

2024

专利代理师资格考试

相关法专题讲座

XIANGGUAN FA ZHUANTI JIANGZUO

韩龙专利课堂

韩龙 编写

韩龙专利课堂

2024年专利代理师资格考试

相关法专题讲座

韩 龙 编 写

作者简介

韩 龙

工科学士，法学硕士，具有律师执业资格及专利代理师执业资格。

2000年起进入国家知识产权局专利局担任专利实审部发明专利审查员，2004年加入北京市浩天信和律师事务所、北京浩天知识产权代理事务所，2014年起任中国电子科技集团公司知识产权中心副主任，2016年组创北京慧智兴达知识产权代理有限公司，任总经理，同年组创北京国策方略知识产权研究院。

业务范围广泛，对机械、机电、通信、计算机、电子设备、光电等领域的案子均有涉及，对国内专利撰写、外内专利申请、内外专利申请、复审、无效、诉讼、侵权分析、专利文献检索、专利信息分析等业务的代理均具有丰富的经验。

2004年起长期承担大中型企业、研究院、政府等部门(如天津LG集团，北方兵器集团、北京各经济开发区高新技术企业、地方政府)的知识产权管理人员、技术人员、公务员的知识产权培训工作。

2004年起担任专利代理人考前培训班教师，先后为北京知识产权服务中心、天津知识产权服务中心、陕西知识产权服务中心、国防知识产权局、大连理工大学等单位组织的代理人考前培训担任教师，主讲专利法基础知识、相关法律知识、专利代理实务三门课程。

2011年起作为全国代理人协会指定教师，承担全国专利代理人实务培训的教材编写和培训工作，为北京、天津、江苏、广东等地执业专利代理人执业能力提高提供实务培训。

2012年入选全国代理人协会第一批高级人才(全国190名专利代理人入选)。

2020年开办网络考前培训班、实操训练班，每年参加学习学员在2万人次以上。

出版物

《专利法律知识应考教程及同步练习》(专利代理人考前培训教材),知识产权出版社,副主编。

《patent litigation》中国部分作者(英文撰写),2006年第一版,2012年第二版,出版社: Thomson Reuters。

《专利申请代理实务-机械分册》作者之一,知识产权出版社,2013年3月出版。

《知识产权新动向实务与精要》作者之一,北京大学出版社,2014年2月出版。

《专利代理实务讲座教程及历年试题解析》,作者,国防工业出版社,2015年8月出版。

《专利代理实务讲座》,作者,知识产权出版社,2022年6月出版。

前 言

全国专利代理师资格考试分为专利法、相关法以及专利代理实务三门课程。这三门课程中，相关法涵盖法律规范面比较广，涉及民法典、民事诉讼法、行政复议法、行政诉讼法、商标法、著作权法、其他相关法律、知识产权国际条约等。相关法这门课程所需要掌握的知识点甚至多于专利法，且考生普遍反应对法律知识陌生。

相关法考试共100题，前30题为单选，后70题为多选，每题1分，多选、少选、错选均不得分。相关法(满分100分)和专利法(满分150分)合并计分，达到150分合格。

2006年到2017年，相关法考题的难度一直比较低，每年80%的考题均为反复考查的考点，略微学习即能拿到70分至80分的分数。2018年、2019年难度开始略微提升。2020年至2023年出题方式变化，难度激增，部分题目直接取自司法考试原题，部分题目超出考纲范围，考点重复率仅30%。

在目前出题的情况下，刷历年真题基本没有学习效果。为应对新的出题形式，本书将各部门重点法条作为精讲内容，同时从代理师资格考试、司法考试的历年试题中选择400余题，新编200余题，合计600题供学员练习。

虽然近年来相关法难度提升，但是经过听课、看书、做题，600题的正确率能达到75%的学员，大部分最终考试成绩超过70分(60分为及格线)。

希望本书能够帮助考生尽快掌握相关法的基本知识、基本理论、考试的出题思路以及应试技巧，取得理想的成绩。

目 录

专题一 民法典总则编	1
专题二 民法典合同编	28
专题三 民事诉讼法	53
专题四 行政复议法	90
专题五 行政诉讼法	111
专题六 商标法	131
专题七 著作权法	156
专题八 其他相关法律	176
专题九 巴黎公约与马拉喀什条约	195
专题十 与贸易有关的知识产权协定	201

专题一

民法典总则编

《中华人民共和国民法典》(下文简称《民法典》)于2021年1月1日起施行。民法典分为总则、物权、合同、人格权、婚姻家庭、继承、侵权责任共七编。专题一考试内容涉及民法典总则编及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉总则编若干问题的解释》(以下简称总则编司法解释)。

民法典总则编在考试中约占6-10题。这门课程的考点比较集中,考生应当尽量全部掌握。

第一章 民法基本原则与民事法律关系

一、民法调整对象

1. 民法调整范围(《民法典》第2条)

民法调整平等主体的自然人、法人和非法人组织之间的人身关系(如婚姻家庭、监护关系等)和财产关系(如合同买卖关系、物品所有权关系等)。

2. 不属于民法调整范围

以下情形不属于民法调整范围:

①国家机关、企业事业单位等在从事管理活动时产生的社会关系;

例如:国家知识产权局对专利、商标的受理与授权、税务机关收缴税款、海关检查货物、公安机关行政处罚、科技局对创新基金申请项目的管理等均属于行政法调整范围,不属于民法调整范围。

但是,行政机关参与民事活动需要受民法调整(如购买办公用品、办公楼装修招标等)。

②不能产生私法效果的人身关系(如恋爱交友);

③不能产生私法效果的财产关系(如好意施惠、情谊行为、君子协议、戏谑行为);

例如:承诺考试通过后请同事吃饭、答应女朋友年底出国旅游、一起看演出迟到、到同事家吃饭违约造成浪费、火车过站提醒、无偿指路、夸下海口重酬奖励、打赌等,不属于民法调整范围。

④劳动关系。

二、民事法律关系

民事法律关系是指具有民事权利、义务内容的社会关系。民事法律关系构成三要素:

①主体

包括自然人、法人、非法人组织(如合伙企业、个人独资企业、个体工商户、农村承包经营户)。

相关法专题讲座

2024年专利代理师资格考试

②客体

包括物、行为(作为或不作为)、人身利益、智力成果(专利、商标、著作权)等。

③内容

民事权利、民事义务, 由法律直接规定(如物权、侵权)或当事人约定(如合同)。

三、民法基本原则

1. 平等原则(《民法典》第4条)

民事主体在民事活动中的法律地位一律平等。

2. 自愿原则(《民法典》第5条)

民事主体从事民事活动, 应当遵循自愿原则, 按照自己的意思设立、变更、终止民事法律关系。

对自愿原则理解如下:

①因欺诈、胁迫、乘人之危、显失公平作出的与内心意愿不相符的意思表示, 违反自愿原则;

②民事主体应当对自己参与的民事活动导致的结果负责, 承担民事活动中产生的不利后果(如购买股票后大跌、买房后房价大跌)。

3. 公平原则(《民法典》第6条)

民事主体从事民事活动, 应当遵循公平原则, 合理确定各方的权利和义务(当事人交易结果的利益均衡)。

一般符合自愿原则的交易就不违反公平原则, 一方当事人别无选择的情况下达成的利益失衡交易违反公平原则。

4. 诚信原则(《民法典》第7条)

民事主体从事民事活动, 应当遵循诚信原则, 秉持诚实, 恪守承诺。

诚信原则被称为“帝王原则”, 具体体现为:

①民事法律关系的产生过程中应当如实告知真实情况(如出售凶宅、出过交通事故的车);

②禁止背信弃义、擅自毁约;

③后合同义务(合同的权利义务终止后, 当事人依照法律的规定, 遵循诚实信用原则, 根据交易习惯履行的义务);

④禁止损人不利己(如邻里间一方利用地形优势高筑围墙, 让邻居有身处牢狱之感)。

5. 合法与公序良俗原则(《民法典》第8条)

民事主体从事民事活动, 不得违反法律, 不得违背公序良俗。具体包括:

①不得违反公共秩序

公共秩序是指与社会公共利益有关的社会秩序, 包括经济秩序、政治秩序、生活秩序等, 例如医闹、组织人员到竞争对手营业场所围堵闹事。

②不得违反善良风俗

善良风俗多体现在婚姻家庭关系领域以及人身关系领域; 例如代孕、婚外情人财产赠与、离婚后不得

生育、绝育后才能分手、结婚必须生育等、婚前约定离婚后不得再嫁等。

6. 绿色原则(《民法典》第9条)

民事主体从事民事活动,应当有利于节约资源、保护生态环境(如电子发票制度)。

第二章 自然人

第一节 民事权利能力和民事行为能力

一、民事权利能力

民事权利能力是指民事主体依法享有民事权利和承担民事义务资格。

1. 自然人民事权利能力的起始(《民法典》第13条)

自然人从出生时起到死亡时止,具有民事权利能力,依法享有民事权利,承担民事义务。

2. 自然人民事权利能力平等(《民法典》第14条)

自然人的民事权利能力一律平等。

3. 自然人出生和死亡时间(《民法典》第15条)

自然人的出生时间和死亡时间,以出生证明、死亡证明记载的时间为准;没有出生证明、死亡证明的,以户籍登记或者其他有效身份登记记载的时间为准。有其他证据足以推翻以上记载时间的,以该证据证明的时间为准。

4. 胎儿利益的特殊保护(《民法典》第16条)

涉及遗产继承、接受赠与等胎儿利益保护的,胎儿视为具有民事权利能力。但是,胎儿娩出时为死体的,其民事权利能力自始不存在。

5. 死者人格利益的保护

死者不享有民事权利能力,但是自然人死亡后,其人格利益受到侵害的,民法仍予以保护。

二、民事行为能力

民事行为能力是指民事主体以自己的行为享有民事权利,履行民事义务的能力。按照自然人的年龄和精神状态,民事行为能力人分为完全民事行为能力人、限制民事行为能力人、无民事行为能力人。

1. 完全民事行为能力人(《民法典》第17条,第18条)

①成年人(18周岁以上的自然人为成年人)为完全民事行为能力人,可以独立实施民事法律行为。

②16周岁以上的未成年人,以自己的劳动收入为主要生活来源的,视为完全民事行为能力人。

2. 限制民事行为能力人

(1)类型(《民法典》第19条,第22条)

①8周岁以上的未成年人(不满18周岁的自然人为未成年人)为限制民事行为能力人。

②不能完全辨认自己行为的成年人为限制民事行为能力人。

相关法专题讲座

2024年专利代理师资格考试

(2) 行为效力

①限制民事行为能力人可以独立实施纯获利益的民事法律行为或者与其年龄、智力、精神健康状况相适应的民事法律行为。

②限制民事行为能力人实施其他民事法律行为由其法定代理人(监护人为法定代理人)代理或者经其法定代理人同意、追认。

3. 无民事行为能力人

(1) 类型(《民法典》第20条, 第21条)

①不满8周岁的未成年人为无民事行为能力人。

②不能辨认自己行为的成年人(包括8周岁以上的未成年人)为无民事行为能力人。

(2) 行为效力

无民事行为能力人由其法定代理人(即监护人)代理实施民事法律行为。

【注意】无民事行为能力人对于纯获利的行为也只能通过法定代理人代理。

【总结】

类型	判断标准	参与民事活动的方式
完全民事行为能力	18周岁以上, 能分辨自己行为	独立进行民事活动
	16周岁以上, 不满18周岁, 以自己的劳动收入作为主要生活来源, 能分辨自己行为	
限制民事行为能力	8周岁以上的未成年人	独立实施纯获利行为或与能力相适应的民事活动, 其他民事活动由其法定代理人代理, 或者经同意、追认
	不能完全辨认自己行为的成年人	
无民事行为能力	不满8周岁的未成年人	由法定代理人(监护人)代理民事活动(含纯获利行为)
	不能辨认自己行为的成年人	
	不能辨认自己行为的未成年人	

三、自然人的住所(《民法典》第25条)

自然人以户籍登记或者其他有效身份登记记载的居所为住所; 经常居所(已连续居住一年以上的地方)与住所不一致的, 经常居所视为住所。

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

第二节 监护

一、监护的类型

1. 当然监护(《民法典》第27条第1款)

对于未成年人, 父母是未成年子女的监护人。

【注意】监护人的资格非经法定程序不能剥夺, 夫妻离婚后, 无抚养权的一方仍然为监护人。

2. 顺序监护

(1) 未成年人的顺序监护人(《民法典》第27条第2款)

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

①祖父母、外祖父母;

②兄、姐;

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

(2) 成年人的顺序监护人(《民法典》第28条)

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

①配偶;

②父母、子女;

③其他近亲属(近亲属包括配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女);

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

3. 遗嘱监护(《民法典》第29条)

被监护人的父母担任监护人的,可以通过遗嘱指定监护人。

【注意】父母被撤销监护权或者不能担任监护人的,不能遗嘱监护。

4. 协议监护(《民法典》第30条)

依法具有监护资格的人之间可以协议确定监护人。协议确定监护人应当尊重被监护人的真实意愿。

【注意】未成年的父母有监护能力的,父母是监护人,不能协议监护。

5. 指定监护(《民法典》第31条)

①对监护人的确定有争议的,由被监护人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门指定监护人,有关当事人对指定不服的,可以向人民法院申请指定监护人;有关当事人也可以直接向人民法院申请指定监护人。

②居民委员会、村民委员会、民政部门或者人民法院应当尊重被监护人的真实意愿,按照最有利于被监护人的原则在依法具有监护资格的人中指定监护人。

③在指定监护人之前,被监护人的人身权利、财产权利以及其他合法权益处于无人保护状态的,由被监护人住所地的居民委员会、村民委员会、法律规定的有关组织或者民政部门担任临时监护人。

④监护人被指定后,不得擅自变更;擅自变更的,不免除被指定的监护人的责任。

【注意】未成年人父母有监护能力的,父母是监护人,不能指定监护。

6. 机关监护(《民法典》第32条)

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

7. 意定监护(《民法典》第33条)

具有完全民事行为能力的成年人,可以与其近亲属、其他愿意担任监护人的个人或者组织事先协商,以书面形式确定自己的监护人,在自己丧失或者部分丧失民事行为能力时,由该监护人履行监护职责。

8. 委托监护(《民法典》第1189条)

无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害,监护人将监护职责委托给他人的,监护人应当承担侵权责任;受托人有过错的,承担相应的责任。

二、监护人的职责

1. 监护职责(《民法典》第34条)

① 监护人的职责是代理被监护人实施民事法律行为,保护被监护人的人身权利、财产权利以及其他合法权益等。

② 监护人不履行监护职责或者侵害被监护人合法权益的,应当承担法律责任。

③ 因发生突发事件等紧急情况,监护人暂时无法履行监护职责,被监护人的生活处于无人照料状态的,被监护人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门应当为被监护人安排必要的临时生活照料措施。

2. 监护原则(《民法典》第35条第1款)

监护人应当按照最有利于被监护人的原则履行监护职责。监护人除为维护被监护人利益外,不得处分被监护人的财产。

三、监护的撤销和恢复

1. 撤销监护人资格(《民法典》第36条第1款)

监护人有下列情形之一的,人民法院根据有关个人或者组织的申请,撤销其监护人资格,安排必要的临时监护措施,并按照最有利于被监护人的原则依法指定监护人:

① 实施严重损害被监护人身心健康的行为;

② 怠于履行监护职责,或者无法履行监护职责且拒绝将监护职责部分或者全部委托给他人,导致被监护人处于危困状态;

③ 实施严重侵害被监护人合法权益的其他行为。

2. 撤销人(《民法典》第36条第2款)

有权向人民法院申请撤销监护人资格的撤销人包括:

① 其他依法具有监护资格的人;

② 居民委员会、村民委员会、学校、医疗机构、妇女联合会、残疾人联合会、未成年人保护组织、依法设立的老年人组织、民政部门等。

3. 撤销后果(《民法典》第37条)

① 原监护人的监护资格消灭,法院指定新监护人;

② 依法负担被监护人抚养费、赡养费、扶养费的父母、子女、配偶等,被人民法院撤销监护人资格后,

应当继续履行负担的义务。

4. 撤销后恢复监护人资格(《民法典》第38条)

被监护人的父母或者子女被人民法院撤销监护人资格后,除对被监护人实施故意犯罪的外,确有悔改表现的,经其申请,人民法院可以在尊重被监护人真实意愿的前提下,视情况恢复其监护人资格,人民法院指定的监护人与被监护人的监护关系同时终止。

四、监护的终止(《民法典》第39条)

有下列情形之一的,监护关系终止:

- ①被监护人取得或者恢复完全民事行为能力;
- ②监护人丧失监护能力;
- ③被监护人或者监护人死亡;
- ④人民法院认定监护关系终止的其他情形。

监护关系终止后,被监护人仍然需要监护的,应当依法另行确定监护人。

第三节 宣告失踪和宣告死亡

一、宣告失踪

1. 宣告失踪的条件(《民法典》第40、41条)

自然人下落不明满2年的,利害关系人可以向人民法院申请宣告该自然人为失踪人。

(1) 下落不明时间计算

自然人下落不明的时间自其失去音讯之日起计算。战争期间下落不明的,下落不明的时间自战争结束之日或者有关机关确定的下落不明之日起计算。

(2) 利害关系人的范围(《总则解释第14条》)

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、财产继承人、债权人、债务人、合伙人以及其他与被申请人有民事权利义务关系的人。

2. 宣告失踪后财产代管

(1) 代管人的确定(《民法典》第42条)

失踪人的财产由其配偶、成年子女、父母或者其他愿意担任财产代管人的人代管(代管人没有先后顺序)。

代管有争议,没有前款规定的人,或者前款规定的人无代管能力的,由人民法院指定的人代管。

(2) 代管人的职责(《民法典》第43条)

- ①财产代管人应当妥善管理失踪人的财产,维护其财产权益。
- ②失踪人所欠税款、债务和应付的其他费用,由财产代管人从失踪人的财产中支付。
- ③财产代管人因故意或者重大过失造成失踪人财产损失的,应当承担赔偿责任。

相关法专题讲座

2024年专利代理师资格考试

(3) 代管人的变更(《民法典》第44条)

财产代管人不履行代管职责、侵害失踪人财产权益或者丧失代管能力的，失踪人的利害关系人可以向人民法院申请变更财产代管人。

3. 失踪宣告的撤销(《民法典》第45条)

失踪人重新出现，经本人或者利害关系人申请，人民法院应当撤销失踪宣告。

二、宣告死亡

1. 宣告死亡的条件(《民法典》第46条)

自然人有下列情形之一的，利害关系人可以向人民法院申请宣告该自然人死亡：

①下落不明满4年；

②因意外事件，下落不明满2年。

因意外事件下落不明，经有关机关证明该自然人不可能生存的，申请宣告死亡不受2年时间的限制。

2. 宣告死亡优先适用(《民法典》第47条)

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

(宣告失踪不是宣告死亡的必经程序)。

3. 死亡日期的确定(《民法典》第48条)

①法院宣告死亡的判决作出之日视为其死亡的日期；

②因意外事件下落不明宣告死亡的，意外事件发生之日视为其死亡的日期。

4. 被宣告死亡期间的民事法律行为效力(《民法典》第49条)

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

5. 死亡宣告的撤销及后果(《民法典》第50-53条)

(1) 死亡宣告的撤销

被宣告死亡的人重新出现，经本人或者利害关系人申请，人民法院应当撤销死亡宣告。

(2) 宣告死亡、撤销死亡宣告对婚姻关系的影响

被宣告死亡的人的婚姻关系，自死亡宣告之日起消除。死亡宣告被撤销的，婚姻关系自撤销死亡宣告之日起自行恢复。但是，其配偶再婚或者向婚姻登记机关书面声明不愿意恢复的除外。

(3) 撤销死亡宣告对收养关系的影响

被宣告死亡的人在被宣告死亡期间，其子女被他人依法收养的，在死亡宣告被撤销后，不得以未经本人同意为由主张收养行为无效。

(4) 撤销死亡宣告对财产关系的影响

被撤销死亡宣告的人有权请求通过继承取得其财产的民事主体返还财产；无法返还的，应当给予适当补偿(返还义务人为继承人，第三人通过合同买卖或赠与取得的，第三人无需返还，由继承人给予

补偿)。

利害关系人隐瞒真实情况，致使他人被宣告死亡而取得其财产的，除应当返还财产外，还应当对由此造成的损失承担赔偿责任。

第三章 法人和非法人组织

第一节 一般规定

一、法人的概念

1. 法人定义(《民法典》第57条)

法人是具有民事权利能力和民事行为能力，依法独立享有民事权利和承担民事义务的组织。

2. 法人成立的条件(《民法典》第58条)

①法人应当依法成立；

②法人应当有自己的名称、组织机构、住所、财产或者经费；

③设立法人，法律、行政法规规定须经有关机关批准的，依照其规定。

3. 法人的民事权利能力和民事行为能力(《民法典》第59条)

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。

4. 法人的住所(《民法典》第63条)

①法人以其主要办事机构所在地为住所。

②依法需要办理法人登记的，应当将主要办事机构所在地登记为住所。

二、法人责任

1. 法人民事责任承担(《民法典》第60条)

法人以其全部财产独立承担民事责任。

2. 设立期间的责任承担(《民法典》第75条)

①设立人为设立法人从事的民事活动，其法律后果由法人承受；

②法人未成立的，其法律后果由设立人承受，设立人为二人以上的，享有连带债权，承担连带债务；

③设立人为设立法人以自己的名义从事民事活动产生的民事责任，第三人有权选择请求法人或者设立人承担。

3. 法定代表人(《民法典》第61、62条)

①依照法律或者法人章程的规定，代表法人从事民事活动的负责人，为法人的法定代表人。

②法定代表人以法人名义从事的民事活动，其法律后果由法人承受。

③法人章程或者法人权力机构对法定代表人代表权的限制，不得对抗善意相对人。

④法定代表人因执行职务造成他人损害的，由法人承担民事责任。

相关法专题讲座

2024年专利代理师资格考试

⑤法人承担民事责任后，依照法律或者法人章程的规定，可以向有过错的法定代表人追偿。

4. 分支机构(《民法典》第74条)

法人可以依法设立分支机构(子公司是独立法人，分支机构不是独立法人)，分支机构以自己的名义从事民事活动，产生的民事责任由法人承担；也可以先以该分支机构管理的财产承担，不足以承担的，由法人承担。

5. 法人合并和分立(《民法典》第67条)

①法人合并的，其权利和义务由合并后的法人享有和承担；

②法人分立的，其权利和义务由分立后的法人享有连带债权，承担连带债务，但是债权人和债务人另有约定的除外。

三、法人终止

1. 法人终止情形(《民法典》第68条)

有下列原因之一并依法完成清算、注销登记的，法人终止：

①法人解散；

②法人被宣告破产；

③法律规定的其他原因。

2. 法人解散情形(《民法典》第69条)

有下列情形之一的，法人解散：

①法人章程规定的存续期间届满或者法人章程规定的其他解散事由出现；

②法人的权力机构决议解散；

③因法人合并或者分立需要解散；

④法人依法被吊销营业执照、登记证书，被责令关闭或者被撤销；

⑤法律规定的其他情形。

3. 清算

(1)法人解散后清算(《民法典》第70条第1款)

法人解散的，除合并或者分立的情形外，清算义务人应当及时组成清算组进行清算。

(2)清算中法人地位(《民法典》第72条第1款)

清算期间法人存续，但是不得从事与清算无关的活动。

(3)法人终止(《民法典》第72条第3款)

清算结束并完成法人注销登记时，法人终止；依法不需要办理法人登记的，清算结束时，法人终止。

第二节 法人和非法人组织的分类

一、营利法人(《民法典》第76、78条)

①营利法人是以取得利润并分配给股东等出资人为目的成立的法人，包括有限责任公司、股份有限

公司和其他企业法人等。

②依法设立的营利法人，由登记机关发给营利法人营业执照，营业执照签发日期为营利法人的成立日期。

二、非营利法人(《民法典》第87、88、90、92条)

非营利法人是为公益目的或者其他非营利目的成立，不向出资人、设立人或者会员分配所取得利润的法人。

非营利法人包括事业单位、社会团体、基金会、社会服务机构等。

1. 事业单位法人

事业单位法人是为社会提供公益服务而设立，经依法登记成立，取得事业单位法人资格；依法不需要办理法人登记的，从成立之日起，具有事业单位法人资格。

2. 社会团体法人

社会团体法人是基于会员共同意愿，为公益目的或者会员共同利益等非营利目的而设立的社会团体，经依法登记成立，取得社会团体法人资格；依法不需要办理法人登记的，从成立之日起，具有社会团体法人资格。

3. 捐助法人

捐助法人是为公益目的以捐助财产设立的基金会、社会服务机构等，经依法登记成立，取得捐助法人资格。

三、特别法人(《民法典》第96条)

特别法人包括机关法人、农村集体经济组织法人、城镇农村的合作经济组织法人、基层群众性自治组织法人。

四、非法人组织(《民法典》第102、104条)

1. 非法人组织的概念

非法人组织是不具有法人资格，但是能够依法以自己的名义从事民事活动的组织。

2. 非法人组织的类型

非法人组织包括个人独资企业、合伙企业、不具有法人资格的专业服务机构等。

3. 非法人组织的债务承担

非法人组织的财产不足以清偿债务的，其出资人或者设立人承担无限责任；法律另有规定的，依照其规定(例如有限合伙企业)。

【 总结 】

法人	营利法人	有限责任公司、股份有限公司、其他企业法人(例如知识产权代理有限公司)	利润分配股东	登记时取得资格
	非营利法人	事业单位法人(例如国家专利局, 审查协作中心)	可以营利, 但不得分配利润	需要登记的, 登记取得资格; 无需登记的, 成立时取得资格
		社会团体法人(例如全国代理师协会、消协)		
		捐助法人, 包括基金会和社会服务机构(例如韩红爱心慈善基金会, 民办非)		登记时取得资格
	特别法人	机关法人(例如国家知识产权局)	有独立经费或承担行政职能的, 成立时取得资格	
		农村集体经济组织法人(例如小岗村股份经济合作社)、城镇农村的合作经济组织法人(供销合作社)、基层群众性自治组织法人(村民委员会、居民委员会)		
非法人组织	个人独资企业(例如贾玲(上海)影视文化工作室)		出资人或者设立人承担无限连带责任(另有规定除外)	
	合伙企业(例如知识产权代理事务所)			
	不具有法人资格的专业服务机构(例如律师事务所)			

第四章 民事权利

一、民事权利的种类

1. 人身权

(1) 人格权(《民法典》第110条)

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

法人、非法人组织享有名称权、名誉权和荣誉权。

(2) 身份权(《民法典》第112条)

自然人因婚姻家庭关系等产生的人身权利受法律保护。

2. 财产权

(1) 物权(《民法典》第114、115条)

民事主体依法享有物权。

物权是权利人依法对特定的物享有直接支配和排他的权利, 包括所有权(自物权)、用益物权和担保物权(他物权)。

物包括不动产和动产; 法律规定权利作为物权客体的, 依照其规定。

(2) 债权(《民法典》第118条)

民事主体依法享有债权。

债权包括合同之债、侵权之债、无因管理之债、不当得利之债，以及因法律的其他规定，权利人请求特定义务人为或者不为一定行为的权利。

(3) 知识产权(《民法典》第123条)

民事主体依法享有知识产权，知识产权是权利人依法就下列客体享有的专有的权利：

- ①作品；
- ②发明、实用新型、外观设计；
- ③商标；
- ④地理标志；
- ⑤商业秘密；
- ⑥集成电路布图设计；
- ⑦植物新品种；
- ⑧法律规定的其他客体。

二、无因管理和不当得利

1. 无因管理(《民法典》第121条)

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

2. 不当得利(《民法典》第122条)

因他人没有法律根据，取得不当利益，受损失的人有权请求其返还不当利益。

第五章 民事法律行为

第一节 一般规定

一、民事法律事实的概念及体系

民事法律事实 (能够引起民事法律关系产生、变更、消灭的客观事实)	事件 (不以人的意志为转移)	自然事件，是指与人的意志完全无关，纯由自然原因发生的事件	如人的出生和死亡、自然灾害、天然孳息的产生	
		社会事件，是指由人的行为引发的事件	如战争、罢工、动乱、人为事故、人为原因引起的死亡、人的失踪	
	行为 (以人的意志为转移)	事实行为 (不具有意思表示)	如无因管理、拾得遗失物、发现埋藏物、给付债权标的物、侵权行为等	一经实施即发生法律效力后果，不存在效力问题
		民事法律行为 (意思表示)	合同、婚姻、订立遗嘱、处分权利等	行为人需要有相应的民事行为能力

二、民事法律行为概述

1. 民事法律行为的定义(《民法典》第133条)

民事法律行为是民事主体通过意思表示设立、变更、终止民事法律关系的行为。

2. 民事法律行为的成立(《民法典》第134条)

民事法律行为可以基于双方或者多方的意思表示一致成立，也可以基于单方的意思表示成立。

3. 民事法律行为的形式(《民法典》第135条)

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、行政法规规定或者当事人约定采用特定形式的，应当采用特定形式。

4. 民事法律行为的生效(《民法典》第136条)

一般民事法律行为自成立时生效，但是法律另有规定或者当事人另有约定的除外，如附条件、附期限等。

行为人非依法律规定或者未经对方同意，不得擅自变更或者解除民事法律行为。

三、民事法律行为的分类

意思表示的数量	单方	依一方当事人的意思表示而成立的民事法律行为，如遗嘱、抛弃所有权、授予代理权。
	双方	双方意思表示一致，如合同、遗赠扶养协议、赠与协议。
	共同	两个以上当事人彼此协商一致，如合伙协议。
义务主体数量	单务	仅一方负担义务，如赠与合同、保证合同。
	双务	双方对等义务，如买卖合同、技术许可合同。
是否需要报酬	无偿	无须对方给予报酬，如赠与、借用。
	有偿	需要对方支付报酬，如买卖、租赁。
成立标志	诺成	行为人意思表示一致即成立(也称不要物行为)，如买卖合同。
	实践	需要交付行为才能成立，包括定金、自然人之间借款、借用、保管、代物清偿。
是否需要特定形式	要式	必须依照法律规定的形式实施，如书面形式、履行登记手续等，如专利质押合同、订立遗嘱。
	不要式	不拘形式的民事法律行为，即当事人可以自由决定行为的形式，只要该行为意思表示合法，行为即可生效，如买卖合同。

第二节 意思表示

1. 意思表示

(1) 意思表示定义

意思表示是指行为人欲设立、变更、终止民事法律关系的内在意思表达出来的行为。

①意思表示的目的是行为人意欲设立、变更、终止民事法律关系，如买卖、赠与、遗嘱、悬赏广告、假一罚十承诺等。

②意思表示产生民事上的法律后果。

好意施惠、表达爱慕、戏谑、情谊行为、**提起上诉等**不是意思表示。

③将意思以一定形式表达出来，如口头、书面、作为、不作为。

(2) 意思表示的意义

①法律行为需要意思表示，如遗嘱、悬赏广告、合同、合伙协议。

②事实行为不需要意思表示，如无因管理、不当得利、创作、发明、侵权。

2. 意思表示方式(《民法典》第140条)

行为人可以明示或者默示作出意思表示。沉默只有在有法律规定、当事人约定或者符合当事人之间的交易习惯时，才可以视为意思表示。

(1) 明示

书面形式(合同书、信件、数据电文)、口头形式表达。

(2) 默示

没有用语言或文字明确表示，但通过特定行为间接表示其意思。如乘客乘坐公共汽车，上车刷卡，表示乘客与公交公司订立旅客运输合同。

(3) 沉默

沉默原则上视为拒绝，沉默只有在有法律规定、当事人约定或者符合当事人之间的交易习惯时，才可以视为意思表示。例如，试用买卖中试用期满，买受人未表示是否购买的，视为购买。

3. 意思表示生效

(1) 有相对人的意思表示(《民法典》第137条)

①以对话方式(如当面、电话等)作出的意思表示，相对人知道其内容时生效。

②以非对话方式作出的意思表示，到达相对人时生效。以非对话方式作出的采用数据电文形式的意思表示，相对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时生效；未指定特定系统的，相对人知道或者应当知道该数据电文进入其系统时生效。当事人对采用数据电文形式的意思表示的生效时间另有约定的，按照其约定。

(2) 无相对人的意思表示(《民法典》第138条)

无相对人的意思表示，表示完成时生效，如单方允诺(悬赏广告)；法律另有规定的，依照其规定。

(3) 以公告方式作出的意思(《民法典》第139条)

以公告方式作出的意思表示，公告发布时生效。

第三节 民事法律行为的效力

一、民事法律行为有效的条件(《民法典》第143条)

具备下列条件的民事法律行为有效：

①行为人具有相应的民事行为能力；

②意思表示真实；

相关法专题讲座

2024年专利代理师资格考试

③不违反法律、行政法规的强制性规定，不违背公序良俗。

二、无效的民事法律行为

民事法律行为基于民事主体的意思表示一致成立，一般民事法律行为自成立时生效。民事法律行为符合有效要件，能够产生法律效力。当民事法律行为缺少有效要件，因根本违法而自始、当然、绝对无效。

无效的民事法律行为类型包括：

1. 无民事行为能力人实施的民事法律行为（《民法典》第144条）

无民事行为能力人实施的民事法律行为无效（如6岁小学生接受舅舅赠送的手机、打赏主播等行为无效）。

2. 以虚假的意思表示实施的民事法律行为（《民法典》第146条）

①行为人与相对人以虚假的意思表示实施的民事法律行为无效。

无法定意思表示的民事法律行为无效，例如为了规避房屋限购政策而虚假离婚、为了积分落户而虚假结婚等。

②以虚假的意思表示隐藏的民事法律行为的效力，依照有关法律规定处理。

所谓隐藏的民事法律行为，是指被虚伪的意思表示所隐藏的双方当事人真心所欲达成的民事法律行为。同时存在虚伪的意思表示与隐藏的民事法律行为时，虚伪的意思表示无效，隐藏的民事法律行为效力可能有效，也可能无效，也可能可撤销。例如名为货物买卖合同，实为毒品交易合同，买卖合同和毒品交易合同均无效；送交房管局过户的房屋买卖合同约定房屋价款100万，买卖双方实际合同约定房屋价款500万，100万的合同无效，500万的合同有效。

3. 违反法律、行政法规强制性规定的民事法律行为（《民法典》第153条第1款）

①违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效（指违反效力性强制规定，如非法买卖人体器官、毒品、枪支、色情交易等民事法律行为无效）；

②强制性规定不导致该民事法律行为无效除外（指违反管理性强制规定，不导致无效，如小卖部无经营许可证出售香烟）。

4. 违背公序良俗的民事法律行为（《民法典》第153条第2款）

违背公序良俗的民事法律行为无效，如和婚外情人约定支付40万元生活费。

5. 恶意串通的民事法律行为（《民法典》第154条）

行为人与相对人恶意串通，损害他人合法权益的民事法律行为无效（如甲为避免住房被强制执行，和朋友订立买卖合同，房子仍由甲居住）。

判断恶意串通的要点：明知自己的行为会造成他人损害还故意实施，且行为人和相对人存在意思联络。

三、可撤销的民事法律行为

1. 可撤销的民事法律行为类型

(1) 基于重大误解实施的民事法律行为(《民法典》第147条)

基于重大误解实施的民事法律行为, 行为人有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。

重大误解的情形包括:

①行为人对行为性质认识错误: 如误把买卖作为赠与, 误认租赁为借用;

②行为人对当事人的认识错误: 如误把他人当作交易对象;

③行为人对标的物种类、质量、规格、数量认识错误: 如将赝品误以为真品而购买; 将真品误以为是赝品而售出; 将价款5000元误标为500元; 将g 误写为kg等。

《民法典》总则编解释第19条规定, 行为人对行为的性质、对方当事人或者标的物的品种、质量、规格、价格、数量等产生错误认识, 按照通常理解如果不发生该错误认识行为人就不会作出相应意思表示的, 人民法院可以认定为民法典第147条规定的重大误解。

行为人能够证明自己实施民事法律行为时存在重大误解, 并请求撤销该民事法律行为的, 人民法院依法予以支持; 但是, 根据交易习惯等认定行为人无权请求撤销的除外。

(2) 以欺诈手段实施的民事法律行为

①一方欺诈(《民法典》第148条)

一方以欺诈手段, 使对方在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为, 受欺诈方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销, 如故意告诉对方虚假情况、汽车交易故意隐瞒发生过重大交通事故的真相。

②第三人欺诈(《民法典》第149条)

第三人实施欺诈行为, 使一方在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为, 对方知道或者应当知道该欺诈行为的(要求对方知情), 受欺诈方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。

《民法典》总则编解释第21条规定, 故意告知虚假情况, 或者负有告知义务的人故意隐瞒真实情况, 致使当事人基于错误认识作出意思表示的, 人民法院可以认定为民法典第148条、第149条规定的欺诈。

例1, 甲卖保健品, 乙向丙极力推荐该保健品具有治疗癌症的疗效, 丙信以为真并购买, 实际上该保健品并无此功效。需要甲知道或者应当知道该欺诈行为, 受欺诈方才有权请求撤销当事人之间的买卖合同。

例2, 赵某承继一幅画价值10万元, 但赵某不知真假。字画商周某想低价收购, 遂骗赵某说是赝品, 价值不超过3000元。赵某信以为真, 但并未将画卖给周某, 而是以5万元卖给不知情的唐某。赵某不能因受欺诈请求撤销与唐某之间的合同。

(3) 以胁迫手段实施的民事法律行为(《民法典》第150条)

一方或者第三人以胁迫手段, 使对方在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为, 受胁迫方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。

《民法典》总则编解释第22条规定, 以给自然人及其近亲属等的人身权利、财产权利以及其他合法权

益造成损害或者以给法人、非法人组织的名誉、荣誉、财产权益等造成损害为要挟，迫使其基于恐惧心理作出意思表示的，人民法院可以认定为民法典第150条规定的胁迫。

根据上述规定，胁迫手段要求对方陷入恐惧而作出意思表示，如以举报犯罪为要挟要求借款、利用人多优势强迫签订购房合同。

第三人胁迫与第三人欺诈区分：第三人实施胁迫行为，即使相对人不知情，受胁迫方仍有权撤销该行为；第三人欺诈，要求对方知道或者应当知道欺诈行为，受欺诈方才可以撤销。

(4) 显失公平的民事法律行为(《民法典》第151条)

一方利用对方处于危困状态、缺乏判断能力等情形，致使民事法律行为成立时显失公平的，受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。

【注意】显失公平不仅仅看客观产生的结果(权利义务显著失衡)，还要看主观上是否利用对方处于危困状态(如在经济、生命、健康名誉等方面的窘迫或急需)或缺乏判断能力(如证券公司给老年人兜售股票)。

不属于显失公平的情形：因急用钱，导致售价略低于市场价；超市招牌假一罚十；珠宝玉器价格浮动等。

2. 撤销权

(1) 撤销权的行使

- ①行使撤销权的主体为受对方欺诈的一方；显失公平受损方；重大误解无过错方；受胁迫方。
- ②撤销权属于形成权，即单方意思表示就能使民事法律关系发生、变更、消灭。
- ③需要通过诉讼或仲裁行使撤销权。

(2) 撤销权的消灭(《民法典》第152条)

有下列情形之一的，撤销权消灭：

- ①当事人自知道或者应当知道撤销事由之日起1年内、重大误解的当事人自知道或者应当知道撤销事由之日起90日内没有行使撤销权；
- ②当事人受胁迫，自胁迫行为终止之日起1年内没有行使撤销权；
- ③当事人知道撤销事由后明确表示或者以自己的行为表明放弃撤销权；
- ④当事人自民事法律行为发生之日起5年内没有行使撤销权的，撤销权消灭。

【 总结 】

情形	撤销期间	
欺诈	知道或应当知道之日起1年	民事法律行为发生之日起5年
显失公平		
重大误解	知道或应当知道之日起90日	
胁迫	终止之日起1年	

四、无效与撤销的法律效力

1. 无效、被撤销民事法律行为的效力(《民法典》第155条)

无效的或者被撤销的民事法律行为自始没有法律约束力。

2. 民事法律行为部分无效(《民法典》第156条)

民事法律行为部分无效,不影响其他部分效力的,其他部分仍然有效。

3. 民事法律行为无效、被撤销或确定不发生效力的法律后果(《民法典》第157条)

民事法律行为无效、被撤销或者确定不发生效力后,行为人因该行为取得的财产,应当予以返还;不能返还或者没有必要返还的,应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方由此所受到的损失;各方都有过错的,应当各自承担相应的责任。法律另有规定的,依照其规定(满足缔约过失条件的,过错方承担缔约过失责任)。

五、效力待定的民事法律行为

1. 效力待定的情形

(1) 限制民事行为能力人实施的民事法律行为(《民法典》第145条第1款)

①限制民事行为能力人实施的纯获利益的民事法律行为有效;

②限制民事行为能力人实施的与其年龄、智力、精神健康状况相适应的民事法律行为有效;

③限制民事行为能力人实施的其他民事法律行为经法定代理人同意或者追认后有效。

(2) 狭义无权代理(《民法典》第171条第1款)

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

2. 限制行为能力人实施的民事法律行为中的追认和撤销(《民法典》第145条第2款)

限制行为能力人实施的超出与其年龄、智力、精神健康状况相适应的民事法律行为,相对人可以催告法定代理人自收到通知之日起30日内予以追认。法定代理人未作表示的,视为拒绝追认。民事法律行为被追认前,善意相对人有撤销的权利。撤销应当以通知的方式作出。(狭义无权代理的追认和撤销规定类似,见第六章第二节)。

①追认前,民事法律行为效力悬而未决,相对人有催告权,善意相对人有撤销权;追认后,民事法律行为有效。

②善意相对人撤销通知到达相对人时生效,法定代理人追认的意思表示达到相对人时生效。

③拒绝追认:沉默、未作表示视为拒绝追认,民事法律行为无效。

第四节 附条件、附期限的民事法律行为

1. 附条件的民事法律行为(《民法典》第158、159条)

民事法律行为可以附条件,但是根据其性质不得附条件的除外。附生效条件的民事法律行为,自条件成就时生效;附解除条件的民事法律行为,自条件成就时失效。

相关法专题讲座

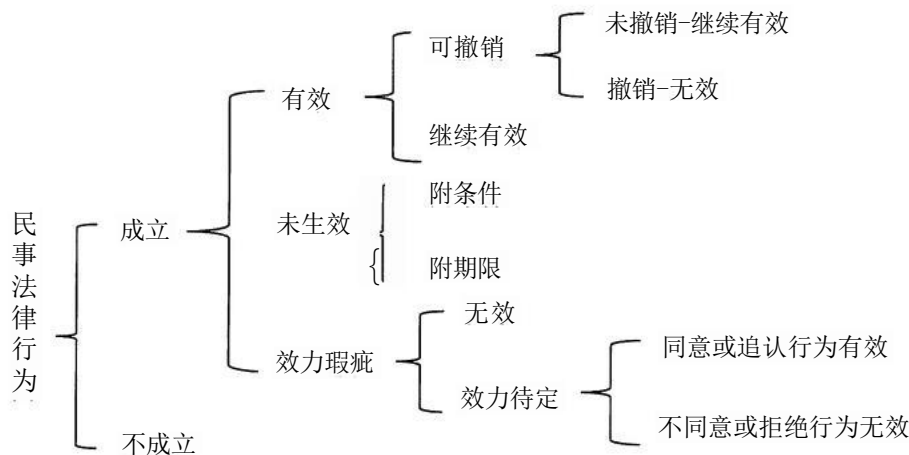
2024年专利代理师资格考试

附条件的民事法律行为，当事人为自己的利益不正当地阻止条件成就的，视为条件已经成就；不正当地促成条件成就的，视为条件不成就。

2. 附期限的民事法律行为(《民法典》第160条)

民事法律行为可以附期限，但是根据其性质不得附期限的除外。附生效期限的民事法律行为，自期限届至时生效；附终止期限的民事法律行为，自期限届满时失效。

【 总结 】

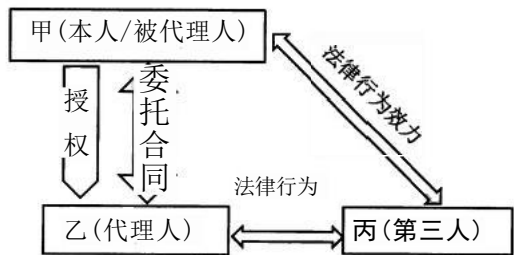


第六章 代理

第一节 一般规定

1. 代理的概念(《民法典》第162条)

代理是指代理人在代理权限内，以被代理人名义实施的民事法律行为，对被代理人发生效力。



2. 代理的类型(《民法典》第163条)

代理包括委托代理和法定代理。

(1) 委托代理

委托代理人按照被代理人的委托行使代理权(依据授权产生)。

(2) 法定代理

法定代理人依照法律的规定行使代理权(法律规定产生),如父母对未成年子女的代理权、法院指定代理等。

3. 代理的范围(《民法典》第161条)

①民事主体可以通过代理人实施民事法律行为。

②依照法律规定、当事人约定或者民事法律行为的性质,应当由本人亲自实施的民事法律行为,不得代理;如遗嘱、结婚登记等身份行为,以及侵权行为等事实行为。

4. 代理人的职责和责任

(1) 尽职尽责义务(《民法典》第164条第1款)

代理人不履行或者不完全履行职责,造成被代理人损害的,应当承担民事责任。

(2) 恶意串通承担连带责任(《民法典》第164条第2款)

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

(3) 违法代理承担连带责任(《民法典》第167条)

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

(4) 禁止自己代理(《民法典》第168条第1款)

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

(5) 禁止双方代理(《民法典》第168条第2款)

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

第二节 委托代理

1. 授权委托书(《民法典》第165条)

委托代理授权采用书面形式的,授权委托书应当载明代理人的姓名或者名称、代理事项、权限和期限,并由被代理人签名或者盖章。

2. 共同代理(《民法典》第166条)

数人为同一代理事项的代理人的,应当共同行使代理权,但是当事人另有约定的除外。

3. 复代理(转委托)(《民法典》第169条)

