的，不得违反本法关于级别管辖和专属管辖的规定。

●**应诉管辖—第 245 条（不提管辖异议并应诉）**

✓第二百四十五条　涉外民事诉讼的被告对人民法院管辖不提出异议，并应诉答辩的，视为承认该人民法院为有管辖权的法院

●**专属管辖—第 246 条（合资经营企业合同、合作经营企业合同、合作勘探开发自然资源合同）**

✓第二百四十六条　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。

第四节 行政复议

基本要求：了解行政复议的概念和基本原则；理解行政复议参加人及其权利、义务；理解行政复议程序和决定的规定。本节内容主要涉及《中华人民共和国行政复议法》的规定。

一、　行政复议的概念和基本原则

1、 行政复议的概念（行政复议的概念 行政复议与行政诉讼的区别）

- **行政复议的概念**—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合法权益，依法向法定的行政机关提出申请，由受理机关根据法定程序对具体行政行为的合法性和适当性进行审查并做出相应决定的活动
  - ✓第二条 公民、法人或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
- **行政复议与行政诉讼的区别**—
  ①管辖机关不同（行政机关；人民法院）
  ②受案范围不同（具体、部分抽象行政行为；具体行政行为）
  ③适用程序不同（行政程序，一次审结；司法程序，二审终审）
  ④审查范围不同（合法性、适当性；合法性）
  ⑤审查依据不同（法律、法规、规章和其他规定；法律、法规、参照规章）
  ⑥处理权限不同（可变更决定；对显失公正的行政处罚判决变更）
  - ✓第十六条 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。

2、 行政复议的基本原则（合法、公正、公开、及时、便民的原则 有错必纠的原则 合法性与合理性审查原则） 第 4 条、第 3 条第 1 款第 3 项

- ✓第四条 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。
- ✓第三条 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。行政复议机关和行政复议参加人

- **行政复议申请人—第 10 条第 1、2 款**
  - ✓第十条 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（不是以自己的名义）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。
- **行政复议被申请人—第 10 条第 4 款**
  - ✓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。
- **行政复议第三人—第 10 条第 3 款**
  - ✓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。
- **行政复议机关—第 12∽15 条**
  - ✓第十二条 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。
  - ✓第十三条 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。

✓第十四条 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。

✓第十五条 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。

●**行政复议的代理人—第 10 条第 2 款（无、限的法定代理人）、第 5 款（委托代理人）**

✓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，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。

✓申请人、第三人可以委托代理人代为参加行政复议。

✓申请人申请行政复议，可以书面申请，也可以口头申请

✓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

二、 行政复议程序

1、 行政复议的受案范围

●**行政复议的受案范围—第 6 条**

第六条 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、社会保险金或最低生活保障费，行政机关没有依法发放；

（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。

●**行政复议的排除范围—第 8 条**

第八条 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。

●**对部分抽象行政行为的附带审查—第 7 条**

第七条 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。

2、 行政复议的申请（提出申请的期限　申请的形式）

●提出申请的期限—第 9 条

第九条 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（直接起诉是三个月内）；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。

●申请的形式—第 11 条

第十一条 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。

3、 行政复议的受理

●行政复议的受理机关—第 12∽15 条 同行政复议机关

●行政复议的受理期限—第 17 条

第十七条 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。

●复议申请的转送—第 18 条

第十八条 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。

●具体行政行为在行政复议期间的执行力—第 21 条

第二十一条 行政复议期间具体行政行为不停止执行；但有下列情形之一的，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。

4、 行政复议的审理

●行政复议的审查方式—第 22 条（书面审查为原则）

第二十二条 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。

●举证责任—第 23 条（被申请人负责举证）

第二十三条 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。

●对被申请人的限制—第 24 条

第二十四条 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。

●复议申请的撤回—第 25 条

第二十五条 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。

●行政复议不适用调解（行政诉讼也不适用调解）—对涉及行政权力的合法性和适当性的问题，不适用调解

●审理期限—第 26、27 条（对依据的审查）、第 31 条第 1 款

✓第二十六条 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 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。

✓第三十一条 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。

三、 行政复议决定

1、 行政复议决定种类和效力

- **维持—第 28 条第 1 款第 1 项**
- **责令履行职责—第 28 条第 1 款第 2 项**
- **撤销、变更、确认违法—第 28 条第 1 款第 3 项**
- **责令重新做出具体行政行为—第 28 条第 1 款第 4 项**

第二十八条 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 23 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。

- **附带赔偿请求复议决定的生效—第 29 条、第 31 条第 2 款（复议决定形式上的要求）**

✓第二十九条 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。

✓31.2 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，并加盖印章。行政复议决定书一经送达，即发生法律效力。

- **行政复议决定的执行—第 32、33 条**

✓第三十二条 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。

✓第三十三条 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。

2、 行政复议决定不服的救济

- **向人民法院提起行政诉讼—第 19 条 《行政诉讼法》第 38 条第 2 款及解释第 33 条第 2 款**

✓第十九条 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 38 条 2 款 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。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。

✓第 33 条 2 款　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。

●**对国务院部门或者省、自治区、直辖市人民政府的复议决定不服的救济—第 14、30 条第 2 款**

✓第十四条 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**。

✓第 30.2 条 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、调整或者征用土地的决定，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**。

第五节 行政诉讼法

一、 行政诉讼的基本知识

3、 行政诉讼的概念

1.1 行政诉讼的概念和特征

●**概念**：人民法院应公民、法人或其他组织的请求，依照法定程序审查和解决行政案件的活动

●**特征**—解决行政争议案件（行政主体在行政管理过程中与行政相对人发生争议）

双方当事人中，原告是不服具体行政行为的相对人，被告是做出具体行政行为的行政主体

行政诉讼体现了司法权对行政权的监督

1.2 行政复议与行政诉讼的区别

①管辖机关不同（行政机关；人民法院）

②受案范围不同（具体、部分抽象行政行为；具体行政行为）

③适用程序不同（行政程序，一次审结；司法程序，二审终审）

④审查范围不同（合法性、适当性；合法性）

⑤审查依据不同（法律、法规、规章和其他规定；法律、法规、参照规章）

⑥处理权限不同（可变更决定；对显失公正的行政处罚判决变更）

✓第三十七条　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上一级行政机关或者法律、法规规定的行政机关申请复议，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诉讼。法律、法规规定应当先向行政机关申请复议，对复议不服再向人民法院提起诉讼的，依照法律、法规的规定。

✓第三十八条　公民、法人或者其他组织向行政机关申请复议的，复议机关应当在收到申请书之日起两个月内作出决定。法律、法规另有规定的除外。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。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。

✓第三十九条　公民、法人或者其他组织直接向人民法院提起诉讼的，应当在知道作出具体行政行为之日起三个月内提出。法律另有规定的除外。

1.3 行政诉讼与民事诉讼的区别

①案件性质不同（行政争议；民事纠纷）

②诉讼主体不同（被告为行政机关；平等民事主体，行政机关既可以是原告也可以是被告）

③诉前程序不同（有些行政诉讼要求以行政复议作为必经程序）

④举证责任不同（被告举证；谁主张谁举证）

⑤诉权不同（被告无反诉权；被告可以反诉）

⑥对调解适用不同（行政诉讼不适用调解；民事诉讼中调解是一项重要原则）

⑦审理对象及判决不同（民事诉讼既是事实审，又是法律审，法院有权根据当事人的请求作出确认判决、给付判决和变更判决，民事判决能够直接决定当事人的民事权利义务。行政诉讼主要是法律审，法院有权作出维持判决、撤销判决、强制履行判决和有限的变更判决，行政判决只对具体行政行为的合法性作出判定，而不直接确定当事人在行政法上的权利义务）

1.4 行政诉讼法的效力

●**对人的效力**—第 2、70 条，第 71 条第 2 款

✓第二条　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，有权依照本法向人民法院提起诉讼。

✓第七十条　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。

✓第七十一条　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。

✓外交代表享有民事管辖豁免和行政管辖豁免，据此，除非派遣国政府明确表示放弃豁免或者外交人员从事与公务无关的活法，行政诉讼法对其没有约束力。

●**对空间的效力**—中国领域内（包括领土的延伸部分）

✓我国香港、澳门特别行政区，不适用我国行政诉讼法。有关行政诉讼的地方性法规和自治条例、单行条例只能在本行政区域内适用。

●**时间效力**—第 75 条（1990 年 10 月 1 日起施行）

4、 行政诉讼的受案范围

2.1 行政诉讼的受案范围 —第 11 条（具体行政行为标准，侵犯人身权、财产权标准，违法标准）

第十一条　人民法院受理公民、法人和其他组织对下列具体行政行为不服提起的诉讼：

（一）对拘留、罚款、吊销许可证和执照、责令停产停业、没收财物等行政处罚不服的；

（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不服的；

（三）认为行政机关侵犯法律规定的经营自主权的；

（四）认为符合法定条件申请行政机关颁发许可证和执照，行政机关拒绝颁发或者不予答复的；

（五）申请行政机关履行保护人身权、财产权的法定职责，行政机关拒绝履行或者不予答复的；

（六）认为行政机关没有依法发给抚恤金的；

（七）认为行政机关违法要求履行义务的；

（八）认为行政机关侵犯其他人身权、财产权的。

除前款规定外，人民法院受理法律、法规规定可以提起诉讼的其他行政案件。

2.2 行政诉讼的排除范围—第 12 条

第十二条　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具体行政行为。

5、 行政诉讼法的基本原则和制度

● **独立审判原则—第 3 条**

✓第三条　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。

● **以事实为依据，以法律为准绳的原则—第 4 条**

✓第四条　人民法院审理行政案件，以事实为根据，以法律为准绳。

● **平等原则—第 7 条**

✓第七条　当事人在行政诉讼中的法律地位平等

● **合法性审查原则—第 5 条**

✓第五条　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。

● **辩论的原则—第 9 条**

✓第九条　当事人在行政诉讼中有权进行辩论。

● **不适用调解的原则—第 50 条、第 67 条第 3 款（赔偿诉讼可调）**

✓第五十条　人民法院审理行政案件，不适用调解。

✓第六十七条第三款　赔偿诉讼可以适用调解。

- **使用民族语言文字的原则—第 8 条**
  - ✓第八条　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。
- **监督原则—第 10 条**
  - ✓第十条　人民检察院有权对行政诉讼实行法律监督。
- **合议制度、回避制度、公开审判制度、两审终审制度—第 6 条**
  - ✓第六条　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。（同“民事诉讼法”）
  - ✓第四十七条　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。
  - ✓第四十七条　当事人申请回避，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，应当在法庭辩论终结前提出。
  - ✓第四十五条 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。
  - ✓第四十六条 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。（同“民事诉讼法”，不同的是“不能单独一个审判员审理”）

二、　行政诉讼的管辖

1、 级别管辖：各级人民法院管辖的一审案件　第 13∽16 条　解释 8（本辖区内重大、复杂的案件）

- ✓第十三条　基层人民法院管辖第一审行政案件。
- ✓第十四条　中级人民法院管辖下列第一审行政案件：（一）确认发明专利权的案件、海关处理的案件；（二）对国务院各部门或者省、自治区、直辖市人民政府所作的具体行政行为提起诉讼的案件；（三）本辖区内重大、复杂的案件。
- ✓ 解释 第八条　有下列情形之一的，属于行政诉讼法第十四条第（三）项规定的“本辖区内重大、复杂的案件”：
  - （一）被告为县级以上人民政府，且基层人民法院不适宜审理的案件；
  - （二）社会影响重大的共同诉讼、集团诉讼案件；
  - （三）重大涉外或者涉及香港特别行政区、澳门特别行政区、台湾地区的案件；
  - （四）其他重大、复杂案件。
- ✓第十五条　高级人民法院管辖本辖区内重大、复杂的第一审行政案件。
- ✓第十六条　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。

2、 地域管辖（一般地域管辖 特殊地域管辖 共同管辖）

- **一般地域管辖—第 17 条**
  - ✓第十七条　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。经复议的案件，复议机关改变原具体行政行为的，也可以由复议机关所在地人民法院管辖。
- **特殊地域管辖—第 18、19 条（限制人身自由的、不动产的）**
  - ✓第十八条　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。
  - ✓ 第十九条 因不动产提起的行政诉讼，由不动产所在地人民法院管辖。
- **共同管辖—第 20 条**
  - ✓第二十条　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，由最先收到起诉状的人民法院管辖。

3、 裁定管辖（裁定管辖 移送管辖 指定管辖 管辖权的转移 管辖权异议）

- **裁定管辖：**由人民法院做出一个裁定或决定来确定案件管辖法院的方式
  - ✓ 解释第十条　当事人提出管辖异议，应当在接到人民法院应诉通知之日起 10 日内以书面形式提出。
    对当事人提出的管辖异议，人民法院应当进行审查。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。
- **移送管辖—第 21 条**
  - ✓ 第二十一条　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。受移送的人民法院

不得自行移送。

- **指定管辖—第 22 条**
  - ✓ 第二十二条　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。
- **管辖权的转移—第 23 条**
  - ✓第二十三条　上级人民法院有权审判下级人民法院管辖的第一审行政案件，也可以把自己管辖的第一审行政案件移交下级人民法院审判。

    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判的，可以报请上级人民法院决定。
- **管辖权异议—解释 10**
  - ✓ 解释第十条　当事人提出管辖异议，应当在接到人民法院应诉通知之日起 10 日内以书面形式提出。

    对当事人提出的管辖异议，人民法院应当进行审查。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。

三、　行政诉讼参加人（原告　被告　第三人　诉讼代理人　共同诉讼人）

1、　原告—第 24 条　　解释 11∽18

- ✓第二十四条　依照本法提起诉讼的公民、法人或者其他组织是原告。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。
- ✓ 第十一条　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。公民因被限制人身自由而不能提起诉讼的，其近亲属可以依其口头或者书面委托以该公民的名义提起诉讼。
- ✓第十二条　与具体行政行为有法律上利害关系的公民、法人或者其他组织对该行为不服的，可以依法提起行政诉讼。
- ✓ 第十三条　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。
- ✓第十四条　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。

  不具备法人资格的其他组织向人民法院提起诉讼的，由该组织的主要负责人作诉讼代表人；没有主要负责人的，可以由推选的负责人作诉讼代表人。

  同案原告为 5 人以上，应当推选 1 至 5 名诉讼代表人参加诉讼；在指定期限内未选定的，人民法院可以依职权指定。
- ✓第十五条　联营企业、中外合资或者合作企业的联营、合资、合作各方，认为联营、合资、合作企业权益或者自己一方合法权益受具体行政行为侵害的，均可以自己的名义提起诉讼。
- ✓第十六条　农村土地承包人等土地使用权人对行政机关处分其使用的农村集体所有土地的行为不服，可以自己的名义提起诉讼。
- ✓第十七条　非国有企业被行政机关注销、撤销、合并、强令兼并、出售、分立或者改变企业隶属关系的，该企业或者其法定代表人可以提起诉讼。
- ✓第十八条　股份制企业的股东大会、股东代表大会、董事会等认为行政机关作出的具体行政行为侵犯企业经营自主权的，可以企业名义提起诉讼。

2、　被告—第 25 条　　解释 19∽22

- ✓第二十五条　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。经复议的案件，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；复议机关改变原具体行政行为的，复议机关是被告。两个以上行政机关作出同一具体行政行为，共同作出具体行政行为的行政机关是共同被告。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。由行政机关委托的组织所作的具体行政行为，委托的行政机关是被告。 行政机关被撤销的，继续行使其职权的行政机关是被告。
- ✓第十九条　当事人不服经上级行政机关批准的具体行政行为，向人民法院提起诉讼的，应当以在对外发生法律效力的文书上署名的机关为被告。
- ✓第二十条　行政机关组建并赋予行政管理职能但不具有独立承担法律责任能力的机构，以自己的名义作出具体行政行为，当事人不服提起诉讼的，应当以组建该机构的行政机关为被告。行政机关的内设机构或者派出机构在没有法律、法规或者规章授权的情况下，

以自己的名义作出具体行政行为，当事人不服提起诉讼的，应当以该行政机关为被告。法律、法规或者规章授权行使行政职权的行政机关内设机构、派出机构或者其他组织，超出法定授权范围实施行政行为，当事人不服提起诉讼的，应当以实施该行为的机构或者组织为被告。

✓第二十一条　行政机关在没有法律、法规或者规章规定的情况下，授权其内设机构、派出机构或者其他组织行使行政职权的，应当视为委托。当事人不服提起诉讼的，应当以该行政机关为被告。

✓第二十二条　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。

3、　第三人—第 27 条　解释 23、24

✓ 第二十七条　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，或者由人民法院通知参加诉讼。

✓第二十三条　原告所起诉的被告不适合，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。

✓第二十四条　行政机关的同一具体行政行为涉及两个以上利害关系人，其中一部分利害关系人对具体行政行为不服提起诉讼，人民法院应当通知没有起诉的其他利害关系人作为第三人参加诉讼。第三人有权提出与本案有关的诉讼主张，对人民法院的一审判决不服，有权提起上诉。

4、　诉讼代理人—第 28、29 条　解释 25

✓第二十八条　【法定代理】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。

✓第二十九条　【委托代理】当事人、法定代理人，可以委托一至二人代为诉讼。
律师、社会团体、提起诉讼的公民的近亲属或者所在单位推荐的人，以及经人民法院许可的其他公民，可以受委托为诉讼代理人。

✓第二十五条　当事人委托诉讼代理人，应当向人民法院提交由委托人签名或者盖章的授权委托书。委托书应当载明委托事项和具体权限。公民在特殊情况下无法书面委托的，也可以口头委托。口头委托的，人民法院应当核实并记录在卷；被诉机关或者其他有义务协助的机关拒绝人民法院向被限制人身自由的公民核实的，视为委托成立。当事人解除或者变更委托的，应当书面报告人民法院，由人民法院通知其他当事人。

✓第三十条　【诉讼代理人、当事人的权利义务】代理诉讼的律师，可以依照规定查阅本案有关材料，可以向有关组织和公民调查，收集证据。对涉及国家秘密和个人隐私的材料，应当依照法律规定保密。 经人民法院许可，当事人和其他诉讼代理人可以查阅本案庭审材料，但涉及国家秘密和个人隐私的除外。

5、　共同诉讼人—必要共同诉讼、普通共同诉讼

✓第二十六条　当事人一方或者双方为二人以上，因<u>同一具体行政行为</u>发生的行政案件，或者因<u>同样的具体行政行为</u>发生的行政案件、<u>人民法院认为可以合并审理的，为共同诉讼</u>。

✓第四十六条　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<u>依据不同的法律、法规对同一事实</u>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<u>同一事实对若干公民、法人或者其他组织分别作出</u>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<u>作出新的具体行政行为</u>，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。

✓ 第六十一条　被告对平等主体之间民事争议所作的裁决违法，民事争议当事人要求人民法院<u>一并解决相关民事争议的，人民法院可以一并审理。</u>

四、　行政诉讼的证据

1、 证据的种类——第 31 条

第三十一条　证据有以下几种：

（一）书证；

（二）物证；

（三）视听资料；
（四）证人证言；
（五）当事人的陈述；
（六）鉴定结论；
（七）勘验笔录、现场笔录。

以上证据经法庭审查属实，才能作为定案的根据

2、 举证责任和举证期限

- **被告的举证责任—第 32 条，解释第 26 条第 1 款，证据规定 6**
  - ✓第三十二条　被告对作出的具体行政行为负有举证责任，应当提供作出该具体行政行为的证据和所依据的规范性文件。
  - ✓解释第二十六条　在行政诉讼中，被告对其作出的具体行政行为承担举证责任。
  - ✓证据规定第六条 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。
- **被告的举证期限—解释第 26 条第 2 款，证据规定 1（10 日）**
  - ✓ 解释第二十六条　被告应当在收到起诉状副本之日起 10 日内提交答辩状，并提供作出具体行政行为时的证据、依据；被告不提供或者无正当理由逾期提供的，应当认定该具体行政行为没有证据、依据。
  - ✓证据规定第一条 根据行政诉讼法第三十二条和第四十三条的规定，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。被告不提供或者无正当理由逾期提供证据的，视为被诉具体行政行为没有相应的证据。被告因不可抗力或者客观上不能控制的其他正当事由，不能在前款规定的期限内提供证据的，应当在收到起诉状副本之日起十日内向人民法院提出延期提供证据的书面申请。人民法院准许延期提供的，被告应当在正当事由消除后十日内提供证据。逾期提供的，视为被诉具体行政行为没有相应的证据。
- **被告证据的收集和补充—第 33 条，证据规定 2、3**
  - ✓第三十三条　【被告取证限制】在诉讼过程中，被告不得自行向原告和证人收集证据。
  - ✓证据规定第二条 原告或者第三人提出其在行政程序中没有提出的反驳理由或者证据的，经人民法院准许，被告可以在第一审程序中补充相应的证据。
  - ✓证据规定第三条 根据行政诉讼法第三十三条的规定，在诉讼过程中，被告及其诉讼代理人不得自行向原告和证人收集证据。
- **原告的初步举证责任—证据规定 5、6**
  - ✓证据规定第五条 在行政赔偿诉讼中，原告应当对被诉具体行政行为造成损害的事实提供证据。
  - ✓证据规定第六条 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。
- **原告或第三人举证的期限—证据规定 7（开庭审理前、证据交换日、延期申请）**
  - ✓证据规定第七条 原告或者第三人应当在开庭审理前或者人民法院指定的交换证据之日提供证据。因正当事由申请延期提供证据的，经人民法院准许，可以在法庭调查中提供。逾期提供证据的，视为放弃举证权利。原告或者第三人在第一审程序中无正当事由未提供而在第二审程序中提供的证据，人民法院不予接纳。

3、 提供证据的要求（各种类型的证据的要求 对境外证据的要求）

- **各种类型的证据的要求—证据规定 10∽15**
  - ✓第十条 根据行政诉讼法第三十一条第一款第（一）项的规定，当事人向人民法院提供书证的，应当符合下列要求：
    - （一）提供书证的原件，原本、正本和副本均属于书证的原件。提供原件确有困难的，可以提供与原件核对无误的复印件、照片、节录本；
    - （二）提供由有关部门保管的书证原件的复制件、影印件或者抄录件的，应当注明出处，经该部门核对无异后加盖其印章；
    - （三）提供报表、图纸、会计帐册、专业技术资料、科技文献等书证的，应当附有说明材料；
    - （四）被告提供的被诉具体行政行为所依据的询问、陈述、谈话类笔录，应当有行政执法人员、被询问人、陈述人、谈话人签名或者盖章。

      法律、法规、司法解释和规章对书证的制作形式另有规定的，从其规定。
  - ✓第十一条 根据行政诉讼法第三十一条第一款第（二）项的规定，当事人向人民法院提供物证的，应当符合下列要求：
    - （一）提供原物。提供原物确有困难的，可以提供与原物核对无误的复制件或者证明该物证的照片、录像等其他证据；
    - （二）原物为数量较多的种类物的，提供其中的一部分。

✓第十二条 根据行政诉讼法第三十一条第一款第（三）项的规定，当事人向人民法院提供计算机数据或者录音、录像等视听资料的，应当符合下列要求：

（一）提供有关资料的原始载体。提供原始载体确有困难的，可以提供复制件；

（二）注明制作方法、制作时间、制作人和证明对象等；

（三）声音资料应当附有该声音内容的文字记录。

✓第十三条 根据行政诉讼法第三十一条第一款第（四）项的规定，当事人向人民法院提供证人证言的，应当符合下列要求：

（一）写明证人的姓名、年龄、性别、职业、住址等基本情况；

（二）有证人的签名，不能签名的，应当以盖章等方式证明；

（三）注明出具日期；

（四）附有居民身份证复印件等证明证人身份的文件。

✓第十四条 根据行政诉讼法第三十一条第一款第（六）项的规定，被告向人民法院提供的在行政程序中采用的鉴定结论，应当载明委托人和委托鉴定的事项、向鉴定部门提交的相关材料、鉴定的依据和使用的科学技术手段、鉴定部门和鉴定人鉴定资格的说明，并应有鉴定人的签名和鉴定部门的盖章。通过分析获得的鉴定结论，应当说明分析过程。

✓第十五条 根据行政诉讼法第三十一条第一款第（七）项的规定，被告向人民法院提供的现场笔录，应当载明时间、地点和事件等内容，并由执法人员和当事人签名。当事人拒绝签名或者不能签名的，应当注明原因。有其他人在现场的，可由其他人签名。法律、法规和规章对现场笔录的制作形式另有规定的，从其规定。

- **对境外证据的要求—证据规定 16**

✓第十六条 当事人向人民法院提供的在中华人民共和国领域外形成的证据，应当说明来源，经所在国公证机关证明，并经中华人民共和国驻该国使领馆认证，或者履行中华人民共和国与证据所在国订立的有关条约中规定的证明手续。当事人提供的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内形成的证据，应当具有按照有关规定办理的证明手续。

