

## 相关法总目录

相关法总目录.....	1	
第一章 相关基本法律法规.....	11	
第一节 民法通则.....	11	
一、 民法的基本概念和原则.....	11	
1. 民法的调整对象 (M2).....	11	
2. 民法的基本原则 (M3/M4).....	11	
3. 民事法律关系的概念和要素.....	11	
二、 民事主体 (民事法律关系的主体) :.....	12	
1. 自然人.....	12	
2. 法人.....	15	
三、 民事权利.....	17	
1. 财产所有权和与财产所有权有关的财产权.....	17	
2. 债权.....	18	
3. 知识产权的种类.....	23	
4. 人身权的种类和内容 第 99-103 条.....	23	
四、 民事法律行为.....	23	
1. 民事法律行为的概念 第 54 条.....	23	
2. 民事法律行为的有效要件 第 55 条.....	25	
3. 民事法律行为的形式和效力.....	25	
4. 代理.....	27	
五、 民事责任.....	28	
1. 民事责任的概念和构成要件.....	28	
2. 民事责任的分类(违反合同的民事责任、侵权的民事责任).....	29	
3. 共同侵权.....	31	
4. 承担民事责任的方式及其适用 第 134 条.....	31	
5. 民事责任的归责原则 (又见 2.3 侵权之债).....	31	
6. 免除民事责任的情形.....	32	
六、 诉讼时效.....	33	
1. 诉讼时效的期间:.....	33	
2. 诉讼时效的中止 第 139 条、解释 172.....	34	
3. 诉讼时效的中断 第 140 条.....	34	
七、 涉外民事关系的法律适用.....	35	
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).....	35	
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)	35	
3. 涉外不动产的法律适用—第 144 条 (不动产所在地法律).....	35	
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)	35	
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).....	36
6. 涉外婚姻的法律适用—第 147 条.....	36	
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).....	36	
8. 涉外继承的法律适用—第 149 条.....	36	
第二节 合同法.....	37	
一、 合同法的适用范围和基本原则.....	37	

1.	合同法的适用范围 .....	37
2.	合同法的基本原则 .....	37
二、	合同的订立 .....	37
1.	合同的形式 .....	37
2.	合同的一般条款 .....	38
3.	要约和承诺 .....	38
4.	合同的成立 .....	40
5.	格式条款合同 .....	41
三、	合同的效力 .....	43
1.	合同的生效 .....	43
2.	合同的效力 .....	44
四、	合同的履行 .....	46
1.	合同履行的原则（全面履行、诚实信用） .....	46
2.	合同的解释 .....	46
3.	合同履行的抗辩权 .....	47
4.	合同履行的保全 .....	48
五、	合同的变更和转让 .....	49
1.	合同的变更 .....	49
2.	合同的转让 .....	49
六、	合同的终止（又称合同的消灭） .....	50
1.	合同终止的法定事由: .....	50
2.	合同终止后当事人的义务: .....	51
3.	合同解除: .....	51
4.	抵销: .....	51
5.	提存: .....	51
6.	混同: .....	52
7.	债务的免除: .....	52
七、	违约责任 .....	52
1.	违约行为: .....	52
2.	违约责任的概念: .....	54
3.	违约责任的特征（以刘心稳为准）: .....	54
4.	违约责任的归责原则: .....	54
5.	违约责任的承担方式: .....	54
八、	技术合同 .....	55
1.	技术合同的概念 .....	55
2.	职务技术成果和非职务技术成果 .....	56
3.	无效的技术合同 .....	56
4.	技术合同的种类 .....	57
九、	委托合同 .....	60
第三节	民事诉讼法 .....	63
一、	民事诉讼法的基本知识 .....	63
1.	民事诉讼法的效力 .....	63
2.	民事诉讼法的基本原则 .....	63
3.	民事诉论的基本制度 .....	64
二、	民事诉讼的管辖 .....	65
1.	级别管辖: .....	65

2.	地域管辖.....	66
3.	移送管辖和指定管辖 第 36、37、39（广义）条.....	70
4.	管辖权异议 第 38 条.....	70
三、	审判组织和诉讼参加人.....	71
1.	审判组织.....	71
2.	诉讼当事人.....	71
3.	诉讼代理人.....	73
四、	民事诉讼证据.....	75
1.	证据的种类.....	75
2.	当事人举证.....	76
3.	人民法院调查收集证据.....	77
4.	举证时限与证据交换.....	78
5.	证据的质证（质证的效力 对各类证据质证的基本要求）.....	79
6.	证据保全.....	80
7.	对当事人权益的保护——第 102 条，证据规定 80.....	81
五、	财产保全.....	81
1.	诉讼中的财产保全【或诉讼保全】—第 92 条.....	81
2.	诉前财产保全—第 93 条.....	82
3.	保全的范围、方式—第 94 条.....	82
4.	申请人提供的担保—第 92 条第 2 款、93 条第 1 款.....	82
5.	被申请人的反担保—第 95 条.....	83
6.	申请错误的损害赔偿—第 96 条.....	83
六、	民事审判程序.....	83
1.	第一审普通程序.....	83
2.	第二审程序.....	90
七、	审判监督程序（需要根据 09 年大纲重新整理）.....	94
1.	基于审判监督权的再审.....	94
2.	基于当事人诉权的申请再审第 178、179~182 条.....	94
3.	基于检察监督权的抗诉和再审.....	96
八、	执行程序.....	96
1.	一般规定.....	97
2.	执行的申请和移送.....	100
3.	执行措施.....	101
4.	执行中止和执行终结.....	103
九、	涉外民事诉讼程序.....	104
1.	涉外民事诉讼的一般原则.....	104
2.	涉外民事诉讼管辖.....	105
第四节	行政复议.....	107
一、	行政复议的概念和基本原则.....	107
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）.....	107
2.	行政复议的基本原则.....	108
二、	行政复议机关和行政复议参加人.....	108
三、	行政复议程序.....	111
1.	行政复议的受案范围.....	111
2.	行政复议的申请（提出申请的期限 申请的形式）.....	112
3.	行政复议的受理.....	114

4.	行政复议的审理.....	115
四、	行政复议决定.....	118
1.	行政复议决定种类和效力.....	118
2.	行政复议决定不服的救济.....	119
第五节	行政诉讼法.....	121
一、	行政诉讼的基本知识.....	121
1.	行政诉讼的概念.....	121
2.	行政诉讼的受案范围.....	123
3.	行政诉讼法的基本原则和制度.....	123
二、	行政诉讼的管辖.....	125
1.	级别管辖：各级人民法院管辖的一审案件.....	125
2.	地域管辖（一般地域管辖 特殊地域管辖 共同管辖）.....	126
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）.....	127
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）.....	127
1.	原告—第 24 条 解释 11~18.....	127
2.	被告—第 25 条 解释 19~22.....	128
3.	第三人—第 27 条 解释 23、24.....	129
4.	诉讼代理人—第 28、29 条 解释 25.....	129
5.	共同诉讼人—必要共同诉讼、普通共同诉讼.....	129
四、	行政诉讼的证据.....	130
1.	证据的种类——第 31 条.....	130
2.	举证责任和举证期限.....	130
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）.....	131
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）.....	132
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）.....	133
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）.....	134
7.	对当事人权益的保护—证据规定 74~78.....	136
五、	行政诉讼的审理和判决.....	136
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）.....	136
2.	第一审程序.....	139
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）.....	143
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）.....	144
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）.....	146
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）.....	147
六、	国家赔偿.....	148
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）.....	148
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）.....	149
3.	行政赔偿请求的当事人（赔偿请求人 赔偿义务机关）.....	149
4.	赔偿程序.....	150
第六节	其他相关法律.....	152
一、	担保法.....	152

1、	担保的基本概念 .....	152
2、	质押 .....	152
二、	对外贸易法 .....	154
1、	对外贸易法适用的范围 .....	154
2、	技术进出口 .....	154
3、	与对外贸易有关的知识产权的保护 .....	157
三、	刑法 .....	158
1、	刑法的基本知识 .....	158
2、	侵犯知识产权犯罪 .....	160
第二章	相关知识产权法 .....	164
第一节	著作权法 .....	164
一、	著作权的客体 .....	164
1、	作品的含义 .....	164
2、	作品的种类: .....	164
二、	著作权的主体 .....	166
1、	主体范围: .....	166
2、	著作权人的确定 .....	166
三、	著作权及与著作权有关的权利的内容 .....	169
1、	著作权的内容 .....	169
2、	与著作权相关的权利 .....	172
四、	著作权及与著作权有关的权利的保护 .....	176
1、	1 和 3 侵犯著作权及其相关权利的行为、侵权责任 .....	176
2、	侵权纠纷的解决途径 .....	177
五、	计算机软件著作权的特殊规定（《计算机软件保护条例》） .....	177
1、	软件著作权的客体: 计算机程序 计算机程序文档 .....	错误!未定义书签。
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 .....	178
3、	软件著作权的内容 .....	178
4、	软件登记的效力（条例 7） .....	错误!未定义书签。
5、	侵犯软件著作权行为: 损害著作权人利益的侵权行为 .....	错误!未定义书签。
六、	信息网络传播权的保护 .....	181
第二节	商标法 .....	182
一、	注册商标专用权的客体 .....	182
1.	注册商标的概念和组成要素 .....	182
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、16 条） .....	182
3.	注册商标的类型(商品商标 服务商标 集体商标 证明商标).....	183
4.	商标注册的条件 .....	183
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） .....	183
三、	注册商标专用权的取得 .....	184
1.	商标注册的申请（优先权 商标注册申请文件、证明文件） .....	184
2.	商标注册的审查和核准 .....	186
四、	注册商标专用权的内容 .....	187
1.	注册商标专用权的内容 .....	187
2.	注册商标的有效期和期限起算日 .....	188
3.	注册商标的续展、转让和使用许可 .....	188
五、	注册商标专用权的消灭 .....	190

1.	注册商标的注销	190
2.	注册商标的撤销	190
六、	商标使用的管理	192
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）	192
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）	193
七、	注册商标专用权的保护	194
1.	侵犯注册商标专用权的行为	194
2.	侵权纠纷的解决途径	195
3.	侵犯注册商标专用权的法律责任	196
八、	驰名商标	198
1.	驰名商标的认定	198
2.	对驰名商标的特殊保护	199
第三节	反不正当竞争法	200
一、	适用范围和基本原则	200
二、	商业秘密	201
1.	商业秘密的概念	201
2.	商业秘密的保护	201
第四节	植物新品种保护条例	203
一、	品种权的保护客体	203
1.	植物新品种：	203
2.	授予品种权的条件	203
二、	品种权的主体	204
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）	204
2.	职务育种和非职务育种的品种权归属	204
3.	委托育种和合作育种的品种权归属	204
三、	获得品种权的程序	204
1.	品种权的申请和受理	204
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）	205
■	申请的审查	错误!未定义书签。
◆	初步审查范围：	205
■	申请的审查	错误!未定义书签。
◆	实质审查范围：	205
■	申请的驳回	205
■	申请的授权	206
3.	复审（复审机构复审期限 对复审决定不服的救济）（A32）	206
四、	品种权的内容	206
1.	排他的独占权	206
◆	排他的独占权：	错误!未定义书签。
◆	繁殖材料：	206
2.	不需要经品种权人许可的使用（①育种及其他科研活动 ②农民自繁自用）	206
3.	强制许可	206
4.	品种权的转让	206
■	权利的转让：（A9）	206
5.	品种权的保护期限	206
6.	品种权的终止（期限届满终止 期限届满前终止）	207

五、	品种权的无效.....	207
◆	无效请求人: .....	207
◆	宣告品种权无效的机构: .....	207
◆	无效程序的启动: .....	错误!未定义书签。
◆	无效的理由: .....	207
◆	对无效决定不服的救济: .....	207
◆	无效决定的效力: .....	207
六、	品种权的保护.....	207
1.	对申请期间植物新品种的临时保护.....	207
◆	初审公告后的临时保护:(A33).....	207
2.	侵犯品种权的行为(未经授权的生产、销售 销售授权品种未使用其注册登记的名称) .....	208
◆	未经授权的生产、销售行为: .....	208
◆	销售授权品种未使用其注册登记的名称: .....	208
◆	假冒授权品种的行为.....	208
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).....	208
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) .....	208
■	品种权的保护: .....	错误!未定义书签。
◆	假冒授权品种行为是指下列情况之一: .....	错误!未定义书签。
■	人民法院受理的植物新品种纠纷案件主要包括: .....	错误!未定义书签。
■	诉讼的管辖: .....	错误!未定义书签。
■	诉讼的当事人: .....	错误!未定义书签。
■	诉讼的中止: .....	错误!未定义书签。
第五节	集成电路布图设计保护条例.....	210
一、	集成电路布图设计专有权的客体.....	210
1.	集成电路布图设计——集成电路 布图设计.....	210
2.	其他相关概念——复制 商业利用.....	210
3.	申请保护的实质性条件——独创性 非常规设计.....	210
二、	集成电路布图设计专有权的主体.....	210
1.	主体范围——中国自然人、法人或其他组织 外国人.....	210
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.....	210
三、	集成电路布图设计专有权的取得.....	211
1.	登记申请.....	211
2.	申请的审查和登记.....	213
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).....	217
4.	费用.....	218
四、	集成电路布图设计专有权的内容.....	218
1.	复制权的内容及其范围(见2).....	218
2.	商业利用权的内容及其范围.....	218
3.	权利的行使——专有权的转让 专有权的许可.....	218
4.	专有权的保护期限和放弃.....	219
5.	对布图设计专有权的限制.....	219
五、	布图设计登记申请的复审、复议和专有权的撤销.....	222
1.	复审.....	222
2.	复议范围.....	223



3.	撤销.....	223
六、	集成电路布图设计专有权的保护.....	224
1.	侵权行为.....	224
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.....	224
3.	侵权责任及其承担方式.....	225
第六节	奥林匹克标志保护条例.....	226
一、	奥林匹克标志专有权的客体及其范围.....	226
二、	奥林匹克标志专有权的主体.....	226
三、	奥林匹克标志专有权及其保护.....	226
1.	奥林匹克标志专有权的内容.....	226
2.	侵权纠纷的解决途径——行政处理 民事诉讼.....	226
3.	侵权赔偿额的计算方式.....	228
第七节	其他知识产权法规、规章.....	229
一、	知识产权的备案.....	229
1.	备案申请.....	230
2.	备案的有效期及其续展.....	231
3.	备案的变更和失效.....	231
二、	侵权嫌疑货物的扣留及其处理.....	232
1.	扣留.....	232
2.	调查和认定.....	234
三、	法律责任.....	235
1.	收货人或发货人的责任.....	235
2.	知识产权权利人的责任（承担责任的情形 承担责任的方式 承担处置货物的费用）.....	236
四、	展会知识产权的保护——《展会知识产权保护方法》.....	236
第三章	相关国际条约.....	239
第一节	保护工业产权巴黎公约.....	239
一、	基本知识.....	239
二、	巴黎公约的核心原则和内容.....	239
1.	国民待遇原则（A2/A3）.....	239
2.	专利独立性（A4 之二）.....	239
3.	优先权（A4）.....	240
4.	国际展览会的临时保护（A11）.....	241
5.	对专利权的限制.....	241
6.	成员国签订专门协定的权利（A19）.....	241
第二节	与贸易有关的知识产权协议（TRIPS）.....	242
一、	协议的基本知识.....	242
1.	协议的签署.....	242
2.	知识产权的性质：私权（序言）.....	242
3.	协议的目标：.....	242
4.	协议的基本原则.....	242
5.	与有关知识产权条约的关系（A2、A5）.....	243
6.	与贸易有关的知识产权的范围（A1）.....	243
二、	知识产权保护的基本要求.....	244
1.	版权和有关权利.....	244
2.	商标.....	245

---

3、	地理标志.....	245
4、	工业品外观设计.....	246
5、	专利.....	246
6、	TRIPS——集成电路布图设计.....	248
7、	未公开信息的保护.....	248
三、	对协议许可中限制竞争行为的控制（A40）.....	249
四、	知识产权执法.....	249
1、	成员的总义务（A41）.....	249
2、	民事和行政程序及救济.....	249
3、	有关边境措施的专门要求（A51）.....	250
4、	刑事程序（A61）.....	250
五、	争端的防止和解决.....	250
1、	透明度（A63）.....	250
2、	争端的解决（A64）.....	250

## 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。即使国家参与某一民事关系，其与对方当事人在民法上的地位也是平等的。
- **等价有偿原则**：是指民事主体在从事移转财产等民事活动中，要按照价值规律的要求进行等价交换，实现各自的利益。要注意的是，在双方当事人自愿且不损害社会公共利益的情况下，财产移转也可以是不等价的或无偿的。
- **自愿原则**：也就是传统民法上的“意思自治”原则，是指民事主体从事民事活动时，可以基于自己的自由意志设立、变更或终止民事法律关系。但是，民事主体的意志自由不是绝对的，其不得违背法律规定，不得损害国家利益和社会公共利益。
- **公平原则**：是指民事主体应本着公平观念行使权利，履行义务，兼顾他人利益和社会公共利益。
- **诚实信用原则**：是指民事主体在民事活动中应当诚实信用地行使自己的权利，履行自己的义务，实现双方当事人之间的利益平衡以及双方当事人与社会之间的利益平衡。

## 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之间的关系；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（这是根据权利内容的不同所作的划分。财产权指以通常可以以金钱衡量其价值的利益为内容的民事权利，主要是物权、债权、知识产权。人身权指与权利主体的人身不可分离的以人身利益为内容的民事权利。）；相对权与绝对权（这是依民事权利的效力所及相对人的范围为标准而划分的。绝对权是权利效力所及相对人为不特定人的权利。绝对权的义务人是权利人之外的一切人，故又称“对世权”。物权、人身权利等均属绝对权。相对权是权利效力所及相对人为特定的人的权利。相对权的效力仅仅及于特定的义务人，故又称“对人权”。债权就是典型的相对权。）；主权利与从权利（主权利是不依赖其他权利为条件而能够独立存在的权利，从权利则是以主权利的存在为前提而存在的权利。）；支配权、请求权、形成权、抗辩权（这是根据民事权利的作用的不同而作的区分。支配权是指权利人可以直接支配权利客体、排除他人干涉的权利。物权是典型的支配权。请求权是指权利人可以要求他人为特定行为（包括作为、不作为）的权利。债权的主要内容为请求权。形成权指权利人通过其单方的行为就可以使一定的民事法律关系发生变动的权利。形成权的主要作用是使权利人可以依其单方意思表示（构成单方法律行为），就可以使民事法律关系发生、变更、消灭。抗辩权是指权利人在对方行使请求权时依法对抗、拒绝履行的权利。抗辩权人并不能否定对方请求权的存在或消灭对方的请求权，但是可以根据抗辩权对抗对方的请求权，拒绝履行义务。）。

- **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
- **民事法律关系的内容**：民事权利和民事义务

- ✓ 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一一定行为的必要性。

## 二、民事主体（民事法律关系的主体）：

自然人、法人、其他组织（合伙企业、私人企业、非法人团体等）

### 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。
- ✓ 1、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（或能力） 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，视为完全民事行为能力人。
- ✓ 2、十六周岁以上不满十八周岁的公民，能够以自己的劳动取得收入，并能维持当地群众一般生活水平的，可以认定为以自己的劳动收入为主要生活来源的完全民事行为能力人。
- ✓ 限制民事行为能力人：十周岁以上的未成年人是限制民事行为能力人，可以进行与他的年龄、智力相适应的民事活动；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行。
- ✓ 3、十周岁以上的未成年人进行的民事活动是否与其年龄、智力状况相适应，可以从行为与本人生活相关联的程度、本人的智力能否理解其行为，并预见相应的行为后果，以及行为标的数额等方面认定。
- ✓ 4、不能完全辨认自己行为的精神病人进行的民事活动，是否与其精神健康状况相适应，可以从行为与本人生活相关联的程度，本人的精神状态能否理解其行为，并预见相应的行为后果，以及行为标的数额等方面认定。
- ✓ 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。
- ✓ 6、无民事行为能力人、限制民事行为能力人接受奖励、赠与、报酬，他人不得以行为人无民事行为能力、限制民事行为能力为由，主张以上行为无效。
- ✓ 5、精神病人（包括痴呆症人）如果没有判断能力和自我保护能力，不知其行为后果的，可以认定为不能辨认自己行为的人；对于比较复杂的事物或者比较重大的行为缺乏判断能力和自我保护能力，并且不能预见其行为后果的，可以认定为不能完全辨认自己行为的人。
- ✓ 7、当事人是否患有精神病，人民法院应当根据司法精神病学鉴定或者参照医院的诊断、鉴定确认。在不具备诊断、鉴定条件的情况下，也可以参照群众公认的当事人的精神状态认定，但应以利害关系人没有异议为限。
- ✓ 8、在诉讼中，当事人及利害关系人提出一方当事人患有精神病（包括痴呆症），人民法院认为确有必要的，应当依照民事诉讼法（试行）规定的特别程序，先作出当事人有无民事行为能力的判决。

确认精神病人（包括痴呆症人）为限制民事行为能力人的，应当比照民事诉讼法（试行）规定的特别程序进行审理。

#### 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的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。

第十四条 【监护人的法定代理权】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。

●【未成年人的监护人】第十六条 未成年人的父母是监护人，已经死亡或者没有监护能力的，由下列人员中有监护能力的人担任监护人：（1）祖父母，外祖父母；（2）兄，姐；（3）关系密切的其他亲属朋友（须是愿意承担监护责任，并经父母单位或未成年人住所地居委会、村委会同意的）。对担任监护人有争议的，由未成年人的父、母的所在单位或者未成年人住所地的居民委员会、村民委员会在近亲属中指定。对指定不服提起诉讼的，由人民法院裁决。没有上述规定的人，由父母所在单位或未成年人住所地居委会、村民委员会或者民政部门担任监护人。

1 1. 认定监护人监护能力，应当根据监护人的身体健康状况、经济条件，以及与被监护人在生活上的联系状况等因素确定。

1 2. 民法通则中规定的近亲属，包括配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女。（注意与行政诉讼法中的近亲属的含义的区别，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。）

1 3. 为患有精神病的未成年人设定监护人，适用民法通则第十六条的规定

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

监护人可以是一人，也可以是同一顺序中的数人。

1 5. 有监护资格的人之间协议确定监护人的，应当由协议确定的监护人对被监护人承担监护责任。

1 6. 对于担任监护人有争议的，应当按照民法通则第十六条第三款或者第十七条第二款的规定，由有关组织予以指定。未经指定而向人民法院起诉的，人民法院不予受理。

1 7. 有关组织依照民法通则规定指定监护人，以书面或者口头通知了被指定人的，应当认定指定成立。被指定人不服的，应当在接到通知的次日起三十日内向人民法院起诉。逾期起诉的，按变更监护关系处理。

1 8. 监护人被指定后，不得自行变更。擅自变更的，由原被指定的监护人和变更后的监护人承担监护责任。

1 9. 被指定人对指定不服提起诉讼的，人民法院应当根据本意见第十四条的规定，作出维持或者撤销指定监护人的判决。如果判决是撤销原指定的，可以同时另行指定监护人。此类案件，比照民事诉讼法（试行）规定的特别程序进行审理。

在人民法院作出判决前的监护责任，一般应当按照指定监护人的顺序，由有关监护资格人承担。

2 1. 夫妻离婚后，与子女共同生活的一方无权取消对方对该子女的监护权，但是，未与该子女共同生活的一方，对该子女有犯罪行为、虐待行为或者对该子女明显不利的，人民法院认为可以取消的除外。

2 3. 夫妻一方死亡后，另一方将子女送给他人收养，如收养对子女的健康成长并无不利，又办了合法收养手续的，认定收养关系成立；其他有监护资格的人不得以收养未经其同意而主张收养关系无效。

●【精神病人的监护人】第十七条 无民事行为能力或者限制民事行为能力的精神病人，由下列人员担任监护人：（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、朋友（愿意承担监护责任，并经精神病人单位或精神病人住所地居委会、村委会同意的）。对担任监护人有争议的，由精神病人的所在单位或者住所地的居民委员会、村民委员会在近亲属中指定。对指定不服提起诉讼的，由人民法院裁决。没有上述规定的人，由精神病人所在单位或住所地居委会、村委会或者民政部门担任监护人。

1 3. 为患有精神病的未成年人设定监护人，适用民法通则第十六条的规定

✓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，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。（2 4. 申请宣告失踪的利害关系人，包括被申请宣告失踪人的配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女以及其他与被申请人有民事权利义务关系的人。）

- ✓ 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（3 1. "其他费用"，包括[赡养费、扶养费、抚育费和因代管财产所需的管理费等必要的费用](#)。），由代管人从失踪人的财产中支付。

（zhangsf110：注来自网络：**法律意义上的扶养**，有广义狭义之分，广义上的扶养泛指特定亲属之间根据法律的明确规定而存在的经济上相互供养、生活上相互辅助照顾的权利义务关系，囊括了长辈亲属对晚辈亲属的“[抚养](#)”，平辈亲属之间的“[扶养](#)”和晚辈亲属对长辈亲属的“[赡养](#)”三种具体形态。狭义的扶养则专指平辈亲属之间尤其是夫妻之间依法发生的经济供养和生活扶助的权利义务关系。我国《婚姻法》按不同的主体的相互关系对抚养、扶养、赡养分别加以规定，其“扶养”则属于狭义的。而《刑法》、《继承法》、《民法通则》等法律规范中又是都适用“扶养”，其“扶养”属于广义的。基于此，在法学研究和法律适用总体上，我们应按广义的“扶养”来理解，在具体的亲属关系中，则不妨分别指称。）

- ✓ 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](#)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（一）配偶；（二）父母、子女；（三）兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女；（四）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。

2.6. 下落不明是指公民离开最后居住地后没有音讯的状况。对于在台湾或者在国外，无法正常通讯联系的，不得以下落不明宣告死亡。

1.5 自然人的住所：公民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。公民由其户籍所在地迁出后至迁入另一地之前，无经常居住地的，仍以其原户籍所在地为住所。

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。法人的民事权利能力和民事行为能力，从法人成立时产生，到法人终止时消灭。

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

- ✓第三十七条 法人应当具备下列条件：

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

- ✓第四十一条 全民所有制企业、集体所有制企业有符合国家规定的资金数额，有组织章程、组织机构和场所，能够独立承担民事责任，经主管机关核准登记，取得法人资格。

在中华人民共和国领域内设立的中外合资经营企业、中外合作经营企业和外资企业，具备法人条件的，依法经工商行政管理机关核准登记，取得中国法人资格。

- ✓第五十条 有独立经费的机关从成立之日起，具有法人资格。

具备法人条件的事业单位、社会团体，依法不需要办理法人登记的，从成立之日起，具有法人资格；依法需要办理法人登记的，经核准登记，取得法人资格。

- ✓第五十一条 企业之间或者企业、事业单位之间联营，组成新的经济实体，独立承担民事责任、具备法人条件的，经主管机关核准登记，取得法人资格。

### 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。1) 法人以其全部财产对外承担责任，出资人以其出资为限承担责任；2) 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。法人终止，应当依法进行**清算**，停止清算范围外的活动。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**。

59. 企业法人**解散或被撤销**的，应当由其**主管机关组织清算**小组进行清算。企业法人**被宣告破产**的，应当由**人民法院组织**有关机关和有关人员**成立清算组织进行清算**。

60. 清算组织是以清算企业法人债权、债务为目的而依法成立的组织。它负责对终止的企业法人的财产进行保管、清理、估价、处理和清偿。

对于涉及终止的企业法人债权、债务的民事诉讼，清算组织可以用自己名义参加诉讼。

以逃避债务责任为目的而成立的清算组织，其实施的民事行为无效。

## 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）

### 1. 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：

#### 1. 自然人和法人的民事权利能力和民事行为能力的区别：

- ✓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）

补充 2：来自网络。

法人企业是指取得法人营业执照、具有法人地位的企业。包括：1. 公司制企业（即有限责任公司、股份有限公司）2. 非公司制法人企业（为历史遗留问题，多为尚未转制的国有企业、集体企业）。相对于非法人企业（如：个人独资企业、合伙企业、公司的分公司等分支机构、等），法人企业能够以企业自己的名义独立享有法定权利和承担法定义务。也就是说，法定权利直接归企业享有而非企业业主或投资者，同



理，法定义务也直接由企业承担而非企业业主或投资者。举个简单的例子，可以帮助你更好的理解法人企业的概念：如果法人企业涉及法律诉讼的，由企业作为诉讼当事人，也就是原告、被告等，而非法人企业在涉及法律诉讼时，不是由企业而是由企业的业主或者投资者作为诉讼当事人。根据法律规定，法人企业的法定代表人（如董事长），对外代表企业，其职务行为引起的法律后果，由其所代表的法人企业享有或者承担。

### 三、民事权利

#### 1. 财产所有权和与财产所有权有关的财产权

网络大搜索，财产所有权和与财产所有权有关的财产权的区别：

（1）公民的财产权是指公民所享有的具有经济利益的权利。财产权包括财产所有权、准物权、债权及知识产权等。■《民法通则》规定，我国公民享有的财产权有：财产所有权和与财产所有权有关的财产权、债权、知识产权等。公民的合法财产受法律保护，禁止任何组织或个人侵占、哄抢、破坏或者非法查封、扣押、冻结、没收。

（2）与财产所有权有关的财产权，这种财产权是在所有权部分权能与所有人发生分离的基础上产生的，是指非所有人在所有人财产上享有占有、使用以及经过授权依法享有的收益或处分的权利，与财产所有权有关的财产权主要有：经营权、使用权、采矿权、承包经营权等。

（3）指非财产所有人对财产所有人的财产享有的占有的和收益的权利。

##### 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。
- ✓1）按权利主体不同—国家所有权、集体所有权、个人所有权、社会团体所有权（第73、74、75、77条）
- ✓2）按权利主体数量不同—单一所有权，共同所有权（共有）（第78条）
- ✓3）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）

网络搜索：

作为物权权能的占有、使用、收益、处分权能与最终的支配权及抽象的**所有权**是可以进行分离的。例如：农村承包经营权即是**将所有权与所有权的权能相分离**，让集体享有**所有权**，让农民享有占有、使用、收益、处分的权利，解决了农民生产积极性的问题。权利人对自已所有的物直接支配并排除他人非法干涉的权利称为**自物权**。**自物权**只有一种即**所有权**。

他物权是对**自物权**以外的各种物权的总称。直接支配他人所有的物并且根据法律的规定可以排除任何人的非法干涉包括原所有人的非法干涉的权利，称为他物权。他物权实际上限制了**所有权**，所以又称为限制物权。

限制物权分为**用益物权**和**担保物权**。（1）用益物权：用益物权是指权利人对他人所有的物所享有的使用和收益的权利。（2）担保物权：《担保法》只规定了五种担保形式：保证、抵押、质押、留置、定金。

##### 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。（转移方式）
- ✓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。（财产所有权转移的要件因财产的不同而有所区别。不动产所有权和比较特殊的动产（如船舶、航空器等）所有权的转移，须要由国家登记机关登记；而一般动产的所有权转移，须要由一方将该动产实际交付于另一方。）

84. 财产已经交付，但当事人约定财产所有权转移附条件的，在所附条件成就时，财产所有权方为转移。

85. 财产所有权合法转移后，一方翻悔的，不予支持。财产所有权尚未按原协议转移，一方翻悔并无正当理由，协议又能够履行的，应当继续履行；如果协议不能履行，给对方造成损失的，应当负赔偿责任。

86. 非产权人在使用他人的财产上增添附属物，财产所有人同意增添，并就财产返还时附属物如何处理

有约定的，按约定办理；没有约定又协商不成，能够拆除的，可以责令拆除；不能拆除的，也可以折价归财产所有人，造成财产所有人损失的，应当负赔偿责任。

87. 有附属物的财产，附属物随财产所有权的转移而转移。但当事人另有约定又不违法的，按约定处理。

**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。

88. 对于共有财产，部分共有人主张按份共有，部分共有人主张共同共有，如果不能证明财产是按份共有的，应当认定为共同共有。

89. 共同共有人对共有财产享有共同的权利，承担共同义务。在共同共有关系存续期间，部分共有人擅自处分共有财产的，一般认定无效。但第三人善意、有偿（zhangsfl10：比如恶意串通、第三人明知、获赠不属于此列）取得该财产的，应当维护第三人的合法权益；对其他共有人的损失，由擅自处分共有财产的人赔偿。

90. 在共同共有关系终止时，对共有财产的分割，有协议的，按协议处理；没有协议的，应当根据等分原则处理，并且考虑共有人对共有财产的贡献大小，适当照顾共有人生产、生活的实际需要等情况。但分割夫妻共有财产，应当根据婚姻法的有关规定处理。

91. 共有财产是特定物，而且不能分割或者分割有损其价值的，可以折价处理。

92. 共同共有财产分割后，一个或者数个原共有人出卖自己分得的财产时，如果出卖的财产与其他原共有人分得的财产属于一个整体或者配套使用，其他原共有人主张优先购买权的，应当予以支持。

### 债权

#### a) 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。债权人有权要求债务人按照合同的约定或者依照法律的规定履行义务。

✓债权概念：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。

104. 债权人无正当理由拒绝债务人履行义务，债务人将履行的标的物向有关部门提存的，应当认定债务已经履行。因提存所支出的费用，应当由债权人承担。提存期间，财产收益归债权人所有，风险责任由债权人承担。

#### b) 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

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

**第八十八条** 合同的当事人应当按照合同的约定，全部履行自己的义务。

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

(一) 质量要求不明确的，按照国家质量标准履行，没有国家质量标准的，按照通常标准履行。

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

(三) 履行地点不明确，**给付货币的**，在接受给付一方的所在地履行，**其他标的**在履行义务一方的所在地履行。(zhangsf110: 合同法 62 中还细分了交付不动产的情况，“**交付不动产的，在不动产所在地履行**”)

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

合同对专利申请权没有约定的，完成发明创造的当事人享有申请权。

合同对科技成果的使用权没有约定的，**当事人都有使用的权利**。(zhangsf110: 可以比较合同法“第六十二”条的规定)

**第九十一条** 合同一方将合同的权利、义务全部或者部分转让给第三人的，应当取得合同另一方的同意，并不得牟利(zhangsf110: 简直落伍!)。依照法律规定应当由国家批准的合同，需经原批准机关批准。但是，法律另有规定或者原合同另有约定的除外。

(网络大搜索它上之石: **转让合同是否可以牟利?**---我国《民法通则》第九十一条明文规定: 合同转让不得牟利。在计划经济时代, 转让合同牟利的, 被视为“投机倒把”的行为, 是绝对予以禁止的。但是随着社会的发展, 特别是经济体制的改革, 使得这种束缚早已被市场经济打破。合同转让牟利的现象, 已司空见惯。对此, 法律似乎也无能为力, 因为这种转让牟利似乎也对促进经济的发展, 加快商品流通速度有着积极的促进作用, 而且, 在排除牟利暴利的情形下, 转让者与受让者之间是一个愿打, 一个愿挨, 当事人之间的这种意志表达自由而且真实, 又没有对国家利益、公共利益、他人利益造成损害, 似乎没有否定其效力的必要。

对此, 《担保法》则作出了相对松动的规定, 允许当事人以债仅作为质押的标的。这也就意味着, 债仅可以作为交易的对象。既然是交易, 当然可以牟利了。从《担保法》的立法精神来看, 虽然它没有相对明确的表述, 但对“合同转让不得牟利”是已经突破了它本有的涵义了。同时, 允许合同的有偿转让, 是符合合同法鼓励、促进交易的价值目标的。

所以, 合同转让是可以牟利的。但不得牟取暴利。)

1 1 8. 出租人出卖出租房屋, 应提前三个月通知承租人, 承租人在同等条件下, 享有优先购买权; 出租人未按此规定出卖房屋的, 承租人可以请求人民法院宣告该房屋买卖无效。

1 1 9. 承租户以一人名义承租私有房屋, 在租赁期内, 承租人死亡, 该户共同居住人要求按原租约履行的, 应当准许。

私有房屋在租赁期内, 因买卖、赠与或者继承发生房屋产权转移的, 原租赁合同对承租人和新房主继续有效。

未定期租, 房主要求收回房屋**自住**的, 一般应当准许。承租人有条件搬迁的, 应责令其搬迁; 如果承租人搬迁确有困难的, 可给一定期限让其找房或者腾让部分房屋。

1 2 0. 在房屋出典期间或者典期届满时, 当事人之间约定延长典期或者增减典价的, 应当准许。承典人要求出典人高于原典价回赎的, 一般不予支持。以合法流通物作典价的, 应当按照回赎时市场零售价格折算。

1 2 8. 公民之间赠与关系的成立, 以赠与物的交付为准。赠与房屋, 如根据**书面赠与合同**办理了**过户手续**的, 应当认定赠与关系成立; 未办理过户手续, 但赠与人根据书面赠与合同已将产权证书交与受赠人, **受赠人根据赠与合同已占有、使用该房屋的**, 可以认定赠与有效, 但应令其补办过户手续。

1 2 9. 赠与人明确表示将赠与物赠给未成年人个人的, 应当认定该赠与物为未成年人的个人财产。

1 3 0. 赠与人为了**逃避应履行的法定义务**, 将自己的财产赠与他人, 如果**利害关系人主张权利的**, 应当认定**赠与无效**。

c) **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

侵权行为的构成要件: 1) 损害事实; 2) 损害与行为间的因果关系; 3) 行为的违法性; 4)

行为人的[主观过错]。

(几种特殊的侵权行为—无过错责任、过错推定, 第 121-127 条。或刘心稳 p31-32)

✓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]

第一百一十七条 侵占国家的、集体的财产或者他人财产的, 应当返还财产, 不能返还财产的, 应当折价赔偿。

损坏国家的、集体的财产或者他人财产的, 应当恢复原状或者折价赔偿。

受害人因此遭受其他重大损失的, 侵害人并应当赔偿损失。

第一百一十八条 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。

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

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

法人的名称权、名誉权、荣誉权受到侵害的, 适用前款规定。

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

[无过错责任] 第一百二十二条 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。

[过错推定] 第一百二十三条 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。

[无过错责任] 第一百二十四条 违反国家保护环境防止污染的规定, 污染环境造成他人损害的, 应当依法承担民事责任。

[无过错责任] 第一百三十三条 无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的, 由监护人承担民事责任。监护人尽了监护责任的, 可以适当减轻他的民事责任。

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

[过错推定] 第一百二十五条 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。

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

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

d) **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

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

1 3 1. 返还的不当利益, 应当包括原物和原物所生的孳息。利用不当得利所取得的其他利益, 扣除劳务管理费用后, 应当予以收缴。

网络补充“收缴”的意思是“上缴国库”: 最高人民法院《民通意见》对不当得利返还范围的解释, 并未区别受益人为善意或恶意, 而是规定: 返还的不当利益, 应当包括原物和原物所生的孳息; 利用不当得利所取得的其他利益, 扣除劳务和管理费后, 应当予以收缴。依据该解释, 不当得利返还义务的范围仅限于原物及孳息, 其他[收益上缴国家]。

●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。（(2)、(3)可合并为“因其获利致使他人遭受损失”）
- ✓(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（zhangsf110 理解：这是基于受害人的行为而产生）。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。
- e) **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
- f) **债权人**：在债的法律关系中享有权利的人
- g) **债务人**：指在债的法律关系中负有义务的人
- h) **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。
- i) **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。
- j) **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
  - 第八十六条 【共同债权债务】债权人为二人以上的，按照确定的份额分享权利。债务人为二人以上的，按照确定的份额分担义务。
  - 第八十七条 【连带权利和义务】债权人或者债务人一方人数为二人以上的，依照法律的规定或者当事人的约定，享有连带权利的每个债权人，都有权要求债务人履行义务；负有连带义务的每个债务人，都负有清偿全部债务的义务，履行了义务的人，有权要求其他负有连带义务的人偿付他应当承担的份额。
- k) **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，当债务人不履行债务时，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（刘心稳 p38）：一般保证（强制执行后）；连带保证（强制执行前）
  - 第八十九条 【债务担保】依照法律的规定或者按照当事人的约定，可以采用下列方式担保债

务的履行：

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

1 0 6. 保证人应当是具有代偿能力的公民、企业法人以及其他经济组织。保证人即使不具备完全代偿能力，仍应以自己的财产承担保证责任。

国家机关不能担任保证人。

1 0 7. 不具有法人资格的企业法人的分支机构，以自己的名义对外签订的保证合同，一般应当认定无效。但因此产生的财产责任，分支机构如有偿付能力的，应当自行承担；如无偿付能力的，应由企业法人承担。

1 0 8. 保证人向债权人保证债务人履行债务的，应当与债权人订立书面保证合同，确定保证人对主债务的保证范围和保证期限。虽未单独订立书面保证合同，但在主合同中写明保证人的保证范围和保证期限，并由保证人签名盖章的，视为书面保证合同成立。公民间的口头保证，有两个以上无利害关系人证明的，也视为保证合同成立，法律另有规定的除外。

保证范围不明确的，推定保证人对全部主债务承担保证责任。

1 0 9. 在保证期限内，保证人的保证范围，可因主债务的减少而减少。新增加的债务，未经保证人同意担保的，保证人不承担保证责任。

1 1 0. 保证人为二人以上的，相互之间负连带保证责任。但是保证人与债权人约定按份承担保证责任的除外。

1 1 1. 被担保的经济合同确认无效后，如果被保证人应当返还财产或者赔偿损失的，除有特殊约定外，保证人仍应承担连带责任。

●**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”（=死押？）

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

1 1 2. 债务人或者第三人向债权人提供抵押物时，应当订立书面合同或者在原债权文书中写明。没有书面合同，但有其他证据证明抵押物或者其权利证书已交给抵押权人的，可以认定抵押关系成立。

1 1 3. 以自己不享有所有权或者经营管理权的财产作抵押物的，应当认定抵押无效。

以法律限制流通的财产作为抵押物的，在清偿债务时，应当由有关部门收购，抵押权人可以从价款中优先受偿。

1 1 4. 抵押物在抵押权人保管期间灭失、毁损的，抵押权人如有过错，应当承担民事责任。

抵押物在抵押人处灭失、毁损的，应当认定抵押关系存在，并责令抵押人以其他财产代替抵押物（zhangsf110:谁保管抵押物谁负责）。

1 1 5. 抵押物如由抵押人自己占有并负责保管，在抵押期间，非经债权人同意，抵押人将同一抵押物转让给他人，或者就抵押物价值已设置抵押部分再作抵押的，其行为无效。

债务人以抵押物清偿债务时，如果一项抵押物有数个抵押权人的，应当按照设定抵押权的先后顺序受偿。

1 1 6. 有要求清偿银行贷款和其他债权等数个债权人的，有抵押权的债权人应享有优先受偿的权利。法律、法规另有规定的除外。

●**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

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

●**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，无权要求返还；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

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

- 质押**：指债务人或者第三人将其**动产（zhangsf110：或权利）**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”。（zhangsf110：为便于理解，这是从网上搜索到的关于抵押的物上代位性：比如 你有辆车抵押给银行 作为担保 如果你的车在车祸中毁损了 就是物本身没有了 但车子的补偿款和赔偿金等 要提存继续作为担保 这就是物上代位性。）

- 1) **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）

#### 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**等。（传统上为**(1)、(2)和(3)**三大类）

#### 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。（zhangsf110：需要特别注意的是，通则99规定，企业法人、个体工商户、个人合伙有权使用、依法转让自己的名称。除依法规定的以外，人身权不能转让。来源：杨立 P402。我理解此名称权的转让可能属于这种法律规定的例外的情况。）
- 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。

## 2. 民事法律行为

### 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。

【zhangsf110：为理解“民事法律行为”特补充网络资料——民事法律行为的分类。民事法律行为，按不同标准可以进行不同分类，相应地，它们各自的构成要件、具体内容也是不同的。

#### 一、单方民事法律行为和双方民事法律行为

这一分类的标准是民事法律行为所需的意思表示构成。

##### (一) 单方民事法律行为

单方民事法律行为是基于一方当事人的意思表示即可成立的民事法律行为。比如，立遗嘱、委托授权、放弃继承、追认无权代理等行为，都属于单方民事法律行为。只要有行为人的一方意思表示就依法成立，不需要征得他人的同意。

##### (二) 双方民事法律行为

双方民事法律行为是基于双方当事人的意思表示一致而成立的民事法律行为。其特点是必须存在各方当事人的各自意思表示，而且要一致的，仅有一方当事人的孤立的意思表示，或者双方各自虽然都有意思表示，但是，彼此不能一致的，均不成立双方民事法律行为。各种签约行为、联营行为都属于双方民事法律行为。

除了法律另有规定以外，单方民事法律行为自行为人独立表达其意思时即可成立，而双方民事法律行为则自双方当事人意思表示一致时成立。

## 二、单务民事法律行为和双务民事法律行为

这一分类的标准是当事人之间民事权利和民事义务的构成

### （一）单务民事法律行为

单务民事法律行为是指民事法律行为的一方当事人负有义务，而另一方当事人仅享有权利。比如，赠与行为中的赠与人与受赠人负有交付赠与物的义务，而受赠人则享有请求赠与人交付赠与物的权利。

### （二）双务民事法律行为

双务民事法律行为则是指民事法律行为的双方当事人均承担义务，也都享有权利，而且，彼此的权利和义务相互关联、互为条件，一方的义务就是另一方的权利。比如买卖合同中出卖人和买受人的权利和义务就是相互对应的。相比较而言，双务民事法律行为的当事人在行使权利和履行义务的过程中，适用同时履行抗辩权（合同法第 66 条）、不安抗辩权（合同法第 68 条和第 69 条）等制度予以调整。而单务民事法律行为的履行则无需适用这些具体制度。

## 三、有偿民事法律行为和无偿民事法律行为

这一分类的标准是民事法律行为的一方当事人承担义务是否要求对方给付对价。

### （一）有偿民事法律行为

有偿民事法律行为是一方当事人承担某项民事义务而要求对方当事人给付对价（报酬）的法律行为，比如买卖合同就是典型的有偿民事法律行为。

### （二）无偿民事法律行为

无偿民事法律行为则指一方当事人承担某项民事义务而不要求对方当事人给予对价的法律行为。它以赠与为代表。

在社会生活实施中，大多数民事法律行为都属于有偿民事法律行为，而存在于特定民事领域中的少数民事法律行为是无偿民事法律行为。相应地，民事立法对于有偿民事法律行为和无偿民事法律行为的调整规则就不尽相同。尤其是当事人在民事法律行为依法所应承担的法律责任是不同的，在一般意义上，有偿民事法律行为当事人的法律责任重于无偿民事法律行为的当事人。比如，对于标的物的质量和权利所承担的瑕疵担保责任是买卖合同的出卖人必须承担的，而赠与合同中的赠与人则一般不承担赠与物的瑕疵担保责任，除非是赠与人故意不告知瑕疵的，才承担民事赔偿责任。

## 四、诺成性民事法律行为和实践性民事法律行为

这一分类的标准是民事法律行为的成立是否以交付实物为条件。

### （一）诺成性民事法律行为

诺成性民事法律行为是指仅以双方当事人意思表示一致即告成立的民事法律行为。大多数民事法律行为都是诺成性的。如买卖、承揽、租赁等。

### （二）实践性民事法律行为

实践性民事法律行为则是指不仅要求双方当事人意思表示一致，而且要交付实物才能成立的法律行为。又称要物民事法律行为，比如赠与、借贷等行为。其中，交付实物的行为是此类民事法律行为成立的条件。

由此可见，诺成性民事法律行为与实践性民事法律行为各自成立的条件是不同的。前者自双方当事人意思表示一致时成立，而后者则必须是以双方当事人意思表示一致，并且依法或依约定交付实物时才成立。应当注意，交付实物的行为在这两类民事法律行为中具有不同的法律意义。其在诺成性民事法律行为中只是自民事法律行为成立之后的履行行为。而其在实践性民事法律行为中则是民事法律行为成立所需的条件。

## 五、要式民事法律行为和不要式民事法律行为

这一分类标准是民事法律行为的成立是否必须采用特定形式。

### （一）要式民事法律行为

要式民事法律行为是指必须采用某种特定的形式才能成立的民事法律行为。正如民法通则第 56 条规定的：“法律规定用特定形式的，应当依照法律规定”比如，根据我国《担保法》的规定，保证合同、质押合同均应采用书面形式，而抵押合同则不仅要用书面形式，而且要向法定登记机关办理抵押登记。

### （二）不要式民事法律行为

不要式民事法律行为是指法律没有规定特定形式而允许当事人选择约定形式的民事法律行为。



随着我国社会主义市场经济的发展，不要式民事法律行为的适用范围日益普遍，而要式民事法律行为则只适用于特定的情况下，从而只要法律没有对行为的形式直接规定必须采用特定形式的，就都属于不要式民事法律行为。当事人可以协商确定采用书面形式（包括合同书、信件、数据电文等有形表现其行为内容的形式）、口头形式或者其他形式。】

### 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。

(zhangsf110: 没说第三人! 比较无效的民事行为。)

### 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。

(张---比较民事行为有效要件：(一) 行为人具有相应的民事行为能力；(二) 意思表示真实；(三) 不违反法律或者社会公共利益。可知也应包括不得第三人利益。)

#### ● 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。（诉讼时效和除斥期间：1. 诉讼时效和除斥期间的法律后果都表现为某种权利的消灭，但是，诉讼时效所消灭的是权利人享有的胜诉权，而除斥期间则消灭的是权利人享有的实体民事权利本身，如追认权、撤销权、解除权等。2. 两者的期间不同，虽然诉讼时效和除斥期间都以一定事实状态存续一定时间为内容。但是，诉讼时效是可变期间，适用中止、中断或延长的规定，而除斥期间则一般是不变期间。不因任何事由而中止、中断或者延长。）

第六十条 民事行为部分无效，不影响其他部分的效力的，其他部分仍然有效。

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

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

## ●效力待定的民事行为

### (一)效力待定民事行为的概念

效力待定的民事行为是指由于欠缺同意权人的事前同意，因此法律行为是否有效暂时不能确定，有待于该同意权人的追认，若该同意权人追认的法律行为确定生效，否则成为确定无效的表意行为。

### (二)特征

**法律行为已经成立，是否生效还不能确定。**

**之所以是否生效不能确定，其原因是欠缺了同意权人的同意。**

**若同意权人同意则该行为确定有效。否则溯及自始无效。**

### (三)效力待定民事行为的类型

**无权处分行为。**无权处分行为是指是无处分权人以自己名义对他人权利标的所为之处分行为，该行为若经有权利人同意，效力溯自处分之时起有效；若有权利人不同意，则效力确定为无效。

**欠缺代理权的代理行为。**无代理人所为之“代理行为”对本人是没有效力的，但若本人事后追认，就成为名正言顺的“代理行为”，对本人发生效力；若本人否认，则该行为对行为人生效。在本人承认与否认前，该行为的效力处于不确定状态。（第六十六条 **没有代理权、超越代理权或者代理权终止后的行为**，只有经过被代理人的追认，被代理人承担民事责任。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。）

**限制行为能力人待追认的行为。**限制民事行为能力人订立了**其不能独立订立的合同**，这类行为若获法定代理人追认，即变为有效法律行为，反之，则为无效民事行为。（zhangsf110：但是通则 58，限制民事行为能力人依法不能独立实施的民事行为无效。注意区别。）

**债权人同意之前的债务承担。**债务承担是债的效力不变而由第三人承受债务的民事行为。由于债务承担的效果是更换债务人，而新债务人的清偿能力影响到债权人利益，故债务承担须经债权人同意始对债权人生效，在债权人同意之前，债务承担行为处于效力不确定状态。

### (四)效力待定民事行为的效果

#### 追认权。

追认权的性质。追认权在性质上也属于**形成权**。

追认权（或形成权）的归属。①在无权处分中追认权归属于处分权人（所有权人）；②在无权代理中追认权由被代理人享有；③在限制行为能力人订立合同的情形中，追认权人是其法定代理人；④在债权人同意之前的债务承担中追认权由债权人享有。

追认。追认是追认权人实施的使他人效力待定行为发生效力的补助行为。由于追认权是形成权，所以追认属于单方民事行为，于意思表示完成时生效，其作用在于补助效力待定行为所欠缺的法律要件。

效力待定的法律行为经追认权人追认确定有效，其效果完全与有效法律行为相同。若追认权人拒绝追认则法律行为确定地溯及成立时无效。

另外须注意的是，**无权处分之处分人于处分行为实施后取得处分权的，该行为确定有效；限制行为能力人取得完全行为能力后，则由其自行享有追认权。**

**催告权。**效力待定之民事行为的相对人享有催告权，即定一个期限让追认权人追认，**若逾期没有追认的则视为拒绝，法律行为确定无效。**

《合同法》第 47 条第 2 款规定：相对人可以催告法定代理人在 **1 个月内** 予以追认。法定代理人未作表示的，视为拒绝追认。**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。**第 48 条第 2 款规定：相对人可以催告代理人在 1 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**。根据规定，相对人催促追认权人行使追认权时，可以给予 **1 个月**

的追认期间，若在此期间不追认的，视为拒绝追认。

**撤销权。**效力待定行为的相对人在追认权人追认之前可以撤销其意思表示，此时法律行为也会因此而无效。撤销权的法律要件是：①撤销权的发生须在追认权人未予追认前，追认权一旦行使，效力待定行为已生效，相对人不得行使该项撤销权。②撤销之意思必须以明示的方式作出。③**相对人须为善意**，即对效力待定行为欠缺生效要件没有过失。

## 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 and 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。（zhangsf110：注意这里提到三种代理，但没有说三种代理人，只提到**法定代理人和委托代理人**，没有提“指定代理人”这样的概念，民法中也仅将代理人分为法定代理人和委托代理人。）

78. 凡是依法或者依双方的约定必须由本人亲自实施的民事行为，本人未亲自实施的，应当认定行为无效。

79. 数个委托代理人共同行使代理权的，如果其中一人或者数人未与其他委托代理人协商，所实施的行为侵害被代理人权益的，由实施行为的委托代理人承担民事责任。

被代理人人数时，其中一人或者数人未经其他被代理人同意而提出解除代理关系，因此，造成损害的，由提出解除代理关系的被代理人承担。

### ●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**（zhangsf110：这是刘心稳的表述，我认为享有有利的结果可称为“权利”，若承担不利的后果则应称为“义务”，因此将“后果”用“结果”更贴切。）
- ✓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

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

### ●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—表见代理）

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

80. 由于急病、通讯联络中断等特殊原因，委托代理人自己不能办理代理事项，又不能与被代理人及时取得联系，如不及时转托他人代理，会给被代理人的利益造成损失或者扩大损失的，属于民法通则第六十八条中的“紧急情况”。

### ●代理关系的消灭 第69、70条

✓第六十九条【委托代理终止】有下列情形之一的，委托代理终止：

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

✓被代理人（zhangsfl10：与69.5相比，这里是自然人）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。

《最高人民法院关于贯彻执行<中华人民共和国民法通则>若干问题的意见》

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

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

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

## 3. 民事责任

### 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担的不利法律后果（民事责任的特征：1.民事责任是一种不利的法律后果；2.民事责任是不履行民事义务的后果。）

- ✓ **违约（即违反合同）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）

### 民事责任的分类(违反合同的民事责任、侵权的民事责任)

#### ● **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。（“解除”≠“撤销”？）

第一百一十一条 **【违约责任】**当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定条件的，另一方有权要求履行或者采取补救措施，并有权要求赔偿损失。

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

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

第一百一十三条 **【双方违约的责任】**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。

第一百一十四条 **【防止损失扩大义务】**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。

第一百一十五条 **【合同变更解除不影响损失赔偿请求】**合同的变更或者解除，不影响当事人要求赔偿损失的权利。

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

#### ● **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**。

第一百一十七条 **【返还财产和赔偿损失】**侵占国家的、集体的财产或者他人财产的，应当**返还财产**，不能返还财产的，应当**折价赔偿**。

损坏国家的、集体的财产或者他人财产的，应当**恢复原状或者折价赔偿**。

受害人因此遭受其他重大损失的，侵害人并应当赔偿损失。

第一百一十八条 **【停止侵害，消除影响和赔偿损失】**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。

第一百一十九条 **【人身损害赔偿】**侵害公民身体造成损害的，应当赔偿医疗费、因误工减少的收入、残废者生活补助费等费用；造成死亡的，并应当支付丧葬费、死者生前扶养的人必要的生活费等费用。

1 4 3. 受害人的误工日期，应当按其实际损害程度、恢复状况并参照治疗医院出具的证明或者法医鉴定等认定。赔偿费用的标准，可以按照受害人的工资标准或者实际收入的数额计算。

受害人是承包经营户或者个体工商户的，其误工费的计算标准，可以参照受害人一定期限内的平均收入酌定。如果受害人承包经营的种植、养殖业季节性很强，不及时经营会造成更大损失的，除受害人应当采取措施防止损失扩大外，还可以裁定侵害人采取措施防止扩大损失。

1 4 4. 医药治疗费的赔偿，一般应以所在地治疗医院的诊断证明和医药费、住院费的单据为凭。应经医务部门批准而未获批准擅自另找医院治疗的费用，一般不予赔偿；擅自购买与损害无关的药品或者治疗其他疾病的，其费用则不予赔偿。

1 4 5. 经医院批准专事护理的人，其误工补助费可以按收入的实际损失计算。应得奖金一般可以计算在应赔偿的数额内。本人没有工资收入的，其补偿标准应以当地的一般临时工的工资标准为限。

1 4 6. 侵害他人身体致使其丧失全部或者部分劳动能力的，赔偿生活补助费一般应补足到不低于当地居民基本生活费的标准。

1 4 7. 侵害他人身体致人死亡或者丧失劳动能力的，依靠受害人实际扶养而又没有其他生活来源的人要求侵害人支付必要生活费的，应当予以支持，其数额根据实际情况确定。

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

法人的名称权、名誉权、荣誉权受到侵害的，适用前款规定。

1 4 9. 盗用、假冒他人名义，以函、电等方式进行欺骗或者愚弄他人，并使其财产、名誉受到损害的，侵权人应当承担民事责任。

1 5 0. 公民的姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权和法人的名称权、名誉权、荣誉权受到侵害，公民或者法人要求赔偿损失的，人民法院可以根据侵权人的过错程度、侵权行为的具体情节、后果和影响确定其赔偿责任。

1 5 1. 侵害他人的姓名权、名称权、肖像权、名誉权、荣誉权而获利的，侵权人除依法赔偿受害人的损失外，其非法所得应当予以收缴。（张理解：赔偿受害人之后还有剩余的上缴国家。）

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

1 5 2. 国家机关工作人员在执行职务中，给公民、法人的合法权益造成损害的，国家机关应当承担民事责任。

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

1 5 3. 消费者、用户因为使用质量不合格的产品造成本人或者第三人人身伤害、财产损失的，受害人可以向产品制造者或者销售者要求赔偿。因此提起的诉讼，由被告所在地或侵权行为地人民法院管辖。

运输者和仓储者对产品质量负有责任，制造者或者销售者请求赔偿损失的，可以另案处理，也可以将运输者和仓储者列为第三人，一并处理。

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

1 5 4. 从事高度危险作业，没有按有关规定采取必要的安全防护措施，严重威胁他人人身、财产安全的，人民法院应当根据他人的要求，责令作业人消除危险。

第一百二十四条 **【环境污染致损责任】**违反国家保护环境防止污染的规定，污染环境造成他

人损害的，应当依法承担民事责任。

第一百二十五条 【地面施工致人损害责任】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。

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

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

### 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。

#### 承担民事责任的方式及其适用 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。

#### 民事责任的归责原则（又见2.3侵权之债）

刘心稳对归责原则的分类与此有出入：归责原则由过错责任原则、推定过错责任原则、不问过错原则（又称无过错原则）、公平责任原则等构成。一般侵权责任适用过错责任原则，是四个原则中的主要规则，其他原则都是补充过错责任原则不能公正解决特殊问题的。

#### ●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。

#### ●过错推定原则

- ✓行为人不能证明自己无过错的情况下推定行为人有过错。
- ✓适用情形有（刘心稳）：第一类---高度危险作业致人损害的侵权行为（条123）、第二类---地面施工致人损害的侵权行为（条125）
- ✓第一百二十三条 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。
- ✓第一百二十五条 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。
- ✓第一百二十六条 建筑物或者其他设施以及建筑物上的搁置物、悬挂物发生倒塌、脱落、坠落造成他人损害的，它的所有人或者管理人应当承担民事责任，但能够证明自己没有过错的除外。
- ✓医疗过失致人损害的侵权诉讼

#### ●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。

- ✓无过错原则主要适用于：第一类---公务侵权行为（条 121）、第二类---产品不合格致人损害、第三类---环境污染致人损害的侵权行为（条 124）、第四类---动物致人损害的侵权行为、第五类---被监护人致人损害的行为（条 133）
- ✓第一百二十一条 国家机关或者国家机关工作人员在执行职务，侵犯公民、法人的合法权益造成损害的，应当承担民事责任。
- ✓第一百二十二条 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。
- ✓第一百二十四条 违反国家保护环境防止污染的规定，污染环境造成他人损害的，应当依法承担民事责任。
- ✓第一百二十七条 饲养的动物造成他人损害的，动物饲养人或者管理人应当承担民事责任；由于受害人的过错造成损害的，动物饲养人或者管理人不承担民事责任；由于第三人的过错造成损害的，第三人应当承担民事责任。
- ✓第一百三十三条 无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的，由监护人承担民事责任。监护人尽了监护责任的，可以适当减轻他的民事责任。  
有财产的无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的，从本人财产中支付赔偿费用。不足部分，由监护人适当赔偿，但单位担任监护人的除外。

#### ●公平责任原则—第 132 条

- ✓公平责任原则是指致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）

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

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

1 5 5. 因堆放物品倒塌造成他人损害的，如果当事人均无过错，应当根据公平原则的酌情处理。

1 5 7. 当事人对造成损害均无过错，但一方是在为对方的利益或者共同的利益进行活动的过程由受损害的，可以责令对方或者受益人给予一定的经济补偿。

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

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

1 5 8. 夫妻离婚后，未成年子女侵害他人权益的，同该子女共同生活的一方应当承担民事责任；如果独立承担民事责任确有困难的，可以责令未与该子女共同生活的一方共同承担民事责任。

1 5 9. 被监护人造成他人损害的，有明确的监护人时，由监护人承担民事责任；监护人不明的，由顺序在前的有监护能力的人承担民事责任。

1 6 0. 在幼儿园、学校生活、学习的无民事行为能力的人或者在精神病院治疗的精神病人，受到伤害或者给他人造成损害，单位有过错的，可以责令这些单位适当给予赔偿。

1 6 1. 侵权行为发生时行为人不满十八周岁，在诉讼时已满十八周岁，并有经济能力的，应当承担民事责任；行为人没有经济能力的，应当由原监护人承担民事责任。

行为人致人损害时年满十八周岁的，应当由本人承担民事责任；没有经济收入的，由扶养人垫付，垫付有困难的，也可以判决或者调解延期给付。

#### 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；(2) 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，但有下列例外：
  - (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) 必须是在正在发生的危险；(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。

第一百二十八条 【正当防卫免责】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。

第一百二十九条 【紧急避险免责】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。

1 5 6. 因紧急避险造成他人损失的，如果险情是由自然原因引起，行为人采取的措施又无不当，则行为人不承担民事责任。受害人要求补偿的，可以责令受益人适当补偿。

第一百五十三条 本法所称的“不可抗力”，是指不能预见、不能避免并不能克服的客观情况。

#### 4. 诉讼时效

##### 诉讼时效的期间：

刘心稳：分为一般（普通）诉讼时效（2）、特殊诉讼时效、最长诉讼时效期间（20，法 137）。大多数特殊诉讼时效的期间少于普通诉讼时效（2年）故称短期诉讼时效，但也有少数的特殊诉讼时效的期间长于普通诉讼时效，又称为长期诉讼时效（例如《合同法》规定因国际货物买卖合同和技术进出口合同争议提起诉讼或者申请仲裁的诉讼时效为4年）。

##### ●一般诉讼时效的期间—第 135 条

**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

**第 137 条** 诉讼时效期间从知道或者应当知道权利被侵害时起计算。但是，从权利被侵害之日起超过二十年的，人民法院不予保护。有特殊情况的，人民法院可以延长诉讼时效期间（zhangsf110：特殊情况，见诉讼时效“期间的起算点”）。

1 6 7. 民法通则实施后，属于民法通则第一百三十五条规定的二年诉讼时效期间，权利人自权利被侵害时起的第十年至第二十年期间才知道自己的权利被侵害的，或者属于民法通则第一百三十六条规定的一年诉讼时效期间，权利人自权利被侵害时起的第十九年至二十年期间才知道自己的权利被侵害的，提起诉讼请求的权利，应当在权利被侵害之日起的二十年内行为；超过二十年的，不予保护。

##### ●特殊诉讼时效的期间—第 136、137 条

✓第 136 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(参条例 168)；(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。

1 6 8. 人身损害赔偿的诉讼时效期间，伤害明显的，从受伤害之日起算；伤害当时未曾发现，后经检查确诊并能证明是由侵害引起的，从伤势确诊之日起算。

##### ●期间的起算点—第 137 条

课件：

知道或者应当知道权利受侵害时起算

20年时效的起算点是从侵害之日起算

人身损害赔偿的时效起算点（解释 168）

- ✓第 137 条 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。有特殊情况的，人民法院可以延长诉讼时效期间。
- ✓特殊**债权**情况下的**起算点**：（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，伤害明显从受伤日起算，不明显，从伤势确诊之日起算。**
- ✓补充自张 shj 第一百五十四条 【期间的计算】民法所称的期间按照公历年、月、日、小时计算。

规定按照小时计算期间的，从规定时开始计算。规定按照日、月、年计算期间的，开始的当天不算入，从下一天开始计算。

期间的最后一天是星期日或者其他法定节假日的，以节假日的次日为期间的最后一天。

期间的最后一天的截止时间为二十四点。有业务时间的，到停止业务活动的时间截止。

1 9 8. 当事人约定的期间不是以月、年第一天起算的，一个月为三十日，一年为三百六十五日。

期间的最后一天是星期日或者其他法定节假日，而星期日或者其他法定节假日有变通的，以实际节假日的次日为期间的最后一天。

- 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。（但最长时效“20 年”不适用中止、中断的规定。）

- ✓第 137 条 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。有特殊情况的，人民法院可以延长诉讼时效期间。
- ✓1 6 9. 权利人由于客观的障碍在法定诉讼时效期间不能行使请求权的，属于民法通则第一百三十七条规定的“特殊情况”。
- ✓第 138 条 超过诉讼时效期间，当事人自愿履行的，不受诉讼时效限制。

**诉讼时效的中止** 第 139 条、解释 172

- ✓**法 139**：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。
- ✓**解释 172【其他障碍】**：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，可以认定为因其他障碍不能行使请求权，适用诉讼时效中止。
- ✓**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）。

**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）

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

173. 诉讼时效因权利人主张权利或者义务人同意履行而中断后，权利人在新的诉讼时效期间内，再次主张权利或者义务人再次同意履行义务的，可以认定为诉讼时效再次中断。

权利人向债务保证人、债务人的代理人或者财产代管人主张权利的，可以认定诉讼时效中断。

174. 权利人向人民调解委员会或者有关单位提出保护民事权利的请求，从提出请求时起，诉讼时效中断。经调处达不成协议的，诉讼时效期间即重新起算；如调处达成协议，义务人未按协议所定期限履行义务的，诉讼时效期间应从期限届满时重新起算。

175. 民法通则第一百三十五条（2年）、第一百三十六条规定的诉讼时效期间（1年）可以适用民法通则有关中止、中断和延长的规定。

民法通则第一百三十七条规定的“二十年”诉讼时效期间，可以适用民法通则有关延长的规定，不适用中止、中断的规定。

第一百四十一条 【补充规定】法律对诉讼时效另有规定的，依照法律规定。

170. 未授权给公民、法人经营、管理的国家财产受到侵害的，不受诉讼时效期间的限制。

176. 法律、法规对索赔时间和对产品质量等提出异议的时间有特殊规定的，按特殊规定办理。

177. 继承的诉讼时效按继承法的规定执行。但继承开始后，继承人未明确表示放弃继承的，视为接受继承，遗产未分割的，视为共同共有。诉讼时效的中止、中断、延长，均适用民法通则的有关规定。

## 5. 涉外民事关系的法律适用

**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**。中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同中华人民共和国的民事法律有不同规定的，适用国际条约的规定，但我国声明保留的条款除外。中华人民共和国法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约没有规定的，可以适用国际惯例。

**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）中华人民共和国公民定居国外的，他的民事行为能力可以适用定居国法律。

**涉外不动产的法律适用**—第144条（**不动产所在地法律**）

**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。（zhangsf110：为理解“最密切联系”的含义，作为一般了解参下面涉外解释5。）

✓ **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**。

（涉外解释5 当事人未选择合同争议应适用的法律的，适用与合同有最密切联系的国家或者地区的法律。

人民法院根据最密切联系原则确定合同争议应适用的法律时，应根据合同的特殊性质，以及某一方当事人履行的义务最能体现合同的本质特性等因素，确定与合同有最密切联系的国家或者地区的法律作为合同的准据法。

（一）买卖合同，适用合同订立时卖方住所地法；如果合同是在买方住所地谈判并订立的，或者合同明确规定卖方须在买方住所地履行交货义务的，适用买方住所地法。

（二）来料加工、来件装配以及其他各种加工承揽合同，适用加工承揽人住所地法。

（三）成套设备供应合同，适用设备安装地法。

（四）不动产买卖、租赁或者抵押合同，适用不动产所在地法。

（五）动产租赁合同，适用出租人住所地法。

（六）动产质押合同，适用质权人住所地法。

（七）借款合同，适用贷款人住所地法。

（八）保险合同，适用保险人住所地法。

（九）融资租赁合同，适用承租人住所地法。

（十）建设工程合同，适用建设工程所在地法。

（十一）仓储、保管合同，适用仓储、保管人住所地法。

（十二）保证合同，适用保证人住所地法。

(十三) 委托合同，适用受托人住所地法。

(十四) 债券的发行、销售和转让合同，分别适用债券发行地法、债券销售地法和债券转让地法。

(十五) 拍卖合同，适用拍卖举行地法。

(十六) 行纪合同，适用行纪人住所地法。

(十七) 居间合同，适用居间人住所地法。

如果上述合同明显与另一国家或者地区有更密切联系的，适用该另一国家或者地区的法律。）

#### 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。

#### 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。

#### 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。

#### 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）

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

## 第二节 合同法

## 合同法的适用范围和基本原则

## 合同法的适用范围

**合同的含义（我认为也有适用范围的意思）：**

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、终止民事权利义务的协议。（张比较：**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。）

**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。

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

婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议，适用其他法律的规定。（zhangsf110：这些协议主要包括结婚协议、离婚协议、收养协议、监护协议、遗赠扶养协议等。劳动合同和劳动协议也不受合同法调节，而适用劳动法。是不是解除父子关系协议也属此种情况？）