①代理人需要转委托第三人代理的,应当取得被代理人的同意或者追认。

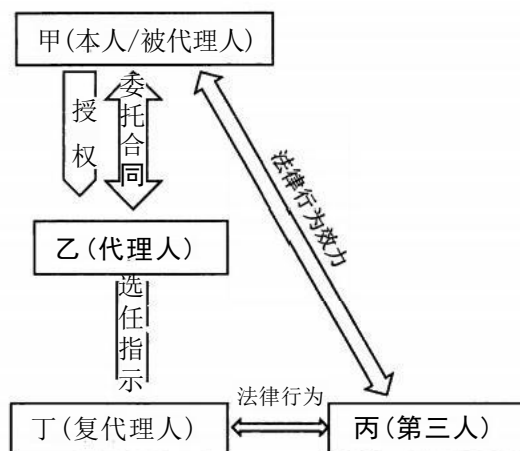
②转委托代理经被代理人同意或者追认的,被代理人可以就代理事务直接指示转委托的第三人,代理人仅就第三人的选任以及对第三人的指示承担责任。

相关法专题讲座

2024年专利代理师资格考试

③ 转委托代理未经被代理人同意或者追认的，代理人应当对转委托的第三人的行为承担责任；但是，在紧急情况下代理人为了维护被代理人的利益需要转委托第三人代理的除外。

《民法典》总则编解释第26条规定，由于急病、通讯联络中断、疫情防控等特殊原因，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，如不及时转委托第三人代理，会给被代理人的利益造成损失或者扩大损失的，人民法院应当认定为民法典第169条规定的紧急情况。



4. 职务代理和代表

(1) 职务代理(《民法典》第170条)

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

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

(2) 代表(《民法典》第61条第2款)

法定代表人以法人名义从事的民事活动，法律后果由法人承受。

5. 无权代理

(1) 狭义无权代理(《民法典》第171条)

① 行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后，仍然实施代理行为，未经被代理人追认的，对被代理人不发生效力(效力待定)。

② 相对人可以催告被代理人自收到通知之日起30日内予以追认。被代理人未作表示的，视为拒绝追认。行为人实施的行为被追认前，善意相对人有撤销的权利。撤销应当以通知的方式作出。

③ 行为人实施的行为未被追认的，善意相对人有权请求行为人履行债务或者就其受到的损害请求行为人赔偿。但是，赔偿的范围不得超过被代理人追认时相对人所能获得的利益。

④ 相对人知道或者应当知道行为人无权代理的，相对人和行为人按照各自的过错承担责任。

(2) 表见代理(《民法典》第172条)

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

代理权的，代理行为有效。

司法实践以及做题中，成立表见代理一般要求被代理人有过错，例如被代理人在解除代理关系时，未将盖章的委托书收回。如果相对人有疏忽，例如未核查代理人的身份，则不成立表见代理；代理人盖假章不成立表见代理。表见代理成立的，由被代理人承担责任，之后被代理人可向无权代理人追偿。

第三节 代理终止

1. 委托代理终止（《民法典》第173条）

有下列情形之一的，委托代理终止：

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

2. 委托代理终止例外（《民法典》第174条）

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

3. 法定代理终止（《民法典》第175条）

有下列情形之一的，法定代理终止：

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

第七章 民事责任

一、民事责任的概念、方式和种类

1. 民事义务与责任（《民法典》第176条）

民事责任是指民事主体因违反民事义务应当承担的民事法律后果。

民事主体依照法律规定或者按照当事人约定，履行民事义务，承担民事责任。

2. 承担民事责任的方式(《民法典》第179条)

承担民事责任的方式主要有：

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

法律规定惩罚性赔偿的，依照其规定；以上承担民事责任的方式，可以单独适用，也可以合并适用。

【总结】不同行为承担责任的方式

行为	责任承担方式
侵权	停止侵害，排除妨碍，消除危险，返还财产，恢复原状，赔偿损失，消除影响、恢复名誉，赔礼道歉
违约	修理、重作、更换，继续履行，赔偿损失，支付违约金
知识产权侵权	专利、商标：停止侵害，赔偿损失
	著作权：停止侵害，赔偿损失，消除影响，赔礼道歉

3. 民事责任种类

(1) 无限责任

责任人以全部财产承担的责任，如普通合伙对合伙债务的承担。

(2) 有限责任

在一定范围内承担的责任，如公司股东承担有限责任。

(3) 按份责任(《民法典》第177条)

二人以上依法承担按份责任，能够确定责任大小的，各自承担相应的责任；难以确定责任大小的，平均承担责任。

(4) 连带责任(《民法典》第178条)

①二人以上依法承担连带责任的，权利人有权请求部分或者全部连带责任人承担责任。

②连带责任人的责任份额根据各自责任大小确定；难以确定责任大小的，平均承担责任。实际承担责任超过自己责任份额的连带责任人，有权向其他连带责任人追偿。

③连带责任，由法律规定或者当事人约定。

二、责任的减轻和免除

1. 不可抗力(《民法典》第180条)

因不可抗力不能履行民事义务的，不承担民事责任；法律另有规定的，依照其规定。

不可抗力是不能预见、不能避免且不能克服的客观情况。

2. 正当防卫(《民法典》第181条)

因正当防卫造成损害的，不承担民事责任。

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

3. 紧急避险(《民法典》第182条)

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。

危险由自然原因引起的,紧急避险人不承担民事责任,可以给予适当补偿。

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

4. 因保护他人民事权益受损时的责任承担与补偿办法(《民法典》第183条)

因保护他人民事权益使自己受到损害的,由侵权人承担民事责任,受益人可以给予适当补偿。

没有侵权人、侵权人逃逸或者无力承担民事责任,受害人请求补偿的,受益人应当给予适当补偿。

5. 紧急救助人不承担民事责任(《民法典》第184条)

因自愿实施紧急救助行为造成受助人损害的,救助人不承担民事责任。

6. 侵害英雄烈士人身权的民事责任(《民法典》第185条)

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

三、责任竞合(《民法典》第186条)

因当事人一方的违约行为,损害对方人身权益、财产权益的,受损害方有权选择请求其承担违约责任或者侵权责任。

第八章 诉讼时效

一、概念

1. 诉讼时效定义

诉讼时效是指民事权利受到侵害的权利人在法定的时效期间内不行使权利,当时效期间届满时,权利人将失去请求法院支持胜诉的权利。

2. 不适用诉讼时效的情形(《民法典》第196条)

- ①请求停止侵害、排除妨碍、消除危险;
- ②不动产物权和登记的动产物权的权利人请求返还财产;
- ③请求支付抚养费、赡养费或者扶养费;
- ④依法不适用诉讼时效的其他请求权(如存款本息;债券本息;缴付出资等)。

二、诉讼期间

1. 普通诉讼时效(《民法典》第188条第1款)

向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为3年;法律另有规定的,依照其规定。

诉讼时效期间自权利人知道或者应当知道权利受到损害以及义务人之日起计算;法律另有规定的,依照其规定。

相关法专题讲座

2024年专利代理师资格考试

2. 最长权利保护期间(《民法典》第188条第2款)

自权利受到损害之日起超过20年的,人民法院不予保护,有特殊情况的,人民法院可以根据权利人的申请决定延长。

3. 分期履行债务的诉讼时效(《民法典》第189条)

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

4. 对法定代理人请求权的诉讼时效(《民法典》第190条)

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

5. 受性侵未成年人赔偿请求权的诉讼时效(《民法典》第191条)

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

三、时效的中止与中断

1. 诉讼时效中止(《民法典》第194条)

在诉讼时效期间的最后6个月内,因下列障碍,不能行使请求权的,诉讼时效中止(与当事人意志无关的客观情况):

①不可抗力;

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

③继承开始后未确定继承人或者遗产管理人;

④权利人被义务人或者其他控制;

⑤其他导致权利人不能行使请求权的障碍。

自中止时效的原因消除之日起满6个月,诉讼时效期间届满(先前进行的期间有效,法定事由结束后加6个月)。

2. 诉讼时效中断(《民法典》第195条)

有下列情形之一的,诉讼时效中断(与当事人意志有关的主观情况),从中断、有关程序终结时起,诉讼时效期间重新计算(先进行的期间无效不再计算,期间重新计算):

①权利人向义务人提出履行请求;

②义务人同意履行义务;

③权利人提起诉讼或者申请仲裁;

④与提起诉讼或者申请仲裁具有同等效力的其他情形。

四、诉讼时效抗辩权的行使

1. 诉讼时效期间届满的法律效果(《民法典》第192条)

①诉讼时效期间届满的,义务人可以提出不履行义务的抗辩。

②诉讼时效期间届满后,义务人同意履行的,不得以诉讼时效期间届满为由抗辩;义务人已经自愿履

行的，不得请求返还。

(超过诉讼时效，当事人丧失胜诉权，并不丧失实体权利)。

2. 诉讼时效援引(《民法典》第193条)

人民法院不得主动适用诉讼时效的规定。

五、除斥期间(《民法典》第199条)

法律规定或者当事人约定的撤销权、解除权等权利的存续期间，除法律另有规定外，自权利人知道或者应当知道权利产生之日起计算，不适用有关诉讼时效中止、中断和延长的规定。存续期间届满，撤销权、解除权等权利消灭。

专题二

民法典合同编

《合同法》于1999年10月1日起实施，于2021年1月1日废止，相关内容并入《民法典》第三编。本部分往年试题量大约在11-13题左右，出题点较为成熟、稳定，应当全面掌握。

第一章 一般规定

一、合同编的调整范围(《民法典》第463条)

《民法典》合同编调整因合同产生的民事关系。

二、合同的定义(《民法典》第464条)

合同是民事主体之间设立、变更、终止民事法律关系的协议。

婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议，适用有关该身份关系的法律规定；没有规定的，可以根据其性质参照适用合同编规定。

第二章 合同的订立

一、合同的形式(《民法典》第469条)

当事人订立合同，可以采用书面形式、口头形式或者其他形式。

其中书面形式包括：

- ①合同书、信件、电报、电传、传真等可以有形地表现所载内容的形式；
- ②以电子数据交换、电子邮件等方式能够有形地表现所载内容，并可以随时调取查用的数据电文。

二、合同的订立

1. 合同订立方式(《民法典》第471条)

当事人订立合同，可以采取要约、承诺方式或者其他方式。

2. 要约(《民法典》第472条)

要约是希望与他人订立合同的意思表示，该意思表示应当符合下列条件：

- ①内容具体确定；
- ②表明经受要约人承诺，要约人即受该意思表示约束。

3. 要约邀请(《民法典》第473条)

要约邀请是希望他人向自己发出要约的表示。

拍卖公告、招标公告、招股说明书、债券募集办法、基金招募说明书、商业广告和宣传、寄送的价目表等为要约邀请。

商业广告和宣传的内容符合要约条件的，构成要约。

三、要约的生效与撤回、撤销

1. 要约生效时间(《民法典》第474条，第137条，第139条)

①以公告方式作出的要约，公告发布时生效(例如：悬赏广告)。

②以对话方式作出的要约，受要约人知道其内容时生效。

③以非对话方式作出的要约，到达受要约人时生效。

以非对话方式作出的采用数据电文形式的要约，受要约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时生效；未指定特定系统的，受要约人知道或者应当知道该数据电文进入其系统时生效。

当事人对采用数据电文形式的要约的生效时间另有约定的，按照其约定。

2. 要约撤回(《民法典》第475条，第141条)

撤回要约的通知应当在要约到达受要约人前或者与要约同时到达受要约人。

3. 要约撤销

要约到达相对人即已生效，在相对人尚未作出承诺前，要约可以在满足一定条件下撤销。

(1) 撤销要约时间条件(《民法典》第477条)

撤销要约的意思表示以对话方式作出的，该意思表示的内容应当在受要约人作出承诺之前为受要约人所知道；撤销要约的意思表示以非对话方式作出的，应当在受要约人作出承诺之前到达受要约人。

(2) 要约不得撤销情形(《民法典》第476条)

要约可以撤销，但是有下列情形之一的除外：

①要约人以确定承诺期限或者其他形式明示要约不可撤销；

②受要约人有理由认为要约是不可撤销的，并已经为履行合同做了合理准备工作。

4. 要约失效(《民法典》第478条)

有下列情形之一的，要约失效：

①要约被拒绝；

②要约被依法撤销；

③承诺期限届满，受要约人未作出承诺；

④受要约人对要约的内容作出实质性变更。

(注意：要约撤回不属于要约失效，原因在于被撤回的要约尚未生效，也就不会失效)。

四、承诺

1. 承诺的定义(《民法典》第479条)

承诺是受要约人同意要约的意思表示。承诺具有如下要件:

- ①承诺只能由受要约人(本人或其代理人)作出;
- ②承诺必须向要约人作出承诺的通知;
- ③承诺的内容应当与要约内容一致(实质性变更为新要约);
- ④承诺必须在承诺期限内到达要约人(有例外);
- ⑤承诺是受要约人同意要约的意思表示。

2. 承诺的方式(《民法典》第480条)

承诺应当以通知的方式作出(包括书面和口头);但是,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。

3. 合同成立时间(《民法典》第483条)

承诺生效时合同成立,但是法律另有规定或者当事人另有约定的除外。

4. 承诺生效时间(《民法典》第484条,第137条)

- ①以对话方式作出的承诺,要约人知道其内容时生效。
- ②以非对话方式作出的承诺,到达要约人时生效。

以非对话方式作出的采用数据电文形式的承诺,要约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时生效;未指定特定系统的,要约人知道或者应当知道该数据电文进入其系统时生效。

当事人对采用数据电文形式的承诺的生效时间另有约定的,按照其约定。

- ③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。

5. 承诺的撤回(《民法典》第485条,第141条)

承诺可以撤回,撤回承诺的通知应当在承诺到达要约人前或者与承诺同时到达要约人。

注意:要约可以撤销和撤回,但是承诺只能撤回不能撤销。

6. 迟到的承诺

(1)迟发而迟到(《民法典》第486条)

受要约人超过承诺期限发出承诺,或者在承诺期限内发出承诺,按照通常情形不能及时到达要约人的,为新要约;但是,要约人及时通知受要约人该承诺有效的除外。

(2)未迟发而迟到(《民法典》第487条)

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,但是因其他原因致使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外,该承诺有效。

7. 承诺对要约内容的变更

(1)实质性变更(《民法典》第488条)

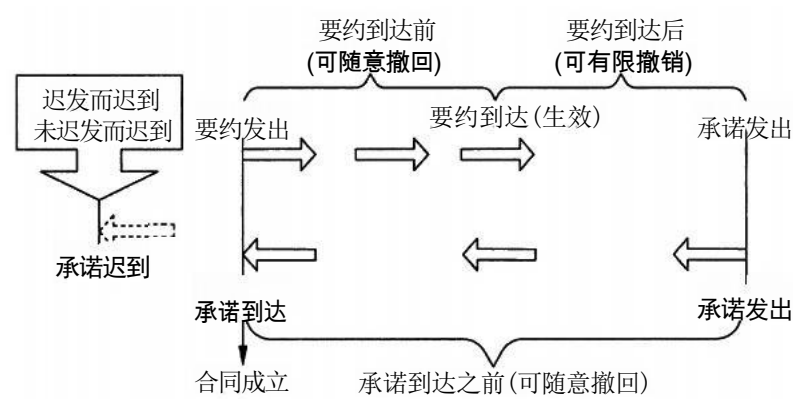
承诺的内容应当与要约的内容一致。受要约人对要约的内容作出实质性变更的,为新要约。有关合

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。

(2) 非实质性变更(《民法典》第489条)

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外，该承诺有效，合同的内容以承诺的内容为准。

【逻辑图】



五、合同成立时间

1. 合同成立时间的一般规定(《民法典》第483条)

承诺生效时合同成立，但是法律另有规定或者当事人另有约定的除外。

2. 书面合同成立时间(《民法典》第490条)

①当事人采用合同书形式订立合同的，自当事人均签名、盖章或者按指印时合同成立。在签名、盖章或者按指印之前，当事人一方已经履行主要义务，对方接受时，该合同成立。

②法律、行政法规规定或者当事人约定合同应当采用书面形式订立，当事人未采用书面形式但是一方已经履行主要义务，对方接受时，该合同成立。

3. 信件、数据电文形式合同和网络合同成立时间(《民法典》第491条)

①当事人采用信件、数据电文等形式订立合同要求签订确认书的，签订确认书时合同成立。

②当事人一方通过互联网等信息网络发布的商品或者服务信息符合要约条件的，对方选择该商品或者服务并提交订单成功时合同成立，但是当事人另有约定的除外。

4. 悬赏广告(《民法典》第499条)

悬赏人以公开方式声明对完成特定行为的人支付报酬的，完成该行为的人可以请求其支付。

六、合同成立地点

1. 合同成立地点的一般规定(《民法典》第492条)

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，其住所地为

相关法专题讲座

2024年专利代理师资格考试

合同成立的地点。当事人另有约定的，按照其约定。

2. 书面合同成立地点(《民法典》第493条)

当事人采用合同书形式订立合同的，最后签名、盖章或者按指印的地点为合同成立的地点，但是当事人另有约定的除外。

七、强制缔约(《民法典》第494条)

国家根据抢险救灾、疫情防控或者其他需要下达国家订货任务、指令性任务的，有关民事主体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。

依照法律、行政法规的规定负有发出要约义务的当事人，应当及时发出合理的要约。

依照法律、行政法规的规定负有作出承诺义务的当事人，不得拒绝对方合理的订立合同要求。

八、预约合同(《民法典》第495条)

当事人约定在将来一定期限内订立合同的认购书、订购书、预订书等，构成预约合同(为履行预约合同而订立的合同为本约合同)。

当事人一方不履行预约合同约定的订立合同义务的，对方可以请求其承担预约合同的违约责任(不能强制订立本约合同)。

九、格式条款

1. 格式条款定义(《民法典》第496条)

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。

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示对方注意免除或者减轻其责任等与对方有重大利害关系的条款，按照对方的要求，对该条款予以说明。提供格式条款的一方未履行提示或者说明义务，致使对方没有注意或者理解与其有重大利害关系的条款的，对方可以主张该条款不成为合同的内容。

2. 格式条款无效的情形(《民法典》第497条)

《民法典》第497条规定：“有下列情形之一的，该格式条款无效：

- (一)具有本法第一编第六章第三节和本法第五百零六条规定的无效情形；
- (二)提供格式条款一方不合理地免除或者减轻其责任、加重对方责任、限制对方主要权利；
- (三)提供格式条款一方排除对方主要权利。”

根据上述规定，格式条款无效情形包括：

(1)总则编规定的无效情形：①违反强制性法律、行政法规规定；②违反公序良俗；③无民事行为能力人实施；④虚假意思表示；⑤恶意串通损害他人合法权益。

(2)无效的免责条款：①造成对方人身损害的；②因故意或者重大过失造成对方财产损失的。

(3)技术合同无效：非法垄断技术或者侵害他人技术成果的技术合同无效。

(4)提供格式条款一方不合理地免除或者减轻其责任、加重对方责任、限制对方主要权利；

(5)提供格式条款一方排除对方主要权利。

3. 格式条款的解释(《民法典》第498条)

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

4. 无效的免责条款(《民法典》第506条)

合同中的下列免责条款无效:

- ①造成对方人身损害的;
- ②因故意或者重大过失造成对方财产损失的。

十、缔约过失责任和保密义务

1. 缔约过失责任(《民法典》第500条)

当事人在订立合同过程中有下列情形之一,造成对方损失的,应当承担赔偿责任:

- ①假借订立合同,恶意进行磋商;
- ②故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况;
- ③有其他违背诚信原则的行为(例如:合同无效、被撤销,合同不成立或者无效而使相对人受到了损害承担的赔偿责任)。

2. 当事人保密义务(《民法典》第501条)

当事人在订立合同过程中知悉的商业秘密或者其他应当保密的信息,无论合同是否成立,不得泄露或者不正当地使用;泄露、不正当地使用该商业秘密或者信息,造成对方损失的,应当承担赔偿责任。

第三章 合同的效力

1. 合同生效时间(《民法典》第502条)

- ①依法成立的合同,自成立时生效,但是法律另有规定或者当事人另有约定的除外。
- ②依照法律、行政法规的规定,合同应当办理批准等手续的,依照其规定。未办理批准等手续影响合同生效的,不影响合同中履行报批等义务条款以及相关条款的效力。应当办理申请批准等手续的当事人未履行义务的,对方可以请求其承担违反该义务的责任。

③依照法律、行政法规的规定,合同的变更、转让、解除等情形应当办理批准等手续的,适用以上规定。

2. 被代理人对无权代理合同的追认(《民法典》第503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或者接受相对人履行的,视为对合同的追认。

3. 越权订立的合同效力(《民法典》第504条)

法人的法定代表人或者非法人组织的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外,该代表行为有效,订立的合同对法人或者非法人组织发生效力。

4. 超越经营范围订立的合同效力(《民法典》第505条)

当事人超越经营范围订立的合同的效力,应当依照《民法典》总则编中有关民事法律行为效力的规定以及合同编中的其他相关规定确定,不得仅以超越经营范围确认合同无效。

5. 争议解决条款效力(《民法典》第507条)

合同不生效、无效、被撤销或者终止的,不影响合同中有关解决争议方法的条款的效力。

第四章 合同的履行

一、合同条款填补规则

1. 合同主要条款与示范文本(《民法典》第470条)

合同的内容由当事人约定,一般包括下列条款:

- ①当事人的姓名或者名称和住所;
- ②标的;
- ③数量;
- ④质量;
- ⑤价款或者报酬;
- ⑥履行期限、地点和方式;
- ⑦违约责任;
- ⑧解决争议的方法。

当事人可以参照各类合同的示范文本订立合同。

2. 合同没有约定或者约定不明的补救措施(《民法典》第510条,第511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,按照合同相关条款或者交易习惯确定。

当事人就有关合同内容约定不明确,按照补充协议、合同相关条款或交易习惯仍不能确定的,适用下列规定:

①质量要求不明确的,按照强制性国家标准履行;没有强制性国家标准的,按照推荐性国家标准履行;没有推荐性国家标准的,按照行业标准履行;没有国家标准、行业标准的,按照通常标准或者符合合同目的的特定标准履行。

②价款或者报酬不明确的,按照订立合同时履行地的市场价格履行;依法应当执行政府定价或者政府指导价的,依照规定履行。

③履行地点不明确,给付货币的,在接受货币一方所在地履行;交付不动产的,在不动产所在地履行;其他标的,在履行义务一方所在地履行。

④履行期限不明确的,债务人可以随时履行,债权人也可以随时请求履行,但是应当给对方必要的准

备时间。

⑤履行方式不明确的，按照有利于实现合同目的的方式履行。

⑥履行费用的负担不明确的，由履行义务一方负担；因债权人原因增加的履行费用，由债权人负担。

3. 电子合同标的交付时间（《民法典》第512条）

①通过互联网等信息网络订立的电子合同的标的为交付商品并采用快递物流方式交付的，收货人的签收时间为交付时间。电子合同的标的为提供服务的，生成的电子凭证或者实物凭证中载明的时间为提供服务时间；前述凭证没有载明时间或者载明时间与实际提供服务时间不一致的，以实际提供服务的时间为准。

②电子合同的标的物为采用在线传输方式交付的，合同标的物进入对方当事人指定的特定系统且能够检索识别的时间为交付时间。

③电子合同当事人对交付商品或者提供服务的方式、时间另有约定的，按照其约定。

4. 金钱之债中对于履行币种约定不明时的处理（《民法典》第514条）

以支付金钱为内容的债，除法律另有规定或者当事人另有约定外，债权人可以请求债务人以实际履行地的法定货币履行。

二、合同相对性

1. 向第三人履行的合同（《民法典》第522条）

（1）合同相对性

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

（2）突破合同相对性

法律规定或者当事人约定第三人可以直接请求债务人向其履行债务，第三人未在合理期限内明确拒绝，债务人未向第三人履行债务或者履行债务不符合约定的，第三人可以请求债务人承担违约责任；债务人对债权人的抗辩，可以向第三人主张。

2. 由第三人履行的合同（《民法典》第523条）

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

3. 第三人代为清偿（《民法典》第524条）

（1）法律规定

债务人不履行债务，第三人对履行该债务具有合法利益的，第三人有权向债权人代为履行；但是，根据债务性质、按照当事人约定或者依照法律规定只能由债务人履行的除外。

债权人接受第三人履行后，其对债务人的债权转让给第三人（债权债务消灭，第三人可以向债务人追偿），但是债务人和第三人另有约定的除外。

相关法专题讲座

2024年专利代理师资格考试

(2) 构成要件

第三人履行的构成要件包括：

①债的性质允许第三人代为清偿(不是基于特别技能、技术、设备的债)；

②第三人有清偿的意思；

③有利害关系的第三人代为清偿，债权人不得拒绝；无利害关系的第三人代为清偿，债权人可拒绝(例如：甲公司对乙公司有支付货物的义务，丙公司提出代甲公司履行，属于无利害关系第三人代为清偿，乙公司可以同意，也可以拒绝；又如：甲欠乙2万元，丙以汽车质押担保，丙提出代甲清偿，属于有利害关系第三人代为清偿，乙不能拒绝)。

三、履行抗辩权

1. 合同履行的原则(《民法典》第509条)

①当事人应当按照约定全面履行自己的义务。

②当事人应当遵循诚信原则，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。

③当事人在履行合同过程中，应当避免浪费资源、污染环境和破坏生态。

2. 同时履行抗辩权(《民法典》第525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请求。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请求。

3. 先履行抗辩权(《民法典》第526条)

当事人互负债务，有先后履行顺序，应当先履行债务一方未履行的，后履行一方有权拒绝其履行请求。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请求。

4. 不安抗辩权(《民法典》第527条，第528条)

(1) 不安抗辩权的情形

应当先履行债务的当事人，有确切证据证明对方有下列情形之一的，可以中止履行：

①经营状况严重恶化；

②转移财产、抽逃资金，以逃避债务；

③丧失商业信誉；

④有丧失或者可能丧失履行债务能力的其他情形。

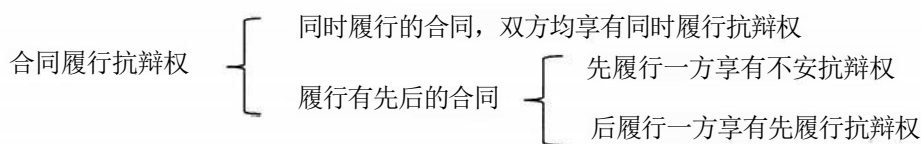
当事人没有确切证据中止履行的，应当承担违约责任。

(2) 后续事宜

当事人中止履行的，应当及时通知对方。对方提供适当担保的，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且未提供适当担保的，视为以自己的行为表明不履行主要债务，中止履行的一方可以解除合同并可以请求对方承担违约责任。

5. 因债权人原因致债务履行困难时的处理(《民法典》第529条)

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。



合同履行抗辩权种类图

四、提前履行与部分履行

1. 债务人提前履行债务（《民法典》第530条）

债权人可以拒绝债务人提前履行债务，但是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。

2. 债务人部分履行债务（《民法典》第531条）

债权人可以拒绝债务人部分履行债务，但是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。

第五章 合同的保全

一、代位权

1. 债权人的代位权法律规定（《民法典》第535条）

因债务人怠于行使其债权或者与该债权有关的从权利，影响债权人的到期债权实现的，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对相对人的权利，但是该权利专属于债务人自身的除外。

代位权的行使范围以债权人的到期债权为限。债权人行使代位权的必要费用，由债务人负担。

相对人对债务人的抗辩，可以向债权人主张。

2. 代位权的构成要件

(1) 债权到期

债权人对债务人享有到期债权；债务人对相对人享有到期债权。

(2) 债务人怠于行使债权，损害债权人

债务人怠于行使其债权或者与该债权有关的从权利（例如担保权），因怠于行使到期债权而影响债权人实现债权。

(3) 不可代位的权利

专属于债务人自身的权利不能代位（抚养费、赡养费、扶养费、退休金、劳动报酬、抚恤金等）。

(4) 代位权的行使

①债权人作为原告向人民法院起诉，以相对人为被告，请求代位行使债务人对相对人的权利。债务人可以作为诉讼第三人参加。

②代位权的行使范围以债权人的到期债权为限。

相关法专题讲座

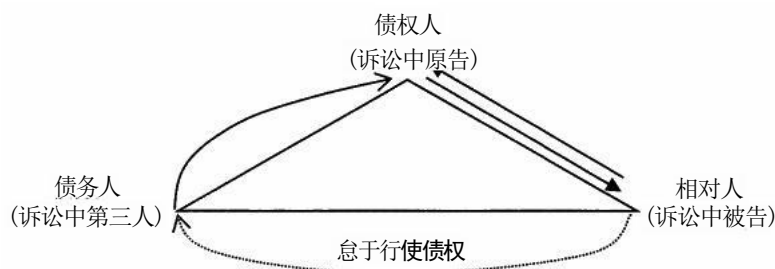
2024年专利代理师资格考试

③行使代位权的必要费用，由债务人负担。

④相对人对债务人的抗辩，可以向债权人主张。

例如：甲乙签订设备买卖合同，甲供货完成，乙到期未支付货款，甲欠丙到期债务，丙行使代位权时，乙向丙抗辩称是因为甲供货设备质量不合格因此未付货款。

【代位权逻辑图】



二、撤销权

1. 无偿处分时的债权人撤销权行使(《民法典》第538条)

债务人以放弃其债权、放弃债权担保、无偿转让财产等方式无偿处分财产权益，或者恶意延长其到期债权的履行期限，影响债权人的债权实现的(不要求相对人知道)，债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为。

2. 不合理价格交易时的债权人撤销权行使(《民法典》第539条)

债务人以明显不合理的低价转让财产、以明显不合理的高价受让他人财产或者为他人的债务提供担保，影响债权人的债权实现，债务人的相对人知道或者应当知道该情形的，债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为。

3. 债权人撤销权行使范围以及必要费用承担(《民法典》第540条)

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。

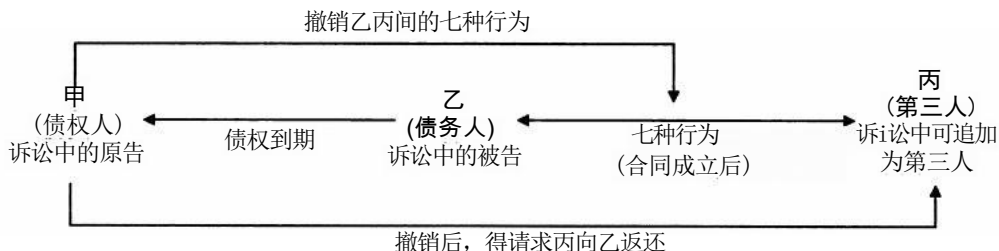
4. 债权人撤销权除斥期间(《民法典》第541条)

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。

5. 债权人撤销权法律效力(《民法典》第542条)

债务人影响债权人的债权实现的行为被撤销的，自始没有法律约束力。

【撤销权逻辑图】



第六章 合同的变更和转让

一、债权让与

1. 债权转让(《民法典》第545条)

债权人可以将债权的全部或者部分转让给第三人,但是有下列情形之一的除外:

- ①根据债权性质不得转让(例如:委托合同、授课合同、人身损害赔偿金);
- ②按照当事人约定不得转让;
- ③依照法律规定不得转让(例如:精神损害赔偿请求)。

当事人约定非金钱债权不得转让的,不得对抗善意第三人。当事人约定金钱债权不得转让的,不得对抗第三人。

2. 债权转让通知(《民法典》第546条)

债权人转让债权,未通知债务人的,该转让对债务人不发生效力。

债权转让的通知不得撤销,但是经受让人同意的除外。

3. 债权转让时从权利一并变动(《民法典》第547条)

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

受让人取得从权利不因该从权利未办理转移登记手续或者未转移占有而受到影响。

4. 债权转让时债务人抗辩权的行使(《民法典》第548条)

债务人接到债权转让通知后,债务人对让与人的抗辩,可以向受让人主张。

5. 债权转让时债务人抵销权的行使(《民法典》第549条)

有下列情形之一的,债务人可以向受让人主张抵销:

- ①债务人接到债权转让通知时,债务人对让与人享有债权,且债务人的债权先于转让的债权到期或者同时到期;

②债务人的债权(例如:违约损害赔偿请求权)与转让的债权(例如:价款支付请求权)是基于同一合同产生。

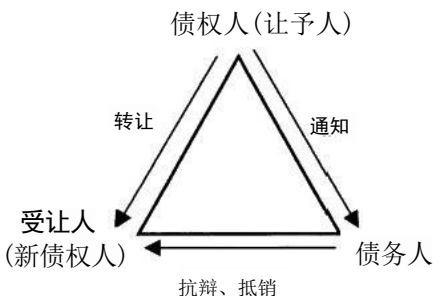
6. 债权转让增加的履行费用的负担(《民法典》第550条)

因债权转让增加的履行费用,由让与人负担。

【举例】

2月1日,甲、乙签订买卖合同约定半个月后同时履行,后甲交货,乙未付款10万元。3月1日,丙与甲签订合同将甲对乙的10万元债权转让丙。3月3日甲就转让通知乙。乙主张:

- ①只还6万,因为甲交付的货物有40%不合格【抗辩权】;
- ②只还6万,因为甲也欠我4万到期未还【抵销权】;
- ③只还6万,因为甲应当承担4万元违约金【基于同一合同产生的债权】。



相关法专题讲座

2024年专利代理师资格考试

二、债务承担

1. 债务转让(免责的债务承担)(《民法典》第551条)

债务人将债务的全部或者部分转移给第三人的,应当经债权人同意。

债务人或者第三人可以催告债权人在合理期限内予以同意,债权人未作表示的,视为不同意。

2. 并存的债务承担(《民法典》第552条)

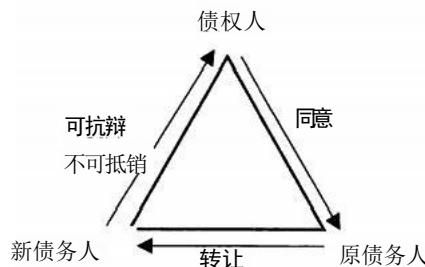
第三人与债务人约定加入债务并通知债权人,或者第三人向债权人表示愿意加入债务,债权人未在合理期限内明确拒绝的,债权人可以请求第三人在其愿意承担的债务范围内和债务人承担连带债务。

【举例】

甲公司向乙公司购买10万元建材,货到未付款。甲公司将建材用于丙装修,丙需要向甲公司支付装修款20万元。乙公司向甲公司催款,甲、丙联合发函:丙公司同意就10万元建材款承担还款责任。若乙公司未在合理期限内明确拒绝的,乙公司可以请求丙公司在10万元范围内和甲公司承担连带债务。

3. 债务转移时新债务人抗辩权和抵销权转移(《民法典》第553条)

债务人转移债务的,新债务人可以主张原债务人对债权人的抗辩;原债务人对债权人享有债权的,新债务人不得向债权人主张抵销。



4. 债务转移时从债务一并转移(《民法典》第554条)

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

三、概括承受(《民法典》第555条,第556条)

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。

合同的权利和义务一并转让的,适用债权转让、债务转移的有关规定。

第七章 合同的权利义务终止

一、债的消灭

1. 债权债务终止情形(《民法典》第557条)

有下列情形之一的,债权债务终止:

①债务已经履行(包括债务人履行,第三人履行);

②债务相互抵销;

③债务人依法将标的物提存(由于债权人原因导致无法给付,债务人将标的物交给提存部门而消灭债务);

④债权人免除债务(债权人抛弃债权,从而消灭部分或者全部债权);

⑤债权债务同归于一人;

⑥法律规定或者当事人约定终止的其他情形。

合同解除的，该合同的权利义务关系终止。

2. 债权债务终止后的义务（《民法典》第558条）

债权债务终止后，当事人应当遵循诚信等原则，根据交易习惯履行通知、协助、保密、旧物回收等义务。

3. 债权的从权利消灭（《民法典》第559条）

债权债务终止时，债权的从权利同时消灭，但是法律另有规定或者当事人另有约定的除外。

二、债的清偿抵充顺序

1. 债的清偿抵充顺序（《民法典》第560条）

债务人对同一债权人负担的数项债务种类相同，债务人的给付不足以清偿全部债务的，除当事人另有约定外，由债务人在清偿时指定其履行的债务。

债务人未作指定的，应当优先履行已经到期的债务；数项债务均到期的，优先履行对债权人缺乏担保或者担保最少的债务；均无担保或者担保相等的，优先履行债务人负担较重的债务；负担相同的，按照债务到期的先后顺序履行；到期时间相同的，按照债务比例履行。

2. 费用、利息和主债务的抵充顺序（《民法典》第561条）

债务人在履行主债务外还应当支付利息和实现债权的有关费用，其给付不足以清偿全部债务的，除当事人另有约定外，应当按照下列顺序履行：

- ①实现债权的有关费用；
- ②利息；
- ③主债务。

【举例】

甲2020年4月1日第一次向乙借款1万元，约定2020年10月1日归还；
2020年5月1日第二次借款1万元，约定2020年9月10日归还，利息8%；
2020年6月1日第三次借1万元，约定2020年11月7日归还，用汽车做担保；
2020年7月1日第四次借1万元，约定2021年11月1日归还。

甲一直未归还，直到2020年12月底归还8000元，未做任何说明。问：哪期借款得到了清偿？

答：第四期借款尚未到期，已经到期的借款中，第三期借款有担保，次序靠后。第一次和第二次借款相比，第二次负担重，优先抵充。8000元，首先偿还利息，其余部分偿还本金。

三、合同的解除

1. 合同约定解除（《民法典》第562条）

- ①当事人协商一致，可以解除合同。
- ②当事人可以约定一方解除合同的事由。解除合同的事由发生时，解除权人可以解除合同。

2. 合同法定解除（《民法典》第563条）

有下列情形之一的，当事人可以解除合同：

- ①因不可抗力致使不能实现合同目的；
- ②在履行期限届满前，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；

相关法专题讲座

2024年专利代理师资格考试

③当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行；

④当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的；

⑤法律规定的其他情形。

以持续履行的债务为内容的不定期合同(例如：租赁、物业、合伙合同)，当事人可以随时解除合同，但是应当在合理期限之前通知对方。

3. 解除权行使期限(《民法典》第564条)

①法律规定或者当事人约定解除权行使期限，期限届满当事人不行使的，该权利消灭。

②法律没有规定或者当事人没有约定解除权行使期限，自解除权人知道或者应当知道解除事由之日起1年内不行使，或者经对方催告后在合理期限内不行使的，该权利消灭。

4. 合同解除程序(《民法典》第565条)

①当事人一方依法主张解除合同的，应当通知对方。合同自通知到达对方时解除；通知载明债务人在一定期限内不履行债务则合同自动解除，债务人在该期限内未履行债务的，合同自通知载明的期限届满时解除。对方对解除合同有异议的，任何一方当事人均可以请求人民法院或者仲裁机构确认解除行为的效力。

②当事人一方未通知对方，直接以提起诉讼或者申请仲裁的方式依法主张解除合同，人民法院或者仲裁机构确认该主张的，合同自起诉状副本或者仲裁申请书副本送达对方时解除。

5. 合同解除的效力(《民法典》第566条)

合同解除后，尚未履行的，终止履行；已经履行的，根据履行情况和合同性质，当事人可以请求恢复原状或者采取其他补救措施，并有权请求赔偿损失。

合同因违约解除的，解除权人可以请求违约方承担违约责任，但是当事人另有约定的除外。

主合同解除后，担保人对债务人应当承担的民事责任仍应承担担保责任，但是担保合同另有约定的除外。

6. 合同终止后有关结算和清理条款效力(《民法典》第567条)

合同的权利义务关系终止，不影响合同中结算和清理条款的效力。

7. 情势变更(《民法典》第533条)

合同成立后，合同的基础条件发生了当事人在订立合同时无法预见的、不属于商业风险的重大变化，继续履行合同对于当事人一方明显不公平的，受不利影响的当事人可以与对方重新协商；在合理期限内协商不成的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构变更或者解除合同。

人民法院或者仲裁机构应当结合案件的实际情况，根据公平原则变更或者解除合同。

四、抵销

1. 债务法定抵销(《民法典》第568条)

当事人互负债务，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到期债务抵销；但是，根据债务性质、按照当事人约定或者依照法律规定不得抵销的除外。

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。

2. 债务约定抵销(《民法典》第569条)

当事人互负债务，标的物种类、品质不相同的，经协商一致，也可以抵销。

五、提存

1. 标的物提存的条件(《民法典》第570条)

有下列情形之一的，难以履行债务的，债务人可以将标的物提存：

①债权人无正当理由拒绝受领；

②债权人下落不明；

③债权人死亡未确定继承人、遗产管理人，或者丧失民事行为能力未确定监护人；

④法律规定的其他情形(例如：债权人分立、合并或者变更住所没有通知债务人，导致债务人履行债务发生困难)。

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

2. 提存成立及提存对债务人效力(《民法典》第571条)

债务人将标的物或者将标的物依法拍卖、变卖所得价款交付提存部门时，提存成立。

提存成立的，视为债务人在其提存范围内已经交付标的物。

3. 提存通知(《民法典》第572条)

标的物提存后，债务人应当及时通知债权人或者债权人的继承人、遗产管理人、监护人、财产代管人。

4. 提存对债权人效力(《民法典》第573条)

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。

5. 提存物的受领及受领权消灭(《民法典》第574条)

债权人可以随时领取提存物。但是，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5年内不行使而消灭，提存物扣除提存费用后归国家所有。但是，债权人未履行对债务人的到期债务，或者债权人向提存部门书面表示放弃领取提存物权利的，债务人负担提存费用后有权取回提存物。

六、免除(《民法典》第575条)

债权人免除债务人部分或者全部债务的，债权债务部分或者全部终止，但是债务人在合理期限内拒绝的除外。

七、混同(《民法典》第576条)

债权和债务同归于一人的，债权债务终止，但是损害第三人利益的除外。

第八章 违约责任

一、违约责任的成立要件及免除

1. 违约责任(《民法典》第577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，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。

相关法专题讲座

2024年专利代理师资格考试

2. 预期违约责任(《民法典》第578条)

当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行合同义务的，对方可以在履行期限届满前请求其承担违约责任。

3. 双方违约(《民法典》第592条)

当事人都违反合同的，应当各自承担相应的责任。

当事人一方违约造成对方损失，对方对损失的发生有过错的，可以减少相应的损失赔偿额。

4. 不可抗力(《民法典》第590条)

当事人一方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，但是法律另有规定的除外。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。

当事人迟延履行后发生不可抗力的，不免除其违约责任。

【注意】意外事件不能作为免责理由。

二、违约责任的承担方式

1. 继续履行

(1) 金钱债务实际履行责任(《民法典》第579条)

当事人一方未支付价款、报酬、租金、利息，或者不履行其他金钱债务的，对方可以请求其支付。

(2) 非金钱债务违约责任(《民法典》第580条)

当事人一方不履行非金钱债务或者履行非金钱债务不符合约定的，对方可以请求履行，但是有下列情形之一的除外：

- ①法律上或者事实上不能履行；
- ②债务的标的不适于强制履行或者履行费用过高；
- ③债权人在合理期限内未请求履行。

有以上规定的除外情形之一，致使不能实现合同目的的，人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求终止合同权利义务关系，但是不影响违约责任的承担。

(3) 替代履行(《民法典》第581条)

当事人一方不履行债务或者履行债务不符合约定，根据债务的性质不得强制履行的，对方可以请求其负担由第三人替代履行的费用。

2. 瑕疵履行违约责任(《民法典》第582条)

履行不符合约定的，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，依据交易习惯仍不能确定的，受损害方根据标的的性质以及损失的大小，可以合理选择请求对方承担修理、重作、更换、退货、减少价款或者报酬等违约责任。

3. 损害赔偿

(1) 违约损害赔偿(《民法典》第583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。

(2) 损害赔偿范围(《民法典》第584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,造成对方损失的,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;但是,不得超过违约一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违约可能造成的损失(可预见规则)。

(3) 减损规则(《民法典》第591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,不得就扩大的损失请求赔偿。

当事人因防止损失扩大而支出的合理费用,由违约方负担。

4. 违约金(《民法典》第585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,人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求予以增加;约定的违约金过分高于造成的损失的,人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求予以适当减少。

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。(违约金可以和解除合同、继续履行等并用,不能和定金、损害赔偿金并用)

5. 定金

(1) 定金担保(《民法典》第586条)

①当事人可以约定一方向对方给付定金作为债权的担保。

②定金合同自实际交付定金时成立。

③定金的数额由当事人约定;但是,不得超过主合同标的额的20%,超过部分不产生定金的效力。

④实际交付的定金数额多于或者少于约定数额的,视为变更约定的定金数额。

(2) 定金罚则(《民法典》第587条)

债务人履行债务的,定金应当抵作价款或者收回。给付定金的一方不履行债务或者履行债务不符合约定,致使不能实现合同目的的,无权请求返还定金;收受定金的一方不履行债务或者履行债务不符合约定,致使不能实现合同目的的,应当双倍返还定金。

(3) 违约金与定金竞合时的责任(《民法典》第588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。

定金不足以弥补一方违约造成的损失的,对方可以请求赔偿超过定金数额的损失。

6. 拒绝受领和受领迟延(《民法典》第589条)