4、 调查取证（当事人申请人民法院调查取证 人民法院的调查取证）

- **当事人申请人民法院调查取证—证据规定 23∽26**

✓第二十三条 原告或者第三人不能自行收集，但能够提供确切线索的，可以申请人民法院调取下列证据材料：

（一）由国家有关部门保存而须由人民法院调取的证据材料；

（二）涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私的证据材料；

（三）确因客观原因不能自行收集的其他证据材料。

人民法院不得为证明被诉具体行政行为的合法性，调取被告在作出具体行政行为时未收集的证据。

✓第二十四条 当事人申请人民法院调取证据的，应当在举证期限内提交调取证据申请书。调取证据申请书应当写明下列内容：

（一）证据持有人的姓名或者名称、住址等基本情况；

（二）拟调取证据的内容；

（三）申请调取证据的原因及其要证明的案件事实。

✓第二十五条 人民法院对当事人调取证据的申请，经审查符合调取证据条件的，应当及时决定调取；不符合调取证据条件的，应当向当事人或者其诉讼代理人送达通知书，说明不准许调取的理由。当事人及其诉讼代理人可以在收到通知书之日起三日内向受理申请的人民法院书面申请复议一次。人民法院应当在收到复议申请之日起五日内作出答复。人民法院根据当事人申请，经调取未能取得相应证据的，应告知申请人并说明原因。

- **人民法院的调查取证—第 34 条第 2 款，证据规定 22、26**

✓第三十四条　人民法院有权要求当事人提供或者补充证据。

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。

✓第二十二条 根据行政诉讼法第三十四条第二款的规定，有下列情形之一的，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：

（一）涉及国家利益、公共利益或者他人合法权益的事实认定的；

（二）涉及依职权追加当事人、中止诉讼、终结诉讼、回避等程序性事项的。

✓第二十六条 人民法院需要调取的证据在异地的，可以书面委托证据所在地人民法院调取。受托人民法院应当在收到委托书后，按照委托要求及时完成调取证据工作，送交委托人民法院。受托人民法院不能完成委托内容的，应当告知委托的人民法院并说明原因。

5、 证据保全（申请证据保全的条件 证据保全措施 鉴定和勘验）

- **申请证据保全的条件—第 36 条，证据规定 27**

✓ 第三十六条　【证据保全】在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下，诉讼参加人可以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。

✓第二十七条 当事人根据行政诉讼法第三十六条的规定向人民法院申请保全证据的，应当在举证期限届满前以书面形式提出，并说明证据的名称和地点、保全的内容和范围、申请保全的理由等事项。

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。法律、司法解释规定诉前保全证据的，依照其规定办理。

● **证据保全措施—证据规定 28**

✓第二十八条 人民法院依照行政诉讼法第三十六条规定保全证据的，可以根据具体情况，采取查封、扣押、拍照、录音、录像、复制、鉴定、勘验、制作询问笔录等保全措施。

人民法院保全证据时，可以要求当事人或者其诉讼代理人到场

● **鉴定和勘验—证据规定 29∽32（鉴定）、33∽34（勘验）**

✓第三十五条 【鉴定】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。

✓第二十九条 原告或者第三人有证据或者有正当理由表明被告据以认定案件事实的鉴定结论可能有错误，在举证期限内书面申请重新鉴定的，人民法院应予准许。

✓第三十条 当事人对人民法院委托的鉴定部门作出的鉴定结论有异议申请重新鉴定，提出证据证明存在下列情形之一的，人民法院应予准许：

（一）鉴定部门或者鉴定人不具有相应的鉴定资格的；

（二）鉴定程序严重违法的；

（三）鉴定结论明显依据不足的；

（四）经过质证不能作为证据使用的其他情形。

对有缺陷的鉴定结论，可以通过补充鉴定、重新质证或者补充质证等方式解决

✓第三十一条 对需要鉴定的事项负有举证责任的当事人，在举证期限内无正当理由不提出鉴定申请、不预交鉴定费用或者拒不提供相关材料，致使对案件争议的事实无法通过鉴定结论予以认定的，应当对该事实承担举证不能的法律后果。

✓第三十二条 人民法院对委托或者指定的鉴定部门出具的鉴定书，应当审查是否具有下列内容：

（一）鉴定的内容；

（二）鉴定时提交的相关材料；

（三）鉴定的依据和使用的科学技术手段；

（四）鉴定的过程；

（五）明确的鉴定结论；

（六）鉴定部门和鉴定人鉴定资格的说明；

（七）鉴定人及鉴定部门签名盖章。

前款内容欠缺或者鉴定结论不明确的，人民法院可以要求鉴定部门予以说明、补充鉴定或者重新鉴定

✓第三十三条 人民法院可以依当事人申请或者依职权勘验现场。

勘验现场时，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。当事人或其成年亲属应当到场，拒不到场的，不影响勘验的进行，但应当在勘验笔录中说明情况。

✓第三十四条 审判人员应当制作勘验笔录，记载勘验的时间、地点、勘验人、在场人、勘验的经过和结果，由勘验人、当事人、在场人签名。

勘验现场时绘制的现场图，应当注明绘制的时间、方位、绘制人姓名和身份等内容。

当事人对勘验结论有异议的，可以在举证期限内申请重新勘验，是否准许由人民法院决定。

6、 证据的质证（质证的原则 各种证据的质证 二审程序和审判监督程序中证据的质证）

● **质证的原则—证据规定 35∽39**

✓ 第三十五条 证据应当在法庭上出示，并经庭审质证。未经庭审质证的证据，不能作为定案的依据。

当事人在庭前证据交换过程中没有争议并记录在卷的证据，经审判人员在庭审中说明后，可以作为认定案件事实的依据。

✓第三十六条 经合法传唤，因被告无正当理由拒不到庭而需要依法缺席判决的，被告提供的证据不能作为定案的依据，但当事人在庭前交换证据中没有争议的证据除外

✓第三十七条 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。

✓第三十八条 当事人申请人民法院调取的证据，由申请调取证据的当事人在庭审中出示，并由当事人质证。　人民法院依职权调取的证据，由法庭出示，并可就调取该证据的情况进行说明，听取当事人意见。

✓第三十九条 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。经法庭准许，

当事人及其代理人可以就证据问题相互发问，也可以向证人、鉴定人或者勘验人发问。

当事人及其代理人相互发问，或者向证人、鉴定人、勘验人发问时，发问的内容应当与案件事实有关联，不得采用引诱、威胁、侮辱等语言或者方式。

- **各种证据的质证—证据规定 40∽48**

✓第四十条 对书证、物证和视听资料进行质证时，当事人应当出示证据的原件或者原物。但有下列情况之一的除外：

（一）出示原件或者原物确有困难并经法庭准许可以出示复制件或者复制品；

（二）原件或者原物已不存在，可以出示证明复制件、复制品与原件、原物一致的其他证据。

视听资料应当当庭播放或者显示，并由当事人进行质证。

✓第四十一条 凡是知道案件事实的人，都有出庭作证的义务。有下列情形之一的，经人民法院准许，当事人可以提交书面证言：

（一）当事人在行政程序或者庭前证据交换中对证人证言无异议的；

（二）证人因年迈体弱或者行动不便无法出庭的；

（三）证人因路途遥远、交通不便无法出庭的；

（四）证人因自然灾害等不可抗力或者其他意外事件无法出庭的；

（五）证人因其他特殊原因确实无法出庭的。

✓第四十二条 不能正确表达意志的人不能作证。根据当事人申请，人民法院可以就证人能否正确表达意志进行审查或者交由有关部门鉴定。必要时，人民法院也可以依职权交由有关部门鉴定。

✓第四十三条 当事人申请证人出庭作证的，应当在举证期限届满前提出，并经人民法院许可。人民法院准许证人出庭作证的，应当在开庭审理前通知证人出庭作证。当事人在庭审过程中要求证人出庭作证的，法庭可以根据审理案件的具体情况，决定是否准许以及是否延期审理。

✓第四十四条 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。

✓第四十五条 证人出庭作证时，应当出示证明其身份的证件。法庭应当告知其诚实作证的法律义务和作伪证的法律责任。 出庭作证的证人不得旁听案件的审理。法庭询问证人时，其他证人不得在场，但组织证人对质的除外。

✓第四十六条 证人应当陈述其亲历的具体事实。证人根据其经历所作的判断、推测或者评论，不能作为定案的依据。

✓第四十七条 当事人要求鉴定人出庭接受询问的，鉴定人应当出庭。鉴定人因正当事由不能出庭的，经法庭准许，可以不出庭，由当事人对其书面鉴定结论进行质证。 鉴定人不能出庭的正当事由，参照本规定第四十一条的规定。对于出庭接受询问的鉴定人，法庭应当核实其身份、与当事人及案件的关系，并告知鉴定人如实说明鉴定情况的法律义务和故意作虚假说明的法律责任。

✓第四十八条 对被诉具体行政行为涉及的专门性问题，当事人可以向法庭申请由专业人员出庭进行说明，法庭也可以通知专业人员出庭说明。必要时，法庭可以组织专业人员进行对质。当事人对出庭的专业人员是否具备相应专业知识、学历、资历等专业资格等有异议的，可以进行询问。由法庭决定其是否可以作为专业人员出庭。专业人员可以对鉴定人进行询问。

✓第四十九条 法庭在质证过程中，对与案件没有关联的证据材料，应予排除并说明理由。

法庭在质证过程中，准许当事人补充证据的，对补充的证据仍应进行质证。

法庭对经过庭审质证的证据，除确有必要外，一般不再进行质证。

- **二审程序和审判监督程序中证据的质证—证据规定 50、51**

✓第五十条 在第二审程序中，对当事人依法提供的新的证据，法庭应当进行质证；当事人对第一审认定的证据仍有争议的，法庭也应当进行质证。

✓第五十一条 按照审判监督程序审理的案件，对当事人依法提供的新的证据，法庭应当进行质证；因原判决、裁定认定事实的证据不足而提起再审所涉及的主要证据，法庭也应当进行质证。

7、 对当事人权益的保护—证据规定 74∽78

✓第七十四条　证人、鉴定人及其近亲属的人身和财产安全受法律保护。人民法院应当对证人、鉴定人的住址和联系方式予以保密。

✓第七十五条　证人、鉴定人因出庭作证或者接受询问而支出的合理费用，由提供证人、鉴定人的一方当事人先行支付，由败诉一方当事人承担。

✓第七十六条　证人、鉴定人作伪证的，依照行政诉讼法第四十九条第一款第（二）项的规定追究其法律责任。

✓第七十七条　诉讼参与人或者其他人有对审判人员或者证人、鉴定人、勘验人及其近亲属实施威胁、侮辱、殴打、骚扰或者打击报

复等妨碍行政诉讼行为的，依照行政诉讼法第四十九条第一款第（三）项、第（五）项或者第（六）项的规定追究其法律责任。

✓第七十八条　对应当协助调取证据的单位和个人，无正当理由拒不履行协助义务的，依照行政诉讼法第四十九条第一款第（五）项的规定追究其法律责任。

五、　行政诉讼的审理和判决

1、起诉与受理（起诉的期限、方式和条件 受理 立案 起诉不停止具体行为的执行）

● **起诉的期限—第 38∽40 条　解释 41∽43**

✓第三十八条　【复议及对复议不服的起诉期间】公民、法人或者其他组织向行政机关申请复议的，复议机关应当在收到申请书之日起两个月内作出决定。法律、法规另有规定的除外。

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。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。

✓第三十九条　【直接起诉的期间】公民、法人或者其他组织直接向人民法院提起诉讼的，应当在知道作出具体行政行为之日起三个月内提出。法律另有规定的除外。

✓第四十一条　行政机关作出具体行政行为时，未告知公民、法人或者其他组织诉权或者起诉期限的，起诉期限从公民、法人或者其他组织知道或者应当知道诉权或者起诉期限之日起计算，但从知道或者应当知道具体行政行为内容之日起最长不得超过 2 年。复议决定未告知公民、法人或者其他组织诉权或者法定起诉期限的，适用前款规定。

✓第四十二条　公民、法人或者其他组织不知道行政机关作出的具体行政行为内容的，其起诉期限从知道或者应当知道该具体行政行为内容之日起计算。对涉及不动产的具体行政行为从作出之日起超过 20 年、其他具体行政行为从作出之日起超过 5 年提起诉讼的，人民法院不予受理。

✓第四十三条　由于不属于起诉人自身的原因超过起诉期限的，被耽误的时间不计算在起诉期间内。因人身自由受到限制而不能提起诉讼的，被限制人身自由的时间不计算在起诉期间内。

✓第四十条　【诉讼期间的延长】公民、法人或者其他组织因不可抗力或者其他特殊情况耽误法定期限的，在障碍消除后的十日内，可以申请延长期限，由人民法院决定。

● **起诉的方式和条件—第 37 条（先复议再诉讼，直接诉讼）　第 41 条**

✓第三十七条　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上一级行政机关或者法律、法规规定的行政机关申请复议，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诉讼。法律、法规规定应当先向行政机关申请复议，对复议不服再向人民法院提起诉讼的，依照法律、法规的规定。

✓第四十一条　【起诉条件】提起诉讼应当符合下列条件：

（一）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；

（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。

● **受理—解释 32∽40、42∽44（不予受理）**

✓ 第三十二条　人民法院应当组成合议庭对原告的起诉进行审查。符合起诉条件的，应当在 7 日内立案；不符合起诉条件的，应当在 7 日内裁定不予受理。

7 日内不能决定是否受理的，应当先予受理；受理后经审查不符合起诉条件的，裁定驳回起诉。

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。

前三款规定的期限，从受诉人民法院收到起诉状之日起计算；因起诉状内容欠缺而责令原告补正的，从人民法院收到补正材料之日起计算。

✓第三十七条　原告或者上诉人未按规定的期限预交案件受理费，又不提出缓交、减交、免交申请，或者提出申请未获批准的，按自动撤诉处理。在按撤诉处理后，原告或者上诉人在法定期限内再次起诉或者上诉，并依法解决诉讼费预交问题的，人民法院应予受理。

✓第三十八条　人民法院判决撤销行政机关的具体行政行为后，公民、法人或者其他组织对行政机关重新作出的具体行政行为不服向人民法院起诉的，人民法院应当依法受理。

✓第三十九条　公民、法人或者其他组织申请行政机关履行法定职责，行政机关在接到申请之日起 60 日内不履行的，公民、法人或者其他组织向人民法院提起诉讼，人民法院应当依法受理。法律、法规、规章和其他规范性文件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、财产权的法定职责，行政机关不履行的，

起诉期间不受前款规定的限制。

✓第四十条　行政机关作出具体行政行为时，没有制作或者没有送达法律文书，公民、法人或者其他组织不服向人民法院起诉的，只要能证明具体行政行为存在，人民法院应当依法受理。

✓ 第四十四条　有下列情形之一的，应当裁定不予受理；已经受理的，裁定驳回起诉：

（一）请求事项不属于行政审判权限范围的；

（二）起诉人无原告诉讼主体资格的；

（三）起诉人错列被告且拒绝变更的；

（四）法律规定必须由法定或者指定代理人、代表人为诉讼行为，未由法定或者指定代理人、代表人为　　诉讼行为的；

（五）由诉讼代理人代为起诉，其代理不符合法定要求的；

（六）起诉超过法定期限且无正当理由的；

（七）法律、法规规定行政复议为提起诉讼必经程序而未申请复议的；

（八）起诉人重复起诉的；

（九）已撤回起诉，无正当理由再行起诉的；

（十）诉讼标的为生效判决的效力所羁束的；

（十一）起诉不具备其他法定要件的。

前款所列情形可以补正或者更正的，人民法院应当指定期间责令补正或者更正；在指定期间已经补正或者 更正的，应当依法受理。

● 立案—第 42 条（7 日）

✓第四十二条　人民法院接到起诉状，经审查，应当在七日内立案或者作出裁定不予受理。原告对裁定不服的，可以提起上诉。

● **起诉不停止具体行为的执行—第 44 条**

第四十四条　【停止执行具体行政行为的条件】诉讼期间，不停止具体行政行为的执行。但有下列情形之一的，停止具体行政行为的执行：

（一）被告认为需要停止执行的；

（二）原告申请停止执行，人民法院认为该具体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社会公共利益，裁定停止执行的；

（三）法律、法规规定停止执行的。

2、 **第一审程序**

● **审理前的准备—第 43 条（送达文书、组成合议庭、有无不公开审理情形……）**

✓第四十三条　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日内向人民法院提交作出具体行政行为的有关材料，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。

● **庭审程序—第 45、46、47、50 条**

✓第四十五条　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。

✓第四十六条　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。

✓第四十七条　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。

✓第五十条　人民法院审理行政案件，不适用调解。

● **妨害行政诉讼行为的排除—第 49 条**

✓第四十九条　诉讼参与人或者其他人有下列行为之一的，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一千元以下的罚款、十五日以下的拘留；构成犯罪的，依法追究刑事责任：

（一）有义务协助执行的人，对人民法院的协助执行通知书，无故推拖、拒绝或者妨碍执行的；

（二）伪造、隐藏、毁灭证据的；

（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）以暴力、威胁或其他方法阻碍人民法院工作人员执行职务或者扰乱人民法院工作秩序的；
（六）对人民法院工作人员、诉讼参与人、协助执行人侮辱、诽谤、诬陷、殴打或者击报复的。
罚款、拘留须经人民法院院长批准。当事人不服的，可以申请复议。

- **案件的移送和司法建议—第 56 条**

第五十六条　人民法院在审理行政案件中，认为行政机关的主管人员、直接责任人员违反政纪的，应当将有关材料移送该行政机关或者其上一级行政机关或者监察、人事机关；认为有犯罪行为的，应当将有关材料移送公安、检察机关。

- **财产保全—解释 48**

第四十八条　人民法院对于因一方当事人的行为或者其他原因，可能使具体行政行为或者人民法院生效裁判不能或者难以执行的案件，可以根据对方当事人的申请作出财产保全的裁定；当事人没有提出申请的，人民法院在必要时也可以依法采取财产保全措施。

人民法院审理起诉行政机关没有依法发给抚恤金、社会保险金、最低生活保障费等案件，可以根据原告的申请，依法书面裁定先予执行。

当事人对财产保全或者先予执行的裁定不服的，可以申请复议。复议期间不停止裁定的执行。

- **审理的期限—第 57 条**

第五十七条　人民法院应当在立案之日起三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。

- **法律适用—第 52、53 条**

✓第五十二条　人民法院审理行政案件，以法律和行政法规、地方性法规为依据。地方性法规适用于本行政区域内发生的行政案件。人民法院审理民族自治地方的行政案件，并以该民族自治地方的自治条例和单行条例为依据。

✓　第五十三条　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。

3、 第一审判决和裁定（维持判决 撤销判决 履行判决 变更判决 确认判决 决定 裁定）

- **维持判决、撤销判决、履行判决、变更判决—第 54 条**

✓第五十四条　【判决的种类】人民法院经过审理，根据不同情况，分别作出以下判决：
（一）具体行政行为证据确凿，适用法律、法规正确，符合法定程序的，判决维持。
（二）具体行政行为有下列情形之一的，判决撤销或者部分撤销，并可以判决被告重新作出　　具体行政行为：
1.主要证据不足的；　2.适用法律、法规错误的；　3.违反法定程序的；　4.超越职权的；　5.滥用职权的。
（三）被告不履行或者拖延履行法定职责的，判决其在一定期限内履行。
（四）行政处罚显失公正的，可以判决变更。

- **确认判决—解释 57、58**

✓第五十七条　人民法院认为被诉具体行政行为合法，但不适宜判决维持或者驳回诉讼请求的，可以作出确认其合法或者有效的判决。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。

✓第五十八条　被诉具体行政行为违法，但撤销该具体行政行为将会给国家利益或者公共利益造成重大损失的，人民法院应当作出确认被诉具体行政行为违法的判决，并责令被诉行政机关采取相应的补救措施；造成损害的，依法判决承担赔偿责任。

- **决定—第 40、47 条**

✓第四十条　公民、法人或者其他组织因不可抗力或者其他特殊情况耽误法定期限的，在障碍消除后的十日内，可以申请延长期限，由人民法院决定。

✓第四十七条　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。

- **裁定—解释 63**

第六十三条　裁定适用于下列范围：

（一）不予受理；

（二）驳回起诉；

（三）管辖异议；

（四）终结诉讼；

（五）中止诉讼；

（六）移送或者指定管辖；

（七）诉讼期间停止具体行政行为的执行或者驳回停止执行的申请；

（八）财产保全；

（九）先予执行；

（十）准许或者不准许撤诉；

（十一）补正裁判文书中的笔误；

（十二）中止或者终结执行；

（十三）提审、指令再审或者发回重审；

（十四）准许或者不准许执行行政机关的具体行政行为；

（十五）其他需要裁定的事项。

对第（一）、（二）、（三）项裁定，当事人可以上诉。

4、 第二审程序（上诉的期限 上诉的受理 上诉案件的审理 审理的期限）

- **上诉的期限—第 58 条（10、15）**
  - ✓第五十八条　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。
- **上诉的受理—解释 66**
  - ✓第六十六条　当事人提出上诉，应当按照其他当事人或者诉讼代表人的人数提出上诉状副本。
  - ✓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。
  - ✓原审人民法院应当在收到答辩状之日起 5 日内将副本送达当事人。
  - ✓原审人民法院收到上诉状、答辩状，应当在 5 日内连同全部案卷和证据，报送第二审人民法院。已经预收诉讼费用的，一并报送。
- **上诉案件的审理—第 59 条，解释 67**
  - ✓第五十九条　人民法院对上诉案件，认为事实清楚的，可以实行书面审理。
  - ✓第六十七条　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。当事人对原审人民法院认定的事实有争议的，或者第二审人民法院认为原审人民法院认定事实不清楚的，第二审人民法院应当开庭审理。
- **审理的期限—第 60 条**
  - ✓第六十条　人民法院审理上诉案件，应当在收到上诉状之日起两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。

5、 第二审判决和裁定（驳回上诉 维持原判 发回重审 依法改判 决定 裁定）

- **驳回上诉维持原判、发回重审、依法改判—第 61 条**

第六十一条　人民法院审理上诉案件，按照下列情形，分别处理：

（一）原判决认定事实清楚，适用法律、法规正确的，判决驳回上诉，维持原判；

（二）原判决认定事实清楚，但是适用法律、法规错误的，依法改判；

（三）原判决认定事实不清，证据不足，或者由于违反法定程序可能影响案件正确判决的，裁定撤销原判，发回原审人民法院重审，也可以查清事实后改判。当事人对重审案件的判决、裁定，可以上诉。

- **决定—同一审情况**
- **裁定—解释 68、71**
  - ✓第六十八条　第二审人民法院经审理认为原审人民法院不予受理或者驳回起诉的裁定确有错误，且起诉符合法定条件的，应当裁定撤销原审人民法院的裁定，指令原审人民法院依法立案受理或者继续审理。

✓第七十一条　原审判决遗漏了必须参加诉讼的当事人或者诉讼请求的，第二审人民法院应当裁定撤销原审判决，发回重审。

6、 行政诉讼的审判监督程序（审判监督程序的提起 案件的再审）

● 审判监督程序的提起、再审—第 62、63、64 条　解释 73（2 年内）

✓第六十二条　当事人对已经发生法律效力的判决、裁定，认为确有错误的，可以向原审人民法院或者上一级人民法院提出申诉，但判决、裁定不停止执行。

✓第六十三条　人民法院院长对本院已经发生法律效力的判决、裁定，发现违反法律、法规规定认为需要再审的，应当提交审判委员会决定是否再审。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，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。

✓第六十四条　人民检察院对人民法院已经发生法律效力的判决、裁定，发现违反法律、法规规定的，有权按照审判监督程序提出抗诉。

✓第七十三条　当事人申请再审，应当在判决、裁定发生法律效力后 2 年内提出。当事人对已经发生法律效力的行政赔偿调解书，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规定的，可以在 2 年内申请再审。

✓第七十四条　人民法院接到当事人的再审申请后，经审查，符合再审条件的，应当立案并及时通知各方当事人；不符合再审条件的，予以驳回。

六、　国家赔偿

1、 国家赔偿法适用的范围（行政损害赔偿、刑事损害赔偿、民事行政诉讼损害赔偿）

第二条　国家机关和国家机关工作人员违法行使职权侵犯公民、法人和其他组织的合法权益造成损害的，受害人有依照本法取得国家赔偿的权利。国家赔偿由本法规定的赔偿义务机关履行赔偿义务。