## 合同法的基本原则

平等原则 自愿原则 公平原则 诚实信用原则 **遵守公益原则** **效力原则**

**平等原则：**

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

（刘心稳）该原则具有三个含义：第一，合同当事人的法律地位一律平等；第二，合同中权利义务对等，即当事人享有权利的同时应当承担义务，双方当事人的权利义务是相应的；第三，合同当事人必须就合同条款充分协商一致，任何一方当事人不得强迫对方接受自己的意志。

**自愿原则：**

**第四条** 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。

（刘心稳）自愿原则具有下列含义：第一，有订与不订合同的自由；第二，有决定与谁订合同的自由；第三，决定合同内容的自由；第四，变更合同的自由；第五，解除合同的自由；第六，追究违约责任以及选择违约处理方式的自由。但是，自愿原则是符合法律法规条件下的自由。

**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（霸王条款）：**

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：**

**第七条** 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。

## 合同的订立

## 合同的形式

书面形式 口头形式 其他形式

**第十条 【合同形式】**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。

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

**书面形式:**

合同书、信件、数据电文

刘心稳: 公证、签证、批准、登记等也属于合同的特殊书面形式。

**口头形式:**

口头形式适用于能及时清结的合同关系。

**其他形式:**

课件: 公证、签证、批准、登记

刘心稳: 一般包括推定形式和默示形式。

**推定形式**是指当事人不直接采用书面或者口头方式进行意思表示, 而是通过实施某种行为来进行意思表示。其特点是当事人不是通过语言文字而是通过积极行为进行意思表示, 其它人只能通过这一行为来推定合同的存在与内容。

(第二十六条 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做出承诺的行为时有效。这是对行为形式的法律认可。)

**默示形式**是指当事人采取默认不语的形式进行意思表示。

合同解释(二) 2 当事人未以书面形式或者口头形式订立合同, 但从双方从事的民事行为能够推定双方有订立合同意愿的, 人民法院可以认定是以合同法第十条第一款中的“其他形式”订立的合同。但法律另有规定的除外。

**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。

**要约和承诺****要约邀请的含义及其效力:****含义**

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

商业广告的内容符合要约规定的, 视为要约。

合同解释(二) 第三条 悬赏人以公开方式声明对完成一定行为的人支付报酬, 完成特定行为的人请求悬赏人支付报酬的, 人民法院依法予以支持。但悬赏有合同法第五十二条规定情形的除外。(zhangsf110: 符合条件的悬赏属于邀约。)

**效力**

要约邀请只是引诱他人向自己发出要约, 至于他人是否向自己发出要约, 在法律上没有意义, 不可能产生合同成立与否的法律后果。因而要约邀请对要约邀请人和相对人没有约束力。

**要约邀请于要约的区别:**

要约邀请不是正式要约, 因为其内容并不具体明确, 它与要约的区别在于要约通常都有特定的对象, 而要约邀请则是对非特定的对象发出的。要约的内容具体、完整、明确, 包括了一项合同的主要内容, 而要约邀请的内容不完整, 只包括了合同的某一项或者某几项内容。要约发出后受要约人一旦在规定的时间内承诺, 合同就成立了, 而要约邀请则旨在吸引对方向自己发出要约。

**要约的含义:**

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

(一) 内容具体确定;

(二) 表明经受要约人承诺, 要约人即受该意思表示约束。要约是希望和他人订立合同的意思表示。

**要约的要件:**

一般认为, 要约应具有下列要件, 才具有效力:

- ✓ (1) 由特定当事人提出;
- ✓ (2) 以订立合同为目的 (或者说具有订立合同的意图);
- ✓ (3) 必须是向相对人发出的意思表示;
- ✓ (4) 内容具体、确定, 并包括合同的主要条款。

合同解释（二）第三条 悬赏人以公开方式声明对完成一定行为的人支付报酬，完成特定行为的人请求悬赏人支付报酬的，人民法院依法予以支持。但悬赏有合同法第五十二条规定情形的除外。

### 要约的效力、撤销、撤回：

#### 要约的效力（法 16）

第十六条 【要约生效】**要约到达受要约人时生效。**

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

#### 要约的撤回（法 17，**生效前**）

第十七条 【要约的撤回】要约可以撤回。撤回要约的通知应当在要约到达受要约人之前或者与要约同时到达受要约人。

#### 要约的撤销（**生效后**，法 18、19）

第十八条 【要约的撤销】要约可以撤销。**撤销要约的通知应当在受要约人发出承诺通知之前到达受要约人。**

第十九条 【要约不得撤销的情形】有下列情形之一的，要约不得撤销：

- （一）要约人确定了承诺期限或者以其他形式明示要约不可撤销；
- （二）受要约人有理由认为要约是不可撤销的，并已经为履行合同作了准备工作。

第二十条 【要约的失效】有下列情形之一的，要约失效：

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

**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：

承诺的有效要件是：

- 承诺必须由受要约人向要约人作出；
- 承诺必须是在要约确定的期限内作出；
- 承诺的内容与要约的内容完全一致；
- 承诺必须表明受要约人决定与要约人订立合同；
- 承诺的形式必须符合要约的规定。

✓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。

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

第二十三条 【承诺的期限】承诺应当在要约确定的期限内到达要约人。

要约没有确定承诺期限的，承诺应当依照下列规定到达：

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

第二十四条 【承诺期限的起算】要约以信件或者电报作出的，承诺期限自**信件载明的日期**或者**电报交发之日**开始计算。**信件未载明日期**的，自投寄该信件的**邮戳日期**开始计算。要约以电话、传真等**快速通讯方式**作出的，承诺期限自**要约到达受要约人时开始计算**。

#### 承诺的效力、承诺的撤回和延迟：

##### **(6) 承诺的效力**

第二十五条 【承诺生效的效力】承诺生效时合同成立。

第二十六条 【承诺生效的时间】承诺通知到达要约人时生效。承诺不需要通知的，根据交易习惯或者要约的要求作出承诺的行为时生效。

采用数据电文形式订立合同的，承诺到达的时间适用本法第十六条第二款的规定。

### (7) 承诺的撤回和延迟

第二十七条 【承诺的撤回】承诺可以撤回。撤回承诺的通知应当在承诺通知到达要约人之前或者与承诺通知同时到达要约人。

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

第二十九条 【承诺的延迟或迟到的承诺】受要约人在承诺期限内发出承诺，按照通常情形能够及时到达要约人，但因其他原因承诺到达要约人时超过承诺期限的，除要约人及时通知受要约人因承诺超过期限不接受该承诺的以外，该承诺有效。

第三十条 【承诺内容的实质性变更】承诺的内容应当与要约的内容一致。受要约人对要约的内容作出实质性变更的，为新要约。有关合同标的、数量、质量、价款或者报酬、履行期限、履行地点和方式、违约责任和解决争议方法等的变更，是对要约内容的实质性变更。

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

（张理解：与要约不同，承诺没有“撤销”之说，因为我认为，承诺一经生效合同即告成立，则能够撤销的只有合同。另外，对撤销合同的限制要大于对要约的撤销。）

## 合同的成立

### 合同成立的要件：

课件：合同成立的要件—（1）两方或多方当事人（主体要件）；（2）主要条款达成合意（内容要件）

同步教程：（1）应有有权订立合同的双方或者多方当事人；（2）应当具备合同最基本的条款；（3）当事人订立合同的意思表示要一致。此外，依照法律规定或者交易习惯以及当事人的特别约定，有些合同的成立还应当具备其他要件，如对于实践合同，交付标的物是合同的必要条件。（我认为，同步教程中的（2）和（3）可以理解为能够合并为课件中的（2）。）

合同解释（二）第一条 当事人对合同是否成立存在争议，人民法院能够确定当事人名称或者姓名、标的和数量的，一般应当认定合同成立。但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。

### 合同成立的时间和地点：

#### 成立的时间：合同成立的时间依合同为要式和不要式合同而有所不同，具体而言：

- ✓ 承诺生效时合同成立
- ✓ 以直接对话方式订立的合同，以承诺人表示承诺的时间为合同成立的时间，如当面洽购物品或者电话要约，均以对方表示承诺的时间为准。
- ✓ 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；签字、盖章有先后的，以最后签字、盖章的时间为合同成立的时间。
- ✓ 当事人采用信件、数据电文等形式订立合同的，在合同成立之前要求签订确认书的，以签订确认书时合同成立。
- ✓ 法律、法规规定应采用书面形式或当事人约定应采用书面形式订立合同，当事人未采用书面形式，但当事人一方已履行了合同的主要义务，对方接受的，合同成立，对方接受履行的时间为合同成立的时间。
- ✓ 签订要式合同，以法律、法规规定的特殊形式要求完成时间为合同成立时间。如房屋买卖合同，以办理完登记的时间为合同的成立时间。

（张补充：要式民事法律行为是指必须采用某种特定的形式才能成立的民事法律行为。正如民法通则第56条规定的：“法律规定用特定形式的，应当依照法律规定”比如，根据我国《担保法》的规定，保证合同、质押合同均应采用书面形式，而抵押合同则不仅要用书面形式，而且要向法定登记机关办理抵押登记。）

成立的地点：合同的成立地点关系到案件的管辖。涉外合同中，合同的成立地点还往往涉及法律的适用，从而可能在实质上影响当事人的权利和义务。可分以下情况：



- ✓ 承诺生效的地点为合同成立的地点。如果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。
- ✓ 采用合同书包括确认书形式订立合同的，双方当事人签字盖章地点为合同的成立地点，签字盖章不在同一地点的，最后签字盖章的地点为合同成立的地点。
- ✓ 合同需要完成特殊的约定或法律形式才能成立的，以完成合同的约定形式或法定形式的地点为合同的成立地点。
- ✓ 当事人对合同成立地点有特别约定的，其约定的地点为合同成立的地点。
- ✓ **合同解释（二）第四条** 采用书面形式订立合同，合同约定的签订地与实际签字或者盖章地点不符的，人民法院应当认定约定的签订地为合同签订地；合同没有约定签订地，双方当事人签字或者盖章不在同一地点的，人民法院应当认定最后签字或者盖章的地点为合同签订地。

张 shj:

第十三条 【订立合同】当事人订立合同，采取要约、承诺方式。

第三十六条 【合同成立的特殊情形】法律、行政法规规定或者当事人约定采用书面形式订立合同，当事人未采用书面形式但一方已经履行主要义务，对方接受的，该合同成立。

第三十七条 【合同成立的特殊情形】采用合同书形式订立合同，在签字或者盖章之前，当事人一方已经履行主要义务，对方接受的，该合同成立。

第三十八条 【国家计划合同】国家根据需要下达指令性任务或者国家订货任务的，有关法人、其他组织之间应当依照有关法律、行政法规规定的权利和义务订立合同。

#### (2) 合同成立的时间

第三十二条 【合同成立的时间】当事人采用合同书形式订立合同的，自双方当事人签字或者盖章时合同成立。

第三十三条 【合同成立的时间】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。

第三十六条 【合同成立的特殊情形】法律、行政法规规定或者当事人约定采用书面形式订立合同，当事人未采用书面形式但一方已经履行主要义务，对方接受的，该合同成立。

第三十七条 【合同成立的特殊情形】采用合同书形式订立合同，在签字或者盖章之前，当事人一方已经履行主要义务，对方接受的，该合同成立。

#### (3) 合同成立的地点

第三十四条 【合同成立的地点】承诺生效的地点为合同成立的地点。

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

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

### 格式条款合同

#### 格式条款合同的含义:

第三十九条 采用格式条款订立合同的，提供格式条款的一方应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务，并采取合理的方式提请对方注意免除或者限制其责任的条款，按照对方的要求，对该条款予以说明。

**格式条款是当事人为了重复使用而预先拟定，并在订立合同时未与对方协商的条款。**

课件:

(一方当事人预先拟订，相对人不特定，条款内容定型化，双方对条款不协商)

(车船票、飞机票、保险单、洗像单、洗衣单)

**格式条款合同的订立规则:**为了平衡当事人的利益，合同法**基于公平原则**，对格式条款的适用作了如下限制性规定:

**提供格式条款一方的义务**

应当遵循公平的原则确定当事人之间的权利和义务，以保证双方当事人的权利义务对等。

**提请对方注意**的义务，即拟定格式条款的一方应当采取**合理的方式**提请对方注意**免除或者限制其责任**的条款。

给予**说明的义务**，即提供格式条款一方对其中有关自己的免责或者限制责任的条款，应当按照对方的要求，对该条款予以说明，让对方明了该条款的含义。

**格式条款无效的情形**

具有合同法第 52 条规定情形的，即（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。

具有合同法第 53 条规定情形的，即造成对方人身伤害的免责条款；因故意或重大过失造成对方财产损失的免责条款。

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条款。

**规定了格式条款的特殊解释规则**

格式条款理解发生争议的，应当按照通常理解予以解释。

对格式条款有两种以上解释的，应当做出不利于提供格式条款一方的解释。

格式条款与非格式条款不一致的，应当采用非格式条款。

合同解释（二）第六条 提供格式条款的一方对格式条款中免除或者限制其责任的内容，在合同订立时采用足以引起对方注意的文字、符号、字体等特别标识，并按照对方的要求对该格式条款予以说明的，人民法院应当认定符合合同法第三十九条所称“采取合理的方式”。

提供格式条款一方对已尽合理提示及说明义务承担举证责任。

合同解释（二）第九条 提供格式条款的一方当事人违反合同法第三十九条第一款关于提示和说明义务的规定，导致对方没有注意免除或者限制其责任的条款，对方当事人申请撤销该格式条款的，人民法院应当支持。

合同解释（二）第十条 提供格式条款的一方当事人违反合同法第三十九条第一款的规定，并具有合同法第四十条规定的情形之一的，人民法院应当认定该格式条款无效。

**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。（zhangsfl110：没有说该格式条款“合同”无效。）

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

第五十二条 **【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。

第五十三条 **【免责条款无效的情形】**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。

**格式条款的解释：**

第四十一条 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。格式条款和非格式条款不一致的，应当**采用非格式条款**。

刘心稳：**通常解释原则**；**不利解释原则**；**非格式条款效力优先规则**。

## 4. 订立合同过程中的责任

(1) 订立合同过程中的**缔约过失**赔偿责任

第四十二条 【**缔约过失，合同前义务**】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。

合同解释(二)第八条 依照法律、行政法规的规定经批准或者登记才能生效的合同成立后，有义务办理申请批准或者申请登记等手续的一方当事人未按照法律规定或者合同约定办理申请批准或者未申请登记的，属于合同法第四十二条第(三)项规定的“其他违背诚实信用原则的行为”，人民法院可以根据案件的具体情况和相对人的请求，判决相对人自己办理有关手续；对方当事人对由此产生的费用和给相对人造成的实际损失，应当承担损害赔偿责任。

(zhangsf110: 合同成立并不必然合同生效)

(2) 订立合同过程中的**保密**责任

第四十三条 【**缔约过失，合同前义务**】当事人在订立合同过程中知悉的商业秘密，无论合同是否成立，不得泄露或者不正当地使用。泄露或者不正当地使用该商业秘密给对方造成损失的，应当承担损害赔偿责任。

**比较：合同后义务**，第九十二条 【**合同的权利义务终止后当事人的附随义务**】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。

**合同的效力****合同的生效**

**一般合同的生效**—第44条第1款：

第四十四条 【**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**第44条第2款、45、46、47、48，解释9（合同成立与合同生效的区别）

解释9 法律、法规规定应当办理批准、登记手续的合同，合同生效时间为办理完毕批准、登记手续的时间。

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，自期限届满时生效。附终止期限的合同，自期限届满时失效。

(解释第九条 依照合同法第四十四条第二款的规定，法律、行政法规规定合同应当办理批准手续才生效，在一审法庭辩论终结前当事人仍未办理批准手续的，或者仍未办理批准、登记等手续的，人民法院应当认定该合同未生效；法律、行政法规规定合同应当办理登记手续，但未规定登记后生效的，当事人未办理登记手续不影响合同的效力，合同标的物所有权及其他物权不能转移。

合同法第七十七条第二款、第八十七条、第九十六条第二款所列合同变更、转让、解除等情形，依照前款规定处理。)

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

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

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

第四十七条 【**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。撤销应当以通知的方式作出。

第四十八条 【**效力待定的合同**】行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立的合

同，未经被代理人追认，对被代理人不发生效力，由行为人承担责任。

相对人可以催告被代理人在一个月内予以追认。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。

### 合同的效力

#### (1) 无效合同第52条，解释4、10：

第五十二条 【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。

解释第四条 合同实施以后，人民法院确认合同无效，应当以全国人大及其常委会制定的**法律**和国务院制定的**行政法规**为依据，**不得以地方性法规、行政规章为依据**。

解释第十条 当事人超越经营范围订立合同，人民法院不因此认定合同无效。但违反国家限制经营、特许经营以及法律、行政法规禁止经营规定的除外。

解释(二)第十四条 合同法第五十二条第(五)项规定的“强制性规定”，是指效力性强制性规定。

解释(二)第十五条 出卖人就同一标的物订立多重买卖合同，合同均不具有合同法第五十二条规定的无效情形，买受人因不能按照合同约定取得标的物所有权，请求追究出卖人违约责任的，人民法院应予支持。

(张，网络大搜索--**效力性强制性规定**的概念：**效力性强制性规定**是与**管理性强制性规定**相对应的，属于强制性规定的**两个分类**。作者总结了几点意见：

①管理性规范是指法律及行政法规未明确规定违反此类规范将导致合同无效的规范。此类规范旨在管理和处罚违反规定的行为，但并不否认该行为在民商法上的效力。例如《商业银行法》第三十九条即属于管理性的强制规范。效力性规定是指法律及行政法规明确规定违反该类规定将导致合同无效的规范，或者虽未明确规定违反之后将导致合同无效，但若使合同继续有效将损害国家利益和社会公共利益的规范。此类规范不仅旨在处罚违反之行为，而且意在否定其在民商法上的效力。因此，只有违反了效力性的强制规范的，才应当认定合同无效。

②如果法律本意不是禁止行为效果的发生，而在于规范人们的行为举止，则为管理性规范。

③如果法律彻底阻止这类行为实施，并且认定合同有效会导致直接损害国家利益的严重后果的，属于效力性规范。如果违反禁止规定时，只会损害一方民事主体利益时，则属于管理性规范。

④如果合同违反的禁止规定只是针对当事人一方的，而且这禁止规定完全是一方作为纪律条款来规定的，则属于管理性规范。) )

第五十三条 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。

#### (2) 可变更、可撤销的合同(第54、55，民法通则解释70、71、72)：

可撤销可变更合同的种类(结合刘欣稳和同步练习)有四种：因重大误解而订立的合同；在订立合同时显失公平的；以欺诈、胁迫订立的合同(zhangsf110：但不损害国家利益)；乘人之危而订立的合同。

第五十四条 【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。(另外，当事人请求撤销的，人民法院可以变更，这种规则，体现了合同法尽量保护交易关系的思想。)

第五十五条 【撤销权的消灭】有下列情形之一的，撤销权消灭：

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

(二)具有撤销权的当事人知道撤销事由后明确表示或者以自己的行为放弃撤销权。

民法通则解释 7 0 一方当事人乘对方处于危难之机，为牟取不正当利益，迫使对方作出不真实的意思表示，严重损害对方利益的，可以认定为乘人之危。

民法通则解释 7 1 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，使行为的后果与自己的意思相悖，并造成较大损失的，可以认定为重大误解。

民法通则解释 7 2 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、等价有偿原则的，可以认定为显失公平。被撤销的民事行为从行为开始起无效。

### (3) 效力待定的合同：

第 47、48、51 条（分别有待法定代理人、被代理人、权利人的追认）（表见代理—第 49、50 条）

✓**限制民事行为能力人依法不能独立订立的合同**。限制民事行为能力人订立的合同，经法定代理人追认后，该合同有效，但纯获利益的合同或者与其年龄、智力、精神健康状况相适应而订立的合同，不必经法定代理人追认。相对人可以催告法定代理人在一个月内予以追认。法定代理人未作表示的，视为拒绝追认。合同被追认之前，善意相对人有撤销的权利。撤销应以通知的方式作出。

✓**无权代理人以他人名义订立的合同**。行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立的合同，未经被代理人追认，对被代理人不发生效力，由行为人承担责任。相对人可以催告被代理人在一个月内予以追认。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的合同**。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。

**第四十七条 【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。撤销应当以通知的方式作出。

**第四十八条 【效力待定的合同】**行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立的合同，未经被代理人追认，对被代理人不发生效力，由行为人承担责任。

相对人可以催告被代理人在一个月内予以追认。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。

**第五十一条 【效力待定的合同】**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。

合同解释（二）第十一条 根据合同法第四十七条、第四十八条的规定，追认的意思表示自到达相对人时生效，合同自订立时起生效。（zhangsf110：追认有溯及以往的效力。）

合同解释（二）第十二条 无权代理人以被代理人的名义订立合同，被代理人已经开始履行合同义务的，视为对合同的追认。

**第四十九条 【表见代理】**行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立合同，相对人有理由相信行为人有代理权的，该代理行为有效。

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

合同解释（二）第十三条 被代理人依照合同法第四十九条的规定承担有效代理行为所产生的责任后，可以向无权代理人追偿因代理行为而遭受的损失。

（张，网络搜索：**表见代表和表见代理**---表见代表是表见代理在法人中的运用，但正如**代表不同于代理**一样，**表见代表也不完全同于表见代理**。表见代表的代表人是法人有机体的组成部分，是法人的代表者，其本身不具有独立的人

格。而表见代理的代理人他有独立的人格,并非隶属于被代理人。况且,表见代表除适用法律行为之外,还可以适用于事实行为,甚至违法行为,而表见代理仅能适用于法律行为。另外,两者由此而导致的法律责任也不尽相同。表见代表的法人代表除应承担民事责任外,还应承担行政责任,甚至刑事责任;而表见代理的越权代理人一般只承担民事责任。这也是我国《合同法》在第49条规定表见代理内容的同时,又在第50条规定表见代表制度有关内容的原因)

#### (4) 无效免责条款 (法 53) :

**第五十三条** 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。

#### (5) 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。

#### (6) 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。

**第五十六条** 【无效或被撤销合同的效力】无效的合同或者被撤销的合同自始没有法律约束力。合同部分无效, 不影响其他部分效力的, 其他部分仍然有效。

**第五十八条** 【合同无效或者被撤销的法律后果】合同无效或者被撤销后, 因该合同取得的财产, 应当予以返还; 不能返还或者没有必要返还的, 应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失, 双方都有过错的, 应当各自承担相应的责任。

**第五十九条** 【合同无效或者被撤销的法律后果】当事人恶意串通, 损害国家、集体或者第三人利益的, 因此取得的财产收归国家所有或者返还集体、第三人。

### 合同的履行

#### 合同履行原则 (全面履行、诚实信用)

**第六十条** 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。

刘心稳:

(1) **全面履行原则**---又称**适当履行原则**或**正确履行原则**, 是指当事人应当按照约定全面履行自己的义务。

(2) **诚实信用履行原则**---第六十条第二款, 有的学者称之为**协作履行原则**。按照这一原则, 当事人除了应当按照约定全面履行合同义务外, 更重要的是强调当事人应当履行依据诚实信用原则所产生的**附属义务**或**附随义务**, 即合同法所规定的**通知、协助、保密等义务**。

同步教程: (1) 实际履行原则; (2) 全面履行原则; (3) 协作履行原则。

我认为, 实际履行原则可以并入全面履行原则, 因此应该以刘心稳或者课件的表述为准。

### 合同的解释

#### 合同的补充协议 (第 61、62 条) :

**第六十一条** 【合同内容的补充】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。

**第六十二条** 【合同内容不明时的履行原则】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** (zhangsf110: 通则 88 无此规定); 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**。(zhangsf110: 可以比较民法通则“第八十八”条的规定。)

**第六十三条【合同价格】** 执行政府定价或者政府指导价的, 在合同约定的交付期限内政府价格调整时, 按照交付时的价格计价。逾期交付标的物的, 遇价格上涨时, 按照原价格执行; 价格下降时, 按照新价格执行。逾期提取标的物或者逾期付款的, 遇价格上涨时, 按照新价格执行; 价格下降时, 按照原价格执行。

### 合同的解释规则 (法 125):

(课件及刘心稳: 文义解释、整体解释、目的解释、习惯解释、诚信解释。此处的合同解释, 仅指有权解释, 即**法院对合同进行的解释**。依据是法 125。)

**第一百二十五条** 当事人对合同条款的理解有争议的, 应当按照**合同所使用的词句**、**合同有关条款**、**合同的目的**、**交易习惯**以及**诚实信用**原则, 确定该条款的真实意思。

合同文本采用两种以上文字订立并约定具有同等效力的, 对各文本使用的词句推定具有相同含义。各文本使用的词句不一致的, 应当根据合同的目的予以解释。

刘心稳: 在解释合同文本、店堂告示、商品广告、优惠券、赠券内容和含义时, 首先应采用法 125 规定的解释方法。如果经解释仍然有两种不同的解释意见, 则应进一步采用第 41 条特殊解释方法的规定。

(第四十一条 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。格式条款和非格式条款不一致的, 应当**采用非格式条款**。)

合同解释(二)第七条 下列情形, 不违反法律、行政法规强制性规定的, 人民法院可以认定为合同法所称“交易习惯”:

- (一) 在交易行为当地或者某一领域、某一行业通常采用并为交易对方订立合同时所知道或者应当知道的做法;
- (二) 当事人双方经常使用的习惯做法。

对于交易习惯, 由提出主张的一方当事人承担举证责任。(zhangsf110: 类似于专利法中的“公知常识”?)

### 合同履行的抗辩权

#### 同时履行抗辩权:

**第六十六条** 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:

**第六十八条** 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。

**第六十九条** 当事人依照本法第六十八条的规定中止履行的, 应当及时通知对方。对方提供适当担保时, 应当恢复履行。中止履行后, 对方在合理期限内未恢复履行能力并且未提供适当担保的, 中止履行的一方可以解除合同。

**第七十条【中止履行】** 债权人分立、合并或者变更住所没有通知债务人, 致使履行债务发生困难的, 债务人可以中止履行或者将标的物提存。

**第七十一条【提前履行】** 债权人可以拒绝债务人提前履行债务, 但提前履行不损害债权人利益的除外。

债务人提前履行债务给债权人增加的费用, 由债务人负担。

**第七十二条【部分履行】** 债权人可以拒绝债务人部分履行债务, 但部分履行不损害债权人利益的除外。

债务人部分履行债务给债权人增加的费用, 由债务人负担。

行使不安抗辩权需满足以下条件:

- 1、基于同一双务合同而互负债务；
- 2、负有先履行义务的一方当事人才能享有不安抗辩权；
- 3、后给付另一方当事人的履行能力明显降低，有不能履行的实际风险。

### 顺序履行抗辩权：

原同步教程称为先履行抗辩权，既在后履行方以相对方应该先履行而未履行为由拒绝履行。“先”“后”很容易搞混，还是用顺序履行抗辩权概念好。

**第六十七条【顺序履行抗辩权】** 当事人互负债务，有先后履行顺序，先履行一方未履行的，后履行一方有权拒绝其履行要求。先履行一方履行债务不符合约定的，后履行一方有权拒绝其相应的履行要求。

### 顺序履行抗辩权的成立要件

根据合同法第 67 条的规定，构成顺序履行抗辩权须符合以下要件：

- (1) 须双方当事人互负债务。
- (2) 两个债务须有先后履行顺序，至于该顺序是当事人约定的，还是法律直接规定的，在所不问。
- (3) 先履行一方未履行债务或其履行不符合约定。先履行一方未履行债务，既包括先履行一方在履行期限届至或届满前未予履行的状态，又包含先履行一方于履行期限届满时尚未履行的现象。履行债务不符合约定，在这里是指迟延履行、瑕疵履行等。

顺序履行抗辩权的成立并行使，产生后履行一方可一时中止履行自己债务的效力，对抗先履行一方的履行请求，以此保护自己的期限利益、顺序利益；在先履行一方采取了补救措施、变违约为适当履行（张理解：即全面履行、正确履行）的情况下，顺序履行抗辩权消失，后履行一方须履行其债务。可见，顺序履行抗辩权属一时的抗辩权。顺序履行抗辩权的行使不影响后履行一方主张违约责任。（张理解：因为你不履行或瑕疵履行在先，给我造成了损失，即使我采取顺序履行抗辩权予以中止偿付我到期债务，我仍有主张你在先违约的责任。）

### 合同履行的保全

#### 代位权：

第 73 条，司法解释 11、12、13 条

**第七十三条【代位权】** 因债务人怠于行使其到期债权（张理解：法 74 撤销权中是“放弃到期债权”），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。

**第十一条** 债权人依照合同法第七十三条的规定提起代位权诉讼，应当符合下列条件：

- (一) 债权人对债务人的债权合法；
- (二) 债务人怠于行使其到期债权，对债权人造成损害；
- (三) 债务人的债权已到期；
- (四) 债务人的债权不是专属于债务人自身的债权。

**第十二条** 合同法第七十三条第一款规定的专属于债务人自身的债权，是指基于扶养关系、抚养关系、赡养关系、继承关系产生的给付请求权和劳动报酬、退休金、养老金、抚恤金、安置费、人寿保险、人身伤害赔偿请求权等权利。

**第十三条** 合同法第七十三条规定的“债务人怠于行使其到期债权，对债权人造成损害的”，是指债务人未履行其对债权人的到期债务，又不以诉讼方式或者仲裁方式向其债务人主张其享有的具有金钱给付内容的到期债权，致使债权人的到期债权未能实现。

#### 撤销权：

第 74、75 条

**第七十四条【撤销权】** 因债务人放弃其到期债权或者无偿转让财产，对债权人造成损害的，债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为。债务人以明显不合理的低价转让财产，对债权人造成损害，并且受让人知道该情形的，债权人也可以请求人民法院撤销债务人的行为。



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

第二十三条 债权人依照合同法第七十四条的规定提起撤销权诉讼的，由被告住所地人民法院管辖。

第二十四条 债权人依照合同法第七十四条的规定提起撤销权诉讼时只以债务人为被告，未将受益人或者受让人列为第三人的，人民法院可以追加该受益人或者受让人为第三人。

第二十五条 债权人依照合同法第七十四条的规定提起撤销权诉讼，请求人民法院撤销债务人放弃债权或转让财产的行为，人民法院应当就债权人主张的部分进行审理，依法撤销的，该行为自始无效。

两个或者两个以上债权人以同一债务人为被告，就同一标的提起撤销权诉讼的，人民法院可以合并审理。

第二十六条 债权人行使撤销权所支付的律师代理费、差旅费等必要费用，由债务人负担；第三人有过错的，应当适当分担。

合同解释（二）第十八条 债务人放弃其未到期债权或者放弃债权担保，或者恶意延长到期债权的履行期，对债权人造成损害，债权人依照合同法第七十四条的规定提起撤销权诉讼的，人民法院应当支持。

合同解释（二）第十九条 对于合同法第七十四条规定的“明显不合理的低价”，人民法院应当以交易当地一般经营者的判断，并参考交易当时交易地的物价部门指导价或者市场交易价，结合其他相关因素综合考虑予以确认。

转让价格达不到交易时交易地的指导价或者市场交易价百分之七十的，一般可以视为明显不合理的低价；对转让价格高于当地指导价或者市场交易价百分之三十的，一般可以视为明显不合理的高价。

债务人以明显不合理的高价收购他人财产，人民法院可以根据债权人的申请，参照合同法第七十四条的规定予以撤销。

第七十五条 【撤销权的消灭】撤销权自债权人知道或者应当知道撤销事由之日起一年内行使。自债务人的行为发生之日起五年内没有行使撤销权的，该撤销权消灭。

## 合同的变更和转让

### 合同的变更

刘心稳：合同变更有两种含义，从广义上讲，合同变更包括合同内容的变更以及合同主体的变更。从狭义上讲，合同的变更仅指合同内容的变更，是指不改变合同的主体，当事人仅就合同内容作修改或者增减。合同主体的变更又称合同的转让，是指在不改变合同内容的情况下，以新的主体代替原合同关系的主体。在此所指合同变更仅指合同内容的变更而不包括合同主体的变更，合同变更是指对原合同内容所作的局部修改，而合同的主体不发生变化，且合同变更的效力不溯及既往。

### 合同变更的条件：

第七十七条 【合同变更的一般规定】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  
合同变更的条件为（按刘心稳，与同步教程不同，两参考资料共有的内容是（1）和（3），因此我认为核心内容）：

- （1）原已存在合同关系；
- （2）原合同不得为无效合同，变更后的合同须为有效合同；
- （3）合同的变更须依法律的规定或当事人的约定。

### 变更内容约定不明的处理：

第七十八条 【合同未变更的推定】当事人对合同变更的内容约定不明确的，推定为未变更。

也可参考同步教程的表述，似乎更全面些：当事人对变更合同未达成一致意见或对合同变更的内容约定不明确的，不发生变更的效力。

刘心稳先生把“合同内容约定不明确时的履行原则”作为“合同变更的内容约定不明的处理”我认为有些不妥，故不予采纳。

### 合同的转让

刘心稳：合同转让是指合同一方将合同的权利和义务全部或者部分地转让给第三者。合同的转让包括合同权利的转让、合同义务的转让以及合同权利义务的概括转让三种形式。合同的转让是在不改变原合同权利义务内容的情况下，合同的主体发生变化。合同转让涉及到原合同当事人之间的关系以及原合同当事人与受让人之间的关系。

### 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。

第 79 条、84、88 条,第 87 条(形式要件)

**第八十七条** 法律、行政法规规定转让权利或者转移义务应当办理批准、登记等手续的,依照其规定。  
合同转让的法律要件:

- (1) 转让前的合同须合法有效;
- (2) 转让人与受让人须就合同的转让达成合意;
- (3) 合同转让须依法进行。合同转让在内容上不得违反法律禁止性和强制性规定,不得损害公共利益,否则,合同转让无效。而且,合同转让的程序上也须合法,包括合同权利的转让,应当通知债务人,如未经通知,该转让对债务人不发生效力;合同义务转让的,应取得债权人的同意,否则无效;依法要求办理批准、登记手续的,办理相关手续后,合同的转让才能生效。

**合同权利的转让:** 第 79 条、第 80、81 条(通知义务、主及附原则)

合同权利的转让是指合同的债权人将合同的权利全部或者部分地转让给第三人的一种合同的转让方式。

**第七十九条** 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。

**第八十条【通知义务】** 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。

**第八十一条【主及附原则】** 债权人转让权利的,受让人取得与债权有关的从权利,但该从权利专属于债权人自身的除外。(zhangsf110: 需要特别注意的是,通则 99 规定,企业法人、个体工商户、个人合伙有权使用、依法转让自己的名称。除依法规定的以外,人身权不能转让。来源: 杨立 P402。我理解此名称权的转让可能属于这种法律规定的例外的情况。另外,应参考“代位权”中列出的解释 12。)

**合同义务的转让:** 第 84、86 条(征得同意、主及附原则)

**第八十四条【债务转移】** 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。

**第八十六条【主及附原则】** 债务人转移义务的,新债务人应当承担与主债务有关的从债务,但该从债务专属于原债务人自身的除外。

**第六十五条** 当事人约定由第三人向债权人履行债务的,第三人不履行债务或者履行债务不符合约定,债务人应当向债权人承担违约责任。

### 合同权利和义务的一并转让:

**第八十八条【当事人通过订立合同而发生】** 当事人一方经对方同意,可以将自己在合同中的权利和义务一并转让给第三人。

**第九十条【根据法律的规定而发生】** 当事人订立合同后合并的,由合并后的法人或者其他组织行使合同权利,履行合同义务。当事人订立合同后分立的,除债权人和债务人另有约定的以外,由分立的法人或者其他组织对合同的权利和义务享有连带债权,承担连带债务。

### 合同的终止(又称合同的消灭)

#### 合同终止的法定事由:

**第 91 条(履行完毕、解除、抵销、提存、免除债务、混同、其他)**

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。

(张理解: 合同被撤销和当事人订立无效合同都不属于合同终止的法定事由,被撤销的合同和无效合同自始即

无效，无开“始”则无所谓“终止”。)

### 合同终止后当事人的义务：

**第 92 条 【合同的权利义务终止后当事人的附随义务，合同后义务】** 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。

解释（二）第二十二條 当事人一方违反合同法第九十二条规定的义务，给对方当事人造成损失，对方当事人请求赔偿实际损失的，人民法院应当支持。

### 合同解除：

刘心稳：合同解除分双方协议解除或一方行使解除权解除两种情况。根据合同自由原则，无论何种原因，当事人双方只要有意愿解除合同，法律都不干预。至于单方行使合同解除权，又可分为法定解除权和约定解除权两种。其中约定解除权的发生原因以及行使方式都在订立合同时由当事人商定。只有当事人没有约定时，才适用法律规定（第 94 条）。合同解除后，不影响当事人请求赔偿的权利以及合同中有关结算和清理条款的效力。

**第 93 条 【约定解除权】** 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。

**第 94 条 【法定解除权】** 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。

**第 96 条** 当事人一方依照本法第九十三条第二款、第九十四条的规定主张解除合同的，应当通知对方。合同自通知到达对方时解除。对方有异议的，可以请求人民法院或者仲裁机构确认解除合同的效力。

法律、行政法规规定解除合同应当办理批准、登记等手续的，依照其规定。

**第 337 条** 因作为技术开发合同标的的技术已经由他人公开，致使技术开发合同的履行没有意义的，当事人可以解除合同。

合同解释（二）第二十四條 当事人对合同法第九十六条、第九十九条规定的合同解除或者债务抵销虽有异议，但在约定的异议期限届满后才提出异议并向人民法院起诉的，人民法院不予支持；当事人没有约定异议期间，在解除合同或者债务抵销通知到达之日起三个月以后才向人民法院起诉的，人民法院不予支持。

### 抵销：

第 99、100 条（互负债务、均到期、债务性质同、通知）

**第九十九条 【法定抵销】** 当事人互负到期债务，该债务的标的物种类、品质相同的，任何一方可以将自己的债务与对方的债务抵销，但依照法律规定或者按照合同性质不得抵销的除外。

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

**第一百條 【约定抵销或合意抵销】** 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。

合同解释（二）第二十三條 对于依照合同法第九十九条的规定可以抵销的到期债权，当事人约定不得抵销的，人民法院可以认定该约定有效。

合同解释（二）第二十四條 当事人对合同法第九十六条、第九十九条规定的合同解除或者债务抵销虽有异议，但在约定的异议期限届满后才提出异议并向人民法院起诉的，人民法院不予支持；当事人没有约定异议期间，在解除合同或者债务抵销通知到达之日起三个月以后才向人民法院起诉的，人民法院不予支持。

### 提存：

提存是指债务人将无法清偿的标的物交由提存机关保存，由此消灭债的关系的合同终止方式。提存只有在法律规定的特定情况下才可适用，否则不产生法律效力。

**第一百零一条【提存的法定条件】** 有下列情形之一的，难以履行债务的，债务人可以将标的物提存：

- (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。

**合同解释（二）第二十五条** 依照合同法第一百零一条的规定，债务人将合同标的物或者标的物拍卖、变卖所得价款交付提存部门时，人民法院应当认定提存成立。

提存成立的，视为债务人在其提存范围内已经履行债务。

**第一百零二条【提存通知】** 标的物提存后，除债权人下落不明的以外，债务人应当及时通知债权人或者债权人的继承人、监护人。（zhangsf110: 根据本条的字面理解，如果债权人下落不明，即使得知其法定继承人和监护人也没有通知义务？见随后的搜索。）

（张，网络搜索：关于提存通知——在提存后，应将提存通知已书送达债权人，各国在立法时通常规定由债务人通知债权人，我国《合同法》第 102 条规定：“标的物提存后，除债权人下落不明的以外，债务人应当及时通知债权人或者债权人的继承人、监护人。”

当然，《合同法》所规定的债务人的通知义务只限于债权人下落不明的以外的情况，在债权人下落不明的情况下应如何通知以及由谁通知，《合同法》没有明确规定。对此情况，国外立法一般都免除债务人的通知义务。如《法国民法典》第 374 条规定：“债务人应立即将提存通知债权人，如不可能为通知者，得免为通知。”本文认为，在债权人下落不明的情况下，应由提存机构履行通知义务，提存机构可依照《中华人民共和国民事诉讼法》有关送达之规定，采取适当的方式将提存通知送达债权人。《公证程序规则》第 53 条第 1 款规定：“公证处办理提存公证，应以通知书或公告方式通知债权人在确定的期限内领取提存标的物。”本文认为，提存受领人不清或下落不明、地址不详或无法送达通知的，公证处自提存之日起 60 日内，以公告方式通知。）

**第一百零三条【提存的法律后果】** 标的物提存后，毁损、灭失的风险由债权人承担。提存期间，标的物的孳息归债权人所有。提存费用由债权人负担。

### 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（刘心稳：但是债权同时为他人权利标的物时，从保护第三人的权益出发，债权不能消灭）。

### 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。（可以联系合同履行的保全中的撤销权：法 74）

### 违约责任

#### 违约行为：

违约行为指当事人（1）不履行合同义务或者（2）履行合同义务不符合约定的行为。

**表现形式**（参同步教程）：

**不履行**：分两种——拒绝履行、履行不能

**履行不符合规定**：可分为迟延履行（调整方法见法 114 款 2）、瑕疵履行等。

**第一百一十一条【瑕疵履行】** 质量不符合约定的，应当按照当事人的约定承担违约责任。对违约责任没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，受损害方根据标的的性质以及损失的大小，可以合理选择要求对方承担修理、更换、重作、退货、减少价款或者报酬等违约责任。

**第一百一十二条** 当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，在履行义务或

者采取补救措施后，对方还有其他损失的，应当赔偿损失。

**第一百一十三条** 当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，给对方造成损失的，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益，但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失。

经营者对消费者提供商品或者服务有欺诈行为的，依照《中华人民共和国消费者权益保护法》的规定承担损害赔偿责任。

**第一百一十四条** 当事人可以约定一方违约时应当根据违约情况向对方支付一定数额的违约金，也可以约定因违约产生的损失赔偿额的计算方法。

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

当事人就迟延履行约定违约金的，违约方支付违约金后，还应当履行债务。

**第一百一十五条** 当事人可以依照《中华人民共和国担保法》约定一方向对方给付定金作为债权的担保。债务人履行债务后，定金应当抵作价款或者收回。给付定金的一方不履行约定的债务的，无权要求返还定金；收受定金的一方不履行约定的债务的，应当双倍返还定金。

**第一百一十六条** 当事人既约定违约金，又约定定金的，一方违约时，对方可以选择适用违约金或者定金条款。（zhangsf110：违约金或定金只能选择一项，本条情况下由受害方有选择权。）

**第一百一十九条** 当事人一方违约后，对方应当采取适当措施防止损失的扩大；没有采取适当措施致使损失扩大的，不得就扩大的损失要求赔偿。

当事人因防止损失扩大而支出的合理费用，由违约方承担。

**第一百二十一条** 当事人一方因第三人的原因造成违约的，应当向对方承担违约责任。当事人一方和第三人之间的纠纷，依照法律规定或者依照约定解决。

**合同解释（二）第二十七条** 当事人通过反诉或者抗辩的方式，请求人民法院依照合同法第一百一十四条第二款的规定调整违约金的，人民法院应予支持。

**合同解释（二）第二十八条** 当事人依照合同法第一百一十四条第二款的规定，请求人民法院增加违约金的，增加后的违约金数额以不超过实际损失额为限。增加违约金以后，当事人又请求对方赔偿损失的，人民法院不予支持。

**合同解释（二）第二十九条** 当事人主张约定的违约金过高请求予以适当减少的，人民法院应当以实际损失为基础，兼顾合同的履行情况、当事人的过错程度以及预期利益等综合因素，根据公平原则和诚实信用原则予以衡量，并作出裁决。

当事人约定的违约金超过造成损失的百分之三十的，一般可以认定为合同法第一百一十四条第二款规定的“过分高于造成的损失”。

**第一百二十二条【违约责任和侵权责任竞合】** 因当事人一方的违约行为，侵害对方人身、财产权益的，受损害方有权选择依照本法要求其承担违约责任或者依照其他法律要求其承担侵权责任。

（zhangsf110：只能选择追究“违约责任”“侵权责任”之一，违约责任和侵权责任见本节末尾网络搜索内容。）

**第一百二十六条【涉外合同的法律适用】** 涉外合同的当事人可以选择处理合同争议所适用的法律，但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。

（张，违约责任和侵权责任的区分：违约责任与侵权责任的区分）

违约责任与侵权责任的竞合是伴随着合同法和侵权法的独立而产生的，它的存在既体现了不法行为的复杂性和多重性，又反映了合同法与侵权法既相互独立又相互渗透的状况。民事责任被主要划分为违约责任和侵权责任两大类，区分的基础是违约行为和侵权行为的分别。直到现在，几乎所有的民法学教科书都是按照这样的体例来展开其关于民事责任的叙述的。

尽管违约责任与侵权责任的竞合不可避免，但竞合现象却不能抹煞两类责任之间的区别，对两类责任的不同选择将极大地影响当事人的权利和义务。违约责任与侵权责任的主要区别在以下几个方面：

（一）**在构成要件上**。我国《合同法》规定的是无过错责任，而侵权行为一般是采用过错责任，仅产品、危险、环境污染、相邻关系等责任为无过错责任。因此，当事人以违约责任为诉讼理由的，无需举证对方有过错；以侵权责任为诉讼理由的，则需证明对方有过错。另外，侵权行为的构成必须以存在损害后果为必要，其所引起的侵权责任也以损害为构成要件，而违约行为和违约责任，与此不同，违约责任除

赔偿损失以损害为构成要件外，其余均不以损害的实际发生为其构成要件。

(二) **在赔偿范围上**。违约责任的损失赔偿额可由当事人在合同中约定，如果没有这种约定，依我国《合同法》的规定，赔偿损失额应当相当于受害人因违约而受的损失，一般只包括直接损失。而在侵权责任中，赔偿范围原则上包括直接损失和间接损失，在侵害人格权时，可进行精神损害赔偿；不法造成他人死亡的，其赔偿范围可扩大到死者所抚养的人的必要的生活费用等。

(三) **在责任方式上**。侵权责任既包括财产责任，如赔偿损失，也包括非财产责任，如消除影响，恢复名誉等；而违约责任主要是财产责任，如强制实际履行，支付违约金等。

(四) **在免责条件上**。违约责任中除了法定的免责条件外，合同当事人还可以事先约定不承担责任的情况。而在侵权责任中，免责条件或原因只能是法定的，当事人不能事先约定免责条件，也不能对不可抗力的范围事先约定。

(五) **在对第三人的责任中有所不同**。违约责任中，如果因第三人的过错致使合同债务不能履行，债务人首先应向债权人负责，然后才能向第三人追偿。而在侵权责任中，行为人仅对因自己的过错致使他人受损害的后果负责。

综上所述，违约责任与侵权责任存在着重要的区别。因此，在责任竞合的情况下，不法行为承担何种责任，将产生不同的法律后果，并严重影响对受害人利益的保护和对不法行为人的制裁。)

### 违约责任的概念：

违约责任又称违反合同的民事责任。

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。

### 违约责任的特征（以刘心稳为准）：

- 1、是当事人不履行或者不完全履行合同的责任；
- 2、违约责任具有补偿性；
- 3、违约责任具有财产性；
- 4、违约责任具有相对性（特定主体之间）。

### 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，主要采用了**过错责任原则**和**无过错原则**（也称**严格责任原则**）两种归责原则。

**我国合同法采用的是无过错责任原则**，指违约发生后确定当事人的责任时，主要考虑违约后果是否是由违约人的行为造成的，而不考虑违约人主观的故意或者过失。但是，适用无过错责任原则，并非在任何情况下，只要债务人不履行债务就要承担赔偿责任的责任。例如合同法 117 中规定因不可抗力不能履行合同的，根据不可抗力的影响，全部或者部分免除，但法律另有规定的除外。

**第六十五条** 当事人约定由第三人向债权人履行债务的，第三人未履行债务或者履行债务不符合约定，债务人应当向债权人承担违约责任。（zhangsf110：比较下面的第 121 条。）

**第一百一十七条【不可抗力】** 因不可抗力不能履行合同的，根据不可抗力的影响，部分或者全部免除责任，但法律另有规定的除外。当事人迟延履行后发生不可抗力的，不能免除责任。

本法所称不可抗力，是指不能预见、不能避免并不能克服的客观情况。

**第一百一十八条【不可抗力】** 当事人一方因不可抗力不能履行合同的，应当及时通知对方，以减轻可能给对方造成的损失，并应当在合理期限内提供证明。

**第一百二十一条** 当事人一方因第三人的原因造成违约的，应当向对方承担违约责任。当事人一方和第三人之间的纠纷，依照法律规定或者依照约定解决。

### 违约责任的承担方式：

**第 107 条（继续履行、损害赔偿、支付违约金、其他补救措施）**

**第一百零七条【实际违约】** 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。

**第一百一十一条【补救措施】** 质量不符合约定的，应当按照当事人的约定承担违约责任。对违约责任没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，受损害方根据标的的性质以及损失的大小，可以合理选择要求对方承担修理、更换、重作、退货、减少价款或者报酬等违约责任。

**第一百一十二条【赔偿损失】** 当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，在履行义务或者采取补救措施后，对方还有其他损失的，应当赔偿损失。

**第一百一十三条【赔偿损失】** 当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，给对方造成损失的，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益，但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失。

经营者对消费者提供商品或者服务有欺诈行为的，依照《中华人民共和国消费者权益保护法》的规定承担损害赔偿责任。（zhangsf110：换句话说，《合同法》不适用本款所述的欺诈行为。）

**第一百一十四条【违约金和损失赔偿数额的确定】** 当事人可以约定一方违约时应当根据违约情况向对方支付一定数额的违约金，也可以约定因违约产生的损失赔偿额的计算方法。

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

当事人就迟延履行约定违约金的，违约方支付违约金后，还应当履行债务。

**第一百一十五条【给付定金】** 当事人可以依照《中华人民共和国担保法》约定一方向对方给付定金作为债权的担保。债务人履行债务后，定金应当抵作价款或者收回。给付定金的一方不履行约定的债务的，无权要求返还定金；收受定金的一方不履行约定的债务的，应当双倍返还定金。

**第一百一十六条【违约金或者定金条款的选择】** 当事人既约定违约金，又约定定金的，一方违约时，对方可以选择适用违约金或者（zhangsf110：是“或者”而不是“和”，两者不同兼选）定金条款。

**第一百一十九条【防止损失扩大的义务】** 当事人一方违约后，对方应当采取适当措施防止损失的扩大；没有采取适当措施致使损失扩大的，不得就扩大的损失要求赔偿。

当事人因防止损失扩大而支出的合理费用，由违约方承担。

**第一百二十一条【因第三人原因违约的责任承担】** 当事人一方因第三人的原因造成违约的，应当向对方承担违约责任。当事人一方和第三人之间的纠纷，依照法律规定或者按照约定解决。

### （违约责任和侵权责任竞合的处理—第 122 条，解释 30）

**第一百二十二条** 因当事人一方的违约行为，侵害对方人身、财产权益的，受损害方有权选择依照本法要求其承担违约责任或者依照其他法律要求其承担侵权责任。（zhangsf110：只能选择其中之一，不能两者兼选。）

解释 30 债权人依照合同法第一百二十二条的规定向人民法院起诉时作出选择后，在一审开庭以前又变更诉讼请求的，人民法院应当准许。对方当事人提出管辖权异议，经审查异议成立的，人民法院应当驳回起诉。（张理解，看来，原来有管辖权的法院有可能因变更了诉讼请求而丧失管辖权。）

### （国际货物买卖合同和技术进出口合同的特殊时效—第 129 条，4 年）

**第一百二十九条** 因国际货物买卖合同和技术进出口合同争议提起诉讼或者申请仲裁的期限为 4 年，自当事人知道或者应当知道其权利受到侵害之日起计算。因其他合同争议提起诉讼或者申请仲裁的期限，依照有关法律的规定。

### （涉外合同的法律适用—第 126 条）

**第一百二十六条** 涉外合同的当事人可以选择处理合同争议所适用的法律，但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。

在中华人民共和国境内履行的中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同，适用中华人民共和国法律。

## 技术合同

### 技术合同的概念

### 技术合同的概念—第 322 条

第三百二十二条 【定义】技术合同是当事人就技术开发、转让、咨询或者服务订立的确立相互之间权利和义务的合同。

技术合同具有以下特征（刘心稳）：

技术合同的标的是技术成果；技术合同的标的不是一般的商品或者劳务，而是一种特殊的商品——技术成果。技术合同环节多，履行期长，价款、报酬或者使用费的计算比较复杂，而且合同的风险性也相对较大；技术合同由多重法律调整。技术合同的标的具有特殊性，不仅适用合同法的有关规定，同时也适用知识产权法的有关规定。

（zhangsfl10：需要注意的是，不同种类的技术合同对合同形式要求不同，技术开发合同、技术转让合同要求书面形式，而技术咨询合同和技术服务合同没有要求。2008 年真题？）

### 订立技术合同的原则：—第 323 条

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：—第 324 条

技术合同的内容由当事人约定，一般包括以下条款：（一）项目名称；（二）标的的内容、范围和要求；（三）履行的计划、进度、期限、地点、地域和方式；（四）技术情报和资料的保密；（五）风险责任的承担；（六）技术成果的归属和收益的分成办法；（七）验收标准和方法；（八）价款、报酬或者使用费及其支付方式；（九）违约金或者损失赔偿的计算方法；（十）解决争议的方法；（十一）名词和术语的解释。

与履行合同有关的技术背景资料、可行性论证和技术评价报告、项目任务书和计划书、技术标准、技术规范、原始设计和工艺文件，以及其他技术文档，按照当事人的约定可以作为合同的组成部分。

技术合同涉及专利的，应当注明发明创造的名称、专利申请人和专利权人、申请日期、申请号、专利号以及专利权的有效期限。

### 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：—第 326 条、328 条

第三百二十六条 职务技术成果的使用权、转让权属于法人或者其他组织的，法人或者其他组织可以就该项职务技术成果订立技术合同。法人或者其他组织应当从使用和转让该项职务技术成果所取得的收益中提取一定比例，对完成该项职务技术成果的个人给予奖励或者报酬。法人或者其他组织订立技术合同转让职务技术成果时，职务技术成果的完成人享有以同等条件优先受让的权利。

职务技术成果是执行法人或者其他组织的工作任务，或者主要是利用法人或者其他组织的物质技术条件所完成的技术成果。

第三百二十八条 完成技术成果的个人有在有关技术成果文件上写明自己是技术成果完成者的权利和取得荣誉证书、奖励的权利。（zhangsfl10：提到了署名权、荣誉权、受奖励的权利，怎么没提到报酬？）

#### 非职务技术成果的使用权和转让权的归属：

第三百二十七条 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。

### 无效的技术合同

第 329 条 【与技术合同订立原则相悖】 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。

技术合同无效时，有过错的一方应向另一方承担法律责任，赔偿对方的损失。双方均无过错的，互负恢复原状的义务。但专利合同被宣布无效的除外，依照专利法的相关规定，专利转让合同或实施许可合同在订立时有效，此后专利技术合同被宣布无效或者被撤销的，只有在专利权人为恶意时或者显失公平时，才负返还价款或者赔偿的责任。

技术合同解释第十条 下列情形，属于合同法第三百二十九条所称的“非法垄断技术、妨碍技术进步”：

（一）限制当事人一方在合同标的技术基础上进行新的研究开发或者限制其使用所改进的技术，或者双方交换



改进技术的条件不对等，包括要求一方将其自行改进的技术无偿提供给对方、非互惠性转让给对方、无偿独占或者共享该改进技术的知识产权；

(二) 限制当事人一方从其他来源获得与技术提供方类似技术或者与其竞争的技术；

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

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

(五) 不合理地限制技术接受方购买原材料、零部件、产品或者设备等的渠道或者来源；(zhangsf110: 看来合理的限制是允许的，例如，为了保证技术的实施结果指定原材料?)

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

技术合同解释第十一条 技术合同无效或者被撤销后，技术开发合同研究开发人、技术转让合同让与人、技术咨询合同和技术服务合同的受托人已经履行或者部分履行了约定的义务，并且造成合同无效或者被撤销的过错在对方的，对其已履行部分应当收取的研究开发经费、技术使用费、提供咨询服务的报酬，人民法院可以认定为因对方原因导致合同无效或者被撤销给其造成的损失。

技术合同无效或者被撤销后，因履行合同所完成新的技术成果或者在他人技术成果基础上完成后续改进技术成果的权利归属和利益分享，当事人不能重新协议确定的，人民法院可以判决由完成技术成果的一方享有。

技术合同解释第十二条 根据合同法第三百二十九条的规定，侵害他人技术秘密的技术合同被确认无效后，除法律、行政法规另有规定的以外，善意取得该技术秘密的一方当事人可以在其取得时的范围内继续使用该技术秘密，但应当向权利人支付合理的使用费并承担保密义务。(张理解：技术秘密拥有人不同意善意相对人继续使用也不行!)

当事人双方恶意串通或者一方知道或者应当知道另一方侵权仍与其订立或者履行合同的，属于共同侵权，人民法院应当判令侵权人承担连带赔偿责任和保密义务，因此取得技术秘密的当事人不得继续使用该技术秘密。

技术合同解释第十三条 依照前条第一款规定可以继续使用技术秘密的人与权利人就使用费支付发生纠纷的，当事人任何一方都可以请求人民法院予以处理。继续使用技术秘密但又拒不支付使用费的，人民法院可以根据权利人的请求判令使用人停止使用。

人民法院在确定使用费时，可以根据权利人通常对外许可该技术秘密的使用费或者使用人取得该技术秘密所支付的使用费，并考虑该技术秘密的研究开发成本、成果转化和应用程度以及使用人的使用规模、经济效益等因素合理确定。

不论使用人是否继续使用技术秘密，人民法院均应当判令其向权利人支付已使用期间的使用费。使用人已向无效合同的让与人支付的使用费应当由让与人负责返还。

## 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：

**技术开发合同应当采用书面形式。技术开发合同包括委托开发合同和合作开发合同。**

#### 合同当事人的权利和义务：

第三百三十一条【**委托人义务**】 委托开发合同的委托人应当按照约定支付研究开发经费和报酬；提供技术资料、原始数据；完成协作事项；接受研究开发成果。

第三百三十二条【**受托人义务**】 委托开发合同的研究开发人应当按照约定制定和实施研究开发计划；合理使用研究开发经费；按期完成研究开发工作，交付研究开发成果，提供有关的技术资料和必要的技术指导，帮助委托人掌握研究开发成果。

第三百三十三条【**委托人的违约责任**】 委托人违反约定造成研究开发工作停滞、延误或者失败的，应当承担违约责任。

第三百三十四条【**受托人违约责任**】 研究开发人违反约定造成研究开发工作停滞、延误或者失败的，应当承担违约责任。

第三百三十五条【**合作开发当事人义务（互为权利）**】 合作开发合同的当事人应当按照约定进行投资，包括以技术进行投资；分工参与研究开发工作；协作配合研究开发工作。

第三百三十六条【**合作开发当事人违约责任**】 合作开发合同的当事人违反约定造成研究开发工作停滞、延误或者失败的，应当承担违约责任。

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—第 338 条：

**第三百三十八条【风险承担】** 在技术开发合同履行过程中，因出现无法克服的技术困难，致使研究开发失败或者部分失败的，该风险责任由当事人约定。没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，风险责任由当事人合理分担。

当事人一方发现前款规定的可能致使研究开发失败或者部分失败的情形时，应当及时通知另一方并采取适当措施减少损失。没有及时通知并采取适当措施，致使损失扩大的，应当就扩大的损失承担责任。

**第六十一条** 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。

### 权利分配—第 339、340、341 条：

**第三百三十九条【委托开发的成果归属】** 委托开发完成的发明创造，除当事人另有约定的以外，申请专利的权利属于研究开发人。研究开发人取得专利权的，委托人可以免费实施该专利。

研究开发人转让专利申请权的，委托人享有以同等条件优先受让的权利。（zhangsf110：委托人享有同等条件下的优先受让权是合理的。如果由其他第三人受让，会使“委托人免费实施该专利”的操作复杂化；而委托人受让后，免费实施的可操作性比研究人员不转让的情况下可操作性更强。）

**第三百四十条【合作开发的成果归属】** 合作开发完成的发明创造，除当事人另有约定的以外，申请专利的权利属于合作开发的当事人共有。当事人一方转让其共有的专利申请权的，其他各方享有以同等条件优先受让的权利。（zhangsf110：根据杨立真题 P15，当事人一方转让其共有的专利申请权的，不需要得到其他共有人的同意。）

合作开发的当事人一方声明放弃其共有的专利申请权的，可以由另一方单独申请或者由其他各方共同申请。申请人取得专利权的，放弃专利申请权的一方可以免费实施该专利（zhangsf110：注意措辞，可以免费实施，但无权许可他人实施。专利法对实施有严格的定义，见专利法 11 条。）。

合作开发的当事人一方不同意申请专利的，另一方或者其他各方不得申请专利。

**第三百四十一条【技术秘密成果的处理】** 委托开发或者合作开发完成的技术秘密成果的使用权、转让权以及利益的分配办法，由当事人约定。没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，当事人均有使用和转让的权利，但委托开发的研究开发人不得在向委托人交付研究开发成果之前，将研究开发成果转让给第三人。

### 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（张解释：不是故意也不是重大过失的损失不得要求赔偿），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。（张理解：“不可归责于自己”，并不一定归责于对方，也可能归责于第三人或者其他客观因素，如不可抗力。）

## (2)技术转让合同

### 技术转让合同的概念、法定形式和种类：

技术转让合同的概念—当事人之间就转让专利权、专利申请权、专利实施许可、非专利技术所订立的合同（技术合同解释 22）（张理解：注意，根据新专利法，专利实施许可已经不再强调书面形式，这可

能是为了适应“默认许可”这种情况)。

法定形式—第 342 条第 2 款(书面—要式) 技术转让合同应当采用书面形式。

**第 343 条** 技术转让合同可以约定让与人和受让人实施专利或者使用技术秘密的范围,但不得限制技术竞争和技术的发展。

**第 344 条** 专利实施许可合同只在该专利的存续期间内有效。专利权有效期限届满或者专利权被宣告无效的,专利权人不得就该专利与他人订立专利实施许可合同。

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]。

### 合同当事人的权利和义务:

专利实施许可让与人义务(受让人权利)—第 345 条

受让人义务(让与人权利)—第 346 条

技术秘密转让让与人义务(受让人权利)—第 347 条

受让人义务(让与人权利)—第 348 条

技术转让合同让与人义务—第 349 条

受让人义务—第 350 条

**第三百四十五条 【专利实施许可合同中让与人的义务】**专利实施许可合同的让与人应当按照约定许可受让人实施专利, 交付实施专利有关的技术资料, 提供必要的技术指导。

**第三百四十六条 【专利实施许可合同中受让人的义务】**专利实施许可合同的受让人应当按照约定实施专利,不得许可约定以外的第三人实施该专利;并按照约定支付使用费。

**第三百四十七条 【技术秘密转让合同中让与人的义务】**技术秘密转让合同的让与人应当按照约定提供技术资料,进行技术指导,保证技术的实用性、可靠性, 承担保密义务。

**第三百四十八条 【技术秘密转让合同中受让人的义务】**技术秘密转让合同的受让人应当按照约定使用技术,支付使用费, 承担保密义务。(张理解:对技术秘密转让而言,让与方和受让方均承担保密义务。)

**第三百四十九条 【技术转让合同中让与人的义务】**技术转让合同的让与人应当保证自己是所提供的技术的合法拥有者,并保证所提供的技术完整、无误、有效,能够达到约定的目标。

**第三百五十条 【技术转让合同中受让人的义务】**技术转让合同的受让人应当按照约定的范围和期限,对让与人提供的技术中尚未公开的秘密部分,承担保密义务。

### 违约责任:

**第三百五十一条 【让与人的违约责任】**让与人未按照约定转让技术的,应当返还部分或者全部使用费,并应当承担违约责任;实施专利或者使用技术秘密超越约定的范围的,违反约定擅自许可第三人实施该项专利或者使用该项技术秘密的,应当停止违约行为,承担违约责任;违反约定的保密义务的,应当承担违约责任。

**第三百五十二条 【受让人的违约责任】**受让人未按照约定支付使用费的,应当补交使用费并按照约定支付违约金;不补交使用费或者支付违约金的,应当停止实施专利或者使用技术秘密,交还技术资料,承担违约责任;实施专利或者使用技术秘密超越约定的范围的,未经让与人同意擅自许可第三人实施该专利或者使用该技术秘密的,应当停止违约行为,承担违约责任;违反约定的保密义务的,应当承担违约责任。

## (3)技术咨询和技术服务合同

### 技术咨询和技术服务合同的概念:

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:

**第三百五十七条 【技术咨询合同委托人的义务】**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。

**第三百五十八条 【技术咨询合同中受托人的义务】**技术咨询合同的受托人应当按照约定的期限完成咨询报告或者解答问题；提出的咨询报告应当达到约定的要求。

**第三百六十条 【技术服务合同委托人的义务】**技术服务合同的委托人应当按照约定提供工作条件，完成配合事项；接受工作成果并支付报酬。

**第三百六十一条 【技术服务合同中受托人的义务】**技术服务合同的受托人应当按照约定完成服务项目，解决技术问题，保证工作质量，并传授解决技术问题的知识。

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:

**第三百五十九条 【技术咨询合同中委托人与受托人的责任承担】**技术咨询合同的委托人未按照约定提供必要的资料和数据，影响工作进度和质量，不接受或者逾期接受工作成果的，支付的报酬不得追回，未支付的报酬应当支付。

技术咨询合同的受托人未按期提出咨询报告或者提出的咨询报告不符合约定的，应当承担**减收或者免收报酬**等违约责任。

技术咨询合同的委托人按照受托人符合约定要求的咨询报告和意见作出决策所造成的损失，**由委托人承担，但当事人另有约定的除外**。

**第三百六十二条 【技术服务合同中委托人与受托人的违约责任】**技术服务合同的委托人未履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，**影响工作进度和质量，不接受或者逾期接受工作成果的，支付的报酬不得追回，未支付的报酬应当支付**。

技术服务合同的受托人未按照合同约定完成服务工作的，应当承担免收报酬等违约责任。

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。（张理解：“不可归责于自己”，**并不一定归责于对方，也可能归责于第三人或者其他客观因素，如不可抗力。**）

## 委托合同

### 委托合同的概念:

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。

刘心稳—委托合同具有以下特征:

委托合同的受托人可以委托人的名义**也可以自己的名义**为委托人处理事务。

委托合同是相互信任的特定主体之间发生的。

委托合同可以是有偿的，**也可以是无偿的**。

委托合同是双务、诺成合同。委托合同于双方达成一致协议是成立，不论是否有偿，双方都负有一定的义务。

委托合同是以处理委托人事务为目的的合同。委托合同的**标的是劳务或服务**。

### 特别委托:

委托人将**特定**的一项或数项事务**逐项**地委托给受托人处理，也就是将委托的事项一件一件分列明（例如，委托律师起草一份律师函）

### 概括委托:

是委托人将**一切事务概括地**委托给受托人处理（例如，委托他人处理营业上的一切事务）

刘心稳—特别委托中的“特定事物”与概括委托中的“一切事务”区别的标准在于是否对委托事项有明确、具体的表述。特别委托中的“特定事物”包含了具体的委托事项，每个委托事项的内容一一列明，而概括委托中没有

明确说明具体的委托事项，委托人只是笼统指示受托人处理与某一项活动相关的一切可能发生的事项，至于这些事项的具体内容是什么，不作具体规定。概括委托中的委托事务通常是不宜或无必要对其内容进行分割。

### 委托人和受托人的权利和义务：

委托人义务（受托人权利）—第 398 条（委托费用）、405 条（支付报酬）、第 407 条（赔偿责任）

**第三百九十八条 【委托费用的支付】** 委托人应当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。

**第四百零五条 【委托人支付报酬的义务】** 受托人完成委托事务的，委托人应当向其支付报酬。因不可归责于受托人的事由，委托合同解除或者委托事务不能完成的，委托人应当向受托人支付相应的报酬。当事人另有约定的，按照其约定。

**第四百零七条 【受托人损失的赔偿】** 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。（张理解：“不可归责于自己”，并不一定归责于对方，也可能归责于第三人或者其他客观因素，如不可抗力。）

受托人义务（委托人权利）—第 399 条（受托人服从指示）、401 条（报告）404 条（交付财产）、406 条（损害赔偿）

**第三百九十九条 【服从指示】** 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。

**第四百零一条 【报告】** 受托人应当按照委托人的要求，报告委托事务的处理情况。委托合同终止时，受托人应当报告委托事务的结果。

**第四百零四条 【交付财产】** 受托人处理委托事务取得的财产，应当转交给委托人。

**第四百零六条 【损害赔偿】** 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。

### 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。（张理解：“不可归责于自己”，并不一定归责于对方，也可能归责于第三人或者其他客观因素，如不可抗力。）

**第四百零九条** 两个以上的受托人共同处理委托事务的，对委托人承担连带责任。

**第四百一十条** 委托人或者受托人可以随时解除委托合同。因解除合同给对方造成损失的，除不可归责于该当事人的事由以外，应当赔偿损失。

（司法解释 6、7、8—诉讼时效）

**解释第八条** 合同法第五十五条规定的“一年”、第七十五条和第一百零四条第二款规定的“五年”为不变期间，不适用诉讼时效中止、中断或者延长的规定。

**第五十五条** 有下列情形之一的，撤销权消灭：

（一）具有撤销权的当事人自知道或者应当知道撤销事由之日起1年内没有行使撤销权；（zhangsfl10：合同撤销）

**第七十五条** 撤销权自债权人知道或者应当知道撤销事由之日起1年内行使。自债务人的行为发生之日起5年内没有行使撤销权的，该撤销权消灭。（zhangsfl10：合同履行的保全中的撤销）

**第一百零四条** 债权人可以随时领取提存物，但债权人对债务人负有到期债务的，在债权人未履行债务或者提供担保之前，提存部门根据债务人的要求应当拒绝其领取提存物。

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



## 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法〉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

## 课件：

适用范围—是指民事诉讼法对什么人、对什么事、在什么空间和时间范围内有效

对人的效力—第5条、239条（外交司法豁免）

空间效力—第4条

（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

## (1) 适用范围

民事诉讼法的效力，也称民事诉讼法的适用范围，是指民事诉讼法对什么人、对什么事、在什么空间和时间范围内有效四个方面。

**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。

## (2) 对人的效力

刘心稳 我国民事诉讼法应适用下列人员和组织：中国公民、法人或其他组织；居住在我国领域内的外国人、无国籍人以及在我国登记的外国企业和组织；申请在我国人民法院进行民事诉讼的外国人、无国籍人以及外国的企业和组织。但根据民事诉讼法239条规定，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民事诉讼，应当依照中国有关法律和中国缔结或者参加的国际条约的规定办理，上述组织或者个人享有司法豁免权，涉及他们的民事诉讼，只能通过外交途径解决。