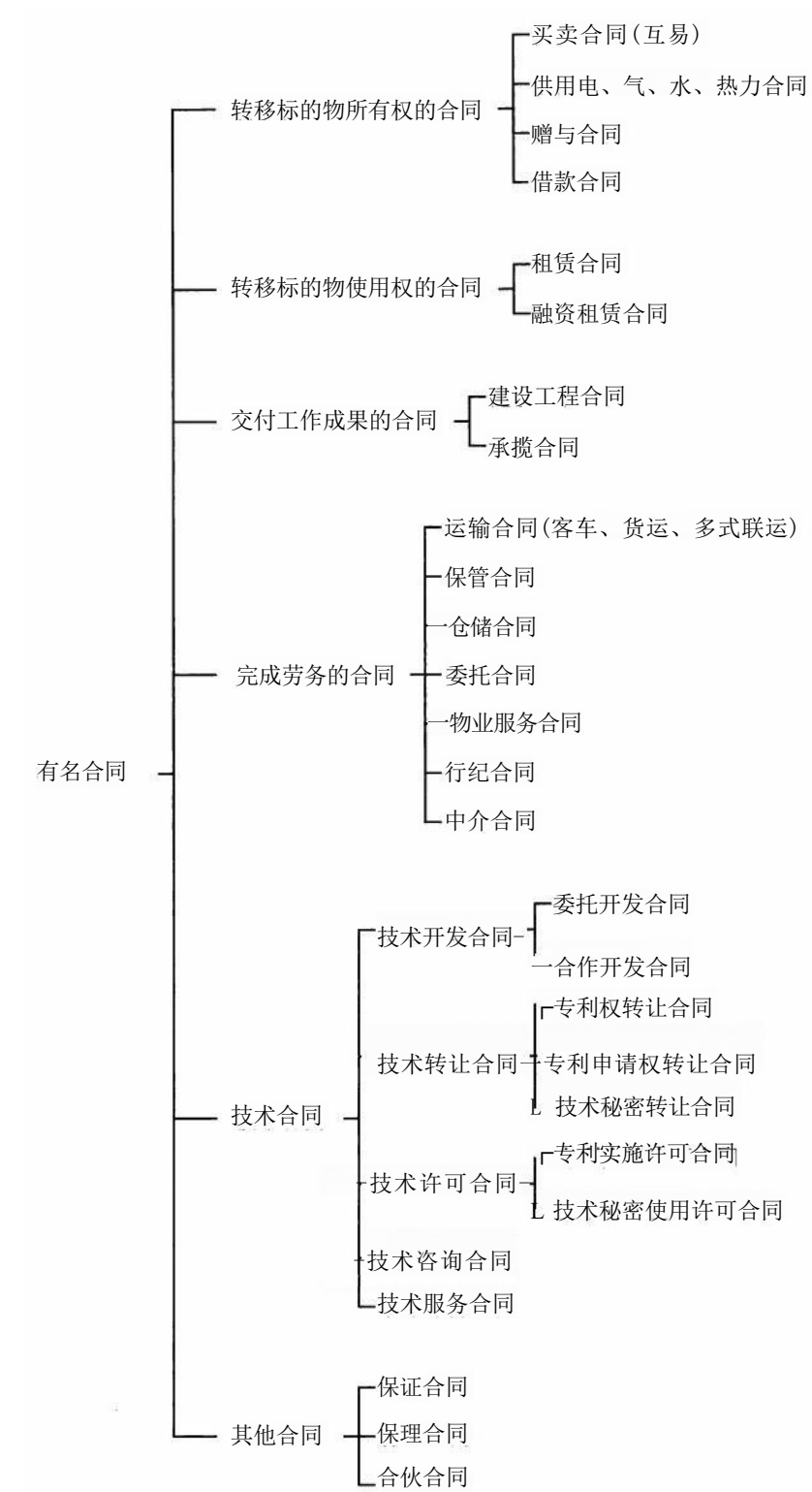
债务人按照约定履行债务,债权人无正当理由拒绝受领的,债务人可以请求债权人赔偿增加的费用。在债权人受领迟延期间,债务人无须支付利息。

7. 第三人原因造成违约时违约责任承担(《民法典》第593条)

当事人一方因第三人的原因造成违约的,应当依法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处理。

第九章 技术合同

【合同种类图】



第一节 一般规定

一、技术合同及条款

1. 技术合同定义(《民法典》第843条)

技术合同是当事人就技术开发、转让、许可、咨询或者服务订立的确立相互之间权利和义务的合同。

2. 技术合同主要条款(《民法典》第845条)

(1) 合同一般条款

技术合同的内容一般包括项目的名称, 标的的内容、范围和要求, 履行的计划、地点和方式, 技术信息和资料的保密, 技术成果的归属和收益的分配办法, 验收标准和方法, 名词和术语的解释等条款。

(2) 技术类条款

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。

(3) 专利信息条款

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。

二、技术成果的归属

1. 职务技术成果的财产权权属(《民法典》第847条)

① 职务技术成果是执行法人或者非法人组织的工作任务, 或者主要是利用法人或者非法人组织的物质技术条件所完成的技术成果。

② 职务技术成果的使用权、转让权属于法人或者非法人组织的, 法人或者非法人组织可以就该项职务技术成果订立技术合同。法人或者非法人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。

2. 技术成果的人身权归属(《民法典》第849条)

完成技术成果的个人享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。

三、技术合同无效(《民法典》第850条, 《最高人民法院关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第10条)

非法垄断技术或者侵害他人技术成果的技术合同无效。

下列情形属于“非法垄断技术”:

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

② 限制当事人一方从其他来源获得与技术提供方类似技术或者与其竞争的技术;

相关法专题讲座

2024年专利代理师资格考试

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

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

⑤不合理地限制技术接受方购买原材料、零部件、产品或者设备等的渠道或者来源；

⑥禁止技术接受方对合同标的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。

第二节 技术开发合同

一、技术开发合同的特别规定

1. 技术开发合同定义（《民法典》第851条第1款）

技术开发合同是当事人之间就新技术、新产品、新工艺、新品种或者新材料及其系统的研究开发所订立的合同。

2. 技术开发合同种类（《民法典》第851条第2款）

技术开发合同包括委托开发合同和合作开发合同。

3. 技术开发合同形式（《民法典》第851条第3款）

技术开发合同应当采用书面形式。

4. 技术开发合同解除（《民法典》第857条）

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。

5. 技术开发合同风险负担及通知义务（《民法典》第858条）

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

②当事人一方发现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。

二、技术成果归属（《民法典》第859条）

1. 委托开发合同的技术成果归属

①委托开发完成的发明创造，除法律另有规定或者当事人另有约定外，申请专利的权利属于研究开发人。

②研究开发人取得专利权的，委托人可以依法实施该专利。

③研究开发人转让专利申请权的，委托人享有以同等条件优先受让的权利。

2. 合作开发合同的技术成果归属（《民法典》第860条）

①合作开发完成的发明创造，申请专利的权利属于合作开发的当事人共有；当事人一方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。但是，当事人另有约定的除外。

②合作开发的当事人一方声明放弃其共有的专利申请权的，除当事人另有约定外，可以由另一方单独申请或者由其他各方共同申请。

③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。

④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。

第三节 技术转让合同和技术许可合同

一、技术转让合同和许可合同概述

1. 技术转让合同和技术许可合同种类

(1) 技术转让合同(《民法典》第863条第1款)

技术转让合同包括专利权转让、专利申请权转让、技术秘密转让等合同。

(2) 技术许可合同(《民法典》第863条第2款)

技术许可合同包括专利实施许可、技术秘密使用许可等合同。

2. 技术转让合同和技术许可合同形式(《民法典》第863条第3款)

技术转让合同和技术许可合同应当采用书面形式。

3. 技术转让合同和技术许可合同的限制性条款(《民法典》第864条)

技术转让合同和技术许可合同可以约定实施专利或者使用技术秘密的范围，但是不得限制技术竞争和技术发展。

二、专利实施许可合同权利义务

1. 专利实施许可合同限制(《民法典》第865条)

专利实施许可合同仅在该专利权的存续期限内有效。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。

2. 专利实施许可合同许可人主要义务(《民法典》第866条)

专利实施许可合同的许可人应当按照约定许可被许可人实施专利，交付实施专利有关的技术资料，提供必要的技术指导。

3. 专利实施许可合同被许可人主要义务(《民法典》第867条)

专利实施许可合同的被许可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。

三、技术秘密转让/许可合同权利义务

1. 技术秘密让与人和许可人主要义务(《民法典》第868条)

技术秘密转让合同的让与人和技术秘密使用许可合同的许可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。

以上规定的保密义务，不限制许可人申请专利，但是当事人另有约定的除外。

相关法专题讲座

2024年专利代理师资格考试

2. 技术秘密受让人和被许可人主要义务(《民法典》第869条)

技术秘密转让合同的受让人和技术秘密使用许可合同的被许可人应当按照约定使用技术, 支付转让费、使用费, 承担保密义务。

四、技术转让/许可合同权利义务

1. 技术转让合同让与人和技术许可合同许可人保证义务(《民法典》第870条)

技术转让合同的让与人和技术许可合同的许可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。

2. 技术转让合同受让人和技术许可合同被许可人保密义务(《民法典》第871条)

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

3. 受让人和被许可人侵权责任(《民法典》第874条)

受让人或者被许可人按照约定实施专利、使用技术秘密侵害他人合法权益的, 由让与人或者许可人承担责任, 但是当事人另有约定的除外。

第四节 技术咨询合同和技术服务合同

1. 技术咨询合同和技术服务合同定义

(1) 技术咨询合同(《民法典》第878条第1款)

技术咨询合同是当事人一方以技术知识为对方就特定技术项目提供可行性论证、技术预测、专题技术调查、分析评价报告等所订立的合同。

(2) 技术服务合同(《民法典》第878条第2款)

技术服务合同是当事人一方以技术知识为对方解决特定技术问题所订立的合同, 不包括承揽合同和建设工程合同。

2. 技术咨询合同的违约责任(《民法典》第881条)

技术咨询合同的委托人未按照约定提供必要的资料, 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, 但是当事人另有约定的除外。

3. 创新技术成果归属(《民法典》第885条)

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

第十章 委托合同

一、委托合同概述

1. 委托合同定义(《民法典》第919条)

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。

2. 委托权限(《民法典》第920条)

委托人可以特别委托受托人处理一项或者数项事务,也可以概括委托受托人处理一切事务。

二、受托人的义务

1. 受托人应当按照委托人的指示处理委托事务(《民法典》第922条)

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,但是事后应当将该情况及时报告委托人。

2. 受托人亲自处理委托事务(《民法典》第923条)

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

3. 受托人的报告义务(《民法典》第924条)

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。

4. 受托人转移利益(《民法典》第927条)

受托人处理委托事务取得的财产,应当转交给委托人。

5. 受托人的赔偿责任(《民法典》第929条,第932条)

①有偿的委托合同,因受托人的过错造成委托人损失的,委托人可以请求赔偿损失。无偿的委托合同,因受托人的故意或者重大过失造成委托人损失的,委托人可以请求赔偿损失。

②受托人超越权限造成委托人损失的,应当赔偿损失。

③两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。

三、委托人的义务

1. 委托费用的预付和垫付(《民法典》第921条)

委托人应当预付处理委托事务的费用。受托人为处理委托事务垫付的必要费用,委托人应当偿还该费用并支付利息。

2. 委托人支付报酬(《民法典》第928条)

受托人完成委托事务的,委托人应当按照约定向其支付报酬。

相关法专题讲座

2024年专利代理师资格考试

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

3. 委托人的赔偿责任(《民法典》第930条)

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，可以向委托人请求赔偿损失。

4. 委托人另行委托他人处理事务(《民法典》第931条)

委托人经受托人同意，可以在受托人之外委托第三人处理委托事务。因此造成受托人损失的，受托人可以向委托人请求赔偿损失。

四、委托合同的解除(《民法典》第933条)

委托人或者受托人可以随时解除委托合同。因解除合同造成对方损失的，除不可归责于该当事人的事由外，无偿委托合同的解除方应当赔偿因解除时间不当造成的直接损失，有偿委托合同的解除方应当赔偿对方的直接损失和合同履行后可以获得的利益。

五、默示直接代理和间接代理

1. 默示直接代理(《民法典》第925条)

受托人以自己的名义，在委托人的授权范围内与第三人订立的合同，第三人在订立合同时知道受托人与委托人之间的代理关系的，该合同直接约束委托人和第三人；但是，有确切证据证明该合同只约束受托人和第三人的除外。

2. 间接代理(《民法典》第926条)

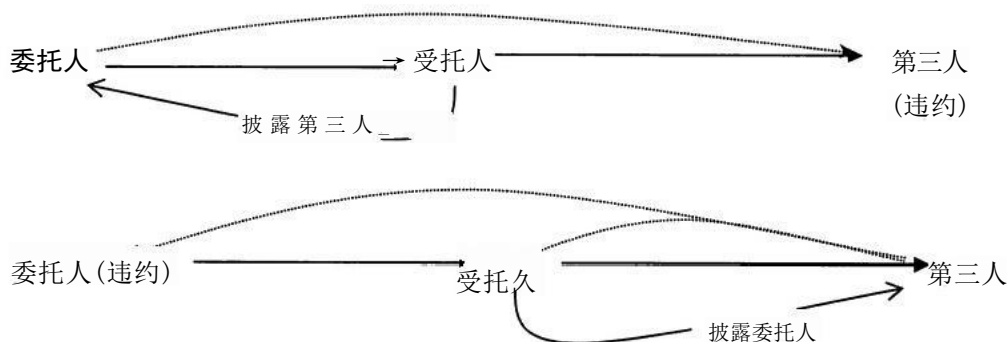
(1) 委托人对第三人的权利

受托人以自己的名义与第三人订立合同时，第三人不知道受托人与委托人之间的代理关系的，受托人因第三人的原因对委托人不履行义务，受托人应当向委托人披露第三人，委托人因此可以行使受托人对第三人的权利。但是，第三人与受托人订立合同时如果知道该委托人就不会订立合同的除外。

(2) 第三人选择权

受托人因委托人的原因对第三人不履行义务，受托人应当向第三人披露委托人，第三人因此可以选择受托人或者委托人作为相对人主张其权利，但是第三人不得变更选定的相对人。

【间接代理逻辑图】



专题三

民事诉讼法

本部分讲解民事诉讼法这门课程涉及的三个重要的法律规范：《中华人民共和国民事诉讼法》(2023年第五次修正)(以下简称“《民诉法》”)、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(2022修正)(以下简称“《民诉法解释》”)以及《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》(2019修正)(以下简称《证据规定》)。民事诉讼部分每年考题约为13题。

第一章 民事诉讼法概述

一、民事诉讼法的效力

(1) 适用范围(《民诉法》第3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《民事诉讼法》的规定。

(2) 空间效力(《民诉法》第4条)

凡在中华人民共和国领域内进行民事诉讼,必须遵守《民事诉讼法》。

二、民事诉讼法的基本原则

1. 独立审判原则(《民诉法》第6条第2款)

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。

2. 以事实为依据,以法律为准绳原则(《民诉法》第7条)

人民法院审理民事案件,必须以事实为根据,以法律为准绳。

3. 诉讼权利平等原则(《民诉法》第8条)

民事诉讼当事人有平等的诉讼权利。人民法院审理民事案件,应当保障和便利当事人行使诉讼权利,对当事人在适用法律上一律平等。

【考点】当事人诉讼权利平等包含诉讼权利相同(例如原被告双方都有委托诉讼代理人权利)或对等(例如原告有权选择有管辖权的法院,被告有权提出管辖权异议)。

4. 法院调解原则(《民诉法》第9条)

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

相关法专题讲座

2024年专利代理师资格考试

5. 使用本民族语言文字原则(《民事诉讼法》第11条)

各民族公民都有用本民族语言、文字进行民事诉讼的权利。

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

人民法院应当对不通晓当地民族通用的语言、文字的诉讼参与人提供翻译。

6. 辩论原则(《民事诉讼法》第12条)

人民法院审理民事案件时,当事人有权进行辩论。

【考点】辩论原则贯穿整个民事诉讼审判程序的始终(审判程序包括一审、二审、再审程序,不包括执行程序、督促程序、公示催告程序以及特别程序等非诉程序),而限于法庭调查和辩论环节。辩论的主体是当事人,证人没有辩论权。

7. 诚信原则(《民事诉讼法》第13条第1款)

民事诉讼应当遵循诚信原则。

8. 处分原则(《民事诉讼法》第13条第2款)

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。

9. 检察监督原则(《民事诉讼法》第14条)

人民检察院有权对民事诉讼实行法律监督。

10. 同等原则和对等原则(《民事诉讼法》第5条)

同等原则是指,外国人、无国籍人、外国企业和组织在人民法院起诉、应诉,同中华人民共和国公民、法人和其他组织有同等的诉讼权利义务。

外国法院对中华人民共和国公民、法人和其他组织的民事诉讼权利加以限制的,中华人民共和国人民法院对该国公民、企业和组织的民事诉讼权利,实行对等原则。

【考点】同等原则和对等原则只针对外国主体、无国籍人适用。平等原则强调原、被告双方诉讼权利相同或相对应。

11. 在线诉讼原则(《民事诉讼法》第16条)

经当事人同意,民事诉讼活动可以通过信息网络平台在线进行。

民事诉讼活动通过信息网络平台在线进行的,与线下诉讼活动具有同等法律效力。

【考点】在线诉讼活动需要双方当事人同意,如果一方当事人同意在线诉讼,另外一方当事人不同意在线诉讼,则对同意的一方采取在线方式,对不同意的一方采取线下方式。

三、民事诉讼的基本制度

1. 合议制

(1) 一审审判组织(《民事诉讼法》第40条)

① 合议庭

人民法院审理第一审民事案件,由审判员、人民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。

陪审员在执行陪审职务时，与审判员有同等的权利义务。

②独任制

适用简易程序审理的民事案件，由审判员一人独任审理。

基层人民法院审理的基本事实清楚、权利义务关系明确的第一审民事案件，可以由审判员一人适用普通程序独任审理。

(2) 二审和再审审判组织(《民诉法》第41条)

①二审合议庭

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。

②二审独任制

中级人民法院对第一审适用简易程序审结或者不服裁定提起上诉的第二审民事案件，事实清楚、权利义务关系明确的，经双方当事人同意，可以由审判员一人独任审理。

③重审案件合议庭组成

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(重审不适用独任制)。

④再审案件合议庭组成

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(再审案件不适用独任制)。

(3) 不允许独任制的情形(《民诉法》第42条)

人民法院审理下列民事案件，不得由审判员一人独任审理：

- ①涉及国家利益、社会公共利益的案件；
- ②涉及群体性纠纷，可能影响社会稳定的案件；
- ③人民群众广泛关注或者其他社会影响较大的案件；
- ④属于新类型或者疑难复杂的案件；
- ⑤法律规定应当组成合议庭审理的案件；
- ⑥其他不宜由审判员一人独任审理的案件。

(4) 合议庭的评议规则(《民诉法》第45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。

【审判组织总结】

一审	简易程序	审判员一人独任 审理	基层人民法院和它派出的法庭审理事实清楚、权利义务关系明确、争议不大的简单的民事案件
	普通程序	独任制	基层人民法院审理的基本事实清楚、权利义务关系明确的第一审民事案件，可由审判员一人独任审理
		合议制	审判员组成合议庭，或者审判员与人民陪审员共同组成合议庭
二审	独任制	审判员一人独任 审理	①限于中级人民法院二审；②对第一审适用简易程序判决及裁定提起上诉； ③事实清楚、权利义务关系明确；④双方当事人同意
	合议制	审判员组成合议庭(不能吸收陪审员)	
重审	合议制	原审人民法院应当按照第一审程序另行组成合议庭(不能独任)	
再审	未进行过二审，对第一审裁判进行再审，按照第一审程序另行组成合议庭(不能独任)		
	对第二审裁判进行再审，或上级人民法院提审，按照第二审程序另行组成合议庭		

2. 回避制度

(1) 回避情形

1) 《民事诉讼法》第47条的规定

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

- ①是本案当事人或者当事人、诉讼代理人近亲属的；
- ②与本案有利害关系的；
- ③与本案当事人、诉讼代理人有其他关系，可能影响对案件公正审理的。

审判人员接受当事人、诉讼代理人请客送礼，或者违反规定会见当事人、诉讼代理人的，当事人有权要求他们回避。

2) 《民诉法解释》第43条的规定

审判人员有下列情形之一的，应当自行回避，当事人有权申请其回避：

- ①是本案当事人或者当事人近亲属的；
- ②本人或者其近亲属与本案有利害关系的；
- ③担任过本案的证人、鉴定人、辩护人、诉讼代理人、翻译人员的；
- ④是本案诉讼代理人近亲属的；
- ⑤本人或者其近亲属持有本案非上市公司当事人的股份或者股权的；
- ⑥与本案当事人或者诉讼代理人有其他利害关系，可能影响公正审理的。

3) 《民诉法解释》第44条的规定

审判人员有下列情形之一的，当事人有权申请其回避：

- ①接受本案当事人及其受托人宴请，或者参加由其支付费用的活动的；
- ②索取、接受本案当事人及其受托人财物或者其他利益的；
- ③违反规定会见本案当事人、诉讼代理人的；

④为本案当事人推荐、介绍诉讼代理人，或者为律师、其他人员介绍代理本案的；

⑤向本案当事人及其受托人借用款物的；

⑥有其他不正当行为，可能影响公正审理的。

(2) 回避对象(《民事诉讼法》第47条第4款)

回避适用于审判人员(包括审判员和人民陪审员)、法官助理、书记员、司法技术人员、翻译人员、鉴定人、勘验人员、执行人员。

证人、诉讼代理人等，不适用于回避规定。

(3) 回避申请(《民事诉讼法》第48条)

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

被申请回避的人员在人民法院作出是否回避的决定前，应当暂停参与本案的工作，但案件需要采取紧急措施的除外。

(4) 回避决定的程序(《民事诉讼法》第49条)

院长担任审判长或者独任审判员时的回避，由审判委员会决定；审判人员的回避，由院长决定；其他人员(书记员、司法技术人员、翻译人员、鉴定人、勘验人员、执行人员)的回避，由审判长或者独任审判员决定。

(5) 回避决定的时限及效力(《民事诉讼法》第50条)

人民法院对当事人提出的回避申请，应当在申请提出的3日内，以口头或者书面形式作出决定。申请人对决定不服的，可以在接到决定时申请复议一次。复议期间，被申请回避的人员，不停止参与本案的工作。人民法院对复议申请，应当在3日内作出复议决定，并通知复议申请人。

3. 两审终审制度(《民事诉讼法》第182条)

一般情况下，民事案件经过两级人民法院审判后，第二审人民法院的判决、裁定即生效。

两审终审的例外：最高人民法院一审终审；小额诉讼程序的判决一审终审。

4. 公开审判制度

(1) 法定不公开(《民事诉讼法》第137条)

人民法院审理民事案件，应当公开进行，以下案件除外：

①涉及国家秘密的案件；

②涉及个人隐私的案件；

③法律另有规定不公开审理的案件。

(2) 申请不公开

以下案件当事人申请(仅需一方当事人申请)不公开审理的，可以不公开审理：

①离婚案件；

②涉及商业秘密的案件。

相关法专题讲座

2024年专利代理师资格考试

(3)宣告判决(《民事诉讼法》第151条第1款)

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。

第二章 民事诉讼的管辖

一、民事诉讼的级别管辖

级别管辖是指各级人民法院之间受理第一审案件的权限和分工。

1. 基层法院一审管辖(《民事诉讼法》第18条)

基层人民法院管辖第一审民事案件，但《民事诉讼法》另有规定的除外。

2. 中级法院一审管辖(《民事诉讼法》第19条，《民诉法解释》第1条)

中级人民法院管辖下列第一审民事案件：

①重大涉外案件(包括争议标的额大的案件、案情复杂的案件，或者一方当事人人数众多等具有重大影响的案件)；

②在本辖区有重大影响的案件；

③最高人民法院确定由中级人民法院管辖的案件。

3. 特殊案件管辖(《民诉法解释》第2条)

专利纠纷案件由知识产权法院、最高人民法院确定的中级人民法院和基层人民法院管辖。

海事、海商案件由海事法院管辖。

4. 高级法院一审管辖(《民事诉讼法》第20条)

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。

5. 最高法院一审管辖(《民事诉讼法》第21条)

最高人民法院管辖下列第一审民事案件：

①在全国有重大影响的案件；

②认为应当由最高人民法院审理的案件。

二、地域管辖

地域管辖是指不同地方的同级人民法院之间受理第一审案件的权限和分工。

1. 一般地域管辖

(1)原告就被告(《民事诉讼法》第22条)

①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。

②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。

③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。

(2) 住所地(《民诉法解释》第3条)

①公民的住所地是指公民的户籍所在地,法人或者其他组织的住所地是指法人或者其他组织的主要办事机构所在地。

②法人或者其他组织的主要办事机构所在地不能确定的,法人或者其他组织的注册地或者登记地为住所地。

(3) 经常居住地(《民诉法解释》第4条,第7条)

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1年以上的地方,但公民住院就医的地方除外。

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;没有经常居住地的,由其原户籍所在地人民法院管辖。

(4) 被监禁地管辖(《民诉法解释》第8条)

双方当事人都被监禁或者被采取强制性教育措施的,由被告住所地人民法院管辖。被告被监禁或者被采取强制性教育措施一年以上的,由被告被监禁地或者被采取强制性教育措施地人民法院管辖。

2. 由原告所在地人民法院管辖(《民诉法》第23条)

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:

①对不在中华人民共和国领域内居住的人提起的有关身份关系的诉讼;

②对下落不明或者宣告失踪的人提起的有关身份关系的诉讼;

③对被采取强制性教育措施的人提起的诉讼;

④对被监禁的人提起的诉讼。

以上第①、②项情形仅限身份关系的诉讼,例如:婚姻关系、亲子关系、收养关系等。

根据《民诉法解释》第9条规定,追索赡养费、扶养费、抚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。

根据《民诉法解释》第12条规定,夫妻一方离开住所地超过一年,另一方起诉离婚的案件,可以由原告住所地人民法院管辖。

3. 特殊地域管辖

(1) 合同纠纷地域管辖(《民诉法》第24条,《民诉法解释》第20条)

①因合同纠纷提起的诉讼,由被告住所地或者合同履行地人民法院管辖。

②以信息网络方式订立的买卖合同,通过信息网络交付标的的,以买受人住所地为合同履行地;通过其他方式交付标的的,收货地为合同履行地。合同对履行地有约定的,从其约定。

(2) 侵权纠纷地域管辖(《民诉法》第29条,《民诉法解释》第24条,第25条)

①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。

②侵权行为地包括侵权行为实施地、侵权结果发生地。

相关法专题讲座

2024年专利代理师资格考试

③ 信息网络侵权行为实施地包括实施被诉侵权行为的计算机等信息设备所在地，侵权结果发生地包括被侵权人住所地。

4. 专属管辖(《民事诉讼法》第34条)

下列案件，由以下人民法院专属管辖：

① 因不动产纠纷提起的诉讼，由不动产所在地人民法院管辖；

根据《民事诉讼法解释》第28条规定，不动产纠纷是指因不动产的权利确认、分割、相邻关系等引起的物权纠纷。农村土地承包经营合同纠纷、房屋租赁合同纠纷、建设工程施工合同纠纷、政策性房屋买卖合同纠纷，按照不动产纠纷确定管辖。

【注意】根据民事诉讼法解释的规定，商品房买卖合同纠纷不属于专属管辖。

② 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；

③ 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。

5. 协议管辖(《民事诉讼法》第35条)

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

6. 选择管辖(《民事诉讼法》第36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。

7. 共同管辖(《民事诉讼法解释》第36条)

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。

三、移送管辖和指定管辖

1. 移送管辖(《民事诉讼法》第37条)

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

2. 指定管辖(《民事诉讼法》第38条)

有管辖权的人民法院由于特殊原因，不能行使管辖权的，由上级人民法院指定管辖。

人民法院之间因管辖权发生争议，由争议双方协商解决；协商解决不了的，报请它们的共同上级人民法院指定管辖。

3. 管辖权的移送(《民事诉讼法》第39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；确有必要将本院管辖的第一审民事案

件交下级人民法院审理的，应当报请其上级人民法院批准。

下级人民法院对它所管辖的第一审民事案件，认为需要由上级人民法院审理的，可以报请上级人民法院审理。

4. 管辖权恒定(《民诉法解释》第37条，第38条)

案件受理后，受诉人民法院的管辖权不受当事人住所地、经常居住地变更的影响。

有管辖权的人民法院受理案件后，不得以行政区域变更为由，将案件移送给变更后有管辖权的人民法院。判决后的上诉案件和依审判监督程序提审的案件，由原审人民法院的上级人民法院进行审判；上级人民法院指令再审、发回重审的案件，由原审人民法院再审或者重审。

第三章 诉讼参加人

一、诉讼当事人

民事诉讼中的当事人，是指以自己的名义进行诉讼，并受人民法院裁判约束的人，包括诉讼中的原告、被告、第三人。

1. 诉讼当事人的资格

(1) 当事人一般范围(《民诉法》第51条)

公民、法人和其他组织可以作为民事诉讼的当事人。

法人由其法定代表人进行诉讼。其他组织由其主要负责人进行诉讼。

(2) 特殊情形下的当事人

① 无诉讼行为能力人造成他人损害(《民诉法解释》第67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，无民事行为能力人、限制民事行为能力人及其监护人为共同被告。

② 职务行为(《民诉法解释》第56条，第57条)

法人或者其他组织的工作人员执行工作任务造成他人损害的，该法人或者其他组织为当事人。

提供劳务一方因劳务造成他人损害，受害人提起诉讼的，以接受劳务一方为被告。

2. 诉讼权利义务(《民诉法》第52-54条)

① 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。

② 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。

③ 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。

④ 双方当事人可以自行和解。

⑤ 原告可以放弃或者变更诉讼请求。

⑥被告可以承认或者反驳诉讼请求，有权提起反诉。

3. 共同诉讼(《民事诉讼法》第55条)

(1) 普通共同诉讼

当事人一方或者双方为二人以上，其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，为普通共同诉讼。

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

(2) 必要共同诉讼

必要共同诉讼是指，当事人一方或者双方为二人以上，其诉讼标的是共同的。

必要共同诉讼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。

4. 代表人诉讼

(1) 当事人人数确定的代表人诉讼(《民事诉讼法》第56条)

当事人一方人数众多(一般指10人以上)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。

(2) 当事人人数不确定的代表人诉讼(《民事诉讼法》第57条)

诉讼标的是同一种类、当事人一方人数众多在起诉时人数尚未确定的，人民法院可以发出公告，说明案件情况和诉讼请求，通知权利人在一定期间向人民法院登记。

向人民法院登记的权利人可以推选代表人进行诉讼；推选不出代表人的，人民法院可以与参加登记的权利人商定代表人。

代表人的诉讼行为对其所代表的当事人发生法律效力，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. 公益诉讼(《民事诉讼法》第58条，《民诉法解释》第283条第1款，第287条第1款，第288条)

①对污染环境、侵害众多消费者合法权益等损害社会公共利益的行为，法律规定的机关和有关组织可以向人民法院提起诉讼。

②公益诉讼案件由侵权行为地或者被告住所地中级人民法院管辖，但法律、司法解释另有规定的除外。

③对公益诉讼案件，当事人可以和解，人民法院可以调解。

④公益诉讼案件的原告在法庭辩论终结后申请撤诉的，人民法院不予准许。

6. 第三人(《民事诉讼法》第59条，《民诉法解释》第81条，第82条，第298条)

(1) 有独立请求权第三人

①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。

②有独立请求权的第三人有权向人民法院提出诉讼请求和事实、理由，成为当事人。

(2) 无独立请求权第三人

①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，为无独立请求权第三人。

②无独立请求权第三人可以申请参加诉讼，或者由人民法院通知参加诉讼。

③在一审诉讼中，无独立请求权的第三人无权提出管辖异议，无权放弃、变更诉讼请求或者申请撤诉，被判决承担民事责任的，有权提起上诉。

(3) 第三人撤销之诉

第三人因不能归责于本人的事由未参加诉讼，但有证据证明发生法律效力的判决、裁定、调解书的部分或者全部内容错误，损害其民事权益的，可以自知道或者应当知道其民事权益受到损害之日起6个月内，向作出该判决、裁定、调解书的人民法院提起诉讼。人民法院经审理，诉讼请求成立的，应当改变或者撤销原判决、裁定、调解书；诉讼请求不成立的，驳回诉讼请求。

第一审程序中未参加诉讼的第三人，申请参加第二审程序的，人民法院可以准许。

第三人提起撤销之诉，人民法院应当将该第三人列为原告，生效判决、裁定、调解书的当事人列为被告，但生效判决、裁定、调解书中没有承担责任的无独立请求权的第三人列为第三人。

【总结】

(1) 有独立请求权的第三人与无独立请求权的第三人基本内容

分类	有独立请求权第三人	①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； ②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。	老李无儿女，侄女和外甥偶尔探望，生活由邻居老王照顾，留有遗言将房子赠给老王。死亡后侄女伪造遗嘱办理了过户手续，外甥起诉侄女。老王得知后，要求参加诉讼。
	无独立请求权第三人	对当事人双方的诉讼标的，第三人虽然没有独立请求权，但案件处理结果同他有法律上的利害关系的，可以申请参加诉讼，或者由人民法院通知他参加诉讼。	甲厂在中国生产剃须刀，全部出口到欧美销售，丙从美国带货在某宝网销售。该剃须刀侵犯了乙的专利权，乙只起诉丙，未起诉甲。甲得知后，要求参加诉讼。
诉权	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。		

(2) 有独立请求权的第三人与无独立请求权的第三人比较

比较内容	有独立请求权的第三人	无独立请求权的第三人
参加诉讼的依据	对在审的标的有独立的请求权	与原被告案件的审理结果有利害关系
参加方式	起诉	申请或者法院通知参加
参加诉讼的地位	参加之诉的原告	帮助一方当事人赢得诉讼
诉讼权利	除管辖权异议外，享有原告其他的诉讼权利	无管辖权异议、放弃变更诉讼请求、申请撤诉等权利，判决承担民事责任有权提出上诉

二、诉讼代理人

1. 法定诉讼代理人(《民事诉讼法》第60条)

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。

2. 委托诉讼代理人(《民事诉讼法》第61条，《民事诉讼法解释》第85条，第87条)

(1) 诉讼代理人的范围

当事人、法定代理人可以委托1至2人作为诉讼代理人。

下列人员可以被委托为诉讼代理人：

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

(2) 近亲属的范围

与当事人有夫妻、直系血亲、三代以内旁系血亲、近姻亲关系以及其他有抚养、赡养关系的亲属，可以当事人近亲属的名义作为诉讼代理人。

(3) 推荐的公民的范围

有关社会团体推荐公民担任诉讼代理人的，应当符合下列条件：

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

3. 委托书(《民事诉讼法》第62条，《民事诉讼法解释》第89条)

①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。

②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。

③侨居在外的中华人民共和国公民从国外寄交或者托交的授权委托书，必须经中华人民共和国驻该国的使领馆证明；没有使领馆的，由与中华人民共和国有外交关系的第三国驻该国的使领馆证明，再转由中华人民共和国驻该第三国使领馆证明，或者由当地的爱国华侨团体证明。

④当事人向人民法院提交的授权委托书，应当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，提出反诉或者提起上诉。

4. 变更或解除委托权限(《民事诉讼法》第63条)

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。

5. 收集证据和查阅材料(《民事诉讼法》第64条)

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。

6. 离婚诉讼代理的特别规定(《民事诉讼法》第65条)

离婚案件有诉讼代理人的,本人除不能表达意思的以外,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。

7. 诉讼代理人需提交的材料(《民诉法解释》第88条)

诉讼代理人除提交授权委托书外,还应当按照下列规定向人民法院提交相关材料:

- ①律师应当提交律师执业证、律师事务所证明材料;
- ②基层法律服务工作者应当提交法律服务工作者执业证、基层法律服务所出具的介绍信以及当事人一方位于本辖区内的证明材料;
- ③当事人的近亲属应当提交身份证件和与委托人有近亲属关系的证明材料;
- ④当事人的工作人员应当提交身份证件和与当事人有合法劳动人事关系的证明材料;
- ⑤当事人所在社区、单位推荐的公民应当提交身份证件、推荐材料和当事人属于该社区、单位的证明材料;
- ⑥有关社会团体推荐的公民应当提交身份证件和其符合法律规定条件的证明材料。

第四章 民事诉讼证据

一、证据种类及要求

1. 证据种类(《民事诉讼法》第66条)

证据包括:

- ①当事人的陈述;②书证;③物证;④视听资料;⑤电子数据;⑥证人证言;⑦鉴定意见;⑧勘验笔录。

2. 书证、物证(《民事诉讼法》第73条,《证据规定》第11条,《民诉法解释》第111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。

3. 证人证言

(1)证人的义务(《民事诉讼法》第75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。

不能正确表达意思的人,不能作证。

(2)证人不出庭作证的情形(《民事诉讼法》第76条)

经人民法院通知,证人应当出庭作证。有下列情形之一的,经人民法院许可,可以通过书面证言、视

相关法专题讲座

2024年专利代理师资格考试

听传输技术或者视听资料等方式作证：

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

(3) 证人出庭作证费用的承担(《民事诉讼法》第77条)

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

(4) 证人作证要求(《证据规定》第67条，第68条第3款)

不能正确表达意思的人，不能作为证人。

待证事实与其年龄、智力状况或者精神健康状况相适应的无民事行为能力人和限制民事行为能力人，可以作为证人。

无正当理由未出庭的证人以书面等方式提供的证言，不得作为认定案件事实的根据。

4. 当事人陈述(《民事诉讼法》第78条)

人民法院对当事人的陈述，应当结合本案的其他证据，审查确定能否作为认定事实的根据。

当事人拒绝陈述的，不影响人民法院根据证据认定案件事实。

5. 视听资料(《民事诉讼法》第74条，《证据规定》第15条第1款)

人民法院对视听资料(包括录音资料和影像资料)，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。

当事人以视听资料作为证据的，应当提供存储该视听资料的原始载体。

根据《民诉法解释》第116条规定，视听资料包括录音资料和影像资料。存储在电子介质中的录音资料和影像资料，适用电子数据的规定。

6. 电子数据(《证据规定》第14条，第15条第2款)

电子数据是数字化形式存储、处理、传输的能够证明案件事实的信息。

电子数据包括下列信息、电子文件：

- ①网页、博客、微博客等网络平台发布的信息；
- ②手机短信、电子邮件、即时通信、通讯群组等网络应用服务的通信信息；
- ③用户注册信息、身份认证信息、电子交易记录、通信记录、登录日志等信息；
- ④文档、图片、音频、视频、数字证书、计算机程序等电子文件；
- ⑤其他以数字化形式存储、处理、传输的能够证明案件事实的信息。

当事人以电子数据作为证据的，应当提供原件。电子数据的制作人制作的与原件一致的副本，或者直接来源于电子数据的打印件或其他可以显示、识别的输出介质，视为电子数据的原件。

7. 鉴定意见

(1) 申请鉴定(《民事诉讼法》第79条)

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

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

(2) 鉴定人出庭作证的义务(《民事诉讼法》第81条)

当事人对鉴定意见有异议或者人民法院认为鉴定人有必要出庭的,鉴定人应当出庭作证。经人民法院通知,鉴定人拒不出庭作证的,鉴定意见不得作为认定事实的根据;支付鉴定费用的当事人可以要求返还鉴定费用。

8. 有专门知识的人出庭(《民事诉讼法》第82条,《民诉法解释》第122条,第123条)

①当事人可以申请人民法院通知有专门知识的人出庭,就鉴定人作出的鉴定意见或者专业问题提出意见。

②当事人可以在举证期限届满前申请1至2名具有专门知识的人出庭,代表当事人对鉴定意见进行质证,或者对案件事实所涉及的专业问题提出意见。

具有专门知识的人在法庭上就专业问题提出的意见,视为当事人的陈述。

人民法院准许当事人申请的,相关费用由提出申请的当事人负担。

③人民法院可以对出庭的具有专门知识的人进行询问。经法庭准许,当事人可以对出庭的具有专门知识的人进行询问,当事人各自申请的具有专门知识的人可以就案件中的有关问题进行对质。

具有专门知识的人不得参与专业问题之外的法庭审理活动。

9. 勘验笔录(《民事诉讼法》第83条)

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

有关单位和个人根据人民法院的通知,有义务保护现场,协助勘验工作。

勘验人应当将勘验情况和结果制作笔录,由勘验人、当事人和被邀参加人签名或者盖章。

二、当事人举证

1. 当事人的举证责任(《民事诉讼法》第67条,《民诉法解释》第90条)

①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。

②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,应当提供证据加以证明,但法律另有规定的除外。

在作出判决前,当事人未能提供证据或者证据不足以证明其事实主张的,由负有举证证明责任的当

相关法专题讲座

2024年专利代理师资格考试

事人承担不利的后果。

2. 举证责任分配(《民诉法解释》第91条)

人民法院应当依照下列原则确定举证证明责任的承担,但法律另有规定的除外:

①主张法律关系存在的当事人,应当对产生该法律关系的基本事实承担举证证明责任;

②主张法律关系变更、消灭或者权利受到妨害的当事人,应当对该法律关系变更、消灭或者权利受到妨害的基本事实承担举证证明责任。

3. 无需举证事实(《证据规定》第10条)

下列事实,当事人无须举证证明:

①自然规律以及定理、定律;

②众所周知的事实;

③根据法律规定推定的事实;

④根据已知的事实和日常生活经验法则推定出的另一事实;

⑤已为仲裁机构的生效裁决所确认的事实;

⑥已为人民法院发生法律效力裁判所确认的基本事实;

⑦已为有效公证文书所证明的事实。

上述第②-⑤项事实,当事人有相反证据足以反驳的除外;第⑥、⑦项事实,当事人有相反证据足以推翻的除外。

4. 当事人对事实的承认

(1) 自认(《证据规定》第3条)

在诉讼过程中,一方当事人陈述的于己不利的事实,或者对于己不利的事实明确表示承认的,另一方当事人无需举证证明。

在证据交换、询问、调查过程中,或者在起诉状、答辩状、代理词等书面材料中,当事人明确承认于己不利的事实的,适用上述规定。

(2) 沉默视为自认(《证据规定》第4条)

一方当事人对于另一方当事人主张的于己不利的事实既不承认也不否认,经审判人员说明并询问后,其仍然不明确表示肯定或者否定的,视为对该事实的承认。

三、证据的调查和收集

1. 调查取证(《民诉法》第67条第2款)

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。

2. 当事人申请人民法院收集(《民诉法解释》第94条)

当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据包括:

①证据由国家有关部门保存,当事人及其诉讼代理人无权查阅调取的;

②涉及国家秘密、商业秘密或者个人隐私的；

③当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的其他证据。

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

3. 人民法院自行收集(《民诉法解释》第96条)

人民法院认为审理案件需要的证据包括：

①涉及可能损害国家利益、社会公共利益的；

②涉及身份关系的；

③涉及有关公益诉讼的；

④当事人有恶意串通损害他人合法权益可能的；

⑤涉及依职权追加当事人、中止诉讼、终结诉讼、回避等程序性事项的。

除以上五项规定外，人民法院调查收集证据，应当依照当事人的申请进行。

四、书证提出命令(《民诉法解释》第112条)

书证在对方当事人控制之下的，承担举证证明责任的当事人可以在举证期限届满前书面申请人民法院责令对方当事人提交。

申请理由成立的，人民法院应当责令对方当事人提交，因提交书证所产生的费用，由申请人负担。对方当事人无正当理由拒不提交的，人民法院可以认定申请人所主张的书证内容为真实。

五、举证时限(《民诉法》第68条，《民诉法解释》第99条，第100条)

1. 举证期限

当事人对自己提出的主张应当及时提供证据。

人民法院根据当事人的主张和案件审理情况，确定当事人应当提供的证据及其期限。

人民法院应当在审理前的准备阶段确定当事人的举证期限。举证期限可以由当事人协商，并经人民法院准许。

人民法院确定举证期限，第一审普通程序案件不得少于15日，当事人提供新的证据的第二审案件不得少于10日。

举证期限届满后，当事人对已经提供的证据，申请提供反驳证据或者对证据来源、形式等方面的瑕疵进行补正的，人民法院可以酌情再次确定举证期限，该期限不受上述规定的限制。

2. 逾期后果

当事人逾期提供证据的，人民法院应当责令其说明理由；拒不说明理由或者理由不成立的，人民法院根据不同情形可以不予采纳该证据，或者采纳该证据但予以训诫、罚款。

3. 期限延长

当事人在该期限内提供证据确有困难的，可以向人民法院申请延长期限，人民法院根据当事人的申请适当延长。

相关法专题讲座

2024年专利代理师资格考试

当事人申请延长举证期限的，应当在举证期限届满前向人民法院提出书面申请。

六、证据的质证

1. 质证形式(《民事诉讼法》第71条,《民诉法解释》第103条第2款)

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。

当事人在审理前的准备阶段认可的证据,经审判人员在庭审中说明后,视为质证过的证据。

2. 质证效力(《民诉法解释》第103条第1款)

未经当事人质证的证据,不得作为认定案件事实的根据。

3. 质证内容(《民诉法解释》第104条)

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

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

4. 对证人证言的质证(《证据规定》第72条)

①证人应当客观陈述其亲身感知的事实,作证时不得使用猜测、推断或者评论性语言。

②证人作证前不得旁听法庭审理,作证时不得以宣读事先准备的书面材料的方式陈述证言。

③证人言辞表达有障碍的,可以通过其他表达方式作证。

5. 对有专门知识的人的质证(《证据规定》第84条)

①审判人员可以对有专门知识的人进行询问。经法庭准许,当事人可以对有专门知识的人进行询问,当事人各自申请的有专门知识的人可以就案件中的有关问题进行对质。

②有专门知识的人不得参与对鉴定意见质证或者就专业问题发表意见之外的法庭审理活动。

七、证据保全(《民事诉讼法》第84条第1、2款,《民诉法解释》第98条)

1. 诉中证据保全

在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下,当事人可以在诉讼过程中(举证期限届满前)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。

2. 诉前证据保全

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

3. 担保

证据保全可能对他人造成损失的,人民法院应当责令申请人提供相应的担保。

【总结】调查取证与证据保全

	原因	请求时间	针对对象及担保
调查取证	当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据	举证期限届满前	往往针对的是第三方，譬如有关主管部门、税务机关或者第三方平台
	人民法院认为审理案件需要的证据		
证据保全	证据可能灭失或者以后难以取得	举证期限届满前	主要针对的是权利人不能够自行或通过公证处保全的方式取得证据的情形，比如大型机器设备侵权案件、方法专利侵权案件、软件侵权案件、展会上临时展出的侵权产品等。法院可以要求提供担保
	因情况紧急，在证据可能灭失或者以后难以取得	起诉前	

八、域外证据的公认证证

1. 公文书证（《证据规定》第16条第1款）

当事人提供的公文书证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证明，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。

2. 涉及身份关系的证据（《证据规定》第16条第2款）

中华人民共和国领域外形成的涉及身份关系的证据，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。

第五章 调解

一、调解基本内容

1. 调解原则（《民诉法》第9条，第96条）

①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。

②人民法院审理民事案件，根据当事人自愿的原则，在事实清楚的基础上，分清是非，进行调解。

2. 调解阶段（《民诉法》第125条，第145条，第179条）

①当事人起诉到人民法院的民事纠纷，适宜调解的，先行调解，但当事人拒绝调解的除外。

②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。

③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。

④再审程序中征得双方当事人同意，也可进行调解。

3. 调解中代理（《民诉法解释》第147条）

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

相关法专题讲座

2024年专利代理师资格考试

离婚案件当事人确因特殊情况无法出庭参加调解的，除本人不能表达意志的以外，应当出具书面意见。

二、调解的程序及调解异议

1. 调解程序(《民事诉讼法》第97条)