2、 行政赔偿的含义（对侵犯人身权的行政赔偿 对侵犯财产权的行政赔偿 国家不予赔偿的范围）

● 对侵犯人身权的行政赔偿—第 3 条

第三条　行政机关及其工作人员在行使行政职权时有下列侵犯人身权情形之一的，受害人有取得赔偿的权利：

（一）违法拘留或者违法采取限制公民人身自由的行政强制措施的；

（二）非法拘禁或者以其他方法非法剥夺公民人身自由的；

（三）以殴打等暴力行为或者唆使他人以殴打等暴力行为造成公民身体伤害或者死亡的；

（四）违法使用武器、警械造成公民身体伤害或者死亡的；

（五）造成公民身体伤害或者死亡的其他违法行为。

● 对侵犯财产权的行政赔偿—第 4 条

第四条　行政机关及其工作人员在行使行政职权时有下列侵犯财产权情形之一的，受害人有取得赔偿的权利：

（一）违法实施罚款、吊销许可证和执照、责令停产停业、没收财物等行政处罚的；

（二）违法对财产采取查封、扣押、冻结等行政强制措施的；

（三）违反国家规定征收财物、摊派费用的；

（四）造成财产损害的其他违法行为

● 国家不予赔偿的范围—第 5 条

第五条　属于下列情形之一的，国家不承担赔偿责任：

（一）行政机关工作人员与行使职权无关的个人行为；

（二）因公民、法人和其他组织自己的行为致使损害发生的；

（三）法律规定的其他情形

3、 行政赔偿请求的当事人（赔偿请求人 赔偿义务机关）

● 赔偿请求人—第 6 条

第六条　受害的公民、法人或者其他组织有权要求赔偿。受害的公民死亡，其继承人和其他有扶养关系的亲属有权要求赔偿。受害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有权要求赔偿。

● 赔偿义务机关—第 7、8 条

✓第七条　行政机关及其工作人员行使行政职权侵犯公民、法人和其他组织的合法权益造成损害的，该行政机关为赔偿义务机关。

两个以上行政机关共同行使行政职权时侵犯公民、法人和其他组织的合法权益造成损害的，共同行使行政职权的行政机关为共同赔偿义务机关。

法律、法规授权的组织在行使授予的行政权力时侵犯公民、法人和其他组织的合法权益造成损害的，被授权的组织为赔偿义务机关。

受行政机关委托的组织或者个人在行使受委托的行政权力时侵犯公民、法人和其他组织的合法权益造成损害的，委托的行政机关为赔偿义务机关。

赔偿义务机关被撤销的，继续行使其职权的行政机关为赔偿义务机关；没有继续行使其职权的行政机关的，撤销该赔偿义务机关的行政机关为赔偿义务机关。

✓第八条　经复议机关复议的，最初造成侵权行为的行政机关为赔偿义务机关，但复议机关的复议决定加重损害的，复议机关对加重的部分履行赔偿义务。

4、 赔偿程序（赔偿请求的单独提出　赔偿请求在行政复议和行政诉讼中一并提出　处理期限）

- **赔偿请求的单独提出—第 9、10 条，《行政诉讼法》第 67 条**
  - ✓第九条　赔偿义务机关对依法确认有本法第三条、第四条规定的情形之一的，应当给予赔偿。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。
  - ✓第十条　赔偿请求人可以向共同赔偿义务机关中的任何一个赔偿义务机关要求赔偿，该赔偿义务机关应当先予赔偿。
  - ✓第六十七条　公民、法人或者其他组织的合法权益受到行政机关或者行政机关工作人员作出的具体行政行为侵犯造成损害的，有权请求赔偿。
- **赔偿请求在行政复议和行政诉讼中一并提出—第 9 条**
  - ✓第九条　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。
- **处理期限—第 13 条**

  第十三条　赔偿义务机关应当自收到申请之日起两个月内依照本法第四章的规定给予赔偿；逾期不予赔偿或者赔偿请求人对赔偿数额有异议的，赔偿请求人可以自期间届满之日起三个月内向人民法院提起诉讼。

第六节 其他相关法律

基本要求：掌握债权担保的基本方式；理解质押的设立及其特征；掌握技术进出口的管理规定以及与对外贸易有关的知识产权的保护；了解犯罪的概念和犯罪的一般构成要件；掌握侵犯知识产权犯罪的概念、构成要件和有关司法解释的规定。本节内容主要涉及《中华人民共和国担保法》及其司法解释、《中华人民共和国对外贸易法》、《中华人民共和国技术进出口管理条例》、《中华人民共和国刑法》和《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》、《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释（二）》的规定。

一、 担保法

1、 担保的基本概念

- **担保的概念、目的—**指依照法律规定或者当事人的约定，当事人之间为保障债权人的债权能够实现，保证债务人履约能力，根据法律规定或经协商一致所采取的具有法律约束力的措施
- **担保的方式—第 2 条**

  第二条 在借贷、买卖、货物运输、加工承揽等经济活动中，债权人需要以担保方式保障其债权实现的，可以依照本法规定设定担保。本法规定的担保方式为保证、抵押、质押、留置和定金。

2、 质押

- **质押的概念—**指债务人或者第三人将其动产或财产权利证书交付债权人占有，以此作为债权的担保，债务人不履行债务时，债权人有权将担保之物变价，并优先受偿的权利（动产、财产权利证书，出质人、质权人、质物）
- **质押合同—要式合同、实践合同（第 64 条）**

  出质人和质权人应当以书面形式订立质押合同。质押合同自质物移交于质权人占有时生效。
- **质押的种类—**动产质押、权利质押

3、 动产质押

●动产质押的设立

①订立书面合同（第 64、65 条）

✓第六十四条 出质人和质权人应当以书面形式订立质押合同。质押合同自质物移交于质权人占有时生效。

✓第六十五条 质押合同应当包括以下内容：

（一）被担保的主债权种类、数额；

（二）债务人履行债务的期限；

（三）质物的名称、数量、质量、状况；

（四）质押担保的范围；

（五）质物移交的时间；

（六）当事人认为需要约定的其他事项。

质押合同不完全具备前款规定内容的，可以补正

②标的物可让与性、特定化，出质人有处分权（解释 84、85）

✓第八十四条 出质人以其不具有所有权但合法占有的动产出质的，不知出质人无处分权的质权人行使质权后，因此给动产所有人造成损失的，由出质人承担赔偿责任。

✓第八十五条 债务人或者第三人将其金钱以特户、封金、保证金等形式特定化后，移交债权人占有作为债权的担保，债务人不履行债务时，债权人可以以该金钱优先受偿。

③转移动产的占有（解释 87、88、89）

✓第八十七条 出质人代质权人占有质物的，质押合同不生效；质权人将质物返还于出质人后，以其质权对抗第三人的，人民法院不予支持。因不可归责于质权人的事由而丧失对质物的占有，质权人可以向不当占有人请求停止侵害、恢复原状、返还质物。

✓第八十八条 出质人以间接占有的财产出质的，质押合同自书面通知送达占有人时视为移交。占有人收到出质通知后，仍接受出质人的指示处分出质财产的，该行为无效。

✓第八十九条 质押合同中对质押的财产约定不明，或者约定的出质财产与实际移交的财产不一致的，以实际交付占有的财产为准。

④流质无效（第 66 条）

第六十六条 出质人和质权人在合同中不得约定在债务履行期届满质权人未受清偿时，质物的所有权转移为质权人所有。

●出质人和质权人的权利和义务—第 67∽73 条

✓第六十七条 质押担保的范围包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金、质物保管费用和实现质权的费用。质押合同另有约定的，按照约定。

✓第六十八条 质权人有权收取质物所生的孳息。质押合同另有约定的，按照约定。前款孳息应当先充抵收取孳息的费用。

✓第六十九条 质权人负有妥善保管质物的义务。因保管不善致使质物灭失或者毁损的，质权人应当承担民事责任。质权人不能妥善保管质物可能致使其灭失或者毁损的，出质人可以要求质权人将质物提存，或者要求提前清偿债权而返还质物。

✓第七十条 质物有损坏或者价值明显减少的可能，足以危害质权人权利的，质权人可以要求出质人提供相应的担保。出质人不提供的，质权人可以拍卖或者变卖质物，并与出质人协议将拍卖或者变卖所得的价款用于提前清偿所担保的债权或者向与出质人约定的第三人提存。

✓第七十一条 债务履行期届满债务人履行债务的，或者出质人提前清偿所担保的债权的，质权人应当返还质物。债务履行期届满质权人未受清偿的，可以与出质人协议以质物折价，也可以依法拍卖、变卖质物。质物折价或者拍卖、变卖后，其价款超过债权数额的部分归出质人所有，不足部分由债务人清偿。

✓第七十二条 为债务人质押担保的第三人，在质权人实现质权后，有权向债务人追偿。

✓第七十三条 质权因质物灭失而消灭。因灭失所得的赔偿金，应当作为出质财产。

4、 权利质押

●权利质押的设立

① 订立书面合同

② 将权利凭证交付或登记

③ 不同权利质押的区别—第 76、78（股票）、79（知识产权）条

✔第七十六条 以汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单出质的，应当在合同约定的期限内将权利凭证交付质权人。质押合同自权利凭证交付之日起生效。

✔第七十八条 以依法可以转让的股票出质的，出质人与质权人应当订立书面合同，并向证券登记机构办理出质登记。质押合同自登记之日起生效。

股票出质后，不得转让，但经出质人与质权人协商同意的可以转让。出质人转让股票所得的价款应当向质权人提前清偿所担保的债权或者向与质权人约定的第三人提存。

以有限责任公司的股份出质的，适用公司法股份转让的有关规定。质押合同自股份出质记载于股东名册之日起生效。

✔第七十九条 以依法可以转让的商标专用权，专利权、著作权中的财产权出质的，出质人与质权人应当订立书面合同，并向其管理部门办理出质登记。质押合同自登记之日起生效。

●**可以质押的权利—第 75 条，解释 97**

✔第七十五条 下列权利可以质押：

（一）汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单；

（二）依法可以转让的股份、股票；

（三）依法可以转让的商标专用权，专利权、著作权中的财产权；

（四）依法可以质押的其他权利。

✓第九十七条 以公路桥梁、公路隧道或者公路渡口等不动产收益权出质的，按照担保法第七十五条第（四）项的规定处理。

●**出质人和质权人的权利和义务—第 80 条，其他同动产质押**

✔第八十条 本法第七十九条规定的权利出质后，出质人不得转让或者许可他人使用，但经出质人与质权人协商同意的可以转让或者许可他人使用。出质人所得的转让费、许可费应当向质权人提前清偿所担保的债权或者向与质权人约定的第三人提存

✓ （知识产权的财产权可质押，人身权不可质押）

✓ （同一财产设定抵押、质押、留置的，优先受偿顺序：留置权、抵押权、质押权）

二、 对外贸易法

1、 对外贸易法适用的范围

●**对外贸易的含义—第 2 条第 2 款**

本法所称对外贸易，是指货物进出口、技术进出口和国际服务贸易

●**对外贸易法适用的范围—第 2 条第 1 款**

第二条 本法适用于对外贸易以及与对外贸易有关的知识产权保护。

2、 技术进出口

2.1 技术进出口的基本概念

●**技术进出口的含义及其范围—**指通过贸易、投资或者经济合作的方式越境转移技术的行为，包括专利权转让、专利申请权转让、专利实施许可、技术秘密转让、技术服务和其他方式技术转移。国家对技术进出口实行统一的管理制度（**条例第 2、3 条**）

✔第二条 本条例所称技术进出口，是指从中华人民共和国境外向中华人民共和国境内，或者从中华人民共和国境内向中华人民共和国境外，通过贸易、投资或者经济技术合作的方式转移技术的行为。前款规定的行为包括专利权转让、专利申请权转让、专利实施许可、技术秘密转让、技术服务和其他方式的技术转移。

✔第三条 国家对技术进出口实行统一的管理制度，依法维护公平、自由的技术进出口秩序。

●**可以限制或者禁止进出口的原因—第 16、17 条**

✔第十六条 国家基于下列原因，可以限制或者禁止有关货物、技术的进口或者出口：

（一）为维护国家安全、社会公共利益或者公共道德，需要限制或者禁止进口或者出口的；

（二）为保护人的健康或者安全，保护动物、植物的生命或者健康，保护环境，需要限制或者禁止进口或者出口

的；

（三）为实施与黄金或者白银进出口有关的措施，需要限制或者禁止进口或者出口的；

（四）国内供应短缺或者为有效保护可能用竭的自然资源，需要限制或者禁止出口的；

（五）输往国家或者地区的市场容量有限，需要限制出口的；

（六）出口经营秩序出现严重混乱，需要限制出口的；

（七）为建立或者加快建立国内特定产业，需要限制进口的；

（八）对任何形式的农业、牧业、渔业产品有必要限制进口的；

（九）为保障国家国际金融地位和国际收支平衡，需要限制进口的；

（十）依照法律、行政法规的规定，其他需要限制或者禁止进口或者出口的；

（十一）根据我国缔结或者参加的国际条约、协定的规定，其他需要限制或者禁止进口或者出口的。

✔第十七条 国家对与裂变、聚变物质或者衍生此类物质的物质有关的货物、技术进出口，以及与武器、弹药或者其他军用物资有关的进出口，可以采取任何必要的措施，维护国家安全。在战时或者为维护国际和平与安全，国家在货物、技术进出口方面可以采取任何必要的措施。

2.2 技术进出口管理

●禁止进出口技术的管理—第 18 条，条例第 8、9、31、32 条

✔第十八条 国务院对外贸易主管部门会同国务院其他有关部门，依照本法第十六条和第十七条的规定，制定、调整并公布限制或者禁止进出口的货物、技术目录。国务院对外贸易主管部门或者由其会同国务院其他有关部门，经国务院批准，可以在本法第十六条和第十七条规定的范围内，临时决定限制或者禁止前款规定目录以外的特定货物、技术的进口或者出口。

✔第八条 有对外贸易法第十六条、第十七条规定情形之一的技术，禁止或者限制进口。国务院外经贸主管部门会同国务院有关部门，制定、调整并公布禁止或者限制进口的技术目录。

✔第九条 属于禁止进口的技术，不得进口。

✔第三十一条 有对外贸易法第十六条、第十七条规定情形之一的技术，禁止或者限制出口。国务院外经贸主管部门会同国务院有关部门，制定、调整并公布禁止或者限制出口的技术目录。

✔第三十二条 属于禁止出口的技术，不得出口。 第三十三条 属于限制出口的技术，实行许可证管理；未经许可，不得出口。

●限制进出口技术的管理—第 16、18、19 条，条例第 10、33 条

✔第十九条 国家对限制进口或者出口的货物，实行配额、许可证等方式管理；对限制进口或者出口的技术，实行许可证管理。实行配额、许可证管理的货物、技术，应当按照国务院规定经国务院对外贸易主管部门或者经其会同国务院其他有关部门许可，方可进口或者出口。 国家对部分进口货物可以实行关税配额管理。

✔第十条 属于限制进口的技术，实行许可证管理；未经许可，不得进口。

✔第三十三条 属于限制出口的技术，实行许可证管理；未经许可，不得出口。

●自由进出口技术的管理—第 15 条第 3 款，条例第 17、39 条

✔第 15.3 条 进出口属于自由进出口的技术，应当向国务院对外贸易主管部门或者其委托的机构办理合同备案登记。

✔第十七条 对属于自由进口的技术，实行合同登记管理。进口属于自由进口的技术，合同自依法成立时生效，不以登记为合同生效的条件。

✔第三十九条 对属于自由出口的技术，实行合同登记管理。出口属于自由出口的技术，合同自依法成立时生效，不以登记为合同生效的条件。

●技术进出口应当办理的手续—第 15 条，条例第 11∽16、34∽38 条（限制），条例第 18、19、40、41（自由），条例第 21、22、43 条

✔第十五条 国务院对外贸易主管部门基于监测进出口情况的需要，可以对部分自由进出口的货物实行进出口自动许可并公布其目录。实行自动许可的进出口货物，收货人、发货人在办理海关报关手续前提出自动许可申请的，国务院对外贸易主管部门或者其委托的机构应当予以许可；未办理自动许可手续的，海关不予放行。进出口属于自由进出口的技术，应当向国务院对外贸易主管部门或者其委托的机构办理合同备案登记。

✔第十一条 进口属于限制进口的技术，应当向国务院外经贸主管部门提出技术进口申请并附有关文件。技术进口项目需经有关部门批准的，还应当提交有关部门的批准文件。

✔第十二条 国务院外经贸主管部门收到技术进口申请后，应当会同国务院有关部门对申请进行审查，并自收到申请之日起 30 个工作日

内作出批准或者不批准的决定。

✓第十三条 技术进口申请经批准的，由国务院外经贸主管部门发给技术进口许可意向书。进口经营者取得技术进口许可意向书后，可以对外签订技术进口合同。

✓第十四条 进口经营者签订技术进口合同后，应当向国务院外经贸主管部门提交技术进口合同副本及有关文件，申请技术进口许可证。国务院外经贸主管部门对技术进口合同的真实性进行审查，并自收到前款规定的文件之日起 10 个工作日内，对技术进口作出许可或者不许可的决定。

✓第十五条 申请人依照本条例第十一条的规定向国务院外经贸主管部门提出技术进口申请时，可以一并提交已经签订的技术进口合同副本。国务院外经贸主管部门应当依照本条例第十二条和第十四条的规定对申请及其技术进口合同的真实性一并进行审查，并自收到前款规定的文件之日起 40 个工作日内，对技术进口作出许可或者不许可的决定。

✓第十六条 技术进口经许可的，由国务院外经贸主管部门颁发技术进口许可证。技术进口合同自技术进口许可证颁发之日起生效。

✓第三十四条 出口属于限制出口的技术，应当向国务院外经贸主管部门提出申请。

✓第三十五条 国务院外经贸主管部门收到技术出口申请后，应当会同国务院科技管理部门对申请出口的技术进行审查，并自收到申请之日起 30 个工作日内作出批准或者不批准的决定。限制出口的技术需经有关部门进行保密审查的，按照国家有关规定执行。

✓第三十六条 技术出口申请经批准的，由国务院外经贸主管部门发给技术出口许可意向书。申请人取得技术出口许可意向书后，方可对外进行实质性谈判，签订技术出口合同。

✓第三十七条 申请人签订技术出口合同后，应当向国务院外经贸主管部门提交下列文件，申请技术出口许可证：

(一)技术出口许可意向书；

(二)技术出口合同副本；

(三)技术资料出口清单；

(四)签约双方法律地位的证明文件。

国务院外经贸主管部门对技术出口合同的真实性进行审查，并自收到前款规定的文件之日起 15 个工作日内，对技术出口作出许可或者不许可的决定。

✓第三十八条 技术出口经许可的，由国务院外经贸主管部门颁发技术出口许可证。技术出口合同自技术出口许可证颁发之日起生效。

✓第十八条 进口属于自由进口的技术，应当向国务院外经贸主管部门办理登记，并提交下列文件：

(一)技术进口合同登记申请书；

(二)技术进口合同副本；

(三)签约双方法律地位的证明文件。

✓第十九条 国务院外经贸主管部门应当自收到本条例第十八条规定的文件之日起 3 个工作日内，对技术进口合同进行登记，颁发技术进口合同登记证。

✓第四十条 出口属于自由出口的技术，应当向国务院外经贸主管部门办理登记，并提交下列文件：

(一)技术出口合同登记申请书；

(二)技术出口合同副本；

(三)签约双方法律地位的证明文件。

✓第四十一条 国务院外经贸主管部门应当自收到本条例第四十条规定的文件之日起 3 个工作日内，对技术出口合同进行登记，颁发技术出口合同登记证。

✓第二十一条 依照本条例的规定，经许可或者登记的技术进口合同，合同的主要内容发生变更的，应当重新办理许可或者登记手续。经许可或者登记的技术进口合同终止的，应当及时向国务院外经贸主管部门备案。

✓第二十二条 设立外商投资企业，外方以技术作为投资的，该技术的进口，应当按照外商投资企业设立审批的程序进行审查或者办理登记。

✓第四十三条 依照本条例的规定，经许可或者登记的技术出口合同，合同的主要内容发生变更的，应当重新办理许可或者登记手续。经许可或者登记的技术出口合同终止的，应当及时向国务院外经贸主管部门备案。

3、 与对外贸易有关的知识产权的保护

●对进口货物中知识产权的保护—第 29 条

第二十九条 国家依照有关知识产权的法律、行政法规，保护与对外贸易有关的知识产权。

进口货物侵犯知识产权，并危害对外贸易秩序的，国务院对外贸易主管部门可以采取在一定期限内禁止侵权人生产、

销售的有关货物进口等措施。

●**对许可合同中滥用知识产权行为的防止—第 30 条**

第三十条 知识产权权利人有阻止被许可人对许可合同中的知识产权的有效性提出质疑、进行强制性一揽子许可、在许可合同中规定排他性返授条件等行为之一，并危害对外贸易公平竞争秩序的，国务院对外贸易主管部门可以采取必要的措施消除危害。

●**对我国国民在国外的知识产权的保护—第 31 条**

第三十一条 其他国家或者地区在知识产权保护方面未给予中华人民共和国的法人、其他组织或者个人国民待遇，或者不能对来源于中华人民共和国的货物、技术或者服务提供充分有效的知识产权保护的，国务院对外贸易主管部门可以依照本法和其他有关法律、行政法规的规定，并根据中华人民共和国缔结或者参加的国际条约、协定，对与该国家或者该地区的贸易采取必要的措施。

三、 刑法

1、 刑法的基本知识

1.1 犯罪的概念

●**犯罪的概念—**指一切严重危害社会，依照法律应当受刑罚处罚的行为 **（第 13 条）**

第十三条 一切危害国家主权、领土完整和安全，分裂国家、颠覆人民民主专政的政权和推翻社会主义制度，破坏社会秩序和经济秩序，侵犯国有财产或者劳动群众集体所有的财产，侵犯公民私人所有的财产，侵犯公民的人身权利、民主权利和其他权利，以及其他危害社会的行为，依照法律应当受刑罚处罚的，都是犯罪，但是情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪。

●**故意犯罪—第 14 条（直接故意-希望，间接故意-放任）**

第十四条 明知自己的行为会发生危害社会的结果，并且希望或者放任这种结果发生，因而构成犯罪的，是故意犯罪 。故意犯罪，应当负刑事责任。

●**过失犯罪—第 15 条（疏忽大意，过于自信）**

第十五条 应当预见自己的行为可能发生危害社会的结果，因为疏忽大意而没有预见，或者已经预见而轻信能够避免，以致发生这种结果的，是过失犯罪。过失犯罪，法律有规定的才负刑事责任。

1.2 犯罪的构成要件

●**犯罪的客体—**指我国刑法所保护的、为犯罪行为所侵犯的社会关系

●**犯罪的客观要件—**指刑法规定的说明侵害某种社会关系的行为的客观事实特征

●**犯罪的主体—**指实施危害社会的行为，依法应当负刑事责任的自然人或单位

✓第十七条 已满十六周岁的人犯罪，应当负刑事责任。已满十四周岁不满十六周岁的人，犯故意杀人、故意伤害致人重伤或者死亡、强奸、抢劫、贩卖毒品、放火、爆炸、投毒罪的，应当负刑事责任。已满十四周岁不满十八周岁的人犯罪，应当从轻或者减轻处罚。因不满十六周岁不予刑事处罚的，责令他的家长或者监护人加以管教；在必要的时候，也可以由政府收容教养。

●**犯罪的主观要件—**指刑法规定的成立犯罪所必须具备的行为人对自己实施的危害社会的行为及其结果所持的心理态度，包括犯罪的故意、过失，犯罪的动机、目的

✓ 第十六条 行为在客观上虽然造成了损害结果，但是不是出于故意或者过失，而是由于不能抗拒或者不能预见的原因所引起的，不是犯罪。

2、 侵犯知识产权犯罪

●**假冒注册商标罪—第 213、220 条，解释 1、8、13**

✓第二百一十三条　未经注册商标所有人许可，在同一种商品上使用与其注册商标相同的商标，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；情节特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。

✓ 第二百二十条　单位犯本节第二百一十三条至第二百一十九条规定之罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照本节各该条的规定处罚

✓第一条　未经注册商标所有人许可，在同一种商品上使用与其注册商标相同的商标，具有下列情形之一的，属于刑法第二百一十三条规定的“情节严重”，应当以假冒注册商标罪判处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金：

（一）非法经营数额在五万元以上或者违法所得数额在三万元以上的；

（二）假冒两种以上注册商标，非法经营数额在三万元以上或者违法所得数额在二万元以上的；

（三）其他情节严重的情形。

具有下列情形之一的，属于刑法第二百一十三条规定的“情节特别严重”，应当以假冒注册商标罪判处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金：

（一）非法经营数额在二十五万元以上或者违法所得数额在十五万元以上的；

（二）假冒两种以上注册商标，非法经营数额在十五万元以上或者违法所得数额在十万元以上的；

（三）其他情节特别严重的情形。

✔第八条　刑法第二百一十三条规定的“相同的商标”，是指与被假冒的注册商标完全相同，或者与被假冒的注册商标在视觉上基本无差别、足以对公众产生误导的商标。刑法第二百一十三条规定的“使用”，是指将注册商标或者假冒的注册商标用于商品、商品包装或者容器以及产品说明书、商品交易文书，或者将注册商标或者假冒的注册商标用于广告宣传、展览以及其他商业活动等行为。

✔第十三条　实施刑法第二百一十三条规定的假冒注册商标犯罪，又销售该假冒注册商标的商品，构成犯罪的，应当依照刑法第二百一十三条的规定，以假冒注册商标罪定罪处罚。实施刑法第二百一十三条规定的假冒注册商标犯罪，又销售明知是他人的假冒注册商标的商品，构成犯罪的，应当实行数罪并罚。

●销售假冒注册商标的商品罪—第 214、220 条，解释 2、9

✔第二百一十四条　销售明知是假冒注册商标的商品，销售金额数额较大的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；销售金额数额巨大的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。