**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。

## (3) 空间效力（又称对地效力）

**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）

意思是说：我国民事诉讼法适用的地域范围不但包括我国的领土、领海、和领空，还包括我国领土的延伸，对离开我国领空的我国航空器、离开我国领海的我国船舶上发生的民事诉讼，我国人民法院都有管辖权。

## (4) 时间效力：1991年4月9日起

民事诉讼法的时间效力是指民事诉讼法的有效时间，即民事诉讼法发生效力和终止效力的时间。我国现行民事诉讼法自1991年4月9日生效。

## 2、民事诉讼法的基本原则

## (1) 独立行使审判权原则—第6条

**第六条** 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。

刘心稳：但**独立行使审判权原则并不意味着人民法院行使这项权利可以不受任何监督和约束**。人民法院行使

民事审判权，要接受党的领导和监督；要接受权力机关的监督；要接受上级法院的监督；要接受人民检察院的监督；还要接受行政机关、企事业单位、社会团体、民主党派和人民群众的监督以及接受舆论的监督。

（需要指出的是：人民法院依法对民事案件独立进行审判，是指人民法院作为一个整体独立行使审判权，**而不是指由审判员、合议庭独立审判**。）

(2) **以事实为依据，以法律为准绳的原则—第7条**

**第七条** 人民法院审理民事案件，必须以事实为根据，以法律为准绳。

(3) **平等原则—第8条**

**第八条** 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。

(4) **调解原则—第9条**

**第九条** 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。

**第八十八条** 调解达成协议，必须双方自愿，不得强迫。调解协议的内容不得违反法律规定。

**同步教程（以下简称同步）：**该原则包括三个方面的完整内容---第一，人民法院审理民事案件，只要有调解可能的，应当尽量用调解方式结案；第二，人民法院进行调解时，必须遵守自愿原则与合法原则；第三，调解不成的应当及时判决，而不能久调不决。

(5) **辩论原则—第12条**

**第十二条** 人民法院审理民事案件时，当事人有权进行辩论。

刘心稳：该原则主要包括以下内容（1）辩论原则适用于民事诉讼的全过程；（2）作为定案根据的事实必须经过当事人在法庭上的质证和辩论。

同步：理解辩论原则必须把握以下内容---（1）辩论权之行使贯穿于诉讼的整个过程。（2）辩论的内容可以是程序方面的问题也可以是实体方面的问题。（3）辩论可以通过口头形式进行，也可以运用书面形式表达。

辩论原则是建立在原告和被告地位平等而又彼此对立的基础上。

(6) **处分原则—第13条**

**第十三条** **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。

同步：该原则包括以下内容---其一，处分权的享有人**只限于民事诉讼当事人**，其他诉讼参加人不享有处分权；其二，当事人行使处分权的对象包括自己依法享有的民事实体权利和诉讼权利。另外，当事人行使处分权不得违反法律规定、不得损害国家的、社会的、集体的和公民个人的利益，否则，人民法院将代表国家实行干预，通过司法审判确认当事人某种不当的处分行为无效。（zhangsf110：处分的是自己的权利，而不是处分自己的义务。）

(7) **监督原则—第14条**

**第十四条** 人民**检察院**有权对民事审判活动实行法律监督。

刘心稳 人民检察院对民事审判监督的方式有三种：（1）**提起抗诉**---对人民法院已经生效的判决、裁定认为确有错误，依照审判监督程序提起抗诉；（2）**参与诉讼**---人民检察院对有重大影响案件的审判，可以派检察人员出庭参与案件的审理，监督人民法院的审判过程；（3）**对审判人员的违法行为进行立案侦查**。

同步：其中有“**监察监督原则**”，而且也只引用法14条的情况。因此**监督原则**之监督的含义不是广义理解监督（可以是法院系统内的审判监督，也可以是检察院系统对法院系统的监察监督），而是**监察监督**。

### 3、民事诉讼的基本制度

包括：合议制度、回避制度、公开审判制度和两审终审制度**四种**

**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。

(1) **合议制度**：刘心稳：由**3名或3名以上单数**的审判人员组成审判集体（称为**合议庭**），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。**合议制度**是针对**独任制**而言。合议制适用于人民法院审理的所有案件，而独任制仅适用于**基层**人民法院审理的**简单**民事案件及按照特别程序审理的**非诉案件**。

合议庭由1名审判员担任审判长，主持合议庭的工作。法院院长或者庭长参加审判时，由院长或庭长担任审判长。院长与庭长不参加审判时，由院长或者庭长指定一人担任审判长。民主集中制是合议庭的基本活动原则。合议庭的意见不一致时，按照少数服从多数的原则做出决定，但评议中的不同意见，必须如实记入笔录。

**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。（zhangsf110：按照刘心稳的解释，简易程序适用于简单的民事案件以及按照特别程序审理的非诉案件。）

**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。

- (2) **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。回避的方式有两种：(1) 自行回避---法定情形时自动退出本案的工作；(2) 申请回避---由当事人及其诉讼代理人得知上述人员具有法定的回避情形时，以口头或书面方式向人民法院申请。适用回避的对象包括审判人员（审判员和人民陪审员）、书记员、翻译人员、鉴定人、勘验人等。

**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。（zhangsf110：仅有其他关系还不足以使其回避，必须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。

- (3) **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。我国人民法院共分为最高人民法院、高级人民法院、中级人民法院、以及基层人民法院四级。除最高人民法院外，其他各级人民法院都有自己的上级法院。当事人不服一审法院判决、裁定的，有权提起上诉，请求其上一级法院重新审判，第二审法院的判决、裁定为终审的判决、裁定。但并不是所有的案件都适用两审终审制。（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、最高人民法院适用普通程序审理的第一审民事案件。刘心稳：这些例外均实行一审终审制。）

**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

- (4) **公开审判制度**

指人民法院进行民事案件审判活动时，除合议庭合议时及法律明文规定的其他情形外，一律公开进行。但下列案件不公开审判：

一律不公开审理的案件：第一，涉及国家秘密的案件，包括党的秘密、政府的秘密和军队的秘密；第二，涉及个人隐私的案件；第三，法律另有规定的案件。

可以不公开审理的案件：离婚案件、涉及商业秘密的案件，此类案件只有经过当事人申请不公开审理的，才可以不公开审理。

无论是公开审理的案件，还是不公开审理的案件，宣判时一律公开。

决定公开审理的案件，人民法院应当按照规定在开庭前3天公告当事人的姓名、案由和开庭的时间、地点。

**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

民事诉讼的管辖是指人民法院内部确定上下级法院之间以及同级法院之间受理第一审民事案件的分工和权限。民事案件的管辖可分为级别管辖、地域管辖、移送管辖和指定管辖四类。其中地域管辖又可分为一般地域管辖、特殊地域管辖、协议管辖、专属管辖、多重（共同）管辖、选择管辖等。

### 1、级别管辖：

各级人民法院管辖的一审民事案件。级别管辖，是指从纵向划分上、下级人民法院之间受理第一审民事案件的分工和权限。确定不同级别的法院管辖第一审民事案件的主要依据是：案件的性质、案件影响的大小、诉讼标的的金额大小等。

**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。

（所以，第一审民事诉讼案件原则上由基层人民法院管辖）

**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。

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。

**第二十条【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。

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、在当地的实际影响等情况，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。

**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。

**【知识产权案件的级别管辖总结】** 来自网络搜索：

（ 最高人民法院在一些司法解释中对知识产权民事纠纷案件的级别管辖作出了明确规定，确立了以**中级法院管辖为原则，以基层法院管辖为补充的级别管辖原则**。

**专利纠纷案件**。专利纠纷案件有两类，一类是**专利民事案件**，属于民事诉讼的受案范围；另一类是**专利行政案件**，属于行政诉讼的受案范围。根据最高人民法院《关于审理专利纠纷案件适用法律问题的若干规定》（2001年6月22日颁布），**专利纠纷第一审案件，由各省、自治区、直辖市人民政府所在地的中级人民法院和最高人民法院指定的中级人民法院管辖**。在知识产权案件中，**专利纠纷案件要求最为严格，只能由特定的中级法院审理，基层法院无权管辖**。这主要是因为相对于商标案件和著作权案件来说，专利案件的专业性、技术性更强，需要更高的科技和法律水平。

**商标纠纷案件**。分为**商标民事案件**和**商标行政案件**两大类，分别由民事审判庭和行政审判庭审理。根据最高人民法院《关于审理商标案件有关管辖和法律适用问题的解释》（2002年1月9日颁布），**不服国务院工商行政管理部门商标评审委员会作出的复审决定或者裁定的案件，由北京市高级人民法院根据最高人民法院的授权确定其辖区内有关中级人民法院管辖；商标民事案件第一审案件，由中级人民法院管辖；各高级人民法院根据本辖区的实际情况，经最高人民法院批准，可以在较大城市确定1—2个基层人民法院受理第一审商标民事案件；不服国务院工商行政管理部门作出的有关商标的具体行政行为的案件，根据行政诉讼法的有关规定确定管辖**。

**著作权纠纷案件**。根据最高人民法院《关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》（2002年10月12日颁布），著作权民事纠纷案件，由**中级以上人民法院管辖**。各高级人民法院根据本辖区的实际情况，可以确定若干**基层人民法院管辖第一审著作权民事纠纷案件**。

**技术合同纠纷案件**。根据《最高人民法院关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》（2004年12月16日颁布），技术合同纠纷案件一般由**中级以上人民法院管辖**。各高级人民法院根据本辖区的实际情况并报经最高人民法院批准，可以指定若干**基层人民法院管辖第一审技术合同纠纷案件**。其他司法解释对技术合同纠纷案件管辖另有规定的，从其规定。合同中既有技术合同内容，又有其他合同内容，当事人就技术合同内容和其他合同内容均发生争议的，由具有技术合同纠纷案件管辖权的人民法院受理。）

## 2、地域管辖

一般地域管辖 特殊地域管辖 专属管辖 协议管辖 多重（共同）管辖、选择管辖

地域管辖，是指同级人民法院之间受理第一审民事案件的分工和权限。

地域管辖与级别管辖不同。级别管辖从纵向划分上、下级法院之间受理第一审民事案件的权限和分工，解决某一民事案件应由哪一级人民法院管辖的问题。而地域管辖从横向划分同级人民法院之间受理第一审民事案件的权限和分工，解决某一民事案件应由哪个法院管辖的问题。

地域管辖主要根据当事人住所地、诉讼标的物所在地或者法律事实所在地确定。即当事人住所地、诉讼标的物或者法律事实的发生地、结果地在哪个法院的辖区，案件就由该地人民法院管辖。

### （1） 一般地域管辖—第 22、23 条

一般地域管辖是指当事人所在地与法院的关系来确定管辖法院。我国民事诉讼法是**以被告所在地管辖为原则，原告所在地管辖为例外确定一般地域管辖**的。

**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。

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。

双方当事人均被注销城市户口的，由被告居住地人民法院管辖；

不服指定监护或者变更监护关系的案件，由被监护人住所地法院管辖；

夫妻双方离开住所地超过1年，一方起诉离婚的案件，由被告经常居住地法院管辖；被告没有经常居住地的，由原告起诉时居住地的人民法院管辖。

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。

**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。

被告一方被注销城镇户口，由原告所在地人民法院管辖；

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。

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。

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。

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。

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。

## (2) 特殊地域管辖—第24、26~33条 意见18~30

特殊地域管辖，又称特别管辖，是指不仅以被告住所地，而且以诉讼标的物所在地或法律关系发生、变更、消灭的法律事实所在地为标准来确定法院管辖。

**第二十四条【2个】**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。（zhangsf110：合同对管辖有约定的从约定，没有约定按照本条。合同约定遵守第25条的规定。）

（**第二十五条【5个，属于协议管辖条款，而不属于特殊地域管辖】** 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。）

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。（zhangsf110：只能在协议中指定一个。）

**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。

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。

**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。

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。

**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。

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。

**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。

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**。

**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**、**受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。（看样子是在同一条船上？所谓共同海损，是指在同一海上航程中，船舶、货物和其它财产遭遇共同危险，为了共同安全，有意地、合理地采取措施所造成的特殊牺牲，支付的特殊费用（《中华人民共和国海商法》第193条）。载有货物的船舶遇到风浪，为防止船舶倾覆而抛弃一部分货物所造成的财产损失就属于共同海损。由于共同海损是为了共同安全而造成的损失，所以应由各受益方分摊，而不应由受损失方单独承担。共同海损是基于海上特殊风险而建立的海商法中特有的制度，成立条件是：1.船舶、货物和其他财产必须遭遇共同危险；2.为了共同安全而采取的措施必须是有意和合理的；3.牺牲和费用必须是特殊的；4.采取的措施取得效果。）

同步教程中还有一种，暂不知出处：因农业承包合同纠纷提起的诉讼，由**承包合同履行地**或者**被告所在地**法院管辖。（zhangsfl10：与24条近似。）

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。

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**。

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。

#### (3) 专属管辖—第34条（不动产、港口作业纠纷、遗产继承）

专属管辖是指某些特定的案件依法只能由特定的法院管辖。专属管辖是排他性管辖，它既排除任何外国法院对诉讼的管辖权，又排除了诉讼当事人以协议方式选择国内的其他法院管辖。

**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。

（张搜索，主要遗产所在地---有人认为：当遗产有多处且分布在不同法院辖区时，还需要区分主要遗产和非主要遗产，**遗产既有动产又有不动产的，一般以不动产所在地作为主要遗产地，动产有多项的，则以价值高的动产所在地作为主要遗产地。**）

（比较民法通则中关于**涉外继承的法律适用，不能与管辖混淆**：第一百四十九条 遗产的法定继承，动产适用被继承人死亡时住所地法律，不动产适用不动产所在地法律。）

#### (4) 协议管辖—第25条

刘心稳 协议管辖是指双方当事人在纠纷发生前或者纠纷发生后，以书面的方式约定管辖法院。

**第二十五条【5个】** 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。（zhangsfl10：法24，对管辖没有约定的，由被告住所地或者合同履行地的法院管辖。）

**同步教程解释---协议管辖必须符合以下几个条件：**

(1) 当事人协议管辖的案件，只限于合同案件，并且只限于第一审民事经济纠纷案件中的合同案件。(2) 当事人协议选择管辖法院的范围，只限于被告住所地、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。如果当事人选择了与合同没有实际联系地点的人民法院，该协议无效。(3) 必须以书面合同的形式选择管辖，包括书面合同中的协议管辖条款或者是诉讼前双方当事人达成的管辖协议，口头协议无效。(4) 当事人必须进行确定的、单一的选择。当事人必须在上述五个法院中选择其一，如果选择的法院为两个或两个以上，约定管辖的协议或者有关条款无效。(5) 协议管辖不得违反民事诉讼法关于级别管辖和专属管辖的规定。

**(5) 共同管辖（原“多重管辖”）与选择管辖——第24~33条、第34条第3项、第35条（最先立案）**

**见第24~33条**

**刘心稳以及网络搜索** 也即共同管辖，是指依照法律规定，两个以上的人民法院对同一案件都有管辖权。多重管辖可以分为两种情况：一是因诉讼主体的牵连发生的多重管辖。如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内，各该人民法院都有管辖权。二是因诉讼客体的牵连关系发生的多重管辖。如同一案件的标的物分散在两个以上法院辖区或者侵权行为地跨越两个以上法院辖区的，各该人民法院都有管辖权。

我国《民事诉讼法》第24条至33条和第34条第一款第三项均属共同管辖。《民事诉讼法》第35条规定：“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。”这是解决共同管辖中管辖冲突的法律规定，也是管辖制度中选择管辖的根据。所谓选择管辖，是指依照法律规定，对同一案件两个以上人民法院都有管辖权，当事人可以选择其中一个人民法院起诉。根据《意见》的规定，两个以上人民法院都有管辖权的诉讼，先立案的人民法院不得将案件移送给另一个有管辖权的人民法院。人民法院在立案前发现其他有管辖权的人民法院已先立案的，不得重复立案；立案后发现其他有管辖权的人民法院已先立案的，裁定将案件移送给先立案的人民法院。

根据共同管辖和选择管辖的规定，可以看出，共同管辖和选择管辖是一个问题的两个方面，即共同管辖是从法院行使管辖权角度出发的，选择管辖是从当事人行使起诉权角度出发的。共同管辖是选择管辖的基础和前提条件，选择管辖是对共同管辖的落实和实现。二者都是对一般地域管辖、特殊地域管辖和专属管辖法律规定适用的进一步落实和补充。

**第二十二条** 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。

**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、受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。

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。

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。（比较行诉法 20—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。）

根据《意见》的规定，两个以上人民法院都有管辖权的诉讼，先立案的人民法院不得将案件移送给另一个有管辖权的人民法院。人民法院在立案前发现其他有管辖权的人民法院已先立案的，不得重复立案；立案后发现其他有管辖权的人民法院已先立案的，裁定将案件移送给先立案的人民法院。

### 3、移送管辖和指定管辖 第 36、37、39（广义）条

刘心稳 移送管辖是对案件的移送，是纠正管辖错误的一种措施。指定管辖是指上级人民法院以裁定方式，指定下级人民法院对某一案件行使管辖权。

**第三十六条【移送管辖】** 人民法院发现受理的案件不属于本院管辖的，应当移送有管辖权的人民法院，受移送的人民法院应当受理。受移送的人民法院认为受移送的案件依照规定不属于本院管辖的，应当报请上级人民法院指定管辖，不得再自行移送。

下列情况下不得移送：（1）受移送的人民法院即使认为本院对移送来的案件并无管辖权，也不得自行将案件送到其他人民法院，而只能报请上级人民法院指定管辖；（2）有管辖权的人民法院受理案件后，根据管辖恒定原则，其管辖权不受行政区域变更、当事人住所地变更的影响，因此不得以上述理由移送管辖。

**第三十七条【指定管辖】** 有管辖权的人民法院由于特殊原因，不能行使管辖权的，由上级人民法院指定管辖。人民法院之间因管辖权发生争议，由争议双方协商解决；协商解决不了的，报请它们的共同上级人民法院指定管辖。

**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

指定管辖适用于以下三种情形：（1）受移送的法院认为自己对移送来的案件无管辖权；（2）有管辖权的法院由于特殊原因不能行使管辖权；（3）通过协商未能解决管辖权争议。

### 4、管辖权异议 第 38 条

管辖权异议是指当事人向受诉法院提出的该院对案件无管辖权的主张。

管辖权异议成立的条件有：（1）提出异议的主体必须是本案的当事人；（2）管辖权异议的客体是第一审民事案件的管辖权；（3）提出管辖权异议的时间必须在提交答辩状期间。

**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。（张理解：需要明确的是，异议成立的，不是驳回原案起诉，而是裁定移送案件。）

### 三、审判组织和诉讼参加人

#### 1、审判组织

审判组织的形式主要有两种：独任制与合议制

##### (1) 合议庭 (2) 案件评议 第40~43条

(单数、一审可以有陪审员、审判长、少数服从多数的评议原则)

合议庭的人数必须是3人或3人以上的单数。

**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。(zhangsf110: 没说可以仅由陪审员组成合议庭。)

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。

**第四十二条** 合议庭的审判长由院长或者庭长指定审判员一人担任；院长或者庭长参加审判的，由院长或者庭长担任。

**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 共同诉讼 代表人诉讼 第三人

**刘心稳**：当事人在不同的诉讼程序中有不同的称谓。在审判过程中，一审称原告、被告，二审称上诉人、被上诉人；再审适用一审程序的称原审原告、原审被告；适用二审程序的称原上诉人、原被上诉人；在执行程序中称为申请人、被申请人。

**同步**：民事诉讼中的当事人，是指因民事权利义务争议，以自己的名义进行诉讼，并受人民法院裁判的约束的人。当事人有广义和狭义之分。广义的当事人包括原告和被告、共同诉讼人、第三人。狭义的当事人专指原告和被告。

##### (1) 诉讼当事人的权利和义务—第49、50、51、52条

**诉讼当事人的权利主要有**：提起诉讼的权利与反驳诉讼的权利；委托代理人的权利；申请回避的权利；收集和提供证据的权利；进行陈述、质证和辩论的权利；选择调解的权利；自行和解的权利；申请财产保全和先予执行的权力；提起上诉的权利；申请再审的权利；申请执行的权力；查阅、复制本案有关材料的权利。

**当事人的主要义务主要是**：依法行使诉讼权利；遵守诉讼程序；履行生效的法律文书。

**第四十九条【当事人的范围】** 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【当事人的权利和义务】** 当事人有权委托代理人，提出回避申请，收集、提供证据，进行辩论，请求调解，提起上诉，申请执行。当事人可以查阅本案有关材料，并可以复制本案有关材料和法律文书。查阅、复制本案有关材料的范围和办法由最高人民法院规定。当事人必须依法行使诉讼权利，遵守诉讼秩序，履行发生法律效力的判决书、裁定书和调解书。

**第五十一条【当事人的和解权】** 双方当事人可以自行和解。

**第五十二条【当事人的权利】** 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。(zhangsf110: 看来“反驳诉讼请求”与“反诉”概念不同。)

##### (2) 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)

**刘心稳** 共同诉讼具有两个显著特征：一是至少一方诉讼主体人数是2人以上；二是诉讼标的是共同的（必要的共同诉讼），或者是同一种类的（普通的共同诉讼）。

**必须共同诉讼** 特征为：具有共同的诉讼标的；**必须**一并共同诉讼；人民法院可依职权追加必要共同诉讼人参加诉讼。一人的行为经其他共同诉讼人承认，便对其他共同诉讼人发生效力。反之，则不对其他共同诉讼

人发生法律效力。

**普通共同诉讼** 特征为：具有同一类诉讼标的；普通共同诉讼的形成源于诉的合并；普通的共同诉讼具有独立性，是一种可分之诉。其中 1 人的诉讼行为只对自己有效，对其他共同诉讼人不发生法律效力。构成普通共同诉讼必须具备下列条件——第一，两个以上的当事人就同一类诉讼标的的案件向同一法院起诉（张理解：严格讲应该是分别起诉。）；第二，归同一法院管辖，适用同一诉讼法律；第三，合并审理能够达到节约人力、物力和费用的目的；第四，法院认为可以合并审理；第五，当事人同意合并审理。

**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法律效力；对诉讼标的没有共同权利义务的，其中一人的诉讼行为对其他共同诉讼人不发生法律效力。

**引起必要共同诉讼的情况为：**

4 3 **【挂靠】** 个体工商户、个人合伙或私营企业挂靠集体企业并以集体企业的名义从事生产经营活动的，在诉讼中，该个体工商户、个人合伙或私营企业与其挂靠的集体企业为共同诉讼人。

**【实际经营者与营业执照业主不一致】** 即营业执照上登记的业主与实际经营者不一致，以业主和实际经营者为共同诉讼人。

4 7 **【个人合伙涉诉】** 个人合伙的全体合伙人在诉讼中为共同诉讼人。个人合伙有依法核准登记的字号的，应在法律文书中注明登记的字号。全体合伙人可以推选代表人；被推选的代表人，应由全体合伙人出具推选书。

5 0 **【企业法人分立】** 企业法人分立的，因分立前的民事活动发生的纠纷，以分立后的企业为共同诉讼人。

5 2 **【借用介绍信等】** 借用业务介绍信、合同专用章、盖章的空白合同书或者银行帐户的，出借单位和借用人为共同诉讼人。

5 3 **【保证合同纠纷】** 因保证合同纠纷提起的诉讼，债权人向保证人和被保证人一并主张权利的，人民法院应当将保证人和被保证人列为共同被告；债权人仅起诉保证人的，除保证合同明确约定保证人承担连带责任的外（但债权人向保证人和被保证人一并主张权利的，人民法院也应当将保证人和被保证人列为共同被告），人民法院应当通知被保证人作为共同被告参加诉讼；债权人仅起诉被保证人的，可只列被保证人为被告。

5 4 **【继承遗产的诉讼】** 在继承遗产的诉讼中，部分继承人起诉的，人民法院应通知其他继承人作为共同原告参加诉讼；被通知的继承人不愿意参加诉讼又未明确表示放弃实体权利的，人民法院仍应将其列为共同原告。（zhangsf110：都是原告，谁是被告？）

5 5 **【代理关系中的连带责任】** 被代理人和代理人承担连带责任的，为共同诉讼人。

5 6 **【共同财产涉诉】** 共有财产权受到他人侵害，部分共有权人起诉的，其他共有权人应当列为共同诉讼人。

5 7、必须共同进行诉讼的当事人没有参加诉讼的，人民法院应当依照民事诉讼法第一百一十九条的规定，通知其参加；当事人也可以向人民法院申请追加。人民法院对当事人提出的申请，应当进行审查，申请无理的，裁定驳回；申请有理的，书面通知被追加的当事人参加诉讼。

5 8、人民法院追加共同诉讼的当事人时，应通知其他当事人。应当追加的原告，已明确表示放弃实体权利的，可不予追加；既不愿意参加诉讼，又不放弃实体权利的，仍追加为共同原告，其不参加诉讼，不影响人民法院对案件的审理和依法作出判决。

### (3) 代表人诉讼—第 54、55 条，意见 59~64

**第五十四条【人数确定的代表人诉讼】** 当事人一方人数众多的共同诉讼，可以由当事人推选代表人进行诉讼。代表人的诉讼行为对其所代表的当事人发生法律效力，但代表人变更、放弃诉讼请求或者承认对方当事人的诉讼请求，进行和解，必须经被代表的当事人同意，

**第五十五条【人数不确定的代表人诉讼】** 诉讼标的是同一种类、当事人一方人数众多在起诉时人数尚未确定的，人民法院可以发出公告，说明案件情况和诉讼请求，通知权利人在一定期间向人民法院登记。向人民法院登记的权利人可以推选代表人进行诉讼；推选不出代表人的，人民法院可以与参加登记的权利人商定代表人。代表人的诉讼行为对其所代表的当事人发生法律效力，但代表人变更、放弃诉讼请求或者承认对方当事人的诉讼请求，进行和解，必须经被代表的当事人同



意。人民法院作出的判决、裁定，对参加登记的全体权利人发生法律效力。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。

5 9、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**。

6 0、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**。

6 2、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**。

6 1、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。

6 3、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。

6 4、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。

#### (4) **诉讼第三人 第 56 条（有独三、无独三），意见 65、66**

刘心稳 第三人---民事诉讼中的第三人是指对他人争议的诉讼标的**具有独立的请求权**，或者虽无独立的请求权，**但案件的处理结果与其有法律上的利害关系**，而参加到原告、被告已经开始的诉讼中进行诉讼的人。参加诉讼的目的在于维护自己的权益。

（同步教程）第三人分为两种：

(1) **有独立请求权的第三人**---是指对原告、被告之间争议的诉讼标的，认为有独立的请求权，参加到原告、被告已经开始的诉讼中进行诉讼的人。有独立请求权的第三人参加诉讼的条件是：第一，**对本诉原、被告争议的诉讼标的，主张独立的请求权**；第二，本诉正在进行；第三，**以提起诉讼的方式**参加。有独立请求权的第三人在诉讼中相当于原告的诉讼地位。有独三虽然在提起诉讼时将本诉的双方当事人均作为被告，但在参加之诉中，居于被告地位的原告与被告**并非共同诉讼人**，因为他们对诉讼标的具有对立的而不是共同的利害关系。

(2) **无独立请求权的第三人**---指对原告、被告之间争议的诉讼标的**没有独立的请求权**，**但案件的处理结果可能与其有法律上的利害关系**，为维护自己的权益而参加到原告、被告已经开始的诉讼中进行诉讼的人。无独三参加诉讼必须符合以下条件：第一，**与案件处理结果有法律上的利害关系**；第二，他人之间的诉讼正在进行；第三，**申请参加诉讼或由法院通知其参加诉讼**。

在一定情况下，无独三还可以取得与被参加诉讼的当事人完全相同的诉讼地位，即“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”---例如判决其承担责任后，无独三可以取得上诉的权利。

**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。

6 5、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。

6 6、**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**。

9 7、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（zhangsf110: 意思是调解书送达前第三人反悔的则调解无效。）。

### 3、诉讼代理人

法定代理人 委托代理人 授权委托书 诉讼代理人的权利

刘心稳 诉讼代理人是指以当事人的名义，在代理权限范围内代理当事人进行诉讼行为的人。

**诉讼代理人的特征为：**诉讼代理人必须以被代理人的名义进行诉讼；诉讼代理人只能代理一方当事人进行诉讼活动；诉讼代理人只能在代理权限内进行诉讼活动。根据第 57 条、58 条的规定，诉讼代理人因其代理权限产生的根据不同，可分为**法定代理人和委托代理人两种**。而委托代理人代理权限的获得来自于诉讼当事人的委托授权行为，因此，委托代理人需要取得代理权，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**。  
**同步教程：**法定诉讼代理人的代理权的发生有两种情况---一种是诉讼发生前便存在，在多数情况下无民事行为能力人和限制行为能力人的监护人早在诉讼发生前就确定好了，因此诉讼发生前代理权便存在；另一种是诉讼发生后才存在，被人民法院指定诉讼的监护人便是指定后才取得诉讼代理权。法定诉讼代理权的代理权因监护权的消灭而消灭。

（需要注意的是，行政诉讼法中的代理人，以代理产生的根据不同可分为三类：（1）法定代理人；（2）委托代理人；**（3）指定代理人。**）

### （1）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。

### （2）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。

**同步教程：**当事人委托诉讼代理人，本人可以出庭参加诉讼，也**可以不参加诉讼**。但民诉法 62 条对离婚诉讼的代理问题作了特别规定。按此规定，委托了诉讼代理人的**离婚诉讼的当事人**，本人除了不能表达意志的外，仍应当出庭参加诉讼。确因特殊情况无法出庭的，必须向人民法院提交离或不离的书面意见。

### （3）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**。（比较境外证据的规定 11）

（比较，涉外诉讼的授权委托的认证：**第二百四十二条 【授权委托书的认证】**在中华人民共和国领域内没有住所的**外国人、无国籍人、外国企业和组织**委托中华人民共和国律师或者其他代理人代理诉讼，从中华人民共和国领域外寄交或者托交的授权委托书，应当经所在国公证机关**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该所在国订立的有关条约中规定的**证明****手续**后，才具有效力。）

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**。

**(4) 诉讼代理人的权利—第 61 条**

【刘心稳】委托代理人的权利来源于当事人、法定代表人或法定代理人的委托，因此，委托代理人只能在被代理人授权的范围内实施诉讼行为。一般说来，根据授权的内容不同，可以分为一般授权和特别授权。在一般授权下，委托代理人依据委托当然享有程序性的诉讼权利，但不能享有具有处分实体权利性质的诉讼权利；而在特别授权下，委托代理人可以行使实体性的诉讼权利，即代为承认、放弃、变更诉讼请求，进行和解，提起反诉和上诉。而这些诉讼权利的行使必须有明确的特别授权。如果授权委托书仅仅记载“全权委托”，视为没有特别授权，委托代理人无权行使实体性的诉讼权利。

（第 62 条—离婚诉讼当事人出庭原则）

**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**

民事诉讼的证据是指能够证明案件真实情况的事实材料，证据有以下三个特征：**第一，客观性**，即证据必须是客观存在的事实材料；**第二，关联性**，即证据必须与待证的案件有内在的联系；**第三，合法性**，即证据应当按法定的要求和法定程序取得。

**1、证据的种类**

证据的种类 对各种证据的原则要求

**(1) 证据的种类—第 63 条**

证据有下列几种（**7 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。

（注意，行政诉讼的证据除了上述种类的证据外，还在第七中补上“现场笔录”）

各种证据的特点：

书证：用文字符号记载和表达人的思想或行为的物品，具有**较强的客观性和真实性**，书证有一定的载体；

物证：具有较强的**客观性、真实性**，物证具有**独立的证明作用**，物证是**具有不可替代性**的特定证据；

视听资料：具有较强的**科学性、准确性**，视听资料具有**易仿造性**；

证人证言：证人证言容**易受证人本身因素或者主管因素的影响**；

当事人陈述：**具有可能的真实性或虚假性**；

鉴定结论：鉴定结论具有**独立性、结论性及范围性**；

勘验笔录：是对现场和某项事务直接的观察和反映，是现场和物证的重新再现，**具有较强的客观性和准确性**，因此据较强的证明力。

**(2) 对各种证据的原则要求—第 68~73 条**

**第六十八条【对书证、物证的原则要求】** 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【对视听资料的原则要求】** 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【对证人证言的原则要求】** 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。

（**以下几类人不能作为证人**：不能正确表达意志的人；待证事项与其年龄、智力状况或者精神状况不相适应的无民事行为能力人和限制民事行为能力人；诉讼代理人；审判员、陪审员、书记员、鉴定人、翻译人员和参与民事诉讼的检察人员。证人不得旁听法庭审理，询问证人时，其他证人不得在场，人民法院认为必要的，可以让证人进行质证。）

**第七十一条【对当事人陈述的原则要求】** 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【对鉴定结论的原则要求】** 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公章，证明鉴定人身份**。（zhangsfl10：关于鉴定部门，有法定鉴定部门找法定，没有法定由法院指定，与行诉法35相同。）

**第七十三条【对勘验笔录的原则要求】** 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 特殊侵权诉讼的举证责任 当事人对事实的承认 无需举证的事实 境外证据的规定 当事人提交证据的形式要求

### (3) 当事人的举证责任—第64条，证据规定2

**第六十四条【举证责任】** 当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据，或者人民法院认为审理案件需要的证据，人民法院应当调查收集。人民法院应当按照法定程序，全面地、客观地审查核实证据。

**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。

### (4) 特殊侵权诉讼的举证责任—意见74，证据规定4

**意见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。

**证据规定第四条** 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。

**证据规定第十三条** 对双方当事人无争议但涉及国家利益、社会公共利益或者他人合法权益的事实，人民法院

可以责令当事人提供有关证据。

### (5) 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。

#### (6) 无需举证的事实—意见 75，证据规定 9

意见 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；(zhangsfl10：“众所周知的事实”与“自然规律及定理”的效力有区别，见证据规定 9（一）和（二）和其第二款。)
- (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裁判所确定的事实；
- (5) 已为有效公证书所证明的事实。

**证据规定第九条** 下列事实当事人无需举证证明 (zhangsfl10：与行诉证规 68“法庭可以直接认定的事实”实质相同)：

- (一)众所周知的事实；
- (二)自然规律及定理；
- (三)根据法律规定或者已知事实和日常生活经验法则能推定出的另一事实；
- (四)已为人民法院发生法律效力裁判所确认的事实；
- (五)已为仲裁机构的生效裁决所确认的事实；
- (六)已为有效公证文书所证明的事实。

前款(一)、(三)、(四)、(五)、(六)项，当事人有相反证据足以推翻的除外。(zhangsfl10：自然规律及定理没有除外的事由。)

#### (7) 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**。(与行政诉讼法关于境外证据规定相同)(比较来自侨居国外当事人的授权委托书，法 59)

**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**。

#### (8) 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

人民法院调查收集证据包括两种情况：一种是根据自己的需要以职权调查收集证据；另一种是根据当事人的申请调查收集证据。

#### (1) 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。

**规定第十五条** 《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。(zhangsf110: 认为: 与行政诉讼法证据规定 22 基本相同。)

**意见 73**、依照民事诉讼法第六十四条第二款规定, 由人民法院负责调查收集的证据包括:

- (1) 当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的;
- (2) 人民法院认为需要鉴定、勘验的;
- (3) 当事人提供的证据互相有矛盾、无法认定的;
- (4) 人民法院认为应当由自己收集的其他证据。

## (2) 当事人申请人民法院收集证据—第 64 条, 证据规定 3、16、17、18、19

第 64 条、规定 3 不重要

**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。(这些在行政诉讼证据规定 23 中也有体现, 只是行政诉讼证据规定 23 还有第二款限制, “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。”参见行政诉讼法“调查取证”)

**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。(zhangsf110: 与行诉证规 24 相同)

**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。(zhangsf110: 行诉证规 25 出了没有规定提出申请的时间外, 其他规定, 如 3 日申请复议、5 日基本相同)

## (3) 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。

(zhangsf110: 从证规 20-22 可知, 调查人员调查收集证据过程中, 要制作调查笔录, 用于说明必要的取证情况。)

## 4、举证时限与证据交换

### (1) 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。

(协议的举证期限可少于 30 天, 适用简易程序审理案件 (根据证规 81) 也可以少于 30 日。)

**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。

(第三十二条 被告应当在答辩期届满前提出书面答辩, 阐明其对原告诉讼请求及所依据的事实和理由的意见。

**第七十九条** 人民法院应当在裁判文书中阐明证据是否采纳的理由。

对当事人无争议的证据, 是否采纳的理由可以不在裁判文书中表述。)

### (2) 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。**

（当事人逾期举证的，法庭将不组织对该证据进行质证，而未经质证的证据不能作为法院判决的依据，意味着逾期举证将承担不能举证的不利后果。诉讼过程中，当事人主张的法律关系的性质或者民事行为的效力与人民法院根据事实作出的认定不一致的，法院应当通知当事人可以变更诉讼请求。当事人变更诉讼请求的，人民法院应当重新指定举证期限。）

### (3) 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。

### (4) 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。（zhangsf110：看来证据交换不是法院必须组织的程序。）

**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**。

### (5) 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：①当事人在一审举证期限届满后新发现的证据；②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（张理解：对此有限制，见证规 43）；

（二）二审程序中的新的证据包括：①一审庭审结束后新发现的证据；②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（张理解：只要不在庭审结束后提出就行）。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（张理解：二审开庭审理的，只要不在庭审后提交就可以。）；**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）

刘心稳 所谓质证是指当事人、诉讼代理人及第三人在法庭的主持下对当事人及第三人提出的证据就其真实性、合法性、关联性（“三性”）以及证明力的有无、大小予以说明和质辩的过程。

### (1) 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。（张理解：开庭分公开开庭和不公开开庭两种情形；再比较民诉 120：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。）

**证规第四十七条** **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。**

**证规第六十九条** 下列证据**不能单独**作为认定案件事实的依据：（zhangsf110：注意，并非无效。）

（一）未成年人所作的与其年龄和智力状况不相当的证言；（张理解：18 岁以上为成年人，不满 18 周岁的为未成年人。）

（二）与一方当事人或者其代理人有利害关系的证人出具的证言；

（三）存有疑点的视听资料；

（四）无法与原件、原物核对的复印件、复制品；

(五)无正当理由未出庭作证的证人证言。

**第七十条** 一方当事人提出的下列证据，对方当事人提出异议但没有足以反驳的相反证据的，人民法院应当确认其证明力：

(一)书证原件或者与书证原件核对无误的复印件、照片、副本、节录本；

(二)物证原物或者与物证原物核对无误的复制件、照片、录像资料等；

(三)有其他证据佐证并以合法手段取得的、无疑点的视听资料或者与视听资料核对无误的复制件；

(四)一方当事人申请人民法院依照法定程序制作的对物证或者现场的勘验笔录。

## (2) 对各类证据质证的基本要求

### 对书证、物证和视听资料的一证据规定 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。

### 对证人证言的一证据规定 55、56、57、58

**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（zhangsf110：除了书面证言以外，还允许采用其他规定方式，见证规 56.2）。

不能正确表达意志的人，不能作证。

**第 55 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

**第 56 条** 《民事诉讼法》第七十条规定的“证人确有困难不能出庭”，是指有下列情形：

(一)年迈体弱或者行动不便无法出庭的；

(二)特殊岗位确实无法离开的；

(三)路途特别遥远交通不便难以出庭的；

(四)因自然灾害等不可抗力的原因无法出庭的；

(五)其他无法出庭的特殊情况。

前款情形，经人民法院许可，证人可以提交书面证言或者视听资料或者通过双向视听传输技术手段作证。

**第 57 条** 出庭作证的证人应当客观陈述其亲身感知的事实。证人为聋哑人的，可以其他表达方式作证。证人作证时，不得使用猜测、推断或者评论性的语言。

**第 58 条** 审判人员和当事人可以对证人进行询问。证人不得旁听法庭审理；询问证人时，其他证人不得在场。人民法院认为有必要的，可以让证人进行对质。

### 对鉴定结论的一证据规定 59、60、61

**第 59 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 60 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 61 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

### (1) 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。（zhangsf110：与行政诉讼法 36 证据保全的规定相同）

（刘心稳：这里包括诉讼证据保全和诉前证据保全）

### (2) 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。（zhangsfl10：行政诉讼法证据规定 27 规定的申请证据保全的期限是“**举证期限届满前**”，注意比较。）

### (3) 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。

（我理解，所有取证的方法均可用作证据保全的方法。另外，与行政诉讼法证据规定 28 规定的行政诉讼**证据保全措施**实质相同。）

## 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 80 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

刘心稳：财产保全是指与诉讼有关的财产可能被转移、隐匿、毁灭等情形发生，从而可能造成利害关系人权益的损害或可能使人民法院的将来判决难以执行或不能执行，根据利害关系人申请或人民法院的决定，对有关财产采取保护的措施。我国民事诉讼法规定的财产保全有**诉前财产保全**及**诉讼财产保全**两种方式。

### (1) 诉讼中的财产保全【或诉讼保全】—第 92 条

刘心稳：诉讼财产保全是指**在诉讼过程中**，**为了保证人民法院的判决能够顺利实施**，人民法院**根据当事人的申请或者依职权**决定对与诉讼有关的财产采取的保护措施。诉讼财产保全的适用条件为：**人民法院已经受理的案件**，存在各种主管或客观原因**可能使人民法院将做出的判决难以或者不能实现**；由当事人提出申请或由人民法院依职权决定；**人民法院接受申请时，可以责令申请人提供担保**。

**第九十二条【诉讼保全】** 人民法院对于可能因当事人一方的行为或者其他原因，**使判决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。（张理解：可以责令“申请人”提供担保，意味着当事人没有申请而是法院认为必要时裁定采取财产保全措施的，不适用此款。）

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**。

9 8、人民法院依照民事诉讼法第九十二条、第九十三条规定，在采取诉前财产保全和诉讼财产保全时责令申请人提供担保的，提供担保的数额应相当于请求保全的数额。

1 0 3、对当事人不服一审判决提出上诉的案件，在**第二审人民法院接到报送的案件之前**，当事人有转移、隐匿、出卖或者毁损财产等行为，必须采取财产保全措施的，**由第一审人民法院依当事人申请或依职权采取**。第一审人民法院制作的财产保全裁定，应及时报送第二审人民法院。

1 0 9、**诉讼中的财产保全裁定的效力一般应维持到生效的法律文书执行时止**。在诉讼过程中，需要解除

保全措施的，人民法院应及时作出裁定，解除保全措施。

## (2) 诉前财产保全—第 93 条

刘心稳：诉前财产保全是指在诉讼发生前，人民法院根据利害关系人的申请，对与诉讼有关的财产所采取的保护措施。适用诉前财产保全措施的条件为：利害关系人与他人发生争议所涉及的财产处于情况紧急的状态下，不立即采取财产保全措施可能使利害关系人的合法权益受到不可弥补的损失；必须由利害关系人向财产所在地的人

民法院提出申请，并提供担保。  
(个人理解未必正确---与诉讼财产保全不同的是：(1) 人民法院不会主动启动诉前财产保全，必须由申请人申请，而诉讼财产保全即使没有申请人人民法院也可以依职权决定采取；(2) 诉讼财产保全的目的是为了法院的判决顺利实施，而诉前财产保全是为了防止利害关系人的合法权益受到不可弥补的损失；(3) 诉前财产保全必由申请人提供担保，而诉讼财产保全如果是法院依职权裁定的则无须一方当事人担保，但是诉讼财产由申请人提出并由人民法院接受申请的，可以(而非必须)责令申请人提供担保；(4) 诉讼财产保全由正在诉讼的法院负责，而诉前财产保全的申请必须向财产所在地人民法院提出。)

(zhangsf110: 参见证规 23, 当事人申请保全证据的, 法院可以要求其提供相应的担保。)

**第九十三条【诉前保全】** 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。

3 1、诉前财产保全，由当事人向财产所在地的人民法院申请。

在人民法院采取诉前财产保全后，申请人起诉的，可以向采取诉前财产保全的人民法院或者其他有管辖权的人民法院提起。

3 2、当事人申请诉前财产保全后没有在法定的期间起诉，因而给被申请人造成财产损失引起诉讼的，由采取该财产保全措施的人民法院管辖。

## (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。

9 9、人民法院对季节性商品、鲜活、易腐烂变质以及其他不宜长期保存的物品采取保全措施时，可以责令当事人及时处理，由人民法院保存价款；必要时，人民法院可予以变卖，保存价款。

1 0 0、人民法院在财产保全中采取查封、扣押财产措施时，应当妥善保管被查封、扣押的财产。当事人、负责保管的有关单位或个人以及人民法院都不得使用该项财产。

1 0 1、人民法院对不动产和特定的动产(如车辆、船舶等)进行财产保全，可以采用扣押有关财产权证照并通知有关产权登记部门不予办理该项财产的转移手续的财产保全措施；必要时，也可以查封或扣押该项财产。

1 0 2、人民法院对抵押物、留置物可以采取财产保全措施，但抵押权人、留置权人有优先受偿权。

1 0 4、人民法院对债务人到期应得的收益，可以采取财产保全措施，限制其支取，通知有关单位协助执行。

1 0 5、债务人的财产不能满足保全请求，但对第三人有到期债权的，人民法院可以依债权人的申请裁定该第三人不得对本案债务人清偿。该第三人要求偿付的，由人民法院提存财物或价款。

(刘心稳 人民法院接受申请后，对诉前财产保全，须在 48 小时内作出裁定。对诉讼保全，情况紧急的(张理解：由于诉前财产保全没有这个措辞，因此看来，一般诉讼财产保全没有诉前财产保全那么急迫。)，也必须在 48 小时内作出裁定。人民法院裁定采取保全措施的，应当立即执行，有关单位及义务人协助人民法院执行。当事人不服人民法院财产保全裁定的，可以申请复议一次，复议期间不停止裁定的执行。诉前财产保全措施采取后，申请人在 15 日内未起诉的，或被申请人向人民法院提供担保的，人民法院应解除财产保全措施。)

## (4) 申请人提供的担保—第 92 条第 2 款、93 条第 1 款

(需要注意的时，根据法条字面意思：法院接受申请人申请采取诉讼财产保全措施的，可以责令申请人提供担保，申请人不提供担保的驳回申请；而申请人申请诉前财产保全的，申请人必须提供担保，不提供担保的驳回

申请。)

**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。（看来情况不紧急的裁定时间可以超过 48 小时。）

**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。（与诉讼保全不同，法院接受了诉前保全的申请后，“必须”而不是“对情况紧急的，必须”在 48 小时内作出裁定。）

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。

#### (5) 被申请人的反担保—第 95 条

（刘心稳 被申请人的反担保能够达到财产保全同样的效果，所以在被申请人提供有效反担保后就允许解除财产保全。）

**第九十五条【财产保全的解除】** 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。

（刘心稳 因人民法院依职权采取保全措施错误造成损失的，由**人民法院依法予以赔偿**。）（张理解：按照常人思维，法院不会轻易作冤大头！）

## 六、民事审判程序

起诉及其条件 受理和立案 审理前的准备 开庭审理 审理期限 诉讼中止 诉讼终结 判决 裁定

### 1、第一审普通程序

刘心稳 普通程序的概念和特征。普通程序是人民法院审理第一审民事案件通常所适用的程序。其特征为：①普通程序是民事审判中的基础程序；②普通程序是最完整的民事审判程序。除**简单民事案件**及**特殊类型的民事案件**以外所使用的程序都是普通程序。

#### (1) 起诉及其条件—第 108、111 条

刘心稳：起诉的概念---起诉是公民、法人和其他组织在其民事权益与他人发生争议或受到侵害时，向人民法院提起诉讼，请求人民法院通过审判方式给与司法保护的行为。

**第一百零八条【起诉条件】** 起诉必须符合下列条件：

- （一）原告是与本案有**直接利害关系**的公民、法人和其他组织；
- （二）有明确的被告；
- （三）有具体的诉讼请求和事实、理由；
- （四）属于人民法院受理民事诉讼的范围和受诉人民法院管辖。

**第一百零九条【起诉方式】** 起诉应当向人民法院**递交起诉状**，并按照被告人数提出副本。书写起诉状确有困难的，**可以口头起诉**，由人民法院记入笔录，并告知对方当事人。

（刘心稳 起诉方式以书面为原则，以口头为例外）

**第一百一十条【起诉状】** 起诉状应当记明下列事项：

- （一）当事人的姓名、性别、年龄、民族、职业、工作单位和住所，法人或者其他组织的名称、住所和法定代表人或者主要负责人的姓名、职务；
- （二）诉讼请求和所根据的事实与理由；
- （三）证据和证据来源，证人姓名和住所。

1 4 0、当事人在诉状中有谩骂和人身攻击之词，送达副本可能引起矛盾激化，不利于案件解决的，人民法

院应当说服其实事求是地修改。**坚持不改的，可以送达起诉状副本。**

**第一百零七条【诉讼费用】** 当事人进行民事诉讼，应当按照规定交纳**案件受理费**。**财产案件**除交纳案件受理费外，并按照规定交纳**其他诉讼费用**。

当事人交纳诉讼费用确有困难的，可以按照规定向人民法院申请缓交、减交或者免交。

( **刑诉法第七十四条【诉讼费用】** 人民法院审理行政案件，应当收取诉讼费用。诉讼费用**由败诉方承担**，**双方都有责任的由双方分担**。收取诉讼费用的具体办法另行规定。

**行政复议第三十九条【复议费用】** 行政复议机关受理行政复议申请，不得向申请人收取任何费用。行政复议活动所需经费，应当列入本机关的行政经费，由本级财政予以保障。)

## (2) **受理和立案—第 111 (受理)、112 条 (立案)**

**受理**是指人民法院通过对当事人的起诉进行审查，对符合法律规定条件的，**决定立案**审理的行为。由此产生的法律后果：其一，人民法院对该具体案件的审判权和审理职责由此产生；其二，人民法院对该案件的排他管辖权由此形成；其三，双方当事人相应的诉讼地位由此产生。

同步：人民法院对起诉进行审查以后，针对不同情况作出不同的处理—(1) 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 7 日内立案并通知当事人；(2) 认为起诉不符合法定条件的，应当在 7 日内裁定不予受理，原告对不予受理裁定不服的，可以提起上诉。(3) 人民法院立案后，发现起诉不符合法定条件的，裁定驳回起诉 (**zhangsfl10: 但是如果立案后发现没有管辖权则应将案件移送，见解释 141**)，当事人对驳回起诉的裁定不服的，可以提起上诉。(4) 当事人的起诉属于其它情况的，分别予以处理 (见下面法 111 和解释 141-152)

**第一百一十一条【起诉的审查与受理】** 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，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。

1 4 1、对本院没有管辖权的案件，告知原告向有管辖权的人民法院起诉；原告坚持起诉的，裁定不予受理；立案后发现本院没有管辖权的，应当将案件移送有管辖权的人民法院。

1 4 2、裁定不予受理、驳回起诉的案件，原告再次起诉的，如果符合起诉条件，人民法院应予受理。

1 4 3、原告应当预交而未预交案件受理费，人民法院应当通知其预交，通知后仍不预交或者申请减、缓、免未获人民法院批准而仍不预交的，裁定按**自动撤诉处理**。

1 4 4、当事人撤诉或人民法院按撤诉处理后，当事人以同一诉讼请求再次起诉的，人民法院应予受理。

原告撤诉或者按撤诉处理的离婚案件，没有新情况、新理由，六个月内又起诉的，可比照民事诉讼法第一百一十一条第(七)项的规定不予受理。

1 4 5、依照民事诉讼法第一百一十一条第(二)项的规定，当事人在书面合同中订有仲裁条款，或者在发生纠纷后达成书面仲裁协议，一方向人民法院起诉的，人民法院裁定不予受理，告知原告向仲裁机构申请仲裁。但仲裁条款、仲裁协议无效、失效或者内容不明确无法执行的除外。

1 4 6、当事人在仲裁条款或协议中选择的仲裁机构不存在，或者选择裁决的事项超越仲裁机构权限的，人民法院有权依法受理当事人一方的起诉。

1 4 7、因仲裁条款或协议无效、失效或者内容不明确，无法执行而受理的民事诉讼，如果被告一方对人民法院管辖权提出异议的，受诉人民法院应就管辖权作出裁定。

1 4 8、当事人一方向人民法院起诉时未声明有仲裁协议，人民法院受理后，对方当事人又应诉答辩的，视为该人民法院有管辖权。

1 4 9、病员及其亲属对医疗事故技术鉴定委员会作出的医疗事故结论没有意见，仅要求医疗单位就医疗事故赔偿经济损失向人民法院提起诉讼的，应予受理。

1 5 0、判决不准离婚、调解和好的离婚案件以及判决、调解维持收养关系的案件的被告向人民法院起诉的，不受民事诉讼法第一百一十一条第（七）项规定的条件限制。

1 5 1、夫妻一方下落不明，另一方诉至人民法院，只要求离婚，不申请宣告下落不明人失踪或死亡的案件，人民法院应当受理，对下落不明人用公告送达诉讼文书。

1 5 2、赡养费、扶养费、抚育费案件，裁判发生法律效力后，因新情况、新理由，一方当事人再行起诉要求增加或减少费用的，人民法院应作为新案受理。

**第一百一十二条【立案】** 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。

8 0、民事诉讼法第一百一十二条规定的立案期限，因起诉状内容欠缺令原告补正的，从补正后交人民法院的次日起算。由上级人民法院转交下级人民法院，或者由基层人民法院转交有关人民法庭受理的案件，从受诉人民法院或人民法庭收到起诉状的次日起算。

1 5 3、当事人超过诉讼时效期间起诉的，人民法院应予受理。受理后查明无中止、中断、延长事由的，判决驳回其诉讼请求。

### (3) 审理前的准备—第 113~119 条

**第一百一十三条【送达起诉状副本和提出答辩状】** 人民法院应当在立案之日起五日内将起诉状副本发送被告，被告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。

【民诉自立案 5 日、15 日；复议自受理 7 日、10 日；行诉自立案 5 日、10 日。张总结记忆规律，①关于文件送达（5 日、7 日）---诉讼自立案 5 日，而诉讼中先受理后立案，中间有时间差，因此复议从受理起算时间长些长些可以理解故 7 日；②民诉答辩时间长于行政复议或行政诉讼中行政机关的答辩期限这对行政机关提出了更高要求，故前者 15 日，后者 10 日】

**第一百一十四条【告知当事人诉讼权利和义务】** 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和义务，或者口头告知。

**第一百一十五条【告知当事人合议庭组成人员】** 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【审阅诉讼材料、收集证据】** 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【调查取证程序】** 人民法院派出人员进行调查时，应当向被调查人出示证件。

调查笔录经被调查人校阅后，由被调查人、调查人签名或者盖章。

**第一百一十八条【委托调查取证】** 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【追加必要共同诉讼人】** 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。

### (4) 开庭审理—第 120~134 条

**刘心稳** 开庭审理是指人民法院在审判人员的主持下，在当事人和其他诉讼人的参加下，在法庭上依照法定程序，对案件进行审理并作出审判的全过程。开庭审理由以下几个阶段组成：

**同步：**（1）准备开庭；（2）法庭调查阶段；（3）法庭辩论阶段；（4）评议与裁判阶段（刘心稳为“评议和宣判”，我体会按照同步的好）。

**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（zhangsf110: 用传票传唤）和其他诉讼参与人（zhangsf110: 用通知书通知）。公开审理的，应当公告当事人姓名、案由和开庭的时间、地点。

1 5 5、人民法院按照普通程序审理案件，应当在开庭三日前用传票传唤当事人。对诉讼代理人、证人、鉴定人、勘验人、翻译人员应当用通知书通知其到庭。当事人或其他诉讼参与人在外地的，应留有必要的在途时间。

**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。

**证规第四十一条** 《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：①当事人在一审举证期限届满后新发现的证据；②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：①一审庭审结束后新发现的证据；②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。

**证规第四十二条** 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。

**证规第四十三条** 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。

**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。**

**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（zhangsf110: 处于原告地位？）或者答辩（zhangsf110: 处于被告地位？）；

- （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。

**评议与裁判阶段**（同步教程）：合议庭评议案件，应当不公开进行。评议作出裁判时采取少数服从多数的原则，按照多数人的意见作出，少数人的意见应当记入评议纪录，但该审判人员必须在

裁判文书上署名。裁判作出后可以采取两种方式宣判：一是**定期宣判**，并在宣判的同时发送裁判文书；二是**当庭宣判**，并在宣判后 10 日内发送裁判文书。无论是公开审理还是不公开审理，宣告裁判一律公开进行。

**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。

95 当事人一方**拒绝签收调解书**的，调解书**不发生法律效力**，人民法院要及时通知对方当事人。

**第一百二十九条 【按撤诉处理或缺席判决】** 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**。（zhangsfl10：注意措辞，不是缺席“审理”）

**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**。（zhangsfl10：注意措辞，不是缺席“审理”）

1 6 2、无独立请求权的第三人经人民法院传票传唤，无正当理由拒不到庭，或者未经法庭许可中途退庭的，**不影响案件的审理**。人民法院判决承担民事责任的无独立请求权的第三人，有权提起上诉。

**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。

**第一百条【拘传】** 人民法院对**必须到庭的被告**，经**两次传票传唤**，无正当理由拒不到庭的，可以**拘传**。

1 6 0、有独立请求权的第三人参加诉讼后，原告申请撤诉，人民法院在准许原告撤诉后，有独立请求权的第三人作为另案原告，原案原告、被告作为另案被告，**诉讼另行进行**。

**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错误的，**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**。

1 6 3、一审宣判后，**原审人民法院发现判决有错误**，当事人在上诉期内提出上诉的，原审人民法院可以提出原判决有错误的意见，报送第二审人民法院，由第二审人民法院按照第二审程序进行审理；当事人不上诉的，按照审判监督程序处理。

1 6 5、一审判决书和可以上诉的裁定书**不能同时送达双方当事人的**，**上诉期从各自收到判决书、裁定书的次日起计算**。

#### (5) **审理期限—第 135 条**

**第一百三十五条【审限】** 人民法院适用**普通程序审理的案件**，应当在立案之日起**六个月内审结**。有特殊情况需要延长的，由**本院院长批准**，可以延长六个月（**刘心稳和同步教程：最长不超过 6 个月**）；还需要延长的，报请上级人民法院批准。

1 6 4、民事诉讼法第一百三十五条规定的审限，是指从立案的次日起至裁判宣告、调解书送达之日止的期间，但**公告期间、鉴定期间、审理当事人提出的管辖权异议以及处理人民法院之间的管辖争议期间不应计算在内**。

民事诉讼法与行政诉讼法中关于第一审程序的审限和批准延长比较（来自网络）：

##### 1、民事诉讼中：

- （1）适用普通程序审理的案件：应当在立案之日起 **6 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 6 个月，还需要延长的，报请上级人民法院批准；

(2) 适用简易程序审理的案件：应当在立案之日起 3 个月内审结。

2、行政诉讼中：

(1) 人民法院应当在立案之日起 3 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。

(2) 基层人民法院申请延长审理期限，应当直接报请高级人民法院批准，同时报中级人民法院备案。

审理期限和延长比较（张整理 091120）

程序		审理期限	延长及其批准
民诉	一审（普通程序）	立案起 6 个月	本院院长批准可延 6 个月； 还需延长报请上级法院批准
	简易程序	立案起 3 个月	？
	二审（对判决）	二审立案起 3 个月	本院长批准
	二审（对裁定）	二审立案起 30 日	没有规定
复议	具体行政行为审查	60 日，法律规定少于 60 日除外。	延长不得超过 30 日，复议机关负责人批准。
	复依据审查，申请引起	有权：自受理 30 日； 无权：自受理 7 日内转送， 被转送的有权机关 60 日	
	依据审查，复议机关引起	有权：30 日； 无权：7 日转送。	
行诉	一审	立案起 3 个月	需要延长中院批准，中院审理需要延长的最高院批准。
	二审	收到起诉状起 2 个月	需要延长中院批准，中院审理需要延长的最高院批准。

#### (6) 诉讼中止—第 136 条

同步：诉讼中止是指在诉讼进行过程中，因发生某种法定中止的原因（法 136），诉讼无法继续进行或不宜进行，因而法院裁定暂时停止诉讼程序的制度。中止诉讼的原因消除后，由当事人申请或者人民法院依职权恢复诉讼程序。诉讼程序恢复后，不必撤销原裁定，从法院通知或准许当事人双方继续进行诉讼时起，中止诉讼的裁定失去效力；诉讼中止前进行的一切诉讼行为，在诉讼程序恢复后继续有效。

**第一百三十六条【中止诉讼】** 有下列情形之一的，中止诉讼：

- (一) 一方当事人死亡，需要等待继承人表明是否参加诉讼的；
- (二) 一方当事人丧失诉讼行为能力，尚未确定法定代理人的；
- (三) 作为一方当事人的法人或者其他组织终止，尚未确定权利义务承受人的；
- (四) 一方当事人因不可抗力事由，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。

**【比较民法通则诉讼时效的中止】**

**通则 139：**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。

**解释 172【其他障碍】：**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，可以认定为因其他障碍不能行使请求权，适用诉讼时效中止。

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）。】

#### (7) 诉讼终结—第 137 条

同步---诉讼终结是指在诉讼进行过程中，因发生某种法定的终结诉讼的原因（法 137），使诉讼程序继续进行已没有必要或不可能继续进行，从而由人民法院裁定终结诉讼程序的制度。诉讼终结并没有解决当事人之间的实体权益问题，因此人民法院以裁定的形式决定诉讼终结。刘心稳---诉讼终结的裁定一经作出，即发生法律效力，当事人不得提起上诉，也不得申请复议。诉讼终结的案件，当事人不得以同一事实和理由，就同一诉讼标的再行起诉。



**第一百三十七条【终结诉讼】** 有下列情形之一的，终结诉讼：

（一）原告死亡，没有继承人，或者继承人放弃诉讼权利的；

（二）被告死亡，没有遗产，也没有应当承担义务的人的；

（三）离婚案件一方当事人死亡的；（张理解：离婚案件具有人身属性，一方死亡不可能有人承受其离婚诉讼的权利和义务）

（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。（张理解：案件由于具有人身属性，死亡一方不能有人承受其诉讼权利和义务。）

### 判决和裁定

同步：人民法院在审理案件过程中，根据案件的事实和国家的法律，针对审理案件过程中发生的各种问题所作的处理，通常称之为民事**裁判**。民事裁判有广义和狭义之分。广义包括人民法院的**判决**、**裁定和决议**等，还包括人民法院认可的调解协议，它们各有自己独立的适用范围和适用条件，法律效力也有所区别。狭义仅指人民法院作出的**判决和裁定**。（我认为，可以把**裁判**理解为**裁定和判决**的缩写容易记忆。）

#### （8） 判决—第 138、139 条

刘心稳—**判决**是指人民法院审理民事案件和非诉案件完结之前，依据事实和法律对案件作出的权威性**判定**。没有正确审理就没有正确的判决，民事判决是人民法院行使国家审判权的最终结果。

同步—民事判决是指人民法院通过对民事案件的审理，查明事实，并根据事实，依照法律、法规的规定，对双方当事人之间的**实体问题所作的结论性断定**。

**第一百三十八条【判决书内容】** 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【先行判决】** 人民法院审理案件，其中一部分事实已经清楚，可以就该部分先行判决。

#### （9） 裁定—第 140 条（发生法律效力判决、裁定—第 141 条）

刘心稳 **民事裁定**是指人民法院对民事审判和执行**程序中的问题**以及**个别实体问题**所作的权威性**判定**，民事裁定是人民法院**指挥、组织诉讼的有效方式**。

同步：民事裁定是人民法院在审理民事案件过程中，为保证审判工作的顺利进行，就诉讼程序方面的有关事项所作的**断定**。民事裁定是人民法院行使诉讼指挥权的表现，**主要是解决程序问题的**；民事裁定**可以是口头的，也可以是书面的**。

**第一百四十条【裁定】** 裁定适用于下列范围：

（一）**不予受理**；

（二）**对管辖权有异议的**；

（三）**驳回起诉**；

（四）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【发生法律效力判决、裁定】** 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。

（三种情况的判决和裁定是发生法律效力判决和裁定：（1）最高人民法院做出的；（2）依法不准上诉的；（3）超过上诉期没有上诉的（zhangsf110：民诉和行诉相同，判决 15 日、裁定 10 日）。**个人理解须注意的是：这里是**

一审程序所述的判决和裁定，参见二审程序中的判决和裁定。)

### 判决和裁定的区别

民事裁定和民事判决不同之处有：(1) 功能不同(参第 140 裁定适用范围)。民事裁定重在处理程序问题，民事判决重在解决实体问题。(2) 适用的时间不同。民事裁定在审判阶段和执行阶段均可适用，而民事判决只能在审判阶段适用。(3) 可以上诉的期间不同。可以上诉的判决其上诉期为 15 日，可以上诉的裁定其上诉期为 10 日(比判决上诉期短)。(4) 表现形式有别。民事判决必须是书面形式，民事裁定既可用书面形式又可用口头形式(看来裁定不如判决严肃)。

## 2、二审程序

二审程序是指民事诉讼当事人不服地方各级人民法院未生效的第一审判决或裁定，在法定期限内提起上诉，由上一级人民法院对案件进行重新审理所适用的程序。由于我国民事诉讼实行两审终审制度，所以二审程序又称为终审程序，二审作出裁判后立即发生法律效力。二审程序是由当事人上诉引起的，上诉是指当事人不服地方各级人民法院未生效的第一审判决、裁定，在法定期限内提起上诉状，请求上一级法院重新进行审判，以撤销或变更原判决或裁定的行为。

### (1) 上诉时效—第 147 条(15 日、10 日)

第一百四十七条【上诉期间】当事人不服地方人民法院第一审判决的，有权在判决书送达之日起十五日内向上一级人民法院提起上诉

当事人不服地方人民法院第一审裁定的，有权在裁定书送达之日起十日内向上一级人民法院提起上诉。(zhangsf110: 与行政诉讼上诉的期限相同: 判决 15 日, 裁定 10 日。)

(网络搜索: 调解书不可以上诉, 调解书自签收之日起就发生了法律效力, 已经发生法律效力的法律文书当然是不可以上诉。不能上诉是民事诉讼法的明确规定, 但是如果有证据证明调解违反自愿原则或内容违法的, 可以申请再审。95 当事人一方拒绝签收调解书的, 调解书不发生法律效力, 人民法院要及时通知对方当事人。)

176、双方当事人和第三人都提出上诉的, 均为上诉人。

177、必要共同诉讼人中的一人或者部分人提出上诉的, 按下列情况处理:

(1) 该上诉是对与对方当事人之间权利义务分担有意见, 不涉及其他共同诉讼人利益的, 对方当事人为被上诉人, 未上诉的同一方当事人依原审诉讼地位列明;

(2) 该上诉仅对共同诉讼人之间权利义务分担有意见, 不涉及对方当事人利益的, 未上诉的同一方当事人为被上诉人, 对方当事人依原审诉讼地位列明;

(3) 该上诉对双方当事人之间以及共同诉讼人之间权利义务承担有意见的, 未提出上诉的其他当事人均为被上诉人。

178、一审宣判时或判决书、裁定书送达时, 当事人口头表示上诉的, 人民法院应告知其必须在法定上诉期间内提出上诉状。未在法定上诉期间内递交上诉状的, 视为未提出上诉。(张理解: 法院尽提醒义务, 提醒上诉期限和上诉的形式。根据此条规定, 上诉必须提交上诉状, 相比较而言, 一审起诉以书面为原则以口头为例外, 因此上诉规定更加严格。)

第一百四十八条 【上诉状】上诉应当递交上诉状。上诉状的内容, 应当包括当事人的姓名, 法人的名称及其法定代表人的姓名或者其他组织的名称及其主要负责人的姓名; 原审人民法院名称、案件的编号和案由; 上诉的请求和理由。

第一百四十九条 【提起上诉的程序】上诉状应当通过原审人民法院提出, 并按照对方当事人或者代表人的人数提出副本。

当事人直接向二审人民法院上诉的, 二审人民法院应当在五日内将上诉状移交原审人民法院。

第一百五十条 【上诉的受理】原审人民法院收到上诉状, 应当在五日内将上诉状副本送达对方当事人, 对方当事人在收到之日起十五日内提出答辩状。人民法院应当在收到答辩状之日起五日内将副本送达上诉人。对方当事人不提出答辩状的, 不影响人民法院审理。

原审人民法院收到上诉状、答辩状, 应当在五日内连同全部案卷和证据, 报送第二审人民法院。

## (2) 上诉审理的范围—第 151 条

同步：根据法 151，第二审人民法院应当对上诉请求的有关事实和适用的法律进行审查。根据最高院司法解释，第二审案件应当围绕当事人上诉请求的范围进行，当事人没有提出请求的，不予审查。但判决违反法律禁止性规定、侵害社会公共利益或者他人利益的除外。被上诉人在答辩中要求变更或者补充第一审判决内容的，第二审法院可以不予审查。

**第一百五十一条【二审的审查范围】** 第二审人民法院应当对上诉请求的有关事实和适用法律进行审查。

(3) 上诉审理的方式—第 152 条（合议庭、可开庭可径行裁判）

（刘心稳：审理方式可以开庭审理也可以不开庭而径行判决或裁定。二审法院审理上诉案件，应当由审判员组成合议庭进行审理，不能采用独任制，也不可以有陪审员。）

同步：关于径行裁判---第二审人民法院经过阅卷和调查，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，可以径行判决、裁定。这里需要注意的是，在民事诉讼的二审程序中，不得适用书面审理方式。径行裁判和书面审理的区别就是在于它是在书面审查的基础上询问当事人，调查证据以后，无需开庭而直接作出的裁判。

（来自网络：径行裁判，是二审程序的两种审理方式之一（二审程序的审理方式包括开庭审理和径行裁判，其中开庭审理是原则，径行裁判是例外）。实际上，径行判决就是不开庭审理所作出的判决。径行判决与书面审理的区别在于：径行判决同时要进行调查和询问当事人，同样要核对案件事实；而书面审理则是不开庭、不调查、不询问当事人和证人，只通过审阅案卷材料即直接作出裁判。）

（zhangsf110：注意比较与行政诉讼的二审程序审理方式的不同---行政诉讼法 59，人民法院对上诉案件，认为事实清楚的，可以实行书面审理。）

**第一百五十二条【二审的审理方式】** 第二审人民法院对上诉案件，应当组成合议庭，开庭审理。经过阅卷和调查，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。

1 8 8、第二审人民法院对下列上诉案件，可以依照民事诉讼法第一百五十二条的规定迳行判决、裁定：

**张**，关于书面审理总结：开庭与径行裁判相对应，书面与口头相对应；书面审理与径行裁判概念不同。  
**民诉二审**：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。（不得书面审理！）  
**行政复议**：实行书面审查为原则，以口头审查为例外  
**行诉一审**：人民法院审理第一审行政案件，一律**开庭审理，不得进行书面审理**，即在审判人员主持下，在当事人和其他诉讼参加人的参加下，依法对行政案件进行审理并作出裁判。  
**行诉二审**：人民法院对上诉案件，认为**事实清楚的，可以实行书面审理**。