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

人民法院进行调解，可以用简便方式通知当事人、证人到庭。

2. 调解协助(《民事诉讼法》第98条)

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

3. 调解协议达成(《民事诉讼法》第99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。

4. 调解书的制作、送达和效力(《民事诉讼法》第100条，《民诉法解释》第149条)

①调解达成协议，人民法院应当制作调解书。调解书应当写明诉讼请求、案件的事实和调解结果。

②调解书由审判人员、书记员署名，加盖人民法院印章，送达双方当事人。

③调解书经双方当事人签收后，即具有法律效力。

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

5. 不需要制作调解书的案件(《民事诉讼法》第101条)

下列案件调解达成协议，人民法院可以不制作调解书：

①调解和好的离婚案件；

②调解维持收养关系的案件；

③能够即时履行的案件；

④其他不需要制作调解书的案件。

对不需要制作调解书的协议，应当记入笔录，由双方当事人、审判人员、书记员签名或者盖章后，即具有法律效力。

6. 调解不成或调解后反悔的处理(《民事诉讼法》第102条)

调解未达成协议或者调解书送达前一方反悔的，人民法院应当及时判决。

7. 调解书内容与调解协议不一致的处理

当事人发现调解书与调解协议内容不一致，或者调解书中有文字性错误，可以申请人民法院裁定补正相关内容。

第六章 保全

《民事诉讼法》中规定了三种保全：证据保全、财产保全、行为保全，其中财产保全与行为保全统称为“保全”。

一、保全的种类

1. 诉中保全(《民诉法》第103条)

①人民法院对于可能因当事人一方的行为或者其他原因，使判决难以执行或者造成当事人其他损害的案件，根据对方当事人的申请，可以裁定对其财产进行保全、责令其作出一定行为或者禁止其作出一定行为；当事人没有提出申请的，人民法院在必要时也可以裁定采取保全措施。

②人民法院采取保全措施，可以责令申请人提供担保，申请人不提供担保的，裁定驳回申请。

③人民法院接受申请后，对情况紧急的，必须在48小时内作出裁定；裁定采取保全措施的，应当立即开始执行。

2. 诉前保全(《民诉法》第104条)

①利害关系人因情况紧急，不立即申请保全将会使其合法权益受到难以弥补的损害的，可以在提起诉讼或者申请仲裁前向被保全财产所在地、被申请人住所地或者对案件有管辖权的人民法院申请采取保全措施。申请人应当提供担保，不提供担保的，裁定驳回申请。

②人民法院接受申请后，必须在48小时内作出裁定；裁定采取保全措施的，应当立即开始执行。

③申请人在人民法院采取保全措施后30日内不依法提起诉讼或者申请仲裁的，人民法院应当解除保全。

【注意】诉前保全只能由利害关系人申请，法院不主动采取诉前保全措施。

3. 财产纠纷反担保解除(《民诉法》第107条)

财产纠纷案件，被申请人提供担保的，人民法院应当裁定解除保全。

【注意】行为保全不因反担保而解除，例如：专利侵权纠纷中，法院裁定的停止诉前或诉中侵权的禁令，不因被申请人提供反担保而解除。

二、保全措施

1. 保全的范围(《民诉法》第105条)

保全限于请求的范围，或者与本案有关的财物。

2. 财产保全的措施(《民诉法》第106条，《民诉法解释》第154条，第155条，第157条)

①财产保全采取查封、扣押、冻结或者法律规定的其他方法。人民法院保全财产后，应当立即通知被保全财产的人。

财产已被查封、冻结的，不得重复查封、冻结。

②人民法院在财产保全中采取查封、扣押、冻结财产措施时，应当妥善保管被查封、扣押、冻结的财

产。不宜由人民法院保管的，人民法院可以指定被保全人负责保管；不宜由被保全人保管的，可以委托他人或者申请保全人保管。

查封、扣押、冻结担保物权人占有的担保财产，一般由担保物权人保管；由人民法院保管的，质权、留置权不因采取保全措施而消灭。

③由人民法院指定被保全人保管的财产，如果继续使用对该财产的价值无重大影响，可以允许被保全人继续使用；由人民法院保管或者委托他人、申请保全人保管的财产，人民法院和其他保管人不得使用。

④人民法院对抵押物、质押物、留置物可以采取财产保全措施，但不影响抵押权人、质权人、留置权人的优先受偿权。

3. 保全申请错误的处理(《民事诉讼法》第108条)

申请有错误的，申请人应当赔偿被申请人因保全所遭受的损失。

4. 先予执行的适用情形(《民事诉讼法》第109条)

人民法院对下列案件，根据当事人的申请，可以裁定先予执行：

- ①追索赡养费、扶养费、抚养费、抚恤金、医疗费用的；
- ②追索劳动报酬的；
- ③因情况紧急需要先予执行的。

5. 对保全和先予执行不服的救济程序(《民事诉讼法》第111条)

当事人对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。

第七章 民事审判第一审普通程序

一、起诉及其条件

1. 起诉的实质要件(《民事诉讼法》第122条)

起诉必须符合下列条件：

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

【解析】民诉法对于起诉条件，要求原告适格，有明确被告。对于被告，并不要求适格。如果被告是已经注销的公司或者已经死亡的自然人，属于没有明确的被告，法院不予受理或者受理后裁定驳回起诉。如果被告不适格，应当在审理后驳回原告诉讼请求。

2. 起诉的形式要件(《民事诉讼法》第123条)

起诉应当向人民法院递交起诉状，并按照被告人数提出副本。

书写起诉状确有困难的，可以口头起诉，由人民法院记入笔录，并告知对方当事人。

二、受理和立案

1. 起诉权和受理程序（《民事诉讼法》第126条，《民诉法解释》第208条）

①人民法院应当保障当事人依照法律规定享有的起诉权利。对符合起诉条件的，必须受理且应当在7日内立案，并通知当事人；不符合起诉条件的，应当在7日内作出裁定书，不予受理；原告对裁定不服的，可以提起上诉。

②人民法院接到当事人提交的民事起诉状时，对符合法定条件的，应当登记立案；对当场不能判定是否符合起诉条件的，应当接收起诉材料，并出具注明收到日期的书面凭证。

需要补充必要相关材料的，人民法院应当及时告知当事人。在补齐相关材料后，应当在7日内决定是否立案。

立案后发现不符合法定条件的，裁定驳回起诉。

2. 对特殊情形的处理（《民事诉讼法》第127条，《民诉法解释》第211条，第214条）

人民法院对下列起诉，分别情形，予以处理：

①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；

②依照法律规定，双方当事人达成书面仲裁协议申请仲裁、不得向人民法院起诉的，告知原告向仲裁机构申请仲裁；

③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；

④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；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；

⑤对判决、裁定、调解书已经发生法律效力的案件，当事人又起诉的，告知原告申请再审，但人民法院准许撤诉的裁定除外；

⑥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；

⑦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6个月内又起诉的，不予受理；

⑧原告撤诉或者人民法院按撤诉处理后，原告以同一诉讼请求再次起诉的，人民法院应予受理。

三、审理前的准备

1. 送达起诉状和答辩状（《民事诉讼法》第128条）

人民法院应当在立案之日起5日内将起诉状副本发送被告，被告应当在收到之日起15日内提出答辩状。人民法院应当在收到答辩状之日起5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。

2. 诉讼权利义务的告知（《民事诉讼法》第129条）

人民法院对决定受理的案件，应当在受理案件通知书和应诉通知书中向当事人告知有关的诉讼权利义务，或者口头告知。

3. 审判人员的告知(《民事诉讼法》第131条)

审判人员确定后,应当在3日内告知当事人。

4. 当事人的追加(《民事诉讼法》第135条)

必须共同进行诉讼的当事人没有参加诉讼的,人民法院应当通知其参加诉讼。

5. 对管辖权异议的审查和处理(《民事诉讼法》第130条,《民事诉讼法解释》第39条)

①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。

②当事人未提出管辖异议,并应诉答辩或者提出反诉的,视为受诉人民法院有管辖权,但违反级别管辖和专属管辖规定的除外。

③人民法院发回重审或者按第一审程序再审的案件,当事人提出管辖异议的,人民法院不予审查。

四、开庭审理

1. 开庭通知与公告(《民事诉讼法》第139条)

人民法院审理民事案件,应当在开庭3日前通知当事人和其他诉讼参与人。公开审理的,应当公告当事人姓名、案由和开庭的时间、地点。

2. 宣布开庭(《民事诉讼法》第140条)

①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。

②开庭审理时,由审判长或者独任审判员核对当事人,宣布案由,宣布审判人员、法官助理、书记员等的名单,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。

3. 法庭调查顺序(《民事诉讼法》第141条)

法庭调查按照下列顺序进行:

- ①当事人陈述;
- ②告知证人的权利义务,证人作证,宣读未到庭的证人证言;
- ③出示书证、物证、视听资料和电子数据;
- ④宣读鉴定意见;
- ⑤宣读勘验笔录。

4. 当事人庭审诉讼权利(《民事诉讼法》第142条)

- ①当事人在法庭上可以提出新的证据。
- ②当事人经法庭许可,可以向证人、鉴定人、勘验人发问。
- ③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。

5. 法庭辩论(《民事诉讼法》第144条)

法庭辩论按照下列顺序进行:

- ①原告及其诉讼代理人发言;
- ②被告及其诉讼代理人答辩;

③第三人及其诉讼代理人发言或者答辩；

④互相辩论。

法庭辩论终结，由审判长或者独任审判员按照原告、被告、第三人的先后顺序征询各方最后意见。

6. 法庭调解(《民诉法》第145条)

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。

7. 宣告判决(《民诉法》第151条)

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10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。

五、撤诉、按撤诉处理、缺席审理与延期审理

1. 原告申请撤诉的处理(《民诉法》第148条)

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。

2. 原告拒不到庭和中途退庭的处理(《民诉法》第146条)

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。

3. 被告拒不到庭和中途退庭的处理(《民诉法》第147条)

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。

4. 拘传的适用(《民诉法》第112条，《民诉法解释》第174条)

①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。

必须到庭的被告，是指负有赡养、抚育、扶养义务和不到庭就无法查清案情的被告。

②人民法院对必须到庭才能查清案件基本事实的原告，经两次传票传唤，无正当理由拒不到庭的，可以拘传。

5. 延期审理(《民诉法》第149条)

有下列情形之一的，可以延期开庭审理：

①必须到庭的当事人和其他诉讼参与人有正当理由没有到庭的；

②当事人临时提出回避申请的；

③需要通知新的证人到庭，调取新的证据，重新鉴定、勘验，或者需要补充调查的；

④其他应当延期的情形。

六、审理期限(《民诉法》第152条，《民诉法解释》第243条)

人民法院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，经

相关法专题讲座

2024年专利代理师资格考试

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。

审理期限是指从立案之日起至裁判宣告、调解书送达之日止的期间，但公告期间、鉴定期间、双方当事人和解期间、审理当事人提出的管辖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。

七、诉讼中止和诉讼终结

1. 诉讼中止(《民事诉讼法》第153条)

有下列情形之一的，中止诉讼：

- ①一方当事人死亡，需要等待继承人表明是否参加诉讼的；
- ②一方当事人丧失诉讼行为能力，尚未确定法定代理人的；
- ③作为一方当事人的法人或者其他组织终止，尚未确定权利义务承受人的；
- ④一方当事人因不可抗拒的事由，不能参加诉讼的；
- ⑤本案必须以另一案的审理结果为依据，而另一案尚未审结的；
- ⑥其他应当中止诉讼的情形。

中止诉讼的原因消除后，恢复诉讼。

2. 诉讼终结(《民事诉讼法》第154条)

有下列情形之一的，终结诉讼：

- ①原告死亡，没有继承人，或者继承人放弃诉讼权利的；
- ②被告死亡，没有遗产，也没有应当承担义务的人的；
- ③离婚案件一方当事人死亡的；
- ④追索赡养费、扶养费、抚养费以及解除收养关系案件的一方当事人死亡的。

八、判决、裁定

1. 判决

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

(1) 判决书的内容(《民事诉讼法》第155条)

判决书应当写明判决结果和作出该判决的理由。判决书内容包括：

- ①案由、诉讼请求、争议的事实和理由；
- ②判决认定的事实和理由、适用的法律和理由；
- ③判决结果和诉讼费用的负担；
- ④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。

(2) 先行判决(《民事诉讼法》第156条)

人民法院审理案件，其中一部分事实已经清楚，可以就该部分先行判决。

2. 裁定

民事裁定主要解决的是程序问题。

(1) 裁定适用范围(《民事诉讼法》第157条第1款)

裁定适用于下列范围:

①不予受理;②对管辖权有异议的;③驳回起诉;④保全和先予执行;⑤准许或者不准许撤诉;⑥中止或者终结诉讼;⑦补正判决书中的笔误;⑧中止或者终结执行;⑨撤销或者不予执行仲裁裁决;⑩不予执行公证机关赋予强制执行效力的债权文书;⑪其他需要裁定解决的事项。

(2) 可上诉的裁定(《民事诉讼法》第157条第2款)

对于不予受理、管辖权异议、驳回起诉的裁定,可以提出上诉。

第八章 简易程序及在线诉讼

一、简易程序

1. 简易程序适用范围(《民事诉讼法》第160条)

简易程序适用于基层人民法院和它派出的法庭审理事实清楚、权利义务关系明确、争议不大的简单的民事案件。

基层人民法院和它派出的法庭审理其他的民事案件,当事人双方也可以约定适用简易程序。

2. 不适用简易程序的情形《民事诉讼法解释》第140条,第257条,《民事诉讼法》第170条)

下列案件,不适用简易程序:

- ①起诉时被告下落不明的;
- ②发回重审的;
- ③当事人一方人数众多的;
- ④适用审判监督程序的;
- ⑤涉及国家利益、社会公共利益的;
- ⑥第三人起诉请求改变或者撤销生效判决、裁定、调解书的;
- ⑦适用简易程序的案件,不适用公告送达。

人民法院在审理过程中,发现案件不宜适用简易程序的,裁定转为普通程序。

3. 简易程序对程序的简化

(1) 口头起诉(《民事诉讼法》第161条)

对简单的民事案件,原告可以口头起诉。

当事人双方可以同时到基层人民法院或者它派出的法庭,请求解决纠纷。基层人民法院或者它派出的法庭可以当即审理,也可以另定日期审理。

(2)简化流程(《民事诉讼法》第162条,《民诉法解释》第261条)

基层人民法院和它派出的法庭审理简单的民事案件,可以用简便方式传唤当事人和证人、送达诉讼文书、审理案件,但应当保障当事人陈述意见的权利。

适用简易程序审理案件,人民法院可以采取捎口信、电话、短信、传真、电子邮件等简便方式传唤双方当事人、通知证人和送达裁判文书以外的诉讼文书。以简便方式送达的开庭通知,未经当事人确认或者没有其他证据证明当事人已经收到的,人民法院不得缺席判决。

(3)独任制(《民事诉讼法》第163条)

简单的民事案件由审判员一人独任审理。

(4)审理期限(《民事诉讼法》第164条)

人民法院适用简易程序审理案件,应当在立案之日起3个月内审结。有特殊情况需要延长的,经本院院长批准,可以延长1个月。

二、小额诉讼

(1)小额诉讼的范围(《民事诉讼法》第165条)

基层人民法院和它派出的法庭审理事实清楚、权利义务关系明确、争议不大的简单金钱给付民事案件,标的额为各省、自治区、直辖市上年度就业人员年平均工资50%以下的,适用小额诉讼的程序审理,实行一审终审。

基层人民法院和它派出的法庭审理上述民事案件,标的额超过各省、自治区、直辖市上年度就业人员年平均工资50%但在2倍以下的,当事人双方也可以约定适用小额诉讼的程序。

(2)不适用小额诉讼的程序的案件(《民事诉讼法》第166条)

人民法院审理下列民事案件,不适用小额诉讼的程序:

- ①人身关系、财产确权案件;
- ②涉外案件;
- ③需要评估、鉴定或者对诉前评估、鉴定结果有异议的案件;
- ④一方当事人下落不明的案件;
- ⑤当事人提出反诉的案件;
- ⑥知识产权纠纷;
- ⑦其他不宜适用小额诉讼的程序审理的案件。

(3)小额诉讼的程序特色(《民事诉讼法》第167-169条,《民诉法解释》第275条)

①人民法院适用小额诉讼的程序审理案件,可以一次开庭审结并且当庭宣判。

②人民法院适用小额诉讼的程序审理案件,应当在立案之日起2个月内审结。有特殊情况需要延长的,经本院院长批准,可以延长1个月。

③人民法院在审理过程中,发现案件不宜适用小额诉讼的程序的,应当适用简易程序的其他规定审理或者裁定转为普通程序。

当事人认为案件适用小额诉讼的程序审理违反法律规定的，可以向人民法院提出异议。人民法院对当事人提出的异议应当审查，异议成立的，应当适用简易程序的其他规定审理或者裁定转为普通程序；异议不成立的，裁定驳回。

④小额诉讼案件的举证期限由人民法院确定，也可以由当事人协商一致并经人民法院准许，但一般不超过7日。当事人到庭后表示不需要举证期限和答辩期间的，人民法院可立即开庭审理。

三、在线诉讼(《民诉法》第16条)

①经当事人同意，民事诉讼活动可以通过信息网络平台在线进行。

民事诉讼活动通过信息网络平台在线进行的，与线下诉讼活动具有同等法律效力。

②人民法院、当事人及其他诉讼参与人等可以依托电子诉讼平台，通过互联网或者专用网络在线完成立案、调解、证据交换、询问、庭审、送达等全部或者部分诉讼环节。

四、互联网法院

1. 立案范围

互联网法院受理网络购物合同纠纷、网络服务合同纠纷、互联网上完成的金融借款合同纠纷、小额借款合同纠纷；互联网上首次发表作品的著作权或者邻接权权属纠纷；互联网上侵害在线发表或者传播作品的著作权或者邻接权而产生的纠纷；互联网域名权属、侵权及合同纠纷。

2. 互联网法院的设立

目前互联网法院有三家：北京互联网法院、广州互联网法院、杭州互联网法院，均为基层法院。

3. 开庭方式及程序简化

(1)开庭方式(《最高人民法院关于互联网法院审理案件若干问题的规定》第12条)

互联网法院采取在线视频方式开庭。存在确需当庭查明身份、核对原件、查验实物等特殊情形的，互联网法院可以决定在线下开庭，但其他诉讼环节仍应当在线完成。

(2)简化程序(《最高人民法院关于互联网法院审理案件若干问题的规定》第13条)

互联网法院可以视情况决定采取下列方式简化庭审程序：

①开庭前已经在线完成当事人身份核实、权利义务告知、庭审纪律宣示的，开庭时可以不再重复进行；

②当事人已经在线完成证据交换的，对于无争议的证据，法官在庭审中说明后，可以不再举证、质证；

③经征得当事人同意，可以将当事人陈述、法庭调查、法庭辩论等庭审环节合并进行。对于简单民事案件，庭审可以直接围绕诉讼请求或者案件要素进行。

4. 电子送达(《最高人民法院关于互联网法院审理案件若干问题的规定》第15、17)

①经当事人同意，互联网法院应当通过中国审判流程信息公开网、诉讼平台、手机短信、传真、电子邮件、即时通讯账号等电子方式送达诉讼文书及当事人提交的证据材料等。

经告知当事人权利义务，并征得其同意，互联网法院可以电子送达裁判文书。当事人提出需要纸质版裁判文书的，互联网法院应当提供。

②互联网法院向受送达人主动提供或者确认的电子地址进行送达的，送达信息到达受送达人特定系统时，即为送达。

5. 简易程序(《最高人民法院关于互联网法院审理案件若干问题的规定》第18条)

对需要进行公告送达的事实清楚、权利义务关系明确的简单民事案件，互联网法院可以适用简易程序审理。

6. 上诉案件管辖(《最高人民法院关于互联网法院审理案件若干问题的规定》第4条)

①当事人对北京互联网法院作出的判决、裁定提起上诉的案件，由北京市第四中级人民法院审理，但互联网著作权权属纠纷和侵权纠纷、互联网域名纠纷的上诉案件，由北京知识产权法院审理。

②当事人对广州互联网法院作出的判决、裁定提起上诉的案件，由广州市中级人民法院审理，但互联网著作权权属纠纷和侵权纠纷、互联网域名纠纷的上诉案件，由广州知识产权法院审理。

③当事人对杭州互联网法院作出的判决、裁定提起上诉的案件，由杭州市中级人民法院审理。

第九章 第二审程序

一、上诉

第二审程序又称上诉审程序，是第二审人民法院根据上诉人的上诉，就第一审人民法院尚未发生法律效力^①的判决或裁定认定的事实和适用法律进行的审理。

1. 上诉权(《民事诉讼法》第171条)

①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。

②当事人不服地方人民法院第一审裁定的，有权在裁定书送达之日起10日内向上一级人民法院提起上诉。

2. 上诉状(《民事诉讼法》第172条)

上诉应当递交上诉状，并写明上诉的请求和理由。

3. 上诉的提出(《民事诉讼法》第173条)

上诉状应当通过原审人民法院提出，并按照对方当事人或者代表人的人数提出副本。

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

二、审理

1. 审理范围(《民事诉讼法》第175条，《民诉法解释》第321条)

①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。

②第二审人民法院应当围绕当事人的上诉请求进行审理。

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

2. 审判组织

人民法院审理第二审民事案件，由审判员组成合议庭。

中级人民法院对第一审适用简易程序审结或者不服裁定提起上诉的第二审民事案件，事实清楚、权利义务关系明确的，经双方当事人同意，可以由审判员一人独任审理。

3. 审理方式

(1) 开庭为原则

第二审人民法院对上诉案件应当开庭审理。

(2) 不开庭为例外(《民诉法解释》第331条)

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

第二审人民法院对下列上诉案件可以不开庭审理：

- ①不服不予受理、管辖权异议和驳回起诉裁定的；
- ②当事人提出的上诉请求明显不能成立的；
- ③原判决、裁定认定事实清楚，但适用法律错误的；
- ④原判决严重违反法定程序，需要发回重审的。

4. 开庭地点

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

5. 上诉调解(《民诉法》第179条)

- ①第二审人民法院审理上诉案件，可以进行调解。
- ②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。
- ③调解书送达后，原审人民法院的判决即视为撤销。

6. 上诉撤回(《民诉法》第180条)

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。

7. 审理期限(《民诉法》第183条)

- ①人民法院审理对判决的上诉案件，应当在第二审立案之日起3个月内审结。有特殊情况需要延长的，由本院院长批准。
- ②人民法院审理对裁定的上诉案件，应当在第二审立案之日起30日内作出终审裁定。

三、裁判

1. 二审裁判的处理(《民诉法》第177条)

第二审人民法院对上诉案件，经过审理，按照下列情形，分别处理：

- ①原判决、裁定认定事实清楚，适用法律正确的，以判决、裁定方式驳回上诉，维持原判决、裁定；
- ②原判决、裁定认定事实错误或者适用法律错误的，以判决、裁定方式依法改判、撤销或者变更；

相关法专题讲座

2024年专利代理师资格考试

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

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

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

2. 二审裁判的效力(《民事诉讼法》第182条)

第二审人民法院的判决、裁定，是终审的判决、裁定。

第十章 审判监督程序

审判监督程序是指人民法院对已经发生法律效力的判决和裁定，发现在认定事实或适用法律上确有错误，依法提起并对案件进行重新审判的程序。

一、再审的情形

1. 人民法院决定再审(《民事诉讼法》第209条)

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

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

2. 中止原判决的执行及例外(《民事诉讼法》第217条)

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

3. 当事人申请再审(《民事诉讼法》第210条)

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

4. 再审事由(《民事诉讼法》第211条)

当事人的申请符合下列情形之一的，人民法院应当再审：

- ①有新的证据，足以推翻原判决、裁定的；
- ②原判决、裁定认定的基本事实缺乏证据证明的；
- ③原判决、裁定认定事实的主要证据是伪造的；
- ④原判决、裁定认定事实的主要证据未经质证的；

⑤对审理案件需要的主要证据，当事人因客观原因不能自行收集，书面申请人民法院调查收集，人民法院未调查收集的；

⑥原判决、裁定适用法律确有错误的；

⑦审判组织的组成不合法或者依法应当回避的审判人员没有回避的；

⑧无诉讼行为能力人未经法定代理人代为诉讼或者应当参加诉讼的当事人，因不能归责于本人或者其诉讼代理人的事由，未参加诉讼的；

⑨违反法律规定，剥夺当事人辩论权利的；

⑩未经传票传唤，缺席判决的；

⑪原判决、裁定遗漏或者超出诉讼请求的；

⑫据以作出原判决、裁定的法律文书被撤销或者变更的；

⑬审判人员审理该案件时有贪污受贿，徇私舞弊，枉法裁判行为的。

5. 当事人申请再审的期限（《民诉法》第216条）

当事人申请再审，应当在判决、裁定发生法律效力后6个月内提出。

对于以下情形，自知道或者应当知道之日起6个月内提出：

①有新的证据，足以推翻原判决、裁定的；

②原判决、裁定认定事实的主要证据是伪造的；

③据以作出原判决、裁定的法律文书被撤销或者变更的；

④审判人员审理该案件时有贪污受贿，徇私舞弊，枉法裁判行为的。

6. 调解书的再审（《民诉法》第212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。

7. 不得申请再审的案件（《民诉法》第213条）

当事人对已经发生法律效力的解除婚姻关系的判决、调解书，不得申请再审。

二、再审案件的审理程序（《民诉法》第218条）

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。

三、基于检察监督权的抗诉、检察建议和再审

1. 人民检察院提起抗诉（《民诉法》第219条，第222条）

(1) 上级人民检察院对下级人民法院的抗诉

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，发现有应当再审情形的，或者发现调解书损害国家利益、社会公共利益的，应当提出抗诉。

(2) 同级人民检察院对人民法院的检察建议或抗诉

地方各级人民检察院对同级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定，发现有应当再审情形的，或者发现调解书损害国家利益、社会公共利益的，可以向同级人民法院提出检察建议，并报上级人民检察院备案；也可以提请上级人民检察院向同级人民法院提出抗诉。

各级人民检察院对审判监督程序以外的其他审判程序中审判人员的违法行为，有权向同级人民法院提出检察建议。

(3) 人民法院接受抗诉后的处理

人民检察院提出抗诉的案件，接受抗诉的人民法院应当作出再审的裁定。

2. 当事人申请检察建议及抗诉的条件（《民事诉讼法》第220条）

有下列情形之一的，当事人可以向人民检察院申请检察建议或者抗诉：

- ① 人民法院驳回再审申请的；
- ② 人民法院逾期未对再审申请作出裁定的；
- ③ 再审判决、裁定有明显错误的。

人民检察院对当事人的申请应当在3个月内进行审查，作出提出或者不予提出检察建议或者抗诉的决定。当事人不得再次向人民检察院申请检察建议或者抗诉。

第十一章 执行程序

一、一般规定

1. 执行根据和执行管辖（《民事诉讼法》第235条）

发生法律效力的民事判决、裁定，以及刑事判决、裁定中的财产部分，由第一审人民法院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。

2. 执行异议

(1) 对执行行为的异议（《民事诉讼法》第236条）

当事人、利害关系人认为执行行为违反法律规定的，可以向负责执行的人民法院提出书面异议。

(2) 对执行标的的异议（《民事诉讼法》第238条）

执行过程中，案外人可对执行标的提出书面异议。

3. 委托执行（《民事诉讼法》第240条）

被执行人或者被执行的财产在外地的，可以委托当地人民法院代为执行。

执行法院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。

4. 执行和解(《民事诉讼法》第241条,《民诉法解释》第465条)

①在执行中,双方当事人自行和解达成协议的,执行员应当将协议内容记入笔录,由双方当事人签名或者盖章。

申请执行人因受欺诈、胁迫与被执行人达成和解协议,或者当事人不履行和解协议的,人民法院可以根据当事人的申请,恢复对原生效法律文书的执行。

②一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。

5. 执行担保(《民事诉讼法》第242条)

在执行中,被执行人向人民法院提供担保,并经申请执行人同意的,人民法院可以决定暂缓执行及暂缓执行的期限。被执行人逾期仍不履行的,人民法院有权执行被执行人的担保财产或者担保人的财产。

6. 执行承受(《民事诉讼法》第243条)

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

7. 执行回转(《民事诉讼法》第244条)

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

二、执行的申请和移送

1. 申请执行与移送执行(《民事诉讼法》第247条)

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。

2. 申请执行期间(《民事诉讼法》第250条)

申请执行的期间为2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。

3. 强制执行(《民事诉讼法》第251条)

执行员接到申请执行书或者移交执行书,应当向被执行人发出执行通知,并可以立即采取强制执行措施。

三、执行措施

1. 基本措施(《民事诉讼法》第253-255条)

被执行人未按执行通知履行法律文书确定的义务,人民法院有权根据不同情形扣押、冻结、划拨、变价被执行人的财产;扣留、提取被执行人应当履行义务部分的收入;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。

相关法专题讲座

2024年专利代理师资格考试

2. 查封扣押财产的手续

(1) 被执行人到场(《民事诉讼法》第256条)

人民法院查封、扣押财产时,被执行人是公民的,应当通知被执行人或者他的成年家属到场;被执行人是法人或者其他组织的,应当通知其法定代表人或者主要负责人到场。拒不到场的,不影响执行。被执行人是公民的,其工作单位或者财产所在地的基层组织应当派人参加。

对被查封、扣押的财产,执行员必须造具清单,由在场人签名或者盖章后,交被执行人一份。被执行人是公民的,也可以交他的成年家属一份。

(2) 财产保管(《民事诉讼法》第257条)

被查封的财产,执行员可以指定被执行人负责保管。因被执行人的过错造成的损失,由被执行人承担。

3. 延迟履行责任(《民事诉讼法》第264条)

被执行人未按判决、裁定和其他法律文书指定的期间履行给付金钱义务的,应当加倍支付迟延履行期间的债务利息。被执行人未按判决、裁定和其他法律文书指定的期间履行其他义务的,应当支付迟延履行金。

四、执行中止和终结

1. 执行中止(《民事诉讼法》第267条)

有下列情形之一的,人民法院应当裁定中止执行:

- ① 申请人表示可以延期执行的;
- ② 案外人对执行标的提出确有理由的异议的;
- ③ 作为一方当事人的公民死亡,需要等待继承人继承权利或者承担义务的;
- ④ 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;
- ⑤ 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(《民事诉讼法》第268条)

有下列情形之一的,人民法院裁定终结执行:

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

3. 执行中止、终结裁定的生效(《民事诉讼法》第269条)

中止和终结执行的裁定,送达当事人后立即生效。

第十二章 涉外民事诉讼程序

一、一般规定

1. 空间效力(《民事诉讼法》第270条)

在中华人民共和国领域内进行涉外民事诉讼,适用《民事诉讼法》。

2. 遵守国际条约原则(《民事诉讼法》第271条,第272条)

中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同《民事诉讼法》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。

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. 委托中国律师代理诉讼原则(《民事诉讼法》第274条)

外国人、无国籍人、外国企业和组织在人民法院起诉、应诉,需要委托律师代理诉讼的,必须委托中华人民共和国的律师。

二、管辖

1. 专属管辖(《民事诉讼法》第279条)

下列民事案件,由人民法院专属管辖:

①因在中华人民共和国领域内设立的法人或者其他组织的设立、解散、清算,以及该法人或者其他组织作出的决议的效力等纠纷提起的诉讼;

②因与在中华人民共和国领域内审查授予的知识产权的有效性有关的纠纷提起的诉讼;

③因在中华人民共和国领域内履行中外合资经营的企业合同、中外合作经营的企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同发生纠纷提起的诉讼。

2. 协议管辖(《民事诉讼法》第277条)

涉外民事纠纷的当事人书面协议选择人民法院管辖的,可以由人民法院管辖。

3. 牵连管辖(《民事诉讼法》第276条)

因涉外民事纠纷,对在中华人民共和国领域内没有住所的被告提起除身份关系以外的诉讼,如果合同订立地、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、代表机构住所地位于中华人民共和国领域内的,可以由合同订立地、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、代表机构住所地人民法院管辖。

除前款规定外,涉外民事纠纷与中华人民共和国存在其他适当联系的,可以由人民法院管辖。

4. 应诉管辖(《民事诉讼法》第278条)

当事人未提出管辖异议,并应诉答辩或者提出反诉的,视为人民法院有管辖权。

专题四

行政复议法

行政复议法每年有7-8题，考点相对比较难理解、记忆，但是考试重点相对突出。本专题涉及的法条有《中华人民共和国行政复议法》（以下简称“《复议法》”）和《中华人民共和国行政复议法实施条例》（以下简称“《复议条例》”）。其中《复议法》为2023年修订，自2024年1月1日起施行，对原《复议法》半数以上内容进行了修改，《复议条例》尚未进行修改。

序言

在学习《行政复议法》和《行政诉讼法》之前，首先应当了解我国行政机关的设置和行政行为。

一、我国行政机关的种类

1. 五级行政区划建制

(1) 中央人民政府

中央人民政府即国务院，由总理、副总理、国务委员、各部部长、各委员会主任、审计长、秘书长组成。

(2) 省级人民政府

省级人民政府包括省、自治区、直辖市人民政府。

(3) 地市级人民政府

地市级人民政府包括副省级城市、地级市、地区、自治州、盟等。（同级别：地区行政公署）

(4) 县级人民政府

县级人民政府包括县、县级市、区、自治县、旗等。（例如昆山市）

(5) 乡镇级人民政府

包括乡政府和镇政府。（同级别：街道办事处）

2. 专门行政机关

专门行政机关是政府中具体负责某项管理事务的职能部门。国务院、省、市、县均设有专门行政机关。

(1) 国务院部门

包括外交部、教育部、公安部、商务部、司法部、国家市场监督管理总局、国家知识产权局等单位。

(2) 省级人民政府工作部门

包括公安厅、商务厅、教育厅、司法厅、市场监督管理局、知识产权局等单位。

(3) 地级市、县级人民政府政府工作部门

包括教育局、公安局、司法局、市场监督管理局、知识产权局等单位。

3. 派出机关和派出机构

(1) 派出机关

派出机关是指有权地方人民政府在一定行政区域内设立，代表设立机关管理该行政区域内各项行政事务的行政机构。派出机关包括以下三类：

- ①省级人民政府设立的行政公署；
- ②县级人民政府设立的区公所；
- ③市辖区、不设区的市的人民政府设立的街道办事处。

(2) 派出机构

派出机构是指由有权地方人民政府或工作部门在一定行政区域内设立，代表该设立机构管理该行政区域内某一方面行政实务的行政机构。派出机构包括以下三类：

- ①各级政府驻外办事机构，如驻京办、驻外办等；
- ②政府在特殊经济区域或特殊地区的派出机构，如各类开发区及风景名胜区管理机构等；
- ③政府职能部门设立的派出机构，如公安局与派出所、国土(自然资源)分局与国土(自然资源)所、税务分局与税务所等。

二、开展行政活动的其他组织

1. 法律、法规、规章授权的组织

行政机关以外的社会组织也会因法律、法规、规章的授权而获得行政职权，从而获得行政主体资格，例如：村民委员会和居民委员会；工会、妇联、消费者协会、律师协会、全国代理商协会等；学校；行政机关的内设机构和派出机构。(例如公安局派出所可以进行警告、500元以下罚款)

2. 行政机关委托的组织

行政机关委托的组织是指受行政机关的委托，按照委托范围，以委托主体的名义，行使被委托的行政职权的企事业单位、行政机关和非政府组织。例如市级市场监督管理局将知识产权行政执法权委托给某知识产权服务中心。

三、具体行政行为 and 抽象行政行为

具体行政行为是指行政主体在国家行政管理活动中行使职权，针对特定的行政相对人，就特定的事项，作出有关该行政相对人权利义务的单方行为。例如：行政许可、行政处罚、行政强制、国有土地上房屋征收等。

抽象行政行为是指行政主体非针对特定人、事与物所作出的具有普遍约束力的行政行为。它包括有关政府组织和机构制定的行政法规、行政规章、行政措施、作出具有普遍约束力的决定和命令。

具体行政行为可诉，抽象行政行为原则上不可以直接起诉。

第一章 行政复议的概念和基本原则

一、立法目的(《复议法》第1条)

《行政复议法》立法目的为：防止和纠正违法的或者不当的行政行为，保护公民、法人和其他组织的合法权益，监督和保障行政机关依法行使职权，发挥行政复议化解行政争议的主渠道作用，推进法治政府建设。

二、行政复议适用范围(《复议法》第2条)

公民、法人或者其他组织认为行政机关的行政行为侵犯其合法权益，向行政复议机关提出行政复议申请，行政复议机关办理行政复议案件，适用《行政复议法》。

行政行为，包括法律、法规、规章授权的组织的行政行为。

三、行政复议工作原则(《复议法》第3条)

①行政复议工作坚持中国共产党的领导。

②行政复议机关履行行政复议职责，应当遵循合法、公正、公开、高效、便民、为民的原则，坚持有错必纠，保障法律、法规的正确实施。

③行政复议机关应当审查具体行政行为是否合法与适当，即，行政复议机关既要审查具体行政行为的合法性，又要审查合理性。

四、行政复议机关与复议机构及其职责

1. 行政复议机关(《复议法》第4条第1款)

县级以上各级人民政府以及其他依照《行政复议法》履行行政复议职责的行政机关是行政复议机关。

2. 行政复议机构(《复议法》第4条第2款)

行政复议机关办理行政复议事项的机构是行政复议机构。行政复议机构同时组织办理行政复议机关的行政应诉事项。

3. 上级行政复议机构的指导监督职责(《复议法》第4条第3款)

行政复议机关应当加强行政复议工作，支持和保障行政复议机构依法履行职责。上级行政复议机构对下级行政复议机构的行政复议工作进行指导、监督。

五、行政复议的调解(《复议法》第5条)

行政复议机关办理行政复议案件，可以进行调解。

调解应当遵循合法、自愿的原则，不得损害国家利益、社会公共利益和他人合法权益，不得违反法律、法规的强制性规定。

六、行政复议与行政诉讼衔接(《复议法》第10条)

公民、法人或者其他组织对行政复议决定不服的，可以依照《中华人民共和国行政诉讼法》的规定向

人民法院提起行政诉讼，但是法律规定行政复议决定为最终裁决的除外。

【法律规定的例外情形，如：根据《出入境管理办法》第64条的规定，外国人对依照规定对其实施的继续盘问、拘留审查、限制活动范围、遣送出境措施不服的，可以依法申请行政复议，该行政复议决定为最终决定。】

第二章 行政复议申请

第一节 行政复议范围

一、受案范围(《复议法》第11条)

实际影响相对人或者利害关系人合法权益的行政行为，均在行政复议范围内。

有下列情形之一的，公民、法人或者其他组织可以申请行政复议：

- ①对行政机关作出的行政处罚决定不服；
- ②对行政机关作出的行政强制措施、行政强制执行决定不服；
- ③申请行政许可，行政机关拒绝或者在法定期限内不予答复，或者对行政机关作出的有关行政许可的其他决定不服；
- ④对行政机关作出的确认自然资源的所有权或者使用权的决定不服；
- ⑤对行政机关作出的征收征用决定及其补偿决定不服；
- ⑥对行政机关作出的赔偿决定或者不予赔偿决定不服；
- ⑦对行政机关作出的不予受理工伤认定申请的决定或者工伤认定结论不服；
- ⑧认为行政机关侵犯其经营自主权或者农村土地承包经营权、农村土地经营权；
- ⑨认为行政机关滥用行政权力排除或者限制竞争；
- ⑩认为行政机关违法集资、摊派费用或者违法要求履行其他义务；
- ⑪申请行政机关履行保护人身权利、财产权利、受教育权利等合法权益的法定职责，行政机关拒绝履行、未依法履行或者不予答复；
- ⑫申请行政机关依法给付抚恤金、社会保险待遇或者最低生活保障等社会保障，行政机关没有依法给付；
- ⑬认为行政机关不依法订立、不依法履行、未按照约定履行或者违法变更、解除政府特许经营协议、土地房屋征收补偿协议等行政协议；
- ⑭认为行政机关在政府信息公开工作中侵犯其合法权益；
- ⑮认为行政机关的其他行政行为侵犯其合法权益。

二、排除范围(《复议法》第12条)

下列事项不属于行政复议范围：

- ①国防、外交等国家行为；
- ②行政法规、规章或者行政机关制定、发布的具有普遍约束力的决定、命令等规范性文件；
- ③行政机关对行政机关工作人员的奖惩、任免等决定；
- ④行政机关对民事纠纷作出的调解。

三、行政复议附带审查范围(《复议法》第13条)

公民、法人或者其他组织认为行政机关的行政行为所依据的下列规范性文件不合法，在对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范性文件的附带审查申请：

- ①国务院部门的规范性文件；
- ②县级以上地方各级人民政府及其工作部门的规范性文件；
- ③乡、镇人民政府的规范性文件；
- ④法律、法规、规章授权的组织的规范性文件。

以上所列规范性文件不含规章。规章的审查依照法律、行政法规办理。

第二节 行政复议参加人

一、行政复议申请人

1. 申请人(《复议法》第14条,《复议条例》第6条第1款,第7条)

①依照《行政复议法》申请行政复议的公民、法人或者其他组织是申请人。

②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法人或者其他组织终止的,其权利义务承受人可以申请行政复议。

③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。

《复议条例》第6条第1款,第7条还规定了以下两种情形:

①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。

②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。

2. 代表人(《复议法》第15条,《复议条例》第8条)

同一行政复议案件申请人人数众多的,可以由申请人推选代表人参加行政复议。

代表人参加行政复议的行为对其所代表的申请人发生效力,但是代表人变更行政复议请求、撤回行政复议申请、承认第三人请求的,应当经被代表的申请人同意。

根据《复议条例》第8条的规定,人数众多是指同一行政复议案件申请人超过5人,推选的代表人可以是1至5名。

3. 第三人(《复议法》第16条)

申请人以外的同被申请行政复议的行政行为或者行政复议案件处理结果有利害关系的公民、法人或者其他组织,可以作为第三人申请参加行政复议,或者由行政复议机构通知其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。

4. 委托代理人(《复议法》第17条,《复议条例》第10条)

申请人、第三人可以委托一至二名律师、基层法律服务工作者或者其他代理人代为参加行政复议。

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、委托人及被委托人的身份证明文件。授权委托书应当载明委托事项、权限和期限。申请人、第三人变更或者解除代理人权限的,应当书面告知行政复议机构。

根据《复议条例》第10条的规定,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。

二、行政复议被申请人(《复议法》第19条,《复议条例》第12-14条)

根据《复议法》第19条的规定,如下机关为行政复议被申请人:

①公民、法人或者其他组织对行政行为不服申请行政复议的,作出行政行为的行政机关或者法律、法规、规章授权的组织是被申请人。

②两个以上行政机关以共同的名义作出同一行政行为的,共同作出行政行为的行政机关是被申请人。

③行政机关委托的组织作出行政行为的,委托的行政机关是被申请人。

④作出行政行为的行政机关被撤销或者职权变更的,继续行使其职权的行政机关是被申请人。

根据《复议条例》第12-14条的规定,如下机关为行政复议被申请人:

①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。

②行政机关与其他组织以共同名义作出具体行政行为的,行政机关为被申请人。

③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。

④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。

第三节 行政复议申请的提出

一、申请复议期限

1. 一般期限(《复议法》第20条第1款)

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

相关法专题讲座

2024年专利代理师资格考试

2. 被申请人未履行告知义务情形下的复议期限(《复议法》第20条第3款)

行政机关作出行政行为时,未告知公民、法人或者其他组织申请行政复议的权利、行政复议机关和申请期限的,申请期限自公民、法人或者其他组织知道或者应当知道申请行政复议的权利、行政复议机关和申请期限之日起计算,但是自知道或者应当知道行政行为内容之日起最长不得超过1年。

3. 最长期限(《复议法》第21条)

因不动产提出的行政复议申请自行政行为作出之日起超过20年,其他行政复议申请自行政行为作出之日起超过5年的,行政复议机关不予受理。

【本规定针对相对人不知道行政行为的内容情形下的复议期限。】

4. 期限中止(《复议法》第20条第2款)

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。

【期限中止只适用于《复议法》第20条第1款规定的一般期限。】

二、申请形式(《复议法》第22条)

1. 书面申请

申请人申请行政复议,可以书面申请;书面申请的,可以通过邮寄或者行政复议机关指定的互联网渠道等方式(包括传真)提交行政复议申请书,也可以当面提交行政复议申请书。行政机关通过互联网渠道送达行政行为决定书的,应当同时提供提交行政复议申请书的互联网渠道。

2. 口头申请

书面申请有困难的,也可以口头申请。

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

3. 一行为一复议

申请人对两个以上行政行为不服的,应当分别申请行政复议。

三、复议前置(《复议法》第23条)

有下列情形之一的,申请人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的,可以再依法向人民法院提起行政诉讼:

- ①对当场作出的行政处罚决定不服;
- ②对行政机关作出的侵犯其已经依法取得的自然资源的所有权或者使用权的决定不服;
- ③认为行政机关存在未履行法定职责情形;
- ④申请政府信息公开,行政机关不予公开;
- ⑤法律、行政法规规定应当先向行政复议机关申请行政复议的其他情形。

对上述情形,行政机关在作出行政行为时应当告知公民、法人或者其他组织先向行政复议机关申请行政复议。

第四节 行政复议管辖

一、地方各级人民政府管辖

1. 县级以上地方各级人民政府管辖(《复议法》第24条第1款)

县级以上地方各级人民政府(县、市、省三级人民政府)管辖下列行政复议案件:

- ①对本级人民政府工作部门作出的行政行为不服的;
- ②对下一级人民政府作出的行政行为不服的;
- ③对本级人民政府依法设立的派出机关作出的行政行为不服的;
- ④对本级人民政府或者其工作部门管理的法律、法规、规章授权的组织作出的行政行为不服的。

2. 省级人民政府对本机关的管辖(《复议法》第24条第2款)