✔第二条　销售明知是假冒注册商标的商品，销售金额在五万元以上的，属于刑法第二百一十四条规定的“数额较大”，应当以销售假冒注册商标的商品罪判处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。销售金额在二十五万元以上的，属于刑法第二百一十四条规定的“数额巨大”，应当以销售假冒注册商标的商品罪判处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。

✔第九条 刑法第二百一十四条规定的“销售金额”，是指销售假冒注册商标的商品后所得和应得的全部违法收入。

具有下列情形之一的，应当认定为属于刑法第二百一十四条规定的“明知”：

（一）知道自己销售的商品上的注册商标被涂改、调换或者覆盖的；

（二）因销售假冒注册商标的商品受到过行政处罚或承担过民事责任、又销售同一种假冒注册商标的商品的；

（三）伪造、涂改商标注册人授权文件或者知道该文件被伪造、涂改的；

（四）其他知道或者应当知道是假冒注册商标的商品的情形。

●非法制造，销售非法制造的注册商标标识罪—第 215、220 条，解释 3

✔第二百一十五条　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，情节严重的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；情节特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金 。

✔第三条　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，具有下列情形之一的，属于刑法第二百一十五条规定的“情节严重”，应当以非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪判处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金：

（一）伪造、擅自制造或者销售伪造、擅自制造的注册商标标识数量在二万件以上，或者非法经营数额在五万元以上，或者违法所得数额在三万元以上的；

（二）伪造、擅自制造或者销售伪造、擅自制造两种以上注册商标标识数量在一万件以上，或者非法经营数额在三万元以上，或者违法所得数额在二万元以上的；

（三）其他情节严重的情形。

具有下列情形之一的，属于刑法第二百一十五条规定的“情节特别严重”，应当以非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪判处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金：

（一）伪造、擅自制造或者销售伪造、擅自制造的注册商标标识数量在十万件以上，或者非法经营数额在二十五万元以上，或者违法所得数额在十五万元以上的；

（二）伪造、擅自制造或者销售伪造、擅自制造两种以上注册商标标识数量在五万件以上，或者非法经营数额在十五万元以上，或者违法所得数额在十万元以上的；

（三）其他情节特别严重的情形

●假冒专利罪—第 216、220 条，解释 4、10

✔第二百一十六条　假冒他人专利，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。

✔第四条　假冒他人专利，具有下列情形之一的，属于刑法第二百一十六条规定的“情节严重”，应当以假冒专利罪判处三年以下有期徒

刑或者拘役，并处或者单处罚金：

（一）非法经营数额在二十万元以上或者违法所得数额在十万元以上的；

（二）给专利权人造成直接经济损失五十万元以上的；

（三）假冒两项以上他人专利，非法经营数额在十万元以上或者违法所得数额在五万元以上的；

（四）其他情节严重的情形。

✓ 第十条　实施下列行为之一的，属于刑法第二百一十六条规定的"假冒他人专利"的行为：

（一）未经许可，在其制造或者销售的产品、产品的包装上标注他人专利号的；

（二）未经许可，在广告或者其他宣传材料中使用他人的专利号，使人将所涉及的技术误认为是他人专利 技术的；

（三）未经许可，在合同中使用他人的专利号，使人将合同涉及的技术误认为是他人专利技术的；

（四）伪造或者变造他人的专利证书、专利文件或者专利申请文件的。

●侵犯著作权罪—第 217、220 条，解释 5、11、14，解释（二）1、2

✓ 第二百一十七条　以营利为目的，有下列侵犯著作权情形之一，违法所得数额较大或者有其他严重情节的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；违法所得数额巨大或者有其他特别严重情节的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金：

（一）　未经著作权人许可，复制发行其文字作品、音乐、电影、电视、录像作品、计算机软件及其他作品的；

（二）　出版他人享有专有出版权的图书的；

（三）　未经录音录像制作者许可，复制发行其制作的录音录像的；

（四）　制作、出售假冒他人署名的美术作品的。

✓ 第五条 以营利为目的，实施刑法第二百一十七条所列侵犯著作权行为之一，违法所得数额在三万元以上的，属于"违法所得数额较大"；具有下列情形之一的，属于"有其他严重情节"，应当以侵犯著作权罪判处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金：

（一）非法经营数额在五万元以上的；

（二）未经著作权人许可，复制发行其文字作品、音乐、电影、电视、录像作品、计算机软件及其他作品，　复制品数量合计在一千张（份）以上的；

（三）其他严重情节的情形。

以营利为目的，实施刑法第二百一十七条所列侵犯著作权行为之一，违法所得数额在十五万元以上的，属于"违法所得数额巨大"；具有下列情形之一的，属于"有其他特别严重情节"，应当以侵犯著作权罪判处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金：

（一）非法经营数额在二十五万元以上的；

（二）未经著作权人许可，复制发行其文字作品、音乐、电影、电视、录像作品、计算机软件及其他作品，复制品数量合计在五千张（份）以上的；

（三）其他特别严重情节的情形。

✓第十一条　以刊登收费广告等方式直接或者间接收取费用的情形，属于刑法第二百一十七条规定的"以营利为目的"。 刑法第二百一十七条规定的"未经著作权人许可"，是指没有得到著作权人授权或者伪造、涂改著作权人授权许可文件或者超出授权许可范围的情形。通过信息网络向公众传播他人文字作品、音乐、电影、电视、录像作品、计算机软件及其他作品的行为，应当视为刑法第二百一十七条规定的"复制发行"。

✓第十四条　实施刑法第二百一十七条规定的侵犯著作权犯罪，又销售该侵权复制品，构成犯罪的，应当依照刑法第二百一十七条的规定，以侵犯著作权罪定罪处罚。实施刑法第二百一十七条规定的侵犯著作权犯罪，又销售明知是他人的侵权复制品，构成犯罪的，应当实行数罪并罚。

●销售侵权复制品罪—第 218、220 条，解释 6

✓第二百一十八条　以营利为目的，销售明知是本法第二百一十七条规定的侵权复制品，违法所得数额巨大的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。

✓第六条 以营利为目的，实施刑法第二百一十八条规定的行为，违法所得数额在十万元以上的，属于"违法所得数额巨大"，应当以销售侵权复制品罪判处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。

●侵犯商业秘密罪—第 219、220 条，解释 7　（解释 15、16，解释（二）3、4、5）

✓ 第二百一十九条　有下列侵犯商业秘密行为之一，给商业秘密的权利人造成重大损失的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；造成特别严重后果的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金：

（一）以盗窃、利诱、胁迫或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密的；

（二）披露、使用或者允许他人使用以前项手段获取的权利人的商业秘密的；

（三）违反约定或者违反权利人有关保守商业秘密的要求，披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密的。

明知或者应知前款所列行为，获取、使用或者披露他人的商业秘密的，以侵犯商业秘密论。

本条所称商业秘密，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。

本条所称权利人，是指商业秘密的所有人和经商业秘密所有人许可的商业秘密使用人。

✓ 第七条　实施刑法第二百一十九条规定的行为之一，给商业秘密的权利人造成损失数额在五十万元以上的，属于“给商业秘密的权利人造成重大损失”，应当以侵犯商业秘密罪判处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。给商业秘密的权利人造成损失数额在二百五十万元以上的，属于刑法第二百一十九条规定的“造成特别严重后果”，应当以侵犯商业秘密罪判处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。

第二章 相关知识产权法

第一节　著作权法

一、　著作权的客体

1、作品的含义

第三条　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。

2、作品的种类

(1)原始作品：文字作品　口述作品　音乐、戏剧、曲艺、舞蹈、杂技艺术作品　美术，建筑作品　摄影作品　电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品　工程设计图、产品设计图、地图、示意图等图形作品和模型作品　计算机软件

第四条　著作权法和本条例中下列作品的含义：

（一）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；

（二）口述作品，是指即兴的演说、授课、法庭辩论等以口头语言形式表现的作品；

（三）音乐作品，是指歌曲、交响乐等能够演唱或者演奏的带词或者不带词的作品；

（四）戏剧作品，是指话剧、歌剧、地方戏等供舞台演出的作品；

（五）曲艺作品，是指相声、快书、大鼓、评书等以说唱为主要形式表演的作品；

（六）舞蹈作品，是指通过连续的动作、姿势、表情等表现思想情感的作品；

（七）杂技艺术作品，是指杂技、魔术、马戏等通过形体动作和技巧表现的作品；

（八）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；

（九）建筑作品，是指以建筑物或者构筑物形式表现的有审美意义的作品；

（十）摄影作品，是指借助器械在感光材料或者其他介质上记录客观物体形象的艺术作品；

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

（十二）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；

（十三）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。

(2)二次作品：派生作品　汇编作品

（后有相关法条，因此不重复粘贴）

3．著作权法不予保护的客体

✓第四条　依法禁止出版、传播的作品，不受本法保护。

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。

✓第五条　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。

✓第五条　著作权法和本条例中下列用语的含义：

（一）时事新闻，是指通过报纸、期刊、广播电台、电视台等媒体报道的单纯事实消息；

（二）录音制品，是指任何对表演的声音和其他声音的录制品；

（三）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；

（四）录音制作者，是指录音制品的首次制作人；

（五）录像制作者，是指录像制品的首次制作人；

（六）表演者，是指演员、演出单位或者其他表演文学、艺术作品的人。

二、 著作权的主体

1、 主体范围： (1)中国公民、法人或其他组织 (2)外国人、无国籍人及其受保护的条件

第二条　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。

第六条　著作权自作品创作完成之日起产生。

第七条　著作权法第二条第三款规定的首先在中国境内出版的外国人、无国籍人的作品，其著作权自首次出版之日起受保护。

第八条　外国人、无国籍人的作品在中国境外首先出版后，３０日内在中国境内出版的，视为该作品同时在中国境内出版。

2、 著作权人的确定

(1)一般作品的著作权人：作者　作者的认定　其他依法享有著作权的自然人、法人和其他组织　著作权集体管理组织

（1）作者 、作者的认定 、其他依法享有著作权的自然人、法人和其他组织

第九条　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。

第十一条　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。

第十三条　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。

第十六条　国家享有著作权的作品的使用，由国务院著作权行政管理部门管理

（2）著作权集体管理组织

第八条　著作权人和与著作权有关的权利人可以授权著作权集体管理组织行使著作权或者与著作权有关的权利。著作权集体管理组织被授权后，可以以自己的名义为著作权人和与著作权有关的权利人主张权利，并可以作为当事人进行涉及著作权或者与著作权有关的权利的诉讼、仲裁活动。

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

(2)特殊作品的著作权人：演绎作品的著作权人　合作作品的著作权人　汇编作品的著作权人　影视作品的著作权人　职务作品的著作权人　委托作品的著作权人　原件所有权转移的作品著作权归属　作者身份不明的作品著作权归属

（1）演绎作品的著作权人

第十二条　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。

（2）合作作品的著作权人

第十三条　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。

第九条　合作作品不可以分割使用的，其著作权由各合作作者共同享有，通过协商一致行使；不能协商一致，又无正当理由的，任何一方不得阻止他方行使除转让以外的其他权利，但是所得收益应当合理分配给所有合作作者。

（3）汇编作品的著作权人

第十四条　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。

（4）影视作品的著作权人

第十五条　电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品的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。

第十条　著作权人许可他人将其作品摄制成电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品的，视为已同意对其作品进行必要的改动，但是这种改动不得歪曲篡改原作品。

（5）职务作品的著作权人

第十六条　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。

第十一条　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。

著作权法第十六条第二款关于职务作品的规定中的“物质技术条件”，是指该法人或者该组织为公民完成创作专门提供的资金、设备或者资料。

第十二条　职务作品完成两年内，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报酬，由作者与单位按约定的比例分配。

作品完成两年的期限，自作者向单位交付作品之日起计算。

（6）委托作品的著作权人

第十七条　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。

（7）原件所有权转移的作品著作权归属

第十八条　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。

第十九条　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

（8）作者身份不明的作品著作权归属

第十三条　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。

三、 著作权及其相关权利的内容

1、 著作权的内容

(1)著作人身权：发表权　署名权　修改权　保护作品完整权

(2)著作财产权：　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

第十条　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。

第十四条　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。

(3)著作权的保护期：著作人身权保护期　著作财产权保护期　自然人著作权的财产权保护期　合作作品著作权的财产权保护期　由单位享有的著作权的保护期　电影类作品、摄影作品著作权的保护期

第二十条　作者的署名权、修改权、保护作品完整权的保护期不受限制。

第十五条　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（即不能转让）。

第二十一条　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（布图设计自其在世界上任何地方首次商业利用之日起两年内，未向国务院知识产权行政部门提出登记申请的，国务院知识产权行政部门不再予以登记）。

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。

第十七条　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。

第十八条　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

(4)著作权的限制：不视为侵权的使用情形　教科书的编写出版

（1）不视为侵权的使用情形

第二十二条　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。

第十九条　使用他人作品的，应当指明作者姓名、作品名称；但是，当事人另有约定或者由于作品使用方式的特性无法指明的除外。

第二十条　著作权法所称已经发表的作品，是指著作权人自行或者许可他人公之于众的作品。

第二十一条　依照著作权法有关规定，使用可以不经著作权人许可的已经发表的作品的，不得影响该作品的正常使用，也不得不合理地损害著作权人的合法利益。

（2）教科书的编写出版

第二十三条　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。

第二十二条　依照著作权法第二十三条、第三十二条第二款、第三十九条第三款的规定使用作品的付酬标准，由国务院著作权行政管理部门会同国务院价格主管部门制定、公布。

第三十二条　依照著作权法第二十三条、第三十二条第二款、第三十九条第三款的规定，使用他人作品的，应当自使用该作品之日起 2 个月内向著作权人支付报酬

(5)著作权的许可和转让：许可使用合同的主要内容　转让合同的主要内容　付酬标准的确定

第二十四条　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。

第二十三条　使用他人作品应当同著作权人订立许可使用合同，许可使用的权利是专有使用权的，应当采取书面形式，但是报社、期刊社刊登作品除外。

第二十四条　著作权法第二十四条规定的专有使用权的内容由合同约定，合同没有约定或者约定不明的，视为被许可人有权排除包括著作权人在内的任何人以同样的方式使用作品；除合同另有约定外，被许可人许可第三人行使同一权利，必须取得著作权人的许可。

第二十五条　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。

第二十五条　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。

第二十六条　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。

第二十七条　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。

第二十八条　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。

第二十六条　著作权法和本条例所称与著作权有关的权益，是指出版者对其出版的图书和期刊的版式设计享有的权利，表演者对其表演享有的权利，录音录像制作者对其制作的录音录像制品享有的权利，广播电台、电视台对其播放的广播、电视节目享有的权利。

第二十七条　出版者、表演者、录音录像制作者、广播电台、电视台行使权利，不得损害被使用作品和原作品著作权人的权利。

2、与著作权相关的权利

(1)出版者的权利和义务

第二十九条　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。

第三十条　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。

第二十八条　图书出版合同中约定图书出版者享有专有出版权但没有明确其具体内容的，视为图书出版者享有在合同有效期限内和在合同约定的地域范围内以同种文字的原版、修订版出版图书的专有权利。

第三十一条　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，应当依照本法第五十三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。

第二十九条　著作权人寄给图书出版者的两份订单在 6 个月内未能得到履行，视为著作权法第三十一条所称图书脱销。

第三十二条　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。

第三十条　著作权人依照著作权法第三十二条第二款声明不得转载、摘编其作品的，应当在报纸、期刊刊登该作品时附带声明。

第三十三条　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。

第三十四条　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。

第三十五条　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

(2)表演者的权利和义务

第三十六条　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。

第三十七条　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。

《中华人民共和国著作权法实施条例》

第三十三条　外国人、无国籍人在中国境内的表演，受著作权法保护。

外国人、无国籍人根据中国参加的国际条约对其表演享有的权利，受著作权法保护。

第三十八条　本法第三十七条第一款第（一）项、第（二）项规定的权利的保护期不受限制。

本法第三十七条第一款第（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。

(3)录音录像制作者的权利和义务

第三十九条　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。

第三十一条　著作权人依照著作权法第三十九条第三款声明不得对其作品制作录音制品的，应当在该作品合法录制为录音制品时声明。

第三十四条　外国人、无国籍人在中国境内制作、发行的录音制品，受著作权法保护。

外国人、无国籍人根据中国参加的国际条约对其制作、发行的录音制品享有的权利，受著作权法保护。

第四十条　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。

第四十一条　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。

(4)广播电台、电视台播放者的权利和义务

第四十二条　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。

第四十三条　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。

第四十四条　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。

第三十五条　外国的广播电台、电视台根据中国参加的国际条约对其播放的广播、电视节目享有的权利，受著作权法保护。

第四十五条　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。

四、　著作权及其相关权利的保护

1．侵犯著作权及其相关权利的行为：　损害著作权人利益的侵权行为
　　损害著作权人利益和社会公共利益的浸权行为
2．侵权纠纷的解决途径：调解　仲裁　诉讼　诉前责令停止侵权行为、
　　财产保全和证据保全
3．侵权责任 (1)民事责任：停止侵害　消除影响　赔礼道歉　赔偿损失　赔偿数额的计算
(2)行政责任：没收违法所得　没收、销毁仗权复制品　罚款　设收制作设施(3)刑事责任(参见刑法部分大纲)（刑法笔记已做）

第四十六条　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。

第四十七条　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。

第三十六条　有著作权法第四十七条所列侵权行为，同时损害社会公共利益的，著作权行政管理部门可以处非法经营额 3 倍以下的罚款；非法经营额难以计算的，可以处１０万元以下的罚款。

第三十七条　有著作权法第四十七条所列侵权行为，同时损害社会公共利益的，由地方人民政府著作权行政管理部门负责查处。

国务院著作权行政管理部门可以查处在全国有重大影响的侵权行为。

第四十八条　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。

第四十九条　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。

第五十条　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。

第五十一条　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。

第五十二条　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。

第五十三条　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《中华人民共和国民法通则》、《中华人民共和国合同法》等有关法律规定承担民事责任。

第五十四条　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。

第五十五条　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。

五、 计算机软件着作权的特殊规定

1．软件著作权的客体：计算机程序　计算机程序文档

第二条　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。

第三条　本条例下列用语的含义：

(一)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。

(二)文档，是指用来描述程序的内容、组成、设计、功能规格、开发情况、测试结果及使用方法的文字资料和图表等，如程序设计说明书、流程图、用户手册等。

(三)软件开发者，是指实际组织开发、直接进行开发，并对开发完成的软件承担责任的法人或者其他组织；或者依靠自己具有的条件独立完成软件开发，并对软件承担责任的自然人。

(四)软件著作权人，是指依照本条例的规定，对软件享有著作权的自然人、法人或者其他组织。

2．软件著作权人的确定：软件开发者　合作开发软件　委托开发软件　国家项目开发软件　职务开发软件

（1）软件开发者

第九条　软件著作权属于软件开发者，本条例另有规定的除外。

如无相反证明，在软件上署名的自然人、法人或者其他组织为开发者。

（2）合作开发软件

第十条　由两个以上的自然人、法人或者其他组织合作开发的软件，其著作权的归属由合作开发者签订书面合同约定。无书面合同或者合同未作明确约定，合作开发的软件可以分割使用的，开发者对各自开发的部分可以单独享有著作权；但是，行使著作权时，不得扩展到合作开发的软件整体的著作权。合作开发的软件不能分割使用的，其著作权由各合作开发者共同享有，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权以外的其他权利，但是所得收益应当合理分配给所有合作开发者。

（3）委托开发软件

第十一条　接受他人委托开发的软件，其著作权的归属由委托人与受托人签订书面合同约定；无书面合同或者合同未作明确约定的，其著作权由受托人享有。

（4）国家项目开发软件

第十二条　由国家机关下达任务开发的软件，著作权的归属与行使由项目任务书或者合同规定；项目任务书或者合同中未作明确规定的，软件著作权由接受任务的法人或者其他组织享有。

（5）职务开发软件

第十三条　自然人在法人或者其他组织中任职期间所开发的软件有下列情形之一的，该软件著作权由该法人或者其他组织享有，该法人或者其他组织可以对开发软件的自然人进行奖励：

(一)针对本职工作中明确指定的开发目标所开发的软件；

(二)开发的软件是从事本职工作活动所预见的结果或者自然的结果；

(三)主要使用了法人或者其他组织的资金、专用设备、未公开的专门信息等物质技术条件所开发并由法人或者其他组织承担责任的软件。

3．软件著作权的内容

(1)软件著作权的人身权 (2)软件著作权的财产权

第八条　软件著作权人享有下列各项权利：

(一)发表权，即决定软件是否公之于众的权利；

(二)署名权，即表明开发者身份，在软件上署名的权利；

(三)修改权，即对软件进行增补、删节，或者改变指令、语句顺序的权利；

(四)复制权，即将软件制作一份或者多份的权利；

(五)发行权，即以出售或者赠与方式向公众提供软件的原件或者复制件的权利；

(六)出租权，即有偿许可他人临时使用软件的权利，但是软件不是出租的主要标的的除外；

(七)信息网络传播权，即以有线或者无线方式向公众提供软件，使公众可以在其个人选定的时间和地点获得软件的权利；

(八)翻译权，即将原软件从一种自然语言文字转换成另一种自然语言文字的权利；

(九)应当由软件著作权人享有的其他权利。

软件著作权人可以许可他人行使其软件著作权，并有权获得报酬。

软件著作权人可以全部或者部分转让其软件著作权，并有权获得报酬。

(3)软件著作权的保护范围

第四条　受本条例保护的软件必须由开发者独立开发，并已固定在某种有形物体上。

第六条　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

第十四条　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。

第十五条　软件著作权属于自然人的，该自然人死亡后，在软件著作权的保护期内，软件著作权的继承人可以依照《中华人民共和国继承法》的有关规定，继承本条例第八条规定的除署名权以外的其他权利。

软件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，其著作权在本条例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。

(4)对软件著作权的限制：　软件的合法复制品所有人的权利　为学习、研究目的的使用　相似软件　不承担赔偿责任的使用情形

（1）软件的合法复制品所有人的权利

第十六条　软件的合法复制品所有人享有下列权利：

(一)根据使用的需要把该软件装入计算机等具有信息处理能力的装置内；

(二)为了防止复制品损坏而制作备份复制品。这些备份复制品不得通过任何方式提供给他人使用，并在所有人丧失该合法复制品的所有权时，负责将备份复制品销毁；

(三)为了把该软件用于实际的计算机应用环境或者改进其功能、性能而进行必要的修改；但是，除合同另有约定外，未经该软件著作权人许可，不得向任何第三方提供修改后的软件。

（2）为学习、研究目的的使用

第十七条　为了学习和研究软件内含的设计思想和原理，通过安装、显示、传输或者存储软件等方式使用软件的，

可以不经软件著作权人许可，不向其支付报酬。

（3）相似软件

第二十九条　软件开发者开发的软件，由于可供选用的表达方式有限而与已经存在的软件相似的，不构成对已经存在的软件的著作权的侵犯。

（4）不承担赔偿责任的使用情形

第三十条　软件的复制品持有人不知道也没有合理理由应当知道该软件是侵权复制品的，不承担赔偿责任；但是，应当停止使用、销毁该侵权复制品。如果停止使用并销毁该侵权复制品将给复制品使用人造成重大损失的，复制品使用人可以在向软件著作权人支付合理费用后继续使用。

4．软件登记的效力

第七条　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。

办理软件登记应当缴纳费用。软件登记的收费标准由国务院著作权行政管理部门会同国务院价格主管部门规定。

5．侵犯软件著作权行为：损害著作权人利益的侵权行为
损害著作权人利益和社会公共利益的侵权行为

（1）损害著作权人利益的侵权行为

第二十三条　除《中华人民共和国著作权法》或者本条例另有规定外，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)未经软件著作权人许可，发表或者登记其软件的；

(二)将他人软件作为自己的软件发表或者登记的；

(三)未经合作者许可，将与他人合作开发的软件作为自己单独完成的软件发表或者登记的；

(四)在他人软件上署名或者更改他人软件上的署名的；

(五)未经软件著作权人许可，修改、翻译其软件的；

(六)其他侵犯软件著作权的行为。

（2）损害著作权人利益和社会公共利益的侵权行为

第二十四条　除《中华人民共和国著作权法》、本条例或者其他法律、行政法规另有规定外，未经软件著作权人许可，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；同时损害社会公共利益的，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，可以并处罚款；情节严重的，著作权行政管理部门并可以没收主要用于制作侵权复制品的材料、工具、设备等；触犯刑律的，依照刑法关于侵犯著作权罪、销售侵权复制品罪的规定，依法追究刑事责任：

(一)复制或者部分复制著作权人的软件的；

(二)向公众发行、出租、通过信息网络传播著作权人的软件的；

(三)故意避开或者破坏著作权人为保护其软件著作权而采取的技术措施的；

(四)故意删除或者改变软件权利管理电子信息的；

(五)转让或者许可他人行使著作权人的软件著作权的。

有前款第(一)项或者第(二)项行为的，可以并处每件 100 元或者货值金额 5 倍以下的罚款；有前款第(三)项、第(四)项或者第(五)项行为的，可以并处 5 万元以下的罚款。