- （1）一审就不予受理、驳回起诉和管辖权异议作出裁定的案件；（张理解：径行裁定）
- （2）当事人提出的上诉请求明显不能成立的案件；（张理解：径行裁定）
- （3）原审裁判认定事实清楚，但适用法律错误的案件；（张理解：径行判决）
- （4）原判决违反法定程序，可能影响案件正确判决，需要发回重审的案件。（张理解：径行裁定）

## (4) 上诉案件的裁判—第 153 条（维持、改判、发回）、

同步---上诉案件的裁判

（一）对第一审判决提起上诉的案件的裁判：（1）驳回上诉，维持原判；（2）依法改判；（3）发回重审。（张理解：针对一审判决提起上诉的案件，二审可能采取判决或者裁定。）

（二）对第一审裁定提起上诉的案件的裁定：当事人对不予受理的裁定、对管辖权有异议的裁定、驳回起诉的裁定，可以依法上诉。二审法院对不服一审法院裁定的上诉案件的处理，也一律使用裁定。（1）对于原裁定认定事实清楚、证据充分、适用法律正确的，裁定驳回上诉，维持原裁定；（2）原裁定认定事实不清或证据不足，适用法律错误的，裁定撤销原裁定，作出正确的裁定。（看来对错误的裁定不发回重审？）

**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) **【驳回上诉，维持原判】** 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) **【依法改判】** 原判决适用法律错误的，依法改判；

(三) **【裁定撤销原判决发回重审】、【依法改判】** 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) **【裁定撤销原判决发回重审】** 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**。(张理解：二审维持原判或者依法改判则裁判生效，不能上诉。)

1 8 1、第二审人民法院发现第一审人民法院有下列违反法定程序的情形之一，**可能影响案件正确判决的**，应依照民事诉讼法第一百五十三条第一款第(四)项的规定，裁定撤销原判，发回原审人民法院重审：

- (1) 审理本案的审判人员、书记员应当回避未回避的；
- (2) 未经开庭审理而作出判决的；
- (3) 适用普通程序审理的案件当事人未经传票传唤而缺席判决的；
- (4) 其他严重违反法定程序的。

1 8 2、对当事人在一审中已经提出的诉讼请求，原审人民法院未作审理、判决的，第二审人民法院可以根据当事人自愿的原则进行**调解**，调解不成的，**发回重审**。

1 8 3、必须参加诉讼的当事人在一审中未参加诉讼，第二审人民法院可以根据当事人自愿的原则予以**调解**，调解不成的，**发回重审**。发回重审的裁定书不列应当追加的当事人。

1 8 4、在第二审程序中，原审原告增加独立的诉讼请求或原审被告提出反诉的，第二审人民法院可以根据当事人自愿的原则就新增加的诉讼请求或反诉进行**调解**，调解不成的，告知当事人**另行起诉**。

(比较行诉解释 71 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。

原审判决遗漏行政赔偿请求(张理解：当事人在一审中**已经提出请求**，但原审判决遗漏了)，第二审人民法院经审查认为依法不应当予以赔偿的，应当判决驳回行政赔偿请求。

原审判决遗漏行政赔偿请求，第二审人民法院经审理认为依法应当予以赔偿的，在确认被诉具体行政行为违法的同时，可以就行政赔偿问题进行**调解**；调解不成的，应当就**行政赔偿部分发回重审**。

当事人在第二审期间提出行政赔偿请求的，第二审人民法院可以进行**调解**；调解不成的，应当告知当事人**另行起诉**。)

1 8 5、一审判决不准离婚的案件，上诉后，第二审人民法院认为应当判决离婚的，可以根据当事人自愿的原则，与子女抚养、财产问题一并调解，调解不成的，发回重审。

1 8 6、人民法院依照第二审程序审理的案件，认为依法不应由人民法院受理的，可以由第二审人民法院直接裁定撤销原判，驳回起诉。

1 8 7、第二审人民法院查明第一审人民法院作出的不予受理裁定有错误的，应在撤销原裁定的同时，**指令**第一审人民法院**立案受理**；查明第一审人民法院作出的驳回起诉裁定有错误的，应在撤销原裁定的同时，**指令**第一审人民法院进行**审理**。

1 8 9、在第二审程序中，作为当事人的法人或者其他组织分立的，人民法院可以直接将分立后的法人或者其他组织列为共同诉讼人；合并的，将合并后的法人或者其他组织列为当事人。不必将案件发回原审人民法院重审。

1 9 2、第二审人民法院宣告判决可以**自行宣判**，也可以委托**原审人民法院**或者**当事人所在地人民法院**代行宣判。

**第一百五十四条 【二审在裁定的适用】** 第二审人民法院对不服第一审人民法院裁定的上诉案件的处理，一律使用裁定。

**第一百五十五条 【二审中的调解结案】** 第二审人民法院审理上诉案件，可以进行调解。

调解达成协议，应当制作调解书，由审判人员、书记员署名，加盖人民法院印章。调解书送达后，原审人民法院的判决即视为撤销。

191、当事人在二审中达成和解协议的，人民法院可以根据当事人的请求，对双方达成的和解协议进行审查并制作调解书送达当事人；因和解而申请撤诉，经审查符合撤诉条件的，人民法院应予准许。

**第一百五十六条 【上诉的撤销】** 第二审人民法院判决宣告前，上诉人申请撤回上诉的，是否准许，由第二审人民法院裁定。

190、在第二审程序中，当事人申请撤回上诉，人民法院经审查认为一审判决确有错误，或者双方当事人串通损害国家和集体利益、社会公共利益及他人合法权益的，不应准许。

#### (5) 审理期限—第 159 条

**第一百五十九条【二审审限】** 人民法院审理对判决的上诉案件，应当在第二审立案之日起三个月内审结。有特殊情况需要延长的，由本院院长批准。人民法院审理对裁定的上诉案件，应当在第二审立案之日起三十日内作出终审裁定。（比较一审的审限：普通程序立案起 6 个月、简易程序立案起 3 个月。）

（来自网络）民事诉讼和行政诉讼二审的审理期限及批准延长

##### 1、民事诉讼中：

(1) 对判决上诉的案件：人民法院应当在第二审立案之日起3 个月内审结，有特殊情况需要延长的，由本院院长批准。

(2) 对裁定上诉的案件：人民法院应当在第二审立案之日起30 日内作出终审裁定，没有可以延长的规定。

3、行政诉讼中：人民法院审理上诉案件，应当在收到上诉状之日起2 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。

审理期限和延长比较（张整理 091120）

程序		审理期限	延长及其批准
民诉	一审（普通程序）	立案起 6 个月	本院院长批准可延 6 个月； 还需延长报请上级法院批准
	简易程序	立案起 3 个月	？
	二审（对判决）	二审立案起 3 个月	本院院长批准
	二审（对裁定）	二审立案起 30 日	没有规定
复议	具体行政行为审查	60 日，法律规定少于 60 日除外。	延长不得超过 30 日，复议机关负责人批准。
	复依据审查，申请引起	有权：自受理 30 日； 无权：自受理 7 日内转送， 被转送的有权机关 60 日	
	依据审查，复议机关引起	有权：30 日； 无权：7 日转送。	
行诉	一审	立案起 3 个月	需要延长高院批准，高院审理需要延长的最高院批准。
	二审	收到起诉状起 2 个月	需要延长高院批准，高院审理需要延长的最高院批准。

#### (6) 第二审判决、裁定的法律效力—第 158 条

**第一百五十八条【二审判决、裁定的性质】** 第二审人民法院的判决、裁定，是终审的判决、裁定。

刘心稳---二审判决、裁定的法律效力：第一，不得再行上诉。第二审人民法院所制作的判决书、裁定书是终审的判决、裁定，一经送达当事人后，立即发生法律效力，当事人不得再提起上诉。如果当事人认为第二审裁判确有错误，只能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。第二，不得重新起诉。第二审人民法院的判决、裁定，是对当事人之间实体权利义务的最终确认，任何一方当事人不能再以同一诉讼标的向人民法院再行起诉。第三，强制执行。对于给付金钱的终审判决、裁定发生法律效力后，当事人应当自觉履行判决、裁定所确定的义务。如果义务人无正当理由拒不履行义务，权利人有权申请人民法院强制执行，人民法院也可以依法强制执行。

同步---第二审法院的裁判为终审裁判，其效力主要体现在以下三个方面：（1）不得对裁判再行上诉；（2）不得就同

一诉讼标的，以同一事实和理由重新起诉，但是，判决不准离婚、调解和好的离婚案件以及判决维持收养关系的案件、调解维持收养关系的案件除外；（3）具有强制执行的效力。

## 七、审判监督程序（需要根据09年大纲重新整理）

有权启动审判监督程序的主体（课件）：人民法院院长、最高人民法院、上级人民法院、当事人、最高人民检察院和上级人民检察院 177、178、187（老185）

**09年新大纲的分类为：**（1）基于审判监督权的再审（包括：各级人民法院院长提起的基于审判监督权的再审；最高人民法院和上级人民法院基于审判监督权的再审。）；（2）基于当事人诉权的申请再审；（3）基于检察监督权的抗诉和再审。

### 1、基于审判监督权的再审

**第一百七十七条【人民法院决定再审】** 各级人民法院院长对本院已经发生法律效力的判决、裁定，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。

199、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，经审判委员会讨论决定再审的，应当裁定中止原判决、裁定的执行。（zhangsf110：这里不是停止）

200、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，如果发现确有错误，应在提审或者指令下级人民法院再审的裁定中同时写明中止原判决、裁定的执行；情况紧急的，可以将中止执行的裁定口头通知负责执行的人民法院，但应在口头通知后十日内发出裁定书。

202、由第二审人民法院判决、裁定的案件，上级人民法院需要指令再审的，应当指令第二审人民法院再审。

### 2、基于当事人诉权的申请再审第178、179~182条

**刘心稳** 当事人提出再审申请必须符合下列条件：**第一，有权申请再审的主体，只能是案件当事人**（203无民事行为能力人、限制民事行为能力人的法定代理人，可以代理当事人提出再审申请）。**案件当事人以外的其他公民或者组织发现法院裁判有错误时，只能通过信访或申诉制度加以纠正，而不能申请再审。**案件的当事人包括原告、被告、

或者上诉人、被上诉人，有独立请求权的第三人，以及判决其承担实体义务而无独立请求权的第三人。当事人的法定代理人依法也有权代理当事人申请再审。**第二，当事人申请再审的对象，只能是人民法院已经发生法律效力的判决、裁定和调解协议。对于尚没有生效的裁判，可以提起上诉但不可以申请再审。第三，当事人申请再审必须具有法定的原因（法179）。第四，当事人申请再审必须向有管辖权的法院提出：原审法院的上一级人民法院**（张注释：刘心稳根据原老法为原审法院及其上级法院，新法只能向原审的上级法院提出。但是相应的行政诉讼法中，当事人

仍可以向原审法院或者其上级法院提起申诉，注意比较）。**第五，当事人申请再审必须在法定期限内提出，即在裁判**

**发生法律效力后2年内提起。**

**第一百七十八条【当事人申请再审】：**当事人对已经发生法律效力的判决、裁定，认为有错误的，可以向上一级人民法院申请再审，**但不停止判决、裁定的执行**。（此处发生了修改。对应的行政诉讼法62仍为向原审法院或者其上级法院“提出申诉”）。

**第一百七十九条【当事人申请再审的条件】（增加了可提出再审的情形）** 当事人的申请符合下列情形之一的，人民法院应当再审：（一）有新的证据，足以推翻原判决、裁定的；（二）原判决、裁定认定的基本事实缺乏证据证明的；（三）原判决、裁定认定事实的主要证据是伪造的；（四）原判决、裁定认定事实的主要证据未经质证的；（五）对审理案件需要的证据，当事人因客观原因不能自行收集，书面申请人民法院调查收集，人民法院未调查收集的；（六）原判决、裁定适用法律确有错误的；（七）违反法律规定，管辖错误的；（八）审判组织的组成不合法或者依法应当回避的审判人员没有回避的；（九）无诉讼行为能力人未经法定代理人代为诉讼或者应当参加诉讼的当事人，因不能归责于本人或者其诉讼代理人的事由，未参加诉讼的；（十）

违反法律规定，剥夺当事人辩论权利的；（十一）未经传票传唤，缺席判决的；（十二）原判决、裁定遗漏或者超出诉讼请求的；（十三）据以作出原判决、裁定的法律文书被撤销或者变更的。对违反法定程序可能影响案件正确判决、裁定，或者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，人民法院应当再审。

**第一百八十条** 当事人申请再审的，应当提交**再审申请书**等材料。人民法院应当自收到再审申请书之日起**五日**内将再审申请书副本发送对方当事人。对方当事人应当自收到再审申请书副本之日起**十五日**内提交书面意见；不提交书面意见的，不影响人民法院审查。人民法院可以要求申请人和对方当事人补充有关材料，询问有关事项。

**第一百八十一条** 人民法院应当自收到再审申请书之日起**三个月**内审查，符合本法第一百七十九条规定情形之一的，裁定再审；不符合本法第一百七十九条规定的，裁定驳回申请。有特殊情况需要延长的，由本院院长批准。

因当事人**申请裁定再审的案件由中级人民法院以上的人民法院审理**。**最高人民法院、高级人民法院裁定再审的案件**，由**本院再审**或者**交其他人民法院再审**，也可以交**原审人民法院再审**。

**第一百八十二条** **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。（张注释：对调解书再审只能由当事人提出。）（网络搜索：调解书不可以上诉，调解书自签收之日起就发生了法律效力，已经发生法律效力的法律文书当然是不可以上诉。不能上诉是民事诉讼法的明确规定，但是如果证据能证明调解违反自愿原则或内容违法的，可以申请再审。95 当事人一方**拒绝签收调解书**的，**调解书不发生法律效力**，人民法院要及时通知对方当事人。）

**第一百八十三条** 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。

（zhangsf110：注意，根据此条维持婚姻关系的判决没有说不可以。）

**第一百八十四条（老 182）** 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；**二年后**据以作出原判决、裁定的法律文书被撤销或者变更，以及发现审判人员在审理该案件时有贪污受贿，徇私舞弊，枉法裁判行为的，自知道或者应当知道之日起**三个月**内提出。（张理解：当事人申请再审的期限是两年，但是并非超过两年在任何情况下都不允许。）

2 0 3、无民事行为能力人、限制民事行为能力人的法定代理人，可以代理当事人提出再审申请。

2 0 4、当事人对已经发生法律效力的调解书申请再审，适用民事诉讼法第一百八十二条的规定，应在该调解书发生法律效力后二年内提出。

~~2 0 5、当事人可以向原审人民法院申请再审，也可以向上一级人民法院申请再审。向上一级人民法院申请再审的，上级人民法院经审查认为符合民事诉讼法第一百七十九条规定条件的，可以指令下级人民法院再审，也可以提审。（张注释：因修法，此条会有新变化。）~~

2 0 6、人民法院接到当事人的再审申请后，应当进行审查。认为符合民事诉讼法第一百七十九条规定的，**应当在立案后裁定中止原判决的执行，并及时通知双方当事人**；认为不符合第一百七十九条规定的，用通知书驳回申请。

2 0 7、按照督促程序、公示催告程序、企业法人破产还债程序审理的案件以及**依照审判监督程序审理后维持原判的案件**，当事人不得申请再审。

2 0 8、对不予受理、驳回起诉的裁定，当事人可以申请再审。（zhangsf110：管辖权异议的裁定呢？根据这里的措辞和网络搜索说不可以。但是根据修改后的法 179.1（7）“违反法律规定，管辖权错误的”当事人可以申请再审！）

2 0 9、当事人就离婚案件中的财产分割问题申请再审的，如涉及**判决中已分割的财产**，人民法院应依照民事诉讼法第一百七十九的规定进行审查，**符合再审条件的，应立案审理**；如涉及**判决中未作处理的夫妻共同财产**，应告知当事人**另行起诉**。

**第一百八十三条** **【原判决的中止执行】按照审判监督程序决定再审的案件**，裁定中止原判决的执行。**裁定由院长署名，加盖人民法院印章**。（张理解：该条适用于通过三种途径引起的审判监督程序：

基于审判监督权的再审、基于当事人诉权的申请再审、基于检察监督权的抗诉引起的再审。)

**第一百八十四条 【再审案件的审理】** 人民法院按照审判监督程序再审的案件，发生法律效力的判决、裁定是由第一审法院作出的，按照第一审程序审理，所作的判决、裁定，当事人可以上诉；发生法律效力的判决、裁定是由第二审法院作出的，按照第二审程序审理，所作的判决、裁定，是发生法律效力的判决、裁定；上级人民法院按照审判监督程序提审的，按照第二审程序审理，所作的判决、裁定是发生法律效力的判决、裁定。

人民法院审理再审案件，应当另行组成合议庭。

(张理解：该条适用于通过三种途径引起的审判监督程序：基于审判监督权的再审、基于当事人诉权的申请再审、基于检察监督权的抗诉引起的再审。)

2 0 1、按审判监督程序决定再审或提审的案件，由再审或提审的人民法院在作出新的判决、裁定中确定是否撤销、改变或者维持原判决、裁定；达成调解协议的，调解书送达后，原判决、裁定即视为撤销。

2 1 0、人民法院提审或按照第二审程序再审的案件，在审理中发现原一、二审判决违反法定程序的，可分别情况处理：

(1) 认为不符合民事诉讼法规定的受理条件的，裁定撤销一、二审判决，驳回起诉。

(2) 具有本意见第 1 8 1 条规定的违反法定程序的情况，可能影响案件正确判决、裁定的，裁定撤销一、二审判决，发回原审人民法院重审。

2 1 1、依照审判监督程序再审的案件，人民法院发现原一、二审判决遗漏了应当参加的当事人的，可以根据当事人自愿的原则予以调解，调解不成的，裁定撤销一、二审判决，发回原审人民法院重审。

2 1 3、再审案件按照第一审程序或者第二审程序审理的，适用民事诉讼法第一百三十五条、第一百五十九条规定的审限。审限自决定再审的次日起计算。

### 3、基于检察监督权的抗诉和再审

最好将法 185 与法 179 比较。

**第一百八十七条【基于检察监督权的再审】** 最高人民检察院对各级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定，上级人民检察院对下级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定，发现有本法第一百七十九条规定情形之一的，应当提出抗诉。

**第一百八十六条 【基于检察监督权的再审】** 人民检察院提出抗诉的案件，人民法院应当再审。

**第一百八十七条 【基于检察监督权的再审】** 人民检察院决定对人民法院的判决、裁定提出抗诉的，应当制作抗诉书。

**第一百八十八条 【基于检察监督权的再审】** 人民检察院提出抗诉的案件，人民法院再审时，应当通知人民检察院派员出席法庭。

## 八、执行程序

执行是指人民法院的执行组织依照法定的程序，对发生法律效力的法律文书确定的给付内容，以国家的强制力为后盾，依法采取的强制措施，迫使义务人履行义务的行为。



## 1、一般规定

执行根据 执行管辖 执行异议 执行委托 执行和解 执行担保 执行承担 执行回转

### (1) 执行根据 (212-214)

(刘心稳) ---是指当事人申请执行所依据的法律文书, 又称**执行文书**。主要有以下几种: (1) **人民法院制作的法律文书** 包括已经发生法律效力并具有**给付内容**的**民事判决书**、裁定书及调解书; 先予执行、财产保全裁定书; 已经发生法律效力的**具有给付内容**的**刑事判决书**、裁定书及调解书; 已经发生法律效力的支付令等。(2) **仲裁机构做出的已经生效的判决书**、调解书; **公证机关制作的依法赋予强制执行力的公证债权文书**; **行政机关制作的已经生效的应由人民法院执行的决定书**等。(3) **人民法院制作的承认并协助执行的****外国法院判决和国外仲裁机构**裁决的判决书。

(网络搜索, “给付”和“具有给付内容的判决”的概念:

**搜索 1**--给付是债的标的, “债之标的, 谓构成债的关系之内容之债务人行为, 即债权人所得为请求及债务人所应实行者是也。自债务人方面言之, 则为给付。”

**搜索 2**--从一般词义解释来看, “给付内容”有两种含义, 一种指具有动态价值的特定行为本身, 相当于“履行”、“清偿”之类的含义; 另一种指静态意义上的行为所指向的标的, 如“金钱”、“财物”等。民事判决可以分为: 给付判决、确认判决和变更判决 3 类。给付判决是指具有给付内容的判决; 确认判决是指其内容仅仅表现为确认当事人之间存在或不存在某种民事法律关系的判决; 变更判决是指其内容为变更或者解除双方当事人之间某种既存的民事法律关系的判决。作为执行依据的判决, 不属于确认判决, 也不属于变更判决, 而属于给付判决, 具有给付内容, 符合执行案件的受案条件, 属于执行案件的受案范围。)

**第二百一十二条【执行根据】** 发生法律效力民事判决、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**。

**第二百一十三条【执行根据】** 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**。

**第二百一十四条【执行根据】** 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。

### (2) 执行管辖

(第 201 (老 207)、205 条 (老 209), 刘心稳) ---根据民事诉讼法第 205 条的规定, 基层人民法院、中级人民法院根据需要, 可以设立执行机构。民事诉讼法第 201 条规定了执行案件管辖的分工, 分两种情况: (1) 第一审和第二审人民法院制作的发生法律效力, 并具有给付内容的法律文书, 都由**原第一审人民法院执行** (张理解: 根据法 201, 还应该包括 “**与原第一审人民法院同级的被执行的财产所在地人民法院执行**”)。发生法律效力的**支付令**, 则由制作**支付**

令的人民法院执行。(2) 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被执行人财产地的人民法院执行。

**第二百零一条【执行管辖】** 发生法律效力民事判决、裁定, 以及刑事判决、裁定中的财产部分, 由第一审人民法院或者与第一审人民法院同级的被执行的财产所在地人民法院执行。

法律规定由人民法院执行的其他法律文书, 由被执行人住所地或者被执行的财产所在地人民法院执行。

**第二百零五条** 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。

人民法院根据需要可以设立执行机构。

2 5 4、强制执行的标的是财物或者行为。当事人拒绝履行发生法律效力的判决、裁定、调解书、支付令的, 人民法院应当向当事人发出执行通知。在执行通知指定的期间被执行人仍不履行的, 应当强制执行。

2 5 5、发生法律效力支付令, 由制作支付令的人民法院负责执行。

2 5 6、民事诉讼法第二百零一条第二款规定的由人民法院执行的其他法律文书, 包括仲裁裁决书、公证债权文书。

其他法律文书由被执行人住所地或者被执行人的财产所在地人民法院执行; 当事人分别向上述人民法院申请执行的, 由最先接受申请的人民法院执行。

#### (3) 执行异议—第 204 条 (老 208)

执行异议是指在执行过程中, 案外人对被执行的财产的全部或者一部分主张权利并要求人民法院停止并变更执行的请求。

**第二百零四条【执行异议】** (老 208) 执行过程中, 案外人对执行标的提出书面异议的, 人民法院应当自收到书面异议之日起十五日内审查, 理由成立的, 裁定中止对该标的的执行; 理由不成立的, 裁定驳回。案外人、当事人对裁定不服, 认为原判决、裁定错误的, 依照审判监督程序办理; 与原判决、裁定无关的, 可以自裁定送达之日起十五日内向人民法院提起诉讼。

2 5 7、民事诉讼法第二百零八条 (zhangsfl10: 现 204) 规定的中止执行, 应当限于案外人依该条规定提出异议部分的财产范围。对被执行人的其他财产, 不应中止执行。异议理由不成立的, 通知驳回。

#### (4) 执行委托—第 206 条 (老 210)

执行委托是指被执行人或者被执行标的在外地的, 可以委托当地人民法院代为执行的一种方式。(当然也可以直接到当地执行。直接到当地执行的, 执行法院可以要求当地法院协助。)

**第二百零六条【委托执行】** (老 210) 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。

2 5 9、被执行人、被执行的财产在外地的, 负责执行的人民法院可以委托当地人民法院代为执行, 也可以直接到当地执行。直接到当地执行的, 负责执行的人民法院可以要求当地人民法院协助执行。当地人民法院应当根据要求协助执行。

2 6 0、委托执行, 委托人民法院应当出具委托函和生效的法律文书 (副本)。委托函应当提出明确的执行要求。

2 6 1、受委托人民法院在接到委托函后, 无权对委托执行的生效的法律文书进行实体审查; 执行中发现据以执行的法律文书有错误的, 受委托人民法院应当及时向委托人民法院反映。

2 6 2、受委托人民法院应当严格按照生效法律文书的规定和委托人民法院的要求执行。对债务人履行债务的

时间、期限和方式需要变更的，应当征得申请执行人的同意，并将变更情况及时告知委托人民法院。

2 6 3、受委托人民法院遇有需要中止或者终结执行的情形，应当及时函告委托人民法院，由委托人民法院作出裁定，在此期间，可以暂缓执行。受委托人民法院不得自行裁定中止或者终结执行。

2 6 4、委托执行中，案外人对执行标的提出异议的，受委托人民法院应当函告委托人民法院，由委托人民法院通知驳回或者作出中止执行的裁定，在此期间，暂缓执行。

2 6 5、依照民事诉讼法第二百一十条（zhangsf110：现 206）第二款的规定，受委托人民法院的上一级人民法院在接到委托人民法院指令执行的请求后，应当在五日内书面指令受委托人民法院执行，并将这一情况及时告知委托人民法院。

受委托人民法院在接到上一级人民法院的书面指令后，应当立即执行，将执行情况报告上一级人民法院，并告知委托人民法院。

#### (5) 执行和解—第 207 条（老 211），意见 266、267

执行和解是当事人的处分权在执行程序中的集中体现。执行和解，是指在执行过程中（不是执行前，也不是执行后），双方当事人自愿协商，达成和解协议（例如变更生效法律文书确定的履行义务主体、标的物及其数额、履行期限和履行方式等），并经人民法院审查批准与履行后，结束执行程序的行为。执行和解协议履行完毕后，当事人不得再申请人民法院强制执行原生效的法律文书。但是执行和解产生上述法律效力需要同时具备三个条件：当事人自愿达成和解协议；该和解协议经人民法院批准；当事人自觉履行完毕该和解协议。

第二百零七条【执行和解】（老 211） 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。

2 6 6、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。

2 6 7、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（zhangsf110：现 215）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二日起连续计算。

（第二百一十五条 申请执行的期间为二年。申请执行时效的中止、中断，适用法律有关诉讼时效中止、中断的规定。

前款规定的期间，从法律文书规定履行期间的最后一日起计算；法律文书规定分期履行的，从规定的每次履行期间的最后一日起计算；法律文书未规定履行期间的，从法律文书生效之日起计算。）

#### (6) 执行担保—第 208 条（老 212）

在执行中，被执行人确有困难暂时没有偿付能力时，向人民法院提供担保，并经申请执行人同意的，由人民法院决定暂缓执行的期限（如有担保期限，暂缓执行的期限应当与担保的期限一致，但最长期限不得超过 1 年）。

第二百零八条【执行担保】（老 212） 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。

2 6 8、人民法院依照民事诉讼法第二百一十二条（zhangsf110：现 208）的规定决定暂缓执行的，如果担保是有期限的，暂缓执行的期限应与担保期限一致，但最长不得超过一年。被执行人或担保人对担保的财产在暂缓执行期间有转移、隐藏、变卖、毁损等行为的，人民法院可以恢复强制执行。

2 6 9、民事诉讼法第二百一十二条（zhangsf110：现 208）规定的执行担保，可以由被执行人向人民法院提供财产作担保，也可以由第三人出面作担保。以财产作担保的，应提交保证书；由第三人担保的，应当提交担保书。担保人应当具有代为履行或者代为承担赔偿责任的能力。

2 7 0、被执行人在人民法院决定暂缓执行的期限届满后仍不履行义务的，人民法院可以直接执行担保财产，或者裁定执行担保人的财产，但执行担保人的财产以担保人应当履行义务部分的财产为限。

#### (7) 执行承担—第 209 条（老 213）

执行承担是指在执行程序中由于出现特殊情况，被执行人的义务由其他的公民、法人或者组织履行。

**第二百零九条【执行承担】**（老 213） 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。

271、依照民事诉讼法第二百一十三条的规定，执行中作为被执行人的法人或者其他组织分立、合并的，其权利义务由变更后的法人或者其他组织承受；被撤销的，如果依有关实体法的规定有权利义务承受人的，可以裁定该权利义务承受人为被执行人。

272、其他组织在执行中不能履行法律文书确定的义务的，人民法院可以裁定执行对该其他组织依法承担义务的法人或者公民个人的财产。

273、在执行中，作为被执行人的法人或者其他组织名称变更的，人民法院可以裁定变更后的法人或者其他组织为被执行人。

274、作为被执行人的公民死亡，其遗产继承人没有放弃继承的，人民法院可以裁定变更被执行人，由该继承人在遗产的范围内偿还债务。继承人放弃继承的，人民法院可以直接执行被执行人的遗产。

276、执行中，具有企业法人资格的被执行人不能清偿到期债务，根据债权人或者债务人申请，人民法院可以依法宣告被执行人破产。

### (8) 执行回转—第 210 条（老 214）

执行回转是指在执行完毕后，因据以执行的法律文书被撤销，使已经被执行的财产的一部分或全部返还给被执行人，恢复到原执行程序开始前的状态的一种法律制度。执行回转应重新立案，由人民法院作出执行回转的裁定，责令取得财产的人返还，拒不返还的，人民法院可以强制执行。

同步——执行回转的原因有：（1）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；（2）法律规定由人民法院执行的其他法律文书执行完毕后，该法律文书被有关机关依法撤销。（注意，法 214 条仅指出了被人民法院撤销的情形因此不完整。）

**第二百一十条【执行回转】**（老 214） 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

申请执行 不予执行的情况 申请执行的期限 强制执行

执行程序可以因两种原因而开始：一是申请执行；二是移送执行。申请执行是指生效的法律文书中确定的实体权利人，在对方当事人不履行义务时，向人民法院申请强制执行的行为。移送执行是指人民法院审判员根据案情依法主动将生效的判决、裁定交付执行机构执行，从而引起执行程序发生的行为。

### (1) 申请执行、执行移送—第 212 条（老 216）

**第二百一十二条**（老 216） 发生法律效力民事判决、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。

**第二百一十三条**（老 217）第一款【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。

**第二百一十四条**（老 218）【对公证债权文书的执行】 对公证机关依法赋予强制执行效力的债权文书，一方当事人不履行的，对方当事人可以向有管辖权的人民法院申请执行，受申请的人民法院应当执行。

公证债权文书确有错误的，人民法院裁定不予执行，并将裁定书送达双方当事人和公证机关。

### (2) 不予执行的情况—第 213 条（老 217），意见 277 第 218 条

**第二百一十三条**（老 217） 【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。

【不予执行】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。

278、依照民事诉讼法第二百一十七条第二款、第三款的规定，人民法院裁定不予执行仲裁裁决后，当事人可以重新达成书面仲裁协议申请仲裁，也可以向人民法院起诉。

**第二百一十四条（老218）【对公证债权文书的执行】**对公证机关依法赋予强制执行效力的债权文书，一方当事人不履行的，对方当事人可以向有管辖权的人民法院申请执行，受申请的人民法院应当执行。

**【不予执行】**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。

### (3) 申请执行的期限—第215条（由老219修改得）

老第二百一十九条 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。

第二百一十五条 申请执行的期间为二年。申请执行时效的中止、中断，适用法律有关诉讼时效中止、中断的规定。

前款规定的期间，从法律文书规定履行期间的最后一日起计算；法律文书规定分期履行的，从规定的每次履行期间的最后一日起计算；法律文书未规定履行期间的，从法律文书生效之日起计算。）

225、债权人向人民法院申请执行支付令的期限，适用民事诉讼法第二百一十九条（zhangsf110：现215）的规定。

### (4) 强制执行—第216条（老220）（091115）

**第二百一十六条（老220）** 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。

被执行人不履行法律文书确定的义务，并有可能隐匿、转移财产的，执行员可以立即采取强制执行措施。（zhangsf110：看来出现该款情形时，与履行期间是否届满无关。）

279、民事诉讼法第二百二十条（zhangsf110：现216）规定的执行通知，人民法院应在收到申请执行书后的十日内发出。执行通知中除应责令被执行人履行法律文书确定的义务外，并应通知其承担民事诉讼法第二百三十二条（zhangsf110：现229）规定的迟延履行利息或者迟延履行金。

（**第二百二十九条（老232）** 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。）

## 3、执行措施

此处较繁琐，先参刘心稳为好——执行措施（1）对被执行人存款、收入、财产的强制执行。执行措施主要有：查询、划拨、冻结被执行人的存款；扣留、提取被执行人的收入；查封、扣押、冻结、拍卖、变卖被执行人的财产；搜查被执行人隐藏的财产；强制交付法律文书指定的财务或者票证。（2）对被执行性行为的强制执行。措施主要有：强制迁出房屋或者强制退出土地；强制履行法律文书指定的行为；办理财产权转移手续；强制支付迟延履行利息和迟延履行

金等。

(1) **对被执行人存款、收入、财产的强制执行—第 218 ~ 227、229、230 条**（老 221~230、232、233 条）

**第二百一十八条**（老 221）【**对存款的执行**】 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。

280、人民法院可以直接向银行及其营业所、储蓄所、信用合作社以及其他有储蓄业务的单位查询、冻结、划拨被执行人的存款。**外地法院可以直接到被执行人住所地、被执行财产所在地**银行及其营业所、储蓄所、信用合作社以及其他有储蓄业务的单位查询、冻结、划拨被执行人应当履行义务部分的存款，**无需由当地人民法院出具手续**。

282、人民法院在执行中已依照民事诉讼法第二百二十一条、第二百二十三条的规定对被执行人的财产查封、冻结的，任何单位包括其他人民法院**不得重复查封、冻结或者擅自解冻**，违者按照民事诉讼法第一百零二条的规定处理。被执行人的财产不能满足所有申请执行人清偿要求的，执行时可以参照民事诉讼法第二百零四条的规定处理。

**第二百一十九条**（老 222）【**对收入的执行**】 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。

**第二百二十条**（老 223）【**对财产的执行**】 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。

**第二十一条**（老 224） 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**。

**第二十二条**（老 225） 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。

**第二十三条**（老 226） **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**。

**第二十四条**（老 227） 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。

**第二十七条**（老 230） 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。

**第三十条**（老 233） 人民法院采取本法第二百一十八条、第二百一十九条、第二百二十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**。

(2) **对被执行人行为的强制执行—第 228 条**（老 231）（**如登报赔礼道歉**）

刘心稳（2）对被执行人行为的强制执行的措施主要有：强制迁出房屋或者强制退出土地；强制履行法律文书指

定的行为；办理财产权转移手续；强制支付迟延履行利息和迟延履行金等。

**第二百二十五条**（老 228） 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。

**第二百二十六条**（老 229） 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。

**第二百二十八条**（老 231） 对判决、裁定和其他法律文书指定的行为，被执行人未按执行通知履行的，人民法院可以强制执行或者委托有关单位或者其他人员完成，费用由被执行人承担。

**第二百二十九条**（老 232） 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。

#### 4、执行中止和执行终结

##### (1) 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；（zhangsf110：参执行异议）
- (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。

##### (2) 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；（张理解：①义务人死亡应该参照（三）；②此项中均涉及人身关系，如果不是涉及人身关系的案件即使权利人死亡也不必然导致执行终结，因为权利人可以有继承人。）
- (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。

（张，比较终结诉讼：第一百三十七条【终结诉讼】 有下列情形之一的，终结诉讼：

- (一) 原告死亡，没有继承人，或者继承人放弃诉讼权利的；
- (二) 被告死亡，没有遗产，也没有应当承担义务的人的；
- (三) 离婚案件一方当事人死亡的；（张理解：离婚案件具有人身属性，一方死亡不可能有人承受其离婚诉讼的权利和义务）

(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。（张理解：案件由于具有人身属性，死亡一方不能有人承受其诉讼权利和义务。）刘心稳---诉讼终结的裁定一经作出，即发生法律效力，当事人不得提

起上诉，也不得申请复议。诉讼终结的案件，当事人不得以同一事实和理由，就同一诉讼标的的再行起诉。)

### (3) 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。

刘心稳 中止执行的，人民法院应当制作裁定书，裁定书送达当事人后，立即生效。当执行中止的原因消除后，既可以由人民法院依职权主动恢复执行，也可以由当事人申请，人民法院审查后决定是否同意恢复执行。终结执行由人民法院作出裁定送达当事人，立即生效，当事人不得提出上诉，也不得申请复议。

## 九、涉外民事诉讼程序

涉外民事诉讼程序是指人民法院审理具有涉外因素的民事案件所适用的程序。①所谓涉外因素是指诉讼一方或双方当事人是外国人、无国籍人或外国企业和组织；②或者是当事人之间的民事法律关系发生、变更、消灭的事实发生在外国；③或者是当事人之间争议的标的物在国外。

### 1、涉外民事诉讼的一般原则

适用我国诉讼法的原则 国际条约优先原则 司法豁免原则 委托中国律师代理诉讼的原则 使用我国通用语言文字的原则

#### (1) 适用我国诉讼法的原则—第 237 条

外国人、无国籍人或者外国企业和组织在我国起诉、应诉，适用我国民事诉讼法。外国法院的裁判须经我国法院依法审查并予承认后，才能在我国领域内发生法律效力。

**第二百三十七条【适用我国民法的原则】** 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。

3 0 4、当事人一方或双方是外国人、无国籍人、外国企业或组织，或者当事人之间民事法律关系的设立、变更、终止的法律事实发生在外国，或者诉讼标的物在外国的民事案件，为涉外民事案件。

3 0 6、中华人民共和国人民法院和外国法院都有管辖权的案件，一方当事人向外国法院起诉，而另一方当事人向中华人民共和国人民法院起诉的，人民法院可予受理。判决后，外国法院申请或者当事人请求人民法院承认和执行外国法院对本案作出的判决、裁定的，不予准许；但双方共同参加或者签订的国际条约另有规定的除外。

#### (2) 国际条约优先原则—第 238 条

**第二百三十八条【国际条约优先适用】** 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。

#### (3) 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权的外国人、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。

刘心稳 司法豁免权是指国家根据本国法律或者参加、缔结的国际条约的规定，对住在本国的外国和国际组织的代表和机构赋予的免受司法管辖的权利。凡依照我国法律或国际条约规定享有司法管辖豁免权的外交代表，我国人民法院均不受理对其提起的民事诉讼，来访的外国国家元首、政府首脑、外交部长及其他具有同等身份的官员也享有司法豁免权。与外交代表共同生活的配偶和未成年子女如不是中国公民，也享有与外交代表同等的司法豁免权。

同步教程 民事司法豁免权是一种有限的豁免，即享有司法豁免权的人其所属国主管机关宣布放弃司法豁免的，或者享有司法豁免权的人因私人事务涉及诉讼的，或享有司法豁免权的人向驻在国起诉引起反诉的，均不享有司法豁免权。

#### (4) 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（张注释：注意不同，按照专利法，在中国办理专利事物的必须委托专利代理机构，而且必须委托中国的专利代理机构。），必须委托中华人民共和国的律师。

3 0 8、涉外民事诉讼中的外籍当事人，可以委托本国人为诉讼代理人，也可以委托本国律师以非律师身份担任诉讼代理人；外国驻华使、领馆官员，受本国公民的委托，可以以个人名义担任诉讼代理人，但在诉讼中不享有外交特权和豁免权。

3 0 9、涉外民事诉讼中，外国驻华使、领馆授权其本馆官员，在作为当事人的本国国民不在我国领域内的情况下，可以以外交代表身份为其本国国民在我国聘请中国律师或中国公民代理民事诉讼。

**第二百四十二条【授权委托书的认证】** 在中华人民共和国领域内没有住所的外国人、无国籍人、



**外国企业和组织**委托中华人民共和国律师或者其他代理人代理诉讼，从中华人民共和国领域外寄交或者托交的授权委托书，应当经所在国公证机关**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该所在国订立的有关条约中规定的**证明手续**后，才具有效力。

**(证据规定第十一条)** 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**。(与行政诉讼法关于境外证据规定相同)(比较来自侨居国外当事人的授权委托书，法59)

**(第五十九条【来自侨居国外当事人的授权委托书】)** 委托他人代为诉讼，必须向人民法院提交由委托人签名或者盖章的授权委托书。授权委托书必须记明委托事项和权限。诉讼代理人代为承认、放弃、变更诉讼请求，进行和解，提起反诉或者上诉，必须有委托人的特别授权。**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**。) )

#### (5) 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（又称牵连管辖） 协议管辖 应诉管辖 专属管辖**

#### (1) **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。(张理解：主权象征，能管则管！)

(张注释，我认为需要对**“最密切”管辖与“最密切”国家或者地区的法律**是相对应的概念。民诉243不全面。参考补充如下，但不作要求：

**涉外解释5** 当事人未选择合同争议应适用的法律的，适用与合同有最密切联系的国家或者地区的法律。

人民法院根据最密切联系原则确定合同争议应适用的法律时，应根据合同的特殊性质，以及某一方当事人履行的义务最能体现合同的本质特性等因素，确定与合同有最密切联系的国家或者地区的法律作为合同的准据法。

(一) 买卖合同，适用合同订立时卖方住所地法；如果合同是在买方住所地谈判并订立的，或者合同明确规定卖方须在买方住所地履行交货义务的，适用买方住所地法。

(二) 来料加工、来件装配以及其他各种加工承揽合同，适用加工承揽人住所地法。

(三) 成套设备供应合同，适用设备安装地法。

(四) 不动产买卖、租赁或者抵押合同，适用不动产所在地法。

(五) 动产租赁合同，适用出租人住所地法。

(六) 动产质押合同，适用质权人住所地法。

(七) 借款合同，适用贷款人住所地法。

(八) 保险合同，适用保险人住所地法。

(九) 融资租赁合同纠纷，适用承租人住所地法。

(十) 建设工程合同纠纷，适用建设工程所在地法。

- (十一) 仓储、保管合同，适用仓储、保管人住所地法。
- (十二) 保证合同，适用保证人住所地法。
- (十三) 委托合同，适用受托人住所地法。
- (十四) 债券的发行、销售和转让合同，分别适用债券发行地法、债券销售地法和债券转让地法。
- (十五) 拍卖合同，适用拍卖举行地法。
- (十六) 行纪合同，适用行纪人住所地法。
- (十七) 居间合同，适用居间人住所地法。

如果上述合同明显与另一国家或者地区有更密切联系的，适用该另一国家或者地区的法律。）

### (2) 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。

法条解读---涉外民事诉讼协议管辖的条件：（1）涉外协议管辖的民事案件必须是涉外合同或涉外财产权益纠纷（这一点与最紧密联系管辖相同）；（2）双方当事人达成的涉外管辖协议必须为书面形式；（3）协议所选择的法院必须是与本案有实际联系地点的法院；（4）涉外管辖协议不得违反我国民事诉讼法关于级别管辖和专属管辖的规定。

### (3) 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。

刘心稳解读---应诉管辖也叫推定管辖。应诉管辖具有的条件：第一，被告对受诉法院未提出异议。即不论受诉法院是否有管辖权，被告都没有对管辖权提出异议。第二，被告应诉答辩。被告已就实体问题向受诉法院表明了自己的观点，并愿意接受裁判。第三，应诉管辖不得违反我国有关级别管辖和专属管辖的规定。人民法院根据应诉管辖取得涉外民事案件的管辖权后，被告不得以该人民法院没有管辖权为由主张审判无效。

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

**第二百四十六条【专属管辖】** 因在中华人民共和国履行中外合资经营企业合作经营企业合作勘探开发自然资源合同纠纷提起的诉讼，由中华人民共和国人民法院管辖。

（法条解读---这三种合同纠纷排除了外国法院的管辖权，也不允许当事人协议选择管辖法院，但允许当事人协议选择仲裁机构。）

【涉外合同的法律适用，合同法 126：涉外合同的当事人可以选择（zhangsf110：对应于协议管辖）处理合同争议所适用的法律，但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。（zhangsf110：对应于最密切联系管辖）

在中华人民共和国境内履行的中外合资经营企业合作经营企业合作勘探开发自然资源合同，适用中华人民共和国法律。（zhangsf110：对应于专属管辖）】

## 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）

##### （1）、行政复议的概念一

**刘心稳**---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。行政复议具有如下特点：

（1）行政复议是依申请的行政行为。行政复议申请必须由作为行政相对人的公民、法人或者其他组织提出，提出的理由是认为行政机关的具体行政行为侵犯了其合法权益。如果没有行政相对人的申请行为，就不能启动行政复议程序。

（2）行政复议必须由法定的具有行政复议职能的行政机关受理。不是所有的行政机关都有权受理行政复议申请，只有特定的行政机关才享有对行政行为的行政复议权。

（3）行政复议的目的在于防止和纠正违法的或者不当的具体行政行为，对引起争议的具体行政行为的合法性和适当性进行审查，并作出相应的决定，从而最终解决纠纷，达到行政机关与行政相对人之间关系的和谐。

（4）行政复议的对象主要是具体行政行为。行政复议所要审查的对象主要是具体行政行为，即行政机关运用公权力针对特定的行政相对人所为的、会产生一定的法律效果的行为。对于具有普遍约束力的行政规范行为，如果属于行政立法的范畴，那么是不能提起行政复议的。而如果是行政规范行为中的行政规定，那么行政相对人可以在对相应的具体行政行为申请行政复议的时候一并申请行政复议。

**同步教程**---行政复议是指公民、法人或者其他组织认为行政机关或者法律、法规授权的法律主体的具体行政行为侵犯其合法权益，按照法定的程序和条件向作出该行政决定的上一级行政机关（特殊情况下则向作出原具体行政行为的行政机关）提出申请，由受理的行政机关对引起争议的具体行政行为进行审查、认定并作出裁决的一种活动。行政复议是一种具有一定司法性质的行政行为。在国家行政救济机制中，行政复议是行政机关内部的一种监督与纠错机制。

**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。

##### （2）、行政复议与行政诉讼的区别一

- 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）

（⑦张补充：行政复议不收费，行政诉讼收费。

**复议第三十九条** 行政复议机关受理行政复议申请，不得向申请人收取任何费用。行政复议活动所需经费，应当列入本机关的行政经费，由本级财政予以保障。（**zhangsf110**：申请行政不收费，但根据复议条例 37，鉴定费由当事人承担，可以看成“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”原则的例外。）

**行诉第七十四条** 人民法院审理行政案件，应当收取诉讼费用。诉讼费用由败诉方承担，双方都有责任的由双方分担。收取诉讼费用的具体办法另行规定。）

**同步教程（作为补充）**：行政复议与行政诉讼有明显的区别，表现在---

- （1）主体不同。行政复议的主体是相应的国家机关，行政诉讼的主体是人民法院。
- （2）行为性质不同。行政复议是行政机关内部对行政活动进行监督的一种制度化、规范化的行政行为，而行政诉讼是国家审判机关运用司法从外部对行政机关的具体行政行为是否合法进行审查、监督的一种司法行为。
- （3）行为的效力不同。一般而言，行政复议行为对行政争议的解决不具有终局效力，而人民法院通过行政诉讼对行政争议的解决具有终局效力。

**刘心稳** 行政复议对于具有普遍约束力的行政规范行为，如果属于行政立法的范畴，那么是不能提起行政复议的。

如果是行政规范行为中的行政规定，那么行政相对人可以在对相应的具体行政行为申请行政复议的时候一并申请行政复议。

**第十六条【两者不能同时适用】** 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（适当性）审查原则）**

第4条、第3条第1款第3项

### 刘心稳解释

(1) **合法原则** 是指在行政复议过程中，行政复议程序的主体都应当遵守现行的行政复议有关法律的规定，不得违反法律的规定。合法原则主要体现在以下几个方面：第一，**主体合法**。主体合法是指提起复议申请的行政相对人必须适格，被申请人必须是作出原具体行政行为的行政主体，而受理行政复议申请的也必须是法定的行政复议机关。第二，**依据合法**。行政复议遵守的法律包括宪法、狭义的法律、法规和规章以及上级行政机关依法制定的行政规范。第三，**程序合法**。(2) **公正原则**。公正原则是指行政复议机关对被申请的具体行政行为进行审查时，既要审查其合法性，也要审查其合理性。由于行政诉讼制度不能对行政机关的合理性问题进行审查，因而行政复议机关对合理性的公正审查显得尤为重要。(3) **公开原则**。公开原则是指行政复议机关在复议过程中，除涉及国家秘密、商业秘密或者个人隐私外，整个过程应当向行政复议申请人、被申请人和社会公开。(4) **及时原则**。略。(5) **便民原则**。便民原则是指在行政复议中应努力创造条件，为申请人提供方便。申请人的法律地位虽与被申请人平等，但在实力上是无论如何都无法与被申请人相抗衡的，这就要求复议机关应尽量方便申请人。(6) **有错必纠的原则**。略。(7) **合法性与合理性审查原则**。所谓行政行为的合理性就是指行政主体的行政行为内容要客观、适度，符合公平、正义等法律理性。行政复议要审查的就是具体行政行为是否合法和是否合理的问题。

**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；（zhangsf110：1、有权处理则处理，无权处理则转送有权处理的部门；2、亦参第7条）
- (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。

（**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。)

## 二、行政复议机关和行政复议参加人

行政复议申请人 行政复议被申请人 行政复议第三人 行政复议机关 行政复议的代理人

**同步教程：**一般认为，行政复议的参加人包括复议申请人、复议被申请人和第三人。同步教程中将行政复议的代理人也列于行政复议参加人的标题下，似有将行政复议的代理人作为复议参加人的倾向。我认为可以把行政复议的代理人列为行政复议参加人。

### 1、行政复议申请人—第10条第1、2款，条例第6~8条

刘心稳---行政复议申请人是指行政决定**直接侵害**其合法权益，以自己的名义向行政复议机关提出申请，要求对该行政决定进行复查并依法受所作复议决定约束的公民、法人或者其他组织。

**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**（zhangsf110：即不是以代理人自己的名义）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。

**条例第六条** 合伙企业申请行政复议的，应当以核准登记的企业为申请人，由执行合伙事务的合伙人代表该企业参加行政复议；其他合伙组织申请行政复议的，由合伙人共同申请行政复议。（zhangsf110：这里对“合伙企业”与“其他合伙组织”的概念进行了区别。另外，根据民法通则，合伙企业、个人独资企业、公司的分公司、公司办事处等机构，均不具备法人资格。）

前款规定以外的不具备法人资格的其他组织申请行政复议的，由该组织的主要负责人代表该组织参加行政复议；没有主要负责人的，由共同推选的其他成员代表该组织参加行政复议。

（与行政诉讼的规定相应，行政诉讼解释第十四条 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。）

**条例第七条** 股份制企业的股东大会、股东代表大会、董事会认为行政机关作出的具体行政行为侵犯企业合法权益的，可以以企业的名义申请行政复议。（张，与行政诉讼规定相应，行诉解释第十八条 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。）

**条例第八条** 同一行政复议案件申请人超过5人的，推选1至5名代表参加行政复议。

## 2、行政复议被申请人—第10条第4款，条例第11~14条

**同步教程**——在行政复议中，行政机关与被申请复议的具体行政行为之间的直接关系是确定被申请人的根据。行政复议被申请人有以下几种情况：

(1) 独立被申请人 作出具体行政行为的一级人民政府和他的工作部门是独立被申请人。

(2) 共同被申请人 以共同名义作出具体行政行为的若干行政机关是共同被申请人。

(3) 继续行使被撤销行政机关权限的被申请人 作出被申请具体行政行为的行政机关在申请提出时已经被撤销，继续行使其权限的行政机关是被申请人。

(4) 法定授权的组织作为被申请人 法律、法规授权的组织作出具体行政行为，公民、法人或者其他组织不服提出行政复议，该法定授权组织为被申请人。

(5) 派出机关和派出机构作为被申请人 行政机关的派出机关和以自己的名义作出具体行政行为的派出机构为被申请人。（注意：机关和机构一字之差，含义不同。）

**刘心稳**——公民、法人或者其他组织不服行政决定而申请复议的，作出该行政决定的行政主体是被申请人。其中授权行政主体所作行政决定引起的复议案，以该授权行政主体为被申请人，与职权行政主体的情况相同。但是行政主体委托的组织所作行政决定引起的复议案，以委托的行政主体为被申请人。如果作出行政决定的行政主体被撤销的，或者授权关系消灭的，则继续行使其职权的行政主体是被申请人。如果作出行政决定的行政机构不具有行政主体资格，则以该行政机构所在的行政主体为被申请人。

**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。

**条例第十一条** 公民、法人或者其他组织对行政机关的具体行政行为不服，依照行政复议法和本条例的规定申请行政复议的，作出该具体行政行为的行政机关为被申请人。

**条例第十二条** 行政机关与法律、法规授权的组织以共同的名义作出具体行政行为的，行政机关和法律、法规授权的组织为共同被申请人。

行政机关与其他组织（张理解：联系前款，“其他组织”属于未经法律、法规授权的组织。）以共同名义作出具体行政行为的，行政机关为被申请人。

**条例第十三条** 下级行政机关依照法律、法规、规章规定，经上级行政机关批准作出具体行政行为的，批准机关为被申请人。（比较行诉解释19：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。）

**条例第十四条** 行政机关设立的派出机构、内设机构或者其他组织，未经法律、法规授权，对外以自己名义作出具体行政行为的，该行政机关为被申请人。

## 3、行政复议第三人—第10条第3款，条例第6~9条

**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。

**条例第六条** 合伙企业申请行政复议的，应当以核准登记的企业为申请人，由执行合伙事务的合伙人代表该企业参加行政复议；其他合伙组织申请行政复议的，由合伙人共同申请行政复议。

前款规定以外的不具备法人资格的其他组织申请行政复议的，由该组织的主要负责人代表该组织参加行政复议；没有主要负责人的，由共同推选的其他成员代表该组织参加行政复议。

**条例第七条** 股份制企业的股东大会、股东代表大会、董事会认为行政机关作出的具体行政行为侵犯企业合法权益的，可以以企业的名义申请行政复议。

**条例第八条** 同一行政复议案件申请人超过5人的，推选1至5名代表参加行政复议。

**条例第九条** 行政复议期间，行政复议机构认为申请人以外的公民、法人或者其他组织与被审查的具体行政

行为有利害关系的，可以通知其作为第三人参加行政复议。

行政复议期间，申请人以外的公民、法人或者其他组织与被审查的具体行政行为有利害关系的，可以向行政复议机构申请作为第三人参加行政复议。

第三人不参加行政复议，不影响行政复议案件的审理。

**刘心稳** 第三人具有如下特征：(1) 第三人是以自己的名义，为维护自己的合法权益而参加复议活动的申请人和被申请人以外的公民、法人或者其他组织；(2) 第三人同被申请复议的行政决定间有法律上的利害关系，即行政复议裁决会影响其权益；(3) 第三人是在行政复议开始后、终结前，经行政复议机关批准而参加到复议活动中的。

#### 4、行政复议机关—第12~15条，条例第23~25条

**刘心稳**将行政复议机关分为选定复议机关（在大多数情况下，法律允许申请人选定复议机关申请复议。）和法定行政复议机关（申请人只能以规定的行政机关为复议机关申请复议，不可选择。），该分类方法便于记忆，但窃以为法定复议部分的叙述比较清晰，而选定复议机关的叙述比较繁杂甚至不如如下的具体法条。(1) 法定复议机关（法条中仿未加黑部分）：①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行政决定不服的，以上一级主管部门作为复议机关申请行政复议；②对地方各级人民政府的行政决定不服的，以上一级地方人民政府作为复议机关申请行政复议；③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行政行为不服的，以该派出机关作为复议机关申请行政复议。④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。等等。

**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（自注：历史遗留问题，相当于地区公署之类）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。

（结合行政诉讼法，2008年真题21—张某不服某省人民政府作出的具体行政行为，可以通过下列哪些途径寻求救济？（答案A、C）：A 直接向人民法院提起行政诉讼；B 直接向国务院申请裁决；C 向该省人民政府提出行政复议申请；D 向国务院申请行政复议申请。张补充：除了AC以外，还可以先复议，复议不服再诉讼；或者先复议，复议不服再向国务院申请裁决。）

**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。

**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。

**条例第二十三条** 申请人对两个以上国务院部门共同作出的具体行政行为不服的，依照行政复议法第十四条的规定，可以向其中任何一个国务院部门提出行政复议申请，由作出具体行政行为的国务院部门共同作出行政复议决定。

**条例第二十四条** 申请人对经国务院批准实行省以下垂直领导的部门作出的具体行政行为不服的，可以选择向该部门的本级人民政府或者上一级主管部门申请行政复议；省、自治区、直辖市另有规定的，依照省、自治区、直辖市的规定办理。

**条例第二十五条** 申请人依照行政复议法第三十条第二款的规定申请行政复议的，应当向省、自治区、直辖市人民政府提出行政复议申请。（zhangsf110：？）

**【第三十条【复议前置程序】** 公民、法人或者其他组织认为行政机关的具体行政行为侵犯其已经依法取得的土地、矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂、海域等自然资源的所有权或者使用权的，应当先申请行政复议；对行政复议决定不服的，可以依法向人民法院提起行政诉讼。

**【行政终局裁决】**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。）

### 5、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），条例第 10 条

**同步教程**--复议申请人、第三人可以委托代理人代为参加行政复议，有权申请行政复议的公民为无民事行为能力或者限制民事行为能力人的，其法定代理人可以代为申请行政复议。（注意：行政复议中的被申请人不能委托代理人？）

**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申请行政复议。**有权申请行政复议的法人或者其他组织终止的，承受其权利的法人或者其他组织可以申请行政复议。

同申请行政复议的具体行政行为有利害关系的其他公民、法人或者其他组织，可以作为第三人参加行政复议。

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

**申请人、第三人可以委托代理人代为参加行政复议。**（此处代理人包括法定代理人和委托代理人。）

**条例第十条** 申请人、第三人可以委托 1 至 2 名代理人参加行政复议。申请人、第三人委托代理人的，应当向行政复议机构提交授权委托书。授权委托书应当载明委托事项、权限和期限。公民在特殊情况下无法书面委托的，可以口头委托。口头委托的，行政复议机构应当核实并记录在卷。申请人、第三人解除或者变更委托的，应当书面报告行政复议机构。

## 三、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 行政复议的排除范围 对部分抽象行政行为的附带审查

#### (1)、行政复议的受案范围—第 6 条，条例第 27 ~28 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。

**条例第二十七条** 公民、法人或者其他组织认为行政机关的具体行政行为侵犯其合法权益提出行政复议申请，除不符合行政复议法和本条例规定的申请条件的，行政复议机关必须受理。

**条例第二十八条** 行政复议申请符合下列规定的，应当予以受理：

- (一) 有明确的申请人和符合规定的被申请人；
- (二) 申请人与具体行政行为有利害关系；
- (三) 有具体的行政复议请求和理由；
- (四) 在法定申请期限内提出；
- (五) 属于行政复议法规定的行政复议范围；
- (六) 属于收到行政复议申请的行政复议机构的职责范围；
- (七) 其他行政复议机关尚未受理同一行政复议申请，人民法院尚未受理同一主体就同一事实提起的行政诉讼。

## (2)、行政复议的排除范围—第8条

**刘心稳**：人事行政决定、行政仲裁和民事调解或处理不属于行政复议的范围。

第一，人事行政决定。行政主体对公务员，以及对按公务员管理的其他人员的调动、晋升、奖励和惩戒等各类人事行政决定，都不能按照行政复议法申请复议。从现行法律规定看，我国对人事行政争议采取了“内部消化”的解决办法，没有纳入复议法、诉讼法和赔偿法中。

第二，行政仲裁。行政仲裁包括劳动争议仲裁和人事争议仲裁。对劳动争议仲裁不服的，依法只能以双方当事人为原、被告向人民法院提起民事诉讼，而不能以仲裁机关为被申请人申请复议。这样设计制度的原因是，再通过复议和行政诉讼解决劳动争议，只能增加程序的繁琐和解决争议的成本，加大解决争议的成本。并且，劳动争议的仲裁程序已基本司法化，另外还有其他监督机制，以及能起到对行政权的监督作用，不必再通过行政复议予以监督。对人事争议仲裁，目前依法也不能申请行政复议，只能申诉。

第三，民事调解或处理。行政主体对当事人相互之间的民事纠纷进行调解或者处理，没有运用行政权力，而且由于所达成的调解协议或形成的处理意见，不具有强制性和单方性，因而不会对当事人的实体权利产生实质性影响，不是具体行政行为。

**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。（zhangsf110：此处诉讼为民事诉讼）

## (3)、对部分抽象行政行为的附带审查—第7条，条例第26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。

**条例第二十六条** 依照行政复议法第七条的规定，申请人认为具体行政行为所依据的规定不合法的，可以在对具体行政行为申请行政复议的同时一并提出对该规定的审查申请；申请人在对具体行政行为提出行政复议申请时还不知道该具体行政行为所依据的规定的，可以在行政复议机关作出行政复议决定前向行政复议机关提出对该规定的审查申请。

**刘心稳解释**---该附带审查抽象行政行为的特点是：

第一，对行政规范（法条称规定）的审查申请必须与对行政决定的审查申请一并提出，而不能单独提出。也就是说，如果没有相应的行政决定存在，公民、法人或者其他组织就不能对其要求审查；即使存在相应的行政决定，但如果该行政决定并非针对自己作出的，也不能请求审查。

第二，复议机关对一并请求审查的行政规范只能进行一定的审查，并在其权限内处理；无权处理的，只能转送有权机关依法予以处理。（可以理解，比如县级政府哪能对国务院的部门规定进行彻底审查呢？）

第三，可以申请审查的抽象行政行为的范围有限：（见法条）。

## 2、行政复议的申请（提出申请的期限 申请的形式）

### (1)、提出申请的期限—第9条，条例第15~16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；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。



（取法律规定和本法规定申请期限较长者，因此有可能超过六十日，另外这里采用“知道”而非“知道或应当知道”的表示），我认为也是便民原则的体现。）

**条例第十五条** 行政复议法第九条第一款规定的行政复议申请期限的计算，依照下列规定办理：

- （一）当场作出具体行政行为的，自具体行政行为作出之日起计算；
- （二）载明具体行政行为法律文书直接送达的，自受送达人签收之日起计算；
- （三）载明具体行政行为法律文书邮寄送达的，自受送达人在邮件签收单上签收之日起计算；没有邮件签收单的，自受送达人在送达回执上签名之日起计算；
- （四）具体行政行为依法通过公告形式告知受送达人的，自公告规定的期限届满之日起计算；
- （五）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，事后补充告知的，自该公民、法人或者其他组织收到行政机关补充告知的通知之日起计算；
- （六）被申请人能够证明公民、法人或者其他组织知道具体行政行为的，自证据材料证明其知道具体行政行为之日起计算。

行政机关作出具体行政行为，依法应当向有关公民、法人或者其他组织送达法律文书而未送达的，视为该公民、法人或者其他组织不知道该具体行政行为。

**条例第十六条** 公民、法人或者其他组织依照行政复议法第六条第（八）项、第（九）项、第（十）项的规定申请行政机关履行法定职责，行政机关未履行的，行政复议申请期限依照下列规定计算：

- （一）有履行期限规定的，自履行期限届满之日起计算；
- （二）没有履行期限规定的，自行政机关收到申请满 60 日起计算。

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人身权、财产权的法定职责，行政机关不履行的，行政复议申请期限不受前款规定的限制。

**刘心稳解读**---这条规定使行政复议期限和行政诉讼的起诉期限协调一致，也运用了“但是法律规定的申请期限超过 60 日的除外”，使行政复议的最短申请期限保证在 60 天，而不因特别法而减少。第 2 款类似于民法通则规定的诉讼时效中止的制度。立法目的是保护申请人的合法权益。

**zhangsf110 时效总结 (091120)**

程序		
民法通则	一般诉讼时效 2 年 最长诉讼时效 20 年	<b>第 135 条</b> 向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为二年，法律另有规定的除外。 <b>第 137 条</b> 诉讼时效期间从知道或者应当知道权利被侵害时起计算。但是，从权利被侵害之日起超过 <u>二十年</u> 的，人民法院不予保护。有特殊情况的，人民法院可以延长诉讼时效期间
	特殊诉讼时效 1 年、4 年	第 136 条 下列的诉讼时效期间为 <u>一年</u> ：（一）身体受到伤害要求赔偿的（参条例 168）；（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。 合同第一百二十九条 因国际货物买卖合同和技术进出口合同争议提起诉讼或者申请仲裁的期限为 <u>4 年</u> ，自当事人知道或者应当知道其权利受到侵害之日起计算。
民诉上诉	对一审判决不服 15 日	在判决书送达之日起 <u>十五日</u> 内向上一级人民法院提起上诉
	对一审裁定不服 10 日	在裁定书送达之日起 <u>十日</u> 内向上一级人民法院提起上诉。
复议		<u>自知道该具体行政行为之日起六十日内</u> 提出行政复议申请；但是法律规定的申请期限 <u>超过六十日的除外</u>
行诉起诉	直接起诉 3 个月（2 年、5 年、20 年）	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 <u>知道作出具体行政行为之日起三个月内</u> 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， <b>未告知</b> 公民、法人或者其他组织 <b>诉权或者起诉期限</b> 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 <b>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</b> 。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 <b>不知道</b> 行政机关作出的具体行政行为 <b>内容</b> 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 <u>20 年</u> ，其他具体行政行为从作出之日起超过 <u>5 年</u> 提起诉讼的，人民法院不予受理。
	经复议程序 15 日	申请人不服复议决定的，可以在 <u>收到复议决定书之日起十五日内</u> 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 <u>复议期满之日起十五日内</u> 向人民法院提起诉讼。法律另有规定的除外。
行诉上诉	对一审判决 15 日	当事人不服人民法院第一审 <u>判决</u> 的，有权在判决书送达之日起 <u>十五日</u> 内向上一级人民法院提起上诉。
	对一审裁定 10 日	当事人不服人民法院第一审 <u>裁定</u> 的，有权在裁定书送达之日起 <u>十日</u> 内向上一级人民法院提起上诉。

**(2)、申请的形式**—第 11 条(书面申请为一般，口头申请为例外)，条例第 18 ~ 21 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。

**条例第十八条** 申请人书面申请行政复议的，可以采取当面递交、邮寄**或者传真**等方式提出行政复议申请。有条件的行政复议机构可以接受以**电子邮件形式**提出的行政复议申请。（zhangsfl10：形式灵活）

**条例第十九条** 申请人书面申请行政复议的，应当在行政复议申请书中载明下列事项：

- （一）申请人的基本情况，包括：公民的姓名、性别、年龄、身份证号码、工作单位、住所、邮政编码；法人或者其他组织的名称、住所、邮政编码和法定代表人或者主要负责人的姓名、职务；
- （二）被申请人的名称；
- （三）行政复议请求、申请行政复议的主要事实和理由；
- （四）申请人的签名或者盖章；
- （五）申请行政复议的日期。

**条例第二十条** 申请人口头申请行政复议的，行政复议机构应当依照本条例第十九条规定的事项，当场制作**行政复议申请笔录**交申请人核对或者向申请人宣读，并由申请人签字确认。

**条例第二十一条** 有下列情形之一的，申请人应当提供证明材料：

- （一）认为被申请人不履行法定职责的，提供曾经要求被申请人履行法定职责而被申请人未履行的证明材料；
- （二）申请行政复议时一并提出行政赔偿请求的，提供受具体行政行为侵害而造成损害的证明材料；
- （三）法律、法规规定需要申请人提供证据材料的其他情形。

**刘心稳：**我国行政复议申请的形式是以书面申请为一般，以口头申请为例外。

**同步教程：**行政复议活动所需费用列入行政机关的行政经费；因此，复议机关不得向申请人收取任何费用。（zhangsfl10：但根据复议条例 37，鉴定费用由当事人承担！！）

### 3、行政复议的受理

#### (1)、行政复议的受理机关—第 12~15、20 条，条例第 30 ~31 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。

（结合行政诉讼法，2008 年真题 21—张某不服某省人民政府作出的具体行政行为，可以通过下列哪些途径寻求救济？（答案 A、C）：A 直接向人民法院提起行政诉讼；B 直接向国务院申请裁决；C 向该省人民政府提出行政复议申请；D 向国务院申请行政复议申请。张补充：除了 AC 以外，还可以先复议，复议不服再诉讼；或者先复议，复议不服再向国务院申请裁决。）

**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。

**第二十条** 公民、法人或者其他组织依法提出行政复议申请，行政复议机关无正当理由不予受理的，上级行政机关应当责令其受理；必要时，上级行政机关也可以直接受理。

**条例第三十条** 申请人就同一事项向两个或者两个以上有权受理的行政机关申请行政复议的，由最先收到行政复议申请的行政机关受理；同时收到行政复议申请的，由收到行政复议申请的行政机关在 10 日内协商确定；协商不成的，由其共同上一级行政机关在 10 日内指定受理机关。协商确定或者指定受理机关所用时间不计入行政复议审理期限。

**条例第三十一条** 依照行政复议法第二十条的规定，上级行政机关认为行政复议机关不予受理行政复议申请的理由不成立的，可以先行督促其受理；经督促仍不受理的，应当责令其限期受理，必要时也可以直接受理；认为行政复议申请不符合法定受理条件的，应当告知申请人。

### (2)、行政复议的受理期限—第 17 条，条例第 29 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。

**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。

**条例第二十九条** 行政复议申请材料不齐全或者表述不清楚的，行政复议机构可以自收到该行政复议申请之日起 5 日内书面通知申请人补正。补正通知应当载明需要补正的事项和合理的补正期限。无正当理由逾期不补正的，视为申请人放弃行政复议申请。补正申请材料所用时间不计入行政复议审理期限。