省、自治区、直辖市人民政府同时管辖对本机关作出的行政行为不服的行政复议案件。

3. 行政公署对下辖县级市、区的管辖(《复议法》第24条第3款)

省、自治区人民政府依法设立的派出机关参照设区的市级人民政府的职责权限,管辖相关行政复议案件。

【即,对行政公署下辖市、区、县人民政府以及行政公署工作部门行政行为不服的,由行政公署管辖。】

4. 对地方各级人民政府工作部门设立的派出机构的管辖(《复议法》第24条第4款)

①对县级以上地方各级人民政府工作部门依法设立的派出机构依照法律、法规、规章规定,以派出机构的名义作出的行政行为不服的行政复议案件,由本级人民政府管辖;

②对直辖市、设区的市人民政府工作部门按照行政区划设立的派出机构作出的行政行为不服的,也可以由其所在地的人民政府管辖。

【例如:天津市河西区公安分局属于天津市公安局的派出机构,并不是天津市河西区人民政府工作部门,对天津市河西区公安分局行政行为不服的,可以由天津市人民政府管辖,也可以由天津市河西区人民政府管辖。(现实中只能由天津市河西区人民政府管辖)】

二、国务院部门管辖(《复议法》第25条,《复议条例》第23条)

国务院部门管辖下列行政复议案件:

- ①对本部门作出的行政行为不服的;
- ②对本部门依法设立的派出机构依照法律、行政法规、部门规章规定,以派出机构的名义作出的行政行为不服的;
- ③对本部门管理的法律、行政法规、部门规章授权的组织作出的行政行为不服的。

根据《复议条例》第23条的规定,申请人对两个以上国务院部门共同作出的具体行政行为不服的,可以由其中任何一个国务院部门进行管辖,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。

三、原级行政复议决定的救济途径(《复议法》第26条)

对省、自治区、直辖市人民政府、国务院部门作出的行政复议决定(限于省级政府机关作出的行政行

相关法专题讲座

2024年专利代理师资格考试

为或国务院本部门作出的行政行为)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《行政复议法》的规定作出最终裁决。

四、垂直领导行政机关的管辖(《复议法》第27条)

对海关、金融、外汇管理等实行垂直领导的行政机关、税务和国家安全机关的行政行为不服的,向上一级主管部门申请行政复议。

五、司法行政部门的管辖(《复议法》第28条)

对履行行政复议机构职责的地方人民政府司法行政部门的行政行为不服的,可以向本级人民政府申请行政复议,也可以向上一级司法行政部门申请行政复议。

六、提级审理(《复议法》第38条)

上级行政复议机关根据需要,可以审理下级行政复议机关管辖的行政复议案件。

下级行政复议机关对其管辖的行政复议案件,认为需要由上级行政复议机关审理的,可以报请上级行政复议机关决定。

七、行政复议与行政诉讼的选择(《复议法》第29条)

公民、法人或者其他组织申请行政复议,行政复议机关已经依法受理的,在行政复议期间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。

第三章 行政复议受理

一、行政复议受理条件

1. 受理条件(《复议法》30条第1款)

①有明确的申请人和符合规定的被申请人;

②申请人与被申请行政复议的行政行为有利害关系;

③有具体的行政复议请求和理由;

④在法定申请期限内提出;

⑤属于行政复议范围;

⑥属于本机关的管辖范围;

⑦行政复议机关未受理过该申请人就同一行政行为提出的行政复议申请,并且人民法院未受理过该申请人就同一行政行为提起的行政诉讼。

2. 受理审查期限(《复议法》30条第1款)

行政复议机关收到行政复议申请后,应当在5日内进行审查,对符合受理条件的,复议机关应当予以受理。

3. 不予受理及告知义务(《复议法》30条第2款)

对不符合规定的行政复议申请,行政复议机关应当在审查期限内决定不予受理并说明理由;不属于本机关管辖的,还应当在不予受理决定中告知申请人有管辖权的行政复议机关。

4. 推定受理(《复议法》30条第3款)

行政复议申请的审查期限届满,行政复议机关未作出不予受理决定的,审查期限届满之日起视为受理。

二、申请材料补正(《复议法》第31条)

行政复议申请材料不齐全或者表述不清楚,无法判断行政复议申请是否符合《行政复议法》有关受理条件规定的,行政复议机关应当自收到申请之日起5日内书面通知申请人补正。补正通知应当一次性载明需要补正的事项。

申请人应当自收到补正通知之日起10日内提交补正材料。有正当理由不能按期补正的,行政复议机关可以延长合理的补正期限。无正当理由逾期不补正的,视为申请人放弃行政复议申请,并记录在案。

行政复议机关收到补正材料后,依照《行政复议法》有关受理条件的规定处理。

三、特殊案件的复议处理(《复议法》第32条)

对当场作出或者依据电子技术监控设备记录的违法事实作出的行政处罚决定不服申请行政复议的,可以通过作出行政处罚决定的行政机关提交行政复议申请。

【申请人对上述两种处罚决定不服的,可以通过原行政机关提交行政复议申请,也可以直接向行政复议机关提交行政复议申请。】

行政机关收到行政复议申请后,应当及时处理;认为需要维持行政处罚决定的,应当自收到行政复议申请之日起5日内转送行政复议机关。

【原行政机关收到复议申请后,应当进行实质审查,如认为该决定存在不合法、不合理的情形,应当变更、撤销原行政处罚决定;如认为该决定事实清楚、证据确凿、适用依据正确、程序合法、内容适当从而需要维持的,应当自收到复议申请之日起5日内转送行政复议机关。】

四、程序性驳回(《复议法》第33条)

行政复议机关受理行政复议申请后,发现该行政复议申请不符合《行政复议法》有关受理条件规定的,应当决定驳回申请并说明理由。

五、复议前置的诉讼救济(《复议法》第34条)

法律、行政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、驳回申请或者受理后超过行政复议期限不作答复的,公民、法人或者其他组织可以自收到决定书之日起或者行政复议期限届满之日起15日内,依法向人民法院提起行政诉讼。

六、对行政复议受理的监督(《复议法》第35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、驳回申请或者

受理后超过行政复议期限不作答复的，申请人有权向上级行政机关反映，上级行政机关应当责令其纠正；必要时，上级行政复议机关可以直接受理。

七、受理复议申请不收费（《复议法》第87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。

第四章 行政复议审理

第一节 行政复议依据及证据

一、审理依据（《复议法》第37条）

行政复议机关依照法律、法规、规章审理行政复议案件。

行政复议机关审理民族自治地方的行政复议案件，同时依照该民族自治地方的自治条例和单行条例。

二、证据种类（《复议法》第43条）

行政复议证据包括：

- ① 书证；
- ② 物证；
- ③ 视听资料；
- ④ 电子数据；
- ⑤ 证人证言；
- ⑥ 当事人的陈述；
- ⑦ 鉴定意见；
- ⑧ 勘验笔录、现场笔录。

以上证据经行政复议机构审查属实，才能作为认定行政复议案件事实的根据。

三、举证责任

1. 被申请人举证原则（《复议法》第44条第1款）

被申请人对其作出的行政行为的合法性、适当性负有举证责任。

2. 特殊类型案件的举证责任（《复议法》第44条第2款）

有下列情形之一的，申请人应当提供证据：

① 不履行法定职责

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的证据，但是被申请人应当依职权主动履行法定职责或者申请人因正当理由不能提供的除外。

②行政赔偿

提出行政赔偿请求的，提供受行政行为侵害而造成损害的证据，但是因被申请人原因导致申请人无法举证的，由被申请人承担举证责任。

③法律、法规规定需要申请人提供证据的其他情形。

四、行政复议机关调查取证

1. 行政复议机关的调查取证权（《复议法》第45条第1款）

行政复议机关有权向有关单位和个人调查取证，查阅、复制、调取有关文件和资料，向有关人员进行询问。

2. 调查取证的规范化（《复议法》第45条第2款）

调查取证时，行政复议人员不得少于2人，并应当出示行政复议工作证件。

3. 被调查人员的配合义务（《复议法》第45条第3款）

被调查取证的单位和个人应当积极配合行政复议人员的工作，不得拒绝或者阻挠。

五、被申请人收集和补充证据限制

1. 被申请人不得在行政复议程序中自行收集证据（《复议法》第46条第1款）

行政复议期间，被申请人不得自行向申请人和其他有关单位或者个人收集证据；自行收集的证据不作为认定行政行为合法性、适当性的依据。

2. 被申请人补充证据规则（《复议法》第46条第2款）

行政复议期间，申请人或者第三人提出被申请行政复议的行政行为作出时没有提出的理由或者证据的，经行政复议机构同意，被申请人可以补充证据。

六、查阅、复制（《复议法》第47条）

行政复议期间，申请人、第三人及其委托代理人可以按照规定查阅、复制被申请人提出的书面答复、作出行政行为的证据、依据和其他有关材料，除涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私或者可能危及国家安全、公共安全、社会稳定的情形外，行政复议机构应当同意。

第二节 行政复议审理程序

一、审理程序及行政复议人员（《复议法》第36条，《复议条例》第32条）

行政复议机关受理行政复议申请后，适用普通程序或者简易程序进行审理。行政复议机构应当指定行政复议人员负责办理行政复议案件。

行政复议人员对办理行政复议案件过程中知悉的国家秘密、商业秘密和个人隐私，应当予以保密。

根据《复议条例》第32条的规定，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。

相关法专题讲座

2024年专利代理师资格考试

二、普通程序

1. 被申请人书面答复和举证期限(《复议法》第48条)

行政复议机构应当自行政复议申请受理之日起7日内,将行政复议申请书副本或者行政复议申请笔录复印件发送被申请人。被申请人应当自收到行政复议申请书副本或者行政复议申请笔录复印件之日起10日内,提出书面答复,并提交作出行政行为的证据、依据和其他有关材料。

2. 听取意见程序(《复议法》第49条)

适用普通程序审理的行政复议案件,行政复议机构应当当面或者通过互联网、电话等方式听取当事人的意见,并将听取的意见记录在案。因当事人原因不能听取意见的,可以书面审理。

【当面听取意见包括询问、走访、座谈等方式;互联网听取意见包括视频、音频通话、视频会议等。】

3. 听证程序

(1) 听证情形(《复议法》第50条第1款,第2款)

①应当听证的案件类型

审理重大、疑难、复杂的行政复议案件,行政复议机构应当组织听证。

【应当听证的案件包括当事人众多或者涉及群里利益的案件;具有涉外因素的案件;社会影响较大或者可能影响社会稳定的案件;事实或者法律关系复杂的案件;对法律依据或法律适用有较大争议的案件。】

②可以听证的案件类型

行政复议机构认为有必要听证,或者申请人请求听证的,行政复议机构可以组织听证。

(2) 人员组成(《复议法》第50条第3款)

听证由1名行政复议人员任主持人,2名以上行政复议人员任听证员,1名记录员制作听证笔录。

(3) 听证程序的要求(《复议法》第51条)

①通知的内容、时限

行政复议机构组织听证的,应当于举行听证的5日前将听证的时间、地点和拟听证事项书面通知当事人。

②无正当理由不参加听证的法律后果

申请人无正当理由拒不参加听证的,视为放弃听证权利。

③行政机关负责人参加听证

被申请人的负责人应当参加听证。不能参加的,应当说明理由并委托相应的工作人员参加听证。

4. 行政复议委员会(《复议法》第52条)

(1) 行政复议委员会的组成

县级以上各级人民政府应当建立相关政府部门、专家、学者等参与的行政复议委员会。

(2) 行政复议委员会的职责

①为办理行政复议案件提供咨询意见;

②就行政复议工作中的重大事项和共性问题研究提出意见。

(3) 提请行政复议委员会提出咨询意见的情形

审理行政复议案件涉及下列情形之一的，行政复议机构应当提请行政复议委员会提出咨询意见：

- ①案情重大、疑难、复杂；
- ②专业性、技术性较强；
- ③省、自治区、直辖市对本机关作出的行政行为不服进行管辖的行政复议案件；
- ④行政复议机构认为有必要。

行政复议机构应当记录行政复议委员会的咨询意见。

三、简易程序

1. 简易程序适用情形

(1) 事实清楚、权利义务关系明确、争议不大的案件（《复议法》第53条第1款）

行政复议机关审理下列行政复议案件，认为事实清楚、权利义务关系明确、争议不大的，可以适用简易程序：

- ①被申请行政复议的行政行为是当场作出；
 - ②被申请行政复议的行政行为是警告或者通报批评；
 - ③案件涉及款额3000元以下；
 - ④属于政府信息公开案件。
- (2) 合意选择适用简易程序的情形（《复议法》第53条第2款）**

当事人各方同意适用简易程序的，可以适用简易程序。

【当事人包括申请人、被申请人、第三人。】

2. 简易程序的答复

(1) 简易程序的答复期限（《复议法》第54条第1款）

适用简易程序审理的行政复议案件，行政复议机构应当自受理行政复议申请之日起3日内，将行政复议申请书副本或者行政复议申请笔录复印件发送被申请人。被申请人应当自收到行政复议申请书副本或者行政复议申请笔录复印件之日起5日内，提出书面答复，并提交作出行政行为的证据、依据和其他有关材料。

(2) 简易程序书面审理方式（《复议法》第54条第2款）

适用简易程序审理的行政复议案件，可以书面审理。

【适用简易程序的案件，可以不遵守听取意见、听证和提请行政复议委员会提出咨询意见等要求。】

3. 简易程序向普通程序转换（《复议法》第55条）

适用简易程序审理的行政复议案件，行政复议机构认为不宜适用简易程序的，经行政复议机构的负责人批准，可以转为普通程序审理。

相关法专题讲座

2024年专利代理师资格考试

【复议程序相关期限的总结】

	普通程序	简易程序
受理审查	5 日	
材料补正	5日内通知，10日内补交	
复议机关转送申请书副本	7 日	3 日
被申请人的举证及答复期限	10日	5 日

四、行政复议程序的中止

1. 中止情形（《复议法》第39条第1款）

行政复议期间有下列情形之一的，行政复议中止：

- ①作为申请人的公民死亡，其近亲属尚未确定是否参加行政复议；
- ②作为申请人的公民丧失参加行政复议的行为能力，尚未确定法定代理人参加行政复议；
- ③作为申请人的公民下落不明；
- ④作为申请人的法人或者其他组织终止，尚未确定权利义务承受人；
- ⑤申请人、被申请人因不可抗力或者其他正当理由，不能参加行政复议；
- ⑥依照《行政复议法》规定进行调解、和解，申请人和被申请人同意中止；
- ⑦ 行政复议案件涉及的法律适用问题需要有权机关作出解释或者确认；
- ⑧行政复议案件审理需要以其他案件的审理结果为依据，而其他案件尚未审结；
- ⑨有《行政复议法》第56条或者第57条规定的情形；

【《行政复议法》第56条规定的是，申请人提出对有关规范性文件的附带审查申请，行政复议机关或有权处理的机关处理的时限；《行政复议法》第57条规定的是，行政复议机关认为被申请人的行政行为依据不合法时，行政复议机关或有权处理的机关处理的时限。】

- ⑩需要中止行政复议的其他情形。

2. 及时恢复（《复议法》第39条第2款）

行政复议中止的原因消除后，应当及时恢复行政复议案件的审理。

3. 书面告知（《复议法》第39条第3款）

行政复议机关中止、恢复行政复议案件的审理，应当书面告知当事人。

4. 对中止的监督（《复议法》第40条）

行政复议期间，行政复议机关无正当理由中止行政复议的，上级行政机关应当责令其恢复审理。

五、行政复议程序的终止（《复议法》第41条）

行政复议期间有下列情形之一的，行政复议机关决定终止行政复议：

- ①申请人撤回行政复议申请，行政复议机构准予撤回；
- ②作为申请人的公民死亡，没有近亲属或者其近亲属放弃行政复议权利；

③作为申请人的法人或者其他组织终止，没有权利义务承受人或者其权利义务承受人放弃行政复议权利；

④申请人对行政拘留或者限制人身自由的行政强制措施不服申请行政复议后，因同一违法行为涉嫌犯罪，被采取刑事强制措施；

⑤以下三种情形中止行政复议满60日，行政复议中止的原因仍未消除：作为申请人的公民死亡，其近亲属尚未确定是否参加行政复议；作为申请人的公民丧失参加行政复议的行为能力，尚未确定法定代理人参加行政复议；作为申请人的法人或者其他组织终止，尚未确定权利义务承受人。

六、行政行为在复议期间的执行（《复议法》第42条）

行政复议期间行政行为不停止执行；但是有下列情形之一的，应当停止执行：

- ①被申请人认为需要停止执行；
- ②行政复议机关认为需要停止执行；
- ③申请人、第三人申请停止执行，行政复议机关认为其要求合理，决定停止执行；
- ④法律、法规、规章规定停止执行的其他情形。

第三节 行政复议附带审查程序

一、规范性文件审查处理（《复议法》第56条）

申请人认为行政机关的行政行为所依据的规范性文件不合法，一并向行政复议机关提出对有关规范性文件的附带审查申请，行政复议机关有权处理的，应当在30日内依法处理；无权处理的，应当在7日内转送有权处理的行政机关依法处理。

二、行政行为依据审查处理（《复议法》第57条）

行政复议机关在对被申请人作出的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30日内依法处理；无权处理的，应当在7日内转送有权处理的国家机关依法处理。

第五章 行政复议决定

一、复议期限

1. 普通程序（《复议法》第62条第1款）

（1）一般期限

适用普通程序审理的行政复议案件，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。

（2）特别期限

法律另有规定的，行政复议期限可以少于60日。

相关法专题讲座

2024年专利代理师资格考试

(3) 延长期限

情况复杂，不能在规定期限内作出行政复议决定的，经行政复议机构的负责人批准，可以适当延长，并书面告知当事人；但是延长期限最多不得超过30日。

2. 简易程序(《复议法》第62条第2款)

适用简易程序审理的行政复议案件，行政复议机关应当自受理申请之日起30日内作出行政复议决定。

二、复议决定的种类

1. 变更决定(《复议法》第63条)

行政行为有下列情形之一的，行政复议机关决定变更该行政行为：

- ①事实清楚，证据确凿，适用依据正确，程序合法，但是内容不当；
- ②事实清楚，证据确凿，程序合法，但是未正确适用依据；
- ③事实不清、证据不足，经行政复议机关查清事实和证据。

行政复议机关不得作出对申请人更为不利的变更决定，但是第三人提出相反请求的除外(例如：行政处罚案件中，被处罚人和受害人同为利害关系人，被处罚人认为过重，受害人认为过轻，被处罚人提出行政复议申请，受害人为第三人，行政机关为保障受害人的权益，可以加重对被处罚人的处罚)。

2. 撤销、部分撤销、责令重作

(1) 撤销、部分撤销、责令重作的适用情形(《复议法》第64条第1款)

行政行为有下列情形之一的，行政复议机关决定撤销或者部分撤销该行政行为，并可以责令被申请人在一定期限内重新作出行政行为：

- ①主要事实不清、证据不足；
- ②违反法定程序；
- ③适用的依据不合法；
- ④超越职权或者滥用职权。

(2) 不得以同一事实和理由作出与原行政行为相同的行政行为(《复议法》第64条第2款)

行政复议机关责令被申请人重新作出行政行为的，被申请人不得以同一事实和理由作出与被申请行政复议的行政行为相同或者基本相同的行政行为，但是行政复议机关以违反法定程序为由决定撤销或者部分撤销的除外。

3. 确认违法(《复议法》第65条)

行政行为有下列情形之一的，行政复议机关不撤销，不需要撤销或者责令履行该行政行为，但是确认该行政行为违法：

- ① 依法应予撤销，但是撤销会给国家利益、社会公共利益造成重大损害；
- ②程序轻微违法，但是对申请人权利不产生实际影响；
- ③行政行为违法，但是不具有可撤销内容；

④被申请人改变原违法行政行为，申请人仍要求撤销或者确认该行政行为违法；

⑤被申请人不履行或者拖延履行法定职责，责令履行没有意义。

4. 责令履行(《复议法》第66条)

被申请人不履行法定职责的，行政复议机关决定被申请人在一定期限内履行。

5. 确认无效(《复议法》第67条)

行政行为有实施主体不具有行政主体资格或者没有依据等重大且明显违法情形，申请人申请确认行政行为无效的，行政复议机关确认该行政行为无效。

6. 维持决定(《复议法》第68条)

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，行政复议机关决定维持该行政行为。

7. 驳回行政复议请求(《复议法》第69条)

行政复议机关受理申请人认为被申请人不履行法定职责的行政复议申请后，发现被申请人没有相应法定职责或者在受理前已经履行法定职责的，决定驳回申请人的行政复议请求。

【总结】驳回复议申请与驳回复议请求的区别

驳回复议申请	行政复议机关受理行政复议申请后，发现该行政复议申请不符合受理条件而作出的程序性驳回，此时复议机关并没有对行政行为进行实质认定
驳回复议请求	根据《复议法》第69条的规定，申请人认为被申请人不履行法定职责，而行政复议机关发现被申请人没有相应的法定职责，或者在受理前已经履行完毕而作出的实质性驳回，即驳回复议请求

8. 被申请人不提交答复、证据的处理(《复议法》第70条)

被申请人未在规定的期限内(普通程序自收到复议申请材料之日起10日内，简易程序自收到复议申请材料之日起5日内)提出书面答复、提交作出行政行为的证据、依据和其他有关材料的，视为该行政行为没有证据、依据，行政复议机关决定撤销、部分撤销该行政行为，确认该行政行为违法、无效或者决定被申请人一定期限内履行，但是行政行为涉及第三人合法权益，第三人提供证据的除外。

9. 行政协议案件处理(《复议法》第71条)

被申请人不依法订立、不依法履行、未按照约定履行或者违法变更、解除行政协议的，行政复议机关决定被申请人承担依法订立、继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等责任。

被申请人变更、解除行政协议合法，但是未依法给予补偿或者补偿不合理的，行政复议机关决定被申请人依法给予合理补偿。

三、行政复议附带行政赔偿

1. 依申请作出赔偿决定(《复议法》第72条第1款)

申请人在申请行政复议时一并提出行政赔偿请求，行政复议机关对依照《中华人民共和国国家赔偿法》的有关规定应当不予赔偿的，在作出行政复议决定时，应当同时决定驳回行政赔偿请求；对符合《中华人民共和国国家赔偿法》的有关规定应当给予赔偿的，在决定撤销或者部分撤销、变更行政行为或者确认

相关法专题讲座

2024年专利代理师资格考试

行政行为违法、无效时，应当同时决定被申请人依法给予赔偿；确认行政行为违法的，还可以同时责令被申请人采取补救措施。

2. 依职权作出赔偿决定(《复议法》第72条第2款)

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部分撤销、变更罚款，撤销或者部分撤销违法集资、没收财物、征收征用、摊派费用以及对财产的查封、扣押、冻结等行政行为时，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。

四、调解(《复议法》第73条)

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，经各方当事人签字或者签章，并加盖行政复议机关印章，即具有法律效力。

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

五、和解

1. 和解的达成与限制(《复议法》第74条第1款)

当事人在行政复议决定作出前可以自愿达成和解，和解内容不得损害国家利益、社会公共利益和他人合法权益，不得违反法律、法规的强制性规定。

2. 一事不再理及例外(《复议法》第74条第2款)

当事人达成和解后，由申请人向行政复议机构撤回行政复议申请。行政复议机构准予撤回行政复议申请、行政复议机关决定终止行政复议的，申请人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愿的除外。

六、复议决定书(《复议法》第75条)

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，并加盖行政复议机关印章。

行政复议决定书一经送达，即发生法律效力。

七、行政复议意见书(《复议法》第76条)

行政复议机关在办理行政复议案件过程中，发现被申请人或者其他下级行政机关的有关行政行为违法或者不当的，可以向其制发行政复议意见书。有关机关应当自收到行政复议意见书之日起60日内，将纠正相关违法或者不当行政行为的情况报送行政复议机关。

八、行政复议决定的执行

1. 被申请人对复议决定的执行(《复议法》第77条)

被申请人应当履行行政复议决定书、调解书、意见书。

被申请人不履行或者无正当理由拖延履行行政复议决定书、调解书、意见书的，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，并可以约谈被申请人的有关负责人或者予以通报批评。

2. 申请人、第三人不履行复议决定的处理（《复议法》第78条）

申请人、第三人逾期不起诉又不履行行政复议决定书、调解书的，或者不履行最终裁决的行政复议决定的，按照下列规定分别处理：

- ① 维持行政行为的行政复议决定书，由作出行政行为的行政机关依法强制执行，或者申请人民法院强制执行；
- ② 变更行政行为的行政复议决定书，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；
- ③ 行政复议调解书，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。

附件行政复议被申请人与复议机关管辖总结

事由	被申请人	复议机关	举例
省政府作出的行政行为	省政府	省政府	省政府为复议被申请人，省政府自己复议
省级以下人民政府作出的行政行为	做出决定的人民政府	上级人民政府	对乡政府决定不服的，县政府复议；对县政府决定不服的，市政府复议
地方政府工作部门作出的行政行为	政府工作部门	本级人民政府	对县公安局做出的决定不服，县政府复议，对省市场监督管理局做出的决定不服，省政府复议
地方政府设立的派出机关的行政行为	派出机关	本级人民政府	对区政府设立的街道办做出的决定不服的，区政府复议 对行政公署作出的决定不服的，省政府复议
地方政府或工作部门管理的法律法规规章授权的组织作出行政行为	法律法规规章授权的组织	本级人民政府	对北京朝阳区日坛中学不发毕业证不服，朝阳区政府复议 对北京市直属高校北京工业大学不发毕业证不服，北京市政府复议
行政机关设立的派出机构、内设机构未经授权对外以自己名义作出行政行为	该行政机关	本级人民政府	县公安局派出所以其名义作出行政拘留决定，县公安局为被申请人，县政府复议
行政机关设立的派出机构、内设机构经授权对外以自己名义作出的行政行为	该派出机构、内设机构	本级人民政府	县公安局派出所以其名义作出500元以下的罚款，县公安局派出所为被申请人，县政府复议
直辖市、设区的市政府工作部门按照行政区划设立的派出机构作出的行政行为	派出机构	可为所在地人民政府	对北京市朝阳区公安分局作出的决定不服，（可）由朝阳区政府复议
行政公署下辖政府及行政公署工作部门作出的行政行为	该行政机关	行政公署	对大兴安岭地区知识产权局作出的行为不服，大兴安岭地区行政公署复议； 对锡林郭勒盟正蓝旗人民政府作出的行政行为不服，锡林郭勒盟行政公署复议
垂直领导机关作出的行政行为	海关、金融、外汇、税务、国家安全	上一级主管部门	对天津海关处罚决定不服，向海关总署申请复议
司法行政部门作出的行政行为	司法行政部门	本级人民政府或上一级司法行政部门	对县司法局的决定不服，向县政府或市司法局申请复议

相关法专题讲座

2024年专利代理师资格考试

续 表

事由	被申请人	复议机关	举例
国务院部门作出的行政行为	国务院部门	国务院部门	对国家知识产权局作出的不予受理的决定，向国家知识产权局申请复议
国务院部门设立的派出机构	派出机构	国务院部门	对中国证券监督管理委员会深圳监管局作出的决定不服，向中国证监会申请复议
国务院部门管理的被授权组织	授权组织	国务院部门	对清华大学不授予学位的决定不服，向教育部申请复议
两个以上行政机关共同名义作出的行政行为	共同作出行政行为的机关	共同上级	对北京市市场监督管理局、公安局、版权局联合执法，向北京市政府行政复议
行政机关委托的组织作出的行政行为	委托的行政机关	委托机关上级机关	山东省淄博市市场监督管理局委托临淄区市场监督管理局专利执法，对执法决定不服，向淄博市政府申请复议
下级行政机关按规定经上级机关批准作出的行政行为	批准机关	批准机关的上级机关	四川省成都市郫都区国土资源局经郫都区政府批准发出征地补偿决定，对该决定不服，向成都市政府申请行政复议

专题五

行政诉讼法

行政诉讼法考题每年在11-12题之间。《中华人民共和国行政诉讼法》(以下简称“《行政诉讼法》”)于2017年6月27日通过修正,《最高人民法院关于适用<中华人民共和国行政诉讼法>的解释》(以下简称“《行政诉讼解释》”)也于2018年2月8日起实施,以上两个规范是重点学习的内容。

第一章 行政诉讼法概况

一、行政诉讼的概念

1. 诉权(《行政诉讼法》第2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行政行为侵犯其合法权益,有权依照《行政诉讼法》向人民法院提起诉讼。

行政行为,包括法律、法规、规章授权的组织作出的行政行为。

2. 诉讼费用(《行政诉讼法》第102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。

【总结】行政诉讼与行政复议的区别

行政复议与行政诉讼都是解决行政争议,对行政机关的行政管理进行监督,对行政相对人遭到违法和不当行政行为侵害给予救济的法律制度。但是,二者相比又有非常大的不同,区别如下:

	行政诉讼	行政复议
处理机关	法院司法监督	行政机关行政监督
受案范围	排除一定范围的行政行为	范围比行政诉讼受案范围大
审查标准	原则上限于合法性	合法与适当
审查方式	两审终审	一次复议
法律效力	二审终审	一般可起诉
是否收费	法院收取诉讼费	不收费
二者关系	部分行政行为需要先复议,对复议不服才能提起诉讼。 同一时间段内二选一。	

相关法专题讲座

2024年专利代理师资格考试

二、行政诉讼法的基本原则

1. 出庭应诉原则(《行政诉讼法》第3条,《行政诉讼解释》第128条)

①被诉行政机关负责人应当出庭应诉。不能出庭的,应当委托行政机关相应的工作人员出庭。

②行政机关负责人,包括行政机关的正职、副职负责人以及其他参与分管的负责人。

③行政机关负责人出庭应诉的,可以另行委托一至二名诉讼代理人。行政机关负责人不能出庭的,应当委托行政机关相应的工作人员出庭,不得仅委托律师出庭。

2. 独立行使审批权原则(《行政诉讼法》第4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。

3. 以事实为根据、以法律为准绳原则(《行政诉讼法》第5条)

人民法院审理行政案件,以事实为根据,以法律为准绳。

4. 合法性审查原则(《行政诉讼法》第6条)

人民法院审理行政案件,对行政行为是否合法进行审查。

行政案件原则上只审查行政行为是否合法,但是对于行政处罚案件也审查合理性。

5. 法律地位平等原则(《行政诉讼法》第8条)

当事人在行政诉讼中的法律地位平等。

6. 使用本民族语言文字诉讼原则(《行政诉讼法》第9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。

7. 辩论原则(《行政诉讼法》第10条)

当事人在行政诉讼中有权进行辩论。

8. 法律监督原则(《行政诉讼法》第11条)

人民检察院有权对行政诉讼实行法律监督。

9. 不适用调解原则(《行政诉讼法》第60条)

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

调解应当遵循自愿、合法原则,不得损害国家利益、社会公共利益和他人合法权益。

三、行政诉讼的受案范围

1. 受案范围

(1) 一般案件(《行政诉讼法》第12条)

人民法院受理公民、法人或者其他组织提起的下列诉讼:

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

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

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

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

⑤对征收、征用决定及其补偿决定不服的；

⑥申请行政机关履行保护人身权、财产权等合法权益的法定职责，行政机关拒绝履行或者不予答复的；

⑦认为行政机关侵犯其经营自主权或者农村土地承包经营权、农村土地经营权的；

⑧认为行政机关滥用行政权力排除或者限制竞争的；

⑨认为行政机关违法集资、摊派费用或者违法要求履行其他义务的；

⑩认为行政机关没有依法支付抚恤金、最低生活保障待遇或者社会保险待遇的；

⑪认为行政机关不依法履行、未按照约定履行或者违法变更、解除政府特许经营协议、土地房屋征收补偿协议等协议的；

⑫认为行政机关侵犯其他人身权、财产权等合法权益的。

除以上规定外，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)对行政协议提起诉讼(《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》第2条)

公民、法人或者其他组织就下列行政协议提起行政诉讼的，人民法院应当依法受理：

①政府特许经营协议；

②土地、房屋等征收征用补偿协议；

③矿业权等国有自然资源使用权出让协议；

④政府投资的保障性住房的租赁、买卖等协议；

⑤符合规定的政府与社会资本合作协议；

⑥其他行政协议。

(3)与行政协议有利害关系的主体(《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》第5条)

下列与行政协议有利害关系的公民、法人或者其他组织提起行政诉讼的，人民法院应当依法受理：

①参与招标、拍卖、挂牌等竞争性活动，认为行政机关应当依法与其订立行政协议但行政机关拒绝订立，或者认为行政机关与他人订立行政协议损害其合法权益的公民、法人或者其他组织；

②认为征收征用补偿协议损害其合法权益的被征收征用土地、房屋等不动产的用益物权人、公房承租人；

③其他认为行政协议的订立、履行、变更、终止等行为损害其合法权益的公民、法人或者其他组织。

相关法专题讲座

2024年专利代理师资格考试

2. 受案排除范围(《行政诉讼法》第13条,《行政诉讼解释》第1条)

(1) 人民法院不受理公民、法人或者其他组织对下列事项提起的诉讼:

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

(2) 公民、法人或者其他组织对行政机关及其工作人员的行政行为不服,依法提起诉讼的,属于人民法院行政诉讼的受案范围。

下列行为不属于人民法院行政诉讼的受案范围:

- ① 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;
- ② 调解行为以及法律规定的仲裁行为;
- ③ 行政指导行为;
- ④ 驳回当事人对行政行为提起申诉的重复处理行为;
- ⑤ 行政机关作出的不产生外部法律效力的行为;
- ⑥ 行政机关为作出行政行为而实施的准备、论证、研究、层报、咨询等过程性行为;
- ⑦ 行政机关根据人民法院的生效裁判、协助执行通知书作出的执行行为,但行政机关扩大执行范围或者采取违法方式实施的除外;
- ⑧ 上级行政机关基于内部层级监督关系对下级行政机关作出的听取报告、执法检查、督促履责等行为;
- ⑨ 行政机关针对信访事项作出的登记、受理、交办、转送、复查、复核意见等行为;
- ⑩ 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。

四、行政诉讼法的基本制度

此部分内容与民事诉讼法大致相同,相同部分不再赘述。

1. 基本制度(《行政诉讼法》第7条)

人民法院审理行政案件,依法实行合议、回避、公开审判和两审终审制度。

2. 合议制度(《行政诉讼法》第68条,第83条)

① 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3人以上的单数。

② 适用简易程序审理的行政案件,由审判员一人独任审理。

3. 回避制度(《行政诉讼法》第55条)

① 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。

② 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。

以上回避制度适用于书记员、翻译人员、鉴定人、勘验人。

③ 院长担任审判长时的回避,由审判委员会决定;审判人员的回避,由院长决定;其他人员的回避,由

审判长决定。当事人对决定不服的，可以申请复议一次。

4. 公开审理及例外制度（《行政诉讼法》第54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。

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。

第二章 管辖

一、级别管辖

1. 基层法院一审管辖（《行政诉讼法》第14条）

基层人民法院管辖第一审行政案件。

2. 中级法院一审管辖（《行政诉讼法》第15条）

中级人民法院管辖下列第一审行政案件：

① 对国务院部门或者县级以上地方人民政府所作的行政行为提起诉讼的案件；

② 海关处理的案件；

③ 本辖区内重大、复杂的案件；

④ 其他法律规定由中级人民法院管辖的案件。

3. 高级法院一审管辖（《行政诉讼法》第16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。

4. 最高法院一审管辖（《行政诉讼法》第17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。

二、地域管辖

1. 一般地域管辖（《行政诉讼法》第18条第1款）

行政案件由最初作出行政行为的行政机关所在地人民法院管辖。经复议的案件，也可以由复议机关所在地人民法院管辖。

以上规定应理解为：经复议的案件，由最初作出行政行为的行政机关所在地或复议机关所在地人民法院管辖。

2. 限制人身自由案件管辖（《行政诉讼法》第19条，《行政诉讼解释》第8条）

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

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。

3. 不动产案件管辖（《行政诉讼法》第20条）

因不动产提起的行政诉讼，由不动产所在地人民法院管辖。

4. 选择管辖（《行政诉讼法》第21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，由最先立案的人民法院管辖。

三、移送管辖、指定管辖和移转管辖

1. 移送管辖(《行政诉讼法》第22条)

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

2. 指定管辖(《行政诉讼法》第23条)

有管辖权的人民法院由于特殊原因不能行使管辖权的，由上级人民法院指定管辖。

人民法院对管辖权发生争议，由争议双方协商解决。协商不成的，报它们的共同上级人民法院指定管辖。

3. 管辖权转移(《行政诉讼法》第24条)

上级人民法院有权审理下级人民法院管辖的第一审行政案件。

下级人民法院对其管辖的第一审行政案件，认为需要由上级人民法院审理或者指定管辖的，可以报请上级人民法院决定。

第三章 诉讼参加人

诉讼参加人包括原告、被告、第三人和诉讼代理人。

一、原告

1. 原告资格(《行政诉讼法》第25条第1-3款)

①行政行为的相对人以及其他与行政行为有利害关系的公民、法人或者其他组织，有权提起诉讼。

②有权提起诉讼的公民死亡，其近亲属可以提起诉讼。

③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。

2. 利害关系人提起诉讼(《行政诉讼解释》第12条)

有下列情形之一的，属于“与行政行为有利害关系”：

①被诉的行政行为涉及其相邻权或者公平竞争权的；

②在行政复议等行政程序中被追加为第三人的；

③要求行政机关依法追究加害人法律责任的；

④撤销或者变更行政行为涉及其合法权益的；

⑤为维护自身合法权益向行政机关投诉，具有处理投诉职责的行政机关作出或者未作出处理的；

⑥其他与行政行为有利害关系的情形。

3. 合伙企业提起诉讼(《行政诉讼解释》第15条第1款)

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。未依法登记领取营业执照的个人

合伙的全体合伙人为共同原告；全体合伙人可以推选代表人，被推选的代表人，应当由全体合伙人出具推选书。

4. 个体工商户提起诉讼（《行政诉讼解释》第15条第2款）

个体工商户向人民法院提起诉讼的，以营业执照上登记的经营者为原告。有字号的，以营业执照上登记的字号为原告，并应当注明该字号经营者的基本信息。

5. 特殊主体提起诉讼（《行政诉讼解释》第16条）

①股份制企业的股东大会、股东会、董事会等认为行政机关作出的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行政行为侵害的，可以自己的名义提起诉讼。

③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。

二、被告（《行政诉讼法》第26条，《行政诉讼解释》第22条，《行政诉讼解释》第134条）

1. 直接起诉

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

2. 经复议起诉

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

（1）对“改变”和“维持”的理解

①“复议机关改变原行政行为”，是指复议机关改变原行政行为的处理结果。复议机关改变原行政行为所认定的主要事实和证据、改变原行政行为所适用的规范依据，但未改变原行政行为处理结果的，视为复议机关维持原行政行为。

②复议机关确认原行政行为无效，属于改变原行政行为。

③复议机关确认原行政行为违法，属于改变原行政行为，但复议机关以违反法定程序为由确认原行政行为违法的除外。

（2）作出原行政行为的行政机关和复议机关作为共同被告司法程序问题

①原告只起诉作出原行政行为的行政机关或者复议机关的，人民法院应当告知原告追加被告。原告不同意追加的，人民法院应当将另一机关列为共同被告。

②行政复议决定既有维持原行政行为内容，又有改变原行政行为内容或者不予受理申请内容的，作出原行政行为的行政机关和复议机关为共同被告。

③复议机关作共同被告的案件，以作出原行政行为的行政机关确定案件的级别管辖。

3. 其他情形

①复议机关在法定期限内未作出复议决定，公民、法人或者其他组织起诉原行政行为的，作出原行政

相关法专题讲座

2024年专利代理师资格考试

行为的行政机关是被告；起诉复议机关不作为的，复议机关是被告。

②两个以上行政机关作出同一行政行为的，共同作出行政行为的行政机关是共同被告。

③行政机关委托的组织所作的行政行为，委托的行政机关是被告。

④行政机关被撤销或者职权变更的，继续行使其职权的行政机关是被告。

三、第三人(《行政诉讼法》第29条)

公民、法人或者其他组织同被诉行政行为有利害关系但没有提起诉讼，或者同案件处理结果有利害关系的，可以作为第三人申请参加诉讼，或者由人民法院通知参加诉讼。

人民法院判决第三人承担义务或者减损第三人权益的，第三人有权依法提起上诉。

四、诉讼代理人

1. 法定代理人(《行政诉讼法》第30条)

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。

2. 委托代理人(《行政诉讼法》第31条)

当事人、法定代理人，可以委托1至2人作为诉讼代理人。

下列人员可以被委托为诉讼代理人：

①律师、基层法律服务工作者；

②当事人的近亲属或者工作人员；

③当事人所在社区、单位以及有关社会团体推荐的公民。

五、共同诉讼

1. 共同诉讼(《行政诉讼法》第27条)

当事人一方或者双方为二人以上，因同一行政行为发生的行政案件，或者因同类行政行为发生的行政案件、人民法院认为可以合并审理并经当事人同意的，为共同诉讼。

2. 代表人诉讼(《行政诉讼法》第28条)

当事人一方人数众多的共同诉讼，可以由当事人推选代表人进行诉讼。代表人的诉讼行为对其所代表的当事人发生效力，但代表人变更、放弃诉讼请求或者承认对方当事人的诉讼请求，应当经被代表的当事人同意。

第四章 证据

一、举证责任和举证期限

1. 被告举证责任(《行政诉讼法》第34条)

被告对作出的行政行为负有举证责任，应当提供作出该行政行为的证据和所依据的规范性文件。

被告不提供或者无正当理由逾期提供证据，视为没有相应证据。但是，被诉行政行为涉及第三人合

法权益，第三人提供证据的除外。

2. 被告举证期限（《行政诉讼法》第67条）

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

3. 被告收集证据限制（《行政诉讼法》第35条）

在诉讼过程中，被告及其诉讼代理人不得自行向原告、第三人和证人收集证据。

4. 被告延期提供证据及补充证据（《行政诉讼法》第36条）

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

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

5. 原告举证责任（《行政诉讼法》第37、38条）

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

(2) 在起诉被告不履行法定职责的案件中，原告应当提供其向被告提出申请的证据。但有下列情形之一的除外：

- ①被告应当依职权主动履行法定职责的；
- ②原告因正当理由不能提供证据的。

在行政赔偿、补偿的案件中，原告应当对行政行为造成的损害提供证据。因被告的原因导致原告无法举证的，由被告承担举证责任。

6. 原告举证期限（《行政诉讼解释》第35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清单之日提供证据。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，人民法院应当责令其说明理由；拒不说明理由或者理由不成立的，视为放弃举证权利。

7. 行政执法人员出庭作证（《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》第44条）

有下列情形之一的，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：

- ①对现场笔录的合法性或者真实性有异议的；
- ②对扣押财产的品种或者数量有异议的；
- ③对检验的物品取样或者保管有异议的；
- ④对行政执法人员的身份的合法性有异议的；
- ⑤需要出庭作证的其他情形。

二、调查取证与证据保全

1. 法院取证(《行政诉讼法》第40条)

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

2. 申请法院取证(《行政诉讼法》第41条)

与本案有关的下列证据,原告或者第三人不能自行收集的,可以申请人民法院调取:

- ①由国家机关保存而须由人民法院调取的证据;
- ②涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私的证据;
- ③确因客观原因不能自行收集的其他证据。

3. 不能作为认定被诉具体行政行为合法的依据(《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》第60条)

下列证据不能作为认定被诉具体行政行为合法的依据:

- ①被告及其诉讼代理人在作出具体行政行为后或者在诉讼程序中自行收集的证据;
- ②被告在行政程序中非法剥夺公民、法人或者其他组织依法享有的陈述、申辩或者听证权利所采用的证据;
- ③原告或者第三人在诉讼程序中提供的、被告在行政程序中未作为具体行政行为依据的证据。

4. 证据保全(《行政诉讼法》第42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。

5. 证据适用规则(《行政诉讼法》第43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,不得在公开开庭时出示。

人民法院应当按照法定程序,全面、客观地审查核实证据。对未采纳的证据应当在裁判文书中说明理由。

以非法手段取得的证据,不得作为认定案件事实的根据。

第五章 起诉与受理

一、起诉的条件

1. 起诉条件(《行政诉讼法》第49条)

提起行政诉讼应符合下列条件:

- ①原告是符合规定的公民、法人或者其他组织;
- ②有明确的被告;

③有具体的诉讼请求和事实根据；

④属于人民法院受案范围和受诉人民法院管辖。

2. 被告不适格（《行政诉讼解释》第26条第1款）

原告所起诉的被告不适格，人民法院应当告知原告变更被告；原告不同意变更的，裁定驳回起诉。

3. 追加被告（《行政诉讼解释》第26条第2款）

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，但行政复议机关作共同被告的除外。

4. 共同被告（《行政诉讼解释》第134条第1款）

复议机关决定维持原行政行为的，作出原行政行为的行政机关和复议机关是共同被告。原告只起诉作出原行政行为的行政机关或者复议机关的，人民法院应当告知原告追加被告。原告不同意追加的，人民法院应当将另一机关列为共同被告。

二、行政复议与行政诉讼的关系（《行政诉讼法》第44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行政机关申请复议，对复议决定不服的，再向人民法院提起诉讼；也可以直接向人民法院提起诉讼。

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

三、起诉

1. 起诉方式（《行政诉讼法》第50条）

起诉应当向人民法院递交起诉状，并按照被告人数提出副本。

书写起诉状确有困难的，可以口头起诉，由人民法院记入笔录，出具注明日期的书面凭证，并告知对方当事人。

2. 直接起诉期限（《行政诉讼法》第46条）

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

因不动产提起诉讼的案件自行政行为作出之日起超过20年，其他案件自行政行为作出之日起超过5年提起诉讼的，人民法院不予受理。

3. 经复议起诉期限（《行政诉讼法》第45条）

公民、法人或者其他组织不服复议决定的，可以在收到复议决定书之日起15日内向人民法院提起诉讼。复议机关逾期不作决定的，申请人可以在复议期满之日起15日内向人民法院提起诉讼。法律另有规定的除外。

4. 不履行法定职责起诉期限（《行政诉讼法》第47条）

公民、法人或者其他组织申请行政机关履行保护其人身权、财产权等合法权益的法定职责，行政机关在接到申请之日起2个月内不履行的，公民、法人或者其他组织可以向人民法院提起诉讼。法律、法规对