第二节　商标法

基本要求

了解商标法的一般原理和主要内容；掌握商标的概念；熟悉商标注册申请的条件与程序；熟悉注册商标的续展、变更、转让和使用许可；了解注册商标争议的处理与注册商标的使用管理；掌握商标专用权的保护和驰名商标权的特殊保护。

一、 注册商标专用权的客体

1. 注册商标的概念和组成要素

- 第三条 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。
- 第八条 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可视性标志，包括文字、图形、字母、数字、三维标志和颜色组合，以及上述要素的组合，均可以作为商标申请注册。

2. 不得作为商标使用的标志和不得作为商标注册的标志（第 10-13、15、18 条）

- 第十条 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、军旗、勋章相同或者近似的，以及同中央国家机关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、军旗相同或者近似的，但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）夸大宣传并带有欺骗性的；
  （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。
- 第十一条 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）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。
- 第十二条 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 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。就不相同或者不相类似商品申请注册的商标是复制、摹仿或者翻译他人已经在中国注册的驰名商标，误导公众，致使该驰名商标注册人的利益可能受到损害的，不予注册并禁止使用。

3. 注册商标的类型(商品商标 服务商标 集体商标 证明商标)

- **集体商标**：是指以团体、协会或者其他组织名义注册，供该组织成员在商事活动中使用，以表明使用者在该组织中的成员资格的标志。
- **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。
- 自然人、法人或者其他组织对其生产、制造、加工、拣选或者经销的商品，需要取得商标专用权的，应当向**商标局申请商品商标注册。**
- 自然人、法人或者其他组织对其提供的服务项目，需要取得商标专用权的，应当**向商标局申请服务商标注册。**

4．商标注册的条件

第九条 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。

二、 注册商标专用权的主体（自然人 法人 其他组织 外国人或外国企业）

- 第十五条 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。
- 第十七条 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。
- 第十八条 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，应当委托国家认可的具有商标代理资格的组织代理。

三、 注册商标专用权的取得

1．商标注册的申请 （优先权 商标注册申请文件、证明文件）

●优先权（第 24、25 条）

- 第二十四条 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，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。
- 第二十五条 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。

●商标注册申请文件

- 申请商标注册，应按照公布的商品和服务分类表按类申请。每一件商标注册申请应向商标局提交**《商标注册申请书》**1 份、**商标图样** 5 份；**指定颜色的，并应当提交着色图样** 5 份、**黑白稿** 1 份。

  商标图样必须清晰、便于粘贴，用光洁耐用的纸张印制或者用照片代替，长或者宽应当不大于 10 厘米，不小于 5 厘米。

  以三维标志申请注册商标的，应当在申请书中予以声明，并提交能够确定三维形状的图样。

  以颜色组合申请注册商标的，应当在申请书中予以声明，并提交文字说明。

  申请注册**集体商标、证明商标**的，应当在申请书中予以声明，并提交**主体资格证明文件和使用管理规则**。

  商标为外文或者包含外文的，应当说明含义。

●证明文件

- 第十四条 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。

2．商标注册的审查和核准

(1)初步审定和公告

- 第二十七条 申请注册的商标，凡符合本法有关规定的，由商标局初步审定，予以公告。

(2)驳回申请（先申请原则 驳回申请的情形）

- 第二十八条 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。
- 第二十九条 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。

(3)注册申请的复审(复审机构 复审期限 对复审决定不服的救济)

➢第三十二条 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，由商标评审委员会做出决定，并书面通知申请人。

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。

(4)商标异议

（提出商标异议的期限 商标异议的裁定 对商标异议裁定不服的复审 对复审决定不服的救济 ）

➢第三十条 对初步审定的商标，自公告之日起三个月内，任何人均可以提出异议。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

➢第三十三条 对初步审定、予以公告的商标提出异议的，商标局应当听取异议人和被异议人陈述事实和理由，经调查核实后，做出裁定。

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，由商标评审委员会做出裁定，并书面通知异议人和被异议人。

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复审程序的对方当事人作为第三人参加诉讼。

四、 注册商标专用权的内容

1. 注册商标专用权的内容

➢**专用权**：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。

➢**标明“注册商标”或者注册标记的权利**

➢**转让商标的权利**

➢**许可使用商标的权利**

2. 注册商标的有效期和期限起算日

➢第三十条 对初步审定的商标，自公告之日起三个月内，任何人均可以提出异议。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。

➢第三十七条 注册商标的有效期为十年，自核准注册之日起计算（专利是申请日开算）。

➢经裁定异议不能成立而核准注册的，商标注册申请人取得商标专用权的时间自**初审公告三个月期满之日起**计算。

3. 注册商标的续展、转让和使用许可

(1)续展的期限和宽限期

➢第三十八条 注册商标有效期满，需要继续使用的，应当在期满前六个月内申请续展注册；在此期间未能提出申请的，可以给予六个月的宽展期。宽展期满仍未提出申请的，注销其注册商标。每次续展注册的有效期为十年。续展注册经核准后，予以公告。

(2)转让（签订转让协议 申请 核准公告 受让人义务）

➢第三十九条 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（不能自行转让）。

受让人应当保证使用该注册商标的商品质量。

转让注册商标经核准后，予以公告。受让人自公告之日起享有商标专用权。

(3)使用许可（商标使用许可合同 备案 许可人和被许可人的义务）

➢第四十条 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。

商标使用许可合同应当报商标局备案。

五、 注册商标专用权的消灭

1. 注册商标的注销

注册商标有效期满，需要继续使用的，应当在期满前六个月内申请续展注册；在此期间未能提出申请的，可以给予六个月的宽展期。宽展期满仍未提出申请的，注销其注册商标。

2. 注册商标的撤销

(1)商标局依职权的撤销（撤销事由 撤销程序 对撤销决定不服的救济）

- 已经注册的商标，违反本法第十条（不得作为商标使用）、第十一条（不得作为商标注册）、第十二条（三维标志： 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）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，由商标局撤销该注册商标；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。
- 第四十九条 对商标局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，由商标评审委员会做出决定，并书面通知申请人。
  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。

(2)当事人请求的撤销（撤销事由 撤销机构 撤销程序 对撤销裁定不服的救济）

- **撤销事由**：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，由商标局撤销该注册商标；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。已经注册的商标，违反本法第十三条、第十五条、第十六条、第三十一条规定的，自商标注册之日起五年内，商标所有人或者利害关系人可以请求商标评审委员会裁定撤销该注册商标。对恶意注册的，驰名商标所有人不受五年的时间限制
- **第十三条** 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。就不相同或者不相类似商品申请注册的商标是复制、摹仿或者翻译他人已经在中国注册的驰名商标，误导公众，致使该驰名商标注册人的利益可能受到损害的，不予注册并禁止使用。
- **第十五条** 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。
- **第十六条** 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。
- **第三十一条** 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。
- 除前两款规定的情形外，对已经注册的商标有争议的，可以自该商标经核准注册之日起五年内，向商标评审委员会申请裁定。商标评审委员会收到裁定申请后，应当通知有关当事人，并限期提出答辩。对核准注册前已经提出异议并经裁定的商标，不得再以相同的事实和理由申请裁定。
- 第四十三条 商标评审委员会做出维持或者撤销注册商标的裁定后，应当书面通知有关当事人。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。

六、 商标使用的管理

1. 注册商标的使用 （ 注册商标的使用规定 违反规定的处罚 对处罚的救济）

- 第四十四条 使用注册商标，有下列行为之一的，由商标局责令限期改正或者撤销其注册商标：
  （一）自行改变注册商标的；
  （二）自行改变注册商标的注册人名义、地址或者其他注册事项的；
  （三）自行转让注册商标的；
  （四）连续三年停止使用的。
- 第四十五条 使用注册商标，其商品粗制滥造，以次充好，欺骗消费者的，由各级工商行政管理部门分别不同情况，

责令限期改正，并可以予以通报或者处以罚款，或者由商标局撤销其注册商标。

- 第四十六条 注册商标被撤销的或者期满不再续展的，自撤销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。
- 第四十七条 违反本法第六条（必须注册的）规定的，由地方工商行政管理部门责令限期申请注册，可以并处罚款。
- 第四十九条 对商标局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，由商标评审委员会做出决定，并书面通知申请人。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。
- 第五十条 对工商行政管理部门根据本法第四十五条、第四十七条、第四十八条的规定做出的罚款决定，当事人不服的，可以自收到通知之日起十五日内，向人民法院起诉；期满不起诉又不履行的，由有关工商行政管理部门申请人民法院强制执行。

2．未注册商标的使用 （未注册商标的使用规定 违反规定的处罚 对处罚的救济）

- 第四十八条 使用未注册商标，有下列行为之一的，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：

  （一）冒充注册商标的；

  （二）违反本法第十条（不得作为商标使用）规定的；

  （三）粗制滥造，以次充好，欺骗消费者的。
- 第四十九条 对商标局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，由商标评审委员会做出决定，并书面通知申请人。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。
- 第五十条 对工商行政管理部门根据本法第四十五条、第四十七条、第四十八条的规定做出的罚款决定，当事人不服的，可以自收到通知之日起十五日内，向人民法院起诉；期满不起诉又不履行的，由有关工商行政管理部门申请人民法院强制执行。

七、 注册商标专用权的保护

1．侵犯注册商标专用权的行为

- 第五十二条 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，在同一种商品或者类似商品上使用与其注册商标相同或者近似的 商标的；
（二）销售侵犯注册商标专用权的商品的；
（三）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；
（四）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；
（五）给他人的注册商标专用权造成其他损害的。

2．侵权纠纷的解决途径

协商 请求工商行政管理部门处理 诉讼 诉前的责令停止侵权行为、财产保全和证据保全

- 第五十三条 有本法第五十二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、销毁侵权商品和专门用于制造侵权商品、伪造注册商标标识的工具，并可处以罚款。当事人对处理决定不服的，可以自收到处理通知之日起十五日内依照《中华人民共和国行政诉讼法》向人民法院起诉；侵权人期满不起诉又不履行的，工商行政管理部门可以申请人民法院强制执行。进行处理的工商行政管理部门根据当事人的请求，可以就侵犯商标专用权的赔偿数额进行调解；调解不成的，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。
- 第五十四条 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。
- 第五十七条 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。

- 第五十八条 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做出裁定；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。

3．侵犯注册商标专用权的法律责任

(1)民事责任（损害赔偿 赔偿数额的确定 赔偿数额的行政调解）

- 第五十六条 侵犯商标专用权的赔偿数额，为侵权人在侵权期间因侵权所获得的利益，或者被侵权人在被侵权期间因被侵权所受到的损失，包括被侵权人为制止侵权行为所支付的合理开支。
  前款所称侵权人因侵权所得利益，或者被侵权人因被侵权所受损失难以确定的，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。
  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的并说明提供者的，不承担赔偿责任。
- 进行处理的工商行政管理部门根据当事人的请求，可以就侵犯商标专用权的赔偿数额进行调解；调解不成的，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。

(2)行政责任（责令停止侵权行为 没收、销毁侵权商品和侵权工具 罚款）

- 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、销毁侵权商品和专门用于制造侵权商品、伪造注册商标标识的工具，并可处以罚款。

(3)**刑事责任**(参见刑法部分大纲)

- 第五十九条 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。

八、 驰名商标

1．驰名商标的认定

第十四条 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。

2．对驰名商标的特殊保护

- 对恶意注册的，驰名商标所有人不受五年的时间限制（请求撤销他人相同或类似商标）。
- 对驰名商标的保护：将与他人驰名商标相同或相似的商标在非类似商品上使用，且会暗示该商品与驰名商标注册人存在某种联系，可能导致驰名商标注册人的权益受到侵害的，驰名商标注册人可以自知道或应当知道之日起 2 年内，请求工商行政管理机关予以制止。(P331T64)

自愿注册原则:
a. 一般商标自愿注册。
b. 必须注册的商标:
（一） 国家规定并由国家工商行政管理局公布的人用药品和烟草制品，必须使用注册商标。
（二） 国家规定必须使用注册商标的其他商品，由国家工商行政管理局公布。未经核准注册的，不得在市场销售。

商标注册的相关规定:(P330T62)

a. 同一申请人在不同类别的商品上使用同一商标的，应当按商品分类表提出注册申请。
b. 注册商标需要在同一类的其他商品上使用的，应当另行提出注册申请。
c. 注册商标需要改变文字、图形的，应当重新提出注册申请。
d. 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。

12. 追溯力：
a. 因注册不当或争议而撤销的注册商标，其商标专用权视为自始即不存在。
b. 撤销注册商标的决定或者裁定，对在撤销前法院做出并已执行的商标侵权案件的判决、裁定，工商行政管理机关做出并已执行的商标侵权案件的处理决定，以及已履行的商标转让或者使用许可合同，不具有追溯力。但如果商标注册人的恶意给他人造成损失的，应当予以赔偿。

第三节　反不正当竞争法

基本要求

了解反不正当竞争法的基本概念和原则；掌握商业秘密的概念和构成要件；了解侵犯商业秘密的法律责任。

一、**适用范围和基本原则**（不正当竞争的概念和种类 经营者的概念 反不正当竞争法的基本原则）

●**不正当竞争**

➢第五条 经营者不得采用下列不正当手段从事市场交易，损害竞争对手：(一)假冒他人的注册商标；(二)擅自使用知名商品特有的名称、包装、装潢，或者使用与知名商品近似的名称、包装、装潢，造成和他人的知名商品相混淆，使购买者误认为是该知名商品；(三)擅自使用他人的企业名称或者姓名，引人误认为是他人的商品；(四)在商品上伪造或者冒用认证标志、名优标志等质量标志，伪造产地，对商品质量作引人误解的虚假表示。

➢第六条 公用企业或者其他依法具有独占地位的经营者，不得限定他人购买其指定的经营者的商品，以排挤其他经营者的公平竞争。

➢第七条 政府及其所属部门不得滥用行政权力，限定他人购买其指定的经营者的商品，限制其他经营者正当的经营活动。政府及其所属部门不得滥用行政权力，限制外地商品进入本地市场，或者本地商品流向外地市场。

➢第八条 经营者不得采用财物或者其他手段进行贿赂以销售或者购买商品。在帐外暗中给予对方单位或者个人回扣的，以行贿论处；对方单位或者个人在帐外暗中收受回扣的，以受贿论处 经营者销售或者购买商品，可以以明示方式给对方折扣，可以给中间人佣金。经营者给对方折扣、给中间人佣金的，必须如实入帐。接受折扣、佣金的经营者必须如实入帐。

➢第九条 经营者不得利用广告或者其他方法，对商品的质量、制作成份、性能、用途、生产者、有效期限、产地等作引人误解的虚假宣传。广告的经营者不得在明知或者应知的情况下，代理、设计、制作、发布虚假广告。

➢第十条 经营者不得采用下列手段侵犯商业秘密： (一)以盗窃、利诱、胁迫或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密；(二)披露、使用或者允许他人使用以前项手段获取的权利人的商业秘密；(三)违反约定或者违反权利人有关保守商业秘密的要求，披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密。 第三人明知或者应知前款所列违法行为，获取、使用或者披露他人的商业秘密，视为侵犯商业秘密。本条所称的商业秘密，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。

➢第十一条 经营者不得以排挤竞争对手为目的，以低于成本的价格销售商品。有下列情形之一的，不属于不正当竞争行为：(一)销售鲜活商品；(二)处理有效期限即将到期的商品或者其他积压的商品；(三)季节性降价； (四)因清偿债务、转产、歇业降价销售商品。

➢第十二条 经营者销售商品，不得违背购买者的意愿搭售商品或者附加其他不合理的条件。

➢第十三条 经营者不得从事下列有奖销售：(一)采用谎称有奖或者故意让内定人员中奖的欺骗方式进行有奖销售；(二)利用有奖销售的手段推销质次价高的商品；(三)抽奖式的有奖销售，最高奖的金额超过 5000 元。

➢第十四条 经营者不得捏造、散布虚伪事实，损害竞争对手的商业信誉、商品声誉。

➢第十五条 投标者不得串通投标，抬高标价或者压低标价。投标者和招标者不得相互勾结，以排挤竞争对手的公平竞争。

●**经营者的概念：**从事商品经营或者营利性服务(所称**商品包括服务**)的法人、其他经济组织和个人
●反不正当竞争法的基本原则：**自愿、平等、公平、诚实信用**

二、 **商业秘密**

1．商业秘密的概念

➢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

2．商业秘密的保护

(1)侵犯商业秘密的行为

➢第十条 经营者不得采用下列手段侵犯商业秘密： (一)以盗窃、利诱、胁迫或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密；(二)披露、使用或者允许他人使用以前项手段获取的权利人的商业秘密；(三)违反约定或者违反权利人有关保守商业秘密的要求，披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密。 第三人明知或者应知前款所列违法行为，获取、使用或者披露他人的商业秘密，视为侵犯商业秘密。本条所称的商业秘密，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。

(2)侵犯商业秘密的法律责任（民事责任 行政责任 刑事责任）

●**民事责任（第 20 条）**

➢第二十条 经营者违反本法规定，给被侵害的经营者造成损害的，应当承担损害赔偿责任，被侵害的经营者的损失难以计算的，赔偿额为侵权人在侵权期间因侵权所获得的利润；并应当承担被侵害的经营者因调查该经营者侵害其合法权益的不正当竞争行为所支付的合理费用。被侵害的经营者的合法权益受到不正当竞争行为损害的，可以向人民法院提起诉讼。

●**行政责任（第 25 条）**

➢第二十五条 违反本法第十条规定侵犯商业秘密的，监督检查部门应当责令停止违法行为，可以根据情节处以 1 万元以上 20 万元以下的罚款。

●**刑事责任（刑法第 219 条）**

第四节 植物新品种的保护

基本要求：了解植物新品种保护条例的主要内容；掌握植物新品种的概念、植物新品种权的取得、保护期限、终止和无效以及植物新品种的保护。

立法宗旨：保护植物新品种权，鼓励培育和使用植物新品种，促进农业、林业的发展

一、 **品种权的保护客体**

1．植物新品种：**是指经过人工培育的或者对发现的野生植物加以开发，具备新颖性、特异性、一致性和稳定性并有适当命名的植物品种**

2．授予品种权的条件

* 新颖性：

✓申请品种权的植物新品种在申请日前该品种繁殖材料未被销售；或者

✓经育种者许可，在中国境内销售该品种繁殖材料未超过 1 年

✓在中国境外销售藤本植物、林木、果树和观赏树木品种繁殖材料未超过 6 年，销售其他植物品种繁殖材料未超过 4 年

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

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

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

* 属于保护名录的范围：**申请品种权的植物新品种应当属于国家植物品种保护名录中列举的植物的属或者种**

* 适当的命名：**授予品种权的植物新品种应当具备适当的名称，并与相同或者相近的植物属或者种中已知品种的**

名称相区别。该名称经注册登记后即为该植物新品种的通用名称

* 下列名称不得用于品种命名：　**(A18)**

✓仅以数字组成的

✓违反社会公德的

✓对植物新品种的特征、特性或者育种者的身份等容易引起误解的

* 授权登记的名称：

✓不论授权品种的保护期是否届满，销售该授权品种应当使用其注册登记的名称 (A12)

✓销售授权品种未使用其注册登记的名称的，由县级以上人民政府农业、林业行政部门依据各自的职权责令限期改正，可以处 1000 元以下的罚款(A42)

二、 品种权的主体

1. 一般主体 （中国单位或个人外国人、外国企业或者外国其他组织）

* 申请人：
  * 中国人:(单位或个人)可以直接也可以委托代理机构申请
  * 外国人：（外国人、外国企业或者外国其他组织 ）
    * 应当按其所属国和中国签订的协议或者共同参加的国际条约，或者根据互惠原则确定是否有权申请
    * 有权申请的，（在中国没有经常居所的）外国人应当委托指定的代理机构办理（与专利申请资格与申请形式一样）

2. 职务育种和非职务育种的品种权归属

职务育种：执行本单位的任务或主要是利用本单位的物质条件所完成的育种，申请权属于该单位

非职务育种,植物新品种的申请权属于完成育种的个人

3. 委托育种和合作育种的品种权归属

委托育种或者合作育种 ，品种权的归属由当事人在合同中约定；没有合同约定的，属于受委托完成或者共同完成育种的单位或者个人

三、 获得品种权的程序

1. 品种权的申请和受理（申请文件 申请语言 申请日的确定优先权 向国外申请品种权 申请的修改和撤回）

* 申请文件：（A21）
  * 请求书、说明书和该品种的照片
    * 应当使用中文书写
  * 符合条件的予以受理，自收到申请之日起1个月内审批机关会通知申请人缴纳费用
  * 申请日：
    * 直接递交的，收到日为申请日
    * 邮寄的，以寄出的邮戳日为申请日
* 优先权：（A23）（R63）
  * 申请人自在外国第一次提出品种权申请之日起12个月内，又在中国就该植物新品种提出品种权申请的，依照该外国同中国签订的协议或者共同参加的国际条约，或者根据相互承认优先权的原则，可以享有优先权
  * 在申请时提出书面说明，并在 3 个月内提交经原受理机关确认的在先申请文件的副本
  * 条例除第22条外，所称申请日,有优先权的，指优先权日
* 申请文件的修改
  * 申请人可以在品种权授予前修改或者撤回品种权申请
    * 除个别文字修改或者增删外，说明书的修改应提交替换页
    * 说明书的修改不得超出 原说明书记载范围 （R42 ）
    * 申请人请求复审时，可以修改被驳回的品种权申请文件，但是修改应当仅限于 驳回申请的决定所涉及的部

分

* 向外国申请
  * 中国的单位或者个人将国内培育的植物新品种向国外申请品种权的，应当向审批机关登记
    *属于职务育种的，需经省级人民政府农业行政部门审核同意（中央单位需经主管部门审核同意）后报农业部审批；属于非职务育种的，直接报农业部审批。国有单位在国内转让申请权或者品种权的，由其隶属的上级行政主管部门批准（R11）
    *中国的单位或者个人就其在国内培育的植物新品种向外国人转让申请权或者品种权的，应当报国家林业局批准；国有单位在国内转让植物新品种申请权或者品种权的，由其上级行政主管部门批准（R8）
* 品种权的申请
  * 禁止重复授权：（A8）
    *一个植物新品种只能授予一项品种权
  * 相同申请：
    * 两个以上的申请人分别就同一个植物新品种申请品种权的，品种权授予最先申请的人
    * 同时申请的，品种权授予最先完成该植物新品种育种的人
      * 逾期不提供证据或者证据不足的，由申请人自行协商确定申请权的归属
* 保密申请：（A19）
  * 中国的单位和个人申请品种权的植物新品种涉及国家安全或者重大利益需要保密的，应当按照国家有关规定办理
    * 申请人应当在申请文件中说明，农／林业办公室经过审查后作出是否按保密申请处理的决定，并通知申请人
    * 农／林业办公室认为需要保密而申请人未注明的，仍按保密申请处理，并通知申请人
* 申请的分案
  * 一件植物品种权申请包括两个以上新品种的，审批机关在进行实审前，应当要求申请人提出分案申请
  * 分案申请，可以保留原申请日，享有优先权的，可保留优先权日，但不得超出原申请品种的范围

2. 品种权的审查和批准（初步审查内容 审查期限 实质审查 申请的驳回 品种权的授予）

* 申请的审查
  * 初步审查范围：
    * 是否属于植物品种保护名录列举的植物属或者种的范围；
    * 是否符合本条例第二十条的规定；
    * 是否符合新颖性的规定；
    * 植物新品种的命名是否适当。
    * 单一性？（R36 ）（R33 ）
  * 在申请之日起 6 个月内完成并通知申请人在 3 个月内缴纳审查费，并予以公告
  * 初审不合格，通知申请人在3个月内陈述意见或修改
  * 初审公告后的异议：（R40）（R35）
    * 自品种权申请初审合格公告之日起至授予品种权之日前，任何人均可以对不符合《 条例》 规定的品种权申请向审批机关提出异议
* 申请的审查
  * 实质审查范围：
    * 特异性、一致性、稳定性
  * 主要依据申请文件 和其他有关书面材料 进行
    * 必要时，可以委托指定的测试机构进行测试 或者考察 业已完成的种植或者其他试验的结果
    * 申请人应当根据要求提供必要的资料 和该植物新品种的繁殖材料
* 申请的驳回
  * 逾期未答复初审意见或者答复修正后仍然不合格的，驳回申请
  * 对经实质审查不符合本条例规定的品种权申请，审批机关予以驳回
    *特异性、一致性、稳定性

＊危害公共利益、生态环境？（R4）

＊ 申请的授权

＊ 经实质审查符合本条例规定的品种权申请，审批机关应当作出授予品种权的决定，颁发品种权证书，并予以登记和公告

＊申请人应当自收到通知之日起3个月内办理相关手续：领取证书；缴纳第1年年费

＊农：品种权自颁证之日起生效（R43）

＊林：品种权自作出授权决定之日起生效（R37）

3．复审（复审机构复审期限 对复审决定不服的救济）（A32）

＊ 对审批机关驳回品种权申请的决定不服的，申请人可以自收到通知之日起 3 个月内，向植物新品种复审委员会请求复审

＊ 植物新品种复审委员会应当自收到复审请求书之日起 6 个月内作出决定，并通知申请人

＊ 申请人对植物新品种复审委员会的决定不服的，可以自接到通知之日起15日内向人民法院提起诉讼

四、 品种权的内容

1．排他的独占权

＊ 排他的独占权 ：任何单位或者个人未经品种权所有人（品种权人）许可：

＊ 不得为商业目的生产 或者销售 该授权品种的繁殖材料

＊ 不得为商业目的 将该授权品种的繁殖材料 重复使用于生产另一品种的繁殖材料

条例另有规定的除外

＊ 繁殖材料：

＊ 可繁殖植物的种子和植物体的其他部分（农 ）

＊ 整株植物（ 包括茵木）、种子（ 包括根、茎、叶、花、果实等）以及构成植物体的任何部分（ 包括组织、细胞）（林 ）

2．不需要经品种权人许可的使用（育种及其他科研活动 农民自繁自用）

＊ 条例的例外 规定：下列情况下使用授权品种，可以不经品种权人许可，但是不得侵犯品种权人享有的其他权利：

＊ 利用授权品种进行育种及其他科研活动（不支付使用费）

＊农民自繁自用 授权品种的繁殖材料（不支付使用费）

＊ 为了国家利益或者公共利益，审批机关可以作出实施植物新品种强制许可 的决定（应当支付使用费）

3．强制许可

4．品种权的转让

＊ 权利的转让：（A9）

＊ 植物新品种的申请权和品种权可以依法转让

＊ 中国的单位或者个人就其在国内培育的植物新品种向外国人转让申请权或品种权的，应当经审批机关批准

＊ 国有单位在国内转让申请权或者品种权的，应当按照国家有关规定报经有关行政主管部门批准

＊ 转让申请权或者品种权的，当事人应当订立书面合同，并向审批机关登记，由审批机关予以公告(生效?)