**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。

**第二十条** 公民、法人或者其他组织依法提出行政复议申请，行政复议机关无正当理由不予受理的，上级行政机关应当责令其受理；必要时，上级行政机关也可以直接受理。

**同步教程**—行政机关无正当理由不予受理的，有两个解决办法：第一，由上级行政机关责令该行政机关受理；第二，在必要时由上级行政机关直接受理。

### (3)、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。

**刘心稳：**选择具体行政行为为发生地县级地方人民政府申请复议的，该县级地方人民政府不一定是真正的复议机关。因此，复议机关可能是该县级地方人民政府，也可能是接受该县级地方人民政府转送，进行复议的有关行政机关。

### (4)、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。

**比较：**行政诉讼法中“起诉不停止具体行为的执行”：**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。

## 4、行政复议的审理

### (1)、行政复议的审查方式—第 22 条（书面审查为原则），条例第 32 ~34 条

**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。

**条例第三十二条** 行政复议机构审理行政复议案件，应当由 2 名以上行政复议人员参加。

**条例第三十三条** 行政复议机构认为必要时，可以实地调查核实证据；对重大、复杂的案件，申请人提出要求或者行政复议机构认为必要时，可以采取听证的方式审理。

**条例第三十四条** 行政复议人员向有关组织和人员调查取证时，可以查阅、复制、调取有关文件和资料，向

有关人员进行询问。

调查取证时，行政复议人员不得少于 2 人，应当向当事人或者有关人员出示证件。被调查单位和人员应当配合行政复议人员的工作，不得拒绝或者阻挠。

需要现场勘验的，现场勘验所用时间不计入行政复议审理期限。

**刘心稳解读**——实行书面审查为原则，以口头审查为例外，主要是为了保证行政效率，这是行政复议不同于行政诉讼的一个重要方面。实行书面审查，复议机关主要依据书面材料进行，但也不排除复议机关进行必要的调查取证，通过一定方式听取双方当事人（应该是“申请人、被申请人和第三人”，因此“双方”我认为不妥，还不如只用“当事人”）的意见。

**张**，关于书面审理总结：开庭与径行裁判相对应，书面与口头相对应；书面审理与径行裁判概念不同。

**民诉二审**：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。（不得书面审理！）

**行政复议**：实行书面审查为原则，以口头审查为例外

**行诉一审**：人民法院审理第一审行政案件，一律**开庭审理**，不得进行书面审理，即在审判人员主持下，在当事人和其他诉讼参加人的参加下，依法对行政案件进行审理并作出裁判。

**行诉二审**：人民法院对上诉案件，认为**事实清楚的**，可以实行书面审理。

## (2)、举证责任—第 23 条（被申请人负责举证），条例第 36、46 条

**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（zhangsf110：属于书面申请情况）或者行政复议申请笔录复印件（zhangsf110：属于口头申请情况）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。【民诉自立案 5 日、15 日；复议自受理 7 日、10 日；行诉自立案 5 日、10 日。张总结记忆规律，①关于文件送达（5 日、7 日）——诉讼自立案 5 日，而诉讼中先受理后立案，中间有时间差，因此复议从受理起算时间长些长些可以理解故 7 日；②民诉答辩时间长于行政复议或行政诉讼中行政机关的答辩期限这对行政机关提出了更高要求，故前者 15 日，后者 10 日】

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。

**条例第三十六条** 依照行政复议法第十四条的规定申请原级行政复议的案件，由原**承办**具体行政行为有关事项的部门或者机构提出书面答复，并提交作出具体行政行为的证据、依据和其他有关材料。

**条例第四十六条** 被申请人未依照行政复议法第二十三条的规定提出书面答复、提交当初作出具体行政行为的证据、依据和其他有关材料的，视为该具体行政行为没有证据、依据，行政复议机关应当决定撤销该具体行政行为。

**同步教程**——被申请人不履行举证义务的法律后果，是具体行政行为被撤销。被申请人不按照申请答复程序要求提出书面答复、提交当初作出具体行政行为的证据、依据和其他有关部门材料的，视为该具体行政行为没有证据、依据，行政复议机关可以决定撤销该具体行政行为。

## (3)、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**。

**刘心稳解读**——法律对此作出的限制性规定使得行政复议中的证据只限于具体行政行为作出以前收集到的。根据“先取证，后裁决”的原则，行政机关在作出具体行政行为前必须收集到了足够的证据。作出具体行政行为之后，不能再收集证据，否则复议机关不予采纳。

## (4)、复议申请的撤回—第 25 条，条例第 38 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。

**条例第三十八条** 申请人在行政复议决定作出前**自愿**撤回行政复议申请的，**经行政复议机构同意**，可以撤回。

申请人撤回行政复议申请的，不得再以同一事实和理由提出行政复议申请。但是，申请人能够证明撤回行政复议申请**违背其真实意思表示**的除外。

**刘心稳**：当然，为了维护行政复议活动的严肃性，防止申请人撤回申请后又提出复议申请，行政复议法规规定申请人撤回复议申请后不得以同一事实和理由再申请复议。（张理解：刘心稳解释不如条例 38 严密，以条例为准。）

## (5)、行政复议不适用调解—对涉及行政权力的合法性和适当性的问题，不适用调解，条例第 40、50 条

**刘心稳** 行政复议不适用调解是基于这样的一个基本认识：调解双方之所以能展开调解，是因为调解双方对各自的权利有处分权，而行政机关则是不能对国家法律赋予的行政权力进行处分的。因此，行政机关不能成为调解的一方，以自己的行政权力作为讨价还价的筹码。但是在行政复议法中却未曾规定，因为行政复议范围扩

大，某些民事纠纷由行政裁决也在复议范围之内。此类纠纷因涉及到民事权利，依其性质不适用调解将限制复议机关解决民事纠纷的能力。因此，不适宜统一规定“行政复议不适用调解”的原则。有关调解问题，可以这样理解，对行政机关解决民事纠纷不服要求复议的案件，可以调解；对涉及行政权力的合法性与适当性的问题，则不适用调解。（张理解：自由裁量权也应该属于适当性的范围。）

（zhangsfl10：注意比较行政诉讼法，行诉第五十条 人民法院审理行政案件，不适用调解。）

**条例第四十条** 公民、法人或者其他组织对行政机关行使法律、法规规定的自由裁量权作出的具体行政行为不服申请行政复议，申请人与被申请人在行政复议决定作出前自愿达成和解的，应当向行政复议机构提交书面和解协议；和解内容不损害社会公共利益和他人合法权益的，行政复议机构应当准许。

**条例第五十条** 有下列情形之一的，行政复议机关可以按照自愿、合法的原则进行调解：

（一）公民、法人或者其他组织对行政机关行使法律、法规规定的自由裁量权作出的具体行政行为不服申请行政复议的；（zhangsfl10：综合此款和条例 40，事关自由裁量权做出的具体行政行为双方可和解，也可以由复议机关居中调解。）

（二）当事人之间的行政赔偿或者行政补偿纠纷。

当事人经调解达成协议的，行政复议机关应当制作行政复议调解书。调解书应当载明行政复议请求、事实、理由和调解结果，并加盖行政复议机关印章。行政复议调解书经双方当事人签字，即具有法律效力。

调解未达成协议或者调解书生效前一方反悔的（zhangsfl10：只要有一方不签字、不签收或者反悔就不能生效。），行政复议机关应当及时作出行政复议决定。

#### (6)、审理期限—第 26、27 条（对依据的审查）、第 31 条第 1 款，条例第 34 条第 3 款、第 37 条

**刘心稳解读**—针对不同的审查对象，行政复议法规定了不同的审查程序和审查期限。（1）在涉及需要审查被复议的具体行政行为的依据时，法 27 规定，行政复议机关在对被申请人作出的具体行政进行审查时，认为其依据不合法，本机关有权处理的，应当在 30 日内依法处理；无权处理的，应当在 7 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。（2）而对具体行政行为的审查时限方面，法 31 规定，行政复议机关应当自受理申请之日起 60 日内作出行政复议决定；但是法律规定的行政复议期限少于 60 日的除外。情况复杂，不能在规定期限内作出行政复议决定的，经行政复议机关的负责人批准，可以适当延长，并告知申请人和被申请人；但延长期限最多不超过 30 日。

**第二十六条【对依据的审理，因申请引起】** 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。（张理解：只要是申请人提起，不论复议机关认为该依据是否合法。而且规定了被转送到有权处理机关的处理期限。）（30 日、7 日、60 日）

**第二十七条【对依据的审理，复议机关主动引起】** 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。（张理解：复议机关认为依据不合法是复议机关主动引起的前提。这里并没有规定被转送到有权处理机关处理期限。）（30 日、7 日）

**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。（除需要延长的外，其期限从本法和法律规定的行政复议期限中选短的，因此期限可能少于六十日。比较法 9，提出复议申请的期限取长的，期限可能会超过六十日。）

审理期限和延长比较（张整理 091120）

程序		审理期限	延长及其批准
民诉	一审（普通程序）	立案起 6 个月	本院院长批准可延 6 个月； 还需延长报请上级法院批准
	简易程序	立案起 3 个月	？
	二审（对判决）	二审立案起 3 个月	本院长批准
	二审（对裁定）	二审立案起 30 日	没有规定
复议	具体行政行为审查	60 日，法律规定少于 60 日除外。	延长不得超过 30 日，复议机关负责人批准。
	复依据审查，申请引起	有权：自受理 30 日； 无权：自受理 7 日内转送， 被转送的有权机关 60 日	
	依据审查，复议机关引起	有权：30 日； 无权：7 日转送。	
行诉	一审	立案起 3 个月	需要延长高院批准，高院审

			理需要延长的最高院批准。
	二审	收到起诉状起 2 个月	需要延长中院批准，中院审理需要延长的最高院批准。

**第四十条** 行政复议期间的计算和行政复议文书的送达，依照民事诉讼法关于期间、送达的规定执行。本法关于行政复议期间有关“五日”、“七日”的规定是指工作日，不含节假日。

**条例第三十四条** 行政复议人员向有关组织和人员调查取证时，可以查阅、复制、调取有关文件和资料，向有关人员进行询问。

调查取证时，行政复议人员不得少于 2 人，并应当向当事人或者有关人员出示证件。被调查单位和人员应当配合行政复议人员的工作，不得拒绝或者阻挠。

**需要现场勘验的，现场勘验所用时间不计入行政复议审理期限。**

**条例第三十七条** 行政复议期间涉及专门事项需要鉴定的，当事人可以自行委托鉴定机构进行鉴定，也可以申请行政复议机构委托鉴定机构进行鉴定。**鉴定费用由当事人承担**（[zhangsf110：关于该项费用的讨论](#)附后）。**鉴定所用时间不计入行政复议审理期限。**

**（zhangsf110：注意，行政复议一般不收取费用，但这里规定要当事人支付鉴定费用，应该看成行政复议不收取费用原则的例外。**从网络搜索到的浙江某行政复议规定采取请求人预付，最后责任人支付的办法，我认为还是合理的。遍查中华人民共和国复议条例，没有类似由请求人预付最后责任人支付的规定。搜索结果：《浙江省行政复议实施办法》第二十九条关于“在复议过程中，复议机关认为对专门性问题需要鉴定的应当由法定鉴定部门鉴定，没有法定鉴定部门的，由复议机关指定的鉴定部门鉴定。行政复议实际支付的勘验费、鉴定费由请求方预付，案件审结后由责任方承担”的规定）

## 四、行政复议决定

### 1、行政复议决定种类和效力

(1)、**维持**—第 28 条第 1 款第 1 项，条例第 43 条

(2)、**责令履行职责**—第 28 条第 1 款第 2 项，条例第 44 条

(3)、**撤销、变更、确认违法**—第 28 条第 1 款第 3 项，条例第 44 ~47 条

(4)、**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，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**。

**条例第四十三条** 依照**行政复议法第二十八条**第一款第（一）项规定，具体行政行为认定事实清楚，证据确凿，适用依据正确，程序合法，内容适当的，行政复议机关应当决定维持。

**条例第四十四条** 依照**行政复议法第二十八条**第一款第（二）项规定，被申请人不履行法定职责的，行政复议机关应当决定其在一定期限内履行法定职责。

**条例第四十五条** 具体行政行为有**行政复议法第二十八条第一款第（三）项规定情形之一**的，行政复议机关应当决定撤销、变更该具体行政行为或者确认该具体行政行为违法；决定撤销该具体行政行为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**。

**条例第四十六条** 被申请人未依照**行政复议法第二十三条**的规定提出书面答复、提交当初作出具体行政行为的证据、依据和其他有关材料的，视为该具体行政行为没有证据、依据，行政复议机关应当决定撤销该具体行政行为。

**条例第四十七条** 具体行政行为有下列情形之一，行政复议机关可以决定变更：

(一) 认定事实清楚，证据确凿，程序合法，但是明显不当或者适用依据错误的；

(二) 认定事实不清，证据不足，但是经行政复议机关审理查明事实清楚，证据确凿的。

(5)、**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，并加盖公章。行政复议决定书一经送达，即发生法律效力。

#### (6)、行政复议决定的执行—第 32、33 条，条例第 52 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。

**条例第五十二条** 第三人逾期不起诉又不履行行政复议决定的，依照行政复议法第三十三条的规定处理。

**条例第五十一条【复议不加重处分原则】** 行政复议机关在申请人的行政复议请求范围内，不得作出对申请人更为不利的行政复议决定。

## 2、行政复议决定不服的救济

### (1)、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。

**行诉第三十八条** 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。(zhangsf110: 与复议法 19 比较可知，行诉 38 漏掉了复议机关不予受理的情形，不过在下面的司法解释中给予了补充。)

**解释第 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。

### (2)、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。(结合行政诉讼法，2008 年真题 21—张某不服某省人民政府作出的具体行政行为，可以通过下列哪些途径寻求救济？(答案 A、C)：A 直接向人民法院提起行政诉讼；B 直接向国务院申请裁决；C 向该省人民政府提出行政复议申请；D 向国务院申请行政复议申请。张补充：除了 AC 以外，还可以先复议，复议不服再诉讼；或者先复议，复议不服再向国务院申请裁决。)

**第三十条【复议前置程序】** 公民、法人或者其他组织认为行政机关的具体行政行为侵犯其已经依法取得的土地、矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂、海域等自然资源的所有权或者使用权的，应当先申请行政复议；对行政复议决定不服的，可以依法向人民法院提起行政诉讼。

**【行政终局裁决】** 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。

刘心稳：最终裁决作出后“申请人只能依据宪法等法律的规定，行使公民控告、信访的权利，而不能再行引发任何行政法或行政诉讼法上的法律程序”。

**结合行诉法第二条** 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。（可知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也可以直接起诉！2008年真题）  
行政复议期间—“5日”、“7日”为工作日，第40条



## 第五节 行政诉讼法

## 一、行政诉讼的基本知识

行政诉讼的概念和特征 行政诉讼与行政复议的区别 行政诉讼与民事诉讼的区别 行政诉讼法的效力

## 1、行政诉讼的概念

## (1)、行政诉讼的概念和特征

刘心稳---

**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**—①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）；②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；③行政诉讼体现了司法权对行政权的监督。人民法院在行政诉讼过程中，要对被诉具体行政行为进行合法性审查，这就决定了行政诉讼具有监督行政活动的性质。

**同步教程（对特征进行补充）---**

首先，行政诉讼是法院通过审判方式进行的一种司法活动。行政诉讼专指法院动用诉讼程序解决行政争议的活动。

其次，行政诉讼是通过审查行政行为合法性的方式解决行政争议的活动。

再次，行政诉讼是解决特定范围内行政争议的活动。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，有权依照行政诉讼法向法院提起诉讼。同时，法12条还规定的予以排除的行政争议不属于行政诉讼解决的争议，由另外的救济途径解决。

最后，行政诉讼当事人地位具有特殊性。一方面，行政诉讼的原告为作为行政管理相对一方的公民、法人或者其他组织，而被告为作为行政主体的行政机关和法律、法规授权的组织。另一方面，行政诉讼当事人的权利义务具有特定性。行政诉讼原告享有起诉权、撤诉权，而被告不享有起诉权和反诉权，同时对具体行政行为合法性承担举证责任。

## (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。

**【复议前置程序】** 行政复议法第三十条第一款 公民、法人或者其他组织认为行政机关的具体行政行为侵犯其已经依法取得的土地、矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂、海域等自然资源的所有权或者使用权的，应当先申请行政复议；对行政复议决定不服的，可以依法向人民法院提起行政诉讼。）

**第三十三条** 法律、法规规定应当先申请复议，公民、法人或者其他组织未申请复议直接提起诉讼的，人民法院不予受理。

复议机关不受理复议申请或者在法定期限内不作出复议决定，公民、法人或者其他组织不服，依法向人民法院提起诉讼的，人民法院应当依法受理。

**第三十四条** 法律、法规未规定行政复议为提起行政诉讼必经程序，公民、法人或者其他组织既提起诉讼又申请行政复议的，由先受理的机关管辖；同时受理的，由公民、法人或者其他组织选择。公民、法人或者其他组织已经申请行政复议，在法定复议期间内又向人民法院提起诉讼的，人民法院不予受理。

**第三十五条** 法律、法规未规定行政复议为提起行政诉讼必经程序，公民、法人或者其他组织向复议机关申请行政复议后，又经复议机关同意撤回复议申请，在法定起诉期限内对原具体行政行为提起诉讼的，人民法院应当依法受理。

**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（zhangsfl10：司法解释41、42对此进行了补充解释。）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。

### (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，而民事诉讼没有这样的要求）
- 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：在行政诉讼中，法院不得调解当事人双方争议，也不得以调解结案；但在民事诉讼中，法院既可以调解的方式进行审理，也可以调解的方式结案。）
- 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（zhangsfl10：应该说通常不直接，在有限的变更判决中可能会直接影响当事人在行政法上的权利义务）

此外（同步教程），判决的执行方式不同（行政诉讼法对原告规定了不同的执行措施，且被告行政机关依法享有对部分判决的直接强制执行手段；民事诉讼判决裁定的强制执行，则全部由法院进行，而且强制执行措施普遍适用于民事诉讼的原被告。）

### (4)、行政诉讼法的效力（可对照民法）

行政诉讼法的效力，是指行政诉讼法的适用范围，具体包括行政诉讼法在时间上、空间上、对人的范围上和对事的范围上四个方面的效力。

**对人的效力**—第2、70条，第71条第2款

**刘心稳** 对人的效力，是指行政诉讼法对什么样的人发生效力。我国行政诉讼法对在我国领域内进行的行政诉讼的所有人都发生效力。具体地说，行政诉讼法的原告可以是中国公民、法人或者其他组织，也可以是外国人、无国籍人、外国企业和组织，只要是我国行政机关的相对人均可；行政诉讼的被告只能是特定的国家行政机关。但有两个例外，①如果法律有例外规定（zhangsfl10：例如豁免），我国的行政诉讼法对外国人、无国籍人或者外国组织就不具有约束力；②对等原则的例外，如外国法院对中国公民、组织的行政诉讼权利加以限制，人民法院对该国公民、组织的行政诉讼权利，实行对等原则。

**第二条** 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【例外1】** 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。

**【例外2】** 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动，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）

空间效力是指行政诉讼法适用的地域范围。我国行政诉讼法适用于我国国家主权所及一切领域，包括我国的领土、领空、领海以及领土延伸的所有空间。也就是说凡在我国进行行政诉讼活动，均应适用我国行政诉讼法。

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。（zhangsfl10：前一段属于原则宣誓性质，实质上第二段就对前段进行了排除，注意领会法律语言的扯淡之处！）

**时间效力**—第75条（1990年10月1日起施行）

本法自1990年10月1日起施行

**对事的效力**

对事的效力，是指行政诉讼法对行政案件的适用范围，即人民法院的受案范围。我国行政诉讼法在对事的效力问题上采取受案范围有限原则，即人民法院并不受理所有的行政案件，而只受理由法律明确规定可以受理范围内的案件。

## 2、行政诉讼的受案范围

### (1)、行政诉讼的受案范围 一第 11 条（具体行政行为标准，侵犯人身权、财产权标准，违法标准）

**刘心稳** 受理范围的确定标准：**(1) 具体行政行为标准** 公民、法人或者其他组织只有在认为自己的合法权益受到具体行政行为的侵害时，才能提起行政诉讼；若对抽象行政行为不服而向人民法院提起行政诉讼，人民法院不予受理。**(2) 人身权、财产权标准** 原则上讲，具体行政行为只有侵犯了相对人的人身权、财产权，才具有可诉性，**但也有例外**。依照法 11 款 2 的规定，只要法律、法规有明确规定，公民、法人或者其他组织人身权、财产权以外的其他权益受到具体行政行为侵害时，也可以提起行政诉讼。**这些权益可以是政治权利、劳动权利、受教育权等**。**(3) 违法标准** 是指具体行政行为必须违法，才具有可诉性。当然，具体行政行为是否违法，并不要求公民、法人或者其他组织起诉时就加以证明，只要认为违法就可以起诉，是否违法有待于法院审查。

**第十一条【受案范围】** 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)、行政诉讼的排除范围一第 12 条、解释 1

**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**。

**解释第一条第 2 款** 公民、法人或者其他组织对下列行为不服提起诉讼的，不属于人民法院行政诉讼的受案范围：

- (一) 行政诉讼法第十二条规定的行为；
- (二) 公安、国家安全等机关依照刑事诉讼法的明确授权实施的行为；
- (三) 调解行为以及法律规定的仲裁行为；
- (四) 不具有强制力的行政指导行为；
- (五) 驳回当事人对行政行为提起申诉的重复处理行为；
- (六) 对公民、法人或者其他组织权利义务不产生实际影响的行为。

**第二条** 行政诉讼法第十二条第（一）项规定的国家行为，是指国务院、中央军事委员会、国防部、外交部等根据宪法和法律的授权，**以国家的名义实施的有关国防和外交事务的行为**，以及经宪法和法律授权的**国家机关宣布紧急状态、实施戒严和总动员等行为**。

**第三条** 行政诉讼法第十二条第（二）项规定的“具有普遍约束力的决定、命令”，是指行政机关**针对不特定对象**发布的**能反复适用的行政规范性文件**。

**第四条** 行政诉讼法第十二条第（三）项规定的“对行政机关工作人员的奖惩、任免等决定”，是指行政机关作出的涉及该行政机关**公务员权利义务的决定**。

**第五条** 行政诉讼法第十二条第（四）项规定的“法律规定由行政机关最终裁决的具体行政行为”中的“法律”，是指**全国人民代表大会及其常务委员会制定、通过的规范性文件**。

**同步教程：**（我认为概括得很好，详见教程 p134-135）法院不予受理的情形主要包括（1）国家行为；（2）抽象行政行为；（3）内部行政行为；（4）法律规定由行政机关最终裁决的具体行政行为；（5）公安、国家安全等机关依照《刑事诉讼法》的明确授权实施的行为；（6）行政机关的调解和仲裁行为；（7）不具有强制力的行政指导行为；（8）驳回当事人对行政行为提起申诉的重复处理行为；（9）对公民、法人或者其他组织的权利和义务不产生实际影响的行为（zhangsfl10：也就是刘心稳（2）归纳的人身权、财产权标准，包括法律法规明确规定的其他权益，如政治权利、劳动权利、受教育权利等受到侵害的情况。）。

## 3、行政诉讼法的基本原则和制度

独立审判原则 以事实为依据，以法律为准绳的原则 平等原则 **合法性审查原则** 辩论的原则 **不**

**适用调解的原则** 使用民族语言文字的原则 监督原则 合议制度 回避制度 公开审判制度 两审终审制度

与民事诉讼法比较，上述原则中**合法性审查原则和不适用调解的原则为行政诉讼法特有的，需要特别注意。**

刘心稳 (1) **合法性审查原则**：依法 5，行政诉讼审查的对象是被诉**具体行政行为**，对抽象行政行为不属于人民法院的受理范围；对具体行政行为审查的深度原则上仅限于具体行政行为的合法性，即以**合法性审查为原则，合理性审查为例外**。具体而言，人民法院审查的内容仅限于行政主体是否拥有该行为的职权，是否有充分确凿、合法有效的证据，运用法律法规是否正确，所作行政行为是否符合法定程序。至于具体行政行为的合理性，则不能审查。但存在**例外情况**，即**对行政处罚的自由裁量行为**，人民法院要进行合理性审查，认为行政处罚显失公平的，可以判决变更。(2) **不适用调解的原则** 意思是，行政诉讼中既不能把调解作为行政诉讼的必经阶段，也不能把调解作为结案的一种方式。这样规定的原因是，在行政诉讼中，行政主体行使的是国家行政权，行政权只能依法行使，行政主体无权自由处分（民法当事人则可以），因而行政主体也就不能通过和解方式改变其代表国家所作的**具体行政行为**。但该原则也**有例外**，法 67 款 3 规定，赔偿诉讼可以适用调解，这表明：我国**行政赔偿诉讼可以不接受“不适用调解”原则约束**。其理由是行政主体可以相对自由地处分其经济权益，其直接处分的客体是经济利益而非行政职权。

### (1)、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。

### (2)、以事实为依据，以法律为准绳的原则—第 4 条、52、53 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。

**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**。

### (3)、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**

刘心稳 在行政法律关系中，一方是行政机关，它代表国家行使权力，是行使行政管理权的管理者，拥有单方面做出具体行政行为的权力，另一方是作为行政相对人的公民、法人和其他组织，是被管理者，负有服从国家行政管理的义务，对于行政行为，即使他们不服，本身也无能力改变或撤销，只能通过提起诉讼请求法院裁决。因此，在**行政法律关系中**，他们**双方的法律地位是不平等**的。**但是行政争议一经相对人提起诉讼，即成为行政案件，人民法院就要保证双方当事人的诉讼地位平等**，并做出公正合理的裁决。在行政诉讼中，行政机关的诉讼权利受到一定的限制，如只有行政相对人才有起诉权，行政机关既无起诉权也无反诉权（张注释：注意，行政机关不服一审裁判**可以上诉**，从司法解释 65 可知，第一审人民法院作出判决和裁定后，当事人均可以提起上诉），只有按期应诉并主动提供据以做出具体行政行为的事实和法律依据的义务。

### (4)、**合法性审查原则**—第 5 条（例外情形下的合理性审查，第 54 条 第 4 款）

**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。

**第 54 条第 4 项** **行政处罚显失公正的，可以判决变更**。

### (5)、**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。

### (6)、**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**。

（张注释：不适用调解为原则，适用调解为例外）

### (7)、**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。

### (8)、**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。

### (9)、**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【合议、回避、公开审判、两审终审制】** 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”）

**第四十六条【合议制度、审判组织】** 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。（zhangsf110：同“民事诉讼法”，不同的是“不能单独一个审判员审理”）

**同步教程：**行政诉讼采用合议制，是由于行政诉讼的性质所决定的，行政案件技术性、知识性较强，而且行政诉讼的当事人一方为行政机关，独任审判难于胜任。

**第四十七条【回避制度】** 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。

被申请回避的人员，在**人民法院作出是否回避的决定前，应当暂停参与本案的工作**，但案件需要采取紧急措施的除外。

对当事人提出的回避申请，人民法院应当在**3日内以口头或者书面形式作出决定**。

申请人对**驳回回避申请决定不服的，可以向作出决定的人民法院申请复议一次**。复议期间，被申请回避的人员不停止参与本案的工作。对申请人的复议申请，人民法院应当在**3日内作出复议决定**，并通知复议申请人。

**第四十五条【公开审判及其例外】** 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。

## 二、行政诉讼的管辖

**刘心稳** 行政案件管辖可分为：**级别管辖**（基层人民法院的管辖、中级人民法院的管辖、高级人民法院的管辖、最高人民法院的管辖）、**地域管辖**（**一般地域管辖**、**特殊地域管辖**、**共同管辖**）、**裁定管辖**（有三种：移送管辖、指定管辖、转移管辖）

### 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。

（刘心稳：其中确认发明专利权的案件有三种，（1）关于是否应该授予发明专利权的案件；（2）关于宣告授予的发明专利权无效或者维持发明专利权的案件；（3）关于实施强制许可的案件。**注意：中级人民法院一般不确认实用新型和外观设计专利权，那么确认实用新型和外观设计专利权谁管辖？**张理解：原来专利法律体系规定只有针对专利复审委员会关于发明专利申请或发明专利的决定不服才能提起行政诉讼，专利复审委关于实用新型和外观设计的决定为终局裁决。现在均可以提起行政诉讼，应该理解为一般法的更新速度迟于专门法，具体操作以专门法为依据。）参考网页最后一段：<http://www.feizigu.com/08/1/1365.htm>

**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；（zhangsf110：关于省、自治区、直辖市人民政府参法14（二））  
（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。

（张，**民诉概念供参考**，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**。）

**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。

**【知识产权案件的级别管辖总结】**来自网络搜索：

（**最高人民法院**在一些司法解释中对知识产权民事纠纷案件的级别管辖作出了明确规定，确立了以**中级法院管辖为原则，以基层法院管辖为补充的级别管辖原则**。

**专利纠纷案件**。专利纠纷案件有两类，一类是**专利民事案件**，属于民事诉讼的受案范围；另一类是**专利行政案件**，属于行政诉讼的受案范围。根据最高人民法院《关于审理专利纠纷案件适用法律问题的若干

规定》(2001年6月22日颁布), **专利纠纷第一审案件, 由各省、自治区、直辖市人民政府所在地的中级人民法院和最高人民法院指定的中级人民法院管辖。**在知识产权案件中, **专利纠纷案件要求最为严格, 只能由特定的中级法院审理, 基层法院无权管辖。**这主要是因为相对于商标案件和著作权案件来说, 专利案件的专业性、技术性更强, 需要更高的科技和法律水平。

**商标纠纷案件。**分为**商标民事案件**和**商标行政案件**两大类, 分别由民事审判庭和行政审判庭审理。根据最高人民法院《关于审理商标案件有关管辖和法律适用范围问题的解释》(2002年1月9日颁布), **不服国务院工商行政管理部门商标评审委员会作出的复审决定或者裁定的案件, 由北京市高级人民法院根据最高人民法院的授权确定其辖区内有关中级人民法院管辖;** **商标民事案件**第一审案件, 由**中级以上人民法院**管辖; 各高级人民法院根据本辖区的实际情况, 经最高人民法院批准, 可以在较大城市确定1—2个**基层人民法院**受理第一审商标民事案件; **不服工商行政管理部门作出的有关商标的具体行政行为的案件, 根据行政诉讼法的有关规定确定管辖。**

**著作权纠纷案件。**根据最高人民法院《关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》(2002年10月12日颁布), 著作权民事纠纷案件, 由**中级以上人民法院**管辖。各高级人民法院根据本辖区的实际情况, 可以确定若干**基层人民法院**管辖第一审著作权民事纠纷案件。

**技术合同纠纷案件。**根据《最高人民法院关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》(2004年12月16日颁布), 技术合同纠纷案件一般由**中级以上人民法院**管辖。各高级人民法院根据本辖区的实际情况并报经最高人民法院批准, 可以指定若干**基层人民法院**管辖第一审技术合同纠纷案件。其他司法解释对技术合同纠纷案件管辖另有规定的, 从其规定。合同中既有技术合同内容, 又有其他合同内容, 当事人就技术合同内容和其他合同内容均发生争议的, 由具有技术合同纠纷案件管辖权的人民法院受理。)

## 2、地域管辖 (一般地域管辖 特殊地域管辖 共同管辖)

### (1)、一般地域管辖—第17条

**第十七条** 【一般地域管辖】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, 【共同管辖】**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。**(zhangsf110: 解读: 民诉为被告住所地人民法院管辖, 没有经过复议或者复议维持原具体行政行为的情况下行政诉讼法中实质也是被告所在地。但经过复议机关改变原具体行政行为的, 可以由最初作出原具体行政行为的行政机关所在地人民法院管辖, 也可以由复议机关所在地人民法院管辖。但是根据法 25, 复议机关改变原具体行政行为的, 复议机关是被告, 如果向最初作出具体行政行为的行政机关所在地人民法院提起诉讼的情况下, 就不是由被告所在地管辖了。即使经过复议, 如果复议机关决定维持原具体行政行为的, 做出原具体行政行为的行政机关是被告, 案件仍由最初做出具体行政行为的机关所在地法院管辖。)

**解释7** 复议决定有下列情形之一的, 属于行政诉讼法规定的“改变原具体行政行为”:

- (一) **改变**原具体行政行为所认定的**主要事实和证据**的;
- (二) **改变**原具体行政行为所适用的**规范依据且对定性产生影响**的;
- (三) **撤销、部分撤销或者变更**原具体行政行为处理结果的。(zhangsf110: 换刘心稳的话更好理解“改变原具体行政行为的处理结果, 即撤销、部分撤销或者变更原具体行政行为的”)

### (2)、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** 【限制人身自由】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。

**解释第九条** 【原告所在地】行政诉讼法第十八条规定的“原告所在地”, 包括**原告的户籍所在地、经常居住地和被限制人身自由地。**

行政机关基于同一事实既对人身又对财产实施行政处罚或者采取行政强制措施的, 被限制人身自由的公民、被扣押或者没收财产的公民、法人或者其他组织对上述行为均不服的, 既可以向被告所在地人民法院提起诉讼, 也可以向原告所在地人民法院提起诉讼, 受诉人民法院可**一并管辖。**

**第十九条** 【不动产案件的管辖】因不动产提起的行政诉讼, 由**不动产所在地**人民法院管辖。

(同步教程: 所谓不动产, 是指不能移动其位置或者移动就会损失其经济价值的财产, 如土地、建筑物、滩涂、山林、草原、荒地等。)

### (3)、共同管辖—第20条, 解释7

**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。(比较: 民事诉讼法35-- 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。)

**刘心稳** 行政诉讼法规定的共同管辖的情形有: (1) 经过复议的案件, **复议机关改变具体行政行为**的, 可以由最初做出具体行政行为的行政机关所在地人民法院管辖, 也可以由复议机关所在地人民法院管辖【第十

七条】。(2) 当事人对**限制人身自由**的行政强制措施不服而提起的诉讼,既可以由被告所在地法院辖区时,也可以由原告所在地法院管辖【第十八条】。(3) 当**不动产跨连两个人民法院辖区**时,就会产生共同管辖【第十九条的扩展】。

### 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）

裁定管辖有三种：**移送管辖、指定管辖、转移管辖**

(1)、**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

(2)、**移送管辖—第 21 条**

**第二十一条【移送管辖】** 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。

**刘心稳** 移送管辖必须同时具备三个条件：第一,人民法院已经受理了案件。第二,移送的法院对此案件无管辖权。第三,接受移送的法院对此案有管辖权。移送法院的移送裁定,对接受移送的法院具有约束力,该法院既不能退回移送的法院,也不得再自行移送其他人民法院。如果确实认为移送错误或者审理有困难的,应说明理由报请上级人民法院指定管辖。

(3)、**指定管辖—第 22 条**

**第二十二条【指定管辖】** 有管辖权的人民法院由于特殊原因不能行使管辖权的,由上级人民法院指定管辖。人民法院对管辖权发生争议,由争议双方协商解决。协商不成的,报它们的共同上级人民法院指定管辖。

**刘心稳** 指定管辖发生的原因一般基于两种情况 (1) 由于特殊原因,致使有管辖权的法院不能行使管辖权,这些特殊原因既可能是事实原因,例如自然灾害、战争等,又可能是法律原因,如法院与本案有利害关系。

(2) 法院之间因管辖权发生争议,此时,法院之间应当相互协商,协商不成由共同上级法院指定管辖。

(4)、**管辖权的转移—第 23 条**

**第二十三条【管辖权的转移、转移管辖】** 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。

**刘心稳** 转移管辖 (或者管辖权的转移) **与移送管辖不同**,前者是将行政案件由有管辖权的法院转移给无管辖权的法院,而且是在上下级法院之间进行;后者则是将案件由无管辖权的法院移送给有管辖权的法院,而且一般在同级法院之间进行。

**同步教程** 转移管辖又称管辖权转移,是指**基于上级法院裁定**,下级法院将自己管辖的行政案件转交上级法院审理,或者上级法院将自己有管辖权的行政案件,交由下级法院审理。

(5)、**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）

**刘心稳** 行政诉讼参加人是指引起行政诉讼或者应诉,或与具体行政行为有利害关系而参加诉讼活动,享有诉讼权利、承担诉讼义务的人。**诉讼参加人**包括原告、被告、第三人和诉讼代理人,其中,原告、被告、第三人又称为**诉讼当事人**,是整个诉讼活动的核心主体。行政诉讼参加人与**参与者**不同,后者的范围比前者要宽,它包括诉讼参加人和证人、鉴定人、翻译人、勘验人等,后一类参与者虽然在诉讼中也享有相应的诉讼权利、承担相应的诉讼义务,但他们在法律上一般与本案没有利害关系。

(1)、**原告—第 24 条** 解释 11~18

**刘心稳** 原告的特征或构成要件为:(1) **行政诉讼的原告须是公民、法人或其他组织,而不能是行政主体。不过**,当行政机关作为一般的民事主体接受其他行政机关的管理时,它也可能成为原告。(2) **行政诉讼的原告须是自己的合法权益受到侵害的人**。也就是说,首先,原告主张的必须自己的合法权益,不能以国家、集体或者他人利益受侵害为由提起诉讼;其次,原告的合法权益须受到侵害,**侵害可以是已经发生的**,也可能是**尚未发生但预期必定会发生的**。原告起诉时只要**认为受到伤害即可**。(3) **原告须与具体行政行为有法律上的利害关系**,即原告合法权益所受到的影响、损害是具体行政行为造成的,两者之间具有**相当**因果关系,也就是说,影响或损害可能是具体行政行为直接造成的,也可能是通过其中介,如对**相邻权**的侵害造成的,因此**原告并不限于行政法律关系中被管理的相对人,也可能是相对人之外,受具体行政行为影响的相关人**,如相邻权人、公平竞争权人等。

**同步教程**: 相邻权是指不动产的占有人在行使其物权时, **对与其相邻的他人不动产**所享有的特定支配权。相邻权主要包括截水、排水、通风、采光、通行等权利。如果被诉具体行政行为侵害了有关公民的相邻权,利

害即告成立。(注意：“相邻权”不同于著作权中的“邻接权”)

**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。(张注释参考网络搜索：行政诉讼原告资格转移制度——原始原告是指认为行政机关的具体行政行为侵犯其合法权益而享有原告资格、但却死亡或终止的公民、法人或者其他组织；承继原告是指因原始原告的死亡或终止而承受其原告资格，可以自己的名义提起诉讼的公民、法人或者其他组织。其中原始原告为死亡公民的，是公民原始原告，原始原告为终止了的法人或其他组织的，是组织原始原告。)

**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(张理解：法 24 中，当原始原告死亡或者终止，承继原告可以以自己的名义提起诉讼。)提起诉讼。(注意：民法通则中的近亲属的含义与此有区别，12. 民法通则中规定的近亲属，包括配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女。)

**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，可以由推选出的负责人作诉讼代表人。(zhangsfl10: 根据民法通则规定，合伙企业不具有法人资格；因此合伙企业、其他合伙组织、不具有法人资格的其他组织都不具备法人资格。)

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

**刘心稳** 被告的资格要件：(1) 被告必须是行政主体，行政机关的派出机构、内设机构等只有得到法律授权具有行政主体资格时，其所作具体行政行为被诉时，才能成为被告；否则，只能以其所属的行政机关为被告。

(2) 被告须是具体行政行为的实施者。(3) 被告须是被指控并被人民法院通知应诉的行政主体。行政诉讼实行不告不理的原则，但人民法院在受理原告的起诉时也要进行审查，以确定被告是否合适、恰当。经过原告起诉和法院受理两方面结合而确定的行政主体才是行政诉讼的被告。因此，人民法院在一审程序中，征得原告同意后，可以依职权追加或者变更被告。应当变更被告，而原告不同意变更的，裁定驳回起诉(zhangsf110: 需要注意的是，根据解释 23，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，而不是裁定驳回起诉。)

**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。

**解释 7** 复议决定有下列情形之一的，属于行政诉讼法规定的“改变原具体行政行为”：

- (一) 改变原具体行政行为所认定的主要事实和证据的；
- (二) 改变原具体行政行为所适用的规范依据且对定性产生影响的；
- (三) 撤销、部分撤销或者变更原具体行政行为处理结果的。

**解释 19** 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



力的文书上署名的机关为被告。(比较复议条例 13: 下级行政机关依照法律、法规、规章规定, 经上级行政机关批准作出具体行政行为的, 批准机关为被申请人。)

**解释 20** 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。

**解释 21** 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。

**解释 22** 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。

**解释 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。

**解释 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。(我理解, 行政诉讼中此种情况下的第三人, 相当于有独立请求权。而民诉法中第三人分有独三和无独三。)

### (4)、诉讼代理人—第 28、29 条 解释 25

**刘心稳** 以代理产生的根据不同, 可将诉讼代理人分为三类: (1) 法定代理人。指根据法律的直接规定取得代理权, 代理无诉讼行为能力的公民进行诉讼的人。在行政诉讼中, 法定代理只适用于无诉讼行为能力人, 即未成年人和精神病人。(2) 委托代理人。每个当事人或者法定代理人可以委托 1 至 2 人为委托代理人。

(3) 指定代理人。指人民法院指定的代理无诉讼行为能力人进行诉讼的人。一般情形是: 作为原告的公民无诉讼行为能力, 且无法定代理人, 或者法定代理人之间相互推诿代理责任, 或者法定代理人不能行使代理权如丧失行为能力等, 鉴于这种情况, 法院依职权指定代理。(zhangsf110: 民事诉讼法中仅分为法定代理人和委托代理人两种, 法定代理人之间相互推诿时, 人民法院在其中进行指定, 民诉法 57【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。)

**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。

**解释 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。

**共同诉讼人—必要共同诉讼、普通共同诉讼**

**刘心稳** 共同诉讼人的人, 原告为两人以上的, 是共同原告, 被告为两人以上的, 是共同被告。(1) 必要的共同诉讼人 是指当事人一方或者双方为两人以上, 诉讼标的是同一具体行政行为的诉讼。对于这种诉讼, 法院必须合并审理, 这种诉讼中的当事人即为必要的共同诉讼人。(2) 普通的共同诉讼人 是指当事人一方或者双方为两人以上, 诉讼标的是同样的数个具体行政行为的诉讼, 法院并不一定合并审理, 而要看合并审理是否有利于简化诉讼程序、节约诉讼成本, 这种诉讼中的当事人即为普通的共同诉讼人。

**第二十六条** 当事人一方或者双方为二人以上, 因同一具体行政行为发生的行政案件, 或者因

**同样**的具体行政行为发生的行政案件、**人民法院认为可以合并审理的**，为共同诉讼。

**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**依据不同的法律、法规对同一事实作出具体行政行为，公民、法人或者其他组织不服向同一人民法院起诉的；
- (二) 行政机关就同一事实对若干公民、法人或者其他组织**分别**作出具体行政行为，公民、法人或者其他组织不服分别向同一人民法院起诉的；
- (三) 在诉讼过程中，被告对原告作出新的具体行政行为，原告不服向同一人民法院起诉的；
- (四) 人民法院认为可以合并审理的其他情形。

**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**一并解决相关民事争议的**，人民法院可以一并审理。

## 四、行政诉讼的证据

### 1、证据的种类——第 31 条

**刘心稳** 行政诉讼证据的特点。与其他诉讼证据有许多相同之处，但也有自己的独特之处：第一，**范围的广泛性**。在各种证据中，**现场笔录**是其他诉讼证据中所没有的。此外，行政诉讼法还规定行政机关必须向法院提供做出具体行政行为的**规范性文件**，尽管行政诉讼法未将规范性文件作为法定证据，但它事实上也**起着一定的证明作用**，因此，行政诉讼证据的范围比较广泛。第二，**来源的特定性**。行政诉讼证据主要来源于行政程序中，并主要由作为被告的行政机关提供。这是因为行政机关要遵循先取证、后裁决的原则，待充分全面地掌握了证据以后，才能做出具体行政行为。第三，**举证责任分担的特定性**。在民事诉讼中“谁主张谁举证”，而在行政诉讼中，被告要对具体行政行为的合法性承担举证责任，原告只在特定情况下才对特定情况承担举证责任。

**现场笔录**是指行政机关在实施行政行为的过程中对现场情况所作的书面纪录。现场笔录的制作应遵循以下规则：第一，现场笔录只在下列情况中使用：证据难以保全，如对变质的食物等；事后难以取证，如对不洁餐具等；不可能取得其他证据或者其他证据难以证明案件事实。第二，制作现场笔录应严格遵循有关程序：现场笔录只能在当场制作，不能事后补作；现场笔录应当由当事人签名或者盖章。在可能的情况下还应当由在场证人签名盖章。

**同步教程**：行政诉讼中被告对做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。据此，规范性文件虽然不是行政诉讼法定的证据种类，但同样起着一定的证明作用，具有证据的效力。**规章以下的规范性文件对人民法院而言虽然不具备直接适用力，但经过人民法院的鉴别、评价和判断，也能够作为判别具体行政行为是否合法的标准。**

**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**。（注意，除多了“现场笔录”这一项外，其他均与民法相同。）

以上证据经法庭审查属实，才能作为定案的根据

《最高人民法院关于执行<中华人民共和国行政诉讼法>若干问题的解释》

**解释第三十条** 下列证据不能作为认定被诉具体行政行为合法的根据：

- (一) 被告及其诉讼代理人在作出具体行政行为后自行收集的证据；
- (二) 被告**严重违法法定程序收集的其他证据**。

**解释第三十一条** 未经法庭质证的证据不能作为人民法院裁判的根据。

复议机关在复议过程中收集和补充的证据，不能作为人民法院维持原具体行政行为的根据。

被告在二审过程中向法庭提交在一审过程中没有提交的证据，不能作为二审法院撤销或者变更一审裁判的根据。

### 2、举证责任和举证期限

#### (1)、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【举证责任的分配】** 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**。（zhangsfl10：虽然规范性文件并不被称为证据，但也起到一定的证明作用，被告的举证责任包括提供证据和规范性文件两项内容。）

**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。

**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。

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。（注意，这里是“可以”不是“应该”）

## (2)、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** 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。

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理由，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。

## (3)、被告证据的收集和补充—第33条，证据规定2、3

**刘心稳** 禁止行政机关在诉讼中收集证据是原则，但也有例外（张理解：我认为不能说是“禁止行政机关在诉讼中收集证据原则”的例外，而是法34或解释26规定的举证期限外提交证据或者补充证据的例外）：（1）被告在做出具体行政行为时已经收集证据，但因不可抗力等正当事由不能提供的；（2）证据规定第二条规定的情形。

**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。

## (4)、原告的初步举证责任—证据规定5、6

**解释第二十七条** 原告对下列事项承担举证责任：

（一）证明起诉符合法定条件，但被告认为原告起诉超过起诉期限的除外；

（二）在起诉被告不作为的案件中，证明其提出申请的事实；（刘心稳解释：起诉被告不作为通常是应申请的行为，以申请为前提，对此应当由原告来证明；但有下列情形的除外---①被告应当以职权主动履行法定职责的；②原告因被告受理申请的登记制度不完备等正当事由不能提供相关证明材料并能够做出合理说明的。）

（三）在一并提起的行政赔偿诉讼中，证明因受被诉行为侵害而造成损失的事实；

（四）其他应当由原告承担举证责任的事项。

**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。（zhangsf110：原告“可以”而不是“应该”。）

## (5)、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理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）

### (1)、各种类型的证据的要求—证据规定10~15

**第三十一条** 【**证据的种类**】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。

**解释第三十条** 下列证据不能作为认定被诉具体行政行为合法的根据：

- (一) 被告及其诉讼代理人在作出具体的行政行为后自行收集的证据；
- (二) 被告严重违法法定程序收集的其他证据。

**解释第三十一条** 未经法庭质证的证据不能作为人民法院裁判的根据。

复议机关在复议过程中收集和补充的证据，不能作为人民法院维持原具体行政行为的根据。

被告在二审过程中向法庭提交在一审过程中没有提交的证据，不能作为二审法院撤销或者变更一审裁判的根据。

**证据规定第十条【对书证的要求】** 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，经该部门核对无误后加盖其印章；
- (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；（张理解：考虑专业性太强，因此需要说明。）
- (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。

**证据规定第十一条【对物证的要求】** 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。

**证据规定第十二条【对视听资料的要求】** 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（zhangsf110：需要注意，计算机数据被列为视听资料）：

- (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。

**证据规定第十三条【对证人证言的要求】** 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。

**证据规定第十四条【对鉴定结论的要求】** 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。

**证据规定第十五条【对现场笔录的要求】** 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。

## (2)、对境外证据的要求—证据规定 16

**证据规定第十六条【对境外证据的要求】** 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。（与民事诉讼法关于境外证据规定相同。）

## 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）

### (1)、当事人申请人民法院调查取证—证据规定 23~26

**证据规定第二十三条** 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。

（zhangsf110：除了此处多了第二款外，其余与民事诉讼法证据规定 17 实质相同。）

**证据规定第二十四条** 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。

(zhangsf110: 民诉证据规定 18 相同)

**证据规定第二十五条** 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。(zhangsf110: 民诉证规 19 除了规定“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**”以外, 其余 3 日申请书面复议以及法院对复议申请 5 日答复的规定相同。)

## (2)、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。

**证据规定第二十二条** 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。(张认为与民诉法证据规定 15 实质相同。)

**证据规定第二十六条** 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)

### (1)、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。(zhangsf110: 与民事诉讼法 74 规定相同。)

**证据规定第二十七条** 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。(zhangsf110: 民事诉讼法证据规定 23 规定的申请证据保全的期限是“**不得迟于举证期限届满前七日**”注意比较。)

### (2)、证据保全措施—证据规定 28

**证据规定第二十八条** 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。

(zhangsf110: 与民事诉讼法证据规定 24 规定的人民法院采取证据保全的方法实质相同。)

### (3)、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。(zhangsf110: 关于鉴定部门, 有法定鉴定部门找法定, 没有法定由法院指定, 与民诉法 72 相同。)

**证据规定第二十九条** 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。

**证据规定第三十条** 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

**证据第六十二条** 对**被告在行政程序中采纳的鉴定结论**, 原告或者第三人提出证据证明有下列情形之一, 人民法院不予采纳:

- (一) 鉴定人不具备鉴定资格;  
 (二) 鉴定程序**严重违法**;  
 (三) 鉴定结论**错误**、不明确或者内容不完整。

**证据规定第三十一条** 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。

**证据规定第三十二条** 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。

**证据第六十二条** 对被告在行政程序中采纳的鉴定结论, 原告或者第三人提出证据证明有下列情形之一的, 人民法院不予采纳:

- (一) 鉴定人不具备鉴定资格;
- (二) 鉴定程序严重违法;
- (三) 鉴定结论错误、不明确或者内容不完整。

**证据规定第三十三条【勘验】** 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。

**证据规定第三十四条** 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)

### (1)、质证的原则—证据规定 35~39

刘心稳:

**质证是指在法庭中, 当事人就法庭上出示的证据采取辨认、质疑、说明、辩论等形式进行对质、核实等一系列诉讼活动(张理解: 从质证的形式上进行了定义)。**(在民事诉讼法部分刘心稳对质证的定义不同, 民法法部分的定义: 所谓质证是指当事人、诉讼代理人及第三人在法庭的主持下对当事人及第三人提出的证据就其真实性、合法性、关联性(“三性”)以及证明力的有无、大小予以说明和质辩的过程(zhangsf110: 从质证的内容上进行了定义)。但是根据行政诉讼法证据规定 39, 民法法部分关于质证的定义适应行政诉讼法。)

证据必须要在法庭上出示并经过质证, 未经质证的证据不得作为定案的依据。但是在行政诉讼中, 并不是所有证据都要经过质证, 以下证据可不经庭审质证, 直接由法院予以认定(zhangsf110: 民诉部分, 意见 75 将这些证据视为“无需当事人举证的事实”):

(1) 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。

(2) 众所周知的事实、自然规律及定理、根据日常生活经验法则推定的事实。不过对众所周知的事实、根据日常生活经验法则推定的事实等, 当事人如果有相反证据足以推翻的除外。(zhangsf110: 对自然规律及定理, 没有“有足够证据足以推翻”的除外可能。)

(3) 按照法律规定推定的事实和已经依法证明的事实。

**证规第三十五条** 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。

**证规第三十六条** 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

**证规第三十七条** 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。(张理解: 要质证, 但不能在开庭时公开质证)

**证规第三十九条** 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。

**证规第五十七条** 下列证据材料不能作为定案依据:

- (一) 严重违法法定程序收集的证据材料;
- (二) 以偷拍、偷录、窃听等手段获取侵害他人合法权益的证据材料;
- (三) 以利诱、欺诈、胁迫、暴力等不正当手段获取的证据材料;
- (四) 当事人无正当理由超出举证期限提供的证据材料;
- (五) 在中华人民共和国领域以外或者在中华人民共和国香港特别行政区、澳门特别行政区和台湾地区形成的未办理法定证明手续的证据材料;
- (六) 当事人无正当理由拒不提供原件、原物, 又无其他证据印证, 且对方当事人不予认可的复制件或者复制品;
- (七) 被当事人或者他人进行技术处理而无法辨明真伪的证据材料(zhangsf110: 比证规 71 (六)“改动”

程度大);

(八) 不能正确表达意志的证人提供的证言;

(九) 不具备合法性和真实性的其他证据材料。

**证规第五十八条** 以违反法律禁止性规定或者侵犯他人合法权益的方法取得的证据, **不能作为**认定案件事实的依据。

**证规第六十八条** 下列事实法庭可以直接认定 (**zhangsf110: 与民诉证据规定 9 “无需当事人举证的事实” 实质相同**):

- (一) 众所周知的事实;
- (二) 自然规律及定理;
- (三) 按照法律规定推定的事实;
- (四) 已经依法证明的事实;
- (五) 根据日常生活经验法则推定的事实。

前款(一)、(三)、(四)、(五)项, 当事人有相反证据足以推翻的除外。 (**zhangsf110: 自然规律及定理没有除外的事由**。)

**证规第七十一条** 下列证据**不能单独**作为定案依据 (**zhangsf110: (一)~(五) 与民诉证规 69 相同或实质相同, 括号内标注了民诉证规 69 的相应内容**):

- (一) **未成年人所作的与其年龄和智力状况不相适应的证言**; (相同)
- (二) **与一方当事人有亲属关系或者其他密切关系的证人所作的对该当事人有利的证言, 或者与一方当事人有不利关系的证人所作的对该当事人不利的证言**; (民诉为“与一方当事人或者其代理人有利害关系的证人出具的证言”, 实质相同, 但应该认为行诉证规 71 更具体清楚。)
- (三) **应当出庭作证而无正当理由不出庭作证的证人证言**; (无正当理由未出庭作证的证人证言)
- (四) **难以识别是否经过修改的视听资料**; (存有疑点的视听资料)
- (五) **无法与原件、原物核对的复制件或者复制品**; (相同)
- (六) 经一方当事人或者他人改动 (张理解: 比证规 57 (七) 的“技术处理”程度轻), 对方当事人不予认可的证据材料; (无相应叙述)
- (七) 其他**不能单独作为**定案依据的证据材料。 (无相应叙述, 应该认为行诉 71 采取兜底条款的方法更加符合法律习惯)

## (2)、各种证据的质证—证据规定 40~48

**证规第三十八条【对人民法院调取的证据的质证】** 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**。

**证规第四十条【对书证、物证和视听资料的质证】** 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。

**证规第四十一条【对证人证言的质证】** 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。

(民诉证据规定 55 的规定不同于行政诉讼法证据规定 44 (一), 民诉法中: 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**。行政诉讼证规 41 其余内容与民诉法证规 56 实质相同。)

**证规第四十二条【对证人证言的质证】** 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。

**证规第四十三条【对证人证言的质证】** 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。

**证规第四十四条【对证人证言的质证】** 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。

**证规第四十五条【对证人证言的质证】** 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责任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。

**证规第四十六条【对证人证言的质证】** 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。

**证规第四十七条【对鉴定结论的质证】** 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。

**证规第四十八条【专业人员的出庭与对质】** 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。（与民诉法证规 61 相近，可比较）

**证规第四十九条** 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。

### (3)、二审程序和审判监督程序中证据的质证—证据规定 50、51

**证规第五十条** 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。

**证规第五十一条** 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。

**证规第五十二条** 本规定第五十条和第五十一条中的“新的证据”是指以下证据：

(一) 在一审程序中应当准予延期提供而未获准许的证据；

(二) 当事人在一审程序中依法申请调取而未获准许或者未取得，人民法院在第二审程序中调取的证据；

(三) 原告或者第三人提供的在举证期限届满后发现的证据。

（张注释，民诉中的“新的证据”被分为“一审程序中的新证据”和“二审程序中的新证据”，而行诉没有这样划分，下面为民诉证规中关于新的证据的规定：

**民诉证规 41** 《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：①当事人在一审举证期限届满后新发现的证据（zhangsf110：行诉限定为原告或第三人，被告则不允许。相当于行诉证规 52（三）的组成部分）；②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（zhangsf110：行诉证规 52 无相应规定）；

(二) 二审程序中的新的证据包括：①一审庭审结束后新发现的证据（zhangsf110：相当于行诉证规 52（三）的组成部分）；②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（zhangsf110：相当于行诉证规 52（二））。

### 7、对当事人权益的保护—证据规定 74~78

**证规第七十四条** 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。

**证规第七十五条** 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。

**证规第七十六条** 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。

**证规第七十七条** 诉讼参与人或者其他人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。

**证规第七十八条** 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）

#### (1)、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。

（zhangsf110：行政复议法 31 规定---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。另外行政复议法中“提出申请的期限”---60 日）

**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。

**解释第四十一条** 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。

**解释第四十二条** 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。

**解释第四十三条** 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。

## (2)、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【起诉的方式】** 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。

(zhangsf110: 由此可见，我国行政复议与行政诉讼的基本关系是以公民、法人或其他组织自由选择为原则，以行政复议前置为例外。)

**【复议前置程序】** 行政复议法第三十条第一款 公民、法人或者其他组织认为行政机关的具体行政行为侵犯其已经依法取得的土地、矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂、海域等自然资源的所有权或者使用权的，应当先申请行政复议；对行政复议决定不服的，可以依法向人民法院提起行政诉讼。

(行政复议法第三十条第二款【行政终局裁决】 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**。)

同步教程有关“**起诉方式**”的解释(zhangsf110: 不以此为准，仅一般了解，**因为刘心稳的叙述也与法37一致**): 行政诉讼的起诉方式以向人民法院提交起诉状为原则，即起诉人必须向法院提交起诉状。书写确有困难的，可以口述，由人民法院制作口述笔录。起诉状应当写明起诉人与被起诉人的基本情况、诉讼请求、起诉事由、收受起诉状的法院的名称，起诉的年月日。有诉讼代理人的，写明诉讼代理人的姓名、所在单位和职业，同时附授权委托书。最后由起诉人签名。

**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；(zhangsf110: 只要原告“**认为**”是被告就可以了，如果“**认为**”有误由法院按照司法解释23协助纠正，解释23 附后)

(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。

**解释第二十三条** 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。

## (3)、受理—解释32~40、42~44（不予受理）

刘心稳：

受理是指人民法院对公民、法人或者其他组织的起诉进行审查，对符合法定条件的起诉决定立案审理的诉讼行为。人民法院收到起诉状后，应当组成合议庭，对起诉内容和形式进行审查，并根据审查的结果作出受理或者不予受理的裁定。

人民法院经过对起诉各方面的审查之后，可作出如下处理：

(1) 对于符合受理条件的，法院应当在接到起诉状之日起7日内立案，并及时通知当事人。

(2) 对于不符合受理条件的，法院应在接到起诉状之日起7日内作出不予受理的裁定。起诉人可以在接到裁定书之日起10日内向上一级法院提出上诉。

(3) 对受理条件有欠缺的，受诉法院可以要求起诉人限期补正。起诉人补正后，经审查符合法定条件的，人民法院应当受理。

(4) 受诉法院在接到起诉状之日起7日内，一时不能决定是否受理的，应当先予受理，受理后经审查不符合受理条件的，裁定驳回起诉。

**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**。

**第三十三条** 法律、法规规定应当先申请复议，公民、法人或者其他组织未申请复议直接提起诉讼的，人民法院不予受理。

复议机关不受理复议申请或者在法定期限内不作出复议决定，公民、法人或者其他组织不服，依法向人民法院提起诉讼的，人民法院应当依法受理。

第三十四条 **法律、法规未规定行政复议为提起行政诉讼必经程序**，公民、法人或者其他组织既提起诉讼又申请行政复议的，由先受理的机关管辖；同时受理的，由公民、法人或者其他组织选择。公民、法人或者其他组织已经申请行政复议，在法定复议期间内又向人民法院提起诉讼的，人民法院不予受理。

第三十五条 **法律、法规未规定行政复议为提起行政诉讼必经程序**，公民、法人或者其他组织向复议机关申请行政复议后，又经复议机关同意撤回复议申请，在法定起诉期限内对原具体行政行为提起诉讼的，人民法院应当依法受理。

第三十六条 **人民法院裁定准许原告撤诉后**，原告以同一事实和理由重新起诉的，人民法院不予受理。

**准予撤诉的裁定确有错误**，原告申请再审的，人民法院应当通过审判监督程序撤销原准予撤诉的裁定，重新对案件进行审理。

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。（**刘心稳 p245 认为算新的行政案件**）

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。**

#### **(4)、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。（可以在接到裁定书之日起**10 日**内向上一级法院提出上诉。）

#### **受理和立案比较**

##### **【民诉：**

人民法院对起诉进行审查以后，针对不同情况作出不同的处理—（1）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**7 日**内立案并通知当事人；（2）认为起诉不符合法定条件的，应当在 7 日内裁定不予受理，原告对不予受理裁定不服的，可以提起上诉。（3）人民法院立案后，发现起诉不符合法定条件的，裁定驳回起诉（**zhangsfl10：但是如果立案后发现没有管辖权则应将案件移送，见民诉解释 141**），当事人对驳回起诉的裁定不服的，可以提起上诉。（4）当事人的起诉属于其它情况的，分别予以处理（见下面民诉法 111 和民诉解释 141-152）】

##### **【行政复议：**

**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。

**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。

**条例第二十九条** 行政复议申请材料不齐全或者表述不清楚的，行政复议机构可以自收到该行政复议申请之日起 5 日内书面通知申请人补正。补正通知应当载明需要补正的事项和合理的补正期限。无正当理由逾期不补正的，视为申请人放弃行政复议申请。补正申请材料所用时间不计入行政复议审理期限。

**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。】

### (5)、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。

(cf 行政复议法中“**具体行政行为在行政复议期间的执行力**”：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。)

## 2、第一审程序

审理前的准备 庭审程序 妨害行政诉讼行为的排除 案件的移送和司法建议 财产保全 审理的期限 法律适用

刘心稳：

第一审程序是指人民法院自裁定受理到做出第一审判决的诉讼程序，它包括审理前的准备、法庭调查、法庭辩论、合议庭评议和宣告判决等步骤。行政诉讼第一审程序只有普通程序，没有简易程序和特别程序。(为了解行政诉讼第一审程序，将民事诉讼法关于简易程序和特别程序的论述摘录如下：民事诉讼中除简单民事案件及特殊类型的民事案件以外所适用的程序都是普通程序。民事诉讼法中，合议制适用于人民法院审理的所有案件，而独任制仅适用于基层人民法院审理的简单民事案件及按照特别程序审理的非诉案件。民事诉讼中并非所有的案件都适用两审终审制，例如：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、最高人民法院适用普通程序审理的第一审民事案件。刘心稳：这些例外均实行一审终审制。)

### (1)、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……）

(刘心稳) 审理前的准备，又称开庭前的准备或者庭前准备，它是开庭审理前的一个重要阶段。

审理前的准备主要包括以下内容：(1) 组成合议庭；(2) 通知被告应诉、发放诉讼文书；(3) 审理诉讼文书、调查收集证据；(4) 审查被告提供作出具体行政行为的事实根据和所依据的规范性文件；(5) 审查具体行政行为是否具有停止执行的条件；(6) 审查是否有先行给付的情况存在；(7) 审查有无不公开审理的条件等。

**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。

【**民诉自立案 5 日、15 日；复议自受理 7 日、10 日；行诉自立案 5 日、10 日。**张总结记忆规律，①关于文件送达（5 日、7 日）——诉讼自立案 5 日，而诉讼中先受理后立案，中间有时间差，因此复议从受理起算时间长些长些可以理解故 7 日；②民诉答辩时间长于行政复议或行政诉讼中行政机关的答辩期限这对行政机关提出了更高要求，故前者 15 日，后者 10 日】

### (2)、庭审程序—第 45、46、47、50 条

(刘心稳) 人民法院审理第一审行政案件，一律开庭审理，不得进行书面审理，即在审判人员主持下，在当事人和其他诉讼参加人的参加下，依法对行政案件进行审理并作出裁判。

(刘心稳) 开庭审理应遵循以下原则：

(1) 以公开审理为原则 除涉及国家秘密、个人隐私和法律另有规定外，一律公开进行，向公众公开，允许公众旁听，允许记者采访报道。

(2) 审理行政案件不适用调解 与审理民事案件不同，人民法院审理行政案件，除行政赔偿诉讼和附带的民事诉讼外，不得采用调解方式，也不得以调解方式结案，只能依法作出裁判。

(结合同步教程和刘心稳) 人民法院开庭审理必须依据法定程序进行, 一般的庭审程序分为六个阶段, 包括开庭准备、开庭审理(或宣布开庭)、法庭调查、法庭辩论、合议庭评论、宣告判决裁定。

**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。

**第四十八条** 【视为撤诉及缺席判决】经人民法院两次合法传唤, 原告无正当理由拒不到庭的, 视为申请撤诉; 被告无正当理由拒不到庭的, 可以缺席判决。

**第四十九条** 原告或者上诉人经合法传唤, 无正当理由拒不到庭或者未经法庭许可中途退庭的, 可以按撤诉处理。

原告或者上诉人申请撤诉, 人民法院裁定不予准许的, 原告或者上诉人经合法传唤无正当理由拒不到庭, 或者未经法庭许可而中途退庭的, 人民法院可以缺席判决。

第三人经合法传唤无正当理由拒不到庭, 或者未经法庭许可中途退庭的, 不影响案件的审理。

**第五十条** 人民法院审理行政案件, 不适用调解。

**第五十一条** 【申请撤诉的裁定】人民法院对行政案件宣告判决或者裁定前, 原告申请撤诉的, 或者被告改变其所作的具体行政行为, 原告同意并申请撤诉的, 是否准许, 由人民法院裁定。

**第三十六条** 人民法院裁定准许原告撤诉后, 原告以同一事实和理由重新起诉的, 人民法院不予受理。

准予撤诉的裁定确有错误, 原告申请再审的, 人民法院应当通过审判监督程序撤销原准予撤诉的裁定, 重新对案件进行审理。

### (3)、妨害行政诉讼行为的排除—第 49 条

注意: 刘心稳相应内容的标题为“排除妨碍行政诉讼的强制措施”, 同步教程的提法与大纲相同, 两种提法的实质内容相同。

比较民法通则 134.3:

第一百三十四条 承担民事责任的方式主要有:

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

以上承担民事责任的方式, 可以单独适用, 也可以合并适用

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

**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。

**第五十五条** 【被告重作具体行政行为的限制】人民法院判决被告重新作出具体行政行为的, 被告不得以同一的事实和理由作出与原具体行政行为基本相同的具体行政行为。

**解释第五十四条** 人民法院判决被告重新作出具体行政行为, 被告重新作出的具体行政行为与原具体行政行为的结果相同, 但主要事实或者主要理由有改变的, 不属于行政诉讼法第五十五条规定的情形。

人民法院以违反法定程序为由, 判决撤销被诉具体行政行为的, 行政机关重新作出具体行政行为不受行政诉讼法第五十五条规定的限制。

行政机关以同一事实和理由重新作出与原具体行政行为基本相同的具体行政行为，人民法院应当根据行政诉讼法第五十四条第（二）项、第五十五条的规定判决撤销或者部分撤销，并根据行政诉讼法第六十五条第三款的规定处理。

#### (4)、案件的移送和司法建议—第 56 条

**【案件的移送】**（刘心稳）人民法院审理行政案件时，发现行政机关工作人员有违反政纪或犯罪行为，或被处罚人的行为构成犯罪，应当追究刑事责任，将案件全部或者部分移送有关部门处理，即案件的移送。

**（同步教程）**：这种移送不同于移送管辖，而是主管事项的移送。被移送的案件主要包括刑事案件、内部行政案件及应当由其他部门处理的行政违法案件等。

**【司法建议】**（刘心稳）司法建议是指人民法院行使审判权时，对于与案件有关、但不属于人民法院审判权范围内的问题向有关方面提出的建议。根据行政诉讼法的规定，行政机关拒绝履行判决、裁定的，第一审人民法院可以向该行政机关的上一级行政机关或者监察、人事机关提出司法建议。接受司法建议的机关，根据有关规定处理，并将处理意见的结果告知人民法院。（张理解：司法建议用于对付行政机关捣蛋的情况，显然没有案件的移送情况严重。）

**第五十六条【法院认为行政人员违法、违纪的处理】** 人民法院在审理行政案件中，认为行政机关的主管人员、直接责任人员违反政纪的，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。

#### (5)、财产保全—解释 48

**解释第四十八条** 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。

**网络搜索（北大法律信息网）** 北大法律信息网---先予执行的概念和条件

先予执行是指法院对某些案件作出判决前，为解决权利人的生活或者生产经营所需，裁定义务人履行一定义务的诉讼措施，亦称先行给付。先予执行的条件是：①当事人之间权利义务关系明确，不先予执行会严重影响申请人的生活和生产经营的；②被申请人有履行能力；③在作出判决之前采取。先予执行的范围主要有三类：一是追索赡养费、抚养费、抚养费、抚恤金、医疗费用的案件；二是追索劳动报酬的案件；三是因情况紧急需要先予执行的案件。

先予执行必须有当事人的申请，人民法院不能主动采取先予执行的措施。人民法院认为有必要的，可以责令申请人提供担保，不提供担保的，驳回申请。如果认为申请符合法律规定的条件，应当作出裁定。裁定一经送达当事人，即发生法律效力，不得上诉，但可以申请复议一次。复议期间，不停止执行。

**网搜--哪些判决和裁定可以上诉？**

可以上诉的判决包括：①地方各级法院作出的第一审判决，②二审法院发回重审后作出的判决以及③按照一审程序对案件作出的再审判决。可以上诉的裁定有三种：①不予受理的裁定、②对管辖权有异议的裁定以及③驳回起诉的裁定。除上述列出的判决和裁定外，其他的判决或裁定，如①按照特别审理后作出的判决或裁定，②二审法院的终审判决或裁定及③最高人民法院的一审判决或裁定都是不能上诉的。

**同步教程解释**：根据上述规定，法院在诉讼中采取财产保全措施的情形有：（1）对于因一方当事人的行为或者其他原因，可能使人民法院生效的裁判不能或者难以执行；（2）对于因一方或者其他原因，可能使具体行政行为不能或者难以执行。

**注意，这里没有提到担保的问题**。根据行政诉讼法 36 条，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。民诉法 92 规定，人民法院对于可能因当事人一方的行为或者其他原因，使判决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。

（来自网络）但是行政机关申请财产保全的时候，法院是不应该要求其提供担保的。因此这种表述是错误的：“行政诉讼中，对于法院依申请而采取的财产措施，法院可以责令申请人提供担保。”

**(6)、审理的期限—第 57 条**

**刘心稳** 人民法院审理行政案件，应当在立案之日起3个月内作出第一审判决，鉴定、处理管辖异议及中止诉讼的时间不计算在内。由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；基层人民法院申请延长审理期限，应当直接报请高级人民法院批准，同时报中级人民法院备案。