相关法专题讲座

2024年专利代理师资格考试

行政机关履行职责的期限另有规定的，从其规定。

公民、法人或者其他组织在紧急情况下请求行政机关履行保护其人身权、财产权等合法权益的法定职责，行政机关不履行的，提起诉讼不受上述2个月期限的限制。

5. 起诉期限的扣除和延长(《行政诉讼法》第48条)

公民、法人或者其他组织因不可抗力或者其他不属于其自身的原因耽误起诉期限的，被耽误的时间不计算在起诉期限内。

公民、法人或者其他组织因其他特殊情况耽误起诉期限的，在障碍消除后10日内，可以申请延长期限，是否准许由人民法院决定。

四、受理与立案

1. 立案程序(《行政诉讼法》第51条，《行政诉讼解释》第53条第2款)

①人民法院在接到起诉状时对符合《行政诉讼法》规定的起诉条件的，应当登记立案。

对当场不能判定是否符合起诉条件的，应当接收起诉状，出具注明收到日期的书面凭证，并在7日内决定是否立案。不符合起诉条件的，作出不予立案的裁定。裁定书应当载明不予立案的理由。原告对裁定不服的，可以提起上诉。

起诉状内容欠缺或者有其他错误的，应当给予指导和释明，并一次性告知当事人需要补正的内容。不得未经指导和释明即以起诉不符合条件为由不接收起诉状。

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

②对当事人依法提起的诉讼，人民法院应当根据规定接收起诉状。能够判断符合起诉条件的，应当当场登记立案；当场不能判断是否符合起诉条件的，应当在接收起诉状后7日内决定是否立案；7日内仍不能作出判断的，应当先予立案。

2. 不立案救济(《行政诉讼法》第52条)

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

3. 附带审查(《行政诉讼法》第53条)

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

上述规范性文件不含规章。

4. 驳回起诉(《行政诉讼解释》第69条)

有下列情形之一的，已经立案的，应当裁定驳回起诉：

①不符合行政诉讼法规定的起诉条件的；

②超过法定起诉期限且无行政诉讼法规定的期限扣除或延长情形的；

- ③错列被告且拒绝变更的；
- ④未按照法律规定由法定代理人、指定代理人、代表人为诉讼行为的；
- ⑤未按照法律、法规规定先向行政机关申请复议的；
- ⑥重复起诉的；
- ⑦撤回起诉后无正当理由再行起诉的；
- ⑧行政行为对其合法权益明显不产生实际影响的；
- ⑨诉讼标的已为生效裁判或者调解书所羁束的；
- ⑩其他不符合法定起诉条件的情形。

以上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，应当依法审理。

人民法院经过阅卷、调查或者询问当事人，认为不需要开庭审理的，可以径行裁定驳回起诉。

5. 诉讼不停止行政行为的执行（《行政诉讼法》第56条）

诉讼期间，不停止行政行为的执行。但有下列情形之一的，裁定停止执行：

- ①被告认为需要停止执行的；
- ②原告或者利害关系人申请停止执行，人民法院认为该行政行为的执行会造成难以弥补的损失，并且停止执行不损害国家利益、社会公共利益的；
- ③人民法院认为该行政行为的执行会给国家利益、社会公共利益造成重大损害的；
- ④法律、法规规定停止执行的。

当事人对停止执行或者不停止执行的裁定不服的，可以申请复议一次。

第六章 第一审普通程序

一、庭前准备（《行政诉讼法》第67条）

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

二、和审判有关的制度

1. 先予执行（《行政诉讼法》第57条）

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

当事人对先予执行裁定不服的，可以申请复议一次。复议期间不停止裁定的执行。

2. 诉中保全（《行政诉讼解释》第76条）

人民法院对于因一方当事人的行为或者其他原因，可能使行政行为或者人民法院生效裁判不能或者

相关法专题讲座

2024年专利代理师资格考试

难以执行的案件，根据对方当事人的申请，可以裁定对其财产进行保全、责令其作出一定行为或者禁止其作出一定行为；当事人没有提出申请的，人民法院在必要时也可以裁定采取上述保全措施。

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

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

当事人对保全的裁定不服的，可以申请复议；复议期间不停止裁定的执行。

3. 诉前保全（《行政诉讼解释》第77条）

利害关系人因情况紧急，不立即申请保全将会使其合法权益受到难以弥补的损害的，可以在提起诉讼前向被保全财产所在地、被申请人住所地或者对案件有管辖权的人民法院申请采取保全措施。申请人应当提供担保，不提供担保的，裁定驳回申请。

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

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

当事人对保全的裁定不服的，可以申请复议；复议期间不停止裁定的执行。

4. 按撤诉处理和缺席判决（《行政诉讼法》第58条）

经人民法院传票传唤，原告无正当理由拒不到庭，或者未经法庭许可中途退庭的，可以按照撤诉处理；被告无正当理由拒不到庭，或者未经法庭许可中途退庭的，可以缺席判决。

5. 撤诉（《行政诉讼法》第62条，《行政诉讼解释》第60、79条）

①人民法院对行政案件宣告判决或者裁定前，原告申请撤诉的，或者被告改变其所作的行政行为，原告同意并申请撤诉的，是否准许，由人民法院裁定。

②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，人民法院不予立案。

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，人民法院可以缺席判决。

第三人经传票传唤无正当理由拒不到庭，或者未经法庭许可中途退庭的，不发生阻止案件审理的效果。

被告经传票传唤无正当理由拒不到庭，或者未经法庭许可中途退庭的，人民法院可以按期开庭或者继续开庭审理，对到庭的当事人诉讼请求、双方的诉辩理由以及已经提交的证据及其他诉讼材料进行审理后，依法缺席判决。

6. 法律适用（《行政诉讼法》第63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。

人民法院审理行政案件，参照规章。

7. 规范性文件建议（《行政诉讼法》第64条）

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

8. 一审期限（《行政诉讼法》第81条）

人民法院应当在立案之日起6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。

三、第一审判决

1. 驳回诉讼请求（《行政诉讼法》第69条）

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

2. 撤销和重做（《行政诉讼法》第70条）

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

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

3. 履行判决（《行政诉讼法》第72条）

人民法院经过审理，查明被告不履行法定职责的，判决被告在一定期限内履行。

4. 给付判决（《行政诉讼法》第73条）

人民法院经过审理，查明被告依法负有给付义务的，判决被告履行给付义务。

5. 确认违法（《行政诉讼法》第74条）

（1）行政行为有下列情形之一的，人民法院判决确认违法，但不撤销行政行为：

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

（2）行政行为有下列情形之一的，不需要撤销或者判决履行的，人民法院判决确认违法：

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

6. 确认无效（《行政诉讼法》第75条）

行政行为有实施主体不具有行政主体资格或者没有依据等重大且明显违法情形，原告申请确认行政

行为无效的，人民法院判决确认无效。

7. 确认无效救济（《行政诉讼法》第76条）

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

8. 变更判决（《行政诉讼法》第77条）

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

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

9. 判决效力（《行政诉讼法》第71条）

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

10. 复议和原行政行为一并裁判（《行政诉讼法》第79条）

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

11. 被告改变原行政行为（《行政诉讼解释》第81条）

被告在一审期间改变被诉行政行为的，应当书面告知人民法院。原告或者第三人对改变后的行政行为不服提起诉讼的，人民法院应当就改变后的行政行为进行审理。被告改变原违法行政行为，原告仍要求确认原行政行为违法的，人民法院应当依法作出确认判决。原告起诉被告不作为，在诉讼中被告作出行政行为，原告不撤诉的，人民法院应当就不作为依法作出确认判决。

12. 公开判决（《行政诉讼法》第80条）

人民法院对公开审理和不公开审理的案件，一律公开宣告判决。

当庭宣判的，应当在10日内发送判决书；定期宣判的，宣判后立即发给判决书。

宣告判决时，必须告知当事人上诉权利、上诉期限和上诉的人民法院。

四、行政诉讼裁定（《行政诉讼解释》第101条）

对不予立案、驳回起诉、管辖异议的裁定，当事人可以上诉。

第七章 二审程序

一、上诉的审理

1. 上诉权（《行政诉讼法》第85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15日内向上一级人民法院提起上诉。当事人不服人民法院第一审裁定的，有权在裁定书送达之日起10日内向上一级人民法院提起上诉。逾

期不提起上诉的，人民法院的第一审判决或者裁定发生法律效力。

2. 二审审理方式（《行政诉讼法》第86条）

人民法院对上诉案件，应当组成合议庭，开庭审理。经过阅卷、调查和询问当事人，对没有提出新的事实、证据或者理由，合议庭认为不需要开庭审理的，也可以不开庭审理。

3. 二审审查范围（《行政诉讼法》第87条）

人民法院审理上诉案件，应当对原审人民法院的判决、裁定和被诉行政行为进行全面审查。

4. 二审审限（《行政诉讼法》第88条）

人民法院审理上诉案件，应当在收到上诉状之日起3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。

二、第二审判决和裁定

1. 二审裁判（《行政诉讼法》第89条）

人民法院审理上诉案件，按照下列情形，分别处理：

- ①原判决、裁定认定事实清楚，适用法律、法规正确的，判决或者裁定驳回上诉，维持原判决、裁定；
- ②原判决、裁定认定事实错误或者适用法律、法规错误的，依法改判、撤销或者变更；
- ③原判决认定基本事实不清、证据不足的，发回原审人民法院重审，或者查清事实后改判；
- ④原判决遗漏当事人或者违法缺席判决等严重违反法定程序的，裁定撤销原判决，发回原审人民法院重审。

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

人民法院审理上诉案件，需要改变原审判决的，应当同时对被诉行政行为作出判决。

2. 其他程序（《行政诉讼解释》第109条）

①第二审人民法院经审理认为原审人民法院不予立案或者驳回起诉的裁定确有错误且当事人的起诉符合起诉条件的，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或者继续审理。

②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。

③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。

④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。

⑤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。

⑥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。

第八章 行政诉讼的审判监督程序

一、当事人申请再审（《行政诉讼法》第90、91条）

当事人对已经发生法律效力的判决、裁定，认为确有错误的，可以向上一级人民法院申请再审，但判决、裁定不停止执行。

当事人的申请符合下列情形之一的，人民法院应当再审：

- ①不予立案或者驳回起诉确有错误的；
- ②有新的证据，足以推翻原判决、裁定的；
- ③原判决、裁定认定事实的主要证据不足、未经质证或者系伪造的；
- ④原判决、裁定适用法律、法规确有错误的；
- ⑤违反法律规定的诉讼程序，可能影响公正审判的；
- ⑥原判决、裁定遗漏诉讼请求的；
- ⑦据以作出原判决、裁定的法律文书被撤销或者变更的；
- ⑧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。

二、法院依职权再审（《行政诉讼法》第92条）

各级人民法院院长对本院已经发生法律效力的判决、裁定，发现有再审事由情形之一，或者发现调解违反自愿原则或者调解书内容违法，认为需要再审的，应当提交审判委员会讨论决定。

最高人民法院对地方各级人民法院已经发生法律效力的判决、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，发现有再审事由情形之一，或者发现调解违反自愿原则或者调解书内容违法的，有权提审或者指令下级人民法院再审。

三、抗诉和检察建议（《行政诉讼法》第93条）

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，发现有再审事由情形之一，或者发现调解书损害国家利益、社会公共利益的，应当提出抗诉。

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

各级人民检察院对审判监督程序以外的其他审判程序中审判人员的违法行为，有权向同级人民法院提出检察建议。

第九章 国家赔偿

一、行政赔偿范围

1. 侵犯人身权赔偿（《国家赔偿法》第3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：

- ①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；
- ②非法拘禁或者以其他方法非法剥夺公民人身自由的；
- ③以殴打、虐待等行为或者唆使、放纵他人以殴打、虐待等行为造成公民身体伤害或者死亡的；
- ④违法使用武器、警械造成公民身体伤害或者死亡的；
- ⑤造成公民身体伤害或者死亡的其他违法行为。

2. 侵犯财产权赔偿（《国家赔偿法》第4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：

- ①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；
- ②违法对财产采取查封、扣押、冻结等行政强制措施的；
- ③违法征收、征用财产的；
- ④造成财产损失的其他违法行为。

3. 赔偿范围排除（《国家赔偿法》第5条）

属于下列情形之一的，国家不承担赔偿责任：

- ①行政机关工作人员与行使职权无关的个人行为；
- ②因公民、法人和其他组织自己的行为致使损害发生的；
- ③法律规定的其他情形。

二、赔偿义务机关（《国家赔偿法》第7、8条）

①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。

②两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。

③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。

④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。

相关法专题讲座

2024年专利代理师资格考试

⑤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。

⑥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。

三、赔偿程序

1. 赔偿提出(《国家赔偿法》第9条)

赔偿义务机关有侵犯人身权、财产权情形之一的，应当给予赔偿。

赔偿请求人要求赔偿，应当先向赔偿义务机关提出，也可以在申请行政复议或者提起行政诉讼时一并提出。

2. 赔偿机关(《国家赔偿法》第10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。

3. 数项赔偿(《国家赔偿法》第11条)

赔偿请求人根据受到的不同损害，可以同时提出数项赔偿要求。

专题六

商标法

本专题涉及的商标法也是相关法考试的重点科目，每年考题约为13-15分。《中华人民共和国商标法》（以下简称“《商标法》”）于2013年大修、2019年小修；《中华人民共和国商标法实施条例》（以下简称“《商标条例》”）于2014年修改，这两个规范是考试和学习重点。

第一章 注册商标专用权的主体和客体

一、注册商标的基本概念

1. 注册商标种类（《商标法》第3条第1-3款）

经商标局核准注册的商标为注册商标，包括商品商标、服务商标和集体商标、证明商标；商标注册人享有商标专用权，受法律保护。

①商品商标，是指在成为商品的各种产品上使用的区别其他商品生产经营者的标志。

②服务商标，是指在经营的服务项目上区别于其他服务提供者的标志。

③集体商标，是指以团体、协会或者其他组织名义注册，供该组织成员在商事活动中使用，以表明使用者在该组织中的成员资格的标志。

④证明商标，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。

2. 商标构成要素（《商标法》第8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标志，包括文字、图形、字母、数字、三维标志、颜色组合和声音等，以及上述要素的组合，均可以作为商标申请注册。

气味不可以作为商标申请注册的要素。

3. 强制注册（《商标法》第6条）

法律、行政法规规定必须使用注册商标的商品，必须申请商标注册，未经核准注册的，不得在市场销售。

我国目前必须使用注册商标的商品为烟草制品。

相关法专题讲座

2024年专利代理师资格考试

二、地理标志

1. 地理标志含义(《商标法》第16条第2款)

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。

2. 禁止使用地理标志的情形(《商标法》第16条第1款)

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。

3. 地理标志申请方式(《商标条例》第4条)

地理标志,可以依照商标法和商标法实施条例的规定,作为证明商标或者集体商标申请注册。

三、注册商标的客体及注册条件

1. 商标注册条件(《商标法》第9条)

申请注册的商标,应当有显著特征,便于识别,并不得与他人在先取得的合法权利相冲突。

商标注册人有权标明“注册商标”或者注册标记。

2. 不得作为商标使用的标志(《商标法》第10条)

下列标志不得作为商标使用:

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

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

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

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

⑤同“红十字”、“红新月”的名称、标志相同或者近似的;

⑥带有民族歧视性的;

⑦带有欺骗性,容易使公众对商品的质量等特点或者产地产生误认的;

⑧有害于社会主义道德风尚或者有其他不良影响的;

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

3. 不得作为商标注册的标志(《商标法》第11条)

下列标志不得作为商标注册:

①仅有本商品的通用名称、图形、型号的;

②仅直接表示商品的质量、主要原料、功能、用途、重量、数量及其他特点的;

③其他缺乏显著特征的。

以上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。

4. 三维标志商标的限制(《商标法》第12条)

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

四、禁止抢注

1. 禁止恶意抢注(《商标法》第15条)

①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。

②就同一种商品或者类似商品申请注册的商标与他人在先使用的未注册商标相同或者近似, 申请人与该他人具有其他的合同、业务往来关系或者其他关系而明知该他人商标存在, 该他人提出异议的, 不予注册。

2. 保护在先权利和禁止恶意抢注(《商标法》第32条)

申请商标注册不得损害他人现有的在先权利(著作权、姓名权、肖像权、外观设计专利权、企业名称权等), 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。

五、注册商标专用权的主体

1. 商标注册主体及目的(《商标法》第4条第1款)

自然人、法人或者其他组织在生产经营活动中, 对其商品或者服务需要取得商标专用权的, 应当向商标局申请商标注册。不以使用为目的的恶意商标注册申请, 应当予以驳回。

2. 涉外主体(《商标法》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。

3. 共有主体(《商标法》第5条)

两个以上的自然人、法人或者其他组织可以共同向商标局申请注册同一商标, 共同享有和行使该商标专用权。

六、商标代理机构

1. 代理机构(《商标条例》第84条第1款)

商标代理机构, 包括经工商行政管理部门登记从事商标代理业务的服务机构和从事商标代理业务的律师事务所。

2. 商标代理(《商标法》第18条)

申请商标注册或者办理其他商标事宜, 可以自行办理, 也可以委托依法设立的商标代理机构办理。

外国人或者外国企业在中国申请商标注册和办理其他商标事宜的, 应当委托依法设立的商标代理机构办理。

3. 代理机构规范(《商标法》第19条)

①商标代理机构应当遵循诚实信用原则, 遵守法律、行政法规, 按照被代理人的委托办理商标注册申

相关法专题讲座

2024年专利代理师资格考试

请或者其他商标事宜；对在代理过程中知悉的被代理人的商业秘密，负有保密义务。

② 委托人申请注册的商标可能存在《商标法》规定不得注册情形的，商标代理机构应当明确告知委托人。

③ 商标代理机构知道或者应当知道委托人申请注册的商标属于不以使用为目的的恶意商标注册申请、业务关系中知悉他人未注册商标的秘密而恶意抢注和损害他人先权利或者不正当手段抢注情形的，不得接受其委托。

④ 商标代理机构除对其代理服务申请商标注册外，不得申请注册其他商标。商标代理机构申请注册或者受让其代理服务以外的其他商标，商标局不予受理。

4. 商标代理人(《商标条例》第85条)

商标代理从业人员，是指在商标代理机构中从事商标代理业务的工作人员。商标代理从业人员不得以个人名义自行接受委托。

5. 代理机构法律责任(《商标法》第68条)

商标代理机构有下列行为之一的，由工商行政管理部门责令限期改正，给予警告，处1万元以上10万元以下的罚款；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告，处5千元以上5万元以下的罚款；构成犯罪的，依法追究刑事责任：

① 办理商标事宜过程中，伪造、变造或者使用伪造、变造的法律文件、印章、签名的；

② 以诋毁其他商标代理机构等手段招徕商标代理业务或者以其他不正当手段扰乱商标代理市场秩序的；

③ 代理不以使用为目的的恶意商标注册申请；

④ 商标代理机构知道或者应当知道委托人申请注册的商标属于不得接受委托情形，接收其委托的；

⑤ 商标代理机构除对其代理服务申请商标注册外，申请注册其他商标。

商标代理机构有以上行为的，由工商行政管理部门记入信用档案；情节严重的，商标局、商标评审委员会并可以决定停止受理其办理商标代理业务，予以公告。

商标代理机构违反诚实信用原则，侵害委托人合法利益的，应当依法承担民事责任，并由商标代理行业组织按照章程规定予以惩戒。

对恶意申请商标注册的，根据情节给予警告、罚款等行政处罚；对恶意提起商标诉讼的，由人民法院依法给予处罚。

6. 代理机构备案

(1) 备案及其有效期(《商标代理监督管理规定》第5条)

商标代理机构从事国家知识产权局主管的商标事宜代理业务的，应当依法及时向国家知识产权局备案。

商标代理机构备案的有效期为3年。有效期届满需要继续从事代理业务的，商标代理机构可以在有效期届满前6个月内办理延续备案。每次延续备案的有效期为3年，自原备案有效期满次日起计算。

(2) 备案信息(《商标代理监督管理规定》第6条)

商标代理机构的备案信息包括:

①营业执照或者律师事务所执业许可证;

② 商标代理机构的名称、住所、联系方式、统一社会信用代码, 负责人、非上市公司的股东、合伙人姓名;

③商标代理从业人员姓名、身份证件号码、联系方式;

④法律法规以及国家知识产权局规定应当提供的其他信息。

国家知识产权局能够通过政务信息共享平台获取的相关信息, 不得要求商标代理机构重复提供。

(3) 变更备案(《商标代理监督管理规定》第7条)

商标代理机构备案信息发生变化的, 应当自实际发生变化或者有关主管部门登记、批准之日起30日内向国家知识产权局办理变更备案, 并提交相应材料。

(4) 注销备案(《商标代理监督管理规定》第8条)

商标代理机构申请市场主体注销登记, 备案有效期届满未办理延续或者自行决定不再从事商标代理业务, 被撤销或者被吊销营业执照、律师事务所执业许可证, 或者国家知识产权局决定永久停止受理其办理商标代理业务的, 应当在妥善处理未办结的商标代理业务后, 向国家知识产权局办理注销备案。

7. 代理机构监管

(1) 信用档案(《商标代理监督管理规定》第20、21条, 第36条第1款)

知识产权管理部门建立商标代理机构和商标代理从业人员信用档案。

国家知识产权局对信用档案信息进行归集整理, 开展商标代理行业分级分类评价。地方知识产权管理部门、市场监督管理部门、商标代理行业组织应当协助做好信用档案信息的归集整理工作。

以下信息应当记入商标代理机构和商标代理从业人员信用档案:

①商标代理机构和商标代理从业人员受到行政处罚的信息;

②商标代理机构接受监督检查的信息;

③商标代理机构和商标代理从业人员加入商标代理行业组织信息, 受到商标代理行业组织惩戒的信息;

④商标代理机构被列入经营异常名录或者严重违法失信名单的信息;

⑤其他可以反映商标代理机构信用状况的信息。

从事商标代理业务的商标代理机构, 未依法办理备案、变更备案、延续备案或者注销备案, 未妥善处理未办结的商标代理业务, 或者违反本规定第十五条第四款规定, 损害委托人利益或者扰乱商标代理市场秩序的, 由国家知识产权局予以通报, 并记入商标代理机构信用档案。

(2) 年度报告(《商标代理监督管理规定》第22条)

商标代理机构应当按照国家有关规定报送年度报告。

(3) 监督检查(《商标代理监督管理规定》第24条)

知识产权管理部门依法对商标代理机构和商标代理从业人员代理行为进行监督检查,可以依法查阅、复制有关材料,询问当事人或者其他与案件有关的单位和个人,要求当事人或者有关人员在一定期限内如实提供有关材料,以及采取其他合法必要合理的措施。商标代理机构和商标代理从业人员应当予以协助配合。

(4) 整改约谈(《商标代理监督管理规定》第25条)

知识产权管理部门应当引导商标代理机构合法从事商标代理业务,提升服务质量。

对存在商标代理违法违规行为的商标代理机构或者商标代理从业人员,知识产权管理部门可以依职责对其进行约谈、提出意见,督促其及时整改。

(5) 违法失信(《商标代理监督管理规定》第23条)

商标代理机构故意侵犯知识产权,提交恶意商标注册申请,损害社会公共利益,从事严重违法商标代理行为,性质恶劣、情节严重、社会危害较大,受到较重行政处罚的,列入严重违法失信名单。

8. 行业组织(《商标代理监督管理规定》第4条)

商标代理行业组织是商标代理行业的自律性组织。

鼓励商标代理机构、商标代理从业人员依法参加商标代理行业组织。

第二章 商标专用权的取得

一、商标注册申请的提出

1. 申请提出方式(《商标法》第22条)

①商标注册申请人应当按规定的商品分类表填报使用商标的商品类别和商品名称,提出注册申请。

②商标注册申请人可以通过一份申请就多个类别的商品申请注册同一商标。

③商标注册申请等有关文件,可以以书面方式或者数据电文方式提出。

2. 提交材料(《商标条例》第13条第1、6、7款,第14条第1款)

①申请商标注册,应当按照公布的商品和服务分类表填报。每一件商标注册申请应当向商标局提交《商标注册申请书》1份、商标图样1份;以颜色组合或者着色图样申请商标注册的,应当提交着色图样,并提交黑白稿1份;不指定颜色的,应当提交黑白图样。

②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。

③商标为外文或者包含外文的,应当说明含义。

④申请商标注册的,申请人应当提交其身份证明文件。商标注册申请人的名义与所提交的证明文件应当一致。

二、注册商标的另行提出、变更和更正

1. 另行注册(《商标法》第23条)

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

2. 重新注册(《商标法》第24条)

注册商标需要改变其标志的,应当重新提出注册申请。

3. 更正(《商标法》第38条)

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

更正错误不涉及商标申请文件或者注册文件的实质性内容。

4. 变更(《商标法》第41条)

注册商标需要变更注册人的名义、地址、代理人、删减指定的商品或者其他注册事项的,应当提出变更申请,向商标局办理变更手续。

三、优先权

1. 要求优先权一般情况(《商标法》第25条)

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

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3个月内提交第一次提出的商标注册申请文件的副本;未提出书面声明或者逾期未提交商标注册申请文件副本的,视为未要求优先权。

2. 因国际展览会展出要求优先权(《商标法》第26条)

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

四、商标注册的审查和核准

1. 审查(《商标法》第28条,《商标条例》第21条)

对申请注册的商标,商标局应当自收到商标注册申请文件之日起9个月内审查完毕,符合商标法有关规定的,予以初步审定公告。

根据《商标条例》第21条的规定,商标局对受理的商标注册申请,依照商标法及商标条例的有关规定进行审查,对符合规定或者在部分指定商品上使用商标的注册申请符合规定的,予以初步审定,并予以公告;对不符合规定或者在部分指定商品上使用商标的注册申请不符合规定的,予以驳回或者驳回在部分指定商品上使用商标的注册申请,书面通知申请人并说明理由。

2. 说明或修正(《商标法》第29条,《商标条例》第23条)

在审查过程中,商标局认为商标注册申请内容需要说明或者修正的,可以要求申请人做出说明或者

修正。申请人未做出说明或者修正的，不影响商标局做出审查决定。

依据上述规定，商标局认为对商标注册申请内容需要说明或者修正的，申请人应当自收到商标局通知之日起15日内作出说明或者修正。

3. 核准注册(《商标法》第33条)

对初步审定公告的商标，自公告之日起3个月内，在先权利人、利害关系人认为违反《商标法》第13条第2款和第3款、第15条、第16条第1款、第30条、第31条、第32条规定的，或者任何人认为违反《商标法》第4条、第10条、第11条、第12条、第19条第4款规定的，可以向商标局提出异议。公告期满无异议的，予以核准注册，发给商标注册证，并予公告。(具体异议理由参见后文)

4. 申请在先原则(《商标法》第31条、《商标条例》第19条)

(1) 申请在先原则的法律规定

《商标法》第31条规定，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。

(2) 处理程序

两个或者两个以上的申请人，在同一种商品或者类似商品上，分别以相同或者近似的商标在同一天申请注册的，各申请人应当自收到商标局通知之日起30日内提交其申请注册前在先使用该商标的证据。同日使用或者均未使用的，各申请人可以自收到商标局通知之日起30日内自行协商，并将书面协议报送商标局；不愿协商或者协商不成的，商标局通知各申请人以抽签的方式确定一个申请人，驳回其他人的注册申请。商标局已经通知但申请人未参加抽签的，视为放弃申请，商标局应当书面通知未参加抽签的申请人。

5. 驳回情形

驳回情形总结如下：

违反先申请制 (第31条)	申请日不同	两个或者两个以上的商标注册申请人，在同一种商品或者类似商品上，以相同或者近似的商标申请注册的，初步审定并公告申请在先的商标，驳回其他的注册申请。
	申请日相同	①对于两个或两个以上的申请人，在同一种商品或者类似商品上，以相同或者近似的商标在同一天申请注册的，初步审定并公告在先使用的商标，驳回其他人的申请，不予公告； ②同日使用或者均未使用的，各申请人可以自行协商；不愿协商或协商不成，商标局通知各申请人以抽签的方式确定一个申请人，驳回其他的注册申请。
与他人商标相同或相近似(第30条)	申请注册的商标，凡不符合商标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。	
不以使用为目的的恶意申请(第4条)	自然人、法人或者其他组织在生产经营活动中，对其商品或者服务需要取得商标专用权的，应当向商标局申请商标注册。不以使用为目的的恶意商标注册申请，应当予以驳回。	
不得作为商标使用或者注册的情形	《商标法》第10条	不得作为商标使用的
	《商标法》第11条	不得作为商标注册的
	《商标法》第12条	三维标志仅是功能性形状

6. 商标注册申请的分割(《商标条例》第22条)

商标局对一件商标注册申请在部分指定商品上予以驳回的,申请人可以将该申请中初步审定的部分申请分割成另一件申请,分割后的申请保留原申请的申请日期。

需要分割的,申请人应当自收到商标局《商标注册申请部分驳回通知书》之日起15日内,向商标局提出分割申请。

商标局收到分割申请后,应当将原申请分割为两件,对分割出来的初步审定申请生成新的申请号,并予以公告。

五、注册申请的复审(《商标法》第34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15日内向商标评审委员会申请复审。

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

六、商标异议

1. 异议理由(《商标法》第33条)

(1) 相对理由

对初步审定公告的商标,自公告之日起3个月内,在先权利人、利害关系人认为违反下列规定的,可以向商标局提出异议:

①就相同或者类似商品申请注册的商标是复制、摹仿或者翻译他人未在中国注册的驰名商标,容易导致混淆的,不予注册并禁止使用。【《商标法》第13条第2款】

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

③未经授权,代理人或者代表人以自己的名义将被代理人或者被代表人的商标进行注册,被代理人或者被代表人提出异议的,不予注册并禁止使用。【《商标法》第15条第1款】

④就同一种商品或者类似商品申请注册的商标与他人在先使用的未注册商标相同或者近似,申请人与该他人具有其他的合同、业务往来关系或者其他关系而明知该他人商标存在,该他人提出异议的,不予注册。【《商标法》第15条第2款】

⑤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。【《商标法》第16条第1款】

⑥申请注册的商标,凡不符合商标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。【《商标法》第30条】

⑦两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。【《商标法》第31条】

相关法专题讲座

2024年专利代理师资格考试

⑧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。【《商标法》第32条】

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。

(2) 绝对理由

对初步审定公告的商标，自公告之日起3个月内，任何人认为违反下列规定的，可以向商标局提出异议：

①自然人、法人或者其他组织在生产经营活动中，对其商品或者服务需要取得商标专用权的，应当向商标局申请商标注册。不以使用为目的的恶意商标注册申请，应当予以驳回。【《商标法》第4条第1款】

②不得作为商标使用的标志。【《商标法》第10条】

③不得作为商标注册的标志。【《商标法》第11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。【《商标法》第12条】

⑤商标代理机构除对其代理服务申请商标注册外，不得申请注册其他商标。【《商标法》第19条第4款】

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。

2. 异议提交的材料(《商标条例》第24条)

对商标局初步审定予以公告的商标提出异议的，异议人应当向商标局提交下列商标异议材料一式两份并标明正、副本：

① 商标异议申请书；

② 异议人的身份证明；

③ 以相对理由提出异议的，异议人作为在先权利人或者利害关系人的证明。

商标异议申请书应当有明确的请求和事实依据，并附送有关证据材料。

3. 不予受理的异议(《商标条例》第26条)

商标异议申请有下列情形之一的，商标局不予受理，书面通知申请人并说明理由：

① 未在法定期限内提出的；

② 申请人主体资格、异议理由不符合规定的；

③ 无明确的异议理由、事实和法律依据的；

④ 同一异议人以相同的理由、事实和法律依据针对同一商标再次提出异议申请的。

4. 异议处理程序(《商标条例》第25条、《商标条例》第27条第1款，《商标法》第35条)

① 商标局收到商标异议申请书后，经审查，符合受理条件的，予以受理，向申请人发出受理通知书。

② 商标局应当将商标异议材料副本及时送交被异议人，限其自收到商标异议材料副本之日起30日内答辩。被异议人不答辩的，不影响商标局作出决定。

③ 对初步审定公告的商标提出异议的，商标局应当听取异议人和被异议人陈述事实和理由，经调查

核实后，做出是否准予注册的决定，并书面通知异议人和被异议人。

④商标局做出准予注册决定的，发给商标注册证，并予公告。异议人不服的，可以向商标评审委员会请求宣告该注册商标无效。

⑤商标局做出不予注册决定，被异议人不服的，可以自收到通知之日起15日内向商标评审委员会申请复审。

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

5. 权利取得时间（《商标法》第36条第2款）

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

七、商标相同、近似的审查审理

本部分内容选自《商标审查审理指南》下编第五章。

1. 商标相同的审查

（1）文字商标相同的审查

文字商标相同，是指商标使用的语种相同，且文字构成、排列顺序完全相同。因字体、字母大小写或者文字排列方式有横排与竖排之分使两商标存在细微差别，或者仅改变汉字、字母、数字等之间的间距、颜色，仍判定为相同商标。

【例1】仅文字的字体存在细微差别。

凰 凰 凤 凰

【例2】仅字母大小写存在细微差别。

Susanna SUSANNA

【例3】仅文字排列方式存在细微差别。

泰山 泰

（2）图形商标相同的审查

图形商标相同，是指商标图形在构图要素、表现形式等视觉上基本无差别，易使相关公众对商品或者

相关法专题讲座

2024年专利代理师资格考试

服务的来源产生混淆。

【例4】



2. 商标近似的审查

(1) 文字商标近似的审查

① 中文商标的汉字构成相同，仅字体或设计、注音、排列顺序不同，易使相关公众对商品或者服务的来源产生混淆的，判定为近似商标。

【例5】两件商标虽然注音不同，但汉字部分完全相同，判定为近似商标。



【例6】



【例7】



② 中文商标的显著识别部分汉字构成相同，仅排列顺序不同，易使相关公众对商品或者服务的来源产生混淆的，判定为近似商标。

【例8】



③ 商标文字或显著识别部分文字读音相同或者近似，且字形或者整体外观近似，易使相关公众对商品或者服务的来源产生混淆的，判定为近似商标。

【例9】两件商标虽然首字不同，但读音近似且含义无明显差异，判定为近似商标。



【例10】两件商标虽然首字母不同，但读音及整体外观近似，判定为近似商标。

CATANA

KATANA

④商标文字构成、读音不同，但商标字形近似，易使相关公众对商品或者服务的来源产生混淆的，判定为近似商标。

【例11】



(商标文字：“雕”)



(商标文字：“周佳”)

【例12】

酷几

酷儿

【例13】商标含义或呼叫区别明显，不易使相关公众对商品或者服务的来源产生混淆的，不判定为近似商标。

亚美航空

美亚医疗

【例14】两件商标虽然读音近似，但其中一个具有为公众所熟知的文字含义，另一个可能包含特定的设计寓意，两商标整体外观区别明显，不判定为近似商标。

喜马辣鸭

喜馬拉雅

【例15】商标首字读音、字形明显不同，或者整体含义不同，使商标整体区别明显，不易使相关公众对商品或者服务的来源产生混淆的，不判定为近似商标。

北美风情

北欧风情

【例16】商标首字母发音及字形明显不同，使商标整体区别明显，不易使相关公众对商品或者服务的来源产生混淆的，不判定为近似商标。

LOVE
(可译为“爱”)

EOVE
(无含义)

(2) 图形商标近似的审查

① 商标图形的构图和整体外观近似，易使相关公众对商品或者服务的来源产生混淆的，判定为近似商标。

【例 17】



② 商标的中文与外文文字的主要含义相同或基本相同，易使相关公众对商品或服务的来源产生混淆的，判定为近似商标。

【例 18】



BOSS

(可译为“老板”)

③ 商标包含他人在先具有较高知名度或者显著性较强的图形商标，易使相关公众认为属于系列商标而对商品或者服务的来源产生混淆的，判定为近似商标。

【例 19】



指定商品：服装



指定商品：服装

八、集体商标、证明商标、地理标志特有事项的审查

1. 集体商标证明材料(《集体商标、证明商标注册和管理办法》第4条)

申请集体商标注册的，应当附送主体资格证明文件并应当详细说明该集体组织成员的名称和地址；以地理标志作为集体商标申请注册的，应当附送主体资格证明文件并应当详细说明其所具有的或者其委托的机构具有的专业技术人员，专业检测设备等情况，以表明其具有监督使用该地理标志商品的特定品质的能力。

申请以地理标志作为集体商标注册的团体、协会或者其他组织，应当由来自该地理标志标示的地区范围内的成员组成。

2. 证明商标证明材料(《集体商标、证明商标注册和管理办法》第5条)

申请证明商标注册的,应当附送主体资格证明文件并应当详细说明其所具有的或者其委托的机构具有的专业技术人员、专业检测设备等情况,以表明其具有监督该证明商标所证明的特定商品品质的能力。

3. 地理标志作为集体商标、证明商标(《集体商标、证明商标注册和管理办法》第6-8条)

(1)申请以地理标志作为集体商标、证明商标注册的,还应当附送管辖该地理标志所标示地区的人民政府或者行业主管部门的批准文件。

外国人或者外国企业申请以地理标志作为集体商标、证明商标注册的,申请人应当提供该地理标志以其名义在其原属国受法律保护的证明。

(2)以地理标志作为集体商标、证明商标注册的,应当在申请文件中说明下列内容:

①该 地理标志所标示的商品的特定质量、信誉或者其他特征;

②该商品的特定质量、信誉或者其他特征与该地理标志所标示地区的自然因素和人文因素的关系;

③该地理标志所标示地区的范围。

(3)作为集体商标、证明商标申请注册的地理标志,可以是该地理标志标示地区的名称,也可以是能够标示某商品来源于该地区的其他可视性标志。前述地区无需与该地区的现行行政区划名称、范围完全一致。

4. 初步审定公告(《集体商标、证明商标注册和管理办法》第13条)

集体商标、证明商标的初步审定公告的内容,应当包括该商标的使用管理规则的全文或者摘要。

集体商标、证明商标注册人对使用管理规则的任何修改,应报经商标局审查核准,并自公告之日起生效。

5. 集体商标成员变更(《集体商标、证明商标注册和管理办法》第14条)

集体商标注册人的成员发生变化的,注册人应当向商标局申请变更注册事项,由商标局公告。

6. 证明商标的使用(《集体商标、证明商标注册和管理办法》第15条、第20条;《商标条例》第4条第2款)

①证明商标的注册人不得在自己提供的商品上使用该证明商标;

②证明商标注册人准许他人使用其商标的,注册人应当在1年内报商标局备案,由商标局公告;

③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。

7. 集体商标的使用(《商标条例》第4条第2款)

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。

8. 转让(《集体商标、证明商标注册和管理办法》第16条)

申请转让集体商标、证明商标的,受让人应当具备相应的主体资格,并符合有关规定。

第三章 注册商标专用权的内容

一、注册商标的期限

1. 有效期(《商标法》第39条)

注册商标的有效期为10年,自核准注册之日起计算。

2. 续展手续(《商标法》第40条,《商标条例》第33条)

注册商标有效期满,需要继续使用的,商标注册人应当在期满前12个月内按照规定办理续展手续;在此期间未能办理的,可以给予6个月的宽展期。每次续展注册的有效期为10年,自该商标上一届有效期满次日起计算。期满未办理续展手续的,注销其注册商标。

商标局应当对续展注册的商标予以公告。

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的,发给相应证明并予以公告。

3. 商标期限及续展手续期限的计算(《商标条例》第12条第2款)

商标法第39条、第40条规定的注册商标有效期从法定日开始起算,期限最后一月相应日的前一日为期限届满日,该月无相应日的,以该月最后一日为期限届满日。

【期限计算示例】

美国苹果公司2002年10月18日在中国申请注册商标“IPHONE”,初审公告日为2003年8月21日,注册公告日为2003年11月21日,则该商标专用权的有效期为2003年11月21日-2013年11月20日,期限届满日为2013年11月20日。

上述商标有效期满,如果办理续展手续,应当在2012年11月21日-2013年11月20日办理并缴纳续展费用,若在此期间未能办理,则应当在宽限期2013年11月21日-2013年5月20日内办理续展手续,并缴纳续展费用和延迟费。

商标续展后,有效期从2013年11月21日开始计算10年,则该商标权的有效期为2013年11月21日-2023年11月20日,期限届满日为2023年11月20日。

4. 宽展期内侵权处理(《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第5条)

商标注册人或者利害关系人在注册商标续展宽展期内提出续展申请,未获核准前,以他人侵犯其注册商标专用权提起诉讼的,人民法院应当受理。

二、注册商标转让(《商标法》第42条,《商标条例》第31条第1款,《商标条例》第17条第2款)

①转让注册商标的,转让人和受让人应当签订转让协议,并共同向商标局提出申请。受让人应当保

证使用该注册商标的商品质量。

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

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

转让注册商标经核准后，予以公告。受让人自公告之日起享有商标专用权。

②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。

③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。

三、注册商标使用许可

1. 注册商标的许可(《商标法》第43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。

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

2. 许可种类(《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第3条第1款)

商标使用许可包括以下三类：

①独占使用许可；

②排他使用许可；

③普通使用许可。

3. 被许可人诉讼权利(《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第4条第2款)

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。

第四章 注册商标专用权的消灭

一、注册商标的注销(《商标条例》第73条)

1. 申请注销

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》。

2. 期满注销

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，经商标局核准注销的，

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。

二、注册商标的无效宣告

1. 注册不当的无效程序(《商标法》第44条)

(1) 无效理由

已经注册的商标，违反以下规定的，或者是以欺骗手段或者其他不正当手段取得注册的，由商标局宣告该注册商标无效；其他单位或者个人可以请求商标评审委员会宣告该注册商标无效：

①自然人、法人或者其他组织在生产经营活动中，对其商品或者服务需要取得商标专用权的，应当向商标局申请商标注册。不以使用为目的的恶意商标注册申请，应当予以驳回。【《商标法》第4条第1款】

②不得作为商标使用的标志。【《商标法》第10条】

③不得作为商标注册的标志。【《商标法》第11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。【《商标法》第12条】

⑤商标代理机构除对其代理服务申请商标注册外，不得申请注册其他商标。【《商标法》第19条第4款】

(2) 商标局做出的宣告注册商标无效及救济

商标局做出宣告注册商标无效的决定，应当书面通知当事人。当事人对商标局的决定不服的，可以自收到通知之日起15日内向商标评审委员会申请复审。当事人对商标评审委员会的决定不服的，可以自收到通知之日起30日内向人民法院起诉。

(3) 商标评审委员会做出的宣告注册商标无效及救济

商标评审委员会收到申请后，应当书面通知有关当事人，并限期提出答辩。

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

2. 损害他人合法权益的无效程序(《商标法》第45条)

(1) 无效理由

已经注册的商标，违反以下规定的，自商标注册之日起5年内，在先权利人或者利害关系人可以请求商标评审委员会宣告该注册商标无效：

①就相同或者类似商品申请注册的商标是复制、摹仿或者翻译他人未在中国注册的驰名商标，容易导致混淆的，不予注册并禁止使用。【《商标法》第13条第2款】

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

③未经授权，代理人或者代表人以自己的名义将被代理人或者被代表人的商标进行注册，被代理人

或者被代表人提出异议的，不予注册并禁止使用。【《商标法》第15条第1款】

④就同一种商品或者类似商品申请注册的商标与他人在先使用的未注册商标相同或者近似，申请人与该他人具有其他的合同、业务往来关系或者其他关系而明知该他人商标存在，该他人提出异议的，不予注册。【《商标法》第15条第2款】

⑤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。【《商标法》第16条第1款】

⑥申请注册的商标，凡不符合商标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。【《商标法》第30条】

⑦两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。【《商标法》第31条】

⑧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。【《商标法》第32条】

对恶意注册的，驰名商标所有人不受5年的时间限制。

(2) 无效程序

商标评审委员会收到宣告注册商标无效的申请后，应当书面通知有关当事人，并限期提出答辩。

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

3. 无效的法律效力(《商标法》第47条)

宣告无效的注册商标，由商标局予以公告，该注册商标专用权视为自始即不存在。

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

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

三、对商标使用的管理

1. 商标使用原则(《商标法》第7条)

申请注册和使用商标，应当遵循诚实信用原则。

商标使用人应当对其使用商标的商品质量负责。各级工商行政管理部门应当通过商标管理，制止欺骗消费者的行为。

2. 商标使用(《商标法》第48条)

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

3. 未注册商标的使用管理(《商标法》第6、51条)

法律、行政法规规定必须使用注册商标的商品,未使用注册商标的,由地方工商行政管理部门责令限期申请注册,违法经营额5万元以上的,可以处违法经营额20%以下的罚款,没有违法经营额或者违法经营额不足5万元的,可以处1万元以下的罚款。

4. 冒充注册商标的法律责任(《商标法》第52条)

将未注册商标冒充注册商标使用的,或者有不得作为商标使用的标志情形的,由地方工商行政管理部门予以制止,限期改正,并可以予以通报,违法经营额5万元以上的,可以处违法经营额20%以下的罚款,没有违法经营额或者违法经营额不足5万元的,可以处1万元以下的罚款。

5. 注册标记(《商标条例》第63条)

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。

注册标记包括注和R。使用注册标记,应当标注在商标的右上角或者右下角。

四、商标的撤销

1. 撤销

(1) 商标局撤销(《商标法》第49条第1款)

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

(2) 依申请撤销(《商标法》第49条第2款)

注册商标成为其核定使用的商品的通用名称或者没有正当理由连续3年不使用的,任何单位或者个人可以向商标局申请撤销该注册商标。

2. 撤销救济程序(《商标法》第54条)

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

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

3. 撤销的生效(《商标法》第55条)

法定期限届满,当事人对商标局做出的撤销注册商标的决定不申请复审或者对商标评审委员会做出的复审决定不向人民法院起诉的,撤销注册商标的决定、复审决定生效。

被撤销的注册商标,由商标局予以公告,该注册商标专用权自公告之日起终止。

4. 一年之内不核准(《商标法》第50条)

注册商标被撤销、被宣告无效或者期满不再续展的,自撤销、宣告无效或者注销之日起1年内,商标局对与该商标相同或者近似的商标注册申请,不予核准。

5. 部分指定商品撤销和无效(《商标条例》第68条)