5．品种权的保护期限

＊ 藤本植物、 林木、 果树和观赏树木为20年，其他植物为15年

＊自授权之日起计算

＊ 品种权人应当自被授权当年开始缴纳第一年年费

＊ 并按照审批机关的要求提供用于检测的该授权品种的繁殖材料

6. 品种权的终止（期限届满终止 期限期满前终止）

* 品种权保护期限届满终止
* 期限届满前终止的情形：
  *品种权人以书面声明放弃品种权
  *品种权人未按照规定缴纳年费
  *品种权人未按照审批机关的要求提供检测所需的该授权品种的繁殖材料
  *经检测该授权品种不再符合被授予品种权时的特征和特性
* 品种权的终止，由审批机关登记和公告

五、 品种权的无效

（无效请求人宣告品种权无效的机构 无效理由 无效决定 对无效决定不服的救济 无效决定的效力）

* 审查机构：植物新品种复审委员会
* 无效程序的启动：
  *依据职权
  *依据任何单位或者个人的书面请求
* 无效的理由：
  *新颖性、特异性、一致性、稳定性（R4公共利益）
  *不符合第18条命名要求的，予以更名，并更换品种权证书,更名后，原名称不得再使用（A37、R54）
* 对无效决定不服的，3个月内向人民法院起诉
* 效力：被宣告无效的品种权视为自始不存在
  * 对在无效宣告前法院作出并已执行 的植物新品种侵权的判决 、裁定 ，省级以上人民政府农业、林业行政部门作出并已执行的植物新品种侵权处理决定 ，以及已经履行的植物新品种实施许可合同 和植物新品种权转让合同 ，不具有追溯力
  * 但因品种权人的恶意 给他人造成损失的，应当给予合理赔偿
  * 但品种权人或者品种权转让人不向被许可实施人或者受让人返还使用费或者转让费，明显违反公平原则 的，应全部或者部分返还

六、 品种权的保护

1. 对申请期间植物新品种的临时保护

* **初审公告后的临时保护：**（A33）
  * 品种权被授予后，在自初步审查合格公告之日起至被授予品种权之日止的期间，对未经申请人许可，为商业目的生产或者销售该授权品种的繁殖材料的单位和个人，品种权人享有追偿的权利

2. 侵犯品种权的行为（未经授权的生产、销售销售授权品种末使用其注册登记的名称）

3. 侵权纠纷的解决途径（请求行政机关处理诉讼 损害赔偿的行政调解）

4. 侵权的法律责任（责令停止侵权行为没收违法所得和植物品种繁殖材料罚款 损害赔偿）

* 侵权救济：未经品种权人许可,以商业目的生产或者销售授权品种的繁殖材料的，品种权人或者利害关系人可以:
  * 请求省级以上 人民政府农业、林业行政部门 依据各自的职权进行处理
  * 也可以直接向人民法院 提起诉讼
* 处理品种权侵权案件时，为维护社会公共利益，处理机关可以责令侵权人停止侵权行为，没收违法所得，可以并处违法所得 5 倍以下的罚款
* 省级以上人民政府农业、林业行政部门对侵权所造成的损害赔偿可以进行调解
* 假冒授权品种：冒授权品种的，由县级以上人民政府农业、林业行政部门依据各自的职权责令停止假冒行为，没收违法所得和植物品种繁殖材料，并处违法所得 1 倍以上 5 倍以下的罚款；情节严重，构成犯罪的，依法追究刑

事责任

* 执法手段：行政机关在查处品种权侵权案件或假冒授权品种案件时，根据需要，可以封存或者扣押与案件有关的植物品种的繁殖材料，查阅、复制或者封存与案件有关的合同、账册及有关文件

* 品种权的保护：
  * 假冒授权品种行为是指下列情况之一：
    *印制 或者使用 伪造的授权品种证书、品种权申请号、品种权号或者其他品种权申请标记、品种权标记；
    *印制 或者使用 已经被驳回、视为撤回或者撤回的品种权申请的申请号或者其他品种权申请标记；
    *印制 或者使用 已经被终止或者被宣告无效的品种权的品种权证书、品种权号或者其他品种权标记；
    *生产 或者销售 本条第（一）项、第（二）项和第（三）项所标记的品种和冒充申请或者授权品种名称；
    *销售 授权品种未使用其注册登记的名称 的；
    * 其他足以使他人将非品种权品种误认为 品种权品种的行为。

* 人民法院受理的植物新品种纠纷案件主要包括：
  * 是否应当授予植物新品种权纠纷案件；
  * 宣告授予的植物新品种权无效或者维持植物新品种权的纠纷案件；
  * 授予品种权的植物新品种更名的纠纷案件；
  * 实施强制许可的纠纷案件；
  * 实施强制许可使用费的纠纷案件；
  * 植物新品种申请权纠纷案件；
  * 植物新品种权权利归属纠纷案件；
  * 转让植物新品种申请权和转让植物新品种权的纠纷案件；
  * 侵犯植物新品种权的纠纷案件；
  * 不服省级以上农、林业行政管理部门依据职权对侵犯植物新品种权处罚的
  * 不服县级以上农业、林业行政管理部门依据职权对假冒授权品种处罚的

* 诉讼的管辖：
  * 第（一）至（五）类案件，由北京市第二中级人民法院作为第一审人民法院审理
  * 第（六）至（十一）类案件，由各省、自治区、直辖市人民政府所在地和最高人民法院指定的中级人民法院作为第一审人民法院审理
  * 以侵权行为地确定人民法院管辖的侵犯植物新品种权的民事案件，其所称的侵权行为地，是指未经品种权所有人许可，以商业目的生产、销售该授权植物新品种的繁殖材料的所在地，或者将该授权品种的繁殖材料重复使用于生产另一品种的繁殖材料的所在地

* 诉讼的当事人：
  *关于是否应当授权的纠纷案件、宣告品种权无效或者维持品种权的纠纷案件、授权新品种更名的纠纷案件，应当以行政主管机关植物新品种复审委员会为被告；
  *关于实施强制许可的纠纷案件，应当以植物新品种审批机关为被告；
  *关于强制许可使用费纠纷案件，应当根据原告所请求的事项和所起诉的当事人确定被告。

* 诉讼的中止：
  * 人民法院审理侵犯植物新品种权 纠纷案件，被告在答辩期间内向植物新品种复审委员会请求宣告该植物新品种权无效的，人民法院一般不中止诉讼

第五节 集成电路布图设计保护条例

基本要求：了解集成电路布图设计保护条例的主要内容；熟悉集成电路布图设计保护条例的基本概念，掌握申请保护的条件和程序；掌握布图设计专有权的内容、保护和保护期限。

一、 集成电路布图设计专有权的客体

1．集成电路布图设计——**集成电路 布图设计**

* 集成电路布图设计：**是指集成电路中至少有一个是有源元件的两个以上元件和部分或者全部互连线路的三维配置，或者为制造集成电路而准备的上述三维配置**
* 集成电路：**指半导体集成电路，即以半导体材料为基片，将至少有一个是有源元件的两个以上元件和部分或者全部互连线路集成在基片之中或者基片之上，以执行某种电子功能的中间产品或者最终产品**

2．其他相关概念——**复制 商业利用**

* 复制：**指重复制作布图设计或者含有该布图设计的集成电路的行为**

* 商业利用：**指为商业目的进口、销售或者以其他方式提供受保护的布图设计、含有该布图设计的集成电路或者含有该集成电路的物品的行为。**

3．申请保护的实质性条件——**独创性 非常规设计**

- 第四条 受保护的布图设计应当具有独创性，即该布图设计是创作者自己的智力劳动成果，并且在其创作时该布图设计在布图设计创作者和集成电路制造者中不是公认的常规设计。
  受保护的由常规设计组成的布图设计，其组合作为整体应当符合前款规定的条件。
- 第五条 本条例对布图设计的保护，不延及思想、处理过程、操作方法或者数学概念等。

二、集成电路布图设计专有权的主体

1．主体范围——**中国自然人、法人或其他组织 外国人**

- 第三条 中国自然人、法人或者其他组织创作的布图设计，依照本条例享有布图设计专有权。
  外国人创作的布图设计首先在中国境内投入商业利用的，依照本条例享有布图设计专有权。
  外国人创作的布图设计，其创作者所属国同中国签订有关布图设计保护协议或者与中国共同参加有关布图设计保护国际条约的，依照本条例享有布图设计专有权。

2．专有权人的确定——**职务布图设计 合作布图设计 委托布图设计**

- 第九条 布图设计专有权属于布图设计创作者，本条例另有规定的除外。由法人或者其他组织主持，依据法人或者其他组织的意志而创作，并由法人或者其他组织承担责任的布图设计，该法人或者其他组织是创作者。由自然人创作的布图设计，该自然人是创作者。
- 第十条 两个以上自然人、法人或者其他组织合作创作的布图设计，其专有权的归属由合作者约定；未作约定或者约定不明的，其专有权由合作者共同享有。
- 第十一条 受委托创作的布图设计，其专有权的归属由委托人和受托人双方约定；未作约定或者约定不明的，其专有权由受托人享有。

三、集成电路布图设计专有权的取得

1．登记申请

- **申请应提交的材料**

（一）布图设计登记申请表；
（二）布图设计的复制件或者图样（植物新品种交照片，还包括请求书和说明书）；
（三）布图设计已投入商业利用的，提交含有该布图设计的集成电路样品；
（四）国务院知识产权行政部门规定的其他材料。

- **保密信息的处理**

➢ 申请登记的布图设计涉及国家安全或者重大利益，需要保密的，按照国家有关规定办理。

➢ 第十五条 涉及保密信息的申请

布图设计在申请日之前没有投入商业利用的，该布图设计登记申请可以有保密信息，其比例最多不得超过该集成电路布图设计总面积的 50%。含有保密信息的图层的复制件或者图样页码编号及总页数应当与布图设计登记申请表中所填写的一致。

布图设计登记申请有保密信息的，含有该保密信息的图层的复制件或者图样纸件应当置于在另一个保密文档袋中提交。除侵权诉讼或者行政处理程序需要外，任何人不得查阅或者复制该保密信息。

- **申请文件的语言**

➢ 第六条 文件的语言：依照条例和本细则规定提交的各种文件应当使用中文。国家有统一规定的科技术语的，应当采用规范词；外国人名、地名和科技术语没有统一中文译文的，应当注明原文。依照条例和本细则规定提交的各种证件和证明文件是外文的，国家知识产权局认为必要时，可以要求当事人在指定期限内附送中文译文；期满未附送的，视为未提交该证件和证明文件。

- **提出申请的时间**

➢ 第五条 申请文件和申请日的确定

向国家知识产权局申请布图设计登记的，应当提交布图设计登记申请表和该布图设计的复制件或者图样；布图设计在申请日以前已投入商业利用的，还应当提交含有该布图设计的集成电路样品。

国家知识产权局收到前款所述布图设计申请文件之日为申请日。如果申请文件是邮寄的，以寄出的邮戳日为申请日。

➢ 第七条 文件的递交和送达

向国家知识产权局邮寄的各种文件，以寄出的邮戳日为递交日。邮戳日不清晰的，除当事人能够提出证明外，以国家知识产权局收到文件之日为递交日。

国家知识产权局的各种文件，可以通过邮寄、直接送交或者其他方式送达当事人。当事人委托专利代理机构的，文件送交专利代理机构；未委托专利代理机构的，文件送交申请表中指明的联系人。

国家知识产权局邮寄的各种文件，自文件发出之日起满 15 日，推定为当事人收到文件之日。根据国家知识产权局规定应当直接送交的文件，以交付日为送达日。

文件送交地址不清，无法邮寄的，可以通过公告的方式送达当事人。自公告之日起满 1 个月，该文件视为已经送达。

- **代理**

➢ 第四条 代理机构

中国单位或者个人在国内申请布图设计登记和办理其他与布图设计有关的事务的，可以委托专利代理机构办理。

在中国没有经常居所或者营业所的外国人、外国企业或者外国其他组织在中国申请布图设计登记和办理其他与布图设计有关的事务的，应当委托国家知识产权局指定的专利代理机构办理。

- **申请日确定：**递交日或邮戳日

- **不予受理的情形**

第十七条 不予受理

布图设计登记申请有下列情形的，国家知识产权局不予受理，并通知申请人：

（一）未提交布图设计登记申请表或者布图设计的复制件或者图样的，已投入商业利用而未提交集成电路样品的，或者提交的上述各项不一致的；

（二）外国申请人的所属国未与中国签订有关布图设计保护协议或者与中国共同参加有关国际条约；

（三）所涉及的布图设计属于条例第十二条规定不予保护的；

（四）所涉及的布图设计属于条例第十七条规定不予登记的；

（五）申请文件未使用中文的；

（六）申请类别不明确或者难以确定其属于布图设计的；

（七）未按规定委托代理机构的；

（八）布图设计登记申请表填写不完整的。

- **文件的补正和修改**

第十八条 文件的补正和修改

除本细则第十七条规定不予受理的外，申请文件不符合条例和本细则规定的条件的，申请人应当在收到国家知识产权局的审查意见通知之日起 2 个月内进行补正。补正应当按照审查意见通知书的要求进行。逾期未答复的，该申请视为撤回。

申请人按照国家知识产权局的审查意见补正后，申请文件仍不符合条例和本细则的规定的，国家知识产权局应当作出驳回决定。

国家知识产权局可以自行修改布图设计申请文件中文字和符号的明显错误。国家知识产权局自行修改的，应当通知申请人。

2．申请的审查和登记

- **审查的内容**

➢ 第十八条 布图设计登记申请经初步审查，未发现驳回理由的，由国务院知识产权行政部门予以登记，发给登记证明文件，并予以公告。

➢ 第十九条 布图设计登记申请人对国务院知识产权行政部门驳回其登记申请的决定不服的，可以自收到通知之日起 3 个月内，向国务院知识产权行政部门请求复审。国务院知识产权行政部门复审后，作出决定，并通知布图设计登记申请人。布图设计登记申请人对国务院知识产权行政部门的复审决定仍不服的，可以自收到通知之日起 3 个月内向人民法院起诉。

➢ 第二十条 布图设计获准登记后，国务院知识产权行政部门发现该登记不符合本条例规定的，应当予以撤销，通知布图设计权利人，并予以公告。布图设计权利人对国务院知识产权行政部门撤销布图设计登记的决定不服的，可以自收到通知之日起 3 个月内向人民法院起诉。

- **权利的恢复和期限的延长：**同专利

- **申请的驳回**

第十九条 申请的驳回

除本细则第十八条第二款另有规定的外，申请登记的布图设计有下列各项之一的，国家知识产权局应当作出驳回决定，写明所依据的理由：

（一）明显不符合条例第二条第（一）、（二）项规定的；（布图设计定义）

（二）明显不符合条例第五条规定的（思想、概念）

- **申请的登记**

➢ 第十四条 国务院知识产权行政部门负责布图设计登记工作，受理布图设计登记申请。

＊ **布图设计专有权经国务院知识产权行政部门登记产生（ 著作权从作品完成时产生）**

＊ **未经登记的布图设计不受本条例保护**

＊ **布图设计自其在世界上任何地方首次商业利用之日起两年内，未向国务院知识产权行政部门提出登记申请的，国务院知识产权行政部门不再予以登记**

- **登记证书**

第二十一条 登记证书

国家知识产权局颁发的布图设计登记证书应当包括下列各项：

（一）布图设计权利人的姓名或者名称和地址；

（二）布图设计的名称；

（三）布图设计在申请日之前已经投入商业利用的，其首次商业利用的时间；

（四）布图设计的申请日及创作完成日；

（五）布图设计的颁证日期；

（六）布图设计的登记号；

（七）国家知识产权局的印章及负责人签字。

- **更正**

第二十二条 更正

国家知识产权局对布图设计公告中出现的错误，一经发现，应当及时更正，并对所作更正予以公告。

- **复议**

第二十八条 复议请求

当事人对国家知识产权局作出的下列具体行政行为不服或者有争议的，可以向国家知识产权局行政复议部　　门申请复议：

（一）不予受理布图设计申请的；

（二）将布图设计申请视为撤回的；

（三）不允许恢复有关权利的请求的；

（四）其他侵犯当事人合法权益的具体行政行为。

3．查阅和复制**(登记簿的查阅 登记簿的副本 复制件或者图样的查阅)**

- 第三十七条 布图设计登记簿

国家知识产权局设置布图设计登记簿，登记下列事项：

（一）布图设计权利人的姓名或者名称、国籍和地址及其变更；

（二）布图设计的登记；

（三）布图设计专有权的转移和继承；

（四）布图设计专有权的放弃；

（五）布图设计专有权的质押、保全及其解除；

（六）布图设计专有权的撤销；

（七）布图设计专有权的终止；

（八）布图设计专有权的恢复；

（九）布图设计专有权实施的非自愿许可。

- 第三十九条 公众查阅和复制

布图设计登记公告后，公众可以请求查阅该布图设计登记簿或者请求国家知识产权局提供该登记簿的副本。公众也可以请求查阅该布图设计的复制件或者图样的纸件。

本细则第十四条所述的电子版本的复制件或者图样，除侵权诉讼或者行政处理程序需要外，任何人不得查阅或者复制。

4．费用

- **登记申请程序中的费用 复审程序中的费用 撤销程序中的费用**

第三十四条 应缴纳的费用

向国家知识产权局申请布图设计登记和办理其他手续时，应当缴纳下列费用：

（一）布图设计登记费；（收到受理通知书后 2 个月内）

（二）著录事项变更手续费（提出请求之日起 1 个月内）、延长期限请求费（相应期限届满前）、恢复权利请求费（期限内）；
（三）复审请求费（同恢复）；
（四）非自愿许可许可请求费、非自愿许可使用费的裁决请求费（提出请求之日起 1 个月内）

- **缴纳费用的期限**

➢ 第三十六条 缴费期限

申请人应当在收到受理通知书后 2 个月内缴纳布图设计登记费；期满未缴纳或者未缴足的，其申请视为撤回。

当事人请求恢复权利或者复审的，应当在条例及本细则规定的相关期限内缴纳费用；期满未缴纳或者未缴足的，视为未提出请求。

著录事项变更手续费、非自愿许可请求费、非自愿许可使用费的裁决请求费应当自提出请求之日起 1 个月内缴纳；延长期限请求费应当在相应期限届满前缴纳；期满未缴纳或者未缴足的，视为未提出请求。

四、集成电路布图设计专有权的内容

1．复制权的内容及其范围　2．商业利用权的内容及其范围

➢ 第七条 布图设计权利人享有下列专有权：
（一）对受保护的布图设计的全部或者其中任何具有独创性的部分进行复制；
（二）将受保护的布图设计、含有该布图设计的集成电路或者含有该集成电路的物品投入 商业利用。

3．权利的行使——**专有权的转让 专有权的许可**

➢ 第二十二条 布图设计权利人可以将其专有权转让或者许可他人使用其布图设计。

转让布图设计专有权的，当事人应当订立书面合同，并向国务院知识产权行政部门登记，由国务院知识产权行政部门予以公告。布图设计专有权的转让自登记之日起生效。

许可他人使用其布图设计的，当事人应当订立书面合同。

➢ 第十条 共有

布图设计是 2 个以上单位或者个人合作创作的，创作者应当共同申请布图设计登记；有合同约定的，从其约定。

涉及共有的布图设计专有权的，每一个共同布图设计权利人在没有征得其他共同布图设计权利人同意的情况下，不得将其所持有的那一部分权利进行转让、出质或者与他人订立独占许可合同或者排他许可合同。

➢ 第十一条 向外国人转让专有权

中国单位或者个人向外国人转让布图设计专有权的，在向国家知识产权局办理转让登记时应当提交国务院有关主管部门允许其转让的证明文件。

布图设计专有权发生转移的，当事人应当凭有关证明文件或者法律文书向国家知识产权局办理著录项目变更手续。

4．专有权的保护期限和放弃——**保护期限 期限的起算点 专有权的放弃**

- **保护期限**

➢ 第八条 布图设计专有权经国务院知识产权行政部门登记产生。未经登记的布图设计不受本条例保护。

➢ 第十二条 布图设计专有权的保护期为１０年，自布图设计登记申请之日或者在世界任何地方首次投入商业利用之日起计算，以较前日期为准。但是，无论是否登记或者投入商业利用，布图设计自创作完成之日起１５年后，不再受本条例保护。

- **期限的起算点**

➢ 第八条 期限的计算

条例和本细则规定的各种期限的第一日不计算在期限内。期限以年或者月计算的，以其最后一月的相应日为期限届满日；该月无相应日的，以该月最后一日为期限届满日。

期限届满日是法定节假日的，以节假日后的第一个工作日为期限届满日。

条例规定的期限不得请求延长。

- **专有权的放弃**

➢ 第三十一条 布图设计专有权的放弃

布图设计权利人在其布图设计专有权保护期届满之前，可以向国家知识产权局提交书面声明放弃该专有权。

布图设计专有权已许可他人实施或者已经出质的，该布图设计专有权的放弃应当征得被许可人或质权人的同意。

布图设计专有权的放弃应当由国家知识产权局登记和公告。

5．对布图设计专有权的限制

- **合理使用**

➢ 第二十三条 下列行为可以不经布图设计权利人许可，不向其支付报酬：

（一）为个人目的或者单纯为评价、分析、研究、教学等目的而复制受保护的布图设计的；（二）在依据前项评价、分析受保护的布图设计的基础上，创作出具有独创性的布图设计；

（三）对自己独立创作的与他人相同的布图设计进行复制或者将其投入商业利用的。

- **反向工程**

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

- **独创布图设计的使用**

➢ 可以不经布图设计权利人许可，不向其支付报酬：

（三）对自己独立创作的与他人相同的布图设计进行复制或者将其投入商业利用的。

- **权利用尽**

➢ 第二十四条 受保护的布图设计、含有该布图设计的集成电路或者含有该集成电路的物品，由布图设计权利人或者经其许可投放市场后，他人再次商业利用的，可以不经布图设计权利人许可，并不向其支付报酬。

- **善意商业利用**

➢ 第三十三条 在获得含有受保护的布图设计的集成电路或者含有该集成电路的物品时，不知道也没有合理理由应当知道其中含有非法复制的布图设计，而将其投入商业利用的，不视为侵权。

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

- **非自愿许可**

➢ 第二十五条 在国家出现紧急状态或者非常情况时，或者为了公共利益的目的，或者经人民法院、不正当竞争行为监督检查部门依法认定布图设计权利人有不正当竞争行为而需要给予补救时，国务院知识产权行政部门可以给予使用其布图设计的非自愿许可。

➢ 第二十六条 国务院知识产权行政部门作出给予使用布图设计非自愿许可的决定，应当及时通知布图设计权利人。

给予使用布图设计非自愿许可的决定，应当根据非自愿许可的理由，规定使用的范围和时间，其范围应当限于为公共目的非商业性使用，或者限于经人民法院、不正当竞争行为监督检查部门依法认定布图设计权利人有不正当竞争行为而需要给予的补救。