**第五十七条【一审审限】** 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。

**解释第六十四条** 行政诉讼法第五十七条、第六十条规定的审限，是指从立案之日起至裁判宣告之日止的期间。鉴定、处理管辖争议或者异议以及中止诉讼的时间不计算在内。

**(第六十条【二审审限】** 人民法院审理上诉案件，应当在收到上诉状之日起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。)

**民事诉讼法与行政诉讼法中关于第一审程序的审限和批准延长比较**（来自网络）：

## 1、民事诉讼中：

(1) 适用普通程序审理的案件：应当在立案之日起6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6个月，还需要延长的，报请上级人民法院批准；

(2) 适用简易程序审理的案件：应当在立案之日起3个月内审结。

## 2、行政诉讼中：

(1) 人民法院应当在立案之日起3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。

(2) 基层人民法院申请延长审理期限，应当直接报请高级人民法院批准，同时报中级人民法院备案。

(3) 行政诉讼第一审程序只有普通程序，没有简易程序和特别程序。

**审理期限和延长比较（张整理 091120）**

程序		审理期限	延长及其批准
民诉	一审（普通程序）	立案起 6 个月	本院院长批准可延 6 个月； 还需延长报请上级法院批准
	简易程序	立案起 3 个月	？
	二审（对判决）	二审立案起 3 个月	本院院长批准
	二审（对裁定）	二审立案起 30 日	没有规定
复议	具体行政行为审查	60 日，法律规定少于 60 日除外。	延长不得超过 30 日，复议机关负责人批准。
	附带依据审查，申请引起	有权：自受理 30 日； 无权：自受理 7 日内转送， 被转送的有权机关 60 日	
	依据审查，复议机关引起	有权：30 日； 无权：7 日转送。	
行诉	一审	立案起 3 个月	需要延长高院批准，高院审理需要延长的最高院批准。
	二审	收到起诉状起 2 个月	需要延长高院批准，高院审理需要延长的最高院批准。

**(7)、法律适用—第 52、53 条**

**(刘心稳总结)**：行政诉讼的法律适用的基本规则可概括为人民法院审理行政案件，以法律、法规为依据，参照规章，对合法有效的规章及其他规范性文件可以在裁判文书中引用。所谓“参照”规章，是指人民法院审理行政案件时，可以对规章进行斟酌和鉴别，对合法的可以予以适用，对不合法的，可以不予适用。而“依照”则指必须适用，不能拒绝。

**第五十二条【审理的依据】** 人民法院审理行政案件，以法律和行政法规、地方性法规为依据。地方性法规适用于本行政区域内发生的行政案件。

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。

**解释第九十七条** 人民法院审理行政案件，除依照行政诉讼法和本解释外，可以参照民事诉讼的有关规定。

**第五十三条【规章的适用】** 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。

**解释第六十二条** 人民法院审理行政案件，可以在裁判文书中引用合法有效的规章及其他规范性文件。

**第七十条【涉外行政诉讼的法律适用】** 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【同等及对等原则的适用】** 外国人、无国籍人、外国组织在中华人民共和国进行行政诉讼，同中华人民共和国公民、组织有同等的诉讼权利和义务。

外国法院对中华人民共和国公民、组织的行政诉讼权利加以限制的，人民法院对该国公民、组织的行政诉讼权利，实行对等原则。

**第七十二条【冲突规范的解决】** 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。中华人民共和国声明保留的条款除外。

**第七十三条【涉外代理】** 外国人、无国籍人、外国组织在中华人民共和国进行行政诉讼，委托律师代理诉讼的，应当委托中华人民共和国律师机构的律师。

### 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）

#### (1) 维持判决、(2) 撤销判决、(3) 履行判决、(4) 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。（zhangsf110：“适当性”例外）

#### (5)、确认判决—解释 57、58

**解释第五十七条** 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。

**解释第五十八条** 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。

#### (6)、决定—第 40、47 条

**(刘心稳总结)** 行政诉讼的决定是指人民法院在审理行政案件的过程中，对诉讼程序上涉及人民法院内部工作关系的有关事项所做出的结论。依照行政诉讼法和司法解释的有关规定，行政诉讼中的决定适用于以下情况：

(1) 有关转移管辖和指定管辖的事项，由上级人民法院决定。

(2) 当事人因为不可抗力或者其他特殊情况耽误诉讼时效而申请延长的，是否准许，由人民法院决定。

(3) 有关回避事项，由审判长或者人民法院院长或者审判委员会决定。

(4) 人民法院院长对本院已经发生法律效力判决、裁定，发现违反法律、法规，认为需要再审的，是否再审，由院长提交审判委员会决定。

(5) 对妨害诉讼的行为采取强制措施，由人民法院作出决定。

(6) 其他需要决定的事项。

**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。

#### (7)、裁定—解释 63

**刘心稳** 行政诉讼过程的一审裁定是指人民法院在审理行政案件的过程中，对需要解决的有关程序上的事项所作的结论。

**解释第六十三条** 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）

**刘心稳** 行政诉讼的第二审程序，又称上诉程序，是指上级人民法院对下级人民法院，就第一审行政案件所作的判决、裁定在发生法律效力之前，基于上诉人的上诉，对案件进行审理的程序。

##### (1)、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。（zhangsf110：与民事诉讼的上诉时效相同：判决 15 日，裁定 10 日。）

**解释第六十五条** 第一审人民法院作出判决和裁定后，当事人均提起上诉的，上诉各方均为上诉人。

诉讼当事人中的一部分人提出上诉，没有提出上诉的对方当事人<sub>为</sub>被上诉人，其他当事人依原审诉讼地位列明。

##### (2)、上诉的受理—解释 66

**（刘心稳）** 当事人提起行政诉讼可以通过原审人民法院提出，也可以直接向第二审法院提出。参法 58 和解释 66。

**（同步教程）** 上诉受理是第二审人民法院收到上诉状后依法决定是否作为上诉案件立案，开始第二审程序的诉讼活动。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。当事人不提出答辩状的，不影响法院的审理。原审法院应当在收到答辩状5 日内将副本送达当事人。原审法院收到上诉状、答辩状后，应当在5 日内连同全部案卷和证据，报送第二审法院。已经预收诉讼费的，一并报送。

**（刘心稳）** 当事人直接向第二审法院提起上诉状的，第二审法院应当在 5 日内将上诉状副本发交原审人民法院。

（行政诉讼的上诉受理与民事诉讼的上诉受理基本相同，现把与民事诉讼上诉受理有关的法条列于此供比较学习：民诉 149【提起上诉的程序】 上诉状应当通过原审人民法院提出，并按照对方当事人或者代表人的人数提出副本。

当事人直接向第二审人民法院上诉的，第二审人民法院应当在五日内将上诉状移交原审人民法院。

民诉 150【上诉的受理】 原审人民法院收到上诉状，应当在五日内将上诉状副本送达对方当事人，对方当事人在收到之日起十五日内提出答辩状。人民法院应当在收到答辩状之日起五日内将副本送达上诉人。对方当事人不提出答辩状的，不影响人民法院审理。

原审人民法院收到上诉状、答辩状，应当在五日内连同全部案卷和证据，报送第二审人民法院。）

**张总结：**民诉上诉和行诉上诉转送文件均为 5 天（原审法院收到上诉状开始），与民诉一审行诉一审相同（自立案之日起）；而民诉一审二审答辩期均为 15 天，行诉一审二审答辩期均为



10天。

**解释第六十六条** 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。

### (3)、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。（**zhangsf110：注意比较，民事诉讼的二审程序中，不得适用书面审理方式。**）

**解释第六十七条** 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。

**刘心稳** 第二审法院审理上诉案件时，除行政诉讼法对其有特殊规定的外，均适用第一审程序。这些特别规定是：第一，在审判组织方面，上诉案件必须由审判员组成合议庭，而不能由审判员和陪审员组成。第二，在审理方式上，上诉行政案件可以实行书面审理。书面审理是指法院只就当事人的上诉状及其他书面材料进行审理，做出判决或裁定，不需要诉讼参加人出席法庭，也不向社会公开的一种审理方式。值得注意的是，书面审理必须是事实清楚的案件，如果事实不够清楚，要开庭审理。行政诉讼中二审程序所采用的书面审理的方式，与民事诉讼中二审程序所规定的“径行判决”不同。民事诉讼法规定，人民法院审理第二审民事案件，应当组成合议庭；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。书面审理则不需询问当事人，而直接对书面的证据和材料进行审理。第三，在审理的对象上，第二审法院审理上诉案件，必须全面审查一审法院认定的事实是否清楚，适用的法律法规是否正确，有无违反法定程序，不受上诉范围的限制。

**张**，关于书面审理总结：开庭与径行裁判相对应，书面与口头相对应；书面审理与径行裁判概念不同。  
**民诉二审：**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。（不得书面审理！）  
**行政复议：**实行书面审查为原则，以口头审查为例外  
**行诉一审：**人民法院审理第一审行政案件，一律开庭审理，不得进行书面审理，即在审判人员主持下，在当事人和其他诉讼参加人的参加下，依法对行政案件进行审理并作出裁判。  
**行诉二审：**人民法院对上诉案件，认为事实清楚的，可以实行书面审理。

（来自网络）民事诉讼和行政诉讼二审的审理范围比较：

#### 1、民事诉讼中：

（1）第二审的审理应当围绕当事人上诉请求的有关事实和适用法律进行审查，当事人没有提出请求的，不予审查；

（2）第一审判决违反法律禁止性规定、侵害社会公共利益或者他人利益的，第二审的审理范围可以不受上诉请求范围的限制。

#### 2、行政诉讼中：

第二审人民法院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。

### (4)、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。（比较，法57条，一审的期限为自立案之日起三个月，特殊情况需要延长的则与法60规定相同。）

（来自网络）民事诉讼和行政诉讼二审的审理期限及批准延长

#### 1、民事诉讼中：

（1）对判决上诉的案件：人民法院应当在第二审立案之日起3个月内审结，有特殊情况需要延长的，由本院院长批准。

（2）对裁定上诉的案件：人民法院应当在第二审立案之日起30日内作出终审裁定，没有可以延长的规定。

3、行政诉讼中：人民法院审理上诉案件，应当在收到上诉状之日起2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。

#### 审理期限和延长比较（张整理 091120）

程序		审理期限	延长及其批准
民诉	一审（普通程序）	立案起6个月	本院院长批准可延6个月； 还需延长报请上级法院批准

	简易程序	立案起 3 个月	?
	二审（对判决）	二审立案起 3 个月	本院长批准
	二审（对裁定）	二审立案起 30 日	没有规定
复议	具体行政行为审查	60 日，法律规定少于 60 日除外。	延长不得超过 30 日，复议机关负责人批准。
	复依据审查，申请引起	有权：自受理 30 日； 无权：自受理 7 日内转送， 被转送的有权机关 60 日	
	依据审查，复议机关引起	有权：30 日； 无权：7 日转送。	
行诉	一审	立案起 3 个月	需要延长高院批准，高院审理需要延长的最高院批准。
	二审	收到起诉状起 2 个月	需要延长高院批准，高院审理需要延长的最高院批准。

## 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）

### （1）、驳回上诉维持原判、（2）、发回重审、（3）、依法改判—第 61 条

**第六十一条【上诉案件的裁判】** 人民法院审理上诉案件，按照下列情形，分别处理：

（一）原判决认定事实清楚，适用法律、法规正确的，判决①**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，③**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，②**裁定撤销原判，发回原审人民法院重审**，③**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。（**zhangsfl10**：对二审法院进行的维持原判、依法改判或者查清事实后的改判不可以上诉。）

（**zhangsfl10**：与民事诉讼法二审案件的裁判方式表述略有差别，民法中将“违反法定程序”的情况单列，并根据字面意思应该不适用“查清事实后改判”，仅限于发回重审。反推行政诉讼法，如果事实认定和证据没有问题，仅仅“由于违反法定程序可能影响案件正确判决的”，也不应该存在“查清事实后改判”的问题，应该只适用发回重审。当然如果见民事诉讼法 153：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）**【驳回上诉，维持原判】**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）**【依法改判】**原判决适用法律错误的，依法改判；

（三）**【裁定撤销原判决发回重审】**、**【依法改判】**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】【裁定撤销原判决发回重审】**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**。

**民诉解释 181**、第二审人民法院发现第一审人民法院有下列违反法定程序的情形之一，可能影响案件正确判决的，应当依照民事诉讼法第一百五十三条第一款第（四）项的规定，裁定撤销原判，发回原审人民法院重审：

（1）审理本案的审判人员、书记员应当回避未回避的；

（2）未经开庭审理而作出判决的；

（3）适用普通程序审理的案件当事人未经传票传唤而缺席判决的；

（4）其他严重违反法定程序的。）

**解释第六十七条** 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。

**解释第六十九条** 第二审人民法院裁定发回原审人民法院重新审理的行政案件，原审人民法院应当**另行组成合议庭**进行审理。

**解释第七十条** 第二审人民法院审理上诉案件，需要**改变原审判决**的，应当**同时对被诉具体行政行为作出判决**。

### （4）、决定

**（刘心稳）** 第二审决定的适用与第一审中相类似，包括回避申请的处理、对妨碍行政诉讼采取强制措施等情形。

### （5）、裁定—解释 68、71

**（刘心稳）** 第二审适用裁定的情况为二审确认一审判决认定事实不清、证据不足，或者由于违反法定程序可能影响案件正确判决等情况。根据行政诉讼法的有关规定，撤销原判、发回重审。第二审的裁定适用以下几种情形：

（1）一审判决认定事实不清；

（2）一审判决证据不足；

- (3) 一审违反法定程序，可能影响案件正确判决；  
 (4) 一审判决遗漏了必须参加诉讼的当事人或者诉讼请求的。

对于当事人提起的不服一审法院作出不予受理或者驳回起诉的裁定案件，二审法院经审理认为其确有错误，且当事人起诉符合法定条件的，应当裁定撤销一审法院的错误裁定，指令一审法院依法立案或继续审理。

**(同步教程)** 需要注意的是，撤销原判与发回重审两种情形只能够用裁定的方式，而不能用判决的方式，因为二审法院将解决具体行政行为合法性的任务交给一审法院重新解决，而非自己直接确定和判断具体行政行为是否合法。

**解释第六十八条** 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。

**解释第七十一条** 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）

#### (1)、审判监督程序的提起

**(刘心稳)** 审判监督程序是指法院对已经发生法律效力<sup>1</sup>的判决、裁定，发现违反法律、法规的，依法再次审理的程序。行政诉讼实行两审终审制，审判监督程序不是必经程序。提起审判监督程序必须具备以下条件：

- (1) 提起审判监督程序的主体，必须是具有审判监督权的组织或专职人员。①最高人民法院对地方各级人民法院、②上级法院对下级法院均可提起再审程序；③各级法院院长认为需要再审的，有权提请审判委员会决定是否再审；此外，④人民检察院对法院已经发生法律效力<sup>2</sup>的判决、裁定，也有权按照法定程序提起抗诉。另外，当事人在人民法院的判决、裁定发生法律效力后2 年内，认为其确有错误的，可以向原审法院或其上一级法院提起申诉（张注释：现在新的民诉法为向原审法院的上级法院申请再审，注意区别。另外，行诉司法解释又改称为“申请再审”，个人认为司法解释的概念应该更确切些。），但是否引起再审程序，有赖于法院审查后做出的决定。(2) 提起审判监督程序必须具有法定理由，即发现法院已经生效的判决、裁定违反法律、法规的规定，具体而言原判决、裁定认定事实的主要证据不足；原判决、裁定适用法律、法规确有错误；违反法定程序，可能影响案件正确裁判；其他违反法律、法规的情形。

#### (2)、案件的再审

**(刘心稳)** 按照审判监督程序决定再审的案件，决定再审的法院，应当作出裁定中止原判决的执行。裁定由院长署名，加盖法院印章。

再审案件分为原审法院再审和上级法院提审再审。

原审人民法院再审的案件，包括地方各级人民法院自行再审和上级法院指令再审的案件，原来是第一审的，按照第一审的程序组成合议庭进行审判，所作的判决、裁定，是第一审的判决、裁定，当事人不服时可以上诉。原来是二审的，按照第二审的程序重新组成合议庭进行审判，所作出的判决、裁定，是发生法律效力<sup>3</sup>的判决、裁定，当事人对其不能提起上诉。

上级法院按照审判监督程序提审的案件，无论原来是第一审还是第二审审理终结的，都适用第二审程序进行审理，所作的判决、裁定，是发生法律效力<sup>4</sup>的判决、裁定，当事人不得上诉。

**第六十二条【当事人的申诉权】** 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（注意比较，对应的民事诉讼法 178 规定是申请再审，而且已经改为仅向原审法院的上级法院申请再审。注意，在随后的司法解释中也被改称为“申请再审”，感觉司法解释的概念应该更确切一些。），但判决、裁定不停止执行。

**解释第七十三条** 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<sup>5</sup>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。（张理解：行政赔偿调解书双方当事人一经签收或者签字即发生法律效力，因此也就没有上诉的可能。而且由于属于双方自愿行为一般也不得申请重审，除非“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”在两年内申请再审。需要指出的是当事人拒绝签收调解书或者拒绝在调解书上签字调解书即不发生法律效力。）

**解释第七十四条** 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。

**第六十三条【法院对裁判的再审监督】** 人民法院院长对本院已经发生法律效力<sup>6</sup>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<sup>7</sup>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。

**第七十二条** 有下列情形之一的，属于行政诉讼法第六十三条规定的“违反法律、法规规定”：

- (一) 原判决、裁定认定事实的主要证据不足；
- (二) 原判决、裁定适用法律、法规确有错误；
- (三) 违反法定程序，可能影响案件正确裁判；
- (四) 其他违反法律、法规的情形。

**第七十六条** 人民法院按照审判监督程序再审的案件，发生法律效力<sup>8</sup>的判决、裁定是由第一审人民

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

人民法院审理再审案件，应当另行组成合议庭。（zhangsfl10：所有再审案件都必须另行组成合议庭，但个人认为仅对在原审法院进行的再审有实际意义。）

第七十七条 按照审判监督程序决定再审的案件，应当裁定中止原判决的执行；裁定由院长署名，加盖人民法院印章。

上级人民法院决定提审或者指令下级人民法院再审的，应当作出裁定，裁定应当写明中止原判决的执行；情况紧急的，可以将中止执行的裁定口头通知负责执行的人民法院或者作出生效判决、裁定的人民法院，但应当在口头通知后10日内发出裁定书。

第七十八条 人民法院审理再审案件，认为原生效判决、裁定确有错误，在撤销原生效判决或者裁定的同时，可以对生效判决、裁定的内容作出相应裁判，也可以裁定撤销生效判决或者裁定，发回作出生效判决、裁定的人民法院重新审判。

第七十九条 人民法院审理二审案件和再审案件，对原审法院受理、不予受理或者驳回起诉错误的，应当分别情况作如下处理：

（一）第一审人民法院作出实体判决后，第二审人民法院认为不应当受理的，在撤销第一审人民法院判决的同时，可以发回重审，也可以迳行驳回起诉；

（二）第二审人民法院维持第一审人民法院不予受理裁定错误的，再审法院应当撤销第一审、第二审人民法院裁定，指令第一审人民法院受理；

（三）第二审人民法院维持第一审人民法院驳回起诉裁定错误的，再审法院应当撤销第一审、第二审人民法院裁定，指令第一审人民法院审理。

第八十条 人民法院审理再审案件，发现生效裁判有下列情形之一的，应当裁定发回作出生效判决、裁定的人民法院重新审理：

（一）审理本案的审判人员、书记员应当回避而未回避的；

（二）依法应当开庭审理而未经开庭即作出判决的；

（三）未经合法传唤当事人而缺席判决的；

（四）遗漏必须参加诉讼的当事人的；

（五）对与本案有关的诉讼请求未予裁判的；

（六）其他违反法定程序可能影响案件正确裁判的。

第八十一条 再审案件按照第一审程序审理的，适用行政诉讼法第五十七条规定的审理期限。

再审案件按照第二审程序审理的，适用行政诉讼法第六十条规定的审理期限。

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

第七十五条 对人民检察院按照审判监督程序提出抗诉的案件，人民法院应当再审。

人民法院开庭审理抗诉案件时，应当通知人民检察院派员出庭。

## 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）

zhangsfl10：关于国家赔偿法适用的范围，刘心稳和同步教程从不同的角度进行了论述。为了更好地理解和全面掌握现一并列出。

（刘心稳）国家赔偿范围包括三类：（1）行政损害赔偿是指行政机关及其工作人员在行使行政职权时，侵犯公民、法人或其他组织合法权益造成的损害给予的赔偿。（2）刑事损害赔偿是指行使国家侦查、检察、审判、监狱管理职权的国家机关及其工作人员执行职务时，违法实施侵权行为侵犯公民、法人或其他组织的合法权益并造成损害，依法由国家承担的赔偿责任。（3）民事诉讼、行政诉讼损害赔偿是指人民法院在办理民事、行政案件的过程中，违法采取强制措施造成损害所给予的赔偿。

国家赔偿排除的损害赔偿：第一，立法赔偿。在有些国家，立法机关的立法也可能引起国家赔偿。第二，军事赔偿，即军事机关在作战、演习等活动中造成公民、法人或其他组织合法权益损害所给予的赔偿。我国国家赔偿不包括军事赔偿。军事赔偿不在国家赔偿范围内不等于不赔偿，而是按照特殊规定予以赔偿。第三，公有公共设施的损害赔偿。大多数国家的国家赔偿由两大类组成，一类是运用国家权力所造成的损害赔偿，另一类是公有公共设施的设置、管理不善所造成的损害赔偿。我国国家赔偿目前不包括公有公共设施的损害赔偿。

（同步教程）国家赔偿的范围是指国家对国家机关及其工作人员在行使职权过程中的侵权行为承担赔偿责任的范围。注意解决国家对哪些国家机关造成的哪些损害给予赔偿的问题。从《国家赔偿法》的规定看，是通过设定相应的标准确定国家赔偿的范围。

（1）行为标准 即对国家机关及其工作人员的哪些行为造成的损害给予赔偿。这一标准包括两项内容：①行政、司法行为。只有对行政、司法活动中的违法行为造成的损害，国家才承担赔偿责任，对于立法行为、军事行为、外交行为等国家不负赔偿责任。②职权行为。国家赔偿只针对行使职权的行為造成的损害，至于公有公共设施因设置、管理不善而造成的损害，则不在国家赔偿范围之内。

（2）损害标准 指对违法行为所造成的哪些损害给予赔偿。我国的国家赔偿范围有限，表现在：①只对人

**身权、财产权的损害给予赔偿**，除此外的损害则不予赔偿；②**赔偿财产损失，而不赔偿精神损失**，只是在一定事实条件下，可以采取为受害人消除影响、恢复名誉、赔礼道歉等承担责任的方式；③**赔偿全部直接损失，不赔偿间接损失**；④**对人身权造成损害的赔偿，以维持公民生活必需为原则，采取限制最高赔偿金予以赔偿，没有惩罚性赔偿金**。

**赔偿法第二条** 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）

**行政赔偿**，又称**行政侵权赔偿**（我认为也就是前述**行政损害赔偿**）是指国家对行政机关及其工作人员在行使行政职权时，侵犯公民、法人和其他组织合法权益，造成损害所给予的赔偿。行政赔偿是国家赔偿的一种（国家赔偿还包括司法机关及其司法人员的侵权赔偿）。**行政赔偿包括对侵犯人身权的行政赔偿和对侵犯财产权的行政赔偿**。

### （1）、对侵犯人身权的行政赔偿—第3条

**赔偿法第三条** 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；（**刘心稳 其特征不在于非法，指国家根本无法律规定，行政机关无此职权而擅自主张，剥夺或限制公民人身自由。**）
- （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。

### （2）、对侵犯财产权的行政赔偿—第4条

**赔偿法第四条** 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**

**刘心稳对此条的解释** （一）行政处罚---行政机关实施的行政处罚中涉及到财产损害的可分为两类：财产罚和行为罚。财产罚是行政机关直接针对相对人的财产施加的惩戒制裁，如罚款、没收财物等。非法财产罚造成的财产权损害，国家应承担赔偿责任。行为罚是对行为能力的惩戒，但其会间接地影响到相对人的财产，如吊销许可证和执照，虽未直接针对相对人的财产做出，但它却剥夺了相对人获得财产利益的能力。违法行为罚造成财产权损害，国家应负行政赔偿责任。（二）行政强制措施---**行政强制措施包括限制人身自由和限制财产权的强制措施两类**。对财产的行政强制措施有**查封、扣押、冻结**等。行政机关采取强制措施影响到公民等对财产的所有权和使用权，造成财产权损害的，受害人有权依法获得国家行政赔偿。

### （3）、国家不予赔偿的范围—第5条

**zhangsf110**：仅指发生在行政机关（或者行政机关工作人员）实施行为过程中的情况，而不是指国家赔偿法适用的范围，后者讨论的范围宽。

**赔偿法第五条** 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

**刘心稳关于（二）的解释** 受害人因自己行为受到了某种损害，此种损害与行政机关的违法行为没有因果关系，而是由受害人自己的行为造成，国家不承担赔偿责任。但应注意混合过错。如果损害的发生是受害人自己的行为与行政机关及其工作人员的职权行为共同造成的，国家则不能完全免除赔偿责任。此时应该按照国家行政机关工作人员行使职权与自己行为过错比例分担赔偿责任。关于（三）的解释 此处的法律是狭义的法律，即由全国人大及其常委会制定的法律。

## 3、行政赔偿请求的当事人（赔偿请求人 赔偿义务机关）

### （1）、赔偿请求人一第6条

**刘心稳定** 行政赔偿的请求人是指其合法权益在行政活动中受到行政违法行为的侵害，向**行政赔偿义务机关**或者**人民法院**请求行政赔偿的人，即依法有权向国家请求行政赔偿的人。行政赔偿请求人在行政复议程序中，是**行政复议的申请人**；在行政赔偿诉讼程序中，是**行政诉讼的原告**。

**国家赔偿法第六条【行政赔偿请求人的范围】** 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。

**(2)、赔偿义务机关—第7、8条**

**刘心稳** 行政赔偿义务机关是指代表国家接受行政赔偿请求、支付赔偿费用、参加赔偿复议和参加赔偿诉讼的机关，即具体履行行政赔偿义务的机关。行政赔偿义务机关在行政复议程序中是被申请人，在行政诉讼程序中是被告。在我国，承担行政赔偿的主体是国家，但国家是一个抽象的政治实体，受害人无法请求抽象的国家实体来承担具体的行政赔偿义务，因此必须在法律上规定一个具体的机关来承担赔偿义务，这就是赔偿义务机关。

**国家赔偿法第七条** 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。（**刘心稳，一般情况下的赔偿义务机关**）

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。（**刘心稳，他们之间承担连带责任，受害人可以向共同赔偿义务机关中的任何一个机关要求赔偿，该赔偿义务机关应当先予赔偿，然后要求其有责任的机关承担部分赔偿费用。但是如果引起行政赔偿诉讼，则共同赔偿义务机关在诉讼中应当作为共同被告。**）

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。

**国家赔偿法第八条【经复议的赔偿义务机关】** 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。（**刘心稳** 复议机关与最初做出具体行政行为的机关不是共同赔偿义务机关，不承担连带责任，而是各自对自己所造成的侵害损害承担责任。因此，在确定行政诉讼的被告时，如果复议机关的复议决定加重损害的，赔偿请求人只对做出原决定的行政机关提起行政赔偿，则做出原决定的行政机关是被告；如果赔偿请求人只对复议机关提起行政赔偿诉讼的，则复议机关为被告。**zhangsf110 问：可以将原行政机关和复议机关一起起诉吗？**）

**（行政复议条例第五十一条【复议不加重处分原则】** 行政复议机关在申请人的行政复议请求范围内，不得作出对申请人更为不利的行政复议决定。）

**国家赔偿法第十四条【追偿与处罚】** 赔偿义务机关赔偿损失后，应当责令有故意或者重大过失的工作人员或者受委托的组织或者个人承担部分或者全部赔偿费用。

对有故意或者重大过失的责任人员，有关机关应当依法给予行政处分；构成犯罪的，应当依法追究刑事责任。

**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）**

**(1)、赔偿请求的单独提出—第9、10条，《行政诉讼法》第67条**

**（刘心稳）**单独提起的方式是指致害行政机关已经确认致害行政行为违法，如行政机关已经撤销或者改变了致害行政行为，但对致害行政行为所造成的损害未作处理，或者受害人对处理结果不满意，相对人可以单独提出赔偿请求。法67第2款要求，必须以行政机关对公民、法人或者其他组织的损害赔偿请求所作的先行处理作为单独提起行政赔偿诉讼的必经的诉前程序。

**（同步教程）**行政赔偿的先行处理程序是指行政赔偿请求人请求损害赔偿时，须先向有关的赔偿义务机关提出赔偿请求，双方就有关赔偿的范围、方式、金额等事项进行自愿协商或者由义务机关决定，从而解决赔偿争议的一种机制。行政赔偿先行处理程序发生的前提条件是损害行为违法的确认。确认途径一般分为两种：

①一是赔偿义务机关自己确认；二是②通过行政复议与③行政诉讼确认。

**国家赔偿法第九条** 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（**zhangsf110：根据前述和本条后面“一并”的叙述，此处“应当先向”属于单独提起行政赔偿的情况。**），也可以在申请行政复议和提起行政诉讼时一并提出。

**国家赔偿法第十条** 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。（**zhangsf110：但提起行政赔偿诉讼则把共同赔偿义务机关列为共同被告**）

**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。

公民、法人或者其他组织单独就损害赔偿提出请求，应当先由行政机关解决。对行政机关的处理不服，可以向人民法院提起诉讼。

赔偿诉讼可以适用调解。

### (2)、赔偿请求在行政复议和行政诉讼中一并提出—第9条

(刘心稳)即附带的方式,是指行政相对人对行政机关的具体行政行为不服在请求行政复议机关和人民法院审查具体行政行为的合法性的同时,也认为自己的合法权益受到该具体行政行为的侵害,可以同时或者在复议与诉讼过程中提出行政赔偿的请求。复议机关和人民法院应对这两种诉讼请求并案处理。首先审查具体行政行为的合法性问题,在确认具体行政行为违法的情况下,再对行政赔偿作出处理。

**国家赔偿法第九条** 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。

张补充:

行诉解释 71 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。

原审判决遗漏行政赔偿请求,第二审人民法院经审查认为依法不应当予以赔偿的,应当判决驳回行政赔偿请求。

原审判决遗漏行政赔偿请求,第二审人民法院经审理认为依法应当予以赔偿的,在确认被诉具体行政行为违法的同时,可以就行政赔偿问题进行调解;调解不成的,应当就行政赔偿部分发回重审。

当事人在第二审期间提出行政赔偿请求的,第二审人民法院可以进行调解;调解不成的,应当告知当事人另行起诉。

民诉意见 184、在第二审程序中,原审原告增加独立的诉讼请求或原审被告提出反诉的,第二审人民法院可以根据当事人自愿的原则就新增加的诉讼请求或反诉进行调解,调解不成的,告知当事人另行起诉。

### (3)、处理期限—第13条

**国家赔偿法第十三条** 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。(刘心稳 人民法院单独受理的第一审行政赔偿案件的审理期限为3个月,第二审为2个月;一并受理行政赔偿请求案件的审理期限与该行政案件的审理期限相同。)

**执行程序(补充)**

**第六十五条** 当事人必须履行人民法院发生法律效力的判决、裁定。

公民、法人或者其他组织拒绝履行判决、裁定的,行政机关可以向第一审人民法院申请强制执行,或者依法强制执行。

行政机关拒绝履行判决、裁定的,第一审人民法院可以采取以下措施:

(一)对应当归还的罚款或者应当给付的赔偿金,通知银行从该行政机关的帐户内划拨;

(二)在规定期限内不履行的,从期满之日起,对该行政机关按日处五十元至一百元的罚款;

(三)向该行政机关的上一级行政机关或者监察、人事机关提出司法建议。接受司法建议的机关,根据有关规定进行处理,并将处理情况告知人民法院;

(四)拒不履行判决、裁定,情节严重构成犯罪的,依法追究主管人员和直接责任人员的刑事责任。

**承担国家赔偿的构成要件(补充)**

主体(职务行为主体)

违法行为(职务违法行为)

损害的事实(人身和财产,但不包括精神损害,不包括间接损失)

违法行为与损害结果有直接因果关系。

## 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。

(以大纲为准、本课件和刘心稳为主，七大法律之外照此处理。)

### 一、担保法

#### 1、担保的基本概念

##### (1)、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

##### (2)、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。

同步教程与第二条一致。

**刘心稳**的分类方式比较特殊，为便于全面掌握列于此供参考。

债的担保方式有人的担保和物的担保两类。人的担保是以一定人的信用作保证，担保债务人履行债务，如保证。物的担保是以某一特定财产或者权利作为履行债务的保障，使债权人得以就该财产或权利的价值对其债权优先受偿。人的担保和物的担保的区别在于：

(1) **性质不同** 人的担保由于不涉及当事人的特定财产，而只是在当事人之间产生债权债务关系，因此，性质上属于债权范畴；而物的担保由于设定在特定财产之上，性质上属于物的范畴。

(2) **主体不同** 人的担保的设定只能以债务人以外的第三人的信用为标的，债务人不能充当保证人；而物的担保的设定只要求标的为特定财产，至于债务人提供的担保财产，还是第三人提供的财产，在所不问，因此，主债务人也可能成为担保人。

(3) **担保的标的不同** 人的担保的标的是担保人的信用；而物的担保的标的必须是担保人的特定财产。

(4) **权利设定的公示方法不同** 人的担保性质上属于债权，无对抗第三人的效力，因而为主债权提供保证，无须登记或进行其他公示；而物的担保性质上属于物权，依照物权公示原则，物权的设定、变动或消灭必须进行必要的公示，否则无对抗第三人的效力。因此，各类物的担保均要求以登记或交付占有为成立或生效要件。

(5) **效力不同** 人的担保性质上属于债权，主债权人对担保人的财产无优先受偿权；而物的担保性质上属于物权，主债权人对担保物享有优先受偿权。

(6) **作用不同** 人的担保无须公示，因此设定手续简便快捷，但由于保证人的信用是建立在保证人的一般责任财产之上的，而一般财产又极具变动性，因而其担保力不强；物的担保设定手续繁琐，但由于是以特定财产为标的，当债权人的债权届期未受清偿时，便可直接从特定财产中受偿，因而较为安全可靠。

### 2、质押

#### 2.1、质押的概念和特征

##### (1)、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）

##### (2)、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。

##### (3)、质押的种类—动产质押、权利质押

#### 2.2、动产质押

##### (1)、动产质押的设立

##### 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。

### 标的物可让与性、特定化，出质人有处分权（解释 84、85）

**解释第八十四条** 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。

**解释第八十五条** 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。

### 转移动产的占有（解释 87、88、89）

**解释第八十七条** 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。

**解释第八十八条** 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。

**解释第八十九条** 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。

### 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。

### (2)、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。

## 2.3 权利质押

### (1)、权利质押的设立

订立书面合同

将权利凭证交付或登记

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。

**担保解释 105** 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（zhangsf110：指专利中的财产权和著作权中的财产权。），出质人未经质权人同意而转让或者许可他人使用已出质的权利的，应当认定为无效。因此给质权人或者第三人造成损失的，由出质人承担民事责任。

## (2)、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。

**担保解释第九十七条** 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。

## (3)、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）

## (4)、知识产权的质押（刘心稳）

**知识产权质押**是指以知识产权为标的设立的质押。但知识产权并非全部可为质权的标的，知识产权中的人身权具有专属性，不能质押。

**担保法 79 条规定**，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，并向其管理部门登记。质押合同自登记之日起生效。

知识产权质权的效力原则上应当适用关于抵押权效力的规定。特别是，知识产权质权的质权人对出质权利的转让和许可使用有同意权。出质人未经质权人同意的，仅可以自己利用出质的知识产权，而不得转让或者许可他人使用（同步教程：即使转让或许可，也属于无效行为）。经质权人同意，出质人转让或者许可他人使用知识产权质权标的的，质权存在于转让费、许可使用费上，转让费、许可使用费应当用于提前清偿质权所担保的债权；出质人不同意提前清偿的，应当将转让费、许可使用费提存，此提存应由出质人承担费用。

## 二、对外贸易法

### 1、对外贸易法适用的范围

#### (1) 对外贸易的含义—第 2 条第 2 款

本法所称对外贸易，是指①货物进出口、②技术进出口和③国际服务贸易

（刘心稳）对外贸易是指一个国家或地区与其他国家或地区之间所进行的商品交换活动。对外贸易具体包括货物进出口、技术进出口和国际服务贸易三个方面。

#### (2) 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。

（同步教程补充）空间上的效力----是《对外贸易法》生效的地域（包括领海、领空）范围。该法是全国性法律，但法 43 规定：“中华人民共和国的单独关税区不适用本法”。对事的效力---即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。

（刘心稳补充）与对外贸易有关的知识产权保护是指针对在货物贸易、技术贸易和国际服务贸易中侵犯知识产权或者滥用知识产权专有权利或者对知识产权保护给予歧视待遇等，损害我国对外贸易利益的行为，所采取的符合世界贸易组织规则的贸易保护措施。它有别于一般的知识产权保护，主要侧重于采取边境措施保护国家的整体贸易利益，而非当事人单独的个人利益。

## 2、技术进出口

### 2.1 技术进出口的基本概念

#### (1)、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跨境转移技术的行为，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。

## (2)、可以限制或者禁止进出口的原因—第 16、17 条

(同步教程) 国家准许技术的自由进出口，但是法律、行政法规另有规定的除外。《对外贸易法》将技术进出口分为自由、限制、禁止三类。

(刘心稳) 一般而言，国家准许技术自由进出口，对有些技术，可以限制或者禁止进出口，具体包括 (zhangsf110: 我理解属于法 16 中适用于技术进出口的内容):

- (1) 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；
- (2) 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；
- (3) 输往国家或者地区的市场容量有限，需要限制出口的；
- (4) 出口经营秩序出现严重混乱，需要限制出口的；
- (5) 为建立或者加快建立国内特定产业，需要限制进口的；
- (6) 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；
- (7) 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。

(zhangsf110: 划线的项目为刘心稳采用的内容，刘不采用的内容可能仅适用于货物进出口。)

**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

### (1)、禁止进出口技术的管理—第 18 条，条例第 8、9、31、32 条

(刘心稳) 对于禁止进出口的技术，国家通过技术目录管理。国务院对外贸易主管部门会同国务院其他有关部门，依照规定，制定、调整并公布禁止进出口的技术目录。限制和禁止进出口技术的目录并非长期不变，而是根据实际情况的变化进行必要调整。

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，可以在法律规定的范围内，临时决定限制或者禁止前述目录以外的特定技术的进口或者出口。临时性限制或者禁止措施，是指国家在某种特定情况下，对某种特定技术的进出口实施临时性限制或者禁止的措施，待这种特定情况消失后，再取消对特定技术的限制或禁止进出口的措施。临时限制或者禁止的技术的具体品种以及进口数量，要由国务院对外贸易部门或者由其会同有关部门，根据需要随时确定，并经国务院批准后，公布实施，而不是限制或者禁止进出口技术目录的调整。

(zhangsf110: 根据刘心稳，对禁止进出口的技术的管理是通过目录管理和临时性限制或者禁止措施管理

两种方式。)

**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。

(张理解：限制或者禁止进出口的货物、技术目录比限制或者禁止目录以外的特定货物的临时决定起作用的时间一般可能更长，因此制定或调整目录的时候由对外贸易主管部门会同国务院其他有关部门一起进行，显得更慎重，而临时决定的制定有可能会同，也可能单独由国务院对外贸易主管部门完成。)

**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。

## (2)、限制进出口技术的管理—第 16、18、19 条，条例第 10、33 条

(刘心稳) 国家对限制进口或者出口的技术，实行许可证管理。我国对外贸易经营者进口或出口限制进出口的技术，必须事先经过国务院有关部门审批，并向国务院对外贸易主管部门及其授权的许可证签发机构申领技术进出口许可证，方可进口或者出口有关技术。

**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。

## (3)、自由进出口技术的管理—第 15 条第 3 款，条例第 17、39 条

(刘心稳) 对自由进出口的技术实行合同备案登记管理。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其委托的机构办理合同备案登记。

**第十五条【自由进、出口】** 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。

**条例第十七条** 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。

**条例第三十九条** 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。

## (4)、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

**条例第十一条【限制进口】** 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。

**条例第十二条【限制进口】** 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。

**条例第十三条【限制进口】** 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。(zhangsf110:“技术进口许可意向书”并非“签订技术进口合同”必需前提，这点从条例 15 可知，条例 15 的情形是在按照条例 11 申请技术进口之前已经签订了技术进口合同。)

**条例第十四条【限制进口】** 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。

**条例第十五条【限制进口】** 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。

**条例第十六条【限制进口】** 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。

**条例第三十四条【限制出口】** 出口属于限制出口的技术，应当向国务院外贸主管部门提出申请。

**条例第三十五条【限制出口】** 国务院外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。

**条例第三十六条【限制出口】** 技术出口申请经批准的，由国务院外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。

**条例第三十七条【限制出口】** 申请人签订技术出口合同后，应当向国务院外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** (zhangsf110: 参条例 14, 技术进口审查 10 天, 可见出口技术审查比较慎重和严格。) 个工作日内，对技术出口作出许可或者不许可的决定。

**张理解：**关于限制进出口技术许可证申请审批的理解。国家对出口技术的控制程序比较严格，从技术进口和技术出口的许可证申请流程中也可以看出。对技术进口许可证申请而言有两条途径：①技术进口申请---技术进口许可意向书（30 个工作日审批）---签订技术进口合同---申请技术进口许可证（10 个工作日审批）；②技术进口申请+已经签订技术进口合同---申请技术进口许可证（得知结果 40 个工作日）。可知路线②程序简便。但对于技术出口许可证申请只有类似①的一条途径而没有简便途径，而且强调了何时才可以进行实质性谈判：技术出口申请---技术出口许可意向书（30 个工作日审批）---实质性谈判和签订技术出口合同---申请技术出口许可证（15 个工作日审批）

**条例第三十八条【限制出口】** 技术出口经许可的，由国务院外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。

**第十五条【自由进、出口】** 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。

**条例第十八条【自由进口】** 进口属于自由进口的技术，应当向国务院外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。

**条例第十九条【自由进口】** 国务院外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。

**条例第四十条【自由出口】** 出口属于自由出口的技术，应当向国务院外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。

**条例第四十一条【自由出口】** 国务院外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。

**条例第二十一条【主要内容变更或者终止，进口】** 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贸主管部门备案。

**条例第四十三条【主要内容变更或者终止，出口】** 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贸主管部门备案。

### 3、与对外贸易有关的知识产权的保护

#### (1)、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。

(**刘心稳解读**):

该规定的适用要件，主要包括：第一，存在进口货物侵犯知识产权的事实，其具体判断要依照有关知识产权的法律法规进行；第二，危害对外贸易秩序。

**救济措施** 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。首先，该救济措施必须有一定的期限。该期限可以是有关保护的知识产权的有效期。其次，这种措施是一种贸易措施，不仅是对具体某批侵犯知识产权的进口产品进行的，而且是一种禁止侵权人未来侵权产品进口的措施。这种面向未来的禁止进口令为知识产权权利人提供了强有力的保护，使权利人免于针对具体到港货物逐批提请处理的沉重负担。

**与现有的有关知识产权保护制度之间的关系**

(1) **与现有知识产权行政执法之间的关系** 现有的知识产权行政执法主要针对的是在境内的个案，即对于侵权行为发现一件处理一件。这对于处理国内的侵权问题，或者已经进口到国内的某批货物的侵权问题是适宜的。而在这里规定的是侵权的进口货物危害我国对外贸易秩序的情形。在这种情况下，往往存在大批量侵权的进口货物，甚至有些货物尚未到达我国口岸，此时如果采用个案处理的方式，权利人需要逐批货物提请处理，并进行举证，将加重当事人的负担。这对于政府机构处理大批量的侵犯知识产权的进口货物也是不利的。这样可以免除权利人逐批申请的负担，对于处理危害对外贸易秩序的大批量的进口产品侵权行为是有利的。

(2) **与海关知识产权保护之间的关系** 对外贸易法的规定与海关知识产权保护不同。首先，海关知识产权保护措施在大多数情况下，是一种临时扣押的手段。海关只有在侵权事实比较明显容易判断的情况下，才会对所扣押的货物采取没收、销毁等处罚措施。情况比较复杂，难以判断是否侵权的，海关扣押后将建议当事人采取司法、行政等途径处理。如果权利人没有在 15 天内提起司法或行政程序的，海关将对扣押货物予以放行。其次，从措施上看，海关知识产权保护措施仅针对特定的一批货物，而对外贸易法规定的救济措施则可以针对某一生产商未来进口的所有货物，更有助于权利人依法维护其权益。

## (2)、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<sup>行为之一 (zhangsf110: 参刘心稳补充)</sup>，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。

(刘心稳补充) 知识产权权利人滥用知识产权的行为只要有以下几个方面：

(1) **限制性许可** 主要有三种表现形式：其一，强制性一揽子许可；其二，专利所有者在实施技术许可时，要求被许可方购买非专利材料或者配件；其三，阻止被许可方对许可技术的有效性提出质疑。

(2) **限制被许可人的创新活动** 主要形式是排他性返授条件

(3) **限制横向竞争** 主要有两种情形：其一，交叉许可或者一揽子协议；各国的反垄断法或促进公平竞争的法律，都把联合市场、集体定价或限制产出等协议，认定为限制竞争的非法行为。同理，交叉许可或者一揽子专利协议实际上也促进了竞争企业的共谋，排除了竞争对手。其二，限制研究开发、制造、使用或销售竞争的其他条件和行为。

(4) **限制经营范围和竞争** 主要做法有：其一，为了在特定市场销售产品而限制（或防止）许可。其二，在许可中<sup>附加商标的要求，从而限制被许可方自主选择自己的商标</sup>。其三，限制许可产品所含物品的价格。其四，不适当地限制被许可者的经营范围。

(5) **限制使用过期专利** 主要手段有：要求被许可方交付超出专利有效期的租金以及在相关专利过期后，仍然限制使用许可技术。

(6) **限制许可专利的使用** 一般认为下面的限制行为也属于反竞争的行为：其一，对利用许可专利生产的产品施加质量控制，<sup>附加一些超出</sup>保证许可专利的效力或维护商标名誉所必需的条件。其二，许可方限制被许可方向某些用户销售含有许可技术诀窍产品的权利，被许可方只能向许可方指定的对象销售许可技术产品。其三，限制被许可方的经营管理。

## (3)、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。

(刘心稳对本条解释) 采取知识产权保护的部门是国务院对外贸易主管部门。依据是对外贸易法、其他有关法律、法规的规定，以及我国缔结或参加的国际条约、协定。这意味着，<sup>首先</sup>，国务院对外贸易主管部门在采取措施时应依照对外贸易法和其他有关法律、行政法规的规定。<sup>其次</sup>，国务院对外贸易主管部门代表国家采取的措施不能与我国缔结或参加的国际条约、协定相违背，即如果我国同有关国家<sup>有共同缔结或参加</sup>的国际条约、国际协定的，则应当在该条约、协定允许的范围内采取措施。

## 三、刑法

### 1、刑法的基本知识

#### 1.1 犯罪的概念

##### (1)、犯罪的概念

指一切<sup>严重危害社会</sup>，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。

### (刘心稳解释) 犯罪的基本特征

(1) 犯罪是严重危害社会的行为 犯罪是严重危害社会的行为，即具有严重的社会危害性。所谓严重的社会危害性，是指行为对我国刑法所保护的权益或利益造成实际危害或现实威胁。它包括两种情况：一是对我国刑法所保护的权益或利益造成实际危害；二是对我国刑法所保护的权益或利益造成现实威胁。作为犯罪本质特征的社会危害性，必须达到危害社会的严重程度，否则就未达到犯罪程度，而只是一般违法行为或不道德行为。犯罪与一般违法行为以及不道德行为都有社会危害性，区别它们的关键在于准确界定各自的社会危害程度。即犯罪具有严重的社会危害，而一般违法行为的社会危害程度则较轻，对此法 13 规定，情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪。

(2) 犯罪是违反刑法规范的行为 犯罪是违反刑法规范的行为，即具有刑事违法性。这是犯罪具有的严重社会危害性特征之外，又派生出的第二个重要特征---刑事违法性。严重的社会危害性是刑事违法性的基础，是本质特征；刑事违法性是严重的社会危害性的法律特征，它是由行为的严重社会危害性所决定的。

(3) 犯罪是应受刑罚处罚的行为 犯罪是应受刑罚处罚的行为，即具有应受刑罚处罚性。应受刑罚处罚性是以行为的严重社会危害性和刑事违法性为前提的，行为如果没有严重的社会危害性和刑事违法性，自然不应受刑罚处罚，因此应受刑罚处罚性是法律上对犯罪行为的评价，也是严重社会危害性和刑事违法性派生出来的法律后果。行为的严重社会危害性是犯罪的本质特征，刑事违法性是行为的严重社会危害性的法律表现，应受刑罚处罚性是对具有严重社会危害性和刑事违法性的行为的否定性评价和法律后果。(张理解：但是，并非所有犯罪行为都负刑事责任，见刑法 15，因此“应受刑罚处罚性”并不是所有犯罪都具备的特征。)

犯罪依据犯罪者的主观因素不同，分为故意犯罪和过失犯罪。

### (2)、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。

### (3)、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

(刘心稳简述) 犯罪的构成要件 犯罪构成要件分别包括犯罪客体、犯罪客观要件、犯罪主体和犯罪主观要件四个部分。首先，犯罪客体是用以说明犯罪行为侵犯了什么样的利益或权利。其次，犯罪客观方面是用以说明我国刑法所保护的权益或权利是通过行为人怎样的行为而受到侵害，利用什么手段或方法进行侵害，以及侵害的结果如何，它分别包括危害行为、行为方法、手段、危害结果。再次，犯罪主体是用以说明构成犯罪之人的基本条件，它包括自然人、法人，其中自然人又包括刑事责任年龄和刑事责任能力状况。最后，犯罪主观方面是用以说明行为人在怎样的心理状态支配下实施危害行为的，分别包括罪过以及某些特定的犯罪目的，它是犯罪人主观恶性的重要体现。

### (1)、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

### (2)、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

(刘心稳) 犯罪客观要件是犯罪构成不可缺少的要件，在犯罪构成中居于核心地位。犯罪客观要件的事实特征的内容有：危害行为、危害结果以及犯罪的时间、地点和方法。

### (3)、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

(刘心稳) 犯罪主体有以下三个特征：(1) 犯罪主体必须是自然人或单位。(2) 犯罪主体是具备刑事责任能力的自然人或单位。对于自然人而言，刑事责任能力受年龄、精神状况等因素的制约。(3) 犯罪主体是实施了犯罪行为的自然人或单位。

**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**。

**(与民法通则比较)** 自然人的民事行为能力与年龄的关系 (10、16 和 18 周岁)：18 岁以上的公民是成年人，具有完全民事行为能力，可以独立进行民事活动，是完全民事行为能力人；16 岁以上不满 18 周岁的公民，以自己的劳动收入为主要生活来源的，视为完全民事行为能力人；10 周岁以上的未成年人以及不能完全辨认自己行为的精神病人是限制行为能力人；不满 10 周岁的未成年人以及不能辨认自己行为的精神病人是无行为能力人。

#### (4)、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**

(刘心稳)

**犯罪的故意分为直接故意与间接故意**。直接故意是指明知自己的行为会发生危害社会的结果，并且**希望**这种结果发生的心理态度。**间接故意**指明知自己的行为可能 (zhangsfl10: 注意，刑法 14 并没有“可能”这种表述!) 发生危害社会的结果，并且**放任**这种结果发生的心理态度。

**过失分为疏忽大意的过失与过于自信的过失**。疏忽大意的过失是指行为人**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**，以致发生这种结果的心理态度。过于自信的过失是指行为人**预见**到自己的行为可能发生危害社会的结果，但**轻信能够避免**，以致发生这种结果的心理态度。

**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

### (1)、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。**

**【关于“罚金”与“罚款”的区别，网络搜索：罚金与罚款在法律上是两个不同的概念。罚金是人民法院强制犯罪分子向国家缴纳一定金钱的刑罚方法。它是对犯罪分子实行经济制裁的一种附加刑。罚金数额根据犯罪情节决定。而罚款是行政主体强迫违法行为人交纳一定数额金钱，以使其财产上的权益受到损害的处罚措施。罚款的数额一般由法规规定。由此可见，罚金和罚款尽管都是处罚方法，但其性质不同，前者是刑罚附加刑，后者是一种行政处罚；其适用的对象不同，前者是犯罪分子，后者是违法行为人。】**

**第二百二十条【“双罚制”】** 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。

**解释第一条** 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；(zhangsfl10: 前款(一)数额 X5)
- (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；(zhangsfl10: 前款(二)数额 X5)
- (三) 其他情节特别严重的情形。

**解释第八条** 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。(张理解：甲将商标印在鞋子上，乙将相同的商标用在鞋子的包装盒上，丙则在作鞋子广告宣传时用到该商标，等等，则甲、乙和丙将相同的商标用在了同一种商品上。)

**解释第十三条** 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。

（刘心稳）单位犯本罪的，实行“双罚制”

## （2）、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。

**解释第二条** 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。

**解释第九条** 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。

（刘心稳）单位犯本罪的，实行“双罚制”

## （3）、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。

**解释第三条** 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

（刘心稳）单位犯本罪的，实行“双罚制”

## （4）、假冒专利罪—第 216、220 条，解释 4、10（根据新专利法，应该会变化）

**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。

**解释第四条** 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。

**解释第十条** 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。

## （5）、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。

**解释第五条** 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**（**zhangsf110: 前款 X5**）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**（**zhangsf110: 前款（一）X5**）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人张（份）以上的；
- (三) 其他特别严重情节的情形。

**解释第十一条** 以刊登收费广告等方式直接或者间收取费用的情形，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”。

**解释第十四条** 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。

#### (6)、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。**

**解释第六条** 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。

#### (7)、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。

**解释第七条** 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（50X5）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。

**第二百二十条【单位犯罪“双罚制”】** 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。

**解释第十五条【单位犯罪量刑】** 单位实施刑法第二百一十三条至第二百一十九条规定的行为，**按照本解释规定的相应个人犯罪的定罪量刑标准的三倍定罪量刑。**

#### (张) 关于处罚的方式大致总结：

侵犯知识产权罪的处罚基本分为两种情况，情况严重的**处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金**，特别严重的**处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金**。其中特殊的是“假冒

---

专利罪”和“销售侵权复制品罪（著作权有关）”，只有一种处罚：处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。另外，常常存在这样的规律：情况严重的数额 X5=特别严重数额。

## 相关知识产权法

### 著作权法

#### 一、著作权的客体

(zhangsfl10: 大纲外同步教程补充, 感觉很重要) 著作权的概念和特征

##### 著作权也称版权

著作权是基于作者在文学、艺术和科学领域内所创作的作品, 而由作者或者其他著作权人依法享有的人身权利和财产权利的总称。这一概念包括以下基本含义: **著作权的主体**是创作作品的作者或者其他著作权人; **著作权的客体**是文学、艺术和科学领域的作品; **著作权的内容**包括人身权和财产权。著作权作为知识产权之一, 其核心是因为对作品利用而获得利益的权利, 即著作财产权。

##### 著作权与工业产权的主要区别

(1) **权利保护的内容不同** 著作权的标的是作品, 作品主要反映在文学、艺术和科学领域内, 用以丰富人们的精神生活。工业产权的标的是具有创造性的产品和工艺方法及工商业标志, 主要涉及物质产业部门, 用以促进物质生产的发展, 改善人民的生产和生活条件。

(2) **权利产生的途径不同** 著作权的产生一般实行“无手续原则”, 作品一经完成即自动产生; 专利权和商标权的产生则必须由特定的机构和法律机制完成必要的鉴别和审查, 才能授权、确认。

(3) **权利的独占性程度不同** 著作权的独占性程度较弱, 不能排斥他人独立完成的相同作品取得同样的权利。即只要是独立完成的、非抄袭他人的作品, 哪怕表现形式相同或相近, 也允许有两个以上的著作权。就工业产权而言, 针对相同构思的表现形式, 法律只保护其中一个, 并赋予其独占权, 并排除其他同样的表现形式享有相同的权利。

#### 1、作品的含义

(刘心稳) 著作权的客体是作品。“条例 2 规定, **作品是指文学、艺术和科学领域内具有独创性并能以某种有形形式复制的智力成果。**”因此, 作品的条件是, 作品必须具有独创性、作品必须能以有形形式复制、处于文学、艺术和科学领域, 具体而言:

##### 1 作品必须具有独创性

(1) **创作** 条例 3 规定, 著作权法所称**创作, 是指直接产生文学、艺术和科学作品的智力活动, 为他人创作进行组织工作, 提供咨询意见、物质条件, 或者进行其他辅助工作, 均不视为创作。**这表明创作活动是创作人的智力活动, 是一种自然人所特有的生理机能。

(2) **独创** **独创即作品是由作者独立完成的, 而不是对他人作品的复制、抄袭或剽窃。**如果该创作过程包含了他人的智力活动, 则所有创作者均为著作权人。

##### 2 作品必须能以有形形式复制

著作权法所指作品不能仅停留在作者的智力创作活动阶段, 它必须**以一定的客观表达形式表现出来**能够为第三人所感知和利用。如附着于文字、图形、声音、动作等能够为人们的感官所感知的物质载体上的作品才是著作权法所保护的作品。**作品只有具有了客观的表现形式, 才能被复制, 而能被复制是作品受法律保护的先决条件, 否则也没有保护的必要。**(张理解: 注意这里的有形是指以能够被第三人感知的客观物质形式, 而这里的物质的范畴不能等同于日常生活中的具有具体几何形状占据一定空间的物体, 那些能够被人们感官所感知和利用的文字、图形、声音、动作都可能成为客观表达形式的载体, 因此这里的物质具有一定的概括性。)

##### 3 处于文学、艺术和科学领域

著作权法所称作品必须是文学、艺术和科学领域内的智力创作成果。这一特征**首先将著作权法保护的作品与公文文书、时事新闻等不受著作权法保护的作品区别开来; 其次也与其他工业产权相区别,**工业产权诸客体从其功能来看并不存在于文学、艺术和科学的诸学术领域, 而是为了使客体的专有者获得商业利益。**但是专利文件作为文字作品、外观设计、商标图案作为平面或立体的造型艺术作品则受著作权法保护。**

**条例第二条** 著作权法所称作品, 是指文学、艺术和科学领域内具有独创性并能以某种有形形式复制的智力成果。

**条例第三条** 著作权法所称**创作, 是指直接产生**文学、艺术和科学作品的智力活动。

**为他人创作进行组织工作, 提供咨询意见、物质条件, 或者进行其他辅助工作, 均不视为创作。**

(zhangsfl110: “直接产生”的表述比较巧妙, 因为实际这已经将第二款所述活动排除在“创作”之外了。)

#### 2、作品的种类:

著作权法所称作品分为**原始作品**和**二次作品**

##### 2.1、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；(zhangsf110: 照片, 不动的?)
- (六) 电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品；(zhangsf110: 动画形式?)
- (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。

**条例第四条** 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。

**(十四, 刘心稳补充)** 计算机软件，是指[计算机程序及其文档](#)。计算机程序是指为了达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符号化语句序列，或者可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。文档是指用自然语言或者形式化语言所编写的文字资料和图表，用来描述程序的内容、组成、设计、功能规格、开发情况、测试结果以及使用方法。

## 2.2 二次作品

派生作品（又称“演绎作品”） [汇编作品](#)

**(刘心稳)**

二次作品是指在原始作品的基础上进行加工后所创作的作品。二次作品虽然是以原始作品为基础进行创作的，但因其注入了二次作品作者独立的创作思想，具有独立于原始作品的独创性，从而使其具有了获得法律保护的关键因素。[派生作品、汇编作品等](#)属于二次作品。

### (1)、派生作品

派生作品又称[演绎作品](#)，是指经[改编、翻译、注释、整理](#)的作品，是作者在已有作品的基础上经过创作性的劳动而派生出来的作品。改编是指改变原有作品，创作出具有独创性的作品。翻译是指将原有作品以不同于原有语言的形式表现出来。注释是对原有作品的内容或形式进行解释的活动。整理是指对内容零散、层次不清的原有作品或材料进行条理化、系统化加工活动。派生作品的著作权归改编、翻译、注释、整理人所有。

### (2)、汇编作品

汇编若干作品、作品的片断或者不构成作品的材料或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。汇编作品的成分既可以是受著作权保护的原始作品，也可以是不受著作权法保护的数据或者其他材料。汇编作品之所以受著作权法保护，是因为对汇编材料的选择和编排体现了作者的独创性的思想。

## 3. 著作权法不予保护的客体

**(刘心稳汇总)** 著作权不予保护的客体：

- (1) 依法禁止出版、传播的作品。
- (2) 法律、法规，国家机关的决议、决定、命令和其他具有立法、行政、司法性质的文件，及其[官方正式译文](#)。这类作品是管理国家的重要依据，公民有知悉其内容的宪法权利。
- (3) 时事新闻。时事新闻是一种客观存在，对它的客观报道只有先后之别，而不应为任何人所垄断。[但是](#)，时事新闻不包括具有新闻内容，又包含了作者创作性活动的[通讯、报告文学](#)等类文字作品。
- (4) 历法、数表、通用表格和公式。这类智力成果一般不具有作品的形式和条件。

**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；(指对客观事实的简单报道。如果包括对新闻的评论，则应予以保护。)

(三) 历法、通用数表、通用表格和公式。

**条例第五条** 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**

(**刘心稳**) 主体范围

(1) 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。

(2) 外国人、无国籍人及其受保护的**条件**。外国人、无国籍人符合下列条件的，依照著作权法规定在中国享有著作权：①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。②外国人、无国籍人的作品首次在中国境内**出版**的。③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。

(3) **其他组织 其它依法享有著作权的自然人、法人和其他组织。**

**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。(属人原则)

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。(属地原则，注意**“出版”≠“发表”**)

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 (**zhangsf110: 这点与专利法不同? 好像在杨立真题中有类似著作权法的说法, 而且好像依据的是巴黎公约之类的国际条约。**)，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。(zhangsf110: 第四款规定的情形呢? 我认为著作权也应该从该首次出版之日起产生。)**

**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

#### 2.1、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

著作权属于作者是著作权归属的一般原则 (法 11)

#### (1) **作者、作者的认定**

**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【作者的认定】 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。**(注意与专利法不同)

**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** (是民事法律关系授权，而不是法律赋予的权力)

**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**

(刘心稳补充) 著作权集体管理是指集体管理组织**经权利人授权**集中行使权利人的有关权利，并**以自己的名义**与使用者订立许可使用合同、收取使用费、转付费并进行有关法律诉讼、仲裁等活动。著作权法规定的表演权、放映权、广播权、出租权、信息网络传播权、复制权等权利人**难以有效行使的权利**可以授权由著作权集体管理组织管理。

(3) **其他依法享有著作权的自然人、法人和其他组织** (同步教程)

其他著作权人是指除了作为作者的自然人及视为作者的法人或者其他组织以外，**依法享有著作权的自然人、法人或者其他组织、国家**。其他著作权人主要是**1) 继受著作权人**，也有少数是**2) 原始著作权人**。

1) **继受著作权人**

继受著作权人取得著作权的途径包括：**①**依照**继承**法的规定而取得作品著作权；**②**依法**承受**著作权。

(zhangsf110: 快速记忆法，继承承受=继受)

**①依照继承法的规定而取得作品著作权**

**著作财产权可以被继承**。法19规定，作为著作权人的公民死亡后，著作财产权在著作权保护期内，依照继承法的规定转移。**著作人身权不属于著作权继承的内容，但保护该权利的国家一般在作者死亡后仍给予保护**。如条例15规定：“作者死亡后，其著作权中的署名权、修改权和保护作品完整权由作者的继承人或者受遗赠人**保护**。”(zhangsf110: 法言法语，“保护”≠“继承”)另外，著作人身权中的发表权在有些情况下可以作为继承的内容。条例17规定，作者生前未发表的作品，如果作者未明确表示不发表，作者死亡后**50年内**，其发表权可由继承人或者受遗赠人**行使**。(zhangsf110: 法言法语，“行使”≠“继承”)

著作权的继承，既可以是**法定继承**，也可以是**遗嘱继承**。此外，公民或者其他组织也可以**根据遗赠扶养协议取得被扶养人的著作权**(zhangsf110: 意思是根据协议在受扶养人死之前也可以享有著作权)。

**②依法承受著作权** 主要有以下三种情况：

其一，法人或者其他组织变更、终止后，其著作财产权在著作权保护期内由**承受其权利与义务者享有**；没有承受其权利与义务的，由**国家享有**(zhangsf110: 注意，(1)与专利权商标权不同，不进入公共领域；(2)此款是法人或者其他组织的著作权)。

其二，对作者身份不明的作品，作为**作品原件合法持有人的公民、法人或者其他组织**，可以行使除**署名权以外的著作权**；对无人继承也无人受遗赠的遗作，**作品原件合法所有人在作者没有明确表示不发表的，可以行使发表权**。

其三，著作权人通过转让或者捐赠方式将自己的权利转移给他人，**受让人或受赠人成为著作权人**。

2) **原始著作权人** 作者以外的其他著作权人作为原始著作权人主要有以下情况：

其一，委托作品的委托人**按照合同约定享有著作权**，成为该作品的著作权人；

其二，视听作品作为一个整体，除**署名权以外的著作权**依法由**制片人享有，制片人成为著作权人**。(张注释：视听作品的**制片人不是作者**。)

**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(zhangsf110: 即著作财产权部分)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**。(张注释：国家享有的条件，(1)法人或者其他组织的作品；(2)著作权人变更或终止没有承受者；(3)著作财产权在保护期内。)

(比较集成电路布图设计保护条例13 布图设计专有权属于自然人的，该自然人死亡后，其专有权在本条例规定的保护期内依照继承法的规定转移。

布图设计专有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，其专有权在本条例规定的保护期内由承继其权利、义务的法人或者其他组织享有；没有承继其权利、义务的法人或者其他组织的，该布图设计**进入公有领域**。)

## 2.2 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**（法 13、条例 9、14）

**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**。

**条例第九条** 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。

**条例第十四条** **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)、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**。

**（刘心稳解释）**汇编作品通常表现为词典、报纸、期刊、年鉴、百科全书、文集等。汇编人行使权利时，不得侵犯原作品的著作权，即对享有著作权的作品进行选取和编排加工，应当取得原作品著作权人许可并支付报酬。

**(4)、影视作品的著作权人**（影视作品 剧本 音乐）

**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**（**刘心稳补充：演员、剪辑**）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**。

**（刘心稳解释）**---影视作品中的剧本、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，这意味着出版者、录音制作者、广播电视台等欲使用影视作品中的剧本、音乐等作品，只需同剧本、音乐的作者签订协议，取得授权即可。）

**条例第十条** 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，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**（一般职务作品、特殊职务作品）**同步教程、刘心稳结合**

①一般职务作品的著作权属于作者，但作者所在单位享有两年内的优先使用权，见法 16.1。一般职务作品是指法律未作出特殊规定或者作者与单位之间没有特殊约定的，仅与职务有关的作品。但由于作者和单位存在劳动关系，单位有权在业务范围内优先使用该作品。作品完成两年内，未经单位同意，作者不得许可第三人以与单位使用的相同方式使用该作品。

②特殊职务作品，作者享有署名权，著作权中的其他权利属于作者所在单位，法人或者其他组织可以给予作者奖励，见法 16.2（一）、（二）。

**张注释：**

注意与专利法的区别。专利法中完成本单位的任务或者主要是利用本单位的物质技术条件所完成的发明创造是职务发明创造，职务发明创造申请专利的权利属于该单位；利用本单位的物质技术条件所完成的发明创造，发明人与单位就专利申请权和专利权的归属有约定的从其约定。其中完成本单位的任务的情况属于法定而不允许约定。而且没有一般和特殊职务发明的说法。

**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。

**条例第十一条** 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**。

**条例第十二条** 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。

**解释 12** 按照著作权法第十七条规定委托作品著作权属于受托人的情形，委托人在约定的使用范围内享有使用作品的权利；双方没有约定使用作品范围的，委托人可以在委托创作的特定目的范围内免费使用该作品。

### (7)、原件所有权转移的作品著作权归属

**刘心稳：**绘画、雕塑等美术作品的原件涉及到两种不同的民事权利类型。一是对作品原件的所有权；一是著作权。当作品原件为作者所有时，两种权利属于作者；当作品原件所有权合法转移给其他人后，体现在作品原件上的两种权利就处于分离状态了。美术作品原件的展览权（**zhangsf110：也是著作权的内容之一**）由原件所有人享有，这是“（著作）权不随物转”原则的例外，这既维护了作者的权利，又有利于作品传播。

**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。

### (8)、作者身份不明的作品著作权归属

**条例第十三条** 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、著作权及与著作权有关的权利的内容

### 1、著作权的内容

#### 1.1、著作人身权：发表权 署名权 修改权 保护作品完整权

#### 1.2、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：**（zhangsf110：下述（一）~（四）为人身权，而（五）~（十七）为财产权）**

（一）**发表权**，即决定作品是否公之于众的权利；（**刘心稳：**一次性权利，一经行使，权利即告消失。）

（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。**（zhangsf110：（一）至（四）为人身权，不可转让。）**

**条例第十四条** 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。

### 1.3、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

(据刘心稳) 著作权的保护期是著作权人对其作品享有专有权利的有效期限。著作权的保护期按权利内容的不同可分为著作人身权的保护期和著作财产权的保护期。我国著作人身权保护期采用永久保护和有限期保护相结合的方法。著作人身权中的署名权、修改权、保护作品完整权的保护期不受限制，而发表权的保护期与著作财产权的保护期相同。

(同步教程) 自然人享有的著作权的保护期比自然人以外的民事主体享有的著作权的保护期要长，一般的文学作品著作权保护期比视听作品、摄影作品、实用美术作品等的著作权保护期要长。

(1) **著作人身权的保护期** 著作人身权中的署名权、修改权、保护作品完整权的保护期不受限制，而发表权的保护期与著作财产权的保护期相同。

(2) **著作财产权的保护期** 保护期的起算分为两种，即所谓的“死亡起算主义”和“发表起算主义”。

**死亡起算主义**适用于著作权为公民享有的作品。著作权法规定，公民的作品，其发表权和著作财产权的保护期为作者终生及其去世后 50 年，截止于作者死亡后第 50 年的 12 月 31 日。(张理解：与是否发表无关。但不适用于公民的电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品，摄影作品等。)

**发表起算主义**适用于著作权归法人或非法人单位享有的作品。著作权法规定，法人或者非法人单位的作品，著作权(除署名权)由法人或者非法人享有的职务作品，电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品，摄影作品的发表权、著作财产权的保护期为 50 年，截止于作品首次发表的第 50 年的 12 月 31 日。但自作品创作完成后 50 年内未发表的，不予保护。

**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。(zhangsf110: 但人身权中的发表权则与财产权的保护期限一致。)

**条例第十五条** 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。

**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。(自然人 合作自然人)

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。(单位)

**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。(电影类、摄影类，与“单位”的情况相同)

**条例第十七条** 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。

**条例第十八条** 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。(张理解：作者身份不明的作品，无法知道作者是公民还是组织，而且假设是公民也无法确定其死亡日期，因此只能暂时采用发表起算主义，等作者身份确定后再最后确认到底采用什么主义)

#### 1.4、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 (未经许可、不支付报酬的合理使用)

**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。(zhangsf110: 没有哪国作品限制也没有出版地域限制。)

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。

(张理解：无论上述哪项规定的合理使用，均必须是已经发表的作品!!)