商标局、商标评审委员会撤销注册商标或者宣告注册商标无效,撤销或者宣告无效的理由仅及于部分指定商品的,对在该部分指定商品上使用的商标注册予以撤销或者宣告无效。

第五章 注册商标专用权的保护

一、侵犯注册商标专用权的行为及商标权的限制

1. 保护范围(《商标法》第56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。

2. 侵权情形(《商标法》第57条，《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第1条，《商标条例》第75、76条)

有下列行为之一的，均属侵犯注册商标专用权：

①未经商标注册人的许可，在同一种商品上使用与其注册商标相同的商标的；

②未经商标注册人的许可，在同一种商品上使用与其注册商标近似的商标，或者在类似商品上使用与其注册商标相同或者近似的商标，容易导致混淆的，包括：

在同一种商品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；

③销售侵犯注册商标专用权的商品的；

④伪造、擅自制造他人注册商标标识或者销售伪造、擅自制造的注册商标标识的；

⑤未经商标注册人同意，更换其注册商标并将该更换商标的商品又投入市场的；

⑥故意为侵犯他人商标专用权行为提供便利条件，帮助他人实施侵犯商标专用权行为的，包括：为侵犯他人商标专用权提供仓储、运输、邮寄、印制、隐匿、经营场所、网络商品交易平台等；

⑦给他人的注册商标专用权造成其他损害的，包括：

a. 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；

b. 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相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；

c. 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。

3. 商标权的限制(《商标法》第59条)

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

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

商标注册人申请商标注册前，他人已经在同一种商品或者类似商品上先于商标注册人使用与注册商标相同或者近似并有一定影响的商标的，注册商标专用权人无权禁止该使用人在原使用范围内继续使用

该商标，但可以要求其附加适当区别标识。

二、侵权纠纷的解决

1. 侵权处理(《商标法》第60条第1款，最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第4条第1款)

侵犯注册商标专用权，引起纠纷的，由当事人协商解决；不愿协商或者协商不成的，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。

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。

2. 诉前临时措施(《商标法》第65条)

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

3. 诉前证据保全(《商标法》第66条)

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

4. 司法移送(《商标法》第61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。

5. 行政职权(《商标法》第62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：

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

三、侵犯注册商标专用权的法律责任

1. 侵权责任(《商标法》第63条)

(1) 赔偿数额的确定

侵犯商标专用权的赔偿数额，按照权利人因被侵权所受到的实际损失确定；实际损失难以确定的，可以按照侵权人因侵权所获得的利益确定；权利人的损失或者侵权人获得的利益难以确定的，参照该商标许可使用费的倍数合理确定。对恶意侵犯商标专用权，情节严重的，可以在按照上述方法确定数额的1倍以上5倍以下确定赔偿数额。赔偿数额应当包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支。

(2) 涉及确定赔偿数额的举证妨碍制度

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

(3) 法定赔偿额

权利人因被侵权所受到的实际损失、侵权人因侵权所获得的利益、注册商标许可使用费难以确定的，由人民法院根据侵权行为的情节判决给予500万元以下的赔偿。

(4) 对假冒注册商标的商品的处理

人民法院审理商标纠纷案件，应权利人请求，对属于假冒注册商标的商品，除特殊情况外，责令销毁；对主要用于制造假冒注册商标的商品的材料、工具，责令销毁，且不予补偿；或者在特殊情况下，责令禁止前述材料、工具进入商业渠道，且不予补偿。

假冒注册商标的商品不得在仅去除假冒注册商标后进入商业渠道。

2. 不承担赔偿责任的情形(《商标法》第64条)

注册商标专用权人请求赔偿，被控侵权人以注册商标专用权人未使用注册商标提出抗辩的，人民法院可以要求注册商标专用权人提供此前3年内实际使用该注册商标的证据。注册商标专用权人不能证明此前3年内实际使用过该注册商标，也不能证明因侵权行为受到其他损失的，被控侵权人不承担赔偿责任。

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

3. 行政责任(《商标法》第60条第2款)

工商行政管理部门处理时，认定侵权行为成立的，责令立即停止侵权行为，没收、销毁侵权商品和主要用于制造侵权商品、伪造注册商标标识的工具，违法经营额5万元以上的，可以处违法经营额5倍以下的罚款，没有违法经营额或者违法经营额不足5万元的，可以处25万元以下的罚款。对5年内实施两次以上商标侵权行为或者有其他严重情节的，应当从重处罚。销售不知道是侵犯注册商标专用权的商品，能证明该商品是自己合法取得并说明提供者的，由工商行政管理部门责令停止销售。

4. 刑事责任(《商标法》第67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。

第六章 驰名商标制度

一、驰名商标的含义及认定

1. 驰名商标认定（《商标法》第14条第1-4款，《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第22条第1款）

驰名商标应当根据当事人的请求，作为处理涉及商标案件需要认定的事实进行认定。认定驰名商标应当考虑下列因素：

- ①相关公众对该商标的知晓程度；
- ②该商标使用的持续时间；
- ③该商标的任何宣传工作的持续时间、程度和地理范围；
- ④该商标作为驰名商标受保护的记录；
- ⑤该商标驰名的其他因素。

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

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

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

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。

2. 驰名商标使用（《商标法》第14条第5款，第53条）

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

违反上述规定的，由地方工商行政管理部门责令改正，处10万元罚款。

二、驰名商标的特殊保护（《商标法》第13条）

为相关公众所熟知的商标，持有人认为其权利受到侵害时，可以依照《商标法》规定请求驰名商标保护。

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

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

第七章 商标国际注册

1. 商标国际注册的含义(《商标条例》第34条)

商标法规定的商标国际注册,是指根据《商标国际注册马德里协定》(以下简称马德里协定)、《商标国际注册马德里协定有关议定书》(以下简称马德里议定书)及《商标国际注册马德里协定及该协定有关议定书的共同实施细则》的规定办理的马德里商标国际注册。

马德里商标国际注册申请包括以中国为原属国的商标国际注册申请、指定中国的领土延伸申请及其他有关的申请。

2. 以中国为原属国的条件(《商标条例》第35条)

以中国为原属国申请商标国际注册的,应当在中国设有真实有效的营业所,或者在中国有住所,或者拥有中国国籍。

3. 申请依据(《商标条例》第36条)

①申请人的商标已在商标局获得注册的,可以根据马德里协定申请办理该商标的国际注册。

②申请人的商标已在商标局获得注册,或者已向商标局提出商标注册申请并被受理的,可以根据马德里议定书申请办理该商标的国际注册。

4. 提交方式(《商标条例》第37条)

①以中国为原属国申请商标国际注册的,应当通过商标局向世界知识产权组织国际局(以下简称国际局)申请办理。

②以中国为原属国的,与马德里协定有关的商标国际注册的后期指定、放弃、注销,应当通过商标局向国际局申请办理;与马德里协定有关的商标国际注册的转让、删减、变更、续展,可以通过商标局向国际局申请办理,也可以直接向国际局申请办理。

以中国为原属国的,与马德里议定书有关的商标国际注册的后期指定、转让、删减、放弃、注销、变更、续展,可以通过商标局向国际局申请办理,也可以直接向国际局申请办理。

5. 商标国际注册申请的指定范围(《商标条例》第39条)

商标国际注册申请指定的商品或者服务不得超出国内基础申请或者基础注册的商品或者服务的范围。

专题七

著作权法

每年涉及著作权法的试题有14-15题左右，属于重点需要掌握的科目。本专题涉及《中华人民共和国著作权法》（以下简称“《著作权法》”，2020年修订）、《中华人民共和国著作权法实施条例》（以下简称“《著作权条例》”）、《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》（以下简称“《著作权纠纷解释》”）、《计算机软件保护条例》（以下简称“《软件条例》”）、《信息网络传播权保护条例》（以下简称“《网络传播条例》”）。考生应当重点掌握《著作权法》中的规定。

第一章 著作权的客体

1. 保护客体（《著作权法》第3条，《著作权条例》第4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一定形式表现的智力成果，包括：

①文字作品；

文字作品，是指小说、诗词、散文、论文等以文字形式表现的作品。

②口述作品；

口述作品，是指即兴的演说、授课、法庭辩论等以口头语言形式表现的作品。

③音乐、戏剧、曲艺、舞蹈、杂技艺术作品；

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

④美术、建筑作品；

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

⑤摄影作品；

摄影作品，是指借助器械在感光材料或者其他介质上记录客观物体形象的艺术作品。

⑥视听作品；

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

⑦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；

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；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。

⑧计算机软件；

计算机软件，包括程序和文档。

⑨符合作品特征的其他智力成果。

2. 不受著作权法保护的對象（《著作权法》第5条）

著作权法不适用于：

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

译文；

②单纯事实消息；

③历法、通用数表、通用表格和公式。

第二章 著作权的主体

一、著作权主体范围

1. 主体（《著作权法》第2条）

①中国公民、法人或者非法人组织的作品，不论是否发表，依照著作权法享有著作权。

②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，受著作权法保护。

③外国人、无国籍人的作品首先在中国境内出版的，依照著作权法享有著作权。

④未与中国签订协议或者共同参加国际条约的国家的作者以及无国籍人的作品首次在中国参加的国际条约的成员国出版的，或者在成员国和非成员国同时出版的，受著作权法保护。

2. 产生与受保护时间（《著作权条例》第6-8条）

①著作权自作品创作完成之日起产生。

②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。

③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。

相关法专题讲座

2024年专利代理师资格考试

二、一般作品的著作权人

1. 著作权人(《著作权法》第11条,《著作权法》第12条第1款)

①著作权属于作者,著作权法另有规定的除外。

②创作作品的自然人是作者。

③由法人或者非法人组织主持,代表法人或者非法人组织意志创作,并由法人或者非法人组织承担责任的作品,法人或者非法人组织视为作者(例如:单位年终总结,绩效管理办法,专利质量管理办法等)。

④在作品上署名的自然人、法人或者非法人组织为作者,且该作品上存在相应权利,但有相反证明的除外。

2. 创作的含义(《著作权条例》第3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。

3. 著作权集体管理组织(《著作权法》第8条第1、2款)

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。依法设立的著作权集体管理组织是非营利法人,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、调解活动。

著作权集体管理组织根据授权向使用者收取使用费。使用费的收取标准由著作权集体管理组织和使用者代表协商确定,协商不成的,可以向国家著作权主管部门申请裁决,对裁决不服的,可以向人民法院提起诉讼;当事人也可以直接向人民法院提起诉讼。

三、特殊作品的著作权人

1. 演绎作品(《著作权法》第13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(《著作权法》第14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。

①合作作品不能分割使用的

著作权由合作作者通过协商一致行使;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、许可他人专有使用、出质以外的其他权利,但是所得收益应当合理分配给所有合作作者。

②合作作品可以分割使用的

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

3. 汇编作品(《著作权法》第15条)

汇编若干作品、作品的片段或者不构成作品的数据或者其他材料,对其内容的选择或者编排体现独创性的作品,为汇编作品,其著作权由汇编人享有,但行使著作权时,不得侵犯原作品的著作权。

4. 视听作品（《著作权法》第17条）

①视听作品中的电影作品、电视剧作品的著作权由制作者享有，但编剧、导演、摄影、作词、作曲等作者享有署名权，并有权按照与制作者签订的合同获得报酬。

②其他的视听作品的著作权归属由当事人约定；没有约定或者约定不明确的，由制作者享有，但作者享有署名权和获得报酬的权利。

③视听作品中的剧本、音乐等可以单独使用的作品的作者有权单独行使其著作权。

5. 职务作品（《著作权法》第18条）

自然人为完成法人或者非法人组织工作任务所创作的作品是职务作品。

（1）一般职务作品

著作权由作者享有，但法人或者非法人组织有权在其业务范围内优先使用。作品完成2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

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非法人组织享有，法人或者非法人组织可以给予作者奖励：

①主要是利用法人或者非法人组织的物质技术条件创作，并由法人或者非法人组织承担责任的工程设计图、产品设计图、地图、示意图、计算机软件等职务作品；

②报社、期刊社、通讯社、广播电台、电视台的工作人员创作的职务作品；

③法律、行政法规规定或者合同约定著作权由法人或者非法人组织享有的职务作品。

6. 委托作品

（1）一般委托作品（《著作权法》第19条，《著作权纠纷解释》第12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。

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。

（2）自传体作品（《著作权纠纷解释》第14条）

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

7. 原件所有权转移的作品（《著作权法》第20条第1款）

作品原件所有权的转移，不改变作品著作权的归属，但美术、摄影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（《著作权条例》第13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。

第三章 著作权的内容

一、著作人身权和财产权

1. 著作人身权

(1) 著作人身权(《著作权法》第10条第1款第一至四项、《著作权条例》第17条)

①发表权，即决定作品是否公之于众的权利；

发表权只能行使一次：作者生前未发表的作品，如果作者未明确表示不发表，作者死亡后50年内，其发表权可由继承人或者受遗赠人行使；没有继承人又无人受遗赠的，由作品原件的所有人行使。

②署名权，即表明作者身份，在作品上署名的权利；

③修改权，即修改或者授权他人修改作品的权利；

④保护作品完整权，即保护作品不受歪曲、篡改的权利。

(2) 著作人身权的保护(《著作权条例》第15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。

2. 著作财产权(《著作权法》第10条第1款第五至十七项)

①复制权，即以印刷、复印、拓印、录音、录像、翻录、翻拍、数字化等方式将作品制作一份或者多份的权利；

②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；

③出租权，即有偿许可他人临时使用视听作品、计算机软件的原件或者复制件的权利，计算机软件不是出租的主要标的的除外；

④展览权，即公开陈列美术作品、摄影作品的原件或者复制件的权利；

⑤表演权，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；

表演权	活表演	许可他人公开表演作品(演奏乐曲、演唱歌曲、上演剧本、朗诵诗歌、表演舞蹈)并收取报酬
	机械表演	许可他人利用机器设备向公众传播(营业性场所背景音乐)并收取报酬

⑥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、视听作品等的权利；

⑦广播权，即以有线或者无线方式公开传播或者转播作品，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(信息网络传播权除外)；

⑧信息网络传播权，即以有线或者无线方式向公众提供，使公众可以在其选定的时间和地点获得作品的权利；

⑨摄制权，即以摄制视听作品的方法将作品固定在载体上的权利；

- ⑩改编权，即改变作品，创作出具有独创性的新作品的权利；
- ⑪翻译权，即将作品从一种语言文字转换成另一种语言文字的权利；
- ⑫汇编权，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；
- ⑬应当由著作权人享有的其他权利。

二、著作权的保护期

1. 无保护期限的人身权（《著作权法》第22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。

2. 财产权及发表权的期限（《著作权法》第23、65条）

①自然人的作品，其发表权、著作财产权的保护期为作者终生及其死亡后50年，截止于作者死亡后第50年的12月31日；如果是合作作品，截止于最后死亡的作者死亡后第50年的12月31日。

②法人或者非法人组织的作品、著作权（署名权除外）由法人或者非法人组织享有的职务作品，其发表权的保护期为50年，截止于作品创作完成后第50年的12月31日；著作财产权的保护期为50年，截止于作品首次发表后第50年的12月31日，但作品自创作完成后50年内未发表的，不再保护。

③视听作品，其发表权的保护期为50年，截止于作品创作完成后第50年的12月31日；著作财产权的保护期为50年，截止于作品首次发表后第50年的12月31日，但作品自创作完成后50年内未发表的，不再保护。

④自然人摄影作品的发表权、著作财产权，保护期为作者终生及其死亡后50年，截止于作者死亡后第50年的12月31日。

三、著作权的限制

1. 合理使用（《著作权法》第24条第1款）

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或者名称、作品名称，并且不得影响该作品的正常使用，也不得不合理地损害著作权人的合法权益：

- ①为个人学习、研究或者欣赏，使用他人已经发表的作品；
- ②为介绍、评论某一作品或者说明某一问题，在作品中适当引用他人已经发表的作品；
- ③为报道新闻，在报纸、期刊、广播电台、电视台等媒体中不可避免地再现或者引用已经发表的作品；
- ④报纸、期刊、广播电台、电视台等媒体刊登或者播放其他报纸、期刊、广播电台、电视台等媒体已经发表的关于政治、经济、宗教问题的时事性文章，但著作权人声明不许刊登、播放的除外；
- ⑤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；
- ⑥为学校课堂教学或者科学研究，翻译、改编、汇编、播放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；
- ⑦国家机关为执行公务在合理范围内使用已经发表的作品；
- ⑧图书馆、档案馆、纪念馆、博物馆、美术馆、文化馆等为陈列或者保存版本的需要，复制本馆收藏的

作品；

⑨免费表演已经发表的作品，该表演未向公众收取费用，也未向表演者支付报酬且不以营利为目的；

⑩对设置或者陈列在公共场所的艺术作品进行临摹、绘画、摄影、录像；

⑪将中国公民、法人或者非法人组织已经发表的以国家通用语言文字创作的作品翻译成少数民族语言文字作品在国内出版发行；

⑫以阅读障碍者能够感知的无障碍方式向其提供已经发表的作品；

⑬法律、行政法规规定的其他情形。

2. 法定许可(《著作权法》第25条第1款)

为实施义务教育和国家教育规划而编写出版教科书，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、图形作品，但应当按照规定向著作权人支付报酬，指明作者姓名或者名称、作品名称，并且不得侵犯著作权人依照著作权法享有的其他权利。

四、著作权的许可、转让和质押

1. 许可(《著作权法》第26条)

使用他人作品应当同著作权人订立许可使用合同，著作权法规定可以不经许可的除外。

2. 转让(《著作权法》第27条第1款)

转让著作财产权的，应当订立书面合同。

3. 未明确的权利不得使用(《著作权法》第29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。

4. 质押(《著作权法》第28条)

以著作权中的财产权出质的，由出质人和质权人依法办理出质登记。

第四章 与著作权相关的权利

一、与著作权相关权利的概念(《著作权条例》第26条)

与著作权有关的权益(又称邻接权、著作邻接权或作品传播者权，是在传播作品的基础上产生类似著作权的权利)，是指出版者对其出版的图书和期刊的版式设计享有的权利，表演者对其表演享有的权利，录音录像制作者对其制作的录音录像制品享有的权利，广播电台、电视台对其播放的广播、电视节目享有的权利。

二、图书出版者

1. 出版者的权利

(1) 专有出版权(《著作权法》第33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。

(2) 版式设计权(《著作权法》第37条)

出版者有权许可或者禁止他人使用其出版的图书、期刊的版式设计。

版式设计权利的保护期为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。

(3) 作品的修改、删节权(《著作权法》第36条第1款)

图书出版者经作者许可,可以对作品修改、删节。

2. 出版者的义务

(1) 支付报酬(《著作权法》第32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。

(2) 保证出版质量和期限(《著作权法》第34条第1款)

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。

(3) 重印再版(《著作权法》第34条第3款)

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。

三、报刊出版者的权利和义务

1. 投稿转载(《著作权法》第35条)

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。

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。

2. 修改删节权(《著作权法》第36条第2款)

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。

四、表演者的权利和义务

1. 表演者权利(《著作权法》第39条第1款)

表演者对其表演享有下列权利:

① 表明表演者身份;

相关法专题讲座

2024年专利代理师资格考试

- ②保护表演形象不受歪曲；
- ③许可他人从现场直播和公开传送其现场表演，并获得报酬；
- ④许可他人录音录像，并获得报酬；
- ⑤许可他人复制、发行、出租录有其表演的录音录像制品，并获得报酬；
- ⑥许可他人通过信息网络向公众传播其表演，并获得报酬。

2. 表演者义务(《著作权法》第38条，《著作权法》第16条)

使用他人作品演出，表演者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、汇编已有作品而产生的作品进行演出，应当取得该作品的著作权人和原作品的著作权人许可，并支付报酬。

3. 表演者权利保护期(《著作权法》第41条)

- ①表演者人身权(表明表演者身份、保护表演形象不受歪曲)的保护期不受限制；
- ②表演者财产权的保护期为50年，截止于该表演发生后第50年的12月31日。

4. 职务演出权利归属(《著作权法》第40条)

演员为完成本演出单位的演出任务进行的表演为职务表演，演员享有表明身份和保护表演形象不受歪曲的权利，其他权利归属由当事人约定。当事人没有约定或者约定不明确的，职务表演的权利由演出单位享有。

五、音像制作者的权利和义务

1. 音像制作者的义务(《著作权法》第42条第1款、第16条、第43条)

- ①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。
- ②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。

- ③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。

2. 法定许可(《著作权法》第42条第2款)

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

3. 音像制作者的权利及保护期(《著作权法》第44、45条)

- 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；

- ②将录音制品用于有线或者无线公开传播，或者通过传送声音的技术设备向公众公开播送的，应当向录音制作者支付报酬；

- ③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。

六、广播电台、电视台播放者的权利和义务

1. 广播电台、电视台的权利(《著作权法》第47条第1、3款)

广播电台、电视台有权禁止未经其许可的下列行为:

- ①将其播放的广播、电视以有线或者无线方式转播;
- ②将其播放的广播、电视录制以及复制;
- ③将其播放的广播、电视通过信息网络向公众传播。

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

2. 广播电台、电视台的义务

(1) 播放一般作品(《著作权法》第46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,但应当按照规定支付报酬。

(2) 播放视听作品、录像制品(《著作权法》第48条)

电视台播放他人的视听作品,应当取得视听作品著作权人许可,并支付报酬;

播放他人的录像制品,应当取得录像制作者以及著作权人许可,并支付报酬。

第五章 著作权及其相关权利的保护

一、权利保护

1. 技术措施(《著作权法》第49条)

技术措施,是指用于防止、限制未经权利人许可浏览、欣赏作品、表演、录音录像制品或者通过信息网络向公众提供作品、表演、录音录像制品的有效技术、装置或者部件。

为保护著作权和与著作权有关的权利,权利人可以采取技术措施。

未经权利人许可,任何组织或者个人不得故意避开或者破坏技术措施,不得以避开或者破坏技术措施为目的制造、进口或者向公众提供有关装置或者部件,不得故意为他人避开或者破坏技术措施提供技术服务。但是,法律、行政法规规定可以避开的情形除外。

2. 可以避开技术措施的特定情形及限制(《著作权法》第50条)

下列情形可以避开技术措施,但不得向他人提供避开技术措施的技术、装置或者部件,不得侵犯权利人依法享有的其他权利:

①为学校课堂教学或者科学研究,提供少量已经发表的作品,供教学或者科研人员使用,而该作品无法通过正常途径获取;

②不以营利为目的,以阅读障碍者能够感知的无障碍方式向其提供已经发表的作品,而该作品无法通过正常途径获取;

③国家机关依照行政、监察、司法程序执行公务;

相关法专题讲座

2024年专利代理师资格考试

④对计算机及其系统或者网络的安全性能进行测试；

⑤进行加密研究或者计算机软件反向工程研究。

以上规定适用于对与著作权有关的权利的限制。

3. 禁止破坏权利信息(《著作权法》第51条)

未经权利人许可，不得进行下列行为：

①故意删除或者改变作品、版式设计、表演、录音录像制品或者广播、电视上的权利管理信息，但由于技术上的原因无法避免的除外；

②知道或者应当知道作品、版式设计、表演、录音录像制品或者广播、电视上的权利管理信息未经许可被删除或者改变，仍然向公众提供。

二、侵犯著作权及其相关权利的行为及承担责任的方式

1. 损害著作权人利益(《著作权法》第52条)

(1) 侵权行为

①未经著作权人许可，发表其作品；

②未经合作作者许可，与他人合作创作的作品当作自己单独创作的作品发表；

③没有参加创作，为谋取个人名利，在他人作品上署名；

④歪曲、篡改他人作品；

⑤剽窃他人作品；

⑥未经著作权人许可，以展览、摄制视听作品的方法使用作品，或者以改编、翻译、注释等方式使用作品；

⑦使用他人作品，应当支付报酬而未支付；

⑧未经视听作品、计算机软件、录音录像制品的著作权人、表演者或者录音录像制作者许可，出租其作品或者录音录像制品的原件或者复制件；

⑨未经出版者许可，使用其出版的图书、期刊的版式设计；

⑩未经表演者许可，从现场直播或者公开传送其现场表演，或者录制其表演；

⑪其他侵犯著作权以及与著作权有关的权利的行为。

(2) 责任承担

承担停止侵害、消除影响、赔礼道歉、赔偿损失等民事责任。

2. 损害著作权人利益和社会公共利益(《著作权法》第53条)

(1) 侵权行为

①未经著作权人许可，复制、发行、表演、放映、广播、汇编、通过信息网络向公众传播其作品；

②出版他人享有专有出版权的图书的；

③未经表演者许可，复制、发行录有其表演的录音录像制品，或者通过信息网络向公众传播其表演；

④未经录音录像制作者许可，复制、发行、通过信息网络向公众传播其制作的录音录像制品；

⑤未经许可，播放、复制或者通过信息网络向公众传播广播、电视；

⑥未经著作权人或者与著作权有关的权利人许可，故意避开或者破坏技术措施的，故意制造、进口或者向他人提供主要用于避开、破坏技术措施的装置或者部件的，或者故意为他人避开或者破坏技术措施提供技术服务；

⑦未经著作权人或者与著作权有关的权利人许可，故意删除或者改变作品、版式设计、表演、录音录像制品或者广播、电视上的权利管理信息，知道或者应当知道作品、版式设计、表演、录音录像制品或者广播、电视上的权利管理信息未经许可被删除或者改变，仍然向公众提供；

⑧制作、出售假冒他人署名的作品的。

(2) 责任承担

民事责任；同时损害公共利益的，由主管著作权的部门责令停止侵权行为，予以警告，没收违法所得，没收、无害化销毁处理侵权复制品以及主要用于制作侵权复制品的材料、工具、设备等，违法经营额5万元以上的，可以并处违法经营额1倍以上5倍以下的罚款；没有违法经营额、违法经营额难以计算或者不足5万元的，可以并处25万元以下的罚款；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

三、侵权赔偿计算(《著作权法》第54条)

侵犯著作权或者与著作权有关的权利的，侵权人应当按照权利人因此受到的实际损失或者侵权人的违法所得给予赔偿；权利人的实际损失或者侵权人的违法所得难以计算的，可以参照该权利使用费给予赔偿。对故意侵犯著作权或者与著作权有关的权利，情节严重的，可以在按照上述方法确定数额的1倍以上5倍以下给予赔偿。

权利人的实际损失、侵权人的违法所得、权利使用费难以计算的，由人民法院根据侵权行为的情节，判决给予500元以上500万元以下的赔偿。

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。

人民法院为确定赔偿数额，在权利人已经尽了必要举证责任，而与侵权行为相关的账簿、资料等主要由侵权人掌握的，可以责令侵权人提供与侵权行为相关的账簿、资料等；侵权人不提供，或者提供虚假的账簿、资料等的，人民法院可以参考权利人的主张和提供的证据确定赔偿数额。

人民法院审理著作权纠纷案件，应权利人请求，对侵权复制品，除特殊情况外，责令销毁；对主要用于制造侵权复制品的材料、工具、设备等，责令销毁，且不予补偿；或者在特殊情况下，责令禁止前述材料、工具、设备等进入商业渠道，且不予补偿。

四、民事程序

1. 诉前保全(《著作权法》第56条)

著作权人或者与著作权有关的权利人有证据证明他人正在实施或者即将实施侵犯其权利、妨碍其实现权利的行为，如不及时制止将会使其合法权益受到难以弥补的损害的，可以在起诉前依法向人民法院申请采取财产保全、责令作出一定行为或者禁止作出一定行为等措施。

相关法专题讲座

2024年专利代理师资格考试

2. 诉前证据保全(《著作权法》第57条)

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

3. 法院没收权(《著作权法》第58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。

4. 举证责任(《著作权法》第59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视听作品、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。

在诉讼程序中,被诉侵权人主张其不承担侵权责任的,应当提供证据证明已经取得权利人的许可,或者具有著作权法规定的不经权利人许可而可以使用的情形。

5. 调解仲裁(《著作权法》第60条)

著作权纠纷可以调解,也可以根据当事人达成的书面仲裁协议或者著作权合同中的仲裁条款,向仲裁机构申请仲裁。

当事人没有书面仲裁协议,也没有在著作权合同中订立仲裁条款的,可以直接向人民法院起诉。

第六章 计算机软件著作权的特殊规定

一、软件著作权的客体

1. 软件客体(《软件条例》第2条,第4条)

计算机软件,是指计算机程序及其有关文档。

受保护的软件必须由开发者独立开发,并已固定在某种有形物体上。

2. 保护客体(《软件条例》第6条)

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、软件著作权人的确定

1. 软件开发(《软件条例》第9条)

软件著作权属于软件开发者,软件条例另有规定的除外。

如无相反证明,在软件上署名的自然人、法人或者其他组织为开发者。

2. 合作开发(《软件条例》第10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(《软件条例》第11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(《软件条例》第12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(《软件条例》第13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：

- ①针对本职工作中明确指定的开发目标所开发的软件；
- ②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；
- ③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。

三、软件著作权的内容及期限

1. 权利内容(《软件条例》第8条)

软件著作权人享有下列各项权利：

- ①发表权，即决定软件是否公之于众的权利；
- ②署名权，即表明开发者身份，在软件上署名的权利；
- ③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；
- ④复制权，即将软件制作一份或者多份的权利；
- ⑤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；
- 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；
- ⑦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；
- ⑧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；
- ⑨应当由软件著作权人享有的其他权利。

软件著作权人可以许可他人行使其软件著作权，并有权获得报酬。

软件著作权人可以全部或者部分转让其软件著作权，并有权获得报酬。

【提示】软件著作权中不包括保护作品完整权，软件使用人可以修改软件以适用实际要求。

相关法专题讲座

2024年专利代理师资格考试

2. 保护期(《软件条例》第14条)

软件著作权自软件开发完成之日起产生。

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

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

四、对软件著作权的限制

1. 软件的合法复制品所有人享有的权利(《软件条例》第16条)

软件的合法复制品所有人享有下列权利：

①根据使用的需要把该软件装入计算机等具有信息处理能力的装置内；

②为了防止复制品损坏而制作备份复制品。这些备份复制品不得通过任何方式提供给他人使用，并在所有人丧失该合法复制品的所有权时，负责将备份复制品销毁；

③为了把该软件用于实际的计算机应用环境或者改进其功能、性能而进行必要的修改；但是，除合同另有约定外，未经该软件著作权人许可，不得向任何第三方提供修改后的软件。

2. 为学习、研究目的使用(《软件条例》第17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. 表达形式相似软件不构成对著作权的侵权(《软件条例》第29条)

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

4. 不承担赔偿责任的使用情形(《软件条例》第30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。

五、软件登记的效力

1. 登记(《软件条例》第7条第1款)

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。

2. 许可、转让登记(《软件条例》第21条)

订立许可他人专有行使软件著作权的许可合同，或者订立转让软件著作权合同，可以向国务院著作权行政管理部门认定的软件登记机构登记。

第七章 信息网络传播权

本节涉及《信息网络传播权保护条例》内容，此部分仅有个别年份出题，了解练习题内容即可。

一、信息网络传播权的概念

1. 权利主体（《网络传播条例》第1条）

信息网络传播权主体为著作权人、表演者、录音录像制作者、广播电台电视台。

2. 信息网络传播权内容（《网络传播条例》第26条第1款）

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

二、投诉处理（《网络传播条例》第14条-17条）

对提供信息存储空间或者提供搜索、链接服务的网络服务提供者，权利人认为其服务所涉及的作品、表演、录音录像制品，侵犯自己的信息网络传播权或者被删除、改变了自己的权利管理电子信息的，可以要求网络服务提供者删除、或者断开链接。

网络服务提供者应当立即删除涉嫌侵权的作品、表演、录音录像制品，或者断开链接。

服务对象认为其提供的作品、表演、录音录像制品未侵犯他人权利的，可以要求恢复。

网络服务提供者接到服务对象的书面说明后，应当立即恢复。权利人不得再通知网络服务提供者删除该作品、表演、录音录像制品，或者断开与该作品、表演、录音录像制品的相关链接。

附录

【表1】法定许可与合理使用的区别

	法定许可	合理使用
相同点	①使用的作品均为已经发表的作品；②均无须取得权利人的许可。	
不同点	须向权利人支付报酬。	无需支付报酬。

【表2】法定许可的情形

报刊转载法定许可	作品在报纸、期刊上发表后，除著作权人声明不得转载、摘编的外，其他报刊可以转摘或者作为文摘、资料刊登，可以不经著作权人许可，但应当按照规定向著作权人支付报酬。
制作录音制品的法定许可	录音制作者使用他人已经合法录制为录音制品的音乐作品制作录音制品，可以不经著作权人许可，但应当按照规定支付报酬；著作权人声明不许使用的不得使用。
广播组织播放作品法定许可	播放他人已发表的作品，可以不经著作权人许可，但应当按照规定支付报酬。 注意不享有法定许可的情形：广播电台、电视台播放他人的视听作品、录像制品，不适用法定许可。

续 表

编写出版“国家规划”教科书的法定许可	为实施义务教育和国家教育规划而编写出版教科书，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、图形作品，但应当按照规定向著作权人支付报酬，指明作者姓名或者名称、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。
--------------------	---

【表3】著作权保护期

著作权		保护期限	
人身权	发表权	自然人	作者终生至死亡后第50年的12月31日 合作作品，至最后死亡的作者死亡后第50年的12月31日
		单位作者及特殊职务作品	作品创作完成后第50年的12月31日
		视听作品	作品创作完成后第50年的12月31日
	署名权、修改权、保护作品完整权	保护期限不受限制	
财产权	自然人	作者终生至死亡后第50年的12月31日 合作作品，至最后死亡的作者死亡后第50年的12月31日	
	单位作者及特殊职务作品	作品首次发表后第50年的12月31日，但作品自创作完成后50年内未发表的，不再予以保护	
	视听作品	作品首次发表后第50年的12月31日，但作品自创作完成后50年内未发表的，不再予以保护	

【表4】邻接权保护期

邻接权		保护期限
出版者	版式设计权	图书、期刊首次出版后第10年的12月31日
表演者	表明表演者身份；保护表演形象不受歪曲	保护期限不受限制
	表演者财产权	表演发生后的第50年的12月31日
音像制作者	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； 将录音制品用于有线或者无线公开传播，或者通过传送声音的技术设备向公众公开播送，并获得报酬；	制品首次制作完成后第50年的12月31日
广播电台、电视台	禁止将其播放的广播、电视以有线或者无线方式转播、录制以及复制、通过信息网络向公众传播	广播、电视首次播放后第50年的12月31日

【表5】易混淆的作品种类

	内容	权利	广播电台、电视台播放
音乐作品	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	词、曲作者享有著作权	法定许可(不需要获得许可,但要支付报酬)
视听作品	电影,电视连续剧	制作者享有著作权	应当获得视听作品著作权人许可,支付报酬(不需要向原作者获得许可)
	其他视听作品	约定优先,无约定归制作者享有著作权	
录音录像制品 (唱片、光盘承载的声音和连续影像)	录音制品:任何对表演的声音和其他声音的录制品	录音录像制作者享有邻接权	广播电台、电视台播放不需要获得制作者的许可,但是要支付报酬,但声明不许使用的除外
	录像制品:视听作品以外连续相关形象、图像的录制品		广播电台、电视台播放应当获得录像制作者、原著作权人的许可,支付报酬(双重许可)

【表6】表演权和表演者权的区分

表演权	属于著作权,作者享有的财产权	活表演(公开表演作品)	许可他人公开表演(演奏乐曲、演唱歌曲、上演剧本、朗诵诗歌、表演舞蹈)并收取报酬
		机械表演(用各种手段公开播送作品的表演的权利)	许可他人利用机器设备向公众传播(营业性场所背景音乐)并收取报酬
表演者权	属于邻接权,包括人身权和财产权		许可并获得报酬:①他人从现场直播和公开传送其现场表演(半个表演权);②他人录音录像;③复制、发行、出租录有其表演的录音录像制品(无播放);④通过信息网络向公众传播其表演。

【表7】广播电台电视台播放作品需要的许可

作品种类	广播电台电视台是否需要获得许可
一般作品	电台、电视台播放已发表作品,可以不经许可但是应当支付报酬
视听作品	制作者(著作权人)有广播权,电台、电视台播放要经许可,支付报酬
录像制品	原作品以及录像制品制作者有广播权,电台、电视台播放要经双重许可、支付报酬
表演者的表演	现场直播、公开传送其现场表演,要经许可、支付报酬
音乐作品	不需要获得著作权人许可,要支付报酬
录音制品	不需要获得制作者许可,要支付报酬

【表8】出租权总结

视听作品	著作权人有出租权
录音录像制品	录音录像制作者、表演者有出租权,但是音乐著作权人无出租权

相关法专题讲座

2024年专利代理师资格考试

续 表

计算机软件	著作权人有出租权
画册、书、美术作品等	无出租权

【表9】权利及限制汇总案例1：《牡丹之歌》作词者乔羽，作曲者吕远、唐诃，演唱者蒋大为。广州太平洋影音公司组织乐队伴奏并对蒋大为演唱的歌曲进行了录制，发行唱片。

主体	蒋大为开演唱会	唱片公司录制、复制、发行（录音制作者）	超市等营业性场所购买正版光盘播放	曲库收录网络播放（转录后上传网络）	电台播放录制歌曲	另一家唱片公司录制刀郎演唱《牡丹之歌》	某音像店盗入唱片后出租	某电影公司将CD中的演唱作为电影某情节的背景音乐
作词者	应当获得许可并支付报酬（获得现场表演权）	应当获得许可并支付报酬	应当获得许可并支付报酬（获得机械表演权）	应当获得许可并支付报酬（信息网络传播权）	不需要获得许可，但应当支付报酬（法定许可，要付费）	不需要获得许可，但应当支付报酬（声明不允许使用除外）	不需要获得许可，不需要支付报酬（无出租权）	应当获得许可并支付报酬（取得复制权）
作曲者								
演唱者		应当获得许可并支付报酬	不需要获得许可，不需要支付报酬（无表演权）	应当获得许可并支付报酬（信息网络传播权）	不需要获得许可，不需要支付报酬（无广播权）	不需要获得许可，不需要支付报酬	应当获得许可并支付报酬（有出租权）	应当获得许可并支付报酬（表演者的复制权）
唱片公司			不需要获得许可，但应当支付报酬	应当获得许可并支付报酬（信息网络传播权）	不需要获得许可，但应当支付报酬	不需要获得许可，不需要支付报酬	应当获得许可并支付报酬（有出租权）	应当获得许可并支付报酬（录音制作者的复制权）
备注	词曲作者享有著作权，享有表演权（允许表演者表演）。	词曲作者享有复制权（允许唱片复制）。	著作权人享有机械表演权，营业性场所播放CD均需要获得作者的许可并支付报酬。	著作权人及录音制作者、表演者均享有网络传播权。	词曲作者享有广播权，但广播电台有法定许可权，因此广播电台不需要向著作权人获得许可，但要支付报酬；录音录像者也享有广播权需要支付报酬。演唱者享有表演权，只对现场表演享有表演权，对唱片的播放无表演权。	录音制作者使用他人已经合法录制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。	音乐作品著作权人无出租权，表演者和录音录像制作者享有出租权。	电影中使用录音制品，属于复制行为。

【表10】权利及限制汇总案例2:电影《笑傲江湖》之东方不败。

身份	电视台播放电影	电台播放主题曲	爱奇艺上架网络传播
原著作者(金庸,享有原著著作权)	不需要	不需要	不需要
制作者(英属香港金公主娱乐有限公司)电影的著作权	需要获得许可并支付报酬	不需要获得许可,但要支付报酬(录音制品制作者二次获得报酬权)	需要获得许可并支付报酬
导演(程小东)主演(李连杰,关之琳,李嘉欣,林青霞)署名权,获得报酬	不需要	不需要	不需要
编剧(剧本)徐克	不需要	不需要	不需要
词曲作者黄露(著作权)	不需要	不需要获得许可,但要支付报酬	不需要
演唱许冠杰(表演者权)		不需要	

专题八

其他相关法律

第一章 反不正当竞争法

本部分涉及《中华人民共和国反不正当竞争法》(以下简称“《反不正当竞争法》”)《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》(以下简称“《反不正当竞争解释》”)。每年涉及反不正当竞争法1-2道题,集中考查不正当竞争的行为种类、商业秘密的认定。

一、不正当竞争概念(《反不正当竞争法》第2条)

不正当竞争行为,是指经营者在生产经营活动中,违反《反不正当竞争法》规定,扰乱市场竞争秩序,损害其他经营者或者消费者的合法权益的行为。

经营者,是指从事商品生产、经营或者提供服务(以下所称商品包括服务)的自然人、法人和非法人组织。

二、不正当竞争行为

1. 混淆行为引起误认(《反不正当竞争法》第6条)

经营者不得实施下列混淆行为,引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系:

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

2. 商业贿赂(《反不正当竞争法》第7条)

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

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

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

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

3. 虚假宣传(《反不正当竞争法》第8条)

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

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

4. 侵犯商业秘密(《反不正当竞争法》第9条、《反不正当竞争解释》第12条)

(1) 商业秘密的定义

商业秘密，是指不为公众所知悉、具有商业价值并经权利人采取相应保密措施的技术信息、经营信息等商业信息。

(2) 侵犯商业秘密的行为

经营者以及经营者以外的其他自然人、法人和非法人组织不得实施下列侵犯商业秘密的行为：

①以盗窃、贿赂、欺诈、胁迫、电子侵入或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密；

②披露、使用或者允许他人使用以前项手段获取的权利人的商业秘密；

③违反保密义务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；

④教唆、引诱、帮助他人违反保密义务或者违反权利人有关保守商业秘密的要求，获取、披露、使用或者允许他人使用权利人的商业秘密；

⑤第三人明知或者应知商业秘密权利人的员工、前员工或者其他单位、个人实施上述①-④条所列违法行为，仍获取、披露、使用或者允许他人使用该商业秘密的，视为侵犯商业秘密。

(3) 不属于侵犯商业秘密的行为

通过自行开发研制或者反向工程等方式获得的商业秘密，不认定为的侵犯商业秘密行为。

“反向工程”，是指通过技术手段对从公开渠道取得的产品进行拆卸、测绘、分析等而获得该产品的有关技术信息。

5. 不正当有奖销售(《反不正当竞争法》第10条)

经营者进行有奖销售不得存在下列情形：

①所设奖的种类、兑奖条件、奖金金额或者奖品等有奖销售信息不明确，影响兑奖；

②采用谎称有奖或者故意让内定人员中奖的欺骗方式进行有奖销售；

③抽奖式的有奖销售，最高奖的金额超过5万元。

6. 损害商誉(《反不正当竞争法》第11条)

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

7. 干扰网络秩序(《反不正当竞争法》第12条)

经营者利用网络从事生产经营活动，应当遵守《反不正当竞争法》的各项规定。

相关法专题讲座

2024年专利代理师资格考试

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

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

三、侵犯商业秘密的法律责任

经营者违反《反不正当竞争法》规定，应当承担民事责任(参照专利侵权)、行政责任和刑事责任，其财产不足以支付的，优先用于承担民事责任。

第二章 植物新品种保护条例

本部分涉及《中华人民共和国植物新品种保护条例》(以下简称“《植物新品种条例》”)的重点内容。植物新品种部分每年考题约为2道。

一、植物新品种定义(《植物新品种条例》第2条)

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

二、品种权的保护客体和授权条件

1. 国家保护名录(《植物新品种条例》第13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。

2. 新颖性(《植物新品种条例》第14条)

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

3. 特异性(《植物新品种条例》第15条)

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

4. 一致性(《植物新品种条例》第16条)

授予品种权的植物新品种应当具备一致性。一致性，是指申请品种权的植物新品种经过繁殖，除可以预见的变异外，其相关的特征或者特性一致。

5. 稳定性(《植物新品种条例》第17条)

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

6. 适当的名称(《植物新品种条例》第18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:

- ①仅以数字组成的;
- ②违反社会公德的;
- ③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。

三、品种权的归属

1. 职务育种(《植物新品种条例》第7条第1款)

执行本单位的任务或者主要是利用本单位的物质条件所完成的职务育种,植物新品种的申请权属于该单位;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。

2. 委托或合作育种(《植物新品种条例》第7条第2款)

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,品种权属于受委托完成或者共同完成育种的单位或者个人。

四、先申请制(《植物新品种条例》第8条)

一个植物新品种只能授予一项品种权。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。

五、品种权的申请和受理

1. 品种权的申请(《植物新品种条例》第21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。

2. 申请日的确定(《植物新品种条例》第22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。

3. 优先权(《植物新品种条例》第23条)

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,依照该外国同中华人民共和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。

六、品种权的审查和批准

1. 初步审查(《植物新品种条例》第27条)

申请人缴纳申请费后,审批机关对品种权申请的下列内容进行初步审查:

- ①是否属于植物品种保护名录列举的植物属或者种的范围;
- ②是否符合《植物新品种条例》第20条关于外国申请主体的规定;
- ③是否符合新颖性的规定;
- ④植物新品种的命名是否适当。

2. 实质审查

(1) 实质审查内容(《植物新品种条例》第29条)

申请人按照规定缴纳审查费后, 审批机关对品种权申请的特异性、一致性和稳定性进行实质审查。

申请人未按照规定缴纳审查费的, 品种权申请视为撤回。

(2) 实质审查材料(《植物新品种条例》第30条)

审批机关主要依据申请文件和其他有关书面材料进行实质审查。审批机关认为必要时, 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。

因审查需要, 申请人应当根据审批机关的要求提供必要的资料 and 该植物新品种的繁殖材料。

(3) 实质审查结果(《植物新品种条例》第31条)

对经实质审查符合《植物新品种条例》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。

对经实质审查不符合《植物新品种条例》规定的品种权申请, 审批机关予以驳回, 并通知申请人。

七、复审和无效

1. 复审(《植物新品种条例》第32条)

审批机关设立植物新品种复审委员会。

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。

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

2. 无效(《植物新品种条例》第37条)

自审批机关公告授予品种权之日起, 植物新品种复审委员会可以依据职权或者依据任何单位或者个人的书面请求, 对不符合《植物新品种条例》第14条(新颖性)、第15条(特异性)、第16条(一致性)和第17条(稳定性)规定的, 宣告品种权无效; 对不符合《植物新品种条例》第18条(适当的名称)规定的, 予以更名。宣告品种权无效或者更名的决定, 由审批机关登记和公告, 并通知当事人。