非自愿许可的理由消除并不再发生时，国务院知识产权行政部门应当根据布图设计权利人的请求，经审查后作出终止使用布图设计非自愿许可的决定。

五、布图设计登记申请的复审、复议和专有权的撤销

1．复审

- **复审机构**

➢ 第二十三条 复审和撤销机构

国家知识产权局专利复审委员会（以下简称专利复审委员会）负责对国家知识产权局驳回布图设计登记申请决定不服而提出的复审请求的审查，以及负责对布图设计专有权撤销案件的审查。

- **复审请求**

➢ 第二十四条 复审的请求

向专利复审委员会请求复审的，应当提交复审请求书，说明理由，必要时还应当附具有关证据。复审请求书不符合条例第十九条有关规定的，专利复审委员会不予受理。

复审请求不符合规定格式的，复审请求人应当在专利复审委员会指定的期限内补正；期满未补正的，该复审请求视为未提出。

- **请求的撤回**

➢ 第二十七条 复审请求的撤回

复审请求人在专利复审委员会作出决定前，可以撤回其复审请求。

复审请求人在专利复审委员会作出决定前撤回其复审请求的，复审程序终止

- **复审程序中文件的修改**

➢ 第二十五条 复审程序中文件的修改

复审请求人在提出复审请求或者在对专利复审委员会的复审通知书作出答复时，可以修改布图设计申请文件；但是修改应当仅限于消除驳回决定或者复审通知书指出的缺陷。

修改的申请文件应当提交一式两份。

- **复审决定**

➢ 第二十六条 复审决定

专利复审委员会进行审查后，认为布图设计登记申请的复审请求不符合条例或者本细则有关规定的，应当通知复审请求人，要求其在指定期限内陈述意见。期满未答复的，该复审请求视为撤回；经陈述意见或者进行修改后，专利复审委员会认为该申请仍不符条例和本细则有关规定的，应当作出维持原驳回决定的复审决定。

专利复审委员会进行复审后，认为原驳回决定不符合条例和本细则有关规定的，或者认为经过修改的申请文件消除了原驳回决定指出的缺陷的，应当撤销原驳回决定，通知原审查部门对该申请予以登记和公告。

专利复审委员会的复审决定，应当写明复审决定的理由，并通知布图设计登记申请人。

2．复议范围

➢ 第二十八条 复议请求

当事人对国家知识产权局作出的下列具体行政行为不服或者有争议的，可以向国家知识产权局行政复议部门申请复议：

（一）不予受理布图设计申请的；

（二）将布图设计申请视为撤回的；

（三）不允许恢复有关权利的请求的；

（四）其他侵犯当事人合法权益的具体行政行为。

3．撤销

- **撤销机构：**国家知识产权局专利复审委员会

- **撤销程序的启动　撤销程序；**(R29、30)：发现、审查、决定、公告

➢ 第二十九条 撤销程序

布图设计登记公告后，发现登记的布图设计专有权不符合集成电路布图设计保护条例第二条第（一）、（二）项、第三条、第四条、第五条、第十二条或者第十七条规定的，由专利复审委员会撤销该布图设计专有权。

撤销布图设计专有权的，应当首先通知该布图设计权利人，要求其在指定期限内陈述意见。期满未答复的，不影响专利复审委员会作出撤销布图设计专有权的决定。

专利复审委员会撤销布图设计专有权的决定应当写明所依据的理由，并通知该布图设计权利人。

＊撤销理由：

＊ 条例第2条第（一）、（二）项（定义）

＊ 条例第3条（外国人是否有权申请）

＊ 条例第4条（独创性）

＊ 条例第5条（保护主题）

＊ 条例第12条或者第17条（期限）

- **撤销决定及其效力**

➢ 第三十条 撤销决定的公告

对专利复审委员会撤销布图设计专有权的决定未在规定期限内向人民法院起诉，或者在人民法院维持专利复审委员会撤销布图设计专有权决定的判决生效后，国家知识产权局应当将撤销该布图设计专有权的决定在国家知识产权局互联网站和中国知识产权报上公告。

被撤销的布图设计专有权视为自始即不存在。

六、集成电路布图设计专有权的保护

1．侵权行为

➢ 第二十七条 取得使用布图设计非自愿许可的自然人、法人或者其他组织不享有独占的使用权，并且无权允许他人使用。

➢ 第三十条 除本条例另有规定的外，未经布图设计权利人许可，有下列行为之一的，行为人必须立即停止侵权行为，并承担赔偿责任：

（一）复制受保护的布图设计的全部或者其中任何具有独创性的部分的；

（二）为商业目的进口、销售或者以其他方式提供受保护的布图设计、含有该布图设计的集成电路或者含有该集成电路的物品的。

侵犯布图设计专有权的赔偿数额，为侵权人所获得的利益或者被侵权人所受到的损失，包括被侵权人为制止侵权行为所支付的合理开支。

2．侵权纠纷的解决途径——**协商 请求国务院知识产权行政部门处理 诉讼 赔偿数额的调解**

➢ 第二十八条 取得使用布图设计非自愿许可的自然人、法人或者其他组织应当向布图设计权利人支付合理的报酬，其数额由双方协商；双方不能达成协议的，由国务院知识产权行政部门裁决。

➢ 第二十九条 布图设计权利人对国务院知识产权行政部门关于使用布图设计非自愿许可的决定不服的，布图设计权利人和取得非自愿许可的自然人、法人或者其他组织对国务院知识产权行政部门关于使用布图设计非自愿许可的报酬的裁决不服的，可以自收到通知之日起 3 个月内向人民法院起诉。

➢ 第三十一条 未经布图设计权利人许可，使用其布图设计，即侵犯其布图设计专有权，引起纠纷的，由当事人协商解决；不愿协商或者协商不成的，布图设计权利人或者利害关系人可以向人民法院起诉，也可以请求国务院知识产权行政部门处理。国务院知识产权行政部门处理时，认定侵权行为成立的，可以责令侵权人立即停止侵权行为，没收、销毁侵权产品或者物品。当事人不服的，可以自收到处理通知之日起１５日内依照《中华人民共和国行政诉讼法》向人民法院起诉；侵权人期满不起诉又不停止侵权行为的，国务院知识产权行政部门可以请求人民法院强制执行。应当事人的请求，国务院知识产权行政部门可以就侵犯布图设计专有权的赔偿数额进行调解；调解不成的，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。

3．侵权责任及其承担方式

➢ 第三十条 除本条例另有规定的外，未经布图设计权利人许可，有下列行为之一的，行为人必须立即停止侵权行为，并承担赔偿责任：

（一）复制受保护的布图设计的全部或者其中任何具有独创性的部分的；

（二）为商业目的进口、销售或者以其他方式提供受保护的布图设计、含有该布图设计的集　成电路或者含有该集成电路的物品的。

侵犯布图设计专有权的赔偿数额，为侵权人所获得的利益或者被侵权人所受到的损失，包括被侵权人为制止侵权行为所支付的合理开支。

- 第三十二条 布图设计权利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专有权的行为，如不及时制止将会使其合法权益受到难以弥补的损害的，可以在起诉前依法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。
- 第三十四条 国务院知识产权行政部门的工作人员在布图设计管理工作中玩忽职守、滥用职权、徇私舞弊，构成犯罪的，依法追究刑事责任；尚不构成犯罪的，依法给予行政处分

第六节 奥林匹克标志保护条例

基本要求：了解奥林匹克标志保护条例的主要内容；熟悉奥林匹克标志保护客体；掌握有关权利人、专有权的内容的规定。

一、 奥林匹克标志专有权的客体及其范围

国际奥林匹克委员会的标志 奥林匹克运动的专有名称 中国奥林匹克委员会的标志 北京奥林匹克运动会申办委员会的标志 第 29 届奥林匹克运动会的标志 其他标志

- 第二条 本条例所称奥林匹克标志，是指：

（一）国际奥林匹克委员会的奥林匹克五环图案标志、奥林匹克旗、奥林匹克格言、奥林匹克徽记、奥林匹克会歌；**（标、旗、言、记、歌）**

（二）奥林匹克、奥林匹亚、奥林匹克运动会及其简称等专有名称；

（三）中国奥林匹克委员会的名称、徽记、标志；**（中名记标）**

（四）北京２００８年奥林匹克运动会申办委员会的名称、徽记、标志；

（五）第２９届奥林匹克运动会组织委员会的名称、徽记，第２９届奥林匹克运动会的吉祥物、会歌、口号，“北京２００８”、第２９届奥林匹克运动会及其简称等标志；

（六）《奥林匹克宪章》和《第２９届奥林匹克运动会主办城市合同》中规定的其他与第 29 届奥林匹克运动会有关的标志。

二、 奥林匹克标志专有权的主体

国际奥林匹克委员会 中国奥林匹克委员会 第 29 届奥林匹克运动会组织委员会

三、 奥林匹克标志专有权及其保护

1．奥林匹克标志专有权的内容

- 第四条 奥林匹克标志权利人依照本条例对奥林匹克标志享有专有权。

未经奥林匹克标志权利人许可，任何人不得为商业目的（含潜在商业目的，下同）使用奥林匹克标志。

- 第五条 本条例所称为商业目的使用，是指以营利为目的，以下列方式利用奥林匹克标志：

（一）将奥林匹克标志用于商品、商品包装或者容器以及商品交易文书上；

（二）将奥林匹克标志用于服务项目中；

（三）将奥林匹克标志用于广告宣传、商业展览、营业性演出以及其他商业活动中；

（四）销售、进口、出口含有奥林匹克标志的商品；

（五）制造或者销售奥林匹克标志；
（六）可能使人认为行为人与奥林匹克标志权利人之间有赞助或者其他支持关系而使用奥林匹克标志的其他行为。

*** 备案**

***奥林匹克标志权利人应当将奥林匹克标志报国务院工商行政管理部门备案**

***奥林匹克标志权利人应当将使用许可合同报国务院工商行政管理部门备案**

2．侵权纠纷的解决途径——行政处理 民事诉讼

- 国务院工商行政管理部门依据本条例的规定，负责全国的奥林匹克标志保护工作。
- 县级以上地方工商行政管理部门依据本条例的规定，负责本行政区域内的奥林匹克标志保护工作。
- 第十条 未经奥林匹克标志权利人许可，为商业目的擅自使用奥林匹克标志，即侵犯奥林匹克标志专有权，引起纠纷的，由当事人协商解决；不愿协商或者协商不成的，奥林匹克标志权利人或者利害关系人可以向人民法院提起诉讼，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、销毁侵权商品和专门用于制造侵权商品或者为商业目的擅自制造奥林匹克标志的工具，有违法所得的，没收违法所得，可以并处违法所得 5 倍以下的罚款；没有违法所得的，可以并处 5 万元以下的罚款。当事人对处理决定不服的，可以自收到处理通知之日起 1 5 日内依照《中华人民共和国行政诉讼法》向人民法院提起诉讼；侵权人期满不起诉又不履行的，工商行政管理部门可以申请人民法院强制执行。进行处理的工商行政管理部门应当事人的请求，可以就侵犯奥林匹克标志专有权的赔偿数额进行调解；调解不成的，当事人可以依照《中华人民共和国民诉讼法》向人民法院提起诉讼。

3．侵权赔偿额的计算方式

- 第十三条 侵犯奥林匹克标志专有权的赔偿数额，按照权利人因被侵权所受到的损失或者侵权人因侵权所获得的利益确定，包括为制止侵权行为所支付的合理开支；被侵权人的损失或者侵权人获得的利益难以确定的，参照该奥林匹克标志许可使用费合理确定。

  销售不知道是侵犯奥林匹克标志专有权的商品，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。
- 在先合法使用行为（A9）：本条例施行前已经依法使用奥林匹克标志的，可以在原有范围内继续使用

第七节 其他知识产权法规、规章

基本要求：了解知识产权海关保护条例和展会知识产权保护办法[8]的主要内容；熟悉知识产权的备案、扣留侵权嫌疑货物的申请及其处理；了解海关对申请的调查和处理以及相关的法律责任。了解展会知识产权保护办法的主要内容；展会知识产权侵权案件的投诉处理；展会知识产权的保护及侵权的法律责任。

一、 知识产权的备案

1． 备案申请

知识产权海关保护条例第七条的规定，知识产权权利人将其知识产权向海关总署申请备案的，应当提交申请书，以及与申请书内容有关的证明文件，知识产权权利人将其知识产权向海关总署备案的，应当按照国家有关规定缴纳备案费

- **申请书的主要内容**

➢ 第七条 知识产权权利人可以依照本条例的规定，将其知识产权向海关总署 申请备案；申请备案的，应当提交申请书。申请书应当包括下列内容：
（一）知识产权权利人的名称或者姓名、注册地或者国籍等；
（二）知识产权的名称、内容及其相关信息；
（三）知识产权许可行使状况；
（四）知识产权权利人合法行使知识产权的货物的名称、产地、进出境地海关、进出口商、主要特征、价格等；
（五）已知的侵犯知识产权货物的制造商、进出口商、进出境地海关、主要特征、价格等。
前款规定的申请书内容有证明文件的，知识产权权利人应当附送证明文件。

● **申请文件附件**

➢ 第七条 知识产权权利人向海关总署提交备案申请书，应当随附以下文件、证据：
（一）知识产权权利人个人身份证件的复印件、工商营业执照的复印件或者其他注册登记文件的复印件；
（二）国务院工商行政管理部门商标局签发的《商标注册证》的复印件。申请人经核准变更商标注册事项、续展商标注册、转让注册商标或者申请国际注册商标备案的，还应当提交国务院工商行政管理部门商标局出具的有关商标注册的证明；著作权登记部门签发的著作权自愿登记证明的复印件和经著作权登记部门认证的作品照片。申请人未进行著作权自愿登记的，提交可以证明申请人为著作权人的作品样品以及其他有关著作权的证据；国务院专利行政部门签发的专利证书的复印件。专利授权自公告之日起超过 1 年的，还应当提交国务院专利行政部门在申请人提出备案申请前 6 个月内出具的专利登记簿副本。申请实用新型专利或者外观设计专利备案的，还应当提交国务院专利行政部门作出的实用新型专利检索报告的复印件或者国务院专利行政部门发布的外观设计专利公告的复印件；
（三）知识产权权利人许可他人使用注册商标、作品或者实施专利，签订许可合同的，提供许可合同的复印件；未签订许可合同的，提交有关被许可人、许可范围和许可期间等情况的书面说明；
（四）知识产权权利人合法行使知识产权的货物及其包装的照片；
（五）已知的侵权货物进出口的证据。知识产权权利人与他人之间的侵权纠纷已经人民法院或者知识产权主管部门处理的，还应当提交有关法律文书的复印件；
（六）海关总署认为需要提交的其他文件或者证据。
知识产权权利人根据前款规定向海关总署提交的文件和证据应当齐全、真实和有效。有关文件和证据为外文的，应当另附中文译本。海关总署认为必要时，可以要求知识产权权利人提交有关文件或者证据的公证、认证文书。

● **不予备案的情形**

➢ 第八条 海关总署应当自收到全部申请文件之日起 3 0 个工作日内作出是否准予备案的决定，并书面通知申请人；不予备案的，应当说明理由。有下列情形之一的，海关总署不予备案：
（一）申请文件不齐全或者无效的；
（二）申请人不是知识产权权利人的；
（三）知识产权不再受法律、行政法规保护的。

● **备案的撤销**

➢ 第九条 海关发现知识产权权利人申请知识产权备案未如实提供有关情况或者文件的，海关总署可以撤销其备案

2．备案的有效期及其续展

➢ 第十条 知识产权海关保护备案自海关总署准予备案之日起生效，有效期为 1 0 年。
知识产权有效的，知识产权权利人可以在知识产权海关保护备案有效期届满前 6 个月内，向海关总署申请续展备案。每次续展备案的有效期为 1 0 年。

3．备案的变更和失效

➢ 第十条 知识产权海关保护备案有效期届满而不申请续展或者知识产权不再受法律、行政法规保护的，知识产权海关保护备案随即失效。

- 第十一条 备案知识产权的情况发生改变的，知识产权权利人应当自发生改变之日起３０个工作日内，向海关总署办理备案变更或者注销手续。

二、 侵权嫌疑货物的扣留及其处理

1．扣留

● **扣留申请书的主要内容**

- 第十三条 知识产权权利人请求海关扣留侵权嫌疑货物的，应当提交申请书及相关证明文件，并提供足以证明侵权事实明显存在的证据。申请书应当包括下列主要内容：

（一）知识产权权利人的名称或者姓名、注册地或者国籍等；
（二）知识产权的名称、内容及其相关信息；
（三）侵权嫌疑货物收货人和发货人的名称；
（四）侵权嫌疑货物名称、规格等；
（五）侵权嫌疑货物可能进出境的口岸、时间、运输工具等。

侵权嫌疑货物涉嫌侵犯备案知识产权的，申请书还应当包括海关备案号。

● **扣留担保**

- 第十四条 知识产权权利人请求海关扣留侵权嫌疑货物的，应当向海关提供不超过货物等值
- 的担保，用于赔偿可能因申请不当给收货人、发货人造成的损失，以及支付货物由海关扣留后的仓储、保管和处置等费用；知识产权权利人直接向仓储商支付仓储、保管费用的，从担保中扣除。具体办法由海关总署制定。
- 第十五条 知识产权权利人申请扣留侵权嫌疑货物，符合本条例第十三条的规定，并依照本条例第十四条的规定提供担保的，海关应当扣留侵权嫌疑货物，书面通知知识产权权利人，并将海关扣留凭单送达收货人或者发货人。

知识产权权利人申请扣留侵权嫌疑货物，不符合本条例第十三条的规定，或者未依照本条例第十四条的规定提供担保的，海关应当驳回申请，并书面通知知识产权权利人。

- 第十六条 海关发现进出口货物有侵犯备案知识产权嫌疑的，应当立即书面通知知识产权权利人。知识产权权利人自通知送达之日起 3 个工作日内依照本条例第十三条的规定提出申请，并依照本条例第十四条的规定提供担保的，海关应当扣留侵权嫌疑货物，书面通知知识产权权利人，并将海关扣留凭单送达收货人或者发货人。知识产权权利人逾期未提出申请或者未提供担保的，海关不得扣留货物。
- 第十五条 知识产权权利人请求海关扣留侵权嫌疑货物，应当在海关规定的期限内向海关提供相当于货物价值的担保。
- 第二十二条 知识产权权利人根据本办法第二十一条第一款第（一）项的规定请求海关扣留侵权嫌疑货物的，应当按照以下规定向海关提供担保：

（一）货物价值不足人民币 2 万元的，提供相当于货物价值的担保；
（二）货物价值为人民币 2 万至 20 万元的，提供相当于货物价值 50%的担保，但担保金额不得少于人民币 2 万元；
（三）货物价值超过人民币 20 万元的，提供人民币 10 万元的担保。

经海关同意，知识产权权利人可以向海关提供总担保。总担保金额不得低于人民币 20 万元。

● **扣留物品的放行条件**

- 第十九条 涉嫌侵犯专利权货物的收货人或者发货人认为其进出口货物未侵犯专利权的，可以在向海关提供货物等值的担保金后，请求海关放行其货物。知识产权权利人未能在合理期限内向人民法院起诉的，海关应当退还担保金。
- 第二十四条 有下列情形之一的，海关应当放行被扣留的侵权嫌疑货物：

（一）海关依照本条例第十五条的规定扣留侵权嫌疑货物，自扣留之日起２０个工作日内未收到人民法院协助执行通知的；
（二）海关依照本条例第十六条的规定扣留侵权嫌疑货物，自扣留之日起５０个工作日内未收到人民法院协助执行通知，且经调查不能认定被扣留的侵权嫌疑货物侵犯知识产权的；
（三）涉嫌侵犯专利权货物的收货人或者发货人在向海关提供与货物等值的担保金后，请求海关放行其货物的；
（四）海关认为收货人或发货人有充分的证据证明其货物未侵犯知识产权权利人的知识产权的。

2．调查和认定

- 第二十条 海关发现进出口货物有侵犯备案知识产权嫌疑并通知知识产权权利人后，知识产权权利人请求海关扣留侵权嫌疑货物的，海关应当自扣留之日起３０个工作日内对被扣留的侵权嫌疑货物是否侵犯知识产权进行调查、认定；不能认定的，应当立即书面通知知识产权权利人。
- 第二十一条 海关对被扣留的侵权嫌疑货物进行调查，请求知识产权主管部门提供协助的，有关知识产权主管部门应当予以协助。知识产权主管部门处理涉及进出口货物的侵权案件请求海关提供协助的，海关应当予以协助。
- 第二十二条 海关对被扣留的侵权嫌疑货物及有关情况进行调查时，知识产权权利人和收货人或者发货人应当予以配合。

三、 法律责任

1．收货人或发货人的责任

(1)没收侵权产品

- 第二十七条 被扣留的侵权嫌疑货物，经海关调查后认定侵犯知识产权的，由海关予以没收。海关没收侵犯知识产权货物后，应当将侵犯知识产权货物的有关情况书面通知知识产权权利人。
- 第二十八条 个人携带或者邮寄进出境的物品，超出自用、合理数量，并侵犯本条例第二条规定的知识产权的，由海关予以没收。

(2)对没收的侵权产品的处理

- 第二十七条 被没收的侵犯知识产权货物可以用于社会公益事业的，海关应当转交给有关公益机构用于社会公益事业；知识产权权利人有收购意愿的，海关可以有偿转让给知识产权权利人。被没收的侵犯知识产权货物无法用于社会公益事业且知识产权权利人无收购意愿的，海关可以在消除侵权特征后依法拍卖；侵权特征无法消除的，海关应当予以销毁。

2．知识产权权利人的责任

- 第二十九条 海关接受知识产权保护备案和采取知识产权保护措施的申请后，因知识产权权利人未提供确切情况而未能发现侵权货物、未能及时采取保护措施或者采取保护措施不力的，由知识产权权利人自行承担责任。

  知识产权权利人请求海关扣留侵权嫌疑货物后，海关不能认定被扣留的侵权嫌疑货物侵犯知识产权权利人的知识产权，或者人民法院判定不侵犯知识产权权利人的知识产权的，知识产权权利人应当依法承担赔偿责任。

四、 展会知识产权的保护

- **投诉机构　展会知识产权保护　侵犯知识产权行为的法律责任**
- 第二十四条 对涉嫌侵犯知识产权的投诉，地方知识产权行政管理部门认定侵权成立的，应会同会展管理部门依法对参展方进行处理。
- 第二十五条 对涉嫌侵犯发明或者实用新型专利权的处理请求，地方知识产权局认定侵权成立的，应当依据专利法第十一条第一款关于禁止许诺销售行为的规定以及专利法第五十七条关于责令侵权人立即停止侵权行为的规定作出处理决定，责令被请求人从展会上撤出侵权展品，销毁介绍侵权展品的宣传材料，更换介绍侵权项目的展板。

  对涉嫌侵犯外观设计专利权的处理请求，被请求人在展会上销售其展品，地方知识产权局认定侵权成立的，应当依据专利法第十一条第二款关于禁止销售行为的规定以及第五十七条关于责令侵权人立即停止侵权行为的规定作出处理决定，责令被请求人从展会上撤出侵权展品。

- 第二十六条 在展会期间假冒他人专利或以非专利产品冒充专利产品，以非专利方法冒充专利方法的，地方知识产权局应当依据专利法第五十八条和第五十九条规定进行处罚。
- 第二十七条 对有关商标案件的处理请求，地方工商行政管理部门认定侵权成立的，应当根据《商标法》、《商标法实施条例》等相关规定进行处罚。
- 第二十八条 对侵犯著作权及相关权利的处理请求，地方著作权行政管理部门认定侵权成立的，应当根据著作权法第四十七条的规定进行处罚，没收、销毁侵权展品及介绍侵权展品的宣传材料，更换介绍展出项目的展板。
- 第二十九条 经调查，被投诉或者被请求的展出项目已经由人民法院或者知识产权行政管理部门作出判定侵权成立的判决或者决定并发生法律效力的，地方知识产权行政管理部门可以直接作出第二十六条、第二十七条、第二十八条和第二十九条所述的处理决定。
- 第三十条 请求人除请求制止被请求人的侵权展出行为之外，还请求制止同一被请求人的其他侵犯知识产权行为的，地方知识产权行政管理部门对发生在**其管辖地域之内**的涉嫌侵权行为，可以依照相关知识产权法律法规以及规章的规定进行处理。
- 第三十一条 参展方侵权成立的，展会管理部门可依法对有关参展方予以公告；参展方连续两次以上侵权行为成立的，展会主办方应禁止有关参展方参加下一届展会。
- 第三十二条 主办方对展会知识产权保护不力的，展会管理部门应对主办方给予警告，并视情节依法对其再次举办相关展会的申请不予批准。

第三章　相关国际条约

第一节　　保护工业产权巴黎公约

一、　基本知识

- **巴黎公约的签署**：1883 年，经过多次修改，有很多版本
- **我国加入巴黎公约的时间、版本**
  - ✓ 时间：1985 年 3 月 19 日
  - ✓ 版本：1967 年，斯德哥尔摩文本