**条例第十九条** 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。

**条例第二十条** 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。

**条例第二十一条** 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，不得影响该作品的正常使用，也不得合理地损害著作权人的合法权益。

(同步教程) 对现实中各式各样的合理使用行为，著作权法不可能一一列出，因而有必要界定合理使用的一些原则。合理使用应遵循以下原则：

第一，使用作品不得以营利为目的，包括直接和间接的营利目的；

第二，合理使用的作品须为已经发表的作品；

第三，使用作品应是少量的和适当的；

第四，使用作品不得侵犯作者的精神权利和其他权利。

总的来说，如条例 21 所述，合理使用不得影响该作品的正常使用，也不得合理地损害著作权人的合法权益。

## (2)、教科书的编写出版 (法定许可，但需要支付报酬，作者事先声明不许使用的除外)

**第二十三条【法定许可情形 1】** 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，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。

**条例第二十二条** 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。

**条例第三十二条** 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。

(刘心稳) 除了实施9年义务教育的教科书的【法定许可情形 1】，法定许可还包括直至情形 5：

**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。

**【法定许可情形 2】** 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。

**【法定许可情形 3】** 录音制作者使用他人已经合法录制成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。

**【法定许可情形 4】** 广播电台、电视台播放他人已经发表作品，可以不经著作权人许可，但应当支付报酬。

**【法定许可情形 5】** 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。当事人约定的除外。

## 1.5、著作权的许可和转让

许可使用合同的主要内容 (法 24、条例 23、24、25) 转让合同的主要内容 (法 25) 付酬标准的确定 (法 27)

**第二十四条【许可使用合同的主要内容】** 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。

**条例第二十三条** 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。

**条例第二十四条** 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。

**条例第二十五条** 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。  
(zhangsf110: 专利的实施许可合同可以(专利条例清样改回“应该”)向国务院专利行政部门备案，专利转让合同应当向国务院专利行政部门登记并由国务院专利行政部门登记。)

**第二十五条【转让合同的主要内容】** 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。(zhangsf110: 体会与条例24的区别。)

**第二十七条【付酬标准的确定】** 使用作品的付酬标准可以由当事人约定，也可以按照国务院著作权行政管理部门会同有关部门制定的付酬标准支付报酬。当事人约定不明确的，按照国务院著作权行政管理部门会同有关部门制定的付酬标准支付报酬。

**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。

**条例第二十七条** 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

**条例第二十六条** 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(zhangsf110: “表演者权”≠著作权中的“表演权”)，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。

### (1)、出版者的权利和义务(法30、31、32、33、35, 条例22、32)

课件：

独家首次刊登权；署名权；出版物版式设计的邻接权；文字修改权。

向著作权人支付报酬；保证出版质量、期限；重印和再版义务。

(出版物版式设计的邻接权—版式设计保护期为10年，截止于使用该版式设计的图书、期刊首次出版后第10年的12月31日)

#### (刘心稳结合同步教程) 图书、报刊出版者的权利

1) **图书的专有出版权**(注意，报社、杂志社对其刊登的著作权人的作品不享有专有出版权)。

专有出版权是一项排他性的独占权利，在出版合同有效期限内和约定的地域范围内，出版者按约定方式享有出版发行该图书的专有权。任何他人不得以同样方式再行出版该作品。著作权人也承担不得将同一作品，在专有出版权的有效期内交付他人出版的义务。专有出版权的有效期由双方约定。报社、杂志社对其刊登的著作权人的作品不享有专有出版权。作品刊登后，其它报刊(zhangsf110: 为报纸和期刊的合称。)有权转载或者作为文摘、资料刊登，但须向著作权人支付报酬。

2) **独家首次刊登权(指报刊和杂志)**。

报社、杂志社对作品享有的出版权属独家首次刊登权。法32款1规定，“著作权人向报社、期刊社投稿的，自稿件发出之日起15日内未收到报社通知决定刊登的，或者自稿件发出之日起30日内未收到期刊社通知决定刊登的，可以将同一作品向其他报社、期刊社投稿，双方另有约定的除外。”这是对报社、期刊社的独家首次刊登权的规定。(按照同步教程，这也是处理报社与著作权人之间“一稿多投”问题的。

按法 32 款 1 规定，报刊出版者有权禁止著作权人在法定期限内一稿多投，以保证报刊出版者对发表的作品享有优先刊载权。但另一方面，法定期限本身也是对报刊出版者的制约，在法定期限内，报刊社如不通知著作权人，或者逾期通知著作权人，即使已经采用了稿件，也无权阻止著作权人向其他报刊另行投稿。）

3) **署名权**。出版者有权在其出版物上署名。

4) **对出版物的版式设计享有邻接权**。

法 35 规定，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。条例 26 将对其出版的图书和期刊的版式设计享有的权利列为与著作权有关的权利，即邻接权。该权利的保护期为 10 年，截止于使用该版式设计的图书、期刊首次出版后第 10 年的 12 月 31 日。

5) (同步教程) **从编辑角度对作品进行修改的权利**。

法 33 规定，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的修改、删节，但对内容的修改，应经作者同意。(刘心稳只提及“文字修改权”而且没有解释。)

6) (同步教程) **报刊社转载、摘编作品权** (亦参 1) 中的相关内容，这里只是起强调的作用。)

报刊社可以转载、摘编或者作为文摘资料刊登其它报刊 (在 1) 中指明包括报社、杂志社刊登的作品) 上发表的作品。但是这种权利的行使受下列条件限制：著作权人在发表作品时已经作了不准转载、摘编声明的，报刊社不得转载、摘编或作为资料刊登；内部报刊上发表的作品，公开发行的报刊不能转载；转载、摘编的报刊应向著作权人支付报酬。

### (刘心稳) 图书、报刊出版者的义务

1) **向著作权人支付报酬**。

凡作品初版、再版、重印或者报刊出版者转载已发表作品，均应按规定向著作权人支付报酬。出版改编、翻译等演绎作品，均一并向演绎作者和原作品的著作权人支付报酬。

2) **保证出版质量和期限**。

出版者应按照合同约定的质量和期限出版，否则构成违约责任。

3) **重印和再版义务**。

图书脱销后，图书出版者有重印、再版义务，图书出版者拒绝重印、再版的，著作权人有权终止合同。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，视为图书脱销。

4) 严格遵守合同约定的作品使用方式。

**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。

**条例第二十八条** 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。

**条例第二十九条** 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。

**条例第三十条** 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。

**条例第二十二条** 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。

**条例第三十二条** 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。

**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** (出版物版式设计的邻接权) 出版者有权许可或者禁止他人使用其出版的图书、期刊的版式设计。

前款规定的权利的保护期为十年，截止于使用该版式设计的图书、期刊首次出版后第十年的 12 月 31 日。

### (2)、表演者的权利和义务

刘心稳：表演者权是表演者就其表演动作、演奏、演唱和表情等依法享有的人身权和财产权。表演者权不同于表演权。表演权是作者对其作品享有的专有权利，是著作权的内容之一；表演者权则是表演者享有的邻接权。  
表演者的权利：①人身权（法 37.1（一）、（二））；②财产权（法 37.1（三）~（六））  
表演者的义务（法 36）：应当取得著作权人的许可、应向著作权人支付报酬。  
表演者权的人身权不受保护期限限制；财产权的保护期为 50 年，截止于该表演发生后第 50 年的 12 月 31 日（法 38）

### （刘心稳）表演者的权利和义务

#### 1) 表演者的权利

①人身权包括：第一，表明身份权，即表演者享有的对其表演署名的权利。多人表演时通常只指出主要演员的姓名，但这不是表示其他演员不享有表明身份权。第二，保护表演形象不受歪曲的权利。表演者创造的形象不同于表演者的肖像，它们是不同的权利客体，前者受邻接权保护，后者受民法通则的肖像权保护。禁止他人丑化、篡改、歪曲和不正当利用表演者的艺术形象。

②财产权保护：第一，许可他人从现场直播和公开传送其现场表演，并获得报酬的权利。第二，许可他人录音录像，并获得报酬的权力。第三，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的权利。第四，许可他人通过信息网络向公众传播其表演，并获得报酬的权利。

③ 保护期限：表演者人身权的保护期不受限制，财产权的保护期为 50 年，截止于该表演发生后第 50 年的 12 月 31 日。

#### 2) 表演者的义务

①应当取得著作权人许可。表演者使用他人作品演出应当取得著作权人许可；使用改编、翻译、注释、整理已有作品而产生的作品进行演出，应当得到演绎作品著作权人和原作品的著作权人许可。

②应向著作权人支付报酬。

**第三十六条** 使用他人作品（zhangsfl10：应当对作品进行广泛的理解，例如包括音乐、剧本、歌曲等）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。

**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 1 2 月 3 1 日。

### （3）、录音录像制作者的权利和义务

课件：

录音录像制作者的权利（法第 41 条）：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。

录音录像制作者的义务（法第 39、40 条）：取得著作权人许可并支付报酬（作品、演绎作品）；不需取得著作权人许可，要支付报酬（录音制品）；同表演者订立合同，支付报酬。

（权利保护期为 50 年，截止于该制品首次制作完成后第 50 年的 12 月 31 日）

#### （刘心稳）录音录像制作者的权利

录音录像制品制作者对其制作的录音录像制品享有复制、发行、出租、通过信息网络向公众传播并取得报酬的权利，和许可他人以同样方式使用录音录像制品并取得报酬的权利。权利的保护期为 50 年，截止于该制品首次制作完成后第 50 年的 12 月 31 日。

#### （刘心稳）录音录像制作者的义务

1) 取得著作权人的许可，并支付报酬。

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；使用改编、翻译、注释、整理已有作品而产生的作品，应当取得演绎作品著作权人和原作品著作权人许可，并支付报酬。

2) 无须取得著作权人许可，但要支付报酬。

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

3) 应当与表演者订立合同，并支付报酬。

**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的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。

**条例第二十二條** 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。

**条例第三十一條** 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。

**条例第三十二條** 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。

**条例第三十四條** 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。（zhangsf110: 与上款相比没有“出租”？）

#### (4)、广播电台、电视台播放者的权利和义务

(刘心稳) 广播电台、电视台播放者的权利

1) 播放权。广播电台、电视台对其制作的节目有首播、重播的权利

2) 许可他人转播，并取得报酬的权利。广播电台、电视台之间交换节目，视为支付报酬的特殊形式。

3) 许可他人将其播放的广播、电视录制在音像载体上，以及复制音像载体，并取得报酬。权利的保护期为50年，截止于该广播、电视首次播放后第50年的12月31日。

(刘心稳) 广播电台、电视台播放者的义务

1) 取得著作权人许可，并支付报酬。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；电视台播放他人的电影作品和类似摄制电影的方法创作的作品、录像制品，应当取得制片者许可和录像制作者许可，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。

2) 无需取得著作权人许可，但须支付报酬。广播电台、电视台播放他人已经发表的作品，可以不经著作权人许可，但应支付报酬；播放已经出版的录音制品，可以不经著作权人许可，但应支付报酬。当事人另有约定的除外。

**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。

**条例第三十五條** 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、著作权及与著作权有关的权利的保护

- 4.1. 侵犯著作权及其相关权利的行为：①损害著作权人利益的侵权行为（法 46）；  
②损害著作权人利益和社会公共利益的侵权行为（法 47）
- 4.2. 侵权纠纷的解决途径（法 49、50、54）：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
- 4.3. 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（法 46、47） 赔偿数额的计算（法 48） (2)行政责任（法 47、条例 36）：没收违法所得 没收、销毁侵权复制品 罚款 没收制作设施  
(3)刑事责任(参见刑法部分大纲)（刑法笔记已做）

## 4.1 和 4.3 侵犯著作权及其相关权利的行为、侵权责任

第四十六条【民事责任】【损害著作权人利益的侵权行为】 有下列侵权行为的，应当根据情况，承担停止侵害、消除影响、赔礼道歉、赔偿损失等民事责任（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【民事责任、行政责任、刑事责任】【损害著作权人利益和社会公共利益的侵权行为】 有下列侵权行为的，应当根据情况，承担停止侵害、消除影响、赔礼道歉、赔偿损失等民事责任（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（行政责任）；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（行政责任）；构成犯罪的，依法追究刑事责任（刑事责任，详见刑罚部分“侵犯著作权罪”、“销售侵权复制品罪”）：

- （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。

补充刑事责任

刑法 217【侵犯著作权罪】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。

**刑法 218【销售侵权复制品罪】** 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。(zhangsf110: 与假冒专利罪一样，没有“三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金”的刑事处罚。)

**第四十八条【民事责任——赔偿数额的计算】** 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。

## 4.2 侵权纠纷的解决途径

**第四十九条【诉前责令停止侵权行为、财产保全】** 著作权人或者与著作权有关的权利人有证据证明他人正在实施或者即将实施侵犯其权利的行为，如不及时制止将会使其合法权益受到难以弥补的损害的，可以在起诉前向人民法院申请采取责令停止有关行为和财产保全的措施。

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。

**民事诉讼法 93** 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。

**民事诉讼法 94** 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。

**民事诉讼法 95** 被申请人提供担保的，人民法院应当解除财产保全。

**民事诉讼法 96** 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。

**民事诉讼法 99** 当事人对财产保全或者先予执行的裁定不服的，可以申请复议一次。复议期间不停止裁定的执行。

**第五十条【证据保全】** 为制止侵权行为，在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下，著作权人或者与著作权有关的权利人可以在起诉前向人民法院申请保全证据。

人民法院接受申请后，必须在四十八小时内作出裁定；裁定采取保全措施的，应当立即开始执行。

人民法院可以责令申请人提供担保，申请人不提供担保的，驳回申请。

申请人在人民法院采取保全措施后十五日内不起诉的，人民法院应当解除保全措施。

**第五十四条【调解、仲裁、诉讼】** 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。

## 五、计算机软件著作权的特殊规定（《计算机软件保护条例》）

### 1、软件著作权的客体

#### 计算机程序 计算机程序文档

(刘心稳) 软件著作权的客体是计算机软件，包括计算机程序和相关文档。软件著作权客体的条件：

① 必须由开发者独立开发，并已固定在某种有形物体上；

② 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。

**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。

## 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（[条例 9、条例 3（三）](#)）

**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。

**条例 3（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。

### (2)、合作开发软件（[条例 10](#)）

**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、著作权的内容

### 3.1、著作权的人身权 3.2、著作权的财产权

人身权：[条例 8.1（一）-（三）](#)；财产权：[条例 8.1（四）-（九）、条例 8.2、8.3](#)

**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；（**人身权**）

(二) 署名权，即表明开发者身份，在软件上署名的权利；（**人身权**）

(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；（**人身权**）

(四) 复制权，即将软件制作一份或者多份的权利；（**财产权**）

(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；（**财产权**）

(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；（**财产权**）

(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；(财产权)

(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；(财产权)

(九)应当由软件著作权人享有的其他权利。(财产权)

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。(财产权)

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。(财产权)

### 3.3、软件著作权的保护范围

刘心稳和同步教程在该部分所涉及的内容相差太大，为了防止失之偏颇，分别列出两者的内容，以便于全面掌握。不过根据我的理解，根据前后顺序应该是保护期限，但这里又多了著作权的转移。

(刘心稳) **软件著作权的保护范围(课件与之相同)**：

①**软件著作权的保护期(条例第14)**；②**软件著作权继承与承受(条例15条)**。

**第十四条【软件著作权的保护期】** 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【软件著作权继承与承受】** 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。(zhangsf110: 这点和著作权法提法不同。这里修改权和发表权都可以继承。)

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**。

(同步教程) **软件著作权的保护范围** (zhangsf110: 更象是对软件著作权客体的补充和解释)

根据条例6，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。这一规定体现了著作权法中思想与表达二分法原理。该原理较早在国外有关的著作权立法和司法实践中都得到了体现。如1785年的一个判例中，法院即确认了“确保了作者对其最初的**表达**的权利，但也鼓励其他的人自由地利用衍生于作品的**思想和信息**”。这种**思想与表达**的二分法既为著作权保护划出了一条明确的界限，也为公众自由接近知识与信息留存了必要的空间。该原则对于处理好软件著作权的保护与公众自由接近信息的关系，具有十分重要的意义。

**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。

(比较《集成电路布图设计保护条例》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。

### 3.4、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

课件：(软件条例第16、17、29、30条)

#### (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。

(同步教程解释) 该情形没有普遍性, 而只是适用于某种特例, 即作品的思想表达形式极其有限, 甚至只有一种形式被表达。

张理解: 如果没有“可供选用的表达方式有限”这个特殊前提的话, 软件开发者的软件与已经存在的软件相似, 则应认为构成侵权。

#### (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。

(张总结) 通过知识产权中有关“善意”或者“不知道”的法条, 发现只有集成电路布图设计保护条例 33 规定的情况“不视为侵权”, 其他视为侵权但不承担赔偿责任的情形为:

①专利法 70 为生产经营目的使用、许诺销售或者销售不知道是未经专利权人许可而制造并售出的专利侵权产品, 能证明该产品合法来源的, 不承担赔偿责任。(属于侵权但不赔偿)

②奥林匹克标志保护条例 13 款 2 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。

③商标法 56 款 3 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。

④计算机软件保护条例 30 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 (条例 7)

关于软件登记的效力, 刘心稳讲了四个方面, 但是同步教程阐述的效力感觉明显弱于刘心稳, 而且根据在网络进行搜索后发现, 所搜索到的网络的说法支持同步教程的阐述。我初步理解是, 刘心稳的说法代表老的说法, 而同步教程和网络是登记的实际的效力。当然最准确的说法就是法条, 而不做更多的阐述。(张补充) 需要注意的是, 条例 14 规定, 软件著作权自软件开发完成之日起产生, 因此与登记与否无关, 这也符合著作权法规定的权利“自动取得原则”。

刘心稳: 计算机软件登记的效力可以表现在四个方面 ①备案效力 ②权利存在的证明力 ③权利存在的公示力 ④产生登记的公信力。课件: (备案效力; 权利证明效力; 公示公信效力)

(同步教程) 从条例 7 来看, 计算机软件著作权登记实行自愿登记制度。再联系修改前的《软件保护条例》的相关规定看, 软件著作权的登记不再成为获得行政与司法保护的前提, 这样就与国际国内的相关规定就一致了。

软件著作权登记网 (<http://votolink.com/soft/cjwtd/1093.html>): 目前司法机关在审理相关软件侵权案件的时候, 往往并不看重软件著作权登记证书, 在判赔的时候, 也不会将其作为裁量赔偿额度的依据。

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。

第十四条款 1 软件著作权自软件开发完成之日起产生。

#### 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。

## 六、信息网络传播权的保护

因大纲中仅此标题，没有下级细分的小标题，而且是今年新加的，鉴于时间关系，暂时不予考虑，待有时间时补充。

## 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

**商标：**一种区别市场上不同的商品或服务的显著标记。

**(刘心稳)** 商标专用权的客体是经过核准注册的商标，即注册商标。我国商标法**一般** (zhangsf110: “一般”是我添加的，因为在同步教程中有“未申请注册的商标**一般**不能作为商标权的客体”的表述，而在我的不太确切的印象中，对驰名商标即使未经注册也有一定程度的保护，这需要在随后的学习中印证) 只保护注册商标，未注册的商标不能成为商标专用权的客体，未经注册商标的使用人可以使用该商标，但不受法律保护，使用人对其不享有专用权。

**(刘心稳补充)** 商标权的法律特征：

(1) 商标权具有独占性和排他性；(2) 商标权具有时间性；(3) 商标权具有地域性。

#### 1. 注册商标的概念和组成要素

课件：组成要素：文字、图形、字母、数字、三维标志和颜色组合 (法第 8 条)

**第三条** 经商标局核准注册的商标为**注册商标**，包括①**商品商标**、②**服务商标**和③**集体商标**、④**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、16 条)

课件：不得作为商标使用的标志 (法第 10 条)；不得作为商标注册的标志 (法第 11、12、13、15、16 条)

**第十条【不得使用不得注册】** 下列标志**不得作为商标使用** (zhangsf110: 不得作为商标使用当然更**不得注册**)：

(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；(张理解：如果不易误导公众不经该组织同意也允许。可以体会从(一)到(三)强制力递减：(一)中没有“如果”，**但**(二)如果该国政府同意就允许，而(三)当不易导致误导的话该组织不同意也允许。)

(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**；(zhangsf110: 回教国家对“红十字”有宗教忌讳，因此红十字到回教国家就变成红新月，两个组织实质相同。)

(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**。(张理解：根据本款总体理解，“但是”以后所述“地名”应当均属于“县级以上行政区划的地名”。再参法 16)

#### 不得作为商标注册的标志 (根据刘心稳统一编号)

**第十一条【可以使用但一般不得注册】** 下列标志不得作为商标注册：

(一) ①**仅有**本商品的通用名称、图形、型号的；(张理解：除了①要素外还有其他要素的不在此款之列)

(二) ②**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) ③**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【可以使用但不允许注册】** ④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** ⑤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**。⑥就不相同或者不类似商品申请注册的商标是复制、摹仿或者翻译他人已经在中国注册的驰名商标，误导公众，致使该驰名商标注册人的利益可能受到损害的，**不予注册并禁止使用** (zhangsf110: 相同或者类似商品更不允许!)。

**第十五条**⑦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**⑧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**。（张理解：即使原来一直用但没有注册的，也不得继续使用并不得注册。）

### 3. 注册商标的类型(商品商标 服务商标 集体商标 证明商标)

课件：商品商标、服务商标；(法第3、4条)集体商标、证明商标；(法第3、4条，条例第6条)

**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。

**商品商标**：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。

**服务商标**：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。

**条例第六条** 商标法第十六条规定的地理标志，可以依照商标法和本条例的规定，作为**证明商标或者集体商标申请注册**。

以**地理标志作为证明商标注册**的，其商品符合使用该地理标志条件的自然人、法人或者其他组织**可以要求**使用该证明商标，控制该证明商标的组织应当允许。以**地理标志作为集体商标注册**的，其商品符合使用该地理标志条件的自然人、法人或者其他组织，可以要求参加以该地理标志作为集体商标注册的团体、协会或者其他组织，该团体、协会或者其他组织应当依据其章程接纳为会员；**不要求参加以该地理标志作为集体商标注册的团体、协会或者其他组织的，也可以正当使用该地理标志，该团体、协会或者其他组织无权禁止**。

(关于**条例6**，张理解：同为地理标志，其作为注册的证明商标或者注册的集体商标的**受控程度不同**。)

①证明商标---符合使用该地理标志条件主体欲使用该证明商标的应当履行申请(“可以要求”)和经控制组织许可的手续(“应当允许”)，不履行这个手续看来不可以使用该证明商标；

②集体商标---符合使用该地理标志条件的主体可以要求参加该集体商标的组织，也可以不要求参加该地理标志集体商标组织照样可以使用，该组织也无权干涉。)

### 4. 商标注册的条件

(刘心稳)：申请注册的商标必须符合商标法规定的条件才能获准注册：

(1) 商标必须具备法定的构成要素：法8

(2) 商标必须具有显著特征：法9 商标必须具有显著特征，便于识别，并不得与他在先取得的合法权利相冲突。商标的基本功能在于识别不同生产者和经营者的相同的商品和服务项目，因此商标标识应当具有显著特征，**不能混同于商品名称、商品本身的特征或者其他同类商品或服务的商标**。他在先取得的合法权利是指商标注册申请人在申请注册之前他人对于申请注册的注册商标标识已经取得的除商标权以外的其他合法权利，**主要指著作权、肖像权、姓名权、企业名称权、外观设计专利权等权利**。

(3) 商标必须不是法律禁用的标志：法律规定的**不得作为商标使用的标志和不得作为商标注册的标志不能作为商标注册**。前面已经述及，不再赘述。

**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。

**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)

(据刘心稳和课件) 注册商标专用权的主体是注册商标所有人，或称商标权人。分以下情况：

(1) **自然人、法人、其他组织(法第4条)** 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。自然人、法人或者其他组织只要依法申请商标注册，并经商标局审查核准获得注册的，就成为商标注册人。

(2) **外国人或外国企业(法第17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**。外国人或者外国企业的商标注册申请经商标局审查核准获后，该外国人或者外国企业就成为商标注册人。

(3) **商标转让后的受让人主体** 商标专用权人有权转让其注册商标，**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。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**，成

为商标专用权的主体。

**第四条** 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。

**本法有关商品商标的规定，适用于服务商标。**

**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。

### 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）

课件：商标注册的申请文件、证明文件（法第 19-23 条、26 条；条例第 13-19 条）

（刘心稳补充）我国商标实行**自愿注册为主、强制注册为辅的原则**。自愿注册是指商标使用人是否将其使用的商标予以注册，以取得注册商标专用权，由其自行决定。根据这一原则，商标使用人有申请商标注册的权利，而没有必须注册的义务，**注册商标和未注册商标均可使用**。强制注册是指：①使用商标必须申请注册，②未使用注册商标的商品不能在市场上销售（张理解：序号是我加的，强制注册应当同时满足两层意思）。我国现行商标法仅对极少数与人民生活关系密切，直接涉及人民身体健康的商品予以强制注册，如**人用药品、烟草制品上必须使用注册商标**。（张搜索：从 2002 年 9 月 15 日起，对人用药品不再实行强制注册。）

（张补充）**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**。

#### （1）、优先权（外国优先权，本国优先权，第 24、25 条；条例第 20 条，外国和本国优先权系按照刘心稳分类）

**第二十四条【外国优先权】** 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**（**专利法中外外国优先权提交副本的期限也是 3 个月**）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【本国优先权】** 商标在中国政府**主办的**或者**承认的**国际展览会展出的商品上**首次**使用的，自该商品展出之日起**六个月**内，该商标的注册申请人可以**享有优先权**。（zhangsf110：①注意与专利比较，②如果中国政府主办或承认的国际展览会是在中国召开的，称为本国优先权容易理解，如果是中国政府主办或承认是在国外召开还称之为本国优先权就不容易理解，同步教程也没有刘先生这种处理方法，③下面条例 20 也有一定参考意义，我认为不妨称之为“**国际展会优先权**”更确切，在今后的学习中予以关注。）

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**（**专利法的不丧失新颖性公开提交证明文件期限 2 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。

**条例第二十条** 依照商标法第二十四条规定要求优先权的，申请人提交的第一次提出商标注册申请文件的副本应当经受理该申请的商标主管机关证明，并注明申请日期和申请号。

依照商标法第二十五条规定要求优先权的，申请人提交的证明文件应当经国务院工商行政管理部门规定的机构认证；展出其商品的**国际展览会是在中国境内举办的除外**。

（zhangsf110：第二十五条的法源来自巴黎公约，但根据刘心稳总结，各国对这种临时保护采取的方法，比如视为发明或者商标的“在先使用人”还是给予“优先权”是不同的。而我国对于发明、实用新型、外观设计临时保护按照“不丧失新颖性的公开”处理，对商标则给予优先权。再有，巴黎公约的“临时保护”与中国对发明专利申请公布后公告授予发明专利权前的“临时保护”概念不同，应当予以区别。参考本资料中巴黎公约之“国际展览会的临时保护”部分。）

#### （2）、商标注册申请文件、证明文件

（刘心稳）申请的日期，以商标局**收到申请书的日期**为准。商标注册的申请文件、证明文件要求：

①**申请商标注册的，应当按规定的商标分类表填报使用商标的商品类别和商品名称**。我国《商标法》规定的**同一申请人在不同类别的商品上欲使用同一商标的**，采取“**一表多类**”填表方法，简化了手续，方便了申请人。

②**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**。即注册商标需要扩大使用范围需另行办理核准注册。这是因为依据商标法的规定，经商标局审查核准注册的商标仅限于在核定的商品或服务上使用，否则不受法律保护。如果超出该范围将核准注册的商标扩大到同类的其他商品上使用，应当另行注册。

③**注册商标需要改变其标志的，应当重新提出注册申请**。

④**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**。

**商标多类别申请**（[http://www.dkans.com/text.asp?new\\_id=860](http://www.dkans.com/text.asp?new_id=860)）**从前，商标拥有人得就每个类别分别提交个别的申请**，因此亦得就每个类别支付费用。**商标的注册申请现可涵盖一个或多个类别的货品或服务**，



此举可让申请人节省大量时间和成本，以及减低注册处、执业人士和申请人的行政负担。第一类别的申请费用为一千三百元（其后的每个类别为六百五十元，即减半），已包括刊登公告和注册的费用。相比在旧条例下每个类别的申请费用均为一千四百元，新收费无疑让申请人节省不少金钱。而且，以往缴交的申请费用并不包括支付政府印务局接近二千元的刊登公告费，以及额外的政府注册费用二千元。（zhangsf110：可以看出，现在的多类别申请虽然可以一起办理，每个类别都要缴费，但其费用也并不是全按照原一件申请的费用收取。）

**第十九条** 申请商标注册的，应当按规定的商品分类表填报使用商标的商品类别和商品名称。

**第二十条** 商标注册申请人在不同类别的商品上申请注册同一商标的，应当按商品分类表提出注册申请。

**第二十一条** 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。

（zhangsf110：1、是指已经注册的商标；2、需要在其他类商品上使用的，就更毋庸置疑，应当另行提出注册申请。）

**条例第四十六条【自己申请】** 商标注册人申请注销其注册商标或者注销其商标在部分指定商品上的注册的，应当向商标局提交商标注册申请书，并交回原《商标注册证》。

商标注册人申请注销其注册商标或者注销其商标在部分指定商品上的注册的，该注册商标专用权或者该注册商标专用权在该部分指定商品上的效力自商标局收到其注销申请之日起终止。

**第二十二条** 注册商标需要改变其标志的，应当重新提出注册申请。

**第二十三条** 注册商标需要变更注册人的名义（张理解：转让或者注册人实质变更不在此列）、地址或者其他注册事项的，应当提出变更申请。

**条例第十三条** 申请商标注册，应当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当向商标局提交《商标注册申请书》1份、商标图样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刷或者用照片代替，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，应当说明含义。

**条例第十四条** 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。

**条例第十五条** 商品名称或者服务项目应当按照商品和服务分类表填写；商品名称或者服务项目未列入商品的（张理解：此处应该为“和”）服务分类表的，应当附送对该商品或者服务的说明。

商标注册申请等有关文件，应当打字或者印刷。

**条例第十六条** 共同申请注册同一商标的，应当在申请书中指定一个代表人；没有指定代表人的，以申请书中顺序排列的第一人为代表人。

**条例第十七条** 申请人变更其名义、地址、代理人，或者删减（张理解：删减可以，但增加可能要按照法21，另行提出注册申请了；对于已经注册的商标，商标注册人申请注销其商标在部分指定商品上的注册的，按照条例46规定）指定的商品的，可以向商标局办理变更手续。

申请人转让其商标注册申请的，应当向商标局办理转让手续。

**条例第十八条** 商标注册的申请日期，以商标局收申请文件的日期为准。①申请手续齐备并按照规定填写申请文件的，商标局予以受理并书面通知申请人；②申请手续不齐备或者未按照规定填写申请文件的，商标局不予受理，书面通知申请人并说明理由。

③申请手续基本齐备或者申请文件基本符合规定，但是需要补正的，商标局通知申请人予以补正，限其自收到通知之日起30日内，按照指定内容补正并交回商标局。在规定期限内补正并交回商标局的，保留申请日期；期满未补正的，视为放弃申请，商标局应当书面通知申请人。

**条例第十九条** 两个或两个以上的申请人，在同一种商品或者类似的商品上，分别以相同或者近似的商标在同一天申请注册的，各申请人应当自收到商标局通知之日起30日内提交其申请注册前在先使用该商标的证据。同日使用或者均未使用的，各申请人可以自收到商标局通知之日起30日内自行协商，并将书面协议报送商标局；不愿协商或者协商不成的，商标局通知各申请人以抽签的方式确定一个申请人，驳回其他人的注册申请。商标局已经通知但申请人未参加抽签的，视为放弃申请，商标局应当书面通知未参加抽签的申请人。

▲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。

▲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。

### (3)、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

课件：

- (1) 初步审定和公告（法第 27、28 条）
- (2) 驳回申请（法第 29、31 条）
  - （先申请为原则，先使用为补充；不得损害他人优先权利）
- (3) 注册申请的复审
  - 复审机构（商标评审委员会—对商标局的审查结果有异议）
  - 复审期限（15 日，法第 32 条）
  - 对复审决定不服的救济（法第 32 条）
  - （复审前置程序，30 日，第三人）

**（刘心稳补充）** 商标注册的审查分为形式审查和实质审查。**形式审查**是对商标注册申请的文件在形式上进行审查，看其是否符合商标法的规定，从而**决定是否受理该申请**。**实质审查**是指对商标是否具备注册条件的审查，包括审查申请注册的文字、图形是否符合本法有关规定，是否同已注册的或者已初步审定的商标发生混同两方面内容，以**决定是否初步审定公告或驳回申请不予公告**。

### (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。（条例 19 对其实施程序进行了细化）

**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。

**（刘心稳：他人先取得的合法权利**是指商标注册申请人注册之前他人对于申请注册的注册商标标识**已经取得的除商标权以外的其他合法权利，主要指著作权、肖像权、姓名权、企业名称权、外观设计专利权等**。zhangsf110：而与已经注册的或者初步审定的商标相同或者近似的则情况则由法 28 规定，因此刘先生对“他人先取得的合法权利”的定义是正确的。）

### (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)

#### 复审机构

**（刘心稳）**我国商标法对于商标注册审查的行政程序采取**两级审查制，第一级审查由商标局**进行，当事人对商标局的审查结果有异议的，可以向**商标评审委员会**申请复审。

**（同步教程）**商标评审委员会是**国家工商行政管理总局设立**的专门负责处理商标争议事宜的机构。

**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。（张理解：1、向商标评审委员会申请复审是行政诉讼的**前置程序**，只有对复审不服才可以提起诉讼，法 33 条也属提起诉讼的**前置程序**；2、不予受理不在此列，那么对不予受理的情况就可以申请行政复议或者直接提起行政诉讼。）

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**（刘心稳：行政诉讼）**。

（zhangsf110：专利法 41：申请人对国务院专利行政部门驳回申请的决定不服的，可以自受到通知之日起**三个月内**，向复审委请求复审；---对专利复审委的复审决定不服的，可以在收到通知之日起**三个月内**向法院起诉。）

### (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）

课件：提出商标异议的期限（自初审公告之日起 3 个月内，法第 30 条）

商标异议的裁定（作出裁定主体为商标局）

对商标异议裁定不服的复审（15 日，复审裁定主体为商标评审委员会）

对复审决定不服的救济（30 日，第三人）（法第 33 条）

**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（刘心稳：行政诉讼）。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。

**第三十四条** 当事人在法定期限内对商标局做出的裁定不申请复审或者对商标评审委员会做出的裁定不向人民法院起诉的，裁定生效。（15日、30日）

经裁定异议不能成立的，予以核准注册，发给商标注册证，并予公告；经裁定异议成立的，不予核准注册。

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。（zhangsfl10：对于符合要求的注册商标申请，不因出现异议而影响取得商标专用权的起算日。）

**商标评审委员会的职能（来自网络）** 2002年10月17日起施行的新的《商标评审规则》第二条明确规定：“依据《商标法》及其《实施条例》的规定，国家工商行政管理总局商标评审委员会负责处理下列商标争议案件：

（一）不服国家工商行政管理总局商标局（以下简称商标局）驳回商标注册申请的决定，依据《商标法》第三十二条规定申请复审的案件；

（二）不服商标局的异议裁定，依据《商标法》第三十三条规定申请复审的案件；

（三）对已经注册的商标，依据《商标法》第四十一条规定请求裁定撤销的案件；

（四）不服商标局依照《商标法》第四十一条第一款、第四十四条、第四十五条的规定作出撤销注册商标的决定，依据《商标法》第四十九条规定申请复审的案件。”

另外，根据2002年9月15日生效的《商标法实施条例》，商标评审委员会被赋予了对驰名商标认定的新职能，该条例第五条规定：“依照商标法和本条例的规定，在商标注册、商标评审过程中产生争议时，有关当事人认为其商标构成驰名商标的，可以相应向商标局或者商标评审委员会请求认定驰名商标，驳回违反商标法第十三条规定的商标注册申请或者撤销违反商标法第十三条规定的商标注册。有关当事人提出申请时，应当提交其商标构成驰名商标的证据材料。”

经过对这些规定的认真分析，我们不难看出，目前商标评审仅仅针对商标局已经作出的具体行政行为，由此商标评审行为在性质上就仅仅为行政复议行为，当事人对商标评审委员会的决定不服提起诉讼全按照行政诉讼案件处理，被告恒定为商标评审委员会。

## 四、注册商标专用权的内容

### 1. 注册商标专用权的内容

注册商标专用权的内容有：专用权、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，具体为：

#### （1）专用权

（独占使用权，排他性；法第51、52条，条例第50条）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。

专用权或专有使用权是指注册商标所有人对其注册商标享有排他性的使用权。注册商标专用权主要包括两方面权能：一是独占使用权；二是排他权，即有权禁止他人实施侵犯其注册商标专用权的行为，主要包括注册商标所有人有权禁止他人擅自在同一种商品或服务上或者在类似商品或服务上使用与其注册商标相同或近似的商标，有权禁止他人擅自制造销售其注册商标标识等。对于这些侵犯注册商标专用权的行为，商标人有权请求行政处理或者提起民事诉讼。

**第五十一条【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。

**第五十二条【专用权】** 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。

**条例第五十条【专用权】** 有下列行为之一的，属于商标法第五十二条第（五）项所称侵犯注册商标专用权的行为：

（一）在同一种或者类似商品上，将与他人注册商标相同或者近似的标志作为商品名称或者商品装潢

使用，误导公众的；

(二) 故意为侵犯他人注册商标专用权行为提供仓储、运输、邮寄、隐匿等便利条件的。

## (2) 标明“注册商标”或者注册标记的权利 (注外加○, R 外加○; 法第 9 条, 条例第 37 条)

**第九条【标明“注册商标”或者注册标记的权利】** 申请注册的商标，应当有显著特征，便于识别，并不得与他人已在先取得的合法权利相冲突。

商标注册人有权标明“注册商标”或者注册标记。

**条例第三十七条【标明“注册商标”或者注册标记的权利】** 使用注册商标，可以在商品、商品包装、说明书或者其他附着物上标明“注册商标”或者注册标记。

注册标记包括 (注外加○) 和 (R 外加○)。使用注册标记，应当标注在商标的右上角或者右下角。

## (3)、转让商标的权利 (转让协议、公告, 法第 39 条)

转让商标所有权是指注册商标所有人享有将其注册商标转让给他人所有的权利。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权。

**第三十九条【转让商标的权利】** 转让注册商标的，转让人和受让人应当签订转让协议，并共同向商标局提出申请。受让人应当保证使用该注册商标的商品质量。

转让注册商标经核准后，予以公告。受让人自公告之日起享有商标专用权。

## (4)、许可使用商标的权利 (许可合同, 备案, 3 个月, 法第 40, 条例 43 条)

许可使用权是指注册商标所有人享有通过签订商标使用许可合同，许可他人使用其注册商标的权利。商标注册人在商标法允许的范围内，有权自愿与他人签订商标使用许可合同，并履行一定的程序和实体要求。包括第一，商标使用许可合同签订后应当报商标局备案；第二，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；第三，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。

**第四十条【许可使用商标的权利】** 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。

**条例第四十三条【许可使用商标的权利】** 许可他人使用其注册商标的，许可人应当自商标使用许可合同签订之日起 3 个月内 将合同副本报送商标局备案。(zhangs110: 专利实施细则 25.2, 专利实施许可合同应当在合同生效之日起三个月内备案。)

## 2. 注册商标的有效期和期限起算日

(10 年, 核准注册之日, 法第 37 条)

**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①核准注册之日起计算。

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②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 (6 个月, 10 年, 公告; 法第 38 条, 条例第 27 条)

**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。

**条例第二十七条** 注册商标需要续展注册的，应当向商标局提交商标续展注册申请书。商标局核准商标注册续展申请后，发给相应证明，并予以公告。

续展注册商标有效期自该商标上一届有效期满次日起计算。

(zhangs110: 须注意的是，大纲的宽限期对应于法的宽展期)

### (2)、转让 (签订转让协议 共同申请 核准公告 受让人义务)

课件: 签订转让协议、申请、核准公告;

受让人义务 (保证质量, 标明被许可人, 办理转让申请手续,

相同近似一并转让; 法第 39 条, 条例第 25 条)

(刘心稳补充) 商标转让过程中要注意以下几个问题:

①注册商标的转让必须采用书面形式。法 39 规定，转让注册商标的，转让人和受让人应当签订转让协议。

②双方申请, 单方办理。即由转让人和受让人共同向商标局提交转让注册商标申请书，但转让注册商标申请书的手续由受让人办理。

③商标注册人对其在同一种或类似商品上注册的相同或者近似的商标, 应当一并转让。这是为防止产生误

认、混淆或其他不良影响和保护消费者利益而对注册商标转让权所作的适当的限制。如果未一并转让，由商标局通知其限期改正；期满不改正的，视为放弃转让该注册商标，由商标局通知申请人。

④**受让人有保证注册商标商品质量的义务。**

⑤**公告生效原则。**转让注册商标的协议属于合同法调整的范围，但在**当事人签订合同之后并不当然生效**，而**只是具备法律规定的特殊要件之后才能生效**。法律规定的特殊生效要件就是核准和公告。法律规定，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。

**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**。**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。

**条例第二十五条** 转让注册商标的，**转让人和受让人**应当向商标局提交转让注册商标申请书。转让注册商标申请手续**由受让人办理**。商标局核准转让注册商标申请后，发给受让人相应证明，并予以公告。

转让注册商标的，商标注册人对其在**同一种或者类似商品上注册的相同或者近似的商标，应当一并转让**；未一并转让的，由商标局通知其限期改正；期满不改正的，视为放弃转让该注册商标的申请，商标局应当书面通知申请人。

对可能产生误认、混淆或者其他不良影响的转让注册商标申请，商标局**不予核准**，**书面通知申请人并说明理由**。

### (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）

课件：商标使用许可合同、备案（**可以签订许可合同**）

许可人和被许可人的义务（质量监督、保证；标明被许可人名称和商品产地）

（法第 40 条，**条例 43**、民事解释第 3、19、20 条）

（**刘心稳补充**）注册商标的许可是指注册商标专用权人允许他人**在一定范围和时间之内**使用该注册商标。需要注意以下几点：

①**许可的形式可以是书面合同，也可以是其他形式**。这一点与注册商标的转让不同。如果是以合同形式许可的，商标使用许可合同应当报商标局备案。（由许可人办理备案手续，条例 43）

②**许可人的监督义务和被许可人的商品质量保证义务**。法 40。

③**被许可人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**。这是为了使被许可人生产的产品能够与许可人自己的商品区分开来，从而使消费者能够了解商品的真实信息以防上当受骗。

**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。

**条例第四十三条** 许可他人使用其注册商标的，许可人应当自商标使用许可合同签订之日起**3 个月内**将合同副本报送商标局备案。（**zhangsf110**：专利细则 25.2 规定，**专利实施许可合同应当自合同生效之日起 3 个月内备案**）

民事解释第三条 商标法第四十条规定的商标使用许可包括以下三类：

（一）独占使用许可，是指商标注册人在约定的期间、地域和以约定的方式，将该注册商标仅许可一个被许可人使用，商标注册人依约定不得使用该注册商标；

（二）排他使用许可，是指商标注册人在约定的期间、地域和以约定的方式，将该注册商标仅许可一个被许可人使用，商标注册人依约定可以使用该注册商标但不得另行许可他人使用该注册商标；

（三）普通使用许可，是指商标注册人在约定的期间、地域和以约定的方式，许可他人使用其注册商标，并可自行使用该注册商标和许可他人使用其注册商标。

民事解释第十九条 商标使用许可合同**未经备案的，不影响该许可合同的效力，但当事人另有约定的除外**。

**商标使用许可合同未在商标局备案的，不得对抗善意第三人。**

民事解释第二十条 注册商标的转让不影响转让前已经生效的商标使用许可合同的效力，但商标使用许可合同**另有约定的除外**。

### 权利的转让和许可中的登记、备案（考前仓促总结）

	转让登记或备案	转让管理	许可合同以及形式
著作权	可以备案		专有许可合同为书面/可以备案
专利权	应当登记	技术管理	书面形式/生效起 3 个月内备案
品种权	应当登记	技术管理	书面形式/备案
布图设计	应当登记	技术管理	书面形式/备案
商标专用权	应当登记		可书面合同可其它/合同则应签订起三个月内备案

## 五、注册商标专用权的消灭（091126）

（刘心稳）根据发生原因不同，商标专用权的消灭分为注销和撤销两种。

### 1. 注册商标的注销

（课件）注销的具体情况分三种：①期满不续展（zhangsf110：我认为更严格应该是“宽展期满不续展”），法 38；②自己申请，条例 46；③他人申请，条例 47

**第三十八条【期满不续展】** 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。

**条例第四十六条【自己申请】** 商标注册人申请注销其注册商标或者注销其商标在部分指定商品上的注册的，应当向商标局提交商标注销申请书，并交回原《商标注册证》。

商标注册人申请注销其注册商标或者注销其商标在部分指定商品上的注册的，该注册商标专用权或者该注册商标专用权在该部分指定商品上的效力自商标局收到其注销申请之日起终止。

**条例第四十七条【他人申请】** 商标注册人死亡或者终止，自死亡或者终止之日起1年期满，该注册商标没有办理移转手续的，任何人可以向商标局申请注销该注册商标。提出注销申请的，应当提交有关该商标注册人死亡或者终止的证据。

注册商标因商标注册人死亡或者终止而被注销的，该注册商标专用权自商标注册人死亡或者终止之日起终止。

### 2. 注册商标的撤销

大纲的分类不能包括所有情形，至少还有：“**其他任何人申请商标评审委员会撤销、其他任何人申请商标局注销（条例 39）**”的情况，待整理。。。

#### (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）

课件：

撤销事由（违反商标注册法定条件，欺骗或者不正当手段取得，使用不当；法第 41、44、45 条，条例第 29、39）

撤销程序（公告；条例第 40 条）

对撤销决定不服的救济（15 日，30 日；法第 49 条）

**第四十一条.1** 已经注册的商标，违反本法①第十条（不得作为商标使用）、②第十一条（不得作为商标注册）、③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④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。

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。

（张理解：1、妨害公共利益的商标局可以主动撤销该注册商标且没有 5 年的限制，妨害公共利益的，其他任何单位和个人均可以请求商标评审委员会裁定撤销该注册商标并且没有 5 年的限制；2、一般仅妨害个人、单位或者其他组织的利益的商标局不会主动撤销该注册商标，必须由商标所有人或者利害关系人提出申请，而且非驰名商标有 5 年的时间限制；3、到 091126 为止，个人理解，任何单位或者个人包括商标所有人或者利害关系人，只能向商标评审委员会提出撤销该注册商标的请求。）

**条例第二十九条** 商标法第四十一条第三款所称对已经注册的商标有争议，是指在先申请注册的商标注册人认为他人在后申请注册的商标与其在同一种或者类似商品上的注册商标相同或者近似。（张理解：根据法 41 和条例 29，在先商标的注册人只有自后一商标注册之日起五年内提出，而且根据法条字面含义，没有规定其他单位或者个人可以申请商标评审委员会裁定，也没有规定商标局会主动撤销该注册商标。这样的话，出现在同一种或者类似商品上注册相同或者近似商标两件商标权长期共存而无法解决。）

**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。

**条例第三十九条** 有商标法第四十四条第（一）项、第（二）项、第（三）项行为之一的，由工商行政管理部门责令商标注册人限期改正；拒不改正的，报请商标局撤销其注册商标。

有商标法第四十四条第（四）项行为的，任何人可以向商标局申请撤销该注册商标（张理解：连续三年不用并非商标局责任，因此不是对商标局有意见，不可以向商标评审委员会提起撤销，而向商标局提出！！），并说明有关情况。商标局应当通知商标注册人，限其自收到通知之日起2个月内提交该商标在撤销申请提出前使用的证据材料或者说明不使用的正当理由；期满不提供使用的证据材料或者证据材料无效并没有正当理由的，由商标局撤销其注册商标。

前款所称使用的证据材料，包括商标注册人使用注册商标的证据材料和商标注册人许可他人使用注册商标的证据材料。

**条例第四十条** 依照商标法第四十四条、第四十五条的规定被撤销的注册商标，由商标局予以公告；该注册商标专用权自商标局的撤销决定作出之日起终止。

**条例第四十一条** 商标局、商标评审委员会撤销注册商标，撤销理由仅及于部分指定商品的，撤销在该部分指定商品上使用的商标注册。

**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。

**不得作为商标注册的标志（根据刘心稳统一编号）**

**第十一条** 下列标志不得作为商标注册：

- （一）①仅有本商品的通用名称、图形、型号的；
- （二）②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）③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**④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：**

课件撤销事由（法第41条）

撤销机构（商标评审委员会）

撤销程序（5年，恶意注册无时限（zhangsf110：仅对驰名商标所有人）；法第41条）

对撤销裁定不服的救济（30日内起诉，第三人；法第43条）

（补充：撤销可以限于部分指定商品上的注册；撤销或者注销之日起一年内不予核准注册）

**（刘心稳）当事人请求的撤销** 当事人请求的撤销是指与商标权人有害关系的其他单位或者个人请求商标评审委员会裁定撤销已经注册的商标。

**1) 撤销事由** 商标专用权人至少违反了下列情形之一：

①就相同或者类似商品申请注册的商标是复制、摹仿或翻译他人未在中国注册的驰名商标，容易导致混淆的。

②就不相同或者不相类似商品申请注册的商标是复制、摹仿或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。

③未经授权，代理人或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，被代理人或被代表人提出异议的。

④商标中有商品的地理标志，而该商品并非来源于该标志所标示的地区，误导公众的，不予注册并禁止使用，但是，已经善意取得注册的继续有效。

⑤申请商标注册损害他人现有的在先权利，或者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。

2) **撤销机构** 向商标评审委员会申请裁定。

3) **撤销程序**

可以自该商标注册之日起 **5 年**内，由商标所有人或利害关系人向 **商标评审委员会** 申请 **裁定** 撤销该注册商标。对 **恶意注册的，驰名商标** 所有人不受 5 年的时间限制。

4) **对撤销决定不服的救济**

当事人对商标评审委员会的裁定不服的，可以自收到通知之日起 **30 日** 内向法院起诉。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。

**第四十一条** 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。

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。

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。

**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。

**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** 内向法院起诉。

## 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）

课件：

注册商标的使用规定（法第 6、44、45 条）

违反规定的处罚

（限期改正，通报，罚款，撤销，限期申请注册；法第 44、45、47 条）

对处罚的救济

（对商标局撤销不服—复审，15 日；对商标评审委员会决定不服—起诉，30 日；对工商行政管理部门罚款决定不服—起诉，15 日）

（法第 49、50 条）

（刘心稳）

#### （1）注册商标的使用规定

使用注册商标的，不得有下列行为：

- ① 自行改变注册商标的；
- ② 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；
- ③ 自行转让注册商标的；
- ④ 连续三年停止使用的；



⑤使用注册商标，其商品粗制滥造、以次充好、欺骗消费者的；（法 45）

⑥国家规定必须使用注册商标的商品，未经核准注册，在市场销售的。（刘：我国现行商标法仅对极少数与人民生活关系密切，直接涉及人民身体健康的商品予以强制注册，如烟草制品上必须使用注册商标。）（zhangsf110：2002 年以后人用药品已经不再强行注册）

⑦（同步补充）不得超出注册商标核定的使用范围。

### （2）、违反规定的处罚

①违反前四项规定的行为之一的，由商标局责令限期改正或者撤销其注册商标；

②有上述第五项规定的情形的，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。（zhangsf110：关于上述①—③项，见法 44 和条例 39 “有商标法第四十四条第（一）项、第（二）项、第（三）项行为之一的，由工商行政管理部门责令商标注册人限期改正；拒不改正的，报请商标局撤销其注册商标。”注意：第五项比（一）--（四）多了工商行政管理部门“责令限期改正，并可以予以通报或者处以罚款”）

③有上述第六项规定的情形的，由地方工商行政管理部门责令限期注册，可以并处罚款。

### （3）、对处罚的救济

①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。

②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。

③对工商行政管理部门根据本法对上述第 5（法 45）、第 6（法 47）的情形作出的罚款决定，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。

**第六条** 国家规定必须使用注册商标的商品，必须申请商标注册，未经核准注册的，不得在市场销售。（刘心稳：我国现行商标法仅对极少数与人民生活关系密切，直接涉及人民身体健康的商品予以强制注册，如烟草制品上必须使用注册商标。）

**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。

**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（zhangsf110：如果使用注册商标出现此情形，见法 45 “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。”）。

## 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）

课件：

未注册商标的使用规定（法第 48 条）

违反规定的处罚（由地方工商行政管理部分予以制止，限期改正，并可以予以通报或者处以罚款）

对处罚的救济（15 日内起诉；法第 50 条）

(刘心稳)

### (1)、未注册商标的使用规定

使用未注册商标的，不得有下列行为：

- ①冒充注册商标的；
- ②违反商标法第 10 条规定的；
- ③其商品粗制滥造、以次充好、欺骗消费者的。

### (2)、违反规定的处罚

有上述三种行为之一的，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。

### (3)、对处罚的救济

对工商行政管理部门根据本法对违反未注册商标的使用规定（法 48）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。

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（zhangsf110：如果使用注册商标出现此情形，见法 45 “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。

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。

## 七、注册商标专用权的保护

### 1. 侵犯注册商标专用权的行为

课件：（法第 52 条，条例第 50 条，民事解释第 1 条；民事解释第 9—12 条）

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；（刘心稳：该行为不以销售者明知为主要要件。）
- （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。

条例第五十条 有下列行为之一的，属于商标法第五十二条第（五）项所称侵犯注册商标专用权的行为：

- （一）在同一种或者类似商品上，将与他人注册商标相同或者近似的标志作为商品名称或者商品装潢使用，误导公众的；
- （二）故意为侵犯他人注册商标专用权行为提供仓储、运输、邮寄、隐匿等便利条件的。

民事解释第一条 下列行为属于商标法第五十二条第（五）项规定的给他人注册商标专用权造成其他损害的行

为：

(一) 将与他人注册商标相同或者相近似的文字作为企业的字号在相同或者类似商品上突出使用，容易使相关公众产生误认的；

(二) 复制、摹仿、翻译他人注册的驰名商标或其主要部分在不相同或者不类似商品上作为商标使用，误导公众，致使该驰名商标注册人的利益可能受到损害的；

(三) 将与他人注册商标相同或者相近似的文字注册为域名，并且通过该域名进行相关商品交易的电子商务，容易使相关公众产生误认的。

**民事解释第九条** 商标法第五十二条第(一)项规定的商标相同，是指被控侵权的商标与原告的注册商标相比较，二者在视觉上基本无差别。

商标法第五十二条第(一)项规定的商标近似，是指被控侵权的商标与原告的注册商标相比较，其文字的字形、读音、含义或者图形的构图及颜色，或者其各要素组合后的整体结构相似，或者其立体形状、颜色组合近似，易使相关公众对商品的来源产生误认或者认为其来源与原告注册商标的商品有特定的联系。

**民事解释第十条** 人民法院依据商标法第五十二条第(一)项的规定，认定商标相同或者近似按照以下原则进行：

(一) 以相关公众的一般注意力为标准；

(二) 既要进行对商标的整体比对，又要进行对商标主要部分的比对，比对应当在比对对象隔离的状态下分别进行；

(三) 判断商标是否近似，应当考虑请求保护注册商标的显著性和知名度。(张理解：要求保护的注册商标显著性越大知名度越高，则更容易将别人判为相似?)

**民事解释第十一条** 商标法第五十二条第(一)项规定的①类似商品，是指在功能、用途、生产部门、销售渠道、消费对象等方面相同，或者相关公众一般认为其存在特定联系、容易造成混淆的商品。

②类似服务，是指在服务的目的、内容、方式、对象等方面相同，或者相关公众一般认为存在特定联系、容易造成混淆的服务。

③商品与服务类似，是指商品和服务之间存在特定联系，容易使相关公众混淆。

**民事解释第十二条** 人民法院依据商标法第五十二条第(一)项的规定，认定商品或者服务是否类似，应当以相关公众对商品或者服务的一般认识综合判断；《商标注册用商品和服务国际分类表》、《类似商品和服务区分表》可以作为判断类似商品或者服务的参考。(zhangsf110：这个理念与外观设计相似的判断很相近。)

## 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)  
 课件：协商 请求工商行政管理部门处理、诉讼(法第53条，民事解释第4条) 诉前的责令停止侵权行为、财产保全和证据保全(法第57、58条，有关保全的司法解释)

**第五十三条【协商 请求工商行政管理部门处理 诉讼】** 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《中华人民共和国民事诉讼法》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。(zhangsf110：与侵犯专利权引起纠纷的救济类似!)

**民事解释第四条** 商标法第五十三条规定的利害关系人，包括注册商标使用许可合同的被许可人、注册商标财产权利的合法继承人等。

在发生注册商标专用权被侵害时，独占使用许可合同的被许可人可以向人民法院提起诉讼；排他使用许可合同的被许可人可以和商标注册人共同起诉，也可以在商标注册人不起诉的情况下，自行提起诉讼；普通使用许可合同的被许可人经商标注册人明确授权，可以提起诉讼。

**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【诉前的责令停止侵权行为、财产保全】** 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。(张理解：注意法言法语，责令停止“有关行为”，没有说停止“侵权行为”，因为是否侵权或许还需要法院在随后的诉讼程序中认定。)

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。

**民事诉讼法 93** 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。

**民事诉讼法 94** 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。

**民事诉讼法 95** 被申请人提供担保的，人民法院应当解除财产保全。

**民事诉讼法 96** 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。

**民事诉讼法 99** 当事人对财产保全或者裁定的裁定不服的，可以申请复议一次。复议期间不停止裁定的执行。

**第五十八条【证据保全】** 为制止侵权行为，在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下，商标注册人或者利害关系人可以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）

课件：（法第 56 条，民事解释第 13—18、21 条）（商标法修改决定施行前发生的案件，人民法院于该决定施行时尚未作出生效判决的，参照修改后的第 56 条规定处理）

**第五十六条【赔偿数额的确定】** 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。

**【赔偿数额的行政调解】** 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。

**民事解释第十三条** 人民法院依据商标法第五十六条第一款的规定确定侵权人的赔偿责任时，可以根据权利人选择的计算方法计算赔偿数额。

**民事解释第十四条** 商标法第五十六条第一款规定的侵权所获得的利益，可以根据侵权商品销售量与该商品单位利润乘积计算；该商品单位利润无法查明的，按照注册商标商品的单位利润计算。

**民事解释第十五条** 商标法第五十六条第一款规定的因被侵权所受到的损失，可以根据权利人因侵权所造成商品销售减少量或者侵权商品销售量与该注册商标商品的单位利润乘积计算。

**民事解释第十六条** 侵权人因侵权所获得的利益或者被侵权人因被侵权所受到的损失均难以确定的，人民法院可以根据当事人的请求或者依职权适用商标法第五十六条第二款的规定确定赔偿数额。

人民法院在确定赔偿数额时，应当考虑侵权行为的性质、期间、后果，商标的声誉，商标使用许可费的数额，商标使用许可的种类、时间、范围及制止侵权行为的合理开支等因素综合确定。

当事人按照本条第一款的规定就赔偿数额达成协议的，应当准许。

**民事解释第十七条** 商标法第五十六条第一款规定的制止侵权行为所支付的合理开支，包括权利人或者委托代理人对侵权行为进行调查、取证的合理费用。

人民法院根据当事人的诉讼请求和案件具体情况，可以将符合国家有关部门规定的律师费用计算在赔偿范围内。

**民事解释第十八条** 侵犯注册商标专用权的诉讼时效为三年，自商标注册人或者利害关系人知道或者应当知道侵权行为之日起计算。商标注册人或者利害关系人超过二年起诉的，如果侵权行为在起诉时仍在持续，在该注册商标专用权有效期限内，人民法院应当判决被告停止侵权行为，侵权损害赔偿数额应当自权利人向人民法院起诉之日起向前推算三年计算。

**民事解释第二十一条** 人民法院在审理侵犯注册商标专用权纠纷案件中，依据民法通则第一百三十四条、商标法第五十三条的规定和案件具体情况，可以判决侵权人承担停止侵害、排除妨碍、消除危险、赔偿损失、消除影响等民事责任，还可以作出罚款，收缴侵权商品、伪造的商标标识和专门用于生产侵权商品的材料、工具、设备等财物的民事制裁决定。罚款数额可以参照《中华人民共和国商标法实施条例》的有关规定确定。

工商行政管理部门对同一侵犯注册商标专用权行为已经给予行政处罚的，人民法院不再予以民事制裁。

**(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）

课件：（法第 53、54、55 条；对赔偿数额可以进行调解）

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。

**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。

**第五十五条** 县级以上工商行政管理部门根据已经取得的违法嫌疑证据或者举报，对涉嫌侵犯他人注册商标专用权的行为进行查处时，可以行使下列职权：

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

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

**(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。

参考刑法部分，法条编号按刑法部分：**假冒注册商标罪；销售假冒注册商标的商品罪；非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪：**

**①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。**

【关于“**罚金**”与“**罚款**”的区别，网络搜索：罚金与罚款在法律上是两个不同的概念。罚金是人民法院强制犯罪分子向国家缴纳一定金钱的刑罚方法。它是对犯罪分子实行经济制裁的一种附加刑。罚金数额根据犯罪情节决定。而罚款是行政主体强迫违法行为人交纳一定数额金钱，以使其财产上的权益受到损害的处罚措施。罚款的数额一般由法规规定。由此可见，罚金和罚款尽管都是处罚方法，但其性质不同，前者是**刑罚附加刑**，后者是一种**行政处罚**；其**适用的对象不同**，前者是**犯罪分子**，后者是**违法行为人**。】

**第二百二十条【“双罚制”】** 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。

**解释第一条** 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；（zhangsf110：前款（一）数额 X5）

(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；  
(zhangsf110: 前款(二)数额 X5)

(三) 其他情节特别严重的情形。

**解释第八条** 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。(张理解：甲将商标印在鞋子上，乙将相同的商标用在鞋子的包装盒上，丙则在作鞋子广告宣传时用到该商标，等等，则甲、乙和丙将相同的商标用在了同一种商品上。)

**解释第十三条** 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**。

(刘心稳) 单位犯本罪的，实行“双罚制”

## ②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**。

**解释第二条** 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。

**解释第九条** 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。

(刘心稳) 单位犯本罪的，实行“双罚制”

## ③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**。

**解释第三条** 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

(刘心稳) 单位犯本罪的，实行“双罚制”

## 八、驰名商标

(刘心稳) 驰名商标是经过长期使用，具有良好信誉，为公众普遍知晓的商标。根据《巴黎公约》的规定各缔约国均有保护驰名商标的义务。

### 1. 驰名商标的认定

法第 14 条，民事解释第 22 条)

(认定主体)

**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；(zhangsf110: 注意是“相关”公众，不是“全体”公众)
- (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。

(**民事解释第二十二条** **人民法院**在审理商标纠纷案件中，根据当事人的请求和案件的具体情况，可以对涉及的**注册商标是否驰名依法作出认定**。

认定驰名商标，应当依照商标法第十四条的规定进行。

当事人对曾经被**行政机关**或者**人民法院**认定的驰名商标请求保护的，对方当事人对涉及的商标驰名不持异议，**人民法院不再审查。提出异议的，人民法院依照商标法第十四条的规定审查。**)

**2. 对驰名商标的特殊保护**

(法第13条， 民事解释第2条)

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。

**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**。

**民事解释第二条** 依据商标法第十三条第一款的规定，复制、摹仿、翻译他人未在中国注册的驰名商标**或其主要部分**，在相同或者类似商品上作为商标使用，容易导致混淆的，应当承担停止侵害的民事法律责任。

**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**的大用药品和烟草制品**，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

**不正当竞争概念：**经营者违反本法规定，损害其他经营者的合法权益，扰乱社会经济秩序的行为。

**不正当竞争种类：**商品主体、营业主体、质量混同行为；强制交易；滥用行政权力限制竞争；商业贿赂；虚假广告宣传；侵犯商业秘密；以排挤竞争对手为目的的低于成本价销售；违法搭售；不正当有奖销售；诽谤竞争对手；串通投标。

## 1、不正当竞争的种类

**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)**【商品主体混同行为】**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)**【营业主体混同行为】**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)**【质量混同行为】**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。（**zhangsf110：“知名商品”是法学中一个专门概念，这里不再展开。**）

**第六条【强制交易】** **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【滥用行政权力限制竞争】** 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【商业贿赂】** 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【虚假广告宣传】** 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【侵犯商业秘密】** 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①**不为公众所知悉**、②**能为权利人带来经济利益**、③**具有实用性并**④**经权利人采取保密措施的技术信息和经营信息。**

**第十一条【以排挤竞争对手为目的的低于成本价销售】** 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【违法搭售】** 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。（张理解：购买者希望搭送的不应在此列。）

**第十三条【不正当有奖销售】** 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【诽谤竞争对手】** 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【串通投标】** 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。

## 2、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

## 3、反不正当竞争法的基本原则

自愿、平等、公平、诚实信用、遵守公认的商业道德

遵守公认的商业道德是反不正当竞争法规定的一项特定原则。

## 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

#### 2.1 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。

#### 2.2 侵犯商业秘密的法律责任（民事责任 行政责任 刑事责任）

##### （1）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。

##### （2）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。（zhangsf110：根据杨立真题 P462，没有没收违法所得的处罚）（zhangsf110：行政责任和民事责任侵权人可以依法同时适用。）

##### （3）刑事责任（刑法第 219 条）

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

**刑法第二百一十九条** 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。

**解释第七条** 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（50X5）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。

**刑法第二百二十条【单位犯罪“双罚制”】** 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。（zhangsf110：既罚单位也罚直接负责的主管人员和其他直接责任人员个人。）

**解释第十五条【单位犯罪量刑】** 单位实施刑法第二百一十三条至第二百一十九条规定的行为，按照本解释规定

的相应个人犯罪的定罪量刑标准的三倍定罪量刑。

**(张) 关于处罚的方式大致总结:**

侵犯知识产权罪的处罚基本分为两种情况,情况严重的处三年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处罚金,特别严重的处三年以上七年以下有期徒刑,并处罚金。其中特殊的是“假冒专利罪”和“销售侵权复制品罪”,只有一种处罚:处三年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处罚金。

### 植物新品种保护条例

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

申请品种权的植物新品种应当属于列入国家植物品种保护名录中列举的植物的属或种；植物新品种具有新颖性、特异性、一致性和稳定性；适当的名称

##### (1)、国家植物品种保护名录

**第十三条** 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。植物品种保护名录由审批机关确定和公布。

##### (2)、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（张理解：不论是否“藤本植物、林木、果树和观赏树木品种繁殖材料”还是其他植物品种的繁殖材料）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

**(刘心稳补充)** 考虑到技术复杂的现实性，条例 45 规定，审批机关可以对本条例实施前首批列入植物品种保护名录的和本条例施行后新列入植物品种保护名录的植物属或种的新颖性要求作出变通性规定。农业部和林业部给予该条规定的授权，这两个部门的规章都对新颖性要求作出了变通规定。给予被申请品种权的新品种在新颖性要求方面的一个宽限期。

##### (3)、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

##### (4)、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

##### (5)、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

##### (6)、适当的命名

条例 18 对此进行了规定，而条例实施细则的农业部分（15）和林业部分（13）作出了具体规定：**第十八条** 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：

- （一）仅以数字组成的；
- （二）违反社会公德的；
- （三）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。

**细则 15（农业部分）** 依照条例第十八条的规定，有下列情形的，不得用于新品种命名：

- （一）仅以数字组成；
- （二）违反国家法律或者社会公德或者带有民族歧视性的；
- （三）以国家名称命名的；
- （四）以县级以上行政区划的地名或者公众知晓的外国地名命名的；
- （五）同政府间国际组织或者其他国际国内知名组织及标识名称相同或者近似的；
- （六）对植物新品种的特征、特性或者育种者身份等容易引起误解的；
- （七）属于相同或者相近植物属或者种的已知名称的；
- （八）夸大宣传的。

**细则 13（林业部分）** 除《条例》第十八条规定的以外，有下列情形之一的，不得用于植物新品种命名：

- （一）违反国家法律、行政法规规定或者带有民族歧视性的；
- （二）以国家名称命名的；
- （三）以县级以上行政区划的地名或者公众知晓的外国地名命名的；
- （四）同政府间国际组织或者其他国际知名组织的标识名称相同或者近似的；

(五) 属于相同或者相近植物属或者种的已知名称的。

### 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 (已不同于新专利法)

**第二十条** 外国人、外国企业或者外国其他组织在中国申请品种权的, 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, 或者根据互惠原则, 依照本条例办理。

### 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。申请被批准后, 品种权属于申请人。

### 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)

#### (1)、申请文件、(2)、申请语言: (A21)

**第二十一条** 申请品种权的, 应当向审批机关提交符合规定格式要求的请求书、说明书和该品种的照片。申请文件应当使用中文书写。

**第二十四条【受理】** 对符合本条例第二十一条规定的品种权申请, 审批机关应当予以受理, 明确申请日、给予申请号, 并自收到申请之日起 1 个月内通知申请人缴纳申请费。对不符合或者经修改仍不符合本条例第二十一条规定的品种权申请, 审批机关不予受理, 并通知申请人。

#### (3)、申请日的确定

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

**第二十二条** 审批机关收到品种权申请文件之日为申请日; 申请文件是邮寄的, 以寄出的邮戳日为申请日。

#### (4)、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

#### (5)、向外国申请品种权

**第二十六条** 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)

**第十九条** 中国的单位和个人申请品种权的, 可以直接或者委托代理机构向审批机关提出申请。

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。（zhangsf110：比较专利法的思路，我认为条例 26 要求审批机关登记的目的可能基于国家安全或者重大利益需要保密的情况，故把条例 19 也贴在此处便于参考。）