对植物新品种复审委员会的决定不服的, 可以自收到通知之日起3个月内向人民法院提起诉讼。

3. 无效决定的效力(《植物新品种条例》第38条)

被宣告无效的品种权视为自始不存在。

宣告品种权无效的决定, 对在宣告前人民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; 但是, 因品种权人的恶意给他人造成损失的, 应当给予合理赔偿。

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, 品种权人或者品种权转让人应当向被许可实施人或者受让人返还全部或者部分使用费或者转

让费。

八、品种权的内容

1. 排他独占权(《植物新品种条例》第6条)

完成育种的单位或者个人对其授权品种,享有排他的独占权。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,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;但是,《植物新品种条例》另有规定的除外。

2. 合理使用(《植物新品种条例》第10条)

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《植物新品种条例》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;
- ②农民自繁自用授权品种的繁殖材料。

3. 强制许可(《植物新品种条例》第11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。

九、品种权的保护期限

1. 临时保护(《植物新品种条例》第33条)

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

2. 保护期限(《植物新品种条例》第34条)

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

十、侵权的法律责任(《植物新品种条例》第39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。

第三章 集成电路布图设计

集成电路布图设计每年考查约2题,考点集中在《集成电路布图设计保护条例》(以下简称“《布图设计保护条例》”)以及《集成电路布图设计保护条例实施细则》(以下简称“《布图设计保护条例细则》”)的重

相关法专题讲座

2024年专利代理师资格考试

点法条上。

一、集成电路布图设计的相关概念(《布图设计保护条例》第2条)

1. 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. 集成电路布图设计(布图设计)

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。

3. 布图设计权利人

指依照《布图设计保护条例》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。

4. 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。

5. 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。

二、主体(《布图设计保护条例》第3条)

中国自然人、法人或者其他组织创作的布图设计,依照《布图设计保护条例》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《布图设计保护条例》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《布图设计保护条例》享有布图设计专有权。

三、申请保护的实质性条件

1. 独创性(《布图设计保护条例》第4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上述规定的条件。

2. 保护内容(《布图设计保护条例》第5条)

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。

四、集成电路布图设计专有权人的确定

1. 创作者(《布图设计保护条例》第9条)

布图设计专有权属于布图设计创作者,《布图设计保护条例》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。

2. 合作创作(《布图设计保护条例》第10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。

3. 委托创作(《布图设计保护条例》第11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。

五、集成电路布图设计专有权的取得

1. 登记效力(《布图设计保护条例》第8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《布图设计保护条例》保护。

2. 登记机关(《布图设计保护条例》第14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。

3. 申请材料(《布图设计保护条例》第16条)

申请布图设计登记，应当提交：

- ①布图设计登记申请表；
- ②布图设计的复制件或者图样；
- ③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；
- ④国务院知识产权行政部门规定的其他材料。

4. 保密信息的处理(《布图设计保护条例细则》第15条)

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。

5. 委托代理(《布图设计保护条例细则》第4条)

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。

6. 提出申请的时间

(1) 申请时间(《布图设计保护条例》第17条)

布图设计自其 anywhere 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。

(2) 申请日的确定(《布图设计保护条例细则》第5条)

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。

7. 授权公告

(1) 审查内容(《布图设计保护条例》第18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。

(2) 专有权生效(《布图设计保护条例细则》第20条)

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。

8. 查阅和复制(《布图设计保护条例细则》第39条)

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。

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。

六、布图设计登记申请的复审、复议和专有权的撤销

1. 复审(《布图设计保护条例》第19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。

2. 专有权的撤销(《布图设计保护条例细则》第23条)

国家知识产权局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。

3. 复议(《布图设计保护条例细则》第28条)

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:

- ① 不予受理布图设计申请的;
- ② 将布图设计申请视为撤回的;
- ③ 不允许恢复有关权利的请求的;
- ④ 其他侵犯当事人合法权益的具体行政行为。

七、集成电路布图设计专有权的内容

1. 专有权的内容（《布图设计保护条例》第7条）

布图设计权利人享有下列专有权：

- ①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；
- ②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。

2. 保护期限（《布图设计保护条例》第12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《布图设计保护条例》保护。

3. 专有权的放弃（《布图设计保护条例细则》第31条）

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。

八、对布图设计专有权的限制

1. 权利行使（《布图设计保护条例》第22条）

布图设计权利人可以将其专有权转让或者许可他人使用其布图设计。

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

许可他人使用其布图设计的，当事人应当订立书面合同。

2. 合理使用（《布图设计保护条例》第23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：

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

3. 权利利用尽（《布图设计保护条例》第24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。

4. 非自愿许可

(1) 非自愿许可的情形（《布图设计保护条例》第25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。

(2) 非自愿许可的条件和终止(《布图设计保护条例》第26条)

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

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

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

(3) 非自愿许可限制(《布图设计保护条例》第27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。

5. 善意商业利用(《布图设计保护条例》第33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。

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。

6. 费用(《布图设计保护条例细则》第34条)

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:

- ①布图设计登记费;
- ②著录事项变更手续费、延长期限请求费、恢复权利请求费;
- ③复审请求费;
- ④非自愿许可许可请求费、非自愿许可使用费的裁决请求费。

九、侵权纠纷

1. 侵权行为(《布图设计保护条例》第30条)

除《布图设计保护条例》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:

- ①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;
- ②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. 侵权纠纷解决途径(《布图设计保护条例》第31条)

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

第四章 知识产权海关保护条例

本部分涉及《中华人民共和国知识产权海关保护条例》(以下简称“《海关保护条例》”)。2014年前涉及知识产权海关保护条例的考题每年均有2题,2015年之后试题未涉及海关保护,2020年又恢复海关保护条例的考题。

一、知识产权海关备案

1. 海关保护范围(《海关保护条例》第2条)

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。

2. 申请(《海关保护条例》第4条)

知识产权权利人请求海关实施知识产权保护的,应当向海关提出采取保护措施的申请。

3. 材料(《海关保护条例》第5条)

进口货物的收货人或者其代理人、出口货物的发货人或者其代理人应当按照国家规定,向海关如实申报与进出口货物有关的知识产权状况,并提交有关证明文件。

4. 保密义务(《海关保护条例》第6条)

海关实施知识产权保护时,应当保守有关当事人的商业秘密。

5. 申请材料(《海关保护条例》第7条)

知识产权权利人可以依照《海关保护条例》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:

- ①知识产权权利人的名称或者姓名、注册地或者国籍等;
- ②知识产权的名称、内容及其相关信息;
- ③知识产权许可行使状况;
- ④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;

⑤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。

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。

6. 备案期限(《海关保护条例》第10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。

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。

7. 撤销(《海关保护条例》第9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。

8. 变更、注销和撤销(《海关保护条例》第11条)

知识产权备案情况发生改变的,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。

知识产权权利人未依照前上述规定办理变更或者注销手续,给他人合法进出口或者海关依法履行监管职责造成严重影响的,海关总署可以根据有关利害关系人的申请撤销有关备案,也可以主动撤销有关备案。

二、海关扣留及处理

1. 扣留申请(《海关保护条例》第12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提出扣留侵权嫌疑货物的申请。

2. 申请书内容(《海关保护条例》第13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:

①知识产权权利人的名称或者姓名、注册地或者国籍等;

②知识产权的名称、内容及其相关信息;

③侵权嫌疑货物收货人和发货人的名称;

④侵权嫌疑货物名称、规格等;

⑤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。

3. 担保(《海关保护条例》第14条)

知识产权权利人请求海关扣留侵权嫌疑货物的,应当向海关提供不超过货物等值的担保,用于赔偿可能因申请不当给收货人、发货人造成的损失,以及支付货物由海关扣留后的仓储、保管和处置等费用;知识产权权利人直接向仓储商支付仓储、保管费用的,从担保中扣除。具体办法由海关总署制定。

4. 海关通知(《海关保护条例》第16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个工作日内提出扣留侵权嫌疑货物申请并提供担保的,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。

5. 费用(《海关保护条例》第25条)

海关依照《海关保护条例》的规定扣留侵权嫌疑货物,知识产权权利人应当支付有关仓储、保管和处置等费用。知识产权权利人未支付有关费用的,海关可以从其向海关提供的担保金中予以扣除,或者要求担保人履行有关担保责任。

侵权嫌疑货物被认定为侵犯知识产权的,知识产权权利人可以将其支付的有关仓储、保管和处置等费用计入其为制止侵权行为所支付的合理开支。

6. 海关放行的情形(《海关保护条例》第24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:

①海关依照知识产权权利人请求扣留侵权嫌疑货物,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;

②海关发现有侵犯备案知识产权嫌疑的而扣留侵权嫌疑货物,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,并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;

③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;

④海关认为收货人或者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;

⑤在海关认定被扣留的侵权嫌疑货物为侵权货物之前,知识产权权利人撤回扣留侵权嫌疑货物的申请的。

三、法律责任

1. 法律责任(《海关保护条例》第27条)

①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。

②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。

③被没收的侵犯知识产权货物可以用于社会公益事业的,海关应当转交给有关公益机构用于社会公益事业;知识产权权利人有收购意愿的,海关可以有偿转让给知识产权权利人。被没收的侵犯知识产权货物无法用于社会公益事业且知识产权权利人无收购意愿的,海关可以在消除侵权特征后依法拍卖,但

相关法专题讲座

2024年专利代理师资格考试

对进口假冒商标货物，除特殊情况外，不能仅清除货物上的商标标识即允许其进入商业渠道；侵权特征无法消除的，海关应当予以销毁。

2. 权利人责任(《海关保护条例》第28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。

3. 个人责任(《海关保护条例》第31条)

个人携带或者邮寄进出境的物品，超出自用、合理数量，并侵犯知识产权的，按照侵权货物处理。

第五章 展会知识产权保护办法

本部分涉及《中华人民共和国展会知识产权保护办法》(以下简称“《展会知识产权保护办法》”)。此部分内容仅在2008年、2009年、2020年、2022年各考1题。

一、投诉

1. 展会知识产权投诉机构的设立(《展会知识产权保护办法》第6条)

展会时间在3天以上(含3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。

2. 机构职责(《展会知识产权保护办法》第7条)

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:

- ①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;
- ②将有关投诉材料移交相关知识产权行政管理部门;
- ③协调和督促投诉的处理;
- ④对展会知识产权保护信息进行统计和分析;
- ⑤其他相关事项。

3. 投诉材料(《展会知识产权保护办法》第8条)

知识产权权利人可以向展会知识产权投诉机构投诉也可直接向知识产权行政管理部门投诉。权利人向投诉机构投诉的,应当提交以下材料:

- ①合法有效的知识产权权属证明:涉及专利的,应当提交专利证书、专利公告文本、专利权人的身份

证明、专利法律状态证明；涉及商标的，应当提交商标注册证明文件，并由投诉人签章确认，商标权利人身份证明；涉及著作权的，应当提交著作权权利证明、著作权人身份证明；

②涉嫌侵权当事人的基本信息；

③涉嫌侵权的理由和证据；

④委托代理人投诉的，应提交授权委托书。

二、展会知识产权保护

1. 地方知识产权局、工商行政管理部门、著作权行政管理部门的工作（《展会知识产权保护办法》第16条，第19条，第22条）

展会投诉机构需要地方知识产权局、工商行政管理部门、著作权行政管理部门协助的，地方知识产权局、工商行政管理部门、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。

2. 不予受理情形

(1) 对侵犯专利权投诉的不予受理（《展会知识产权保护办法》第17条）

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：

①投诉人或者请求人已经向人民法院提起专利侵权诉讼的；

②专利权正处于无效宣告请求程序之中的；

③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；

④专利权已经终止，专利权人正在办理权利恢复的。

(2) 对侵犯商标权投诉的不予受理（《展会知识产权保护办法》第20条）

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：

①投诉人或者请求人已经向人民法院提起商标侵权诉讼的；

②商标权已经无效或者被撤销的。

第六章 对外贸易法

本部分包括《中华人民共和国对外贸易法》和《中华人民共和国技术进出口管理条例》，在2007、2009、2011、2022年考查过各1题，2020年2题。

一、对外贸易的含义和适用范围（《对外贸易法》第2条）

《对外贸易法》适用于对外贸易以及与对外贸易有关的知识产权保护。

对外贸易，是指货物进出口、技术进出口和国际服务贸易。

二、技术进出口的基本概念和范围（《技术进出口条例》第2条）

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。

上述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。

三、不同类型的出口技术管理（《技术进出口条例》第32条、33条、39条）

①属于禁止出口的技术，不得出口。

②属于限制出口的技术，实行许可证管理；未经国务院对外贸易主管部门许可，不得出口。

③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。

第七章 刑法

《刑法》在2006、2008、2009、2011、2013、2022、2023年各考一题。

一、犯罪的构成要件

1. 犯罪的主体（《刑法》第17条）

犯罪的主体，是指实施危害社会的行为、依法应当负刑事责任的自然人和单位。

①已满16周岁的人犯罪，应当负刑事责任。

②已满14周岁不满16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、投放危险物质罪的，应当负刑事责任。

③已满12周岁不满14周岁的人，犯故意杀人、故意伤害罪，致人死亡或者以特别残忍手段致人重伤造成严重残疾，情节恶劣，经最高人民检察院核准追诉的，应当负刑事责任。

对已满12周岁不满18周岁的人追究刑事责任应当从轻或者减轻处罚。

已满75周岁的人故意犯罪的，可以从轻或者减轻处罚；过失犯罪的，应当从轻或者减轻处罚。

2. 犯罪的主观方面

（1）故意犯罪（《刑法》第14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。

（2）过失犯罪（《刑法》第15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。

3. 犯罪的客体

犯罪的客体，是指我国刑法所保护而为犯罪行为所侵犯的社会关系。

4. 犯罪的客观方面

是指犯罪行为的具体表现。比如犯诈骗罪，犯罪人具有虚构事实、欺骗他人的行为，贩毒罪具有贩卖

毒品的行为等等。

二、侵犯知识产权犯罪

1. 假冒注册商标罪（《刑法》第213条，知识产权刑事案件解释（一）第8条、第13条）

未经注册商标所有人许可，在同一种商品、服务上使用与其注册商标相同的商标，情节严重的，处3年以下有期徒刑，并处或者单处罚金；情节特别严重的，处3年以上10年以下有期徒刑，并处罚金。

实施假冒注册商标犯罪，又销售该假冒注册商标的商品，构成犯罪的，应当以假冒注册商标罪定罪处罚。

“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。

“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。

2. 销售假冒注册商标的商品罪（《刑法》第214条，知识产权刑事案件解释（一）第8条）

销售明知是假冒注册商标的商品，违法所得数额较大或者有其他严重情节的，处3年以下有期徒刑，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3年以上10年以下有期徒刑，并处罚金。

实施假冒注册商标犯罪，又销售明知是他人的假冒注册商标的商品，构成犯罪的，应当数罪并罚。

“明知”是指下列情形之一：

- ①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；
- ②因销售假冒注册商标的商品受到过行政处罚或者承担过民事责任、又销售同一种假冒注册商标的商品的；
- ③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；
- ④其他知道或者应当知道是假冒注册商标的商品的情形。

3. 非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪（《刑法》第215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3年以下有期徒刑，并处或者单处罚金；情节特别严重的，处3年以上10年以下有期徒刑，并处罚金。

4. 假冒专利罪（《刑法》第216条，知识产权刑事案件解释（一）第10条）

假冒他人专利，情节严重的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。

“假冒他人专利”是指实施下列行为之一的行为：

- ①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；
- ②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；
- ③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；
- ④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(《刑法》第217条, 知识产权刑事案件解释(一)第11条)

以营利为目的, 有下列侵犯著作权或者与著作权有关的权利的情形之一, 违法所得数额较大或者有其他严重情节的, 处3年以下有期徒刑, 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3年以上10年以下有期徒刑, 并处罚金:

①未经著作权人许可, 复制发行、通过信息网络向公众传播其文字作品、音乐、美术、视听作品、计算机软件及法律、行政法规规定的其他作品的;

复制发行包括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。

②出版他人享有专有出版权的图书的;

③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的;

④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;

⑤制作、出售假冒他人署名的美术作品的;

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

6. 销售侵权复制品罪(《刑法》第218条)

以营利为目的, 销售明知是《刑法》第217条规定的侵权复制品, 违法所得数额巨大或者有其他严重情节的, 处5年以下有期徒刑, 并处或者单处罚金。

7. 侵犯商业秘密罪(《刑法》第219条)

有下列侵犯商业秘密行为之一, 情节严重的, 处3年以下有期徒刑, 并处或者单处罚金; 情节特别严重的, 处3年以上10年以下有期徒刑, 并处罚金:

①以盗窃、贿赂、欺诈、胁迫、电子侵入或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密的;

②披露、使用或者允许他人使用以前项手段获取的权利人的商业秘密的;

③违反保密义务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。

明知以上①-③条所列行为, 获取、披露、使用或者允许他人使用该商业秘密的, 以侵犯商业秘密论。

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。

专题九

巴黎公约与马拉喀什条约

(一) 巴黎公约

《保护工业产权巴黎公约》签订于1883年，简称《巴黎公约》，我国于1985年3月19日加入巴黎公约。每年涉及《巴黎公约》的考题为2-3题。

一、巴黎公约工业产权的范围(《巴黎公约》第1条(2))

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

【提示】植物新品种、集成电路布图设计、著作权、软件等不属于巴黎公约中工业产权的范围。

二、国民待遇原则

1. 国民待遇的含义(《巴黎公约》第2条<1>)

本联盟任何国家的国民(包括自然人、法人、其他组织),在保护工业产权方面,在本联盟所有其他国家内应享有各该国法律现在授予或今后可能授予国民的各种利益; 一切都不应损害巴黎公约特别规定的权利。因此,他们应和国民享有同样的保护,对侵犯他们的权利享有同样的法律上的救济手段,但是他们遵守对国民规定的条件和手续为限。

2. 国民待遇的主体条件(《巴黎公约》第2条<2>,《巴黎公约》第3条)

①对于本联盟国家的国民(包括自然人、法人、其他组织)不得规定在其要求保护的国家须有住所或营业所才能享有工业产权(只要在《巴黎公约》的任何一个成员国内有住所或有真实和有效的工商业营业所即可)。

②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。

3. 国民待遇的例外(《巴黎公约》第2条<3>)

本联盟每一国家法律中关于司法和行政程序管辖权、以及指定送达地址或委派代理人的规定,工业产权法律中可能有要求的,均明确地予以保留(例如:中国《专利法》对涉外主体须强制委托专利代理机构作出例外的规定)。

三、优先权

1. 享受优先权的条件(《巴黎公约》第4条A)

①已经在本联盟的一个国家正式提出专利、实用新型注册、外观设计注册或商标注册的申请的任何人,或其权利继受人,为了在其他国家提出申请,在规定的期间内应享有优先权。

②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,应被承认为产生优先权(可作为要求优先权的基础)。

③正规的国家申请是指在有关国家中足以确定提出申请日期的任何申请,而不问该申请以后的结局如何。

2. 优先权的效力(《巴黎公约》第4条B)

在规定的优先权期间届满前在本联盟的任何其他国家后来提出的任何申请,不应由于在这期间完成的任何行为,特别是另外一项申请的提出、发明的公布或利用、外观设计复制品的出售、或商标的使用而成为无效,而且这些行为不能产生任何第三人的权利或个人占有的任何权利。第三人在作为优先权基础的第一次申请的日期以前所取得的权利,依照本联盟每一国家的国内法予以保留。

3. 优先权的期限(《巴黎公约》第4条C)

①优先权的期间,对于专利和实用新型应为12个月,对于外观设计和商标应为6个月。

②这些期间应自第一次申请的申请日开始;申请日不应计入期间之内。

③如果期间的最后一日在请求保护地国家是法定假日或者是主管局不接受申请的日子,期间应延至其后的第一个工作日。

④在本联盟同一国家内就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、放弃或拒绝,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基础,应认为是第一次申请,其申请日应为优先权期间的开始日。在这以后,前一申请不得作为要求优先权的基础。

4. 享受优先权的手续(《巴黎公约》第4条D)

①任何人希望利用以前提出的一项申请的优先权的,需要作出声明,说明提出该申请的日期和受理该申请的国家。每一国家应确定必须作出该项声明的最后日期。

②这些事项应在主管机关的出版物中,特别是应在专利和有关专利的说明书中予以载明。

③本联盟国家可以要求作出优先权声明的任何人提交以前提出的申请(说明书、附图等)的副本。该副本应经原受理申请的机关证实无误,不需要任何认证,并且无论如何可以在提出后一申请后3个月内随时提交,不需要缴纳费用。本联盟国家可以要求该副本附有上述机关出具的载明申请日的证明书和译文。

④对提出申请时要求优先权的声明不得规定其他的手续。本联盟每一国家应确定不遵守本条约规定的手续的后果,但这种后果决不能超过优先权的丧失。

⑤以后,可以要求提供进一步的证明。

任何人利用以前提出的一项申请的优先权的，必须写明该申请的号码；该号码应依照规定予以公布。

5. 优先权类型转换(《巴黎公约》第4条E)

①依靠以实用新型申请为基础的优先权而在一个国家提出工业品外观设计申请的，优先权的期间应与对工业品外观设计规定的优先权期间一样。

②依靠以专利申请为基础的优先权而在一个国家提出实用新型的申请是许可的，反之亦一样。

四、专利

1. 专利的独立性(《巴黎公约》第4条之二)

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相互独立的(一项专利申请在一个国家的审查过程以及授权或者驳回，对该专利申请在另外一个国家审理过程没有影响)。

②上述规定，应从不受限制的意义来理解，特别是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，是相互独立的。

③在本联盟各国，因享有优先权的利益而取得的专利的期限，与没有优先权的利益而申请或授予的专利的期限相同。

2. 发明人的权利(《巴黎公约》第4条之三)

发明人有在专利中被记载为发明人的权利。

3. 法律禁止销售情况下的专利性(《巴黎公约》第4条之四)

不得以专利产品的销售或依专利方法制造的产品的销售受到本国法律的禁止或限制为理由，而拒绝授予专利或使专利无效。

4. 对专利权的限制

(1) 强制许可(《巴黎公约》第5条A<2>-<5>)

①本联盟各国都有权采取立法措施规定授予强制许可，以防止由于行使专利所赋予的专有权而可能产生的滥用，例如：不实施。

②除强制许可的授予不足以防止上述滥用外，不应规定专利的取消。自授予第一个强制许可之日起2年届满前不得提起取消或撤销专利的诉讼。

③自提出专利申请之日起4年届满以前，或自授予专利之日起3年届满以前，以后满期的期间为准，不得以不实施或不充分实施为理由申请强制许可；如果专利权人的不作为有正当理由，应拒绝强制许可。这种强制许可是非独占性的，而且除与利用该许可的部分企业或商誉一起转让外，不得转让，甚至以授予分许可证的形式也在内。

④上述各项规定准用于实用新型。

(2) 权利声明不是产生保护的条件(《巴黎公约》第5条D)

不应要求在商品上标志或载明专利、实用新型、商标注册或工业品外观设计保存，作为承认取得保护权利的条件。

(3) 维持费(《巴黎公约》第5条之二)

①关于规定的工业产权维持费的缴纳,应给予不少于6个月的宽限期,但是如果本国法律有规定,应缴纳附加费。

②本联盟各国对因未缴费而终止的专利有权规定予以恢复。

(4) 临时过境交通工具的使用(《巴黎公约》第5条之三)

在本联盟任何国家内,下列情况不应认为是侵犯专利权人的权利:

①本联盟其他国家的船舶暂时或偶然地进入上述国家的领水时,在该船的船身、机器、船具、装备及其他附件上使用构成专利对象的器械,但以专为该船的需要而使用这些器械为限;

②本联盟其他国家的飞机或陆上车辆暂时或偶然地进入上述国家时,在该飞机或陆上车辆的构造或操作中,或者在该飞机或陆上车辆附件的构造或操作中使用构成专利对象的器械。

五、不正当竞争(《巴黎公约》第10条之二)

①本联盟国家有义务对各该国国民保证给予制止不正当竞争的有效保护。

②凡在工商业事务中违反诚实的习惯做法的竞争行为构成不正当竞争的行为。

③下列各项特别应予以禁止:

a. 具有采用任何手段对竞争者的营业所、商品或工商业活动产生混淆性质的一切行为;

b. 在经营商业中,具有损害竞争者的营业所、商品或工商业活动的信用性质的虚伪说法;

c. 在经营商业中使用会使公众对商品的性质、制造方法、特点、用途或数量易于产生误解的表示或说法。

六、国际展览会的临时保护(《巴黎公约》第11条)

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、工业品外观设计和商标,给予临时保护。

②该项临时保护不应延展优先权规定的期间。如以后要求优先权,任何国家的主管机关可以规定其期间应自该商品在展览会展出之日开始。

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。

七、商标

1. 商标的注册条件和独立性(《巴黎公约》第6条)

①商标的申请和注册条件,在本联盟各国由其本国法律决定。

②但本联盟任何国家对本联盟国家的国民提出的商标注册申请,不得跟未在原属国申请、注册或续展为理由而予以拒绝,也不得使注册无效。

③在本联盟一个国家正式注册的商标,与在联盟其他国家注册的商标,包括在原属国注册的商标在内,应认为是相互独立的。

2. 驰名商标(《巴黎公约》第6条之二)

①本联盟各国承诺,如本国法律允许,应依职权,或依利害关系人的请求,对商标注册国或使用国主

管机关认为在该国已经驰名，属于有权享有本公约利益的人所有、并且用于相同或类似商品的商标构成复制、仿制或翻译，易于产生混淆的商标，拒绝或撤销注册，并禁止使用。这些规定，在商标的主要部分构成对上述驰名商标的复制或仿制，易于产生混淆时，也应适用。

②自注册之日起至少5年的期间内，应允许提出撤销这种商标的请求。本联盟各国可以规定一个期间，在这期间内必须提出禁止使用的请求。

③对于依恶意取得注册或使用的商标提出撤销注册或禁止使用的请求，不应规定时间限制。

3. 注册商标的强制使用

如果在某一国家注册商标的使用是强制性的，只有连续3年所有人未使用，而又提供不了不使用的正当理由的，才可以撤销其注册。

4. 国徽、官方检验印章和国际组织徽记(《巴黎公约》第6条之三)

对本联盟成员国和某些政府间国际组织的显著标记，无论作为商标还是作为商标的一部分，拒绝其注册或使其注册无效，并禁止其使用。

国家的显著标记指：国家的国徽、国旗和其他的国家徽记、用以表明管制或保证的官方标志和检验印章，以及从徽章学的角度来看是这些标记的仿制品。

5. 使用商标的商品的性质(《巴黎公约》第7条)

使用商标的商品的性质决不应成为该商标注册的障碍。

(二) 马拉喀什条约

一、基本概念

《马拉喀什条约》全称《关于为盲人、视力障碍者或其他印刷品阅读障碍者获得已出版作品提供便利的马拉喀什条约》，是国际著作权体系中的历史性条约，于2013年6月27日在马拉喀什签署，于2016年9月30日生效，于2022年5月5日对中国生效，同时：

①中华人民共和国香港特别行政区适用《马拉喀什条约》，并依据该条约第4条第4款的规定，将该条规定的版权例外限于市场中无法从商业渠道以合理条件为受益人获得特定无障碍格式的作品。

②在中华人民共和国政府另行通知前，《马拉喀什条约》暂不适用于中华人民共和国澳门特别行政区。

二、相关定义(《马拉喀什条约》第2条)

在《马拉喀什条约》条约中：

①“作品”是指文学和艺术作品，形式为文字、符号和/或相关图示，不论是已出版的作品，还是以其他方式通过任何媒介公开提供的作品：

--- --

三、受益人(《马拉喀什条约》第3条)

受益人为不论有无任何其他残疾的下列人：

相关法专题讲座

2024年专利代理师资格考试

① 盲人；

② 有视觉缺陷、知觉障碍或阅读障碍的人，无法改善到基本达到无此类缺陷或障碍者的视觉功能，因而无法以与无缺陷或无障碍者基本相同的程度阅读印刷作品；或者

③ 在其他方面因身体残疾而不能持书或翻书，或者不能集中目光或移动目光进行正常阅读的人。

.....

四、国际局(《马拉喀什条约》第14条)

与《马拉喀什条约》有关的行政工作应由世界知识产权组织国际局履行。

专题十

与贸易有关的知识产权协定

Trips协定对成员的国内立法提出了最低标准，因此中国加入 WTO 之前，根据Trips协定全面修订了专利法、商标法、著作权法。近几年相关法的考试中，涉及Trips 协定的考题为3-4题，均有一定难度。Trips 协定条文本身较难理解、记忆，因此本专题的复习应当以历年试题涉及的考点为重点。

第一章 协定的基本知识

一、协定的签署

《与贸易有关的知识产权协定》（简称为Trips协定）于1994年4月15日在摩洛哥签订，于1995年1月1日起生效，是世界贸易组织的三大支柱之一。

二、知识产权的性质

Trips 协定第一次明确提出知识产权为私权。Trips 协定在序言中明确提出，“认识到知识产权为私权”，这在知识产权国际公约中前所未有。

三、协定的目标和基本原则

1. 最低保护标准原则（《Trips协定》第1条第1款）

各成员应当实施本协定的规定。各成员可以，但没有义务，在其法律中规定比本协定的要求更为广泛的保护，但以这种保护并不违反本协定的规定为限。各成员有自由在其法律制度和实践中确定实施本协定规定的适当方法。

2. 国民待遇原则

（1）国民待遇（《Trips 协定》第3条第1款）

在知识产权的保护方面，除《巴黎公约》（1967年）、伯尔尼公约（1971年）、罗马公约或者关于集成电路的知识产权条约已经分别规定的例外以外，每一成员给予其他成员国民（符合《巴黎公约》、《伯尔尼公约》等条约规定的享受保护的标准的自然人和法人）的待遇不应比其给予本国国民的待遇较为不利。

（2）国民待遇的例外（《Trips协定》第3条第2款）

各成员可以利用国民待遇所允许的司法和行政程序方面的例外，包括在成员管辖范围以内指定送达文件的地址或者委派代理人，只要这些例外是为确保遵守与本协定不相抵触的法律和规章所必要，而且这些做法的实施方式对贸易不会构成变相的限制。

3. 最惠国待遇原则(《Trips协定》第4条)

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

4. 禁止滥用知识产权(《Trips协定》第8条第2款)

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

四、与贸易有关的知识产权的范围

Trips协定规定的与贸易有关的知识产权包括:

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

第二章 版权和有关权利

一、版权的范围(《Trips协定》第9条第2款)

版权的保护应当及于表达,而不及于构思、程序、操作方法或者数学概念本身。

二、计算机程序和数据汇编(《Trips协定》第10条)

计算机程序,无论是以源代码还是目标代码表达,应当根据《伯尔尼公约》(1971年)作为文字作品加以保护。

数据汇编或者其他资料汇编,不论是用机器可读形式还是其他形式,由于对其内容的选择或安排而构成智力创作,应当加以保护。这种保护不涉及数据或者资料本身,不应损害存在于数据或者资料本身的任何版权。

三、出租权(《Trips协定》第11条)

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

1. 电影作品

对于电影作品,成员应当免除这一义务,除非这种出租已经导致这种作品的广泛复制,大大地损害了该成员授予作者及其权利继受人的复制排他权。

2. 计算机程序

对于计算机程序，如该程序本身不是出租的主要客体，这一义务不适用于程序的出租。

四、保护期(《Trips 协定》第12条)

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

五、对权利的限制和例外(《Trips 协定》第13条)

各成员应当将对各种排他权的限制或例外局限于某些特殊情形，而且这些情形是与作品的正常利益不相冲突，不会不合理地损害权利持有人的合法利益的。

六、对表演者、录音制品制作者和广播组织的保护

1. 表演者的权利(《Trips 协定》第14条第1款)

就将其表演固定于录音制品而言，表演者应当有可能制止未经其许可而有下列行为：对其未曾固定过的表演加以固定，和复制这种固定品。表演者还应当有可能制止未经其许可而有下列行为：以无线方法将其现场表演广播，和向公众传播。

2. 录音制品制作者的权利(《Trips 协定》第14条第2款)

录音制品制作者应当享有许可或者禁止直接或间接复制其录音制品的权利。

3. 广播组织的权利(《Trips 协定》第14条第3款)

广播组织应有当权禁止未经其许可而有下列行为：将广播予以固定，复制固定品，以无线方法转播网络，以及将广播组织的电视广播向公众传播。

4. 录音制品制作者的出租权(《Trips 协定》第14条第4款)

如果在1994年4月15日，成员在录音制品的出租方面已经实施对权利持有人给予公平报酬的制度，该成员可以维持这种制度，但以录音制品的商业性出租对权利持有人的复制排他权并未造成重大的损害为限。

5. 保护期(《Trips 协定》第14条第5款)

表演者和录音制品制作者根据本协定可以享有的保护期间，至少应当持续至50年期间之末，自固定品制作或表演举行的历年年终起计算。对广播组织授予的保护期间，自广播播出的历年年终起至少应当持续20年。

第三章 商标

Trips 协定要求成员对商品商标和服务商标提供注册保护。

一、可保护的主体(《Trips 协定》第15条)

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

相关法专题讲座

2024年专利代理师资格考试

成商标。

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

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

各成员可以要求将视觉可以感知的标记作为注册的条件。

②上述第①项规定不应理解为阻止成员依据其他理由拒绝商标的注册，但以这些理由并未减损《巴黎公约》(1967年)的规定为限。

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

④预期使用商标的商品或服务的性质，在任何情况下均不应成为商标注册的障碍。

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

二、权利的范围(《Trips 协定》第16条)

①注册商标所有人应当享有排他权，以制止所有第三方未得所有人同意而在贸易中将与注册商标相同或类似的标记使用于与该商标所注册的商品或服务相同或类似的商品或服务，而这种使用是有造成混淆的可能的。在使用相同的标记于相同的商品或服务的情形，应当推定有混淆的可能。上述权利不应损害任何现有的在先权利，也不应当影响各成员根据使用授予权利的可能性。

②《巴黎公约》(1967年)中对驰名商标保护的规定适用于服务。在确定一项商标是否驰名时，各成员应当考虑有关部分公众对该商标的知晓程度，包括该商标因宣传结果而在有关成员获得公众知晓的程度。

三、权利的例外(《Trips 协定》第17条)

各成员可以对商标所授予的权利规定有限的例外，诸如说明性词语的合理使用，但是以这些例外考虑了商标所有人和第三方的合法利益为限。

四、保护期(《Trips 协定》第18条)

商标的首次注册和注册的每次续展的期间不应少于7年。商标的注册可以无限制地续展。

五、使用的要求(《Trips 协定》第19条)

①如果使用是维持注册的必要条件，只有在至少连续3年不使用以后，才可以取消其注册，除非商标所有人表明有妨碍这种使用的正当理由。

②他人在商标所有人的控制下使用商标，应当承认是为维持注册目的而使用商标。

六、许可和转让(《Trips 协定》第21条)

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

第四章 地理标志

一、地理标志的保护

1. 地理标志的含义(《Trips 协定》第22条第1款)

地理标志是指表明一种商品来源于某一成员的领土内、或者该领土内的一个地区或地方的标志，而且商品的特定品质、信誉或其他特征主要是由于其地理来源所致。

2. 权利(《Trips 协定》第22条第2-4款)

在地理标志方面，各成员应当为有利害关系的各方提供法律手段，以制止下列行为：

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

②构成不正当竞争行为的任何使用。

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

虽然在字面上真实地表明商品来源的领土、地区或地方，但是却向公众虚假地表明该商品来源于另一领土的地理标志，则适用于以上规定的保护措施。

二、对葡萄酒和烈酒地理标志的补充保护(《Trips 协定》第23条第1-2款)

①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，即使同时标志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。

②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者使其注册无效。

第五章 工业品外观设计

一、保护的条件(《Trips协定》第25条第1款)

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，即不是新颖的或者原创的外观设计。各成员可以规定，这种保护不应延及主要是根据技术或功能的考虑而作出的外观设计。

相关法专题讲座

2024年专利代理师资格考试

二、权利人的权利(《Trips协定》第26条第1款)

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、销售或者进口其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。

三、保护的例外(《Trips协定》第26条第2款)

各成员可以对工业品外观设计的保护规定有限的例外,但是这些例外,在顾及第三方合法利益的情况下,以并未与受保护的工业品外观设计的正常利用不合理地相冲突,而且也并未不合理地损害受保护的外观设计所有人的合法利益为限。

四、保护期限(《Trips协定》第26条第3款)

可享有的保护期间至少为10年。

第六章 专利

Trips协定中涉及的专利与《巴黎公约》一致,仅指发明专利。

一、可获得专利的客体(《Trips协定》第27条第1款)

除可不授予专利权的情况外,所有技术领域的任何发明,不论是产品还是方法,只要是新颖性的,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。

二、可以不给予专利保护的客体(《Trips协定》第27条第2-3款)

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实施的,可以将这些发明排除在可享专利权以外,但是这种除外并非仅仅因为法律禁止实施为限。

各成员还可以将下列各项排除在可享专利性以外:

①医治人或动物的诊断、治疗和手术方法;

②植物和动物(微生物除外),和生产植物和动物的主要是生物学的方法(非生物学方法和微生物学方法除外)。但是,各成员应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。

三、权利人的权利(《Trips协定》第28条)

专利应当授予其所有人以下列排他权:

①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、为销售而作出要约、销售、或者为这些目的而进口该产品;

②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行为,和制止下列行为:使用、为销售而作出要约、销售、或者为这些目的而进口依照该方法直接所获得的产品。

专利所有人还应有权转让或者依继承而转移该专利,和缔结许可合同。

四、专利申请应满足的条件(《Trips 协定》第29条)

①各成员应当要求专利申请人以足够清楚和完整的方式公开发明，使熟悉有关技术的人能实施该发明，并且可以要求申请人说明在申请的提交日，或者，如果要求享有优先权，在申请的优先权日，发明人所知的实施该发明的最好方式。

②各成员可以要求专利申请人提供关于其相应的外国申请和授予专利的信息。

五、专利权的例外(《Trips 协定》第30条)

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，这些例外以并未与专利的正常利用不合理地相冲突，而且也并未不合理地损害专利所有人的合法利益为限。

六、专利的强制许可的条件(《Trips 协定》第31条)

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

①这种使用的许可应当根据个案情况予以考虑；

②这种使用，只有在使用前，意图使用的人曾经努力按合理的商业条款和条件请求权利持有人给予许可，但在合理的期间内这种努力没有成功的，才能允许。在国家处于紧急状态或有其他极端紧急的情形，或者在公共的非商业性使用的情形，成员可以放弃这一要求。然而，在国家处于紧急状态或有其他极端紧急的情况，只要合理可行，仍应尽快通知权利持有人。在公共的非商业性使用的情形，如果政府或订约人未经专利检索，即知悉或有明显的理由应知政府或者为政府使用或者将使用某有效专利，则应迅速通知权利持有人；

③这种使用的范围和期间应受许可使用的目的的限制，并且在半导体技术的情形，只能限于为公共的非商业性使用，或者用于经司法或行政程序确定为反竞争行为而给予的补救；

④这种使用应当是非独占性的；

⑤这种使用不得转让，但与享有这种使用的企业或者商誉一起转让的不在此限；

⑥这种使用的许可应当主要是为了供应给予许可的成员的国内市场；

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

⑧应当根据每一案的情况，并考虑许可的经济价值，向权利持有人支付足够的报酬；

⑨有关这种使用的许可决定的法律有效性，应当受到司法审查，或者受到该成员内明显更高一级机关的其他独立审查；

⑩有关对这种使用支付报酬的决定应当受到司法审查，或者受到该成员内明显更高一级机关的其他独立审查；

⑪如果允许这种使用是对经过司法或行政程序确定为反竞争行为给予的补救，各成员没有义务适用上述第②项和第⑥项规定的条件。在这种情形，在确定报酬的数额时可以将纠正反竞争行为的需要考虑

相关法专题讲座

2024年专利代理师资格考试

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；

⑫如果这种使用的许可是为了允许利用一项专利(第二专利)，因为利用该项专利就不能不侵犯另一项专利(第一专利)，则应适用以下的附加条件：

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

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

c. 除与第二专利一起转让外，就第一专利许可的使用是不可转让的。

七、专利权的撤销或取消的救济(《Trips 协定》第32条)

对撤销专利或取消专利的任何决定，均应提供司法审查的机会。

八、专利的保护期限(《Trips 协定》第33条)

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。

九、侵犯方法专利权的举证责任(《Trips 协定》第34条)

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：

① 如果依专利方法所获得的产品是新产品；

②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。

任何成员有自由规定，只有符合以上第①项所述的条件，或者只有符合以上第②项所述的条件的，上述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。

第七章 集成电路布图设计

一、集成电路布图设计的保护范围(《Trips协定》第36条)

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

二、无须权利持有人许可的行为(《Trips 协定》第37条)

①如果从事或命令从事与含有非法复制的布图设计的集成电路或包含此种集成电路的物品有关的行为的人在获得该集成电路或获得包含这种集成电路的物品时，不知并且也没有合理的根据应知其包含非法复制的布图设计的，任何成员均不应认为该条所述的从事包含非法复制的布图设计的集成电路或包

含这种电路的任何物品的行为为非法。各成员应当规定，在上述行为人接到该布图设计是非法复制品的明确通知后，仍可以对库存物品或在此以前的订货从事上述的行为，但是应当向权利持有人支付一笔费用，其数额应当与就该布图设计按照自由谈判的许可所应支付的使用费相当。

②布图设计遇有任何非自愿许可，或者未经权利持有人许可而由政府使用或者为政府使用时，应当比照专利的强制许可规定的条件。

三、集成电路布图设计的保护期限（《Trips协定》第38条）

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

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

③成员可以规定，布图设计自创作以后15年，保护应当终止。

第八章 未公开信息的保护

一、获得保护的条件（《Trips协定》第39条第2款）

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

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

②由于是保密信息而具有商业上的价值；和

③合法控制该信息的人已经根据情况采取了合理措施予以保密。

二、试验数据的保护（《Trips 协定》第39条第3款）

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。

第九章 对协定许可中限制竞争行为的控制

（《Trips协定》第40条第1-2款）

各成员同意，在有关知识产权的许可中的某些限制竞争的做法或条件，对贸易可能有不利影响，并且可能阻碍技术的转让和传播。

Trips 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。成员可以在与Trips 协定其他规定相符的情况下，依据该成员的有关法律和规章，采取适当措施制止或控制这类做法，其中可以包括，例如，

- ①排他性的返授条件；
- ②制止对知识产权有效性提出质疑的条件；
- ③强迫性的一揽子授予许可。

第十章 知识产权执法

一、成员的总义务（《Trips 协定》第41条）

①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Trips 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。

②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。

③就案件的是非作出的决定最好应写成书面，并说明理由。这些决定至少应向程序的双方当事人提供，而且不得无故拖延。就案件的是非作出的裁决只应根据证据而定，并且曾向当事人提供机会，使其就该证据陈述意见。

④程序的双方当事人应当有机会要求司法机关对终局的行政决定进行审查，并且，在符合成员法律中关于案件重要性的管辖规定的前提下，至少对案件的是非所作初审司法决定的法律方面应有机会要求司法机关进行复审。但是，对刑事案件中的无罪释放判决没有义务提供复审的机会。

⑤不言而喻，本部分并没有为各成员规定任何义务，建立一种与一般法律执行的司法制度不同的知识产权执法的司法制度，也不影响各成员执行其一般法律的能力。就知识产权执法和一般法律执行之间的资源分配而言，本部分的规定也没有为任何成员规定任何义务。

二、民事和行政程序及救济

1. 公平和公正的程序（《Trips 协定》第42条）

各成员应当向权利持有人提供Trips 协定所规定的知识产权执法的民事司法程序。

2. 侵犯知识产权的救济措施

侵犯知识产权的救济措施包括强制令、损害赔偿以及其他救济措施。

（1）强制令（《Trips 协定》第44条第1款）

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

（2）损害赔偿（《Trips 协定》第45条）

①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。

②司法机关还应当有权责令侵权人向权利持有人支付费用，其中可包括适当的律师费用。在适当的情况下，即使侵权人并非明知或有合理的根据应知其从事了侵权活动，各成员仍可以授权司法机关责令返还利润，和/或支付法律预先规定的损害赔偿金。

(3) 其他救济(《Trips协定》第46条)

为对侵权产生有效的威慑力量，司法机关应当有权在不给予任何补偿的情况下，责令将已经发现正处于侵权状态的货物，以避免对权利持有人造成损害的方式，处理出商业渠道，或者，除非违反现行宪法的要求，责令予以销毁。司法机关还应当有权在不给予任何补偿的情况下，责令将其主要用途是制作侵权产品的材料和工具，以尽可能减少进一步侵权的危险的方式，处理出商业渠道。在考虑这类请求时，应当顾及第三方的利益，以及侵权的严重程度与所采取的救济应当相称的需要。除开例外情况，仅仅除去非法缀附在货物上的商标尚不足以允许将货物放行，使其进入商业渠道。

三、临时措施(《Trips协定》第50条)

①司法机关有权命令采取迅速而有效的临时措施，以便

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

b. 保存被指控侵权的有关证据。

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

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

④如果临时措施是在没有听取一方意见的情况下采取的，最迟应在执行该措施后毫不延迟地通知受到影响的各方。根据被告的请求，应当对这些措施进行审查，包括给被告以陈述权，以便在通知这些措施后的合理期间内决定这些措施是否应予以修正、撤销或确认。

⑤执行临时措施的机关可以要求申请人提供其他必要的信息，以辨认有关的货物。

⑥在不妨碍上述第④项的情况下，如果在合理的期间内没有提起判决案件是非的诉讼，应依被告的请求撤销临时措施，或依其他方式使其停止生效。上述的合理期间，如成员的法律允许，由命令采取临时措施的司法机关确定，或者，如该机关没有确定，为不超过20个工作日或31个日历日，以较长者为准。

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

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

四、有关边境措施的专门要求(《Trips 协定》第51条、第58条)

1. 依申请采取边境措施

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

2. 依职权采取边境措施

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

五、刑事程序(《Trips 协定》第61条)

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。

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。

第十一章 争端的防止和解决

一、透明度(《Trips 协定》第63条第1款)

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

二、例外(《Trips 协定》第63条第4款)

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



购买正版课程
请咨询韩龙专利课堂助理