二、　巴黎公约的核心原则和内容

1、 国民待遇原则（A2/A3）

- **含义**：巴黎公约任何国家的国民；巴黎公约以外各国的国民，在巴黎公约一个国家的领土内设有住所或有真实和有效的工商业营业所的。
- **条件**
  - ✓ 国民或者居民
  - ✓ 遵守成员对国民规定的条件和手续
  - ✓ 不能以住所或者营业所作为享有国民待遇的条件
  - ✓ 成员国的司法和行政程序、管辖权、指定送达地址、委托代理人的规定例外

2、 优先权（A4）

- **效力**
  - ✓ 申请人在某个成员国第一次提出申请后，在一定期限内又就相同主题向其他成员国申请的，其申请具有优先地位。
  - ✓ 不因优先权期间的任何行为影响权利的获得或者导致权利无效
- **享受优先权的手续**
  - ✓ 作出声明（截至日期由成员国确定），说明申请日和受理国
  - ✓ 提交在先申请的副本（经在先受理机构证明，在后一申请提出 3 个月内提交均有效）
  - ✓ 各成员国不得规定其他手续

- ✓ 不遵守前述手续的后果仅限于丧失优先权

●优先权期限

- ✓ 发明和实用新型均为 12 个月
- ✓ 外观设计和商标为 6 个月
- ✓ 在先申请是实用新型，在后申请是外观设计，为 6 个月
- ✓ 可以以专利申请和实用新型申请相互为基础要求

3、 专利独立性（A4 之二）

- ✓ 同一发明在不同国家获得的专利相互独立
- ✓ 尤其对于对享有优先权的申请授予的专利，其无效、权利丧失的理由以及保护期间是独立的

4、 国际展览会的临时保护（A11）

- ✓ 对象：官方的或者官方承认国际展览会上展出
- ✓ 效力：不得延长优先权期限
- ✓ 条件：成员国认为必要时可要求提供证明文件，证实其为展品和展出日期

5、 对专利权的限制

●强制许可（A5）

- ✓ 各国有权规定强制许可，以防止滥用专利权
- ✓ 申请之日四年内或者授予之日 3 年内（以后届满为准），不得以不实施或者实施不充分为理由授予强制许可
- ✓ 强制许可不是独占性的，且不得转让（除非与企业一并转让）或者授予分许可
- ✓ 对实用新型也可以强制许可

●对专利权的限制

临时过境的交通工具上的使用（第五条之三）

- ✓ 暂时或者偶然进入成员国的船只的船身、机器、船具、索具及其他附件上所用的器械
- ✓ 暂时或者偶然进入成员国的飞机或者车辆的构造、操纵或者其附件上所用器械

6、 成员国签订专门协定的权利（A19）

各成员保留相互间分别签订关于保护工业产权的专门协定的权利，只要该协定与本公约不相抵触

第二节　与贸易有关的知识产权协议

一、 协议的基本知识

1、 协议的签署

《建立世界贸易组织马拉喀什协定》的附件 1C，签订于 1994 年 4 月 15 日，1995 年 1 月 1 日生效

2、 知识产权的性质：私权（序言）

3、 协议的目标：

渴望减少国际贸易中的扭曲和阻碍，考虑到需要促进对知识产权的有效和充分的保护，并需要保证知识产权的执法措施和程序本身不致成为合法贸易的障碍

4、 协议的基本原则

●国民待遇原则（A3）

- ✓ 在知识产权保护方面，每个成员给其他成员国民的待遇不应低于它给本国国民的待遇，除非巴黎公约、伯尔尼公约、罗马公约或关于集成电路的知识产权条约中已分别有例外规定。对表演者、唱片制作者和广播组织，该项义

务仅适用于本协定的权利。

- ✓ 各成员可利用第 1 款所允许的司法和行政程序方面的例外，包括指定服务地点和指定一成员司法管辖内的代理人，但这些例外是为确保遵守不与本协定规定抵触的法律和法规所需，且实施这种做法不对贸易构成变相限制。

●**最惠国待遇原则（A4）**

- ✓ 在知识产权保护方面，成员给任何其他国家国民的任何好处、优惠、特权或豁免，应立即无条件地给予所有其他成员国民

＊ 例外：

*源于一般性的司法协助或法律实施的国际协定；

*依伯尔尼公约或罗马公约规定给予的、非国民待遇性质的待遇；

*本协定未作规定的有关表演者、唱片制作者以及广播组织的权利；

*源于《建立ＷＴＯ的协议》生效前已生效的有关知识产权保护的国际协定，要通知给TRIPS理事会。

● **最低保护标准原则（A1）**

- ✓ 各成员应实施本协定的规定。各成员可以，但没有义务在其法律中实施比本协定要求更广泛的保护，只要这种保护不违反本协定的规定。
- ✓ 各成员应给予其他成员的国民以本协定规定的待遇。就有关的知识产权而言，其他成员的国民应理解为符合巴黎公约、伯尔尼公约、罗马公约和关于集成电路的知识产权条约规定的保护资格标准的自然人或法人，如同世界贸易组织的所有成员均为那些公约的成员。

5、 与有关知识产权条约的关系（A2、A5）

- ✓ 就本协定的第二、第三和第四部分而言，各成员应遵守巴黎公约第一至十二条和第十九条
- ✓ 本协定第一至四部分的任何规定不应减损各成员之间现有的依巴黎公约、伯尔尼公约、罗马公约和关于集成电路的知识产权条约所相互承担的义务
- ✓ 第 3 条和第 4 条的义务不适用于在 WIPO 主持下达成的有关知识产权的获得或维持的多边协定规定的程序（PCT/马德里协定）

6、 与贸易有关的知识产权的范围（A1）

就本协定而言，“知识产权”一词系指第二部分第一节至第七节所提到的所有类别的知识产权。

- ✓ 著作权和邻接权
- ✓ 商标权
- ✓ 地理标志
- ✓ 工业品外观设计权
- ✓ 专利权
- ✓ 植物新品种权
- ✓ 集成电路布图设计
- ✓ 未公开信息

二、 知识产权保护的基本要求

1、 版权和有关权利

●**协议与伯尔尼公约的关系（A9）**

- ✓ 各成员应遵守伯尔尼公约第 1 至 21 条及其附录的规定
- ✓ 但公约第 6 条之二（作者所享有的精神权利）除外
- ✓ 版权的保护应该延及表述方式，但不延及思想、程序、操作方法或数学概念本身。

●**计算机程序和数据汇编（A10）**

- ✓ 计算机程序，应根据伯尔尼公约作为文字作品来保护。
- ✓ 数据汇编或其他资料汇编，应作为智力创造加以保护。不延及数据或资料本身，并不应损害数据或资料本身的版权。

●出租权（A11）

- ✓ 至少在计算机程序和电影作品方面，各成员应给予作者及其合法继承人许可或禁止向公众商业性出租其作品的原件或复制品的权利。
- ✓ 一成员对电影作品可以不承担此义务，除非这种出租已实质性地损害了专有复制权。
- ✓ 对计算机程序，如该程序本身不是出租的主要客体时，此义务不适用于计算机程序的出租。

●对表演者、录音制作者和广播组织的保护(A14)

- ✓ 表演者应有权阻止下列未经其授权的行为：录制其未录制过的表演和翻录这些录制品;将其现场表演向大众进行无线广播和传播。
- ✓ 唱片制作者应享有准许或禁止直接或间接翻录其唱片的权利
- ✓ 广播组织者应有权禁止下列未经其授权的行为：录制其广播、复制其录制品及通过无线广播方式转播其广播，以及将同样的电视广播向公众再转播。

●对表演者、录音制作者和广播组织的保护（A14）

- ✓ 出租权比照适用于唱片制作者以及任何其他对唱片享有权利者。
- ✓ 表演者和唱片制作者的保护期限，应自该录制或表演发生当年年底起，至少持续到第 50 年年末。对广播组织者的保护期限应自广播当年年底起，至少持续 20 年

2、 商标

●商标保护的客体（A15）

- ✓ 任何标记或标记的组合，只要能区分一企业和其他企业的货物或服务，就应可构成一个商标（文字、字母、数字、图形和色彩）。如果标记缺乏区分有关商品或服务的固有特征，各成员可依据有关标记在使用后获得的显著性决定是否予以注册。各成员可要求，这些标记应是在视觉上可以感觉到的
- ✓ 第 1 款不应理解为阻止成员以其他理由拒绝商标的注册，只要这些理由不违反巴黎公约的规定。

●商标保护的客体（A15）

- ✓ 各成员可以把使用作为获得注册的前提。然而，一商标的实际使用不应是申请注册的一项条件。不能仅仅因为自申请日起三年期满前商标未使用而驳回一申请（三年期满后不使用可以撤销或驳回）。
- ✓ 拟使用一商标的货物或服务的性质不得在任何情况下成为申请商标注册的障碍。
- ✓ 各成员应在商标注册前或立即在注册后公布该项商标，并应给予请求撤销注册者以合理的机会。此外，各成员可以提供对商标之注册提出异议的机会。

●商标权利的范围（A16）

- ✓ 排他权：制止所有第三方未经其同意在交易过程中将相同或类似的标记使用与其所注册的商品或服务相同或类似的商品或服务，若这种使用可能会产生混淆
- ✓ 巴黎公约第 6 条之二应比照适用于服务。在确定一商标是否驰名时，各成员应考虑到该商标在相关领域为公众所知晓的程度，包括该商标因宣传而在该有关成员获得的知名度。
- ✓ 巴黎公约第 6 条之二应比照适用于与已获得商标注册的商品或服务不相似的商品或服务

●商标权利的例外（A17）

- ✓ 各成员可对商标所赋予的权利规定有限制的例外，如描述性术语的适当使用，只要这些例外考虑到了商标所有人和第三方的合法利益。

● 商标的保护期限（A18）

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

●商标使用的要求（A19）

- ✓ 如果使用是维持注册的必要条件，只有在至少连续 3 年未使用后才可取消注册，除非商标所有人提出有效的理由说明存在着使用该商标的障碍。
- ✓ 在受所有人控制的情况下，另一方使用该商标应视为为保留商标注册而使用商标。

●**商标的许可与转让（A21）**

各成员可对商标许可和转让规定条件，但这应理解为不允许商标的强制许可，而且注册商标的所有人有权把商标连同或者不连同其所属的企业转让。

3、 地理标志

●**地理标志的保护（A22）**

- ✓ “地理标志”是表明某一货物来源于一成员的领土或该领土内的一个地区或地方的标记，而该货物所具有的质量、声誉或其他特性实质上归因于其地理来源。
- ✓ 在地理标记方面，各成员应为有利益关系的各方提供法律手段以阻止：
  （1）用任何方式在标示和说明某一货物时指示或暗示该有关货物来源于一个非其真实原产地的地理区域，从而在该货物的地理来源方面误导公众；
  （2）任何构成巴黎公约第十条之二意义下不公平竞争行为的使用。
- ✓ 如果一商标包含一个商品的地理标记，或者由地理标志组成，而该商品并非来源于该标志所表示的地域，并且如在该商品的商标中使用这一标记会使公众对其真实的原产地产生误解，则该成员在其立法允许应当依职权或经有利益关系的一方请求，拒绝该商标的注册或撤销注册。
- ✓ 这种保护应可适用于虽在字面上表明了商品来源的真实领土、地区或地方，但却虚假地向公众表明该商品源于另一领土的地理标记。

●**对葡萄酒和烈酒地理标志的补充保护（A23）**

- ✓ 每一成员应当为有利害关系的各方提供法律手段，以制止将识别葡萄酒的地理标志用于标示不是来源于该地理标志所指明地方的葡萄酒，或者将识别烈酒的地理标志用于标示不是来源于该地理标志所指明地方的烈酒，即使同时标示了商品的真实来源地，或者该地理标志使用的是**翻译文字**，或者伴有诸如**“类”、“式”、“仿”**或**类似的表述**，也一样。
- ✓ 如果葡萄酒商标中包含或组合有识别葡萄酒的地理标志，或者烈酒商标中包含或组合有识别烈酒的地理标志，而该葡萄酒或烈酒并非来源于该地，成员如其法律允许应当依职权，或者依利害关系方的请求，拒绝该商标的注册或撤销注册
- ✓ 在葡萄酒有多个同音或同形的地理标志的情形，应当对每一个标志给予保护。
- ✓ 为了便利对葡萄酒地理标志的保护，与贸易有关的知识产权理事会应就建立一种**多边制度举行谈判**，使参加该制度的成员中有资格获得保护的葡萄酒地理标志进行通知和登记。

●**地理标志保护的例外（A24）**

- ✓ 如果一成员的国民或居民在该成员的领土内，在商品或服务方面连续使用另一成员用以识别葡萄酒或烈酒的某一地理标志，**在 1994 年 4 月 15 日以前至少已有 10 年**，或者在该日以前的使用是**善意**的，则本节的任何规定并不要求该成员制止其国民或居民在相同或有关的商品或服务方面继续以同样方式使用该地理标志。
- ✓ 如果在某一成员按照第六部分规定适用这些规定以前，或者在地理标志在其来源国获得保护以前，某一商标已经善意地提出申请或者获得注册，或者商标权利已经通过善意使用而获得，则为实施本节规定而采取的措施不应因该商标与某一地理标志相同或类似，而损害商标的注册资格或商标注册的有效性，或者损害使用该商标的权利。
- ✓ 如果任何其他成员适用于商品或服务的某一地理标志，与某一成员在其领土内以普通语言中惯用的词语作为此类商品或服务的普通名称相同，则本节的任何规定并不要求该成员适用本节的规定。如果在世界贸易组织协定生效之日，任何其他成员关于葡萄树产品的某一地理标志，与某一成员在其领土内存在的一种葡萄品种的惯用名称相同，本节的任何规定也不要求该成员适用本节的规定。

- ✓ 本节规定决不应损害任何人在贸易中使用其姓名或者其业务上前任的姓名的权利，但如以误导公众的方式使用这种姓名，则应除外。

4、 外观设计

●外观设计保护的条件（A25）

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

●外观设计权利人的权利（A26）

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

● 外观设计的保护期限（A26）：至少为 10 年。

5、 专利

●专利保护的客体（A27）

在所有技术领域的任何发明，不论是产品还是方法，只要是新颖的，包含创造性，并且能在产业上应用的，都可以获得专利。专利的获得和专利权的享有，不应因发明地点、技术领域以及产品是进口还是本国生产的不同而受到歧视。

● 授予专利权的条件（A27）

只要是新颖的，包含创造性，并且能在产业上应用

●可不给予专利保护的客体（A27）

- ✓ 各成员为了保护公共秩序或道德，包括保护人、动物或植物的生命或健康，或者为了避免对环境造成严重损害，有必要制止某些发明在其领土内进行商业上利用的，可以将这些发明排除在可享专利性以外，但是以这种除外并非仅仅因为法律禁止这种利用为限。
- ✓ 各成员还可以将下列各项排除在可享专利性以外：
  医治人或动物的诊断、治疗和手术方法；
  植物和动物（微生物除外），和生产植物或动物的主要是生物学的方法（非生物学方法和微生物学方法除外）。但是，各成员应当规定依专利或依有效的特别制度，或依二者的结合，保护植物的品种。本项规定在世界贸易组织协定生效之日以后 4 年应予以审查。

●专利权人的权利（A28）

专利应当授予其所有人以下列排他权：

- ✓ 在专利的主题是产品的情形，制止第三方未得所有人的同意而进行下列行为：制造、使用、许诺销售、销售或者为这些目的而进口该产品；
- ✓ 在专利的主题是方法的情形，制止第三方未得所有人的同意而使用该方法，使用、许诺销售、销售，或者为这些目的而进口依照该方法直接所获得的产品。
- ✓ 专利所有人还应有权转让或者依继承而转移该专利，以及订立许可合同。

●专利权的例外（A30）

各成员可以对专利所授予的排他权规定有限的例外，但是，在顾及第三方合法利益的情况下，只要这种例外不会不合理地与对专利的正常利用发生冲突，也不会不合理地损害专利所有人的合法利益。

●专利强制许可的条件（A31）

- ✓ 这种使用的许可应当根据个案情况予以考虑。
- ✓ 这种使用，只有在使用前，意图使用的人曾经努力按合理的商业条款和条件请求权利持有人给予许可，但在合理的期间内这种努力没有成功的，才能允许。在国家处于紧急状态或有其他极端紧急的情形，或者在公共的非商业

性使用的情形，成员可以放弃这一要求。然而，在国家处于紧急状态或有其他极端紧急的情况，只要合理可行，仍应尽快通知权利持有人。在公共的非商业性使用的情形，如果政府或订约人未经专利检索，即知悉或有明显的理由应知政府或者为政府使用或者将使用某有效专利，则应迅速通知权利持有人；

●专利强制许可的条件（A31）

- ✓ 这种使用的范围和期间应受许可使用的目的的限制，并且在半导体技术的情形，只能限于为公共的非商业性使用，或者用于经司法或行政程序确定为反竞争行为而给予的补救；
- ✓ 这种使用应当是非独占性的；
- ✓ 这种使用不得转让，但与享有这种使用的企业或者商誉一起转让的不在此限；
- ✓ 这种使用的许可应当**主要是为了供应**给予许可的成员的**本国市场**；
- ✓ 在对被许可人的合法利益给予足够保护的前提下，如果以及在导致这种许可的情况已不存在，并且不大可能再发生时，这种使用的许可应即**终止**。主管机关接到怀有此种动机的请求后，有权对这些情况是否继续存在进行审查；
- ✓ 应当根据每一案的情况，并考虑许可的经济价值，向权利持有人支付足够的报酬；
- ✓ 有关这种使用的许可决定的法律有效性，应当受到**司法审查**，或者受到该成员内明显更高一级机关的其他独立审查；
- ✓ 有关对这种使用支付报酬的决定应当受到司法审查，或者受到该成员内明显更高一级机关的其他独立审查；
- ✓ 如果允许这种使用是对经过司法或行政程序确定为反竞争行为给予的补救，各成员没有义务适用(b)项和(f)项规定的条件。在这种情形，在确定报酬的数额时可以将纠正反竞争行为的需要考虑在内。如果以及在导致这种许可的情况可能再发生时，主管机关有权拒绝终止这种许可；
- ✓ 如果这种使用的许可是为了允许利用一项专利(第二专利)，因为利用该项专利就不能不侵犯另一项专利(第一专利)，则应适用以下的附加条件：

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

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

  *除与第二专利一起转让外，就第一专利许可的使用是不可转让的。

●专利权的撤销和丧失（A32）

对撤销或取消专利的任何决定，均应提供司法审查的机会。

●专利权的保护期限

可享有的保护期间，自申请提交之日起计算 20 年期间届满以前不应终止。

●侵犯方法专利权的举证责任（A34）

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

  （a）如果依专利方法所获得的产品是新产品；

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

●侵犯方法专利权的举证责任（A34）

- ✓ 任何成员有自由规定，只有符合(a)项所述的条件或者只有符合(b)项所述的条件的，本条第 1 款所述的举证责任才应当由被指控的侵权人承担。
- ✓ 在引用相反证明时，应当顾及被告在保护其制造和商业秘密方面的合法利益。

6、 TRIPS——集成电路布图设计

●集成电路布图设计的保护范围（A36）

- ✓ 在符合第 37 条第 1 款规定的前提下，各成员应当认为，未得权利持有人的许可而进行的下列行为是非法的：为商业目的进口、销售或者以其他方式发行受保护的布图设计、包含受保护的布图设计的集成电路、或者包含这样的集成电路的物品（在该物品继续包含非法复制的布图设计的限度内）。

●集成电路布图设计的非自愿许可（A37）

布图设计遇有任何非自愿许可，应当比照适用第 31 条(a)项至(k)项规定的条件。

●集成电路布图设计专有权的期限（A38）

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

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

＊ 尽管有本条第1款和第2款，成员可以规定，布图设计自创作以后15年，保护应当终止。

7、 未公开信息的保护

●未公开信息的保护条件（A39）

- ✓ 该信息不是通常从事有关这类信息的人所普遍了解或容易获得的；
- ✓ 具有商业上的价值；
- ✓ 合法控制该信息的人已经根据情况采取了合理措施予以保密。

●未公开信息的权利的内容（A39）

- ✓ 自然人和法人应当有可能制止他人未得其同意，以违反诚实的商业做法的方式，将其合法控制下的信息向他人公开，或者获得或使用此种信息
- ✓ “以违反诚实的商业做法的方式”，至少指违反合同、破坏信任（泄密）以及引诱他人违反合同、泄密，并且包括通过第三方获得未公开的信息，而该第三方是明知或者因重大过失而不知该信息是使用这样的做法获得的。

●实验数据的保护（A39）

- ✓ 各成员在要求提交未公开的试验数据或其他数据作为批准利用新化学成分的药品或农业化学产品上市销售的条件时，如果该数据的创作包含了相当的努力，则该成员应当保护该数据，以防止不正当的商业使用。此外，除为了保护公众有必要外，或者除非已采取措施保证该数据受到保护以免不正当的商业使用，各成员应当保护这种数据以防止公开。

三、 对协议许可中限制竞争行为的控制（A40）

本协定的任何规定并不阻止成员在其立法中明确规定，在特定情况下可能构成对知识产权的滥用、在有关市场上对竞争有不利影响的许可做法或条件。如上文所规定，成员可以在与本协定其他规定相符的情况下，依据该成员的有关法律和法规，采取适当措施制止或控制这类做法，其中可以包括，例如，排他性的返授条件、制止对知识产权有效性提出质疑的条件以及强迫性的一揽子授予许可。

四、 知识产权执法

1、 成员在知识产权执法方面的总义务（A41）

- ✓ 各成员应当保证在其法律中提供本部分所规定的执法程序，以便能采取有效行动，制止任何侵犯本协定所规定的知识产权的行为，包括迅速制止侵权的救济以及对阻碍进一步侵权构成威慑的救济。这些程序适用的方式应当避免对合法贸易造成障碍，并应当提供保障以防止其滥用。

- ✓ 知识产权的执法程序应当公平和公正。这些程序不应不必要地复杂或花费高昂，也不应规定不合理的期限或导致不应有的拖延。

2、 民事和行政程序及救济

● 损害赔偿（A45）

- ✓ 如果侵权人明知 或有合理的根据应知其从事了侵权活动，司法机关应当有权责令侵权人向权利持有人支付足以补偿 权利持有人由于侵权人侵犯其知识产权而所受损失的损害赔偿金 。
- ✓ 司法机关还应当有权责令侵权人向权利持有人支付费用，其中可以包括适当的律师费用 。在适当情形下，即使侵权人并非明知 或有合理的根据应知 其从事了侵权活动，各成员仍可以授权司法机关责令返还利润 ，和 / 或支付法律预先规定的损害赔偿金。

●临时措施（A50）

- ✓ 司法机关应当有权命令采取 迅速而有效的临时措施， 以制止侵权行为的发生、保存有关证据
- ✓ 司法机关应当有权在某些情况下，不听取另一方的意见 而即采取临时措施

●临时措施（A50、53）

＊ 司法机关应当有权要求申请人：

＊ 提供证据 ，以确认申请人是权利持有人

＊ 并有权要求申请人提供担保， 但不应不合理地阻碍上述程序

＊ 提供其他必要信息 ，以辨认有关的货物

＊ 如果临时措施是在没有听取另一方意见的情况下采取的：

＊尽快 通知受到影响的各方

＊ 根据被告的请求，对这些措施进行审查

＊ 给被告以陈述权

●临时措施（A50）

- ✓ 如果在合理的期间内没有提起诉讼，应依被告的请求撤销所采取的措施
- ✓ 上述的合理期间由采取临时措施的司法机关确定，或者如该机关没有确定，不超过 20 个工作日或 31 个日历日，以较长者为准

3、 有关边境措施的专门要求（A51）

- ✓ 各成员应当制订程序，以便权利持有人在有确实根据的理由怀疑有假冒商标货物或盗版货物可能进口时，能向行政或司法主管机关提出书面申请，要求海关当局对这种货物中止放行，以免进入自由流通。各成员可以允许对涉及其他侵犯知识产权的货物提出这样的申请，但是以遵守本节规定为限
- ✓ 各成员也可以规定相应的程序，对预定从其境内出口的侵权货物由海关当局中止放行

4、 刑事程序（A61）

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

＊ 在适当情形，可以采用的救济还应当包括对侵权货物以及主要用于犯罪的任何材料和工具的扣押、没收和销毁。

＊ 各成员可以规定，刑事程序和刑罚应当适用于其他侵犯知识产权的案件，尤其是故意侵权并且具有商业规模的案件

五、 争端的防止和解决

1、 透明度（A63）

＊ 任何成员已经生效的与本协定内容（即知识产权的备有、范围、获得、执法和防止滥用）有关的法律和法规，以及普遍适用的终局司法判决和终局行政决定，均应以本国语文公布或向公众提供，以便各成员政府和权利持

有人能够知悉。

* 各成员应当将上述的法律和法规通知与贸易有关的知识产权理事会，以便协助理事会审查本协定的实施情况
* 每一成员应另一成员的书面请求，应当提供上述的信息
* 不要求各成员公开那些会妨碍法律执行或违反公共利益或他人利益的机密信息

2、 争端的解决（A64）

* 就1994年关税与贸易总协定第22条和第23条所作解释和适用而达成的“争端解决谅解备忘录”，应当适用于按照本协定的磋商和争端的解决，但本协定另有特别规定的除外。