### (6)、申请文件的修改和撤回

#### 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

#### 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（zhangsf110：“应当”是指不允许合案申请？）

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）

### (1)、初步审查内容

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；（zhangsf110：即申请人主体资格审查）

是否符合新颖性的规定；（张理解：初步审查不涉及“特异性”“一致性”“稳定性”）

植物新品种的命名是否适当。

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

**第二十八条【初步审查期限】** 审批机关应当自受理品种权申请之日起 6 个月 内完成初步审查。

对经初步审查合格的品种权申请，审批机关予以公告，并通知申请人在 3 个月 内缴纳审查费。对经初步审查不合格的品种权申请，审批机关应当通知申请人在 3 个月内陈述意见或者予以修正；逾期未答复或者修正后仍然不合格的，驳回申请。

### (2)、实质审查

#### 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

### (3)、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

#### (5)、品种权的授予

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（**zhangsf110: ①对宣告品种权无效不服的起诉期限为3个月，②专利复审或者无效决定不服的起诉均是3个月**）向人民法院提起诉讼

## 四、品种权的内容

### 1. 排他的独占权

任何单位或者个人未经品种权人（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（**zhangsf110: 注意与专利的比较。**）

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**（**张理解：这与育种科研活动不同。**）

条例另有规定的除外（**zhangsf110: 指“合理使用”和“强制许可”**）

**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(包括菌木)、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（①育种及其他科研活动 ②农民自繁自用）

即**合理使用**，分两种情况：①**育种及其他科研活动** ②**农民自繁自用**。可以不经品种权人许可，不向其支付使用费。

**第十条【不需要经品种权人许可的使用】**(对品种权的限制情形)在下列情况下使用授权品种的，可以不经品种权人许可，不向其支付使用费，但是不得侵犯品种权人依照本条例享有的其他权利：

①**利用授权品种进行育种及其他科研活动**（不支付使用费）

②**农民自繁自用** 授权品种的繁殖材料（不支付使用费）

### 3. 强制许可

**第十一条** 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，并予以**登记和公告**。取得实施强制许可的单位或者个人应当**付给品种权人合理的使用费**，其数额由双方商定；双方不能达成协议的，由**审批机关裁决**。品种权人对强制许可决定或者强制许可使用费的裁决不服的，可以自收到通知之日起**3个月**内向人民法院提起诉讼。（应当支付使用费）

### 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**（**专利法相当于划线部分的内容已经变了，此处将来也应该进行类似的修改。**）

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 期限届满前终止）

### (1)、品种权保护期限届满终止

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](#)

### (2)、期限届满前终止的情形

**第三十六条** 有下列情形之一的，品种权在其保护期限届满前终止：

- (一) 品种权人以书面声明放弃品种权的；
- (二) 品种权人未按照规定缴纳年费的；
- (三) 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的；
- (四) 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的。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)

**刘心稳**：品种权的无效是一项[基于申请启动](#)的，由复审机构对已授予品种权的植物品种[再次审查](#)，发现不符合授权条件并作出授予品种权无效决定的程序，被宣告无效的品种权视为自始不存在。

### (1)、无效请求人

任何单位或者个人书面请求启动再次审查程序

### (2)、宣告品种权无效的机构

[植物新品种复审委员会](#)

### (3)、无效的理由

新颖性、特异性、一致性、稳定性

植物品种属于危害公共利益、生态环境的植物品种（**刘心稳补充，R4公共利益**）

申请品种权的植物不属于国家植物品种保护名录中列举的植物的属或者种。

（**zhangsf110**：此条不属于无效的理由涉及的内容）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）

### (4)、对无效决定不服的救济

对无效决定不服的，3个月内向人民法院起诉（**zhangsf110**：复审不服起诉的期限为15日）

### (5)、无效决定的效力

**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。

（在今后学习中注意：授予品种权具有的排他独占权中，除了未经权利人许可不得为商业目的的生产或者销售该授权的繁殖材料外，也包括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。[在临时保护中已经包括生产和销售两种情况，但为何没有包括“将繁殖材料重复使用于生产另一品种的繁殖材料”这种情况？](#)）

（[同步教程补充救济程序](#)）这种保护的法律程序必须是在授权后才能正式启动，起表现形式为

品种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，以补偿其在临时保护期间应得的使用费。

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

（刘心稳）侵犯品种权的行为基本可以分为三类，一是未经授权的生产、销售行为；二是假冒授权品种的行为；三是销售授权品种未使用其注册登记的名称的行为。

### （1）、未经授权的生产、销售行为

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行为。条例在规定这种行为时特别强调了以商业目的这一要件。而生产销售的对象是品种权人享有权利的繁殖材料。

（同步教程）对于该行为，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起诉。（张问题：为何这里没有涉及当事人协商的救济途径？不可以协商？通过利用电脑查找功能，以“协商”为关键词查找，在条例、细则农业部分、细则林业部分、高院解释范围内，没有发现有关侵权可以采取协商的救济方式。）

### （2）、销售授权品种未使用其注册登记的名称：

（刘心稳）销售授权品种未使用其注册登记的名称的行为，其行为主体是有权销售的主体，其侵犯品种权的行为不在于没有获得权利人的授权，而是使用了非授权品种注册登记时的名称。这样的行为，是一种隐蔽性的侵犯品种权的行为。

（同步教程）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的农业、林业行政部门依据各自的职权责令限期改正，可以处以1000元以下的罚款。

### 假冒授权品种的行为

也是严重侵犯品种权的行为，但大纲没有列出，故省略。

## 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）

第三十九条 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。省级以上人民政府农业、林业行政部门依据各自的职权，根据当事人自愿的原则，对侵权所造成的损害赔偿可以进行调解。调解达成协议的，当事人应当履行；调解未达成协议的，品种权人或者利害关系人可以依照民事诉讼程序向人民法院提起诉讼。省级以上人民政府农业、林业行政部门依据各自的职权处理品种权侵权案件时，为维护社会公共利益，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。（张问题：为何这里没有涉及当事人协商的救济途径？不可以协商？通过利用电脑查找功能，以“协商”为关键词查找，在条例、细则农业部分、细则林业部分、高院解释范围内，没有发现有关侵权可以采取协商的救济方式。）

第四十条 假冒授权品种的，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。

第四十二条 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。

## 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）

（1）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

（2）假冒授权品种的，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



(3) 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1 0 0 0元以下的罚款。

### 集成电路布图设计保护条例（091127）

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

集成电路布图设计专有权的客体是集成电路布图设计。

##### 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。

（zhangsfl10：组合本身具有独创性，同时组合本身非常规设计。）

**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。

（比较《计算机软件保护条例》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。

#### 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。

**（刘心稳解释）**这就是把外国人布图设计专有权受保护的情形限制为两种，其一是首先在中国境内投入商业利用的。其二是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。二者只要具备其一，该外国人的布图设计专有权就可以获得我国法律的保护。（zhangsfl10：可以根据对等或者互惠给予外国人的布图设计进行保护吗？从一般法律常识看应该可以。）

zhangsfl10：留意比较《著作权法》中有关外国人主体的规定，有相似之处，也有不同之处。在本文档搜索关键词“在中国”。

##### 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。

**（比较著作权法 11：【作者的认定】** 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。

**(张补充) 第十三条** 布图设计专有权属于自然人的，该自然人死亡后，其专有权在本条例规定的保护期内依照继承法的规定转移。

布图设计专有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，其专有权在本条例规定的保护期内由承继其权利、义务的法人或者其他组织享有；没有承继其权利、义务的法人或者其他组织的，该布图设计**进入公有领域**。(zhangsf110: 据在本文搜索，在著作权法中，没有承受其权利和义务的，由**国家享有**。搜索词“承受”。)

### 三、集成电路布图设计专有权的取得

我国相关法律法规规定，布图设计专有权的取得采取登记制，即**布图设计专有权**经国家知识产权局有关部门**登记产生**，**未经登记**的布图设计**不受《集成电路布图设计保护条例》保护**。(张补充：注意，这点不同于著作权，著作权的取得适用“自动取得原则”，例如计算机软件著作权自软件开发完成之日起产生，因此与登记与否无关。)

#### 1. 登记申请

##### 申请应提交的材料

**第十六条** 申请布图设计登记，应当提交：

- (一) 布图设计登记申请表；(zhangsf110: 其作用类似于专利和植物品种权申请的请求书?)
- (二) 布图设计的复制件或者图样；
- (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。

**细则第十二条** 申请文件

以书面形式申请布图设计登记的，应当向国家知识产权局提交布图设计登记申请表**一式两份**以及**一份**布图设计的复制件或者图样。

以国家知识产权局规定的其他形式申请布图设计登记的，应当符合规定的要求。

申请人委托**专利代理机构**向国家知识产权局申请布图设计登记和办理其他手续的，应当同时提交委托书，写明委托权限。

申请人有 2 个以上且未委托专利代理机构的，除申请表中另有声明外，以申请表中指定的第一申请人为代表人。

**细则第十三条** 申请表

布图设计登记申请表应当写明下列各项：

- (一) 申请人的姓名或者名称、地址或者居住地；
- (二) 申请人的国籍；
- (三) 布图设计的名称；
- (四) 布图设计创作者的姓名或者名称；
- (五) 布图设计的创作**完成日期**；(zhangsf110: 条例 12, **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 1 5 年后**，不再受本条例保护**)
- (六) 该布图设计所用于的集成电路的分类；
- (七) 申请人委托专利代理机构的，应当注明的有关事项；申请人未委托专利代理机构的，其联系人的姓名、地址、邮政编码及联系电话；
- (八) 布图设计有条例第十七条所述**商业利用行为的，该行为的发生日**；(zhangsf110: 条例 17, **布图设计自其在世界任何地方首次商业利用之日起 2 年内，未向国务院知识产权行政部门提出登记申请的，国务院知识产权行政部门不再予以登记。**)
- (九) 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页码编号及总页数**；
- (十) 申请人或者专利代理机构的签字或者盖章；
- (十一) 申请文件清单；
- (十二) 附加文件及样品清单；

(十三) 其他需要注明的事项。

#### 细则第十四条 复制件或者图样

按照条例第十六条规定提交的布图设计的复制件或者图样应当符合下列要求：

(一) 复制件或者图样的纸件应当至少放大到用该布图设计生产的集成电路的 20 倍以上；申请人可以同时提供该复制件或者图样的电子版本；提交电子版本的复制件或者图样的，应当包含该布图设计的全部信息，并注明文件的数据格式；(zhangsf110: 细则 39 规定，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。)

(二) 复制件或者图样有多张纸件的，应当顺序编号并附具目录；

(三) 复制件或者图样的纸件应当使用 A4 纸格式；如果大于 A4 纸的，应当折叠成 A4 纸格式；

(四) 复制件或者图样可以附具简单的文字说明，说明该集成电路布图设计的结构、技术、功能和其他需要说明的事项。

#### (刘心稳) 集成电路样品的形式要求

布图设计在申请人日之前已投入商业利用的，申请登记时应提交 4 件含有该布图设计的集成电路样品，并应当符合下列要求：

①所提交的 4 件集成电路样品应置于能保证其不受损坏的专用器具中，并附具填写好的国家知识产权局统一编制的表格。

②器具表面应当写明申请人的姓名、申请号和集成电路名称。

③器具中的集成电路样品应当采用适当的方式固定，不得有损坏，并能够在干燥器中至少存放 10 年。

#### 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。(zhangsf110: 与专利实施条例 3 相同。)

#### 提出申请的时间 (按刘心稳)

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。

第十七条 布图设计自其在世界任何地方首次商业利用之日起 2 年内，未向国务院知识产权行政主管部门提出登记申请的，国务院知识产权行政主管部门不再予以登记。

#### 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。(zhangsf110: 可能会因专利法的修订而进行相应的修改。)

#### 申请日确定：递交日或邮戳日

细则第五条 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。

#### 细则第七条 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種文件，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定的联系人。

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。

### 不予受理的情形

#### 细则第十七条 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。

**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。

**第十七条** 布图设计自其在中国任何地方首次商业利用之日起 **2 年内**，未向国务院知识产权行政部门提出登记申请的，国务院知识产权行政部门不再予以登记。

### 文件的补正和修改

#### 细则第十八条 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（条例第 18 条，结合细则第 17、18 条内容）

（刘心稳）从条例 18 可以发现，初步审查的审查方式是一种排除式审查，即就驳回理由进行审查，审查的内容就是寻找驳回理由，如果没有法定驳回理由，即对申请的布图设计进行登记。

**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。

**细则第十七条** 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。

**细则第十八条 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。

**权利的恢复和期限的延长**（**细则第9条，条例规定期限不得延长，应与专利实施条例6、7进行比较**）

**细则第九条** 权利的恢复和期限的延长

当事人因不可抗拒的事由而耽误本细则规定的期限或者国家知识产权局指定的期限，造成其权利丧失的，自障碍消除之日起2个月内，但是最迟自期限届满之日起2年内，可以向国家知识产权局说明理由并附具有关证明文件，请求恢复其权利。

当事人因正当理由而耽误本细则规定的期限或者国家知识产权局指定的期限，造成其权利丧失的，可以自收到国家知识产权局的通知之日起2个月内向国家知识产权局说明理由，请求恢复其权利。

当事人请求延长国家知识产权局指定的期限的，应当在期限届满前，向国家知识产权局说明理由并办理有关手续。

**条例规定的期限**不得请求延长。

**（刘心稳）** 值得注意的是，权利恢复制度针对的是《集成电路布图设计保护条例》规定的期限或国家知识产权局指定的期限，而**期限延长至第针对的仅仅是国家知识产权局指定的期限**。

**（张解读）** 细则9中明确指出细则规定的期限可以恢复，结合细则9和刘心稳的解释，看来管兴华原件指出“**与专利法相同**”的讲法，看来是对的。

**申请的驳回**（**细则第19条，三种情况**）

**（刘心稳总结）** 申请被驳回有以下三种情况：

① 明显不符合条例第二条第（一）、（二）项规定的。即申请人申请保护的主体不属于《集成电路布图设计保护条例》中规定的集成电路和集成电路布图设计的。

② 明显不符合《集成电路布图设计保护条例》第5条规定的，即该申请保护的主体是思想、处理过程、操作方法或者数学概念的。

③依照《集成电路布图设计保护条例》第 18 条第 2 款的规定，申请文件不符合条例和细则规定的条件的，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细则相关规定的。国家知识产权局应当作出驳回决定。

#### 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）

**细则第十八条第二款** 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。

#### 第二条 本条例下列用语的含义：

（一）集成电路，是指半导体集成电路，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；

（二）集成电路布图设计（以下简称布图设计），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；

（三）布图设计权利人，是指依照本条例的规定，对布图设计享有专有权的自然人、法人或者其他组织；

（四）复制，是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；

（五）商业利用，是指为商业目的进口、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。

**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。

#### 申请的登记（条例第 18 条；细则第 20、37 条）

**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

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）

**第十六条** 申请布图设计登记，应当提交：

- （一）布图设计登记申请表；
- （二）布图设计的复制件或者图样；
- （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。

**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。

**细则第二十条** 布图设计专有权的生效

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

**细则第三十七条** 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。

(zhangsf110:) 注意, 布图设计专有权保护期限的起算日不同于布图设计专有权的生效日:

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。

### 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

#### 细则第二十八条 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。

(张) 注意与复审进行比较: 受理范围不同(细则 28 条规定的情形; 针对国家知识产权局驳回布图设计登记申请的决定不服的)、受理机构不同(国家知识产权局行政复议部门; 国家知识产权局专利复审委员会)。亦参本第“五”部分。

(网络补充) 国务院专利行政部门行政复议的范围 (zhangsf110: 简单理解, 除了复审均可复议! ?)

国务院专利行政部门在进行专利审批的过程中, 经常作出不予受理、视为撤回、驳回等决定。申请人或专利权人对国务院专利行政部门作出的具体行政行为不服或产生争议的, 可以就属于国务院专利行政部门行政复议受理范围的, 提出行政复议申请。国务院专利行政部门主要受理下面几类复议申请:

- (一) 专利申请人对不予受理其申请不服的;
- (二) 专利申请人对申请日的确定有争议的;
- (三) 专利申请人对视为未要求优先权不服的;
- (四) 专利申请人对其专利申请按保密专利申请处理或者不按保密专利申请处理不服的;
- (五) 专利申请人对专利申请视为撤回不服的;
- (六) 专利申请人对视为放弃取得专利权的权利不服的;
- (七) 专利权人对专利权终止不服的;



- (八) 专利申请人、专利权人因耽误有关期限导致其权利丧失，请求恢复权利而不予恢复的；
- (九) 专利权人对给予实施强制许可的决定不服的；
- (十) 强制许可请求人对终止实施强制许可的决定不服的；
- (十一) 国际申请的申请人对国家知识产权局根据专利法实施细则第一百零二条终止其国际专利申请不服的；
- (十二) 国际申请的申请人对国家知识产权局根据专利法实施细则第一百一十五条所作复查决定不服的；
- (十三) 布图设计登记申请人对不予受理布图设计申请不服的；
- (十四) 布图设计登记申请人对布图设计申请视为撤回不服的；
- (十五) 布图设计登记申请人、布图设计权利人因耽误有关期限造成权利丧失，请求恢复权利而不予恢复的；
- (十六) 布图设计权利人对非自愿许可决定不服的；
- (十七) 布图设计权利人、被控侵权人对侵犯布图设计专有权所作行政处罚不服的；
- (十八) 专利代理机构对撤销其机构的处罚不服的；
- (十九) 专利代理人对吊销其《专利代理人资格证书》的处罚不服的；
- (二十) 公民、法人和其他组织认为国家知识产权局作出的其他具体行政行为侵犯其合法权益的。

### 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)

课件：登记簿的查阅 登记簿的副本（细则第 39 条） 复制件或者图样的查阅（细则第 39 条，第 15 条第 3 款；部分限制查阅）

#### 细则第三十七条 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。

#### 细则第三十九条 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。**

#### 细则第十四条 复制件或者图样

按照条例第十六条规定提交的布图设计的复制件或者图样应当符合下列要求：

- (一) 复制件或者图样的纸件应当至少放大到用该布图设计生产的集成电路的 20 倍以上；**申请人可以同时提供该复制件或者图样的电子版本；提交电子版本的复制件或者图样的，应当包含该布图设计的全部信息，并注明文件的数据格式；**（zhangsf110：或许是由于电子版本含有的信息比纸质含有的多，可能含有需要保密的内容，因此查阅或复制受限制？）

#### 细则第十五条 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。

#### 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)

**(zhangsf110: 可能会有变化, 因为新专利法中已经取消了专利的强制许可请求费。)**

zhangsf110: 遍查条例、细则和行政执法办法, 没有找到涉及撤销程序中费用的问题。同步教程和刘心稳均没有涉及撤销程序中的费用问题。因此不予考虑。

##### 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。**(zhangsf110: 请比较, 专利实施条例 124 申请人应当自申请日起 2 个月内或者在收到受理通知书之日起 15 日内缴纳申请费、公布印刷费和必要的申请附加费；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。

**(课件补充, 细则 35)** 如果出现多缴、重缴、错缴布图设计登记费用的，可以自缴费日起一年内提出退款请求。**(zhangsf110: 注意新专利法实施条例已经变为 3 年, 有可能也会进行相应的修改。)**

#### 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(见条例 2.1 (4))

复制，是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；

##### 2、商业利用权的内容及其范围

商业利用，是指为商业目的进口、销售或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。

第七条 布图设计权利人享有下列专有权：

(一) **【复制权的内容及其范围】**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) **【商业利用权的内容及其范围】**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

**(条例第 22 条；细则第 11 条)**

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。

**(zhangsf110: 法条同出知识产权局一门, 专利权申请权和专利权的转让自然也是从登记之日起生效。)**

许可他人使用其布图设计的，当事人应当订立书面合同。

细则第十条 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。（zhangsf110：注意，根据这里的条文，没有排除普通许可的情况。）

#### 细则第十一条 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（条例第 12 条，10 年 / 15 年） 专有权的放弃（细则第 31 条）**

#### 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。（zhangsf110：不同于著作权。）

**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（条例第 23 条第 1 项）**

**反向工程（条例第 23 条第 2 项）**

**独创布图设计的使用（条例第 23 条第 3 项）**

**权利利用尽（条例第 24 条）**

**善意商业利用（条例第 33 条）**

**非自愿许可（条例第 25、26 条）**

**（补充条例第 27—29 条）**

#### 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）**【合理使用】**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）**【反向工程】**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)【独创布图设计的使用】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

**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)【合理使用】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)【反向工程】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)【独创布图设计的使用】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。

(刘心稳) 合理使用与反向工程的关系，应该说两者的共同之处在于对他人的布图设计进行了非商业性的复制和使用；差异则在于一般的合理使用行为并不一定包含创造新的布图设计的过程，而反向工程则必然包含这个过程，而且最大的区别之一是反向工程开发出来的新的布图设计可以投入商业使用。

(刘心稳) 反向工程必须满足的条件：

其一，构成反向工程的行为，其直接目的必须是对他人的布图设计进行分析、评价、用于教学或在他人布图设计的基础上创作新的布图设计；

其次，对在反向工程中复制的他人的布图设计不能进行商业利用；

再次，利用反向工程所创作出的新的布图设计必须符合独创性的要求。这里，对这种“第二布图设计”的独创性的判断，要求反向工程者出具相关证明文件和实验数据等作为证据，并且原则上它不能与被进行反向工程的集成电路布图设计完全相同。

### 独创布图设计的使用

**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)【合理使用】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)【反向工程】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)【独创布图设计的使用】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。

(刘心稳) 与所有的其他作品一样，布图设计专有权人不能排斥他人对自己独立创作的与其相同的布图设计进行复制或将其投入商业利用的权利。当然，该他人必须完成对自己“独立创作”的证明，而通常这样的证明是非常困难的。

### 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。(张理解：在集成电路或者在含有集成电路的物品中即使含有受保护的布图设计，一般经营者也难于知晓，因此在所有的知识产权中唯独此情况善意商业利用不视为侵权可能有此方面的考量。)

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。

(张总结) 通过知识产权中有关“善意”或者“不知道”的法条，发现只有集成电路布图设计保护条例 33 规定的情况“不视为侵权”，其他视为侵权但不承担赔偿责任的情形为：

① **专利法 70** 为生产经营目的使用、许诺销售或者销售不知道是未经专利权人许可而制造并售出的专利

侵权产品，能证明该产品合法来源的，不承担赔偿责任。（属于侵权但不赔偿）

②**奥林匹克标志保护条例 13 款 2** 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。

③**商标法 56 款 3** 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。

④**计算机软件保护条例 30** 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。（张理解：计算机软件的价值在于软件本身，而其载体通常很便宜，因此有“销毁该侵权复制品”之说。）

### 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。

（zhangsf110：这种非自愿许可的理由比专利窄。）

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。

### 张理解和补充：

根据我总结，可以给与强制许可或者非自愿许可的知识产权客体为三种，分别为专利（发明和实用新型）、植物新品种、集成电路布图设计，而其中关于专利强制许可的理由最为丰富。

TRIPS 协议 31 条规定，专利强制许可涉及半导体技术时“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”，这两种限制与本条例 26 表述相同，其原因可以理解为布图设计也属于半导体技术。

**植物新品种也可以实行强制许可：**植物新品种保护条例 11 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，并予以登记和公告。

**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。

（张补充）其他情形还有：专利的强制许可、实施植物新品种强制许可。

植物新品种保护条例 11 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，并予以登记和公告。取得实施强制许可的单位或者个人应当付给品种权人合理的使用费，其数额由双方商定；双方不能达成协议的，由审批机关裁决。品种权人对强制许可决定或者强制许可使用费的裁决不服的，可以自收到通知之日起 3 个月内向人民法院提起诉讼。

## 五、布图设计登记申请的复审、复议和专有权的撤销

### 1. 复审

**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。

#### 复审机构

**细则第二十三条** 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

**细则第二十四条** 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

**细则第二十七条【撤回】** 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。

**细则第二十六条【视为撤回】** 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合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。

#### 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**。（zhangsf110：专利已经改为提交一份。）

#### 复审决定

**细则第二十六条** 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合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。

**（张理解）** 注意与专利复审程序的不同，这里没有涉及前置审查程序？百度搜索也没有发现布图设计的前置审查程序，可以暂时认定没有。

植物新品种复审委员会复审规定：条例 32 中也没有述及前置程序，但在农业部分或者林业部分细则

中有涉及，这里不再深入展开。

## 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  
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

**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。

**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

**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。

**撤销程序；**(R29、30)：发现、审查、决定、公告

### 细则第二十九条 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。

### 细则第三十条 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。

### 撤销理由：

#### 条例第2条第(一)、(二)项(定义)：

第二条 本条例下列用语的含义：

(一) 集成电路，是指半导体集成电路，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；

(二) 集成电路布图设计(以下简称布图设计)，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；

(三) 布图设计权利人，是指依照本条例的规定，对布图设计享有专有权的自然人、法人或者其他组织；

(四) 复制，是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；

(五) 商业利用，是指为商业目的进口、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。

#### 条例第3条(外国人是否有权申请)

**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。

#### 条例第4条（独创性）

**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。

#### 条例第5条（保护主题）

**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。

#### 条例第12条或者第17条（期限）

**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。

**第十七条** 布图设计自其在中国任何地方首次商业利用之日起2年内，未向国务院知识产权行政部门提出登记申请的，国务院知识产权行政部门不再予以登记。

### 撤销决定及其效力

#### 细则第三十条 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。

（张补充）通过电脑搜索条例和细则，以及百度搜索互联网，布图设计专有权有撤销程序但没有“无效程序”。植物新品种权的审批程序中有无效程序。

## 六、集成电路布图设计专有权的保护

### 1. 侵权行为

**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（zhangsf110：即国家知识产权局）。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。

细则第三十二条 国家知识产权局受理侵权纠纷案件的条件

根据条例第三十一条的规定请求国家知识产权局处理布图设计专有权侵权纠纷的，应当符合下列条件：



- (一) 该布图设计已登记、公告；
- (二) 请求人是布图设计权利人或者与该侵权纠纷有直接利害关系的单位或者个人；
- (三) 有明确的被请求人；
- (四) 有明确的请求事项和具体的事实、理由；
- (五) 当事人任何一方均未就该侵权纠纷向人民法院起诉。

### 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《中华人民共和国民事诉讼法》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。

**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。(zhangsf110: 没有搜索到有关担保要求, 搜索范围一条例、细则、行政执法办法)

**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

## 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

奥林匹克标志专有权的客体是奥林匹克标志，其范围由第二条（一）至（六）规定。

**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标志**】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）【**奥林匹克运动的专有名称**】奥林匹克、奥林匹亚、奥林匹克运动会及其简称等专有名称；（名）
- （三）【**中国奥林匹克委员会的标志**】中国奥林匹克委员会的名称、徽记、标志；（中名记标）
- （四）【**北京奥林匹克运动会申办委员会的标志**】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届奥林匹克运动会的标志**】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）【**其他标志**】《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（zhangsf110：  
注意，申办委员会不属于专有权的客体）

### 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；（张理解：赈灾义演不在其列）
- （四）销售、进口、出口含有奥林匹克标志的商品；（张理解：专利权中一般没有“出口”的限制）
- （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（附知识产权侵权救济汇总）

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15日内依照《中华人民共和国民事诉讼法》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《中华人民共和国民事诉讼法》**向人民法院提起诉讼**。

**专利法 57（新 60）** 未经专利权人许可，实施其专利，即侵犯其专利权，引起纠纷的，由当事人协商解决；不愿协商或者协商不成的，专利权人或者利害关系人可以向人民法院起诉，也可以请求**管理专利工作的部门**处理。管理专利工作的部门处理时，认定侵权行为成立的，可以责令侵权人立即停止侵权行为，当事人不服的，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停止侵权行为的，管理专利工作的部门可以申请人民法院强制执行。进行的管理专利工作的部门应当事人的请求，可以就侵犯专利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。（张理解：**专利行政处理仅限于责令立即停止侵权行为，而没有下述知识产权侵权行政处理中维护公共利益的其他行政处罚手段！**）

**集成电路保护条例第三十一条** 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（zhangsf110：即国家知识产权局）**。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**。（zhangsf110：向“**国务院知识产权行政部门**”处理，而不是“**管理专利工作的部门**”，级别不同，前者是国务院的，后者是地方的（专利法 3.2 省、自治区、直辖市人民政府管理专利工作的部门负责本行政区域内的专利管理工作；细则或条例第七十八条 专利法和本细则所称管理专利工作的部门，是指由省、自治区、直辖市人民政府以及专利管理工作量大又有实际处理能力的设区的市人民政府设立的管理专利工作的部门。）

**商标法第五十三条【协商 请求工商行政管理部门处理 诉讼】** 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。（张理解：侵犯注册商标专用权行为被毫无疑问地认为侵犯了社会公共利益，所以在维护社会公共利益的行政处罚手段的适用上是一定的，不仅仅“责令立即停止侵权行为”，不是可以自由裁量的“可以”，也不是可以自由裁量的“为了维护社会公共利益，可以”，“同时损害公共利益的，可以”）

**植物新品种保护条例第三十九条** 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**。省级以上人民政府农业、林业行政部门依据各自的职权，根据当事人自愿的原则，对侵权所造成的损害赔偿可以进行**调解**。调解达成协议的，当事人应当履行；调解未达成协议的，品种权人或者利害关系人可以依照民事诉讼程序向人民法院提起诉讼。省级以上人民政府农业、林业行政部门依据各自的职权处理品种权侵权案件时，**为维护社会公共利益，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**。（张问题：**为何这里没有涉及当事人协商的救济途径？不可以协商？通过利用电脑查找功能，以“协商”为关键词查找，在条例、细则农业部分、细则林业部分、高院解释范围内，没有发现有关侵权可以采取协商的救济方式。**）

**植物新品种保护条例第四十条 假冒授权品种**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。

**植物新品种保护条例第四十二条 销售授权品种未使用其注册登记名称**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。

著作权法第四十七条【民事责任、行政责任、刑事责任】**【损害著作权人利益和社会公共利益的侵权行为】**有下列侵权行为的，应当根据情况，承担停止侵害、消除影响、赔礼道歉、赔偿损失等民事责任（**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（行政责任）；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（行政责任）；构成犯罪的，依法追究刑事责任（刑事责任，详见刑罚部分“侵犯著作权罪”、“销售侵权复制品罪”）；后略**

张理解：**停止侵害和停止侵权概念区别**----注意停止侵害和停止侵权概念的适用，停止侵害是承担民事责任的方式，而“停止侵权”是承担行政责任的方式）

### 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

**张总结：**其他在先使用还有：专利的在先使用、在先使用注册商标（与专利的在先使用条件很类似，由于超纲仅供学习欣赏：1、在他人注册商标的申请日之前，就已经有使用的事实；2、在先使用的商标与注册商标相同或者近似，且使用商品或服务相同或者类似；3、在先使用人必须在其商品上连续使用该商标；4、在先使用必须出于善意。）

### 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

**刘心稳补充** 知识产权海关保护是指海关对与进出口货物有关、并受中华人民共和国法律、行政法规保护的商标专用权、著作权和与著作权有关的权利、专利权实施的保护。（第二条）

**第二条** 本条例所称知识产权海关保护，是指海关对与进出口货物有关并受中华人民共和国法律、行政法规保护的商标专用权、著作权和与著作权有关的权利、专利权（以下统称知识产权）实施的保护。

来自中国海关文章---具体来说，包括以下范围：

- ①国家工商行政管理总局商标局核准注册的商标；
- ②在世界知识产权组织注册并延伸至我国的国际注册商标；
- ③国家知识产权局（包括原中国专利局）授予专利权的发明、外观设计、实用新型专利；
- ④《保护文学和艺术作品的伯尔尼公约》成员国的公民或者组织拥有的著作权和与著作权有关的权利。

此外，根据国务院颁布的《奥林匹克标志保护条例》和《世界博览会标志保护条例》的规定，我国海关也对⑤奥林匹克标志和⑥世界博览会标志实施保护。

**同步教程** 知识产权海关保护是指海关依据国家法律的授权，通过对有侵权嫌疑的货物进行扣留和没收来制止侵犯知识产权的货物进出境，从而达到保护知识产权权利人合法权益的一种制度。海关是国家进出境监督管理机关，在对进出口货物进行检验的同时，负责保护附着在货物上的知识产权。海关可以依据职权或者知识产权权利人的申请，对具有侵权嫌疑的货物有权予以扣留，如果经过调查证实货物确实侵犯了他人的知识产权，即有权进行没收处理。

**刘心稳在对外贸易法部分关于对进口货物中知识产权的保护中的叙述：**

**该规定的适用要件**，主要包括：第一，存在进口货物侵犯知识产权的事实，其具体判断要依照有关知识产权的法律法规进行；第二，危害对外贸易秩序。

**救济措施** 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。首先，该救济措施必须有一定的期限。该期限可以是有关受保护的知识产权的有效期。其次，这种措施是一种贸易措施，不仅是对具体某批侵犯知识产权的进口产品进行的，而且是一种禁止侵权人未来侵权产品进口的措施。这种面向未来的禁止进口令为知识产权权利人提供了强有力的保护，使权利人免于针对具体到港货物逐批提请处理的沉重负担。

**与现有的有关知识产权保护制度之间的关系---**

**（1）与现有知识产权行政执法之间的关系** 现有的知识产权行政执法主要针对的是在境内的个案，即对于侵权行为发现一件处理一件。这对于处理国内的侵权问题，或者已经进口到国内的某批货物的侵权问题是适宜的。而在这里规定的是侵权的进口货物危害我国对外贸易秩序的情形。在这种情况下，往往存在大批量侵权的进口货物，甚至有些货物尚未到达我国口岸，此时如果采用个案处理的方式，权利人需要逐批货物提请处理，并进行举证，将加重当事人的负担。这对于政府机构处理大批量的侵犯知识产权的进口货物也是不利的。这样可以免除权利人逐批申请的负担，对于处理危害对外贸易秩序的大批量的进口产品侵权行为是有利的。

**（2）与海关知识产权保护之间的关系** 对外贸易法的规定与海关知识产权保护不同。首先，海关知识产权保护措施在大多数情况下，是一种临时扣押的手段。海关只有在侵权事实比较明显容易判断的情况下，才会对所扣押的货物采取没收、销毁等处罚措施。情况比较复杂的，难以判断是否侵权的，海关扣押后将

建议当事人采取司法、行政等途径处理。如果权利人没有在 15 天内提起司法或行政程序的，海关将对扣押货物予以放行。其次，从措施上看，海关知识产权保护措施仅针对特定的一批货物，而对外贸易法规定的救济措施则可以针对某一生产商未来进口的所有货物，更有助于权利人依法维护其权益。

## 1. 备案申请

### (1) 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。

**办法第六条** 知识产权权利人办理知识产权海关保护备案，应当向海关总署提交规定格式的申请书。

知识产权权利人应当就其申请备案的每一项知识产权单独提交一份申请书。知识产权权利人申请国际注册商标备案的，应当就其申请的每一类商品单独提交一份申请书。

### (2) 申请文件附件

**办法第七条** 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；(zhangsf110: 老专利法只作实用新型的检索报告，新专利法规定可以制作实用新型和外观设计的专利权评价报告)

(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。

**办法第八条** 知识产权权利人应当在向海关总署申请办理知识产权海关保护备案的同时缴纳备案费。知识产权权利人向海关总署提交备案申请书，应当随附备案费汇款凭证的复印件。(zhangsf110: 比申请专利收钱急)

备案费的收取标准由海关总署会同国家有关部门制定并予以公布。

### (3) 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30 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；(张理解：利害关系人也不行。来自海关总署文章：使用知识产权的被许可人等利害关系人不是《知识产权海关保护条例》中的“知识产权权利人”，不能以自己的名义向海关总署申请知识产权备案或者向口岸海关申请采取保护措施。但是，被许可人等利害关系人可以接受商标注册人、专利权人、著作权人和与著作权有关的权利人的委托，以其代理人的身份提出申请。)

(三) 知识产权不再受法律、行政法规保护的。

#### (4) 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。

**办法第十三条** 海关总署根据《条例》第九条的规定撤销知识产权海关保护备案的，应当书面通知知识产权权利人。

海关总署撤销备案的，知识产权权利人自知识产权备案被撤销之日起1年内就被撤销备案的知识产权再次申请备案的，海关总署可以不予受理。

### 2. 备案的有效期限及其续展

**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10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10年。

**比较商标法 37** 注册商标的有效期为十年，自①核准注册之日起计算。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②初审公告三个月期满之日起计算。

**比较商标法 38【商标续展】** 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。)

**办法第九条** 知识产权海关保护备案自海关总署核准备案之日起生效，有效期为10年。自备案生效之日起知识产权的有效期不足10年的，备案的有效期以知识产权的有效期为准。

《条例》施行前经海关总署核准的备案或者核准续展的备案的有效期仍按原有效期计算。

**办法第十条** 在知识产权海关保护备案有效期届满前6个月内，知识产权权利人可以向海关总署提出续展备案的书面申请并随附有关文件。海关总署准予续展备案的，应当书面通知知识产权权利人；不予续展的，应当书面通知知识产权权利人并说明理由。

续展备案的有效期自上一届备案有效期满次日起算，有效期为10年。知识产权的有效期自上一届备案有效期满次日起不足10年的，续展备案的有效期以知识产权的有效期为准。

### 3. 备案的变更和失效

**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。

**办法第十条** 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。

**办法第十一条** 下列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提出变更知识产权海关保护备案的申请并随附有关文件：

- (一) 知识产权权利人的名称；
- (二) 注册商标核定使用商品；
- (三) 许可使用注册商标、作品或者实施专利的情况；
- (四) 知识产权权利人的通讯地址、联系人、联系电话等；
- (五) 《条例》第七条规定的其他情况。

**办法第十二条** 有下列情形之一的，知识产权权利人应当自备案的知识产权发生改变之日起30个工作日内向海关总署提出注销知识产权海关保护备案的申请并随附有关文件：

- (一) 知识产权在备案有效期届满前不再受法律、行政法规保护的；
- (二) 备案的知识产权发生转让的。(张理解：不同于办法11(1)的权利人的名称改变)

对属于前款规定情形的，海关总署可以主动或者根据有关利害关系人的申请注销有关知识产权的备案。

知识产权权利人在备案有效期内放弃备案的，可以向海关总署申请注销备案。

海关总署注销备案，应当书面通知有关知识产权权利人。备案自海关总署注销之日起失效。

## 二、侵权嫌疑货物的扣留及其处理

### 1. 扣留

**第十二条** 知识产权权利人发现侵权嫌疑货物即将进出口的，可以向货物进出境地海关（张理解：即进出境口岸海关）提出扣留侵权嫌疑货物的申请。

**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。（zhangs110：海关发现有侵犯备案知识产权嫌疑后有通知的义务，但若知识产权权利人不申请海关不得扣留有关货物。）

（同步教程总结）扣留侵权嫌疑货物的方式不同，海关进行执法的程序也存在不同：

（1）权利人申请扣留。知识产权权利人申请扣留侵权嫌疑货物，并按照要求提供担保的，海关决定扣留嫌疑货物的，应当制作海关扣留凭单，送达收货人或者发货人，并且书面通知申请人。申请人自书面通知送达之日起15日内，有权依照相关法律将侵权争议提请知识产权主管部门或者向人民法院提起诉讼，并可以在起诉前就被扣留的侵权嫌疑货物向人民法院申请责令停止侵权行为或者财产保全的措施。如收货人或者发货人认为其进出口货物未侵犯有关知识产权的，应当向海关提出书面说明并附送有关证据。在收货人提出异议时，海关应立即通知申请人。

（2）海关主动调查。海关发现进出境货物存在侵犯他人知识产权的嫌疑时，应当立即书面通知知识产权权利人。知识产权权利人自海关书面通知送达之日起3个工作日内提出扣留侵权嫌疑货物的申请。详见第十六条。

#### （1）、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。（zhangs110：根据本句可知，知识产权备案不是申请海关扣留的必需条件）

**办法第十四条** 知识产权权利人发现侵权嫌疑货物即将进出口并要求海关予以扣留的，应当根据《条例》第十三条的规定向货物进出境地海关提交申请书。有关知识产权未在海关总署备案的，知识产权权利人还应当随附本办法第七条第一款第（一）、（二）项规定的文件、证据。

知识产权权利人请求海关扣留侵权嫌疑货物，还应当向海关提交足以证明侵权事实明显存在的证据。知识产权权利人提交的证据，应当能够证明以下事实：

- （一）请求海关扣留的货物即将进出口；（张理解：不涉及进出口不能找海关）
- （二）在货物上未经许可使用了侵犯其商标专用权的商标标识、作品或者实施了其专利。



## (2)、扣留担保

(课件)(海关条例第14条; 实施办法第15、21、22条—针对权利人)

(海关条例第19条; 实施办法第18、24条—针对侵权嫌疑收发货人)

**第十四条【针对权利人】** 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。

**办法第十五条【针对权利人, 依申请扣留情形】** 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。(张理解: 办法是对条例的进一步补充和细化, 应该认为“相当于”比条例14中的“不超过”更合理。)

**办法第二十条【海关依职权调查情形】** 海关对进出口货物实施监管, 发现进出口货物涉嫌侵犯在海关总署备案的知识产权的, 应当立即书面通知知识产权权利人。

**办法第二十一条【针对权利人, 依职权调查情形】** 知识产权权利人应当在本办法第二十条规定的海关书面通知送达之日起3个工作日内按照下列规定予以回复:

(一) 认为有关货物侵犯其在海关总署备案的知识产权并要求海关予以扣留的, 向海关提出扣留侵权嫌疑货物的书面申请并根据本**办法第二十二条的规定提供担保**;

(二) 认为有关货物未侵犯其在海关总署备案的知识产权或者不要求海关扣留侵权嫌疑货物的, 向海关书面说明理由。

经海关同意, 知识产权权利人可以查看有关货物。

**办法第二十二条【针对权利人, 依职权调查情形】** 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;(张理解: 这样的话, 假如货物价值大于2万元小于等于4万元时, 担保金额应该为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。

**第十九条【针对侵权嫌疑收发货人】** 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。

**办法第十八条【针对侵权嫌疑收发货人, 依申请扣留情形】** 海关扣留侵权嫌疑货物, 应当将扣留侵权嫌疑货物的书面通知及扣留凭单送达收发货人。经海关同意, 收发货人可以查看有关货物。

收发货人认为其进出口货物未侵犯有关知识产权的, 应当自海关扣留货物之日起20个工作日内向海关提出书面说明并随附必要的证据。收发货人请求海关放行涉嫌侵犯专利权的货物的, 还应当向海关提交放行货物的书面申请和相当于货物价值的担保金。

**办法第二十四条【针对侵权嫌疑收发货人, 依职权调查情形】** 海关扣留侵权嫌疑货物, 应当将扣留侵权嫌疑货物的书面通知及扣留凭单送达收发货人。经海关同意, 收发货人可以查看有关货物。

收发货人认为其进出口货物未侵犯有关知识产权的, 应当在海关对侵权嫌疑货物进行调查期间向海关提出书面说明并随附必要的证据。请求海关放行涉嫌侵犯专利权的货物的, 还应当自海关扣留货物之日起50个工作日内向海关提交放行货物的书面申请和相当于货物价值的担保金。

收发货人请求海关放行涉嫌侵犯专利权的货物, 符合前款规定的, 按照本办法第十九条的规定处理。但是, 海关在调查期间认定货物侵犯有关专利权的, 按照《条例》第二十七条的规定处理。

## (3)、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。(张理解: 是退还收货人或发货人的担保金, 而不

是知识产权权利人的担保金。)

**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；(张理解：与判断是否侵犯著作权或者与著作权有关的权利以及是否侵犯注册商标专用权相比，对是否侵犯专利权的判断可能难度更大，难于搞定的事情可能是导致对方提供担保并请求放行准予放行的原因!!)

(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

### (同步教程) 很重要

海关根据知识产权权利人的申请扣留侵权嫌疑货物的，海关只是在程序上对嫌疑货物予以扣留，不负责对货物是否侵犯知识产权进行调查和审理。并且扣留时限为 20 个工作日，等待进入司法程序。知识产权权利人在向海关提出申请被核准后，可依法向人民法院提起侵权诉讼，在起诉前可就被扣留的嫌疑货物向人民法院申请采取责令停止侵权行为或者财产保全的措施。海关收到人民法院的协助执行通知的，应予以协助。海关自扣留嫌疑货物之日起 20 个工作日内未收到法院协助执行的通知的，应当放行被扣留的侵权嫌疑货物。

对于海关主动查获的有侵犯备案知识产权嫌疑的货物并书面通知知识产权权利人，知识产权权利人向海关申请扣留嫌疑货物的，海关应当自扣留侵权嫌疑货物之日起 30 个工作日内，依法对侵权嫌疑货物以及其他有关情况进行调查。在海关调查过程中，收发货人和知识产权权利人应当对海关调查予以配合，如实提供有关情况和证据。海关对侵权货物进行调查，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。如果在调查期间知识产权权利人将侵权争议提交知识产权主管部门或者人民法院处理的，海关应当立即停止调查，将纠纷交付有关部门处理。知识产权主管部门或者人民法院处理涉及进出口货物侵权案件请求海关提供协助的，海关应当予以协助。

海关应当自扣留侵权嫌疑货物之日起 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。认定货物侵犯有关知识产权的，海关应当予以没收，并将侵权货物的相关情况书面通知知识产权权利人；认为收发货人有充分的证据证明其货物未侵犯有关知识产权的，海关应当放行货物，并书面通知知识产权权利人；不能认定货物是否侵犯有关知识产权的，知识产权权利人可以依法向人民法院申请采取责令停止侵权行为或者财产保全的措施。自扣留侵权嫌疑货物之日起 50 个工作日之内收到法院有关责令停止侵权行为或者财产保全的协助执行通知的，海关应当予以协助，未收到通知的，海关应当放行货物。

**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。(张理解：留给权利人的处理时间为 20 天，在申请人申请扣留的情况下海关也给 20 天。30 天+20 天=50 天)

**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。

**办法第二十五条** 海关扣留侵权嫌疑货物后，应当依法对侵权嫌疑货物以及其他有关情况进行调查。

收发货人和知识产权权利人应当对海关调查予以配合，如实提供有关情况和证据。

海关对侵权嫌疑货物进行调查，可以请求有关知识产权主管部门提供咨询意见。

**办法第二十六条** 自扣留侵权嫌疑货物之日起 30 个工作日内，海关应当将下列调查结果之一书面通知知识产权权利人：

- (一) 认定货物侵犯有关知识产权；
- (二) 认为收发货人有充分的证据证明其货物未侵犯有关知识产权；
- (三) 不能认定货物是否侵犯有关知识产权。

**办法第二十七条** 对海关不能认定有关货物是否侵犯其知识产权的，知识产权权利人可以根据《条例》第二十三条的规定向人民法院申请采取责令停止侵权行为或者财产保全的措施。**（张理解：对海关自己发现的并通知权利人申请而启动的扣留，海关搞不定时（30 天），申请人可以继续搞（20 天）。当然如果海关能够搞定（30 天），例如办法 26（1）和 26（2）的情形，就没有后续申请人继续搞（20 天）的程序了。）**

自扣留侵权嫌疑货物之日起 50 个工作日内收到人民法院有关责令停止侵权行为或者财产保全的协助执行通知的，海关应当予以协助；未收到通知的，海关应当放行货物。

### 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。

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。

**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。

**第二条** 本条例所称知识产权海关保护，是指海关对与进出口货物有关并受中华人民共和国法律、行政法规保护的商标专用权、著作权和与著作权有关的权利、专利权（以下统称知识产权）实施的保护。

##### (2) 对没收的侵权产品的处理（销毁 拍卖 用于公益事业 有偿转让）

**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。

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。

**办法第三十条** 对海关没收的侵权货物，海关应当依照下列规定处置：

(一) 有关货物可以直接用于公益事业或者知识产权权利人有收购意愿的，将货物转交给有关公益机构用于公益事业或者有偿转让给知识产权权利人；

(二) 有关货物不能按照第（一）项的规定处置且侵权特征能够消除的，在消除侵权特征后依法拍卖。拍卖货物所得款项上交国库；

(三) 有关货物不能按照第（一）、（二）项规定处置的，应当予以销毁。

海关销毁侵权货物，知识产权权利人应当提供必要的协助。有关公益机构将海关没收的侵权货物用于公益事业以及知识产权权利人协助海关销毁侵权货物的，海关应当进行必要的监督。

## 2. 知识产权权利人的责任（承担责任的情形 承担责任的方式 承担处置货物的费用）

**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。

**办法第三十一条** 海关协助执行人民法院有关责令停止侵权行为或者财产保全的裁定或者放行被扣留货物的，知识产权权利人应当支付货物在海关扣留期间的仓储、保管和处置等费用。

海关没收侵权货物的，知识产权权利人应当按照货物在海关扣留后的实际存储时间支付仓储、保管和处置等费用。但海关自没收侵权货物的决定送达收货人之日起3个月内不能完成货物处置，且非因收货人申请行政复议、提起行政诉讼或者货物处置方面的其他特殊原因导致的，知识产权权利人不需支付3个月后的有关费用。（张理解并结合网上案例：不管最后结局如何，海关扣留期间的仓储、保管、处置等费用由权利人先行支付。如果申请错了还应承担赔偿责任。扣留期间仓储、保管、处置等费用最终应该由过错方承担，比如权利人可以在侵权诉讼中要求对方支付，可以列入权利人为制止侵权行为所支付的合理开支中。）

海关按照本办法第三十条第一款第（二）项的规定拍卖侵权货物的，拍卖费用的支出按照有关规定办理。

**办法第三十二条** 知识产权权利人未按照本办法第三十一条的规定支付有关费用的，海关有权自知识产权权利人提交的担保金中扣除有关费用或者要求担保人履行担保义务。

海关没收侵权货物的，应当于货物处置完毕并结清有关费用后向知识产权权利人退还担保或解除担保责任。

海关协助执行人民法院有关责令停止侵权行为或者财产保全的裁定或者放行被扣留货物的，自海关协助执行人民法院有关裁定或者放行货物之日起20个工作日内，未收到人民法院关于知识产权权利人提供的担保的协助执行通知的，海关应当向知识产权权利人退还担保；收到协助执行通知的，海关应当予以协助。

## 四、展会知识产权的保护——《展会知识产权保护方法》

### (1)、投诉机构

**第六条【投诉机构】** 展会时间在三天以上（含三天），展会管理部门认为有必要的，展会主办方应在展会期间设立知识产权投诉机构。设立投诉机构的，展会举办地知识产权行政管理部门应当派员进驻，并依法对侵权案件进行处理。

未设立投诉机构的，展会举办地知识产权行政管理部门应当加强对展会知识产权保护的指导、监督和有关案件的处理，展会主办方应当将展会举办地的相关知识产权行政管理部门的联系人、联系方式等在展会场馆的显著位置予以公示。

**第七条【投诉机构】** 展会知识产权投诉机构应由展会主办方、展会管理部门、专利、商标、版权等知识产权行政管理部门的人员组成，其职责包括：

- （一）接受知识产权权利人的投诉，暂停涉嫌侵犯知识产权的展品在展会期间展出；
- （二）将有关投诉材料移交相关知识产权行政管理部门；
- （三）协调和督促投诉的处理；
- （四）对展会知识产权保护信息进行统计和分析；
- （五）其他相关事项。

### (2)、展会知识产权保护

**第十六条【展会期间专利保护】** 展会投诉机构需要地方知识产权局协助的，地方知识产权局应当积极配合，参与展会知识产权保护工作。地方知识产权局在展会期间的工作可以包括：

- （一）接受展会投诉机构移交的关于涉嫌侵犯专利权的投诉，依照专利法律法规的有

关规定进行处理；

(二) 受理展出项目涉嫌侵犯专利权的专利侵权纠纷处理请求，依照专利法第五十七条的规定进行处理；

(三) 受理展出项目涉嫌假冒他人专利和冒充专利的举报，或者依职权查处展出项目中假冒他人专利和冒充专利的行为，依据专利法第五十八条和第五十九条的规定进行处罚。

**第十七条【展会期间专利保护】** 有下列情形之一的，地方知识产权局对侵犯专利权的投诉或者处理请求不予受理：

(一) 投诉人或者请求人已经向人民法院提起专利侵权诉讼的；

(二) 专利权正处于无效宣告请求程序之中的；

(三) 专利权存在权属纠纷，正处于人民法院的审理程序或者管理专利工作的部门的调解程序之中的；

(四) 专利权已经终止，专利权人正在办理权利恢复的。

**第十八条【展会期间专利保护】** 地方知识产权局在通知被投诉人或者被请求人时，可以即行调查取证，查阅、复制与案件有关的文件，询问当事人，采用拍照、摄像等方式进行现场勘验，也可以抽样取证。

地方知识产权局收集证据应当制作笔录，由承办人员、被调查取证的当事人签名盖章。被调查取证的当事人拒绝签名盖章的，应当在笔录上注明原因；有其他人在现场的，也可同时由其他人签名。

**第十九条【展会期间商标保护】** 展会投诉机构需要地方工商行政管理部门协助的，地方工商行政管理部门应当积极配合，参与展会知识产权保护工作。地方工商行政管理部门在展会期间的工作可以包括：

(一) 接受展会投诉机构移交的关于涉嫌侵犯商标权的投诉，依照商标法律法规的有关规定进行处理；

(二) 受理符合商标法第五十二条规定的侵犯商标专用权的投诉；

(三) 依职权查处商标违法案件。

**第二十条【展会期间商标保护】** 有下列情形之一的，地方工商行政管理部门对侵犯商标专用权的投诉或者处理请求不予受理：

(一) 投诉人或者请求人已经向人民法院提起商标侵权诉讼的；

(二) 商标权已经无效或者被撤销的。

**第二十一条【展会期间商标保护】** 地方工商行政管理部门决定受理后，可以根据商标法律法规等相关规定进行调查和处理。

**第二十二条【展会期间著作权保护】** 展会投诉机构需要地方著作权行政管理部门协助的，地方著作权行政管理部门应当积极配合，参与展会知识产权保护工作。地方著作权行政管理部门在展会期间的工作可以包括：

(一) 接受展会投诉机构移交的关于涉嫌侵犯著作权的投诉，依照著作权法律法规的有关规定进行处理；

(二) 受理符合著作权法第四十七条规定的侵犯著作权的投诉，根据著作权法的有关规定进行处罚。

**第二十三条【展会期间著作权保护】** 地方著作权行政管理部门在受理投诉或请求后，可以采取以下手段收集证据：

(一) 查阅、复制与涉嫌侵权行为有关的文件档案、帐簿和其他书面材料；

(二) 对涉嫌侵权复制品进行抽样取证；

(三) 对涉嫌侵权复制品进行登记保存。

### (3)、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。（张理解：如果被请求人在展会上没有进行销售行为，仅仅进行了宣传即仅仅存在许诺销售行为，老专利法是不侵权的。但新专利法侵权！！因此，此款将来可能会相应改变成如前款的叙述。）

**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。

## 相关国际条约 保护工业产权巴黎公约

### 一、基本知识

(1)、**巴黎公约的签署**：1883年在巴黎签署，当时的成员国有11个，公约于1884年7月7日生效，使得最早成员国数目达到14个。经过多次修改，有很多版本。

（张补充：巴黎公约与PCT的联系之一，根据杨立真题P482，《专利合作条约》是一个“非开放性”的国际条约，它只对《巴黎公约》的成员国开放。一个国家只有参加了巴黎公约以后方可申请加入PCT。）

(2)、**我国加入巴黎公约的时间、版本**

加入时间：我国于1985年3月19日加入该公约，成为该公约的第97个成员国。

使用版本：1967年，斯德哥尔摩议定书版本。

#### 工业产权范围（补充）

**第一条**（本联盟的建立：工业产权的范围）

(1)适用本公约的国家组成联盟，以保护工业产权。

(2)工业产权的保护对象有专利、实用新型、外观设计、商标、服务标记、厂商名称、货源标记或原产地名称，和制止不正当竞争。

(3)对工业产权应作最广义的理解，不仅应适用于工业和商业本身，而且也应同样适用于农业和采掘业，适用于一切制成品或天然产品，例如：酒类、谷物、烟叶、水果、牲畜、矿产品、矿泉水、啤酒、花卉和谷类的粉。

(4)专利应包括本联盟国家的法律所承认的各种工业专利，如输入专利、改进专利、增补专利和增补证书等。

### 二、巴黎公约的核心原则和内容

#### 1、国民待遇原则（A2/A3）

##### (1)、国民待遇含义：

刘心稳——国民待遇的含义是关于工业产权的保护，加入巴黎公约的每个成员国必须在法律上给予其他成员国的国民以本国国民的待遇。对于成员国国民，不能规定在他要求保护的国内有住所或营业场所作为享有工业产权的条件，不应因居所或营业场所问题形成障碍。至于非成员国国民，只要他在某一成员国内有住所或真实地、有效地从事工商业活动的营业场所，便享有与该国国民相同的法律待遇。（zhangsf110：注意，不能理解为“巴黎公约要求各缔约国之间应给予对等的保护”）

课件——指的是关于工业产权的保护，加入《巴黎公约》的每个成员国必须在法律上给予其他成员国的国民以本国国民的待遇。但该原则并不妨碍成员国国内法给予外国国民以高于本国国民或公约最低标准的待遇；不排除成员国在司法、行政程序、管辖权、指定送达地址、委托代理人等方面对外国申请人提出某些特殊要求。

**第三条** 本联盟以外各国的国民，在本联盟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，应享有与本联盟国家国民同样的待遇。

##### (2)、享有国民待遇的条件

国民或者居民（缔约成员国的国民；在某一缔约成员国内有住所或真实、有效的工商业营业所的非缔约成员国国民）

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（zhangsf110：对于本联盟国家的国民不得规定在其要求保护的国内有住所或营业所才能享有工业产权）。

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、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，（一个缔约国对一项发明授予了发明专利，并不意味着其他缔约国必须对同一项发明也应授予专利权，一个缔约国驳回一项发明申请、宣告该专利权无效或者专利权已经

不再维持或者终止，其他缔约国不能以此为理由，而将申请驳回、将专利宣告无效或者以其他方式予以终止）。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因享有优先权利益而授予的专利权期间，不得与没有享有优先权利益而授予的专利权期间有不同的起算日。一般的实践是，专利权期限自在授予该专利的国家的申请日起计算。

第四条之二

（专利：就同一发明在不同国家取得的专利是互相独立的）

(1)本联盟国家的国民向本联盟各国申请的专利，与在其他国家，不论是否本联盟的成员国，就同一发明所取得的专利是互相独立的。

(2)上述规定，应从不受限制的意义来理解，特别是指在优先权期间内申请的各项专利，就其无效和丧失权利的理由以及其正常的期间而言，是互相独立的。

(3)本规定应适用于在其开始生效时已经存在的一切专利。

(4)在有新国家加入的情况下，本规定应同样适用于加入时各方面已经存在的专利。

(5)在本联盟各国，因享有优先权的利益而取得的专利的有效期间，与假设没有优先权的利益而申请或授予的专利的有效期间相同。

### 3、优先权（A4）

#### (1)、享受优先权的条件

缔约成员国国民和在某一缔约成员国内有住所或真实、有效的工商业营业所的非缔约成员国国民；优先权根据的外国申请是同一主题的第一次申请；

第一次申请是正规的国家申请或与正规的国家申请相当的任何申请；（依照本联盟任何国家的本国立法，或依照本联盟各国之间缔结的双边或多边条约，与正规的国家申请相当的任何申请，应认为产生优先权；正规的国家申请是指足以确定在有关国家中提出申请日期的任何申请，而不问该申请以后的结局如何。）

第二次申请与第一次申请的人相同；

前后两次申请的主题相同；

第二次申请在规定的期限内提出。

在本联盟同一国家内就第(2)项所称的以前第一次申请同样的主题所提出的后一申请，如果在提出该申请时前一申请已被撤回、放弃或驳回，没有提供公众阅览，也没有遗留任何权利，而且如果前一申请还没有成为要求优先权的根据，应认为是第一次申请，其申请日应为优先权期间的起算日。在这以后，前一申请不得作为要求优先权的根据。

#### (2)、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

#### (3)、优先权期限

专利（zhangsf110：相当于我国的发明）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

这些期间应自第一次申请的申请日起算，申请日不应计入期间之内。

如果期间的最后一日是请求保护地国家的法定假日或者是主管机关不接受申请的日子，期间应延至其后的第一个工作日。

可以以专利申请和实用新型申请相互为基础要求。

#### (4)、优先权的效力

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



课件：优先权日代替申请日确定申请的先后次序；新颖性、创造性判断的基准日。

#### 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。

**第十一条**（发明、实用新型、外观设计、商标：在某些国际展览会中的临时保护）（张注释：知识产权中只有三种专利和商标在公约中规定了国际展会临时保护）

(1)本联盟国家应按其本国法律对在本联盟任何国家领土内举办的官方的或经官方承认的国际展览会展出的商品中可以取得专利的发明、实用新型、外观设计和商标，给予临时保护。

(2)该项临时保护不应延展第四条（优先权）规定的期间。如以后要求优先权，任何国家的主管机关可以规定其期间应自该商品在展览会展出之日起算。（张注释：中国对专利实行不丧失新颖性公开的办法（6个月）给与巴黎公约的国际展会临时保护，而对商标则给与优先权的办法（6个月）作为巴黎公约的国际展会临时保护）

(3)每一个国家认为必要时可以要求提供证明文件，证实展出的物品及其在展览会展出的日期。

**刘心稳** 临时保护与优先权有相似之处，但两者有很大不同。首先，两者产生的依据不同。其次，也是更需要注意的，有些国家并不给展品以类似优先权期的临时保护，而只是在法律中承认展品所有人系有关发明或商标的“在先使用人”，使他们有权利对于展出之后抢先对申请的第三方提出权利争诉。巴黎公约没有具体规定临时保护应采取什么方式，也没有具体规定临时保护期应该为多久。而优先权原则却是一切成员国必须遵循的。（再参考本资料中商标法中“注册商标专用权的取得”中之“优先权”中的第二十五条及注解）

#### 5、对专利权的限制

##### (1)、强制许可（A5）

各国有权规定强制许可，以防止滥用专利权，例如：不实施。

申请之日四年内或者授予之日3年内（以后届满为准）（张理解：所谓以后期满为准，换句话说就是两个期限均已经届满），不得以不实施或者实施不充分为理由授予强制许可。（张理解：但上述期满且无正当理由不实施或者实施不充分可以作为授予强制许可的理由）。

强制许可不是独占性的，且不得转让（除与利用该许可的部分企业或商誉一起转让）或者授予分许可

对实用新型也可以强制许可。

##### (2)、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

## 与贸易有关的知识产权协议（TRIPS）

### 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》（以下简称为“世界贸易组织协定”）的附件 1C，签订于 1994 年 4 月 15 日，1995 年 1 月 1 日生效。2001 年 11 月 10 日，世界贸易组织第四届部长级会议主席宣告世贸组织接纳中国，全国人大批准协议并通知世贸组织的 30 日后，中国成为正式成员。

#### （2）、知识产权的性质：私权（序言）

对于知识产权的性质，TRIPS 指出为私权，对于私权而言，未经权利人许可的使用即构成侵权。

#### （3）、协议的目标：

减少国际贸易中的扭曲和障碍；促进对知识产权的有效和充分的保护；保证知识产权执法的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；最惠国待遇原则；权利用尽原则。

### 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》（1967）、《伯尔尼公约》（1971）、《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。

**张注释：**《巴黎公约》针对工业产权，《伯尔尼公约》针对著作权，《罗马公约》针对保护表演者、唱片制作者和广播组织的国际公约，《关于集成电路的知识产权条约》又简称华盛顿条约。关于商标的国际公约有：

（1）《商标国际注册马德里协定》1891 年由法国、西班牙、比利时等实行商标注册制度的国家签订。该协定保护的对象除商标外，还有服务标志。该协定规定，已在国内获得注册的成员国的商标申请人，只要世界知识产权组织国际局办理国际注册申请，就有可能在其指定的所有成员国中获得商标注册，法语为工作语言。但英、美等国一直没有参加协定。

（2）《商标注册条约》于 1973 年在维也纳签订，其性质与《马德里协定》类似，旨在简化跨国商标注册的手续、减少费用。与《马德里协定》相比，程序上更简单，且使用英、法两种工作语言。

（3）《商标注册和商品与服务国际分类尼斯协定》于 1957 年在法国尼斯签订，简称《尼斯协定》。为便于商标和服务标志的注册，该协定建立了统一的分类法，商品分为 34 类，服务分为 8 类，类下再细分成两万多小类。

（4）《建立商标图形要素国际分类维也纳协定》于 1973 年在维也纳签订。该协定旨在对商标本身的文字和图形建立统一的国际分类法，以便对商标进行分类、检索和管理。该协定把一切商标图形分为 29 个大类，300 个小类，三千多细目。

**来自博派** 在 wipo 名下的国际知识产权合作体系中最主要的有三个，1 pct 负责专利，2 马德里协定 负责商标 3 海牙协定 负责工业外观设计

### 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》（1971）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、唱片制作以及广播组织的权利；

自《WTO 协定》生效前已生效的有关知识产权保护的国际协定，只要此类协定向 TRIPS 理事会做出通知，并对其他成员的国民不构成任意的或不合理的歧视。

### 权利利用尽原则

#### 第 6 条 权利利用尽

(刘心稳) 权利利用尽是指知识产权权利人首次出售包含知识产权的产品后，其权利已经用尽的原则。但是，是在该国范围内用尽，还是在国际范围内用尽，各国做法不同。平行进口是国际上争论很大的一个问题，一直达不成协议。知识产权协议是有关权利利用尽原则的排除性规定：即规定不得引用该协议的任何条款来处理知识产权权利利用尽问题的争端。

### 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。

### 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 (世界知识产权组织) 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) (PCT: 专利合作条约)

### (5)、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 (第 1 节)

商标权 (第 2 节)

地理标志 (第 3 节)

工业品外观设计权 (第 4 节)

专利权 (第 5 节)

植物新品种权 (zhangsf110: 遍查 TRIPS, 此项包括在本协定的“知识产权”没有根据。)

集成电路布图设计 (拓扑图) (第 6 节)

未公开信息 (商业秘密) (第 7 节)

(注意: TRIPS 不包括实用新型—2006 年相关法考题; PCT 不包括外观设计; 张补充: 巴黎公约中各种专利都述及。)

### 注意比较巴黎公约工业产权范围:

公约第一条 (本联盟的建立: 工业产权的范围)

(1) 适用本公约的国家组成联盟, 以保护工业产权。

(2) 工业产权的保护对象有专利、实用新型、外观设计、商标、服务标记、厂商名称、货源标记或原产地名称, 和制止不正当竞争。

(3) 对工业产权应作最广义的理解, 不仅应适用于工业和商业本身, 而且也应同样适用于农业和采掘业, 适用于一切制成品或天然产品, 例如: 酒类、谷物、烟叶、水果、牲畜、矿产品、矿泉水、啤酒、花卉和谷类的粉。

(4) 专利应包括本联盟国家的法律所承认的各种工业专利, 如输入专利、改进专利、增补专利和增补证书等。

## 二、知识产权保护的基本要求

### 1、版权和有关权利

#### (1)、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。

#### (2)、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。

#### (3)、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。

**张汇总，比较中国保护的出租权客体** 在本资料范围内，中国著作权中给予保护出租权的客体包括①电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品、②录音录像制品、③计算机软件的权利，依据如下：

**著作权法 10 (7)** **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；

**计算机软件保护条例 8 (6)** **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；

**著作权法 41 (1)** **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 1 2 月 3 1 日。

**著作权法 52** **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。

#### (4)、保护期

#### (5)、对权利的限制和例外

#### (6)、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

**张，中国著作权对广播组织者权利的保护期限为 50 年**

**著作权法 44** 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 1 2 月 3 1 日。

## 2、商标

### (1)、可保护的客体 (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。

### 可保护的客体 (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。

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。

### (2)、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  
(zhangsf110: 适用于驰名商标)

### (3)、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。

### (4)、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 (zhangsf110: 中国为10年)。商标的注册应可无限期地续展。

### (5)、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。

### (7)、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

### (1)、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。

### (2)、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。

### (3)、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 (zhangsf110:《建立世界贸易组织马拉喀什协定》(以下简称为“世界贸易组织协定”)的附件 IC, 签订于 1994 年 4 月 15 日)，或者在该日以前的使用是善意的 (张理解: 如果是善意的不到 10 年也可以?)，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、工业品外观设计

### (1)、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。

### (2)、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。

### (3)、保护期限 (A26): 至少为 10 年。

### (4)、保护的例外

## 5、专利

### (1)、可获得专利的客体 (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。

### (2)、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

### (3)、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。

### (4)、专利申请应满足的条件

### (5)、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。

### (6)、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。

### (7)、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其限；

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: (zhangsf110: 中国专利法, 具有显著经济意义的重大技术进步)

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。

#### (8)、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。

#### (8)、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。(zhangsf110: 也既是至少 20 年)

#### (9)、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。(zhangsf110: 中国仅采用 a, 而对 b 持保留态度)

#### (10)、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

#### (1)、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)。

#### (2)、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。

#### (3)、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, 或者自其在这个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。(zhangsf110: 不应少于 10 年) 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这个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。

张, 中国对集成电路布图设计的保护期限的规定: 我国采用登记制, 不登记者不受保护

集成电路布图设计保护条例第十二条 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。

集成电路布图设计保护条例第十七条 布图设计自其在这个世界上任何地方首次商业利用之日起 2 年内, 未向国务院知识产权行政部门提出登记申请的, 国务院知识产权行政部门不再予以登记。

### 7、未公开信息的保护

#### (1)、获得保护的条件的条件 (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。

**张注释**，相当于我国的商业秘密，中国《反不正当竞争法》以及刑法中对商业秘密的定义为：

商业秘密，是指①不为公众所知悉、②能为权利人带来经济利益、③具有实用性并④经权利人采取保密措施的技术信息和经营信息。

### (2)、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。

### (3)、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)

### (1)、协议列举的限制竞争的行为 (2)、成员之间的协商

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。

### (3)、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

#### (4)、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

#### (5)、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

**张理解：**关于刑事程序的适用，TRIPS 仅规定了最低要求，即假冒商标或盗版案件两种，而其他侵犯知识产权的案件（例如假冒专利案件、侵犯集成电路布图设计专有权的案件等）适用问题由各成员国自己规定。参考杨立真题 P480

### 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)

(刘心稳) 各成员之间知识产权争端应以《关于争端解决规则与程序的谅解》为依据予以解决。即任何成员若对其他成员不履行 TRIPS 义务有意见，便有权要求与其磋商，磋商不成，可以向 WTO 的争端解决机构 (DSB) 起诉，经专家组审理程序后，败诉方还有权要求上诉机构复审。如果最终经上诉机构判定违背有关义务的成员拒不履行上诉机构的裁决或改进建议，则受到影响的成员可以要求授权对不履行义务的成员采取报复措施。

由《争端解决谅解》详述和实施的 GATT 1994 第 22 条和第 23 条的规定适用于本协定项下产生的磋商和争端解决，除非本协定中另有具体规定。